



المعهد العالي للقضاء
HIGHER JUDICIAL INSTITUTE

مجلة الدراسات الفقهية والقانونية

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

فيه هذا العدد:

- مبدأ مراعاة المصالح الفضلاء للحدث فيه عدالته الجنائية المتعلقة بالأحداث
الدكاترة/ الدكتور/ بدر بن خميس بن سعيد البيزدي
- المسؤولية الجزائية للمستثمر الأجنبي عن الأضرار التي يلحقها بالاقتصاد الوطني
الدكتور/ مسعود بن حميد بن مسعود المعمري
- التكامل المعرفي بين العلوم الإسلامية في جامع ابن بركة البهلوي (دراسة تحليلية في بنية مباحث أصول الفقه)
محمد بن سعيد بن تيتون الراشدي - الدكتور/ محمد سعيد بن خليل المجاهد
- المساواة بين المرأة والرجل في نقل الجنسية المكتسبة للأبناء - تعليق على حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في الدعوى رقم (١٣١) لسنة (٣٩) قضائية دستورية في ضوء أحكام القانون المصري والعمانى بتنظيم أحكام الجنسية
الدكتور/ بدر بن جمعة بن راشد المسكري - الدكتور/ خالد عبد الفتاح محمد خليل
- المصلحة الإجرائية وأثرها في الاستعمال المشروع أو الكيدي لحق التقاضي (دراسة في القانون المصري والعمانى)
الدكتور/ عبدالله عبدالحى الصاوي محمد
- فكرة الوقت في ضوء المواعيد الإجرائية بين قانون الإجراءات المدنية والتجارية وقانون تبسيط إجراءات التقاضي (دراسة تحليلية مقارنة)
الدكتور/ عبد الرحيم بن سيف بن علي القصابي
- التماس إعادة النظر في أحكام القضاء الإداري (دراسة مقارنة)
الدكتور / شعبان عبد الحكيم عبد العليم سلامة
- نحو نظام قضائي إلكتروني - التقاضي الإلكتروني بين النظرية والتطبيق (دراسة مقارنة)
الدكتور/ رجاتي عبد الرحمن عبدالقادر عوض
- الوساطة في تسوية منازعات العمل (دراسة مقارنة)
الأستاذ الدكتور/ شواخ محمد أحمد الأحمد



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

Print: 2706-882X
Online: 2789-3294

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 / سالم بنت سليمان الهنائية
الفاضلة / هالة بنت حمود الهشامية

منسق التحرير

الدكتور/ 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 أو (الباحثين)، وجهة عمل الباحث أو (الباحثين) باللغتين العربية والإنجليزية.
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 مستلماً 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 مرتبة 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)، وبعده 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. تخضع البحوث الواردة إلى المجلة لفحص نسبة الاقتباس العلمي فيها، والتي يجب ألا تتجاوز (15%)، بحيث لا يقبل البحث إذا تجاوز الاقتباس هذه النسبة.
5. 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 محكمين اثنين له، يكونان من ذوي الاختصاص بموضوع البحث.
6. تعامل البحوث الواردة إلى المجلة مع تقارير المحكمين المتعلقة بها بسرية تامة.
7. يرسل مدير التحرير إلى الباحث صورة من تقرير المحكمين مشفوعة بإشعار موجه إليه من رئيس التحرير بإجراء التعديلات المطلوبة على البحث إن وجد، وذلك طبقاً لما ورد في التقريرين، على أن يتضمن الإشعار تحديد مدة للباحث لتنفيذ هذه التعديلات لا تتجاوز شهراً من تاريخ استلامه للخطاب.
8. 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.
9. يحيل رئيس التحرير نسخة البحث بعد التعديلات التي أجراها الباحث إلى لجنة النشر العلمي، مشفوعة بصورة من تقرير الباحث، وصورة من تقرير المحكمين؛ للتأكد من إجراء الباحث للتعديلات المطلوبة كاملة، فإذا تيقنت اللجنة من ذلك، أحالت البحث إلى رئيس التحرير تمهيداً للقيام بإجراءات الطباعة والإصدار.
10. يتولى مدير التحرير مراسلة الباحث بإشعار موجه إليه من رئيس التحرير يفيد قبول البحث للنشر أو عدم قبوله، وذلك بناء على قرار لجنة النشر العلمي.
11. إذا قُبل البحث للنشر، يحصل الباحث على إفادة معتمدة من المجلة بقبول البحث للنشر، ترسل له عبر البريد الإلكتروني.
12. يزود الباحث بنسخة ورقية واحدة من عدد المجلة المنشور فيه بحثه، إضافة إلى مستلة من بحثه ترسل له عبر البريد الإلكتروني.
13. البحث المنشور في المجلة لا يجوز إعادة نشره في أي مجلة أخرى، أو في أي مؤتمر علمي.
14. 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	مبدأ مراعاة المصالح الفضلى للحدث في عدالته الجنائية المتعلقة بالأحداث القاضي الدكتور/ بدر بن خميس بن سعيد اليزيدي
42	المسؤولية الجزائية للمستثمر الأجنبي عن الأضرار التي يلحقها بالاقتصاد الوطني الدكتور/ مسعود بن حميد بن مسعود المعمرى
78	التكامل المعرفي بين العلوم الإسلامية في جامع ابن بركة البهولي (دراسة تحليلية في بنية مباحث أصول الفقه) محمد بن سعيد بن تيتون الراشدي - الدكتور/ محمد سعيد بن خليل المجاهد
120	المساواة بين المرأة والرجل في نقل الجنسية المكتسبة للأبناء - تعليق على حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في الدعوى رقم (١٣١) لسنة (٢٩) قضائية دستورية في ضوء أحكام القانون المصري والعماني بتنظيم أحكام الجنسية الدكتور/ بدر بن جمعة بن راشد المسكري - الدكتور/ خالد عبد الفتاح محمد خليل
144	المصلحة الإجرائية وأثرها في الاستعمال المشروع أو الكيدي لحق التقاضي (دراسة في القانون المصري والعماني) الدكتور/ عبدالله عبد الحى الصاوي محمد
204	فكرة الوقت في ضوء المواعيد الإجرائية بين قانون الإجراءات المدنية والتجارية وقانون تبسيط إجراءات التقاضي (دراسة تحليلية مقارنة) الدكتور/ عبد الرحيم بن سيف بن علي القصابي
256	التماس إعادة النظر في أحكام القضاء الإداري (دراسة مقارنة) الدكتور / شعبان عبد الحكيم عبد العليم سلامه
342	نحو نظام قضائي إلكتروني - التقاضي الإلكتروني بين النظرية والتطبيق (دراسة مقارنة) الدكتور/ رجائي عبدالرحمن عبدالقادر عوض
396	الوساطة في تسوية منازعات العمل (دراسة مقارنة) الأستاذ الدكتور/ شواخ محمد أحمد الأحمدي

* 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 الذي أنزل على عبده الكتاب، أظهر الحق بالحق وأخزى الأحزاب، وأنمَّ نوره، وجعل كيد الكافرين في تباب، والصلاة والسلام على سيدنا محمد عبده ورسوله المستغفر التواب، المعصوم صلى الله عليه وسلم في الشيبة والشباب، خُلِّقَ الكتاب، ورأيه الصواب، وقوله فصل الخطاب...وبعد،،

القراء الأعزاء:

لا جدال في أهمية البحث العلمي في المجال القانوني، باعتباره أحد أهم أدوات التطوير للأنظمة القانونية، بما يقوم به من تحليل للنصوص القانونية، وتوضيح مقصد المشرع منها، وبيان ما قد يكون من إشكال في تطبيقها، أو ما قد يتضح من فراغ تشريعي يتعلق بمسألة قانونية أو أخرى.

وفي هذا العدد من مجلة الدراسات الفقهية والقانونية؛ تطالعنا مجموعة من البحوث العلمية التي تناقش بعض المسائل الشرعية والقانونية المختلفة، جاد بها باحثون أجلاء، لهم منا كل الشكر والتقدير على مساهماتهم الفكرية في إثراء هذا العدد.

والله الموقِّع والمستعان،،

د. نبهان بن راشد المعولي

رئيس هيئة التحرير

عميد المعهد العالي للقضاء

مبدأ مراعاة المصالح الفضلى للحدث في عدالته الجنائية المتعلقة بالأحداث

القاضي الدكتور/ بدر بن خميس بن سعيد اليزيدي*

المخلص:

يتناول هذا البحث موضوع مبدأ مراعاة مصالح الحدث الفضلى باعتباره واحداً من أهم وسائل الحماية الجنائية للحدث الجانح عند مساءلته جنائياً؛ وذلك وفقاً لأحكام القانون العماني والقانون الدولي، وتتمحور إشكالية البحث في بيان مدى ترسيخ نصوص القانون العماني لهذا المبدأ على نحو جامع مانع يضمن حماية جنائية عادلة للحدث الجانح عند مساءلته، وأثر ذلك على التطبيقات القضائية في محاكم الأحداث، وبيان مدى انفاقها مع قواعد القانون الدولي، ويهدف البحث إلى بيان موقف المشرع العماني من مبدأ مراعاة مصالح الحدث الفضلى في عدالته الجنائية باعتباره أحد وسائل الحماية الجنائية للحدث، وإبراز الواقع العملي لهذا المبدأ وما تعترضه من عقبات في النظام القضائي العماني واقتراح المعالجات المناسبة لها، كما يهدف إلى إبراز موقف القانون الدولي من مبدأ مراعاة مصالح الحدث الفضلى في عدالته الجنائية، ويأخذ البحث بالمنهج الاستقرائي والمنهج التحليلي والمنهج المقارن والمنهج التطبيقي، وقد خلص البحث في نتيجته إلى أن القانون العماني أخذ بمبدأ مراعاة مصالح الحدث الفضلى في عدالته الجنائية وتطبق ذلك عملياً في سائر الحقوق والإجراءات المتعلقة بالحدث الجانح سواء كانت موضوعية أو إجرائية، وهو ما جعله متفقاً وقواعد القانون الدولي، وقدّم الباحث في ختام البحث أهم النتائج التي توصلت إليها الدراسة في مجال ترسيخ مبدأ مراعاة مصالح الحدث الجانح في قضاء الأحداث في النظام القضائي العماني.

الكلمات المفتاحية: مصالح الحدث الفضلى - الحدث الجانح - العدالة الجنائية - القانون العماني - القانون الدولي.

* قاضي محكمة استئناف - المجلس الأعلى للقضاء.



The Principle of Regarding Juvenile's Best Interest in Criminal Justice

Judge Dr. Badar Khamis Said Alyazidi*

Abstract:

This research deals with the principle of taking into account the best interests of the juvenile as one of the most important means of criminal protection for a juvenile delinquent upon his criminal accountability, in accordance with the provisions of Omani law and international law. The problem of the research centered on clarifying the extent of the entrenchment of the provisions of Omani law to this principle in a comprehensive and preventive manner that guarantees fair criminal protection for a delinquent juvenile when criminally charged, and the impact of that on judicial applications in juvenile courts, and a statement of their compatibility with international law. The research aims to clarify the position of the Omani legislature regarding the principle of taking into account the best interests of the juvenile in his criminal justice as one of the means of criminal protection for the juvenile, highlighting the practical reality of this principle and the obstacles it faces in the Omani judicial system and proposing appropriate remedies for it, and also aims to highlight the position of international law from the principle of taking into account the best interests of the juvenile in his criminal justice. The research is based on the inductive method, the analytical approach, the comparative approach and the applied approach. The study concluded that Omani law adopted the principle of taking into account the best interests of the juvenile in his criminal justice and applied this practically in all the rights and procedures related to the delinquent juvenile, whether substantive or procedural, which made it in conformity with the rules of international law. At the end of the study, the researcher presented the most important results of the study in the field of establishing the principle of taking into account the interests of a juvenile in the Omani judicial system.

Keywords: The Best Interests of a Juvenile - Juvenile Delinquent - Criminal Justice - Omani Law - International Law.

*Appealing Court Judge, Supreme Judicial Council.

المقدمة

أولاً- التعريف بموضوع البحث:

سعت السياسة الجنائية الحديثة إلى حماية الحدث الجانح من أية تأثيرات سلبية يمكن أن تنتجها مساءلته الجنائية أمام القضاء، ولذلك وضعت التشريعات القانونية - المحلية منها والدولية - عدة مبادئ عامة تحكم هذه المعاملة لوضعها على المسار الصحيح الذي يحقق عدالة منصفة وناجزة للحدث الجانح تكون فيها مراعاة خير الحدث هو الهدف الأسمى والغاية القصوى، كما تهدف إلى وضع نظام قضائي مستقل للأحداث يمتاز بالحرفية والتخصص ويوفر بيئة إصلاحية وتأهيلية تعيده إلى جادة الصواب.

ثانياً- أهمية البحث:

إن من أهم ما توصل له الفكر القانوني في هذا المجال؛ مبدأ مراعاة مصالح الحدث الفضلى الذي دعت إليه القواعد الدولية وتبنته التشريعات الوطنية، وتكمن أهمية البحث في هذا الموضوع في كون أن هذا المبدأ يحكم السياسة العامة - سواء كانت تشريعية أو قانونية أو قضائية أو تنفيذية - للتعامل مع الحدث بشكل عام، وهكذا فإن الممارسات العملية يجب أن تنطلق من هذا المبدأ، وازعة إياه نصب أعينها في سائر مراحلها المختلفة، ويتأكد ذلك عند مساءلة الحدث الجانح جنائياً أمام القضاء، وخصوصاً أن الدراسات في هذا الجانب قليلة في المكتبة العمانية وفق اطلاع الباحث⁽¹⁾، ولأجل هذه الأهمية لمبدأ مراعاة مصالح الحدث الفضلى في عدالته الجنائية جاء هذا البحث ليسلط الضوء على أحكامه في القانون العماني والقانون الدولي.

ثالثاً- إشكالية الدراسة:

تدور إشكالية الدراسة حول الجواب على السؤال المحوري للبحث؛ وهو: ما مدى ترسيخ مبدأ مراعاة مصالح الحدث الفضلى في القانون العماني تشريعاً وتطبيقاً؟ وهل لبي

(1) وفق اطلاع الباحث؛ فإن هناك رسالة ماجستير مقدمة لكلية الحقوق بجامعة السلطان قابوس للباحثة/ ماجدة بنت محمد بن خميس البلوشية بعنوان: "رعاية مصالح الطفل الفضلى على ضوء التشريع العماني"، كما أن الأكاديمي الأستاذ/ سليمان بن عبدالله بن محمد العبري (جامعة السلطان قابوس) يقوم حالياً بإعداد بحث لنيل درجة الدكتوراه في موضوع مصالح الطفل الفضلى في القانون العماني، وفيما عدا ذلك لم يطلع الباحث على دراسات متخصصة في الموضوع.

متطلبات القواعد الدولية في ذلك؟ ويتفرع عن هذا السؤال جملة أسئلة فرعية حاصلها: ما مفهوم مبدأ مراعاة مصالح الحدث الفضلى وما نطاق تطبيقه؟ وما مظاهر تطبيق هذا المبدأ في القانون العماني والقانون الدولي؟

رابعاً- منهج الدراسة ونطاقها:

تقوم الدراسة على عدة مناهج بحثية أهمها؛ المنهج التحليلي، من حيث تتبع المواد القانونية المقررة للحدث الجانح فيما يخص مبدأ مراعاة مصالح الحدث الفضلى في عدالته الجنائية، والمنهج الاستقرائي، من حيث دراسة المبادئ والقواعد التي قررها القانون العماني والقانون الدولي في مجال مراعاة مصالح الحدث الفضلى في عدالته الجنائية، والمنهج المقارن، من خلال بيان موقف المشرع العماني من مبدأ مراعاة مصالح الحدث الفضلى في عدالته الجنائية مقارنة بالقانون الدولي، والمنهج التطبيقي، من خلال عرض بعض القضايا والأحكام الصادرة في موضوع مراعاة مصالح الحدث الفضلى في عدالته الجنائية ودراسة اتجاهاتها والتعليق عليها.

خامساً- خطة الدراسة:

لأهمية هذا المبدأ في تحقيق الحماية الجنائية للحدث الجانح فسوف نعرض لمفهومه ونطاق تطبيقه ومظاهر هذا التطبيق في القانون العماني والقانون الدولي، وهذا يستدعي تقسيم الدراسة إلى مطلب تمهيدي توطئة للبحث، ومطلبين في صلب الموضوع، وذلك على النحو الآتي:

المطلب التمهيدي: مفهوم مبدأ مراعاة مصالح الحدث الفضلى ونطاقه.

المطلب الأول: مظاهر تطبيق مبدأ مراعاة مصالح الحدث الفضلى في القانون العماني.

المطلب الثاني: مبدأ مراعاة مصالح الحدث الفضلى في القانون الدولي ونطاق تطبيقه.



المطلب التمهيدي

مفهوم مبدأ مراعاة مصالح الحدث الفضلى ونطاقه

لأجل الولوج إلى صلب موضوع البحث، يلزم ابتداء إيضاح مفهوم مبدأ مراعاة مصالح الحدث الفضلى، وبيان المجالات التي يمكن فيها تطبيق هذا المبدأ في شأن عدالة الأحداث الجنائية، وهذا يقتضي تقسيم المطلب إلى فرعين، يتناول الأول مفهوم مبدأ مراعاة مصالح الحدث الفضلى، ويتناول الثاني نطاق إعمال هذا المبدأ.

الفرع الأول

مفهوم مبدأ مراعاة مصالح الحدث الفضلى

أرسى النظام الأساسي للدولة الحقوق الأساسية التي يجب أن يتمتع بها كل إنسان يعيش على أرض السلطنة، إذ يكفل للجميع الحقوق والحريات الأساسية دون تمييز أو تفریق بسبب الجنس أو الأصل أو اللون أو اللغة أو الدين أو المذهب أو الموطن أو المركز الاجتماعي^(٢)، وكما هو معلوم فإن قواعد القانون الدولي جاءت مرسخة لهذه المبادئ ومؤكدة عليها، ورغم أن التشريعات الوطنية والدولية حمت الطفل بتلك القواعد المقررة باعتباره إنساناً في المقام الأول، فإنها فوق ذلك قررت له قواعد قانونية خاصة تحمي ضعفه وتكفل له حماية إضافية، ويأتي مبدأ مراعاة مصالح الحدث الفضلى من بين هذه المبادئ الخاصة.

ومن خلال دراسة نصوص القانون العماني والدولي لا يجد الباحث تعريفاً تشريعياً محدداً لمصطلح مراعاة مصالح الحدث الفضلى (the best interest of the child)، ولا غرابة في ذلك، فقد درجت التشريعات على عدم التوسع في تعريف المصطلحات القانونية، تاركة المجال للتفسيرات القضائية وفقهاء القانون.

(٢) النظام الأساسي للدولة، "الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٩٦/١٠١) بتاريخ ١١/٦/١٩٩٦م. منشور في ملحق الجريدة الرسمية العدد (٥٨٧) بتاريخ ١١/٦/١٩٩٦م"، المادة (١٧).

ولأجل فهم مبدأ مصالح الحدث الفضلى لا بُدَّ من معرفة الأبعاد التي يأخذها هذا المبدأ، فقد ذهبت لجنة حقوق الطفل إلى أن مبدأ مصالح الحدث الفضلى يأخذ ثلاثة أبعاد:

- (١) **حق أساسي:** في تقديم مصالح الحدث الفضلى وإيلائها الاعتبار الأول عندما تُبحث المصالح المختلفة للتوصل إلى قرار في شأن المسألة المطروحة.
- (٢) **مبدأ قانوني تفسيري:** عندما يكون هناك أكثر من تفسير للحكم القانوني، فينبغي أن يقع الخيار على التفسير الذي يخدم مصالح الحدث الفضلى بشكل أكبر فاعلية.
- (٣) **قاعدة إجرائية:** فيجب أن تشمل عملية اتخاذ القرار تقييماً للتأثيرات المحتملة - إيجاباً أو سلباً- المترتبة على القرار المتخذ ضد الحدث وتقييم مصالحه الفضلى وجعلها ضمانات إجرائية^(٣).

ولإعطاء صورة أوضح للمبدأ، فقد جاء في المبادئ التوجيهية لمفوضية الأمم المتحدة لشؤون اللاجئين تحديد المصالح الفضلى بأنها: عبارة عن عملية رسمية تتطوي على ضمانات إجرائية صارمة لتحديد مصالح الطفل الفضلى في سياق اتخاذ القرارات ذات الأهمية الخاصة التي تؤثر في الطفل، وينبغي لهذه العملية تيسير مشاركة الطفل بالشكل الملائم -ومن دون تمييز- وإشراك صانعي القرار من ذوي الخبرة في المجالات ذات الصلة، والموازنة بين مختلف العوامل ذات الصلة من أجل تحديد أفضل خيار ممكن^(٤). كما بينت لجنة حقوق الطفل التابعة للأمم المتحدة في تعليقها بحق الطفل في إيلاء الاعتبار الأول لمصالحه الفضلى أن مفهوم "مصالح الطفل الفضلى" يرمي إلى ضمان

⁽³⁾ General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1), (Adopted by the Committee at its sixty-second session, 14 January – 1 February 2013), <https://www.refworld.org/docid/51a84b5e4.html> (accessed 7 November 2019), Article (6).

والسعدون، محمد ثامر، "مصالح الطفل الفضلى بين التضييق والتوسيع"، مجلة المنال الإلكترونية، تاريخ النشر: الثلاثاء ٢٢ أيلول/سبتمبر ٢٠١٥م، <http://www.almanalmagazine.com> (الاسترجاع ١٧ أغسطس ٢٠١٩م).

⁽⁴⁾ UNHCR Guidelines on Determining the Best Interests of the Child, (United Nations High Commissioner for Refugees, May 2008), <https://www.unhcr.org/4566b16b2.pdf> (accessed 12 July 2019), p. 8.

التمتع الكامل والفعلي على السواء بجميع الحقوق المعترف بها في الاتفاقية والنماء الشمولي للطفل⁽⁵⁾، وأوضحت في تعليقها على المادة الثالثة من اتفاقية حقوق الطفل أن مفهوم مصالح الطفل الفضلى يتسم بالتعقيد ويجب تحديده مضمونه على أساس كل حالة على حدة، فهو مفهوم مرن وقابل للتكيف على الحالات المختلفة، وعلى ذلك يتحدد المفهوم على أساس فردي وفقاً للحالة الخاصة بالطفل بمراعاة أوضاعه الشخصية وظروفه واحتياجاته⁽⁶⁾.

وقد رأى الكاتب Koen Leurs أن مبدأ مراعاة مصالح الحدث الفضلى في مجال العدالة الجنائية يعني: أن للأحداث الجانحين الحق في تلقي علاج لمشكلاتهم الشخصية من أجل منعهم من العودة إلى الجريمة مرة أخرى⁽⁷⁾.

وذهب بعض الباحثين إلى أن مبدأ مراعاة المصلحة الفضلى للطفل هو الوسيلة المتمثلة في قيام الجهات المختصة باتخاذ كافة السبل لمراعاة الطفل الرعاية المثلى، وإيلاء الاعتبار الأول لمصالحه في كافة شؤونه⁽⁸⁾.

وهناك من يرى بأن مبدأ مراعاة المصالح الفضلى من بين المبادئ العامة التي يتعين مراعاتها في كفالة حقوق الطفل كافة، فعند عدم وجود نص في الموضوع؛ يلزم اختيار وتحديد المواصفات التي تتحقق بها مصالح الطفل الفضلى في ظل الظروف الملائمة المحيطة به، وبوجه خاص في مواجهة الظروف الصعبة، وعند تعدد المصالح أو تعارضها؛ فإنه تراعى مصلحة الطفل الفضلى لفض الصراع بين مصالح الطفل ومصالح غيره، وعليه فإن مصلحة الطفل الفضلى تعد أداة قياس لتقييم مدى كفالة مضمون الحق،

(5) General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1), Article (4).

(6) Ibid., Article (32).

(7) Leurs, Koen, The Participation of Juvenile Defendants in the Youth Court: A Comparative Study of Juvenile Justice Procedures in Europe, (Stephanie Rap, 2013), p.162.

(8) البلوشية، ماجدة بنت محمد بن خميس، رعاية مصالح الطفل الفضلى على ضوء التشريع العماني، (رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة السلطان قابوس، يونيو ٢٠١٤)، ص ٩.

ويمثل المصلحة أو المعيار المنشود لتحقيقها انتهاكاً لمضمون الحق، وبالتالي لكفالة الحق ذاته^(٩).

ومن خلال ما تقدم، لا يجد الباحث بين يديه تعريفاً جامعاً مانعاً لمبدأ مراعاة مصالح الحدث الفضلى، غير أنه يمكن القول بأن المقصود به: مراعاة خير الحدث ورفاهيته في كل تشريع أو حكم أو قرار أو إجراء يتخذ لأجله أو في مواجهته بحيث تكون هي الغاية والمقصد في جميع تلك الأعمال وإعلائها على الاعتبارات الأخرى كافة.

الفرع الثاني

نطاق إعمال مبدأ مراعاة مصالح الحدث الفضلى

على الرغم من وجود أصول متناثرة لمبدأ مراعاة مصالح الطفل الفضلى في الأفكار الفلسفية والتصورات الدينية والنظريات الاجتماعية، إلا أنه لم يأخذ شكله المنظم والقانوني في الإعلانات والمواثيق الدولية إلا ابتداءً من الربع الأول من القرن الماضي، وذلك عندما تولى الاتحاد الدولي تضمين خمس نقاط أساسية لحماية الطفولة في إعلان جنيف عام ١٩٢٣م، تلا ذلك إعلان عصبة الأمم المتحدة عام ١٩٢٤م الذي أكد على احترام تلك المبادئ، وبعد ذلك جاء الإعلان الدولي لحقوق الطفل عام ١٩٥٩م الذي أكد على وجوب تمتع الطفل بحماية ورعاية خاصة توفر له النمو الطبيعي جسدياً وذهنياً وعاطفياً في إطار الحرية والكرامة، كما أوصى صراحة أن يكون لمصلحة الطفل الفضلى الاعتبار الأول عند اتخاذ أي قرار يخصه، ثم جاءت اتفاقية حقوق الطفل لعام ١٩٨٩م مؤكدة على مصلحة الطفل الفضلى في المادة الثالثة^(١٠).

وعند النظر في نصوص التشريعات الدولية والوطنية، نجد أن تطبيق مبدأ مراعاة مصالح الحدث الفضلى يتسع نطاق تطبيقه إلى الظروف كافة التي تكتنف الحدث مثل عمره ومستواه ونضجه وبيئته وحاجته إلى الحماية وعدم الاستغلال ونموه البدني والذهني

(٩) عازر، عادل، مبادئ النهج الحقوقي في كفالة حقوق الطفل، (القاهرة: المجلس العربي للطفولة والتنمية، ٢٠١١م)، ص ٣٩.
(١٠) المرجع نفسه، ص ٦.

ودور الأسرة والمجتمع والدولة تجاهه، فهو يشمل كافة الحقوق التي يجب تحقيقها للحدث، ومن ضمنها الحماية الجنائية للحدث الجانح عند مساءلته أمام القضاء⁽¹¹⁾.

فقد نص تعليق لجنة حقوق الطفل على الالتزامات التي تقع على عاتق الدول الأطراف في نطاق تطبيق مبدأ مصلحة الطفل الفضلى في مجال الأعمال القضائية، مؤكداً على ضرورة الالتزام بضمان أن تظهر جميع القرارات القضائية والإدارية إضافة إلى السياسات والتشريعات المتعلقة بالأطفال مبدأ إيلاء الاعتبار الأول لمصالح الطفل الفضلى، وقد عبّرت لجنة حقوق الطفل عن ذلك بقولها ما مفاده: أن التطبيق الكامل لمفهوم مصالح الطفل الفضلى يقتضي وضع نهج قائم على الحقوق، وإشراك جميع الجهات المعنية لضمان السلامة البدنية والنفسية والمعنوية والروحية الشاملة للطفل -سواء أكان ذكراً أم أنثى- وتعزيز كرامته الإنسانية⁽¹²⁾.

وقد جاءت اتفاقية حقوق الطفل لتضع مبدأ مراعاة مصلحة الحدث الفضلى على أعلى سُلّم الأولويات التي يجب أن تهيمن في كافة الإجراءات والقرارات والتدابير ومنها نظام العدالة الجنائية للحدث، فقد بينت أن يُؤلّى الاعتبار الأول لمصالح الطفل الفضلى في جميع الإجراءات التي تتعلّق بالأطفال، سواء قامت بها مؤسسات الرعاية الاجتماعية العامة أو الخاصة أو المحاكم أو السلطات الإدارية أو الهيئات التشريعية⁽¹³⁾.

ويلاحظ الباحث أن القاعدة جعلت المبدأ في "جميع الإجراءات التي تتعلّق بالأطفال"، ويعني هذا أن تُراعى مصالح الحدث الفضلى في جميع الإجراءات بلا استثناء، كما يقع الالتزام بهذا المبدأ على جميع سلطات الدولة المختلفة التي تؤثر أعمالها وقراراتها على الأحداث وحقوقهم، وقد جاء النص على "المحاكم" لما لها من اتصال مباشر بالحدث،

(11) General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1), Article (14).

(12) Ibid., Article (5).

(13) Convention on the Rights of the Child (CRC), (Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 44/25 of 20 November 1989, entry into force 2 September 1990, in accordance with article 49), <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/crc.aspx> (accessed 11 April 2019), Article (3-1).

تتحدد من خلاله مستقبل الحدث الجانح أو المعرض للجنوح وما يواجهه من قرارات قضائية تهدف إلى إصلاحه وتقويمه.

وعند البحث في مكامن القانون العماني؛ نجد أنه نص بشكل واضح وصريح على أن يكفل القانون للطفل حقوقاً أساسية على وجه الخصوص "الحق في إيلاء مصالحه الفضلى الأولوية في القرارات والإجراءات التي تتخذ بشأنه كافة، سواء من قبل وحدات الجهاز الإداري للدولة، أم الجهات القضائية، أم الجهات المنوط بها رعايته"^(١٤).

فقد أحسن المشرع العماني حين كفل حق الطفل - في كافة مراحل العمرية - في إيلاء مصالحه الفضلى الأولوية، ووسّع من مساحة تطبيق المبدأ فجعله يشمل كافة القرارات التي تتخذ بشأنه سواء كانت من جهة وحدات الجهاز الإداري للدولة بكافة وزاراته وهيئاته وأجهزته التنفيذية أو الجهات القضائية المختلفة أو الجهات المنوط بها رعاية الطفل، سالماً في ذلك ذات النظرة التي قررتها القواعد الدولية، فمراعاة مصلحة الحدث الفضلى يجب أن تكون نصب أعين سلطات الدولة كافة لا تغيب عن ناظرها ولا تعزب عنها، وهو بذلك يكون قد أوفى بمتطلبات القانون الدولي في ترسيخ مبدأ مراعاة مصالح الحدث الفضلى، ويبقى أن يرسخ ذلك من خلال التطبيقات العملية في مسيرة عدالته الجنائية على نحو ما سيأتي بيانه مفصلاً في المطلب القادم.

وقد كان المشرع العماني حريصاً على أن تكون مراعاة مصلحة الطفل الفضلى معتبرة في جميع الأحوال والظروف، فإن كانت هناك حماية أفضل في أي قانون آخر غير قانون الطفل؛ فإن العبرة بالحماية الأفضل للطفل، فقد نصت المادة (٣) من القانون ذاته على أنه "لا تخل أحكام هذا القانون بأي حماية أفضل للطفل يكفلها قانون آخر..."^(١٥).

^(١٤) قانون الطفل، "الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٢/٢٠١٤م) بتاريخ ١٩/٥/٢٠١٤م، منشور في الجريدة الرسمية العدد (١٠٥٨) الصادرة في ١/٦/٢٠١٤م"، المادة (٢/ج).
^(١٥) المرجع نفسه، المادة (٣).

فرغم أن القاعدة العامة في تفسير النصوص القانونية أن "النص الخاص يقيد العام"^(١٦)؛ إلا أنه في مجال مراعاة مصالح الطفل الفضلى فإن هذه المادة جعلت مصلحة الطفل هي المعيار في تطبيق النص القانوني ولو لم يرد في القانون الخاص، وفي ذلك خروج عن القاعدة المذكورة يصب في حماية الطفل ومصالحه.

وقد ذهبت الباحثة ماجدة البلوشية إلى أن هذه القاعدة يجب أن تقرأ في مجال حماية الطفل على النحو التالي: "الخاص يقيد العام بما لا يتعارض مع مصلحة الطفل الفضلى"^(١٧)، ويتفق الباحث مع هذا النظر الذي كشفت عنه صراحة المادة الثالثة من قانون الطفل على نحو ما تقدم، ويظهر جلياً مما تقدم بيانه أن دور الدولة أساسي وشامل في سبيل مراعاة مصالح الحدث الفضلى، بحيث تكون مسؤولة عن ضمان مراعاة مصالحه في كافة المراحل المختلفة، ويشمل ذلك إعداد التشريعات وسن القوانين، ورسم السياسات التي تخدم مصلحة الحدث الفضلى على المستويين: الأمد القصير والأمد الطويل، ومراعاة تطبيق هذه السياسات من الأجهزة المختلفة وفي إطار معايير محددة تضعها الدولة وتشرف على الالتزام بها، ولا فرق في ذلك بين الخدمات التي يقدمها القطاع العام أو القطاع الخاص^(١٨).

ونخلص مما تقدم عرضه؛ أن نطاق تطبيق مبدأ مراعاة مصالح الحدث الفضلى يؤخذ من منظور شخصي، بحيث تراعى كل حالة على حدة وفق ظروفها والمعطيات المحيطة، كما يشمل نطاق تطبيقها كافة الجوانب المتعلقة بشخصية الحدث وما يصب في خيره ورفاهيته وإصلاحه وتقويمه.

(١٦) أشار قانون الجزاء إلى معنى هذه القاعدة عندما نص في المادة (٦٣) على أنه: "إذا انطبق على الواقعة أكثر من وصف قانوني وجب بعد إثبات الأوصاف في الحكم اعتبار وصف الجريمة الأشد، والحكم بعقوبتها دون غيرها. على أنه إذا انطبق على الفعل نص جزائي خاص فيؤخذ عندئذ بالنص الخاص". قانون الجزاء، "الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠١٨/٧) بتاريخ ٢٠١٨/١/١١م، منشور في ملحق الجريدة الرسمية العدد (١٢٢٦) بتاريخ ٢٠١٨/١/١٤م"، المادة (٦٣).

(١٧) البلوشية، رعاية مصالح الطفل الفضلى على ضوء التشريع العماني، ص ٧.

(١٨) عازر، مبادئ النهج الحقوقي في كفالة حقوق الطفل، ص ٤٠.

المطلب الأول

مظاهر تطبيق مبدأ مراعاة مصالح الحدث الفضلى في القانون العماني

بعد أن اتضح لدينا مفهوم مبدأ مراعاة مصالح الحدث الفضلى ونطاق إعماله، ينتقل بنا الحديث إلى بيان مظاهر تطبيق هذا المبدأ في القانون العماني من خلال عرض القواعد الموضوعية والإجرائية ذات الصلة، ويستدعي بحث الموضوع إلى تقسيم المطلب إلى فرعين؛ يتناول الأول منهما القواعد الموضوعية المتعلقة بمبدأ مراعاة مصالح الحدث الفضلى، بينما يتناول الثاني القواعد الإجرائية المتعلقة بمبدأ مراعاة مصالح الحدث الفضلى.

الفرع الأول

القواعد الموضوعية المتعلقة بمبدأ مراعاة مصالح الحدث الفضلى

تستهدف القواعد الموضوعية تتبع الأنشطة ذات العلاقة بالمصلحة المراد حمايتها، وذلك بجعل صفة الطفولة عنصراً تكوينياً في التجريم، أو بجعلها ظرفاً مشدداً أو مخففاً للعقاب حسب الأحوال في كون الطفل جانياً أو مجني عليه^(١٩)، وعليه فإن الحديث هنا سوف يتناول القواعد الموضوعية المتعلقة بمبدأ مراعاة مصالح الحدث الفضلى التي تجعل الطفولة عنصراً في تقرير هذه القواعد، وما يترتب على ذلك من المسائل المتصلة بالمعاملة العقابية أو الإصلاحية.

وبالنظر إلى التشريع العماني؛ نجد أن المادة (٥٤) من قانون الطفل نصت على أن "تكون معاملة الطفل المعرض للجنوح أو الجانح ومساءلته جزائياً وفقاً لأحكام قانون مساءلة الأحداث"^(٢٠)، ويستفاد من هذا النص أن المشرع العماني أحال فيما يتعلق بمساءلة الحدث جنائياً إلى القانون الخاص بذلك وهو قانون مساءلة الأحداث الذي فرض جملة من وسائل الحماية الخاصة بالحدث -سواء كان جانحاً أم معرضاً للجنوح- تختلف

(١٩) الدسوقي، أحمد عبد الحميد، الحماية الموضوعية والإجرائية لحقوق الإنسان في مرحلة ما قبل المحاكمة، (القاهرة: دار النهضة العربية، ط١، ٢٠٠٧م) ص ٩٦-٩٧.

(٢٠) قانون الطفل، المادة (٥٤).

عن تلك المقررة للبالغين، وذلك مراعاة لظرف صغر السن وغضاضة التكوين، ولا شك أن في ذلك إعلاء لمصالح الحدث الفضلى.

وتتجلى القواعد الموضوعية المتعلقة بمبدأ مراعاة مصالح الحدث الفضلى في عدة جوانب من التشريع العماني، وأبرز هذه الجوانب:
أولاً- تصنيف مراحل المسؤولية الجزائية للحدث:

من خلال دراسة مواد قانون مساءلة الأحداث، فإن الباحث يرى أن المشرع العماني صنف مراحل المسؤولية الجزائية للحدث إلى ثلاث مراحل على النحو الآتي:

المرحلة الأولى: مرحلة انعدام المسؤولية الجنائية: وهي المرحلة التي تسبق سن التاسعة من عمر الحدث^(٢١)، فإذا دخل في عمر التاسعة خرج من هذه المرحلة ودخل في المرحلة التي تليها، وفي هذه المرحلة لا يلاحق جزائياً^(٢٢)، ولا تطبق عليه أية عقوبات ولا يحق أن يوقع في حقه إلا تدبيرين من تدابير الرعاية هما: التسليم والتوبيخ^(٢٣).

المرحلة الثانية: مرحلة المسؤولية الجنائية الناقصة: وهي المرحلة التي يبلغ فيها الحدث التاسعة من العمر ولم يبلغ السادسة عشرة، وفيها يكون مسؤولاً جنائياً على نحو ناقص، بحيث يوقع عليه تدابير الرعاية وتدابير الإصلاح فحسب ولا توقع عليه أية عقوبات مقيدة للحرية^(٢٤).

المرحلة الثالثة: مرحلة المسؤولية الجنائية المخففة: تأتي المرحلة الأخيرة قبل بلوغ الحدث سن الرشد الجنائي، فإذا بلغ الحدث السادسة عشرة من العمر فإنه يكون قد دخل مرحلة المسؤولية الجنائية المخففة حتى مرحلة الرشد الجنائي بإتمام الثامنة عشرة من العمر، ويفترض القانون في هذه المرحلة أن الحدث اشتد عوده وأن مداركه صارت أوسع وتمييزه على وشك الاكتمال غير أنه يستفيد من عذر صغر السن، وبالتالي يمكن أن

(٢١) قانون مساءلة الأحداث، المادة (١/د).

(٢٢) ورد النص على ذلك صريحاً في قانون الجزاء، حيث نص على أن: "لا يسأل جزائياً من لم يبلغ

التاسعة من عمره وقت ارتكاب الجريمة". قانون الجزاء، المادة (٤٩)

(٢٣) قانون مساءلة الأحداث، المادة (١٨).

(٢٤) قانون مساءلة الأحداث، المادة (٢٧).

توقع عليه العقوبات الجزائية السالبة للحرية المخففة والمتمثلة في السجن المخفف إضافة إلى إمكانية توقيع أحد تدابير الإصلاح عليه تبعاً لظروف كل جريمة والملابسات التي أحاطت بها^(٢٥).

ويلاحظ الباحث مما سبق عرضه أن قانون مساءلة الأحداث تدرج في تصنيف مسؤولية الحدث بالنظر إلى مراحل العمرية وتطور ملكاته الإدراكية مما يحقق مبدأ مراعاة مصالح الحدث الفضلى، وهذا التقسيم ليس تقسيماً تنظيمياً فحسب؛ بل له أثر يترتب عليه قصده المشرع العماني بشكل أساس من هذا التقسيم، والذي يظهر جلياً في التدابير والعقوبات التي توقع على الحدث في كل مرحلة من المراحل على نحو ما سيأتي تفصيله في البنود اللاحقة.

ثانياً - جعل سلطة تقديرية لقاضي الأحداث في اختيار التدبير المناسب^(٢٦):

إذ يملك قاضي محكمة الأحداث سلطة تقديرية تمكنه من اختيار التدبير الذي يتناسب مع ظروف الحدث وملابسات الجريمة، بما يضمن إعادة تأهيل الحدث وعودته إلى جادة الصواب، وإعادة إدماجه بعد ذلك في المجتمع، وليست هذه السلطة مقصورة على مرحلة نظر الدعوى فحسب؛ بل تمتد إلى مرحلة تنفيذ التدبير أو العقوبة، حيث يبقى إشراف القاضي مستمراً بعد صدور الحكم.

وفي هذا السياق قررت المحكمة العليا العمانية: "أن تقدير العقوبة في الحدود المقررة قانوناً بالنسبة إلى الحدث هو سلطة محكمة الموضوع دون معقب، ودون أن تُسأل حساباً عن الأسباب التي من أجلها أوقعت التدبير بالقدر الذي ارتأته، ومن ثم فلا يُقبل من الطاعن أو من غيره مجادلة المحكمة في تقدير العقوبة التي قضت بها ضد المطعون ضده ما دامت تلك العقوبة هي العقوبة المقررة قانوناً"^(٢٧).

^(٢٥) المرجع نفسه، المادة (٢٨).

^(٢٦) المرجع نفسه، المادتان (٢٧ - ٢٨).

^(٢٧) الحكم القضائي الصادر في الطعن رقم (٢٠١٦/٦٩١) الدائرة الجزائية (أ) بالمحكمة العليا، بتاريخ ٢٠١٧/٥/١٦م (غير منشور).



وقد قسم القانون العماني التدابير التي يحكم بها على الحدث الجانح أو المعرض للجنوح إلى نوعين على التفصيل التالي:

١- تدابير الرعاية (Prevention Measures): وهي وسائل الحماية التي يصح لقاضي الأحداث أن يوقعها على الحدث الجانح أو المعرض للجنوح عند ارتكابه جريمة من الجرائم لتكون بديلاً عن العقوبات التقليدية والتي تهدف إلى إبقاء الحدث في محيطه الاجتماعي وإبعاده عن مواطن الجنوح ومضائنها، ووفقاً للمادة (١٥) من قانون مساءلة الأحداث فإن تدابير الرعاية هي: تدبير تسليم الحدث إلى أبويه أو أحدهما أو أقاربه أو أسرة بديله أو دار توجيه الأحداث، وتدبير التوبيخ، وتدبير منع ارتياد أماكن معينة، وتدبير منع مزاوله عمل معين.

٢- تدابير الإصلاح (Reform Measures): وهي وسائل قانونية تأخذ صفة الجزاء الجنائي توقع على الحدث الجانح لغاية تقويمه وإصلاحه وتأهيله ليعود فرداً صالحاً ومنتجاً ونافعاً في المجتمع، وتشمل هذه التدابير وفقاً للمادة (٢٠) من قانون مساءلة الأحداث: تدبير الإيداع في دار إصلاح الأحداث (Juveniles Reform Home)، وتدبير الوضع تحت الاختبار القضائي (Probation)، وتدبير الإلحاق بالتدريب المهني، وتدبير الإلزام بواجبات معينة، وتدبير الإيداع في مؤسسة صحية.

وهذا التعدد في التدابير نوع من تفريد العقوبات الذي يجعل للقاضي خيارات متعددة يختار بينها وفق ما يراه مناسباً وظروف الحدث وملابسات الدعوى، ولا يعني هذا أن لقاضي الأحداث "السلطة المطلقة" (Unfettered Discretion)، بل عليه أن يتقيد في ممارسته لسلطته بما يقدم إليه من تقارير اجتماعية وأبحاث تخصصية ومقترحات تقدم من ذوي الشأن وأهل الاختصاص.

وفي ذات السياق قررت المحكمة العليا العمانية أن "التفريد القضائي للعقوبة يقوم على اختيار العقوبة المناسبة لحال الجاني وتطبيقها عليه في حدود السلطات والصلاحيات التي يعترف بها المشرع للقاضي في هذا المجال، وكانت المادة (٢٠) من قانون مساءلة الأحداث قد قامت بتسوية التدابير التي من شأنها أن تساعد قاضي الأحداث على تفريد

التدابير وأعطته كامل السلطات لاختيار أي منها تبعاً لفهمه الخاص لخطورة الجريمة وشخصية الحدث الجانح ولطبيعة التدبير^(٢٨).

كما أن الغاية من تشريع هذه التدابير هو إعادة تأهيل الحدث الجانح ورده إلى جادة الصواب حتى يعود فرداً منتجاً ونافعاً لأسرته ومجتمعه، وبالتالي تحقيق مبدأ مراعاة مصالح الحدث الفضلى، وهو ما نبهت إليه أحكام المحكمة العليا العمانية مقررّة "أن غاية الحكم الذي يصدره قاضي الأحداث إنما هو إعادة تأهيل الحدث الجانح عن طريق اختيار التدبير المناسب له، ذلك أن إجرام الأحداث يرجع في الغالب إلى بيئة منحرفة وظروف عارضة، ولا يرجع إلى نزعات إجرامية متأصلة في نفوسهم، وتأسيساً على ذلك؛ كان من أهم مرتكزات السياسة الجنائية الحديثة إصلاح وإعادة إدماج الأحداث بإبعادهم ما أمكن عن العقوبة بمفهومها التقليدي، وعدم مؤاخذتهم بالعقوبات الزجرية الرادعة، والأخذ بما يؤدي إلى تهذيبهم وإصلاحهم، وهو التوجه الذي ارتآه المشرع العماني لما قام بتتويج تدابير الحماية والتهذيب التي من شأنها أن تساعد قاضي الأحداث في تفريد التدبير واختيار الأنسب منها تبعاً لفهمه الخاص لخطورة الجريمة ولشخصية الحدث الجانح ولطبيعة التدبير^(٢٩).

(٢٨) مبدأ رقم (٤٦) في الطعن رقم (٢٠١٦/٧٦٧م) جزائي عليا جلسة الثلاثاء ١٦/مايو/٢٠١٧م، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، في الفترة من ١/١٠/٢٠١٦ وحتى ٣٠/٦/٢٠١٨م، للسنتين القضائيتين السابعة عشرة والثامنة عشرة، ص ٢٣٢-٢٣٧، والحكم القضائي الصادر في الطعن رقم (٢٠١٦/٦٤٩) الدائرة الجزائية (أ) بالمحكمة العليا، بتاريخ ٢٨/٢/٢٠١٧م (غير منشور).

(٢٩) مبدأ رقم (٥٢) في الطعن رقم (٢٠١٦/١٤٣م) جزائي عليا جلسة الثلاثاء ١٧/أكتوبر/٢٠١٧م، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، في الفترة من ١/١٠/٢٠١٦ وحتى ٣٠/٦/٢٠١٨م، للسنتين القضائيتين السابعة عشرة والثامنة عشرة، ص ٢٦٠-٢٦٣.

ثالثاً- عدم اللجوء إلى سلب الحرية إلا كمالاً أخيراً:

وإن كان القانون العماني لم يتضمن نصاً صريحاً لذلك، إلا أنها تتدرج تحت مصلحة الحدث الفضلى التي دعا إليها قانون الطفل العماني، وطبقها قانون مساءلة الأحداث، ويبرز هذا التطبيق في ثلاثة مواضع:

(١) تقصير مدة الإيداع في دار ملاحظة الأحداث في انتظار محاكمة الحدث الجانح بأن جعلها بيد الادعاء العام لمدة ثمانٍ وأربعين ساعة من تاريخ القبض على الحدث الجانح، ورفع مستوى الرقابة على تمديد المدة إلى المدعي العام الذي يجب أن لا يجاوز تمديده خمسة وأربعين يوماً، ثم رفع رقابة التمديد بعد هذه المدة إلى محكمة الأحداث التي يجب أن لا يجاوز إيداعها ثلاثة أشهر وإلا وجب إنهاء الإيداع^(٣٠)، وكل ذلك لأجل التعجيل في محاكم الحدث وعدم جعله ينتظر المحاكمة لمدة طويلة تحقيقاً لمصلحة الحدث الفضلى.

(٢) تخفيف العقوبة السالبة للحرية عند الحكم بها على الحدث الجانح، حيث أن القانون العماني خفف العقوبة الحبسية المؤقتة إلى نصف الحد الأقصى المقرر قانوناً للجريمة المرتكبة بما لا يقل عن ثلاث سنوات في الجنايات، بينما أبدل عقوبة السجن المؤقت بما لا يقل عن ثلاث سنوات ولا يزيد على عشر سنوات بعقوبتي الإعدام والسجن المطلق^(٣١)، وهذا يعني أن المشرع العماني ألغى عقوبتي الإعدام والسجن المطلق عن الحدث الجانح؛ لكونها لا تتناسب وعمره الغض وخفف العقوبة السالبة للحرية على نحو يتناسب ووضعه الجسماني والإدراكي.

(٣٠) قانون مساءلة الأحداث، المادة (٣٢).

(٣١) المرجع نفسه، المادة (٢٨).

طريقة تخفيف العقوبات:

السجن مدة لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد على عشر

عقوبة الإعدام
والسجن
المطلق

السجن مدة لا تجاوز نصف الحد الأقصى المقرر قانوناً
للجريمة المرتكبة وبما لا يقل عن ثلاث سنوات في الجنايات

السجن المؤقت
أو السجن

٣) جعل الإيداع الذي يسبق المحاكمة في دار مخصصة لذلك تسمى "دار ملاحظة الأحداث"^(٣٢)، كما جعل تنفيذ عقوبة السجن التي يحكم بها على الحدث الجانح إيداعاً في دار مخصصة لإصلاح الأحداث تسمى "دار إصلاح الأحداث"^(٣٣)، وبالتالي فإن المشرع العماني يكون قد راعى مصلحة الحدث الفضلى بتقرير أماكن خاصة لسلب حرية الحدث الجانح تكون بمنأى عن أماكن حجز البالغين، وفي المقابل تكون مؤهلة لتقويم الحدث وإصلاحه.

رابعاً- رفع عقوبة الغرامة عن الحدث:

راعى المشرع العماني مصالح الحدث الفضلى حينما منع توقيع عقوبة الغرامة عليه، مفترضاً أن الحدث لا يملك عادة مصدر رزق يتكسب منه، وعلى ذلك فإن تكليفه بأعباء مالية ترهق كاهله لا ينفق ومقتضيات العدالة، فقد نص المشرع العماني في قانون مساءلة الأحداث على عدم جواز توقيع عقوبة الغرامة على الأحداث^(٣٤).

كما أن رفع عقوبة الغرامة عن الحدث تصب في مصلحته الفضلى حتى لا يكون فرضها عليه عائقاً من عودته إلى جادة الصواب بعد أن يخضع للتدابير الرعائية أو الإصلاحية التي يمكن أن يحكم بها عليه تقويماً لسلوكه ومعالجة لحالة الجنوح التي ألمت به، ونرى أن رفع عقوبة الغرامة عن الحدث خطوة متقدمة من المشرع العماني تخدمه

(٣٢) المرجع نفسه، المواد (١٧) و(١٧) و(٣٢).

(٣٣) المرجع نفسه، المادتان (١/ك) و(٢١).

(٣٤) المرجع نفسه، المادة (١٠).

مصلحته الفضلى، وفيها تغليب لهذه المصلحة على حق الدولة في فرض الغرامات على الجناة.

خامساً- فحص حالة الحدث البدنية والنفسية والعقلية والاجتماعية قبل الحكم عليه:

لما كان الهدف من مساءلة الحدث هو حمايته وإعادة تأهيله وإصلاحه حتى يعود إلى المجتمع معافاً وسليماً مما شابه من حالة الجنوح، فإن المشرع العماني وضع نصوصاً خاصة لفحص حالة الحدث البدنية والنفسية والعقلية والاجتماعية قبل الحكم عليه، ومقصود المشرع من ذلك وقوف المحكمة على حالة الحدث بإجراءات الفحوصات الطبية والبحث الاجتماعي بما ينير لها الطريق لاختيار العقوبة أو التدبير المناسب بما يتلاءم ووضعه.

ففي مجال إجراء الفحص على حالة الحدث البدنية والنفسية والعقلية نصت المادة (٤١) من قانون مساءلة الأحداث على أنه "إذا رأت المحكمة أن حالة الحدث البدنية أو العقلية أو النفسية تستلزم فحصه قبل الفصل في الدعوى قررت وضعه تحت الملاحظة في أحد الأماكن المخصصة لذلك، وأوقفت السير في إجراءات المحاكمة إلى أن يتم هذا الفحص". وفي مجال فحص الحالة الاجتماعية والوضع الأسري للحدث، فقد وضع المشرع العماني دائرة متخصصة بذلك تتبع وزارة التنمية الاجتماعية تسمى "دائرة شؤون الأحداث" تتولى دراسة حالات الأحداث الجانحين أو المعرضين للجنوح وتقديم تقارير عنهم، كما تتولى الإشراف والتنفيذ بشأن متطلبات الاختبار القضائي والإفراج الشرطي والإفراج النهائي وإجراءات الرعاية اللاحقة، بالإضافة إلى ما يسند إليها من اختصاصات أخرى يحددها الوزير^(٣٥)، كما أوجد المشرع العماني وظيفة "المراقب الاجتماعي" الذي يتولى تقديم تقرير البحث الاجتماعي^(٣٦) للمحكمة الذي يتضمن الوضع الاجتماعي والأسري للحدث.

ويظهر من هذا؛ أن دراسة وضع الحدث بدنياً و نفسياً وعقلياً واجتماعياً يكشف الطريق للمحكمة المختصة حتى يمكنها من معرفة الظروف والملابسات التي اكتتفت الدعوى

(٣٥) المرجع نفسه، المادة (٤).

(٣٦) المرجع نفسه، المادة (ج/٥).

ودفعت الحدث إلى ارتكاب الجريمة، وهو أيضاً يمكنها من اختيار العقوبة أو التدبير المناسب في ضوء تلك المعطيات بما يحقق إصلاح الحدث وتقويمه، وهي بلا ريب إجراءات تصب في مراعاة مصالح الحدث الفضلى.

سادساً: تطبيق القانون الأصلح للحدث:

ورغم أن هذه قاعدة عامة تشمل البالغين كذلك، إلا أنها تصب في مصلحة الحدث الفضلى، ففي الواقعة التي قُدم فيها الحدث الجانح مع بالغين إلى المحكمة الجنائية؛ فإنها أدنته بجناية السرقة الموصوفة الغير مستجمعة الأحوال مطبقة عليه النصوص القديمة الواردة في قانون الجزاء دون قانون مساءلة الأحداث الذي سرى مفعول تنفيذه وقت المحاكمة وذلك على اعتبار أن الجريمة وقعت في ظل العمل بالنصوص القديمة. وعند الطعن على الحكم أمام المحكمة العليا فإنها نقضت الحكم مقررّة أن "للمحكمة أن تنقض الحكم لمصلحة المتهم من تلقاء نفسها إذا صدر بعد الحكم المطعون فيه قانون أصلح للمتهم، ولما كان ذلك وكان قانون مساءلة الأحداث الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٠٠٨/٣٠م والذي بدأ سريان العمل به في التاسع من سبتمبر ٢٠٠٩م يعد قانون أصلح للمتهمين الأحداث بما صاغه من إجراءات جديدة في صالحهم، وما وفره من ضمانات في محاكمتهم وغيار في بعض العقوبات التي توقع عليهم، ومن ثم فإنه يمتد ليكون واجب التطبيق على الجرائم التي وقعت من المتهمين الأحداث بتاريخ سابق على سريان العمل به ما دام لم يتم الحكم فيها نهائياً .. كما هو الحال في الدعوى المطروحة"^(٣٧).

ومن خلال العرض السابق، يمكن للباحث القول بكل ثقة؛ أن القانون العماني راعي مبدأ مراعاة مصالح الحدث الفضلى في تشريعاته القانونية وتطبيقاته القضائية المتعلقة بمساءلة الحدث الجانح الجنائية، ووضع القواعد الموضوعية التي تحقق هذا المبدأ، ورغم

(٣٧) مبدأ رقم (٣١) في الطعن رقم (٢٠٠٩/٤١٠م) جزائي عليا جلسة الثلاثاء ٢٢/١٢/٢٠٠٩م، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، في الفترة من ١/١٠/٢٠٠٩م وحتى ٣٠/٦/٢٠١٠م، السنة القضائية العاشرة، ص ٢١٢.

ذلك فإنه يجب أن لا يعزب عن بال المشرع هذا المبدأ في أي تشريع جديد أو تعديل قادم يتعلق بالأحداث.

الفرع الثاني

القواعد الإجرائية المتعلقة بمبدأ مراعاة مصالح الحدث الفضلى

تستهدف القواعد الإجرائية تقرير ميزة إجرائية تأخذ شكل استثناء على انطباق كل أو بعض القواعد الإجرائية العامة في حالات خاصة يستلزم تحقيق المصلحة فيها تقرير تلك الميزة، وذلك إما باستبدال قاعدة إجرائية بأخرى، أو بتعليق انطباق القاعدة الإجرائية على قيد أو شرط، أو بتعديل مضمون القاعدة الإجرائية^(٣٨).

وبالنظر إلى القواعد الإجرائية المتعلقة بمبدأ مراعاة مصالح الحدث الفضلى في القانون العماني، فإن مظاهر إعمال هذه القواعد يبرز في الكثير من الجوانب، نذكر أهمها في ذلك:

أولاً: جعل محاكمة الحدث الجانح من قبل جهات متخصصة في سلسلة متكاملة ومترابطة تهدف إلى حلّ مشكلته باعتبارها ذات طابع إنساني وليست مجرد عملية جزائية بحثة^(٣٩):

حيث أوجد التشريع العماني نظاماً مستقلاً لعدالة الأحداث في مراحلها المختلفة، ابتداء من مرحلة جمع استدالات ومروراً بمرحلة التحقيق الابتدائي وانتهاء بمرحلة المحاكمة، وتتمثل هذه الجهات في وحدة شرطة الأحداث ودائرة شؤون الأحداث بوزارة التنمية الاجتماعية وإدارة قضايا الأحداث بالادعاء العام ومحاكم الأحداث المتخصصة^(٤٠).

^(٣٨) الدسوقي، الحماية الموضوعية والإجرائية لحقوق الإنسان في مرحلة ما قبل المحاكمة، ص ٩٦-٩٧.

^(٣٩) عون، رنده الفخري، الطفل والجريمة في ظل قانون الأحداث والقواعد الدولية، (بيروت: منشورات زين الحقوقية، ٢٠١٣م)، ص ٢٣٧.

^(٤٠) قانون مسالة الأحداث، "الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠٠٨/٣٠) بتاريخ ٢٠٠٨/٣/٩م، منشور في الجريدة الرسمية العدد (٨٥٩) بتاريخ ٢٠٠٨/٣/١٥م"، المواد (٤، ٦، ٧، ٣٥).

ولأن التعامل مع الحدث الجانح يحتاج إلى وجود فئة متخصصة ذات وعي بالجوانب النفسية والاجتماعية إلى جانب وعيها القانوني، فإن المشرع العماني أدرك أهمية وجود هذه الفئات في كافة مراحل مساءلة الحدث الجانح، وهكذا فإن محاكمته تمتاز بجانب الرعاية والإصلاح والبعد به قدر الإمكان عن تعقيدات المحاكمة ومسالكها الطويلة عن طريق فرض قواعد ومبادئ تحمي الحدث وتحقق مصالحه الفضلى.

ويستند هذا التطبيق فيما يتعلق بالمحاكمة إلى قاعدة الاختصاص النوعي لقضاء الأحداث، وهو الاختصاص الذي يكون بين محكمة الأحداث والمحاكم الجزائية الأخرى تحت سقف القضاء العادي.

وبالنظر إلى قانون مساءلة الأحداث العماني فإن محكمة الأحداث تعد محكمة خاصة تنظر قضايا معينة دون غيرها من المحاكم بصريح نص المادة (١) من قانون مساءلة الأحداث التي عرّفت "المحكمة" بأنها "الدائرة التي تختص بالنظر في قضايا الأحداث، وفقاً لأحكام هذا القانون وتسمى محكمة الأحداث"^(٤١)، كما نصت المادة (٣٥) على أن "تختص المحكمة دون غيرها بالنظر في أمر الحدث الجانح أو المعرض للجنوح، كما تختص دون غيرها بالفصل في كل ما يتعلق بتنفيذ الأحكام والأوامر الصادرة في شأن الحدث أو الجرائم المترتبة على الإخلال بها"^(٤٢).

ومن خلال النص الأخير يظهر أن محكمة الأحداث تختص بالنظر في أمر الحدث الجانح وحالات التعرض للجنوح والفصل في كل ما يتعلق بتنفيذ الأحكام والأوامر الصادرة في شأن الحدث والفصل في الجرائم المترتبة على الإخلال بالتنفيذ والأوامر الصادرة في شأن الحدث، آخذة في الاعتبار مبدأ مراعاة مصالح الحدث الفضلى باعتباره قاعدة عامة تحكم القرارات والإجراءات القضائية كافة التي تتأخذ في مواجهته.

وكذلك الحال بالنسبة إلى المراحل التي تسبق المحاكمة، فقد أوجد القانون العماني وحدة شرطة الأحداث ودائرة شؤون الأحداث التابعة لوزارة التنمية الاجتماعية، كما أوجد أعضاء خاصين للأحداث من الادعاء العام.

(٤١) المرجع نفسه، المادة (١-و).

(٤٢) المرجع نفسه، المادة (٣٥).

حيث جاءت نصوص قانون مساءلة الأحداث مؤكدة على أن "تتولى وحدة شرطة الأحداث جمع الاستدلالات في قضايا الأحداث وضبط الجانحين منهم أو المعرضين للجروح وذلك بمرعاة الإجراءات المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية"،^(٤٣) وأن "تتولى دائرة شؤون الأحداث دراسة حالات الأحداث الجانحين أو المعرضين للجروح وتقديم تقارير عنهم، كما تتولى الإشراف والتنفيذ بشأن متطلبات الاختبار القضائي والإفراج الشرطي والإفراج النهائي وإجراءات الرعاية اللاحقة بالإضافة إلى ما يسند إليها من اختصاصات أخرى يحددها الوزير"^(٤٤)، وأن "يتولى إجراء التحقيق في قضايا الأحداث ورفع الدعوى العمومية ومباشرتها أمام المحكمة أعضاء يخصصون لذلك من الادعاء العام"^(٤٥).

ونلخص مما تقدم؛ أن القانون العماني أحاط الحدث الجانح بكافة الضمانات القانونية في عدالته الجنائية ومراحل مساءلته الجنائية المختلفة، وذلك بأن جعل مساءلته من قبل جهات متخصصة تتمتع بمعارف قانونية ونفسية واجتماعية خاصة تمكنها من التعامل مع الحدث بحرفية عالية حتى يعود فرداً منتجاً ونافعاً لأمتة ومجتمعه بما يحقق مصالحه الفضلى ويضمن له نظام قضائي عادل وناجز.

ثانياً: إلزامية التمثيل القانوني للحدث:

فعند إحالة الحدث الجانح إلى القضاء يجب أن يكون له تمثيل قانوني عن طريق ولي أو وصي أو قِيمٍ أو مؤتمن عليه أو محامٍ يدافع عنه حتى يتمكن القضاء من تقييم مصالح الحدث الفضلى وتحديدها لأجل الأخذ بها في الحساب، وقد أوجب القانون العماني على ممثلي الحدث توكيل محامٍ يدافع عنه، وإلا كلفت المحكمة أحد المحامين للدفاع عن الحدث.

(٤٣) - المرجع نفسه، المادة (٦).

(٤٤) - المرجع نفسه، المادة (٤).

(٤٥) - المرجع نفسه، المادة (٧).

وإذا كان المتهم البالغ الكامل الإدراك بحاجة إلى محام يدافع عنه، فإن هذه الحاجة تكون أكثر إلحاحاً في حق الحدث الجانح الذي يواجه نقص الإدراك وعضاضة التكوين وعدم الاستيعاب الكامل للمسؤولية القانونية وطرقها المتشعبة^(٤٦).

فقد نص قانون مساءلة الأحداث على أن: "على والدي الحدث أو غيرهما ممن ذكروا في المادة السابقة^(٤٧) توكيل محامٍ للدفاع عن الحدث الجانح وإلا نذبت المحكمة أحد المحامين ليتولى هذه المهمة"^(٤٨)، وهذا يقتضي أنه لا يجوز محاكمة الحدث دون محامٍ لتعلقه بقاعدة أمره متعلقة بحسن سير العدالة، وفي حال صدور حكم ضد الحدث دون حضور محامٍ يدافع عنه فإن ذلك يرتب البطلان المتعلق بالنظام العام لمخالفته نصاً أمراً متعلقاً بقاعدة مقررة لمصلحة العدالة.

وقد أرست المحكمة العليا العمانية هذا المبدأ في قضائها حين قررت أن مؤدى المادة (٣٩) من قانون مساءلة الأحداث أنه "يجب حضور محامٍ مع الحدث الجانح للدفاع عنه سواء موكلاً من قبل من ذكرتهم المادة، أو بندبه من قبل المحكمة عند عدم توكيل محامٍ عنه من قبل المنوط بهم ذلك، وأنه يترتب على عدم حضور محامٍ سواء كان موكلاً أو منتدباً على النحو السالف ذكره أن إجراءات المحاكمة تكون معيبة بما يبطلها"^(٤٩)، وأكدت في مبدأ آخر أن مؤدى المادة (٣٩) من قانون مساءلة الأحداث أن حضور محامٍ مع

(٤٦) عوين، زينب أحمد، قضاء الأحداث دراسة مقارنة، (عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط١، ٢٠٠٩م)، ص٢١٨.

(٤٧) وهم: أحد والديه أو الولي أو الوصي أو المؤتمن عليه بحسب الأحوال.

(٤٨) قانون مساءلة الأحداث، المادة (٣٩).

(٤٩) مبدأ رقم (١٤) في الطعن رقم (٢٠١١/٢٦٦م) جزائي عليا جلسة الاثنين ١٩/ديسمبر/٢٠١١م، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، في الفترة من ١/١٠/٢٠١١ وحتى ٣٠/٦/٢٠١٢م، السنة القضائية الثانية عشرة، ص١١٢-١١٣.

الحدث خلال أطوار المحاكمة ليؤازره في الدفاع عن نفسه أمر لزمي لا اختياري، مخالفة ذلك تبطل الحكم، وهي تتعلق بالنظام العام، وللمحكمة إثارة ذلك من تلقاء نفسها^(٥٠).

ثالثاً: جعل الأصل في محاكمة الحدث الجانح السرية بخلاف القاعدة العامة في المرافعات التي تجعل المحاكمات علنية:

فقد نص التشريع العماني صراحة على سرية محاكمة الحدث مقررأً بأن "تكون محاكمة الحدث سرية، ولا يجوز أن يحضرها إلا والداه أو وليه أو وصيه أو المؤمن عليه والمحامون والشهود والمراقبون الاجتماعيون ومن تأذن له المحكمة"^(٥١).

وأكدت المحكمة العليا العمانية أن مفاد نص المادة (٤٠) من قانون مساءلة الأحداث أن محاكمة الحدث تكون سرية وجوباً، ولم يترك ذلك لتقدير المحكمة، وهو أمر متعلق بالنظام العام لتعلقه بأحد المبادئ العامة بمرحلة المحاكمة القانونية بالنسبة إلى الحدث، واعدت أن مخالفة ذلك إخلال بحق الدفاع مؤداه بطلان يلحق الحكم من النظام العام^(٥٢). ويهدف مبدأ سرية المحاكمة في محاكم الأحداث إلى المحافظة على نفسية الحدث وسمعته من أن تتأثر -في الحال أو الاستقبال- نتيجة مناقشة ملابسات الجريمة التي ارتكبها على الملأ، فهي إحدى الضمانات الحمائية المقررة؛ لأجل صون نفسية الحدث الجانح جراء مناقشة دعواه أمام القضاء، وعليه فإن غاية المشرع من ذلك مراعاة مصالح الحدث الفضلى؛ لأن مصلحته الفضلى تُرجَّح على الاعتبارات المبررة للعلانية الضارة

(٥٠) مبدأ رقم (٧٨) في الطعن رقم (٢٠١٨/١٠٢) جزائي عليا جلسة الثلاثاء ٢٩/مايو/٢٠١٨م، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، في الفترة من ١/١٠/٢٠١٦ وحتى ٣٠/٦/٢٠١٨م، للسنتين القضائيتين السابعة عشرة والثامنة عشرة، ص ٤٠٦.
(٥١) قانون مساءلة الأحداث، المادة (٤٠).

(٥٢) مبدأ رقم (٥٤) في الطعن رقم (٢٠١٧/٦٣١) جزائي عليا جلسة الثلاثاء ٧/نوفمبر/٢٠١٧م، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، في الفترة من ١/١٠/٢٠١٦ وحتى ٣٠/٦/٢٠١٨م، للسنتين القضائيتين السابعة عشرة والثامنة عشرة، ص ٢٦٨.

بمصالح الحدث؛ لأنها تعد وسيلة تشهير غير مباشرة تصمه بوصمة الجانح وتؤثر على نفسيته^(٥٣).

وترسيخاً لتحقيق السرية في محاكمة الحدث، فإن المشرع العماني منع وسائل الاعلام المختلفة من أن تتناول قضايا الأحداث بالنشر بأي وسيلة كانت، فقد نصت المادة (١٢) من قانون مساءلة الأحداث على أن "يحظر بغير إذن من المحكمة نشر اسم الحدث أو صوته أو وقائع المحاكمة أو ملخصها أو خلاصة الحكم أو منطوقه في الكتب أو وسائل الإعلام المقروءة أو المسموعة أو المرئية أو بأية طريقة أخرى"^(٥٤).

ويبدو جلياً أن مقصود المشرع من ذلك هو توفير أكبر قدر من الحماية للحياة الخاصة للحدث بما يراعي مصالحه الفضلى لما للنشر من تأثيرات سلبية على نفسية الحدث وسمعته، بل تمتد لتشمل أيضاً سمعة أسرته، الأمر الذي يعيق عملية إعادة تأهيله وإصلاحه ويضر بمستقبله.

رابعاً: إعفاء الحدث من الرسوم والمصاريف القضائية:

في سبيل تحقيق مبدأ مراعاة مصالح الحدث الفضلى فقد أعفى المشرع العماني الحدث من تحمل الأعباء المالية الناتجة عن الدعوى الجزائية، فأرسي قاعدة عدم تحميل الحدث الجانح ما يترتب على المساءلة الجزائية من رسوم ومصاريف قضائية، فقد نص قانون مساءلة الأحداث على أن: "يُعفى الأحداث من أداء أية رسوم أو مصاريف أمام محاكم الأحداث بمختلف درجاتها"^(٥٥)، ويستنتج الباحث من هذا النص أن الاعفاء يشمل الرسوم والمصاريف القضائية، كما يشمل جميع درجات التقاضي في محاكم الأحداث (ابتدائي واستئناف وعلياً).

ويظهر جلياً من هذا أن المشرع العماني راعي مصالح الحدث الفضلى برفع الأعباء المالية التي يمكن أن تنتج عن الدعوى الجزائية؛ نظراً إلى أن الحدث الجانح غالباً ليس

^(٥٣) قصير، علي، الحماية الجنائية للطفل في التشريع الجزائري، "بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه في علوم القانون، جامعة الحاج لخضر - باتنة - الجزائر، كلية الحقوق، ٢٠٠٨م"، ص ١٩٣.

^(٥٤) قانون مساءلة الأحداث، المادة (١٢).

^(٥٥) المرجع نفسه، المادة (١١).

صاحب عمل يتكسب منه أو مصدر رزق يتمول منه، وحتى لا تكون تلك الأعباء عائقاً من عودته الحميدة للمجتمع.

خامساً: إعفاء الحدث من حضور جلسات المحاكمة:

الأصل في المحاكمات الجزائية إلزامية حضور المتهم في جلسات المحاكمة؛ نظراً إلى خطورة الاتهام والعقوبة التي من المحتمل إيقاعها عليه، فإن القواعد العامة تقضي بوجوب حضور المتهم بنفسه في جميع إجراءات المحاكمة في الجنايات والجنح المعاقب عليها بالسجن، ويجوز في غير ذلك أن يعين وكيلاً عنه، وفي حالة تخلفه عن الجلسة فإنه يجوز له في جميع الأحوال أن يحضر وكيل عن المتهم ويبدى عذره في عدم الحضور فإذا رأت المحكمة أن العذر مقبول تُعيّن ميعاداً لحضور المتهم أمامها ويخطر بذلك^(٥٦). وفي سبيل مراعاة مصالح الحدث الفضلى فإن المشرع العماني أجاز إعفاء الحدث من حضور جلسة المحاكمة والاكتفاء بحضور من ينوب عنه، فقد نصت المادة (٤٠) من قانون مساءلة الأحداث على أنه "يجوز إعفاء الحدث من الحضور والاكتفاء بحضور من ينوب عنه ممن ذكروا في الفقرة السابقة، وفي هذه الحالة لا يجوز الحكم بالإدانة الا بعد إفهام الحدث ما تم من إجراءات".

والغاية من ذلك الحفاظ على نفسية الحدث من الآثار السلبية التي تنتج عند مناقشة قضيته أمام القائمين على شأنه والشهود، أو لأجل عدم إرهاق الحدث بكثرة الحضور للمحاكمات عند تعددها وتشعب مسالكها، ولا ريب أن ذلك يصب في إعلاء مصالح الحدث الفضلى.

ونخلص مما تقدم؛ أن القانون العماني شرع جملة من الضمانات الموضوعية والإجرائية التي تحقق مبدأ مراعاة مصالح الحدث الفضلى وإعلائها على الاعتبارات الأخرى عند مساءلته جنائياً، بما يضمن تحقيق محاكمة عادلة، وتخفيف إجراءات المحاكمة بما تناسب عمر الحدث وتكوينه.

^(٥٦) قانون الإجراءات الجزائية، الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٩٩/٩٧) بتاريخ ١٢/١/١٩٩٩م، منشور في الجريدة الرسمية العدد (٦٦١) بتاريخ ١٥/١٢/١٩٩٩م، المادة (١٦٥)

المطلب الثاني

مبدأ مراعاة مصالح الحدث الفضلى في القانون الدولي ونطاق تطبيقه

بعد أن وضح لدينا نطاق إعمال مبدأ مراعاة مصالح الحدث الفضلى في القانون العماني، وتطبيقاته العملية في نظام المساءلة الجنائية، ونظام المعاملة العقابية والإصلاحية، ننقل إلى الحديث عن موقف القانون الدولي من هذا المبدأ ونطاق تطبيقه، وذلك من خلال الفرعين القادمين، والذي يتناول الفرع الأول منه موضوع مراعاة مصالح الحدث الفضلى في القانون العماني، بينما يتناول الفرع الثاني نطاق تطبيق مبدأ مراعاة مصالح الحدث الفضلى في القانون الدولي.

الفرع الأول

مبدأ مراعاة مصالح الحدث الفضلى في القانون الدولي

يعد مبدأ مراعاة مصالح الحدث الفضلى في مجال العدالة الجنائية للحدث الجانح أحد المبادئ الأساسية التي نصت عليها الاتفاقيات الدولية وعلى رأسها اتفاقية لحقوق الطفل⁽⁵⁷⁾، ووجهت الدول إلى تبنيها وجعلها محورا أساسياً تدور حوله كافة الحقوق المقررة للحدث، ومبدأ قانونياً تسترشد به في الإجراءات القضائية كافة التي تمس الحدث وتلتزم به سائر السلطات المختصة في الدولة.

فقد جسدت اتفاقية حقوق الطفل لعام ١٩٨٩م أربع مبادئ عامة:
أولها: مبدأ عدم التمييز بسبب اللون أو الجنس أو غيرها من الأسباب (المادة ٢).
والثاني: مبدأ اعتبار المصالح الفضلى للطفل في جميع الإجراءات التي تتعلق به (المادة ٣).

والثالث: مبدأ الاعتراف بالحق الأصيل للطفل في الحياة (المادة ٦).
والرابع: كفالة مبدأ حق الطفل في التعبير عن آرائه بحرية في جميع المسائل التي تمسه (المادة ١٢).

ويظهر من هذا؛ أن مبدأ مراعاة مصالح الحدث الفضلى هو المبدأ الثاني من ضمن المبادئ الأساسية الأربعة التي أقرتها اتفاقية حقوق الطفل، ويمكن القول إن مبدأ مراعاة مصالح الطفل الفضلى يُعدُّ هو المبدأ الأساسي الذي تدور حوله بقية المبادئ وتنتقل

(57) Convention on the Rights of the Child (CRC), Article (3).

من محوره، ولذا يرى بعض الباحثين أن هذا المبدأ يجب أن يعتمد كـفلسفة أساسية للاتفاقية، وهدف أكبر ينبغي العمل إلى تحقيقه في جميع الظروف والأحوال^(٥٨).

كما وضعت قواعد الأمم المتحدة النموذجية لإدارة شؤون الأحداث التي تُعرَف بـ (قواعد بكين) على كاهل قضاة الأحداث العمل في أن تساعد الإجراءات على تحقيق المصلحة الفضلى للحدث^(٥٩)، ولقتت نظرهم إلى أن يكون خير الحدث هو العامل الذي يُستَرسَدُ به لدى النظر في قضيته^(٦٠)، وتعد هذه القواعد مهمة جداً في مجال العدالة الجنائية للحدث؛ إذ أنها تضع القواعد الدنيا التي يجب مراعاتها عند مساءلة الحدث جنائياً، ولا غرو أن تتضمن مبدأ مراعاة مصالح الحدث الفضلى لما له من أهمية في تحقيق محاكمة منصفة للأحداث.

كما جاء في تعليق لجنة حقوق الطفل في مجال إقامة العدل أنه في القضايا الجنائية يُطبق مبدأ المصالح الفضلى على الأطفال المخالفين للقانون، وتعني حماية مصالح الطفل الفضلى في هذه الحالة أن تُستبعد الأهداف التقليدية للعدالة الجنائية مثل القمع أو الجزاء، ويجب أن يُفسح المجال لإعادة التأهيل وتحقيق أهداف العدالة الإصلاحية عندما تتعامل مع الجانحين الأطفال^(٦١)، وأوضحت أنه يجب أن تكفل المحاكم مراعاة مصالح الطفل الفضلى في جميع الحالات والقرارات سواء أكانت ذات طابع إجرائي أم موضوعي ويجب أن تُثبت أنها فعلت ذلك بفعالية^(٦٢).

وجاء في ذات التعليق على أن على كل دولة طرف أن تحترم حق الطفل في تقييم مصالحه الفضلى وفي إيلاء الاعتبار الأول لها وتعمل على إنفاذ هذا الحق، وهي ملزمة باتخاذ جميع التدابير الضرورية والمتعمدة والملموسة لإعمال هذا الحق إعمالاً كاملاً^(٦٣).

^(٥٨) الحرك، هشام محمد، "المبادئ العامة لحقوق الطفل وإدماجها في المناهج التربوية"، موقع السكينة الالكتروني: تاريخ النشر ٢٠١٣/٥/٢م، <http://www.assakina.com/rights/childrens-rights>، (الاسترجاع ١٨ يونيو ٢٠١٩م).

^(٥٩) United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice (The Beijing Rules), (Adopted by General Assembly resolution 40/33 of 29 November 1985), <https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/beijingrules.pdf> (accessed 5 May 2019), Rule (14-2).

^(٦٠) Ibid., Rule (17-1-d).

^(٦١) General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1), Article (28).

^(٦٢) Ibid., Article (29).

^(٦٣) Ibid., Article (13).

وهذه النصوص الواردة في هذا التعليق توضح بشكل جلي أن إعمال مبدأ مراعاة مصالح الحدث الفضلى يجب أن يراعى في جميع المسائل المتصلة بعدالة الأحداث، سواء كانت ذات طابع إجرائي أو موضوعي، على أن يتم ذلك بشكل فاعل، وهو ما يتفق وما قرره المشرع العماني في هذا المجال.

وأشارت المبادئ التوجيهية للتعامل مع الأطفال في نظام العدالة الجنائية إلى أنها تعمل على تحقيق احترام الإنسان بما يتوافق مع المبادئ الأربعة التي وضعتها الاتفاقية وهي: عدم التمييز، والتمسك بمصالح الحدث الفضلى، والحق في الحياة والبقاء والنمو، واحترام وجهات نظر الطفل^(٦٤)، إذ أن هذه المبادئ العامة هي التي تدور عليها معاملة الحدث بشكل عام.

ومن هذا نخلص إلى أن القانون الدولي أخذ بمبدأ مراعاة مصالح الحدث الفضلى، وجعله محوراً تنطلق منه جميع الإجراءات المتخذة في مواجهة الأحداث، وأمرًا مرعيًا في جميع الأحوال والظروف، بما يحقق عدالة منصفة ومعاملة إصلاحية تكفل له عودة حميدة للمجتمع.

الفرع الثاني

نطاق تطبيق مبدأ مراعاة مصالح الحدث الفضلى في القانون الدولي

رغم أن القانون الدولي جعل مبدأ مراعاة مصالح الحدث الفضلى قاعدة عامة تحكم كل التصرفات والقرارات والإجراءات التي تتخذ في مواجهة الحدث، إلا أنه نص على مراعاتها في بعض الحالات تأكيد على أهميتها القصوى في تلك الحالات خصوصاً. ومن ذلك، ما نصت عليه اتفاقية حقوق الطفل أنه يجب أن تتم محاكمة الطفل بحضور مستشار قانوني أو بمساعدة مناسبة أخرى وبحضور والديه أو الأوصياء القانونيين عليه ما لم يُعد ذلك في غير مصلحة الطفل الفضلى^(٦٥)، فعندها يجوز منع حضورهم لهذا الاعتبار الذي يسمو على بقية الاعتبارات الأخرى.

(64) Guidelines for Action on Children in the Criminal Justice System (GACCS), (Recommended by Economic and Social Council resolution 1997/30 of 21 July 1997), <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CriminalJusticeSystem.aspx> (accessed 13 April 2019), Guideline (8-a).

(65) Convention on the Rights of the Child (CRC), Article (40-3).

وفي ذات المجال، أشارت الفقرة (٥٦) من التعليق العام رقم ٢٤ (٢٠١٩)^(٦٦) بشأن حقوق الطفل في نظام قضاء الأطفال إلى أنه ينبغي حضور الآباء أو الأوصياء القانونيين في جميع مراحل الدعوى، غير أن للقاضي أو السلطة المختصة أن تقرر الحد من حضورهم في الإجراءات أو تقييده أو استبعاده، بطلب من الطفل أو مساعده القانوني أو مساعد مناسب آخر أو لأنه لا يخدم مصالح الطفل الفضلى^(٦٧).

ومن جانب آخر، ألزمت اتفاقية حقوق الطفل بأن تضمن الدول الأطراف في تشريعاتها عدم فصل الطفل عن والديه على كره منهما إلا عندما تقرر السلطة القضائية المختصة - وفقاً للقوانين والإجراءات المعمول بها - اتخاذ هذا الإجراء، وشرطت الاتفاقية أن يكون هذا الفصل ضرورياً لصون مصالح الطفل الفضلى، مثل حالة إساءة الوالدين معاملة الطفل أو إهماله أو أنهما يعيشان منفصلين ويتعين اتخاذ قرار بشأن محل إقامة الطفل^(٦٨)، ويبقى الطفل المنفصل عن والديه محتفظاً باتصال مباشر بكليهما إلا إذا تعارض ذلك مع مصالح الطفل الفضلى^(٦٩).

وأكدت الاتفاقية على أن تبذل الدول الأطراف قصارى جهدها لضمان الاعتراف بالمبدأ القائل: أن كلا الوالدين أو الأوصياء القانونيين يتحملون مسؤوليات مشتركة عن تربيته الطفل ونموه، وتكون مصالح الطفل الفضلى موضع اهتمامهم الأساسي^(٧٠). وفي مرحلة اعتقال الحدث في انتظار المحاكمة؛ فإن لجنة حقوق الطفل شددت على أن تضمن الدول عدم الاحتفاظ بالأطفال في وسائل النقل أو في زنانات الشرطة، إلا

^(٦٦) نشرت لجنة الأمم المتحدة لحقوق الطفل التعليق العام رقم ٢٤ (٢٠١٩) بشأن حقوق الأطفال في نظام قضاء الأطفال لتحل محل التعليق العام رقم ١٠ (٢٠٠٧) بشأن حقوق الأطفال في قضاء الأحداث، ويعكس التعليق العام التطورات التي حدثت منذ عام ٢٠٠٧ نتيجة لتغيير المعايير الدولية والإقليمية، وتطور بعض مفاهيم الفقه القانوني، والمعرفة الجديدة حول نمو الأطفال والمراهقين.

^(٦٧) - General Comment No. 24 (2019) on Children's Rights in the Child Justice System (GC24), replacing General Comment No. 10 (2007) Children's rights in juvenile justice, (United Nations, Convention on the Rights of the Child, Committee on the Rights of the Child, 18 September 2019), <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/GC24/GeneralComment24.pdf>, (accessed 3 August 2020), Article (56).

^(٦٨) Convention on the Rights of the Child (CRC), Article (9-1).

^(٦٩) Ibid., Article (9-3).

^(٧٠) Ibid., Article (18-1).

كماً لا أخيراً ولا أقصر فترة زمنية ممكنة، وألا يُحتجزوا مع البالغين، إلا إذا كان ذلك يخدم مصالحهم الفضلى^(٧١).

كما تناولت اتفاقية حقوق الطفل مراعاة مصلحة الطفل الفضلى عند فصله في السجن عن مكان حجز البالغين، إذ يجب أن يفصل كل طفل محروم من حريته عن البالغين ما لم يُعدَّ أن مصلحة الطفل تقتضي خلاف ذلك^(٧٢).

وقد أشار التعليق العام رقم ٢٤ (٢٠١٩) الصادر عن لجنة حقوق الطفل إلى أن حالة الاستثناء المباحة لفصل الأطفال عن البالغين الواردة في المادة (٣٧ج) من الاتفاقية والتي جاء نصها: "ما لم يُعدَّ أن مصلحة الطفل تقتضي خلاف ذلك"، يجب أن تُفسر تفسيراً ضيقاً، ولا ينبغي أن تتفوق راحة الدول الأطراف على المصالح الفضلى للطفل^(٧٣).

كما أشارت الفقرة (٩٣) من التعليق العام أنف الذكر إلى أنه لا تعني هذه القاعدة – أي القاعدة السابق ذكرها – أن الطفل المودع في مرفق للأطفال ينبغي أن يُنقل إلى مرفق للبالغين حال بلوغه الثامنة عشرة، وينبغي أن يكون استمرار بقاءه في مرفق الأطفال ممكناً إذا كان ذلك يصب في مصلحته الفضلى، ولا يتعارض والمصالح الفضلى للأطفال في المرفق^(٧٤).

وهذه النصوص تقتضي أن تكون مراعاة مصالح الحدث الفضلى هي المرشد للإجراءات المتخذة في مواجهة الحدث عند احتجازه أو تقييد حريته، فلا يمكن حجز حدث مع بالغين أو نقله إلى أماكن احتجازهم إلا إذا كان في ذلك تحقيق لمصلحة الحدث.

وفي مجال المعاملة العقابية والإصلاحية للحدث، فقد أشارت لجنة حقوق الطفل إلى أنه عند ارتكاب الأطفال جرائم خطيرة، يمكن النظر في اتخاذ تدابير تتناسب مع ظروف الجاني ومع خطورة الجريمة، بما في ذلك الاعتبارات المتعلقة بالحاجة إلى السلامة العامة وضرورة فرض عقوبات، وينبغي إيلاء الاعتبار لمصالح الطفل الفضلى في المقام الأول، وكذلك الحاجة إلى تشجيع إعادة اندماج الطفل في المجتمع^(٧٥)، وهذا يجعل من المبدأ قاعدة تحكم المعاملة العقابية والإصلاحية للأحداث.

(71) Ibid., Article (85-b).

(72) Convention on the Rights of the Child (CRC), Article (37-C).

(73) General Comment No. 24 (2019) on Children's Rights in the Child Justice System (GC24), Article (92).

(74) Ibid., Article (93).

(75) General Comment No. 24 (2019) on Children's Rights in the Child Justice System (GC24), Article (76).

ويظهر من جميع ما تقدم أن تطبيق مبدأ مصالح الحدث الفضلى في القانون الدولي يشمل جميع المسائل المتعلقة بالحدث بما فيها مساءلته الجنائية سواء تعلق الأمر بمسألة موضوعية أو عمل إجرائي، وعلى هذا فإن المشرع العماني يكون متفقاً لما قررته القواعد الدولية في هذا المجال، وبذلك فإن التشريعين العماني والدولي يسيران في ذات الاتجاه فيما يتعلق بشأن مراعاة مصالح الحدث الفضلى.

الخاتمة

نخلص مما تقدم عرضه أن القانون العماني والقانون الدولي رسخا في قواعدهما القانونية مبدأ مراعاة مصالح الحدث الفضلى في عدالته الجنائية وطبقا ذلك عملياً في سائر الحقوق والإجراءات المتعلقة بالحدث، ويمكن أن نلخص ما توصل إليه البحث في نتائج في الآتي:

- لم تضع التشريعات القانونية تعريفاً محدداً لمفهوم مراعاة مصالح الحدث الفضلى، ويعرفه الباحث بأنه: مراعاة خير الحدث ورفاهيته في كل تشريع أو حكم أو قرار أو إجراء يتخذ لأجله أو في مواجهته بحيث تكون هي الغاية والمقصد في جميع تلك الأعمال وإعلاؤها على كافة الاعتبارات الأخرى.
- يجب الأخذ بمبدأ مراعاة مصالح الحدث الفضلى في جميع الإجراءات التي تتعلق بالحدث وفي جميع الظروف والأحوال بحيث تغطي كافة الحقوق التي يجب تحقيقها للحدث، ومن أهمها مراعاة المبدأ في نظام العدالة الجنائية للحدث الجانح.
- أعمل القانون العماني مبدأ مراعاة مصالح الحدث الجانح في الكثير من الإجراءات القضائية عند مساءلة الحدث الجانح منها: جعل محاكمته من قبل جهات متخصصة في سلسلة متكاملة و مترابطة غايتها إصلاح الحدث وتأهيله، وإعطاء سلطة تقديرية لقاضي الأحداث في اختيار التدبير المناسب عند الحكم عليه جنائياً، وتقليل مدة تقييد حرية الحدث عن طريق تقليل مدة الإيداع لحين المحاكمة وفرض الرقابة القضائية عليها وتخفيف العقوبة السالبة للحرية، والزام أن يكون هناك ممثل قانوني للحدث عن محاكمته، وجعل محاكمته في سرية بعيداً عن أعين الكافة، وتطبيق قاعدة القانون الأصلح للحدث.
- أعمل القانون الدولي مبدأ مراعاة مصالح الحدث الجانح في كافة الإجراءات التي تتعلق بالحدث الجانح وجعله محوراً أساسياً تدور حوله كافة الحقوق المقررة للحدث ومبدأ قانونياً تسترشد به في كافة الإجراءات القضائية التي تمس الحدث وتلتزم به سائر السلطات المختصة في الدولة.

المراجع

أولاً- المراجع القانونية:

- البلوشية، ماجدة بنت محمد بن خميس، رعاية مصالح الطفل الفضلى على ضوء التشريع العماني، (رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة السلطان قابوس، يونيو ٢٠١٤).
- الحرك، هشام محمد، "المبادئ العامة لحقوق الطفل وإدماجها في المناهج التربوية"، موقع السكينة الالكتروني: تاريخ النشر ٢٠١٣/٥/٢م، <http://www.assakina.com/rights/childrens-rights> (الاسترجاع ١٨ يونيو ٢٠١٩م)
- الدسوقي، أحمد عبدالحميد، الحماية الموضوعية والإجرائية لحقوق الإنسان في مرحلة ما قبل المحاكمة، (القاهرة: دار النهضة العربية، ط١، ٢٠٠٧م).
- السعدون، محمد ثامر، "مصالح الطفل الفضلى بين التضييق والتوسيع"، مجلة المنال الالكترونية، تاريخ النشر: الثلاثاء ٢٢ أيلول/سبتمبر ٢٠١٥م، <http://www.almanalmagazine.com> (الاسترجاع ١٧ أغسطس ٢٠١٩م).
- عازر، عادل، مبادئ النهج الحقوقي في كفالة حقوق الطفل، (القاهرة: المجلس العربي للطفولة والتنمية، ٢٠١١م).
- عون، رنده الفخري، الطفل والجريمة في ظل قانون الأحداث والقواعد الدولية، (بيروت: منشورات زين الحقوقية، ٢٠١٣م).
- عوين، زينب أحمد، قضاء الأحداث دراسة مقارنة، (عمّان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط١، ٢٠٠٩م).
- قصير، علي، الحماية الجنائية للطفل في التشريع الجزائري، "بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه في علوم القانون، جامعة الحاج لخضر - باتنة - الجزائر، كلية الحقوق، ٢٠٠٨م".
- Leurs, Koen, the Participation of Juvenile Defendants in the Youth Court: A Comparative Study of Juvenile Justice Procedures in Europe, (Stephanie Rap, 2013).

ثانياً- القوانين:

- قانون الإجراءات الجزائية، "الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٩٩/٩٧) بتاريخ ١٩٩٩/١٢/١م، منشور في الجريدة الرسمية العدد (٦٦١) بتاريخ ١٩٩٩/١٢/١٥م".

- قانون الجزاء، "الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠١٨/٧) بتاريخ ٢٠١٨/١/١١م. منشور في ملحق الجريدة الرسمية العدد (١٢٢٦) بتاريخ ٢٠١٨/١/١٤م".
- قانون الطفل، "الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠١٤/٢٢) بتاريخ ٢٠١٤/٥/١٩م، منشور في الجريدة الرسمية العدد (١٠٥٨) بتاريخ ٢٠١٤/٦/١م".
- قانون مساءلة الأحداث، "الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠٠٨/٣٠) بتاريخ ٢٠٠٨/٣/٩م، منشور في الجريدة الرسمية العدد (٨٥٩) بتاريخ ٢٠٠٨/٣/١٥م".
- النظام الأساسي للدولة، "الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٩٦/١٠١) بتاريخ ١٩٩٦/١١/٦م. منشور في ملحق الجريدة الرسمية العدد (٥٨٧) بتاريخ ١٩٩٦/١١/٦م".

ثالثاً- المواثيق والمعاهدات الدولية:

- Convention on the Rights of the Child (CRC), (Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 44/25 of 20 November 1989, entry into force 2 September 1990, in accordance with article 49), <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/crc.aspx> (accessed 11 April 2019).
- General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para.1), (Adopted by the Committee at its sixty-second session, 14 January – 1 February 2013), <https://www.refworld.org/docid/51a84b5e4.html> (accessed 7 November 2019).
- General Comment No. 24 (2019) on Children's Rights in the Child Justice System (GC24), replacing General Comment No. 10 (2007) Children's rights in juvenile justice, (United Nations, Convention on the Rights of the Child, Committee on the Rights of the Child, 18 September 2019), <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/GC24/GeneralComment24.pdf>, (accessed 3 August 2020).

- Guidelines for Action on Children in the Criminal Justice System (GACCS), (Recommended by Economic and Social Council resolution 1997/30 of 21 July 1997), <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CriminalJusticeSystem.aspx> (accessed 13 April 2019).
- UNHCR Guidelines on Determining the Best Interests of the Child, (United Nations High Commissioner for Refugees, May 2008), <https://www.unhcr.org/4566b16b2.pdf> (accessed 12 July 2019).
- United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice (The Beijing Rules), (Adopted by General Assembly resolution 40/33 of 29 November 1985), <https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/beijingrules.pdf> (accessed 5 May 2019).

رابعاً - مجموعات المبادئ القضائية:

- مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، في الفترة من ٢٠١١/١٠/١ وحتى ٢٠١٢/٦/٣٠م، السنة القضائية الثانية عشرة، سلطنة عمان: المكتب الفني، المحكمة العليا.
 - مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، في الفترة من ٢٠٠٩/١٠/١ وحتى ٢٠١٠/٦/٣٠م، السنة القضائية العاشرة، سلطنة عمان: المكتب الفني، المحكمة العليا.
 - مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، في الفترة من ٢٠١٦/١٠/١ وحتى ٢٠١٨/٦/٣٠م، للسنتين القضائيتين السابعة عشرة والثامنة عشرة، سلطنة عمان: المكتب الفني، المحكمة العليا.
- #### خامساً - الأحكام القضائية (غير المنشورة):
- الحكم القضائي الصادر في الطعن رقم (٢٠١٦/٦٤٩) الدائرة الجزائية (أ) بالمحكمة العليا، بتاريخ ٢٠١٧/٢/٢٨م.
 - الحكم القضائي الصادر في الطعن رقم (٢٠١٦/٦٩١) الدائرة الجزائية (أ) بالمحكمة العليا، بتاريخ ٢٠١٧/٥/١٦م.



المسؤولية الجزائرية للمستثمر الأجنبي عن الأضرار التي يلحقها بالاقتصاد الوطني

الدكتور/ مسعود بن حميد بن مسعود المعمري *

الملخص:

في الوقت الحاضر، تصوغ معظم البلدان حول العالم سياسات مناسبة من أجل جذب الاستثمار الأجنبي المباشر، الاستثمار الأجنبي المباشر مكمل للاستثمار المحلي وتعزيز النمو الاقتصادي للاقتصادات الوطنية. لذلك، تتنافس البلدان على الإنشاء بيئة جذابة للمستثمر الأجنبي الذي يتطلع بدوره إلى الامتيازات وضمانات ضد المخاطر غير التجارية، ويرغب في تجنب الإجراءات الإدارية غير الضرورية والعقبات الإجرائية، مع مراعاة عدم المساس بالأهداف الوطنية.

تستخدم الدراسة الإطار التحليلي وتخلص إلى أنه يجب أن يكون قانون الاستثمار هو الذي يتم فيه تحديد واجبات وحقوق المستثمر بدقة، وفي النهاية، تقدم الورقة بعض التوصيات منها: أولاً يجب أن يكون هناك تخصص للدراسات القانونية في هذا المجال والتي تزود المعنيين بالأحكام العامة من جرائم الاقتصاد. ثانياً: يجب أن تكون هناك رقابة قضائية خاصة في مجال الاستثمار وادعاء عام متخصص في جرائم الاستثمار وكذلك المحاكم المتخصصة أو على الأقل قضاة متخصصين في هذه الجرائم في إطار المحاكم العامة.

الكلمات المفتاحية: الاستثمار - المسؤولية الجزائرية - الاقتصاد - المستثمر الأجنبي.

* أستاذ القانون الجزائري المساعد - كلية الحقوق - جامعة السلطان قابوس.



The Penal Responsibility of the Foreign Investor for the Damage it Cause to the National Economy

Dr. Masaud Humaid Masaud Al-mamari*

Abstract:

Nowadays, most countries around the world formulates proper policies in order to attract foreign direct investment. Foreign direct investment supplement domestic investment and boost economic growth of national economies. Therefore, countries are competing to create an attractive environment for the foreign investor who in turn, looks to concessions and guarantees against non-commercial risks, and wishes to avoid unnecessary administrative and procedural obstacles, taking into account not to prejudice national goals.

The paper use analytical framework and conclude that they should be a general investment law in which the duties and rights of the investor are precisely defined.

At the end, the paper provides some recommendations. First, there should be specialized legal studies in this field, which provide to those who is concerned the general provisions of economics crimes. Second, there should be a special judicial control in the field of investment and a public prosecution specialized in investment crimes, as well as specialized courts or at least judges specializing in these crimes within the framework of general courts.

Keywords: Investment – The Penal Responsibility – Economy – The Foreign Investor.

* Assistant Professor of Criminal Law, College of Law, Sultan Qaboos University.

المقدمة

تسعى معظم دول العالم إلى تنمية اقتصادها الوطني عبر استقطاب رؤوس أموال اجنبية تسهم في مشاريع استثمارية جديدة بهدف استغلال مواردها بشكل أكثر فاعلية وكفاءة، ولتحقيق معدلات أعلى للنمو، ورفع مستوى الإنتاج، وتشجيع التصدير إلى الخارج، لذا تتسابق الدول إلى إيجاد بيئة جاذبة للمستثمر الأجنبي الذي يتطلع بدوره إلى امتيازات و ضمانات ضد المخاطر غير التجارية، ويرغب في تخطي العوائق الإدارية والإجرائية غير الضرورية، مع الأخذ بعين الاعتبار عدم الإخلال بالأهداف الوطنية.

وقد شهد العالم ظهور الاستثمار الأجنبي في مطلع القرن السابع عشر، حيث تنافست الدول الاستعمارية في استخدامه كوسيلة للحصول على مآربها في البحث عن الموارد الطبيعية لتشغيل مصانعها، وعن أسواق تستقبل ما تنتجه هذه المصانع، ويعود تاريخ الازدهار الفعلي للاستثمار الأجنبي إلى قيام الثورة الصناعية في القرن التاسع عشر، وقد أخذ المجال بالتطور والنمو واتخذ أشكالاً مختلفة ليصل إلى ما وصل إليه في وقتنا الحاضر.

أهمية الموضوع:

ونظراً للأهمية التي يحتلها الاستثمار الأجنبي في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية، فقد أولت السلطنة تنظيم الاستثمار الأجنبي اهتماماً مبكراً، حيث صدر أول قانون ينظم الاستثمار الأجنبي في عام ١٩٧٤ باسم (قانون الجرف الأجنبية واستثمار الرأسمالي الأجنبي) بالمرسوم السلطاني رقم (٧٤ / ٤)، وقد شكل هذا القانون وتعديلاته الإطار القانوني الذي سرى على المستثمرين الأجانب الذين أقاموا مشاريع استثمارية خلال تلك الفترة ومن ثم صدر قانون استثمار رأس المال الأجنبي بالمرسوم السلطاني رقم (١٠٢ / ١٩٩٤)، الذي خفف الشروط المفروضة بموجب القانون

السابق (٤ / ٧٤)، وتم العمل بهذا القانون حتى ألغي بموجب قانون استثمار رأس المال الأجنبي الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٥٠ / ٢٠١٩) ، الذي يعد من أحدث القوانين التي تنظم الاستثمار الأجنبي في دول المنطقة ، وقد تضمن هذا القانون حوافز وضمانات بغرض تشجيع رؤوس الأموال الأجنبية للاستثمار المباشر في السلطنة، وفي المقابل فقد وضع التزامات على عاتق المستثمر الأجنبي التي تشمل على جزاءات إدارية وجزائية.

الاقتصاد الوطني من المصالح الأساسية التي أضفي عليها المشرع الحماية الجزائية، فوجد ما يعرف بالتشريع الجنائي الاقتصادي، وهو من التشريعات الجزائية الخاصة، والجرائم المضرة بالاقتصاد الوطني متعددة ومتنوعة، ومنها الأفعال التي تلحقها النشاطات الاستثمارية بناء على معطيات تاريخية^(١)، ووقائع ملموسة وتجارية عملية تحددت وفقاً لها ضرورة حماية الاقتصاد الوطني بتقرير مسؤولية المستثمر الجزائية غير أن غاية تحقيق الحماية للاقتصاد الوطني بالوسيلة الجزائية يتعين ألا تخرج عن المرتكزات الأساسية لقانون الجزاء فهناك ضوابط للتجريم والعقاب تشكل محددات للمشرع لا يمكن له بلوغ غايته إلا بمرعاتها، فما مدى التزام المشرع بالمرتكزات الأساسية عند تقرير مسؤولية المستثمر عن الأضرار التي تصيب الاقتصاد الوطني؟ وما مدى نجاحه في التوفيق بين تحقيق هدفين كما يبدو ظاهرياً متعارضين، وهما جذب وتشجيع الاستثمار من ناحية، وحماية الاقتصاد الوطني من ناحية أخرى؟ وللإجابة على هذا التساؤل نبادر بالقول بأن المشرع العماني اتخذ سياسة جزائية في تقرير مسؤولية المستثمر الجزائية وسوف نبين هذه السياسة الخاصة من خلال البحث الذي يتناول الأحكام العامة للتجريم والعقاب من جانب، ومن جانب آخر نماذج لبعض الجرائم التي تنسب للمستثمر الأجنبي.

(١) تمثلت في المشاكل التي سببتها بعض المشروعات سواء على المستوى الدولي أو الوطني.

منهج البحث:

يعتمد البحث على المنهج التحليلي الوصفي وذلك من خلال تحليل المسؤولية الجزائرية للمستثمر الأجنبي ومن ثم المقارنة بقوانين بعض الدول العربية من أجل معرفة مدى كفاية المسؤولية الجزائرية التي أوجدها المشرع العماني عندما يضر المستثمر الأجنبي بالاقتصاد الوطني للدولة.

خطة البحث:

تنقسم هذه الدراسة إلى مباحث عدة، وذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول: المفاهيم العامة للاستثمار.

المبحث الثاني: الأحكام العامة لمسؤولية المستثمر الجزائرية.

المبحث الثالث: نماذج من الجرائم المضرة بالاقتصاد الوطني لسلطنة عمان.

المبحث الأول

المفاهيم العامة للاستثمار

إن موضوع الاستثمار من أهم المجالات الاقتصادية التي تساعد في تطوير البنية التحتية للوطن، وذلك لما تمثله من تطوير لمجالات مختلفة، قد تكون صناعية أو تجارية أو زراعية أو نفطية أو تكنولوجية... إلخ، بالإضافة إلى ما تقوم به من توفير لفرص العمل في الدولة التي يتم فيها هذا الاستثمار.

وقد اقتضت التطورات الحديثة مشاركة القطاع الخاص في عملية التنمية عن طريق الاستثمار وفقاً لنظام قانون محدد، ولذلك يقتضي الأمر أن نبين ماهية الاستثمار ثم نحدد النظام القانوني الذي يحكمه، وذلك من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول

ماهية الاستثمار

عرف المشرع العماني في المادة (١/و) من قانون استثمار رأس المال الأجنبي بأنه: استخدام رأس المال الأجنبي المباشر المستثمر لإنشاء مشروع استثماري أو توسيعه أو تطويره أو تمويله أو تملكه.

الاستثمار (١) هو توظيف رأس المال في مشروع من قبل مستثمر للحصول على فائدة أو حقوق ملكية فكرية أو فوائد مادية أو غير مادية، ومن ثم ينبغي ان نحدد من هو المستثمر، وما هو المال المستثمر، وماهي المجالات الاستثمارية: (٢) أو هو توظيف رأس المال الاجنبي في نشاط مرخص فيه طبقاً لأحكام القانون.

أما في الفقه فقد تنوعت تعريفاتهم للاستثمار حسب منظور الجهة القائمة به، فهو عند البنوك التجارية التقليدية يعني شراء أوراق مالية كاحتياطي وقائي "ثانوي" للسيولة أو لمتطلبات تشغيل الأموال المتاحة في أصول سهلة التمويل نسبياً إلى نقدية، وهذه الأوراق قد تكون حكومية أو مضمونة من الحكومة أو أسهم شركات ناجحة، حيث إن الأصل الممكن بيعه بسهولة يصبح سائلاً مثل الأصل الذي يتحول بالتصفية إلى نقدية^(٢).

أما من وجهة نظر الشركات الصناعية والزراعية والتجارية وشركات الخدمات، فهو نوع من الإنفاق على أصول يتوقع فيها تحقيق عائد على مدى فترة ممتدة من الزمن، ويطلق عليه "الإنفاق الرأسمالي" تمييزاً له عن الإنفاق الجاري الذي يتمثل في المصروفات التي تتم من يوم إلى يوم مثل الأجور والمرتببات والصيانة وشراء المواد الخام.

(٢) د. صفوت أحمد عبد الحفيظ - دور الاستثمار الأجنبي في تطور أحكام القانون الدولي الخاص - عام ٢٠٠٠م - بدون ناشر - ص ١٩ وما بعدها.

والاستثمار الرأسمالي يشمل كل المفردات الضرورية لتقدم المنشأة أو الدولة في الأجل الطويل، سواء اتخذ هذا صورة إنشاء مشروعات جديدة أو استكمال أو توسيع مشروعات قائمة، أو إحلال مشروعات أو أجزاء منها للتجديد والتحديث.

كما قد يعني بالاستثمار توظيف الأموال في أصول خالية من المخاطرة أو بمخاطرة محسوبة، أي بالمحافظة على الأصل أو الاستقرار في الدخل ولو كان دخلاً متواضعاً، ويترتب على ذلك بطبيعة الحال عدم زيادة كبيرة في قيمة الأصل في نهاية المدة^(٣).

ويرى البعض من الفقه أن أي تعريف للاستثمار الأجنبي يستلزم بالضرورة أن يستجمع العناصر المكونة لهذا الاستثمار والتي تتجسد فيما يلي:

١- مصدر رأس المال ويراد به أن يكون رأس المال النقدي أو العيني ذا أصل غير وطني وأن يكون وارداً بالطرق المعتمدة قانوناً، وبشرط أن يؤدي إلى زيادة الطاقة الإنتاجية للدولة المضيفة للاستثمار.

٢- أن يكون رأس المال المستثمر مملوكاً لشخص طبيعي لا يحمل جنسية الدولة المضيفة للاستثمار أو لشخص اعتباري أغلبية رأس ماله لأشخاص لا يتمتعون بجنسية الدولة المضيفة.

٣- أن يثبت الحق للمستثمر الأجنبي في إعادة تصدير رأس ماله المستثمر وعوائده عند تصفية الاستثمار أو التصرف فيه.

ولذلك يعرف هذا الفقه الاستثمار الأجنبي بأنه: "رأس مال نقدي أو عيني مادي أو معنوي، كالمعرفة الفنية والتكنولوجية والتصاميم الصناعية، وافد من الخارج مملوك لأفراد أو مؤسسات عربية أو أجنبية للمساهمة في النشاط التجاري والاقتصادي في بلد

(٣) د. حمدي محمد محمود حسين-مسئولية المستثمر الجنائية عن الأضرار التي يلحقها بالاقتصاد الوطني . بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون بالدقهلية - جامعة الأزهر - العدد الرابع عشر - يناير ٢٠١٢م - ص ٧.

ما بقصد الحصول على عوائد مجزية، إذا ثبت لصاحبه الحق في إعادة تصديره مع عوائده إلى الخارج^(٤).

ومن خلال ما تقدم يمكن لنا توضيح بعض المفاهيم الآتية:

١- **تعريف المستثمر:** المادة (١ / ح) كل شخص طبيعي أو اعتباري غير عماني يؤسس مشروعاً استثمارياً في السلطنة، ومؤدي ذلك أن القانون اعتمد معيار الجنسية لبيان صفة المستثمر الأجنبي الطبيعي ومن ثم حتى يكون الشخص الطبيعي مستثمراً اجنيا في سلطنة عمان فيجب ان يحمل جنسية دولة اجنبية غير عمانية، وهذا الامر لا يثير لأي إشكالية تتعلق بحالة الاشخاص مزدوجي الجنسية بالنسبة إلى السلطنة ذلك أن السلطنة لا تسمح إلا استثناء يصدر بمرسوم سلطاني.

المستثمر هو كل شخص يقوم باستثمار أمواله في أحد المشروعات المصرح أو المرخص بالاستثمار فيها بهدف تحقيق الربح والتعريف يرتكز على عناصر عدة:

أ- شخص المستثمر: هو كل شخص، ومن ثم يستوي أن يكون شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً^(٥)، والغالب أن يكون المستثمر شخصاً اعتبارياً، خاصة في ظل التشريعات التي تشترط أن يكون للمستثمر الأجنبي شريكاً وطنياً.

ب- جنسية المستثمر: المستثمر قد يكون وطنياً أو أجنبياً، ونجد في التشريعات المقارنة اتجاهين/ أولهما لا يفرق بين المستثمر الوطني والأجنبي كالتشريع الأردني

(٤) د. حمدي محمد مصطفى حسن - تعويض المشروع الاستثماري الأجنبي المتضرر كأحد الضمانات القانونية في قوانين الاستثمار العربية واتفاقيات الاستثمار بدولة الإمارات العربية المتحدة واتفاقية استثمار رؤوس الأموال العربية لسنة ١٩٨١ - بحث مقدم للمؤتمر التاسع عشر بعنوان قواعد الاستثمار بين التشريعات الوطنية والتشريعات الدولية وأثرها في التنمية الاقتصادية بدولة الإمارات العربية المتحدة - أبريل ٢٠١١م، ص ٤.

(٥) انظر: المادة (٥) من قانون الجنسية العمانية الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٣٨ / ٢٠١٤. المادة الأولى من قانون استثمار رأس المال الأجنبي المرسوم السلطاني رقم ٢٠١٩/٥٠ الصادر بتاريخ ٢٠١٩ / ٧ / ١م.

واليماني والليبي^(٦)، وثانيهما: يفرق بين المستثمر الوطني والأجنبي كالتشريع القطري أما المشرع العماني فإنه يجيز إنشاء المشروعات الاستثمارية للشركات الأجنبية.

ج- المشروع الاستثماري: أي نشاط اقتصادي يقيمه المستثمر الأجنبي بمفرده أو بمشاركة أجنبي آخر أو عماني في السلطنة، وهو المشروع الذي يقوم بإنشائه المستثمر وفقاً للإجراءات التي يحددها القانون، وقد بين المشرع العماني في القانون رقم ٢٠١٩/٥٠ في المادة (١ / ز) والذي يشمل كافة الأنشطة التجارية والمالية والصناعية والزراعية وغير ذلك من أوجه النشاط الاقتصادي.

د- هدف المستثمر: هو الحصول على الربح، مستفيداً من المزايا التي يقرها النظام القانوني للاستثمار في الدولة المستضيفة، سواء الإعفاءات أو البنية التحتية.

٢- رأس المال الاجنبي المستثمر: جميع أنواع الأصول التي تدخل في المشروع الاستثماري أيا كان نوعها، وتكون لها قيمة مادية، سواء أكانت نقدية أم عينية أم معنوية. المادة (١ / ط).

المال المستثمر: هو رأس المال -محلي أو أجنبي- المستثمر في المشروع، ويشمل: العملة الأجنبية أو المحلية أو أي شكل من أشكال الأصول النقدية، والأصول والممتلكات المنقولة الخاصة بالمشروع، والممتلكات غير المنقولة بما في ذلك الأراضي والمباني وحقوق الملكية الفكرية أو أي حقوق معنوية كالترخيص وبراءات الاختراع والعلامات التجارية والحقوق الأدبية الأخرى المسجلة في الدولة متى كانت محمية بموجب اتفاقية دولية أو ثنائية تكون الدولة طرفاً فيها، وأرباح المشروع المعاد استثمارها.

(٦) م ٤ من قانون الشركات الإماراتي وم ٢ قطري وم ٢ يماني وم ٢ أردني.

المطلب الثاني

أنواع الاستثمار الأجنبي

الاقتصاديون يقسمون الاستثمار إلى استثمار منتج أو غير منتج تبعاً للنظرة إلى مجموع قيمة الخدمات والسلع المنتجة خلال مدة من الزمن، هل هي أعلى أو أدنى من الكلفة المباشرة.

- كما ينقسم الاستثمار من حيث الأمد إلى استثمار قصير الأجل تقل مدته عن سنة والاستثمار المتوسط الأجل وهو من سنة إلى خمس سنوات، والاستثمار الطويل الأجل الذي يزيد على خمس سنوات.

- أما تقسيم الاستثمار من حيث القائم به، فينقسم إلى استثمار خاص وهو الذي يقوم به فرد خاص سواء كان طبيعياً أو معنوياً واستثمار عام وهو الذي تقوم به الدولة أو أحد أجهزتها العامة أو جهاز ذي كيان دولي، واستثمار مختلط وهو الذي يحوي النوعين السابقين معاً.

إلا أن أهم تقسيمات الاستثمار الأجنبي التي شغلت بال الاقتصاديين والقانونيين هو تقسيمه إلى استثمار مباشر وغير مباشر، حيث تمثل قضايا الاستثمارات الأجنبية المباشرة وغير المباشرة محور الاهتمام لكثير من رجال الأعمال والحكومات في الدول النامية والمتقدمة معاً.

١- **الاستثمار الأجنبي المباشر:** يرى البعض أن الاستثمار الأجنبي المباشر يتجسد في إنشاء مشروع أو توسيعه أو الاشتراك في إدارته بأي وسيلة بهدف إنشاء علاقات اقتصادية أو استمرارها بين صاحب المال والمشروع في إحدى مجالات التنمية أو أنه قيام مشروع أجنبي بممارسة نشاط اقتصادي على إقليم دول ما وهذا النوع من الاستثمار يفضل المستثمر الأجنبي المباشر؛ لأنه يخوله ممارسة إدارة المشروع الاستثمار ورقابته وتوجيهه بما يكفل تحقيق مصلحته فضلاً عن انه هو الذي يختار

المشروع الذي يستثمر فيه أمواله من بين المجالات التي تعرضها الدولة واختيار شريكه في المشروع.

كما عرف البعض الاستثمارات الأجنبية المباشرة بأنها تلك الاستثمارات التي يملكها الأجانب ويديرونها، سواء أكانت الملكية كاملة، أم كانت بنصيب يكفل السيطرة على إدارة المشروع^(٧).

٢- الاستثمار الأجنبي غير المباشر: الاستثمار غير المباشر يعني أن المستثمر يقتصر دوره على مجرد تقديم رأس المال إلى جهة معينة؛ لتقوم بهذا الاستثمار دون أن يكون للمستثمر أي نوع من الرقابة أو المشاركة في تنظيم وإدارة المشروع الاستثماري. والاستثمار غير المباشر يعني أن المستثمر يقتصر دوره على مجرد تقديم رأس المال إلى جهة معينة لتقوم بهذا الاستثمار دون أن يكون للمستثمر أي نوع من الرقابة أو المشاركة في تنظيم وإدارة المشروع الاستثماري^(٨).

وتتخذ الاستثمارات غير المباشرة "استثمارات الحافظة" صورة:

- شراء السندات الدولية وشهادات الإيداع المصرفية الدولية المقومة بالعملة الأجنبية وشهادات الإيداع في سوق العملات الدولية.
- شراء القيم المنقولة.
- الإيداع في البنوك المحلية.
- شراء الذهب والمعادن النفيسة.
- قروض للحكومات الأجنبية أو هيئاتها العامة أو الخاصة أو الأفراد، وسواء كانت قصيرة الأجل أو متوسطة الأجل أو طويلة الأجل، بهدف المضاربة وليس بهدف إنشاء علاقات اقتصادية ثابتة.

(٧) د. خليل حسن خليل - دور رؤوس الأموال الأجنبية في تنمية الاقتصاديات المختلفة مع دراسة خاصة بإقليم مصر - رسالة دكتوراه - مقدمة لكلية الحقوق - جامعة القاهرة ١٩٦٠م - ص ٨٢.

(٨) د. خليل حسن خليل - المرجع السابق - ص ٨١.

- وتتميز الاستثمارات غير المباشرة بأنها تتجه نحو الأغراض الاستهلاكية والإنفاق العام بالميزانية، وإمكانية الربح فيها أكبر على المدى القصير وأقل على المدى الطويل، ولا تؤدي بذاتها إلى تغيير يذكر في العمالة^(٩).

ولكن الاستثمارات غير المباشرة " القروض " عرضة للتأثر بالتضخم وبالتقلبات النقدية، مما قد يؤدي إلى ضياع المال المستثمر بفعل الموجات التضخمية، كما لا تنتقل على أثر هذه الاستثمارات المهارات والخبرات الفنية والتكنولوجيا الحديثة المرافقة لرأس المال، كما هو الحال في الاستثمار المباشر^(١٠).

٣-مجالات الاستثمار: يحق للمستثمرين الاستثمار في أي قطاع من قطاعات الاقتصاد، سواء الصناعية أو الزراعية أو الاسكان أو الخدمات أو التعدين وفقاً لقانون استثمار رأس المال الأجنبي التي تسري أحكامه على كافة القطاعات، ولا تستثني إلا المجالات المنظمة بقوانين خاصة.

المطلب الثالث

النظام القانوني للاستثمار

يقصد بنظام القانوني للاستثمار: هو الإطار القانوني الذي تضعه الدولة بهدف جذب وتشجيع الاستثمار في المجالات الاقتصادية والاجتماعية، ويتخذ هذا النظام قانون عام موحد يسمى قانون الاستثمار، وهو ما تتبعه أغلب الدول، ومنها سلطنة عمان، وفقاً للقانون رقم (٢٠١٩/٥٠م) بإصدار قانون استثمار رأس المال الأجنبي، وفي كل الأحوال في ظل وجود قانون عام أو قوانين عدة يوجد نظام يحدد المركز القانوني

(٩) د. صفوت أحمد عبد الحفيظ - دور الاستثمار الأجنبي في تطور أحكام القانون الدولي الخاص - عام ٢٠٠٠م - بدون ناشر - ص ٤٧.

(١٠) د. حازم حسن جمعه - المشروعات الدولية وقواعد حمايتها في القانون الدولي - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة عين شمس - ١٩٨٠م - ص ١٩٤ وما بعدها.

للمستثمر، أي الحقوق والواجبات المتبادلة بينه وبين الدولة المستضيفة ويترتب على الإخلال بهذه الالتزامات المسؤولية بنوعها المدنية والجزائية.

١- حوافز الاستثمار الأجنبي: نصت المادة (١٨) من القانون رقم (٢٠١٩/٥٠م)

بإصدار قانون استثمار رأس المال الأجنبي على أن: "يتمتع المشروع الاستثماري بجميع المزايا والحوافز والضمانات التي يتمتع بها المشروع الوطني وفقاً للقوانين المعمول بها في السلطنة، ويجوز بقرار من مجلس الوزراء بناء على توصية الوزير تقرير معاملة تفضيلية للمستثمر الأجنبي تطبيقاً لمبدأ المعاملة بالمثل.

كما يجوز بقرار من مجلس الوزراء منح مجموعة مزايا إضافية لمشاريع الاستثمار الأجنبي التي تؤسس في المناطق الأقل نمواً في السلطنة".

٢- حقوق المستثمر: يتمتع المستثمر بمجموعة من الحقوق العامة والخاصة،

وتتمثل الحقوق العامة في الحماية القانونية والإدارية والقضائية للدولة، أما الحقوق الخاصة فتتمثل في الضمانات والمزايا المقررة بمناسبة الاستثمار، وتتمثل في تخصيص أو شراء الأراضي والانتفاع بها، وتحويل المبالغ اللازمة إلى الخارج، عدم مصادرة أو تأميم أي مشروع، ولا تنزع ملكيته إلا لمنفعة عامة وبتعويض، استخدام العمالة الأجنبية والوطنية، الإعفاءات الضريبية والجمركية وقد تضمن القانون العماني لاستثمار رأس المال الأجنبي العديد من الامتيازات والتسهيلات الخاصة في مواد عدة من القانون.

٣- واجبات المستثمر: يلتزم المستثمر الأجنبي بالجدول الزمني المقدم منه لتنفيذ

المشروع الاستثماري والمعتمد وفق دراسة الجدوى الاقتصادية، ولا يجوز له إدخال أي تعديلات جوهرية على المشروع الاستثماري إلا بعد موافقة الوزارة، وواجبات المستثمر قد تكون عامة أو خاصة، وتتمثل في احترام قوانين الدولة واحترام القواعد التي يقرها قانون الاستثمار، ومن أهم الواجبات التي يلتزم بها المستثمر الأجنبي عدم الأضرار بالاقتصاد الوطني للدولة، وإلا تعرض للمسؤولية الجزائية وفقاً لنص المادة (٣٢) من قانون استثمار رأس المال الأجنبي والتي جاء نصها على النحو الآتي: (مع عدم

الإخلال بأي عقوبة أشد منصوص عليها في أي قانون آخر، يعاقب على الجرائم المبينة في هذا القانون بالعقوبات المنصوص عليها فيه)، كما يلتزم المشروع الاستثماري بالعمل على حماية البيئة، والمسائل المتعلقة بأخلاقيات العمل، والمحافظة على الصحة والسلامة العامة، وفق القوانين واللوائح المعمول بها في السلطنة (المادة ٨ من القانون المذكور).

٤- الأثر المترتب على إخلال المستثمر بواجباته: إذا خالف المستثمر القوانين والنظم -سواء العامة منها أو الخاصة- وأضر بالاقتصاد الوطني تترتب على ذلك مسؤوليته الجزائية والمدنية، والمسؤولية الجزائية والتي نعرض لأحكامها في المبحث التالي.

المبحث الثاني

الأحكام العامة لمسؤولية المستثمر الجزائية

تعرف الجريمة التقليدية بأنها: سلوك إنساني غير مشروع ينطوي على عدوان على مصلحة يحميها القانون ويرتب له جزاء جنائياً، أما الجريمة الاقتصادية فتعرف بأنها: فعل أو امتناع ضار له مظهر خارجي يخل بالنظام الاقتصادي والائتماني للدولة وبأهداف سياستها الاقتصادية يحظره القانون ويفرض له عقاباً، ويأتيه شخص أهل لتحمل المسؤولية الجزائية، ولذلك تتميز الجرائم الاقتصادية -بشكل عام- بأحكام خاصة من حيث التجريم والعقاب، وسوف نبين سياسة المشرع العماني في ذلك تباعاً. وقد اختلف البعض حول مدى جواز تدخل القانون الجنائي أو قانون العقوبات، لإسباغ الحماية الجنائية من مخاطر الاستثمار، فالبعض يرى عدم جواز التدخل الجنائي في هذا الأمر ويفرض ذلك بداعي الاختلاف في الطبيعة الموضوعية بين الموضوعات الاقتصادية، ومنها الاستثمار، وموضوعات قانون العقوبات.

إلا أن هناك جانباً آخر من الفقه يرى أن هذا الرأي يدحضه الواقع والمنطق القانوني السليم، فبالرغم من اختلاف طبيعة المسائل الاقتصادية عن المسائل الجنائية التي يتناولها القانون الجنائي، إلا أن ذلك لا ينفي أن هناك صلة مهمة بين الإثنين تتمثل في مراعاة المصلحة الاجتماعية، وحفظ حقوق الأفراد من الاعتداء عليها، وتجريم الأفعال التي تقع من خلال تصرفات بعض المستثمرين والتي تقع تحت طائلة قانون العقوبات، وغيره من القوانين الخاصة، لما فيها من مسؤولية جنائية تستدعي هذا التدخل، فبعض الجرائم التي يتناولها القانون الجنائي كجرائم النصب والتزوير والغش والخداع وغيرها، من الممكن حدوثها من الأفراد العاديين وكذلك بعض المستثمرين الذين يرغبون في تحقيق أكبر الأرباح ولو بطريقة غير مشروعة، مما يسبب ضرراً جسيماً بمصالح الأفراد والاقتصاد الوطني للبلاد، ومن هنا يتأتى وجوب تدخل القانون الجنائي لحماية مصالح الأفراد والمجتمع من الاعتداء الذي قد يتخذ صورة من الصور التي يلحقها التجريم ومن ثم التدخل العقابي^(١١).

وعلى ذلك سوف نتناول في هذا المطلب، السياسة العامة للتجريم والعقاب ثم خصوصية الإسناد في الجرائم الاقتصادية، وذلك من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول

السياسة العامة للتجريم

سبق القول إن المشرع اتخذ بالنسبة إلى الجرائم المضرة بالاقتصاد الوطني التي يأتيها المستثمرون سياسة خاصة غير أنها لا تخرج عن القواعد والأحكام العامة لقانون الجزاء سواء من حيث الالتزام بمبدأ الشرعية أو تحديد الأفعال غير المشروعة وسوف نبين ذلك تباعاً.

(١١) د. حمدي محمد محمود حسين - المرجع السابق - ص ١.

١- مبدأ الشرعية: تخضع جرائم المستثمرين المضرة بالاقتصاد الوطني لمبدأ الشرعية الجزائية المقرر في المادة (٢١) من النظام الأساسي للدولة التي تنص على أن: "لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة للعمل بالقانون الذي ينص عليها"، كما نص قانون الجزاء رقم ٢٠١٨/٧م في المادة (٣) منه على أن: "لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون"، وعلى ضوء هذا المبدأ طبق مبدأ الشرعية الجزائية في مجال حماية الاقتصاد الوطني من حيث: تحديد المصلحة المحمية، وأسلوب الصياغة، ونطاق سريان النص الجزائي.

أ- تحديد المصالح المحمية: تتمثل المصلحة المحمية في: الاقتصاد الوطني، أي المواد الاقتصادية أو المال بالمفهوم الواسع، والذي يركز على جانبين:

الجانب الأول: مجموع الأنشطة الاقتصادية التي تقوم بها الدولة والأفراد وتتكون من:

١- عمليات الإنتاج للسلع الزراعية أو حيوانية أو صناعية أو من مستخرجات الأرض أو البحر من ثروات طبيعية ومعدينية.

٢- الاستهلاك والتوزيع، وتداول رؤوس الأموال، والخدمات، والنقل، والتأمين والعمل.

الجانب الثاني: ويتمثل في البيئة بعناصرها المختلفة التي أورد الله فيها كل احتياجات الإنسان التي تعينه على استمرار الحياة أي مصادر الثروة الاقتصادية، سواء في البر أو البحر، وهذه العناصر كثيرة ومتعددة، ولأهمية هذا الجانب هناك قانون خاص لحماية البيئة، كما أن هناك وزارة تعني بالبيئة (وزارة البيئة والشؤون المناخية في السلطنة).

وتتعدد الأفعال المضرة بالاقتصاد الوطني في جانبه بتعدد وتنوع العناصر محل الحماية، فكل عنصر قد يتعرض للاعتداء بصورة معينة، ومن ثم فإن كل جريمة تحدد موضوعها، وصور النشاط الذي يقع تحت طائلة العقاب.

ويغلب على هذه الجرائم أنها ليست ثابتة، وإنما متغيرة ومتطورة بتطور الحياة، وبتوسع النشاط وتنوعه، ولا يستطيع المشرع سلفاً حصرها، فاتبع بشأنها خطة مرنة،

حيث أورد بعضها في قانون الجزاء، وترك بعضها للقوانين الجزائية الخاصة، ومن مجموعها يتكون قانون الجزاء الخاص الحامي لعناصر الاقتصاد المتقدمة ضد الأفعال غير المشروعة التي يأتيها المستثمر أو غيره، سواء وردت في قانون الجزاء العام أو القوانين الأخرى كالاستثمار الصناعي والشركات التجارية أو الجمارك... الخ أو في القانون الخاص بحماية البيئة.

ب- ومن حيث الصياغة: اتبع المشرع كغيره صياغة فضفاضة في بعض النصوص، بحيث تكفل حماية عناصر الاقتصاد المتعددة من جميع الأفعال التي لم تكن في ذهنه، حيث يكتفي عادة بذكر الفعل دون تحديد طبيعته وعناصره، ورغم انتقاد هذا النوع من الصياغة؛ إلا أنه أصبح ضرورة تشريعية.

ج- ومن حيث سريان النص: الأصل أن يبين المشرع للناس الأفعال المجرمة التي لا يجوز اتيانها حتى لا يفاجؤوا بتجريمها فيما بعد، غير أن بعض الأنشطة الاستثمارية لا تظهر أضرارها على الاقتصاد الوطني إلا بعد فترة من الزمن، سواء تعلق الضرر بالمصادر الطبيعية للاقتصاد الوطني الموجود في البيئة أو تعلق بالعمليات الاقتصادية الأخرى.

٢- الركن المادي: الأفعال المضرة بالاقتصاد الوطني في جانبه تتعدد بتعدد العناصر محل الحماية، ومن ثم فإن كل جريمة تتولي تحديد موضوعها، وصورة النشاط المادي المتطلب حتى يقع تحت طائلة العقاب غير أن للركن المادي هنا أحكام خاصة من حيث السلوك، ومن حيث فترته الزمنية ومن حيث النتيجة:

أ- فمن حيث السلوك: قد يتم بصورة إيجابية أو سلبية، وأغلب الجرائم تأخذ صورة السلوك الإيجابي، ولكن هناك جرائم تتم بسلوك سلبي؛ كالامتناع عن القيام بالالتزامات القانونية المفروضة.

ب- ومن حيث وقت تحقق الجريمة: الجريمة قد تكون وقتية تتم بمجرد حدوث الفعل، وقد تكون مستمرة ولكن بتدخل المشرع فيغير طبيعتها -أحياناً- بحيث يجعل كل استمرار في كل يوم جريمة مستقلة.

ج- ومن حيث النتيجة: الجريمة الاقتصادية قد تكون ذات ضرر، وقد تكون -أحياناً- ذات خطر لا يتطلب فيها النتيجة الضارة، ويغلب على الجرائم المضرة بالاقتصاد الوطني إنها من جرائم الخطر التي لا يتطلب المشرع فيها تحقق النتيجة الضارة، غير أنه قد يكون للضرر المادي أثر في تشديد العقوبة، وقد يكون لجسامة الضرر -أيضاً- دور في تشديد العقوبة المقررة للجاني.

