



المعهد العالي للقضاء  
HIGHER JUDICIAL INSTITUTE

# مجلة الدراسات الفقهية والقانونية

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

## فیه هذا العدد:

- زواج المنعة في الفقه الإباضي (دراسة تحليلية)  
الدكتور/ ماجد بن محمد بن سالم الكندي
- قضايا المرأة بين التشريع والتقصيد (دراسة فقهية مقاصدية)  
الدكتور/ هانيه كمال محمد جعفر
- التكييف القانوني لنزاعات المصارف الإسلامية (دراسة مقارنة تطبيقية بأحكام القضاء العماني)  
الدكتور/ محمد بن سيف بن دويم الشعيبي
- أحكام قيام المسؤولية المدنية في حوادث السير  
حمود بن علي بن سالم البادي
- النظام القانوني لمسؤولية الإعلام عن إفشاء السر الوظيفي (دراسة مقارنة)  
الدكتور/ هشام عبد السيد الصافي محمد
- عدم الإضرار بسير العدالة كسبب لإحالة الدعوى - نحو سبب جديد لإحالة الدعوى من المحكمة الابتدائية الفردية إلى المحكمة الثلاثية (دراسة في قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني)  
الدكتور/ علي أبو عطية أبو عطية هيكل
- قبول الأسباب الجديدة أمام محكمة النقض (دراسة تحليلية مقارنة)  
الدكتور/ محمد مبروك محمد مصطفى
- الإجراءات والأشكال الدستورية وأثرها على أعمال السيادة طبقاً لأحكام القضاء (دراسة مقارنة)  
الدكتور/ سامح سعد محمد حسن
- الترخيص الإلزامي لاستغلال الاختراع (في القانون السوداني والاتفاقيات الدولية)  
الدكتور/ محمد محمود عثمان برهان





## 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 / نيهان بن راشد المعولي  
عميد المعهد العالي للقضاء

### مدير التحرير

الدكتور / أيمن مصطفى البقلي

### هيئة التحرير

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

### منسق التحرير

الدكتور/ يوسف بن خليفة الحراسي

### 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 مستلاً من كتاب منشور أو رسالة ماجستير أو دكتوراه، وعلى الباحث أن يقدم إقراراً خطياً بذلك مرفقاً ببحثه مع الطلب الخاص بنشر البحث.
4. أن يتحلى الباحث بالأمانة العلمية أثناء كتابة بحثه، والمجلة غير مسؤولة عن أي مخالفة لأصول الأمانة العلمية في أي بحث منشور بها.
5. أن يلتزم الباحث بالأصول العلمية المتعارف عليها في إعداد البحوث والدراسات العلمية، ومن ذلك التقديم للبحث، وتحديد أهدافه، ومنهجيته، والخطة المتبعة في كتابته، وتنسيق أقسامه، والتوثيق الكامل للمراجع، وإدراج خاتمة تتضمن خلاصة ما توصل إليه الباحث من نتائج، وأهم التوصيات التي انتهى إليها، ويذيل 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)، وبحد 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](mailto: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
5	كلمة العدد الدكتور/ نبهان بن راشد المعولي رئيس هيئة التحرير عميد المعهد العالي للقضاء
البحوث والدراسات	
6	زواج المتعة في الفقه الإباضي (دراسة تحليلية) الدكتور/ ماجد بن محمد بن سالم الكندي
46	قضايا المرأة بين التشريع والتقصيد (دراسة فقهية مقاصدية) الدكتور/ هاني كمال محمد جعفر
100	التكييف القانوني لنزاعات المصارف الإسلامية (دراسة مقارنة تطبيقية بأحكام القضاء العماني) الدكتور/ محمد بن سيف بن دويم الشعلي
144	أحكام قيام المسؤولية المدنية في حوادث السير حمود بن علي بن سالم البادي
178	النظام القانوني لمسؤولية الإعلام عن إفشاء السر الوظيفي (دراسة مقارنة) الدكتور/ هشام عبد السيد الصايغ محمد
250	عدم الإضرار بسير العدالة كسبب لإحالة الدعوى - نحو سبب جديد لإحالة الدعوى من المحكمة الابتدائية الفردية إلى المحكمة الثلاثية (دراسة في قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني) الدكتور/ علي أبو عطية أبو عطية هيكل
312	قبول الأسباب الجديدة أمام محكمة النقض (دراسة تحليلية مقارنة) الدكتور/ محمد مبروك محمد مصطفى
344	الإجراءات والأشكال الدستورية وأثرها على أعمال السيادة طبقاً لأحكام القضاء (دراسة مقارنة) الدكتور/ سامح سعد محمد حسن
390	الترخيص الإجباري لاستغلال الاختراع (في القانون السوداني والاتفاقيات الدولية) الدكتور/ محمد محمود عثمان برهان

\* 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 وكفى والصلاة والسلام على النبي المصطفى وعلى آله وصحبه أهل  
الصدق والوفاء، وبعد...

الباحثون والقراء الأعزاء:

يتواصل عطاء مجلة الدراسات الفقهية والقانونية معكم أيها القراء الكرام؛  
للمشاركة في نشر الوعي المعرفي من خلال ما ينشر في المجلة من بحوث محكمة،  
تعالج ما يستجد على الساحة القضائية والقانونية من مواضيع بحاجة إلى  
نقاش علمي؛ لتخرج هذه النقاشات بنتاج عملي علمي يضع المقصل على المفصل  
في حل المشكلات الطارئة.

وفي هذا العدد تطالعنا تسعة بحوث علمية، راجين أن تنال إعجابكم، ولا  
يسعنا - في الختام - إلا أن نتوجه بالشكر والتقدير إلى الباحثين الذين أسهموا  
بأبحاثهم في هذا العدد.

والله الموفق والمستعان...

د. نبهان بن راشد المعولي

رئيس هيئة التحرير

عميد المعهد العالي للقضاء



## زواج المتعة في الفقه الإباضي (دراسة تحليلية)

الدكتور/ ماجد بن محمد بن سالم الكندي \*

### المخلص:

لا يزال نكاح المتعة محلّ خلاف بين المسلمين، وعموم المذاهب الفقهية لا ترى جوازه بل هو عقد منقّر منه شبيه بالزنى، وزواج المتعة من مباحث الفقه الإباضي الذي قرر بعض علمائه جوازه وبيّنوا أحكامه، والسابق حمل كاتبين على أن ينسبوا إلى الإباضية أو إلى بعض علمائهم أنهم يرون جواز عقد الاستمتاع الذي يرى جوازه الشيعة الإمامية، وقد انتصب هذا البحث لتحرير معنى زواج المتعة في الفقه الإباضي، ففرّق ممهّدًا بين عقد الزواج وعقد ملك اليمين وعقد الاستمتاع، ثم عرض تحرير معنى زواج المتعة في الفقه الإباضي، وخلص البحث إلى نتائج أهمها إثبات اتّفاق فقهاء الإباضية على إبطال عقد الاستمتاع الذي أجازته الشيعة الإمامية انعقادًا وآثارًا، وأن زواج المتعة الذي أجازته بعض كبار فقهاء الإباضية هو عقد زواج مكتمل الأركان والشروط والمقتضيات والآثار لا يفترق عن الزواج الدائم في شيء سوى أنه محدود بزمان، وهو ما يعرف في الدراسات الحديثة ب(الزواج المؤقت)، وقد قرروا جواز مدّ أجله أو تصييره دائمًا في الأجل بتوافق الطرفين الرجل والمرأة مع الإشهاد، كما قرروا أنه إن لم يكن توافقًا على مدّ الأجل بانته المرأة من الزوج بينونة صغرى بذات انتهاء الأجل على قول، وبتطليق منه على قول آخر.

الكلمات المفتاحية: نكاح المتعة - الإباضية - عقد الاستمتاع - الزواج المؤقت - الزواج.

\* أستاذ مساعد بقسم العلوم الإسلامية - كلية التربية - جامعة السلطان قابوس - سلطنة عمان.



## Pleasure Marriage (Mut'ah) in the Ibadi Jurisprudence "An Analytical Study"

**Dr. Majid Mohammed Salim Al-Kindi\***

### **Abstract:**

Pleasure marriage (Mut'ah) is still a controversial matter among Muslims and the various schools of Islamic jurisprudence do not make it valid rather it is a repellent contract and similar to adultery. The Ibadi scholars researched pleasure marriage (Mut'ah) and some of them have proven its permissibility. Previously, two authors attributed to Ibadism or some of their intellectuals that they perceive the permissibility of the pleasure contract that Imami Shiites have allowed. This research has been set up to liberate the meaning of pleasure marriage in Ibadi jurisprudence. It differentiates between the marriage contract, the captive's contract and the pleasure contract. Then presented to liberate the meaning of pleasure marriage in Ibadi jurisprudence. The research concluded with results, the most important of which was to demonstrate the agreement of Ibadi scholars to invalidate the pleasure contract that the Imami Shiites have allowed in its contract and effects. The pleasure marriage, which was validated by some Ibadi's leading scholars, is a complete contract marriage in its conditions, requirements, and effects and it is not different from contemporary marriage except in limitation of time that is known in modern literature as (temporary marriage). They also stated that if there were no agreement on extension of the waiting period (Idda), the woman would be considered to have undergone a minor irrevocable divorce to expire upon the expiration of the waiting period according to one opinion, and to have undergone major irrevocable divorce according to another opinion.

**Keywords:** Pleasure Marriage (Mut'ah) – Ibadism - Pleasure Contract - Temporary Marriage - Marriage.

---

\* Assistant Professor, Department of Islamic Sciences, College of Education, Sultan Qaboos University, Sultanate of Oman.



## المقدمة

الحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله، وعلى آله وصحبه ومن سار على نهجه إلى يوم الدين وبعد:

زواج المتعة أو نكاح المتعة من القضايا التي عرضت لذكرها كتب العلماء السالفين، وقد كان الخلاف فيها بين أصحاب رسول الله -صلى الله عليه وسلم- حتى اشتدَّ فيها بعضهم على الذين يرون إجازتها وكانوا يرونها مكافئة للزنى، وأن إباحتها ما كانت إلا في طور من أطوار التشريع ثلاثة أيام فقط ثم عاد النهي الشرعي عنها<sup>(١)</sup>، ولأجل ذلك نهى عنها أكثر المذاهب الإسلامية، ورأوا بطلان عقدها؛ لأنها لا تعدو كونها زنى مقنناً، لكن أجاز فقهاء الشيعة الإمامية المتعة التي هي إباحة للفرج دون عقد زواج تترتب عليه آثاره الشرعية.

وزواج المتعة مصطلح شاع في كتب الفقه الإباضي، وحين إيراد أحكامه يذكر مصنّفو المذهب خلافهم فيه، وأنه أجازة فقهاء منهم، وقد كان إيراد مصطلح (المتعة) والخلاف فيه سبباً لتداخل في الأمر لدى بعض الباحثين فحملهم على القول إن من الإباضية من أجاز زواج المتعة بالمعنى الذي يراه الشيعة الإمامية، بينما حمل آخريّن على أن ينفوا ذلك، على أن الإباضية لا يرون جواز المتعة، وسبب الخلاف أنه لم يحرر مصطلح زواج المتعة عند الإباضية، فمن أجازة من الإباضية أجازة بمعنى الزواج المؤقت مع كل مقومات الزواج الشرعي ومقتضياته وآثاره، وليس هو ما أجازة فقهاء الشيعة الإمامية، وفرق شاسع بين المتعتين من حيث المقومات والمقتضيات والآثار، والسابق يجعل تحرير معنى زواج المتعة الذي أجازة فقهاء الإباضية أمراً متعيّناً، وقد سعى هذا البحث -بتيسير الله وعونه- إلى تحرير المصطلح وبيان مقومات المتعة المجازة لديهم ومقتضياتها وآثارها.

**أهمية البحث وأسباب اختياره:**

هناك فروق جوهرية بين نكاح المتعة الذي أجازة الشيعة الإمامية وزواج المتعة الذي أجازة بعض فقهاء الإباضية، وترك الأمر دون تحرير يُلصق بالإباضية تهمة إجازة عقد

(١) القاسم بن سلام، الناسخ والمنسوخ، ص ٧٦، وعبد الرزاق، المصنف، ج ٧، ص ٤٩٧.

الاستمتاع، وهو أمر تقرّر كتب من الفقه الإباضي إجماعهم على منعه، وقد انتصب هذا البحث -بتيسير الله- لتحرير مصطلح زواج المتعة عند الإباضية مع بيان الفروق العقدية الجوهرية بينه وعقد الاستمتاع الذي أجازته الشريعة الإمامية، ودون ذلك سيستمر التداخل في القضية ونسبة الأقوال.

### مشكلة البحث:

تتمثل المشكلة الرئيسية للبحث في تحرير معنى مصطلح زواج المتعة عند الإباضية من حيث مقوماته ومقتضياته وآثاره، ويمكن تجلية المشكلة السابقة في الأسئلة الآتية:

ما معنى زواج المتعة في الفقه الإباضي؟

ما رأي الإباضية في عقد الاستمتاع؟

هل ثبت عن بعض الإباضية إجازة عقد الاستمتاع؟

### أهداف البحث:

يرمي الباحث ببحثه هذا إلى تحقيق ثلاثة أهداف هي إجابة عن أسئلة البحث السابقة:

١- تحرير معنى زواج المتعة في الفقه الإباضي.

٢- بيان رأي الإباضية في عقد الاستمتاع.

٣- عرض نصوص الإباضية الذين نقل عنهم إجازة المتعة.

### الدراسات السابقة:

مع أهمية تحرير البحث في القضية إلا أنني لم أجد أحدًا عُنِي بتحرير مصطلح زواج المتعة في الفقه الإباضي من حيث حقيقته وآثاره، ولا من حيث الفروق الجوهرية بينه وعقد الاستمتاع الذي أجازته الشريعة الإمامية، ولأجل هذا الفراغ البحثي قام البحث ساعيًا إلى تشييد لبنة من لبنات البحث العلمي.

### خطة البحث:

لبيان حقيقة زواج المتعة في الفقه الإباضي ومقتضياته وآثاره لا بد من التعرّيج على تحرير معناه في الفقه الإباضي، وبيان رأي الإباضية في عقد الاستمتاع، ثم عرض النصوص التي فيها نسبة إلى بعض علماء المذهب الإباضي أنهم يجيزون المتعة لتحرير

المعنى المراد بالمتعة فيها أهو الاستمتاع أم سواه الذي هو زواج صحيح ليس عقد استمتاع، ولأجل ذلك جاء البحث في تمهيد وثلاثة مطالب:

تمهيد: عقود الاستمتاع الجسدي بين الرجل والمرأة

المطلب الأول: تحرير معنى المتعة في الفقه الإباضي

المطلب الثاني: إجماع الإباضية على النهي عن عقد الاستمتاع

المطلب الثالث: عرض أقوال الإباضية الذين نقل عنهم إجازة المتعة

### منهج البحث:

سيسلك الباحث لتحقيق أهداف البحث منهجين هما:

١- الوصفي المقارن: وذلك بذكر ما دونه فقهاء الإباضية في مفردات البحث وموضوعاته، وموازنتها ببعضها.

٢- التحليلي الاستنباطي: وذلك بتحليل نصوص الفقهاء المختلفة للإجابة عن أسئلة البحث.

## عقود الاستمتاع الجسدي بين الرجل والمرأة

الأصل في الاستمتاع الجسدي بين الرجل والمرأة المنع والتجريم<sup>(٢)</sup>، وقد اتفقوا على أنه يستباح الاستمتاع الجسدي بين الرجل والمرأة بأحد أمرين: الزواج وملك اليمين، أخذاً من قول الله تعالى: "وَالَّذِينَ هُمْ لِأَفْوَاجِهِمْ حَافِظُونَ (٥) إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ (٦) فَمَنْ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ" المؤمنون: ٥-٧، وابتغاء الرجل ما وراء الزوجة أو ما ملكت اليمين من النساء اعتداءً سمته الشريعة الإسلامية زنى، والزنى فعل محرّم، بل هو فاحشة وساء سبيلاً "وَلَا تَقْرَبُوا الزَّانَةَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا" الإسراء: ٣٢.

(٢) القرافي، الفروق، ج ٣، ص ٢٣٠، وابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص ٥٧.

ومع السببين المنصوص عليهما في الكتاب العزيز جاء في السنة حديث عن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- فيه قوله: "إنه قد أُذِنَ لكم أن تستمتعوا فاستمتعوا"<sup>(٣)</sup>، وهذا يقضي بإباحة عقد الاستمتاع الجسدي، لكنهم اختلفوا فيه، ومذهب الجماهير من المذاهب الفقهية أنه أبيح مدة يسيرة ثم نهي عنه، وأثبته فقهاء الشيعة الإمامية تصرّفًا مشروعًا عندهم وسمّوه نكاح المتعة أو النكاح المنقطع<sup>(٤)</sup>، وسأطلق عليه (الاستمتاع) لأمرين أولهما ظاهر النص المنقول في السنة، وثانيهما للفرق بينه والمتعة التي يجيزها الإباضية، وهي تفارق عقد الاستمتاع جملة وتفصيلاً، وعليه يكون عقد الاستمتاع تصرّفًا ثالثًا، ولكل واحد من التصرفات الثلاثة آثار خاصة به أمهّد بذكرها مع أوجه الافتراق بينها في بنود ثلاثة:

أولاً- عقد الزواج.

ثانياً- ملك اليمين.

ثالثاً- عقد الاستمتاع.

أولاً- عقد الزواج:

لعقد الزواج مقتضيات شرعية ومقومات عقدية لا تجتمع في قسيمه ملك اليمين وعقد الاستمتاع، فهو الأصل الذي تتوجه إليه البشرية كلها لإدامة الحياة على الأرض، كما أنه هو وحده حصراً الذي توجهت النصوص الشرعية إليه بالحضّ، وحُكم عليه أنه مطلوب شرعاً قد يصل طلبه إلى الوجوب<sup>(٥)</sup>، ومن حقائقه أنه يشترط لصحته مع توافق الطرفين إذن ولي المرأة وشهادة شاهدين على العقد حين انعقاده<sup>(٦)</sup>، ويطلب فيه الإشهار

(٣) البخاري، الجامع الصحيح، ج٧، ص١٣.

(٤) الحلبي، شرائع الإسلام (مع تعليقات السيد صادق الحسيني)، ج٢، ص٥٤٦، أبو القاسم الحلبي، المختصر النافع، ص٢٠٥.

(٥) الكندي، لطائف الجوهر، ج١، ص٥٥.

(٦) الربيع بن حبيب، الجامع الصحيح، ص١٣٨.



بضرب الدف وغيره من صور الإشهار<sup>(٧)</sup>، ولعقد الزواج مقتضيات وآثار أجملها الشيخ أبو إسحاق الحضرمي في قوله:

"والذي يوجبُ النكاحُ إحدى وعشرون خصلة: أحدها: إباحة الاستمتاع، الثاني: تحريم الأمهات، الثالث: تحريم الزوجة على الآباء والأبناء من نسب أو رضاع، الرابع: أنه يجب به المهر، الخامس: المتعة إذا لم يسم لها مهرًا، السادس: أن يُمنع من نكاح أربع معها، السابع: أنه يمنع من أختها وعمتها وخالتها وابنة أخيها وابنة أختها أمة كانت أو حرة، من نسب أو رضاع، الثامن: أن يمنع من العقد على الإماء، التاسع: أنه يصير بنفس العقد فراشًا، العاشر: أن يلحق بذلك الولد.

الحادي عشر: أنه يصير مَحْرَمًا لأمهاتها، الثاني عشر: أنه يصير أبوه وابنه محرّمًا لها، الثالث عشر: أنه يلحقها بإيلاؤه، الرابع عشر: أنه يلحقها بظهاره، الخامس عشر: أنه يلحقها بطلاقه، السادس عشر: أنه يلحقها لعانه، السابع عشر: أنه يحرم بالعقد على مولاهما إن كانت أمة، الثامن عشر: أنه يوجب الميراث إن كانا ممن يتوارثان، التاسع عشر: أنه إن كان نذرًا أو حلف ليتزوج فقد برّ في يمينه، العشرون: أن يوجب لها المؤونة من نفقة وكسوة ونحو ذلك، الحادي والعشرون: أنه يوجب عدة الوفاة<sup>(٨)</sup>، وليس لمكَلَفٍ ذَكَرَ أن يجمع أكثر من أربع نسوة معًا بعقد الزواج، ولا يحل لامرأة أن تعقد في الوقت الواحد عقد زواج إلا مع رجل واحد فقط، ويبطل كل ما عدا ذلك، ويقتضي عقد الزواج جواز الاستمتاع الجسدي، وبصحة عقد الزواج يكون الزوج فراشًا صحيحًا يثبت له نسب المولود فيه وتثبت به الأبوة الشرعية، وينحل عقد الزواج بإرادة منفردة من قبل الزوج بالطلاق، أو بتوافقهما على الفرقة بالخلع، أو بموت أحدهما، وليس ثمّ شيء آخر، والأصل فيه أنه أبدي بانعقاده.

(٧) النسائي، سنن النسائي، ج ٦، ص ١٢٧.

(٨) الحضرمي، مختصر الخصال، ص ٣٠٦.

## ثانياً - ملك اليمين:

ملك اليمين تجاوزه الاجتماع البشري بفضل الله وكان للتشريعات في الإسلام فضل أعظم في تغييض منابع الرق، لكن أحكامه التي نظمتها يوم كان حقيقة واقعة في كل المجتمعات قررت أنه مبيحٌ للبضع بالوطء كالزواج، فالذكر مالك الرقبة له حق الاستمتاع الجسدي بمملوكته المسلمة أو الكتابية لقول الله تعالى: "وَالَّذِينَ هُمْ لِأَرْؤِهِمْ حَافِظُونَ (٥) إِلَّا عَلَىٰ أَرْؤَاهِمَ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ" المؤمنون: ٥-٦.

وشرط الاستمتاع بسبب ملك اليمين استبراء المملوكة إن كانت عند سواه قبل أن يملكها بحيضة<sup>(٩)</sup>، ولا يلزم له موافقة المرأة، ولا إذن ولي أو شهادة شهود، بل قرار المالك كاف، ولا يطلب إشهاره، وليس للمملوكة حق القسم الزمني مع الزوجات لكونها ليست زوجة والقسم حق الزوجات، قال أبو إسحاق الحضرمي مبيئاً فصل ما بين عقد الزواج والوطء بملك اليمين: "الأول: لا مهر لها على سيدها، الثاني: أنها لا يلحقها منه طلاق من إيلاء ولا من غيره، الثالث: أن لا لعان بينهما، الرابع: أنها لا تحصنه، الخامس: أنها لا ترثه، السادس: أنه لا يُجلُّها للزوج الأول، السابع: أن يحل له أن يتسرى عليها ما شاء، ويتزوج عليها إلى أربع"<sup>(١٠)</sup>.

وللمكف المالك أن يتسرى ما شاء من المملوكات، لكن لا يحل للملوك أن يتسراها اثنان في الوقت نفسه، وليس للمملوكة المتسرة مهرٌ، وليس لوطئها المأذون به شرعاً عوضاً كالزوجة، ولا يُثبت الوطء بالتسري محرمة المصاهرة التي وردت في النصوص الشرعية، وليس للموطوءة بالتسري ميراث وليست عليها عدة وفاة؛ إذ ليست هي زوجة، والتسري فراش صحيح أقره الشرع فيثبت به نسب المولود فيه وتثبت به الأبوة الشرعية ف (الولد للفراش)، وهذا فراش صحيح<sup>(١١)</sup>.

(٩) الربيع بن حبيب، الجامع الصحيح، ص ١٤٨.

(١٠) الحضرمي، مختصر الخصال، ص ٣١٢.

(١١) الربيع بن حبيب، الجامع الصحيح، ص ١٦١.

### ثالثاً - عقد الاستمتاع:

هو المراد بـ(نكاح المتعة) عند غير الإباضية، وقد جاءت نصوص في السنة مفيدة جوازها مدة ثلاثة أيام ثم حُرِّم<sup>(١٢)</sup>، فنسخ الجواز وثبت التحريم كما هو رأي أكثر العلماء، وذهب فقهاء إلى أنه جائز كما سيأتي بيانه ونسبة الأقوال، وعلى رأي المجيزين فجوازها لأجل الاستمتاع الجسدي دون شيء آخر من مقتضيات عقد الزواج الشرعي الدائم، وهو في حقيقته إيجار للبدن أو الفرج يستمتع بهما المستأجر<sup>(١٣)</sup>، ويشترط لصحته توافق الطرفين فقط ما دام مؤهلين للتعاقد لكونهما عاقلين بالغين، ولا يلزم لصحته إذن ولي ولا شهادة شاهدين، ولا يطلب فيه الإشهار، وللمتعاقدين اشتراط الاستمتاع بما دون الوطء، ويفترقان ببلوغ الأجل دون حاجة إلى طلاق؛ لأنه ليس زواجاً، ولا يحصن به الرجل؛ لأن الإحصان وصف جعل الشرع سببه الزواج، وللرجل أن يتعاقد عقد استمتاع مع أكثر من أربع نسوة معاً، فالممنوع في الزوجات وهذه ليست زوجة، ولا يحل لامرأة أن تعقد عقد استمتاع في الوقت الواحد إلا مع رجل واحد فقط، وبصحة عقد الاستمتاع يجب للمرأة الأجرة المسماة، وإن لم تُسمَّ فأجرة المثل، ولا تثبت بعقد الاستمتاع محرمة بالمصاهرة، ولا مانع من أن يجمع في عقد الاستمتاع بين المرأة وأختها وبنات أخيها وبنات أختها وخالتها وعمتها<sup>(١٤)</sup>.

وليست المستمتع بها زوجة، وعليه لا ميراث لها ولا عدة وفاة عليها<sup>(١٥)</sup>؛ ولا تجب الطاعة على المستمتع بها للرجل إلا في حدود الالتزام العقدي، ولا يجب على الرجل المستمتع إنفاق على المستمتع بها إلا في حدود الالتزام العقدي، وعقد الاستمتاع مقتضاه

(١٢) مسلم بن الحجاج، الجامع الصحيح، ج ٢، ص ١٠٢٣.

(١٣) الشيباني، الأصل، ج ١٠، ص ١٩٦.

(١٤) عبد الرزاق، المصنف، ج ٧، ص ٤٩٨.

(١٥) قال سالم بن عبد الله بن عمر: "ألا يقرأ هؤلاء الذين يفتون بالمتعة؟ هل يجدون في كتاب الله عز وجل من نكاح إلا له طلاق وإلا له عدة وإلا له ميراث؟" وقال أبو جعفر النحاس معلقاً على الرواية: "هذا قول بين؛ لأنه إذا لم تكن تطلق ولا تعتد ولا ترث فليست بزوجة" القاسم بن سلام، الناسخ والمنسوخ، ص ٧٨، النحاس، الناسخ والمنسوخ، ص ٣٢٦، وابن عبد البر، الاستنكار، ج ٥، ص ٥٠٦.

إباحة الاستمتاع بين الطرفين شريطة أن تكون المرأة مسلمة أو كتابية، وبسبب الوطء يلزم أن تكون المرأة المستمتع بها مؤمنة أو كتابية، وكونه مقصوداً للاستمتاع الجسدي فحسب ناسبه التأجيل بل شرط صحته التأجيل ويبطل دونه، وعقد الاستمتاع في أيام مشروعيته -وهو الآن منسوخ محرم غير مشروع- فراش صحيح يثبت به نسب المولود فيه وتثبت به الأبوة الشرعية<sup>(١٦)</sup>.

وينحل عقد الاستمتاع بتوافق الإرادتين، أو انتهاء أمد العقد وأجله المنتق عليه، وليس فيه طلاق أو خلع، وإن مات المستمتع انتهى عقد الإجارة بموت أحد أركانه، وليست هي زوجة حتى تعتد منه بل تبقى كسواها لا تطالب بإحداً، لكن لا يصح لها الزواج الشرعي أو التعاقد مع سواه إلا أن تستبرأ، وإن ماتت هي فات محل التعاقد.

والجماهير من أصحاب رسول الله -صلى الله عليه وسلم- والتابعين<sup>(١٧)</sup>، والإباضية باتفاق<sup>(١٨)</sup>، والحنفية<sup>(١٩)</sup>، والمالكية<sup>(٢٠)</sup>، والشافعية<sup>(٢١)</sup>، والحنابلة<sup>(٢٢)</sup>، والظاهرية<sup>(٢٣)</sup>، متفقون على أنه بما تقدم من وصفٍ إباحته منسوخة فهو محرّم لا يجوز، لدلالة النصوص الشرعية على ذلك ومنها:

(١٦) قال ابن الفرس: (في كتاب ابن النحاس ما يوهم أن الولد كان لا يلحق في نكاح المتعة، وهو خطأ). ابن الفرس، أحكام القرآن، ج ٢، ص ١٤٦، وكذلك فرّع على أن عدم لحوق ابن المستمتع بها بالمستمتع الجصاص (الجصاص، أحكام القرآن، ج ٣، ص ٩٨)، والصواب أنهم يلحقونه به، وهو الأليق بالقواعد لو قيل إنها ثابتة لكن الصواب أنها باطلة، ولبطلانها لا تكون المستمتع بها فراشاً صحيحاً، وإن لم تكن فراشاً صحيحاً لم يثبت النسب.

(١٧) القاسم بن سلام، الناسخ والمنسوخ، ص ٨٠.

(١٨) السعدي، قاموس الشريعة، ج ٦١، ص ١١٧، والخليلي، أجوبة المحقق الخليلي، ج ٣، ص ٨٢.

(١٩) السرخسي، المبسوط، ج ٥، ص ١٥٢.

(٢٠) ابن الجلاب، التفریح، ج ١، ص ٣٩٧.

(٢١) الشيرازي، المذهب، ج ٢، ص ٤٤٦.

(٢٢) ابن قدامة، الكافي، ج ٣، ص ٤٠.

(٢٣) ابن حزم، المحلى، ج ٩، ص ١٢٩.

١- قول الله تعالى: "وَالَّذِينَ هُمْ يُفْرُوهُمْ حَافِظُونَ (٥) إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ (٦) فَمَنِ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ" المؤمنون: ٥، ووجه الاستدلال أنه حصر إباحتها على الزوجة والمملوكة، والمستمتع بها ليست زوجة ولا مملوكة فكان حفظ الفرج عنها واجباً.

٢- حديث علي بن أبي طالب أن "النبي -صلى الله عليه وسلم- نهى عن المتعة، وعن لحوم الحمر الأهلية زمن خيبر" (٢٤).

٣- حديث سلمة بن الأكوع قال: "رخص رسول الله -صلى الله عليه وسلم- عام أوطاس في المتعة ثلاثاً ثم نهى عنها" (٢٥).

٤- حديث الربيع بن سبرة "أن أباه غزا مع رسول الله -صلى الله عليه وسلم- فتح مكة، قال: فأقمنا بها خمس عشرة -ثلاثين بين ليلة ويوم- فأذن لنا رسول الله -صلى الله عليه وسلم- في متعة النساء، .....، فلم أخرج حتى حرّمها رسول الله" (٢٦).

وتحريمها والنهي عنها منسوب إلى الاتفاق بعد الخلاف (٢٧).  
 وذهب إلى إباحتها عقد الاستمتاع أو النكاح المنقطع -كما يعبر المحقق الحلي- الإمامية، وجعلوا أول أركانه الصيغة التي ألفاظها زوجتك أو أنكحتك أو متعتك، وثاني أركانه الزوجة التي شرطها مسلمة أو كتابية، ولا حصر في عدد المستمتع بهن، ولا يدخل على المرأة بنت أختها أو بنت أخيها مالم تأذن، والركن الثالث المهر الذي يتقدر بالتراضي، وإن لم يصحبه دخول ووهب المدة لها فلها النصف، ويرجع بالنصف عليها

(٢٤) البخاري، الجامع الصحيح، ج٧، ص١٢.

(٢٥) مسلم بن الحجاج، الجامع الصحيح، ج٢، ص١٠٢٣.

(٢٦) مسلم بن الحجاج، الجامع الصحيح، ج٢، ص١٠٢٤.

(٢٧) القاسم بن سلام، الناسخ والمنسوخ، ص٨٢، وابن عبد البر، الاستنكار، ج٥، ص٥٠٦، وابن

القطان، الإقناع، ج٢، ص١٦.

لو كان دفع المهر، وإذا دخل استقر المهر تماماً<sup>(٢٨)</sup>، ولو أخلت بشيء من المدة قاصَّها<sup>(٢٩)</sup>.

وأما الأجل فشرط في نكاح المتعة، ويرجع الأمر في تقديره إلى تراضيهما كالיום والشهر والسنة، لكن الإخلال بذكر المهر مع ذكر الأجل مبطل للعقد، أما ذكر المهر دون أجل فينقل العقد إلى زواج دائم، ولا يصح تجديد العقد قبل انقضاء الأجل إلا أن يهبها ما بقي من المدة ويستأنف<sup>(٣٠)</sup>.

ويجوز اشتراط أن لا يطأها في الفرج أو أن يأتيها ليلاً أو نهاراً، كما يجوز العزل دون إذنهما، ويلحقه الولد وإن عزل لكن لو نفاه لم يحتج إلى لعان، ولا يقع بالمتعة طلاق ولا لعان<sup>(٣١)</sup>، كما لا يثبت بالمتعة ميراثٌ بين الزوجين، قال المحقق الحلي: "لا يثبت بهذا العقد ميراثٌ بين الزوجين، شرطاً سقوطه أو أطلقاً، ولو شرطاً التوارث أو شرطاً أحدهما

<sup>(٢٨)</sup> لا أعلم دليل هذا، فليس المدفوع مهراً بل هو أجر، ولأجل كونه أجراً نصَّ في الفرع الذي بعده على المقاصة، والمهر في عقد الزواج الشرعي ليست فيه مقاصة.

<sup>(٢٩)</sup> في (شرائع الإسلام) وحاشيته: "المهر ليس بشرط في صحة الزواج الدائم فيصح العقد دونه، لكنه شرط في المتعة يبطل العقد دونه". الحلي، شرائع الإسلام (مع تعليقات السيد صادق الحسيني)، ج ٢، ص ٥٤٦.

<sup>(٣٠)</sup> لا أعلم أصل بناء هذا التفريع، والأظهر - لو قيل إنه ليس منسوخاً والأرجح نسخه - جواز أن يجرد العقد قبل بلوغ الأجل وأن يتوافقاً على إنهائه قبل أجله كسائر عقود المعاوضات المدنية، ويدل على ذلك أيضاً حديث سلمة بن الأكوع أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: "أبما رجل وامرأة توافقا فعشرة ما بينهما ثلاث ليال، فإن أحبَّ أن يتزايديا، أو يتاركا تاركا". البخاري، الجامع الصحيح، ج ٧، ص ١٣.

<sup>(٣١)</sup> ألا يكون فيه طلاق جلي لكونها ليست زوجة وإنما تطلق الزوجات، لكن ألا يكون له لعان لا أراه سديداً إن كان اللعان لأجل نفي نسب المولود على فراش عقد الاستمتاع، فعَلَّته نفي النسب، والنسب يثبت بفراش عقد الاستمتاع كما تقدم تقريره.

قيل: يلزم عملاً بالشرط، وقيل: لا يلزم؛ لأنه لا يثبت إلا شرعاً، فيكون اشتراطاً لغير وارث كما لو شرط للأجنبي<sup>(٣٢)</sup>.

والمتعة المذكورة هنا لا تعدو أن تكون إجارة للبضع، فهي أقرب إلى العقود المدنية منها إلى عقود الزواج، ولأجل ذلك ليس لها من مقومات عقد الزواج الخاصة به شيء، وقد أشار إلى ذلك محمد بن الحسن الشيباني<sup>(٣٣)</sup> والجصاص<sup>(٣٤)</sup>، وأجرة البضع سمّاها الشرع (مهر البغي)<sup>(٣٥)</sup>، ومهر البغاء هو كأجرة الاستمتاع لا يختلف عنها في شيء.

## المطلب الأول

### تحرير معنى المتعة في الفقه الإباضي

تورد مراجع معتمدة في الفقه الإباضي مصطلح زواج المتعة ذاكراً قولين للإباضية في حكمه: القول القاضي بنسخ المتعة وارتفاع مشروعيتها، وتنسبه إلى الأكثر، وقولاً آخر يرى إحكامه وجوازه، وهذا منسوب إلى جمع من كبار علماء المذهب المتقدمين كمحمد بن محبوب وأبي سعيد الكدمي من المشاركة، وفقهاء الديوان من المغاربة<sup>(٣٦)</sup>. وواقع عقد الاستمتاع فعلاً ومآلاً: ١- مخالف لنصوص شرعية صريحة تحرّمه<sup>(٣٧)</sup>، وهو ٢- لا يختلف عن الزنى الذي سمّاه الله "فَاجِشَةً وَسَاءَ سَبِيلاً" في شيء سوى أنه

(٣٢) الحلبي، شرائع الإسلام (مع تعليقات السيد صادق الحسيني)، ج ٢، ص ٥٤٧، وأبو القاسم الحلبي، المختصر النافع، ص ٢٠٥.

(٣٣) الشيباني، الأصل، ج ١٠، ص ٢٩٥.

(٣٤) الجصاص، أحكام القرآن، ج ٣، ص ١٠٢.

(٣٥) الربيع بن حبيب، الجامع الصحيح، ص ١٦٧.

(٣٦) ابن جعفر، الجامع، ج ٦، ص ١٤٩، والبسيوي، جامع أبي الحسن البسيوي، ج ٣، ص ١٥٠٦، والعتوبي، الضياء، ج ١٣، ص ٢٣٧، والكندي، بيان الشرع، ج ٤٨، ص ٥١٦، والكندي، المصنف، ج ٣٣، ص ٤٣٩، والسعدي، قاموس الشريعة، ج ٦١، ص ٩٩.

(٣٧) البخاري، الجامع الصحيح، ج ٧، ص ١٢، ومسلم بن الحجاج، الجامع الصحيح، ج ٢، ص ١٠٢٣، والربيع بن حبيب، الجامع الصحيح، ص ٩٧.

منظّم بعقدٍ يجمع به أوصاف الزنى وآثاره مع كلفة مادية لذلك قال ابن عمر عنه حين سئل عن متعة النساء: "اللهم لا نعلمها إلا السفاح، اللهم لا نعلمها إلا السفاح"، وقال الزبير: نكاح المتعة بمنزلة الزنى<sup>(٣٨)</sup>.

وعقد الاستمتاع استعظمه عموم مذاهب المسلمين فرفضوه كما تقدّم، ولأجل التنزه عن تشريعها ونسبة ذلك إلى المذهب الإباضي حَمَلَ ذلك كلُّه كاتِبين على التخلص من رِبقة النسبة السابقة ببيان أن قول إجازة زواج المتعة في المذهب الإباضي هو من شاذِّ الآثار أو من آراء النفاثية<sup>(٣٩)</sup>، أو أنه خاص بمؤلفٍ لم يوافق عليه جمهور الإباضية<sup>(٤٠)</sup>، أو أنه شاذٌّ غير معمول به عند أصحاب المذهب<sup>(٤١)</sup>.

**والدَّفْع المذكور يقضي بكون قول الأعلام المتقدِّم ذكرهم شاذًّا في الفقه الإباضي، ولا أتفق مع هذا الدَّفْع لأمرين:**

**الأمر الأول:** أن يُحكّم بضعف القول لمخالفته الأدلة الشرعية في نظر معارضه أمرٌ يُقبل، لكن أن يحكم بشذوذ قول في مذهبٍ هو منسوب إلى ثلاثة عشر عالمًا من كبار علمائه المحققين أمر لا يقبل، ومع النسبة السابقة، كيف يحكم بشذوذ قولٍ يصدر بجوازه جزمًا في كتبٍ هي مراجع فقه المذهب؟<sup>(٤٢)</sup>.

**الأمر الثاني:** لم يتحرّر في المراجع المذكورة معنى زواج المتعة في المذهب الإباضي، والظاهر أن الكاتِبين المذكورين تداخل عليهم نكاح المتعة الذي أجازته الشيعة الإمامية والذي هو بمعنى عقد الاستمتاع فحملوا عبارات علماء المذهب الإباضي عليه، وذلك لا يصح لأمر:

(٣٨) القاسم بن سلام، الناسخ والمنسوخ، ص ٧٦.

(٣٩) شيخنا الخليفي، أجوبة مختارة، ص ١٦٦.

(٤٠) الفرستائي، كتاب أبي مسألة، ص ٣٦٩.

(٤١) أرشوم، النكاح، ص ٢١١، ولا يسلم للكاتب بصحة النسبة لكل المذكورين.

(٤٢) الفرستائي، كتاب أبي مسألة، ص ٣٦٩، ويخلفتن بن أيوب، كتاب النكاح من ديوان الأشياخ، مخطوط، لدى الباحث نسخة مصورة منه، الشريحة ٤٠، من نسخة معنونة بـ (آل بدر).

**الأمر الأول:** عبارات علماء المذهب الإباضي التي تجيز زواج المتعة بعيدة عن المعنى الذي يريده الشيعة الإمامية ولا يجمعها به جامع، وبيان ذلك أن الإباضية تحكي كتبهم قولين في حكم زواج المتعة عندهم: القول الأول: نكاح المتعة منسوخ لا يجوز، وينسب هذا إلى الأكثر منهم، القول الثاني: نكاح المتعة جائز لا حرج فيه كما تقدّم ذكره. ومصطلحا (المتعة) المستعملان في مراجع القولين المتقدمين ليسا شيئاً واحداً، فالمراجع التي تقضي بنسخ المتعة وارتفاع مشروعيتها والحكم على آتية بالزنى وإقامة الحدّ عليه مرادها عقد الاستمتاع الذي أجازه الشيعة الإمامية، أما مصطلح المتعة عند الذين أجازوه وبيّنوا أحكامه باسم زواج المتعة فليس هو عقد الاستمتاع باتّفاق عباراتهم، بل هو بمعنى الزواج المؤقت الذي استكمل مقومات عقد الزواج الصحيح، ولم يفارقه في شيء من مقوماته أو مقتضياته أو آثاره سوى توقيته المنقّح عليه بين المتعاقدين، فيفترق المتعاقدان حين يبلغ العقدُ أجله بذات الشرط على قولٍ، أو بإيقاع طلاق من قبل الزوج على قول آخر يجزم به أبو المؤثر كما سيأتي -إن شاء الله-، والتفريق بين نكاح المتعة والزواج المؤقت هو المتعيّن إذ هما ليسا شيئاً واحداً بل شيئان متباينان طبيعاً وآثاراً ولا يكاد يجمعهما جامع، ولذلك أحسن قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة ٢٠١٩م في المادة (٣١) حين ذكر زواج المتعة والزواج المؤقت من حالات الزواج الفاسد فعطف بينهما بالواو مما يقضي بالتغاير، ومثله الإماراتي لعام (٢٠٠٥) في المادة (٤١).

ولذلك فالقولان متباينان ليسا واقعين على محلّ واحد، بل بتحرير موضع النزاع بينهما يتبين أن الذي تُحمل عليه عباراتهم في النسخ هو عقد الاستمتاع، وأن الذي تحمل عليه عبارات المجيزين هو الزواج المؤقت مكتمل الأركان والشروط والآثار؛ وقد جاء التقييد بذلك صريحاً في كتبهم: "إنّ التي نُسخت ونُهي عنها كانت بلا تزويج، وإنّما هي باتّفاقٍ منهما، وقد عُمل بذلك من قبل، ثمّ نُهي عنه وحُرّم، إلا بوليّ وشهود وصدق ورضاً"<sup>(٤٣)</sup>.

(٤٣) الكندي، بيان الشرع، ج٤٨، ص٥٢٧، والكندي، المصنف، ج٣٣، ص٤٤٨، والشقصي، منهج الطالبين، ج١٥، ص٣٨٨، والشيني، التاج المنظوم، ج٥، ص١٩١.

والمحقق الخليلي من أكبر علماء الإباضية في العصور الأخيرة بين أن نكاح المتعة (الزواج المؤقت) عند الإباضية مشمول بكل أحكام الزواج غير المؤقت من مقومات ومقتضيات وآثار، وليس ثمَّ فرق بينهما سوى أنه ينحلُّ بالانفساخ فور انتهاء أجله من غير طلاق على قول، أو بطلاق على قول آخر<sup>(٤٤)</sup> (٤٥)، وقول إن الانفساخ لا يكون إلا بتطبيق يجعله كالزواج الدائم.

**الأمر الثاني:** المجيزون حين الاستدلال على إجازة زواج المتعة بمعنى الزواج المؤقت بالشهود والولي والمهر مع كل مقتضيات العقد الصحيح من محرمة وتوارث ولزوم إنفاق وغير ذلك لم أفق على أحد منهم يستدل على رأيه المجيز للمتعة بأحاديث عقد الاستمتاع المنسوخ أو برأي ابن عباس مجيز عقد الاستمتاع، بل كان الاستدلال بدلالة الأولى التي تقرر أنه: "إذا صح التزويج لغير أجل فهو للأجل أصح وأجوز وأثبت"<sup>(٤٦)</sup>.

وكون الزواج قد يأتي بكل مقتضياته وآثاره مؤقتاً هو قول صار إليه فقهاء، وابن عبد البر في تعداده مذاهب فقهاء الأمصار ذكر اتفاق الفقهاء سوى الإمامية على المنع من نكاح المتعة بمعنى الاستمتاع ثم ذكر الخلاف في الزواج المحدود بأيام معلومة أو أشهر<sup>(٤٧)</sup>، وعليه فالصائرون إلى الرأي المجيز من فقهاء الإباضية هم من هؤلاء، وأحسب هذا الرأي هو المعتمد في المذهب؛ فإني لم أجد فقيهاً منهم من المتقدمين أو المتأخرين يرد إجازة التوقيت في الزواج ويقضي ببطلان العقد أو الشرط إن كان الزواج مؤقتاً، وسيأتي أنه صح النص على إجازة المؤقت بكل مقومات عقد الزواج المتفق عليه ومقتضياته من قبل تسعة من علماء المذهب، ولا نص على ما يعارضه، وهذا مع النص على أن هذا الرأي هو الذي جاء به الأثر عن فقهاء الإباضية كما ينص أبو سعيد<sup>(٤٨)</sup>،

(٤٤) (٤٥) الخليلي، أجوبة المحقق الخليلي، ج ٣، ص ٨٢، والكندي، بيان الشرع، ج ٤٨، ص ٥١٩، والسعدي، قاموس الشريعة، ج ٦١، ص ١٠٢.

(٤٦) الكندي، بيان الشرع، ج ٤٨، ص ٥٢٦، والشقصي، منهج الطالبين، ج ١٥، ص ٣٨٧.

(٤٧) ابن عبد البر، الاستنكار، ج ٥، ص ٥٠٨.

(٤٨) السعدي، قاموس الشريعة، ج ٦١، ص ١١١.

وعبارة: "هو صحيح جائز معنا بولي وشاهدين وصداق ورضى المرأة إلى أجل ويلحقها في ذلك الطلاق والإيلاء والخلع، ويتوارثان، في ذلك الأجل،...، وإن مات عنها في الأجل قبل أن تنقضي"<sup>(٤٩)</sup> ورثته فكانت عليها عدة الوفاة، كذلك جاء الأثر"<sup>(٥٠)</sup>.

**الأمر الثالث:** عقد الاستمتاع أو المتعة بالمعنى المدني الذي تقدّم في التمهيد لم أجد -مع حرصي على استقصاء كتب الفقه الإباضي- أحدًا من فقهاء المذهب يرى إباحته سواء أكان من المتقدمين أم المتأخرين، فلم أجد أحدًا منهم ينص على اختياره بفروعه المختلفة كأن يجيز الاستمتاع بأكثر من أربع مع امرأته، أو أن يجمع بالاستمتاع مع امرأته أختها أو بنت أختها أو غير ذلك مما نهي عنه في عقد الزواج وإن كان برضاها، كما لم أجد أحدًا ينص على أنه لا يكون في المتعة وليًّا أو إلهادًا أو طلاقًا، أو أن المستمتع بها لا يلحقها إيلاء أوظهار أو لعان حين الأجل كما ينص الذين يختارون جواز المتعة.

ومع الإطلاقات السابقة التي تقضي باتفاق زواج المتعة المجاز عندهم والزواج الدائم المعلوم ثمّ نصاب موهمان قد يكون فيهما شيء يخرم الإطلاق السابق في توافق العقدين في كل شيء أبينهما وأثبت أنهما مع الإطلاق السابق وعلى الله التيسير:

**النص الأول:** جواب غير منسوب في (بيان الشرع) قد يوهّم أن لا توارث بين المتروجين زواج متعة عند من يراه جائزًا من فقهاء المذهب، والعبارة هي: "وذلك أن يتزوجها بولي وشاهدين، بصداق معروف، إلى أجل معروف، أيًا معروفًا، وأشهر"<sup>(٥١)</sup> معروفًا، أو سنين معروفًا، فيزوجه الولي بشاهدين بصداق معروف كما وصفت لك، فإذا حلَّ الأجل المحدود الذي حدّه الولي بانته منه بغير طلاق، ولا ميراث لها إن مات، ولا ميراث له منها إن ماتت، بذلك جاء الأثر، وأما العدة فعليها العدة عدة المطلقة"<sup>(٥٢)</sup>.

(٤٩) كذا في الأصل ولعلها: ينقضي.

(٥٠) الكندي، بيان الشرع، ج ٤٨، ص ٥٢٦، والشقصي، منهج الطالبين، ج ١٥، ص ٣٨٧.

(٥١) كذا في الأصل، ولعلها: أو أشهر.

(٥٢) الكندي، بيان الشرع، ج ٤٨، ص ٥٢٤.

وإيهام هذا النص في قوله: "ولا ميراث لها إن مات، ولا ميراث له منها إن ماتت" فالعبارة يُحتمل فيها الابتداء والاستقلال بتقرير حكم عام، ويحتمل فيها أن المجيب منع التوارث بينهما بعد مضي الأجل وعدّ ذلك طلاقاً بائناً، ومن يفترقان فرقة بائنة لا توارث بينهما، وهذا أظهر لأمر:

**الأمر الأول:** هو ظاهر العبارة المنقولة، فقد فرغ من انعقاد العقد ثم أتى على بيان آثار انحلال العقد بمضي الأجل فافتتحها بقوله: "فإذا حل الأجل المحدود"، ويكون المعنى هنا: فإذا حل الأجل المحدود فلا ميراث لها إن مات، ولا ميراث له إن ماتت.

**الأمر الثاني:** التأويل السابق مع الاحتمالين هو المنصوص عليه في مراجع المذهب وكتبه<sup>(٥٣)</sup>.

**الأمر الثالث:** لا معنى لترتيب آثار على عقد الزواج الدائم دون أخرى بغير دليل؛ فإنني لا أعلم أحداً من هؤلاء استدلّ بدليل يُخرج الميراث، ولا دليل يخرج.

**الأمر الرابع:** في (قاموس الشريعة) قال: (أحسبه لأبي سعيد)، فإن كان النص الذي في بيان الشرع لأبي سعيد حقاً فنصوص أبي سعيد الجلوية المبينة تثبت التوارث في الأجل وانتقاء التوارث بعد الأجل، والمبين مقدّم على ما فيه إجمال وخفاء، ومن نصوصه المبينة قوله وهو يؤصل لزواج المتعة الجائز ويبين فروعه وهو الماهر الخريت بهذا: "إن مات أحد الزوجين بالمتعة في أيام الزوجية ورثا بعضهما بعضاً، وإن طلقها وقع الطلاق، وإذا طلقها أو انقضى الوقت فعليها عدّة المطلقة، وأمّا إذا مات في أيام الزوجية فعليها عدّة المتوفى عنها زوجها، وأحكام تزويج المتعة في أيام الزوجية أحكام الزوجية بين الزوجين"<sup>(٥٤)</sup>.

<sup>(٥٣)</sup> الكندي، بيان الشرع، ج ٤٨، ص ٥٢٧، والكندي، المصنف، ج ٣٣، ص ٤٤٨، والشقصي، منهج الطالبين، ج ١٥، ص ٣٨٨، والثميني، التاج المنظوم، ج ٥، ص ١٩١.

<sup>(٥٤)</sup> ابن جعفر، الجامع، ج ٦، ص ١٥٠، والكندي، بيان الشرع، ج ٤٨، ص ٥١٦، والسعدي، قاموس الشريعة، ج ٦١، ص ١١٠.

**النص الثاني:** للشيخ الثميني من متأخري فقهاء المذهب فقد ذكر آثار القول المجيز للمتعة عند من أجازها فقال في (النيل): "ولا يتوارثان بموت أحدهما قبل الأجل"<sup>(٥٥)</sup>، وشرحه الشيخ أطفيش قائلاً: "ولا يتوارثان بموت أحدهما قبل الأجل) باتفاق من يراه منسوخاً بآية الإرث، وبعض من يراه غير منسوخ، وعند من يراه منسوخاً بالنهي"<sup>(٥٦)</sup>.

وتقرير الشيخ أطفيش أنهما لا يتوارثان عند من يرى العقد منسوخاً سواء أكان بآية الإرث أم بنهي السنة الأمر فيه على الأصول والقواعد؛ إذ يصير العقد بالنسخ أو النهي باطلاً، وإن كان باطلاً فليس ثمَّ زوجيةٌ توجب الإرث وتقتضيه.

أما قوله: "وبعض من يراه غير منسوخ" فيفيد أن من يرويه محكماً غير منسوخ مختلفون في الإرث بين أفراد هذا العقد، وأحسب حكاية الخلاف هنا لم يحرر فيها موضع النزاع، بل أطلق إطلاقاً غير مستقيم لا يعين عليه المستقر في فقه المذهب.

بيانه: أن الذين يرون جواز عقد الاستمتاع بالمعنى المدني للكلمة لأنه غير منسوخ لا يرون الإرث، أي: ليس عقد الاستمتاع مقتضياً بذاته توارث المتعاقدين كما هو شأن عقد الزواج، وكلمتهم متفقة على ذلك كما تقدم نقلها، وخلافهم محصور في صحة اشتراط الإرث في العقد أي في استحقاقه بالشرط لا بمقتضى العقد، قال المحقق الحلي: "لا يثبت بهذا العقد ميراثٌ بين الزوجين، شرطا سقوطه أو أطلقا، ولو شرطا التوارث أو شرط أحدهما قيل: يلزم عملاً بالشرط، وقيل: لا يلزم؛ لأنه لا يثبت إلا شرعاً، فيكون اشتراطاً لغير وارث كما لو شرط للأجنبي"<sup>(٥٧)</sup>.

أما الذين يجيزون المتعة بمعنى الزواج المحدود بأجل - وهو الرأي المنقول عن جماعة من الإباضية ولا يراه أحد غيرهم من علماء الأمة فيما أعلم - فيثبتون كلَّ مقتضيات عقد الزواج التي منها توارث الزوجين باتِّفاقهم، ولا أعلم خلافاً بينهم؛ لأنهم يعدُّونه زواجاً شرعياً، فمنتهى ما يُعرض في هذا الشأن هو شرط الأجل الذي يباين فيه هذا العقد عقد الزواج الأصلي الذي يثبت له الدوام أصالة، والشيخ الثميني يعرض رأي المذهب الإباضي

(٥٥) الثميني، النيل، ج ٢، ص ٣٥٨.

(٥٦) أطفيش، شرح النيل، ج ٦، ص ٣٢٠.

(٥٧) الحلي، شرائع الإسلام (مع تعليقات السيد صادق الحسيني)، ج ٢، ص ٥٤٧.

وفقهاؤه، وهو بناه على القول الذي يجيز الزواج المؤقت، ومجيزو الزواج المؤقت من فقهاؤنا متفقون على توريث كلا الزوجين من بعضهما حين الأجل أي حين قيامه. ومن مجيزي زواج المتعة بمعنى الزواج المحدود بأجل الشيخ يخلفتن بن أيوب النفوسي مؤلف كتاب الأنكحة من (ديوان الأشياخ) وقد اختار صحة التأجيل في عقد الزواج وسمّاه زواج متعة، واستوفى الفروع الفقهية لشرط التأجيل بما لم يُسبق إليه -فيما أعلم- لكنه لم يذكر أنهما لا يتوارثان في الأجل أو أنها لا تعتدُّ منه في الأجل إن كانت وفاة، وهذا يفيد أن زواج المتعة أو الزواج المؤقت الذي يأخذ به مؤلف كتاب الأنكحة من فقهاء الديوان لا يفترق عن الزواج الدائم في شيء سوى التأجيل ونص عبارته: "ومن تزوج نكاح المتعة فإن جميع الحقوق التي تلزم من تزوج نكاحًا صحيحًا بغير أجل تلزمه من النفقة والكسوة والسكنى وما أشبه ذلك، ومن مات منهما دون الأجل فالميراث بينهما وطلاقه وظهاره وإيلاؤه جائز دون الأجل"<sup>(٥٨)</sup>.

والشيخ أحمد بن محمد بن بكر (توفي ٥٠٤ هـ) من أئمة المذهب الأوائل من المغاربة وهو من مصنفي (ديوان الأشياخ) لكنه ليس مؤلف كتاب النكاح نصَّ بجلاء في كتابه (كتاب أبي مسألة) أنه لا فرق بين المتعة التي يرى جوازها والزواج الصحيح إلا في الأجل فحسب إذ قال: "ويجوز نكاح المتعة بين الرجال والنساء مثل غيره من النكاح لا فرق بينهما إلا في الأجل"<sup>(٥٩)</sup>، والنصوص الأخرى المتقدم ذكرها كلها تثبت الميراث بينهما في الأجل، وسيأتي -إن شاء الله- في المطلب الثالث نقل نصوص فقهاء الإباضية الذين أجازوا المتعة وليس في شيء منها أن لا توارث.

والشيخ الثميني مرجعه في النيل كتاب ديوان الأشياخ وكتاب النكاح للجانوني، وكل الفروع التي جاء بها هي من الديوان إلا قضية التوارث هذه فأضافها وليست هي من مقررات ديوان الأشياخ وأحسبها لا تصح، وعادة الشيخ الثميني في كتاب التاج المنظوم تلخيص عبارة كتاب منهج الطالبين للعلامة الشقصي وأن لا يضيف إليها شيئاً من سواه،

(٥٨) يخلفتن بن أيوب، كتاب النكاح، ديوان الأشياخ، مخطوط، لدى الباحث نسخة مصورة منه، الشريعة ٣٩، من نسخة بباكر.

(٥٩) الفرستائي، كتاب أبي مسألة، ص ٣٦٩.

لكنه في هذا الموضوع خصوصًا أضاف كلام ديوان الأشياخ وفروعه الفقهية في آخر الباب بعد أن أنهى تلخيص كلام منهج الطالبين، لكنه في التاج المنظوم أتى بالمسألة على وجهها وأصولها فقرر توارثهما في الأجل على مذهب من يثبت هذا الشرط، ولم يحك القول الذي يقضي بكونهما لا يتوارثان، والذي تكتته في عدم التوارث كونه استمتاعًا وليس زواجًا، ونص عبارته المتعلقة بهذا الشأن:

"وقال بعض: إنّه صحيح ثابت لم يُنسخ كالتزويج بوليّ وشاهدين ورضا المرأة وأجرٍ معلوم؛ ويلحقها في الأجل الطلاق، والظهار، والخلع، والإيلاء، ويتوارثان إن مات فيه أحدهما، وتبين فيه بإيلائها والظهار بلا طلاق، وعدتها في البيونة كالمطلقة؛ وعليها عدّة الوفاة إن مات فيه، قال: كذا جاء الأثر"<sup>(١٠)</sup>، ولعل في قوله "وتبين فيه بإيلائها والظهار بلا طلاق" سقطاً وصواب العبارة: (وتبين فيه بإيلائها والظهار وبمضي الأجل بلا طلاق).

وبعد هذا التقرير أحسب عبارة كتاب النيل "ولا يتوارثان بموت أحدهما قبل الأجل" فيها زيادة من النسخ لكلمة (لا)، وأحسب صوابها -والعلم عند الله-: (ويتوارثان بموت أحدهما قبل الأجل)، وإن صحت هذه العبارة عن الشيخ الثميني مع كلمة (لا) بعد عرض النسخ المخطوطة لمتن كتاب (النيل) فالظاهر أنها سبق قلم من الشيخ؛ إذ لا تعين عليها الأدلة الشرعية، ولا المستقر من فقه المذهب، ولا مراجعه التي يعتمدها.

أما مرجعه الآخر في تلخيص باب النكاح في النيل فكتاب النكاح للشيخ أبي زكريا الجنائني (ق٥هـ)، وكتاب الشيخ الجنائني سابق في تأليفه على ديوان الأشياخ، وسابق على كتاب أبي مسألة، والظاهر أن كتاب (النكاح) هو مصدر كتاب (النيل) في عبارة نفي التوارث في الأجل للمتزوجين زواجًا مؤقتًا على رأي من يجيزه من الإباضية، ولأجل إثبات ذلك وبيان ما أظنه لبسًا يلزم الوقوف على عبارة كتاب (النكاح) وتحليلها، وسأجعل نصّ عبارة كتاب (النكاح) في أربع فقرات على حسب الأفكار التي فيها ليستبين الأمر:

(١٠) الثميني، التاج المنظوم، ج٥، ص١٩٠.

"ونكاح المتعة قيل: إنه منسوخٌ نسخته آية الميراث، وقيل: نسخه نهي النبي -صلى الله عليه وسلم- يوم خبير عن متعة النساء وعن أكل لحوم الحمر الإنسية، وقيل: إنه غير منسوخ إلا أنهما لا يتوارثان إذا مات أحدهما.

-وهو شيء كانوا يفعلونه في الجاهلية وفي صدر الإسلام، وذلك أن يتزوج الرجل امرأة على صداق معلوم إلى أجل معلوم، فإذا تم الأجل الذي بينهما خرجت عنه بغير طلاق، وإن اتَّفقا أن يزيدا في الصداق وتزيده في الأجل فعلاً، وإن مات أحدهما قبل الأجل الذي بينهما فلا يتوارثان.

-ومن قال بأنه غير منسوخ فقد يوجب الميراث بينهما إذا مات أحدهما في ذلك الأجل الذي بينهما، وهما يتوارثان، وبقي النكاح على حاله غير منسوخ عنده. وأكثر القول بأنه منسوخ<sup>(١١)</sup>.

ولبيان قول الشيخ الجنائني: في الفقرات الأربع أجعل لكل فقرة عنواناً لفكرتها التي يظهر لي أن الشيخ الجنائني يريد بيانها، وعلى الله التيسير.

**الفقرة الأولى - ذكر الخلاف في نسخ المتعة وإحكامها:**

جاء الشيخ الجنائني في الفقرة الأولى بالخلاف في المتعة فصدر بالقول الذي يذهب إلى نسخها، وذكر أن هؤلاء لهم قولان في النسخ أولهما آية الميراث، وثانيهما نهي النبي -صلى الله عليه وسلم- يوم خبير، وهذا الكلام على الأصول، فالقائلون بالنسخ لهم قولان بل ثلاثة في النسخ، مع القولين اللذين ذكرهما الشيخ ثالث<sup>(١٢)</sup> هو قول الله تعالى: "وَالَّذِينَ هُمْ لِأُزْوَاجِهِمْ حَافِظُونَ (٥) إِلَّا عَلَىٰ أَرْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ (٦) فَمَنْ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ" المؤمنون: ٥ - ٧.

ثم ذكر الشيخ بعد ذلك القول الثاني: "إنه غير منسوخ إلا أنهما لا يتوارثان إذا مات أحدهما"، وعلى النسخ لا توارث قطعاً كما تقدّم، أما على القول إنه ليس بمنسوخ فنذكر

(١١) الجنائني، النكاح، ص ١٤٧.

(١٢) القاسم بن سلام، الناسخ والمنسوخ، ص ٧٨، والنحاس، الناسخ والمنسوخ، ص ٣٢٦.

الشيخ أنهما لا يتوارثان إذا مات أحدهما في الأجل، والقائلون إن المتعة المذكورة في حديث الإمام علي غير منسوخة لا يُثبتون التوارث بين المتعاقدين، وهذا هو الأمر المقرر الموافق للقواعد إن قيل إنها غير منسوخة، والصواب نسخها، لكن هذا الإطلاق لا يصح إلا في عقد الاستمتاع الذي ذهب إليه الشيعة الإمامية، ولن يصح إن كانت المتعة بمعنى الزواج المؤقت عند علمائنا، والأصل في كتابه أنه يذكر الأحكام التي صار إليها فقهاء المذهب، ولعل هذا المقطع هو سبب اللبس الوارد في عبارة كتاب (النيل).

### الفقرة الثانية- توصيف عقد الاستمتاع قبل نسخه:

جاء الشيخ الجنائني في الفقرة الثانية بتوصيف عقد الاستمتاع بالمعنى المدني للكلمة قبل النهي عنه، والشيخ يثبت فيها أن عقد الاستمتاع كان موجوداً في الجاهلية وفي صدر الإسلام، أما كونه موجوداً في الجاهلية فالأدلة متوافرة على إثباته؛ إذ الزنى وأخذ الأجر عليه شائع وسمّاه الشرع (مهر البغي) <sup>(١٣)</sup>، ومهر البغاء هو كأجرة الاستمتاع لا يختلف عنها في شيء.

وأما حكايته جواز المتعة في صدر الإسلام فلا أعلم لها دليلاً يفيدها، وهي تتعارض مع قول الله تعالى في السورة المكية التي نزلت في صدر الإسلام: "وَالَّذِينَ هُمْ يُفْرُوجِهِمْ حَافِظُونَ (٥) إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ (٦) فَمَنِ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ" المؤمنون: ٥-٧.

وأما تقرير الشيخ الجنائني في هذه الفقرة أنهم كانوا لا يتوارثون في هذا العقد المحكي في هذا الواقع فصحيح جار وفق الأصول، فليست هي زوجة حتى ترثه. وقد يكون قول الشيخ الجنائني: (وإن مات أحدهما قبل الأجل الذي بينهما فلا يتوارثان) هو الذي لخصه الشيخ الثميني في قوله في (النيل) بقوله: (ولا يتوارثان بموت أحدهما قبل الأجل)، وإن كان كذلك فليته لم يلخص هذا فالشيخ الجنائني يسوقه في هذا المقطع لبيان ما عليه الحال في الجاهلية، وليس للتفريع على قول من يرون نفي نسخه؛ لأن التفريع على قول القائلين إنه محكم غير منسوخ جاء به الشيخ الجنائني في الفقرة الثالثة

<sup>(١٣)</sup> الربيع بن حبيب، الجامع الصحيح، ص ١٦٧.

من كلامه، ويبدو -والعلم عند الله- أن الشيخ الثميني لخص ما أورده الشيخ في سلوك أهل الجاهلية وجعله تفريراً لقول الذين يقولون إنه مُحكم في الإسلام، وهو ما لا يفيد كلام الشيخ الجناوني.

#### الفقرة الثالثة- ثبوت الميراث على قول من يرى إحكام المتعة:

جاء الشيخ في الفقرة الثالثة بالتفريع على قول من يرى المتعة جائزة غير منسوخة، وأثبت أنهم يتوارثون إن مات أحدهم في أجل المتعة، وهذا هو الموافق للقواعد والأصول، وعليه تفريع الذين يرون الزواج المؤقت ويطلقون عليه (متعة)، والميراث من أسبابه الزوجية، تمنيت الشيخ الثميني لخص هذه العبارة في (النيل)، وبتلخيص هذه العبارة في (النيل) سيكون النص: (ويتوارثان بموت أحدهما قبل الأجل).

#### الفقرة الرابعة- رأي الأكثرين نسخ المتعة:

ينسب الشيخ الجناوني إلى أكثر علماء المذهب الإباضي نسخ المتعة، وهذا أثره أن لا توارث بينهما كما قرر هو في صدر حديثه، فالمنسوخ ملغى، وهو معدوم ليس زواجاً ولا تصرفاً شرعياً حتى تترتب عليه آثار العقد المشروع، والميراث يثبت بوجود مقتضيه الذي هو الزوجية، وهو الأمر المتقرر عند علماء المذهب.

ومع ما تقدم من ذكر النسخ يبدو لي أن هناك ملحظاً على التعبير بالنسخ الذي يحكيه بعض علماء المذهب كالشيخ الجناوني في هذا الموضوع، وملحظاً على نسبة ذلك إلى الأكثرين، بيانه:

أولاً: المتعة المباحة ثلاثة أيام في فتح مكة والتي نهى عنها النبي -صلى الله عليه وسلم- من بعد وسميتها (استمتاعاً) يُجمع فقهاء المذهب الإباضي على النهي عنها، وعلى أنها منسوخة ولم يشذ أحد منهم فرأى جوازها -فيما أعلم- وسيأتي إثبات ذلك -إن شاء الله- وخلافهم ليس فيها هي ولا في نسخها لكن خلافهم في عقد الزواج الشرعي مستكمل المقومات الشرعية يدخله الأجل الذي يقضي بتوقيته هل يثبت معه العقد والشرط أم أن العقد باطل مع هذا الشرط، الأكثرون منهم على أن العقد باطل مع هذا الشرط كما

ينسبه الشيخ هنا ونسبه غيره<sup>(٦٤)</sup>، وذهب ذاهبون من كبار أئمتهم -سيأتي بيانهم مفصلاً إن شاء الله- إلى أن العقد والشرط صحيحان فيخرجان من حكم الزوجية ببلوغ الأجل سواء أكان بانحلال العقد بالشرط أم بطلاق ينشئه الزوج ولهم في ذلك قولان كما سيأتي، ويسمّون عقد الزواج المحدود بأجل (زواج متعة)، والحق أنه لا يجمعه بعقد الاستمتاع سوى تحديد الأجل وليتهم لم يطلقوا عليه هذا الاسم وأطلقوا عليه (الزواج المؤقت) أو (النكاح المحدود بأجل) أو نحو ذلك من العبارات غير المشكّلة.

ثانياً: إن تقرر هذا فالأدلة التي تنهى عن الاستمتاع لا تفيد نسخ عقد الزواج المؤقت فهما شيئان متباينان لا يجمعهما جامع، وليس التأجيل هو سبب حرمة عقد الاستمتاع بل كونه كالزنى لا يفترق عنه في شيء معتبر، فهو وطء ليس بعقد زواج ولا ملك يمين، أما الزواج المؤقت فهو زواج بكل المقومات الشرعية، ولم يتخلف عنه شيء من مقوماته سوى الدوام، والشرع لم ينه عن تأجيل الزواج نصّاً لكنه فهمّ رآه من رآه من أهل العلم من مجمل وقائع الزواج في عهد النبوة ومقاصده الشرعية التي تتناسب إدامة العقد، والقضية يسوغ فيها الاجتهاد والنظر.

ثالثاً: أطلق الشيخ الجنائني هنا أن الأكثرين من فقهاء المذهب الإباضي يرون حرمة المتعة لنسخها، وبالفرق بين قولي النسخ والإجازة تبين أنهما ليسا على محمل، وبذلك سيأتي في المطلب الثاني تقرير أن تقرير حرمة الاستمتاع والقطع بنسخها مجمع عليه بين فقهاء المذهب وليس قول الأكثرين، أما إجازة الزواج المؤقت الذي عبروا عنه بالمتعة فأحسبه متفقاً عليه في المذهب الإباضي؛ ودليله أنني لم أقف على نصٍ فقهي لعالم يرى إبطال العقد المقرون بالأجل، كما لم أقف على عالم منهم يصحح العقد ويبطل شرط التأجيل المقترن به، أما إجازة عقد الزواج المقرون بشرط الأجل فقد نصّ عليها عشرة من كبار علمائهم، ونسبت إلى ثلاثة عشر عالماً منهم كما تقدم فمنّ الأكترون مع هذا الحال؟

(٦٤) ابن جعفر، الجامع، ج ٦، ص ١٥٠، والكندي، بيان الشرع، ج ٤٨، ص ٥١٦.

- وختام المطلب المبين مرادّ الإباضية بقولهم (زواج المتعة) ألمح -مع الحاجة إلى بحث متخصص- إلى بعض أحكام زواج المتعة عند الإباضية تفيد أن زواج المتعة بالمعنى المتقرر في المذهب الإباضي هو كالزواج الدائم إلا في قضايا:
- ١- هو محدود بأجل تقع الفرقة بينهما بمضي ذات الأجل<sup>(٦٥)</sup>، وقيل: بتطليق الزوج<sup>(٦٦)</sup>، وإن كانت الفرقة بمضي الأجل فهل عدته طلقة واحدة؛ لأنه فسخ، أم ثلاث حيضات؛ لأنه طلاق؟ خلف في هذه القضية كالخلف في الخلع<sup>(٦٧)</sup>.
  - ٢- إن كان طلاقاً فهو بائن ليس رجعيّاً<sup>(٦٨)</sup>، وهذا كالخلع.
  - ٣- للزوجين -قبل مضي الأجل، أو قبل الفرقة على من يراها لا تتحقق إلا بالتطليق- أن يمدّا الأجل أو أن يجعله دائماً بالتوافق على مهر جديد، وإن مدّا أجل الزواج ولم يتفقاً على مهر زائد فلها صداق مثلها؛ إذ المهر الأول مقدر بمدة أقل<sup>(٦٩)</sup>.
  - ٤- لم أجدهم يذكرون حكم الولي في حال مدّ الأجل، ويتخرج أنه لا يلزم الولي إلا في أصل العقد، ويغتر في المواصلة ما لا يشترط في الابتداء.
  - ٥- يشهد الزوجان في حال اتفاقهم على مدّ الأجل<sup>(٧٠)</sup>.

## المطلب الثاني

### اتفاق الإباضية على النهي عن عقد الاستمتاع

صورة عقد الاستمتاع بمعناه المدني تحكي كتب الأثر عن الفقهاء المتقدمين والمتأخرين إجماع فقهاء المذهب الإباضي على حرمة كحرمة جمع المرأة على عمتها وخالتها كما

<sup>(٦٥)</sup> الكندي، بيان الشرع، ج ٤٨، ص ٥٢٤.

<sup>(٦٦)</sup> الكندي، بيان الشرع، ج ٤٨، ص ٥٢١، والخليلي، أجوبة المحقق الخليلي، ج ٣، ص ٨٤.

<sup>(٦٧)</sup> الكندي، بيان الشرع، ج ٤٨، ص ٥١٩.

<sup>(٦٨)</sup> الكندي، بيان الشرع، ج ٤٨، ص ٥١٩، والسعدي، قاموس الشريعة، ج ٦١، ص ١٠٢.

<sup>(٦٩)</sup> الكندي، بيان الشرع، ج ٤٨، ص ٥٢١.

<sup>(٧٠)</sup> الكندي، بيان الشرع، ج ٤٨، ص ٥٢٥.



في حكاية الشيخ أبي إسحاق الحضرمي<sup>(٧١)</sup>، وقد نصَّ صراحةً أنه يقصد إجماع الإباضية<sup>(٧٢)</sup>.

ومن علماء المذهب المتأخرين الشيخ ناصر بن أبي نبهان الذي نفى أن يرى أحدًا من فقهاء المذهب جواز الاستمتاع الذي رآه فقهاء الشيعة الإمامية بالتصريح، بل جعل القضية مما لا يجوز الاختلاف فيها<sup>(٧٣)</sup>، وتلميذه المحقق الخليلي على السابق أيضًا فقد قرر أن الاستمتاع لم يكن في زمان النبي -صلى الله عليه وسلم- سوى أيام يسيرة ثم نسخ، وأنه اتفق على ترك الاستمتاع الإباضية سلفًا وخلفًا<sup>(٧٤)</sup>.

وقد نصوا على أن من أتى الاستمتاع مع علمه فهو زان ولا مهرَ للمستمتع بها<sup>(٧٥)</sup>، بل جاء عن الإمام محمد بن عبد الله الخليلي (ت ١٣٧٣هـ/١٩٥٤م) أنه سيقم حدّ الزنى على من يأتي عقد الاستمتاع، قال الشيخ البطاشي<sup>(٧٦)</sup>:

قال الخليلي لمن قد سأله عن متعة النساء هل محللة  
من يفعلنها لنرجمها كذاك بعضهم روى لي عنه

ومع عبارات الاتفاق السابقة لم أجد أحدًا من الإباضية يرى الاستمتاع كما يراه الشيعة الإمامية ويفرّع عليه ويذكر أحكامه، وهذا كله دليل على أنه لا قائل من المذهب الإباضي بإباحة عقد الاستمتاع، وأن المتعة التي يرون جوازها ليست هي عقد استمتاع بل هو مصطلح يريدون به الزواج المؤقت.

(٧١) الحضرمي، مختصر الخصال، ص ١١١.

(٧٢) الحضرمي، مختصر الخصال، ص ١١٢.

(٧٣) السعدي، قاموس الشريعة، ج ٦١، ص ١١٧.

(٧٤) الخليلي، أجوبة المحقق الخليلي، ج ٣، ص ٨٢.

(٧٥) الكندي، المصنف، ج ٣٣، ص ٤٤٧.

(٧٦) البطاشي، سلاسل الذهب، ج ٥، ص ١٨٨.

## المطلب الثالث

### عَرَضُ أَقْوَالِ الْإِبَاضِيَّةِ الَّذِينَ نَقَلَ عَنْهُمْ إِجَازَةَ الْمُتَمَعَةِ

تبين مما مضى أن الإباضية من حيث الجملة يرتبون على المتعة أحكام الزواج الدائم، ومنها الميراث وعدة الوفاة إن كان الموت في أجل المتعة، كما ثبت اتفاقهم على المنع من المتعة بمعنى عقد الاستمتاع، وفي هذا المطلب أتناول بالتخصيص علماء الإباضية الذين نُسبت إليهم إجازة المتعة من حيث ثبوت النسبة، وإن ثبتت النسبة فسأتناول الرأي المقول وتفصيله ومدى موافقته لعقد الاستمتاع، وجملة من وجدتهم يُنسب إليهم إجازة المتعة ثلاثة عشر عالمًا أتناولهم -بحول الله- واحدًا واحدًا مرتبين زمنياً.

#### الأول- الربيع بن حبيب:

نسب إليه الإمام السالمي أنه يرى جواز المتعة<sup>(٧٧)</sup>، والأظهر أنه لا تثبت هذه النسبة إلى الإمام الربيع لأمر:

١- لم أقف على هذه النسبة فيما تقدم الإمام السالمي من مجاميع فقه المذهب ك (مسند الربيع)، و (فتيا الربيع)، و (مدونة أبي غانم)، و (الجامع) لابن جعفر، و (جامع أبي الحسن البسيوي)، و (الضياء)، و (بيان الشرع)، و (المصنّف)، و (ديوان الأشياخ)، و (منهج الطالبين)، و (الباب الآثار)، و (قاموس الشريعة)، و (شرح النيل).

٢- ثبت عن الإمام الربيع النهي عن النهاريات، والنهاريات عقدهن مؤبد، فالمتمعة بمعنى الاستمتاع ينهى عنها من باب أولى<sup>(٧٨)</sup>.

٣- الإمام الربيع ليس بمغمور حتى لا يُعتنى بنقل قول له في هذه القضية يفارق فيه المذهب كله، ويمثل هذه المخالفة في جسامتها، أما أن يرى جواز المتعة بمعنى الزواج المؤقت فليس ببعيد، لكن لم أقف على نص يدل عليه فأوثر الوقوف في نسبة شيء إليه.

(٧٧) الإمام السالمي، شرح الجامع الصحيح، ج ٣، ص ٢٦.

(٧٨) الربيع بن حبيب، فتيا الربيع، الطبعة الأولى، ١٤٣٨ هـ/ ٢٠١٧ م، مسقط، ذاكرة عمان، ص ١٢١.



٤- روى الإمام الربيع حديث النهي عن المتعة في مسنده<sup>(٧٩)</sup>، والأصل ألا يخالفه بل يقرر النهي عن الاستمتاع.

### الثاني- محبوب بن الرحيل:

كان خليفة إمام المذهب الإباضي الثالث الربيع بن حبيب، وهو ربيبه وتلميذه بعد تتلمذه على يدي أبي عبيدة، وما نُقلت آراؤه الفقهية بجلاء من مقوله وتصنيفه لكنها نقلت شفاهًا، ومما نقل عنه إجازة المتعة بمعنى الزواج المؤقت، فقد روى أبو سعيد قول إجازة المتعة عنه لكن على معنى اكتمال مقومات عقد النكاح من مهر وولي وشاهدين، وعلى معنى توريثها إن مات أيام العقد؛ لأنها زوجة وهو يرثها، ويقع عليها<sup>(٨٠)</sup>.

### الثالث- محمد بن محبوب:

نُقلَ عن الإمام ابن محبوب بنصوص صحيحة رأي إجازة المتعة ففي (الجامع) لابن جعفر: "قال أبو الحواري: عن نبهان عن محمد بن محبوب: إن تزويج المتعة جائز"<sup>(٨١)</sup>، وهذا النص يروي فيه العلامة الشيخ أبو الحواري (حيّ في: ٢٧٢هـ) عن شيخه العلامة نبهان بن عثمان السمدي (حيّ في: ٢٨٠هـ)، الذي يروي عن شيخه محمد بن محبوب، وفي هذا النص إثبات إجازة المتعة، لكن في آخر النقل عنه ذُكِرَ قيد لهذا التزويج هو كونه بولي وشاهدين إلى أجل<sup>(٨٢)</sup>.

أما الشيخ أبو المؤثر الصلت بن خميس الخروصي (ت ٢٧٨هـ) وهو معاصر لأبي عبد الله محمد بن محبوب معودّ من طلابه فنفى نسبة إجازة المتعة بمعنى الاستمتاع للإمام ابن محبوب في رسالة كتبها عن المتعة لأنه ما كان محمد بن محبوب جاهلاً

(٧٩) الربيع بن حبيب، الجامع الصحيح، ص ١٣٩.

(٨٠) السعدي، قاموس الشريعة، ج ٦١، ص ١١١.

(٨١) ابن جعفر، الجامع، ج ٦، ص ١٥٠.

(٨٢) ابن جعفر، الجامع، ج ٦، ص ١٥٠.

بالتنزيل، ولا بعدل التأويل، بل كان أوطأ للأثر من أن يُجَلَّ ما نهى عنه النبي -صلى الله عليه وسلم<sup>(٨٣)</sup>.

وأبو سعيد الكدمي روى قول إجازة المتعة عن محمد بن محبوب على معنى اكتمال مقومات عقد النكاح من مهر وولي وشاهدين، وعلى معنى توريثها إن مات أيام العقد؛ لأنها زوجة وهو يرثها، ويقع عليها طلاقه وختم كلامه بما يقضي بكون الرأي هو رأي المذهب<sup>(٨٤)</sup>، وقرر في موضع آخر ثبوت الميراث والطلاق والعدة وكل أحكام الزوجية الدائمة<sup>(٨٥)</sup>.

ولأجل هذا الحمل يظهر أنه لا تعارض بين نسبة الشيخ نبهان بن عثمان الإجازة لشيخه أبي عبد الله محمد بن محبوب، وبين نسبة الشيخ أبي المؤثر التحريم لشيخه أبي عبد الله محمد بن محبوب، فالتحريم هو لعقد الاستمتاع، أما الإجازة فهي لعقد الزواج المكتملة مقوماته الشرعية لكن شرط فيه الأجل.

#### الرابع - أبو المؤثر الصلت بن خميس الخروصي:

حفظ لنا صاحب زيادات على بيان الشرع رسالة كتبها الشيخ أبو المؤثر في الرد على الذين يرون إجازة عقد الاستمتاع، وهي رسالة محررة مؤصلة، فنَدَّ فيها أبو المؤثر حجج الرأي الذي يجيز عقد الاستمتاع، ونفى أن يكون محمد بن محبوب ممن يرى جواز الاستمتاع الذي أجازته الشيعة الإمامية<sup>(٨٦)</sup>، وأثبت في رسالته هذه بعضاً من أحكام الزواج المؤقت التي تقدمت الإشارة إليها في ختم المطلب الأول.

<sup>(٨٣)</sup> الكندي، بيان الشرع، ج ٤٨، ص ٥١٧، والسعدي، قاموس الشريعة، ج ٦١، ص ٩٩، وفي (بيان الشرع، ج ٤٨، ص ٥٢٦) كلام منسوب لأبي الحسن أن ليس القول بالمتعة من رأي محمد بن محبوب.

<sup>(٨٤)</sup> السعدي، قاموس الشريعة، ج ٦١، ص ١١١.

<sup>(٨٥)</sup> ابن جعفر، الجامع، ج ٦، ص ١٥٠، والكندي، بيان الشرع، ج ٤٨، ص ٥١٦، والسعدي، قاموس الشريعة، ج ٦١، ص ١١٠.

<sup>(٨٦)</sup> الكندي، بيان الشرع، ج ٤٨، ص ٥١٧.

## الخامس - عبد الملك بن صفرة:

جاء في (جامع ابن جعفر):

"وقال لي نبهان عن سليمان بن سعيد عن أبي صفرة أنه قال: لو أجد تزويج المتعة لتزوّجت، وتزويج المتعة معنا بوليّ وشاهدين يسميان من الأجل ما اتّفقا عليه"<sup>(٨٧)</sup>، وفي هذا النص بيان جلي أن هذا التزويج بولي وشاهدين فهو عقد الزواج المشروع لكنه مقيد بأجل، وعليه لا يصح مع هذا الإجمال في العبارة ومع ما استقر عليه علماء المذهب سلفاً وخلفاً أن يُحمّل على عقد الاستمتاع الذي يجيزه الإمامية من الشيعة من حيث المقومات والمقتضيات والآثار، بل هو على ما مضى عليه علماء المذهب الزواج المؤقت.

## السادس - نبهان بن عثمان:

نسب إليه أرشوم<sup>(٨٨)</sup> إجازة المتعة بمعنى الاستمتاع، ولم يأت بمرجع له يثبت النسبة المذكورة، ولم أجد النسبة إلى نبهان بن عثمان في شيء من مجاميع فقه المذهب الأولى، لكن نسبه إليه من المتأخرين الشيخ الشقصي<sup>(٨٩)</sup>، ونسبة الشيخ الشقصي فيها نظر؛ إذ إن منتهى ما تذكره المراجع قبله أنه روى الإجازة للنكاح المحدود بأجل عن شيخه ابن محبوب، وعن سليمان بن سعيد عن أبي صفرة، ونص الكلام الذي في الجامع لابن جعفر -ولعله من حواشي أبي الحواري على الجامع-: "قال أبو الحواري: عن نبهان بن محمد بن محبوب إن تزويج المتعة جائز"<sup>(٩٠)</sup>، وقد مضى على ذكر النقل نفسه مؤلفو بيان الشرع<sup>(٩١)</sup> والمصنف<sup>(٩٢)</sup> وقاموس الشريعة<sup>(٩٣)</sup>، وهذا أمر يُلاحظ على كتاب منهج

<sup>(٨٧)</sup> ابن جعفر، الجامع، ج٦، ص ١٥٠.

<sup>(٨٨)</sup> أرشوم، النكاح، ص ٢١١.

<sup>(٨٩)</sup> الشقصي، منهج الطالبين، ج ١٥، ص ٣٨٦.

<sup>(٩٠)</sup> ابن جعفر، الجامع، ج٦، ص ١٥٠.

<sup>(٩١)</sup> الكندي، بيان الشرع، ج ٤٨، ص ١٥٠.

<sup>(٩٢)</sup> الكندي، المصنف، ج ٣٣، ص ٤٤٤.

<sup>(٩٣)</sup> السعدي، قاموس الشريعة، ج ٦١، ص ١٠٩.

الطالبين من حيث دقته في النقل والنسبة وجعله التخريجات أقوالاً، وخلاصة ما تقدم أني لم أقف على نقلٍ صحيح يثبت رأي نبهان بن عثمان، ولذلك لا أرى ثبوت ذلك عنه، ولا يبعد أن يكون كراي شيخه في إجازة الزواج المحدود بأجل.

#### السابع- أبو الحواري محمد بن الحواري:

نسب إليه الشيخ الشقسي أنه يرى جواز المتعة<sup>(٩٤)</sup>، ولم أجد مستنداً لنسبته، وأحسبها وهمًا كالذي تقدم التنبيه عليه في رأي نبهان بن عثمان، فإن أبا الحواري هو الذي روى عن نبهان بن عثمان عن محمد بن محبوب كما تقدم.

#### الثامن- محمد بن سعيد الكدمي:

ذهب أبو سعيد محمد بن سعيد الكدمي إلى جواز تزويج المتعة فقد جاء عنه من كلام له في حواشيه على (الجامع) لابن جعفر: "إن مات أحد الزوجين بالمتعة في أيام الزوجية ورثا بعضهما بعضًا، وإن طلقها وقع الطلاق، وإذا طلقها أو انقضى الوقت فعليها عدّة المطلقة، وأمّا إذا مات في أيام الزوجية فعليها عدّة المتوفى عنها زوجها، وأحكام تزويج المتعة في أيام الزوجية أحكام الزوجية بين الزوجين"<sup>(٩٥)</sup>.

والشيخ في هذا النص يذهب إلى جواز تزويج المتعة، ولم يذكر فيه خلافًا على عاداته في ذكر خلاف علماء الإباضية إن كان خلافًا، لكنه بيّن أن تزويج المتعة الذي يذهب إليه ليس هو عقد الاستمتاع الذي يجيزه الشيعة الإمامية، بل هو عقد تزويج شرعي له كل أحكام الزواج الدائم سوى الأجل، وقد ذكر بعض مقتضيات عقد الزواج وأثبتها في المتعة ثم عمّم العبارة باستواء أحكام المتعة بالزوجية الدائمة.

(٩٤) الشقسي، منهج الطالبين، ج ١٥، ص ٣٨٦.

(٩٥) ابن جعفر، الجامع، ج ٦، ص ١٥٠، والكندي، بيان الشرع، ج ٤٨، ص ٥١٦، والسعدي، قاموس

الشرعية، ج ٦١، ص ١١٠.

## التاسع- أبو الحسن البسيوي:

نسب إليه أرشوم قول إباحة المتعة<sup>(٩٦)</sup>، ولا أعلم مصدره فلم أجد النسبة في شيء من مجاميع فقه المذهب وأحسبها غير صحيحة؛ فإنه يقضي عليها تصريح أبي الحسن البسيوي بحرمة المتعة بمعنى الاستمتاع، ونصّ كلامه في الجامع: "وحرام عوام النساء إلا بالتزويج لقوله: "أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ" النساء: ٢٤، "وَلَا مُتَّخِذِي أَخْدَانٍ" المائدة: ٥، أخلاء من غير تزويج بالسفاح، وقال النبي -صلى الله عليه وسلم- : "فرق بين النكاح والسفاح بضرب الدف"، يعني شهرة النكاح، ولهذا يحجر تزويج المتعة الذي روي أنه حرمها"<sup>(٩٧)</sup>، ونصه في كتابه مختصر البسيوي: "وحرام عندنا تزويج المتعة؛ لأن النهي ورد فيها"<sup>(٩٨)</sup>.

ولعل سبب نسبة الإباحة إلى أبي الحسن البسيوي ما في (بيان الشرع) من نقلٍ أُبهِم قائله نصه: "وفيما وجدت في تقييدي عن الشيخ أبي الحسن: إن تزويج المتعة حلال غير منسوخ"<sup>(٩٩)</sup>، ولم أجد في شيء من المصادر الأخرى، ومضى مَنْ بَعَدَ الشيخ الكندي على نقله<sup>(١٠٠)</sup>، وسيتبين أن أبا الحسن المقصود هنا ليس البسيوي بل محمد بن أبي الحسن النزواني.

## العاشر- أبو الحسن محمد بن أبي الحسن النزواني:

جاء في (بيان الشرع) قوله: "وفيما وجدت في تقييدي عن الشيخ أبي الحسن: (إن تزويج المتعة حلال غير منسوخ"<sup>(١٠١)</sup>، ومثله في (المصنف)<sup>(١٠٢)</sup>، و(قاموس

(٩٦) أرشوم، النكاح، ص ٢١١.

(٩٧) البسيوي، الجامع، ج ٣، ص ١٥٠٦.

(٩٨) البسيوي، مختصر البسيوي، ص ١٧٩.

(٩٩) الكندي، بيان الشرع، ج ٤٨، ص ٥٢٥.

(١٠٠) الكندي، المصنف، ج ٣٣، ص ٤٤٤.

(١٠١) الكندي، بيان الشرع، ج ٤٨، ص ٥٢٥.

(١٠٢) الكندي، المصنف، ج ٣٣، ص ٤٤٣، و ٤٤٤.

**الشريعة**<sup>(١٠٣)</sup>، وأبو الحسن هو محمد بن أبي الحسن النزواني من علماء القرن الرابع الهجري، عاصر ابن بركة وأبا سعيد الكدمي، وهو من شيوخ أبي الحسن البسيوي وله حواشٍ على **(الجامع)** لابن جعفر، وتزويج المتعة الذي يريده الشيخ أبو الحسن النزوي بيّنه هو بقوله من بعد النقل المتقدم: "من يُثبِت لها التزويج يورثها إن مات في تلك الأيام؛ لأنها زوجة، ويورثه منها، وإن طلقها وقع عليها الطلاق"<sup>(١٠٤)</sup>، وفي هذا دليل على أن المراد بزواج المتعة الزواج المؤقت وليس عقد الاستمتاع.

**الحادي عشر - أحمد بن محمد بن بكر (ت ٥٠٤هـ):**

هو من أئمة المذهب المغاربة، وقد كان من الفقهاء الذين صنّفوا **(ديوان الأشياخ)** لكنه ما صنّف كتاب النكاح، غير أنه نصّ على اختيار جواز المتعة بجلاء إذ قال: "ويجوز نكاح المتعة بين الرجال والنساء مثل غيره من النكاح لا فرق بينهما إلا في الأجل، والزيادة فيه بعد تمامه، والصدّاق، ونزوع الأجل، فيثبتان على نكاحهما"<sup>(١٠٥)</sup>.

وفي هذا النص بيان أن المتعة التي يجيزها "مثل غيره من النكاح لا فرق بينهما إلا في الأجل"، وعليه كل مقتضيات عقد الزواج الشرعي في هذا العقد، وهذا كله يباين عقد الاستمتاع ولا يجتمع معه في شيء، ومنه فالمتعة التي يجيزها الشيخ هي زواج شرعي مكتمل المقومات والمقتضيات والآثار لكنه شرط فيه الأجل، وهذا لا يجعله رأياً خاصاً بالشيخ لم يوافق عليه جمهور الإباضية، وإن لم يكن خطأً من ناسخ فعبارة الشيخ: "لا فرق بينهما إلا في الأجل، والزيادة فيه بعد تمامه، والصدّاق، ونزوع الأجل فيثبتان على نكاحهما" تحليلها:

"لا فرق بينهما إلا في الأجل": المراد أن الفرق بين الزواج المؤقت والزواج الدائم دائر في الأجل، فالأول دائم لا أجل له، وهذا مؤجّل، وعقد الاستمتاع لا يجتمع والزواج الدائم

(١٠٣) السعدي، قاموس الشريعة، ج ٦١، ص ١١٥.

(١٠٤) الكندي، بيان الشرع، ج ٤٨، ص ٥٢٥، والكندي، المصنف، ج ٣٣، ص ٤٤٣.

(١٠٥) أبو مسألة، كتاب أبي مسألة، ص ٣٦٩.

في شيء من حيث العقد ومقتضياته، لذا لا يصح أن يحمل كلام الشيخ أحمد بن محمد بن بكر على عقد الاستمتاع.

**(والزيادة فيه بعد تمامه):** أي أن التأجيل قد يزداد بتوافق الزوجين فمن تزوجا لعام وقبل مضي العام اتفقا على أن يكون الزواج لعامين فلهما أن يزيدا عامًا يبدأ بعد تمام العام الأول.

**(والصداق)** أي: أن هناك فرقًا بين الزواج الدائم والزواج المؤقت في مقدار الصداق، فالزواج المؤجل أو المؤقت صداقه أقل من الزواج الدائم، وهذا ليس فرقًا عقديًا بل هو الذي يحصل عادة في مقابل الزمن واحتباس الزوجة، وليس ثمَّ ما يمنع من أن يكون توافق المتعاقدين في الزواج المؤقت على صداق أعلى مما يتوافق عليه المتعاقدون في الزواج الدائم.

**(ونزوع الأجل):** أي أنه في الزواج المؤقت للمتعاقدين أن يعقدا العقد لعام مثلاً، ثم لهما أن ينفقا قبل مضيه على أن يكون دائمًا، وهذا نزع لشرط الأجل المتعاقد عليه أو إلغاء له، أما الزواج الدائم فليس فيه النكوص عن صفة الدوام التي تأسس عليها إلى صفة التأقيت بالتوافق فيما بعد بل سبيلهم الفرقة فحسب على اختلاف صورها بين الطلاق أو الخلع أو التفريق القضائي، والقائلون بالزواج المؤقت من الإباضية يثبتون هذا ويجيزونه، وليس هو بعيدًا على من أجازوه؛ فالأصل فيه الدوام كما هو الاتفاق، والتأقيت عارض عليه، وإلغاؤه بتوافق الطرفين ردُّ له إلى أصله الذي يريد الشرع أن يقوم عليه الزواج.

**الثاني عشر - يخلفتن بن أيوب النفوسي (٤٥٠هـ - ٥٠٠هـ):**

هو مؤلف كتاب النكاح من (ديوان الأشياخ)، ولم أجد أحدًا تقدمني في النسبة إلى هذا العلم لكنَّ كلامه الذي أنشأه في كتاب الأنكحة من (ديوان الأشياخ) يدل على اختيار جواز نكاح المتعة بالنص الصريح: "نكاح المتعة جائز، ....، ونكاح المتعة إنَّما يكون بالوليِّ والشهود والصداق إلى أجل معلوم"، والرجل فقيه بارع يفرِّع تفرُّيعًا محكمًا على

أصوله، وقد كانت عنايته بضبط الأجل في هذا العقد، ودَكَرَ من الفروع الفقهية للأجل ما لم يذكره سواه، بل لا أعلم أن أحدًا تقدّمه فيها من الموافقين والمخالفين مما يقضي بعلوّ كعبه ورسوخ قدمه في العلم، وفروعُهُ موافقة لأصله وجارية على سنن القواعد الصحيحة.

والشيخ يخلفتن نصّ في آخر حديثه عن زواج المتعة قائلاً: "ومن تزوج نكاح المتعة فإن جميع الحقوق التي تلزم من تزوج نكاحًا صحيحًا بغير أجل تلزمه، من النفقة والكسوة والسكنى وما أشبه ذلك، ومن مات منهما دون الأجل فالميراث بينهما، وطلاقه وظهاره وإيلاؤه جائز دون الأجل" (١٠٦).

### الثالث عشر - عامر بن علي العبادي (ق ٥١٣):

نقل الشيخ السعدي عن الشيخ العبادي أنه سُئِلَ عن تزويج المتعة أحلال أم حرام فقال: "قد اختلف أصحابنا فيه، فأباحه بعضٌ وحرّمه آخرون، ويعجبني إباحته إذا أتاه المتمتع من وجهه لا على ما أحلته الشّيع، ووجهه لحله التزويج بالمرأة بالولي وشاهدين والرضا" (١٠٧)، وقد صرح الشيخ العبادي أن المتعة التي يجيزها تباين ما أجازته الشيعة الإمامية، فالتّي يرى هو جوازها لها كل أحكام الزواج الشرعي، وليست هي سوى توقيت لعقد الزواج المكتملة مقوماته، كما عليه أسلافه فقهاء المذهب الإباضي.

(١٠٦) يخلفتن بن أيوب، كتاب النكاح، ديوان الأشياخ، مخطوط، لدى الباحث نسخة مصورة منه، الشريعة

٣٩، من نسخة بآبكر.

(١٠٧) السعدي، قاموس الشريعة، ج ٦١، ص ١١٨.

## الخاتمة

### أولاً- النتائج:

بعد تيسير الله بحث قضية زواج المتعة في الفقه الإباضي دراسة تحليلية أصل في الختام إلى هذه النتائج:

- اتفق الإباضية على المنع من زواج المتعة بمعنى عقد الاستمتاع الذي أجازته الشيعة الإمامية.
- للإباضية معنى خاص بمصطلح زواج المتعة، فهو زواج محدود بأجل مع اكتمال كل مقومات العقد الصحيح الدائم ومقتضياته.
- أجاز بعض الإباضية الزواج المؤقت وسمّوه زواج المتعة، ولزواج المتعة المجاز عند الإباضية كل أحكام الزواج الدائم من حيث مقومات الانعقاد، ومقتضيات العقد وآثاره، فتثبت به القوامة، والنفقة، ومحرمية المصاهرة، ويقع فيه الطلاق، وتعد المرأة عدة الوفاة إن مات في الأجل، كما يتوارثان.
- الزواج المؤقت محدود بأجل تقع الفرقة بينهما بمضي ذات الأجل، وقيل: بتطليق الزوج، وإن كانت الفرقة بمضي الأجل فهل عدته طلقة واحدة؛ لأنه فسخ، أم ثلاث حيضات؛ لأنه طلاق؟ فهذا خلاف بين علماء المذهب.
- للزوجين قبل مضي الأجل، أو قبل الفرقة أن يمدّا الأجل أو أن يجعلاه دائماً بالاتفاق على مهر جديد، وإن مدّا أجل الزواج ولم يتّفقا على مهر زائد فلها صداق مثلها.
- يشهد الزوجان في حال اتّفاقهم على مدّ الأجل.

### ثانياً- التوصيات:

في ختام هذا البحث يوصي الباحث بمواصلة المرحلة الثانية من البحث التي هي بيان أحكام الزواج المؤقت ودراستها دراسة تفصيلية وتأصيلية وفقاً لمقررات المذهب الإباضي.

## المراجع

- إبراهيم بن علي الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى.
- إبراهيم بن قيس الحضرمي، مختصر الخصال، مسقط، مكتبة مسقط، الطبعة الأولى، ١٤٣٢هـ-٢٠١١م.
- أحمد بن إدريس القرافي، الفروق، بيروت، عالم الكتب، الطبعة الأولى.
- أحمد بن حمد الخليلي، أجوبة مختارة، مسقط، الكلمة الطيبة، الطبعة الأولى، ١٤٤٢هـ-٢٠٢١م.
- أحمد بن شعيب النسائي، سنن النسائي، حلب، مكتب المطبوعات الإسلامية، الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م.
- أحمد بن عبد الله الكندي، المصنف، مسقط، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، الطبعة الأولى، ١٤٣٧هـ-٢٠١٦م.
- أحمد بن علي الجصاص، أحكام القرآن، بيروت، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ.
- أحمد بن محمد النحاس، الناسخ والمنسوخ، الكويت، مكتبة الفلاح، الطبعة الأولى، ١٤٠٨.
- أحمد بن محمد بن بكر الفرستائي، كتاب أبي مسألة، مسقط، ذاكرة عمان، الطبعة الأولى، ١٤٣٧هـ-٢٠١٦م.
- جعفر بن الحسن الحلبي، المختصر النافع في فقه الإمامية، بيروت، دار الأضواء، الطبعة الثالثة، ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م.
- جعفر بن الحسن الحلبي، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، بيروت، دار القارئ، الطبعة الحادية عشرة، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م.
- جميل بن خميس السعدي، قاموس الشريعة الحاوي طرقها الوسيعة، مسقط، مكتبة الجيل الواعد، الطبعة الأولى، ١٤٣٦هـ-٢٠١٥م.
- خميس بن سعيد الشقصي، منهج الطالبين وبلاغ الراغبين، مسقط، وزارة التراث القومي والثقافة، الطبعة الأولى.

- الربيع بن حبيب الفراهيدي، الجامع الصحيح، بيروت، دار الفتح، روي، مكتبة الاستقامة.
- الربيع بن حبيب، فتيا الربيع، مسقط، ذاكرة عمان، الطبعة الأولى، ١٤٣٨هـ-٢٠١٧م.
- زين بن إبراهيم ابن نجيم، الأشباه والنظائر، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م.
- سعيد بن خلفان الخليلي، أجوبة المحقق الخليلي، مسقط، مكتبة الجيل الواعد، الطبعة الأولى، ١٤٣١ هـ - ٢٠١٠م.
- سلمة بن مسلم العوتبي، الضياء، مسقط، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، الطبعة الأولى، ١٤٣٦ هـ - ٢٠١٥م.
- عبد الرزاق بن همام الصنعاني، المصنف، بيروت، المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية، ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م.
- عبد العزيز بن الحاج بن إبراهيم الثميني، التاج المنظوم من درر المنهاج المعلوم، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ/٢٠٠٠م.
- عبد العزيز بن الحاج بن إبراهيم الثميني، النيل وشفاء العليل، الطبعة الأولى، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٣م.
- عبد الله بن أحمد ابن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م.
- عبد الله بن الحسين بن الجلاب، التفرغ في فقه الإمام مالك بن أنس، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤٢٨ هـ - ٢٠٠٧ م.
- عبد الله بن حميد السالمي، شرح الجامع الصحيح، مسقط، ١٩٩٣م.
- عبد المنعم بن عبد الرحيم ابن الفرس، أحكام القرآن، بيروت، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، ١٤٢٧هـ-٢٠٠٦م.
- علي بن أحمد بن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار، بيروت، دار الفكر، الطبعة الأولى.
- علي بن محمد ابن القطان، الإقناع في مسائل الإجماع، القاهرة، الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، ١٤٢٤-٢٠٠٤.
- علي بن محمد البسيوي، جامع أبي الحسن البسيوي، الطبعة الأولى، (د.ت).

- علي بن محمد البسيوي، مختصر البسيوي، لندن، دار الحكمة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧م.
- القاسم بن سلام بن عبد الله الهروي، الناسخ والمنسوخ في القرآن العزيز، الرياض، مكتبته الرشد، الطبعة الثانية، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م.
- ماجد بن محمد الكندي، لطائف الجواهر شرح كتاب النكاح من جوهر النظام (نظام الأسرة في الإسلام)، الطبعة الأولى، ١٤٤٢ هـ - ٢٠٢١م.
- محمد بن إبراهيم الكندي، بيان الشرع، مسقط، وزارة التراث القومي والثقافة، الطبعة الأولى، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣م.
- محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط، بيروت، دار المعرفة الطبعة الأولى، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣م.
- محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع الصحيح، دار طوق النجاة، الطبعة الأولى، ١٤٢٢ هـ.
- محمد بن الحسن الشيباني، الأصل، بيروت، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، ١٤٣٣ هـ - ٢٠١٢ م.
- محمد بن جعفر الإزكوي، الجامع، مسقط، وزارة التراث والثقافة، الطبعة الأولى، ١٤٢٢ هـ - ٢٠٠١م.
- محمد بن شامس البطاشي، سلاسل الذهب، مسقط، وزارة التراث القومي والثقافة.
- محمد بن يوسف أطفيش، شرح كتاب النيل وشفاء العليل، جدة، مكتبة الإرشاد، الطبعة الثالثة، ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥م.
- مسلم بن الحجاج القشيري، الجامع الصحيح، بيروت، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الأولى.
- مصطفى بن حمو أرشوم، النكاح صحة وفساداً وآثاراً في المذهب الإباضي، الطبعة الأولى، ١٤٢٢ هـ - ٢٠٠٢م.
- يحيى بن الخير الجناوني، كتاب النكاح، د ط ت والناشر.
- يخلفتن بن أيوب النفوسي، كتاب النكاح من ديوان الأشياخ، مخطوط، لدى الباحث نسخة مصورة منه، الشريحة ٣٩، من نسخة بابكر.
- يوسف بن عبد الله بن عبد البر، الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠م.



## قضايا المرأة بين التشريع والتقصيد (دراسةً فقهيةً مقاصديةً)

الدكتور/ هاني كمال محمد جعفر \*

### الملخص:

المأمولُ أن أكونُ وفقتُ إلى بيان: أن شرائعَ الله كلها هدى ونور؛ لأنها تنزيلٌ من حكيمٍ حميدٍ، لكن الشيطانُ أبى أن تكونَ شرائعُ الله المُنزلة هي الحاكمة، فزين لبشرٍ أن ينتصبوا ذائِبين عن حقوقِ المرأة، وظاهرَ على هذا الزيفُ بتزيينِ جُمودِ شريعةِ الله وتخلُّفها ورجعيتها، فاستجاب له مَنْ في نفوسِهِم هوى، وأخذوا في التحريف والتبديل. وأن تشريعَ الجزئياتِ التكليفية لا يأتي جزافاً، بل لا بد له من مقاصدٍ كليةٍ، وإن غاب فقهُها عن العقول. وأن أمةً مما يغالطون ظنوا أن الخالق ظلم المرأة لما أوجد لها من التشريعات ما تختص به عن الرجل وتمتاز! والحق الذي لا مرية فيه.. أن الرجلَ والمرأةَ متساويان في أصلِ الخَلقة، وفي توجُّه الخطابِ الشرعي نحوهما بالتكليف، غير أن التكوينَ الذاتيَّ لكل منهما يؤثر في سريانِ التكليف، فللرجل خطابٌ يناسبه، وللمرأة خطابٌ يناسبها.

وأن كمال المساواة بين الرجل والمرأة لا يستقيم متى كان ما للرجل هو عين ما للمرأة، وما لها له، وإلا فما وجهُ التمييزِ الخَلقي بينهما؟ فتحصل أن الأحكامَ الشرعية تتوافق وطبيعة كل منهما؛ ومن ثم فقوامة الرجل على المرأة -مثلاً- ليست تسلطاً أو استدعاءً لِقهرٍ وإذلالٍ، بل هي تكريمٌ، ورعايةٌ، وإيثارٌ بتحمُّلِ المُعضلات.

وأن كَوْنَ الرجل يرث مثلِّي ما تَرث المرأة في بعض الحالات هو الغاية في العدل والإنصاف؛ فالغلبة في الإرث -كما في بعض الحالات- مناطها الغلبة في الإنفاق، واطرادها في الرجل والمرأة على السواء؛ من حيث إن استحوذت المرأة إذا انضمت إليها أختها على ثلثي مالِ أبيهما المتوفى، مرتبطاً بانعدامِ المُنفقِ عليهما، واستحوذ الرجل على مثلِّي حظِّ أخته مرتبطاً بتكليفه بالإنفاق عليها، فبين الجهتين تلازمٌ.

وأن القانونَ الإلهيَّ المتمثل في شريعة الإسلام ينصُّ على إعلاء مكانة المرأة، وضرورة تَبوُّئها مكانتها في المجتمع البشري. والتأكيد على إنسانية المرأة، وأنها شِقُّ الرجل، وأنها أهلٌ للاستحقاق والتملك والتصرف كالرجل تماماً، وفي هذا من التكريم للمرأة ما فيه.

**الكلمات المفتاحية:** قضايا المرأة - التشريع - التقصيد - الفقه - القضاء.

\* مدرس أصول الفقه والتشريع الإسلامي - كلية الحقوق - جامعة الزقازيق - جمهورية مصر العربية.



## Women's Issues between Legislation and Purpose "A Jurisprudential Purpose-Based Study"

Dr. Hany Kamal Mohammed Gaafer\*

### Abstract:

It has been anticipated that I have attained in explaining: that all laws of Allah are guidance and light since they are a revelation from a Lord who is Wise and Praiseworthy. However, the Satan rejected the descended laws of Allah to be the ruling ones. Rather, he varnished to some humans to stand up defending woman's right. Those people demonstrated this falsehood by embellishing the rigidity and backwardness of Allah laws and come across some people who had passion in their souls and adopted this distortion and alteration. The legislation of obligatory details does not come in vain. Rather, it has an objective even if it is not comprehended by minds. Some people thought that the Creator oppressed women when He created for them legislation that is specific to them and distinguishes them from men. The truth beyond doubt is that men and women are equal in their original creation and in the direction of the legal discourse towards them with mandating. However, each person's self-composition affects the mandate, the man has a discourse that suits him, and the woman has a discourse that suits her. Rather, it is an honor, care, and self-sacrifice in bearing difficulties.

The integrity of equality between men and women is irrelevant when what men have is an eye for women as much as hers as it is his. Otherwise, what is the creative distinction between them? Legitimate provisions are compatible with each other's nature; Hence men's guardianship over women, for example, is not an act of domination or a call for oppression and humiliation. The fact that a man inherits double what a woman inherits in some cases is the ultimate in justice and fairness. The preponderance in inheritance - as in some cases - is based on the preponderance in spending, and its consistency in both men and women. This is because if two sisters are joined with each other, they take two-thirds of their deceased father's wealth. It is linked to the absence of someone to spend on them, and the man taking double of the share of his sister is linked to his being obligated to spend on her, so there is a connection between the two aspects.

The divine law represented in Islamic law stipulates the elevation of the status of women and the necessity of their assuming their place in human society. It emphasizes women are human. They are half of men, and that they are worthy of entitlement, ownership, and behavior just like men. This is an honor for women.

**Keywords:** Women's Issues - Legislation - Purpose - Jurisprudence - judiciary.

---

\*Lecturer of Islamic Jurisprudence and Islamic Law, Faculty of Law, Zagazig University, Egypt.

## المقدمة

خلق الله الذكر والأنثى، وجعل لكل منهما تكوينًا خاصًا، وشرع لكل أحكامًا تتوافق وهذا التكوين، فسوّى بينهما في أمورٍ، كأصل الخِلقَة، والكرامة، والتكاليف الشرعية، وفرّق بينهما في أخرى، كطبيعة التكاليف الشرعية، نحو: القوامة، والإنفاق، والاضطلاع بالمهمات، وغيرها.

والحق الذي لا مرأى فيه: أنّ مَنْ أُوْجِدَ شَيْئًا فَهُوَ الْأَعْلَمُ بما به صلاحُه، كذلك قال الله سبحانه: ﴿أَلَا يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ اللَّطِيفُ الْخَبِيرُ﴾ [الملك: ١٤]، فهل أُعْيِتَ شريعةُ الله؟! أو أُعْيِيَ اللهُ إنزالُ شريعةٍ لخلقه!!!

غير أن أمّا كثيرة أرادت أن تستدرك على الخالق سبحانه! وغاية ما يتلقونها بالسنتهم: إن الإسلام ظلم المرأة؛ فجعل الرجل قوامًا عليها، واستتبع ذلك قهرها وإذلالها وضربها في صريح آيات القرآن!! هذا ما سلفوه بالسنة جداد؛ أشحّة على الزويرة والإنصاف؛ فعماد القوامة قوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٣٤]، والفقّة المقاصديّ منها لا يعني تسلّطَ جنس الذكر على جنس المرأة، كيف والقرآن نفسه يسوّي بينهما في الحقوق والواجبات؟ غاية الأمر أن الفطرة اقتضت أن يقوم الزوج على أمر زوجته، حتى لقد نعتَه اللهُ قَوَّامًا عليها؛ مبالغةً في القيام، لاسيما إذا انضمت إليه حيثياته ومقوماته من التفضيل بالأمر الخلقية كقوة العقل، والحلم والأناة، والأمر المادية كإنفاق المال، قال تعالى: ﴿بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾ [النساء: ٣٤]، إذًا فليس للتسلط والقهر مدخلٌ في هذا التشريع الجزئي للمرأة، بل فهم المقاصد الكلية أنتج كون الرجل خادمًا للمرأة.

واستقرّ الإجماع على وجوب طاعة المرأة لزوجها في غير معصية الله.

قال العيني -رحمه الله- معلقًا على قوله صلى الله عليه وسلم: «أُرَيْتُ النَّارَ فَإِذَا أَكْثَرُ أَهْلِهَا النِّسَاءُ، يَكْفُرْنَ» قِيلَ: أَيَكْفُرْنَ بِاللَّهِ؟ قَالَ: «يَكْفُرْنَ الْعَشِيرَ، وَيَكْفُرْنَ الْإِحْسَانَ، لَوْ أَحْسَنْتَ إِلَى إِحْدَاهُنَّ الدَّهْرَ، ثُمَّ رَأَتْ مِنْكَ شَيْئًا، قَالَتْ: مَا رَأَيْتُ مِنْكَ خَيْرًا قَطُّ»<sup>(١)</sup>.

(١) أخرجه الإمام البخاري، كتاب الإيمان، باب كفران العشير، ١٥/١ - برقم ٢٩.

"دلالة على عظم حق الزوج، والدليل عليه قوله صلى الله عليه وسلم: "لَوْ أَمَرْتُ أَحَدًا أَنْ يَسْجُدَ لِأَحَدٍ، لَأَمَرْتُ الْمَرْأَةَ أَنْ تَسْجُدَ لِزَوْجِهَا" (٢).

ولأجل هذا المعنى حُص كفران العشير من بين أنواع الذنوب، وقرن فيه حق الزوج على الزوجة بحق الله، فإذا كفرت المرأة حق زوجها، وقد بلغ حقه عليها هذه الغاية، كان ذلك دليلاً على تهاونها بحق الله " (٣).

وأذنتُ الشريعة للزوج أن يعتمد في مقابلة نشوز زوجته وعصيانها على مراتب، أدناها: الضرب، والأفهام القاصرة تجني على الشريعة في تشريع هذا الأمر لما تحصره في نطاقٍ أضيق مما لأجله شرعته!! إن الشريعة الإسلامية إذ تتخذ من ضرب الأزواج زوجاتهم وسيلةً للتأديب والانصياع، لم تقصد إهانتهم أو إيذاءهم بأذى سوء، فذاتُ الضرب ليس مقصوداً، بل المقصود أثره، وإلا استلزم ذلك التناقض في الشريعة؛ فمن شرع الضرب وسيلةً للتأديب، حرّمه إذا كان مبرحاً، فضلاً عن الاستيلاء بهن في غير ما موضع، منها قوله صلى الله عليه وسلم: «اسْتَوْصُوا بِالنِّسَاءِ، فَإِنَّ الْمَرْأَةَ خُلِقَتْ مِنْ ضَلَعٍ، وَإِنَّ أَعْوَجَ شَيْءٍ فِي الضَّلَعِ أَعْلَاهُ، فَإِنْ ذَهَبَتْ نُفَيْمُهُ كَسَرَتْهُ، وَإِنْ تَرَكْتَهُ لَمْ يَزَلْ أَعْوَجَ، فَاسْتَوْصُوا بِالنِّسَاءِ» (٤).

هذا.. ولقد نبئت فكرة ضالة خبيثة، مفادها: إن الإسلام بخس المرأة حقها في الميراث، وجعله نصف نصيب الرجل، ومن ثم وكل أصحاب تلك الفكرة أنفسهم أولياء على خلق الله! وهم يتناقضون فيجعلون أمر الميراث دائراً على الرجولة فحسب، يمنعون النساء حظّهم من المال الذي فرضه الله لهن.

(٢) أخرجه ابن ماجه، ٥٩٥/١ - برقم ١٨٥٢.

(٣) عمدة القاري، ٢٠٠/١ - ٢٩.

(٤) أخرجه الإمام البخاري، كتاب أحاديث الأنبياء، باب خلق آدم صلوات الله عليه وذريته، ١٣٣/٤ -

ولقد سجلت السُّنة النبوية هذا الافتتاح؛ فقالوا لما نزلت الفرائض التي فرض الله: "يا رسول الله، أُنْعِطِي الجارية نصف ما ترك أبوها، وليست تركب الفرس، ولا تقاتل القوم، ونعطي الصبي الميراث وليس يُغني شيئاً؟"<sup>(٥)</sup>.

والحقُّ أقول: إن الإسلام أنصف المرأة لما أعطى الرجل مثلي نصيبها؛ فلم يكلفها بإنفاقٍ أو التزامٍ مالي، فبان المقصدُ الكلي من التشريع الجزئي، وظهر أن حق المرأة في الميراث مرتبط بحقها في النفقة، والميزان بين الحقيين ربانيٌّ دقيق؛ فمتى كثر الإنفاق قلَّ الميراث، ومتى قلَّ هذا كثر ذاك، وفي الحال التي قضت الشريعة لها بذلك، إنما قصدت بذلك تقويتها بالمال إذا انعدم من يُنفق عليها؛ فنتفوق على نفسها إذا لم يُتَّخ لها الزوج، أو مات زوجها ولم يترك لها ما يكفيها.

على أن امتياز الرجل على المرأة في الميراث غير مطرد؛ فقد تراث أدنى منه، أو أكثر، أو تساويه، في حالات معلومة في مظانها، هؤلاء جهلوا أن من بيّنات الحقائق ويقينها: أن الله-تعالى- تولى قسمتها بنفسه، فلم يكأها إلى ملكٍ مقرب ولا إلى نبيٍّ مُرسَل، ولكن تولى بيانها فقسّمها أبينَ قسَمٍ<sup>(٦)</sup>، قال- سبحانه-: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾ [النساء ١١].

والنجمُ تستصغرُ الأبصارُ صورتهُ \*\*\* والذنبُ للطرفِ لا للنجمِ في الصِغَرِ  
هذا.. ولما كانت الجامعات العربية تقوم بالدور التنويري؛ حيث الإرشادُ إلى معارف العلوم، والاطلاع على مختلف الثقافات، والتنشيط لما هو مستقر في شريعة الله، وكان من بينها سموحاً واضطلاعاً بالأمر جامعة نزوى بسلطنة عمان، حيث المعهد العالي للقضاء، أردتُ أن أتقدم ببحثٍ أمل أن يكون مشاركة في هذا التنوير.

وقد عنوانته: (قضايا المرأة بين التشريع والتقصيد)، وانتظم اثني عشرة مبحثاً، تضمنت قضايا: المساواة، وثبوت المهر، وتعدد الزوجات، والميراث، والحجاب، والقوامة، والطلاق، وتحمل الشهادة، وتوليّ الولايات العامة، ونكاح الأصول والفروع من

<sup>(٥)</sup> أخرجه الإمام الطبري في جامع البيان، ٤٥٨/٦، ولم أجده عند أحد من المحدثين.

<sup>(٦)</sup> الوسيط- للإمام الغزالي ٣٣١/٤.

النساء، والنظر إلى المراد خطبتها، واعتزال النساء في الحيض، ذاكراً تشريع كل قضية، ومفنداً ما أثير حولها من شبهات، ومردفاً المقصد من تشريعها.

## قضايا المرأة بين التشريع والتقصيد

إن الذي يتصوره العقل ويؤكدده.. أن أي شريعة سماوية لا تزن أمورها إلا بموازين القسط والحق، ولا تأتي أحكامها إلا في غاية الكمال الذي يتناسب مع مَنْ أنزلت إليهم؛ فإن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي عدل كلها، ورحمة كلها، ومصالح كلها، وحكمة كلها؛ فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى العبث؛ فليست من الشريعة وإن أدخلت فيها بالتأويل؛ فالشريعة عدل الله بين عباده، ورحمته بين خلقه، وظله في أرضه<sup>(٧)</sup> فالله هو مُنزل الشرائع، وهو الحقيق بتحقيق الصالح لعباده، قال سبحانه: ﴿أَلَا يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ اللَّطِيفُ الْخَبِيرُ﴾ [سورة الملك: ١٤].

فاليهودية شريعة إلهية، لا يُتصور منها -قبل تحريفها- أن تكون مجحفة للمرأة، جاعلة إياها في مرتبة دنيا، لكن أتباعها أبوا إلا أن يُخرجوها عما أرادها الله من الهدى والنور؛ إذ تأثروا بنظرة الأمم التي سبقتهم إلى المرأة بوصفها سبباً لكل خطيئة، واستقووا على ذلك بأن من أخرج أباهم من الجنة امرأة!!! بل هم يقولون: المرأة أمرٌ من الموت!! وما هي إلا سلعة تُباع وتُشتري!!<sup>(٨)</sup>.

وهم في قانونهم الإلهي المحرّف يحكمون على المرأة في أمرٍ قد كتبه الله عليها ك (الحيض) مثلاً، بنجاسةٍ تستوجب اعتزال أسرتها لها حتى الطهارة<sup>(٩)</sup>.

(٧) إعلام الموقعين عن رب العالمين، لابن القيم، ١١/٣.

(٨) ينظر: موقف الإسلام من الوثنية واليهودية والنصرانية، حسن حامد، ص ٤١٩، والعهد القديم راعوث، الإصحاح الرابع، الآيات (٩-١٠) ص ٣٥٨.

(٩) ينظر: العهد القديم، سفر لاوين، الإصحاح الخامس عشر، الآيات (١٩-٢١) ص ١٥٣.

فما أوردوه: أن اليهودي يصلي كل يوم في الصباح يقول: أشكرك ربي أن لم تخلفني وثنياً، أو عبداً، أو امرأة، وما أسعد من رزقه الله ذكورا، وما أشقى من رزقه الله إنائاً (١٠).

وهكذا.. فإن المرأة في الشريعة اليهودية المحرّفة لا اعتبار لها إلا أنها رمزٌ غوايةٍ وضلال، وآفةٌ يتأذى من الرجال، وسلعة تُعرض للبيع والشراء!! ولا غرو فهم أمة حرب وإغارة وعدوان، وقد كان ذلك سبب لعن الله إياهم، وتشديده عليهم. والنصرانية كذلك لا تأنف عن اعتبار المرأة مصدراً للخطيئة والشر في الكون، ومن ثم يجب قهرها وإشعارها بالخزي والعار، عسى أن تكفر عن خطيئة أمهم حواء في العهد الأول (١١).

إن الذي استحکم عقول اليهود هو نفسه إبليس الذي أسلم له المسيحيون أنفسهم؛ لَمَّا أَلصق ذنبَ قريان الشجرة بحواء، وأجبرهم على اعتقاد ذلك، وما استتبعه من اضطهاد المرأة ونبذها، وتمييز الرجل عنها، بل من الإنصاف أن أذكر أن قانون الجاهلية الأولى كان قد حكم بوأد البنات، والحط من منزلتهن، وحاد هؤلاء الجهال عن قانون الشريعة الإسلامية السمحة، بل قانون الله في شرائعه جميعاً: ﴿لَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾ [الأنعام: ١٥٠]، وأن أمر الغواية والعصيان لأمر الله قد كتبه الله على آدم وحواء معاً. ومن وعى قول الله تعالى: ﴿وَعَصَى آدَمُ رَبَّهُ فَغَوَى﴾ [طه: ١٢١]، يلحظ مدركاً مهماً.. وهو أن الغواية والعصيان لحقتنا أبانا آدم -عليه السلام- ولم تلحق أمنا حواء. وحق على من وعاه أن يعي قوله تعالى: ﴿فَأَزَلَّهُمَا الشَّيْطَانُ عَنْهَا﴾ [البقرة: ٣٦]، وقوله: ﴿قَالَا رَبَّنَا ظَلَمْنَا أَنفُسَنَا وَإِنْ لَمْ تَغْفِرْ لَنَا وَتَرْحَمْنَا لَنَكُونَنَّ مِنَ الْخَاسِرِينَ﴾ [الأعراف: ٢٣].

(١٠) ينظر: موقف الإسلام من الوثنية واليهودية والنصرانية، ص ٧٣٨.

(١١) ينظر: الإسلام والأديان الأخرى، أحمد عبد الوهاب، ص ١٧٧-١٧٨.

إن القانونَ الإلهيَّ المتمثِّلَ في شريعة الإسلام، ينص على إعلاء مكانة المرأة وضرورة تبوئها مكانتها في المجتمع البشري؛ ففي خطبة الوداع يقول صلى الله عليه وسلم: "استوصوا بالنساء خيراً"<sup>(١٢)</sup>.

وبين استقبال نبأ ولادة الأنثى من قبل أبويها بالضجر والسخط والاعتراض، ومودة وضع التراب على وجهيها مناسبة لهذا النذير، ثم وأدها ودفنها حيةً، يأتي انتصار الله لهذه الأنثى برفعة مكانتها، قائلاً: ﴿وَإِذَا الْمَوْءُودَةُ سُئِلَتْ بِأَيِّ ذَنْبٍ قُتِلَتْ؟﴾ [التكوير: ٨-٩] ووضع مكانة أبيها في المرتبة اللاتقة، قال تعالى: ﴿وَإِذَا بُشِّرَ أَحَدُهُم بِالْأُنثَىٰ ظَلَّ وَجْهُهُ مُسْوَدًّا وَهُوَ كَظِيمٌ﴾ [النحل: ٥٨].

ويأتي مبلغ الشرع الإسلامي -صلى الله عليه وسلم- ليبشِّر أبَ الأنثى بأن من وُلدت له إناث، فأحسن تأديبهن وتربيتهن، كنَّ له سترًا من النار يوم القيامة"<sup>(١٣)</sup>.

إن الشريعة الإسلامية قد أكرمت المرأة أعظم إكرام، ورفعت منزلتها إلى درجة تعجز عن التطلع إليها نساء كبريات الدول المتحضرة في عصرنا هذا، ويكفي أن توجد بين دفتي الوحي المتلو سورة من سور الطوال تحمل اسم (النساء) -أراها- جامعةً لأمر النساء كلها؛ ففيها بيان أصل النشأة، وإلغاء الفوارق الطبقيّة والدينيّة والعنصريّة، وفيها البرُّ بالأرحام، والقيام على أمر الضعفاء من اليتامى والنساء، وفيها العدل بين الزوجات، وإعطاء الصداق لهن، وإقرار الذمة الماليّة لكل أنثى، والوصية المعنويّة والماديّة بالذري من الذكران والإناث على حد سواء، وكذا باقي الأقارب؛ ضرورةً تحسين العلاقات وتأليف القلوب والقيام على الأمور بالأموال، والتعرض لقضايا المجتمع الشاذة وكيفية معالجتها، وطيب عشرة النساء والإحسان إليهن على وجه العموم، وحفظ الأعراض في الأنساب والأصهار، وحفظ أموال الناس من أدنى استعمالٍ بإساءة، والقيام على أمر الزوجات وضرورة الإنفاق عليهن وتلبية حاجاتهن، والتوفيق بينهن وأزواجهن... وأمورٌ كثيرة يضيق المقام عن حصرها واستيفائها.

(١٢) ينظر: سنن ابن ماجه، ١/٥٩٤-١٨٥١.

(١٣) أخرج الإمام البخاري عن عائشة رضي الله عنها، أن سول الله صلى الله عليه وسلم قال: «من ابتلي من هذه البنات بشيء كن له سترًا من النار» ٢/١١٠-١٤١٨.

وحان الآن صَرَفُ النظر إلى بعض قضايا المرأة في التشريع الإلهي، وبيان مقاصدها الكلية، وهو يكون بأمور أهمها ما يلي:

## المبحث الأول

### قضية المساواة بين التشريع والتقصيد

تحقيق المساواة<sup>(١٤)</sup> بين المرأة والرجل في بعض أمورٍ، لا تستقيم الحياة إلا بها، وتعوُّجٌ متى اكتملت المساواة في كل الأمور؛ فقد خلق الله الإنسان مكوَّنًا من الرجل والمرأة، ورتب لكل منهما ما يتلاءم وطبيعة خلقه من أحكام، قال أحسن الخالقين: ﴿وَلَيْسَ الذَّكَرُ كَالْأُنثَى﴾ [آل عمران: ٣٦]، فاستواء المرأة مع الرجل في جميع نواحي الحياة غير متصوَّر؛ لوجود الفوارق الكونية القدريّة بين الذكر والأنثى<sup>(١٥)</sup>، وإنما تكون المساواة بتحقيق الداعي وتوفر السبيل.

ومما تتأكد فيه المساواة بين الرجل والمرأة: التكاليف الشرعية؛ فقد سَوّت الشريعة الإسلامية بين الرجل والمرأة من يوم نزولها، وهي دليل ظاهر على عدالة الشريعة وسموها وحكمتها في تقرير الحقوق وتوزيع الواجبات.

والتسوية بينهما في التكاليف الشرعية تقضي أن المرأة تساوي الرجل في الحقوق والواجبات، فلها مثل ما له، وعليها مثل ما عليه، وهي تلتزم للرجل بما يقابل التزاماته لها، فكل حق لها على الرجل يقابله واجب عليها للرجل، وكل حق للرجل عليها يقابله واجب على الرجل لها، قال تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٨].

لكن الشريعة مع تقريرها المساواة بين الرجل والمرأة كقاعدة عامة، ميّزت الرجل عن المرأة درجة، قال تعالى: ﴿وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، وقد بين القرآن الكريم حدود هذه المزية أو الدرجة التي اختص بها الرجل في قوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ

(١٤) من قبيل التشريع لا التقصيد؛ بمعنى أن الشارع -تعالى مجده- شرع المساواة بين الذكر والأنثى لا بإطلاق، بل باعتبار مخصوص، وإلا فالفرق بينهما واضحة من استقراء الشريعة نصوصها ومقاصدها، أمثال قوله تعالى: ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾، و﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ﴾، و﴿وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ﴾، و﴿أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى﴾، غاية ما هناك: أن الشارع قصد جزئية التشريع، كلية التحقيق، ولعل السطور الآتية حقيقة بالبيان.

(١٥) ينظر: أضواء البيان، ٧/٤١٥.

عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ ﴿النساء: ٣٤﴾،  
فتبين أن الدرجة هي القوامة على شئونها المشتركة، وأن الامتياز في الرجل آيل - عند  
التمتع - إلى المرأة، وهنا يلوح ما يفتنت به بعض الطاعنين في الإسلام؛ من أن قوامة  
الرجل على المرأة تقتضي الحط من منزلتها، وإعلاء منزلة الرجل فوقها!!

ولي في هذا الافتتاح نظرة فاحصة، فأقول: إن هذا الغارة الزائفة تزول إذا ما أمعنا  
النظر في فقه (القوامة)؛ فهي تعني القيام على شأن الآخر ورعايته، وليس التسلط عليه  
وقهره، وهو نفس المعنى الذي صرح به كثير من المفسرين (١٦) لقوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ  
قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ﴾ بأنه "أمين عليها يتولى أمرها، ويصلحها في حالها... فعليه أن  
يبذل المهر والنفقة، ويحسن العشرة، ويأمرها بطاعة الله، وينهي إليها شعائر الإسلام  
من صلاة وصيام، وعليها الحفظ لماله، والإحسان إلى أهله، والالتزام لأمره في الحجة  
وغيرها إلا بإذنه، وقبول قوله في الطاعات"، ولا شك أن الرجل - وهو المكلف بالإنفاق  
على الأسرة - أحق بالقوامة على شئون الأسرة المشتركة؛ لأن مسؤوليته عن هذه الشئون  
تقتضي أن يكون صاحب الكلمة العليا فيها.

فالسطة - التكليفية - التي أعطيت للرجل إنما أعطيت له مقابل المسؤولية التي  
تحملها ليتمكن من القيام بمسئوليته على خير وجه، فالسطة بالمسؤولية؛ وهذا مفاد من  
القاعدة التي جاءت بها الشريعة الإسلامية لتحكم علاقة أصحاب السطة بغيرهم،  
ولتبين مدى سلطتهم ومسئوليتهم، والتي قررها الرسول - عليه الصلاة والسلام - في  
قوله: "كُلُّكُمْ رَاعٍ، وَكُلُّكُمْ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ، الْإِمَامُ رَاعٍ وَمَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ، وَالرَّجُلُ رَاعٍ  
فِي أَهْلِهِ وَهُوَ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ، وَالْمَرْأَةُ رَاعِيَةٌ فِي بَيْتِ زَوْجِهَا وَمَسْئُولَةٌ عَنْ  
رَعِيَّتِهَا" (١٧).

لَعَمْرُكَ مَا ضَاقَتْ بِلَادٌ بِأَهْلِهَا      ولكنْ أَخْلَاقَ الرِّجَالِ تَضِيقُ



(١٦) كابن العربي، في أحكام القرآن ١/٥٣٠.

(١٧) أخرجه الإمام البخاري، عن عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - ٣/١٥٠ - ٢٥٥٨.

## المبحث الثاني

### قضية ثبوت المهر بابتغاء النكاح بين التشريع والتقصيد

فرضت الشرائع السماوية للمرأة زوجةً منحةً تقديراً تحفظ لها حياؤها، بها يتقدم الزوج معبراً عن تقديره إياها، وراغباً في إتمام الزواج بها، هذه المنحة تسمى: (الصّدَاق) أو (المَهْر)<sup>(١٨)</sup>، وهو نوع من أنواع تكريم المرأة.

وقد جاءت الشرائع السماوية جميعها بتقرير هذا الاستحقاق لها؛ ففي الشريعة اليهودية: قال شكيم: دعوني أجد نعمة في أعينكم، فالذي تقولون لي أعطي، كثرُوا عليّ جداً مهراً وعطية، فأعطي كما تقولون لي، وأعطوني الفتاة زوجةً<sup>(١٩)</sup>. ولما أراد النبي يعقوب -عليه السلام- أن يتزوج براحيل بنت لأبان، قال لوالدها لأبان: "أخدمك سبع سنين"<sup>(٢٠)</sup>.

أما الشريعة المسيحية فالمهر للمرأة حق ثابت، غير أنه لا إلزام فيه على الرجل، وليس شرطاً يقوم الزواج به، ومن ثم فإذا أُلزم الزوج نفسه بإنفاق المر للمرأة فيجب هذا المهر المسمى في عقد الخطبة للزوجة بمجرد الإكليل في الزواج الصحيح، ويصبح المهر ملكاً للمرأة، تتصرف فيه كيف شاءت إن كانت رشيدةً، وإذا ماتت قبل أن تستوفي جميع مهرها، فلورثتها مطالبة زوجها أو ورثته بما يكون باقياً بذمته من المهر، بعد إسقاط الزوج الآيل له من إرثها<sup>(٢١)</sup>.

(١٨) (الصّدَاقُ) في اللغة: الصاد والذال والقاف أصل يدل على قوة في الشيء، وسمي صدق المرأة بذلك لقوته وأنه حق يلزم. تُنظَرُ مادة: [صدق] في مقاييس اللغة ٣/٣٣٩.

وفي الشرع: هو المال يجب في عقد النكاح على الزوج في مقابلة منافع البضع. العناية شرح الهداية ٣/٣١٦.

(١٩) ينظر: الإصحاح الرابع والثلاثين من سفر التكوين، الآيات (١١-١٢) ص ٤٧.

(٢٠) ينظر: الإصحاح التاسع والعشرين من سفر التكوين، الآيات (١٨-١٩) ص ٣٨.

قلت: وهو ما يفيد قول الله تعالى: ﴿إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حَجَاجٍ﴾ [القصص: ٢٧]. وهو يدل على تطابق الشرائع السماوية، وأن جميعها من مشكاة واحدة.

(٢١) ينظر: مجموعة الأرتوذكس ١٩٥٥ المواد (٦٩-٧٠-٧٢).

وأما شريعة الإسلام فتقضي باستحقاق الزوجة الصداق متى أُريدَ التزوُّجُ بها؛ بواسطة قول الله-تعالى:- «أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ» [النساء: ٢٤]، وقد أخرج الطبري رحمه الله: "كان الرجل إذا زوَّجَ أَيْمَهُ (ابنته) أخذَ صداقَهَا دُونَهَا، فنهاهُمُ اللهُ -تعالى- عن ذلك، ونزلت: «وَأَنْتُمْ النَّسَاءُ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً» [النساء: ٤]»<sup>(٢٢)</sup>.

وقد وُجدَ للسادة الحنفية من الآثار ما يشهد لدلالة الآية على تقرير هذا الاستحقاق المالي؛ فالباءُ عندهم نفي الإلصاق، بمعنى: إلصاق المال وهو الصداق بإرادة النكاح. قال السرخسي رحمه الله:- " قوله تعالى: «أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ»، الابتغاءُ موضوعٌ لمعنى معلومٍ وهو الطلب بالعقد، والباء للإلصاق، فثبت له اشتراط كون المال مُلصقاً بالابتغاء تسميةً أو وُجوباً"<sup>(٢٣)</sup>.

ومما جاء صريحاً أيضاً قولهم: " اللهُ -تعالى- شرع ابتغاء الأبخاع بالمال فقال: «أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ»، فالإحلالُ موصوف بهذه الصفة، فتكون هذه الصفة شرطاً، والمشروط لا وجود له بدون الشرط، كما لو قيل: أعط هذا الدرهم لرجلٍ طويلٍ، لا يتمكّن من دفعه إلى رجلٍ غير طويلٍ"<sup>(٢٤)</sup>.

ويمكن أن يُستبان وجهُ اختصاص الحنفية بهذا الاستدلال: بأن الصداق عندهم مُقابلٌ لمنفعة البُضع؛ فإن النكاح عقدٌ معاوضةٌ، ولا بُدُ في العقد من عوضٍ ومُعوضٍ عنه، فكان الصداقُ عوضاً عن النكاح.

قال السرخسي رحمه الله:- "حرفُ الباءِ يصحبُ الأَعْوَاضَ، فدل أن العوضَ الأصلي هو المهرُ"<sup>(٢٥)</sup>، وتسويغهم سريان المعاوضة بين الصداق والنكاح مُعللاً بإظهار خطر البُضع من ناحيةٍ، ولأن منفعته -وهي الوطء- سببٌ لإعلاق النفس، وهو بغير عوضٍ يضيع؛ لانعدام من يُنفق عليه، فاجتمع خطران: عضوي ونفسي.

(٢٢) يُنظر: تفسير الطبري ٧/٥٥٣.

(٢٣) أصول السرخسي ١/١٣٠.

(٢٤) الكافي ١/٤٥١، ويُنظر: فتح القدير ٣/٣١٦.

(٢٥) المبسوط للسرخسي ٥/٦٣.

وله في الشرع الإسلامي شاهدان، أحدهما: تسمية الله -تعالى- الصداق فرضاً بقوله تعالى: ﴿قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَزْوَاجِهِمْ﴾ [الأحزاب: ٥٠]، والثاني: أن الصداق كالدية بدل عن النفوس ومقدّر شرعاً<sup>(٢٦)</sup>.

**على أن جمهور الفقهاء والأصوليين صرحوا باستحقاق المرأة المهر بابتغاء النكاح، فمن نصوصهم:**

قال المالكية: "النكاح لا يكون إلا بصداق... فالزوج لا يستبيح الفرج إلا بصداق"<sup>(٢٧)</sup>.

وللشافعية: "الصداق هو العوض المستحق في عقد النكاح... فالمقصود من عقد النكاح التواصل والألفة، والصداق فيه تبع لمقصوده، فخالف عقود المعاوضات من وجهين، أحدهما: أن رؤية المنكوحة ليست شرطاً فيه، والثاني: أن ترك العوض فيه لا يفسده"<sup>(٢٨)</sup>، وجاء عن الحنابلة: "إن الله أباح العقد لمن يبتغي بماله مخصناً غير مسافح"<sup>(٢٩)</sup>.

ويُفهم من هذه النقول: اتفاهم على لزوم الصداق بطلب النكاح، وغاية ما يفيد اختصاص الحنفية بابتناء استحقاق الزوجة للمهر على الإصاق المفاد من حرف الباء، هو سريان المعاوضة في النكاح كسائر العقود؛ إظهاراً لخطورة النكاح، إبعاداً عن تصدعه أو إنهائه.

ومما يقتضي تحريره في هذا الصدد.. أن الشريعة الإسلامية حرمت أخذ شيء من صداق المرأة عند عزم طلاقها؛ وهذا أثر لاستقلال المرأة بذمتها المالية، فقد ملكها الله ما أرادت تماماً كالرجل، بحيث لا يحل أخذ شيء مما ملكت بغير طيب نفسٍ منها، وصداقها رأس ممتلكاتها، وشريف عطاء الله لها، فهو نحلة الله لها فرضاً على من أراد الزواج منها، قال تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [النساء: ٤].

<sup>(٢٦)</sup> يُنظر: المبسوط ٨١/٥.

<sup>(٢٧)</sup> المقدمات الممهدة ٤٦٨/١.

<sup>(٢٨)</sup> الحاوي ٣٩٣/٣ - ٣٩٤.

<sup>(٢٩)</sup> مجموع الفتاوى ٣٤ / ١٢٦.

فبات الصداق حقاً خالصاً للمرأة، لا يُستساغ أخذ شيءٍ منه إلا برضاها، يدل عليه قوله تعالى: ﴿وَأَتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِنَّمَا مُبِينًا﴾ [النساء: ٢٠]؛ حيث إن عموم ﴿شَيْئًا﴾ المُفاد من التأكيد، حرم على الزوج استباحة اليسير من صداقها متى أراد فراقها؛ "لأنه حق ألزمه نفسه فلا يكون له حبس شيءٍ منه إلا بالمعنى الذي جعله الله -تعالى- له، وهو أن يطلق قبل الدخول، قال الله -تعالى- ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾ [البقرة: ٢٣٧]" (٣٠).

قال الجصاص -رحمه الله-: "قوله تعالى: ﴿فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا﴾، عمومُه يقتضي منع الأخذ في سائر الأحوال" (٣١).

إن الشارع في تشريعه رحيمٌ بالمرأة ومُقرراً امتلاكها، فلا هو يريدُ إحاشها بأخذ ما ثبت لها كما أوحشت بالفراق، ولا هو يصفح عن رضاها وطيب نفسها فيما أخذ منها. قال ابن العربي -رحمه الله-: "لما أباح الله الفراق للأزواج والانتقال بالنكاح من امرأة إلى امرأة، أخبر عن دينه القويم وصراطه المستقيم في توفية حقوقهن إليهن عند فراقهن؛ ونهى الأزواج عن أن يعترضوهن في صدقاتهن؛ إذ قد وجب ذلك لهن وصار مالا من أموالهن" (٣٢).

(٣٠) ما بين علامتي التنصيص من: الأم ٦٢/٥، ويُنظر: أحكام القرآن للجصاص ٤٧/٣، والبحر المحيط في التفسير ٤٧٠/٢.

(٣١) شرح مختصر الطحاوي ٣٩٠/٤.

قلت: نهى الأزواج عن مُطلق الأخذ من صدقات نساءهن مُقيدياً بسُخطهن وانعدام رضاهن، وهذا ما صرح به الماوردي، قال -رحمه الله-: "هذه الآية منعت من أخذ ما لم تطب به نفساً" الحاوي ٤/١٠، وهو قول الجمهور كما عند ابن رشد، يُنظر: بداية المجتهد ٨٩/٣.

(٣٢) أحكام القرآن ٤٦٩/١، ويُنظر: تبیین الحقائق ٢٦٩/٢.



## المبحث الثالث

### قضية تعدد الزوجات بين التشريع والتقصيد

وهي إحدى القضايا الرئيسية التي تركزت عليها انتقادات المستشرقين، وانتشر حولها سوء فهم خطير؛ مدعين أن الإسلام هو الدين الوحيد الذي أباح تعدد الزوجات، وأنه نظام ينتقص من مكانة المرأة، بل هو بمثابة الأغلال والقيود التي تعوق حركتها، وتهضم حقوقها، وتهدر آدميتها، وأن تحريرها منه يعتبر خطوة في سبيل تقدمها، لأنه في رأيهم نظام لا يتمشى وتطور المجتمع، وأنه لا بد أن تتساوى المرأة بالرجل وتعدد الزوجات لا يحقق تلك المساواة<sup>(٣٣)</sup>.

والحق: إن الإسلام لم يأت ببدعة بإباحته للرجل تعدد الزوجات؛ حيث إن الأمر كان معروفاً من قبل في الأديان السابقة.

يقول الأستاذ العقاد: "ينبغي أن ننبه إلى وهم غالب بين الجهلاء والمتعجلين من المثقفين، عن سنن الأديان في تعدد الزوجات قبل الإسلام؛ إذ الغالب على أوهامهم أن الإسلام هو الدين الوحيد الذي أباح تعدد الزوجات، أو أنه أول دين أباحه بعد الموسوية والمسيحية، وليس هذا بصحيح كما يبدو من مراجعة يسيرة لأحكام الزواج في الشرائع القديمة وفي شرائع أهل الكتاب"<sup>(٣٤)</sup>.

إذا تقرر ذلك.. فإن إباحة التعدد جاءت بها الشرائع السماوية على حد سواء؛ فقد ثبت أن قد جمع سيدنا إبراهيم -عليه السلام- بين زوجته: سارة، وهاجر -عليهما السلام-<sup>(٣٥)</sup>.

(٣٣) دحض شبهات ومقترنيات حول الإسلام الشيخ / عبد المنصف محمود عبد الفتاح ص ١٣٢ مجمع البحوث الإسلامية.

(٣٤) حقائق الإسلام وأباطيل خصومه / العقاد ص ١٣١.

(٣٥) قال الفاكهي رحمه الله: "عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال: " استأذن إبراهيم عليه السلام امرأته سارة في جارتها هاجر، فقالت: نعم، على أن لا تسوعني، قال: نعم، فأطاف عليها، فولدت إسماعيل". أخبار مكة ٦/٢ - ١٠٤٩.

وورد في المسيحية: "أن داود وسليمان -عليهما السلام- قد جمعا بين مئات الزوجات الشرعيات والإماء، حتى نسب اليهود ظلماً وكذباً إلى سيدنا داود -عليه السلام- أنه أراد الزواج بامرأة قائده أوريا" بعد قتله ليُلحقها بأزواجه المائة.

وأنه كانت لسليمان -عليه السلام- سبعمائة من النساء، وثلاثمائة من السراري. ولا يخفى على بصير أن الشريعة المسيحية تبغ لليهودية؛ إذ يقول المسيح عيسى -عليه السلام: "ما جئت لأنقض الناموس، بل جئت لأتمم" (٣٦).

ويمكن الجزم بالقول بإباحة تعدد الزوجات في الشرائع قبل الإسلام؛ لا سيما أنه لم يرد نص صريح بالتحريم، اللهم غير ما ورد في كلام (بولس) من استحسان الاكتفاء بزوجة واحدة (٣٧).

قال ابن كثير -رحمه الله" قوله تعالى: ﴿فَقَدْ آتَيْنَا آلَ إِبْرَاهِيمَ الْكِتَابَ وَالْحِكْمَةَ وَآتَيْنَاهُمْ مُلْكًا عَظِيمًا﴾ [النساء: ٥٤] يعني ما أتى الله سليمان بن داود -عليهما السلام- كانت له ألف امرأة، وكانت لداود عليه السلام مائة امرأة" (٣٨).

ومما يؤكد ما في حديث أبي هريرة -رضي الله عنه- عن النبي -صلى الله عليه وسلم- قال: "قَالَ سُلَيْمَانُ بْنُ دَاوُدَ: لَأَطُوفَنَّ اللَّيْلَةَ عَلَى تِسْعِينَ امْرَأَةً كُلُّهَا تَأْتِي بِفَارِسٍ يُقَاتِلُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ، فَقَالَ لَهُ صَاحِبُهُ: قُلْ: إِنْ شَاءَ اللَّهُ، فَلَمْ يَقُلْ: إِنْ شَاءَ اللَّهُ، فَطَافَ عَلَيْهِنَّ جَمِيعًا، فَلَمْ تَحْمِلْ مِنْهُنَّ إِلَّا امْرَأَةً وَاحِدَةً، فَجَاءَتْ بِشِقِّ رَجُلٍ، وَائِمُّ الَّذِي نَفْسُ مُحَمَّدٍ بِيَدِهِ لَوْ قَالَ: إِنْ شَاءَ اللَّهُ لَجَاهِدُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فُرْسَانًا أَجْمَعُونَ" (٣٩).

وقد أباح الشرع للرجل أن ينكح من النساء واحدة ومثلي وثلاث ورُباع، من غير أن يُقيد هذه الإباحة بعدد معين من هذه الأعداد، بل أطلق له إباحة التعدد متى تقيد

(٣٦) ينظر: ما جاء في أخبار العهد القديم، الإصحاح الثاني عشر من سفر صمويل الثاني، والإصحاح الحادي عشر من سفر الملوك الأول.

(٣٧) ينظر: المرأة في القرآن الكريم - الأستاذ/ عباس محمود العقاد، ص ٧٠.

(٣٨) البداية والنهاية، ١٩/٢.

(٣٩) أخرجه الإمام مسلم، كتاب الأيمان، باب الاستثناء، ٣/ ١٢٧٦ - برقم ١٦٥٤.

بالعدل، قال تعالى: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعًا﴾، [النساء: ٣].

ونصَّ غيرُ واحدٍ من الأصوليين على أن التخصيص على العدد يمنع الزيادة عليه؛ فللرجل أن يتزوج أربعاً من النساء فحسب، وليس له أن يزيد على ما نصَّ عليه (٤٠). قال السعدُ التفتازاني رحمه الله-: " قوله تعالى: ﴿مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعًا﴾ نصٌّ في وجوب الاقتصار على الأربع، فيُعملُ به" (٤١).

وقال صاحبُ "تيسير التحرير" (٤٢) رحمه الله-: "قوله تعالى: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعًا﴾ نصٌّ على قصر الحل على الأربع".

إن الشرائع السماوية وهي القانون الإلهي لا تُفرض للمثل الأعلى الذي يتحقق به الكمال، ولكنها تُفرض لأحوال الضرورة كما تُفرض لأحوال الاختيار، فليس النص على إباحة تعدد الزوجات؛ لأنه واجب على الرجل أو مستحسن مطلوب، وإنما النص فيه لاحتمال ضرورته.

فقد يحدث أن تصاب الزوجة بمرض مزمن، يُعدها عن واجباتها الزوجية، ويُفقدنا وظيفة الأمومة، فإذا امتنع تعدد الزوجات وقتئذٍ فلا محيص لهذا الزوج من تطلق تلك الزوجة، أو الإبقاء على زواج فقد مقصده ومعناه (٤٣).

ويمكن أن تتجلى مقاصد تعدد الزوجات في الأمور الآتية:

- **المصلحة الاجتماعية:** وتظهر هذه المصلحة في حال زيادة عدد النساء على عدد الرجال في الأحوال العادية؛ كما هو الشأن في كثير من البلدان كشمال أوربا؛ فإن أعداد النساء فيها تفوق الرجال بكثير، ففي هذه الحالة يكون التعدد علاجاً أخلاقياً واجتماعياً (٤٤).

(٤٠) يُنظر: قواطع الأدلة ١/١١٦، وبديع النظام ١/٧٢.

(٤١) التلويح ١/٢٤١.

(٤٢) ١٣٩/٣.

(٤٣) يُنظر: المرأة في القرآن ص ٧٢.

(٤٤) المرأة بين الفقه والقانون د/ مصطفى السباعي ص ٨١.

يقول الدكتور. القرضاوي: "قد يكون عدد النساء الصالحات للزواج أكثر من عدد الرجال القادرين عليه ... وهنا تكون مصلحة المجتمع، ومصلحة النساء أنفسهن في أن يكن ضرائر بدلاً من أن يعيشن العمر كله عوانس محرومات من الحياة الزوجية"<sup>(٤٥)</sup>.

- **المصلحة الخلقية:** فالإسلام دين يتوافق مع الفطرة التي فطر الله الناس عليها، فهو "نظام واقعي يلتقط الإنسان من واقعه الذي هو فيه ومن موقفه الذي هو عليه، ليرتفع به إلى المرتقى الصاعد إلى القمة في غير إنكار لفطرته، إنه نظام لا يقوم على المثالية الفارغة التي تصدم بفطرة الإنسان وواقعه وملابسات حياته، ثم تتبخر في الهواء، وإنما هو نظام يرعى خلق الإنسان، ونظافة المجتمع، فلا يسمح بإنشاء واقع مادي من شأنه انحلال الخلق، وتلويث المجتمع، تحت مطارق الضرورة التي تصطدم الواقع، بل يتوخى دائماً أن ينشئ واقعاً يساعد على صيانة الخلق ونظافة المجتمع، مع أيسر جهد يبذله الفرد ويبذله المجتمع"<sup>(٤٦)</sup>.

ومن هنا كان نظام التعدد كما شرعه الإسلام نظاماً أخلاقياً، لأنه لا يسمح للرجل أن يتصل بأي امرأة شاء، وفي أي وقت شاء، متى توافر شرطه؛ فلا يجوز له أن يتصل بأكثر من ثلاث نساء زيادة عن زوجته، ولا يجوز له أن يتصل بواحدة منهن سراً، بل لابد من إجراء العقد وإعلانه ولو بين نفر محدود، ولا بد أن يعلم أولياء المرأة بهذا الاتصال المشروع ويوافقوا عليه، أو أن يبذروا عليه اعتراضاً، ولا بد من توثيقه بحسب الأنظمة الحديثة، ويستحب أن يولى الرجل عليه، وأن يدعو لذلك أصدقاءه مبالغة في الفرح والإكرام"<sup>(٤٧)</sup>.

- **المصلحة الشخصية:** من حيث إنها تعود إلى مصلحة الشخص بالذات وهي كثيرة، منها: أن تكون الزوجة عقيمة لا تلد، والرجل يرغب في الذرية، فإن طلقها وعلم الناس سبب طلاقها فستبقى حياتها بلا زوج؛ لأن الرجال لا يرغبون فيها وهي مطلقة، وعقيم لا تنجب، ما يسبب لها التعاسة والشقاء والحرمان طول حياتها.

(٤٥) مركز المرأة في الحياة الإسلامية د/ يوسف القرضاوي ص ١٢٤، ١٢٥.

(٤٦) في ظلال القرآن / الشيخ سيد قطب ج ١ ص ٥٧٩.

(٤٧) المرأة بين الفقه والقانون د/ مصطفى السباعي ص ٩٣.

ومنها: أن قد يحدث أن تصاب الزوجة بمرض عضال، يقعدها عن واجباتها الزوجية، ويفقدها وظيفة الأمومة، فإذا امتنع تعدد الزوجات في جميع الحالات، فلا محيص للزوج الذي عقلت زوجته، وعجزت عن تدبير بيتها من تطليق تلك الزوجة، أو من الإبقاء على زواج فقد معناه، وبطل الغرض الأكبر منه للأسرة وللنوع، فالسماح بتعدد الزوجات ثم مقبول.

ومن مُستحسن ما يُلاحظ.. أن إباحة الشرع لتعدد الزوجات ليست على إطلاقها، بل إنها مقيدة بتوفر العدل، وثم أمر أنبه إليه، هو أن العدل عدلان: مادي ومعنوي، أما الأول فالمدلول عليه بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً﴾ [النساء: ٣]، وأما الثاني فالميل القلبي، وقد قال فيه: ﴿وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ﴾ [النساء: ١٢٩]، وهو ما اعتذر به النبي صلى الله عليه وسلم لربه قائلاً: "اللَّهُمَّ هَذَا قَسْمِي فِيمَا أَمْلِكُ، فَلَا تَلْمَنِي فِيمَا لَا أَمْلِكُ"<sup>(٤٨)</sup>.

قلت: ولا يقدر في هذا ما اخنص به النبي صلى الله عليه وسلم من التزوج بأكثر من أربع؛ فإن النصوص التي وردت في القرآن والسنة دالة على أنه لا يباح لنا التزوج بأكثر من أربع<sup>(٤٩)</sup>.

وعُلت هذه الخصوصية بعدة تعليقات، منها: أنه لما كان الحر - لفضله على العبد - يستبيح من النسوة أكثر مما يستبيحه العبد، وجب أن يكون النبي ﷺ لفضله على جميع الأمة يستبيح من النساء أكثر مما تستبيحه الأمة. ومنها: حث أمته عليه؛ لما فيه من النسل الذي تحصل به المباهاة يوم القيامة. ومنها: أن قبائل العرب تتشرف به، وإن له بكل قبيلة منها اتصالاً بمصاهرة وغيرها. ومنها: كثرة العشائر من جهة نسائه رجالاً ونساءً فيكونون عوناً على أعدائه.

<sup>(٤٨)</sup> أخرجه أبو داود في سننه ٢٤٢/٢ - ٢١٣٤.

<sup>(٤٩)</sup> ينظر: الخصائص الكبرى ٤٢٦/٢، والبحر المحيط ٢٧/٦، وعلم أصول الفقه، للأستاذ. عبد الوهاب خالف، ص ٦١.

يدل لذلك: أن قوله ﷺ: «أُمُّ يَحْسُدُونَ النَّاسَ عَلَى مَا آتَاهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ» [النساء: ٥٤] المراد بالناس فيه: النبي صلى الله عليه وسلم، وأنهم حسدوه في نكاح تسع نسوة (٥٠).

## المبحث الرابع

### قضية إيقاع الطلاق بين التشريع والتقصيد

أحاول في هذه السطور استعراض مواقف الشرائع السماوية من مبدأ الطلاق كطريق مشروعة لإنهاء عقد الزواج، والمأمول أن أوفق لبيان الحكمة الغالبة والعدالة التامة في أحكام الإسلام حول تنظيمه لهذا الإنهاء، متفوقاً بذلك على كل شريعة مضت، وكيف لا وهو الشريعة العالمية لكافة البشر؟

ومن المؤسف أن يتحدث أناسٌ مسلمون عن قضية الطلاق باعتبارها مشكلة من مشكلات الأسرة والمجتمع؛ فيقولون: إنه ينبغي ألا يكون أصلاً كما هو الحال في ديانات أخرى، ويجب أن تكون الحياة الزوجية قائمة بين الزوجين لا يفرق بينهما إلا الموت.

ويقولون: إذا كان الطلاق لا بد منه فيجب مساواة المرأة بالرجل فيه توقعه متى شاءت، كما يوقعه هو ما تشاء، وهم في ذلك يدعون أن في شريعة الطلاق ظلماً يقع على المرأة؛ فالرجل ينهي الحياة الزوجية متى أراد، فتعيش المرأة مهددة، لا تستطيع الإفلات من قبضته، فتكون كالأمة المملوكة!

بل يقولون: يجب أن تحد حرية الرجل في الطلاق، فلا يتم إلا بحكم قضائي وهذا ما يسمونه "تقييد الطلاق" (٥١).

الطلاق في الشريعة اليهودية: تأخذ اليهودية بمبدأ إمكان إنهاء الزواج، غير أنها تجعل هذا الإنهاء مباحاً بسبب وبغير، فيباح للرجل أن يطلق زوجته متى شاء من دون

(٥٠) ينظر: غاية السؤل في خصائص الرسول ١/١٨٨:١٩٠، والإحكام " للآمدي ١/١٧٣.

(٥١) ينظر: المرأة في عصر الرسالة د/ عبد العظيم المطعنى ص ١٧٨، وشبهات حول الإسلام، محمد قطب ص ١٣٢، ١٣٣، وملاحح المجتمع المسلم الذي ننشده، د. يوسف القرضاوي ص ٣٤٢.

رجوع للمرأة، فالذي بيده هذا الحق هو الزوج لا غير، فليس للقاضي -مثلاً- إسناد هذا الأمر إليه، وبذلك يعتبر الزوج وحده هو القاضي على أمر الأسرة والمهيمن على قيامها، ولا يخفى ما في هذا من التعسف والتعنت والظلم للمرأة<sup>(٥٢)</sup>.

الطلاق في الشريعة المسيحية: أما المسيحية فإنها ترفض التسليم لنظام الطلاق كوسيلة لإنهاء الزواج، فهي تعتبر الزواج عقدًا مقدسًا عقده الله في السماء، وما كان كذلك فلا يجوز لبشر أن ينقضه!!

هذا حكم المسيحية قبل بضعة قرون، لكن الأمر تعيّر في القرون الأخيرة بعض الشيء؛ فبتأثير الضرر الذي جرّه منع الطلاق على الأسر المسيحية بدأ المفكرون منهم ينادون بالأخذ به، لكن بقيود وشروط، فمما جاء من نصوصهم:

(كل من يطلق زوجته ويتزوج بأخرى يزني)<sup>(٥٣)</sup>.

(من طلق امرأته فليدفع لها كتاب الطلاق لها كتاب الطلاق وأما أنا فأقول لكم من طلق امرأته من غير علة الزنى فقد جعلها تزني ومن بمطلقة زنى)<sup>(٥٤)</sup>.

(من طلق امرأته إلا لسبب الزنى وتزوج بأخرى يزني ومن تزوج بمطلقة زنى)<sup>(٥٥)</sup>.

الطلاق في الشريعة الإسلامية: أما في شريعة الإسلام فقد فطر الله النساء على أن يُطلبن بالزواج، وعهد إلى الرجال طلبهن؛ رعايةً لحياة النساء، وأوفق لفطرة الجنسين جميعًا، وهو الأمر نفسه عند إرادة الفرقة بالطلاق، يكون الطالب للمرأة مفارقًا إياها، لا تعسفًا بل بتقوى من الله.

والذي يظهر لهذا الفقير.. أن تشريع الطلاق جاء في القانون الإلهي الإسلامي غاية في الضبط والتوازن والاعتدال، بعيدًا عن كل مظاهر الإفراط والتفريط؛ لأنه في الديانة

<sup>(٥٢)</sup> ينظر: طرق إنهاء الزوجية في الشرائع السماوية، د. أحمد الحجي، ص ٨٥.

<sup>(٥٣)</sup> ينظر: إنجيل (لوقا) الإصحاح ١٦ العدد ١٨.

<sup>(٥٤)</sup> ينظر: إنجيل (متى) الإصحاح ٩ العدد ٣١ - ٣٢.

<sup>(٥٥)</sup> ينظر: إنجيل (متى) الإصحاح ٩.

اليهودية مشروع بإطلاق، والمسيحية منعه البتة، إلا في أحوال نادرة تختلف الطوائف المسيحية في تحديدها<sup>(٥٦)</sup>.

إن الإسلام دين واقعي يعدّ الطلاق حلاً لبعض الحالات التي أخذت في التعقيد، ولذلك يقول الرسول صلي الله عليه وسلم: "أَبْعَضُ الْحَلَالِ إِلَى اللَّهِ الطَّلَاقُ"<sup>(٥٧)</sup> فهو يسلك مسلكاً وسطاً بين الشريعتين؛ حيث أخذ بإمكان التفريق متى تعسّرت الحياة بين الزوجين، وخلت من المودة والرحمة المقصد الرئيس من الزواج، ليس هذا فحسب، بل إن نظرة الإسلام للطلاق رغم مشروعيته إلا أنه كان حلالاً بغياً.

والعاقل يلحظ ملحظاً مهماً وهو أن الطلاق ثلاثاً غير أن الشارع اللطيف صرح أنه اثنان فقط؛ احتياطاً وحذراً من التعسف في استعماله، قال تعالى: «الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ» [البقرة: ٢٢٩].

بل قد رتب الإسلام على الطلاق من الناحيتين المالية والاجتماعية نتائج خطيرة، وألقى بسببه على كاهل الزوج أعباء ثقيلة؛ كضرورة توفيتها مؤجل صداقها، والقيام على الإنفاق عليها من مأكّل ومشرب وملبس ومسكن ما دامت في العدة، وإسناد حضانة أولادها الصغار لها ولقربياتها من بعدها حتى يكبروا، والقيام على نفقة أولادها، وأجور حضانتهم ورضاعتهم في زمن الرضاعة، حتى ولو كانت الأم نفسها هي التي تقوم بذلك، قال تعالى: «فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْحَمْنَ أُولَئِهِنَّ» [الطلاق: ٦] "ومن شأن هذه النتائج والأعباء أن تحمل الزوج على ضبط النفس وتدبر الأمر قبل الإقدام على الطلاق<sup>(٥٨)</sup>.

وقرر أن الطلاق ينبغي أن يكون في طهر لم يحدث في أثنائه اتصال بين الزوجين، وإنما قرر الإسلام ذلك؛ لأن الطهر هو فترة كمال الرغبة في المرأة، والرجل لا يقدم على طلاق امرأته في كمال رغبته فيها إلا لشدة الحاجة إلى الفرقة، ففي ذلك

(٥٦) ينظر: افتراءات على الإسلام والمسلمين، أمير عبد العزيز، ص ٨٢-٨٦.

(٥٧) سبق تحريجه في ص

(٥٨) ينظر: حقوق الإنسان في الإسلام، د. علي عبد الواحد وافي ص ١٢٦.

دليل على قيام الداعي إلى الطلاق، وفي هذا يقول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١] (٥٩).

ولا ينبغي أن يقصر النظر للطلاق على أنه نهاية أمر المرأة، بل قد يحقق الطلاق الخير للطرفين، ولذلك يقول تعالى معقبًا على الفرق: ﴿وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا﴾ [النساء: ١٣٠] بأن يعوضه الله من هي خير له منها، ويعوضها من هو خير لها منه (٦٠).

والحق أقول: إن سوء تطبيق المسلمين لتشريع الطلاق، دعا المستشرقين وغيرهم إلى الافتراء ورمي الإسلام بتهم هو منها بريء.

## المبحث الخامس

### قضية القوامة بين التشريع والتقصيد

أثبت الواقع وتجارب البشرية أن الرئاسة ضرورة كل مجتمع من المجتمعات، قل ذلك المجتمع أو أكثر، وليس من الحكمة في نظر شرع أو وضع، أن يترك مجتمع دون أن يعرف له رئيس يُرجع إليه في الرأي وعند الاختلاف وفي مهام الأمور، وإذا تصور مجتمع على هذا النحو ليس له محور يدور حوله ويعتصم به، فهو مجتمع مآله حتمًا إلى السقوط والانحلال، مجتمع صائر لا محالة إلى الفوضى والاضطراب بالتنازع والتضارب وتناقض الرغبات، وبذلك ينقلب المجتمع رأسًا على عقب، تتفكك وحداته وتتناثر لبناته، وتضيع الثمرات التي عقدت به، وأنشئ سبيلًا للحصول عليها (٦١).

من هنا أستطيع تبني القول: إن قوامة الرجل على المرأة لا تؤثر على مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة - كما يدعى أعداء الإسلام - ذلك أن الإسلام حين قررها وجعلها حقًا للرجل، إنما كان في ذلك معتمدًا على أمور، من أهمها ما يلي:

(٥٩) حقوق الإنسان في الإسلام د. على عبد الواحد وافى ص ١٢٧.

(٦٠) ينظر: تفسير ابن كثير ١ / ٥٦٥.

(٦١) الإسلام عقيدة وشريعة / الإمام الأكبر الشيخ / محمود شلتوت ص ١٥٧، ١٥٨.

١- رعاية الجانب المعنوي: فمن المسلم به ابتداءً أن الرجل والمرأة كلاهما من خلق الله، وأن الله تعالى لا يريد أن يظلم أحداً من خلقه، بل هو يهيئه ويعدّه لوظيفة خاصة، ويمنحه الاستعدادات اللازمة لإحسان هذه الوظيفة، وقد خلق الله الناس ذكراً وإناثاً، وجعل من أشرف وظائف المرأة أن تحمل، وتضع، وترضع، وتكفل ثمرة الاتصال بينها وبين الرجل، وهي وظائف جسيمة وخطيرة، فكان عدلاً كذلك أن يناط بالرجل توفير الحاجات الضرورية، وإمداد الأنثى بالحماية.

بل كان عدلاً أن يمنح الرجل من الخصائص في تكوينه العضوي والعصبي والعقلي والنفسي، ما يعينه على أداء وظائفه، وأن تمنح المرأة في تكوينها العضوي والعصبي والعقلي والنفسي ما يعينها على أداء وظائفها تلك<sup>(٦٢)</sup>.

من ثم فقد زودت المرأة فيما زودت من الخصائص ما يتوافق مع وظيفتها في الحياة<sup>(٦٣)</sup> كما زود الرجل من الخصائص ما يؤهله للقيام على شؤون الأسرة وإدارتها.

يقول الدكتور. علي عبد الواحد وافى: "السبب الذي بنى عليه الإسلام قيام الرجل على الأسرة: أن المرأة قوية الانفعال، وأن ناحية الوجدان لديها تسيطر على مختلف نواحي حياتها النفسية، وقد سوى الله المرأة على هذا الوضع حتى يكون لها من طبيعتها ما يتيح لها القيام بوظيفتها الأساسية؛ وهي الأمومة والحضانة على خير وجه، فلا يخفى أن هذه الوظيفة تحتاج إلى ووجدان رقيق، وحنان رحيم أكثر مما تحتاج إلى التفكير والإدراك والتأمل، ففوة العاطفة في المرأة هي إذاً مظهر من مظاهر كمالها، وليست نقصاً في حقها كما قد يتبادر إلى أذهان بعض الناس، على حين أن الرجل لا يندفع في الغالب مع عواطفه ووجدانه اندفاع المرأة، بل تتغلب عليه ناحية الإدراك

(٦٢) في ظلال القرآن الكريم / الشهيد سيد قطب ج ٢ ص ٦٥٠.

(٦٣) هذه الخصائص التي زود الله بها المرأة ليست خصائص سطحية، بل هي غرائز في التكوين العضوي والعصبي والعقلي والنفسي للمرأة، بل يقول كبار العلماء المتخصصين: إنها غائرة في تكوين كل خلية، لأنها عميقة في تكوين الخلية الأولى التي يكون من انقسامها وتكاثرها الجنين بكل خصائصه الأساسية. ويقول البروقيسور "طلعت" في كتابه "علم الفسيولوجيا": إن الرجل خلق وصمم ليحتوي المرأة" وما هذا الاحتواء إلا القوامة.

ينظر في ظلال القرآن ٢/٦٥١، ٦٥٠، وعمل المرأة في الميزان د/ محمد البار ص ٤٩.

والتفكير، وغني عن البيان أن الرياسة والإشراف يحتاجان إلى الإدراك والتفكير أكثر مما يحتاجان إلى العاطفة والوجدان، فصفات الإشراف والرياسة متوافرة في الرجل بطبعه أكثر من توافرها في المرأة " (٦٤).

ولعل هذا هو ما أشارت إليه الآية الكريمة في قوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بِهِ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ﴾ [النساء: ٣٤].

٢- **رعاية الجانب المادي:** فالشارع الحكيم قد أكرم المرأة ومنحها كل الامتيازات، من أجل الرقي بها وإعلاء شأنها، بعد أن كانت بمثابة سلعة تباع وتشترى في الشرائع السابقة.

وسبق للشريعة أن كرمتها بكامل المساواة في الجزاء والحساب والتكليف، قال تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ﴾ [التوبة: ٧١].

ومن أوجه تكريمها: إيجاب النفقة لها، والنفقة: الشيء الذي ينفقه الرجل على عياله وبه يكون بقاؤهم، من نحو مأكول وملبوس وسكنى (٦٥)، وهي واجبة للمرأة أمًا وزوجة وبتنا.

أما الأم فيدل على وجوب النفقة لها قوله تعالى: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا﴾ [الإسراء: ٢٣].

ودلالة القول من الآية الكريمة: أن الله - عز وجل - قد قرن حق الوالدين بالتوحيد، فالخلق وهو النشأة الأولى من الله، والتربية وهي النشأة الثانية بسبب الوالدين (٦٦). وأكد الفقهاء على ضرورة برّ الأم والإنفاق عليها قبل أن تسأل ابنها النفقة (٦٧). وهذا من ضروريات الحياة وما يتفق مع الفطرة الإنسانية السوية.

(٦٤) حقوق الإنسان في الإسلام ص ١٠٤، وانظر مركز المرأة في الحياة الإسلامية د/ يوسف القرضاوي ص ٣١، ٣٠.

(٦٥) ينظر: العناية شرح الهداية ٣٧٨/٤، والبحر الرائق ١٨٨/٤، ومجمع الأنهر في شرح ملتقى ٤٨٤/١.

(٦٦) ينظر: الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي، ٤٠٨/١.

(٦٧) ينظر: المغني ٣٧٩/١١ وفتح القدير ٢١٧/٤.

روى البخاري بسنده عن عبد الله قال: سألت النبي صلى الله عليه وسلم: «أَيُّ الْعَمَلِ أَحَبُّ إِلَيَّ اللَّهُ؟ قَالَ: «الصَّلَاةُ عَلَيَّ وَقْتَهَا» قَالَ: ثُمَّ أَيُّ؟ قَالَ: «بِرُّ الْوَالِدَيْنِ» قَالَ: ثُمَّ أَيُّ؟ قَالَ: «الْجِهَادُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ» قَالَ: حَدَّثَنِي بِهِنَّ، وَلَوْ اسْتَزِدْتُهُ لَزَادَنِي» (٦٨).

فقد جعل النبي صلى الله عليه وسلم بر الأم - وهو من بر الوالدين - بعد الصلاة على وقتها وقبل الجهاد في سبيل الله.

وقد ذهب جمهور العلماء إلى القول بأنه إذا لم يتسع مال الابن للإنفاق على والديه فإن الأم أولى بالنفقة من الأب (٦٩).

قال في "سبل السلام": "من لا يجد إلا كفاية لأحد أبويه خص بها الأم (٧٠). وذلك في معرض تفسيره لحديث النبي صلى الله عليه وسلم "يد المعطي العليا وابدأ بمن تعول: أمك وأباك وأختك وأحاك ثم أدناك أدناك" (٧١).

وأما وجوب الإنفاق عليها زوجة، فيدل له قوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾ [النساء: ٣٤].

ووجه الدلالة من الآية الكريمة: أن الرجل إذا عجز عن نفقة زوجته لم يكن قواماً عليها (٧٢)، وتفضيل الرجال الوارد في الآية الكريمة جاء من إنفاقهم عليهن (٧٣).

وقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمَلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]، يفيد أن وجوب النفقة على الزوجة بعد الفراق وحتى تضع الزوجة حملها دليل وجوبها قبل الفراق وهو من باب أولى (٧٤).

وأما وجوب الإنفاق على المرأة بنتاً، فيدل له قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، ووجه الدلالة: أن الله - عز وجل - أوجب نفقة

(٦٨) أخرجه الإمام البخاري، كتاب الأدب، باب البر والصلة، برقم (٥٩٧٠)

(٦٩) ينظر: المغني، ٣٣٧/٩ وبدائع الصنائع، ١٤٥/٨، وبداية المجتهد، ٤٧/٢.

(٧٠) ينظر: سبل السلام شرح بلوغ المرام، ١٦٣/٣.

(٧١) ينظر: التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، لابن عبد البر ١٥ / ٢٤٨.

(٧٢) ينظر: تفسير القرطبي، ١٧٣٩/٣.

(٧٣) ينظر: جامع البيان في تأويل القرآن.

(٧٤) ينظر: القرطبي، ٥٠٨٦/٩ وما بعدها.

المولود على الأب، والمولود قد يكون ذكرًا أو أنثى، فهذه الآية أصل في وجوب النفقة للبنت على أبيها. وفي البخاري عن النبي صلى الله عليه وسلم: "تقول لك المرأة: أنفق عليّ وإلا فطلقني، ويقول لك ولدك: أنفق عليّ إلى من تكلّني" (٧٥).

فإذا كان الرجل هو المسئول عن الإنفاق على الأسرة فمن حقه أن تكون له رئاسة الأسرة جريا على القاعدة المسلم بها "العنم بالغرْم" (٧٦)، وإلا فليس من العدالة في شيء " أن يكلف فرد بالإنفاق على هيئة ما بدون أن تكون له القوامة عليها والإشراف على شئونها" (٧٧).

## المبحث السادس

### قضية الاحتجاب بين التشريع والتقصيد

من الأوهام الشائعة أن حجاب النساء نظام وضعه الإسلام، ولم يكن له وجود قبل الدعوة المحمدية، مع أن العلم ببطلان هذا الوهم لا يكلف المروّجين له والداعين إليه سوى طول بحث ومراجعة (٧٨)، وبالاستقراء تبين أن الحجاب منهج لحياة بشرية سوية. ففي المسيحية: عن (رفقة) أنها رفعت عينيها فرأت إسحاق، فأخذت (البرقع) وتغطت.

وأن (تامار) خلعت عنها ثياب ترمّلها، وتغطت ببرقع وتلففت (٧٩).  
وأن الله سيعاقب بنات صهيون على تبرجهن، والمباهاة برنين خليلهن (٨٠).

(٧٥) أخرجه الإمام أحمد في مسنده، ٣/٧٤٣٣.

(٧٦) يلخص علماء القانون الدستوري هذا المبدأ في العبارة التالية " من ينفق يشرف " أو " من يدفع يراقب " (حقوق الإنسان في الإسلام د. علي عبد الواحد وافي ص ١٠٤).

(٧٧) حقوق الإنسان في الإسلام د. علي عبد الواحد وافي ص ١٠٣.

(٧٨) ينظر: المرأة في القرآن الكريم للأستاذ/ العقاد، ص ٥٧.

(٧٩) ينظر: الإصحاح الرابع والعشرين، والثامن والثلاثين من سفر التكوين.

(٨٠) ينظر: الإصحاح الثالث من سفر أشعيا.

ويقول بولس المسمى بالرسول في رسالة كورنتوس: الأولى أن النقاب شرفٌ للمرأة<sup>(٨١)</sup> ولا يخفى أن النقاب أشد من الحجاب.

**تشريع الاحتجاب:** المذاهب الأربعة على أن بدن المرأة عورة، ما عدا الوجه والكفين، وهو قول عائشة وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم وذهب بعض الحنابلة إلى أنهما عورة.

وهذا القول هو المحفوظ عن الفقهاء، ولذا قال ابن عبد البر: "اختلف العلماء في تأويل قول الله - عز وجل - ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾، فروي عن ابن عباس وابن عمر: إلا ما ظهر منها: الوجه والكفان، وروي عن ابن مسعود: ما ظهر منها: الثياب، قال: لا يبدين قرطاً ولا قلادة ولا سواراً ولا خلخالاً، إلا ما ظهر من الثياب، واختلف التابعون فيها أيضاً على هذين القولين، وعلى قول ابن عباس وابن عمر الفقهاء<sup>(٨٢)</sup>.

ورد عن الحنفية قول الإمام الكاساني - رحمه الله -: "لا يحل النظر للأجنبي من الأجنبية الحرة إلى سائر بدنها، إلا الوجه والكفين؛ لقوله تبارك وتعالى: ﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَعْضُوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ﴾ [النور: ٣٠]، إلا أن النظر إلى مواضع الزينة الظاهرة وهي: الوجه والكفان، رخص بقوله تعالى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ [النور: ٣١]، والمراد من الزينة: مواضعها، ومواضع الزينة الظاهرة: الوجه والكفان، ولأنها تحتاج إلى البيع والشراء، والأخذ والعطاء، ولا يُمكنها ذلك عادةً إلا بكشف الوجه والكفين، فيحل لها الكشف. وهذا قول أبي حنيفة رضي الله عنه<sup>(٨٣)</sup>.

وورد عن المالكية قول الإمام خليل: " وهي -قلت: العورة- من رجل وأمة وإن بشائبة وحرّة مع امرأة، ما بين سرّة وركبة ومع أجنبي غير الوجه والكفين " <sup>(٨٤)</sup>.

<sup>(٨١)</sup> ينظر: المرأة في القرآن، للأستاذ/ العقاد، ص ٥٨.

<sup>(٨٢)</sup> التمهيد ٦ / ٣٦٨.

<sup>(٨٣)</sup> بدائع الصنائع ٥ / ١٢١.

<sup>(٨٤)</sup> مختصر خليل ص ٣٠.

وأررد عن الشافعية شيخ الإسلام زكريا قوله: "عورة الحرة في الصلاة وعند الأجنبي ولو خارجها جميع بدنها إلا الوجه والكفين ظهراً وبتناً إلى الكوعين" (٨٥).

وورد عن الحنابلة قول ابن قدامة: "لا خلاف بين أهل العلم في إباحة النظر -قلت: أي للخاطب- إلى وجهها؛ وذلك لأنه ليس بعورة، وهو مجمع المحاسن، وموضع النظر، ولا يباح له النظر إلى ما لا يظهر عادة" (٨٦).

وأما القول بأنهما عورة فهو قول بعض الحنابلة، قال ابن قدامة -رحمه الله: "قال بعض أصحابنا: المرأة كلها عورة؛ لأنه قد روي في حديث عن النبي - صلى الله عليه وسلم -: «المرأة عورة». رواه الترمذي، وقال: حديث حسن صحيح. ولكن رخص لها في كشف وجهها وكفيها؛ لما في تغطيته من المشقة، وأبيح النظر إليه لأجل الخطبة؛ لأنه مجمع المحاسن" (٨٧).

ويظهر من كلامه -رحمه الله- أن المرأة يجوز لها كشف وجهها على القولين، أي: قول من ذهب إلى أن الوجه والكفين عورة، وقول من ذهب إلى أنهما ليسا بعورة.

**واستدل الفقهاء القائلون بأن الوجه والكفين ليسا بعورة بأدلة من ذلك:**

- قوله سبحانه: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ [النور: ٣١].

قال ابن جرير الطبري -رحمه الله: "أولى الأقوال في ذلك بالصواب قول من قال: عني بذلك الوجه والكفان، يدخل في ذلك إذا كان كذلك: الكحل والخاتم والسوار والخضاب، وإنما قلنا ذلك أولى الأقوال في ذلك بالتأويل؛ لإجماع الجميع على أن على كل مصل أن يستر عورته في صلاته، وأن للمرأة أن تكشف وجهها وكفيها في صلاتها، وأن عليها أن تستر ما عدا ذلك من بدنها إلا ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه أباح لها أن تُبدي من ذراعها إلى قدر النصف، فإذا كان من جميعهم إجماعاً كان معلوماً بذلك أن لها أن تبدي من بدنها ما لم يكن عورة، كذلك للرجال، لأن ما لم يكن عورة فغير حرام إظهاره، وإذا كان لها إظهار ذلك كان معلوماً أنه مما

(٨٥) أسني المطالب ١/١٧٦.

(٨٦) المغني ٧/٩٧.

(٨٧) المغني ١/٤٣١.

استثناه الله تعالى، ذكره بقوله: ﴿إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾، لأن كل ذلك ظاهر منها، وقوله: ﴿وَلْيَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلَىٰ جُيُوبِهِنَّ﴾ [النور: ٣١]، يقول تعالى ذكره: ﴿وَلْيَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ﴾، ليسترن بذلك شعورهن وأعناقهن وقرطهن" (٨٨).

- ما روته عائشة رضي الله عنها: أن أسماء بنت أبي بكر دخلت على رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليها ثياب شامية رقاق فأعرض عنها ثم قال: "ما هذا يا أسماء؟ إن المرأة إذا بلغت المحيض لم يصلح أن يرى منها إلا هذا وهذا، وأشار إلى وجهه وكفيه" (٨٩).

- وذكر الحافظ السيوطي جملة من الآثار عن الصحابة -رضى الله عنهم- تؤكد ذلك؛ فعن ابن عباس في قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ قال: وجهها وكفها والخاتم، وعن أنس بن مالك في قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ قال: الكحل والخاتم. وعن سعيد بن جبير في قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ قال: الوجه والكفان (٩٠). وأرى - والله أعلم - أن رأى الجمهور هو الراجح، لأن الوجه والكفين هما الظاهر الذي قد تتحرج المرأة من استدامة ستره، وهما الظاهر الذي تكشفه المرأة في الصلاة، والحج، والشهادة والنكاح.

وتجب الإجابة عن سؤال، مُفاده: لِمَ استُثني الوجه والكفان من الاحتجاب؟ إن احتجاب المرأة على جهة الكمال فيه من المشقة والتعذر بحيث تضيق به ذرعاً، ولم يأت الإسلام بالاحتجاب ليعتنت المرأة أو يُشَقَّ عليها، بل أتى به ليحفظها، والوجه والكفان لما لم يتطرق الافتتان إليهما، لم يجب سترهما كباقي البدن. قال في الكشّاف: "فإن قلت: لم سومح مطلقاً في الزينة الظاهرة؟ قلت: لأن سترها فيه حرج؛ فإن المرأة لا تجد بدءاً من مزاوله الأشياء بيدها، ومن الحاجة كشف وجهها،

(٨٨) جامع البيان.

(٨٩) أخرجه أبو داود في سننه ١٩٨/٦، والبيهقي في سننه الكبرى، ٣١٩ / ٢، وقال: "مع هذا المرسل قول من مضى من الصحابة رضي الله تعالى عنهم في بيان ما أباح الله من الزينة الظاهرة فصار القول بذلك قوياً وبالله التوفيق".

(٩٠) الدر المنثور ٦. ١٨٠/.

خصوصاً في الشهادة والمحاكمة والنكاح، وتضطر إلى المشي في الطرقات وظهور قدميها، وخاصة الفقيرات منهن، وهذا معنى قوله: ﴿إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ يعني: إلا ما جرت العادة والجبلة على ظهوره، والأصل فيه الظهور، وإنما سُمح في الزينة الخفية لأولئك المذكورين؛ لما كانوا مختصين به من الحاجة المضطرة إلى مداخلتهم ومخالطتهم، ولقلة توقع الفتنة من جهاتهم، ولما في الطباع من النفرة عن مماسة القرائب، وتحتاج المرأة إلى صحبتهم في الأسفار للنزول والركوب وغير ذلك<sup>(٩١)</sup>.

ويقول الإمام القرطبي - رحمه الله - "لما كان الغالب من الوجه والكفين ظهورهما عادة وعبادة، وذلك في الصلاة والحج فيصلح أن يكون الاستثناء راجع إليهما"<sup>(٩٢)</sup>. وقال العلامة ابن حبان الأندلسي: "سُمح في الزينة الظاهرة؛ لأن سترها فيه حرج؛ فإن المرأة لا تجد بدأً من مزاولة الأشياء بيدها، ومن الحاجة إلى كشف وجهها، خصوصاً في الشهادة والمحاكمة والنكاح"<sup>(٩٣)</sup>.

ويستأنس لذلك بجملة من الشواهد منها:

- ما رواه ابن عباس - رضي الله عنهما - قال: أُرْدَفَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الْفَضْلُ بْنُ عَبَّاسٍ يَوْمَ النَّحْرِ خَلْفَهُ عَلَى عَجْزِ رِجْلَيْهِ، وَكَانَ الْفَضْلُ رَجُلًا وَضِيئًا، فَوَقَفَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِلنَّاسِ يُفَنِّيهِمْ، وَأُقْبِلَتِ امْرَأَةٌ مِنْ خَنَعَمَ وَضِيئَةٌ تَسْتَفْتِي رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَطَفِقَ الْفَضْلُ يَنْظُرُ إِلَيْهَا، وَأَعْجَبَهُ حُسْنُهَا، فَأَلْتَفَتِ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَالْفَضْلُ يَنْظُرُ إِلَيْهَا، فَأَخْلَفَ بِيَدِهِ فَأَخَذَ بِدَقَنِ الْفَضْلِ، فَعَدَلَ وَجْهَهُ عَنِ النَّظَرِ إِلَيْهَا، فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّ فَرِيضَةَ اللَّهِ فِي الْحَجِّ عَلَى عِبَادِهِ، أَدْرَكْتَ أَبِي شَيْخًا كَبِيرًا، لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يَسْتَوِيَ عَلَى الرَّاحِلَةِ، فَهَلْ يَفْضِي عَنْهُ أَنْ أَحْجَّ عَنْهُ؟ قَالَ: «نَعَمْ»<sup>(٩٤)</sup>.

(٩١) ٢٣١ / ٣.

(٩٢) تفسير القرطبي ١٢ / ٢٢٩.

(٩٣) البحر المحيط ٨ / ٣٣.

(٩٤) أخرجه الإمام البخاري، كتاب الاستئذان، باب "٢"، ٥١/٨ - برقم ٦٢٢٨.

قال ابن حجر -رحمه الله-: " فيه دليل على أن ستر المرأة وجهها ليس فرضاً؛ لإجماعهم على أن للمرأة أن تبدي وجهها في الصلاة ولو رآه الغريب " (٩٥).

إن المقصد الكلي من تشريع احتجاب النساء لعله يكمن في ستر المرأة، فهو دليل على كرامتها، وعاصمٌ إياها من أعين الشر، وهو يربي الفرد والمجتمع على الخير، أما الفرد: فتحيا الأنثى في صون جسدها عن أعين الناظرين لها، والذكر يحيا في منأى جسدي عن الأنثى ما لم تربطهما علاقة نسب أو صهر، تحكهما جميعاً ضوابط الأدب، وحفظ أعينهما عن النظر إلى مفاتن الآخر، ليصدق فيهم قول الله تعالى: ﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ ذَلِكَ أَزْكَى لَهُمْ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا يَصْنَعُونَ. وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ [النور: ٣٠-٣١] وقطعاً متى تربي الفرد على الأدب وحفظ الأعين تربي المجتمع عليه، فما المجتمع إلا اجتماع الأفراد (٩٦).

## المبحث السابع

### قضية الميراث بين التشريع والتقعيد

خلق الله الذكر والأنثى، وجعل لكل منهما تكويناً خاصاً، وشرع لكل أحكاماً تتوافق وهذا التكوين، فسوى بينهما في أمور، كأصل الخلقة، والكرامة، والتكاليف الشرعية، وفرق بينهما في أخرى، كطبيعة التكاليف الشرعية، من القوامة، والإنفاق، والاضطلاع بالمهمات.

غير أن أمماً كثيرة أرادت أن تستدرك على الخالق! فجعلت أمر الميراث دائراً في فلك الرجولة فحسب! فيمنعون النساء حظهم من المال الذي فرضه الله لهن، ولقد سجلت السنة النبوية هذا الافتتات؛ قالوا لما نزلت الفرائض التي فرض الله: "يا رسول الله،

(٩٥) فتح الباري ١١/ ١٠.

(٩٦) ينظر: عودة الحجاب، ٤١٢/٣.

أنعطي الجارية نصف ما ترك أبوها، وليست تركب الفرس، ولا تقاثل القوم، ونعطي الصبي الميراث، وليس يغني شيئاً؟" (٩٧).

وتعد قضية ميراث المرأة من أهم القضايا التي يشغب بها كارهو الإسلام من المستشرقين والعلمانيين، فدائمًا ما ترفع أصوات هؤلاء بوجوب المساواة بين الرجل والمرأة في الميراث، مدعين أن الإسلام قد وضع من شأن المرأة حين جعلها على النصف من حق الرجل في الميراث، وهذا يشير إلى جور الإسلام في حق النساء.

ولقد عبر المستشرق الفرنسي (جاستون فبيت) عن ذلك بأبلغ تعبير حين زعم أنه من الظلم الواضح أن تأخذ المرأة نصف الرجل في الميراث، يقول: "إن دور المرأة في المجتمع الإسلامي على جانب كبير من الضآلة، وأن ضآلة مرتبتها كانت أمراً مسلماً به في جميع مظاهر الحياة، حتى إنه في مسألة الميراث لم يكن نصيبها إلا نصف نصيب الرجل" (٩٨).

وكان من الشطط زعم من زعم أن تكريم المرأة عامة وفي الميراث خاصة، إنما هي بالنسبة لما سبق الإسلام، أما بعد الإسلام - لا سيما في العصر الحديث - فيعد من غير اللائق بكرامة المرأة!! ثم علل زعمه بقوله: إن الإسلام قال: ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَّيْنَ﴾ فرسالة الإسلام جاءت في وقت كانت المرأة لا تترث فيه شيئاً بل تُورث، فأراد الإسلام أن يدفع بوضع المرأة إلى الأمام شيئاً فشيئاً" (٩٩).

هؤلاء جهلوا أن من بيّنات الحقائق ويقينها: أن الله -تعالى- تولى قسمتها بنفسه، فلم "يكلها إلى ملكٍ مُقَرَّبٍ وَلَا إِلَىٰ نَبِيِّ مَرْسَلٍ، وَلَكِنْ تَوَلَّىٰ بَيَانَهَا فِقْسَمَهَا أَبْيَنَ قَسْمٍ" (١٠٠)، قال -سُبْحَانَهُ: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَّيْنَ﴾ [النساء: ١١].

(٩٧) أخرجه الإمام الطبري، في جامع البيان عن تأويل آي القرآن، ٤٥٨/٦، ولم أجده عند أحد من المحدثين.

(٩٨) مقتربات اليونسكو على الإسلام، للأستاذ/ محمد السمان ص ٣٨ ط ١.

(٩٩) من هؤلاء: الدكتور. نصر أبو زيد، ينظر المرأة في الإسلام، للأستاذ. عبد المجيد صبح، وسقوط العلمانية د. عبد العزيز المرشدي، ص ٢١٠.

(١٠٠) الوسيط - للإمام الغزالي ٤/ ٣٣١.

ميراث المرأة عند اليهود: اليهود يحبون المال حباً جماً، ويحرصون على عدم ذهاب شيء من مال مיתهم إلى غير أسرته، أعني: فروع وأصوله، ومتى وجد أحد منهم مهما بعدت درجته في القرابة كان أحق بالمال حتى تحتفظ الأسرة بأموالها فيما بينها، ولذا لم يجعلوا للأنتى حظاً من ميراث الأب إذا كان له ولد ذكر، سواء أكانت الأنتى أمّاً أم زوجة أم بنتاً أم أختاً للمتوفى.

### وأسباب الميراث عندهم أربعة: هي البنوة والأبوة والأخوة والعمومة.

وإذا تُوفي الأب كان ميراثه لأبنائه الذكور، ويكون للولد مثل حظ اثنين من إخوته الأصغر سناً منه، إلا إذا حدث اتفاق بين الإخوة على اقتسام الميراث بالسوية. والنص الوحيد في العهد القديم حول الميراث عند اليهود هو: "أياً رجل مات وليس له ابن تتقلون ملكه إلى ابنته، وإن لم تكن له ابنة تعطوا ملكه لإخوته، وإن لم يكن له إخوة تعطوا ملكه لأعمامه، وإن لم يكن لأبيه إخوة تعطوا ملكه لنسيبه الأقرب إليه من عشيرته فيرثه" (١٠١).

**ميراث المرأة عند المسيحيين:** لا يوجد في الكتاب الذي يقَدسه النصارى أي نظام للميراث، بل إن سيدنا عيسى -عليه السلام- حينما سأله أخُ قسمة الميراث مع أخيه، أبى (١٠٢).

**ميراث المرأة في الإسلام:** بعد أن اطلعنا على ما كان عليه حال ميراث المرأة قبل الإسلام ومبلغ الظلم الذي لحق بها من جراء تلك التشريعات والأنظمة المحرّفة، والتي كان للطمع والهوى فيها دور كبير، جاء الإسلام بنوره وعدله ليرفع عنها ما لحق بها من البغي والإجحاف، وليقرر أنها إنسان كالرجل، لها من الحقوق ما لا يجوز المساس به أو نقصانه، كما عليها من الواجبات ما لا ينبغي التفریط أو التهاون فيها.

(١٠١) سفر العدد ٢٧: ١.

(١٠٢) ينظر: الإنجيل المنسوب للوقا، الآيات (١٢: ١٥)، وفيه: قال له واحد من الجمع: يا معلم قل لأخي: أن يقاسمني الميراث، فقال له: يا إنسان من أقامني عليكما قاضياً أو مقسماً؟ انظروا وتحفظوا من الطمع؛ فإنه متى كان لأحد كثير فليست حياته من أمواله.

وقد يبدو لمن ينظر في نصوص المواريث بلا تدبر، أن الإسلام ظلم المرأة؛ بجعله لها نصف حظ الرجل من الميراث! والحق أن قليلاً من التدبر والمعرفة بنظام الإسلام وما ألقاه على كاهل الرجل من الأعباء والالتزامات المالية يجلي أن الإسلام لم يظلم المرأة ولم يفضل الرجل عليها.

فالرجل في الإسلام هو المكلف بأن يقدم مهراً للمرأة، قال تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [النساء: ٤]، وهو المكلف بالنفقة من طعام، وكسوة، ومسكن، وملبس، وعلاج للمرأة والأولاد، قال الله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجُوْكُمْ﴾ [الطلاق: ٦]، وقال: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ﴾ [الطلاق: ٧].

كما يكلف بالنفقة على والديه وأقاربه إذا كانوا في حاجة إلى هذه النفقة، ثم إن المرأة إذا طُلقَت فقد فرض الإسلام لها عليه نفقة العدة ونفقة المتعة التي تحفظ كيانها وكرامتها، وهذه كلها أعباء مالية كُلف بها الرجل، وأعفيت منها المرأة.

فالمُنصف يدرك أن نصيب الرجل بناء على هذا معرض للنقص<sup>(١٠٣)</sup> بما ألقى عليه الإسلام من التزامات متوالية متجددة، ونصيب المرأة معرض للزيادة " بما تقبض من مهر وهدايا وبما تغله من دخل إذ ثمرته مع إعفائها من أي التزام شرعي مالي لزوجها وبيتها وبنيتها، فهل كان من العدالة أن يسوى الإسلام بينهما في الميراث، ثم يلقي على الابن ما يلقي من الأعباء الثقيلة المستمرة ويعفيها من كل شيء"<sup>(١٠٤)</sup>.

<sup>(١٠٣)</sup> لو افترضنا مثلاً: رجلاً توفي وله بنتان وولد واحد، وترك ثروة تقدر بـ ٦٠ ألف جنيه، فللولد الذكر ثلاثون ألفاً، ولكل من البنيتين خمسة عشر ألفاً، فإذا تزوج الولد، فإنه مكلف بدفع المهر، وتأثيث مأوى الزوجية، ثم الإنفاق على نفسه وعلى زوجته وأسرته من البنين والبنات، وعلى أمه وأبيه إذا لم يكن لهما مورد رزق، وعلى أخواته إذا لم يكن لهن عائل.

أما البنت فحين تتزوج يكون نصيبها من الميراث مدخراً لها، وليست مطالبة بإنفاق شيء منه قل أو كثر، ولها أن تتمي مالها في تجارة أو صناعة، وليس لأحد الحجر عليها في مالها، أو حق التصرف فيه من غير رضاها، ومن ثم كان من العدالة أن يكون نصيبها في الميراث -في بعض الحالات-

أقل من نصيب الرجل. ينظر: الإسلام في مواجهة حملات التشكيك، د. محمود زقروق ص ١٠٢. <sup>(١٠٤)</sup> الإسلام وقضايا المرأة المعاصرة / البهي الخولي، ص ٢٠٥.

ثم إن المرأة في الميراث الإسلامي ليست على النصف من ميراث الرجل مطلقاً؛ ففي الميراث حالات يكون نصيب المرأة فيها مساوياً لنصيب الرجل؛ كما إذا توفّي رجل أو امرأة وليس له أو لها والد أو ولد - ذكراً كان أو أنثى - وله أو لها أخ أو أخت لأم، ففي هذه الحالة يستوي الأخ والأخت في الميراث.

وفي هذا يقول الحق سبحانه وتعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي التُّلْثِ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ ذَيْنِ غَيْرِ مُضَارٍ وَصِيَّةٍ مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ خَلِيمٌ﴾ [النساء: ١٢].

فالأية تقرر أن أولاد الأم وهم إخوة الميت وأخواته لأمه، سواءً في الميراث ذكورهم وإناثهم، فالسدس للإخوة لأم إذا انفرد الواحد منهم، والتلث لهم بالسوية إذا تعددوا. كما أن الأب والأم إذا ترك المتوفّي أولاداً إناثاً وذكوراً يستويان في الميراث؛ فلكل واحد منهما السدس كما قال تعالى: ﴿وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَوَلِدٌ﴾ [النساء: ١١].

كما أن ثمت حالات يزيد فيها نصيب الأنثى على الذكر؛ كما إذا توفيت امرأة وتركت: زوجاً وبناتاً سواء كانت منه أو من غيره، فإن البنت ترث ضعف نصيب الزوج؛ حيث ترث البنت النصف، والزوج الربع.

وإذا ترك المتوفّي: بنتين، وزوجة، وأخاً، فنصيب الزوجة الثمن، ونصيب البنتين الثلثان، والباقي للأخ<sup>(١٠٥)</sup>.

بهذا نستطيع أن نرد على كل ما يوجه إلى الإسلام من اتهام باطل بأنه غمط المرأة حقها في الميراث، فأعطاها نصف نصيب الرجل؛ فقد ترث مثله، وقد ترث أقل منه، وربما ورثت أكثر منه وذلك كله وفق قاعدة ربانية عادلة.

وبالمقارنة بين نظام الإسلام في توريث المرأة وبين الشرائع والأنظمة القديمة والحديثة نجد:

(١٠٥) ينظر: المرأة في الإسلام، ص ١٢٥.

- أن الذي تولى أمر تقسيم التركات في الإسلام الله تعالى وليس البشر، فكانت بذلك من النظام والدقة والعدالة في التوزيع ما يستحيل على البشر أن يهتدوا إليه لولا أن هداهم الله، قال تعالى: ﴿أَبَاؤُكُمْ وَأَبْنَاؤُكُمْ لَا تَدْرُونَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَفْعًا فَرِيضَةٌ مِنَ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾ [النساء: ١١].

- أن الشريعة الإسلامية نظرت إلى الحاجة فأعطت الأكثر احتياجًا نصيبًا أكبر من الأقل احتياجًا؛ ولذلك كان حظ الأبناء أكبر من حظ الآباء؛ لأن الأبناء مقبلون على الحياة، والآباء مدبرون عنها، ولذلك كان للذكر مثل حظ الأنثيين في أغلب الأحيان، فلا شك أن الابن الذي سيصير زوجًا باذلاً لمهر زوجته، منفقًا عليها وعلى أولاده، أكثر احتياجًا من أخته التي ستصير زوجة تقبض مهرها، ويرعاها وينفق عليها زوجها.

- أن الشريعة الإسلامية قد حصرت الإرث في المال ولم تتعداه إلى الزوجة كما كان في الجاهلية، بل كرمت رابطة الزوجية، وجعلت ما بين الزوجين من مودة ورحمة حال الحياة سببًا للتوارث عند الوفاة، فلم تهملها كما فعلت بعض الشرائع.

- ضمان الإسلام حق مشاركة البنات للأبناء في الإرث من والدهن ولم يحجبهن بالأبناء كما ذهب إليه الشريعة اليهودية، قال تعالى: ﴿لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا﴾ [النساء: ٧].

- أن الأنثى ترث بالفرض كما ترث بالتعصيب مع أخيها أو ابن أخيها أو ابن عمها، أما الإخوة من الذكور فهم يرثون بالتعصيب فقط، لذلك قد يسقط الإخوة الأشقاء مع وجود الإخوة والأخوات لأم<sup>(١٠٦)</sup>.

- أن البنت تأخذ مع أبيها النصف إذا انفردت، ويأخذن الثلثين إذا كن اثنتان فصاعدًا، بينما يأخذ الأب إذا ماتت أمها السدس، أو السدس مع الباقي ما لم يوجد فرع

<sup>(١٠٦)</sup> ينظر: الفرائض، لأبي القاسم السهيلي، ص ٩٣، وينظر: شبهات انتهاك الإسلام حقوق المرأة، ص ١٤١.

وارث؛ لفقوله عليه الصلاة والسلام: «الْحَفِوْا الْفَرَائِضَ بِأَهْلِهَا، فَمَا بَقِيَ فَهُوَ لِأَوْلَى رَجُلٍ ذَكَرٍ»<sup>(١٠٧)</sup>.

وبعد هذه المقارنة تتبين لنا حقيقة ساطعة، هي أن نظام الإسلام في الميراث عامة وما يتعلق منه بالمرأة خاصة، هو النظام الوحيد الذي يوافق حركة السعي والنشاط في الجماعات البشرية، ولا يعوقها عن التقدم الذي تستحقه بسعيها ونشاطها. المقصد الشرعي من ميراث المرأة: عند التأمل في مسألة تشريع الميراث للمرأة يوجد لذلك مقاصد كثيرة أُورد منها:

- التأكيد على إنسانية المرأة وأنها شق الرجل، وأنها أهل للاستحقاق والتملك والتصرف كالرجل تمامًا، وفي هذا من التكريم للمرأة ما فيه.
- إن الله - عز وجل - قد جعل الإنسان في الأرض خليفة، وشرفه فوكل إليه مهمة عمارتها واستنباط خيراتها، وزوده بقدرات تمكنه من القيام برسالته، ولفظ الإنسان عام يشمل الذكر والأنثى على حد سواء.
- تلبية لنداء الفطرة التي فطر الله الناس عليها ذكوراً وإناثاً من حب التملك للمال؛ قال تعالى: ﴿إِنَّ الْإِنْسَانَ لِرَبِّهِ لَكَنُودٌ. وَإِنَّهُ عَلَىٰ ذَلِكٍ لَّشَهِيدٌ. وَإِنَّهُ لِحُبِّ الْخَيْرِ لَشَدِيدٌ﴾ [العاديات: ٦-٨]، وقال تعالى: ﴿وَتَأْكُلُونَ التَّرَاثَ أَكْلًا لَّمًّا. وَتُحِبُّونَ الْمَالَ حُبًّا جَمًّا﴾ [الفجر: ١٩-٢٠]
- تمليك الإسلام للمرأة فيه عون لها على قضاء حوائجها.
- إعطاء المرأة فرصة لتتعبد الله عز وجل بمالها كالرجل؛ عن طريق إنفاقه في وجوه الخير المختلفة.
- تحقق معنى التكافل العائلي، فلا يحرم ذكراً ولا أنثى؛ لأنه مع رعايته للمصالح العملية يراعي مبدأ الوحدة في النفس الواحدة، فلا يميز جنساً على جنس إلا بقدر أعبائه.

<sup>(١٠٧)</sup> متفق عليه، وينظر: المغني لابن قدامة ٢٧٧/٦.



## المبحث الثامن

### قضية تولي الولايات العامة بين التشريع والتقصيد

اتفق الفقهاء في دين الله على أن المقصود الأعظم من تولي رئاسة الدولة الإسلامية هو خلافة النبوة في حراسة الشريعة، وسياسة الدنيا بالدين، وذلك متمثل في إقامة شعائر الدين، وأداء الحقوق، والأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر، والسعي في مصالح الرعية. وهذه الخلافة تستلزم خليفةً يقوم بحقها، فهي امتدادٌ للخلافة الأصلية المتمثلة في عمارة الإنسان - ذكره وأنتاه - للكون.

غير أن فرقاً بين الخلافة في الدولة والخلافة في الأرض من حيث العنصر الذاتي للخليفة؛ فعمارة الأرض مقصود الخالق سبحانه، وهي لا تتم إلا بمجموع الخلق، أما الخلافة في الدولة فتستلزم عنصرًا أقرب إلى العقل وتحمل معضلات الأمور، ولهذا اقتضت مشيئة الله أن يخلق الخلق ذكرًا وإناثًا، وأناط بكل تكاليفه التي يسعها جهده وتحتملها طاقاته.

ومن الأمور التكليفية التي يضطلع بها الرجال: تولي الولايات العامة العليا والتي منها: رئاسة الدول، فالرجال أقدر على التحمل والتصرف في الأمور، ولذا كانت فيهم النبوة والإمامة، وإقامة الشعائر، فضلًا عن كون هذه الولاية محتاجةً إلى كمال الرأي وتمام العقل والفتنة والخبرة بشئون الحياة، والمرأة ناقصة العقل قليلة الرأي، بسبب ضعف خبرتها واطلاعها على واقع الحياة، وقد نبه الله تعالى على أمور خلقية تنتاب المرأة، كالنسيان، وغيره من العوارض فقال: ﴿أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى﴾ [البقرة: ٢٨٢]، ولهذا لم يولّ النبي - صلى الله عليه وسلم - ولا أحد من خلفائه امرأة قضاء ولا ولاية بلد، ولم تُمنح القوامة في بيتها، فكيف يحق لها أن تتولى الولاية العليا كرئاسة الدولة؟

إن إسناد شريعة الإسلام أمرًا كرئاسة الدول إلى الرجال على وجه الخصوص، يُضفي على المرأة من البهائم والإجلال ما لم تحظ به في شريعة أخرى؛ ذلك أن الإسلام نظر إلى طبيعتها وما تصلح له من أعمال الحياة، فأبعدها عن كل ما يناقض تلك الطبيعة، أو يحول دون أداء رسالتها كاملة في المجتمع، ولهذا خصها ببعض الأحكام عن الرجل

زيادة أو نقصاناً، كما أسقط عنها بعض الواجبات الدينية والاجتماعية كصلاة الجمعة -مثلاً- وليس في هذا ما يتنافى مع مبدأ مساواتها بالرجل في الإنسانية والأهلية والكرامة الاجتماعية؛ لأنه قد عهد إليها بتطوير المجتمع وتميمته من خلال إتقانها للتخصصات التي تهتمها وتتناسب مع وظيفتها، فجعلها الإسلام راعية في أسرتها، ولم يمنعها أن تتولى العمل العام، وأن تُقصد بالشورى وبعض الولايات، كما هو فعل أمير المؤمنين عمر ابن الخطاب رضي الله عنه مع امرأة تُدعى: الشفاء بنت عبد الله بن عبد شمس، فقد ولّاهما على الحسبة والتجارات (التفتيش على الأسواق).

على أن رئيس الدولة في الإسلام ليس صورة رمزية للزينة والتوقيع، وإنما هو قائد المجتمع ورأسه المفكر، ووجهه البارز، ولسانه الناطق، وله صلاحيات واسعة خطيرة الآثار والنتائج؛ فهو الذي يعلن الحرب على الأعداء، ويقود الجيش في ميادين الكفاح، ويقرر السلم والمهادنة، إن كانت المصلحة فيهما، أو الحرب والاستمرار فيها إن كانت المصلحة تقتضيها، ومن ثم فهو أمر لا يتفق مع تكوين المرأة النفسي والعاطفي.

وقد كشف رسول الله صلى الله عليه وسلم عن عاقبة تولية المرأة هذه الولاية، وأن النتيجة المحتممة غالباً تكون عدم الفلاح، فعن أبي بكر رضي الله عنه قال: لما بلغ رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أهل فارس قد ملكوا عليهم بنت كسرى قال: "لن يُفلح قومٌ ولّوا أمرهم امرأة" (١٠٨).

قال الشوكاني رحمه الله -: "فيه دليل على أن المرأة ليست من أهل الولايات، ولا يحل لقوم توليتها؛ لأنه يجب عليهم اجتناب ما يُوقعهم في عدم الفلاح" (١٠٩).

استشكال: قد يُستشكل بأن هذا الحديث مقصود منه نبوءة من الرسول صلى الله عليه وسلم بانتهاء حكم الفرس وزوال ملكهم، بعد تولي هذه المرأة لأمرهم، ويستشهد بذكر القرآن الكريم لقصة بلقيس ملكة سبأ ومدحه لها في معرض أخذها بمبدأ الشورى الذي يقرره الإسلام، وأن سليمان -عليه السلام- لم ينكر على هذه المرأة توليها الحكم ولم

(١٠٨) أخرجه الإمام البخاري، كتاب المغازي، باب كتاب النبي صلى الله عليه وسلم إلى كسرى

وقيصر، ٨/٦، برقم ٤٤٢٥.

(١٠٩) نيل الأوطار، ٨/ ٣٠٤.

ينها عن ذلك، بل وضعها في صورة كريمة عاقلة متزنة ترجع إلى الحق حين تراه واضحا جلياً.

الجواب عنه: هذا لا يمنع الأصل العام وهو عدم تولي المرأة الولاية العامة؛ فما تولت بقبس تلك الولاية إلا لتمتعها بصفات خولتها لذلك، ومن ثم اشتركت مع الرجال المنوط بهم فطرةً هذا الأمر، وقد تقرر في أصول الفقه أن العبرة بالكثير الشائع لا بالقليل النادر.

وقد ربط حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم -سالف الذكر- عدم الفلاح بتولي المرأة، وما ذاك إلا لكونها قد اتصفت بهذا الوصف (وهو أنها امرأة)، فدل ذلك على أن علة منعها من الولاية العامة هي الأنوثة، وهذه العلة علة منصوص عليها في الحديث كما يُرى، وليست علة مستتبطة، والحكم يدور مع علته المنصوص عليها حيث درات وجوداً وعدمًا.

بقي أمر أنبه إليه: هو أن تولي رئاسة الدولة من فروض الكفايات، وهي تسقط بقيام الأحاد بها، وقد ذكر جمعٌ من الأصوليين أن فاعل الفرض الكفائي فاضلٌ على فاعل الفرض العيني؛ لأنه قائمٌ بما لم يقم به غيره ومحصلٌ ثوابه، ومن ثم فلا بد لرئيس الدولة من تحري الحق والصواب، والرجال بهذا الأمر أقوم.

لكن إن اقتضت الحال تولي امرأة رئاسة دولة ما، أُخترت باستفتاء جمهوري وإرادة شعبية، فالاعتبار -بعد عدم وجود رجل كُفءٍ- يكون بالصلاح والعقل والإمكانات السياسية، واتخاذ البطانة التي تعينها على الخير.

وفي القرآن ما يشهد لذلك ويصدقّه: وهو أن القرآن امتدح نساءً لصلاحهن ورجاحة عقولهن؛ كبلقيس ملكة سبأ، قال الله فيها: ﴿مَا كُنْتُ قَاطِعَةً أَمْرًا حَتَّى تَشْهَدُونِ﴾ [النمل: ٣٢].

## المبحث التاسع

### قضية تحمل الشهادة بين التشريع والتقصيد

جعل الإسلام الشهادة التي تُثبت الحقوق شهادة رجلين عدلين، أو رجل وامرأتين، وذلك في قوله تعالى في آية المداينة: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى﴾ [البقرة: ٢٨٢].

ومن الواضح أن هذا التفاوت لا علاقة له بالإنسانية أو الكرامة أو الأهلية، فما دامت المرأة إنساناً كالرجل، ذات أهلية كاملة لتحمل الالتزامات المالية كالرجل، لم يكن اشتراطه اثنتين مع رجل واحد إلا لأمر خارج عن كرامة المرأة واعتبارها واحترامها، هو عارض النسيان الذي قد يعرض لها في هذا الموقف الذي يستتبعه ثبوت حقوق وواجبات، ولذا قال تعالى: ﴿أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى﴾.

ولنفس المعنى ذهب كثير من الفقهاء إلى أن شهادة النساء لا تُقبل في الجنايات<sup>(١١٠)</sup>، وليس ذلك إلا لأنها غالباً تكون قائمة بشئون بيتها، ولا يتيسر لها أن تحضر مجالس الخصومات التي تنتهي بجرائم القتل وما أشبهها، وكيف يمكنها أن تتمكن من أداء الشهادة فتصف الجريمة والمجرمين وأداة الجريمة وكيفية وقوعها؟ ومن المسلم به في الشريعة الإسلامية أن الحدود تُدرأ بالشبهات، وشهادتها في القتل وأشباهه تحيط بها شبهة عدم إمكان تثبتها من وصف الجريمة لحالتها النفسية عند وقوعها، ولذا روى الزهري رضي الله عنه: " مَضَتِ السُّنَّةُ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَالْخَلِيفَتَيْنِ مِنْ بَعْدِهِ: أَلَّا تَجُوزَ شَهَادَةُ النِّسَاءِ فِي الْحُدُودِ " (١١١).

ويؤكد مراعاة هذا المعنى في الاحتياط لشهادتها فيما ليس من شأنها أن تحضره غالباً: أن الشريعة قبلت شهادتها وحدها فيما لا يطلع عليه غيرها، أو ما تطلع عليه دون الرجال غالباً؛ كإثبات الولادة، والثبوتية والبركة، والعيوب الجنسية لدى المرأة، وكان

(١١٠) ينظر: المدونة ٩٣/٢، والإقناع ص ٢٠١، والمغني لابن قدامة ١٣٠/١٠.

(١١١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، ٥٣٣/٥ - ٢٨٧١٤.

هذا حين لم يكن يتولى توليد النساء، وتطبيبهن، والاطلاع على عيوبهن الجنسية، إلا النساء في العصور الماضية<sup>(١١٢)</sup>.

إن القضية ليس لها إناطة بإكرام وإهانة، وأهلية وعدمها، وإنما هي تثبت في الأحكام؛ احتياطاً في القضاء بها، وزيادةً في جبران نقصان النساء الذي جُبلن عليه، وهذا ما يحرص عليه كل تشريع عادل، قال تعالى: ﴿أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى﴾.

قال الرازي رحمه الله: "النسيان غالب طباع النساء؛ لكثرة البرد والرطوبة في أمزجتهن، واجتماع المرأتين على النسيان أبعد في العقل من صدور النسيان على المرأة الواحدة، فأقيمت المرأتان مقام الرجل الواحد، حتى إن إحداهما لو نسيت ذكرتها الأخرى، فهذا هو المقصود من الآية"<sup>(١١٣)</sup>.

وبهذا نعلم أنه لا معنى للشغب والتشنيع على الشريعة في هذه القضية، واتخاذها سلاحاً للدعاء بأنها انتقصت المرأة، وعاملتها دون الرجل كرامة ومكانة، مع أنها أعلنت إكرامها ومساواتها بالرجل في ذلك بنصوص صريحة واضحة لا لبس فيها ولا غموض، وقد ذكرنا بعضها فيما مضى.

## المبحث العاشر

### قضية تحريم نكاح الأصول والفروع بين التشريع والتقصيد

توقير المرء أصوله وفروعه من النساء مظهر من مظاهر الرقي البشري؛ فالأم واجبٌ توقيرها بالضرورة وفاءً لإنعامها، وللبنت أكد كمالاً للشقة عليها، ويسري هذا التوقير

<sup>(١١٢)</sup> ومما يؤسف له أن يتصدر تجاه قضية الشهادة محسوبون على الثقافة، ويردد ما لا يعيه عقل أو يصدق قلب؛ فهذا كاتب صحفي مصري ينشر في جريدة "روزاليوسف" كلاماً يحط من قدر التشريع الإسلامي في هذا المجال ويتساءل بعد أن ذكر أستاذة جامعية: أتكون شهادة الأستاذة الدكتورة "قلانة" نصف شهادة بواب عمارتها؟ ينظر: المرأة في عصر الرسالة بين واقعية الإسلام وأوهام المرجفين د. عبد العظيم المطعن، ص ١٢١، وشبهات حول قضايا المرأة المسلمة والرد عليها، د. عبد الحميد عيد عوض، ص ٦.

<sup>(١١٣)</sup> مفاتيح الغيب ٩٥/٧.

ليعم الأخوات والعمات والخالات، وغيرهن ممن ذكر الله من النساء المحرمات، قال الله سبحانه: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعُمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأَخْتِ وَأُمَّهُنَّ الَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِّنَ الرُّضْعَةِ وَأُمَّهُنَّ نِسَائِكُمْ وَرَبِّبَاتُكُمْ الَّتِي فِي حُجُورِكُمْ مِّنْ نِّسَائِكُمُ الَّتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَخَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَنَّ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَّحِيمًا وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ كِتَابَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ﴾ [النساء: ٢٢-٢٤].

وتحريم هذه الأصناف من النساء على اختلاف درجات القرابة إليهن ثابت بالشرع<sup>(١١٤)</sup>.

قال الإمام الشافعي -رحمه الله-: "ما سمي الله من النساء محرماً محرماً" <sup>(١١٥)</sup>.

وقال الإمام الجصاص -رحمه الله-: "كتاب الله عليكم: يعني فرضه" <sup>(١١٦)</sup>.

والمعنى من تحريمهن هو (الوطء) ودواعيه؛ فإن من ذكرن من النساء أعيان، والأحكام الشرعية لا يتعلق حظرها وإباحتها بالأعيان، وإنما تتعلق بأفعال المكلفين، فافتضى اللفظ فعلاً صار هو (الوطء) من بين سائر الأفعال بعرف الاستعمال <sup>(١١٧)</sup>.

وقد ذكر الإمام الرازي -رحمه الله- "السبب لهذا التحريم: أن الوطء إذلال وإهانة؛ فإن الإنسان يستحي من ذكره ولا يقدم عليه إلا في الموضع الخالي، وإذا كان الأمر كذلك وجب صون الأمهات عنه؛ لأن إنعام الأم على الولد أعظم وجوه الإنعام، فوجب صونها عن هذا الإذلال، والبنات بمنزلة جزء من الإنسان وبعض منه، قال عليه الصلاة والسلام: «فَاطِمَةُ بَضْعَةٌ مِنِّي» <sup>(١١٨)</sup> فيجب صونها عن هذا الإذلال، لأن المباشرة معها تجري مجرى الإذلال، وكذا القول في البقية" <sup>(١١٩)</sup>.

<sup>(١١٤)</sup> ينظر: شرح الكوكب المنير ١/٣٥٦، والمختصر في أصول الفقه- لابن اللحام ص ١٠٠.

<sup>(١١٥)</sup> الرسالة ص ٢٠١.

<sup>(١١٦)</sup> الفصول في الأصول ٢/٢٥٩.

<sup>(١١٧)</sup> يُنْظَرُ: المُسْتَصْفَى، ص ٢٦٣، والواضح لابن عقيل ٢/٤٤٢ و ٣/٣٤٩.

<sup>(١١٨)</sup> أخرجه الإمام البخاري عن المسور بن مخرمة، في كتاب: المناقب، باب: مناقب قرابة رسول الله

صلى الله عليه وسلم، ٢١/٥-٣٧١٤.

<sup>(١١٩)</sup> مفاتيح الغيب ١/٢٤.

كما علق الطاهر بن عاشور -رحمه الله- بأنه حيث كان معظم القصد من النكاح الاستمتاع، فكانت مخالطة الزوجين غير خالية من نبذ الحياء، وذلك ينافي ما تقتضيه القرابة من الوقار لأحد الجانبين والاحتشام لكليهما، وهو ظاهر في أصول الشخص وفروعه (١٢٠).

واتجه الحنفية إلى تبين مقصد الشارع من كفالة هذا الحق للنساء المحرمات بأن "نكاح هؤلاء يفضي إلى قطع الرحم؛ لأن النكاح لا يخلو عن مباسطات تجري بين الزوجين عادة وبسببها تجري الخشونة بينهما، وذلك يفضي إلى قطع الرحم فكان النكاح سببا لقطع الرحم مفضيا إليه، وقطع الرحم حرام والمفضي إلى الحرام حرام، وهذا المعنى يعم الفرق السبع؛ لأن قرابتهن محرمة القطع واجبة الوصل، وتختص الأمهات بمعنى آخر: وهو أن احترام الأم وتعظيمها واجب، ولهذا أمر الولد بمصاحبة الوالدين بالمعروف، وخفض الجناح لهما، والقول الكريم، ونهى عن التأفيف لهما، فلو جاز النكاح والمرأة تكون تحت أمر الزوج، وطاعته وخدمته مستحقة عليها للزمها ذلك، وأنه ينفي الاحترام فيؤدي إلى التناقض" (١٢١).

كما قالوا -رحمهم الله-: "كل ما كان الذل فيه أقوى فالقطيعة فيه أشد، فكانت الصيانة عنه أوجب" (١٢٢).

وقد أبدع الأستاذ الشيخ/ محمد رشيد رضا -رحمه الله- في استبيان مقصد التحريم، بأن عاطفة الأم الوالدية أقوى عاطفة، وأرسخها حنانا، كيف لا وقد كان غذاؤه -جنينا- دمها الذي هو قوام حياتها؟ فافتضى ذلك تكريمها، فمن الجناية على الفطرة أن يراحم الحب العظيم بين الأمهات وأولادهن حب استمتاع الشهوة إليهن، وتلا ذلك تحريم البنات الذي منه يتعجب ذو الطبع السليم؛ لأن فطرته تشعر بأن النزوع إليه من قبيل المستحيلات، فافتضى ذلك تكريمها، ثم الصلة بين الإخوة وأخواتهم تشبه الصلة بين الوالدين والأولاد، من حيث إنهم كأعضاء الجسم الواحد يستوون في النسبة إليه، فقصت

(١٢٠) ينظر: مقاصد الشريعة الإسلامية ٣٤٩/٢.

(١٢١) البدائع ٢٧٥/٢.

(١٢٢) تبين الحقائق ٧٠٠/٣.

حكمة الشريعة تحريم نكاح الأخت حتى لا يكون لمعتلي الفطرة منفذ لاستبدال عاطفة الأخوة بداعية الشهوة، فاقضى ذلك تكريمهن<sup>(١٢٣)</sup>، وأما العمات والخالات فهن من طينة الأب والأم، فكان من محاسن الشريعة المحافظة على صلة العمومة والخوولة، وألا تنزوي الشهوة عليها، فاقضى ذلك تكريمهن، وأما بنات الأخ والأخت فهن من الإنسان بمنزلة بناته؛ من حيث إن أخاه وأخته كنفسه، وذو الفطرة السليمة يلحظ هذا الوجدان في نفسه، فاقضى ذلك تكريمهن<sup>(١٢٤)</sup>.

قلت: وقد حث الشارع على تقوية آصرة القرابة إليهن تكريماً لهن، فوردت بشأنهن النفقات على الآباء والأبناء، وشرع لهن الميراث، وخصت قرابتهن بأداب وواجبات، كالأمر ببرهن، والاعتداد بصلة القرابة إليهن، حتى لقد قال الله في حقهن: ﴿وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ﴾ [النساء: ١].

## المبحث الحادي عشر

### قضية إباحة النظر إلى المراد خطبتها بين التشريع والتقصيد

النظر إلى الأجنبية محظور في الشريعة؛ صيانة للناظر والمنظور إليه، وسدًا لذريعة الافتتان، وتضييقًا لمجاري الشيطان، قال تعالى: ﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَعْضُوا مِنْ أَبْصُرِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ ذَلِكَ أَزْكَى لَهُمْ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا يَصْنَعُونَ وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَعْضُضْنَ مِنْ أَبْصُرِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ [النور: ٣٠-٣١]، لكن إذا أراد امرؤ خطبة امرأة شرع له الشارع الحكيم أن ينظر إليها، فإن لاقى طبعه ووافقت مراده، وإلا اختار غيرها، فيُرفع حكم الحظر ويحل حكم الإباحة

(١٢٣) أجد مناسباً في هذا الصدد أن أذكر أن سيدنا نوخاً -عليه السلام- أول من أوحى إليه بتحريم الأمهات والبنات والأخوات. يُنظر: تفسير السمعاني ٦٧/٥، والجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١١/١٦، والنكت والعيون للماوردي ١٩٦/٥.  
(١٢٤) يُنظر: تفسير المنار ٢٥/٥.

محلّه؛ جلبًا لمصلحة النكاح، فقد تقرر أصولياً أن الأمر الوارد بعد الحظر يفيد الإباحة<sup>(١٢٥)</sup>.

روى الترمذي عن المغيرة بن شعبة -رضي الله عنهما- أنه خطب امرأة فقال النبي -صلى الله عليه وسلم-: «انظُرْ إِلَيْهَا؛ فَإِنَّهُ أَحْرَى أَنْ يُؤَدَمَ بَيْنَكُمَا»<sup>(١٢٦)</sup>، فهذا أمر بالنظر إلى الأجنبية المراد خطبتها ورد بعد حظره فأفاد الإباحة.

فإذا امرؤ عزم على نكاح امرأة أباح له الشارع النظر إلى ما يدعوه إلى نكاحها؛ فإن في النظر دوام الألفة والموافقة بينهما<sup>(١٢٧)</sup>، فضلاً عما لا يمكن تداركه بإصلاح إذا وافق نظره عيباً أو خللاً، فدلّه الشرع على تحري السلامة، وجعل "السبب في استحباب النظر إلى المخطوبة أن يكون التزوج على روية، وأن يكون أبعد من الندم الذي يلزمه إن اقتحم في النكاح ولم يوافقه فلم يرده، وأسهل للتلافي إن رد، وأن يكون تزوجها على شوق ونشاط إن وافقه، والرجل الحكيم لا يلج مولجاً حتى يتبين خيره وشره قبل ولوجه"<sup>(١٢٨)</sup>.

وقد استدل غير واحد من المفسرين بقوله تعالى: ﴿لَا يَحِلُّ لَكَ النِّسَاءُ مِنْ بَعْدُ وَلَا أَنْ تَبَدَّلَ بِهِنَّ مِنْ أَزْوَاجٍ وَلَوْ أَعْجَبَكَ حُسْنُهُنَّ﴾ [الأحزاب: ٥٢]، على إباحة النظر إلى من يريد نكاحها من النساء؛ فإنه لا يعجبه حسنهن إلا بعد رؤية وجوههن.

قال الإمام القرطبي -رحمه الله-: "الأمر بالنظر إلى المخطوبة إنما هو على جهة الإرشاد إلى المصلحة؛ فإنه إذا نظر إليها فلعله يرى منها ما يرغبه في نكاحها، ومما يدل على أن الأمر على جهة الإرشاد ما ذكره أبو داود عن جابر بن عبد الله -رضي الله عنهما- قال: قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: «إِذَا حَظَبَ أَحَدُكُمْ الْمَرْأَةَ، فَإِنْ اسْتَطَاعَ أَنْ يَنْظُرَ إِلَى مَا يَدْعُوهُ إِلَى نِكَاحِهَا فَلْيَفْعَلْ»، قال: فخطبتُ جاريةً فكننتُ أتخباً

<sup>(١٢٥)</sup> يُنظَرُ: الإباحة ٢/ ٤٦، والقواعد والفوائد الأصولية ص ٢٣٢، والتمهيد في تخریج الفروع على الأصول ص ٢٧٢.

<sup>(١٢٦)</sup> سنن الترمذي ٣/ ٣٨٩ - ١٠٨٧.

<sup>(١٢٧)</sup> يُنظَرُ: المبسوط للرخسي ٨/ ١٧٧، وكشف الأسرار ٢/ ١٠١.

<sup>(١٢٨)</sup> حجة الله البالغة ٢/ ١٩٢.

لها حتى رأيتُ منها ما دعاني إلى نكاحها وتزوجها فتزوجتها»<sup>(١٢٩)</sup>، فقوله: (فإن استَطَاعَ فَلْيَفْعَلْ) لا يقال مثله في الواجب<sup>(١٣٠)</sup>.

قلت: إن الشارع لما حظر النظر إلى الأجنبية، لتشريع صيانة العرض وحفظه من الافتتان، ولما رفع الحظر بالإباحة كان لمقصد إقامة النكاح.

وهذا ما صرح به الحنفية رحمهم الله - بقولهم: "من أراد أن يتزوج امرأة فلا بأس بأن ينظر إليها وإن علم أنه يشتهيها"<sup>(١٣١)</sup>، وعللوا ذلك بأن مقصود الشارع من إباحة النظر إقامة السنة لا قضاء الشهوة، وكون النظر وسيلة إلى الألفة والموافقة. والحكم ثابت في حق النساء أيضًا؛ لأنهن يعجبهن من الرجال ما يعجبهم منهن، فإن جميلة بنت سلول ما كرهت من ثابت بن قيس إلا دمامته<sup>(١٣٢)</sup>.

## المبحث الثاني عشر

### قضية الاعتزال في الحيض بين التشريع والتقصيد

يختلف جسم المرأة عن جسم الرجل في الخلقة والطبيعة العضوية والتكوينية، ولذا فإن للمرأة أحكامًا تختص بها تبعًا لهذا الاختلاف الجسدي، من بينها: خروج (إفرازات) دموية -سبيلها المخرج المعتاد- وهو المسمى في الفقه الشرعي: "الحيض"، ومناطق المبحث هو الوطاء حال كون المرأة حائضًا، فقد نهى القرآن الكريم عن إتيانهم وهن حيض، وتبين أنه أمر معجز؛ من حيث ما أثبتته البحث الطبي والدراسات المعنية.

<sup>(١٢٩)</sup> سنن أبي داود، كتاب: النكاح، باب: في الرجل ينظر إلى المرأة وهو يريد تزويجها، ٢/٢٨٨-٢٠٨٢.

<sup>(١٣٠)</sup> الجامع لأحكام القرآن ١٤/٢٢٢.

<sup>(١٣١)</sup> يُنظَرُ: الهداية مع الفتح ١٠/٢٦، والبداية ٥/١٢٢.

<sup>(١٣٢)</sup> يدلُّ لذلك: ما أخرجه البخاري عن ابن عباس -رضي الله عنهما- أن امرأةً ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم، فقالت: يا رسول الله، ثابت بن قيس، ما أعْتَبُ عَلَيْهِ فِي خُلُقٍ وَلَا دِينٍ، وَلَكِنِّي أَكْرَهُ الْكُفْرَ فِي الْإِسْلَامِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أَتَرْدِينَ عَلَيْهِ حَدِيثَهُ؟» قَالَتْ: نَعَمْ، قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أَقْبِلِ الْحَدِيثَ وَطَلِّقِيهَا تَطْلِيقَةً». كتاب: الطلاق، باب: الخلع وكيف الطلاق فيه؟ ٧/٤٦ - ٥٢٧٣.

قال الله تعالى: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَدْنَىٰ فَعَزَّزُوا نِسَاءَ فِي الْمَحِيضِ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهَرْنَ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ التَّوَّابِينَ وَيُحِبُّ الْمُتَطَهِّرِينَ﴾ [البقرة: ٢٢٢]، فالآية دليل على تحريم إتيان المرأة في فرجها حال الحيض، وقد حكى الاتفاق على ذلك غير واحد (١٣٣).

وقد كان للأصوليين قصب السبق في تعيين علة النهي عن إتيان الحائض، فأفادوا أن حظر وطء الحائض للأذى الموجود في الحيض وهو القذر والنجاسة (١٣٤)، حتى لقد قدمت العلة على الحكم ورتب عليها؛ لطفاً منه سبحانه ليؤخذ بالقبول من المتساهلين الذين يرون الحجر عليهم في أمور غرائزهم وشهواتهم تحكماً، ويعلم أنه حكم للمصلحة لا للتعبد كما عليه اليهود (١٣٥).

والأطباء يقولون: إن الدم الذي تفرزه المرأة في الحيض فاسد، فإذا ما حدثت مباشرة أدت إلى احتباس هذا الدم الفاسد وعدم نزوله، وهو ما يضر بالمرأة والرجل على السواء، ولو سلم الرجل من هذا الأذى لا تكاد تسلم منه المرأة؛ لأن إتيانها يزعج النسل فيها إلى ما ليست مستعدة له ولا قادرة عليه، لاشتغالها بوظيفة طبيعية أخرى، وهي إفراز الدم المعروف (١٣٦).

(١٣٣) يُنظَر: مراتب الإجماع ص ٢٣، ومجموع الفتاوى ٦٢٤/٢١، والمغني لابن قدامة ٢٢٣/١، وفتح الباري لابن رجب ٣٠/٢.

(١٣٤) يُنظَر: روضة الناظر ١٩٧/٢، وكشف الأسرار ١/٢٥٧.

(١٣٥) يُنظَر: إعلام الموقعين ١٢٤/٤، وتفسير المنار ٢/٢٨٥.

(١٣٦) يُنظَر: خلق الإنسان بين الطب والقرآن، د. محمد البار ص ١٠١، والإعجاز القرآني في أحكام الحيض والاستحاضة، د. محمد عبد اللطيف سعد، ص ٦٠، والمحيض بين الدين والطب، د. سهير مختار، ص ٤٨-٥٠، وأحكام مباشرة النساء في أثناء فترة الدماء، د. عبد الله بن عبد المحسن الطريقي، مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود، العدد الرابع، رجب ١٤١١هـ، ص ٨٦.

## نتائج البحث:

- أحسبُ الأمور التالية كفيلاً بأن تكشف عن محتوى البحث وتُلخّص نتائجَه:
- لكل من الذكر والأنثى تكوينٌ خاصٌّ، ولكلٌّ أحكامٌ تتوافق وهذا التكوين، فسوى بينهما في أمور، وفُرق في أخرى.
  - ضمن الإسلام حق مشاركة البنات للأبناء في الإرث، ولم يجنبهن بالأبناء كما ذهبت إليه بعض الشرائع السابقة.
  - التأكيد على إنسانية المرأة وأنها شق الرجل، وأنها أهل للاستحقاق والتملك والتصرف كالرجل تمامًا، وفي هذا من التكريم للمرأة ما فيه.
  - الإسلام نظر إلى الحاجة، فأعطى الأكثر احتياجًا نصيبًا أكبر من الأقل احتياجًا؛ ولذلك كان حظ الأبناء أكبر من حظ الآباء؛ لأن الأبناء مقبلون على الحياة، والآباء مدبرون عنها.
  - الذي تولى أمر تقسيم التركات في الإسلام هو الله تعالى وليس البشر، فكانت بذلك من النظام والدقة والعدالة في التوزيع ما يستحيل على البشر أن يهتدوا إليه لولا أن هداهم الله.
  - شرائع الله كلها هدى ونور لأنها تنزيل من حكيم حميد.
  - تشريع الجزئيات التكليفية لا يأتي جزأً، بل لا بد له من مقاصد كلية، وإن غاب فقها عن العقول.
  - كمال المساواة بين الرجل والمرأة لا يستقيم متى كان ما للرجل هو عين ما للمرأة، وما لها له، وإلا فما وجه التمييز الخُلقي بينهما؟
  - الإسلام أنصف المرأة لما أعطى الرجل مثلي نصيبها؛ فلم يكلفها بإنفاقٍ أو التزام مالي
  - امتياز الرجل على المرأة في الميراث غير مطرد؛ فقد ترث أدنى منه، أو أكثر، أو تساويه، في حالات معلومة في مظانها.

- القانون الإلهي المتمثل في شريعة الإسلام ينص على إعلاء مكانة المرأة وضرورة تبوئها مكانها في المجتمع البشري.
- من يستقرئ التشريع الإسلامي يقف على حقيقة عظيمة؛ هي مراعاة خصوصية الأنوثة، والاحتياط لها، فيشرع لها من القوانين والضوابط ما يجعلها في مكرمة، بحيث لا تمييز للرجال دون النساء، فالكل خلق الله.

### أهم التوصيات:

- يوصي الباحث بضرورة عقد دورات، وإنشاء مراكز تثقيفية وتعليمية، تُعقد لبعض الفئات النسائية المؤثرة في المجتمع، بغية إعلاء وتبصير الوعي النسائي بقيمته وأهميته الاجتماعية.
- كما يوصي الباحث بتدريس الجانب النسائي مقارنًا بالدين الإسلامي والأديان الأخرى، لكل أنثى جامعية.
- ويوصي أيضًا بأهمية إقامة مشروع علمي يقوم على إناطة الأحكام بالمقاصد؛ التفاتًا لكلمة إمام الحرمين: "حق على كل من يحاول الخوض في فن من فنون العلوم أن يحيط بالمقصود منه"<sup>(١٣٧)</sup>.
- هذا.. وقد بدا للباحث أن غياب الدور التثويري للمرأة فيما يخص التثبيح على قيمتها الاجتماعية هو عماد الهجمات الخارجية الخبيثة، ومن ثم يقترح الباحث.. إنشاء صحيفة أو مجلة قومية بصفة دورية تختص المرأة، تصدرها هيئات رسمية؛ كالمجلس القومي للمرأة، ويشرف على تحريرها هيئة أكاديمية من أساتذة الشريعة في الجامعات.

(١٣٧) البرهان ٧/١.

## المراجع

- القرآن الكريم.
- أحكام القرآن لأبي بكر الرازي الجصاص الحنفي (ت: ٣٧٠هـ)، بتحقيق/ محمد صادق القمحاوي، ط/ دار إحياء التراث العربي - بيروت، ١٤٠٥ هـ.
- الإحكام في أصول الأحكام" لسيف الدين الآمدي (ت: ٦٣١هـ)، تحقيق/ عبد الرزاق عفيفي، ط/ المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- لبنان.
- أحكام مباشرة النساء في أثناء فترة الدماء، د. عبد الله بن عبد المحسن الطريقي، مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود، العدد الرابع، رجب ١٤١١هـ.
- أخبار العهد القديم: الإصحاح الثاني عشر من سفر صمويل الثاني.
- الإسلام في مواجهة حملات التشكيك، د. محمود زقزوق ص ١٠٢ - ط المجلس الأعلى للشئون الإسلامية عدد ٤٥ غرة ذو القعدة ط الثانية ١٤١٩هـ-١٩٩٩م.
- الإسلام والأديان الأخرى، أحمد عبد الوهاب.
- الإصحاح الثالث من سفر أشعيا.
- الإصحاح الحادي عشر من سفر الملوك الأول.
- الإعجاز القرآني في أحكام الحيض والاستحاضة، د. محمد عبد اللطيف سعد.
- إعلام الموقعين عن رب العالمين، لابن قيم الجوزية (ت: ٧٥١هـ)، بتحقيق/ محمد عبد السلام إبراهيم، الطبعة الأولى لدار الكتب العلمية - بيروت، ١٤١١ هـ - ١٩٩١م.
- افتراءات على الإسلام والمسلمين، أمير عبد العزيز، ط/ دار السلام، ٢٠٢م.
- الأمّ- للإمام الشافعي (ت: ٢٠٤هـ)، ط/دار المعرفة - بيروت، ١٩٩٠م.
- الإنجيل المنسوب للوقا، بدون طبعة.
- البحر الرائق شرح كنز الدقائق"، لابن نجيم المصري (ت: ٩٧٠هـ)، الطبعة الثانية لدار الكتاب الإسلامي.
- البحر المحيط في أصول الفقه" لأبي عبد الله بدر الدين الزركشي (ت: ٧٩٤هـ)، الطبعة الأولى لدار الكتبي، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤م.

- البحر المحيط في التفسير لأبي حيان (ت: ٧٤٥هـ)، بتحقيق/ صدقي محمد جميل، ط/ دار الفكر - بيروت، ١٤٢٠ هـ.
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد (ت: ٥٩٥هـ)، ط/ دار الحديث - القاهرة.
- بدیع النظام المسمى: "نهاية الوصول إلى علم الأصول" لمظفر الدين أحمد بن علي بن الساعاتي، بتحقيق/ سعد بن غزير بن مهدي السلمي، رسالة دكتوراة بجامعة أم القرى، ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م.
- تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق" للزيلعي (ت: ٧٤٣ هـ)، الطبعة الأولى للمطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، ١٣١٣ هـ.
- تفسير الطبري، المسمى: جامع البيان في تأويل القرآن - لابن جرير الطبري (ت: ٣١٠هـ)، بتحقيق: أحمد محمد شاكر، ط/ مؤسسة الرسالة، ١٤٢٠ هـ.
- الحاوي - للماوردي (ت: ٤٥٠هـ) بتحقيق/ علي محمد معوض، وعادل أحمد عبد الموجود، الطبعة الأولى لدار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م.
- الخصائص الكبرى لجلال الدين السيوطي (ت: ٩١١هـ)، ط/ دار الكتب العلمية - بيروت
- خلق الإنسان بين الطب والقرآن، د. محمد البار.
- سفر التكوين الإصحاح التاسع والعشرين.
- سفر التكوين، الإصحاح الرابع والثلاثين.
- سقوط العلمانية د/ عبد العزيز المرشدي، ط ١٩٩٥ م.
- شذات انتهاك الإسلام حقوق المرأة، د. صادق القيسي، بحث منشور بمجلة جامعة الأنبار.
- شذات حول قضايا المرأة المسلمة والرد عليها، د. عبد الحميد عيد عوض.
- شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح - لسعد الدين التفتازاني (ت: ٧٩٣هـ)، ط/ مكتبة صبيح بمصر.
- شرح مختصر الطحاوي للجصاص (ت: ٣٧٠ هـ)، بتحقيق/ د. عصمت الله عنایت الله محمد، وآخرين، الطبعة الأولى لدار البشائر الإسلامية، ١٤٣١ هـ - ٢٠١٠ م.