المطلب الثاني

السياسة العامة للمسؤولية والعقاب

تتميز الجرائم المضرة بالاقتصاد الوطني خاصة تلك التي يأتيها المستثمرون بأحكام خاصة، من حيث المسؤولية والعقاب، وسوف نبين ذلك تباعاً:

١- أحكام المسؤولية الجزائية:

من المبادئ الراسخة في الوجدان القانوني المعاصر مبدأ "لا عقوبة بدون خطأ"؛ فالواقعة القانونية المكونة للجريمة لن تكون لها قيمتها القانونية في إحداث الآثار المقررة لها والتمثلة في العقوبة إلا إذا توفر الخطأ بمعناه العام المعبر عن الموقف النفسي للفاعل حيال ماديات الجريمة، والذي يطلق عليه تعبير الركن المعنوي، وهو عنصر نفسي قوامه العلم والإرادة، غير أن الجرائم المضرة بالاقتصاد الوطني التي يأتيها المستثمر تتميز بأحكام خاصة بشأن هذا الركن، تجمل في تقرير المسؤولية المطلقة، بحث تشمل فعل الغير، وتقرير مسؤولية الشخص الاعتباري المعنوي، وتعدد صور هذه المسؤولية، وحالة انتفائها.

أ- المسؤولية المطلقة:

من أجل حماية الاقتصاد الوطني، فإن المسؤول عن الجرائم المضرة به مطلقة، بحيث تشمل فعل الغير، فصاحب المشروع الاستثماري مسؤول مع مديرة أو القائم على إدارته عن كل مخالفة من مخالفات المشروع، فقد قرر القانون بشأن تنظيم الصناعة أن على صاحب المشروع أن يلتزم بكافة القوانين واللوائح المعمول بها، وأن ينفذ بدقة الأحكام المتعلقة بالأمن الصناعي والصحة العامة والمحافظة على البيئة، وعليه في حالة تعيين مدير للمشروع أن يخطر الدائرة المختصة بذلك كتابة، ويكون المدير مسؤولاً مع صاحب المشروع عن تنفيذ أحكامه.

ب- المسؤولية الجزائية للأشخاص الاعتبارية:

الجريمة لا تنسب -أصلاً- إلا لإنسان مالك لإرادة حرة، غير أن الجرائم المضرة بالاقتصاد الوطني تتميز بأنها من الجرائم التي يسأل عنها الشخص الاعتباري جزائياً على أساس من المسؤولية الاجتماعية والخطورة، وليس على أساس المسؤولية الأخلاقية، وقد أخذت بهذا الاتجاه معظم الدول، كما بدأ هذا الاتجاه واضحاً في مؤتمرات الأمم المتحدة منذ خمسينيات القرن الماضي، ومن ثم يسأل عنها كل شخص طبيعي كان أو اعتباري، ويستوي أن يكون الشخص الاعتباري عاماً أو خاصاً. ويرى البعض أنه من غير المتصور أن يسند الفعل لمنفذه؛ بل يتعين إسناده لمن صدر عنه وباسمه ولحسابه وإرادته، فالإرادة هنا لم تنحصر في دائرة ضيقة، بل هي وليدة إدراك وإرادة الأفراد والأعضاء المكونين للأشخاص المعنوية، بمعنى أنها عسارة نشاط الخلايا التي تتكون منها، أي من مجموعة أولئك الذين يعبرون عنها^(١٢).

(١٢) د. عبد المهيم بكر سالم - القصد الجنائي في القانون المصري المقارن - الطبعة الأولى - القاهرة ١٩٥٩م - ص ١٧٤ وما بعدها رقم ١١٩.

وقد قرر المشرع العماني مسؤولية الشخص الاعتباري في قانون الجزاء العام، وأكدها في القوانين الخاصة بالاستثمار، ووضع منها الأحكام الخاصة بتطبيق المسؤولية الجزائية على الشخص الاعتباري:

ففي قانون الجزاء نصت المادة (٢١) على أن: "تعد الاشخاص الاعتبارية الخاضعة وفقاً لأحكام هذا القانون مسؤولة جزائياً عن الجرائم التي يرتكبها ممثلوها أو مديروها أو وكلائها لحسابها أو باسمها ولا يجوز الحكم بغير الغرامة وما يتناسب من العقوبات الفرعية (التبعية) المقررة قانوناً.

وفي القوانين الخاصة بقانون الشركات -على سبيل المثال- فالشركة الاستثمارية الوطنية تكون مسؤولة جزائياً منذ بداية تأسيسها، وكذلك ممارسة نشاطها، وتكون مسؤولة أيضاً عند تصفيتها، وهذه الأحكام لا تقتصر على شركات المساهمة العامة، وإنما تشمل كل أنواع الشركات سواء المساهمة الخاصة أو المساهمة ذات المسؤولية المحدودة، أو شركات التوصية بالأسهم.

- كما بين المشرع قواعد تطبيق المسؤولية الجزائية على الأشخاص الاعتبارية سواء من حيث نوع العقوبة أو قواعد الاشتراك (المساهمة) أو كيفية توجيه المسؤولية:

- فمن حيث نوع العقوبة: قررت المادة (٢١) من قانون الجزاء أنه لا يجوز الحكم بغير الغرامة، وما يتناسب من العقوبات التبعية المقررة قانوناً.

- ومن حيث مسؤولية الشخص الطبيعي، الإنسان هو المسؤول جزائياً، وتمثل القاعدة العامة في تحديد نطاق المسؤولية الجزائية من حيث الأشخاص في أن الشخص الطبيعي أو الإنسان وحدة هو الذي يسأل جزائياً، حيث لا يتصور أن تقع الجريمة إلا من إنسان، وهذا الشرط تمليه وظيفة القانون من جهة، وطبيعة الجريمة من جهة أخرى، فالقانون مجموعة من القواعد تنظم للناس سلوكهم، وتتجه إليهم بالخطاب ودهم، والجريمة بدورها ليست مجرد واقعة ضارة أو خطرة؛ وإنما هي سلوك إرادي مخالف لواجب مقرر، والإرادة ملكة يختص بها الإنسان وحده، والواجب لا تفرض إلا

عليه، أما الجماد والحيوان فلا يلتزمان بواجب، ولا تعقد لهما إرادة، وإنما يتحرك كل منهما بقوة قوانين الطبيعة أو استجابة لنداء الغريزة.

- أما عن كيفية توجيه المسؤولية؛ ففضلاً عن القواعد العامة قررت القوانين الخاصة مثل قانون الشركات وقانون الجزاء أن توجه المسؤولية الجزائية عن الجرائم التي ترتكبها الشركات أو الأشخاص الاعتبارية إلى من يمثل الشركة قانوناً.

ج- صور المسؤولية الجزائية للمستثمر:

الجرائم المضرة بالاقتصاد الوطني قد تكون عمدية أو غير عمدية، عمداً أو خطأ، ويتخذ الخطأ -عموماً- صورتين: خطأ غير عمدي عام ولا يتفق مع المجري العادي للأمر، وخطأ غير عمدي خاص، وهو الذي يخالف نصاً تشريعياً، ويمثل أغلب المخالفات المضرة بالاقتصاد الوطني.

د- انتفاء المسؤولية "عوارض المسؤولية الجزائية":

قرر المشرع في قانون حماية البيئة انتفاء المسؤولية في حالات خاصة، إذا كان نتيجة ضرورة أو قوة قاهرة أو ما شابهها، غير أن المسؤولية المدنية تظل قائمة فيما يتعلق بالتعويض عن التكاليف والأضرار.

٢- الأحكام العامة المتعلقة بالعقاب:

تتميز الجرائم المضرة بالاقتصاد الوطني بتنوع عقابها، فهو أساساً نوعين مدني وجزائي، والعقوبات الجزائية للجرائم الاقتصادية هي من نوع الغرامة والعقوبات التبعية، وقد حدد المشرع أنواعها، ووضع أحكام تطبيقها، وبين أحكام التعدد المعنوي للجرائم، والتنازع الظاهري للنصوص، وحالات الإعفاء من العقوبة:

أ- أنواع العقوبات: قرر المشرع عدداً من العقوبات الجزائية التي تكفل حماية الاقتصاد الوطني بعناصره المختلفة سواء العقوبات الأصلية أو التكميلية، أو التبعية:

١- العقوبات الأصلية: وهي أساساً نوعين، السجن وهو أشد عقوباتها، وقد يجمع بين السجن والغرامة، والثاني الغرامة المالية سواء المقدرة أو النسبية، وهذا بالنسبة إلى

الشخص الطبيعي، أما بالنسبة للشخص الاعتباري فتكون الغرامة والتدابير المقررة للجريمة في القانون، وإذا كانت العقوبة غير الغرامة استبدلت بها.

٢-العقوبات التكميلية والتبعية: تتمثل الأولى في سحب الترخيص والحرمان من ممارسة النشاط، والإغلاق الدائم أو المؤقت للمحل، والحرمان من المزايا، وتتمثل الثانية في المصادرة وإعادة التصدير.

ب-تطبيق العقوبات: منح المشرع القاضي الجزائي عند تطبيق العقوبات سلطات عدة، وتتمثل هذه السلطات في: تقدير العقوبة المناسبة للجريمة من بين العقوبات الاختيارية المقررة لها، كما تتمثل أيضاً في تطبيق الأعدار والظروف سواء المخففة أو المشددة.

ج-التعدد المعنوي: يقصد بالتعدد المعنوي تعدد الأوصاف الإجرامية للفعل الواحد، بحيث تقوم به جرائم عدة؛ لأن كل وصف تقوم به جريمة على حده، وفي بعض الحالات تتعدد الأوصاف الإجرامية فلا تقتصر على عنصر واحد من عناصر الاقتصاد الوطني، وإنما تصيب عنصر أو مصلحة محمية أخرى، وفي هذه الحالة تتعدد العقوبات بتعدد الجرائم.

د-التنازع الظاهري: ويحدث عند وجود نصوص تجريم متعددة ازاء فعل واحد، ويتعين وفقاً للتفسير الصحيح تطبيق إحداها على الواقعة، وقد وجدت عدة قواعد من أهمها أن النص الخاص يقيد العام، ولكن المشرع العماني في هذا النوع من الجرائم رجح قاعدة النص الأصلي على النص الاحتياطي؛ فقد نصت المادة (٣٥) من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات رقم ٢٠١١/١٢ على أنه: "لا تخل العقوبات المنصوص عليها في هذا القانون بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون آخر"، وقد قرر المشرع هذا الحكم في قانون تنظيم الصناعة، وقانون الشركات التجارية.

هـ-الإعفاء من العقوبة: قرر المشرع في حالات معينة مراعاة للمصلحة العامة الإعفاء من العقوبة، فقد نصت المادة (١٨٠) من قانون الجزاء العماني على أنه:

"يعفي من العقوبة المنصوص عليها في هذا الفصل كل من بادر من الجناة بإبلاغ السلطات القضائية المختصة قبل استعمال العملة أو السند المقلد أو المزيف أو المزور وقبل الكشف عن الجريمة، فإذا حصل الإبلاغ بعد الكشف عن الجريمة جاز للمحكمة اعفاؤه من العقاب متى ما أدى الإبلاغ إلى ضبط أي من الجناة، أو الكشف عن جريمة أخرى من الجرائم المنصوص عليها في هذا الفصل"، كما نصت المادة (٣٦) من قانون استثمار رأس المال الأجنبي على: "فيما عدا الجريمة المنصوص عليها في المادة (٣٥) من هذا القانون، يجوز للوزير أو من يفوضه التصالح في الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، وذلك في أي حالة تكون عليها الدعوى العمومية، وقبل صدور حكم فيها مقابل دفع مبلغ مالي لا يقل عن ضعف الحد الأدنى للغرامة المقررة لهذه الجريمة، ولا يزيد على ضعف الحد الأقصى لها، ويترتب على التصالح انقضاء الدعوى العمومية في الجريمة".

المطلب الثالث

خصوصية الإسناد في الجرائم الاقتصادية

بالنظر إلى الجدل الفقهي والتشريعي الذي ثار حول طبيعة الإسناد ومدلوله في الأحكام العامة، فإن هذا الجدل سوف يثور مجدداً وبشكل أكثر اتساعاً في الجرائم الاقتصادية.

فبالرغم من الاتجاهات المختلفة التي قيلت في الإسناد فإن هناك اتفاقاً على أن الجريمة لا تسند إلا لمن كان مسؤولاً عنها (مادياً ومعنوياً) من ناحية، كما أنها لا تسند إلا للشخص الطبيعي من ناحية أخرى.

إلا أن الطبيعة الخاصة للجرائم الاقتصادية، أثارت موضوع نطاق الإسناد عن المسؤولية في هذه الجرائم، ومدى تصور إسناد الجريمة إلى شخص لم يرتكبها، أو إلى

شخص غير طبيعي في سبيل الحفاظ على الكيان الاقتصادي للدولة، وضمان عدم الخروج عليه.

وقد أثارت هاتان النقطتان تمييزاً في نطاق المسؤولية، مما يجعل الأمر أكثر صعوبة في المجال الاقتصادي، وذلك من ناحيتين:

الناحية الأولى: أن المديرين والمسؤولين وأرباب العمل في المنشآت الاقتصادية المختلفة يتحملون التبعات القانونية عما يرتكبه موظفيهم ومتبوعيه من جرائم، أي أنهم يسألون جنائياً عن فعل غيرهم، وهنا تبرز مشكلة البحث في مدى نسبة أو إسناد هذه الجرائم المرتكبة من قبل الغير إليهم حتى يثبت مسؤوليتهم عنها.

فما هو الأساس الذي تقوم عليه هذه المسؤولية، فهل تقوم على أساس الاشتراك الإجرامي بين التابع والمتبوع، أم على أساس الرابطة النفسية بين الجريمة المرتكبة وبين صاحب العمل، أم أن هناك خطأ قديم قد تم ارتكابه من قبل هذا المتبوع.

وما هي طبيعة هذا الخطأ، فهل هو خطأ مفترض، أم أنه خطأ قاعدي بالمخالفة لقاعدة جنائية يرى المشرع ضرورة مراعاتها، أم أن هذا الإسناد وهذه النسبة تقوم على غير هذه الأسس، وهل العقوبة الموقعة على صاحب العمل تتفق مع قاعدة الشرعية والشخصية في العقوبة.

وهذه التساؤلات كلها تقتضي البحث في أساس المسؤولية الجنائية عن فعل الغير في الجرائم الاقتصادية، وطبيعة هذه المسؤولية، والضوابط التي تحدد أبعادها وأطرها.

الناحية الثانية: أن هناك العديد من الجرائم الاقتصادية ترتكب باسم المؤسسات الاقتصادية المتمتع بالشخصية المعنوية، مما يثير مشكلة الإسناد في هذه الجرائم.

وهل من الممكن إسنادها إلى هذه الشخصيات المعنوية، أم إلى من قام باقتراف الفعل الاقتصادي المجرم من موظفيها، وإذا تم إسناد الجريمة إلى الشخص المعنوي فما طبيعة هذا الإسناد، وما هي الجزاءات التي من الممكن إيقاعها على هذه الأشخاص المعنوية.

مما يقتضي البحث في المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية، وضوابط هذه المسؤولية وطبيعتها، والعقوبات المترتبة على ارتكاب شخص معنوي لجريمة اقتصادية^(١٣)، وتبعاً لذلك فإن إسناد الجريمة إلى مرتكبها سوف يأخذ مدلولاً مختلفاً وأكثر اتساعاً في الجرائم الاقتصادية عنه في الجرائم العادية.

المبحث الثالث

نماذج من الجرائم المضرة بالاقتصاد الوطني لسطنة عمان

سبق لنا القول، إن الاقتصاد يقوم على جانبين: الأول الثروة الوطنية المقومة، والثاني مصادر الثروة الطبيعية، وتقوم مسؤولية المستثمر الجزائئية عن الإضرار بالاقتصاد الوطني بجانبه سواء كان الفعل مجرماً في قانون الجزاء العام أو في القوانين الجزائئية التكميلية أو الخاص، وسوف نبين ذلك تباعاً من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول

في قانون الجزاء العام

أورد المشرع العماني في قانون الجزاء رقم (٧) لسنة ٢٠١٨م عدداً من الجرائم من أهمها:

١- الإضرار بنظام الائتمان: قررت المادة (١٧٥) أن يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن خمس سنوات ولا تزيد على (١٥) خمس عشرة سنة كل من قلد أو زيف أو زور بأي كيفية كانت عملة ورقية أو معدنية متداولة قانوناً في الدولة أو في دولة أخرى أو زور سندات عامة وطنية، أو روج أي منها مع علمه بذلك، وإذا ترتب على ذلك هبوط

(١٣) د. أنور المساعدة - المسؤولية الجزائئية عن الجرائم الاقتصادية - دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان - ٢٠٠٧م - ص ٣٣٠.

سعر العملة الوطنية أو السندات أو زعزعة الائتمان في الأسواق الداخلية أو الخارجية تكون العقوبة السجن مدة لا تقل عن (١٠) عشر سنوات.

٢- الإضرار بالنظام النقدي والسندات المالية: إصدار النقد امتياز ينحصر بالدولة، وقد جرم المشرع الإضرار بالنظام النقدي بالأفعال الآتية:

أ-التزيف والتزوير: قررت المادة (١٧٤) أن يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن شهر، ولا تزيد على (٢) سنتين وبغرامة لا تقل عن (٥٠٠) كل من زيف أو زور بأية كيفية كانت سواء بنفسه أو بوساطة غيره عملة ورقية أو معدنية متداولة قانوناً في الدولة أو في دولة أخرى أو سنداً مالياً حكومياً.

ب-ترويح عملة باطلة: قررت المادة (١٧٥) أن يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على سنة أو بغرامة لا تتجاوز (٥٠٠) كل من روج عملة معدنية أو ورقية بطل العمل بها أو أعادها إلى التعامل أو أدخلها في البلاد مع علمه بذلك.

ج-التعامل بعملة أو سند مالي غير صحيح: قررت المادة (١٧٧) أن يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن شهر، ولا تزيد على (٣) سنوات، وبغرامة لا تقل عن (١٠٠ ر.ع) مائة ريال عماني، وألا تزيد على (٣٠٠ ر.ع) ثلاثمائة ريال عماني، أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من قبل بحسن نية عملة أو سندات مما سبق ذكره في المادتين (١٧٥) - (١٧٦) من هذا القانون مقلدة أو مزيفة أو مزورة، ثم تعامل بها بعد عمله بذلك.

٣- الغش في تنفيذ العقود: قررت المادة (٢٢١) أن يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على (٣) ثلاث سنوات من ارتكب غشاً في تنفيذ كل أو بعض الالتزامات التي يفرضها عليه عقد مقاوله أو توريد أو إشغال عامة أو غيرها من العقود أو التعهدات التي ارتبط بها مع إحدى الجهات المنصوص عليها في المادة (١١) من هذا القانون، وتكون العقوبة السجن مدة لا تقل عن (٥) خمس سنوات ولا تزيد على (١٠) عشر سنوات، إذا ترتب على الجريمة ضرر جسيم أو كان العقد متعلقاً بمتطلبات الأمن والدفاع، ويعاقب بذات العقوبة المتعاقدون من الباطن والوكلاء والوسطاء والاستشاريون

إذا كان الغش راجعاً إلى أفعالهم (عدم الالتزام بتنفيذ العقود والغش فيها)، كما جاء في المادة (٣٨١): يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن شهر، ولا تزيد على سنة وبغرامة لا تقل عن (١٠٠٠٠ ر.ع) ألف ريال عماني، ولا تزيد على (١٠٠٠٠٠ ر.ع) عشرة آلاف ريال عماني كل من خزن أو نقل سلعاً فاسدة أو مقلدة بقصد التسويق أو البيع أو التعديل أو التغيير عليها، وأيضاً جاء في المادة (٣٨٢): يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن (٦) ستة أشهر، ولا تزيد على (٣) ثلاث سنوات، وبغرامة لا تقل عن (١٠٠٠٠ ر.ع) ألف ريال عماني ولا تزيد على (١٠٠٠٠٠ ر.ع) عشرة آلاف ريال عماني كل من غش المتعاقد معه سواء في طبيعة البضاعة أو الخدمة أو صفاتها الجوهرية أو تركيبها أو الكمية التي تحتويها من العناصر المفيدة أو في تاريخ صلاحيتها أو في نوعها أو مصدرها، عندما يكون تعيين النوع أو المصدر معتبراً بموجب الاتفاق أو العادات، ويعاقب بالعقوبة ذاتها كل من استورد أو اشترى أو روج هذه البضاعة بقصد الاتجار فيها مع علمه بذلك، وتشدد العقوبة على ألا تتجاوز الضعف إذا نتج عنها إضرار بصحة الإنسان أو نفوق الحيوان.

المطلب الثاني

في قانون استثمار رأس المال الأجنبي

جاء في المادة (٣٢) من قانون استثمار رأس المال الأجنبي ما نصه: مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد منصوص عليها في أي قانون آخر، يعاقب على الجرائم المبينة في هذا القانون بالعقوبات المنصوص عليها فيه.

كما جاء في المادة (٣٣) من القانون ذاته: يعاقب كل أجنبي يزاول أي نشاط استثماري بالمخالفة لأحكام هذا القانون بغرامة لا تقل عن (٢٠٠٠٠٠) عشرين ألف ريال عماني، ولا تزيد على (١٥٠٠٠٠٠) مائة وخمسين ألف ريال عماني، كما يعاقب كل

عماني يشترك مع أجنبي في مشروع استثماري بالمخالفة لأحكام هذا القانون بالعقوبة ذاتها.

أما المادة (٣٤) فجاء فيها: يعاقب كل من يحول دون تأدية الموظفين المنصوص عليهم في المادة (١٢) من هذا القانون لأعمالهم، بغرامة لا تقل عن (١٠٠٠) ألف ريال عماني، ولا تزيد على (٥٠٠٠) خمسة آلاف ريال عماني.

كما نصت المادة (٣٥) على أن: يعقب كل من أفشى أي معلومات تكون قد وصلت إلى علمه بسبب أعمال وظيفته تتعلق بالفرصة الاستثمارية أو بالجوانب الفنية أو الاقتصادية أو المالية لمشروع استثماري تؤدي إلى تقويت تلك الفرصة، أو تؤثر تأثيراً مباشراً على المشروع الاستثماري بالسجن لمدة لا تقل عن (٦) أشهر، ولا تزيد على (٣) ثلاث سنوات، وبغرامة لا تقل عن (٥٠٠٠) خمسة آلاف ريال عماني، ولا تزيد على (٥٠٠٠٠) خمسين ألف ريال عماني، أو بإحدى هاتين العقوبتين، وذلك فيما عدا الأحوال التي يسمح فيها القانون بذلك أو تنفيذاً لحكم قضائي.

المطلب الثالث

في القوانين التكميلية

أ- في سلطنة عمان:

صدرت قوانين عدة في سلطنة عمان؛ بهدف تنظيم النشاط الاقتصادي والمالي، تضمنت عدداً من الجرائم الماسة بالاقتصاد الوطني، منها: قانون المناطق الحرة رقم (٥٦) لسنة ٢٠٠٢م؛ حيث أورد المشرع فيه جرائم عدة، وقد نصت المادة (٢١) منه على أن: مع عدم بآية عقوبة أشد في قانون آخر أن يعاقب كل من يخالف أحكام هذا القانون أو لائحته التنفيذية بغرامة لا تزيد على خمس ألف ريال، بمصادرة المال محل المخالفة وتضاعف العقوبة في حالة تكرار المخالفة.

ب- في دولة الإمارات العربية المتحدة:

١- القانون الاتحادي رقم ١ لسنة ١٩٧٩م:

- جريمة الغش ومخالفة المقاييس: قررت المادة (٣٥) من هذا القانون أنه: إذا أنتج المشروع سلعاً مخالفة للمقاييس والمواصفات المقررة للإنتاج أو قام بالغش في نوعية الانتاج عوقب صاحب المشروع أو مديره المسؤول بالحبس مدة لا تتجاوز سنتين يضاف إليها مبلغ لا يتجاوز مائة ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين.

- جريمة إقامة أو إدارة مشروع بدون ترخيص: نصت المادة (٣٦) من القانون المذكور على أن: يعاقب كل من اقام أو أدار مشروعاً صناعياً دون الحصول على ترخيص وفقاً لأحكام هذا القانون بغرامة لا تقل عن عشرة آلاف درهم ولا تزيد عن مائة ألف درهم.

٢- قانون النقد وتنظيم المهنة المصرفية رقم ١٠ لسنة ١٩٨٠م:

- بشأن حماية العملة: قررت المادة (١/٦٥) من هذا القانون أن إصدار النقد امتياز خاص بالدولة، ويمارسه المصرف المركزي وحده دون سواه، ومنعت الفقرة الثانية من المادة أي شخص أن يقوم بإصدار العملة النقدية، وقررت في فقرتها الثالثة أن يعاقب من يخالف أحكام هذه المادة بالسجن مدة لا تزيد على عشر سنوات، وبغرامة لا تتجاوز مائة ألف درهم أو بأحد هاتين العقوبتين.

- بشأن حماية الثقة في المصارف التجارية والاستثمارية: قررت المادة (١/٨٥) من القانون المذكور أنه لا يجوز لغير المصارف التجارية والاستثمارية أن تمارس في نشاطها تضليل أو خداع الجمهور بأن تتسبب لنفسها صفة بنك أو مصرف وقررت الفقرة الثانية من تلك المادة أن يعاقب من يخالف أحكام الفقرة السابقة بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة أشهر وبغرامة لا تتجاوز ألفي درهم أو بإحدى العقوبتين.

٣- قانون الشركات التجارية رقم (٨) لسنة ١٩٨٤م:

أورد المشرع في هذا القانون عدداً من الجرائم الاقتصادية التي تضر بنظام الاستثمار ومنها:

أ- مخالفات النظام العام للشركات المالية: قررت المادة (٣٢٢) من هذا القانون في مقدمتها أن يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تتجاوز سنتين وبغرامة لا تقل عن عشرة آلاف درهم ولا تتجاوز مائة ألف درهم أو بإحدى العقوبتين:

١- كل من أثبت عمداً في عقد الشركة أو في نظامها أو في نشرات الاكتتاب في الأسهم أو السندات أو في غير ذلك من وثائق الشركة بيانات كاذبة أو مخالفة لأحكام هذا القانون وكل من وقع هذه الوثائق أو وزعها مع علمه بذلك.

٢- كل مؤسس أو مدير وجه الدعوى للجمهور للاكتتاب في أسهم أو سندات لحساب شركة ذات مسؤولية محدودة، وكل من عرض هذه الأوراق لحساب الشركة.

٣- كل من قوم بسوء قصد الحصص العينية المقدمة من الشركة بأكثر من قيمتها الحقيقية.

٤- كل مدير أو عضو مجلس إدارة وزع على الشركاء أو على غيرها أرباحاً أو فوائد على خلاف أحكام هذا القانون أو عقد الشركة أو نظامها، وكذلك كل مراجع حسابات صدق على هذا التوزيع مع علمه بالمخالفة.

٥- كل مدير أو عضو مجلس إدارة أو مصف ذكر عمداً بيانات كاذبة في الميزانية أو في حساب الأرباح والخسائر أو أغفل عن عمد ذكر وقائع جوهرية في هذه الوثائق، وذلك بقصد إخفاء حقيقة المركز المالي للشركة.

٦- كل مراجع حسابات تعمد وضع تقرير كاذب عن نتيجة مراجعته أو أخفى عمداً وقائع جوهرية في هذا التقرير.

٧- كل مدير أو عضو مجلس إدارة أو عضو مجلس رقابة أو مستشار أو خبير أو مراجع حسابات أو معاون له أو مستخدم لديه وكل شخص يعهد اليه

- بالتفتيش على الشركة يفشي ما يحصل عليه بحكم عمله من اسرار الشركة أو يستغل هذه الاسرار لجلب نفع خاص له أو لغيره.
- ٨- كل شخص معين من قبل الوزارة أو السلطة المختصة للتفتيش على الشركة يثبت عمداً فيما يعده من تقارير عن نتيجة التفتيش وقائع كاذبة أو يغفل عمداً ذكر وقائع جوهرية في هذه التقارير من شأنها أن تؤثر في نتيجة التفتيش.
- ب- مخالفة نظام إدارة الشركات: قررت المادة (٣٢٣) من القانون المذكور أن يعاقب بغرامة لا تقل عن عشرة آلاف درهم ولا تتجاوز مائة ألف درهم:
- ١- كل من يتصرف في الأسهم على خلاف القواعد المقررة.
- ٢- كل من يصدر أسهماً أو إيصالات اكتتاب أو شهادات مؤقته أو سندات أو يعرضها للتداول على خال أحكام هذا القانون.
- ٣- كل من يعين عضو بمجلس إدارة شركة مساهمة أو يعين مراجعاً للحسابات فيها، وكل من يحصل على ضمان أو قرض منها، وذلك كله على خلاف احكام الحظر المقررة في هذا القانون وكل رئيس مجلس إدارة في شركة تقع فيها مخالفة من هذه المخالفات.
- ٤- كل شركة تخالف الأحكام المقررة في شأن نسبة مساهمة مواطني الدولة في رأس مال الشركات أو نسبة المواطنين في مجالس إدارتها وكل مدير أو رئيس مجلس إدارة فيها.
- ٥- كل من يمتنع عمداً عن تمكين مراجعي الحسابات أو الأشخاص المكلفين من قبل الوزارة أو السلطة المحلية بالتفتيش على الشركة من الاطلاع على دفاترها ووثائقها أو يمتنع عن تقديم المعلومات والإيضاحات اللازمة لهم.
- ٦- كل شركة تخالف أحكام هذا القانون أو أحكام القرارات التي تصدر تنفيذاً له، وكذلك كل مؤسس أو مدير أو عضو مجلس إدارة فيها.
- ٤- قانون هيئة وسوق الإمارات للأوراق المالية رقم ٤ لسنة ٢٠٠٠م:
أورد المشرع في هذا القانون جرائم عدة تضمنتها المواد (٤٠-٤٣) وهي:

أ- عدم مراعاة سر المهنة: قررت المادة (٤٠) أن يعاقب بالحبس وبالغرامة التي لا تزيد على مائة ألف درهم أو بأحد هاتين العقوبتين: كل وسيط أو ممثل له وأي موظف أو مدقق للحسابات في السوق وكل من له شأن في تنفيذ عمليات السوق لم يراع سر المهنة وكتمان أسماء العملاء.

ب- نصت المادة (٤١) على أن: يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تجاوز ثلاث سنوات وبالغرامة التي لا تقل عن مائة ألف درهم ولا تجاوز مليون درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين: كل من يخالف أحكام المواد (٣٦-٣٧-٣٩) من هذا القانون.

ج- نصت المادة (٤٢) على أنه: يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز ثلاث سنوات وبالغرامة التي لا تقل عن مائة ألف درهم ولا تزيد على مليون درهم أو بأحد هاتين العقوبتين كل من يخالف أحكام المادة (٣٨) من هذا القانون.

د- مخالفة أحكام القانون الأخرى: قررت المادة (٤٣) أن يعاقب بالحبس وبالغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين: كل من يخالف أي حكم آخر من أحكام هذا القانون والأنظمة الصادرة بمقتضاه.

المطلب الرابع

القانون الخاص بحماية البيئة رقم ٢٤ لسنة ١٩٩٩م

في دولة الإمارات العربية المتحدة أورد المشرع في قانون حماية البيئة رقم ٢٤ لسنة ١٩٩٩م عدداً من الأفعال المجرمة، ومن أهمها:

١- جرائم تلويث البيئة: قررت الفقرة الأولى من المادة (٧٣) أن يعاقب بالسجن وبالغرامة التي لا تقل عن مائة وخمسين ألف درهم ولا تزيد على مليون درهم كل من خالف أحكام المواد (٢١-٢٧-٣١-٦٢-١/٦٢-٣/٦٢) من هذا القانون، وقررت الفقرة الثانية عقوبة الإعدام أو السجن المؤبد والغرامة التي لا تقل عن مليون درهم ولا تزيد على عشرة ملايين درهم لكل من خالف المادة (٢/٦٢)، وقد قررت الفقرة الرابعة من المادة عقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنتين ولا تزيد على خمس سنوات والغرامة التي لا

تقل عن مائتي ألف درهم ولا تزيد على خمسمائة ألف درهم أو إحدى هاتين العقوبتين لكل من خالف المادتين (١٨ و ٥٨) من القانون.

٢- عدم اتخاذ تدابير الأمن والسلامة: جرم المشرع مخالفة القانون واشتراطاته سواء اتخاذ الاحتياطات أو عدم الإبلاغ عن الحوادث أو تصريف المخالفات أو عدم اتخاذ الإجراءات الكافية للحماية من التلوث أو إثارة أو تلوين الهواء أو التربة أو الضجيج، وقد تضمنتها المواد (٧٤-٨٥) من القانون، وفضلاً عن ذلك قررت المادة (٨٦) من القانون أن كل مخالفة أخرى لأحكام القانون يعاقب مرتكبها بغرامة لا تقل عن خمسمائة درهم ولا تزيد على عشرة آلاف درهم.

الخاتمة

وختاماً بعد أن تناولنا بالبحث موضوع المسؤولية الجزائية للمستثمر عن الأضرار التي يلحقها بالاقتصاد الوطني، ورأينا من خلال البحث أن التشريعات الحديثة في أغلبها بدأت تميل الي تقرير المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، وبالتالي مسؤولية المستثمر سواء كان شخصاً طبيعياً أم معنوياً، عن الجرائم الاقتصادية المرتكبة.

وبعد أن استعرضنا - من خلال البحث - مظاهر المسؤولية الجزائية من المخاطر، والجرائم التي قد يرتكبها المستثمرون، وما عرضنا له من خلال النصوص الواردة في بعض القوانين المتصلة بالموضوع سواء من حيث ما ورد في قانون استثمار رأس المال الأجنبي العماني أو قانون الشركات باعتبار هذا القانون الأخير هو المطبق بشأن المخالفات والجرائم المرتكبة، والتي تناولتها نصوصه، ولم يتحدث عنها في قانون استثمار رأس المال الأجنبي العماني.

وقد وضح لنا من خلال ذلك أمور عدة مهمة يمكن إجمالها في النتائج الآتية:

أولاً- النتائج:

١- تبين من التجارب التاريخية والوقائع الملموسة أن الاستثمار الذي يستهدف أصلاً الربح في ظل النظام الاقتصادي الحر إنما هو حصان جامح لا يمكن إيقافه إلا بضوابط قانونية تقرر مسؤوليته الجزائية والمدنية عن الأضرار بالاقتصادي الوطني للدولة المستضيفة وهو الاتجاه السائد على المستوى الدولي والوطني.

٢- أهمية الاستثمار بالنسبة إلى الدولة والمستثمر على السواء، فهناك مصالح مشتركة بين المستثمر والدولة المضيفة، تتمثل في تحقيق الربح من ناحية وتحقيق المصلحة الوطنية من ناحيته أخرى.

٣- سعي الدول وتشجيعها للمستثمرين سواء الوطنيين أو الأجبيين، وذلك من خلال تبسيط الإجراءات والتسهيلات التي تمنحها لهم، وذلك لضمان جذب أكبر قدر من رؤوس الأموال للاستثمار على أرضها وتكريس المشرع لهذه الحوافز والضمانات لاستثمارية.

٤- إقرار الاتجاهات الحديثة في الفقه والقانون الجزائي للمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي فلم يعد الأمر قاصراً على مسؤولية الشخص الطبيعي، بل امتدت المسؤولية في كثير من التشريعات كالتشريع العماني والإنجليزي والأمريكي والفرنسي والإماراتي والسوري واللبناني والأردني والمصري وغيرهم إلى تكريس هذه المسؤولية، وهذا الأمر يفتح الطريق أمام تقنين العقوبات الجزائية التي نأمل أن يتم تقنينها لحماية الدولة والاقتصاد الوطني للبلاد من الجرائم التي قد تقع من المستثمرين والتي تعرضنا لها من خلال البحث.

٥- أن أغلب التشريعات العربية تتخوف من إقرار العقوبات الجزائية في مجال الاستثمار، ولعل رغبة هذه الدول في جذب المستثمرين خاصة الأجانب، وتشجيعهم على القدوم وإقامة المشاريع في الدولة، وما يستتبعه ذلك من تنمية اقتصادية، يجعل هذه الدول مترددة في التوسع في الأخذ بهذه العقوبات.

ثانياً- التوصيات:

١- إن حماية الاقتصاد الوطني تتطلب دوراً وقائياً بمنع الجريمة قبل وقوعها بأن تسهر جهات الضبط الإداري الخاص على تطبيق القوانين ومراقبة النشاطات الاستثمارية في التزامها بالقانون، ومن المستحسن الاتجاه نحو:

أ- وجود قانون عام للاستثمار يبين فيه النظام القانون العام للاستثمار، ويتحدد فيه على نحو دقيق واجبات وحقوق المستثمر.

- ب- وجود جهة واحدة للإشراف على هذا المجال، وأن يوجد فيها كل التخصصات الفنية الدقيقة بما فيها القانونية في مختلف فروع القانون: العام والمدني والتجاري والجزائي والقانون الدولي والتجارة الدولية.
- ٢- بهدف تطبيق أحكام المسؤولية الجزائية والمدنية في حالة وقوع جريمة مضرّة بالاقتصاد الوطني، نوصي بما يلي:
- أ- أن توجد دراسات قانونية متخصصة في هذا المجال لتأصيل الأحكام العامة للجرائم الاقتصادية، وتفصل مفرداتها حتى يسهل تطبيقها.
- ب- أن يوجد ضبط قضائي خاص في مجال الاستثمار، وادعاء عام متخصص بجرائم الاستثمار، وأيضاً محاكم متخصصة أو على الأقل قضاة متخصصون للفصل في هذه النوعية من الجرائم في إطار المحاكم العامة.

المراجع

أولاً- المراجع العامة:

- ١- د. أحمد فتحي سرور - الوسيط في قانون العقوبات - القسم العام دار النهضة العربية القاهرة، الطبعة السادسة ١٩٩٦م.
- ٢- د. إبراهيم علي صالح - المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية - دار المعارف - القاهرة - بدون تاريخ.
- ٣- د. أنور محمد صدقي المساعدة - المسؤولية الجزائية عن الجرائم الاقتصادية - دار الثقافة للنشر والتوزيع - الأردن - عمان - ٢٠٠٧م.
- ٤- د. حازم حسن جمعه - المشروعات الدولية وقواعد حمايتها في القانون الدولي - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة عين شمس - ١٩٨٠م.
- ٥- د. خليل حسن خليل - دور رؤوس الأموال الأجنبية في تنمية الاقتصاديات المختلفة مع دراسة خاصة بإقليم متعدد - رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق - جامعة القاهرة - ١٩٦٠م.
- ٦- د. شريف سيد كامل، المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية - القاهرة - الطبعة الأولى ١٩٩٧م.

- ٧- د. عبد المهيم بكر سالم - القصد الجنائي في القانون المصري المقارن - الطبعة الأولى - القاهرة - ١٩٥٩م.
- ٨- د. صفوت أحمد عبد الحفيظ - دور الاستثمار الأجنبي في تطور أحكام القانون الدولي الخاص - عام ٢٠٠٠م - بدون ناشر.
- ٩- د. عمر سالم - المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية وفقاً لقانون العقوبات الفرنسي الجديد - دار النهضة العربية - القاهرة - الطبعة الأولى ١٩٩٥م.
- ١٠- د. مأمون محمد سلامة - قانون العقوبات - القسم العام - دار النهضة العربية - القاهرة - الطبعة الثالثة سنة ٢٠٠١م.

ثانياً- الأبحاث العلمية:

- ١- د. حمدي محمد محمود حسين - مسؤولية المستثمر الجنائية عن الأضرار التي يلحقها بالاقتصاد الوطني دراسة مقارنة - بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون بالدقهلية - جامعة الأزهر - العدد الرابع عشر - يناير ٢٠١٢م.
- ٢- د. حمدي محمد مصطفى حسن - تعويض المشروع الاستثماري الأجنبي المتضرر كأحد الضمانات القانونية في قوانين الاستثمار العربية واتفاقيات الاستثمار بدولة الإمارات العربية المتحدة واتفاقية استثمار رؤوس الأموال العربية لسنة ١٩٨١ - بحث مقدم للمؤتمر التاسع عشر بعنوان قواعد الاستثمار بين التشريعات الوطنية والتشريعات الدولية وأثرها في التنمية الاقتصادية بدولة الإمارات العربية المتحدة - أبريل ٢٠١١م.
- ٣- د. محمد محي الدين عوض - أ هم الظواهر الاقتصادية الاجرامية والانحراف، بحث مقدم إلى الدروة العلمية ال ٤١ بعنوان - الجرائم الاقتصادية وأساليب مواجهتها الاكاديمية العربية للعلوم الأمنية - الرياض ٢٨ - ٣ سبتمبر ١٩٩٦م - وثائق الندوة الصادرة في كتاب ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م.
- ٤- د. مطهر علي صالح أنقع - بحث بعنوان الحماية الجنائية للبيئة في التشريع اليمني- المؤتمر السنوي الأول علوم وتكنولوجيا البيئة أب ٢٠١٠ - جامعة أب الجمهورية اليمنية.
- ٥- د. مطهر علي صالح أنقع - بحث مسؤولية المستثمر عن الأضرار التي يلحقها بالاقتصاد الوطني بحث مقدم للمؤتمر المنعقد في جامعة الامارات العربية المتحدة - بدولة الإمارات عام ٢٠١١م - من كتاب أبحاث المؤتمر.



التكامل المعرفي بين العلوم الإسلامية في جامع ابن بركة البهلوي (دراسة تحليلية في بنية مباحث أصول الفقه)

* محمد بن سعيد بن تيتون الراشدي *

** الدكتور/ محمد سعيد بن خليل المجاهد **

الملخص:

تكمن أهمية البحث في اعتباره دراسة تبحث نظرية التكامل المعرفي بين العلوم في التراث الإسلامي من حيث الإجمال، وتوضح علائق التكامل المعرفي بين علم أصول الفقه والعلوم الإسلامية في جامع ابن بركة البهلوي من حيث الخصوص، وتتمثل إشكاليته في كيفية تشكّل بنية مباحث علم أصول الفقه في جامع ابن بركة في ضوء حضور التكامل المعرفي بين العلوم الإسلامية، ويندرج تحتها سؤالان رئيسان، الأول: ما حيثيات التكامل المعرفي في جامع ابن بركة بين علم أصول الفقه من جهة وعلوم اللغة وعلم الكلام وعلم الحديث من جهة أخرى؟ والثاني: كيف أسهم التكامل المعرفي في تشكيل بنية مباحث علم أصول الفقه في جامع ابن بركة؟ ويستهدف البحث الإجابة عن هذين السؤالين باعتماده على منهجين رئيسيين، المنهج الوصفي في رصد علائق التكامل المعرفي وإيضاحها في التراث الإسلامي وفي كتاب الجامع، والمنهج التحليلي في تفكيك المعطيات وتحليلها وتفسيرها بما يعين في استخلاص نتائج البحث، وفي ضوء ذلك أتى البحث في مقدمة وتمهيد ومبحثين وخاتمة.

الكلمات المفتاحية: تكامل - معرفي - أصول الفقه - جامع - ابن بركة.

* طالب دكتوراه، وباحث في جامعة السلطان قابوس.

** أستاذ مشارك بقسم العلوم الإسلامية، كلية التربية، جامعة السلطان قابوس.



Cognitive Integration between Islamic Sciences At Jamee Ibn Barakaa Al-Bahlawi Analytical Study of the Structure of the Fundamentals of Jurisprudence

Mohammed bin Said bin Teton Al-rashidi *
Dr. Muhammad Said bin Khalil Al-mujahed **

Abstract:

The importance of the research lies in considering it as a study that examines the theory of cognitive integration between sciences in the Islamic heritage in general and clarifies the relationships of cognitive integration between the science of jurisprudence and Islamic sciences in the Ibn Barakat Al-Bahlawi mosque in particular, and its problem is how to form the structure of the investigations of jurisprudence in the mosque Ibn Baraka in the light of the presence of cognitive integration between Islamic sciences, and falls under it two main questions, the first: What are the reasons for cognitive integration in the Ibn Baraka Mosque between the science of jurisprudence on the one hand and linguistics, theology and hadith science on the other? The second: How did the cognitive integration contribute to the formation of the structure of the investigations of the principles of jurisprudence in the Ibn Baraka Mosque? The research aims to answer these two questions by relying on two main approaches, the descriptive approach in monitoring and clarifying the relationships of cognitive integration in the Islamic heritage and the book of the collector, and the analytical approach in deconstructing data, analyzing and interpreting it in a way that helps in extracting the results of the research, and in light of that the research came in an introduction, a preface, two chapters, and a conclusion.

Keywords: Integration – Cognitive – Fundamentals of Jurisprudence – Jamee – Ibn Baraka.

* PhD Scholar and Researcher at Sultan Qaboos University.

** Associate Professor, Department of Islamic Sciences, College of Education, Sultan Qaboos University.



المقدمة

يُعَدُّ التكامل المعرفي بين العلوم إحدى المسائل المهمة التي يأتي البحث عنها في إطار مبدأ التأثير والتأثير سواء كان في الحضارة الواحدة أو الحضارات المتعددة، وحين النظر في المراحل التكوينية الأولى للتراث الإسلامي فإننا نلاحظ أنَّ التداخل المعرفي بين العلوم الإسلامية واضح؛ إذ لم تكن هناك حدود معرفية فاصلة بينها، كما أنَّ حاجة بعضها إلى بعضٍ أدَّت إلى تكامل معرفي بينها، بيد أنَّ الحدود أصبحت واضحة بعدئذٍ ووجدت المحددات والفواصل بين العلوم؛ مما يجعل البحث عن أثر التداخل والتكامل في تشكيل بنية مباحث بعض العلوم أساسًا في إعادة الاعتبار إلى أهمية هذا المبدأ. وهذا البحث المعنون بـ «التكامل المعرفي بين العلوم الإسلامية في جامع ابن بركة البهلوي: دراسة تحليلية في بنية مباحث أصول الفقه» ينظر إلى أثر التكامل المعرفي بين العلوم الإسلامية في جامع ابن بركة في تشكيل بنية مباحث علم أصول الفقه. إشكالية البحث وأسبابه:

تتمثل إشكاليته في كيفية تشكُّل بنية مباحث علم أصول الفقه في جامع ابن بركة في ضوء حضور التكامل المعرفي بين العلوم الإسلامية، ويندرج تحتها سؤالان رئيسان: الأول: ما حيثيات التكامل المعرفي في جامع ابن بركة بين علم أصول الفقه من جهة وعلوم اللغة وعلم الكلام وعلم الحديث من جهة أخرى؟ الثاني: كيف أسهم التكامل المعرفي في تشكيل بنية مباحث علم أصول الفقه في جامع ابن بركة؟

وتكمن أهداف البحث في كونه يستهدف الإجابة عن هذين السؤالين.

الدراسات السابقة:

لم يطلع الباحث على دراسة مستقلة في موضوع البحث ذاته، وإنَّما اطلَّع على دراسات بحثت موضوعات مختلفة في جامع ابن بركة، وأهم هذه الدراسات:

1. «ابن بركة وآراؤه الأصولية»: رسالة قدمها الباحث جابر بن علي السعدي لنيل درجة الماجستير من الجامعة الأردنية، بإشراف عبد المعز حريز عام ١٩٩٤م، وقد جعل الباحث دراسته في أربعة فصول، الأول والثاني منها في ترجمة الكاتب ودراسة

العصر الذي عاش فيه، والثالث في جهود علماء الإباضية في علم أصول الفقه، والرابع خصصه لبحث آراء ابن بركة الأصولية.

وكما هو واضح أنّ الدراسة لا تتطرق إلى بحث أوجه التكامل المعرفي بين العلوم الإسلامية وإنما اهتمت برصد آراء ابن بركة الأصولية، ومن هنا خرجت هذه الدراسة عن محل بحثنا؛ إذ إنّ بحثنا مرتكز على دراسة أوجه التكامل المعرفي وأثره في تشكيل بنية المباحث الأصولية في جامع ابن بركة.

٢. «منهج ابن بركة في علوم القرآن والتفسير في كتابه الجامع: دراسة منهجية مقارنة»: بحث قدمه سعيد بن راشد الصوافي استكمالاً لمتطلبات الدكتوراه في جامعة الزيتونة في تونس بإشراف الصادق كرشيد عام ٢٠٠٦م، وقد جعل الباحث دراسته في ثلاثة أبواب، تحدث في الباب الأول عن ابن بركة وكتابه الجامع، وفي الباب الثاني عن منهج ابن بركة في علوم القرآن، وفي الباب الثالث عن منهج ابن بركة في التفسير.

ويتضح أيضاً أنّ هذه الدراسة غير معنية بما نبخته هنا؛ إذ بحثت منهج ابن بركة في علوم القرآن والتفسير، وأما بحثنا فهو مخصص لبحث أثر التكامل المعرفي بين العلوم الإسلامية في جامع ابن بركة في تشكيل بنية مباحث علم أصول الفقه.

أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث في اعتباره دراسة تبحث نظرية التكامل المعرفي بين العلوم في التراث الإسلامي من حيث الإجمال، وتوضح علائق التكامل المعرفي بين علم أصول الفقه والعلوم الإسلامية في جامع ابن بركة البهلوي من حيث الخصوص.

حدود البحث:

سيكون البحث محصوراً في بحث التكامل المعرفي الداخلي بين علم أصول الفقه من جهة، وعلوم اللغة وعلم الكلام وعلم الحديث من جهة أخرى، دون النظر إلى التكامل المعرفي الخارجي، ودون النظر إلى التكامل المعرفي بين العلوم الإسلامية الأخرى.

منهج البحث:

سيكتب الباحث هذا البحث معتمداً بشكل رئيس على منهجين: المنهج الوصفي في رصد علائق التكامل المعرفي وإيضاحها في التراث الإسلامي وفي كتاب الجامع، والمنهج التحليلي في تفكيك المعطيات وتحليلها وتفسيرها بما يعين في استخلاص نتائج البحث.

محتويات البحث وتقسيماته:

أتى البحث في مقدمة وتمهيد ومبحثين وخاتمة، أمّا المقدمة ففيها إيضاح الأدوات المنهجية المتطلبة التي تبين محددات البحث، وفي التمهيد توضيح لحيثيات التكامل المعرفي بين العلوم الإسلامية في التراث الإسلامي، وأما المبحث الأول فيدرس التكامل المعرفي في جامع ابن بركة بين علم أصول الفقه من جهة وعلوم اللغة وعلم الكلام وعلم الحديث من جهة أخرى، وفي المبحث الثاني والأخير يدرس كيفية إسهام التكامل المعرفي في تشكيل بنية مباحث علم أصول الفقه في الجامع، ونختم البحث بأبرز النتائج والتوصيات.

حيثيات التكامل المعرفي في العلوم الإسلامية:

نلاحظ في المدونات التراثية تصنيفاً للعلوم الإسلامية بناءً على الأبعاد الوظيفية التي تضطلع بها، فإن كانت مقصودة لذاتها فهي علوم «مقاصد/غايات»، وإن كانت غير مقصودة لذاتها وإنما خادمة لغيرها من العلوم فهي علوم «آلة/وسائل»، يقول ابن خلدون: «اعلم أن العلوم المتعارفة بين أهل العمران على صنفين: علوم مقصودة بالذات، وعلوم هي آلية وسيلة لهذه العلوم»^(١)، ولكلّ منها مسلك مختلف في النظر؛ إذ إنّ علوم المقاصد يتوسع في التنظير لها «وتفريع المسائل واستكشاف الأدلة والأنظار»^(٢)، بينما ذلك من قبيل «اللغو» في علوم الآلة؛ لأنه «يخرج بها عن

(١) ابن خلدون، عبد الرحمن بن محمد، مقدمة ابن خلدون، ت: علي عبد الواحد وأفي، دار نهضة مصر، مصر، ط٧، ٢٠١٤م، ج٣، ص١١٤. بتصرف.

(٢) ابن خلدون، المقدمة، ج٣، ص١١٤-١١٥.

المقصود، إذ المقصود منها ما هي آلة له لا غير»^(٣)، ويرى طه عبد الرحمن أنّ مفهوم «الآلة» في المدونات التراثية يتسع لمعنيين، أحدهما: أن تكون الآلية تلحق كل علم يشترك في تحصيل غيره، فيكون كل علم دخل في علم آخر بمنزلة آلة من آلاته، وتصير مقصودة لذاتها إن انفك عنها بُعْدها الوظيفي، والثاني: أن تكون الآلية صفة ذاتية لبعض العلوم تختص بها ولا تنفك عنها حتى لو قُصِدَتْ لذاتها^(٤)، ويبدو أن ابن خلدون قصد المعنى الثاني حيث اعتبر معاملتها كالمقصودة لذاتها لغوًا، ومن ثم عاب على علماء المسلمين حينما نظروا إلى المنطق «من حيث إنه فن برأسه لا من حيث إنه آلة للعلوم، فطال الكلام فيه واتسع»^(٥)، ومهما يكن؛ فإنّ وجود هذا التصنيف ينبئ عن تراتبية للعلوم الإسلامية في التراث، تنطلق من محورية خدمة الدين، وبناءً عليه تتمركز العلوم في سلم ترتيب الأهمية والشرف، يوضح ذلك الغزالي بقوله: «العلوم على درجاتها إما سالكة بالعبد إلى الله تعالى أو معينة على السلوك، ولها منازل مرتبة في القرب والبعد من المقصد»^(٦)، وتفرغاً عليه نجد ابن جزى مثلاً ينظر إلى النص القرآني على أنه المحور الأهم في تحقيق هذه الغاية؛ لذا جعل فهمه وتفسيره غاية مقصودة لذاتها في مقابل ما عداه من فنونٍ و«أدوات تعين عليه أو تتعلق به أو تنفرد منه»^(٧).

إن النظر إلى تلك المعطيات من التراث الإسلامي يحيل إلى ضرورة استنتاج وجود التكامل المعرفي بين علومه؛ بناء على وحدة الغاية من تلك العلوم ومحوريتها المتمثلة

(٣) ابن خلدون، المقدمة، ج ٣، ص ١١١٥.

(٤) عبد الرحمن، طه، تجديد المنهج في تقويم التراث، المركز الثقافي العربي، المغرب، ط ٢، دت، ص ٨٤-٨٥.

(٥) ابن خلدون، المقدمة، ج ٣، ص ١٠٢٥.

(٦) الغزالي، محمد بن محمد، ميزان العمل، دار المنهاج، لبنان، ط ١، ٢٠١٨م، ص ٢٣٦.

(٧) ابن جزى، محمد بن أحمد، التسهيل لعلوم التنزيل، ت: محمد سالم هاشم، دار الكتب العلمية، لبنان، ط ١، ١٩٩٥م، ج ١، ص ٩.

في خدمة الدين، وقد دَوَّن هذه النتيجة الغزالي بقوله: «إن العلوم كلها متعاونة مترابطة بعضها ببعض»^(٨) و«العلوم مرتبة ترتيباً ضرورياً وبعضها طريق إلى بعض»^(٩)، وبسبب ذلك يذهب الغزالي إلى ضرورة مراعاة الترتيب والتدرج في الخوض في الفنون وتعلمها^(١٠)، وفي هذا السياق يفسر طه عبد الرحمن اتجاه التعليم والتكوين والتأليف في التراث الإسلامي إلى الأخذ بالموسوعية بكونه انعكاساً عن الاقتناع بمبدأ تكامل العلوم، يقول: «منطق التداول يقضي بأن يكون التكوين الموسوعي سبباً في توجه صاحبه إلى العمل بمبدأ التداخل»^(١١).

وإن استبان وجود التكامل المعرفي في التراث الإسلامي من حيث الإجمال؛ فإنه ينبغي الالتفات إلى صفاته الرئيسية التي تنبثق من مفهوم الابتداء والتعاقد والتفاعل والتي غالباً ما تكون في المراحل التكوينية لموضوعات العلم، ويمكن اعتبار التكامل ما «يحصل بين البنى المعرفية المأخوذة من علوم مستقلة فيما بينها من أجل إثراء الكيان الداخلي لعلم مخصوص»^(١٢)، وتتعدد أنماطه إلى تكامل داخلي وتكامل خارجي، وبيانها على النحو الآتي:

التكامل الداخلي:

إنَّ التكامل الحاصل بين العلوم التراثية الأصلية بعضها مع بعض أكثر أنواع التكامل حضوراً في المدونات التراثية؛ نظراً لانتمائها إلى سياقٍ تداولي واحد، ويلاحظ أمثلة ذلك في تكامل العلوم الشرعية مع علوم اللغة كما يقول الجويني: «لن يستكمل المرء خلال

(٨) الغزالي، ميزان العمل، ص ٢٣٦.

(٩) الغزالي، ميزان العمل، ص ٢٣٧.

(١٠) الغزالي، ميزان العمل، ص ٢٣٧.

(١١) عبد الرحمن، تجديد المنهج في تقويم التراث، ص ١٣٧.

(١٢) عبد الرحمن، تجديد المنهج في تقويم التراث، ص ٧٧.

الاستقلال بالنظر في الشرع ما لم يكن ريثاً من النحو واللغة»^(١٣)، وهنا التكامل اتسم بالتفاعل بين العلوم كالتفاعل الحاصل في علم أصول الفقه مع علم اللغة والتأثيرات المتبادلة بينهما، يقول المسدي: «إن العلوم الدينية بعد أن استقامت راسية بفضل أدوات المعرفة اللغوية في استتطاق النص قد عادت إلى العلوم اللغوية تؤثر فيها وتخصب منطلقاتها»^(١٤)، كما يلاحظ ذلك أيضاً في تداخل علم أصول الفقه مع علم الكلام والفقه؛ إذ إن «أصول الفقه مستمدة من الكلام والعربية والفقه»^(١٥)، واطلاعاً سريعاً على مباحث علم أصول الفقه في مدونات الأصوليين يكشف تفاعلاً كبيراً بين المباحث اللغوية والكلامية والأصولية.

بيد أن التكامل بين هذه العلوم وجد تطيرات متعددة لمساءلة شرعيته؛ إذ حاذر العلماء أن يصل التكامل إلى «الخلط» بين العلوم، فوجد الغزالي يصف الغلو في تداخل المسائل الكلامية في علم أصول الفقه أنه «مجازة لحدّ هذا العلم وخلط له بالكلام»^(١٦)؛ ونتيجة لذلك اتجه أصوليون كابن برهان والزرکشي إلى ضبط وجه التكامل بين علم الكلام وعلم أصول الفقه؛ حيث حدده بأن علم الكلام يقرر «الميز بين الحجة والبرهان والدليل»^(١٧)، وهو ما يفتقر إليه أصول الفقه فيحصله من علم

(١٣) الجويني، عبد الملك بن عبد الله، البرهان في أصول الفقه، ت: صلاح بن محمد، دار الكتب العلمية، لبنان، ط١، ١٩٩٧م، ج١، ص٤٣.

(١٤) المسدي، عبد السلام، المصطلحات المتصلة باللغة عند المتكلمين: نموذج القاضي عبد الجبار، ندوة الدراسة المصطلحية والعلوم الإسلامية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، دم، ت٢، ص٥٤٩.

(١٥) الجويني، البرهان، ج١، ص٧.

(١٦) الغزالي، محمد بن محمد، المستصفي، ت: محمد عبد السلام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٩٣م، ص٧.

(١٧) ابن برهان، أحمد بن علي، الوصول إلى الأصول، ت: عبد الحميد علي، مكتبة المعارف، الرياض، ١٩٨٣م، ج١، ص٥٦.

الكلام مسلماً به^(١٨)، والحال ذاته في وجه التكامل بين علم أصول الفقه وعلم الفقه؛ إذ خُددَ بأن يكون في حيز التمثيل للإيضاح وإزالة الإبهام، أوضح ذلك ابن برهان بقوله: «وأما وجه استمداده من الفقه فلا بد له من هذا الفن أن يعرف قدرًا صالحًا من الفقه، يتمكن من إيضاح المسائل وضرب الأمثلة»^(١٩)، وفي هذا السياق يُفهم حتّ الغزالي مطالع كتابه شفاء الغليل على «الارتياض بمجاري كلام الفقهاء في مناظراتهم، ومراقبي نظرهم في مباحثاتهم»^(٢٠)، وأما الشاطبي فقد وضع تقييدًا أشد صرامة لضبط محددات التكامل بين العلوم وأصول الفقه حيث قال: «كل مسألة مرسومة في أصول الفقه لا يبنى عليها فروع فقهية، أو آداب شرعية، أو لا تكون عونًا في ذلك؛ فوضعها في أصول الفقه عارية»^(٢١).

ويخلص من ذلك إلى أنّ التكامل الداخلي بين العلوم الإسلامية يعد مرتكزًا رئيسًا في تشكيلها وتحديد مكوناتها ونضج موضوعاتها، وأيلولة التكامل الداخلي من التفاعل المفيد في المراحل التكوينية إلى تداخل فيه خط بين محددات العلوم وتجاوز للمقصود من التكامل أدّى إلى وضع تقييدات تحدد ملامحه وأسسه.

التكامل الخارجي:

يراد به التكامل الحاصل بين العلوم التراثية الأصيلة والعلوم المنقولة إليه، كالتكامل بين علم الكلام وعلم الفلسفة أو بين علم أصول الفقه وعلم المنطق، ولم يحظ التكامل الخارجي بالاستحسان ذاته الذي حظي به التكامل الداخلي؛ نظرًا لاعتباره تكاملًا بين

(١٨) الأمدي، علي بن أبي علي، منتهى السؤل في علم الأصول، الجمعية العلمية الأزهرية، مصر، دت، ص ٤.

(١٩) ابن برهان، الوصول، ج ١، ص ٥٤.

(٢٠) الغزالي، محمد بن محمد، شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل، ت: حمد الكبيسي، مطبعة الإرشاد، بغداد، ط ١، ١٩٧١م، ص ٨.

(٢١) الشاطبي، إبراهيم بن موسى، الموافقات في أصول الفقه، ت: مشهور بن حسن، دار ابن عفان، ط ١، ١٩٩٧م، ج ١، ص ٣٧.

بنيات معرفية مختلفة الانتماءات ومتفاوتة السياقات، وفي ذلك يصف النشار الروح الإسلامية بأنها «تتأى أشد التأى عن النظر في العوالم اليونانية الفكرية من ميتافيزيقيا وفيزيقيا وغيرهما»^(٢٢)، بيد أن مطالع المدونات التراثية نجدها تفصح عن تفاعل كبير بين العلوم الإسلامية والعلوم المنقولة، كالتفاعل الذي حدث بين علمي الكلام وأصول الفقه وعلمي الفلسفة والمنطق؛ مما يحيل إلى استنتاج أنها لم تستبعد تمامًا من السياق التكاملي وإنما حددت وقيدت، ويلاحظ أن بعض أدوات العلوم المنقولة وآلياتها مثلت أهمية في علمي الكلام وأصول الفقه، يشيد بتلك الأهمية الجاحظ حين وصف الجامع بين الكلام والفلسفة بـ «العالم» يقول: «وليس يكون المتكلم جامعًا لأقطار الكلام متمكنًا في الصناعة، يصلح للرئاسة، حتى يكون الذي يحسن من كلام الدين في وزن الذي يحسن من كلام الفلسفة، والعالم عندنا هو الذي يجمعهما»^(٢٣)، ويؤكد هذا بعدئذ الغزالي باعتقاده أن علم المنطق: «من لا يحيط به فلا ثقة بعلومه أصلًا»^(٢٤).

وقد أدرك العلماء أن التفاعل بين علمي الكلام وأصول الفقه وعلمي الفلسفة والمنطق شهد تجاوزًا لمحددات كل علم؛ مما اضطر بعض العلماء كالتفتازاني إلى وصف ذلك بـ «الخلط»^(٢٥)، وقد وصل الأمر في نظر ابن خلدون إلى أنه «التبست مسائل الكلام بمسائل الفلسفة بحيث لا يتميز أحد الفنين من الآخر»^(٢٦)، بل إنه نتيجة لذلك وصف

(٢٢) النشار، علي سامي، مناهج البحث عند مفكري الإسلام، دار النهضة العربية، لبنان، بيروت، ط ٣. ٢٠١٦م-١٤٣٧هـ، ص ١٥.

(٢٣) الجاحظ، عمرو بن بحر، الحيوان، دار الكتب العلمية، لبنان، ط ٢، ٢٤٢٤هـ، ج ٢، ص ٣٢٢.

(٢٤) الغزالي، المستصفي، ص ١٠.

(٢٥) يقول التفتازاني: «اشتهر فيما بين المتأخرين من خلط كثير من مسائل الطبيعي والرياضي بالكلام». (التفتازاني، مسعود بن عمر، شرح المقاصد في علم الكلام، نسخة حجرية، دم، دت، ص ١٣).

(٢٦) ابن خلدون، المقدمة، ج ٣، ص ٩٧٧.

الذهبي علم الكلام بأنه «مولد» يقول: «ذم علماء السلف النظر في علم الأوائل، فإن علم الكلام مولد من علم الحكماء الدهرية» (٢٧).

وبغض النظر عن ماهية التأثير والتأثير الذي أنتجه التفاعل بين العلوم التراثية الأصيلة والعلوم المنقولة إليه؛ فإنه من الواضح أنّ هذا التفاعل استثار ملكة فكر العلماء المسلمين، فأفادوا منها في حجاجاتهم ومناظراتهم العقائدية كما أفادوا من ذلك في بلورة وتكوين علم الكلام، والذي مثّل جسراً لتفاعل العلوم المنقولة مع علم أصول الفقه.

إذن يمكن بلورة حيثيات التكامل المعرفي في العلوم الإسلامية من خلال التصييص على خلاصتين:

الأولى: أنّ التكامل المعرفي بين العلوم الإسلامية ضرورة في المراحل التكوينية الأولى لتأسيسها، وقد التفت العلماء إلى مبدأ التكامل ودعوا إليه وعابوا على من تخلف عنه، وتمظهر في الاتجاه إلى التكوين والتأليف الموسوعي.

الثانية: أن التكامل المعرفي في العلوم الإسلامية مرتبط بأبعاده الوظيفية؛ إذ الهدف من التكامل الابتداء والفائدة، ومن ثم اختلف النظر إلى التكامل الخارجي عن التكامل الداخلي في إضفاء الشرعية عليه، كما وضعت التقييدات والضوابط المتعددة لضمان خصوصية العلوم ولتحقيق الانسجام بينها (٢٨).

(٢٧) الذهبي، محمد بن أحمد، ميزان الاعتدال في نقد الرجال، ت: علي محمد الجاوي، دار المعرفة، لبنان، ط ١، ٩٦٣م، ج ٣، ص ١٤٤.

(٢٨) استنتج بلال شيبوب من خلال النظر في المصادر التراثية مجموعة من ضوابط التكامل المعرفي بين العلوم حاول صوغها في خمسة ضوابط، الأول: الأهلية، والثاني: التناسب، والثالث: الإفادة أو الإنتاج، والرابع: أخذ المسائل المستمدة مسلمات، والخامس: مراعاة ثقافة المتلقي المستهدف. (شيبوب، بلال، التكامل المعرفي بين الفلسفة وعلم الكلام وعلم أصول الفقه من خلال المفاهيم الرحالة، مجلة التفاهم، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، سلطنة عمان، ص ٢٧٥ وما بعدها).

المبحث الأول

التكامل المعرفي بين علم أصول الفقه وعلوم اللغة وعلم الكلام وعلم الحديث

في جامع ابن بركة

يهدف هذا المبحث إلى رسم ملامح نظرية التكامل المعرفي بين علم أصول الفقه وعلوم اللغة وعلم الكلام وعلم الحديث في كتاب الجامع في مطالب ثلاثة متتابعة، والتأكيد على النظرية من خلال استعراضٍ عدٍ من التطبيقات العملية وتحليلها.

المطلب الأول

التكامل المعرفي بين علم أصول الفقه وعلوم اللغة في الجامع

إنَّ المطالع لكتاب الجامع سيلاحظُ ثراءَ الكتاب بالمباحثات اللغوية؛ مما يسمح بالتساؤل عن موضع علوم اللغة من العلوم الإسلامية في الكتاب، وقبل الخوض في محاولة رصد إجابة على هذا التساؤل ندون مقدمتين، الأولى: أنَّ ابن بركة يعمد إلى الولوج في المباحثات اللغوية بأنواعها المتعددة كأصول اللغة والنحو والبلاغة والتصريف والشعر والأمثال، والثانية: أنَّه يُفهم من تلك المباحثات أنَّ ابن بركة يأخذ مبادئ اللغة وأدواتها مسلمة؛ مما يحيلنا إلى اعتقاد أنَّه لا يبحثها لذاتها وإنما ينظر إليها على أنَّها خادمة للمجال التداولي الذي نقلها إليه.

يؤكد ابن بركة أنَّ اللغة تضطلع بوظيفة التواصل المعرفي بين المخاطب والمخاطب؛ إذ هي «الخطاب» وقد جعله الله «للفائدة والإفهام وليعلم الأمور غرض الأمر ومراد المخاطب»^(٢٩)، وبتعبير آخر فإنَّ الغرض منه أن «يعرف السامع قصد المخاطب وغرض المتكلم»^(٣٠)، ولَمَّا أراد الله أن يُفهم عباده منهاجه؛ عمد إلى مخاطبتهم ولا بد أنَّ «الخطاب يرُدُّ من الله عز وجل بلغة من يخاطبهم لأنه مرید لإفهامهم»^(٣١)، وعلى

(٢٩) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٧٠.

(٣٠) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٧٣.

(٣١) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٧٢.

هذا النحو إنما القرآن «أنزل بلغة القوم الذين بعث فيهم الرسول»^(٣٢)، و«خاطبهم باللسان العربي المبين»^(٣٣).

يهدف ابن بركة من النتيجة أعلاه إلى ترسيخ محورية اللغة العربية في فهم الخطاب الإلهي؛ نظرًا لأنه من «الواجب أن يعتبر كل خطاب بحسب المعروف في اللسان»^(٣٤)، وبناء على ذلك يبين ابن بركة أنّ لغة العرب متضمّنة لأنواع شتى من الأدوات والأساليب، وفيها يعبر عن العموم بصيغة وعن الخصوص بصيغة، وكذلك الأمر والنهي، وغيرها من وجوه الخطاب التي لها «صيغة يعرف بها حكمه ويدل المخاطب به على معناه»^(٣٥)، ويؤكد على أنّ أهل اللسان واللغة والبيان لا يجهلون ذلك^(٣٦).

ولمّا كان علم أصول الفقه معنيًا باستنباط الأحكام الشرعية من الخطاب الإلهي؛ فإنّ ابن بركة بيّن أنّ ذلك يعتمد على الأدوات اللغوية وأساليب العرب المختلفة؛ مما يترتب على اختلافها اختلاف في الأحكام، كما يقول في سياق الحديث عن أنواع الخطاب العربي: «وكل ذلك معروف في لغة العرب، وعلى اختلاف هذه الضروب تختلف معاني أحكامها»^(٣٧)، كما أكّد على الأصولي ضرورة المعرفة باللغة العربية، وبيّن فائدة ذلك وحذر من مغبة التخلف عنه بقوله: «من عرف ذلك وضع الخطاب موضعه ولم يعدل به إلى غير جهته، ومن قصر علمه عن شيء من ذلك التبس عليه ما قصر

^(٣٢) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٧٢.

^(٣٣) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٧١.

^(٣٤) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٧٣.

^(٣٥) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٧١.

^(٣٦) يقول ابن بركة: «ولكل وجه من وجوه الخطاب صيغة يعرف بها حكمه، ويدل المخاطب به على معناه، ولن يجهل ذلك أو شيئاً منه أحد من أهل اللسان والمعرفة به من أهل اللغة والبيان...». (ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٧١).

^(٣٧) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٧٣.

علمه عنه»^(٣٨)، بل إنّه ينبغي عليه أن يعرف الدلالات السياقية التي يحملها الخطاب؛ لأنّ «العرب لسعة لغتها وكثرة معاني كلامها تعبر عن الخصوص بلفظ العموم وعن العموم بلفظ الخصوص وعن الحقيقة بلفظ المجاز وعن المجاز بلفظ الحقيقة»^(٣٩)، مما يعقد مهمة الأصولي في استنباط الأحكام، وإن جهل بها فإنّ ذلك سيؤدي إلى اختلال في الغرض الذي يؤديه الخطاب وهو الإفهام ونقل الفائدة بين المخاطب والمخاطب، يقول ابن بركة: «من لم يعرف موضع الخطاب لم يعلم فائدة الكلام والتبس عليه ضروب الخطاب»^(٤٠).

والتكامل المعرفي بين علوم اللغة وعلم أصول الفقه لا تنحصر فائدته في تجنب الإخلال بالمعاني التي أرادها المخاطب، وإنّما تفتح للأصولي أبعادًا معرفية في تأويل الخطاب بما تحتمله لغته، يقول ابن بركة: «وإذا كان هذا في اللغة التي خوطب العرب عليها جاز تأويلنا»^(٤١)، كما يحكي عن رجال كفتادة والضحاك ومجاهد ومن لهم علم بشعر الحجاز أي شعر الجاهلية أنّهم فسروا القرآن وتأولوه^(٤٢)، ويذكر أنّه روي عن مكحول أنّه قال في الرجل يقرأ القرآن فيمر بالآية فيتأولها على تأويل لم يسمع به وهو يرى على ما يؤول، قال: لا بأس بذلك ما لم يعزم عليه^(٤٣)، وفي هذا السياق يأتي ابن بركة بما يروي عن ابن عباس أنّه كان يتأول «غيوب» القرآن استنادًا على شعر العرب؛ إذ يقول: «وقد روي أن ابن عباس كان إذا سئل عن شيء من غيوب القرآن

^(٣٨) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٧٣.

^(٣٩) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٧١.

^(٤٠) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٧٠.

^(٤١) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٨٦.

^(٤٢) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٨١.

^(٤٣) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٨١-٨٢.

أنشدهم من الشعر ما يعرفهم إياه، وروي عنه أنه قال: الشعر أول علم العرب وهو ديوانهم، فتعلموا الشعر وعليكم بشعر الحجاز فإنه شعر الجاهلية»^(٤٤).

إنَّ العرض المختصر أعلاه يحيلنا إلى استنتاجات عدة، أهمها:

- إدراك ابن بركة لاحتياج علم أصول الفقه -الذي يستهدف استنباط الأحكام- إلى علوم اللغة، وهو ما يؤكد نظرياً انتهاجه مبدأ التكامل المعرفي بينهما.
- ينظر ابن بركة إلى أنَّ منهاج المسلمين المتمثل في الخطاب الشرعي لا يمكن فهمه إلا بلغة من خوطب به، وهي اللغة العربية؛ من هنا كان لزماً على الأصولي - المعني باستنباط الأحكام- استيعاب أحكامها وفهم مضامينها؛ خوفاً من الوقوع في الزلل والخطأ؛ الأمر الذي يؤدي إلى الإخلال بوظيفة الخطاب المقصودة أصالة وهي الإفهام.

- يرى ابن بركة أنَّ علوم اللغة -إضافة إلى فائدتها في تجنب الإخلال بالمعاني التي أرادها المخاطب- فإنها تفتح للأصولي أبعاداً معرفية في تأويل الخطاب بما تحتمله لغته.

وفي محاولة لرصد مبدأ التكامل المعرفي بين علم أصول الفقه وعلوم اللغة في كتاب الجامع؛ فسيستعرض الباحث نموذجاً واحداً من تطبيقاته العملية على النحو الآتي:

صيغة الأمر والنهي في الخطاب الشرعي:

لقد سبق أن أشرنا إلى أنَّ ابن بركة يرى أنَّ القواعد الأصولية تهدف إلى فهم الخطاب الشرعي؛ ولما كان الخطاب نزل بلغة العرب فمن الضروري أن تكون القواعد الأصولية قائمة على مبادئها ومضامينها، وقد استثار ابن بركة قول من ذهب من الأصوليين إلى أنَّ الأمر في الخطاب الشرعي يوجب التوقف إن كان محتملاً للمراد منه^(٤٥)، ولاستهداف هذا القول استفتح مسألة بقوله: «في الرد على من زعم أن

(٤٤) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٨١.

(٤٥) ذكر ابن بركة في موضع آخر من الكتاب بعض أقوال الفقهاء في هذه المسألة حيث يقول: «من العلماء من يقول: إن الأوامر على الوجوب، ومنهم من يقول: هي على الندب، ومنهم من يقول:

الخطاب إذا وقع ورد بصيغة الأمر أن علينا التوقف لما يحتمل الحكم حتى يُعلم أن المراد به أمر ونهي أو نذب أو تخيير أو غير ذلك»^(٤٦).

وردًا لهذا القول؛ يستند ابن بركة -ابتداءً- على اللغة التي فرضت أن تكون الغاية من الخطاب الإفهام، كما يقول ابن بركة: «إن الله تبارك وتعالى إنما جعل الخطاب للفائدة والإفهام وليعلم المأمور غرض الأمر ومراد المخاطب»^(٤٧)، ويتنافى هذا القول مع هذه الغاية المقررة من جهتين:

الأولى: أن التوقف حاصل قبل ورود الخطاب وبعده؛ فلا فائدة منه إذن، يقول ابن بركة: «لو كان الخطاب إذا ورد بصيغة الأمر يوجب التوقف علينا عند وروده؛ لم تكن في وروده فائدة؛ لأننا قبل وروده متوقفون، وبعد وروده متوقفون، فلا فائدة في وروده»^(٤٨)، وعلى ذلك لا يمكن أن يكون هناك خطاب به صيغة أمر ويراد به التوقف عنده؛ لأنه يتنافى مع غاية الخطاب الأصلية وهي إفهام المخاطب بمراد المخاطب.

الثانية: أن مضامين اللغة تفرض أن «الأمر» في الخطاب يفيد الفعل، يوضح ذلك ابن بركة بقوله: «والله خاطبنا بما تعقل العرب في خطابها، والعرب تقول: افعل ولا تفعل أمرًا ونهيًا، فإذا أمر من تجب طاعته والانتقياد لأمره كان على المأمور إتيان ما أمر»^(٤٩)، ثم يبين أن هذا المعنى كان استمداده من اللغة على هذا النحو إذ إن «صورة الأمر في اللغة أن يقول الأمر افعل، وصورة النهي أن يقول الأمر لا تفعل»^(٥٠)؛

الأوامر إذا وردت كانت على الوقف لا حكم لها حتى يرد بيان يرفع الشبهة عن المأمورين ويذبح العلل عنهم». (ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ١١٥).

(٤٦) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٨٧.

(٤٧) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٧٠.

(٤٨) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٨٧.

(٤٩) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٩٢.

(٥٠) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٨٩.

ونتيجة لذلك خُص إلى أنه: «لما كان الأمر يقتضي الفعل، وكان له صيغة تُعرف في اللغة التي خوطبنا بها علمنا من قال بالتوقف غلط»^(٥١).

وبناء على هذين الوجهين؛ نلاحظ أن ابن بركة استند في بناء هذه القاعدة الأصولية على المبادئ اللغوية، لكن لسعة كلام العرب -كما بينا إيضاح ابن بركة لذلك- فإن «الأمر» قد يأتي مقترباً بما يفيد معنى آخر غير معناه الذي وضع له ابتداء في اللغة؛ ولذا لم يغفل عن هذه الحقيقة اللغوية وقرر أنه: «إذا ورد الخطاب مُعْرَى من القرائن المقيدات والمقدمات فهو أمر ونهي، واللفظة قد ترد مقرونة بقرينة أو بصلة أو بمقدمة فتدل على التخيير أو الندب أو تدل على قدرة الأمر وعجز المأمور، أو على التهديد والزجر، وإطلاق بعد حظر أو على التكوين دون امتثال الأمر»^(٥٢).

إنَّ التكامل بين علوم اللغة وعلم أصول الفقه الذي أظهره ابن بركة في التنظير لهذه المسألة؛ اكتمل حينما جعل ذلك في خدمة فهم «الخطاب» الشرعي؛ فنلاحظ أنه يوضح المراد بـ «الأمر» في قوله تعالى: «وَقُلْ اَعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ وَسَتُرَدُّونَ إِلَىٰ عَالِمِ الْغَيْبِ وَالشَّهَادَةِ فَيُنبِّئُكُمْ بِمَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ»، وقوله تعالى: «وَقُلْ لِلَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ اَعْمَلُوا عَلَىٰ مَكَانَتِكُمْ إِنَّا عَامِلُونَ وَانْتَظِرُوا إِنَّا مُنْتَظِرُونَ» حيث يقول: «فهذه الآيات لم ترد إلا على مقدمات قبلهن وقرائن بعدهن تدل على التهديد والزجر»^(٥٣)، وهكذا يقول في قوله تعالى: «قُلْ كُونُوا حِجَارَةً أَوْ حَدِيدًا أَوْ خَلْقًا مِمَّا يَكْبُرُ فِي صُدُورِكُمْ» أنه «يدل على قدرة الأمر وعجز المأمور؛ إذ من المعلوم أن الله تعالى لم يرد منهم أن يجعلوا أنفسهم حجارة أو حديدا إذ ليس ذلك في طاقتهم وقدرتهم وإنما أراد أن يبين عجزهم»^(٥٤)، وأما قوله تعالى: «كُونُوا قِرَدَةً خَاسِئِينَ» فالمراد به التكوين

(٥١) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٨٧.

(٥٢) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٨٩-٩٠.

(٥٣) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٩١.

(٥٤) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٩٠.

دون امتثال الأمر فيقول: «قد تقدمت المعرفة أنهم غير قادرين على تكوين أنفسهم قرده فدلّت المقدمة على التكوين دون امتثال الأمر»^(٥٥)، وقد أورد عددًا من الآيات مستنبطًا أحكامها بناء على هذه القاعدة^(٥٦).

ويواصل ابن بركة استحضار المضامين اللغوية في التنظير لصورة «الأمر» ودلائها في الخطاب الشرعي؛ إذ نلاحظ أنه يرى إمكان أن يكون الأمر مستفادًا من الخبر؛ وذلك اعتمادًا على اللغة التي لا تستنكر مثل هذه التعبيرات، يقول: «وليس بمستنكر في اللغة أن يرد الخطاب ورود الخبر في الظاهر والمراد به الأمر، ألا ترى إلى قول الله تعالى: (وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ)، فظاهر هذا خبر، والمراد به الأمر والإلزام، وكذلك قوله عز وجل: (إِنْ يَكُنْ مِنْكُمْ عَشْرُونَ صَابِرُونَ يَغْلِبُوا مِائَتَيْنِ)، فظاهره ظاهر الخبر عن كون الغلبة عند القتال، والمراد بذلك الغرض والإلزام، ومثل هذا في القرآن كثير، فقوله: (لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً) نهي عن تزويج غير الزانية، ويدل على ذلك قوله عز وجل: (وَحَرَّمَ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ)...»^(٥٧).

وأطلق ابن بركة على خطاب الأمر الصادر من الأدنى إلى الأعلى اسم «المسألة والدعاء» معتمدًا في ذلك على ما وجدته من قول لبعض النحويين، يقول: «... ولسنا نذهب إلى ذلك بل الذي نختاره: إنما يطلق له اسم المسألة والدعاء، ويقع على غير حد الأمر والنهي، ووجدت لبعض من يتخصص بالنحو يذكر أن لفظ الأمر والنهي على وجهين، فما كان لمن هو دونك فهو أمر ونهي، وما كان لمن هو فوقك فهو مسألة»^(٥٨).

(٥٥) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٩١-٩٢.

(٥٦) لمزيد من التفصيل انظر: ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٨٩-٩٢.

(٥٧) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ١٢١.

(٥٨) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ١٣٠.



المطلب الثاني

التكامل المعرفي بين علم أصول الفقه وعلم الكلام في الجامع

إنَّ الناظر إلى كتاب الجامع سيرصد المباحثات الكلامية المتعددة التي حظي بها الكتاب، وهي مباحثات تتكامل في مجملها مع علم أصول الفقه بغض النظر عن ماهية التكامل؛ ونتيجة لذلك نلاحظ توارد أسماء الفرق الكلامية في الكتاب كـ «المعتزلة»؛ حيث يقول ابن بركة في خطاب الأمر الصادر من الأدنى إلى الأعلى: «وقد ذهب بعض المعتزلة إلى أن الأمر والمسألة يقعان على حد واحد فزعموا أنه لم يسم دعاء الله ومسألته أمراً استعظماً لله تعالى، وكأنهم ذهبوا إلى أن قائلاً لو قال ذلك لم يكن مخطئاً»^(٥٩)، كما أورد إطلاق «الملحدين» على الفئة التي تثير شبهات حول القرآن^(٦٠)، ومن تلك النصوص قوله: «وقد قال بعض الجهال ممن يتهم بالإلحاد ويطعن عليه به، ويدعي علم اللغة والفصاحة..»^(٦١)، وقوله: «وقد طعن الملحدون في القرآن وألّفوا في ذلك الكتب...»^(٦٢).

وسيستعرض الباحث بعض النماذج التي تبرز مبدأ التكامل بين علم أصول الفقه وعلم الكلام على النحو التالي:

أولاً- التقليد:

يستفتح ابن بركة مباحثاته الكلامية بالحديث عن «التقليد» أحد المباحث المهمة في علم الكلام وعلم أصول الفقه، وقد ذهب إلى أنّ التقليد يكون جائزاً إن كان في الأحكام الاجتهادية، ومذموماً إن كان في العقائد وأصول الدين، يقول في إيضاح التقليد الجائز: «تقليد الصحابة جائز في باب الأحكام وما كان طريقه طريق السمع..»^(٦٣)، ويقول: «ويجوز للعامة تقليد العلماء والاتباع لهم فيما لا دليل لهم على التفرقة بين أعدل

(٥٩) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ١٣٠.

(٦٠) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٥٤، ٧٥، ٨٢.

(٦١) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٥٤-٥٥.

(٦٢) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٥٣.

(٦٣) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٢٢.

أقوايلهم في باب الشرع، وما كان طريقه طريق الاجتهاد واستسلامهم للعلماء كاستسلامهم للحكام فيما يحكمون به لهم وعليهم فيما لا علم لهم بصوابه، وكذلك تقليد الجاهل لمن لا يهتم في الدين»^(٦٤)، في حين أنّ التقليد المذموم ما كان في أصول الدين استدلالاً بقوله تعالى: «وَإِذَا قِيلَ لَهُمْ تَعَالَوْا إِلَىٰ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَإِلَىٰ الرَّسُولِ قَالُوا حَسْبُنَا مَا وَجَدْنَا عَلَيْهِ آبَاءَنَا أُولَٰئِكَ كَانَ أَبَاؤُهُمْ لَا يَعْلَمُونَ شَيْئًا وَلَا يَهْتَدُونَ»، وغيرها من الآيات التي أوردها، وقد وصف هذا المعنى بأنّه: «كثير في القرآن وفي السنة»^(٦٥).

ثانياً- القرآن الكريم:

وكما جرت عادة الأصوليين تحدّث ابن بركة عن القرآن باعتباره مصدرًا من مصادر التشريع الإسلامي، وتمحور حديثه عن القرآن في إثبات إعجازه ومحاججة الطاعنين فيه، ويمكن إيجاز أبرز محاججاته في الآتي:

- أنّ القرآن أتى به النبي صلى الله عليه وسلم قومًا «كانوا هم الغاية في الفصاحة والعلم باللغة والمعرفة بأجناس الكلام جيده وربيته، فشتّم آباءهم وأسلافهم وقبح أديانهم وضعف أخبارهم، وهم أهل الحمية والأنفة والخيلاء والعصبية؛ فقرعهم بالعجز لأن يأتوا بمثله، ومكنهم من الفحص والبحث والاحتيال، وأمهلهم المدة الطويلة، وأعلمهم أن في إتيانهم بمثل الذي أتى به في جنسه ونظمه ما يوجب إحقاقهم وإبطاله -حاشا له من الباطل- فبذلوا في إطفاء نوره ودحض حجته أموالهم وآباءهم وأبناءهم وأنفسهم، ولم يعارضوا ما احتج به عليهم من كتاب ربه بأرجوزة ولا قصيدة ولا خطبة ولا رسالة؛ فصح بهذا أنهم لو قدروا على ذلك ما تركوه إلى بذل الأموال والأنفس»^(٦٦)، وهكذا استعرض حاجات متعددة وفنّدها.

- أورد ابن بركة رأيًا لبعض المتكلمين في إعجاز القرآن، يقول: «وقد زعم قوم من أهل الكلام أن الحجة في القرآن إنما هو ما فيه من الأخبار عن الغيوب، والله -جل ذكره- منع العرب وصرفهم عن معارضته إلا أنه في نفسه معجز، قيل لهم: لو كان هذا على

(٦٤) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٢٣.

(٦٥) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٢٤-٢٥.

(٦٦) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٥٢.

ما ذكرتم كان الواجب في الحكم أن يستحق نظمه؛ لأن الأعجوبة في عجزهم علة مع قدرتهم على ما هو أجود منه وأفصح كائن يكون أعظم وأجل وأدل على المراد»^(٦٧).

- وخصص باباً للرد على من يدعي الزيادة والنقصان في القرآن، يقول في ابتدائه: «أما الذي يدل على إبطال قول من يدعي فيه الزيادة والنقصان، وأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يجمعه حتى جمعه أصحابه بعده، فهو كتاب الله الذي لا يحتاج معه إلى غيره...»^(٦٨).

- وعمد إلى مناقشة الأحرف التي نزل بها القرآن، فقال: «وقد طعن قوم من الملحدين في القرآن لاختلاف القراءة واختلاف أهل العلم في قول الرسول عليه السلام: أنزل القرآن لنا على سبعة أحرف كلها شاف كاف، فأما الملحدون فلا معنى لقولهم وطعنهم من هذا الوجه؛ لأنهم ذهبوا من الاختلاف إلى التناقض ولم يجدوا ذلك بحمد الله...»^(٦٩).

- كما أنه ناقش تكرير القصص والألفاظ في القرآن، فقال: «وقد طعن قوم في تكرير القصة بعد القصة والقول بعد القول، فليس لطاعن في هذا تعلق والحمد لله.»^(٧٠)، ثم أورد أوجهاً كثيرة في الرد على هذا الطعن، وعزا سبب طعنهم إلى: «جهلهم بمخاطبات الناس وقصورهم عن علم اللغة»^(٧١).

ويشير ابن بركة إشكالاً حول الحاجة للاحتجاج للقرآن؛ إذ يقول: «ولولا جهل كثير من الملحدين وعنادهم ما احتج للقرآن بالشعر ولا بغيره؛ لأنهم وإن كانوا مكذابين برسول الله صلى الله عليه وسلم، فهم مقرون بأنه جاء بهذا القرآن، وأنه أورده على العرب وقرعهم بالعجز عنه وجعله حجة لنفسه.

(٦٧) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٥٤.

(٦٨) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٥٨-٥٩.

(٦٩) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٧٥.

(٧٠) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٧٨.

(٧١) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٨٤.

وأدنى منازل رسول الله ﷺ أن يكون رجلاً من فصحاء العرب لا يتأخر عن النابغة والأعشى بالعلم باللغة، وما يجوز فيها وما لا يجوز، وهذا ما لا يدفعه عنه مصدق ولا مكذب، فكيف يجوز أن يحتج بقول هذين، ولا يحتج بقول نفسه، وكيف صارا حجة على غيرهما ولم يكن هو حجة عليهما، ولكن العلماء لما علموا من سعة الحق احتجوا بشعر الماضين قطعاً للشغب وإزاحة العلة»^(٧٢).

وبناء على العرض أعلاه؛ يمكن القول إن ابن بركة استطرد في الحديث عن هذه المسألة المتعلقة بإثبات حجية القرآن والذود عنه؛ والتي تعتبر أحد اهتمامات علم الكلام، في حين يمثل القرآن أحد المحاور الرئيسية في علم أصول الفقه، وكان يمكن للأصولي أن يقتصر على أخذ القرآن مسلماً به من علم الكلام الذي يتولى الحاج لإثبات شرعيته ومجابهة الطاعنين فيه، لكن نلاحظ أن ابن بركة لم يكتف بذلك، وإنما أبرز لنا تداخلاً بين هذين العلمين الشرعيين.

ثالثاً - العلة:

هذه المسألة أريد بها بيان كيف نظر ابن بركة إلى «العلة» في الحقلين الأصولي والكلامي، ونجد أن ابن بركة أدرك اختلافاً بين العلة الأصولية والعلة الكلامية، فالعلة في الحقل الكلامي: «لا يجوز أن يرد السمع بخلافها، ألا ترى أننا إذا قلنا: علة المتحرك الحركة، فلا يجوز أن يتحرك إلا بحركة، ولا يجوز أن يرد السمع بخلافه، فيقول أثبتوه متحركاً بغير حركة، وكذلك إذا قلنا السكون علة الساكن ولا ساكن إلا بسكون، ولا يجوز أن يرد خبر فيقول: أثبتوه ساكناً بغير سكون، فهذه علل لا يجوز انقلابها، ولا يجوز أن يأتي السمع بخلافها»^(٧٣).

أما العلة في الحقل الأصولي فهي مختلفة عن العلة في الحقل الكلامي، يقول ابن بركة: «وأما القائسون في باب الحلال والحرام فجازئ عندهم أن يرد السمع بخلافه، فإذا كان ذلك يجوز كان علة طريق القائسين غير علة ما لا يجوز انقلابه؛ لأن العلة التي

(٧٢) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٨٢.

(٧٣) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ١٠٩.

يوجبها العقل لا يختلف فيها العقلاء؛ ألا ترى أنهم قد اختلفوا في العلل التي قد أثبتوها أصولاً لهم وتأويلًا يرجعون إليه ومعقلًا يفزعون إليه في استنباط الحكم عند الحوادث النازلة بهم التي لا نص عليها باسمها»^(٧٤)، ثم يوضح ذلك بمثالٍ فقهي وبألفاظ معبرة: «فقال الشافعي: علة الربا في المأكول دون غيره، وخالفه عاقل مثله وهو مالك بن أنس فقال: علة الربا الاقتيات والادخار، وخالفهما عاقل مثلهما وهو أبو حنيفة فقال: علة الربا الكيل والوزن»^(٧٥).

وبعد هذا العرض يكتب ابن بركة خلاصة للتفريق بين «العلة» في الحقلين الأصولي والكلامي: «فهذا الاختلاف من هم يدل على ما يوجب العقل على ضربين: فضربٌ متعلق بالعلم الحقيقي الذي لا يجوز عليه الانقلاب، وضربٌ متعلق بعلم الظاهر الذي لا يكون معلومة معتقدًا، وقد يجوز أن يرد ما يوجب اعتقاد خلافه»^(٧٦). تعد «العلة» من أكثر المسائل تعقيدًا في الحقلين الكلامي والأصولي، وتحظى الكتابات الكلامية والأصولية بتمظهرات كثيرة لأوجه التكامل والتداخل في «العلة» في الحقلين، ونلاحظ أنّ ابن بركة مدرك لهذا التداخل بينهما؛ ولذا وضع تقريبًا مختصرًا بين العلتين.

المطلب الثالث

التكامل المعرفي بين علم أصول الفقه وعلم الحديث في الجامع

يمكن أن ندرك التكامل المعرفي بين علم أصول الفقه وعلم الحديث في كتاب الجامع منذ الباب الأول الذي استفتح به الكتاب والمعنون بـ «في الأخبار»، والذي يليه في «الأخبار المروية عن النبي صلى الله عليه وسلم»، ويعرفها ابن بركة بقوله: «هي التي تتعلق الأحكام بها، ويختلف الفقهاء في تأويلها، وتنازع الحكم في معانيها»^(٧٧)، ويمكن

^(٧٤) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ١٠٩.

^(٧٥) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ١١٠.

^(٧٦) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ١١٠.

^(٧٧) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ١٦.

أن يحيلنا هذا التعريف إلى استنتاج وجه التكامل بين علم الحديث وعلم أصول الفقه؛ إذ إن ابن بركة معنيّ بأحاديث الأحكام أي «التي تتعلق بها أحكام الشريعة»^(٧٨)، ويورد أنواعًا متعددة لهذه الأحاديث، فمنها: أخبار المراسيل، وأخبار المقاطيع، والأخبار الموقوفة، وأخبار المتن، وخبر الصحيفة، والخبر الزائد على الخبر الناقص. إلخ^(٧٩). وسيستعرض الباحث مسائل أوردها ابن بركة يظهر فيها التكامل بين علم أصول الفقه:

أولاً- الأخبار المتعارضة:

ويعرفها ابن بركة بالمثال فيقول: «وأما الأخبار المتعارضة فمثل ذلك أن يروى عن النبي صلى الله عليه وسلم خبر بإباحة شيء، ويروى خبر آخر فيحظر ذلك»^(٨٠)، ويوضح ذلك بأن الخبرين قد «يردان من طريق أو طريقين يكون أحدهما خاصًا والآخر عامًّا»^(٨١)، كما أن الخبرين قد «يكون أحدهما ناسخًا والآخر منسوخًا»^(٨٢)، وحكم الأخبار المتعارضة أن يوفقا جميعًا حتى يُعلم المتقدم منهما من المتأخر، يقول ابن بركة: «... فيوفقا جميعًا (أي: الخبرين المتعارضين)، ويُنظر المتقدم منهما من المتأخر بالتاريخ، ليعلم الناسخ من المنسوخ»^(٨٣).

ومثال ذلك -كما أورده ابن بركة- ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم: «أنه سهى في صلاته فسجد قبل التسليم»، وروي عنه «أنه سجد بعد التسليم»؛ يقول ابن بركة معلقًا: «فتنازع الناس في ذلك واختلفوا في الناسخ منهما من المنسوخ والمتقدم من المتأخر»^(٨٤).

^(٧٨) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ١٤.

^(٧٩) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ١٦.

^(٨٠) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ١٨.

^(٨١) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ١٦.

^(٨٢) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ١٦.

^(٨٣) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ١٨.

^(٨٤) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ١٨.

ومثل ذلك ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه «نهى عن الشرب قائماً»، وروي أنه «شرب من زمزم قائماً»، يقول ابن بركة معلّقاً: «فوجب اتفاق الخبرين، وكان المرجوع إلى قول الله تعالى (وكلوا واشربوا) فهذه الآية تبيح الأكل والشرب على أي حال كان عليها الأكل والشرب إلا أن تخص دلالة في بعض الأوقات وبعض الأحوال»^(٨٥).

كما روي عنه صلى الله عليه وسلم أنه: «نهى عن الشرب من فم السقاء»، وروي أنه خنت السقا وشرب منه أي عطفه، يقول ابن بركة: «وأما الشرب من فم السقا الذي ورد النهي عنه فقيل إنه للإشفاق أن تكون فيه دابة»^(٨٦).

ثانياً - الخاص والعام من الأخبار:

يمثل ابن بركة على هذا النوع بقول النبي صلى الله عليه وسلم: «حيث ما أدركتك الصلاة فصل»؛ فهذا عموم يوجب جواز الصلاة في كل موضع، وروي عنه صلى الله عليه وسلم: «نهى عن الصلاة في المقبرة والمجزرة والمزبلة والحمام وقارعة الطريق ومعاطن الإبل»؛ وكأن هذا خبر خصّ بعض ما اشتمل عليه عموم الخبر الآخر^(٨٧). ثم يبين الحكم في مثل هذه الحال قائلاً: «فالخاص يعترض على العام، ولا يعترض العام على الخاص، وكذلك الخبر المفسّر يقضي على المجمل، ولا يقضي المجمل على المفسّر»^(٨٨).

ثالثاً - الناسخ والمنسوخ في الأخبار:

ويمثل ابن بركة على هذا النوع بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «كنت نهيتكم عن زيارة القبور ألا فزوروها ولا تقولوا هجراً»^(٨٩)؛ إذ إن لفظ الحديث يبين تقدّم النهي عن زيارة القبور فهو المنسوخ، وتأخّر الأمر بزيارتها وهو الناسخ.

^(٨٥) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٢١.

^(٨٦) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٢١.

^(٨٧) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ١٨.

^(٨٨) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ١٨.

^(٨٩) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ١٨-١٩.

من العرض المختصر أعلاه لنماذج تطبيقية؛ نلاحظ أوجهًا متعددة للتكامل المعرفي بين علم أصول الفقه وعلم الحديث في كتاب الجامع، وهي ضرورة لا بد منها لاستنباط أحكام الشريعة الإسلامية؛ إذ تتكامل أدواتهما لتحقيق غاية واحدة وهي استنباط الحكم الشرعي من الأخبار المروية عن النبي صلى الله عليه وسلم.

المبحث الثاني

أثر التكامل المعرفي بين العلوم الشرعية في تشكيل بنية مباحث علم أصول الفقه في الجامع

يهدف هذا المبحث إلى إبراز أثر التكامل المعرفي بين علم أصول الفقه وعلوم اللغة وعلم الكلام وعلم الحديث في تشكيل بنية مباحث علم أصول الفقه في كتاب الجامع في مطالب ثلاثة متتابعة على النحو التالي:

المطلب الأول

أثر التكامل المعرفي مع علوم اللغة في تشكيل بنية مباحث علم أصول الفقه

لقد بيّننا فيما سبق؛ أوجه التكامل بين علم أصول الفقه وعلوم اللغة، وأوضحنا ضرورة التكامل بينهما في خدمة الخطاب الشرعي واستنباط الأحكام منه، يقول شامل الشاهين: «فهم معاني الخطاب الشرعي مبنية في الأصل على فهم مكونات الخطاب اللغوية والسياقية والدلالية»^(٩٠).

نظر ابن بركة إلى أنّ استيضاح معاني الخطاب الشرعي لا يكون إلا عن طريق اللغة التي كُتِبَ بها، يقول: «أخبر الله جل ذكره أنّ البيان في اللسان»، ومن أهم ما يترتب على هذه المقدمّة -في رأي ابن بركة- أنّ التكليف الشرعي مقترنٌ بهذه اللغة،

(٩٠) الشاهين، شامل، المباحث اللغوية بين علماء الأصول وعلماء اللغة والبلاغة، مجلة أمارات في اللغة والأدب والنقد، دم، ٢٠٢١م، العدد ١، المجلد ٥، ص ٦١.

يقول: «... ولذلك لزمّت الحجة؛ فإذا ورد الخطاب لمخاطب بأمر أو نهي؛ لزمّت حجته وانقطع عذر المخاطب به إذا كان من أهل ذلك اللسان»، وهذا الارتباط الوثيق بين اللغة وأصول الفقه جعل للمسائل اللغوية المتعددة التي حظي بها الكتاب أثرًا في تشكيل بنية المباحث الأصولية فيه، ونوضح شيئاً من ذلك في المفردات الآتية:

أولاً- أصل اللغة والتكليف:

تُعَدُّ مسألة نشأة اللغة من المسائل التي اختلفوا فيها اختلافاً كبيراً^(٩١)، وكما يقول العطار «الخلاف فيها طويل الذيل قليل النيل»^(٩٢)، ومع ذلك فقد حرص كثيرٌ من الأصوليين -في مقدماتهم- على البحث في حقيقة اللغة ونشأتها، ولا غرابة في ذلك نظراً للعلاقة الاستمدادية بين العلمين، لكنّ ابن الحاجب ذهب إلى أنّ «ذكرها في الأصول فضول»^(٩٣).

وفي حال ابن بركة فإنّه لم يتعرّض لمناقشة هذه المسألة تفصيلاً، وربما ذلك يتسق ذلك مع ما أشرنا إليه أعلاه من ذهاب بعض الأصوليين إلى أنها ليست ذات فائدة في علم أصول الفقه، لكنّ ابن بركة اقتصر على ذكر ما يفيد منها في علم أصول الفقه؛ إذ إن بعض العلماء كالماوردي ذكر أنّ معرفة أصل اللغة لها ثمره في أصول الفقه؛ إذ من «جعل الكلام توقيفياً جعل التكليف مقارناً لكمال العقل، ومن جعله اصطلاحياً جعل التكليف متأخراً عن العقل مدة الاصطلاح على معرفة الكلام»^(٩٤).

(٩١) يقول هاشم أشعري: «إنّ العلماء والمفكرين لم يختلفوا في شيء من مسائل علم اللغة كما اختلفوا حول موضوع نشأة اللغة». (أشعري، هاشم، نظرية نشأة اللغة وتفرعها في التراث العربي، مجلة التدريس، العدد الأول، يونيو ٢٠١٧م، المجلد ٥، ص ٩٩).

(٩٢) العطار، حسن بن محمد، حاشية العطار، دار الكتب العلمية، بيروت، دط، ص ٣٥٢.

(٩٣) السبكي، تاج الدين عبد الوهاب، رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب، ت: علي محمد معوض وعادل أحمد، عالم الكتب، لبنان، بيروت، ط ١، ١٩٩٩م/١٤١٩هـ، ص ٤٤٥.

(٩٤) الزركشي، محمد بن عبد الله، البحر المحيط في أصول الفقه، دار الكتبي، ط ١، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م، ج ٢، ص ٢٤٧.

ويمكن أن يستفاد من حديث ابن بركة أنه يذهب إلى أنّ اللغة توقيفية مثل ما يقول جمهور العلماء كما يحكي ابن فورك^(٩٥)، يقول في الجامع: «جعل الله تعالى الأسماء دلائل وعلامات ليعلم بها الخلق ما خوطبوا به ليمثلوه ويقصدوا إليه، فخاطبهم بما يعلمونه لتجب الحجة عليهم»^(٩٦)، ثم يوضح أهمية ذلك؛ إذ لولاه «لما علم فرق ما بين الأمر والنهي والإباحة والحظر، ولما عُرف قول القائل: قم أو اقعُد أو تكلم أو اسكت أو تعال أو اذهب أو خذ أو اترك»^(٩٧).

ثانياً - الأسماء ودلالاتها:

وعلى ضوء ذلك أفرد ابن بركة باباً للحديث عن «الأسماء وما يدل على مسمياتها» وما يعترتها من أحوالٍ، وقد نظر إلى أنّ هذه الأسماء من حيث دلالاتها الوضعية تختلف إلى أسماء يقع فيها الاشتراك بين مسمياتها، وأسماء لا يقع فيها الاشتراك^(٩٨). ثم بيّن حكم الأسماء التي يقع فيها الاشتراك بأنّه: «يُعرف المراد منها ويزول الشك عنها بالبيان بمقدمة أو بصفة أو إيحاء أو إشارة أو دلالة يقع منه بيان المراد ويصح معه التكليف»^(٩٩)، ويذكر عديداً من الأمثلة، كقول القائل: لفلان يدٌ، إذ يحتمل أن يكون المراد اليد التي هي الجارحة التي تبطش بها، ويحتمل أن تكون اليد هي المنة والنعمة، كما يحتمل أن تكون اليد هي التصرف في الملك؛ لأنّ «اسم اليد على الإطلاق يقع على هذه الأشياء كلها»^(١٠٠)؛ ولذا وجب على المتكلم أن «يبين لمن خاطبه بقرينة أو أصله، فعلم المخاطب له بالصلة أو بمقدمة ليزول الشك عن المخاطب»^(١٠١)، ثم استطرّد في ذكر أمثلة القرائن التي تدل على مراد أحد المعاني

(٩٥) العطار، حاشية العطار، ج ١، ص ٣٥٢.

(٩٦) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٦٨.

(٩٧) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٦٨.

(٩٨) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٦٨.

(٩٩) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٦٨-٦٩.

(١٠٠) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٦٩.

(١٠١) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٦٩.

الثلاثة، وخلص إلى أن: «ما يعلم بصلة أو بمقدمة غير ما يعلم بإطلاق اللفظ به ويقطع ويقع الاسم عليه بمنفرده، فالواجب أن يعتبر الخطاب بصلته أو بمقدمته وما يتعلق به ليصح مراد المخاطب»^(١٠٢).

وذكر ابن بركة أن العرب «جعلوا للشيء الواحد أسماء كثيرة كالأسد والسيف والفرس والحمير وغير ذلك مما يكثر وصفه ويطول ذكره»^(١٠٣)، كما أنه أشار إلى أنهم «قد سمو بالاسم الواحد أشياء كثيرة، وسموا بالاسم الواحد الشيء وخلافه كالأقراء ونحوها، وقد كنوا عن الشيء باسم غيره، وأشاروا إلى الشيء باسم غيره، وأشاروا إلى الشيء بمعنى غيره، واستغنوا عن الاسم بالإشارة إلى العين، واكتفوا بالإيماء عن الكلام»^(١٠٤).
ويظهر من ذلك كيف أن التكليف مبني على فهم مكونات الخطاب السياقية.

ثالثاً- تأخر البيان عن وقت الخطاب:

أوضح ابن بركة أن استيعاب مكونات الخطاب اللغوية والسياقية والدلالية ضروري لفهمه؛ يقول: «من لم يعرف موضع الخطاب لم يعلم فائدة الكلام والتبس عليه ضروب الخطاب»^(١٠٥)، وقد أكد على أن الخطاب الشرعي يجب أن يخضع لمضامين اللغة، يقول: «وعلى هذا النحو جرت المخاطبة من الله تعالى في محكم كتابه، خاطبهم باللسان العربي المبين، فعلى هذا يجب أن يعتبر الخطاب من الله جل ذكره أو من رسوله صلى الله عليه وسلم»^(١٠٦)، كما أوضح أن «الله تبارك وتعالى إنما جعل الخطاب للفائدة والإفهام وليعلم المأمور غرض الأمر ومراد المخاطب، والحكيم لا يخاطب بما لا فائدة فيه، ولا يأمر بما لا يفهم عنه»^(١٠٧).

(١٠٢) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٦٩.

(١٠٣) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٧٤.

(١٠٤) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٧٤.

(١٠٥) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٧٠.

(١٠٦) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٧١.

(١٠٧) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٧٠.

ويستنتج ابن بركة من ذلك قاعدة أصولية وهي أنه لا يجوز تأخير البيان عن وقت الخطاب؛ معللاً ذلك أن «تأخيره يوجب اعتقاد غير ما ظهر؛ لأنه إذا خاطب بظاهر الإطلاق والعموم وهو يريد التقييد والخصوص ثم لم يقرنه بدلالة تبين عنه كأن قد أُلزم عباده أن يعتقدوا خلاف ما أَراده منهم، ويتعالى الله عن ذلك علواً كبيراً، فالخطاب إذا ورد للعموم صيغة، كما أن للخصوص صيغة، وللأمر صيغة، وللنهي صيغة، ولكل وجه من وجوه الخطاب صيغة يعرف بها حكمه ويدل المخاطب به على معناه»^(١٠٨)، ويؤكد أنه «لن يجهل ذلك أو شيئاً منه أحد من أهل اللسان والمعرفة به من أهل اللغة والبيان، غير أن العرب لسعة لغتها وكثرة معاني كلامها تعبر عن الخصوص بلفظ العموم وعن العموم بلفظ الخصوص وعن الحقيقة بلفظ المجاز وعن المجاز بلفظ الحقيقة»^(١٠٩).

ثالثاً - أنواع دلالات الخطاب:

يستدل ابن بركة على أن الخطاب إنما يرد من الله عزو جل بلغة من يخاطبهم لأنه مريد لإفهامهم بقوله تعالى: «وَمَا أَرْسَلْنَا مِنْ رَسُولٍ إِلَّا بِلِسَانِ قَوْمِهِ لِيُبَيِّنَ لَهُمْ»؛ أي أن «القرآن إنما أنزل بلغة القوم الذين بعث فيهم الرسول صلى الله عليه وسلم»^(١١٠).

وبناء على ذلك فإن «القرآن مشتمل على ضروب من الخطاب»^(١١١)، وهي:

- المفسر الذي يستغنى بلفظه عن بيان غيره، المجل الذي لا يُستغنى عن معرفة بيانه.
- المحكم الذي يعرفه السامع، والمتشابه الذي يفكر في تأويله العالم.
- ما يحتمل الوجوه التي لا يجوز القطع على شيء منها إلا بدليل يعلم ما المراد منها.
- ومنه الإيجاب والإلزام، ومنه الترغيب والإرشاد، ومنه الفرض والندب، ومنه الإباحة والحظر.

(١٠٨) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٧٠-٧١.

(١٠٩) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٧١.

(١١٠) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٧٢.

(١١١) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٧٢.

- الكناية والتصريح.
- الحقيقة والمجاز.
- الخصوص والعموم.
- التعريض والإفصاح.
- الإطالة والإيجاز.
- التكرير والحذف.
- الإشارة والتلويح.
- التأكيد والترديد.

ثم يقول معلّقاً ومبيّناً أثر تعدد ضروب الخطاب على استنباط الأحكام الشرعية: «كل ذلك معروف في لغة العرب، وعلى اختلاف هذه الضروب تختلف معاني أحكامها، ولكل ضرب منها صورة تعرف بها وصيغة أوضعت لها يعرف السامع بذلك قصد المخاطب وغرض المتكلم»^(١١٢)، ثم بين فائدة المعرفة بها والجهل فقال: «فمن عرف ذلك وضع الخطاب موضعه ولم يعدل به إلى غير جهته، ومن قصر علمه عن شيء من ذلك التيس عليه ما قصر علمه عنه ولم يدرك ذلك من لم يكن عاقلاً مميّزاً»^(١١٣). وخلص إلى أنّه من «الواجب أن يعتبر كل خطاب بحسب المعروف في اللسان؛ لأنه منه ما يفترق ولا يتفق، ومنه ما يتفق ولا يفترق، ومنه ما يتفق لفظه ويختلف معناه، وكل ذلك معروف عند أهل اللسان»^(١١٤).

وقد أفرد ابن بركة -بعد ذلك- أبواباً منفردة أوضح فيها بعضاً من ضروب الخطاب؛ مبيّناً علانيتها اللغوية والأصولية، كباب: «فيما يذكر الشيء ويراد غيره إذا كان من سببه»^(١١٥)، ومسألة: «تسمية الشيء باسم الفعل قبل كونه»^(١١٦)، ومسألة: «إنابة

(١١٢) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٧٣.

(١١٣) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٧٣.

(١١٤) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٧٣.

(١١٥) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ١٠٠.

(١١٦) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ١٠٦.

أدوات الخفض»^(١١٧)، وباب: «الإضمار والكناية»^(١١٨)، وباب: «الخاص والعام»^(١١٩)، وباب: «المحكم والمتشابه»^(١٢٠)، وباب: «صورة الأمر في اللغة»^(١٢١).
من خلال العرض المختصر أعلاه لاحظنا كيف أفادت مباحث علم أصول الفقه من علوم اللغة؛ الأمر الذي كان له أثر كبير في تشكّل بنيتها في كتاب الجامع.

المطلب الثاني

أثر التكامل المعرفي مع علم الكلام

في تشكيل بنية مباحث علم أصول الفقه

لقد أوضحنا في الصفحات السابقة عرضاً للمباحثات الكلامية في كتاب الجامع، وبيّنا أوجه تكاملها مع علم أصول الفقه، ونوضح هنا أبرز آثار ذلك التكامل على تشكّل مباحث علم أصول الفقه في النقاط التالية:

- أفرد ابن بركة باباً للحديث عن التقليد، وفرّق بين التقليد الجائر والتقليد غير الجائر أو المذموم^(١٢٢)، ومصطلح التقليد - كما أشرنا - يتداول في الحقلين الكلامي والأصولي.
- إنَّ الحديث عن «القرآن» باعتباره مصدرًا رئيسًا من مصادر التشريع؛ جعل ابن بركة يلجأ إلى التأكيد على إعجازه وعدم تطرق التحريف والتغيير عليه، وقد انبثق عن هذا التكامل والتداخل بين مسائل الاعتقاد ومسائل الأصول؛ مباحث عدة، وبيانها كالاتي:

^(١١٧) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ١٠٨.

^(١١٨) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ١٠٤.

^(١١٩) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ١٠٦.

^(١٢٠) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٥٠.

^(١٢١) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٨٩.

^(١٢٢) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٢٢.

١- أفرد ابن بركة بابًا للحديث عن «الناسخ والمنسوخ في القرآن»^(١٢٣)، وبرزت في هذا الباب أوجهًا كثيرة للتداخل بين الحقلين الكلامي والأصولي، فتحدّث عن انتساح الكتاب من كتاب كان قبله إلى كتاب آخر، ثم تحدّث عن النسخ الأصولي^(١٢٤)، وأتبعه بباب آخر في «الناسخ والمنسوخ»^(١٢٥)، وبَيَّن فيه أنّ «النسخ لا يقع إلا في الأمر والنهي ومن يجوز ذلك في الخبر؛ لأنه ليس يجوز أن يقول الصادق جلّ ذكره إنه يكون كذا وكذا ثم ينسخ ذلك بأن يقول: إنه لا يكون، أو يقول: إنه يكون، ثم يقول: إنه لا يكون، وكذلك في الماضي، هذا هو الكذب، والله تعالى يتعالى عنه علوًّا كبيرًا»^(١٢٦)، وذكر أنّ «اختلاف شرائع الأنبياء صلوات الله عليهم في الأحكام لا في التوحيد والوعد والوعيد، ونسخ بعضها البعض»^(١٢٧)، ثم قال: «فإن أنكر منكر وزعم أن شرائع الأنبياء صلوات الله عليهم كانت متفقة وأن شيئًا منها لم ينسخ ما تقدّمه فالحجة عليه قول الله عز وجل عن المسيح، حين يقول: «ولأحل لكم بعض الذي حُرّم عليكم»، وبتحريم صيد السمك يوم السبت على من حرم ذلك عليه، وتحليل ذلك لنا، وبالكف عن العمل يوم السبت وما أمر به بنو إسرائيل من ذلك وإباحته لنا»^(١٢٨).

كما تطرّق إلى الذين أنكروا النسخ هربًا من وصف الله سبحانه وتعالى بالبذاء^(١٢٩)، وناقش من ذهب إلى أن النسخ قد يكون في وصف الله والثناء عليه، وفيما ليس بأمر ولا نهي من الخبر وغيره^(١٣٠)، وتعرّض إلى أصناف أخرى كذلك، يقول: «وقال قوم

(١٢٣) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٢٦.

(١٢٤) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٢٧ وما بعدها.

(١٢٥) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٤٢.

(١٢٦) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٤٢.

(١٢٧) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٤٦.

(١٢٨) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٤٦-٤٧.

(١٢٩) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٤٢.

(١٣٠) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٤٥.

ممن ليس يلتفت إلى قولهم إلا أنهم على حال ينسبون إلى أهل القبلة: إن الآية المنصوص عليها زعموا مفوض إليها نسخ القرآن وتبديله، وتجاوز بعض فأفرط حتى خرج من الدين بقوله: إن النسخ يجوز على سبيل البداء، وهو أن يأمر الله بالشيء وهو لا يريد في وقت أمره أن يغيره ويبدله ولا يبده ثم يبدو له فيغير ذلك ويبدله وينسخه جل ذكره وتعالى عما قالوا، وعندهم أنه لا يعلم الشيء حتى يكون إلا ما يقدره فيعلمه على تقديره»^(١٣١)، وغيرها من المباحثات العقدية التي تتداخل مع المباحثات الأصولية.

٢- أفرد بابًا للحديث عن «المتشابه»^(١٣٢) في العقائد، وبين الحكمة من المتشابه في القرآن، فقال: «فأما المعنى في متشابه الكتاب؛ فإن الله جل ذكره خلق عباده ليمتحنهم فيثيبهم. فعرضهم بخلقه إياهم على المنازل وأشرفها وهو الثواب الذي لا خلاف بين أهل العقول في أنه أشرف من التفضل...»^(١٣٣)، ثم أوضح أنه لو: «كان القرآن كله محكما لا يحتمل التأويل ولا يمكن الاختلاف فيه لسقطت المحنة فيه وتبدلت العقول وبطل التفاضل والاجتهاد في السابق إلى الفضل واستوت منازل العباد.»^(١٣٤).

وقد تعرّض لشبهة يمكن أن تثار: «فإن قال قائل: أما كان الله قادرا على أن يوصل العباد إلى الثواب من غير محنة؟»، فأجاب عنها: «إن الله على ذلك لقادر وعلى ذلك قدير، وليس كل ما يقدر عليه يفعله جل عن ذلك وتعالى بل لن يفعل إلا الحكمة والصواب من التدبير...»^(١٣٥)، وهكذا نلاحظ أنه تتجاذب المتشابه اعتبارات متعددة في الحقل اللغوي والعقائدي والأصولي.

(١٣١) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٤٥-٤٦.

(١٣٢) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٥٦.

(١٣٣) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٥٦.

(١٣٤) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٥٦.

(١٣٥) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٥٧.

٣- أفرد أبوابًا متعددة للحديث عن إعجاز القرآن وإثبات عدم تحريفه، مثل، باب: «القرآن دليل بنفسه وأنه معجز بعجيب نظمه لا يقدر الخلق على أن يأتوا بمثله»^(١٣٦)، وباب: «الرد على من يدعي الزيادة والنقصان في القرآن»^(١٣٧)، وباب: «في أحكام القرآن»^(١٣٨)، وباب: «في تكرير القصص والألفاظ»^(١٣٩)، وهذه الأبواب تمتزج فيها المباحثات اللغوية مع المباحثات العقائدية، والتي بمجملها تهدف إلى إثبات حجية القرآن الكريم وشرعيته كمصدر من مصادر استنباط الأحكام في علم أصول الفقه.

- أفرد ابن بركة بابًا «فيما يوجب العقل في باب التوحيد وإثبات النبوة»^(١٤٠)، وقد تطرَّق فيه إلى التفريق بين العلة الكلامية والعلة الأصولية، كما أظهر أن العلة الأصولية انبثق منها القياس الأصولي المعروف، وقد سبق بيان ذلك.

لاحظنا -مما سبق إيراده- أثر التكامل والتداخل بين علم الكلام وعلم أصول الفقه في تشكيل بنية مباحث علم أصول الفقه في كتاب الجامع لابن بركة.

المطلب الثالث

أثر التكامل المعرفي مع علم الحديث في تشكيل

بنية مباحث علم أصول الفقه

حللنا سابقًا-أوجه التكامل المعرفي بين علم الحديث وعلم أصول الفقه في كتاب الجامع، ونحاول الآن أن نستعرض كيف أثر ذلك التداخل على تشكيل بنية مباحث علم أصول الفقه في الكتاب على النحو الآتي:

^(١٣٦) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٥٢.

^(١٣٧) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٥٨.

^(١٣٨) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٧٥.

^(١٣٩) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٧٨.

^(١٤٠) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ١٠٩.

- إنَّ حديث ابن بركة عن أحاديث الأحكام^(١٤١)؛ اضطره إلى الحديث عن مسائل أصولية متعددة سبق أن أوضحناها، كالأخبار المتعارضة، والعام والخاص من الأخبار، والناسخ والمنسوخ من الأخبار.

- تحدّث ابن بركة عن أنواع متعددة من الأخبار، كأخبار المراسيل التي تعني: «أن يرفع الخبر عن النبي صلى الله عليه وسلم ولم يشاهد النبي عليه السلام، فواجب أن يكون بينه وبين النبي صلى الله عليه وسلم صحابي فلا يذكره، وإما أن يكون قد سمع من الصحابي فاقصر على ما روي له ولم يجتمع إلى ذكره مرة أخرى أو يكون صح عنده الخبر عن النبي صلى الله عليه وسلم بالإخبار عن ذلك الصحابي ويسنده إلى النبي صلى الله عليه وسلم»^(١٤٢).

وأخبار المقاطيع وهي: «أن يروي الرجل الخبر عن النبي صلى الله عليه وسلم فيسقط في الوسط رجلا فلا يذكره في إسناده، فإذا ترك ذلك الرجل انقطع الخبر إلى حيث ترك الرجل»^(١٤٣).

والخبر الموقوف وهو أن: «يروى الخبر عن الصحابي والتابعي فيوقف الخبر عليهما»^(١٤٤).

وأخبار المتن، وهي: «التي تروى عن النبي صلى الله عليه وسلم، ولا يذكر من رواها من الصحابة، ويعتمد على صحتها وتسمى مثل هذه الأخبار المتن»^(١٤٥).

(١٤١) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ١٦.

(١٤٢) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ١٦.

(١٤٣) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ١٧.

(١٤٤) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ١٧.

(١٤٥) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ١٧.

وخبر الصحيفة هو: «أن يروي الراوي الخبر إلى أن ينتهي به إلى رجل فيقول: عن أبيه عن جده، ولم يذكر ذلك المذكور النبي صلى الله عليه وسلم، فإذا كان هذا الخبر على هذا الوصف ونحوه سمي خبر الصحيفة»^(١٤٦).

والخبر الزائد على الناقص: «فإنه إذا ورد خبر عن النبي صلى الله عليه وسلم من وجه، وروي ذلك الخبر أيضا من وجه آخر إلا أن أحد الخبرين فيه زيادة لفظة استعمل الزائد من الخبرين؛ لأن فيه فائدة لم تذكر في الخبر الآخر، ولم يوردها الراوي الثاني معه لما قد يجوز أن يكون أحدهما شاهد القصة إلى آخرها، فيسمع ما لم يسمع الآخر ويشاهد ما لم يشاهد الآخر؛ فلذلك استعمل الزائد من الأخبار»^(١٤٧).

- أورد ابن بركة مسألة تنص على أنه: «إذا ورد خبران أحدهما ينفي الفعل والآخر يوجب إثباته كان الإثبات أولى إذا لم يُعلم المتقدم منها من المتأخر ولا الناسخ من المنسوخ، وهذا على أصول أصحابنا يصح إلى ما يذهبون إليه من الحظر والإباحة والأوامر، وقد وافقنا الشافعي في هذا المعنى»^(١٤٨).

الخاتمة

خُص البحث إلى مجموعة من النتائج:

- يُعد التكامل المعرفي بين العلوم الإسلامية ضرورةً في المراحل التكوينية الأولى لتأسيسها، وقد التفت العلماء إلى مبدأ التكامل ودعوا إليه وعابوا على من تخلف عنه، وتمظهر في الاتجاه إلى التكوين والتأليف الموسوعي.
- يرتبط التكامل المعرفي في العلوم الإسلامية بأبعاده الوظيفية؛ إذ الهدف من التكامل الابتناء والفائدة، ومن ثم اختلف النظر إلى التكامل الخارجي عن التكامل الداخلي

^(١٤٦) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ١٧.

^(١٤٧) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ١٧.

^(١٤٨) ابن بركة، الجامع، ج ١، ص ٢٠.

في إضفاء الشرعية عليه، كما وُضعت التقييدات والضوابط المتعددة لضمان خصوصية العلوم ولتحقيق الانسجام بينها.

- لاحظنا أوجهًا متعددة للتكامل المعرفي في كتاب الجامع بين علم أصول الفقه من جهة، وعلوم اللغة وعلم الكلام وعلم الحديث من جهة أخرى، ويندرج في التكامل الداخلي بين هذه العلوم الذي يقوم على التعاضد والابتناء.

- توصلنا إلى أن التكامل المعرفي الذي أظهره ابن بركة كان ضرورة عنده لا بد منها لاستنباط أحكام الشريعة الإسلامية؛ إذ تتكامل أدواتهما لتحقيق غاية واحدة وهي استنباط الأحكام من الخطاب الشرعي.

- أثبت البحث أن التكامل المعرفي بين علم أصول الفقه من جهة، وعلوم اللغة وعلم الكلام وعلم الحديث من جهة أخرى؛ كان له أثر مباشر وواضح في تشكيل بنية مباحث علم أصول الفقه في كتاب الجامع.

- ظهر التكامل بين علم أصول الفقه وعلوم اللغة في الجامع في محورية اللغة العربية في فهم الخطاب الإلهي؛ وذلك لتجنب الإخلال بالمعاني التي أرادها المخاطب، وكذلك لفتح آفاق متعددة للتأويل.

- ظهر التكامل بين علم أصول الفقه وعلم الكلام في الجامع في مسائل متعددة كالنقل والقرآن الكريم والعلة.

- ظهر التكامل بين علم أصول الفقه وعلم الحديث في الجامع في باب الأخبار وما يتعلق به من مسائل كتعارض الأخبار والخاص والعام منه والناسخ والمنسوخ.

توصيات البحث:

- يوصي الباحثان باستكمال الدراسات التطبيقية التي تستهدف تحليل أوجه التكامل المعرفي بين العلوم الشرعية والعلوم الأخرى من خلال تسليط الضوء على الموسوعات التراثية.

- كما يوصي الباحثان بدراسات نظرية معمقة تستهدف رسم الحدود والتقييدات والأطر العامة لعملية التكامل المعرفي بين العلوم الشرعية والعلوم العملية كالفيزياء وغيرها.



المراجع

- أشعري، هاشم، نظرية نشأة اللغة وتفرعها في التراث العربي، مجلة التدريس، العدد الأول، يونيو ٢٠١٧م.
- الأمدي، علي بن أبي علي، منتهى السؤل في علم الأصول، الجمعية العلمية الأزهرية، مصر، دت.
- ابن بركة، عبد الله بن محمد، كتاب الجامع، ت: الباروني، عيسى يحيى، دط، دم، ١٤٢٨هـ-٢٠٠٧م.
- ابن برهان، أحمد بن علي، الوصول إلى الأصول، ت: عبد الحميد علي، مكتبة المعارف، الرياض، ١٩٨٣م.
- ابن جزي، محمد بن أحمد، التسهيل لعلوم التنزيل، ت: محمد سالم هاشم، دار الكتب العلمية، لبنان، ط١، ١٩٩٥م.
- ابن خلدون، عبد الرحمن بن محمد، مقدمة ابن خلدون، ت: علي عبد الواحد وافي، دار نهضة مصر، مصر، ط٧، ٢٠١٤م.
- التفتازاني، مسعود بن عمر، شرح المقاصد في علم الكلام، نسخة حجرية، دم، دت.
- الجاحظ، عمرو بن بحر، الحيوان، دار الكتب العلمية، لبنان، ط٢، ط٢، ١٤٢٤هـ.
- الجويني، عبد الملك بن عبد الله، البرهان في أصول الفقه، ت: صلاح بن محمد، دار الكتب العلمية، لبنان، ط١، ١٩٩٧م.
- الذهبي، محمد بن أحمد، ميزان الاعتدال في نقد الرجال، ت: علي محمد البجاوي، دار المعرفة، لبنان، ط١، ١٩٦٣م.
- الزركشي، محمد بن عبد الله، البحر المحيط في أصول الفقه، دار الكتبي، ط١، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م.
- السبكي، تاج الدين عبد الوهاب، رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب، ت: علي محمد معوض وعادل أحمد، عالم الكتب، لبنان، بيروت، ط١، ١٩٩٩م/١٤١٩هـ.

- السعدي، جابر بن علي، ابن بركة وآراؤه الأصولية، إشراف: عبد المعز حريز، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، الأردن، ١٩٩٤م.
- الشاطبي، إبراهيم بن موسى، الموافقات في أصول الفقه، ت: مشهور بن حسن، دار ابن عفان، ط١، ١٩٩٧م.
- الشاهين، شامل، المباحث اللغوية بين علماء الأصول وعلماء اللغة والبلاغة، مجلة أمارات في اللغة والأدب والنقد، دم، ٢٠٢١م، العدد ١، المجلد ٥.
- شيبوب، بلال، التكامل المعرفي بين الفلسفة وعلم الكلام وعلم أصول الفقه من خلال المفاهيم الرحالة، مجلة النفاهم، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، سلطنة عمان.
- الصوافي، سعيد بن راشد، منهج ابن بركة في علوم القرآن والتفسير في كتابه الجامع: دراسة منهجية مقارنة، إشراف: الصادق كرشيد، رسالة دكتوراه، جامعة الزيتونة، تونس، ٢٠٠٦م.
- عبد الرحمن، طه، تجديد المنهج في تقويم التراث، المركز الثقافي العربي، المغرب، ط٢، دت.
- العطار، حسن بن محمد، حاشية العطار، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، دت.
- الغزالي، محمد بن محمد، المستصفي، ت: محمد عبد السلام الشافي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٩٣م.
- الغزالي، محمد بن محمد، شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل، ت: حمد الكبيسي، مطبعة الإرشاد، بغداد، ط١، ١٩٧١م.
- الغزالي، محمد بن محمد، ميزان العمل، دار المنهاج، لبنان، ط١، ٢٠١٨م.
- المسدي، عبد السلام، المصطلحات المتصلة باللغة عند المتكلمين: أنموذج القاضي عبد الجبار، ندوة الدراسة المصطلحية والعلوم الإسلامية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، دم، دت.



- النشار، علي سامي، مناهج البحث عند مفكري الإسلام، دار النهضة العربية، لبنان، بيروت، ط٣. ٢٠١٦م-١٤٣٧هـ.

المراجع باللغة الإنجليزية:

- sh'ari, Hashem. (2017). The theory of the emergence of language and its branching in the Arab heritage, Al-Taleem magazine, first issue, June.
- Al-Amidi, Ali bin Abi Ali. Ultimate Sol in the science of assets. Al-Azhar Scientific Society. Egypt.
- Ibn Baraka, Abdullah bin Muhammad. (1428 AH - 2007 AD). Whole book. Al-Baroni, Issa Yahya.
- Ibn Burhan, Ahmed Ibn Ali. (1983). Access to assets. Abdul Hamid Ali. Knowledge Library, Riyadh
- Ibn Juzy, Muhammad bin Ahmed. (1995). Facilitation of download sciences. Muhammad Salem Hashem, 1st floor. Scientific Book House. Lebanon.
- Ibn Khaldun, Abd al-Rahman bin Muhammad. (2014). The Introduction of Ibn Khaldun. Ali Abdel Wahed Wafi. edition:7. Dar Nahdet Misr, Egypt.
- Al-Taftazani, Masoud bin Omar. Explanation of the purposes in theology. blood.
- Al-Jahiz, Amr bin Bahr, (1424 A.H.) Al-Hayyah. edition: 2. Scientific Books House, Lebanon.
- Al-Juwayni, Abdul Malik bin Abdullah. (1997). Evidence in the origins of jurisprudence. T: Salah bin Mohammed. edition :1. Scientific Books House, Lebanon.
- Al-Dhahabi, Muhammad bin Ahmed. (1963). The balance of moderation in the criticism of men. Ali Muhammad Al-Bjawi. edition:1. House of Knowledge, Lebanon.
- Al-Zarkashi, Muhammad bin Abdullah. (1994). The ocean ocean in the principles of jurisprudence, vol.1. Al Kutbi House.
- Al-Subki, Taj Al-Din Abdel-Wahhab. (1999). Raising the eyebrow on the summary of Ibn Al-Hajib. Ali Mohamed Moawad and Adel Ahmed. edition :1. The world of books. Lebanon. Beirut.