- طرق إنهاء الزوجية في الشرائع السماوية، د. أحمد الحجى.
- علم أصول الفقه - للأستاذ/ عبد الوهاب خلاف، ط/ دار الحديث
- العناية شرح الهداية لأكمل الدين البابرى (ت: ٧٨٦هـ)، ط/ دار الفكر.
- غاية السؤل في خصائص الرسول لابن الملقن (ت: ٨٠٤ هـ)، تحقيق: عبد الله بحر الدين عبد الله، ط/ دار البشائر الإسلامية - بيروت.
- فتاوى معاصرة د/ يوسف القرضاوى، ط دار الوفاء الثالثة ١٤١٥هـ-١٩٩٤م.
- الفرائض، لأبى القاسم السهيلي (ت ٥٨١هـ)، ط/ المكتبة الفيصلية بمكة المكرمة، ١٤٠٥.
- قواطع الأدلة في الأصول - لابن السمعاني (ت ٤٨٩ هـ)، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعى، ط/ دار الكتب - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ/١٩٩٩م.
- الكافي شرح أصول البزدوى" للحسام السغناقى (ت: ٧١٤ هـ)، دراسة وتحقيق/ فخر الدين قانت، ط/ مكتبة الرشد.
- مجموع الفتاوى، لشيخ الإسلام أحمد بن تيمية (ت: ٧٢٨هـ)، بتحقيق/ عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، ط/ مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية.
- المحيض بين الدين والطب، د. سهير مختار.
- المرأة فى الإسلام للأستاذ/ عبد المجيد صبح، ط مؤسسة النور.
- المرأة فى عصر الرسالة بين واقعية الإسلام وأوهام المرجفين د/ عبد العظيم المطعنى، ط دار الفتح الإعلامى.
- المرأة فى القرآن الكريم، الأستاذ/ عباس محمود العقاد، ط/ نهضة مصر.
- المغني لابن قدامة (ت: ٦٢٠هـ)، ط/ مكتبة القاهرة، ١٩٦٨م.
- مفتريات اليونسكو على الإسلام، للأستاذ/ محمد السمان، بدون طبعة.
- المقدمات الممهديات، لابن رشد (ت: ٥٢٠هـ)، بتحقيق الدكتور/ محمد حجى، الطبعة الأولى لدار الغرب الإسلامى، بيروت - لبنان، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م.



## التكيف القانوني لنزاعات المصارف الإسلامية ”دراسة مقارنة تطبيقية بأحكام القضاء العماني“

الدكتور/ محمد بن سيف بن دويم الشعيلي \*

### المخلص:

يأتي هذا البحث تحت مساق: (التكيف القانوني لنزاعات المصارف الإسلامية -دراسة مقارنة تطبيقية بأحكام القضاء العماني-) ليتناول الإجراءات والأطر القانونية لدعاوى الصيرفة الإسلامية مع بيان التكيف والعمل القضائي الكائن في تسوية تلك المنازعات بأروقة المحاكم العمانية على وجه الخصوص مع الاستفادة من أفضية الدول الأخرى والدراسات المستهدفة هذا المجال، وذلك عبر إطارين نظري وتطبيقي؛ وقد جاء في ثلاثة مباحث تضمن المبحث الأول: الإطار التشريعي للمصارف الإسلامية ومعاملاتها المالية، وتضمن المبحث الثاني: التكيف القانوني لعقود المصارف الإسلامية، وجاء المبحث الثالث متناولاً الإطار القضائي لدعوى المصرف الإسلامي. كما تضمن البحث نتيجة وتوصيات لما تتم معالجته في تلك النزاعات القضائية، فمن الله أستمد العون وأسأله التوفيق.

الكلمات المفتاحية: المصارف الإسلامية - عقود - نزاعات - العماني - التكيف القانوني.

\* باحث شؤون قانونية أول- المكتب الفني بالمحكمة العليا.



# The Legal Adjustment in the View of the Islamic Bank Disputes "A Comparative Study with the Omani Law Provisions"

Dr. Mohammed Saif Dwaim AL-Shuaili\*

## Abstract:

This research comes under (The Legal Adjustment in the View of the Islamic Bank Disputes - A Comparative Study with the Omani Law Provisions). It deals with the legal frame and procedures of the cases of Islamic banking. It clarifies the adjustment and the judicial work represented in the settlement of these disputes in the Omani courts in particular along with taking benefits of the other cases in the different countries and the targeted studies in this field.

It goes through theoretical and applied frames and three chapters. The first chapter contains the legislative frame of the Islamic banks and their financial transactions. The second chapter contains the legal adjustment of the Islamic bank contracts. The third chapter contains the judicial frame of the Islamic bank cases and it also contains the findings and the recommendations of the solved judicial disputes.

**Keywords:** Islamic Bank – Contracts – Disputes – Omani - Legal Adjustment.

---

\*Senior Legal Affairs Researcher, Technical Bureau of the Supreme Court.

## المقدمة

بههدف السعي لتتمة مستدامة متجذرة من عمل الصيرفة المالية بالسلطنة جاء تشريع المصارف الإسلامية مساندا للصيرفة التقليدية العادية لتحتضن العديد من المنتجات المالية المصرفية التي تعتمد على الشراكة بمختلف العقود الاستثمارية التي تعود بالنفع والانتفاع على الفرد والمجتمع، وفي هذا الإطار كان لأعمال هذه الصيرفة خصوصية في تكييف المعاملات والخدمات بعض الشيء، الأمر الذي يحتم خصوصية في تأصيل منازعاتها وتكييفها عند النظر عبر التسويات أو الأحكام القضائية، لذا جاء هذا البحث ليبين أهم أحكام منازعات المصارف الإسلامية عله أن يضيف الجديد ويخرج بالفريد والعديد من التوصيات والنتائج.

### أهمية البحث:

أصبحت الصيرفة الإسلامية -في العالم بشكل عام وفي البلدان الإسلامية بشكل خاص- حجر الرحي للعديد من الاستثمارات، وحفظ الودائع بما يضمن استدامة نفعها، وكذلك بناء المستقبل الاجتماعي والاقتصادي لأفراد المجتمع؛ نظرًا لشرعيتها الدينية، ومشاركاتها المالية بمختلف الطرق مع المتعاملين والزبائن الذي يبحثون عن يأخذ بأيديهم نحو أسلمة التعامل، وتحقيق المكاسب بأقل الخسائر، فعمل هذه الصيرفة قائم عرض المنتجات والخدمات التي تُوجد الثروة الحقيقية في المجتمع، وتؤدي إلى الرفاه والاستقرار والانتعاش الاقتصادي، بينما عمل الصيرفة التقليدية قائم على السيولة والنقد، ولأن تحقيق التتمة المستدامة والرفاه الاجتماعي والاقتصادي مُرتكز إلى ما يلبي حاجات الفرد والجماعة والمجتمع ومؤسساته فإن تكوين دراسات متخصصة هذا الجانب من الصيرفة، وبحث أحكامها ومستجداتها تبدو من الأهمية والضرورة بمكان.

### أهداف البحث:

إن غاية أي بحث الوصول إلى تحقيق أهداف مباشرة وغير مباشرة يضعها الباحث نصب عينيه في كل محور يصيغه ويسبر أغواره، وجاء هذا البحث لتحقيق مقاصد عدة منها:

١. رفد المكتبة العمانية وخاصة ذات التخصصات القضائية والقانونية والمصرفية بدراسة نوعية متعلقة بدعاوى الصيرفة الإسلامية وتكييفها والسوابق القضائية المتأولة أحكامها ومسائلها.

٢. نشر الثقافة القانونية والمصرفية للمجتمع بشكل عام، وللمتعاملين مع المصارف الإسلامية بشكل خاص بمحاور وأحكام التكييف الدقيق والصحيح لطبيعة الخدمات والعقود وعمل النواذ الإسلامية بمجالات الصيرفة.

٣. إمداد الكادر القضائي والقانوني المهتمين والعاملين في نظر منازعات الصيرفة الإسلامية بأحكام وطبيعة عمل هذه المصارف وخاصة أصحاب الفضيلة القضاة والمحامين والباحثين والدارسين لمجالات القانون وتخصصات الصيرفة الإسلامية.

٤. تصحيح المسار المتبع في نظر منازعات المصارف الإسلامية أمام القضاء والطرق البديلة له في شأن منازعات الصيرفة الإسلامية وعدم الخلط بينها وبين منازعات الصيرفة التقليدية الأخرى.

### إشكالية البحث:

تتبع صناعة البحوث العلمية من إشكاليات تستوقف الباحث من خلال مطالعته ومتابعته لموضوعات الدراسة التي يزعم طرقها والوقوف على أحكامها ومستجداتها واقعا وتشريعا، وفي هذه الدراسة تبدو إشكالية محورية تتمركز في التساؤل الرئيسي:

**كيف يكون التكييف القانوني لدعاوى المصارف الإسلامية وفقا للتشريع العماني؟**

وتتجذر عن هذه الإشكالية المحورية الرئيسة تساؤلات عدة فرعية تتمثل في الآتي:

١. ما هي الأسس التشريعية المنظمة لعمل المصارف الإسلامية ونوافذها بالسلطنة؟

٢. هل تكوين منتجات الصيرفة الإسلامية وتفسيرها هو ذاته في الصيرفة التقليدية؟

٣. ما القواعد الإجرائية والموضوعية للعمل القضائي في دعاوى الصيرفة الإسلامية؟

إن التساؤلات السابقة المحتضنة إشكالية الدراسة ستجيب عنها المحاور المختلفة التي سيتم دراستها واستعراض أحكامها في هذا البحث بمشيئة الله تعالى.

## منهج البحث:

اعتمد الباحث في صناعة بحثه على عدة مناهج بحثية متبعة ومطبقة في إعداد البحوث القانونية وذلك بما يتناسب مع طبيعة الموضوع، وما تقتضيه مصلحة إنجاز المحاور المطروقة في الدراسة؛ حيث اعتمد المنهج الوصفي من خلال إعطاء وصف لطبيعة المنازعات وما يجري عليه العمل في نظر منازعات هذه الصيرفة، وذلك من خلال المنهج الاستقرائي بتتبع الأحكام الصادرة في هذا الشأن من القضاء العماني وغيره، كما كان المنهج المقارن حاضرا عند الباحث؛ حيث قارن الأحكام القضائية العمانية مع الأحكام من بعض الدول كالأردن مثلا، ثم عمد الباحث إلى استخدام المنهج الاستنباطي والتحليلي لما وجده من ملاحظات على التطبيقات القضائية والخروج من خلالها بنتائج وتوصيات يرى أهمية تطبيقها.

## الحدود الموضوعية والمكانية:

تتحصر الحدود الموضوعية لهذا البحث في دراسة أحكام الصيرفة الإسلامية الصادرة من القضاء العماني ومقارنتها بأحكام القضاء من الدول ذات التجارب السابقة لنظر منازعات هذا النوع من الصيرفة، كما تتحصر محاور البحث في إعطاء التكييف القانوني السليم لطبيعة منازعات الصيرفة الإسلامية دون الخوض إلى محاور وأحكام العقود والمنتجات المصرفية الإسلامية ومجالات استثماراتها وشغلها؛ حيث إن تلك المجالات موضوعاتها كبيرة ومتعددة تتناول في مواضعها ومواقعها المناسبة وقتا وتخصصا.

## خطة البحث:

قسمت هذه الورقة إلى ثلاثة مباحث وخاتمة تتضمن أهم النتائج والتوصيات كالآتي:  
المبحث الأول: الإطار التشريعي للمصارف الإسلامية ومعاملاتها المالية.  
المبحث الثاني: التكييف القانوني لعقود المصارف الإسلامية.  
المبحث الثالث: الإطار القضائي لدعوى المصرف الإسلامي.  
الخاتمة.  
التوصيات.

## المبحث الأول

### الإطار التشريعي للمصارف الإسلامية ومعاملاتها المالية

بدأت النشأة التشريعية للصيرفة الإسلامية ومعاملاتها المختلفة في سلطنة عمان كنظام مصرفي مالي مؤسسي منذ أن صدر المرسوم السلطاني رقم (٢٠١٢/٦٩م)<sup>(١)</sup> بتاريخ ٢٠١٢/١٢/٦م والذي أضيف بموجبه باب سادس إلى القانون المصرفي العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠٠٠/١١٤م)<sup>(٢)</sup>، ويُعنى هذا الباب بتأسيس القواعد القانونية للأعمال المصرفية الإسلامية وأحكام مزاولتها، حيث اشتمل على ست مواد قانونية جديدة تضمنت الإطار التنظيمي والرقابي للأعمال المصرفية الإسلامية وتتمثل مقصدها في الآتي:

**أولاً:** حددت المادة (١٢١) وجوب العمل بقواعد القانون المشار إليه واللوائح والتعاميم والإرشادات الصادرة تنفيذًا لأحكامه على المصارف المرخص لها بمزاولة الصيرفة الإسلامية، بما لا يتعارض مع طبيعة الأعمال المصرفية الإسلامية.

**ثانياً:** إسناد اختصاص لمجلس المحافظين يتضمن وضع اللوائح والتعليمات والإرشادات المتعلقة بالأعمال المصرفية الإسلامية وذلك بشأن: الترخيص، التنظيم، والإدارة، والرقابة الشرعية، رأس المال، الائتمان، حدود الاستثمار والانكشاف، المحاسبة، التقارير، الإفصاح، إدارة المخاطر وغيرها، وهو ما نصت عليه المادة (١٢٢).

وقد حُدِّدت سلطات مجلس المحافظين في القانون المصرفي كما يأتي<sup>(٣)</sup>:

١. السلطات الرئيسية في المادة (١٤).

(١) وزارة الشؤون القانونية - سلطنة عمان، مرسوم رقم (٢٠١٢/٦٩م) بإصدار تعديل على بعض أحكام القانون المصرفي، صدر بتاريخ ٢٢/محرم/١٤٣٤هـ الموافق ٦/ديسمبر/٢٠١٢م، ونشر في الجريدة الرسمية العدد (٩٩٣).

(٢) وزارة الشؤون القانونية - سلطنة عمان، مرسوم رقم (٢٠٠٠/١١٤م) بإصدار القانون المصرفي، صدر بتاريخ ١٧/رمضان/١٤٢١هـ الموافق ١٣/ديسمبر/٢٠٠٠م، ونشر في الجريدة الرسمية العدد (٦٨٥) الصادرة بتاريخ ١٦/١٢/٢٠٠٠م.

(٣) مرسوم رقم (٢٠٠٠/١١٤م) بإصدار القانون المصرفي، مرجع سابق.

## ٢. السلطات الإضافية في المادة (١٥).

- (١) حددت المادة (٨) المسؤولية الوظيفية لمجلس المحافظين بالبنك المركزي بالفقرة (أ):
- إدارة البنك المركزي إلى مجلس للمحافظين،
  - الصلاحية الكاملة لاتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لإدارة البنك المركز وتنفيذ عملياته والإشراف على الأعمال المصرفية في السلطنة،
  - ممارسة السلطات المذكورة والسلطات الإضافية المنصوص عليها في المادتين (١٤) و(١٥) من هذا القانون.

**ثالثاً:** بينت المادة (١٢٣) سلطة البنك المركزي في الترخيص للمصارف الإسلامية التي لها الشخصية الاعتبارية المستقلة، وكذلك فتح النوافذ الإسلامية التي تكون تحت ظل المصارف التقليدية.

**رابعاً:** وضحت المادة (١٢٤) الإطار القانوني للأعمال المصرفية الإسلامية للمصارف الإسلامية المستقلة أو تلك النوافذ الإسلامية بالمصارف التقليدية -دون حصر- وذلك بما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، وذكرت من الأعمال التي تضطلع هذه المصارف والنوافذ القيام بها:

أ- قبول الودائع وإدارة حسابات للاستثمار المشترك أو المخصص برسوم وأرباح أو من غيرهما.

ب- التمويل والاستثمار في صيغة المضاربة أو المشاركة أو المرابحة أو الإجارة أو السلم أو الاستصناع أو القروض الحسنة وغيرها من الصيغ الشرعية.

ج- إصدار الصكوك المدعومة بالأصول والمشروعات والاستثمار فيها.

د- التعامل على الأموال العقارية والمنقولة بيعاً وشراءً واستثماراً وتأجيراً واستئجاراً، وذلك استثناء من القيود المنصوص عليها في هذا القانون والقوانين والمراسيم السلطانية ذات الصلة.

والمادة السابقة رسمت خارطة الطريق التشريعية في الجانب الموضوعي في عمليات هذه المصارف ومنتجاتها المصرفية على الصعيد المؤسسي بإداراتها، وكذلك على الصعيد القانوني للجهات القضائية المختصة، وعلى صعيد التعاملات الفردية والجماعية مع هذه

المصارف؛ إذ جعلت أحكام الشريعة الإسلامية تأصيلاً مستقراً، ومرجعاً واجب الاتباع، نظراً وتطبيقاً وتعاملاً لكافة معاملاتها التي تتم في مجال الصيرفة المالية، وبذلك وإن كان البعض يرى أن تكييف عقود المصارف تتسم بطابع الإدعان إلا أن ذلك يجب لا يتعارض مع القواعد القانونية المتصلة بالنظام العام في التشريع الوطني وما يقابله من قواعد القانون الدولي المتصلة بالنظام العام قبل من يلتزم بالأخيرة من الدول والمجتمعات. وسيأتي الحديث تفصيلاً عن طبيعة عقود المصارف الإسلامية وتكييفها القانوني لاحقاً -بمشيئة الله تعالى-.

**خامساً:** أشارت المادة (١٢٥) إلى خصوصية قانونية ميّزت بها المصارف الإسلامية ونوافذها وهي: إعفاؤها من الرسوم التي تفرض على التعامل في الأصول العقارية والمنقولة أو إيجارها أو استئجارها والتي تجربها لغرض مزاوله الأعمال المصرفية الإسلامية.

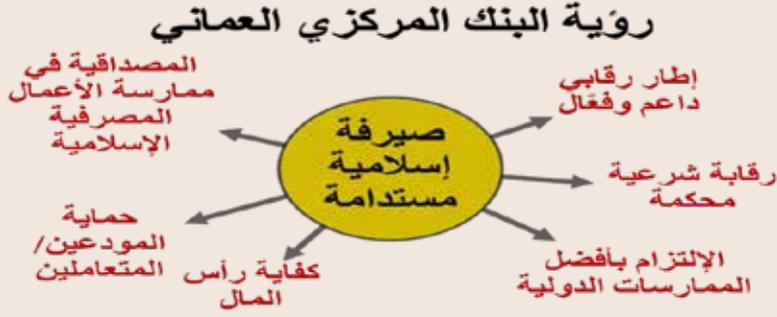
**سادساً:** حددت المادة (١٢٦) أسس الرقابة الشرعية وذلك من خلال:

أ- لجنة للرقابة الشرعية في المصرف المرخص له بموجب قرار من جمعيته العمومية، وتوضح اللوائح تشكيلها، واختصاصاتها، ونظام العمل بها، والشروط الواجبة توفرها في أعضائها.

ب- هيئة عليا للرقابة الشرعية بالبنك المركزي العماني بموجب قرار من مجلس المحافظين ويوضح القرار تشكيلها واختصاصاتها ونظام العمل بها والشروط الواجب توفرها في أعضائها.

**سابعاً:** إصدار الإطار التنظيمي والرقابي للصيرفة الإسلامية من البنك المركزي وقد جاء في عشرة أبواب تتضمن: متطلبات الترخيص، والالتزامات العامة والحوكمة، والمعايير المحاسبية وتقارير المدققين، وسلطات الإشراف والرقابة، وكفاية رأس المال، ومخاطر الائتمان، ومخاطر السوق، والمخاطر التشغيلية، ومخاطر السيولة، وأحكام متنوعة عملاً بالمادة (١٢٢) من المرسوم السلطاني رقم (٢٠١٢/٦٩م).

كما إن البنك المركزي العماني بصفته المؤسسة ومسؤوليته الإشرافية على أعمال الصيرفة في السلطنة يسعى بشأن الصيرفة الإسلامية إلى تحقيق الرؤية الاقتصادية الآتية<sup>(٤)</sup>:



وبالإشارة إلى النصوص التشريعية السابقة التي تُعدُّ التقنين الرسمي لميلاد الصيرفة الإسلامية بالسلطنة، فإنه يمكن أن نستنبط من ثانيا قواعدا مقاصد قانونية أراد تحقيقها المشرع العماني وجعلها قواعد آمرة لا يجوز الاتفاق أو التعاقد على مخالفتها ومن تلك المقاصد:

(١) جعل مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية الأساس التشريعي للتعاقد والتعامل المصرفي في المصارف الإسلامية ونوافذها في السلطنة".

والتنصيص بعبارة القيود التي يضعها مجلس المحافظين يعد في نظر بعض المتابعين أحد الأسباب المؤثرة في نجاح الصيرفة الإسلامية أو الحدّ من تحركها.

المقتضيات القانونية المؤيدة لهذا المقصد:

- المادتان (١٢١) و (١٢٤) من المرسوم (٢٠١٢/٦٩م) جاء في نص الأخيرة "دون القيود التي يضعها مجلس المحافظين، يكون للمصارف المرخص لها بمزاولة

(٤) سعود بن سيف البوسعيدي، ورقة عمل بعنوان: الإطار القانوني والتنظيمي للرقابة والإشراف على البنوك والنوافذ الإسلامية، مؤتمر عمان الثاني للتمويل والصيرفة الإسلامية - مسقط (١٧-١٨ مارس ٢٠١٣م)، مدير بدائرة تطوير المصارف بالبنك المركزي العماني.

الأعمال المصرفية الإسلامية في سياق ممارستها لتلك الأعمال القيام بكافة المعاملات دون حصر - وذلك بما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية".

- المادة (١) من قانون المعاملات المدنية العماني: "تسري أحكام هذا القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها ومعناها، ولم تنظمها قوانين، فإذا لم يوجد نص في هذا القانون حكمت المحكمة بمقتضى أحكام الفقه الإسلامي، فإذا لم توجد فمقتضى المبادئ العامة للشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد فمقتضى العرف"<sup>(٥)</sup>.

ووجه الشاهد من هذه المادة إشارتها إلى شمول التطبيق الحكمي التشريعي لأحكام هذا القانون على العقود والأعمال التي تطرح كمنتجات مصرفية للمصارف الإسلامية؛ حيث إن الأحكام الخاصة بالبيع تعريفاً وتنظيماً وتطبيقاً مضمنة بالمادة (٣٥٥) وما بعدها من قانون المعاملات المدنية. والبيع وأنواعه يعد من أحد منتجات الصيرفة الإسلامية، كمثل بيع السلم المبينة أحكامه بالمادة (٤٢٠) من القانون ذاته، وكذلك عقد القرض المبيّن بالمادة (٤٩٦) وما بعدها، وعقد المزارعة المبيّن بالمادة (٥٧٣) وما بعدها، وعقد المساقاة المبيّن بالمادة (٥٨٥) وما بعدها. كما تشير النصوص من قانون المعاملات المدنية إلى الرجوع لأحكام الفقه الإسلامي، والمبادئ العامة للشريعة الإسلامية وجعلها مصدراً تشريعياً، ومرجعاً قانونياً حال خلو نصوصه من أحكام مواضعه المدرجة أو عند تنظيمها من قبل قوانين أخرى، الإطار التنظيمي والرقابي للأعمال المصرفية الإسلامية والصادر من البنك المركزي.

٢) التركيز على الدور المحوري للجان الرقابة الشرعية الفرعية بالمصارف واللجنة الرئيسية بالبنك المركزي ومسؤولياتها الشرعية والمؤسسية حول متابعة انطباق التعامل لأعمال هذه المصارف مع النص الشرعي.

يتجلى هذا الدور من خلال إدراك أعضاء هذه اللجان والهيئات الرقابية بمبدأ تأكيد انتماء سلطنة عمان للدين الإسلامي تطبيقاً لنصوص النظام الأساسي للدولة عبر المادة

<sup>(٥)</sup> وزارة الشؤون القانونية، الجريدة الرسمية العدد (١٠١٢)، قانون المعاملات المدنية الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٩/٢٠١٣، سلطنة عمان، ص ٢.

الأولى منه والقائلة : سلطنة عمان دولة عربية اسلامية مستقلة ذات سيادة تامة عاصمتها مسقط.

وكذلك المادة الثانية المصرحة بالقول: دين الدولة الاسلام والشريعة الاسلامية هي أساس التشريع<sup>(٦)</sup>.

ويمكن أن تضطلع لجنة أو هيئة الرقابة الشرعية بالمصرف الإسلامي بالأعمال الموكلة إليها على النحو الآتي:

لا بد من وجود ثلاث هيئات للرقابة الشرعية:

أولاً- الهيئة العليا للرقابة: وهي على مستوى المصارف العليا كافة.

ثانياً- هيئة الفتوى: وهي على مستوى كل مصرف على حدة، وتقوم بالناحية النظرية وإيجاد البدائل الشرعية والحلول العملية لمشاكل المصارف الإسلامية

ثالثاً- هيئة التدقيق الشرعي: وهي على مستوى كل مصرف وتقوم بالناحية العملية، أي التأكد من التزام إدارة المصرف بالحدود المرسومة لها من الناحية الشرعية والتزامها بتوجيهات هيئة الفتوى والفتوى الصادرة منها<sup>(٧)</sup>.

كما يجب أن يتمثل دور هذه اللجان والهيئات بالاشتغال بمجال البحث العلمي المتخصص بمجال الصيرفة الإسلامية من الجانب التشريعي الفقهي والقانوني وعدم إهمال التجديد التشريعي القانوني بما يتناسب ومؤشرات أداء القضاء ومؤسساته في قضايا الصيرفة الإسلامية، وكذلك ينبغي عليها استقطاب واحتواء جميع الباحثين والمهتمين بهذا الشأن لإعداد البحوث والدراسات حول مستجدات ومتطلبات أعمال الصيرفة الإسلامية بما يقوم ببنائها على الصعيد الوطني والعالمي.

ولئن كانت السلطنة قد انتظمت في ركب الصيرفة الإسلامية الحديثة في تاريخ حديث جدا بموجب المرسوم السلطاني رقم (٢٠١٢/٦٩م) في عام ٢٠١٢م، بينما بدأت الصيرفة

(٦) وزارة الشؤون القانونية، سلطنة عمان، النظام الأساسي للدولة الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٩٦/١٠١)، ١٤١٧هـ/١٩٩٦م، ص ١٠.

(٧) حمزة عبد الكريم حماد، رسالة ماجستير بعنوان: الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية، الجامعة الأردنية، ٢٠٠٤م، ص ٤-٥.

الإسلامية الحديثة منذ ١٩٧٥م، إلا أن السلطنة ضاربة جذورها التاريخية في التعامل مع الصيرفة الإسلامية بحكم أنها بلد إسلامي سعى لتطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية بحذافيرها<sup>(٨)</sup>.

وقد سار العمانيون على تحكيم شرع الله في تعاملاتهم عبر مختلف العصور من خلال أئمة عدول محتسبين، ولعلّ من أبرز ما ارتأت الجهات المشتغلة بالتدخل فيه على الصعيد المجتمعي في السلطنة مما يخالف الرأي الشرعي ذي التحقيق في التعاملات المالية مسألة بيع الإقالة. يقول سماحة الشيخ: "فقد اجتمع علماء المسلمين بعمان في عهد الإمام محمد بن إسماعيل على كلمة سواء، وهي تحريم الانتفاع بغلة المبيع بالخيار ومنع الناس منعا باتا من الحوم حول حمى هذا الأمر استئصالا لشأفة الفساد وقطعا لدابر حزب الشيطان، وحرروا بهذا وثيقة شرعية أمضاها الإمام محمد بن إسماعيل وأكابر علماء عصره.."<sup>(٩)</sup>.

## المبحث الثاني

### التكييف القانوني لعقود المصارف الإسلامية

تطرق العديد ممن كتبوا عن معاملات ومنتجات وأعمال الصيرفة الإسلامية إلى الفروق المختلفة بينها وبين عمليات ومنتجات المصارف التقليدية وذلك من خلال اتجاهات مختلفة، وزوايا متعددة، شملت العديد من المبادئ والمحاور سواء كان من حيث مبدأ التأسيس والمقصد والغاية، أم من حيث مبدأ الطرق والوسائل التي تعمل بها هذه المصارف، وكذلك تعمقوا للحديث عن موضوعات الأعمال والمنتجات المصرفية بها، وما يهم معرفته في سبيل النهوض بصيرفة إسلامية حقيقية تحتضن من الجهات الرسمية بالدولة ليكتب لها الإبحار إلى شط الأمان تنظيرا وتطبيقا التركيز على جانبين اثنين:

(٨) أحمد البوصافي، ورقة عمل بعنوان: عقود المصارف الإسلامية وفق التجربة العمانية، (ندوة عقود المصارف الإسلامية - النظر الفقهي والتطبيق الواقعي)، ص ٧.

(٩) أحمد بن حمد الخليفي، فتاوى المعاملات - الكتاب الثالث، الطبعة الأولى، ٤٢٣هـ/٢٠٠٣م الأجيال للتسويق، برج روي - مسقط، ص ٤٣٠.

**الأول:** التكييف الفقهي والقانوني لعقود الصيرفة الإسلامية.

**الثاني:** الفقه التنزيلي الدقيق للنصوص على دعاوى الصيرفة الإسلامية.

تطرق المهتمون من المتقدمين والمتأخرين بفقه أحكام هذه الصيرفة إلى الحديث عن جانب الفقه التنزيلي للأحكام الشرعية المتصلة بمعاملات هذه الصيرفة بما يكفي لاستيعاب عقول العامة والخاصة لهذه المعاملات المالية والمصرفية. وحديث الباب هنا يتجه للكلام عن التكييف القانوني وتنزيله النصي الآمن على دعاوى الصيرفة الإسلامية ليكون حديث الشق الأول عن التوصيف بهذا المطلب وإرجاء الشق الثاني عن التنزيل (الإجراء) والنظر في التطبيقات في المبحث القادم إن شاء الله.

هناك مبادئ وقواعد عدة يجب مراعاتها في تفسير عقود الصيرفة الإسلامية كآتي:  
أولاً- التقيّد بأحكام الشريعة ومبادئها عند الوصف القانوني لمعاملات العقود المصرفية الإسلامية: أخذاً بقاعدة: (الحكم على الشيء فرع تصوره) <sup>(١٠)</sup>. يقول السبكي: "وإثبات الخطأ في بعض مجهول خطأ؛ لأن الحكم على الشيء فرع تصوره، والمجهول غير متصور وإثبات الخطأ في بعض معين يستدعي معرفته" <sup>(١١)</sup>.

(١٠) انظر: إسماعيل بن موسى الجبالي، قواعد الإسلام، المحقق: بشير بن موسى الحاج موسى، الطبعة الأولى، المطبعة العربية، غرداية - الجزائر، ٢٠٢٢/٢. وعلي بن عبد الكافي السبكي وولده تاج الدين أبو نصر عبد الوهاب، الإبهاج في شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٦هـ/١٩٩٥م، ١/١٧٢. ومحمد بن محمد بن محمد المعروف بابن أمير حاج ويقال له ابن الموقت الحنفي، التقرير والتحرير، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م، ٢/٢٢٦. وحسن بن محمد بن محمود العطار الشافعي، حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، دار الكتب العلمية، ٢/٣٦٠. ومحمد مصطفى الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق - سوريا، الطبعة الثانية، ١٤٢٧هـ/٢٠٠٦م، ١/٣٦١.

(١١) عبد الوهاب بن نقي الدين السبكي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ/١٩٩١م، ٢/٣٨٥.

## المستند لهذا المبدأ:

- يقول الله تعالى: قوله تعالى: ﴿وَكَيْفَ تَصْبِرُ عَلَىٰ مَا لَمْ تُحِطْ بِهِ خُبْرًا﴾<sup>(١٢)</sup>. وقال: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ﴾<sup>(١٣)</sup>، وقوله: ﴿وَلَا تَقُولُوا لِمَا تَصِفُ أَلْسِنَتُكُمُ الْكُذِبَ هَذَا خَلَالٌ وَهَذَا حَرَامٌ لِّتَفْتَرُوا عَلَى اللَّهِ الْكُذِبَ إِنَّ الَّذِينَ يَفْتَرُونَ عَلَى اللَّهِ الْكُذِبَ لَا يُفْلِحُونَ﴾<sup>(١٤)</sup>.

- المادة (٢) منه القائلة: "يرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله ودلالته إلى قواعد الفقه الإسلامي وأصوله"<sup>(١٥)</sup>.

وبطبيعة الحال فإن الأعمال والعقود المصرفية الإسلامية المضمنة بنصوص هذا القانون تسري عليها تلك الأحكام والمقاصد.

-المادة (ب/١٢٤) من تعديلات القانون المصرفي المقررة تشريع أعمال الصيرفة الإسلامية: "... يكون للمصارف المرخص لها بمزاولة الأعمال المصرفية الإسلامية في سياق ممارستها لتلك الأعمال القيام بكافة المعاملات -دون حصر- وذلك بما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية: ب/ التمويل، والاستثمار في صيغة المضاربة، أو المشاركة، أو المرابحة، أو الإجارة، أو السلم، أو الاستصناع، أو القروض الحسنة، وغيرها من الصيغ الشرعية"<sup>(١٦)</sup>.

والأصل العام فيما لم ينص عليه من أحكام المرابحة يرجع فيه إلى أحكام عقد البيع فهو -البيع- المصدر الرئيس الذي يستقى منه بيع المرابحة أحكامه؛ وأحكام البيع، هي:

(١٢) الكهف/٦٨.

(١٣) الإسراء/٣٦.

(١٤) النحل/١١٦.

(١٥) وزارة الشؤون القانونية، الجريدة الرسمية العدد (١٠١٢)، قانون المعاملات المدنية الصادر بالمرسوم

السلطاني رقم (٢٠١٣/٢٩)، سلطنة عمان، ص ٢.

(١٦) مرسوم رقم (٢٠١٢/٦٩) بإصدار تعديل على بعض أحكام القانون المصرفي، مرجع سابق.

الشريعة العامة التي تطبق على كل أنواع البيوع، ومنها: بيع المرابحة؛ فكل ما لم يضع له الفقهاء حكماً خاصاً في المرابحة تسري عليه الأحكام العامة في عقد البيع<sup>(١٧)</sup>.

**ثانياً- التكييف القانوني للعقود التي تبرم بالمصارف بشكل عام: هي عقود رضائية تخضع لأحكام سلطان الإرادة بين الأطراف أم عقود إذعان؟**  
**المستند لهذا المبدأ:**

١. قواعد المرسوم السلطاني (٢٠١٢/٦٩م) المشرعة بموجبها أعمال الصيرفة الإسلامية ذكرت عقود: (المضاربة أو المشاركة أو المرابحة أو الإجارة أو السلم أو الاستصناع أو القروض الحسنة وغيرها من الصيغ الشرعية).

٢. الإطار التنظيمي والرقابي للأعمال المصرفية الإسلامية ذكر عقود الصيرفة الإسلامية ومنها: "المضاربة، المشاركة المتناقصة، والمرابحة، والمساومة، والسلم، والاستصناع، والإجارة، والصكوك"<sup>(١٨)</sup>.

وذكر السنهوري تعريف العقود الرضائية والمساماة وأمثلتها بقوله: "العقود الرضائية: هو ما يكفي في انعقاده تراضي المتعاقدين، أي اقتران الإيجاب بالقبول. فالتراضي وحده الذي يكون العقد، وأكثر العقود في القانون الحديث رضائية. كالبيع والإيجار....، ولا يمنع العقد من أن يكون رضائياً أن يشترط في إثباته شكل مخصوص؛ إذ يجب التمييز بين وجود العقد وطريقة إثباته. فما دام يكفي في وجود العقد رضاء المتعاقدين فالعقد رضائي، حتى لو اشترط القانون لإثباته كتابة أو نحوها. والفائدة المالية من هذا التمييز أن الكتابة إذا كانت لازمة للإثبات (ad probatum) فإن العقد غير المكتوب يجوز إثباته بالإقرار أو اليمين. أما إذا كانت الكتابة ركناً شكلياً في العقد (ad solennitatem) فإن

(١٧) محمد الشحات الجندي، عقد المرابحة بين الفقه الإسلامي والتعامل المصرفي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، ١٤٣٦هـ/٢٠١٥م، ص ١٥٤.

(١٨) المرفق ١،٩، الإطار التنظيمي والرقابي لأعمال الصيرفة الإسلامية، البنك المركزي العماني، ص ٣٢.

العقد غير المكتوب يكون غير موجود حتى مع الإقرار أو اليمين. كما عرّف العقد المسمى بأنه: ما خصصه القانون باسم معين وتولى تنظيمه لشيوعه بين الناس في تعاملهم. والعقود المسماة في القانون الجديد إما أن تقع على الملكية، وهي البيع والمقايضة والهبة والشركة والقرض والصلح، وإما أن تقع على المنفعة وهي الإيجار وعارية الاستعمال، وإما أن تقع على العمل وهي المقاولة والتزام المرافق العامة وعقد العمل والوكالة والوديعة والحراسة، ويضاف إلى ذلك عقود الغرر وهي المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة وعقد التأمين، ثم عقود التأمينات الشخصية والعينية وهي الكفالة والرهن الرسمي ورهن الحيازة. ويلاحظ أن العقد المسمى، في غير النصوص التفصيلية التي تولت تنظيمه، يخضع للقواعد العامة التي تخضع لها سائر العقود<sup>(١٩)</sup>.

كما ذكر أحد المهتمين الآراء الواردة في تفسير عقود المصارف والتأمين من حيث اعتبارها عقود إذعان يغلّ فيها سلطان إرادة أحد الأطراف، أو اعتبارها من العقود الرضائية التي يسود في مبدأ سلطان إرادة الطرفين وذلك من خلال الأطر والضوابط الآتية<sup>(٢٠)</sup>:

---

(١٩) عبدالرزاق بن أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - نظرية الالتزام بوجه عام، تنقيح أحمد مدحت المراغي، طبعة ٢٠٠٤م، منشأة المعارف، الإسكندرية - جلال حزي وشركاه، ١ / ١٢٧ وما بعدها.

(٢٠) حمد بن خميس الجهوري، ورقة عمل بعنوان: سلطة القاضي في تفسير عقود المصارف الإسلامية، مقدمة إلى ندوة "عقود المصارف الإسلامية (النظر الفقهي والتطبيق القضائي)" - ميثاق للصيرفة الإسلامية.

## رأي القانونيين:

عقود التأمين وعقود المصارف تنطوي على مظنة الإذعان الظاهر منها التعسف، ويبرهن  
بـ:

☆ إنفراد البنك بإعداد وصياغة شروط العقود وفرضها على العميل دون أحقيته في التغيير بالأحكام أو الشروط.

☆ عدم وجود المنافسة الحقيقية بين تلك المصارف واعتمادها شروط شبه موحدة بالعقود.  
☆ تضمين العقد عادة شرط التحكيم ومنعه من اللجوء للقضاء.

☆ التعويل على دفاتر البنك وسجلاته كبينة للثبات أو النفي بالحسابات عن الاختلاف.  
☆ تضمين اعتبار التبليغ للعميل بمجرد إرسال رسالة نصية.

☆ تضمين عدم اعتراض العميل على بيانات الكشف الواردة خلال مدة قصيرة أنه إقرار بصحتها.

☆ تفرّد البنك حق الفسخ والتعديل من طرفه ودون موافقة طرف العميل.

☆ فرض غرامات ورسوم إدارية مبالغ فيها.  
☆ فرض ضمانات قاسية.

☆ وضع شروط تحكيمية حال رغبة العميل إعادة جدولة الدين.

## رأي الاقتصاديين:

لا يمكن الحكم على الإذعان قبّل عقود المصارف؛ كون إنفراد المصرف بصياغة واشتراط أحكام العقد حاصل من جهته فحسب، بل يرجع الأمر إلى وجود الاحتكار والمنافسة لتلك العقود بين المصارف فتمّ منافسة فلا إذعان، وتمّ احتكار فإذعان.

وما يفرق عقود الإذعان عن عقود التراضي بشكل عام، أو ما يشكل الجانب الأهم فيها، هو عدم وجود حوار مسبق أو مناقشة أو مساومة سواء من أحد أطراف العقد أو من الغير<sup>(٢١)</sup>.

يقول الكندي في وصف بعضها من بيع وإجارة وسلم واستصناع: "العقود السابقة كلها عقود معاوضة، وهي عقود تملك وتملك بين وحدات الفائض ووحدات العجز، فالمصرفية الإسلامية على هذا تتملك محل التمويل حقيقة بكل ما يتبع حق التملك من مغامم ومغارم ثم تملكه طالب التمويل مستأثرة بربحها الذي هو نتاج الفرق بين سعري التملك والتملك، والمسوغ للربح في الشريعة هي مخاطرة الغرم أو ما يعرف بالضمان، ودون وجود الملكية المخاطرة لا يكون هناك مسوغ شرعي للربح بل يستحيل العقد قرصاً ربوياً"<sup>(٢٢)</sup>.

كما إن قانون المعاملات المدنية العماني لم يذكر تعريف عقود الإذعان وأمثلتها واكتفى بذكر آلية تفسيرها والقبول بها كما بالمادة (٢/١٦٦) منه بالقول: "في عقود الإذعان يفسر الشك لمصلحة المذعن"، والمادة (٨٣) القائلة: "القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط موحدة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها"<sup>(٢٣)</sup>.

### رأي الباحث:

بما أن قانون المعاملات المدنية لم يشر إلى تعريف عقود الإذعان، وكما نستطيع التوصل إلى التفسير القانوني لهذه المسألة، وبالرجوع إلى أحكام القواعد القانونية المخصصة للعام، والظاهرة للخفي، والمفسرة للمشكل، الواردة بالكتاب الثاني (العقود المسماة) من ذات القانون وغيره، يتبين أن طبيعة وتكييف عقود الصيرفة الإسلامية

(٢١) هانية محمد علي فقيه، الرقابة القضائية على عقود الإذعان، مشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى ٢٠١٤، ص ١٥.

(٢٢) ماجد بن محمد الكندي، ورقة عمل بعنوان: مقارنة بين عقود المصارف الإسلامية والمصارف التقليدية، مقدمة إلى ندوة "عقود المصارف الإسلامية (النظر الفقهي والتطبيق القضائي)" - ميثاق للصيرفة الإسلامية.

(٢٣) قانون المعاملات المدنية الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٩/٢٠١٣، مرجع سابق.

المذكورة في القواعد القانونية المشرّعة لها أنها من العقود الرضائية المسماة الخاضعة لمبدأ سلطان الإرادة وليست من عقود الإذعان.

وبذلك تكون قواعد قانون المعاملات المدنية هي النصوص القانونية التي تحكم القاضي في نظره دعوى الصيرفة الإسلامية بجانب ما سبق تأصيله من مستند قانوني، وذلك بدلالة الفقرتين ١،٢ من المادة (٦٨) منه بالقول:

١. تسري على العقود المسماة منها وغير المسماة القواعد العامة التي يشمل عليها هذا الفصل.

٢. القواعد التي تنفرد بها بعض العقود المدنية تقررها الأحكام الخاصة المنظمة لها في هذا القانون أو في غيره من القوانين<sup>(٢٤)</sup>.

ثالثاً- مبدأ العقد شريعة المتعاقدين<sup>(٢٥)</sup>:

ويقصد بذلك أن العقد يلزم المتعاقدين كما يلزمهما القانون، فلا يستطيع أي منهما أن يتحلل بإرادته المنفردة من تنفيذ العقد الذي أبرمه، أو أن ينفرد بتعديل هذا العقد أو بإنهائه، كما لا يجوز للقاضي أن يقوم بشيء من ذلك، بل أن القانون ذاته لا يستطيع أن يعدل العقد، كما أنه إذا احتاج العقد إلى تفسير فإن هذا التفسير يجب أن يهدف إلى الوصول إلى ما أراده المتعاقدان<sup>(٢٦)</sup>.

وقد قررت مبادئ المحكمة العليا هذا المبدأ والقاعدة بقولها: "العقد غير المسمى يخضع في تكوينه وفي آثاره للقواعد العامة المقررة لجميع العقود. العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو لأسباب يقررها القانون. المحكمة تفسر العقد وتحدد نطاقه ثم تلزم المتعاقدين بتنفيذه متى نشأ صحيحاً. تطبق المحكمة العقد كما لو

<sup>(٢٤)</sup> قانون المعاملات المدنية الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٩/٢٠١٣، مرجع سابق.

<sup>(٢٥)</sup> أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، صححه وعلق عليه: مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق - سوريا، الطبعة الثانية، ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م. و

<sup>(٢٦)</sup> محمد ألبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، دار النهضة العربية، مصر، ص ٣٠.

كانت تطبق قانونا لقيامه مقام القانون في تنظيم العلاقة التعاقدية بين طرفيه. تعذر تنفيذ العقد يؤدي لقيام المسؤولية العقدية الموجبة للتعويض<sup>(٢٧)</sup>.

ولكن يجب على المفسر كي يعول على هذه القاعدة عند تعاطيه لنصوص العقود أن يدرك أن أعمال هذه القاعدة ليس على عمومها، وإنما يكون بمقتضى مقاصد الشريعة الغراء بشأن الأسرار التي رمتها من تشريع العقود، المتضمنة تحقيق مصلحة جميع أطراف العقد دون ظلم، أو غلو، أو إجحاف، أو ضرر للطرف الضعيف في التعاقد. يقول الريسوني: "وإذا فقصد الشارع إلى منع المظالم ثابت قطعاً وعموماً، وثابت خصوصاً في العقود، ومن هنا فإن العقود الظالمة -ظلماً بيناً- تشكل مخالفة صريحة وجسيمة لمقاصد الشريعة، فليس "العقد شريعة المتعاقدين" إلا إذا جاء في حدود الشريعة ومقاصدها إذا شريعة الله فوق شريعة المتعاقدين، فإذا تجاوزها العقد وجب نقضه أو تعديله بما يحقق العدل للطرفين، والظلم في العقود قد يكون خفياً لا يراه الطرفان، أو الطرف المتضرر على الأقل، ثم ينكشف، كما في الغرر والعيب، وقد يكون ظاهراً من أول أمره، ولكن أحد الطرفين مكره أو مضطر في تعاقد ذلك، وقد يكون العقد عادلاً في أول الأمر، ثم يطرأ من الظروف ما يجعل استمراره على حاله مجحفاً بأحد الطرفين. ففي هذه الحالات كلها يكون مطلوباً من المجتهد "قاضيًا أو غيره" أن ينظر في الأمر، ويجتهد له بما يحقق التوازن والعدل"<sup>(٢٨)</sup>.

(٢٧) الدائرة التجارية، الطعن رقم (٢٠٩/٢٠٠٥م) بجلسة الأربعاء ١٥/٢/٢٠٠٦م. المكتب الفني بالمحكمة العليا، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر المدنية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، (من ١/١/٢٠٠٦م وحتى ٣١/٦/٢٠٠٦م) - السنة القضائية (٦)، وزارة العدل - سلطنة عمان. ص ٣٨٧.

(٢٨) أحمد الريسوني، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، الدار العالمية للكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية، ١٤١٢هـ/١٩٩٢م، ص ٣٤٦. وهبة بن مصطفى الرحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته (الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخرجها)، دار الفكر، سورية - دمشق، الطبعة الرابعة، ١/١١٧.

وأما الإجازات الجائزة؛ فمن شرط جوازها أن تكون الأجرة مما يجوز بيعه والمنفعة التي تكون مقابلة الأجرة من جنس ما لم ينفه عنه الشرع، مثل إجازة الدور والدواب والناس على الأفعال المباحة، وكذلك جميع الأداة التي يحتاج الناس إليها في العمل مما ينقصه العمل<sup>(٢٩)</sup>.

وهذا التوجه من خصوصيات العقود المقررة تشريعاً ربانياً ووضعياً كما سبق ولا نجد ذلك في الصيرفة التقليدية، ولذا يجب أن تسلك المصارف الإسلامية طريقه بكل شفافية ففها وعملا، كما يجب على من تعرض أمامه دعاوى المصارف الإسلامية -محكماً أو قاضياً أو مفتياً- أن يجعل نصب عينيه مقاصد الشارع الحكيم التي قصدها في المعاملات المالية من حرية وفسحة التعاقد بما يخدم مصالح العباد ويؤدي إلى إعمار البلاد، فتقضى المآرب، وتتحق المطالب، شريطة الالتزام بأحكام ومبادئ الشريعة المحمدية ومن رضائية التعاقد وعدم الوقوع في المحذور، يقول الحق تبارك وتعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾<sup>(٣٠)</sup>. أما الخلط بين نصوص القواعد القانونية بالقوانين الأخرى أو بنصوص أحكام الشريعة دون جامع وعلّة مشتركة فلا يسوغ.

#### المستند لهذا المبدأ:

- مقاصد الشريعة المستوحاة من قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾<sup>(٣١)</sup>. وقوله: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾<sup>(٣٢)</sup>.
- حديث جابر عند الربيع أبو عبيدة عن جابر عن أنس بن مالك قال: نهى رسول الله -صلى الله عليه وسلم- عن بيع الثمار حتى تزهو، فقيل له: يا رسول الله وما تزهو؟

<sup>(٢٩)</sup> عامر بن خميس الشماخي، كتاب الإيضاح، مع حاشي الإمام محمد بن عمر الجري، مكتبة مسقط، سلطنة عمان، الطبعة الخامسة/ ١٤٢٥هـ/ ٢٠٠٤م، ٣/ ٥٨٥.

<sup>(٣٠)</sup> النساء/ ٣٩.

<sup>(٣١)</sup> المائدة/ ١.

<sup>(٣٢)</sup> البقرة/ ١٨٨.

قال: "تحمّر". فقال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: "أرَيْتُمْ لو منع الله الثمرة فبِمَ يأخذ أحدكم مال أخيه"<sup>(٣٣)</sup>.

■ المادة (١١٦) من قانون المعاملات المدنية القائلة: "يشترط أن يكون المحل قابلاً لثبوت حكم العقد فيه، ممكناً في ذاته، مقدوراً على تسليمه، وألاً يكون التعامل فيه ممنوعاً شرعاً أو قانوناً، وإلا كان العقد باطلاً".

■ المادة (١٢١) من قانون المعاملات المدنية القائلة: "إذا لم يكن للعقد سبب، أو كان سببه مخالفاً للشريعة الإسلامية أو النظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلاً".  
رابعاً- مبدأ الغنم بالغرم<sup>(٣٤)</sup>:

وهذا المبدأ والقاعدة حاكم رئيسي في عقود الصيرفة الإسلامية، فالسوق التجاري معرض للربح وللخسارة ولا يوجد ضامن لهما؛ فبقد ما يكون للشريك من نسبة في رأس المال والعمل يتحدد برجه كما تتحدد خسارته.

المستند لهذا المبدأ:

➤ حديث: "الخراج بالضمان"<sup>(٣٥)</sup>.

والمراد من الحديث أن الربح يكون لمن يتحمّل الخسارة.

جاء في موارد الضمان: قال الترمذي: "وتفسير (الخراج بالضمان): هو الرجل يشتري العبد فيستغله، ثم يجدُ به عيباً فيرده على البائع، فالغلة للمشتري؛ لأن العبد لو هلك،

<sup>(٣٣)</sup> أخرجه الربيع بن حبيب في مسنده، كتاب البيوع، (٣٢) باب ما ينهى عنه من البيوع، حديث رقم (٥٦٧). سالم بن سعيد البوسعيدي، الجامع الصحيح الربيع بن حبيب الفراهيدي مع تعليقات وشروحات موجزة، مكتبة الضامري للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٤٣٥هـ/٢٠١٤م، ص ١٤٣.

<sup>(٣٤)</sup> مسعود بن عمر التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، الناشر: مكتبة صبيح بمصر، ٣٨٤/٢. ومحمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، فتح القدير، الناشر: دار الفكر، ٢٢١/٩.

<sup>(٣٥)</sup> أخرجه أبو داؤد في سننه، سنن أبي داود، ٧٣- باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله، ثم وجد به عيباً، حديث رقم (٣٥٠٨). سليمان بن الأشعث السجستاني، المحقق: شبيب الأرنؤوط - محمّد كامل قره بللي، دار الرسالة العالمية، الطبعة الأولى، ١٤٣٠هـ/٢٠٠٩م، ٣٨٦/٥. وأخرجه ابن ماجه في سننه، باب الخراج بالضمان، حديث رقم (٢٢٤٣). سنن ابن ماجه، ابن ماجه محمد بن يزيد القزويني، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، ٧٥٤/٢.

هلك من مال المشتري، ونحو هذا من المسائل، يكون فيه الخراج بالضمان"، وقال الخطابي في "معالم السنن" ٣/ ١٤٧ - ١٤٩: "معنى الخراج: الدخل والمنفعة، ومن هذا قوله تعالى: {أَمْ تَسْأَلُهُمْ خَرْجًا فَخَرَجُ رِبِّكَ خَيْرٌ} ... ومعنى قوله: الخراج بالضمان: المبيع إذا كان مما له دخل وغلة، فإن مالك الرقبة الذي هو ضامن الأصل يملك الخراج بضمان الأصل ... والحديث إنما جاء في البيع، وهو عقد يكون بين المتعاقدين بالتراضي، وليس الغصب بعقد عن تراض من المتعاقدين، وإنما هو عدوان، وأصله وفروعه سواء في وجوب الرد، ولفظ الحديث مبهم، لأن قوله: (الخراج بالضمان) يحتمل أن يكون المعنى: أن ضمان الخراج بضمان الأصل، واقتضاء العموم من اللفظ المبهم ليس بالبين الجواز، والحديث في نفسه ليس بالقوي، إلا أن أكثر العلماء قد استعملوه في البيوع، فالأحوط أن يتوقف عنه فيما سواه<sup>(٣٦)</sup>.

#### خامساً - مبدأ لا اجتهاد عند وجود النص:

وهذا المبدأ مهم جداً؛ إذ لا يمكن أن يتأول القاضي أو المحكم أو المفسر للنصوص الشرعية والقانونية بشأن أحكام عقود الصيرفة الإسلامية إن كانت واضحة العبارة، لا تحتمل معانٍ متعددة، ولا تتصرف إلى أحكام أخرى.

#### المستند لهذا المبدأ:

- المادة (١٦٥) من قانون المعاملات المدنية العماني تنص على: "إذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يعدل عنها بحجة تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين، أما إذا كان في عبارة العقد غموض فيجب تفسيرها للبحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ويستهدي في ذلك بطبيعة التعامل وبالعرف الجاري وبما ينبغي أن يسود من أمانة وثقة بين المتعاقدين".
- المادة (١١٧/٢) من قانون المعاملات المدنية القائل: "إذا كان المحل معلوماً للمتعاقدين فلا حاجة إلى وصفه وتعريفه بوجه آخر ما لم يتغير".

<sup>(٣٦)</sup> علي بن أبي بكر بن سليمان الهيثمي، موارد الظمان إلى زوائد ابن حبان، المحقق: حسين سليم أسد الداراني - عبده علي الكوشك، دار الثقافة العربية، دمشق، الطبعة الأولى، (١٤١١هـ - ١٤١٢هـ) - (١٩٩٠م - ١٩٩٢م)، ٥/٤.

يتضح لنا من خلال الوقوف على بعض القواعد ومبادئ الأحكام أن عقود وعمل الصيرفة الإسلامية تختلف اختلافا جوهريا عن عقود الصيرفة التقليدية، وأنها في صياغتها وصناعتها واستثماراتها تتحدر من النصوص الشرعية من الكتاب والسنة والقواعد الفقهية والأصولية التي وضعت في جانب فقه المعاملات، وأنه على عبرة لما يكون من تصرفات فردية أو تجاوزات مؤسسية مصرفية تعمل بعقود الصيرفة وتضفي لها صبغة الإسلامية ما دامت لا تقيم أحكام الشريعة المقررة في عقود المعاملات المالية كالبيع والمرابحة والإجارة والاستصناع وغيرها.

### المبحث الثالث

#### الإطار القضائي لدعوى المصرف الإسلامي

يجب في أصول التقاضي والترافع أمام المحاكم العمانية الفقه مراعاة قواعد مهمة يترتب عليها إما صحة الأحكام وتأييدها أو بطلانها وتعريضها للنقض قبل المحاكم الأعلى درجة، وهذه القواعد تتمثل في:

أولاً: قواعد التقاضي الإجرائية.

ثانياً: قواعد التقاضي الموضوعية.

إن قانون الإجراءات المدنية والتجارية يتميز بخاصتين رئيسيتين أولاهما الصبغة الشكلية، وثانيتها الصبغة الأمرة باعتبار أن جلّ أحكام هذا القانون لها مساس بالنظام العام لتحقيق المساواة بين كل المواطنين وخضوع كل القضايا لنفس الإجراءات بقطع النظر عن الفائمين بها ومكانتهم الاجتماعية ضرورة أن العدالة لا لون لها<sup>(٣٧)</sup>.

والكثير من قواعد قانون المرافعات يتعلق بالنظام العام. فقوانين النظام العام القضائي من النظام العام؛ لأنها تنظم سلطة عامة من سلطات الدولة ويقصد منها تحقيق العدالة على وجهها الأكمل. أما قواعد الاختصاص فمنها ما يتعلق بالنظام العام إذا روعي

(٣٧) خليفة بن محمد الحضرمي وحسين بن سليمة، أصول المرافعات المدنية والتجارية في القانون العماني، مطابع النهضة، مسقط، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣م، ص ٦.

بصددها التيسير على المتقاضين ومراعاة مصالحهم الخاصة، أما قوانين المرافعات بالمعنى الخاص فالكثير منها يتعلق بالنظام العام؛ لأنه يتصل بالمبادئ الأساسية في التقاضي كمبدأ علانية الجلسات وطرق الطعن في الأحكام ومواعيده وتنفيذ الأحكام<sup>(٣٨)</sup>.

**والقواعد الإجرائية للتقاضي أمام القضاء العماني تتضمن:**

**أولاً- قواعد الاختصاص بأنواعه:** وذلك في الكتاب الأول (التقاضي أمام المحاكم) في الباب الأول (الاختصاص) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني.

أ) **الولائي أو الوظيفي**<sup>(٣٩)</sup>: وضحته المادة (٨ ق. س. ض)<sup>(٤٠)</sup>، ويجوز لأي من الخصوم إبداء الدفع بعدم الاختصاص ولأول مرة أمام المحكمة العليا، حيث أن سكوت الخصم عن الدفع بعدم الاختصاص في أول مراحل الدعوى لا يسقط حقه في التمسك بعدم الاختصاص في مرحلة أخرى من مراحل الدعوى<sup>(٤١)</sup>.

**ومن المبادئ القضائية الصادرة من المحكمة العليا بشأنه:** "الدعاوى التي يرفعها

القضاة المساعدون المتعلقة بشؤونهم الوظيفية ينعقد الاختصاص فيها لإحدى دوائر المحكمة العليا التي يحددها مجلس الشؤون الإدارية. سنده. المادة (٢٠) و (٢٧) و

<sup>(٣٨)</sup> أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الخامسة عشرة، ص ١٩.

<sup>(٣٩)</sup> يقصد به: توزيع المنازعات على الجهات القضائية الموجودة بالدولة، أو هو نطاق القضايا التي يمكن أن تباشر فيه كل جهة قضائية ولايتها. انظر: على أبو عطية هيكل، شرح قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٢م، ص ١٦٥.

<sup>(٤٠)</sup> إذ نصت على: "قيما عدا الخصومات الإدارية، تختص المحاكم المنصوص عليها في هذا القانون بالحكم في الدعاوى المدنية والتجارية ودعاوى الأحوال الشخصية، والدعاوى العمومية والعمالية والضريبية والإيجارية وغيرها التي ترفع إليها طبقاً للقانون، إلا ما استثني بنص خاص، وتبين النصوص الإجرائية قواعد اختصاص المحاكم". انظر: وزارة الشؤون القانونية بسلطنة عمان، قانون السلطة القضائية، الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٩٩/٩٠، نشر في الجريدة الرسمية رقم (٦٦٠)، ١٢/١/١٩٩٩م، ص ٣.

<sup>(٤١)</sup> محمد بن عبدالله الهاشمي، السلطة القضائية في سلطنة عمان بين الشريعة والقانون، الطبعة الأولى، ١٤٣١هـ/٢٠١٠م، مسقط - سلطنة عمان، ٣٦٣/١.

(٧٠) و (٧١) و (٧٢) من قانون السلطة القضائية. خلافاً لما دفع به المدعى عليه بعدم الاختصاص الولائي..<sup>(٤٢)</sup>.

(ب) القيمي<sup>(٤٣)</sup>: وضحته المادتان (٣٦ و ٣٧ ق. إ. م. ت) <sup>(٤٤)</sup>، كالاتي:

النوع	المحكمة الابتدائية من قاض	المحكمة الابتدائية من ثلاثة قضاة
الدعاوى	لا تجاوز سبعين ألف ريال	تجاوز سبعين ألف ريال لا تجاوز ألف ريال حكمها نهائي

وحسب الاختصاص القيمي السابق، يكون الاختصاص لكلا المحكمتين سواء كانت الدعوى المرفوعة أصلية أو دعوى معارضة أو مرتبطة بالدعوى الأصلية، وتختص المحاكم الابتدائية مشكلة من ثلاثة قضاة بالحكم في الطلبات الوقتية أو المستعجلة وسائر الطلبات العارضة كذلك في الطلبات المرتبطة بالطلب الأصلي<sup>(٤٥)</sup>.

**وأهمية الاختصاص القيمي في الدعوى تتمثل في عدة نواح منها: ضمان سير عملية القضاء بصفة أساسية، تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع، تحديد مدى قابلية الحكم**

<sup>(٤٢)</sup> دائرة شؤون القضاة، الطعن رقم (٤/٢٠٠٨م) بجلسة الإثنين ٢٠/٤/٢٠٠٩م. المكتب الفني بالمحكمة العليا، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر المدنية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، (من ١/١٠/٢٠٠٨م وحتى ٣٠/٦/٢٠٠٩م) - السنة القضائية (٩)، وزارة العدل - سلطنة عمان. ص ٤٢٣.

<sup>(٤٣)</sup> يقصد به: توزيع النظر في المنازعات بين المحاكم حسب قيمة الدعوى، بحيث لا يكون للمحكمة صلاحية النظر في المنازعة إذا كانت قيمتها النقدية تزيد عن حد معين. ويعرف هذا الحد بِنصاب الاختصاص أو القاعدة. انظر: أحمد خليل، أصول المحاكمات المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، ٢٠٠٥م، ص ٨٣.

<sup>(٤٤)</sup> وزارة الشؤون القانونية بسلطنة عمان، قانون الإجراءات المدنية والتجارية، الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٩/٢٠٠٢، نشر في الجريدة الرسمية رقم (٧١٥)، ١٧/٣/٢٠٠٢، ص ١٠ وما بعدها.

<sup>(٤٥)</sup> عبد الحكيم عكاشة، شرح قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني (النظام القضائي - الدعوى - الاختصاص)، الأجيال، مطبعة عمان ومكتباتها المحدودة، الطبعة الأولى ١٤٢٦هـ/٢٠٠٥، ص ١٧٦ وما بعدها. وانظر المادة (١/٤٢) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية.

للطعن بالاستئناف، تحديد قدر الرسوم، حالات تقديم الصحيفة وتوقيعها من قبل محام وفقاً للمادة (٣١) <sup>(٤٦)</sup> من قانون المحاماة، قواعد تقدير الدعوى.

**ومن مبادئ القضاية الصادرة من المحكمة العليا بشأنه: "الاختصاص القيمي للمحكمة الابتدائية المشكلة من قاض فرد محدد بما لا تتجاوز قيمة الدعوى سبعين ألف ريال. مخالفة ذلك أثره. نقض الحكم لتعلقه بالنظام العام" <sup>(٤٧)</sup>.**

**أ) النوعي <sup>(٤٨)</sup>: وضحته المواد (٣٦ و ٣٧ و ٤٢ ق. إ. م. ت) <sup>(٤٩)</sup>، كالاتي:**

النوع	المحكمة الابتدائية من قاض	المحكمة الابتدائية من ثلاثة قضاة
الدعاوى	التي ليست من اختصاص المحكمة الابتدائية المشكلة من ثلاثة قضاة، والقضايا المستعجلة.	الإفلاس، والصلح والواقي منه، وتصفية الشركات، والتأمين، والمنازعات بين المتعاملين في مجال الأوراق المالية، والدعاوى المتعلقة بالملكية الفكرية، وبراءات الاختراع، ويندب أحد قضاتها للقضايا المستعجلة.

<sup>(٤٦)</sup> تنص المادة بأنه: "لا يجوز للشركات والمؤسسات التجارية رفع دعوى تزيد قيمتها على خمسة آلاف ريال عماني إلا عن طريق محام، ولا يجوز للأفراد رفع دعاوى مدنية أو تجارية أو ضريبية تزيد قيمة أي منها على خمسة عشر ألف ريال إلا عن طريق محام". انظر: وزارة الشؤون القانونية، الجريدة الرسمية العدد (٨٦٤)، المرسوم السلطاني رقم (٢٠٠٨/٧٨) بإجراء تعديلات في قانون المحاماة، سلطنة عمان، ص ٩١.

<sup>(٤٧)</sup> الدائرة العمالية، الطعن رقم (٢٠١٠/١٠٨) ورقمي (٢٠١٠/٦٢) بجلسة الإثنتين ٢٠١٠/١٠/١١م. المكتب الفني بالمحكمة العليا، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر المدنية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، (من ٢٠١٠/١٠/١م وحتى ٢٠١١/٦/٣٠م) - السنة القضائية (١١)، سلطنة عمان. ص ٨٢١.

<sup>(٤٨)</sup> يقصد به: تلك القواعد التي عن طريقها توزيع العمل داخل الجهة القضائية الواحدة؛ وذلك طبقاً لنوع الدعوى (تجارية، مدنية، عمال، ضرائب، أحوال شخصية، اقتصادية). انظر: جابر فهيمي عمران، شرح قانون السلطة القضائية في سلطنة عمان، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٢م، ص ٢٣٥.

<sup>(٤٩)</sup> قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني، ص ١٠ وما بعدها.

ومن مبادئ القضاية الصادرة من المحكمة العليا في ذلك: "توزيع الاختصاص بين الدوائر داخل المحكمة الواحدة تنظيم داخلي، ليس متعلقا بالنظام العام، أثره. لا يعيب الحكم كونه صدر من دائرة مدنية في مادة شرعية"<sup>(٥٠)</sup>.

"إن الاختصاص الولائي والنوعي من النظام العام لذلك يظل قائما ومطروحا دائما على المحكمة ولو لم يثره الطرفان أو أحدهما طالما أن الحكم به لم يصبح نهائيا"<sup>(٥١)</sup>.

**(د) المحلي أو المكاني<sup>(٥٢)</sup>:** وضحته المواد (٤٤ و ٥٧ ق. إ. م. ت) <sup>(٥٣)</sup>، وحددت المادة (٥٠) المحكمة المختصة مكانيا بنظر الدعاوى التجارية المعنية بالصيرفة الإسلامية وغيرها في المجال ذاته بالقول: "في المواد التجارية يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع بدائرتها موطن المدعى عليه أو محل تجارته أو للمحكمة التي تم الاتفاق ونفذ كله أو بعضه في دائرتها، أو للمحكمة التي يجب تنفيذ الاتفاق في دائرتها"<sup>(٥٤)</sup>، وقواعد الاختصاص المحلي لا تتعلق بالنظام العام؛ لكونها لا تتعلق بالمصلحة العامة، وإنما تتعلق بمصلحة الخصوم، إذ روعي فيها تيسير سبل التقاضي للمواطنين بجعل المحكمة قريبة من موطن الخصوم أو محل المال المتنازع عليه، ويترتب على ذلك:

<sup>(٥٠)</sup> الدائرة الشرعية، الطعن رقم (٢٠٠٦/٧٧) بجلسة السبت ١٦/١٢/٢٠٠٦م. المكتب الفني بالمحكمة العليا، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر المدنية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، (من ١/١٠/٢٠٠٦م وحتى ٣١/٦/٢٠٠٧م) - السنة القضائية (٧)، وزارة العدل - سلطنة عمان، ص ٤١. <sup>(٥١)</sup> الدائرة التجارية، الطعن رقم (٢٠٠٢/١٨٧) بجلسة الأربعاء ٢١/٥/٢٠٠٣م. المكتب الفني بالمحكمة العليا، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة التجارية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها لغاية ٣١/١٢/٢٠٠٣، السنة القضائية (٢٠٠٤)، وزارة العدل - سلطنة عمان. ص ٢٠٦.

<sup>(٥٢)</sup> هو سلطة كل محكمة من محاكم طبقة واحدة بالفصل في دعاوى معينة بحسب موقعها الجغرافي داخل إقليم الدولة...، ويمكن تعريف قواعد الاختصاص المحلي بأنها القواعد التي توزع الدعاوى بين محاكم طبقة واحدة على أساس المكان. انظر: علي هادي العبيدي، قواعد المرافعات المدنية في سلطنة عمان، شرطة عمان السلطانية، أكاديمية السلطان قابوس لعلوم الشرطة، الطبعة الأولى، ١٤٢٦هـ/٢٠٠٦م، ص ١٢٧.

<sup>(٥٣)</sup> قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني، مرجع سابق، ص ١٢ وما بعدها.

<sup>(٥٤)</sup> قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني، مرجع سابق، ص ١٣.

- جواز اتفاق الخصوم على مخالفة قواعد الاختصاص المحلي مع وجوب مراعاة من استثنى بنص أو تم تخويله اختصاصا لمحكمة أخرى بنص القانون.
- عدم لزوم تصريح قبول الخصوم لاختصاص محكمة أخرى ويكفي تضمين قبولهم بالسكوت.
- يجب إبداء دفع عدم الاختصاص المحلي من قبل الخصوم في أول جلسة وإلا سقط حقهم بذلك.
- عدم جواز التمسك بدفع عدم الاختصاص المحلي من قبل النيابة العامة أو المحكمة<sup>(٥٥)</sup>.

ومن مبادئ القضاة الصادرة من المحكمة العليا في ذلك: "وقع الحادث في عبري وأن الطاعن لديه فرع فيها مما ينعقد معه الاختصاص لمحكمة عبري الابتدائية عملاً بالمادة (٢/٥١) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية"<sup>(٥٦)</sup>.

هـ) الدولي<sup>(٥٧)</sup>: وضحته المواد (٢٩ إلى ٣٥ ق. إ. م. ت)<sup>(٥٨)</sup>، حيث يكون نظر الدعاوى من اختصاص المحاكم العمانية كالاتي:

<sup>(٥٥)</sup> طلعت يوسف خاطر، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والتجارية (قانون المرافعات المدنية والتجارية)، دار الفكر والقانون، المنصورة، ٢٠١٠م، ص ٢٩٣ - ٢٩٤.

<sup>(٥٦)</sup> الدائرة المدنية، الطعن رقم (٢٠١٥/٢٩٧) بجلسة الإثنين ٩/١١/٢٠١٥م. المكتب الفني بالمحكمة العليا، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر المدنية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، (من ١/١٠/٢٠١٤ وحتى ٣٠/٦/٢٠١٦م) - السنة القضائية (١٥-١٦)، مجلس الشؤون الإدارية للقضاء - سلطنة عمان، ص ١٠١.

<sup>(٥٧)</sup> بيان تلك الحدود التي تباشر فيها محاكم دولة معينة سلطتها القضائية بالمقابلة مع الحدود التي تباشر فيها محاكم الدول الأجنبية هذه الوظيفة. انظر: محي الدين جمال، بحث بعنوان: تنازع الاختصاص القضائي الدولي - المواد ١٠ - ١١ من قانون الإجراءات المدنية الجزائرية، جامعة سعددحلب، الجزائر، ص ٧٠.

<sup>(٥٨)</sup> قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني، مرجع سابق، ص ١٢ وما بعدها.

غير العماني	العماني
له موطن أو محل إقامة	لم يكن له موطن أو محل إقامة
ليس له موطن في حالة: موضوع الدعوى مال بالسلطنة، أو التزام نشأ أو نفذ أو كان واجب النفاذ فيها، أو بإفلاس أشهر فيها. قبل ولاية المحاكم العمانية صراحة أو ضمنا	

ومن المبادئ القضائية الصادرة من المحكمة العليا بشأنه: "إن الجنسية ضابط من ضوابط الاختصاص وفقا لنص المادة (٢٩) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية التي تنص على أن "تختص المحاكم العمانية بنظر الدعاوى التي ترفع على العماني ولو لم يكن له موطن أو محل إقامة في السلطنة... الخ" وهذا يعني أن الاختصاص ينعقد للمحاكم العمانية حتى ولو كانت محاكم دولة أخرى أجنبية مختصة بنظر النزاع"<sup>(٥٩)</sup>.

ثانياً: تقديم صحيفة الدعوى وفقا لأحكام المواد (٢٩ إلى ٣٥ ق.إ.م.ت).

ثالثاً: الالتزام بأحكام صحة التوكيل في الحضور والخصومة وفقا لأحكام المواد (٧٥ إلى ٨٣ ق.إ.م.ت).

رابعاً: الالتزام بمواعيد الحضور أمام المحاكم ومواعيد إبداء الدفوع بشأن اختصاص المحكمة محليا وولائيا وغيرها وفقا لأحكام المواد (١١٠ إلى ١١٦ ق.إ.م.ت).

القواعد الموضوعية للتقاضي أمام القضاء العماني:

نتطرق إلى قواعد موضوع نظر دعاوى الصيرفة الإسلامية عطا على ما تم بسطه سابقا بشأن المبادئ والقواعد التي يجب على القاضي أو المحكم أو الباحث إعمالها ومراعاتها عند تكييف وتوصيف هذا النوع من الدعاوى والمنازعات، وسوف أعرض بعض

<sup>(٥٩)</sup> الدائرة التجارية، الطعن رقم (٢٠٠٢/١١٠م) بجلسة الإثنين ٣٠/٤/٢٠٠٣م. المكتب الفني بالمحكمة العليا، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة التجارية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها لغاية ٣١/١٢/٢٠٠٣، مرجع سابق، ص ١٨٣.

الملاحظات التي رصدتها من خلال وقوفي على بعض الأحكام الصادرة في مثل هذه المنازعات سواء من داخل السلطنة أم خارجها، حيث تبيّن لدي أن أهم الملاحظات العامة لتلك التطبيقات القضائية كما يأتي:

**أولاً- شحّ التطبيقات القضائية في الصيرفة الإسلامية وندرته في المحاكم العمانية:**  
فقد وقفت على حكمين لأحد الباحثين، وظفرت بنفسي على ستة أحكام غيرها، وأعزو سبب ذلك لأمر منها:

- ركون المصارف الإسلامية إلى تسوية منازعتها عبر الطرق الودية؛ تجنباً لعدة أمور تتعلق بالتأخير في مدد التقاضي وإجراءاتها، والجوانب المالية والاقتصادية بالصيرفة.
- الفراغ التشريعي القانوني التخصصي بموضوع المعاملات المصرفية الإسلامية بالسلطنة، والتي تؤدي إلى خشية المستثمر في الحصول على مبتغاه من طلباته عبر الدعوى القضائية في ظل التشريع والتطبيق والتفسير المعمول به حالياً أمام المحاكم.

#### **التطبيق والمبادئ القضائية:**

من المبادئ التي صدرت من المحكمة العليا والتي عالجت ما وقع فيه الناس من تعاملات بالربا تحت تدرّج بأغطية مختلفة كالرهن وغيرها ما نصه: "بطلان المعاملة وصحتها يحددها تكييفها القانوني لا تسمية الأطراف لها، كل قرض جر نفعاً فهو ربا. المعاملة التي وقعت بين الطاعن والمطعون ضده هي معاملة ربوية في صورة رهن إلا أنه لم يوثق، فقد قبض المقرض أو الدائن الدكاكين من المدين مقابل القرض واستغلها فصار قرضاً، وكل قرض جر نفعاً فهو ربا إلا أن المطعون ضده سماه استثماراً مستدلاً على جواز ذلك أنه لم يوثق بكتابة لدى الإسكان ولم تحدد فائدته وما دام كذلك فهو خارج عن حكم الرهن وهو استثمار ولكن مهما أضيفت على هذه المعاملة من المحسنات اللفظية فهي معاملة ربوية باطلة وباطل كل ما يترتب عليها.. لذا نقضي المحكمة بإلغاء

الحكم المطعون فيه وإعادة الدعوى بهيئة مغايرة لإجراء المقاصة بين الطرفين ويأخذ كل ذي حق حقه (لا تظلمون ولا تظلمون)"<sup>(٦٠)</sup>.

**ثانياً- القصور في تسبب الأحكام بالتقصير في إعطاء الوصف القانوني للوقائع وتأسيس موضوعها:**

وذلك بتطبيق أحكام بعض القوانين عند تسبب أحكام قضايا الصيرفة الإسلامية، وذلك ناتج عن أمرين اثنين:

- ضعف التكوين الفقهي والقانوني بأحكام وقواعد معاملات الصيرفة الإسلامية بما يتفق وأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية.
- قناعات عقيدة المحكمة (القضاة) بعدم التفرقة بين المعاملات المصرفية بالمصارف التقليدية والمصارف الإسلامية والخلط بينها عند نظرها وتسببها، وخاصة في اعتبار الأرباح الناتجة عن عقود الصيرفة الإسلامية فوائد مصرفية مثل فوائد المعاملات الربوية في المصارف التقليدية تعويلاً على المادة (٨٠) من قانون التجارة القائلة: "للدائن الحق في اقتضاء عائد مقابل حصول المدين على قرض أو دين تجاري، ويتم تحديد العائد باتفاق الطرفين في الحدود التي تحددها وزارة التجارة والصناعة بالاتفاق مع غرفة تجارة وصناعة عمان كل عام مع مراعاة أجل القرض وأغراضه ومخاطره. وإذا تأخر المدين عن الوفاء في ميعاد الاستحقاق، كان للدائن الحق في اقتضاء العائد المتفق عليه عن مدة التأخير"<sup>(٦١)</sup>.

<sup>(٦٠)</sup> الدائرة المدنية (أ)، الطعن رقم (٣٧٨/٢٠١١م) بجلسة الأحد ٣٠/١٠/٢٠١١م. المكتب الفني بالمحكمة العليا، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر المدنية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، (من ١/١٠/٢٠١١م وحتى ٣/٦/٢٠١٢م) - السنة القضائية (١٢)، مجلس الشؤون الإدارية للقضاء - سلطنة عمان، ص ٩٨.

<sup>(٦١)</sup> وزارة الشؤون القانونية بسلطنة عمان، قانون التجارة، الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٩٠/٥٥)، صدر في ١٨/ذي الحجة/١٤١٠هـ/١٩٩٠م، غرفة تجارة وصناعة عمان، ٢٠١٦م، ص ٢١.

## المثال التطبيقي:

الحكم الصادر عن الدائرة الثلاثية، قدم فيه وكيل المدعي الطلب الختامي للدعوى بإلزام المدعى عليه بسداد مبلغ قرابة ١٥٠ ألف ريال عماني، وقد ابنتت المطالبة على ثلاثة أسباب مختلفة:

**السبب الأول:** هو معاملة قرض للمدعى عليه أبرمها مع المصرف التقليدي بفائدة ٨%، وكان مبلغ القرض قرابة الستين ألف ريال عماني.

**السبب الثاني:** هو المشاركة المتناقصة بين (نافذة إسلامية في مصرف تقليدي) والمدعى عليه - أطلق عليها الحكم في حيثياته اسم قرض إسكاني، وكان المبلغ فيه أكثر من (٨٥) خمسة وثمانين ألف ريال عماني، وذكر الحكم في حيثياته كذلك قائلاً: إن هذا المبلغ بنسبة فائدة ٨%.

**السبب الثالث:** هو بطاقة ائتمان ولم يوضح الحكم تفاصيلها. وصدر الحكم بالمنطوق التالي: حكمت المحكمة بإلزام المدعى عليه بأن يؤدي للمدعي مبلغ (١٤٨,٣٥١,٨٩١) ر.ع مئة وثمانية وأربعين ألف وثلاثمئة وواحد وخمسين ريالاً عمانياً وثمانمئة وواحد وتسعين بيسة مع فائدة (٧%) من تاريخ رفع الدعوى حتى تمام السداد، وصرحت ببيع العقار المرهون لصالح القرض في حال عدم السداد وألزمته بالمصاريف<sup>(٦٢)</sup>.

## الملاحظات:

- الخلط بين معاملة القرض الربوي ومعاملة البيع بالمشاركة المتناقصة ومعاملة بطاقة الائتمان التي لم يتطرق إليها في الحكم، والأصل فرز كل طلب ومعاملة على حدة ما تفصيله في أسبابه الحكم.
- وصف أرباح عقد الصيرفة بالفوائد معتمداً على المادتين (٨٠) و (٨١) من قانون التجارة ذلك لعدم وجود استقلال الصفة الاعتبارية القانونية للمصارف الإسلامية بتشريع مستقل، إدخال مال ربوي إلى رصيد النافذة الإسلامية التي تعامل معها المدعى عليها.

(٦٢) أحمد البوصافي، ورقة عمل بعنوان: عقود المصارف الإسلامية وفق التجربة العمانية، مرجع سابق، ص ٨ وما بعدها.

## المبادئ القضائية:

"التكليف القانوني هو إعطاء النزاع وصفا قانونيا يسمح بتحديد القاعدة القانونية الواجبة التطبيق. إسباغ التكليف من وظائف المحكمة. مؤدى ذلك. المحكمة غير ملزمة بتكليف الخصوم للوقائع"<sup>(٦٣)</sup>.

والمبدأ: "استخلاص الواقعة وتكليفها والنظر في الأدلة وموازنتها من اختصاص محكمة الموضوع متى أقامت قضاءها على أدلة سائغة يمكن حمل قضائها عليها"<sup>(٦٤)</sup>.  
وكذلك المبدأ: "يتحقق فساد الحكم في الاستدلال. إذا كان الاستدلال بأدلة غير صالحة من الناحية الموضوعية أو أدى إلى عدم فهم العناصر الواقعية أو وقوع تناقض من هذه العناصر"<sup>(٦٥)</sup>.

## ثالثاً- الخطأ في تطبيق القانون والعقود وتفسير نصوصه وتأويلها:

وذلك بعدم التعويل على شروط العقود في الصيرفة الإسلامية المبنية على أحكام الشريعة ومبادئها، وكذلك الحكم بمنأى عن القواعد المنظمة للصيرفة الإسلامية كفته المعاملات الإسلامية المنبثقة عن نصوص الكتاب العزيز والسنة النبوية والمؤيدة تشريعا

---

(٦٣) الدائرة التجارية، الطعن رقم (٢٠٠٧/٢٩٥) بجلسة الأربعاء ٢٣/٤/٢٠٠٨م. المكتب الفني بالمحكمة العليا، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر المدنية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، (من ١/١٠/٢٠٠٧م وحتى ٣٠/٦/٢٠٠٧م) - السنة القضائية (٨)، وزارة العدل - سلطنة عمان، ص ٦٣٢.

(٦٤) الدائرة الشرعية، الطعن رقم (٢٠٠٧/٤٧) بجلسة السبت ١٢/١/٢٠٠٨م. المكتب الفني بالمحكمة العليا، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر المدنية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، السنة القضائية (٨)، مرجع سابق، ص ٣١.

(٦٥) الدائرة المدنية (٢)، الطعن رقم (٢٠٠٨/٧٥) بجلسة السبت ٢٢/٦/٢٠٠٨م. المكتب الفني بالمحكمة العليا، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر المدنية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، السنة القضائية (٨)، مرجع سابق، ص ٥١٠.

- وطنيا بنصوص القوانين السارية بالسلطنة، وكذلك الإطار التنظيمي والرقابي المتجذر عن تعديلات القانون المصرفي بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠١٢/٦٩م). وذلك ناتج عن:
- النظر إلى الغايات دون الوسائل الموصلة إليها من قبل مصدرين بعض الأحكام القضائية.
  - اعتبار معاملات الصيرفة الإسلامية أعمالا تجارية صرفه تنطبق عليها أحكام قانون التجارة بصفة رئيسية.

### المثال التطبيقي:

صدر حكم من -الدائرة الفردية- موضوعه المشاركة المتناقصة، بين مصرف تقليدي يحوي نافذة إسلامية وشخص طبيعي، والطلبات فيه بسداد مبلغ في حدود (٣٢) اثنين وثلاثين ألف ريال عماني تقريبا مع التصريح ببيع العقار المرهون محل المشاركة المتناقصة، وصدر الحكم بإلزام المدعى عليه بسداد مبلغ المطالبة، مع التصريح ببيع العقار المرهون لصالح المدعي في العقد، وذلك استنادا للأوراق المقدمة في الدعوى وعملا ببنود العقد، وعملا بالمادتين (٢٢٦ و٢٢٧) من قانون التجارة العماني.

### الملاحظات:

أن الحكم صرح ببيع العقار المرهون، مع العلم أن المقصد من تشريع الرهن ضمان حق الدائن قبل المدين والواقع أن المصرف هنا شريك مع الطرف الآخر ومالك للجزء الأكبر منه في بدايته فكيف تطبق أحكام عقد الرهن بحذافيرها مع عدم تملك المدين له ابتداء حتى يستطيع أن يضمنه استيفاء لحق الدائن، وفي عقد المشاركة المتناقصة نجد أنه يلزم الطرف المتعاقد مع المصرف عند الإخفاق في السداد بالشراء الفوري لجميع الحصص ويصبح مدينا للمصرف والمصرف دائن بالمبلغ وهذا يحتاج لحكم به ابتداء، ثم الحكم بسداد المبلغ وانتقال ملكية العقار للمدين بكامل حصصه، ثم يثبت حق الرهن للمصرف على العقار محل البيع بالمشاركة المتناقصة استيفاء للدين، ثم التصريح ببيع

العقار المرهون إن استوفى الشروط اللازمة قانوناً حسب ما ورد بالمواد (٦٧-٧٣) من قانون التجارة<sup>(٦٦)</sup>.

### المبادئ القضائية:

"التذرع برهن العقار للوصول إلى شرائه في مدة الحظر. أثره بطلاته. علة عدم جواز أن يكون العقار مشغولاً ببيع ورهن في آن واحد ولشخص واحد"<sup>(٦٧)</sup>.

"الأصل في تسبب الحكم القضائي بيان الأدلة الواقعية والأسانيد القانونية التي اعتمد عليها. مخالفة الثابت بالأوراق تتحقق بإغفال محكمة الموضوع الاطلاع على الأوراق، أو القضاء على خلاف الثابت فيها، أو تنأى في تفسير ما تضمنه المدلول الصحيح"<sup>(٦٨)</sup>.

"كشفت إرادة المتعاقدين وتكييف الوقائع، وعدم التقيد بتكييف الخصوم من الوظائف الأساسية لمحكمة الموضوع. حياد المحكمة عن القيام بوظيفتها أو اتخاذ موقف سلبي. أثره. حكم معرض للنقض" وأيضاً: "تسبب الأحكام إجراء أساسي ومفروض وفقاً لمقتضيات القانون، علة ذلك تمكين كل من سيطع على الحكم من الوقوف على ما انتهت إليه المحكمة. الإخلال به أثره البطلان"<sup>(٦٩)</sup>.

<sup>(٦٦)</sup> أحمد البوصافي، ورقة عمل بعنوان: عقود المصارف الإسلامية وفق التجربة العمانية، مرجع سابق، ص ٨ وما بعدها.

<sup>(٦٧)</sup> الدائرة المدنية، الطعن رقم (٢٠٠٩/٩٩٦) بجلسة السبت ١/٥/٢٠١٠م. المكتب الفني بالمحكمة العليا، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر المدنية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، (من ١/١٠/٢٠٠٩م وحتى ٣٠/٦/٢٠١٠م) - السنة القضائية (١٠)، سلطنة عمان، ص ٣٩١.

<sup>(٦٨)</sup> الدائرة العمالية، الطعن رقم (٢٠٠٥/٢٠٨) بجلسة الإثنين ٢٧/٣/٢٠٠٦م. المكتب الفني بالمحكمة العليا، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر المدنية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، السنة القضائية (٦)، مرجع سابق، ص ٥٣٦.

<sup>(٦٩)</sup> الدائرة التجارية، الطعن رقم (٢٠٠٥/٢٥٤) بجلسة الأربعاء ٣/٥/٢٠٠٦م. المكتب الفني بالمحكمة العليا، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر المدنية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، السنة القضائية (٦)، مرجع سابق، ص ٤٧٨.

قالت المحكمة العليا في قواعد تفسير العقود: "لم يترك أمر تفسير العقد بدون أسس وقواعد فهناك قواعد في تفسير العقد أهمها أنه إذا كانت نصوص العقد وعباراته وواضحة تفسر نفسها فلا يجوز الانحراف عن المعاني الواردة في النص عند البحث عن إرادة المتعاقدين، ومن القواعد التابعة أيضا أنه إذا كان هناك سبب للبحث حول تفسير العقد وجب البحث عن نية المتعاقدين دون الوقوف على المعنى الحرفي للكلمات"<sup>(٧٠)</sup>.

إن تدخل الدولة في الحياة الاقتصادية، يعد من المبادئ المهمة في الاقتصاد الإسلامي، التي تمنحه القوة والقدرة على الاستيعاب والشمول. ولا يقتصر تدخل الدولة على مجرد تطبيق الأحكام الثابتة في الشريعة، بل يمتد إلى ملء منطقة الفراغ من التشريع، وتضع من ناحية أخرى العناصر المتحركة وفقا للظروف، ففي مجال التطبيق تتدخل الدولة في الحياة الاقتصادية، لضمان تطبيق أحكام الإسلام، التي تتصل بحياة الأفراد الاقتصادية، فتحول مثلا دون تعامل الناس بالربا، أو السيطرة على الأرض دون إحياء، كما تمارس الدولة نفسها تطبيق الأحكام التي ترتبط بها مباشرة، فتحقق مثلا الضمان الاجتماعي والتوازن العام في الحياة الاقتصادية بالطريقة التي سمح بها الإسلام باتباعها، لتحقيق تلك المبادئ<sup>(٧١)</sup>.

---

(٧٠) الدائرة الشرعية، الطعن رقم (٢٠١٤/٦٦م) بجلسة الأربعاء ٢٤/١١/٢٠١٤م، المكتب الفني بالمحكمة العليا، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة التجارية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها لغاية ٣١/١٢/٢٠٠٤م، السنة القضائية (٢٠٠٥)، وزارة العدل - سلطنة عمان، ص ٢٦٩.

(٧١) محمد باقر الصدر، اقتصادنا - دراسة موضوعية تتناول بالنقد والبحث المذاهب الاقتصادية للماركسية والرأسمالية والإسلام في أسسها الفكرية وتفاصيلها، الطبعة السابعة عشرة، دار التعارف للمطبوعات، بيروت، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦، ص ٤٦.

## الخاتمة

في نهاية هذا البحث يمكن أن نوجز خاتمته وما انتهت إليه دراسة محاوره فيما يأتي:  
**أولاً:** تعد المصارف الإسلامية حديثة النشأة في سلطنة عمان كنظام مصرفي مالي مؤسسي إذ شرّعت بموجب المرسوم السلطاني رقم (٢٠١٢/٦٩م) حيث أضيف بموجبه باب سادس إلى القانون المصرفي العماني.

**ثانياً:** الإطار الحاكم في تكييف النزاع المصرفي الإسلامي والنزاع المصرفي التقليدي ما يكون عليه أساس العمل في منتجات كلا المصرفين؛ حيث العمل على الشراكة الأعيان في الصيرفة الإسلامية وعلى الأموال النقدية في الصيرفة التقليدية.

**ثالثاً:** وجوب أن تراعى القواعد الفقهية في باب المعاملات العقدية عند العمل على منتجات الصيرفة الإسلامية وفي نظر منازعاتها مثل قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، والغنم بالغرم وغيرها.

**رابعاً:** هناك اتحاد في نظر منازعات الصيرفة الإسلامية والصيرفة العادية التقليدية من حيث القواعد الإجرائية، أما القواعد الموضوعية فيحكم كل منهما ما أقره المشرع العماني من قوانين التجارة والقانون المصرفي والباب الخاص بالصيرفة الإسلامية به، والقواعد الفقهية بالنسبة لمنتجات المصارف الإسلامية.

**خامساً:** هناك خلط في تكييف منازعات المصارف الإسلامية عند التطبيق القضائي؛ إذ تعامل وتكّيف بأنها قضايا مصرفية تقليدية (ربوية) دون مراعاة لخصوصية تكوينها ومسالكتها وما تعمل فيه وتعتمده بمنتجاتها وعقودها.

**سادساً:** العبرة بالوسائل والنتائج وليس النتائج وحدها في الحكم على صحة المعاملات ودقة الحكم في منازعات الصيرفة الإسلامية بما يتوافق مع أحكام الشريعة.

## التوصيات:

١. السعي إلى تحقيق التوازن المادي بين المصارف الإسلامية والتقليدية من خلال الدعم في موازنة المصارف الإسلامية حتى يكون رأس المال كافيا ومستقرا ومؤهلا للنهوض بصيرفة إسلامية قادرة على الاستثمار.
٢. تمكين المصارف الإسلامية للاستثمار الاجتماعي عبر إسناد بعض المشاريع الحكومية العامة لها بما تسمح بها إمكانياتها وقدراتها.
٣. إكمال المنظومة التشريعية لهيكله هذه المصارف وأعمالها المختلفة عبر إصدار تشريعات خاصة بها وإفرادها بدوائر قضائية متخصصة داخل المحاكم والقضاء العماني.
٤. إعداد تقييم اقتصادي وشرعي لأعمال المصارف الإسلامية ووضع المراثيات المستقبلية بشأنها.
٥. تأهيل كادر قانوني وقضائي علميا وعمليا في دراسات عليا ودورات وورش عمل متخصصة بدراسة ومراجعة وتقييم أحكام منتجات الصيرفة الإسلامية، والتكثيف النوعي الدقيق عند نظر منازعاتها حسب الأصول التي تقوم عليه أحكام المعاملات الإسلامية لا أحكام الصيرفة التقليدية (الربوية).
٦. التوصية بإيلاء تخصصات الصيرفة الإسلامية بالمجلس الأعلى للقضاء ووزارة التعليم العالي الأولوية ضمن التخصصات الموصى بمواصلة الدراسات العليا بها.

## المراجع

١. أحمد أبو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الخامسة عشرة.
٢. أحمد البوصافي، ورقة عمل بعنوان: عقود المصارف الإسلامية وفق التجربة العمانية، (ندوة عقود المصارف الإسلامية - النظر الفقهي والتطبيق الواقعي -).
٣. أحمد بن حمد الخليلي، فتاوى المعاملات - الكتاب الثالث، الطبعة الأولى، ١٤٢٣هـ/٢٠٠٣م الأجيال للتسويق، برج روي - مسقط.
٤. أحمد خليل، أصول المحاكمات المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، ٢٠٠٥م.
٥. أحمد الريسوني، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، الدار العالمية للكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية، ١٤١٢هـ/١٩٩٢م.
٦. أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، صححه وعلق عليه: مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق - سوريا، الطبعة الثانية، ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م.
٧. إسماعيل بن موسى الجبالي، قواعد الإسلام، المحقق: بشير بن موسى الحاج موسى، الطبعة الأولى، المطبعة العربية، غرداية - الجزائر.
٨. جابر فهمي عمران، شرح قانون السلطة القضائية في سلطنة عمان، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٢م.
٩. حسن بن محمد بن محمود العطار الشافعي، حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، دار الكتب العلمية.
١٠. حمد بن خميس الجهوري، ورقة عمل بعنوان: سلطة القاضي في تفسير عقود المصارف الإسلامية، مقدمة إلى ندوة "عقود المصارف الإسلامية (النظر الفقهي والتطبيق القضائي)" - ميثاق للصيرفة الإسلامية.
١١. حمزة عبد الكريم حماد، رسالة ماجستير بعنوان: الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية، الجامعة الأردنية، ٢٠٠٤م.
١٢. خليفة بن محمد الحضرمي وحسين بن سليمة، أصول المرافعات المدنية والتجارية في القانون العماني، مطابع النهضة، مسقط، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣م.

١٣. سالم بن سعيد البوسعيدي، الجامع الصحيح الربيع بن حبيب الفراهيدي مع تعليقات وشروحات موجزة، مكتبة الضامري للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٤٣٥هـ/٢٠١٤م.
١٤. سعود بن سيف البوسعيدي، ورقة عمل بعنوان: الإطار القانوني والتنظيمي للرقابة والإشراف على البنوك والنوافذ الإسلامية، مؤتمر عمان الثاني للتمويل والصيرفة الإسلامية - مسقط (١٧-١٨ مارس ٢٠١٣م)، مدير بدائرة تطوير المصارف بالبنك المركزي العماني.
١٥. سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، المحقق: شعيب الأرنؤوط - محمّد كامل قره بللي، دار الرسالة العالمية، الطبعة الأولى، ١٤٣٠هـ/٢٠٠٩م.
١٦. طلعت يوسف خاطر، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والتجارية (قانون المرافعات المدنية والتجارية)، دار الفكر والقانون، المنصورة، ٢٠١٠م.
١٧. عامر بن خميس الشماخي، كتاب الإيضاح، مع حاشي الإمام محمد بن عمر الجربي، مكتبة مسقط، سلطنة عمان، الطبعة الخامسة/١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م.
١٨. عبدالرزاق بن أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - نظرية الالتزام بوجه عام، تنقيح أحمد مدحت المراغي، طبعة ٢٠٠٤م، منشأة المعارف، الإسكندرية - جلال حزي وشركاه.
١٩. عبدالحكيم عكاشة، شرح قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني (النظام القضائي - الدعوى - الاختصاص)، الأجيال، مطبعة عمان ومكتباتها المحدودة، الطبعة الأولى ١٤٢٦هـ/٢٠٠٥م.
٢٠. عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ/١٩٩١م.
٢١. علي أبو عطية هيكل، شرح قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٢م.
٢٢. علي بن أبي بكر بن سليمان الهيتمي، موارد الظمان إلى زوائد ابن حبان، المحقق: حسين سليم أسد الداراني - عبده علي الكوشك، دار الثقافة العربية، دمشق، الطبعة الأولى، (١٤١١هـ - ١٤١٢هـ) = (١٩٩٠م - ١٩٩٢م).
٢٣. علي بن عبد الكافي السبكي وولده تاج الدين أبو نصر عبد الوهاب، الإبهاج في شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٦هـ/١٩٩٥م.

٢٤. علي هادي العبيدي، قواعد المرافعات المدنية في سلطنة عمان، شرطة عمان السلطانية، أكاديمية السلطان قابوس لعلوم الشرطة، الطبعة الأولى، ١٤٢٦هـ/٢٠٠٦م.
٢٥. ماجد بن محمد الكندي، ورقة عمل بعنوان: مقارنة بين عقود المصارف الإسلامية والمصارف التقليدية، مقدمة إلى ندوة "عقود المصارف الإسلامية (النظر الفقهي والتطبيق القضائي)" - ميثاق للصيرفة الإسلامية.
٢٦. محمد باقر الصدر، اقتصادنا - دراسة موضوعية تتناول بالنقد والبحث المذاهب الاقتصادية للماركسية والرأسمالية والإسلام في أسسها الفكرية وتفصيلها، الطبعة السابعة عشرة، دار التعارف للمطبوعات، بيروت، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦.
٢٧. محمد بن عبدالله الهاشمي، السلطة القضائية في سلطنة عمان بين الشريعة والقانون، الطبعة الأولى، ١٤٣١هـ/٢٠١٠م، مسقط - سلطنة عمان.
٢٨. محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، فتح القدير، الناشر: دار الفكر.
٢٩. محمد الشحات الجندي، عقد المرابحة بين الفقه الإسلامي والتعامل المصرفي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، ١٤٣٦هـ/٢٠١٥.
٣٠. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، دار النهضة العربية، مصر.
٣١. محمد بن محمد بن محمد المعروف بابن أمير حاج ويقال له ابن الموقت الحنفي، التقرير والتحرير، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م.
٣٢. محمد مصطفى الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق - سوريا، الطبعة الثانية، ١٤٢٧هـ/٢٠٠٦م.
٣٣. محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية.
٣٤. محي الدين جمال، بحث بعنوان: تنازع الاختصاص القضائي الدولي - المواد ١٠ - ١١ من قانون الإجراءات المدنية الجزائرية، جامعة سعدحلب، الجزائر.
٣٥. المرفق ١،٩، الإطار التنظيمي والرقابي لأعمال الصيرفة الإسلامية، البنك المركزي العماني.
٣٦. مسعود بن عمر التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، الناشر: مكتبة صبيح بمصر.
٣٧. المكتب الفني بالمحكمة العليا، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر المدنية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، (من ١/١/٢٠٠٦م وحتى ٣١/٦/٢٠٠٦م) - السنة القضائية (٦)، وزارة العدل - سلطنة عمان.

٣٨. المكتب الفني بالمحكمة العليا، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر المدنية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، (من ١/١٠/٢٠٠٨م وحتى ٣٠/٦/٢٠٠٩م) - السنة القضائية (٩)، دائرة شؤون القضاة، وزارة العدل - سلطنة عمان.
٣٩. المكتب الفني بالمحكمة العليا، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر المدنية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، (من ١/١٠/٢٠١٠م وحتى ٣٠/٦/٢٠١١م) - السنة القضائية (١١)، سلطنة عمان.
٤٠. المكتب الفني بالمحكمة العليا، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر المدنية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، (من ١/١٠/٢٠٠٦م وحتى ٣١/٦/٢٠٠٧م) - السنة القضائية (٧)، وزارة العدل - سلطنة عمان.
٤١. المكتب الفني بالمحكمة العليا، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة التجارية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها لغاية ٣١/١٢/٢٠٠٣، السنة القضائية (٢٠٠٤)، وزارة العدل - سلطنة عمان.
٤٢. المكتب الفني بالمحكمة العليا، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر المدنية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، (من ١/١٠/٢٠١٤م وحتى ٣٠/٦/٢٠١٦م) - السنة القضائية (١٥-١٦)، مجلس الشؤون الإدارية للقضاء - سلطنة عمان.
٤٣. المكتب الفني بالمحكمة العليا، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر المدنية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، (من ١/١٠/٢٠١١م وحتى ٣/٦/٢٠١٢م) - السنة القضائية (١٢)، مجلس الشؤون الإدارية للقضاء - سلطنة عمان.
٤٤. المكتب الفني بالمحكمة العليا، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر المدنية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، (من ١/١٠/٢٠٠٧م وحتى ٣٠/٦/٢٠٠٧م) - السنة القضائية (٨)، وزارة العدل - سلطنة عمان.
٤٥. المكتب الفني بالمحكمة العليا، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر المدنية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، (من ١/١٠/٢٠٠٩م وحتى ٣٠/٦/٢٠١٠م) - السنة القضائية (١٠)، سلطنة عمان.
٤٦. المكتب الفني بالمحكمة العليا، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة التجارية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها لغاية ٣١/١٢/٢٠٠٤م، السنة القضائية (٢٠٠٥)، وزارة العدل - سلطنة عمان، ص ٢٦٩.

٤٧. وزارة الشؤون القانونية بسلطنة عمان، قانون الإجراءات المدنية والتجارية، الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٩/٢٠٠٢، نشر في الجريدة الرسمية رقم (٧١٥)، ١٧/٣/٢٠٠٢.
٤٨. وزارة الشؤون القانونية، الجريدة الرسمية العدد (١٠١٢)، قانون المعاملات المدنية الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٩/٢٠١٣، سلطنة عمان.
٤٩. وزارة الشؤون القانونية - سلطنة عمان، مرسوم رقم (٦٩/٢٠١٢م) بإصدار تعديل على بعض أحكام القانون المصرفي، صدر بتاريخ ٢٢/محرم/١٤٣٤هـ الموافق ٦/ديسمبر/٢٠١٢م، ونشر في الجريدة الرسمية العدد (٩٩٣).
٥٠. وزارة الشؤون القانونية - سلطنة عمان، مرسوم رقم (١١٤/٢٠٠٠م) بإصدار القانون المصرفي، صدر بتاريخ ١٧/رمضان/١٤٢١هـ الموافق ١٣/ديسمبر/٢٠٠٠م، ونشر في الجريدة الرسمية العدد (٦٨٥) الصادرة بتاريخ ١٦/١٢/٢٠٠٠م.
٥١. وزارة الشؤون القانونية بسلطنة عمان، قانون الإجراءات المدنية والتجارية، الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٩/٢٠٠٢، نشر في الجريدة الرسمية رقم (٧١٥)، ١٧/٣/٢٠٠٢.
٥٢. وزارة الشؤون القانونية بسلطنة عمان، قانون السلطة القضائية، الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٩٠/٩٩، نشر في الجريدة الرسمية رقم (٦٦٠)، ١/١٢/١٩٩٩م.
٥٣. وزارة الشؤون القانونية، الجريدة الرسمية العدد (٨٦٤)، المرسوم السلطاني رقم (٧٨/٢٠٠٨م) بإجراء تعديلات في قانون المحاماة، سلطنة عمان.
٥٤. وزارة الشؤون القانونية بسلطنة عمان، قانون التجارة، الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٥٥/٩٠)، صدر في ١٨/ذي الحجة/١٤١٠هـ/١٩٩٠م، غرفة تجارة وصناعة عمان، ٢٠١٦م.
٥٥. وزارة الشؤون القانونية، سلطنة عمان، النظام الأساسي للدولة الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (١٠١/٩٦)، ١٧/٤١٧هـ/١٩٩٦م.
٥٦. وَهْبَةُ بِنِ مِصْطَفَى الزُّحَلِيِّ، الفِئَةُ الإِسْلَامِيَّةُ وَأَدَلَّتُهُ (الشَّامِلُ لِلأَدَلَّةِ الشَّرْعِيَّةِ وَالآرَاءِ الْمَذْهَبِيَّةِ وَأَهَمِّ النَّظَرِيَّاتِ الْفَقْهِيَّةِ وَتَحْقِيقِ الْأَحَادِيثِ النَّبَوِيَّةِ وَتَخْرِيجِهَا)، دار الفكر، سوريَّة - دمشق، الطبعة الرَّابِعَةُ.
٥٧. هانية محمد علي فقيه، الرقابة القضائية على عقود الإذعان، مشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى ٢٠١٤.



## أحكام قيام المسؤولية المدنية في حوادث السير

حمود بن علي بن سالم البادي \*

### المخلص:

تناولت هذه الدراسة\*\* أحكام قيام المسؤولية المدنية في حوادث السير، وسوف نستعرض آراء الفقه والقضاء؛ وذلك بسبب تنوع وكثرة الأضرار المباشرة وغير المباشرة جراء الحوادث الناجمة عن هذه المركبات التي تخلف أضراراً بشرية ومادية لا تُحمد عقباها. جاءت هذه الدراسة لبيان أحكام قيام المسؤولية المدنية في حوادث السير، وذلك من خلال بحث قيام المسؤولية التقصيرية في حوادث السير وفقاً للقواعد العامة لقانون المعاملات المدنية العماني، وكذلك بحث أساس هذه المسؤولية المدنية من خلال بيان المسؤولية الناشئة عن حراسة الأشياء في التشريع العماني والتشريع المقارن، وما استقرت عليه مبادئ المحكمة العليا العمانية، وبيان موقف المشرع من تعويض الضرر المعنوي الناتج عن الحوادث. وقد تناولت هذه الدراسة من خلال مطلبين: تكلمنا في المطلب الأول عن المسؤولية التقصيرية في حوادث المركبات. وفي المطلب الثاني عن الأحكام القانونية المتعلقة بالمسؤولية عن حوادث السير، وأخيراً نعرض الخاتمة، والنتائج والتوصيات والمراجع. وقد خرجت هذه الدراسة بعدة توصيات أهمها: إنشاء دائرة متخصصة بكل محكمة ابتدائية للنظر في دعاوى التعويض التلقائي عن حوادث السيارات من أجل سرعة الفصل في القضايا، كما أوصت المشرع العماني مع انتشار وتيرة الذكاء الاصطناعي في صناعة المركبات وضع نصوص خاصة تتعلق بأساس المسؤولية في حوادث المركبات ذاتية القيادة أو نصف ذاتية القيادة وذلك بعيداً عن النصوص التقليدية الخاصة بقواعد المسؤولية الشينئية المتعلقة بالأشياء غير العاقلة وذلك أسوة بالمشرع الفرنسي.

**الكلمات المفتاحية:** أساس - المسؤولية - حوادث السير - الضرر - الحراسة.

\* طالب دكتوراه في القانون الدولي الخاص.

\*\* هذا البحث متطلب من متطلبات الحصول على درجة الدكتوراه من جامعة ملايا بمملكة ماليزيا المتحدة، تحت إشراف كل من:

الدكتور/ محمد حافظ جمال الدين  
أستاذ مساعد - قسم الشريعة والقانون  
أكاديمية الدراسات الإسلامية - جامعة ملايا

الدكتور/ محمد زبيدي داود  
أستاذ مساعد - قسم الشريعة والقانون  
أكاديمية الدراسات الإسلامية - جامعة ملايا



## Provisions of Liability in Traffic Accidents

Hamoud bin Ali bin Salim Al-badi \*

### Abstract:

This study\*\* dealt with the provisions of civil liability in traffic accidents and will review the views of jurisprudence and the judiciary, due to the diversity and abundance of direct and indirect damage as a result of accidents caused by these vehicles, which leave human and material damage with ominous consequences.

This study came to clarify the provisions of the establishment of civil liability in traffic accidents by examining the establishment of tort liability in traffic accidents in accordance with the general rules of the Omani Civil Transactions Law, as well as examining the basis of this civil liability by clarifying the responsibility arising from guarding things in Omani legislation and comparative legislation; and what have been established based on the principles of the Omani Supreme Court as well as clarifying the legislator's position regarding compensating the moral damage resulting from accidents.

This study came out with several recommendations, the most important of which is the establishment of a specialized department in each court of first instance to consider cases of automatic compensation for car accidents to speed up the settlement of cases. With the spread of artificial intelligence in the automotive industry, it also recommended the Omani legislator to develop special texts related to the basis of liability in accidents of self-driving or semi-autonomous vehicles, away from the traditional texts of the rules of the liability arising of things related to irrational things, similar to the French legislator.

This study dealt with two Chapters. We spoke in the first chapter about tort liability in vehicle accidents and in the second chapter about legal provisions related to liability for traffic accidents. Finally, the study's conclusion and the results, recommendations, and references were addressed.

**Keywords:** Basis - Liability - Traffic Accidents - Damage - Guarding.

\* PhD Student in Private International Law.

\*\* This research is a requirement for obtaining a PhD degree from the University of Malaya, United Kingdom of Malaysia, under the supervision of:

Dr. Mohd Hafiz Jamaludin  
Assistant Professor  
Department of Sharia and Law  
Academy of Islamic Studies  
University of Malaya

Dr. Mohd Zaidi Daud  
Assistant Professor  
Department of Sharia and Law  
Academy of Islamic Studies  
University of Malaya

## المقدمة

تُعدُّ السيارات من وسائل النقل الحديثة الناتجة عن التقدم العلمي الذي شهدته الحضارة الإنسانية؛ حيث كان لها الدور البارز في تلبية حاجة الإنسان، وتذليل مشقة التنقل والترحال من مكان إلى آخر، فقد تطورت صناعة السيارات مع مرور الزمن يوماً بعد يوم؛ مما كان لها فوائد عظيمة لخدمة الإنسانية، وعلى الرغم من أن لهذه الوسائل فوائد فهي سلاح ذو حدين فقد خلفت الكثير من الأضرار المباشرة وغير المباشرة على الإنسان والأرض والبيئة، ومن أبرز التحديات التي واجهت الإنسان هي حوادث السير الناجمة عن هذه المركبات، فقد خلفت أضراراً بشرية ومادية كبيرة، فكان لزاماً على المشرعين حماية الغير من خلال وضع الأنظمة والقوانين التي تجبر الضرر، وتحمي الإنسان من تلك الأضرار، لا سيما سن التشريعات الخاصة بتأمين المركبات التي فرضتها معظم دول العالم لحماية المضرور من جراء حوادث السير، ويتطلب القانون من ضحايا حوادث المرور حتى يكون لهم الحق في المطالبة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن تلك الحوادث أن تكون تلك الأضرار قد وقعت فعلاً من جراء تدخل المركبة في الإضرار بالغير؛ سواء كان التدخل تدخلاً إيجابياً أو تدخلاً سلبياً، وللحصول على هذا التعويض من شركة التأمين يجب أن يكون مالك المركبة قد أمنها عن الأضرار التي تلحق بها أو قد تلحقها بالغير؛ وذلك حتى يستطيع تحقيق تلك الاستفادة، وإلا كان أمام مسؤولية تقصيرية يلتزم على إثرها تعويض الإضرار بالغير.

### أهمية موضوع الدراسة:

لهذه الدراسة أهمية بالغة من ناحيتين، الأولى: عملية أو واقعية، مع كثرة حوادث المركبات، وعدم حصول المضرور على حقه في التعويض في حالات كثيرة بسبب مماثلة شركات التأمين. والثانية: تشريعية تتمثل في تنظيم المشرع العماني في أساس تعويض أضرار حوادث المركبات.

### مشكلة الدراسة:

تدور الإشكالية الرئيسية للدراسة حول محاولة توضيح نوع المسؤولية المدنية في تعويض أضرار الحوادث، وبيان أساس هذه المسؤولية، وكيفية حصول المضرور منها على حقه في التعويض.

## أهداف الدراسة:

- تهدف الدراسة إلى تحقيق الأهداف الآتية:
- توضيح مفهوم المسؤولية التقصيرية في حوادث السير.
- بيان أركان المسؤولية التقصيرية في حوادث السير.
- أساس المسؤولية في حوادث السير.

## تساؤلات الدراسة:

- تثير الدراسة التساؤلات الآتية:
- ما نوع المسؤولية عن أضرار حوادث السير؟
- ما موقف المشرع العماني من الضرر الأدبي والمعنوي؟
- ما أساس المسؤولية المدنية في تعويض أضرار حوادث السير؟

## منهجية البحث:

في سبيل معالجة الإشكالية الرئيسية سابق الإشارة إليها، وتحقيق أهداف الدراسة، فقد آثرت اتباع منهجين: الأول: المنهج التحليلي الذي يقوم على تحليل النصوص القانونية والأحكام القضائية وآراء الفقه، أما الثاني: المنهج المقارن والذي تم إعماله في بعض المواضيع.

## خطة الدراسة:

سنتحدث عن "أحكام قيام المسؤولية في حوادث السير" في مطلبين، ثم نستعرض النتائج والتوصيات، وهي كما يلي:

### المطلب الأول: المسؤولية التقصيرية في نطاق حوادث السير.

الفرع الأول: مفهوم المسؤولية.

الفرع الثاني: أركان المسؤولية التقصيرية.

### المطلب الثاني: الأحكام القانونية المتعلقة بالمسؤولية عن حوادث السير.

الفرع الأول: مسؤولية قائد المركبة وفقا لقانون المعاملات المدنية العماني.

الفرع الثاني: تجزئة الحراسة وانتقالها وانقضائها.

الخاتمة.

النتائج.

التوصيات.



## المطلب الأول

### المسؤولية التقصيرية في نطاق حوادث السير

#### الفرع الأول

#### مفهوم المسؤولية

قبل التطرق لأساس المسؤولية يجب أن نعرّج بالحديث على تعريف حادث المرور. اصطلاحاً: كل ما يتعرض له مستخدمو الطريق من اصطدام ودهس وانقلاب وسقوط، ونحو ذلك سواءً أكانوا مشاةً أم ركاباً، سائرين أو واقفين أم جالسين، وسواءً أكانت وسائل نقلهم مركبات آلية كالسيارات أو القطارات، أم غير آلية كالحيوانات<sup>(١)</sup>. ويعرف حادث المرور بأنه حادث عرضي يحدث بدون تخطيط مسبق، من مركبة واحدة، أو أكثر مع مركبات أخرى، أو مشاةً أو حيوانات، أو أجسام على طريق عامة أو خاصة، ومن ثم تنتج عنه إلتافات متفاوتة بالممتلكات والسيارات، ومن ثم تؤدي إلى الوفاة أو الإعاقة المستديمة.

وقد عرف المشرع العماني حادث السير في قانون تأمين المركبات العماني رقم ٩٤/٣٤: كل ما يقع بفعل المركبة، أو نتيجة استخدامها، أو تتأثر أو سقوط شيء منها، أو انفجارها، أو حريقها، أو سرقته، ولو لم تكن في حالة سير. ونلاحظ من خلال هذا التعريف أن المشرع في قانون تأمين المركبات لم يحصر مكان وقوع الحادث في مكان معين مثلما تم حصره في الطريق وفق قانون المرور العماني، ولم يشترط حركة المركبة، فاكتمى بأن ينجم هذا الحادث بفعل المركبة ولو لم تكن في حالة سير، ونرى حسناً فعل المشرع العماني وذلك حماية للمضرور.

(١) على مشيب القحطاني، أحكام الحوادث المرورية في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، ١٩٨٨، ص ٢١٦.

تنشأ المسؤولية التقصيرية عند الإخلال بالتزام عام يقره القانون أو العرف أو متطلبات السلوك السوي؛ مما يترتب عليه ضرر يلحق بالغير؛ فيلزم فاعله بتعويض هذا الضرر الذي أصاب الغير.

وتحقق المسؤولية التقصيرية يستوجب توافر أركان ثلاثة تتمثل في: فعل الإضرار، والضرر، والعلاقة السببية بين فعل الإضرار والضرر<sup>(٢)</sup>، وذلك وفقاً للفقهاء اللاتيني والمصري الذي اشترط الخطأ كركن للمسؤولية التقصيرية، وبطبيعة الحال يتطلب أن يكون الشخص القائم به شخص مميز، ولكن في المقابل هناك بعض الأنظمة القانونية تكتفي بوقوع الضرر لتحقيق المسؤولية التقصيرية دون اشتراط الخطأ، كالقانون العماني الذي نص في المادة رقم (١/١٧٣) من قانون المعاملات المدنية: "كل إضرار بالغير يُلزم فاعله ولو كان غير مميز بالتعويض"، وكذلك هو الحال في بعض القوانين العربية مثل القانون الإماراتي والقانون الأردني.

وقد حظي موضوع المسؤولية التقصيرية عن حوادث السير ببالغ الاهتمام في المجال القانوني والقضائي، ولعل السبب في ذلك يرجع بالأساس إلى التزايد الخطير الذي أحدثته حوادث السير في الفترة الأخيرة، وعدم نجاعة الترسانة القانونية المرصودة لتقنين هذا المجال في وقف زحف طوفان الحوادث القاتلة والتي تؤرق الجميع.

ولقد نظم المشرع العماني هذه المسؤولية من خلال القواعد العامة بداية، وعززها بعد ذلك بقوانين خاصة يأمل فيها الإصلاح، فبادر إلى إخضاع العربات المقطورة للتأمين الإلزامي للسيارات بمقتضى تعديلات قانون المرور العماني رقم ٢٠١٦/٣٨م من خلال تعريف المركبة بالمادة (١)، فقد عُرِفَتْ بأنها: "وسيلة من وسائل النقل أو الجر، أعدت للسير بقوة آلية أو جسدية، على الطريق، ومعدة لنقل الأشخاص أو الحيوانات

(٢) د. بهاء بهيج شكري، التأمين من المسؤولية في النظرية والتطبيق، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط١، ٢٠١٠م - ١٤٣١هـ، ص٣٩.

أو الأشياء، وتشمل -بصفة خاصة- السيارات والشاحنات والحافلات والقطارات والمقطورات والجرارات والمعدات والدراجات، ولا تشمل القطارات".

ويتبين أن المشرع العماني واكب التطور الآلي، وأعطى لركن الضرر أهمية بالغة إلى درجة يعجز الحارس عن الأشياء أن يجد السبب لإبعاد المسؤولية عنه.

إن مقتضيات المادة رقم (٢) بند (أ) من قانون تأمين المركبات الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٩٤/٣٤ قد أخرجت مسؤولية المؤمن عن الممتلكات التي تكون لدى المؤمن له أو من في حكمه برسم الأمانة أو في حراسته أو حيازته، وتجعل على كاهل حارس الأشياء مسؤولية مفترضة؛ فيصبح مبدئياً مسؤولاً عن الضرر الذي تحدثه الأشياء الداخلة تحت حراسته، ولا مجال لإبعاد هذه المسؤولية إلا بإثبات أنه فعل كل ما كان يجب لإبعاد الضرر، أو أنه كان نتيجة حادث فجائي أو قوة قاهرة، أو أن خطأ المضرور هو السبب في وقوع الضرر.

لقد اتجهت نية المشرع إلى التشديد من مسؤولية حارس السيارة، وهو ما يظهر بجلاء بالمادة السابقة بالنص الذي جعل الإعفاء من المسؤولية رهين إثبات شرطين لا محيد عنهما، ولعل في ذلك ما فيه من الحماية للمتضرر جراء حادث السير، فالمشرع - خلافاً للقواعد العامة- جعل عبء الإثبات على حارس السيارة.

وبذلك يمكن القول إن قرينة الخطأ التي بنيت عليها مسؤولية حارس السيارة هي قرينة قاطعة، لا يجوز التمسك بما يخالفها، إلا إذا أثبت المسؤول أنه فعل ما كان ضرورياً لمنع وقوع الضرر، وأن الضرر يرجع إما لظروف طارئة، أو قوة قاهرة، أو لخطأ المضرور.

وقد اشترط المشرع توافر شرطين للقول بمسؤولية حارس السيارة، وهما: أن يكون الشخص حارساً للسيارة، وأن تحدث هذه السيارة ضرراً للغير.

## الفرع الثاني

### أركان المسؤولية التقصيرية

وتنشأ المسؤولية التقصيرية عند الإخلال بالتزام عام يقرره القانون أو العرف أو متطلبات السلوك السوي، مما يترتب عليه ضرر يلحق بالغير؛ فيلزم فاعله تعويض هذا الضرر الذي أصاب الغير، وإن تحقق المسؤولية التقصيرية يستوجب توافر أركان ثلاثة تتمثل في: فعل الإضرار، والضرر، والعلاقة السببية بين فعل الإضرار والضرر، وذلك وفقاً للفقهاء اللاتيني والمصري الذي اشترط الخطأ كركن للمسؤولية التقصيرية، وبطبيعة الحال يتطلب أن يكون الشخص القائم به شخص مميز، ولكن في المقابل هناك بعض الأنظمة القانونية تكفي بوقوع الضرر لتحقيق المسؤولية التقصيرية دون اشتراط الخطأ، كالقانون العماني الذي نص في المادة رقم (١٧٢/١) من قانون المعاملات المدنية: "كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو كان غير مميز بالتعويض"، وكذلك الحال في غالبية القوانين العربية مثل نص المادة (٢٨٢) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي ونص المادة (٢٥٦) من القانون المدني الأردني.