- Saadi, Jaber bin Ali. (1994). Ibn Baraka and his fundamentalist views. Supervised by: Abdel Moez Hariz. Master Thesis. University of Jordan. Jordan.
- Shatby, Ibrahim bin Musa. (1997). Consents in the principles of jurisprudence. Mashhour bin Hassan. edition:1. Ibn Affan House.
- Al-Shaheen, Shamil. (2021). Linguistic investigations between scholars of origins, linguists and rhetoric. Emarat Journal of Language. Literature and Criticism. Issue 1. Volume 5.
- Shayboub, Bilal. Cognitive integration between philosophy, theology, and jurisprudence through nomadic concepts. Understanding Journal. The Ministry of Awqaf and Religious Affairs. Sultanate of Oman.
- Al-Sawafi, Saeed bin Rashid. (2006). Ibn Baraka's approach to the sciences of the Qur'an and interpretation in his comprehensive book: A comparative methodological study. Supervised by: Al-Sadiq Karshid. Ph.D. Zitouna University, Tunisia.
- Abdel Rahman, Taha. Renewing the curriculum in evaluating heritage. edition :2. Arab Cultural Center. Morocco, West, sunset.
- Al-Attar, Hassan bin Muhammad .Attar's entourage. Scientific Book House. Beirut.
- Al-Ghazali, Muhammad bin Muhammad. (1993). The infirmary. Muhammad Abd al-Salam al-Shafi, 1st floor. Library science, Beirut.
- Al-Ghazali, Muhammad bin Muhammad. (1971). Healing the Great in Explanation of Resemblance, Imagination, and Paths of Reasoning. Hamad Al-Kubaisi. edition:1. Al-Irshad Press, Baghdad.
- Al-Ghazali, Muhammad bin Muhammad (2018). work balance. edition:1. Dar Al-Minhaj, Lebanon, 1st Edition.
- Al-Masadi, Abdel Salam. Terms related to the language of the speakers: The model of Judge Abdul-Jabbar. Seminar on Terminology and Islamic Sciences. University of Sidi Mohamed Ben Abdallah.
- Nashar, Ali Sami. (2016). Research methods for Islamic thinkers. edition:3. Arab Renaissance House. Lebanon. Beirut.



المساواة بين المرأة والرجل في نقل الجنسية المكتسبة للأبناء تعليق على حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في الدعوى رقم (١٣١) لسنة (٣٩) قضائية دستورية في ضوء أحكام القانون المصري والعماني بتنظيم أحكام الجنسية

الدكتور/ بدر بن جمعة بن راشد المسكري*

الدكتور/ خالد عبد الفتاح محمد خليل*

المخلص:

لا غنى للفرد عن الجنسية التي تجعله تابعاً لدولة يتمتع بكافة الحقوق المقررة للمواطن ويحظى بالحماية التي توفرها الدولة لمواطنيها، ويكون في مركز قانوني أفضل من الأجنبي أو عديم الجنسية، إضافة إلى الحقوق التي يتمتع بها المواطن في المشاركة في الحياة السياسية، والمشاركة في صنع القرار وتسيير أمور الدولة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، ويتعلق موضوع البحث بالمساواة بين الرجل والمرأة في نقل الجنسية للأبناء، حيث أضحى المساواة من المسلمات في شتى المجالات في الوقت المعاصر. ولما كانت الجنسية معبرة بشكل واضح عن ولاء الفرد لدولته، فترتب حقوق لكل مواطن يجمل جنسية دولة ما، فإنه وبتلك المثابة، يتعين أن يكون للمرأة دور مساوي لدور الرجل في مجال الجنسية الأصلية المعاصرة للميلاد والجنسية الطارئة في ذات الوقت.

وعندما أكد المشرع المصري على دور الأم في ثبوت الجنسية المصرية بالتشريع الذي صدر عام (٢٠٠٤)، كان عليه أيضاً أن يعمل على تعديل النصوص الخاصة بالجنسية اللاحقة على الميلاد ليكون دور المرأة في نقل الجنسية على قدم المساواة مع دور الرجل، وهو ما انتهت إليه المحكمة الدستورية العليا في مصر بحكمها الصادر بتاريخ ٦ إبريل ٢٠١٩م.

وعلى المشرع العماني أن يتبنى سياسة واضحة في مجال الجنسية تؤكد ضرورة المساواة بين المرأة والرجل في ثبوت الجنسية الأصلية، واكتساب الجنسية اللاحقة على الميلاد.

الكلمات المفتاحية: الجنسية - المساواة - الدستور - المكتسبة - الحقوق.

*أستاذ القانون الدولي الخاص المساعد بكلية الحقوق - جامعة السلطان قابوس.

*أستاذ القانون الدولي الخاص المشارك بكلية الحقوق - جامعة حلوان - مصر، والمعار لدى كلية

الحقوق جامعة السلطان قابوس - سلطنة عمان.



Equality between Men and Women when Transmitting Acquired Nationality to their Children
Comment on the Ruling of the Egyptian Supreme Constitutional Court in Case No (131) of the Constitutional Judicial Year (39)
In Light of the Provisions of Egyptian and Omani Law Regulating Nationality Provisions

Dr. Badar Juma Rashid Almaskari *
Dr. Khaled Abdelfattah Mohamed Khalil **

Abstract:

Nationality is fundamental for a person as it makes that person part of a certain state and provides rights and the protection guaranteed by the state to its citizens. Additionally, nationality gives persona better political, social and economic standard than foreigners and those who are stateless.

Recently, the equality between men and women has become necessary in all areas. This study focuses on this equality between men and women when transmitting nationality to their children. It argues that women should be given an equal right to men regarding acquired and original nationality.

In 2004, the Egyptian legislator has emphasized the role of the mother in passing the acquired nationality to her children in an equal basis to man. This has been supported by the constitutional court in its new judgment 2019.

Therefore, the Omani legislator should adopt clear rules in nationality law that ensure the importance of the equality between men and women in original and acquired nationality.

Keywords: Nationality – Equality – Constitution – Acquired – Rights.

* Assistant Professor of Private International Law at College of Law, Sultan Qaboos University, Sultanate of Oman

** Associate Professor of Private International Law at College of Law, Helwan University, Egypt, and Loaned to the College of Law, Sultan Qaboos University, Sultanate of Oman.

المقدمة

يعد ركن الشعب من أهم أركان الدولة، حيث تنعدم أهمية الإقليم دون وجود شعب يقطن عليه، وسلطة حاکمة تنظم حقوق وواجبات الأفراد على هذا الإقليم. وأضحت قواعد الجنسية ذات أهمية بالغة على المستويين الدولي والإقليمي. فعلى المستوى الدولي تعد بمثابة المعيار الوحيد المعترف به من قبل القانون الدولي العام، لتوزيع الأفراد بين مختلف دول العالم، لتحديد انتماء كل فرد لدولة بعينها. أما على الصعيد الوطني فهي الأداة لتحديد ركن الشعب وتمييز المواطن عن غيره من رعايا الدول الأخرى.

ولا غنى للفرد عن الجنسية التي تجعله تابعاً لدولة يتمتع بكافة الحقوق المقررة للمواطن ويحظى بالحماية التي توفرها الدولة لمواطنيها^(١)، ويكون في مركز قانوني أفضل من الأجنبي أو عديم الجنسية، إضافة إلى الحقوق التي يتمتع بها المواطن في المشاركة في الحياة السياسية، والمشاركة في صنع القرار وتسيير أمور الدولة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية.

ولقد أضحت للجنسية دوراً أساسياً في تقديم حلول تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية، كالزواج والطلاق والميراث والوصية وغيرها^(٢)، حين تنهض الجنسية كضابط إسناد يرشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق في المسألة المتنازع فيها؛

(١) راجع: د. أحمد عبد الكريم سلامة: قانون الجنسية ومركز الأجانب، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠١٩، ص ٥ وما بعدها، د. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، الإسكندرية، ١٩٨٥، ص ٧ وما بعدها.

(٢) راجع: د. أشرف وفا محمد: الجنسية في القانون المقارن والقانونين المصري والعماني، الطبعة الأولى، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠١١، ص ٧.

وهو ما يبدو جلي في القانونين العماني والمصري، إضافة إلى الكثير من التشريعات المقارنة^(٣).

وللجنسية أهمية كبيرة سواء كانت معاصرة للميلاد أو كانت جنسية طارئة في تاريخ لاحق على الميلاد، مع الوضع في الاعتبار دور الجنسية الأصلية في التأكيد على أحقية المواطن في التمتع بكافة الحقوق دون قيود، مثل المشاركة في الحياة السياسية، والترشح للمجالس النيابية، دون قيود مفروضة، كما هو الحال بالنسبة للمواطن الطارئ الذي يخضع لقيود تتعلق بالمدة، وكونه معرضاً لسحب الجنسية عند مخالفة المادة رقم (٢١) من قانون الجنسية العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٣٨) لعام (٢٠١٤)، أو المادة (١٥) من قانون الجنسية المصري رقم (٢٦) لسنة (١٩٧٥م).

بيد أن القانون المصري قد تم تعديل أحد أهم أحكامه بموجب القانون رقم (١٥٤) لسنة (٢٠٠٤ م)، وبمقتضى هذا التعديل أصبح للأمم المصرية دور في مجال الجنسية الأصلية، ولم يعد حق الدم قاصراً على الأب المصري، بل امتد أيضاً إلى الأم المصرية. وتناول قانون الجنسية العماني دور الأم أيضاً في هذا الشأن، وأكدت المادة (٢/١١) على أن يعتبر عمانياً من ولد في عمان أو خارجها من أم عمانية أو كان أبوه عمانياً وأصبح بلا جنسية.

(٣) راجع: د. خالد عبد الفتاح خليل: تعاطف دور الإدارة في القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية القاهرة، دار الفكر الجامعي، ٢٠١٩، ص ٥٣ وما بعدها.

أهمية موضوع البحث:

لقد كان للقانونين المصري والعماني دور في تحديد معايير وأسس منح الجنسية الطارئة للأولاد القصر للأمم الأجنبية، وهو ما يشمل نطاق هذا البحث والتعليق على حكم المحكمة الدستورية العليا في حكمها الصادر بتاريخ ٦ أبريل لعام (٢٠١٩م). وعندما أضحت للمرأة مكانة بارزة في المجتمع في شتى المجالات، اقتضى الأمر ضرورة التدخل التشريعي في مجال الجنسية، لترسيخ المبادئ التي أقرتها الدساتير الوطنية والمواثيق الدولية، وهو ما بدت معالمه وبلورت أهدافه الأحكام القضائية. وفي ذات السياق كان لإعمال حق الدم من جهة الأم بصفة مطلقة أثره في بلورة أحكام الجنسية الأصلية، واعترافاً واضحاً بأهمية ثبوت الجنسية للمولود لأم وطنية، ويجرنا هذا إلى أمرين، الأول يتعلق بضرورة تقنين وضع أبناء الأم في التاريخ السابق على التشريع الصادر عام (٢٠٠٤م)، والثاني يتعلق بحتمية المساواة في مجال الجنسية المكتسبة بين الأبناء لأب والأبناء لأم على ضوء قواعد الدستور التي أرست مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في شتى المجالات.

منهج الدراسة:

تعتمد الدراسة في هذا البحث على المنهج التحليلي المقارن، وذلك بعرض وقائع الحكم والأسباب التي أدت إلى إقرار مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في مجال الجنسية الطارئة، مع بيان موقف المشرع العماني ومقارنة ذلك بتشريع الجنسية المصري، خاصة في ضوء التعديل الوارد على الأخير بالقانون رقم ١٦٥ لسنة (٢٠٠٤م).

خطة الدراسة:

تنقسم الدراسة في هذا البحث إلى أربعة مطالب على النحو التالي:

المبحث الأول: وقائع الحكم والمسائل القانونية المرتبطة به.

المبحث الثاني: تحليل الأسباب التي انتهت إليها الحكم.

المبحث الثالث: مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة ودوره في مجال الجنسية الطارئة.

المبحث الرابع: التعديل الوارد على قانون رقم (١٦٥) لسنة (٢٠٠٤م) وأثره على

الجنسية الطارئة.

المبحث الأول

وقائع الحكم والمسائل القانونية المرتبطة به

نتناول في هذا المبحث لوقائع الحكم وماهية المسائل القانونية التي تعرضت لها المحكمة الدستورية العليا، مع الإشارة لفكرة الإقامة المعتادة للأولاد القصر التي أكد عليها تشريع الجنسية المصري.

أولاً- وقائع الحكم:

تتمثل وقائع الحكم في الدعوى الموضوعية التي أقامها المدعي أمام محكمة القضاء الإداري المصري، بالدائرة الثانية، حيث كان من مواليد القاهرة، لأب أردني وأم أردنية الجنسية أيضاً، وظل مقيماً بجمهورية مصر العربية منذ ميلاده عام (١٩٩١م)، وحتى تاريخ حصوله على ليسانس الحقوق من جامعة مصرية، وفي تاريخ لاحق عام (١٩٩٨م) حصلت الأم على الجنسية المصرية، نتيجة لزوجها من مصري.

وقد تقدم المدعي نتيجة لذلك بطلب إلى مصلحة الهجرة والجوازات والجنسية المصرية للحصول على الجنسية المصرية، وهو ما تم رفضه، مما دفعه إلى تقديم تظلم للجنة فض المنازعات، والتي رفضت بدورها هذا التظلم، ولجأ إلى محكمة القضاء الإداري والتي انتهت في جلستها بتاريخ ٢٢/١/٢٠١٧ م إلى وقف الدعوى وإحالة أوراقها إلى المحكمة الدستورية العليا المصرية.

ثانياً- المسائل القانونية المرتبطة بالواقعة:

من المعلوم أن التجنس يؤدي إلى الدخول في جنسية الدولة، ولا يقف الأمر على الشخص المتجنس، بل يتعداه إلى الزوجة والأولاد القصر، متى توافرت الشروط التي يقتضيها القانون، ويأتي ذلك تتويجاً لروح الولاء والانتماء للدولة، والعمل على وحدة الجنسية داخل الأسرة بدلاً من وجود عدة جنسيات داخل الأسرة الواحدة.

ولا يتنافى ذلك مع مسألة ترك الخيار للأولاد القصر بعد بلوغهم سن الرشد في الاستمرار في الانخراط في جنسية الآباء أو التخلي عنها. فالغاية من وراء ذلك هو إتاحة الفرصة للأبناء في التعبير عن إرادتهم، ذلك أن دخولهم في الجنسية الجديدة حدث أثناء عدم اكتمال أهليتهم وقدرتهم على إبرام التصرفات القانونية. والمتأمل في الوقائع المذكورة وفي الإحالة الواردة من محكمة القضاء الإداري المصرية يدرك أن الأمر يتعلق بما يلي:

التفرقة بين الرجل والمرأة في مدى اكتساب الأولاد القصر للجنسية، ونجد ذلك واضحاً في نص المادة السادسة من قانون الجنسية المصري لعام (١٩٧٥م)، والتي أكدت على ذلك بقولها " لا يترتب على اكتساب الأجنبي الجنسية المصرية اكتساب زوجته إياها إلا إذا أعلنت وزير الداخلية برغبتها في ذلك ولم تنته الزوجية قبل انقضاء سنتين من تاريخ الإعلان عن وفاة الزوج، ويجوز لوزير الداخلية بقرار مسبب قبل فوات مدة السنين حرمان الزوجة من اكتساب الجنسية المصرية.

أما الأولاد القصر فيكتسبون الجنسية، إلا إذا كانت إقامتهم العادية في الخارج وبقيت لهم جنسية أبيهم الأصلية طبقاً لقانون دولته، فإن اكتسبوا الجنسية المصرية كان لهم خلال السنة التالية لبلوغهم سن الرشد أن يقرروا اختيار جنسيتهم الأصلية، فتزول عنهم الجنسية المصرية متى استردوا جنسية أبيهم طبقاً لقانونها.

ويقتضي البحث هنا أن نشير إلى مسلك المشرع العماني، حيث نصت المادة الثامنة عشرة من قانون الجنسية العمانية الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٣٨ / ٢٠١٤م) على أنه: "يجوز منح الجنسية العمانية للقاصر ولد المرأة العمانية من زوجها الأجنبي إذا توافرت فيه الشروط التالية:

- ١- أن تكون الأم أرملة أو مطلقة، أو غاب عنها أو هجرها زوجها لجهة غير معلومة لمدة لا تقل عن عشرة أعوام متواصلة، ويثبت هذا الغياب أو الهجر بحكم قضائي.
- ٢- أن يكون زواج والديه قد تم بموافقة مسبقة من الوزارة، ولا يسري هذا الشرط على من كان زواجها قبل حصولها على الجنسية العمانية.
- ٣- أن تكون حضانتها لأمه بموجب حكم قضائي.
- ٤- أن يكون قد مضى على إقامته في عمان إقامة مشروعة متواصلة مدة لا تقل عن عشرة أعوام، ولا يحول دون اعتبار إقامته متواصلة غيابه خلال العام الواحد مدة لا تزيد عن ستين يوماً...".

إضافة إلى الشروط الأخرى التي اقتضتها المادة المذكورة من ضرورة توافر شرط حسن السمعة، وعدم صدور حكم بالإدانة في الجرائم المخلة بالشرف، وعد ممانعة ولي أمر القاصر، وكذلك عدم المعارضة من جهة قانون الدولة التي يحمل القاصر جنسيتها.

وهنا نجد أن القانون العماني بدا واضحاً في تحديد حالة اكتساب القاصر للجنسية العمانية وجعل ذلك مقرون بإثبات حالة الطلاق أو غياب الزوج وهجره لزوجته بموجب حكم قضائي والموافقة المسبقة من جهة السلطة المختصة في الدولة على الزواج، عندما يكون هذا الزواج لاحقاً على الحصول على الجنسية العمانية، والإقامة لمدة عشر سنوات، والتأكد من موافقة الدولة التي يحمل جنسيتها على تنازله عن تلك الجنسية^(٤).

(٤) راجع: د. أشرف وفا: الجنسية ومركز الأجانب، المرجع السابق، ص ٧٤، وما بعدها.

- الإقامة في جمهورية مصر العربية:

اقتضى المشروع المصري في النص المشار إليه ضرورة أن تكون إقامة الأولاد القصر العادية في جمهورية مصر العربية، أما إذا كانت إقامتهم العادية في بلد آخر، فإن الأمر يختلف، ولا يطبق عليهم النص طالما بقيت لهم جنسية أبيهم الأصلية طبقاً لقانون هذا البلد، وبالتالي يكون من حقهم الحصول على الجنسية المصرية عندما تزول عنهم جنسية الدولة التي كانوا يتمتعون بها، حتى ولو كانت إقامتهم العادية خارج القطر المصري.

وتجدر الإشارة هنا أن الإقامة المنتظمة وغير المشروعة لا ينتج عنها الاستفادة من هذا النص ولا ترتب حقوقاً للقاصر^(٥)، حتى وإن كان الأخير لا دخل له في الإقامة غير المشروعة، حيث يتاح له التعبير عن إرادته بعد بلوغ سن الرشد، إما بالاستمرار في الانخراط والولاء لمصر، أو الاستغناء عن الجنسية المصرية.

فإذا رجعنا لقانون الجنسية العماني نجد أنه تناول مسألة التجنس في المواد (١٤)، (١٥، ١٦، ١٧، ١٨) على التوالي.

واقترض في المادة الخامسة عشرة ولادة الابن القاصر في عمان والإقامة العادية فيها، ليكتسب الجنسية تبعاً للأب. كما تناول المشرع العماني في المادة الثامنة عشرة حق القاصر في الحصول على الجنسية العمانية تبعاً لأمه، واشترط أن تكون الأم أرملة أو مطلقة، أو غاب عنها زوجها أو هجرها لجهة غير معلومة لمدة لا تقل عن عشرة أعوام، مع إثبات ذلك بحكم قضائي، وكذلك يتعين بموجب الفقرة الرابعة من المادة

(٥) راجع: د. هشام صادق: الجنسية ومركز الأجانب، المجلد الأول، الجنسية ومركز الأجانب، الإسكندرية، ١٩٧٧، ص ٣٩١ وما بعدها.

المذكورة موافقة ولي أمر القاصر، إن وجد، وتقديم ما يثبت أن قانون الدولة التي يحمل جنسيتها يجيز له التنازل عنها، إضافة إلى الشروط الأخرى المتعلقة بتاريخ الزواج والحضانة وحسن السيرة والسلوك وعدم الحكم عليه نهائياً بعقوبة جنائية أو في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة، ما لم يكن قد رد إليه اعتباره.

كذلك يتعين في حكم المادة الثامنة عشرة أن يكون قد مضى على إقامة القاصر المشروعة في عمان مدة لا تقل عن عشرة أعوام، وعدم تجاوز مدة تغييره عن السلطنة ستين يوماً في العام الواحد.

وهنا نجد أن الإقامة المشروعة في سلطنة عمان من الشروط التي لا يمكن الاستغناء عنها، إضافة إلى الإقامة العادية، دون الإقامة العرضية. فالأخيرة لا تمنح القاصر بحال من الأحوال حق اكتساب الجنسية العمانية في تاريخ لاحق على الميلاد، سواء أكان هذا الحق عن طريق الأب أم عن طريق الأم، فالإقامة العادية تؤكد على الاستقرار والارتباط بسلطنة عمان من ناحية، كما تبرهن على الولاء أيضاً عند منح الجنسية العمانية في تاريخ لاحق على الميلاد.

ولم يختلف موقف المشرع العماني عن نظيره في الدول الأخرى، وإن كان الخلاف في المدة، إلا أن الغاية واضحة ومتمثلة في ضرورة التأكد من الاندماج في المجتمع العماني والارتباط به، خاصة أن المتجنس يعود وطنياً من جميع الوجوه بمجرد حصوله على الجنسية العمانية.

ومن المعلوم أن شرط الإقامة يكون له دوراً بارزاً في تحديد الأشخاص غير المرغوب فيهم، أو هؤلاء الذين يمثلون خطراً على الدولة عند الدخول في جنسيتها والانتماء لشعبها.

المبحث الثاني

تحليل الأسباب التي انتهى إليها الحكم

يمكننا تحليل الأسباب التي أدت إلى صدور الحكم بعدم الدستورية على النحو التالي:
أولاً: شرط المصلحة في الدعوى الدستورية:

أكدت المحكمة الدستورية العليا على شرط المصلحة في حكمها الصادر في الدعوى رقم (١٩) لسنة (٨ ق)، وذهبت إلى أن قضاء المحكمة قد جرى على أن المصلحة الشخصية المباشرة تعد شرطاً لقبول الدعوى الدستورية، وأن مناطها يكون ثمة ارتباطاً بينها وبين المصلحة القائمة في الدعوى الموضوعية، وذلك بأن يكون الحكم في المسألة الدستورية لازماً للفصل في الطلبات المرتبطة بها والمطروحة أمام محكمة الموضوع.

والمصلحة في الدعوى تتمثل في الفائدة التي ينشدها المدعي عند اللجوء للقضاء، وهي التي تدفعه إلى رفع الدعوى والغاية التي يسعى إلى الوصول إليها.

ولئن كانت هيئة قضايا الدولة قد دفعت بعدم قبول الدعوى بحجة عدم خضوع الدعوى الموضوعية للنص المحال إلى المحكمة الدستورية العليا في القضية المطروحة، استناداً إلى الفقرة الرابعة والخامسة من المادة الرابعة لقانون الجنسية المصرية رقم (٢٦) لسنة (١٩٧٥)، إلا أن المحكمة الدستورية العليا رأت أن المصلحة في الدعوى الدستورية تعد قائمة في هذه الدعوى، حيث يكون للحكم تأثيراً واضحاً على الطلبات المرتبطة والمطروحة على محكمة الموضوع، سواء اتصلت المصلحة بالدعوى عن طريق الدفع أو الإحالة، وأن تحري شرط المصلحة يرجع إلى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها في تلك الدعوى.

كما أكدت المحكمة على أن المصلحة في الدعوى تكمن في كون الحكم في المسألة الدستورية لازماً وضرورياً عند الفصل في مسألة كلية أو فرعية متعلقة بالخصومة. وتجدر الإشارة إلى أن الفقرة الرابعة من المادة الرابعة تناولت حالة الأجنبي الذي ولد في مصر وكانت إقامته عادية بها عند بلوغ سن الرشد، وكان سليم العقل، حسن السلوك، وله وسيلة مشروعة للكسب. بينما عرضت الفقرة الخامسة للأجنبي المقيم بالإقليم المصري إقامة عادية لمدة عشر سنوات متصلة على الأقل، قبل تقديم طلب التجنس ببلوغه سن الرشد، ومراعاة الشروط الواردة في الفقرة الرابعة.

ثانياً- حق الأولاد القصر للأب في اكتساب الجنسية، وامتداد ذلك لأبناء الأم:

رأت المحكمة أن نص المادة السادسة في فقرتها الثانية من قانون الجنسية المصري قد قصر الحق في اكتساب الجنسية المصرية على الأولاد القصر للأب الأجنبي الذي يكتسب الجنسية، وأن هذا يعود مانعاً قانونياً يحول بين المدعي واكتساب الجنسية المصرية تبعاً لاكتساب الأم إياها، على حين تتوافر في حق المدعين كافة الشروط الأخرى التي نص عليها القانون، وأن ذلك يؤكد على حق المصلحة. ولا شك في أن ذلك يتنافى مع مبدأ تكافؤ الفرص الذي أكدت عليه كافة الدساتير المصرية، وكان آخرها الدستور المصري الصادر عام (٢٠١٤) الذي نص في المادة الرابعة على أن "السيادة للشعب وحده يمارسها ويحميها، وهو مصدر السلطات ويصون وحدته التي تقوم على مبادئ المساواة والعدل وتكافؤ الفرص بين جميع المواطنين، وذلك على الوجه المبين بالدستور".

وقد ذهبت المحكمة إلى أن مبدأ تكافؤ الفرص يعد من الركائز الأساسية التي يقوم عليها بناء المجتمع، كما أنه يحافظ على الوحدة الوطنية، وأن الفرص التي كفلها الدستور للمواطنين فيما بينهم يفترض تكافؤها، وعلى الدولة ضرورة الحفاظ عليها.

وهنا يقتضي الأمر البحث في توافر الشروط التي نص عليها قانون الجنسية، وعدم حرمان الشخص من الجنسية المصرية طالما كان مستوفياً لكل الشروط، خاصة وأن هناك فروقاً تظل واردة في الحقوق عندما نقارن الوطني الأصل الذي اكتسب الجنسية في تاريخ معاصر للميلاد والوطني الطارئ الذي اكتسب الجنسية في تاريخ لاحق^(٦)، وهذا يعد كافياً، بينما تُعد التفرقة غير المبررة بين الابن لأب والابن لأم في هذه الحالة انتهاكاً واضحاً لمبدأ تكافؤ الفرص^(٧)، ولعل مبدأ تكافؤ الفرص من المبادئ الدستورية التي لا تقف عند معالجة مشاكل الجنسية فحسب، بل يمتد ذلك أيضاً إلى ضرورة التحقق منه والتأكيد عليه في كافة الحقوق الأخرى للمواطن في مجال الوظائف العامة والوظائف السياسية وغيرها، وهو ما يؤكد على أن تحقيق العدالة والنهوض بحقوق الإنسان ورعايتها من الثوابت الأساسية التي تعمل في ظل مبدأ تكافؤ الفرص. وما حدث أيضاً أن المحكمة استندت إلى مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة لتعزيز حكمها؛ وهو ما نعرض له في المبحث التالي.

(6) Valery (J): Manuel de droit international privé, Paris, 1914, P. 132; Lagarde (P), La Nationalité française, Paris, Dalloz, 2011, P. 15 et ss.

(7) Laura Waas and Sangita, All Citizens are Created Equal, but Some are More Equal Than Others, Netherlands International Law Review (2018) 65, P413, Neda Shaheen, Discriminatory Nationality Laws must be Eliminated in order to Eradicate Statelessness, De Paul Journal for Social Justice (2018) 11,2 ,P1.

المبحث الثالث

مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة ودوره في مجال الجنسية الطارئة

إذا كان لكل دولة الحق أن تضع التشريعات التي تحدد الأفراد الذين ينتمون إليها بجنسيتهم، فإن ذلك لا يتأتى إلا بوضع المعايير الملائمة لذلك؛ حين يصبح كلا من لا ينتمي للجنسية الوطنية أجنبي⁽⁸⁾، وعلى الدولة هنا أن تتحرى مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة.

فالحرية والمساواة يتكاتفان ويلتقيان في ذات المستوى، ويقتضي البحث في هذا الأمر أن نعرض لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة وأساسه القانوني، وموقف المحكمة الدستورية العليا منه في الحكم المعروض.

أولاً- الأساس القانوني لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في مجال الجنسية:

شهدت العقود الأخيرة من القرن الماضي نشاطاً متزايداً للمرأة وأضحى لها دور بارز في شتى المجالات، ورغم ما أحرزه الفكر الإنساني من تقدم كبير نحو النهوض بحقوق المرأة في الآونة الأخيرة، إلا أن الأمر ما زال بحاجة ماسة لضرورة إرساء المزيد من الحقوق للمرأة والتأكيد عليها، سواء كان ذلك في المجال السياسي أو الاقتصادي أو الاجتماعي.

فهدف المرأة في كافة المجتمعات البشرية هو حصولها على حقوقها، سواء في المجتمعات الشرقية أو الغربية، وقد عملت هيئة الأمم المتحدة على حماية حقوق المرأة بدءاً من صياغة الأطر القانونية وانتهاء بإنشاء العديد من آليات الحماية. فالمادة الثانية من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (CEDAW)، والتي دخلت حيز التنفيذ عام (1981م)، فرضت على الموقعين عليها إدانة جميع أشكال التمييز ضد المرأة واتخاذ الخطوات اللازمة بكافة الوسائل، دون تأخير، واتباع سياسة القضاء على أي تمييز وقد صادقت معظم الدول العربية على الاتفاقية، كما حددت

(8) Lagarde (P), La Nationalité française, Op. cit., P.5; UFART (T): Droit Etrangers, Revue des droits de l'homme, Juin 2012, p.4.

ذات المادة الخطوات التي يتعين على الدول الأطراف اتخاذها للقضاء على التمييز، بما في ذلك اعتماد التدابير التشريعية المناسبة وليس ذلك ببعيد عن فكرة المساواة في مجال الجنسية التي تعد من أهم حقوق الإنسان، بل إنها تكفل له العيش تحت مظلة ورعاية الدولة التي يتمتع بجنسيتها.

ويكفل الدستور تحقيق المساواة بين الرجل والمرأة في جميع الحقوق المدنية والسياسية الاقتصادية والاجتماعية، ولما كانت الأسرة أساس المجتمع وقوامه، فإن ذلك لا يتأتى ولا ينتج ثماره إلا بالمساواة بين الرجل والمرأة في كافة المجالات، وأهمها هنا المساواة بينهما في نقل الجنسية للأبناء دون تفرقة.

فإذا رجعنا إلى الدستور المصري لعام (٢٠١٤م) نجد المادة السادسة التي تنص على أن "الجنسية حق لمن يولد لأب مصري أو لأم مصرية، والاعتراف القانوني به ومنحه أورياً رسمية تثبت بياناته الشخصية حقا يكفله القانون وينظمه".

أما المادة العاشرة فقد أكدت على أن الأسرة أساس المجتمع، وأن على الدولة أن تحرص على تماسكها واستقرارها. بينما تناولت المادة الحادية عشرة للمساواة بين الرجل والمرأة في جميع الحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

وفي النظام الأساسي لسلطنة عمان أكدت المادة (١٥) على العدل والمساواة وتكافؤ الفرص بين المواطنين كدعامات أساسية للمجتمع، وأن الأسرة هي أساس المجتمع، على أن تكفل الدولة تحقيق المساواة بين المرأة والرجل، وتلتزم برعاية الطفل. وجاء بنص المادة (١٩) أن: "الجنسية العمانية ينظمها القانون ولا يجوز إسقاطها أو سحبها إلا في حدود القانون".

وعلى ذلك، نجد أن مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة من المبادئ الأساسية في المجتمعين المصري والعماني، وأن الأسرة وقوامها ووحدتها يحميها الدستور، ويبرهن عليها في أحكامه. ونتيجة لذلك يتبين ضرورة المساواة بين المرأة والرجل في نقل الجنسية الطارئة للأولاد، دون تفرقة، على غرار الأمر في ثبوت الجنسية الأصلية بحق

الدم، تغييباً لأحكام الدستور التي تأتي على رأس الهرم في كافة التشريعات، وبالتالي يتعين أن تكون تشريعات الجنسية موافقة للدستور ومواكبه لأحكامه.

ولما كانت المساواة بين الرجل والمرأة قد امتدت إلى شتى المجالات، فإن المساواة في مجال الجنسية بات ضرورياً. فالحق في الجنسية من أهم الحقوق المقررة للأفراد، وهو أساس التمتع بكافة الحقوق الأخرى، سواءً أكانت حقوق مدنية أم سياسية أم اقتصادية، خاصة مع ما يترتب على هذا الحق من تولي الوظائف العامة وحق الانتخاب والترشح للمجالس النيابية^(٩)، وحرية التنقل والتمتع بحماية الدولة التي يتمتع الفرد بجنسيتها وغير ذلك.

ولا يقلل من أهمية المساواة مدى تمتع الدولة بسلطة شبه مطلقة في تنظيم مسائل الجنسية ووضع التشريعات التي تراها ضرورية في تحديد عنصر الشعب فيها، وعلى الدولة أيضاً أن تتبنى معايير محددة وواضحة في تشريعاتها، سواءً بالنسبة للجنسية الأصلية أو الجنسية الطارئة. فهذا الحق يتعرض للمنازعة فيه من قبل الأفراد^(١٠)، خاصة هؤلاء الذين يرون أن من حقهم الارتباط بجنسية هذه الدولة أو أية دولة أخرى، وتكون حجتهم في ذلك عدم المساواة في التشريع بين المرأة والرجل في منح الجنسية.

ثانياً- موقف المحكمة الدستورية العليا من فكرة المساواة بين المرأة والرجل في نقل الجنسية للأبناء:

(٩) د. فؤاد رياض: الحق في الجنسية وأساسه في القانون الدولي، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي، مجلد ٤٣، ١٩٨٧م، ص ١ وما بعدها.

(١٠) د. حسن جاد الشهاوي: قضاء الجنسية وإثباتها، دراسة مقارنة نطاق القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة طنطا، ٢٠١٨م.

ذهبت المحكمة الدستورية العليا إلى أن الدستور المصري كان حريصًا في التأكيد على مبدأ المساواة بين المرأة والرجل، وأن ذلك بدا واضحًا في المادة السادسة من دستور (٢٠١٤م) والتي اعتبرت الجنسية حقًا لمن يولد لأب مصري أو أم مصرية. كما أن المادة الحادية عشرة نصت على أن تعمل الدولة على كفالة حق المساواة بين الرجل والمرأة في كافة الحقوق.

وتناولت المحكمة أيضًا لمبدأ حظر التمييز بين الرجل والمرأة في مجال الحقوق والحريات، حيث رأت أن نصوص الدستور متكاملة، وتعمل على تحقيق الأهداف التي رصدها التشريع لإقامة البنين المتكامل وبلوغ مقاصد الدستور في المساواة بين أبناء الوطن. كما أن النصوص القانونية التي يضعها المشرع يجب أن تكون متصلة في أهدافها، وترمي إلى تحقيق الغرض الأساسي في الدستور وألا تنتقص من مبدأ المساواة، وتعكس مشروعيتها المصلحة العامة.

وذكرت المحكمة أيضًا أن السلطة التقديرية للمشرع في مجال الجنسية يتعين أن تكون في إطار ما جاء بالمادة (٩٢) من الدستور، وبالتالي لا يجوز لأي قانون ينظم ممارسة الحقوق والحريات أن يقيد بها بما يمس أصلها وجوهرها. فكفالة مبدأ تكافؤ الفرص ومبدأ المساواة يقضي على التمييز بكافة أشكاله ويحافظ على تماسك الأسرة واستقرارها.

ومن هنا يلزم منح الأولاد القصر الحق في اكتساب الجنسية تبعًا لاكتساب الأم إياها، أسوة بالأب الأجنبي الذي أقر المشرع بحقه في نقل الجنسية لأولاده القصر. ورأت المحكمة أيضًا ضرورة الرجوع إلى اتفاقية كوبنهاجن المبرمة بتاريخ ١٩٨٠/٧/٣٠م، الخاصة بالقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة، والتي تم التصديق عليها بتاريخ ١٩٨١/١٠/١٨م، حيث نصت المادة (٢/٩) على أن: "تمنح الدول الأطراف المرأة حقًا مساويًا لحق الرجل فيما يتعلق بجنسية أطفالها" يزداد على ذلك أنه قد صدر قرار جمهوري عام (٢٠٠٧) بسحب التحفظ عليها، وتم العمل به اعتبارًا من ٢٠٠٨/١/٤م.

ومن المعلوم أن الاتفاقية وبمجرد التصديق عليها، وسحب التحفظ من جانب من جانب الحكومة المصرية، أضحت واجبة النفاذ وجزءًا من التشريع الداخلي للدولة. ويجب مراعاة ذلك عند إصدار أي تشريع يتعلق بالجنسية، أو حتى عند إدخال تعديل جديد بشأن التشريع القائم، وهو ما حدث عند تعديل قانون الجنسية بموجب القانون رقم (٥٤) لسنة (٢٠٠٤م).

وقد انتهت المحكمة على ضوء الأسباب المذكورة في حكمها الصادر بتاريخ ٦ / أبريل / ٢٠١٩م، إلى عدم دستورية نص المادة السادسة من القانون رقم (٢٦) لسنة (١٩٧٥م) بشأن الجنسية المصرية بالنسبة للأولاد القصر في حالة اكتساب الأب الأجنبي لهذه الجنسية، دون حالة اكتساب الأم الأجنبية لها.

المبحث الرابع

التعديل الوارد بالقانون رقم (١٥٤) لسنة (٢٠٠٤) وأثره على الجنسية الطارئة وفكرة المساواة بين الرجل والمرأة في عمان

نتناول هنا التعديل الوارد على أحكام قانون الجنسية المصرية بموجب القانون رقم (١٥٤) لسنة (٢٠٠٤م)، ومدى أهميته في المساواة بين الرجل والمرأة. أولاً- النص القانوني وتحليله:

تنص المادة الثانية من قانون الجنسية المصرية رقم (١٥٤) لسنة (٢٠٠٤م)، والمعدل لبعض أحكام القانون رقم (٢٦) لسنة (١٩٧٥م) على أن "يكون مصرياً":

- ١- من ولد لأب أو لأم مصرية.
- ٢- من ولد في مصر لأبوين مجهولون، ويعتبر اللقيط في مصر مولوداً فيها، ما لم يثبت العكس.

ويكون لمن تثبت له جنسية أجنبية إلى جانب الجنسية المصرية إعمالاً لأحكام الفقرة السابقة، أن يعلن وزير الداخلية برغبته في التخلي عن الجنسية المصرية، ويكون إعلان

هذه الرغبة بالنسبة للقاصر من نائبه القانوني أو من أمه أو متولي التربية في حال عدم وجود أيهما....".

وعرضت المادة الثالثة ما يتعلق بالمولود لأم مصرية قبل تاريخ العمل بهذا القانون وكيفية اكتسابه للجنسية المصرية^(١١)، وحق الأولاد القصر في اكتساب الجنسية تبعاً لأمهم^(١٢).

ويلاحظ هنا أن المشرع المصري تبنى أعمال حق الدم من جهة الأم بصفة مطلقة بموجب هذا التعديل، الذي لم يتبناه المشرع المصري في أي تشريع من تشريعات الجنسية المصرية منذ استقلال مصر عن الدولة العثمانية، و منذ صدور أول تشريع لها في مجال الجنسية^(١٣)، وأضحى من حق المولود لأم مصرية أن بتثبت الجنسية الأصلية له منذ ميلاده، شريطة ثبوت الصفة الوطنية للأم وثبوت نسب المولود لأمه قانوناً، أما المشرع العماني فقد يحدد عن ذلك في المادة رقم (١١) من قانون الجنسية رقم (٣٨) لسنة (٢٠١٤م)، وذهبت هذه المادة في فقرتها الثانية إلى أنه يعتبر عمانياً بصفة أصلية " من ولد في عمان أو خارجها من أم عمانية وكان أبوه عمانياً وأصبح بلا جنسية".

وهنا نجد أن المشرع العماني قد فرق بين الرجل والمرأة في أسس ثبوت الجنسية الأصلية، واقتضى أن يصبح الابن بلا جنسية حتى تثبت له الجنسية عن طريق الأم، وأن يكون والده عمانياً، وفي هذا أيضاً إهدار لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة.

(١١) راجع في ذلك تفصيلاً: د. خالد عبد الفتاح، د. جابر سالم، الجنسية ومركز الأجنبي، دار النهضة العربية، ٢٠١٢م.

(١٢) د. محمد الروبي، الجنسية ومركز الأجنبي، دار النهضة العربية، ٢٠٢٠م، ص ١٣٢ وما بعدها.

(١٣) د. أحمد عبد الكريم سلامة: القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، الجنسية والمعاملة الدولية للأجنبي، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠١م، ص ١٢ وما بعدها، د. إبراهيم أحمد إبراهيم: القانون الدولي الخاص، الجنسية ومركز الأجنبي، بدون ناشر، ١٩٩٣م، ص ٨ وما بعدها.

ثانياً- فكرة المساواة بين الرجل والمرأة في ضوء التعديل الوارد بقانون (٢٠٠٤):

تجدر الإشارة هنا إلى أن التعديل الوارد بقانون الجنسية المصرية رقم (١٥٤) لسنة (٢٠٠٤) قد عالج مشكلة الأبناء للأُم المصرية المولودين بتاريخ سابق على العمل بهذا القانون، كما أنه أكد بما لا يدع مجالاً للشك على المساواة بين الرجل والمرأة ودورهما في نقل الجنسية للأبناء.

غير أنه كان يتعين أيضاً تعديل أحكام الجنسية في القانون رقم (٢٦) لسنة (١٩٧٥م)، وتغيير ما يلزم لتكون الأحكام متوافقة وعادلة في آن واحد.

فقد كان ضرورياً تعديل المادة السادسة من قانون الجنسية المصري لعام (١٩٧٥م)، لتأتي متوافقة مع الغاية من التعديل الوارد بالقانون رقم (١٥٤) لسنة (٢٠٠٤م)، والنأي بتلك المادة عن شبهة عدم الدستورية.

ولهذا جاء حكم المحكمة الدستورية العليا، ليؤكد وبحق على ضرورة المساواة بين المرأة والرجل في مجال نقل الجنسية للأولاد القصر، تأكيداً على مبدأ تكافؤ الفرص وحظر كافة أنواع التمييز التي أكد عليه الدستور المصري وأرسى أحكامه.

ثالثاً- فكرة المساواة في القانون العماني:

١- مظاهر المساواة بين الرجل والمرأة في القانون العماني:

بالرجوع إلى نصوص قانون الجنسية العماني رقم (٢٠١٤/٣٨م) يتضح جلياً حرص المشرع العماني على المساواة بين الرجل والمرأة في منح الجنسية. ويتجلى ذلك الحرص في صور مختلفة نذكر منها على سبيل المثال نص المادة (١/١٢) التي تنظم طلب الاسترداد للعماني بصفة أصلية. واسترداد الجنسية هو العودة للجنسية التي كان الفرد يحملها قبل فقده إياها

ولا توجد تفرقة عندما يكون طالب الاسترداد رجلاً أو امرأة، وأيضاً تتضح معالم المساواة بين الرجل والمرأة في القانون العماني في نص المادة (١٣) فقد أجاز المشرع العماني للولد طلب استرداد الجنسية العمانية تبعاً لتنازل أبيه عنها، ولم يفرق بين

كون طالب الاسترداد امرأة أو رجل، وكما تتضح معالم المساواة بين الرجل والمرأة في المادة (١٥) الخاصة بطلب التجنس ذلك أن المشرع قد ساوى في الشروط المطلوبة للتجنس بين الرجل والمرأة ولم يفرق بينهما.

٢- مظاهر عدم المساواة بين الرجل والمرأة في القانون العماني:

بإمعان النظر بنصوص قانون الجنسية العماني يتضح أن هناك الكثير من صور التمييز بين الرجل والمرأة في منح الجنسية، سواء الأصلية أو الطارئة. وبالتأمل في نص المادة (١١) يتضح أن المشرع العماني قد جعل للأب الحق في منح الجنسية للابن بصفة أصلية، بينما جعل حق الأم في منح الجنسية بصفة احتياطية، سواء في حالة عدم ثبوت نسبه لأبيه أو كان أبوه عمانياً وأصبح بلا جنسية. فهنا يتضح أن المرأة وهي الأم لا تملك نفس القدرة على منح الجنسية التي يمتلكها الأب.

فالمشرع العماني لم يقيم التسوية بين دور الأب ودور الأم، عندما أطلق معيار حق الدم من جهة الأب واعتبره المعيار الرئيسي لكسب الجنسية العمانية. ويلاحظ أيضاً عدم المساواة في طلب التجنس، ونجد أن المرأة الأجنبية التي تتزوج من عماني الجنسية يشترط إقامتها في عمان لمدة ١٠ سنوات، بينما الأجنبي المتزوج بعمانية يشترط للحصول على الجنسية العمانية ألا تقل إقامته عن ١٥ سنة.

ومن ملامح عدم المساواة بين الرجل والمرأة حالات التجنس أيضاً، ذلك أن الاب يكون له دور في اكتساب أولاده القصر الجنسية العمانية بينما لا يكون للمرأة نفس الحق في نقل الجنسية لأبنائها القصر، عملاً بنص المادة (١٥) من قانون الجنسية العماني، وإن كان لها دوراً فيكون من خلال شروط من الصعب توافرها، ولا شك أن هذا يعد إخلالاً بمبدأ المساواة ومخالفة لأحكام النظام الأساسي التي أكدت نصوصه على مبدأ المساواة.

المساواة بين الرجل والمرأة في الاتفاقيات الدولية:

من المبادئ الأساسية التي أكدت عليها الاتفاقيات الدولية مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في التمتع بجميع الحقوق^(١٤) وتجدر الإشارة هنا أنه تم التأكيد على مبدأ المساواة في نص المادة (٢) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر (١٩٤٨م) والتي نصت على أن (لكل إنسان حق التمتع بكافة الحقوق والحريات الواردة في هذا الإعلان دون أي تمييز من حيث الجنس أو اللون أو الدين أو الرأي السياسي أو أي رأي آخر...).

وقد جاء أيضاً في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في نص المادة (١٥) أن (لكل فرد حق التمتع بجنسية ما) كما ورد التأكيد على مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية (١٩٦٦م)، وجاء به ضرورة أن (تتعهد الدول الأطراف في هذا العهد بضمان مساواة الذكور والإناث في حق التمتع بجميع الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية المنصوص عليها في هذا العهد).

وعند النظر في اتفاقية الأمم المتحدة بشأن القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو)، والتي سبق أن أشرنا إليها، نجد أن نص المادة (٩) يلزم الدول الأطراف أن تمنح المرأة حقاً مساوياً للرجل في اكتساب جنسيتها أو الاحتفاظ بها أو تغييرها). ونود أن نشير إلى أن سلطنة عمان قد صادقت على الاتفاقية بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠٠٥/٤٢م)، إلا أنها تحفظت على الفقرة (٢) من المادة (٩) التي تنص على أن (تمنح الدول الأطراف للمرأة حقاً مساوياً لحق الرجل فيما يتعلق بجنسية أطفالها).

(١٤) د. علي حسين الدوسري، حق المساواة بين الرجل والمرأة ومدى مطابقته لقانون الجنسية الكويتي، مجلة الحقوق الكويتية العدد ٤/٢٠١٨.

الخاتمة

- بعد أن انتهينا من التعليق على حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية الصادر بتاريخ (٢٦ / أبريل / ٢٠١٩م)، في الدعوى رقم (١٣١) لسنة (٣٩) قضائية دستورية، فإننا نذكر هنا أهم النتائج التي توصلنا إليها من خلال هذا البحث:
- ١- ضرورة المساواة بين الرجل في ثبوت الجنسية الأصلية للأبناء عن طريق حق الدم، والتي أضحت واقعًا في قانون الجنسية المصري، ويتعين أن تكون كذلك في قانون الجنسية العماني.
 - ٢- يجب المساواة بين دور الأم والأب في نقل الجنسية الطارئة أو اللاحقة على الميلاد للأبناء، أسوة بدورهما في ثبوت الجنسية الأصلية.
 - ٣- تؤدي المساواة بين الرجل والمرأة في مجال الجنسية إلى احترام نصوص الدستور وتحقيق مبدأ تكافؤ الفرص، وحظر كافة أنواع التمييز التي تم التأكيد عليها في المواثيق الدولية، وتبنتها أحكام الدساتير الوطنية.
 - ٤- يجب على المشرع المصري مراجعة أحكام قانون الجنسية رقم (٢٦) لسنة (١٩٧٥م)، حتى يظل متوافقًا مع أحكام الدستور، والغاية من التعديل الوارد بموجب القانون رقم (١٥٤) لسنة (٢٠٠٤م).
 - ٥- تأتي المساواة بين الرجل والمرأة في مجال نقل الجنسية للأبناء متفقة مع ما جاء بالمواثيق والمعاهدات الدولية في هذا الشأن.

المراجع

أولاً- المراجع باللغة العربية:

- د. إبراهيم أحمد إبراهيم: القانون الدولي الخاص، الجنسية ومركز الأجانب، بدون ناشر، ١٩٩٣.
- د. أحمد عبد الكريم سلامة: القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، الجنسية والمعاملة الدولية للأجانب، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠١. - د. أشرف وفا محمد:

- الجنسية في القانون المقارن والقانونين المصري والعماني، الطبعة الأولى، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠١١.
- د. حسن جاد الشهاوي: قضاء الجنسية وإثباتها، دراسة مقارنة في نطاق القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة طنطا، ٢٠١٨.
- د. خالد عبد الفتاح خليل، ود. جابر سالم عبد الغفار: أحكام الجنسية ومركز الأجانب، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠١٢.
- د. خالد عبد الفتاح خليل: تعاظم دور الإدارة في القانون الدولي الخاص، المنصورة، دار الفكر الجامعي، ٢٠١٩.
- د. فؤاد رياض: الحق في الجنسية وأساسه في القانون الدولي، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي، مجلد ٤٣، ١٩٨٧.
- د. محمد الروبي: الجنسية ومركز الأجانب، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٢٠.
- د. هشام صادق: الجنسية ومركز الأجانب، المجلد الأول، الإسكندرية، ١٩٧٧، بدون ناشر.

ثانياً- المراجع الأجنبية:

- Lagarde (P), La Nationalité française, Paris, Dalloz, 2011.
- Laura Waas and Sangita, All Citizens are Created Equal, but some are More Equal than Others, Netherlands International Law Review (2018) 65, 413.
- Neda Shaheen, Discriminatory Nationality Laws must be Eliminated in order to Eradicate Statlessness, De Paul Journal for Social Justice (2018) 11,2,P1.
- Ufart (T): Droit Etrangers, Revue des droits de l'homme, Juin 2012, p. 1 ets.
- Valery (J): Manuel de droit international privé, Paris, 1914.



المصلحة الإجرائية وأثرها في الاستعمال المشروع أو الكيدي لحق التقاضي (دراسة في القانون المصري والعُماني)

الدكتور/ عبدالله عبدالحى الصاوي محمد*

الملخص:

يشترط القانون توفر المصلحة في أي دعوى أو طلب أو دفع أو طعن أمام القضاء، ويترتب على انتفاء هذا الشرط؛ الحكم بعدم القبول، غير أن القضاء الفرنسي خرج عن هذا الإطار فلم يكتف بفكرة عدم القبول؛ وإنما جعل من انعدام المصلحة قرينة على التعسف ونية الإضرار بالغير. ولقد كان المشرع المصري سباقاً في الإحاطة بهذه الفكرة، فنص على سلطة المحكمة في الحكم بالغرامة في حالة الحكم بعدم قبول الدعوى لانتهاء المصلحة؛ إذا ثبت لديها أن المدعي أساء حق التقاضي، وهي مسألة سكت عنها المشرع العُماني، ومن ثم فالأمر لم يعد قاصراً على البحث عن توفر المصلحة أو عدم توفرها كشرط لقبول الدعوى؛ وإنما البحث عن نية الخصم في حالات عدم القبول لانتهاء المصلحة؛ بحيث تقضي المحكمة بالجزاء المقرر على الاستعمال الكيدي لحق التقاضي، ولا تكتفي بالحكم بعدم القبول.

وقد تناولت الدراسة الماثلة، فكرة المصلحة الإجرائية من هذه الزاوية، فبينت المقصود بالمصلحة وأوصافها المقررة قانوناً في كلا القانونين - المصري والعُماني - ثم انتقلت إلى بيان الاستعمال المشروع للحق في ضوء توفر المصلحة، والاستعمال غير المشروع في حالات انعدام المصلحة أو تغييبها، لنصل إلى الإجابة على التساؤل الذي طرحته إشكالية البحث حول مدى اعتبار انتفاء المصلحة أو تغييبها استعمالاً كيدياً يستوجب المسؤولية والجزاء المقرر كالغرامة والتعويض والحكم بالمصاريف.

الكلمات المفتاحية: المصلحة - الحقوق الإجرائية - الكيدي - التعسف - الغرامة.

*أستاذ قانون المرافعات المساعد - كلية الشريعة والقانون بالقاهرة - جامعة الأزهر.



Procedural Interest and its Impact on the Legitimate or Malicious Use of the Right to Litigation "Study in Egyptian and Omani Law"

Dr. Abdalla Abdelhay Alsawey Mohammed *

Abstract:

The law requires the availability of interest in any lawsuit, request, payment, or appeal before the judiciary, and it results in the absence of this condition; The ruling of non-acceptance, however, the French judiciary departed from this framework and was not satisfied with the idea of non-acceptance; Rather, he made the lack of interest a presumption of arbitrariness and the intention to harm others. The Egyptian legislator was proactive in taking note of this idea. He stipulated the authority of the court to pass a fine in the event of a ruling not accepting the case due to lack of interest. If it is proven to her that the plaintiff abused the right to litigation, a matter that the Omani legislator has been silent about.

Hence, the matter is no longer limited to searching for the availability or non-availability of the interest as a condition for accepting the case; Rather, the search for the opponent's intention in cases of non-acceptance is the lack of interest; So that the court decides the penalty prescribed for the malicious use of the right to litigation, and is not satisfied with the ruling of non-acceptance.

The present study dealt with the idea of procedural interest from this angle, showing what is meant by interest and its legally prescribed descriptions in both laws - Egyptian and Omani - and then moved to a statement of the legitimate use of the right in the light of the availability of interest, and illegal use in cases of lack of interest or defect, to get to the answer On the question raised by the research problem about the extent to which the absence or defect of the interest is considered malicious use that entails responsibility and the prescribed penalty, such as a fine, compensation and a ruling on expenses.

Keywords: Interest – Procedural Rights – Malicious – Abuse – Fine.

*Assistant Professor of Civil and Commercial Procedure Law, Faculty of Sharia and Law in Cairo, Al-Azhar University.

المقدمة

إن مكانة القضاء وأهميته تقتضي تنزيه ساحاته عن العبث وعن دعاوى لا طائل من ورائها ولا فائدة منها؛ حتى لا ينشغل بها عن مهامه الجليلة في تحقيق العدالة والسهر عليها ورعاية مصالح الخصوم؛ ولذا حرص المشرعان (المصري والعماني) على وضع ضوابط استعمال حق التقاضي بما يكفل استعماله بحسن نية ولغرض تحقيق العدالة بعيدا عن الكيد والمماطلة أو التعسف في استعمال الحقوق الإجرائية، وكان من أهم ما قرراه في هذا الشأن؛ أن وضع شرطاً لقبول الدعوى أو الطلب أو الدفع أو الطعن أمام القضاء؛ وهو شرط المصلحة، بحيث إذا توفرت هذه الأخيرة بأوصافها المقررة قانوناً؛ كان لصاحبها حق طلب الحماية القضائية؛ أما إذا انتفت أو اختلت أوصافها؛ قضت المحكمة بعدم قبول طلبه لعدم توفر المصلحة من ورائه.

ولقد بلغت عناية المشرعان بهذا الشرط -المصلحة- أن خصصا له مادة في قانون المرافعات المصري، وقانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني، وهي المادة الثالثة، والتي نصت على هذا الشرط صراحة وعلى أوصافه القانونية؛ باعتباره الشرط الوحيد لقبول الطلب أمام القضاء، وقد اشترط في هذا الشرط شروطاً أو أوصافاً، جعلته في ذاته ومنفرداً، شرطاً كافياً لطلب الحماية القضائية، باعتبار أن هذه الأوصاف تغني عن بقية الشروط الأخرى التي تناولها الفقه القانوني لقبول الدعوى، وأهمها الصفة والأهلية.

وعلى الرغم من بعض الاختلافات بين القانونين المصري والعماني، وأهمها ما يتعلق بسلطة المحكمة في الدفع بعدم القبول لانقضاء المصلحة من تلقاء نفسها، أو الحكم بالغرامة إذا انتفت المصلحة؛ إلا أنهما يتفقان في أن مناط قبول الدعوى توفر المصلحة، وأن انقضاء هذه المصلحة يستوجب الحكم بالجزاء المقرر إذا تبين أن الخصم أساء استعمال حق التقاضي بطريقة كيدية أو تعسفية، وسواء كان هذا الجزاء هو التعويض والحكم بالمصاريف كما في القانونين، أو الغرامة كما في القانون المصري.

وقد دعتنا هذه الأهمية، وهذا الاهتمام التشريعي؛ أن نتناول شرط المصلحة بدراسة مستقلة، ولكن من زاوية قد تكون مختلفة بعض الشيء عن الدراسات التي سبقتنا في

تناول هذا الموضوع، وكانت وجهتنا في ذلك ليس فقط بيان شرط المصلحة بأوصافه المقررة؛ وإنما بيان أثر توفر هذا الشرط أو عدم توفره في اعتبار استعمال الحق الإجرائي مشروعاً أو كيدياً. ومن ثم فقد انصب اهتمامنا بعد جلاء حقيقة شرط المصلحة، على التفرقة بين نوعي الاستعمال -المشروع والكيدي- للحق الإجرائي في ضوء توفر المصلحة أو انتفاءها، وبيان الجزاء المترتب على القول بأن استعمال الحق الإجرائي وقع كيدياً لانعدام المصلحة أو تعييبها.

إشكالية البحث:

إن الإشكالية التي دفعتنا نحو إعداد هذا البحث؛ تساؤل مهم حول مدى اعتبار انتفاء المصلحة أو تعييبها سبباً كافياً لاعتبار استعمال الحق الإجرائي كيدياً أو تعسفياً، وبمعنى آخر؛ هل يكفي لاعتبار الدعوى كيدية ألا تكون هناك مصلحة من ورائها؟ وهل للمحكمة إذا قضت بعدم القبول لانتفاء المصلحة أن تقف عند هذا الحد أم تقضي بالجزاء المقرر على الاستعمال الكيدي لحق التقاضي، وما الجزاء المقرر في هذه الحالة؟ سيما أن المشرع العماني اكتفى بالنص على عدم القبول، في حين أجاز نظيره المصري الحكم بالغرامة إذا ثبت للمحكمة أن المدعي أساء استعمال حق التقاضي.

أهمية البحث:

جاء اعتقادنا بأهمية هذا البحث قائماً على فكرة أثارها محكمة النقض الفرنسية، حين قضت بأن انعدام المصلحة قرينة على التعسف في استعمال الحق وعلى نية الإضرار بالغير، ولا شك أن هذه الوجيهة لمحكمة النقض الفرنسية، تلفت الانتباه إلى مسألة مهمة، وهي ألا يكتفي القضاء بالبحث عن توفر شرط المصلحة من عدمه؛ وإنما البحث عن نية الإضرار بالخصم في حالات انتفاء المصلحة، ومن ثم عدم الاكتفاء بالحكم بعدم القبول، وإنما الحكم أيضاً بالجزاء المقرر على الاستعمال الكيدي لحق التقاضي، فأردنا أن نقف على موقف المشرعين المصري والعماني من هذه المسألة المهمة.

أهداف البحث:

يهدف البحث فضلاً عن الإجابة على ما طرحته الإشكالية من تساؤل مهم، إلى الوقوف على ماهية شرط المصلحة، وأوصافها، وبيان متى يعتبر استعمال الحق الإجرائي مشروعاً، ومتى يعد استعمالاً كيدياً، ثم بيان موقف المشرعان المصري والعماني على الاستعمال الكيدي للحقوق الإجرائية في ظل انتفاء المصلحة أو تعييبها.

منهج البحث:

نتناول موضوع البحث من خلال منهج تحليلي مقارنة بين قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، وقانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني.

خطة البحث:

تأتي دراسة موضوع البحث في ثلاثة مباحث على النحو الآتي:

المبحث الأول: المصلحة شرط قبول الدعوى في القانون المصري والعماني.

المبحث الثاني: أثر المصلحة في استعمال الحقوق الإجرائية.

المبحث الثالث: مدى اعتبار انعدام المصلحة أو تعييبها استعمالاً تعسفياً أو كيدياً للحق الإجرائي.

المبحث الأول

المصلحة شرط قبول الدعوى في القانون المصري والعماني

قبول الدعوى مرحلة سابقة على الفصل فيها؛ إذ المحكمة لا تنتقل إلى مرحلة الفصل في الدعوى إلا إذا تحققت من شروط قبولها أمامها؛ ولذلك يجب على المحكمة أن تبحث مدى توفر هذه الشروط أولاً؛ فإذا ما تحققت من توفرها واختصاصها بنظرها؛ انتقلت إلى مرحلة الفصل فيها.

ويذهب الفقه القانوني إلى أن هناك شروطاً عامة للدعوى، وهي عبارة عن الخصائص الإيجابية التي يتطلب القانون توفرها في الدعوى لقبولها والفصل في موضوعها، وجميعها تعبر عن المصلحة في الدعوى، وأحياناً يتطلب القانون شروطاً أخرى تُعرف بالشروط الخاصة، وهي التي يتطلب القانون توفرها في دعوى معينة دون

غيرها من الدعاوى، كالمواعيد الخاصة ببعض الدعاوى؛ أي التي يجب رفع الدعوى خلالها. فضلاً عن أن هناك شروطاً أخرى يعبر البعض عنها بالشروط السلبية أو موانع الدعوى، وهي ما يرتب القانون على تحققها عدم قبول الدعوى؛ كالتقادم مثلاً. ولسنا هنا بصدد بحث الشروط الخاصة لكل دعوى أو بحث الشروط السلبية في الدعوى؛ وإنما نعنى هنا بالشروط العامة لقبول الدعوى، وفي هذا الصدد نجد أكثر من اتجاه للفقهاء القانونيين في تحديد هذه الشروط، إلا أننا نميل إلى ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أن شرط الدعوى الوحيد، هو المصلحة، كما نص على ذلك القانون (المصري والعماني).

إذ لم يشترط القانون لقبول الدعوى سوى شرطاً واحداً فقط، وهو شرط المصلحة، باعتبار أن مفهوم المصلحة بأوصافها التي حددها القانون يتسع ليشمل كافة الشروط الأخرى التي تحدث عنها بعض الفقهاء. ونتحدث عن المصلحة باعتبارها شرط قبول الدعوى، في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول

فكرة المصلحة في القانونين المصري والعماني

الحق في التقاضي، حق عام مكفول للناس كافة، والدعوى وسيلة قانونية لاستعمال هذا الحق، والقضاء هو السلطة المختصة بالفصل في الدعوى، وشروط قبول الدعوى لم توضع لتقييد استعمال هذا الحق، وإنما وضعت من أجل الحفاظ على وقت القضاء وجهده، من الضياع في دعاوى وادعاءات عديمة الفائدة، وليس في نظرها وبحثها أية منفعة، ولذلك اشترط المشرعان (المصري والعماني) توفر المصلحة كشرط لقبول الدعوى، تنزيها لساحات المحاكم عن الانشغال بدعاوى لا فائدة منها، فقد يسيء الفرد استعمال حق اللجوء إلى القضاء، ويرفع دعاوى لا فائدة منها^(١)، وهذا أمر غير مقبول؛

(١) د. أحمد مليجي: الموسوعة الشاملة في قانون المرافعات، طبعة نادي القضاة، مصر، ٢٠١١م، ج١/١٣١ - د. عبدالنواب مبارك: الوجيز في أصول القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، ٢٠٠٨م، ص٢٤٦.

إذ لا يحق للمرء أن يرفع دعوى لا تهمه نتائجها ولا تفيده، ولا أن يشغل أوقات المحاكم الثمينة بمسائل لا تعود عليه بالنفع ولا تدفع عنه الضرر^(٢).

ولذلك نص المشرع المصري في المادة (٣/١ و ٢) مرافعات^(٣) على أنه: "لا تُقبل أي دعوى كما لا يقبل أي طلب أو دفع استناداً لأحكام هذا القانون أو أي قانون آخر، لا يكون لصاحبه فيه مصلحة شخصية ومباشرة وقائمة يقرها القانون. ومع ذلك تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه...".

وهو ما قرره المشرع العماني بنصه في المادة (٣) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية^(٤)، بنصه على أنه: "لا يقبل أي طلب أو دفع لا تكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة ومشروعة يقرها القانون، ومع ذلك تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه".

فالمصلحة وفقاً لذلك، شرط لقبول الدعوى، وبدونها تعد الدعوى عبثاً لا فائدة منه، وحينئذ لا يجوز للقضاء نظرها، ولا الانشغال بها. فما المقصود بالمصلحة؟ وما النتائج المترتبة على اعتبارها شرط قبول الدعوى؟ وما الوقت الذي يجب أن تتوفر فيه؟
أولاً- المقصود بالمصلحة في الدعوى المدنية والتجارية:

المصلحة هي الفائدة العملية المشروعة التي يراد تحقيقها بالالتجاء إلى القضاء، وما لم تتوفر هذه المصلحة فلا تقبل الدعوى، ولذلك يقال بأن المصلحة هي مناط الدعوى، ولا دعوى حيث لا توجد مصلحة^(٥).

(٢) د. عبد الحميد أبو هيف: المرافعات المدنية والتجارية، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، ٢٠١٦م، ص ٤٢٣.

(٣) قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨.

(٤) المرسوم السلطاني رقم ٢٩/٢٠٠٢م بإصدار قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني.

(٥) المستشار/ سيد حسن البغال، المطول في شرح الصيغ القانونية للدعاوى والأوراق القضائية، المجلد الأول في الدعوى، مكتبة عالم الكتب، مصر، ٢٠٠١م، ص ٢٩٠.

فينبغي أن تكون هناك فائدة أو منفعة تعود على المدعي من دعواه على فرض الحكم لصالحه، وهذه الفائدة قد تتمثل في حماية الحق، أو اقتضائه، أو الاستيثاق له، أو الحصول على ترضية مادية، أو أدبية؛ فالمصلحة إذا هي الفائدة العملية المشروعة التي يراد تحقيقها بالالتجاء إلى القضاء^(١).

ورغم إجماع فقهاء المرافعات على أهمية المصلحة وضرورتها كشرط لقبول الدعوى؛ فإن غالبيتهم لم يتعرض لتعريفها، في حين تعددت تعريفات البعض الآخر لها، فعرفها البعض^(٢) بأنها: "الفائدة أو المنفعة التي تعود على رافع الدعوى من الحكم له بطلباته كلها أو بعضها"، وعرفها البعض^(٣) بأنها: "الحاجة إلى حماية القانون للحق المعتدى عليه، والمنفعة التي يحصل عليها المدعي بتحقيق هذه الحماية"، في حين عرفها البعض^(٤) الآخر بأن: "المصلحة في الدعوى تعني الحاجة إلى الحماية القضائية"^(٥).

والمصلحة ليست شرطاً لقبول الدعوى فقط، وإنما هي شرط لقبول أي طلب أو دفع أو طعن في حكم^(٦)، وهي ليست لازمة لقبول ما يتمسك به المدعي فحسب؛ وإنما شرط لقبول ما يتمسك به المدعى عليه من دفع أو طلب أو بعضها^(٧)، وشرط لكل ما يقدمه الغير الذي يتدخل في الدعوى، سواء كان تدخله انضمامياً أو اختصامياً. وقد ثار خلاف واسع في فقه المرافعات حول شرط المصلحة ومنزلته من شروط الدعوى، وما إذا كان هو الشرط الوحيد لقبول الدعوى أم أن هناك شروطاً أخرى، إلى

(١) د. أحمد مليجي، مرجع سابق، ج ١/١٣٠.

(٢) د. محمد حامد فهمي: المرافعات المدنية والتجارية، طبعة ١٩٣٥-١٩٣٦ (د.د.)، ص ٢٨٧.

(٣) د. عبدالمنعم الشراوي، نظرية المصلحة في الدعوى: مكتبة عبدالله وهبة، مصر، الطبعة الأولى، ١٩٤٧م، ص ٥٦.

(٤) د. محمد حامد فهمي، مرجع سابق، ص ٢٨٧.

(٥) د. وجدي راغب فهمي: مبادئ القضاء المدني، دار الفكر العربي، مصر، الطبعة الأولى، ١٩٨١م، ص ٩٢.

(٦) د. أحمد مليجي، مرجع سابق، ج ١/١٣٣.

(٧) د. رمزي سيف: الوسيط في شرح قانون المرافعات، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٧م، ص ١٣٣.

جانبه، كأن تكون الدعوى قانونية، وأن يكون للمدعي والمدعي عليه صفة في الدعوى، وأن تتوفر الأهلية فيهما، وأن يتوفر الحق الذي تقام الدعوى لحمايته، وغير ذلك من الشروط الأخرى التي ذكرها بعض الفقه.

ونرى أن المشرعين وبمقتضى نص المادتين (الثالثة مرافعات مصري، والثالثة إجراءات مدنية وتجارية عماني) على النحو الذي أسلفناه، حسماً بهذا النص الخلاف الفقهي حول شروط قبول الدعوى، فجعلوا المصلحة بأوصافها المذكورة في النص، الشرط الوحيد لقبول الدعوى^(١٣).

والمصلحة التي نعني بها هنا، تختلف عن الحق ذاته؛ إذ المصلحة، وهي الفائدة التي تعود من الدعوى، تتمخض عن حماية الحق أو اقتضائه، وهذا أمر مختلف عن الحق ذاته، فالحق رغم الاعتداء عليه أو رغم التراخي في وفائه قائم قانوناً، ولكن الدعوى ترفع لدفع العدوان عليه أو لتعجل الوفاء به، فالهدف منها عملي وهو ابتغاء ثمرة الحق والحصول فعلاً على المنفعة المرجوة منه^(١٤).

والدفع بانعدام المصلحة لم يعد متعلقاً بمصلحة الخصوم، بل أصبح دفعاً متعلقاً بالنظام العام، تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها، وتجوز إثارته في أية حالة كانت عليها الإجراءات، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، أو أمام محكمة النقض^(١٥).

ثانياً- النتائج المترتبة على اعتبار المصلحة شرط قبول الدعوى:

إذا كنا قد انتهينا إلى أن المصلحة هي الشرط الوحيد لقبول الدعوى وفقاً لما قرره المشرعان، ولما استقر عليه جمهور الفقه القانوني، فإن ذلك يرتب عدة نتائج، أهمها^(١٦):

(١٣) د. عبدالنواب مبارك، مرجع سابق، ص ٢٤٧.

(١٤) د. عبدالباسط جميعي: مبادئ المرافعات دار الفكر العربي، مصر، ١٩٨٠م، ص ٣١٣.

(١٥) د. أحمد السيد صاوي: الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥م، ص ٢٠٢.

(١٦) د. محمود مصطفى يونس: المرجع في قانون إجراءات التقاضي المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٥م، ص ٣٦١.

١- أن وجود الحق، لا يكفي وحده لإمكانية رفع الدعوى ما لم تكن ثمة مصلحة من الحكم للمدعي بطلباته.

٢- أن توفر المصلحة يكفي بذاته لقبول الدعوى، ولو كان المدعي مهملًا فيما رفعت الدعوى بشأنه.

٣- تنتفي المصلحة إذا كان الأثر القانوني للدعوى يترتب على إجراء أو واقعة أخرى دون حاجة لرفع الدعوى.

٤- المصلحة ليست شرطاً لقبول الدعوى فقط؛ وإنما لقبول أي طلب أو دفع أو طعن.

ثالثاً- الوقت الذي يجب أن تتوافر فيه المصلحة:

المصلحة باعتبارها شرط قبول الدعوى، يجب توفرها وقت رفع الدعوى، ولكن ما الحكم إذا توفرت في هذا الوقت، وزالت أثناء نظر الدعوى؟

للفقه في هذه المسألة أكثر من رأي، فالبعض يرى: أنه يكفي توفرها وقت رفع الدعوى ولو زالت بعد ذلك^(١٧)، في حين يرى البعض الآخر: ضرورة توفر المصلحة من بداية الدعوى، وحتى الحكم فيها، بحيث يجب أن تستمر في كافة مراحل نظر الدعوى، فإن زالت أثناء نظرها وجب الحكم بعدم قبول الدعوى^(١٨). ونحن نتفق مع هذا الرأي الأخير؛ إذ لا داعي في نظرنا من الاستمرار في دعوى لا تحمي مصلحة معينة. وإذا لم تتوفر المصلحة وقت رفع الدعوى، ولكنها توفرت عند نظرها؛ حكم بقبولها، حتى لا يعاد رفع الدعوى من جديد وبإجراءات جديدة^(١٩).

رابعاً- المصلحة الإجرائية وليست المصلحة الموضوعية:

تجدر الإشارة إلى أن المصلحة المقصودة هنا؛ هي المصلحة الإجرائية وليست المصلحة الموضوعية أو المادية الواردة في القانون المدني بالنسبة للحق الموضوعي.

(١٧) د. أحمد أبو الوفا: المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة ١٥، ١٩٩٠م، ص ٩٨.

(١٨) د. عبدالمنعم الشراقوي، مرجع سابق، ص ٨٥.

(١٩) د. أمينة مصطفى النمر: الدعوى وإجراءاتها، منشأة المعارف بالإسكندرية، (د.ت)، ص ٦٦- د. محمود مصطفى يونس، مرجع سابق، ص ٣٦٤.

والمصلحة الإجرائية وفقاً لتعبير الفقه القانوني: "هي الحاجة إلى الحماية القضائية عند الاعتداء على الحق أو المركز أو عندما يكون الحق أو المركز مهدداً بالاعتداء؛ وذلك لكي يحصل المدعي على الفائدة من الحكم له بطلباته قضائياً، وذلك يكون بالانتفاع من مزايا الحق أو المركز المدعى به أو ثمارهما بعد أن كان محروماً منها أو عندما تكون هناك خشية على حرمانه منها"^(٢٠).

وقد تتوفر للشخص المصلحة في الحق الموضوعي دون أن تتوفر له المصلحة في الدعوى؛ إذ المصلحة في الحق الموضوعي هي ركن في الحق الذي يعرف بأنه: مصلحة مادية أو أدبية يحميها القانون، وعدم توفر هذه المصلحة يؤدي إلى رفض الدعوى، أما المصلحة في الدعوى فهي شرط لقبولها أمام القضاء، وتعني الفائدة أو المنفعة التي تعود على المدعي من الحكم له بطلباته قضائياً، وعدم توفر هذه المصلحة يؤدي إلى عدم قبول الدعوى^(٢١).

المطلب الثاني

أوصاف المصلحة في القانون المصري والعماني

المصلحة كما ذكرنا شرط قبول الدعوى، ولكنها لا تكفي لذلك إلا إذا توفرت أوصافها، وقد نص المشرع (المصري والعماني) على أوصاف المصلحة في المادة الثالثة مرافعات، وإجراءات مدنية وتجارية، وهي أوصاف ثلاثة، الأول: أن تكون قانونية، والثاني: أن تكون شخصية ومباشرة، والثالث: أن تكون قائمة. وفيما يلي نتناول هذه الأوصاف الثلاثة:

(٢٠) د. سيد أحمد محمود: شرط المصلحة في الدعوى القضائية وشرط استمراريتها، ورقة بحثية في حلقة نقاشية بعنوان "شرط المصلحة في دعاوى القانون العام"، مجلة كلية الحقوق، جامعة الكويت، ملحق العدد الرابع - السنة الخامسة والعشرون - ديسمبر ٢٠٠١م، ص ٩ وما بعدها.
(٢١) المرجع السابق، ص ١٣.

أولاً- المصلحة القانونية:

اشتراط المشرعان في المصلحة أن تكون قانونية، بأن تكون منفعة يقرها القانون، ويتحقق ذلك إذا كانت الدعوى تستند إلى حق أو مركز قانوني، فيكون غرضها المطالبة بهذا الحق أو المركز القانوني، أو رد الاعتداء عليه، أو المطالبة بتعويض عن الضرر الذي أصاب الحق، إذ يجب في كافة الحالات أن تكون المصلحة مشروعة يقرها القانون^(٢٢).

فالمصلحة القانونية وحدها هي التي تصلح عماداً أو أساساً للدعوى، وهي تتميز عن المصلحة الاقتصادية؛ بأنها تكون متصلة بحق فردي معين، فإذا كانت المصلحة مرسلة، غير مرتبطة بحق معلوم؛ فإنها لا تكون قانونية، ولا يمكن إقامة الدعوى على أساسها^(٢٣)، وإذا أقيمت الدعوى وفقاً لذلك؛ فإنها تكون غير مقبولة.

ولا يعني ذلك أنه يشترط لقبول الدعوى وجود الحق الموضوعي المدعى به؛ وإنما يشترط فقط؛ أن تكون الدعوى إدعاء بحق أو مركز قانوني، وهي مسألة يتحقق القاضي منها؛ فإذا وجد أن قواعد القانون المجردة تحمي نوع المصلحة المطلوبة؛ فإن الدعوى تكون قانونية، وإلا حكم بعدم قبولها^(٢٤)، والقاضي بذلك يستبق الزمن الحاضر، ويبحث فيما إذا كان القانون يحمي المصلحة المطلوبة أم لا؛ حتى يتمكن من إصدار حكمه لقبول الدعوى^(٢٥).

وحكمة النص على وصف قانونية المصلحة، تكمن في وظيفة القضاء؛ وهي حماية النظام القانوني، وبالتالي حماية الحقوق والمراكز القانونية؛ ومن ثم لا تقبل الدعوى إلا إذا كانت ترمي إلى حماية حق أو مركز قانوني؛ فإذا رفعت للمطالبة بمصلحة

(٢٢) د. أحمد السيد صاوي، مرجع سابق، ص ٢٠٩- د. أحمد مليجي، مرجع سابق، ج ١/١٣٤ -

د. عبدالتواب مبارك، مرجع سابق، ص ٢٤٩.

(٢٣) د. أحمد مليجي، مرجع سابق، ج ١/١٣٥.

(٢٤) د. وجدي راغب فهمي، مرجع سابق، ص ٩٤.

(٢٥) د. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،

م ٢٠٠٠، ص ٢٩٩.

اقتصادية أو أدبية لا يحميها القانون؛ فإنها لا تكون مقبولة لأنها تتجاوز وظيفة القضاء^(٢٦).

وقانونية المصلحة لا تعني أنها تكون مادية في كل الأحوال، وإنما قد تكون كذلك، وقد تكون مصلحة أدبية، فتنخذ إذا إحدى صورتين: الأولى: المصلحة المادية: وهي الصورة الأكثر شيوعاً، وتكون كذلك إذا كان الغرض من الدعوى حماية حق عيني أو اقتضاء حق شخصي، كدعوى استرداد الحيابة، أو دعوى النفقة، أو دعوى الإثراء بلا سبب، أو دعوى الشفعة، فالمدعي قد يطالب المدعى عليه بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، أو يطلب مبلغاً من النقود نتيجة لتعهد ارتبط به المدعى عليه، أو يطلب تعويضاً عن إخلال المدعى عليه بالتزامه، أو عن فعل خاطيء ارتكبه، فمثل هذه المصلحة إما أن تكون لها قيمة مالية، أو تؤدي إلى قيمة مالية^(٢٧).

والثانية: المصلحة الأدبية: وهي التي تحمي حقاً أدبياً لرافع الدعوى^(٢٨)، فهي تستند إلى حق أدبي أو معنوي، يتمثل في حماية عواطف المحبة بين الناس، أو حماية الأسرة باعتبارها الخلية الأولى للمجتمع، أو حماية الشرف والاعتبار^(٢٩)، كدعوى التعويض عن السب أو القذف، ودعوى التعويض من الوارث عن الألم النفسي من جراء قتل المورث، ودعوى الوالد بتعويض الضرر الأدبي الذي لحقه جراء حادثة وقعت لطفله^(٣٠).

وقد تستند الدعوى إلى الحقين (المادي والأدبي) معاً، كدعوى التعويض التي ترفعها الزوجة عن وفاة الزوج أثناء عمله لعدم اتخاذ إجراءات السلامة من قبل المصنع الذي

(٢٦) د. وجدي راغب فهمي، مرجع سابق، ص ٩٥.

(٢٧) د. أحمد مليجي، مرجع سابق، ج ١/١٣٥ - د. محمد عبدالنبي غانم: قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٧م، ج ٢/٧٤ - د. محمود مصطفى يونس، مرجع سابق، ص ٣٧٠.

(٢٨) د. أحمد السيد صاوي، مرجع سابق، ص ٢١٠.

(٢٩) د. محمد مصطفى يونس، مرجع سابق، ص ٣٧١.

(٣٠) د. أحمد عوض هندي: أصول قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٧م، ص ١٤٧ - د. أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص ١٢٣.

يعمل به، فتطلب التعويض عن الأضرار المادية التي لحقت بها بوفاة العائل الوحيد لها، والأخرى تتمثل في الآثار النفسية المترتبة على وفاة زوجها^(٣١).

وقد تستند المصلحة إلى حق أو مركز قانوني ورغم ذلك غير مشروعة ومخالفة للنظام العام، ولا تكون الدعوى معها مقبولة، ومثالها: دعوى المطالبة بفوائد ربوية تزيد عن الحد المسموح به قانوناً^(٣٢).

وهناك حالات تتوفر فيها المصلحة، ورغم ذلك لا تكون الدعوى مقبولة، كالمصلحة الاقتصادية (المادية البحتة)، ومثالها: مطالبة أحد التجار بتعويض عن حادثة أدت إلى وفاة أحد عملائه، أو مطالبة تاجر بإبطال عقد شركة لا يكون عضواً فيها، حتى وإن كان عقد تأسيسها باطلاً وكانت له مصلحة من الحكم بإبطاله، تتمثل في إنهاء منافستها له، إذ أنها مصلحة اقتصادية بحتة، لا يتوفر معها شرط قبول الدعوى.

كذلك فإن المصلحة التافهة لا تكفي لقبول الدعوى، وتتمثل تافهة المصلحة في أن يعود على صاحبها نفع لا شأن له، أو زهيد القيمة، فمثل هذه المصلحة لا يصح لأجلها شغل وقت القضاء؛ إذ القانون لا يأبه بالتوافه، وساحات القضاء ينبغي ألا تشغل إلا بما يعود بنفع ذي بال على الأشخاص، ولذلك لا تقبل دعوى يطالب فيها المدعي بهدم عقار جاره لأنه امتد عدة سنتيمترات في أرضه^(٣٣). كما لا تكفي المصلحة النظرية البحتة لقبول الدعوى.

ثانياً - المصلحة الشخصية والمباشرة:

فضلاً عن اشتراط المصلحة القانونية؛ فإن القانون نص على عدم قبول الدعوى - أو الطلب أو الدفع - إلا إذا كان لصاحبها مصلحة شخصية ومباشرة^(٣٤)، والمقصود

(٣١) د. سيد أحمد محمود، مرجع سابق، ص ٤٦.

(٣٢) د. عبدالنواب مبارك، مرجع سابق، ص ٢٥٠.

(٣٣) د. محمود مصطفى يونس، مرجع سابق، ص ٣٧١.

(٣٤) ويفهم ذلك أيضاً من عبارة المادة ٣ إجراءات مدنية عماني "لصاحبه فيه مصلحة".

المحكمة العليا: الطعن رقم ١٠٠/٢٠١٠م، الدائرة المدنية ب - جلسة ٣٠/٥/٢٠١٠م.

بذلك؛ أن يكون المدعي هو صاحب الحق الذي حصل الاعتداء عليه، والذي يرمي بدعواه إلى حمايته وتقريره^(٣٥)؛ إذ لا يجوز لشخص آخر أن يرفع الدعوى للدفاع عن صاحب الحق أو المركز القانوني المعتدي عليه؛ إلا إذا كان هذا الشخص نائباً عنه، كالوكيل والوصي والقيم، أي ممثله القانوني، فليس لأحد أن يفتنت على صاحب الحق، فينصب من نفسه قيماً عليه؛ ذلك أن صاحب الحق الذي وقع الاعتداء عليه هو الأقر على ترجيح مصلحته، وتقدير ما إذا كان الأنفع له رفع الدعوى أم لا، كما أنه ليس لأحد أن يجبره على رفع الدعوى؛ وإلا عد ذلك فضولاً منه^(٣٦).

ويعبر عن هذا الشرط بشرط "الصفة"، والمراد بها في لغة القانون، السلطة أو الصلاحية التي بموجبها يستطيع الشخص القيام بعمل نظراً لوجود علاقة بينه وبين هذا العمل^(٣٧)، وهي ليست شرطاً في المدعي فقط، وإنما شرط في المدعى عليه كذلك، بأن يكون رافع الدعوى هو نفسه من اعتدى على حقه أو مركزه القانوني، وأن يرفعها في مواجهة الشخص الذي اعتدى على هذا الحق^(٣٨). فالدعوى يجب أن توجه من ذي صفة على ذي صفة، وإلا كان مآلها الرفض^(٣٩).

وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية بعدم قبول دعوى رفعتها زوجة لإبطال تصرفات صادرة من زوجها لبعض أولاده، بدعوى أنه قصد منه التحايل على الميراث، إذ لا صفة لها في رفعها، طالما كان زوجها على قيد الحياة، لأن حقها في الميراث لا يتقرر إلا بعد وفاته^(٤٠).

(٣٥) د. حامد فهمي، مرجع سابق، ص ٣٦٠.

(٣٦) د. أحمد سيد صاوي، مرجع سابق، ص ٢١٣ - د. محمود مصطفى يونس، مرجع سابق، ص ٢٨٨.

(٣٧) د. الكوني علي أعيوده: قانون علم القضاء، المركز القومي للبحوث والدراسات، ليبيا، ط١، ١٩٩٨م، ص ٣٨.

(٣٨) د. عبدالقواب مبارك، مرجع سابق، ص ٢٥١ - د. وجدي راغب فهمي، مرجع سابق، ص ١٢٤.

(٣٩) المحكمة العليا: الطعن رقم ٢٠١٠/٨٣ الدائرة الشرعية - جلسة ٢٠١٠/١٢/٤م. والطعن رقم ٢٠١١/٤٠٢ الدائرة المدنية ج - جلسة ٢٠١١/١٠/٢٣م.

(٤٠) نقض مصري: الطعن رقم ٥٣ لسنة ٦ قضائية جلسة ١٩٣٧/١/٢٨.

فيجب أن يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق أو المركز القانوني محل النزاع، بحيث يكون الغرض من الدعوى حماية حق أو مركز قانوني لرافع الدعوى؛ فلا تقبل الدعوى من غير صاحب الحق أو المركز القانوني المعتدى عليه مهما كان للغير مصلحة في حماية حقه؛ إذ الصفة في رأي الفقه الغالب تكون لصاحب الحق وحده؛ فصاحب الصفة في الدعوى هو صاحب الحق^(٤١).

ورغم اتفاق الفقه القانوني على ضرورة كون المصلحة شخصية ومباشرة، إلا أن هناك من يميز بين هذا الشرط وبين شرط الصفة، فيعتبرون أن المصلحة الشخصية والمباشرة هي الفائدة التي تعود على الشخص من مباشرة الدعوى، أما الصفة فهي سلطة مباشرة الدعوى، فقد يكون للشخص مصلحة شخصية ومباشرة ولكن المشرع لا يعترف له بالصفة في رفع الدعوى، فلا يجوز لغير من تقرر البطلان لمصلحته أن يرفع دعوى إبطال العقد، على الرغم من مصلحة الطرف الآخر أو مصلحة أشخاص ليسوا أطرافاً في طلب البطلان.

في حين يرى الرأي الغالب في الفقه -ونؤيدهم في ذلك- أن شرط المصلحة الشخصية والمباشرة هو بذاته شرط الصفة، بمعنى أن الصفة المطلوبة في التقاضي ليست إلا المصلحة الشخصية المباشرة.

وهنا تجب التفرقة بين حالتين؛ الأولى: أن يكون رافع الدعوى هو نفسه صاحب الحق المعتدى عليه، فهنا تختلط الصفة بالمصلحة الشخصية المباشرة. والثانية: أن يكون رافع الدعوى شخصاً آخر غير صاحب الحق، ولكنه يرفعها باعتباره نائباً عن صاحب الحق، وهنا تتميز الصفة عن المصلحة الشخصية المباشرة، إذ يجب على المدعي في هذه الحالة أن يثبت صفته في تمثيل ذلك الغير الذي ترفع الدعوى باسمه، كما لو كان وصياً أو قيماً عليه، أو كان نائباً عن الشخص المعنوي^(٤٢).

(٤١) د. أحمد عوض هندي: قانون المرافعات المدنية والتجارية (النظام القضائي والاختصاص والدعوى)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ١٩٩٥م، ٤٨٨.

(٤٢) د. أحمد مليجي، مرجع سابق، ج ١/١٣٧.

التمييز بين الصفة في الدعوى والصفة في التقاضي:

ينبغي التمييز بين الصفة في الدعوى، سواء كانت صفة عادية أو غير عادية، وبين الصفة في التقاضي، وهي صلاحية الشخص لمباشرة الإجراءات القضائية في الدعوى باسم غيره، فهناك حالات لا يستطيع فيها صاحب الحق أن يباشر الدعوى بنفسه، فينوب عنه في ذلك شخص آخر وهو ممثله القانوني، كالولي، والوصي، والقيم، والوكيل، والحارس، ورئيس مجلس الإدارة، فهؤلاء ينوبون عن صاحب الحق في الدعوى ولا يطالبون لأنفسهم بشيء فيها، ومن ثم فإن صفتهم في الدعوى قاصرة على مباشرة إجراءاتها، دون أن تكون لهم صفة الحق المدعى به.

ويترتب على هذا التمييز أن توفر الصفة في الدعوى شرط لقبولها، ولذا يترتب على تخلفه عدم قبول الدعوى^(٤٣)، أما توفر الصفة الإجرائية فهو شرط لصحة الإجراءات، ولذا يترتب على تخلفه انقطاع الخصومة^(٤٤).

وتجدر الإشارة إلى أن الصفة الإجرائية لا تثبت إلا للشخص الطبيعي كامل الأهلية الإجرائية، بخلاف الصفة في الدعوى، فهي تثبت للشخص الطبيعي سواء كان كامل الأهلية أو ناقصها، وكذلك للشخص الاعتباري. وتستقل محكمة الموضوع باستخلاص توفر الصفة في الدعوى، متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفي لحمله^(٤٥).

الاستثناءات على شرط المصلحة الشخصية والمباشرة:

الأصل أن الدعوى لا تقبل إلا ممن كانت له مصلحة شخصية ومباشرة^(٤٦)، واستثناء من ذلك، أورد القانون عدة استثناءات على هذا الأصل، منها ما يعد رعاية لمصلحة خاصة جديرة بالرعاية، ومنها ما يعد رعاية لمصلحة عامة، أو رعاية لمصلحة

(٤٣) حكم محكمة القضاء الإداري بعمان، في الاستئناف رقم ٣٨ لسنة ٨ ق س الصادر بجلسة ١٠/٣/٢٠٠٨م، مج سنة ٢٠٠٧-٢٠٠٨ ص ٣٧٨.

(٤٤) د. محمود مصطفى يونس، مرجع سابق، ص ٣٩٤- د. وجدي راغب فهمي، مرجع سابق، ص ١٢٥-١٢٦.

(٤٥) د. محمود مصطفى يونس، مرجع سابق، ص ٣٨٩.

(46) Bernard Pacteau, contentieux administratif, 5e édition, Presses Universitaires de France, 1999, pp. 141-142..

جماعية، وقد أشارت إلى هذه الاستثناءات المادة (٣) مكرر من قانون المرافعات المصري^(٤٧). وهي: الدعوى غير المباشرة، ودعاوى النيابة العامة (ومنها دعوى الحسبة)^(٤٨)، ودعاوى النقابات والجمعيات.

ثالثاً - المصلحة القائمة:

أوجبت المادة الثالثة (مرافعات مصري، وإجراءات مدنية عماني)، أن تكون المصلحة اللازمة كشرط لقبول الدعوى حالة وقائمة، وذلك بالنص على أنه لا تقبل أي دعوى، كما لا يقبل أي طلب أو دفع استناداً لأحكام هذا القانون، أو أي قانون آخر، لا يكون لصاحبه فيها مصلحة شخصية ومباشرة وقائمة يقرها القانون. ومع ذلك تكفي المصلحة المحتملة، إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق، أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه. ويتضح من ذلك، أن المشرعان أوردوا قاعدة عامة بشأن شرط المصلحة القائمة، كما أوردوا استثناءات على هذه القاعدة العامة، وذلك على النحو الآتي:

^(٤٧) هذه المادة مستحدثة بالقانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٦م، وتنص على أنه "لا يسري حكم المادة السابقة على سلطة النيابة العامة طبقاً للقانون في رفع الدعوى والتدخل فيها والظعن على أحكامها، كما لا يسري أيضاً على الأحوال التي يجيز فيها القانون رفع الدعوى أو الظعن أو التظلم من غير صاحب الحق في رفعه حماية لمصلحة شخصية يقرها القانون".

^(٤٨) دعوى الحسبة: هي تلك الدعوى التي لا يكون لصاحبها مصلحة شخصية ومباشرة، وإنما يرفعها احتساباً لوجه الله تعالى وابتغاء الثواب منه، وأساسها النهي عن المنكر، كدعوى التفريق بين زوجين يكون زواجهما باطل، لعدم رضاه الزوجة، أو لردة الزوج، أو للجمع بين أختين، أو أكثر من أربع زوجات، أو لزواج مسلمة بغير مسلم، والدعوى بإثبات طلاق زوجة من زوجها طلاقاً بانئان، ودعوى طلب الحجر على شخص أو تعيين قيم عليه، والدعوى بتعيين قيم، أو عزل ناظر على وقف الفقراء. ولم يأخذ المشرع المصري بدعوى الحسبة سوى في مسائل الأحوال الشخصية التي تحكمها قواعد الشريعة الإسلامية، وجعل حق تحريكها للنياحة العامة وحدها، وقصر دور الأفراد فيها على مجرد تقديم شكوى للنياحة، والتي يكون لها بعد إجراء ما تراه من تحقيقات، حفظ الشكوى، أو رفع الدعوى بها إلى المحكمة المختصة، وفي الحالة الأخيرة تأخذ موقف المدعي في الدعوى، ويكون لها حق رفعها ومباشرتها، استثناء من شرط المصلحة الشخصية والمباشرة (أو ما يعبر عنه بالصفة في الدعوى).

يمكن حصر الحالات التي يجيز فيها المشرع قبول الدعوى بناء على هذه المصلحة المحتملة في طائفتين من الدعاوى، هما:

- ١- دعاوى القصد منها الاحتياط لدفع ضرر محقق، وتسمى "الدعاوى الوقائية".
- ٢- دعاوى القصد منها الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه وتسمى "دعاوى الأدلة". ونتناول هذين النوعين فيما يلي:

الطائفة الأولى - الدعاوى الوقائية:

وهي تلك الدعاوى التي يقصد منها الاحتياط لدفع ضرر محقق؛ أي وشيك الوقوع، وهنا يكون للشخص الحق في توقي حدوث هذا الضرر والاطمئنان على حقه من عدم الاعتداء الفعلي عليه والذي قد يجرمه من المزايا والمنافع التي تتولد عن هذا الحق. وهذه الطائفة يندرج تحتها عددٌ من الدعاوى، منها: دعوى وقف الأعمال الجديدة، ودعوى منع التعرض، ودعوى قطع النزاع (الدعوى التحريضية)، والدعاوى الوقتية، والدعاوى التقريرية، ودعوى المطالبة بحق مؤجل.

الطائفة الثانية - دعاوى الأدلة:

وهي دعاوى يقصد بها الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه، فهي لا تتعلق بحق موضوعي للمدعي، وإنما مجرد دليل، فيقصد ببعضها إقامة دليل أو المحافظة عليه، ويقصد بالبعض الآخر هدم دليل يتنافى مع الحق، وأهم هذه الدعاوى: دعوى إثبات الحالة، ودعوى سماع شاهد، ودعوى تحقيق الخطوط الأصلية، ودعوى التزوير الأصلية.

أثر عدم توفر شرط المصلحة أو أوصافها على قبول الدعوى في القانون المصري والعُماني:

قلنا إن المصلحة هي شرط قبول الدعوى في القانون المصري والعُماني، ويعتد بها متى توفرت أوصافها المقررة قانوناً؛ فإذا انتفت هذه المصلحة أو تعيبت بعيب من العيوب؛ فإن أثر ذلك الحكم يكون بعدم قبول الدعوى أو الطلب أو الدفع أو الطعن^(٤٩)،

(٤٩) د. عبدالمنعم الشرقاوي، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النشر للجامعات المصرية، ١٩٥٠م، ص ٣٥.

وقد جعل المشرع المصري الدفع بعدم قبول الدعوى لانتهاء المصلحة أو تعييبها، دفماً متعلقاً بالنظام العام، وليس بمصلحة الخصوم، ومن ثم تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها^(٥٠)، وهو ما لم ينص عليه المشرع العماني في قانون الإجراءات المدنية التجارية.

المبحث الثاني

أثر المصلحة في استعمال الحقوق الإجرائية

انتهينا في المبحث السابق إلى أهمية المصلحة من حيث كونها شرط قبول الدعوى أو الطلب أو الدفع أمام القضاء؛ بحيث لا يقبل أياً من ذلك؛ إلا إذا توفرت المصلحة المعتبرة قانوناً. والمصلحة ليست ذلك فقط، بل فضلاً عن كونها شرط قبول أي دعوى أو طلب أو دفع؛ فهي أيضاً معيار أو ضابط التفرقة بين الاستعمال المشروع والاستعمال غير المشروع للحقوق الإجرائية.

بمعنى أنه إذا وجدت المصلحة وكانت سليمة من العيوب وتوفرت أوصافها وشروطها القانونية؛ فإن استعمال الحق الإجرائي استناداً إليها يكون مشروعاً لا غبار عليه، ولا يسأل صاحب الحق حينئذ عن استعمال حقه الإجرائي استعمالاً مشروعاً. أما إذا تعيبت المصلحة بعيب من العيوب التي قد تصيبها؛ فإن استعمال الحق حينئذ لا يكون مشروعاً، ويسأل صاحبه عن إساءة استعماله أو التعسف فيه.

وإذا أردنا أن نقف على الاستعمال المشروع، والاستعمال غير المشروع للحق الإجرائي؛ فإننا يجب أن نقف أولاً على العيوب التي قد تصيب المصلحة، وهي متنوعة ومتعددة؛ إلا أن المشرعان وضعوا لها ضابطاً مهما نصت عليه المادة (٥) من القانون المدني المصري، والمادة (٥٩) من قانون المعاملات المدنية العماني، وهذا الضابط هو أن استعمال الحق يكون غير مشروع في الأحوال الآتية:

١- إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير (توفر قصد التعدي).

(٥٠) نقض مصري: الطعن رقم ١٦١٨ لسنة ٦٤ قضائية - جلسة ٢٠/١١/٢٠٠٠م.

٢- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قلية الأهمية، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

٣- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة.

٤- إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة.

وفي ضوء هذا الضابط، وما سبق بيانه من أوصاف المصلحة المعتبرة قانوناً، يمكننا استخلاص العيوب التي قد تصيب المصلحة، فتجعل الشخص متعسفاً في استعمال حقه الإجرائي، بما ينقله من دائرة الاستعمال المشروع للحق، إلى الاستعمال غير المشروع. ونتناول ذلك في مطلبين، نبين في الأول منهما الاستعمال المشروع للحق الإجرائي وفي الثاني عيوب المصلحة وأثرها في مشروعية استعمال الحق.

المطلب الأول

الاستعمال المشروع للحق الإجرائي

في ضوء توفر المصلحة بأوصافها القانونية

قلنا أن أهمية المصلحة تكمن في كونها شرط قبول الدعوى وما ينفرع عنها من حقوق إجرائية، وأنها مناط الاستعمال المشروع لهذه الحقوق، وشرط ذلك ليس مجرد وجود المصلحة؛ وإنما توفر أوصافها المقررة قانوناً على النحو الذي سبق بيانه؛ فالمصلحة إذا معياراً للوقوف على الاستعمال المشروع للحق الإجرائي، ويترتب على ذلك ما يلي:

أولاً- افتراض قرينة حسن النية فيمن تتوفر له المصلحة^(٥١) :

^(٥١) يشكل حسن النية أحد مكونات المركز القانوني للخصم في القانون المصري، ويقيد هذا الواجب سلوك الخصم سواء عند استعمال الحقوق أو القيام بالواجبات، وهو ما يفترض أن يستهدف نشاط الخصم الوصول إلى كشف حقيقة المركز المتنازع في أقرب وقت وبأقل النفقات، وألا يتخلف عن التعاون مع المحاولات التي تبذل من أجل التوفيق والصلح لتجنب ما تثيره المنازعة القضائية من ضغائن وأحقاد، وإذا اقتضى الأمر اللجوء إلى الوسائل القضائية؛ فإنه يتعين على المدعي أن يكون أميناً في دعواه، فلا يدعي إلا ما يعتقد صحته، وأن يتحرى عند رفع دعواه المحكمة المختصة، وألا يحاول التحايل على قواعد القانون من أجل جر خصمه إلى محكمة بعيدة عن موطنه إضراراً به، وأن

فإذا كان الحق في التقاضي مكفولاً لكل شخص، وكان هذا الحق من الحقوق الدستورية التي لا يجوز حرمان الشخص منها؛ فإن هذا الحق يجب أن يتوافر فيه حسن النية، فإذا لجأ الشخص إلى القضاء مستعملاً حقه في التقاضي مدعياً كان أم مدعى عليه، تعين عليه أن يبتعد عن أساليب المكر والاحتيال، وألا يتخذ من الحق في التقاضي وسيلة للإضرار بخصمه والكيد له، كما يجب عليه ألا يتعسف في استخدام هذا الحق، وإلا أمكن للمضارين من هذا التعسف مطالبته بالتعويض^(٥٢).

ذلك أن استعمال الحق في التقاضي باعتباره وسيلة تتضمن سلطات مخولة لشخص معين لتحقيق مصلحة معينة، وهذه المصلحة هي غاية الحق؛ لم يعد لدى الفكر القانوني سلطة مطلقة يجوز للشخص استعمالها كيف شاء؛ وإنما يجب أن يتقيد

بتحرى موطن المدعى عليه حتى يعلنه بالدعوى وبالجلسة المحددة لنظرها في وقت يسمح له بالرد عليها، كما أن عليه أن يلتزم بما أوجبه القانون من إيداع المستندات رفق صحيفة دعواه ومنذ بداية النزاع حتى يتمكن خصمه من الاطلاع عليها وتحضير دفوعه وأوجه دفاعه، وحتى لا يتعطل الفصل في الدعوى، ليس هذا فقط بل إن عليه أن يتخذ الوسائل التي تمكن خصمه من الاطلاع على هذه المستندات وألا يعوقه عن ذلك، كما يجب عليه متابعة إجراءات الخصومة، وألا يثير منها إلا ما يكون ضرورياً لحل النزاع، وأن يخبر المحكمة بالمعلومات التي تقيدها في حسم النزاع في وقت قريب يحقق مصلحة الخصوم والعدالة.

وواجب حسن النية لا يخاطب به المدعي فقط، بل إن المدعى عليه يلتزم بهذا الواجب شأن المدعي، باعتباره خصماً في الدعوى، فعليه أن يكون أميناً في المنازعة بحيث لا يتخذ من الإنكار -مثلاً- وسيلة للإضرار بخصمه، وأن يقدم للمحكمة المستندات والمعلومات التي تعينها على حسم النزاع، وألا يسيء استخدام حقه في إجراءات الدعوى بحيث يماطل بما يعطل الفصل فيها. ولذا فإن مما يتناقض مع حسن نية الخصوم، اتخاذهم لوسائل المرافعات ذريعة لتعطيل الفصل في الدعوى، وإخفائهم المستندات التي تساعد في كشف حقيقة الحق المتنازع عليه عن المحكمة، وقيامهم بوسائل غير مشروعة بقصد الإضرار ببعضهم البعض، كتعمد إعلان الخصم في موطن غير صحيح بهدف عدم وصول الإعلان إليه، أو إخفائهم عن المحكمة الوقائع المادية والقانونية والمستندات التي قد يتغير بها وجه الحكم في الدعوى. (د. إبراهيم أمين النفاوي: الإخلال بالواجب الإجرائي، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠١١م، ص ٦٨-٦٩).

(٥٢) د. علي عبد الحميد تركي: الحق في التقاضي، بين الاستعمال المشروع والتعسف، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩م، ص ١٠٧ - د. عيد محمد القصاص: الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥م، ص ٣٩٦.

بالحدود المشروعة لاستعماله بأن تكون لهذا الحق حدوداً يقف عندها فلا يكون سلطانه مطلقاً دون حد يحدده؛ وذلك لأن كل حق في ذاته يهدف إلى تحقيق غاية معينة، وهذه الغاية لا تجيز أبداً الغلو في استعماله؛ لأن "الغلو في العدل غلو في الظلم"، فالحق إذا بغي أشبه الباطل، واستعمال الحق إلى أقصى حدوده يؤدي إلى ظلم فاحش^(٥٣).

وقاعدة "الغلو في العدل غلو في الظلم" قاعدة رومانية قديمة تستند إلى فكرة مقتضاها أن تنفيذ الحقوق بتحقيق غاياتها، وهو ما يقتضي الرقابة على تحقيق هذه الغاية، وهي فكرة أخلاقية قال بها الرومان منذ القدم، فإذا كانت ثمة قاعدة قديمة تقرر "ما ظلمك أخذ بحقه" أو "من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسئولاً عما ينشأ للغير من ضرر"؛ فإنه وإلى جوارها تقف قاعدة أخرى تقيد الحقوق بغاياتها بحيث تقوم مسئولية صاحب الحق متى استعمله ملتزماً بحدود الموضوعية ومع ذلك أحدث ضرراً بالغير، وهو ما سمي بالانحراف عن غاية الحق أو ما هو معروف في الوسط القانوني بالتعسف في استعمال الحق إذ تنفيذ الحقوق في استعمالاتها، فضلا عن حدودها الموضوعية بحدودها الغائية أي بتحقيق غاياتها^(٥٤).

(53) Démogue (René) : Les obligations en general, tome IV, p.317. L.Arthur Rousseau, Paris, 1924.

(٥٤) د. شوقي السيد: التعسف في استعمال الحق، طبيعته ومعياره في الفقه والتشريع والقضاء، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٨م، ص ٩٥.

وقد وضع المشرع الفرنسي نصاً عاماً في قانون المرافعات يبين جزاء الكيد أو التعسف في التقاضي، فنص في المادة (١/٣٢) مرافعات على أنه "يحكم على من يستعمل الحق في التقاضي بطريقة كيدية أو تعسفية بغرامة مدنية لا تتجاوز ثلاثة آلاف يورو، وذلك دون إخلال بما يمكن طلبه من التعويضات عن الأضرار الناشئة عن إساءة الحق في التقاضي". ويجري نص المادة بالفرنسية على النحو التالي :

"Celui qui agit en justice de manière dilatoire ou abusive peut être condamné à une amende civile d'un maximum de 3000€, sans prejudice des dommages-intérêts qui seraient réclamés"

ولم تعد المسئولية الناشئة عن استعمال الحق موضع خلاف خاصة بعد التنظيم التشريعي لها، ومع ذلك فإن هناك العديد من التساؤلات التي تثور حول مسئولية الخصم في جانبها المتعلق باستعمال الحق، ويرجع السبب في ذلك إلى عدة أمور، منها: عدم الاتفاق حول طبيعة الحقوق الإجرائية ومدى ما يترتب على استعمالها من حصانة، كما أنه في أغلب الأحيان يقع الخلط بين ما

وتقوم قرينة حسن النية إلى جانب كل شخص يلجأ إلى القضاء، فالحق في التقاضي من الحقوق المشروعة والمباحة، والأصل أنه لا يترتب على استعماله المساءلة بالتعويض لمن لحقه ضرر من استعمال الحق^(٥٥)، والقول بغير ذلك يعد تقويضاً لهذا الحق المهم، لأنه سيجعل الأفراد يترددون كثيراً قبل الالتجاء إلى القضاء خشية الإخفاق في الدعوى بما يترتب عليه من تحملهم مسؤولية التعويض، وهذا سيؤدي بذاته إلى نتيجة أكثر خطورة وهي لجوء الأفراد إلى اقتضاء حقهم بأنفسهم، مما يمثل ردة للخلف ورجوعاً إلى عصور الفوضى التي سعى القانون إلى التخلص منها وهدم أفكارها^(٥٦).

ويرجع الأساس التشريعي لقرينة حسن النية إلى نصوص القانون المدني وقانون المرافعات: ففي القانون المدني المصري: تجد هذه القرينة أساسها التشريعي في نص المادة (٣/٩٦٥) بنصها على أن: "حسن النية يفترض دائماً ما لم يقدّم الدليل على العكس". وفي قانون المرافعات المصري وقانون الإجراءات المدنية العماني، تجد أساسها التشريعي في نص المادة الثالثة، حيث افترض المشرعان في هاتين المادتين حسن نية من يلجأ إلى القضاء من جهتين: الأولى: أنهما وضعاً معياراً لهذه القرينة

يعد استعمالاً لحق إجرائي وبين ما يعد قياماً بواجب إجرائي، ويدل على ذلك أنه من النادر الحديث عن الإخلال بالواجب الإجرائي، فالاهتمام ينصب أساساً على استعمال الحق. (د. إبراهيم أمين النفاوي: التعسف في التقاضي، دار النهضة العربية، القاهرة، (بدون تاريخ) ص ٨٣).

^(٥٥) إذ القاعدة أن "من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر" (مادة ٥ مدني مصري)، وشرط ذلك ألا يكون الشخص قد أساء استعمال الحق في الادعاء أو تعمد الإضرار بالغير. (د. أمينة مصطفى النمر: قوانين المرافعات، الكتاب الأول، منشأة المعارف بالإسكندرية، (د.ت)، ص ٤٧).

والأصل أنه إذا استعمل الشخص حقه فلا يكون متعسفاً في هذا الاستعمال، ولا يقع عليه عبء إثبات ذلك، ولكن على من يدعي وجود تعسف في هذا الاستعمال عبء إثباته؛ وذلك بأن يثبت وجود أحد شروط الاستعمال غير المشروع التي ورد النص عليها في القانون المدني. (د. عبدالله علي الخياري: عبء الإثبات بين قواعد القانون المدني اليمني والقواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد ٤ السنة ٢٩، ديسمبر ٢٠٠٥م، ص ٣١٦-٣١٧).

^(٥٦) د. علي عبدالحميد تركي، مرجع سابق، ص ١٠٧.

يخول للشخص الحق في اللجوء إلى القضاء ويعد هذا المعيار بذاته هو معيار قبول الدعوى أو الطلب أو الدفع، هذا المعيار هو المصلحة^(٥٧) التي يسعى الخصم إلى تحقيقها من وراء لجوئه إلى القضاء. والثانية: أن المشرع المصري بعد أن قرر قيام حسن النية إلى جانب الشخص الذي لجأ إلى القضاء لتحقيق مصلحة مشروعة، نص في الفقرة الأخيرة من ذات المادة على أن للمحكمة إذا حكمت بعدم قبول الدعوى لانتفاء شرط المصلحة أن تحكم على المدعي بالغرامة إذا تبين أن سوء استعمال حقه في التقاضي. ووفقاً لحكم هذه الفقرة فإن الأصل توافر قرينة حسن النية في المدعي؛ فإذا تبين للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصم المدعى عليه أن المدعي كان سيء النية انتفت هذه القرينة وحكمت على المدعي بالجزاء المقرر.

وتنتفي القرينة إذا تمكن الخصم من إثبات سوء نية خصمه^(٥٨) وتعسفه في استعمال حقه في التقاضي، وهذا الأمر ليس بالهين؛ لأن سوء النية ظاهرة نفسية تفسرها اعتبارات عديدة ومتشابهة، وتثير صعوبة إثباتها، وذلك شأن المعايير الذاتية التي

(٥٧) والمصلحة وفقاً لنص المادة ٣١ من قانون المرافعات الفرنسي هي الغاية التي تبرر استعمال الحق في الالتجاء إلى القضاء . حيث يجري نص هذه المادة بالفرنسية على النحو التالي :
"L action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime succès ou regret d'une prétention..."

(٥٨) المقصود بسوء النية أن يكون الخصم وهو يتخذ الإجراء أو الطلب أو الدفع أو الدفاع عالماً بالألا حق له فيه وأنه قصد بإبدائه مجرد تعطيل الفصل في الدعوى أو الإضرار بالخصم الآخر، ويتحمل مدعي سوء النية أو التعسف عبء إثبات ذلك. فمن يدعي وجود سوء نية من خصمه في استعمال حقه في التقاضي عليه إثبات ذلك كما يجب عليه إثبات الضرر الناشئ عن هذا الاستعمال التعسفي للحق في التقاضي.

وإذا كان سوء النية ظاهرة نفسية يصعب الوصول إليها، فإنه يمكن في الحالات التي يستند فيها سوء النية إلى ضوابط شخصية استخلاص سوء النية من التناقض في أقوال الخصم أو الحجج التي يرتكن إليها أو من انعدام مصلحته من الإجراء أو الطلب انعداماً تاماً، أو من جسامته الخطأ. أما في الحالات التي يقوم فيها سوء النية على أسس موضوعية، فإن إثبات سوء نية الخصم في استعمال حقه في التقاضي يتوافر بإثبات أن هذا الاستعمال سبب ضرراً جسيماً للغير. (د. علي عبد الحميد تركي، مرجع سابق، ص ١١٦-١١٧).

تحاول الوصول إلى معرفة مكنون النفس، ولكن يمكن التوصل إليها عن طريق مراجعة مواقف الخصم وحججه التي استند إليها^(٥٩).

ثانياً- من استعمل حقه لتحقيق مصلحة مشروع لا يُسأل عن الضرر:

ونقصد بذلك أن من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لحماية مصلحة مشروعة لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر. وإذا لم يكن المشرع العماني نص على ذلك صراحة في قانون المعاملات المدنية؛ إلا أنه يفهم ضمناً بمفهوم المخالفة لصدر المادة (٥٩) والتي أوجبت الضمان على من استعمل حقه استعمالاً غير مشروع.

وعلى العكس من موقف المشرع العماني في عدم النص على ذلك صراحة، نجد المشرع المصري في المادة (٤) من القانون المدني ينص صراحة على أن: "من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسئولاً عن ذلك من ضرر".

وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن: "الأصل حسبما تقضي به المادة الرابعة من القانون المدني أن من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر، باعتبار أن مناط المسؤولية عن تعويض الضرر هو وقوع خطأ، وأنه لا خطأ في استعمال صاحب الحق لحقه في جلب المنفعة المشروعة التي يتيحها له هذا الحق، وكان خروج هذا الاستعمال عن دائرة المشروعية إنما هو استثناء من ذلك الأصل"^(٦٠).

وإعمالاً لهذه القاعدة العامة التي قررتها المادة (٥) مدني مصري، نجد أن حق الالتجاء إلى القضاء هو من الحقوق التي تثبت للكافة، فلا يكون من استعمله مسئولاً عما ينشأ عن استعماله من ضرر للغير؛ إلا إذا انحرف بهذا الحق عما وُضع له واستعمله استعمالاً كيدياً ابتغاء مضارة الغير^(٦١).

^(٥٩) ويعني سوء النية في هذا المقام أن يكون الخصم وهو يتخذ إجراء أو طلباً أو دفاعاً عالمياً أن لا حق له فيه، وإنما قصد بإبدائه مجرد تعطيل الفصل في الدعوى أو الإضرار بالخصم الآخر. (المذكورة الإيضاحية لقانون المرافعات عن المادة ١٨٨ مرافعات).

^(٦٠) نقض مصري: الطعن رقم ١٠٨ لسنة ٤٥ قضائية - جلسة ١/٢٦/١٩٨٠م.

^(٦١) نقض مصري: الطعن رقم ١٨١ لسنة ٣٥ قضائية - جلسة ٣/٢٠/١٩٦٩م.

وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن: "حقا التقاضي والدفاع من الحقوق المباحة التي تثبت للكافة، فلا يسأل من ولج القضاء تمسكاً أو نوداً عن حق يدعيه لنفسه، إلا أنه إذا أثبت انحرافه عن الحق المباح إلى اللدد في الخصومة والعنت مع وضوح الحق ابتغاء الإضرار بالخصم؛ فإنه تحقق مساءلته عن تعويض الأضرار التي تلحق هذا الخصم بسبب إساءة استعمال هذا الحق، وتقدير قيام التعسف والغلو في استعمال الحق وثبوت الضرر الناتج عن هذا التعسف، والذي يلحق طالب التعويض فيه، هو مما تستقل به محكمة الموضوع ما دامت قد أبانت عناصره ووجه أحقية طالب التعويض"^(٦٢).

ومن هذا يتضح أن مناط المسؤولية عن تعويض الضرر هو وقوع خطأ وأنه لا خطأ في استعمال صاحب الحق لحقه في جلب المنفعة أو المصلحة المشروعة التي يتيحها له القانون، وأن خروج هذا الاستعمال عن دائرة المشروعية إنما هو استثناء من ذلك الأصل، وأورد القانون حالاته (في المادة ٥ مدني مصري، و ٥٩ معاملات مدنية عماني) وذلك درءاً لاتخاذ ظاهر القواعد القانونية ستاراً غير أخلاقي لإلحاق الضرر بالغير، والبين من استقراء تلك الحالات أنه يجمع بينها ضابط مشترك، هو نية الإضرار سواء على نحو إيجابي بتعمد السعي إلى مضارة الغير دون نفع يجنيه صاحب الحق من ذلك أو على نحو سلبي كما في تفاهة المصلحة أو عدم تناسبها مع الضرر، على نحو ما سيأتي.

ثالثاً- يجب أن تستند المصلحة إلى حق يحميه القانون:

فالمصلحة المعتبرة في الاستعمال المشروع للحق، هي تلك التي تستند إلى حق للخصم يحميه القانون، ولا يكفي في ذلك مجرد توفر مصلحة للخصم في الحصول على منفعة مادية أو أدبية إذا كانت هذه المصلحة لا تستند إلى حق يحميه القانون. وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية، بأن: "المقرر في قضاء محكمة النقض أن شرط قبول الخصومة قيام نزاع بين أطرافها على الحق بما وصفته المادة الثالثة من

(٦٢) نقض مصري: الطعن رقم ٢٥٧١ لسنة ٥٧ قضائية - جلسة ٣٠/١١/١٩٨٩م.

قانون المرافعات؛ بأن المصلحة هي تلك التي يقرها القانون، ومفاد ذلك أن مجرد توفر مصلحة للمدعي في الحصول على منفعة مادية أو أدبية لا يكفي لقبول دعواه ما دامت هذه المصلحة لا تستند إلى حق له يحميه القانون، ولما كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن رابطة الزوجية التي قامت بين الطاعنة الأولى وبين المطعون ضده قد انقضت عراها بصور حكم نهائي بتطبيقها وبذلك تنقضي العلاقة التي كانت قائمة بينهما ويعتبر كل منهما أجنبياً عن الآخر ولا يحق لأيهما التعرض للآخر في علاقته الزوجية المستقبلية، ومن ثم لا يكون للمطعون ضده صفة في طلب إبطال زواج مطلقة المذكورة من الطاعن الثاني، ولا يغير من ذلك ارتباط هذا الزوج بقربة قريبة باعتباره ابن أخت له - وهو ما تحرمه شريعة الأقباط الإنجلييين - طالما أن هذه القرابة لم تكسبه حق الولاية عليه التي لا يكون له بدونها شأن في طلب إبطال زواجه أياً كانت أوجه البطلان المدعى بها، وإذا قضى الحكم المطعون فيه رغم ذلك برفض الدفع بعدم قبول الدعوى لانقضاء صفة المطعون ضده في إقامتها؛ فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون^(٦٣).

رابعاً- يجب أن يتحقق نفع من وراء المصلحة (لا عبرة بالمصلحة النظرية أو الاقتصادية):

فوفق ما قرره محكمة النقض المصرية أن المصلحة النظرية البحتة لا تصلح أساساً للطعن بالنقض متى كان الطاعن لا يحقق أي نفع من ورائها؛ فلا يقبل الطعن على صدور حكم وفق طلبات الطاعن بدعوى تعديل بعض الأسباب التي لم تصادف هوى في نفسه، إلا أن شرط القول بعدم توفر المصلحة المؤدية إلى عدم جواز الطعن - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- وجوب أن يكون الحكم محققاً لمقصود الطاعن و متمشياً مع المركز القانوني الذي يدعيه، بما يترتب عليه من آثار بحيث لا يكون من شأنه إنشاء التزامات جديدة أو الإبقاء على التزامات يريد التحلل منها أو حرمانه من حق يدعيه، سواء وردت هذه القيود في منطوق الحكم أو أسبابه طالما كانت هذه

(٦٣) نقض مصري: الطعن رقم ٨ لسنة ٥٠ قضائية - جلسة ١٧/٢/١٩٨١م.

الأسباب هي جوهر القضاء ولبه، ولا يستقيم الحكم بغيرها وتعتبر بهذه المثابة مكملة للمنطوق^(٦٤).

فالمصلحة النظرية لا تكفي لقبول أي دعوى أو طعن؛ لأن الدعوى تكون غير منتجة، ومن ثم غير مقبولة، فليس لشخص أن يطالب بإبطال زواج شخص آخر وإن عاد عليه نفع نظري يتمثل في الثأر لكرامته لأنه كان زوجاً سابقاً لهذا الشخص، فالدعوى هنا غير مقبولة لأن المصلحة نظرية، ولأن المدعي لا صفة له فيها^(٦٥).

"كذلك فإنه إذا كانت المصلحة لا تستند إلى حق أو مركز يقره القانون، فهي مصلحة اقتصادية لا تكفي لقبول الدعوى، فقد يحدث أن يباشر شخص ما نشاطه في المجال الذي يحميه القانون باستعمال حقوقه في الحدود التي رسمها القانون، وقد يلحق الغير من ذلك ضرر لا يبلغ مبلغ التعدي على حق له، فلهذا الغير مصلحة في وقف هذا النشاط الضار، ولكن القانون لا يحمي هذه المصلحة؛ لأنها لا تقصد إلى حماية مركز قانوني أو حق؛ وإنما هي مصلحة اقتصادية تدفع إليها رغبة في الكسب لا يحميها القانون ولا يعترف بها"^(٦٦).

المطلب الثاني

عيوب المصلحة وأثرها على مشروعية استعمال الحقوق الإجرائية

إذا كنا نبحث في المصلحة كمعيار لمشروعية استعمال الحقوق الإجرائية المنقرعة عن حق التقاضي؛ وباعتبارها ضابطاً للتمييز بين ما يعد استعمالاً مشروعاً لهذه الحقوق، وما لا يعد كذلك، مما يكون كيدياً أو تعسفياً؛ فإن من الأهمية بمكان أن نقف على العيوب التي تصيب المصلحة، والتي تتحرف بها عن الاستعمال المشروع للحق إلى نقيضه، وهذه العيوب ليست على صورة واحدة؛ وإنما هي متعددة. ويمكننا التفرقة في شأنها بين ثلاثة فروض: الأول منها هو انعدام المصلحة، والثاني: تعييبها بعيب

(٦٤) نقض مصري: الطعن رقم ٣٢ لسنة ٤٦ قضائية - جلسة ١٧/٩/١٩٧٩م.

(٦٥) د. سيد أحمد محمود: مرجع سابق، ص ٤٦.

(٦٦) د. أحمد عوض هندي: قانون المرافعات، مرجع سابق، ص ٤٦٤.

يخل بتوفر وصف أو أكثر من أوصافها، أما الثالث فيتعلق بالتعسف في استعمال الحق تحصيلاً لها، ونبين ذلك:

الفرض الأول - انعدام المصلحة:

بمعنى ألا يكون لصاحب الحق الإجمالي أية مصلحة في استعمال حقه، كالمحكوم له بكل طلباته حين يطعن في الحكم الذي قضى له بجميع ما طلبه أمام المحكمة المطعون في حكمها، فالمصلحة المنعدمة تعني ألا يكون لصاحب الحق أي مصلحة تذكر في استعماله لحقه.

والحقيقة أن انعدام المصلحة بهذا الشكل ليس عيباً في المصلحة التي يبتغيها صاحب الحق؛ وإنما عيب في توفر شرط المصلحة ذاته، كشرط لقبول الدعوى أو الدفع أو الطلب، بحيث تكون المصلحة غير موجودة من الأساس، فلا يكون للخصم حينئذ ثمة حق في استعمال الحقوق الإجرائية التي يشترط فيها توفر المصلحة، ويعتبر استعمال الحق الإجمالي في هذه الحالة من قبيل العبث والتعسف في استعماله، وهو ما يترتب المسؤولية على عاتق صاحبه^(٦٧).

فإذا كانت مصلحة رافع الدعوى تتمثل في اقتضاء حقه الذي ينازعه فيه خصمه؛ فإن المصلحة تنعدم إذا لم تكن هناك منازعة في الحق؛ ولذلك فإن رافع الدعوى الذي لا يرضى بما عرضه عليه خصمه من الوفاء له بحقه والاعتراف به قبل رفع دعواه أو بعد رفعها وقبل قيدها، يعتبر متعنّناً في لجوئه للقضاء، أو في إتمام قيد دعواه، يجب عليه التعويض؛ إذ لم تكن له مصلحة في الدعوى بعد أن اعترف خصمه له بحقه وعرض عليه جدياً تسوية النزاع ودياً، ما لم يكن رفع الدعوى هنا ليس إلا بقصد تحقيق غرض

(٦٧) د. علي عبيد الحديدي: التعسف في استعمال الحق الإجمالي في الدعوى المدنية، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠١٥م، ص ١٥٥. ويذهب إلى التمييز بين انعدام المصلحة على الإطلاق، وهو ما يترتب المسؤولية على الخصم، وبين كون الخصم صاحب مصلحة قانونية وحالة لاستعمال الحق؛ لأن بعض الحقوق الإجرائية مثل الحق في الطعن على العكس من الحقوق الموضوعية أو الشخصية، تقتض وجود مصلحة قانونية وحالة لصاحب الحق في الطعن، تتمثل في احتفاظه بحقه المحكوم به في الحكم دون أن يضار من طعنه، ومباشرة صاحب الحق لحق الطعن لتحقيق هذه المصلحة يعد من قبيل المصلحة القانونية التي يحميها القانون.

غير مشروع، وهو الكيد للخصم والعنت له، فحينئذ يكون التعويض واجباً باعتبار أن الدعوى كيدية^(٦٨).

وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن: "أساس التقاضي هو حصول نزاع في الحق المدعى به؛ فإذا كان الحق مسلماً به ممن وجهت إليه الدعوى، فغرم التداعي يقع على من وجهها"^(٦٩).

ومن صور المصلحة المنعدمة في قانون المرافعات الفرنسي، حالات استعمال الحق الإجرائي أو الإجراءات القضائية دون سند من القانون^(٧٠) ففي هذه الحالات يعد استعمال الحق الإجرائي استعمالاً بنية الإضرار بالغير مع نقاهة المصلحة من استعماله، وهو ما يعد تعسفاً في استعمال الحق.

كما تكون المصلحة منعدمة في حالة تعارض مصلحة الفرد من استعمال حقه مع المصلحة العامة الجوهرية، فلا مصلحة للفرد ضد مصلحة المجتمع، فليس من المنكور أن المشرع يحمي صاحب الحق في استعماله لحقه طالما يسعى إلى تحقيق مصلحة مشروعة من وراء هذا الاستعمال، أي طالما كان يسعى إلى تحقيق مصلحة خاصة به، لا تتعارض مع المصلحة العامة، فعند التعارض بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، يضحى بهذه الأخيرة، فلا يستحق الحماية القضائية؛ لأنه يكون حينئذ متعسفاً في استعمال حقه، لدرجة منع التقاضي الذي يتعارض مع المصلحة العامة^(٧١).

وتعد المصلحة المنعدمة قرينة على الضرر الفاحش، فالأصل أن انعدام المصلحة ليس قرينة قاطعة على توفر الضرر، بل قد تكون المصلحة منعدمة ويتحقق التعسف ولو لم يكن هناك ضرر على الإطلاق^(٧٢).

(٦٨) أ. صلاح الدين عبدالوهاب: بحث في الدعوى الكيدية، مجلة المحاماة، مصر، السنة ٣٤ العدد ٦، فبراير ١٩٥٤م، ص ٩٠٦.

(٦٩) نقض مصري: الطعن رقم ٢٦٩ لسنة ٢٠ قضائية - جلسة ١٠/٤/١٩٥٢م.

(٧٠) Frederic Jerom Pansir et Jean Marie Pansir, abus de procedure et article 700 de code de procedure civile, J.C.P.1983, doctrine 3105.n° 7.

(٧١) أ. حسين عامر: التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، ١٩٩٨م، ص ٥٢.

(٧٢) د. علي عبيد الحديدي: مرجع سابق، ص ١٥٨.

ويعد الجدل في استخلاص المصلحة وجودها أو انعدامها، مناقشة في الواقع غير جائزة أمام محكمة النقض، وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه: "إذا كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاؤه برفض الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء مصلحة المطعون عليه الثاني في إقامتها بأن القانون لا يستلزم إقامة المستأجر الأجنبي إقامة دائمة بالإضافة إلى أن الثابت عدم مغادرته البلاد نهائياً بدليل مثوله بشخصه أمام محكمة الاستئناف في إحدى الجلسات وتوكيله محامياً لإبداء دفاعه، وهي أسانيد سائغة ومقبولة ومؤدية إلى النتيجة التي انتهى إليها، والجدل فيها موضوعي لا يجوز إثارته أمام محكمة النقض"^(٧٣).

ويلاحظ أنه يكفي أن تتحقق المصلحة في الطعن وقت صدور الحكم المطعون فيه ولو زالت بعد ذلك، وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه: "يكفي لتحقيق المصلحة في الطعن قيامها وقت صدور الحكم المطعون فيه، ولا يحول دون قبول الطعن زوال المصلحة بعد ذلك"^(٧٤).

الفرض الثاني- تعيب المصلحة بعبء يخل بتوفر أوصافها:

قلنا إن المصلحة المعتبرة قانوناً هي تلك التي توفرت أوصافها القانونية، بحيث تكون قانونية، وشخصية ومباشرة، وقائمة، فإذا لم يتوفر وصف من هذه الأوصاف؛ فإن المصلحة تكون معيبة بعبء يخل بها، والعيوب التي تصيب المصلحة من هذه الناحية كثيرة ومتنوعة، وأبرزها: عدم جدية المصلحة، أو عدم مشروعيتها، أو عدم قانونيتها، أو كونها غير شخصية ومباشرة، أو غير حالة أو محققة، أو تكون غير معلومة أو غير ممكنة، ونبين ذلك فيما يلي:

١- عدم جدية المصلحة:

^(٧٣) نقض مصري جلسة ١٩٧٧/٥/٤م، المكتب الفني لمحكمة النقض السنة ٢٩ ص ١١٣٧.

^(٧٤) نقض مصري: الطعن رقم ٢٥ لسنة ٣٢ قضائية - جلسة ١٩٦٦/١٠/٢٥م.

فالمصلحة غير الجدية لا يعترف القانون بها، ولا يجيزها سببا لاستعمال الحق؛ إذ
المعتبر قانوناً أن تكون مصلحة مقدم الطلب القضائي جدية؛ لأن مجرد توفر المصلحة
النظرية البحتة لا يجيز استعمال الحقوق الإجرائية^(٧٥) على نحو يضر بالغير.
وجدية المصلحة وصف لازم وضروري لقبول الادعاء، ولا يعني ذلك أن تكون
المصلحة بهدف حماية الحق أو اقتضائه فحسب؛ وإنما تكون جدية كذلك إذا قصد بها
المدعي مجرد الاستيثاق لحقه، بحيث لا يلزم أن يكون له حق ثابت وقع عليه العدوان
حتى تقبل دعواه؛ بل يكفي حتى تكون دعواه جدية بالعرض أمام القضاء أن يكون
ادعاؤه مما يحميه القانون وتعود عليه الفائدة من رفع الدعوى به^(٧٦).

وفضلاً عن كون المصلحة الجدية وصف لازم وضروري لقبول الادعاء؛ فإنها
كذلك ضابط للرقابة على استعمال الحق الإجرائي، وجعله بمنأى عن التعسف في
استعماله، هذا ويلاحظ أن جدية المصلحة ترتبط بقانونيتها ومشروعيتها، بمعنى أن

^(٧٥) وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن "الأصل أن المصلحة النظرية البحتة لا تصلح
أساساً للطعن بالنقض متى كان الطاعن لا يحقق أي نفع من ورائها فلا يقبل الطعن على حكم صدر
وفق طلبات المدعي بدعوى تعديل الأسباب التي لم تصادف هوى نفسه؛ إلا أن شرط القول بعدم توفر
المصلحة المؤدية إلى عدم جواز الطعن -وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- وجوب أن يكون
الحكم محققاً لمقصود الطاعن و متمشياً مع المركز القانوني الذي يدعيه بما يترتب عليه من آثار
بحيث لا يكون من شأنه إنشاء التزامات جديدة أو الإبقاء على التزامات يريد التحلل منها أو حرمانه
من حق يدعيه، سواء وردت هذه القيود في منطوق الحكم أو أسبابه طالما كانت هذه الأسباب هي
جوهر القضاء ولبه ولا يستقيم الحكم بغيرها وتعتبر بهذه المثابة مكملة للمنطوق، لما كان ذلك فإنه
وإن كان منطوق الحكم المطعون فيه قد جرى في ظاهرة لصالح الطاعنة المستأجرة حين قضى برفض
دعوى المؤجر؛ إلا أنه في أسبابه الأساسية المكملة للمنطوق قد أخذ بها حين قضى عليها بأن تدفع
أجرة إضافية مقابل ميزة مدعاة، ولم يكن القضاء بالرفض إلا وليد ما خلص إليه الحكم من أن
الطاعنة رغم احتساب الأجرة الإضافية تعتبر دائنة للمؤجر بعد إجراء المقاصة بينهما، وبذلك فإن
للطاعنة مصلحة قائمة في الطعن على الحكم". (الطعن رقم ٣٢ لسنة ٤٦ قضائية - جلسة
١٧/١/١٩٧٩م).

^(٧٦) نقض مصري: الطعن رقم ١٢٥٣ لسنة ٤٧ قضائية - جلسة ٢٧/٥/١٩٨٢م.

المصلحة تتصف بعيب عدم الجدية إذا كانت غير مشروعة لا يقرها القانون أو تافهة لا تتناسب مع الضرر الذي يصيب الغير^(٧٧).

٢- عدم مشروعية المصلحة:

ذلك أن المصلحة غير المشروعة لا يعتد القانون ولا يعبء القضاء بها؛ ولذلك لا تقبل الدعاوى التي ترفع للمطالبة بمصلحة غير قانونية أو غير مشروعة، كما لو كانت مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة؛ إذ تعد هذه الطلبات غير قانونية، ومثالها: المطالبة بدين قمار، أو المطالبة بتنفيذ الاتفاق المبرم بين المؤجر والمستأجر بدفع خلو الرجل، أو المطالبة بدفع الفوائد الربوية المتفق عليها والتي تجاوز الحد الأقصى للفائدة، كما لا تقبل الدعوى التي ترفعها الخيلة للمطالبة بالتعويض عن وفاة خليلها، ولا تقبل الدعوى التي يكون محلها تنفيذ صفقة مخدرات^(٧٨).

٣- عدم قانونية المصلحة:

لأن المصلحة التي يعتد بها وفق ما أسلفنا هي تلك التي تستند إلى حق أو مركز قانوني، بحيث يكون الغرض من الدعوى حماية هذا الحق أو المركز القانوني، فإذا لم تكن المصلحة كذلك؛ فإنها تكون معيبة بعيب يخل بها، ولا تكون حينئذ جديرة بالحماية القضائية؛ لأن وظيفة القضاء هي حماية النظام القانوني، ومن ثم حماية الحقوق أو المراكز القانونية^(٧٩).

والمقرر في قضاء محكمة النقض المصرية؛ أن شرط قبول الخصومة أمام القضاء قيام نزاع بين أطرافها على الحق المدعى به، مما وصفته المادة الثالثة من قانون المرافعات بأن المصلحة التي يقرها القانون، ومفاد ذلك أن مجرد توفر مصلحة للمدعي

(٧٧) د. علي عبيد الحديدي، مرجع سابق، ص ٩٧.

(٧٨) د. محمد عبدالنبي غانم: قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٧م، ج ٢/٧٨.

(٧٩) د. فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٨م، ص ٦٨.

في الحصول على منفعة مادية أو أدبية لا يكفي لقبول دعواه ما دامت هذه المصلحة لا تستند إلى حق له يحميه القانون^(٨٠).

ومثال عدم قانونية المصلحة؛ المصلحة الاقتصادية البحتة التي لا يحميها القانون بصفة مجردة، ولذلك لا تقبل الدعوى التي يرفعها تاجر ببطان شركة تنافسة منافسة مشروعة في تجارته، ولو كانت هذه المنشأة مجاورة لمنشأته، ولو كان عقد إنشائها باطلا؛ لأن دعواه تهدف إلى مجرد الكسب المادي دون سند من الحق؛ إذ المصلحة في هذه الحالة اقتصادية وليست قانونية^(٨١).

٤- كون المصلحة غير شخصية أو غير مباشرة:

إذ يجب أن يكون رافع الدعوى أو من يستعمل الحق الإجرائي هو صاحب الحق أو المركز القانوني المطلوب حمايته أو من ينوب عنه؛ فإذا لم يكن كذلك؛ بأن رفعت الدعوى من غير صاحب الحق أو المركز القانوني المطلوب حمايته؛ فإنها لا تكون مقبولة مهما كانت الفائدة التي تعود على رافعها من حماية حق غيره، فلا صفة ولا مصلحة لزوجة في رفع دعوى إبطال تصرفات زوجها المخالفة لأحكام الميراث طالما هو على قيد الحياة. وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه: "يلزم في الدعوى أن يكون لرافعها صفة في رفعها وأن تكون له مصلحة في ذلك. فالدعوى التي ترفعها الزوجة حال حياة زوجها لإبطال التصرف الصادر منه لبعض أولاده؛ لأنه قصد به الخروج عن أحكام الميراث لا تكون مقبولة؛ إذ الصفة والمصلحة لا تتحققان لها في رفع هذه الدعوى ما دام زوجها حيا. والقول بأن القانون يجيز لكل ذي شأن أن يتمسك ببطان العقد بطلانا أصليا لا يصدق على هذه الحالة؛ لأن التمسك بالبطان لا يكون إلا بعد رفع الدعوى ممن تتحقق فيه الصفة والمصلحة كأن يكون له حق حال تقتضي المحافظة عليه فيطلب إبطاله ولو لم يكن طرفا فيه"^(٨٢).

(٨٠) نقض مصري: الطعن رقم ٨ لسنة ٥٠ قضائية - جلسة ١٧/٢/١٩٨١م.

(٨١) د. عبد المنعم الشراوي: شرح المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص ٣٧.

(٨٢) نقض مصري: الطعن رقم ٥٣ لسنة ٦ قضائية - جلسة ٢٨/١/١٩٣٧م.

٥- كون المصلحة غير حالة أو محققة:

لأن الأصل عدم قبول الدعوى ما لم يكن لرفعها مصلحة حالة وقائمة -ويستثنى من ذلك الدعوى المستثناة من هذا الشرط والتي سبق الحديث عنها- فإذا لم تكن المصلحة حالة أو محققة؛ فإنها لا تصلح للجوء إلى القضاء اقتضاء لها؛ إلا إذا كانت من الدعوى المستثناة من ذلك.

فالقاعدة أن المصلحة في رفع الدعوى لا تنشأ لمجرد ادعاء بحق، بل يشترط أن يكون الحق أو المركز القانوني الذي يهدف المدعي إلى حمايته قد اعتُدي عليه أو حصلت منازعة فيه، فيتحقق بذلك ضرر يبرر طلب الحماية القضائية؛ فالضابط إذا لتحقيق المصلحة القائمة وقوع الضرر بالفعل على الحق أو المركز القانوني^(٨٣).

ويتبنى القضاء الفرنسي تفسيراً موسعاً لشرط المصلحة ولكنه يقيم نوعاً من التوازن في حكمه بتوفر المصلحة المتمسك بها^(٨٤) فيشترط أن يكون للمدعي مصلحة أصابها الضرر لقبول دعواه ولو كانت غير مؤكدة أو غير مباشرة، ولكن بشرط ألا تكون غير مؤكدة بشكل مبالغ فيه أو غير مباشرة بشكل مبالغ فيه^(٨٥).

٦- إذا كانت المصلحة غير معلومة أو غير ممكنة:

فإذا كانت الدعوى غير معلومة؛ فإن المصلحة من ورائها تكون معيبة بعيب عدم المعلوماتية، ومن ثم لا يصح للقضاء نظرها؛ ذلك أنه لا يصح الادعاء بالمجهول، وشرط معلوماتية المصلحة يتعلق بذات الحق الذي رفعت بشأنه الدعوى^(٨٦)، ولذلك أوجبت المادة (٦٣) مرافعات مصري، و (٦٤) إجراءات مدنية عماني، أن تشمل صحيفة الدعوى على وقائع الدعوى وأسانيدها. فاشتمل الصحيفة على الوقائع والأسانيد التي يستند إليها المدعي، يحدد الحق المدعى به أمام المحكمة، ويحول دون التجهيل

^(٨٣) د. محمد عبدالنبي غانم: مرجع سابق، ص ١٠٩.

^(٨٤) د. يحيى محمد النمر: شرط المصلحة في دعوى الإلغاء بين توسع القضاء وتضييق المشرع، مجلة القانون والاقتصاد، العدد التسعون، ٢٠١٥م، ص ١٥٣.

(85) Nadine Poulet -Gibot Leclerc, Droit administratif, 3e édition, Bréal, 2007, p. 230

^(٨٦) د. علي عبيد الحديدي: مرجع سابق، ص ١٠٦.

بالدعوى، ومن ثم تكون المصلحة معلومة؛ لأن المجهول ما لا يمكن تحديده ورفع جهالته^(٨٧). فلا يقبل من الخصم رفع دعوى أو تقديم طلب لا تتضح ولا تعلم المصلحة من ورائه.

والمصلحة غير الممكنة هي تلك التي يستحيل تحقيقها، والاستحالة قد تكون قانونية، كما لو تعهد محام برفع نقض بعد انقضاء ميعاد النقض المقرر قانوناً، أو طلب الشخص الحكم له بنصيب من الإرث خلافاً لأحكام الشريعة الإسلامية^(٨٨). فمثل هذه المصلحة ومع ما قد يكون فيها من منفعة للشخص؛ إلا أنها غير ممكنة ولا يمكن تحققها، ومن ثم فإنها لا تكون مقبولة أمام القضاء.

المبحث الثالث

مدى اعتبار انعدام المصلحة أو تعييبها استعمالاً

تعسفاً أو كيدياً للحق الإجرائي

يعالج هذا المبحث مسألة مهمة، تتعلق بتساؤل حول مدى اعتبار استعمال الحق إذا انعدمت المصلحة أو تعيبت، استعمالاً تعسفاً أو كيدياً، وإذا ما تم وصف أو تكييف استعمال الحق الإجرائي على هذا النحو، فما الجزاء المقرر على ذلك؟ ونجيب عن ذلك في مطلبين؛ نتناول في الأول منهما بيان ماهية التعسف، وفي الثاني مدى انطباق وصف التعسف على الحالات المشار إليها، والجزاء المترتب على ذلك.

المطلب الأول

ماهية التعسف في استعمال الحقوق الإجرائية

يقتضي بيان ماهية الاستعمال التعسفي أو الكيدي للحقوق الإجرائية؛ أن نقف أولاً على تعريف الحق الإجرائي، ودور المصلحة في وجود هذا الحق، وبيان نطاقه، لنعرف بعد ذلك المقصود بالتعسف في استعمال الحق الإجرائي، ورأي الفقه القانوني في

(٨٧) د. عباس العبودي: شرح أحكام قانون المرافعات المدنية، دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل،

١٩٩٧م، ص ٢٠٨.

(٨٨) المرجع السابق، ص ١٠٨.

المسؤولية عن التعسف في الحقوق الإجرائية، وما الشروط القانونية والمعايير اللازمة للقول بوجود هذا التعسف، وذلك على النحو الآتي:

أولاً- الحق الإجرائي باعتباره أحد الحقوق التي قد يرد عليها التعسف:

الحق الإجرائي في مجال هذه الدراسة هو العمل القضائي المتصور ورود التعسف في استعماله، وهذا الحق على الرغم من استقراره في مفهوم القانون الإجرائي وعدم الاختلاف في إقراره -وفقاً للضوابط القانونية- لكل شخص يلجأ إلى القضاء؛ إلا أن كلا القانونين المصري والعماني خلا من تعريفه، ومن ثم نتناوله على النحو الآتي:

أ- تعريف الحق الإجرائي واتجاهات الفقه القانوني في مفهومه:

الحق الإجرائي تعبير دارج في الفقه والقضاء للدلالة عن بعض الحقوق التي تتعلق بإجراءات التقاضي والدعوى والدفاع والتنفيذ، وهو تعبير عام يشمل جميع ما يقرره القانون الإجرائي العام من حقوق إجرائية مدنية كانت أو إدارية أو جنائية، فلا يقتصر مفهومه على ما يقرره قانون المرافعات فحسب؛ بل يعبر عن الحق الذي يكفله القانون الإجرائي بصفة عامة لأطراف الخصومة القضائية أو للغير^(٨٩). وإن كنا نقصد هنا الحق الإجرائي المقرر في قانون المرافعات (قانون الإجراءات المدنية والتجارية).

وقد تعددت اتجاهات الفقه القانوني في تعريف الحق الإجرائي، ويمكن حصرها في أربعة اتجاهات:

الأول: يرى أن الحق الإجرائي تعبير حديث وغير معروف في الفقه الإجرائي وهو كل ما يتعلق بإجراءات التقاضي^(٩٠): ومن ثم يطلق للدلالة على تلك الحقوق التي ينظمها القانون الإجرائي العام الذي يتضمن مجموعة القواعد المتعلقة بإجراءات التقاضي في المسائل المدنية والإدارية والجنائية والتي يقوم بها القضاء ومعاونوهم

(٨٩) د. أحمد إبراهيم عبدالنواب: النظرية العامة للحق الإجرائي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،

٢٠٠٩م، ص ١٣.

(٩٠) Jean Vincent et Serge Guinchard procedure civile, éme édition, 1981 no. 525, p. 528, et s.

والخصوم وكل من يرتبط بمصلحة في الدعوى في سبيل القيام بها والسير في إجراءاتها وإنهائها^(٩١).

الثاني: يرى أن الحق الإجرائي "سلطة إجرائية يستمدها الخصم من وجوده في مركز قانوني معين لتحقيق المصلحة الخاصة والذاتية له داخل خصومة مطروحة على القضاء أو بسببها"^(٩٢).

فالحقوق الإجرائية إذاً وفقاً لهذا الاتجاه تقتصر على ما يقرره القانون من مكناات تمثل مجموع المصالح الذاتية للخصم، وهذه الحقوق والسلطات الإجرائية تترتب على اكتساب الشخص لوصف الخصم ووجوده في مركز قانوني معين، وهي مقررة لمصلحة صاحبها؛ فله استعمالها أو عدم استعمالها دون إجبار من أحد^(٩٣).

الثالث: يرى أن الحق الإجرائي عبارة عن مكنة إجرائية يقررها القانون للخصم؛ إذ يترتب على المطالبة القضائية اعتبار الشخص خصماً، ويترتب على ذلك مجموعة من النتائج القانونية تتمثل في جعل الخصم في وضع قانوني متميز، يمكن تسميته بالمركز القانوني للخصم، ولهذا المركز جانبان، الأول إيجابي: وهو ما يضم الحقوق الإجرائية، والثاني سلبي: وهو ما يضم الواجبات الإجرائية، فالحق الإجرائي إذاً عبارة عن مجموع المكناات الإجرائية التي يقرها القانون الإجرائي للخصم بهدف إضفاء الحماية الإجرائية على الحقوق الموضوعية^(٩٤).

الرابع: يذهب البعض إلى أن الحق الإجرائي عبارة عن مكنة أو سلطة أو مقدرة إجرائية منحها المشرع لشخص له صفة معينة حتى يمكنه من اتخاذ إجراءات قضائية

^(٩١) مشار إليه لدى: د. أحمد إبراهيم عبدالنواب، مرجع سابق، ص ٢٥، وص ١٠٧ وما بعدها.

^(٩٢) د. فتحي والي: مرجع سابق، ص ٢٩٩.

^(٩٣) المرجع السابق، نفسه. ويؤخذ على هذا الاتجاه أنه يقصر تعبير الحقوق الإجرائية على تلك الحقوق التي يقرها القانون للخصوم فقط دون غيرهم من أشخاص الدعوى المدنية؛ إذ اقتصر على الحديث عن السلطة الإجرائية المقررة لمصلحة الخصم دون ما سواها من سلطات يقرها القانون لمصلحة غير الخصوم في الدعوى المدنية. (د. وجدي راغب فهمي، مرجع سابق، ص ٥١٨).

^(٩٤) د. وجدي راغب فهمي: المرجع السابق، ص ٤٣٩ - ٤٤٠.

من طبيعة معينة، فهو سلطة لصاحب الصفة في الالتجاء للقضاء لحماية حق من الحقوق التي يدعيها^(٩٥).

في الوقت الذي يرى البعض أن الحقوق الإجرائية هي المكنتات أو الرخص التي تنشأ للخصوم أو للغير في بعض الأحيان للقيام بعمل إجرائي أو شكلي وفقا للقانون في خصومة قائمة أمام القضاء أو بسببها^(٩٦).

وأيا ما كانت الفروق بين الاتجاهات السابقة أو الانتقادات الموجهة إلى بعضها؛ فإن الحقوق الإجرائية هي مجموعة من الوسائل التي يكتسبها الشخص مباشرة نتيجة اكتسابه وصف الخصم أو لصاحب الصفة عند طلب الحصول على الحماية القضائية أو التنفيذية أو بسببها لإضفاء الحماية القضائية على حقوق الخصم الموضوعية^(٩٧).

^(٩٥) د. نبيل إسماعيل عمر: التكامل الوظيفي للأعمال الإجرائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١١م، ص ٢٧.

^(٩٦) د. أسامة المليجي: الإجراءات المدنية للتنفيذ الجبري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢م، ص ٢٧.

^(٩٧) د. أحمد إبراهيم عبدالنواب: مرجع سابق، ص ٥٠.

وفكرة الحق الإجرائي متميزة عن الإجراء القضائي؛ إذ الإجراء يتم وفقاً لسلطة إجرائية في الخصومة أو بسببها، فالحق الإجرائي أشمل من فكرة الإجراء القضائي، باعتبار أن الإجراء القضائي لا يعدو أن يكون محلاً له؛ لأن الحق قد يتعلق استعماله كسلطة في القيام بعمل إجرائي واحد، وقد ينصب على عدد أو مجموعة من الإجراءات القضائية اللازمة لإتمام وظيفة الحق الإجرائي. كما يتميز الحق الإجرائي عن الواجب الإجرائي؛ فإذا كان الحق الإجرائي في نظر بعض الفقه القانوني عبارة عن مكنة أو سلطة أو وسيلة؛ فإن الواجب الإجرائي هو التزام يفرضه القانون على الخصم لمصلحة خصم آخر، وذلك على خلاف فكرة العيب الإجرائي الذي يفرضه القانون لصالح الخصم نفسه. والواجبات الإجرائية عبارة عن التزامات يفرضها القانون على كل أشخاص الخصومة القضائية، سواء أكانوا الخصوم الأصليين أم المتدخلين أم القضاة أنفسهم، من أجل اعتبارات عدة، وهذه الواجبات تتنوع وتتعدد صورها في إجراءات التقاضي، ومن أهمها: واجب احترام الشكل، وواجب الإعلام بالإجراءات، وواجب الحضور، وواجب متابعة الإجراءات، وواجب الإثبات، وواجب حسن النية، وغيرها من الواجبات الإجرائية التي يفرضها قانون المرافعات. كما أن الحق الإجرائي يتميز عن المركز القانوني الإجرائي؛ فالحق الإجرائي يستمد وجوده من وجود الشخص في مركز قانوني إجرائي، وهذا الأخير يتواجد على إثر وجود الحق في طلب الحماية القضائية، وهو ما يتحقق بتوافر المصلحة المشروعة للحق في طلب الحماية القضائية، ومن ثم فإن هناك علاقة بين توافر المصلحة في طلب

ب- كفاية المصلحة لقبول الطلب وتقرير الحق الإجرائي:

نتفق مع ما يراه غالبية الفقه القانوني من كفاية شرط المصلحة لقبول الطلب القضائي وتقرير الحقوق الإجرائية المترتبة عليه، دون حاجة لاشتراط وجود الحق الموضوعي؛ إذ تكفي المصلحة بأوصافها التي حددها المشرع في المادة (٣) مرافعات مصري، والمادة (٣) إجراءات مدنية عماني، لقبول أي دعوى أو طلب أو دفع أو منازعة في التنفيذ، ولا يشترط في ذلك وجود الحق الموضوعي، إذ القول باشتراط وجود المصلحة الشخصية والمباشرة التي يقرها القانون، وأن تكون هذه المصلحة جدية ومشروعة، كاف لتحقيق الاستعمال المشروع لحق التقاضي بعيداً عن أي انحراف أو تعسف^(٩٨).

ج- نطاق الحق الإجرائي:

الحقوق الإجرائية في قانون المرافعات متنوعة ومتعددة، ويمكن تحديد نطاقها من خلال كل من حق الالتجاء للقضاء والحق في الدعوى، فالأول يتضمن كل ما من شأنه الاتصال بالمحكمة من المدعي أو المتدخل أو الطاعن، وهذا الحق متميز عن الحق في الدعوى، والذي يتعلق بكل ما من شأنه حصول المدعي أو المدعى عليه أو الطاعن أو المطعون ضده، سواء أكان ذلك يتعلق بالحق في الدفع أم بالحق في الطلب، وغيرها من الحقوق.

ثانياً- المقصود بالتعسف في استعمال الحق الإجرائي^(٩٩):

الحماية القضائية، وفكرة المركز القانوني الإجرائي، وما يترتب عليه من اكتساب وصف الخصم، وما يتعلق به من اكتساب الحقوق الإجرائية والالتزام بالواجبات والأعباء الإجرائية، والمركز القانوني الإجرائي هو وصف قانوني ينشأ لمن له المصلحة المشروعة في طلب الحماية القضائية أو من يراد الاحتجاج عليه بها ويترتب عليه اكتساب الشخص للحقوق والالتزامات التي يفرضها عليه القانون الإجرائي. (د. إبراهيم أمين النفاوي: مرجع سابق، ص ١٨. د. أحمد إبراهيم عبدالنواب، مرجع سابق، ص ١٤٩-١٥٢. د. فتحي والي، مرجع سابق، ص ١٩٦. د. نبيل إسماعيل عمر: سقوط وتصاعد وانتقال وتحول المراكز الإجرائية في قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٨م، ص ٥).

^(٩٨) د. نبيل إسماعيل عمر: المرجع السابق، ص ٧٩- ٨٠.

^(٩٩) فكرة الحق قد توجي للوهلة الأولى بأنه غير مقيد بقيد يحد من استعماله؛ إلا أن التضامن الاجتماعي وما يوجبه على الفرد نحو الجماعة، يقتضي أن يتوفر التوازن بين مصلحة الفرد ومصلحة

أ- تعريف التعسف في استعمال الحق الإجرائي:

خلا القانون (المصري والعماني) من هذا التعريف، وقد عرف الفقه القانوني التعسف في استعمال الحق بصفة عامة بتعريفات متعددة تدور جميعها حول معنى واحد، "إساءة استعمال الحق بحيث يؤدي إلى ضرر بالغير"^(١٠٠)، أو أنه "استعمال صاحب الحق لسلطاته المخولة له قانونا بكيفية تلحق ضررا بالغير"^(١٠١). وعرفته محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها بأن: "التعسف هو انحراف في سلوك الشخص العادي، بحيث يجب أن يتخذ إحدى الصور المنصوص عليها في المادة الخامسة من القانون المدني..."^(١٠٢). ومن جانبنا نتفق في أن التعسف في استعمال الحق الإجرائي يقصد به: الانحراف عن الغاية المشروعة للإجراء المتمثلة في المصلحة التي يبتغيها القانون من تنظيمه وحمايته للحق الإجرائي، بحيث تتجاوز بشكل واضح وكبير ما يصيب الغير من ضرر^(١٠٣).

ب- الخلاف حول المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق الإجرائي:

نعني بذلك اتجاهات الفقه القانوني في القول بخضوع الحق الإجرائي لنظرية التعسف شأنه في ذلك شأن غيره من الحقوق؛ أم عدم خضوعه لهذه النظرية باعتباره من حقوق

المجموع؛ بحيث لا يضر المجتمع من استعمال الفرد لحقه. وهذه النظرة تقتضي أن تكون هناك ضوابط يتحقق من خلالها هدف التضامن الاجتماعي في استعمال الحق، وهي مسألة صعبة؛ إذ لو ترك الأمر لتقدير الفرد لغلته الأثرة، فيبالغ في قدر ما له من حق، ويحط من شأن ما عليه من واجب. (أ. حسين عامر، مرجع سابق، ص ١٣).

^(١٠٠) د. سليمان محمد الطماوي: التعسف في استعمال السلطة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٦٦م، ص ٤٤٨.

^(١٠١) مشار إليه لدى سعاد مجاجي: التعسف في استعمال الحق الإجرائي، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد الثامن، ص ١٨٧.

^(١٠٢) مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة العاشرة، العدد الأول، ١٩٩٦م، مشار إليه لدى د. أحمد إبراهيم عبدالنواب، مرجع سابق، ص ٣٩٥.

^(١٠٣) قريب من هذا المعنى: د. علي عبيدي الحديدي، مرجع سابق، ص ١٢٦.

الإضرار والتي يترتب على استعمالها العادي والمألوف بشكل غالب أضرار تصيب الغير^(١٠٤). ولفقه القانوني في هذه المسألة اتجاهاً:

١- الأول: يذهب إلى منح الحق الإجرائي نوعاً من الحصانة ضد المسؤولية الناجمة عن التعسف، وذلك لما له من طبيعة خاصة، ومخافة استخدام الخصم سيء النية فكرة التعسف وسيلة للإضرار بخصمه الآخر، بمطالبته بالتعويض تحت زعم أن الحق الإجرائي استخدم ضده بشكل تعسفي، ولهذا يجب التضييق في الأخذ بمفهوم الخطأ لإقرار التعسف في الحق الإجرائي^(١٠٥).

٢- الثاني: يذهب إلى القول بخضوع الحق الإجرائي لقواعد المسؤولية الناجمة عن التعسف، شأن غيره من الحقوق الأخرى؛ لأن ذلك يؤدي إلى ضبط استعمال هذا الحق بشكل صحيح، فضلاً عن عمومية النص القانوني بشأن الاستعمال غير المشروع للحق والذي لم يخصص حقاً دون آخر^(١٠٦).

ونحن نميل إلى ترجيح الاتجاه الثاني؛ استناداً إلى عموم القاعدة الواردة في النص على حالات الاستعمال غير المشروع للحق، ودرء لما قد يؤدي إليه القول بالحصانة من إساءة استعماله.

ج- الشروط القانونية للتعسف في استعمال الحق الإجرائي:

١- أن يكون هناك حق إجرائي مخلولاً للشخص؛ فإن لم يتوفر له هذا الحق؛ فلا يمكن القول بوجود التعسف؛ لأن التعسف الإجرائي لا يتصور وروده إلا على الحق الإجرائي.

^(١٠٤) د. نواف حازم خالد، السيد علي عبيد: المسؤولية المدنية الناجمة عن التعسف في استعمال الحق الإجرائي في الدعوى المدنية، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد (١٢) العدد (٤٤) السنة ٢٠١٠م، ص ١٠٥ وما بعدها.

^(١٠٥) د. إبراهيم نجيب سعد: القانون القضائي الخاص، الجزء الأول، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٧٤م، ص ١٣٨- د. عزمي عبدالفتاح عطية: نحو نظرية عامة لفكرة الدعوى، منشأة المعارف، ٢٠١٨م، ص ٢٤٤- د. نبيل إسماعيل عمر: الطعن بالاستئناف وإجراءاته، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٠م، ص ٢٢٢.

^(١٠٦) د. أحمد السيد صاوي: مرجع سابق، ص ١٩٠ - المستشار. مصطفى هرجة: أحكام التقاضي الكيدي، إساءة استعمال حق التقاضي، دار محمود للطباعة والنشر، القاهرة، ٢٠٠٦م، ص ٢٩ وما بعدها.

٢- أن ينحرف صاحب الحق الإجرائي عن الغاية المشروعة لاستعماله؛ فإن استعمله وفقاً للمقتضيات القانونية الصحيحة وبعيدا عن نية الإضرار بالخصم، وكان حسن النية في استعماله^(١٠٧)، وتوفرت له المصلحة بأوصافها المقررة قانوناً، فلا يمكن وصف عمله بالتعسف.

٣- أن تكون المصلحة من استعمال الحق أقل مما يصيب الغير من ضرر جراء هذا الاستعمال.

د- معايير التعسف في استعمال الحق الإجرائي:

لم يحدد المشرعان (المصري والعماني) في قانون المرافعات معايير التعسف في استعمال الحق الإجرائي، مكتفياً بمعايير عدم مشروعية استعمال الحق -بصفة عامة- والتي نص عليها في القانون المدني، ومن ثم تسري هذه المعايير على الحق الإجرائي باعتباره أحد أنواع الحقوق، وهذه المعايير تبناها المشرع المصري في المادة (٥) من القانون المدني المصري، وتبناها المشرع العماني في المادة (٥٩) من قانون المعاملات المدنية، وهي كما سبق القول:

- ١- إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير (توفر قصد التعدي).
 - ٢- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.
 - ٣- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة.
 - ٤- إذا تجاوز ماجرى عليه العرف والعادة.
- ويلاحظ الاتفاق بين المشرعان (المصري والعماني) في شأن هذه المعايير؛ وإن كان المشرع العماني قد زاد على ما نص عليه المشرع المصري، المعيار الرابع من

^(١٠٧) وحسن النية واجب إجرائي يجب على الخصم الالتزام به في كل ما يقوم به من إجراءات، ولا يشترط لذلك نص القانون على هذا الواجب؛ بل هو مطلوب في كل التعاملات وكل الإجراءات، سواء نص القانون على ذلك أم لم ينص. (د. نوري حمد خاطر: وظائف حسن النية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد ١، السنة الخامسة، العدد التسلسلي ١٧، مارس ٢٠١٧م، ص ٩٠).

المعايير المشار إليها، وهو إذا تجاوز ماجرى عليه العرف والعادة، فهذا المعيار لم يرد النص عليه في المادة الخامسة من القانون المدني المصري^(١٠٨).

المطلب الثاني

انطباق فكرة التعسف في استعمال الحقوق الإجرائية على حالات

انتفاء المصلحة أو تعييبها والجزاء المترتب على ذلك

أولاً- التكيف القانوني لاستعمال الحق الإجرائي في حالة انتفاء المصلحة أو تعييبها:

قلنا إن المشرعين (المصري والعماني) قيّد استعمال الحقوق الإجرائية بضرورة توفر شرط المصلحة؛ فإذا انتفت هذه المصلحة أو تعيبت بعيب من العيوب التي تخل بأوصافها المقررة قانوناً؛ فإن استعمال الحق الإجرائي في هذه الحالة لا يكون استعمالاً صحيحاً لحماية مصلحة محمية قانوناً؛ ولكن هل يعد هذا الاستعمال تعسفياً أو كيدياً لمجرد انتفاء المصلحة أو تعييبها، أم لا بد من توفر قصد الإساءة وسوء النية لدى الخصم الذي يتخذ الإجراء في هذه الصورة، حتى يمكن تكيف استعمال الحقوق الإجرائية بالكيدي أو التعسفي، ومن ثم تقرير الجزاء على ذلك؟

الحقيقة أنه في ضوء مفهوم المصلحة بأنها الفائدة أو المنفعة التي تعود على رافع الدعوى من الحكم له بطلاباته كلها أو بعضها، وكون التعسف هو الانحراف عن الغاية المشروعة للإجراء المتمثلة في المصلحة التي يبتغيها القانون من تنظيمه وحمايته للحق الإجرائي، بحيث تتجاوز بشكل واضح وكبير ما يصيب الغير من ضرر؛ فإننا في حالات انتفاء المصلحة أو تعييبها، لا يمكننا اعتبار ذلك تعسفاً أو استعمالاً كيدياً للحق الإجرائي، دون النظر إلى ملاسبات هذا الاستعمال وما يحيط به من ظروف تنبئ عن سوء نية الخصم أو حسنها؛ وإنما لا بد من ثبوت أن الخصم قصد إساءة استعمال

^(١٠٨) ويجري نص المادة الخامسة من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨م، على أنه: "يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية: (أ) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير. (ب) إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية؛ بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها. (ج) إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة".

الحق الإجمالي، ونتفق في ذلك مع ما ذهب إليه المشرع المصري في الفقرة الأخيرة للمادة (٣) مرافعات، والتي قيدت الحكم بالغرامة لانتفاء المصلحة؛ بضرورة ثبوت إساءة استعمال حق التقاضي.

ومن ثم فمجرد انتفاء المصلحة أو تعيينها، لا يعد في نظرنا دليلاً كافياً على أن الخصم متعسفاً في استعمال الحق الإجمالي، وإنما مجرد قرينة على التعسف أو الاستعمال الكيدي، تستخلصها المحكمة من ظروف الدعوى وملابساتها؛ فإذا ثبت لديها إساءة استعمال الحق في ضوء انتفاء المصلحة أو تعيينها؛ فإنها تقضي بالجزاء المقرر على ذلك.

ونحن نتفق في ذلك مع ما ذهب إليه القضاء الفرنسي^(١٠٩) من القول بأن انعدام المصلحة قرينة على التعسف ونية الإضرار بالغير، ونرى أنها قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس، للمحكمة أن تستبطنها من وقائع الدعوى التي تنظرها، فلها تقدير إساءة استخدام حق التقاضي، وهي مسألة قانون، يخضع تقدير القاضي بشأنها لرقابة محكمة النقض؛ إذ ليس للمحكمة أن تعتبر مجرد انعدام المصلحة تعسفاً وإساءة لاستعمال حق التقاضي، دون النظر لظروف الدعوى وطبيعتها؛ وإنما عليها قبل أن تقرر ذلك؛ أن تتبين وجود هذا التعسف فعلاً، ولا تكفي بمجرد انعدام المصلحة؛ فقد يكون المدعي حتى مع انعدام المصلحة، حسن النية في استعمال طريق الدعوى، ولم يقصد الإضرار بخصمه.

ثانياً - طبيعة المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق الإجمالي:

إذا كنا قد انتهينا إلى القول بأن المسؤولية عن استعمال الحق -ومنه الحق الإجمالي- لم تعد موضع خلاف بعد انتصار الفكر الحديث، على الفكر التقليدي الذي

^(١٠٩) يذهب القضاء الفرنسي إلى أن انعدام المصلحة قرينة على التعسف وعلى نية الإضرار بالغير: Attend que l'exercice du droit de propriété qui a pour limite la satisfaction d'un intérêt sérieux et légitime ne saurait l'accomplissement d'acte malveillant ne se justifiant par aucune utilité a pourtant prejudice à autrui (colmar, 2 mai 1855 , D.1856II , p.9).

مشار إليه لدى د. أحمد إبراهيم عبدالنواب، مرجع سابق، ص ٦١٤.

كان ينادي بإطلاق الحقوق؛ فإن خلافاً آخر ثار حول طبيعة المسؤولية عن استعمال الحق الإجرائي، سيما بعد إجازة التعويض عن إساءة استعماله، في القوانين الحديثة، ومنها قانون المرافعات المصري والعماني.

ولا يسعنا هنا ذكر تفاصيل هذا الخلاف، ولكن نكتفي بالإشارة إلى أن هناك اتجاهان في هذه المسألة؛ يرى الأول منهما: أن التعسف صورة من صور المسؤولية التقصيرية، بينما يرى الثاني: أنه صورة مستقلة للمسؤولية. ونحن نرى وجهة الرأي الثاني؛ إذ لا يمكننا التسليم بقيام المسؤولية هنا على أساس الخطأ والمسؤولية التقصيرية.

وأياً ما كان الخلاف حول طبيعة هذه المسؤولية؛ فإن الذي نعنى به في مجال هذه الدراسة هو التأكيد على أن الجزاء عن التعسف في استعمال الحق الإجرائي لم يعد موضع خلاف، وهو ما قننه المشرع (المصري والعماني)، وأقره الفقه القانوني، ودرجت عليه أحكام القضاء. ولمحكمة الموضوع سلطة تقدير تعسف الخصم في استعمال حقه بشرط أن يكون استخلاصها سائغاً وله أصله في الأوراق^(١١٠).

ثالثاً- الجزاءات المترتبة على التعسف في حالات انتفاء المصلحة أو تعييبها:

إذا انتهينا إلى وصف استعمال الحق الإجرائي في حالة انتفاء المصلحة أو تعييبها، بكونه استعمالاً تعسفياً أو كيدياً، استناداً إلى ثبوت سوء النية وقصد الإساءة؛ فإن الجزاء المقرر على ذلك يأخذ صوراً ثلاثة، قررها المشرعان (المصري والعماني)، وهذه الجزاء قد يكون له طبيعة مالية (التعويض، والحكم بالمصاريف)، وقد يكون ذا طابع عقابي (الغرامة)، ونبين ذلك فيما يلي:

أ- الغرامة الإجرائية على انتفاء المصلحة أو تعييبها في القانون المصري والعماني:

^(١١٠) د. عبدالله عبدالحى الصاوي: آليات الحد من التعسف في استعمال الحق الإجرائي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، الكويت، السنة العاشرة، ملحق خاص، العدد ١٢، يناير ٢٠٢٢م، ص ٥٠.

تعد الغرامة من الوسائل العقابية المهمة التي لجأ إليها القانون للحد من التعسف في استعمال الحق الإجرائي، وهي وإن كانت تتفق مع التعويض والمصاريف، في طبيعتها المالية؛ فإنها تختلف عنهما في أن لها طابعا عقابيا^(١١١).

فالغرامة عقوبة مالية تقدم إلى الخزينة العامة تعويضاً عن الضرر الذي أصاب المجتمع جراء الاستعمال الكيدي التعسفي للحقوق الإجرائية في التقاضي والتنفيذ؛ بهدف الردع^(١١٢)، ويحقق الحكم بها أعلى قدر من الجدية عند طرح المنازعات على القضاء^(١١٣).

والهدف الذي سعى إليه القانون من فرض الغرامة، يتمثل في: ردع المتعسف في استعمال الحق الإجرائي بطريق ملتو أو معوج، ومقاومة الاستخدام التعسفي للحقوق الإجرائية، والمحافظة على حسن سير العدالة، بوضع العقوبات أمام الطلبات التسوية، حتى لا يتعطل الفصل في المنازعات، ومن ثم تحقيق المصلحة العامة والتي تتعلق بمصلحة الدولة في إدارتها للعدالة^(١١٤).

ويختلف موقف المشرع المصري عن نظيره العماني في النص على الغرامة الإجرائية باعتبارها جزاء على انتفاء المصلحة في مباشرة الإجراء القضائي، حيث

^(١١١) وتعرف الغرامة المدنية بأنها: عقوبة مالية تتضمن فرض مبلغ جزافي محدد مسبقاً على بعض السلوكيات غير المشروعة والمحددة بنص صريح، ويحكم بها من قبل القاضي المدني لصالح الخزنة العامة عن أفعال لا تعد مخالفات جنائية، وهي تختلف عن الغرامة الواردة في القانون الجنائي، وعن الغرامة المقررة من القاضي الإداري، أو من سلطة إدارية مستقلة. (مشار إليه لدى د. علاء الدين عبدالله الخصاونة: ماهية التعويض العقابي وطبيعته ومدى إمكانية الأخذ به في التشريع الأردني، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، الكويت، السنة التاسعة، العدد ٢، العدد التسلسلي ٣٤، يونيو ٢٠٢١م، ص ٤١٠-٤١١).

^(١١٢) د. سيد أحمد محمود، الغش الإجرائي في التقاضي والتنفيذ، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥م، ص ٢٢٣.

^(١١٣) د. وداد وهيب لهمود: إساءة استعمال الحق الإجرائي، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، المجلة الدولية للعلوم الإنسانية والاجتماعية، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، بيروت، العدد الأول، إبريل ٢٠٢٠م، ص ٩٧.

^(١١٤) Pierre Jacomet, Sanctions civiles de caractère pénal, Thèse Paris 1905, p1.

استحدث المشرع المصري نصاً لا مقابل له في القانون العماني، وهو نص الفقرة الأخيرة للمادة الثالثة مرافعات، والتي تنص على أنه: "ويجوز للمحكمة عند الحكم بعدم قبول الدعوى لانتفاء شرط المصلحة أن تحكم على المدعي بغرامة إجرائية لا تزيد عن خمسمائة جنيه إذا تبين أن المدعي قد أساء استعمال حقه في التقاضي".

فالمشرع المصري في هذا النص -على خلاف نظيره العماني الذي اكتفى بعدم القبول- يقرر الحكم بغرامة إجرائية قدرها خمسمائة جنيه، على من يستعمل حق التقاضي استعمالاً غير مشروع؛ إذا ثبت انتفاء المصلحة من وراء هذا الاستعمال. والحكم بالغرامة في هذه الحالة مقيد بأربعة شروط، وهي:

- ١- أن تقرر المحكمة عدم قبول الدعوى.
- ٢- أن يكون قرار المحكمة بعدم القبول راجعاً إلى انتفاء أو انعدام شرط المصلحة.
- ٣- أن يثبت لدى المحكمة أن المدعي أساء استعمال حق التقاضي.
- ٤- ألا تزيد الغرامة المحكوم بها على خمسمائة جنيه.

ولنا على هذا النص الملاحظات الآتية:

الملاحظة الأولى: أن النص أعطى للمحكمة سلطة الحكم بالغرامة من عدمه، أي أن الأمر جوازي للمحكمة، على الرغم من أن شرط الحكم بالغرامة؛ ثبوت سوء النية في جانب المدعي بإساءة استعمال حق التقاضي وانعدام المصلحة.

وهو أمر مستغرب في نظرنا؛ إذ كيف تنتهت المحكمة من سوء نية المدعي وإساءة استعمال حق التقاضي، ولا تقضي بالغرامة؛ ولذا نرى تعديل عبارة النص ليصبح "وعلى المحكمة عند الحكم بعدم قبول الدعوى...".

الملاحظة الثانية: أن الحكم بالغرامة الإجرائية المقررة بهذا النص، مقيد بأن يكون عدم قبول الدعوى راجعاً إلى انتفاء المصلحة، ولا شك أن انتفاء المصلحة يختلف عن تعييبها، وبالتالي لا يستطيع القاضي الحكم بالغرامة المقررة في المادة إذا كانت المصلحة تافهة مثلاً أو غير مشروعة؛ إذ المصلحة في مثل هذه الحالات غير منتفية؛ وإنما موجوده ولكنها معيبة يعيب يخل بأوصافها المقررة قانوناً.

ونعتقد بضرورة شمول الحكم بالغرامة للحالات التي يتبين فيها أن المصلحة من رفع الدعوى معيبة بعيب يظهر سوء نية المدعي وإساءة الحق في التقاضي، كما في حالات المصلحة التافهة.

الملاحظة الثالثة: أن الغرامة المقررة في النص قليلة القيمة بحيث لا تكفي لتحقيق الردع المطلوب على إساءة استعمال حق التقاضي في حالات انعدام المصلحة. ومن ثم نرى ضرورة زيادة قيمة الغرامة بحيث تتناسب مع القيمة الاقتصادية للعملة في الوقت الحالي.

الملاحظة الرابعة: أن الحكم بالغرامة في هذه الحالة مقيد بعدم قبول الدعوى؛ ومن ثم لا يحكم بها لانقضاء المصلحة من الإجراءات التي تباشر داخل الخصومة في حالات قبول الدعوى؛ وتطبق في هذه الحالة الغرامة المقررة في المادة (٢/١٨٨) مرافعات مصري، ويقابلها المادة (١٨٧) إجراءات مدنية عماني.

الملاحظة الخامسة: أن هذا النص خلا من النص على الحكم بالتعويض عن إساءة استعمال حق التقاضي في حالات انقضاء المصلحة، ومن ثم يعمل بالقاعدة العامة المقررة في المادة (١/١٨٨) مرافعات مصري، والتي قيد المشرع التعويض فيها بالنفقات الناشئة عن رفع الدعوى (على النحو الذي سيأتي بيانه).

ب- التعويض عن الدعوى أو الدفاع الكيدي في القانون المصري والعماني:

والتعويض هو وسيلة القضاء في محو أثر الضرر أو التخفيف من آثاره؛ إذا لم يكن محو الضرر نفسه ممكنا، وذلك بما يكفل ترضية المضرور، ويعيد التوازن بين مصلحة المتسبب في الضرر ومصلحة المضرور^(١١٥)، والغالب أن يكون التعويض مبلغا من المال يحكم به للمضرور على من أحدث الضرر، وقد يكون شيئا آخر غير المال؛ كالنشر في الصحف أو التتويه بحق المدعي في الحكم، أو غير ذلك.

وتتمتع المحكمة بسلطة تقديرية في تقدير الضرر الناشئ عن إساءة استعمال الحق الإجرائي، وتقدير التعويض عنه دون معقب عليها في ذلك^(١١٦)، ذلك أن

(١١٥) أ. حسين عامر، مرجع سابق، ص ٥٥٧.

(١١٦) نقض مدني مصري: الطعن رقم ٢٣٠ لسنة ٢٤ قضائية - جلسة ١٣/١١/١٩٥٨م.

استخلاص وقوع الفعل المكون للخطأ الموجب للمسئولية، هو مما يدخل في تقدير محكمة الموضوع؛ ما دام هذا الاستخلاص سائغاً ومستمداً من عناصر تؤدي إليه^(١١٧). وسلطة محكمة الموضوع في تقدير التعويض تخولها أن تدخل في حسابها جميع عناصر الضرر ومنها ما يصيب المضرور بسبب أمد التقاضي^(١١٨).

ويتفق موقف المشرعان في شأن الحكم بالتعويضات عن الاستعمال التعسفي للحق الإجرائي؛ وتختلف حالات التعويض بين التقييد والإطلاق؛ فقيدها بحدود النفقات الناشئة عن الدعوى والدفاع؛ وذلك بنصها على أنه: "يجوز للمحكمة أن تحكم بالتعويضات مقابل النفقات الناشئة عن دعوى أو دفاع قصد بهما الكيد" (المادة ١/١٨٨ مرافعات مصري، والمادة ١٨٧ إجراءات مدنية عماني).

ونحن نرى عدم تقييد التعويض في حالة إساءة استعمال حق التقاضي، بالنفقات الناشئة عن الدعوى؛ وإنما نرى إطلاقه بحيث يشمل كافة الأضرار الناشئة عن رفع الدعوى، قياساً على الحالات الأخرى التي نص فيها المشرعان على إطلاق التعويض. حيث أجاز المشرع المصري الحكم بالتعويضات دون قيود بناء على واقعة الخسارة في حالات أخرى، منها نص المادة (٤/٢٣٥) الخاصة بالاستئناف التعسفي، بنصه على أنه: "ويجوز للمحكمة أن تحكم بالتعويضات إذا كان الاستئناف قد قصد به الكيد"^(١١٩)، كما أجاز المشرعان الحكم بالتعويض دون قيود في بعض الحالات كما في

^(١١٧) نقض مدني مصري: الطعن رقم ١٢٣٦ لسنة ٥١ قضائية - جلسة ١٩٨٧/٣/٢٩ م.

نقض عماني: الطعن رقم ٢٧١/٢٧١ مدني ثانية عليا - جلسة ٢٠٠٦/١/٢١ م.

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه: "لا محل للتحدي بأن الحكم المطعون فيه لم يعمل ما تقضي به المادة ١٨٨ من قانون المرافعات، من جواز الحكم بالتعويض مقابل النفقات الناشئة عن دعوى أو دفاع قصد بهما الكيد؛ ذلك أن هذا النص لا يحول بين المضرور من الإجراءات الكيدية، وبين أن يرفع دعوى للمطالبة بالتعويض طبقاً للقواعد العامة الواردة في القانون المدني".

(الطعن رقم ١٤٥٦ لسنة ٤٩ قضائية - جلسة ١٩٨٣/٦/١ م).

^(١١٨) نقض مدني مصري: الطعن رقم ٣٧٥ لسنة ٣٢ قضائية - جلسة ١٩٦٧/٢/١٦ م.

^(١١٩) وقد أجازت المادة (٥٦٠) مرافعات فرنسي لقاضي الاستئناف، الحكم على الخصم الذي تغيب في خصومة أول درجة دون باعث مشروع، بالتعويضات عند رفعه استئنافاً عن هذا الحكم. وجاء نص هذه المادة على النحو الآتي:

حالة رفض التماس إعادة النظر بنصهما على أنه: "... وفي جميع الأحوال يجوز الحكم بالتعويضات إن كان لها وجه" المادة (٢٤٦) مرافعات مصري، و٢٣٧ إجراءات مدنية عماني، وكذلك في حالة عدم قبول الطعن بالنقض المادة (٢/٢٧٠) مرافعات مصري، والمادة (٢٦١) إجراءات مدنية عماني، وغيرها من الحالات الأخرى، ويقع عبء إثبات الضرر على المدعي بخلاف الظاهر، وفقا لما قررته أحكام المحكمة العليا^(١٢٠).

ج- الحكم بالمصاريف القضائية كجزاء على التعسف:

والمقصود بالمصاريف القضائية، مصاريف الدعوى المرفوعة أمام القضاء، وهي مجموع الرسوم القضائية والمصاريف الرسمية التي استلزمها رفع الدعوى وسيرها والحكم فيها^(١٢١)، وأتعاب الخبراء الذين عينوا في القضية ومصاريف الشهود الذين دعوا لسماع شهادتهم فيها، ومصاريف انتقال المحكمة أو القاضي في الحالات التي يستلزم فيها الأمر هذا الانتقال، وجزءاً يسيراً من أتعاب المحاماة الذين ترفعوا في الدعوى^(١٢٢).

وقد نص المشرعان (المصري والعماني) على الحكم -تلقائياً- بالمصاريف القضائية كجزاء يحكم به على الخاسر، جراء التعسف في استعمال الحق الإجرائي (المادة ١/١٨٤ مرافعات مصري، والمادة ١٨٣ إجراءات مدنية عماني)، حيث أوجببت المادتان على المحكمة عند إصدار الحكم الذي تنتهي به الخصومة أمامها أن تحكم

“Le juge d’appel peut condamner à des dommages – interest qui frème un appl principal après s’être abstenu, sans motif légitime, de comparaître en première instance”.

^(١٢٠) الطعن رقم ٢٠٠٥/٢٨٨ مدني أولى عليا - جلسة ٢٠٠٦/٢/٥ م.

^(١٢١) أ. محمد العشماوي، د. عبدالوهاب العشماوي: قواعد المرافعات في التشريع المصري المقارن،

مكتبة الآداب، القاهرة، ١٩٨٥، ج ٢/٧٠٤.

^(١٢٢) د. أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص ٧٦٥.

قضت محكمة النقض المصرية بأن: "المصاريف القضائية أخص من نفقات التقاضي، ذلك أن مصروفات الدعوى لا تشمل إلا النفقات اللازمة قانوناً والناشئة مباشرة عن رفع الدعوى وسيرها، ويدخل فيها بالضرورة ما تكبده المحكوم له من أتعاب المحاماة". (نقض مدني مصري: الطعن رقم ٦٤ لسنة ٣٧ قضائية - جلسة ١٣/٤/١٩٧٢ م).

من تلقاء نفسها في المصاريف، على الخصم المحكوم عليه فيها ويدخل في حساب المصاريف مقابل أتعاب المحاماة.

ولا شك أن الحكم على الخاسر بالمصاريف القضائية يعد وسيلة من وسائل الحد من التعسف في استعمال الحق الإجرائي، ذلك أن الخصم لو علم أنه سيتحمل كل ما تكبده خصمه من نفقات ومصروفات جراء تعسفه في الادعاء -فضلاً عما تحمله هو في رفع ومباشرة دعواه- فإنه سيتورع عن إقامة الدعاوى الكيدية؛ فإن لم يفعل؛ تحمل مغبة تعسفه وألزم بهذه المصاريف^(١٢٣).

الخاتمة

انتهينا بتوفيق من الله، من دراسة المصلحة الإجرائية باعتبارها شرط قبول الدعوى في القانون المصري والعُماني، وبعد الانتهاء من هذه الدراسة؛ فإننا نخلص إلى النتائج والتوصيات الآتية:

أولاً- النتائج:

١- المصلحة هي الفائدة العملية المشروعة التي يراد تحقيقها بالالتجاء إلى القضاء، وما لم تتوفر هذه المصلحة فلا تقبل الدعوى؛ إذ هي شرط لقبول الدعوى، وبدونها تعد الدعوى عبثاً لا فائدة منه، وحينئذ لا يجوز للقضاء نظرها، ولم يشترط القانون (المصري والعُماني) لقبول الدعوى سوى شرط المصلحة، باعتبار أن مفهومها بأوصافها التي حددها القانون يتسع ليشمل كافة الشروط الأخرى التي تحدث عنها بعض الفقهاء، وهي ليست شرطاً لقبول الدعوى فقط؛ وإنما شرط لقبول أي طلب أو دفع أو طعن في حكم، وليست لازمة لقبول ما يتمسك به المدعي فحسب؛ وإنما أيضاً لقبول ما يتمسك به المدعى عليه من دفع أو أي كان نوعها.

^(١٢٣) ولا نغني بذلك أن الحكم بالمصاريف ليس إلا جزءاً مالياً على التعسف في استعمال الحق الإجرائي؛ وإنما يحكم بالمصاريف أيضاً على الخصم الخاسر للدعوى وفقاً لما هو مقرر بالمادتين (١/١٨٤) مرافعات مصري، و١٨٣ إجراءات مدنية عُماني)، ولو لم يكن الخصم متعسفاً في استعمال دعواه.

- ٢- اشترط المشرعان في المصلحة التي يعتد بها في نظر القانون؛ ضرورة توفر أوصاف ثلاثة؛ وهي: أن تكون قانونية، وأن تكون شخصية ومباشرة، وأن تكون قائمة. مع بعض الاستثناءات على الوصف الثالث للمصلحة (المصلحة القائمة).
- ٣- يترتب على انتفاء المصلحة أو عدم توفر أوصافها المقررة قانوناً؛ عدم قبول الدعوى أو الطلب أو الدفع، غير أن موقف المشرع المصري في الحكم بعدم القبول يختلف عن موقف نظيره العماني؛ إذ نص المشرع صراحة في المادة الثالثة مرافعات على تعلق الدفع بعدم القبول لانتفاء المصلحة بالنظام العام، ومن ثم تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها، وهو ما لم ينص عليه المشرع العماني.
- ٤- تقوم قرينة حسن النية إلى جانب من يستعمل حقه في التقاضي حماية لمصلحة مشروعة تتوفر أوصافها القانونية؛ ومن ثم لا يسأل الخصم في هذه الحالة عن الضرر الناشئ عن استعمال حقه الإجمالي، طالما توفرت له المصلحة وكان حسن النية في استعمال هذا الحق.
- ٥- انتهينا إلى أنه في حالات انتفاء المصلحة أو تعييبها، لا يمكننا اعتبار ذلك تعسفاً أو استعمالاً كيدياً للحق الإجمالي، دون النظر إلى ملابسات هذا الاستعمال وما يحيط به من ظروف تنبئ عن سوء نية الخصم أو حسنها؛ وإنما لا بد من ثبوت أن الخصم قصد إساءة استعمال الحق الإجمالي؛ إذ لا يعد مجرد انتفاء المصلحة أو تعييبها، في نظرنا دليلاً كافياً على أن الخصم متعسفاً في استعمال الحق الإجمالي، وإنما مجرد قرينة على التعسف أو الاستعمال الكيدي، تستخلصها المحكمة من ظروف الدعوى وملابساتها.
- ٦- رأينا أن موقف المشرع المصري يختلف عن نظيره العماني في النص على الغرامة الإجرائية باعتبارها جزاء على انتفاء المصلحة في مباشرة الإجراء القضائي؛ حيث استحدث المشرع المصري نصاً لا مقابل له في القانون العماني، وهو نص الفقرة الأخيرة للمادة الثالثة مرافعات، والتي تنص على أنه: "ويجوز للمحكمة عند الحكم بعدم قبول الدعوى لانتفاء شرط المصلحة أن تحكم على المدعي بغرامة إجرائية لا

تزيد عن خمسمائة جنيه إذا تبين أن المدعي قد أساء استعمال حقه في التقاضي".

- ٧- يتفق موقف المشرعان (المصري والعماني) في شأن الحكم بالتعويضات عن الاستعمال التعسفي للحق الإجرائي؛ وتختلف حالات التعويض بين التقييد والإطلاق؛ فقيدها بحدود النفقات الناشئة عن الدعوى والدفاع؛ وذلك بنصهما على أنه "يجوز للمحكمة أن تحكم بالتعويضات مقابل النفقات الناشئة عن دعوى أو دفاع قصد بهما الكيد" (المادة ١/١٨٨ مصري، والمادة ١٨٧ عماني).
- ٨- نص المشرعان على الحكم -تلقائياً- بالمصاريف القضائية كجزاء يحكم به على الخاسر، جراء التعسف في استعمال الحق الإجرائي.

ثانياً- التوصيات:

- ١- نقترح على المشرع المصري تعديل نص الفقرة الأخيرة للمادة (٣) مرافعات، لتلافي الملاحظات التي أشرنا إليها في المبحث الثالث، بحيث تصبح عبارة الفقرة "وعلى المحكمة عند الحكم بعدم قبول الدعوى أو الطلب أو الدفع أو الطعن لانتفاء شرط المصلحة أو تعييبها، أن تحكم بغرامة إجرائية لا تزيد عن.... إذا تبين أن المدعي أو الطاعن أساء استعمال حقه في التقاضي، ويجوز لها الحكم بالتعويض عن ذلك". ونقترح إضافة النص ذاته إلى المادة (٣) إجراءات مدنية وتجارية عماني.
- ٢- نقترح على المشرع العماني إضافة فقرة إلى المادة الثالثة من قانون الإجراءات المدنية والتجارية، يكون نصها "وتقضي المحكمة من تلقاء نفسها في أية حالة تكون عليها الدعوى بعدم القبول، إذا لم تتوفر المصلحة بأوصافها المقررة قانوناً".
- ٣- نوصي المشرعين بالنص صراحة على أن شرط المصلحة؛ شرط لازم لقبول الدعوى ولاستمرار نظرها، بحيث يؤدي زوال المصلحة أثناء نظر الدعوى، إلى انقضاء الدعوى ذاتها وعدم السير فيها.
- ٤- نهيب بالمشرع المصري زيادة الغرامة المقررة في المادة الثالثة مرافعات، كجزاء على إساءة استعمال حق التقاضي؛ بحيث تتناسب والقيمة الاقتصادية الحالية

للعلمة، ونقترح على المشرع العماني، مراعاة ذلك عند تعديل نص المادة الثالثة من قانون الإجراءات المدنية والتجارية.

٥- نوصي المشرعين بتعديل نص المادتين (١/١٨٨) مرافعات مصري، و(١٨٧) إجراءات مدنية عماني، بما يسمح بإطلاق التعويض عن الاستعمال الكيدي للحقوق الإجرائية، وعدم تقييده بالنفقات الناشئة عن الدعوى أو الدفاع الكيدي.

المراجع

أولاً- الكتب القانونية:

- د. إبراهيم أمين النفاوي:
- الإخلال بالواجب الإجرائي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠١١م.
- التعسف في التقاضي، دار النهضة العربية، القاهرة، (د.ت).
- د. إبراهيم نجيب سعد: القانون القضائي الخاص، الجزء الأول، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٧٤م.
- د. أحمد إبراهيم عبدالنواب: النظرية العامة للحق الإجرائي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٩م.
- د. أحمد أبو الوفا: المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة ١٥، ١٩٩٠م.
- د. أحمد السيد صاوي: الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥م.
- د. أحمد مليجي: الموسوعة الشاملة في قانون المرافعات، طبعة نادي القضاة، مصر، ٢٠١١م.
- د. أحمد عوض هندي:
- أصول قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٧م.

- قانون المرافعات المدنية والتجارية (النظام القضائي والاختصاص والدعوى)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ١٩٩٥م.
- د. أسامة المليجي: الإجراءات المدنية للتنفيذ الجبري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢م.
- د. الكوني علي أعبوده: قانون علم القضاء، المركز القومي للبحوث والدراسات، ليبيا، ط١، ١٩٩٨م.
- د. أمينة مصطفى النمر:
- الدعوى وإجراءاتها منشأة المعارف بالإسكندرية، (د.ت).
- قوانين المرافعات، الكتاب الأول، منشأة المعارف بالإسكندرية، (د.ت).
- د. حامد أبو طالب: محاضرات في قانون المرافعات المدنية والتجارية، (د.ن)، ٢٠١٨م.
- أ. حسين عامر: التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، ١٩٩٨.
- د. رمزي سيف: الوسيط في شرح قانون المرافعات، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٧م.
- د. سليمان محمد الطماوي: التعسف في استعمال السلطة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٦٦م.
- د. سيد أحمد محمود، الغش الإجرائي في التقاضي والتنفيذ، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥م.
- أ. سيد حسن البغال، المطول في شرح الصيغ القانونية للدعاوى والأوراق القضائية، المجلد الأول في الدعوى، مكتبة عالم الكتب، مصر، ٢٠٠١م.
- د. شوقي السيد: التعسف في استعمال الحق، طبيعته ومعياره في الفقه والتشريع والقضاء، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٨م.
- د. عباس العبودي: شرح أحكام قانون المرافعات المدنية، دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل، ١٩٩٧م.
- د. عبدالباسط جميعي: مبادئ المرافعات دار الفكر العربي، مصر، ١٩٨٠م.

- د. عبدالنواب مبارك: الوجيز في أصول القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، ٢٠٠٨م .
- د. عبدالحميد أبو هيف: المرافعات المدنية والتجارية، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، ٢٠١٦م.
- د. عبدالمنعم الشراوي:
- شرح المرافعات المدنية والتجارية، دار النشر للجامعات المصرية، ١٩٥٠م.
- نظرية المصلحة في الدعوى: مكتبة عبدالله وهبه، مصر، الطبعة الأولى، ١٩٤٧م.
- د. عزمي عبدالفتاح عطية: نحو نظرية عامة لفكرة الدعوى، منشأة المعارف، ٢٠١٨م.
- د. علي عبدالحميد تركي: الحق في التقاضي، بين الاستعمال المشروع والتعسف، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩م.
- د. علي عبيد الحديدي: التعسف في استعمال الحق الإجرائي في الدعوى المدنية، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠١٥م، ص ١٥٥.
- د. عيد محمد القصاص: الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥م.
- د. فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٨م.
- أ. محمد العشماوي، د. عبدالوهاب العشماوي: قواعد المرافعات في التشريع المصري المقارن، مكتبة الآداب، القاهرة، ١٩٨٥.
- د. محمد حامد فهمي: المرافعات المدنية والتجارية، طبعة ١٩٣٥-١٩٣٦ (د.ن).
- د. محمد عبدالنبي غانم: قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٧م.
- د. محمود مصطفى يونس: المرجع في قانون إجراءات التقاضي المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٥م.

- أ. مصطفى هرجة: أحكام التقاضي الكيدي، إساءة استعمال حق التقاضي، دار محمود للطباعة والنشر، القاهرة، ٢٠٠٦م.
- د. نبيل اسماعيل عمر:
- التكامل الوظيفي لأعمال الإجرائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١١م.
- الطعن بالاستئناف وإجراءاته، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٠م.
- سقوط وتساعد وانتقال وتحول المراكز الإجرائية في قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٨م.
- الوسيط في قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٠م.
- د. وجدي راغب فهمي: مبادئ القضاء المدني، دار الفكر العربي، مصر، الطبعة الأولى، ١٩٨١م.

ثانياً- الأبحاث:

- د. سعاد مجاجي: التعسف في استعمال الحق الإجرائي، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد الثامن.
- د. سيد أحمد محمود: شرط المصلحة في الدعوى القضائية وشرط استمراريتها، ورقة بحثية في حلقة نقاشية بعنوان "شرط المصلحة في دعاوى القانون العام"، مجلة كلية الحقوق، جامعة الكويت، ملحق العدد الرابع- السنة الخامسة والعشرون- ديسمبر ٢٠٠١م.
- أ. صلاح الدين عبدالوهاب: بحث في الدعوى الكيدية، مجلة المحاماة، مصر، السنة ٣٤ العدد ٦، فبراير ١٩٥٤.
- د. عبدالله عبدالحى الصاوي: آليات الحد من التعسف في استعمال الحق الإجرائي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، الكويت، السنة العاشرة، ملحق خاص، العدد ١٢، يناير ٢٠٢٢.
- د. عبدالله علي الخياري: عبء الإثبات بين قواعد القانون المدني اليمني والقواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد ٤ السنة ٢٩، ديسمبر ٢٠٠٥م.

- د. علاء الدين عبدالله الخصاونة: ماهية التعويض العقابي وطبيعته ومدى إمكانية الأخذ به في التشريع الأردني، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، الكويت، السنة التاسعة، العدد ٢، العدد التسلسلي ٣٤، يونيو ٢٠٢١م.
- د. نواف حازم خالد، السيد علي عبيد: المسؤولية المدنية الناجمة عن التعسف في استعمال الحق الإجمالي في الدعوى المدنية، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد (١٢) العدد (٤٤) السنة ٢٠١٠م.
- د. نوري حمد خاطر: وظائف حسن النية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد ١، السنة الخامسة، العدد التسلسلي ١٧، مارس ٢٠١٧م.
- د. وداد وهيب لهمود: إساءة استعمال الحق الإجمالي، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، المجلة الدولية للعلوم الإنسانية والاجتماعية، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، بيروت، العدد الأول، إبريل ٢٠٢٠م.
- د. يحيى محمد النمر: شرط المصلحة في دعوى الإلغاء بين توسع القضاء وتضييق المشرع، مجلة القانون والاقتصاد، العدد التسعون، ٢٠١٥م.

ثالثاً- المراجع الأجنبية:

- Bernard Pacteau, contentieux administratif, 5^e édition, Presses Universitaires de France, 1999.
- Démogue(René): Les obligations en general, tome IV, p.317.L.Arthur Rousseau, Paris, 1924.
- Frederic Jerom Pansir et Jean Marie Pansir, abus de procedure et article 700de code de procedure civile, J.C.P.1983..
- Jean Vincent et Serge Guinchard procedure civile, éme edition, 1981.
- Nadine Poulet - Gibot Leclerc, Droit administratif, 3^e édition, Bréal, 2007.
- Pierre Jacomet, Sanctions civiles de caractère pénal, Thèse Paris 1905.



فكرة الوقت في ضوء المواعيد الإجرائية بين قانون الإجراءات المدنية والتجارية وقانون تبسيط إجراءات التقاضي (دراسة تحليلية مقارنة)

الدكتور/عبد الرحيم بن سيف بن علي القصابي*

المخلص:

أولى المشرع العماني المنازعات التي ينظمها قانون تبسيط إجراءات التقاضي في شأن بعض المنازعات عناية بالغة، وقد بدت أهم مظاهر هذه العناية؛ في حرصه على تنظيم المواعيد الإجرائية في هذا القانون بشكل دقيق، ووفقاً لمدد قصيرة، تتفق وطبيعة الدعاوى التي ينظمها.

ذلك أن للمواعيد الإجرائية أهمية بالغة في حسن سير العدالة وضمان استقرار المراكز القانونية، ومن الناحية الفنية البحتة لصياغة قانون تبسيط إجراءات التقاضي؛ نلاحظ استخدام المشرع الإجرائي لفكرة الوقت في صياغة العديد من قواعد قانون تبسيط إجراءات التقاضي. ويبدو ذلك للعيان بمجرد قراءة بعض مصطلحات هذا القانون مثل المدد والمواعيد وحلول الأجل والوقت الكافي والوقت المناسب وغير ذلك. ومن ناحية السياسة التشريعية تبدو فكرة الوقت بوضوح من خلال رغبة المشرع التي بدت واضحة في صياغة نصوص القانون، والتي تدل على هدف إنجاز الخصومات وإسداء العدالة في الوقت المناسب ومحاولة القضاء على ظاهرة بطء إجراءات التقاضي.

ويتضح من ذلك أن قوام قانون تبسيط إجراءات التقاضي إجراء وميعاد، ويوجد أهمية بالغة بالتلازم بينهما، إذ إن الإجراء لا يعد صحيحاً منتجاً لآثاره القانونية ما لم يتخذ خلال الميعاد الذي قرره المشرع. ومن هنا تأتي أهمية هذه الدراسة لتناول فكرة الوقت والمواعيد الإجرائية في قانون تبسيط إجراءات التقاضي، ولأبحاثه التنظيمية.

الكلمات المفتاحية: الوقت - الميعاد - الإجراء - تبسيط إجراءات التقاضي - الإجراءات القضائية.

* دكتوراه في القانون الخاص.



The Idea of time in Light of the Procedural Deadlines between Civil and Commercial Procedures Law And Litigation Procedures Simplification Law (Comparative Analytical Study)

Dr. Abdul-Rahim Saif Ali Al-Qassabi*

Abstract:

The Omani legislator has given great care to the disputes regulated by the Law to Simplify Litigation Procedures regarding some disputes and has dispelled the most important manifestations of this care. In his keenness to organize the procedural dates in this law accurately, and according to short periods, consistent with the nature of the lawsuits he regulates.

This is because procedural dates are of great importance in the smooth running of justice and in ensuring the stability of legal centers. From a purely technical point of view, the drafting of the Law Simplifying Litigation Procedures; We note that the procedural legislator used the idea of time in formulating many of the rules of the Law to Simplify Litigation Procedures. This becomes apparent once you read some of the terms of this law, such as periods, deadlines, deadlines, sufficient time, appropriate time, and so on. In terms of legislative policy, the idea of time appears clearly through the desire of the legislator, which seemed clear in drafting the provisions of the law, which indicates the goal of completing litigations, rendering justice in a timely manner, and trying to eliminate the phenomenon of slow litigation procedures.

It is clear from this that the basis of the Law of Simplifying Litigation Procedures is a procedure and a date, and there is a great importance in the correlation between them, as the procedure is not considered correct and produces its legal effects unless it is taken within the time limit decided by the legislator. Hence the importance of this study to address the idea of time and procedural dates in the Law of Simplifying Litigation Procedures, and its regulations.

Keywords: Time – Deadline – Procedure – Simplification of Litigation Procedures – Judicial Procedures.

*PhD in Private Law.

المقدمة

استخدام المشرع الإجرائي فكرة الوقت في صياغة العديد من قواعد قانون تبسيط إجراءات التقاضي في بعض المنازعات، والصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٠٢٠/١٢٥، وكذلك لائحته التنظيمية الصادرة بقرار المجلس الأعلى للقضاء رقم ٢٠٢٠/١٠٤، وقد بدا ذلك واضحا وجليا في مصطلحات هذا القانون ولائحته التنظيمية؛ مثل: المُدد، والمواعيد، وحلول الأجل، والوقت الكافي، والوقت المناسب، وغير ذلك، ويدل ذلك على حرص المشرع على حسن إدارة وقت الدعوى؛ بهدف إنجاز الخصومات وإسداء العدالة في الوقت المناسب، ومحاولة القضاء على ظاهرة بطء إجراءات التقاضي.

ذلك أن الإجراءات القضائي يقترن غالبا؛ وأيا كان نوعه بميعاد محدد لمباشرته، وما لم يتخذ الإجراء في موعده؛ فلا يعد بحسب الأصل صحيحا ولا منتجا لآثاره القانونية، وبذا تُضحى المواعيد المقترنة بالإجراءات متممة لشكليتها. وقد قيد القانون كثيرا من إجراءات المرافعات بمواعيد أوجب مراعاتها فيها، قاصدا بذلك الاطمئنان إلى حسن سير القضاء وتعجيل القضايا ووضع حد للمنازعات ومنع المفاجآت، وتمكين الخصوم من إعداد وسائل دفاعهم للرد على الطلبات التي توجه إليهم أو المستندات التي تقدم ضدهم.

والميعاد الإجرائي عبارة عن فترة زمنية يحددها القانون يقيد بها الإجراء القضائي فيشترط القيام به إما قبل بدئها أو خلالها أو بعد انقضائها؛ ذلك أن قانون المرافعات يحدد آجالا معينة يتخذ فيها الإجراء حتى ينتج أثره، وحتى يكون أطراف النزاع على علم مسبق بهذه المواعيد، ومن ثم يراعونها عند اتخاذ الإجراءات محافظة على حقوقهم^(١).

وتتمثل أهمية المواعيد في أنها تعد ضمانا لحسن سير القضاء؛ إذ تؤدي إلى تقييد الخصوم بزمان معين لاتخاذ الإجراء، حتى لا تتراخى إجراءات الخصومة وتتأخر على نحو غير مبرر، فيأتي الميعاد ليحول دون تأييد المنازعات وبما يحقق مصالح الخصوم

(١) عبدالله عبدالحى الصاوي: إجراءات التقاضي أمام القضاء المدني، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠٢٠م، ص ١٠٦.

باستقرار مراكزهم القانونية في وقت مناسب، كما أن المواعيد تؤدي إلى احترام حقوق الدفاع بمنح الخصوم فسحة من الوقت تكفي لاتخاذ ما يلزم من إجراءات وإعداد وسائل الدفاع، وبذلك تستجيب مواعيد الإجراءات لمبدأ حرية الدفاع^(٢).

فالمواعيد تؤدي وظيفتين في الخصومة: فبعضها يرمي إلى دفع الخصم إلى القيام بعمل إجرائي معين حتى لا تبقى الخصومة موبدة بغير نهاية، ومثالها ميعاد سقوط الخصومة، وبعضها يرمي إلى منح الخصم فترة زمنية كافية للقيام بعمل، ومثالها ميعاد التكاليف بالحضور^(٣).

فوظيفة المواعيد الإجرائية تتمثل في ضرورة قيام الخصوم بالنشاط الإجرائي خلال فترة زمنية محددة أثناء الخصومة، بما يعمل على تحقيق الهدف منها. وهكذا؛ في المواعيد الإجرائية لا يكون موضوع الحق محلاً للنزاع بصورة مباشرة، ورغم أن الحق الموضوعي؛ في حالة عدم القيام بالإجراء في الميعاد المحدد، قد يكون مهدداً بالخطر؛ إلا أن الحق الموضوعي لا ينقضي؛ في الحقيقة، إلا باستحالة الحصول على الحماية اللازمة له، وليس نتيجة لجزاء السقوط المترتب على مخالفة الميعاد الإجرائي^(٤).

ونظراً لهذه الأهمية الإجرائية والعملية للوقت والمواعيد؛ فقد أولاهما المشرع العماني عناية بالغة في قانون تبسيط إجراءات التقاضي ولائحته التنظيمية. وفي ضوء هذا الاهتمام التشريعي، تأتي هذه الدراسة لتبين منهج المشرع بشأن فكرة الوقت في هذا القانون.

(٢) أحمد السيد صاوي: الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠م، ص ٥٥٣.

(٣) أحمد مليجي: الموسوعة الشاملة في التعليق على قانون المرافعات، طبعة نادي قضاة مصر، ٢٠١٢، ج ١/٥٧٧.

(٤) عزمي عبد الفتاح: الوسيط في قانون المرافعات الكويتي، قانون القضاء المدني الكويتي، مؤسسة دار الكتب، الكويت، الطبعة الأولى ٢٠٠٦ - ٢٠٠٧م، ص ٤٩٠.

إشكالية وأهمية الدراسة:

تتناول الدراسة موضوع فكرة الوقت في ضوء المواعيد الإجرائية بقانون تبسيط إجراءات التقاضي في شأن بعض المنازعات الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٠٢٠/١٢٥، ومعالجة هذا الموضوع يثير تساؤلات عديدة؛ منها: هل راعى المشرع مسألة تحديد المواعيد وفق مدد قصيرة تحول دون تعطيل سير العدالة، وفي الوقت ذاته لا تفوت فرصة حسن أداء العدالة، وما هي كيفية احتساب المواعيد؛ ومتى تبدأ ومتى تنتهي؛ ومدى ثباتها أو قابليتها للتعديل، وما أحوال هذا التعديل، وما الجزاء المترتب على عدم مراعاة الميعاد الإجرائي؟

ولعل أهمية موضوع المواعيد الإجرائية من خلال فكرة الوقت لا يحتاج إلى كثير من البيان، ويمكن إدراك الأهمية البالغة للمواعيد الإجرائية، من خلال تصور ما يكون عليه الوضع لو خلت إجراءات التقاضي من أية مواعيد على الإطلاق؟ نعتقد أنه لا يمكن احتمال وضع كهذا. إذ سيعم التحكم، وتسود الفوضى، وهذا ما سعى المشرع إلى تفاديه بتنظيمه إجراءات ومواعيد التقاضي وفقا لقانون تبسيط إجراءات التقاضي في شأن بعض المنازعات.

منهج البحث:

اتبعت في إعداد هذا البحث، منهجا تحليليا في دراسة المواعيد والمهل المقررة في قانون تبسيط إجراءات التقاضي، ووفقا لما هو مقرر بقانون الإجراءات المدنية والتجارية.

خطه البحث:

- نتناول موضوع البحث في مقدمة ومبحثين وخاتمة على النحو الآتي:
- المبحث الأول: فكرة الوقت في قانون تبسيط إجراءات التقاضي العماني:**
وذلك في أربعة مطالب:
- المطلب الأول: قواعد الإدارة الرشيدة للوقت الاجرائي.
- المطلب الثاني: القواعد العامة في حساب المواعيد الاجرائية.
- المطلب الثالث: تنظيم المواعيد في قانون تبسيط إجراءات التقاضي.

المطلب الرابع: فكرة الوقت وأثرها في حالات انقطاع الخصومة بقوة القانون.

المبحث الثاني: ضوابط قيمة الوقت في الفصل في الدعوى.

المطلب الأول: التأجيل وحق الدفع الاجرائي.

المطلب الثاني: ضوابط التأجيل والتمديد.

المطلب الثالث: التأجيل إعمالاً للدفع بعدم الاختصاص.

المطلب الرابع: التأجيل إعمالاً لحق العلم.

المبحث الأول

فكرة الوقت في قانون تبسيط إجراءات التقاضي

إن العلاقة بين فكرة الوقت وبين قانون تبسيط إجراءات التقاضي في شأن بعض المنازعات الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٠٢٠/١٢٥ ولائحته التنظيمية، علاقة وثيقة، ويبدو ذلك واضحاً، سواء على مستوى الصياغة الفنية لقواعده، أو على مستوى السياسة التشريعية لمشرعه.

فمن الناحية الفنية البحتة نلاحظ استخدام المشرع الإجرائي لفكرة الوقت في صياغة العديد من قواعد قانون تبسيط إجراءات التقاضي. ويبدو ذلك للعيان بمجرد قراءة بعض مصطلحات هذا القانون مثل المدد والمواعيد وحلول الأجل والوقت الكافي والوقت المناسب وغير ذلك. ومن ناحية السياسة التشريعية تبدو فكرة الوقت بوضوح من خلال رغبة المشرع التي بدت واضحة في صياغة نصوص القانون، والتي تدل على هدف إنجاز الخصومات وإسداء العدالة في الوقت المناسب ومحاولة القضاء على ظاهرة بطء إجراءات التقاضي.

وأرى أن قوام قانون تبسيط إجراءات التقاضي إجراء وميعاد، وتوجد أهمية بالغة بالتزام بينهما، إذ إن الإجراء لا يعد صحيحاً منتجاً لآثاره القانونية ما لم يتخذ خلال الميعاد الذي قرره المشرع، ويرى بعض الفقه أن فكرة المواعيد لها استخدامات متعددة في قانون المرافعات؛ فهي تنظم الإجراءات وترتبط بينها، وتفضل بين إجراءات كل

منظومة إجرائية، وهي أيضاً تضع حداً لتأبيد المنازعات وحداً لصدور الأحكام وتعد أداة فعالة للتخلص من الخصومات الراكدة^(٥).

وإذا كان قانون تبسيط إجراءات التقاضي يكرس فكرة الوقت بصفة أساسية من خلال المواعيد الإجرائية؛ فإن فكرة الوقت تتجاوز ذلك بكثير، ولقد لوحظ أن لعنصر الوقت وجهين: الأول هو المدة وسريانها، والثاني هو اللحظة وجمودها، ومن هذا نستطيع تفهم ما ذهب إليه رأى في تعريف الميعاد الإجرائي بأنه "فترة بين لحظتين"^(٦)، وما ذهب إليه رأى آخر في التفرقة بين الآجال والمهل من ناحية وهي المواعيد الإجرائية بالمعنى الضيق، وبين الأزمان والأوقات من ناحية أخرى^(٧).

وبناء على التفرقة بين اللحظة والمدة، ذهب الأستاذ الفرنسي جنشار إلى التفرقة بين ما أسماه باستراتيجية الميعاد من ناحية وتكتيك اللحظة من ناحية ثانية، وبين إدارة وسيلة الوقت في الدعوى من ناحية ثالثة^(٨).

فمن الناحية الأولى نلاحظ ما أطلق عليه اسم السياسة التشريعية الإجرائية في احترام السريان الطبيعي للوقت. ويبدو ذلك في مظهرين:
الأول: بالنسبة للوقت المنقضي لا بد من الاعتراف به، وترتيب آثار قانونية إجرائية عليه. فمثلاً فوات ميعاد الطعن في الحكم يجعله نهائياً غير قابل للطعن فيه نظراً لسقوط حق الطعن.

الثاني: بالنسبة للوقت المستقبل فلا بد من تأمينه سواء للقاضي أو الخصوم، ويبدو ذلك بالنسبة لتطور الخصومة في المستقبل، فبعض من الوقت لا بد منه لاستواء القضية على عودها. هذا ما تقتضيه طبيعة الأشياء وما يستوجبه حق الدفاع، فلا بد من إتاحة

(٥) نبيل عمر: الهدر الإجرائي واقتصاديات الإجراء، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ١٩٩٩م، ص ٢٣.

(٦) فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص ٣٦٢.

(٧) أمينة مصطفى النمر: الدعوى وإجراءاتها، منشأة المعارف بالإسكندرية، ص ٢٧٤، ص ٣٨٩.

(٨) وجدي راغب فهمي: مبادئ القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١م، ص ١٤٥، ص ٦٣٣ وما بعدها.

الفرصة الزمنية الكافية لاستعمال هذا الحق بالنسبة للخصوم؛ ولذلك نظم قانون تبسيط إجراءات التقاضي مواعيد الحضور ومواعيد الإعلان وحق المعلن إليه في التأجيل لاستكمال الميعاد إذا تم تبليغه بالمخالفة لمواعيد الحضور.

ومن ناحية أخرى لا بد من إتاحة الفرصة الكافية للقاضي لتكوين عقيدته تجاه الدعوى؛ فالمشرع قد منح القاضي وقتاً كافياً لتأمل القضية وفحص ادعاءات الخصوم بعد تقديمها بمعزل عنهم حتى يكون محايداً خال ذهن من أي تأثير^(٩).

أما من الناحية الثانية وحيث تلعب اللحظة الحالة دورها في تعديل ما تم في الخصومة، فيبدو ذلك في ثلاثة مظاهر:

المظهر الأول: اللحظة الحالة تزيل أثر الماضي. وهذا هو ما يعرف بمبدأ الرجعية. ويبدو ذلك في اللحظة التي يقع فيها جزء إجرائي حيث يتمثل أثره في زوال العمل الإجرائي أو حتى الخصومة برمتها وذلك ابتداء من اللحظة التي ينطلق فيها القاضي به، مثل: سقوط الخصومة واعتبارها كأن لم يكن. وفي هذا الأثر الرجعي للجزاء تكمن قوته وخاصة من حيث زوال آثار المطالبة القضائية، وبشكل أكثر خصوصية فيما يتعلق بزوال الأثر القاطع لتقادم الحق الموضوعي عندئذ قد لا يجد الحق الموضوعي دعوى تحميه بعدما يكون قد فات ميعاد سماعها ويستحيل على المدعي بالتالي رفعها من جديد^(١٠).

المظهر الثاني: في اللحظة الحالة قد لا نعتد بالماضي، ويترتب على ذلك ثلاثة نتائج:

النتيجة الأولى: أنه لا تقادم قبل ميعاد حق الدعوى: بمعنى أنه لا يمكننا احتساب الماضي قبل ميلاد الحق في الدعوى، ولذلك لا يبدأ الحديث عن سريان ميعاد سماع الدعوى الذي يحدده القانون الموضوعي لكل دعوى قبل بداية الحق فيها.

(٩) أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٨، ص ٦٣ وما بعدها.

(١٠) المرجع السابق، ص ٧٦ وما بعدها.

النتيجة الثانية: عدم سريان الميعاد في مواجهة من لا يستطيع اتخاذ الإجراء، وهذا المبدأ من العدالة والعمومية بحيث يشمل كافة المواعيد. وبوجه خاص المواعيد المقترنة بجزاء؛ بحيث إذا فات الميعاد رغم أنف الخصم ولم يستطع اتخاذ الإجراء خلاله بسبب قوة القاهرة حالت دون اتخاذ الإجراء؛ فلا يمكن محاسبة الخصم على ذلك. وهذا ما يعرف بوقف الميعاد بقوة القانون (القوة القاهرة). ولهذا المبدأ تطبيقات عديدة سوف نتناولها في حينها^(١١).

النتيجة الثالثة: تبدو في فكرة الانقطاع: ويعرف انقطاع الميعاد بأنه زوال ما جرى فيه في الماضي في لحظة معينة، هي اتخاذ إجراء قاطع للميعاد وعدم احتساب ما فات قبل هذا الإجراء، مع بداية سريان ميعاد جديد ابتداء من لحظة هذا الإجراء، والانقطاع كالوقف كلاهما من عوارض الميعاد. لكن الفرق بينهما يبدو أولاً في أسباب كل منهما وأثره على الميعاد.

فالوقف لا يكون -إلا كما يبدو في النتيجة السالفة الذكر- حيث لا يستطيع الخصم اتخاذ الإجراء في الميعاد، فيقف الميعاد خلال الفترة التي لا يستطيع الخصم أن يتخذ فيها الإجراء مع احتساب القدر الذي فات من الميعاد قبل حدوث المانع، واستكمال الميعاد بعد زواله^(١٢).

أما الانقطاع فيحدث كلما عبر الخصم عن إرادته في الاستفاضة بكامل الميعاد؛ فانقطاع ميعاد تقادم حق، يعني أن صاحبه قد عبر عن إرادته في المطالبة بهذا الحق، فيعرف الانقطاع بأنه كلما حدث ما يوجبه قانوناً فإن القدر من الميعاد الذي انقضى قبل حدوثه يعتبر كأن لم ينقض، وتبدأ مدة جديدة. والأصل أن المواعيد الإجرائية تخضع لما يعرف بمبدأ ثبات الميعاد، إلا أنه على سبيل الاستثناء قد تنقطع وقد تتمدد كما سيبدو لنا.

(١١) رمزي سيف: الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة السابعة ١٩٦٧م، ص ٤٣٢.

(١٢) أحمد مسلم: التأصيل المنطقي لأحوال انقضاء الخصومة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية - يناير ١٩٦٩م، ص ٧٨.

المظهر الثالث: الذي تبدو فيه اللحظة كعقبة حاضرة في طريق سريان الوقت الذي بدأ في الماضي، بحيث يكف عن السريان ليستأنف السير ابتداءً منها، ويبدو هذا في التنازع الزمني للقوانين بحيث يقف القانون القديم عن السريان بعد نشر القانون الجديد أو بعد النشر بمدة معينة.

ومن الناحية الثالثة تظهر ما أسماه الأستاذ جنشار بالإدارة الرشيدة لوسيلة الوقت؛ حيث إن نجاح السياسة التشريعية في تحقيق الفاعلية المطلوبة للقواعد الإجرائية المتعلقة بفكرة الوقت تعتمد في المقام الأول على إدارة حكيمة لهذه الوسيلة الفنية من خلال تنظيم تشريعي محكم يحقق الضمانات القانونية^(١٣).

وفي ضوء هذا البيان لفكرة الوقت؛ فإننا نتناول هذا المبحث في أربعة مطالب على النحو الآتي:

المطلب الأول: قواعد الإدارة الرشيدة للوقت الاجرائي.

المطلب الثاني: القواعد العامة في حساب المواعيد الاجرائية.

المطلب الثالث: تنظيم المواعيد في قانون تبسيط إجراءات التقاضي.

المطلب الرابع: فكرة الوقت وأثرها في حالات انقطاع الخصومة بقوة القانون.

المطلب الأول

قواعد الإدارة الرشيدة للوقت الاجرائي

أولاً- دقة المواعيد من حيث قدرها وطرق احتسابها:

إن قواعد حساب الميعاد من الأهمية بحيث إذا لم تكن واضحة محددة؛ اضطرب الميعاد في بدايته ونهايته. والقاعدة العامة في حساب المواعيد أنه يبدأ الميعاد من اليوم التالي لحدوث الواقعة المجرية له وينتهي بنهاية اليوم الأخير وهذا ما نصت عليه المادة (١٥) قانون الإجراءات المدنية والتجارية بنصها: "إذا عين القانون للحضور أو لحصول الإجراء ميعادا مقدرا بالأيام أو بالشهور أو بالسنين، فلا يحسب منه يوم

(١٣) وجدي راغب، مرجع سابق، ص ٦٣٣ وما بعدها.

الإعلان أو حدوث الأمر المعتر في نظر القانون مجرياً للميعاد، أما إذا كان الميعاد مما يجب انقضاؤه قبل الإجراء فلا يجوز حصول الإجراء إلا بعد انقضاء اليوم الأخير من الميعاد، وينقضي الميعاد بانقضاء اليوم الأخير منه إذا كان ظرفاً يجب أن يحصل فيه الإجراء. وإذا كان الميعاد مقدراً بالساعات، كان حساب الساعة التي يبدأ منها والساعة التي ينقضي بها على الوجه المتقدم. وتحسب المواعيد المعينة بالشهر أو بالسنة بالتقويم الميلادي ما لم ينص القانون على خلاف ذلك". وبذلك يكون المشرع قد فرق بين ما يعرف بالمواعيد الناقصة والمواعيد الكاملة.^(١٤) كما سيأتي.

ثانياً- مراعاة ظروف الخصوم الخاصة عند احتساب المواعيد:

إن أكثر ما يبدو فيه هذا الاعتبار هو حالة المواعيد المقترنة بجزء مثل مواعيد الطعن في الأحكام، ذلك أن احتساب هذا النوع من المواعيد بطريقة آلية دون مراعاة ظروف الخصوم يهدد الحقوق على غير مقتضى العدل والمنطق. ويعد تطبيق مبدأ (لا يسرى الميعاد في مواجهة من لا يستطيع اتخاذ الإجراء) تلبية حقيقية لمقتضيات العدل والمنطق في هذا الشأن.

كما أن الأخذ بما يعرف بمواعيد العطلة الرسمية، وبالتالي امتداد المواعيد الأصلية بمواعيد إضافية تطبيقاً لمبدأ مراعاة ظروف الخصوم الخاصة عند احتساب المواعيد^(١٥).

ثالثاً- لمن تكون السيادة على الوقت الإجرائي؟

لقد تنازع تحديد السيادة على الخصومة بصفة عامة اتجاهاً -عبر مراحل تطور القانون- الاتجاه الأول: يعرف بالطابع الاتهامي للخصومة المدنية، حيث تكون السيادة المطلقة فيها للخصوم باعتبار أن الخصومة المدنية ملك خالص للخصوم، إذ يطلق العنان لمبدأ سلطان إرادة الخصوم فيها، ويقف القاضي موقف الحكم على المباراة القضائية ليعلن في النهاية الطرف الفائز، وهذا الاتجاه المعروف باسم المبادرة

^(١٤) وجدي راغب فهمي: دراسات في مركز الخصم أمام القضاء المدني، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، السنة ١٢، ١٩٧٦م، ص ١٢٨.

^(١٥) أحمد مسلم، التأصيل المنطقي لأحوال انقضاء الخصومة، مرجع سابق، ص ٢٥.

الخاصة، جاء ليقابله اتجاه يعرف باسم الطابع التحقيقي أو التقني، أو المبادرة القضائية، حيث يترك للقاضي سلطة تقديرية واسعة في توجيه الخصومة. والواقع أن الوقت الإجرائي جزء من الخصومة والسيادة على الخصومة تنعكس بشكل مباشر على السيادة عليه. والمشرع الحديث في أغلب دول العالم لم يعد يأخذ بمبدأ المبادرة الخاصة أو الطابع الاتهامي على إطلاقه، ولا بمبدأ المبادرة القضائية أو الطابع التحقيقي على إطلاقه، وإنما أخذ موقفاً وسطاً بحيث لم تعد الخصومة المدنية - ومن ثم الوقت الإجرائي- من إطلاقات الخصوم إلا أنها لم تصبح بعد من إطلاقات القاضي. فلا تزال الخصومة ملكاً للخصوم. وإن أعطى المشرع فيها للقاضي سلطة التوجيه، ومما يؤكد ذلك ربط المشرع العديد من المواعيد بجزاء وهي المواعيد الحتمية كما سنرى^(١٦).

المطلب الثاني

القواعد العامة في حساب المواعيد الاجرائية

نصت المادة (١٥) قانون الإجراءات المدنية والتجارية على أنه "إذا عين القانون للحضور أو لحصول الإجراء ميعادا مقدرا بالأيام أو بالشهور أو بالسنين، فلا يحسب منه يوم الإعلان أو حدوث الأمر المعتبر في نظر القانون مجريا للميعاد، أما إذا كان الميعاد مما يجب انقضاؤه قبل الإجراء فلا يجوز حصول الإجراء إلا بعد انقضاء اليوم الأخير من الميعاد، وينقضي الميعاد بانقضاء اليوم الأخير منه إذا كان ظرفا يجب أن يحصل فيه الإجراء، وإذا كان الميعاد مقدرا بالساعات، كان حساب الساعة التي يبدأ منها والساعة التي ينقضي بها على الوجه المتقدم، وتحسب المواعيد المعينة بالشهر أو بالسنة بالتقويم الميلادي ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

(١٦) أحمد مسلم، مرجع سابق، ص ٢٦، ٢٧. الطعن ٢٠١٦١٩٨ جلسة الأربعاء ٢٠١٦١١٣٠م.

الفرقة بين المواعيد الإجرائية حسب معيار الحساب:

سبق بيان بعض ملامح فكرة الوقت في قانون الإجراءات المدنية والتجارية وقانون تبسيط إجراءات التقاضي في شأن بعض المنازعات، وقلنا إن فكرة الميعاد بعض من فكرة الوقت، ومما يؤكد ذلك ما أسميناه بالتعددية في مظاهر فكرة الوقت القانوني. بل هناك تعددية حتى داخل فكرة الميعاد، بناء على معايير مختلفة^(١٧)، والذي يهمننا في هذا المقام هو التعددية بناء على معيار حساب الميعاد بين المواعيد الكاملة، والمواعيد الناقصة، والمواعيد المرتدة، حيث نستعرضها ونبين مدى جدواها.

فالميعاد الكامل: هو الميعاد الذي يجب أن ينقضي بتمامه قبل اتخاذ الإجراء، مثل مواعيد إلغاء صحيفة الدعوى من النظام المنصوص عليها في المادة (٢٦) من قانون تبسيط إجراءات التقاضي في شأن بعض المنازعات وإذا انقضت (٧) سبعة أيام متصلة على آخر إخطار وجه إليه دون استيفاء المطلوب، يلغى طلبه تلقائياً من النظام الإلكتروني ولا يرتب أي أثر قانوني.. وتحسب هذه المواعيد وفقاً للقاعدة العامة بعدم احتساب اليوم الذي وقعت فيه الواقعة الجزية للميعاد، سواء كانت هذه الواقعة إعلاناً أو غيره، وإنما يبدأ حساب الميعاد اعتباراً من اليوم التالي، وينقضي الميعاد بانقضاء اليوم الأخير، وعندئذ فقط يمكن اتخاذ الإجراء، وهو في المثال السابق إلغاء صحيفة الدعوى، وإن كان إلغاء صحيفة الدعوى في ذاته لا يمثل الإجراء بالمعنى الدقيق، وإنما هو مقدمة له، وبانقضاء اليوم الأخير يكون الميعاد قد اكتمل^(١٨).

أما الميعاد الناقص: فهو الميعاد الذي يجب اتخاذ الإجراء خلاله وإلا سقط الحق فيه، مثل مواعيد الطعن في الأحكام، ويحسب هذا الميعاد أيضاً بعدم احتساب اليوم الذي وقعت فيه الواقعة الجزية للميعاد، أيما كانت، وإنما يبدأ حسابه اعتباراً من اليوم التالي، وينقضي بانقضاء اليوم الأخير ميعاد الاستئناف وفقاً للمادة (١٣) من قانون تبسيط إجراءات التقاضي، (١٥) يوماً من اليوم التالي لصدور الحكم، أو من

^(١٧) طلعت دويدار: الوسيط في شرح قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، ٢٠١٢م، ص ٣٤٧ وما بعدها.

^(١٨) طلعت دويدار، المرجع السابق، ص ٥٤٧ وما بعدها.

تاريخ إعلان الحكم للمحكوم عليه في حال كان الحكم غيابياً، وطبقاً للمادة (١٥) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية "تحسب المواعيد المعينة بالشهر أو السنة بالتقويم الشمسي ما لم ينص القانون على غير ذلك".

فإذا كان الميعاد مقدراً بالسنين أو الشهور؛ فالعبرة هنا بالسنة الشمسية وليس بالسنة القمرية، والعبرة بالشهور الميلادية وليس بالشهور الهجرية.

والملاحظ أنه لا توجد تفرقة في قواعد الحساب بين المواعيد الكاملة والمواعيد الناقصة، ولذلك ما كان المشرع بحاجة إلى هذه التفرقة فهي تفرقة قليلة الجدوى، طالما أنه من المتفق عليه في قواعد الحساب هو عدم الاعتداد باليوم الأول وهو اليوم الذي وقعت فيه الواقعة المجرية للميعاد، وإنه بانقضاء اليوم الأخير لا يجوز اتخاذ الإجراء في الميعاد الناقص، ويجب اتخاذ الإجراء في الميعاد الكامل^(١٩).

وهذا هو المعنى الحقيقي لقول المشرع لا يحسب من الميعاد يوم الإعلان أو الذي حدث فيه الأمر المعتبر في نظر النظام مجرياً للميعاد، وينقضي الميعاد بانقضاء اليوم الأخير منه إذا كان يجب أن يحصل فيه الإجراء (وهو ما يعرف بالميعاد الناقص)، أما إذا كان الميعاد مما انقضاؤه قبل الإجراء فلا يجوز حصول الإجراء إلا بعد انقضاء اليوم من الميعاد (الميعاد الكامل)^(٢٠).

وقد نصت المادة (١٥) على أنه: "وإذا كان الميعاد مقدراً بالساعات، كان حساب الساعة التي يبدأ منها والساعة التي ينقضي بها على الوجه المتقدم، وتحسب المواعيد المعينة بالشهر أو بالسنة بالتقويم الميلادي ما لم ينص القانون على خلاف ذلك"، من حيث وجوب عدم احتساب الساعة التي وقع فيها الأمر المجري للميعاد، واحتساب الساعة الأخيرة، ومع ذلك ذهب رأي إلى التفرقة بين ميعاد اليوم وميعاد الأربع وعشرين ساعة، فبينما لا يحسب بصدد ميعاد اليوم أو الساعة التي يبدأ منها الميعاد، يحسب بصدد (ميعاد الأربع والعشرين) ساعة حصول الأمر المعتبر مجرياً للميعاد، فإذا تم هذا

(١٩) أحمد أبو الوفاء، التعليق على نصوص قانون المرافعات، منشأة المعارف، ١٩٩٠م، ص ١٦١.

(٢٠) الطعن رقم ٢٠١٠١٢٧٥ مدني ب جلسة الأحد ٢٠١٠١٢١٥م.

الأمر في منتصف الساعة وكان الميعاد مقدراً بيوم فلا يعتد بكل اليوم الذي تم فيه هذا الأمر، ويحسب اليوم التالي كاملاً، أما إذا كان الميعاد مقدراً بأربع وعشرين ساعة فيحسب من ابتداء الساعة التي وقع فيها الأمر المجري للميعاد حتى ولو وقع في منتصف الساعة^(٢١).

امتداد الميعاد بسبب العطلة الرسمية:

نصت المادة (٨) من اللائحة التنظيمية^(٢٢) لقانون تبسيط إجراءات التقاضي في شأن بعض المنازعات على أنه: "وإذا انقطع تسلسل الجلسات بعد انعقاد الخصومة، إما بسبب مصادفة موعد الجلسة إجازة رسمية أو تعذر عقد الجلسة لأي سبب آخر، يكون الموعد الجديد المحدد لنظر الدعوى منتجا لآثاره بغير إعلان، وإذا كانت الدعوى محجوزة للحكم اعتبر موعد جلسة النطق به مؤجلاً إلى اليوم ذاته من الأسبوع الذي يليه وينتج آثاره بغير إعلان، ما لم يكن الحكم صادراً بتوجيه اليمين الحاسمة فلا يرتب أي أثر إلا بإعلانه إلى الخصم الذي تخلف عن جلسة النطق بالحكم".

والحكمة من هذه القاعدة أنه لا ينبغي أن يُحرم الخصم من الاستفادة الكاملة بالميعاد إذا صادف آخره يوم عطلة رسمية، وبحيث تضيع عليه الفرصة الأخيرة في اتخاذ الإجراء إذا كان الميعاد ناقصاً مثل ميعاد الطعن، أو تضيع عليه الفرصة الأولى في اتخاذ الإجراء إذا كان الميعاد كاملاً مثل ميعاد الحضور.

ومن أجل ذلك؛ فإن هذه القاعدة من العمومية بحيث تطبق على كافة أنواع المواعيد الإجرائية سواء كانت مواعيد كاملة أو ناقصة حتمية أو تنظيمية، وسواء كانت مقدرة بالسنين أو بالشهور أو بالأيام أو بالساعات، وتسري على المواعيد القانونية التي تحددها النصوص، والمواعيد القضائية التي تحددها المحكمة، ولكنها لا تسري على

(٢١) أحمد أبو الوفا، التعليق، المرجع السابق، ص ١٦١ وما بعدها.

(٢٢) صدرت اللائحة بقرار المجلس الأعلى للقضاء، رقم ١٠٤ لسنة ٢٠٢١ بإصدار اللائحة التنظيمية لقانون تبسيط إجراءات التقاضي في شأن بعض المنازعات.

المواعيد الاتفاقية التي يحددها الخصوم بأنفسهم لأنهم لابد أن يأخذوا في حسابهم أيام العطل الرسمية^(٢٣).

كما تسري هذه القاعدة حتى ولو كان الميعاد قد امتد لأي سبب آخر بحيث يكون الميعاد الأصلي والميعاد الإضافي وحدة واحدة فإذا صادف نهاية الميعاد بعد امتداده يوم عطلة، امتد مرة أخرى إلى يوم عمل بعدها، والعبرة في كل الأحوال أن تصادف العطلة آخر يوم في الميعاد؛ فلا عبرة بالعطلات الرسمية التي تقع في أول الميعاد، ولا في أثناء سريانه، فهي لا توقف الميعاد مهما طال.

والمقصود هنا بالعطلة، العطلة الرسمية التي تعطل فيها المصالح الحكومية في الدولة مثل: أيام والجمع من كل أسبوع وكذلك أيام الأعياد الدينية والوطنية، وليست العبرة بالعطلة الشخصية التي يتمتع فيها الخصم بإجازة خاصة^(٢٤).

امتداد الميعاد بسبب المسافة:

نصت المادة (١٦) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية على امتداد الميعاد بسبب المسافة، وتكرس هذه المادة استثناء هاماً جداً على ما يعرف بمبدأ ثبات المواعيد الإجرائية، يتمثل هذا الاستثناء في امتداد هذه المواعيد بإضافة ما يعرف بميعاد المسافة، بحيث يطول الميعاد مراعاة للظروف الخاصة للخصوم، وهو كما سبق يعد من مقتضيات السياسة الرشيدة في إدارة فكرة الوقت في قانون الإجراءات المدنية والتجارية^(٢٥).

وهذا الاستثناء من الأهمية والعمومية بحيث غدا من القواعد الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والتجارية؛ فهو الاستثناء القاعدة حقا. ولذلك ليس غريبا أن يضعه قانون الإجراءات المدنية والتجارية في مصاف الأحكام العامة.

(٢٣) وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، مرجع سابق، ص ٣٢٨.

(٢٤) وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، مرجع سابق، ص ٣٢٤.

(٢٥) أحمد هندي: قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٥م،

نطاق تطبيق القاعدة:

هذه القاعدة من العمومية بحيث تنطبق على سائر المواعيد المنصوص عليها قانوناً، سواء في ذلك المواعيد الحتمية المقترنة بتوقيع جزء مثل مواعيد الطعن في الأحكام، أو المواعيد التنظيمية التي لا يترتب على مخالفتها جزء مثل مواعيد الحضور، أو غير ذلك، متى كان المكان الذي يقع فيه محل إقامة الخصم خارج السلطنة، والمكان الذي يجب أن يتخذ فيه الإجراء داخلها، وذلك حتى يستفيد الخصم من كامل الميعاد فلا يضيع هدراً ما بين السفر والانتقال وما يقتضيه حق الدفاع من الاستعداد لاتخاذ الإجراء. وتنطبق هذه القاعدة على كافة المواعيد المنصوص عليها قانوناً، سواء في قانون الإجراءات المدنية أو غيره من القوانين، ولكنه لا ينطبق على المواعيد المنصوص عليها في قانون تبسيط إجراءات التقاضي حيث إن الحكم يدور مع علته وسببه وجوداً وعدمًا؛ ولهذا إذا علق المشرع حكماً بسبب أو علة، زال ذلك الحكم بزوالهما وبما أن علة الامتداد هو تحقيق المساواة بين الخصوم قد توافرت بوجود التقاضي الإلكتروني فلا وجود لمواعيد المسافة^(٢٦).

المطلب الثالث

تنظيم المواعيد في قانون تبسيط إجراءات التقاضي

أولاً- النص على مواعيد قصيرة لمباشرة الإجراءات:

من أهم ضمانات الحماية الإجرائية التي حرص عليها قانون تبسيط إجراءات التقاضي في بعض المنازعات؛ تحقيق العدالة الناجزة؛ وهو أمر حرص عليه المشرع، من خلال نصه على المواعيد الإجرائية للفصل في الدعوى، وهي مواعيد قصيرة تتناسب مع طبيعة هذه الدعوى.

(٢٦) أحمد السيد صاوي: الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠م، ص ٤٤٧.

حيث أوجب على الدائرة الابتدائية أن تصدر حكمها في النزاع خلال مدة لا تزيد على (٣٠) ثلاثين يوماً من تاريخ إحالته إليها^(٢٧)، ويبدو من ذلك حرص المشرع على سرعة الفصل في هذه الدعاوى لتوفير الحماية الإجرائية والقضائية لهذا النوع من المنازعات.

وهو اتجاه محمود للمشرع نأمل أن يمتد ليشمل كافة الدعاوى الأخرى التي ينظم إجراءاتها قانون الإجراءات المدنية والتجارية، وإن كنا نرى؛ أن ميعاد الثلاثين يوماً من الناحية الواقعية محل ملاحظة، سيما أن القانون لم يشر إلى ميعاد الحضور في هذه الدعاوى، ومن ثم يعمل بالمادة (٦٧) إجراءات مدنية وتجارية، فيكون ثمانية أيام، وإذا ما أثير دفع بعدم الاختصاص النوعي، فإن الفصل فيه يجب أن يكون خلال ثمانية أيام أخرى، وإذا ما طعن في حكم الاختصاص، فيجب أن يكون الطعن خلال ١٠ أيام والحكم في الطعن خلال ١٥ يوماً.

صحيح أن المشرع أجاز تمديد الميعاد لفترة لا تزيد على أربعة أشهر؛ إلا أننا نعتقد أن تعديل مدة الفصل في الدعوى لتصبح ستين يوماً، مع جواز مدها لمدة مماثلة، سيكون أدق وأسرع. حتى لا تكون المواعيد الإجرائية قبل المد؛ مجرد رؤى فلسفية تهيم في فراغ عدم التطبيق^(٢٨).

ثانياً- فكرة ميعاد الحضور في قانون تبسيط إجراءات التقاضي:

تنص المادة (٢٥) من اللائحة التنظيمية لقانون تبسيط إجراءات التقاضي، على أنه: "يجب على مودع صحيفة الدعوى والخصوم ووكلائهم متابعة الإجراءات عن طريق النظام الإلكتروني ولا يقبل منهم الدفع بعدم علمه بالموعد المحدد لنظر الدعوى".

^(٢٧) المادة (١٠) من قانون تبسيط إجراءات التقاضي رقم ١٢٥ لسنة ٢٠٢٠.

^(٢٨) عبدالله عبدالحى الصاوي: الحماية الإجرائية ودورها في تشجيع الاستثمار الأجنبي، في ضوء رؤية عمان ٢٠٤٠ وقانون تبسيط إجراءات التقاضي، المؤتمر العلمي السابع لكلية الحقوق - جامعة السلطان قابوس "الإطار التشريعي الحمائي للاستثمار الأجنبي"، ٢٠٢٣م، ص ١٦.

وتنص المادة (٢٩) من ذات اللائحة على أنه: "تعتبر إجراءات تقديم المذكرات والمستندات وتبادلها إلكترونياً بين أطراف الدعوى عن طريق النظام الإلكتروني، إجراءات حضورية وتنتج آثارها القانونية، ويلزم أن تتقيد بشأنها المحكمة المختصة بضوابط الإعلان الإلكتروني للأوراق القضائية".

طبيعة ميعاد الحضور وحكمته:

إن ميعاد الحضور هو الفترة الزمنية الواقعة بين تاريخ إعلان صحيفة الدعوى أو ورقة التكاليف بالحضور وبين تاريخ الجلسة التي يتعين على المعلن إليه أن يحضر فيها. وهو بهذا المعنى ميعاد كامل يجب أن ينقضي بتمامه قبل اتخاذ الإجراءات أي قبل حضور الجلسة؛ لأن الحكمة منه هو إعطاء الخصم فسحة زمنية كافية للاستعداد للمثول أمام المحكمة، بإعداد دفوعه وأوجه دفاعه واستكمال مستنداته.

فالحكمة منه إذاً مرتبطة بضرورة احترام حقوق الدفاع، ومع ذلك يعد من المواعيد التنظيمية وليس من المواعيد الحتمية؛ فلا يترتب على مخالفته سقوط أو بطلان، غير أن عدم مراعاة ميعاد الحضور يقابله رد فعل يتناسب معه تحقيق الغاية منه المرتبطة بحق الدفاع، حيث إنه وفقاً لنص المادة (٨) من اللائحة التنظيمية لقانون تبسيط إجراءات التقاضي، "يلتزم الخصوم في الدعوى بمتابعة قرارات التأجيل ومواعيد الجلسات التي تحددها المحكمة المختصة، وإذا انقطع تسلسل الجلسات بعد انعقاد الخصومة، إما بسبب مصادفة موعد الجلسة إجازة رسمية أو تعذر عقد الجلسة لأي سبب آخر، يكون الموعد الجديد المحدد لنظر الدعوى منتجا لآثاره بغير إعلان، وإذا كانت الدعوى محجوزة للحكم اعتبر موعد جلسة النطق به مؤجلاً إلى اليوم ذاته من الأسبوع الذي يليه وينتج آثاره بغير إعلان، ما لم يكن الحكم صادراً بتوجيه اليمين الحاسمة فلا يترتب أي أثر إلا بإعلانه إلى الخصم الذي تخلف عن جلسة النطق بالحكم".

فقد يكون عدم مراعاة ميعاد الحضور أو عدم كفايته قد أثر بشكل مباشر على عدم قدرة المعلن إليه على الاستعداد لمواجهة خصمه، ولذلك حسناً فعل المشرع بأن واءم بين الفعل ورد الفعل عند عدم التزام الخصوم في الدعوى بمتابعة قرارات التأجيل

ومواعيد الجلسات التي تحددها المحكمة المختصة من خلال النظام الإلكتروني للمحكمة، يكون الموعد الجديد المحدد لنظر الدعوى منتجاً لآثاره بغير إعلان، ولا يعد إخلالاً بحق الدفاع وإلا كان ذلك هدراً إجرائياً لا مبرر له^(٢٩).

حق المدعى عليه في التأجيل لاستكمال الميعاد:

قلنا إن مواعيد الحضور مواعيد تنظيمية قصد بها إفساح الوقت الكافي للمعلن إليه المكلف بالحضور أمام المحكمة للاستعداد لاستعمال حقوق الدفاع؛ ولذلك فإنه لا يترتب على مخالفتها بطلان صحيفة الدعوى، وإلا كان ذلك هدراً إجرائياً لا مبرر له. ولذلك حسناً فعل المشرع بأن واءم بين الفعل ورد الفعل؛ حيث أعطى الموجه إليه الإعلان -دون مراعاة ميعاد الحضور- الحق في طلب تأجيل الجلسة لاستكمال الميعاد، وهذا كنوع من التعويض العيني عما لحقه من تقويت ميعاد الحضور عليه، وخير التعويض ما كان عينياً.

المطلب الرابع

فكرة الوقت وأثرها في حالات انقطاع الخصومة بقوة القانون

لضرورة واقعية بمجرد توافر حالة من الحالات الواردة بالنص القانوني، تنقطع الخصومة بقوة القانون ويترتب على ذلك كل آثار الوقف، مع بقاء الخصومة قائمة منتجة لكافة آثارها فلا تزول بأثر رجعي، والضرورة التي تستدعي انقطاع الخصومة هنا ضرورة واقعية لا إرادة للخصوم فيها؛ فالوفاة أو فقد الأهلية بالجنون أو العته أو زوال الصفة النيابة، أمور تقع بغير إرادة من الشخص، ومع ذلك يترتب عليها القانون أثراً إجرائياً متمثلاً في انقطاع الخصومة^(٣٠).

(٢٩) عزمي عبد الفتاح: واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة باعتباره أهم تطبيق لحق الدفاع، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٧م، ص ٢ وما بعدها. رمزي سيف، الوسيط، ص ٣٠٩ وما بعدها. الطعن ٢٠١٠١٣٧٥ الدائرة التجارية جلسة الاربعاء ٢٠١١٣١٢٢م.

(٣٠) أحمد مسلم، أصول المرافعات، المرجع السابق، ص ٥٣٦.

والملاحظ بصفة عامة في هذه الأسباب الثلاثة أنه لو افترضنا جدلاً استمرار الخصومة رغم قيام أحدها لانهار مبدأ مهم جداً من المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والتجارية هو مبدأ المواجهة الذي يعد أحد حقوق الدفاع^(٣١). ولهذا فإنه إذا قام أحد هذه الأسباب بعد أن تكون الدعوى قد تهيأت للفصل فيها فلا خشية عندئذ على مبدأ المواجهة وحق الدفاع، ولذلك لا تقف الخصومة بل يجب على المحكمة الفصل فيها.

أولاً- أسباب انقطاع الخصومة بقوة القانون:

عددت المادة (١٢٩) قانون الإجراءات المدنية والتجارية هذه الأسباب على النحو التالي:

١. وفاة أحد الخصوم:

تقف الخصومة لوفاة أحد الخصوم سواء كان المدعى أو المدعي عليه بعد إعلان صحيفة الدعوى لأنه لو رفعت الدعوى على شخص تبين فيما بعد أنه متوفي قبلها، فلا تقوم أصلاً للخصومة قائمة.

وتقف الخصومة في حالة الوفاة إلى أن يعلم ورثة المتوفي أنهم صاروا أطرافاً في الخصومة محل مورثهم، لأنهم قد يجهلون قيام الخصومة أصلاً؛ ولذا فإن اتخاذ أي إجراء في مواجهة هؤلاء قبل الإعلان يعد إخلالاً بحق الدفاع. علماً بأن "انقطاع الخصومة بحصول الوفاة أو بفقد الأهلية يعتبر من تاريخ حصوله لا من تاريخ علم المحكمة بذلك".

وينطبق هذا الحكم بطريقة القياس على زوال الشخصية المعنوية للشخص الاعتباري، حيث تقف الخصومة إلى أن يعلم من يحل محله بوجود الخصومة، ويحدث ذلك في حالة اندماج الشركات في الأحوال التي يترتب فيها على الاندماج زوال

(٣١) فتحي والي، الوسيط، المرجع السابق، ص ٥٩٣. رمزي سيف، الوسيط، ص ٥٧١ وما بعدها.

شخصية إحدى الشركتين المندمجتين وبقاء الأخرى. أو زوال شخصية كل من الشركتين وظهور شخصية جديدة تحتويهما^(٣٢).

٢. فقد الأهلية الإجرائية:

تعد الأهلية الإجرائية شرطاً لصحة الإجراءات، فيجب أن يتخذ الإجراء من ذي أهلية في مواجهة ذي أهلية، ولذا تقف الخصومة بقوة القانون إلى أن يحل محل فاقد الأهلية من يمثله وهو القيم عليه وهو ما يعرف بتصحيح شكل الدعوى؛ فإذا اتخذ إجراء في مواجهة فاقد الأهلية كان باطلاً. ولذلك نصت المادة (١٣١) قانون الإجراءات المدنية والتجارية على أنه يترتب على انقطاع الخصومة بطلان جميع الإجراءات التي تحصل أثناء الانقطاع، وهذا ما يؤكد أن الأهلية شرط لصحة الإجراءات، لأن فاقد الأهلية لا يستطيع نظاماً مواجهة الإجراءات فيكون اتخاذ الإجراءات في مواجهته إخلالاً بحق الدفاع. كذلك الحال لو اتخذ من فقد أهليته إجراء، فإنه يقع باطلاً حتى لو كان قد اتخذ في مواجهة خصمه الآخر كامل الأهلية^(٣٣).

3. فقد الصفة النيابة عن مباشر الخصومة:

الصفة النيابة ثلاثة أنواع: قانونية (شرعية) لنيابة الولي أو الوصي عن القاصر أو فاقد الأهلية، وقضائية كنيابة القيم عن المجنون أو المعتوه أو السفهه أو ذي الغفلة أو المساعد القضائي عن العاجز عجزاً جسمانياً مزدوجاً واتفاقية وهي ما تعرف في لغة الإجراءات المدنية؛ بالتوكيل بالخصومة.

وقد استبعدت المادة (١٢٩) قانون الإجراءات المدنية والتجارية "التوكيل بالخصومة" ولم يترتب على زوال النيابة فيه وقف الخصومة بقوة القانون، حيث نصت على أنه: "سير الخصومة لا ينقطع بانتهاء الوكالة، وللمحكمة أن تمنح أجلاً مناسباً للموكل إذا كان قد بادر فعين وكيلاً جديداً خلال الخمسة عشر يوماً من انتهاء الوكالة الأولى".

(٣٢) عبد الباسط جمعي: نظرية الاختصاص في قانون المرافعات الجديد وتعديلاته، دار الفكر

العربي، القاهرة، ص ٢٥٣.

(٣٣) أحمد مسلم، أصول المرافعات، مرجع سابق، ص ٢٩٦.

ونلاحظ من أنه "لا يحول اعتزال الوكيل أو عزله دون سير الإجراءات؛ إلا إذا أبلغ الموكل خصمه بتعيين بديل عن الوكيل المعتزل أو المعزول أو بعزمه على مباشرة الدعوى بنفسه"، وحيث إن الخصومة هنا لا تقف إلا في إحدى حالتين: الحالة الأولى: إذا كان عزل الوكيل أو اعتزاله بغير موافقة المحكمة. الحالة الثانية: إذا لم يبلغ الموكل خصمه بتعيين بديل عن الوكيل أو بعزمه على مباشرة الدعوى بنفسه.

أما إذا أبلغ الموكل خصمه بما ذكر فإن الخصومة يتم تأجيلها؛ حيث نصت المادة (١٢٩) على أن تمنح المحكمة أجلاً مناسباً للخصم الذي عزل أو اعتزل وكيله إذا كان قد بادر بتعيين وكيل جديد خلال (١٥) يوماً من انتهاء الوكالة الأولى، ويكون هذا الأجل المناسب من أجل استعداد الوكيل الجديد للترافع في الدعوى بعد أن يكون قد درسها وأحاط بجزئيتها، وذلك إعمالاً لحق الدفاع^(٣٤).

مفهوم تهيئة الدعوى للفصل فيها:

نصت المادة (١٣٠) قانون الإجراءات المدنية والتجارية على أن: "تعتبر الدعوى مهياًة للحكم في موضوعها إذا أبدى الخصوم أقوالهم وطلباتهم الختامية في جلسة المرافعة قبل الوفاة أو فقد أهلية الخصومة أو زوال الصفة".

قلنا إن الحكمة الكامنة وراء نظام ما يعرف بانقطاع الخصومة هي المحافظة على مبدأ المواجهة احتراماً لحقوق الدفاع، ولذا فإنه متى كانت الدعوى قد تهيأت للحكم في موضوعها وحدث سبب الانقطاع فلا تقف الخصومة، هكذا نصت المادة (١٢٩) قانون الإجراءات المدنية والتجارية وجاءت المادة (١٣٠) لتحدد مفهوم الدعوى التي تهيأت للفصل فيها بأنها الدعوى التي أبدى فيها الخصوم أقوالهم وطلباتهم الختامية في جلسة المرافعة قبل وجود سبب الانقطاع فبعد ذلك لا يكون لديهم ما يتواجهون به، لذلك يجب أن تكون الأقوال الختامية المقدمة قد تناولت جميع موضوع الدعوى من تقديم جميع الطلبات والدفع سواء أكانت شفوية أم مذكرات كتابية ولم يبق

(٣٤) وجدي راغب، المرجع السابق، ص ٥٥٥ وما بعدها.

لدى الخصوم ما يرغبون في تقديمه، بحيث يقلل باب المرافعة، ولذلك قد يحكم القاضي في الدعوى المهيأة للحكم بعد وفاة أحد الخصوم.

ثانياً- آثار وقف الخصومة بقوة القانون:

نصت المادة (١٣١) قانون الإجراءات المدنية والتجارية على أن: "يترتب على انقطاع الخصومة وقف جميع مواعيد المرافعات التي كانت جارية في حق الخصوم، وبطلان جميع الإجراءات التي تحصل أثناء الانقطاع".

إن انقطاع الخصومة في حالة ما يعرف بقيام سبب الانقطاع على النحو السابق يتم بقوة القانون، أي بشكل تلقائي بمجرد حدوث الواقعة المولدة له، دون حاجة إلى صدور حكم من المحكمة بهذا الوقف^(٣٥).

ويترتب على هذا الوقف آثاران:

الأثر الأول- وقف جميع المواعيد الاجرائية التي كانت جارية في حق الخصوم:

إن من مقتضيات حق الدفاع إعمال المبدأ التقليدي القائل: "لا يسرى الميعاد في مواجهة من لا يستطيع اتخاذ الإجراء"، ولهذا المبدأ تطبيق نموذجي في أحوال وقف الخصومة بقوة القانون، حيث إن من قام به سبب الانقطاع (كالوفاة أو فقد الأهلية، أو زوال الصفة النيابية لمن كان نائباً عنه) لن يستطع اتخاذ الإجراء الذي حدد له ميعاداً، ولذا كان منطقياً أن تقف جميع المواعيد التي كانت جارية في حق الخصوم إلى حين زوال السبب.

وينطبق هذا المبدأ على جميع المواعيد، سواء كانت تنظيمية لا يترتب على فواتها سقوط أو بطلان، أو حتمية يترتب عليها بطلان أو سقوط، مثل مواعيد الطعن في الأحكام الفرعية، وسواء كانت هذه المواعيد قانونية منصوص عليها صراحة، أو قضائية حددها القاضي لأحد الخصوم أو كليهما.

ورغم عمومية النص ووضوحه؛ إلا أن هناك رأي يفرق بين سبب الانقطاع القائم في جانب المدعي وسبب الانقطاع القائم في جانب المدعى عليه؛ حيث يذهب إلى أنه

(٣٥) أحمد أبو الوفا، التعليق على قانون المرافعات، المرجع السابق، ص ٦٠٨.

إذا تعلق سبب الانقطاع بالمدعى عليه فلا تقف المواعيد التي تسري في حق المدعى لمصلحة المدعى عليه؛ لأن انقطاع الخصومة شرع لحماية الخصم الذي قام به سبب الانقطاع حتى لا تتخذ إجراءات الخصومة بغير علمه، وحتى لا يصدر حكم في غفلته دون أن يتمكن من الدفاع، ولم توضع قواعد الانقطاع لحماية الخصم الآخر، ثم هي لا تؤدي إلى حرمانه من موالاة الخصومة إذا أراد ذلك، كما لا تعفيه من موالاتها إذا كان هو المكلف بالسير فيها إلى المدعي، وهذا يتفرع من مبدأ المواجهة الذي هو من النظام العام^(٣٦).

ونحن لسنا مع هذا الرأي؛ لأنه إذا كان يحقق مبدأ المواجهة في جانب المدعي عليه فهو يغفله تماماً في جانب المدعي، كما هو واضح من عرض رأيه.

الأثر الثاني - بطلان الإجراءات المتخذة أثناء فترة الوقف:

إن الأثر المباشر لوقف الخصومة بقوة القانون هو كف أيدي جميع أطراف الدعوى، وكذلك القاضي وجهازه المساعد عن اتخاذ أي إجراء من الإجراءات اعتباراً من تاريخ قيام سبب الوقف، وإلا كان باطلاً لاتخاذ بغير مواجهة الخصم، ويكون ذلك إخلالاً بحق الدفاع.

وعلى الرغم من التأكيد على أن مبدأ المواجهة هو من النظام العام وأن نظام ما يعرف بانقطاع الخصومة ما وضع إلا لحماية هذا المبدأ، إلا أن الفقه مجمع على أن بطلان الإجراءات المتخذة أثناء فترة الوقف هو بطلان نسبي غير مطلق، فلا تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها، ولا بد أن يتمسك به الذي شرع البطلان لمصلحته، وله أن يتنازل عنه^(٣٧).

(٣٦) أحمد أبو الوفاء، المرافعات، ص ٦٠٤، ونظرية الدفع في قانون المرافعات، منشأة المعارف، بالإسكندرية، ١٩٨٨م، ص ٨١٣ وما بعدها. الطعن رقم ٢٠١٠١٢٤٦ الدائرة التجارية جلسة يوم الأربعاء ٢٠١١/١١/١١م.

(٣٧) رمزي سيف، الوسيط، ص ٥٧٤، فتحي والي، الوسيط، ص ٥٩٦، أحمد أبو الوفاء، مرافعات، ص ٦٠٥. محمود يونس، نحو نظرية عامة لفكرة النظام العام في قانون المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص ١١٤ وما بعدها، خاصة ص ١١٧.

علماً بأنه إذا اتخذت في الخصومة أحكام من جانب القاضي لكونها لا تصلح محلاً لدعوى بطلان، فيكون النعي عليها بالطعن بالطرق المقررة قانوناً لإخلالها بحق الدفاع، ولذلك "لا يجوز للقاضي الحكم في القضية أثناء الانقطاع، وإذا حكم فيها يكون حكمه باطلاً".

ثالثاً- تعجيل الخصومة من الوقف القانوني:

ونلاحظ أن الخصومة لا تستأنف سيرتها الأولى إلا بعد زوال السبب الذي من أجله وقفت؛ فإن كان السبب هو الوفاة، فإن ركن الدعوى المنهار يقوم بحلول الورثة محل المتوفى. وإذا كان السبب هو فقد الأهلية فلا بد من عودتها أو حلول شخص يمثل هذا الخصم الذي تصدع ركنه. وإذا كان لزوال النيابة، فإن النيابة قد تزول لأن من كان تحتها قد بلغ رشده، عندئذ يحل بنفسه في مباشرة الإجراءات محل نائبه^(٣٨). وقد تزول عن النائب الذي يباشر الإجراءات وتنتقل إلى نائب آخر عندئذ لا بد من إعلان النائب الآخر. وإذا تحقق ذلك فإن اتصال الخصم الصحيح الذي حل محل الخصم المنهار أو المتصدع بالدعوى يكون بإحدى وسيلتين:

إما إعلانه حسب الأصول المتبعة وإما بحضوره في الجلسة المحددة لنظر الدعوى، لأننا بهذا الطريق أو ذاك سوف نضمن أعمال مبدأ المواجهة (م ١٣٢ قانون الإجراءات المدنية والتجارية).

فإذا توفى أحد الخصوم، تعيّن على الخصم الآخر إن أراد تعجيل الخصومة أن يعلن ورثة الخصم المتوفى بإبلاغهم بأن ثمة بينهم وبين مورثهم دعوى منظورة أمام محكمة معينة، عندئذ بناء على طلب هذا الخصم يستأنف السير في الدعوى، فيقدم للمحكمة هذا الطلب ثم يقوم بإعلان ورثة المتوفى أو من يقوم مقام فاقده الأهلية أو ناقصها أو من حل محل النائب المنتهية نيابته.

ويمكن أن يتم الإعلان من جانب أي من هؤلاء (الورثة أو القيم أو النائب الجديد) إلى الخصم الآخر؛ أي أن من حل محل الخصم الذي قام به سبب الوقف

(٣٨) أحمد مسلم، أصول المرافعات، المرجع السابق، ص ٥٣٩.

يعلن للخصم الآخر، أو بحضوره تستأنف الخصومة سيرتها الأولى بالحالة التي كانت عليها قبل الوقف.

وعلى خلاف ذلك جاءت المادة (٨) من لائحة قانون تبسيط إجراءات التقاضي، في حالات المنازعات المنصوص عليها في المادة يكون الموعد الجديد المحدد لنظر الدعوى منتجا لآثاره بغير إعلان، وإذا كانت الدعوى محجوزة للحكم اعتبر موعد جلسة النطق به مؤجلاً إلى اليوم ذاته من الأسبوع الذي يليه وينتج آثاره بغير إعلان، ما لم يكن الحكم صادراً بتوجيه اليمين الحاسمة فلا يرتب أي أثر إلا بإعلانه إلى الخصم الذي تخلف عن جلسة النطق بالحكم؛ حيث يلتزم الخصوم في الدعوى بمتابعة قرارات التأجيل ومواعيد الجلسات التي تحددها المحكمة المختصة، كما يجب على مودع صحيفة الدعوى والخصوم ووكلائهم متابعة الإجراءات عن طريق النظام الإلكتروني، ولا يقبل منهم الدفع بعدم علمه بالموعد المحدد لنظر الدعوى، ويكون ميعاد الاستئناف (١٥) خمسة عشر يوماً من اليوم التالي لصدور الحكم، ويبدأ هذا الميعاد من اليوم التالي لإعلان الحكم للمحكوم عليه الذي إذا حدث سبب من أسباب انقطاع الخصومة، وصدر الحكم دون اختصاص من يقوم مقام الخصم الذي توفي، أو فقد أهليته للخصومة^(٣٩).

المبحث الثاني

ضوابط قيمة الوقت في الفصل في الدعوى

إن الفصل في الدعوى -كما أشرنا- مرحلة تطورية من مراحل الخصومة لا غنى عنها في الأغلب الأعم من الدعاوى، وخاصة مع الكثافة العددية الهائلة لجداول قضايا المحاكم في الوقت الحاضر، وتعقد وتشابك العلاقات القانونية الموضوعية، ودقة العديد من المراكز القانونية محل الحماية القضائية، وما تستدعيه العديد من الدعاوى من تحقيق وتدقيق قد يستنفد العديد من الإجراءات ويستهلك كثيراً من الوقت، فضلاً عما

^(٣٩) رمزي سيف، الوسيط، ص ٥٧٩، ٥٧٤.

تقتضيه كافة الدعاوى من ضرورة إعمال حقوق الدفاع سواء حقوق الدفاع الأصلية كالحق في الدفع، أو حقوق الدفاع المساعدة كالحق في العلم.

ولذلك من الصعب القول بحصر حالات التأجيل والتمديد، ومن ثم وضع ضوابط موحدة للحفاظ على قيمة الوقت في التمديد والتأجيل في كافة حالاته، وإذا كان من الممكن تحديد بعض الضوابط العامة للتأجيل والتمديد؛ فإنه من الممكن كذلك وضع بعض الضوابط لكل حالة من حالات التأجيل والتمديد، ذلك أنه يمكننا القول بأن هناك ما نسميه بالتأجيل المسمى وغير المسمى. ونقصد بالأول التأجيل الذي نصت عليه نصوص قانون الإجراءات المدنية والتجارية وقانون تبسيط إجراءات التقاضي، في حالات معينة مثل التأجيل للاستعداد، والتأجيل للاطلاع، والتأجيل لاتخاذ صفة والتأجيل للتحقيق. ونقصد بالتأجيل غير المسمى التأجيل الذي تقضي به المحكمة، إما بناء على طلب، أو من تلقاء نفسها نزولاً عن الاعتبارات القانونية والواقعية التي تقتضيها ظروف كل دعوى على حدة، وتمليها فكرة حسن سير العدالة، وهو بهذا المعنى يصادف المفهوم العام له كتدبير داخلي تنظيمي^(٤٠).