#### الركن الأول- فعل الإضرار:

يعد فعل الإضرار في المسؤولية التقصيرية قريباً من معنى الخطأ في المسؤولية العقدية<sup>(٣)</sup>، حيث يقصد بفعل الإضرار في المسؤولية التقصيرية الإخلال بواجب قانوني، وأما في المسؤولية العقدية فيكون عبارة عن إخلال بواجب عقدي، ولكن الالتزام الذي يعد الإخلال به خطأ في المسؤولية العقدية إما أن يكون التزام بتحقيق غاية أو التزام ببذل عناية.

أما الالتزام في المسؤولية التقصيرية -والذي يعد الإخلال به منشأ للمسؤولية- يكون دائماً التزام ببذل عناية، وهو بأن يتحرى الشخص في أفعاله وتصرفاته الحذر واليقظة

(٣) انظر: قانون المعاملات المدنية العماني الصادر بموجب المرسوم السلطاني رقم ٢٩/٢٠١٣، المادة رقم (١٧٩)، والمادة (٢٠٤) أردني التي تنص على أن: "كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر، المادة (٢٨٢) إماراتي: كل اضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر".

والانتباه حتى لا يحدث ضرراً بالغير، أما إذا خرج الشخص عن هذا الواجب في تصرفاته مما نتج عنه الإضرار بالغير وكان الشخص مدركاً لنتائج التصرفات التي يقوم بها فإن المسؤولية التقصيرية تقوم عليه في هذه الحالة، والتي تستوجب عليه تعويض الضرر، ولهذا فإن فعل الإضرار يطلق عليه الفقه اللاتيني -في المسؤولية التقصيرية- ركن الخطأ والذي يقوم على ركنين هما: الركن الأول هو الركن المادي، الذي يقصد به التعدي<sup>(٤)</sup>.

أما الركن الثاني فهو الركن المعنوي، وهو علم الشخص وإدراكه بعدم مشروعية الفعل الذي يقوم به. وكذا الضرر الذي سيلحقه بالآخرين؛ أي أن الشخص القائم بالفعل الذي ترتب عليه الضرر قادر على التمييز بين الخير والشر، والنفع والضرر، فيدرك أن تعديه يلحق ضرراً بالغير، فالتمييز إذن هو مناط المسؤولية التقصيرية؛ فتتحقق إذا وجد وتتعدم إذا انعدم<sup>(٥)</sup>.

والقاعدة العامة تقضي بأن كل من سبب ضرراً بالغير فإنه يتحمل تبعات ذلك السلوك، والذي يستوجب قيامه بتعويض الأضرار الناجمة عن تصرفه التي أصابت الغير، ولهذا فإنه يستوجب على الشخص أن يتجنب الوقوع في دائرة المسؤولية التقصيرية من خلال الالتزام بالواجبات القانونية التي تفرضها القوانين العامة أو العرف السائد، وأن يكون حذراً في سلوكه وتصرفاته والأنشطة التي يقوم بها حتى لا يتسبب بضرر للغير، أما في حالة فشله في المحافظة على حدوده القانونية فإنه يقع في طائفة المسؤولية التقصيرية، ويمكن القول أن ركن فعل الإضرار يتحقق عند خروج الشخص من السلوك المسموح به، وأن تحديد فعل الإضرار بهذه الصورة لا يثير أي إشكال في التطبيق العملي، فإذا كان الانحراف عن السلوك المقصود هو الخروج عن الحدود القانونية أو العرفية للسلوك السوي في التصرفات أو الأفعال الاعتيادية أو المهنية، وبالتالي تحقق الفعل عند الخروج عن ضوابط القانون أو العرف المعتاد أو متطلبات

(٤) أ. د: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، الطبعة الخامسة، ٢٠١٥، ص ٧٧٨-٧٧٩.

(٥) عبد المجيد السملالي، المختصر في النظرية العامة للالتزام، دار العلم ٢٠٠٩ ص ١١٨.

المهنة أو الإهمال أو التقصير الواقع من الشخص، بيد أن القوانين والأعراف تبقى قاصرة مهما كبر نطاقها ولا تغطي جميع التصرفات، سواء التي تستلزم القيام بفعل أو الامتناع عنه، من حيث أنه يشكل فعل موجب للتعويض من عدمه، وذلك وفقاً للنظرية الحديثة للمسؤولية التقصيرية، على خلاف النظرية التقليدية التي كانت تستند على تحقق ركن الخطأ<sup>(٦)</sup>.

وهذا يتضح بجلاء فيما قرره المحكمة العليا في المبدأ الوارد بالطعن رقم (٢٠١٢/٧، الدائرة المدنية (ج)، بجلسة يوم الأحد الموافق ٢٢/ أبريل/ ٢٠١٢م)، حين قضت بأن: "الضرر الموجب للتعويض في المسؤولية التقصيرية يتحقق لمجرد حدوث الخطأ أما في المسؤولية العقدية فلا بد من إثبات الضرر بكافة طرق الإثبات المتاحة قانوناً"<sup>(٧)</sup>.

وهذا الحكم كان قبل صدور القانون المدني؛ حيث إن قانون المعاملات المدنية الجديد الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠١٣/٢٩م) لم يشترط الخطأ لتحقيق المسؤولية التقصيرية، بل أنه اكتفى بوقوع الضرر سبباً لوجوب تحمل مسؤولية التعويض لدفع الضرر الواقع على الغير، حيث نصت المادة (١/١٧٦) من قانون المعاملات المدنية العماني على أن: "كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو كان غير مميز بالتعويض".

ونرى أن المشرع العماني قد أصاب عندما لم يتطلب لتحقيق المسؤولية الموجبة للتعويض أن يكون الشخص قد ارتكب خطأ، ونتج عن ذلك الخطأ ضرر للغير؛ وذلك لأن استلزام الخطأ سوف يكون له الأثر السلبي على المضرور من حيث وجوب إثبات الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما، مما سيرهق المضرور، والذي لا ذنب له في تحمل عبء الإثبات، كما أن الخطأ يتطلب أن يكون الفاعل شخصاً مميزاً يستطيع

(٦) د. بهاء بهيج شكري، مرجع سابق، ص ٤.

(٧) انظر: مجموعة الأحكام القضائية الصادرة عن الدوائر المدنية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها في الفترة من ١/١٠/٢٠١٠ وحتى ٤/٢٠١٢م، السنة القضائية الثانية عشرة، والصادر عن المكتب الفني بمجلس الشؤون الإدارية للقضاء بالمحكمة العليا، ص ٧٢٩.

التمييز بين الخطأ والصواب، ولكن اتجاه المشرع العماني إلى الاكتفاء بتحقيق الضرر قد سهل العملية على المضرور لوصوله إلى حقه في التعويض.

وكذلك ذهبت بعض التشريعات العربية ومنها المشرع المصري، ولحماية المضرور استقر القضاء في مصر على أن: "التأمين الإجباري من المسؤولية الناشئة عن حوادث السيارات تأمين من نوع خاص، لعدم اقتصار نطاقه على التأمين من المسؤولية الناشئة عن خطأ المؤمن له ومن يسأل عن أعمالهم، وامتداده لتغطية المسؤولية المدنية لغير المؤمن له ولغير من صرح له بقيادة السيارة المؤمن عليها، كالغاصب لها والسارق<sup>(٨)</sup>، طبقاً للمواد ( ٦ ق ٤٤٩) لسنة ١٩٥٥ بشأن السيارات وقواعد المرور ٥، ١٦، ١٧، ١٨، ١٩ ق ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجباري من المسؤولية عن حوادث السيارات".

### الركن الثاني- الضرر:

يعد الضرر الركن الثاني للمسؤولية المدنية التقصيرية؛ حيث لا يكفي لتحقيق هذه المسؤولية توافر فعل الإضرار لوحده؛ وإنما يتطلب أن ينتج عن ذلك الفعل ضرر يصيب الطرف الآخر، ويعد الضرر واقعة مادية يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات المتاحة، كما أن الضرر قد يكون ضرراً مادياً أو أدبياً<sup>(٩)</sup>.

وعرف بأنه الضرر الذي يصيب الإنسان في شعوره وعاطفته أو في كرامته أو في عرضه أو مركزه الاجتماعي أو غير ذلك من الأمور ذات الأهمية المعنوية أو الأدبية<sup>(١٠)</sup>.

(٨) الدعوى رقم ٣٨١١ لسنة ١٩٩٦ مدني المنصورة الابتدائية

(٩) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مرجع سابق، ص ٨٥٤.

(١٠) د. عبد المجيد الحكيم، الوجيز في شرح القانون المدني، ج ١، ط ٥، مطبعة نديم بغداد، بلا سنة

طبع، ص ٥٢٥-٥٢٦

وإذا كان الضرر معنوياً فهو يتحلل أيضاً إلى عنصرين، إذ يعد عنصراً قائماً بذاته، أما إذا كان الضرر جسدياً؛ ولأنه مزيج من الأضرار المالية وغير المالية فتتبع بصدد تعويضه ذات الأساليب المتبعة في تقديرها<sup>(١١)</sup>.

وهناك نوع جديد من الأضرار أطلق عليه تسمية "الضرر الجمالي". وقد سعى المشرع من وراء ذلك إلى التعويض عن التشويه الذي يصيب المظهر الخارجي للجسم على نحو يخلل معه رونقه وتكامله وتتاسق أعضائه مع ما يترتب عن ذلك من تقليص لصفات الجمال فيه ويجعله موصوفاً بقبح الصورة<sup>(١٢)</sup>.

فحتى تقع مسؤولية من قام بالإضرار أو الفعل الضار، يلزم أن يسبب هذا الفعل ضرراً يلحق بالغير، فالمسؤولية التقصيرية تتطلب لوجودها تحقق الضرر، فإذا انعدم الضرر رغم صدور فعل الإضرار فإنه لا وجود للمسؤولية، سواء كان يسيراً أو جسيماً أو متعمداً، فلو قام شخص بقيادة مركبته وهو تحت تأثير الكحول ولكنه لم يتسبب بحادث يصيب فيه طرف ثالث فلا تقوم في هذه الحالة مسؤوليته المدنية على الرغم من أن فعله يعد مخالفة لقانون المرور، فالضرر هو الذي يلحق بالشخص المضرور سواء كان في ماله أو جسده أو مشاعره، والذي يقع على المضرور عبء إثباته<sup>(١٣)</sup>.

ولكن ما موقف التشريعات من الضرر الأدبي والضرر المعنوي؟

موضوع هذا النوع من التعويض قديم، وقد تناوله الكثير من الشراح بالتفصيل من حيث المبدأ<sup>(١٤)</sup>. ولكن إجازة التعويض عن الضرر الأدبي جائزة، لكن إجازة التعويض - من حيث المبدأ - عن الضرر الأدبي لا ينفي وجود بعض الصعوبات التي أثارها

(١١) د. عبد الباقي البكري، شرح القانون المدني العراقي، ج ٣، تنفيذ الالتزام، مطبعة الزهراء، بغداد، ١٩٨١، ص ١٣٨.

(١٢) محمد اللجمي، التعويض عن الضرر البدني في القانون التونسي والمقارن، الجزء الأول، مطبعة بابيريس، تونس ١٩٩٩، عدد ٣٥٤، ص ٢٢٩.

(١٣) د. بهاء بهيج شكري، مرجع سابق، ص ٩٢.

(١٤) الدكتور محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص ١٤٠، د. السنهوري، الوسيط، جز ٢، رقم ٥٧٨، ص ١٢١١ وما بعدها.

أنصار الاتجاه المناوئ للتعويض، والتي تؤثر في نطاق التعويض بعد إقراره من حيث المبدأ، فالأضرار الأدبية بطبيعتها ذات دائرة مرنة قد تتسع أكثر من اللازم لتشمل أشخاصًا كثيرين يمكنهم الإدعاء بالإصابة بضرر أدبي أيًا كان، كما أن الأضرار الأدبية تستعصي بطبيعتها على مبدأ التعويض المالي بحسبان أن اللوعة والألم يصعب إزالتها تمامًا بمبلغ من المال. وأخيرًا، فإنه يصعب -عمليًا- تقدير الأضرار الأدبية بدقة.

أما المشرع العماني، فلم يتأثر بالاعتبارات التي تقيد التعويض عن الضرر الأدبي، وأقر التعويض عن الضرر عموماً أيًا كان نوعه؛ أي سواء كان ضرراً مادياً أو أدبياً، وبذات الشروط. فقد جاءت نصوص قانون المعاملات المدنية العماني التي تنظم المسؤولية عن الفعل الضار من العمومية لتشمل الضرر بكافة أنواعه<sup>(١٥)</sup>. وقد تأثر المشرع الإماراتي، وكذلك المصري، بهذه الاعتبارات، فأقر التعويض عن الضرر الأدبي من حيث المبدأ، مقررًا في ذات الوقت بعض القيود التي تحد من إطلاق مبدأ التعويض.

وفي هذا الصدد تنص المادة (٢٩٣) معاملات مدنية إماراتي على أنه: "١- يتناول حق الضمان الضرر الأدبي، ويعتبر من الضرر الأدبي التعدي على الغير في حريته أو في عرضه أو في شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي. ٢- ويجوز أن يقضي بالضمان للأزواج وللاقربين من الأسرة عما يصيبهم من ضرر أدبي بسبب موت المصاب.

ولا ينتقل الضمان عن الضرر الأدبي إلى الغير إلا إذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق أو حكم قضائي نهائي"، وظاهر من هذا النص -كما تقول المذكرة الإيضاحية- "أن

<sup>(١٥)</sup> راجع على سبيل المثال: المواد ١٨١، ١٨٢، ٢٩٩، ٢٩٥ معاملات مدنية، منقول من الدكتور محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص ١٤١.

الألم يعوض عنه وكذا الشين وتقويت الجمال وهذه كلها تنطوي عن أضرار أدبية لما يحدثه الفعل في نفس المضرور من ألم حسي أو نفسي<sup>(١٦)</sup>.

### الركن الثالث - العلاقة السببية:

وهي العلاقة التي تربط الخطأ أي الفعل الضار الذي أتاه الشخص والضرر المترتب عليه؛ أي أن يكون الخطأ هو الذي أنشأ الضرر الذي يدعيه المضرور، بمعنى يجب أن يكون خطأ المسؤول هو المتسبب في الضرر؛ فهو العلة التي أوجدت الضرر الذي أصاب الضحية<sup>(١٧)</sup>.

تعد علاقة السببية الركن الثالث للمسؤولية التقصيرية، والذي يقصد به أن تكون هنالك علاقة بين فعل الإضرار أو الفعل المرتكب والضرر الذي نتج عنه، ويعد هذا الركن مستقلاً عن الأركان الأخرى، حيث من الممكن أن نجدها متوفرة بدون أن يتوافر معها ركن فعل الإضرار، كما لو أحدث شخص بفعله ضرراً بطرف آخر بدون أن يكون هذا الفعل مضرًا، وبالتالي تتحقق مسؤوليته على أساس تحمل التبعية، فالسببية متوفرة هنا ولكن فعل الإضرار معدوم، كما قد يكون بصورة معاكسة، وبالتالي لا توجد علاقة السببية بين الفعل والضرر.

ولا تثير مسألة تقرير المسؤولية عندما يكون الفعل هو السبب المباشر والوحيد الذي أنتج الضرر، ولكن الخلاف يثار في النظريات وأحكام القضاء وآراء الفقهاء عندما تتعدد الأسباب، وتشارك في إحداث الضرر.

ويذهب رأي إلى القول إن جميع الأسباب متعادلة في إحداث الضرر، وآخرون ينظرون إلى السبب الفعال أو المنتج في إحداث الضرر في سلسلة الأسباب، وفريق ثالث ينظر إلى السبب الأول في السلسلة؛ لأنه هو السبب الذي أنشأ الأسباب الأخرى.

(١٦) نقض مدني ٢١ ديسمبر ١٩٩٥، مجموعة أحكام النقض السنة ٤٦، يونيو - ديسمبر ١٩٩٠، رقم ٢٨٤، ١٩٥١. وراجع نص المادة (٢٢٢) مدني مصري.

(١٧) علي فيلاي، التزامات الفعل المستحق للتعويض، رموم للنشر، الجزائر، ٢٠١٠، ص ٣١٢.

ولقد اتفق أغلب فقهاء الشريعة الإسلامية على أن التعمد والتعدي ليس شرطاً في تحقق مسؤولية الفاعل إذا كان مباشرة، وبالتالي فهو يسأل على الإطلاق حتى ولو لم يكن متعدياً، أي إن الشريعة الإسلامية افترضت العلاقة السببية بين الفعل المباشر والضرر الواقع، والحال سواء أكان المباشر واحداً أو متعدداً، وعند التعدد يسأل كل واحد بمقدار الضرر الذي أحدثه. أما المتسبب فيتحمل مسؤولية الضرر إذا كان متعدياً فقط؛ لأن فعله لا يعد السبب الفعال الذي نتج عن الضرر، وفي حالة اجتماع المباشر مع المتسبب، وهنا يكون فعل المباشر هو المسؤول عن الضرر؛ لأنه أكثر فعالية في إنتاج الضرر، ولكن في كل الأحوال يقع عبء إثبات علاقة السببية بين الفعل والضرر الذي لحق بالمضرور على عاتق المدعي بالضرر، كما أن الشخص الذي ينسب له هذا الفعل يمكنه نفي مسؤوليته عن التسبب بالضرر المنسوب إليه، بأن يثبت أن الضرر قد كان بسبب أجنبي لا دخل له فيه.

وقد نصت المادة رقم (١٧٩/٢) من قانون المعاملات المدنية على: "إذا كان الإضرار بالمباشرة لزم التعويض وإن لم يتعد، وإن كان بالتسبب فيشترط التعدي"، وهذا تأكيد على أن المباشرة لا يشترط أن يتوافق معها تعدي حتى تقوم المسؤولية. أما في حالة اجتماع أكثر من مسؤول عن الحادث فقد نصت المادة رقم (٧) من قانون تأمين المركبات على حالتين وهي: "إذا ثبت من التحقيقات أن المسؤولية عن وقوع حادث سير مشتركة بين مركبتين أو أكثر فإنه يحق لمن يصاب بإصابة بدنية ولورثة من يتوفى من الطرف الثالث بسبب هذا الحادث الحصول على المبالغ التي تحكم بها محاكم السلطنة من مؤمني جميع المركبات المشتركة في المسؤولية عن الحادث كل بنسبة مسؤولية المركبة المؤمنة لديه، وفي جميع الأحوال إذا لم تحدد التحقيقات نسب خطأ المركبات المشتركة في المسؤولية عن الحادث اعتبرت المسؤولية موزعة بينها بالتساوي".

وقد جاء المبدأ رقم (٩٩ لسنة ٧ قضائية)، الذي قرره المحكمة العليا، والذي أكد على اشتراط توافر ركن علاقة السببية حتى تقبل دعوى المسؤولية المدنية التقصيرية،

حيث جاء به أن: "٢- كل دعوى تحت المسؤولية التقصيرية لا بد أن تشتمل على أركان ثلاثة: الخطأ والضرر وعلاقة السببية، فإذا انتفى أي من هذه الأركان الثلاثة فلا تكون هنالك مسؤولية تقصيرية تستوجب التعويض للشخص الذي أقام الدعوى".

وقد صدر هذا المبدأ قبل صدور القانون الجديد، الذي اكتفى بتحقيق الضرر دون الحاجة إلى إثبات الخطأ وتتقرر مسؤولية المؤمن له طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية إذا كانت الأضرار التي أصابت المضرور في حادث المركبة الآلية المؤمن عليها خارج النطاق التعاقدى، ويتحقق ذلك إذا كان المصاب قد أصيب بالضرر وهو خارج المسافة الزمنية لتنفيذ عقد النقل، أو متواجداً على متن المركبة دون أن يكون قد أبرم عقد نقل بمقابل مع المؤمن له أو تابعة، أو كان مترجلاً أو جالساً بجوار الطريق أو أمام أحد المنازل ودهسته المركبة، في هذه الحالات تتعقد مسؤولية المؤمن له طبقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية عن الخطأ الشخصي واجب الإثبات وفقاً لنص المادة (١٦٣) من القانون المدني المصري والتي تقابلها نص (١٧٦) من قانون المعاملات المدنية العماني التي تنص على أن: "كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو كان غير مميز بالتعويض"، وهي التي تكون واجبة التطبيق، ومن ثم يقع على عاتق المضرور عبء إثبات الأركان الثلاثة وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما، وترى محكمة النقض المصرية: "أن الخطأ هو الانحراف عن السلوك العادي المألوف وما يقتضيه من يقظة وتبصر، كما أن استخلاص الخطأ الموجب للمسؤولية وعلاقة السببية بينه وبين الضرر يدخل في نطاق السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع، ولكن يستطيع المضرور تأسيس دعواه على قواعد المسؤولية عن فعل الغير، كمسؤولية متولي الرقابة عن من هم تحت رقبته وفقاً لنص المادة (١٧٣) من القانون المدني المصري التي تقابل المادة (١٩٦) من قانون المعاملات المدنية العماني التي تتحدث عن كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة، بسبب قصره أو حالته العقلية، أو الجسمية يكون ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز.

فإذا كان مرتكب الحادث من الأشخاص المشمولين بالرقابة فنقوم هذه المسؤولية على الخطأ المفترض الذي يقبل إثبات العكس، أي يستطيع متولي الرقابة إثبات أنه قام بواجب الرقابة أو أن الضرر كان لابد واقعا حتى ولو قام بواجب الرقابة كما ينبغي وفقاً لمعيار الرجل المعتاد، أو تأسيس الدعوى على قواعد مسؤولية المتبوع عن خطأ تابعه (وفق الفقرة ب من المادة ١٩٦ من قانون المعاملات المدنية العماني)، إذ كان مُرتكب الحادث تربطه علاقة تبعية، ووقع منه الخطأ حال تأدية الوظيفة أو بسببها، ويعتبر إثبات الخطأ كعنصر من عناصر المسؤولية من المسائل الصعبة<sup>(١٨)</sup>، التي تقع على عاتق المضرور، ففي أغلب حوادث المركبات الآلية لا يتمكن المضرور من إثبات خطأ سائق المركبة الآلية المُتسببة في الحادث الذي نتجت عنه الأضرار البدنية التي لحقت به، ويترتب على ذلك عدم قيام المسؤولية، وبالتالي إهدار حقه في التعويض بسبب تراجع الحماية اللازمة والتي أُسست على القواعد التقليدية للمسؤولية التقصيرية، إلا أن المشرع العماني حسناً فعل عندما قرر وفقاً لنص المادة (١٩٩) من قانون المعاملات المدنية العماني أن المسؤولية في الحادث تقوم على قرينة الخطأ المفترض افتراضاً، الذي لا يقبل إثبات العكس إلا بخطأ المضرور أو الغير أو القوة القاهرة، فلا يُكلف المضرور بإثبات خطأ المسؤول، بل عليه أن يثبت الضرر وعلاقة السببية. وهذا ما أشارت إليه المحكمة العمانية العليا في المبدأ رقم ٧٣، بالطعن رقم ٢٠١٣/١٠٦٣م مدني عليا، جلسة يوم الأحد، الموافق ٢٦/١/٢٠١٤م، حيث قررت أن حوادث المركبات تكون خاضعة لقواعد المسؤولية عن الأشياء التي تعبر عنه المادة سالفه البيان، فلا شك أن السيارة آلة ميكانيكية تستوجب حراستها عناية خاصة، ومن ثم تثبت مسؤولية قائدها عما يقع منها من إضرار، وتتعد تلك المسؤولية بمجرد تدخل السيارة في الحادث وهي مسؤولية مفترضة، ويغلب في حوادث السيارات أن يرفع المضرور دعوى التعويض عن المسؤولية على أساس المسؤولية عن حراسة الأشياء، ولكن ما هو

(١٨) انظر أستاذنا الفاضل د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للتزام، دار الجامعة الجديدة، طبعة ٢٠١٧، ص ٣٩١.

أساس مسؤولية قائد المركبة وفقاً لقانون التأمين العماني والمصري؟، وما موقف القضاء في كلا البلدين؟. هذا ما سوف نتطرق إليه من خلال ما يلي.

## المطلب الثاني

### الأحكام القانونية المتعلقة بالمسؤولية عن حوادث السير

#### الفرع الأول

#### مسؤولية قائد المركبة وفقاً لقانون المعاملات المدنية العماني

أساس قيام المسؤولية:

لقد نصت المادة ١٩٩ من قانون المعاملات المدنية العماني على أن: "على من كان تحت تصرفه أشياء تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها أو آلات ميكانيكية، التعويض عما تحدثه من ضرر مالم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه"، كما قررت المحكمة العمانية العليا في المبدأ رقم ٦٩، بالطعن رقم ٢٠١٣/٦٤٢م، مدني عليا، الموافق ٢٦/١/٢٠١٤م: أساس المسؤولية في حوادث السيارات هو المسؤولية الناشئة عن حراسة الأشياء التي تنشأ بمجرد وقوع الفعل بتدخل المركبة في الحادث، والخطأ في هذه الحالة خطأ مفترض، ولا يكلف المضرور بإثبات الخطأ بل على حارس الشيء المتسبب في وقوع الضرر أن يثبت عدم وقوع خطأ منه أو خطأ الغير أو المضرور أو السبب الأجنبي كالقوة القاهرة أو الحادث المفاجئ، وسند هذه المسؤولية في الفقه الإسلامي قاعدة المباشر ضامن ولو لم يتعد<sup>(١٩)</sup>، ونلاحظ أن المشرع العماني قد تشابه مع القانون الفرنسي؛ حيث وجد القانون الفرنسي أمام عجز وعدم كفاية قواعد المسؤولية المدنية لحماية المضرورين من استعمال الأشياء غير الجادة ضعف معلومات الذين يتعاملون مع هذه المواد، وغالبًا ما يكونون بمركز

(١٩) مجموعة أحكام دائرة التعويضات الصادرة عن المحكمة العمانية العليا، الطبعة الأولى ٢٠١٨ في المبدأ رقم ٦٩ بالطعن رقم ٢٠١٣/٦٤٢م، ص ٢٢٧.

ضعيف نظراً لنقص معلوماتهم وضعف إمكانياتهم مادياً ومعنوياً، وبتشجيع من الفقه والقضاء الفرنسي في البحث عن وسيلة لحمايتهم، وبعد تردد وجد القضاء الفرنسي ضالته في نص الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ من القانون المدني الفرنسي، وذلك لتوفير الحماية للمضروب؛ حيث قرر القضاء الفرنسي<sup>(٢٠)</sup> أن: "المرء يُسأل ليس فقط عن الأضرار التي يحدثها فعله الشخصي، ولكن أيضاً عن تلك الأشياء التي في حراسته عن فعل الأشخاص الذين يسأل عنهم أو عن فعل الأشياء التي في حراسته"، وقد ظهرت التطبيقات الفرنسية لهذا التفسير الجديد للفقرة الأولى منذ ١٦ يوليو ١٨٩٦م بقبول المحكمة الفرنسية لأول مرة مبدأ المسؤولية عن الأشياء، ثم في ٢٢ مارس ١٩١١ حيث استقر القضاء الفرنسي في نهاية المطاف على تطبيقها رغم عدة مواقف حدثت لوقف تطبيقها.

وبما أن الحراسة تعد الأساس القانوني لقيام مسؤولية قائد المركبة في أغلب التشريعات؛ فإن ذلك يستوجب التعرض لمفهوم الحراسة، وشروطها، وعناصرها.

#### أولاً - مفهوم حراسة الشيء:

لم يتطرق المشرع العماني إلى تعريف الحراسة أثناء نصه على أحكام المسؤولية الناتجة عن حراسة الأشياء، أو عن حراسة الحيوان في المواد (١٩٧ - ١٩٨ - ١٩٩). إن حراسة الأشياء الجامدة إنما تعني السيطرة الفعلية عليها والقدرة على التصرف في أمرها مشروعة، كانت هذه السيطرة "كمالك المركبة أو سائقها"، أو غير مشروعة "كسارق ومغتصب المركبة".

وهذا ما سارت عليه المحكمة العمانية العليا في المبدأ رقم ٦٩، بالطعن رقم ٢٠١٣/٦٤٢م، مدني عليا، الموافق ٢٦/١/٢٠١٤م، فقد قررت أساس المسؤولية في حوادث السيارات هو المسؤولية الناشئة عن حراسة الأشياء التي تنشأ بمجرد وقوع الفعل بتدخل المركبة في الحادث، والخطأ في هذه الحالة خطأ مفترض، ولا يكلف المضروب

(٢٠) محمودي فاطمية، المسؤولية المدنية عن حوادث المرور، أطروحة لنيل رسالة الدكتوراه، جامعة وهران الجزائر، سنة ٢٠١١م، ص ١٩.

عبء إثبات الخطأ بل على حارس الشيء المتسبب في وقوع الضرر أن يثبت عدم وقوع خطأ منه، أو إثبات خطأ الغير أو المضرور أو السبب الأجنبي كالقوة القاهرة أو الحادث المفاجئ، وسند هذه المسؤولية في الفقه الإسلامي قاعدة المباشر ضامن ولو لم يتعد، ويشترط الفقه الإسلامي تدخل الشيء في إحداث الضرر سواء أكان التدخل إيجابياً أو سلبياً، ولا يتحقق التدخل إلا إذا كان الشيء تحت سيطرة المباشر، وأن تتوافر علاقة السببية بين فعل المباشر والضرر الذي وقع وأن تكون النتيجة مباشرة<sup>(٢١)</sup>.

والحراسة في هذا الصدد هي السيطرة الفعلية في توجيه ورقابة الشيء والتصرف في أمره، والحارس الذي يفترض الخطأ في جانبه هو ذلك الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي تكون له السلطة الفعلية على الشيء قصداً واستقلالاً؛ أي الذي يُسيطر على الشيء سيطرة فعلية، ويتولى استعماله واستغلاله لحساب نفسه، والحارس قد يكون شخصاً واحداً أو عدة أشخاص طالما توافرت بصددهم شروط الحراسة، ولا يشترط في الحارس أهلية معينة، حيث إن المسؤولية هنا تقوم على خطأ مُفترض، ويجب أن تنصب هذه السيطرة الفعلية على توجيه ورقابة الشيء والتصرف في أمره، وبالرغم من الحراسة يجب على محكمة الموضوع أن تبين بوضوح شروط توافر هذه الحراسة في المسؤول حتى تسمح محكمة النقض بممارسة رقابتها، وقد تحول الفقه والقضاء في مصر من اعتناقه لنظرية الحراسة القانونية إلى الحراسة الفعلية، وذلك على إثر التغيير الذي لحق الفكر القانوني الفرنسي؛ حيث انتهى به الأمر إلى الأخذ بالحراسة الفعلية سنة ١٩٤١، ولكن ماهي هذه الاتجاهات الفكرية لفكرة الحراسة؟

**ولتوضيح ذلك كان علينا أن نتبع الآتي:**

### ١- الحراسة القانونية:

فوفقاً لفكرة الحراسة القانونية، يُعرف الحارس بأنه: الشخص الذي له سلطة قانونية على المركبة الآلية مُستمدة من حق عيني أو شخصي<sup>(٢٢)</sup>، فلكي يكون الشخص حارساً

(٢١) المبدأ رقم ٦٩ بالطعن رقم ٦٤٢/٢٠١٣م مدني عليا مجموعة أحكام دائرة التعويضات (الديات والأروش) الصادرة عن المحكمة العليا، مرجع سابق ص ٢٢٧.

(٢٢) د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٤٢٥، ٤٢٦.

يجب أن تكون له سلطة على الشيء بناء على عقد أو نص قانوني أو أي مصدر آخر من مصادر الحقوق<sup>(٢٣)</sup>، ولا يُمكن أن تنتقل هذه الحراسة للغير إلا بمقتضى عمل قانوني من الحارس القانوني يستخدمه لحسابه، وقد سلمه المركبة لقيادتها؛ لأن الحراسة المادية في يد التابع لا تنفي أن المتبوع هو الحارس القانوني المسئول عن المركبة، بالإضافة إلى أن سلطة التابع على المركبة غير مستقلة؛ بل هو يخضع لرقابة وتوجيه المتبوع ويعمل لحسابه عن قيادته للسيارة<sup>(٢٤)</sup>.

ويترتب على الأخذ بفكرة الحراسة القانونية أنه يجب لانتقال الحراسة أن توجد تصرف قانوني ينقلها من شخص لآخر، ذلك أن الحراسة تنتج عن المركز القانوني الذي يوجد فيه الحارس بالنسبة للشيء، والمراكز القانونية تنظمها الاتفاقات<sup>(٢٥)</sup>.

ويوجد هناك نوع آخر من الحراسة وتسمى الحراسة القضائية، وفقاً لنص المادة (٧٢٤) من قانون المعاملات المدنية العماني، حيث استقر قضاء المحكمة العليا في المبدأ رقم ٢٢٦ على أن: "يرجع تعيين الحارس القضائي إلى القاضي، والقصد القانون من الحراسة هو وضع المال المتنازع فيه بيد شخص يقوم بحفظه وإدارته على أن يرده مع غلته إلى من يثبت له الحق فيه"<sup>(٢٦)</sup>.

وتطبيقاً لذلك لا تنتقل الحراسة بالسرقة إلى السارق؛ بل تنتقل للحارس الأصلي، فيعد حارساً رغم أن الشيء قد انتزعه منه السارق، ذلك أن مالك الشيء من حيث الأصل من يحتفظ بسلطته القانونية على الشيء، فمالك الشيء هو حارسه متى كان الحق ثابتاً

---

(٢٣) د. محمد لبيب شنب، المسؤولية عن الأشياء دراسة مقارنة، مكتبة النهضة المصرية ١٩٥٧، ص ٧٨.

(٢٤) د. نبيل ابراهيم سعد، مرجع السابق، ص ٤٢٥.

(٢٥) د. جميل الشراوي: النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية، ص ١٩٧٦، ص ٥٠٣.

(٢٦) مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر المدنية بالمحكمة العليا للسنوات من ٢٠١٦-٢٠١٨م بدون سنة نشر، ص ١٦٦٤.

له قانونًا، ويظل كذلك إلى أن ينتقل منه إلى غيره بالسيطرة عليه بسبب قانوني كبيع أو إيجار أو إعاره<sup>(٢٧)</sup>.

وقد ظلت نظرية الحراسة القانونية سائدة فترة من الزمن، ثم بدأ ضوءها يخبو تحت تأثير الانتقادات التي أظهرها الذين رأوا أن الحراسة القانونية على الشيء أمرًا لا يستند إلى أساس من القانون، وكون الحراسة ليست هي الحيازة المادية كذلك، لا تُقدم لنا نظرية الحراسة القانونية معيارًا دقيقًا يساعد على تعيين الحارس المذكور، وقد رأينا فيما سبق أن أنصار هذه النظرية لا يعتبرون سارق الشيء حارسًا له، لانعدام سلطته القانونية عليه، والحراسة بهذا المعنى لا تؤدي الغرض الذي من أجله وضع النص وهو حماية المضرور؛ ذلك أن الحارس من له سلطة الرقابة والرعاية، يستطيع أن يفلت من المسؤولية بإثبات أنه قام بما يفرضه عليه الالتزام بالحراسة؛ فيُعفى من المسؤولية، ويضار المضرور بعدم حصوله على التعويض، وهذا القول لا يمكن التسليم به لمخالفته لقواعد العدالة.

## ٢- الحراسة الفعلية:

يرى أنصار هذه النظرية أن الحارس هو الشخص الذي تكون له السيطرة الفعلية على الشيء، ومظهر ذلك سلطته في استعمال الشيء وتوجيهه ورقابته، وإن لم تسند هذه السيطرة إلى أي حق؛ بل ولو كانت سيطرة غير مشروعة كما هو الحال بالنسبة لسيطرة السارق على الشيء المسروق، وذلك دون اشتراط أن يكون الشخص المسيطر حائزًا للشيء حيازة مادية.

وللحراسة بعدان: بُعد فني، وبعد إداري، والذي يُحدد شخصية الحارس هو البعد الإداري في استعمال الشيء وليس البعد الفني؛ فالحارس هو الذي يملك حق إعطاء الأوامر بتحريك الشيء أو عدم تحريكه.

(٢٧) د. مدحت محمد محمود عبدالعال، المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات بين المذهبين الشخصي والموضوعي، دراسة مقارنة، طبعة أولى، ٢٠١٠، المركز القومي للإصدارات القانونية، ص ٤٣-٤٣.

وقد كان السبق في ظهور هذه النظرية هو الفقه والقضاء في فرنسا؛ فلقد بدأ العمل بهذه النظرية بعد الحكم في قضية الدكتور فرانك الصادر في ٢ ديسمبر ١٩٤٢م في الدوائر المجتمعة لمحكمة النقض الفرنسية، والذي أقرت فيه محكمة النقض الفرنسية بمعيار الحراسة الفعلية، وقد جاء بهذا الحكم: "أن المالك الذي سرقت منه سيارته لا يكون مسؤولاً بوصفه حارسها عن الحادث الذي يقع من السيارة أثناء قيادة اللص لها؛ لأنه يكون محروماً حينئذ من استعمالها ورقابتها وتوجيهها"، وقد أفصح الفقه والقضاء في مصر بأن الحراسة الفعلية هي المعول عليها في تحديد معنى الحراسة<sup>(٢٨)</sup>. وهكذا فإن السيطرة الفعلية التي تكون للحارس على المركبة الآلية تتجسد في سلطات الاستعمال والتوجيه والرقابة سواء كان مصدرها مشروعاً أو غير مشروع، وعليه لكي تتحقق السيطرة الفعلية على المركبة الآلية لابد من توافر هذه العناصر.

### ثانياً- عناصر الحراسة وشروطها:

#### ١- عناصر الحراسة:

##### أ- الاستعمال:

المقصد بالاستعمال هو سلطة الشخص في استخدام المركبة الآلية كأداة لتحقيق غرض معين، وسلطة الاستعمال تعد مظهرًا من مظاهر السيطرة والهيمنة التي توجد على الشيء، ومن ثم فإن المعول عليه هو القدرة على الاستعمال، ولا يشترط مباشرة الاستعمال بالفعل؛ فمالك المركبة الآلية الذي يوقفها في المُستودع تكون سلطة استعمالها ثابتة له، فهو يملك استخدامها في أي وقت يريد دون إذن من أحد بناء على إرادته، وقد تكون سلطة الاستعمال في أحيان أخرى لعدة أشخاص؛ كما لو استعملت المركبة من قبل مالكها أو سائقها أو ابنه، ففي هذه الأحوال ثبت للمالك الحراسة إذا كان قد تم استعمالها من قبله أو من قبل السائق التابع له، أما إذا كان استعمالها من

(٢٨) أ. د الطيف الأمين محمد الأخضر، فكرة الحراسة في المسؤولية المدنية، رسالة ماجستير، جامعة الإسكندرية سنة ٢٠١٦، ص ١٦-١٧.

قبل الابن لقضاء أغراض شخصية له فالحراسة ثبت للابن؛ لأنها متوقعة ومفترضة وتسمح بها الظروف العائلية.

### ب- التوجيه:

ويقصد به سلطة الأمر التي ترد على استعمال المركبة الآلية، وهي عبارة عن سلطة تقدير كيف يتم هذا الاستعمال؟، ووقته؟، وتحديد الغرض الذي تستخدم المركبة من أجله؟، وتعيين الأشخاص الذين يسمح لهم بالاستفادة من هذا الاستخدام؟ فمالك المركبة الآلية هو من له سلطة التوجيه على المركبة الآلية عندما يقودها سائق يخضع لأوامره وتعليماته في أداء عمله.

### ج- الرقابة:

ويقصد بها ملاحظة الشخص للشيء ومراقبته والإشراف عليه؛ فمالك المركبة يملك حق صيانتها وإصلاحها واستبدال ما يتلف من أجزائها بهدف ضمان صلاحيتها لتحقيق الغاية المعدة لها، وتوافر هذه العناصر المكونة للسيطرة الفعلية على الشيء في يد الشخص أمكن اعتباره حارساً لهذا الشيء، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية، فالرقابة لا تعني بالضرورة أن يكون حارسها إلى جانبها، وأن تكون المركبة تحت نظره، فقد يكون بعيداً عنها ومع ذلك فهو يتمتع بسلطة رقابية، وهذا هو المدلول المعنوي للرقابة؛ حيث إن العنصر المادي لا يلقي لتحقيق الحراسة الفعلية؛ بل يشترط توافر العنصر، ومن ثم يجب أن يباشر الحارس سلطات الاستعمال، والتوجيه، والرقابة لحسابه الخاص لكي تتحقق الحراسة الفعلية.

### ٢- شروط تحقق مسؤولية الحارس:

أ- أن يتولى شخص حراسة شيء تقتضي حراسته عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية.

ب- أن يقع ضرر بفعل الشيء، ويجب لتحقيق مسؤولية حارس الأشياء أن يكون الضرر راجعاً إلى فعل الشيء، ويكون الضرر ناتجاً عن فعل الشيء إذا كان للشيء دور إيجابي في حدوث الضرر، أو كان الشيء في وضع غير عادي ومألوف كترك السائق سيارته في عرض الطريق.

## الفرع الثاني

### تجزئة الحراسة وانتقالها وانقضائها

إذا اجتمعت عناصر الحراسة الفعلية الثلاثة (الاستعمال والرقابة والتوجيه) لدى شخص ما؛ فإن المسؤولية تتعقد عليه وحده، ولا تثار المشكلة في تعيينه حارساً عن الشيء؛ لكن المشكلة تثار إذا حصل وانفصلت سلطة الاستعمال عن سلطة التوجيه والرقابة، فمن الحارس المسؤول؟، وقد تنتقل السيطرة الفعلية من شخص لآخر بإرادته أو بدون إرادته، فمن الحرس المسئول؟، هذا ما نحاول توضيحه من خلال ما يلي:

#### ١- تجزئة الحراسة:

استقرت أحكام المحاكم في فرنسا على الأخذ بمفهوم الحراسة الفعلية للأشياء، فافتترضت أن مالك الشيء هو الحارس المسؤول عما يصيب الغير من أضرار، مما سهلت عبء الإثبات على المضرور كثيراً<sup>(٢٩)</sup>، وهذا يسهل من مقاضاة الحارس؛ لذلك اتجه الفقه والقضاء في فرنسا إلى الأخذ بفكرة تجزئة الحراسة إلى: حراسة تكوين، وحراسة استعمال. وعلى الرغم من عدالة هذه النظرية إلا أنها لم تسلم من الانتقاد<sup>(٣٠)</sup>، ويكون الإنسان حارساً إذا كانت له على الشيء السيطرة الفعلية بعناصرها الاستعمال والتوجيه والرقابة، لكن قد يحدث أن تنفصل سلطة الاستعمال عن سلطة الرقابة والتوجيه، وإن كان جوهر العنصر المادي للحراسة هو سلطة الاستعمال إلا أن عنصر الرقابة والتوجيه يعينان على بيان من تكون له الحراسة، بل أن بعض القضاء ذهب إلى

(٢٩) إيمان محمد طاهر العبيدي، الالتزام بضمان السلامة في عقد البيع، ص ١٤٠-١٥٢.

أكدت على ذلك محكمة التمييز في إحدى أحكامها بموجب القرار ٣٣٣ / الصادر من الهيئة العامة ١٩٧٥ بتاريخ ١٤ / ٣ / ١٩٧٦ حيث جاء في الحكم " إذا كون الفعل مسؤولية عقدية وتقصيرية وقد اختار المدعي أولاهما فليس للمحكمة العدول إلى المسؤولية الثانية؛ حيث لا يجوز الجمع بين المسؤوليتين"، مجلة الأحكام العدلية، العدد الأول، السنة ١٩٧٦، منشورات وزارة العدل منقول من <https://almerja.com/reading.php?idm=47033> - بتاريخ ٢١ نوفمبر ٢٠٢١م.

(٣٠) إيمان محمد طاهر العبيدي، الالتزام بضمان السلامة في عقد البيع، مرجع سابق، ص ١٤٠-

عنصر الرقابة والتوجيه هما العنصران الغالبان بالنسبة لعناصر السلطة الفعلية المكونة للحراسة، وهو ما أخذ به المشرع العماني في الوقت الحالي، فالواقع العملي أفرز صوراً تثير الجدل في مسألة تحديد الحارس المسؤول عن الضرر الناجم عن الأشياء، وثمة تمييز بين نوعين من الحراسة بالنسبة للشيء الواحد بحيث يُتصور أن يكون لهذا الشيء حارسان، ومن ثم يسأل أحدهما عن الأضرار التي تنتج بسبب عيب في تكوين الشيء، في حين يسأل الآخر عن الأضرار التي تنتج عن استعمال هذا الشيء والتصرف في أمره، وكان لهذا الرأي تباين في أحكام القضاء الفرنسي، فهناك أحكام رفضت تطبيق هذه التفرقة، وهناك أحكام طبقت هذه التفرقة، وقد حاولت محكمة النقض في فرنسا وضع ضوابط لهذه التفرقة، فقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن تجزئة الحراسة لا يكون مقبولاً إلا عندما يكون الضرر راجعاً فقط إلى تكوين الشيء ولم يشترك في إحداثه لا حارس الاستعمال ولا المضرور، كما أن هذا الضرر يجب ألا يكون راجعاً إلى قدم الشيء، كما أن هذه التفرقة لا تكون قابلة للتطبيق إذا كان الضرر راجعاً في نفس الوقت إلى التكوين واستعمال الشيء.

إلا أن هذه النظرية لم تسلم نقد جانب من الفقه، وقد أخذ عليها بأن هذه التفرقة تُثير الصعوبات أمام المضرور، حيث توجب على المضرور معرفة سبب الضرر قبل رفع دعواه إلى القضاء، هل هو ناتج عن استعمال الشيء أم هو ناتج عن عيب فيه، وهذا يترتب عبء ثقيل على هذا الوجه إلى هذه الفكرة نقد آخر من الناحية القانونية على أساس أنه إذا انفصلت الشيء وهذا هو مناط الحراسة.

## ٢- انتقال الحراسة:

الحراسة تتمثل في السيطرة الفعلية على الشيء والتمتع بالسلطات الثلاث؛ وهي التوجيه والاستعمال والرقابة، غير أن هذه السيطرة قد تنتقل من شخص لآخر، الأمر الذي يتبعه انتقال الحراسة، وقد تنتقل الحراسة بإرادة الحارس نفسه، وقد تنتقل بغير

إرادته، ويمكن أن نستنتج أن الحارس بإمكانه أن ينفي مسؤوليته بإثبات انتقال الحراسة للغير<sup>(٣١)</sup>.

فالحراسة قد تنتقل بإرادة الحارس بمقتضى التصرفات القانونية التي يجريها على الشيء الذي في حراسته، وقد يكون هذا التصرف ناقلاً للملكية أو مرتباً لحق عيني؛ كالرهن، أو حق شخصي؛ كالإجارة. وانتقال الملكية بمقتضى إرادة الحارس يفترض انتقال السيطرة الفعلية على الشيء للغير الذي انتقلت إليه ملكيته.

غير أنه قد يختلف وقت انتقال الحراسة عن وقت انتقال الملكية؛ فإذا كان يسلم البائع المشتري الشيء ولكنه لم يتم بنقل ملكية الشيء إليه كأن يكون تمامًا لعقد معلقٍ على دفع باقي الثمن، ومن ثم فإن الحراسة لا تعني الملكية، فلا تلازم بينهما، ومن هنا فإن وجود العقد الناقل للملكية لا يغني عن البحث عن تكون له السيطرة الفعلية على الشيء.

وقد تنتقل الحراسة من المالك الذي استولى على المركبة الآلية واستعملها دون رضى مالكيها، كما في حالة السرقة، فإنه يصبح هو الحارس المسؤول عن الضرر الذي يحدثه للغير من جراء استعمالها، ومن ثم فإن المالك لا يعد حارساً على سلطات المركبة الآلية المسروقة؛ مع بقاء حقه العيني عليها؛ ذلك أن السرقة أفقدته سلطات الاستعمال والرقابة والتوجيه وانتقلت إلى السارق، وأما التابع لا يُعد حارساً للشيء الذي يستعمله لمصلحة متبوعة؛ لوجود علاقة التبعية التي تجعله خاضعاً في استعماله للشيء لرقابة وتوجيه المتبوع، فالوضع الذي يوجد فيه التابع وهو الخضوع الذي يتعارض مع الحراسة التي تتطلب السيطرة الفعلية على المركبة للحساب الخاص، وهذا ما أخذ به غالبية الفقهاء والقضاة في سلطنة عمان ومصر.

### ٣- انقضاء الحراسة:

#### تنقضي صفة الحراسة بتوافر أحد أمرين:

<sup>(٣١)</sup> صلاح فايز العدوان، المسؤولية المدنية عن الآلات والأشياء الخطرة، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق بجامعة الشرق الأوسط، الأردن، ٢٠١٩م، ص ١٥.

أ- أن يفقد مالك الشيء السيطرة عليه دون أن يكتسبه أحد غيره، كأن يكون هذا الشيء منقولاً وتخلّى مالكاها عن حقه في حيازتها، ففي هذه الحالة لا يعتبر حارساً لها، ويعتبر من الأشياء المتروكة المعتبرة من الأشياء المباحة التي لا حارس لها حتى يستولى عليها شخص آخر بنية تملكها ويصبح حارساً لها.

ب- أن تنتقل السيطرة الفعلية على الشيء من شخص لآخر بموجب إجراء قانوني كانتقال حيازة المركبة من شخص لآخر بموجب عقد بيع، أو انتقال الحيازة بموجب نص في القانون كما في الميراث، فالوارث يصبح حارساً بمجرد السيطرة الفعلية على الأشياء الموروثة، ويسمى هذا النوع بالحراسة القانونية، وهي التي يكون مصدرها القانون والنصوص التشريعية<sup>(٣٢)</sup>.

وقبل ختام هذا الموضوع لابد من الإشارة إلى أنه قد تجتمع المسؤولية العقدية والتقصيرية في وقت واحد، وتكون شركة التأمين مسؤولة عن التعويض عن كليهما في حادث واحد، كقيام شخص بالتعاقد مع سيارة أجرة لنقله من مكان لآخر؛ فنقع حادثة يلحق ضرر بالراكب والمارة؛ لذا تلتزم شركة التأمين بتغطية الأضرار التي تلحق بالمارة استناداً إلى المسؤولية التقصيرية، والأضرار التي تلحق بالراكب استناداً إلى المسؤولية العقدية، وبناء على ما سبق نرى أنه لا يجوز للمضروب من حادث الاستناد على المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية أو الجمع بينهما، سواء قبل رفع دعوى التعويض أو بعد رفعها؛ لأن الدعوى في حالة الجمع هي خليط لا يعرفها القانون، والرأي السائد أنه في حالة توافر شروط المسؤولية العقدية فهي الأولى بالتطبيق؛ لأنها نتاج ما اتفق عليه الطرفان، فلا يجوز إهدار التوازن العقدي الذي تم التوافق بشأنه بين الطرفين، ولكن إذ كان الفعل الذي ارتكبه المدين يشكل جريمة أو خطأ جسيماً؛ يجوز له الخيرة بين دعوى المسؤولية العقدية ودعوى المسؤولية التقصيرية.

يتضح مما سبق أن القواعد العامة التقليدية في المسؤولية المدنية مستقرة في النظام العماني والمصري، وتتمثل في الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما، والأصل وجوب

(٣٢) صلاح فايز العدوان، المسؤولية المدنية عن الآلات والأشياء الخطرة، مرجع سابق، ص ٢٣.

إثبات العناصر الثلاثة الأولى التي تشكل دعائم المسؤولية في التعويض، إلا أن المشرع المصري يخفف العبء على المضرور، ويقيم قرينة لصالحه، في حالة الضرر الناجم عن فعل الشيء، وبصدد افتراض الخطأ وعلاقة السببية بمجرد وقوع الضرر، ولا تقبل تلك القرينة إثبات العكس فيما يتعلق بالخطأ المفترض، ويستطيع الحارس التخلص من المسؤولية بنفي العلاقة السببية من خلال إثبات السبب الأجنبي؛ كالقوة القاهرة وخطأ الغير وخطأ المضرور، وهذه النصوص وإن وفرت الحماية لهؤلاء المضرورين إلا أن الواقع العملي أثبت عجزها في التطبيق العملي لمبدأ حجية الحكم الجنائي أمام المدني؛ مما أدى إلى حرمان المضرور من التعويض في كثير من الحالات، وقفل باب التعويض أمام المضرور وذلك لتخلف مسؤولية السائق الجنائية رغم ميل القضاء بالحكم على السائق بالعقوبة ولو كانت رمزية.

ولعل هذا كان الدافع وراء اتجاه المشرع الفرنسي نحو إضفاء المسؤولية الموضوعية على المسؤولية عن حوادث السيارات، فلم يعد الحصول على تعويض مرتبط بثبوت مسؤولية السائق؛ بل بمجرد تدخل السيارة في الحادث، ولو لم تكن هي المتسببة في الحادث، وعلى غرار المشرع الفرنسي اتجه المشرع العماني، وقررت المحكمة العمانية العليا في حكم لها بأن حفظ الدعوى الجزائرية لا يعفي ولا يحول عن السير في إجراءات الدعوى المدنية من أجل التعويض<sup>(٣٣)</sup>.

<sup>(٣٣)</sup> مجموعة أحكام دائرة التعويضات (الديات والأروش) الصادرة عن المحكمة العليا، مرجع سابق، ص ٢٢٧، المبدأ رقم ٩٣ في الطعن رقم ١١٤٩/٢٠١٤م مدني عليا، جلسة يوم الاحد الموافق ٢٠١٥/٦/٢٨م تقتصر حجية الحكم الجزائري أمام المحكمة المدنية على المسائل التي كان الفصل فيها ضرورياً لقيامه، وهي خطأ المتهم ورابطة السببية بين الخطأ والضرر، ومن ثم فإن استبعاد الحكم الجنائي مساهمة المجنى عليه في الخطأ أو تقرير مساهمته فيه، يعتبر من الأمور الثانوية بالنسبة للحكم بالإدانة، إذ إن تقرير الحكم قيام هذه المساهمة من المجنى عليه أو نفيها لا يؤثر إلا في تحديد العقوبة بين حديها الأدنى والأقصى، والقاضي الجنائي غير ملزم ببيان الأسباب التي من أجلها يقرر عقوبة معينة طالما أن هذه العقوبة بين الحدين المنصوص عليهما في القانون، وإذا كان ذلك فإن القاضي المدني يستطيع أن يؤكد دائماً أن الضرر نشأ من فعل المتهم وحده دون غيره، كما أن له أن يقرر أن المجنى عليه أو الغير قد أسهم في إحداث الضرر رغم نفي الحكم الجنائي؛ ليراعي ذلك في تقدير التعويض إعمالاً لنص المادة (١٨٠) من قانون المعاملات المدنية.

وهكذا تطرقنا في هذا الفصل لبيان نطاق تطبيق القانون الإجمالي، والذي بينا فيه مفهوم حادث المرور، والمركبات الخاضعة للتأمين الإجمالي، ودورها في حادث المرور، وتطرقنا إلى النطاق الشخصي لقانون التأمين الإجمالي، وبيننا الأشخاص الملزمين بالتأمين والمستفيدين والمستبعدين منه، ورأينا كيف وسع القضاء من دائرة المستفيدين وضيق من دائرة المستبعدين.

## الخاتمة

### أولاً- النتائج:

- 1- لقد اتجهت نية المشرع إلى التشديد من مسؤولية حارس السيارة؛ وهو ما يظهر بجلاء من المادة السابقة بالنص الذي جعل الإعفاء من المسؤولية رهين إثبات شرطين لا محيد عنهما. ولعل في ذلك ما فيه من الحماية للمتضرر جراء حادث سير، فالمشرع خلافاً للقواعد العامة جعل عبء الإثبات على حارس السيارة.
- 2- الضرر الموجب للتعويض في المسؤولية التقصيرية يتحقق لمجرد حدوث الخطأ، أما في المسؤولية العقدية فلا بد من إثبات الضرر بكافة طرق الإثبات المتاحة قانوناً.
- 3- من خلال قراءة نصوص قانون تأمين المركبات يتضح أن عبارة "حوادث السيارات" قد جاءت عامة ومُطلقة، ولم يرد في هذا القانون، أو قوانين المرور أي نص يُقيدها أو يُقصرها على حالات مُعينة أو مُحددة، ومن ثم وجب حملها على عمومها، ويتعين تفسيرها تفسيراً واسعاً ليشمل كل ما يتصور حدوثه من السيارة من حوادث تصيب الأشخاص في أرواحهم وأبدانهم وممتلكاتهم، وسواء كان الضرر الذي لحق بالمضروب قد وقع أثناء تحرك السيارة أو أثناء وقوفها مادام الحادث وقع في الحدود الإقليمية لسلطنة عمان.
- 4- استخدم المشرع لفظ "مركبة" بدلاً من لفظ سيارة كون هذا المفهوم أكثر شمولاً واتساعاً، لأنه يشمل كل ما أعد للسير على الطرق، فالتقدم العلمي يقدم جديداً في مجالات الآلات التي تيسر على الطرق.

٥- لم يخضع المُشرع المركبات التي تسير على القضبان الحديدية "القطار، المترو، الترام" لنطاق التغطية؛ لأنها تسير على طرق خاصة بها، ولا تسير على طرق عامة.

٦- نجد أن المُشرع قد منح التغطية التأمينية عن الأضرار الجسدية والمادية التي تلحق المضرور نتيجة الإصابة عدا تَلَفَيَات مركبة المتسبب في تأمين الطرف الثالث.

## ثانياً- التوصيات:

١- وقد أوصت الدراسة المُشرع بإنشاء دائرة متخصصة بكل محكمة ابتدائية، للنظر في دعاوى التعويض التلقائي عن حوادث السيارات، والرجوع من قبل شركة التأمين وصناديق الضمان، من أجل سرعة الفصل في القضايا، وإعادة الأموال إلى الصندوق وشركة التأمين في الحالات المقررة قانوناً، وليطلق عليها (محاكم التعويض التلقائي عن حوادث السيارات)، تتكون من ثلاث قضاة، اثنين منهم على الأقل من الرؤساء بالمحكمة الابتدائية، وغني عن القول وجوب أن يكون القاضي في أول درجة -بالمحكمة الجزئية- من الرؤساء بالمحكمة حال نظر الدعوى؛ كي يكون أكثر خبرة.

٢- مع انتشار وتيرة الذكاء الاصطناعي في صناعة المركبات يجب على المُشرع وضع نصوص خاصة بالمركبات ذاتية القيادة أو نصف ذاتية القيادة، وذلك لعدم وجود أساس المسؤولية المدنية بالنصوص التقليدية الخاصة بقواعد المسؤولية الشبئية، وذلك أسوة بالمُشرع الفرنسي.

٣- وضع نصوص خاصة في التشريع العماني تنظم المسؤولية عن تعويض الأضرار الناجمة في حالة سرقة مركبة وعدم تسبب قائدها بالحادثة؛ حيث أنه بالنظر لبعض التشريعات المقارنة نجد أن المُشرع المغربي نظم ذلك.

## المراجع

### أولاً- المراجع العامة:

١. إيمان محمد طاهر العبيدي، الالتزام بضمان السلامة في عقد البيع.
٢. د. بهاء بهيج شكري، التأمين من المسؤولية في النظرية والتطبيق، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط١، ٢٠١٠م.
٣. د. جميل الشرقاوي: النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية، ص ١٩٧٦، ص ٥٠٣.
٤. د. السنهوري، الوسيط، ج٢.
٥. د. عبد الباقي البكري، شرح القانون المدني العراقي، ج٣، تنفيذ الالتزام، مطبعة الزهراء، بغداد، ١٩٨١.
٦. د. عبد المجيد الحكيم، الوجيز في شرح القانون المدني، ج١، ط٥، مطبعة نديم بغداد، بلا سنة طبع.
٧. عبد المجيد السملالي، المختصر في النظرية العامة للالتزام، دار العلم، ٢٠٠٩.
٨. علي فيلاي، التزامات الفعل المستحق للتعويض، رموم للنشر، الجزائر، ٢٠١٠.
٩. محمد اللجمي، التعويض عن الضرر البدني في القانون التونسي والمقارن، الجزء الأول، مطبعة بابيريس، تونس ١٩٩٩، عدد ٣٥٤.
١٠. د. محمد المرسي زهرة، مرجع سابق. ص ١٤٠.
١١. د. مدحت محمد محمود عبدالعال، المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات بين المذهبين الشخصي والموضوعي، دراسة مقارنة، طبعة أولى، ٢٠١٠، المركز القومي للإصدارات القانونية.
١٢. د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، دار الجامعة الجديدة، طبعة ٢٠١٧.
١٣. د. محمد لبيب شنب، المسؤولية عن الأشياء دراسة مقارنة، مكتبة النهضة المصرية ١٩٥٧.



## ثانياً- التشريعات:

١. تعديلات قانون المرور العماني رقم ٣٨/٢٠١٦م.
٢. القانون المدني الأردني رقم ٤٣ / ١٩٧٦م.
٣. القانون المدني المصري الصادر في ١٣١ / ١٩٤٨م.
٤. قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ / ١٩٨٥م.
٥. قانون المعاملات المدنية العماني الصادر بموجب المرسوم السلطاني رقم ٢٩ / ٢٠١٣م.
٦. قانون تأمين المركبات العماني رقم ٣٤ / ١٩٩٤م.

## ثالثاً- الأحكام القضائية:

١. الدعوى رقم ٣٨١١ لسنة ١٩٩٦ مدني المنصورة الابتدائية.
٢. المبدأ رقم ٦٩ بالطعن رقم ٦٤٢/٢٠١٣م مدني عليا مجموعة أحكام دائرة التعويضات (الديات والاروش) الصادرة عن المحكمة العليا.
٣. مجموعة احكام دائرة التعويضات (الديات والاروش) الصادرة عن المحكمة العليا، سلطنة عمان، الطبعة الأولى ٢٠١٨.
٤. مجموعة أحكام دائرة التعويضات الصادرة عن المحكمة العمانية العليا، الطبعة الأولى ٢٠١٨ في المبدأ رقم ٦٩ بالطعن رقم ٦٤٢ / ٢٠١٣م.
٥. مجموعة الاحكام الصادرة عن الدوائر المدنية بالمحكمة العليا للسنوات من ٢٠١٦- ٢٠١٨م بدون سنة نشر.
٦. مجموعة الأحكام القضائية الصادرة عن الدوائر المدنية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها في الفترة من ١/١٠/٢٠١٠ وحتى ٤/٢٠١٢م، السنة القضائية الثانية عشرة، والصادر عن المكتب الفني بمجلس الشؤون الإدارية للقضاء بالمحكمة العليا.

٧. نقض مدني ٢١ ديسمبر ١٩٩٥، مجموعة أحكام النقض السنة ٤٦، يونيو ديسمبر ١٩٩٠، رقم ٢٨٤، ١٩٥١.

#### **رابعاً- الرسائل العلمية:**

١. صلاح فايز العدوان، المسؤولية المدنية عن الآلات والأشياء الخطرة، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق بجامعة الشرق الأوسط، الأردن.
٢. الطيف الأمين محمد الأخضر، فكرة الحراسة في المسؤولية المدنية، رسالة ماجستير، جامعة الإسكندرية سنة ٢٠١٦.
٣. محمودي فاطمية، المسؤولية المدنية عن حوادث المرور، أطروحة لنيل رسالة الدكتوراه، جامعة وهران الجزائر سنة ٢٠١١م.

#### **خامساً- المراجع الأجنبية:**

##### **المراجع الفرنسية:**

- Droit Civil Français.

#### **سادساً- المواقع الإلكترونية:**

- <https://almerja.com/reading.php?idm=47033> بتاريخ ٢١ نوفمبر ٢٠٢١م



## النظام القانوني لمسؤولية الإعلام عن إفشاء السر الوظيفي (دراسة مقارنة)

الدكتور/ هشام عبد السيد الصافي محمد \*

### المخلص:

يقوم الإعلام بدور حيوي ومؤثر في حياة الأمم والشعوب، ذلك الدور أما أن يكون إيجابياً يساعد في البناء، وأما أن يكون سلبياً يساعد في الهدم، ومع دخول وجود قنوات ووسائل إعلامية لم يكن لها مثيل مسبقاً، وتسابقها على أن تحقق أكثر متابعة ممكنه، أصبحت هذه القنوات والوسائل تخالف عن عمد القوانين والأعراف المجتمعية منتهكة مواثيق العمل الإعلامي، ومن هذه الانتهاكات الخطيرة اتاحة الفرصة للموظفين العموميين للحديث عن أسرار الوظيفة العامة بشكل يضر بمصالح الدولة وأفرادها.

الكلمات المفتاحية: السر الوظيفي - الشفافية الإدارية - حرية الإعلام - الحق في الخصوصية - المسؤولية القانونية.

\* دكتوراه في القانون - كلية الحقوق - جامعة حلوان - مصر.



# The Legal System for Media Responsibility for Disclosing Job Secrets (A Comparative Study)

**Dr. Hesham Abd Al- Sayed Al-Safi Muhammad\***

## **Abstract:**

The media play a vital and influential role in the lives of nations and peoples, that role either to be positive in building, or to be a negative help in the demolition, and with the introduction of channels and media that was unprecedented in the competition, and to achieve the most possible follow-up, Channels and means deliberately violate social laws and norms in violation of the media conventions. These serious violations allow public officials to talk about the secrets of the public service in a way that harms the interests of the state and its members.

**Keywords:** Professional Secret - Administrative Transparency - Media Freedom - Right to Privacy - Legal Responsibility.

---

\* PhD in Law, Faculty of Law, Helwan University, Egypt.



## المقدمة

يعد الحق في التعبير أو حرية التعبير من الحقوق الملازمة واللصيقة بالإنسان لذلك نجد أن هناك اتفاقيات دولية وإقليمية تفرد نصوصاً لهذا الحق، بل أغلب دساتير دول العالم تفعل ذلك، فهو ليس حقاً فردياً بل هو حق اجتماعي إذ بدونه لا يمكن للإنسان أن يتواصل مع غيره من البشر فلا يستطيع نقل أفكاره، ولا يستطيع تلقي آراء غيره، وهو ببساطة شديدة يعرف بأنه: "هو حق الشخص في أن يقول ما يريد بحرية ودون خوف أو إكراه أو تهديد وبالطريقة التي يراها مناسبة وفي الوقت الذي يراه مناسباً"، وكذلك يشمل هذا الحق أن لا يجبر أي شخص على الكلام إذا اختار أن لا يتكلم"، وبهذا فإن الحق في التعبير يشمل الجانب الإيجابي وهو الكلام والجانب السلبي وهو الصمت.

وهو ما تبنته المحكمة الدستورية العليا بمصر عندما قضت بأن: "حرية التعبير عن الآراء والتمكين من عرضها ونشرها سواء بالقول أو بالتصوير أو بطباعتها أو بتدوينها وغير ذلك من وسائل التعبير، قد تقرر بوصفها الحرية الأصل التي لا يتم الحوار المفتوح إلا في نطاقها، ذلك أن ما توخاه الدستور من خلال ضمان حرية التعبير - وعلى ما اطرده عليه قضاء هذه المحكمة - هو أن يكون التماس الآراء والأفكار وتلقيها عن الغير ونقلها غير منحصر في مصادر بذواتها تحد من قنواتها، بل قصد أن تتراعى آفاقها، وأن تتعدد مواردها وأدواتها، سعياً لتعدد الآراء، ومحوراً لكل اتجاه، بل أن حرية التعبير أبلغ ما تكون أثراً في مجال اتصالها بالشئون العامة، وعرض أوضاعها تبياناً لنواحي التقصير فيها، فقد أراد الدستور بضمانها أن تهيمن على مظاهر الحياة في أعماق منابقتها، بما يحول بين السلطة وفرض وصايتها على العقل العام، وألا تكون معاييرها مرجعاً لتقييم الآراء التي تتصل بتكوينه ولا عائناً دون تدفقها، ومن ثم لم يعد جائزاً تقييد حرية التعبير وتفاعل الآراء التي تتولد عنها بأغلال تعوق ممارستها، سواء من ناحية فرض قيود مسبقة على نشرها أو من ناحية العقوبة اللاحقة التي تنتوخي قمعها، إذ يتعين أن ينقل المواطنون من خلالها - وعلائية - تلك الأفكار التي تجول في عقولهم وبطرحونها عزمًا - ولو عارضتها السلطة العامة - إحدائاً من جانبهم - وبالوسائل السلمية - لتغيير قد يكون مطلوباً - وما الحق في الرقابة الشعبية النابعة من

يقظة المواطنين المعنيين بالشئون العامة، الحريصين على متابعة جوانبها، وتقدير موقفهم من سلبياتها إلا فرع من حرية التعبير ونتاج لها<sup>(١)</sup>.

إذا لكل شخص الحق في أن يعبر عن رأيه بحرية وبالوسيلة التي يراها مناسبة، ومن هذه الوسائل بالطبع الإعلام بوسائله المختلفة، وبالطبع لكي تقوم وسائل الإعلام بوظائفها المختلفة يجب أن تتمتع بالحماية القانونية من الرقابة المسبقة على ما ينشر بها أو من إصدار أوامر بمنع النشر أو إعاقته بها من خلال قرارات أو أوامر بالحجب أو المنع أو المصادرة أو الإغلاق، وأيضاً يجب عدم معاقبة الناشر بها على ما قام بنشره بها جنائياً إلا بتوفر مصلحة حقيقية وملحة، وبموجب نص قانوني واضح ومحدد، يوازن ليس فقط ما بين حق الفرد في التعبير وإنما أيضاً مصلحة المجتمع في تلقي المعلومات والآراء وما بين المصلحة التي تدعيها الدولة حمايتها، وبناء على حكم قضائي تراعى فيه جميع ضمانات المحاكمة العادلة، ودون اللجوء إلى العقوبات الجسدية أو المغالاة في العقوبات المالية، وهو ما ورد في الدستور المصري المعد عام ٢٠١٤ في عدد من نصوصه<sup>(٢)</sup>، إلا أن الحق في التعبير لا يعني الفوضى، ولا يتصور قيام مجتمع صحي وآمن يستطيع كل فرد فيه أن يعبر بالملف عما يشاء ومتى شاء وكيفما شاء، إذ بقبول الإنسان العيش ضمن جماعة فإن الحق في التعبير

(١) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٢٥ لسنة ٢٢ ق دستورية جلسة ٥/٥/٢٠٠١. وهو ما أكد عليه الدستور المصري المعدل عام ٢٠١٤ في المادة (٦٥) منه بالنص على أن: "حرية الفكر والرأى مكفولة. ولكل إنسان حق التعبير عن رأيه بالقول، أو الكتابة، أو التصوير، أو غير ذلك من وسائل التعبير والنشر".

(٢) نصت المادة (٧٠) منه على أن: "حرية الصحافة والطباعة والنشر الورقي والمرئي والمسموع والإلكتروني مكفولة، وللمصريين من أشخاص طبيعية أو اعتبارية، عامة أو خاصة، حق ملكية وإصدار الصحف وإنشاء وسائل الإعلام المرئية والمسموعة، ووسائل الإعلام الرقمي. وتصدر الصحف بمجرد الإخطار على النحو الذي ينظمه القانون. وينظم القانون إجراءات إنشاء وتملك محطات البث الإذاعي والمرئي والصحف الإلكترونية". كما نصت المادة (٧١) منه على الحماية الكاملة لوسائل الإعلام حتى تمارس نشاطها بالنص على أن: "يحظر بأي وجه فرض رقابة على الصحف ووسائل الإعلام المصرية أو مصادرتها أو وقفها أو إغلاقها. ويجوز استثناء فرض رقابة محددة عليها في زمن الحرب أو التعبئة العامة. ولا توقع عقوبة سالبة للحرية في الجرائم التي ترتكب بطريق النشر أو العلانية، أما الجرائم المتعلقة بالتحريض على العنف أو بالتمييز بين المواطنين أو بالظن في أعراض الأفراد، فيحدد عقوباتها القانون"، وقد أكدت على استقلال المؤسسات الإعلامية حتى المملوكة لها في المادة (٧٢) منها تلتزم الدولة بضمان استقلال المؤسسات الصحفية ووسائل الإعلام المملوكة لها، بما يكفل حيادها، وتعبيها عن كل الآراء والاتجاهات السياسية والفكرية والمصالح الاجتماعية، وبضمن المساواة وتكافؤ الفرص في مخاطبة الرأي العام".

تحده حقوق أخرى كما تقيده مصالح فردية وجماعية، مقابلة لها أهميتها وقيمتها بالنسبة إلى الأفراد والمجتمع، ومن هنا فإن نوعاً من التوازن يجب أن يتوفر ليضمن القدر اللازم من الحرية.

### أهمية البحث:

ترجع أهمية هذا البحث في أنه يتناول موضوع هام طفي بقوة على سطح الحياة اليومية في مصر خصوصاً بعد ثورتي ٢٥ يناير ٢٠١١، ٣٠ يونيو ٢٠١٣، ألا وهو ظهور عدد من متولي الوظائف العامة بالدولة، على شاشات الفضائيات أو في تصريحات صحفية أو على المدونات الالكترونية الكبرى ناشر مستندات واسرار تتعلق بوظيفته، أو بالدولة أو بأشخاص داخل الدولة، دون تصريح مسبق بذلك من رؤسائه أو من الأشخاص أصحاب هذه البيانات والمستندات مما يعد خرقاً واضحاً لحق الدولة في حماية اسرارها، التي قد تتعلق بأمنها الداخلي أو الخارجي أو علاقتها بجيرانها، كما أنها تعد خرقاً لحق الأفراد في الخصوصية، ويتم تبرير هؤلاء الموظفين لما اقترفوه من ذنب وظيفي وجرم جنائي بأنهم يحاولون كشف الفساد ومحاربتة، وأن الدستور المصري تحدث عن الشفافية الإدارية وهو ما يقتضي الكشف عن كل ما لديهم من معلومات ومستندات<sup>(٣)</sup>.

كما أن الإعلامي الذي قام بنشر ذلك السر الوظيفي أو أسهم في نشره بغرض الشهرة بين أقرانه، يتحجج بأنه له حصانة وبحرية الإعلام وأن مصدره هو المدان، ويحاول أن يبرر مسؤوليته عما اقترفه من جرم في حق الدولة أو الأفراد على حسب درجة جسامة السر الوظيفي الذي اذاعه أو أسهم في إذاعته، ثم بالبحث عن المستفيد الرئيسي من إذاعة السر الوظيفي نجدها المؤسسة الإعلامية التي تذيعه عبر وسائلها لتحقيق شهرة بين نظيرتها، وتجذب الناس لمتابعتها، وبما أن هذه المؤسسة شخص

<sup>(٣)</sup> نص الدستور المصري الحالي المعدل عام ٢٠١٤ في المادة (٦٨) منه علي أن: "المعلومات والبيانات والإحصاءات والوثائق الرسمية ملك للشعب، والإفصاح عنها من مصادرها المختلفة، حق تكفله الدولة لكل مواطن، وتلتزم الدولة بتوفيرها وإتاحتها للمواطنين بشفافية، وينظم القانون ضوابط الحصول عليها وإتاحتها وسريتها، وقواعد إيداعها وحفظها، والتنظيم من رفض إعطائها، كما يحدد عقوبة حجب المعلومات أو إعطاء معلومات مغلوطة عمداً. وتلتزم مؤسسات الدولة بإيداع الوثائق الرسمية بعد الانتهاء من فترة العمل بها بدار الوثائق القومية، وحمايتها وتأمينها من الضياع أو التلف، وترميمها ورقمنتها، بجميع الوسائل والأدوات الحديثة، وفقاً للقانون".

اعتباري فتحاول تبرير موقفها بنسبة الخطأ لتابعيها للتخلص من المسؤولية، وسنحاول في هذا البحث لقاء الضوء عن كل تلك الأمور، مع البحث عن مسؤولية للإعلامي وللمؤسسة الإعلامية تلازم وتجاوز مسؤولية الموظف الذي أفشي ذلك السر .

### إشكالية البحث:

يثير البحث عدد من التساؤلات الهامة محاولاً الإجابة عليها، تبدأ بتحديد مفهوم السر الوظيفي لوجود نقص تشريعي في تحديد مفهومه، هذا النقص الذي قد يستغل في إضفاء السرية علي كل فساد إداري في الدولة للتستر عليه مما يعيق الرقابة الشعبية، ومن هنا كان لابد من لقاء الضوء عن مفهوم الشفافية الإدارية ومدى تعارضها مع السر الوظيفي، ثم ما هو دور الإعلام في تحقيق الموائمة بين السر الوظيفي والشفافية الإدارية، ومدى مسؤولية الإعلامي حال إفشاء الموظف لما ائتمن عليه من سر وظيفي من خلاله أو بواسطته، وتحديد نطاق تلك المسؤولية، وما إذا كانت المؤسسة الإعلامية باعتبارها شخصاً اعتبارياً تسأل عن إفشاء السر الوظيفي عبرها وبمعرفة تابعيها، وفي حالة مسؤوليتها ما هو نطاق هذه المسؤولية، وذلك في إطار عدد من القوانين صدرت حديثاً منها القانون ١٧٨ لسنة ٢٠١٨ بشأن الهيئة الوطنية للإعلام، والقانون ١٧٩ لسنة ٢٠١٨ بشأن الهيئة الوطنية للصحافة، والقانون ١٨٠ بشأن قانون تنظيم الصحافة والإعلام والمنشورين بالجريدة الرسمية في ٢٧/٨/٢٠١٨.

### الصعوبات التي واجهت الباحث:

عدم وجود مراجع قد تناولت هذا الموضوع من قبل فكل من تناول السر الوظيفي تناوله بشكل منفرد وتناول فيه مسؤولية الموظف أو المهني عن إفشائه للسر الوظيفي سواء على نطاق المسؤولية التأديبية أو المسؤولية الجنائية، ولم تقترب تلك الكتابات من مسؤولية المدنية، ثم كتابات وأبحاث أخرى تناولت مسؤولية الصحفي المدنية أو الجنائية عن جرائم النشر، إلا أن أحداً لم يقترب من مسؤولية المؤسسة الإعلامية أو حتى الصحفية عن جرائم النشر، بل كل من تعرض تعرض للمسؤولية الجنائية للشخص الاعتباري، الأمر الذي جعلنا نحاول التوفيق بين كل ما كتب في موضوعات متناثرة مبعثرة وتجميعها في إطار بحثنا هذا للتأصيل لمسؤولية الإعلامي والمؤسسة الإعلامية عن إفشاء السر الوظيفي بمعرفتها أو من خلالها.

## خطة البحث:

تناولت بحثي هذا في مبحثين: مبحث أول: احاول فيه التأصيل النظري للمفاهيم التي يدور البحث في فلكها وهي السر الوظيفي، الشفافية الإدارية، الإعلام والعلاقة التي تربط بينهم؛ ثم في مبحث ثاني: اجتهد لأوضح وأصل لتحديد الإطار القانوني لمسؤولية الإعلامي والمؤسسة الإعلامية عن إفشاء ذلك السر، وذلك كآلاتي: المبحث الأول: التأصيل النظري للعلاقة بين الإعلام والسر الوظيفي والشفافية الإدارية. المبحث الثاني: التأصيل القانوني للمسؤولية الإعلامية عن إفشاء السر الوظيفي.

## المبحث الأول

### التأصيل النظري للعلاقة بين الإعلام والسر الوظيفي والشفافية الإدارية

#### تمهيد وتقسيم:

يطلع الموظف العام بحكم وظيفته على أسرار يتعلق بعضها بأمن الدولة جميعها أو بالدفاع عن تراب الوطن أو بالمواطنين أبناء ذلك الوطن، تلك الأسرار التي ما كان من المتيسر له الاطلاع عليها لولا أنه يتقلد إحدى وظائف الجهاز الإداري بالدولة، لذلك هناك التزام أدبي وقانوني يقع على عاتق الموظف العام يمنعه من انتهاك هذه السرية؛ إلا أن الدول تختلف في تحديد نطاق ما هو سري يمتنع على الموظف إفشائه، وبين ما هو غير سري يجوز إطلاع الغير عليه عن طريق وسائل الإعلام المختلفة فيما يسمى بالشفافية الإدارية، وذلك حسب درجتها في سلم الديمقراطية، فالدول المتخلفة عن ركب الديمقراطية السرية في أعمال موظفيها وسلطاتها التنفيذية هي الأساس؛ بينما نجد في الدول الديمقراطية يقل نطاق السرية لحساب الشفافية<sup>(٤)</sup>، وسنحاول في هذا الفصل توضيح ما هية السر الوظيفي لنتمكن من وضع حدود قانونية

<sup>(٤)</sup> ففي أو تقرير للمديتير الفرنسي قرر فيه أن السرية التي تحيط بها الإدارة أعمالها عادة بغیضة تمثل أثراً للنظام النابليوني المستبد، قد آن الأوان للتخلص منها بلا رجعة لتحل محلها العلانية التي تفرض على الإدارة الفرنسية الشفافية، وتضع نهاية لهذا الاحتكار الإداري السيء للمعلومات، راجع:

LE GRAND (A): médiateur. Répertoire de contentieux administratifs Encyclopedie.Dalloz.1993, p5.

راجع: د. محمد باهي أبو يونس: التنظيم القانوني لحرية الحصول على الوثائق الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٢، ص ٩.

يمكن علي أساسها الحكم على ما يعد سري لا يجوز افشائه إلا في حالات معينة، وما هو غير سري فلا مسؤولية تقع على الموظف عند افشائه، وما هية الشفافية الإدارية باعتبارها الوجه الآخر للسري الوظيفي، وما هية الإعلام كوسيلة تستخدم لإفشاء السري الوظيفي، وتحقيق الشفافية الإدارية؛ وذلك في مطلبين كالآتي:

**المطلب الأول: ماهية السري الوظيفي.**

**المطلب الثاني: ماهية الإعلام.**

## المطلب الأول

### ماهية السري الوظيفي

يعد التزام الموظف بحماية الأسرار الوظيفية التي يطلع عليها بحكم تلك الوظيفة قيدياً على حريته في إبداء رأيه<sup>(٥)</sup>، فواجب المحافظة على الأسرار الوظيفية، واجب أساسي، لا غنى عنه لحماية الأفراد المتعاملين مع الإدارة ولحماية الإدارة نفسها، وهذا الواجب بحكم طبيعته يقتضي تطبيقاً واسعاً، يشمل جميع الموظفين العموميين، ويتضمن كل ما يطلع عليه هؤلاء من معلومات ووثائق بمناسبة قيامهم بعملهم، لذلك فإن كل البيانات والمعلومات التي تصل إلى علم الموظف بمناسبة قيامه بعمله<sup>(٦)</sup>، وهو ما سنتناوله في ثلاثة فروع كالآتي:

**الفرع الأول: مفهوم السري الوظيفي.**

**الفرع الثاني: أساس الالتزام بعدم إفشاء السري الوظيفي.**

**الفرع الثالث: نطاق الالتزام بالسري الوظيفي وطرق ووسائل إفشائه.**

## الفرع الأول

### مفهوم السري الوظيفي

**التعريف الفقهي للسري الوظيفي<sup>(٧)</sup>:** يختلف تعريف السري الوظيفي باختلاف الظروف والأزمنة والأمكنة فما يعد سراً بالنسبة إلى شخص قد لا يعد سراً بالنسبة إلى شخص

<sup>(٥)</sup> وذلك لا يشمل غيرها من الأسرار التي يطلع عليها بأي طريق آخر، د. أمل لطفي حسن جاب الله: أصول القانون الإداري الجزء الثاني النشاط الإداري، د. ن، د. ت، ص ٢٤٩، ٢٥٠.

<sup>(٦)</sup> د. نبيلة عبد الحليم كامل، د. جابر جاد نصار: الوسيط في القانون الإداري، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤، ص ٤٧٣.

<sup>(٧)</sup> كلمة سر secret مشتقة من كلمة sacred والتي تعني مقدس حيث اقترن السر في بداية الأمر بطبيعة التقديس، وقد بدأت المحافظة على السري الوظيفي كواجب ذو طبيعة أخلاقية في البداية فكان يحكم كل مهنة القانون الأخلاقي للمهنة؛ ثم نظراً لأن المهن كثيرة ومختلفة وكل مهنة يطلع صاحبها على أسرار عديدة يؤدي

آخر، وما يعد سراً في ظروف معينة قد لا يعد سراً في غيرها<sup>(٨)</sup>، وقد تصدى الفقه لتعريف السر الوظيفي فعرفه جانب بأنه: "كل ما يعرفه الموظف أثناء أو بمناسبة ممارسة وظيفته أو بسببها وكان في افشائه ضرر"<sup>(٩)</sup>، وعرفه جانب آخر بأنه: "الواقعة التي يرى القانون مصلحة في حصر العلم بها في شخص أو أشخاص محددين"<sup>(١٠)</sup>، وعرفه جانب ثالث بأنه: "واقعة أو صفة ينحصر نطاق العلم بها في عدد محدود من الأشخاص إذا كانت ثمة مصلحة يعد بها القانون في أن يظل العلم بها محصوراً في هذا النطاق"<sup>(١١)</sup>، وعرفه جانب رابع بأنه: "كل ما يتصل بالمعلومات والإجراءات والقرارات التي يطلع عليها الموظف من خلال ممارسة الوظيفة العامة"<sup>(١٢)</sup>، كما ذهب جانب خامس بأنه: "التزام الموظف بالمحافظة على سر المهنة بكل ما يتعلق بالأفعال والمعلومات التي يطلع عليها أثناء ممارسته المهنة أو من خلال ممارسته لوظائفه، فيمتنع عليه إذاعتها أو نشرها بأي صورة كانت أو تسليمها إلى أي شخص إلا إذا كان مسؤولاً"<sup>(١٣)</sup>، وعرفه جانب أخير يؤيده الباحث بأنه: "تلك المعلومات التي يطلع عليها الموظف أثناء تأدية وظيفته أو بسببها والمعلومات التي يحرم على الموظف البوح بها، وهي أما أن تكون سرية بطبيعتها كالأمور العسكرية، أو عرفاً كالمسائل المتعلقة بالحياة

إفشائها إلى خطر كبير قد يهدد كافة نواحي الحياة، راجع أ. عبد الرحمن عبيد الله عطا الله الوليدات: الحماية الجزائية للأسرار المهنية في القانون الأردني دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، حقوق جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، ٢٠١٠، ص ٢، وما بعدها.

(٨) د. ياسر حسين بهنس: الحماية الجنائية للسرية في القانون الضريبي، مركز الدراسات العربية، ط. ١، ٢٠١٥، ص ١٥.

(٩) راجع المستشار. محمد ماهر: إفشاء سر المهنة الطبية، مجلة القضاء، العدد التاسع، سبتمبر ١٩٧٥، ص ٩٩، ١٠٠.

(١٠) راجع قريب من هذا المعنى: أ. جاري شيراز: مسؤولية الموظف عن افشاء السر المهني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خضير بسكرة، الجزائر، ٢٠١٣-٢٠١٤، ص ٢٠.

(١١) د. محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دار النهضة العربية، ١٩٨٨، ص ٧٥٣. وعرف أيضاً بأنه: "السياغ الدولة على واقعة أو شيء ما صفة السرية بحيث يتعين بقاؤه محجوباً عن غير من كلف بحفظه أو استعماله ما لم تنقرر بإباحته، راجع في ذلك أ. عبد الرحمن عبيد الله عطا الله الوليدات، مرجع سابق، ص ١٤.

(١٢) د. خالد الزبيدي: التزام الموظف العام بكتمان أسرار الوظيفة العامة في القانون الأردني دراسة مقارنة، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد (٣)، السنة (٣٦)، سبتمبر ٢٠١٢، ص ٥٤٢.

(١٣) د. عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف: التزام الموظف العام بالتحفظ في ضوء أحكام القضاء الإداري دراسة مقارنة، مجلة روح القوانين، كلية الحقوق جامعة طنطا، العدد (٦٥)، يناير ٢٠١٤، ص ١٠٢.

الخاصة للأفراد، وأما أن تعد كذلك بالنص في القوانين أو القرارات أو التعليمات الإدارية على اعتبارها سرية لا يجوز للغير الاطلاع عليها<sup>(١٤)</sup>.

**التعريف التشريعي للسر الوظيفي:** لم تجر التشريعات على وتيرة واحدة في تحديد ما يعد سرًا وظيفيًا فهناك ثلاثة اتجاهات: **الاتجاه الأول:** تتجه فيه هذه التشريعات صوب عدم وضع تحديد لما يعد سرًا وظيفيًا وذلك باعتباره فكرة واسعة تنتوع إلى صور كثيرة مما لا يجوز معه تقييده بتعريف ضيق، وهو اتجاه منتقد من جانب الفقه الذي يرى: أن القوانين التي حرمت على الموظف العام إفشاء السر الوظيفي لم تهتم بتعريف ما هو السر الوظيفي جاءت لتضييق من نطاق حرية الموظف العام في التعبير، وذلك بأن تستخدم جهة الإدارة هذا الحظر كسيف مسلط على الموظف بأن تضيي صفة السرية على أشياء لا تستحق السرية<sup>(١٥)</sup>.

**أما الاتجاه الثاني:** فيميل نحو تقسيم ما يعد سرًا وظيفيًا إلى حقيقي وحكمي ثم يترك للسلطة التنفيذية بالدولة أمر اصدار مرسوم بعد أخذ رأى الخبراء المختصين<sup>(١٦)</sup>، وهو بهذا الشكل يكون قابلاً للتعديل والتكملة وفقاً لما تظهره التجارب.

(١٤) د. جابر يوسف عبد الكريم المراغي: جرائم انتهاك أسرار الدفاع عن البلاد من الناحيتين الموضوعية والإجرامية، دار النهضة العربية، ١٩٩٨، ص ١٣٦.

(١٥) د. السيد عبد الحميد محمد عبد القادر: ممارسة الموظف للحريات العامة في القانون الإداري والقانون الدولي، رسالة دكتوراه، حقوق أسبوط، ٢٠٠٢، ص ٥٨٢.

(١٦) وهو تقريباً ما صار علي نهجه القانون العماني الخاص بأسرار الوظيفة و الأماكن المحمية الصادر في ١٩٧٥/٨/٢٨، والذي اهتم بتعريف الوثائق محل الحماية فعرف في المادة الأولى منه أصدره الوثيقة أو المعلومات رسمية بأنها: أي رسم أو صورة أو مخطط أو نموذج أو تصميم أو شكل أو عينة أو مقالة أو مذكرة أو وثيقة أو معلومات ذات صلة مباشرة أو غير مباشرة بوظيفة أي موظف، كما عرفت الوثيقة أو المعلومات الرسمية المصنفة بأنها: أية وثيقة أو معلومات رسمية تحمل التصنيف (سري) أو (سري جداً) أو (مكتوم) أو (محظور) أو أي تصنيف آخر مماثل، وأية وثيقة أو معلومات رسمية يكون إفشاؤها مناقضاً لمصالح الدولة. ثم تطرق في المادة الثانية إلي التطبيق العملي للقانون فقرر أنه تحقيقاً لأغراض هذا القانون، تشمل عبارة "وثيقة أو معلومات رسمية" أي جزء من وثيقة أو معلومات رسمية، عبارة "وثيقة أو معلومات رسمية مصنفة" أي جزء من وثيقة أو معلومات رسمية مصنفة. وتشمل العبارات التي تشير إلى نقل "الوثائق أو المعلومات الرسمية أو الوثائق أو المعلومات الرسمية المصنفة نقلها المادي أو الشفوي، كإعطاء الوثيقة أو المعلومات الأصلية أو نسخها أو صورة أو خلاصة عنها، أو إفشائها أو صفها أو إبرازها أو تحويلها، وكذلك إتاحة الفرصة أمام شخص آخر لكي يتلقى أو ينسخ أو يصور أو يلخص أية وثيقة أو معلومات رسمية أو أية وثيقة أو معلومات رسمية مصنفة.

في حين أن الاتجاه الثالث: يميل لوضع تحديد شامل لما يعد سرًا وظيفيًا عن طريق سرد كل ما يمكن أن يعتبر كذلك<sup>(١٧)</sup>.

كما أن بعض التشريعات قامت بتحديد طائفة من الأشخاص الذين يقع على عاتقهم الالتزام بالمحافظة على السر الذي يتلقونه من الناس بحكم وظيفتهم أو مهنتهم، ولم تحدد تلك التشريعات على سبيل الحصر الأمناء على الأسرار<sup>(١٨)</sup>، والضابط في ذلك أن يكون الشخص منتمياً إلى إحدى المهن التي يلتزم أصحابها بحفظ السر، وتلك المهن يفترض في من يمتنها أن يكون محلاً للثقة العامة من قبل المجتمع عموماً، فلا يكفي أن يكون محلاً للثقة من قبل بعض الأفراد، فهي هامة اجتماعياً، ولا تمارس إلا بالعلم بالأسرار والالتجاء إلى أصحابها اضطراري<sup>(١٩)</sup>.

**الشروط الواجب توفرها حتى نقول إن هناك سرًا وظيفيًا:** يتضح من التعريفات السابقة أنه لا يمكن القول بوجود سر وظيفي دون توفر ثلاثة عناصر هي:

١- أن يكون سرًا بطبيعته أو بطبيعة الظروف المحيطة به: هناك اتجاهين فقهيين في تحديد السر الوظيفي الاتجاه الأول: يأخذ بالمعيار الشخصي: حيث يتم تحديد وصف السرية عن طريق صاحب السر نفسه بصورة مباشرة سواء كان مواطن يرغب في جعل أمور خاصة تتصل بحياته الخاصة في جانب السرية طواعية، فالموظف لا يلتزم إلا بالحفاظ على ما عهد به إليه صاحب السر؛ وأما أن تكون قد صدرت تعليمات من السلطة الإدارية باعتبار أمور معينة من قبل الأسرار التي لا يجوز لأحد الاطلاع عليها، أما الاتجاه الآخر: فيأخذ بالمعيار الموضوعي: وهو الذي ينظر لموضوع المعلومة ومضمونها، والوقائع المرتبطة بها دون النظر لإرادة صاحب السر، فهو

<sup>(١٧)</sup>، راجع قريب من ذلك: د. مجدي محب حافظ: الحماية الجنائية لأسرار الدولة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٩٧، ص ١٦٣، وما بعدها.

<sup>(١٨)</sup> د. طارق سرور: شرح قانون العقوبات القسم الخاص جرائم الأشخاص والأموال، دار النهضة العربية، ٢٠١٠، ص ٦٤١.

<sup>(١٩)</sup> د. ياسر حسين بهنس، مرجع سابق، ص ٢٣.

وهو ما يتوافر في الموظف العام الذي تنتج له وظيفته العامة أن يطلع على أمور وأسرار لم يكن في استطاعته أن يطلع عليها لولا وظيفته. أ. جاري شيراز، مرجع سابق، ص ١٩.

يخضع لمعيار الرجل العادي في الحكم علي المعلومة أو الموضوع، مثال ذلك سرية العطاءات المقدمة في المناقصات والمزيدات، وكذلك أسئلة الامتحانات<sup>(٢٠)</sup>.

ويري هذا الجانب الآخر من الفقه أن إضفاء السرية على واقعة معينة يعتمد على ما جري عليه الناس عادة على اعتباره سراً، كما أنه يرى أن الضابط في اعتبار الواقعة سراً ضابط ذو شقين: الشق الأول: أن يتعلق السر بوقائع محددة وصادقة، فلا التزام بالسر مع وقائع كاذبة تتعلق بوقائع غير حقيقية لا وجود لها<sup>(٢١)</sup>، والشق الثاني: أن توجد مصلحة مشروعة في ابقاء المعلومة أو الواقعة سراً، فإذا لم تكن هناك مصلحة فإن صفة السر لا تثبت<sup>(٢٢)</sup>.

وترجع أهمية المصلحة في تحديد السر أنه إذا كان القانون يعترف بمصلحة في كتمان سر ما فإنه إذا وجدت مصلحة أعلى مرتبة في إفشاء السر يعترف بها القانون كذلك فإنه يقوم على أساس من هذه المصلحة "سبب للإباحة" ينفي عن الإفشاء الصفة غير المشروعة<sup>(٢٣)</sup>، ويعد تحديد ما إذا كانت الواقعة أو المعلومة سراً من عدمه من المسائل الموضوعية التي يترك أمر تقديرها لمحكمة الموضوع في كل حالة على حدة<sup>(٢٤)</sup>.

٢- ألا يكون معلوم للكافة: لم يضع القانونيين حداً معيناً لعدد الأشخاص حتى يحتفظ الخبر بالسرية فتظل الواقعة سرية حتى ولو كانت معلومة لبعض الأشخاص أو بعض

(٢٠) د. غنام محمد غنام: الحماية الجنائية لأسرار الأفراد لدي الموظف العام، مجلة كلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد الرابع، أكتوبر ١٩٨٨، ص ١٦٥، د. خالد الزبيدي، مرجع سابق، ص ٥٤٣، ٥٤٤، د. عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف، مرجع سابق، ص ١٠١.

وما ذهب إليه القضاء الفرنسي من اعتبار المواضيع غير النهائية والأعمال التحضيرية التي تقوم بها الإدارة غير قابلة للاطلاع، راجع: Michel prier, Droit de l'environnement, 4ed, dalloz, 2001, p105 (٢١) د. محمد عبد الظاهر حسين: المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل، دار النهضة العربية، ١٩٩٦، ص ١٢٧.

(٢٢) وهو ما قضت به محكمة استئناف Orléans الفرنسية عام ١٩٢٩ عندما حكمت بأن "إذا كان إفشاء الواقعة التي أسر بها إلي الأمين (وقد كان طبيباً) ليس من شأنه إحداث ضرر من أي طبيعة كانت وإذا لم يكن لصاحب السر مصلحة في الكتمان فإن صفة السرية لا تنطبق على الواقعة محل الذكر.. راجع: Orléans 14 nov. 1929, D.H. 1930.76.

(٢٣) د. محمود نجيب حسنى، مرجع سابق، ص ٧٥٣، وما بعدها.

(٢٤) د. ياسر حسين بهنس، مرجع سابق، ص ١٧، ١٨.

وهو ما قضت به محكمة النقض المصرية من أن: "القانون لم يبين معنى السر، وترك الأمر لتقدير القضاة، فوجب أن يرجع في ذلك إلى العرف وظروف كل حادثة على انفراد" راجع حكم محكمة النقض الصادر في فبراير ١٩٤٢، مشار إليه لدى د. غنام محمد غنام، مرجع سابق، ص ١٧٢.

الجمهور طالما أنها لم تصل إلى علمهم بطريقة مؤكدة أي إذا كانت مجرد إشاعة أو خبر غير مؤكد<sup>(٢٥)</sup>.

كما يمكن أن تكون المعلومة قد وصلت بصورة كاملة صحيحة لعدد من الأشخاص؛ إلا أنه يتعين أن يكون نطاق العلم بها محصوراً في أشخاص محددين، حتى ولو كان عددهم كبير، أما إذا كان الذي يعلم بالواقعة عدد غير محدد بحيث لا يكون في الاستطاعة السيطرة على نطاق العلم بها فتنتمي عنها صفة السرية<sup>(٢٦)</sup>، ولا يلزم لاعتبار الواقعة أو المعلومة سراً أن يكون قد حصل عليها الغير من صاحبها مباشرة بل تظل الواقعة سراً حتى ولو حصل عليها الشخص من غير صاحبها<sup>(٢٧)</sup>.

٣- أن يعلم الموظف بالسر في أثناء الوظيفة أو بسببها: لكي يوصف السر بأنه مهني أو وظيفي يجب أن تكون له صلة بالوظيفة أو المهنة التي يمارسها المؤمن، سواء بصورة مباشرة ويشمل ما يطلع عليه الموظف بحكم وظيفته، أو بشكل غير مباشر إذا قد يتيح العمل الوظيفي للموظف الاطلاع على أسرار معينة يكلفه زملائه في العمل تبليغها، أو كحالة الموظف الذي يطلع على محتوى المراسلات التي تمر على زميله بسبب وجودهما في مكان عمل واحد، أو أن تكون الأعمال سرية إلا أن ممارستها أو انجازها يتطلب ممن نيظ بهم تلك الواجبات أن يستعين بأشخاص آخرين لمساعدته لعدم إمكان أدائه لها بصورة منفردة<sup>(٢٨)</sup>.

## الفرع الثاني

### أساس الالتزام بعدم إنشاء السر الوظيفي

يرجع التزام الموظف بعدم إفشاء السر الوظيفي لأساس تشريعياً فهناك نصوص كثيرة متناثرة سواء أكانت في قوانين الوظيفة العامة " الخدمة المدنية" أو قانون

(٢٥) د. غنام محمد غنام، مرجع سابق، ص ١٦٤.

وهو ما قضى به القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه منها:

Rennes 7 mai 1979, J.C.P.1980.II.19333, note Chambon, Crim Janv.1968, and D.1968.153.

(٢٦) د. محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ٧٥٣، وما بعدها.

(٢٧) د. خالد الزبيدي، مرجع سابق، ص ٥٤٤، ٥٤٥، د. ياسر حسين بهنس، مرجع سابق، ص ١٧، ١٨.

(٢٨) د. خالد الزبيدي، مرجع سابق، ص ٥٤٥.

العقوبات، كما أن هناك عدد من النظريات الفقهية التي قيلت في أساس الالتزام بعدم إفشاء السر الوظيفي وسنحاول توضيحهما في الآتي:

**التشريعات وأساس الالتزام بعدم إفشاء السر الوظيفي:** هناك عدد من النصوص القانونية التي تؤكد على التزام الموظف أو المهني بعدم إفشاء السر الوظيفي، والتي تتمثل في الآتي:

**أولاً- التنظيم القانوني للالتزام بالسر الوظيفي من الناحية التأديبية:** هذا الالتزام مقرر في فرنسا بموجب المرسوم رقم ٢٢٤ لسنة ١٩٥٩ الصادر في ٤ فبراير ١٩٥٩ المادة العاشرة بشأن الموظفين والمعدل بالقانون رقم ٦٣٤ لسنة ١٩٨٣ الصادر في ١٣ يوليو ١٩٨٣ والذي جري نصها علي أن: " كل موظف يلتزم بكتمان السر الوقائع والمعلومات التي عرفها أثناء ممارسته لوظيفته ويحظر عليه إفشاء الأوراق والمستندات الخاصة بالخدمة ولا يمكن إعفاء الموظف من هذا الالتزام إلا بتصريح من الجهة التي يتبعها<sup>(٢٩)</sup>، ويطلق علي هذا الالتزام بالفرنسية *La discretion professionnelle* ، ويستطيع الوزير باعتباره الرئيس الإداري الأعلى لوزارته أن يعفي الموظف منه إذ وجد المصلحة في ذلك<sup>(٣٠)</sup>.

وقد ورد في اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية المصري رقم ٨١ لسنة ٢٠١٦ نصاً مفصلاً عن النص الفرنسي لحماية السر الوظيفي<sup>(٣١)</sup>؛ إلا أن هناك قوانين أخرى

(٢٩) د. جابر يوسف عبد الكريم المراغي، مرجع سابق، ص ١٣٩.

(٣٠) راجع:

Auby (J.M.) et Ducos –Ader (R.): Droit administrative: La fonction publique, et les travaux publics. Paris.Dalloz,1986, p.190.

(٣١) حيث جاء نص المادة (١٥٠) من اللائحة التنفيذية للقانون ٨١ لسنة ٢٠١٦، عندما تناولت مخالفات الموظفين قامت بتخصيص أكثر من فقرة بها للحماية من انتهاك السر الوظيفي فجاء نصهم كالآتي: ١-.....٢- إفشاء أية معلومات يطلع عليها بحكم وظيفته إذا كانت سرية أو بموجب تعليمات تقضي بذلك دون إذن كتابي من الرئيس المختص ويظل هذا الالتزام قائماً يعد ترك الخدمة. ٧- الاحتفاظ لنفسه بأصل أية ورقة رسمية أو نزع هذا الأصل من الملفات المخصصة لحفظه، ولو كانت خاصة بعمل كلف به أو الاحتفاظ بضرورة أي وثيقة رسمية أو ذات طابع سري.

٨- أن يفضي بأي تصريح أو بيان عن أعمال وظيفته عن طريق وسائل الإعلام والاتصال إلا إذا كان مصرحاً له بذلك كتابة من الرئيس. ١٧- مباشرة أي نشاط أو آتيان أي سلوك من شأنه تكدير الأمن العام أو التأثير على السلام الاجتماعي".

وهو تقريبا ما كان مقررًا في القانون السابق ٤٧ لسنة ١٩٧٨ بشأن نظام العاملين بالدولة والذي نص في المادة (٧٧ / ٧٠، ٩) على أن".... ٧- أن يفضي بأي تصريح أو بيان عن أعمال وظيفته عن طريق الصحف أو غير ذلك من طرق النشر إلا إذا كان مصرح له بذلك كتابة من الرئيس المختص. ٨- على الموظف العام أن

تناولت الأسرار الوظيفية بالحماية التي عند مخالفتها تستوجب المساءلة التأديبية لمن خالفها منها القانون ١٢١ لسنة ١٩٧٥ بشأن المحافظة على الوثائق الرسمية للدولة، والذي نص في المادة (٢) منه على أن: "لا يجوز لمن اطلع بحكم عمله أو مسؤوليته أو حصل على وثائق أو مستندات غير منشورة من المشار إليها في المادة الأولى أو علي صور منها أن يقوم بنشرها أو بنشر محتواها كله أو بعضه إلا بتصريح خاص يصدر بقرار من مجلس الوزراء بناء على عرض الوزير المختص"<sup>(٣٢)</sup>، والقرار الجمهوري رقم ٤٧٢ لسنة ١٩٧٩ بشأن المحافظة على الوثائق الخاصة بالدولة<sup>(٣٣)</sup>،

يفشي الأمور التي يطلع عليها بحكم وظيفته إذا كانت سرية بطبيعتها أو بموجب تعليمات تقضي بذلك، ويظل هذا الالتزام بالكتمان قائماً ولو بعد ترك العامل الخدمة. ٩- أن يحتفظ لنفسه بأصل أي ورقة من الأوراق الرسمية أو ينزع هذا الأصل من الملفات المخصصة لحفظه ولو كانت خاصة بعمل مكلف به شخصياً. أن يخالف إجراءات الأمن الخاص والعام التي يصدر بها قرار من السلطة المختصة".

<sup>(٣٢)</sup> وقد نصت المادة الأولى منه على أن: "يضع رئيس الجمهورية بقرار منه نظاماً للمحافظة على الوثائق والمستندات الرسمية للدولة ويبين هذا النظام أسلوب نشر واستعمال الوثائق والمستندات الرسمية التي تتعلق بالسياسات العليا للدولة أو بالأمن القومي والتي لا ينص الدستور أو القانون على نشرها فور صدورها أو إقرارها، ويجوز أن يتضمن هذا النظام النص على منع نشر بعض هذه الوثائق لمدة لا تتجاوز خمسين عاماً إذا ما اقتضت المصلحة العامة ذلك.

وقد عبرت المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون سالف البيان عن التوجه الحقيقي للتشريع، ناحية إعاقة حرية تداول المعلومات بشكل جلي، حيث جاء في تلك المذكرة أنه لوحظ في الفترة الأخيرة اتجاه بعض الكتاب والناشرين والمؤلفين الذين يتعرضون لتاريخ مصر وأحداث ما قبل ثورة ٢٣ يوليو وما بعدها، إلى الاستعانة ببعض الوثائق والمستندات الرسمية التي تتعلق بما يتناولونه من موضوعات والتي تتصل مع ذلك بالسياسة العليا للدولة أو أمنها القومي أو سلامتها العامة، ولما كان توفير الثقة فيما يكتب عن مصر وتاريخها أمراً واجباً، ولما كانت معاونته هؤلاء الكتاب والناشرين على الاستيثاق لدقة وصحة ما يكتبونه أمراً واجباً كذلك، فقد ارتأى توفيقاً بين اعتبارات حرية النشر والكتابة التي كفلها الدستور واعتبارات الاحتياط لتاريخ مصر وأمنها القومي، ووضع تنظيم يكفل حماية هذه الاعتبارات كلها، ويمنع نشر أي شيء من هذه الوثائق والمستندات إلا بتصريح خاص، يصدر من رئيس مجلس الوزراء بناء على عرض الوزير المختص، راجع المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٧٥.

<sup>(٣٣)</sup> والذي جاء نص المادة الأولى منه على أن: "تعتبر الوثائق والمستندات والمكاتبات التي تتعلق بالسياسات العليا للدولة أو بالأمن القومي سرية لا يجوز نشرها أو إذاعتها كلها أو بعضها كما لا يجوز تداولها أو الاطلاع عليها إلا لمن تستوجب طبيعته عمله ذلك وذلك كله ما لم تكن مما ينص الدستور أو القانون على نشرها فور صدورها".

ويرى البعض أن قرار رئيس الجمهورية سالف البيان ساقط قطعاً في هوة عدم الدستورية للأسباب الآتية: ١- عدم وجود مقتض للتفويض. ٢- صدور القرار غير محدد المدة وفقاً لما نصت عليه المادة (١٠٨) من دستور ١٩٧١، الذي صدر القرار أثناء العمل به التي نصت على أن: "الرئيس الجمهورية عند الضرورة وفي الأحوال الاستثنائية، وبناء على تفويض من مجلس الشعب بأغلبية ثلثي أعضائه، أن يصدر قرارات لها قوة القانون، ويجب أن يكون التفويض لمدة محددة، وأن تُبين موضوعات هذه القرارات والأسس التي تقوم عليها

فضلاً عن قرار وزير المالية رقم ٢٧٠ لسنة ٢٠٠٩ بإصدار لائحة محفوظات الحكومة<sup>(٣٤)</sup>.

**ثانياً- التنظيم القانوني للالتزام بالسر الوظيفي من الناحية الجنائية:** بدأت حماية السر الوظيفي في فرنسا بمرسوم ١٨١٥ بالقانون الجنائي الذي نص في مادته ٣٧٨ على: "معاقبة الأشخاص الذين يفشون الأسرار التي عهدت إليهم أو حصلوا عليها بمناسبة ممارسة مهنتهم"<sup>(٣٥)</sup>، وقد سار المشرع المصري على النهج ذاته فقام بوضع نص عام يجرم إفشاء السر الوظيفي وذلك بالنص في المادة (٣١٠) من قانون العقوبات رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ على أن: "كل من كان من الأطباء أو الجراحين أو الصيادلة أو القوابل أو غيرهم مودعاً إليهم بمقتضى صناعته أو وظيفته سر خصوصي ائتمن عليه فأفشاه في غير الأحوال التي يلزمه القانون فيها بتبليغ ذلك يعاقب الحبس مدة لا تزيد على ستة شهور أو بغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه مصرياً. ولا تسرى

ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب في أول جلسة بعد انتهاء مدة التفويض، فإذا لم تعرض أو عرضت ولم يوافق المجلس عليها زال ما كان لها من قوة القانون".  
٣- صدر هذا القرار ونشر في الجريدة الرسمية دون عرضه على مجلس الشعب، بالمخالفة للنص الدستوري سالف البيان.

٤- من ناحية الموضوع فقد توسعت المادة الأولى في نطاق الحظر، بما يجاوز الحظر الوارد في المادة الثانية من القانون ١٢١ لسنة ١٩٧٥، حيث أعدت الوثائق والمستندات والمكاتبات التي تتعلق بالسياسات العليا للدولة أو بالأمن القومي سرية، لا يجوز نشرها أو إذاعتها كلها أو بعضها، كما لا يجوز تداولها أو الاطلاع عليها، إلا لمن تستوجب طبيعة عمله ذلك، وذلك ما لم تكن مما ينص الدستور أو القانون على نشرها فور صدورها، وهو ما يتجاوز نطاق المصدر التشريعي لهذا القرار المتمثل في القانون ١٢١ لسنة ١٩٧٥، راجع أ. أحمد عزت وآخرين: حرية تداول المعلومات دراسة قانونية، مؤسسة حرية الفكر والتعبير، ط. ٢، ٢٠١٣، ص ٣٩، ٤٠.

<sup>(٣٤)</sup> والمقصود بملفوظات الحكومة وفقاً للمادة الأولى من هذه اللائحة: "جميع السجلات والدفاتر والمستندات والأوراق والاستمارات بأواعها وأرقامها المختلفة، المستعملة في مجال عمل وحدات الجهاز الإداري للدولة، ووحدات الإدارة المحلية والهيئات العامة، وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة" وألزامت المادة الثالثة من اللائحة أمين غرفة المحفوظات ألا يسلم شيئاً منها إلا بناء على طلب رسمي، موضح به نوع المحفوظات المطلوبة والغرض من طلبها، ويشفع هذا الطلب بإذن كتابي من الرئيس المختص بالتسليم، ويتضح من هذا النص أن الوثائق المودعة في أرشيفات الحفظ ودار المحفوظات العمومية يمكن الاطلاع عليها فقط من قبل الموظفين العاملين بالدولة، وأن الاطلاع غير متاح للجمهور بوجه عام، وهو ما أكدته المادة التاسعة والعشرون: "بأن يجوز لأي موظف مختص بإذن كتابي من الرئيس المختص الاطلاع لضرورة مصلحة على أي سجل أو دفتر أو ورقة من المحفوظات وأخذ صورة أو مستخرج منها، وكذلك للقضاة وأعضاء النيابة الاطلاع على المحفوظات متى ندبوا لذلك رسمياً، وأنه يتمتع على الأفراد الاطلاع على المحفوظات أو الدخول إلى غرف الحفظ".

<sup>(٣٥)</sup> د. محمد عبد الظاهر حسين، مرجع سابق، ص ١٣١.

أحكام هذه المادة إلا في الأحوال التي لم يرخص فيها قانون بإفشاء أمور معينة كالمقرر في المواد ( ٢٠٢، ٢٠٣، ٢٠٤، ٢٠٥) من قانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية، رفع الحد الأقصى لعقوبة الغرامة بموجب القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢..".

وعلى الرغم من أن النص قد قام بتحديد بعض المهن الملزمة بحفظ السر الوظيفي إلا أن الفقه والقضاء قد أجمع على أن المهن المذكورة بالنص وردت على سبيل المثال وأن النص يشمل كل من يتلقون أسرار بمناسبة ممارسة عملهم، وهو ما يفهم من كلمة "غيرهم" الواردة بالنص<sup>(٣٦)</sup>.

كما أنه توجد عدد من النصوص الجنائية الواردة بشكل متناثر في عدد من القوانين بتفرد حماية جنائية على السر الوظيفي لبعض الوظائف منها على سبيل المثال المادة (١٥٤) من قانون العقوبات السابق والتي نصت على إلزام موظفي البريد والبرق بالمحافظة على سرية المراسلات.

والمادة (٥٨) من قانون الإجراءات الجنائية رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠ نصت على: "التزام مأموري الضبط القضائي بأسرار المهنة عما وصل إلى علمهم بسبب التفتيش من معلومات عن الأشياء والأوراق المضبوطة"، والمادة (٧٥) من قانون الإجراءات الجنائية والتي اعدت: "إجراءات التحقيق والنتائج التي تسفر عنها من الأسرار وألزمتم قضاة التحقيق وأعضاء النيابة العامة ومساعدتهم من كتاب وخبراء وغيرهم ممن يتصلون بالتحقيق أو يحضرونه بسبب وظيفتهم أو مهنتهم بعدم إفشاءها".

وما قرره المادة (٥) من القرار بقانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ في شأن سرية الحسابات بالبنوك بالنص على أن: "يحظر على رؤساء وأعضاء مجالس إدارة البنوك ومديريها أو العاملين بها إعطاء أو كشف أية معلومات أو بيانات عن عملاء البنوك أو حساباتهم أو ودائعهم أو الأمانات أو الخزائن الخاصة بهم أو معاملاتهم أو تمكين الغير من الاطلاع عليها في غير الحالات المرخص بمقتضى أحكام هذا القانون"، وما نصت المادة (١٠١) في القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ والخاص بالضرائب على الدخل بأنه: "يلتزم كل شخص يكون له بحكم وظيفته أو اختصاصه أو عمله شأن في ربط أو تحصيل الضرائب المنصوص عليها في هذا القانون أو في الفصل فيما يتعلق بها من

(٣٦) د. محمد عبد الظاهر حسين، مرجع سابق، ص ١٣١.

منازعات بمراعاة سرية المهنة ولا يجوز لأي من العاملين بالمصلحة ممن لا يتصل عملهم بربط أو تحصيل الضريبة اعطاء أي بيانات أو إطلاع الغير على إيه ورقة أو بيان أو ملف أو غيره..".

كما قرر أخيراً بنص (٢٦) من القانون ١٧٨ لسنة ٢٠١٨ بشأن الهيئة الوطنية للإعلام والذي جرى نصها على أن: "يلتزم العاملون بالهيئة بالحفاظ على سرية وخصوصية المعلومات والوثائق التي يتم الحصول أو الاطلاع عليها بمناسبة القيام بمهامهم وعدم افشائها أو استخدامها في غير الأغراض المخصصة لها"<sup>(٣٧)</sup>.

**ثالثاً- التنظيم القانوني للالتزام بالسر الوظيفي من الناحية المدنية:** يمكن أن يترتب على إفشاء الأسرار المسؤولية المدنية إذا ترتبت أضرار مادية أو أدبية عن واقعة الإفشاء<sup>(٣٨)</sup>، وبالطبع قد يكون خطأ الإفشاء خطأ شخصي فيسأل عنه الموظف في ماله الخاص، وقد يكون خطأ المرفق الذي يعمل فيه وبالتالي يتحمل المرفق التعويض، وقد يكون الخطأ مشترك يجتمع فيه خطأ الموظف والمرفق معاً.

ولكى نستطيع تحديد المسؤولية المدنية عن إفشاء السر الوظيفي لا بد من الوقوف على طبيعة الالتزام بحفظ السر فهو يعد في طبيعته تطبيقاً للالتزام السلبي بالامتناع عن عمل، ويعد التزاماً بتحقيق نتيجة في ذات الوقت، فالملتزم بالسرية لا يكفي أن يقوم بالجهد والعناية اللازمة للحفاظ على سرية الوقائع والمعلومات المعهودة إليه، وإنما هو ملتزم التزاماً تاماً بعدم إفشاء تلك الأسرار في غير الأحوال القانونية التي يجوز فيها ذلك، فلا يكفي أن يثبت أنه قام ببذل الجهد والعناية اللازمة للحفاظ على تلك الأسرار دون افشائها، وبالتالي هو التزام ذو طبيعة مختلطة ما بين الإطلاق والنسبية، فالموظف يلتزم بصفة أساسية بحفظ السر الوظيفي لكن مع وجود بعض الاستثناءات التي تتيح له إفشائه إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك<sup>(٣٩)</sup>.

<sup>(٣٧)</sup> وهو ذاته ما قرره المادة (٢٧) من القانون ١٧٩ لسنة ٢٠١٨ بشأن الهيئة الوطنية للصحافة والمنشور بالجريدة الرسمية العدد (٣٤) مكرر (د) في ٢٧/٨/٢٠١٨.

<sup>(٣٨)</sup> راجع أ. جاري شيراز، مرجع سابق، ص ٢٩. وتحكم المسؤولية المدنية في هذه الحالة نصوص القانون المدني ١٣١ لسنة ١٩٤٨ أرقام ١٦٦، ١٦٥، ١٦٣، ١٦٧، ١٦٨، ١٦٩.

<sup>(٣٩)</sup> د. معتز نزيه صادق المهدي، مرجع سابق، ص ٦٨، وما بعدها.

**الفقه وأساس الالتزام بعدم إفشاء السر الوظيفي:** تعددت النظريات والاتجاهات الفقهية التي قيلت لتحديد الأساس القانوني للالتزام بالسر الوظيفي<sup>(٤٠)</sup>.

**النظرية الأولى- العقد هو أساس الالتزام بالسر الوظيفي:** حيث يرى أصحابها أن أساس الالتزام بالحفاظ على السر الوظيفي وجود رابطة تعاقدية بين صاحب السر والمؤتمن عليه، وقامت هذه النظرية على مبدأ حرية صاحب السر في اختيار الأمين عليه؛ إلا أن هذه النظرية لا تصلح أن تكون أساس لحفظ السرية في حالات معينة ليس من بينها من - وجهة نظرنا- الوظيفة العامة.

**النظرية الثانية- النظام العام كأساس للالتزام بالسرية:** يأخذ أصحاب هذه النظرية بفكرة المصلحة الأولى بالرعاية فتجريم إفشاء السر لديهم يكون لحماية مصلحة ككل، وأعلى من مجرد حماية مصلحة صاحب السر الفردية، وهي مصلحة المجتمع ككل، وعلى الرغم من أن هذه النظرية قد توضع تفسيراً للالتزام بالسر الوظيفي إلا أنها تؤدي إلى جعل الالتزام بالسر التزاماً مطلقاً فلا يستطيع الأمين على السر إفشائه رغم موافقة صاحب السر على ذلك، بل حتى ولو كان هناك مصلحة لصاحب السر في إفشائه، كما أن فكرة النظام العام متغيرة من حيث المكان والزمان؛ إضافة إلي أن القول بذلك قد يؤدي لإفلات الأمين على السر من المسؤولية حيال خطأه بتمسكه بالالتزام الصمت والسرية لإخفاء الخطأ الذي صدر منه، وبذلك يتم إهدار مصلحة المجتمع ككل مقابل مصلحة الأمين.

**النظرية الثالثة- الطابع المزدوج للالتزام بالسر الوظيفي:** حاول أصحاب هذه النظرية المزج بين النظريتين السابقتين وذلك بقولهم إن الالتزام بالسرية له طابع مزدوج فهو يهدف من ناحية إلى حماية المصلحة الخاصة لصاحب السر، وبالتالي يجوز له أن يصرح للأمين عليه بإفشائه، كما يهدف لحماية المصلحة العامة وهو ما يبرر وجود عقوبة جنائية في حالة الإخلال به.

<sup>(٤٠)</sup> راجع في هذه النظريات بالتفصيل كلا من د. محمد عبد الظاهر حسين، مرجع سابق، ص ١٣١، وما بعدها، د. معتز نزيه صادق المهدي: الالتزام بالسرية والمسئولية المدنية دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧، ص ٢١، وما بعدها، د. مروة محمد العيسوي: مدة توافق الإفصاح في الجهاز المصرفي مع مبدأ السرية، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط. ١، ٢٠١٦، ص ٤١، وما بعدها، راجع في تفاصيل هذه الآراء الفقهية أ. مريم الحاسي: التزام البنك بالمحافظة على السر المهني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ٢٠١١-٢٠١٢، ص ٥٤، وما بعدها.