وإذا كان التأجيل حقاً إجرائياً ينتج عنه اتخاذ إجراء هو تعطيل الدعوى إلى حين، ويستعمل بإحدى وسيلتين: وسيلة الطلب، ووسيلة الدفع. وطلب التأجيل يعد طلباً قضائياً إجرائياً لا تثير طبيعته إشكالية ما، أما الدفع بالتأجيل؛ فهو دفع إجرائي باعتباره وسيلة من وسائل الدفاع وهي الوسائل التي تهدف إلى تقرير بطلان أو إنهاء أو وقف الإجراءات وفقاً للمادة (٧٣) مرافعات فرنسي، ولذلك يقع على القاضي التزام بتمكين الخصم من حق الدفع بالتأجيل بل أن التأجيل^(٤١) يعد من هذه الزاوية إحدى الوسائل الفنية لإلزام القاضي نفسه بمبدأ المواجهة^(٤٢)، باعتباره أهم مضامين حق الدفاع؛ وإلا وقع عمله باطلاً، وهذا الالتزام كرسه المادة (١٦) من تقنين المرافعات الفرنسي؛ حيث نصت على أنه يجب على القاضي أن يراقب أعمال مبدأ المواجهة، وأن يعمل هو

(٤٠) وجدي راغب فهمي، دراسات في مركز الخصم، مرجع سابق، ص ٩٤.

(٤١) المرجع السابق، ص ١٢٨.

(٤٢) عزمي عبد الفتاح، واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة، مرجع سابق، ص ٥٠.

بنفسه في جميع الأحوال. إلا أن التأجيل قد ينقلب في الواقع العملي أحياناً من كونه وسيلة من وسائل حق الدفاع المقدس إلى مخبئة لا يقصد منها إلا الكيد والمماطلة وإضراراً بالخصم وإهداراً لوقت العدالة.

ولذلك لا بد من ضبطه من خلال ضبط وسيلة التمسك به من ناحية، وضبطه في ذاته كعملية إجرائية تستغرق وقتاً محدداً من ناحية أخرى.

والواقع أنه إذا كان وقت العدالة ثميناً؛ فإن القدر من الوقت الذي يستهلكه التأجيل قد يكون أثمن، وذلك إذا ما نظرنا إلى حق التأجيل في الإطار العام لحق الدفاع، بمعنى أنه إذا كان لا بد من المحافظة على قيمة الوقت في الخصومة؛ فإن ذلك لا ينبغي أن يأتي على حساب قيمة حق الدفاع وما قد يقتضيه حق تأجيل الدعوى بعضاً من الوقت. وهو ما يعرف بالوقت النافع أو المفيد، ولذلك قيل بحق أننا إذا كنا دائماً نشكو من ظاهرة بطء العدالة، فإن الإسراع بها إلى حد تهدر فيه حقوق الدفاع لا يكون مقبولاً^(٤٣).

ولذلك لا بد أن نستعرض حالات التأجيل المرتبطة بحق الدفاع؛ لبيان ضوابطها التي تحقق التوازن في هذه المعادلة الحيوية في قانون تبسيط إجراءات التقاضي بين قيمة الوقت وحق الدفاع.

لذلك نتناول هذا المبحث في أربعة مطالب، وهي:

المطلب الأول: التأجيل وحق الدفع الإجرائي.

المطلب الثاني: ضوابط التأجيل و التمديد.

المطلب الثالث: التأجيل إعمالاً للدفع بعدم الاختصاص.

المطلب الرابع: التأجيل إعمالاً لحق العلم.

(٤٣) عزمي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص ٥٢.

المطلب الأول

التأجيل وحق الدفع الإجرائي

المستقر عليه فقهاً أن حقوق الدفاع تنقسم إلى حقوق دفاع أصلية، وحقوق دفاع مساعدة، ومن أهم حقوق الدفاع الأصلية حق الدفع وحق الإثبات، ومن أهم حقوق الدفاع المساعدة حق العلم والحق في الاستعداد، والحق في الحضور والحق في الاستعانة بمدافع. وباستعراض حالات التأجيل المنظمة بشكل خاص والتي أطلقنا عليها اسم حالات التأجيل المسماة نجدها ترتبط بكل حق من هذه الحقوق؛ تارة بشكل مباشر، وتارة أخرى بشكل غير مباشر. فيغدو -والحال هكذا- ضماناً تشريعياً وقضائياً لحقوق الدفاع، ولذلك يبدو طبيعياً تصنيف تأجيل الدعوى في تقنين المرافعات الفرنسي، كدفع إجرائي ضمن وسائل الدفاع بصفة عامة^(٤٤).

وقد يبدو للوهلة الأولى أن التأجيل كضمان لحقوق الدفاع يقتصر فقط على المدعى عليه؛ إلا أن هذا الظن لا يغني عن الحق شيئاً، فالحقيقة أن حقوق الدفاع باعتبارها جزء من جوهر المركز القانوني للخصم ترتكز على مبدأ "المساواة بين الخصوم" حيث يجب أن تتوافر لكل خصم وعلى قدم المساواة بل أن ذلك ما يمليه مبدأ آخر، هو مبدأ "حيادة القاضي"^(٤٥).

فحقوق الدفاع واجب على المحكمة إعمالها عن طريق تمكين الخصم من مباشرتها^(٤٦)، ويبدو ذلك بصفة خاصة في التأجيل حتى صرح رأيٌّ بأنه وسيلة فنية لإعمال التزام القاضي بالزام نفسه بمبدأ المواجهة كما أشرنا. ولذلك نلاحظ أن بعض حالات التأجيل وجوبية، وبعضها جوازية بحيث أنه في الحالات الأولى يجب على

^(٤٤) وجدي راغب، دراسات في مركز الخصم، مرجع سابق، ص ١١٥.

^(٤٥) قارن وجدي راغب، الإشارة السابقة، حيث يعبر عن هذا بعبارة حياد القاضي، وهناك فارق في الحقيقة بين حياد القاضي وحيدته. فالحياد يعني أن القاضي لا يتولى الدعوى من تلقاء نفسه، ولا يفصل في طلب أو دفع إلا إذا أبداه الخصم ما لم يتعلق بالنظام العام، في حين أن حيدته تعني ضرورة مساواته بين الخصوم. وعدم ميله إلى أحدهما على حساب الآخر.

^(٤٦) وجدي راغب، دراسات في مركز الخصم، ص ١١٥.

القاضي التأجيل؛ وإلا كان ذلك إخلالاً بحق الدفاع، وحتى في الحالات التي يكون فيها التأجيل جوازيًا يخضع للسلطة التقديرية للمحكمة فإن سلطتها ليست مطلقة بل مقيدة باحترام الدفاع^(٤٧).

وإذا كان الحق في الدفع من أهم حقوق الدفاع الأصلية فضلاً عن حق المرافعة، وحق الإثبات، وكان الحق في الدفع رخصة أو مكنة التمسك بالدفع^(٤٨)، والدفع - كما هو معلوم - ثلاثة أنواع: دفع إجرائية، ودفع موضوعية ودفع بعدم القبول.

فإنه تجدر الملاحظة - بداية - أن الوسيلة الفنية للتمسك بالتأجيل - كما انتهينا فيما سبق - قد تكون هي الطلب أو الدفع وفي الحالة الأخيرة يصنف الدفع بالتأجيل ضمن الدفع الإجرائية، وعندئذ يمكن القول بأن الدفع بالتأجيل هو الوسيلة الفنية لأعمال بعض الدفوع ومنها الدفع الإجرائية، بعبارة أخرى أن الدفع الإجرائي بالتأجيل في ذاته يعد وسيلة فنية لأعمال بعض الدفوع الإجرائية، وهي الدفوع التي تقتضي وقف أو تأجيل الدعوى.

الدفوع الإجرائية هي تلك الدفوع الموجهة إلى إجراءات الخصومة تحمل ادعاء بواقعة تؤثر في وجودها أو صحتها أو سيرها، وتهدف إلى استصدار حكم بتعطيل الفصل فيها مؤقتاً أو إنهاءها بغير فصل في الموضوع^(٤٩)، وهي لم تعد واردة على سبيل الحصر، فكل دفع يتعلق بالإجراءات هو دفع إجرائي، ومن هذه الدفوع ما يوقف الخصومة وفقاً بالمعنى الفني الدقيق، ومنها ما يقتضي تعطيل السير فيها مؤقتاً، وإن لم يكن ذلك تأجيلاً أو وقفاً بالمعنى الدقيق والمألوف، ومنها الدفع بالإحالة والدفع بتصحيح شكل الدعوى.

^(٤٧) عزمي عبد الفتاح، واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة، المرجع السابق، ص ٥٠، ٥١.

^(٤٨) وجدي راغب، دراسات في مركز الخصم، ص ١١٦.

^(٤٩) أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع، مرجع سابق، ص ١٢ وما بعدها. وجدي راغب، دراسات في مركز الخصم، ص ١١٨.

وإذا كانت الوسيلة القانونية للتمسك بحق التأجيل قد تكون هي الطلب أو الدفع الإجرائي^(٥٠)، فإن كافة الضوابط العامة التي تحكم إبداء الطلبات والدفع باعتبارهما وسائل استعمال حق الدعوى تنطبق على طلب التأجيل أو الدفع ونتناول هنا ثلاثة ضوابط هامة للمحافظة على قيمة الوقت في تأجيل الدعوى به:

الأول: يتعلق بأعمال نظرية التعسف في استعمال حق التقاضي.

الثاني: يتعلق بالتنظيم القانوني للوقت الجائز فيه التمسك بالدفع الإجرائي بالتأجيل.

أما الثالث: فيتمثل في الضوابط التي وضعها المشرع خاصة بالتقرير القضائي بالتأجيل والتمديد، من حيث تعداد مرات التأجيل ومدته. وسلطة المحكمة في شأنه.

المطلب الثاني

ضوابط التأجيل والتمديد

إذا كانت الوسيلة القانونية للتمسك بحق التأجيل قد تكون هي الطلب أو الدفع الإجرائي؛ فإن كافة الضوابط العامة التي تحكم إبداء الطلبات والدفع باعتبارهما وسائل استعمال حق الدعوى، تنطبق على طلب التأجيل أو الدفع أما ما يتمثل في الضوابط التي وضعها المشرع خاصة بالتقرير القضائي بالتأجيل والتمديد، من حيث تعداد مرات التأجيل ومدته، وسلطة المحكمة في شأنه.

حيث جاءت ضوابط الفصل في الخصومة أمام الدائرة الابتدائية في المادة (١٠) من قانون تبسيط إجراءات التقاضي بأنه: يجب على الدائرة الابتدائية أن تصدر حكماً في النزاع خلال مدة لا تزيد على (٣٠) ثلاثين يوماً من تاريخ إحالته إليها، ويجوز تمديد هذه المدة لمدة أخرى مماثلة، ولمرة واحدة إذا كانت الدعوى غير صالحة للحكم فيها.

على أنه يجوز -بالنسبة للمنازعات الناشئة عن عقود مقاولات البناء والمنازعات التجارية لمشروع الاستثماري الخاضع لقانون استثمار رأس المال الأجنبي- تمديد

(٥٠) الهامش السابق، نفسه.

الميعاد المشار إليه، على ألا تزيد فترة المد على (٤) أربعة أشهر، كما جاء من ضوابط الفصل في الخصومة أمام الدائرة الاستئنافية في المادة (١٣) من قانون تبسيط إجراءات التقاضي بأن: يكون ميعاد الاستئناف (١٥) خمسة عشر يوماً من اليوم التالي لصدور الحكم، ويبدأ هذا الميعاد من اليوم التالي لإعلان الحكم للمحكوم عليه الذي يكون قد تخلف عن الحضور في جميع الجلسات المحددة لنظر الدعوى، ولم يقدم مذكرة بدفاعه، وكذلك إذا حدث سبب من أسباب انقطاع الخصومة، وصدر الحكم دون اختصاص من يقوم مقام الخصم الذي توفي، أو فقد أهليته للخصومة، أو زالت صفته، ويكون إعلان الحكم لشخص المحكوم عليه، أو في موطنه الأصلي، ويجري الميعاد في حق من أعلن الحكم^(٥١).

ويجب على الدائرة الاستئنافية أن تصدر حكمها في الاستئناف خلال مدة لا تزيد على (٣٠) ثلاثين يوماً من تاريخ إحالته إليها، ويجوز تمديد هذه المدة لمدة أخرى مماثلة، ولمرة واحدة إذا كان الاستئناف غير صالح للحكم فيه.

على أنه يجوز -بالنسبة للمنازعات الناشئة عن عقود مقاولات البناء والمنازعات التجارية للمشروع الاستثماري الخاضع لقانون استثمار رأس المال الأجنبي- تمديد الميعاد المشار إليه، على ألا تزيد فترة المد على (٦) ستة أشهر.

كما جاء من ضوابط الفصل في الخصومة أمام قاضي التنفيذ في المادة (١٦) من قانون تبسيط إجراءات التقاضي، لا يترتب على المنازعة المنصوص عليها بالفقرة (١) من هذه المادة وقف التنفيذ، ما لم يصدر قرار بذلك من قاضي التنفيذ، وإذا صدر قرار بوقف التنفيذ، وجب الفصل في المنازعة خلال أجل لا يتجاوز (١٥) خمسة عشر يوماً من تاريخ وقف التنفيذ.

٣ - تستأنف الأحكام الصادرة في منازعات التنفيذ أمام الدائرة الاستئنافية المنصوص عليها في المادة (٣) من هذا القانون، ويفصل في الاستئناف خلال (١٥) خمسة عشر يوماً من تقديمه، بحكم لا يقبل الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن.

(٥١) الطعن رقم ٢٠١١٢٣٦ م الدائرة المدنية ج جلسة يوم الأحد ٢٠١١٢١٩ م.

٤ - يكون ميعاد الاستئناف (٧) سبعة أيام من تاريخ صدور الحكم إذا كان حضورياً، ومن تاريخ إعلانه إذا صدر في غيبة المستأنف، ولا يترتب على الاستئناف وقف التنفيذ، إلا إذا صدر قرار بذلك من الدائرة الاستئنافية التي تنتظر الطعن.

المطلب الثالث

التأجيل إعمالاً للدفع بعدم الاختصاص

قد يبدو للوهلة الأولى أنه لا مجال لتأجيل الدعوى في معرض الحديث عن الدفع بعدم الاختصاص أو الحكم به، وخاصة في ظل اعتبار الحكم بعدم الاختصاص منهيّاً للخصومة؛ إلا إذا اقترن بالإحالة إلى المحكمة المختصة وبحسبان ما تنص عليه المادة (١١٢) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية من وجوب تحديد جلسة أمام المحكمة المحال إليها الدعوى في جميع حالات الإحالة، ومنها حالة الحكم بعدم الاختصاص بطبيعة الحال (م ١١٢ من قانون الإجراءات المدنية والتجارية)، مما يعني استمرار الدعوى قائمة والخصومة منتجة لآثارها، غاية ما هنالك أن ثمة بعضاً من الوقت ينقضي بين الجلستين: الجلسة التي صدر فيها قرار الإحالة والجلسة التي حددتها المحكمة في نفس القرار.

ومع ذلك فالأصل الذي حرص رأي على التأكيد عليه أن عدم الاختصاص صورة من صور الانقضاء الإجرائي المبتسر للخصومة^(٥٢) الذي يرد طبقاً لهذا الرأي إلى فكرتي سلطان الإرادة في الخصومة، والجزاء الإجرائي، وعندئذ لا مجال للحديث عن التأجيل.

والإرادة المنهية للخصومة قد تكون إرادة منفردة، وقد تكون إرادة مشتركة وتبدو الأخيرة فيما نصت عليه المادة (١١٣) إجراءات مدنية من أنه: "إذا اتفق الخصوم على التقاضي أمام محكمة غير المحكمة المرفوعة إليها الدعوى جاز للمحكمة أن تأمر بإحالة الدعوى إلى المحكمة التي اتفقوا عليها"، وهذه المادة تكرر صورة من الإحالة،

(٥٢) أحمد مسلم، التأصيل المنطقي لأحوال انقضاء الخصومة، مرجع سابق، بند ٢٦، ص ٢٤.

وهي الإحالة للاتفاق، وهي لا تكون بطبيعة الحال في الأحوال التي يجوز الاتفاق فيها مقدماً على اختصاص محكمة معينة وهي أحوال عدم تعلق قواعد الاختصاص بالنظام العام^(٥٣).

ورغم أنه لا يترتب على الإحالة للاتفاق انقضاء الخصومة بل انتقالها إلى المحكمة المتفق عليها مع تحديد جلسة لنظرها مما يدخل في مفهوم التأجيل بالمعنى الواسع، إلا أنه حتى في هذه الحالة، حاول الرأي السابق إبراز معنى الانقضاء فيها بقوله: "إن الحكم بالإحالة نتيجة الدفع بها هو من قبيل الحكم بعدم الاختصاص من حيث تعلق سببه بعناصر الخصومة، أما من حيث نتيجته فهو إما انقضاء للخصومة أو انتقال لها على حسب الأحوال"^(٥٤).

وحرصاً من المشرع على قيمة الوقت في الخصومة عدل من طبيعة سلطة المحكمة في شأن الاتفاق على الإحالة، فبعد أن كانت سلطة جوازية، وكانت الإحالة جوازية بمقتضى المادة (١١٣) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية، إلا أنه في المادة (١٥) من قانون تبسيط إجراءات التقاضي صارت سلطة المحكمة فيها مقيدة، بحيث تكون الإحالة وجوبية، ونصت المادة (٣/١٥) من اللائحة التنظيمية لهذا القانون على أنه: "يجب أن يحدد حكم الدائرة الاستئنافية للخصوم تاريخ الجلسة التي يحضرون فيها أمام الدائرة أو المحكمة المختصة نوعياً أو وراثياً بنظر الدعوى، وعلى أمانة سر الدائرة الاستئنافية إعلان الغائب من الخصوم بذلك".

ونصت الفقرة الرابعة على أن: "يقوم أمين سر الدائرة الابتدائية فور رجوع ملف الدعوى إليها- بإدراجه تلقائياً في الجلسة المحددة إذا كان حكم الدائرة الاستئنافية صادراً باختصاص الدائرة الابتدائية، أما إذا قضى حكم الدائرة الاستئنافية بخلاف ذلك، فإن

(٥٣) رمزي سيف، الوسيط، ص ٣٠٩ وما بعدها. أحمد أبو الوفا، الدفوع، ص ١٧ وما بعدها. محمود مصطفى يونس، نظرات في الإحالة لعدم الاختصاص القضائي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ص ٢١ وما بعدها.

(٥٤) أحمد مسلم، التأصيل المنطقي لأحوال انقضاء الخصومة، المرجع السابق، ص ٢٥. طعن رقم ٢٠١٦١٢٧ جلسة ٢٠١٦١١٣٠ م.

أمين سر الدائرة الابتدائية يقوم بإرسال الدعوى بحالتها -بعد إرفاق حكم الاستئناف- إلى الدائرة أو المحكمة المختصة".

كما نصت الفقرة (٥) على أن: "يتعين على الدائرة التي أصبحت مختصة نوعياً بالنزاع بمقتضى حكم الدائرة الاستئنافية، أن تلتزم بالفصل فيه ولا يجوز أن تثير أو يثار أمامها مجدداً الدفع بعدم الاختصاص النوعي".

أما من حيث فكرة الجزاء الإجرائي فقد ذهب هذا الرأي إلى أن الانقضاء الجزائي عقاب على المدعى إما على الخطأ وإما على الإهمال، واعتبر البطلان هو الجزاء الأصيل على الخطأ، وأن رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة هو أحد هذا الخطأ، ومن ثم فالجزاء هو بطلان في صورة عدم الاختصاص، ومن ثم فلا مجال للحديث في ظل هذا التأصيل عن تأجيل الدعوى نتيجة الإحالة لعدم الاختصاص وقد انقضت بالبطلان^(٥٥).

والواقع أننا لا نؤيد استخدام تعبير بطلان الخصومة؛ وذلك من ناحية لأن الخصومة برمتها لا تكون محلاً للبطلان، وإنما محله هو العمل الإجرائي، بينما الخصومة مجموعة من الأعمال الإجرائية المتتابعة تتابعاً زمنياً ومنطقياً^(٥٦) إلا إذا اعتبرنا العمل الباطل نتيجة رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة هو صحيفة افتتاح الدعوى، وباعتبارها العمل الإجرائي الأول فيها، فإذا بطل، بطلت كافة الأعمال الإجرائية اللاحقة عليه، ومن ثم لا يبقى في الخصومة عملاً صحيحاً بناء على مبدأ ما بني على باطل فهو باطل^(٥٧).

فإذا كان عدم الاختصاص طبقاً للرأي السابق تعبيراً تشريعياً عن بطلان الخصومة نتيجة خطأ إجرائي في رفعها إلى محكمة غير مختصة التركيز على ذلك في كل مرة يتناول فيها هذا الرأي عدم الاختصاص؛ فإنه لا محل للحديث عن تأجيل دعوى نتيجة ذلك؛ إلا أنه ينبغي ألا نغفل التلازم الحتمي بين الحكم بعدم الاختصاص

(٥٥) أحمد مسلم، المرجع السابق، ص ٢٦، ٢٧.

(٥٦) فتحي والي، نظرية البطلان، المرجع السابق، ص ٤٧ وما بعدها و ص ٦١ وما بعدها.

(٥٧) فتحي والي، نظرية البطلان، المرجع السابق، ص ٢٩٠ وما بعدها.

والحكم بالإحالة، فمتى اقترن الحكم بعدم الاختصاص بالإحالة وهي وجوبية وهو ما أوجبه المادة (١٥) من قانون تبسيط إجراءات التقاضي، فمعنى ذلك بقاء الخصومة قائمة وإن كانت مؤجلة بعضا من الوقت "قصد بها ألا تنقضي الخصومة بالحكم بعدم الاختصاص حتى لا يتحمل رافعها عند الاضطرار إلى تجديدها بدعوى مبتدأة مشقة مع احتمال أن يكون رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة نتيجة خطأ مغتفر في تطبيق قواعد الاختصاص ويخلصه من عنت الدفع والدقة في مسائل الاختصاص التي قد يخطئ فيها الكثيرون"، وهكذا أدرك المشرع في هذه المادة أهمية المحافظة على قيمة الوقت والاقتصاد فيه^(٥٨).

وإذا كان الفقه^(٥٩) قد استقر على أن هذه الإحالة وجوبية سواء بالنسبة للمحكمة المحيلة أو المحكمة المحال إليها الدعوى وذلك طبقاً للمادة (١٥) قانون تبسيط إجراءات التقاضي، بحيث لن يترتب على عدم الاختصاص انقضاء الخصومة والحال هكذا وإنما يترتب على الإحالة مجرد نقل الدعوى بحالتها من محكمة إلى أخرى، بما يترتب على ذلك من أعمال للمادة (١٥) من قانون تبسيط إجراءات التقاضي، وبما أوجبه من ضرورة تحديد جلسة أمام محكمة الإحالة؛ إلا أن الرأي السابق قد استقبل فكرة الإحالة بحذر شديد؛ حيث عبر عن ذلك بقوله: "إن إلزام المحكمة المحالة إليها الدعوى بنظرها في ذاته فيه إيواء حتمي للخصومة لدى تلك المحكمة تفاقداً من وقوع المدعي في مأزق تشريد دعواه؛ إلا أن هذا التعميم في الالتزام فيه صدمة للمنطق القانوني في بعض حالاته، ومنها إلزام محكمة عليا بإحالة صادرة من محكمة دنيا ففيه

(٥٨) أحمد أبو الوفاء، الدفع، ص ٢٨٢.

(٥٩) رمزي سيف، الوسيط، ص ٣٨٦ وما بعدها. عبد الباسط جميعي، نظرية الاختصاص في قانون المرافعات الجديد وتعديلاته، دار الفكر العربي، ص ١١٠. أحمد أبو الوفاء، الدفع، ص ٢٨٤. فتحي والي، الوسيط، ص ٢٨٣. نبيل اسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ١٩٩٩م، ص ١٨١ وما بعدها. أحمد صاوي، الوسيط، ص ٢٤٧. أحمد مليجي، الاختصاص، المرجع السابق، ص ٢٢٢ وما بعدها. محمود مصطفى يونس، نظرات في الإحالة لعدم الاختصاص، المرجع السابق، ص ١٢ وما بعدها.

غرابة على منطوق تدرج القضاء، وربما كان دواء يجاوز حاجة الداء، وفي نفس الإطار الحذر من فكرة الإحالة يمكن رصد رأي آخر جدير بالاعتبار^(٦٠) يذهب إلى أنه إذا صدر حكم بالإحالة لعدم الاختصاص الوظيفي دون تحديد دقيق للمحكمة المختصة في الجهة القضائية المحالة إليها الدعوى ترتب على ذلك انقضاء الخصومة أمام المحكمة التي قضت بعدم الاختصاص، ولا يترتب عليه انتقال الخصومة إلى محكمة ما، ومن ثم فلا نتصور إحالة، وبالتالي فلا مجال للحديث عن تأجيل، وعلى الخصم صاحب المصلحة أن يقيم دعوى: جديدة أمام المحكمة المختصة نوعياً ومحلياً لدى الجهة التي عينتها المحكمة التي قضت بعدم الاختصاص.

إلا أن المستقر عليه أنه كلما حكمت المحكمة بعدم الاختصاص -أياً كان نوعه- وجب عليها أن تحكم بالإحالة مع تحديد جلسة أمام المحكمة المحال إليها الدعوى. وكان الأمر لا يعدو أن يكون -من الناحية العملية- تأجيلاً للدعوى إلى حين استئناف سيرها أمام المحكمة المحال إليها الدعوى، ومن ثم يجب أن يحاط هذا التأجيل بكل ضمانات المحافظة على قيمة الوقت^(٦١).

ومع ذلك أثيرت مسألة الحكم بعدم الاختصاص حتى مع الإحالة على الخصومة بمناسبة مدى قابلية الحكم للطعن المباشر، وما إذا كان يعتبر من الأحكام المنهية للخصومة^(٦٢).

ومع ذلك ذهب رأي آخر^(٦٣) إلى أن الحكم بعدم الاختصاص والإحالة ينهي الخصومة أمام المحكمة التي أصدرته؛ إلا أنه في نفس الوقت يتضمن قضاء

(٦٠) أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع، ص ٢٨٧.

(٦١) راجع في هذا الرأي أحمد أبو الوفا، الدفع، ص ٢٩٠ وما بعدها. وقارن محمود يونس، المرجع السابق، ص ٣٨ وما بعدها.

(٦٢) عز الدين الدناصوري وحامد عكاز، التعليق على نصوص قانون المرافعات، المرجع السابق، ص ٨٤٤.

(٦٣) أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام، المرجع السابق، ص ٦٥١ وما بعدها. فتحي والي، الوسيط، ص ٦٧٩ وما بعدها.

باختصاص المحكمة المحال إليها الدعوى، ويترتب على ذلك امتداد ذات الخصومة القائمة أمام هذه المحكمة إلى المحكمة الأخرى، فهو لا ينهي الخصومة برمتها، وإنما هي تنتقل بحالتها إلى المحكمة المحال إليها الدعوى، ومن ثم لم يكن هذا الحكم يقبل الطعن المباشر في وجهة النظر هذه.

إلا أنه ابتداء من صدور قانون تبسيط إجراءات التقاضي، صارت الأحكام الصادرة بعدم الاختصاص والإحالة من قبيل الأحكام المستثناة من قاعدة حظر الطعن المباشر في الأحكام غير المنهية للخصومة؛ حيث نصت المادة (٢/١٥) من اللائحة التنظيمية لهذا القانون على أن: "يكون حكم الدائرة الابتدائية قابلاً للاستئناف خلال مدة أقصاها (١٠) عشرة أيام من تاريخ صدوره، وتفصل الدائرة الاستئنافية في هذا الطعن خلال (١٥) خمسة عشر يوماً من تقديمه، وذلك بحكم غير قابل للطعن فيه أمام المحكمة العليا".

ولقد جاء بالنص الصريح على إجازة الطعن المباشر في الحكم الصادر بعدم الاختصاص والإحالة يكون حكم الدائرة الابتدائية قابلاً للاستئناف خلال مدة أقصاها (١٠) عشرة أيام من تاريخ صدوره، وتفصل الدائرة الاستئنافية في هذا الطعن خلال (١٥) خمسة عشر يوماً من تقديمه، وذلك بحكم غير قابل للطعن فيه أمام المحكمة العليا.

إلا أنه لا ينبغي أن يفهم من ذلك -في نظرنا- أن المشرع بإجازته للطعن المباشر في الحكم الصادر بعدم الاختصاص والإحالة قد أقر باعتبار هذا الحكم منهيًا للخصومة، والدليل على ذلك أن النص إلى القول بأنه إذا كان الحكم الصادر بعدم الاختصاص والإحالة ينهي الخصومة أمام المحكمة التي أصدرته؛ إلا أن إجراءات الخصومة تبقى مستمرة أمام المحكمة المحال إليها الدعوى والدليل على أن الأمر يتعلق بنفس الخصومة أن القضية تنتقل إلى المحكمة المحال إليها بحالتها، وأضاف أن المشرع بإدراجه هذا الحكم من اعتبار الحكم بعدم الاختصاص والإحالة من الأحكام المنهية للخصومة ولكنه استحسن النتيجة التي انتهت إليها، وهي قابليته للطعن المباشر

رغبة منه في حسم مسألة الاختصاص قبل أن تصدر المحكمة المحالة إليها الدعوى حكمها في الدعوى^(٦٤).

ونحن نؤيد ما ذهب إليه هذا الرأي، ونؤكد على أن رائد المشرع في ذلك هو حرصه على المحافظة على قيمة الوقت في الخصومة؛ إذ بدلاً من الانتظار حتى تفصل المحكمة المحال إليها الدعوى فيها ثم الطعن على الحكم بعدم الاختصاص والإحالة الذي قد يلغي في الطعن، ومن ثم يهدر الحكم الصادر في الموضوع من المحكمة المحال إليها الدعوى بعد أن تكون قد استنفدت الوقت والجهد رأى المشرع أن يحسم مسألة الاختصاص حتى يصدر الحكم الموضوعي على أساس متين غير مهدد بالانهيار.

والدليل على ما نقول هو ما أردف به المشرع من ضرورة وقف الدعوى أمام المحكمة المحالة إليها الدعوى إلى حين الفصل في الطعن؛ حيث جاءت المادة بالنص على أن يكون حكم الدائرة الابتدائية قابلاً للاستئناف خلال مدة أقصاها (١٠) عشرة أيام من تاريخ صدوره، وتفصل الدائرة الاستئنافية في هذا الطعن خلال (١٥) خمسة عشر يوماً من تقديمه، وذلك بحكم غير قابل للطعن فيه أمام المحكمة العليا؛ حيث جاء ذلك خوفاً من إضاعة الوقت أمام المحكمة المحال إليها الدعوى^(٦٥).

وهذه صورة من صور الوقف التعليقي بالمعنى الدقيق، والتي لا تختلف عن التأجيل في استهلاكها لوقت الدعوى، وهكذا فإن الإحالة لعدم الاختصاص تعني نقل الدعوى من محكمة إلى أخرى وهي تنتقل بحالتها التي كانت عليها أمام المحكمة الأولى، ويعنى ذلك أن الخصومة لا تنقضي بالحكم بعدم الاختصاص والإحالة، بل لا تتأثر الإجراءات التي اتخذت فيها، فما تم صحيحاً أمام المحكمة الأولى يظل كذلك منتجاً لآثاره أمام محكمة الإحالة ولذلك نص قانون المعاملات المدنية على أن المطالبة القضائية تقطع التقادم، ولو كانت أمام محكمة غير مختصة. والواقع أن قطع المطالبة

(٦٤) فتحي والي، الوسيط، ص ٦٨٠. عكس ذلك: عز الدين الدناصوري وحامد عكاز، شرح القانون

رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢م، بدون دار نشر، ١٩٩٢م، ص ٩٨.

(٦٥) فتحي والي، الوسيط، ص ٦٨٠، طعن رقم ٢٠١٢١٧٨ مدنية جلسة الاثنين ٢٠١٢/١١/٢٠م.

القضائية لتقادم الحق الموضوعي محل الحماية هو أهم الآثار الموضوعية المترتبة على رفع الدعوى. وبقاء هذا الأثر ينفي فكرة البطلان المترتبة على رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة التي نادى بها الرأي السابق عرضه^(٦٦).

كما يجب على المحكمة المحالة إليها الدعوى أن تفصل في كافة الدفوع التي تمسك بها الخصم أمام المحكمة المحيلة في الوقت المناسب، ولم تكن قد فصلت فيها، ويصدق ذلك إذا عرض عليها طلب من هذا القبيل جاز لها أن تحكم في الطلب الأصلي وحده؛ إذا لم يترتب على ذلك ضرر بحسن سير العدالة، وإلا وجب عليها أن تحكم من تلقاء نفسها بإحالة الدعوى الأصلية والطلب العارض أو المرتبط بحالتها إلى المحكمة الابتدائية.

وهنا نلاحظ ارتباط فكرة الإحالة وما تقتضيه من تأجيل نظر الدعوى بفكرة حسن سير العدالة، وهي فكرة تعلق ولا يعلى عليها، ويكون ذلك دون إغفال ما تم في الدعوى الأصلية والطلبات العارضة أو المرتبطة أمام المحكمة الجزئية وبحيث إذا أحيلت الدعوى أحيلت برمتها وبحالتها التي كانت عليها^(٦٧).

ويعني هذا أن كل ما يترتب على الإحالة لعدم الاختصاص من الناحية العملية هو تأجيل الدعوى بعضاً من الوقت، وهو تحديداً الوقت الفاصل بين الجلسة التي صدر فيها حكم الإحالة والجلسة التي يتعين على المحكمة تحديدها للخصوم ليحضرها فيها أمام محكمة الإحالة طبقاً للمادة (١٥) من قانون تبسيط إجراءات التقاضي كما رأينا مع مراعاة تطبيق ما يتعلق باعتبار النطق بالحكم بالإحالة وهو من قبيل الأحكام غير المنهية للخصومة إعلاناً للحضور الذين حضروا، وهذا ما أكدته المادة (٨) من لائحة قانون تبسيط إجراءات التقاضي بنصها على أنه: "يلتزم الخصوم في الدعوى بمتابعة قرارات التأجيل ومواعيد الجلسات التي تحددها المحكمة المختصة، وإذا انقطع تسلسل الجلسات بعد انعقاد الخصومة، إما بسبب مصادفة موعد الجلسة إجازة رسمية أو تعذر

(٦٦) أحمد أبو الوفا، الدفوع، ص ٢٨٦.

(٦٧) أحمد أبو الوفا، الدفوع، ص ٢٩٨ وما بعدها.

عقد الجلسة لأي سبب آخر، يكون الموعد الجديد المحدد لنظر الدعوى منتجاً لآثاره بغير إعلان، وإذا كانت الدعوى محجوزة للحكم اعتبر موعد جلسة النطق به مؤجلاً إلى اليوم ذاته من الأسبوع الذي يليه وينتج آثاره بغير إعلان، ما لم يكن الحكم صادراً بتوجيه اليمين الحاسمة فلا يرتب أي أثر إلا بإعلانه إلى الخصم الذي تخلف عن جلسة النطق بالحكم".

ولذلك إذا كان المدعى عليه قد سبق له الحضور أو قدم مذكرة بدفاعه أمام المحكمة التي قضت بالإحالة، ثم لم يحضر أمام محكمة الإحالة في الجلسة التي حددتها المحكمة الأولى، وتحققت المحكمة صحة إعلانه وفق المادة المشار إليها؛ فإن لها أن تحكم في الدعوى إذا كانت صالحة للفصل فيها، ولا تؤجلها لإعادة من الإعلان^(٦٨).

فأما صريح النص فهو الفقرة الأولى من المادة (١١٢) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية التي تنص صراحة على أن: "على المحكمة إذا قضت بعدم اختصاصها أن تأمر بإحالة الدعوى بحالتها"، أي أن تبدأ فيها المحكمة المحالة إليها الدعوى من حيث انتهت المحكمة المحيلة؛ لأن ما تم صحيحاً فيها أمام الأولى يظل كذلك أمام الثانية، وهذا أيضاً ما يقتضيه المنطق، وإلا أفرغنا فكرة الإحالة من مضمونها كما سبقت الإشارة. فضلاً عن أن الحرص على قيمة الوقت في الخصومة يعد من أهم دعائم السياسة التشريعية في قانون الإجراءات المدنية، والقول باعتبار الخصومة قبل الإحالة منتهية وأن نبدأ من جديد فيه هدر إجرائي يصعب التسليم به فكما أكدنا أكثر من مرة أن الإحالة لا تعني سوى نقل الدعوى بحالتها من محكمة إلى أخرى بناء على سبب يقتضي ذلك، وأن كل الوقت المنقضي في عملية النقل هذه هو من قبيل التأجيل الذي لا بد من خضوعه لكافة ضوابط التأجيل السابق بيانها، وأهمها قانونية السبب، وعدم الكيدية^(٦٩).

(٦٨) أحمد أبو الوفا، الدفوع، ص ٢٧٣، ومحمود يونس، الاحالة، المرجع السابق، ص ٨٢.

(٦٩) أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع، ص ٢٩٥، ومن ناحية أخرى فإن جواز الطعن في الحكم الصادر بعدم الاختصاص والإحالة أو الطعن فيه فعلاً يجعل وجوب استمرار محكمة الإحالة في نظر الدعوى

ولذلك حرص المشرع على محاربة هذه الكيدية بالنص في عجز الفقرة الأولى من المادة (١١٢) قانون الإجراءات المدنية على جواز الحكم بغرامة لا تتجاوز مائة ريال على المدعي في حالة ما إذا قضت بعدم الاختصاص والإحالة، والهدف من ذلك واضح بطبيعة الحال في أننا بصدد غرامة مدنية توقع على من تسبب بإهماله في رفع دعوى أمام محكمة غير مختصة فاستهلك من وقت العدالة ما لا ينبغي أن يستهلكه. ولا يحول دون إمكانية تطبيق النظرية العامة في التعسف في استعمال حق التقاضي، وما توجبه المسؤولية من ذلك إمكانية الحكم بالتعويض على المدعي الذي تسبب بخطئه في رفع الدعوى إلى محكمة غير مختصة لمصلحة الطرف الآخر، على أن يرتبط هذا التعويض بالضرر وجوداً وعمداً وقدرأً، متى ثبتت لدى الطرف الأول نية الإضرار^(٧٠).

ومن ناحية أخرى نلاحظ أن المادة (٥/١٥) من اللائحة التنظيمية لقانون تبسيط إجراءات التقاضي تنص على أن: "يتعين على الدائرة التي أصبحت مختصة نوعياً بالنزاع بمقتضى حكم الدائرة الاستئنافية، أن تلتزم بالفصل فيه ولا يجوز أن تثير أو يثار أمامها مجدداً الدفع بعدم الاختصاص النوعي"، ونصت الفقرة ٦ من ذات المادة على أنه: "لا يجوز للدائرة الاستئنافية أن تثير الدفع بعدم الاختصاص النوعي من تلقاء ذاتها، كما لا يجوز أن يتمسك به أمامها من كان بإمكانه الدفع به أمام الدائرة الابتدائية".

- في وجهة النظر هذه - ممارسة مجهولة العاقبة، وربما كان الأولى بهذه المحكمة أن توقف الدعوى إلى أن يفصل نهائياً في مسألة الاختصاص. أحمد مسلم، الإشارة السابقة. وعبد الباسط جميعي، نظرية الاختصاص ص ١١١، وانظر محمود يونس، نظرات في الإحالة، المرجع السابق، ص ٣٠ وما بعدها.

(٧٠) أحمد أبو الوفاء، الدفع، المرجع السابق، ص ٢٩٦. محمود مصطفى يونس، المرجع السابق، ص ١٢٣.

المطلب الرابع

التأجيل إعمالاً لحق العلم

حق العلم من حقوق الدفاع المساعدة التي تشكل جزءاً هاماً من المركز القانوني لكل خصم، ويهدف من حيث وظيفته- إلى حسن إعداد الخصم دفاعه ومواجهة الخصم الآخر بما يلزم^(٧١) ويتمثل من حيث مضمونه- في تمكين المحكمة للخصم من العلم علماً كاملاً بكل ما يمكن الدفاع في مواجهته، سواء في ذلك طلبات الخصم أو وسائل الدفاع الواقعية أو القانونية التي يتمسك بها الخصم الآخر والحجج التي يسوقها والمستندات التي يقدمها، ويكون ذلك بإحدى الوسائل القانونية الثلاثة المعروفة وهي المواجهة الشفوية والاطلاع والإعلان^(٧٢).

والأصل العملي يفرض في أغلب الحالات تأجيل الدعوى لإعمال إحدى هذه الوسائل، فإذا كانت المواجهة الشفوية لا تثير مشكلة حقيقية تستدعي التأجيل إلا بقدر ما يمليه الاستعداد للرد على ما أبداه الخصم في الجلسة، وهو ما يعرف بالتأجيل للاستعداد. وإذا كان الاطلاع كذلك لا يفترض بالضرورة تأجيلاً إلا بقدر ما يقتضيه تبادل المذكرات بإيداعها قلم أمانة السر أو بإعلانها للخصم إلا أن المشكلة الحقيقية تثور عند الغياب، سواء في ذلك غياب أحد طرفي الدعوى أو كلاهما^(٧٣).

فإذا كان التأجيل للاستعداد أو الاطلاع يفترض في بعض حالاته إعلان الخصم الغائب، إذا ما تمسك خصمه في غيبته بطلب أو وسيلة دفاع؛ فإن التأجيل لإعادة الإعلان قد لا يقتضي ذلك، وإنما يقتضي مجرد غياب الخصم دون اشتراط أن يكون الخصم الآخر قد تمسك في غيبته بشيء مما سبق. وهو في واقع الحياة العملية يثير العديد من الصعوبات، ولا يمكن أن تتحقق ضوابطه بما لا يهدر قيمة الوقت في

(٧١) وجدي راغب، دراسات في مركز الخصم، المرجع السابق، ص ١٤٨.

(٧٢) عزمي عبد الفتاح، واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة، المرجع السابق، ص ٢٦. أحمد خليل، مبدأ المواجهة ودوره في التنفيذ الجبري، بحث منشور في أعمال مؤتمر حق الدفاع، أبريل ١٩٩٦ - مركز الدراسات القانونية والاقتصادية - حقوق عين شمس ص ٤ وما بعدها.

(٧٣) وجدي راغب، المرجع السابق ص ١٥٤.

الدعوى، إلا من خلال تحديد مفهوم منضبط للغيب من ناحية وبيان فروضه، ومراعاة حق الدفاع في كل مرة يثور فيها فرض الغيب من ناحية أخرى؛ لأنه ليست كل فروض الغيب تقتضي تأجيلاً.

فالغيب الذي يقتضي التأجيل لإعادة الإعلان يفترض -منطقياً- أن يقترن بجهالة، وليس كل غياب يكون مع الجهالة التي تنافي حق العلم كأحد حقوق الدفاع المساعدة، والتي توجب التأجيل، فهناك ما يمكن تسميته بالجهالة الواقعية التي يقتضي معها المنطق النظري والعملي مع التأجيل لإعادة إعلان الغائب الذي جهل فعلاً ما كان يجب أن يعلمه إعمالاً لحقه في العلم، وهناك الجهالة القانونية التي يفترضها القانون افتراضاً محضاً، ويبنى عليها حكم التأجيل لإعادة الإعلان على غير مقتضى المنطق العملي، وإن كان في ذلك منطق نظري قانوني في بعض الأحيان، مما يزيد من تفاقم مشكلة بطء العدالة الناتجة عن عملية إعادة الإعلان، بكل ما يكتنفها من صعوبات عملية لا تخفى على أحد. وهذا ما يدعوننا إلى تفصيل القول فيه نظراً لما يثيره أحياناً من تناقض بين القانون والمنطق^(٧٤).

فغياب الخصوم وخاصة المدعي صاحب المبادرة في الدعوى والعالم علماً يقينياً بقيامها، والمعتبرة الخصومة في حقه حضورية قانوناً دائماً لا ينبغي أن تؤثر على ممارسة الوظيفة القضائية وأهداف السياسة التشريعية التي تحكمها وهي حسم المنازعات بالسرعة الواجبة وعدم الخضوع المطلق لسلطان إرادة الأطراف وهذا ما يستجيب إلى فكرة المحافظة على قيمة الوقت في الدعوى، وقد اختلف الرأي حول إمكانية تأجيل الدعوى في حالة تعدد المدعين وغياب بعضهم؛ إذ ذهب رأي إلى أنه يجوز تأجيل الدعوى لإعادة إعلان من تخلف من المدعين^(٧٥) بينما ذهب رأي إلى أن تخلف بعض المدعين لا ينبغي أن يؤثر في سير الدعوى متى ثبت علمهم اليقيني

(٧٤) لقد وصلت مشكلة إعادة الإعلان إلى حد حاد برأيي إلى وصفها بأنها (الجحيم ذاته)، نبيل عمر، الهدر الإجرائي واقتصاديات الإجراء دار الجامعة الجديدة، ١٩٩٩م، ص ٣٣.

(٧٥) الدناصوري وعكاز، التعليق على قانون المرافعات، ١٩٩٤م، ص ٤٩٠. طعن رقم ١١٠٣ / ٢٠١٠ دائرة الاجازات جلسة الأحد ٢٠١٠/١١/٢٥م.

بالجلسة المحددة لنظرها^(٧٦)، ونحن تؤيد الرأي الأخير لما فيه من وجهة تتفق والموازنة بين قيمة الوقت في الدعوى وحقوق الدفاع.

وتأكيداً وفضلاً عن اتفاقه مع صريح نص المادة (٨) سابقة الذكر والمادة (٢٥) بنصها على أنه: "يجب على مودع صحيفة الدعوى والخصوم ووكلائهم متابعة الإجراءات عن طريق النظام الإلكتروني ولا يقبل منهم الدفع بعدم علمه بالموعد المحدد لنظر الدعوى"، والمادة (٢٩) تعتبر إجراءات تقديم المذكرات والمستندات وتبادلها إلكترونياً بين أطراف الدعوى عن طريق النظام الإلكتروني، إجراءات حضورية وتنتج آثارها القانونية.

إن مفهوم الغياب المؤثر في سير الدعوى من جانب المدعى عليه يختلف حتماً عن مفهوم الغياب المؤثر من جانب المدعي، ويرجع ذلك إلى الارتباط المنطقي بين أثر الغياب على سير الدعوى وما يحمله من دلالة الجهالة بقيام الخصومة التي تتنافى مع حق العلم باعتباره أحد حقوق الدفاع المساعدة^(٧٧).

فإذا كان من غير المنطقي استخلاص دلالة الجهل من غياب المدعي في ظل الوضع القانوني السابق بيانه؛ فإنه من الممكن استخلاص هذه الدلالة من غياب المدعى عليه؛ لأن المفترض الأساسي في التنظيم القضائي أن المدعي هو الذي يأخذ مبادرة الدعوى في غفلة من المدعى، وذلك بإيداع صحيفة السجل الإلكتروني بالمحكمة المختصة، إلا أن الخصومة لا تتعقد في الدعوى إلا بإعلان المدعى عليه ما لم يحضر بالجلسة.

ودلالة الجهالة المستمدة من غياب المدعى عليه والتي تعد مناطاً لتأجيل الدعوى قد تكون دلالة قطعية وقد تكون دلالة ظنية، وقد تكون دلالة حكمية (مفترضة) مما يستوجب معها القياس النظري لضرورة التأجيل إلا أن القانون يحظر في بعض

(٧٦) محمد كمال عبد العزيز، تقنين المرافعات في ضوء القضاء والفقه، الجزء الأول، ١٩٩٥م، ص ٥٤٩.

(٧٧) وجدي راغب، دراسات، ص ١٤٧ وما بعدها.

هذه الحالات تأجيل الدعوى، وذلك لاعتبارات أخرى يغلب فيها القياس المنطقي العملي على القياس النظري .

ومما لا شك فيه أن الجهالة القطعية المستوجبة للتأجيل لإعادة الإعلان تتوفر متى لم يعلم المدعى عليه بأن طريقه كان بقيام الدعوى أو بتاريخ الجلسة، وهذه الجهالة صعب تحققها بعد تطبيق إجراءات التقاضي الإلكتروني على هذه المنازعات المنصوص عليها في قانون تبسيط الإجراءات، والحقيقة أنه إذا كان الجهل عكس العلم، وكان الشيء يعرف بنقيضه، وكان مفهوم الغياب الموجب للتأجيل يرتبط بتحديد مفهوم الجهل المناقض لحق العلم كأحد حقوق الدفاع المساعدة، فمن المعروف أن للإعلان الإلكتروني دلالة على العلم اليقيني تنتفي معه الحاجة منطقياً وواقعياً إلى تأجيل الدعوى إعمالاً لحق العلم؛ حيث يلتزم الخصوم في الدعوى بمتابعة قرارات التأجيل ومواعيد الجلسات التي تحددها المحكمة المختصة طبقاً للمادة (٨) من قانون تبسيط إجراءات التقاضي، إلا أن هذا العلم اليقيني قد يكون قانونياً. وقد يكون غير قانوني. وذلك إذا حدث فعلاً وواقعاً أن علم المراد إعلانه بمضمون الورقة المعلنة، ولكن ليس بالطريقة التي نص عليها القانون. فهل كل علم يقيني ينتفي معه وجوب التأجيل قانوناً؟

فالعلم اليقيني القانوني هو الناتج عن إعلان صحيح تم باستلام المعلن إليه صورة الورقة المعلنة مع توقيعه على الأصل بالاستلام، أو عن إيداع مذكرة بالدفاع قبل الجلسة، أو عن حضور الجلسة فعلاً، حيث تعتبر إجراءات تقديم المذكرات والمستندات وتبادلها إلكترونياً بين أطراف الدعوى عن طريق النظام الإلكتروني، إجراءات حضورية وتنتج آثارها القانونية، وعلى ذلك فالعلم اليقيني القانوني الذي ينتفي معه وجوب التأجيل لإعادة الإعلان يتمثل في حالات رجوع تقرير إلكتروني إلى الموظف الذي قام بالإجراء يثبت نجاح الإرسال، ويعتبر ذلك إعلاناً للشخص المطلوب إعلانه في موطنه، وينتج آثاره من تاريخ نجاح إرسال الإعلان الإلكتروني^(٧٨).

(٧٨) أحمد هندي، العلم القانوني بين الواقع والمنطق في التنظيم القانوني، دراسة في الإعلان القضائي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ١٩٩٩، ص ١٧ وما بعدها.

الخاتمة

وضع المشرع العماني للخصومة القضائية قواعد موضوعية وأخرى شكلية، لكي يتمكن الخصوم من مباشرتها بطريقة أصولية وفقاً لما يتطلبه القانون. وقد نظم قانون تبسيط إجراءات التقاضي في شأن بعض المنازعات الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٥/٢٠٢٠، موضوع هذه الدراسة (فكرة الوقت في ضوء المواعيد الإجرائية المقررة في القانون) في العديد من النصوص القانونية، حيث أن ما ورد حول المواعيد يثير العديد من المشاكل القانونية، لذلك قمت بمعالجة هذا الموضوع ضمن إطار قانوني من حيث تناول مسألة المواعيد وأحكامها والآثار المترتبة عليها في قانون تبسيط إجراءات التقاضي في ضوء منظور فكرة الوقت مسترشداً بالمقاربة بين آراء الفقه والاجتهاد القضائي في ضوء قانون الإجراءات المدنية والتجارية الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٩/٢٠٠٢، نظراً لحدثة صدور قانون تبسيط إجراءات التقاضي. وقد جاءت أهم نتائج البحث وتوصياته على النحو الآتي:

أولاً- النتائج:

- ١- المواعيد الإجرائية هي التي تتعلق بعمل إجرائي يتم وفق سلطة إجرائية؛ أي نشأت أثناء الخصومة أو بسببها، وتسري الأحكام العامة للمواعيد على كافة المواعيد من حيث كيفية احتسابها وامتدادها بحكم القانون حيث تعتبر هذه أصول مشتركة تطبق على كافة القوانين المختلفة.
- ٢- نظم المشرع المواعيد الإجرائية في النصوص القانونية المختلفة وجعلها متفاوتة وفقاً لاعتبارات قدرها، وقد راعي في ذلك مسألة قصرها؛ حيث جعل بعض المواعيد قصيرة في تطبيقها بحيث يؤدي ذلك إلى استقرار المراكز القانونية بين الخصوم واستقرار الأحكام القضائية وبما يحقق الغاية منها بشكل يتناسب مع حق الخصم في التقاضي على أكمل وجه.
- ٣- حرص المشرع في تحديد مواعيد الإجراءات في قانون تبسيط إجراءات التقاضي؛ ألا تترأخى الإجراءات وتتأخر على نحو لا مبرر له استجابة لمبدأ تركيز

- الخصومة، بالإضافة إلى عدم إهدار ضمانات التقاضي ومنح فرصة كافية للخصوم لإعداد دفاعهم استجابة لمبدأ حرية الدفاع الذي يقضي حمايتهم من المفاجأة وتمكينهم من فرصة إعداد أدلتهم وطلباتهم ودفعهم حسب الأصول.
- ٤- يسري الامتداد على كافة المواعيد، أياً كان القانون الذي نص عليها، إذ يتم تطبيق قاعدة امتداد الميعاد على النصوص القانونية المختلفة كافة مهما كان القانون الذي ينظمها إذا صادف آخر يوم عطلة رسمية.
- ٥- قوام التقاضي إجراء وميعاد، وأن الإجراء يعتبر غير مقبول في الغالب إذا اتخذ في غير الميعاد الذي قرره المشرع؛ لذلك نظمت العلاقة بشكل مباشر بين الإجراء والميعاد برباط زمني حدد للمتقاضين، ويتعين عليهم مباشرة الإجراء قبل الميعاد أو بعده أو خلاله، وفقاً لما قرره القانون.
- ٦- أغفل المشرع كثير من المواعيد التي كان يتوجب إيرادها بقانون تبسيط إجراءات التقاضي حتى لا يتم تأييد المنازعات بين الخصوم.
- ٧- لم يورد المشرع جزءاً عاماً لمخالفة المواعيد الإجرائية؛ وإنما ورد الجزء في نصوص متفرقة يمكن الرجوع إليها لاستخلاص هذه الجزاءات.

ثانياً- التوصيات:

- ١- نقترح على المشرع؛ العمل على تعديل قانون تبسيط إجراءات التقاضي، فيما يتعلق باختصاصات الدوائر، وتشكيل الدوائر الابتدائية من ثلاثة قضاة، وتشكيل دوائر من قاض واحد لنظر منازعات الاستثمار ذات القيمة الأقل وإصدار أوامر الأداء أياً كانت قيمتها، وإعادة النظر في الميعاد المقرر للفصل في الدعوى من الدائرة الابتدائية، والحكم في الاستئناف من الدائرة الاستئنافية، وتشكيل دائرة خاصة أو أكثر في المحكمة العليا للفصل في الطعون الخاصة بمنازعات استثمار رأس المال الأجنبي.
- ٢- ضرورة تعريف الخصوم بالطبيعة الإجرائية لقانون تبسيط الإجراءات التقاضي، وضرورة احترام قواعده ومواعيده الشكلية المتعلقة بسير إجراءات الخصومة، فعلمهم بهذه الإجراءات يفرض عليهم التزاماً باتباعها وعدم إغفال وإهمال وعدم تقويت

- المواعيد الإجرائية، حتى لا يطال أمد النزاع إلى ما لا نهاية، ويساعد في تعجيل سير الخصومة، وسرعة الفصل في الدعوى.
- ٣- نوصي القضاة وأعاونهم؛ توخي الدقة في تطبيق المواعيد الإجرائية وبما يحقق غايات قانون تبسيط إجراءات التقاضي من سرعة حسم المنازعات التي صدر بشأنها، نظرا للكُم الهائل من القضايا، وبما يحول دون إطالة أمد النزاع.
- ٤- ضرورة تعميم فكرة التقاضي بالوسائل الإلكترونية في كافة المنازعات، على غرار المقرر في قانون تبسيط إجراءات التقاضي، لما لهذا النظام الإلكتروني من مزايا متعددة؛ أهمها توفير الوقت والجهد.
- ٥- العمل على إغلاق باب التحايل أمام المتقاضين، وإساءة استعمال الحق في المواعيد، بطريقة تمثل تعسفا في استعمال حق التقاضي لعرقلة صدور الأحكام وتنفيذها.
- ٦- وبصفة عامة نوصي باتخاذ ما يلزم لتوحيد الاجتهاد القضائي في السلطنة من أجل ضمان توحيد العمل بين مختلف الجهات القضائية المكونة للتنظيم القضائي في السلطنة.

المراجع

- أحمد السيد صاوي: الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، طبعة ٢٠٠٠م.
- أحمد أبو الوفا:
- المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الرابعة عشر ١٩٨٦م.
- التعليق على نصوص قانون المرافعات، منشأة المعارف، ١٩٩٠م.
- نظرية الدفوع في قانون المرافعات، منشأة المعارف، بالإسكندرية، ١٩٨٨م.
- نظرية الأحكام في قانون المرافعات، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٨م.

- أحمد خليل: مبدأ المواجهة ودوره في التنفيذ الجبري، بحث منشور في أعمال مؤتمر حق الدفاع، مركز الدراسات القانونية والاقتصادية - كلية الحقوق، جامعة عين شمس، أبريل، ١٩٩٦م.
- أحمد مسلم: التأصيل المنطقي لأحوال انقضاء الخصومة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية - يناير ١٩٤٩م.
- أحمد هندي:
- العلم القانوني بين الواقع والمنطق في التنظيم القانوني (دراسة في الإعلان القضائي)، دار الجامعة الجديدة للنشر، ١٩٩٩م.
- قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٥م.
- أمينة مصطفى النمر: الدعوى وإجراءاتها، منشأة المعارف بالإسكندرية.
- عز الدين الدناصوري، وحامد عكاز: التعليق على قانون المرافعات، طبعة نادي القضاة، مصر، ١٩٩٢م.
- رمزي سيف: الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة السابعة، ١٩٦٧م.
- طلعت دويدار: الوسيط في شرح قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٢م.
- عبد الباسط جميعي: نظرية الاختصاص في قانون المرافعات الجديد وتعديلاته، دار الفكر العربي، القاهرة.
- عزمى عبد الفتاح:
- الوسيط في قانون المرافعات الكويتي، قانون القضاء المدني الكويتي، مؤسسة دار الكتب، الكويت، الطبعة الأولى ٢٠٠٦ - ٢٠٠٧م.
- واجب القاضى فى تحقيق مبدأ المواجهة باعتباره أهم تطبيق لحق الدفاع، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧م.
- فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني، قانون المرافعات المدنية والتجارية؛ وأهم التشريعات المكملة له، دار النهضة العربية، طبعة ٢٠٠١م.

- محمد كمال عبد العزيز: تقنين المرافعات في ضوء القضاء والفقهاء، الجزء الاول، ١٩٩٥م.
- محمود مصطفى يونس:
 - نحو نظرية عامة لفكرة النظام العام في قانون المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية.
 - نظرات في الإحالة لعدم الاختصاص القضائي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى.
- نبيل إسماعيل عمر:
 - الهدر الإجرائي واقتصاديات الإجراء، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ١٩٩٩م.
 - الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية.
- وجدي فهمي راغب: دراسات في مركز الخصم أمام القضاء المدني، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، السنة ١٢، ١٩٧٤م.

التماس إعادة النظر في أحكام القضاء الإداري (دراسة مقارنة)

الدكتور / شعبان عبد الحكيم عبد العليم سلامه *

الملخص:

الطعن بإعادة النظر في الأحكام الإدارية طريق طعن استئنافي يرفع إلى المحكمة التي أصدرت الحكم لبحث الدعوى من جديد في ضوء معلومات لم تكن تدركها وقت صدور الحكم، وذلك في حالات حددها المشرع علي سبيل الحصر، ولا يجوز الا بعد استنفاد الطرق العادية للطعن في الأحكام أو بعد صيرورتها نهائية بفوات ميعاد الطعن عليها، ويعد وسيلة لإصلاح المحكمة ما وقع منها من أخطاء متعلقة بوقائع الحكم لم تكن تحت بصر المحكمة، أو لأسباب ترجع إلى خطأ القاضي كالتناقض في منطوق الحكم، ويرفع الالتماس أمام المحكمة التي أصدرت الحكم، ولا يترتب علي تقديم الالتماس وقف تنفيذ الحكم ، إلا إذا كان يخشى من التنفيذ وقوع ضرر جسيم يتعذر تداركه، ولا يجوز الطعن في الحكم الذي يصدر برفض الالتماس أو الحكم الذي يصدر في موضوع الدعوى بعد قبوله بالالتماس، لكن يجوز الطعن فيه بنفس طريقة الطعن الذي كان يقبله الحكم المطعون فيه، كما يجوز الطعن في الحكم بالالتماس والنقض في وقت واحد، بشرط أن يتم كل منهما.

الكلمات المفتاحية: التماس إعادة النظر - الطعن بالنقض - الطعن بالاستئناف - دعوى البطلان الأصلية - طعن الخارج عن الخصومة.

* أستاذ القانون العام المساعد بكلية الشريعة والقانون - جامعة الجوف - المملكة العربية السعودية.



A Petition for Reconsideration of the Provisions Of the Administrative Judiciary (A Comparative Study)

Dr. Shaaban Abdel-Hakim Abdel-Alim Salama*

Abstract:

A petition for reconsideration of administrative rulings through an appeal was submitted to the court issuing the judgment to examine the lawsuit again in light of the information that the court was not aware of at the time it issued that judgment. This includes cases specified by the legislator exclusively. This petition shall not be permissible but only after using all ordinary methods of challenging the rulings or in case these rulings are final as the specified time for the challenge is over. This is considered a method to rectify the mistakes of the court, which are related to the facts of rulings that the court was unaware of before. It may be also a result of reasons related to the judge such as issuing contradicting recitals of rulings. The petition shall be filed before the court that issued the judgment. The filing of the petition shall not result in the suspension of the execution of the judgment unless it is feared that this execution will cause serious and irreparable harm. It is not permissible to challenge the issued ruling by rejecting the challenge or the judgment issued on the merits of the case after accepting the petition. However, it is permissible to challenge in the same way the challenged judgment is accepted. It is also permissible to challenge the judgment by petition and cassation simultaneously, provided that both are completed on the date legally determined.

Keywords: Petition for Reconsideration - Cassation Appeal - Appeal for Appeal - Original Nullity Claim - Appeals from Outside the Litigation.

*Assistant Professor of Public Law, Faculty of Sharia and Law, Al-Jouf University, Kingdom of Saudi Arabia.

المقدمة

فإن الطعن بإعادة النظر هو طريق طعن غير عادي في الحكم النهائي يرفع من الملتمس أو من له يعد الحكم حجة عليه، إلى ذات المحكمة التي أصدرته بطلب إعادة النظر في دعوي سبق صدور حكم نهائي فيها واجب النفاذ، متى توفرت إحدى الحالات التي ينص عليها القانون حصراً، ويجوز الطعن بهذا الطريق في الأحكام الصادرة من المحاكم الإدارية، وهذه الأحكام هي الأحكام الصادرة بصفة نهائية - أي غير قابلة للاستئناف - أما الأحكام الصادرة من محاكم أول درجة فلا يقبل الطعن فيها بهذا الطريق ولو صار الحكم بعد ذلك نهائياً بفوات مواعيد الطعن.

ويدخل ضمن الأحكام التي يجوز الطعن فيها بطريق الطعن بإعادة النظر الأحكام الصادرة من المحاكم الإدارية والتأديبية ومحاكم القضاء الإداري، وذلك بما لا يتعارض مع طبيعة المنازعة المنظورة أمام هذه المحاكم، وكذلك الأحكام الصادرة من هذه المحاكم بصورة مستعجلة كوقف التنفيذ استناداً إلى أنها تعد أحكاماً بالمعنى القانوني وقد تتوفر بها إحدى الأسباب التي تجيز الطعن بالتماس إعادة النظر، وذلك وفقاً لنص المادة (٢٤١) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري الذي تطبق قواعده على المنازعة الإدارية، رغم اختلاف التنظيم القانوني للمحاكم الإدارية عن المحاكم المدنية والتجارية، واختلاف طبيعة المنازعة الإدارية عن المنازعة المدنية، التي يختص بها القضاء المدني، وذلك إلى أن يصدر قانون الإجراءات الخاص بالتقاضي أمام محاكم مجلس الدولة، طبقاً لنص المادة الثالثة من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢م.

أما الأحكام الصادرة من المحكمة الإدارية العليا فلا يجوز الطعن عليها بطريق إعادة النظر وهو أمر مسلم به فقها وقضاء، طبقاً للمادة (٥١) من قانون مجلس الدولة.

أما في القضاء الإداري السعودي، فطبقاً للمادة الثالثة والأربعون من نظام المرافعات أمام ديوان المظالم الصادر في ١٤٣٥/١/٢٢هـ يجوز الطعن بالتماس إعادة النظر أيضاً في الأحكام النهائية الصادرة من المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية في الأحوال المنصوص عليها في قانون المرافعات الشرعية الصادر في ١٤٣٥هـ، ولم تشر المادة سائلة الذكر إلى جواز الطعن بإعادة النظر أمام المحكمة الإدارية العليا، ولم ترد مادة مستقلة بهذا الخصوص في نظام المرافعات أمام ديوان المظالم علي غرار المادة (٥١) من قانون مجلس الدولة المصري ٤٧ لسنة ١٩٧٢م، ومعني ذلك جواز الطعن بهذا الطريق علي أحكام المحكمة الإدارية العليا.

أهمية الموضوع:

يعد الطعن بإعادة النظر من أهم طرق الطعن غير العادية في الأحكام النهائية، حيث لا يقصد به طرح الخصومة برمتها من جديد أمام المحكمة كما هو الشأن في حالة الطعن بالطرق العادية، ولكن يقصد به طرح العيوب التي استند إليها الطاعن في طعنه، ولذلك يرفع الالتماس إلى نفس المحكمة التي أصدرت الحكم، ولا يعد تجريباً للحكم الصادر منها، وإنما هو عرض لأسباب جديدة تجيز الالتماس ظهرت بعد الحكم ومن شأنها لو كانت تحت بصر المحكمة قبل صدوره لصدر الحكم على نحو مغاير لما صدر عليه، ولذلك لا يجوز الطعن من جديد في الحكم الصادر برفض الالتماس في الموضوع أو بعدم قبول الالتماس لأن المفترض أن الطعن بالالتماس كطريق غير عادي للطعن قد رفع بعد استنفاد طرق الطعن العادية، ومن ثم إذا ما كان الحكم صادراً من محكمة القضاء الإداري فإنه يتمتع على المحكوم ضده الطعن بإعادة النظر فيه أمام ذات المحكمة التي أصدرته، حيث أن باب الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا يظل مفتوحاً طوال المواعيد المقررة لقبول الطعن، وتلك المحكمة هي التي تملك دون غيرها وزن وجه الطعن في الحكم وتحديد وقائع المنازعة بشتى مناحيها وإنزال صحيح حكم القانون عليها، ومن ثم فإنه إذا لم يرتض المحكوم ضده الحكم الصادر ضده مبتغياً تعديله لصالحه، فإنه لا مندوحة له من أن يطعن فيه بالطريق المقرر أصلاً أمام المحكمة الأعلى من المحكمة التي أصدرته وأن يوالى الخصومة ويتابعها حتى يخفق في الطعن، ولا يجوز له أن يبادر إلى الطعن بطريق إعادة النظر مادام باب الطعن مازال مفتوحاً أمامه لرفع الطعن الأصيل، أو أن يفوت على نفسه هذا الميعاد أو يقعد عن موالاة ذلك الطعن حتى يزول قانوناً ثم يطعن على الحكم بالتماس إعادة النظر، وإلا كان الالتماس غير جائز في هذه الحالات نظراً لوجود طريق طعن أصيل في الحكم بما يغني عن سلوك طريق الطعن البديل سواء ابتداءً من خلال الميعاد أو بعد زوال هذا الطعن وهو ما يصدق، بلا ريب على جميع الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري والمحاكم التأديبية ومن بينها تلك الصادرة في الطلبات المستعجلة بوقف تنفيذ القرارات المطعون فيها بدعوى الإلغاء.

كما تظهر أهمية هذا الموضوع في التفرقة بين الطعن بإعادة النظر والنقض، باعتبار أن نقض الحكم وإن كان طريقاً غير عادي للطعن في الأحكام، لكنه هجوم على الحكم وطعن فيه لخطأ قانوني شاب أسبابه أو منطوقه، وكل من الطعن بالنقض والطعن بإعادة النظر أسبابه الموضوعية، وولوج أحدهما لا يحول دون وولوج الآخر.

وتظهر أيضا أهمية الموضوع من خلال أوجه الشبه بين الطعن بإعادة النظر واعتراض الخارج عن الخصومة حيث ألغي قانون المرافعات المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م، طريق الطعن في أحكام محكمة القضاء الإداري أمام المحكمة الإدارية العليا من قبل الغير ممن لم يكونوا خصوما في الدعوي التي صدر فيها الحكم ممن تعدي أثر الحكم إليهم، واعده وجها من وجوه الطعن بإعادة النظر في أحكام محكمة القضاء الإداري.

أما أسباب الطعن بإعادة التماس النظر فهي تكاد تكون متشابهة في قانون المرافعات المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨، والذي أحال إليه قانون مجلس الدولة المصري فيما لم يرد فيه نص طبقا لنص المادة الثالثة من قانون مجلس الدولة المصري ٤٧ لسنة ١٩٧٢، ويجوز أن تكون المحكمة التي تنظر الالتماس مؤلفة من نفس القضاة الذين أصدروا الحكم.

أما بالنسبة إلى أثر تقديم الالتماس؛ فإنه كما هو الحال بالنسبة إلى الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا، لا يترتب على رفعه وقف تنفيذ الحكم، لكن يجوز للمحكمة التي تنظر الالتماس أن تأمر بوقف التنفيذ متى طلب ذلك وكان يخشى من التنفيذ وقوع ضرر جسيم يتعذر تداركه، ويجوز للمحكمة عندما تأمر بوقف التنفيذ أن توجب تقديم كفالة أو تأمر بما تراه كفيلا بصيانة حق المطعون عليه.

إشكالية الدراسة:

تتمثل إشكالية الدراسة في بيان حالات الطعن بإعادة النظر في القضاء الإداري المصري والسعودي؟

وأيضاً بيان الصلة بين الطعن بإعادة النظر واعتراض الخارج عن الخصومة الإدارية الذي يتعدى إليه أثر الحكم الصادر في المنازعة الإدارية؟
والترقية الدقيقة بين الطعن بإعادة النظر والنقض باعتبارهما من طرق الطعن غير العادية؟

وهل يجوز الطعن في الحكم الصادر بقبول الالتماس أو رفضه؟

الدراسات السابقة:

من خلال تتبع موضوع البحث في كثير من المصادر والمراجع وجدت أن الأبحاث التي تناولت الموضوع في القضاء الإداري فهي نادرة للغاية، فلم أطلع إلا على بحث واحد قريب الصلة بالموضوع وهو بعنوان:

اعتراض الخارج عن الخصومة أمام القضاء العادي والإداري، دراسة في القانون

القطري والمقارن) وهو للدكتور/ عبدالحفيظ علي الشيمي، وآخر، منشور بالمجلة القانونية والقضائية التي يصدرها مركز الدراسات القضائية بوزارة العدل القطرية، العدد ٢، السنة ٩، ديسمبر ٢٠١٥م.

كما عثرت على بحث وثيق الصلة بموضوع البحث، وهو بعنوان: (الطعن بالتماس إعادة النظر في الأحكام الإدارية في القانون الإداري الليبي) وهو للأستاذ/ فرج سالم الأوجلي، منشور بمجلة دراسات قانونية، كلية القانون، جامعة بنغازي، العدد رقم ٢٠، فبراير ٢٠١٨.

منهج البحث:

تعتمد هذه الدراسة على الجمع بين المنهج التحليلي والمقارن، حيث يتم تحليل النصوص الحاكمة لموضوع الطعن بإعادة النظر الواردة في قانون المرافعات المصري الذي أحال إليه قانون مجلس الدولة المصري، أو في قانون المرافعات الشرعية السعودي، والذي أحال إليه نظام المرافعات أمام ديوان المظالم السعودي، وتناول المشكلات التي تتفرع عن جزئيات البحث بالتحليل والتعمق على نحو ما سيتضح في ثنايا البحث، ومن ثم المقارنة بين القواعد الحاكمة لموضوع البحث بين القضاء الإداري المصري والسعودي.

خطة البحث:

بعد توفيق الله تعالى عقدت العزم على الكتابة في هذا الموضوع تحت عنوان: (إعادة النظر في أحكام القضاء الإداري، دراسة مقارنة) وسوف أتناول هذا الموضوع في مقدمة وثلاثة مباحث، وخاتمة فيها أهم النتائج، وذلك على النحو الآتي:

المقدمة: وتشتمل على أهمية الموضوع وإشكالية الدراسة ومنهجيتها.

المبحث الأول: ماهية الطعن بإعادة النظر في الأحكام الإدارية

المطلب الأول: مفهوم الطعن بإعادة النظر في الأحكام الإدارية وخصائصه.

المطلب الثاني: تمييز الطعن بإعادة النظر عن غيره من طرق الطعن الأخرى.

الفرع الأول: الطعن بإعادة النظر والمعارضة.

الفرع الثاني: الطعن بإعادة النظر والاستئناف.

الفرع الثالث: الطعن بإعادة النظر والنقض.

الفرع الرابع: إعادة النظر ودعوي البطلان الأصلية.

المبحث الثاني: حالات الطعن بإعادة النظر في الأحكام الإدارية.

- المطلب الأول: حالات الطعن العائدة إلى الغش والخطأ الجسيم.
- المطلب الثاني: حالات الطعن العائدة إلى خطأ القاضي.
- المطلب الثالث: طعن الخارج عن الخصومة.
- المبحث الثالث: إجراءات الطعن بإعادة النظر في الأحكام الإدارية.
- المطلب الأول: من له الحق في التقرير بالتماس إعادة النظر (صفة الطاعن).
- المطلب الثاني: إجراءات الطعن بالتماس إعادة النظر.
- المطلب الثالث: الحكم في الطعن بالتماس إعادة النظر.
- المطلب الرابع: مدى جواز الطعن بالالتماس في الأحكام الصادرة من المحكمة الإدارية العليا.
- المطلب الخامس: مدى جواز الطعن بإعادة النظر والنقض في وقت واحد.
- الخاتمة وفيها أهم النتائج والتوصيات.

المبحث الأول

ماهية الطعن بإعادة النظر في الأحكام الإدارية

تتعدد طرق الطعن في الأحكام بصفة عامة، ويمكن تقسيمها إلى طريقتين أساسيين هما: طريق الطعن العادي، ويكون كذلك إذا كان مفتوحاً كقاعدة للطعن على جميع الأحكام دون أن يكون محصوراً في أحكام محددة بعينها، وتتوافر هذه الصفة في طريقي الطعن بالاستئناف والمعارضة.

أما الطريق الثاني وهو طريق الطعن غير العادي، فليس من الممكن اللجوء إليه إلا في حالات محددة حصراً، وبضوابط تضيق كثيراً من نطاقه، وتتوافر هذه الصفة في طريقي الطعن بالنقض، وإعادة النظر.

وقد نصت المادة (٥١) من قانون مجلس الدولة المصري على طريق الطعن بإعادة النظر بقولها: "يجوز الطعن في الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري والمحاكم الإدارية والمحاكم التأديبية بطريق التماس إعادة النظر في المواعيد والأحوال المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية أو قانون الإجراءات الجنائية حسب الأحوال وذلك بما لا يتعارض مع طبيعة المنازعات المنظورة أمام هذه المحاكم، ولا يترتب على الطعن وقف تنفيذ الحكم إلا إذا أمرت المحكمة بغير ذلك، وإذا حكم بعدم قبول الطعن أو

برفضه جاز الحكم على الطاعن بغرامة لا تتجاوز فضلاً عن التعويض إذا كان له وجه".

وسوف أتناول ماهية الطعن بإعادة النظر في الأحكام الإدارية، وتمييزه عن غيره من طرق الطعن الاخرى، في مطلبين على النحو الآتي:
المطلب الأول: مفهوم الطعن بإعادة النظر في الأحكام الإدارية.
المطلب الثاني: تمييز الطعن بإعادة النظر عن غيره من طرق الطعن الاخرى.

المطلب الأول

مفهوم الطعن بإعادة النظر في الأحكام الإدارية

يعرف الطعن بإعادة النظر بصفة عامة بأنه: (طريق اعتراض غير عادي في الحكم بصيرورته نهائياً إذا شابه عيب من العيوب التي حددها القانون على سبيل الحصر)^(١). كما عرف بأنه: (طريق من طرق الطعن غير العادية قرره القانون لمعالجة أخطاء الحكم الموضوعية من ذات المحكمة التي أصدرت الحكم)^(٢).

كما عرف في جانب الأحكام الإدارية أيضاً بأنه: (طعن استثنائي يرفع إلى المحكمة التي أصدرت الحكم لبحث الدعوي من جديد في ضوء معلومات لم تكن تدركها وقت صدور الحكم، وذلك في حالات حددها المشرع على سبيل الحصر)^(٣)، وعرف أيضاً بأنه: (طعن استثنائي يرفع إلى نفس المحكمة التي أصدرت الحكم لبحث الدعوي من جديد في ضوء معلومات معينة لم تكن تدركها وقت صدور الحكم، وذلك في حالات حددها المشرع على سبيل الحصر)^(٤).

وعرف أيضاً بأنه: (طريق استثنائي للطعن في الأحكام الإدارية الصادرة من المحاكم الإدارية، يرفع إلى المحكمة التي اصدرت الحكم لكي تتدارك ما وقعت فيه من خطأ، متي

(١) د/ حسام الدين سليمان توفيق: الوسيط في شرح قانون المرافعات الشرعية الجديد، ج٢، ص ٢٧٦، ط ٢٠١٤م، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر.

(٢) د/محمود علي وافي: مبادئ المرافعات الشرعية، في ضوء قانون المرافعات السعودي الجديد لعام ١٤٣٥هـ، ج٢، ص ٤٤٠، الطبعة الثالثة ١٤٣٧هـ/٢٠١٦م، مكتبة الرشد، الرياض، المملكة العربية السعودية

(٣) أستاذنا الدكتور/ فؤاد النادي: القضاء الإداري واجراءات التقاضي وطرق الطعن في الأحكام الإدارية، ص ٦٢٨، ط ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م، بدون ناشر.

(٤) د/مجاد الحلو: القضاء الإداري، ص ٥٨٦، ط ٢٠٠٠م، منشأة المعارف بالإسكندرية.

وضح لها ذلك في الأحوال والمواعيد المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية ووفقاً للإجراءات المبينة فيه^(٥)، وعرفته المحكمة الإدارية العليا المصرية بأنه: "طريق من طرق الطعن غير العادية يرفع إلى المحكمة التي أصدرت لحكم الملتمس فيه ولا يقبل إلا في حالات أوردها القانون على سبيل الحصر، باعتباره إحدى طرق الطعن غير العادي في الأحكام لا يجوز ولوجه واستخدامه حيث يتييسر سلوك طريق الطعن العادي"^(٦)، أما أحوال الطعن بإعادة النظر فسوف يأتي بيان هذه الأحوال بالتفصيل عند الحديث عن حالات الالتماس، كما وردت الإشارة إلى الطعن بإعادة النظر من بعض الفقهاء الفرنسيين بأن: (كل قرار صادر عن مجلس الدولة إذا اشتمل علي بعض الأخطاء يمكن أن يكون موضوع طعن بالتماس إعادة النظر)^(٧).

خصائص الطعن بإعادة النظر:

أولاً- الطعن بإعادة النظر وسيلة للطعن في الأحكام النهائية:

الطعن بإعادة النظر لا يجوز في الأحكام المدنية إلا بعد أن يصير الحكم نهائياً سواء في ذلك الأحكام الحضورية والغيبائية، ويرفع الالتماس إلى محكمة الاستئناف أو النقض طبقاً لحالاته المحددة على سبيل الحصر^(٨).

كذلك الأمر بالنسبة إلى الطعن بإعادة النظر في الأحكام الإدارية، فلا يجوز إلا بعد استنفاد الطرق العادية للطعن في الأحكام أو بعد صيرورتها نهائية بفوات ميعاد الطعن عليها حتى لا يتخذ التماس إعادة النظر وسيلة لفتح باب الطعن من جديد طبقاً لطرق الطعن العادية، وهو ما لا يقصده المشرع من الطعن بإعادة النظر.

(٥) د/رمزي سيف: الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ص ٨٩٧، الطبعة الثالثة ١٩٦٦، دار النهضة العربية بالقاهرة.

(٦) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١١٦ لسنة ٣٤ ق. عليا، جلسة ١٩٩٢/٧/١٩م، ص ١٨٥٧، البوابة القانونية لمبادئ وأحكام المحكمة الإدارية العليا، شركة خدمات المعلومات التشريعية ومعلومات التمتية، لا دس ٢٠١٠م.

(٧) ريمون أودان: النزاع الإداري، الجزء الثالث، ترجمة: سيد بالضياف، ص ٣٧٠، ط ٢٠٠٩م، مركز النشر الجامعي.

(٨) الحكم النهائي هو الحكم الصادر من محكمة الدرجة الثانية أو من محكمة الدرجة الأولى ولا يكون قابلاً للاستئناف إما لفوات الميعاد أو لأن القانون لا يجيز الطعن فيه بالاستئناف.

راجع: د/ ادوار غالي الذهبي: الحكم النهائي في فقه الاجراءات الجنائية، بحث منشور في مجلة مصر المعاصرة، المجلد ٢٣، العدد ٣٠٩، ص ٤١، نشر الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع.

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها بأن: "الأصل في الطعن بالالتماس كطريق غير عادي للطعن أن يرفع بعد استنفاد الطرق العادية للطعن في الأحكام ، أو بعد أن تصير انتهائية بفوات مواعيد الطعن عليها حتى لا يتخذ الالتماس وسيلة لفتح باب الطعن من جديد طبقاً لطرق الطعن العادية، وهو ما لا يقصده المشرع من إجازة هذا الطريق الاستثنائي في الأحوال المنصوص عليها في القانون؛ لكون القصد من ذلك تمكين صاحب الالتماس من أن يعرض علي المحكمة السبب الجديد الذي يجيز له المتقدم بالتماسه بعد صدور حكم نهائي من المحكمة إما بعدم قبوله أو الحكم في موضوعه بعد قبوله ولا يجوز بعد ذلك الطعن في هذين الحكمين بأي طريق من طرق الطعن العادية كانت أو غير عادية... " (٩).

ثانياً- الطعن بإعادة النظر وسيلة للعدول عن الخطأ في الوقائع أو في القانون:
يعد الطعن بإعادة النظر وسيلة لإصلاح المحكمة ما وقع منها من أخطاء متعلقة بوقائع الحكم لم تكن تحت بصر المحكمة لسبب يرجع إلى الخصوم، حيث يكون حين ظهور وقائع جديدة لو كانت تحت علم المحكمة لتغير وجه الحكم في الدعوي، ومناطق جدة الواقعة هو ظهور الواقعة وليس وجودها، ومن ثم فالحكم الصادر في الدعوي يعد حكماً سليماً، لا يخالف القانون، ولم يخطئ القاضي في تطبيقه أو تأويله، غاية الأمر أنه بني علي وقائع غير صحيحة بسبب أحد الخصوم ، مثل صدور الحكم بناء علي ورقة مزورة أو شهادة قضي بأنها مزورة، أو احتجاز أوراق قاطعة في الدعوي .. الخ (١٠).

كما يكون الطعن بالطعن بإعادة النظر أيضاً إذا خالفت المحكمة قواعد إجرائية قبل أو وقت صدور الحكم، مثل حدوث تناقض في منطوق الحكم، أو إذا قضت بأكثر مما طلبه الخصوم، أو عدم تمثيل ناقص الأهلية تمثيلاً صحيحاً.
وقد قضت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها أنه: (... من المستقر عليه في قضاء هذه المحكمة أنه لا يجوز للمحكمة أن تحل إرادتها محل إرادة الخصوم في الدعوي

(٩) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣٠١٠٥ لسنة ٥٥ ق.عليا، الدائرة السابعة موضوع، جلسة ١٠٤/٦/٢٠١٤، ص ١، ١، البوابة القانونية لمبادئ وأحكام المحكمة الإدارية العليا، البوابة القانونية لمبادئ وأحكام المحكمة الإدارية العليا، مرجع سابق.

(١٠) د/فرج سالم الأوجلي: الطعن بالتماس إعادة النظر في الأحكام الإدارية في القانون الإداري الليبي، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية، جامعة بنغازي، ليبيا، العدد رقم ٢٠، فبراير ٢٠١٨، ص ١٤٥.

أو أحدهم فتقوم بالتعديل في طلباتهم بإضافة طلبات جديدة لم يطلبها الخصوم صراحة ولا أساس لها في أوراق الدعوى أو محاضر الجلسات)^(١١).

وسوف يتم توضيح ذلك تفصيلاً عند الحديث عن حالات الالتماس في المبحث الثاني.

ثالثاً- الطعن بإعادة النظر يقدم إلى المحكمة التي أصدرت الحكم:

يرفع الطعن بإعادة النظر بصحيفة تودع لدى المحكمة التي أصدرت الحكم، وذلك لكي تعيد المحكمة نظرها موضوعياً في الحكم الذي أصدرته على أساس الوقائع الجديدة التي لم تعرض أمامها، أو لإزالة التناقض في منطوق الحكم، أو لتعديل منطوق الحكم الذي قضي بأكثر مما طلبه الخصوم، وغير ذلك من أسباب الالتماس^(١٢).

وقد نصت المادة (٢٤٣) من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ على ذلك بقولها: (يرفع الالتماس أمام المحكمة التي أصدرت الحكم بصحيفة تودع قلم كتابها وفقاً للأوضاع المقررة لرفع الدعوى ويجب أن تشمل صحيفته على بيان الحكم الملتمس فيه وتاريخه وأسباب الالتماس وإلا كانت باطلة....).

وقد حدد المشرع الفرنسي في المادة (٦٠٣) من قانون المرافعات المدنية أوجه الطعن بإعادة النظر، ونص على أنه يختص بنظرها المحكمة التي أصدرت الحكم.

وقد أجاز قانون مجلس الدولة المصري رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ الطعن بطريق إعادة النظر في كافة أحكام محاكم المجلس ماعدا المحكمة الإدارية العليا طبقاً لنص المادة (٥١) من القانون سالف الذكر؛ وذلك لأن المحكمة الإدارية العليا هي المحكمة التي تترجع على قمة الهرم في القضاء الإداري ولا تصل إليها القضية إلا بعد أن تعرض على محكمة أو محكمتين وبعد مدة طويلة نسبياً، الأمر الذي يقلل من احتمال توفر حالة من حالات التماس إعادة النظر^(١٣).

(١١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣٥٠٨ لسنة ٤١ ق. عليا، جلسة ١٣/١/٢٠٠٧، مبدأ رقم ٣٩، ص ٢٩٩، البوابة القانونية لمبادئ وأحكام المحكمة الإدارية العليا، البوابة القانونية لمبادئ وأحكام المحكمة الإدارية العليا، مرجع سابق

(١٢) بتصريف: د/محمد براك الفوزان: مبادئ المرافعات الإدارية، دراسة تحليلية في ضوء نظام ديون المظالم الجديد، ص ٢٠٥، الطبعة الأولى ٢٠١٨/١٤٣٩، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، المملكة العربية السعودية، وأيضاً: د/محمود علي وافي: مبادئ المرافعات الشرعية، في ضوء قانون المرافعات الشرعية السعودي الجديد لعام ١٤٣٥ هـ، ج ٢، ص ٤٥٢، مرجع سابق.

(١٣) أستاذنا الدكتور /فؤاد النادي: القضاء الإداري واجراءات التقاضي وطرق الطعن في الأحكام الإدارية، ص ٦٢٨، ٦٢٩، مرجع سابق.

وسوف نتناول هذا بالتفصيل في نهاية البحث.

رابعاً- حالات الطعن بإعادة النظر محددة على سبيل الحصر:

أوجه الطعن بإعادة النظر في الأحكام الإدارية محددة على سبيل الحصر، وهي نفس أوجه الطعن بإعادة النظر في الأحكام المدنية والتجارية، طبقاً لنص المادة (٢٤١) من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨، والتي نصت على أن (للخصوم أن يلتمسوا إعادة النظر في الأحكام الصادرة بصفة انتهائية في الأحوال الآتية:

١. إذا وقع من الخصم غش كان من شأنه التأثير في الحكم.
 ٢. إذا حصل بعد الحكم إقرار بتزوير الأوراق التي بنى عليها أو قضى بتزويرها
 ٣. إذا كان الحكم قد بنى على شهادة شاهد قضى بعد صدوره بأنها مزورة
 ٤. إذا حصل الملتمس بعد صدور الحكم على أوراق قاطعة في الدعوى كان خصمه قد حال دون تقديمها.
 ٥. إذا قضى الحكم بشيء لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه إذا كان منطوق الحكم مناقضاً لبعضه لبعض.
 ٦. إذ أصدر الحكم على شخص طبيعي أو اعتباري لم يكن ممثلاً تمثيلاً صحيحاً في الدعوى، وذلك فيما عدا حالة النيابة الاتفاقية.
 ٧. لمن يعد الحكم الصادر في الدعوى حجة عليه ولم يكن قد أدخل أو تدخل فيها بشرط إثبات غش من كان يمثله أو توأطئه أو إهماله الجسيم).
- وكان قانون المرافعات المدنية المصري القديم يعد الوجه الأخير طريقاً خاصاً للطعن، يطلق عليه اصطلاحاً اعتراض الخارج عن الخصومة، إلا أن قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨، ألغى هذا الطريق وأدخله ضمن أوجه الطعن بالالتماس. وقد نصت المادة (٦٠) من قانون المرافعات أمام ديوان المظالم السعودي الصادر سنة ١٤٣٥هـ على أنه: "تطبق على الدعاوى المرفوعة أمام محاكم ديوان المظالم أحكام نظام المرافعات الشرعية، فيما لم يرد فيه حكم في هذا النظام، وبما لا يتعارض مع طبيعة المنازعة الإدارية".

وقد نصت المادة (٢٠٠) من قانون المرافعات الشرعية الصادر ١٤٣٥هـ على أنه: "يحق لأي من الخصوم أن يلتمس إعادة النظر في الأحكام النهائية في الأحوال الآتية:

أ- إذا كان الحكم قد بني على أوراق ظهر بعد الحكم تزويرها، أو بني على شهادة قضى من الجهة المختصة بعد الحكم بأنها شهادة زور.

ب- إذا حصل الملتمس بعد الحكم على أوراق قاطعة في الدعوى كان قد تعذر عليه ابرازها بعد الحكم

ج- إذا وقع من الخصم غش من شأنه التأثير في الحكم.

د- إذا قضي الحكم بشيء لم يطلبه الخصوم أو قضي بأكثر مما طلبوه.
ه- إذا كان منطوق الحكم يناقض بعضه بعضاً.
و- إذا كان الحكم غائبياً.

ى- إذا صدر الحكم علي من لم يكن ممثلاً تمثيلاً صحيحاً في الدعوى.

٢- يحق لمن يعد الحكم حجة عليه ولم يكن قد أدخل أو تدخل في الدعوي أن يلبس إعادة النظر في الأحكام النهائية.

وقد قضي ديوان المظالم السعودي في أحد أحكامه أنه: (...حدد النظام على سبيل الحصر الحالات التي يجوز فيها للخصم الطعن بإعادة النظر في الأحكام فنص على جواز الالتماس في الأحكام النهائية إذا بني الحكم علي أوراق ظهر بعد الحكم تزويرها، وإذا حصل الملتمس بعد الحكم على أوراق قاطعة في الدعوي كان قد تعذر عليه إبرازها قبل الحكم، أو إذا وقع من الخصم غش من شأنه التأثير في الحكم، أو إذا كان منطوق الحكم يناقض بعضه بعضاً، أو كان الحكم غائبياً، أو صدر علي من لم يكن ممثلاً تمثيلاً صحيحاً في الدعوي (...)^(١٤).

ويلاحظ تشابه الأسباب في ظل قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، والذي يعد الشريعة العامة فيما لم يرد به نص في قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، مع أحكام قانون المرافعات الشرعية الصادر سنة ١٤٣٥هـ، إلا أن السبب الأخير جاء في قانون المرافعات الشرعية غير مقيد بشرط إثبات غش من كان يمثله أو تواطئه أو إهماله الجسيم.

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها أنه: (... ومن حيث إن المستقر عليه في قضاء هذه المحكمة أن المادة (٢٣) من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ قد حددت أحوال الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا، وهي لا تسع الطعن أمامها من الخارج عن الخصومة التي انتهت بصدور الحكم المطعون فيه، كذلك وقد ألغي قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ طريق الطعن في الأحكام بطريق اعتراض الخارج عن الخصومة الذي نظمه القانون قبله في المادة (٤٥٠) منه، وأضاف حالة اعتراض من يعد الحكم في الدعوى حجة عليه ولم يكن أدخل أو تدخل فيها إلى أوجه التماس إعادة النظر، وبهذا يكون قانون المرافعات - ويطبق أمام مجلس الدولة حالة عدم وجود نص في قانون المجلس - قد ألغي طريق الطعن في أحكام محكمة القضاء الإداري أمام المحكمة الإدارية العليا من قبل الغير ممن لم يكونوا خصوماً في الدعوي التي صدر بها أو تدخلوا فيها ممن تعدي أثر هذا الحكم إليهم، إذ أن ذلك أصبح وجهاً من وجوه

(١٤) حكم محكمة الاستئناف ٥٤٢/س/٧ لعام ١٤٣٢ في القضية رقم ٣٢٦٢/ق لعام ١٤٣٢هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية، ص ١٩٨٣، بوابة ديوان المظالم.

الطعن بإعادة النظر في أحكام محكمة القضاء الإداري وفقاً لنص المادة (٥١) من قانون مجلس الدولة المشار إليه...^(١٥)، والواقع العملي يظهر أن هذه الأسباب متداخلة، وفيها ما لا يتفق مع طبيعة المنازعة الإدارية.

المطلب الثاني

تمييز الطعن بإعادة النظر عن غيره من طرق الطعن الأخرى

يتميز الطعن بالطعن بإعادة النظر في الأحكام الإدارية عن أوجه الطعن الأخرى وهي المعارضة والاستئناف والنقض في عدة أمور نوضحها باختصار في الفروع الآتية:

الفرع الأول

الطعن بإعادة النظر والمعارضة

يوجد طريقتين عاديتين للطعن في الأحكام هما المعارضة والاستئناف، وتكون المعارضة في الأحكام الغيابية الجنائية سواء كانت ابتدائية أو نهائية أو باتة، وتكون في الحالة التي لا يتمكن الخصم من المثول أمام المحكمة لإبداء دفاعه - نظراً لغيابه - ولذلك تتيح له المعارضة فرصة في إبداء ما فات أن يبديه من دفاع أمام ذات القاضي الذي أصدر الحكم، حتى يكون أقرب للصواب ومحققاً للعدالة، وقد أتاح قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (٥٠) لسنة ١٩٥٠ هذا الطريق من طرق الطعن للمتهم فقط، دون المدعي بالحقوق المدنية طبقاً لنص المادة (٣٩٩) من هذا القانون^(١٦).

ومن الجدير بالذكر أن المعارضة لا تجوز إلا في الأحكام الجنائية، أما في الأحكام الإدارية فلا تعد المعارضة طريقاً من طرق الطعن في أحكام القضاء الإداري، فالحكم الصادر من إحدى محاكم القضاء الإداري لا يتصور أن يكون غائبياً بالنسبة إلى المدعي؛ لأنه هو الذي بادر ورفع دعواه أمام القضاء عن طريق صحيفة دعوي أبادي فيها ملاحظاته مزودة بأسانيد القانونية، كما لا يتصور أيضاً أن يكون الحكم غائبياً بالنسبة إلى جهة الإدارة، والتي تكون صفتها غالباً مدعي عليها، ويسعي مفوض الدولة - الأمين علي المنازعة الإدارية - جاهداً إلى جمع المعلومات وطلب البيانات من جهة الإدارة المفيدة في

^(١٥) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٢٠٠٠، ١٢٣١٨ لسنة ٤٩ ق. عليا، جلسة ٢٥/٥/٢٠٠٦م، مبدأ رقم ٦١، ص ٤٥٤، البوابة القانونية لمبادئ وأحكام المحكمة الإدارية العليا، مرجع سابق.

^(١٦) د/ حسن محمد ربيع: المعارضة كإحدى طرق الطعن في الأحكام الجنائية وفق أحكام قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي، بحث منشور بمجلة الفكر الشرطي، نشر القيادة العامة لشرطة الشارقة / مركز بحوث الشرطة، المجلد الثالث عشر، العدد ٤٩، سنة ٢٠٠٤م، ص ٢٣٤، ٢٣٥.

الدعوي وبالتالي يسمع دفاعها، وإذا تخلفت الإدارة عن إبداء أقوالها فله أن يفرض عليها غرامة تهديدية؛ فإذا تمادت الإدارة في غيرها وامتنعت عن تقديم دفاعها كان ذلك خطأ جسيماً يستهدف اعاقه سير القضاء، ومن ثم أخذاً بما يخالف قصدها يعد الحكم حضورياً بالنسبة إليها^(١٧).

ويعد الطعن بإعادة النظر في الأحكام الإدارية وسيلة للطعن في الأحكام الصادرة من المحاكم الإدارية، ومحاكم القضاء الإداري والمحاكم التأديبية بصفتها أحكاماً نهائية من ناحية وحضورية من ناحية أخرى، ونلفت النظر إلى أن المحاكمة التأديبية وإن كانت قريبة الشبه من المحاكمة الجنائية، ومن ثم تطبق من أحكام قانون الإجراءات الجنائية القواعد التي تتفق مع طبيعة النظام التأديبي، إلا أن المحاكمات التأديبية لا تقبل الطعن عليها بطريق المعارضة؛ لأن ذلك لا ينسجم مع طبيعة المنازعات الإدارية.

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها أنه: (..أحال قانون مجلس الدولة في شأن الالتماس بإعادة النظر في الأحكام الصادرة عن المحاكم التأديبية إلى الأحكام المقررة في هذا الشأن في قانون الاجراءات الجنائية ، وذلك بالنسبة إلى الأحكام الصادرة في الدعوي التأديبية المبتدأة، وذلك علي وفق المواعيد والأحوال التي أجاز فيها قانون الاجراءات الجنائية ذلك : أن قانون مجلس الدولة لم يخضع الطعن بإعادة النظر في هذه الأحكام إلا لأمرين هما (أولاً) المواعيد، (وثانياً): الأحوال، أما فيما عدا ذلك من الأمور التي يكون قانون الاجراءات الجنائية قد أوردها في هذا الصدد، فإنه لم يشر إليها، بل حرص قانون مجلس الدولة علي أن يترك الباب مفتوحاً في هذا الشأن علي نحو يسمح بالألا تغل يد القضاء التأديبي في حالة الطعن بإعادة النظر بكل ما ينص عليه قانون الاجراءات الجنائية، وذلك تقديراً منه للمغايرة القائمة بين القضاء الجنائي من حيث تنظيماته نظراً لطبيعته والقضاء التأديبي، وآية ذلك ما نص عليه في عجز الفقرة التي أحالت إلى قانون الاجراءات الجنائية بقوله: "وذلك بما لا يتعارض مع طبيعة المنازعة المعروضة أمام هذه المحاكم"، وترتيباً على ذلك: لا يلتزم القضاء التأديبي في حالة الطعن بإعادة النظر في الأحكام الصادرة في الدعاوي التأديبية علي نحو مطلق بكل ما ورد بشأنه في قانون الاجراءات الجنائية، إنما بمراعاة المواعيد والأحوال المنصوص عليها فيه فقط، وتبقي

(١٧) راجع في ذلك: د/ مصطفى أبوزيد فهمي: طرق الطعن في أحكام مجلس الدولة، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الاسكندرية، المجلد السادس، العدد ٤، ٣، سنة ١٩٦٥م، ص ١٩٤.

للمحاكم التأديبية السلطة التقديرية في إعمال ما يستقيم إعماله منها علي الدعوي التأديبية علي وفق طبيعة وأوضاع القضاء التأديبي واهمال مالا يستقيم اعماله منها بالالتفات عنها..^(١٨).

ويتفق الطعن بإعادة النظر والمعارضة في إعادة طرح الدعوي على ذات المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه.

وتختلف المعارضة عن الطعن بإعادة النظر في أنه إذا غاب المعارض عن الجلسة المحددة لنظر الدعوي تعتبر المعارضة كأن لم تكن^(١٩)، وهو جزاء لتعاقس الطاعن عن متابعة طعنه، وهو أثر قانوني يترتب بقوة القانون، طبقاً لنص المادة (٤٠١) من قانون الاجراءات الجنائية المصري التي نصت على أنه: (...يترتب على المعارضة إعادة نظر الدعوي بالنسبة إلى المعارض أمام المحكمة التي أصدرت الحكم الغيابي ومع ذلك إذا لم يحضر المعارض في أي جلسة من الجلسات المحددة لنظر الدعوي تعتبر المعارضة كأن لم تكن).

بينما لم يرد النص في قانون مجلس الدولة المصري علي أن غياب الملتمس عن الجلسة المحددة لنظر الالتماس يترتب عليه اعتبار التماسه كان لم يكن.

^(١٨) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١١٠٢ لسنة ٢٨ ق. عليا، جلسة ١٠/٥/١٩٨٦، مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا في ربع قرن، من ١/١/١٩٩١ إلي ٣٠/٩/٢٠١٦، ٤٠٢٦، بند ص ١٦٧٨، ١٦٧٩.

^(١٩) اعتبار الخصومة كان لم تكن هو: "جزء إجرائي يوقع عند إهمال المدعي متابعة أعمال خصومة بدأها، أي أن الجزاء نتيجة اخلال المدعي بواجب معين يتمثل في متابعة أعمال الخصومة واتخاذ ما يلزم لتسييرها كلما توقفت فإذا تحقق هذا الاخلال أمكن توقيع الجزاء". بتصرف من: د/محمد محمود هاشم: اعتبار الخصومة كان لم تكن في قانون المرافعات (حالاته - أحكامه - طبيعته)، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، المجلد رقم ٢٥، العدد ٢، يوليو ١٩٨٣م، ص ٦.

أما اعتبار المعارضة كان لم تكن فيعني بطلان خصومة المعارضة أو ابطالها في أحوال معينة نص عليها القانون.

راجع في ذلك: معجم القانون، ص ٢١٦، تصدير د/ شوقي ضيف، طبعة الهيئة العامة لشئون المطابع الاميرية، ١٤٢٠هـ/١٩٩٩م.

الفرع الثاني

الطعن بإعادة النظر والاستئناف

عرف الاستئناف بأنه: "طريق من طرق الطعن العادية، يهدف إلى إتاحة الفرصة لمن صدر ضده حكم من محكمة أول درجة أن يعيد طرح موضوعه بكافة عناصره الواقعية والقانونية مرة ثانية أمام محكمة الدرجة الأعلى بموجب صحيفة الاستئناف، بهدف مراجعته وفحصه مرة أخرى عن طريق محكمة بها قضاة أكثر خبرة وتجربة من قضاة محكمة أول درجة، إذا أعدنا أن هذا القضاء كان معيباً في اجراءاته أو مخطئاً فيما قام به من تقدير للوقائع أو تطبيق للقانون"^(٢٠).

ويكون في الدعاوي المدنية في الأحكام الابتدائية الصادرة من محاكم الدرجة الأولى بشرط بلوغ موضوع الدعوي قيمة مالية معينة.

وقد خرج المشرع المصري في قانون المرافعات على هذه القاعدة من ناحيتين: فأجاز الاعتراض على بعض الأحكام بغض النظر عن قيمة الدعوي الصادر فيها الحكم، وحظر استئناف بعض الأحكام بغض النظر عن قيمة الدعوي الصادر فيها الحكم^(٢١).

أما بخصوص الأحكام الإدارية: فعرف بأنه: "طريق طعن عادي لمراجعة الأحكام يتم بمقتضاه النظر في نفس النزاع من قاضي أعلى درجة ممن فصل فيه لأول مرة ويتم من خلاله إعادة النظر في النزاع من حيث الواقع والقانون"^(٢٢)، ومن ثم يجوز الطعن علي الأحكام الصادرة من المحاكم الإدارية بصرف النظر عن موضوعها أو قيمة الدعوي الصادر فيها الحكم، فجميع أحكام المحاكم الإدارية تقبل الطعن أمام محكمة القضاء الإداري باعتبارها محكمة الدرجة الثانية للأحكام الصادرة من المحاكم الإدارية، كذلك يجوز الطعن علي الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري باعتبارها محكمة أول درجة، وكذلك الحكم الصادر من المحاكم التأديبية يطعن فيه مباشرة أمام المحكمة الإدارية العليا.

(٢٠) د/حماده عبد الرازق حماده: قواعد المرافعات أمام ديوان المظالم السعودي، ص ٢٠١، الطبعة الأولى ١٤٣٩/١٠/٢٠١٨م، مكتبة المنتبي بالدمام - المملكة العربية السعودية.

(٢١) نصت المادة (١/٤٢) من قانون المرافعات على أنه: "...ويكون حكمها انتهائياً إذا كانت قيمة الدعوى لا تتجاوز خمسة الاف جنيه، كما نصت المادة ١/٤٧ علي أنه ".... ويكون حكمها انتهائياً إذا كانت قيمة الدعوى لا تتجاوز ربعين ألف جنيه....".

راجع: د/محمود علي وافي: مبادئ المرافعات الشرعية، في ضوء قانون المرافعات الشرعية السعودي الجديد لعام ١٤٣٥ هـ، ج٢، ص ٤٢٢، مرجع سابق.

(٢٢) بتصريف من د/ عبدالحكم شرف: استئناف الأحكام الباطلة والمبينة على إجراءات باطلة، دراسة تحليلية على ضوء أحكام الفقه الاسلامي، ص ٢٤٥، مذكرات مقرررة على قسم الدراسات العليا بكلية الشريعة والقانون، بدون تاريخ.

وباستئناف الحكم يتم طرح النزاع -في حدود طلبات الطاعن- من حيث الوقائع والقانون على محكمة الاستئناف والتي لها أن تؤيد أو تعدل أو تلغي الحكم المستأنف^(٢٣)، ويرفع الطعن في أحكام المحاكم الإدارية أو التأديبية أو أحكام محكمة القضاء الإداري باعتبارها محكمة أول درجة من ذوي الشأن، ويعد من ذوي الشأن كل من كان له مصلحة في الدعوي سواء كان طرفاً أصيلاً فيها أو أدخل أو تدخل فيها، أما الطعن في أحكام محكمة القضاء الإداري في الطعون المرفوعة أمامها في أحكام المحاكم الإدارية أمام المحكمة الإدارية العليا، فلا تقبل إلا من رئيس هيئة مفوضي الدولة، خلال المدة المقررة قانوناً وهي -ستين يوماً- فإذا انقضت هذه المدة سقط الحق في الاستئناف وحاز الحكم حجية الشيء المقضي، كما يجب أن يكون الحكم منهيًا للخصومة، فلا يقبل الطعن في الحكم الصادر من المحكمة الإدارية باختصاصها ولائياً بنظر الدعوى^(٢٤).

وبخصوص التماس إعادة النظر: فقد نصت المادة (٥١) من قانون مجلس الدولة المصري علي طريق الطعن بإعادة النظر بقولها (يجوز الطعن في الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري والمحاكم الإدارية والمحاكم التأديبية بطريق التماس إعادة النظر في المواعيد والأحوال المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية أو قانون الإجراءات الجنائية حسب الأحوال وذلك بما لا يتعارض مع طبيعة المنازعات المنظورة أمام هذه المحاكم...)، وسيأتي تفصيل ذلك في موضعه.

ويتفق الطعن بإعادة النظر مع الاستئناف في كونهما طريقتين من طرق الطعن في الأحكام، لكن يختلفان في أن الاستئناف من طرق الطعن العادية ويكون على الأحكام غير النهائية، بينما الطعن بإعادة النظر من طرق الطعن غير العادية، ولا يكون إلا على الأحكام النهائية، كما يختلفان أيضاً في أن الاستئناف يترتب عليه إعادة طرح الدعوي أمام محكمة أعلى من المحكمة التي أصدرت الحكم، أما الطعن بإعادة النظر فينظر أمام المحكمة نفسها التي أصدرت الحكم.

كما أن الاستئناف يعد اعتراضاً على الحكم فيما يتعلق بالوقائع أو القانون، ويؤدي إلى نقل كافة الوقائع والإجراءات والدفع وأدلة الإثبات، وكافة ما تم اتخاذه من اجراءات بصورة تلقائية أمام المحكمة الأعلى، وتتقيد محكمة الاستئناف بالوقائع التي طرحت أمام محكمة أول درجة وفصلت فيها بالحكم المستأنف، بينما حدد القانون علي سبيل الحصر حالات الطعن بالطعن بإعادة النظر سواء فيما يتعلق بالوقائع أو القانون، ويتم من خلاله طرح

(٢٣) د/ ماجد الحلو: القضاء الإداري، ص ٥٦٦، مرجع سابق.

(٢٤) د/ ماجد الحلو: القضاء الإداري، ص ٥٦٧، مرجع سابق.

العيوب التي استند إليها الحكم بعرض وقائع جديدة لو كانت تحت بصر المحكمة لصدر حكمها في الدعوى علي وجه مغاير ، أو بيان خطأ المحكمة قانوناً في حكمها، مثل صدوره مشوباً بالتناقض في منطوق الحكم، أو قضائها بما لم يطلبه الخصوم ..الخ.

كما يختلفان أيضاً من ناحية المواعيد، فموعد استئناف الحكم الإداري يكون خلال ستين يوماً من صدور الحكم، طبقاً لنص المادة (١٣) من قانون مجلس الدولة، التي نصت على أنه (... كما تختص بالفصل في الطعون التي ترفع إليها عن الأحكام الصادرة من المحاكم الإدارية، ويكون الطعن من ذوي الشأن أو من رئيس هيئة مفوضي الدولة وذلك خلال ستين يوماً من تاريخ صدور الحكم).

أما موعد الطعن بإعادة النظر فهو أربعون يوماً في مصر طبقاً لقانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م، وثلاثون يوماً طبقاً لقانون المرافعات الشرعية السعودي الصادر سنة ١٤٣٥هـ، ويبدأ من اليوم الذي ظهر فيه الغش أو الذي أقر فيه بالتزوير فاعله أو حكم بثبوته أو الذي حكم فيه على شاهد الزور أو اليوم الذي ظهرت فيه الورقة المحتجزة، أو من اليوم الذي يعلن فيه الحكم إلى من يمثل المحكوم عليه تمثيلاً صحيحاً، أو من اليوم الذي ظهر فيه الغش أو التواطؤ أو الإهمال الجسيم^(٢٥).

كما يختلفان في جواز الطعن في الحكم الصادر من محكمة الاستئناف أمام محكمة النقض، أو الطعن بإعادة النظر أمام المحكمة التي أصدرت الحكم، أما الحكم الصادر في الالتماس فلا يجوز الطعن فيه بالالتماس، لكن يجوز الطعن فيه بغير طريق الالتماس باعتباره حكم أول درجة، طبقاً لعموم نص المادة (٢٣) من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢؛ لأن الممنوع منه هو الطعن في الحكم الصادر في الالتماس بالالتماس، أما الطعن بغير هذا الطرق فلا مانع منه.

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها تأييداً لذلك أنه: (...ومن حيث إن قانون المرافعات ينص في المادة (٢٤٧) علي أن الحكم الذي يصدر برفض الالتماس أو الحكم الذي يصدر في موضوع الدعوى بعد قبوله لا يجوز الطعن في أيهما بالالتماس والقاعدة التي أتى بها هذا النص من عدم جواز الطعن بالالتماس إعادة النظر في الحكم الذي سبق الطعن فيه بهذا الطريق هي قاعدة أساسية واجبة الاتباع علي إطلاقها، ولو لم

(٢٥) راجع: د/فرج سالم الأوجلي: الطعن بالالتماس إعادة النظر في الأحكام الإدارية في القانون الإداري الليبي، ص ١٤٨، مرجع سابق، وأيضاً د/عبد الرحمن نافع السلمي: الفروق في قانون المرافعات الشرعية السعودي، دراسة مقارنة في ضوء الفقه والنظام، بحث منشور في مجلة الفقه والقانون، العدد الخامس والستون، مارس ٢٠١٨، ص ٧٦.

يجر بها نص خاص في القانون، وتقوم على أساس جوهري من قواعد المرافعات يهدف إلى استقرار الأحكام ووضع حد للتقاضي....^(٢٦).

الفرع الثالث

الطعن بإعادة النظر والنقض

الطعن بالنقض هو: وسيلة قانونية أقرها المشرع استثناء لمراجعة الأحكام التي يشوبها خطأ في القانون أو في الوقائع. سواء كانت أحكاماً إدارية أو غيرها من الأحكام القضائية، بناء على أسباب حددها القانون على سبيل الحصر وتمكن الخصوم من طلب تعديلها أو إلغائها أو تأكيدها، وتضمن الحماية القضائية الكاملة للحقوق، بتصحيح ما يشوب الأحكام القضائية من أخطاء وعيوب تحقيقاً للعدالة وتطبيقاً للنصوص، مع السماح للمحاكم الأعلى درجة بالإشراف على صحة وشرعية أحكام المحاكم الأدنى درجة^(٢٧).

ويعد الطعن بالنقض طريقاً غير عادي للطعن في الأحكام المدنية النهائية أو الانتهائية الصادرة من محاكم الاستئناف، وذلك طبقاً لنص المادة (٢٤٨) من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ والتي نصت على أن (للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض في الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف في الأحوال الآتية:

١- إذا كان الحكم المطعون فيه منياً على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله.

٢- إذا وقع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم.

أما بالنسبة إلى الأحكام الانتهائية فتتص المادة (٢٤٩) من ذات القانون على أن " للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض في أي حكم انتهائي - أيأ كانت المحكمة التي أصدرته - فصل في نزاع خلافاً لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضي)، كما يجوز الطعن بالنقض في الأحكام النهائية الصادرة من المحاكم الجنائية.

أما بالنسبة إلى الأحكام الإدارية: فيتم الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا في الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري كمحكمة أول درجة، أو من المحاكم التأديبية، وذلك في أحوال معينة، نصت عليها المادة (٢٣) من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ وهي:

^(٢٦) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢١٧٣٨ لسنة ٥٦ ق. عليا، جلسة ١١/٦/٢٠١٦م، مبدأ رقم

١١٨، ص ٣، ا لبوابة القانونية لمبادئ وأحكام المحكمة الإدارية العليا، مرجع سابق.

^(٢٧) بتصرف من: د/فرج سالم الأوجلي: الطعن بالتماس إعادة النظر في الأحكام الإدارية في القانون الإداري

الليبي، ص ١٤٩، مرجع سابق.

١- إذا كان الحكم المطعون فيه مبنيًا على مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو تأويله.

٢- إذا وقع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم.

٣- إذا صدر الحكم على خلاف حكم سابق حاز قوة الشيء المحكوم فيه، سواء دفع بهذا الدفع أو لم يدفع ويكون لذوي الشأن ولرئيس هيئة مفوضي الدولة أن يطعن في تلك الأحكام خلال ستين يوماً من صدور الحكم، وذلك مع مراعاة الأحوال التي يوجب عليها القانون فيها الطعن في الحكم.

أما الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري باعتبارها محكمة ثاني درجة فلا يجوز الطعن فيها أمام المحكمة الإدارية العليا إلا في حالتين هما:

١- إذا صدر الحكم علي خلاف ما جري عليه قضاء المحكمة الإدارية العليا.

٢- إذا كان الفصل في الطعن يقتضي تقرير مبدأ قانوني لم يسبق لهذه المحكمة تقريره^(٢٨).

وقد وسعت المحكمة الإدارية العليا نطاق الرقابة القضائية علي الأحكام محل الطعن بالنقض، فلم تسلك المنهج المتبع في النقض المدني بالتفرقة بين القانون والوقائع، ودور القاضي المدني كقاضي قانون فقط، بل وضحت أن رقابة قاضي الإلغاء رقابة قانونية يسلمها القاضي الإداري أولاً علي القرار الإداري ليتبين مدى مخالفته للقانون من عدمه، ثم يتم توجيه الرقابة إلى الحكم ليتبين مدى تعبير الحكم عن هذه المخالفة وحسن تطبيقه للقواعد القانونية الحاكمة علي مشروعية القرار، ومن ثم أصبح للطعن الإداري بطريق النقض ذاتية متميزة عن الطعن المدني بالنقض، كما أدى ذلك إلى ازدياد عمق رقابة المحكمة الإدارية العليا بخصوص شروط قبول الأسباب والطلبات الجديدة وعدم تقيدها بطلبات هيئة المفوضين... الخ.

وهذا أدى إلى أن الطعن بالنقض الإداري في مصر قد أمسي طعناً عادياً بالإلغاء مع الأخذ في الاعتبار أن الطعن بالنقض يوجه إلى حكم وليس إلى قرار إداري، واستثناء إساءة استعمال السلطة كسبب من أسباب الطعن^(٢٩).

(٢٨) د/ ماجد الحلو: القضاء الإداري، ص ٥٧١، ٥٧٠، مرجع سابق.

(٢٩) راجع في ذلك: د/ مصطفى أبوزيد فهمي: طرق الطعن في أحكام مجلس الدولة، ص ٦٤، ٦٥، مرجع سابق.

كما نصت المادة الحادية عشر من نظام ديوان المظالم السعودي الصادر سنة ١٤٢٨ هـ على أنه: "تختص المحكمة الإدارية العليا بالنظر في الاعتراضات على الأحكام التي تصدرها محاكم الاستئناف الإدارية، إذا كان محل الاعتراض على الحكم ما يأتي : أ- مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية، أو الأنظمة التي لا تتعارض معها أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها، بما في ذلك مخالفة مبدأ قضائي تقرر في حكم صادر من المحكمة الإدارية العليا.

أ - صدره عن محكمة غير مختصة.

ب - صدره عن محكمة غير مكونة وفقاً للنظام.

ج - الخطأ في تكييف الواقعة، أو في وصفها.

د - فصله في نزاع خلافاً لحكم آخر سبق أن صدر بين طرفي الدعوى.

هـ - تنازع الاختصاص بين محاكم الديوان.

ويلاحظ وجود تشابه بين أحوال الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا في قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢، ونظام ديوان المظالم السعودي الصادر سنة ١٤٢٨ هـ ، حيث يعبر عن مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو تأويله الواردة في نص المادة (٢٣) من قانون مجلس الدولة سالف الذكر، بمخالفة أحكام الشريعة الإسلامية، أو الأنظمة التي لا تتعارض معها أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها، بما في ذلك مخالفة مبدأ قضائي تقرر في حكم صادر من المحكمة الإدارية العليا، كما أن وقوع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم، يعبر عنها تفصيلاً بصدر الحكم من محكمة غير مختصة، أو عن محكمة غير مكونة وفقاً للنظام، وكذلك الخطأ في تكييف الواقعة، أو في وصفها، أما صدور الحكم علي خلاف حكم سابق حاز قوة الشيء المحكوم فيه، فيعبر عنه بفصل الحكم في نزاع خلافاً لحكم آخر سبق أن صدر بين طرفي الدعوى.

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها أن: (الطعن في الأحكام الصادرة من المحاكم الإدارية يكون من ذوي الشأن أو من رئيس هيئة مفوضي الدولة أمام محكمة القضاء الإداري بهيئة استئنافية، ولا يكون أمام المحكمة الإدارية العليا التي ينعقد اختصاصها فحسب بنظر الطعون المقامة عن الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري سواء بهيئة استئنافية إن كان الطعن مقاما من رئيس هيئة مفوضي الدولة فحسب أو

باعتبارها محكمة أول درجة فيكون الطعن من ذوي الشأن أو من رئيس هيئة مفوضي الدولة^(٣٠).

ويتبين من خلال الحكمين السابقين أن المحكمة الإدارية العليا تعد محكمة موضوع بالنسبة إلى الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري باعتبارها محكمة أول درجة، وتعد محكمة قانون بالنسبة إلى الطعون المقامة أمامها في الأحكام الصادرة من محاكم القضاء الإداري بهيئة استئنافية، والتي ترفع من رئيس هيئة مفوضي الدولة.

ويتفق الطعن بالنقض مع الطعن بإعادة النظر في أن كلا منهما يعد طريقاً غير عادي للطعن في الأحكام، إلا أنهما يختلفان في أن كل طعن له أسبابه الموضوعية، فالطعن بالنقض كما سبق القول يتضمن طعناً في الحكم لخطأ قانوني شاب أسبابه ومنطوقه للحالات السابق ذكرها، وهي إذا كان الحكم المطعون فيه مبنياً علي مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو تأويله، أو إذا وقع بطلان في الحكم أو الاجراءات أثر في الحكم، أو إذا صدر الحكم علي خلاف حكم سابق حاز قوة الشيء المحكوم فيه، ويرفع إلى محكمة أعلى درجة من المحكمة التي أصدرت الحكم.

أما الطعن بإعادة النظر فلا يتضمن طعناً في الحكم للظروف التي صدر فيها، وإنما هو طلب لإعادة النظر في الحكم في حالات محددة حصراً، مثل ظهور وقائع أو أوراق لو كانت تحت بصر المحكمة وقت صدور الحكم لصدر مغايراً لما صدر عليه، ومن ثم فطالما كانت أسباب نقض الحكم تختلف عن أسباب الالتماس، فليس ثمة ما يمنع المتقاضى إذا لجأ إلى طريق منهما أن يلجأ إلى الطريق الآخر، كما يرفع الالتماس إلى ذات المحكمة التي أصدرت الحكم^(٣١).

ولذلك قضت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها أنه: (...الطعن بالتماس إعادة النظر لا يتضمن في حقيقته طعناً علي الحكم في الظروف التي صدر فيها، وإنما هو طلب لإعادة النظر في الحكم لظهور وقائع أو أوراق لو كانت أمام المحكمة وقت صدور الحكم لتغير يقينا وجه هذا الحكم... الفرق بين الطعن بالتماس إعادة النظر والنقض أن نقض الحكم هو هجوم علي الحكم وطعن فيه لخطأ قانوني شاب أسبابه أو منطوقه... لكل من الطعن بالنقض والتماس إعادة النظر أسبابه الموضوعية - مؤدي ذلك : أن ولوج أحدهما لا يحول دون ولوج الآخر - أساس ذلك: أن صيرورة الحكم النهائي باتا بصور

(٣٠) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣٣٩ لسنة ٢٨ ق. عليا، جلسة ١٩٨٤/١/٨م، مبدأ رقم ٦٦، رقم المجلد ٢٩، رقم الجزء ١، البوابة القانونية لمبادئ وأحكام المحكمة الإدارية العليا، مرجع سابق.
(٣١) راجع: د/فرج سالم الأوجلي: الطعن بالتماس إعادة النظر في الأحكام الإدارية في القانون الإداري الليبي، ص ١٤٩، مرجع سابق.

حكم النقض فيه لا يحول دون التماس إعادة النظر في ذلك الحكم أثر ذلك: أن الطعن علي الحكم أمام المحكمة الإدارية العليا، وصدور حكمها برفض الطعن مؤداه صيرورة الحكم باتاً إلا أن ذلك لا يحول دون الطعن بالتماس إعادة النظر في ذلك الحكم أمام المحكمة التأديبية التي أصدرته لتحقيق إحدى الحالات التي تحيز الطعن بالتماس إعادة النظر (...)(^{٣٢}).

الفرع الرابع

التماس إعادة النظر ودعوي البطلان الأصلية

حصر المشرع طرق الطعن في الأحكام سواء في ذلك الأحكام الصادرة من محاكم القضاء العادي أو الإداري، ولما كانت أحكام المحكمة الإدارية العليا لا تقبل الطعن بطريق التماس إعادة النظر كطريق غير عادي للطعن، طبقاً لنص المادة (٥١) من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢م.

ويثور التساؤل عن الفرق بين دعوي البطلان الأصلية كطريق طعن استثنائي قرره المشرع في حالات معينة للطعن في أحكام الإدارية العليا، وطريق التماس إعادة النظر؟ يمكن القول بداية أن الطعن في الحكم الصادر من المحكمة الإدارية العليا بدعوي البطلان الأصلية يتفق مع الطعن بالتماس إعادة النظر -في غير أحكام المحكمة الإدارية العليا- في أنه يعد أيضاً طريق طعن استثنائي في غير حالات البطلان المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية، وتعد هذه الدعوي دعوي لها طبيعة خاصة توجه إلى الأحكام الصادرة بصفة انتهائية.

كما يتفق أيضاً في أن كلا منهما يرفع أمام المحكمة التي أصدرت الحكم، وفي ذلك قررت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها أن: "...لا يوجد نص قانوني يحول دون أن تنظر دعوي البطلان الأصلية وتفضل فيها ذات الدائرة التي أصدرت الحكم المطعون فيه سواء كانت لا تزال بذات تشكيلها الذي أصدر الحكم أو ببعضه، أو كانت بتشكيل مغاير، وذلك علي اعتبار أنها دعوي قانون في مضمونها، وفي أصل إقرارها وشرعية الأخذ بها، كما أنها ذات طبيعة خاصة، حيث لا توجه إلا إلى الأحكام الانتهائية التي

(^{٣٢}) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣٣٢٢ لسنة ٣٥ ق. عليا، جلسة ١٥/١٠/١٩٩٤م، مبدأ رقم ٨، ص ٨٩ وما بعدها، البوابة القانونية لمبادئ وأحكام المحكمة الإدارية العليا، مرجع سابق.

حسم موضوع النزاع فيها وحازت قوة الأمر المقضي، وانفض عنها جدل الواقع واجتهاد التفسير والتأويل واختلاف الرأي، وبالتالي فإنها ليست درجة من درجات التقاضي أو طريق طعن عادي يطرح فيه النزاع مرة أخرى، ويعاد فيه نظر الواقع وموازنة أدلة نفي أو إثبات الحق فيه حتي يقبل القول بعدم صلاحية نظرها لمن كان له رأي سابق في النزاع...." (٣٣). إلا أنهما يختلفان من نواحي عدة: منها حالات الطعن، وأسباب الطعن بالالتماس قاصرة على ثمانية أسباب طبقاً لنص المادة (٢٤١) من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م، وهي:

- ١- إذا وقع من الخصم غش كان من شأنه التأثير في الحكم.
 - ٢- إذا حصل بعد الحكم إقرار بتزوير الأوراق التي بنى عليها أزو قضى بتزويرها.
 - ٣- إذا كان الحكم قد بنى على شهادة شاهد قضى بعد صدوره بأنها مزورة.
 - ٤- إذا حصل الملتمس بعد صدور الحكم على أوراق قاطعة في الدعوى كان خصمه قد حال دون تقديمها.
 - ٥- إذا قضى الحكم بشيء لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه.
 - ٦- إذا كان منطوق الحكم مناقضاً لبعضه لبعض.
 - ٧- إذا صدر الحكم على شخص طبيعي أو اعتباري لم يكن ممثلاً تمثيلاً صحيحاً في الدعوى وذلك فيما عدا حالة النيابة الاتفاقية.
 - ٨- لمن يعد الحكم الصادر في الدعوى حجة عليه ولم يكن قد أدخل أو تدخل فيها بشرط إثبات غش من كان يمثله أو توأطئه أو إهماله الجسيم.
- وهي نفس الحالات الواردة في المادة (٢٠٠) من قانون المرافعات أمام ديوان المظالم الصادر سنة ١٤٣٥هـ، باستثناء أنه في الحالة الثامنة لا تشترط المادة (٢٠٠) المشار إليها إثبات غش من كان الحكم الصادر في الدعوى حجة عليه أو توأطئه أو إهماله الجسيم.

ومناطق قبول التماس إعادة النظر هو أنه قد تجد بعض الأمور أو الوقائع المهمة بعد صدور الحكم، لم تكن أمامها عند نظر الطعن بداية، مما يستلزم إعادة عرض الأمر على

(٣٣) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٧٤٧٦ لسنة ٤٦ ق. عليا، جلسة ١٨/٤/٢٠٠٦ مبدأ رقم ١٠٣، ص ٧٤٤ ومابعداها، البوابة القانونية لمبادئ وأحكام المحكمة الإدارية العليا، مرجع سابق.

المحكمة عن طريق التماس إعادة النظر عند توفر شروطه المنصوص عليها في قانون المرافعات.

أما حالات جواز اللجوء إلى دعوي البطلان الأصلية، فيجمعها ضابط مهم وهو انطواء الحكم علي عيب جسيم يمثل إهدارا للعدالة، ويفقده صفته كحكم ويحول دون اعتباره قائما وينحدر به إلى درك الانعدام، وذلك مثل صدور الحكم من غير قاض، أو من قاضي قام به سبب من أسباب عدم الصلاحية، أو من محكمة غير مكتملة التشكيل، أو صدر في معزل عن الخصم وفي غيبته، أو إغفال المحكمة لإجراء جوهرى متعلق بالنظام العام... الخ، أما إذا اقتصر دعوي البطلان علي مناقشة الأدلة التي استندت إليها المحكمة أو بحث ما يندرج تحت احتمال الخطأ والصواب فيما يتعلق بتفسير القانون أو تأويله أو تطبيقه، فلا يعد ذلك من قبيل إهدار العدالة ولا يفقد الحكم معها وظيفته ولا ينحدر به إلى درك الانعدام.

وفي ذلك قررت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها أنه: "...وحيث إن قضاء هذه المحكمة قد جرى علي أن المشرع حصر طرق الطعن في الأحكام ووضع لها آجالا محددة وإجراءات معينة، وأن الحكم القضائي متي صدر صحيحا يظل منتجا لآثاره ويمتتع بحث أسباب العوار التي قد تلحق به إلا عن طريق الطعن عليه بأحد طرق الطعن المقررة قانوناً، فإذا استنفذ ذوو الشأن حقهم في ولوجها أو استغلقت عليهم بفوات المواعيد أضحى الحكم باتا ولا سبيل للطعن عليه إلا بطريق دعوي مبتدأه هي دعوي البطلان الأصلية، وذلك في الحالات التي يتجرد فيها الحكم من أركانه الأساسية بحيث يشوبه عيب جسيم يفقده كيانه ويزعزع أركانه ويحول دون اعتباره قائماً، ويهبط به إلى درك الانعدام،..... فإذا كان الطاعن يهدف من دعواه إلى إعادة مناقشة ما قام عليه قضاء الحكم المطعون فيه ويؤسسها علي مسائل موضوعية تدرج تحت احتمالات الخطأ والصواب في تفسير القانون أو تأويله، فإن هذه الأسباب لا تمثل إهدارا للعدالة يفقد معها الحكم وظيفته، وبالتالي لا تصمه بأي عيب ينحدر به إلى درجة الانعدام وهو مناط قبول دعوي البطلان الأصلية...." (٣٤).

كما يختلفان أيضاً في المواعيد، فموعد الاستئناف كما سيأتي تفصيلاً هو أربعون يوم طبقاً لنص المادة (٢٤٢) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم ١٣ لسنة

(٣٤) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢٩٥٧٥ لسنة ٦١ ق. عليا، جلسة ٢٠١٤/١١/١٥ مبدأ رقم ١٠٣، ص ٢، البوابة القانونية لمبادئ وأحكام المحكمة الإدارية العليا، مرجع سابق.

١٩٦٨، وثلاثون يوماً طبقاً لنص المادة (١٨٧) من قانون المرافعات الشرعية السعودي الصادر سنة ١٤٣٥هـ.

أما بالنسبة إلى دعوى البطلان الأصلية فلا تتقيد بمواعيد الطعن المنصوص عليه في المادة (٤٤) من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢^(٣٥).

وفي ذلك قررت دائرة توحيد المبادئ بالمحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها أنه: ".... ومن حيث إن دعوى البطلان لا تتقيد بمواعيد الطعن المنصوص عليها في المادة (٤٤) من قانون مجلس الدولة طالما قد قامت على أحد الأسباب المنصوص عليها في المادة (١٤٤) من قانون المرافعات^(٣٦)، الأمر الذي يتعين معه الحكم بقبول الطعن في هذه الحالة شكلاً متى استوفي باقي شروطه الشكلية الأخرى المتطلبة قانوناً...."^(٣٧).

^(٣٥) تنص المادة (٤٤) من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ على أن "ميعاد رفع الطعن إلى المحكمة الإدارية العليا ستون يوماً من تاريخ صدور الحكم المطعون فيه ويقدم الطعن من ذوي الشأن بتقرير يودع قلم كتاب المحكمة موقع من محامي من المقبولين أمامها ويجب أن يشتمل التقرير علاوة على البيانات العامة المتعلقة بأسماء الخصوم وصفاتهم وموطن كل منهم - على بيان الحكم المطعون فيه وتاريخه وبيان بالأسباب التي بنى عليها الطعن وطلبات الطاعن فإذا لم يحصل الطعن على هذا الوجه جاز الحكم ببطلانه....".

^(٣٦) تنص المادة (١٤٤) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٨٦ على: "يكون القاضي غير صالح لنظر الدعوى ممنوعاً من سماعها ولو لم يردده أحد الخصوم في الأحوال الآتية: ١- إذا كان قريباً أو صهراً لأحد الخصوم إلى الدرجة الرابعة. ٢- إذا كان له أو لزوجته خصومة قائمة مع أحد الخصوم في الدعاوى أو مع زوجته.