رابعاً- المبررات الفقهية للمسؤولية القانونية عن إفشاء السر الوظيفي: هناك عدد من الأسباب التي ساقها الفقه كمبررات لتجريم إفشاء الموظف العام للسر الوظيفي منها الآتي<sup>(٤١)</sup>:

١- يقف الموظف العام بحكم عمله على كثير من أسرار الناس لاسيما أولئك الذين يتصل عملهم بالخصوصيات الدقيقة للمواطنين كرجال النيابة والأطباء ورجال الأمن ومأموري الضرائب، وإذا كان المواطنون يكشفون مكرهين أسرارهم لهؤلاء الموظفين فإن الدين والأعراف وحتى القانون الوضعي يحثان على عدم إذاعتها إلى عامة الناس، والإفشاء في هذه الحالة يعد اعتداء على حق صاحب السر من المواطنين في كتمان سره، ويؤدي إلى إحجام الأفراد عن اللجوء إليهم خشية افتضاح أسرارهم، الأمر الذي يصيب المجتمع ببالغ الضرر.

٢- الموظف العام هو ممثل الدولة المؤتمن من ناحيتها على أداء الخدمات العامة للمواطنين، والمؤتمن على أسرارها التي لا يجب إذاعتها ونشرها على عموم المواطنين، أو الخوض في تفاصيلها وإلا ضاع الهدف منها وقلت قيمتها؛ نظراً لما لها من طبيعة خاصة، وبالتالي للإدارة الحق في أن يصمت موظفوها عن إفشاء ما يتعلق بهذه الوقائع أو المعلومات التي عرفوها أثناء ممارستهم لوظائفهم.

٣- للدولة مصلحة في كتمان أسرارها العسكرية والاقتصادية والسياسية والصناعية لما يترتب على هذا الإفشاء من تأثير ضار بوجودها ويقائها بين الأمم.

٤- السرية ضمان لفاعلية النشاط الإداري فاطلاع الأفراد على بعض الأمور قد يهدد تحقيقها لأهدافها بفاعلية لذلك لا يجوز أن تكون الإدارة مجرد بيت من زجاج مكشوف لكافة الأفراد على اختلاف اتجاهاتهم، فالعلانية قد تؤدي لإعاقة النشاط الإداري لتوفر مناخ المنازعات، كما أنها تعد اعتداء على حياة الإدارة الداخلية؛ لأن استقلال الإدارة

(٤١) راجع:

BAUDOIN (Jean-Lois): "Secret Professionnel et droit au secret dans le droit québécois comparé au droit Français et la common-law". Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1965. no.169, p.113.

د. مجدي محب حافظ، مرجع سابق، ص ١٣٢، أ. عبد الرحمن عبيد الله عطا الله الوليدات، مرجع سابق، ص ٢٣، ٢٤، د. خالد الزبيدي، مرجع سابق، ص ٥٤٩، ٥٥٠، أ. جاري شيراز، مرجع سابق، ص ٢٤، د. كمال طلبة المنولي سلامة، دور الدولة في حماية السرية والاستثناءات الواردة عليها، مركز الدراسات العربية، ط. ١، ٢٠١٥، ص ١٣، ١٤.

الذي توفره السرية يعنى في النهاية استقلال الموظفين، فالموظفون سيعملون بقدر أقل من الحرية والاستقلال إذا ما خطر في اذهانهم أن آراءهم سوف يطلع عليها الآخرون.

٥- السرية تضمن للإدارة عدم الخوض في محاولات قد يكون لها طابع سياسي مما يحافظ على حيادتها، فإذا كانت الإدارة العامة هي الإدارة التنفيذية التي تتولي تنفيذ السياسة العامة التي تضعها الحكومة المنتخبة من قبل الشعب صاحب السيادة الحقيقية، فإن الواقع العملي يؤكد ضرورة إبعاد هذه الإدارة عن المشاحنات والمنازعات ذات الطابع السياسي بين طوائف المعارضة والحكومة، ومن هنا كانت السرية الإدارية هي الضمانة الحقيقية لحياد الحكومة.

٦- المواطنون أنفسهم يقتنعون ويعتقدون بضرورة وأهمية السرية خاصة في مجالات الأمن الوطني وفي المجالات التي تتعلق بحياتهم الخاصة<sup>(٤٢)</sup>.

لا بد ألا يفتح الباب للموظف العام في التعامل مع وسائل الإعلام ونشر ما يقع تحت يديه من اسرار وظيفية، راغبا في تحقيق الشهرة أو نكاية في جهة الإدارة عند الخلاف معها أو طبعا لتقديره الشخصي أنه يحقق الصالح العام بافشائه.

## الفرع الثالث

### نطاق الالتزام بالسر الوظيفي وطرق ووسائل افشائه

هناك نطاق للسر الوظيفي وحدود، فليس كل معلومة أو ورقة سرا، كما أن هناك طرق ووسائل يتم من خلالها إفشاء الأسرار الوظيفية وهو ما سنحاول توضيحه فيما يلي:

أولاً- نطاق الالتزام بالسر الوظيفي: يمتد الالتزام بالسر الوظيفي ليشمل جميع التقارير والمحاضر والتحقيقات وبوجه عام وكافة الوثائق التي تحت يد الموظف، وهو ما أكده القضاء الإداري الفرنسي بأن الالتزام بالكتمان يشمل كافة الوقائع والمعلومات التي يقف عليها الموظف بسبب أو أثناء ممارسة وظيفته فضلاً عن جميع الوثائق التي تكون تحت يده باعتباره التزاماً عاماً مطلقاً، بل أن عمومية الحظر تمتد من الناحية الشخصية لتستغرق جميع من يتصل بهم الموظف، إذا يحظر عليه الإفشاء أو الكشف

(٤٢) د. عمرو محمد سلامة العليوي: حق الحصول على المعلومات في ضوء القانون الأردني رقم ٤٧ لسنة ٢٠٠٧ دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، ٢٠١١، ص ٣٢٦، ٣٢٧.

عن تلك الوثائق أو ما تنطوي عليه من معلومات أو بيانات حتى لأحد زملائه ولو كان يعمل معه في ذات مكتبه<sup>(٤٣)</sup>، كما لا يجوز له أن يفشي هذه الأسرار سواء في معرض التدليل على موقف سياسي معين أو من خلال مناصرته لحزب سياسي معين أو حتى إبداء رأيه في موضوع عام مستخدماً في ذلك المعلومات التي وصلت إلي علمه من خلال وظيفته، وهذا القيد واجب يلاحق الموظف داخل مقر عمله وخارجه علي حد سواء، وهذا الالتزام يجد اساسه في واجب التحفظ<sup>(٤٤)</sup>، كما يلاحقه أثناء الخدمة أو خارجها فهو واجب مستمر، لا يقتصر عن الفترة التي يمارس فيها الوظيفة العامة<sup>(٤٥)</sup>، كما يشمل حظر إفشاء الأسرار الإدارية المعلومات المسموح بنشرها متى تم إذاعتها قبل الموعد المحدد للنشر؛ لأن الإفشاء السابق للأوان من شأنه أن يضر بصورة أو بأخرى بالمصلحة العامة<sup>(٤٦)</sup>، ولعل هذا ما دفع جانب من الفقه بالتعبير عن هذا الالتزام بقوله أنه التزام بالصمت المطلق<sup>(٤٧)</sup>.

**ثانياً- أنواع السر الوظيفي:** تقسم الأسرار التي يطلع عليها الموظف بحكم طبيعة عمله إلى صور عدة منها<sup>(٤٨)</sup>:

١- **الأسرار الحكومية:** وهي تلك المتصلة بوظيفة الدولة بوصفها سلطة حكم مثل الأسرار العسكرية، والأمنية والأسرار المتصلة بعلاقات الدول الأخرى.

<sup>(٤٣)</sup> راجع:

C.E.6mars 1953.Faucheux .Rec.p.123. R.D, P,  
1954.concl.Chardeau.p.1030.note.walline.  
C.E.17nouvenber 1953.J.C.P.1954.2.8119.NOTE: Chavanne.

وراجع في تفاصيل ذلك: د. محمد باهي أبو يونس، مرجع سابق، ص ١٠٩، ١١٠، أ. جاري شيراز، مرجع سابق، ص ٢٥.

<sup>(٤٤)</sup> د. طارق حسنين الزيات: حرية الرأي لدي الموظف العام " دراسة مقارنة مصر وفرنسا"، د. ن، ط. ٢، ١٩٩٨، ص ٢٨٨، وما بعدها.

<sup>(٤٥)</sup> د. مجدي مدحت النهري: الموظف العام، دار النهضة العربية، ١٩٩٦، ص ٩٩، د. السيد عبد الحميد محمد عبد القادر، مرجع سابق، ص ٥٧٨.

<sup>(٤٦)</sup> د. مجدي محب حافظ، مرجع سابق، ص ١٣١.

<sup>(٤٧)</sup> د. محمد باهي أبو يونس: التنظيم القانوني لحرية الحصول على الوثائق الإدارية في التشريع الفرنسي، مرجع سابق، ص ١١٠.

<sup>(٤٨)</sup> د. خالد الزبيدي، مرجع سابق، ص ٥٤٦، ٥٤٧.

٢- **الأسرار الإدارية:** وهي أسرار الجهات الإدارية التي لا تمس سلامة الدولة، إلا أن افشائها من شأنه الإضرار بالنظام العام وحسن سير المرافق العامة وانتظام العمل داخلها.

٣- **الأسرار الشخصية:** وهي الأسرار التي تعد حقاً شخصياً لأحد الافراد أو مجموعة منهم وتمس شؤونهم الشخصية أو العائلية أو تلك التي تتعلق بالعمل، مثالها حق المريض في اخفاء حالته الصحية مما يلزم الطبيب بكتمانه، وحق الزوج في أن تبقى الأسرار العائلية التي يطلع عليها القاضي أو الموظف في المحكمة على الكتمان.

**ثالثاً- طرق إفشاء السر الوظيفي:** هناك عدد من الأساليب التي يتبعها الموظف العام عند افشائه لما ائتمن عليه من سر وظيفي، والغالب في الإفشاء أن يكون صريحاً لا لبس فيه ولا غموض وذلك عن طريق تقديم السر إلى الغير بفعل واضح وصريح من المؤتمن على السر؛ إلا أنه وقد يكون الإفشاء ضمنياً بأن يصدر من المؤتمن على السر قول أو فعل يدل على مضمونه، وقد يكون الإفشاء التلقائي بأن يبادر المؤتمن على السر بكشف السر دون أن يطلب أحد منه ذلك، كما قد يكون الإفشاء غير التلقائي بناء على طلب الغير، وقد يكون الإفشاء لكامل السر، وقد يكون لجزء منه متى كان الجزء المعلن يدل على الجزء المتبقي من السر، وقد يتم نشر السر بفعل إيجابي من المؤتمن عليه وذلك شفاهه أو كتابة بشكل عام أو بشكل خاص، وقد يكون بفعل سلبي بالامتناع كما لو شاهد المؤتمن على سر معين شخص من الغير يحاول الاطلاع على الأوراق المدون بها السر ولم يحاول منعه رغم استطاعته<sup>(٤٩)</sup>، فالعبرة في الإفشاء هو إضافة معلومة جديدة للغير بغض النظر عن صغر أو كبر حجم المعلومة الجديدة، فإذا كان هذا الغير يعلم بالواقعة محل الإفشاء من قبل علم اليقين فإن إفشاء الموظف إليه بها لا يعد إفشاء<sup>(٥٠)</sup>.

**رابعاً- وسائل إفشاء السر الوظيفي:** هناك عدد من الوسائل يمكن من خلالها أن يتم إفشاء الموظف العام للسر الوظيفي بعدة وسائل منها الكلام: ويتحقق ذلك عن طريق المشافهة بالحديث أو الخطابة التي توجه إلي شخص أو مجموعة من الأشخاص أو

<sup>(٤٩)</sup> راجع المستشار. محمد ماهر، مرجع سابق، ص ٩٦، أ. جاري شيراز: مرجع سابق، ص ٣٢، وما بعدها، أ.

مريم الحاسي، مرجع سابق، ص ١٢٢، ١١٣.

<sup>(٥٠)</sup> راجع المستشار. سعداوي مفتاح: جريمة إفشاء الموظف العام أسرار وظيفته وأثرها على وضعه التأديبي، مركز معلومات النيابة الإدارية، ص ٨، ٩ متاح على شبكة الإنترنت على موقع:

[www.ba.menoufia.com](http://www.ba.menoufia.com)

عدد غير محدد منهم، وقد يكون الكلام مباشراً بين أفراد حاضرين في مكان واحد ، كما قد يكون موجهاً إلي شخص أو أشخاص بعينين عن الموظف، كما في حالة التصريح إلي وسائل الإعلام كالصحافة ومحطات الإذاعة أو التلفزة الأرضية أو الفضاء أو عن طريق الهاتف أو الحديث عبر شبكة الإنترنت، أو عن طريق الكتابة: والتي قد تتم بخط اليد أو الألة الكاتبة أو الحاسوب أو الهاتف النقال أو عن طريق الإنترنت، كما يشمل أيضاً الرسوم المختلفة التي يمكن أن تحتويها وثائق متعددة كالرسائل أو المطبوعات المتنوعة من صحف ومجلات وكتب وملصقات، أو عن طريق الصور: الثابتة كالفوتوغرافية والمتحركة كأشرطة الفيديو والسينما والخرائط، ومما لا شك فيه أن ثورة الاتصالات أدى لاتاحة فرص وأشكال أكثر تنوعاً لإفشاء الأسرار وإيصالها إلي الآخرين بسرعة فائقة والتي منها المدونات وغرف الدردشة والبريد الإلكتروني والرسائل القصيرة عبر الهاتف الجوال وما ستسفر عنه التطورات التقنية مستقبلاً، ولعل ما حدث من قيام موقع ويكليكس بنشر مئات الآلاف من الوثائق عن الحرب في العراق وأفغانستان في شهر أكتوبر ٢٠١٠<sup>(٥١)</sup>.

## المطلب الثاني

### ماهية الإعلام

العصر الذي نعيشه هو عصر الإعلام بكل معاني الكلمة، نتيجة التطور الهائل في وسائل الإعلام مما جعله جزءاً أساسياً في حياتنا اليومية، وستناول ماهية الإعلام في فرعين كالآتي:

الفرع الأول: مفهوم الإعلام.

الفرع الثاني: العلاقة بين الإعلام والسر الوظيفي.

### الفرع الأول

#### مفهوم الإعلام

لم تعد أجهزة الإعلام قناة صغيرة تصب في أرض مغلقة أو موجة عالية تتكسر على شاطئ مجهول، بل عدت أشبه بنهر دافق يشق طريقه وسط القفر والمعمور، فيزود القفر بالعمران ويضفي على المعمور زادا وأكثر سعة وأقوى نماء<sup>(٥٢)</sup>.

(٥١) د. خالد الزبيدي، مرجع سابق، ص ٥٩٦، وما بعدها.

(٥٢) أ. فتحي الإبياري: نحو اعلام دولي جديد، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٨٨، ص ١٣.

**أولاً- التعريف الفقهي للإعلام<sup>(٥٣)</sup>:** لم يتفق الباحثون على تعريف موحد للإعلام فعرفه البعض من خلال الوصف المجرد لنقل المعلومة معرّفًا أيّاه بأنه: "نقل المعلومات أو الأفكار إلى الآخرين سواء تمثلت تقنية النقل في بث التلفاز أو المذياع أو شبكات المعلومات، أو ما ينشر في الصحف والكتب وغيرها من المطبوعات. وسواء تم نقل المعلومات مقروءة أم مسموعة أم مرئية أم رقمية"<sup>(٥٤)</sup>.

وحاول البعض إبراز الإعلام باعتباره رسالة سامية يحاول أصحابها اصلاح حال المجتمعات فعرفه بأنه: "كافة أوجه أنشطة الاتصال التي يستهدف تزويد الجمهور بكافة الحقائق والأخبار الصحيحة والمعلومات عن القضايا والموضوعات والمشكلات ومجريات الأمور بطريقة موضوعية وبدون تحريف، بما يؤدي إلى خلق أكبر درجة ممكنة من المعرفة والوعي والإدراك والإحاطة الشاملة لفئات المتلقين للمادة الإعلامية، بما يسهم في تنوير الرأي العام وتكوين الرأي الصائب لدى الجمهور"<sup>(٥٥)</sup>.

وهناك جانب عرف الإعلام من خلال وصفه بطريقة مجردة بأنه: "التبليغ والأخبار وعملية تزويد الناس بالأخبار والحقائق والمعلومات الصادقة عن طريق وسائل نشر الأخبار والمعلومات والآراء والحاجات والمشاعر والمعرفة والتجارب على الجماهير

<sup>(٥٣)</sup> تطور مفهوم الإعلام عبر التاريخ على عدة مراحل مرت عليها البشرية المرحلة البدائية، ثم مرحلة اكتشاف الوسيلة الخارجية، فمرحلة تطوير الاكتشافات وحسن استعمالها، ويصب كل هذا ضمن رغبة إشباع فضول الإنسان واكتشافه للمجهول والاتصال بالآخرين. حيث ساعد ذلك على إقامة نظام اتصالي جماهيري، اختلف في أسلوبه ومضمونه وشكله من زمن لآخر، وأهم مرحلة في تطور الاتصال تلك التي اخترع فيها الطباعة على يد جوتنبرج في القرن الخامس عشر، حيث تم توسيع دائرة المتلقين للرسالة الإعلامية، لتشهد اليوم كل دساتير العالم اعترافها بحق المواطن في الاعتقاد والرأي والتعبير، والتي تعتبر من الحريات الأساسية التي تبقى ممارستها مرهونة بقدرة الإنسان على الإعلان عنها ومشاركة غيره من بني جنسه فيها. لذلك استلزم توافر أدنى قدر من الحرية في الاطلاع بكيفية كاملة وموضوعية على الوقائع التي تهم المجتمع على الصعيدين الوطني والدولي، وإبداء رأيه، راجع أ. بشري مداسي: الحق في الإعلام من خلال القوانين والنصوص التنظيمية للمؤسسات الإعلامية في الجزائر، رسالة ماجستير، كلية العلوم السياسية والإعلام، جامعة الجزائر (٣)، الجزائر، ٢٠١١، ص ١٤.

<sup>(٥٤)</sup> د. ماجد راغب الحلو: حرية الإعلام والقانون، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٩، ص ٧.

<sup>(٥٥)</sup> د. إبراهيم عبد الله المسلمي: الإعلام والمجتمع، دار الفكر العربي، ط. ٢، ٢٠٠٧، ص ٢٧، د. رأفت جوهرى رمضان: العمل الإعلامي والخطورة الإجرامية، دار النهضة العربية، ٢٠١٢، ص ١٩، د. أحمد حسن فولى: نحو قانون دولي للإعلام مواجهة الحرب الإعلامية في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، ٢٠١٨، ص ٢١.

بشكل شفوي أو باستخدام وسائل أخرى بغرض الإقناع أو تأثير على السلوك<sup>(٥٦)</sup>، وبأنه: "نقل الأفكار والمعلومات إلي الآخرين سواء عن طريق الصحف والكتب أو أي شكل من أشكال المطبوعات، أو عن طريق وسائل الاتصال الحديثة مثل القنوات التلفزيونية أو شبكات المعلومات، وسواء كان نقل المعلومات بوسيلة مقروءة أو مسموعة أو مرئية"<sup>(٥٧)</sup>.

**ثانياً- التعريف التشريعي للإعلام:** نهج القانون رقم ١٧٨ لسنة ٢٠١٨ بشأن الهيئة الوطنية للإعلام ذات النهج الوصفي لرسالة الإعلام في تعريفه للإعلام المسموع أو الإلكتروني في المادة الأولى منه بأنه: "كل بث إذاعي أو تلفزيوني أو إلكتروني يصل إلي الجمهور أو فئات معينة منه بإشارات أو صور أو صوت أو رسومات أو كتابات لا تتسم بطابع المراسلات الخاصة بواسطة أي وسيلة من الوسائل السلكية واللاسلكية والرقمية وغيرها من التقنيات الحديثة أو أي وسيلة من وسائل البث والنقل الإذاعية والتلفزيونية والإلكترونية وغيرها، ويصدر عن اشخاص طبيعية أو اعتبارية عامة أو خاصة ووفقاً للقواعد والإجراءات المنظمة باللائحة التنفيذية لهذا القانون"<sup>(٥٨)</sup>.

**ثالثاً- التعريف الفقهي للإعلامي:** يعرف الإعلامي بأنه: "القائم بعملية نقل المعلومات والثقافات بشتى أنواعها إلى المتلقي عبر وسائل الاتصال الجماهيري، المرئية منها كالتلفاز والقنوات الفضائية أو المسموعة كالإذاعة أو المقروءة كالصحف والمجلات سواء كانت دورية أو غير دورية صحفاً عامة أو متخصصة"، فيشمل مصطلح الإعلام الصحفي، كاتب الرأي، سواء كان العمل الإعلامي من خلال الصحافة الورقية أو الإلكترونية، كما يشمل المراسل التلفزيوني، ومقدم البرامج والمذيع"<sup>(٥٩)</sup>.

(٥٦) أ. شيماء شمس: أخلاقيات العمل الإعلامي من منظور إسلامي " دراسة تحليلية نظرية"، رسالة ماجستير، كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة الشهيد حمد لخضر، الوادي، الجزائر، ٢٠١٥، ص ٢٢.

(٥٧) د. أحمد حسن فولى، مرجع سابق، ص ٢٢.

(٥٨) القانون منشور بالجريدة الرسمية العدد (٣٤) مكرر (ج) في ٢٧/٨/٢٠١٨، وهو ذاته ما ورد من تعريف بالمادة الأولى من القانون ١٨٠ لسنة ٢٠١٨ المنشور بالجريدة الرسمية العدد (٣٤) مكرر (هـ) في ٢٧/٨/٢٠١٨.

(٥٩) أ. محمد عبد الجواد الأحمد: المسؤولية المدنية للإعلامي في الشريعة الإسلامية والنظام السعودي، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، ٢٠٠٠، ص ١٢.

رابعاً- **التعريف التشريعي للإعلامي:** عرف القانون رقم ١٧٨ لسنة ٢٠١٨ بشأن الهيئة الوطنية للإعلام الإعلامي في مادته الأولى بأنه " كل عضو مقيد بجداول نقابة الإعلاميين"<sup>(٦٠)</sup>.

خامساً- **مفهوم العمل الإعلامي:** لم يعرف القانون ١٧٨ لسنة ٢٠١٨، ولا القانون ١٨٠ لسنة ٢٠١٨ العمل الإعلامي، إلا أنه يمكن تعرف العمل الإعلام بأنه: "عملية نقل المعلومات والثقافات بشتى أنواعها إلى المتلقي عبر وسائل الاتصال الجماهيري"<sup>(٦١)</sup>.

سادساً- **الضوابط والقيود القضائية للعمل الإعلامي:** أرسى القضاء الإداري المصري مجموعة من الضوابط التي يجب أن يسير عليها العمل الإعلامي حتى يحقق الرسالة المطلوبة منها والتي تتمثل في الآتي<sup>(٦٢)</sup>:

- ١- قيد مراعاة اعتبارات المصلحة العامة.
- ٢- قيد التعددية الإعلامية بمراعاة حق المشاهد والمستمع في استقبال رسالة اتصالية تعددية من خلال برامج متنوعة وافساح المجال للتكوينات السياسية والاجتماعية المختلفة للتعبير عن نفسها للتفاعل في إطار مشترك.
- ٣- قيد الحق في الرد، فإذا كان للإعلامي حرية العرض والتعليق على الأحداث أو إثارة الموضوعات الهادفة ومناقشتها ، فإن للمستمع وللمشاهد الحق في الرد وإيضاح حقيقة ما تم بثه وإذاعته متعلقاً به ، ويكون الرد إما بتكذيب ما نشر عنه من وقائع أو بإذاعة حقيقة الوقائع أو بإضافة بيانات أخرى أو بطلب حذف كل ما تم بثه أو بعضه، فحق الرد مقرر للناس كافة بلا تمييز، فلا يجوز حرمان أي شخص من ممارسته بسبب اتجاهه السياسي أو عقيدته الدينية أو جنسيته أو انتمائه الفكري أو المهني أو الحرفي أو الرياضي أو غيره أو اختلافه في الرأي مع القائمين على مشروع البث السمعي أو البصري ، ويشمل حق الرد كافة صور التعبير المستخدمة في وسائل الاتصال السمعية والبصرية سواء كانت قولاً أو فعلاً أو كتابةً أو رسماً أو صورة أو كاريكاتيراً ، ومن خصائص الحق في الرد أنه حق مستقل عن المسؤولية الجنائية والعقاب المقرر لها، ومستقل عن المسؤولية المدنية والتعويض الناجم عنها، كما أنه

(٦٠) وهو ذاته ما ورد من تعريف بالمادة الأولى من القانون ١٨٠ لسنة ٢٠١٨.

(٦١) أ. محمد عبد الجواد الأحمد، مرجع سابق، ص ١٠.

(٦٢) راجع حكم محكمة القضاء الإداري الدائرة (٧) في الطعن رقم ٨٩٢٠ لسنة ٦٦ ق بتاريخ ١٤/١١/٢٠١١.

مستقل عن المسؤولية الإدارية الجزاءات الإدارية والتأديبية المقررة لها، إذ لصاحب حق الرد الجمع بين ذلك كله، والحق في الرد ثابت للأفراد سواء أضرَبوا أم لا ، وهو حق واجب التلبية يذاع في ذات توقيت إذاعة الخبر أو التحليل المطلوب الرد عليه وفي ظروف مشاهدة واحدة تؤمن لطالب حق الرد جمهوراً موازياً.

٤- قيد الحق في الخصوصية، بمراعاة أنه لا يجوز أن يعرض أحد لتدخل تعسفي في حياته الخاصة أو أسرته أو مسكنه أو مراسلاته أو أقواله أو أفعاله، ولكل شخص وفقاً لما قرره المادة (١٢) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الحق في حماية القانون من مثل هذا التدخل، وهو ما نال التأكيد في المادة (٤٥) من الدستور المصري بتقرير أن لحياة المواطنين الخاصة حرمة يحميها القانون، وللمراسلات البريدية والبرقية والمحادثات التليفونية وغيرها من وسائل الاتصال حرمة، وأن سريتها مكفولة، ولا تجوز مصادرتها أو الاطلاع عليها أو رقابتها إلا بأمر قضائي مسبب ولمدة محددة ووفقاً لأحكام القانون، فالحق في الخصوصية Right to privacy هو حق أصيل من حقوق الإنسان سواء نص عليه الدستور أو أغفله ، فليس لوسائل الإعلام تحت ستار البحث عن الحقيقة وحق الإنسان في المعرفة أن تتعامل مع قضية الخصوصية باقتحام الحياة الخاصة للمواطنين فذلك اعتداء تأباه الأديان والفطرة السليمة ما لم يكن المساس لمصلحة عامة أعلى أو لمصلحة خاصة أرجح.

٥- قيد التزام الموضوعية والدقة، والموضوعية مؤداها أنه يجب على مراكز ومحطات وقنوات البث السمعي والبصري تجنب اتخاذ موقف أو رأي في مسألة محل خلاف وعدم توجيه النقاش لبلوغ نتيجة بذاتها يسعى الإعلامي لترويجها بغير حق، والبعد عن استخدام وسائل المونتاج للمشاهد المصورة والاقتصار على عرض المشاهد المعبرة عن وجهة نظر المخرج أو المعد أو المذيع الشخصية ، فضلاً عن عدم الاستعمال المغرض لمفردات اللغة لتحميلها بالإيحاءات والظلال المؤدية لاصدار أحكام مطلقة بالإدانة أو تشويه الأشخاص وسمعتهم ، والموضوعية المتطلبة في البث السمعي والبصري لا تكون فحسب في البرامج السياسية وإنما في كافة البرامج، ومراعاة الدقة تقتضي دوماً الفحص الدقيق لمضمون الخبر أو المعلومة المعروضة تجنباً للإضرار بالغير.

٦- قيد عدم الخلط بين الإعلام والدعاية ، فالإعلام سرد للوقائع والحقائق دونما تبديل أو تحريف أو ترتيب يحمل التوجيه بوجهة نظر مغرضة، وهو يكون بالنشر أو

بالإذاعة أو التلفزيون أي باستعمال الكتابة أو القول أو الرؤية، ومن ثم فهو توضيح وتفسير للوقائع بالحقائق والأرقام، بينما الدعاية فهي العمل بكل الأساليب والوسائل لتأييد فكرة أو عقيدة معينة، فالغاية هنا تبرر الوسيلة لدى رجل الدعاية في كثير من الأحيان، ومن ثم فقد يكون من أدواته التحريف أو التبديل أو التغيير في الوقائع والحقائق، كما قد يتبع أسلوب التهيج والإثارة والمبالغة طالما كان في ذلك تحقيق لهدفه، فبينما رجل الإعلام يقول الحق نجد رجل الدعاية قد يقول الحق والباطل أو كليهما معاً، أو يقول كلمة حق يراد بها باطل، ومن ثم كان الإعلام والإعلامي شعلة حق يخفت وهيجه وتنطفئ إذا انحرف بها عن مسارها وتدخلت شخصيته وأغراضه وأهوائه حاكماً لرداء الإعلام الذي يرتديه.

## الفرع الثاني

### العلاقة بين الإعلام والسر الوظيفي

المشكلة الحقيقية التي تواجه أي دولة أن أكثر المجالات التي يتم فرض قيود عليها هو مجال المعلومات، فلا شك أن التوفيق بين حماية أسرار الوظيفة وحرية تداول المعلومات الإدارية من خلال وسائل الإعلام مطلبان متناقضان غالباً<sup>(٦٣)</sup>؛ إلا أن الدول تختلف في مدى إضفاء السرية على الأعمال الإدارية ومنع الإعلام من الاقتراب منها على حسب التقدم الحضاري تقسيم حكومات العالم في درجة اخفائها أو اظهارها لحقيقة المعلومات المتعلقة بنشاطها وإعلانها إلى ثلاثة أقسام كالآتي<sup>(٦٤)</sup>:

**أولاً- الحكومة المغلقة:** وتمثل الغالبية الساحقة من البلاد المتخلفة حيث يخفي الجانب الأكبر من المعلومات وراء جدران قائمة على الكتمان، فلا يسمع أحد عن بعضها ويسمع البعض الآخر فيظهر على هيئة بيانات خاوية من أي حق، ولا يعرف الناس من المعلومات إلا ما تريد له الحكومة أن يعرفه، وفي البلاد الشيوعية تبلغ السرية ذروتها فتحجب الحقائق عن عامة الشعب ويصل الأمر إلى حد إعداد نوعين

(٦٣) د. مجدي محب حافظ، مرجع سابق، ص ١٩٠.

(٦٤) راجع قريب من ذلك: د. ماجد راغب الحلو: السرية في أعمال السلطة التنفيذية، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، ١٩٧٥، ص ٥٥، ما بعدها.

من الإحصائيات، نوع مزور يجهز للاستهلاك المحلي وينشر على المواطنين لتوجيههم وجهة معينة قررتها الحكومة<sup>(٦٥)</sup>.

**ثانياً- الحكومات شبة المفتوحة:** وهي الحكومات التي تقوم باتاحة المعلومات بعد عرضها على الحكام وكبار المسؤولين ليحددوا القرارات المتعلقة بسرية بموضوع البيانات التي يمكن تناولها مثل **الاتجاه الأمريكي** الذي يعمل على نشر المعلومات بطريقة تبعث على التفاؤل والأمل العريض بالنسبة إلى المواطنين، إلا أن هذه الدول تختلط فيها السرية المستخدمة لحماية الأمن الوطني بالسرية المستخدمة لتعزيز النفوذ السياسي والبيروقراطي مما يؤدي إلي نمو السرية على نحو يصبح معه نظام حماية السرية بدافع الأمن الوطني أكثر تعقيداً مما يسمح بفرصة تسريب المعلومات السرية بصورة غير ظاهرة فتصبح المعلومات السرية فعلاً عرضة للتسريب بمعرفة القيادات العليا بهدف تحقيق مصالحهم الشخصية وهذا الأمر يشجع على عدم احترام نظام تصنيف المعلومات السرية، كما أنه يقوض مصداقية سياسة تصنيف المعلومات وغيرها من القيود المفروضة على الحق في الوصول إلي المعلومات ، وبالتالي عدم القدرة على

(٦٥) راجع:

Rollad Drago, Cours de science administrative, 1968-1969, p.43.

د. ماجد راغب الحلو: السرية في أعمال السلطة التنفيذية، مرجع سابق، ص ٥٢، ٥٣. والأمثلة على ما تفعله هذه الحكومات كثيرة مثلاً يمكن أن تقوم السلطة السياسية بالدولة بتقرير القيام بحرب لتحرير أرض الدولة المحتلة في تاريخ معين وتتولي السلطة الإدارية بالدولة خفية إجراءات الاستعدادات اللازمة لتنفيذ هذا القرار في ميعاده المحدد، فهذه سرية مقبولة تتفق والصالح العام؛ غير أن السرية قد تستر أعمالاً غير مشروعة أو مناسبة مثل أن تقرر السلطة السياسية القضاء علي حزب أو اتجاه سياسي داخل الدولة، وبالطبع لن تعلن عن ذلك لمخالفته لمبادئ الديمقراطية والدستور، ثم توكل أمر تنفيذ ذلك للسلطة الإدارية التي تقوم بتنفيذه بقرارات تفصيلية غير معلنة وأعمال مادية خفية تتوصل عن طريقها إلي القضاء على هذا الحزب أو ذلك الاتجاه باعتقال أو اغتيال رجاله، والاستيلاء على معداته وأمواله. وبالطبع هناك العديد من الأعمال التي ضربت عليها الحكومة المصرية باباً من السرية لتغطية سياساتها الفاشلة منها على سبيل المثال سرية خسائر الحكومة المصرية في حرب اليمن التي مات فيها الآلاف وانفق فيها الملايين من الدولارات واخفيت فيها الحقائق فلم تظهر إلا بعد وفاة عبد الناصر، وإخفاء احتلال شرم الشيخ من قبل اسرائيل بعد العدوان الثلاثي عام ١٩٥٦ على الشعب علي الرغم من أهمية هذا الموضوع للمواطنين، وحجب الحكومة للقيمة الحقيقية للديون المسحقة علي الدولة للدول الأجنبية بحجة ألا ينتاب الناس شعور باليأس أو يكتثروا من نقد السياسة التي أدت إلي تضخم هذه الديون مع قلة الاستفادة منها أو المقدرة على سدادها، وكانت هذه الديون في معظمها ثمن الأسلحة السوفيتية التي حطمها العدو الاسرائيلي عام ١٩٦٧، راجع في ذلك: د. ماجد راغب الحلو: السرية في أعمال السلطة التنفيذية، مرجع سابق، ص ٩٧، ٩٨.

التمييز بين السرية المفروضة لحماية الأمن الوطني والسرية غير الضرورية التي ليس لها مبرر<sup>(٦٦)</sup>.

**ثالثاً- الحكومات المفتوحة:** وهي دول تسعى بقدر الإمكان، لأنها مجتمع السرية وتحقيق مجتمع الديمقراطية الإدارية، وذلك باتاحة المعلومات للجميع وطرحها للحوار المجتمعي<sup>(٦٧)</sup>، فالحكومة المفتوحة تعرف بمدى افصاحها ونشرها المعلومات وحجمها والوسائل والطريقة التي تنتشر بها المعلومات فيما إذا كانت إلكترونياً أو غير ذلك ومدى استجابة الحكومة لطلب المعلومات غير المنشورة سواء من المواطنين أو وسائل الإعلام وغيرها- ويقاس مدى التزام الدول بالافصاح ونشر المعلومات وتسهيل الوصول إليها بإصدار القوانين المتعلقة بالافصاح ونشر المعلومات - هذه العوامل تحدد مدى

<sup>(٦٦)</sup> راجع في ذلك تقرير لجنة الحماية والحد من السرية في أمريكا في تقريرها الصادر سنة ١٩٩٧: Report of the Commission on Protecting and Reducing Government printing office, Washington, 1997, p8, 9. available at: <http://www.biblioteapleyades.net>. وهو ما نجدّه واضحا في التوجيه المنشور بتوقيع الرئيس باراك أوباما رئيس أكبر دولة في العالم على موقع البيت الأبيض والذي جاء به الآتي: مذكرة لرؤساء الإدارات والوكالات التنفيذية -الموضوع: الشفافية والحكومة المفتوحة:

تلتزم حكومتي بخلق مستوى غير مسبوق من الانفتاح الحكومي على الجمهور لضمان ثقته، وذلك من خلال الشفافية والمشاركة العامة، والتعاون، والانفتاح تعزيزاً لديمقراطيتنا ورفعاً لكفاءة وفعالية حكومتنا. فشفافية الحكومة تعزز المساءلة وتوفر المعلومات للمواطنين حول ما تقوم به حكومتهم؛ ونظراً لأن المعلومات التي تحتفظ بها الحكومة الاتحادية هي ثروة وطنية، فحكومتي ملتزمة بأن تتخذ الإجراءات المناسبة، بما يتفق مع القانون والسياسة، في الكشف عن المعلومات - فمشاركة الجمهور للحكومة يعزز فعالية الحكومة ويحسن نوعية قراراته، كما تتوزع المعرفة على نطاق واسع في المجتمع، فعلي الإدارات التنفيذية والوكالات أن تقدم للمواطنين الأميركيين فرص المشاركة في صنع السياسات والقرارات الحكومية والاستفادة من هذه المشاركة، وعليها أيضاً البحث في سبل زيادة فرص المشاركة بين المواطنين والحكومة، وكيفية تحسينها- وأني أزم المسؤول عن الميزانية والرئيس التنفيذي لتكنولوجيا المعلومات والمسؤولين عن الإدارات المختلفة بضرورة تنفيذ تلك التوصية خلال ١٢٠ يوم- تنتشر هذه المذكرة في السجل الفدرالي. باراك أوباما وكان نص التوجيه تحت عنوان:

Transparency and Open Government :Memorandum for the Heads of Executive Departments and Agencies. SUBJECT: Transparency and Open Government

راجع في نص التوجيه باللغة الإنجليزية موقع البيت الأبيض على شبكة الإنترنت: [https://www.whitehouse.gov/the\\_press\\_office/TransparencyandOpenGovernment](https://www.whitehouse.gov/the_press_office/TransparencyandOpenGovernment) راجع:<sup>(٦٧)</sup>

Lemasurier J. Vers une démocratie administrative: Du refus d'informer au droit d'être informé, RDP, 1980, P.1255.

وهو ما قرره محكمة الدول الأمريكية لحقوق الإنسان أنه: "من المهم بالنسبة إلى المواطن العادي أن يعرف آراء الآخرين، وأن يتمتع بالحق في اتاحة المعلومات بشكل عام، وخصوصاً الحق في نقل آراءه للآخرين، وقد انتهت المحكمة إلى أن المجتمع غير المطلع ليس مجتمع حر"، راجع:

Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism, Advisory Opinion OC-5/85, 13 November 1985, para. 30.

اهتمام الحكومة بالانفتاح على مواطنيها ومشاركتهم كافة المعلومات التي تتعلق بشئونهم وحياتهم لتبرهن الدولة أنها تعمل لمصلحة مواطنيها، وتريد أن تكسب ثقتهم فعليها أن تثبت ذلك من خلال نشرها كل ما يمكن نشره عن قراراتها ومشاريعها وميزانياتها ومواردها ونتائج سياساتها وأعمالها وتوقعاتها المستقبلية - والأسباب التي بنت عليها قراراتها، وبالتالي تأثير وعواقب تلك القرارات خاصة ما يتعلق بالشئون الحياتية والمعيشة والتنمية للمواطنين، وتعد أغلب حكومات دول الاتجاه الأوربي من هذه الحكومات حيث تقوم بنشر المعلومات بصراحة وموضوعية وشرف رغم ما قد تتضمنه من مصاعب أو مشاكل أو اخبار غير سارة<sup>(٦٨)</sup>.

رابعاً- **العلاقة بين الإعلام والشفافية الإدارية:** يثير مصطلح الشفافية الإدارية قدرًا من الصعوبة؛ لأنه ليس بمصطلح قانوني وإنما دائمًا ما يعبر عنها في السياق القانوني بمبدأ العلانية، وفي الواقع العلانية تتضمن الشفافية إذ تفترض العلانية وصول حقيقي للمعلومات، يمكن أن يسهم في إعلام الرأي العام وصولاً إلي تكوين فكرة محددة بصد موضوع معين، فالشفافية مبدأ يكفل ظهور الحقيقة دون تغيير تمهيدًا للإعلان عنها، إلا أنها لا تعد ضماناً للعلانية فلا يوجد في قواعد القانون بصفة عامة ما يلزم مسؤول باتباع قواعد معينة للإعلان عن قرار قبل اصداره وهو ما يوضح الفرق بين العلانية والشفافية<sup>(٦٩)</sup>.

الإعلام إذاً هو إحدى الوسائل التي تتحقق بها هذه الشفافية الإدارية<sup>(٧٠)</sup>، فمن غير الممكن للإعلام القيام بوظيفته في جمع الأخبار إلا إذا اعترف بحق الإعلام في

(٦٨) راجع د. عبد الله بن سعد الغامدي، مرجع سابق، ص ١٦، ١٧.

(٦٩) د. فاطمة عادل سعيد عبد الغفار: القضاء والإعلام، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، ٢٠١٦، ص ٩٨. وقد عرف البعض الشفافية الإدارية بأنها: "أن تعمل الإدارة العامة في بيت من زجاج كل ما به مكشوف للعاملين والجمهور، وذلك بأن تتضمن الأنظمة التي تعمل من خلالها الإدارة الوسائل اللازمة التي تكفل العلم والمعرفة للكافة بحقيقة أنشطتها وأعمالها بالإفصاح والعلانية والوضوح وبالتالي القدرة على مساءلتها ومحاسبتها"، راجع:

Armstrong Elia: Integrity, Transparency and Accountability in Public Administration: Recent Trends Regional and International Developments and emerging Issues. Economic social. affairs, edition 2005, p3.

د. فارس بن علوش بادي السبيعي: دور الشفافية والمساءلة في الحد من الفساد الإداري في القطاعات الحكومية، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، قسم العلوم الإدارية، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية، ٢٠١٠، ص ١٥.

(٧٠) فالعلانية هي: "كل ما يقع تحت نظر الكافة أو يصل إلى سمعهم أو يمكنهم أن يطلعوا عليه بمشيتهم دون عائق"، راجع د. رأفت جوهرى رمضان، مرجع سابق، ص ٢٠، ٢١.

الحصول على المعلومة<sup>(٧١)</sup>، ولا يقتصر دور الإعلام في تيسير الحصول على المعلومة فقط، بل يلزمه أيضاً استكمال المعلومة المبتورة، وتصحيح الزائف منها<sup>(٧٢)</sup>.

**خامساً- دور الإعلام في تحقيق الموازنة بين الشفافية الإدارية والالتزام بالسرية الوظيفي:** على الإعلام أن يقوم بمسؤوليته المجتمعية تجاه وطنه، فلا يقتصر دور الإعلام عن نشر المعلومات والأخبار الإدارية محققاً الشفافية الإدارية فحسب، بل عليه مراعاة الصدق في نقل الحقيقة، والموضوعية والحيادية والنزاهة والعدالة فضلاً عن احترام الكرامة الإنسانية ومراعاة المصالح العليا للوطن، فدور الإعلام هو تسليط الضوء على أي مشكلة وإبرازها، دون تضخيم أو تهويل أو محاولة للاثارة في غير محلها، ويجب عليه في جميع الأحوال المحافظة على الأمن والسلم الاجتماعي للمجتمع، وإقراره وأن ينأى عن كافة المسائل الشائكة والأمور غير المؤكدة التي يمكن أن تثير البلبلة في الشارع وبين أفراد المجتمع، فالحق في الإعلام والحصول على المعلومة هو حق غير مطلق، بل حق له ضوابط<sup>(٧٣)</sup>.

العلانية المطلقة مفسدة مطلقة، والمثال على ذلك ما حدث من تسريب للوثائق السرية عن طريق موقع ويكليكس، من تسريب لكافة الرسائل الدبلوماسية لوزارة الخارجية؛ لذا يجب الاعتراف بوجود هامش من السرية في حدود معينة ولا اعتبارات خاصة تتقرر بوضوح، وهو ذات المبدأ الذي يبرر منع النشر بصدد بعض القضايا، حرمان وسائل الإعلام المرئي من دخول قاعة المحكمة بصدد بعض القضايا مثلاً<sup>(٧٤)</sup>،

(٧١) د. فاطمة عادل سعيد عبد الغفار، مرجع سابق، ص ٩٨.

(٧٢) لقد صار الإعلام حقاً أساسياً من حقوق الإنسان التي لا غنى عنها ذلك أنه إذا كانت المعرفة حق طبيعي لكل إنسان فإن وسائل الإعلام تعد من أهم مصادر تحصيلها، ويعد الحق في الإعلام من الحقوق الجوهرية التي تعزز كرامة الإنسان، وتحترم خياراته ورغبته في المعرفة، وتهيئ له ظروفًا أفضل للحياة على مختلف الأصعدة السياسية والاقتصادية والاجتماعية والتربوية، ولأنه ليس للمعرفة سقف تقف عنده أو يحد منها فإنه ولكي يكتمل هذا الحق يتطلب الأمر عدم تقييد حرية وسائل الإعلام حتى تكون قادرة على اشباع الحاجة والرغبة في المعرفة، ويذهب البعض إلى أن حرية الإعلام تعد من الحريات الأساسية التي تدعم الحريات الأخرى وتحميها، كما أنها حق أخلاقي، وهذه الحرية جزء أساسي من كرامة الإنسان، وهي شرط حيوي للتنمية السلمية والدائمة، راجع أ. شيماء شمس، مرجع سابق، ص ١٠، أ. بشري مداسي، مرجع سابق، ص ١٤، ١٥.

(٧٣) د. رانيا محمود الكيلاني: المسؤولية الاجتماعية للإعلام المصري فيما بعد ثورة يناير ٢٠١١، مجلة كلية

الآداب، جامعة طنطا، مصر، عدد (٢٦)، الجزء الأول، يناير ٢٠١٣، ص ٣١٥، ٣١٦.

(٧٤) راجع:

Yves Jégouzo, la modernization et la transparence de l'administration au défi de Wikileaks, AJDP, 2010, P.2449.

وهو ما يمكن من خلاله تحقيق التوازن بين الحق في الشفافية الإدارية والحصول على المعلومة، والالتزام بالحفاظ على الأسرار الوظيفية.

## المبحث الثاني

### التأصيل القانوني لمسؤولية الإعلام عن إفشاء السر الوظيفي

تمهيد وتقسيم:

أباح القانون لوسائل الإعلام نشر الأخبار التي تصل إليها، وذلك للأهمية الاجتماعية التي تنتج عن نشر الأخبار من المأم المواطنين بقضايا وهموم بلدهم؛ إلا أنه ليس كل الأخبار يجوز نشرها لمساس تلك الأخبار بأسرار الدولة وحياة الأفراد بما لا يحقق المصلحة الاجتماعية التي من أجلها أباح القانون النشر، وذلك حتى ولو كانت الرواية صادقة وتم عرضها دون تبديل أو تحريف، وتتمثل المسؤولية القانونية للإعلام في مسؤولية الإعلامي ورؤسائه عن إفشاء السر الوظيفي، ومسؤولية المؤسسة الإعلامية عن إفشائه، وهو ما سنتناوله في الآتي:

المطلب الأول: المسؤولية القانونية للإعلامي عن إفشاء السر الوظيفي.

المطلب الثاني: المسؤولية القانونية للمؤسسة الإعلامية عن إفشاء السر الوظيفي.

## المطلب الأول

### المسؤولية القانونية للإعلامي عن إفشاء السر الوظيفي

يثير العمل الإعلامي المسؤولية بأنواعها الثلاثة التأديبية، والجنائية، والمدنية، وذلك حسب طبيعة العمل الذي يمارسه الإعلامي نفسه، وما إذا كان يعمل في القطاع الخاص أو العام، وسنتحدث عن هذه المسؤولية بشيء من الإيجاز، في ثلاثة فروع كالتالي:

الفرع الأول: المسؤولية التأديبية للإعلامي عن إفشاء السر الوظيفي.

الفرع الثاني: المسؤولية الجنائية للإعلامي عن إفشاء السر الوظيفي.

الفرع الثالث: المسؤولية المدنية للإعلامي عن إفشاء السر الوظيفي.

## الفرع الأول

### المسؤولية التأديبية للإعلامي عن إفشاء السر الوظيفي

تتقرر مسؤولية الإعلامي التأديبية عندما يقوم بإفشاء اسرار الدولة أو الأشخاص التي حصل عليها من موظفي الدولة من خلال نشرها عن طريق المؤسسة الإعلامية، التي يعمل بها أو عن طريق استضافتهم وإعطائهم مساحة كافية لنشر تفاصيل ما بحوزتهم من أسرار تمس أمن الدولة أو الحياة الخاصة للأفراد<sup>(٧٥)</sup>.

الأساس القانوني للمسؤولية التأديبية للإعلامي عن إفشاء السر الوظيفي: على الرغم من أن القانون أعطى الحق للصحفي أو الإعلامي حق نشر المعلومات والبيانات والأخبار التي لا يحظر القانون إفشائها<sup>(٧٦)</sup>، إلا أنه ربط حقه وقيده بما يحظر القانون نشره فجعل الأصل حق النشر والاستثناء ما قرره القانون بنصوص خاصة، وهو ما أوضحتها وأكدت عليه نصوص القانون ومنها نص المادة (١٠) منه والتي نصت على أنه: "يحظر فرض أي قيود تعوق توفير المعلومات أو إتاحتها أو تحول دون تكافؤ الفرص بين مختلف الصحف المطبوعة والإلكترونية ووسائل الإعلام المرئية والمسموعة أو حقها في الحصول على المعلومات، وذلك كله دون الإخلال بمقتضيات الأمن القومي، والدفاع عن الوطن"، ونص المادة (١١) منه والذي جرى على الآتي: "مع مراعاة أحكام المادتين (٩، ١٠) من القانون للصحفي أو الإعلامي الحق في تلقي إجابته على ما يستفسر عنه من معلومات وبيانات وأخبار، وذلك ما لم تكن هذه المعلومات أو البيانات أو الأخبار سرية بطبيعتها أو طبقاً للقانون".

<sup>(٧٥)</sup> ونحن من جانبنا نرى أن الوسيلة الإعلامية تشمل الصحف والكتب الورقية والإلكترونية وأن القانون قد أغفل النص عليها لوجود قانون صدر في ذات تاريخ القانون السابق تحت رقم ١٧٩ لسنة ٢٠١٨ بشأن الهيئة الوطنية للصحافة والذي عرف في المادة الأولى منه المطبوعات بأنها: "الكتب، أو الرسوم، أو القطع الموسيقية أو الصور أو غير ذلك من وسائل التمثيل متى نقلت بالطرق الميكانيكية أو الكيميائية أو الإلكترونية أو غيرها فأصبحت بذلك قابلة للتداول"، وعرف الصحيفة بأنها: "كل إصدار ورقي أو إلكتروني يتولى مسؤولية تحريره أو بثه صحفيون نقابيون ويصدر باسم موحد وبصفة دورية في مواعيد منتظمة، ويصدر عن شخص مصري طبيعي أو اعتباري عام أو خاص ووفقاً للقواعد والإجراءات التي تنظمها اللائحة التنفيذية لهذا القانون". وكان من وجهة نظرنا لا بد من ذكر الصحافة المطبوعة والإلكترونية والكتب ضمن الوسيلة الإعلامية أيضاً.

<sup>(٧٦)</sup> راجع نص المادة (٩) من القانون ١٨٠ لسنة ٢٠١٨ بشأن تنظيم الصحافة والإعلام والمنشور بالجريدة الرسمية العدد (٣٤) مكرر (هـ) في ٢٧/٨/٢٠١٨.

ثم أوضح القانون في المادة (١٧) منه واجبات الإعلامي بالنص على أن: "يلتزم الصحفي أو الإعلامي في أدائه المهني بالمبادئ والقيم التي يتضمنها الدستور كما يلتزم بأحكام القانون وميثاق الشرف المهني والسياسة التحريرية للصحيفة أو الوسيلة الإعلامية المتعاقد معها وبآداب المهنة وتقاليدها، بما لا ينتهك حقاً من حقوق المواطنين أو يمس حريتهم". وبالعودة لميثاق الشرف المهني المعتمد بقرار مجلس نقابة الإعلاميين رقم ١٧ لسنة ٢٠١٧ والمنشور في الوقائع المصرية العدد ٢٨٧ (تابع) في ٢٠ ديسمبر ٢٠١٧ أن من بين الالتزامات التي تقع على الإعلامي: "الالتزام بعدم إذاعة أي أخبار تخص القوات المسلحة أو الشرطة إلا من مصادرها الرسمية، وأنه عليه عدم انتهاك حرمة الحياة الخاصة والعائلية للمواطنين كافة، وأن عليه احترام الدستور المصري، وأن عليه الاعتماد على مصادر معلنة وواضحة ومسئولة ومتخصصة كلما أمكن وتجنب تداول الشائعات والأخبار المجهلة".

وبالرجوع لنصوص الدستور المصري الحالي والمعدل في ٢٠١٤ نجده قد أعطى للإعلام حرية ولكن في حدود عدم المساس بالأمن القومي وبأسرار الدولة وأفرادها فنص في المادة (٧١) منه على أن: "يحظر بأي وجه فرض رقابة على الصحف ووسائل الإعلام المصرية أو مصادرتها أو وقفها أو إغلاقها. ويجوز استثناء فرض رقابة محددة عليها في زمن الحرب أو التعبئة العامة. ولا توقع عقوبة سالبة للحرية في الجرائم التي ترتكب بطريق النشر أو العلانية، أما الجرائم المتعلقة بالتحريض على العنف أو بالتمييز بين المواطنين أو بالظعن في أعراض الأفراد، فيحدد عقوباتها القانون". وهو ما نرى أنه يتكامل مع نص المادة (٥٧) منه والتي جاء نصها أن: "للحياة الخاصة حرمة، وهي مصونة لا تمس. وللمراسلات البريدية، والبرقية، والإلكترونية، والمحادثات الهاتفية، وغيرها من وسائل الاتصال حرمة، وسريتها مكفولة، ولا تجوز مصادرتها، أو الاطلاع عليها، أو رقابتها إلا بأمر قضائي مسبب، ولمدة محددة، وفي الأحوال التي يبينها القانون"، والمادة (٨٦) منه والتي نصت على أن: "الحفاظ على الأمن القومي واجب، والتزام كافة بمراعاته مسؤولية وطنية، يكفلها القانون". اللتين حددتا حدود تلك الحرية<sup>(٧٧)</sup>.

(٧٧) وهو ما يتوافق مع ما قضت به المحكمة الدستورية العليا من أن: "الأصل في النصوص الدستورية أنها تعمل في إطار وحدة عضوية تجعل من أحكامها نسيجاً متآلفاً متماسكاً، بما مؤده أن يكون لكل نص منها مضمون محدد مستقل به عن غيره من النصوص استقلالاً لا يعزلها عن بعضها البعض، وإنما يقيم منها في

ويختلف النظام التأديبي الذي سيخضع له الإعلامي بحسب ما إذا كان ينتمي ويعمل في مؤسسة إعلامية مملوكة للدولة فيصبح موظف عام يخضع لما نص عليه القانون ٨١ لسنة ٢٠١٦ بشأن الخدمة المدنية باعتباره الشريعة العامة الحاكمة للوظيفة العامة الآن، وفي حالة وجود لوائح جزاءات خاصة بالمؤسسات الإعلامية تطبق إلى جوار القانون؛ أو أنه يعمل في مؤسسة خاصة غير فيخضع لعقد العمل المبرم معها<sup>(٧٨)</sup>.

وقد تنتهي مساعلة الإعلامي الذي قام بنشر السر وإعلانه أو المساعدة في ذلك في المؤسسات الإعلامية العامة بالفصل<sup>(٧٩)</sup>، أو بإنهاء عقد العمل في حالة المؤسسات الإعلامية الخاصة، كما أن الإعلامي يسأل بخلاف ذلك أمام نقابته والتي قد تنتهي إلي الغاء قيده بها وشطبه من عضويتها وهو ما نصت عليه المادة (١٨) من القانون ١٨٠ لسنة ٢٠١٨ من أن: "...يسأل الصحفي أو الإعلامي تأديبياً أمام نقابته إذا أخل بواجباته المنصوص عليها في القانون أو في ميثاق الشرف المهني، وفقاً للأحكام

مجموعها ذلك البيان الذي يعكس ما ارتأته الإرادة الشعبية أقوم لدعم مصالحها في المجالات السياسية والاقتصادية والاجتماعية، ولا يجوز بالتالي أن تفسر النصوص الدستورية بما يبتعد بها عن الغاية النهائية المقصودة منها، ولا أن ينظر إليها بوصفها هامة في الفراغ، أو باعتبارها قيماً مثالية منفصلة عن محيطها الاجتماعي"، راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١١ لسنة ١٣ ق. س جلسة ٢٠٠٧/٧/٨، وهو ما نصت عليه المادة (٢٢٧) من دستور ٢٠١٤ عندما نصت على أن "يشكل الدستور بديابته وجميع نصوصه نسيجاً مترابطاً، وكلاً لا يتجزأ، وتتكامل أحكامه في وحدة عضوية متماسكة".

<sup>(٧٨)</sup> حيث نصت المادة (١٤) من القانون رقم ١٨٠ لسنة ٢٠١٨ على أن: "تخضع العلاقة بين العاملين بالصحف ووسائل الإعلام وجهات العمل التي يعملون بها لعقد عمل يحدد نوع العمل ومكانه والمرتب وملحقاته والمزايا التكميلية والترقيات والتعويضات بما لا يتعارض مع عقد العمل الجماعي في حالة وجوده ولا تسري تلك العقود إلا بعد تصديق النقابة المعنية عليها. وتسري أحكام قانون العمل فيما لم يرد بشأنه نص خاص فيها".

عرف القانون ١٧٨ لسنة ٢٠١٨، والقانون ١٨٠ لسنة ٢٠١٨ في مادتهما الأولى المؤسسة الإعلامية العامة بأنها "المؤسسات أو الشركات التي تنشئها الهيئة الوطنية للإعلام لإدارة الوسائل الإعلامية العامة أو أي نشاط توافق عليه الهيئة الوطنية للإعلام"، وعرفت الوسيلة الإعلامية العامة بأنها: "قنوات التلفزيون الأرضية والفضائية، ومحطات الإذاعة السلكية واللاسلكية والإلكترونية التي تملكها الدولة ملكية خاصة".

<sup>(٧٩)</sup> وقد نص القانون ١٧٨ لسنة ٢٠١٨ على جزء إنهاء العمل في المادة (٣٤) بالنص على أن: "للهيئة أن تصدر قرار بإنهاء عمل رئيس القناة أو الوسيلة الإعلامية العامة إذا ثبت إخلاله الجسيم بواجباته أو فقد شرطاً من شروط التعيين".

وقد نصت المادة (٥٢) ١٧٩ لسنة ٢٠١٨ بشأن الهيئة العامة للصحافة على أن: "للهيئة أن تصدر قراراً بعزل رئيس مجلس الإدارة أو رئيس التحرير أو عضو أو أكثر من أعضاء المجلس المعين إذا ثبت إخلاله الجسيم بواجباته أو فقد شرطاً من شروط التعيين".

المنصوص عليها في قانون النقابة، وذلك دون الإخلال بحق المؤسسات الصحفية والإعلامية في تطبيق اللوائح المنظمة للمساءلة التأديبية للعاملين بها<sup>(٨٠)</sup>.

كما أن إعلان السر الوظيفي عبر وسائل الإعلام لا يتم إلا من خلال مشاركة عدد من الإعلاميين، وهذا التعدد يستوجب مساءلة كل فرد بقدر مساهمته في نشر وإعلان السر الوظيفي، ولذلك لا يسأل تأديبياً في موضوع نشر السر أو إعلانه عبر الوسيلة الإعلامية أو تسهيل ذلك ليس الإعلامي الذي قام بذلك بل كل رؤسائه كل بحسب موقعه الوظيفي، وذلك باعتبارهم جميعاً كان لديهم إمكانية مراقبة محتوى الرسالة المنشورة، وبالتالي إمكانية منع نشر السر الوظيفي، وبصفة خاصة بالنسبة إلى رؤساء الإعلاميين المتهم بنشر السر الوظيفي بنفسه أو تسهيل نشره، وذلك للواجب الملقي علي عاتقهم واجب الإشراف والمتابعة؛ إلا أن رأي فقهي يرى أن مسؤولية لا تكون تبعاً لهذا الواجب إلا إذا كان البث الإعلامي مسجلاً مسبقاً أي غير مباشر، بينما في حالة البث المباشر تسقط مسؤوليتهم؛ لأنهم يفقدون القدرة علي ممارسة الإشراف والتوجيه<sup>(٨١)</sup>.

ونحن من جانبنا نرى أنه يجب مسألة رؤساء الإعلاميين المتهم بنشر السر الوظيفي بنفسه أو تسهيل نشره من خلال استضافة من ينشره، في حالة البث المباشر؛ لأنهم لا يفاجئون بما يتم نشره لوجود إعداد مسبق للخطوط العريضة على الأقل للموضوع الذي سيتم نشره إعلامياً، وتحديد الضيف الذي سيحضر، وفي أي شيء سيسمح له بالكلام فيه، بالإضافة لقدرة كل وسيلة إعلامية عن قطع بثها أو إيقافه عند اكتشاف وجود ارتكاب جريمة ترتكب عبرها.

وهو ما نجده طبق فعلياً في قرار المجلس الأعلى لتنظيم الإعلام رقم ٣ لسنة ٢٠١٨ بتاريخ ٢٢/١/٢٠١٨ حيث انتهى إلى إحالة كل من مقدم ومعد برنامج (هنا

<sup>(٨٠)</sup> عدد من القرارات التي اتخذها المجلس الأعلى لتنظيم الإعلام لإحالة المخالف من الإعلاميين للتحقيق معه بمعرفة نقابته وإخطاره بنتيجة التحقيق، منها مثلاً القرار رقم ٦ لسنة ٢٠١٨ الصادر بتاريخ ٥/٢/٢٠١٨ بإحالة السيد/ أحمد الشريف إلي نقابة الإعلاميين للتحقيق معه فيما بدر منه من تجاوزات في برنامجه ملعب شريف، والقرار رقم ٨ لسنة ٢٠١٨ الصادر بتاريخ ٢١/٢/٢٠١٨ بإحالة السيد/ محمد الغبني للتحقيق معه فيما بدر منه من تجاوزات، وقراره رقم ٩ لسنة ٢٠١٨ في ٢٨/٢/٢٠١٨، بإيقاف بث برنامج "الوسط الفني" وإحالة أحمد عبد العزيز مقدم البرنامج للتحقيق بنقابة الإعلاميين، والقرار ٩ لسنة ٢٠١٧ بإحالة مذيعه برنامج المشاغبة للتحقيق معها.

<sup>(٨١)</sup> راجع قريب من هذا المعنى د. جميل عبد الباقي الصغير: الانترنت والقانون الجنائي، دار النهضة العربية، ٢٠١٢، ص ٨٨، وما بعدها.



القاهرة) على قناة القاهرة والناس، مقدم ومعد برنامج (صح النوم) على قناة L.T.C، مقدم ومعد برنامج كلام في الكورة على قناة L.T.C، مدير القنوات بهذه القنوات للتحقيق نظرًا لما بدر منهم من تجاوزات ومخالفات في هذه البرامج.

## الفرع الثاني

### المسؤولية الجنائية للإعلامي عن إفشاء السر الوظيفي

إن تطبيق القواعد العامة في القانون الجنائي في مجال جرائم الإعلام بصفة عامة، ومنها جريمة إفشاء السر الوظيفي، تؤدي إلى إثارة الكثير من المشاكل، حيث يقوم على أي وسيلة إعلامية عدد من الأشخاص التي تتشابك وتتداخل أعمالهم، فالوسيلة الإعلامية الآن تمثل مشرع ضخم ذو طابع إعلامي اقتصادي سياسي في الوقت ذاته، وكثرة المتدخلين في العمل الإعلامي يثير مشكلة تحديد الفاعل الأصلي للجريمة ومن هو الشريك أو المساهم<sup>(٨٢)</sup>.

أولاً- أساس المسؤولية الجنائية للإعلامي عن إفشاء السر الوظيفي: تعددت الأبحاث التي حاولت إيجاد حل لمشكلة المسؤولية الجنائية للإعلامي عن الجرائم الإعلامية بصفة عامة، جريمة إفشاء السر الوظيفي بصفة خاصة، محاولة الموازنة بين اعتبارات العدالة التي تتأذى من إدانة شخص لم يرتكب الجريمة، ومصصلحة المجتمع التي قد تهدد إذا فر مرتكب الجريمة من العقاب، وانتهت تلك الأبحاث لطرح ثلاثة حلول لهذه الإشكالية تتمثل في الآتي:

١- المسؤولية المبنية على الإهمال: وطبقاً لهذا الحل يسأل كل القائمين على الوسيلة الإعلامية بما فيهم الإعلام الذي أذاع أو ساعد في إذاعة السر الوظيفي، وتستند هذا الرأي إلى أن الإهمال الذي وقع منهم أثناء تأدية وظائفهم هو أساس المسؤولية<sup>(٨٣)</sup>. وقد أخذ على هذا الرأي أنه لا يمكن معاقبة شخص طبقاً للقانون الجنائي باعتباره فاعلاً أصلياً عن جريمة عمدية نتيجة أنه أهمل في أداء وظيفته أو لم يحتاط في أداء

(٨٢) د. بن عشي حفصية: الجرائم التعبيرية دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٦، ص ٢٢٧، وما بعدها.

(٨٣) راجع:

MONGIN(M.), problem de ressonsabilité, pénale de directeurs de publication, R.S.C,1974, P.60.

عمله؛ إلا أن البعض دافع عن هذا الرأي باعتباره وسيلة لردع تجاوزات الوسائل الإعلامية في حق المجتمع عند إفشائها للسر الوظيفي<sup>(٨٤)</sup>.

٢- **المسؤولية المبنية على فكرة التضامن:** وتقوم هذه الفكرة على مساءلة جميع القائمين على الوسيلة الإعلامية التي قامت بنشر السر الوظيفي من خلالها باعتبارهم جميعاً فاعلين بالتضامن عن جريمة النشر، وقد أخذ على هذا الرأي غرابته في مجال المسؤولية الجنائية فالمسؤولية التضامنية مقبولة في القانون المدني إلا أنها ليست كذلك في مجال المسؤولية الجنائية، فلا يتصور في قانون العقوبات أن يرتكب شخصاً ما جريمة، ويتحمل تبعاتها شخص آخر متضامن معه ولو أراد ذلك بإرادته<sup>(٨٥)</sup>.

٣- **المسؤولية المبنية على فكرة التتابع أو التعاقب:** وتقوم هذه الفكرة على ترتيب الأشخاص المسؤولين جنائياً عن ارتكاب جريمة النشر للسر الوظيفي عبر الوسيلة الإعلامية، فيسأل من هو علي قمة الترتيب أو التسلسل فإن لم يكن معروفاً فالذي يليه، وهكذا حتى نصل للشخص الأخير في التسلسل، فتقوم فكرة المسؤولية بالتعاقب على الافتراض والذي قد يسند المسؤولية الجنائية لأشخاص لا يعرفون شيئاً عن الجريمة

<sup>(٨٤)</sup> راجع في هذا السياق د. عمر سالم: نحو قانون جنائي للصحافة، دار النهضة العربية، ط. ١، ١٩٩٥، ص ١٣٥، وما بعدها.

قد قررت محكمة النقض الفرنسية المسؤولية الجنائية لمدير النشر واعتبرت المحكمة أن مدير المنشور لم يزيل الرسالة التمهيدية بالسرعة الكافية، في حين أنه بعد قيامه بتبنيه الشخص المعني، كان بإمكانه فعل ذلك، وبالتالي فإن المسؤولية الجنائية لمدير المنشور هي التي شاركت وليس في خدمة الاعتدال. في الواقع، رأيت المحكمة أنه على الرغم من أن المحرر لم يكن لديه معرفة شخصية بالملاحظات المثيرة للجدل، إلا أنه كان قادراً مع ذلك على ممارسة واجبه في الإشراف. قد يبدو هذا الحل مدهشاً في أن العطل يعزى أساساً إلى خدمة الإشراف الخارجي. ودعماً لهذا المنطق، أخذت المحكمة العليا في الاعتبار حقيقة أنه "إذا ظهر اسمها وجودة مديرها المنشور على الموقع"، لم يكن هذا هو حال إحدائياتها ولا سيما عنوان البريد الإلكتروني الخاص بها.. ومن ثم، أعدت محكمة النقض أن مدير المنشور كان في وضع يمكنه من ممارسة واجبه الإشرافي وأنه "لا يعتمد بشكل مفيد على الوظيفة المعتدلة التي يجري الاستعانة بمصادر خارجية بها ولا على مصلحة". أحكام تحكم المسؤولية الجنائية لمضيف الموقع. وبالتالي، فإن حقيقة الاستعانة بمصادر خارجية في خدمة الاعتدال لا يجعل من الممكن الانتقاص من النظام المنصوص عليه في المادة (٩٣-٣) من قانون الاتصال السمعي البصري المعدل. بموجب هذا الحكم، ترجع محكمة النقض إلى أسس نظام المسؤولية الجنائية لمدير المنشور. ويؤكد من جديد أن فعل النشر والنشر على الجمهور يشكل التبرير الحقيقي لنظام التبعة للمسؤولية. ولذلك، فإن مجرد منح الموافقة على النشر هو أن المسؤولية قائمة على أساس وليس حقيقة كونها مصدر المحتوى. هذا قرار وقائي خاص لضحايا التعليقات التمهيدية. راجع في ذلك:

ARTIC: RESPONSABILITE DU DIRECTEUR DE LA PUBLICATION: MEME EN CAS D'EXTERNALISATION? Journal, Avocate Paris 75005, Disponible sur le site: <https://www.murielle-cahen.com>

<sup>(٨٥)</sup> د. يسري حسن القصاص، مرجع سابق، ص ٩٠، ٩١.

المرتكبة، وتتميز هذه الفكرة بوضوحها وسهولة تطبيقها، فالضابط في تحديد المسؤول هو ترتيب الأشخاص المسؤولين قانوناً عن الوسيلة الإعلامية؛ إلا أنه يعاب عليه أنه يتعارض مع مبدأ شخصية المسؤولية الجنائية والذي يقضي بأنه لا جريمة بدون خطأ<sup>(٨٦)</sup>.

ثانياً- أسباب الاعفاء من المسؤولية الجنائية عن إفشاء السر الوظيفي: هناك أسباب تعفي الإعلامي من المسؤولية الجنائية عن إفشاء السر الوظيفي أو تسهيل إفشائه، وهناك أسباب تعفي رؤسائه من تلك المسؤولية.

١- أسباب اعفاء رؤساء الإعلامي المفشى للسر الوظيفي من المسؤولية عن الإفشاء: يعفي الرؤساء في هذه الحالة من المساءلة الجنائية في حالتين<sup>(٨٧)</sup>:

أ- حال إثباتهم عند بدء التحقيق الجنائي في هذه الواقعة أن إفشاء السر الوظيفي أو تسهيل إفشائه عبر الوسيلة الإعلامية التي يعملون بها قد تم دون علمهم، وقدموا كل ما لديهم من معلومات تساعد على معرفة الفاعل الحقيقي لجريمة الإفشاء.

ب- إذا أرشد في أثناء التحقيق عن مرتكب الجريمة وقدم كل ما لديه من معلومات لإثبات مسؤولية من أرشد عنه.

ثالثاً- أسباب إعفاء الإعلامي المفشى للسر الوظيفي من المسؤولية عن الإفشاء: قد قرر الفقه عدد من الشروط يجب توفرها مجتمعه لاعفاء الإعلامي من المسؤولية عن إفشاء السر الوظيفي أو تسهيل إفشائه، وتتمثل تلك الشروط في الآتي:

١- أن يكون الخبر الذي تم إفشاء السر الوظيفي من خلاله صحيحاً: فالإعلام وظيفته تقديم الأخبار الصحيحة بكل صدق وموضوعية بعيداً عن الهوى أو القصد في تحقيق مآرب شخصية.

٢- أن يكون الخبر الذي تم إفشاء السر الوظيفي من خلاله عن واقعة تهم الجمهور: فالخبر المنشور لا بد أن يكون ذا أهمية معينة للجمهور بحيث يكون نشر الخبر المحتوى علي السر الوظيفي محققاً للمصلحة العامة، وأن يكون من مصلحة الناس الاطلاع عليه للتنبيه من خطر معين أو بدافع تمكين الرأي العام من مراقبة أعمال الحكومة وموظفيها، وتقدير قيامهم بالأعمال الموكلة إليهم من عدمها؛ إلا أنه

<sup>(٨٦)</sup> راجع قريب من هذا المعنى د. جميل عبد الباقي الصغير، مرجع سابق، ص ٩٠، وما بعدها.

<sup>(٨٧)</sup> د. خالد رمضان عبد العال سلطان: المسؤولية الجنائية عن جرائم الصحافة دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، حقوق حلوان، ٢٠٠٢، ص ٣٨٦.

ليس كل ما يهم الجمهور يجوز نشره فهناك ما يهتمهم الاطلاع عليه إلا أنه لا يجوز نشره لمصلحة راجحة علي حق الجمهور في العلم وهو حق الدولة في الحفاظ علي أسرارها، حيث يحظر نشر هذه الأسرار بأية وسيلة من الوسائل<sup>(٨٨)</sup>.

٣- أن يكون إفشاء السر الوظيفي أو تسهيل افشائه قد تم بحسن نية: أن يكون الإعلامي قد اتجه إرادته إلى إفشاء السر الوظيفي أو تسهيل افشائه بدافع تحقيق مصلحة عامة تهتم الجمهور، وحسن النية يتعلق بالجانب المعنوي للجريمة؛ إلا أنه ليس معنًا باطنياً بقدر ما هو موقف أو حالة يوجد فيها الشخص تشوه حكمه على الأمور رغم تقديره لها تقديرًا كافيًا واعتماده على تصرفه فيها على أسباب معقولة، وفكرة حسن النية أو القصد يتم التعامل معها في هذه الحالة بنوع من الحظر فهي مقررة للتوفيق بين المصالح المتعارضة<sup>(٨٩)</sup>.

رابعًا- موانع مسؤولية الإعلامي ورؤسائه من المسؤولية الجنائية عن إفشاء السر الوظيفي: وتتمثل تلك الموانع في حالة الإكراه والضرورة، والإكراه: هو قوة من شأنها أن تمحو إرادة الفاعل أو تقيدها إلى درجة كبيرة ولا يستطيع مقاومتها فيتصرف وفقًا لما يفرضه عليه من مصدر القوة فقد يتعرض الإعلامي لإكراه مادي أو معنوي (حالة الضرورة)، يفرض عليه إفشاء السر الوظيفي أو استضافة من يفشيه كما يمكن أن يتعرض رئيسه لذلك، وهنا تنتفي المسؤولية لانتفاء الإرادة مطلقًا<sup>(٩٠)</sup>.

## الفرع الثالث

### المسؤولية المدنية للإعلامي عن إفشاء السر الوظيفي

يعد إفشاء السر الوظيفي من خلال الوسائل الإعلامية بواسطة إعلامي من الأمور التي تستوجب المساءلة المدنية للإعلامي سواء قام الإعلامي بنفسه بإفشائه أو من خلال استضافته لآخر يقوم هو بإفشائه، وبالطبع من الأسرار الوظيفية ما يمس

<sup>(٨٨)</sup> د. سعد صالح شكطى الجبوري: مسؤولية الصحفي الجنائية عن جرائم النشر دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٣، ص ١٣٠، ١٣١.

<sup>(٨٩)</sup> راجع د. خالد رمضان عبد العال سلطان، مرجع سابق، ص ١٠٥، وما بعدها.

<sup>(٩٠)</sup> د. عمر سالم، مرجع سابق، ص ٢٠٥، ٢٠٦.

وهي ما نصت عليها المادة (٦١) من قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ وتعديلاته من أنه "لا عقاب علي من ارتكب جريمة الجأته إلى ارتكابها ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ولم يكن لإرادته دخل في حلوله ولا في قدرته منعه بطريقة أخرى".

كيان الدولة وأمنها الداخلي أو الخارجي، ومنها ما يمس حياة الأفراد الخاصة، فقد يؤدي إفشاء سر وظيفي لانتهيار بورصة دولة ما أو انخفاض سعر تداول عملتها، أو تدهور العلاقات بينها وبين جيرانها، وقد يؤدي لفقد شخص لوظيفة أو تدهور حياته العائلية... الخ، لذلك كان للتعويض دوراً مهماً في جبر الضرر، وتخفيف الألم.

**أولاً- شروط الحكم بالتعويض المدني على الإعلامي نتيجة افشائه للسر الوظيفي:** يعتبر نص المادة (١٦٣) من القانون المدني المصري رقم ١٤١ لسنة ١٩٤٨ أساس الحكم بالتعويض على الإعلامي المفشى للسر الوظيفي والتي جري نصها على أن: "كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض".

١- **الخطأ:** يتمثل الخطأ في نشر السر الوظيفي أو المساعدة في ذلك، ولا يكلف المعتدى عليه بنشر السر الوظيفي باثبات ذلك الخطأ، ولا يستطيع الإعلامي تبرير خطأه بأن السر قد نشر من قبل أو أن هناك موافقة من الجهات الأمنية بالدولة أو الفرد المعتدى عليه بالنشر، طالما فشل في إثبات وجود مثل ذلك الإذن<sup>(٩١)</sup>.

فالخطأ هنا يفترض حتى مع وجود حسن النية لدى الإعلامي، بل وخطأ يثبت في حق الإعلامي ولو لم يكن عمدي، بل يكفي في ذلك مجرد الإهمال أو الخطأ البسيط، وإذا كان الأمر كذلك فإن الضرر من نشر السر الوظيفي لا يكلف بأكثر من إثبات الاعتداء على السر الوظيفي الخاص به، ونشره في وسائل الإعلام من خلال تقديم نسخه مثلاً من الصحيفة أو المجلة أو أي وسيلة أخرى للإعلام تم بها الاعتداء، فضلاً عن ذلك فإن القضاء يتمتع بسلطة تقديرية تجاه اعتبار مجرد الاعتداء على السر الوظيفي بنشره يكون ركن الخطأ في المسؤولية المدنية أم لا خاصة<sup>(٩٢)</sup>.

٢- **الضرر:** الضرر ركن أساسي في المسؤولية المدنية بصفة عامة، ذلك لأنه إذا أمكن تصور مسؤولية دون خطأ إلا أنه لا يمكن تصور مسؤولية دون ضرر، والضرر الناتج عن إفشاء السر الوظيفي قد يكون مادياً يتمثل فيما فات المضرور من كسب، وما لحقه من خسارة، كما قد يكون أدبياً (معنوياً)، والذي يتمثل في المعاناة التي يعانيتها المضرور من إفشاء السر الوظيفي، وفي الغالب يكون الضرر الواقع من إفشاء السر

(٩١) راجع قريب من المعنى: د. مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي: الحياة الخاصة ومسئولية الصحفي 'دراسة فقهية قضائية مقارنة في القانونين المصري والفرنسي"، دار الفكر العربي، ٢٠٠١، ص ٢٤٢، وما بعدها.

(٩٢) راجع د. جعفر كاظم جبر الموازني، د. نعيم كاظم جبر الموازني: نحو نظام قانوني لمسئولية الصحفي المدنية عن عرض صور ضحايا الجريمة، مجلة مركز دراسات الكوفة، العراق، عدد (٧)، ٢٠١١، ص ٦٧.

الوظيفي علي الدولة مادياً، بينما في حالات إفشاء أسرار الأفراد يكون الضرر معنوياً، ويشترط في ذلك الضرر أن يكون ضرراً محققاً، بأن يكون قد وقع فعلاً أو سيقع حتماً، فتوفر الضرر أمر لازم للحكم بالتعويض فلا يكفي فعل النشر للسر الوظيفي بل يجب حدوث ضرر حتى يستحق التعويض<sup>(٩٣)</sup>، ويرى البعض بحق أن مجرد إفشاء الإعلامي للسر الوظيفي يستتبع بالضرورة توافر الضرر، وتحققه فالضرر في مثل هذه الجريمة مفترض<sup>(٩٤)</sup>.

٣- علاقة السببية: وهي الرابط بين خطأ الإعلامي الذي أدى إلى إفشاء السر الوظيفي والضرر الناشئ عن إفشاء ذلك السر، فلا بد للمدعى المتضرر من إفشاء السر الوظيفي أن يثبت وجود علاقة سببية بين خطأ الإعلامي والضرر الواقع عليه، وفي حالة فشله في إثبات ذلك لا يسأل الإعلامي مدنياً أمام المضرور من إفشاء السر الوظيفي<sup>(٩٥)</sup>.

ثانياً- تطبيقات قضائية على مسؤولية الإعلامي عن إفشاء السر الوظيفي: أصدرت محكمة النقض المصرية عدداً من الأحكام التي تتعلق بمسؤولية الصحفي عن انتهاك حرمة الحياة الخاصة للأشخاص والتي يمكن الاستعانة بما ورد فيها لتوضيح فكرة مسؤولية الإعلامي عن إفشاء السر الوظيفي.

١- أكدت حكم محكمة النقض من أن الإهمال يستوجب التعويض بقضائه بأنه: "إذ كان البين من الأوراق أن جريدة ..... التي يرأسها المطعون ضده قد نشرت خبراً بعدها الصادر بتاريخ ..... بالصفحة ..... يفيد أن الطاعن قتل شقيقه خطأ حال إطلاقه أعيره نارية من مسدسه غير المرخص احتفاءً بعرض شقيقتها رغم أن النيابة تولت تحقيق الواقعة وأصدرت قراراً بالوجه لإقامة الدعوى الجنائية ولم توجه اتهاماً للطاعن، ولم تكشف الأوراق عن دليل على صحة ما نسبته إليه الجريدة، وهو مسلك ينم عن التسرع ويعد ضرباً من ضروب الخطأ الموجب للمسؤولية لا يشترط لتحققه

<sup>(٩٣)</sup> راجع:

Patrice Jourdain: Les principes de la responsabilité civile-3e éd-Dalloz, 1996, p.121.

راجع: د. أحمد سليمان مغاوري سليمان: مسؤولية الإعلام عن جرائم الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الرابع لكلية الحقوق جامعة طنطا، القانون والإعلام، المنعقد خلال الفترة من ٢٣-٢٤ إبريل ٢٠١٧، ص ٣٠، وما بعدها.

<sup>(٩٤)</sup> د. مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي، مرجع سابق، ص ٢٤٧، وما بعدها.

<sup>(٩٥)</sup> راجع د. جعفر كاظم جبر الموازي، د. نعيم كاظم جبر الموازي، مرجع سابق، ص ٦٨.

توفر سوء النية لدى مرتكبه، وتقوم به مسؤولية المطعون ضده بصفته عن هذا النشر، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر، وأقام قضاءه برفض دعوى التعويض (عن الأضرار الناجمة عن خطأ الناشر) على سند من عدم وجود خطأ في جانب الصحفي محرر الخبر وانتفاء سوء نيته، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وشابه الفساد في الاستدلال<sup>(٩٦)</sup>.

٢- أكدت محكمة النقض على ثبوت الخطأ حتى ولو كان النشر قد تم بحسن نية فقضت بأن: "إذ كان الثابت من الأوراق أن الصحيفة التي يمثلها المطعون ضدهما قد نشرت أن الرقابة الإدارية أحالت أمين الحزب الوطني ورئيس المجلس المحلي لمركز المنيا إلى النيابة العامة - لاستغلال سلطة نفوذه بالضغط على بعض المسؤولين بالمنيا والقاهرة لإتمام الإفراج عن مساحة ١٠ س ر ٧ ط ر ٥ ف للسيدة ..... داخل الكتلة السكنية مقابل حصوله على مساحة ٦ ط قيمتها ١٠٠ ألف جنيه - بما يعني اتهام الطاعن الذي يشغل الصفة النيابية التي أوردها الخبر والمساس بسمعته وذلك قبل أن يتحدد موقفه بصفة نهائية، وهو منهما مسلك ينم عن التسرع ويعد ضرباً من ضروب الخطأ الموجب للمسؤولية المدنية والذي لا يشترط لتحققه - خلافاً للمسؤولية الجنائية - توفر سوء النية لدى مرتكبه، يستوي في ذلك أن تكون العبارات المنشورة منقولة عن الغير أو من إنشاء الناشر، ذلك بأن نقل الكتابة التي تتضمن مساساً بسمعة الآخرين ونشرها يعتبر كالنشر الجديد سواء بسواء، ولا يقبل من أحد للإفلات من المسؤولية أن يتذرع بأن تلك الكتابة منقولة عن جهة أخرى إذ الواجب يقضي على من ينقل كتابة بأن يتحقق قبل إقدامه على النشر من أن تلك الكتابة لا تنطوي على أية مخالفة أو خطأ، وإذ كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه لم يلتزم هذا النظر وأقام قضاءه برفض دعوى التعويض التي أقامها الطاعن على ما ذهب إليه من أن ما نسبته الجريدة إلى الطاعن لم يتعد نقل بلاغ الرقابة الإدارية وتقريرها إلى النيابة العامة وهو من قبل النشر المباح، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه"<sup>(٩٧)</sup>.

**ثالثاً- العناصر الواجب مراعاتها عند تقدير التعويض عن إفشاء الإعلامي للسر الوظيفي:** تعيين عناصر الضرر من مسائل القانون، وتقدير التعويض بقيمته وقت

<sup>(٩٦)</sup> راجع حكم محكمة النقض في الطعن رقم ٨٢٧١ لسنة ٦٤ ق مدني جلسة ٢٠٠٥/٣/١٢.

<sup>(٩٧)</sup> راجع حكم محكمة النقض في الطعن رقم ١٨٣٣ لسنة ٦٢ قضائية مدني جلسة ١٩٩٨/٧/٩.

الحكم بالتعويض لا وقت وقوع الضرر، ويقوم تقدير التعويض على اعتبارات شخصية تختلف من محكمة لأخرى، ولذلك هناك عناصر معينة يجب مراعاتها عند تقدير التعويض منها<sup>(٩٨)</sup>:

- ١- أن يكون التعويض عن إفشاء السر الوظيفي متناسبًا مع الضرر الحادث من إفشائه فلا يزيد مقدار التعويض أو ينقص عن قدر الضرر فالهدف من التعويض هو إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الضرر.
- ٢- أن يتم مراعاة الظروف والملابسة لإفشاء السر الوظيفي وأثر الإفشاء على المضرور، ويقدر التعويض في هذه الحالة بما إذا كان الخطأ جسيمًا أم بسيطًا، فيؤخذ في الاعتبار مدى انتشار الوسيلة الإعلامية التي نشر السر الوظيفي من خلالها.
- ٣- الحالة المهنية للمتضرر من النشر.
- ٤- حسن نية الإعلامي الناشر.

## المطلب الثاني

### المسؤولية القانونية للمؤسسة الإعلامية عن إفشاء السر الوظيفي

المؤسسات الإعلامية اشخاص معنوية اعترف لها القانون بالشخصية القانونية المستقلة التي تسمح لها باكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات<sup>(٩٩)</sup>؛ ونظرًا لأن طبيعة نشاط المؤسسة الإعلامية يتم من خلال اشخاص طبيعيين يمكن مساءلتهم عن إفشاء السر الوظيفي كما سبق وأن ذكرت، فكان لزامًا علينا توضيح ما إذا كان يمكن مساءلة تلك المؤسسات عن إفشاء السر الوظيفي بواسطتها ومن خلالها، هو ما سنحاول توضيحه في أربع فروع كالآتي:

**الفرع الأول: الفقه ومسؤولية المؤسسة الإعلامية عن إفشاء السر الوظيفي.**

**الفرع الثاني: التشريع ومسؤولية المؤسسة الإعلامية عن إفشاء السر الوظيفي.**

(٩٨) د. خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص ٤٤٦، وما بعدها.

(٩٩) حيث تنص المادة (٥٣) من القانون المدني المصري على أن: "١. يتمتع الشخص الاعتباري بجميع الحقوق الا ما كان منها ملازمًا لصفة الانسان الطبيعية، وذلك في الحدود التي قررها القانون. ٢. فيكون له: (أ) ذمة مالية مستقلة (ب) أهلية في الحدود التي يعينها سند إنشائه، أو التي يقرها القانون (ج) حق التقاضي (د) موطن مستقل، ويعتبر موطنه المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته، والشركات التي مركزها الرئيسي في الخارج، ولها نشاط في مصر يعد مركز إدارتها، بالنسبة إلى القانون الداخلي، المكان الذي توجد فيه الإدارة المحلية. ٣. ويكون له نائب يعبر عن ارادته".



الفرع الثالث: المسؤولية التأديبية والجنائية للمؤسسة الإعلامية عن إفشاء السر الوظيفي.

الفرع الرابع: المسؤولية المدنية للمؤسسة الإعلامية عن إفشاء السر الوظيفي.

## الفرع الأول

### الفقه ومسؤولية المؤسسة الإعلامية عن إفشاء السر الوظيفي

هناك خلافاً فقهيّاً حول مسؤولية المؤسسة الإعلامية عما ترتكبه من جرائم وعلى رأسها جريمة إفشاء السر الوظيفي، فأتجاه يرى بعدم جواز مساءلة المؤسسة الإعلامية عن جرائمها بصفة عامة ومنها جريمة إفشاء السر الوظيفي، والاتجاه الآخر يرى جواز مساءلتها، ولكل اتجاه منهم له أسبابه وأسانيده والتي تتمثل في الآتي:  
أولاً- الاتجاه المعارض لمسؤولية المؤسسة الإعلامية عن إفشاء السر الوظيفي: يستند إلى ما يلي<sup>(١٠٠)</sup>:

١- المؤسسة الإعلامية ما هي إلا شخص اعتباري افتراض قانوني فلا يتصور اتيانها للسلوك إفشاء السر الوظيفي، ولا يمكن نسبة تلك الجريمة لها بركنيها المادي والمعنوي، فهذه الجريمة تتم بمعرفة الأشخاص الطبيعيين الممثلين للمؤسسة الإعلامية، وهم من يسألون عنها، ثم القول بمسؤولية المؤسسة الإعلامية في هذه الحالة يتعارض مع مبدأ شخصية العقوبة بطريق غير مباشر، إذ القول بمسؤولية المؤسسة الإعلامية عن إفشاء السر الوظيفي أن تطال العقوبة جميع المساهمين في إنشائه على الرغم من بعدهم عن ارتكاب هذه الجريمة.

٢- المؤسسة الإعلامية تمنح الشخصية القانونية في حدود الغرض من انشائها، فيما يطلق عليه مبدأ التخصص، فإن تجاوزت ذلك الغرض فلا وجود قانوني لها، ولا يتصور أن يكون من بين أغراضها إفشاء السر الوظيفي.

٣- العقوبات التي يمكن توقيعها على المؤسسة الإعلامية نتيجة إفشاء السر الوظيفي لن تضر المؤسسة الإعلامية بقدر أنها ستضر العاملين بها سواء من الإعلاميين

(١٠٠) د. خالد رمضان عبد العال سلطان، مرجع سابق، ص ٤٣٨، وما بعدها، د. رنا إبراهيم سليمان العطور: المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٢، العدد ٢، ص ٣٤٣، ٣٤٤، أ. مريم كحلولة: أحكام المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة د. الطاهر مولاي سعيدة، الجزائر، ٢٠١٧، ص ٣٤، ٣٥.

المتورطين في ذلك أو غيرهم، وهو ما يتعارض مع مبدأ شخصية العقوبة، كما أن الغرض من العقوبة من تحقيق الردع والإصلاح وإعادة التأهيل لن يحدث مع المؤسسة الإعلامية، فأشد عقوبة يمكن أن توقع عليها الحل، فهي عقوبة صورية؛ لأن المؤسسة الإعلامية تستطيع أن تنشأ مرة أخرى بمعرفة أصحابها تحت مسمى آخر، وبالتالي لن تحقق العقوبة هدفها من تحقيق الردع.

**ثانياً- الاتجاه المؤيد لمسؤولية المؤسسة الإعلامية عن إفشاء السر الوظيفي:** يستند إلى ما يلي<sup>(١٠١)</sup>:

١- المؤسسة الإعلامية ليست شخصاً مفترضاً قانوناً بل هو شخص حقيقي قائم القانون لم يفترضه بل أكد على وجوده وتدخل لتنظيمه، فهو شخص قائم بذاته مستقل عن تكوينه وله إرادة متميزة، يستطيع من خلالها ارتكاب جريمة إفشاء السر الوظيفي، فالمؤسسة الإعلامية تسأل مدنياً عن إخلالها بعقودها مثلاً فلما لا تسأل عن جريمة إفشاء السر الوظيفي.

٢- القول بأن الوجود القانوني للمؤسسة الإعلامية مرتبط بالغرض من إنشائها وأن أي فعل يخرج عن غرض الانشاء يجعلها غير موجودة قول غير صحيح، فمبدأ تخصيص لا يعنى عدم وجود المؤسسة الإعلامية عند خروجها عن الغرض من إنشائها بل يعنى أن تصرفها هذا غير مشروع يستوجب مساءلتها، فالإنسان لم يخلق لارتكاب الجرائم وعلى الرغم من ذلك يعاقب عند خروجه عن الغرض الذي خلق من أجله.

٣- يمكن تطبيق عقوبات تتلاءم مع طبيعة المؤسسة الإعلامية، والتي تؤثر في الذمة المالية للمؤسسة الإعلامية، وتحقق الردع للقائمين عليها، فلا يكررون فعل إفشاء السر الوظيفي مثل عقوبة الغرامة المالية، والمصادرة، والتوقيف عن ممارسة النشاط، بل يمكن أن تمس وجوده كعقوبة الحل.

٤- القول بأن عقاب المؤسسة الإعلامية سيمتد للعاملين بها من أشخاص طبيعيين لم يرتكبوا أي ذنب ولم يساهموا من قريب أو بعيد في إفشاء السر الوظيفي، قول مردود

(١٠١) د. خالد رمضان عبد العال سلطان، مرجع سابق، ص ٤٤١، وما بعدها، د. رنا إبراهيم سليمان العطور، مرجع سابق، ص ٣٤٤، ٣٤٥، د. محمد نصر محمد القطري: المسؤولية الجنائية للشخص الاعتباري دراسة مقارنة، مجلة جامعة المجمعة، المملكة العربية السعودية، العدد (٥)، يونيو ٢٠١٤، ص ٢٢، وما بعدها، أ. مريم كحلولة، مرجع سابق، ص ٣٦، وما بعدها.

عليها بأن ذلك من الآثار غير المباشرة للعقوبة، مثل تأثر أسرة المحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية.

وقد نجح هذا الاتجاه من فرض آرائه على السياسة التشريعية والتي نراها نتجة لتقرير مسؤولية الشخص المعنوي في كل المجالات الآن.

## الفرع الثاني

### التشريع ومسؤولية المؤسسة الإعلامية عن إفشاء السر الوظيفي

تستند مساءلة المؤسسة الإعلامية عن إفشاء السر الوظيفي على الرغم من كونها شخصية اعتبارية، وإلى المبررات الفقهية السابقة المؤيدة لمساءلة مساءلة المؤسسة الإعلامية، والتي تم ترجمتها إلى نصوص تشريعية.

أولاً- التشريعات الحاكمة لمسؤولية المؤسسة الإعلامية عن إفشاء السر الوظيفي: تتمثل في العديد من النصوص القانونية التي جاء بها القانون رقم ١٨٠ لسنة ٢٠١٨ بشأن تنظيم الصحافة والإعلام بنصوص صريحة وواضحة مسؤولية المؤسسة الإعلامية عن الجرائم التي ترتكب عبرها وبواسطتها، ومنها بالطبع إفشاء السر الوظيفي فنص في صدر المادة (١٨) منه على أن: "مع عدم الإخلال بالمسؤولية القانونية للصحيفة أو الوسيلة الإعلامية أو الموقع الإلكتروني، يسأل الصحفي أو الإعلامي"، وهذا النص يظهر بما لا يدع مجالاً للشك أن مسؤولية المؤسسة الإعلامية مفروغاً منها بل هي تسبق مسؤولية الصحفي.

ثم تطرق القانون في مادته (٩٤) شارحاً الجزاءات التي يمكن توقيعها على المؤسسة الإعلامية، وأن هذه الجزاءات منصوص عليها في اللائحة التي ترافق الترخيص الممنوح للمؤسسة الإعلامية مما يعنى العلم المسبق لتلك المؤسسة بهذه الجزاءات، ثم لم يترك الأمر لهوى المجلس بل جعل هناك رقابة من القضاء الإداري على تلك الجزاءات بعد اللجوء للتنظيم للمجلس الأعلى لعله يستجيب ويلغي قراره بالجزاء أو يعدله<sup>(١٠٢)</sup>، فنص فيها على أن: "يضع المجلس لائحة الجزاءات والتدابير

<sup>(١٠٢)</sup> وهو ما نراه يتوافق تماما مع نص الدستور المصري الحالي المعدل في ٢٠١٤ بخصوص مبدأ شرعية التجريم وكأنه يتعامل مع المؤسسة الإعلامية كشخص طبيعي يستحق تقنين الأفعال التي سيعاقب عليها، حيث نصت المادة (٩٥) منه على أن: "العقوبة شخصية، ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، ولا توقع عقوبة إلا بحكم قضائي، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون".

الإدارية والمالية التي يجوز توقيعها على المؤسسات الصحفية والمؤسسات الصحفية القومية والمؤسسات الإعلامية والمؤسسات الإعلامية العامة، حال الإخلال بأحكام هذا القانون، وإجراءات التظلم منها". وتعتبر هذه اللوائح جزءًا لا يتجزأ من التراخيص أو الموافقات الصادرة أو غيرها من التصرفات والإجراءات والأعمال بين المجلس الأعلى وتلك الجهات.

**ويجوز أن تتضمن هذه اللائحة ما يأتي:**

١- إلزام المؤسسة أو الوسيلة بإزالة أسباب المخالفة خلال مدة محددة أو إزالتها على نفقتها.

٢- توقيع الجزاءات المالية المنصوص عليها في التراخيص في حالة عدم الالتزام بشروط الترخيص.

٣- منع نشر أو بث المادة الإعلامية لفترة محددة أو بصفة دائمة. وفي جميع الأحوال لا يجوز توقيع أي من تلك الجزاءات أو التدابير إلا في حالة انتهاك أي مؤسسة صحفية أو إعلامية للقواعد أو المعايير المهنية أو الأعراف المكتوبة.

وبعد إجراء الفحص اللازم من المجلس الأعلى ويكون توقيع الجزاء بقرار مسبب. ولذوي الشأن الطعن على هذه الجزاءات أو التدابير أمام محكمة القضاء الإداري<sup>(١٠٣)</sup>. ثم تطرق القانون للجزاء الذي يعد بمثابة حكم إعدام على المؤسسة الإعلامية، وهو قرار إلغاء الترخيص ونظرًا لخطورة هذا الجزاء فقد احاطه المشرع بعدد من

<sup>(١٠٣)</sup> وهذا النص يشبه إلى حد كبير نص المادة (٢٦) من القانون ٩٢ لسنة ٢٠١٦ بشأن التنظيم المؤسسي، للصحافة والإعلام الملغى بالقانون ١٨٠ لسنة ٢٠١٨، والتي جاء نصها: "مع عدم الإخلال باختصاص النيابة العامة، يحرك المجلس الأعلى من تلقاء نفسه، أو بناء على شكوى تقدم إليه، الدعاوى القضائية عن أي مخالفة لأحكام هذا القانون أو إذا رصدت لجنة تقويم المحتوى انتهاكا من أية مؤسسة صحفية أو إعلامية للقواعد والمعايير المهنية والأعراف المكتوبة "الأكواد". ويضع المجلس لائحة الجزاءات والتدابير التي يجوز توقيعها على المؤسسات الصحفية والمؤسسات الصحفية القومية والمؤسسات الإعلامية والمؤسسات الإعلامية العامة والوسائل الإعلامية والوسائل الإعلامية العامة، حال الإخلال بأحكام هذا القانون، وإجراءات التظلم منها، على أن تتضمن ما يأتي: ١- إلزام المؤسسة أو الوسيلة بإزالة أسباب المخالفة خلال مدة محددة أو إزالتها على نفقتها. ٢- توقيع الجزاءات المالية المنصوص عليها في التراخيص في حالة عدم الالتزام بشروط الترخيص. ٣- منع نشر أو بث المادة الصحفية أو الإعلامية لفترة محددة أو بصفة دائمة. ويتم إخطار النقابة المختصة لفتح التحقيق اللازم في المخالفات التي تقع من أحد أعضائها بمناسبة توقيع المجلس أحد الجزاءات على إحدى الجهات الخاضعة للمجلس الأعلى وتلتزم النقابة المعنية باتخاذ الإجراءات التأديبية في مواجهة الشخص المسؤول عن المخالفة وفقا لقانونها.

الضمانات منها أنه لا يوقع بصفة فورية، بل تمهل المؤسسة الإعلامية لفترة زمنية لا تقل عن مدة معينة ولا تزيد عنها، لتصحيح أوضاعها، وفي النهاية ضمانة الطعن أمام القضاء، فجري نص المادة (٩٥) منه على أن: "للمجلس الأعلى الحق في الغاء ترخيص مزاولة البث الإعلامي أو الموقع الإلكتروني في الأحوال الآتية: ١-..... ٢-إذا فقد المرخص له شرطاً من شروط الترخيص المحدد له في هذا القانون أو خالف حكماً جوهرياً من أحكامه، وذلك بشرط اخطار المجلس للجهة المخالفة بأوجه المخالفة ومنحها مهلة مناسبة لا تقل عن أسبوع ولا تزيد عن شهر لتصحيح المخالفة. ولذوي الشأن الطعن على القرار الصادر بذلك أمام محكمة القضاء الإداري".

**ثانياً- الطبيعة القانونية لمسؤولية المؤسسة الإعلامية عن إفشاء السر الوظيفي:** قررت النصوص القانونية السابقة مسؤولية المؤسسة الإعلامية عن إفشاء السر الوظيفي بشكل مباشر بحيث يمكن اسناد جريمة إفشاء السر الوظيفي لها بطريقة مباشرة فتقام عليها دعاوى المسؤولية بصفة أصلية، وتحمل كافة المسؤولية الناتجة عن الإفشاء، بغض النظر عن مسؤولية الأشخاص الطبيعيين الممثلين لها أو المتولين إدارتها، كما قررت المسؤولية غير المباشرة لها عن إفشاء السر الوظيفي من خلال الأشخاص الطبيعيين الممثلين لها أو المتولين إدارتها<sup>(١٠٤)</sup>.

**ثالثاً- الشروط القانونية لقيام مسؤولية المؤسسة الإعلامية عن إفشاء السر الوظيفي:** لا يكفي لقيام مسؤولية المؤسسة الإعلامية عن إفشاء السر الوظيفي أن تكون من المخاطبين بأحكام القانون، بل يجب أن يكون قد ارتكبت جريمة إفشاء السر الوظيفي من خلال أجهزة المؤسسة الإعلامية (مجلس الإدارة، رئيس القناة، رئيس التحرير... الخ)، والتي يحددها القانون، أو ممثليه الطبيعيين، وأن تكون جريمة إفشاء السر الوظيفي قد تمت لحساب المؤسسة الإعلامية ولصالحها، ولا يشترط هنا أن تحقق المؤسسة مصلحة ذاتية أو مصلحة مادية، وبالتالي لو كان ارتكاب إفشاء السر الوظيفي لصالح ولحساب الشخص الطبيعي الذي أفشاه أيًا كان أو كان الإفشاء من

<sup>(١٠٤)</sup> راجع في هذا السياق: أ. رامي يوسف محمد ناصر: المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي عن الجرائم الاقتصادية، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، ٢٠١٠، ص ٢٥، وما بعدها، د. محمد نصر محمد القطري، مرجع سابق، ص ٣٩، وما بعدها.

قبله بغرض الإضرار بالمؤسسة الإعلامية ذاتها فلا توجد مسؤولية علي المؤسسة الإعلامية نتيجة الإفشاء<sup>(١٠٥)</sup>.

## الفرع الثاني

### المسؤولية التأديبية والجنائية للمؤسسة الإعلامية عن إفشاء السر الوظيفي

هناك عدد من العقوبات الجزاءات التأديبية (الإدارية) والجنائية التي نص عليها المشرع في القانون ١٨٠ لسنة ٢٠١٨، والتي تهدف إلى تحقيق مجموعة من الأهداف منها ردع كافة المؤسسات الإعلامية بما فيها المؤسسة المخالفة وتنبئها لخطورة ما ستعرض له عند افشائها للسر الوظيفي، كما تهدف إلى تحقيق العدالة بأن تعيد التوازن من جديد إلى الحقوق؛ لأن إفشاء السر الوظيفي يخل بهذا التوازن، وتوقيع العقاب يحققه من جديد، ونظرًا لصعوبة الفصل بين هذه العقوبات وتحديد ما منها يعد إداري وما منها يعد جنائي لطبيعة المؤسسة الإعلامية من كونها شخص اعتباري، وتتمثل تلك العقوبات في الآتي:

**أولاً- الزام المؤسسة أو الوسيلة الإعلامية بإزالة أسباب المخالفة خلال مدة محددة:** بمعنى إزالة ما تم نشره عن طريق المؤسسة الإعلامية خلال مدة قصيرة حتى لا يتمكن أكبر عدد من متابعيها من الإمام بالسر الوظيفي والعلم به، وتتصب الأشياء التي تجب إزالتها على الكتابات، والرسوم، والصور، والرموز، وغيرها من الأشياء والوسائل المتعلقة بإذاعة السر الوظيفي، والأشياء الملحقة بها، بما في ذلك المواقع الإلكترونية التي تقوم بإعادة نشر ما نشرته المؤسسة الإعلامية من سر وظيفي<sup>(١٠٦)</sup>، ويتم إزالة أسباب المخالفة من وجهة نظرنا بمعرفة المجلس الأعلى للإعلام والصحافة، وذلك لخطورة ترك إزالة كل ما هو متعلق بنشر السر الوظيفي للمؤسسة الإعلامية، ويجب أن تتم الإزالة في أسرع وقت، كما أنه طبقاً لنص القانون قد يتم الزام المؤسسة بإزالة أسباب المخالفة علي نفقتها الخاصة.

**ثانياً- نشر الحكم الصادر من القضاء على المؤسسة الإعلامية أو تابعيها نتيجة إفشاء السر الوظيفي على نفقتها:** والنشر هنا عقوبة تقرر بمعرفة القضاء على

<sup>(١٠٥)</sup> راجع في هذا المعنى: أ. رامي يوسف محمد ناصر، مرجع سابق، ص ٤٠، وما بعدها، د. محمد نصر محمد القطري، مرجع سابق، ص ٤٤، ٤٥، أ. مريم كحلولة، مرجع سابق، ص ٥٤، وما بعدها.

<sup>(١٠٦)</sup> د. عمر سالم، مرجع سابق، ص ٢١٩، وما بعدها.

حساب ونفقة المؤسسة الإعلامية ويكون النشر في وسائلها حتى تحدث العلانية بالنسبة إلى الجميع، وقد يكون النشر بناء على طلب المجنى عليه أو تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها، ويتم نشر الحكم وحيثياته، وإذا امتنعت المؤسسة الإعلامية عن النشر يعد ذلك بمثابة جريمة جديدة تعاقب على أساسها<sup>(١٠٧)</sup>، ويحقق نشر الأحكام من وجهة نظرنا أبعاد منها إعلام الناس بأن القضاء يضمن حق المجتمع، وبيان أسماء الجناة للاحتراز منهم، بالإضافة إلى تحقيق عامل الردع الذي تهدف إليه القوانين العقابية، كذلك في المساهمة بنشر الثقافة القانونية وخلق حالة الوعي القانوني لدى عامة الناس الذي بموجبه ننهض بالحياة العامة نحو التقدم والتطور وتوفير الأمن.

**ثالثاً- الغرامة:** وهي الزام المؤسسة الإعلامية التي قامت بإفشاء السر الوظيفي بموجب حكم قضائي أن تقوم بدفع مبلغ مالي لخزينة الدولة يتفاوت حسب جسامة الضرر المترتب على جريمة إفشاء السر الوظيفي، أو الفائدة التي حصلت عليها المؤسسة الإعلامية من إفشائها للسر الوظيفي، وتتميز عقوبة الغرامة فضلاً عن أنها تدخل لخزينة الدولة مبلغ مالي، وأنها تحقق الغرض من العقوبة وهو الردع، أنها تحصل فورياً ولا يوقف استئناف الحكم الصادر بها تحصيلها<sup>(١٠٨)</sup>، وتتميز هذه العقوبة بأنها تمس الجانب المالي فقط للوسيلة الإعلامية ولا تمس وجودها فهي لا تعوق حرية الرأي والإعلام، كما أن اثرها لا يتجاوز الشخص المعنوي إلي العاملين فيه<sup>(١٠٩)</sup>.

وقد نص القانون ١٨٠ لسنة ٢٠١٨ على عقوبة الغرامة للمؤسسة الإعلامية في المادة (١٠٦) بالنص على أن: "تعاقب الصحيفة أو المؤسسة الإعلامية أو الموقع الإلكتروني بغرامة لا تقل عن مليون جنيه ولا تزيد عن مليوني جنيه إذا ثبت في حقها

<sup>(١٠٧)</sup> راجع في نشر الأحكام العقابية: د. عمر سالم، مرجع سابق، ص ٢٢٢، وما بعدها، د. سعد صالح شكطى الجبوري، مرجع سابق، ص ٢٢٢، وما بعدها.

<sup>(١٠٨)</sup> د. حامد راشد: شرح قانون العقوبات القسم العام، د.ن، ٢٠٠٨، ص ١٠٦، وما بعدها. وقد قضت محكمة النقض في حكم لها أن الغرامة يمكن أن تحصل من المؤسسة الإعلامية وهي خاصة بها وتحصل من الإعلاميين التابعين لها ولا يكونوا متضامنين في سدادها فقضت بأنه: "إذا حكم على جملة متهمين بحكم واحد بجريمة واحدة فاعلين كانوا أو شركاء فالغرامات يحكم بها على كل متهم على انفراد خلافا للغرامات النسبية فإنهم يكونون متضامنين في الالتزام بها ما لم ينص في الحكم على خلاف ذلك" فالغرامات العادية هي عقوبة أصلية يحكم بها القاضي على كل مجرم فيلزم وحده بأدائها سواء كان فاعلاً أو شريكاً في جريمة واحدة وهذا هو معنى قول المشرع: "الغرامات يحكم بها على كل متهم على انفراد" ذلك أن عقوبة الغرامة في هذه الحالة شخصية مرتبطة بمسئولية الجاني لا بحسب عدد المشتركين معه في الفعل أو حسب عسرهم" راجع حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ١٨٨١١ لسنة ٦٥ ق جلسة ١٦-٢-٢٠٠٥.

<sup>(١٠٩)</sup> د. خالد رمضان عبد العال سلطان، مرجع سابق، ص ٤٤٩، ٤٥٠.

مخالفة طبيعة النشاط المرخص لها به وتقضي المحكمة فضلاً عن ذلك بإلغاء الترخيص أو حجب الموقع".

وتظهر فكرة تطبيق الغرامة كعقوبة توقع علي المؤسسة الإعلامية في عدد من القرارات التي اتخذها المجلس الأعلى لتنظيم الإعلام مثل القرار رقم ٦ لسنة ٢٠١٨ الصادر بتاريخ ٢٠١٨/٢/٥ بالإنداز بتوقيع غرامة قدرها ٢٥ ألف جنيه علي قناة L.T.C تضاف لأية عقوبة ستوقع علي القناة، والقرار رقم ٨ لسنة ٢٠١٨ الصادر بتاريخ ٢٠١٨/٢/٢١ بتوقيع عقوبة غرامة قدرها ٢٥ ألف جنيه مضافاً إليها قيمة الغرامة السابقة، القرار ١٤ لسنة ٢٠١٨ الصادر بتاريخ ٢٠١٨/٣/٢٧ بتوقيع غرامة خمسون الف جنيه علي ذات القناة، والقرار ٢١ لسنة ٢٠١٨ بتاريخ ٢٠١٨/٥/١٤ بتوقيع غرامة ٢٥ ألف جنيه علي ذات القناة، وهو مثل للغرامات التي تحصل من المؤسسات الإعلامية عند مخالفتها لمعايير العمل الإعلامي.

**رابعاً- المصادرة:** تعد المصادرة من العقوبات المالية التي توقع على المؤسسة الإعلامية التي تقوم بإفشاء السر الوظيفي، وذلك من خلال مصادرة جهة الإدارة ووضع يدها على ما تمتلكه هذه المؤسسة من وسائل استخدمت في إفشاء السر الوظيفي، وتشمل المصادرة المكاسب المتحققة التي حصلت عليها المؤسسة الإعلامية، وتتم المصادرة أما بناء على حكم قضائي، أو بناء على قرار إداري صادر من السلطة الإدارية "المجلس الأعلى للإعلام والصحافة"<sup>(١١٠)</sup>.

(١١٠) راجع في فكرة المصادرة: د. خالد رمضان عيد العال سلطان، مرجع سابق، ص ٤٥١، ٤٥٢، د. مجدي بسيوني علي أحمد: العقوبة الخاصة بين النظرية والتطبيق، رسالة دكتوراه، حقوق حلوان، ٢٠١٥، ص ١٦٨، وما بعدها، أ. ريمة موايعية: النظام القانوني للمصادرة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي التبسي تبسه، الجزائر، ٢٠١٦، ص ٢٢، وما بعدها.

وعرفت محكمة النقض المصرية المصادرة: " من المقرر أن المصادرة إجراء الغرض منه تملك الدولة أشياء مضبوطة ذات صلة بجريمة قهراً عن صاحبها وبغير مقابل وهي معنوية اختيارية تكميلية في الجنائيات والجنح إلا إذا نص القانون على غير ذلك وكان المقصود بالآلات التي استعملت في الجريمة كل إداة استخدمها الجاني ليزيد من امكانياته لتنفيذها أو لتخطي عقبة تعترض تنفيذه" راجع حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ٣٣٠٦ لسنة ٦١ ق نقض جنائي جلسة ٩-٢-١٩٩٣

وقضت بتبرير مصادرة الأشياء التي تعد مخالفة للقانون بأن من المقرر: " أن مصادرة مالا يجوز إحراره أو حيازته من الأشياء التي تخرج بذاتها عن دائرة التعامل إنما هو تدبير عيني وقائي بنصب على الشيء ذاته لإخراجه عن تلك الدائرة؛ لأن اساسها رفع الضرر أو دفع الخطر من بقائها في يد من يحرزها، ومن ثم كانت المصادرة الوجوبية" راجع حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ٢٨١ لسنة ٦١ ق نقض جنائي جلسة ١١-١٠-١٩٩٢.

**خامساً- منع نشر أو بث المادة الإعلامية لفترة محدودة أو بصفة دائمة:** نتيجة أن المؤسسات الإعلامية يمكن أن ترتكب من خلال ادواتها العديد من الجرائم التي منها إفشاء السر الوظيفي فقد أعطى المشرع المجلس الأعلى للإعلام لوقف بث المادة الإعلامية لفترة محدودة أو بصفة دائمة، كما أنه يجوز لأفراد المجتمع المطالبة بذلك قضائياً لما لهم من مصلحة مؤكدة في ضبط أداء المؤسسة الإعلامية، وبالتالي يمكننا تقسيم منع النشر أو البث إلى قسمين كالآتي:

١- **منع نشر أو بث المادة الإعلامية لفترة محدودة أو بصفة دائمة بمعرفة جهة الإدارة:** أعطى المشرع الحق للمجلس الأعلى للإعلام بوقف أو منع بث المادة الإعلامية الخاصة بالسر الوظيفي، وهو ما تم استخدامه مع بعض البرامج منها ما أصدر المجلس الأعلى لتنظيم الإعلام من قراره رقم ٩ لسنة ٢٠١٨ في ٢٨/٢/٢٠١٨، بإيقاف بث برنامج "الوسط الفني" الذي يذاع على قناة "الحدث اليوم" لمدة أسبوعين، والقرار رقم ٦ لسنة ٢٠١٨ الصادر الخاص بإيقاف برنامج "ملعب شريف" المذاع علي قناة L.T.C لمدة أسبوع، والقرار رقم ٨ لسنة ٢٠١٨ الصادر بتاريخ ٢١/٢/٢٠١٨ بوقف برنامج "صح النوم" المذاع علي قناة L.T.C ، وغيرها من القرارات التي تهدف إلى ضبط العمل الإعلامي والتأكد من عدم مخالفته للقوانين والنظام العام للدولة.

وهو ما يعد تطبيقاً لفكرة الضبط الإداري للمؤسسة الإعلامية، والتي تعد مجموعة من تدخلات الإدارة التي ترمى إلى أن تفرض على التصرف الحر للمؤسسة الإعلامية النظام الذي تطالب به الحياة في المجتمع، فهو نوع من التدخل في الأنشطة الخاصة بها، غير أن هذا التدخل بغرض تنظيم نشاطها وليس تقييده<sup>(١١١)</sup>.

٢- **منع نشر أو بث المادة الإعلامية لفترة محدودة أو بصفة دائمة بمعرفة القضاء:** حالة تراخي جهة الإدارة الممثلة في المجلس الأعلى لتنظيم الإعلام والصحافة من اتخاذ إجراءاته تجاه المؤسسة الإعلامية التي قامت بنشر السر الوظيفي فهنا من حق كل مواطن من المواطنين المصريين الذين تتأثر مراكزهم القانونية والشخصية بما تبثه هذه المؤسسة من إقامة دعوى أمام القضاء يطالب فيها بمنع بث أو نشر المادة الإعلامية التي يتم فيها انتهاك السر الوظيفي، وهنا القضاء يستجيب مصدرًا حكمًا بهذا

(١١١) راجع في مفهوم الضبط الإداري: د. عادل أبو الخير: الضبط الإداري وحدوده، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٩٥، ص ٨٠، وما بعدها.

المفهوم بإلغاء القرار السلبي الصادر من المجلس الأعلى لتنظيم الإعلام والصحافة بعدم اتخاذه إجراءات منع البث<sup>(١١٢)</sup>.

وهو ما نجد له تطبيقات قضائية عديدة منها الحكم الصادر بمنع بث برنامج مصر اليوم علي قناة الفراعين ومنع مذيعة من الظهور علي القناة واستند الحكم إلى أن: "في ضوء ما تقدم جميعه فإن حرية الاتصال السمعي والبصري لا يحكمها (نظرية السلطة) وهي الصحافة والإعلام الداعم للسلطة وأقوال وأفعال الحاكم أياً ما كانت ، ولا يحكمها كذلك (نظرية الحرية) القائمة على إطلاق حق الفرد في المعرفة بحسبانه حقاً طبيعياً لا يخضع لرقابة أو قيد من أي نوع ومن ثم حق الفرد في إنشاء الصحف والقنوات الفضائية دون ترخيص أو تصريح، وإنما يحكمها (نظرية المسؤولية الاجتماعية) وهي النظرية التي قامت لتواجه نظرية الحرية المطلقة بما قدمته من مواد الجريمة والجنس والعنف واقتحام خصوصيات الأفراد والتشهير بهم ونشر الإشاعات والأكاذيب، ولتنبذ إعلام الابتذال والابتزاز والمبالغة، ومن ثم ارتكزت نظرية المسؤولية الاجتماعية على أن للإعلام المقروء والمرئي والمسموع والرقمي وظيفة اجتماعية ، وأنه يتعين إقامة التوازن بين حرية الرأي والتعبير وبين مصلحة المجتمع وأهدافه وحماية القيم والتقاليد والحق في الخصوصية، فالحرية وفقاً لهذه النظرية حق وواجب ومسؤولية في وقت واحد والتزام بالموضوعية وبالمعلومات الصحيحة غير المغلوطة، وتقديم ما

<sup>(١١٢)</sup> والقرار الإداري السلبي فهو تعبير عن موقف سلبي للإدارة، فهي لا تعلن عن إرادتها للسير في اتجاه أو آخر بالنسبة لموضوع الأمر الواجب عليها اتخاذ موقف بشأنه، وإن كانت في ذات الوقت تعلن عن إرادتها الصريحة في الامتناع عن إصدار قرار كان يتعين عليها إصداره، ولقد حرص الفقه والقضاء الإداري دائماً على إباحة الطعن في القرارات السلبية شأنها في ذلك شأن القرارات الإيجابية ، وأكدت القوانين المتابعة التي نظمت مجلس الدولة المصري هذه القاعدة بالنص عليها صراحة فنصت الفقرة الأخيرة من المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ على أنه وبعد في حكم القرارات الإدارية رفض السلطات الإدارية أو امتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه وفقاً للقوانين واللوائح، ومناطق قيام القرار السلبي هو ثبوت امتناع الإدارة عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه وفقاً للقوانين واللوائح، بأن تكون هناك قاعدة قانونية عامة تقرر حقاً أو مركزاً قانونياً محدداً، وأن يتطلب اكتساب هذا الحق أو المركز القانوني تدخلاً من جانب الإدارة لتقريره، وأن يكون القانون قد فرض على الإدارة اتخاذ قرار معين بلا أدنى تقدير لها في هذا الشأن، وأن يثبت بيقين أنه قد طلب منها اتخاذ القرار الواجب عليها اتخاذه ، وأنها أصمت أذنيها عن نداء القانون، والتزمت السلبية، ولم تهض لاتخاذ القرار الذي فرض المشرع عليها اتخاذه، وعندئذ يكون تخلفها عنه بمثابة امتناع عن أداء هذا الواجب، بما يشكل قراراً سلبياً مما يجوز الطعن عليه بدعوى الإلغاء، راجع حكم محكمة القضاء الإداري في قضية منع برنامج مصر اليوم من البث علي قناة الفراعين والصادر من الدائرة (٧) في الطعن رقم ٨٩٢٠ لسنة ٦٦٦ بجلسة ١٤ / ١ / ٢٠١١.