٢- إذا كان وكيلاً لأحد الخصوم في أعماله الخصوصية أو وصياً عليه أو قيمياً أو مظنوناً وراثته له، أو كانت له صلة قرابة أو مصاهرة للدرجة الرابعة بوصي أحد الخصوم أو بالقيم عليه أو بأحد أعضاء مجلس إدارة الشركة المختصة أو بأحد مديريها وكان لهذا العضو أو المدير مصلحة شخصية في الدعوى.

٣- إذا كان له أو لزوجته أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب أو لمن يكون هو وكيلاً عنه أو وصياً أو قيمياً عليه مصلحة في الدعوى القائمة.

٤- إذا كان قد أفتى أو ترفع عن أحد الخصوم في الدعوى، أو كتب فيها ولو كان ذلك قبل اشتغاله بالقضاء أو كان قد سبق له نظرها قاضياً أو خيرياً أو محكماً، أو كان قد أدى شهادة فيها."

^(٣٧) حكم دائرة توحيد المبادئ بالمحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢١٧٠ لسنة ٣١ ق. ع. عليا، جلسة ١٩٩١/٤/٢١ مبدأ رقم ٢، ص ٣٥، البوابة القانونية لمبادئ وأحكام المحكمة الإدارية العليا، مرجع سابق.

كما يختلفان أيضاً في أن التماس إعادة النظر يجوز في الأحكام الصادرة من محاكم القضاء الإداري (محاكم الاستئناف الإدارية في ديوان المظالم السعودي) والمحاكم التأديبية (لا يوجد في ديوان المظالم محاكم خاصة بالتأديب، وإنما يكون من خلال دوائر تابعة للمحاكم الإدارية) ولا يجوز التماس إعادة النظر في أحكام المحكمة الإدارية العليا، بينما يقتصر الطعن بدعوي البطلان الأصلية في الأحكام الصادرة من المحكمة الإدارية العليا فقط.

ويتضح مما سبق أن الطعن بالتماس إعادة النظر يختلف عن الطعن بدعوي البطلان الأصلية في الأسباب التي يقوم عليها كل منهما أو الإجراءات المتبعة في نظرهما، وفي اقتصار الطعن بدعوي البطلان الأصلية على الأحكام الصادرة من المحكمة الإدارية العليا. وفي ذلك قررت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها أن: "...ومن حيث إن قضاء هذه المحكمة قد استقر علي أن أحكامها لا تقبل الطعن بطريق التماس إعادة النظر، وذلك استناداً إلى المستفاد من نص المادة ٥١ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، فالمحكمة الإدارية العليا باعتبارها علي رأس المحاكم التي يتكون منها جهة القضاء الإداري وهي خاتمة المطاف فيما يعرض من أفضية علي القضاء الإداري، تكون أحكامها بمنجاة من الطعن عليها بطريق التماس إعادة النظر ومن حيث أنه لا حجة فيما ذهب إليه الملتمس من أنه أقام التماسه باعتباره يمثل دعوي بطلان أصلية لبلوغ العيب الذي شاب الحكم المطعون فيه درجة الانعدام لعدم إعلان الطاعن علي موطنه القانوني وليس محله المختار لعدم وجود محاميه داخل البلاد في هذه الفترة، فإنه فضلاً عن كون التماس إعادة النظر بوصفه طريق طعن استثنائي في الأحكام تختلف عن دعوي البطلان الأصلية سواء في الأسباب التي يقوم عليها كل منهما أو في الإجراءات التي تتبع لدي نظرهما، بحيث أنه لا وجه للخلط بين هذين الطريقتين المنفصلين لمراجعة الأحكام، فإن الملتمس قد حدد منذ البداية أن طلباته قد اتجهت إلى إقامة التماس إعادة النظر في الحكم الصادر من المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم لسنة ...، وذلك في حالة محددة من حالات الطعن بطريق التماس إعادة النظر، وهي الحالة المبينة بالبند (١) من المادة (٢٤١) من قانون المرافعات، حيث نصت علي أن "للخصوم أن يلتمسوا إعادة النظر في الأحكام الصادرة بصفة نهائية في الأحوال الآتية: ١- إذا وقع من الخصم غش كان من شأنه التأثير في الحكم " فإذا تبين للملتمس في سياق إجراءات الخصومة أن التماسه غير جائز قبوله، فليس له أن يعيد تصوير طعنه علي أنه من قبيل دعوي البطلان الأصلية، ويبنيه علي سبب آخر وهو بطلان الحكم الملتمس إعادة النظر فيه الذي يصل إلى درجة الانعدام بمقولة أن الإخطار بحضور الجلسات قد وجه إلى موطن الطاعن

المختار أي مكتب محاميه ولم يوجه إليه على موطنه شخصيا، وخاصة أن الثابت هو حضور من يمثل الطاعن في جلسات المرافعة أمام دائرة فحص الطعون وتقديمه لمذكرة بدفاعه، الأمر الذي يوجب الالتفات عما يثيره الملتمس في هذا الشأن^(٣٨).

كما قضت أيضاً في خصوص عدم جواز الطعن في أحكامها إلا عن طريق دعوى البطلان الأصلية، بأنه: "وحيث إن قضاء هذه المحكمة قد استقر على أن المحكمة الإدارية العليا تستوي على القمة في مدارج التنظيم القضائي بمجلس الدولة، فلا يكون من سبيل إلى إهدار أحكامها إلا استثناء محضاً بدعوى البطلان الأصلية..."^(٣٩).

ومن الملاحظ أن المحكمة الإدارية العليا والتي لا يجوز الطعن في أحكامها بطريق التماس إعادة النظر، قد أدخلت بعض حالات الالتماس ضمن حالات دعوى البطلان الأصلية ومن ذلك إدخال الغش أو التدليس علي المحكمة، وفي ذلك قررت في أحد أحكامها أنه: "... وحيث إن قضاء هذه المحكمة قد استقر علي أن المحكمة الإدارية العليا تستوي علي القمة في مدارج التنظيم القضائي بمجلس الدولة، فلا يكون من سبيل إلى إهدار أحكامها إلا استثناء محضاً بدعوى البطلان الأصلية، وهي دعوي لها طبيعة خاصة توجه إلى الأحكام التي تصدر بصفة انتهائية وطريق طعن استثنائي، لذا فيجب أن تقف هذه الدعوي عند الحالات التي تنطوي علي عيب جسيم يمثل إهدارا للعدالة يفقد معها الحكم وظيفته ويكون حكماً معدوماً وغير موجود وغير منتج لأي أثر قانوني لتجرده من الأركان الأساسية للحكم، وفقدانه صفاته.... وعلي ذلك يكون الحكم معدوماً إذا لم يدون بالكتابة أو يصدر من غير قاض أو ضد شخص لاوجود له قانوناً أو من محكمة غير مكتملة التشكيل أو إذا نظر في معزل عن الخصم أو في غيبته أو إغفال المحكمة لإجراء جوهري متعلق بالنظام العام يؤثر في ركن لازم لصحة الحكم أو يؤدي إلى فقدانه لوظيفته أو الإخلال الجسيم بحق الدفاع أو صدور الحكم نتيجة إدخال الغش أو التدليس علي المحكمة...." ^(٤٠) "...

^(٣٨) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٩١٨ لسنة ٢٩ ق. عليا، جلسة ٣٠/١١/١٩٨٥م، مبدأ رقم ٥٨، ص ٤١٦، ٤١٧، البوابة القانونية لمبادئ وأحكام المحكمة الإدارية العليا، مرجع سابق.

^(٣٩) حكم المبادئ بالمحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢٣٠٨ لسنة ٤٩ ق. عليا، جلسة ٢٤/١٢/٢٠٠٢م، ص ٢،٣، البوابة القانونية لمبادئ وأحكام المحكمة الإدارية العليا، مرجع سابق.

^(٤٠) حكم المبادئ بالمحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢٣٠٨ لسنة ٤٩ ق. عليا، جلسة ٢٤/١٢/٢٠٠٢م، ص ٢، البوابة القانونية لمبادئ وأحكام المحكمة الإدارية العليا، مرجع سابق.

ويستفاد من هذا الحكم أن إدخال الخصم الغش أو التدليس علي المحكمة ، و صدور حكمها نتيجة ذلك قد اعتبر سببا من أسباب التماس إعادة النظر، وقد اعدته المحكمة الإدارية العليا سببا لرفع دعوي البطلان الأصلية، الأمر الذي أري معه من وجهة نظري كما انتهيت في التوصيات إلى ضرورة وجوب تدخل المشرع واتاحة التماس إعادة النظر في أحكام المحكمة الإدارية العليا، لأن الواقع العملي يثبت بما لامجال معه للشك إمكانية إدخال الخصم الغش والتدليس علي المحكمة الإدارية العليا -شأنها في ذلك شأن غيرها من المحاكم - بدلا من التوسع في حالات قبول دعوي البطلان، لتشمل كثيرا من حالات التماس إعادة النظر تحقيقا للعدالة، مع أن هناك فرقا بين التماس إعادة النظر كطريق طعن استثنائي عن دعوي البطلان الأصلية في الأسباب التي تبرر اللجوء إلى كل طريق منهما ، والإجراءات المتبعة في نظرها.

المبحث الثاني حالات الطعن بإعادة النظر في الأحكام الإدارية

أوجه الطعن بإعادة النظر في الأحكام الإدارية محددة على سبيل الحصر، وقد أحال قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ إلى قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ لبيان حالات الالتماس، لعدم وجود قانون خاص بالمرافعات الإدارية حتى كتابة هذه السطور .

وقد نصت المادة (٢٤١) من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ على أن (للخصوم أن يلتمسوا إعادة النظر في الأحكام الصادرة بصفة انتهائية في الأحوال الآتية:

١. إذا وقع من الخصم غش كان من شأنه التأثير في الحكم.
٢. إذا حصل بعد الحكم إقرار بتزوير الأوراق التي بنى عليها أزو قضى بتزويرها
٣. إذ اكان الحكم قد بنى على شهادة شاهد قضى بعد صدوره بأنها مزورة.
٤. إذا حصل الملتمس بعد صدور الحكم على أوراق قاطعة في الدعوى كان خصمه قد حال دون تقديمها.
٥. إذا قضى الحكم بشيء لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه.
٦. إذ كان منطوق الحكم مناقضاً بعضه لبعض.
٧. إذا صدر الحكم على شخص طبيعي أو اعتباري لم يكن ممثلاً تمثيلاً صحيحاً في الدعوى وذلك فيما عدا حالة النيابة الاتفاقية.

٨. لمن يعد الحكم الصادر في الدعوى حجة عليه ولم يكن قد أدخل أو تدخل فيها بشرط إثبات غش من كان يمثله أو تواطئه أو إهماله الجسيم). وكان قانون المرافعات المدنية المصري القديم يعد الوجه الأخير طريقاً خاصاً للطعن، يطلق عليه اصطلاحاً اعتراض الخارج عن الخصومة، إلا أن قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨، ألغى هذا الطريق وأدخله ضمن أوجه الطعن بالالتماس. كما نصت المادة (٦٠) من نظام المرافعات أمام ديوان المظالم السعودي الصادر سنة ١٤٣٥هـ على أنه: "تطبق على الدعاوى المرفوعة أمام محاكم ديوان المظالم أحكام نظام المرافعات الشرعية، فيما لم يرد فيه حكم في هذا النظام، وبما لا يتعارض مع طبيعة المنازعة الإدارية".

وقد نصت المادة (٢٠٠) من نظام المرافعات أمام ديوان المظالم الصادر سنة ١٤٣٥هـ على أنه: "يحق لأي من الخصوم أن يلتمس إعادة النظر في الأحكام النهائية في الأحوال الآتية:

١. إذا كان الحكم قد بني علي أوراق ظهر بعد الحكم تزويرها، أو بني علي شهادة قضي من الجهة المختصة بعد الحكم بأنها شهادة زور.
 ٢. إذا حصل الملتمس بعد الحكم علي أوراق قاطعة في الدعوي كان قد تعذر عليه ابرازها بعد الحكم.
 ٣. إذا وقع من الخصم غش من شأنه التأثير في الحكم.
 ٤. إذا قضي الحكم بشيء لم يطلبه الخصوم أو قضي بأكثر مما طلبوه.
 ٥. إذا كان منطوق الحكم يناقض بعضه بعضاً.
 ٦. إذا كان الحكم غائباً.
 ٧. إذا صدر الحكم علي من لم يكن ممثلاً تمثيلاً صحيحاً في الدعوي.
 ٨. يحق لمن يعد الحكم حجة عليه ولم يكن قد أدخل أو تدخل في الدعوي أن يلتمس إعادة النظر في الأحكام النهائية.
- ويمكن تناول هذه الحالات في مطلبين، على أن أتناول طعن الخارج عن الخصومة في المطلب الثالث، على النحو الآتي:
- المطلب الأول: حالات الطعن العائدة إلى الغش والخطأ الجسيم.
- المطلب الثاني: حالات الطعن العائدة إلى خطأ القاضي.
- المطلب الثالث: طعن الخارج عن الخصومة.

المطلب الأول

حالات الطعن العائدة إلى الغش والخطأ الجسيم

تنص المادة (٣) من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ على أنه: (تطبق الإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون، وتطبق أحكام قانون المرافعات فيما لم يرد به نص، وذلك إلى أن يصدر قانون بالإجراءات الخاصة بالقسم القضائي) ولما كان هذا القانون لم يصدر حتى كتابة هذه السطور، فإن قانون المرافعات المدنية والتجارية تطبق أحكامه بخصوص الطعن بإعادة النظر.

وقد نصت المادة (٢٤١) من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م، على هذه الحالات بقولها:

(للخصوم أن يلتمسوا إعادة النظر في الأحكام الصادرة بصفة انتهائية في الأحوال الآتية:

١. إذا وقع من الخصم غش كان من شأنه التأثير في الحكم.
٢. إذا حصل بعد الحكم إقرار بتزوير الأوراق التي بنى عليها أو قضى بتزويرها.
٣. إذا كان الحكم قد بنى على شهادة شاهد قضى بعد صدوره بأنها مزورة.
٤. إذا حصل الملتزم بعد صدور الحكم على أوراق قاطعة في الدعوى كان خصمه قد حال دون تقديمها...).

وقد نصت المادة (الثالثة والأربعون) من نظام المرافعات أمام ديوان المظالم السعودي الصادر في ١٤٣٥/١/٢٢هـ على أنه: "يجوز طلب إعادة النظر في الأحكام النهائية الصادرة من المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية في الأحوال المنصوص عليها في نظام المرافعات الشرعية.

ونصت المادة (٢٠٠) من قانون المرافعات الشرعية السعودي الصادر سنة ١٤٣٥هـ على هذه الحالات بقولها " يحق لأي من الخصوم أن يلتمس إعادة النظر في الأحكام النهائية في الأحوال الآتية:

١. إذا كان الحكم قد بنى على أوراق ظهر بعد الحكم تزويرها، أو بنى على شهادة قضى - من الجهة المختصة بعد الحكم - أنها شهادة زور.

٢. إذا حصل الملتمس بعد الحكم علي أوراق قاطعة في الدعوي كان قد تعذر عليه إبرازها قبل الحكم.

٣. إذا وقع من الخصم غش من شأنه التأثير في الحكم. وفي فرنسا طبقا للفصول من ٧٥ إلى ٧٧ من تنظيم ٣١ جويلية ١٩٤٥، يجب أن يثير الطعن بإعادة النظر إحدى الأسباب الثلاثة الآتية:

أ- قرار مجلس الدولة صادر علي ضوء أوراق مغلوطة، (وهذا السبب يعادل حالة ما إذا حصل بعد الحكم إقرار بتزوير الأوراق التي بنى عليها أو قضى بتزويرها، وحالة بناء الحكم على شهادة شاهد قضى بعد صدوره بأنها مزورة في قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري).

ب- طرف سلط عليه الحكم لعدم تمكنه من الإدلاء بوثيقة أساسية بسبب حبسها من لدن خصمه^(٤١).

(وهذا السبب يعادل حالة حصول الملتمس بعد صدور الحكم على أوراق قاطعة في الدعوى كان خصمه قد حال دون تقديمها).

ويشترط لقبول طعن إعادة النظر في حالة حبس وثيقة أساسية في حسم النزاع، أن يتجاهل صاحب الطعن وجود الوثيقة أو مضمونها، أو يكون علي علم بوجود الوثيقة ومحتواها لكنه طلب تقديمها في المرحلة الأولى للنزاع، إضافة إلى شرط أن يكون للوثيقة الواقع حبسها أثر بات على القرار الصادر من المحكمة، بمعنى أنها تغير معني المنطوق^(٤٢).

يمكن القول بداية أن (الغش يفسد كل شيء) وهذه القاعدة أصبحت من المبادئ المستقرة قانونا، كما أن الخطأ إذا بلغ قدرا كبيرا من الجسامة فإنه يعامل معاملة الغش؛ لكونه يحمل في طياته قدراً من التواطؤ.

ولذلك يفتح باب الطعن بإعادة النظر إذا تحققت حالة من الحالات الآتية:

(٤١) د/ريمون أودان: النزاع الإداري، الجزء الثالث، ص ٣٧١، مرجع سابق.

(٤٢) بتصرف يسير من د/ريمون أودان: المرجع السابق، ص ٣٧١، ٣٧١.

أولاً-إذا وقع من الخصم غش كان من شأنه التأثير في الحكم:

يقصد بالغش: تعمد استعمال وسائل غير مشروعة للوصول إلى غاية مشروعة^(٤٣)، وهو لا يكون إلا عمداً، ويشمل كل أفعال الغش والتدليس^(٤٤)، والاحتتيال، وكل ما يلجأ إليه الخصم لخداع المحكمة والتأثير في عقيدتها

ومن حالات الغش التي تقع من الخصم وتؤثر في الحكم: التأثير على الشهود، وسرقة المستندات التي قدمها الخصم من ملف الدعوى، أو التواطؤ مع وكيل الخصم الاخر، أو استعمال وسائل احتيالية لمنع وصول الإعلان إلى الخصم مع إثبات أنه وصل فعلا على غير الحقيقة^(٤٥).

وقد عرفته المحكمة الإدارية العليا بأنه (كل أعمال التدليس والمفاجآت الكاذبة والعمل الاحتياالي الذي يعمد إليه الخصم ليخدع المحكمة ويؤثر في اعتقادها)^(٤٦). وقد استقر قضاء مجلس الدولة المصري في تعريفه للغش الذي يجيز قبول الالتماس على ضرورة توفر العناصر الآتية:

١-إيراد أقوال أو وقائع كاذبة أثناء نظر الدعوى، فإن كانت قبل رفع الدعوى - مادامت لم ترد في الدعوى - فلا تجيز قبول الطعن بالالتماس لأنها بعدم وجودها في الدعوى لا تؤثر في عقيدة المحكمة.

٢-أن تكون هذه الأعمال الاحتياطية صادرة من الملتمس ضده شخصيا أو وكيله.

٣-أن تكون الوقائع المكونة للغش قد ظهرت للملتمس بعد الحكم، فإذا كان الملتمس علي علم بأفعال خصمه ولم يناقشه أو كان في استطاعته أن يتبين الغش ولكنه سكت عنه ولم يكشف مضمونه للمحكمة، أو كان في مركز يتيح له مراقبة تصرفات خصمه ولم

(٤٣) انظر: د/ حسام الدين سليمان توفيق: الوسيط في شرح قانون المرافعات الشرعية الجديد، ج ٢، ص ٢٧٩، مرجع سابق.

(٤٤) التدليس أيضا فعل عمدي، وهو نوع من الخديعة تؤدي إلى وقوع المتعاقد في وهم أو غلط يحمله على التعاقد، بحيث تعطيه انطبعا واعتقادا بأنه أخذ الشيء بقيمته أو صفته الحقيقية مع أنه ليس كذلك. راجع: د/محمود المظفر: نظرية العقد، دراسة قانونية مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، ص ١٣٩، الطبعة الثالثة ١٤٣٦ هـ / ٢٠١٥ م، دار حافظ للنشر والتوزيع.

(٤٥) د/محمود علي وافي: مبادئ المرافعات الشرعية، في ضوء قانون المرافعات الشرعية السعودي الجديد لعام ١٤٣٥ هـ، ج ٢، ص ٤٤٢، مرجع سابق.

(٤٦) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٥٥٢٣ لسنة ٤٧ ق. عليا، جلسة ٢٠٠٨/٤/٢ م، مبدأ رقم ١٢٦، ص ٩٣٦، ٩٣٧، البوابة القانونية لمبادئ وأحكام المحكمة الإدارية العليا، مرجع سابق.

يبد أي دفاع فيما يتظلم منه فلا يجوز قبول طعنه بالالتماس؛ لأن الطعن بالالتماس لا يصح أن يتمسك به الخصم المهمل الذي كان في استطاعته الدفاع عن حقه ولم يفعل.

٤- أن يكون الغش قد أثر على عقيدة المحكمة، لظهوره بعد صدور الحكم، بحيث لم يكن في وسع الخصم إثبات الغش أمام المحكمة أثناء نظر الدعوى، ومن ثم فلا تأثير للغش إذا كانت تلك الوقائع لم تعتمد عليها المحكمة في حكمها، أو كان من شأنها ألا تغير وجه الحكم في الدعوى إذا ثبت للمحكمة حقيقتها^(٤٧).

كما يتحقق الغش باتخاذ مظهر سلبي بقصد الخداع بالسكوت عمدا عن واقعة معينة إذا ثبت أن الطرف الآخر ما كان يقدم على تصرف ما إذا علم بتلك الواقعة^(٤٨).

ومن ثم لا يعد من قبيل الغش مجرد الغيب أو مجرد انكار الخصم دعوي خصمه الآخر، أو إنكاره مستندات ما في حوزته، أو تقننه في وسائل دفاعه.

وتقدير عناصر الغش وجودا وعمدا أمر متروك لسلطة المحكمة التقديرية، مادامت تستند في ذلك إلى اعتبارات سائغة تؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليه^(٤٩).

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها أن: (.. الغش الذي يجيز قبول الطعن بإعادة النظر بالمعني المقصود في المادة (٢٤١) من قانون المرافعات، يشترط فيه أن يتم بعمل احتيالي يقوم به الملتمس ضده، وينطوي على تدليس يعمد إليه الخصم ليخدع المحكمة ويؤثر في عقيدتها، فتحكم بناء علي هذا التصور لمصلحة من ارتكب الغش ضد خصمه الذي كان يجهل أن هناك غشا، وكان يستحيل عليه كشفه أو دحضه، ومن ثم فإن الغش الذي يعتد به كسبب من أسباب الالتماس هو الذي يكون خافياً علي الملتمس أثناء سير الدعوي وغير معروف له، فإذا كان مطلعاً علي أعمال خصمه ولم يناقشها، أو كان في وسعه تبين غشه وسكت عنه ولم يكشف عن حقيقته للمحكمة، أو

^(٤٧) راجع في ذلك: د/ مصطفى أبو زيد فهمي: طرق الطعن في أحكام مجلس الدولة، ص ٢٣، ٢٤، مرجع سابق، وأيضاً: أستاذنا الدكتور/ فؤاد النادي: القضاء الإداري واجراءات التقاضي وطرق الطعن في الأحكام الإدارية، ص ٦٣٠، مرجع سابق.

^(٤٨) راجع: د/ محمود المظفر: نظرية العقد، دراسة قانونية مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، ص ١٤٢، مرجع سابق.

^(٤٩) راجع: د/ فرج سالم الأوجلي: الطعن بالتماس إعادة النظر في الأحكام الإدارية في القانون الإداري الليبي، ص ١٥١، مرجع سابق.

كان في مركز يسمح له بمراقبة تصرفاته ولم يبين أوجه دفاعه في المسائل التي يتظلم منها فإنه لا وجه للالتماس (...)^(٥٠).

وقد قضى ديوان المظالم السعودي في أحد أحكامه أن الغش يعد سبباً من أسباب الالتماس، فقرر أنه: (...حدد النظام على سبيل الحصر الحالات التي يجوز فيها للخصم الطعن بالتماس إعادة النظر في الأحكام فنص على جواز الالتماس في الأحكام النهائية إذا..... أو إذا وقع من الخصم غش من شأنه التأثير في الحكم)^(٥١).

ثانياً- بناء الحكم على أوراق ظهر بعد الحكم أنها مزورة:

يشترط لقبول الالتماس في هذه الحالة أن تكون هذه الأوراق التي قضى بتزويرها قبل تقديم الالتماس قد استند الحكم إليها بصورة أساسية، بمعنى أن تكون هذه الأوراق قاطعة في الدعوى، وأدت بالقاضي إلى سوء التقدير، فلا يكفي مجرد التشكيك حول صحتها أو الطعن عليها، بل لابد من القطع بتزويرها -سواء من خلال الإقرار بتزويرها أو صدور حكم في إجراءات أخرى بتزويرها- ولا شك أن الإقرار بالتزوير يكون من المستفيد منها الذي قضى له الحكم بناء على هذه الأوراق^(٥٢).

وعلى ذلك يلزم لقبول الطعن بإعادة النظر استناداً على صدور الحكم بناء على ورقة مزورة توفر الشروط الآتية:

- ١- أن تكون قاطعة في الدعوى، أي يستند الحكم بصورة أساسية عليها، فإذا كانت قليلة الأهمية فلا يكون لها أثر في إمكانية الطعن بالالتماس.
- ٢- أن تكون هذه الورقة أدت بالقاضي إلى مجانبة الصواب في تقديره، فإن كانت الورقة مزورة بالفعل لكن تم اكتشاف ذلك من قبل القاضي بأن كان التزوير ظاهراً لا ينطلي على القاضي، أو تنبه القاضي إلى ما فيها من تزوير فلا تكون مبرراً للطعن بالالتماس.
- ٣- أن يتضح التزوير بإحدى طريقتين: إقرار المزور، أو صدور حكم بتزوير هذه الورقة من محكمة مدنية أو جنائية.

(٥٠) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣٨٧ لسنة ٤ ق. عليا، جلسة ٥/٣/١٩٦٠م، مبدأ رقم ٥٧، ص ٥٢٣، البوابة القانونية لمبادئ وأحكام المحكمة الإدارية العليا، مرجع سابق.

(٥١) حكم محكمة الاستئناف ٥٤٢/إس/٧ لعام ١٤٣٢ في القضية رقم ٣٢٦٢/ق لعام ١٤٣٢هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية، ص ١٩٨٣، بوابة ديوان المظالم.

(٥٢) راجع في ذلك أستاذنا الدكتور /فؤاد النادي: القضاء الإداري وإجراءات التقاضي وطرق الطعن في الأحكام الإدارية، ص ٦٣٠-٦٣١، مرجع سابق، وأيضاً: د/محمود علي وافي: مبادئ المرافعات الشرعية، في ضوء قانون المرافعات الشرعية السعودي الجديد لعام ١٤٣٥ هـ، ج٢، ص ٤٤٨، مرجع سابق.

٤- ثبوت التزوير بعد صدور الحكم وقبل تقديم الالتماس.

٥- لا يشترط أن يكون الخصم هو من قام بالتزوير، فسواء كان الخصم هو الذي قام بتزوير الورقة أو عالماً بتزويرها فيجوز الطعن بالالتماس عند توفر باقي الشروط، فالمناط هو وجود الورقة المزورة ذاتها بغض النظر عن كون تزويرها عمداً أم لا، فالبحت يكون عن الأثر السيئ الذي أحدثته تقديم تلك الورقة والذي جعل القاضي يحيد عن الصواب في إصدار الحكم^(٥٣).

ويعد الطعن بناء على مستند مزور أحد أوجه الطعن بالالتماس التي نص عليها قانون العدالة الإدارية الفرنسي، في المادة (1-834-R).

" Le recours en révision contre une décision contradictoire du Conseil d'Etat ne peut être présenté que dans trois cas :

1° Si elle a été rendue sur pièces fausses "

ثالثاً- بناء الحكم على شهادة مزورة:

يشترط لقبول الالتماس أن يكون الحكم قد استند بصورة أساسية على شهادة شهود - سواء كانت شفوية أو مكتوبة - ثبت بموجب حكم قضائي صدر بعد الحكم الملتمس فيه أنها شهادة زور، وكانت هذه الشهادة تمثل الأساس القانوني للحكم، بحيث لو نزعته عنه قيمتها القانونية لأدى ذلك إلى أن يصير الحكم مجرداً من كل أساس، ومن ثم لا يقبل طلب التماس إعادة النظر.

ولذلك يلزم لصحة نظر الالتماس في هذه الحالة توفر الشروط الآتية:

١- أن يكون الحكم قد بني على شهادة الزور، أي صدور الحكم الملتمس فيه بناء على هذه الشهادة.

٢- أن يثبت أن الشهادة التي بني عليها الحكم -شهادة زور- وذلك بحكم قضائي من محكمة جنائية أو مدنية^(٥٤).

٣- يجب أن يكون الحكم القضائي قد صدر بعد صدور الحكم محل الطعن بالالتماس وقبل تقديم الالتماس^(٥٥).

^(٥٣) راجع في ذلك: د/ مصطفى أبوزيد فهمي: طرق الطعن في أحكام مجلس الدولة، ص ٢٦، مرجع سابق.

^(٥٤) في فرنسا لا يعد الحكم صادراً على ضوء وثائق مغلوبة إلا إذا كانت الوثيقة مزورة على معنى القانون الجنائي. راجع: د/ريمون أودان: النزاع الإداري، الجزء الثالث، ص ٣٧١، مرجع سابق.

^(٥٥) راجع في ذلك أستاذنا الدكتور/فؤاد النادي: القضاء الإداري وإجراءات التقاضي وطرق الطعن في الأحكام

الإدارية، ص ٦٣١، مرجع سابق، وأيضاً: د/ مصطفى أبوزيد فهمي: طرق الطعن في أحكام مجلس الدولة،

ص ٢٧، مرجع سابق، وأيضاً: د/محمود علي وافي: مبادئ المرافعات الشرعية، في ضوء قانون المرافعات

رابعاً- الحصول على أوراق قاطعة في الدعوى:

يشترط لقبول هذا الوجه من أوجه الطعن بإعادة النظر أن تكون هذه الأوراق قاطعة في الدعوى، بحيث لو اطلع القاضي على هذه الورقة أو الأوراق قبل إصدار الحكم، لتغير تقديره للوقائع.

وعلى ذلك يلزم لصحة الالتماس بناء على هذا الوجه توفر الشروط الآتية:

١- أن تكون الورقة أو الأوراق قاطعة في الدعوى، بمعنى أنها لو قدمت في الدعوى لغيرت وجه الحكم، أما إذا كانت الورقة غير قاطعة في الحكم، فلا تصلح وجهاً من وجوه الطعن بالتماس إعادة النظر^(٥٦).

٢- أن تكون هذه الأوراق قد حجزت بفعل الخصم نفسه، بأن اقتصر سلوكه على السكوت عنها، أو عدم الإشارة إليها فلا تصلح وجهاً من وجوه الطعن بالتماس إعادة النظر، لكن إن حجزت بفعل الطاعن نفسه كأن يكون قد فقدها في ظروف لا دخل للخصم بها، ثم وجدها بعد ذلك فلا يجوز له يؤسس طعنه على ذلك، أما لو كانت قد حجزت بفعل شخص آخر بناء على تحريض من الخصم فيمكن طبقاً للرأي الغالب اعتبارها محجوزة بفعل الخصم نفسه.

٣- أن يجهل الملتمس وجود هذه الأوراق القاطعة تحت يد خصمه، وتجهل المحكمة أيضاً ذلك ومن ثم لا يمكنها تصحيح ما يحتمل أن تقع فيه من خطأ، فإن كانت المحكمة علي علم بوجود الورقة لكنها لم تطلع عليها مكتفية بما لديها من أوراق قاطعة في الدعوى فلا يقبل الطعن بإعادة النظر.

٤- حصول الملتمس على الأوراق بعد صدور الحكم ويقدمها للمحكمة، فلو كانت الورقة أو الأوراق تحت يد الخصم وامتنع عن تقديمها، أو لا يعلم مدي أهميتها، ثم اكتشف أنها قاطعة، فلا يلومن إلا نفسه، ومن ثم لا يقبل ذلك وجهاً من أوجه الالتماس^(٥٧).

الشرعية السعودية الجديد لعام ١٤٣٥ هـ، ج ٢، ص ٤٤٨، مرجع سابق، وايضاً: د/فرج سالم الأوجلي: الطعن بالتماس إعادة النظر في الأحكام الإدارية في القانون الإداري الليبي، ص ١٥٢، مرجع سابق.

^(٥٦) راجع في ذلك: د/أحمد السيد الصاوي: الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، بند ٥٥٦، ص ٩١٠، ط ٢٠٠٤م، دار النهضة العربية. القاهرة.

^(٥٧) راجع في ذلك: د/ مصطفى أبو زيد فهمي: طرق الطعن في أحكام مجلس الدولة، ص ٢٨، مرجع سابق، وأيضاً: د/محمود علي وافي: مبادئ المرافعات الشرعية، في ضوء قانون المرافعات الشرعية السعودية الجديد لعام ١٤٣٥ هـ، ج ٢، ص ٤٤٥، مرجع سابق، وأيضاً: د/فرج سالم الأوجلي: الطعن بالتماس إعادة النظر في الأحكام الإدارية في القانون الإداري الليبي، ص ١٥٣، مرجع سابق.

والسؤال الذي يطرح نفسه الآن هو هل يقبل الالتماس إذا حجزت الإدارة بعض أوراق موضوع النزاع ولم تقدمها للمحكمة؟

ويمكن القول جريا على رأي مجلس الدولة الفرنسي أن الإدارة ملزمة بأن تقدم ملف الموضوع كاملا إلى المحكمة مشتملا على جميع الأوراق القاطعة في الدعوي فإن أخلت بذلك كان ذلك الإخلال خطأ كافيا لالتماس إعادة النظر في الحكم^(٥٨).

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها تأييدا لذلك بأن: (قانون مجلس الدولة قد أحال في شأن الطعن بإعادة النظر في الأحكام الصادرة من المحاكم التأديبية إلى الأحكام المقررة في هذا الشأن إلى قانون الإجراءات الجنائية، وأن نطاق الاحالة يقتصر علي أمرين هما: المواعيد ، وثانيهما أحوال الالتماس ومن حيث إنه في خصوص الحالة الخامسة المتعلقة بظهور وقائع أو أوراق لم تكن معلومة وقت المحاكمة تثبت براءة المحكوم عليه، فقد اختلف الفقه في مدي اشتراط أن تكون الواقعة أو الأوراق الجديدة مجهولة من المحكمة والمتهم معا أم يكفي أن تكون مجهولة من المحكمة فقط حتي وإن كان المتهم يعلم بها وقت الحكم، فذهب رأي إلى أنه يشترط أن تكون الواقعة الجديدة مجهولة من القاضي والمحكوم عليه بحيث إذا كان الأخير يعلم بهذه الواقعة وقت المحاكمة ولم يقدمها سواء لجهله بأهميتها أو اعتقاده بعدم فائدتها أو لأي سبب آخر، فلا يجوز له الاستناد إليها لطلب إعادة النظر، وذهبت أغلبية الفقه الفرنسي إلى عكس الاتجاه الأول واكتفت بأن تكون الواقعة غير معلومة لدي المحكمة وقت الحكم بالإدانة،وأيد هذا الرأي جانب من الفقه المصري مبينا أن تغليب المصلحة الاجتماعية في اظهار الحقيقة وإصلاح الخطأ القضائي يقتضي الأخذ بهذا الرأي؛ لأن طلب إعادة النظر باعتباره طعنا في الحكم لا يبحث إلا في خطأ المحكمة لافي خطأ المحكوم عليه، وإذا فيكفي لقبول الطعن أن المحكمة لم تعلم بالواقعة الجديدةومن ثم تتوفر هذه الحالة الخاصة من حالات الطعن بإعادة النظر إذا كان المتهم لم يستطع تقديم هذه الواقعة الجديدة أو الدليل الجديد لسبب لا دخل لإرادته فيه ..)^(٥٩).

وقد قرر ديوان المظالم في أحد أحكامه أن: (.... ومن حيث إن ما قدمه طالب الالتماس من أوراق كانت معلومة قبل الفصل النهائي في القضية ، ولم يكن يتعذر عليه إبرازها قبل الحكم والتأييد الذي تم عليه للنص عليها في لائحته الاعتراضية، وبالتالي فإن الدائرة

^(٥٨) راجع في ذلك: د/ مصطفى أبوزيد فهمي: طرق الطعن في أحكام مجلس الدولة، ص ١٢، مرجع سابق.

^(٥٩) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣٢٧ لسنة ٤١ ق. عليا، جلسة ١٢/٧/١٩٩٧م، مبدأ رقم ١٣٨، ص ١٣٣٢، ١٣٣٣، البوابة القانونية لمبادئ وأحكام المحكمة الإدارية العليا، مرجع سابق.

لا تري الأخذ بما قدمه طالب الالتماس من أوراق ومستندات ويتعين رفضها وعدم الاعتداد بها لمخالفتها ما ورد في المادة (٤٢) من قواعد المرافعات والإجراءات أمام الديوان التي أناطت إعادة النظر في الأحكام النهائية بظهور وقائع أو تقديم أوراق بعد الفصل النهائي لم تكن معلومة وقت المحاكمة، الأمر الذي تنتهي معه الدائرة إلى رفض الالتماس^(١٠).

المطلب الثاني

حالات الطعن العائدة إلى خطأ القاضي

ورد النص على هذه الحالات في المادة (٢٤١) من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ والتي نصت على أنه: (للخصوم أن يلتمسوا إعادة النظر في الأحكام الصادرة بصفة انتهائية في الأحوال الآتية:

١، ٢،٣، ٤،٤

٥- إذا قضى الحكم بشيء لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه.

٦- إذا كان منطوق الحكم مناقضاً لبعضه لبعض.

٧- إذا صدر الحكم على شخص طبيعي أو اعتباري لم يكن ممثلاً تمثيلاً صحيحاً في الدعوى وذلك فيما عدا حالة النيابة الاتفاقية.

٨- لمن يعد الحكم الصادر في الدعوى حجة عليه ولم يكن قد أدخل أو تدخل فيها بشرط إثبات غش من كان يمثله أو تواطئه أو إهماله الجسيم).

كما نصت المادة (٢٠٠) من قانون المرافعات الشرعية السعودي الصادر سنة ١٤٣٥هـ على هذه الحالات بقولها: "يحق لأي من الخصوم أن يلتمس إعادة النظر في الأحكام النهائية في الأحوال الآتية:

د- إذا قضى الحكم بشيء لم يطلبه الخصوم أو قضى بأكثر مما طلبوه.

هـ- إذا كان منطوق الحكم يناقض بعضه بعضاً.

و- إذا كان الحكم غيبياً.

ز- إذا صدر الحكم علي من لم يكن ممثلاً تمثيلاً صحيحاً في الدعوى.

٢- يحق لمن يعد الحكم حجة عليه ولم يكن قد أدخل أو تدخل في الدعوى أن يلتمس إعادة النظر في الأحكام النهائية.

(١٠) حكم محكمة الاستئناف رقم ٨٨٨/إس/٣ لعام ١٤٢٩، جلسة ١٧/١٢/١٤٢٩هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية، ص ١٠٢٦، بوابة ديوان المظالم

وفي فرنسا طبقاً للفصول من ٧٥ إلى ٧٧ من تنظيم ٣١ جويلية ١٩٤٥م، يجب أن يثير الطعن إحدى الأسباب الثلاثة الآتية:

أ-، ب-.... ج- الإجراءات المتبعة كانت مشوبة ببعض الإخلالات الفاحشة. (مثال ذلك التركيبة غير القانونية للهيئة الحاكمة وحكم صدر بجلسة غير عمومية، والسهو عن تشكيلات اعلام المحامين بتاريخ الجلسة، وبمسائل يطرحها التقرير، وعدم تمكين محامي الأطراف من تقديم ملاحظاتهم الشفاهية، وغياب ملحوظات مندوب الحكومة، وحكم لم ينص علي أسماء الهيئة التفاوضية^(٦١)).

لكن يلاحظ على هذه الحالات من وجهة نظري أنها تعد أسباباً لنقض الحكم، وليست أسباباً للطعن بإعادة النظر طبقاً لقانون المرافعات المدنية والتجارية المصري. ويتبين من ذلك أن أوجه الطعن العائدة إلى خطأ القاضي والمبررة للطعن بإعادة النظر والتي مردها إلى خطأ أو سهو من القاضي في تطبيق القانون، وليست خطأ في الوقائع، ترجع إلى الحالات الآتية:

أولاً-الحكم بما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه:

يتحقق هذا الوجه من أوجه الطعن عندما تقضي المحكمة بشيء لم يطلبه الخصم في صحيفة دعواه أو استئنافه أو طلباته الختامية وذلك بتقرير حقوق لهم أكثر مما طلبوه مثل طلب الخصم ارجاع أقدميته إلى تاريخ معين فيتم الحكم له بإرجاع أقدميته إلى تاريخ أسبق من ذلك، فمن المقرر قانوناً أنه يتعين على المحكمة الالتزام بطلبات الخصوم وعدم الخروج عليها، وإلا كان حكمها باطلاً لوروده على غير محل لأن الحكم قد ناقصه مفترضا ضرورياً وهو الطلب القضائي^(٦٢).

لكن إذا حكم القاضي الإداري بطلبات لم يطلبها الخصوم وكان هذا الأمر يتعلق بالنظام العام أو بأمر يدخل في حدود سلطتها فإن حكمها في هذه الحالة لا يعد قضاء بما لم

(٦١) من الإجراءات التي لا تعد أسباباً للطعن بإعادة النظر في فرنسا: غياب أو عدم كفاية أسباب قرار (حكم) صادر عن مجلس الدولة، وعدم صحة تطبيق نص ترتيبي، والخطأ في التقدير أو الوصف القانوني للوقائع... الخ

راجع في ذلك: د/ريمون أودان: النزاع الإداري، الجزء الثالث، ص ٣٧٢، مرجع سابق.

(٦٢) د/ فتحي وإلي: الوسيط في قانون القضاء المدني، بند ٣٧٦، ص ٧٦٤، ط ٢٠٠١م، دار النهضة العربية. القاهرة.

يطلبه الخصوم، وهذه القاعدة مقررة في فقه المرافعات المدنية والتجارية لكن لا يوجد ما يمنع من سريانها في القانون الاداري لعدم تعارضها مع طبيعة المرافعات الإدارية^(٦٣).

وعلة الطعن بالالتماس هو أنه يتعين علي المحكمة أن تتقيد بطلبات الخصوم في الدعوي، ولا يجوز لها أن تحكم كقاعدة بما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه، فإذا تضمن الحكم ذلك وكان نتيجة سهو أو خطأ غير متعمد من المحكمة لعدم إمامها بنطاق الدعوي، جاز لها أن تتدارك ما وقعت فيه من خطأ عن طريق الالتماس، أما إذا كانت المحكمة عالمة بأنها تقضي بما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه، ومع ذلك أصرت علي هذا القضاء مسببة حكمها في هذا الخصوص، فإن سبيل الطعن في الحكم في هذه الحالة هو النقض وليس التماس إعادة النظر^(٦٤).

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها بأن: (وحيث إن قضاء هذه المحكمة جري على أنه من القواعد المقررة في قانون المرافعات أن المحكمة مقيدة في حكمها بالطلبات المقدمة إليها، ومن ثم لا يجوز لها أن تقضي بشيء لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما يطلبوه وإلا كان حكمها غير سديد، وهذه القاعدة لا تعارض نصاً أوردتها مع أحكام قانون مجلس الدولة)^(٦٥).

وقد بينت المحكمة العلة في ذلك في حكم آخر بقولها: (...لئن كان للمحكمة أن تعطي طلبات الخصوم التكييف القانوني الصحيح على هدي ما تستتبطه من واقع الحال وملايساته، إلا أنه وحسبما جري عليه قضاء هذه المحكمة ينبغي ألا تتجاوز في هذا التكييف أو أن تصل به إلى حد تعديل طلبات الخصوم؛ بحسبان أن ثمة أصلاً آخر يلتزم به القضاء مفاده أن المدعي هو الذي يحدد نطاق دعواه وطلباته أمام القضاء، ولا تملك المحكمة من تلقاء نفسها أن تتعداه)^(٦٦).

^(٦٣) راجع في ذلك: د/ مصطفى أبو زيد فهمي: طرق الطعن في أحكام مجلس الدولة، ص ٣١، مرجع سابق.
^(٦٤) أحمد صاوي: الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، بند ٥٥٧، ص ٩١١، ٩١٢، مرجع سابق، وأيضاً: د/ أحمد صدقي: الواقعة المنشئة للطعن بالتماس اعادة النظر، ص ١١٧، ط ٢٠٠٠م، دار النهضة العربية. القاهرة.

^(٦٥) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢٧٢٤٦ لسنة ٥٢ ق. عليا، جلسة ٢٠٠٦/٥/٣٠م، مبدأ رقم ١٣٨، ص ٢، البوابة القانونية لمبادئ وأحكام المحكمة الإدارية العليا، مرجع سابق.
^(٦٦) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٩٧٥٢ لسنة ٥١ ق. عليا، جلسة ٢٠٠٩/٤/٢٣م، مبدأ رقم ٥٩، ص ٧، البوابة القانونية لمبادئ وأحكام المحكمة الإدارية العليا، مرجع سابق.

وقد قرر ديوان المظالم في أحد أحكامه أن (نصت المادة المائتان من قانون المرافعات الشرعية الصادر سنة ١٤٣٥هـ على أنه: "يحق لأي من الخصوم أن يلتمس إعادة النظر في الأحكام النهائية في الأحوال الآتية:

د- إذا قضي الحكم بشيء لم يطلبه الخصوم أو قضي بأكثر مما طلبوه....."، ونصت المادة الثانية بعد المائتين على أن: "يرفع الالتماس بإعادة النظر بصحيفة تودع لدي المحكمة التي أصدرت الحكم ويجب أن يشتمل الصحيفة علي بيان الحكم الملتمس إعادة النظر فيه ورقمه وتاريخه وأسباب الالتماس....."، ونصت المادة الثالثة بعد المائتين على أن: "الأحكام التي تصدر في موضوع الدعوي من غير المحكمة العليا بناء على الطعن بإعادة النظر يجوز الاعتراض عليها بطلب استئنافها أو نقضها بحسب الأحوال". ونصت المادة (الرابعة بعد المائتين) علي أن: "القرار الذي يصدر برفض الالتماس والحكم الذي يصدر في موضوع الدعوي بعد قبوله لا يجوز الاعتراض علي أي منهما بالتماس إعادة النظر....."، وحيث إنه بتأمل الالتماس محل النظر وجدت المحكمة أنه يندرج تحت أحكام الفقرة (د) من المادة (٢٠٠) من قانون المرافعات الشرعية الصادر سنة ١٤٣٥هـ، والتي نصت علي أنه: "إذا قضي الحكم بشيء لم يطلبه الخصوم أو قضي بأكثر مما طلبوه"، وبتأمل طلبات ممثل الجهة في هذا الالتماس أشار في إحدى فقراته أن حكم الدائرة قد قضي للمدعي بأكثر مما طلب في صحيفة دعواه..... وبالعودة إلى صحيفة الدعوي المقدمة من المدعي وما تضمنته من طلبات اتضح أن المدعي حصر طلبه في التعويض بمبلغ....بينما صدر حكم الدائرة بتعويضه بمبلغ.....، وحيث إن ما خلصت إليه الدائرة في عموم حكمها صحيح، إلا أنه لا يصح نفاذه بأكثر مما طلبه الخصوم، ولكون هذا الخطأ مؤثرا يتحتم قبول الالتماس محل النظر^(٦٧).

ويثور التساؤل حول الحكم في حالة قضاء المحكمة بأقل مما طلبه الخصوم، وهل يعد ذلك سببا للطعن بإعادة النظر؟

يمكن القول إن ذلك من حق المحكمة، فقد تري إجابة الطالب إلى كل طلباته، وقد تري إجابته إلى بعض الطلبات لأنه ليس له وجهاً قانونياً في باقي الطلبات، في دعاوي التعويض، كما في دعاوي إلغاء القرارات الإدارية، قد يتم إلغاء القرار جزئياً رغم طلب الخصم إلغائه كلياً، فهذه سلطتها التقديرية، وعلى الخصم الذي قضت له المحكمة بأقل مما طلبه الاعتراض على الحكم بطرق الطعن المقررة قانوناً^(٦٨).

(٦٧) حكم محكمة الاستئناف / ١٩٢ ق لعام ١٤٣٨هـ، جلسة ١٣/٥/١٤٣٩هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية، ص ٤٣٥ وما بعدها، بوابة ديوان المظالم.
(٦٨) د/أحمد صدقي: الواقعة المنشئة للطعن بالتماس إعادة النظر، ص ١٢٣، مرجع سابق.

ثانياً- التناقض في منطوق الحكم:

يعد منطوق الحكم أمراً هاماً للغاية؛ إذ هو نهاية المطاف في الدعوي، فهو الذي يحدد لكل خصم مركزه بالنسبة إلى الحكم، سواء كان محكوماً لصالحه أو ضده، كما أنه الجزء الذي ينصب عليه طعن الخصم بالإلغاء أو التعديل، كما أنه قد ينصب عليه الطعن بالنقض أو الالتماس، فيتم الطعن عليه بالنقض إذا توفر سبب من أسباب بطلان الحكم، كان تتناقض أسباب الحكم مع منطوقه، أو تتناقض الأسباب مع بعضها البعض مادام المنطوق ذاته خالياً من هذا التناقض.

أما التناقض الذي يجيز الالتماس فهو تناقض منطوق الحكم بعضه بعضاً، كأن يكون الجزء الأول منه مناقضاً للجزء الثاني ومن ثم يصير الحكم متعذر التنفيذ، أما التناقض بين الأسباب فلا يقبل كسبب للالتماس وإنما يجيز الطعن بطريق النقض^(٦٩).

ولذلك قضت محكمة النقض في أحد أحكامها أن: "...التناقض الذي يصلح سبباً للطعن بالنقض هو ما يلحق أسباب الحكم بأن تتماحي هذه الأسباب فينفي بعضها بعضاً بحيث لا يبقى معها ما يمكن حمل الحكم عليه أو أن تتناقض هذه الأسباب منطوق الحكم فلا تصلح أساساً له، بحيث لا يفهم على أي أساس قضت المحكمة بما قضت به، أما حالة إذا كان منطوق الحكم مناقضاً لبعضه لبعض فإنها من أحوال الطعن بطريق الطعن بإعادة النظر وفقاً لنص الفقرة السادسة من المادة (٢٤١) من قانون المرافعات..."^(٧٠).

وقد قضى ديوان المظالم السعودي في أحد أحكامه أن: (.....وبما أن الأصل في الأحكام القضائية إذا أصبحت نهائية عدم جواز إعادة النظر فيها إلا وفق الحالات والضوابط الواردة في المادة (٢٠٠) من قانون المرافعات الشرعية الصادر سنة ١٤٣٥هـ والتي نصت على أنه: "يحق لأي من الخصوم أن يلتمس إعادة النظر في الأحكام النهائية في الأحوال الآتية : ...هـ- إذا كان منطوق الحكم يناقض بعضه بعضاً...ويتأمل الالتماس بسبب وجود تناقض في منطوق الحكم، وما أرفق معه لم تجد فيه الدائرة سبباً من شأنه أن

(٦٩) راجع في ذلك: د/ مصطفى أبو زيد فهمي: طرق الطعن في أحكام مجلس الدولة، ص ٣١، ٣٢، مرجع سابق. وأيضاً: د/ أحمد مليجي: التعليق على قانون المرافعات، ج ٥، ص ٤٥، الطبعة الثالثة ٢٠٠٢م، نادي القضاة. القاهرة، وأيضاً: د/ فرج سالم الأوجلي: الطعن بالتماس إعادة النظر في الأحكام الإدارية في القانون الإداري الليبي، ص ١٥٥، مرجع سابق.

(٧٠) حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ٣٨١٦ لسنة ٦٠ ق، جلسة ١٩٩٥/١/٣٠م، مبدأ رقم ٥٥، ص ٢٨٠، البوابة القانونية لمبادئ وأحكام محكمة النقض. شركة خدمات المعلومات التشريعية ومعلومات التنمية، لا دس ٢٠١٠.

بغير من النتيجة التي انتهى إليها الحكم محل الالتماس وفق الحالات المنصوص عليها نظاماً، الأمر الذي يتعين معه عدم قبول الالتماس^(٧١).

ثالثاً- صدور الحكم على شخص طبيعي أو اعتباري لم يكن ممثلاً تمثيلاً صحيحاً في الدعوى:

يقصد بهذا الوجه من أوجه الالتماس توفير حماية لناقصي الأهلية، وكذلك الأشخاص المعنوية من صدور أحكام ضدهم لسبب يرجع إلى عدم تمثيلهم في الخصومة تمثيلاً صحيحاً، كان تعلن الصحيفة بالنسبة إلى ناقص الأهلية إلى غير من ينوب عنه قانوناً أو اتفاقاً، أي إلى غير الولي أو الوصي أو القيم، أو تعلن جهة الوقف إلى غير ناظره، أو يعلن شخص من أشخاص القانون العام في شخص غير مديره أو أن يتولى الدفاع عن الشخص المعنوي نائب لا يمثل الشخص المعنوي وليست له صفة الحضور عنه، الخ.

وليس معني ذلك أن يكون الممثل القانوني هو الذي يمثل الشخص الطبيعي أو المعنوي هو الذي أدخل خصماً في الدعوى ولكن أغفل اعلانه في مرحلة من مراحل التقاضي، فالفرق واضح بين انعدام الممثل وإغفال الإعلان، فانعدام التمثيل عن الشخص الطبيعي أو المعنوي هو المقصود هنا باعتباره مسوغاً للطعن بالالتماس^(٧٢).

فإن حدث ذلك فإنه يعد سبباً لبطلان إجراءات الدعوى، ومن ثم بطلان الحكم الصادر فيها، ومن ثم يدخل ضمن أسباب الطعن بالطعن بإعادة النظر؛ لأنه ليس من قبيل الخطأ في الوقائع أو القانون الذي يتيح اللجوء إلى الطعن في الحكم الصادر بناء على هذه الإجراءات بطريق النقض.

وقد قضت محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها بأن: (...مفاد نص الفقرة السابعة من المادة (٢٤١) من قانون المرافعات أنه إذا صدر حكم وحاز قوة الأمر المقضي وثبت بعد ذلك أن الخصم الذي صدر الحكم ضده لم يكن ممثلاً في الخصومة تمثيلاً صحيحاً بشخصه أو بمن ينوب عنه قانوناً، فإن قوة الأمر المقضي التي اكتسبها الحكم لا تعصمه من الطعن عليه بطريق الالتماس لهذا السبب -فيما عدا النيابة الاتفاقية- وأن تبت المحكمة في حالة قبول الطعن في مسألة تمثيل الخصم مجدداً طالما ثبت لديها عدم صحة هذا التمثيل في تلك الخصومة بدليل مقطوع به اعتباراً بأن عدم تمثيل الخصم في الخصومة

(٧١) حكم محكمة الاستئناف الإدارية في القضية رقم ١٠٣٧ / ق لعام ١٤٣٨هـ، جلسة ١٥/١١/١٤٣٨هـ،

مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية، ص ٥٣٣، ٥٣٤، بوابة ديوان المظالم.

(٧٢) بتصرف من: د/ مصطفى أبو زيد فهمي: طرق الطعن في أحكام مجلس الدولة، ص ٣٢، مرجع سابق، وأيضاً: د/ فرج سالم الأوجلي: الطعن بالتماس إعادة النظر في الأحكام الإدارية في القانون الإداري الليبي، ص ١٥٥، مرجع سابق.

علي وجه صحيح يؤدي إلى بطلان إجراءاتها بما في ذلك الحكم الصادر فيها^(٧٣)، وهذا الوجه من أوجه الطعن بإعادة النظر قاصر على النيابة القضائية والقانونية^(٧٤).

وقد استتنت الفقرة السابعة من المادة (٢٤١) من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م، حالة النيابة الاتفاقية كالوصي بشرط أن يكون قد مثل القاصر تمثيلاً صحيحاً في الدعوي وقت رفعها وقبل بلوغ القاصر سن الرشد ولم يحكم باستمرار الوصاية عليه قبل بلوغه هذه السن.

وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها بأنه: (من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه متي بلغ القاصر إحدى وعشرين سنة دون أن يحكم قبل بلوغه هذه السن باستمرار الوصاية عليه أصبح رشيداً وثبت له الأهلية الكاملة بحكم القانون، وأن المناط في اعتبار الوصي نائباً اتفاقياً هو أن يكون القاصر قد مثل في الدعوي تمثيلاً صحيحاً وقت رفعها ابتداءً في شخص الوصي عليه ثم بلوغه سن الرشد بعد ذلك أثناء سير الدعوي واستمرار مباشرة الوصي لها دون تنبيهه ببلوغ القاصر سن الرشد...)^(٧٥)، وقد أضاف قانون المرافعات الشرعية السعودي الصادر سنة ١٤٣٥ هـ، حالة إذا كان الحكم غيابياً، بأن يصدر غيابياً ثم لا يتم الاعتراض عليه في المهلة المحددة في القانون وهي ثلاثون يوماً، فيجوز في هذه الحالة الطعن بإعادة النظر في الحكم.

وقد نصت علي ذلك المادة (١٨٧) من قانون المرافعات الشرعية الصادر سنة ١٤٣٥ هـ بقولها: "مدة الاعتراض بطلب الاستئناف أو التدقيق ثلاثون يوماً، ويستثنى من ذلك الأحكام الصادرة في المسائل المستعجلة فتكون عشرة أيام، فإذا لم يقدم المعارض اعتراضه خلال هاتين المديتين سقط حقه في طلب الاستئناف أو التدقيق، وعلي الدائرة المختصة تدوين محضر بسقوط حق المعارض عند انتهاء مدة الاعتراض في ضبط القضية، والتهميش علي صك الحكم وسجله بأن الحكم قد اكتسب القطعية، وذلك دون إخلال بحكم الفقرة (٤) من المادة (الخامسة والثمانين بعد المائة) من هذا النظام، والتي تنص في الفقرة الرابعة علي أنه: (إذا كان المحكوم عليه ناظر وقف أو وصياً أو ولياً..... أو كان المحكوم

(٧٣) حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ١٩٠٩ لسنة ٥١ ق، جلسة ١٩٩٢/٢/٢٣م، مبدأ رقم ٧٩، ص ٣٦٦، البوابة القانونية لمبادئ وأحكام محكمة النقض، مرجع سابق.

(٧٤) أحمد السيد صاوي: الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ص ٨٥٣، مرجع سابق.

(٧٥) حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ١٩٠٢ لسنة ٥٣ ق، جلسة ١٩٨٩/٣/٢٢م، مبدأ رقم ١٤٣٠، ص ٨٢٢، البوابة القانونية لمبادئ وأحكام محكمة النقض، مرجع سابق.



عليه غائبا وتعذر تبليغه بالحكم، فعلي المحكمة أن ترفع الحكم إلى محكمة الاستئناف لتدقيقه مهما كان موضوع الحكم (.....).

المطلب الثالث طعن الخارج عن الخصومة

أضافت الفقرة الثامنة من المادة (٢٤١) من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م إلى حالات إعادة النظر: حالة من يعتبر الحكم الصادر في الدعوى حجة عليه ولم يكن قد أدخل أو تدخل فيها.

كما نصت المادة وقد نصت المادة (٢٠٠) من قانون المرافعات الشرعية على أنه:

١- يحق لأبي من الخصوم أن يلتمس إعادة النظر في الأحكام النهائية في الأحوال الآتية:

٢- يحق لمن يعد الحكم حجة عليه ولم يكن قد أدخل أو تدخل في الدعوى أن يلتمس إعادة النظر في الأحكام النهائية).

ويقصد بالملتزم في هذه الحالة كل شخص لم يكن خصماً ظاهراً في الدعوى لكن الحكم يعد حجة عليه، ويؤثر في مركزه القانوني، دون أن يكون ممثلاً في الخصومة بشخصه أو شخص من يمثله قانوناً، وألا يكون قد أدخل في الدعوى أو تدخل فيها، والتي صدر فيها الحكم.

وقد كانت هذه الحالة من حالات طعن الخارج عن الخصومة في قانون المرافعات المصري الملغي، ولكن رأي المشرع في قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ أنها ليست من حالات طعن الخارج عن الخصومة، وأدرجها ضمن حالات الطعن بإعادة النظر، ويمكن القول إن طعن الخارج عن الخصومة يعد طريقاً استثنائياً من طرق الطعن على الأحكام^(٧٦).

وقد عرف بأنه: (طريق طعن غير عادي في الأحكام يرمي إلى العدول عن الحكم أو تعديله لمصلحة شخص خارج عن الخصومة التي انتهت بصوره)^(٧٧).

^(٧٦) كان اعتراض الخارج عن الخصومة منظماً في قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري القديم رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩م، وقد تم إلغاء هذا الطريق في قانون المرافعات المدنية والتجارية الحالي رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨، حيث أعده في المادة (٢٤١)، الحالة الثامنة من حالات الطعن بإعادة النظر.
^(٧٧) د/أمينة النمر: أصول المحاكمات المدنية، القسم الثاني، ص ٣٠٢، ط ١٩٨٨م، الدار الجامعية، القاهرة.

كما عرف أيضا بأنه: (طريق طعن استثنائي أمام الغير ضد حكم قضائي لم يكن طرفاً فيه، وذلك في حالة تضرره أو حتى احتمال وقوع ضرر عليه من هذا الحكم)^(٧٨) .
ونظراً لأن قانون مجلس الدولة المصري رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢م قد نص في المادة (الثالثة) منه على أنه: (تطبق الإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون وتطبق أحكام قانون المرافعات فيما لم يرد فيه نص وذلك إلى أن يصدر قانون الإجراءات الخاصة بالقسم القضائي) وحيث لم يصدر قانون للمرافعات الإدارية في مصر حتى كتابة هذه السطور، ومن ثم فيرجع إلى قانون المرافعات المدنية والتجارية الحالي رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ في هذا الخصوص.

وقد كان قانون المرافعات المصري القديم رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩م، ينص في الفقرة الأولى من المادة (٤٥٠) على أنه: "يجوز لمن يعد الحكم الصادر في الدعوى حجة عليه ولم يكن قد أدخل أو تدخل فيها أن يعترض على هذا الحكم بشرط إثبات غش من كان يمثله أو تواطئه أو إهماله الجسيم"^(٧٩).

إلا أن المشرع المصري في قانون المرافعات الحالي رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨، قد ألغى طعن الخارج عن الخصومة، وأدخله ضمن حالات الطعن بالطعن بإعادة النظر، طبقاً لنص المادة (٢٤١) من قانون المرافعات^(٨٠).

وبناء على ذلك فإن المشرع المصري أغلق الباب أمام من لم يكن ممثلاً في الخصومة من الغير تجاه الحكم الضار به، ومن ثم فقد حرّمه من الدفاع عن الضرر الواقع عليه، الأمر الذي يمثل تقييداً لحق التقاضي، فضلاً عن أنه منافي للمبادئ الدستورية المتعلقة بالمساواة أمام القانون والقضاء، لذا فإنني أميل إلى ضرورة العودة إلى نظام طعن الخارج عن الخصومة في القضاء بين العادي والإداري.

(78) Cécile Chainais, Frédérique Ferrand, Lucie Mayer, Serge Guinchard, *Procédure Civile*, Dalloz, 2009, p.572 .

(٧٩) في تفصيل اعتراض الخارج عن الخصومة، راجع: د/أحمد أبو الوفا: المرافعات المدنية والتجارية، ص ١٠٧٥، الطبعة السابعة ١٩٦٣، دار المعارف، وأيضاً: د/ نبيل اسماعيل عمر: سلطة القاضي التقديرية، ص ٨١٢، مطبعة مدرسة بون بوسكو بالإسكندرية ١٩٥٨م، بدون ناشر.

(٨٠) تنص الفقرة السابعة من المادة (٢٤١) من قانون المرافعات المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ على جواز الطعن بالطعن بإعادة النظر: "إذا صدر الحكم على شخص طبيعي أو اعتباري لم يكن ممثلاً تمثيلاً صحيحاً في الدعوى وذلك فيما عدا حالة النيابة الاتفاقية. بينما تنص الفقرة الثامنة من نفس المادة على جواز الطعن بالتماس إعادة النظر". لمن يعتبر الحكم الصادر في الدعوى حجة عليه ولم يكن قد أدخل أو تدخل فيها بشرط إثبات غش من كلن يمثله أو تواطئه أو إهماله الجسيم.

أما عن موقف القضاء الإداري المصري من اعتراض الغير^(٨١) الخارج عن الخصومة: فيمكن القول إن الأحكام الحديثة لا تقبل الطعن باعتراض الخارج عن الخصومة أمام المحكمة الإدارية العليا، رغم أن الحكم الصادر في دعوي الإلغاء له حجية عينية مطلقة على الكافة، من كان طعن على القرار ومن لم يطعن، من أفاده الحكم الصادر في دعوي الإلغاء ومن أضر به.

ويخفف من مبدأ الحجية المطلقة لأحكام الإلغاء جواز طعن الخارج عن الخصومة ممن يعد الحكم الصادر في الدعوى حجة عليه، رغم أنه لم يكن طرفاً في الخصومة، ولم يكن قد أدخل أو تدخل فيها، وذلك عن طريق الطعن بالطعن بإعادة النظر، وذلك إذا توفرت شروطه طبقاً لقانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ م. وذلك أمام المحكمة التي أصدرت الحكم، ماعدا المحكمة الإدارية العليا، حيث لا يجوز الطعن بإعادة النظر أمامها، طبقاً لنص المادة (٥١) من قانون مجلس الدولة.

وفي ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها أنه: (.ومن حيث المستقر عليه في قضاء هذه المحكمة أن المادة (٢٣) من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ قد حددت أحوال الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا، وهي لاتسع الطعن أمامها من الخارج عن الخصومة التي انتهت بصدور الحكم المطعون فيه، وكذلك فقد ألغي قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨، طريق الطعن في الأحكام بطريق اعتراض الخارج عن الخصومة الذي نظمه قانون المرافعات قبله في المادة (٤٥٠) منه، وأضاف حالة اعتراض من يعد الحكم في الدعوى حجة عليه ، ولم يكن قد أدخل أو تدخل فيها إلى أوجه الطعن بإعادة النظر، وبهذا يكون قانون المرافعات -ويطبق أمام مجلس الدولة حالة عدم وجود نص في قانون المجلس- قد ألغي طريق الطعن في أحكام محكمة القضاء الإداري أمام المحكمة الإدارية العليا من قبل الغير ممن لم يكونوا خصوما في الدعوى التي صدر فيها أو تدخلوا فيها ممن تعدي أثر هذا الحكم إليهم، إذ إن ذلك أصبح

(٨١) عرف البعض الغير بأنه: (الشخص الذي لم يكن مدعياً أو مدعياً عليه أو متدخلاً في الدعوى أو ممثلاً بأحد الخصوم كحارس الأشياء مثلاً، أو الشخص الذي ناب عنه في الدعوى وكيل تعاقدى أو نائب شرعي في الحالة التي لا تكون فيها هذه الوكالة أو هذه النيابة صحيحة أو في الحالة التي يتجاوز فيها الوكيل أو النائب الشرعي صلاحيته).

انظر: د/ نبيل اسماعيل عمر: الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، ص ٣٠٢، ط ٢٠١١، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية.

وجهاً من وجوه الطعن بإعادة النظر في أحكام محكمة القضاء الإداري، وفقاً لنص المادة (٥١) من قانون مجلس الدولة...^(٨٢).

ومن الجدير بالذكر أن أنه إلى أن طعن الخارج عن الخصومة لا يجوز في جميع الأحكام الصادرة في المنازعات الإدارية بكافة أنواعها ، ولا يجوز له إلا الطعن بإعادة النظر أمام المحكمة التي أصدرت الحكم، ما عدا المحكمة الإدارية العليا التي لا تقبل أحكامها الطعن بطريق الطعن بإعادة النظر طبقاً لنص المادة (٥١) من قانون مجلس الدولة، والذي يقرر عدم جواز الطعن بالطعن بإعادة النظر في الأحكام الصادرة من المحكمة الإدارية العليا، وقد أدمج المشرع طعن الخارج عن الخصومة في قانون المرافعات المدنية والتجارية الحالي رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ ضمن حالات الالتماس، ومن ثم لا يجوز للخارج عن الخصومة الطعن أمام الإدارية العليا في الحكم الذي يعد حجة عليه ويؤثر في مركزه القانوني، فذلك الطريق قاصر علي من كان طرفاً في الخصومة التي صدر فيها الحكم، وإنما عليه أن يطعن بإعادة النظر أمام ذات المحكمة التي أصدرت الحكم.

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها بعدم جواز طعن الخارج عن الخصومة في أحكامها، ووجوب سلوكه طريق الالتماس أمام المحكمة التي أصدرت الحكم، فقضت بأنه: (.جري قضاء هذه المحكمة أن الخارج عن الخصومة لا يجوز له الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا في الحكم الذي تعدي أثره إليه، وإنما عليه أن يسلك طريق التماس إعادة النظر أمام ذات المحكمة التي أصدرت الحكم تأسيساً علي أنه طبقاً لنص المادة (٥٢) من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ فإن الأحكام الصادرة في دعوي الإلغاء تكون حجة علي الكافة، وأن مؤدي هذه الحجية لحكم الإلغاء سريانه في مواجهة كافة الناس سواء في ذلك من طعن علي القرار المقضي بإلغائه ومن لم يطعن عليه؛ إذ أن قصر هذه الحجية علي من كان طرفاً في دعوي مهاجمة القرار دون من لم يكن طرفاً أو ممثلاً فيها هو حد لإطلاق الحجية لا يجوز إلا استناداً إلى نص صريح في القانون ، كذلك فإن تحديد طرق الطعن في الأحكام من عمل المشرع وحده يرد حصراً في القانون المنظم لها، وقد حددت المادة (٢٣) من قانون مجلس الدولة المشار إليه أحوال الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا وهي لاتسع الطعن أمامها من الخارج عن الخصومة، وكذلك فقد ألغي قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم (١٣)

^(٨٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٢٠٠٠، ١٢٣١٨ لسنة ٤٩ ق. علي جلسة ٢٥/٢/٢٠٠٦م، مبدأ رقم ٦١، ص ٤٥٤، البوابة القانونية لمبادئ وأحكام المحكمة الإدارية العليا، مرجع سابق.

لسنة ١٩٦٨ طريق الطعن في الأحكام بطريق اعتراض الخارج عن الخصومةإذ أن ذلك أصبح وجهاً من وجوه الطعن بالتماس إعادة النظر في أحكام محكمة القضاء الإداري، وينصرف هذا المبدأ إلى طعن الخارج عن الخصومة في الحكم الصادر في المنازعات الإدارية بكافة أنواعها (...)^(٨٣).

أما في القانون الفرنسي: فقد وسع المشرع الفرنسي من سلوك هذا الطريق، طبقاً لنص المادة (٨٥) من قانون الإجراءات المدنية، والتي نصت على أن: "كل حكم قابل لاعتراض الغير إذا لم ينص القانون على خلاف ذلك".

ومن ثم فقد جعل من جواز الطعن بطريق الخارج عن الخصومة هو الأصل، وجعل الاستثناء هو عدم الجواز في الحالات التي ينص فيها المشرع على منع اللجوء إلى هذا الطريق^(٨٤).

أما عن موقف ديوان المظالم السعودي: فقد أجاز طعن الخارج عن الخصومة واعدته من حالات الالتماس طبقاً لنص المادة (٢٠٠) من قانون المرافعات الشرعية والتي نصت على أنه يحق لمن يعد الحكم حجة عليه ولم يكن قد أدخل أو تدخل في الدعوى أن يلتمس إعادة النظر في الأحكام النهائية.

وقد قرر ديوان المظالم في أحد أحكامه أن: (...الأحكام الصادرة في دعوى الإلغاء ولئن حازت حجية مطلقة علي الكافة لا تسري علي الخصوم فحسب وإنما علي الغير أيضاً، غير أن فقهاء قانون المرافعات أجازوا كمبدأ طعن الخارج عن الخصومة أمام القضاء الإداري متى أضرير فعلاً بحقه وليس مجرد وجود مصلحة له ولم يكن طرفاً أو ممثلاً أمام المحكمة التي أصدرت الحكم بغرض إلغائه يقدم أمامها إعلاء لمبادئ العدالة وحماية لحقوق الأفراد الذين وضعوا ثقتهم في الإدارة للدفاع عن مصالحهم، ومع أنه ليس من طرق الطعن العادية فقد أخذ به القضاء الإداري رغم عدم النص عليه بحسبانه من المبادئ الإجرائية العامة، ولوجود عناصر كثيرة تقربه من الطعن بالتماس إعادة النظر، إلا أن الفرق بينهما أن الطعن بالتماس إعادة النظر لا يقبل إلا إذا كان الطاعن خصماً أو علي الأقل ممثلاً في الخصومة التي صدر فيها الحكم، ومن ثم لا يعد الطاعن من الغير، ثم

(٨٣) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٧٥١، ١٨٧٤ لسنة ٣٤ ق. عليا، جلسة ١٩/١٢/١٩٩٣م مبدأ رقم ٣٩، ص ٤٢٤، ٤٢٥، البوابة القانونية لمبادئ وأحكام المحكمة الإدارية العليا، مرجع سابق.

(٨٤) د/ عبدالحفيظ علي الشيمي، د/ عماد عبدالكريم قطان: اعتراض الخارج عن الخصومة أمام القضاء بين العادي والإداري، بحث منشور في المجلة القانونية والقضائية، كلية القانون، جامعة قطر، ص ٢٤٣.

إنه لا يقبل إذن في الحالات التي حددها النظام علي سبيل الحصر، بينما لا يستند طعن الخارج عن الخصومة لحالات محددة بذاتها فهو أوسع نطاقا ، ويهدف إلى طرح المنازعة برمتها من جديد ، علي أن الفقه والقضاء الإداريين ذهبا إلى أن المصلحة لا تكفي لقبول طعن الخارج عن الخصومة بل لابد من وجود حق أضرار من الحكم الصادر بالإلغاء للانتقال إلى نظر الطعن موضوعيا ، ولم يقصرا فكرة الحق علي مجرد الحقوق المكتسبة، وإنما وسعا من مفهوم الحق المبرر لقبول الطعن لفحص موضوعه ليشمل كل مركز نظامي وفق نص نظامي عام ومعترف به وفقا لحالات خاصة سواء أكان الإقرار بالحق بموجب قرار إداري أو كان يستند إلى حالة واقعية، وانتهيا إلى أن أية مصلحة نظامية محققة معترف بها بصورة مباشرة أو غير مباشرة بواسطة قرار اداري إنما يعد أمرا لازما لقبول طعن الخارج عن الخصومة في مواجهة الأحكام الصادرة عن المحاكم وخاصة إذا كانت آثار هذا الحكم تهدد بصورة مباشرة المركز النظامي للغير، وقيدا تفسيرهما لهذا الشرط علي نحو لا يجيز قبول طعن الخارج عن الخصومة لمجرد الادعاء بأن الحكم قد أضر بحق الغير (...)^(٨٥).

أما بالنسبة إلى مجلس الدولة الفرنسي فقد أرسى مبدأ عادلاً بقبوله اعتراض الخارج عن الخصومة لإتاحة الفرصة للأشخاص الذين كان يمكنهم التدخل في الدعوي الصادر فيها الحكم ، لكن لم يتم إخطارهم في الوقت المناسب، وكان الحكم حجة عليهم مؤثرا في مراكزهم القانونية بالضرر، أن يطعنوا في الحكم الصادر في غيبتهم ، وكان المأخذ الوحيد على موقف مجلس الدولة الفرنسي أن قبول اعتراض الغير الخارج عن الخصومة، سينتج عنه أن تكون جميع الأحكام الصادرة في دعاوي الإلغاء محلاً للطعن باعتراض الغير الخارج عن الخصومة، إذ يوجد دائماً أشخاص لهم مصلحة في استبقاء القرار الإداري؛ لأن جميع القرارات الإدارية تكون مفيدة لبعض المخاطبين بها وفي الوقت نفسه ضارة بالبعض الآخر .

^(٨٥) حكم محكمة الاستئناف رقم ٢٦١/إس/٥ لعام ١٤٣٠هـ، جلسة ٢٦/٣/١٤٣٠هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية، ص ٣٥٨٢، ٣٥٨٣، بوابة ديوان المظالم.

ولعلاج هذا الأمر اقترح البعض على مجلس الدولة التفرقة بين مساس الحكم بحق أو مصلحة، وحالة وجود مجرد أمل عند شخص ما، وعدم إجازة الاعتراض إلا في الحالة الأولى (حالة مساس الحكم بحق أو مصلحة)^(٨٦) .

ويختلف نظام الطعن بإعادة النظر عن نظام طعن الخارج عن الخصومة، في أن الطعن بإعادة النظر لا يقبل إلا ممن كان خصما في الدعوي التي صدر فيها الحكم الملمس فيه -سواء بصفته خصماً أصلياً أو متدخلاً فيها- أما طعن الخارج عن الخصومة فقد يكون من شخص لم يكن طرفاً في الخصومة، وغير ممثل بها، وإن كان قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري الحالي قد أدمج حالة اعتراض الخارج عن الخصومة في أسباب الطعن بإعادة النظر .

وأرى وجوب تدخل المشرع وإتاحة الطعن بإعادة النظر في أحكام المحكمة الإدارية العليا؛ لأن الواقع العملي يثبت بما لامجال معه للشك امكانية إدخال الخصم الغش والتدليس علي المحكمة الإدارية العليا -شأنها في ذلك شأن غيرها من المحاكم- ويكون حكمها أيضاً حجة علي من لم يكن خصما في الدعوي ولم يدخل أو يتدخل في الدعوي، مما يعد معه من (الغير) بالنسبة إلى الحكم، ولما كانت أحكام المحكمة الإدارية العليا تأبي الطعن فيها بطريق الالتماس، الأمر الذي دفع بهذه المحكمة إلى التوسع في حالات قبول دعوي البطلان، لتشمل كثيراً من حالات الطعن بإعادة النظر تحقيقاً للعدالة.

مع أن هناك فرقا بين الطعن بإعادة النظر كطريق طعن استثنائي عن دعوي البطلان الأصلية في الأسباب التي تبرر اللجوء إلى كل طريق منهما، والاجراءات المتبعة في نظرهما ، كما أن طريق الطعن بإعادة النظر من وضع المشرع، أما دعوي البطلان وإن كان لها سندها التشريعي في بعض نصوص قانون المرافعات، إلا أنها لا يوجد لها تنظيم متكامل في قانون مجلس الدولة أو قانون المرافعات، ومن ثم فإن سلطة المحكمة في الالتماس مقيدة بما سنه لها المشرع، أما سلطتها في دعوي البطلان الأصلية فهي اجتهادية؛ نظرا لعدم وجود ضوابط تشريعية واضحة لها.

وتجدر الإشارة إلى أن المحكمة الإدارية العليا قد ذكرت في أحد أحكامها أن: (..المحكمة الإدارية العليا خلافا لمحكمة النقض هي محكمة موضوع وقانون، ومن ثم

(٨٦) انظر: التعليق المنشور في مجموعة القرارات الكبرى في القضاء الإداري، ص ١٧٢، ومجموعة أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، ترجمة د. أحمد يسري، ص ١٤٧ .

فإن ما يقع في المحاكم في الواقع يمكن أن يقع معها مثله، فقد يتم إدخال الغش والتدليس عليها من أحد الخصوم، ولا يتبين ذلك إلا بعد صدور حكمها ويكون ما أدخل عليها له أثر في قضائها، أو قد صدر الحكم ويكون حجة عليه من لم يختصم فيه ولم يتدخل أو يدخل فيه، مما يجعله من الغير بالنسبة إلى الحكم، ولما استقر في قضاء هذه المحكمة من عدم جواز الطعن بالتماس بإعادة النظر في أحكامها فإن صاحب الشأن يكون مجردا من وسيلة الحماية القضائية المتمثلة في الالتماس لعدم جوازه أمامها ولا ولاية لغيرها في التعقيب علي حكمها، وهو ما حدا بالمحكمة الإدارية العليا إلى التوسع في حالات قبول دعوي البطلان في أحكامها لتشمل بعض حالات الطعن بإعادة النظر التي تتأبى العدالة بقائها دون انتصاف لذوي الشأن، الأمر الذي يتعين معه علي المشرع التدخل وتشريع الالتماس بإعادة النظر في الأحكام الصادرة من المحكمة الإدارية العليا أمامها منعا من استخدام دعوي البطلان في غير ما تقررت له؛ يستقيم كل طريق من طرق الطعن غير العادية على هدي من تنظيم المشرع له بما يتفق وطبيعته القانونية والاستثنائية والمستقلة التي اقتضت تقريره وتنظيمه... (٨٧).

المبحث الثالث

إجراءات الطعن بإعادة النظر في الأحكام الإدارية

تتناول اجراءات الطعن بإعادة النظر في الأحكام الإدارية في خمسة مطالب على الوجه الآتي:

المطلب الأول: من له الحق في التقرير بإعادة النظر (صفة الطاعن).

المطلب الثاني: اجراءات الطعن بالتماس بإعادة النظر.

المطلب الثالث: الحكم في الطعن بإعادة النظر.

المطلب الرابع: مدي جواز الطعن بإعادة النظر في الأحكام الصادرة من المحكمة الإدارية العليا.

المطلب الخامس: مدي جواز الطعن بإعادة النظر والنقض في وقت واحد.

(٨٧) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعون أرقام ٣٠٩٠٠ و ٣٢٩٨٣ و ٣٤٥٠٨ و ٢٧٧٣ لسنة ٥٦ ق. جلسة ٢٠١٤/١/١٩م، ص ٥، البوابة القانونية لمبادئ وأحكام المحكمة الإدارية العليا، مرجع سابق.

المطلب الأول

من له الحق في التقرير بإعادة النظر (صفة الطاعن)

يجوز الطعن بإعادة النظر في الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري أو من المحاكم الإدارية، أما الأحكام الصادرة من المحكمة الإدارية العليا فلا يقبل الطعن في أحكامها بطريق إعادة النظر.

ويثبت الحق في الطعن بإعادة النظر لمن كان خصماً في الدعوى الإدارية والتي انتهت بصور الحكم الملتمس فيه، سواء كان بصفته طاعناً أو مطعوناً ضده أو متدخلاً أو مدخلاً في الدعوى، كما أجاز القانون طعن الخارج عن الخصومة والذي يعد الحكم حجة عليه بشرط أن يكون الالتماس أمام المحكمة التي أصدرت الحكم، كما يجوز الطعن من هيئة مفوضي مجلس الدولة.

ومن ثم يشترط أن تتوفر في الملتمس الشروط الآتية:

أولاً- أهلية التقاضي:

يقصد بأهلية التقاضي: (صلاحية الخصم لمباشرة الإجراءات أمام القضاء على نحو صحيح)^(٨٨)، وتعد أهلية التقاضي تعبيراً عن أهلية الأداء^(٨٩)، وتعد أهلية التقاضي شرطاً لقبول الطعن بالإلغاء، ومن ثم الطعن بإعادة النظر باعتباره طعناً في الحكم، سواء تم تقديم الالتماس من شخص طبيعي أو اعتباري.

ثانياً- الصفة:

تعرف الصفة في الدعوى بأنها: (قدرة الشخص على المثول أمام القضاء في الدعوى كمدعى أو مدعى عليه)^(٩٠)، ويتحدد نطاق الصفة في الطعن بإعادة النظر في أشخاص الخصوم في الحكم محل الالتماس سواء كانوا خصوماً أصليين أو متدخلين، فخصومة

^(٨٨) د/وجدى راغب فهمي: مبادئ القضاء المدني، ص ٤٥٧، ط ١، ١٩٨٣، دار الفكر العربي. القاهرة.

^(٨٩) يقصد بأهلية الأداء: "صفة إذا توافرت في شخص أعطته الصلاحية في ممارسة الحقوق وتأديتها على الوجه المعتد به قانوناً، مع صلاحية التحمل بالالتزامات". راجع د/محمود المظفر: نظرية العقد، دراسة قانونية مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، ص ١٦٥، مرجع سابق.

^(٩٠) د/ نواف كنعان: القضاء الإداري ص ٢٠٠ ط ١ (الإصدار الثالث) دار الثقافة للنشر والتوزيع. عمان. الأردن.

الطعن بإعادة النظر في الحكم المطعون فيه مكملة لخصومة الدعوى، ومن ثم يتحدد نطاقها بأطراف الخصومة التي صدر فيها الحكم^(٩١).

ويتميز شرط الصفة عن المصلحة من حيث أن الصفة مسألة شكلية تتضح قبل الدخول في الدعوى وبمجرد تقديم العريضة، أما المصلحة فهي ذات طبيعة موضوعية لا تتضح إلا بعد فحص موضوع الدعوى، وبالتالي فإن التعرض للمصلحة يكون تالياً للتعرض للصفة سواء في نظر الدعوى أو في الحكم الصادر فيها^(٩٢).

وقد يكون الشخص ذا مصلحة ومع ذلك يتمتع عليه مباشرة الدعوى بنفسه لعدم اكتمال أهليته، ولذا كان من الطبيعي أن يكون صاحب الصفة هو ذاته صاحب المصلحة في الدعوى أو من ينوب عنه، ويبدو الفرق واضحاً بين الصفة والمصلحة في الدعاوى التي ترفعها الأشخاص الاعتبارية، إذ أن صاحب المصلحة فيها هو الشخص الاعتباري، أما صاحب الصفة فهو ممثل هذا الشخص^(٩٣).

والطعن بإعادة النظر هو دعوى قضائية، شأنه في ذلك شأن أي دعوى، ومن ثم فإنه يشترط لقبوله أن يكون لرافعه مصلحة شخصية مباشرة وصفة في رفعه، فإن كان الملتمس هو أحد الأشخاص المعنوية العامة، فإن الصفة تثبت لمن يمثله وينوب عنه^(٩٤).

وتعد الصفة في الالتماس من النظام العام فإن تخلفت كان لزاماً على المحكمة، التي تنتظر الالتماس أن تحكم من تلقاء نفسها بعدم قبوله، فالمحكمة خصصت للحكم في التماسات مؤسسة على أسباب جدية، وليس لنظر التماسات كيدية لا مصلحة ولا صفة لرافعها، ولا يجب شغل ساحات المحاكم بها؛ إذ تكون في هذه الحالة مجرد عبث وستكون

(٩١) د/نبيل اسماعيل عمر: الوسيط في قانون المرافعات، ص ١٣٨، مرجع سابق، وأيضاً: راجع: د/فرج سالم الأوجلي: الطعن بالطعن بإعادة النظر في الأحكام الإدارية في القانون الإداري الليبي، ص ١٥٧، مرجع سابق.

(٩٢) د/ خميس السيد اسماعيل: قضاء مجلس الدولة وإجراءات وصيغ الدعاوى الإدارية ص ٨٤ ط ١٩٩٣ بدون ناشر.

(٩٣) د/ محمد ظهري محمود: إشكالات التنفيذ الوقتية المتعلقة بتنفيذ أحكام محاكم مجلس الدولة، طبعة ٢٠٠٥م، ص ٥٢، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية.

(٩٤) تتوب هيئة قضايا الدولة عن الدولة بكافة شخصياتها الاعتبارية العامة فيما يرفع منها أو عليها من قضايا لدى المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، وفقاً لحكم المادة ٦ من قانون هيئة قضايا الدولة رقم ٧٥ لسنة ١٩٦٣ المعدل بالقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٩٦.

الأحكام الصادرة فيها بغير حجية لانعدام صفة رافعها وبالتالي فإن إزالتها من النظام العام^(٩٥).

أما بالنسبة إلى طعن الخارج عن الخصومة في الأحكام الإدارية، وهو الشخص الذي لم يكن طرفاً في الخصومة التي صدر فيها الحكم الملتمس فيه، ولم يكن مدخلاً أو متدخلًا فيها، فقد قررت المحكمة الإدارية العليا المصرية عدم جواز الطعن أمامها من الخارج عن الخصومة، واعدت ذلك من قبيل التماس إعادة النظر أمام المحكمة التي أصدرت الحكم، إذا توفرت شروطه طبقاً لقانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م، حيث لا يجوز الطعن بإعادة النظر أمامها، طبقاً لنص المادة (٥١) من قانون مجلس الدولة. ونظراً لأن قانون مجلس الدولة المصري رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ قد نص في المادة (الثالثة) منه على أنه (تطبق الاجراءات المنصوص عليها في هذا القانون وتطبق أحكام قانون المرافعات فيما لم يرد فيه نص وذلك إلى أن يصدر قانون الاجراءات الخاصة بالقسم القضائي) وحيث لم يصدر قانون للمرافعات الإدارية في مصر حتى كتابة هذه السطور، ومن ثم فيرجع إلى قانون المرافعات المدنية والتجارية الحالي رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ في هذا الخصوص.

وقد أضافت الفقرة الثامنة من المادة (٢٤١) من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ إلى حالات الالتماس حالة من يعد الحكم الصادر في الدعوى حجة عليه ولم يكن قد أدخل أو تدخل فيها، وقد كانت هذه الحالة من حالات طعن الخارج عن الخصومة في قانون المرافعات المصري الملغي، ولكن رأي المشرع في قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ أنها ليست من حالات طعن الخارج عن الخصومة، وأدرجها ضمن حالات التماس إعادة النظر، وقد سلف الحديث عن طعن الخارج عن الخصومة تفصيلاً من قبل.

ثالثاً - المصلحة:

لا يقبل الطعن بإعادة النظر إذا كان الحكم الملتمس إعادة النظر فيه لا يحقق لرافعه أية فائدة عملية، ويقصد بالمصلحة بوصفها شرطاً لقبول الدعوى بشكل عام (الفائدة القانونية التي يسعى المدعى إلى تحقيقها في الدعوى التي يقيمها، وقد تتمثل في حماية حقه أو الحصول على تعويض مادي أو أدبي إذا توفرت الأسباب القانونية)^(٩٦).

^(٩٥) وذلك قياساً على الصفة في الدعوى باعتبار أن ما ينطبق على الدعوى ينطبق على الالتماس.

^(٩٦) د/ خالد خليل الظاهر: القضاء الإداري في المملكة العربية السعودية (قضاء الإلغاء - التعويض) دراسة مقارنة صد ١٩٤ ط ١٤٣٠هـ / ٢٠٠٩م مكتبة القانون والاقتصاد. الرياض المملكة العربية السعودية، وانظر أيضاً: د/ نواف كنعان: القضاء الإداري ص ٢٠٠، مرجع سابق.

وبناءً على ذلك تكون المصلحة شرطاً من الشروط اللازمة لقبول الالتماس، حيث يعد الالتماس بمنزلة دعوى، فإن انتقت المصلحة لأي سبب كان الالتماس غير مقبول، ويختلف شرط المصلحة في دعاوي الإلغاء عنها في دعاوي التسوية (القضاء الكامل)^(٩٧). ففي دعوى الإلغاء، لا يُشترط فيها أن تستند إلى مصلحة شخصية مباشرة في إلغاء الآثار التي تترتب على القرار المطعون فيه، ومن ثم يجب أن يكون للمتمس مجرد مصلحة في إلغاء الحكم الملتمس فيه بغض النظر عن كونه تم الحاق الضرر بحق من حقوقه أو تهديد لهذا الحق، طالما أثر الحكم الملتمس فيه في مركزه القانوني تأثيراً مباشراً^(٩٨)، وإن كان هناك تساهلاً في هذا الشرط أحياناً، لكون دعوى الإلغاء دعوى عينية أو موضوعية ترفع لحماية مبدأ المشروعية وتهدف إلى مخاصمة قرار إداري معيب بقصد إلغائه تجاه الكافة^(٩٩).

أما إذا كانت الدعوى التي صدر بشأنها الحكم الملتمس إعادة النظر فيه من دعاوي القضاء الكامل، فالهدف من هذه الدعاوي الوصول إلى حماية حق شخصي قَبِلَ مَن اعتدى على هذا الحق، ويترتب عليها الحصول على حكم بتعويض الأضرار التي تنجم عن هذا الاعتداء، ومن ثم فإنه يجب أن يكون الحكم الملتمس فيه قد أضر بحق ذاتي أو شخصي للمتمس.

وبناءً على ذلك لا يقبل الطعن بإعادة النظر من شخص طبيعي أو جهة إدارية لم يقض الحكم النهائي ضدها بشيء، لانتهاء مصلحتها في الالتماس.

^(٩٧) ذهبت المحكمة الإدارية العليا في التفرقة بين دعاوي الإلغاء والتسوية إلى توضيح ذلك بقولها: "...المستقر عليه أن التفرقة بين دعاوي الإلغاء ودعاوي تسوية الحالة تقوم على أساس النظر إلى المصدر الذي يستمد منه الموظف حقه، فإن كان هذا الحق مستمداً مباشرة من قاعدة تنظيمية ملزمة كانت الدعوى تسوية، وتكون القرارات الصادرة من جهة الإدارة في هذا الشأن مجرد إجراءات تنفيذية تهدف إلى مجرد تطبيق القانون وحمل ما نص عليه القانون إليه، أما إذا استلزم الأمر صدور قرار إداري يستند على سلطة الإدارة التقديرية يخول هذا المركز للعامل فالدعوى في هذه الحالة تكون دعوى إلغاء". راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣١٥٢ لسنة ٣٨ ق. عليا، جلسة ١٤/٢/١٩٩٨م، مبدأ رقم ٨٨، ص ٨٣٣، البوابة القانونية لمبادئ وأحكام المحكمة الإدارية العليا، مرجع سابق.

وقريباً من ذلك: د/ أحمد أبو الوفا: أصول المحاكمات المدنية ص ١٤٣، مرجع سابق.

^(٩٨) د/محمد محمود الروبي: القضاء الإداري في المملكة العربية السعودية، القسم الأول، ص ٢٨٦، الطبعة الأولى ١٤٣٩/٢٠١٨، مكتبة المتنبئ. الدمام، المملكة العربية السعودية.

^(٩٩) د. سليمان الطماوي، شرط المصلحة في دعوى الإلغاء، بحث منشور بمجلة مجلس الدولة، السنة الرابعة ص ١٠٦ وانظر أيضاً:

M. Hauriou: La jurisprudence administrative, T2, p.408.

ومن الجدير بالذكر أن الحكم الصادر بقبول الالتماس وإلغاء الحكم الملتمس فيه -إذا كانت الدعوى الصادر فيها الحكم دعوي الغاء- تكون له حجية عينية مطلقة، ومن ثم يستفيد من الحكم من نهض إلى مخاصمة الحكم بطريق الطعن بإعادة النظر ومن لم ينهض، طبقاً لنص المادة (٥٢) من قانون مجلس الدولة المصري رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ والتي تنص على أنه: "تسري في شأن جميع الأحكام القواعد الخاصة بقوة الشيء المحكوم فيه، على أن الأحكام الصادرة بالإلغاء تكون حجةً على الكافة".

وهذه الحجية المطلقة نتيجة طبيعية لكون دعوى الإلغاء دعوى موضوعية لا تتسم بالطابع الذاتي أو الشخصي، فالغرض منها مهاجمة قرار إداري وليست موجهة ضد مُصدر القرار أيًا كانت درجته في السلم الإداري^(١٠٠).

ومن ثمَّ إذا أُلغي الحكم الملتمس فيه، فإنه يُصبح في حكم العدم وتزول آثاره بالنسبة إلى جميع الأفراد المضارين من الحكم؛ لأنه من غير المتصور أن يكون الحكم ملغياً بالنسبة إلى بعض وهو رافع الالتماس، وغير ملغٍ بالنسبة إلى بعض الآخر الذي لم ينهض إلى الطعن في الحكم بالالتماس^(١٠١).

أما إذا كانت الدعوى الصادر فيها الحكم الملتمس فيه من دعاوي التسوية (القضاء الكامل)، فيكون الحكم الصادر في الالتماس له حجية نسبية، حيث تثبت هذه الحجية للأحكام التي تتعلق بالمنازعات ذات الطابع الشخصي باعتبارها متعلقة بمراكز قانونية شخصية تُستمد مباشرةً من القانون، ومن ثم فإن حجية الحكم لا تتعدى إلى غير الخصوم في الدعوى، وذلك مثل الحكم الصادر في دعوى التعويض عن الأضرار التي نتجت عن قرار إداري معين، إلا إذا كان موضوع الحكم غير قابل للتجزئة^(١٠٢).

ويمكن القول إن ما يترتب علي إلغاء القرار الإداري من انعدام القرار في ذاته وزواله بالنسبة إلى جميع، ينطبق علي الحكم الصادر في دعوى الإلغاء إذا كان به سبب من أسباب الالتماس، والتي كما سلف القول لا تتطوي علي طعن في الحكم في الظروف التي صدر فيها، وإنما هي طلب لإعادة النظر في الحكم لسبب من أسباب الالتماس، ومن ثم

(١٠٠) د. جورجى شفيق ساري، قواعد وأحكام القضاء الإداري، ص ٥١٥، الطبعة الأولى، ١٩٩١/١٩٩٢م، بدون ناشر، وأيضاً د. عمار بوضياف: الوسيط في قضاء الإلغاء. دراسة مقارنة بتطبيقات قضائية حديثة في كل من (الجزائر - فرنسا - تونس - مصر) ص ٨٢، الطبعة الأولى ١٤٣٢هـ/٢٠١١م، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن.

(١٠١) بتصرف من: د. سليمان الطماوي، القضاء الاداري، الكتاب الأول قضاء الالغاء، ص ١٠٢٥، ط ١٩٧٦، دار الفكر العربي، القاهرة.

(١٠٢) انظر: م/ حسين أبو زيد، الحكم بالإلغاء حجيته وآثاره وتنفيذه، بحث منشور في مجلة مجلس الدولة المصري، السنة الثالثة، يناير ١٩٥٢، ص ١٥٨.

فإن قبول الالتماس يعني زوال أثر الحكم بالنسبة إلى كل المخاطبين بأثره لكونه مؤثراً في مراكزهم القانونية، إلا إذا كان الحكم صادراً في دعوي من دعاوي التسوية، فلا يستفيد من إلغاء الحكم الملتمس فيه إلا رافع الالتماس فقط.

المطلب الثاني

إجراءات الطعن بالتماس إعادة النظر

تشمل إجراءات الطعن بالتماس إعادة النظر ميعاد الطعن، وكيفية الطعن بالتماس إعادة النظر، ولذا سوف أتناول هذا المطلب في فرعين على الوجه الآتي:

الفرع الأول

ميعاد الطعن بإعادة النظر

نصت المادة (الثالثة) من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ على أنه (تطبق الاجراءات المنصوص عليها في هذا القانون وتطبق أحكام قانون المرافعات فيما لم يرد فيه نص وذلك إلى أن يصدر قانون (الاجراءات الخاصة بالقسم القضائي) وحيث لم يصدر قانون للمرافعات الإدارية في مصر- حتى كتابة هذه السطور- ومن ثم فيرجع إلى قانون المرافعات المدنية والتجارية الحالي رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م في هذا الخصوص.

وقد نصت المادة (٢٤٢) من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م علي أن: (ميعاد الالتماس أربعون يوماً، ولا يبدأ في الحالات المنصوص عليها في الفقرات الأربع الأولى من المادة السابقة إلا من اليوم الذي ظهر فيه الغش أو الذي أقر فيه بالتزوير فاعله أو حُكم بثبوته أو الذي حُكم فيه على شاهد الزور أو اليوم الذي ظهرت فيه الورقة المحتجزة، ويبدأ الميعاد في الحالة المنصوص عليها في الفقرة السابعة من اليوم الذي يعلن فيه الحكم إلى من يمثل المحكوم عليه تمثيلاً صحيحاً، ويبدأ الميعاد في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثامنة من اليوم الذي ظهر فيه الغش أو التواطؤ أو الإهمال الجسيم).

وبناء على ذلك فالأصل في ميعاد الطعن بإعادة النظر في الأحكام الإدارية هو أربعون يوماً من تاريخ إعلان الحكم، فإذا لم يعلن الحكم إلى المحكوم ضده فإن ميعاد الطعن

بالالتماس يظل مفتوحاً إلى حين سقوط الحكم بالتقادم بمضي مدة خمسة عشر عاماً^(١٠٣)، ويضاف إلى ذلك ميعاد المسافة المقرر قانوناً^(١٠٤).

وحيث أن سبب التماس إعادة النظر قد يظهر غالباً بعد المدة المحددة قانوناً لإعلان الحكم، فإن المشرع استدرك الأمر وأورد استثناءً على بداية سريان موعده الالتماس، فنص على أنه في الحالات الأربع الأولى المنصوص عليها في الفقرات الأربع من المادة (٢٤١) مرافعات، يبدأ الموعد من اليوم الذي ظهر فيه الغش أو الذي أقر فيه بالتزوير فاعله أو حكم بثبوته أو الذي حكم فيه على شاهد الزور أو اليوم الذي ظهرت فيه الورقة المحتجزة. وقد قضت محكمة النقض في أحد أحكامها أنه: (...ومن حيث إن المادة (٤١٧) من قانون المرافعات قد نصت في فقرتها الرابعة علي أن "للخصوم أن يلتمسوا إعادة النظر في الأحكام الصادرة بصفة انتهائية إذا حصل الملتمس بعد صدور الحكم علي أوراق قاطعة في الدعوي"، كما نصت المادة (٤١٨) من هذا القانون علي أن ميعاد الالتماس يبدأ في هذه الحالة، من يوم ظهور الورقة المحتجزة)، ويتبين من هذين النصين أن المشرع لم يقصد بلفظ "الظهور" الذي يبدأ به ميعاد الالتماس أن يحوز الملتمس الورقة حياة مادية، وإنما

(١٠٣) قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في أحد أحكامها أن: "... يكون حساب الطعن في الحكم الصادر من المحكمة التأديبية أمام المحكمة الإدارية العليا من تاريخ توافر علم الطاعن اليقيني به، وهو الأمر الذي يخضع لتقدير المحكمة في ضوء ما تكشف عنه وقائع كل طعن علي حدة، إلا أن مناط ذلك كله إلا يتجاوز تاريخ اقامة الطعن خمسة عشر عاماً من تاريخ صدور الحكم المطعون فيه، وهي مدة سقوط الحكم بالتقادم الطويل وما يترتب علي ذلك من سقوط الحق في اقامة الطعن بذات المدة وذلك حتي تستقر المراكز القانونية والأحكام القضائية أياً كان ما قد يكون قد شاب تلك الأحكام من أوجه البطلان وحتى لا تبقي مزعزعة إلي الأبد". أقول ما من شك أن ما ينطبق علي الطعن في الحكم ينطبق علي الالتماس باعتبارها طريقاً من طرق الطعن غير العادية.

راجع: حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١١٨٤٧ لسنة ٤٩ ق. علي جلسة ٢٠٠٤/١١/٢٠م، مبدأ رقم ١٨، ص ١٣٢، البوابة القانونية لمبادئ وأحكام المحكمة الإدارية العليا، مرجع سابق.

(١٠٤) قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في أحد أحكامها أن: "ومن حيث إن المادة ١٦ من قانون المرافعات المدنية والتجارية تنص علي أن "إذا كان الميعاد معيناً في القانون للحضور أو لمباشرة اجراء زيد عليه يوم لكل مسافة مقدارها خمسون كيلو مترا بين المكان الذي يجب الانتقال منه وبإيزيد من الكسور علي الثلاثين كيلو مترا يزداد له يوم علي الميعاد ، ولا يجوز أن يجاوز أن يجاوز ميعاد المسافة أربعة أيام". ومن حيث إن المستقر عليه فقها وقضاء أنه إذا تم الإعلان في الموطن المختار بنص القانون أو بإرادة الخصوم فإن ميعاد المسافة الواجب اضافته يحتسب من هذا الموطن المختار ...".

راجع: حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٩١٨ لسنة ٤١ ق. علي جلسة ٢٠٠٧/٤/١٤م، مبدأ رقم ٩، ص ٢١٧، ٢١٨، البوابة القانونية لمبادئ وأحكام المحكمة الإدارية العليا، مرجع سابق.

يكفي أن تتكشف له الورقة وتصبح في متناول يده ، وتحت نظره بحيث يمكنه الاطلاع عليها دون ما حائل أو عائق" (١٠٥).

كما قضت في حكم آخر بقولها: (...الطعن بإعادة النظر في حالة الحصول بعد الحكم علي أوراق قاطعة في الدعوي شرطه أن يتغير بالورقة وجه الرأي لمصلحة الملتمس وأن يجهل وجودها تحت يد الخصم واحتجازها بفعل الخصم أو حال دون تقديمها.... بدء ميعاد الالتماس من يوم ظهور هذه الورقة ..المادتان ٤١/٤، ٤٢٢ مرافعات) (١٠٦).

كما نص رعاية لحق الخصوم على أنه يبدأ الميعاد من اليوم الذي يعلن فيه الحكم إلى من يمثل المحكوم عليه تمثيلاً صحيحاً، وهذا يكون كما سبق القول في حالة صدور الحكم على شخص طبيعي أو اعتباري لم يكن ممثلاً تمثيلاً صحيحاً في الدعوى وذلك فيما عدا حالة النيابة الاتفاقية.

أما في حالة التماس من يعد الحكم الصادر في الدعوى حجة عليه ولم يكن قد أدخل أو تدخل فيها بشرط إثبات غش من كان يمثله أو تواطئه أو إهماله الجسيم، فيبدأ الميعاد من اليوم الذي ظهر فيه الغش أو التواطؤ أو الإهمال الجسيم.

أما باقي الحالات وهي قضاء الحكم بما لم يطلبه الخصوم أو إذا كان منطوق الحكم يناقض بعضه بعضاً، فيبدأ الميعاد من تاريخ إعلان الحكم.

وقد قضت محكمة النقض في أحد أحكامها أن: (الطعن بإعادة النظر في حالة تناقض منطوق الحكم ميعاده أربعين يوماً من تاريخ صدور الحكم الملتمس فيه، المادتان (٤١/٦، ٤٢٢) مرافعات (١٠٧).

وهذه القواعد تطبق على الطعن بإعادة النظر في الأحكام الإدارية، فتطبق بشأنه أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ فيما لا يوجد فيه نص في قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، بما لا يتعارض مع طبيعة المنازعة الإدارية، ومن ثم يخضع ميعاد الالتماس للمواعيد المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨.

(١٠٥) حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ٥٢٥ لسنة ٢٦ ق، جلسة ١٩٦٢/٦/٧م، مبدأ رقم ١١٧، ص ٧٨٢، البوابة القانونية لمبادئ وأحكام محكمة النقض، مرجع سابق.

(١٠٦) حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ٩٦٦ لسنة ٦٥ ق، جلسة ٢٠٠٧/١١/٢٦م، مبدأ رقم ١٢٨، ص ٧٣٢، البوابة القانونية لمبادئ وأحكام محكمة النقض، مرجع سابق.

(١٠٧) حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ٩٦٦ لسنة ٦٥ ق، جلسة ٢٠٠٧/١١/٢٦م، مبدأ رقم ١٢٨، ص ٧٣٢، البوابة القانونية لمبادئ وأحكام محكمة النقض، مرجع سابق.

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها أنه: (حدد قانون مجلس الدولة الأحكام التي يجوز الطعن فيها بالتماس إعادة النظر، وهي أحكام محكمة القضاء الإداري وأحكام المحاكم الإدارية والمحاكم التأديبية، ولم يخضع قانون مجلس الدولة الطعن بالتماس إعادة النظر في هذه الأحكام عندما أحال إلى قانون المرافعات أو قانون الإجراءات الجنائية إلا إلى مواعيد الطعن وحالاته) (١٠٨).

أما موعد الطعن بإعادة النظر في فرنسا فهو خلال شهرين من تبليغ القرار (الحكم) المنازع فيه (١٠٩)، وفيما يتعلق بميعاد الالتماس في الأحكام الإدارية في المملكة العربية السعودية، فقد نصت المادة من قانون المرافعات أمام ديوان المظالم أنه تطبق على الدعاوى المرفوعة أمام محاكم ديوان المظالم أحكام نظام المرافعات الشرعية، فيما لم يرد فيه حكم في هذا النظام، وبما لا يتعارض مع طبيعة المنازعة الإدارية.

وقد نصت المادة (٢٠١) من قانون المرافعات الشرعية السعودي الصادر سنة ١٤٣٥هـ، على أن: "مدة الطعن بإعادة النظر ثلاثون يوماً، من اليوم الذي يثبت فيه علم الملتمس بتزوير الأوراق أو القضاء بأن الشهادة شهادة زور أو ظهرت فيه الأوراق المنصوص عليها في الفقرة (ب) من المادة (المائتين) من هذا النظام، أو ظهر فيه الغش، ويبدأ الموعد في الحالات المنصوص عليها في الفقرات (د، هـ، و، ز) من المادة (المائتين) من هذا النظام من وقت ابلاغ الحكم، ويبدأ الموعد بالنسبة إلى الفقرة (٢) من المادة (المائتين) من هذا النظام من تاريخ العلم بالحكم.

ويستفاد من ذلك أن موعد الطعن بإعادة النظر في حالة حصول الملتمس بعد الحكم علي أوراق قاطعة في الدعوي كان قد تعذر عليه ابرازها قبل الحكم، وكذلك علم الملتمس بتزوير الأوراق أو القضاء بأن الشهادة شهادة زور، هو ثلاثون يوماً من تاريخ حصوله على الأوراق القاطعة في الدعوى، أو القضاء بأن الشهادة التي تمت في الدعوي شهادة زور.

أما في حالة وقوع غش من الخصم أثر في الحكم، أو إذا كان منطوق الحكم يناقض بعضه بعضاً، أو إذا كان الحكم غائبياً، أو صدر علي من لم يكن ممثلاً تمثيلاً صحيحاً في الدعوى، فيكون الميعاد ثلاثون يوماً من تاريخ ابلاغ الحكم.

(١٠٨) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٥٧٨٩ لسنة ٤٨ ق. عليا جلسة ٢٢/٥/٢٠٠٥م، مبدأ رقم ١٦٧، ص ١١٥٧، البوابة القانونية لمبادئ وإحكام المحكمة الإدارية العليا، مرجع سابق.
(١٠٩) د/ريمون أودان: النزاع الإداري، الجزء الثالث، ص ٣٧٣، مرجع سابق.

وفي حالة أن يكون الحكم حجة على أحد من لم يكن خصما في الدعوي ولم يكن قد أدخل أو تدخل فيها (طعن الخارج عن الخصومة) فيكون الميعاد هو ثلاثون يوما من تاريخ العلم بالحكم.

ويتضح من كل ذلك: أن هناك اتفاقاً بين قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري وقانون المرافعات الشرعية السعودي في حالات الالتماس، ما عدا حالة ما إذا كان الحكم غايبا والتي وردت في قانون المرافعات الشرعية السعودي فقط، وكذلك بدء الميعاد في الحالات السالف ذكرها، ما عدا مدة الالتماس فهي أربعون يوماً في قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، وثلاثون يوماً في قانون المرافعات الشرعية السعودي.

وقد قضي ديوان المظالم السعودي في أحد أحكامه أن: (...لما كان وكيل المدعية يلتمس إعادة النظر في الحكم رقموحيث برر وكيل المدعية تقديم التماسه علي خطأ الدائرة بحقه وتقويتها عليه موعد الطعن ، وحيث إن الدائرة بعد اصدارها للحكم الملتمس إعادة النظر فيه قد حددت يوم ...موعدا لتسليم الحكم، وأفهمت وكيل المدعية بأن يقدم اعتراضه خلال ثلاثين يوما من تاريخ التسليم كما هو مرصود بدفتر الضبط ، وبذلك يكون انتهاء موعد الطعن في، وحيث أورد وكيل المدعية التماسه أنه تقدم باعترضه علي الحكم فيمما يقطع مجالا للشك في عدم تقديمه للالتماس في أثناء المدة النظاميةولما كان وكيل المدعية قد أورد ضمن التماسه إعادة النظر في الحكم رقم ...أن المدعي عليها ذات صفة في الدعوي خلافاً لما بني عليه الحكم المذكور، وحيث لم يقدم جديدا علي ما سبق وأن قدمه قبل صدور الحكم، فلا يعد بذلك التماسه أحد الحالات الواردة في المادة (١٩٢) من قانون المرافعات الشرعية -السابق- أو المادة (٤٢) من قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم التي تجيز لأحد أطراف النزاع تقديم الطعن بإعادة النظر في الأحكام النهائية، وتكون حقيقة الالتماس المقدم من وكيل المدعية هي اعتراض بعد أن اكتسب الحكم النهائية بفوات مواعيد الطعن المقررة نظاما، ..لذلك حكمت الدائرة برفض الالتماس)^(١١٠).

(١١٠) حكم محكمة الاستئناف الادارية ٨٢٣/ اس ٣/ لعام ١٤٣١هـ، جلسة ١٦/١١/١٤٣١هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية، ص ٢٠٦٦، ٢٠٦٧، بوابة ديوان المظالم.

الفرع الثاني كيفية الطعن بإعادة النظر

نصت المادة (٢٤٣) من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ علي أنه: (يرفع الالتماس أمام المحكمة التي أصدرت الحكم بصحيفة تودع قلم كتابها وفقاً للأوضاع المقررة لرفع الدعوى، ويجب أن تشتمل صحيفته على بيان الحكم الملتمس فيه وتاريخه وأسباب الالتماس وإلا كانت باطلة، ويجب على رافع الالتماس في الحالتين المنصوص عليهما في البندين (٧، ٨) من المادة (٢١٤) من هذا القانون أن يودع خزانة المحكمة مبلغ على سبيل الكفالة، ولا يقبل قلم الكتاب صحيفة الالتماس إذا لم تصحب بما يثبت هذا الإيداع، ويعفى من إيداع الكفالة من أعفى من أداء الرسوم القضائية، ويجوز أن تكون المحكمة التي تنظر الالتماس مؤلفه من نفس القضاة الذين أصدروا الحكم).

كما نصت المادة (٢٠٢) من قانون المرافعات الشرعية الصادر سنة ١٤٣٥ هـ على أنه: "يرفع الالتماس بإعادة النظر بصحيفة تودع لدى المحكمة التي أصدرت الحكم، ويجب أن تشتمل الصحيفة على بيان الحكم الملتمس إعادة النظر فيه ورقمه وتاريخه وأسباب الالتماس، وتقيد إدارة المحكمة الصحيفة في يوم إيداعها في السجل الخاص بذلك..... وعلى المحكمة -بحسب الأحوال- أن تعد قراراً بقبول الالتماس أو عدم قبوله، فإن قبلته فتتظر في الدعوى المحكمة التي أصدرت الحكم، وعليها إبلاغ أطراف الدعوى بذلك. وإن لم تقبله، فللمتمس الاعتراض على عدم القبول وفقاً للإجراءات المقررة للاعتراض، ما لم يكن القرار صادراً من المحكمة العليا....".

ومؤدي هاتين المادتين أن الطعن بإعادة النظر يرفع بصحيفة تودع لدى المحكمة التي أصدرت الحكم مشتملة على البيانات الأساسية من اسم الملتمس والملتس ضده وأسباب الالتماس، وبيانات الحكم الملتمس إعادة النظر فيه، ورقمه وتاريخه، والمحكمة المطلوب الحضور أمامها وموعد الجلسة وساعتها، على أن تعلن إلى الملتمس ضده أو من يمثله قانوناً^(١١١).

^(١١١)د/محمود علي وافي: مبادئ المرافعات الشرعية، في ضوء قانون المرافعات الشرعية السعودي الجديد لعام ١٤٣٥ هـ، ج٢، ص ٤٥٢، مرجع سابق.

ومن الجدير بالذكر أن الالتماس يرفع أمام المحكمة التي أصدرت الحكم ، سواء كانت المحكمة الإدارية أو محكمة القضاء الإداري بوصفها هيئة استئنافية للأحكام الصادرة من المحاكم الإدارية، أو المحكمة التأديبية، وذلك بصحيفة تودع قلم كاتبها وفقاً للأوضاع المقررة لرفع الدعوي، ويجب تحضير الالتماس من قبل هيئة مفوضي الدولة، وإلا كان الحكم الصادر في الالتماس باطلاً، فالدعوى والطعون الإدارية لا يسوغ الحكم فيها إلا بعد قيام هيئة مفوضي الدولة بتحضيرها وتقديم تقرير بالرأي القانوني مسبباً فيها، ولا يجوز اللجوء إلى الطعن بإعادة النظر إذا تيسر سلوك طريق الطعن العادي، حيث يجب استيفاء طرق الطعن العادية قبل اللجوء إلى طرق الطعن غير العادية، ولا مانع من نظر الالتماس من نفس الدائرة التي أصدرت الحكم، أو دائرة أخرى في تشكيل المحكمة التي أصدرت الحكم .

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها أنه: (يرفع الالتماس إلى ذات المحكمة التي أصدرت الحكم المقدم عنه الالتماس إذا توفر سبب من الأسباب التي أوردها قانون المرافعات على سبيل الحصر)^(١١٢)، وإذا لم يرفع الالتماس في ميعاده فإنه يتعين على المحكمة القضاء بعدم قبوله لتعلق ميعاد رفع الالتماس بالنظام العام. وقد نصت المادة (٢٤٤) من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ على أنه: (لا يترتب على رفع الالتماس وقف تنفيذ الحكم، ومع ذلك يجوز للمحكمة التي تنتظر الالتماس أن تأمر بوقف التنفيذ متى طلب ذلك وكان يخشى من التنفيذ وقوع ضرر جسيم يتعذر تداركه، ويجوز للمحكمة عندما تأمر بوقف التنفيذ أن توجب تقديم كفالة أو تأمر بما تراه كفيلاً بصيانة حق المطعون عليه).

كما نصت المادة (٢٠٢) من قانون المرافعات الشرعية السعودي الصادر سنة ١٤٣٥ هـ في فقرتها الأخيرة على أنه: (٢- لا يترتب على رفع الالتماس وقف تنفيذ الحكم، ومع ذلك يجوز للمحكمة التي تنتظر الالتماس أن تأمر بوقف التنفيذ متى طلب ذلك، وكان يخشى من التنفيذ وقوع ضرر جسيم يتعذر تداركه، وللمحكمة عندما تأمر بوقف التنفيذ أن توجب تقديم ضمان أو كفيل غارم مليء، أو تأمر بما تراه كفيلاً بحفظ حق المعارض عليه).

(١١٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢٨٣٣ لسنة ٣٩ ق. عليا جلسة ١٩٩٥/٦/٣م، ١٨٨، ص ١٨٥٥، البوابة القانونية لمبادئ وأحكام المحكمة الإدارية العليا، مرجع سابق.

ومؤدي هاتين المادتين أنه لا يترتب على تقديم الالتماس وقف تنفيذ الحكم؛ لأن الأحكام التي يتم الطعن فيها بالالتماس أحكام نهائية تتطلب عدم وقف تنفيذها حفاظاً على ما يرتبه القانون من كونها نهائية حائزة لقوة الأمر المقضي، لكن يجوز للمحكمة استثناء وقف تنفيذ الحكم الملتمس فيه، إذا طلب ذلك رافع الالتماس وكان يخشى من التنفيذ وقوع ضرر جسيم يتعذر تداركه، ويكون حكمها في هذه الحالة غير قابل للطعن^(١١٣).

وفي ذلك قرر ديوان المظالم في أحد أحكامه أن (مطالبة الملتمس المدعي عليه وقف تنفيذ الحكم الغيابي الصادر ضده، وإحالة طلبه إلى هذه الدائرة وبعد الاطلاع على ملف القضية وأوراقها، وبما أن المادة (٢٠٢) من قانون المرافعات الشرعية الصادر عام ١٤٣٥ هـ قد نص على ما يلي: (لا يترتب على رفع الالتماس وقف تنفيذ الحكم، ومع ذلك يجوز للمحكمة التي تنتظر الالتماس أن تأمر بوقف التنفيذ متى طلب منها ذلك، ولوجاهة هذا الطلب ولتقديم الملتمس أوراقاً مؤثرة في الدعوي يوقف تنفيذ الحكم الغيابي) (١١٤).

كما نصت المادة (٢٤٤) من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ على أنه: (لا يترتب على رفع الالتماس وقف تنفيذ الحكم، ومع ذلك يجوز للمحكمة التي تنتظر الالتماس أن تأمر بوقف التنفيذ متى طلب ذلك وكان يخشى من التنفيذ وقوع ضرر جسيم يتعذر تداركه، ويجوز للمحكمة عندما تأمر بوقف التنفيذ أن توجب تقديم كفالة أو تأمر بما تراه كفيلاً بصيانة حق المطعون عليه).

ويستفاد من النص السابق أنه لا يترتب على تقديم الالتماس وقف تنفيذ الحكم؛ لأن الأحكام التي يتم الطعن فيها بالالتماس أحكام نهائية تتطلب عدم وقف تنفيذها حفاظاً على ما يرتبه القانون من كونها حائزة لقوة الأمر المقضي، لكن يجوز للمحكمة وقف تنفيذ الحكم الملتمس فيه، إذا طلب ذلك رافع الالتماس وكان يخشى من التنفيذ وقوع ضرر جسيم يتعذر تداركه، ويكون حكمها في هذه الحالة غير قابل للطعن^(١١٥).

(١١٣) د/فرج سالم الأوجلي: الطعن بالتماس إعادة النظر في الأحكام الإدارية في القانون الإداري الليبي، ص ١٦٠، مرجع سابق.

(١١٤) حكم محكمة الاستئناف في القضية رقم ١٩٣٠/ق لعام ١٤٣٦ هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية، ص ٢١٧٨، بوابة ديوان المظالم

(١١٥) د/فرج سالم الأوجلي: الطعن بالتماس إعادة النظر في الأحكام الإدارية في القانون الإداري الليبي، ص ١٦٠، مرجع سابق.

المطلب الثالث

الحكم في الطعن بإعادة النظر

نصت المادة (٢٤٥) من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ على أنه: (تفصل المحكمة أولاً في جواز قبول الطعن بإعادة النظر تحدد جلسة للمرافعة في الموضوع دون حاجة إلى إعلان جديد على أنه يجوز لها أن تحكم في قبول الالتماس وفي الموضوع بحكم واحد إذا كان الخصوم قد أقاموا أمامها طلباتهم في الموضوع، ولا تعيد المحكمة النظر إلا في الطلبات التي تناولها الالتماس).

كما نصت المادة (٢٤٦) على أنه: (إذا حكم برفض الالتماس في الحالات المنصوص عليها في الفقرات الست الأولى في المادة (٢٤١) يحكم على الملتمس بغرامة لا تقل عن وإذا حكم برفض الالتماس في الحالتين المنصوص عليهما في الفقرتين الأخيرتين تقضى المحكمة بمصادرة الكفالة كلها أو بعضها، وفي جميع الأحوال يجوز الحكم بالتعويضات إن كان لها وجه).

كما تنص المادة (٢٤٧) على أن: (الحكم الذي يصدر برفض الالتماس أو الحكم الذي يصدر في موضوع الدعوى بعد قبوله لا يجوز الطعن في أيهما بالالتماس)، وفي فرنسا يمنع رفع طعن إعادة النظر مرة أخرى ضد نفس القرار، ويكون المحامي الذي يرفع هذا الطعن الثاني معرضاً لعقوبات تأديبية، قد تكون بإيقاف نشاطه أو العزل^(١١٦).

كما نصت المادة (٢٠٣) من قانون المرافعات الشرعية الصادر سنة ١٤٣٥ هـ على أن: "الأحكام التي تصدر في موضوع الدعوى من غير المحكمة العليا -بناءً على الطعن بإعادة النظر- يجوز الاعتراض عليها بطلب استئنافها أو بطلب نقضها بحسب الأحوال". ونصت المادة (٢٠٤) من قانون المرافعات الشرعية الصادر سنة ١٤٣٥ هـ على أن: "القرار الذي يصدر برفض الالتماس، والحكم الذي يصدر في موضوع الدعوى بعد قبوله، لا يجوز الاعتراض على أي منهما بالطعن بإعادة النظر، لأي من الخصوم الطعن بإعادة النظر مرة أخرى لأسباب لم يسبق نظرها، مما هو منصوص عليه في المادة (المائتين) من هذا النظام".

(١١٦) د/ريمون أودان: النزاع الإداري، الجزء الثالث، ص ٣٧٣، ٣٧٤، مرجع سابق.

ومن المواد السابقة نستنتج أن التماس إعادة النظر يمر بمرحلتين:
أولاً- مرحلة قبول الالتماس:

تعد مرحلة قبول التماس إعادة النظر هي المرحلة الأولى السابقة على الحكم في الالتماس، وذلك من حيث كونه مبنياً على سبب من الأسباب التي أوردها المشرع على سبيل الحصر، والتي سبق توضيحها تفصيلاً، وأنه رفع في الميعاد المحدد قانوناً لرفعه ويتوفر في رافعه الصفة والمصلحة، فإذا تبين للمحكمة استيفاء هذه الشروط فإنها تحكم بقبول الالتماس، ويترتب على هذا الحكم اعتبار الحكم الملتمس فيه كأن لم يكن في حدود طلبات الملتمس، كما يشترط أيضاً عدم سبق الطعن في الحكم بالالتماس؛ لأنه متى سبق الطعن على الحكم بالالتماس امتنع الطعن عليه مرة أخرى بهذا الطريق.

وفي ذلك قررت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها أنه: (...ولما كانت المادة (٢٤٧) من قانون المرافعات تقضي بأن الحكم الذي يصدر برفض الالتماس أو الحكم الذي يصدر في موضوع الدعوى بعد قبوله لا يجوز الطعن فيهما بالالتماس، ومفاد هذا النص أن ما حظره المشرع هو رفع التماس بعد التماس فلا يجوز الطعن على الحكم الذي يصدر برفض الالتماس أو الذي يصدر في موضوع الدعوى بعد قبول الالتماس لا يجوز الطعن عليهما بطريق الطعن بإعادة النظر مرة ثانية.... وفيما عدا ذلك يترك أمر الطعن في الأحكام الصادرة في الطعن بإعادة النظر للقواعد العامة...)، وإذا اتضح للمحكمة أن الالتماس لم يستوف الشروط السابق ذكرها؛ فإنها تصدر حكمها برفضه مع الحكم على الملتمس بغرامة^(١١٧)، وإذا حكم برفض الالتماس في الحالتين المنصوص عليهما في

^(١١٧) هذه الحالات هي: إذا وقع من الخصم غش كان من شأنه التأثير في الحكم، وإذا حصل بعد الحكم إقرار بتزوير الأوراق التي بنى عليها أو قضى، إذا كان الحكم قد بنى على شهادة شاهد قضى بعد صدوره بأنها مزورة، وإذا حصل الملتمس بعد صدور الحكم على أوراق قاطعة في الدعوى كان خصمه قد حال دون تقديمها، وإذا قضى الحكم بشيء لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه، وإذا كان منطوق الحكم مناقضاً لبعضه لبعض.

الفقرتين الاخيرتين^(١١٨) تقضى المحكمة بمصادرة الكفالة كلها أو بعضها، وفي جميع الأحوال يجوز الحكم بالتعويضات إن كان لها وجه....^(١١٩).

والتساؤل الذي يثور الآن هو: ما الحكم إذا كان سبب رفض التماس إعادة النظر بطلان الصحيفة، وليس عدم توافر سبب من أسباب الالتماس؟ وهل يجوز تقديم التماس جديد مبني على سبب آخر غير السبب الذي صدر بشأنه الحكم السابق برفض الالتماس؟

بمعنى إذا كان سبب التماس إعادة النظر وقوع غش من الخصم من شأنه التأثير في الحكم، وصدر حكم برفض الالتماس بناء على هذا السبب، فهل يجوز رفع التماس جديد مؤسس على حصول الملتمس على أوراق قاطعة في الدعوي كان خصمه قد حال دون تقديمها؟

يمكن القول إن الحكم إذا صدر بعدم قبول الالتماس شكلاً لبطلان الصحيفة، فإن هذا الحكم لا يمنع من إعادة رفع الالتماس بعد تصحيح البطلان الوارد في صحيفة الالتماس بشرط أن يكون ميعاد الالتماس ما زال قائماً، أما إذا لم يصدر الحكم فيمكن التصحيح أمام المحكمة التي تنتظر الدعوي قبل صدور الحكم.

وفي ذلك قضت محكمة النقض في أحد أحكامها أن: (...قضاء المحكمة قد جري بأن البطلان المترتب علي عدم توقيع محام مقرر أمام المحكمة علي صحيفة الدعوي أو الطعن متعلق بالنظام العام يجوز الدفع به في أية حالة تكون عليها الدعوي ، وكان تصحيح هذا البطلان بتوقيع محام مقرر علي الصحيفة بعد تقديمها مشروط بأن يتم ذلك في ذات درجة التقاضي التي استلزم القانون توقيع المحامي علي صحيفتها إذ بصور الحكم منها تخرج الدعوي من ولايتهاولما كان الثابت أن صحيفة الدعوي أمام المحكمة الابتدائية لم توقع من محام مقرر أمامها لحين صدور الحكم الابتدائي وأن الطاعن دفع أمام محكمة الاستئناف ببطلان تلك الصحيفة ، فإنه يتعين علي محكمة الاستئناف أن تقضي بذلك ، وإذ هي قضت برفض الدفع ببطلان صحيفة افتتاح الدعوي مخالفة هذا النظر الصحيح

^(١١٨) هاتين الحالتين هما: - إذا صدر الحكم على شخص طبيعي أو اعتباري لم يكن ممثلاً تمثيلاً صحيحاً في الدعوي وذلك فيما عدا حالة النيابة الاتفاقية، ومن يعتبر الحكم الصادر في الدعوي حجة عليه ولم يكن قد أدخل أو تدخل فيها بشرط إثبات غش من كلن يمثله أو تواطئه أو إهماله الجسيم.

^(١١٩) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٥٧٨٩ لسنة ٤٨ ق. عليا جلسة ٢٢/٥/٢٠٠٥م، ١٦٧، ص ١١٥٧، ١١٥٨، القانونية لمبادئ وأحكام المحكمة الإدارية العليا، مرجع سابق.

في القانون فإن حكمها المطعون فيه يكون قد خالف القانون بما يتعين نقضه دون ما حاجة لبحث سائر أوجه الطعن (...).^(١٢٠).

أما بخصوص مدي جواز تقديم التماس جديد مبني علي سبب آخر غير السبب الذي صدر بشأنه الحكم السابق برفض الالتماس، فأرى جواز تقديم التماس جديد متي كان مبني علي سبب آخر من أسباب الالتماس غير الذي صدر الحكم بصده، ذلك أن منع الطعن لسبب آخر في ذات الحكم السابق رفع الطعن بإعادة النظر فيه، بذريعة وضع حد للنزاع وتحقيق استقرار الأحكام غير سائغ، ويضع قيداً علي حرية التقاضي، طالما كان الطعن الأول في الحكم الملتمس فيه مبني علي سبب آخر غير السبب الذي بني عليه الطعن الثاني، ولا يمنع ذات المحكمة من نظر الطعن الثاني لاختلافهما في سبب الالتماس وإن اتفقا في الخصوم والموضوع.

والمراد من نص المادة (٢٤٧) من قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ والتي تقرر أن: "الحكم الذي يصدر برفض الالتماس أو الحكم الذي يصدر في موضوع الدعوى بعد قبوله لا يجوز الطعن في أيهما بالالتماس" هو عدم جواز الطعن في الحكم الصادر في الالتماس سواء برفضه أو قبوله بطريق الالتماس مرة أخرى، لوضع حد للتقاضي واستقرار الأوضاع، ولا ينبغي التوسع في تفسير هذا النص لمنع الطعن في ذات الحكم الملتمس فيه لسبب آخر غير السبب الذي أسس عليه الطعن الأول، أو الطعن في الحكم الصادر في الالتماس بطريق آخر غير الالتماس.

وقد قررت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها بداية أن القاعدة عدم جواز الطعن في الحكم الصادر في الالتماس بأي طريق من طرق الطعن، ثم أجازت بعد ذلك الطعن في الحكم الصادر في الالتماس بغير طريق الالتماس.

فقضت في أحد أحكامها بعدم جواز الطعن في الحكم الصادر في الالتماس بأي طريق من طرق الطعن، بقولها: (...الطعن بطريق التماس إعادة النظر بكونه طرق طعن استثنائي في الأحكام الصادرة بصفة انتهائية يترتب عليه عدم جواز الطعن من جديد في الحكم الصادر بعدم قبول الالتماس أو في الموضوع بعدم قبول الالتماس؛ لأن الأصل في الطعن بطرق الالتماس كطريق غير عادي للطعن أن يرفع بعد استنفاد الطرق العادية للطعن في الأحكام أو بعد أن تصبح انتهائية بفوات مواعيد الطعن عليها وحتى لا تتخذ

(١٢٠) حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ٣٢٩ لسنة ٤٤ ق، جلسة ٢٣/١/١٩٨٣م، مبدأ رقم ٦٥، ص ٢٩٦، البوابة القانونية لمبادئ وأحكام محكمة النقض، مرجع سابق.

إجراءات الطعن بالالتماس وسيلة إلى فتح باب الطعن من جديد طبقاً لطرق الطعن العادية في الأحكام وهو ما لا يقصده المشرع من إجازة هذا الطعن الاستثنائي في الأحوال المنصوص عليها في القانون، ولكن المقصود به تمكين صاحب الالتماس من أن يعرض على المحكمة السبب الجديد الذي يجيز له التقدم بالتماسه وصدور حكم نهائي من المحكمة، إما بعدم قبول الالتماس أو الحكم في موضوعه بعد قبوله، ولا يجوز بعد ذلك الطعن في أي من هذين الحكمين بأي طريق من طرق الطعن العادية كانت أو غير عادية...^(٢١).

إلا أن المحكمة الإدارية العليا في مرحلة لاحقة أجازت الطعن في الحكم الصادر في التماس إعادة النظر أمام المحكمة الإدارية العليا باعتبار الحكم الصادر في خصومة الالتماس حكماً صادراً من محكمة القضاء الإداري بوصفها محكمة أول درجة طبقاً لعموم نص المادة (٢٣) من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢؛ لأن الممنوع منه هو الطعن في الحكم الصادر في الالتماس بالالتماس، أما الطعن بغير هذا الطرق فلا مانع منه.

وفي ذلك قضت في أحد أحكامها بأنه: (.ولما كانت المادة (٢٤٧) من قانون المرافعات تقضي بأن الحكم الذي يصدر برفض الالتماس أو الذي يصدر في موضوع الدعوي بعد قبول الالتماس لا يجوز الطعن في أيهما بالالتماس ، مفاد هذا النص أن ما حظره المشرع هو رفع التماس بعد التماس فلا يجوز الطعن علي الحكم الذي يصدر برفض الالتماس أو الذي يصدر في موضوع الالتماس بعد قبول الالتماس لا يجوز الطعن عليهما بطريق الطعن التماس إعادة النظر مرة ثانية ، ...مما مقتضاه أنه متي سبق الطعن علي الحكم بطريق الطعن بإعادة النظر امتنع الطعن عليه مرة ثانية بهذا الطريق ، وفيما عدا ذلك يترك أمر الطعن في الأحكام الصادرة في الطعن بإعادة النظر للقواعد العامة ، فذلك أقرب إلى تحقيق العدالة وأجدي في تحقيق الرقابة التي تسلمها المحكمة الإدارية العليا علي أحكام مجلس الدولة ، ولما كان الطعن بإعادة النظر طريق طعن غير عادي للطعن في الحكم الانتهائي أو الأحكام المحددة حصراً في قانون مجلس الدولة يرفع إلى نفس المحكمة التي أصدرته متي توافر سبب من الأسباب التي بينها القانون حصراً ، وكان صدور الحكم الملتمس فيه من محكمة القضاء الإداري يستلزم رفع الالتماس ، وأن القضاء في دعوي

^(٢١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢٨٣٣ لسنة ٣٩ ق. عليا جلسة ١٩٩٥/٦/٣، ص ١٨٦٣، البوابة القانونية لمبادئ وأحكام المحكمة الإدارية العليا، مرجع سابق.

الالتماس يعتبر حكماً صادراً من محكمة القضاء الإداري كأول درجة في خصومة الالتماس التي رفعت إليها وفقاً لقانون المرافعات، وكانت المادة (٢٣) من قانون مجلس الدولة قد أطلقت القول بجواز الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا في الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري بوصفها محكمة أول درجة، فإن الحكم الصادر في الالتماس المائل الصادر من محكمة القضاء الإداري يخضع لحكم هذه المادة ويجوز الطعن عليه أمام المحكمة الإدارية العليا...^(١٢٢).

ويستفاد من الحكم السابق أنه سواء قضت المحكمة في موضوع الالتماس أو أصدرت حكماً برفضه ففي الحالتين لا يجوز الطعن في هذا الحكم بالطعن بإعادة النظر، لكن يجوز الطعن فيه بنفس طريقة الطعن الذي كان يقبله الحكم المطعون فيه، فإذا كان الحكم المطعون فيه صادراً من المحكمة التأديبية فإنه يجوز الطعن فيه أمام المحكمة الإدارية العليا، وإن كان صادراً من إحدى المحاكم الإدارية فيجوز الطعن فيه أمام محكمة القضاء الإداري إن كان لذلك مقتضى.

ثانياً - مرحلة الحكم في موضوع الالتماس:

إذا كان التماس إعادة النظر قد استوفي الشروط اللازمة للطعن من الأهلية والصفة والمصلحة ومراعاة الميعاد المقرر قانوناً، وتوافر سبب من الأسباب التي تجيز الالتماس، وأبدي الخصوم طلباتهم أمام المحكمة فإن المحكمة لها أن تفصل في الالتماس إما بعدم قبوله ومن ثم ينتهي الأمر ولا يجوز الطعن في هذا الحكم بالالتماس، وإما يحكم بقبول الالتماس ومن ثم يفصل في موضوع الدعوي، ولا مانع من أن يفصل القاضي في الالتماس وفي موضوع الدعوي بحكم واحد إذا كان الخصوم قد أبدوا طلباتهم في موضوع الدعوي أمام المحكمة، ويعد حكماً أيضاً نهائياً لا يجوز الطعن فيه بالتماس جديد^(١٢٣).

وفي ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها أنه: (تمر الخصومة في الطعن بالتماس إعادة النظر بمرحلتين: الأولى تنظر المحكمة فيها في قبول الالتماس، أي تنظر فيما إذا كان الالتماس قد رفع في الميعاد في حكم قابل للالتماس، ومستنداً إلى سبب من الأسباب الثمانية المنصوص عليها في المادة (٢٤١) من قانون المرافعات. وتنتهي هذه

^(١٢٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٥٧٨٩ لسنة ٤٨ ق. عليا جلسة ٢٢/٥/٢٠٠٥م، مبدأ رقم ١٦٧، ص ١١٥٥، ١١٥٦، البوابة القانونية لمبادئ وأحكام المحكمة الإدارية العليا، مرجع سابق.
^(١٢٣) بتصرف من: د/فرج سالم الأوجلي: الطعن بالتماس إعادة النظر في الأحكام الإدارية في القانون الإداري الليبي، ص ١٦٢، مرجع سابق.

المرحلة إما بحكم بعدم قبول الالتماس، وفي هذه الحالة ينتهي الأمر عند هذا الحد، ويحكم على الملتمس بالغرامة والتعويضات إن كان لها وجه، وإما يحكم بقبول الالتماس، وفي هذه الحالة يلغى الحكم المطعون فيه كله أو الجزء الذي قبل فيه الالتماس، وتعود الخصومة إلى الحالة التي كانت عليها قبل صدوره، وبهذا الحكم بقبول الالتماس تدخل دعوى الالتماس في مرحلتها الثانية وهي مرحلة الحكم في موضوع الدعوى، ولكن لا مانع قانوناً من أن تحكم المحكمة في قبول الالتماس وفي موضوع الدعوى بحكم واحد، بشرط أن يكون الخصوم قد أبدوا طلباتهم فيها، وترافعوا في الموضوع أو مكنوا من ذلك، فإذا حكم برفض الالتماس موضوعاً حكم على الملتمس بالغرامة والتعويضات إن كان لها وجه^(١٢٤).

المطلب الرابع

مدي جواز الطعن بإعادة النظر

في الأحكام الصادرة من المحكمة الإدارية العليا

يمكن القول بداية أنه كقاعدة عامة لا يجوز الطعن في أحكام المحكمة الإدارية العليا بالطعن بإعادة النظر، طبقاً لنص المادة (٥١) من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، والتي نصت علي أنه: "يجوز الطعن في الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري والمحاكم الإدارية والمحاكم التأديبية بطريق الطعن بالتماس إعادة النظر في المواعيد والأحوال المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية أو قانون الإجراءات الجنائية حسب الأحوال، وذلك بما لا يتعارض مع طبيعة المنازعات المنظورة أمام هذه المحاكم، ولا يترتب على الطعن وقف تنفيذ الحكم إلا إذا أمرت المحكمة بغير ذلك...". وقد قضت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها تأييداً لذلك أن: "...قضاء هذه المحكمة قد استقر علي أن أحكامها لا تقبل الطعن بطريق الطعن بالتماس إعادة النظر وذلك استناداً إلى الاستفادة بمفهوم المخالفة من حكم الفقرة الأولى من المادة (٥١) من قانون مجلس الدولة، والتي قصرت جواز الطعن بطريق الطعن بالتماس إعادة النظر علي الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري، والمحاكم الإدارية والمحاكم التأديبية دون أن تتعرض في هذا الخصوص للأحكام الصادرة من المحكمة الإدارية العليا، فالمحكمة الإدارية العليا باعتبارها علي رأس المحاكم التي يتكون منها جهة القضاء الإداري، هي خاتمة المطاف فيما يعرض من أفضية علي القضاء الإداري، وناط بها المشرع مهمة

^(١٢٤) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٥٥٢٣ لسنة ٤٧ ق. عليا جلسة ٢/٤/٢٠٠٨، مبدأ رقم ١٢٦، ص ٩٣١، ٩٣٠، البوابة القانونية لمبادئ وأحكام المحكمة الإدارية العليا، مرجع سابق.

التعقيب النهائي علي جميع الأحكام الصادرة من محاكم مجلس الدولة، ومن ثم فإن أحكامها تكون بمنجاة من الطعن عليها بطريق إعادة النظر^(١٢٥)، ويستثني من ذلك الأحكام الصادرة من المحكمة الإدارية العليا باعتبارها محكمة أول درجة.

وتأييداً لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها بأنه: " ... إذا كان قضاء المحكمة الإدارية العليا قد استقر علي عدم جواز الطعن علي أحكامها بطريق الطعن بإعادة النظر، فإن هذا الأمر يتعلق بأحكام المحكمة باعتبارها درجة ثانية من درجات التقاضي ونهاية المطاف في القضاء بمجلس الدولة، إلا أنه عند نظر المحاكمات المتعلقة بالهيئات القضائية وأعضائها فإنها تعد أولى درجات التقاضي عند نظرها لتلك الطعون، ومن ثم فإنه لا مانع قانوناً عند نظرها للطعن بقبول طلبات الطعن بإعادة النظر في الأحكام الصادرة عنها باعتبارها محكمة أول درجة، وذلك إذا توافر مناط قبول الطعن بإعادة النظر في ضوء أنه قد تطرأ بعض الأمور أو الوقائع المهمة بعد صدور حكم المحكمة الإدارية العليا لم تكن أمامها عند نظر الطعن في بادئ الأمر، مما يستلزم إعادة عرض الأمر عليها عن طريق طلب الطعن بإعادة النظر عند توفر شروطه القانونية المقررة في قانون المرافعات.... الشروط الخاصة بالطعن بإعادة النظر لاتعد من الأمور القانونية المنصوص عليها في قانون المرافعات بالمادة (١٤٧) كسبب لقبول دعوي البطلان الأصلية^(١٢٦)، كما يستثني أيضاً الأحكام الصادرة من دائرة فحص الطعون فإنها تقبل الطعن فيها أيضاً بطريق الطعن بإعادة النظر.

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا تأييداً لذلك بأنه: "ومن حيث إن دائرة فحص الطعون هي محكمة ذات ولاية قضائية تختلف عن ولاية المحكمة الإدارية العليا وتشكل على نحو يغاير تشكيلها وتصدر أحكامها على استقلال طبقاً لقواعد نص عليها القانون، ومن ثم تكون دائرة فحص الطعون وقد أصدرت حكمها في الطعين رقمي لسنة الملتمس فيهما هي المختصة بنظر الالتماس المرفوع عنهما"^(١٢٧).

(١٢٥) راجع: حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٤٠٨٣٨ لسنة ٦٠ ق. عليا، جلسة ٢٦/٤/٢٠١٤م، الدائرة الخامسة موضوع، ص ١ ، ٢، البوابة القانونية لمبادئ وأحكام المحكمة الإدارية العليا، مرجع سابق. (١٢٦) راجع: حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢٦٤١٣ لسنة ٥٤ ق. عليا، جلسة ٢٠/٥/٢٠٠٩م، الدائرة السابعة، مبدأ رقم ٧٣ ص ١، البوابة القانونية لمبادئ وأحكام المحكمة الإدارية العليا، مرجع سابق.

(١٢٧) راجع: حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٦٣٢ لسنة ١١ ق. عليا، جلسة ١٧/٢/١٩٦٨م، الدائرة السابعة، مبدأ رقم ٦٨ ص ٥١٣، البوابة القانونية لمبادئ وأحكام المحكمة الإدارية العليا، مرجع سابق.

المطلب الخامس

مدي جواز الطعن بإعادة النظر والنقض في وقت واحد

بداية نقول إن هذا يكون عندما تختلط أسباب الطعن بالالتماس مع أسباب الطعن بالنقض، وذلك في حالة وجود تناقض في منطوق الحكم^(١٢٨)، أو الحكم بما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه أو عدم تمثيل ناقص الأهلية تمثيلاً صحيحاً، فهذه الأسباب تعد من قبيل البطلان في الإجراءات ومن ثم تعد أسباباً للطعن بالنقض وهذا لأن نص المادة (٢٣) من قانون مجلس الدولة ينص على أنه: "يجوز الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا في الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري أو من المحاكم التأديبية وذلك في الأحوال الآتية:

- ١- إذا كان الحكم المطعون فيه مبنياً على مخالفة القانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله.
- ٢- إذا وقع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم.
- ٣- إذا صدر الحكم على خلاف حكم سابق حاز قوة الشيء المحكوم فيه سواء دفع بهذا الدفع أو لم يدفع.

ومن ثم فلا مانع من الطعن في الحكم بالالتماس والنقض في وقت واحد؛ لأن لكل منهما أسبابه الموضوعية مادامت مواعيد الطعن فيهما قائمة.

ولذلك قضت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها أنه: (... أجاز المشرع الطعن بالتماس إعادة النظر في الأحكام النهائية الحائزة لقوة الأمر المقضي والتي تعد عنوان الحقيقة فيما جاء بها، وذلك في حالات معينة رأي فيها أن يقين الحقيقة القانونية المستمدة من قوة الأمر المقضي للأحكام النهائية قد أحاطته شكوك جدية وواقعية من شأنها لو صحت أن تعصف بهذا اليقين، ومن حيث إنه من المسلمات الفقهية والقضائية أن الطعن بإعادة النظر لا يتضمن في حقيقته طعناً على الحكم في الظروف التي صدر فيها وإنما هو طلب لإعادة النظر في الحكم لظهور وقائع أو أوراق لو كانت أمام المحكمة وقت

(١٢٨) يفرق في خصوص التناقض في منطوق الحكم بين تناقض أسباب الحكم مع منطوقه، أو تناقض الأسباب مع بعضها البعض مادام المنطوق ذاته خالياً من هذا التناقض، وهذه تبرر الطعن بالنقض، أما التناقض الذي يجيز الالتماس فهو تناقض منطوق الحكم ببعضه بعضاً، وهو لا يعد من قبيل الوقائع الجديدة التي ظهرت بعد الحكم والتي تبرر الطعن على الحكم بطريق النقض. راجع: د/ أحمد مليجي: التعليق على قانون المرافعات، ج ٥، ص ٤٥، مرجع سابق.

صدور الحكم لتغيير يقينا وجه هذا الحكم، فمن ثم يتعين ملاحظة الفرق بين الطعن بإعادة النظر وبين النقض باعتبار أن نقض الحكم هو هجوم على الحكم وطعن فيه لخطأ قانوني شاب أسبابه أو منطوقه،....الرأي الذي ذهبت إليه المحكمة بالحكم الطعين يكون قد جانب صحيح حكم القانون باعتبار أن صيرورة الحكم الملمس فيه باتا برفض الطعن فيه بحكم المحكمة الإدارية العليا لا يحول دون الطعن بإعادة النظر في ذلك الحكم لتحقيق إحدى الحالات التي تجيز الطعن بإعادة النظر في ذلك الحكم لتحقيق إحدى الحالات التي تجيز الطعن بإعادة النظر، إذ أن الالتماس بطبيعته لا يتضمن طعناً في الحكم الملمس فيه، وإنما هو طلب بإعادة النظر في الحكم لظهور حقائق بعد الحكم لو كانت قائمة وقت الحكم لما صدر هذا الحكم - بما لا يعد معه بحث الالتماس من قبل المحكمة مصدرة الحكم الملمس فيه تعريضا بحكمها أو بالحكم برفض الطعن فيه والقول بغير ذلك معناه أن يصبح نص المادة (٥١) من قانون مجلس الدولة الذي أجاز الطعن بإعادة النظر في أحكام محكمة القضاء الإداري والمحاكم الإدارية والتأديبية نصا عبثيا، ذلك أن افتراض ظهور الحالات التي تجيز الطعن بإعادة النظر في وقت لا زال ميعاد الطعن مفتوحاً أمام المحكمة الإدارية العليا فإن ذلك سيوجب علي من أضير من حكم اداري أو تأديبي أن يتوجه بالطعن إلى المحكمة الإدارية العليا استناداً إلى ما ظهر من تلك الوقائع باعتبار أن تلك المحكمة هي محكمة قانون وموضوع دونما حاجة إلى الطعن بإعادة النظر فإذا افترضنا -وهو الغالب- ظهور حالة من الحالات التي تجيز إعادة النظر بعد أن أصبح الحكم باتا برفض الطعن فيه أمام المحكمة الإدارية العليا فقبل بعدم جواز الطعن بإعادة النظر فيه؛ لأنه أصبح باتا لما وجد حكم إداري أو تأديبي يجوز أن يكون محلاً لالتماس إعادة النظر فيه....)^(١٢٩).

وأرى ضرورة إعادة النظر في أوجه الطعن بإعادة النظر، بحيث يستبعد منها أسباب الطعن المتعلقة بالتناقض في منطوق الحكم، أو إذا قضى الحكم بشيء لم يطلبه الخصوم

^(١٢٩) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣٣٢٢ لسنة ٤٧ ق. عليا جلسة ١٥/١٠/١٩٩٤ مبدأ رقم ٨، ص ٩٥ وما بعدها، البوابة القانونية لمبادئ وأحكام المحكمة الإدارية العليا، مرجع سابق.

أو بأكثر مما طلبوه، أو إذا صدر الحكم على شخص طبيعي أو اعتباري لم يكن ممثلاً تمثيلاً صحيحاً في الدعوى، وترك باقي الأسباب الموضوعية وهي إذا وقع من الخصم غش كان من شأنه التأثير في الحكم، أو إذا حصل بعد الحكم إقرار بتزوير الأوراق التي بنى عليها أو قضى بتزويرها، أو إذا حصل الملتمس بعد صدور الحكم على أوراق قاطعة في الدعوى كان خصمه قد حال دون تقديمها للطعن بالنقض، وذلك منعا للتداخل بين أسباب الطعن بالنقض والطعن بإعادة النظر.

وإن كان ذلك لا يمنع من أن يتم الطعن في حكم واحد بناء على وجه بطريق النقض، وبالالتماس بناء على وجه آخر، كأن يتم الطعن في الحكم بطريق الالتماس بناء على وقوع غش من الخصم كان من شأنه التأثير في الحكم، ويتم الطعن بالنقض في ذات الحكم بناء على قضائه بشيء لم يطلبه الخصوم، وهذا مشروط بأن يتم كل منهما في الميعاد المقرر قانوناً وهو في الالتماس أربعون يوماً، وفي الطعن بالنقض ستون يوماً من تاريخ الحكم.

أما طعن الخارج عن الخصومة فقد نص المشرع أنه لا يكون إلا بطرق الالتماس أمام المحكمة التي أصدرت الحكم، ما عدا المحكمة الإدارية العليا التي لا يقبل الطعن في أحكامها بطريق الالتماس.

الخاتمة

- ١- يعرف الطعن بالتماس إعادة النظر في الأحكام الإدارية بأنه: "طعن استئنافي يرفع إلى المحكمة التي أصدرت الحكم لبحث الدعوي من جديد في ضوء معلومات لم تكن تدركها وقت صدور الحكم، وذلك في حالات حددها المشرع على سبيل الحصر، ولا يجوز إلا بعد استنفاد الطرق العادية للطعن في الأحكام أو بعد صيرورتها نهائية بفوات ميعاد الطعن عليها حتى لا يتخذ الالتماس وسيلة لفتح باب الطعن من جديد طبقاً لطرق الطعن العادية، وهو ما لا يقصده المشرع من التماس إعادة النظر".
- ٢- يعد التماس إعادة النظر وسيلة لإصلاح المحكمة ما وقع منها من أخطاء متعلقة بوقائع الحكم لم تكن تحت بصر المحكمة لسبب يرجع إلى الخصوم، حيث يكون حين ظهور وقائع جديدة لو كانت تحت علم المحكمة لتغير وجه الحكم في الدعوي، ومن ثم فالحكم الصادر في الدعوي يعد حكماً سليماً، لا يخالف القانون، ولم يخطئ القاضي في تطبيقه أو تأويله، غاية الأمر أنه بني على وقائع غير صحيحة بسبب أحد الخصوم، مثل

صدور الحكم بناء على ورقة مزورة أو شهادة قضي بأنها مزورة، أو احتجاز أوراق قاطعة في الدعوي.

٣- جواز الطعن في الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري والمحاكم الإدارية والمحاكم التأديبية بطريق التماس إعادة النظر في المواعيد والأحوال المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية أو قانون الاجراءات الجنائية حسب الأحوال، وذلك بما لا يتعارض مع طبيعة المنازعات المنظورة أمام هذه المحاكم، ولا يترتب على الطعن وقف تنفيذ الحكم إلا إذا أمرت المحكمة بغير ذلك، ومن ثم لا يجوز الطعن في أحكام المحكمة الإدارية العليا بالتماس إعادة النظر كقاعدة عامة، طبقاً لنص المادة (٥١) من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، أما بالنسبة إلى دائرة فحص الطعون فهي محكمة ذات ولاية قضائية تختلف عن ولاية المحكمة الإدارية العليا وتشكل علي نحو يغير تشكيلها وتصدر أحكامها علي استقلال طبقاً لقواعد نص عليها القانون، ومن ثم تكون الأحكام الصادرة من دائرة فحص الطعون تقبل الطعن فيها أيضاً بطريق التماس إعادة النظر.

٤- يتفق الطعن بالنقض مع الطعن بالتماس إعادة النظر في أن كلاً منهما يعد طريقاً غير عادي للطعن في الأحكام، إلا أنهما يختلفان في أن كل طعن له أسبابه الموضوعية، فالطعن بالنقض يتضمن طعناً في الحكم لخطأ قانوني شاب أسبابه ومنطوقه، وهي إذا كان الحكم المطعون فيه مبنياً علي مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو تأويله، أو إذا وقع بطلان في الحكم أو الإجراءات أثر في الحكم، أو إذا صدر الحكم علي خلاف حكم سابق حاز قوة الشيء المحكوم فيه، أما التماس إعادة النظر فلا يتضمن طعناً في الحكم للظروف التي صدر فيها، وإنما هو طلب لإعادة النظر في الحكم في حالات محددة حصراً.

٥- تعدد أسباب الطعن بالتماس إعادة النظر منها حالة وقوع غش من الخصم كان من شأنه التأثير في الحكم بأن يعتمد استعمال وسائل غير مشروعة للوصول إلى غاية مشروعة وهو لا يكون إلا عمداً، ويشمل كل أفعال الغش والتدليس والاحتتيال، وكل ما يلجأ إليه الخصم لخداع المحكمة والتأثير في عقيدتها. وحالة بناء الحكم على أوراق ظهر بعد الحكم أنها مزورة، ويشترط لقبول الالتماس في هذه الحالة أن تكون هذه الأوراق التي قضي بتزويرها قبل تقديم الالتماس قد استند الحكم إليها بصورة أساسية، بمعنى أن تكون هذه الأوراق قاطعة في الدعوي، وأدت بالقاضي إلى سوء التقدير، فلا يكفي مجرد التشكيك حول صحتها أو الطعن عليها بل لا بد من القطع بتزويرها -سواء من خلال الاقرار

بتزويرها أو صدور حكم في اجراءات أخرى بتزويرها. وحالة الحصول علي أوراق قاطعة في الدعوى، ويشترط لقبول هذا الوجه من أوجه التماس إعادة النظر أن تكون هذه الأوراق قاطعة في الدعوى، بحيث لو اطلع القاضي علي هذه الورقة أو الأوراق قبل إصدار الحكم، لتغير تقديره للوقائع، وحالة التناقض في منطوق الحكم، وقد يتم الطعن علي الحكم بالنقض إذا توفر سبب من أسباب بطلان الحكم، كان تتناقض أسباب الحكم مع منطوقه، أو تتناقض الأسباب مع بعضها البعض مادام المنطوق ذاته خاليا من هذا التناقض، أما التناقض الذي يجيز الالتماس فهو تناقض منطوق الحكم ببعضه بعضاً، وهو لا يعد من قبيل الوقائع الجديدة التي ظهرت بعد الحكم والتي تبرر الطعن علي الحكم بطريق النقض، وحالة صدور الحكم على شخص طبيعي أو اعتباري لم يكن ممثلاً تمثيلاً صحيحاً في الدعوى، وذلك لتوفير حماية لناقصي الأهلية، وكذلك الأشخاص المعنوية من صدور أحكام ضدهم لسبب يرجع إلى عدم تمثيلهم في الخصومة تمثيلاً صحيحاً.

٦- طعن الخارج عن الخصومة يعد طريقاً استثنائياً من طرق الطعن على الأحكام، وهو طريق طعن استثنائي أمام الغير ضد حكم قضائي لم يكن طرفاً فيه، وذلك في حالة تضرره أو حتى احتمال وقوع ضرر عليه من هذا الحكم. وقد كان قانون المرافعات المصري القديم رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩، يتيح طعن الخارج من الخصومة لمن يكون الحكم حجة عليه رغم أنه ليس من أطرافه، إلا أن المشرع في قانون المرافعات المدنية والتجارية الحالي رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨، أدمج المشرع طعن الخارج عن الخصومة ضمن حالات الالتماس.

٧- يشترط أن تتوفر في الملتمس أهلية التقاضي والصفة، وتعد الصفة في الالتماس من النظام العام فإن تخلفت كان لزاماً على المحكمة، التي تنظر الالتماس أن تحكم من تلقاء نفسها بعدم قبوله، كما يشترط أن يكون للملتمس مصلحة في إلغاء الحكم الملتمس فيه، حيث تعد المصلحة شرطاً من الشروط اللازمة لقبول الالتماس، فالالتماس يعد بمثابة دعوى، فإن انتقت المصلحة لأي سبب كان الالتماس غير مقبول.

٨- يطبق علي التماس إعادة النظر في الأحكام الإدارية، أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ فيما لا يوجد فيه نص في قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢م، بما لا يتعارض مع طبيعة المنازعة الإدارية، ومن ثم يخضع ميعاد الالتماس للمواعيد المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م، ويبدأ الموعد في الحالات الأربع الأولى المنصوص عليها في الفقرات الأربع من المادة ٢٤١ مرافعات، من اليوم الذي ظهر فيه الغش أو الذي أقر فيه بالتزوير فاعله أو حكم

بثبوته أو الذي حكم فيه على شاهد الزور أو اليوم الذي ظهرت فيه الورقة المحتجزة. ورعاية لحق الخصوم يبدأ الميعاد من اليوم الذي يعلن فيه الحكم إلى من يمثل المحكوم عليه تمثيلاً صحيحاً، وهذا في حالة ما إذا صدر الحكم على شخص طبيعي أو اعتباري لم يكن ممثلاً تمثيلاً صحيحاً في الدعوى وذلك فيما عدا حالة النيابة الاتفاقية، أما حالة التماس من يعتبر الحكم الصادر في الدعوى حجة عليه ولم يكن قد أدخل أو تدخل فيها بشرط إثبات غش من كان يمثله أو تواطئه أو إهماله الجسيم، فيبدأ الميعاد من اليوم الذي ظهر فيه الغش أو التواطؤ أو الإهمال الجسيم، أما باقي الحالات وهي قضاء الحكم بما لم يطلبه الخصوم أو إذا كان منطوق الحكم يناقض بعضه بعضاً، فيبدأ الميعاد من تاريخ إعلان الحكم.

٩- يرفع الالتماس أمام المحكمة التي أصدرت الحكم، وهي محكمة القضاء الإداري بوصفها هيئة استئنافية للأحكام الصادرة من المحاكم الإدارية، أو المحكمة التأديبية، وذلك بصحيفة تودع قلم كتابها وفقاً للأوضاع المقررة لرفع الدعوى، ويجب تحضير الالتماس من قبل هيئة مفوضي الدولة، وإلا بطل الحكم الصادر في الالتماس، ولا يترتب علي تقديم الالتماس وقف تنفيذ الحكم؛ لأن الأحكام التي يتم الطعن فيها بالالتماس أحكام نهائية تتطلب عدم وقف تنفيذها حفاظاً علي ما يرتبه القانون من كونها حائزة لقوة الأمر المقضي، لكن يجوز للمحكمة وقف تنفيذ الحكم الملتمس فيه، إذا طلب ذلك رافع الالتماس وكان يخشى من التنفيذ وقوع ضرر جسيم يتعذر تداركه، ويكون حكمها في هذه الحالة غير قابل للطعن.

١٠- إذا تبين للمحكمة استيفاء الشروط اللازمة للالتماس فإنها تحكم بقبوله، ويترتب علي هذا الحكم اعتبار الحكم الملتمس فيه كأن لم يكن في حدود طلبات الملتمس، وإذا اتضح للمحكمة أن الالتماس لم يستوف الشروط السابق ذكرها فإنها تصدر حكمها برفضه مع الحكم علي الملتمس بغرامة، وإذا حكم برفض الالتماس في الحالتين المنصوص عليهما في الفقرتين الأخيرتين من المادة (٢٤١) من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م، فإن للمحكمة أن تقضى بمصادرة الكفالة كلها أو بعضها، وفي جميع الأحوال يجوز الحكم بالتعويضات إن كان لها وجه، وإذا صدر الحكم بعدم قبول الالتماس شكلاً لبطلان الصحيفة، فإن هذا الحكم لا يمنع من إعادة رفع الالتماس بعد تصحيح البطلان الوارد في صحيفة الالتماس بشرط أن يكون ميعاد الالتماس ما زال قائماً، أما إذا لم يصدر الحكم فيمكن التصحيح أمام المحكمة قبل صدور الحكم.

١١- أرى جواز تقديم التماس جديد متي كان مبنياً على سبب آخر من أسباب الالتماس غير الذي صدر الحكم بصدده، ذلك أن منع الطعن لسبب آخر في ذات الحكم السابق رفع التماس إعادة النظر فيه، بذريعة وضع حد للنزاع وتحقيق استقرار الأحكام غير سائغ، ويضع قيلاً على حرية التقاضي، طالما كان الطعن الأول في الحكم الملتمس فيه مبني على سبب غير السبب الذي بني عليه الطعن الثاني؛ لأنه لا يمنع ذات المحكمة من نظر الطعن الثاني لاختلافهما في سبب الالتماس وأن اتفقا في الخصوم والموضوع.

١٢- المراد من نص المادة (٢٤٧) من قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م أن الحكم الذي يصدر برفض الالتماس أو الحكم الذي يصدر في موضوع الدعوى بعد قبوله لا يجوز الطعن في أيهما بالالتماس، ولا ينبغي التوسع في تفسير هذا النص لمنع الطعن في ذات الحكم الملتمس فيه لسبب آخر من أسباب الالتماس غير السبب الذي أسس عليه الطعن الأول، كما يجوز الطعن فيه بنفس طريقة الطعن الذي كان يقبله الحكم المطعون فيه، فإذا كان الحكم المطعون فيه صادراً من المحكمة التأديبية؛ فإنه يجوز الطعن فيه أمام المحكمة الإدارية العليا، وإن كان صادراً من إحدى المحاكم الإدارية فيجوز الطعن فيه أمام محكمة القضاء الإداري إن كان لذلك مقتضى.

١٣- لا مانع من الطعن في الحكم بالالتماس والنقض في وقت واحد؛ لأن لكل منهما أسبابه الموضوعية مادامت مواعيد الطعن فيهما قائمة، كأن يتم الطعن في الحكم بطريق الالتماس بناءً على وقوع غش من الخصم كان من شأنه التأثير في الحكم، ويتم الطعن بالنقض في ذات الحكم بناءً قضاءه بشيء لم يطلبه الخصوم، وهذا مشروط بأن يتم كل منهما في الميعاد المقرر قانوناً، وهو في الالتماس أربعون يوماً، وفي الطعن بالنقض ستون يوماً من تاريخ الحكم.

التوصيات:

١- أرى وجوب تدخل المشرع واثاحة التماس إعادة النظر في أحكام المحكمة الإدارية العليا؛ لأن الواقع العملي يثبت بما لا مجال معه للشك في إمكانية إدخال الخصم الغش والتدليس علي المحكمة الإدارية العليا -شأنها في ذلك شأن غيرها من المحاكم- ويكون حكمها أيضاً حجة علي من لم يكن خصماً في الدعوى ولم يدخل أو يتدخل في الدعوى، مما يعتبر معه من (الغير) بالنسبة إلى الحكم، ولما كانت أحكام المحكمة الإدارية العليا تأتي الطعن فيها بطريق الالتماس، الأمر الذي دفع بهذه المحكمة إلى التوسع في حالات قبول دعوى البطلان، لتشمل كثيراً من حالات التماس إعادة النظر تحقيقاً للعدالة، مع أن

هناك فرقا بين التماس إعادة النظر كطريق طعن استثنائي عن دعوي البطلان الأصلية في الأسباب التي تبرر اللجوء إلى كل طريق منهما، والإجراءات المتبعة في نظرهما.

٢- أري ضرورة إعادة النظر في أوجه الطعن بالالتماس، بحيث يستبعد منها أسباب الطعن المتعلقة بالتناقض في منطوق الحكم، أو إذا قضى الحكم بشيء لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه، أو إذا صدر الحكم على شخص طبيعي أو اعتباري لم يكن ممثلاً تمثيلاً صحيحاً في الدعوى، وترك باقي الأسباب الموضوعية للطعن بالالتماس، وهي إذا وقع من الخصم غش كان من شأنه التأثير في الحكم، أو إذا حصل بعد الحكم إقرار بتزوير الأوراق التي بنى عليها أو قضى بتزويرها، أو إذا حصل الملتمس بعد صدور الحكم على أوراق قاطعة في الدعوى بينهما.

المراجع

أولاً-المراجع القانونية:

- ١- د/أحمد أبو الوفا: المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة السابعة ١٩٦٣، دار المعارف، الاسكندرية. أصول المحاكمات المدنية، ط ١٩٨٩، دار المعارف. القاهرة.
- ٢- د/ أحمد السيد الصاوي: الوسيط في شرح قانون المرافعات، ط ٢٠٠٤، دار النهضة العربية. القاهرة.
- ٣- د/أحمد صدقي: الواقعة المنشئة للطعن بالتماس إعادة النظر، ط ٢٠٠٠، دار النهضة العربية. القاهرة.
- ٤- د/ أحمد مليجي: التعليق على قانون المرافعات، ج ٥، الطبعة الثالثة ٢٠٠٢، نادي القضاة. القاهرة.
- ٥- د/أمينة النمر: أصول المحاكمات المدنية، القسم الثاني، ط ١٩٨٨، الدار الجامعية. القاهرة.
- ٦- د/ حسام الدين سليمان توفيق: الوسيط في شرح قانون المرافعات الشرعية الجديد، ج ٢، ط ٢٠١٤، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر.
- ٧- د/ جورج شفيق ساري، قواعد وأحكام القضاء الإداري، الطبعة الأولى، ١٩٩١م/ ١٩٩٢، بدون ناشر.
- ٨- د/ خالد خليل الظاهر: القضاء الإداري في المملكة العربية السعودية (قضاء الإلغاء- التعويض) دراسة مقارنة، ط ١، ١٤٣٠هـ / ٢٠٠٩م مكتبة القانون والاقتصاد. الرياض المملكة العربية السعودية.

- ٩- د/ خميس السيد اسماعيل: قضاء مجلس الدولة وإجراءات وصيغ الدعاوى الإدارية، ط ١٩٩٣ بدون ناشر.
- ١٠- د/ رمزي سيف: الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الثالثة ١٩٩٦، در النهضة العربية بالقاهرة.
- ١١- د/ريمون أودان: النزاع الإداري، الجزء الثالث، ترجمة: سيد بالضياف، ط ٢٠٠٩، مركز النشر الجامعي.
- ١٢- د/ سليمان الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول، قضاء الإلغاء، ط ١٩٧٦، دار الفكر العربي، القاهرة.
- ١٣- د/ عمار بوضياف: الوسيط في قضاء الإلغاء . دراسة مقارنة بتطبيقات قضائية حديثة في كل من (الجزائر - فرنسا - تونس - مصر) الطبعة الأولى ١٤٣٢هـ/ ٢٠١١م، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن.
- ١٤- د/ عبد المنعم أحمد الشرقاوي: نظرية المصلحة في الدعوى، الطبعة الأولى ١٩٩٤ مكتبة عبد الله وهبه، القاهرة.
- ١٥- د/ فؤاد النادي: القضاء الإداري وإجراءات التقاضي وطرق الطعن في الأحكام الإدارية، ط ١٤١٨هـ، ١٩٩٨م، بدون ناشر.
- ١٦- د/ ماجد الحلو: القضاء الإداري، ط ٢٠٠٠، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠١٠.
- ١٧- د/ محمد براك الفوزان: مبادئ المرافعات الإدارية، دراسة تحليلية في ضوء نظام ديون المظالم الجديد، الطبعة الأولى ١٤٣٩/٢٠١٨، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، المملكة العربية السعودية.
- ١٨- د/ محمد ظهري محمود: إشكالات التنفيذ الوقتية المتعلقة بتنفيذ أحكام محاكم مجلس الدولة، طبعة ٢٠٠٥م دار الجامعة الجديدة للنشر. بالإسكندرية.
- ١٩- د/محمد محمود الروبي: القضاء الإداري في المملكة العربية السعودية، القسم الأول، الطبعة الأولى ١٤٣٩/٢٠١٨، مكتبة المتنبى. الدمام. المملكة العربية السعودية.
- ٢٠- د/محمود المظفر: نظرية العقد، دراسة قانونية مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، الطبعة الثالثة ١٤٣٦هـ/ ٢٠١٥م، دار حافظ للنشر والتوزيع.
- ٢١- د/محمود علي وافي: مبادئ المرافعات الشرعية، في ضوء قانون المرافعات الشرعية السعودي الجديد لعام ١٤٣٥ هـ، ج ٢، الطبعة الثالثة ١٤٣٧هـ/ ٢٠١٦م، مكتبة الرشد، الرياض، المملكة العربية السعودية.

٢٢- د/ نبيل اسماعيل عمر: سلطة القاضي التقديرية، مطبعة مدرسة بون بوسكو بالإسكندرية ١٩٥٨ بدون ناشر: الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط ٢٠١١، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية.

٢٣- د/ نواف كنعان: القضاء الإداري ط ١ (الاصدار الثالث) دار الثقافة للنشر والتوزيع. عمان. الأردن.

٢٤- مجموعة القرارات الكبرى في القضاء الإداري، ما رسلو لونغ، بروبشير فيل، بيار دلفولفيه، برونو جيننفاو، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ط ١، ٢٠٠٩.

ثانياً- البحوث القانونية:

١- د/ حسن محمد ربيع: المعارضة كإحدى طرق الطعن في الأحكام الجنائية وفق أحكام قانون الاجراءات الجزائية الاتحادي، بحث منشور بمجلة الفكر الشرطي، نشر القيادة العامة لشرطة الشارقة / مركز بحوث الشرطة، المجلد الثالث عشر، العدد ٤٩، سنة ٢٠٠٤.

٢- د/ عبدالحفيظ على الشيمي، د/ عماد عبد الكريم قطان: اعتراض الخارج عن الخصومة أمام القضاء بين العادي والإداري، بحث منشور في المجلة القانونية والقضائية، كلية القانون، جامعة قطر.

٣- د/ فرج سالم الأوجلي: الطعن بالتماس إعادة النظر في الأحكام الإدارية في القانون الإداري الليبي، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية، جامعة بنغازي، ليبيا، العدد رقم ٢٠، فبراير ٢٠١٨.

٤- د/ مصطفى أبوزيد فهمي: طرق الطعن في أحكام مجلس الدولة، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الاسكندرية، المجلد السادس، العدد ٤، ٣، سنة ١٩٦٥.

ثالثاً- أحكام المحاكم:

١- البوابة القانونية لأحكام ومبادئ المحكمة الإدارية العليا، شركة خدمات المعلومات التشريعية ومعلومات التنمية، لا دس ٢٠١٠.

٢- البوابة القانونية لأحكام ومبادئ محكمة النقض، شركة خدمات المعلومات التشريعية ومعلومات التنمية، لا دس ٢٠١٠.

٣- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، المكتب الفني، السنة

- ٤٧ من أول أكتوبر ٢٠٠١م، حتى آخر سبتمبر ٢٠٠٢م.
- ٤- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، الجزء الأول من أول أكتوبر ٢٠٠٦م حتى إبريل ٢٠٠٧م.
- ٥- مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا في ربع قرن، من ١/١/١٩٩١ إلى ٣٠/٩/٢٠١٦.
- ٦- مجموعة أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، ما رسلون بروبسيير جي بريان، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩١، ترجمة د. أحمد يسري.

رابعاً- المراجع الأجنبية:

- 1- Cécile Chainais, Frédérique Ferrand, Lucie Mayer, Serge Guinchard, Procedure Civile, Dalloz, 2009.
- 2- M. Hauriou: La jurisprudence administrative, T2,

خامساً- مواقع الانترنت:

- ١- موقع التشريعات الفرنسية على شبكة الانترنت الموقع:

<http://www.legifrance.gouv.fr>



نحو نظام قضائي إلكتروني التقاضي الإلكتروني بين النظرية والتطبيق (دراسة مقارنة)

الدكتور/ رجائي عبدالرحمن عبدالقادر عوض*

الملخص:

تهدف الدراسة إلى وضع نظام قضائي تقني يتيح للمتقاضين إقامة الدعوى ومباشرتها عبر شبكة الإنترنت من خلال الموقع الإلكتروني للمحكمة بدءاً من رفع الدعوى وحتى صدور الحكم فيها دون الحضور المادي للأطراف والشهود، وتوصلت الدراسة إلى إنه يمكن مواكبة التشريعات الوطنية لنظام التقاضي الإلكتروني في ظل نصوص تشريعية تتوافق مع قواعد قانون المرافعات، أو تطوير إجراءات التقاضي التقليدي لتتواءم مع التقاضي الإلكتروني، كما أثبتت الدراسة أن التقاضي الإلكتروني الوسيلة البديلة للتقاضي التقليدي، وهو ما رأيناه هذا العام عند انتشار وتفشى فيروس كورونا دولياً، بالإضافة إلى أنه يسهم في سرعة الإجراءات وخفض النفقات وحماية الأطراف والشهود والمتهم المحبوس احتياطياً وغيرهم من الذين يعيشون في أماكن نائية أو يخشون على سلامتهم من الذهاب إلى المحكمة، حيث يتيح لهم الحضور عن بُعد عبر الفيديوكونفرنس، وإرسال المستندات والمذكرات والأدلة والاعلانات القضائية عبر البريد الإلكتروني، أضف إلى ذلك إمكانية إجراء المداولة وإصدار الحكم عبر الإنترنت ويتم إخطار الأطراف به بالبريد الإلكتروني أو وضع الحكم على موقع المحكمة للاطلاع عليه أو طباعته ورقياً، ويمكن إرسال الحكم إلى محكمة الطعن بالبريد الإلكتروني مع ملف الدعوى.

وأوصت الدراسة بالاستفادة من تجارب الدول التي أخذت بالتقاضي الإلكتروني كالإمارات والسعودية وسنغافورة وغيرهم، وسن قانون ينظم التقاضي الإلكتروني أو تعديل قانون المرافعات المدنية والتجارية ليتماشى مع التكنولوجيا الحديثة وتجهيز المحاكم إلكترونياً والأخذ بنظام البريد الإلكتروني في جميع المصالح الحكومية ومكاتب المحاماة مع تفعيل نظام الحكومة الإلكترونية وربطها مع وزارات الدولة بشبكة معلوماتية على ان يكون لكل شخص عنوان إلكتروني (بريد إلكتروني) في بطاقة الرقم القومي بجانب عنوانه العادي ويصدر قانون بذلك حتى تستطيع الدولة وأجهزتها المختلفة مخاطبة الشخص على أحد عناوينه بالإضافة إلى تدريب العاملين في المحاكم المختلفة وتدريب التقاضي الإلكتروني بالجامعات.

الكلمات المفتاحية: التقاضي الإلكتروني - تعريف - ضمانات - دعوى - حكم إلكتروني.

* مدرس قانون المرافعات المدنية - كلية القانون - جامعة أروك - بغداد - العراق.



Towards an Electronic Judicial System E-litigation between Theory and Practice (A Comparative Study)

Dr. Ragaey Abdelrahman Abdelkader Awad*

Abstract:

The study aims to develop a technical judicial system that allows litigants to take the case and initiate it through the internet through the court's website, from filing the case to sentencing without the physical presence of parties and witnesses.

The study concluded that the national legislation of the electronic litigation system can be kept up with the provisions of the electronic litigation system under the provisions of the law of pleadings, or the development of traditional litigation procedures to comply with electronic litigation, as the study proved that electronic litigation is the alternative means of traditional litigation, which we saw this year when the spread and spread of the coronavirus internationally, in addition to contributing to the speed of procedures and the reduction of expenses and protection of parties, witnesses, accused remanded in custody and others living in remote places or fearing for their safety From going to court, where they are allowed to appear remotely via videoconference, and send documents, memos, evidence and judicial announcements via e-mail.

In addition, the possibility of conducting deliberation and issuing the judgment via the Internet and the parties are notified by e-mail or placing the judgment on the court's website for viewing or printing it in paper, and can send the judgment to the court of appeal by e-mail with the file of the lawsuit.

The study recommended to take advantage of the experiences of countries that have taken electronic litigation such as the UAE, Saudi Arabia, Singapore and others, and enact a law regulating electronic litigation or amending the law of civil and commercial arguments in line with modern technology and equipping the courts electronically and introducing the electronic system in all government departments and law offices with the activation of the electronic government system and linking it with the ministries of state with an information network, each person should have an electronic address (e-mail) in the national id card next to his regular address and issue a law so that the state and its various agencies can address it The person on one of his addresses in addition to training staff in different courts and teaching electronic litigation in universities

Keywords: Electronic Litigation – Definition – Safeguards – Suit – Electronic Judgment.

* Lecturer of Civil Procedure Law, College of Law, Uruk University, Baghdad, Iraq.

المقدمة

يشهد العالم تطوراً تقنياً في مجال الاتصالات، نتيجة الثورة التكنولوجية، والتي أصبحت سمة هذا العصر، حيث يتم تبادل المعلومات دون حاجة إلى انتقال الافراد والتقائهم في مكان معين، وليس من المتصور أن تغزو ثورة المعلومات كل المجالات وتقف امام ابواب المحاكم، فقد انجبت الثورة المعلوماتية التقاضي عبر الإنترنت، ويعتبر التقاضي الإلكتروني أو التقاضي عبر الإنترنت من أهم ما أفرزته الثورة العلمية والتقنية في مجال العدالة، لما له من أثر على سرعة المعاملات وتبسيط الإجراءات القضائية ومواكبة التطورات الحاصلة في مجال تكنولوجيا المعلومات، الامر الذي يؤدي إلى ازدهار الحياة الاقتصادية والذي ينعكس على تقدم المجتمعات، فإذا كان هناك تقدم تكنولوجي بدون تقدم اجتماعي، فستكون هناك زيادة تلقائية تقريباً في اليأس البشري (مايكل هارينجتون، ١٩٢٨-١٩٨٩)^(١)، ولما كان العدل هو محور حياة الانسان وسياج أمنه المنيع، فهو يفوق الحياة ذاتها، فاذا أتى العدل بعد الأوان كان والظلم سواء، فلا يكفي ان يصدر الحكم عادلاً بل يصدر في وقته المناسب^(٢)، فالعدالة الناجزة هدف ينشده كل انسان يعيش على هذه الأرض، حيث أصبحت سرعة التقاضي عنواناً لكل مجتمع متحضر، ومؤشراً على مدى حرص الدولة على تعزيز استثماراتها والحفاظ على حقوق مواطنيها^(٣)، وقد اكتسبت المعلومات أهمية كبيرة في جميع أنحاء دول العالم، وفي جميع مناحي الحياة حتى أصبحت عنصراً فعالاً لنهضة الأمم وتقدمها، خاصة في الحقبة الأخيرة من الزمن بل واصبحت المعيار الذي تقاس به تقدم الأمم وتحضرها، حيث تكون بمثابة العمود الفقري للمجتمعات الحديثة سواء في التواصل أو تبادل المعلومات أو التقاضي عبر الإنترنت، خاصة وقت انتشار وتفشي وباء معين كما حدث هذا العام مع فيروس كورونا (COVID-19)، فقد خطت البلدان المتقدمة كالولايات المتحدة الأمريكية الإرهاصات الأولية

(١) Julia Hörnle Queen Mary University of London, Cross-border Internet Dispute Resolution, Cambridge University Press, 2009. pp 19-46, Available on: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511576102.003>

(٢) د. ادم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، بدون دار نشر ط ٢٠١٥، ص ٢٥.

(٣) د. فيصل غرابية، القضاء الافتراضي للقضاء الإلكتروني، مقال منشور في جريدة الرأي الأردنية بتاريخ

نحو إدخال الأنظمة الإلكترونية في دعاوى القضاية، والأخذ بنظام السجلات الإلكترونية والاعتماد على الرسائل الإلكترونية في تقديم الطعون إليها بعد تفشي مرض الجفرة الخبيثة (الانتراكس) التي تم بسببها إغلاق مبنى المحكمة العليا في ٢١/١٠/٢٠٠١^(٤)، لذلك تسعى الدول نحو تقاضي إلكتروني تتميز إجراءاته بالسرعة والدقة مقارنة بالتقاضي العادي، حيث يعتمد على الوسائط الإلكترونية في الاتصال عبر شبكة الإنترنت، ويتم تقديم الدعوى على النموذج المعد لذلك على موقع المحكمة الإلكتروني، ويتم تبادل المستندات والأدلة والاعلانات القضائية من خلال البريد الإلكتروني، ناهيك عن حضور الأطراف والشهود عبر الفيديوكونفرانس، ويصدر الحكم إلكترونياً ويخطر به الأطراف، وينشر على موقع المحكمة للاطلاع عليه.

موضوع الدراسة وأهميته:

تكمن أهمية موضوع البحث في مزايا وأهمية التقاضي الإلكتروني على الساحة الدولية والوطنية خاصة بعد صدور قانون التوقيع الإلكتروني والاعتراف بحجية المحررات الإلكترونية، ناهيك عن أن الكتابات في هذا الموضوع ما زالت في طورها الأول ونادرة.

إشكالية البحث:

لا يوجد نص في قانون المرافعات ينص على جواز التقاضي الإلكتروني وإن كان قانون التوقيع الإلكتروني قد اعترف بالتوقيع الإلكتروني والمحررات الإلكترونية وأصبغ عليها حجية في الإثبات وتتمثل إشكالية البحث في الاجابة على التساؤلات الآتية: -
١- هل يتطلب الأمر اصدار تشريع جديد خاص بالتقاضي الإلكتروني أم تعديل التشريعات القائمة؟

٢- ما هي الوسائل التكنولوجية التي يتطلبها التقاضي الإلكتروني؟

٣- ما هو مفهوم التقاضي الإلكتروني؟ وما هي مزاياه وعيوبه؟ وما علاقة التقاضي الإلكتروني والفساد الإداري والمالي؟

٤- ما هي الضمانات التي تحقق الثقة في نظام التقاضي الإلكتروني؟

(٤) د. داديار حميد سليمان، الإطار القانوني للتقاضي المدني عبر الإنترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع القاهرة، ٢٠١٥، ص ١٥ وما بعدها.

- ٥- ما هو المقصود "بالمحكمة الإلكترونية"؟
- ٦- هل تختلف الدعوى العادية عن الدعوى الإلكترونية؟ وكيف ترفع الدعوى ويسد رسومها إلكترونياً؟
- ٧- ماذا لو أن المدعي عليه غير معروف له بريد إلكتروني؟
- ٨- هل التقاضي الإلكتروني يراعى المبادئ الأساسية للتقاضي؟
- ٩- ما المقصود بسمية المداولة وكيف يصدر الحكم إلكترونياً؟
- سنحاول الإجابة على هذه الأسئلة من خلال الدراسة الآتية:
- حصر نطاق البحث:**

يحدد نطاق البحث بحدود زمنية ومكانية، فيقتصر نطاق البحث على دراسة خصوصية التقاضي الإلكتروني ومتابعة ما تشهده الساحة الدولية والوطنية من تطورات تقنية في مجال المعلومات وأثرها على التقاضي حتى يومنا هذا، إضافة إلى بحث اجراءات التقاضي عبر الإنترنت وما يستجد منها في التشريعات الوطنية والمقارنة في كل من مصر والإمارات وسنغافورة وأمريكا وغيرها.

منهج البحث:

يعتمد الباحث على المنهج التحليلي والمقارن والتطبيقي من خلال عرض النصوص القانونية والآراء الفقهية المتعلقة بالتقاضي الإلكتروني محل البحث، وتجارب الدول التي أخذت بنظام التقاضي الإلكتروني كإمارات والسعودية وغيرها من الدول الأجنبية مثل فرنسا وأمريكا وسنغافورة ومقارنتها، بالإضافة إلى تعزيز النصوص التشريعية وآراء الفقهاء بالأحكام الصادرة عن محاكم الدول سالفة الذكر وصولاً نحو نظام قضائي إلكتروني.

خطة البحث:

لكي يتسنى لنا دراسة التقاضي الإلكتروني سوف نتناول موضوع البحث وفقاً للخطة الآتية:

المبحث الأول: مفهوم التقاضي الإلكتروني

المطلب الأول: التعريف بالتقاضي الإلكتروني

الفرع الأول: تعريف التقاضي الإلكتروني ووسائله

الفرع الثاني: مزايا وعيوب التقاضي الإلكتروني

المطلب الثاني: الضمانات التي تحقق الثقة في نظام التقاضي الإلكتروني

الفرع الأول: الحماية التقنية للمعلومات والبيانات

الفرع الثاني: الحماية الجنائية

المبحث الثاني: الخصومة القضائية الإلكترونية

المطلب الأول: الدعوى الإلكترونية

الفرع الأول: إيداع الدعوى وقيدها على الموقع الإلكتروني للمحكمة

الفرع الثاني: إعلان الأوراق القضائية (التبليغات الإلكترونية)

المطلب الثاني: المرافعة الإلكترونية (سير الخصومة)

الفرع الأول: حضور وغياب الخصوم وتمثيلهم إلكترونياً

الفرع الثاني: نظام الجلسة ونظر الدعوى

المبحث الثالث: إجراءات إصدار الحكم القضائي عبر الإنترنت

المطلب الأول: إعداد الحكم وإصداره عبر الإنترنت

المطلب الثاني: إخطار الأطراف بالحكم وحفظه على موقع المحكمة

الخاتمة: وتتضمن أهم النتائج والتوصيات.

المبحث الأول

مفهوم التقاضي الإلكتروني

سنتناول في هذا المبحث مفهوم التقاضي الإلكتروني، وذلك من خلال مطلبين، حيث نتناول التعريف بالتقاضي الإلكتروني في المطلب الأول، وفي المطلب الثاني: الضمانات التي تحقق الثقة في نظام التقاضي الإلكتروني، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول

التعريف بالتقاضي الإلكتروني

سوف يتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين نبين في الفرع الأول منه تعريف التقاضي الإلكتروني ووسائله، ونبحث في الفرع الثاني مزايا وعيوب التقاضي الإلكتروني.

الفرع الأول

تعريف التقاضي الإلكتروني ووسائله

أولاً- تعريف التقاضي الإلكتروني:

لم تعد العدالة بالصورة النمطية المعروفة بل تطورت بتطور المجتمع البشري وتطور الوسائل التكنولوجية فظهر التقاضي الإلكتروني^(٥)، ومصطلح التقاضي الإلكتروني أو كما يسميه البعض التقاضي عن بعد أو التقاضي عبر الإنترنت أو عبر الخط مصطلح قانوني حديث النشأة، ويعد نتاج ما أبدعه الإنسان في فقه القانون في ظل التقنية المعلوماتية، لما له من مزايا عديدة.

وقد ظهر مصطلح التقاضي الإلكتروني حديثاً بعد ظهور التحكيم الإلكتروني وهو لا يختلف عن القاضي العادي، حيث يتفق معه في الموضوع والأطراف والدعوى، ويختلف من حيث الوسيلة الإلكترونية التي يتم بها التقاضي الإلكتروني حيث يتم عبر الإنترنت^(٦).

وقد عرف جانب من الفقه التقاضي الإلكتروني بأنه عملية نقل مستندات التقاضي إلكترونياً إلى المحكمة عبر البريد الإلكتروني، حيث يتم فحص هذه المستندات بواسطة الموظف المختص وإصدار قرار بشأنها بالقبول أو الرفض، وإرسال إشعار إلى المتقاضي يفيد علماً بما تم بشأن هذه المستندات^(٧).

أما البعض الآخر فقد عرفه بأنه: "عبارة عن سلطة لمجموعة متخصصة من القضاة النظاميين بنظر الدعوى ومباشرة الإجراءات القضائية بوسائل إلكترونية مستحدثة ضمن نظام قضائي معلوماتي متكامل الاطراف والوسائل، يعتمد على الإنترنت في نظر الدعوى والفصل

^(٥) المحامية علياء النجار، التقاضي الإلكتروني، مقالة موجودة على موقع منتديات نقابة المحامين في سورية <http://www.damascusbar.org/AlMuntada/showthread.php?p=23943>

^(٦) د. عصماني ليلي، التقاضي الإلكتروني آلية لإنجاح الخطط التنموية، مجلة المفكر - كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر - العدد ١٣، فبراير سنة ٢٠١٣م، ص ٢١٦.

^(٧) د. خالد ممدوح إبراهيم، التقاضي الإلكتروني، الدعوى الإلكترونية وإجراءاتها أمام المحاكم، دار الفکر الجامعي، ٢٠٠٨، ص ١٢، وكذلك متاح على الموقع التالي:

<http://kenanaonline.com/users/KhaledMamdouh/posts/79344>

فيها، مع اخضاع هذه الوسائل والإجراءات التي تمت من خلالها للأصول المتبعة في الإثبات بغية الوصول لفصل سريع بالدعاوى والتسهيل على المتقاضين^(٨).

مما سبق يتضح أن التعريف الأول اقتصر على تعريف التقاضي الإلكتروني ولم يشمل الإجراءات القضائية التي تتم عبر الإنترنت^(٩)، أما التعريف الثاني ينطوي على حوسبة جميع اجراءات التقاضي لما فيه من تطبيق للمحكمة الإلكترونية بصورتها الافتراضية كاملة بدءاً من رفع الدعوى وقيدها وحتى صدور حكم فيها إلكترونياً، وتطبيقه ما زال قليل^(١٠).

ولدينا أن التقاضي الإلكتروني أو التقاضي عبر الإنترنت كما يسميه البعض هو نظام قضائي تقني يتيح للمتقاضين إقامة الدعوى ومباشرتها عبر شبكة الإنترنت من خلال الموقع الإلكتروني للمحكمة بدءاً من رفع الدعوى وحتى صدور الحكم فيها دون الحضور المادي للأطراف والشهود، ويتم تبادل المستندات والأدلة عبر البريد الإلكتروني واستعمال وسائل الاتصال المرئية والسمعية الإلكترونية.

ومن أمثلة التقاضي الإلكتروني العدالة على عجلات في البرازيل حيث يتم الوصول السريع إلى اماكن الحوادث أو النزاعات وهو برنامج إلكتروني على الحاسب الآلي يتجول به القاضي للفصل في المنازعات والحوادث بعد معاينتها^(١١)، كما أنشأت سنغافورة أول محكمة إلكترونية من خلال شبكة الإنترنت سنة ٢٠٠٠، وان كانت ذات طابع تحكيمي تختص بالفصل في نزاعات التجارة الإلكترونية وتتم إجراءات المحكمة مجاناً ، حيث يقدم المدعى بياناته في

(٨) القاضي/ محمد عصام الترساوي، تداول الدعوى القضائية امام المحاكم الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠١٣ ص ١٦، وكذلك القاضي/ محمد حازم الشرمة، التقاضي الإلكتروني والمحاكم الإلكترونية، دار الثقافة، عمان - الأردن، ٢٠١٠م، ص ٥٧.

(٩) د. هادي حسين عبد على الكعبي، نصيف جاسم محمد الكرعوي، مفهوم التقاضي عن بعد ومستلزماته، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية العدد ١ السنة ٨، ٢٠١٦م، ص ٢٨٣.

(١٠) عبد العزيز بن سعد الغانم، المحكمة الإلكترونية، دار جامعة نايف للنشر، الرياض ٢٠١٧ ص ٣٩، وقد عرفه البعض بأنه يقصد به توفير نظام معلوماتي كامل مؤمن ومقنن تتصل بشبكة الانترنت يمكن من خلاله للمحكمة المختصة من قضاة ينظر الدعوى ولأطراف الدعوى والنيابة العامة اجراء تصرفات ذات أثر قانوني يمكن إثبات حجيته كوصول وتسجيل وإيداع الدعوى والاطلاع عليها من خلال أشخاص معروفين وتخول لهم باتخاذ هذه التصرفات، القاضي/ حاتم جعفر، دور التقاضي الإلكتروني في رسم وتطوير العدالة، ورقة عمل مقدمة الى المناخ القضائي لدعم الاستثمار، الاسكندرية، فبراير ٢٠١٥م، ص ٢.

(١١) القاضي / حاتم جعفر، المرجع السابق.

استمارة على موقع المحكمة على الإنترنت، ويحصل على رقم الدعوى فور تقديم الاستمارة وبعدها ترسل المحكمة إلى المدعى عليه اشعار خلال ثلاثة أيام من استلام الدعوى^(١٢).

ثانياً - وسائل التقاضي الإلكتروني:

١ - شبكة الإنترنت:

شهد القرن الماضي ثورة تكنولوجيا عارمة حطمت الحدود الجغرافية والسياسية للدول مما جعلت العالم قرية صغيرة، فضلاً عن ثورة المعلومات، والتي ظهرت في عالم الاتصال ونقل المعلومات، مما أتاح للأفراد والمؤسسات الولوج إلى بنوك وقواعد المعلومات على الصعيد المحلي والدولي^(١٣).

تعد الإنترنت في الأساس وسيلة للاتصالات التي تسمح بتبادل البيانات بين أجهزة الكمبيوتر في جميع أنحاء العالم. تتكون الإنترنت من أجهزة، ومجموعة من البروتوكولات تسمى مجموعة بروتوكولات TCP-IP وتطبيقات برمجيات متنوعة مثل شبكة الويب العالمية، والبريد الإلكتروني، وأنظمة مشاركة الملفات من نظير إلى نظير، وبروتوكول نقل الملفات ومجموعات الأخبار^(١٤).

ومصطلح الإنترنت Internet يتكون من لفظين International (دولي) و Network أي الشبكة الدولية الإلكترونية المتعددة الابعاد والخدمات^(١٥)، وشبكة الإنترنت تقوم على مبدأ تعاوني مقتضاه "دعني أمر ادعك تمر"^(١٦).

^(١٢) وقد علق وزير العدل السنغافوري "هونغ كي" على المحكمة الإلكترونية بقوله سواء رضينا بذلك أم لا فإن الإنترنت جعلت من عمل المحاكم اليوم عابراً للحدود وهذا ما سيدرج رجال الاعمال والمال على اختيار الاسلوب الامثل للتعامل شبكياً في المستقبل، انظر مراد نيار، التقاضي عبر الوسائط الالكترونية في التشريع المغربي والمقارن، مجلة القانون والأعمال، جامعة الحسن الأول - المغرب، العدد ١٧ مارس ٢٠١٨ ص ٧١ وما بعدها.

^(١٣) القاضي / وليد العاكوم، مفهوم وظاهرة الاجرام المعلوماتي، بحث مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، جامعة الامارات العربية، كلية الشريعة والقانون، الامارات المجلد الاول - الفترة من ١ - ٣ مايو ٢٠٠٠ - ط ٣ سنة ٢٠٠٤، ص ١١.

^(١٤) Julia Hörnle Queen Mary University of London. Cross-border Internet Dispute Resolution Cambridge University Press, op. cit, pp 19-46.

^(١٥) د. سليم عبد الله احمد، الحماية القانونية لمعلومات شبكة المعلومات (الإنترنت)، رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة النهريين ٢٠٠١ ص ٣، القاضي / على انور، دلف البياتي، وسائل التقدم العلمي في سرعة حسم التطبيقات القضائية، دار السنهوري - بيروت ٢٠١٦، ص ٢٥.

^(١٦) د. بلقاسم حامدي، ابرام العقد الإلكتروني، رسالة دكتوراه - كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر ٢٠١٥، ص ٩.

وتعد شبكة الإنترنت وسيلة اتصال مفتوحة مهياة لنقل جميع أنواع التراسل بالنصوص والصور والرسوم والصوت، بالإضافة إلى أنها تتميز بسرعتها وعالميتها وامكانية الوصول إليها من أي مكان وفي أي زمان^(١٧)، فهي وسيلة يتم من خلالها التقاضي الإلكتروني موضوع بحثنا.

٢- المحكمة الإلكترونية:

يعد مصطلح المحكمة الإلكترونية من المصطلحات والمفاهيم الحديثة؛ حيث أنه لم يظهر إلا بعد ظهور مصطلح الحكومة الإلكترونية وهو مصطلح يختص بخدمات المحاكم فقط ولغرض تفعيل تقنية المعلومات بالشكل الافضل مما يساعد على جودة الخدمات وسرعة انجازها^(١٨)، وتعد المحكمة الإلكترونية دعامة من دعائم التقاضي الإلكتروني والوسيلة التي تطبق من خلالها اجراءات التقاضي^(١٩)، كما تعد أحد أعمدة التقاضي الإلكتروني حيث يرتبط مصطلح المحكمة الإلكترونية ارتباطاً وثيقاً بمفهوم التقاضي الإلكتروني^(٢٠)، وفي هذا الاتجاه تم دراسة فكرة إمكانية عقد محاكمة عبر الوسائل التقنية في أي وقت وأي مكان وتتمثل فكرة المحكمة الإلكترونية في أنه يناوب قاض وبشكل يومي، لمتابعة القضايا البسيطة التي تحدث كل ليلة سواء من بيته أو من مكتبه، كالمخالفات والحوادث المرورية، وتناول المشروبات الكحولية، وما إلى ذلك من جرائم يحكم في أغلبها بالغرامة^(٢١).

(١٧) د. هادي حسين عبد على الكعبي، نصيف جاسم محمد الكراوي، المرجع السابق ص ٢٩١.
(١٨) محمد محمد الألفي، ورقة عمل بعنوان " المحكمة الالكترونية بين الواقع والمأمول " مقدمة إلى مؤتمر الحكومة الالكترونية السادس، الادارة العامة الجديدة والحومة الالكترونية دبي - الإمارات، الفترة من ٩-١٢ ديسمبر ٢٠٠٧م، ص ٩.

(١٩) د. حسينة شرون، التقاضي الإلكتروني في الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة بسكرة - الجزائر ص ١٢ الزيارة في ٦/١/٢٠٢٠ متاح على:

<http://dspace.univ-msila.dz:8080/xmlui/handle/123456789/10504>

(٢٠) د. صفاء أوتاني، المحكمة الالكترونية (المفهوم والتطبيق) مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٨، العدد الأول ٢٠١٢م، ص ١٧٠.

(٢١) وبعد ضبط المتهم من قبل الشرطة ونقله الى القسم يتم حجزه في الزنزانة إلى اليوم التالي لعرضه على وكيل النيابة، وقد يضطر للمبيت عدة ايام، ويحكم على المتهم في آخر المطاف بالغرامة.

وفي إطار فكرة "القضاء الالكتروني" بعد ضبط المتهم يتم الاتصال بالقاضي وهو في بيته عبر كاميرا، لمشاهدة المتهم، وبحضور أحد وكلاء النيابة العامة الذين يناوبون بشكل يومي في اقسام الشرطة، ويتم إرسال أوراق القضية اليه في منزله أو مكتبه بالبريد الإلكتروني للاطلاع عليها، ليصدر حكمه على المتهم، وينفذ الحكم فوراً، بعد ان يرسله القاضي الى مركز الشرطة بالبريد الالكتروني أيضاً، يراجع محمد محمد الألفي، ورقة عمل بعنوان " المحكمة

وقد عرفها البعض بانها المحكمة التي تقوم بجميع الأعمال الموكلة إليها قانونا باستخدام الحاسب الإلكتروني الذي يحتوي على البرامج الخاصة بتطبيق إجراءات النقااضي والموصول بشبكة الاتصالات الدولية (الإنترنت) لاختصار الوقت والجهد واصدار الحكم بأبسط وأسرع الطرق دون الحضور المادي إلى المحكمة^(٢٢).

كما عرفها البعض الآخر بأنها حيز تقنى معلوماتي ثنائي الوجود (شبكة الرابط الدولية + مبنى المحكمة) يعكس الظهور المكاني الإلكتروني لأجهزة ووحدات قضائية وإدارية على الشبكة، تعمل هذه الاجهزة على استقبال الطلبات القضائية وصحائف الدعاوى وتجهيز برامج الملفات الإلكترونية، وتوفير معلومات المستجدات عن الدعاوى وقرارات الأحكام بما يمثل تواصلا بين المحامين والمواطنين، كما تمكن المحكمة المتقاضين ووكلائهم من المرافعة وتحضير الشهود وتقديم البيانات والاتصال المباشر مع العاملين بالمحكمة في أي وقت ومن أي مكان، كما توفر آليات جديدة ومتطورة لمتابعة الدعاوى والاطلاع على الجلسات، وحضورها، وكذلك قرارات الأحكام يمكن الاطلاع عليها بيسر وسهولة والحصول على المعلومات بسرعة وشفافية^(٢٣).

كما عرفها البعض بأنها: موقع يتم فيه الفصل في الدعاوى والمسائل القانونية عن طريق قضاة مؤهلين يتمتعون ببنية تحتية تسمح بتشغيل بعض الجوانب الادارية والاجرائية لوظائف المحكمة بشكل أفضل كتقديم الأدلة والإيداع الإلكتروني في المحكمة وتلقى الشهادة عن بعد، بهدف تقليل الاعتماد على الورق وزيادة كفاءة المحكمة والإسراع في الوصول إلى المعلومات

الإلكترونية بين الواقع والمأمول"، المرجع السابق، ص ١٥ وما بعدها.

(٢٢) د. هادي حسين عبد على الكعبي، نصيف جاسم محمد الكرعوي، المرجع السابق، ص ٣٠٠.

(٢٣) د. حسينة شرون، النقااضي الإلكتروني في الجزائر، المرجع السابق، ص ١٢

ومن أمثلة المحكمة الإلكترونية المحكمة الجنائية الدولية في لاهاي^(٢٤)، والمحكمة الإلكترونية في سنغافورة^(٢٥).

ولدينا ان المحكمة الإلكترونية هي حيز تقني معلوماتي داخل مبنى المحكمة يتيح للمتقاضين تقديم دعواهم وتسجيلها وتقديم المستندات والادلة بالبريد الإلكتروني على الموقع الإلكتروني للمحكمة عبر شبكة الإنترنت، وحضور الجلسات والمرافعة وحضور الشهود والتحقيق عبر الفيديوكونفرانس، كما يتيح للقضاة اجراء التحقيق وسماع الشهود ولو من محافظات بعيدة واصدار الأحكام إلكترونياً دون الحضور المادي للأطراف والمحامين والشهود في أي وقت ومن أي مكان، وذلك بواسطة قضاة مؤهلين قانونياً وتقنياً، ويرى البعض أن المحاكم الإلكترونية تنقسم إلى قسمين رئيسيين الأول تحول المحكمة إلى محكمة افتراضية كاملة تتخذ الإنترنت وسيلة رئيسية بدءاً من تقديم الدعاوى وانتهاءً بإصدار الحكم، وهذا هو نظام التقاضي الإلكتروني بصورة كلية، ويكون ذلك في المحاكم المتخصصة في حالات الملكية الفكرية والتجارة الإلكترونية ومثال ذلك المحكمة الإلكترونية لولاية ميتشيغن الأمريكية، اما النوع الثاني تحويل الإجراءات الورقية إلى اجراءات إلكترونية عبر الإنترنت (الدعوى الإلكترونية فقط) (نظام التقاضي الإلكتروني جزئياً) لان كل محكمة ليست قادرة على التحول الكلي إلى محكمة إلكترونية^(٢٦).

^(٢٤) القاضي الدكتور/ جمال عبد الله، محاضرة عن المحكمة الإلكترونية، المؤتمر الدولي الثالث التحول الرقمي والمعرفة القانونية مركز المعلوماتية القانونية، الجامعة اللبنانية، بيروت ٨-٩ / ١١/ ٢٠١٨ تمت الزيارة ٢٠/١٢/٢٠١٩ على الموقع التالي:

<https://www.linkedin.com/pulse/%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%AD%D9%83%D9%85%D8%A9%D8%A7%D9%84%D8%A7%D9%84%D9%83%D8%AA%D8%B1%D9%88%D9%86%D9%8A%D8%A9-jamal-abdallah>

^(٢٥) فقد افتتحت سنغافورة عام ٢٠٠٠ أول محكمة من نوعها في العالم على الإنترنت متخصصة في تسوية الخلافات المتعلقة بالتجارة والأعمال الإلكترونية على شبكة العنكبوت الدولية (الإنترنت)، وهو أمر فرضته طبيعة التجارة الإلكترونية والتباعد الجغرافي بين التجار والشركات. محمد محمد الألفي، ورقة عمل بعنوان " المحكمة الإلكترونية بين الواقع والمأمول " مقدمة إلى مؤتمر الحكومة الإلكترونية السادس، الإدارة العامة الجديدة والحومة الإلكترونية دبي - الإمارات، الفترة من ٩-١٢ ديسمبر ٢٠٠٧م، ص ٢٠ وما بعدها.

^(٢٦) يحيى مفرح الزهراني، المحاكم الإلكترونية، مقال بجريدة العرب الاقتصادية الدولية ١٠/١٠/٢٠١٠ تمت الزيارة في ١٢/١٢/٢٠١٩ متاح على الموقع التالي:

http://www.aleqt.com/2010/01/10/article_330394.html

الفرع الثاني

مزايا وعيوب التقاضي الإلكتروني

للتقاضي عن بعد مزايا عديدة تكاد تكون هي السبب في الالتجاء إليه، ولكن يتبادر سؤال إلى الذهن هو ما الهدف من التقاضي الإلكتروني؟
تكمن الاجابة عن هذا التساؤل من خلال البحث في مزايا التقاضي الإلكتروني والتي سوف نبينها بعد، أضف إلى ذلك أن الهدف من مشروع المحاكم الإلكترونية تبديل الاضابير والملفات الورقية (ملفات الدعوى) إلى ملفات الدعوى الإلكترونية، مما يترتب عليه رفع الكفاءة وتخفيض التكاليف وتقليل مساحات التخزين (أرشيف المحاكم) والتي تسمى (غرف الحفظ) ناهيك عن تلف الملفات وفقدائها، فمن خلال التقاضي الإلكتروني يتم حفظها داخل الحاسب الألى^(٢٧).

أولاً- مزايا التقاضي الإلكتروني:

١- سرعة اجراءات التقاضي وحسم النزاع:

من أهم المبادئ التي تركز عليها العدالة مبدأ السرعة في حل النزاع وعدم جواز التأخير فيه دون مسوغ مشروع لان العدالة البطيئة نوع من الظلم^(٢٨)، وأهم ما يميز التقاضي عبر الإنترنت السرعة في الإجراءات وحسم النزاع، حيث تتم إجراءات التقاضي عبر الخط، فيكون تقديم الأوراق والمستندات والمذكرات المكتوبة بالبريد الإلكتروني دون الذهاب إلى مقر المحكمة ودون حضور الاطراف بل تتم المشاركة في الجلسات وتبادل المستندات عبر الإنترنت والمؤتمرات عن بعد عبر الفيديوكونفرانس عكس القضاء العادي الذي يعيبه الروتين المعوق وبطء إجراءات التقاضي^(٢٩)، يتيح التقاضي الإلكتروني للشهود والخبراء وغيرهم من

^(٢٧) د. عصمت عبد المجيد بكر، دور التقنيات العلمية في تطور العقد، دار الكتب العلمية - بيروت ٢٠١٥م، ص ٥١٤.

^(٢٨) د. رجائي عبد الرحمن عبد القادر، الاجراءات المتبعة في التحكيم عبر الوسائط الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، اسكندرية سنة ٢٠١٨، ص ٣٠.

^(٢٩) د. آلاء يعقوب النعيمي، الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني، المؤتمر الدولي السادس عشر للتحكيم، كلية القانون - جامعة الإمارات، ص ٩٧٠ وما بعدها.

أصحاب المصلحة الذين يعيشون في أماكن نائية أو يخشون على سلامتهم من الذهاب إلى المحكمة الحضور عن بُعد^(٣٠).

٢- توفير الوقت والجهد للقاضي والمتقاضي:

يترتب على سرعة اجراءات التقاضي وحسم النزاع توفير الوقت والجهد حيث تعمل المحكمة الإلكترونية على زيادة عدد الدعاوى التي تنظرها في اليوم الواحد، اذ يستخدم البريد الإلكتروني في تبادل المستندات مما يوفر وقت وجهد القاضي والمتقاضي، ناهيك عن أن استخدام التقنية الحديثة في التقاضي يساعد القضاة في البحث عن النصوص القانونية والاجتهادات القضائية والاطلاع على ما هو جديد والارتقاء بأداء القضاة^(٣١)، مما يوفر الوقت ويؤدي إلى سرعة حسم المنازعات ويخفف العبء على المحاكم وييسر عمل القضاة^(٣٢).

يستطيع المتقاضي أو وكيله المحامي من مكتبه الدخول على موقع المحكمة ومتابعة القضية وارسال المذكرات والمستندات بالبريد الإلكتروني دون حاجة إلى الحضور إلى المحكمة، مما يؤدي إلى توفير الوقت والجهد ويقلل الازدحام واكتظاظ المحاكم والجلسات^(٣٣)، ناهيك عن تخفيف الاحتقانات بين الخصوم، وخاصة في القضايا الاسرية والجنائية وبالتالي عدم اطالة امد التقاضي ومنع الأعدار المقدمة من الخصوم لتأجيل الدعوى والتسويق والمماطلة^(٣٤)، حيث يلجأ بعض الخصوم إلى المحامين للتحايل على القانون، وإطالة امد النزاع^(٣٥).

(30) Michael G. Planty., Camille Gourdet, Amanda R. Witwe, Lynn Langton, Duren Banks Dulani Woods, Brian A. Jackson, Court Appearances in Criminal Proceedings Through Telepresence, available on : https://www.rand.org/pubs/research_reports/RR3222.html

(٣١) د. صفاء أوتاني، المرجع السابق، ص ١٨١.

(٣٢) د. احمد عوض هندي، التقاضي الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، اسكندرية سنة ٢٠١٤م، ص ١٦.

(٣٣) د. عصماني ليلي، المرجع السابق، ص ٢١٨.

(٣٤) د. ناصر بن زيد بن ناصر بن داوود. حوسبة التقاضي - المحكمة الإلكترونية - مقالة موجودة على موقع مركز الدراسات القضائية.

(٣٥) د. احمد عوض هندي، التقاضي الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، اسكندرية، عام ٢٠١٤م، ص ٩.

ويمكن أن يسهم الوجود الافتراضي في تخفيض التكاليف، من خلال الحد من ضرورة انتقال المتهم بين السجن والمحكمة، مما يتيح تعزيز استغلال الشهود والخبراء للوقت بفاعلية أو تقليص زيارات المحامين إلى السجن للتحدث مع موكلهم^(٣٦).

فقد أصبح مواكبة القاضي لتكنولوجيا العصر الرقمي ضرورة حتمية، فدخول التكنولوجيا في المؤسسات القضائية أمراً يستلزم قاضياً واعياً ولما بعلم العصر وأدواته، فيمكنه الاطلاع على القوانين وتعديلاتها وأحكام المحاكم والمبادئ القانونية التي اصدرتها من خلال المواقع الرسمية لتلك المؤسسات حتى تكون المصادر موثوقاً فيها، مما يوفر الوقت والجهد للقاضي^(٣٧)، واحترام قيمة الوقت من أهم ما يميز القاضي الإلكتروني وضمانة من ضمانات التقاضي^(٣٨)، حيث تتم الإجراءات عبر الإنترنت مما يتيح متابعة الجلسات والاطلاع على القضايا والأحكام بسرعة ودقة دون الحضور الشخصي للأطراف إلى المحكمة مما يحد من المترددين على المحاكم فيوفر الوقت والجهد بالإضافة إلى الشفافية وإتاحة العدالة للجميع^(٣٩).

ومن الجدير بالذكر أن التقاضي الإلكتروني يسهل تدقيق الدعوى عبر الاتصال بملف الدعوى إلكترونياً، ويتيح لإدارات التفتيش القضائي ومحاكم الاستئناف والنقض من الدخول إلى ملف الدعوى عند الضرورة دون تكلفة، وعناء ودون تأخير ولا مخاطبات بريدية، ولا تأخير في الرد المطلوب^(٤٠)، كما يمكن لمحكمة أول درجة ارسال ملف الدعوى إلكترونياً إلى محكمة الاستئناف بدل تأجيل الدعوى المتكرر في الاستئناف لضم مفردات الدعوى من محكمة أول درجة فهذا يوفر وقتاً وجهداً، كذلك يسهل الاطلاع على ملف الدعوى عن بعد ويقضى على الروتين المعوق لموظفي المحاكم ويوفر الوقت والجهد والشفافية والنزاهة من أجل الوصول إلى عدالة ناجزة^(٤١).

^(٣٦) برايان إيه. جاكسون، نظام قضائي مستعد للتطورات المستقبلية، متاح على

<http://www.rand.org/jie/justice-policy/projects/priority-criminal-justice-needs.html>

^(٣٧) د. سحر عبد الستار إمام، بحث منشور بعنوان "انعكاسات العصر الرقمي على قيم وتقاليده القضاء"، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية مجلة الكترونية، العدد ١٠ يناير ٢٠١٨م، ص ٥٩.

^(٣٨) د. طلعت دويدار، ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم، دار الجامعة الجديدة اسكندرية سنة ٢٠٠٩م، طبعاً قراً بنار، المرجع السابق، ص ٤١.

^(٣٩) د. صفاء أوتاني، المرجع السابق، ص ١٨٢، د. ناصر بن زيد بن ناصر بن داوود، المرجع السابق.

^(٤٠) عبدالناصر عبد الله ابو سمهدانة، نحو قضاء إداري إلكتروني، بحث منشور في مجلة جامعة الأزهر، غزة، عدد

٣-تبادل المستندات بالبريد الإلكتروني عبر الإنترنت:

من مميزات التقاضي الإلكتروني ارسال المستندات والعرائض عبر الإنترنت وتبادل الوثائق إلكترونياً بين الخصوم أو بين محاميهم^(٤٢)، حيث يتم حفظها على موقع المحكمة مما يسهل الرجوع إليها والاطلاع عليها ببسر وسهولة وبسرعة أكبر مما كان عليه الحال في غرف الحفظ التقليدية، والتالي يمكن استعمال هذه الغرف في اغراض اخرى^(٤٣).

ويعد البريد الإلكتروني بوابة اتصالات سريعة وفعالة في جميع أنحاء العالم فهو مهم الآن للعديد من الدوائر الحكومية والمحاكم لتخزين المواد والمراسلات، وهو أحد التطبيقات الأكثر شعبية على الإنترنت، حيث يسمح للمستخدمين بإرسال الرسائل التي تم إنشاؤها على الكمبيوتر إلى أي كمبيوتر آخر على الإنترنت في غضون ثوان، كما يمكن إرفاق ملفات البيانات مثل الصور الفوتوغرافية ومقاطع الصوت، برسالة بريد إلكتروني^(٤٤).

٤-السرية التامة للمعلومات والبيانات:

توفر حوسبة التقاضي السرية التامة في تداول ملفات الدعوى القضائية والمحافظة على المعلومات والأسرار التي يخشى أطراف الدعوى إفشاءها على العامة^(٤٥)، هذا بالإضافة إلى أن استخدام الوسائل التقنية في التقاضي يجعل من الصعب الوصول إلى المعلومات والبيانات الخاصة به من غير المعنيين، بحيث لا يمكن الغير معرفة فحوى تلك المعلومات إلا المرسل أو مما كلف بإرسالها^(٤٦).

خاص بمؤتمر كلية الحقوق الخامس المحكم، العدد ١٩ سنة ٢٠١٧، ص ٣٣١.

^(٤٢) عمر لطيف كريم العبيدي، التقاضي الإلكتروني وآلية التطبيق، بحث منشور في مجلة كلية القانون جامعة تكريت - العراق، السنة (١) المجلد (١) العدد(٢) الجزء (١) سنة ٢٠١٧ ص ٥١٤ وما بعدها.

^(٤٣) د. هادي حسين عبد على الكعبي، نصيف جاسم محمد القرعاوي، المرجع السابق، ص ٢٨٥.

^(٤٤) Alan Davidson, Social Media and Electronic Commerce Law, University of Queensland Cambridge University Press, 2015 pp. 126-140, Available on: <https://doi.org/10.1017/CBO9781316182796.011>

^(٤٥) عبد العزيز سعد الغانم، المرجع السابق، ص ٥.

^(٤٦) القاضي/ على انور دلف البياتي، المرجع السابق، ص ٢٧.

٥- القضاء على الفساد المالي والإداري بالمحاكم:

تطبيق نظام التقاضي الإلكتروني يقضى على كل ابواب الفساد والرشوة داخل المنظومة القضائية حيث يقيد المتقاضي دعواه عبر الموقع الإلكتروني للمحكمة دون تعامل مع الموظف مباشرة ويتابع المدعى الدعوى القضائية من أي مكان داخل الدولة وفي أي وقت، فيحصل على خدماته دون احتكاك مع مقدم الخدمة الأمر الذي لا يقضى فقط على الفساد والرشوة بل على بطء إجراءات التقاضي والذي يكلف الدولة الكثير من المليارات^(٤٧)، ناهيك عن سداد الرسوم إلكترونياً يمنع المواطن من التعامل مع الموظف ودفع مبالغ مالية (رشاوى) لاستخراج نسخ من الأوراق أو صور من الأحكام أو محاضر الجلسات وغيرها من الفساد الذي تقضى بين موظفي المحاكم^(٤٨).

وعلى الرغم من مزايا التقاضي الإلكتروني؛ إلا أنه يجب على وزارة العدل قبل تفعيل التقاضي الإلكتروني تطوير العناصر البشرية داخل المنظومة القضائية من خلال تدريب جميع أعضاء الهيئات القضائية، وجميع العاملين بهذه الهيئات، والجهاز المعاون لها؛ كمصلحة الخبراء والطب الشرعي، وذلك على منظومة التقاضي الإلكتروني^(٤٩).

فالتقاضي الإلكتروني يعمل على تعزيز مبدأ الشفافية وتقليل ظاهرة الفساد الإداري في النظام القضائي وخاصة بعد تقضى هذه الظاهرة في المحاكم بين الموظفين ناهيك عن الوساطة والمحسوبية، حيث أن قمع الفساد في المنظومة القضائية له دور فعال في التأثير على تدعيم نزاهة القضاء ككل.

^(٤٧) المستشار/ فتحي المصري، التقاضي الإلكتروني يقضى على أبواب الفساد حوار مع جريدة الوطن الإلكترونية، ١٤ مايو ٢٠١٥م، تمت زيارة الموقع الإلكتروني في ٢٠٢٠/١/٢ على الموقع التالي:

<https://www.elwatannews.com/news/details/729552>

^(٤٨) شيماء البدوي، التحول الرقمي يزحف الى القضاء، مقال بالجريدة الاقتصادية الأولى في مصر (البورصة) في ٩/٩/٢٠١٩ متاح على:

<https://alborसानews.com/2019/09/09/1242440>

^(٤٩) المستشار/ فتحي المصري، المرجع السابق.

ثانياً - عيوب التقاضي الإلكتروني:

١- عدم ضمان سرية التقاضي

لان الإجراءات تتم عبر شبكة الإنترنت مما يشكل تهديدا لسريتها، ناهيك عن دخول المخربين والقرصنة على موقع المحكمة الذين يحاولون اختراق المواقع الإلكترونية على شبكة الإنترنت^(٥٠)، ولدينا انه يمكن تلافي هذا العيب بإصدار قوانين وطنية وتشريعات دولية لملاحقة هؤلاء المخربين والقرصنة، وأن تقتصر كلمة السر للدخول على موقع المحكمة على هيئة المحكمة وأطراف النزاع وممثلهم فقط، بالإضافة إلى استخدام الجدران النارية وتشفير البيانات.

٢- التفاوت التكنولوجي (الفجوة الرقمية)^(٥١):

يوجد أطراف لا يمكنهم الوصول إلى شبكة الإنترنت خاصة في الأماكن النائية مما يؤثر على حق المواجهة والاستماع بين الأطراف وبالتالي على نزاهة الأدلة^(٥٢)، ناهيك عن الأمية المعلوماتية بين الأفراد^(٥٣)، وتعد الفجوة الرقمية The digital divide ظاهرة فريدة بين من لديهم الإمكانيات لاستخدام الحاسب الآلي ومن هم أقل حظاً من هذه الناحية خاصة في الدول النامية^(٥٤)، ولكن في ظل التكنولوجيا المتطورة التي جعلت العالم قرية صغيرة وأدابت الفوارق بين الحدود، ودخول الإنترنت في كل مكان يمكن تلافي ذلك العيب.

٤- عدم مواكبة التشريعات الوطنية لنظام التقاضي عن بعد:

أن نظام التقاضي عن بعد حديث النشأة وبالتالي فإن عدم إدراج التشريعات الوطنية نظام التقاضي الإلكتروني يطرح إشكالية حقيقية حول مدى صحة إجراءات التقاضي عبر الإنترنت وفقاً لقانون المرافعات المدنية والتجارية ويمكن تلافي هذا ليعيب بتدخل المشرع لإقرار قواعد جديدة تتسجم مع خصوصية التقاضي عبر الإنترنت.

(٥٠) د. هادي حسين عبدعلي الكعبي، نصيف جاسم الكرعادي، المرجع السابق، ص ٣٠٦.

(٥١) طلال أبوغزالة، الجمعية الدولية للملكية الفكرية INTA، الاجتماع السنوي الخامس والعشرون بعد المائة الاثني عشر مايو ٢٠٠٣ للام المتحدة وأهمية العلامات التجارية للقوة الرقمية أمستردام.

(٥٢) د. رجائي عبدالرحمن عبدالقادر، الاجراءات المتبعة في التحكيم عبر الوسائط الإلكترونية، المرجع السابق، ص ٣٦.

(٥٣) د. هادي حسين عبد علي الكعبي، نصيف جاسم الكرعادي، المرجع السابق، ص ٣٠٦.

(٥٤) د. رجائي عبدالرحمن عبدالقادر، المرجع السابق ص ٣٦.

المطلب الثاني

الضمانات التي تحقق الثقة في نظام التقاضي الإلكتروني

يتم تداول البيانات والمعلومات عبر شبكة الإنترنت مما يعرضها إلى خطورة، الأمر الذي أدى إلى وضع ضمانات لحماية هذه البيانات - والمعلومات على نحو يضمن سريتها وعدم العبث بها، وهذه الضمانات تتمثل في الحماية التقنية والجنائية للمعلومات والتي تحقق الثقة في نظام التقاضي الإلكتروني، حيث تعد هذه الضمانات السياج الأمني للتقاضي الإلكتروني، بالإضافة إلى تحقيق الثقة في منظومة التقاضي الإلكتروني، وتشجيع أطراف الدعوى على اللجوء إلى هذا النوع من التقاضي وسوف نتناول تلك الضمانات في فرعين كالتالي:

الفرع الأول: الحماية التقنية للمعلومات والبيانات.

الفرع الثاني: الحماية الجنائية للمعلومات.

الفرع الأول

الحماية التقنية للمعلومات والبيانات

١- تشفير البيانات المتبادلة عبر الإنترنت:

يعد التشفير أقدم العلوم التقنية وقد استخدمه الإنسان منذ القدم في الأغراض العسكرية ويعد أحد الوسائل المناسبة لتحقيق تامين المعاملات الإلكترونية^(٥٥)، وقد تعددت تعريفات التشفير إلا أن كلها تدور حول معني واحد هو حماية المعلومات باستخدام التقنيات العلمية الحديثة من الغير حيث يعمل التشفير على الحيلولة دون اختراقها^(٥٦)، وهو تدبير اخترازي يقصد به ضمان عدم تسرب البيانات والمعلومات المخزنة إلكترونياً^(٥٧).

وقد عرف التشفير في اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري بأنه منظومة تقنية حسابية تستخدم مفاتيح خاصة لمعالجة البيانات والمعلومات المقروءة إلكترونياً عن طريق مفاتيح فك الشفرة^(٥٨)، ويتم التشفير من خلال نوعين من المفاتيح^(٥٩).

^(٥٥) مراد بنار، المرجع السابق، ص ١٧.

^(٥٦) د. تامر محمد سليمان الدمياطي، إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، ٢٠٠٩م، ص ٤٣١.

^(٥٧) عبدالعزيز سعد القائم، المرجع السابق، ص ٤٧.

^(٥٨) د. رجائي عبدالرحمن عبدالقادر، المرجع السابق، ص ١٠٤ وما بعدها.

^(٥٩) الفقرة التاسعة من المادة الأولى من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم ١٥ لسنة ٢٠١٤م.

١- التشفير المتماثل نظام المفتاح الخاص ويعمل على تحويل الرسائل إلى رموز وإشارات غير مفهومة.

٢- التشفير الا متماثل نظام المفتاح العام ويشترط فيه مفتاحين أحدهما المفتاح العام والآخر المفتاح الخاص وهما مفتاح للتشفير وآخر لفك التشفير.

٢- استخدام الجدران النارية Firewall

وهو برنامج إلكتروني يقوم بإرسال رسالة تحذيرية عند اختراق الفراصنة للموقع الإلكتروني^(٦٠)، وتعد الجدران النارية إحدى وسائل الامن المعلوماتي، وهي برنامج يشغل كيوابة للتحكم بنقاط الدخول ما بين الشبكة والمستخدمين، ويستخدم في البنوك والمؤسسات الأمنية^(٦١).

ثانياً- الحماية الجنائية للبيانات والمعلومات المخزنة إلكترونياً:

يقصد بها تجريم أي صورة من صور التعدي على بيانات المحكمة الإلكترونية ومعلوماتها وأموالها متى كان ذلك يشكل جريمة في ذاته^(٦٢)، ومن صور التعدي التلاعب في بيانات شبكة المحكمة الإلكترونية وتدمير المعلومات أو إتلافها^(٦٣).

ولمواجهة الإجرام السيبراني لا بد من صدور تشريعات لمعاقبة مجرمي شبكة الإنترنت، وقد أصدرت الحكومة المصرية قانون مكافحة جريمتها تقنية المعلومات (الجرائم الإلكترونية)، والذي ينص في بعض بنوده علي المعاقبة عي جريمة الاعتداء على سلامة البيانات والمعلومات والنظم المعلوماتية، وجريمة الاعتداء علي البريد الإلكتروني والمواقع والحسابات الخاصة^(٦٤)، كما ان المشرع الفرنسي جرم أي تقنيات يستخدمها المجرم المعلوماتي في سرقة المعلومات أو الأموال عبر شبكة الإنترنت^(٦٥)، والجريمة المعلوماتية لها مسميات عديدة حيث

(٦٠) تامر عبدالجبار عبدالعباسي السعيد، التنظيم القانوني للمزاد الإلكتروني، دراسة مقارنة، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر ٢٠١٨م، ص ٢٥٤ وما بعدها، هامش ١.

(٦١) مراد بنار، المرجع السابق، ص ١٧٨.

(٦٢) د. صفاء اوتاني، المرجع السابق، ص ١٧٨.

(٦٣) المرجع السابق، ص ١٧٩.

(٦٤) القانون رقم ١٧٥ لسنة ٢٠١٨ المنشور في الجريدة الرسمية العدد ٣٢ مكرر (٢) ١٤ أغسطس لسنة ٢٠١٨م.

(٦٥) د. خالد محمد مصطفى، المعلوماتية والمسؤولية الجزائية، بحث مقدم في مؤتمر كلية الحقوق جامعة السلطان قابوس، حول الجوانب القانونية للمعلوماتية في الفترة من ١٣-١٤ مارس ٢٠١، ص ٦.

توصف بجرائم الحاسب الآلي أو جرائم الإنترنت، جرائم تقنية المعلومات جرائم الهاكرز، (Cyber –Crime)^(٦٦).

ويرى الباحث انه يجب صدور تشريعات دولية أو على الأقل يكون هناك تعاون دولي بشأن جرائم الإنترنت، لتجريم كل ما من شأنه هز ثقة الجمهور بالتعاملات التي تتم في العالم الرقمي؛ لأن الجريمة المعلوماتية لا تقف عند الحدود الإقليمية لدولة معينة، بل إنها متعدية الحدود^(٦٧).

المبحث الثاني

الخصومة القضائية الإلكترونية

لقد شهد العالم تطوراً مذهباً في تكنولوجيا المعلومات، وليس بغريب أن نجد في عالم اليوم المحامي الإلكتروني (المستشار القانوني عبر الإنترنت) وكذلك التحكيم الإلكتروني والتجارة الإلكترونية والتعليم الإلكتروني فلا عجب أن تكلمنا عن التقاضي الإلكتروني والدعوى الإلكترونية أو المحاكم المعلوماتية Lescyber – Tribunqux.

وتتم إجراءات التقاضي والتي تبدأ من رفع الدعوى وتنتهي بإصدار حكم إلكتروني عبر شبكة الإنترنت، بطريقة سمعية وبصرية كالتحكيم الإلكتروني، وتتم المرافعة والتحقيق وتبادل المستندات والاطلاع عليها وإصدار الحكم والمداولة عبر الإنترنت^(٦٨)، حيث يسمح للمحامي بتسجيل الدعوى على الموقع الإلكتروني للمحكمة عبر الشبكة العنكبوتية (الإنترنت)، ويتم إيداع العريضة أو لائحة الدعوى مرفقاً بها المستندات والطلبات، وكذلك دفع الرسوم واجراء التبليغات، وتبادل المستندات والمذكرات بالوسائل الإلكترونية.

^(٦٦) المرجع السابق، ص ٢١.

^(٦٧) د. عادل حماد عثمان، ضبط الادلة في مجال الجريمة المعلوماتية، بحث منشور في مجلة مصر المعاصرة الصادرة عن الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، القاهرة، العدد ٥٣١-٥٣٢، أكتوبر ٢٠١٨، ص ١٣٤.

^(٦٨) د. احمد عوض هندي. التقاضي الإلكتروني. دار الجامعة الجديدة، اسكندرية عام ٢٠١٤م، ص ٧٣.

وللمحكمة سماع الشهود من تلقاء نفسها أو بناء على طلب يقدمه أحد الخصوم بالبريد الإلكتروني ويكون سماع الشهود من تلقاء نفسها أو بناء على طلب تقديم أحد الخصوم بالبريد الإلكتروني أمام المحكمة، حيث يكون سماع الشهود عبر الفيديوكونفرنس أيضاً كان وجود الشاهد أو الخصم توفير للوقت والجهد للقاضي والمتقاضي دون الاستعانة بالأوراق والحضور الشخصي وعليه نقسم هذا المطلب إلى فرعين كالتالي:

المطلب الأول: الدعوى الإلكترونية.

المطلب الثاني: المرافعة الإلكترونية (سير الخصومة الإلكترونية).

المطلب الأول

الدعوى الإلكترونية

تمر الدعوى الإلكترونية بإجراءات قضائية أمام المحكمة الإلكترونية، وذلك قبل سير الخصومة وبداية المرافعة الإلكترونية، فقد أتاحت الوسائل الحديثة بإمارة أبو ظبي في إدارة الدعوى الإلكترونية، حيث يتم قيد الدعوى ودفء الرسوم والإعلانات القضائية بالبريد الإلكتروني^(٦٩)، وسنحاول في هذا المبحث التعرض لتلك الإجراءات من خلال تقسيمه إلى مطلبين نتناول بالأول أيداع الدعوى وقيدها على الموقع الإلكتروني للمحكمة، وسنبحث في الفرع الثاني منه إعلان الأوراق القضائية (التبليغات الإلكترونية) وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول

إيداع الدعوى وقيدها على الموقع الإلكتروني للمحكمة

أولاً- الدخول إلى الموقع الإلكتروني للمحكمة:

يتم تنظيم موقع إلكتروني لكل محكمة على شبكة الإنترنت يعد عنوان إلكتروني للمحكمة^(٧٠)، وهذا الموقع يقابل قلم كتاب المحكمة أو السكرتارية في القضاء العادي، ويكون

(٦٩) د. أحمد عوض هندي، التقاضي الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، اسكندرية عام ٢٠١٤م، ص ٦٦.

(٧٠) د. هادي حسين عبدعلي الكعب، تصنيف جاسم الكرعادي، المرجع السابق ص ٣٠٣.

الهدف منه تسهيل إجراءات التقاضي حتى يتمكن الأطراف من تقديم طلباتهم ومستنداتهم طوال ال ٢٤ ساعة عبر شبكة الإنترنت في أي وقت ومن أي مكان^(٧١).

ويخول الموقع للمتقاضين أو وكلائهم الدخول والبحث عن المعلومات، وما تم من الإجراءات في الدعوى، كذلك يتيح لهم الاتصال مع العاملين بالمحكمة من خلال البريد الإلكتروني والفيديوكونفرانس، وكذلك متابعه الإجراءات ومباشرة الدعوى دون الحضور المادي^(٧٢)، ويحفظ على الموقع ملف الدعوى وجميع المذكرات والمستندات المتعلقة بها وكل الإجراءات وأدلة الإثبات والإعلانات حتى يمكن الرجوع إليها من قبل المتقاضين والمراجعين ببسر وسهولة.

ومن الجدير بالذكر يجب أن يعامل جميع الاطراف بطريقة متساوية فيما يتعلق بكيفية الدخول إلى الموقع الإلكتروني للمحكمة احتراماً لمبدأ المواجهة وحماية لحقوق الدفاع^(٧٣).

ثانياً- توكيل محامي إلكترونياً (المحامي الإلكتروني):

للمدعي توكيل محامي إلكترونياً للدفاع عنه من خلال تقديم بياناته ورقم القيد في نقابة المحامين، ويتم التأكد من هويته من خلال الربط الإلكتروني مع الحكومة الإلكترونية والشهر العقاري والأحوال المدنية ونقابة المحامين، حيث يصدر للمحامي وكالة بالخصومة سند الوكالة بشكل سند إلكتروني، بحيث يتم إرفاقه بالمستندات، ويسمح له بالدخول إلى موقع المحكمة^(٧٤)، ويمكن تسديد الرسوم بواسطة وسائل الدفع الإلكتروني مثل البطاقات المصرفية والتحويلات الإلكترونية وللمحامي التوقيع علي عريضة الدعوى من خلال التوقيع الإلكتروني ويرسل العريضة والوكالة مع المستندات بالبريد الإلكتروني لموقع المحكمة، وكذلك يرسل بريده الإلكتروني ورقم هاتفه عبر الوسائط الإلكترونية^(٧٥)، والمحامي الإلكتروني في كندا منذ أكثر من عشر سنوات حيث يوجد ربط بين قصر عدالة مونتريال بكندا وكثير من مكاتب المحامين

(٧١) د. رجائي عبدالرحمن عبدالقادر، المرجع السابق، ص ٢٧٥ وما بعدها.

(٧٢) د. هادي حسين عبدعلي الكعب، تصنيف جاسم الكرعادي المرجع السابق

(٧٣) د. رجائي عبدالرحمن عبدالقادر، المرجع السابق، ص ٢٧٦

(٧٤) محمد الترساوي، تداول الدعوى القضائية أمام المحاكم الإلكترونية، دار النهضة العربية ٢٠١٣ ص ٨٦ وما بعدها.

(٧٥) عبد العزيز سعد الغانم، المرجع السابق ص ٩٠.

بهذه المدينة حيث تسمح للمحامي بالقيام بجل الإجراءات من مكتبه عبر شبكة الاكسترانت (Extranet) خاصة تتبع الملفات^(٧٦) .

ثالثاً- إيداع صحيفة الدعوى قلم الكتاب وسداد رسومها وتسجيلها: ١- بيانات صحيفة الدعوى الإلكترونية:

ولما كانت المادة (٦٣) مرافعات تنص على أنه: "ترفع الدعوى إلى المحكمة بناء على طلب المدعي بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة مالم ينص القانون على غير ذلك ويجب ان تشمل صحيفة الدعوى على البيانات الآتية"^(٧٧)، ولما كانت الغاية من كتابة صحيفة الدعوى الحفظ وامكانية الرجوع إليها فان الكتابة شكل جرت المحاكم على استخدامه لذلك فان الكتابة الإلكترونية تؤدي ذات الغرض ولا تتعارض مع قانون المرافعات^(٧٨)، وخاصة بعد ان اقرت التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية حجية المحررات الإلكترونية^(٧٩)، واعطتها حجية المحررات التقليدية وذلك لمواكبة ثورة التكنولوجيا^(٨٠).

هذا بالإضافة إلى ان نص المادة (٦٣) مرافعات مصري لم يحدد طريقة إيداع الصحيفة، فترك الباب مفتوحاً؛ حيث يمكن أيدعها قلم الكتاب الإلكتروني على الموقع الإلكتروني للمحكمة.

٢- تقديم صحيفة الدعوى:

تقدم صحيفة الدعوى إلى قلم الكتاب ويقصد به قلم الكتاب الإلكتروني الموجود على الموقع الإلكتروني للمحكمة وهو مجموعة من الموظفين الحقوقيين مما لديهم خبرة بالمحاكم وتقنيات الحاسب الآلي وممارسة العمل الاجرائي القضائي، وتكون مهمتهم تلقي الدعاوي وتسجيلها وتحصيل رسومها من خلال وسائل الدفع الإلكتروني، واستلام مستندات الدعوى

^(٧٦) محمد محمد الالفي، المحكمة الإلكترونية بين الواقع والمأمول، ورشة عمل مقدمة الي مؤتمر الحكومة الإلكترونية السادس الادارة العامة الجديدة والحكومة الإلكترونية، دبي الامارات ١-١٢ ديسمبر ٢٠٠٧.

^(٧٧) المادة (٦٣) من قانون المرافعات المصري.

^(٧٨) عمر لطيف كريم العبيدي المرجع السابق، ص ٥٢٠.

^(٧٩) د. علاء حسين مطلق، المستند الإلكتروني، دار النهضة العربية ٢٠١١ ص ٢٤٦.

^(٨٠) د. محمود عبد الرحمن محمد، مدي حجية الوسائل الإلكترونية في اثبات المعاملات المدنية والتجارية والادارية في

القانون الكويتي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة ٦ مارس ٢٠١٨ ص ١٤٨.

وأدلة الإثبات وحفظها وتجهيز الجلسات وتبليغ الأطراف بمواعيد انعقادها، ومتابعة الدعاوي والتأكد من هوية الأطراف والمراجعين للموقع الإلكتروني^(٨١).

وتقدم صحيفة الدعوى بطريقتين الأولى ملء النموذج المعد لذلك على الموقع، حيث يظهر على الشاشة بيانات معينة باسم المدعي والمدعي عليه والبريد الإلكتروني لكل منهما وارقام الهواتف والطلبات ويعطي للمدعي رقماً سرياً لمتابعه إجراءات الدعوى^(٨٢)، على أن يتم إرسال الأوراق والمستندات الأدلة بالبريد الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت وطوال الـ ٢٤ ساعة، أما الطريقة الثانية فتكتب صحيفة الدعوى ويتم التوقيع عليها باستخدام التوقيع الإلكتروني وإيداع مستنداتها ومذكراتها بالبريد الإلكتروني على موقع المحكمة.

وفي الولايات المتحدة الأمريكية يتم رفع الدعوى إلكترونياً عبر موقع إلكتروني لشركة خاصة يقع مركزها الرئيسي في مدينة سانتا بربرا بولاية كاليفورنيا وقد بدأت تشغيل الموقع في أيلول ١٩٩٩^(٨٣).

٣- سداد رسوم الدعوى وتسجيلها إلكترونياً:

يكون سداد الرسوم من خلال آليات دفع إلكترونية مسلم بها في قوانين المعاملات الإلكترونية مثل البطاقات البنكية والنقود الإلكترونية والمحفظة الإلكترونية^(٨٤)، وقد اقرت التشريعات الوطنية والدولية وسائل الدفع الإلكتروني واعتبرته مبرراً للذمة^(٨٥)، كما صدر قرار وزير المالية المصري رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٩ بتعديل بعض أحكام اللائحة التنفيذية للقانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨١ والذي أجاز تحصيل الإيرادات الحكومية عن طريق النظم الآلية الحديثة (التحصيل الإلكتروني عن طريق بطاقات السداد الإلكترونية المحلية والدولية - التحويلات

(٨١) د. هادي حسين عبد علي الكعبي، نصيف جاسم محمد الكرعادي، المرجع السابق، ص ٣٠٣.

(٨٢) القاضي الدكتور/ جمال جمال عبدالله، التحول الرقمي والمعرفة القانونية سبق الإشارة إليه.

(٨٣) د. امير فرج يوسف، المحاكم الإلكترونية المعلوماتية والنقاضي الإلكتروني، المكتب العربي الحديث، اسكندرية ٢٠١٣، ص ٣٢، كذلك يراجع تارة سعيد الدباغ، إجراءات الدعوى المدنية الإلكترونية، بحث منشور بمجلة قه لاي زانست العلمية، الجامعة اللبنانية الفرنسية اربيل العراق المجلد ٤ العدد ٢٠١٩م، ص ١٠١.

(٨٤) حازم محمد الشرعة، النقاضي الإلكتروني والمحاكم الإلكترونية، دار الثقافة عمان ٢٠١٠ ص ٦٦.

(٨٥) د. رجائي عبدالرحمن عبدالقادر، المرجع السابق، ص ٢٩٣.

البنكية - ماكينات الصرافة الآلية، ونقاط البيع الإلكترونية، والهواتف النقالة، وشبكة المعلومات^(٨٦).

وتعد عملية الدفع الإلكتروني للرسوم هي الوسيلة المناسبة والتي تتماشى مع التقاضي الإلكتروني، ناهيك عن المميزات التي تميزه عن الدفع التقليدي، حيث تجنب الأطراف السرقة والانتقال إلى المحكمة^(٨٧)، وكذلك ما توفره من امان، فهي تعد من أبرز ما أنتجته الثورة التكنولوجية.

ويرى البعض اعداد برنامج يظهر نتيجة الدعوى والرسوم مجرد مراجعه الدعوى ومرفقاتها، وإذا استوفى الرسوم من قبل المتقاضي يظهر ما يدل على السداد وقيمة الرسوم وكيفية الدفع وفي حالة عدم السداد تظهر رسالة بذلك^(٨٨)، حيث يكون مزود بألية الرفض الأوتوماتيك التلقائي لأي عريضة إذا قدمت في غير المدة المحددة أو يوجد بها نقص في البيانات^(٨٩).

بعد سداد الرسوم يقوم قلم الكتاب الإلكتروني بمراجعته العريضة ومرفقاتها وللتأكد من هوية الأطراف من خلال الربط الإلكتروني مع الحكومة الإلكترونية يتم قيدها (لتسجيلها) برقم مسلسل وإرسال رسالة الإلكترونية (اشعار) للمدعي على بريده الإلكتروني يفيد بمراجعته الدعوى وسداد الرسوم وقيدها واعطاء رقم الدعوى حيث تعد الدعوى قائمة ويتم احتساب المواعيد القانونية^(٩٠).

^(٨٦) المصرية - العدد ٢٠ تابع (أ) - السنة ١٨٢ هـ الأحد ٢٨ المحرم سنة ١٤٣٠ هـ، الموافق ٢٥ يناير سنة ٢٠٠٩ م متاح

على بوابة مصر للقانون والقضاء تمت الزيارة ٢٠٢٠/٣/١٨

<http://www.laweg.net/Default.aspx?action=ViewActivePages&ItemID=8798&Type=6>

^(٨٧) قارة سليمان محمد الحلول القانونية لمشكلة تنازع القوانين في كل التعاقد الإلكتروني محلة الندوة للدراسات القانونية،

الجزائر، العدد ٣ سنة ٢٠١٥ م، ص ١٢١.

^(٨٨) أسعد فاضل منديل، التقاضي عن بعد، دراسة قانونية، بحث منشور في مجلة جامعة الكوفة للعلوم القانونية

والسياسية الاصدار ٢١ لسنة ٢٠١٤ م، ص ١١٠.

^(٨٩) د. عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص ٥٣٢، د. حازم محمد الشرعة، المرجع السابق، ص ٧٦ وما

بعدها

^(٩٠) عمر لطيف لطيف العبيدي، المرجع السابق ص ٥٢٢.

رابعاً- إخطار المدعي عليه بقيد الدعوى عن طريق قلم الكتاب:

طبقاً للمادة (٦٥) من قانون المرافعات المصري فإن قلم الكتاب يرسل إلى المدعي عليه خلال ثلاثة أيام كتاب موصي عليه بعلم الوصول مرفقاً به صورة من صحيفة الدعوى والمذكرة الشارحة أو الاقرار باشمال الصحيفة على شرح كامل لها ويخطر فيه بقيد الدعوى واسم المدعي وطلباته والجلسة ويدعوه للاطلاع على ملف الدعوى وتقديم مستنداته ومذكرة بدفاعه^(٩١).

ومن الجدير بالذكر أن ما يقوم به قلم الكتاب من اخطار المدعي عليه لا يعد اعلاناً للمدعي عليه بالدعوة ولا يغنى عن الاعلان أو ما يقوم مقامه^(٩٢).

أما في الدعوة الإلكترونية فلا تختلف عن الدعوى التقليدية إلا في وسيلة الإخطار وهي الرسالة الإلكترونية، حيث يقوم قلم الكاتب الإلكتروني بإرسال رسالة إلكترونية إلى المدعي عليه بمجرد قيد الدعوى مرفقاً بها الأوراق الواردة في المادة (٦٥) مرافعات حتى يستعد للدعوى ويبدى دفاعه ودفعه، وتكون الرسالة للمدعي عليه بالبريد الإلكتروني أو رسالة عبر الهاتف مع تزويده بالبيانات الازمة ورقم كودي لتمكينه من متابعة اجراءات الدعوى وتقديم دفاعه ومستنداته^(٩٣).

الفرع الثاني

إعلان الأوراق القضائية (التبليغات الإلكترونية)

ويقصد بالتبليغ أو الاعلان الإلكتروني استخدام الوسائط الإلكترونية المستخرجة من التقنيات العلمية الحديثة في إعلان الشخصي المراد إبلاغه بالأوراق القضائية وبما يتخذ ضده من إجراءات خلال وقت قصير لا يتجاوز ثواني معدودة^(٩٤)، ويكون الإعلان بالبريد الإلكتروني E-mail وهو اختصار لمصطلح Electronic Mail لإرسال واستقبال الرسائل ونقل الملفات إلى أي شخص له عنوان بريد إلكتروني

^(٩١) المادة (٦٥) من قانون المرافعات لمستند بالقانون ١٨ لسنة ١٩٩٩.

^(٩٢) د. احمد عوض هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة اسكندرية سنة ٢٠١٧، ص ٣١٩.

^(٩٣) القاضي الدكتور/ جمال عبدالله، المحكمة الإلكترونية، المؤتمر الدولي الثالث، التحول الرقمي والمعرفة القانونية، سبق الإشارة إليه.

^(٩٤) د. عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص ٥٢٤.

وبصورة سريعة جداً^(٩٥)، ويعد الاعلان بالبريد الإلكتروني خط مفتوح علي كل أنحاء العالم يستطيع الفرد من خلاله إرسال واستقبال ما يريد من كتابة أو صوت أو صورة^(٩٦).

وفي مصر أقر المشرع الإعلان عبر الوسائل الإلكترونية فأخذت قوانين عديدة بالبريد الإلكتروني تمهيدا للاتجاه نحو تقاضي إلكتروني من ذلك المادة السابعة من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ حيث أخذ ضمناً بإرسال الرسالة بالبريد الإلكتروني، وقانون المحاكم الاقتصادية رقم ١٢٠ لسنة ٢٠٠٥، والمادة (٥٨) من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩^(٩٧)، كما نص المشرع المصري علي الإعلان الإلكتروني في المسائل الضريبية في قانون الضريبة العامة على الدخل الصادر برقم ٩١ لسنة ٢٠٠٥ وفقاً لآخر تعديل في ٢٠١٧ في المادة (١١٦) منه على أن: "يكون للإعلان المرسل بكتاب موصي عليه مصحوباً بعلم الوصول أو بأي وسيلة إلكترونية لها الحجية في الإثبات وفقاً لقانون التوقيع الإلكتروني الصادر بالقانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ يصدر بتحديددها قرار من الوزير ذات الأثر المترتب على الإعلان الذي يتم بالطرق القانونية بما في ذلك إعلان المحجوز عليه بصورة من محضر الحجز"^(٩٨).

وقد أجاز المشرع الإماراتي الإعلان بالطريق الإلكتروني اختصاراً للوقت، ومساهمة في إدارة العدالة إلكترونياً وللقضاء على الشكوى من تأخر الإعلانات والأخطاء والبشرية المصاحبة لقيدها^(٩٩)، أما العراق فقد طبقت محكمة الكاظمية في بغداد البريد الإلكتروني لمتابعة قضايا

(٩٥) د. خالد السيد محمد عبد المجيد، عقد العمل الإلكتروني مركز الدراسات العربية للنشر، مصر، ٢٠١٨ ص ٤٢.

(٩٦) د. احمد عوض هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق ص ٣٨٤.

(٩٧) د. احمد عوض هندي. التقاضي الإلكتروني. دار الجامعة الجديدة، اسكندرية عام ٢٠١٤، ص ٦٩ وما بعدها. وقد نصت المادة (٥٨) من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أن: "يكون إعدار المدين أو اخطاره في المواد التجارية بإصدار رسمي أو بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول، ويجوز في أحوال الاستعجال أن يكون الإعدار أو الاخطار ببرقية أو تلكس أو فاكس أو غير ذلك من وسائل الاتصال السريعة". كذلك نصت المادة ١٦ من القانون رقم ١٢٠ لسنة ٢٠٠٨ بشأن إصدار قانون بإنشاء المحاكم الاقتصادية الصادر بتاريخ ٢٢ / ٥ / ٢٠٠٨ على أنه: "يعلن أطراف الدعوى المقامة إلكترونياً الخصوم بصحيفتها وطلباتها العارضة والإدخال على العنوان الإلكتروني المختار، فإذا تعذر ذلك اتبع الطريق المعتاد للإعلان بقانون المرافعات المدنية والتجارية...".

(٩٨) الجريدة الرسمية - العدد ٢٣ (تابع) في ٩ / ٦ / ٢٠٠٥ متاح على موقع بوابة مصر للقانون والقضاء.

(٩٩) د. احمد خليل، ورقة عمل بعنوان الإعلان القضائي بالطريقة الإلكترونية، مقدمة الي المؤتمر الدولي الخامس والعشرين كلية القانون جامعه الامارات الفترة ١٣ و ١٤ نوفمبر ٢٠١٧.

المواطنين واستخدمت محاكم الاستئناف في العاصمة بغداد الإنترنت في مجال إدارة القضاء في عام ٢٠٠٨^(١٠٠).

وقد بدأت وزارة العدل السعودية في استعمال الوسائل الإلكترونية في التبليغات القضائية، حيث تعد التبليغ عبر الوسائل الإلكترونية تبليغاً صحيحاً، ومنتجاً لآثاره النظامية، سواء على الرسائل النصية إلى الهاتف المحمول أو على البريد الإلكتروني الخاص بالمدعى عليه، وهذه خطوة مهمة جداً في تسهيل التقاضي، حيث إن كثيراً من الدعاوى تتعطل بسبب عدم إمكانية تبليغ المدعى عليه بالدعوى، أو عدم إمكانية تبليغه لاستلام الأحكام الصادرة بحقه، مما يعيق سير العدالة، لذلك يجب على أصحاب القضايا الحرص على تدوين أرقام الجوال الصالحة، أو عنوان البريد الإلكتروني لخصومهم، حتى يتسنى تبليغهم^(١٠١).

بينما المشرع الفرنسي اعتمد على إعلان الأوراق القضائية بالبريد الإلكتروني كأوراق المرافعات والمستندات والإخطارات والمحاضر وجميع أوراق المحضرين ولو كانت غير قضائية^(١٠٢)، وتم تعديل المادة (٧٤٨ / ١) عام ٢٠٠٥ بالمرسوم ١٦٧٨ والنافذ يناير ٢٠٠٩ والذي نص على جواز الإعلان بالبريد الإلكتروني في بعض الأعمال الإجرائية يشترط موافقة المرسل إليه باستخدام هذه الوسيلة وأن تتضمن المراسلات الإشارة إلى تاريخ وساعه إرسالها واستلامها وتوقيع المرسل^(١٠٣).

وقد أخذ المشرع الفرنسي بالإيداع الإلكتروني للأوراق القضائية عندما عدل قانون المرافعات حيث نص في المادة (٩٣٠-١) من المرسوم رقم ٦٣٤ لسنة ٢٠١٢ الصادر في ٢٠١٢/٥/٣ "تودع كافة الأوراق القضائية أمام محكمة الاستئناف عبر إلكترونياً، وإلا قضي

^(١٠٠) صرح بذلك باسم مجلس القضاء الأعلى القاضي/ عبد الستار البرقدار على موقع وكالة الأنباء براهنا في ٢٠٠٨/٤/١٥ تحت عنوان البريد الإلكتروني يدخل الي محكمة الكاظمية من اوسع ابوابها متاح على الموقع التالي: <http://burathanews.com/arabic/news/39718>

وانظر كذلك د. صفاء اوتاني، المرجع السابق، ص ١٩٣.

^(١٠١) علاء عدنان يمانى، تبليغ المتقاضين عبر الرسائل النصية والبريد الإلكتروني، مقال بصحيفة المدينة، يومية تصدر عن مؤسسة المدينة للصحافة والنشر، يوم السبت ٠٣ / ٠٢ / ٢٠١٨، متاح على:

<https://www.al-madina.com/article/559646>

^(١٠٢) د. احمد عوض هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ٣٨٥.

^(١٠٣) عبدالناصر عبدالله ابو سمهدانه، المرجع السابق، ص ٣٥٦.

بعدم قبول الاستئناف، وإذا تعذر لسبب أجنبي أيداع الأوراق بالطريق الإلكتروني، ففي هذه الحالة يتم إثبات ذلك بموجب سند كتابي ويسلم لقلم الكتاب^(١٠٤).

ومن مميزات البريد الإلكتروني أن المرسل إليه لا يمكنه أن ينفي العلم بالاستلام كما في البريد العادي، لأن البريد الإلكتروني الموصي عليه يتم من خلال طرف ثالث يكون محل ثقة ويحتفظ بالمعلومات عن الأفراد من ساعة وتاريخ الاستلام^(١٠٥).

ولما كان الغرض من اعلان الخصم او تبليغه بصحيفة الدعوى هو العلم، فيجوز التبليغ بالبريد الإلكتروني ويكون تقرير الارسال والاستقبال قرينة قانونية علي اعلان المدعي عليه بعريضة الدعوى^(١٠٦)، ويعلن المدعي عليه علي بريده الإلكتروني، وذلك من خلال ارسال قلم الكتاب الإلكتروني رسالة علي البريد الإلكتروني للمدعي عليه الذي ذكره المدعى في عريضة الدعوى ، ويكون هدف الرسالة اشعار المدعى عليه برقم الدعوى وتاريخ ومكان انعقاد الجلسات، بالإضافة إلى رقم كودي موحد يمكن من خلاله الاطلاع علي الدعوى عن بعد وتبادل المذكرات ومتابعة الجلسات وصدور الأحكام^(١٠٧).

ولكن هناك سؤال يتبادر إلى الذهن ماذا لو ان المدعي عليه غير معروف له بريد إلكتروني؟

إذا استحال معرفة التواصل إلكترونياً مع المدعى عليه لتحديد محل إقامته أو عمله أو بريده الإلكتروني أو رقم هاتفه المحمول^(١٠٨)، ففي هذه الحالة يعلن المدعى عليه من قبل المحكمة الإلكترونية من خلال الاستعلام عن محل إقامته وبريد الإلكتروني ورقم هاتفه في قواعد البيانات

^(١٠٤) د. هشام عبد السيد الصافي محمد بدر الدين، القضاء الإداري المصري والتكنولوجيا الحديثة، مقال نشر في مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة العدد ١٧ سبتمبر سنة ٢٠١٧، ص ٤٩، متاح على:

<http://journals.jilrc.com/legal-depth-research/>

تمت الزيارة ٢٠٢٠/٣/١٨:

^(١٠٥) ابتسام مبارك المهيري، تيسير إجراءات التقاضي من خلال التنظيم القانوني لطرق الاعلان القضائي، أطروحة ماجستير كلية القانون جامعة الامارات، ٢٠١٨ ص ٥١، متاح على:

https://scholarworks.uaeu.ac.ae/private_law_theses/8/

^(١٠٦) عمر لطيف العبيدي، المرجع السابق ص ٥٢٣.

^(١٠٧) د. الترساوي، المرجع السابق، ص ٨٩ وما بعدها.

^(١٠٨) القاضي الدكتور/ جمال عبد الله، محاضرة عن المحكمة الإلكترونية، المؤتمر الدولي الثالث التحول الرقمي والمعرفة القانونية، المرجع السابق.

التابعة للمواقع الرسمية للحكومة الإلكترونية^(١٠٩)، وفي حالة عدم وجود بيانات يعلن المدعي عليه علي البريد الإلكتروني لقسم الشرطة التابع له حيث يقوم الأخير بإعلان المدعي عليه بواسطة مأمور القسم، ويتم الرد علي المحكمة الإلكترونية بالبريد الإلكتروني من قبل قسم الشرطة^(١١٠). ويرى البعض أنه على الجهات الحكومية كافة اتخاذ بريد إلكتروني لها يكون عنواناً يعطي لكل المراجعين والمتريدين عليها، وان ينص في القانون على إلزام هذه الجهات بذلك^(١١١)، حيث يعد البريد الإلكتروني Electronic Mail أداة اتصال مهمة في إدارة الأعمال الحكومية، وتستخدم الهيئات الحكومية بشكل متزايد نظم البريد الإلكتروني في نشر وتوزيع المذكرات ومسودات الأعمال، وإذاعة التوجيهات وإرسال الوثائق الرسمية والمراسلات الخارجية وفي دعم كافة العمليات الحكومية^(١١٢).

ويرى الباحث أنه يجب على الأحوال المدنية إنشاء بريد إلكتروني لكل مواطن في بطاقة الرقم القومي، وأن يتم الربط الإلكتروني بين المحاكم وجميع المصالح والهيئات الحكومية والخاصة بالدولة.

المطلب الثاني

المرافعة القضائية الإلكترونية

سير الخصومة الإلكترونية:

لا يوجد ما يمنع من عقد الجلسات بطريقة إلكترونية لا سيما بعد التطور الهائل في عالم الاتصالات^(١١٣)، حيث تؤمن البوابة الإلكترونية للمحكمة المرافعة الإلكترونية من حيث إمكانية

(١٠٩) عبدالعزيز سعد غانم، المرجع السابق، ص ٩٣.

(١١٠) عمر لطيف العبيدي، المرجع السابق، ص ٥٢٣.

(١١١) د. عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص ٥٢٤.

(١١٢) د. أيمن يحيى بسيوني ححية رسائل البريد الإلكتروني من وجهة النظر الأرشيفية، دراسة تحليلية، بحث منشور بمجلة CYBRARIANS JOURNAL، مجلة دورية الكترونية فصلية محكمة متخصصة في مجال المكتبات والمعلومات، العدد ٥٥، سبتمبر ٢٠١٩ يراجع الموقع التالي:

<http://www.journal.cybrarians.org/>

تمت الزيارة ٢٠٢٠/٣/١٨.

(١١٣) د. محمد حسن محمد علي، التحكيم الإلكتروني في منازعات التجارة الإلكترونية، الرسالة السابقة، ص ٤٢٥، ٤٢٤.

إمكانية التواصل عن بعد (الحضور الافتراضي)، الذي يتم توثيقه بالصوت والصورة، بين الخصوم ووكلائهم وقضاة المحكمة ليتمكن هؤلاء من مباشرة الإجراءات توصلاً إلى مرحلة النطق بالحكم، وفي حال تخلف الخصم عن التواصل، يمكن تطبيق قواعد المحاكمة المتعلقة بغياب الخصوم وشطب القضايا عن الجدول ووقف الدعوى وانقطاعها^(١١٤)، مع احترام ضمانات صحة التقاضي.

وبناء على ما سبق نقسم هذا المطب إلى فرعين سنبحث في الفرع الأول حضور وغياب الخصوم وتمثيلهم إلكترونياً وفي الفرع الثاني سنعرض لنظام الجلسة وسماع الدعوى وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول

حضور وغياب الخصوم وتمثيلهم إلكترونياً

١- عقد الجلسات عبر المؤتمر المرئي (الفيديو كونفرانس):

أكد قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري علي حضور الخصوم بأنفسهم أو من يوكلونه من المحامين^(١١٥)، حتي يمكن للخصم ابداء دفاعه ودفعه؛ لأن حق الدفاع من اهم سمات القانون الإجرائي^(١١٦)، ولم يحدد القانون شكل الحضور، لذلك لا يمنع من حضور الخصوم والمحامين الجلسات إلكترونياً، أي من خلال الفيديوكونفرانس^(١١٧).

وبعد إتمام إجراءات إعلان الخصوم وتحديد أول جلسة يحضر الخصوم أو من يمثلهم المرافعة الإلكترونية ليقدموا دفعهم ودفاعهم ومستنداتهم ، حيث تعقد جلسات المرافعة الشفوية والمناقشات عبر شبكة الإنترنت من خلال الفيديو كونفرانس بطريقة سمعية وبصرية على الموقع الإلكتروني للمحكمة ويتم تبادل الدفع والمناقشات حول النزاع القائم بين الأطراف

^(١١٤) القاضي الدكتور / جمال عبد الله، محاضرة عن المحكمة الإلكترونية، المؤتمر الدولي الثالث التحول الرقمي والمعرفة القانونية المرجع السابق.

^(١١٥) المادة (٧٢) مرافعات مصر، المادة ٥١ مرافعات عراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩.

^(١١٦) د. احمد عوض هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ٧٣.

^(١١٧) عمر لطفي العبيدي، المرجع السابق، ص ٥٢٤.

بشكل متزامن عبر الوسائط الإلكترونية ودون الحضور المادي للأطراف في مكان واحد^(١١٨)، ومن ثم يتم إدارة الجلسات إلكترونياً عن طريق المؤتمرات، حيث يمكن عقد جلسات عبر الاجتماعات المرئية (Video conference) ويتم نقل الصوت والصورة بطريقة فورية ومتزامنة^(١١٩).

وما يؤكد ذلك ما نصت عليه التشريعات الدولية والوطنية على عقد الجلسات عبر الوسائط الإلكترونية، حيث نصت المادة (٤/٢٤) من قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس ICC النافذة عام ٢٠١٢ من عقد جلسات القضية عن طريق الاجتماع بالأشخاص أو عن طريق المؤتمر المرئي (فيديو كونفرنس)، أو عن طريق الهاتف أو وسائل الاتصال المماثلة. وفي سنغافورة منذ عام ٢٠٠٠ أصبح حضور أطراف الدعوى جلسات دعواهم عبر تقنية الفيديو كونفرنس التي تسمح لهم بحضور نظر المحكمة للقضية عبر شاشات رقمية، ودون الحاجة إلى الذهاب لمقر المحكمة، حيث تقدم معظم الدعاوى المدنية في سنغافورة عبر الإنترنت إلزامياً^(١٢٠).

ويكون حضور الأطراف افتراضياً من خلال شبكة الإنترنت وليس حضوراً شخصياً، ومن ثم يمكن إجراء المرافعة والنقاضي عبر الخط ويتم تقديم المستندات والمذكرات بالبريد الإلكتروني للمحكمة دون حضور^(١٢١)، حيث يكون حضور الأطراف أو من يمثلهم من خلال المؤتمرات المرئية بطريقة فورية ومتزامنة كالفيديو كونفرنس دون الحضور المادي لهم حتى ولو كانوا من محافظات مختلفة ومتزامنة الأطراف، والمحكمة تتأكد من هوية الأطراف والمحامين من خلال

^(١١٨) د. محمد امين الرومي، النظام القانوني للتحكيم الالكتروني، المرجع السابق، ص ١٢٥.

^(١١٩) توماس شولتز، تسوية المنازعات عبر الإنترنت، نظرة عامة وقضايا مختارة، اللجنة الاقتصادية لأوروبا، مرجع سابق، متاح على:

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=898821&rec=1&srcabs=2325422&alg=1&pos=7

^(١٢٠) Fabien GÉLINASii: Interopérabilité et normalisation des systèmes de cyberjustice, Lex Electronica, vol.10 n°3, Hiver/Winter, p3, 2006 Disponible sur:

https://www.lex-electronica.org/files/sites/103/10-3_gelinas.pdf

^(١٢١) د. عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص ٥١٥ - ص ٥١٦.

الربط الإلكتروني مع الحكومة الإلكترونية أو مخاطبة الشهر العقاري والاحوال المدنية ونقابة المحامين إلكترونياً^(١٢٢).