يهم عموم الناس بما يسهم في تكوين رأي عام مستنير وعدم الاعتداء على خصوصية الأفراد والمحافظة على سمعتهم، والالتزام بالضوابط الأخلاقية والقانونية الحاكمة للعمل الإعلامي - وحيث إنه وعن المخالفات المكونة لركن السبب الداعية إلى التزام الجهة الإدارية بإصدار قرارها بالإجراءات التي أوجبتها القوانين واللوائح ومدى ثبوتها، فإنه يتعين ابتداءً التأكيد على أن الواجبات الملقاة على عاتق الجهة الإدارية في مواجهة إخلال المشروعات والقنوات الفضائية لا يتوقف على ثبوت ارتكاب القنوات الفضائية بمعديها ومخرجيها ومقدمي برامجها لجرائم جنائية يتم البت فيها بأحكام جنائية باتة أو نهائية، وإنما العبرة بوقوع المخالفات وفقاً لأحكام القوانين واللوائح سواء كانت مخالفات إدارية أو مخالفات لضوابط ومعايير العمل الإعلامي حتى ولو لم ترق إلى تكوين جريمة جنائية بالمعنى والحدود والأركان المبيّنة بكل من قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجنائية، فلا يغفل يد الإدارة عن اتخاذ الإجراء الواجب متى كانت المخالفة متحققة على النحو الذي يتصادم مع حرية التعبير ويتجاوز ذلك إلى التشهير أو الاعتداء على حق الخصوصية أو استعمال القناة الفضائية في الإساءة إلى الأشخاص أو التطاول عليهم على أي نحو، إذ لا يجوز لجهة الإدارة تحت ستار حرية التعبير ترك الغث من القول والتجريح والتشهير بأي من المواطنين بدعوى عدم صدور أحكام جنائية تثبت ارتكاب القناة لجرائم مما يعاقب عليها قانون العقوبات، إذ من جهة أولى فقد لا يسعى من ناله التشهير والإساءة إلى ولوج الطريق الجنائي، ومن جهة ثانية يكون انتظار الإدارة لصدور حكم جنائي بمثابة دعوة صريحة للقنوات الفضائية لتكون ساحة لتخليص الحسابات ولتكون سوقاً للفاحش والسيئ من القول والفعل، ومن جهة ثالثة تكون الجهة الإدارية قد تخلت عن الدور المنوط بها تحقيقه في حماية المشاهد والمستمع وتركته فريسة لحمى وسعار البذيء من التطاول والإساءة والتشهير، ومن جهة رابعة فقد تحول عصمة أو حصانة من التحقيق في المخالفات أو تتبّع أو ملاحقة المخالف فيزيدي إمعاناً في المخالفة تحت ستار العصمة أو الحصانة، فهذا القول لا يستقيم مع الدور المنوط بالجهة الإدارية - وقد ثبت للمحكمة من كل ما تقدم أن قناة الفراعين، قد قامت تحت سمع وبصر كل الجهات ذات الاختصاص ببيت مجموعة من حلقات برنامج مصر اليوم، وفيها قام المدعي عليه الثامن بالتلفظ بألفاظ تعف مدونات الحكم أن تتضمنها، كما أنها آذنت سمع المحكمة، والتي حرصت على الاستماع لكل جملة أو كلمة تضمنتها تلك الأقرص، وكان أهون عليها أن لا تطول آذانها أو سمعها

مثل هذا الذي تضمنته، لولا أمانة أداء الواجب بالاطلاع على كل ما يقدمه أطراف الخصومة تحقيقاً لدفاعهم، وقد ظهر للمحكمة من خلال الاطلاع على ما تقدم أن تلك القناة، وما تبثه وما تلفظ به المدعى عليه الثامن قد شوه المادة الإعلامية التي تقدمها للجمهور، وربطها دون دواع من مصلحة عامة، بالتهكم تارة على الآخرين أو بالتناول عليهم، والإساءة إليهم دون مقتضى من سياق عرض المادة الإعلامية، فخرج بمضمون البرنامج عن غاياته التي يتعين أن يكون رائدها خدمة المشاهد، الذي لن يفيد شيئاً من التعرض للناس خصوصاً كانوا للمذيع أو أصدقاء، فالعمل الإعلامي سواء كان مقروءاً أو مرئياً أو مسموعاً أو رقمياً، يتعين أن يتمتع بوظيفة اجتماعية، فيقيم التوازن بين حرية الرأي والتعبير، وبين مصلحة المجتمع وأهدافه، وحماية القيم والتقاليد والحق في الخصوصية، فالحرية حق وواجب ومسؤولية في وقت واحد، والتزام بالموضوعية وبالمعلومات الصحيحة غير المغلوطة، وتقديم ما يهم عموم الناس، بما يسهم في تكوين رأي عام مستنير وعدم الاعتداء على خصوصية الأفراد والمحافظة على سمعتهم، والالتزام بالضوابط الأخلاقية والقانونية الحاكمة للعمل الإعلامي، الأمر الذي يعد خروجاً عن الرسالة الإعلامية<sup>(١١٣)</sup>.

<sup>(١١٣)</sup> راجع حكم محكمة القضاء الإداري الصادر من الدائرة (٧) في الطعن رقم ٨٩٢٠ لسنة ٢٠١١ ق بجلسة ٢٠١١/١/١٤.

وهو ما أكدت عليه المحكمة الإدارية العليا في حكم سابق لها بأن: "المحكمة وهي تنتصر للمبادئ والقيم الأخلاقية التي يقوم عليها الإعلام المرئي والمسموع والمقروء في نطاق الانحياز لحرية الرأي والتعبير المسئولة، فإنها تنوه إلى أن مسؤولية الجهة الإدارية جد خطيرة في ألا تقهر رأياً أو فكراً وألا تحول بينه وبين حرية الوصول إلى جمهور المشاهدين والمستمعين، وأن تحمي الإعلام المستنير الداعم لحرية التعبير والمحافظة على تقاليد وأعراف وحقوق المشاهد والمستمع والقارئ، وفي ذات الوقت يقع على كاهلها حماية القيم والأخلاق وحماية الأسرة المصرية من انتشار الغث من التشهير والإساءة إلى سمعة المواطنين بغير مقتضى، وأن تكون القدوة في تحقيق هذه الحماية في وقت سادت فيه الألفاظ الهابطة مسامح ومرأى الأسرة المصرية وتردت فيه لغة الخطاب والحوار، وتطابرت الألفاظ البذيئة والشتائم في كل صوب وحذب على الهواء وفي المجالس المنتخبة وفي غيرها، وصارت سلطة اللسان وتبادل الألفاظ القبيحة والمعاني الهابطة والتلاسن داخل أروقة المجالس على اختلاف أنواعها وعبر القوات الفضائية بألفاظ وعبارات خادشه للحياء وسيلة الكثيرين في الانتصار لرأيه والحط من رأي وكرامة الآخرين، خصوصاً كانوا أو مخالفين له في الرأي، وطال الانفلات قيادات الأصل فيها أنها القدوة لينقلت اللسان ليس بالشتائم وسب الأشخاص فحسب بل بوصف بعضهم البعض بأوصاف تعف مدونات الحكم أن تحثوبها وبلغ بعضها حد الإساءة إلى الدين ذاته في مناقشات برلمانية وأخرى في مناقشات فضائية، تشبهاً بحصانة قد تحول بينهم وبين أن ينالهم عقاب على أفعال تصوروا على غير الحقيقة أنها قد تصممهم من قضاء المشروعية، فسادت قيم فاسدة لا تقيم وزناً لمشاعر الأسرة المصرية والنشء فيها، في وقت كان من المتعين أن تكون تلك القيادات والأجهزة الإعلامية وغيرها قدوة لجيل يعلق عليه آمال التقدم والرقي، وهي ظواهر من شأنها أن تهدم البنيان الديمقراطي وتعوق مسيرة تطوره، إن شعباً

سادساً- غلق أو وقف المؤسسة الإعلامية التي افشت السر الوظيفي: وهو ما يعد من الجزاءات الشديدة حيث تتعلق بوجود المؤسسة الإعلامية، وقد يكون الغلق مؤقت لفترة زمنية معينة لعل المؤسسة الإعلامية تراجع نفسها فيما تبثه، وقد يكون دائم فيما يعرف ومن أمثلة غلق المؤسسة الإعلامية لفترة محددة القرار الصادر من المجلس الأعلى لتنظيم الإعلام والصحافة تحت رقم ٥٠ لسنة ٢٠١٨ بتاريخ ٢/٩/٢٠١٨ بغلق قناة L.T.C لمدة أسبوعين فيما يعد أول تطبيق للقانون ١٨٠ لسنة ٢٠١٨، وبهذا يكون الغلق لفترة مؤقتة إجرته إجراء من إجراءات الضبط التي يقوم بها المجلس لضبط سلوك المؤسسة الإعلامية لإعادتها للطريق المسموح به قانوناً للعمل الإعلامي<sup>(١١٤)</sup>، وهو ما نراه يتعارض مع نص المادة (٧١) من الدستور الحالي المعدل في ٢٠١٤ والذي جرى نصها على أن: "يحظر بأي وجه فرض رقابة على الصحف ووسائل الإعلام المصرية أو مصادرتها أو وقفها أو إغلاقها. ويجوز استثناء فرض رقابة محددة عليها في زمن الحرب أو التعبئة العامة".

سابعاً- الغاء ترخيص مزاولة البث الإعلامي للمؤسسة الإعلامية التي افشت السر الوظيفي: الغاء الترخيص الإداري الممنوح للمؤسسة الإعلامية يعد بمثابة حكم الإعدام الصادر على الشخص الطبيعي، فهو يقوم بإلغاء قرار جهة الإدارة الصادر لصالح المؤسسة الإعلامية لممارسة نشاطها الإعلامي، لمخالفة المؤسسة لشروط منح الترخيص أو تخلف شرط أو أكثر من شروط منح الترخيص، وإلغاء الترخيص قد يصدر من المجلس الأعلى للإعلام كقرار صادر من جهة الإدارة وقد يصدر من القضاء<sup>(١١٥)</sup>.

بحجم وتاريخ وحضارة وأصالة وعراقة وريادة وأخلاق الشعب المصري لجدير بأن يكون موطناً للأخلاق الفاضلة، وناشراً للقيم الإنسانية الرفيعة وليس مصدراً للسيئ من القول والفعل وللكلمات البذيئة والعبارات الساقطة والمعاني الهابطة، وعلى ذلك فإن تقاعس الجهات الإدارية عن اتخاذ الإجراءات التي أوجبها القوانين واللوائح ومواثيق الشرف لهو دعوة لإطلاق العنان لبذاءات تهدد السلام والأمن الاجتماعي وتضرب الحريات العامة الملتزمة بالشرعية والقانون في مقتل"، راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣٢٤٤٠ لسنة ٦٣ ق. ع جلسة ٢٧/٢/٢٠١٠.

<sup>(١١٤)</sup> راجع في الوقف: د. ماجد راغب الحلو: حرية الإعلام والقانون، دار منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٩، ص ١٧٣، وما بعدها.

<sup>(١١٥)</sup> راجع د. خالد رمضان عبد العال سلطان، مرجع سابق، ص ٤٥٣، د. ماجد راغب الحلو: حرية الإعلام والقانون، مرجع سابق، ص ٢٠٦، وما بعدها، راجع في الترخيص الإدارية بصفة عامة د. عبد الرحمن عزراوي: الرخص الإدارية في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، الجزائر، ٢٠٠٧، ص ١٥٥، وما بعدها.

ثامناً- خصائص الجزاءات التي توقع على المؤسسات الإعلامية لإفشاءها السر الوظيفي: هناك عدد من الخصائص التي تميز الجزاءات سالفة الذكر والتي جاء بها القانون ١٨٠ لسنة ٢٠١٨ منها الآتي<sup>(١١٦)</sup>:

- ١- حماية المجتمع والمحافظة على حقوق الأغلبية التي تتعرض للأخطار نتيجة إفشاء السر الوظيفي.
- ٢- القدرة علي ردع المؤسسات الإعلامية المخالفة بما تمثله تلك العقوبات من تهديد لاستمرار وجود نشاطها والتأثير على سمعتها ووضعها تحت الرقابة القضائية وحرمانها من بعض حقوقها.
- ٣- حجم الغرامة التي توقع على المؤسسة الإعلامية تتناسب مع جسامة الأثار الاجتماعية والاقتصادية والسياسية التي تنتج عن إفشاء السر الوظيفي وعدم التزام المؤسسة الإعلامية بقواعد الحيطة والحذر ومقتضيات الالتزام بوسائل الأمان.
- ٤- تتوافق تلك العقوبات مع كون المؤسسة الإعلامية ذات شخصية اعتبارية لا يمكن للمشرع من توقيع عقوبات سالبة للحرية في حقها، مع الحفاظ في الوقت ذاته على الهدف من العقوبة وهو تحقيق الردع.

## الفرع الرابع

### المسؤولية المدنية للمؤسسة الإعلامية عن إفشاء السر الوظيفي

تلتزم المؤسسة الإعلامية بتعويض الأضرار الناشئة عن مخالفتها لنصوص القانون بإفشاءها السر الوظيفي؛ أن الفقه يميز بين مسؤوليتها المباشرة عن تعويض المضرورين من إفشاء السر الوظيفي نتيجة عملها هي، وبين مسؤوليتها غير المباشرة عن ذلك، فهناك طائفتين من موظفي المؤسسة الإعلامية طائفة العقل المدبر والمسيطر على المؤسسة الإعلامية وهم رئيس مجلس الإدارة وأعضائه والمدير التنفيذي وهم من يقومون برسم سياساتها وإصدار التعليمات والأوامر التي تنظم كيفية ممارسة

فالمؤسسة الإعلامية كأبي شخص اعتباري عبارة عن مجموعة من الأشخاص والأموال بقصد تحقيق غرض مشترك، لكن يلزم هذه المجموعة اعتراف الدولة بها حتى تمنح الشخصية القانونية، هذا الاعتراف هو ما يتمثل في الترخيص بالعمل في المجال الإعلامي، راجع في الشخصية الاعتبارية د. حسام الدين كامل الأهواني: المدخل للعلوم القانونية، ط٣، د. ن، ١٩٩٧، ص٣٢٩، وما بعدها.  
 (١١٦) د. محمد نصر محمد القطري، مرجع سابق، ص٥٦، ٥٧.

نشاطها، وهم من يمثلون إرادتها فتسأل عما يصدر منهم باسمها من أفعال مسؤولية مباشرة، وهناك طائفة أخرى تتمثل في أياد المؤسسة الإعلامية وهم التابعون الذين يقتصر دورهم على تنفيذ السياسات والأوامر الصادرة من العقل المدبر الذي يجسد إرادتها وهؤلاء تسأل عنهم مسؤولية غير مباشرة<sup>(١١٧)</sup>.

**أولاً- المسؤولية المباشرة للمؤسسة الإعلامية عن إفشاء السر الوظيفي:** تترتب المسؤولية التقصيرية المباشرة للمؤسسة الإعلامية نتيجة انحرافها عن السلوك الواجب عليها اتباعه ويقاس عنصر الانحراف وعدم الحرص واليقظة المكون للخطأ بالقياس على مؤسسة إعلامية أخرى تعمل في ذات ظروفها، ويجب على المضرور في هذه الحالة إثبات انحراف المؤسسة الإعلامية بإفشاءها للسر الوظيفي أو عد تحليها باليقظة والحذر حتى لا يذاع ذلك السر، وبالطبع من سيقوم بالانحراف المكون لركن الخطأ هم ممثليه القانونيين كأعضاء مجلس إدارة المؤسسة الإعلامية فإي عمل يصدر من ممثل المؤسسة الإعلامية ينسب خطأ مباشرة لها، وخطأ المؤسسة الإعلامية هو خطأ مفترض يمكن أثبات عكسه<sup>(١١٨)</sup>.

**ثانياً- المسؤولية الغير مباشرة للمؤسسة الإعلامية عن إفشاء السر الوظيفي:** تعد مسؤولية المؤسسة الإعلامية غير المباشرة من أهم صور المسؤولية التقصيرية وأكثرها حدوثاً في الحياة العملية، فعلي الرغم أنها في حقيقة الأمر قد تكون لم ترتكب أي فعل يتعلق بإفشاء السر الوظيفي، إلا أن القانون جعلها مسؤولة عن قام بارتكاب هذا الفعل، لذلك فقد ارتأى المشرع أن يحيط هذه المسؤولية بمجموعة من الشروط التي لا تقوم مسؤولية المؤسسة إلا بتحققها، والتي نصت عليها المادة (١٧٤) من القانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ حيث جاء نصها:

(١) أن يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع، متى كان واقعا منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها.

<sup>(١١٧)</sup> راجع في ذلك:

William Wilson, Criminal law Edinburgh: Pearson education limited, Fifth edition, 2014, p165et s.

د. بطي سلطان المهيري: أسس وأنواع المسؤولية الجنائية للشخص الاعتباري في القانون الإنجليزي وقانون العقوبات لدولة الامارات المتحدة دراسة تحليلية مقارنة، مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، العدد (٦٦)، إبريل ٢٠١٦، ص ٤٠، وما بعدها.

<sup>(١١٨)</sup> أ. فريدة غليم: المسؤولية المدنية للشخص الاعتباري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البويرة، ٢٠١٣، ص ٣٠، وما بعدها.

(٢) وتقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حرًا في اختيار تابعه متى كانت عليه سلطة فعلية في رقبته وتوجيهه".

فهناك ثلاثة شروط طبقًا للنص السابق يجب أن تتوافر حتى نقر بالمسؤولية غير المباشرة للمؤسسة الإعلامية عن أعمال العاملين بها وتمثل في الآتي:

١- وجود علاقة تبعية بين المؤسسة الإعلامية والعامل أو الموظف الذي قام بإفشاء السر الوظيفي أو ساعد على إفشائه: وعلاقة التبعية قد تكون لارتباط التابع بالمؤسسة الإعلامية بموجب عقد عمل أو خضوعه للمؤسسة اقتصاديًا لاضطراره لكسب العيش من خلال العمل بها وذلك في المؤسسات الخاصة؛ بينما في المؤسسات العامة فعلاقة التبعية تنظمها اللائحة لتعيينه بالمؤسسة بموجب قرار إداري، وعلاقة التبعية تظهر في رقابة وتوجيه المؤسسة الإعلامية له حتى ولو كان ممثلها في ذلك لا يملك الجوانب الفنية التي تساعد في التوجيه والرقابة، وتسأل المؤسسة الإعلامية عن عمل تابع التابع أي من يسخره العامل لديها لتنفيذ عملها بشرط أن تكون للمؤسسة الإعلامية سلطة الرقابة والتوجيه على تابع التابع. وعلاقة التبعية بين المؤسسة الإعلامية والعامل أو الموظف الذي قام بإفشاء السر الوظيفي أو ساعد على إفشائه، لا تقتصر بل على المضرور من إفشاء السر الوظيفي إثباتها بكافة طرق الإثبات<sup>(١١٩)</sup>.

٢- وقوع إفشاء السر الوظيفي أو المساعدة في إفشائه من الموظف أو العامل التابع للمؤسسة الإعلامية:

فلا تكفي علاقة التبعية لإثبات حدوث مسؤولية المؤسسة الإعلامية عن إفشاء موظفيها للسر الوظيفي أو مساعدتهم على ذلك بل يجب إثبات ذلك فمسؤولية المؤسسة الإعلامية عن أعمال تابعيها تدور وجود أو عدمًا مع مسؤولية تابعيها فيجب أن يكون

<sup>(١١٩)</sup> راجع في مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه: أ. ربيع ناجح راجح أبو الحسن: مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه في مشروع القانون المدني الفلسطيني دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، ٢٠٠٨، ص ٧٣، وما بعدها.

وهو ما قضت به محكمة النقض من أن: "مسؤولية المتبوع عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه حال تأدية وظيفته أو بسببها تتحقق على ما نصت عليه المادة ١٧٤ من القانون المدني، إذا كان للمتبوع على التابع سلطة فعلية في توجيهه ورقابته في عمل معين يقوم على الاختيار، بل إن مناطها هو السلطة الفعلية التي تقوم حتى ولو لم يكن المتبوع حرًا في اختيار التابع متى كانت له عليه سلطة فعلية في الرقابة والتوجيه"، راجع حكم محكمة النقض في الطعن رقم ٤٨١ لسنة ٤٣ ق نقض مدني جلسة ١٩٧٨/١١/٢٣.

ذلك التابع قد أخطأ بافشاءه للسر الوظيفي أو ساعد في ذلك، وأن يكون ذلك الإفشاء سبب ضرر للغير ويرتبط الإفشاء بالضرر بعلاقة سببيه<sup>(١٢٠)</sup>.

٣- أن يكون إفشاء السر الوظيفي أو المساعدة في افشاءه قد تمت أثناء تأدية التابع لوظيفته بالمؤسسة الإعلامية أو بسببها: وذلك أمر منطقي فسلطة الرقابة والتوجيه للمؤسسة الإعلامية على موظفيها والعاملين بها لا تكون إلا أثناء تأديتهم لوظائفهم أو بسببها، ويكون إفشاء السر الوظيفي أو المساعدة في افشاءه تم بمناسبة تأدية الوظيفة بأن يكون قد تم ذلك وهو يقوم بعمل من أعمال وظيفته، وأن يكون لازال يعمل لدى المؤسسة الإعلامية حال ارتكابه ذلك، ولا يشترط في هذه الحالة أن يكون الفعل إيجابياً بل يمكن أن يكون إفشاء السر الوظيفي أو المساعدة في افشاءه قد تم بالامتناع؛ أما إفشاء السر الوظيفي أو المساعدة في افشاءه يكون بسبب الوظيفة إذا ارتكب عن طريق تزيده في أداء عمله أو إساءته لاستعمال سلطته أي أن وظيفته هي التي يسرت له وهيات له ارتكاب هذا الفعل<sup>(١٢١)</sup>.

**ثالثاً- أساس مسؤولية المؤسسة الإعلامية عن عمل تابعها:** حددت محكمة النقض أساس مسؤولية المؤسسة الإعلامية عن إفشاء تابعها للسر الوظيفي حاسمة بذلك جدلاً فقهيًا كبيراً، فقضت بأن: "المقرر في قضاء محكمة النقض أن القانون المدني أقام في المادة (١٧٤) منه مسؤولية المتبوع عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع على خطأ مفترض في جانب المتبوع فرضاً لا يقبل إثبات العكس، مرجعه سوء اختياره لتابعه، وتقصيره في رقابته وأن القانون إذ حدد نطاق هذه المسؤولية بأن يكون العمل الضار غير المشروع واقعاً من التابع "حال تأدية الوظيفة أو بسببها" ولم يقصد أن تكون المسؤولية مقتصرة على خطأ التابع وهو يؤدي عملاً من أعمال وظيفته، أو أن تكون الوظيفة هي السبب المباشر لهذا الخطأ، أو أن تكون

<sup>(١٢٠)</sup> راجع أ. ربيع ناجح راجح أبو الحسن، مرجع سابق، ص ٨٤، وما بعدها.

<sup>(١٢١)</sup> راجع في مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه: أ. حبيبة أمير: المسؤولية الناشئة عن عمل الغير، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر، ٢٠١٤، ص ٥٠، وما بعدها.

وهو ما قضت به محكمة النقض من أن: "مسئولية المتبوع عن الضرر الذي يحدثه تابعه لا تقوم إلا إذا كان الضرر ناشئاً عن عمل غير مشروع وقع من التابع حال تأدية وظيفته أو بسببها ويقع على المضرور عبء إثبات خطأ التابع. ومن ثم يجب في الحكم الذي يقضى بالزام المتبوع بالتعويض أن يبين الخطأ الذي وقع من التابع، والأدلة التي استظهر منها وقوع هذا الخطأ والا كان الحكم قاصر التسبب بما يوجب نقضه"، راجع حكم محكمة النقض في الطعن رقم ٥٨٧ لسنة ٤٥ ق نقض مدني جلسة ١٠/٢٦/١٩٧٨.

ضرورة لإمكان وقوعه، بل تتحقق المسؤولية أيضاً كلما كان فعل التابع قد وقع منه أثناء تأدية الوظيفة، أو كلما استغل وظيفته أو ساعدته هذه الوظيفة على إتيان فعله غير المشروع، أو هيأت له بأية طريقة كانت فرصة ارتكابه، سواء ارتكبه التابع لمصلحة المتبوع أو عن باعث شخصي، وسواء أكان الباعث الذي دفعه إليه متصلاً بالوظيفة أو لا علاقة له بها، وسواء وقع الخطأ بعلم المتبوع أو بغير علمه<sup>(١٢٢)</sup>.

وقضت مفصلة لأساس هذه المسؤولية مجيبة على تساؤل هام من أن: "مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة هي مسؤولية تبعية مقررة بحكم القانون لمصلحة المضرور تقوم على فكرة الضمان القانوني، فالمتبوع يعتبر في حكم الكفيل المتضامن كفالة مصدرها القانون وليس العقد، ومن ثم فإن للمتبوع الحق في الرجوع على تابعه محدث الضرر بما يفي به من التعويض للمضرور لا على أساس أنه مسئول معه؛ بل لأنه مسئول عنه"<sup>(١٢٣)</sup>.

**رابعاً- آثار المسؤولية المدنية غير المباشرة للمؤسسة الإعلامية:** تتمثل تلك الآثار في العلاقة بين المضرور والمؤسسة الإعلامية وتابعتها الذي قام بإفشاء السر الوظيفي أو ساعد على إفشائه، وبين المؤسسة الإعلامية وتابعتها من جهة أخرى.

**١- العلاقة بين المضرور والمؤسسة الإعلامية وتابعتها:** يجوز للمضرور من إفشاء السر الوظيفي أن يقيم دعوى التعويض على المؤسسة الإعلامية التي تم الإفشاء من خلالها وبواسطة تابعيها، ويجوز له إدخال التابع الذي قام بالإفشاء أو ساعد عليه في دعوى التعويض، وفي هذه الحالة يكون كل منهما مسئولاً عن سداد كامل التعويض المحكوم به؛ ومن الممكن له كما سبق أن ذكرت في المسؤولية المدنية للإعلامي أن يعود مباشرة على التابع بدعوى المسؤولية الشخصية، وهنا لا يجوز إدخال المؤسسة الإعلامية في الدعوى إلا إذا كانت قد ساهمت بجزء من الخطأ الذي سبب الضرر وهنا يكون ادخالها بدعوى المسؤولية الشخصية المباشرة عن الضرر وليس باعتبارها متبوعاً؛ إلا أن الواقع العملي والمنطق القانوني يختار الرجوع على المؤسسة الإعلامية باعتباره الأقدر على دفع التعويض المالي، فلا يصطدم باعسار التابع بعد الحكم، كما أن هذا

<sup>(١٢٢)</sup> راجع حكم محكمة النقض في الطعن رقم ٤٦٩ لسنة ٣٦ ق نقض مدني جلسة ١/٦/١٩٧١.

<sup>(١٢٣)</sup> راجع حكم محكمة النقض في الطعن رقم ٦٥٧ لسنة ٤٢ ق نقض مدني جلسة ٥/٨/١٩٧٦.

هو السبب الرئيسي والحقيقي الذي جعل المؤسسة الإعلامية مسؤولاً إلى جانب تابعها عن عمله<sup>(١٢٤)</sup>.

٢-العلاقة بين المؤسسة الإعلامية واتباعها: أجاز القانون للمؤسسة الإعلامية الرجوع بما قامت بسداده تعويضاً عن إقضاء تابعها للسر الوظيفي أو مساعدته في ذلك، فنصت المادة (١٧٥) من القانون المدني رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ على أن: "للمسؤولية عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التي يكون فيها هذا الغير مسؤولاً عن تعويض الضرر"، ويجب على المؤسسة الإعلامية إثبات خطأ تابعها الذي تسبب في إقضاء السر الوظيفي، وعلى ذلك يكون رجوعها عليه كلياً أو جزئياً على حسب مساهمة التابع في الخطأ الذي تسبب في إقضاء السر الوظيفي والذي حكم بالتعويض بسببه<sup>(١٢٥)</sup>.

وهو ما قضت به محكمة النقض من أن: "مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة هي - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - مسؤولية تبعية مقررّة بحكم القانون لمصلحة المضرور، وتقوم على فكرة الضمان القانوني فيعتبر المتبوع في حكم الكفيل المتضامن كفالة مصدرها القانون وليس العقد. ومن ثم فإذا أوفى المتبوع بالتعويض كان له أن يرجع به كله على تابعه محدث الضرر، كما يرجع الكفيل المتضامن على المدين الذي كفله؛ لأنه المسئول عنه وليس مسؤولاً معه، وهذه القاعدة هي التي قننها المشرع في المادة (١٧٥) من القانون المدني التي تقضي بأن للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التي يكون فيها هذا الغير مسؤولاً عن تعويض الضرر ولم يقصد المشرع بتلك المادة أن يستحدث للمتبوع دعوى شخصية جديدة يرجع بها على تابعه"<sup>(١٢٦)</sup>.

<sup>(١٢٤)</sup> أ. ربيع ناجح راجح أبو الحسن، مرجع سابق، ص ١١٩، ١٢٠، راجع أ. حبيبة أمير، مرجع سابق، ص ٦٩، ٧٠.

<sup>(١٢٥)</sup> أ. ربيع ناجح راجح أبو الحسن، مرجع سابق، ص ١٢٧، ١٢٨، راجع أ. حبيبة أمير، مرجع سابق، ص ٧٠، ٧١.

وهو ما قضت به محكمة النقض من أن "ارتكاب التابع فعلاً غير مشروع دون وقوع خطأ شخصي من المتبوع. مؤداه. يكون المتبوع متضامناً مع تابعه ومسئولاً قبل المضرور. للمضرور خيار الرجوع على التابع أو المتبوع أو عليهما معاً" راجع حكم محكمة النقض في الطعن رقم ١٩٠٥ لسنة ٥٦ ق نقض منى جلسة ١٩٩٣/٦/٧. راجع حكم محكمة النقض في الطعن رقم ٩٦٠ لسنة ٥٨ ق نقض منى جلسة ١٩٩٠/١٢/٢٧.

## الخاتمة

أصبح الإعلام بمؤسساته المختلفة وسيلة فعالة في تشكيل المجتمع وبناءه، وفي تضليله واثارت الفتن فيه وهدمه، ومن هنا ظهرت خطورة إفشاء السر الوظيفي المجرم افشائه بموجب نصوص قانونية موجودة في قوانين مختلفة عبر تلك المؤسسات وبواسطة عمالها وتابعيها ووسائلها، وتظهر تلك الخطورة في ما يحتويه ذلك السر فإذا كان سرًا يتعلق بأمن البلاد من الداخل أو الخارج أو سر دبلوماسي يعكس صفو العلاقات بين الدول، أو سر حربي، أو سر اقتصادي يؤدي لسقوط البورصة، وتهاوى سعر صرف العملة أمام العملات الأجنبية، أو حدوث تلاعب في أسعار سلع أو احتكارها وتخزينها مما يضر أبلغ الضرر بكيان الدولة والمجتمع، وقد يتعلق السر الوظيفي بالحياة الخاصة للإفراد مثل حياتهم الصحية أو العائلية ويتم استغلاله بغرض تصفيتهم سياسيًا أو وظيفيًا أو اغتيالهم معنويًا أو بغرض النكاية فيهم، ويتعاطم أثر إفشاء السر الوظيفي عبر المؤسسات الإعلامية لتحقيق العلانية بشكل لا مثيل له فيتابعها ملايين، ففي وقت قصير يصبح السر في متناول ملايين من البشر يلكونه بألسنتهم، فكان لا بد من القاء الضوء علي خطورة تلك المؤسسات ودورها في إفشاء السر الوظيفي ومن ثم مسؤوليتها القانونية عن ذلك وهو ما حاولنا جاهدين فعله في هذا البحث.

فتناولنا التأصيل للعلاقة بين الإعلام والسر الوظيفي في مبحث أول: تناولنا في مطلب أول: ماهية السر الوظيفي من حيث المفهوم والنطاق وانواعه وطرق ووسائل افشائه والأساس القانوني للالتزام بعدم افشائه، ثم تطرقنا في المطلب الثاني إلى ماهية الإعلام من حيث مفهومه والقيود المفروضة عليه، والعلاقة بينه وبين السر الوظيفي وكيفية الموائمة بينهما.

ثم في المبحث الثاني: أصلنا قانونًا لمسؤولية الإعلامي والمؤسسة الإعلامية عن إفشاء السر الوظيفي ف جاء المطلب الأول: متناولًا مسؤولية الإعلامي التأديبية والجنائية والمدنية عن إفشاء السر الوظيفي، وجاء المطلب الثاني: في مسؤولية المؤسسة الإعلامية عن إفشاء السر الوظيفي متناولين الأساس القانوني لهذه المسؤولية، الجزاءات التي يمكن مساءلة المؤسسة الإعلامية بها عن إفشاء السر الوظيفي ثم انتهينا للمسؤولية المدنية لها عن تعويض المضرورين من إفشاء السر الوظيفي. وخلصنا في بحثنا هذا إلي النتائج التالية:

**أولاً:** لابد من صدور تشريع يعرف السر الوظيفي تعريفاً دقيقاً حتى لا يتم التوسع في الصاق عبار سر وظيفي على كل معلومة لا ترغب السلطة التنفيذية بأجهزتها في اخفائها، مما يرسخ لمكافحة الفساد وعدم اكتشافه أو الاقتراب منه بحجة أن هذا الأمر يتعلق بالسر الوظيفي.

**ثانياً:** على المشرع المصري أن يسارع في إصدار قانون الشفافية الإدارية تطبيقاً لنص (٦٨) من الدستور المصري الحالي الصادر عام ٢٠١٤ والذي جاء نصها أن: "المعلومات والبيانات والإحصاءات والوثائق الرسمية ملك للشعب، والإفصاح عنها من مصادرها المختلفة، حق تكفله الدولة لكل مواطن، وتلتزم الدولة بتوفيرها وإتاحتها للمواطنين بشفافية، وينظم القانون ضوابط الحصول عليها وإتاحتها وسريتها، وقواعد إيداعها وحفظها، والتنظيم من رفض إعطائها، كما يحدد عقوبة حجب المعلومات أو إعطاء معلومات مغلوبة عمداً. وتلتزم مؤسسات الدولة بإيداع الوثائق الرسمية بعد الانتهاء من فترة العمل بها بدار الوثائق القومية، وحمايتها وتأمينها من الضياع أو التلف، وترميمها ورقمتها، بجميع الوسائل والأدوات الحديثة، وفقاً للقانون". وهذا القانون سيساعد في كشف النقاب عن الكثير من المعلومات التي يعدها البعض اسرار وظيفية، وسيساعد بالفعل على الحفاظ على ما يعد سرّاً وظيفياً حقيقياً، فكثرة الأسرار تقلل من أهميتها لدى حاملها والمؤمن عليها.

**ثالثاً:** يجب على السلطة التنفيذية المصرية ممثلة في المجلس الأعلى للإعلام بسرعة إصدار اللوائح المنظمة لعمل القوانين (١٧٨، ١٧٩، ١٨٠ لسنة ٢٠١٨)، ذاكرين العقوبات التي يمكن أن توقع على الإعلامي، وعلى المؤسسة الإعلامية بشكل مفصل، موضحين العقوبة وسبب توقيعها على أن يكون من ضمن تلك الأسباب سبب إفشاء السر الوظيفي بشكل صريح ومعلن مع تحديد ما يعد سرّاً وظيفياً على سبيل المثال لا الحصر مع الإحالة إلى التعريف الذي سيرد في القانون المقترح في البند أولاً وقانون الشفافية الإدارية في البند ثانياً من النتائج.

**رابعاً:** التركيز على العقوبات المالية سواء على الإعلامي أو المؤسسة الإعلامية في حالة إفشاء السر الوظيفي أو المساعدة في إفشائه، على أن يتم شطب الإعلامي من نقابته التابع لها، وغلق وسحب الترخيص من المؤسسة الإعلامية حال تكرار ارتكابها لإفشاء السر الوظيفي أو المساعدة في إفشائه.

## المراجع

### أولاً- المراجع باللغة العربية:

- د. إبراهيم عبد الله المسلمي: الإعلام والمجتمع، دار الفكر العربي، ط. ٢، ٢٠٠٧.
- د. أحمد حسن فولى: نحو قانون دولي للإعلام لمواجهة الحرب الإعلامية في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، ٢٠١٨.
- د. أحمد سليمان مغاوري سليمان: مسؤولية الإعلام عن جرائم الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الرابع لكلية الحقوق جامعة طنطا، القانون والإعلام، المنعقد خلال الفترة من ٢٣-٢٤ إبريل ٢٠١٧.
- أحمد عزت وآخرين: حرية تداول المعلومات دراسة قانونية، مؤسسة حرية الفكر والتعبير، ط. ٢، ٢٠١٣.
- د. السيد عبد الحميد محمد عبد القادر: ممارسة الموظف للحريات العامة في القانون الإداري والقانون الدولي، رسالة دكتوراه، حقوق أسويط، ٢٠٠٢.
- د. أمل لطفي حسن جاب الله: أصول القانون الإداري الجزء الثاني النشاط الإداري، د. ن، د. ت.
- بشري مداسي: الحق في الإعلام من خلال القوانين والنصوص التنظيمية للمؤسسات الإعلامية في الجزائر، رسالة ماجستير، كلية العلوم السياسية والإعلام، جامعة الجزائر (٣)، الجزائر، ٢٠١١.
- د. بطي سلطان المهيري: أسس وأنواع المسؤولية الجنائية للشخص الاعتباري في القانون الإنجليزي وقانون العقوبات لدولة الامارات المتحدة دراسة تحليلية مقارنة، مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، العدد (٦٦)، إبريل ٢٠١٦.
- د. بن عشي حفصية: الجرائم التعبيرية دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٦.
- د. جابر يوسف عبد الكريم المراغي: جرائم انتهاك أسرار الدفاع عن البلاد من الناحيتين الموضوعية والإجرامية، دار النهضة العربية، ١٩٩٨.
- جاري شيراز: مسؤولية الموظف عن إقضاء السر المهني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خضير بسكرة، الجزائر، ٢٠١٣-٢٠١٤.
- د. جعفر كاظم جبر الموازني، د. نعيم كاظم جبر الموازني: نحو نظام قانوني لمسؤولية الصحفي المدنية عن عرض صور ضحايا الجريمة، مجلة مركز دراسات الكوفة، العراق، عدد (٧)، ٢٠١١.

- د. جميل عبد الباقي الصغير: الانترنت والقانون الجنائي، دار النهضة العربية، ٢٠١٢.
- د. حامد راشد: شرح قانون العقوبات القسم العام، د.ن، ٢٠٠٨.
- حبيبة أمير: المسؤولية الناشئة عن عمل الغير، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر، ٢٠١٤.
- د. حسام الدين كامل الأهواني: المدخل للعلوم القانونية، ط٣، د. ن، ١٩٩٧.
- د. خالد الزبيدي: التزام الموظف العام بكتمان أسرار الوظيفة العامة في القانون الأردني دراسة مقارنة، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد (٣)، السنة (٣٦)، سبتمبر ٢٠١٢.
- د. خالد رمضان عبد العال سلطان: المسؤولية الجنائية عن جرائم الصحافة دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، حقوق حلوان، ٢٠٠٢.
- د. رأفت جوهرى رمضان: العمل الإعلامي والخطورة الإجرامية، دار النهضة العربية، ٢٠١٢.
- رامى يوسف محمد ناصر: المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي عن الجرائم الاقتصادية، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، ٢٠١٠.
- د. رانيا محمود الكيلاني: المسؤولية الاجتماعية للإعلام المصري فيما بعد ثورة يناير ٢٠١١، مجلة كلية الآداب، جامعة طنطا، مصر، عدد (٢٦)، الجزء الأول، يناير ٢٠١٣.
- ربيع ناجح راجح أبو الحسن: مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه في مشروع القانون المدني الفلسطيني دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، ٢٠٠٨.
- د. رنا إبراهيم سليمان العطور: المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد (٢٢)، العدد (٢).
- ريمة موايعية: النظام القانوني للمصادرة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي التبسي تبسه، الجزائر، ٢٠١٦.
- د. سعد صالح شكطى الجبوري: مسؤولية الصحفي الجنائية عن جرائم النشر دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٣.
- المستشار. سعداوي مفتاح: جريمة إفشاء الموظف العام أسرار وظيفته وأثرها على وضعه التأديبي، مركز معلومات النيابة الإدارية، ص٨، ٩ متاح على شبكة الإنترنت على موقع: [www.ba.menoufia.com](http://www.ba.menoufia.com)
- أ. شيماء شمس: أخلاقيات العمل الإعلامي من منظور إسلامي " دراسة تحليلية نظرية"، رسالة ماجستير، كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة الشهيد حمد لخضر، الوادي، الجزائر، ٢٠١٥.

- د. طارق سرور: شرح قانون العقوبات القسم الخاص بجرائم الأشخاص والأموال، دار النهضة العربية، ٢٠١٠.
- د. طارق حسنين الزيات: حرية الرأي لدي الموظف العام " دراسة مقارنة مصر وفرنسا"، د. ن، ط.٢، ١٩٩٨.
- د. عادل أبو الخير: الضبط الإداري وحدوده، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٩٥.
- عبد الرحمن عبيد الله عطا الله الوليدات: الحماية الجزائية للأسرار المهنية في القانون الأردني دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، حقوق جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، ٢٠١٠.
- د. عبد الرحمن عزوى: الرخص الإدارية في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، الجزائر، ٢٠٠٧.
- د. عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف: التزام الموظف العام بالتحفظ في ضوء أحكام القضاء الإداري دراسة مقارنة، مجلة روح القوانين، كلية الحقوق جامعة طنطا، العدد (٦٥)، يناير ٢٠١٤.
- د. عمر سالم: نحو قانون جنائي للصحافة، دار النهضة العربية، ط.١، ١٩٩٥.
- د. عمرو محمد سلامة العليوي: حق الحصول على المعلومات في ضوء القانون الأردني رقم ٤٧ لسنة ٢٠٠٧ دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، ٢٠١١.
- د. غنام محمد غنام: الحماية الجنائية لأسرار الأفراد لدي الموظف العام، مجلة كلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد الرابع، أكتوبر ١٩٨٨.
- د. فارس بن علوش بادي السبيعي: دور الشفافية والمساءلة في الحد من الفساد الإداري في القطاعات الحكومية، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، قسم العلوم الإدارية، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية، ٢٠١٠.
- د. فاطمة عادل سعيد عبد الغفار: القضاء والإعلام، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، ٢٠١٦.
- فتحي الإبياري: نحو اعلام دولي جديد، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٨٨.
- فريدة غليم: المسؤولية المدنية للشخص الاعتباري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البويرة، ٢٠١٣.
- د. كمال طلبة المتولي سلامة، دور الدولة في حماية السرية والاستثناءات الواردة عليها، مركز الدراسات العربية، ط.١، ٢٠١٥.
- د. ماجد راغب الحلو: حرية الإعلام والقانون، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٩.

- د. ماجد راغب الحلو: السرية في أعمال السلطة التنفيذية، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، ١٩٧٥.
- د. مجدي بسيوني علي أحمد: العقوبة الخاصة بين النظرية والتطبيق، رسالة دكتوراه، حقوق حلوان، ٢٠١٥.
- د. مجدي محب حافظ: الحماية الجنائية لأسرار الدولة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٩٧.
- د. مجدي مدحت النهري: الموظف العام، دار النهضة العربية، ١٩٩٦.
- د. محمد باهي أبو يونس: التنظيم القانوني لحرية الحصول على الوثائق الإدارية في التشريع الفرنسي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٢.
- د. محمد عبد الظاهر حسين: المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل، دار النهضة العربية، ١٩٩٦.
- محمد عبد الجواد الأحمد: المسؤولية المدنية للإعلامي في الشريعة الإسلامية والنظام السعودي، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، ٢٠٠٠.
- المستشار. محمد ماهر: إفشاء سر المهنة الطبية، مجلة القضاة، العدد التاسع، سبتمبر ١٩٧٥.
- د. محمد نصر محمد القطري: المسؤولية الجنائية للشخص الاعتباري دراسة مقارنة، مجلة جامعة المجمعة، المملكة العربية السعودية، العدد (٥)، يونيو ٢٠١٤.
- د. محمود نجيب حسنى: شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دار النهضة العربية، ١٩٨٨.
- د. مروة محمد العيسوي: مدة توافق الإفصاح في الجهاز المصرفي مع مبدأ السرية، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط. ١، ٢٠١٦.
- مريم الحاسي: التزام البنك بالمحافظة على السر المهني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ٢٠١١-٢٠١٢.
- مريم كحلولة: أحكام المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة د. الطاهر مولاي سعيدة، الجزائر، ٢٠١٧.
- د. مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي: الحياة الخاصة ومسؤولية الصحفي " دراسة فقهية قضائية مقارنة في القانونين المصري والفرنسي"، دار الفكر العربي، ٢٠٠١.

- د. معتز نزيه صادق المهدي: الالتزام بالسرية والمسؤولية المدنية دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧.
- د. نبيلة عبد الحلیم كامل، د. جابر جاد نصار: الوسيط في القانون الإداري، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤.
- د. ياسر حسين بهنس: الحماية الجنائية للسرية في القانون الضريبي، مركز الدراسات العربية، ط. ١، ٢٠١٥.
- د. يسري حسن القصاص: الضوابط الجنائية لحرية الرأي والتعبير دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٤.

#### ثانياً- المراجع الأجنبية:

- Armstrong Elia: Integrity, Transparency, and Accountability in Public Administration: Recent Trends Regional and International Developments and emerging Issues. Economic social. affairs, edition 2005.
- Auby (J.M.) et Ducos –Ader (R.): Droit administrative: La fonction publique, et les travaux publics. Paris. Dalloz, 1986.
- BAUDOIN (Jean-Lois):” Secret Professionnel et droit au secret dans le droit québécois comparé au droit Français et la common-law”. Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1965.no.
- Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism, Advisory Opinion OC-5/85, 13 November 1985, para. 30.
- LE GRAND (A): médiateur. Répertoire de contentieux administratifs Encoclopedie. Dalloz. 1993.
- Lemasurier J. Vers une démocratie administrative: Du refus d’informer au droit d’être informé, RDP, 1980.
- Michel prier, Droit de l’environnement 4ed dalloz, 2001.
- MONGIN (M.), problem de responsablité, pénale de directeurs de publication, R.S.C, 1974,
- William Wilson, Criminal law Edinburgh: Pearson education limited, Fifth edition, 2014.
- Patrice Jourdain: Les principes de la resposabilité civile-3e éd-Dalloz, 1996.
- Report of the Commission on Protecting and Reducing Government printing office, Washington, 1997, p8, 9. available at: <http://www.biblioteapleyades.net>.
- RESPONSABILITE: DU DIRECTEUR DE LA PUBLICATION: MEME EN CAS D'EXTERNALISATION? Journal, Avocate Paris 75005, Disponible sur le site: <https://www.murielle-cahen.com>.
- Yves Jégouzo, la modernization et la transparence de l’administration au défi de Wikileaks, AJDP, 2010.



## عدم الإضرار بسير العدالة كسبب لإحالة الدعوى نحو سبب جديد لإحالة الدعوى من المحكمة الابتدائية الفردية إلى المحكمة الثلاثية (دراسة في قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني)

الدكتور/ على أبو عطية أبو عطية هيكل \*

### المخلص:

القاعدة أن قاضي الأصل هو قاضي الفرع، هذه القاعدة وإن كان يعمل بعموميتها أمام المحكمة الابتدائية الثلاثية، فعلى العكس قد يحد من عموميتها أمام المحكمة الفردية، حيث يتعين في الأخيرة أن تكون مختصة نوعياً وقيماً بالطلب الفرعي أو العارض، والإشكالية، حالة أن يجذب الطلب الأصلي أمام المحكمة الفردية طلب عارض غير مختصة به قيماً أو نوعياً ولا تستطيع هذه المحكمة إحالة هذا الطلب وحده لعدم الاختصاص وفقاً لنص المادة (١١٢) إجراءات مدنية عماني لما قد يترتب على هذه الإحالة، فضلاً عن ما قد يحدث حالة الفصل في هذا الطلب وحده على استقلال من تناقض أو تعارض مع الحكم الصادر في الطلب الأصلي، قد لا تستطيع المحكمة الفردية نظر الطلب الأصلي وحده لما بينه وبين الطلب العارض من تكامل؛ لأن كل منهما يحمل على الآخر، ولذا تقتضي العدالة إحالة الطلبين معاً لعدم الإضرار بها من المحكمة الفردية إلى المحكمة الثلاثية.

الكلمات المفتاحية: المحكمة الابتدائية الفردية - المحكمة الابتدائية الثلاثية - الطلب الأصلي - الطلب العارض - عدم الإضرار بسير العدالة.

\* أستاذ قانون الإجراءات المدنية والتجارية المساعد - كلية القانون - جامعة صحار - سلطنة عمان.



# Not Harming the Course of Justice as a Reason for Referring the Case To a New Reason for Referring the Case from the Individual Primary Court to the Tripartite Court

## "A Study in the Omani Civil and Commercial Procedures Law"

Dr. Ali Abou Attia Abou Attia Haikal\*

### Abstract:

The rule is that the judge of the primary issue is the judge of the subsidiary issue. This rule, although it is generally applied before the Tripartite Court, on the contrary, it may limit its generality before the individual court, where the latter must be qualitatively and in terms of value is specific to the sub-request or the subsequent request, and the problem. In the event that the original application before the individual court attracts a counter application that it has no jurisdiction over in terms of value or type, and this court cannot refer this application alone due to lack of jurisdiction in accordance with the Article (112) of the Omani Civil Procedures, due to what may result from this referral. In addition to what may happen in the event of ruling on this request alone independently of a contradiction or conflict with the ruling issued in the original request, the individual court may not be able to consider the original request alone due to the complementarity between it and the incidental request; because each of them bears on the other, and therefore justice requires referring the two requests together so as not to harm it from the individual court to the tripartite court.

**Keywords:** The Individual Primary Court - The Tripartite Court - The Original Request - The Subsequent Request - Not Harming The Course of Justice.

---

\* Assistant Professor of Civil and Commercial Procedures Law, College of Law, Sohah University, Sultanate of Oman.

## المقدمة

القاعدة إن قاضي الطلب الأصلي هو قاضي الطلبات العارضة<sup>(١)</sup> تلك هي قاعدة عامة وقديمة (le juge de demande principe est le juge de demandes incidents) ، ومؤدي هذه القاعدة أنه حالة أن يجذب الطلب الأصلي طلباً عارضاً إما لصفة في موضوع الدعوى تجعله غير قابل للتجزئة، وإما لوجود صلة ارتباط موضوعي لعلاقة الفرع بأصله، أو للرابطة الأصلية للأشياء المتنازع عليها، فيتولد عن أي من هذه الصفة، أو تلك الصلة ارتباط آخر هو ارتباط إجرائي بشأن مسألة إجرائية هي مسألة الاختصاص، فينقصد الاختصاص بالطلب العارض لمحكمة الطلب الأصلي، وذلك بامتداد اختصاص محكمة الطلب الأخير نوعياً وقيماً بالطلب الأول.

هذه القاعدة وإن كان يعمل بعموميتها في شأن المحكمة الابتدائية الثلاثية، فعلى العكس لا يعمل بها في شأن المحكمة الابتدائية الفردية إلا إذا كانت الأخيرة مختصة بالطلب العارض أو المرتبط نوعياً وقيماً، والا قضت المحكمة الفردية بإحالة الطلب العارض إلى محكمة الطلب الأصلي، وهي إحالة ليست للارتباط<sup>(٢)</sup> وإنما إحالة إلى عدم الاختصاص وفقاً للمادة (١١٢) إجراءات مدنية عماني، ١١٠ مرافعات مصري، ٩٦ / ٢ مرافعات فرنسي، وهي إحالة مقيدة بالا يترتب عليها نتيجة الفصل بين الطلبين الأصلي والعارض ضرر بسير العدالة.

أما إذا ترتب على هذا الفصل ضرر بسير العدالة كانت الإحالة لعدم الاختصاص هي الأخرى غير قائمة، لذا كانت محاولة المشرع المصري والفرنسي لمواجهة هذا الفرض قد بلغت مداها، بنصهما صراحة على وجوب إحالة الدعوى بطلبها الأصلي والعارض

(١) في قاعدة قاضي الدعوى هو قاضي الدفع وتاريخها، انظر: إبراهيم، محمد محمود: (١٩٨٤) النظرية MYGUET (j.) (1995) Demande additionnelle.jur.class.pr.civ. fasc.127

(٢) لأن الإحالة للارتباط تستلزم اختصاص محكمتي الإحالة بالدعوى، انظر: هيكل، على (٢٠٠٧) الدفع بإحالة الدعوى في قانون المرافعات، دار المطبوعات الجامعية ص ٥٤٣ وما بعدها، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية ص ٣٨٧ وما بعدها هندي، أحمد، ارتباط الدعوى والطلبات ص ١٧٧ وما بعدها، قانون المرافعات ص ٢٩٥، راغب، وجدي: (٢٠٠١) مبادئ القضاء المدني. الطبعة الثالثة. دار النهضة العربية. ص ٢٥٦.

لعدم الإضرار بسير العدالة تطبيقاً لنص المادتين (٢/٤٦) مرافعات مصري، ٣٨ مرافعات فرنسي، وكذلك هو ما كان يعتمده المشرع العماني قبل الغاء المادة (٤٠) إجراءات مدنية، بموجب المرسوم السلطاني ٢٠٠٥/٩٢. وعليه إذا كانت الإحالة لعدم الاختصاص غير قائمة، فما هو سبب إحالة الدعوى بطليها الأصلي والعارض وفقاً لنص هاتين المادتين الواردتين في كل من القانون المصري والفرنسي؟ فإذا انتهى إلى أن هذا السبب هو عدم الإضرار بسير العدالة، فهل يمكن وضع ضابط لهذا السبب؟ وما الشروط الموضوعية الواجب توفرها لهذه الصورة من صور الإحالة؟ وما قد تثيره هذه الإحالة من مسائل إجرائية.

### إشكالية الدراسة:

محاولة البحث عن سبب إحالة الدعوى بطليها الأصلي والعارض من المحكمة الابتدائية الفردية إلى المحكمة الثلاثية حالة عدم اختصاص المحكمة الأولى بالطلب العارض وكان في إحالتها لهذا الطلب وحده لعدم الاختصاص ضرر بسير العدالة، فتحيل المحكمة الفردية الدعوى بحالتها، الطلب الأصلي والعارض إلى المحكمة الثلاثية لعدم الإضرار بسير العدالة.

### سبب اختيار الدراسة وأهميتها:

تمثل دراسة إحالة الدعوى القضائية لعدم الإضرار بسير العدالة أهمية بالغة من الناحيتين العلمية والعملية، فمن الناحية العلمية: تشكل الدراسة محاولة للكشف عن سبب جديد لإحالة الدعوى يضاف إلى الأسباب الأخرى التي اعتمدها المشرع العماني وفقاً للمواد (١١٢، ١١٣، ١١٤) إجراءات مدنية، أسوة بغيره من التشريعات الإجرائية الأخرى لا سيما المصري والفرنسي، ولا يخفي على أحد أهمية الكشف عن مثل هذه النظريات الإجرائية، فهي وكما قيل - بحق<sup>(٣)</sup> - تعبير عن تطور العلم الإجرائي ليلحق بسائر العلوم القانونية

(٣) راغب، وجدي نحو فكرة عامة للقضاء الوقتي في قانون المرافعات مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة عين شمس، السنة ١٥، العدد الأول يناير ١٩٧٣، ص ١٦٧ وما بعدها، هيك، علي: (٢٠٢٢) النزول عن الحكم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ص ١٤.

الموضوعية كفه قانون المعاملات المدنية والقانون التجاري، والتجارة الإلكترونية وغيره، وهي -النظريات الإجرائية - إذ تتسق مع القواعد الإجرائية وتكشف منطقها الخاص تيسر السيطرة على زمام هذه القواعد، تفسيراً وتطبيقاً، بل تطويراً.

أما من الناحية العملية: فالإضرار بسير العدالة، هو مظهر للعدالة في وجهها السلبي، هذا المظهر هو ما تسعى التشريعات المعاصرة جاهدة عن طريق محاكمها على الوقاية منه أو على الأقل تلافيه في مستهل تكونه فأوجبت هذه التشريعات على تلك المحاكم كلما بدا لها هذا الإضرار أن تدرأه في مستهل تكونه بما يسره لها القانون من سبل، وبالرغم ما لهذه الدراسة من أهمية تتوازي جانبها العملي فيها مع جانبها العلمي، فإنها لم تلق ما تستحقه من عناية واهتمام، حتى أن المشرع العماني ألغى النص التي كانت تنتظم فيه هذه الدراسة، بموجب المرسوم السلطاني ٢٠٠٥/٩٢، في حين أن أهميتها تقتضي العودة مرة أخرى لهذا النص، وهو ما سوف تنتهي -إلى ضروريته- هذه الدراسة، ولذا فإن الحاجة إليها تفرض نفسها على بساط البحث من ضرورة معالجتها والاهتمام بها.

### منهج الدراسة:

اعتمدت الدراسة على المنهج المقارن، الوصفي والتأصيلي الوصفي بتحليل النصوص القانونية المقارنة، والتأصيلي في القانون العماني ومدى تطبيق هذه الصورة من صور الإحالة في هذا القانون.

### خطة الدراسة:

تتنظم هذه الدراسة في مبحثين متعاقبين نستعرض في أولهما: تحديد سبب إحالة الدعوى بطليها الأصلي والعارض من المحكمة الابتدائية الفردية إلى المحكمة الثلاثية ومحاولة ضبط هذا السبب، والثاني: الشروط الموضوعية للإحالة لعدم الإضرار بسير العدالة وما قد تثيره هذه الإحالة من مسائل إجرائية.

فالنظريات الإجرائية شأن كل النظريات العلمية، لا يمكن أن تحقق الثمرة المرجوة منها، إلا إذا عبرت عن الواقع، فاستمدت مادتها من القواعد الوضعية والتطبيقات القضائية، ثم يأتي دور الفقه ليكشف ويصوغ منطق هذه القواعد وتلك التطبيقات، وجدي راغب: الإشارة السابقة.

## المبحث الأول

# حول تحديد سبب إحالة الدعوى بطليها الأصلي والعارض من المحكمة الابتدائية الفردية إلى الثلاثية ومحاولة ضبط هذا السبب

## المطلب الأول

# حول تحديد سبب إحالة الدعوى بطليها الأصلي والعارض من المحكمة الابتدائية الفردية إلى الثلاثية

تمهيد:

لم يتفق الفقه حول رأي معين بشأن سبب هذه الصورة من صور إحالة الدعوى، ولتعدد الآراء بخصوص هذا السبب، الأمر الذي يقتضي التعرض إليها للوقوف على سبب إحالة الدعوى بطليها الأصلي والعارض معاً من المحكمة الابتدائية الفردية إلى المحكمة الثلاثية، ذلك على النحو الآتي:

١. عدم الاختصاص يعد سبب إحالة الدعوى بطليها الأصلي والعارض: الاتجاه وتقديره: يذهب بعض الفقه<sup>(٤)</sup> بقوله إن المحكمة الابتدائية الفردية حالة أن تقضي بإحالة الدعوى بطليها الأصلي والعارض لعدم الإضرار بسير العدالة فذلك يكون لعدم الاختصاص، لأن شأن ذلك هو ما ينسجم مع المادة (١١٠) مرافعات مصري ١١٢ إجراءات مدنية عماني، فتقضي المحكمة الفردية بإحالة الطلبين معاً لعدم الاختصاص. فيستخلص من هذا القول إن سبب الإحالة في الصورة التي نحن بصددنا هو عدم الاختصاص، أو على الأقل إن هذا القول يتناول الإحالة وفقاً لنص المادة (٤٦ / ٢) مرافعات مصري، ضمن حالات الإحالة وفقاً لنص المادة (١١٠) مرافعات مصري، ١١٢ إجراءات مدنية عماني، وهي الإحالة لعدم الاختصاص.

(٤) يونس، محمود مصطفى: (١٩٩٨) نظرات في الإحالة لعدم الاختصاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ١٣٠ - ١٣١، بند ٦٩ وما بعده.

ويؤكد ما ذهب إليه هذا الفقه بقوله إن إحالة الدعوى بطلبها الأصلي العارض لا يمكن أن تكون للارتباط، لأن الإحالة للارتباط تكون لدعويين رفعت كل منهما بصفة أصلية أمام المحكمة المختصة بها من جميع الوجوه، في حين أن إحالة الطلب العارض لا يكون لمحكمة الطلب الأصلي والمختصة به.

في الحقيقة إن هذا القول يتعارض مع صراحة نصوص المواد (١١٢) إجراءات مدنية عماني ١١٠، ٢/٤٦ مرافعات مصري، والتي تعالج المادة الأولى والثانية لسبب عدم اختصاص أحد فرضي الإحالة الواردة تطبيقاً للمادة الثالثة، وهو فرض إذا كان الفصل بين الطلبين الأصلي والعارض لا يترتب ضرر بسير العدالة، فتحيل المحكمة الابتدائية الفردية الطلب العارض وحده وفقاً لنص المادة (١١٢) إجراءات مدنية عماني ١١٠ مرافعات مصري<sup>(٥)</sup>.

أما الفرض الثاني وهو حالة أن يترتب على الفصل بين الطلبين ضرر بالعدالة فلم تعالجه المادة (١١٢) إجراءات مدنية عماني ١١٠ مرافعات مصري وإنما تعالجه المادة (٢/٤٦) مرافعات مصري ولسبب آخر خلاف عدم اختصاص، والتي بمقتضى هذه المادة تتخلي المحكمة الابتدائية الفردية عن الطلب الأصلي المختص به لمصلحة العدالة، دون أن تقضي فيه بعدم الاختصاص وإلا عدت منكراً للعدالة.

والقول بأن إحالة المحكمة الابتدائية الفردية للطلبين معاً حالة كون الفصل بينهما يترتب ضرر بسير العدالة بسبب عدم الاختصاص قول يخلط بين حالة تخلي المحكمة الفردية عن الطلب الأصلي المختصة به هو الآخر لمصلحة العدالة، وبين حالة عدم اختصاصها بهذا الطلب أصلاً، وقضائها فيه بعدم الاختصاص، وكل من التخلي عن

(٥) في إحالة الطلب العارض وحده لعدم اختصاص من المحكمة الابتدائية الفردية إلى الثلاثية، هيكل، على: الدفع بإحالة الدعوى، ص ٢٩٤ وما بعده. الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية العماني، ص ٣٧٩ وما بعدها.

الاختصاص لمصلحة العدالة، والقضاء بعدم الاختصاص جد مختلفين<sup>(٦)</sup> (٧)، ومنشأ ذلك هو لاختلاف السبب.

فضلا عن ذلك فإن من شأن هذا الرأي أن يجعل المحكمة الابتدائية الفردية في كل حالة يجذب أمامها الطلب الأصلي طلب عارض لا تختص به، وان لم يكون من شأن الفصل بين الطلبين يترتب ضرر بسير العدالة، إحالتها للطلبين معا مما يؤدي إلى سلب

(٦) في الاختلاف بين عدم الاختصاص والتخلي، انظر: عبدالعال، عكاشة، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية، ص ١٤٣ - ١٤٤، بند ٨٦. فرغلي، أحمد عبد المقصود (٢٠٢٠) التخلي عن الاختصاص القضائي الدولي الثابت للمحاكم الوطنية. المجلة القانونية مجلة تصدرها كلية الحقوق جامعة القاهرة فرع الخرطوم، المجلد ٧، العدد ٨ مايو ٢٠٢٠، ص ٢٩٩ وما بعدها.

(٧) ويؤكد الاختلاف الوارد بالمتن ما نصت عليه المادة (٢٣) من قانون الإجراءات الجزائية العماني بقولها: "تفصل المحكمة في ذات الحكم الذي تصدره في الدعوى العمومية في طلبات التعويض المقدمة لها من الخصوم، وإذا رأت أن الحكم في الدعوى المدنية يترتب عليه تأخير الفصل في الدعوى العمومية فلها أن تحكم في الدعوى العمومية وحدها وتؤجل النظر في الدعوى المدنية أو تحيلها إلى المحكمة المدنية المختصة". وإحالة المحكمة الجزائرية للدعوى المدنية إلى المحكمة المدنية مقيد ووفقا لصراحة المادة بأمرين أولهما أن تكون المحكمة الجزائرية مختصة أصلا بنظر الدعوى المدنية، وثانيهما أن يسبب الحكم في الدعوى المدنية تأخير الحكم في الدعوى العمومية. ووفقا لهذين الأمرين وطبقا لما اعتمده الفقه والقضاء إن إحالة المحكمة الجزائرية للدعوى المدنية إلى المحكمة المدنية في هذا الصدد ليست إحالة لعدم الاختصاص، وإنما تخلي عن الاختصاص بالدعوى المدنية إلى المحكمة المدنية، والتخلي على خلاف عدم الاختصاص، فاذا قضت المحكمة الجزائرية بعدم الاختصاص في هذا الصدد عد قضاءها خاطئاً. انظر في تفصيل ذلك: المرصفاوي، حسن صادق (١٩٩٧) الدعوى المدنية أمام المحاكم الجنائية منشأة لمعارف مصر ص ٤٨٣ - ٤٩٢، بند ٢٢٧ وما بعده. أبو عامر، محمد زكي (١٩٩٤) الإجراءات الجنائية منشأة المعارف، مصر ص ٥٤٥ - ٥٤٦، بند ٢٥١ والأحكام المشار إليها لديه. الهواوشة، أيمن نواف شريف، (٢٠١٢) العدالة والادعاء المباشر. مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، حقوق اسكندرية، عدد خاص، مؤتمر "العدالة بين الواقع والمأمول" ج ٢ ص ١١١٩ وما بعدها. وقضي تطبيقاً لذلك "فاذا كانت المحكمة الجنائية قد تخلت عن الدعوى المدنية للقضاء المدني على أساس أن الفصل فيها يحتاج لتحقيق لا يتسع له وقت المحكمة، وهذا التخلي يكون قد تم في حدود ما رخص به القانون، ولكن إذا كانت المحكمة قد قضت في هذه الحالة بعدم الاختصاص فإنها تكون قد أخطأت وكان عليها إحالة الدعوى إلى المحكمة المدنية" نقض جنائي مصري ٨ / ٥ / ١٩٥٣، المكتب الفني المجموعة ٤ قاعدة ٣١١.

اختصاصها الأصلي وهو ما لا يجوز<sup>(٨)</sup>، فلا يجوز أن يكون عدم الاختصاص سببا لإحالة الدعوى بطلبها الأصلي والعارض.

## ٢. عدم التجزئة كسبب لإحالة الدعوى بطلبها الأصلي والعارض: الاتجاه وتقديره:

يذهب بعض الفقه<sup>(٩)</sup> بقوله إلى انه يتعين لكي تحال الدعوى بطلبها الأصلي والعارض معاً، من المحكمة الفردية إلى المحكمة الثلاثية أن توجد صلة بين الطلبين، وان تبلغ هذه الصلة مبلغ عدم التجزئة، وهي صلة أقوى من مجرد الارتباط البسيط، فإذا كانت الصلة بين الطلبين من قبيل الارتباط الأخير فصلت المحكمة الفردية في الطلب الأصلي وحده وإحالة الطلب العارض لعدم الاختصاص مادة (١١٢) إجراءات مدنية عماني، ١١٠ مرافعات مصري، أما اذا كانت الصلة من قبيل عدم التجزئة أحيل الطلبان معا للارتباط؛ لأن من شأن هذه الصلة أن تؤدي إلى استحالة أن يفصل في احد الطلبين بدون الآخر إلا بمعرفة محكمة واحدة، تفاديا لصدور أحكام متناقضة أو متعارضة يستحيل بعد ذلك تنفيذها.

في الحقيقة إن ما ذهب إليه هذا الفقه فضلا عن اشتراطه<sup>(١٠)</sup> لعدم التجزئة وهو ما

(٨) طعن مصري ٩٠/ ٣ ق نقض ١٠ / ٥ / ١٩٣٤. الموسوعة الذهبية الإصدار المدني، ج ٢، ص ٤٢٦، بند ٨١٦، نقض ٢٥ / ١٢ / ١٩٧٧، المكتب الفني المشار إليه.

(٩) سعد، إبراهيم نجيب (١٩٧٤) قانون القضاء الخاص، ج ١، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، ص ٤٤٠، بند ١٧٩.

(١٠) وما يؤدبه هذا الاشتراط من خلط بين فكرتي عدم التجزئة والارتباط، وما يربته هذا الخلط من آثار غير مسلم بها فقد تقضي المحكمة أن ما بين الطلبين هو عدم تجزئة في حين أنه ارتباط:

CA. angers 2 juill 1970. Gaz.pa. 1970.2.328

وقد تقضي بأنه ارتباط في حين أن هذه الصلة هي عدم تجزئة.

CA. com. Lyon. 17. Nov 1952. D. 1953. 141.

وقد تقضي المحكمة بوجود صلة بين طلبين دون أن تحدد.

cass civ 20 janv 1934 Gaz pal 1934 .1.211.

GILLET (2016) l.admissibilite restreinte des demandes incidents en degre d. appet ou la cenceinidentes du litige au service de la revalorization de la preoniere instance. annals deDroit de Louvain. vol 76.2016 p.262. n.34.

لا يشترطه المشرع<sup>(١١)</sup> في كافة حالات قبول الطلب العارض، يخلط بين الصلة التي جذب بمقتضاها الطلب الأصلي لمحكمته طلب عارض - وهي شرط قبول الطلب الأخير- وبين سبب إحالة الطلبين معاً لكون الفصل بينهما يرتب ضرر بسير العدالة، في حين إن هذه الصلة لم تتجاوز كونها شرط لقبول الطلب العارض، أما سبب إحالته مع الطلب الأصلي فهو شيء آخر خلاف هذه الصلة، فقد تبلغ هذه الصلة بين الطلبين مبلغ عدم التجزئة، ومع ذلك يتفق الأطراف<sup>(١٢)</sup> على تبويض الطلبين، فتتظر المحكمة الفردية طلبها الأصلي المختصة به، وتحيل الطلب العارض لعدم الاختصاص وفقاً لنص المادة (١١٢) إجراءات مدنية عماني، ١١٠ مرافعات مصري، كما لو قضت المحكمة الفردية بعدم قبول الطلب الأصلي بفسخ العلاقة الإجارية وإحالة طلب تثبيت الملكية إلى المحكمة الابتدائية الثلاثية.

أو على العكس من ذلك قد تكون الصلة بين الطلبين هي صلة ارتباط ولكن من شأن الفصل بين الطلبين يضر بمصلحة أحد الخصوم، بأن يؤثر هذا الفصل على قدرته

(١١) فالمشرع المصري وإن اشترط أن تبلغ الصلة مبلغ عدم التجزئة في حالتين من بين حالات قبول الطلب العارض مادة (١٢٤ / ٢)، (١٢٥ / ٣) مرافعات، فهو لم يشترطها في غيرها؛ لأن الإضرار بالعدالة قد يتحقق لمجرد الفصل بين الطلبين دون أن تبلغ الصلة بينهما مبلغ عدم التجزئة. هذه الصلة هي التي يظهرها المشرع الفرنسي على الإطلاق في النصوص التي عالجت الصلة بين الطلبات الأصلية والعارضة وفقاً لنصوص المواد (٤ / ٢)، (٧٠)، (٣٢٥) مرافعات، وعلى الرغم أنه أظهر هذه الصلة - عدم التجزئة - وآثارها في مواضع متعددة، وينصوص صريحة منها على سبيل المثال المواد (٥٥٢)، (٥٥٣، ٥٧١، ٥٨٤، ٥٨٩، ٦١٥، ٦٢٤) مرافعات. انظر في توضيح ذلك:

Genin-Meric, prec. Fasc. 212-2. No. 26

(١٢) فالالتزام وإن كان غير قابل للتجزئة بحسب طبيعة المحل، أو بحسب قصد المتعاقدين، فليس الالتزام في ذاته - هو الذي يكون قابل أو غير قابل للتجزئة، وإنما هو لا يكون كذلك، إلا وفقاً للمحل الذي يرد عليه أو لنية المتعاقدين، فقابلية أو عدم قابلية أي التزام للتجزئة، إذن تابعه لمحل هذا الالتزام، أو لنية المتعاقدين. انظر: النيداني، الأنصاري (١٩٩٨) مبدأ وحدة الخصومة في قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، مصر، ص ٤٢ وما بعدها، بند ٣٤ وما بعده. سليم، عصام (١٩٩١) عدم تفرقة التصرف القانوني رسالة الإسكندرية ص ٦٩٨ وما بعدها، بند ٥٧٣ وما بعده.

في الإثبات<sup>(١٣)</sup> فتضر العدالة بذلك، فالصلة بين الطرفين وإن كانت شرطاً لقبول الطلب العارض، فهي ليست سبباً لإحالته مع الطلب الأصلي ولو بلغت مبلغ عدم التجزئة. بل قد لا تبلغ الصلة بين الطرفين لا مبلغ عدم التجزئة، ولا حتي صلة الارتباط، ومع ذلك يقبل الطلب العارض كطلب المقاصة القضائية وفقاً لنص المادة (١٢٥ / ١) إجراءات مدنية، حيث يجيز القانون للمدعي عليه إبداء هذا الطلب ولو لم يكن هناك ارتباط من حيث الموضوع أو السبب بين المدعي ودين المدعي عليه، وذلك حتي<sup>(١٤)</sup> يتقاضي الحكم عليه بطلبات المدعي كلها أو ببعضها في الوقت الذي يكون هذا المدعي مديناً له، فإذا ما فصل بين الطرفين فحتماً سوف يلحق ضرر بأحد الخصوم والتي به تتأذي العدالة رغم انعدام الرابطة الموضوعية بين الطرفين.

فالصلة بين الطرفين الأصلي والعارض ولو لمجرد أن يتقاضي أحد الخصوم بها من الحكم عليه بطلبات الأخر، بل ولو بلغت هذه الصلة مبلغ عدم التجزئة فهي شرط لقبول الطلب العارض وليست سبب إحالته مع الطلب الأصلي وفقاً لنص المادة (٢/٤٦) مرافعات مصري، ٣٨ مرافعات فرنسي، ٤٠ إجراءات مدنية عماني ملغاة.

٣. الارتباط ولو بسيط يعد السبب لإحالة الدعوى بطلبها الأصلي والعارض: الاتجاه وتقديره:

يذهب بعض الفقه بقوله<sup>(١٥)</sup> أنه يتعين على المحكمة الفردية بمجرد أن يطرح أمامها طلباً عارضاً لارتباطه بالطلب الأصلي، وكان هذا الطلب لا يدخل في اختصاصها، أي كان مقدم هذا الطلب، التنازل عن نظرها للنزاع برمته للمحكمة الابتدائية الثلاثية،

<sup>(١٣)</sup> والي، فتحي، (٢٠١٧) المبسوط في قانون القضاء المدني ج ١ دار النهضة العربية، مصر، ص ٦٥٥ وما بعدها.

<sup>(١٤)</sup> راغب، وجدي مبادئ القضاء، ص ٤٨٣ والأحكام المشاركة لديه. نقض ٢٥ / ٦ / ١٩٥٩، مجموعة الأحكام ١٠، ص ٥١٩، استئناف مصر، ٨ / ٤ / ١٩٤٧، المحاماة ٣١، ص ٣٥٣.

<sup>(١٥)</sup> هندي، أحمد: ارتباط الدعاوى والطلبات، ص ٢٤٦-٢٤٩. أبو الوفا، أحمد: نظرية الدفع، بدون تاريخ نشر، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ص ٢٩٩ وما بعدها

SIEDLECKI(L.) (1937): les demande reconventoinelles. R.T. D.civ. p.780. GILLIET: ap.cit. p285 n.83 ets.

لكون الهدف الأساسي من وجود الارتباط ولو بسيطاً هو تجنب صدور أحكام لا توافق بينها، والوقاية من عدم توافقها لا يتأتى إلا بإحالة الطرفين معاً للارتباط، لتفصل في الطرفين معاً محكمة واحدة، لأن الإضرار بسير العدالة والمنصوص عليه وفقاً لنص المادة (٢/٤٦) مرافعات مصري، (٣٨) مرافعات فرنسي، لا يتحقق في جميع الأحوال إلا كنتيجة للفصل بين الطرفين الأصلي والعارض.

في موضع سابق<sup>(١٦)</sup> قلنا إن إحالة المحكمة الابتدائية الفردية للدعوى بطليها الأصلي والعارض بمجرد أن يطرح أمامها الطلب الأخير هو ما يتعارض مع نصوص تشريعية صريحة وقواعد قانونية معتمدة. أما كون هذه الإحالة لسبب الارتباط هو ما لا نعتقد في صحة تصويره ولا في دقة أساسه.

فمن جانب: إذا كانت إحالة الدعوى للارتباط<sup>(١٧)</sup> تستلزم ضرورة اختصاص محكمتي الإحالة بالدعوى القائمة أمامها من جميع الوجوه بما فيه الاختصاص المحلي وإلا قضت بعدم اختصاصها دون الإحالة للارتباط، فهذا الشرط يفتقد بصدد إحالة المحكمة الفردية للدعوى بطليها الأصلي والعارض وفقاً لنص المادة (٢ / ٤٦) مرافعات مصري، ٣٨ مرافعات فرنسي، وذلك لعدم اختصاص كل من محكمتي الإحالة وفقاً للمادة السابقة بشق من الدعوى، فالمحكمة الفردية غير مختصة بالطلب العارض، والمحكمة الثلاثية غير مختصة بالطلب الأصلي، فضلاً على عدم وجود<sup>(١٨)</sup> دعوى مطروحة أمام المحكمة الأخيرة حتى يجمع أمامها للدعويين للارتباط، وعليه فانقضاء هذا الشرط يفتقد معه أن تكون إحالة الدعوى بطليها الأصلي والعارض لسبب الارتباط، ولذا قيل<sup>(١٩)</sup> - وبحق - إن السماح للمدعي عليه بإقامة دعوى فرعية مرتبطة بالدعوى الأصلية المرفوعة، لا تعد أن تكون في جوهرها تطبيقاً لامتداد الاختصاص بسبب الارتباط، بدليل إن الارتباط لم يمكن

(١٦) انظر فيما سبق ص ٣.

(١٧) هيكل، على الدفع بإحالة الدعوى ص ٥٤٣ وما بعدها. والي، فتحي: المرجع السابق ص ٦٥٦، هندي، أحمد، قانون المرافعات ص ٢٩٥.

(١٨) هيكل، على: المرجع السابق ص ٥٤٤ بند ٥٣٧.

(١٩) جلاسون موريل، تعليقات بلاجي على المادة ٣٣٥ مختلط. مشار إليه لدى: فهمي، محمد حامد (١٩٤٠) المرافعات، المدنية والتجارية، مطبعة فتح الله الياس نوري، مصر ص ٥٢٠، بند ٤٨١.

المحكمة الفردية من نظر الطرفين معاً، وقضى تطبيقاً لذلك<sup>(٢٠)</sup> "بأن لا يمكن أن يكون هناك إحالة للدعوى بسبب الارتباط، إلا بالنسبة إلى الطلبات المرتبطة، والتي تكون كل من هذه الطلبات منظورة أمام قضاء مختصة به من جميع الوجوه".

ويؤكد وجهة نظراً، ما انتهى إليه الفقه محل النظر، بأن الارتباط بصدد إحالة الدعوى بطليها الأصلي والعارض لا يتجاوز كونه شرطاً لقبول الطلب العارض أمام المحكمة الفردية وهو شأن<sup>(٢١)</sup> ما استقر عليه الفقه والقضاء واعتمده التشريع المقارن في كون الارتباط شرطاً لقبول الطلب العارض أمام المحكمة الابتدائية الفردية.

ويتكامل مع الجانب الفائق، جانب ثان يؤكد إن سبب إحالة الدعوى بطليها الأصلي والعارض ليس الارتباط، لأن الأخير<sup>(٢٢)</sup> كسبب لإحالة الدعوى تطبيقاً لنص المادة (١١٤) إجراءات مدنية عماني، ١٢٢ مرافعات مصري، ١٠١ مرافعات فرنسي للمحكمة إزاء إثارته والتمسك بسلطة تقديرية واسعة<sup>(٢٣)</sup>، في قضائها بالإحالة من عدمه على العكس تتعدم هذه السلطة<sup>(٢٤)</sup> إذا كانت الإحالة في صورتها المنصوص عليها بالمادة (٢ / ٤٦) مرافعات مصري، ٣٨ مرافعات فرنسي، مما يكشف الاختلاف في سلطة المحكمة إزاء إثارة سبب أي من صورتها الإحالة عند الاختلاف في السبب، وأن السبب بصدد إحالة المحكمة الفردية

(20) Cass. Civ. 7. Aout. 1941. s. 1. 189

وفي هذا الصدد تقول محكمة النقض المصرية - دائرة جنائية - "أنه لا تثريب على محكمة الجنايات إذا ما أمرت بفصل الجنائية عن الجنحة، واستبقت الجنائية ثم حكمت فيها وحدها متى رأت أن الارتباط التي أحيلت بسببه الجنحة إليها لا يستلزم لحسن سير العدالة أن تنظرها مع الجنائية" نقض جنائي ٤ فبراير ١٩٤٦، مجموعة القواعد القانونية، ج ٧، ص ٧٢، رقم ٧٧.

(٢١) في الارتباط كشرط لقبول الطلب العارض هيكل، على المرجع السابق ص ٥٠٦ وما بعدها.

(٢٢) في الارتباط كسبب لإحالة الدعوى انظر هندي أحمد، قانون المرافعات ص ٢٩٤، هيكل علي، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية ص ٤٣٥ وما بعدها.

(٢٣) هندي، أحمد: ارتباط الدعاوى والطلبات ص ١٨٨.

(٢٤) وإن اختلف موقف المشرعين المصري والفرنسي إزاء سلطة المحكمة الجزئية حالة توافر سبب إحالة الدعوى وفقاً لنص المادة (٢ / ٤٦) مرافعات مصري، (٣٨) مرافعات فرنسي، انظر: في هذا الموقف: هيكل، علي: المرجع السابق ص ٦٠٢ وما بعدها.

للدعوى بطليبيها الأصلي والعارض يتجاوز مجرد كونه الارتباط، فإن كان الأخير شرط لقبول الطلب العارض أمام المحكمة الفردية، إلا أنه ليس سبب لإحالة الطلبين معاً. وأخيراً، لو أن الارتباط هو سبب إحالة الدعوى بطليبيها الأصلي والعارض، لكان بإمكان المشرع الإجرائي احتواء الإحالة في هذه الصورة ضمن الإحالة في صورتها للارتباط ونص على الإحالة في صورتها، بالمادة (١١٤) إجراءات مدنية عماني، ١١٢ مرفعات مصري، ١٠١ مرفعات فرنسي، ولكن معالجة المشرع سواء المصري أو الفرنسي إحالة الدعوى بطليبيها الأصلي والعارض حالة أن يرتب الفصل بينهما ضرر بسير العدالة بنصوص مستقلة عن الإحالة في صورتها للارتباط، يدل به على اختلاف سبب الإحالة في صورتيهما، فالارتباط وإن عد شرطاً لقبول الطلب العارض أمام محكمة الطلب الأصلي، فليس سبب إحالة الطلبين معاً، تطبيقاً لنص المادة (٢/٤٦) مرفعات مصري، ٣٨ مرفعات فرنسي.

#### ٤. الإضرار بسير العدالة سبب إحالة الدعوى بطليبيها الأصلي والعارض:

الارتباط الموضوعي داخل المراكز الموضوعية لعناصر الطلبين الأصلي والعارض، ولذا ارتباطاً آخر إجرائياً، أتيح به مكنة طرح الطلب العارض أمام محكمة الطلب الأصلي ولو كانت محكمة الأخير غير مختصة به، ومع إنتاج الارتباط الأخير لأثره، ممثلاً هذا الأثر في قبول المحكمة الفردية للطلب العارض، هذا الأثر ولدا عنه أثار إجرائية أخرى قيدت من سلطة هذه المحكمة حالة عدم اختصاصها بالطلب العارض من عدم نظرها حتي فيما تختص به، إذا كان من شأن نظرها فيما تختص فيه وحده يؤدي إلى تشردم عناصر النزاع للطلبين، وعلى نحو يصعب الفصل في أحدهما دون أن يحمل على الآخر وإلا أصيبت العدالة بضرر، فتتحول كافة المراكز الإجرائية للطلبين معاً الأصلي والعارض بإحالتهم إلى المحكمة الثلاثية لعدم تحقق هذا الضرر.

فالإضرار بالعدالة هو الذي ألمي على القاضي الفردي ضرورة إحالة الطلب العارض أو المرتبط إلى المحكمة المختصة به وفقاً للقواعد العامة، وهو نفسه الذي أدى إلى إحالة

الطلب الأصلي هو الآخر إلى محكمة الطلب الأول رغم<sup>(٢٥)</sup> عدم اختصاصها به نوعياً وقيماً.

فالمعول عليه للقضاء<sup>(٢٦)</sup> بإحالة الطلبين الأصلي والعارض وفقاً لنص المادة (٢/٤٦) مرافعات مصري، ٣٨ مرافعات فرنسي لا يمكن أن يجد تبريره إلا في إطار مظهر من مظاهر الإضرار بالعدالة، فتوجد العدالة في مظهر من مظاهر الإضرار بها<sup>(٢٧)</sup> يعد مبرراً للكشف عن وجه جديد لامتداد الاختصاص، فالمحكمة الابتدائية الثلاثية المحال إليها والتي لم تكن مختصة بالطلب الأصلي لاختصاص المحكمة الفردية، تصير مختصة بالتبعية لاختصاصها بالطلب العارض، ومن ثم فقاضي الفرع يصبح قاضياً للأصلي.

فالعدالة في مظهر من مظاهر الإضرار بها تعد سبباً لامتداد الاختصاص، وذلك بإحالة الدعوى بطلبها الأصلي والعارض من المحكمة الفردية إلى المحكمة الثلاثية، وشأن

(٢٥) طعن مدني مصري ٢٥٣ / ٣٠ ق نقض ٢٥ / ١٢ / ١٩٦٣، المكتب الفني المجموعة ١٤، ص ١١٩٧، طعن مصري ٨٦ / ٣٠ ق نقض ١٣ / ١٢ / ١٩٦٤، المكتب الفني المجموعة ١٥، ص ١٢١١، طعن مدني مصري ٤٤٦ / ٣١ ق نقض ١٦ / ٢ / ١٩٦٦، المكتب الفني المجموعة ١٧، ص ٣١٤.

(٢٦) العشماوي، محمد وعبد الوهاب (١٩٥٧) قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، ج ١، ص ٤١٤، بند ٣١٩، بند ١٨٣. والي فتحي، (١٩٩٣) الوسيط، في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، مصر. ص ٢٧٢. جميعي، عبد الباسط، (١٩٧٥) نظرية الاختصاص في قانون المرافعات الجديد وتعديلاته، دار الفكر العربي، ص ٤٠، نبيل عمر، (١٩٩٤) الارتباط الإجرائي في قانون المرافعات، منشأة المعارف، ص ٥٢ وما بعدها، بند ٢٧، ص ١٠٥، بند ٦٩، ص ٢١٧ - ٢١٨، بند ١٦٤. الهدر الإجرائي (١٩٩٩) دار الجامعة الجديدة، ص ١٦، سقوط وتصاعد وتحول المراكز الإجرائية، (١٩٩٩) ص ٥٦، بند ٣٣، النمر، أمينة قوانين المرافعات، (١٩٨٢) مؤسسة الثقافة الجامعية الكتاب الأول، ص ٥٨٢، بند ٢٦٠، زغول، أحمد ماهر دعوى الضمان الفرعية، دار النهضة العربية، بدون تاريخ نشر، ص ١٤١ وما بعدها، بند ١٣٧.

Giverdon, competence. Ency. Dalloz. Pr. .solus et prrot, op. cit. p. 577. No. 526 Civ. 1978. P. 14.

مع ملاحظة أن المادة (٣٨) مرافعات فرنسي لم يدخل عليها أي تعديلات من وقت إصدارها بموجب قانون المرافعات الحالي انظر:

LEGIARTI:le gi france.gouv.fr/codes/id/.

(٢٧) انظر فيما يلي ص ١١ وما بعدها.

هذا السبب هو ما صادف به اعتماداً ثابتاً من جانب المشرع الإجرائي بصراحة نص المادة (٢/٤٦) مرافعات مصري، ٣٨ مرافعات فرنسي، وقضي تطبيقاً لذلك<sup>(٢٨)</sup> "على المحاكم كلما بدا لها احتمال وقوع التناقض بين الأحكام أن تدرأه بما يسره لها القانون من سبل ... وذلك كله جمعاً لشتات المنازعات المتداخلة تيسيراً للفصل فيها جملة واحدة"، وتحقيقاً للعدالة الشاملة، وتوقياً من تضارب الأحكام، ولو كان على حساب بعض قواعد الاختصاص النوعي والقيمي والتي هي في الأصل من النظام العام، على نحو ما أوجبه المادة (٤٦) مرافعات مصري، على المحكمة الفردية من التخلي عن الحكم في الطلب الأصلي الداخل في اختصاصها، إذا كان من شأن فصله عن الطلب العارض أو المرتبط يضر بسير العدالة، ويوجب عليها إحالة الدعوى برمتها إلى المحكمة الثلاثية لتحكم في الطلبين معاً بحكم واحد، فإحالة الدعوى بطلبها الأصلي والعارض مرجعه إلى عدم الإضرار بسير العدالة، حالة تواجد العدالة في مظهر من مظاهر الإضرار بها، فتواجد العدالة في مظهر من ذلك، هو الذي أملي على القاضي الفردي إحالة الطلبين معاً إلى المحكمة الابتدائية الثلاثية بقصد وحدة الحكم الذي يصدر في الطلبين، فالأساس الفني للإحالة -بصد هذه الصورة من صور إحالة الدعوى- هو الارتباط، أما سببها عدم الإضرار بسير العدالة والغاية منها هي وحدة الحكم في الطلبين معاً.

## المطلب الثاني

### محاولة البحث عن ضابط للإضرار بسير العدالة كسبب لإحالة الدعوى

الإضرار بسير العدالة يعد سبباً لإحالة الدعوى بطلبها الأصلي والعارض تطبيقاً لنص المادة (٢ / ٤٦) مرافعات مصري، ٣٨ مرافعات فرنسي، لكن محاولة البحث عن

<sup>(٢٨)</sup> طعن مدني مصري ١٠٤ / ٤٨ ق نقض ٥ / ١ / ١٩٨٠، المكتب الفني المجموعة ٣١، ص ٨٩. طعن مصري ١٣٢ / ٢١ ق نقض ٣ / ١٢ / ١٩٥٢، المكتب الفني المجموعة الرابعة، ص ٢٢٣، المحاماة السنة ٣٥ ع ٦، ص ١٠٦٨، حكم رقم ٤٥٣.

Paris 6 janv. 1993. Juris, Dala No. 020015 cete per Barrere. Fasc. 307. No. 152. Cass. Civ. 1. 18 avril. 1972 D. 1972. Somm. 192.

ضابط لهذا السبب، يعد بداية من الصعوبة على الأقل قبل أن نوضح فكرة العدالة ذاتها كعنصر من العناصر المكونة للقاعدة القانونية، موضوعية كانت أو إجرائية. فالمشرع الوضعي حينما يتصدى لبناء القاعدة القانونية موضوعية كانت أو إجرائية، فإنه دائماً يستلهم اعتبارات العدل وأيضاً ما تستلزمه فكرة العدالة من حسن سيرها وعدم الإضرار بها، لما للفكرتين - العدل والعدالة - من صفة جوهرية في تكوين هذه القواعد، وحاجة هذه القواعد ذاتها إلى عنصر مثالي فوق العنصر الواقعي، فإذا كانت فكرة العدل تعد الأساس المثالي للقاعدة القانونية، ففكرة العدالة عنصر من العناصر المكونة معه لهذه القاعدة، ويظهر ذلك حالة خروجها بالقاعدة القانونية من حيز الجمود المطلق التي تتصف به فكرة العدل، وحسب ظروف وملابسات كل قاعدة على حدة.

وإن كان موطن دراسة كل من الفكرتين العدل والعدالة، هو فلسفة القانون، والقانون الموضوعي<sup>(٢٩)</sup> فإننا لا نتناول من الفكرتين سوي فكرة العدالة كمدخل لمحاولة البحث حالة الإضرار بسيرها عن ضابط لهذا الإضرار، وعليه يتحدد موضوع هذا المطلب في فكرة العدالة كعنصر من العناصر المكونة للقاعدة القانونية أياً كان تصنيفها، ذلك في مسألة أولي، وفي مسألة ثانية: الإضرار بسير العدالة ومحاولة البحث عن ضابط لها.

### ١. فكرة العدالة كعنصر من العناصر المكونة للقاعدة القانونية:

تنص المادة (٢/١) مدني مصري، على اعتبار مبادئ القانون المدني وقواعد العدالة مصدراً احتياطياً يلجأ إليه القاضي في نهاية الأمر إذا لم يجد نصاً تشريعياً أو عرفاً، ولم يجد في مبادئ الشريعة الإسلامية حلاً للنزاع المعروض عليه، وهو ما أعتده المشرع الفرنسي وفقاً للمادة الرابعة من القانون المدني التي تبرر للقاضي إمكانية أن يحكم وفقاً لقواعد العدالة حالة عدم كفاية النص القانوني.

(٢٩) حول الدراسة التفصيلية للقانون الطبيعي انظر: كيرة، حسن (١٩٦٠/٥٩) أصول القانون دار المعارف، مصر، ص ١١٩ وما بعدها، تناغو، سمير، (١٩٨٦) النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف ص ١٣٠ وما بعدها، بند ٤٧ وما بعده. الجمال، مصطفى (٢٠٠٢) تجديد النظرية العامة للقانون، دار الفتح للطباعة والنشر، مصر، ص ٣٢٩ وما بعدها. فايد، عابد فايد، (٢٠١٢) العدالة في القانون المدني المجلة، مؤتمر "العدالة بين الواقع والمأمول" ج ٢، ص ٩٦١.

ZENTI (F.): le juge et l, equit (1985) ANN.Fac.lyon p.89

ووفقاً لصراحة النص، فإن كل من القانون الطبيعي وقواعد العدالة تعد مصدراً للقانون، كما أن قواعد العدالة مستقلة عن قواعد القانون الطبيعي، بدليل أن المشرع ألحق الأولي بالثانية دون أن يجمعهما في قاعدة واحدة غاية الأمر إن مبدأ العدل، وقواعد العدالة يجمعهما مبدأ المساواة في معاملة المخاطبين بأحكام القانون، وإن كانت المساواة التي يقوم عليها مبدأ العدل هي مساواة جامدة تبني على أساس الغالب في الحياة، فالمسألة التي تقوم عليها فكرة العدالة هي مساواة مجسمة واقعية تقوم على أساس التماثل في المعاملة للحالات المتماثلة، ولذا كان مبدأ العدل في ذاته مختلف عن فكرة العدالة والذي بصده وضعت الفكرة الأخيرة بمرونتها لتعالج جمود المبدأ.

وكان لمرونة الفكرة وجمود المبدأ أثر بالغ حتى في وضع تعريف جامع مانع<sup>(٣٠)</sup> لأي من الفكرة والمبدأ على نحو تعددت التعريفات التي قيل بها في شأنهما، فعرف العدل<sup>(٣١)</sup> بأنه المساواة الحسابية المطلقة، والتطبيق الكامل للقانون دون تمييز أو تقريب بين واقعة أو أخري، أو هو<sup>(٣٢)</sup> القانون الطبيعي الذي يجب أن توضع على أساسه القوانين الصادرة عن إرادة المشرع. فالعدل يقتضي إطاعة القوانين التي تسنها الدولة. أو هو في تصورنا ألا ينتقص من الشخص من اتصفه عدلاً.

أما فكرة العدالة فهي شعور يختلف بحسب البلاد والأشخاص أكثر من كونها فكرة ثابتة محددة، ولهذا فهي لا يقتصر دورها على أن تكون مصدراً للقانون، ولذا فهي تعني<sup>(٣٣)</sup>

(٣٠) فايد، عابد فايد، المقال السابق ص ٩٦٨ وما بعدها. كبيرة، حسن المرجع السابق، ص ١٩٠، بند ٨٦، عبد الرحمن، حمدي (١٩٧٩) فكرة القانون، دار الفكر العربي، مصر، ص ٢١٦ - ٢١٧. الإهواني، حسام الدين وحمدي عبد الرحمن، (١٩٩٦) أصول القانون، المدخل للقانون، بدون ناشر، ص ٢٩، بند ٣٢. مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني، ج ١، ص ١٨٨. الخطيب، محمد عارف (٢٠١٨) نظرية صحة العقد والاعتبار الموضوعي في التشريع المدني الفرنسي الجديد ج ٢ مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، يونيو ٢٠١٨، ص ٣٨٢.

(٣١) منصور، محمد حسين (٢٠٠٢) نظرية القانون، بدون ناشر، ص ٣٨١.

(٣٢) تناغو، سمير المرجع السابق، ص ١٣٣، بند ٤٨.

(٣٣) سلامة، أحمد عبد الكريم: نظرية العقد الدولي الطليق، دار النهضة العربية، ص ٢٨٧، بند ٣٠٣. فايد، عابد فايد، المقال السابق ص ٩٧٨ وما بعدها.

تحقيق التوازن الدقيق لنتائج النشاط الإنساني وفي الوقت نفسه التطلع نحو هذا التوازن والبحث عنه.

ومع ذلك، فهذه التعريفات وغيرها<sup>(٣٤)</sup> التي قيل بها في شأن المبدأ والفكرة، وكذا لو حاولنا نقدها، لا تعد إلا أن تكون مجرد تقريب بالفكرة والمبدأ إلى الأذهان؛ لأن كل منها<sup>(٣٥)</sup> في ذاته يستعصي على وضع تعرف محدد له، وإنما يتعال بعموميته وإطلاقه على كل ما قيل به في توضيح مدلوله، مما اقتضي الأمر الحد من إفراط هذه العمومية وذلك الإطلاق، وبصفة خاصة لمبدأ العدل في ذاته والتقرب به إلى الأذهان من خلال صورة المتعددة<sup>(٣٦)</sup> ليحقق التكافؤ بين الأفراد بوصفهم أفراداً - العدل الخاص - وبين تحقيق السيطرة للجماعة على الأفراد بوصفهم أعضاء في الجماعة خدمة للصالح العام - العدل العام - وفي خصوص فكرة العدالة فقد قال<sup>(٣٧)</sup> عنها الفيلسوف أرسطو: "إن مسألة العدالة يصعب لدي الوصول إلى الحقيقة الكاملة فيها".

<sup>(٣٤)</sup> في التعريفات المتعددة التي قيل بها في مبدأ العدل وفكرة العدالة انظر: فهمي، عبد العزيز مدونة جوستيان في القانون الروماني، ص ٥ وما بعدها، راغب، وجدي (١٩٧٤) نظرية العمل القضائي في قانون المرافعات، منشأة المعارف، ص ٣٤٧، الاهواني، حسام الدين، وحمدى عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ١٩٥، بند ٢٢٨، بهنام، رمسيس (١٩٩٧) علم النفس القضائي، منشأة المعارف، ص ٣٢٩، بند ١٢٣. سعد، إبراهيم نجيب (١٩٨١) قاعدة لا تحكم، منشأة المعارف ص ٥ وما بعدها، فايد، عابد فايد، المقال، الإشارة السابقة.

<sup>(٣٥)</sup> عبر بعض الفقه عن مبدأ العدل وفكرة العدالة "إن فوق القانون الوضعي الذي لا يرقى أبداً الى درجة الكمال هناك مثالية غامضة غير قابلة للتعريف يتجه إليها الأفراد، هذه المثالية رغم صعوبة الوصول إليها فإن أحد لا يقبل التخلي عنها، وهي بعد تعتبر عاملاً هاماً في تقدم الحياة القانونية" أولايون، مقال بعنوان تأملات عن القوة في القانون، منشور في دراسات أوروبية عام ١٩٦١، ج ١، ص ٣١، مشار إليه لدى الوكيل، شمس الدين. نظرات في فلسفة القانون، مقال منشور بمجلة حقوق الإسكندرية، السنة ١٢، ١٩٦٢، ١٩٦٣، ص ٧٥. الخطيب محمد عارف: الإشارة السابقة

<sup>(٣٦)</sup> حول الصورة المتعددة للعدل بين عدل تبادلي، وعدل توزيعي، وعدل جماعي، انظر: كيرة، حسن المرجع السابق، ص ١٩١ - ٢٠٠، بند ٨٧ - ٩٠. تناغو، سمير المرجع السابق، ص ١٤٢ - ١٥٢، بند ٥٣ - ٥٥.

<sup>(٣٧)</sup> مشار لأرسطو لدى سمير تناغو، المرجع السابق، ص ١٤١، بند ٥١.

وفي تصورنا إن كلا من جمود المبدأ ومرونة الفكرة على نحو يصعب ضبط مدلولهما، قد أسهم فيه كونهما تحت مسميات أخرى يوحي ظاهريا إننا إزاء أفكار أخرى خلاف كلاً من المبدأ أو الفكرة، في حين أننا أمام أي من المبدأ أو الفكرة.

فمبدأ العدل في ذاته قد يوجد تحت مسمي آخر على نحو يوحي ظاهريا إننا إزاء فكرة أخرى غير فكرة العدل في ذاته، لكن هذه الفكرة هي العدل في ذاته، أما تلك الفكرة الأخرى هي فكرة القانون، ومن ثم فهي فكرة جامدة تحتاج دائماً للحد من جمودها إلى فكرة العدالة، مما جعل الأخيرة تسهم في خلق القانون.

أما فكرة العدالة فقد توجد تحت مسمي آخر على نحو يوحي ظاهرياً أننا إزاء فكرة أخرى غير فكرة العدالة، لكن هذه الفكرة هي ، هي فكرة العدالة ، أما تلك الفكرة الأخرى هي فكرة النظام العام، لذا كانت فكرة العدالة فكرة مرنة نسبياً متطورة في الزمان والمكان، وتطور من خلالها قواعد القانون، والذي يقوم أساساً على مبدأ العدل في ذاته، لما يعد هو الأساس الذي تستمد منه القوانين قوتها الملزمة للأفراد، ففكرة العدالة في أي من تصورها تسهم في خلق وتطور القاعدة القانونية، مما يؤكد أن فكرة العدالة بجانب مبدأ العدل في ذاته تعد عنصراً جوهرياً في القاعدة القانونية موضوعية كانت أو إجرائية يتعين مراعاتها.

ومصدر هذا التأكيد يستدل عليه من التفرقة بين مبدأ العدل في ذاته وفكرة العدالة. فالقانون وإن كان وجوبياً<sup>(٣٨)</sup> يهدف إلى تحقق العدل، إلا أن العدل من حيث ارتباطه بالأخلاق يعد فكرة مجردة لا تراعي ظروف وملابسات كل واقعة على حدة، فتأتي فكرة العدالة لتراعي تلك الظروف وفق كل واقعة وملابساتها لتعد مكملة بمرونتها لتطبيق فكرة العدل في ذاته.

فالقانون الموضوعي لدينا يأخذ بالمبدأ العادل<sup>(٣٩)</sup> - العدل في ذاته - والذي ينص بأن: "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين" مادة (١٤٧) مدني مصري، ١/١١٣٤ مدني فرنسي، والمستفاد من المادة (١٦٧) من قانون المعاملات

<sup>(٣٨)</sup> منصور، محمد حسين المرجع السابق، ص ١٤٤، الخطيب، محمد عارف: الإشارة السابقة.

<sup>(٣٩)</sup> كيرة، حسن ص ٢٥ - ٢٦، بند ١١.

Cass.civ.28 mai 2008 Bull.civ 1.n.154.civ.15. fevr.2001 n98-20-817.Bull.civ. 111.n20.

المدنية العماني، ولكن قد تحدث ظروف استثنائية طارئة تجعل تنفيذ التزام المدين مرهقاً، وبالتالي يكون التمسك بالمبدأ العادل - العقد شريعة المتعاقدين - وإن كان يتفق مع المنطق إلا أنه به الشيء الكثير من التشدد الذي لا يتلاءم مع هذه الظروف الاستثنائية الطارئة، فتأتي فكرة العدالة لتراعي تلك الظروف الواقعية، ولذا نص المشرع المصري والعماني وفقاً للمادة (١/١٧٢) من القانون السابق "ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها إن الالتزام التعاقدى وإن لم يصبح مستحيلًا، وصار مرهقاً للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين إن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك".

وفي القانون الإجرائي لدينا يأخذ بالمبدأ العادل، والذي ينص على إن المحكمة الفردية تفصل في الطلب الأصلي المختصة به ، وتحيل الطلب العارض الذي جذبته إليها الطلب الأول لعدم اختصاصها بالطلب الأخير نوعياً أو قيمياً وفقاً لنص المادة (١١٠) مرافعات مصري تطبيقاً لنص المادة (٤٦) مرافعات، وهذا ما يقتضيه المبدأ العادل للقانون وبالتالي يمكن التمسك بالمبدأ العادل ليفصل بين الطلبين الأصلي والعارض، فتفصل المحكمة الفردية في الطلب الأصلي وتحيل الطلب العارض، إلا إن التمسك بمبدأ العدل في ذاته قد لا يتلاءم مع ما قد تصاب به العدالة من ضرر نتيجة الفصل بين الطلبين، حالة توجد العدالة في أي مظهر من مظاهر الإضرار بها، ولذا اقتضت العدالة لعدم الإضرار بها ووفقاً لظروف وملابسات كل دعوي على حده، إذا كان من شأن الفصل بين الطلبين يضر بها، إن تقضي المحكمة الفردية بإحالة الطلبين معاً لعدم الإضرار بالعدالة تطبيقاً لنص المادة (٢/٤٦) مرافعات مصري، ٣٨ مرافعات فرنسي، ٤٠ إجراءات مدنية عماني ملغاة.

ووفقاً لنصوص المواد (١٧٨، ١٨١) إجراءات مدنية عماني، ١٩١، ١٩٢ مرافعات مصري تختص المحكمة التي أصدرت الحكم بتصحيح وتفسير ما قد يقع فيه من غموض وإبهام وذلك وفقاً لما يقتضيه المبدأ العادل للقانون، ويكون ذلك محلاً للتمسك به من جانب صاحب المصلحة، ولكن هذا الشأن قد لا يعد ملائماً إذا ما طعن في الحكم، وعدم ملائمته

هو الإضرار بسير العدالة، فاقتضى القانون لعدم الإضرار بالأخيرة إن تظهر محكمة الطعن ما يحتاجه الحكم من توضيح وتفسير، وذلك مراعاة للظروف التي طرأت على الحكم لعدم الإضرار بسير العدالة.

وعلى هذا النحو، يصرح المشرع للقاضي بأن يصح تجاوز القاعدة القانونية في حالات معينة باسم العدالة -على نحو النصوص السابقة - ويقصد المشرع من هذه الاجازة تحقيق مرونة في إصدار الأحكام القضائية، وصولاً إلى عدالة حقيقة، ومع ذلك يظل القاضي بالرغم من التصريح التشريعي حذراً في التطبيق، إذا يجب عليه أن يحترم الشروط والظروف التي نصت عليها قاعدة القانون، وإن يدرك بأن السلطة محددة في حالات معينة وليست سلطة عامة لفرض العدالة<sup>(40)</sup>.

وعليه فإذا كان مبدأ العدل في ذاته يعبر عن الدستور المثالي الذي ينبغي إن تقوم عليه أساسا القوانين الوضعية المختلفة، موضوعية كانت أو إجرائية، ولكنه دستور لا ينزل منزلة التفريع والتفصيل، وإنما يقتصر على التوجيه بما يتضمنه من أصول عامة، فتستلهمها القوانين الوضعية المختلفة فيما تضعه من نظم للمجتمع حتي يخرج أي نظام من هذه الأنظمة نظام عادل، ومع ذلك فمهما بلغت دقة إنقائ أي نظام من هذه الأنظمة التي تضعها هذه القوانين، ومهما كانت قدرة المشرع على حسن صياغتها، إلا أنه يستحيل عليه احتواء كافة وقائع الحياة لتبيان هذه الوقائع وحركتها من جهة إلى أخرى، فتأتي فكرة العدالة<sup>(41)</sup> لتخرج القانون - العدل في ذاته - من حيز الجمود المطلق إلى نطاق المرونة النسبية، وعلى النحو الذي يتلاءم وكل واقعة على حدة، حتي لا تضار العدالة.

(40) TERRE(F) ET SIMLER (PH): (2006) Droit civil. Les biens 7e. ed precis. Dallaz.paris.p.209 ets.n.246 ets.

(41) CH. ALIGES: De Le equite en droit prive N. 353.p.238

مشار إليه لدى فايد، عابد فايد، المقال، السابق، ص ٩٨٨.

Cass soc. 7 nov. 2006 j.c.p. 2007 .1056

نفس المعنى: هيكل، على: (٢٠١٩) فكرة التصدي أمام محكمة الاستئناف دار الجامعة الجديدة ص ١٥٩ وما بعدها بند ٤٦. عمر، نبيل حيث يرى أن فكرة العدالة هي الترجمة الإجرائية لفكرة العدل النموذجي والكامل في القاعدة الموضوعية. عدم فاعلية الجزاءات الإجرائية، (٢٠١٦) ص ٢٦٦، بند ٢١٢.

محصلة ما تقدم إن مبدأ العدل، وفكرة العدالة يكونان معا الأساس المثالي لكل قاعدة قانونية، وإن كان مبدأ العدل في ذاته جامداً، فعلى العكس فكرة العدالة مرنة نسبية المحتوي في الزمان والمكان، يتولى القاضي تقديرها في كل حالة وفقاً لما يمليه عليه العقل الاجتماعي في زمان ومكان معين، وحسب ظروف وملابسات كل دعوي على حدة ومبرر القاضي ومبناه في ذلك ما اعتمده المشرع الفرنسي وفقاً للمادة الرابعة من القانون المدني والتي تبرر له أن يحكم طبقاً لقواعد العدالة حالة عدم كفاية النص القانوني.

## ٢. الإضرار بسير العدالة ومحاولة البحث عن ضابط له:

فكرة العدالة تعد أحد الأسس المثالية للقاعدة القانونية، الغاية من هذه الفكرة هي حسن سيرها وعدم الإضرار بها. ومحاولة البحث عن ضابط لعدم الإضرار بالعدالة إن أمكن الوصول إليه وما سوف تكشفه لنا هذه المحاولة لا يظهر إلا من خلال ضرب بعض الأمثلة الدالة على مظاهر حسن سير العدالة، باعتبار إن هذه المظاهر ما هي إلا مظاهر لعدم الإضرار بها، فحسن سير العدالة ما هي إلا الوجه المقابل لمظاهر الإضرار بها. وإذا كانت عبارة حسن سير العدالة من أكثر العبارات غموضاً وإبهاماً<sup>(٤٢)</sup> في القانون الموضوعي والإجرائي معاً، فلا أقل منها عبارة عدم الإضرار بها<sup>(٤٣)</sup>، لكون حسن سير العدالة وعدم الإضرار بها غاية كل نظام قانوني ومن ثم القضائي باعتبار الأخير هو وسيلة إخراج الأول إلى حيز الوجود<sup>(٤٤)</sup> فكان لهذه الغاية الدور البارز في نطاق العملين القانوني والقضائي معاً وبصفة خاصة في شان العمل الأخير، وعلى وجه التحديد في نطاق الخصومة المدنية.

(٤٢) عمر، نبيل عدم فاعلية الجزاءات، ص ٢٦٣، بند ٢١١.

Blonc et Viotie,(1982) nouvelle code de procedure civile commente dane l'ordre des artictes Avocats. p. 114 art. 101. Genin-Meris, (1991) prorogation de competence jur.class Fasc. 212.2. prec. No. 24

(٤٣) عمر، نبيل أصول قانون المرافعات المدنية والتجارية (١٩٨٦) منشأة المعارف، ص ٦١٠، بند ٥٣٨.

(٤٤) فرغم أن القواعد الموضوعية هي أساس العدل القضائي، فإن الوصول الى الحل العادل لا يكون إلا من خلال القواعد الإجرائية، فهي وسيلة تحققه وإخراجه إلى حيز الوجود، ووضعه موضع التطبيق الفعلي، وذلك لأنها أداة تنظيم النشاط القضائي، وهي التي تبين حدود سلطته ووسائل الاتجاه إليه وتيسير سبل تحقيق المراكز المتنازع عليها، وإصدار القرار المناسب بشأنها والا الإلزام به.

فالعدالة تحقيقاً لحسن سيرها وعلى سبيل المثال يقتضي المشرع وفقاً لنص المادة (٣٣) إجراءات مدنية للمحاكم العمانية حالة نظرها لدعوى داخلية في اختصاصها، يكون لها نظر المسائل الأولية والطلبات العارضة وكل طلب مرتبط بهذه الدعوى تحقيقاً لحسن سير العدالة. فالمشرع يخول للمحكمة متى كانت مختصة بالدعوى القائمة أمامها نظر هذه المسائل أياً كانت طبيعتها، رغم ما يشكله نظر المحكمة لهذه المسائل للخروج على المبادئ العامة لقواعد الاختصاص الداخلي<sup>(٤٥)</sup> ولكن كان من شأن<sup>(٤٦)</sup> تخويل المحكمة من نظرها لهذه المسائل هو تمكّنها من أداء وظيفتها على الوجه الأكمل تحقيقاً لحسن سير العدالة.

وتحقيقاً لحسن سير العدالة اقتضي المشرع وفقاً للغاية من نص المادة (٨٤) إجراءات مدنية إن تنظر المحكمة الدعوى ولو غاب المدعي والمدعي عليه متى كانت الدعوى صالحة للنظر فيها، والمادة (٨٦) من نفس القانون، إذا تخلف المدعي عليه وحده وكانت الدعوى قد أعلنت لشخصه حكمت في الدعوى، ففضاء المحكمة في الدعوى عندما يتوفر لديها ما يمكنها من الفصل فيها حالة غياب الخصوم، أو أحدهما لهو مظهر من مظاهر حسن سير العدالة، والتي بناء على ضرورة تحققه، برر صلاحية الدعوى للفصل فيها رغم غياب خصومها، وذلك رداً على قصدهم السيء، حتى لا يحول هذا القصد دون تحقيق العدالة.

وتحقيقاً لحسن سير العدالة سمح المشرع وبنصوص صريحة تعديل الخصومة أثناء سيرها سواء من حيث أشخاصها<sup>(٤٧)</sup> مواد (١١٧، ١١٨، ١٢٦) إجراءات مدنية، أو من حيث موضوعها<sup>(٤٨)</sup> مادة (١٢٤، ١٢٥) إجراءات مدنية، وفي أي من الحالتين قد يكون

<sup>(٤٥)</sup> هيكل، على: الدفع بإحالة الدعوى ص ٩٣ وما بعدها، ص ٢٧٧.

<sup>(٤٦)</sup> صادق، هشام (٢٠٠١) تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار الجامعة الجديدة ص ١٨٦ - ١٩١، بند ٢٤٩ - ٢٥٢.

<sup>(٤٧)</sup> هيكل، على: المرجع السابق ص ٥٧٨ وما بعدها، طعن عماني ٢٠١٦/٣٤٣ جلسة ٢٠١٧/٣/٢١ المجموعة ١٨/١٧ ص ٩٠٠.

<sup>(٤٨)</sup> هيكل، على: المرجع السابق ص ٥٦٧ وما بعدها، طعن عماني ٢٠١٥/٦٠٤ جلسة ٢٠٢٦/١/٢٢ المجموعة السابقة ص ٩٧٥.

تعديل نطاق الخصومة<sup>(٤٩)</sup> من حيث أشخاصها مصاحباً لتعديلها من حيث موضوعها والعكس بالعكس، وإقدام المشرع الإجمالي على ذلك ونصه عليه صراحة ما هي إلا بقصد الكشف عن الحقيقة تحقيقاً لحسن سير العدالة.

ودون الإسهاب إلى ما لا نهاية في ضرب الأمثلة على نحو ما سبق - وغيره - حالة تحقق الغاية من سن النص القانوني لا يعد سوي تحقيقاً لمظهر من مظاهر حسن سير العدالة، ودون إن يكون ضابطاً بعينه لضبط هذا المظهر.

وعلى الوجه المقابل لعدم مكنة تحقق هذه الغاية يظهر وبوضوح مظاهر الإضرار بسير العدالة، فعدم قيام المحكمة العمانية بنظر المسائل الأولية والطلبات العارضة والمرتبطة بالدعوى المختصة بها وفقاً للمادة (٣٣) إجراءات مدنية يصيب العدالة أبلغ ضرر، مما يشكل عدم نظر المحكمة لهذه المسائل مظهر من مظاهر الإضرار بالعدالة، ويصعبها أبلغ ضرر متي كانت الدعوى صالحة للفصل فيها حالة غياب الخصوم أو إحداها مادة (٨٤، ٨٦) إجراءات مدنية ولم تقضي المحكمة في الدعوى، مما يكشف ذلك عن مظهر من مظاهر الإضرار بالعدالة لربط المحكمة الفصل في الدعوى بالقصد السوء للخصوم حالة غيابهم.

والإضرار بالعدالة قد يكون لمجرد الفصل بين طلبين، أحدهما أصلي والآخر عارض، ولمواجهة هذا الإضرار شرع للوقاية منه إحالة الطلبين معاً تطبيقاً لنص المادة (٢/٤٦) مرافعات مصري، ٣٨ مرافعات فرنسي، وربط أي من شرعي المادتين الإحالة تطبيقاً لهما بالإضرار بسير العدالة، وليس لمجرد الصلة - الارتباط - التي جذب بمقتضاها الطلب الأصلي أمام محكمته بطلب عارض لا تختص به، هذا الإضرار<sup>(٥٠)</sup> قد يكون لمجرد إن الفصل بين الطلبين يؤثر في قدرة الخصم على السير في دعواه على النحو الذي تقتضيه العدالة، أو في قدرة القاضي على تحقيقه للطلب أو القضاء فيه وفقاً

(٤٩) إبراهيم، محمد محمود: الطلبات العارضة، ص ١٣١، طعن عماني ٢٠١٧/٣٧٥ جلسة ٢٠١٩/١/١٩ المجموعة ١٩، ص ٢٥٩.

(٥٠) والي، فتحي الوسيط، ص ٢٧٢، بند ١٨٢. راغب، وجدي مبادئ القضاء، ص ٣٣٨.

للقانون، لعدم كفاية<sup>(٥١)</sup> كل طلب على حدة من الطرفين الأصلي والعارض لتحقيق الغاية منه.

فالضرر التي قد تصاب به العدالة يمكن أن يتحقق من مجرد لو إن الفصل بين الطرفين الأصلي والعارض يحول بين الخصم وبين تقديمه لأدلة كان بإمكانه تقديمها بمناسبة وجود الطلب العارض أمام محكمة الطلب الأصلي، والتي كان من شأن هذه الأدلة إن تخدم<sup>(٥٢)</sup> الطلب الأصلي، وإن الفصل بين الطرفين يعوق الخصم في إن يقدم للقضاء جميع ما تحت يده من أدلة يسمح بها القانون، أو التي يكون من شأن تقديمها أمام محكمتين يؤدي إلى تناقضها<sup>(٥٣)</sup> مما يشكل أيًا من هذا، أو ذلك إخلالاً بحقوق الدفاع، أو كان من شأن الفصل بين الطرفين يعوق الخصم الآخر في قيامه بدحض ما قام الخصم الأول بإثباته<sup>(٥٤)</sup>؛ لأن في دحض الخصم الآخر في الدعوى ما يقوم بإثباته الخصم الأول لهو فرع هام من حقوق الدفاع.

بل إن عدم مراعاة حق من هذه الحقوق ولو مجرد عدم رؤية احد الخصمين للأخر قد تضار به العدالة كما لو كان من شأن الفصل بين الطرفين الأصلي وطلب الضمان الفرعي

(٥١) عمر، نبيل سقوط وتصاعد المراكز الإجرائية، ص ٦٤، بند ٤٠.

(٥٢) راغب، وجدي دراسات في مراكز الخصم، (١٩٧٦) مجلة العلوم القانونية والاقتصادية تصدرها كلية الحقوق جامعة عين شمس، ص ٩٥. إبراهيم نجيب سعد، قاعدة لا تحكم، ص ٢٠. والي، فتحي، المبسوط ج ٢ ص ٨٤ وما بعدها. نقض مدني مصري ٢٤ / ١٢ / ١٩٤٢، المحاماة السنة ٢٤، ص ١٢٨، طعن عماني ٢٠١٨/٥١ جلسة ٢٠١٩/١/٩ المجموعة ١٩ ص ٥٢٥.

Cass civ.5 avr. 2007 j.c.p. iv.1957.cass.civ. 28 juin. 2006 Bull.civ. 2006 11. N.174.

(٥٣) حول تناقض الأدلة انظر: فهمي، عبد العزيز قواعد وأثار فقهية رومانية، ١٩٤٧، ص ١٨٤، بند ٢١.

(٥٤) لأن القانون وإن كان يفرض عبء الإثبات بالنسبة لواقعة معينة على أحد الخصوم، فإنه يعترف بنفس الحق في الإثبات وعلى نفس الواقعة بالنسبة للخصم الآخر في إثباته لعكس ما قام بإثباته الخصم الأول، راغب، وجدي المرجع السابق، ص ٢٠٢، والي، فتحي، المرجع السابق ص ١١٣ وما بعدها، طعن عماني ٢٠١٨/١٠١٨ - جلسة ٢٠١٩/٦/٢٦ المجموعة ١٩، ص ٢٢٤.

يضع المضمون طالب الضمان في موقف<sup>(٥٥)</sup> يجد نفسه به محروماً من رؤية ضامنه مداناً في ذات الخصومة بنفس القدر الذي أدون به هو في دعوي الطلب الأصلي، لان قدرة طالب الضمان في الدفاع ستتأثر حتماً بغياب ضامنه، بل إن قدرة المحكمة ذاتها على التوصل إلى الحقيقة والإمساك بكل خيوط النزاع ستتأثر من هذا الفصل، والإخلال بأي من ذلك يعد إخلالاً بضمانة<sup>(٥٦)</sup> أساسية من ضمانات حق الدفاع، أو التقاضي، مما يحول دون صحة الحكم الصادر في الدعوى لعدم إثبات وقائعها على الوجه الأكمل.

والضرر التي قد تصاب به العدالة قد يتحقق من مجرد لو إن الفصل بين الطرفين الأصلي والعارض يؤثر في قدرة القاضي على تحقيقه للطلب والقضاء فيه وفقاً للقانون، كما لو كان من شأن هذا الفصل يمنع القاضي ولو من تلقاء نفسه إن يأمر بإدخال من يري إدخاله من الغير لمصلحة العدالة أو لإظهار الحقيقة مادة (١١٨) إجراءات مدنية، ومرافعات مصري ٣٣٢ مرافعات فرنسي، لها لإدخال الغير - في هذا الصدد - من ميزة<sup>(٥٧)</sup> تقتضيها ضرورة الفصل في النزاع<sup>(٥٨)</sup>، أو من شأن هذا الفصل يمنع القاضي من إن يأمر بحضور أحد الخصوم للاستجواب مادة (٦١) إثبات عماني، أو لمعاينة على الطبيعة كان يتطلبها الطلب العارض، والتي كان من شأنها إن تخدم الطلب الأصلي في الإثبات والوصول إلى الحقيقة مادة (٨٠) إثبات، وان هذا الفصل يحول بين القاضي وقدرته في ندب خبير مادة ٨٢ إثبات عماني... الخ.

<sup>(٥٥)</sup> زغلول، أحمد ماهر دعوى الضمان الفرعية، ص ١٤٢، بند ١٣٨، هندي، أحمد، قانون المرافعات ص ٢٦٢ وما بعدها.

<sup>(٥٦)</sup> جميعي، عبد الباسط، (١٩٨٣) الإساءة في المجال الإجرائي مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، حقوق عين شمس، مصر، ص ٢٤٠، راغب، وجدي: مبادئ القضاء، ص ٣٣٨، طعن عمالي عماني رقم ٢٠١٨/١٠١٨ - جلسة ٢٠١٩/٦/٢٦ مجموعة أحكام المحكمة العليا السنة ١٩، ص ٢٢٤.