وفي حالة تعذر حضور المدعي عليه يقدم عذراً عبر البريد الإلكتروني أو بوابة المحكمة الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت حتى يتمكن القاضي من تأجيل الدعوى، وللمحكمة سلطة تقديرية فلها إبلاغ المدعي عليه بعدم قبول عذرة وتكليفه بالحضور أو الحكم في الدعوى غيابيا في حالة عدم حضوره، وذلك منعا من المماطلة والتسويق وتأجيل الدعوى بلا مبرر قانوني^(١٢٣)، كذلك للمحكمة تطبيق قواعد الحضور والغياب المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية وأحكام شطب الدعوى ووقف الخصومة وانقطاعها^(١٢٤).

ويستطيع المحامين من مكاتبتهم حضور الجلسات عبر تقنية الاتصال المرئي والسمعي وإبداء طلباتهم ومذاكراتهم دون الانتقال إلى قاعة المحكمة^(١٢٥)، مما يوفر الوقت سواء كان المحامي من أصحاب المكاتب أو نائب عن الدولة، وما يؤكد ذلك ما اعلنته دائرة القضاء في أبوظبي حيث أطلقت مبادرة حضور محامي قضايا الحكومة الجلسات عن بعد باستخدام تقنيات الاتصال السمعي والبصري^(١٢٦).

٢- الفيديوكونفرانس Video Conference :

هي تقنية سمعية بصرية تتم باستعمال البث المباشر صوت وصورة من المحاكم على اختلاف درجاتها واختصاصاتها من أجل سماع شاهد أو حضور الخصوم أو وكلائهم أو الخبراء دون الحضور المادي إلى المحكمة^(١٢٧).

ويعد الفيديو كونفرانس إحدى وسائل الاتصال المرئية الحديثة التي تتم من خلال الإنترنت حيث يتم نقل الصوت والصورة لمجموعه من الأشخاص في مكان إلى مجموعه أخرى في أي

^(١٢٢) عمر لطيف العبيدي، المرجع السابق ص ٥٢٤.

^(١٢٣) عبدالعزيز سعد غانم، المرجع السابق ص ٩٨ وما بعدها.

^(١٢٤) القاضي الدكتور/ جمال عبد الله، محاضرة عن المحكمة الإلكترونية، المؤتمر الدولي الثالث التحول الرقمي والمعرفة القانونية المرجع السابق.

^(١٢٥) حازم الشرعة، المرجع السابق، ص ٧٣.

^(١٢٦) مقال جريدة لاتحاد الامارتية العدد ١٩ يونيو ٢٠١٩ الزيادة ٢٠١٩/١٢/١٠.

^(١٢٧) نباح اسماعيل، تقنية المحادثات المرئية عن بعد في قطاع العدالة بالجزائر، متاح على:

<http://dspace.univ-msila.dz:8080/xmlui/handle/123456789/10499>

مكان في العالم، وتستخدم هذه التقنية في الجامعات في مناقشة الأبحاث والمحاضرات عن بعد وهو ما يسمى بالتعليم الإلكتروني بالإضافة إلى أنها تتيح إمكانية الحوار المرئي عن بعد مع أشخاص يصعب تجميعهم في وقت واحد^(١٢٨).

ومؤتمرات الفيديو Video conference هي اتصال سمعي ومرئي في الوقت نفسه بين أطراف في مواقع مختلفة، ويمكن من خلال تلك المواقع استخدام الشبكة في التحوار معاً أو مع الموقع الرئيسي من خلال إمكانيات أجهزة الكمبيوتر السمعية والمرئية وكاميرات الفيديو الرقمية الرائعة حيث يمكن للمتحاورين في المواقع المختلفة توجيه الأسئلة والاستفسارات والتعليقات إلى الموقع الرئيسي واستقبال الإجابات والاستفسارات الخاصة بها^(١٢٩).

ويمكن لهذا اللقاء عبر هذه التقنية أن تكون محادثة بشكل بسيط بين شخص وآخر في مكاتب خاصة من نقطة إلى نقطة (مكان إلى مكان) أو ربما يمكن الربط بعدة مواقع مختلفة ومتعددة بين مجموعات من الأشخاص في الوقت نفسه، وبالإضافة للبث السمع بصري المرئي بين مجموعات من الناس، تستطيع هذه التقنية أن تعرض الوثائق والملفات الإلكترونية وعرض المعلومات عن طريق أجهزة الحاسوب، أو رؤية ومشاهدة ما يكتب على اللوح التعليمي في جهة العرض^(١٣٠).

ويعود استخدام هذه التقنية في قطاع العدالة على الصعيد الدولي إلى الاتفاقية المبرمة للمساعدة القضائية في المسائل الجزائية التي اقرها الاتحاد الأوروبي في ٣٠ نوفمبر ٢٠٠٠ المعدلة للاتفاقية الأوروبية للمساعدة القضائية المنعقدة ١٩٥٩^(١٣١).

٣-المذكرات المكتوبة عبر البريد الإلكتروني:

يتم تبادل المستندات من خلال البريد الإلكتروني والفاكس، فالأصل هو المذكرات المكتوبة والاستثناء هو عقد جلسات للمرافعة الشفوية، فإذا كان الأصل العملي أن تكون المرافعة

^(١٢٨) صفوان محمد شديقات، التحقيق والمحكمة الجزائية عن بعد عبر تقنية Video Conference، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون جامعة العلوم الإسلامية، الأردن، المجلد ٤٢، العدد ١، ٢٠١٥، ص ٣٥٣.
^(١٢٩) متاح على:

<https://a5bar-technology.blogspot.com/2016/01/video-conferencing.html>

^(١٣٠) متاح على:

<https://sites.google.com/site/filemf/8>

^(١٣١) ذباح اسماعيل، المرجع السابق.

مكتوبة أي مرافعات مستنديه فان الكلمة المنطوقة طائرة والكلمة المكتوبة ثابتة^(١٣٢). ويتم نقل المستندات والوثائق الخاصة بالتقاضي عبر الإنترنت بين الأطراف في اللحظة ذاتها رغم بعدهما من خلال الموقع الإلكتروني للمحكمة بفضل الاعتماد على الوسائط الإلكترونية كالحاسب الآلي من خلال اتصاله بشبكة الإنترنت^(١٣٣). وقد نصت المادة (١٩) من القانون رقم ١٢٠ لسنة ٢٠٠٨ بشأن إصدار قانون المحاكم الاقتصادية على أنه: "يجوز للخصوم أيداع المذكرات وتقديم المستندات وإبداء الدفاع والطلبات والاطلاع على أوراق الدعوى بالطريق الإلكتروني عبر الموقع الإلكتروني المخصص لذلك"، وفي فرنسا اتسع نطاق الاتصال الإلكتروني لتبادل الأوراق والمستندات بين المحامين والمحاكم ليس فقط على محاكم الدرجة الأولى بل شمل تطبيقه محاكم الدرجة الثانية^(١٣٤).

الفرع الثاني

نظام الجلسة ونظر الدعوى

بعد الانتهاء من مرحلة الاعلانات والتبليغات تبدأ مرحلة جديدة وهي مرحلة نظر الدعوى، وتستلزم المرافعة أن تتم في جلسة تتوفر فيها كافة الضمانات القضائية، وعلى القاضي الاستماع إلى أقوال الخصوم^(١٣٥).

وتقوم هيئة المحكمة بالتأكد من إجراءات سلامة حضور الأطراف ومن يمثلهم، ويتم السماع إلى أقوال الخصوم أو محاميهم من خلال شاشات العرض التليفزيونية عبر الإنترنت مع الحرص على التوازن في منح الفرص الكافية والعادلة لجميع الأطراف دون تميز أو محاباة^(١٣٦)، فالمحاكمة عن بعد تمثل تحولاً نوعياً في المرافعة القضائية ليعود بالإيجاب على أطراف الدعوى ويقلل من التكاليف، كما أن استخدام تقنية الفيديوكونفرانس تتيح للخصوم

^(١٣٢) د. طلعت محمد دويدار، ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم، المرجع السابق، ص ١١٩، ١٢٠.

^(١٣٣) د. خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق ص ٣٩، د. عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص ٥١٥.

^(١٣٤) د. سحر عبد الستار أمام، انعكاسات العصر الرقمي على قيم وتقاليد القضاء، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد العاشر، يناير ٢٠١٨م، ص ٥٦.

^(١٣٥) د. ادم وهيب الندوي، المرافعات المدنية، المرجع السابق، ص ٢١٠.

^(١٣٦) د. رجائي عبد الرحمن عبد القادر، المرجع السابق، ص ٣١٦.

امكانية المرافعة علنياً أمام الجميع صوت وصورة ويتاح للجميع مراقبة حسن سير العدالة^(١٣٧).

احترام المبادئ الأساسية في التقاضي:

لا تختلف المحكمة الإلكترونية عن المحكمة العادية في احترام المبادئ الأساسية للتقاضي وعلي هيئة المحكمة مراعاة احترام مبدأ المساواة بين الخصوم من خلال تبادل المستندات والأدلة المسموعة والمرئية من طرفي الخصومة بشكل شبه متزامن من خلال البريد الإلكتروني والفيديو كونفرنس^(١٣٨)، وتطبيقاً لذلك قضي بأنه: "من المقصود بمبدأ المساواة بين الخصوم هو المساواة الإجرائية أي منح الخصوم فرصاً متساوية لإبرام طلباتهم ودفاعهم"^(١٣٩)، وبفضل التقنيات العلمية أصبح بالإمكان حضور الأطراف افتراضياً في جلسات المرافعة حيث تتم المرافعة عبر الإنترنت ويتحقق بذلك المواجهة وهو العلانية المعلوماتية من خلال تقنية Video Conference، وتنعقد الجلسات كما لو كان الأطراف حاضرين شخصياً في قاعة المحكمة^(١٤٠).

وقد حرصت التشريعات الوطنية والدولية على احترام حقوق الدفاع وهو أمر مستقر عليه على الصعيدين المحلي والدولي وهو حق الخصم في إبداء وجهة نظره ومناقشتها والوصول إلى الحقيقة من خلال الوسائط الإلكترونية، بالإضافة إلى حق العلم وهو حق الخصم في ان يعلم أو يمكن أن يعلم بما لدى الخصم الاخر من وسائل دفاع وحجج وذلك بوقت كاف ليتمكنه

^(١٣٧) كلمة وزير العدل السعودي، خلال تدشين تطبيق التقاضي المرئي لـ «المحاكمة عن بعد» في ٢٥ يوليو ٢٠١٤م، متاح على: <https://aawsat.com/home/article/125236>

^(١٣٨) د. حسام الدين فتحي ناصف، التحكيم الإلكتروني في منازعات التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠٥م، ص ٥٩.

^(١٣٩) قضية رقم ١١، ٤، ١٩، لسنة ٢٠٠٤م تحكيم تجاري، ٩١ لسنة ٢٧/١١/٢٠٠٢م متاح على فلاشة العدالة القانونية الصادرة عن نقابة المحامين المصرية:

www.eladalah.com

^(١٤٠) د. عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص ٥٢٥.

من الرد على خصمه^(١٤١)، ويعتبر حق العلم كوكبا تدور في فلكه كل حقوق الدفاع وأحد مكونات فكرة العدالة وهو قدس الأقداس^(١٤٢).

محضر الجلسة الإلكتروني:

يجوز للخصوم إيداع المذكرات وتقديم المستندات وإبداء الدفاع والطلبات والاطلاع على أوراق الدعوى بالطريق الإلكتروني عبر الموقع الإلكتروني المخصص لذلك، وإذا حضر المدعى عليه في أي جلسة أو رفع المستندات والمذكرات إلكترونياً اعتبر الحكم المنهي للخصومة حضورياً في مواجهته^(١٤٣).

تدون مرافعة الخصوم باستخدام برنامج Voice Talk وفيه يقوم البرنامج بنقل الاشارات الصوتية وترجمتها إلى كلمات تدون في المحرر الإلكتروني وتظهر علي شاشة العرض الموجودة في المحكمة^(١٤٤)، ويسمى محضر ضبط المحاكمة الإلكتروني، ويمكن الاطلاع على مضمونه عبر موقع المحكمة^(١٤٥)، حيث يتم سماع المرافعة والشهود من خلال برنامج يحتوي علي قدرة تخزينية للصوت والصورة، حيث يظهر القاضي والخصوم ووكلائهم صوت وصورة وللقاضي إيقاف التسجيل في أي وقت، وهذه الطريقة مطبقة بمحاكم دبي بدولة الامارات اذ يتم تسجيل صورة وصوت الجلسات وما يقدمه الخصوم من دفاع ودفوع وأي مرفقات للمستندات تخزن مع ملف الدعوى في صورة PDF^(١٤٦)، وبالتالي يباشر القاضي المرافعة من خلال المحضر الإلكتروني الذي يظهر فيه صوت وصورة كل من المدعي والمدعي عليه ومحاميها والقاضي والشهود ولا يوجد كاتب لتدوين محضر الجلسة بل يتم التسجيل التلقائي لما يجري في الجلسة بالإضافة إلى سماع الشهود والخبراء عبر الإنترنت

(١٤١) د. رجائي عبدالرحمن عبدالقادر، المرجع السابق، ص ٢٣٤ وما بعدها.

(١٤٢) د. طلعت لويديار، ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم، دار الجامعة الجديدة، اسكندرية، سنة ٢٠٠٩م، ص ١٩٠ وما بعدها.

(١٤٣) المادتان (١٩، ٢٢) من القانون رقم ١٢٠ لسنة ٢٠٠٨ بشأن المحكمة الاقتصادية.

(١٤٤) د. حازم محمد الشرعة، المرجع السابق ص ٧١ وما بعدها.

(١٤٥) القاضي الدكتور/ جمال عبد الله، المحكمة الالكترونية، المرجع السابق.

(١٤٦) الترساوي، المرجع السابق، ص ٩٥.

وتتفرق محاضرات الجلسات تقنياً من خلال الحاسب الآلي ويمكن للخصوم الحصول على نسخ من الملف المخزن تقنياً أو يرسل إليهم عبر البريد الإلكتروني^(١٤٧).

المبحث الثالث

إجراءات إصدار الحكم القضائي عبر الإنترنت

لا يختلف إصدار الحكم القضائي الإلكتروني عن الحكم العادي إلا حيث الوسيلة التي يتم بها التقاضي الإلكتروني، حيث يتم التقاضي عبر شبكة الإنترنت بدءاً من تقديم صحيفة الدعوى وحتى صدور حكم فيها^(١٤٨)، حيث يتم إصدار الحكم بذات شروط إصدار الأحكام التقليدية وسيكون ذلك من خلال فرعين سنبحث في الفرع الأول إعداد الحكم وإصداره عبر الإنترنت وفي الفرع الثاني سنعرض لإخطار الأطراف بالحكم وحفظه إلكترونياً وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول

إعداد الحكم وإصداره عبر الإنترنت

سوف يتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين نبين في الفرع الأول منه إعداد الحكم إلكترونياً، ونبحث في الفرع الثاني إصدار الحكم عبر الإنترنت وذلك على الآتي:

الفرع الأول

إعداد الحكم إلكترونياً

أولاً- اختتام المرافعة الإلكترونية:

تقرر هيئة المحكمة قفل باب المرافعة أمام الخصوم بعد سماع أقوال الخصوم وفحص طلباتهم الجوهرية ومذكراتهم، والمستندات المؤيدة لها، وسماع شهادة الشهود، ومناقشته الخبراء

^(١٤٧) د. عصمت عبدالمجيد بكر، المرجع السابق ص ٥٢٦، وكذلك حازم الشرعة، المرجع السابق، ص ٧١ وما بعدها.

^(١٤٨) عبدالعزيز سعد غانم، المرجع السابق، ص ١٠٨.

فيما أبدوه في تقاريرهم الفنية، وبانتهاء المرافعة تصبح الدعوى صالحة للحكم فيها^(١٤٩)، حيث يكون الأطراف انتهوا من تبادل المستندات والمذكرات وأوجه الدفاع بشكل متزامن، وبعد سماع الشهود والخبراء والمحامين عبر المؤتمرات الافتراضية تقوم هيئة المحكمة بغلق باب المرافعة، ليتمكن القضاة من المداولة عبر الإنترنت^(١٥٠)، ويقصد بقفل باب المرافعة تجميد الحركة الديناميكية للخصومة وتحويلها إلى حالة ساكنة حتى يتمكن القاضي من دراسة القضية ودراسة عناصرها التي تطورت أثناء سيرها وبالتالي يتمكن من إصدار حكم في الموضوع^(١٥١)، ويتم إخطار الخصوم بقرار المحكمة بقفل باب المرافعة في الدعوى عبر البريد الإلكتروني أو الفاكس، فلا يجوز لهم تقديم مستندات أو مذكرات، وللمحكمة فتح باب المرافعة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم إلى المحكمة عبر البريد الإلكتروني لبحثة ودراسته ولها سلطة تقديرية، ولها عدم إجابة الخصم إلى طلبه متى وجدت في عناصر الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدتها^(١٥٢).

ثانياً- المداولة الإلكترونية:

نص قانون المرافعات على أن تكون المداولة في الأحكام سرية بين القضاة مجتمعين^(١٥٣)، وهنا يتبادر إلى الذهن سؤال هو ما المقصود بسرية المداولة وكيف تتم إلكترونياً؟ تعني سرية المداولة عدم الكشف عما يتم بين القضاة عبر شبكة الإنترنت ضماناً لحرية رأي القضاة، فإذا أفشى أحدهما سر المداولة تعرض للمحاكمة التأديبية^(١٥٤)، بالإضافة إلى أن احترام سرية المداولة هو تطبيقاً لمبدأ المساواة بين الخصوم واحتراماً لحقوق الدفاع والتي تعد

(١٤٩) د. أحمد أبو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف سنة ١٩٩٠م، بند ٥٣٨، ص ٧٤٢.

(١٥٠) د. رجائي عبدالرحمن عبدالقادر، المرجع السابق ص ٣٩١.

(١٥١) د. نبيل اسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة اسكندرية، ٢٠٠٠م، ص ٦٩٤.

(١٥٢) د. جمال الدين مبروك موسي علي، الكترونية التحكيم، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، عام ٢٠١٥ ص ٤٧٢، د. رجائي عبد الرحمن عبد القادر، المرجع السابق، ص ٣٩٣.

(١٥٣) المادة (١٦٦) مرافعات مصري.

(١٥٤) د. أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص ٧٤٤.

من المبادئ الأساسية للتقاضي^(١٥٥)، ولا تختلف المداولة الإلكترونية عن المداولة العادية إلا من خلال الزمان والمكان والوسيلة الإلكترونية التي تتم بها، فلا يشترط في المداولة الإلكترونية أن تتم في مكان معين حيث تتم في أي مكان، وفي أي وقت ليلاً ونهاراً، وفي أي يوم ولو في أيام العطلات الرسمية ودون الاجتماع المادي للقضاة في مكان واحد، كما يمكن أن تتم بأي طريقة أو وسيلة إلكترونية متاحة عبر شبكة الإنترنت كالبريد الإلكتروني، أو الفيديوكونفرنس، ما دام قد أحيط استخدامها بالاحتياطات المناسبة^(١٥٦)، وقد أيدت المحكمة السويسرية ومحكمة النقض الفرنسية امكانية المداولة عبر الإنترنت في مجال التحكيم مادام قد أحيط استخدامها بالاحتياطات المناسبة، لمنع الاطلاع وتسريب أي معلومات عنها^(١٥٧)، كما أيدت محكمة القضايا العمالية في محاكم دبي تطبيق مبادرة المداولة الإلكترونية^(١٥٨).

الفرع الثاني

إصدار الحكم عبر الإنترنت

أولاً - كتابة الحكم وتوقيعه والتصديق عليه إلكترونياً:

تكتب مسودة الحكم عقب انتهاء المداولة وقبل النطق بالحكم، ويجب أن تشمل على منطوق الحكم وأسبابه، ويوقعها كل من رئيس الدائرة وجميع أعضائها الذين أصدروا الحكم، وتودع قلم كتاب المحكمة طبقاً للمادة (١٧٥) مرافعات ولا يمنع نص هذه المادة من كتابة مسودة الحكم على الكمبيوتر أو الآلة الكاتبة بشرط المحافظة على سرية المداولة، وتوقع من القضاة اللذين

^(١٥٥) د. كيلاني عبد الراضي احمد، التزام المحكم بالسرية، دراسة مقارنة، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة أسيوط العدد ٢١ يناير ٢٠١٢، ص ١٨.

^(١٥٦) د. عبد الفتاح محمود كيلاني، المسؤولية الناشئة عن التخاطب الإلكتروني عبر الانترنت رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية ٢٠١١، ص ٤٧، كذلك د. إبراهيم أحمد سعيد زمزمي: القانون الواجب التطبيق في منازعات التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، ٢٠٠٧، ص ٣٨٦.

^(١٥٧) د. رجائي عبد الرحمن عبد القادر، المرجع السابق ص ٣٩٧ وكذلك د. أحمد شرف الدين، مشاكل الاعتراف بالتحكيم الإلكتروني، مجلة التحكيم العربي، العدد ٨ أغسطس ٢٠٠٥، ص ١٢٦.

^(١٥٨) مقال في جريدة البيان الاماراتية بعنوان مبادرة تطبيق المداولة الإلكترونية في المحكمة العمالية، تاريخ الزيارة ٢٠١٩/١٢/٢٦، متاح على:

<https://www.albayan.ae/across-the-uae/accidents/2011-09-18-1.1504442>

اشتركوا في المداولة^(١٥٩)، ولم يحدد المشرع وسيلة معينة لكتابة المسودة وانما أورد لفظ المسودة في نصوص قانون المرافعات بصورة عامة، ولم يتطلب سوى أن تشتمل مسودة الحكم علي منطوقة وأسبابه ويوقعها القضاة الذين سمعوا المرافعة واشتركوا في المداولة ، وتطبيقا لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بجواز كتابة مسودة الأحكام القضائية علي الحاسب الآلي^(١٦٠)، وبالتالي يجوز كتابة الحكم القضائي وتوقيعه إلكترونياً ونشره علي موقع المحكمة وقد اعترفت غالبية القوانين والاتفاقيات الدولية بالمحرمات الإلكترونية مثل قانون الاونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية عام ١٩٩٦ وقانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم ١٥ لسنة ٢٠١٤ حيث استخدمت تقنيات التوقيع الإلكتروني وتم وضع القواعد التي تكفل قبوله وتضمن حجيته وقوته القانونية في الإثبات^(١٦١)، وفي فرنسا تم ادخال الكتابة الإلكترونية في مجال الأعمال الاجرائية للنقاضي بموجب القانون رقم ١٦٧٨ لسنة ٢٠٠٥ النافذ في ١/١/٢٠٠٩^(١٦٢)، بالإضافة إلى أن هناك دول ساوت بين التوقيع الإلكتروني واليدوي ومنحت له الحجية القانونية في الإثبات منها النمسا والفلبين وفنزويلا^(١٦٣).

ثانياً- بيانات الحكم الإلكتروني:

يجب أن يتوفر في الحكم القضائي الإلكتروني ذات بيانات الحكم العادي خاصة اسم المحكمة التي أصدرت الحكم وتاريخ إصداره واسم القاضي، إذا كان منفرداً أو أسماء القضاة إذا كانت المحكمة مشكلة من هيئة قضائية، واسماء الخصوم ووكلائهم وإثبات الحضور والغياب، وموجز إجراءات الخصومة والدفاع، والأدلة القانونية التي استند إليها الخصوم

(١٥٩) د. أحمد عوض هندي، المرجع السابق، ص ٥٤٧.

(١٦٠) قضية رقم ١٢٨ لسنة ٥٤ ق عليا، جلسة ٢٠١١/١٢/٣ لدي د. حازم صلاح الدين عبدالله، استخدام تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات في كتابة الأحكام القضائية والتوقيع عليها، مجلة القضائية، العدد الرابع ٢٠١٢م.

(١٦١) د. عبد العزيز غرم الله ال جار الله، احكام وضوابط العقود الالكترونية في الفقه الاسلامي والقانون بالتطبيق على نظام المعاملات الالكترونية السعودي، دار الكتاب للنشر مكتب الملك فهد الوطنية، ط ٢٠١٧ ص ٣٢٦.

(١٦٢) د. الانصاري حسن النيداني، القاضي والوسائل الالكترونية الحديثة، دار الجامعة الجديدة اسكندرية، ٢٠٠٩، ص ٢٥١.

(١٦٣) د. عصمت عبدالمجيد بكر، المرجع السابق، ص ٣٢.

ومنطوق الحكم وتسببته وبيان الخصم المحكوم عليه بالمصاريف^(١٦٤)، أما عن تسبب الحكم فالقاعدة المستقرة في قوانين المرافعات وجوب تسبب أحكام القضاء وإلا كانت باطلة من ذلك المادة (١٧٦) مرافعات مصري^(١٦٥)، حيث تعد أسباب الحكم هي أعمده القانونية والواقعية^(١٦٦)، وتسبب الحكم الإلكتروني أمر سهل حيث يمكن للقاضي البحث عن الأحكام والمبادئ القانونية والثوابت القضائية من المواقع الرسمية علي شبكة الإنترنت بسرعة وفي أي وقت ومن أي مكان ودون عناء كموقع وزارة العدل وغيرها من المواقع الموثقة^(١٦٧)، الأمر الذي يؤدي إلى وحدة الأحكام حتى لو اختلفت الدوائر أو المحاكم القضائية التي تنظرها، الناتجة عن استخدام التقنية الحديثة، مما يحقق المساواة بين أفراد المجتمع

بينما منطوق الحكم الإلكتروني فهو قرار المحكمة الحاسم للنزاع وخلاصة الحكم وجوهره وثمره جهد القضاة والتي ينتظرها الخصوم، ويرد بعد عبارة ولهذه الأسباب^(١٦٨)، ويكون في جلسة علنية وبحضور الخصوم والقضاة اللذين اشتركوا في المداولة^(١٦٩)، وتعجيل النطق به شرطه عدم المساس بحق من حقوق الخصوم^(١٧٠)، ولا إشكالية في ذلك عبر الإنترنت من خلال الفيديو كونفرانس، أما بقية البيانات فهي ذاتها بيانات الحكم القضائي العادي.

^(١٦٤) المرجع السابق ص ٥٢٨، ص ٥٢٩.

^(١٦٥) د. طلعت محمد دويدار، ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم، المرجع السابق، ص ١٣٠.

^(١٦٦) د. احمد عوض هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ٥٥٣.

^(١٦٧) عبدالعزيز سعد غانم، المرجع السابق، ص ١١٠.

^(١٦٨) د. احمد عوض هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ٥٢٣.

^(١٦٩) المادة ٧٠ من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.

^(١٧٠) طعن ٣٠٠١ لسنة ٦٣ ق جلسة ٢٧/٣/١٩٩٧، د. احمد المليجي، الموسوعة الشاملة في التعليق على قانون

المرافعات ج ٣ ط ١٣، طبعة نادى القضاة ٢٠١٦، ص ٧٨٠.

المطلب الثاني

إخطار الأطراف بالحكم وحفظه على موقع المحكمة

يتم إخطار الأطراف بالحكم عن طريق البريد الإلكتروني أو وضع الحكم علي موقع المحكمة حتى يمكن للأطراف والمراجعين الدخول إلى موقع المحكمة عبر شبكة الإنترنت والاطلاع عليه أو طباعته ورقياً، ويمكن إرسال الحكم إلى محكمة الطعن بالبريد الإلكتروني مع ملف الدعوى^(١٧١)، وقد قبلت محكمة النقض الفرنسية طعن بالاستئناف، وكذلك طعنًا بالنقض أرسل لها بالفاكس الخاص بالمحكمة^(١٧٢).

ويحفظ الحكم علي موقع المحكمة حتى يتم الرجوع إليه مع تزويد الأطراف بكلمة سر للدخول إلى الموقع بشرط توفير آلية تمنع تحريف، واختراق الحكم أثناء نقله إلكترونياً وتضمن وصوله إلى الخصم وعدم الاطلاع عليه من قبل الغير^(١٧٣).

وبصدر الحكم القضائي في الدعوى الإلكترونية وحفظه على موقع المحكمة يحوز حجية الشيء المقضي به ويعد عنوان للحقيقة ويكون محلاً للتنفيذ^(١٧٤)، أو للطعن أمام محاكم الطعن، وقد نصت القوانين على حفظ البيانات إلكترونياً من ذلك قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية حيث نص على أنه: "عندما يشترط القانون ان تكون المعلومات مكتوبة تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الاطلاع على البيانات على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقاً"^(١٧٥).

(١٧١) عمر لطيف العبيدي، المرجع السابق، ص ٥٢٦، ٥٢٧.

(١٧٢) د. سيد أحمد محمود، دور الحاسوب الإلكتروني (الكمبيوتر) أمام القضاء المصري والكويتي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧-٢٠٠٨، ص ٢٠.

(١٧٣) د. احمد عوض هندي، التقاضي الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة عام ٢٠١٤، ص ٢٦.

(١٧٤) الترساوى، المرجع السابق، ص ٩٧ وما بعدها.

(١٧٥) المادة(٦) من قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة ١٩٩٦.

الخاتمة

بعد أن انتهينا من دراسة التقاضي الإلكتروني؛ نخلص إلى أهم النتائج التي تم التوصل إليها من خلال البحث مع الإشارة إلى بعض التوصيات والمقترحات التي يمكن أن تسهم في القصور الذي اعتري بعض النصوص، وذلك على النحو الآتي:

أولاً- أهم النتائج التي توصل إليها الباحث:

بعد دراسة موضوع النظام القانوني لانقطاع الخصومة يتبين ما يلي:

١- يمكن مواكبة التشريعات الوطنية في مصر لنظام التقاضي الإلكتروني في ظل نصوص تشريعية تتوافق مع قواعد قانون المرافعات، أو تطوير قواعد اجراءات التقاضي التقليدي لتتوائم مع التقاضي الإلكتروني.

٢- إجراءات التقاضي الإلكتروني بدءاً من رفع الدعوى وحتى صدور حكم فيها، لا يتعارض مع نصوص قانون المرافعات المصري، بل تحقق ضمانات التقاضي، وغاية القضاء وهي العدالة الناجزة.

٣- يمكن من خلال نظام التقاضي الإلكتروني معرفة ما إذا كان المحامي مقيد عضويته في نقابة المحامين من عدمه من خلال الربط الإلكتروني بين المحكمة الإلكترونية ونقابة المحامين.

٤- أثبتت الدراسة أن التقاضي الإلكتروني إحدى الوسائل الفعالة والبديلة للتقاضي التقليدي من خلال البريد الإلكتروني و Videoconference ، وهو ما رأيناه هذا العام عند تقشي فيروس كورونا دوليا ، بالإضافة إلى انه يسهم في سرعة الإجراءات وخفض النفقات وحماية الاطراف والشهود ، حيث يتيح التقاضي الإلكتروني للشهود والخبراء وغيرهم من أصحاب المصلحة الذين يعيشون في أماكن نائية أو يخشون على سلامتهم من الذهاب إلى المحكمة الحضور عن بُعد ، كما يسهم الوجود الافتراضي في تخفيض التكاليف، من خلال الحد من ضرورة انتقال المتهم بين السجن والمحكمة، مما يتيح تعزيز استغلال الأطراف والشهود والخبراء للوقت.

٥- تتيح المحكمة الإلكترونية للمتقاضين تقديم دعواهم وتسجيلها وتقديم المستندات والأدلة بالبريد الإلكتروني على الموقع الإلكتروني للمحكمة عبر شبكة الإنترنت، وحضور

الجلسات والمرافعة وحضور الشهود والتحقيق عبر الفيديوكونفرانس، كما يتيح للقضاة إجراء التحقيق وسماع الشهود ولو من محافظات بعيدة واصدار الأحكام إلكترونياً دون الحضور المادي للأطراف والمحامين والشهود في أي وقت ومن أي مكان.

٦- ويسمح للمحامي بتسجيل الدعوى على الموقع الإلكتروني للمحكمة عبر الإنترنت، ويتم إيداع العريضة أو لائحة الدعوى مرفقا بها المستندات والطلبات، وكذلك دفع الرسوم وإجراء التبليغات وتبادل المستندات والمذكرات بالبريد الإلكتروني وتتم المرافعة والتحقيق عبر الفيديو كونفرانس.

٧- تدون مرافعة الخصوم في محاضر الجلسات بشكل فوري في اثناء انعقاد الجلسة، وذلك باستخدام برنامج "VoicTalk" وفيه يقوم البرنامج بنقل الاشارات الصوتية وترجمتها إلى كلمات تدون في المحرر الإلكتروني وتظهر على شاشة العرض الموجودة في المحكمة.

٨- ويصدر الحكم القضائي في الدعوى الإلكترونية ويحفظ على موقع المحكمة ويتم اخطار الأطراف به عن طريق البريد الإلكتروني أو وضع الحكم علي موقع المحكمة للاطلاع عليه من ذوي العلاقة، وقد نصت القوانين على حفظ البيانات إلكترونياً من ذلك قانون الاونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية

ثانياً- التوصيات:

١- الاستفادة من تجارب الدول التي أخذت بالتقاضي الإلكتروني كالإمارات والسعودية وسنغافورة وغيرهم.

٢- سن قانون ينظم التقاضي الإلكتروني أو تعديل قانون المرافعات المدنية والتجارية ليتماشى مع التكنولوجيا الحديثة وتجهيز المحاكم إلكترونياً.

٣- الأخذ بنظام البريد الإلكتروني في جميع المصالح والهيئات الحكومية وشركات ومكاتب المحاماة.

٤- تدريس التقاضي الإلكتروني لطلبة كلية القانون حتى يكون لدينا كوادر متخصصة بإمكانها مواكبة التكنولوجيا الحديثة في التقاضي.

٥- تفعيل نظام الحكومة الإلكترونية وربطها مع وزارات الدولة بشبكة معلوماتية واحدة وخاصة وزارة العدل والأحوال المدنية والشهر العقاري ونقابة المحامين وأقسام الشرطة.

- ٦- أن يكون لكل شخص عنوان إلكتروني (بريد إلكتروني) في بطاقة الرقم القومي بجانب عنوانه العادي ويصدر قانون بذلك حتى تستطيع الدولة واجهزتها المختلفة مخاطبة الشخص على أحد عناوينه.
- ٧- تدريب العاملين في المحاكم المختلفة الذين يتفاعلون مع تكنولوجيا الحضور عن بعد استخدام الوسائط الإلكترونية في إقامة وتسجيل الدعاوى وتداولها وتسديد رسوم الدعوى إلكترونياً.

المراجع

القسم الأول- المراجع باللغة العربية:

أولاً- الكتب والمؤلفات العامة:

١. عبد العزيز بن سعد الغانم، المحكمة الإلكترونية، دار جامعة نايف للنشر، الرياض ٢٠١٧م.
٢. تامر عبدالحبار عبد العباسي السعيدى، التنظيم القانوني للمزاد الإلكتروني، دراسة مقارنة، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر ٢٠١٨م.
٣. د. احمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف سنة ١٩٩٠م.
٤. د. احمد المليجي، الموسوعة الشاملة في التعليق على قانون المرافعات ج ٣ ط ١٣، طبعة نادى القضاة ٢٠١٦.
٥. د. احمد عوض هندي، التقاضي الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، اسكندرية سنة ٢٠١٤م.
٦. د. احمد عوض هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة اسكندرية سنة ٢٠١٧م.
٧. د. ادم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، بدون دار نشر ط ٢٠١٥م.
٨. د. الانصاري حسن النيداني، القاضي والوسائل الإلكترونية الحديثة، دار الجامعة الجديدة اسكندرية، ٢٠٠٩م.
٩. د. امير فرج يوسف المحاكم الإلكترونية المعلوماتية والتقاضي الإلكتروني، المكتب العربي الحديث، اسكندرية ٢٠١٣م.
١٠. د. حازم محمد الشرعة، التقاضي الإلكتروني والمحاكم الإلكترونية، دار الثقافة عمان

- ٢٠١٠م.
١١. د. تامر محمد سليمان الدمياطي، إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، ٢٠٠٩.
١٢. د. خالد السيد محمد عبد المجيد، عقد العمل الإلكتروني مركز الدراسات العربية للنشر، مصر، ٢٠١٨م.
١٣. د. خالد ممدوح ابراهيم، التقاضي الإلكتروني، الدعوى الإلكترونية وإجراءاتها امام المحاكم، دار الفكر الجامعي، سنة ٢٠٠٨م.
١٤. د. داديار حميد سليمان، الإطار القانوني للتقاضي المدني عبر الإنترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع القاهرة، سنة ٢٠١٥م.
١٥. د. رجائي عبد الرحمن عبد القادر، الإجراءات المتبعة في التحكيم عبر الوسائط الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، اسكندرية سنة ٢٠١٨م.
١٦. د. سيد أحمد محمود، دور الحاسوب الإلكتروني (الكمبيوتر) أمام القضاء المصري والكويتي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧-٢٠٠٨م.
١٧. د. طلعت دويدار، ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم، دار الجامعة الجديدة، اسكندرية، سنة ٢٠٠٩.
١٨. د. عبد العزيز غرم الله ال جار الله احكام وضوابط العقود الإلكترونية في الفقه الاسلامي والقانون بالتطبيق على نظام المعاملات الإلكترونية السعودي، دار الكتاب للنشر مكتب الملك فهد الوطنية، ط٢٠١٧م.
١٩. د. عصمت عبد المجيد بكر، دور التقنيات العلمية في تطور العقد، دار الكتب العلمية - بيروت ٢٠١٥م.
٢٠. د. علاء حسين مطلق، المستند الإلكتروني، دار النهضة العربية ٢٠١١م.
٢١. د. نبيل اسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة اسكندرية، ٢٠٠٠م.
٢٢. القاضي/ على انور دلف النياتي، وسائل التقدم العلمي في سرعة حسم التطبيقات القضائية، دار السنهوري - بيروت ٢٠١٦م.
٢٣. القاضي/ محمد حازم الشرمه، التقاضي الإلكتروني والمحاكم الإلكترونية، دار الثقافة، عمان - الاردن ٢٠١٠.
٢٤. القاضي / محمد عصام الترساوي، تداول الدعوى القضائية امام المحاكم الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠١٣م.

ثانياً- رسائل الدكتوراه

١. د. إبراهيم أحمد سعيد زمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، ٢٠٠٧م.
٢. د. بلقاسم حامدي، ابرام العقد الإلكتروني، رسالة دكتوراه - كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر ٢٠١٥م.
٣. د. جمال الدين مبروك موسي علي، إلكترونية التحكيم، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، عام ٢٠١٥م.
٤. د. سليم عبد الله احمد، الحماية القانونية لمعلومات شبكة المعلومات (الإنترنت)، رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة النهريين ٢٠٠١م.
٥. د. عبدالفتاح محمود كيلاني، المسؤولية الناشئة عن التخاطب الإلكتروني عبر الإنترنت رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة اسكندرية ٢٠١١م.

ثالثاً- رسائل الماجستير:

١. أ. ابتسام مبارك المهيري، تيسير إجراءات التقاضي من خلال التنظيم القانوني لطرق الاعلان القضائي، اطروحة ماجستير كلية القانون جامعة الامارات، ٢٠١٨م.

رابعاً- البحوث القانونية والمؤتمرات والمقالات:

(١) البحوث القانونية:

١. اسعد فاضل منديل، التقاضي بعد دراسة قانونية، بحث منشور في مجلة جامعة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية الاصدار ٢١ لسنة ٢٠١٤م.
٢. تارة سعيد الدباغ، اجراءات الدعوى المدنية الإلكترونية، بحث منشور بمجلة قهلاي زانست العلمية، الجامعة اللبنانية الفرنسية اربيل العراق المجلد ٤ العدد ٢ ربيع ٢٠١٩م.
٣. صفوان محمد شديقات، التحقيق والمحاكمة الجزائية عن بعد عبر تقنية Video Conference، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون جامعة العلوم الإسلامية، الأردن، المجلد ٤٢، العدد ١، ٢٠١٥م.
٤. عبدالناصر عبد الله ابو سميذانة، نحو قضاء إداري إلكتروني، بحث منشور في مجلة جامعة الأزهر، غزة، عدد خاص بمؤتمر كلية الحقوق الخامس المحكم، العدد ١٩ سنة ٢٠١٧م.
٥. عمر لطيف كريم العبيدي، التقاضي الإلكتروني وآلية التطبيق، بحث منشور في مجلة كلية القانون جامعة تكريت - العراق، السنة (١) المجلد (١) العدد (٢) الجزء (١) سنة ٢٠١٧م.

٦. قارة سليمان محمد، الحلول القانونية لمشكلة تنازع القوانين في كل التعاقد الإلكتروني مجلة
الدعوة للدراسات القانونية، الجزائر، العدد ٣ سنة ٢٠١٥م.
٧. مراد بنار، التقاضي عبر الوسائط الإلكترونية في التشريع المغربي والمقارن، مجلة القانون
والأعمال، جامعة الحسن الأول - المغرب، العدد ١٧ مارس ٢٠١٨م.
٨. د. احمد شرف الدين، مشاكل الاعتراف بالتحكيم الإلكتروني، مجلة التحكيم العربي، العدد
٨ اغسطس ٢٠٠٥م.
٩. د. حازم صلاح الدين عبدالله، استخدام تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات في كتابة الأحكام
القضائية والتوقيع عليها، مجلة القضائية، العدد الرابع ٢٠١٢م.
١٠. د. حسينة شرون، الباحثة عتيقة معاوي، التقاضي الإلكتروني في الجزائر، كلية
الحقوق والعلوم السياسية جامعة بسكرة، الجزائر ٢٠١٩م.
١١. د. سحر عبد الستار إمام، بحث منشور بعنوان " انعكاسات العصر الرقمي على قيم
وتقاليد القضاء، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية مجلة إلكترونية، العدد ١٠
يناير ٢٠١٨م.
١٢. د. صفاء أوتاني، المحكمة الإلكترونية (المفهوم والتطبيق) مجلة جامعة دمشق للعلوم
الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٨، العدد الأول ٢٠١٢م.
١٣. د. عادل حماد عثمان، ضبط الأدلة في مجال الجريمة المعلوماتية، بحث منشور في
مجلة مصر المعاصرة الصادرة عن الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء
والتشريع، القاهرة، العدد ٥٣١-٥٣٢، أكتوبر ٢٠١٨م.
١٤. د. عصمانى ليلي، التقاضي الإلكتروني آلية لإنجاح الخطط التنموية، مجلة المفكر -
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر - العدد ١٣، فبراير
سنة ٢٠١٣م.
١٥. د. كيلاني عبدالراضي احمد، التزام المحكم بالسرية، دراسة مقارنة، مجلة الدراسات
القانونية، كلية الحقوق، جامعة أسيوط العدد ٢١ يناير ٢٠١٢م.
١٦. د. محمود عبدالرحمن محمد، مدي حجية الوسائل الإلكترونية في اثبات المعاملات
المدنية والتجارية والإدارية في القانون الكويتي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة
٦ مارس ٢٠١٨م.

١٧. د. هادي حسين عبد على الكعبي، نصيف جاسم محمد الكرعوي، مفهوم التقاضي عن بعد ومستلزماته، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العراق، العدد ١ السنة ٨، ٢٠١٦م.

١٨. د. هشام عبد السيد الصافي محمد بدر الدين، القضاء الإداري المصري والتكنولوجيا الحديثة، بحث نشر في مجلة جيل الأبحاث القانونية المعقدة العدد ١٧ سبتمبر سنة ٢٠١٧م.

١٩. د. أيمن يحيى بسيوني حجية رسائل البريد الإلكتروني من وجهة النظر الأرشيفية، دراسة تحليلية، بحث منشور بمجلة CYBRARIANS JOURNAL، مجلة دورية إلكترونية فصلية محكمة متخصصة في مجال المكتبات والمعلومات، العدد ٥٥، سبتمبر ٢٠١٩م.

(٢) المؤتمرات:

١. طلال ابوغزالة، الجمعية الدولية للملكية الفكرية INTA، الاجتماع السنوي الخامس والعشرون بعد المائة الاثني عشر ٥ مايو ٢٠٠٣ للام المتحدة واهمية العلامات التجارية للقوة الرقمية امستردام

٢. محمد محمد الألفي، ورقة عمل بعنوان " المحكمة الإلكترونية بين الواقع والمأمول " مقدمة إلى مؤتمر الحكومة الإلكترونية السادس، الادارة العامة الجديدة والحومة الإلكترونية دبي - الامارات، الفترة من ٩-١٢ ديسمبر ٢٠٠٧م.

٣. د. احمد خليل وورقة عمل بعنوان الاعلان القضائي بالطريقة الإلكترونية مقدمة إلى المؤتمر الدولي الخامس والعشرين كلية القانون جامعه الامارات الفترة ١٣ و ١٤ نوفمبر ٢٠١٧م.

٤. د. آلاء يعقوب النعيمي- الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني، المؤتمر الدولي السادس عشر للتحكيم، كلية القانون - جامعة الإمارات.

٥. د. خالد محمد مصطفى، المعلوماتية والمسؤولية الجزائية، بحث مقدم في مؤتمر كلية الحقوق جامعة السلطان قابوس الاول، حول الجوانب القانونية للمعلوماتية في الفترة من ١٣-١٤ مارس ٢٠١١م.

٦. القاضي / وليد العاكوم، مفهوم وظاهرة الاجرام المعلومات، بحث مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، جامعة الامارات العربية، كلية الشريعة والقانون، الامارات المجلد الاول - الفترة من ١ - ٣ مايو ٢٠٠٠ - ط ٣ سنة ٢٠٠٤م.

٧. القاضي الدكتور / جمال عبد الله، محاضرة عن المحكمة الإلكترونية، المؤتمر الدولي الثالث التحول الرقمي والمعرفة القانونية مركز المعلوماتية القانونية، الجامعة اللبنانية، بيروت ٨-٩ / ١١ / ٢٠١٨م.

٨. القاضي / حاتم جعفر، دور التقاضي الإلكتروني في رسم وتطوير العدالة، ورقة عمل مقدمة إلى المناخ القضائي لدعم الاستثمار، الاسكندرية، فبراير ٢٠١٥م.

(٣) المقالات:

١. شيماء البدوي، التحول الرقمي يزحف إلى القضاء، مقال بالجريدة الاقتصادية الاولى في مصر (البورصة) في ٩ / ٩ / ٢٠١٩م.

٢. يحيى مفرح الزهراني، المحاكم الإلكترونية، مقال بجريدة العرب الاقتصادية الدولية ١٠ / ١ / ٢٠١٠م.

٣. د. فيصل غرابية، القضاء الافتراضي للقضاء الإلكتروني، مقال منشور في جريدة الرأي الأردنية بتاريخ ٥ / ١٠ / ٢٠١٩م.

٤. د. ناصر بن زيد بن ناصر بن داوود. حوسبة التقاضي - المحكمة الإلكترونية - مقالة موجودة على موقع مركز الدراسات القضائية.

٥. المستشار / فتحي المصري، التقاضي الإلكتروني يقضى على ابواب الفساد حوار مع جريدة الوطن الإلكترونية، ١٤ مايو ٢٠١٥م.

٦. المحامية علياء النجار، التقاضي الإلكتروني، مقالة موجودة على موقع منتديات نقابة المحامين في سورية.

خامساً- القوانين وأحكام المحاكم والمواقع الإلكترونية:

(١) القوانين الوطنية والغربية:

١. قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.
٢. قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد.
٣. قانون إنشاء المحاكم الاقتصادية رقم ١٢٠ لسنة ٢٠٠٨.
٤. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩.
٥. قانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات.
٦. قانون المرافعات المدنية الكويتي.
٧. قانون الاونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة ١٩٩٦.
٨. القانون رقم ١٧٥ لسنة ٢٠١٨ بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات المنشور في الجريدة

الرسمية.

٩. العدد ٣٢ مكرر (٢) ١٤ اغسطس لسنة ٢٠١٨.

١٠. اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم ١٥ لسنة ٢٠١٤.

(٢) أحكام المحاكم:

- محكمة النقض المصرية.
- المحكمة الدستورية العليا مصر.
- المحكمة الإدارية العليا مصر.
- محكمة النقض الفرنسية.
- المحكمة الاتحادية العليا جمهورية العراق.
- محكمة التمييز الاتحادية بالعراق.
- المحكمة الاتحادية العليا بدولة الامارات.

ثالثاً- المنتديات القانونية والمواقع الإلكترونية

١. موقع محكمة النقض المصرية.
٢. موقع المجلس الاعلى للقضاء العراقي.
٣. موقع المكتبة العراقية للحكم المحلى.
٤. منتدى قانون دولة الإمارات.
٥. موقع شبكة قوانين الشرق.
٦. موقع منتدى المحامين العرب.
٧. بوابة مصر للقانون والقضاء.
٨. فلاشة العدالة القانونية الصادرة عن نقابة المحامين المصرية.

القسم الثاني- المراجع الأجنبية:

(١) الكتب الأجنبية:

1. Alan Davidson, Social Media and Electronic Commerce Law, University of Queensland, Cambridge University Press, 2015.
2. Julia Hörnle Queen Mary University of London, Cross-border Internet Dispute Resolution, Cambridge University Press, 2009.

(٢) المواقع الإلكترونية:

1. Alrai.com/article/10504473
2. <http://burathanews.com/arabic/news/39718>
3. <http://dspace.univ-msila.dz:8080/xmlui/handle/123456789/10499>
4. <http://dspace.univ-msila.dz:8080/xmlui/handle/123456789/10504>
5. <http://kenanaonline.com/users/KhaledMamdouh/posts/79344>
6. http://www.aleqt.com/2010/01/10/article_330394.html
7. <https://a5bar-technology.blogspot.com/2016/01/video-conferencing.html>
8. <https://aawsat.com/home/article/125236>
9. <https://alborsaaneews.com/2019/09/09/1242440>
10. https://scholarworks.uaeu.ac.ae/private_law_theses/8/
11. <https://sites.google.com/site/filermf/8>
12. <https://www.albayan.ae/across-the-uae/accidents/2011-09-18-1.1504442>
13. <https://www.elwatannews.com/news/details/729552>
14. www.ebadalah.com
15. https://www.rand.org/pubs/research_reports/RR3222.html
16. http://www.aleqt.com/2010/01/10/article_330394.html
17. <http://www.damascusbar.org/AlMuntada/showthread.php?p=23943>
18. <http://journals.jilrc.com/legal-depth-research/>
19. <http://www.journal.cybrarians.org/>
20. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511576102.003>
21. <https://doi.org/10.1017/CBO9781316182796.011>



الوساطة في تسوية منازعات العمل (دراسة مقارنة)

* الأستاذ الدكتور/ شواخ محمد أحمد الأحمد *

المخلص:

لما كان عقد العمل يقوم على الثقة والتعاون بين طرفيه، لهذا فإن المنازعات العمالية، وبشكل خاص المنازعات ذات الطابع الجماعي تكتسي خطورة كبيرة لأضرارها المحتملة؛ لذلك تنص قوانين العمل على وسائل ودية رضائية وغير رضائية لتسويتها بأسرع وقت، ومن بين هذه الوسائل الوساطة. تناول بحث الوساطة في تسوية منازعات العمل، في دراسة مقارنة تاريخ الوساطة؛ حيث تبين أن الوساطة -كألية لتسوية المنازعات- رغم تطورها الحديث إلا أنها قديمة قدم العلاقات الإنسانية؛ لهذا أوضح البحث أهمية الوساطة وترتيبها بين الوسائل الودية لتسوية المنازعات العمالية، ومن ثم بين مفهومها؛ فعرّفها في اللغة والاصطلاح مبيناً المصطلح الذي اشتقت منه الوساطة وعدد شروطها وشرح طبيعتها، من حيث إن اللجوء إليها يتوقف على اتفاق أطراف النزاع أم لا يتوقف على ذلك؟ وتناول البحث الخصائص التي تميّزت بها الوساطة مما جعلها الخيار الأمثل لأطراف النزاع، وبشكل خاص ما تميزت به من أنها لا تفرض حلاً على الأطراف بطريقة استبدادية، والمرونة والسرية وانخفاض التكلفة التي تتميز بها، واعتبارها مفهوماً حديثاً للعدالة. حيث تحافظ على علاقة ودية بين أطراف المنازعة العمالية مما يعطيها أهمية كبيرة، ثم بين البحث طريقة تعيين الوسيط والشروط التي يجب أن تتوفر فيه، والإجراءات التي تسير بها الوساطة، وواجب الوسيط بالمحافظة على الأسرار المهنية التي اطلع عليها، وخلص البحث إلى توصيات من أهمها ضرورة أن يترك لأطراف النزاع الاتفاق على اختيار الوسيط، وفي حال فشلهم في ذلك تتولى الجهة الإدارية تسميته من الجدول الذي أعدته مسبقاً.

الكلمات المفتاحية: إجراءات الوساطة - تسوية المنازعات - منازعة عمل جماعية - منازعات عمل فردية - اتفاق وساطة.

* أستاذ بقسم القانون الخاص - بكلية الحقوق - جامعة دار العلوم - الرياض.



Mediation in Settling Labor Disputes (A Comparative Study)

Prof. Shawakh Mohamed Ahmed Al-Ahmed*

Abstract:

The discussion of mediation in the settlement of labor disputes dealt with a comparative and in-depth study of the history of mediation in labor disputes, indicating its importance and arrangement between consensual means for settling labor disputes, and then the research clarified the concept of mediation; Define it in language and convention, indicating the term, And the research explained the conditions and nature of mediation, in that the resort to it depends on the agreement of the parties to the conflict or not on that? The research clarified the characteristics that characterized mediation, which made it the ideal choice for the parties to the conflict, particularly its characteristic that it does not impose a solution on the frameworks. Its flexibility and confidentiality. Then the research showed the method of appointing the mediator and the conditions that must be fulfilled in it, the procedures that the mediation operates, and the mediator's duty to preserve the professional secrets he viewed. The research ended with recommendations, the most important of which is that it should be left to the parties of the conflict.

Keywords: Mediation Procedure - Settlement of Disputes - Collective Labor Dispute - Individual Labor Disputes - Mediation Agreement.

* Professor in the Department of Private Law, College of Law, Dar Al-Uloom University, Riyadh.

المقدمة

تُعد الوساطة بمعناها الحديث من الوسائل القانونية حديثة التطور نسبياً؛ حيث بدأت في النصف الثاني من القرن العشرين، بشكل خاص في كل من الولايات المتحدة الأمريكية والمملكة المتحدة وأستراليا⁽¹⁾، للوساطة في المنازعات العمالية الجماعية تاريخ حافل في القانون الأمريكي، حيث تم استخدامها منذ صدور قانون Erdman في عام ١٨٩٨ إلا أنه بحلول عام ١٩٤٧ تم إنشاء وكالة إدارية جديدة تسمى الاتحادية للوساطة العمالية والتوفيق مما أضفى الطابع الرسمي على مؤسسة الوساطة العمالية⁽²⁾، كذلك تم إدخال الوساطة في القانون الفرنسي بعد النزاعات الخطيرة بين

⁽¹⁾ تعد الولايات المتحدة الأمريكية مثال مثير للاهتمام؛ حيث يهدف النظام القانوني بأكمله إلى ضمان حل غالبية المنازعات طواعية قبل المحاكمة، ويجوز للقاضي تعليق المحاكمة وتقديم المشورة للأطراف للتقدم بطلب الوساطة، وأنشأ قانون إردمان Erdman نظاماً لتسوية المنازعات بين شركات السكك الحديدية والعمال في عام ١٨٩٨ ألزم هذا القانون الأطراف في البداية بالوساطة أو بمحاولة التوفيق من قبل رئيس لجنة التجارة بين الولايات كخطوة ثانية، ثم إلى إجراءات التحكيم أمام هيئة التحكيم. في العقود الأخيرة من القرن العشرين، لم تكن الوساطة تستخدم فقط في النزاعات الجماعية، ولكن أيضاً أكثر فأكثر في النزاعات والصراعات الفردية داخل الشركات، من بين جميع إجراءات التسوية الودية، الوساطة هي الطريقة المفضلة في عالم الأعمال في الولايات المتحدة. تم مؤخراً إجراء دراسة استقصائية بين ١٠٠٠٠ من أكبر الشركات في الولايات المتحدة، وكانت النتيجة أن ٩٠٪ تقريباً من الشركات التي ردت استفادت من هذه الفرصة، وكذلك داخلياً مع العمال وخارجياً مع أطراف ثالثة (شركاء الأعمال).

Hans-Juergen Zahorka Mediation in Labour Relations: What Can Be Learned from the North American and EU Example? Labour Legislation and Arbitration Project. EuropeAid/113649/C/SV. Annex 5. – P.1

GUZAL GALIAKBAROVA, SHOLPAN SAIMOV: MEDIATION OF LABOUR DISPUTES IN KAZAKHSTAN IN COMPARATIVE CONTEXT, RUSSIAN LAW JOURNAL Volume IV (2016) Issue 2 p.100-101.

⁽²⁾ Katarzyna Antolak-Szymanski: MEDIATION IN POLISH LABOUR LAW: COMPARING ITS EVOLUTION AND DEVELOPMENT TO LABOUR MEDIATION IN EU AND US LAW, REVIEW OF COMPARATIVE LAW VOLUME XXXIV YEAR 2018, p.22.

Nantes et de Saint-Nazaire, بموجب مراسيم صدرت في عام ١٩٥٥ إلا أنها كانت تقتصر على المنازعات الجماعية التي تتعلق بالأجور، ومن ثم تمت إزالة هذه القيود بموجب قانون صدر في ١٩٥٧/٧/٢٦ وأصبحت الوساطة منذ ذلك التاريخ إلزامية^(٣)، لكن في الحقيقة أن الوساطة فكرة قديمة متجذرة بعمق في تاريخ العلاقات الإنسانية، ويعتبرها البعض من أقدم وسائل حل المنازعات، وظهورها يسبق تدوين التاريخ، وبشكل خاص في الصين فقد شجع المسئولون خلال حكم سلالة مينغ Ming dynast بين عامي ١٣٦٨-١٦٤٤ العمل الذي يقوم به شيوخ القرية لحل المنازعات الصغيرة داخل المجتمع^(٤).

الوساطة: هي وسيلة وليست موضوع؛ لأنها تنظم إمكانية التواصل بين أطراف النزاع لهذا فإنها تعتمد على تقنية الاتصال التي يسلط عليها علم النفس الاجتماعي الضوء، ويتقبلها القانون من أجل جعل الناس يتحدثون في سياق غير رسمي بدلاً من أن يتخاصمون في قاعة المحكمة، يستخدمون الكلمات اليومية وليس لغة القانون في سياق محاكمة بدلاً من مخاصمة، حيث يلتقي الجميع دون خاسر أو رابح. إذن، تُوفر الوساطة إدارة شاملة للنزاع من خلال العمل على إعادة بناء العلاقة بين الأطراف، أو مساعدتهم على ابتكار حل مناسب^(٥)، فاللجوء إلى الوساطة؛ يعد سلوكاً

(٣) Caire, G. (1983). Procédures de règlement pacifique des conflits collectifs en France. Relations industrielles / Industrial Relations, 38 (1), 3-27. <https://doi.org/10.7202/029324ar.p.6>

(٤) Author(s): James A. Wall, Jr. and Ann Lynn: Mediation: A Current Review Source: The Journal of Conflict Resolution, Vol. 37, No. 1 (Mar., 1993), pp. 160-194 <http://www.jstor.org/stable/174500> Accessed: 23-11-2017 14:57 UTC. P. 160

(٥) Cousteaux Gilbert, Poillot Peruzzetto Sylvaine. La médiation. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 66 N°2,2014. Études de droit contemporain. Contributions françaises au 19e Congrès international de droit comparé (Vienne, 20 - 26 juillet 2014) pp. 403-433; doi: <https://doi.org/10.3406/ridc.2014.20393>

بناءً من كلا الطرفين، خاصة أنها أقل تكلفة من التحكيم، وتسمح لطرفي النزاع بالتحكم في نتيجته إلى حد أكبر من التحكيم^(٦).

تعد الوساطة الوسيلة الودية الثانية من وسائل تسوية منازعات العمل الجماعية^(٧)، بعد فشل المفاوضات الجماعية في الوصول إلى حل شامل للنزاع، في كل من القانون السوري والمصري وبعد فشل المفاوضات الجماعية والمصالحة في القانون الجزائري^(٨)، بينما تعتبر الوسيلة الودية الوحيدة لتسوية منازعات العمل الفردية والجماعية في النظام

(6)-Barbara Grandi: Mediation to Enforce Labour Rights: How Far can the European Model for ADR be Beneficial on Employment Disputes, Global Journal of Management and Business Research: G Interdisciplinary Volume 14 Issue 3 Version 1.0 Year 2014.p. 37-39

^(٧) عرفت المادة (٢١٠) من قانون العمل السوري المنازعة الجماعية بأنها: "كل نزاع ينشأ بين صاحب عمل أو مجموعة من أصحاب العمل وبين منظمة واحدة أو عدة منظمات عمالية بشأن شروط العمل أو ظروفه أو قواعد الاستخدام"، وعرفت كذلك المادة (١٦٨) من قانون العمل المصري المنازعة الجماعية بأنها: "كل نزاع يتعلق بشروط العمل أو ظروفه أو أحكام الاستخدام ينشأ بين صاحب العمل أو مجموعة من أصحاب الأعمال وبين جميع العمال أو فريق منهم".

كما عرفت الفقرة ٣/ب من المادة (٤١) من قانون المرافعات الشرعية السعودي الصادر بالمرسوم رقم ١/م تاريخ ١٤٣٥/١/٢٢ والمعدلة بالمرسوم الملكي رقم م/١٤ تاريخ ١٤٤٠/٢/٢٢ المنازعة الجماعية، بحيث تكون المنازعة جماعية عندما تنشأ المنازعة بين واحد أو أكثر من أصحاب العمل وجميع عماله، أو فريق منهم بسبب العمل أو شروط العمل. إلا أن الفقرة ٣/أ من نفس المادة نصت على أن تسري على المنازعات العمالية الجماعية القواعد والإجراءات المقررة في المنازعات العمالية الأخرى، ما لم يقرر المجلس الأعلى للقضاء خلاف ذلك. ويمكن أن نفسر تعريف المنازعة الجماعية ومن ثم إخضاعها للقواعد والإجراءات التي تخضع لها المنازعات الفردية على أنه تدرج نحو إحداث وسائل خاصة لتسوية منازعات العمل الجماعية، بعد أن ثارت في الفترة الأخيرة منازعات جماعية بين بعض من أصحاب العمل وجميع عمالهم أو فريق من عمالهم.

^(٨) في القانون الجزائري، لأطراف النزاع الخيار بين الوساطة أو التحكيم، فمرحلة الوساطة ليست إلزامية، حيث نصت المادة التاسعة بأنه: "في حال فشل المصالحة يمكن لطرفي النزاع أن يتفقا على اللجوء إلى الوساطة أو التحكيم".

السعودي^(٩)، رغم أن النظام السعودي أطلق اسم المصلح على من يتوسط بين أطراف النزاع^(١٠)، إلا أن الصلح لا يتطلب وجود طرف ثالث^(١١)، لكن الوساطة قد تنتهي إلى الصلح.

إذن، الوساطة كوسيلة ودية تناسب منازعات العمل الجماعية؛ لأن العمال يمثلهم في الوساطة منظماتهم النقابية، أو ممثلون عنهم مما يعيد التوازن للعلاقة بين العمال وصاحب العمل، حيث يضع قانون العمل العامل في علاقة تبعية. بينما إخضاع منازعات العمل الفردية للوساطة الإلزامية قد يكون غير مناسب في اعتقادنا، وذلك لاختلال ميزان القوى بين طرفي المنازعة الفردية، ويظهر هذا الخلل في ميزان القوى بين الطرفين في النقاط الآتية^(١٢): أولاً: يأخذ القضاء أثناء الفصل في المنازعات العمالية ضعف العامل في الاعتبار بخصوص عبء الإثبات، لهذا فقد حملت هيئة تسوية الخلافات العمالية السعودية صاحب العمل عبء إثبات المبرر المشروع عند إنهاء عقد العمل غير محدد المدة^(١٣)، بينما الوساطة بطبيعتها عملية تفاوضية تحتاج

^(٩) عرفت المادة (٢٠٣) من قانون العمل السوري منازعات العمل الفردية بأنها " الخلافات التي تنشأ بين صاحب العمل والعامل في معرض تطبيق أحكام قانون العمل وعقد العمل الفردي". عرفت المادة الثانية من القانون الجزائري الخاص بالمنازعات الفردية، المنازعة الفردية، بأن: "يعد نزاعاً فردياً في العمل بحكم هذا القانون، كل خلاف في العمل قائم بين عامل أجبر ومستخدم بشأن تنفيذ علاقة العمل التي تربط بين الطرفين إذا لم يتم حله في إطار عمليات تسوية داخل الهيئات المستخدمة"، ويلحظ أن المشرع الجزائري لا يعتبر الخلافات بين العامل وصاحب العمل نزاعاً إلا إذا استعصى حله داخل الهيئات المستخدمة. وانتقد جانب من الفقه هذا الموقف للمشرع الجزائري باعتبار أن النزاع في أصله وأساسه مجرد خلاف بين أطراف علاقة العمل في أي مرحلة نشب ذلك الخلاف، بالإضافة إلى عدم وجود سند قانوني أو موضوعي لمثل هذه التفرقة.

^(١٠) المادة الأولى من قرار وزير العمل والتنمية الاجتماعية رقم ٥٧١٦٧ تاريخ ١٤٤٠/٣/٢٠ .

^(١١) عبدالله بن محمد العمراني: الوساطة في تسوية المنازعات، دراسة فقهية، مجلة قضاء، ص ١٠٢. Kübra Doğan Yenisey – Seda Ergüneş Emrağ: Mandatory mediation in labour law: A Draft Bill in Turkey, HUNGARIAN LABOUR LAW E-Journal 2017/1. <http://www.hllj.hu/>

^(١٣) القرار رقم ١١١٤ / ٤٣١/٢ / تاريخ ١٤٣١/١٢/٣ مدونة المبادئ والقرارات العمالية ١٤٣١-

إلى أطراف تقف على قدم المساواة من الناحية الاقتصادية والقانونية. ثانياً: أن الوساطة تعادل حرية التعاقد مع أن جوهر قانون العمل لا يقوم على حرية التعاقد إلا إذا كان ما اتفق عليه الأطراف يحقق مصلحة العامل، تتم الوساطة غالباً بعد إنهاء عقد العمل، لذلك لا يوجد ما يمنع العامل في القانون السعودي من التنازل عن جزء من حقوقه للحصول على الجزء الآخر. ثالثاً: اختلال توازن القوى بين الأطراف ينشأ كذلك من عدم المساواة في الموارد المالية، حيث إن العامل يعتمد في معيشته على الأجر ولا يستطيع الانتظار طويلاً للحصول عليه، وبالتالي قد يقبل بمبالغ مالية أقل مما كان سيحصل عليه لو نظر القضاء في قضيته. كذلك يوجد عدم مساواة بين العامل وصاحب العمل بخصوص الوصول إلى المعلومات القانونية، فمعلومات العامل عن حقوقه قليلة بالمقارنة مع صاحب العمل، بالتالي فمن الصعب على العامل أن يتنبأ بمدى الحقوق التي سوف يحصل عليها في نهاية الوساطة. أما صاحب العمل يملك معلومات قانونية، ولديه سوابق في دعاوى مماثلة عرضت على الوساطة، فعدم المساواة تلك في المعرفة والاطلاع على تجارب سابقة قد تدفع العامل إلى اتخاذ قرار خاطئ. إذن يمكن القول إن العمال في الوساطة يحصلون على مستحقاتهم بشكل أسرع لكن أقل من المبالغ التي يمنحها لهم القانون؛ لذلك ارتفاع معدلات تسوية المنازعات الفردية عن طريق الوساطة لا يثبت عدالة هذه التسويات.

ومما تجدر الإشارة إليه هنا أن دور الوساطة يقتصر على تقريب وجهات النظر بين أطراف النزاع، من خلال تقديم توصية تتضمن حلاً للنزاع، لذلك فإن حل النزاع يتوقف على قبول طرفيه بالحل المقترح من الوسيط، ومما لا شك فيه بأن تسوية المنازعة الجماعية أو الفردية بطريقة الوساطة - كما هو الحال في المفاوضات الجماعية - يزيل الآثار السلبية للمنازعة من نفوس الأطراف، ويحافظ على علاقة ودية

بينهما^(١٤)، مما يحافظ على استقرار علاقات العمل، ويحافظ على السلم الاجتماعي؛ لأنها تعتمد على التعاون بدلاً من المخاصمة.

أهمية البحث:

تتبع أهمية البحث في الوساطة كوسيلة ودية لتسوية المنازعات العمالية الفردية أم الجماعية، من أن هذه الوسيلة تعد أداة فاعلة لحل المنازعات العمالية بطريقة بناءة، وتبدو فعاليتها من أنها وسيلة اقتصادية إذا قارناها بالتحكيم، كما أنها وسيلة رضائية؛ إذ أن الوسيط لا يملك سلطة فرض حل بطريقة استبدادية، كما أنها وسيلة تتفق مع المفهوم الجديد للعدالة؛ إذ لا يكفي حسم النزاع وترك آثاره تتفاعل في نفوس أطرافه، مما ينعكس سلباً على المنشأة، فالوساطة تحسم المنازعات بطريقة تزيل الآثار السلبية التي تركها النزاع في نفوسهم، مما يترتب على ذلك عودة التعاون والمحافظة على الثقة المتبادلة بين أطراف النزاع العمالي. فوسيلة لحسم المنازعات بهذه الأهمية تستحق أن تكون محلاً لدراسات علمية جادة؛ حيث إن الوساطة لم تحظ باهتمام الباحثين العرب في حدود اطلاعي المتواضع.

مشكلة البحث:

يمكن أن نصوغ مشكلة البحث بصيغة سؤال على النحو التالي: هل يتوافر للوساطة من الخصائص ما يجعلها أداة فعالة لتسوية المنازعات العمالية؟

منهجية البحث:

اعتمد الباحث على المنهج التحليلي المقارن مع الاستعانة بالمنهج التاريخي لتوضيح تاريخ الوساطة، مع الإشارة إلى أن القوانين محل الدراسة تمثلت بقوانين العمل السوري والمصري والجزائري والسعودي والفرنسي.

^(١٤) في اليابان كان التزام أصحاب العمل اليابانيين بالحل البديل للنزاعات تقليدياً مرتبطاً بالأخلاقيات، الموقف السلبي من اختيار محكمة الدولة كوسيلة لحل الخلافات في الصين القديمة، حث كونفوشيوس على استخدام الوساطة بدلاً من اللجوء إلى المحكمة، وحذر من أن المشاركة المثيرة للجدل في المحاكمة من المرجح أن تعزز سخط أطراف الصراع وتعوق تفاعلهم الفعال.

GUZAL GALIAKBAROVA, SHOLPAN SAIMOV: Cited above p.98

-خطة البحث:

-المبحث الأول: مفهوم الوساطة

-المبحث الثاني: إجراءات الوساطة

-الخاتمة والتوصيات:

المبحث الأول

مفهوم الوساطة

تعد الوساطة من الوسائل الودية الرضائية لتسوية المنازعات بشكل عام، ومنازعات العمل بشكل خاص^(١٥)، وتتسم بانخفاض التكلفة، والسرعة في تسوية

^(١٥) المنازعات العمالية أمر لا مفر عنه، لوجود تباين في المصالح بين صاحب العمل والعمال، فالنزاع جزء لا يتجزأ من الهياكل المؤسسية للرأسمالية، ويعزز هذا النزاع عدم توازن القوى بين صاحب العمل والعمال. المنازعات العمالية تنبع من مفهوم كيفية تنظيم العلاقة بين صاحب العمل والعمال. تم تحديد أربع أيديولوجيات أو مناهج متناقضة من قبل البعض. الأولى: الأنايية الثانية: النقدية (الرايكاالية) الثالثة: الودوية. الرابعة: التعددية. يعتمد المنهج الأناي egoist على الفلسفة النيوليبرالية؛ حيث يعتبر العلاقة بين العمال وصاحب العمل ذات طبيعة مالية (معاملة مالية) ينظر إلى العمل على أنه سلعة، ويسعى كل طرف إلى الحصول على سعر يعتبر أفضل بديل عما يقدمه للطرف الآخر. لهذا فإن سوق العمل يتيح حل النزاع بين العمل والإدارة. يتحدى النهج النقدي critical هذا الإيمان بفعالية السوق ويقوم على الإيمان بوجود عدم مساواة متأصل في العلاقة بين العمال وأصحاب العمل، هذا المنهج النقدي الذي طوره ماركس في القرن التاسع عشر، فالصراع أمر لا مفر منه في هذا الإطار؛ حيث يسعى أصحاب وسائل الإنتاج إلى استغلال العمال، لهذا فإن حل الصراع المتأصل هيكليا يتطلب تغييرا منهجيا وجذريا؛ لأن العامل غارق في هيكل يخدم مصالح صاحب العمل. أما المنهج الودوي unitarist للإدارة يفترض وجود مصلحة مشتركة بين العمال وأصحاب العمل، لهذا يجب بذل الجهود لبناء واستدامة الاهتمام المشترك من خلال نهج العلاقات الإنسانية للإدارة. كذلك يجب تصميم سياسة الموارد البشرية لمواءمة مصالح العمال مع الإدارة. خصوم هذا المنهج ينظرون إليه على أنه طريقة مقنعة لفرض السلطة الإدارية على العمال. يرى أنصار المنهج الودوي أن العمال والمديرين لديهم نفس الأهداف وأن حسن النية والتواصل يكفیان لفض النزاع، وفي حال نشوء تعارض بينهما فإنه مؤشر على سوء إدارة العمال، وفشل في تأمين وحدة المصالح. ويمكن تدارك ذلك من إجراءات التظلم، فرض الحلول، أو من خلال تقنيات المشاركة

المنازعات، كما أنها لا تفرض على الأطراف حلاً للنزاع بطريقة استبدادية، وإنما حل النزاع يتوقف على موافقة طرفيه على التوصية المقدمة من الوسيط، لهذا يجب أن يحوز الوسيط على ثقة أطراف النزاع. رغم أهمية دور الوسيط إلا أنه يمكن القول وبكل صدق، ليس الوسيط هو من يتوصل إلى حل للنزاع، بل أن حسن نية أطراف النزاع هو الذي سمح بالوصول لذلك الحل⁽¹⁶⁾. يعد اللجوء إلى الوساطة الخطوة الأولى في بعض القوانين محل الدراسة، أو تأتي الوساطة كخطوة ثانية بعد المفاوضة الجماعية، كما أن اللجوء إلى الوساطة قد يكون إلزامياً لأطراف النزاع، بمعنى لا يحتاج اللجوء إليها إلى اتفاق الأطراف على ذلك، وقد يتوقف اللجوء إليها على اتفاق الأطراف على ذلك، إلا أن الدخول في مرحلة الوساطة لا يعني التوصل حتماً إلى حل النزاع. لذلك فإن مباشرة الوساطة بناء على طلب أحد أطراف النزاع من الجهة الإدارية لا ينال من رضائيتها؛ لأن الدخول في إجراءات الوساطة لا يترتب عليه بالضرورة

لحل المشكلات في النهج الوجداني فإن النزاع بين الأفراد - علاقة منحرفة- أكثر أهمية من هيكل العلاقة بين العمال وصاحب العمل. ويعترف المنهج التعددي pluralist بتنوع الاهتمام ويتطلب اتخاذ تدابير تمكن من إدارة التنوع بشكل عادل وفعال، ويعتبر المنهج التعددي بأن النزاع ليس انحرافاً، وأنه أمر لا مفر منه في اختلاف مصالح الطرفين، ومن الطبيعي أن يكون النزاع جزء لا يتجزأ من الهياكل المؤسسية الرأسمالية، ويسعى النهج التعددي إلى معالجة اختلال توازن القوى داخل النظام المعني، وتؤدي النقابات العمالية دوراً حيوياً من خلال المشاركة في المفاوضة الجماعية وإتاحة العمل الجماعي المنظم مثل الإضرابات، ومن منظور أوسع يمكن للدولة أن تتدخل لتنظيم العلاقة بين العمال وأصحاب العمل في شكل تشريع حد أدنى للأجور، وحقوق العمال القانونية، ووكالات تسوية المنازعات العمالية.

Roy Poyntz, The enactment of workplace mediation in British Universities: A study of mediator meta-theory and the integration of practice, A thesis submitted in partial fulfilment of the requirements for the degree of Doctor of Philosophy, February 2018, p.17-18

⁽¹⁶⁾LESLEY ALLPOR: EXPLORING THE COMMON GROUND IN MEDIATION. A thesis submitted to the University of Birmingham for the degree of DOCTOR OF PHILOSOPHY, August 2015, p.17.

- اتفاق الأطراف على حل للنزاع. دراسة مفهوم الوساطة يتطلب منا أن نعرفها، ومن ثم نوضح شروطها وطبيعتها، ونشرح خصائصها.
- المطلب الأول: تعريف الوساطة.
 - المطلب الثاني: شروط الوساطة وطبيعتها.
 - المطلب الثالث: خصائص الوساطة.

المطلب الأول

تعريف الوساطة

تعد الوساطة أداة من الأدوات السريعة، المرنة، الفعالة^(١٧) لتسوية منازعات العمل الجماعية والفردية، بطريقة ودية وبتكلفة منخفضة؛ تعتمد على موافقة طرفي النزاع على الحل المقترح من الوسيط، لهذا تترك ارتياحاً كبيراً لدى أطراف النزاع، وترفع من معنويات العمال، وبالتالي ينعكس ذلك زيادة في الإنتاج. أخذت بالوساطة معظم الدول بغض النظر عن أنظمتها الاقتصادية والسياسية^(١٨).

إذن، في الوساطة يخرج النزاع من نطاق المنشأة ليتدخل طرف ثالث لا علاقة له بالنزاع في محاولة لتسويته، مع احتفاظ الطرفين بالسيطرة على النزاع بدلاً من تسليم قضيتهما إلى قرار نهائي يصدر من طرف ثالث، فالوساطة إذن؛ هي عملية إرادية

(17) Hans Juergen Zahorka: Mediation in Labour Relations: What Can Be Learned From the North American and EU Example? Labour Legislation and Arbitration Project EuropeAid/113649/C/SV/Ru p.1.

(18) الصديق ريكلي: الوساطة كطريقة مستحدثة لتسوية نزاعات العمل الجماعية ودياً طبقاً لأحكام القانون رقم ٢٠/٩٠ الصادر في ٢٠/٦/١٩٩٠م. مجلة العلوم الإنسانية، عدد ٤٤، كانون الأول، ٢٠١٥، ص ٢٧١-٢٨٧. وقد وقع تبني هذا النظام في القانون الفرنسي، حيث كانت أول إشارة له في المرسوم الصادر في ٥ مايو /أيار/ ١٩٥٥م. حسين عبد اللطيف حمدان: قانون العمل، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩م، ص ٥٧٥.

وأخذ كل من القانون السوري والمصري والجزائري والقانون السعودي بالوساطة؛ مع الإشارة إلى أن القانون السعودي يخضع المنازعات الفردية والجماعية للوساطة الإلزامية عن طريق مكتب العمل، ونظام التسوية بموجب قرار وزير العمل والتنمية الاجتماعية رقم ٥٧١٦٧ تاريخ ٢٠/٣/١٤٤٠.

ورضائية لتسوية المنازعات، توفر لأطراف النزاع وسيلة لإيجاد حل بشروطهم الخاصة، وتتميز عن التحكيم -مثلاً- من أن الوسيط المحايد المكلف بإدارة التسوية لا يملك سلطة فرض حل على أطراف النزاع^(١٩).

الوساطة؛ كلمة يونانية الأصل تعني مكان أوسطي، فهي إجراء يقوم به طرف ثالث أكثر فعالية وكفاءة في تسوية النزاع. بينما يرى البعض الآخر أن أصل كلمة الوساطة في اللغة اللاتينية يعود إلى كلمة "ميدياتور" التي تعني التوسط، ومنها اشتقت كلمة "ميدياتور" بمعنى الشخص الذي يتوسط بغرض الوصول إلى اتفاق^(٢٠)، ويرى جانب آخر من الفقه^(٢١) أن الوساطة مشتقة من الجذر اللاتيني *mediare*، وتعني في اللغة العربية شفاعاة، طلب معروفاً، قدم وساطته، عرض مساعيه الحميدة، وساطة، محاولة فض نزاع قائم بين فريقين أو أكثر عن طريق التفاوض والحوار^(٢٢). عرفت المادة العاشرة من القانون الجزائري^(٢٣) الوساطة هي إجراء يتفق بموجبه، طرفا الخلاف الجماعي على إسناد مهمة اقتراح تسوية ودية للنزاع إلى شخص من الغير ويشتركان في تعيينه.

(19) Roy Poyntz, The enactment of workplace mediation in British Universities: A study of mediator meta-theory and the integration of practice, A thesis submitted in partial fulfilment of the requirements for the degree of Doctor of Philosophy, February 2018, p.8.

(٢٠) بن بلقاسم فريد: الوساطة في الجزائر: ماضي حاضر ومستقبل، مداخلة ضمن فعاليات الملتقى ممارسات الوساطة، وزارة العدل، مركز البحوث القانونية والقضائية، يومي ١٥-١٦ جوان ٢٠٠٩م. نقلاً عن سليمان صبرينه: الوساطة في القضايا العملية، مجلة قانون العمل والتشغيل، المجلد ٤، العدد، ٢، ٢٠١٩م، ص ٣٨٩ - ٤١٨.

(21) Author(s) James A. Wall, Jr. and Ann Lynn: Mediation: A Current Review Source: The Journal of Conflict Resolution, Vol. 37, No. 1 (Mar., 1993), pp. 160-194 <http://www.jstor.org/stable/174500> Accessed: 23-11-2017 14:57 UTC. P.160.

(22) معجم اللغة العربية المعاصرة: -وساطة/maajim.com/dictionary/ (٢٣) رقم ٠٢/٩٠ المؤرخ في ١٠ رجب ١٤١٠ الموافق ٢/٦ / ١٩٩٠م المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وممارسة حق الإضراب. لم يعرف كل من قانون العمل السوري والمصري الوساطة، كما لم يعرفها القرار الوزاري السعودي الذي ينظم التسوية الودية.

فالوساطة؛ هي العملية التي يدعو بموجبها أطراف النزاع العمالي طرف ثالث محايد، يسمى الوسيط لمساعدتهما في حل نزاعهما، لا يتمتع الوسيط بسلطة اتخاذ القرار بشأن النزاع، لكنه يساعد في حله من خلال اقتراح حل يقبله الطرفين بصورة طوعية^(٢٤) لا تقتصر الفائدة من الوساطة الوصول إلى تسوية النزاع بطريقة ودية، بل يتجاوز ذلك إلى أن الوسيط يدعم طرفي النزاع بمهارات وتقنيات تفاوضية خاصة، تساعد على حل مشكلاتهم المستقبلية، لا سيما أنه على معرفة ودراية بأحكام قانون العمل الموضوعية، ولا يحل النزاع بطريقة قسرية، وهذا ما يفرقها عن التحكيم^(٢٥)، حيث لدى المحكم سلطة مستقلة للبت في النزاع بدلاً من أطرافه، لهذا يجب أن يتمتع الوسيط بالمصداقية.

يصنف جانب من الفقه^(٢٦) الوساطة في نماذج ثلاثة، ويشير إلى أن هذا الجانب مازال غير مكتشف، فالنموذج الأول أطلق عليه اسم الوساطة التقييمية؛ حيث يقتصر

(24) Barbara Grandi: cited above, p.40.

(25) Mediation is defined as process where the parties to a dispute – in labor relations: the employer and the labor union – invite a neutral third party, the mediator, to help them resolve their differences. This mediator has no power of decision concerning the conflict between the parties, but helps to find and reach a mutually acceptable and voluntarily reached solution. The mediator supports both parties by special negotiation skills and techniques and does not solve the dispute by authoritarian means. There is a clear difference to arbitration on the one side and negotiation on the other. Hans Juergen Zahorka: cited above, p.1.

(26) Models of mediation: A largely unexplored area is the impact of different models of mediation on participant and organizational outcomes. Mediation can be evaluative if the mediator gives an expert opinion on the merits of the dispute. In a problem-solving or facilitative model, the mediator helps the parties identify and dovetail their interests. Still less directive is transformative mediation, which focuses on empowering the parties to control all aspects of the mediation. Transformative mediators do not pressure parties to accept a settlement, but rather to clarify their own interests, goals, and choices. The mediator also fosters moments of recognition, in which each party reaches a better understanding or acknowledges the other's perspective, **Lisa B. Bingham**: Employment Dispute Resolution: The Case for Mediation, CONFLICT RESOLUTION

دور الوسيط على تقييم النزاع، ومن تقديم رأي فني في موضوع النزاع، أما في نموذج وساطة حل المشكلات أو التيسير؛ فيساعد الوسيط أطراف النزاع على تحديد مصالحهم وبيان مدى ترابطها أما الوساطة التحويلية؛ فتركز على تمكين الأطراف من السيطرة على جوانب الوساطة، دون الضغط عليهم لقبول التسوية، فيوضح لهم مصالحهم وأهدافهم وخياراتهم، حيث يصل كل طرف إلى فهم أفضل لرأي الطرف الآخر، وصنفت الوساطة التحويلية أكثر فعالية من الأنواع الأخرى.

المطلب الثاني

شروط الوساطة وطبيعتها

تعلق بعض القوانين محل الدراسة اللجوء إلى الوساطة على استفاد الخطوة الأولى من الوسائل الودية لتسوية المنازعات العمالية الجماعية (أولاً)، كما أن اللجوء إلى الوساطة قد يحتاج إلى اتفاق الأطراف على ذلك، أو يكتفى بطلب أحد أطراف النزاع من الجهة الإدارية المختصة إحالته إلى الوساطة (ثانياً).

أولاً- شروط الوساطة:

- أ- فشل المفاوضات الجماعية في تسوية منازعة العمل الجماعية كلياً أو جزئياً.
- ب- تقدم أحد طرفي النزاع أو كلاهما، أو من يمثلها قانوناً بطلب إلى المديرية المختصة لاتخاذ إجراءات الوساطة^(٢٧).

علق المشرع السوري والمصري البدء باتخاذ إجراءات الوساطة على فشل المفاوضات الجماعية كلياً أو جزئياً في تسوية المنازعة الجماعية، وعلى طلب طرفي النزاع أو أحدهما أو من يمثلها قانوناً من الجهة الإدارية المختصة اتخاذ إجراءات الوساطة. أما في القانون السعودي لم يشترط القانون اللجوء إلى المفاوضات الجماعية،

QUARTERLY, vol. 22, no. 1-2, Fall-Winter 2004 © Wiley Periodicals, Inc., and the Association for Conflict Resolution, p.156.

(٢٧) المادة (١٧٩) عمل سوري والمادة (١٧٠) عمل مصري.

لهذا فإن الوساطة متوقفة على طلب أحد أطراف النزاع العمالي الفردي أم الجماعي^(٢٨) من مكتب العمل الذي يقع مكان العمل في دائرة اختصاصه مباشرة حل المنازعة.

ثانياً - طبيعة الوساطة:

من الواضح أن المشرع لم يعلق اتخاذ إجراءات الوساطة على موافقة الطرف الآخر، مما يدل على أن الوساطة في القانون المصري والسوري والسعودي إلزامية لأطراف النزاع العمالي وليست اختيارية^(٢٩)؛ كذلك أن المحكمة العمالية السعودية لا تنتظر في النزاع فردياً كان أم جماعياً إلا بعد عرضه على لجنة التسوية الودية وتفشل في الوصول إلى حل له خلال مدة لا تزيد على أحد وعشرين يوماً^(٣٠)، لكن السؤال

^(٢٨) حيث نص البند أولاً من المرسوم الملكي م/١٤ تاريخ ٢٢/٢/٤٤٠م يجب في الدعوى العمالية، أن يسبق رفعها أمام المحكمة العمالية، التقدم إلى مكتب العمل الذي مكان العمل في دائرة اختصاصه ليتخذ الإجراءات اللازمة لتسوية النزاع ودياً.

^(٢٩) ومما يؤكد على إلزامية الوساطة في حل المنازعات الجماعية أن المادة (١٨١) من قانون العمل المصري نصت على أنه: "لأي من طرفي النزاع في المنشآت الاستراتيجية والحيوية المشار إليها في المادة (١٩٤) من هذا القانون، عند تسوية النزاع ودياً من خلال المفاوضات أن يطلب من الجهة الإدارية المختصة إحالته مباشرة إلى هيئة التحكيم، وذلك دون سبيل الوساطة"، لهذا لو كانت الوساطة اختيارية لما كان هناك من مبرر لهذا النص. وانظر أيضاً: سليمان صبرينة: الوساطة في القضايا العمالية، مجلة قانون العمل والتشغيل، المجلد الرابع، العدد الثاني، ٢٠١٩م، ص ٤٠٥، على خلاف ذلك لطرش أمينة: نطاق الأحكام الاتفاقية بتسوية منازعات العمل الجماعية. مجلة قانون العمل والتشغيل، العدد الرابع - ٢٠١٧م، ص ٢٢١. أصبحت الوساطة إلزامية في القانون الفرنسي منذ عام ١٩٥٧م، حيث يمكن لرئيس هيئة التوفيق الإقليمية أو وزير العمل بناء على طلب أحد أطراف النزاع، أو بمبادرة منهما بدء إجراءات الوساطة بعد فشل التوفيق.

Caire, G. (1983). Procédures de règlement pacifique des conflits collectifs en France. Relations industrielles / Industrial Relations, 38 (1), 3-27. <https://doi.org/10.7202/029324ar>. p.6

^(٣٠) المادة (١٤) من قرار وزير العمل والتنمية الاجتماعية رقم ٥٧١٦٧ تاريخ ٢٠/٣/١٤٤٠.

الذي يثور في كل من القانون المصري والسوري في حال طلب أحد أطراف النزاع الجماعي من المديرية المختصة المباشرة في إجراءات الوساطة ورفض الطرف الآخر ذلك، فما هو الحكم في هذه الحالة؟ لم يجب كل من القانون السوري والمصري على هذا التساؤل، لكن المشرع السوري واجه حالة طلب أحد الطرفين من الآخر الدخول في المفاوضات الجماعية، ورفض من وجه إليه الطلب، جاز للطرف الذي وجه الدعوة للمفاوضة الجماعية أن يطلب من المديرية المختصة إخطار منظمة أصحاب العمل أو المنظمة النقابية العمالية بحسب الحال لمباشرة المفاوضات الجماعية نيابة عن الطرف الآخر، وتعد المنظمة المعنية في هذه الحالة مفوضة قانوناً في التفاوض وتوقيع اتفاق العمل الجماعي⁽³¹⁾. نعتقد أن ذات الحكم يطبق في حال رفض أحد الطرفين السير بإجراءات الوساطة⁽³²⁾، ويبدو أن قانون العمل الفرنسي لا يشترط اتفاق أطراف المنازعة في اللجوء إلى الوساطة لأن المشرع منح لرئيس لجنة التوفيق إمكانية الشروع في الوساطة من خلال دعوة الطرفين إلى تعيين وسيط خلال مدة زمنية معينة، كما أن البدء بإجراءات التسوية يمكن يأتي من قبل السلطة الإدارية بناءً على طلب خطي ومعلل من أحد الطرفين أو بناء على مبادرة من الجهة الإدارية نفسها⁽³³⁾.

⁽³¹⁾ المادة (179) من قانون العمل السوري.

⁽³²⁾ يحب التفرقة بين اتفاق أطراف النزاع على التوصية المقترحة من الوسيط، وبين الدخول في إجراءات الوساطة، فالأمر الأول لا يتحقق إلا بموافقة الطرفين على ذلك، ومن هنا اعتبرت الوساطة وسيلة رضائية. بينما الأمر الثاني المتمثل في الدخول في إجراءات الوساطة، حيث لو علق ذلك على إرادة طرفي النزاع، لتمكن أحد الأطراف من تعطيل الوساطة كوسيلة ودية لتسوية المنازعات العمالية، لهذا في حال فشل المفاوضات الجماعية يكفي أن يطلب أحد الأطراف من الجهة الإدارية إحالة المنازعة للوسيط، وفي حال رفض الطرف الآخر لذلك، وخاصة صاحب العمل السير في إجراءات الوساطة، ولم تُجد وسائل التنفيذ الجبري للالتزام القانوني المتمثل بعرض النزاع على الوسيط، فعندئذ يُمثل الطرف الذي رفض السير بإجراءات الوساطة من قبل المنظمة النقابية التي ينتمي لها، دون أن يعتبر ذلك مساساً بمبدأ رضائية الوساطة.

⁽³³⁾ L2523-1: Modifié par LOI n°2008-67 du 21 janvier 2008 - art. 3

La procédure de médiation peut être engagée par le président de la commission de conciliation qui, dans ce cas, invite les parties à désigner un

أما الحكم في القانون الجزائري فإنه مختلف عن كل من القوانين السورية والمصرية والسعودية؛ إذ جعل المشرع من الوساطة إجراءً اتفاقياً، لهذا لا بد من اتفاق طرفي النزاع الجماعي على إسناد مهمة تسوية النزاع إلى شخص من الغير يدعى الوسيط، ولا بد من اتفاق الطرفين على تعيينه. (٣٤) ويرى جانب من الفقه أن فرص نجاح الوساطة تزداد عندما تكون خياراً حراً وواعياً من أطراف المنازعة (٣٥).

المطلب الثالث

خصائص الوساطة

لما كانت الوساطة أداة فعالة لتسوية المنازعات بشكل عام والمنازعات العمالية سواء كانت جماعية أو فردية بشكل خاص، وتعود فعاليتها لما تتميز به من خصائص؛ كإنخفاض التكلفة المالية بالمقارنة مع التحكيم، كما تتميز بأنها إجراء سريع وفعال، ومرن، وتعد السرية من طبيعتها كذلك، كما أنها تحافظ على علاقة ودية بين أطراف المنازعة، كما أنها لا تفرض حلاً على أطراف النزاع، وإنما تشجع الأطراف على الاتفاق لتسوية النزاع. لهذا تعد الوساطة أداة واعدة لحل المنازعات بطريقة بناءة مما جعلها الخيار الأمثل لأطراف النزاع.

١- الرضائية:

تقوم الوساطة على الرضائية؛ لأن من شأنها أن تتيح للعمال وأصحاب العمل منتدى طوعي وغير ملزم؛ بمعنى أن الوسيط لا يفرض حلاً للنزاع العمالي على طرفي النزاع، وإنما يقتصر دوره على تقديم توصية بالحل، بالتالي يمكن لأطراف النزاع العمالي قبول حل يناسب ظروفهم بشكل خاص وشعورهم الشخصي بالعدالة (٣٦)،

médiateur dans un délai déterminé afin de favoriser le règlement amiable du conflit collectif.

Cette procédure peut être également engagée par l'autorité administrative à la demande écrite et motivée de l'une des parties ou de sa propre initiative

(٣٤) المادة العاشرة من القانون رقم ٠٢/٩٠ لسنة ١٩٩٠م.

(٣٥) Barbara Grandi: cited above, p. 43.

(٣٦) Barbara Grandi: cited above, p. 40.

لهذا فإن حل النزاع يحتاج إلى قبول الطرفين للتوصية التي يقدمها الوسيط، لذلك لن يضطر العمال إلى التخلي عن أي حق من حقوقهم إلا بموافقتهم على خلاف التحكيم^(٣٧)؛ لأن النزاع من خلال الوساطة لا يحل بالوسائل الاستبدادية^(٣٨).

٢- المرونة:

تتسم الوساطة كوسيلة من وسائل التسوية الودية لمنازعات العمل بالمرونة سواء في سير إجراءاتها ونتائجها، فمن حيث إجراءاتها تخلو الوساطة من الإجراءات الطويلة والمعقدة، ومن حيث النتيجة؛ فإن الوسيط يساعد الأطراف على إيجاد حل للنزاع دون أن يفرض حلولاً ذاتية^(٣٩). فالوساطة يمكن أن تقدم حلولاً قائمة على المصلحة بدلاً من اتخاذ موقف الريح أو الخسارة في النزاع^(٤٠) كما أنها تفسح المجال للإبداع في البحث عن حلول للنزاع وتفرز رؤية شاملة للنزاع يتجاوز بعده القانوني.

٣- السرية والخصوصية:

من العوامل التي تسهم في نجاح الوساطة سريتها وخصوصيتها، حيث يفضل أصحاب العمل اللجوء إليها لأنهم يتحاشون النزاعات القضائية العلنية التي قد تسيء إلى سمعتهم وتؤثر على معاملاتهم، بالإضافة إلى أن السرية تشجع الأطراف المتنازعة على الحوار الصريح وتقديم التنازلات بحرية تامة دون الخشية أن تكون حجة عليهم في المستقبل^(٤١)؛ لهذا يمكن القول بأن الوساطة كعملية خاصة وسرية توفر بيئة تمكن الأطراف من التفاعل بحرية في ذلك الفضاء الآمن الذي تم إنشاؤه بواسطة أطراف

(37) Ann C. Hodges, Mediation and the Transformation of American Labor Unions, 69 MO. L. REV. (2004) Available at: <https://scholarship.law.missouri.edu/mlr/vol69/iss2/2>, p.391.

(38) Raximov, M.A. (2018) "New institution: resolving labour disputes through mediation", Review of law sciences: Vol. 3, Article 11. Available at: https://uzjournals.edu.uz/rev_law/vol3/iss1/11

(39) سليمان صبرينه: الوساطة في القضايا العمالية: مرجع سابق ٣٩٧.

(40) Ann C. Hodges, cited above, p.384.

(41) سليمان صبرينه: المرجع السابق، ص ٣٩٨.

النزاع^(٤٢). إذن، لما كان المشرع قد ألزم طرفي المنازعة الجماعية بتقديم كل المعلومات المفيدة للوسيط لكي يتمكن من النهوض بالمهمة التي أسندت إليه، مما يعني اطلاعه على أسرار مهنية، لذلك ألزمته المادة (١١) من القانون الجزائري رقم ٠٢/٩٠ لسنة ١٩٩٠ أن يحافظ على السر المهني، وكل المعلومات التي اطلع عليها أثناء قيامه بمهمته ولا يفشيها إلى الغير ، ويسري هذا الحكم في كل القوانين المقارنة محل الدراسة بموجب القواعد العامة في المسؤولية المدنية؛ فيعتبر إفشاء المعلومات السرية خطأ، فإذا ترتب عليه خطأ وقامت علاقة سببية فتثبت عندئذ مسؤولية الوسيط المدنية تجاه أطراف المنازعة العمالية.

٤- الوساطة وسيلة من وسائل تحديث العدالة^(٤٣):

تتوافق الوساطة مع المفهوم الحديث للعدالة، ذلك المفهوم الذي يحافظ على علاقة ودية بين أطراف النزاع، وتمنع الاستياء والإحباط، لأن تطبيق القانون وحده قد لا يوفر دائماً حلاً مرضياً للمشاكل الإنسانية، ومما لا شك فيه أن الحفاظ على العلاقة الودية بين العمال وصاحب العمل هام بشكل خاص لإنتاجية القوى العاملة^(٤٤)، ولأن عقد العمل يقوم على الثقة بين الطرفين.

المبحث الثاني

إجراءات الوساطة

بعد فشل المفاوضات الجماعية كلياً أو جزئياً في الوصول إلى حل لمنازعة العمل الجماعية تظهر الحاجة عندئذ إلى مباشرة إجراء الوساطة، ومباشرة هذا الإجراء يتطلب تحديد الجهة التي تختار الوسيط والشروط التي تتوافر فيه، ولما كانت المنازعات

(42) Roy Poyntz, 'The enactment of workplace mediation in British Universities: A study of mediator meta-theory and the integration of practice, A thesis submitted in partial fulfilment of the requirements for the degree of Doctor of Philosophy, February 2018, p.9.

(43) Béatrice Blohorn-Brenneur: La médiation prud'homale, REVUE PROJET - ACTEUR DE TERRAIN, p.4.

(44) Ann C. Hodges, cited above p.397.

الجماعية ذات آثار خطيرة فهذا يتطلب الإسراع بإجراءات الوساطة، كما أن مباشرة إجراء الوساطة يقتضي تحديد صلاحية الوسيط، فهل الوسيط يفرض حلاً أم يقتصر دوره على تقديم توصية بالحل فقط، كما يجب أن نحدد الصلاحيات التي يتمتع بها الوسيط.

-المطلب الأول: مباشرة إجراءات الوساطة.

-المطلب الثاني: صلاحيات الوسيط.

المطلب الأول

مباشرة إجراءات الوساطة

إحالة النزاع على الوساطة قد يتطلب اتفاق الطرفين على ذلك، أو تقدّم أحدهما بطلب إلى الجهة الإدارية المختصة لمباشرة إجراءات الوساطة؛ لهذا تطرح عندئذ مسألة الجهة التي تختار الوسيط، هل يُترك اختيار الوسيط لاتفاق أطراف النزاع أم تتولى ذلك الجهة الإدارية المختصة؟ كذلك يثور تساؤل بخصوص الشروط التي يجب توافرها في الوسيط؟ كما أن المدة التي يتعين فيها على الوسيط إنجاز مهمته مسألة في غاية الأهمية وخاصة في منازعات العمل الجماعية.

أولاً- اختيار الوسيط:

يتولى في قانون العمل السوري مدير الجهة الإدارية المختصة مساعي الوساطة أو يكلف بها أحد العاملين بالإدارة أو أحد الخبراء من خارج الإدارة، أما في القانون الجزائري يتولى أطراف النزاع الاتفاق على تسمية الوسيط^(٤٥). أما الحكم في قانون العمل المصري يتولى أطراف المنازعة الاتفاق على الوسيط من بين الوسطاء المقيدين في قائمة الوسطاء المعتمدة من الوزارة المختصة، وذلك خلال ثمانية أيام من تاريخ تقديم طلب إجراء الوساطة، وتتولى الجهة الإدارية إبلاغ الوسيط الذي وقع عليه

^(٤٥) المادة (١٠) من قانون العمل الجزائري.

الاختيار^(٤٦). وفي القانون السعودي تتولى إدارة التسوية الودية المباشرة إجراءات التسوية بعد قيد الدعوى لدى مكتب العمل المختص، أما الحكم في القانون الفرنسي يعود لطرفي النزاع الاتفاق على تعيين الوسيط، وفي حال عدم اتفاقهم على ذلك تختار السلطة الإدارية المختصة الوسيط من القائمة التي تضم شخصيات معينة على أساس كفاءتهم ، وتعد تلك القائمة بعد التشاور ودراسة المقترحات المقدمة من النقابات الأكثر تمثيلاً لأصحاب العمل والعمال على المستوى الوطني^(٤٧).

بخصوص طريقة اختيار الوسيط، لما كانت مؤسسة الوساطة تهدف إلى مساعدة أطراف النزاع على الاتفاق على حل للنزاع، فإن عدم السماح لهم باختيار الوسيط كما هو الحال في القانون السوري والسعودي سيكون ضد الفكرة الأساسية لتسوية النزاع بطريقة ودية عن طريق الوساطة. كذلك سيكون من الأفضل أن يسمح لأطراف النزاع باختيار وسيط من خارج القائمة الرسمية، وأن يترك اختيار الوسيط من القائمة الرسمية على الحالة التي لم يتمكن فيها أطراف النزاع من تعيين الوسيط^(٤٨)، كما هو الحال في القانون الفرنسي، وقانون دولة رومانيا يعطي لأطراف المنازعة العمالية اختيار الوسيط، فإذا لم يتفقوا على ذلك تتولى المحكمة اختياره^(٤٩).

^(٤٦) المادة (١٧٣) من قانون العمل المصري.

^(٤٧) Article L2523-2 Lorsque les parties ne s'entendent pas pour désigner un médiateur, ce dernier est choisi par l'autorité administrative sur une liste de personnalités désignées en fonction de leur autorité morale et de leur compétence économique et sociale. Article L2523-3 Les listes de médiateurs sont dressées après consultation et examen des suggestions des organisations syndicales d'employeurs et de salariés représentatives au niveau national, siégeant à la commission nationale de la négociation collective.

^(٤٨) İknur KILKIŞ Selver YILDIZ BAĞDOĞAN Şenol BAŞTÜRK: TÜRKİYE'DE TOPLU İŞ UYUŞMAZLIKLARININ ÇÖZÜMÜNDE ARABULUCULUK VE UZLAŞTIRMA SİSTEMİNİN EVRİMİ VE SİSTEMİN ETKİNLİĞİNİ ARTTIRICI ÖNERİLER. Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi Cilt: 16, Sayı: 1, Yıl: 2014, Sayfa: 53-81.p.67.

^(٤٩) Iwona Sierocka: Mediation Procedure in Labour Law Disputes, Białostockie Studia Prawnicze 2016 vol. 21, p.206.

ثانياً- الشروط الواجب توافرها في الوسيط:

لم ينص القانون السوري على شروط يجب توافرها في الوسيط سوى إشارته إلى كونه من الخبراء، وكذلك القانون الجزائري لم ينص على شروط يجب توافرها في الوسيط رغم أهمية الدور الذي ينهض به الوسيط، لذلك فإن المادة الأولى من قرار وزير القوى العاملة والهجرة المصرية^(٥٠) أوجبت أن يتوافر في المتقدمين للقيّد في قائمة الوسطاء، الشروط التالية:

١- أن يكون محمود السيرة وحسن السمعة.
٢- أن يكون ذا خبرة لا تقل عن عشر سنوات في المجالات القانونية أو الاقتصادية أو الاجتماعية أو التأمينات بكافة أنواعها. وعندما يتم اختيار وسيط من القائمة التي تعدها وزارة القوى العاملة والهجرة يشترط في هذا الوسيط عندئذ، أن يكون ذا خبرة في موضوع النزاع، وألا يكون له مصلحة في النزاع، وألا يكون قد سبق اشتراكه بأيّة صورة في بحث النزاع أو محاولة تسويته^(٥١).

في القانون السعودي يتولى تسوية النزاع ودياً شخص أطلق عليه اسم "المصلح" وإن كنا نفضل اسم وسيط؛ لأن مهمته الوساطة بين طرفي النزاع بهدف تسويته، ويتولى هذه المهمة وسيط من موظفي وزارة العمل أو غيرهم، ويشترط فيمن يقوم بعمل التسوية أو الوساطة الشروط الآتية:

- أ- أن يكون حاصلًا على رخصة من وزارة الموارد البشرية أو معتمدة لديها.
 - ب- أن يكون مؤهلاً للعمل في هذا المجال.
 - ج- أن يكون من المشهود لهم بالنزاهة والأمانة.
 - د- ألا يكون قد حكم عليه في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة.
- ولا يجوز في القانون السعودي للوسيط أن يباشر عمله في الدعاوى التي تتعلق بمصلحته أو مصلحة زوجته أو أقاربه أو أصحابه إلى الدرجة الرابعة.

^(٥٠) الصادر بالقرار رقم ١٢٧ لسنة ٢٠٠٣م.

^(٥١) المادة (٧٢) من قانون العمل المصري.

مما لا شك فيه أن نجاح مؤسسة الوساطة في تحقيق الهدف المرجو منها والتمثل في التوصل إلى تسوية ودية للمنازعة العمالية، يتوقف إلى حد كبير على الصفات التي يتحلّى بها شخص الوسيط، قدرة الوسيط على تقديم توصية يقبل بها أطراف النزاع تتوقف إلى حد كبير على معرفته وخبرته في العلاقات العمالية وقانون العمل والسياسية الاجتماعية والاقتصاد وعلم النفس الاجتماعي، بالإضافة إلى ذلك يجب أن يكون الوسيط على دراية بنماذج السلوك التنظيمي، وتضارب المصالح والصراع بين أطراف النزاع؛ لأن النزاعات العمالية وبشكل خاص الجماعية نزاعات اقتصادية في الأساس، لهذا يجب أن يكون الوسيط على دراية بالعلاقات الإنسانية وتتوافر لديه قدرة على الإقناع والإبداع في اقتراح الحلول والموقف المعتدل، فالوساطة في الواقع هي نشاط اجتماعي تهدف إلى حل النزاع باستخدام التأثير الاجتماعي للأشخاص المؤهلين والخبراء، وينظر إليهم أطراف النزاع باحترام كبير، فالوساطة ليست مؤهلاً علمياً يتم الحصول عليها من خلال تعليم خاص ولا يتطابق مع التكوين المهني، لكن يبقى من المفيد توفير التدريب العملي والتقني للوسطاء المعيّنين لأول مرة⁽⁵²⁾، لهذا فإن المادة الرابعة من التوجيه الأوربي رقم ٢٠٠٨/٥٢ نصت على أن تشجع الدول الأعضاء التدريب الأولي والمتواصل للوسطاء من أجل ضمان إجراء الوساطة بطريقة تتسم بالنزاهة والحيادية⁽⁵³⁾ يجب ألا يتحول الوسيط إلى قاض حتى لو كان أطراف النزاع تتوسل ذلك، وينبغي أن يبق وسيطاً محايداً حتى لا يكون موضع شك من أحد الأطراف، لا يحتاج الوسيط إلى البلاغة، كل ما يحتاجه حسن النية، وإلى الصبر والفترة السليمة، والأسلوب المناسب والنوايا الحسنة، يجب أن يجعل من نفسه محبوباً لأطراف النزاع، وأن يكسب مصداقيتهم (أبدأ بالإشارة إلى عدم رضاك عن النزاع والنفقات التي يسببها التقاضي، بعد ذلك استمع بصبر إلى جميع شكاويهم، التي لن تكون قصيرة، وخاصة في الجلسة الأولى⁽⁵⁴⁾).

(52) Selver YILDIZ BAĞDOĞAN Şenol BAŞTÜRK: p.68-69.

(53) Iwona Sierocka: cited above p.206.

(54) LESLEY ALLPOR: cited above. P.18.

ثالثاً- مدة إنجاز الوسيط لمهمته:

يتعين على الوسيط إنجاز مهمته خلال مدة أقصاها ثلاثون يوماً من تاريخ تسجيل الطلب لدى المديرية المختصة أو من تاريخ تبليغ المكلف بالوساطة عندما يكون من الخبراء في قانون العمل السوري^(٥٥)، وفي القانون السعودي يجب إنجاز المهمة خلال واحد وعشرين يوم عمل من تاريخ أول جلسة حضور أمام الوسيط^(٥٦). أما في القانون المصري تحدد الجهة الإدارية المختصة المدة التي يتعين خلالها على الوسيط إنهاء مهمته بحد أقصى خمسة وأربعون يوماً^(٥٧). أما في القانون الجزائري فيعود إلى أطراف النزاع الجماعي تحديد الأجل الذي ينهي خلاله الوسيط مهمته^(٥٨)، وفي القانون الفرنسي إذا لم يتمكن الوسيط من التوفيق بين الطرفين، عليه أن يقدم لهما مقترحاً في شكل توصية معللة خلال شهر واحد من تاريخ تعيينه، ويجوز تمديد هذا الأجل بناء على اتفاق أطراف النزاع، وفي حال رفض التوصية المقدمة من الوسيط من أحد الأطراف يتعين عليه إخطار الوسيط بذلك خلال مدة ثمانية أيام على أن يكون الرفض سبباً ويعد السكوت وعدم الرفض بمثابة قبول للتوصية المقدمة من الوسيط^(٥٩).

المطلب الثاني

صلاحيات الوسيط

يتمتع الوسيط بكافة الصلاحيات اللازمة التي تمكنه من الاطلاع على أوجه النزاع وعلى مستندات الطرفين، وأوجه الخلاف وأسبابه، وله كذلك دعوة أطراف النزاع لسماع وجهة نظر كل منهما، على الرغم من أن الوسيط يجتمع عادة بحضور طرفي النزاع، لكن يبدو أن عقد الوسيط لاجتماعات منفردة مع كل طرف من أطراف

^(٥٥) المادة (٢١٢/ج) من قانون العمل السوري.

^(٥٦) المادة (١٤) من قرار وزير العمل رقم ٥٧١٦٧ لسنة ١٤٤٠هـ.

^(٥٧) المادة (١٧٢/ج) من قانون العمل المصري.

^(٥٨) المادة (١٢) من قانون العمل الجزائري.

^(٥٩) L.2523-5. L.2523-6.

المنازعة على حدة - وهو ما أخذ به القانون السعودي - ولا سيما قبل عقد الاجتماع المشترك سيكون في صالح الوساطة؛ والمبرر لذلك أن أطراف النزاع ستكون في موقع الدفاع عن مواقفها في الاجتماعات المشتركة، وبالتالي سيكون من الصعب الوصول إلى اتفاق، حيث كل طرف سوف يتمسك بموقفه ولا يتنازل عنه خشية أن يفسر ذلك ضعفاً، أما في الاجتماعات المنفصلة التي يعقدها الوسيط مع أطراف النزاع لن تكون هناك حاجة لكي يدافع كل طرف عن موقفه، وبالتالي قد يغيّر الطرف من موقفه الذي دافع عنه في الاجتماعات المشتركة، ولهذا يمكن الوصول إلى اتفاق يُنهي النزاع حتى أن مكان عقد الاجتماع بين الوسيط وأطراف النزاع يزيد أحياناً من فرص الوصول للحل السلمي، حيث من الأفضل عقد الاجتماعات في مكان محايد حتى لا يسبب ذلك ضغطاً نفسياً لأحد الأطراف، كما ترتيب الجلوس على الطاولة كالجلوس على مائدة مستديرة أو يجلس الأطراف بجانب بعضهم البعض ربما يقلل من الاستقطاب والتباين في الرأي بين أطراف النزاع^(٦٠).

ذهب قانون العمل الفرنسي إلى أبعد من ذلك من منح الوسيط الحق في إعداد تقرير يقدم إلى السلطة الإدارية التي تحيله بدورها إلى النائب العام في حالة عدم حضور أحد أطراف النزاع الذي تم استدعائه دون عذر مشروع ولم يكن هناك من يمثله^(٦١)، وطلب البيانات والمعلومات التي تساعد على إنجاز مهمته^(٦٢)، وللوسيط في القانون الجزائري أن يستعين في مجال تشريعات العمل، بمفتشية العمل المختصة إقليمياً، التي سبق لها أن حاولت إجراء المصالحة بشأن موضوع النزاع ويرى جانب

⁽⁶⁰⁾m İlnur KILKIŞ Selver YILDIZ BAĞDOĞAN Şenol BAŞTÜRK: , cited above p.72

⁽⁶¹⁾Article L2523-8 Lorsqu'une partie régulièrement convoquée dans les conditions prévues à l'article L. 2523-4 ne comparait pas, sans motif légitime, devant le médiateur ou ne se fait pas représenter, le médiateur établit un rapport. Ce rapport est remis à l'autorité administrative qui le transmet au procureur de la République

^(٦٢) المادة (٢١٢/ب) عمل سوري، المادة (١١) جزائري، المادة (١٧٥) مصري.

من الفقه^(٦٣) أنه كان من الأفضل لو سمحنا للوسيط الاستعانة بخبير يختاره دون تقييده بمفتشية العمل المختصة إقليمياً.

صلاحيات الوسيط تقتصر على بذل الجهد للتقريب بين وجهات نظر طرفي النزاع، وليس له سلطة فرض حل للنزاع على أطرافه^(٦٤)، فإذا تمكن من ذلك يجب

^(٦٣) الصديق ريكلي: مرجع سابق، ص ٢٨٠.

^(٦٤) يرى جانب من الفقه بأنه من الضروري الاهتمام بالمعايير الاجتماعية في الوساطة ليتمكن الوسيط من شرح منهجيته على نحو مقبول وليتمكن أطراف النزاع من الموافقة المستنيرة على التوصية التي يقدمها الوسيط، لهذا يجب أن تبدأ الوساطة بمرحلة تمهيدية؛ يشرح فيها الوسيط كيف ستسير إجراءات الوساطة، محاولاً كسب ثقة أطراف النزاع في عملية الوساطة. أما المرحلة التالية: فهي مرحلة سرد الوقائع من قبل أطراف النزاع أو جمع المعلومات عن النزاع، فيطلب الوسيط من كل طرف بوصف النزاع من وجهة نظره، وقد يطلب الوسيط من هذا الطرف أو ذلك توضيح وتحديد ما يقصده مع شرح الأسباب، فيسعى الوسيط خلال هذه المرحلة إلى استخلاص جميع الحقائق ذات الصلة عن طريق أسئلة يوجهها لأطراف النزاع بعد أن اتاح لهم فرصة بيان رأيهم، ثم يلخص الوسيط بعد ذلك القضايا الرئيسية التي برزت من خلال كلام الطرفين. في المرحلة التالية يضع الوسيط جدول أعمال لإتمام عملية الوساطة، ويعمل الوسيط على مساعدة الأطراف على تحديد القضايا الأكثر أهمية وترتيب الأولويات وتحديد المخاوف الكامنة وراء كل طلب أو قضية، ثم يعمل الوسيط على تهيئة الأرضية المناسبة للمحادثات التي تجري بعد ذلك، محاولاً بعد ذلك تجزئة النزاع إلى أجزاء قابلة للإدارة وتوجيه الأطراف نحو النظر في عناصر النزاع بطريقة منظمة ومسلّسة. وفي المرحلة الرابعة يتبادل الوسيط وجهات النظر مع أطراف النزاع ويطلب من الأطراف أن يتبادلا أطراف الحديث مباشرة مع بعضهم البعض حتى لو كان حديثاً لا علاقة له بموضوع النزاع بهدف كسر الجليد، لأن الأفراد الذين يقعون في نزاع مستعصي غالباً ما يشيطنون بعضهم البعض، ويحاول الوسيط من خلال الحديث المباشر بين أطراف النزاع تغيير النظرة السابقة، وتذكير كل طرف بالروابط المشتركة بينهما. بعد ذلك يوجه الوسيط الأطراف نحو مرحلة البحث عن الخيارات، بالتالي يشجعهم على طرح مجموعة من الحلول الممكنة لنزاعهم، ويحثهم على أن يكونوا خلاقين بل مبدعين في تصور الاتفاقات الممكنة بينهم، ثم تبدأ بعد ذلك مرحلة اختيار الحل المناسب من بين الخيارات التي طرحها أطراف النزاع، فيساعد الوسيط الأطراف على تحديد المبادئ والمعايير التي يمكن من خلالها التمييز بين الحلول المقبولة والحلول غير المقبولة، ولتحقيق هذا الغرض يساعد الوسيط الأطراف في إدارة تبادل الحلول الوسط وتحديد الأولويات والمصالح التي يمكن مفايضتها لتحقيق مكاسب متبادلة، ويكون

عليه إثبات ذلك في اتفاقية يوقعها الطرفان والوسيط، وتتمتع بنفس القوة القانونية للاتفاق الجماعي. أما إذا لم يتمكن من ذلك، فعليه أن يقدم لطرفي النزاع كتابة ما يقترحه من توصيات معللة لحل النزاع، ويرسل نسخة من التوصية لمفتشية العمل المختصة إقليمياً في القانون الجزائري^(١٥)، فإذا قبل الطرفان التوصيات التي قدمها الوسيط أو بعضها، يجب عليه إثبات ذلك في اتفاق مكتوب يوقعه طرفا النزاع مع الوسيط. أما إذا قبل أحد الطرفين توصيات الوسيط ورفضها الطرف الآخر تعين عليه أن يوضح المبررات التي دفعته للرفض، وللوسيط أن يمنحه مهلة لا تزيد على سبعة أيام في القانون السوري وثلاثة أيام في القانون المصري لتعديل موقفه، فإذا استجاب وقبل توصية الوسيط، وجب إثبات ذلك في اتفاق خطي يوقعه طرفا النزاع مع الوسيط، وفي القانون الفرنسي يتعين على الوسيط وهو يقدم توصيته أن يأخذ في الاعتبار الامكانيات المالية لصاحب العمل ومطالب العمال، وذلك عندما يكون النزاع ذو طابع اقتصادي، أما إذا كان النزاع ذو طابع قانوني فيجب أن تشجع التوصية التي يقدمها الوسيط أطراف النزاع على اللجوء إلى المحكمة^(١٦).

هدف الوسيط اختصار الحلول المقترحة والتي يجري التداول بشأنها ويتحرك نحو الحل الذي يمكن تنفيذه ويلبي احتياجات كل الأطراف، ومن ثم تأتي المرحلة النهائية لصياغة الاتفاق، حيث يطلب الوسيط من كل طرف مراجعة الاتفاق للتأكد بأن ما حرر يتفق مع ما تمت الموافقة عليه، مع ضمان أن يمثل الاتفاق المكتوب الإرادة المشتركة لطرفي النزاع، مع امكانية وقدرة الأطراف على تنفيذ الاتفاق، وكذلك تضمين الاتفاق آلية التواصل في حال حصل خلاف حول التنفيذ.

Ellen A. Waldman, Identifying the Role of Social Norms in Mediation: A Multiple Model Approach, 48 Hastings L.J. 703 (1997). Available at: https://repository.uchastings.edu/hastings_law_journal/vol48/iss4/2_p.713-716.

^(١٥) المادة (١٢) من القانون ٩٠-٠٢ لسنة ١٩٩٠م، حيث تقتصر مهمة الوسيط أن يعرض على الطرفين خلال الأجل الذي يحدده اقتراحات لتسوية النزاع المعروف عليه في شكل توصية معللة، ويرسل نسخة من التوصية المذكورة إلى مفتشية العمل المختصة إقليمياً.

^(١٦) سليمان صبرينه: مرجع سابق، ص ٤٠٨.

فإذا لم تنته الوساطة إلى حل مقبول لكلا الطرفين، كلاً أو جزءاً وجب على الوسيط أن يرسل تقريراً بذلك إلى الجهة الإدارية المختصة^(٦٧). أما في القانون المصري يجب على الوسيط أن يقدم خلال أسبوع من تاريخ المهلة المحددة من الجهة الإدارية تقريراً عن مهمته للجهة الإدارية المختصة^(٦٨)، وفي القانون الفرنسي في حال فشل الوساطة يتعين على الوسيط بعد انقضاء ثمان وأربعين ساعة من رفض الأطراف للتوصية التي قدمها لهم أن يقوم بإبلاغ وزير العمل بنص التوصية المسببة والموقعة مشفوعة بتقرير عن النزاع، وكذلك يبلغ الوزير بالرفض المسبب الذي أرسلته أطراف النزاع^(٦٩)، ويجوز للوزير نشر التوصية في الجريدة الرسمية بهدف إطلاع الرأي العام عليها^(٧٠).

ويلحظ أن الدراسات العلمية أثبتت أن اعتماد الوساطة كوسيلة لتسوية المنازعات الجماعية أدى إلى انخفاض عدد الإضرابات في الدولة، وذلك من خلال المقارنة بين بولندا التي تعتمد الوساطة وبين البرازيل التي لا تعتمد الوساطة لتسوية المنازعات العمالية الجماعية^(٧١).

^(٦٧) المادة (٢١٤) من قانون العمل السوري .

^(٦٨) المادة (١٧٨) من قانون العمل المصري.

^(٦٩) Article L2523-7 En cas d'échec de la tentative de médiation et après l'expiration d'un délai de quarante-huit heures à compter de la constatation du désaccord, le médiateur communique au ministre chargé du travail le texte de la recommandation motivée et signée, accompagné d'un rapport sur le différend, ainsi que les rejets motivés adressés par les party's au médiateur.

^(٧٠) Caire, G. (1983). op. cit. P.7.

^(٧١) Cichobłaziński L., Soares Filho S: MEDIATION IN COLLECTIVE DISPUTES AS A TOOL OF INDUSTRIAL CONFLICT MANAGEMENT – CASE OF POLAND AND BRAZIL, POLISH JOURNAL OF MANAGEMENT STUDIES 2018 Vol.18 No.1, p.89.

الخاتمة

نخلص من بحث الوساطة كوسيلة ودية لتسوية المنازعات العمالية، إلى أن الوساطة كمؤسسة قانونية تعد حديثة التطور نسبياً؛ إلا أنها مع ذلك قديمة قدم العلاقات الإنسانية، واتضح لنا أن للوساطة تاريخ حافل في الولايات المتحدة الأمريكية وبشكل خاص في منازعات العمل الجماعية حيث اعتمدت منذ عام ١٨٩٨م، وتبين لنا أن الخصائص التي تتميز بها الوساطة باعتبارها وسيلة رضائية سواء في اللجوء إليها أو في حل النزاع بواسطتها؛ حيث إن الوسيط لا يستبد في فرض حل على أطرافها، ولما تمتاز به من المرونة في إجراءاتها، وقلة تكلفتها من الناحية الاقتصادية، واتفاقها مع المفهوم الحديث للعدالة من حيث محافظتها على علاقة ودية بين أطراف النزاع، هذا ما جعل منها الخيار الأمثل لأطراف النزاع، ومما جعل شعبيتها تتزايد على حساب التحكيم، لهذا نوصي بما يلي:

- ١- نوصي في القانون السوري بضرورة تشكيل جدول لدى الجهة الإدارية المختصة يتضمن تسجيل الوسطاء الذين تتوافر فيهم الشروط المطلوبة، وأن يتم اختيارهم وفقاً لمعايير دقيقة، ومن الأشخاص الذين يحظون بالثقة بين أبناء المجتمع.
- ٢- نوصي في القانون المصري والسوري أن يترك لطرفي النزاع الاتفاق على اختيار الوسيط، وفي حال الفشل تعين الجهة وسيطاً من الجدول الذي أعدته الجهة الإدارية، وعلى أن يكون من المختصين في موضوع النزاع، وذلك على غرار القانون الفرنسي والروماني.
- ٣- نوصي في القانون السعودي بالعدول عن مرحلة الوساطة الإلزامية في منازعات العمل الفردية.

المراجع

أولاً- المراجع العربية:

- الصديق ريكلي: الوساطة كطريقة مستحدثة لتسوية نزاعات العمل الجماعية ودياً طبقاً لأحكام القانون رقم ٢٠/٩٠ الصادر في ٢/٦ / ١٩٩٠، مجلة العلوم الإنسانية، عدد ٤٤، كانون الأول، ٢٠١٥، ص ٢٧١-٢٨٧.
- لطروش أمينة: نطاق الأحكام الاتفاقية بتسوية منازعات العمل الجماعية، مجلة قانون العمل والتشغيل، العدد الرابع - ٢٠١٧.
- سليمان صبرينه: الوساطة في القضايا العملية، مجلة قانون العمل والتشغيل، المجلد ٤، العدد، ٢، ٢٠١٩ ص ٣٨٩ - ٤١٨.
- عبد اللطيف حمدان حسين: قانون العمل، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩.
- قانون العمل الجزائري رقم ٩٠-٠٤ الصادر ١٠ رجب ١٤١١ الموافق في ٢/٦ / ١٩٩٠، والمعدل بموجب القانون رقم ٩١-٢٨ تاريخ ١٤ / جمادى الثانية / ١٤١٢ الموافق ٢١ / ٩ / ١٩٩١.
- قانون العمل السوري رقم ١٧ لسنة ٢٠١٠.
- قانون العمل المصري رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٢.
- قرار وزير العمل السعودي رقم ٥٧١٦٧ لسنة ١٤٤٠ هـ.
- المادة (٤١) من نظام المرافعات الشرعية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي م/١ لسنة ١٤٣٥ هجرية.
- قانون العمل الفرنسي من الموقع التالي:

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072050>

ثانياً- المراجع الأجنبية:

- Ann C. Hodges, Mediation and the Transformation of American Labor Unions, 69 MO. L. REV. (2004) Available at: <https://scholarship.law.missouri.edu/mlr/vol69/iss2/2>
- Author(s): James A. Wall, Jr. and Ann Lynn: Mediation: A Current Review Source: The Journal of Conflict Resolution, Vol. 37, No. 1 (Mar., 1993), pp. 160-194 <http://www.jstor.org/stable/174500> , Accessed: 23-11-2017 14:57 UTC.
- Barbara Grandi: Mediation to Enforce Labour Rights: How Far can the European Model for ADR be Beneficial on Employment Disputes, Global Journal of Management and Business



Research: G Interdisciplinary Volume 14 Issue 3 Version 1.0
Year 2014

- Béatrice Blohorn-Brenneur : La médiation prud'homale, REVUE PROJET - ACTEUR DE TERRAIN
- Caire, G. (1983). Procédures de règlement pacifique des conflits collectifs en France. Relations industrielles / Industrial Relations, 38 (1), 3–27. <https://doi.org/10.7202/029324ar>
- Cichobłaziński L., Soares Filho S: MEDIATION IN COLLECTIVE DISPUTES AS A TOOL OF INDUSTRIAL CONFLICT MANAGEMENT – CASE OF POLAND AND BRAZIL, POLISH JOURNAL OF MANAGEMENT STUDIES 2018 Vol.18 No.1
- Cousteaux Gilbert, Poillot Peruzzetto Sylvaine: La médiation. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 66 N°2,2014. Études de droit contemporain. Contributions françaises au 19e Congrès international de droit comparé (Vienne, 20 - 26 juillet 2014) pp. 403-433; doi : <https://doi.org/10.3406/ridc.2014.20393>
- Ellen A. Waldman, Identifying the Role of Social Norms in Mediation: A Multiple Model Approach, 48 Hastings L.J. 703 (1997). Available at: https://repository.uchastings.edu/hastings_law_journal/vol48/iss4/2.
- GUZAL GALIAKBAROVA, SHOLPAN SAIMOV: MEDIATION OF LABOUR DISPUTES IN KAZAKHSTAN IN COMPARATIVE CONTEXT, RUSSIAN LAW JOURNAL Volume IV (2016) Issue 2 p.100-101.
- Hans-Juergen Zahorka: Mediation in Labour Relations: What Can Be Learned From the North American and EU Example? Labour Legislation and Arbitration Project. EuropeAid/113649/C/SV. Annex 5.
- Katarzyna Antolak-Szymanski: MEDIATION IN POLISH LABOUR LAW: COMPARING ITS EVOLUTION AND DEVELOPMENT TO LABOUR MEDIATION IN EU AND



US LAW, REVIEW OF COMPARATIVE LAW VOLUME XXXIV YEAR 2018

- Kübra Doğan Yenisey – Seda Ergüneş Emrağ :Mandatory mediation in labour law: A Draft Bill in Turkey, HUNGARIAN LABOUR LAW E-Journal 2017/1. <http://www.hllj.hu/>
- İlknur KILKIŞ Selver YILDIZ BAĞDOĞAN Şenol BAŞTÜRK: TÜRKİYE'DE TOPLU İŞ UYUŞMAZLIKLARININ ÇÖZÜMÜNDE ARABULUCULUK VE UZLAŞTIRMA SİSTEMİNİN EVRİMİ VE SİSTEMİN ETKİNLİĞİNİ ARTTIRICI ÖNERİLER. Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi Cilt: 16, Sayı: 1, Yıl: 2014, Sayfa: 53-81
- Iwona Sierocka: Mediation Procedure in Labour Law Disputes, Białostockie Studia Prawnicze 2016 vol. 21.
- LESLEY ALLPOR: EXPLORING THE COMMON GROUND IN MEDIATION. A thesis submitted to the University of Birmingham for the degree of DOCTOR OF PHILOSOPHY, August 2015.
- Lisa B. Bingham: Employment Dispute Resolution: The Case for Mediation, CONFLICT RESOLUTION QUARTERLY, vol. 22, no. 1–2, Fall–Winter 2004 © Wiley Periodicals, Inc., and the Association for Conflict Resolution
- Raximov, M.A. (2018) "New institution: resolving labour disputes through mediation," Review of law sciences: Vol. 3, Article 11. Available at: https://uzjournals.edu.uz/rev_law/vol3/iss1/11
- Roy Poyntz, The enactment of workplace mediation in British Universities: A study of mediator meta-theory and the integration of practice, A thesis submitted in partial fulfilment of the requirements for the degree of Doctor of Philosophy, February 2018.





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:

- **The Principle of Regarding Juvenile's Best Interest in Criminal Justice**
Judge Dr. Badar Khamis Said Alyazidi
- **The Penal Responsibility of the Foreign Investor for the Damage it Cause to the National Economy**
Dr. Masaud Humaid Masaud Al-mamari
- **Cognitive Integration between Islamic Sciences at Jamee Ibn Barakaa Al-Bahlawi Analytical Study of the Structure of the Fundamentals of Jurisprudence**
Mohammed bin Said bin Teton Al-rashidi - Dr. Muhammad Said bin Khalil Al-mujahed
- **Equality between Men and Women when Transmitting Acquired Nationality to their Children Comment on the Ruling of the Egyptian Supreme Constitutional Court in Case No (131) of the Constitutional Judicial Year (39) in Light of the Provisions of Egyptian and Omani Law Regulating Nationality Provisions**
Dr. Badar Juma Rashid Almaskari - Dr. Khaled Abdelfattah Mohamed Khalil
- **Procedural Interest and its Impact on the Legitimate or Malicious Use of the Right to Litigation «Study in Egyptian and Omani Law»**
Dr. Abdalla Abdelhay Alsawey Mohammed
- **The Idea of Time in Light of the Procedural Deadlines between Civil and Commercial Procedures Law and Litigation Procedures Simplification Law (Comparative Analytical Study)**
Dr. Abdul-Rahim Saif Ali Al-Qassabi
- **A Petition for Reconsideration of the Provisions of the Administrative Judiciary (A Comparative Study)**
Dr. Shaaban Abdel-Hakim Abdel-Alim Salama
- **Towards an Electronic Judicial System E-litigation between Theory and Practice (A Comparative Study)**
Dr. Ragaey Abdelrahman Abdelkader Awad
- **Mediation in Settling Labor Disputes (A Comparative Study)**
Prof. Shawakh Mohamed Ahmed Al-Ahmed