<sup>(٥٧)</sup> عمر، نبيل: سقوط وتصاعد وتحول المراكز الإجرائية ص ٤٠.

<sup>(٥٨)</sup> عمر، نبيل الارتباط الإجرائي، ص ١٠٠، بند ٦٤. طعن عماني ٢٠١٦/٣/٤٣ جلسة ٢٠١٧/٣/٢١ المجموعة ١٨/١٧ ص ٩٠٠.

أو على العكس من ذلك قد لا يمنع الفصل بين الطرفين القاضي من إن يأمر أو يجري أياً مما سبق، ولكن يؤدي الفصل بين الطرفين إلى تناقض الأدلة<sup>(٥٩)</sup> التي تقدم إليه، أو تناقض تقارير الخبراء الذين تم ندبهم في كل طلب على حدة<sup>(٦٠)</sup>، وبدوره يؤدي إلى التناقض في الطلبين<sup>(٦١)</sup>، وبالتالي ما يصدر فيهما من أحكام.

فتحقق أي مما سبق قد يعوق القاضي عن تحقيقه للعدالة لعدم مكنته بالإمساك بكل خيوط النزاع، وإن كان يمكنه الفصل في كل طلب لو رفع أمامه على سبيل الاستقلال والا عد منكرًا للعدالة<sup>(٦٢)</sup> وإنكار العدالة على الاختلاف من الإضرار لها، فالأولي تحدث كنتيجة لامتناع القاضي عن الفصل في الدعوى لكي يصدر فيها حكماً، أما الثانية - وفي خصوص الإحالة لعدم الإضرار بسير العدالة - تأتي كنتيجة الفصل بين الطرفين، والذي به قد لا يتحقق للقاضي العلم الكافي<sup>(٦٣)</sup> بواقعة كل طلب على حده بدون الطلب الآخر، مما يترتب عليه إن القاضي قد يخفق في اختيار القاعدة القانونية المناسبة والجدير بها، وبدوره في الحكم محل الطلب، وفي هذه الحالة<sup>(٦٤)</sup> تضار العدالة ولا تقوم لها قائمة.

<sup>(٥٩)</sup> فهمي، عبد العزيز الإشارة السابقة، طعن عماني ٢٠١٨/٥٣٧ جلسة ٢٠١٩/١/٢٨ المجموعة ١٩ ص ٢٤٥.

<sup>(٦٠)</sup> في تناقض تقارير الخبراء انظر: علي الشحات الحديدي، دور الخبير الفني في الخصومة، رسالة، المنصورة، ١٩٨٩، ص ٣٦٩، بند ٢٢، طعن عماني ٢٠١٦/٦٥٨ جلسة ٢٠١٦/١١/٢٩ المجموعة ١٧، ١٨، ٩٧٩.

<sup>(٦١)</sup> في تناقض الادعاءات انظر:

Abd El-Khalek Omar, (1967) la nation d' irrecevable en droit judiciaire prive thes paris p 13 No. 35.

<sup>(٦٢)</sup> فالقاضي ملزم بان يقول كلمته فيما يطرح أمامه، سواء كان المطروح أمامه طلباً أصلياً أو عارضاً بطريقة صريحة أو ضمنية. وفي التزام القاضي بالفصل في النزاع، انظر: تركي، على عبد الحميد، (٢٠١٣) التزام القاضي بالفصل في النزاع، دار النهضة العربية مصر.

<sup>(٦٣)</sup> والعلم الكافي على خلاف الوعي الخاطي والتي تأتي له بالتبعية خاطئة حتى إرادته، فيسير الموقف الذي فرضه القاضي بإرادته على الخصم وهو الآخر مؤذياً من حيث لا يدري للعدالة ومنها القانون. بهنام، رمسيس المرجع السابق، ص ٢٦ وما بعدها، بند ١٣.

<sup>(٦٤)</sup> بهنام، رمسيس المرجع السابق، ص ٣٨ - ٣٩، بند ٢٢. طعن عمالي رقم ٢٠١٨/٧٣٦  
جلسة ٢٠١٩/٢/٦ المجموعة السابقة ص ١٧٦.. Cass.civ. 4 moi 2006 n.04-20-836.

وقد يكون من شأن الفصل بين الطرفين يجعل وقائع كل طلب وأسبابه غير كافية لتحمل عليها الحماية القضائية المطلوبة، لتكامل وقائع كل طلب مع وقائع الطلب الآخر، وكذا أسباب كل من الطرفين على الآخر، ومن شأن عدم حمل أي من هذا أو ذاك على الآخر قد يؤدي بدوره إلى عدم كفاية النص القانوني القائم لكل طلب لكي يحمل عليه الحماية القضائية المطلوبة.

وفي هذا الفرض وأن كان يقع على عاتق القاضي الالتزام بالتفسير وصولاً منه إلى المعنى الحقيقي للقانون، ذلك من خلال تطبيقه بفتنة وبصيرة لإكمال النص، إلا أن هذا التفسير يكون فيما يطبق لكل طلب على حده، ودون أن يمنع الإضرار الذي قد يصيب العدالة حالة الفصل بين الطرفين الأصلي والعارض، ومن ثم حتى هذا التفسير من جانب القاضي لا يحول بين الإضرار الذي قد يصيب العدالة نتيجة الفصل بين الطرفين لأن كل منهما يحمل على الآخر.

فالإضرار بسير العدالة في خصوص ما تصورناه لإمكانية تطبيق المادة (٢/٤٦) مرافعات مصري، ٣٨ مرافعات فرنسي لا يتجاوز كونه مظهراً للعدالة حالة الإضرار بها، كشأن حسن سيرها، فكما إن حسن سير العدالة وفقاً للمسلم به أنه لا يمكن ضبط مدلوله، ومن ثم وضع ضابطاً أو معياراً له، فذلك حالة الإضرار بها، وصعوبة وضع هذا الضابط للعدالة في أي من مظهرها، يأتي كنتيجة طبيعية لإدراج فكرة العدالة ككل تحت لواء فكرة النظام العام، وحيث إن الفكرة الأخيرة ذات مفهوم وظيفي متعدد فيصعب وضع ضابط أو معيار لها<sup>(٦٥)</sup>، فذلك أيضاً ما يندرج تحت لواءها، أو ما يعد من مظاهرها.

<sup>(٦٥)</sup> لكونها فكرة ذات طابع فلسفي لا شك فيه وتتأثر في مضمونها بالنظرة العامة للوجود السائد في مجتمع معين، فهي من صنع الفيلسوف، وليست من صنع الطبيعة، والفيلسوف يخلقها للتطبيق في المجتمع الإنساني، ومن ثم فهي ليست بذات محل مادي منقول أو عقار، لكونها من الأفكار الأولية السابقة حتى على وجود الدولة بشكلها المعاصر، وكانت توجد لدى الأولين معتمدة على عناصر دينية أو روحانية أو سلطوية أو طبيعية، وكانت هذه الأعمال لا يجوز إثباتها حتى لا تغضب الآلهة أو السلطان أو الطبيعة، كما أن فكرة النظام العام تطورت بتطور الدولة حتى في شكلها المعاصر، ومثلت المصالح العليا بها، ونتيجة لذلك تعالت الفكرة على كل ما قيل في شأنها لغموضها وكبرائها، ومن ثم كان من الصعب وضع معيار جامع مانع لها، وإنما كل ما قيل في شأنها هو مجرد تقريب بالفكرة إلى الأذهان،

والإضرار بسير العدالة مع الفارق الفني كحسن سيرها من حيث كونها مظهراً مقابلاً لفكرة العدالة، كلاهما<sup>(٦٦)</sup> يعد مسألة موضوعية تخضع أولاً وأخيراً في بيان مقصودها والكشف عنها لتقدير قاضي الموضوع حسب وقائع وظروف كل دعوي على حده، دون أن يكون هناك ضابط بعينه يقيدده، لمرونة فكرة العدالة ككل، غاية الأمر إن يأتي تقدير القاضي لها<sup>(٦٧)</sup> مبنياً على أسباب سائغة، ليتمكن المحكمة العليا من فرض رقابتها عليها<sup>(٦٨)</sup>.

وعليه فالإضرار بسير العدالة والذي ربط كل من المشرع المصري والفرنسي إحالة الدعوى تطبيقاً لنص المادة (٢/٤٦) مرافعات مصري، ٣٨ مرافعات فرنسي، باحتمال وقوعه إذا فصل بين الطرفين، وسواء كان من شأن هذا الفصل إن يؤثر في قدرة الخصم على ممارسة حقوقه الإجرائية أثناء سير دعواه، أو في قدرة القاضي لتحقيق ما طرح أمامه وفقاً للقانون، لا يتجاوز هذه الإضرار أياً كان تصوره سوي كونه مظهر للعدالة حالة الإضرار بها، ومن ثم يصعب ضبط مدلوله، أو وضع معيار معين بشأنه.

ومع ذلك لا يمكن لنا ترك المسألة رغم صعوبتها بدون إرساء ضابط ولو كان في جميع الأحوال يعد ضابطاً مرناً، لمرونة الفكرة نفسها، لكي يسترشد به القاضي وهو بصدد تطبيق ما تشير إليه المادتان السابقتان، ممثلاً هذا الضابط في عدم قدرة كل طلب على حده ليحقق الهدف منه بشكل مستقل، وإن كان في ذاته حالة رفعه على سبيل الاستقلال قادراً على تحقيق هدفه، لما بين الطالبين

هيكل، على: الدفع بإحالة الدعوى، ص ٣٩٢ وما بعدها والمراجع المشار إليه. الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والتجارية ص ١٩١.

<sup>(٦٦)</sup> وجدي راغب، نظرية العمل القضائي، ص ٣٤٣.

<sup>(٦٧)</sup> أحمد ماهر زغلول، المرجع السابق، ص ١٤٢، بند ١٣٨، طعن عماني ٢٠١٨/٢٩ جلسة ٢٠١٨/١٠/٧ المجموعة ١٩ ص ٢٥.

<sup>(٦٨)</sup> طعن مدني عماني رقم ٢٠١٨/٣٤٧ جلسة ٢٠١٩/١/٢٨ مجموعة أحكام المحكمة العليا السنة ١٩ ص ٢٣٩، طعن مدني عماني رقم ٢٠١٨/٨٠٥ جلسة ٢٠١٨/١٢/٢٤ المجموعة السابقة ص ٢٠٢.

الأصلي والعارض من تكامل وظيفي<sup>(٦٩)</sup> (٧٠)، فكل طلب يضيف بعناصره إلى عناصر الآخر، لتتولد النتيجة المنظورة من طرحهما معاً أمام قضاء واحد، فالطلب سواء الأصلي أو العارض يحمل في طياته ملامح الأعمال الإجرائية المتكاملة، لما يحدثه أي من الطلبين مع الآخر من تكامل، فيؤدي عدم الفصل بينهما إلى تركيز خصومة الطلبين لوحدة الحكم في موضوعها.

ويكون مصدر استخلاص القاضي لعدم كفاية كل طلب من الطلبين على حدة لإنتاج أثره، أما من عدم قدرته لتحقيق الطلب والقضاء فيه وفقاً للقانون<sup>(٧١)</sup> وإما من عدم قدرة الخصم لممارسة حقوقه الإجرائية أثناء سير دعواه<sup>(٧٢)</sup> مما يقتضي الأمر إعمال كل الفاعلية لإحالة الدعوى بطلبها الأصلي والعارض لعدم الإضرار بسير العدالة<sup>(٧٣)</sup> تطبيقاً لنص المادة (٢/٤٦) مرافعات مصري، ٣٨ مرافعات فرنسي، ولو من تلقاء نفس القاضي<sup>(٧٤)</sup>.

(٦٩) والتكامل الوظيفي يتمثل في تضافر أكثر من عمل أو حق أو منظومة إجرائية في إنتاج أثر قانوني ولو كان كل منهما قادراً في ذاته وبصفة منفردة لتوليد أثر قانوني، إلا أنه قد يستخدم بشكل أكثر فاعلية مما خلق له إذا تضافر مع عمل آخر. عمر، نبيل: (٢٠٠١) التكامل الوظيفي للأعمال الإجرائية، والإجراءات الموازية دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ص ١١ وما بعدها.

(٧٠) والتكامل الوظيفي على خلاف العمل الإجرائي التتابعي، فالعمل التتابعي نوع من الأعمال المركبة، والتي فيها تتضافر عدة أعمال بسيطة للوصول إلى أثر قانوني معين لا يستطيع واحد منهما أن ينتجه وحده، ومن ثم فهذا العمل سيتكون من عدة أعمال تتابع زمنياً ومنطقياً بحيث يعد العمل السابق مفترضاً قانونياً ومنطقياً للقيام بالعمل الذي يليه، ويؤدي هذه الأعمال في مجموعها إلى إنتاج أثر قانوني واحد يعد أثراً مباشراً للعمل النهائي. في تفصي ذلك انظر: والي، فتحي وأحمد ماهر زغلول: (١٩٩٧) نظرية البطلان في قانون المرافعات، دار النهضة العربية، مصر، ص ٥٥ - ٥٧، بند ٢٢، والي، فتحي، المبسوط في قانون القضاء المدني ج ٢ ص ٣٧٣ وما بعدها.

(٧١) هيكل، على: الدفع بإحالة الدعوى ص ٢٧٩.

(٧٢) هيكل، على، الإشارة السابقة.

(٧٣) نقض مصري ١٠/٥/١٩٣٤. الموسوعة الذهبية ج ٢ ص ٨١٦ قاعدة ٤٣٦.

(٧٤) هيكل، على: المرجع السابق ص ٦٠٢ وما بعدها.

## المبحث الثاني

### الشروط الموضوعية لإحالة الدعوى لعدم الإضرار بسير العدالة

#### وما قد تثيره من مسائل إجرائية

قلنا إن عدم مقدرة أي من الطرفين الأصلي والعارض كلاً على حدة على تحقيق الهدف منه بشكل مستقل يبرر إحالتهما معا لعدم الإضرار بسير العدالة<sup>(٧٥)</sup> تطبيقاً للمادة (٢/٤٦) مرافعات مصري، ٣٨ مرافعات فرنسي، وتحقق هذه الصورة من صور الإحالة يستلزم توفر شروط موضوعية، كما أنها تثير بعض المسائل الإجرائية. في مطلبين متعاقبين وبنفس الترتيب نستعرض في الأول: الشروط الموضوعية لإحالة الدعوى لعدم الإضرار بسير العدالة، وفي الثاني: المسائل الإجرائية التي تثيرها هذه الصورة من صور الإحالة.

## المطلب الأول

### الشروط الموضوعية لإحالة الدعوى بطليها الأصلي والعارض

#### لعدم الإضرار بسير العدالة

ثمة شروط موضوعية يتعين توفرها لكي يتحقق للإحالة القضائية لعدم الإضرار بسير العدالة مقوماتها، ولكي تقضي المحكمة بالإحالة تطبيقاً للمادة (٢/٤٦) مرافعات مصري، ٣٨ مرافعات فرنسي، وأيضاً لكي تخرجها هذه الشروط من دائرة ما يوهم لدي البعض بأنها تختلط وبشدة بالإحالة القضائية للارتباط مادة (١٠١) مرافعات فرنسي، ١١٢ مرافعات مصري، ١١٤ إجراءات مدنية عماني، هذه الشروط والتي تعد بحسب الأصل مفترض الإحالة في صورتها لعدم الإضرار بسير العدالة ممثلة في الآتي:

<sup>(٧٥)</sup> انظر فيما سبق ص ١٢ وما بعدها.

## ١ - الإدلاء أمام محكمة الطلب الأصلي الابتدائية الفردية بطلب عارض:

الطلب العارض<sup>(٧٦)</sup> le demande du incidente هو ذلك الطلب الذي يضيف جديدا للطلب الأصلي، فيتسع به نطاقه سواء من حيث الأشخاص أو الموضوع أو السبب، هذا الطلب<sup>(٧٧)</sup> قد يقدم من جانب المدعي أو المدعي عليه أو الغير، أو من الغير سواء بإرادته أو بأمر المحكمة في مواجهة الخصوم الأصليين.

هذا الطلب تتعدد صورته تبعا لتعدد مقدمه، فقد يكون<sup>(٧٨)</sup> طلباً إضافياً، وطلباً مقابلاً، أو طلبياً تداخل أو إدخال الغير، لیتسع بهذا الطلب نطاق الخصومة الأصلية، ومنطقياً يتعين لتحقيق هذا الاتساع ألا يكون هذا الطلب بعيد الصلة بالطلب الأصلي، أو مغايراً له في الأساس، ومن هنا استلزم لقبوله أمام محكمة الطلب الأصلي وجود صلة بينه وبين الطلب الأخير، تلك الصلة ممثلة في أكثر الأفكار شيوعاً، هي فكرة الارتباط، كسبب لجمع الدعاوي الأصلية والمرتبطة أمام محكمة واحدة من بين محاكم هذه الدعاوي، وتناولت هذه الفكرة دراسات عديدة<sup>(٧٩)</sup> متخصصة كسبب لامتداد اختصاص محكمة الطلب الأصلي

<sup>(٧٦)</sup> والطلب العارض وان كان من المسائل العارضة، إلا أن الأول يختلف عن غيره من هذه المسائل، تلك المسائل التي تتعدد بها إجراءات الدعوى أو سبل تحقيقها والحكم فيها دون أن يكون لها تأثير على موضوع النزاع أو سببه أو أشخاصه كالدفع والمنازعات المتعلقة بالإثبات والتحقيق وعوارض الخصومة ... الخ..... انظر: العشماوي، محمد وعبد الوهاب: المرجع السابق، ج ٢، ص ٣٠٩، بند ٧٨٩.

<sup>(٧٧)</sup> والطلب العارض طلب له كيانه المستقل، مما يجعله محلاً لدعوى مستقلة تختص بها محكمة أخرى بصفة أصلية خلاف محكمة الطلب الأصلي. والى، فتحي، المبسوط ج ٢، ص ٦٧ وما بعدها، إبراهيم، محمد محمود، الطلبات العارضة، ص ٥٤. سيف، رمزي، (١٩٧٠/٦٩) الوسيط في شرح قانون المرافعات، الطبعة التاسعة، دار النهضة العربية، مصر، ص ٣٣١ وما بعدها، بند ٢٨٢، كما إن الطلب العارض شأنه شأن الطلب المرتبط، غاية الأمر إن الطلب الأخير أكثر اتساعاً من الطلب الأول، فكل طلب عارض مرتبط وليس العكس. النمر، أمينة، (١٩٨٢) قوانين المرافعات، التنظيم القضائي، الكتاب الأول، مؤسسة الثقافة الجامعية، ص ٥٨٣ وما بعدها، بند ٢٦١، طعن عماني ٢٠١٥/٦٠٤ جلسة ٢٠١٦/١١/١٢ المجموعة ١٨/١٧، ص ٩٧٥.

<sup>(٧٨)</sup> فالمادة (٦٣) مرافعات فرنسي عددت الطلب العارض وكما هو وارد بالمتن “le demande du incidents sent: la demande reconventionnelle, la demande additionnelle et L’intervention”

<sup>(٧٩)</sup> في الدراسات العديدة التي تناولت الفكرة أنظر: هيكل، على: الدفع بإحالة الدعوى ص ٢٤٨-٢٦٣، الوسيط، ص ٣٩٥ وما بعدها.

بالطلب العارض، وفي هذا الموضع تعد الفكرة شرط لقبول الطلب العارض أمام المحكمة الابتدائية الفردية ممثلة هذه الفكرة فضلاً عن تواجدها حالة وجود وحدة في عنصر أو أكثر من عناصر الطلبين الأصلي والعارض في كونها صلة في المراكز الموضوعية المتنازع عليها للطلبين الأصلي والعارض يستدل على هذه الصلة إما من علاقة الفرع بالأصل، أو بالرابطة الأصلية للأشياء المتنازع عليها وليس لطبيعتها، ذلك لجمع الطلبين معاً أمام محكمة واحدة توافقاً للحلول القضائية التي تعطي للطلبين محل المراكز الموضوعية المرتبطة، منعاً لتناقض وتكرار الأحكام.

## ٢- استقلال الطلب العارض من حيث قيمته عن الطلب الأصلي القائم أمام المحكمة الفردية:

الطلب الأصلي هو الذي عليه قدر للدعوى قيمتها<sup>(٨٠)</sup> أمام المحكمة الابتدائية الفردية وثبت لها الاختصاص به سواء بحسب قيمة هذا الطلب<sup>(٨١)</sup> أو نوعه، وجذب هذا الطلب لطلب عارض لا يجعل للأخير دوراً في تقدير الدعوى أمام هذه المحكمة، وإنما

<sup>(٨٠)</sup> حول الدراسة التفصيلية لتقدير قيمة الدعوى، انظر: النمر، أمينة، (١٩٧٩) قواعد تقدير قيمة الدعوى، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر.

Solus et Perrot (1973) droit judiciaire –la competence -sire. T.2. P.576. No. 526.CAYROL: action en justice.RER.CIV.JUIN.2019.

<sup>(٨١)</sup> ومع اعتماد القاعدة العامة في كون الطلب الأصلي، هو الذي عليه تقدر قيمة الدعوى، فاعتماد هذه القاعدة لا يمنع من أن تقدر للدعوى قيمتها بقيمة الطلب العارض المقابل من جانب المدعى عليه، وبقيمة هذا الطلب وحده دون طلب المدعي، كما لو طالب الأخير بجزء من حق، ونازعه المدعى عليه في الحق كله، ففي هذه الحالة تكون المنازعة من جانب المدعى عليه منازعة للحق بأكمله، مما ستوجب تقدير الدعوى بقيمة الحق بأكمله، مادة (٦٢) إجراءات مدنية عماني، انظر: النمر، أمينة المرجع السابق، ص٣٤، بند ٥، عبد العزيز، محمد كمال (١٩٩٥) تقنين المرافعات، دار النهضة العربية ص٣٢٨ وما بعدها. وفي تطبيق ذلك انظر: طعن مدني مصري / ١٨٥ / ٣٧ ق نقض / ٢٦ / ٥ / ١٩٧٣ المكتب الفني المجموعة ٢٤، ص٨٢٨، قاعدة ١٤٥، طنطا الابتدائية في ٢٥ / ١ / ١٩٠٠، المجموعة الرسمية السنة الأولى، ص١٩٥، مصر الابتدائية في ٤ / ١٠ / ١٩٢٦ المحاماة السنة ٧، ص٢٢٢، رقم ١٥٩.

يقدر فقط أياً كان نوعه أو مقدمه تقديراً مستقلاً لتحديد اختصاص المحكمة الفردية به<sup>(٨٢)</sup> من عدمه.

فالطلب الإضافي<sup>(٨٣)</sup> من الوكيل بمصاريف أنفقها في أعمال باشرها لمصلحة الموكل متجاوزاً حدود الوكالة بعد مطالبته أصلاً بأتعاب مستحقة له عن أعمال قائم بها بمقتضى عقد الوكالة، والطلب المقابل<sup>(٨٤)</sup> من جانب المدعي عليه بتثبيت ملكيته لأرض النزاع كطلب عارض لطلب المدعي الأصلي بفسخ العلاقة الإجارية، وطلب المتدخل اختصاصياً<sup>(٨٥)</sup> بأتعابه المنصوص عليها في طلب العقد في مواجهة طرفي الخصومة الأصلية، والطلب الموجه من الغير<sup>(٨٦)</sup> في مواجهة أطراف هذه الخصومة والذي تم اختصاصه فيها بناء على إرادتهم، أو تم اختصاصه فيها<sup>(٨٧)</sup> بأمر المحكمة.

ومع تعدد الطلبات في الدعوى، فالأخيرة لا تقدر قيمتها بمجموع هذه الطلبات لاختلاف الطلب العارض - وكما رأينا - في سببه عن الطلب الأصلي وإن جمعتها دعوي واحدة، وهنا تقدر قيمتها بالطلب الأصلي وحده، ويقدر الطلب العارض تقديراً مستقلاً لبيان مدى اختصاص المحكمة الفردية به من عدمه، وبصدد هذه الحالة لا يمكن القول بتقدير قيمة الدعوى بالطلبين معاً لاختلافهما من حيث السبب، فهذا الاختلاف تفتقد

<sup>(٨٢)</sup> أما إذا أبدى الطلب العارض أمام المحكمة الابتدائية الثلاثية فلا حاجة الى تقديره تطبيقاً لنص المادة (٣/٤٧) مرفاعات مصري، ٥١ مرفاعات فرنسي، طعن عماني ٢٠١٨/٥٢ جلسة ٢٠١٨/١٢/٤ المجموعة ١٩، ص ٣٧٣.

<sup>(٨٣)</sup> النمر، أمينة، المرجع السابق، ص ١٢١ - ١٢٢، بند ١٨، طعن تجاري عماني ٢٠١٧/٣٧٥ جلسة ٢٠١٩/١/٢٩ المجموعة السنة ١٩، ص ٢٥٩، طعن مصري ٦٠ / ٢٨ ق نقض ٢١ / ٢ / ١٩٦٣، المكتب الفني المجموعة ١٤، ص ٢٨٣، قاعدة ٤٢.

<sup>(٨٤)</sup> نقض ٢٥ / ١٢ / ١٩٩٧ مشار إليه سابقاً.

Cass civ 5 dec.2014 RABG 2015 p.411. CILLET: ap.cit. p.285 n.83 ets.

<sup>(٨٥)</sup> نقض مصري ٣ / ١٢ / ١٩٥٣، استئناف ٢٦ / ٤ / ١٩٢١. مشار إليهما سابقاً. طعن ٢١٤١ / ٥٠ ق نقض ٢٧ / ١ / ١٩٨٥، المكتب الفني المجموعة ٣٦، ص ١٥٠.

<sup>(٨٦)</sup> طعن مصري ٥٩ / ٣٩ ق، أحوال شخصية، نقض ١٢ / ٢ / ١٩٧٥. المكتب الفني المجموعة ٢٦، ص ٣٦٤.

<sup>(٨٧)</sup> نقض ١١ / ٦ / ١٩٩٦، مشار إليه سابقاً

Cass.23 fev .2006 pas.2006. 1.p.428 .

معه وحدة السبب القانوني<sup>(٨٨)</sup> ومع هذا الافتقاد ينعدم تطبيق المادة (١/٣٨) مرافعات مصري، ٣٦ مرافعات فرنسي، ٦٠ إجراءات مدنية عماني واللاتي تنص على قاعدة مؤداها<sup>(٨٩)</sup> إذا تعددت الطلبات في الدعوى وكانت هذه الطلبات ناشئة عن سبب قانوني واحد، قدرت قيمة هذه الدعوى بمجموع هذه الطلبات معاً.

بل قد تتعدد الطلبات وينشأ الطلب العارض عن ذات سبب الطلب الأصلي، ورغم وحدة السبب في الطلبين لا تقدر الدعوى بمجموع الطلبين معاً، وإنما تقدر قيمتها بالطلب الأصلي وحده، ويقدر الطلب العارض<sup>(٩٠)</sup> تقديراً مستقلاً لبيان مدي اختصاص المحكمة الفردية به من عدمه وذلك حالة تخلف شروط انفرد طرفي الخصومة الواجب توافرها لتطبيق<sup>(٩١)</sup> القاعدة الواردة بنص المادة (١/٣٨) مرافعات مصري، ٣٦ مرافعات فرنسي،

<sup>(٨٨)</sup> هيكل، على: الدفع بإحالة الدعوى ص ٢٤٠ والمراجع المشار إليه حاشية رقم ٣. الوسيط، ص ٢٤١ وما بعدها.

<sup>(٨٩)</sup> حول تقدير قيمة الدعوى من مجموع قيمة الطلبات المتعددة والناشئة عن سبب قانوني واحد. انظر: النمر، أمينة المرجع السابق، ص ١٣٢ - ١٣٧، بند ٢١. العشماوي، محمد وعبد الوهاب ج ١، ص ٤٥٢ وما بعدها، بند ٣٤٩. Blanc et Vitte, op. cit. P.55. art. 36 وفي تطبيق ذلك انظر: طعن مصري ٧٣ / ٣٤ ق نقض ١٤ / ٢ / ١٩٦٨ المكتب الفني المجموعة ١٩، ص ٢٩٠، قاعدة ٤٤، طعن ٢٩٤ / ٤٠ ق نقض ٢٤ / ١٢ / ١٩٧٥ المكتب الفني المجموعة ٢٦، ص ١٦٧٣، قاعدة ٣٢١. Civ. 2. 7 Oct. 1982. D. 1983.IR. 45. Paris 13 Janv. 1988 D

<sup>(٩٠)</sup> فإذا ما تجاوزت قيمة الطلب العارض قيمة الطلب الأصلي الذي عليه قدرت قيمة الدعوى، فإن الدعوى تقدر من حيث نصاب الاستئناف بقيمة الطلب العارض باعتباره الأكبر قيمة. مادة (٢٢٤) مرافعات. طعن ١٣٢ / ٢١ ق نقض ٣ / ١٢ / ١٩٥٣. مشار إليه سابقاً، ولكن إذا تنازل المدعي عليه عن طلبه قبل صدور الحكم من المحكمة الجزئية، فلا يعتد بقيمة هذا الطلب في تقدير نصاب الاستئناف، طعن ٤٠٦ / ٣٤ ق نقض ٩ / ٥ / ١٩٦٨ المكتب الفني المجموعة ١٩، ص ٩٢٤.

<sup>(٩١)</sup> والمدار في تطبيق القاعدة الواردة في نص المادة (١ / ٣٨) مرافعات مصري، ٣٦ مرافعات فرنسي أن يكون طرفاً الخصومة منفردين، ويتوافر شرط انفرد طرفي الخصومة في الدعوى إذا كانت الطلبات المتعددة والناشئة عن سبب قانوني واحد موجهة من خصم واحد الى خصم واحد في دعوى واحدة، ولا يقتصر لفظ المدعى عليه في هذا الصدد على الخصم الذي ترفع الدعوى ضده ابتداءً، وإنما يشمل كذلك كل من يوجه إليه الطلب القضائي ويكون في حكم المدعي عليه في الدعوى المرفوعة، كالمختصم في الدعوى التي تقدر فيها قيمتها بطلبه. النمر، أمينة: المرجع السابق، ص ١٣٨ - ١٤٠، بند ٢١ مكرر. عبد العزيز، محمد كمال: المرجع السابق، ص ٣٢٤، مادة (٣٨).

والتي يتخلف هذا الشرط تعد الطلبات والناشئة عن سبب قانوني واحد غير موجهة من خصم واحد أو موجهة إلى خصم واحد.

وشأن الطلبات المتعددة والناشئة عن سبب قانوني واحد ومع تعددها لا تقدر قيمة الدعوى من مجموعها لكونها ليست موجهة من خصم واحد، وإنما تقدر قيمة الدعوى بالطلب الأصلي منها، وتقدر باقي الطلبات تقديراً مستقلاً كأن يرفع المدعي دعواه بطلب واحد فيبدي المدعي عليه أو المتدخل هجوماً أو المختصم في هذه الدعوى طلباً أو طلبات عارضة، فالطلبات على تعددها إلا إنها ليست موجهة من خصم واحد، فلا تقدر الدعوى بمجموع قيمة هذه الطلبات رغم كونها ناشئة عن سبب قانوني واحد، كما لو طلب البائع - المدعي - ثمن المبيع، وطلب المشتري - المدعي عليه - التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام، ففي هذه الحالة لا تجمع قيمة الطلب الأخير باعتباره طلباً عارضاً مع الطلب الأول - الأصلي - لتقدير قيمة الدعوى، وإنما تقدر قيمتها بطلب المدعي وحده، ويقدر طلب المدعي عليه أو المتدخل أو المختصم تقديراً مستقلاً.

أما الطلبات المتعددة والناشئة عن سبب قانوني واحد ولكنها غير موجهة إلى خصم واحد، ومن ثم لا تقدر من مجموعها قيمة الدعوى وإنما تقدر<sup>(٩٢)</sup> بالطلب الأصلي منها وتقدر الطلبات الأخرى تقديراً مستقلاً عن الطلب الأصلي التي قدرت بقيمته قيمة الدعوى كأن يرفع الدائن دعواه على المدين لمطالبته بالدين، ثم يختصم الكفيل لمطالبته بالشرط الجزائي الملزم به في سند الدين ذاته حالة الامتناع عن الوفاء، فالدعوى وأن قدرت قيمتها بطلب الدائن الموجه إلى المدين، فطلب الدائن الموجه للغير - الكفيل - المختصم في الدعوى تقدر قيمته استقلاً لبيان مدي اختصاص المحكمة الفردية به من عدمه.

فالطلب العارض سواء استقل بسببه عن الطلب الأصلي، أم نشأ عن ذات السبب الأخير استقل بقيمته إذا كان مقدر القيمة، أو كان غير مقدر القيمة عن قيمة الطلب الأصلي، واستقلالية الطلب العارض بحسب قيمته عن الطلب الأصلي يعد شرطاً لازماً

(٩٢) النمر، أمينة الإشارة السابقة. هندي، أحمد، قانون المرافعات ص ١٣٤، هيك، علي: الوسيط ص ٢٠٩ وما بعدها.

لإعمال المادة (٢/٤٦) مرافعات مصري، ٣٨ مرافعات فرنسي، ولذا استقر الفقه<sup>(٩٣)</sup> والقضاء<sup>(٩٤)</sup> على ضرورة أن تكون الطلبات العارضة والتي تبدي أمام المحكمة الفردية مستقلة في تقديرها عن قيمة الطلب الأصلي الذي قدرت به قيمة الدعوى، ولو كان الطلب العارض ناشئاً عن ذات سبب الطلب الأصلي، كما يؤكد استقلالية الطلبين الأصلي والعارض من حيث قيمة كل منها صراحة المادتين (٢/٤٦) مرافعات مصري، ٣٨ مرافعات فرنسي، وضمنيا المادة (٣٧) مرافعات فرنسي<sup>(٩٥)</sup>.

كما تظهر وبصورة واضحة الغاية من شرط استقلالية الطلب العارض بقيمته عن الطلب الأصلي حالة مكنة المحكمة الفردية من نظرها لهذا الطلب وإحالتها لعدم الاختصاص للطلب العارض دون أن يترتب على هذا الفصل ضرر بسير العدالة، وهو الوجه المقابل للحالة التي نحن بصدددها، ليتفاعل هذا الشرط مع شرط عدم الاختصاص قيمياً أو نوعياً - كما سنري - ويتكامل الشرطان معا في الحالة التي يترتب على الفصل

(٩٣) أبو الوفا، أحمد، نظرية الدفوع، ص ٢٢٩، بند ١٥٨، التعليق على قانون المرافعات (٢٠٠٧) دار المطبوعات الجامعية ص ٣٣٤ - ٣٤٠، مادة (٤٦)، والي، فتحي الوسيط، ص ٢٧٢، بند ١٨٢. النمر، أمينة، قوانين المرافعات، الكتاب الأول، ص ٥٨١، بند ٢٦٠. سعد، إبراهيم نجيب ج ١، ص ٤٤٠، بند ١٧٩، عمر، نبيل، أصول، ص ٦١٠، بند ٥٣٨، محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص ٤٠٠، مادة (٤٦)، إبراهيم، محمد محمود، المرجع السابق، ص ١٧ - ٢٦.

Solus et Perrot, op. cit. T.3 P 870. No. 1022. Barrere, Fasc. 26.307. prec. No 150 - 154. LEVAL et GEORGES:droit judiciaire T.1 institutions et elements de competence 2ed.coll.fac.dr.liege.Bruxellec.larcier.2014 p.405.n.519.GILLET: ap.cit.p293 ets n.100 .

(٩٤) وقضي بانه تقدر قيمة الطلب المتداخل تقديرا مستقلا لتحديد نصاب الاستئناف بالنسبة إلى الحكم الصادر فيه إلا إذا كان المتدخل منضما لأحد أطراف الخصومة... "استئناف مصر في ٢١ / ٥ / ١٩٣٠ المحاماة السنة ١١، ص ٥٨، رقم ٣١ مشار إليه لدى: محمد وعبد الوهاب العشماوي، ج ٢، ص ٨٦٥، نقض ٣ / ١٢ / ١٩٥٣، نقض ٢٥ / ١٢ / ١٩٩٧، مشار إليه سابقاً. الإسكندرية الكلية، ٢١ / ١٢ / ١٩٣٦ المحاماة السنة ١٨، ع ٥، ٦، ص ٤٨٠ حكم رقم ٢٥٢.

Cass.civ.18 dec.2008 J.L.M.B. 2008 p348.

(٩٥) والتي تنص على أنه: "عندما يعتمد الاختصاص على قيمة الطلب فان القضاء يختص بكل أنواع التدخل والطلبات المقابلة والمقاصة التي تكون أدنى من نصاب اختصاصه مع إنها لو اجتمعت مع ادعاءات المدعي تجاوزت نصاب اختصاص هذا القضاء" المادة (٣٧) مرافعات مصري.

فيها بين الطرفين ضرر بسير العدالة - وهي الحالة التي نحن بصددنا - والتي تظهر فيها وبوضوح عدم مكنة المحكمة الفردية رغم عدم اختصاصها بالطلب العارض من القضاء فيه بعدم الاختصاص وحده لتكامله مع الطلب الأصلي المختصة فتقضي بإحالة الطرفين معا لعدم الإضرار بسير العدالة.

### ٣- عدم اختصاص المحكمة الفردية بالطلب العارض قيمياً أو نوعياً:

استقلالية الطلب العارض بقيمته عن الطلب الأصلي المختصة به المحكمة الفردية قد يرتب أن تكون هذه المحكمة غير مختصة بالطلب العارض قيمياً أو نوعياً، وعدم اختصاصها بهذا الطلب يعد أحد شرائط العمل بالإحالة لعدم الإضرار بسير العدالة وفقاً لنص المادة (٢/٤٦) مرفعات مصري، ٣٨ مرفعات فرنسي، هذا الشرط صادف به اعتماداً ثابتاً وصريح في خصوص هذه المحكمة من جانب المشرع المصري والفرنسي، ويعد أن احتواها أي من المشرعين ضمن قاعدة اختصاص محكمة الدعوى الأصلية بالطلبات العارضة أو المرتبطة<sup>(٩٦)</sup> فنص المشرع المصري في مادته السابقة وفي فقرتها الأولى على أنه: "لا تختص محكمة المواد الجزئية بالحكم في الطلب العارض أو الطلب المرتبط بالطلب الأصلي إذا كان بحسب قيمته أو نوعه لا يدخل في اختصاصها" والمشرع الفرنسي هو الآخر وفي صدد مادته السابقة نص على أنه: "عندما يتجاوز قيمة الطلب العارض اختصاص قاضي الطلب الأصلي.....".

فوفقاً لصراحة المادتين السابقتين قيد كل من المشرع المصري والفرنسي<sup>(٩٧)</sup> من أثر الامتداد القانوني لاختصاص المحكمة الفردية قيمياً أو نوعياً وذلك للاختصاص المحدود الوارد على سبيل الحصر لهذه المحكمة مما لا يجوز التوسع فيه، والذي بمقتضى هذا

(٩٦) فالمدار في أعمال قاعدة الطلبات العارضة أو المرتبطة هو أن للمحكمة الجزئية هي الأخرى وما في مستواها نظر هذه الطلبات متى كانت تدخل في اختصاصها بحسب قيمتها أو نوعها وذلك وفقاً لمفهوم الموافقة لنص المادة (١/٤٦) مرفعات مصري، ٣٨ مرفعات فرنسي. انظر: هيكل، على: الوسيط ص ١٨٠ وما بعدها.

(٩٧) وإن كان المشرع الفرنسي يقصر عدم اختصاص المحكمة الجزئية على عدم اختصاصها القيمي دون النوعي. انظر هيكل، على: الدفع بإحالة الدعوى ص ٥٩٧ حاشية رقم ٢.

التقيد<sup>(٩٨)</sup> تعد المحكمة غير مختصة<sup>(٩٩)</sup> بالطلب العارض أو المرتبط اذا كان بحسب قيمته أو نوعه يدخل في اختصاص المحكمة الابتدائية الثلاثية، فلا تختص المحكمة الفردية مثلاً بطلب عارض أو مرتبط تتجاوز قيمته سبعون ألف ريال، أو كون هذا الطلب غير مقدر القيمة، أو كون هذا الطلب لا تختص به المحكمة الفردية نوعياً<sup>(١٠٠)</sup> كما لو طلب بإفلاس أو إعسار المدين تبعاً لدعوي الدين، فيعد الطلب العارض أو المرتبط في أي من الحالات الثلاثة متجاوزاً سلطة المحكمة الفردية مما يتحقق في حقها مسألة عدم الاختصاص<sup>(١٠١)</sup> بالطلب العارض أو المرتبط شريطة ألا يترك مدعي هذا الطلب الخصومة فيه.

#### ٤- عدم إمكان المحكمة الفردية من إحالتها للطلب العارض وحده لعدم الاختصاص:

إن أمكن للمحكمة الفردية الفصل في الطلب الأصلي المختصة به دون أن يحمل الفصل في هذا الطلب على الفصل في الطلب العارض غير المختصة به كان لها تبعاً لذلك إحالة الطلب العارض لعدم اختصاصها به إلى المحكمة المختصة تطبيقاً لنص المادة (١١٢) إجراءات مدنية عماني، ١١٠ مرافعات مصري، ٢/٩٦ مرافعات فرنسي، وإعمالاً لهذا الفرض لا مجال لإعمال المادة (٢/٤٦) مرافعات مصري، ٣٨ مرافعات فرنسي بمعنى لا محل للإحالة لعدم الأضرار بسير العدالة.

<sup>(٩٨)</sup> ولا يعني بالتقيد الوارد بالمتن تعطيل قاعدة امتداد اختصاص المحكمة الفردية الى الطلبات العارضة والمرتبطة بالدعوى الأصلية، وإنما ينحصر حكمه في وضع قيد على هذا الامتداد، وتعين حدود له لا يتجاوزها بحيث يكون مجاله مقيد بحدود الاختصاص النوعي والقيمي للمحكمة الجزئية. وجدي راغب، مبادئ القضاء، ص٣٣٦، زغلول، أحمد ماهر، دعوى الضمان الفرعية، ص١٤٠ وما بعدها، بند ١٣٦. <sup>(٩٩)</sup> راغب، وجدي، المرجع السابق، ص٣٣٧. زغلول، أحمد ماهر، المرجع السابق، ص١٤١، بند ١٣٧، العشماوي، محمد وعبد الوهاب، ج ٢، ص٣٢٩، بند ٨٠٨، أبو الوفا، أحمد الإحالة بمقتضى المادة (١٣٥)، المقال ص٥، ٦، بند ١، الدفع، ص٢٩٩، بند ١٥٨، يونس، محمود مصطفى، نظرات في الإحالة لعدم الاختصاص، ص١٢٧ وما بعدها، بند ٦٨.

Barrere, Fasc. 307. Prec. P20. Ets. No. 144 – 163

طعن مدني عماني ٢٠١٨/٥٢ جلسة ٢٠١٨/١٢/٤ مجموعة الأحكام السنة ١٩، ص٣٧٣. <sup>(١٠٠)</sup> طعن مصري ٤٧٠٧ / ٦١ ق نقض ١٢ / ٦ / ١٩٩٧، المكتب الفني المجموعة ٤٨، ص٨٧٤ قاعدة ١٧٠

<sup>(١٠١)</sup> في التقدير القضائي لعدم الاختصاص انظر، هيكل، على: الدفع بإحالة الدعوى ص١٣٦ وما بعدها.

أما إذا رأت المحكمة الفردية انه لا يمكنها الفصل في موضوع الطلب الأصلي إلا إذا حمل الفصل فيه على الفصل في الطلب العارض، في حين انه لا يمكنها الفصل في الطلب الأخير لعدم اختصاصها به؛ لأن من شأن المبادعة بين الطرفين تضر بسير العدالة، سواء كان مصدر هذا الضرر عدم مراعاة حق من حقوق الخصوم، أم كان مصدره عدم مكنة القاضي الفردي من الفصل في الطلب المختص به على الوجه الذي يتطلبه القانون، تحقق عدم مكنة المحكمة الفردية من قضائها بعدم الاختصاص في الطلب العارض وحده وإحالاته تطبيقاً لنص المادة (١١٢) إجراءات مدنية وإنما تصبح المكنة المرخص بها وحدها للقاضي الفردي هي إحالته للطالبين الأصلي والعارض معاً لعدم الإضرار بسير العدالة تطبيقاً لنص (٤٦ / ٢) مرافعات مصري، ٣٨ مرافعات فرنسي، لكون كل طلب يحمل في طياته ما يكمل به الطلب الآخر، لما بين الطالبين من تكامل وظيفي، فيكمل كل منهما الآخر وينظرهما قاضي واحد تحقيقاً لفكرة العدالة وللحيلولة دون الإضرار بها، وتطبيقاً لذلك قضي (١٠٢) "إذا جاوزت قيمة الطلبات العارضة في الدعوى نصاب القاضي الجزئي، وكان من شأن الفصل بين هذه الطلبات والطلب الأصلي في الدعوى يضر بسير العدالة، تعين على المحكمة أن تقضي ولو من تلقاء نفسها بإحالة الطالبين معاً إلى المحكمة الابتدائية عملاً بنص المادة (٢/٤٦) مرافعات مصري".

٥- مكنة المحكمة المحال إليها (الابتدائية الثلاثية) من نظرها للدعوى المحالة إليها بطليها الأصلي والعارض.

عدم اختصاص المحكمة الفردية بالطلب العارض - على النحو الفائت - قد يكون لاختصاص المحكمة الابتدائية الثلاثية، أو لاختصاص قضاء آخر استثنائي (محاكم فردية متخصصة)، وفي الحالتين، وعمما تكشفه لنا هذه الدراسة بصدد هذا الشرط تكون المحكمة الابتدائية الثلاثية هي المختصة بنظر الدعوى بطليها الأصلي والعارض.

القاعدة هي: نظر المحكمة الابتدائية الثلاثية للدعوى بطليها الأصلي والعارض، ولو كان الطلب الأخير يدخل في اختصاص محاكم استثنائية مختلفة، فحالة أن يكون الطالب

(١٠٢) نقض مصري ١٠/٥/١٩٣٤، الموسوعة الذهبية ج ٢ ص ٨١٦ قاعدة ٤٣٦.

العارض من اختصاص المحكمة الابتدائية: تنص المادة (٢/٤٦) مرافعات مصري على أنه: "إذا كان من شأن الفصل بين الطرفين الأصلي والعارض يرتب ضرراً بسير العدالة وجب على المحكمة الجزئية أن تحكم ولو من تلقاء نفسها بإحالة الطرفين معاً إلى المحكمة الابتدائية المختصة"<sup>(١٠٣)</sup>، والمادة (٣٨) مرافعات فرنسي التي نصت على أن للقاضي الجزئي أن يحيل الخصوم للتقاضي حول الجميع - الطلب الأصلي والعارض - أمام القاضي المختص بالطلب العارض. فأى من المادتين<sup>(١٠٤)</sup> تناولت صراحة إحالة الطرفين الأصلي والعارض معاً حالة عدم مكنة المحكمة المحيلة من نظرها للطلب المختصة به؛ لأن نظرها له يحمل على الفصل في الطلب غير المختصة به، مما أوجب عليها إحالة الطرفين معاً إلى المحكمة الابتدائية الثلاثية رغم عدم اختصاص الأخيرة بالطلب الأصلي المحال إليها مع الطلب العارض، لتصبح المحكمة المحال إليها<sup>(١٠٥)</sup> الطرفين العارض والأصلي مختصة بالطلب الأخير اختصاصاً تبعياً لاختصاصها بالطلب العارض وهو ذاته ما كان يعتمد عليه المشرع العماني وفقاً للمادة (٤٠) إجراءات مدنية ملغاة.

فإحالة الطرفين معاً إلى المحكمة الابتدائية الثلاثية تعد صورة عكسية للوضع العادي في أعمال قواعد الاختصاص التبعي، إذ تصبح محكمة الطلب العارض أثقل

<sup>(١٠٣)</sup> وهي ذات ما نصت عليه المادة (٢/٤٨) من قانون المرافعات الليبي على أنه: "إذا عرض على المحكمة الجزئية طلب من هذا القبيل جاز لها أن تحكم في الدعوى الأصلية وحدها إذا لم يترتب على ذلك ضرر بسير العدالة، وإلا وجب عليها أن تحكم من تلقاء نفسها بإحالة الدعوى الأصلية والطلبات العارضة بحالتها إلى المحكمة الابتدائية المختصة...".

<sup>(١٠٤)</sup> وإن اختلفت المادة (٢/٤٦) مرافعات مصري عن المادة (٣٨) مرافعات فرنسي في كون الأولى تضمنت نوعي الاختصاص القيم والنوعي، كما جعلت الإحالة الإلزامية على المحكمة المحلية والمحال إليها، في حين المادة الثانية فضلاً عن كونها جعلت الإحالة جوازية للمحكمة، فالإحالة مقصورة على عدم الاختصاص القيمي دون النوعي.

<sup>(١٠٥)</sup> راغب، وجدي، مبادئ القضاء، ص ٣٣٨، عمر، نبيل، الارتباط الإجرائي، ص ١٧٦، بند ١٢٦. النمر، أمينة، قوانين المرافعات، الكتاب الأول، ص ٥٨٢، بند ٢٦٠، زغلول، أحمد ماهر: دعوى الضمان الفرعية، ص ١٤١، بند ١٣٧. هيكل، على، الوسيط، ص ٢٠٦ وما بعدها. هندي، أحمد، قانون المرافعات، ص ٨٨ وما بعدها.

وزناً<sup>(١٠٦)</sup> من الطلب الأصلي، والذي على غرر ثقله جذب الطلب الأخير، ولكون الطلب الأصلي أضعف من الطلب العارض، فلا يمكن أن يحمل عليه الطلب الأخير، بل لقوة الأخير علا وتساعد معه الطلب الأصلي إلى مقام المحكمة الابتدائية الثلاثية، لينتج الطالبين معاً أمام هذه المحكمة كل أبعادهم الحقيقية وأثارهم الفعلية.

هذا العلو وتلك التصاعد بالطالبين معاً أدى إلى تغيير جوهر في المبادئ العامة للاختصاص، فالمحكمة الابتدائية الثلاثية المحال إليها، والتي لم تكن من الأصل مختصة بالطلب الأصلي المحال إليها مع الطلب العارض تصير مختصة بالتبعية لاختصاصها بالطلب الأخير، ليجد ذلك جوهره ومبناه في قاعدة<sup>(١٠٧)</sup> الاختصاص التبعية الجوازي للمحكمة الابتدائية الثلاثية بشأن الطلبات العارضة أو المرتبطة، وبصفة خاصة حالة أن تجذب هذه الطلبات، طلبات هي أقل ثقلاً منها ولو كانت هذا الطلبات أصلية ليمتد إليها اختصاص المحكمة الابتدائية الثلاثية قيمياً أو نوعياً لما تتمتع به من ولاية عامة. هذه الولاية هي ما استقر عليه القضاء المصري والفرنسي قديماً<sup>(١٠٨)</sup>

(١٠٦) جميعي، عبد الباسط نظرية الاختصاص، ص ٤٠، وفي نفس المعنى نبيل عمر، سقوط وتصاعد المراكز الإجرائية، ص ٦٤ وما بعدها، بند ٤٠ وما بعده.

(١٠٧) هيكل، على (٢٠٢٢) الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية ص ٢٠٥ وما بعدها.

(١٠٨) استئناف مختلط ٤ / ١ / ١٩١٢، البلتان، السنة ٢٤، ص ٧٦، استئناف مختلط ٢٤ / ١٢ / ١٨٩٠، البلتان، السنة ٣، ص ٨٨ - ١٠٠ مشار إليهما لدى أحمد هندي، رسالة، ص ٢٤١. استئناف مختلط ٤ / ٢ / ١٩٣٩ المحاماة السنة ٢٠ ع ٧، ص ١٠٣٧، حكم رقم ٤٤٤٠، واستئناف مشار إليه في نفس الحكم السابق ٣١ / ٥ / ١٩٢٤، المجموعة ٢٦، ص ٣٩٨، مصر الابتدائية الأهلية ٤ / ١٠ / ١٩٢٦ المحاماة السنة ٧، ص ٢٢٢، حكم رقم ١٥٩.

وفي القضاء الفرنسي استقرت أحكامه على عبارة مؤداها " عند تزامن قضاين الأول عادي، والثاني استثنائي، على غرار الامتداد القانوني يقدم على القضاء الاستثنائي ليختص بالنزاع بأكمله.

انظر:

Cass. Civ. 21 Janv. 1903. S. 1903. 1.77 D. 1903.1.177. Cass. Civ. 9. Mars 1903. S. 1904. 1. 401. Cas. Civ. 11 Avr. 1933. S. 1933.1 Cass. 1.246. Cass 20 Janv. 1943. Gaz.Pal. 1943.1.211. cette. Per. Solus et Perrot, op.cit. T.2. P 596.

وحديثاً<sup>(١٠٩)</sup> واعتمدها المشرع الإجرائي وبنصوص صريحة، فالمادة (٣/٤٧) مرافعات مصري تنص على أن: "تختص المحكمة الابتدائية الثلاثية بالحكم في الطلبات الوقتية أو المستعجلة وسائر الطلبات العارضة، وكذلك الطلبات المرتبطة بالطلب الأصلي مهما تكن قيمته أو نوعها"، والمادة (١ / ٥١) مرافعات فرنسي على أنه: "تختص المحكمة الابتدائية الثلاثية بالفصل في كافة الطلبات العارضة ما لم تدخل في الاختصاص القاصر لقضاء آخر"، وهي كافة الطلبات المنصوص عليها بالمادة (٦٣) مرافعات مصري<sup>(١١٠)</sup>، وهو ذاته ما كان يعتمد المشرع العماني وفقاً للمادة (٤١) إجراءات مدنية وما استقر عليه القضاء واعتمده المشرع أكده الفقه الإجرائي سواء بتبرير ذلك من جانب البعض<sup>(١١١)</sup> بفكرة الولاية الكاملة للمحكمة الابتدائية الثلاثية، أو كان تبرير البعض الآخر<sup>(١١٢)</sup> بالاختصاص المحدود للقاضي الفردي على نحو لا يمكنه سوي نظر ما يدخل في اختصاصه صراحة وفقاً للقانون.

ومع ذلك فإياً كان هذا التبرير فالمتفق عليه<sup>(١١٣)</sup> إن الامتداد القانوني للاختصاص لا يكون إلا لصالح القضاء الكلي - المحكمة الابتدائية الثلاثية - وليس للقضاء الفردي اختصاص الأخير المقيد والمحدود، وقضي تطبيقاً لذلك<sup>(١١٤)</sup> "بأنه لما كانت محكمة

<sup>(١٠٩)</sup> نقض ١ / ١٢ / ١٩٦٠، نقض ١٦ / ٦ / ١٩٦٦، نقض ١٨ / ٣ / ١٩٧١، نقض ١١ / ٥ / ١٩٧٤، نقض ٢٧ / ٢ / ١٩٩٧، نقض ١٢ / ٦ / ١٩٩٧، مشار لهذه الأحكام سابقاً. وفي القضاء الفرنسي انظر:

Cass. Civ. 12 Fevr. 1959. Bull. Civ. 11 No. 145. 21 moi. 1959. P 543. Com 19 Nov. 1975. Bull. Civ. Iv. No. 276. cass. civ. 18 dec. 2008 J.L.M.B. 2008 p. 348

<sup>(١١٠)</sup> هيكل، على، الدفع بإحالة الدعوى ص ٥٦٧ وما بعدها.

<sup>(١١١)</sup> Solus et Perrot, op.cit. t.2. p 596. No. 548. Miguet, Fasc. 214-1. p.4 ets. No. 14 - 21.

<sup>(١١٢)</sup> Genin-Meric, fasc. 212-2. P.8. no 47. GILLET: lic.

<sup>(١١٣)</sup> هندي، أحمد، رسالة، ص ١٤٠ وما بعدها، بند ٨٢، راغب، وجدي مبادئ القضاء، ص ٣٣٣. زغلول، أحمد ماهر الإشارة السابقة.

Solus et Perrot, lic. Cit. Giverdon, competence prec. P 13 ets. No 146 ets. Et competence de tribunaux de grande instance. Ency. Dalloz. Péc. P 4. No 58 ets. Miguet, lic. Cit. Genin-Meric, prec no. 50

<sup>(١١٤)</sup> نقض ٣ / ١٢ / ١٩٥٣ مشار إليه سابق، طعن ٦٢٥ / ٤٢ ق نقض ٢ / ١١ / ١٩٧٧ المكتب الفني المجموعة ٢٧، ص ٥٩٧، قاعدة ١٧٦.

الموضوع قد قبلت تدخل الخصم الثالث الذي تمسك بصحة عقده الذي تزيد قيمته عن نصاب القاضي الفردي وكانت المدعية قد طعنت في هذا العقد بالتزوير، فكان يتعين على المحكمة في هذه الحالة أن تحيل الدعوى الأصلية مع الطلب الخاص بادعاء المدعية في الدعوى الأصلية بتزوير عقد المتدخل إلى المحكمة الابتدائية المختصة<sup>(115)</sup> وقضي<sup>(116)</sup> بأنه إذا تضمنت المنازعة عناصر لطلبات مختلفة تدخل في اختصاص أكثر من قضاء بينهما القضاء العادي اختصت المحكمة الابتدائية الثلاثية بنظرها للنزاع في مجمله لما لها من سلطة ولاية القضاء الكامل.

أما حالة أن يكون الطلب العارض أو المرتبط التي لا تختص به المحكمة الفرديّة من اختصاص قضاء استثنائي تجاري، عمالي ... الخ، وكان من شأن الفصل بين الطلب الأصلي المختصة به المحكمة الفرديّة والطلب العارض المختص به القضاء التجاري أو العمالي يترتب ضرر بسير العدالة. استقر قضاء النقض الفرنسي<sup>(117)</sup> على ضرورة تفتيت النزاع وتوزيع المسائل المتنازع عليها بين محاكم القضاء الاستثنائي المختلف لاختصاص هذا القضاء المحدود، والذي لا يمكنه أن يتجاوز الموضوعات المحدد له الاختصاص بنظره، لاختصاصه القاصر والذي لا يجوز لأي من محاكم هذا القضاء كلا بحسب المنازعات المختصة بنظرها أن تتعداها، وقضي تطبيقاً لذلك<sup>(117)</sup> بنقض حكم المحكمة التجارية لأن قضاها تناول بالفصل طلب تختص به محكمة شؤون العمال الجزئية، وقالت محكمة النقض وهي بصدد نقضها للحكم كان يتعين على المحكمة التجارية أن تقضي بعدم اختصاصها في الطلب العمالي وإحالته إلى محكمة شؤون العمال لاختصاص الأخيرة القاصر بنظر طلبات شؤون العمال وأرباب العمل، ودون الاعتداد بالصلة القائمة بين المسائل المتنازع عليها وحمل هذه المسائل حالة الفصل فيها على بعضها البعض. وهو ما

<sup>(115)</sup>Paris 2 moi 1983. D. 1984. 347. Note. Julien. Adde Paris. 2 Juin 1989. D 1990. Somm. 79. Note. Serra. Cette. Per. Miguet, prec. No 17

<sup>(116)</sup>Cass. Civ. 11. 12. Oct. 1978. J.c.p. 1978. Ed. Iv. 343. R.T.D. civ. 1979.P. 186. Obs. Normand. CA. Angers. 30. Juin. 1983. J.c.p 1984. Ed. Iv. 192. R.T.D civ. 1984. P. 555. Obs. Normand

<sup>(117)</sup>Cass. Civ. 7 aut 1941. Prec. Soc. 6 mars. 1959. Bull. Civ. Iv. No. 357. Cette. Per.Giverdon, competence. Prec. P. 16. No. 169

صادف اعتماداً ثابتاً من جانب المشرع العماني وفقاً لقانون تبسيط إجراءات التقاضي ٢٠٢٠/١٢٥ بشأن المنازعات التي اعتمدها في المادة الأولى منه واختصاص المحاكم الفردية المتخصصة بها دون سواها.

ولكن ما استقر عليه القضاء الفرنسي لم يصادف به اعتماداً ثابتاً من جانب الفقه، فانقد البعض<sup>(١١٨)</sup> مسلك القضاء في تعميمه لضرورة تفتيت النزاع في كافة الأحوال، ويرى أنه كان يتعين على القضاء وخاصة قضاء النقض أن يراعي على الأقل الطلبات التي لا يمكن الفصل في إحداها إلا إذا حمل الفصل فيها على الفصل في باقي الطلبات، والتي على حد تعبيره تبلغ مبلغ عدم التجزئة؛ لأن شأن هذه الطلبات يتحتم خضوعها لقاضي واحد، وإلا كانت النتيجة حتماً فضلاً عن تناقض الأحكام الصادرة فيها، فإن هذه الأحكام لا تصدر وقبل أن تناقض على الوجه الذي يتطلبه القانون.

ولعدم الوقوع في تناقض الأحكام، أو كون الأحكام لا تصدر على الوجه الذي يتطلبه القانون ذهب الفقه السائد<sup>(١١٩)</sup> مؤيداً ببعض أحكام قضاء الموضوع<sup>(١٢٠)</sup> بضرورة تركيز الطلبات المرتبطة والتي تدخل في اختصاص قضاء استثنائي مختلف، ومطروح أمام أي من محاكم هذا القضاء بضرورة أن يعهد بالفصل في هذه الطلبات في مجملها إلى القضاء العادي والممثل في المحكمة الابتدائية الثلاثية، وفي هذا الصدد قالت هذه المحكمة<sup>(١٢١)</sup> بصدد قضاؤها في ادعاء كان مرفوعاً على شخصين مدعي عليهما، أحدهما

<sup>(118)</sup>Heron, op cit. p 612. no 828. Civ. 3 moi. 1978. Bull. Civ. No 187. P 145

(٧) هيكل، علي: الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية ص ٢٠٤.

<sup>(119)</sup>Solus et perrot, op. cit. T.2 p 596. No. 548. Giverdon, competence. Prec. p. 15 no. 165 – 171. et competence civile des tribunaux de grande instance. prec no. 10 – 13. Genin-Meric, fasc. 212-2. P 10. no. 66 Normand, obs. R.T.D.civ.1978. p 415 no. 7

<sup>(120)</sup>T.G.IN de Laval. 15 Oct. 1963. Gaz. Pal. 1963. 1 som. p 68 -69

<sup>(121)</sup>“dans ce cas conseil de prud homes N’etant competent qu’a L’egard de L’un des defendeurs et tribunal de commerce N’etant competent qu’a L’egard de L’autre le tribunal de grande instance, tribunal de droit commun doit du tait de sa competence generale connaitre de L’ensemble du litige ce que ne pourrait faire ni L’une ni L’autre des jurisdiction d’ exception precitees” T.G IN. 15. Oct. 1963. prec

يختص بما رفع عليه المحكمة التجارية، والآخر يختص بما رفع عليه المحكمة العمالية، وكل من هاتين المحكمتين لا تختص إلا بطلب أحدهما دون الآخر، في حين أن بين الطرفين صلة ارتباط، هذه الصلة تقتضي لاتصال أحد الطرفين بالآخر أن تفصل فيها محكمة واحدة، ولما كان كل من القضاة التجاري والعمالي لا يختص بما يختص به الآخر، فقررت المحكمة الابتدائية الثلاثية اختصاصها بالنزاع في رتمه لولايتها العامة، وهي الولاية التي لا تتوفر في حق أي من القضاة التجاري والعمالي، لاختصاص كل منهما القاصر.

وما ذهب إليه قضاء الموضوع يؤكد ما استقر عليه قضاء النقض<sup>(١٢٢)</sup> بطرحه لاختصاص القضاء الاستثنائي جانباً حالة تزاممه مع القضاء العادي فقدم القضاء الأخير على الأول، وهو نفس ما دلت به محكمة "لافال" الابتدائية في قضاها السابق حيث استندت إلى قضاء النقض<sup>(١٢٣)</sup> بتفضيله للقضاء المدني على التجاري بصدد حكم صادر في منازعة متضمنة عناصر ذات طبيعة مدنية وأخرى تجارية لولاية الأول العامة على الأخير، مما يخول للقاضي العادي نظر ما يختص به القضاء الاستثنائي طالما كان الفصل في احد الطرفين يحمل على الفصل في الطلب الآخر، أو بنظر ما يختص به على حده تطبيقاً لنص المادة (٢/٥١) مرافعات فرنسي بعدم اختصاص المحكمة الابتدائية بالطلبات<sup>(١٢٤)</sup> التي تدخل في الاختصاص النوعي لقضاء استثنائي.

(١٢٢) انظر فيما سبق الأحكام المشار إليها، الصفحة السابقة.

(123) Cass. Civ. 5. Fevr. 1907. S. 1907. I. 305. Note. Critique.

(١٢٤) وهو شأن الحالة التي يستقل الاختصاص في الدعوى برمتها للقضاء الاستثنائي، فيستقل بنظرها هذا القضاء وحده، لو كانت هذه الدعوى أمام القضاء العادي تعين على الأخير إحالة الدعوى لعدم الاختصاص إلى القضاء الاستثنائي. انظر في ذلك: هيك، علي: الدفع بإحالة الدعوى ص ٢٩٩ وما بعدها.

T.G.ins 24 avril 1963.semm jur. 1963.iv. 266. Obs.J.A.R.T.D. CIV. 1963. P.614. OBS.hebraud. Bordoux.4 fevr 1964.D 1964. 219.

وأن ما ذهب إليه قضاء الموضوع اعتمده الفقه الإجرائي الحديث<sup>(١٢٥)</sup> في مصر، والذي يري إن الحل الأمثل حالة تعدد الطلبات وكون الفصل في أحدهما يستلزم أن يحمل على الفصل في الأخرى في حين إن هذه الطلبات من اختصاص محاكم استثنائية مختلفة يختص بعضها ببعض الطلبات دون البعض الآخر تعين إحالة الطلبات في مجموعها إلى المحكمة الابتدائية لعدم الإضرار بسير العدالة.

فالمحكمة الابتدائية الثلاثية في تصورنا هي التي يؤول إليها الاختصاص بنظر الدعوى بطليها الأصلي والعارض، ولو كانت لا تختص بأي من الطرفين من حيث الأصل لاختصاص المحكمة الفردية العادية بالطلب الأصلي ومحكمة في مستواها (من المحاكم الفردية المتخصصة) بالطلب العارض متي كان الفصل بين الطرفين يؤدي إلى تشردم عناصر النزاع مما تضرر به العدالة.

## المطلب الثاني

### المسائل الإجرائية التي تثيرها الإحالة لعدم الإضرار بسير العدالة

ثمة مسائل إجرائية تثار بصدد إحالة الدعوى بطليها الأصلي والعارض من المحكمة الفردية أو المحكمة التي في مستواها إلى المحكمة الابتدائية الثلاثية، من هذه المسائل سلطة المحكمة الفردية إزاء توفر مقومات هذه الصورة من صور الإحالة وقضاءها بها، ومدى قابلية هذا القضاء للطعن عليه تلك هما مسألتان نتعرض إليهما تباعا على النحو الآتي:

١. سلطة المحكمة الفردية إزاء توفر مقومات إحالة الدعوى لعدم الإضرار بسير العدالة والقضاء بها.

الإدلاء بطلب عارض أو مرتبط أمام المحكمة الفردية - على النحو الفائت - وعدم إمكان هذه المحكمة من الفصل في الطلب الأصلي المختصة بها؛ لأن الفصل فيه يحمل

<sup>(١٢٥)</sup> هندي، أحمد ارتباط الدعوى والطلبات، ص ٢٣٨ وما بعدها، بند ٨١، النيداني، الأنصاري، مبدأ وحدة الخصومة ص ١٩٦، بند ١٣٣، هيك، علي: الدفع بإحالة الدعوى ص ٦٠١ وما بعدها.

على الفصل في الطلب العارض الذي أدلى به أمامها، يعد ذلك هو الوجه الأول للحالة التي يعد الوجه الآخر فيها هو عدم مكنة المحكمة الفردية من القضاء في الطلب العارض أو المرتبط - رغم عدم اختصاصها به - بعدم الاختصاص والإحالة، فعدم إمكان المحكمة الفردية من الفصل في الطلب الأصلي المختصة به، وكذا عدم مكنتها من القضاء في الطلب العارض غير المختصة به بعدم الاختصاص والإحالة، هما وجهان لحالة واحدة ممثلة في كون الفصل بين الطرفين يضر بسير العدالة ، مما يقتضي إحالة الطرفين معاً لمواجهة هذا العارض ، وهو عدم الإضرار بسير العدالة.

هذه الحالة - تعد على خلاف الحالة التي استهلت بها المادة (٢/٤٦) مرافعات عبارتها<sup>(١٢٦)</sup> - والتي كشف عنها التقدير المستقبلي<sup>(١٢٧)</sup> للمحكمة الفردية، وهي بصدد تقديرها للصلة التي عليها جذب الطلب الأصلي لطلب عارض لا تختص به ، وتبين من تقديرها ذلك انه لا يمكن الفصل في أي من الطرفين إلا إذا حمل الفصل في إيهما على الفصل في الآخر لتوقف ما يحققه كل طلب من نتائج على ما يضاف إليه من الطلب الآخر، مما تحقق للمحكمة الفردية إن كون المبادعة بين الطرفين حتماً سوف ترتب ضرراً بسير العدالة، لهذا السبب<sup>(١٢٨)</sup> أوجب المشرع المصري على هذه المحكمة وتطبيقاً للمادة (٢/٤٦) مرافعات ولو من تلقاء نفسها، أو بناء على طلب الخصوم<sup>(١٢٩)</sup> إحالة الطرفين

<sup>(١٢٦)</sup> والتي نصت المادة (٤٦) مرافعات مصري في مستهل عبارتها "على انه إذا عرض على المحكمة الجزئية طلب من هذا القبيل جاز لها أن تحكم في الطلب الأصلي وحده، إذا لم يترتب على ذلك ضرر بسير العدالة...".

<sup>(١٢٧)</sup> والتقدير المستقبلي هو الذي من خلاله يلحق القاضي الفردي بذنه في المستقبل المنظور لمعرفة الحل الذي يعطيه القانون للمسألة المتنازع عليها وذلك قبل الفصل في موضوعها، إذا كان يترتب على هذا الحل إمكانية نظرها أو عد إمكانية ذلك، أو إجابة خصوم الدعوى إلى طلبهم أولاً، أو قبولها من عدمه، وذلك بسبب استحالة منطوية أو قانونية لمعرفة ذلك في الوقت الحالي. انظر: عمر نبيل، (١٩٩٩) التقدير القضائي المستقبلي، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، ص ١٣ وما بعدها بند ٤.

<sup>(١٢٨)</sup> حول الإضرار بسير العدالة كسبب لإحالة الدعوى. انظر فيما سبق.

<sup>(١٢٩)</sup> العشماوي، محمد عبد الوهاب، المرجع السابق، ج ١، ص ٤١٤، بند ٣١٩.

الأصلي والعارض إلى المحكمة الابتدائية الثلاثية المختصة بالطلب الأخير، ولو لم تكن مختصة بالطلب الأصلي المحال إليها مع الطلب العارض.

وقضاء المحكمة الفردية لإحالة الطلبين معا إنما هو تطبيقاً لوسيلة فنية<sup>(١٣٠)</sup> يفرضها القانون الإجرائي لحسن إدارة النشاط القضائي، ومن ثم فهذا القضاء ليس عملاً من أعمال الإدارة القضائية<sup>(١٣١)</sup> وإنما هو حكم قضائي وبصريح نص المادة (٢/٤٦) مرافعات "أن تحكم من تلقاء نفسها بإحالة الطلبين الأصلي والعارض .... ويكون حكم الإحالة"، كما أكدت أيضاً عليه طبيعته القضائية المادة (١١٢) إجراءات مدنية "كلما حكمت المحكمة .... بالإحالة...." ومن ثم فهو حكم قضائي<sup>(١٣٢)</sup> رغم كون هذا الحكم لم يفصل في مسألة موضوعية، بل أيضاً لم يفصل في مسألة إجرائية بحتة، وإنما فقط في مسألة متفرعة عن المسألة الأخيرة، وهي مسألة تقدير القاضي الفردي للضرر من عدمه. وتفرع مسألة تقدير الضرر عن المسألة الإجرائية يتمثل في كون مصدرها الأصلي، هو عدم اختصاص المحكمة الفردية<sup>(١٣٣)</sup>، أو على فرض أن تقديرها يتعلق بعمل من أعمال الخصوم، فتقدير

انظر: في الطبيعة القانونية لإحالة الدعوى. هيكل، على، الدفع بإحالة الدعوى ص ٢٩ وما بعدها. <sup>(١٣٠)</sup> وأعمال الإدارة القضائية هي التي يستند إليها القاضي حالة مباشرتها الى سلطة إدارته، ويكون بصدد القيام بها شأن رجل الإدارة لما تخضع له هذه الأعمال من حيث الأصل للقواعد العامة التي تطبق على الأعمال الإدارية واستثناء لقواعد خاصة، وحالة وجود مثل هذه القواعد تكون هي الواجبة التطبيق كشأن ما تقرره المادة ٨٣ وما بعدها من قانون السلطة القضائية المصري، انظر في الطبيعة القانونية للقرار الصادر بضم دعاوى، هيكل، على، المرجع السابق ص ١٠٩ وما بعدها. وان كان القرار الإداري مغايراً لهذه الأعمال، فهذه الأعمال قد تسبق أو تعاصر الإحالة القضائية أي كانت صورتها كعمل تمهيدي، يمهّد الطريق للإحالة القضائية ويجعلها ممكنة.

<sup>(١٣٢)</sup> والحكم القضائي بصفة عامة هو كل إعلان لفكر القاضي في استعماله لسلطته القضائية، وذلك أيّاً كانت المحكمة التي أصدرت الحكم وأيّاً كان مضمونه تمييزاً عما يصدره القاضي استعمالاً لسلطته الولائية، والى، فتحي، المبسوط ج ٢، ص ٣٦٩ وما بعدها.

<sup>(١٣٣)</sup> لأن كون الفصل بين الطلبين يضر بسير العدالة مشروطاً بقضاء المحكمة الجزئية بعدم اختصاصها بالطلب العارض، وهي تقضي بعدم الاختصاص هذا من تلقاء نفسها، سواء كان عدم الاختصاص يرجع إلى نوع الدعوى، أو يرجع الى قيمتها. سيف، رمزي الوسيط، ص ٢٣١، بند ١٨٣، أبو الوفا، أحمد، نظرية الدفوع، ص ٣٠٠، بند ١٦٠.

المحكمة الفردية لكون الفصل بين الطلبين يرتب ضرراً بسير العدالة من عدمه يعد مسألة تقديرية<sup>(١٣٤)</sup> لا تخضع لرقابة النقض متي جاء ما قضت به مبنياً على أسباب سائغة. فقضاء المحكمة الفردية بإحالة الطلبين الأصلي والعارض لعدم الإضرار بسير العدالة، ولو لم يفصل بصدده في مسألة موضوعية أو إجرائية، وإنما في مسألة متفرعة عن المسألة الأخيرة هو حكم قطعي فرعي<sup>(١٣٥)</sup> صادر في مسألة مرتبطة بعدم اختصاص هذه المحكمة، ويزيد على كونه حكماً قطعياً فرعياً فهو يعد حكماً باتاً، وباتية هذا الحكم ليس لاستنفاد طرق الطعن فيه العادية وغير العادية، وإنما تعد حالة قانونية في الحكم منذ وقت صدوره، تعني<sup>(١٣٦)</sup> استمرار قابليته لإحداث فاعليته القانونية، ودون أن يحوز الحجية. فهذا الحكم لا يحوز الحجية إطلاقاً؛ لأن الحجية<sup>(١٣٧)</sup> تعد أثراً قاصراً على الأحكام التأكيدية الموضوعية، كما إن باتية هذا الحكم ليس لكونه صادراً من محكمة<sup>(١٣٨)</sup> أو جهة<sup>(١٣٩)</sup> يكون لأحكامها هذه الصفة، وإنما باتية الحكم الصادر بالإحالة لعدم الإضرار بسير العدالة متولدة من عناصر خارجة عن القرار به، ممثلة هذه الباتية فضلاً عن استمرار قابلية الحكم

<sup>(١٣٤)</sup> راغب، وجدي، مبادئ القضاء، ص ٣٣٨. عمر، نبيل، الارتباط الإجرائي، ص ٥٣، بند ٢٧.  
<sup>(١٣٥)</sup> هيكل، علي، الدفع بإحالة الدعوى ص ١٦٨ وما بعدها، راغب وجدي، (١٩٧٥) حول جواز الطعن المباشر مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، حقوق عين شمس القاهرة، السنة ١٧، العدد الأول يناير ص ٢٦٤.

<sup>(١٣٦)</sup> وجدي راغب، نظرية العمل القضائي، ص ٢١٤ - ٢١٦.  
<sup>(١٣٧)</sup> هيكل علي، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية. ص ٦٩٩ وما بعدها.  
<sup>(١٣٨)</sup> كمحكمة النقض، فشان الأحكام الصادرة من هذه المحكمة سواء برفض الطعن أو بنقض الحكم المطعون فيه وإحالة القضية الى المحكمة المختصة أو بنقضه والفصل في الموضوع أو غير ذلك من الأحكام والأوامر. مثل الأمر بوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه، كل هذه الأحكام التي تصدر من هذه المحكمة ليست محلاً للطعن. هندي، أحمد (٢٠٠٩) أثار محكمة النقض وقوتها، دار الجامعة الجديدة ص ١٧٦ وما بعدها، بند ٣٥، عمر، نبيل، (٢٠١٥) الوسيط في النقض، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، ص ١٣، طعن ١٨٦ / / ٤٨ ق نقض ١٦ / ٢ / ١٩٨١ المكتب الفني المجموعة ٣٢، ص ٥٢٣.

<sup>(١٣٩)</sup> وشأن الجهة القضائية التي لا يطعن فيما تصدره من أحكام أو قرارات المحكمة الدستورية العليا المصرية، انظر: دستورية عليا، قضية رقم ١٦/١٦ق- تنازع- جلسة ١٩٩٦/٢/٣ ج ٧ ص ٩١٤، قاعدة ١٤.

لإحداث فاعليته القانونية، في عدم قابلية هذا الحكم - كما وسنري - للطعن فيه منذ وقت صدوره.

فالمحكمة الفردية أو المحكمة التي في مستواها متي تبين لها إن الفصل بين الطرفين الأصلي والعارض يرتب ضرراً بسير العدالة تعين عليها أن تقضي بإحالة الطرفين معاً إلى المحكمة الابتدائية الثلاثية وقضاءها بالإحالة هو حكم قطعي فرعي صادر في مسألة مرتبطة بمسألة عدم اختصاص المحكمة الفردية، هذا القضاء بصراحة المادة (٢/٤٦) مرافعات يعد قضاءً بالإحالة لعدم الإضرار بسير العدالة، ويعد ملزماً للمحكمتين المحلية والمحال إليها، والذي يكشف عن مدي التكامل الإجرائي للمادتين (٢/٤٦، ٣/٤٧) مرافعات مصري، ليحال الطرفين الأصلي والعارض معاً لعدم الإضرار بسير العدالة، ويعد قضاء الإحالة ملزم للمحكمتين ومصدر هذا الإلزام هو القانون<sup>(١٤٠)</sup> تطبيقاً للمادة (٤٦) مرافعات، ويمتد هذا الإلزام بدوره إلى الخصوم.

٢. الطعن على الحكم الصادر بإحالة الدعوى بطليها الأصلي والعارض لعدم الإضرار بسير العدالة.

إذا طلب أحد الخصوم من المحكمة الفردية إحالة الطرفين الأصلي والعارض إلى المحكمة الابتدائية الثلاثية، فقضت المحكمة المطلوب منها بالإحالة بالرفض عد قضاؤها حكم قطعي فرعي صادر قبل الفصل في الموضوع يطعن فيه تطبيقاً لنص المادة (٢٠٣) إجراءات مدنية مع الحكم الصادر في الموضوع<sup>(١٤١)</sup> فلا يطعن عليه فور إصداره؛ لأنه ليس من بين الاستثناءات التي اعتمدها المادة السابقة، وفي الطعن عليه مع الحكم الصادر في الموضوع يراعي ما تنص عليه المادة (٢٢٣) من القانون السابق، وجوهر الطعن عليه مع الحكم الصادر في الموضوع هو تركيز الخصومة أمام محكمة واحدة تفاقياً

<sup>(١٤٠)</sup> هيكل، علي، الدفع بإحالة الدعوى ص ٦٢٦ وما بعدها.

<sup>(١٤١)</sup> ويرتبط مصير الحكم الفرعي الصادر قبل الفصل في الموضوع من حيث الطعن عليه طالما غير قابل للطعن المباشر بمصير الحكم الصادر في الموضوع. هيكل، علي، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية، ص ٧١٣ وما بعدها.

لتقطيع أوصال القضية بين محكمتي الموضوع والطعن<sup>(١٤٢)</sup> وذلك وفقاً لما جاء بالمذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات المصري الحالي ١٣ / ١٩٦٨ .

أما إذا قضت المحكمة الفردية أو المحكمة التي في مستواها بإحالة الدعوى بطلبها الأصلي والعارض ، فالقاعدة في القانون المصري وعلى خلاف الفرنسي<sup>(١٤٣)</sup> لا يمكن لأي من الخصوم الاعتراض أو المنازعة في هذا الحكم؛ لأن شأن هذا الحكم لا يشكل خروجاً من حيث الأصل على قواعد الاختصاص، فوفقاً لهذا الأصل<sup>(١٤٤)</sup> يعد الاختصاص بالطالبين مشتركاً بين المحكمة التي أصدرت الحكم والمحكمة المحال إليها، واختصاص الأخيرة وأن كان اختصاص تبعية جزائي، فمعنى ذلك أنه لا يسلب المحكمة الأولى اختصاصها بالدعوى، وإنما تشاركها فيها المحكمة المحال إليها، بدليل الخيار المانع<sup>(١٤٥)</sup> للمحكمة الفردية، والتي استهلكت به المادة (٤٦ / ٢) مرافعات عبارتها. وشأن هذه القاعدة هي ما صادف اعتماداً ثابتاً من جانب الفقه<sup>(١٤٦)</sup> والقضاء<sup>(١٤٧)</sup> والتشريع ، فنص الأخير صراحة ووفقاً لنص المادة ٤٦ مرافعات مصري على أنه: "إذا

<sup>(١٤٢)</sup> هيكل، علي، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية، الإشارة السابقة.

<sup>(١٤٣)</sup> حيث علق المشرع الفرنسي وفقاً لنص المادة (٣٨) مرافعات إحالة القاضي الجزئي أو الاستثنائي للطالبين الأصلي والعارض معاً إلى المحكمة الابتدائية على تمسك أحد الخصوم بعدم اختصاص القاضي الجزئي، ومن ثم فالمسألة إجرائية بحتة يطعن بمقتضاها في الحكم الصادر بإحالة الطالبين الأصلي والعارض كحكم بعدم الاختصاص، والطعن على هذا الحكم يكون بطريق الاعتراض، انظر في الطعن بطريق الاعتراض في القانون الفرنسي، هيكل، علي، الدفع بإحالة الدعوى، ص ١٩٨-٢٠٢ والمراجع الفرنسية المشار إليها لديه.

<sup>(١٤٤)</sup> أحمد ماهر زغلول، المرجع السابق، ص ١٤٥ بند ١٤١.

<sup>(١٤٥)</sup> في هذا الخيار الإجرائي، انظر: هيكل، علي، المرجع السابق ص ٤١٣ وما بعدها، والمراجع المشار إليها لديه.

<sup>(١٤٦)</sup> العشموي محمد وعبد الوهاب، الإشارة السابقة. أبو الوفاء، التعليق على قانون المرافعات، ص ٣٤٠ مادة (٤٦) الدفع، ص ٢٩٨ بند ١٥٦، جميعي، عبد الباسط، نظرية الاختصاص، ص ٤٠، سيف، رمزي، الوسيط، ص ٢٣١ بند ١٨٣، والي، فتحي الوسيط، ص ٢٧٣ بند ١٨٣، يونس، محمود مصطفى المرجع السابق، ص ١٣١ - ١٣٢ بند ٧٠.

<sup>(١٤٧)</sup> نقض مصري ١٠/١٩٣٤/٥ الموسوعة الذهبية ج٢ ص ٨١٦ قاعدة ٤٢٦.

قضت المحكمة الجزئية بإحالة الطالبين الأصلي والعارض لعدم الإضرار بسير العدالة إلى المحكمة الابتدائية كان قضاؤها بالإحالة غير قابل للطعن".

كما أكد على هذه القاعدة ومن قبل المذكرة الإيضاحية قانون المرافعات المصري رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ تعليقاً على الحكم المقابل للفقرة الثانية من المادة (٥٠) مرافعات مصري ملغي، وذلك بقولها "وبعد أن تحكم المحكمة بعدم اختصاصها بنظره تقرر من تلقاء نفسها إما إحالة الطلب العارض وحده أو الدعوى برمتها إلى المحكمة الابتدائية المختصة، ويكون حكم الإحالة - في الحالتين - غير قابل لأي طريق من طرق الطعن، وبذلك خول المشرع للمحكمة الفردية اختصاصاً نهائياً باتاً بصدد تحديد ما إذا كان الفصل في الدعوى يضر بحسن سير العدالة أو لا يضر بها...".

وباتية الحكم ووفقاً لما أشارت إليه المذكرة الإيضاحية للقانون السالف مبنائها عناصر خارجة عن القرار به ممثلة هذه الباتية في عدم قابلية الحكم للطعن بأي طريق من طرق الطعن، كما تعني عدم قابليته للتعديل أو الإلغاء، فعدم قابلية الحكم للطعن تمتد لتشمل عدم قابليته للتعديل أو الإلغاء.

وتجد هذه القاعدة أساسها ومبناها بصدد الحكم بالإحالة لعدم الإضرار بسير العدالة في أحد الأسس الفلسفية، ممثلاً هذا الأساس<sup>(١٤٨)</sup> في تقدير القاضي الفردي لمعرفة ما إذا كان الفصل بين الطالبين يرتب أو لا يرتب ضرراً بسير العدالة، وليس بناء على مخالفة قواعد الاختصاص، ومن ثم فيعد أساس استثنائي مبناه تقدير القاضي، هذا التقدير لا يوجد بصدده مصلحة<sup>(١٤٩)</sup> في الطعن عليه؛ لأن الطعن كحق إجرائي ووفقاً لما نظمه القانون الإجرائي، يعد امتداداً لحق الدعوى أو الدفع بعد صدور الحكم، وتقدير القاضي لوجود

<sup>(١٤٨)</sup> عمر، نبيل، (٢٠١٤) سلطة القاضي التقديرية دار الجامعة الجديدة، ص٣٤٩، بند ٣٠٤، جميعي، عبد الباسط، الإشارة السابقة.

<sup>(١٤٩)</sup> لأن مناط المصلحة في الطعن يتضمنها عدة مقتضيات ممثلة في كون المصلحة قانونية وعملية، ولأطراف صفة في الطعن، انظر: عمر، نبيل، (٢٠١٥) الوسيط في الطعن بالاستئناف، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، ص٧، الوسيط في الطعن بالتماس إعادة النظر، (٢٠١٥) دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، ص٨، الوسيط في الطعن بالنقض، ص١٢.

ضرر من عدمه حالة كون الفصل بين الطرفين الأصلي والعارض يرتب أو لا يرتب ذلك، لا يعد امتداداً لأي من صفتي الدعوى أو الدفع لعدم صدور حكماً في أي منهما. وعدم اعتبار تقدير القاضي لوجود ضرر من عدمه امتداداً لأي من حقي الدعوى أو الدفع يبرهن على أن الاعتراض أو المنازعة في الحكم الصادر بالإحالة - في هذا الصدد - لا تبرره مصلحة قانونية ولا عملية، وعدم تبريره هذه المصلحة يعد انعكاساً على انعدام الصفة في الطعن، مما يتحقق بذلك تخلف المصلحة والصفة في الطعن على الحكم الصادر بالإحالة لعدم الإضرار بسير العدالة مما يجعله ليس محلاً للطعن.

فالحكم بإحالة الدعوى لعدم الإضرار بسير العدالة ودون الحكم برفضها يعد حكماً غير قابلاً للطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن، كما لا يعد<sup>(١٥٠)</sup> مستأنفاً باستئناف الحكم الصادر في الموضوع مادة (٢٢٣) إجراءات مدنية؛ لأن مبني الحكم ومصدره هي مسألة تقدير القاضي الفردي للضرر من عدمه، هذا التقدير ينعدم بمقتضاه المصلحة في الطعن على الحكم الصادر به. فنص المشرع المصري صراحة تطبيقاً للمادة (٢/٤٦) مرافعات بعدم قابلية هذا الحكم للطعن، وهو ما يدل به على المسلك الصائب من جانب المشرع؛ لأن الدعوى محل الإحالة يعد الاختصاص بها بحسب الأصل مشترك بين المحكمة المحلية والمحال إليها، وكلتا المحكمتين من درجة واحدة للتقاضي، فضلاً على الاختصاص العام للمحكمة المحال إليها.

وأخيراً يلاحظ إن عدم قابلية الحكم الصادر بالإحالة للطعن وإن كان يعد قيداً على حرية الخصوم بعدم مكنتهم من الاعتراض أو المنازعة فيه، فلا يمتد هذا القيد إلى المحكمة المحال إليها، فالمحكمة الابتدائية الثلاثية يمكنها التحلل<sup>(١٥١)</sup> من اختصاصها بالدعوى المحالة إليها لعدم الإضرار بسير العدالة شريطة أن يكون عدم اختصاصها بهذه الدعوى

<sup>(١٥٠)</sup> لأن الأحكام الفرعية التي تعتبر مستأنفة مع الحكم الصادر في الموضوع هي الأحكام الصادرة من ذات المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه، وحكم الإحالة صدر من المحكمة الجزئية غير قابل للطعن بصراحة نص المادة (٢ / ٤٦) مرافعات مصري.

<sup>(١٥١)</sup> أبو الوفا، أحمد: التعليق على قانون المرافعات، ص ٣٤٠.

متعلقاً بالنظام العام كعدم اختصاصها وظيفياً بنظرها، أو عدم اختصاصها لسبب آخر خلاف السبب التي أحييت به الدعوى من المحكمة الفردية.

## الخاتمة

هكذا وقد بلغت هذه الدراسة نهايتها ، بأن عالجنا الفرض الذي يجذب فيه الطلب الأصلي أمام المحكمة الابتدائية الفردية طلباً عارضاً لا تختص به قيمياً أو نوعياً، ويكون في قضاءها في الطلب العارض وحده بعدم الاختصاص والإحالة وفقاً للمادة (١١٢) إجراءات مدنية عماني من ضرر بسير العدالة، لما قد يترتب على الفصل في كل طلب على حده أمام محكمة مختلفة من تناقض أو تعارض في الحكمين اللذان يصدرين في الطلبين ، لذا كانت محاولة كل من المشرع المصري والفرنسي للحيلولة دون حدوث هذا الضرر قد بلغت مداها، ذلك بجمع الطلبين معاً أمام المحكمة الابتدائية الثلاثية لعدم الإضرار بسير العدالة على الرغم من أن هذه المحكمة غير مختصة بالطلب الأصلي لاختصاص المحكمة الفردية به نوعياً أو قيمياً ، ونظر المحكمة الثلاثية للطلبين معاً لكونها صاحبة الولاية العامة منعاً لعدم الإضرار بسير العدالة. وهو ما نأمل من المشرع الإجرائي العماني أن يحذوا حذوا المشرع المصري والفرنسي والعودة مرة ثانية بالمادة (٤٠، ٤١) إجراءات مدنية واللاتين كانتا ألغيت بالقانون ٩٢ لسنة ٢٠٠٥.

إذا كانت قاعدة قاضي الأصل هو قاضي الفرع يعمل بعموميتها أمام المحكمة الابتدائية الثلاثية، فعلى العكس يحد من عمومية العمل بها أمام المحكمة الابتدائية الفردية والمحكمة التي في مستواها حيث يتعين على المحكمة الأخيرة أن تكون مختصة نوعياً وقيماً بالطلب العارض الذي جذبه إليها الطلب الأصلي، والمشكلة التي قد تثار في هذا المضمار، هو أن المحكمة الفردية أو التي في مستواها قد لا تستطيع أن تحيل الطلب العارض وحده لعدم الاختصاص؛ لأن أفضل بينه وبين الطلب الأصلي قد يضر بسير العدالة، ومن ثم تصبح الإحالة وفقاً لنص المادة (١١٢) إجراءات مدنية غير قائمة ولا محل للعمل بها، ولذا كانت محاولات بعض التشريعات ومنها المصري والفرنسي لمواجهة هذه المشكلة قد بلغت مداها، وذلك بنصهما في هذا الفرض على إحالة الدعوى بطليها

الأصلي والعارض من المحكمة الفردية إلى الثلاثية لعدم الإضرار بسير العدالة، والأمل في أن يحذو المشرع العماني حذو كل من المشرع المصري والفرنسي، والعودة مرة ثانية لنص المادتين (٤٠، ٤١) إجراءات مدنية اللتين كانتا ألغيتا بالقانون ٢٠٠٥/٩١.

### نتائج الدراسة:

- حالة أن يجذب الطلب الأصلي أمام المحكمة الفردية أو المحكمة التي في مستواها طلباً عارضاً لا تختص به قيمياً أو نوعياً، وكان في إحالتها للطلب العارض وحده لعدم الاختصاص ما يرتب ضرر بالعدالة فلا يكون أمامها الا إحالة الطلبين معاً إلى المحكمة الثلاثية لعدم الإضرار بسير العدالة.
- محاولة البحث عن ضابط لعدم الإضرار بسير العدالة وأن كان مرناً لمرونة فكرة العدالة نفسها، الا أن هذه الدراسة انتهت إلى أن هذا الضابط يتمثل في عدم مقدرة الخصم في أن يثبت كل طلب على حده حالة وجود كل طلب أمام محكمة مختلفة، وكذلك قد يتمثل في عدم مقدرة كل محكمة في أن تفصل في كل طلب على حده لما بين الطلبين من تكامل إجرائي، فيحمل كل منهما على الآخر لكي تتحقق العدالة.
- تحقق الإحالة لعدم الإضرار بسير العدالة يستلزم توافر شروط موضوعية، كما تنثير مسائل إجرائية. ممثلة الشروط الموضوعية:
  - أولاً: في أن يدلي أمام المحكمة الفردية بطلباً عارضاً لا تختص به.
  - ثانياً: أن يكون هذا الطلب مستقلاً من حيث قيمته عن الطلب الأصلي.
  - ثالثاً: عدم مكنة المحكمة الفردية في أن تحيل الطلب العارض غير المختصة به وحده لعدم الاختصاص.
  - رابعاً: مكنة المحال إليها (الابتدائية الثلاثية) في نظرها للطلبين معاً الأصلي والعارض، أما المسائل الإجرائية تتمثل في: سلطة المحكمة الفردية إزاء توفر مقومات الإحالة لعدم الإضرار بسير العدالة، ومدى قابلية الحكم الصادر بالإحالة لعدم الإضرار بسير العدالة للطعن عليه.

## التوصيات:

بجانب هذه النتائج انتهت الدراسة إلى توصية لا تقل في أهميتها عن النتائج السالفة، ممثلة هذه التوصية في ضرورة العودة من جانب المشرع العماني مرة ثانية إلى تقنين المادتين (٤٠، ٤١) إجراءات مدنية اللتين كانتا ألغيتا بالقانون ٢٠٠٥/٩١ وهما على النحو الآتي:

### • مادة (٤٠):

"لا تختص المحكمة الابتدائية مشكلة من قاض واحد بالحكم في الطلب العارض أو الطلب المرتبط بالطلب الأصلي إذا كان حسب قيمته أو نوعه لا يدخل في اختصاصها. وإذا عرض عليها مثل هذا الطلب فيجوز لها الحكم في الطلب الأصلي وحده ما لم يترتب على ذلك ضرر بسير العدالة وإلا وجب عليها أن تحكم من تلقاء ذاتها بإحالة الدعوى الأصلية والطلب العارض وما يتصل بهما إلى المحكمة الابتدائية المختصة مشكلة من ثلاثة قضاة، ولا يكون الحكم بالإحالة في هذه الحالة قابلاً للطعن."

### • مادة (٤١):

"تختص المحكمة الابتدائية مشكلة من ثلاثة قضاة بالحكم ابتداءً في جميع الدعاوي التي ليست من اختصاص المحكمة الابتدائية مشكلة من قاض واحد أياً كانت قيمة الدعوى، ويكون حكمها انتهائياً إذا كانت قيمة الدعوى لا تتجاوز ثلاثة آلاف ريال. كما تختص بالحكم في الطلبات الوقتية أو المستعجلة وسائر الطلبات والعارضة وكذلك في الطلبات المرتبطة بالطلب الأصلي مهما تكن قيمتها أو نوعها."

## المراجع

### أولاً- المراجع العربية:

- إبراهيم، محمد محمود، (١٩٨٤) النظرية العامة للطلبات العارضة، دار الفكر العربي، القاهرة.
- أبو عامر، محمد زكي، (١٩٩٤) الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- أبو الوفا، أحمد، (٢٠٠٧) نظرية الدفع، منشأة المعارف، الإسكندرية.

- الاهواني، حسام الدين وحمدى عبد الرحمن، (١٩٩٦) أصول القانون - المدخل للقانون، بدون ناشر.
- الجمال، مصطفى، (٢٠٠٢) تجديد النظرية العامة للقانون، دار الفتح للطباعة والنشر، القاهرة.
- المرصفاوي، حسن صادق، (١٩٩٧) الدعوى المدنية أمام المحاكم الجنائية منشأة المعارف، الإسكندرية.
- النمر، أمينة قوانين المرافعات، (١٩٨٢) الكتاب الأول، المدخل لدراسة قوانين المرافعات، التنظيم القضائي المصري، الاختصاص مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية.
- النمر، أمينة، (١٩٧٩) قواعد تقدير قيمة الدعوى، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- النيداني، الأنصاري، (١٩٩٨) مبدأ وحدة الخصومة في قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية.
- العشاوي، محمد وعبد الوهاب، (١٩٥٧) قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، ج ١.
- الوكيل، شمس الدين (١٩٦٢) نظرات في فلسفة القانون، مقال منشور بمجلة حقوق الإسكندرية، السنة ١٢.
- بهنام، رمسيس، (١٩٩٧) علم النفس القضائي، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- تناغو، سمير (١٩٨٦) النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- جميعي، عبد الباسط، (١٩٧٥) نظرية الاختصاص في قانون المرافعات الجديد وتعديلاته، دار الفكر العربي، القاهرة.
- جميعي، عبد الباسط، (١٩٨٣) الإساءة في المجال الإجرائي مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس.
- راغب، وجدي (١٩٧٦) دراسات في مراكز الخصم، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس.

- راغب، وجدي، (١٩٧٤) نظرية العمل القضائي في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- راغب، وجدي، (٢٠٠١) مبادئ القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة.
- زغلول، احمد ماهر، دعوي الضمان الفرعية، دار النهضة العربية، القاهرة بدون سنة طبع.
- سعد، إبراهيم نجيب، (١٩٧٤) قانون القضاء الخاص، ج ١، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٤.
- سعد، إبراهيم نجيب، (١٩٨١) قاعدة لا تحكم، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- سليم، عصام (١٩٩١) عدم تفرقة التصرف القانوني، رسالة، جامعة الإسكندرية.
- سلامة، أحمد عبد الكريم، نظرية العقد الدولي الطليق، دار النهضة العربية، القاهرة.
- صادق، هشام، (٢٠٠٧) تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.
- عبد الرحمن، حمدي، (١٩٧٩) فكرة القانون، دار الفكر العربي، القاهرة.
- عبد العزيز، محمد كمال، (١٩٩٥) تقنين المرافعات، دار النهضة العربية، القاهرة.
- الحديدي على الشحات، (١٩٨٩) دور الخبير الفني في الخصومة، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة المنصورة،
- عمر، نبيل، (٢٠١٤) الارتباط الإجرائي في قانون المرافعات، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية.
- عمر، نبيل، (١٩٩٩) الهدر الإجرائي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.
- عمر، نبيل (١٩٨٦) أصول قانون المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- عمر، نبيل، (٢٠٠١) التكامل الوظيفي للأعمال الإجرائية والإجراءات الموازية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.
- عمر، نبيل، (١٩٩٩) سقوط وتصاعد وتحول المراكز الإجرائية دار الجامعة الجديدة الاسكندرية.

- عمر، نبيل. عدم فاعلية الجزاءات الإجرائية، ٢٠١٦.
- عمر، نبيل، (٢٠١٥) الوسيط في الطعن بالنقض، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية.
- عمر، نبيل، (٢٠١٤) سلطة القاضي التقديرية. دار الجامعة الجديدة الاسكندرية.
- عمر، نبيل، (٢٠١٥) الوسيط في الطعن بالاستئناف. دار الجامعة الجديدة الاسكندرية
- عمر، نبيل، (٢٠١٥) الوسيط في الطعن بالتماس إعادة النظر، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية.
- فهمي، عبد العزيز (١٩٤٧) قواعد وأثار فقهية رومانية، بدون ناشر.
- فرغلي أحمد عبد المقصود (٢٠٢٠) التخلي عن الاختصاص القضائي الدولي الثابت للمحاكم الوطنية، المجلة القانونية مجلة تصدرها كلية الحقوق جامعة القاهرة فرع الخرطوم المجلد ٧، العدد ٨ مايو ٢٠٢٠ ص ٢٩٩ وما بعدها.
- كيرة، حسن، (١٩٦٠) أصول القانون، دار المعارف، القاهرة.
- منصور، محمد حسين، (٢٠٠٢) نظرية القانون، بدون ناشر
- هندي، أحمد، (١٩٩٥) ارتباط الدعاوي والطلبات في قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.
- هندي، أحمد، (٢٠٢٠) قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية.
- هيكل، علي، (٢٠٠٧) الدفع بإحالة الدعوى في قانون المرافعات، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية.
- هيكل، علي، (٢٠٢٣) الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية.
- هيكل، علي (٢٠٢٢) النزول عن الحكم، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية.
- هيكل، على (٢٠١٩) فكرة التصدي أمام الاستئناف دار الجامعة الجديدة.
- وإلى، فتحي وأحمد ماهر زغلول، (١٩٩٧) نظرية البطلان في قانون المرافعات، دار النهضة العربية، القاهرة.
- وإلى، فتحي، (٢٠١٧) المبسوط في قانون القضاء المدني ج ٢ دار النهضة العربية.

• يونس، محمود مصطفى، (١٩٩٨) نظرات في الإحالة لعدم الاختصاص، دار النهضة العربية، القاهرة.

### ثانياً- المراجع باللغة الفرنسية:

- Abd El-Khalek Omar, (1967) la nation d, irrecevabilite en droit judiciaire prive thes paris.
- Blanc et Viotie, (1982) nouve code de procedure civile commente dane l,ordre des artictes Avocats.
- BARRERE(J.) (1995) CONNEXITE et expertise Fasc. 307.
- MIGUET(J.) (1995) Demande Additionnelle jur.class.pr.civ.fasc 127.
- Genin-Meric(R) (1991) prorogation de competence .jur.class .pr.civ. Fasc. 212-2.
- GILLET (2016) l.admissibilite restreinte des demandes incidents en degree d. appet ou la cenceinidentes du litige au service de la revalorization de la preoniere instance. annals deDroit de Louvain. vol 76.2016.
- SIEDLECKI(L.) (1937): les demande reconventoinelles. R.T.D.civ. p.780 .
- SOLUS et PERROT, (1972) droit judiciaire prive .2.la competence. Sirey.
- GIVERDON (C.) (1978) competence. Ency. Dalloz. Pr. Civ.
- . LEVAL et GEORGES:droit judiciaire T.1 institioms et elements de competence 2ed.coll.fac.dr.liege.Bruxellec.larcier.2014.
- TERRE(F) ET SIMLER (PH): (2006) Droit civil. Les biens 7e. ed precis. Dallaz.paris.

### ثالثاً- الدوريات ومجموعات الأحكام:

- مجموعة أحكام المحكمة العليا العمانية.
- مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية.
- مجموعة أحكام محكمة النقض الفرنسية.



## قبول الأسباب الجديدة أمام محكمة النقض (دراسة تحليلية مقارنة)

الدكتور/ محمد مبروك محمد مصطفى\*

### الملخص:

حصر المشرع المصري والفرنسي أسباب الطعن بالنقض بصفة عامة في حالة مخالفة الحكم المطعون فيه للقانون دون أن يكون من حق محكمة النقض التطرق إلى موضوع الدعوى بل يقتصر دورها على التسليم بوقائع الدعوى كما أثبتتها قاضي الموضوع، وهو ما يؤكد ان الطعن بطريق النقض طريق طعن غير عادي وليس امتداداً للخصومة أمام محكمتي الدرجة الأولى والثانية ولا درجة من درجات التقاضي؛ حيث لا يكون للخصوم فيه من الحقوق ما كان لهم أمام محكمتي الدرجة الأولى والثانية من تقديم طلبات أو أوجه دفاع جديدة طالما لم تعرض من قبل على محكمة الموضوع، وهو ما يعرف بقاعدة حظر إبداء الأسباب الجديدة أمام محكمة النقض.

وقد قسمت هذا البحث إلى ثلاثة مباحث تناولت في المبحث الأول؛ الأسباب الجديدة غير المقبولة أمام محكمة النقض وقسمته إلى مطلبين تناولت في المطلب الأول؛ بيان ماهية الأسباب الجديدة، وعرضت في المطلب الثاني؛ لأنواع الأسباب الجديدة غير المقبولة أمام محكمة النقض.

بينما كان موضوع المبحث الثاني؛ الأسباب الجديدة المقبولة أمام محكمة النقض، وقسمته إلى مطلبين تناولت في المطلب الأول؛ الأسباب القانونية البحتة، وفي المطلب الثاني؛ الأسباب المتعلقة بالنظام العام، بينما تعرضت في المطلب الثالث؛ للأسباب التي كان من غير الممكن التمسك بها أمام محكمة الموضوع. وأخيراً تناولت في المبحث الثالث؛ ما يُشترط لقبول الأسباب الجديدة المتصلة بالقانون أمام محكمة النقض وقسمته إلى مطلبين عرضت في المطلب الأول؛ لشرط ورود سبب الطعن على قضاء الحكم، وعرضت في المطلب الثاني؛ لشرط أن يكون سبب الطعن متصلاً بخطأ أثر في منطوق الحكم.

**الكلمات المفتاحية:** الطعن بالنقض - الأسباب الجديدة - الأسباب القانونية - الأسباب الموضوعية - الأسباب المتعلقة بالنظام العام - سبب الطعن المؤثر في الحكم.

\* أستاذ مساعد بقسم القانون - كلية الشريعة والقانون - جامعة الجوف - المملكة العربية السعودية.



## Accepting New Reasons before the Court of Cassation "A Comparative Analytical Study"

**Dr. Mohamed Mabrouk Mohamed Moustafa\***

### **Abstract:**

The Egyptian and French legislators generally limited the reasons for appeal to the Court of Cassation if the appealed decision violates the law, without the Court of Cassation having the right to address the subject of the case. Rather, its role is limited to accepting the facts of the case as proven by the judge of the subject matter.

This confirms that the cassation is extraordinary and is not an extension to the dispute before the first instance courts. There are no degrees of litigation; as the opponents do not have the rights they had before the first and second instance courts to submit requests or apply for a new defense as long as it was not previously presented to the subject court. It is known by the rule prohibiting the presentation of new reasons before the cassation court.

I divided this research into three chapters. In the first chapter, I discussed the new reasons that are not acceptable before the Court of Cassation, which is divided into two sections. In the first section, I discussed the nature of the new reasons. In the second section, I presented the types of new reasons that are not acceptable before the Court of Cassation. While the subject of the second chapter was; new reasons accepted before the Court of Cassation, and I divided it into two sections. In the first section, I addressed; purely legal reasons, and in the second section; reasons related to public regulation, whereas in the third section, I addressed; reasons that could not be adhered to before the court of subject matter. Finally, in the third chapter, I addressed; what is required for the acceptance of new reasons related to the law before the Court of Cassation and is divided into two sections. In the first section, I addressed; the condition of the presence of a reason for appealing the judgment, and in the second section, I addressed; the condition that the reason for the appeal be related to an error that affected the judgement.

**Keywords:** Cassation Appeal, New Reasons - Legal Reasons - Objective Reasons - Reasons Related to Public Regulation - The Reason for an Effective Appeal Against Judgment.

---

\*Assistant Professor, Department of Law, Jouf University, Kingdom of Saudi Arabia.

## المقدمة

الطعن بالنقض هو طريق غير عادي للطعن على الأحكام، يهدف بصفة عامة إلى الرقابة على الجانب القانوني للحكم دون الجانب الموضوعي؛ للتأكد من أن الحكم القضائي كما تعلنه المحاكم جاء مطابقاً للقانون كما أراده المشرع. والعلة التي من أجلها اقتضت رقابة محكمة النقض على القانون دون الواقع هي خطورة الخطأ في القانون؛ إذ بسبب القوة التي للأحكام القضائية باعتبارها سوابق قضائية، يمكن لهذا الخطأ أن ينتقل من حكم إلى آخر، وهو احتمال لا يقوم بالنسبة للخطأ في الواقع الذي يقتصر ضرره على القضية التي صدر فيها<sup>(١)</sup>، وليس معنى ذلك أن كل ما يتصل بواقع أو موضوع الدعوى من أوجه طعن لا يُقبل أمام محكمة النقض، فهناك بعض الأوجه ذات صلة وثيقة بواقع الدعوى ومع ذلك استقر قضاء النقض المصري والفرنسي على قبولها<sup>(٢)</sup>؛ إذ أن محكمة النقض لن تتمكن من معرفة مدى مخالفة الحكم المطعون فيه للقانون إلا من خلال رقابتها على بعض أوجه الطعن بالنقض المتصلة بالواقع الذي تم الفصل فيه، وتقدير مدى صحة تطبيق القاضي للقانون على هذا الواقع.

ومن الجدير بالذكر في هذا الصدد؛ أنه يمتنع على محكمة النقض أن تمد رقابتها خارج إطار ما هو مثبت من وقائع لتراقب صحة تطبيق القانون عليها، وبالتالي يُحظر عليها النظر فيما يثار أمامها من مسائل واقعية لم يسبق طرحها على قاضي الموضوع من قبل، وهو ما يُعرف بالأسباب الجديدة غير المقبولة أمام محكمة النقض. على أن هناك نوعاً من الأسباب الجديدة التي يمكن عرضها لأول مرة أمام محكمة النقض وهي الأسباب القانونية البحتة والأسباب القانونية المتعلقة بالنظام العام حتى ولو لم يسبق

(١) أ. عبد المنعم حسني، طرق الطعن في الأحكام، طبعة ١٩٧٥، ص ٥٧٩.

(٢) راجع في ذلك: د. أحمد السيد صاوي، نطاق رقابة محكمة النقض بالنسبة للطعن المدني، دار النهضة العربية، القاهرة - سنة ١٩٨٤، د. أحمد محمد مليجي، أوجه الطعن بالنقض المتصلة بواقع الدعوى - الطبعة الثانية، دار النهضة العربية - بدون سنة نشر؛ د. أحمد محمد مليجي، أوجه الطعن بالنقض المتصلة بواقع الدعوى، الطبعة الثانية - دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.

للخصوم إثارتها أمام محكمة الموضوع؛ حيث أن من واجبات القاضي البحث عن النص القانوني الواجب التطبيق على الوقائع التي عرضها الخصوم دون ان يكون على الخصوم أي التزام بمساعدة القاضي في هذا الصدد، فضلاً على أن هذه الأسباب لا تثير أية مسائل واقعية جديدة أمام محكمة النقض، مع الأخذ في الاعتبار أنه لا يكفي لقبول الأسباب الجديدة أمام محكمة النقض كونها لا تثير مسألة واقعية جديدة لتعلقها بالأسباب القانونية البحتة أو الأسباب القانونية المتصلة بالنظام العام، وإنما يجب فضلاً على ذلك أن تكون هذه الأسباب واردة على قضاء الحكم، وأن تكون متصلة بخطأ أثر في منطوق الحكم، وإلا انتفت المصلحة من قبولها لأول مرة أمام محكمة النقض، ومن ثم تكفي محكمة النقض بتصحيح الخطأ في الأسباب والتقارير القانونية التي وردت في الحكم.

**مشكلة الدراسة وتساؤلاتها:**

تثير هذه الدراسة مجموعة من الأسئلة والتي نحاول إيجاد إجابة لها من خلال هذا البحث وهي على النحو الآتي: هل من المقبول الطعن على قاضي الموضوع بأنه خالف القانون في مسألة لم تطرح عليه لتطبيقها؟، هل يتفق مع وظيفة محكمة النقض أن يقبل من الطاعن تقديم طلبات جديدة أو أوجه دفاع جديدة لم يسبق عرضها على المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه في حال أهمية وجه الطعن وخطورة المسألة القانونية التي يثيرها؟، هل يمكن قبول الطعن بالنقض إذا تم تأسيسه على سبب جديد حال كونه متعلقاً بالنظام العام أو سبباً قانونياً بحتاً أو أحد عيوب تسيب الحكم المطعون فيه؟، وما هي الشروط الواجب توفرها لقبول الأسباب الجديدة المتصلة بالقانون لأول مرة أمام محكمة النقض؟

**أهمية الدراسة:**

نعرض في هذه الدراسة لبعض المسائل التي أثارت خلافاً في الفقه والقضاء؛ كمحاولة للتعرف على ماهية السبب الجديد الذي لا يُقبل كسبب للطعن على الحكم بالنقض، نلي ذلك ببيان أنواع الأسباب الجديدة التي لا تقبل كسبب للطعن لكونها تثير مسائل واقعية تخرج عن دائرة اختصاص محكمة النقض، ثم نتعرض لبيان صور الأسباب الجديدة التي

يمكن تأسيس الطعن بالنقض عليها؛ لكونها لا تتعارض مع الوظيفة الأساسية التي وجدت من أجلها محكمة النقض. وأخيراً نبين ما يُشترط لقبول السبب الجديد المتصل بالقانون أمام محكمة النقض والتي تتمثل في شرطين هامين الأول؛ ورود السبب على قضاء الحكم، والثاني؛ استناد سبب الطعن إلى خطأ أثر في منطوق الحكم.

### منهج الدراسة:

سوف نتبع في هذه الدراسة المنهج التحليلي المقارن، لوصف وتشخيص وتحليل موضوعات البحث من كافة جوانبه ومختلف أبعاده، وذلك عن طريق تتبع النصوص القانونية والأحكام القضائية والآراء الفقهية المختلفة في كل من مصر وفرنسا.

### خطة البحث:

وبناء على ذلك، فإننا سوف نقسم هذا البحث إلى مبحثين على النحو الآتي:

**المبحث الأول: الأسباب الجديدة غير المقبولة أمام محكمة النقض.**

المطلب الأول: ماهية الأسباب الجديدة.

المطلب الثاني: أنواع الأسباب الجديدة غير المقبولة أمام محكمة النقض.

**المبحث الثاني: الأسباب الجديدة المقبولة أمام محكمة النقض.**

المطلب الأول: الأسباب القانونية البحتة.

المطلب الثاني: الأسباب المتعلقة بالنظام العام.

المطلب الثالث: الأسباب التي كان من غير الممكن التمسك بها أمام محكمة الموضوع.

**المبحث الثالث: شروط قبول السبب الجديد المتصل بالقانون أمام محكمة النقض.**

المطلب الأول: أن يكون سبب الطعن وارداً على قضاء الحكم.

المطلب الثاني: استناد سبب الطعن إلى خطأ أثر في منطوق الحكم.

## المبحث الأول

### الأسباب الجديدة غير المقبولة أمام محكمة النقض

نتناول في المطلب الأول من هذا المبحث؛ بيان ماهية الأسباب الجديدة في باب الطعن بالنقض، بينما نتناول في المطلب الثاني أنواع الأسباب الجديدة غير المقبولة أمام محكمة النقض.

## المطلب الأول

### ماهية الأسباب الجديدة غير المقبولة أمام محكمة النقض

وُيُقصد بالأسباب الجديدة في هذا المقام؛ كل وجه للطعن في الحكم يثير أمام محكمة النقض مسألة واقعية صرفه أو مسألة قانونية يخالطها واقع لم يسبق عرضها على محكمة الموضوع التي أصدرت الحكم المطعون فيه، وبالتالي لم يُتَح لها أن تتأكد من صحتها ولم تعمل في شأنها سلطتها في الموازنة والتقدير<sup>(٣)</sup>، فالضابط في كون السبب جديداً هو عدم طرحه على محاكم الموضوع عند تصديها لنظر النزاع<sup>(٤)</sup>، والمرجع في ذلك هو مدونات الحكم المطعون عليه وملف الدعوى، فإذا ثبت من أيهما سبق إثارة دفاع معين انتفى عنه صفة الجدة سواء أكان الذي أثاره هو المتهم أم النيابة أم المدعى بالحقوق المدنية، بل لو كانت محكمة الموضوع هي التي تصدت له من تلقاء نفسها<sup>(٥)</sup>.

(٣) د. أحمد السيد صاوي، الأسباب الجديدة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ١٩٨٤، ص ٢٣، م. محمد وليد الجارحي، النقض المدني، نادي القضاة - بدون سنة نشر، ص ٩١٧.

Francois rigaux: la nature du controle de la cour de cassation، these، bruxelles، 1966، no.106، p.170. T. Crepon: De pourvoi en cass. En matiere civil، T.1، 1892، p.201.

(٤) أ. محمد أحمد ربيع - الأسباب المقبولة أمام النقض، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة السابعة، العدد الأول، يناير ومارس ١٩٦٣، ص ٣١.

(٥) د. محمد الكيك، رقابة محكمة النقض على تسبیب الأحكام الجنائية، بدون سنة نشر، ص ١٣٢.

وعلى ذلك يعد سبباً جديداً كل طلب أو دفع أو وجه دفاع لم يطرح على محكمة الموضوع، سواء اتصل ذلك بأصل الحق أو بالمركز القانوني المدعى به أو بإجراء من إجراءات إثباته أو بوسيلة من وسائل الدفاع فيه<sup>(٦)</sup>، فكل طلب يختلف عن الطلبات التي أُبديت أمام محكمة الموضوع التي أصدرت الحكم المطعون فيه من حيث موضوعها أو سببها أو خصومها أو صفات هؤلاء الخصوم يعد سبباً جديداً لا تقبله محكمة النقض، ولو كان من الطلبات المنصوص عليها في المواد (١٢٤، ١٢٥، ٢٣٥) من قانون المرافعات المصري، فإذا طلب الطاعن من محكمة الموضوع بطلان عقد فليس له أن يتمسك أمام محكمة النقض بسبب من أسباب الفسخ. ولا يجوز لمن ادعى حقاً بصفة أن يطعن في الحكم بصفة أخرى<sup>(٧)</sup>، كما لا يجوز لمن طلب من محكمة الموضوع الحكم له بثبوت ملكية شيء استناداً إلى الميراث أو عقد من عقود التبرع، أن يستند في الملك أمام محكمة النقض إلى عقد البيع. كما لا يجوز المطالبة بتعديل موضوع الطلب أمام محكمة النقض بزيادة مقداره حتى ولو كان طلب هذه الزيادة جائزاً أمام محكمة الاستئناف<sup>(٨)</sup>.

كذلك لا يجوز التمسك أمام النقض بدفاع لم يسبق إيداعه أمام محكمة الموضوع، ويستوي في ذلك أن يتصل هذا الدفاع بأصل الحق أو بإجراء من إجراءات الإثبات<sup>(٩)</sup>، ولا يدخل في نطاق الحظر ما تعلق منها بالنظام العام، أو كان من الأسباب القانونية البحتة، وبالتالي فلا يجوز لأول مرة أمام محكمة النقض الدفع بالمقاصة القانونية، أو بعدم التنفيذ أو بالتقدم، ولا الطعن بانتفاء الصفة، أو باعتبار الاستئناف كأن لم يكن، أو

(٦) د. أحمد السيد صاوي، الأسباب الجديدة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ١٩٨٤، ص ٦، ٢٣، م.

محمد وليد الجارحي، النقض المدني، نادي القضاة - بدون سنة نشر، ص ٩١٧.

(٧) م. حامد فهمي، د. محمد حامد فهمي، ما يقبل وما لا يقبل من الأسباب أمام محكمة النقض، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الرابعة، العدد الثاني، ط ١٩٣٤، بند ٣، ص ١٩٥، أ. محمد ربيع، الأسباب المقبولة أمام النقض، مرجع سابق، ص ٢٩.

(٨) م. محمد وليد الجارحي، مرجع سابق، ص ٩١٨.

(٩) د. نبيل عمر، الطعن بالنقض، منشأة المعارف، ط ١٩٨٦، ص ٣٦٣، د. أحمد السيد صاوي،

الاسباب الجديدة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ١٩٨٤، ص ٢٨.

الادعاء بالتزوير، أو القول بأن المطعون ضده كان متعسفاً في استعمال حقه، أو بأن الشرط المتنازع حوله من شروط الإذعان<sup>(١٠)</sup>.

ولا يعد سبباً جديداً ما يمكن أن يدخل فيما أثير من قبل من أوجه الدفاع المختلفة<sup>(١١)</sup>، فإذا صح دخول السبب فيما سبق أن أبدى من أوجه الدفاع انتفت عنه صفة الجدة<sup>(١٢)</sup>. كما لا يعد جديداً أي دفاع سبق طرحه على محكمة الموضوع في صورة عامة، بأن تكون عناصره متوفرة في الأوراق. كما لا يعد جديداً كونه قد أثير من خصم خلاف الطاعن سواء أكان هذا الخصم أصلياً أم متدخلًا مثل المدعى بالحقوق المدنية والمسؤول عنها<sup>(١٣)</sup>.

وبناء على ذلك فإنه يشترط لقبول سبب الطعن أمام محكمة النقض، سواء أكان طلباً أو دفاعاً أو وجه دفاع أن يكون قد سبق عرضه على محكمة الموضوع، سواء أكان الطاعن هو الذي عرضه عليها أم كانت محكمة الموضوع هي التي تعرضت له من تلقاء نفسها بما هو مخول لها من حق تطبيق القانون على الوجه الصحيح غير متقيدة فيه بوجهات نظر الخصوم أنفسهم، ومما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد، أن محكمة الموضوع المقصود التمسك أمامها بسبب الطعن وإلا وصف بكونه سبباً جديداً لا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض، هي محكمة الدرجة الأولى أو محكمة الاستئناف؛ ذلك أن مقتضى الأثر الناقل للاستئناف إعادة طرح القضية على محكمة

(١٠) م. حامد فهمي، د. محمد حامد فهمي، النقض المدني، ط ١٩٣٧، ص ٣٣٨.

(١١) د. نبيل عمر، الطعن بالنقض، مرجع سابق، بند ١٨٣، ص ٣٦٩، أ. محمد أحمد ربيع، الأسباب المقبولة أمام النقض، مرجع سابق، ص ٣٢، نقض مدني ١/١٣ / ١٩٣٨ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في ٢٥ عاماً، ج ١ ص ١١٤٣ رقم ٤٨٣.

(١٢) انظر تفصيل ذلك: د. أحمد السيد صاوي، الأسباب الجديدة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ١٩٨٤، ص ٢٠.

(١٣) د. محمد الكيك، رقابة محكمة النقض على تسبیب الأحكام، مرجع سابق، ص ١٣٢.

الدرجة الثانية بما تضمنه من دفاع ودفوع<sup>(١٤)</sup>، ومن ثم فإن تمسك الخصم بوجه دفاع أمام محكمة أول درجة يجعله مطروحاً بقوة القانون على محكمة الاستئناف، ولو لم يتمسك به الخصم صراحة بحيث لا يكون جديداً إذا أثير أمام محكمة النقض<sup>(١٥)</sup>.

## المطلب الثاني

### أنواع الأسباب الجديدة غير المقبولة أمام محكمة النقض

والسبب الجديد الذي لا يكون مقبولاً لو طرح لأول مرة أمام محكمة النقض قد يكون سبباً واقعياً بحتاً، وقد يكون سبباً يختلط فيه الواقع بالقانون، وسنتولى في هذا المطلب تحديد هذين النوعين من الأسباب، مع الأخذ في الاعتبار أن هذه الأسباب غير مقبولة أمام محكمة النقض باعتبارها تنطوي على مسائل واقعية جديدة، وهو ما لا يتفق مع وظيفة محكمة النقض باعتبارها محكمة قانون وليست درجة ثالثة من درجات التقاضي<sup>(١٦)</sup>.

#### أولاً- الأسباب الواقعية البحتة:

يعرف الفقه السبب الواقعي بأنه: هو وجه الطعن الذي يهدف إلى مجادلة محكمة الموضوع في فهم واقع الدعوى أي تقرير ثبوته أو انعدامه، وفي تقدير الأدلة المطروحة فيها، وفي تفسير العقود وسائر المحررات، وفي كافة ما يقوم به القاضى من تقديرات مادية أو معنوية لا تتضمن أية تقارير قانونية<sup>(١٧)</sup>.

(١٤) د. أحمد أبو الوفا - نظرية الأحكام، الطبعة السادسة، منشأة المعارف، لسنة ١٩٨٩، ص ٥٢٤، نقض مدني ١٩٧٥/١١/٢٦ مجموعة أحكام النقض س٢٦ ص ١٤٨٢ رقم ٢٧٩، نقض مدني ١٩٧٤/٦/٥، س٢٥، ص ٩٧١، رقم ١٦١.

(١٥) T. Crepon: op. cit، T. 2، p.256، no.970.

(١٦) د. نبيل عمر، الطعن بالنقض، مرجع سابق، ص ٣٦٤.

(١٧) م. محمدوليد الجارحي، النقض المدني، مرجع سابق، ص ١٠٠٩، د. نبيل عمر، الإشارة السابقة، ص ٣٦٥.

د. محمد المنجي، كيفية رفع الطعن بالنقض، الطبعة الأولى، ٢٠٠١، ص ٥٢٢.

وبتتبع قضاء محكمة النقض يمكن رد صور الأسباب الواقعية البحتة إلى ثلاثة صور  
رئيسية على النحو الآتي:

### (١) فهم واقع الدعوى:

ويقصد بفهم واقع الدعوى استنباط القاضى حقيقة ما وقع بالقرائن والأمارات والعلامات،  
وتقرير وجود أو عدم وجود الظروف المتعلقة بروابط قانونية معينة ترد جميعاً إما إلى  
تصرفات قانونية تقوم على الإرادة؛ كالعقد والوصية والوفاء والإبراء، وإما إلى وقائع قانونية  
أو مادية يرتب عليها القانون آثاراً معينة<sup>(١٨)</sup>.

وتطبيقاً لذلك؛ قضت محكمة النقض بأن: "لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تحصيل  
فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة، إذ أنها لا تقضي إلا على أساس ما تطمئن إليه  
وتثق به ولا رقيب عليها في ذلك طالما لم تعتمد على واقعة بغير سند، وحسبها أن تبين  
الحقيقة التي اقتنعت بها وأن تقيم قضاءها على أسباب سائغة تحمله عليها، ولا عليها  
من بعد أن تتبع الخصوم في مختلف أقوالهم وحججهم وطلباتهم وترد استقلالاً على كل  
قول أو حجة أو طلب آثاره مادام قيام الحقيقة التي اقتنعت بها وأوردت دليلها فيه الرد  
الضمني المسقط لتلك الأقوال والحجج والطلبات"<sup>(١٩)</sup>.

ومن قضاء محكمة النقض فى تحديد هذه الأسباب الموضوعية غير المقبولة فيما إذا  
طرحت لأول مرة أمام محكمة النقض؛ ما قضت به بأنه: متى كان حائز البضاعة  
المهربة لم يسبق له التمسك أمام محكمة الموضوع بحصول تلاعب فى البضاعة بتقديم  
غير ما ضبط منها معه للمحكمة، فإن ذلك يكون دفاعاً واقعياً جديداً لا تجوز إثارته  
لأول مرة أمام محكمة النقض إذ لا يدخل فى سلطة محكمة النقض التحقق من واقعة  
حصول التلاعب أو عدم حصوله<sup>(٢٠)</sup>.

(١٨) م. محمد وليد الجارحى، النقض المدني، مرجع سابق، ص ١٠١٠.

(١٩) الطعن رقم ٢١٦١٣ لسنة ٨٩ ق، الدوائر العمالية، جلسة ٢٣ يونيو ٢٠٢١م.

(٢٠) نقض مدني، ٦ ديسمبر ١٩٥٦، مجموعة النقض، ٧، ص ٩٤٣.

وما قضت به محكمة النقض بأنه لما كان الدفع بسقوط الحق في المطالبة بالدين بالتقادم هو من الدفوع المتعلقة بموضوع الدعوى، وكان الثابت من الأوراق أن الطاعنين لم يتمسكوا بهذا الدفع أمام محكمة الموضوع، فإنه يعد سبباً جديداً لا يجوز التحدى به لأول مرة أمام محكمة النقض<sup>(٢١)</sup>.

## (٢) تقدير الأدلة والترجيح بينها:

ويقصد بتقدير القاضي للدليل: هو وزن هذا الدليل وقوفاً على مدى قوته في الإثبات، تمهيداً للأخذ به أو لاستبعاده أو لترجيحه على دليل آخر إذا تبين له أنه الأقوى<sup>(٢٢)</sup>.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأن: "لمحكمة الموضوع سلطانها المطلق في استخلاص ما تقتنع به وما يطمئن إليه وجدانها متى كان استخلاصها سائغاً، ولا مخالفة فيه للثابت بالأوراق، وهي في مقام الموازنة بين أدلة الإثبات وأدلة النفي في الدعوى لها أن تأخذ ببعضها وتطرح البعض الآخر غير خاضعة في ذلك لرقابة محكمة النقض"<sup>(٢٣)</sup>.

ومن تطبيقات ذلك أيضاً، ما قضت به محكمة النقض بأنه إذا كانت التقارير الواردة بالحكم المستأنف سائغة ولها أصلها الثابت بالأوراق، وتؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها، فإن ما يثيره الطاعن لا يعدو أن يكون جدلاً في تقدير المحكمة للأدلة وترجيح بينها على أخرى مما لا يجوز التحدى به أمام محكمة النقض<sup>(٢٤)</sup>.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض أيضاً، بأن تقدير آراء الخبراء والفصل فيما يوجه إلى تقاريرهم من مطاعن مرجعه إلى محكمة الموضوع التي لها كامل الحرية في تقدير القوة التدلالية لتقرير الخبير شأنه في هذا شأن سائر الأدلة، فلها مطلق الحرية في الأخذ بما تطمئن إليه منها والاتفات عما عداه، ولا تقبل مصادرة المحكمة في هذا التقدير<sup>(٢٥)</sup>.

(٢١) نقض مدني، ٣١ مارس ١٩٧٦، مجموعة النقض ٢٧، ص ٨٣٨، ق ١٦١.

(٢٢) م. محمد وليد الجارحي، النقض المدني، مرجع سابق، ص ١٠٣٦.

(٢٣) نقض ٢٢/١٠/١٩٦٢، الطعن ٣٧٢ لسنة ٢٩ ق.

(٢٤) نقض ١٣/١١/١٩٨٠، الطعن ٧٩٩ لسنة ٤٦ ق.

(٢٥) نقض ٣ أكتوبر ١٩٩٤، مجموعة أحكام النقض، س ٤٥، رقم ١٢٨، ص ٨١٤.

كما يكون لمحكمة الموضوع أن تجزم بما لم يجزم به الخبير في تقريره متى كانت وقائع الدعوى قد أيدت ذلك وأكدته لديها<sup>(٢٦)</sup>.

وإذا كان لمحكمة الموضوع سلطة تامة في تقدير أدلة الدعوى واستخلاص فهم الواقع فيها، إلا أنه يتعين عليها أن تفصح عن مصادر الأدلة التي كونت منها عقيدتها وفحواها، وأن لها أصلها من الأوراق ثم تنزل عليها تقديرها، ويكون مؤدياً إلى النتيجة التي خلصت إليها. كما أن لمحكمة النقض أن تتدخل إذا ما صرح القاضي بأسباب عدم اطمئنانه، وكانت هذه الأسباب مبنية على ما يخالف الثابت في الأوراق أو على تحريف لأقوال الشهود أو الخروج عما يؤدي إليه مدلولها<sup>(٢٧)</sup>.

### (٣) تفسير العقود والمحرمات:

استقر قضاء النقض المصري والفرنسي على أن لقاضي الموضوع - في تفسير العقود والمحرمات - سلطة تامة لا تخضع لرقابة من محكمة النقض، باعتبار أن اجتهاده في هذا الشأن يهدف إلى التعرف على مقصود العاقدين، وهذا من مسائل الواقع<sup>(٢٨)</sup>. ومن قضاء محكمة النقض في هذا الخصوص: أن لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة في تفسير الإقرارات والاتفاقات والمشارطات وسائر المحرمات بما تراه أقرب إلى نية عاقديه أو أصحاب الشأن فيها، مستهدية بوقائع الدعوى وظروفها دون رقابة لمحكمة النقض عليها في ذلك، ما دامت لم تخرج في تفسيرها عن المعنى الذي تحتمله عبارات المحرر، وما دام ما انتهت إليه سائغاً مقبولاً بمقتضى الأسباب التي بنته عليها<sup>(٢٩)</sup>.

(٢٦) نقض ٢ نوفمبر ١٩٩٣، مجموعة أحكام النقض، س ٤٤، رقم ١٤٣، ص ٩٠٩.

(٢٧) م. مصطفى كيرة، النقض المدني، مرجع سابق، بند ٣٣٣، ص ٣١٧.

(٢٨) م. محمد وليد الجارحي، النقض المدني، مرجع السابق، ص ١٠٤٤.

(٢٩) نقض ١١/١١/١٩٨١، الطعن ٦٠٨ لسنة ٤٨ ق، نقض ٢٨ / ١/ ١٩٧٥، الطعن ٦٠٨ لسنة

ومن تطبيقات ذلك أيضاً ما قضت به محكمة النقض بأن: تفسير العقود واستظهار نية طرفيها أمر تستقل به محكمة الموضوع، ما دام قضاؤها في ذلك يقوم على أسباب سائغة، وطالما أنها لم تخرج في تفسيرها للعقد عن المعنى الظاهر لعبارته<sup>(٣٠)</sup>.

وعلة عدم قبول السبب الموضوعي في خصومة الطعن بالنقض أن محكمة النقض محكمة قانون وليست محكمة واقع، ولا درجة ثالثة من درجات التقاضي، كما أن هذه الخصومة لا تعد امتداداً للخصومة التي كانت مطروحة على محكمة الموضوع، ومن ثم لا يجوز للخصوم معاودة الجدل فيما ثبت وتأكدت صحته بحكم من هذه المحكمة، لانتفاء سلطة محكمة النقض في التعقيب عليه، التزاماً منها بوظيفتها الأصلية وهي مراقبة مدى صحة تطبيق القانون في أحوال أوردها القانون ترجع كلها إلى مخالفته أو الخطأ في تطبيقه أو في تأويله، أو إلى بطلان الحكم المطعون فيه أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم<sup>(٣١)</sup>.

#### ثانياً - الأسباب التي يخلط فيها الواقع بالقانون:

يكون السبب جديداً وبالتالي لا يقبل إذا ما طرح لأول مرة أمام محكمة النقض، إذا كان خليطاً من الواقع والقانون. ومرجع ذلك أن وجه الطعن الذي يجيز القانون للخصوم تأسيس الطعن عليه يشترط طرح أساسه الواقعي سلفاً من أمام محكمة الموضوع<sup>(٣٢)</sup>.

ومن ثم إذا أدلى الطاعن بالنقض بمخالفة قاعدة قانونية معينة دون أن يكون قد أثار العناصر الواقعية المتعلقة بها أمام محكمة الموضوع فيعتبر السبب خليطاً من الواقع والقانون، كما لو أدلى بمخالفة القرار المطعون فيه للمادة الأولى من قانون تسوية مخالفات

(٣٠) نقض ١٢/٢٥ / ١٩٥٨ - الطعن ٨٢ لسنة ٣٤ ق.

(٣١) م. محمد وليد الجارحي، النقض المدني، مرجع سابق، ص ١٠٠٩ و ١٠١٠، د. نبيل عمر، الطعن بالنقض، مرجع سابق، ص ٣٦٥.

(٣٢) د. نبيل عمر، الطعن بالنقض، مرجع سابق، ص ٣٦٦.

البناء الصادر بتاريخ ١٩٧٩/١/٨ وبالخيار الذي أعطى للمالك بإزالة المخالفة أو دفع غرامة دون أن يكون سبق وطرح مثل تلك الأسباب على محكمة الموضوع<sup>(٣٣)</sup>.

ومن ثم إذا استند السبب القانوني إلى وقائع جديدة لم تبحث أمام محكمة الاستئناف، أو إلى وقائع سبق وأثيرت أمام محكمة الاستئناف ولكن من خلال منظور مختلف بشكل يسطع منه جلياً أن الطاعن بالنقض يطلب إعادة النظر في تلك الوقائع، فعندها يكون السبب مزيجاً من الواقع والقانون ولا تقبله محكمة النقض<sup>(٣٤)</sup>.

ومؤدى ذلك أنه حتى بالنسبة إلى العناصر الواقعية التي سبق عرضها أمام محكمة الموضوع، فإنه لا يجوز عرضها أمام محكمة النقض بمفهوم مختلف عن المفهوم الذي عرضت فيه على محكمة الموضوع، والذي صارت مناقشتها من خلاله، وتبعاً لذلك يصح القول إنه لا يجوز أن تعرض الأفكار أمام محكمة النقض بصورة مختلفة عن تلك التي عرضت فيها على محكمة الموضوع، بحيث تطرح المسألة المتنازع حولها من زاوية أخرى غير الزاوية التي عرضت من خلالها على محكمة الموضوع<sup>(٣٥)</sup>.

وهكذا يعد سبباً جديداً التفسير الجديد المعطى لواقعة معينة عرضت سابقاً على قاضى الموضوع من خلال تفسير آخر يختلف عن التفسير الجديد المدلى به لأول مرة أمام محكمة النقض. كما يعد سبباً جديداً السبب المستخرج من واقعة عرضت على قاضى الموضوع لدعم سبب يختلف كلياً عن السبب المتذرع به أمام محكمة النقض<sup>(٣٦)</sup>.

(٣٣) د. حلمي الحجار، أسباب الطعن بطريق النقض، الجزء الأول والثاني، بيروت، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠٤، ص ١٤٧.

(٣٤) حلمي الحجار، أسباب الطعن بطريق النقض، مرجع سابق، ص ١٤٨، م. حامد فهمي، د. محمد حامد فهمي، النقض فى المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص ٣٤٧.

(٣٥) د. حلمي الحجار، أسباب الطعن بطريق النقض، مرجع سابق، ص ١٤٩.

Glasson ، Tissier et Morel:- Traite Theorique et pratique d'organisation judiciaire, de competence et de procedure civile ، 3 ed، 1929 ، T 3،N. 958 ،P.491.

(٣٦) د. حلمي الحجار، أسباب الطعن بطريق النقض - مرجع سابق، ص ١٤٩، د. أحمد السيد صاوي، الاسباب الجديدة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ١٩٨٤، ص ٣٣.



## المبحث الثانى

### الأسباب الجديدة المقبولة أمام محكمة النقض

ويستثنى من قاعدة عدم جواز إبداء أسباب جديدة أمام محكمة النقض الأسباب القانونية البحتة، وكذا الأسباب المتعلقة بالنظام العام، وأخيراً عيوب التسيب التي لم يكن فى مكنة الخصوم التمسك بها أمام محكمة الموضوع.

## المطلب الأول

### الأسباب القانونية البحتة

السبب القانونى البحت هو السبب الذى لا يخالطه أى عنصر واقعي جديد لم تكن محكمة الموضوع، قد تعرضت له وقدرته واستنتجت منه النتيجة التي أنزلت عليها حكم القانون<sup>(٣٧)</sup>، أما إذا كان وجه الطعن على الحكم يستلزم بالضرورة فحص بعض العناصر الواقعية التي لم تعرض على محكمة الموضوع فإننا نكون بصدد سبب جديد يختلط فيه الواقع بالقانون وبالتالي يتعين رفضه<sup>(٣٨)</sup>.

ويبرر قبول الأسباب القانونية البحتة لأول مرة أمام محكمة النقض أن الخصوم سبق وأن طرحوا أمام محكمة الموضوع العناصر الواقعية للدعوى، وحددوا طلباتهم بغرض

(٣٧) م. مصطفى كيرة، النقض المدني، مرجع سابق، بند ٦٩٠ ص ٦١١.

د. أحمد السيد صاوي، الأسباب الجديدة، بند ٤٣ وما يليه ص ٥٥، د. فتحى والى، الوسيط، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، سنة ٢٠٠١، بند ٣٩٩ ص ٨٢٧؛ م. حامد فهمي، د. محمد حامد فهمي، الطعن بالنقض، مرجع سابق، بند ١٢٩، ص ٣٤٨؛ د. نبيل عمر، النظرية العامة للطعن بالنقض، مرجع سابق، بند ١٨٣؛ م. مصطفى كيرة، النقض المدني، سنة ١٩٩٢، بند ٦٩٠ ص ٦١١؛ د محمد محمود إبراهيم، النظرية العامة للتكييف، دار الفكر العربي، سنة ١٩٨٢، ص ٣١٨؛ د. محمد المنجي، كيفية رفع الطعن بالنقض، مرجع سابق، ص ٥٨٢.

(٣٨) م. حامد فهمي، د. محمد حامد فهمي، الطعن بالنقض، مرجع سابق، بند ١٣٠؛ د محمد إبراهيم، التكييف، ط ١٩٨٢ ص ٢٨٨.

الحماية القضائية<sup>(٣٩)</sup>، ومن ثم يكون من واجبات القاضى أن يبحث عن القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على النزاع وهو أمر مفروض عليه بحكم طبيعة عمله، حتى ولو لم يدل الخصوم بهذه القاعدة القانونية أو حتى لو أدلوا بقاعدة قانونية لا تتفق مع التكييف الصحيح لموضوع النزاع<sup>(٤٠)</sup>، فإذا قصر فى ذلك كان من حق الخصوم إثارة هذا السبب ولو لأول مرة أمام محكمة النقض استثناء من قاعدة منع إبداء الأسباب الجديدة أمام محكمة النقض؛ حيث يعتبر السبب القانوني البحث مطروحاً دائماً على محكمة الموضوع<sup>(٤١)</sup>، لدخوله فى عموم ما أبداه الخصوم من طلبات ودفع وأوجه دفاع أمام هذه المحكمة، وتستمد هذه القاعدة أساسها من نصوص القانون وطبقاً لنص المادة (١٢) من قانون المرافعات الفرنسي الجديد<sup>(٤٢)</sup> فإن القاضي يفصل فى النزاع طبقاً لأحكام القانون الواجبة التطبيق وعليه أن يعطي الواقعة التكييف القانوني دون أن يتقيد فى ذلك بطلبات الخصوم، وأضاف نص المادة إلى ذلك أن القاضي يثير - من تلقاء نفسه- الأسباب القانونية البحتة ويحق لقاضي الموضوع أن يثير هذا السبب أياً كان الأساس القانوني الذي أثاره الخصوم<sup>(٤٣)</sup>.

**وبناءً على ما تقدم فإنه<sup>(٤٤)</sup>:**

(٣٩) د. فتحي والي، الوسيط فى قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ٨٢٥.

(٤٠) م حامد فهمي، د. محمد حامد فهمي - الطعن بالنقض، مرجع سابق، بند ١٢٩، ص ٣٤٩؛ م. مصطفى كيرة، النقض المدني، مرجع سابق، بند ٦٨٩، ص ٦١٠.

(٤١) د. نبيل عمر، النظرية العامة للطعن بالنقض، مرجع سابق، بند ١٨٢، ص ٣٦٩.

(٤٢) Il peut relever d'office les moyens de pur droit quelque soit le fondement juridique invoqué par les parties.

(٤٣) م. مصطفى كيرة - النقض المدني، مرجع سابق، بند ٦٨٩ ص ٦١٠.

(٤٤) انظر فى تفصيل ذلك:

م. حامد فهمي، د. محمد حامد فهمي، الطعن بالنقض، مرجع سابق، ص ٣٤٩؛ م. أحمد جلال الدين هلالى، قضاء النقض المدني، الهيئة المصرية العامة للكتاب، لسنة ١٩٧٧، ص ٦١ وما بعدها.

**أولاً:** للخصوم إبداء كافة الوجوه القانونية التي يطعن بها على قضاء المحكمة في مسألة قانونية تكون قد تعرضت لها وأُست الحكم عليها؛ ذلك أن وظيفة محكمة الموضوع تطبيق النصوص والمبادئ القانونية على الوقائع المعروضة عليها من الخصوم، وليس على الخصوم واجب إرشاد القاضي إلى حكم القانون الصحيح فذلك واجبه هو وحده بعد التحري من صدق الوقائع المعروضة عليه فمن القول المأثور أن القاضي يقول للخصوم "اذكروا لي الواقع... اذكر لكم نص القانون".

**ثانياً:** للطاعن التمسك بأى نص من نصوص القانون يؤيد به وجه طعنه ولو لم يكن أشار إليه عند إبداء هذا الوجه أمام محكمة الموضوع سواء أكان الحكم المطعون فيه قد أشار إليه أم لم يشر أم أشار إلى نص آخر قد أخذ به؛ لأن تأييد وجه الدفاع بنص من نصوص القانون ليس من شأنه أن يغير من جوهر هذا الوجه ولا يضطر محكمة النقض إلى تحصيل فهم الواقع منه تحصيلاً جديداً لا يدخل في وظائفها.

**ثالثاً:** يجوز التمسك بوقوع البطلان في الحكم الصادر من محكمة الاستئناف رغم أنه لا يحصل إلا بعد فراغ الخصوم من عرض طلباتهم على المحكمة؛ لأن هذا البطلان مادته الحكم ذاته وما يلحق به من أوراق المرافعات ومصدره هو القانون نفسه ومرتباً على عدم قيامها هي بما وجب عليها من اتباع القواعد القانونية المتعلقة بالمداولة في الحكم وإصداره وتحرير ورقته فلا تكون أسبابه إلا أسباباً قانونية، وعلى ذلك يجوز الطعن ببطلان الحكم الصادر من إحدى محاكم الاستئناف إذا لم يشتمل على الأسباب التي بنى عليها، أو إذا اشترك في المداولة فيه وإصداره من لم يشترك من القضاة في سماع المرافعة في الدعوى، أو إذا وقع تزوير فيه<sup>(٤٥)</sup>.

(٤٥) حكم نقض مشار إليه في الطعن بالنقض المدني، م. حامد فهمي، د. محمد حامد فهمي، مرجع سابق، ص ٣٥١.

## المطلب الثاني

### الأسباب المتعلقة بالنظام العام

نصت المادة (٣/٢٥٣) من قانون المرافعات المصري على أنه: "لا يجوز التمسك بسبب من أسباب الطعن غير التي ذكرت في الصحيفة، ومع ذلك فالأسباب المبنية على النظام العام يمكن التمسك بها في أي وقت وتأخذ بها المحكمة من تلقاء نفسها"، ومن ثم يمكن إثارة الأسباب المتعلقة بالنظام العام لأول مرة أمام محكمة النقض وتقضي بها المحكمة من تلقاء نفسها ويظهر ذلك في حالة مخالفة مبدأ الفصل بين السلطات، وقواعد التنظيم القضائي، وشروط صحة الأحكام<sup>(٤٦)</sup>.

ويمكن تعريف الأسباب المتعلقة بالنظام العام بأنها: "الأسباب المؤسسة على مخالفة قاعدة قانونية تستهدف المصلحة العليا للمجتمع"<sup>(٤٧)</sup>، أو أنها: "الأسباب التي تتعلق بمصلحة عامة تمس النظام الأعلى للمجتمع"<sup>(٤٨)</sup>.

وقد عرفتها محكمة النقض بأنها: "الأسباب المبنية على قاعدة قانونية قصد المشرع بها تحقيق مصلحة عامة، سواء كانت هذه المصلحة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية"<sup>(٤٩)</sup>.

ويتبين لنا من هذه التعريفات أن السبب المتعلق بالنظام العام يختلف عن السبب القانوني البحت في أن السبب المتعلق بالنظام العام يحمي مصلحة عامة فقط، أما السبب القانوني البحت فهو يحمي مصلحة خاصة وقد يحمي مصلحة عامة.

(٤٦) م. مصطفى كيرة، النقض المدني، مرجع سابق، بند ٧٠٣ ص ٦٢٢.

(٤٧) م. مصطفى كيرة، النقض المدني، مرجع سابق، بند ٧٠٨، ص ٦٣٦.

(٤٨) د. أحمد السيد صاوي، الأسباب الجديدة، دار النهضة العربية، القاهرة، لسنة ١٩٨٤، بند ٦٧، ص ٧٦؛ د. محمد المنجي، كيفية رفع الطعن بالنقض، مرجع سابق، ص ٥٩١.

وفى ذات المعنى:

Ernest Faye: op, cit, N .130

ويمتتع على محكمة النقض في السبب المتعلق بالنظام العام أن تستند إلى واقعة لم تكن قد طرحت على قاضي الموضوع، أو مستند لم يقدم في الدعوى، أو أدلة إثبات لم تتناولها المحكمة ذلك أنه مهما تكن أهمية الأسباب المتعلقة بالنظام العام، فإن هذا لا يؤدي إلى الخروج عن القاعدة العامة، والتي تحظر على محكمة النقض الاستناد إلى واقع في الدعوى<sup>(٥٠)</sup>.

ويبرر قبول الأسباب المتعلقة بالنظام العام ولو تمت إثارتها لأول مرة أمام محكمة النقض؛ إنها تعد مطروحة بطبيعتها على قاضي الموضوع، بحيث يتعين عليه أن يثيرها من تلقاء نفسه ولو لم يثيرها أحد الخصوم، الأمر الذي يترتب عليه أن التمسك بإجداها لأول مرة أمام محكمة النقض لا يعد تمسكاً بسبب جديد<sup>(٥١)</sup>.

ومن استقراء أحكام محكمة النقض يتبين أنها اشترطت لجواز التمسك أمامها بالأسباب القانونية المتعلقة بالنظام العام ثلاثة شروط:

**الشرط الأول:** أن يكون السبب وارداً على الجزء المطعون فيه من الحكم؛ حيث يكتسب الجزء غير المطعون فيه من الحكم النهائي قوة الأمر المقضي. فمن دفع بعدم ولاية المحكمة بنظر دعواه ورفض دفعه، ولم يطعن في ذلك، واكتسب الحكم في الدفع قوة الشيء المحكوم فيه، لا يكون له أن يطعن في الحكم الصادر في موضوع الدعوى بأنه قد خالف قواعد النظام العام بقضائه في مسألة لا تدخل في ولاية تلك المحكمة. ومن حكم

(٥٠) م. مصطفى كيرة، النقض المدني، مرجع سابق، بند ٧٠٤، ص ٦٢٢.

(٥١) د. أحمد السيد الصاوي، الأسباب الجديدة، مرجع سابق، ص ٧١.

د. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام، الطبعة السادسة، منشأة المعارف، لسنة ١٩٨٩، ص ٨٧٩.

René Morèl: -Traité élémentaire de proc. Civ. 2 ed. 1949 ، N.666.

Glasson ، Tissier et Morel: op, cit, N.959.

Ernest Faye : op, cit, N. 127

Jéan Vincent : op, cit, N. 671،P.869.

عليه في مسألة هي من وظائف إحدى الجهات الإدارية وقبل الحكم فاكتسب قوة الشيء المحكوم به، لا يكون له أن يطعن فيه بمخالفته قواعد الاختصاص العام<sup>(٥٢)</sup>.

**الشرط الثاني:** أن تكون هذه الأسباب مستمدة من الأوراق التي سبق عرضها على المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه، أو من عناصر المرافعة أو سير الإجراءات أمامها<sup>(٥٣)</sup>، ومرجع ذلك أن مهمة محكمة النقض مقصورة على القضاء في صحة الأحكام فيما يكون قد عرض على محكمة الموضوع من الطلبات وأوجه الدفاع<sup>(٥٤)</sup>، ومن ذلك ما قضت به محكمة النقض المصرية من أنه، لئن كان الاختصاص القيمي من النظام العام إلا أنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه لكي يمكن التمسك أمامها لأول مرة بسبب من الأسباب القانونية المتعلقة بالنظام العام يجب أن يثبت أنه كان تحت نظر محكمة الموضوع عند الحكم في الدعوى جميع العناصر التي تتمكن بها من تلقاء نفسها من الإلمام بهذا السبب، والحكم في الدعوى على موجب<sup>(٥٥)</sup>.

**الشرط الثالث:** ألا تختلط مسائل القانون في السبب بواقع لم يسبق طرحه على محكمة الموضوع<sup>(٥٦)</sup>؛ ذلك أن الأسباب التي لا يخالطها واقع لا يجوز التمسك بها لأول مرة أمام

(٥٢) م. حامد فهمي، د. محمد حامد فهمي، الطعن بالنقض، مرجع سابق، ص ٣٦٢؛ م. أحمد جلال الدين هلالى - قضاء النقض المدني، مرجع سابق، ص ٦٣؛ د. حلمي الحجار، أسباب الطعن بطريق النقض، مرجع سابق، ص ١٦٧؛ د. أحمد ابو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات، ص ٥٩٢ مادة ٢٦٦؛ م. مصطفى كيرة، النقض المدني، مرجع سابق، بند ٧٠٧، ص ٦٢٥؛ د. أحمد السيد صاوي، الاسباب الجديدة، ص ٧٥.

(٥٣) م. حامد فهمي، د. محمد حامد فهمي، الطعن بطريق النقض، ص ٣٦٢؛ م. مصطفى كيرة، النقض المدني، ص ٦٢٣ م. جلال الدين هلالى، قضاء النقض المدني، ص ٦٣؛ م. وليد الجارحي، النقض المدني، ص ٩٥٩؛ أ. محمد ربيع، المقال السابق، ص ٧٤٤؛ أ. محمد، عبد الوهاب العشماوى، قواعد المرافعات، ط ٢٠٠٦، ص ١٠٠٤، بند ١٣٨٢.

(٥٤) د. أحمد السيد صاوي، الأسباب الجديدة، مرجع سابق، ص ٧٤.

(٥٥) نقض ١٩٨٤/١٢/٢٠، ط ٤٠١ لسنة ٥١ ق. ونقض ١٩٨٤/٣/٢٠.

(56) Francois Rigaux: op, cit, N 111, P. 176

Glasson , Tissier et Morèl: op, cit , p .492 ; Ernest Faye: op, cit, N .127

محكمة النقض ولو تعلقت بالنظام العام<sup>(٥٧)</sup>، ومن قضاء محكمة النقض في هذا الصدد، لا تقبل إثارة الدفع ببطلان صحيفة الاستئناف لعدم توقيعها من محام مقرر أمام محكمة الاستئناف إذ المحامي الموقع عليها مستبعد اسمه من جدول المحامين لدى محكمة النقض كسبب لنقض الحكم؛ لأنه يقوم على عنصر واقعي وهو تحقيق ما إذا كان المحامي الموقع على عريضة الاستئناف مقرراً أم غير مقرر أمام محكمة الاستئناف لتتحقق هذا العنصر الواقعي قبل أن تصدر حكمها بقبول الاستئناف شكلاً<sup>(٥٨)</sup>.

### المطلب الثالث

#### الأسباب التي كان من غير الممكن التمسك بها أمام محكمة الموضوع

ليس من العدل أن يُحرم الطاعن من النعي على خطأ في الحكم بسبب لا يمكن الوقوف عليه إلا بعد صدور الحكم ومن هنا فإن ما يصيب الحكم من أخطاء ما كان يمكن إثارتها إلا بعد صدوره لا تعد سبباً جديداً ممنوعاً التحدي به لأول مرة أمام محكمة النقض؛ حيث أنها أسباب أظهرها الحكم وكشف عنها ولم يكن ممكناً إثارتها قبل صدوره<sup>(٥٩)</sup>، ويمكن تقسيم هذه الأسباب إلى نوعين:

**النوع الأول - الأسباب الناتجة عن الحكم المطعون فيه نفسه:** وهي تلك الأسباب المبنية على عيوب الحكم المطعون فيه نفسه، والتي لم يكن من الممكن الوقوف عليها إلا بعد صدور الحكم المطعون فيه<sup>(٦٠)</sup>، وبعد ان انتهت ولاية محكمة الموضوع على القضية موضوع الحكم ومن هنا فإن ما أصاب الحكم من أخطاء لم يكن من الممكن قانوناً

(٥٧) د. أحمد السيد صاوي، الأسباب الجديدة - مرجع سابق، ص ٧٥.

(٥٨) نقض ١٥/١١/١٩٥١، ط ٢٤، لسنة ١٩٩٩ ق.

(٥٩) م. مصطفى كيرة، النقض المدني، مرجع سابق، بند ٧٢٨، ص ٦٣٧.

(٦٠) د. أحمد السيد صاوي، الأسباب الجديدة، مرجع سابق، بند ٣٧ ص ٤٨؛ الوسيط في شرح قانون

المرافعات، مرجع سابق، بند ٦٢٨، ص ٨٥٣.

التمسك بها سوى أمام محكمة النقض<sup>(٦١)</sup>، وهذه الأسباب إما أن تكون في شكل مطاعن موجهة ضد المخالفات الشكلية التي شابت الحكم المطعون فيه بالنقض وإما أن تكون بمثابة مطاعن موجهة ضد أسباب الحكم التي بني عليها، ومثالها النعي على الحكم بانعدام التسبب أو القصور فيه أو الفساد في الاستدلال أو توجه ضد إجراء من إجراءات الحكم كمخالفته لحقوق الدفاع كاستناد الحكم إلى دليل لم يبلغ به الطاعن لإبداء دفاعه بشأنه أو أي أسباب يثيرها الحكم المطعون فيه بصورة جديدة<sup>(٦٢)</sup> كإغفال بيان أسماء القضاة في نسخة الحكم الذين سمعوا المرافعة أو النطق بالحكم في جلسة سرية<sup>(٦٣)</sup>.

ومما يجدر الإشارة إليه في هذا الصدد، أنه لما كان من شروط قبول إثارة الأسباب المتولدة عن الحكم المطعون فيه لأول مرة أمام محكمة النقض عدم إمكانية التحدي بها أمام محكمة الاستئناف التي أصدرت الحكم؛ فإن ما يلحق إجراءات الحكم المطعون فيه من أسباب البطلان التي كان يمكن التمسك بها أمام محكمة الموضوع التي أصدرته والتي لا تتعلق بالنظام العام لا يجوز إثارتها لأول مرة أمام محكمة النقض طالما لم يتمسك بها الخصم صاحب المصلحة<sup>(٦٤)</sup> كما أن ما يعيب حكم محكمة الدرجة الأولى ولم يتمسك به الخصوم أمام المحكمة الاستئنافية، لا يصح التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض<sup>(٦٥)</sup>.

(٦١) د. نبيل عمر، سبب الطلب القضائي أمام محكمة الاستئناف، دار الجامعة الجديدة، ط ٢٠٠٣، بند ١٧٢، ص ٢٠٠، م. مصطفى كيرة - النقض المدني، مرجع سابق، بند ٧٢٨، ص ٦٣٧؛ د. أحمد السيد صاوي، الأسباب الجديدة، مرجع سابق، بند ٣٧، ص ٤٨.

(٦٢) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨م، ص ١٣٠٣، ١٣٠٤.

(٦٣) م. طه الشريف، نظرية الطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية، بدون سنة نشر، ص ٢٧٨.

(٦٤) د. أحمد السيد صاوي، الأسباب الجديدة - مرجع سابق، ص ٤٩، د. فتحي والي، الوسيط، مرجع سابق، بند ٣٨٦، ص ٧٨٨، ٧٨٩.

(٦٥) د. أحمد السيد صاوي، الأسباب الجديدة، مرجع سابق، ص ٤٩.

وقد نص قانون المرافعات الفرنسي الجديد صراحة على ذلك في المادة (٦١٩) فبعد أن قضى بعدم جواز إبداء أسباب جديدة لأول مرة أمام محكمة النقض استثنى من ذلك الأسباب الناتجة عن الحكم المطعون فيه<sup>(٦٦)</sup>.

كما اتجهت محكمة النقض الفرنسية في بعض أحكامها إلى أنه يعد سببا جديدا يجوز إبدائه لأول مرة السبب المستمد من واقعة قانونية لاحقة على صدور الحكم المطعون فيه وتبين أنه لا أساس لهذه الواقعة ويعد كأن لم يكن كل حكم جاء نتيجة أو تنفيذاً لحكم قضي بنقضه أو يرتبط به برابطة تبعية أو ارتباط<sup>(٦٧)</sup>.

**النوع الثاني: الأسباب المبنية على واقعة لاحقة على الحكم المطعون فيه "انهيار الأساس القانوني للحكم":**

يقصد بانهيار الأساس القانوني للحكم أن يكون الحكم المطعون فيه لحظة صدوره صحيحاً من حيث ما تضمنه من اثباتات واقعية، أي كان متوفر الأساس القانوني، وكان صحيحاً من حيث ما تضمنه من أسباب قانونية، ثم انهيار أساسه بعد ذلك نتيجة واقعة لاحقة لصدوره<sup>(٦٨)</sup>، وقد نص المشرع المصري في المادة (٢٤١) من قانون المرافعات على أسباب الطعن في الحكم النهائي المبنية على واقعة لاحقة لصدوره والتي من شأنها أن تؤدي إلى انهيار أساسه القانوني باعتبارها من أسباب الطعن بالتماس إعادة النظر، كأن يُبنى الحكم على أوراق يثبت بعد صدور الحكم أنها مزورة<sup>(٦٩)</sup>، أو بُني على شهادة

(66) On peut proposer des moyens nouveaux tires du jugement ou de l'arret lui-meme art 619 al.2.2 on pouvait pas les faire valoir avant queil fut rendue aisiil l'insuffisance de motifs ou le defaut de motifs.

(٦٧) م. مصطفى كيرة - النقض المدني، مرجع سابق، بند ٧٣٠، ص ٦٣٨. وقد أشار سيادته إلى أن

هذه الحالة يُطلق عليها النقض التبعي La cassation par voi de consequence  
(٦٨) انظر في ذلك:

د. أحمد السيد صاوي، الأسباب الجديدة، مرجع سابق، بند ٤٠ ص ٥٢.

Boré: op, cit, N2041.

(٦٩) م. مصطفى كيرة، النقض المدني، مرجع سابق، بند ٧٣٠ ص ٦٣٨.

Boré: op, cit, N2045.

قضي من الجهة المختصة بعد الحكم بأنها شهادة زور، أو أن يصدر أثناء نظر الطعن في هذا الحكم قانون جديد يسرى على الطعون المنظورة أمام محكمة النقض يلغى بأثر رجعي النص القانوني الذي بنى عليه هذا الحكم<sup>(٧٠)</sup>، وقد نص المشرع المصري أيضاً في المادة (٤٤١) من قانون الإجراءات الجنائية على جواز الطعن بالتماس إعادة النظر أمام محكمة النقض في حال ظهور المدعي بقتله حياً، أو إذا كان الحكم مبنياً على حكم صادر في دعوى مدنية أو شخصية أخرى وتم إلغاء هذا الحكم، أو إذا ظهرت أدلة أو وقائع بعد الحكم لم تكن معلومة وقت المحاكمة وكان من شأنها إثبات براءة المحكوم عليه. مؤدى ما سبق أن انهيار أساس الحكم القانوني نتيجة واقعة لاحقة لصدوره يعتبر سبباً جديداً لا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض - إلا إذا كان تمسكاً بسبب قانوني بحت<sup>(٧١)</sup> - وإنما يعد سبباً يجيز الطعن في الحكم بالتماس إعادة النظر وفقاً لنص المادة (٢٤١) من قانون المرافعات المصري، والمادة (٤٤١) من قانون الإجراءات الجنائية المصري.

(٧٠) أ. محمد كمال عبد العزيز، تقنين المرافعات، الطبعة الثالثة، الجزء الأول، سنة ١٩٥٥، ص ١٩٠٨؛ د. أحمد السيد صاوي، الأسباب الجديدة، مرجع سابق، ص ٥٢؛ م. مصطفى كيرة - النقض المدني، مرجع سابق، ص ٦٣٨.

(٧١) د. أحمد السيد صاوي - الأسباب الجديدة - مرجع سابق، ص ٥٤ وقد أشار سعاده إلى مثال للسبب القانوني البحت الذي من أنه فتح باب الطعن بالنقض في حكم محكمة الاستئناف نتيجة واقعة لاحقة لصدور الحكم " بالتمسك بقانون جديد صدر أثناء نظر الطعن - يسري على خصومة الطعن - يلغى النص القانوني الذي بني عليه الحكم. د. فتحى والى، الوسيط - مرجع سابق، بند ٣٧٠، ص ٨١٨؛ أ. محمد كمال عبد العزيز - تقنين المرافعات - مرجع سابق، ص ١٩٠٨؛ م. مصطفى كيرة، النقض المدني، مرجع سابق، ص ٦٣٩ بند ٧٣٠.

## المبحث الثالث

### شروط قبول السبب الجديد المتصل بالقانون أمام محكمة النقض

لا يكفي لقبول الأسباب الجديدة أمام محكمة النقض أن تكون أسباباً قانونية بحتة أو متعلقة بالنظام العام؛ لكونها لا تثير أية مسائل واقعية جديدة أمام محكمة النقض وهو ما يتفق مع وظيفة محكمة النقض، وإنما يجب فضلاً على ذلك أن تكون هذه الأسباب واردة على قضاء الحكم، وأن تكون مؤثرة في النتيجة التي انتهى إليها وإلا كان سبب الطعن بالنقض غير مقبول وهو ما نبينه في مطلبين على النحو التالي:

### المطلب الأول

#### أن يكون سبب الطعن وارداً على قضاء الحكم

يُشترط في سبب الطعن على الحكم بالنقض أن يستند إلى عيب يمس الحكم المطعون فيه ذاته، وليس عيباً موجهاً إلى حكم آخر حتى ولو كان من الأحكام التي صدرت في الدعوى نفسها ولم يشملها الطعن<sup>(٧٢)</sup>، ويُراعى في ذلك أن محكمة الاستئناف إذا استندت عند وضع حكمها على الأسباب التي قام عليها الحكم الابتدائي وأحالت إليها أصبح الحكم الابتدائي جزءاً متمماً للحكم الاستئنافي<sup>(٧٣)</sup>، وهذا يستتبع أن ينتقل خطأ الحكم الابتدائي إلى الحكم الاستئنافي ويكون بالتالي صالحاً للاعتماد عليه كسبب من أسباب الطعن<sup>(٧٤)</sup>، أما إذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى بتأييد الحكم الابتدائي بناءً على أسباب خاصة دون أن يحيل عليه في أسبابه، وكان سبب الطعن الموجه من الطاعن منصرفاً إلى الحكم الابتدائي، فإنه يكون غير مقبول<sup>(٧٥)</sup>.

(٧٢) م. وليد الجارحي، النقض المدني، ص ١٠٤٦، ١٠٤٧، م. مصطفى كيرة، النقض المدني، مرجع سابق، ص ٦٤٠.

(٧٣) ١٩٦٢/٦/١٤، السنة ١٣ ص ٨٠٨.

(٧٤) نقض ١٩٧٢/٥/١١ السنة ٢٣ ص ٨٧٦.

(٧٥) نقض ١٩٧٢/٤/٦ السنة ٢٣ ص ٦٥٨.

وبالمثل إذا كان الحكم المطعون فيه وإن انتهى إلى تأييد الحكم الابتدائي قد صرح بأنه أخذ بأسباب الحكم الابتدائي التي لا تتعارض مع أسبابه وكان الحكم المطعون فيه قد أقيم على دعامة تختلف عن الدعامة التي أقيم عليها الحكم الابتدائي، فإن الطعن الموجه إلى دعامة الحكم الابتدائي التي لم يأخذ بها الحكم المطعون فيه لا يكون مقبولاً. وكذلك لا يقبل سبب الطعن الموجه إلى أسباب الحكم الابتدائي إذا لم يأخذ بها الحكم المطعون فيه فإذا كانت الأسباب التي ينعي بها الطاعنون لم ترد بهذ الحكم الأخير الذي أقام قضاءه على أسباب مستقلة، فإن النعي يكون غير مقبول لوروده على أسباب حكم محكمة أول درجة<sup>(٧٦)</sup>.

## المطلب الثاني

### استناد سبب الطعن إلى خطأ أثر في منطوق الحكم

استقر قضاء محكمة النقض المصرية والفرنسية على أنه لا يمكن نقض الحكم إلا إذا كان مخالفاً للقانون، ومهما بلغت الأخطاء القانونية التي وردت في الأسباب؛ فإنه يجب الإبقاء على الحكم، إلا إذا استبان أن خطأ القاضى كان مؤثراً وله قوة الأثر الدافع على منطوق الحكم<sup>(٧٧)</sup>، فإذا كان المنطوق موافقاً لصحيح القانون وفقاً لما حصله الحكم من وقائع الدعوى فلا يضره أن تتضمن أسبابه تقارير قانونية خاطئة متى كان الواقع الذي استخلصه يكفي للكشف عن الأساس القانونى الصحيح لقضائه؛ إذ تقوم محكمة النقض

(٧٦) نقض ٥/٧ / ١٩٨١ - الطعن ١٠١٣ لسنة ٤٧ ق

(٧٧) م. حامد فهمي، د. محمد حامد فهمي، الطعن بالنقض، ص ٣٨٤، م. مصطفى كيرة، النقض، ص ٦٤٤.

أ. عبد المنعم حسنى، المرجع السابق، ص ٦٠٢، م. حامد، د. محمد حامد فهمي، الطعن بالنقض، ص ٣٨٢، د. محمد المنجي، كيفية رفع الطعن بالنقض، ص ٥٢٨.

في هذه الحالات بتصحيح أو استكمال أو استبدال الأسباب بما يتفق والسند القانوني الصحيح لما انتهى إليه الحكم المطعون فيه من قضاء<sup>(٧٨)</sup>.

والضابط في كون الخطأ في القانون مؤثراً في منطوق الحكم من عدمه هو إجراء المقابلة بين ما قضى به الحكم على ما أثبتته من حاصل فهم الواقع في الدعوى، بصرف النظر عما احتواه الحكم من التقريرات القانونية، فإذا جاء ما خلاص إليه الحكم في منطوقه متفقاً مع التطبيق الصحيح للقانون على الوقائع الثابتة به فإن الخطأ في القانون في هذه الحالة يكون غير مؤثر ولا يترتب عليه نقض الحكم<sup>(٧٩)</sup>.

وعلة عدم قبول الطعن في هذه الحالة هو انعدام المصلحة فيه، إذ إن منطوق الحكم هو الذي يتمتع بقوة الشيء المحكوم فيه وبالقوة التنفيذية لذلك فإن الطعن ضد الأسباب القانونية وحدها غير مقبول<sup>(٨٠)</sup>، طالما أن منطوق الحكم كان صحيحاً<sup>(٨١)</sup>.

وقد استقرت هذه القاعدة في قانون المرافعات الفرنسي الجديد والذي نص في المادة (١/٦٢٠) على أن محكمة النقض يمكنها أن ترفض الطعن بالنقض وذلك بإحلال سبب قانوني بحت بدلاً عن السبب الخاطئ<sup>(٨٢)</sup>.

"La cour de cassation peut rejeter le pouiso en substituent un motif de par droit à un motif errone".

(٧٨) أ. كمال عبد العزيز، تقنين المرافعات، ص ١٨٥٤.

(٧٩) م. حامد فهمي، د. محمد حامد فهمي، الطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية، ص ٣٨٢، ٣٨٣.

(٨٠) د. عزمى عبد الفتاح، تسبب الأحكام، ١٩٨٣، ص ٣٩١، وانظر كذلك: أ. محمد كمال عبد العزيز، تقنين المرافعات، ص ١٠٩٨، د. أحمد هندی، قانون المرافعات، ص ٤٨٧.

(٨١) د. وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، ١٩٨٦، ص ٦٩٢ وانظر كذلك: د. فتحي والي، الوسيط، ١٩٨٦، ص ٨٢٦ رقم ٤٠٢٠.

(٨٢) م. مصطفى كيرة، النقض المدني، مرجع سابق، ص ٦٤٤.

د. محمد نور شحاتة، سلطة محكمة النقض في استبدال الأسباب في المواد المدنية، دار النهضة العربية، سنة النشر ١٩٩٢م، ص ٢٨.

وكذلك أقرها المشرع المصري فنص في المادة (٤٠) من قانون الإجراءات الجنائية - على أنه: "إذا اشتملت أسباب الحكم على خطأ في القانون أو إذا وقع خطأ في ذكر نصوصه فلا يجوز نقض الحكم متى كانت العقوبة المحكوم بها مقررة للجريمة وتصح المحكمة الخطأ الذي وقع"، وفي قانون المرافعات، بعد أن نص المشرع في المادة (١٧٦) على أنه يجب أن تشتمل الأحكام على الأسباب التي بنيت عليها وإلا كانت باطلة، عاد في المادة (٢/١٧٨) وحدد أن: "القصور في أسباب الحكم الواقعية ... يترتب عليه بطلان الحكم"، ويُستفاد من ذلك أن المشرع في هذا النص لم يترتب بطلان الحكم صراحة إلا على القصور في أسبابه الواقعية دون الأسباب القانونية، بمعنى أنه إذا كان الحكم وافياً في الأسباب الواقعية صحيحة النتيجة قانوناً، فلا يفسده مجرد القصور أو الخطأ في أسبابه القانونية، إذ لمحكمة النقض أن تستكمل أسبابه، بما ترى استكمالاً لها به، وأن تستبدل الأسباب الخاطئة بأخرى صحيحة، أي تصحيح ما شاب الأسباب القانونية من خطأ<sup>(٨٣)</sup>.

وخلاصة ما سبق أنه يلزم لقبول سبب الطعن أن يكون مؤثراً في منطوق الحكم، وهو لا يكون كذلك إلا إذا أصاب دعامته الأساسية التي لا يقوم له قضاء بغيرها، فإذا انهارت أو فسدت هذه الدعامة لا يصبح للحكم سند يحمله فيكون متعيناً نقضه، وبالبناء على ذلك؛ فإن ما لا تأثير له على النتيجة الصحيحة التي انتهى إليها الحكم يكون النعي به غير منتج، ومن ثم غير مقبول<sup>(٨٤)</sup>.

(٨٣) د. محمد نور شحاتة - سلطة محكمة النقض في استبدال الأسباب في المواد المدنية، مرجع سابق، ص ٢٨.

(٨٤) م. وليد الجارحي، النقض المدني - مرجع سابق، ص ١٠٤٩.

## الخاتمة

اتضح لنا من هذه الدراسة مجموعة النتائج وهي:

١- يقصد بالأسباب الجديدة في باب الطعن بالنقض؛ كل وجه للطعن في الحكم المطعون فيه يثير أمام محكمة النقض مسألة واقعية صرفه أو مسألة يختلط فيها الواقع بالقانون لم يسبق عرضها على محكمة الموضوع التي أصدرت الحكم المطعون فيه.

٢- المعيار في كون السبب جديداً هو عدم طرحه على محاكم الموضوع عند تصديها لنظر النزاع. والمرجع في ذلك هو مدونات الحكم المطعون عليه وملف الدعوى، فإذا ثبت من أيهما سبق إثارة دفاع معين انتفى عنه صفة الحداثة سواء أكان الذي أثاره هو المتهم أم النيابة أم المدعى بالحقوق المدنية، بل ولو كانت محكمة الموضوع هي التي تصدت له من تلقاء نفسها.

٣- لا يجوز إبداء الأسباب الجديدة - كأصل عام - أمام محكمة النقض ومرجع ذلك اقتصار مهمة محكمة النقض على القضاء في صحة الأحكام الصادرة من محكمة الاستئناف من حيث أخذها أو عدم أخذها بحكم القانون فيما يكون قد عرض عليها من الطلبات وأوجه الدفاع.

٤- لا يكون مقبولاً التمسك بسبب جديد أمام محكمة النقض ولو كان هذا السبب متعلقاً بالنظام العام؛ فكون السبب يندرج في عداد هذا النوع من الأسباب لا يعنى جواز إبدائه لأول مرة أمام محكمة النقض لو كان مختلطاً بالواقع، بل يلزم لقبوله ألا يثير التمسك به أمام هذه المحكمة عناصر واقعية لم تكن معروضة على محكمة الموضوع التي أصدرت الحكم المطعون فيه.

٥- يكون السبب جديداً وبالتالي لا يقبل إذا ما طرح لأول مرة أمام محكمة النقض، إذا كان سبباً موضوعياً بحتاً، وكذلك إذا كان خليطاً من الواقع والقانون. بينما يكون من الجائز طرح الأسباب القانونية البحتة أمام محكمة النقض لأول مرة بالشكل الذي ينص عليه القانون بشرط وجود أساسها الواقعي مطروحاً من قبل أمام محكمة الموضوع.

٦- لا يكفي لقبول الأسباب الجديدة أمام محكمة النقض أن تكون أسباباً قانونية بحتة أو متعلقة بالنظام العام، وإنما يجب فضلاً على ذلك أن تكون هذه الأسباب واردة على قضاء الحكم، وأن تكون مؤثرة في النتيجة التي انتهى إليها وإلا كان سبب الطعن بالنقض غير مقبول.

٧- يُشترط في سبب الطعن على الحكم بالنقض أن يكون وارداً على قضاء الحكم بأن يستند إلى عيب يمس الحكم المطعون فيه ذاته، وليس عيباً موجهاً إلى حكم آخر حتى ولو كان من الأحكام التي صدرت في الدعوى نفسها ولم يشملها الطعن.

٨- يُشترط في سبب الطعن بالنقض أن يكون مؤثراً في منطوق الحكم، وهو لا يكون كذلك إلا إذا استبان أن خطأ القاضى كان مؤثراً، وله قوة الأثر الدافع على منطوق الحكم، أما مجرد الخطأ في الأسباب والتقريرات القانونية الواردة في قضاء الحكم لا يستتبع نقض الحكم ما دام أنه قد على أسباب صحيحة كافية لحمله.

## المراجع

### أولاً- المراجع العربية:

- د. احمد أبو الوفا: نظرية الأحكام فى قانون المرافعات، الطبعة السادسة، منشأة المعارف بالأسكندرية، سنة ١٩٨٩م.
- د. احمد السيد صاوى:
  - شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، سنة ١٩٨١م.
  - فى الأسباب الجديدة أمام محكمة النقض بالنسبة للطعن المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٨٤م.
  - نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠١١م.
- د. أحمد محمد مليجي: أوجه الطعن بالنقض المتصلة بواقع الدعوى، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.



- م. أحمد جلال الدين هلالى: قضاء النقض فى المواد المدنية والتجارية فى التشريع المصرى والمقارن، الهيئة المصرية العامة للكتاب، طبعة ١٩٧٧م.
- م. حامد فهمى، د محمد حامد فهمى:
  - الطعن بالنقض فى المواد المدنية والتجارية، طبعة ١٩٣٧م.
  - ما يقبل وما لا يقبل من الأسباب أمام محكمة النقض، بحث منشور بمجلة القانون والإقتصاد، السنة الرابعة، العدد الثانى، سنة ١٩٣٤م.
- د. حلمى محمد الحجار: أسباب الطعن بطريق النقض، الجزء الأول والثانى، بيروت، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠٤م.
- م. طه الشريف: نظرية الطعن بالنقض فى المواد المدنية والتجارية بدون سنة نشر.
- د. فتحى والى: الوسيط فى قانون القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعى، سنة ٢٠٠١م.
- د. محمد إبراهيم: النظرية العامة للتكييف القانونى للدعوى، دار الفكر العربى، سنة ١٩٨٢م.
- أ. محمد العشماوى، د. عبد الوهاب العشماوى: قواعد المرافعات فى التشريع المصرى والمقارن، سنة ٢٠٠٦م.
- م. محمد وليد الجارحى: النقض المدني، بدون سنة نشر.
- أ. محمد أحمد ربيع: الأسباب المقبولة أمام محكمة النقض، بحث، منشور مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة السابعة، العدد الأول، يناير، ومارس سنة ١٩٦٣م.
- د. محمد المنجى: كيفية رفع الطعن بالنقض، الطبعة الأولى، منشأة المعارف بالأسكندرية، سنة ٢٠٠١م.
- د. محمد الكيك: رقابة محكمة النقض على تسبب الأحكام الجنائية، رسالة للدكتوراة، بدون سنة نشر.
- أ. محمد كمال عبد العزيز: تقنين المرافعات، الطبعة الثالثة، الجزء الأول، سنة ١٩٩٥م.

- د. محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية- الطبعة الثالثة- دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨م.
- د. محمد نور شحاتة: سلطة محكمة النقض في استبدال الأسباب في المواد المدنية- دار النهضة العربية، سنة النشر ١٩٩٢م.
- د. مصطفى كيرة: النقض المدني، سنة ١٩٩٢م.
- د. نبيل إسماعيل عمر:  
- النظرية العامة للطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف، سنة ١٩٨٠م.  
- سبب الطلب القضائي أمام محكمة الاستئناف، دار الجامعة الجديدة، سنة ٢٠٠٣م.

### ثانياً- المراجع الفرنسية:

- Ernest Faye: La cour de cassation, paris 1903, et ed. Librairie Douchman 1970.
- François Rigaux : La nature du contrôle de la cour de cassation, these, Bruxelles, 1966.
- Garsonnet et Cézard-Bru: Traité théorique et pratique de procedure civile et commercial, 3'ed, paris, Sirey, 1912, T. 1 .
- Glasson, Tissier et Morèl: Traité Théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procedure civile. T. 3, 3 ed 1929.
- Jacques Boré: La cassation en matière civile, sirey, paris, 1988 .
- Jean Vincent: Procedure civile. 19.ed. paris. Dalloz. 1978 .
- René Morel: Traité élémentaire de proc. Civ. 2 ed. 1949.
- T. Crepon: Pourvoi en cassation en matière civile, T. 1, T. 2 et T. 3, paris, 1892.



## الإجراءات والأشكال الدستورية وأثرها على أعمال السيادة طبقاً لأحكام القضاء (دراسة مقارنة)

الدكتور/ سامح سعد محمد حسن \*

### المخلص:

اهتدى القضاء الإداري إلى لا يمكن التذرع بأعمال السيادة في ظل مخالفة أحكام الدستور سواء كانت تلك المخالفة شكلية أو موضوعية، ولا يعد ذلك افتتاتاً على سلطة المحكمة الدستورية العليا في الفصل في دستورية النصوص التشريعية، إذ اعتبرت المحكمة الإدارية العليا أن ذلك يمثل نوعاً من فهم النصوص الدستورية دون أن يتعدى نطاق الفصل فيها.

وقد أثمرت هذه الرقابة عن خروج العديد من القرارات من نطاق أعمال السيادة سواء كانت هذه القرارات في المجال الداخلي كال دعوة إلى الانتخابات وعلاقة الحكومة بالبرلمان في المجال التشريعي (اقتراح القوانين أو الاعتراض عليها) أو حل البرلمان، أو في المجال الاستثنائي كإعلان حالة الطوارئ، أو كان ذلك في المجال الخارجي المتمثل في إحكام القضاء الإداري رقابته على المعاهدات الدولية سواء في حالة المخالفة الصريحة للنصوص الدستورية، أو الرقابة على الأعمال المنفصلة عن العامل الدولي.

وقد تلاحظ للباحث من خلال هذا البحث أنه كلما زادت الوتيرة الديمقراطية بالدستور وإعمال مبدأ الفصل بين السلطات أو تطبيق القواعد الديمقراطية في العلاقة بين عنصرى السلطة التنفيذية (رئيس الدولة، الحكومة) كان ذلك سبيلاً أمام القضاء لفحص القرار من الناحية الشكلية ليتأكد من أنه قد صدر من السلطة المختصة بإصداره، أو أنها قد اتبعت فيه الإجراءات التي نص عليها الدستور (الرقابة الخارجية).

خلاصة القول فإن القواعد الإجرائية والشكلية بالدستور إذا كانت تتناسب تناسباً طردياً مع ديموقراطية الدستور، إلا أنها بالمقابل تتناسب تناسباً عكسياً مع أعمال السيادة.

**الكلمات المفتاحية:** أعمال السيادة - القواعد الشكلية للدستور - التوقيع المجاور - الرقابة الخارجية - الرقابة الموضوعية.

\* مستشار قانوني بمكتب محافظ ظفار .



## Constitutional Procedures and Forms and their Impact on Sovereign Acts According to Judicial Rulings (A Comparative Study)

Dr. Sameh Saad Mohammed Hassan\*

### Abstract:

The Administrative Judiciary has found that sovereign acts cannot be used as a pretext in the event of a violation of the provisions of the Constitution, whether such violation is formal or substantive. This is not considered an infringement on the authority of the Supreme Constitutional Court to rule on the constitutionality of legislative texts, as the Supreme Administrative Court considered that this represents a type of understanding of constitutional texts without exceeding the scope of ruling on them.

This oversight has resulted in many decisions going beyond the scope of sovereign acts. These decisions are in the domestic sphere, such as calling for elections and the relationship between the government and parliament in the legislative sphere. It is (proposing or objecting to laws) or dissolving parliament, or in the exceptional sphere, such as declaring a state of emergency, or in the external field, represented by the administrative judiciary's tightening of its oversight of international treaties, whether in the case of an explicit violation of constitutional texts, or oversight of actions separate from the international factor.

The researcher has noticed through this research that the more the democratic pace increases in the constitution and the principle of separation of powers is implemented or the democratic rules are applied in the relationship between the two elements of the executive authority (the head of state, the government), the more it becomes in front of the judiciary to examine the decision from a formal standpoint to ensure that it was issued by the competent authority, or that the procedures stipulated in the constitution (external oversight) were followed.

In short, the procedural and formal rules of the constitution, if they are directly proportional to the democracy of the constitution, are inversely proportional to the acts of sovereignty.

**Keywords:** Acts of Sovereignty - Formal Rules of the Constitution - Neighboring Signature - External Control - Substantive Control.

---

\* Legal Advisor at the Office of the Governor of Dhofar.

## المقدمة

يجمع الفقه على أن نظرية أعمال السيادة نظرية قضائية الأصل، نشأت بسبب ظروف تاريخية عملية، تمثلت في محاولة مجلس الدولة الحفاظ على كيانه أمام تغول الحكم الملكي في ذلك الوقت، إلا أن الظروف لم تعد مواتية الآن لتلك النظرية، خصوصاً وأن القضاء الإداري في العالم أصبح ضرورة لا غنى عنها حمايةً لحقوق وحرريات الأفراد ودوام سير مرافق الإدارة نفسها.

لم تثمر محاولات الفقه لوضع معيار دقيق يعتبر جامعاً مانعاً لأعمال السيادة وانتهى الأمر إلى القول بأن أعمال السيادة هي كل عمل يقرر له القضاء هذه الصفة. وبالرغم من تغول هذه النظرية على حقوق وحرريات الأفراد وتقييد حقهم في التقاضي الذي يعتبر من أهم الحقوق التي كفلتها الوثائق الدستورية والدولية، إلا أن أغلب الدول مازالت تأخذ بها وتضمنها قواعد القانون.

لكن الفقه والقضاء الإداري لم يرضخا لهذه النظرية، وجرت محاولاتهم للحد من غلوها خصوصاً إذا ما تغولت على القواعد الدستورية، فقد كان لأثر التغييرات الدستورية التي شهدتها جمهورية مصر العربية في الفترة الأخيرة وما حوته من قواعد أكثر ديموقراطية في مجال علاقات السلطات ببعضها البعض - سواء شكلية أو موضوعية - أثراً في تقليص القضاء الإداري لأعمال السيادة بشكل واضح استناداً لفهم قواعد الدستور التي تمثل علواً على ما دونها من القواعد، وليس فصلاً في دستورية تلك القواعد.

### أهمية الدراسة:

تمثل أعمال السيادة ثغرة في دولة القانون، وتعتبر الرقابة القضائية هي أنجع الوسائل لسد هذه الثغرة احتراماً لمبدأ المشروعية وسيادة القانون، خاصة وأن القضاء هو المختص بتحديد ما يعتبر من أعمال السيادة وما لا يعتبر منها، وهو يسير في هذا الأساس طبقاً لتطور القواعد الدستورية المطبقة.

لذلك فإن أهمية تأصيل الأعمال التي أخرجها القضاء من نطاق أعمال السيادة تبدو في كونها تعد بمثابة سوابق قضائية يلتزم بها القضاء نفسه أولاً، والتزام جهة الإدارة بعدم مخالفة القواعد الدستورية وهي بصددها إصدارها ثانياً.

### مشكلة الدراسة:

تعتبر مصادرة حق النقاضي في طائفة معينة من القرارات الإدارية، وتحسينها بنصوص تشريعية أو طبقاً لفكرة تاريخية عفا عليها الزمن مع ما في ذلك من مخالفة دستورية -سواء نص الدستور على عدم تحسين أي قرار من رقابة المشروعية أو باعتباره مبدأ دستورياً- إنما يمثل ذلك هدماً لفكرة دولة القانون بكافة صورها وأركانها، وتغولاً مباشراً على حقوق الأفراد وحررياتهم، رغم التطور المستمر ومناهضة الشعوب في المطالبة بحقوقها وحرياتها لا الانتقاص منها، فما المفيد من أن تمنح الدساتير الحقوق والحرريات باليد اليمنى لتسطو عليها أعمال السيادة باليسرى.

### أهداف الدراسة:

نتيجة لغموض نظرية أعمال السيادة، فقد حاول الباحث التأصيل للقواعد التي أصبح القضاء الإداري لا يعتبر القرار الإداري يمثل أعمال سيادة بسببها ومن أهم هذه القواعد مخالفة أعمال السيادة للقواعد الشكلية في الدستور، إضافة إلى بزوغ القضاء الإداري نحو الرقابة الموضوعية على أعمال السيادة.

### منهج الدراسة:

اتبع الباحث المنهج الوصفي التحليلي وذلك لما يتضمنه البحث من أحكام قضائية وآراء فقهية ونصوص دستورية وتشريعية، ومحاولة القيام بتحليلها، واستخلاص النتائج منها، معتمداً على الأسلوب المقارن لبيان اجتهادات الفقه والقضاء في موضوع التطور نحو الحد من أعمال السيادة، وصولاً في النهاية إلى المنهج الاستقرائي التأصيلي في محاولة للوصول لتأصيل بعض الأفكار التي استند عليها القضاء في استبعاد أعمال السيادة عن القرارات الإدارية.

### خطة البحث:

المبحث الأول: علو القواعد الدستورية الشكلية على أعمال السيادة.

- المطلب الأول: القواعد الشكلية في الدستور .
- المطلب الثاني: معيار أعمال السيادة والمحاولات الفقهية لتقليصها .
- المبحث الثاني: أثر المخالفة الشكلية للدستور على أعمال السيادة الداخلية .
- المطلب الأول: أعمال السيادة المتعلقة بالشعب .
- المطلب الثاني: الأعمال السياسية المتعلقة بالبرلمان .
- المبحث الثالث: أثر المخالفة الشكلية للدستور على مشروعية المعاهدات الدولية والتحول ناحية الرقابة الموضوعية .
- المطلب الأول: رقابة المشروعية الخارجية للمعاهدات الدولية .
- المطلب الثاني: الرقابة الداخلية للمعاهدات الدولية .

## المبحث الأول

### علو القواعد الدستورية الشكلية على أعمال السيادة

يقصد بمبدأ علو الدستور أن القواعد الواردة به تملو على ما سواها من القواعد القانونية الأقل درجة؛ ذلك لأن القواعد الدستورية تتمتع بخصائص تجعل منها القيمة القانونية الأكبر على مستوى الدولة، فهي التي تحدد نظام الحكم في الدولة وعلاقة السلطات الدستورية ببعضها البعض، كما أنها هي التي تحدد حقوق الأفراد وحررياتهم، سواء كانت تلك القواعد موضوعية تتعلق بمضمون الحق أو الاختصاص أو شكلية تحدد كيفية اقتضاؤه<sup>(١)</sup>.

ومن أهم المبادئ الدستورية المقررة في دساتير الدول الديمقراطية هو مبدأ المشروعية أو سيادة القانون الذي بمقتضاه تخضع جميع سلطات الدولة وهيئاتها وحكامها لحكم القانون كما يخضع له الأفراد، ويعد استقلالية القضاء وحصانته هو الضامن لتطبيق هذا المبدأ، خاصة ما يمارسه القضاء الإداري على قرارات الإدارة المخالفة لهذا المبدأ من إلغاء وتعويض.

(١) د. محمد رفعت عبد الوهاب: القضاء الدستوري (رقابة دستورية القوانين)، دار الجامعة الجديدة،

إلا أنه من الواضح أن الاعتبارات العملية تتغلب أحياناً على منطق القانون، وذلك حين استبعدت المحكمة الدستورية العليا ومن قبلها المحكمة العليا رقابتها على أعمال السيادة، رغم أن قانون المحكمة الدستورية لم يتضمن أي نص يمنع المحكمة من نظر أعمال السيادة على خلاف كل من قانون السلطة القضائية المنظم للقضاء العادي وقانون مجلس الدولة المنظم للقضاء الإداري.

ويعرض الباحث في هذا المبحث للقواعد الشكلية في الدستور، وأهميتها في الوثيقة الدستورية، كما يعرض لمعيار أعمال السيادة، واجتهادات الفقه نحو تقليص هذا المبدأ.

## المطلب الأول

### القواعد الشكلية في الدستور

تنقسم القواعد الدستورية بحسب طبيعتها إلى قواعد موضوعية تتعلق بماهية المبادئ العليا التي قرر المشرع الدستوري النص عليها، لتمثل الحقوق والحريات في الدولة وقواعد الحكم بها، وأخرى قواعد شكلية تتعلق بكيفية ممارسة السلطات المختلفة - خاصة السلطة التنفيذية- لتلك الاختصاصات الممنوحة لها. ورغم ندرة القواعد الشكلية بالدساتير بالمقارنة بغيرها من التشريعات، باعتبار أن القواعد الدستورية تتضمن المبادئ العليا في الدولة إلا أن لهذه القواعد أهمية خاصة.

## الفرع الأول

### أهمية القواعد الشكلية في الدستور

يعرف بعض الفقه الإجراءات والأشكال في القرار الإداري بأنها: "المظهر الخارجي الذي يتخذه القرار الإداري للإفصاح عن إرادة الإدارة"<sup>(٢)</sup>، ويلاحظ أن هذا الجانب من الفقه لم يفرق بين الإجراء المتخذ لسن القرار الإداري، وبين الشكل الصادر فيه.

(٢) د. سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، ٢٠٠٦، ص ٢١٩.

إلا أن جانباً آخر من الفقه يفرق بين الإجراء والشكل، فالإجراء هو: "العمليات التي يمر بها القرار من بدء التفكير في إصداره إلى ما قبل صبه في الإطار أو قالب الذي يظهر فيه"، أما شكل القرار فهو: "الإطار أو القالب الذي تظهر فيه إرادة الإدارة"<sup>(٣)</sup>. وفي الواقع أن قواعد الأشكال والإجراءات في الدساتير تتناسب تناسباً طردياً مع ديموقراطية تلك الدساتير؛ ذلك أن الهدف من وجود الإجراء أو الشكل غالباً هو ضمان عدم صدور القرار إلا بعد دراسة مسبقة ومتأنية حفاظاً على حقوق الأفراد من عسف السلطة، وتحقيقاً للمصلحة العامة.

وإذا ما شكل القرار الإداري عملاً من أعمال السيادة، فإن القضاء الإداري لا يقصر النظر في القرار الإداري على بحث ما إذا كان يمثل عملاً من أعمال السيادة من عدمه، إنما أصبح ينظر في المشروعية الخارجية للقرار للتأكد من أن القرار قد صدر في الإطار الدستوري الذي حدده الوثيقة الدستورية، فإن كان كذلك وإلا حكمت ببطلانه، وقد كان لقاعدة التوقيع المجاور في دستور ٢٠١٢ دور بارز في أن تهبط بعض أعمال السيادة إلى منزلة الأعمال الإدارية العادية التي يجوز الطعن عليه إلغاءً وتعويضاً.

## الفرع الثاني

### صور القواعد الشكلية في الدستور

ولما كانت الوثيقة الدستورية هي التي تضع المبادئ الأساسية للنظام القانوني في الدولة، فيصبح من النادر أن ترد به قواعد الإجراءات والأشكال بالصورة الموجودة في التشريعات الأقل درجة، على أن أهم قواعد الإجراءات والأشكال في الدساتير المقارنة هي تلك التي تتعلق بالتوقيع المجاور والاستشارة وأخذ الرأي، خاصة فيما يتعلق بعنصري السلطة التنفيذية أو بين السلطة التنفيذية والبرلمان بالإضافة لإجراء تسبب القرار الإداري.

(٣) د. الديداموني مصطفى أحمد: الإجراءات والأشكال في القرار الإداري، الهيئة العامة المصرية للكتاب، ١٩٩٢، ص ١٣.

أولاً- التوقيع المجاور: تعتبر قاعدة التوقيع المجاور من أهم ملامح النظام البرلماني، بل تعتبر هذه القاعدة أسبق في الظهور من النظام البرلماني نفسه، إذ على أساسها تكونت المسؤولية السياسية للوزارة، والتي تعتبر الركيزة الأساسية للنظام البرلماني<sup>(٤)</sup>.

يقصد بالتوقيع المجاور اشتراط الدستور أن يوقع رئيس الوزراء أو أحد الوزراء بحسب الأحوال على القرارات التي يتخذها رئيس الدولة بجانب توقيعه، حيث لا يكتمل الوجود القانوني للقرار الإداري إلا بالتوقيعين معاً، فوجود التوقيع على القرار لا يعنى مجرد الإشارة إلى أن القرار الإداري صادر من جهة ما، وإنما يعد هذا التوقيع شرطاً أساسياً لنفاذ القرار وصحته، وبالتالي فإن القرار غير المذيل بالتوقيع المجاور هو من الناحية العملية مجرد مشروع قرار دون أي قوة قانونية<sup>(٥)</sup>.

وتعتبر قاعدة التوقيع المجاور قاعدة مطلقة؛ أي أنها تسري على جميع الأعمال والتصرفات التي يقوم بها رئيس الدولة سواء كانت كتابية أو شفهية أو مقابلات أو اتصالات أو قواعد مجاملات أو خطب رسمية<sup>(٦)</sup>، وذلك ما لم يحدد الدستور اختصاصات منفردة لرئيس الدولة يمارسها منفرداً عن الوزارة، فتزد تلك الاختصاصات على سبيل الاستثناء مثلما هو الحال في النظام المختلط كدستور ١٩٥٨ الفرنسي و٢٠١٢ المصري.

وقد اختلف الفقه حول الأساس القانوني لقاعدة التوقيع المجاور فيما إذا كانت تشكل قاعدة اختصاص أو قاعدة شكل، وإذا ما كانت تشكل قاعدة شكل هل يعد هذا الشكل جوهرياً أم بسيطاً، فذهب رأي في الفقه إلى أن قاعدة التوقيع المجاور تمثل قاعدة

(٤) د. عادل الطبطبائي: قاعدة التوقيع الوزاري المجاور في النظام البرلماني، دراسة مقارنة مع الإشارة للدستور الكويتي، بحث منشور بمجلة الحقوق، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، العدد ٣ المجلد ٩، سبتمبر ١٩٨٥، ص ١٦.

(٥) د. سمير داود سلمان، لمى علي فرج: قاعدة التوقيع المجاور في دستور ٢٠٠٥ العراقي، مجلة كلية التربية الأساسية، المجلد ١٩ العدد ٧٩، ص ٧٥٦.

(٦) د. عماد كاظم دحام: ضرورة التوقيع المجاور في النظام البرلماني وطبيعتها، بحث منشور بمجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، مجلد ١٠ العدد ٣٠، ٢٠١٧، ص ٢٢٢.

اختصاص، وذلك على أساس أن المسؤولية تقابل السلطة<sup>(٧)</sup>، في حين ذهب رأى - محل نظر- في الفقه الفرنسي إلى أن قاعدة التوقيع المجاور تمثل شكلية بسيطة<sup>(٨)</sup>، وذهب رأي آخر إلى أن تلك القاعدة تمثل شكلية جوهرية في القرار الإداري<sup>(٩)</sup>.

ثانياً- الاستشارة (أخذ الرأي): تلجأ الإدارة في إصدارها لبعض القرارات إلى أخذ رأي فرد أو جهة معينة، وذلك حينما يلزمها الدستور بهذه الاستشارة بنص صريح، وإلا عد قرارها معيباً لعدم مراعاة الإجراءات المتطلبية في الدستور، وتسمى الاستشارة في هذه الحالة بالاستشارة الوجوبية<sup>(١٠)</sup>.

من أمثلة ذلك ما نصت عليه المادة (٣٧) من دستور فرنسا ١٩٥٨ في المادة (٢/٣٧) والتي نصت على أن: "النصوص التي تأخذ شكل التشريع وتتدخل في موضوعات لائحية قبل دخول الدستور في النفاذ لا يجوز تعديلها بمراسيم إلا بعد استشارة مجلس الدولة". أيضاً ما نصت عليه المادة (١٥٥) من دستور ٢٠١٤ المصري من أنه: "لرئيس الجمهورية بعد أخذ رأي مجلس الوزراء العفو عن العقوبة أو تخفيفها". وأيضاً المادة (١٥٤) التي قررت لرئيس الجمهورية إعلان حالة الطوارئ بعد أخذ رأي مجلس الوزراء، فإذا كان مجلس النواب غير قائم، يعرض الأمر على مجلس الوزراء للموافقة.

ويلاحظ أنه بالنسبة للمشورة لا يشترط أن يلزم متخذ القرار بمضمون المشورة وإن كان طلبها لازماً، إلا إذا اشترط الدستور موافقة جهة الاستشارة كما هو الحال في تطلب موافقة مجلس الوزراء على إعلان حالة الطوارئ حال كون مجلس النواب غير قائم طبقاً لدستور ٢٠١٤، وقد اختلف الفقه حول الطبيعة القانونية لأخذ الرأي، فذهب

(٧) د. عادل الطبطبائي: المرجع السابق، ص ٣٦.

(٨) انظر المرجع السابق، ص ٢٧.

(٩) د. بدرية جاسر الصالح: اللوائح التنفيذية في القانون الكويتي، دراسة مقارنة بالقانونين المصري والفرنسي، الطبعة الأولى، مطبعة جامعة الكويت، ١٩٨٢، ص ١٢٣؛ د. الديداموني مصطفى أحمد: المرجع السابق، ص ٢٢٥.

(١٠) د. الديداموني مصطفى أحمد: المرجع السابق، ص ٥٣.

بعض الفقه الفرنسي والمصري إلى أن أخذ الرأي يعتبر إجراء استشارياً<sup>(١١)</sup>، في حين يرى البعض الآخر أنه يمثل قاعدة اختصاص<sup>(١٢)</sup>، إلا أن الرأي الراجح أن أخذ الرأي يعد إجراءً استشارياً؛ ذلك أن لجوء الجهة مصدرة القرار إلى الجهة الاستشارية لا يعد دعوة منها للاشتراك في اختصاصها، وإنما يعد دعوة منها لمباشرة عمل يدخل في اختصاص الجهة الاستشارية، إلا أن القانون قيد هذا الاختصاص بدعوة السلطة طالبة الاستشارة<sup>(١٣)</sup>.

**ثالثاً - تسبب القرار الإداري:** إذا اشترط الدستور أن يكون قرار جهة الإدارة مسبباً؛ فيجب عليها أن تحترم هذا الإجراء، وألا تصدر قراراتها بدون ذكر الأسباب وإلا كان قرارها باطلاً، فذكر سبب القرار حين يشترطه الدستور يكون بمثابة قيد وضمانة هامة، فهو قيد على الإدارة في ألا تتسرع في قراراتها وأن يكون لديها قدر من التأني والروية في إصدارها، كما يعتبر ضماناً لسلامة القرارات في لحظات الثورة والغضب، ومدعاة لصحة التصرف، أيضاً يمثل تسبب القرار ضماناً هامة لحماية الحقوق والحريات الواردة بالدستور.

## المطلب الثاني

### معيار أعمال السيادة والمحاولات الفقهية لتقليصها

تعد أعمال السيادة بطبيعتها أعمالاً إدارية، لا تختلف ألبتة عن غيرها من قرارات الإدارة من حيث الشكل، لكنها رغم ذلك تخرج من ولاية القضاء بكافة أنواعه إلغاءً وتعويضاً، حيث تمثل خروجاً صريحاً على مبدأ المشروعية وسلاحاً خطيراً في يد السلطة التنفيذية يهدد حقوق الأفراد وحرياتهم، حيث تستطيع تلك السلطة القيام بإجراءات وتصرفات تخرج عن إطار مبدأ المشروعية ولا يجد الأفراد من سبيل أمامهم لرد هذا السلاح الخطير لكون تلك الإجراءات لا يختص بها القضاء إلغاءً وتعويضاً،

(١١) د. الديداموني مصطفى أحمد: المرجع السابق، ص ٦٨.

(١٢) د. ثروت بدوي: تدرج القرارات الإدارية ومبدأ الشرعية، ١٩٦٨، ١٩٦٩، ص ٢١٢.

(١٣) د. الديداموني مصطفى أحمد: المرجع السابق، ص ٥٣.

لذلك فقد عمد الفقه والقضاء على انتقاد تلك النظرية، ومحاولة الحد منها؛ لكونها تحمل في طياتها هدماً لحق أساسي ومقدس كفه الدستور، ألا وهو حق التقاضي.

## الفرع الأول

### معيار أعمال السيادة

اختلفت وتعددت تعريفات القانونيين لأعمال السيادة حسب وجهة نظر كل فقيه، والناحية التي يركز عليها في التعريف، فمن الفقهاء من يركز على استبعاد أعمال السيادة لأي نوع من أنواع الرقابة القضائية<sup>(١٤)</sup>، وآخرون يركزون على الجهة التي تتولى تكييف العمل على أنه عمل سيادة<sup>(١٥)</sup>، في حين يركز جانب ثالث على إبراز الجانب المرتبط بهذه الأعمال والدافع لإصدارها<sup>(١٦)</sup>.

إلا أنه وطبقاً لما أقرته المحكمة الدستورية العليا المصرية حيث أفادت بأنه: "لم يستطع القضاء أو الفقه وضع تعريف أو معيار جامع مانع لأعمال السيادة فانتهى الفصل في شأنها للقضاء وحده يقرر بسلطته التقديرية ما يعتبر من أعمال السيادة وما لا يعتبر منها...."<sup>(١٧)</sup>، وذلك من خلال مجموعة من المعايير عبرت عنها المحكمة الإدارية العليا بقولها: "إن نظرية أعمال السيادة كمعظم نظريات القانون الإداري هي من وضع مجلس الدولة الفرنسي، اتخذ لها . في بادئ الأمر. معيار الباعث السياسي، وبمقتضاه أضيف صفة السيادة على كل عمل للسلطة التنفيذية يكون باعته حماية

<sup>(14)</sup> Charles Debbasch, Frederic Colon: Droit administratif, 7ed, Economica, paris, 2004, p110.

<sup>(١٥)</sup> د. سليمان الطماوى: النظرية العامة للقرارات الإدارية (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، ٢٠٠٦، ص ١١٥.

<sup>(١٦)</sup> د. أحمد رجب محمود: القضاء الإداري ومبدأ المشروعية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥، ص ٨٠.

<sup>(١٧)</sup> حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ٢٢ لسنة ٦ ق. د.ع جلسة ٥.٢.١٩٧٧ انظر د. مجدي المتولي: مبادئ القضاء المصري (القضاء الدستوري . القضاء الإداري . القضاء العادي) الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٩٦، ص ٥٠٠، انظر أيضاً: الموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية. [www.sccourt.gov.eg](http://www.sccourt.gov.eg)

الجماعة في ذاتها، أو مجسدة في الحكومة ضد أعدائها في الداخل والخارج، ومن شأن هذا المعيار أن يوكل تحديد أعمال السيادة إلى السلطة التنفيذية ذاتها، إذا تدرعت بأن باعته سياسي، ومن ثم انتقده الفقه وهجره القضاء، ونادى الفقه بمعيار طبيعة العمل ذاته فهو إما إداري أو حكومي وفق ما يستبين من طبيعته، فيعتبر عملاً إدارياً ما تصدره السلطة التنفيذية من أعمال لأداء وظيفتها الحكومية، وهو معيار لا جدوى منه إلا بالتمييز بين الوظيفتين الإدارية والحكومية للسلطة التنفيذية، وفي هذا الصدد لم تثمر محاولة الفقهاء في وضع معيار دقيق، وكل ما كشف عنه هو أن بعض وظائف السلطة التنفيذية أكثر أهمية من بعضها الآخر ولكنها تنفصل عن الوظيفة الإدارية، ومن ثم لم يتوصل الفقه إلى وضع معيار جامع مانع لأعمال السيادة يكشف عن طبيعة ذاتية لها تميزها عن الأعمال الإدارية، وانتهى الأمر باتجاه فقهي إلى القول بأن العمل الحكومي هو كل عمل يقرر له القضاء هذه الصفة، ولكنه تردد في أحكام القضاء المصري أن أعمال السيادة هي تلك الأعمال التي تصدر من الحكومة باعتبارها سلطة حكم لا سلطة إدارة، وأن الضابط لها معيار موضوعي يرجع إلى طبيعة العمل في ذاته لا إلى ما يحيط به من ملابسات عارضة، إلا أن مؤدى ذلك أن أعمال السيادة . في القضاء المصري . كما هو الشأن في القضاء الفرنسي هو كل عمل يقرر له القانون هذه الصفة<sup>(١٨)</sup>.

## الفرع الثاني

### اجتهادات الفقه نحو الحد من أعمال السيادة

ينكر جانب كبير من الفقه الإداري نظرية أعمال السيادة، إذ يعتبرها سلاحاً بئراً في يد السلطة التنفيذية تستطيع بمقتضاه الخروج على أحكام القانون، وإهدار مبدأ سيادة القانون على نحو كلي، فإذا كان المشرع الدستوري قد حظر تحصين العمل الإداري من

(١٨) حكم المحكمة الإدارية العليا في القضية رقم ٤١٨٩ لسنة ٣٥ قضائية عليا جلسة ٤.٢ . ١٩٩٠.

رقابة القضاء التزاماً بسيادة القانون، فيجب فحص مشروعية كافة الأعمال الإدارية دون اللجوء لنظرية أعمال السيادة<sup>(١٩)</sup>.

وعلى ذلك فقد هاجم غالبية الفقه الإداري نظرية أعمال السيادة، فأنكرها البعض معارضاً فكرة وجود طائفة من أعمال السلطة التنفيذية بمعزل عن الرقابة القضائية مطالبين القضاء ببسط رقابته على جميع أعمال السلطة التنفيذية مقررين عدم دستورية المواد المقررة لتلك النظرية في قانون المرافعات وقانون مجلس الدولة<sup>(٢٠)</sup>.

كما بذل الفقه محاولات كثيرة في محاربة هذه النظرية، فاتجه البعض إلى محاولة الاستعاضة عن تلك النظرية بنظريات أخرى في مقدمتها نظرية السلطة التقديرية، وذلك بأن تمنح السلطة التنفيذية سلطات واسعة في تلك الأمور تساعد في تصريف أمور الدولة لكن لا تكون بعيداً عن رقابة القضاء<sup>(٢١)</sup>.

ولمّا كانت تلك النظرية تمثل اعتداءً صارخاً علي مبدأ المشروعية، فقد حاول القضاء الإداري أيضاً التضييق من نطاقها بإخراج أعمالاً كان معترفاً لها في الماضي بصفة أعمال السيادة من نطاق تلك النظرية، فقد أدرك الفقه الفرنسي مبكراً وجه الشذوذ الذي يعترى تلك النظرية فعمل جاهداً علي تحديد نطاقها ومحاولة حصر أعمال السيادة في أضيق نطاق<sup>(٢٢)</sup>، بل اعتبر بعض الفقه الفرنسي أن أعمال السيادة يمكن أن تكون مخالفة لأحكام المادتين (١٣،٦) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، وبناء عليه فإن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان تتضمن شجياً وإدانة لأعمال السيادة، وعلى ذلك فإن الحقوق المستبدة من الاتفاقية الأوروبية يجوز الطعن علي القرارات التي تشملها حتي لو تمثلت في أعمال سيادة<sup>(٢٣)</sup>، وفي محاولة أخرى للحد من غلواء تلك النظرية

(١٩) د. إبراهيم عبد العزيز شيحا: القضاء الإداري (مبدأ المشروعية، تنظيم القضاء الإداري، ولاية القضاء الإداري) بدون ناشر، ٢٠٠١، ص ٢١٩.

(٢٠) د. ماجد راغب الحلو: القانون الدستوري، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٣، ص ٣٧٩، ٣٧٨.

(٢١) د. محمود عاطف البنا: الرقابة على دستورية اللوائح، مكتبة النصر، ١٩٩٢، ص ٢٤٣.

(٢٢) د. إبراهيم عبد العزيز شيحا: المرجع السابق، ص ٢٢٠.

(٢٣) Dupre De Boulios: la Theoried des actes de government a la prévue de droit communautaire, R.D.P,2000,p1970 .

وخطورتها فقد ذهب رأى إلى ضرورة قصر آثارها سواء من حيث سلطة القضاء في منح تعويض عن تلك الأعمال، أو الالتجاء لنظرية القرارات المنفصلة عن أعمال السيادة<sup>(٢٤)</sup> على نحو ما سوف يعرض الباحث.

وذهب اتجاه آخر إلى أنه إذا قيل بأن القضاء ليس له أن ينظر في أعمال السيادة فإن المقصود بذلك ألا ينظر فيها من حيث الموضوع أي محل القرار وصلبه، أما الشكل الخارجي للقرار فيتعين علي القاضي أن ينظر فيه، ولذلك فإن عمل معين من أعمال السيادة لا يعني أن تنتفي عنه الرقابة القضائية كلية، بل يظل القاضي حق مراقبة مدى توافر الوجود القانوني لهذا العمل<sup>(٢٥)</sup>، وقد سلك القضاء الإداري هذا الاتجاه في العديد من أحكامه؛ لكن القضاء الإداري لم يقف عن هذا الحد في أحكامه الحديثة، حين بسط رقابته ليس فقط على الشكل الخارجي للقرار الإداري ولكن أيضاً على مضمونه، وإن كان متعلقاً بأعمال السيادة مادام أن ذلك يمثل خروجاً صريحاً على أحكام الدستور، حيث قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه: "لا يسوغ للسلطة التنفيذية إجراء عمل أو تصرف ما محظور دستورياً، ويكون لكل ذي صفة أو مصلحة اللجوء إلى القضاء لإبطال هذا العمل، ولا يكون لها التذرع بأن عملها يندرج ضمن أعمال السيادة، إذ لا يسوغ لها أن تتذثر بهذا الدافع لتخفي اعتداء وقع منها على أحكام الدستور على وجه يمثل إهداراً لإرادة الشعب مصدر السلطات، وإلا غدت أعمال السيادة باباً واسعاً للنيل من فكرة سيادة الشعب وثوابته الدستورية<sup>(٢٦)</sup>".

(٢٤) مسعودة دبراسو: حدود الرقابة القضائية على أعمال السيادة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خضير بسكرة، ٢٠١٤، ص ٨١، ٨٨.

(٢٥) د. حمدي علي عمر: الاتجاهات الحديثة للقضاء للرقابة على أعمال السيادة (دراسة مقارنة) منشأة المعارف، ٢٠١٦، ص ٣٤.

(٢٦) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٧٤٢٣٦ لسنة ٦٢ قضائية عليا جلسة ١٦.١.٢٠١٧ وانظر أيضاً: حكمها في الطعن رقم ١٣٨٤٦ لسنة ٥٩ قضائية عليا جلسة ٢١.٤.٢٠١٣، وحكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ٢٨٦٠ لسنة ٦٧ ق جلسة ٥.٣.٢٠١٣.

من هذا يتضح أن القضاء الإداري قد بسط رقابته على أعمال السيادة حيال مخالفتها لنصوص ومبادئ الدستور سواء من الناحية الشكلية أو من الناحية الموضوعية، وهو اتجاه محمود للقضاء الإداري المصري استطاع من خلاله الحد من غلواء فكرة أعمال السيادة بشكل كبير.

ويعرض الباحث في المبحثين التاليين للرقابة الخارجية للقضاء الإداري على الإجراءات والأشكال التي حددها الدستور، دون أن يتطرق إلى مضمون القرار المطعون عليه خاصة فيما يتعلق بأعمال السيادة الداخلية، توصلاً من القضاء في النهاية لإحكام رقابته الموضوعية على أعمال السيادة خاصة المتعلقة بالمعاهدات الدولية.

## المبحث الثاني

### أثر المخالفة الشكلية للدستور على أعمال السيادة الداخلية

أشار الباحث إلى أهمية الأشكال والإجراءات رغم قلة وجودها بالديساتير، فهدفها الأساسي القيام بالاختصاص الدستوري على الوجه الذي حدده الدستور بما لا يتعارض مع المصلحة العامة حماية لحقوق الأفراد وحياتهم.

تنقسم أعمال السيادة بحسب مدى صلتها بالأفراد إلى أعمال سيادة داخلية وأخرى خارجية، وتعد أعمال السيادة الداخلية أكثر أعمال السيادة صلة بحقوق الأفراد وحياتهم، خاصة ما يتعلق منها بالأعمال الاستثنائية كإعلان حالة الطوارئ.

إلا أن القضاء الإداري استطاع أن يتغلب على تلك العقبة، فإذا كان حتى وقت قريب لم يستطع مراقبة المشروعية الداخلية لأعمال السيادة، فإنه قد راقب على الأقل المشروعية الخارجية لتلك الأعمال، خاصة الإجراءات والأشكال المقررة في الدستور.

وإذا ما كان القضاء الإداري قد استقر على أن معيار أعمال السيادة معيار قضائي يحدده القضاء وحده، فإن من مهمة الفقه أن يقوم بحصر تطور القضاء نحو تقليص

تلك الأعمال ليشكل منها قواعد تكون نبراساً للقضاء نفسه كي لا يحيد عنها بعد ذلك، ولتصبح خطوة للأمام نحو إلغاء تلك النظرية.

## المطلب الأول

### أعمال السيادة المتعلقة بالشعب

يقسم الباحث أعمال السيادة الداخلية إلى أعمال متعلقة بالشعب وأخرى متعلقة بالبرلمان، وبرغم أن الفقه لا يفرق بين هذه الأعمال وإنما يضعها في مجموعة واحدة وهي الأعمال المنظمة لعلاقة الحكومة بالبرلمان<sup>(٢٧)</sup>، إلا أن الباحث يرى أن من تلك الأعمال ما هو أكثر صلة بالشعب منه بالبرلمان كالأعمال الاستثنائية، وإعلان حالة الطوارئ التي تمثل تغولاً وخطراً على حقوق وحريات الأفراد المقررة بالدساتير .

أيضاً من هذه الأعمال التي يعتبر الفقه أنها تمثل رأس القائمة القضائية في علاقة الحكومة بالبرلمان دعوة الشعب لانتخاب أعضاء البرلمان، في حين يرى الباحث أن دعوة الشعب لانتخاب أعضاء البرلمان، وإن كانت تمثل اللبنة الأولى في علاقة البرلمان بالحكومة، إلا أن هذا الانتخاب يعبر أكثر عن السيادة الشعبية في اختيار سلطات الدولة.

## الفرع الأول

### دعوة الشعب للانتخابات

جرى العمل على اعتبار أن الدعوة للانتخابات والاستفتاءات -في ظل دستور ١٩٧١ والدساتير السابقة عليه- يعد من قبيل أعمال السيادة، باعتبار أن تلك الأعمال تقوم بها السلطة التنفيذية باعتبارها سلطة حكم لا سلطة إدارية، ففي حكم المحكمة الإدارية العليا قضت بأن: "قرار رئيس الجمهورية بدعوة الناخبين للاستفتاء لا يخضع

(٢٧) حيث يدرج بعض الفقه إعلان تطبيق المادة ١٦ من الدستور الفرنسي في الأعمال البرلمانية لما لرئيس الجمهورية من اختصاصات تشريعية حال إعلانها. انظر د. إبراهيم عبد العزيز شياح: المرجع السابق، ص ٢٠٥.

للرقابة القضائية .... ولا يجوز لجهتي القضاء العادي والإداري النظر بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في أعمال السيادة، ولما كان قرار رئيس الجمهورية بدعوة الناخبين للاستفتاء (المطعون عليه) يدخل في مفهوم أعمال السيادة حسبما استقر عليه قضاء المحكمة الإدارية العليا، ومن ثم فإن ما قضى به الحكم المطعون فيه من عدم اختصاص يكون متفقاً وصحيح القانون<sup>(٢٨)</sup>.

وفي حكم آخر لنفس المحكمة تقول: "أن القرار الذي يصدره رئيس الجمهورية بدعوة الناخبين إلى انتخاب أعضاء مجلس الشعب يعد عملاً من أعمال السيادة، مما لا تختص محاكم مجلس الدولة بنظره، باعتبار أن هذا القرار هو فاتحة العلاقة بين الحكومة ومجلس الشعب وصدر من الحكومة بوصفها سلطة حكم لا بوصفها جهازاً إدارياً"<sup>(٢٩)</sup>.

من الواضح طبقاً لدستور ١٩٧١ أن قرار رئيس الجمهورية بدعوة الناخبين للانتخابات والاستفتاءات كان قراراً منفرداً لرئيس الجمهورية؛ حيث تمتع رئيس الجمهورية في ظل هذا الدستور بالعديد من القرارات المنفردة ولم تكن قاعدة التوقيع المجاور كآلية من آليات النظام البرلماني مقررة في هذا الدستور، إلا أنه في ظل دستور ٢٠١٢، وحيث اعتمد المشرع على مرجعية دستورية جديدة تتمثل في تطبيقه للنظام المختلط الذي تبنى قاعدة التوقيع المجاور كأحد أهم آليات هذا النظام<sup>(٣٠)</sup>؛ فقد قررت محكمة القضاء الإداري في ظل العمل بهذا الدستور بسط رقابتها على قرار رئيس الجمهورية رقم ١٣٤ لسنة ٢٠١٣ بالدعوة للانتخابات البرلمانية مع ما يترتب على ذلك من آثار أهمها وقف إجراء الانتخابات بمراحلها الأربع.

(٢٨) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٩٣٧٦ لسنة ٥٣ قضائية عليا جلسة ٢٥٠٣/٢٠٠٧.

(٢٩) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢٨٠٥ لسنة ٥٣ قضائية عليا جلسة ٢٠٠٠/٧/٤.

(٣٠) د. سامح سعد محمد حسن: النظام السياسي المختلط (دور السلطة التنفيذية وعلاقتها بالسلطة التشريعية)، دار الفكر والقانون، ٢٠١٦، ص ١٣٣.

وأكدت المحكمة في هذا الشأن أن المشرع لم يضع تعريفاً لأعمال السيادة ولم ينتظمها في معيار، وإنما يستقل القضاء بتحديد ما يندرج ضمن أعمال السيادة في حدود أنها استثناء يرد على ولاية القضاء.

وقد استندت المحكمة في هذا الشأن إلى أن: "القرارات ذات الصلة بالانتخابات خاضعة لمرجعية دستورية جديدة تغاير تلك التي كانت في ظل الدستور السابق.. فقد اعتنق نظاماً دستورياً هو النظام المختلط (البرلماني الرئاسي) وما يستتبعه من عدم انفراد رئيس الجمهورية باتخاذ تلك الإجراءات وإلا عُد مخالفاً لأحكام الدستور وخضع لرقابة المشروعية التي تختص بها المحكمة..."<sup>(٣١)</sup>.

وأضافت المحكمة: "وحيث إن الدستور .... استحدثت تعديلاً في طبيعة نظام الحكم في مصر .... وأخذ بالنظام البرلماني الرئاسي، فالأصل طبقاً لنص المادة (١٤١) من الدستور أن يتولى رئيس الجمهورية سلطاته بواسطة رئيس مجلس الوزراء ونوابه والوزراء، أما اختصاصات رئيس الجمهورية التي يباشرها منفرداً فهي استثناء من الأصل .... إذ أن توقيع رئيس مجلس الوزراء والوزير المختص على المرسوم هو الدليل على أن مجلس الوزراء باعتباره المسئول سياسياً قد باشر اختصاصه بالفعل في شأن الأعمال محل ذلك المرسوم أو القرار وأنها تمت في الشكل القانوني، وإذا انفرد رئيس الجمهورية بإصدار القرار في أي اختصاص من اختصاصاته التي يجب أن يتولاها بواسطة مجلس الوزراء دون أن يثبت عرض الأمر على رئيس الوزراء لينظره في جلسته ويوافق عليه ثم يوقع على مشروع المرسوم من رئيس مجلس الوزراء أو الوزير أو الوزراء المختصين، فإن قرار رئيس الجمهورية في هذا الشأن يكون باطلاً، وقد أيدت المحكمة الإدارية العليا هذا الحكم لدى الطعن عليه من هيئة مفوضي الدولة"<sup>(٣٢)</sup>.

(٣١) حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ٢٨٥٦٠ لسنة ٦٧ قضائية جلسة ٢٣ .٢ .٢٠١٣.

(٣٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٣٤٦ لسنة ٥٩ قضائية عليا جلسة ١٢ .٤ .٢٠١٣.

لأول مرة تقرر المحكمة الإدارية العليا بشأن القرارات الصادرة بدعوة الناخبين للانتخاب بأنها من قبيل القرارات الإدارية الخاضعة لأعمال الرقابة القضائية، وهذا الحكم يمثل تحولاً جريئاً من القضاء الإداري في الاتجاه المعاكس لأعمال السيادة، حيث لم تتطرق المحكمة إلى مضمون القرار وإنما أحكمت رقابتها على شكله الخارجي، وجديرٌ بالذكر أن المجلس الدستوري الفرنسي قد بسط رقابته على دستورية قرار رئيس الجمهورية بدعوة الناخبين للانتخابات<sup>(٣٣)</sup>.

## الفرع الثاني الأعمال الاستثنائية

كان أول ما يدخل في قائمة أعمال السيادة باعتبارها من التدابير الخاصة بالأمن الداخلي هو قرار رئيس الجمهورية بإعلان حالة الطوارئ، حيث درج القضاء الإداري قبل دساتير الثورة على اعتبار قرار رئيس الجمهورية بإعلان حالة الطوارئ من قبيل أعمال السيادة، ففي حكم للمحكمة الإدارية العليا قضت فيه بأن: "قرار إعلان حالة الطوارئ من أعمال السيادة التي تصدر من الحكومة باعتبارها سلطة حكم لا سلطة إدارة، بحسبانه من الإجراءات العليا التي تتخذ في سبيل الدفاع عن كيان الدولة أو استتباب الأمن أو النظام العام"<sup>(٣٤)</sup>.

كما قضت المحكمة العليا بأن: "نظام الطوارئ نظام أجاز الدستور فرضه كلما تحققت أسبابه ودواعيه وأولها وأهمها تعرض الوطن لخطر يهدد سلامته وأمنه أو نشوب حرب أو التهديد بنشوبها ..... الأسباب التي تبرر إعلان حالة الطوارئ لمواجهة أخطارها بتدابير استثنائية تكفل حماية الوطن وأمنه وسلامته .... وعلى

(٣٣) قرار المجلس الدستوري الصادر بتاريخ ٤.٦.١٩٨٨ مشار إليه لدى د. ماجد راغب الحلو: دستورية القوانين، مرجع سابق ص ٢٤٥.

(٣٤) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ٦.٣.١٩٨٨ مجموعة السنة ٣٣، ص ١٤٠٨، بند ١٦٦.

مقتضى ذلك يكون القرار المطعون فيه عملاً من أعمال السيادة التي يخرج النظر فيها عن اختصاص المحكمة العليا<sup>(٣٥)</sup>.

إلا أنه في ظل دساتير الثورة والتي اشترطت العديد من الشروط المتعلقة بإعلان حالة الطوارئ، نجد الأمر مختلف، فمثلاً نجد دستور ٢٠١٢ وإن كان قد جعل إعلان حالة الطوارئ من قبيل السلطات التي يستقل رئيس الجمهورية بإعلانها طبقاً للمادة (١٤١) من الدستور إلا أنه قد اشترط في المادة (١٤٨) من ذات الدستور أن يكون إعلان حالة الطوارئ بعد أخذ رأي الحكومة، كما اشترط ضرورة عرض الإعلان على مجلس النواب خلال الأيام السبعة التالية لإعلان تلك الحالة، واشترط أيضاً موافقة الشعب في استفتاء عام على مد حالة الطوارئ لمدة أخرى بخلاف المدة الأولى التي لا تتجاوز ستة أشهر، وهو تقريباً ما اشترطته المادة (٥٩) من الإعلان الدستوري الصادر في ٣٠ مارس ٢٠١١، أما المادة (٢٧) من الإعلان الدستوري الصادر في ٨ يوليو ٢٠١٣ فقد اشترطت موافقة مجلس الوزراء على إعلان حالة الطوارئ، بالإضافة للشروط السابقة في حالة مدها.

هذه الاشتراطات الشكلية هي التي جعلت القضاء الإداري يحيد عن اتجاهه السابق في إسباغ صفة أعمال السيادة على إعلان حالة الطوارئ، ففي حكم لمحكمة القضاء الإداري بتاريخ ١٢/١١/٢٠١٣، وفي ظل العمل بالإعلان الدستوري الصادر في ٨ يوليو ٢٠١٣ حكمت المحكمة بإخضاع إعلان ومد حالة الطوارئ للرقابة القضائية للقضاء الإداري.

وقد استندت المحكمة في حكمها إلى أن: "التطورات الدستورية التي شهدتها الوثائق الدستورية منذ إعلان ٣٠ مارس مروراً بدستور ٢٠١٢ وانتهاء بإعلان ٨ يوليو التي تكشف عن توجه المشرع الدستوري إلى تقييد سلطة رئيس الجمهورية في إعلان ومد

(٣٥) المحكمة العليا: الدعوى رقم ٢٢ لسنة ٦ قضائية عليا جلسة ٥.٢. ١٩٧٧ مشار إليه لدى د. مجدي المتولي مبادئ القضاء المصري، مرجع سابق، ص ٥٠٣.

حالة الطوارئ بوضع المزيد من الشروط والضوابط الخاصة بالمدة والسبب<sup>(٣٦)</sup>، وفي ردها على دفع هيئة قضايا الدولة بأن تلك الأعمال تمثل أعمال سيادة، أشارت المحكمة إلى أنه: "لم تعد سلطة رئيس الجمهورية بشأن إعلان حالة الطوارئ مطلقة، وإنما هي سلطة مقيدة حدد المشرع الدستوري والقانون تخومها وضبط من غلوائها"، واعتبرت المحكمة أن القرار الصادر بإعلان حالة الطوارئ يعد من قبيل القرارات الإدارية التي تقبل الطعن إلغاءً وتعويضاً وأشارت المحكمة إلى أنها: "في هذا تتبع الحق وفقاً لما اطمأن إليه ضميرها، وإن خالفت ما سبق من أحكام".

وبصدور دستور ٢٠١٤ فقد أكد هو الآخر على هذه الشروط الشكلية التي أشارت إليها المحكمة، والمتمثلة في أخذ رأي مجلس الوزراء حول إعلان حالة الطوارئ، وموافقة أغلبية أعضاء مجلس النواب على إعلانها، وبأغليته الخاصة على مدها، واشترط في حالة عدم وجود مجلس النواب موافقة مجلس الوزراء على مدها.

بهذا فإن القضاء الإداري قد أخرج حالة الطوارئ من نطاق أعمال السيادة، معتبراً أن مساحة أعمال السيادة تتناسب تناسباً عكسياً مع مساحة الحرية والديموقراطية، والتطورات الدستورية التي تلحق بالساتير، بالرغم من أن مجلس الدولة ذاته قد اعتبر إعلان حالة الطوارئ ومدها من أهم أعمال السيادة في فترات سابقة، وفي ظل دساتير لم تتضمن هذه الإجراءات سابقة الإشارة.

وفي فرنسا وبخصوص إعلان تطبيق المادة (١٦) من الدستور التي يجمع الفقه والقضاء حول أنها تمثل عملاً من أعمال السيادة، فقد حرص مجلس الدولة الفرنسي على التتويه إلى أن القرار الرئاسي باللجوء للمادة (١٦) من الدستور قد صدر بعد استشارة كل من الوزير الأول ورؤساء مجلسي البرلمان، وبعد أخذ رأي المجلس الدستوري<sup>(٣٧)</sup>، وعلى هذا الأساس يرى جانب من الفقه<sup>(٣٨)</sup>، -وبحق- أن مجلس الدولة

(٣٦) حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ٧٤٠٢٩ لسنة ٦٧ قضائية جلسة ١٢ / ١١ / ٢٠١٣.

(٣٧) C.E. ASS.2Mar.1962, R.D.P, 1962, P.294.

(٣٨) د. حمدي علي عمر: الاتجاهات الحديثة للقضاء للرقابة على أعمال السيادة، مرجع سابق، ص ١٣١.

الفرنسي قد قام بالتحقق من شروط وجود القرار الصادر تطبيقاً للمادة (١٦) من الدستور، وذلك قبل الكشف عن مدى اختصاصه بالفصل في النزاع من عدمه، أليست هذه تمثل رقابة المشروعية الخارجية على أعمال السيادة؟ إذا فالرقابة على تقدير أسباب القرار الرئاسي بدت ظاهرة في هذا المجال، ولا شك أن رئيس الدولة ملزم بحكم القانون بعدم إعمال نص المادة (١٦) إلا في ظل تحقق الشروط التي نص عليها الدستور.

## المطلب الثاني

### الأعمال السياسية المتعلقة بالبرلمان

تمثل الأعمال المنظمة لعلاقة الحكومة بالبرلمان قمة القائمة القضائية لأعمال السيادة، فلا خلاف بين الفقه حول الطبيعة الحكومية لتلك الأعمال، فهي تتضمن مجموعة الأعمال التي تقوم بها الحكومة في علاقتها بالمجالس النيابية المنتخبة وفقاً لأحكام الدستور، مثل القرارات الصادرة من الحكومة بإعداد مشروعات القوانين أو سحبها أو الاعتراض عليها أو القرارات الخاصة بإصدارها ونشرها، وكذلك القرارات المتعلقة بعمل البرلمان لدعوته للانعقاد أو إنهاء عمله بحل البرلمان.

## الفرع الأول

### إعداد مشروعات القوانين وإصدارها

جرى العمل على أن الأعمال المتصلة بالسلطة التشريعية والخاصة بمشروعات القوانين تعد من قبيل أعمال السيادة، بل وتمثل قمة القائمة القضائية، وتمثل هذه الأعمال في الآتي<sup>(٣٩)</sup>:

١- القرارات الصادرة من السلطة التنفيذية بمشروعات القوانين.

(٣٩) د. إبراهيم عبد العزيز شيحا: القضاء الإداري، مرجع سابق، ص ٢٠٤.

٢- القرارات الصادرة من الحكومة بسحب مشروع قانون كانت قد تقدمت به للبرلمان.

٣- القرارات الصادرة من رئيس الدولة بالاعتراض على القوانين.

٤- القرارات المتعلقة بإصدار القوانين ونشرها.

وعلى هذا الأساس فقد درجت أحكام المحاكم على اعتبار تلك الأعمال تمثل أعمالاً سياسية لا يجوز الطعن عليها، ولا تختص بها المحاكم بجميع أنواعها، من ذلك ما قضت به المحكمة العليا من أن: "إثارة المطاعن حول إجراءات إصدار الدساتير وما انطوت عليه من أحكام يتناول مسائل سياسية لا يدخل النظر فيه والتعقيب عليها في ولاية المحكمة العليا....." (٤٠).

كذلك فقد أشارت محكمة القضاء الإداري في أحد أحكامها إلى أن: "قرارات رئيس الجمهورية الخاصة باقتراح القوانين وقراراته الصادرة بالاعتراض عليها بعد إقرارها من البرلمان والقرارات المتعلقة بالإصدار والنشر، وعلى العموم سائر القرارات التي تصدرها الحكومة متعلقة بالنشاط التشريعي تعد عملاً من أعمال السيادة" (٤١).

وفي حكم آخر اعتبرت بأن: "سحب الحكومة لمشروع القانون الذي كانت قد قدمته للبرلمان لفتح اعتماد مالي لتسوية حالة خريجي مدرسة الفنون الجميلة العليا قبل سنة ١٩٢٧ يعتبر عملاً من أعمال السيادة التي لا تدخل في وظيفة المحكمة بحثها" (٤٢).

إلا أنه وبمناسبة الطعن على قرار رئيس الجمهورية رقم ١٣٤ لسنة ٢٠١٣ المعدل بالقرار ١٤٨ بدعوة الناخبين لانتخاب أعضاء مجلس النواب، فقد تطرقت المحكمة إلى القرار الصادر من رئيس الجمهورية بإصدار قانون مباشرة الحقوق السياسية رقم ٢ لسنة ٢٠١٣، وبسطة المحكمة رقابتها الخارجية على قرار إصدار القانون، حيث رأت

(٤٠) حكم المحكمة العليا في الدعوى رقم ١١ لسنة ٧ قضائية عليا جلسة ١٠٤٠١٩٧٨. انظر د. مجدي المتولي: المرجع السابق، ص ٥٠٢.

(٤١) حكم مشار إليه لدى د. تامر عبدالله محمد العوا: نظرية أعمال السيادة وتطورها في القضاء الإداري المصري الحديث، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ٢٠١٨، ص ١٥٤.

(٤٢) حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ٣٢٢ لسنة ٢ قضائية مجموعة السنة الثالثة، ص ٢٣٩، مشار إليه لدى المرجع السابق ص ١٥٤.

المحكمة أن القانون لم يستوف التوقيع المجاور لرئيس مجلس الوزراء بجانب توقيع رئيس الجمهورية بقولها: "ولما كانت سلطة رئيس الجمهورية في إصدار القوانين والاعتراض عليها من السلطات التي يتولاها بواسطة مجلس الوزراء ونوابه والوزراء طبقاً لنص المادة (١٤١) من الدستور، وإذ تبين من ظاهر الأوراق أن رئيس الجمهورية أصدر القانون رقم ٢ لسنة ٢٠١٣ المشار إليه منفرداً دون العرض على مجلس الوزراء ليقدر ما يراه في شأن إصداره بحسبان أن رئيس الجمهورية لا يمارس هذا الاختصاص إلا من خلال مجلس الوزراء على النحو سالف الذكر، ومن ثم فإن ذلك القانون قد صدر بالمخالفة لنص المادة (١٤١) من الدستور... ومن حيث أن القانون رقم ٢ لسنة ٢٠١٣ صدر مشوباً بشبهة عدم الدستورية....." (٤٣).

من خلال هذا الحكم يتضح أن القضاء الإداري قد بسط رقابته على أكثر الأعمال ارتباطاً بفكرة أعمال السيادة وهي الأعمال البرلمانية، وجعل شرط قبولها في نطاق أعمال السيادة أن تكون متوافقة مع الإجراءات والأشكال التي اشترطها الدستور ليبقى العمل صحيحاً، أما حين تتم مخالفة الإجراءات والشكل اللذين حددهما الدستور فلا يمكن التذرع بأعمال السيادة لتحسين تلك الأعمال من الرقابة القضائية.

ويرى الفقه الفرنسي أن أعمال رئيس الجمهورية التي تخضع لقاعدة التوقيع المجاور، كالأعمال التي تصدر منه بصفة تشريعية، كما في مجال إصدار القوانين لا تعد من أعمال السيادة، وتخضع للرقابة القضائية، في حين أن الأعمال التي لا تتطلب التوقيع المجاور وفقاً لنص المادة (١٩) من الدستور فإنها تمثل أعمال سيادة غير خاضعة للرقابة القضائية (٤٤).

(٤٣) محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ٢٨٥٦٠ لسنة ٦٧ ق، سابق الإشارة.

(٤٤) President de la république, R.D.P, 1998, P1723 C. GUERRER : le contrôle juridictionnel des actes du.



## الفرع الثاني قرار حل البرلمان

المتأمل في الدساتير المقارنة يجد أن المشرع الدستوري قد أحاط قرار رئيس الدولة بحل البرلمان بعدد من الضمانات الشكلية يجب عليه مراعاتها في هذا القرار الخطير، وإلا وسم تصرفه بعيب المخالفة الدستورية، ويجب على القضاء قبل أن يبحث مدى اختصاصه بنظر الدعوى باعتبارها من أعمال السيادة أن يتأكد أولاً من أن قرار الحل قد صدر مستوفياً تلك الإجراءات والشكليات التي حددها الدستور، ومن أهم تلك الإجراءات ضرورة تسبب قرار حل البرلمان، وقاعدة التوقيع المجاور على قرار الحل: أولاً- تسبب قرار حل البرلمان:

يقصد بتسبب قرار الحل ذكر أسباب الحل صراحة في صلب القرار<sup>(٤٥)</sup>، وهذه الأسباب قد تحددها الوثيقة الدستورية صراحة في صلبها، وقد تترك للواقع السياسي باعتبار أن الرئيس هو الحكم بين السلطات الدستورية في الدولة. وقد ذهب الفقه الدستوري<sup>(٤٦)</sup> إلى الوقوف على أسباب حل البرلمان إما مستندا إلى نصوص دستورية، أو طبقاً لما أنتجته التطبيقات السياسية في هذا الشأن وتتمثل تلك الأسباب في:

- قيام نزاع بين الحكومة والبرلمان.
- تباين وجهات النظر بين الشعب والبرلمان ويميل رئيس الدولة تجاه الإرادة الشعبية.
- ظهور مسألة جوهرية يتوقف عليها تغيير جوهر في النظام الانتخابي أو السياسي أو الالتزامات الدولية.
- محاولة إيجاد أغلبية برلمانية ثابتة تؤدي لاستقرار النظام السياسي.
- دفاع رئيس الدولة عن آرائه التي يرى أن الشعب يؤيده فيها خلافاً للبرلمان.
- الخلاف بين مجلسي البرلمان إذا كان مكوناً من غرفتين.

(٤٥) د. سليمان الطماوي: النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الفكر العربي، ١٩٨٨، ص ٦٢١.

(٤٦) د. جهاد زهير ديب: حق حل البرلمان في النظم الدستورية، دار الوفاء القانونية، ٢٠١٣، ص ١٩٦.

• قرب انتهاء ولاية البرلمان، وكثيراً ما يحدث الحل في بريطانيا نتيجة لهذا السبب إلا أن الوزارة تضمن قرارها بالحل أسباباً أخرى.

ورغم أن بعض الفقه<sup>(٤٧)</sup> يرى عدم جدوى ذكر أسباب الحل في صلب الوثيقة الدستورية، خاصة إذا كان بمقدور السلطة التنفيذية إخفاء السبب الحقيقي في تلك المنصوص عليها في الوثيقة الدستورية، بحيث تجعل منها أسباباً صورية أو وهمية لقرار الحل، إلا أن الباحث يرى أن تحديد أسباب الحل في صلب الدستور له قدر من الأهمية، فلربما يأتي اليوم الذي يكون بمقدور القضاء الرقابة على ركن السبب في قرار حل البرلمان حتى لو أنيط ذلك بالمحكمة الدستورية العليا دون غيرها من المحاكم بالنسبة للعلاقة بين السلطة التنفيذية والبرلمان عموماً.

وبالرجوع إلى الدساتير المقارنة في مسألة تسبب قرار حل البرلمان نجد أن بعض الدساتير قد اشترطت صراحة أن يكون قرار رئيس الجمهورية بحل البرلمان مسبباً، ومن أمثلة ذلك الدستور المصري ٢٠١٤ في مادته (١٣٧) حينما اشترطت أنه: "لا يجوز لرئيس الجمهورية حل مجلس النواب إلا عند الضرورة وبقرار مسبب...". أيضاً من الدساتير العربية في هذا الصدد الدستور الكويتي ١٩٦٢ في المادة (١٠٧) التي نصت على أن: "للأمير أن يحل مجلس الأمة بمرسوم تبين فيه أسباب الحل...". كذلك الدستور اليمني لعام ٢٠٠١ في المادة (١٠١) التي نصت على: "... ويجب أن يشتمل قرار الحل على الأسباب التي بني عليها..".

لكن قد لا ينص الدستور صراحة على تسبب القرار الخاص بحل البرلمان، وإنما يستشف هذا القرار من سياق النصوص، كأن ينص على عدم جواز حل المجلس النيابي لذات السبب مرتين، وهم ما يعنى بالضرورة أن هناك التزام بضرورة تسبب قرار الحل الأول، ومن أمثلة ذلك الدستور اللبناني ١٩٢٦ والدستور الأردني ١٩٥٢<sup>(٤٨)</sup>.

(٤٧) د. سليمان الطماوي: السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي، ط٤، دار الفكر العربي، ١٩٧٩، ص٥٥٧.

(٤٨) د. بشير محمد على الباز: حق حل المجلس النيابي في الدساتير المعاصرة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٤، ص٧٩، ٨٣.

## ثانياً-التوقيع المجاور كقيد شكلي على حل البرلمان:

يقصد بالتوقيع المجاور اشتراط الدستور توقيع أحد الوزراء أو رئيس مجلس الوزراء على بعض القرارات التي يتخذها رئيس الدولة بجانب توقيع الرئيس نفسه، وتظهر قاعدة التوقيع المجاور في النظامين البرلماني والمختلط باعتبارها أحد دعائم النظامين، ويلاحظ أن التوقيع المجاور لرئيس الوزراء أو الوزير المختص بجانب توقيع رئيس الدولة يعد بمثابة شرط لوجود القرار من الناحية القانونية - كما سبق القول - ، وذلك إذا ما استلزم الدستور هذا التوقيع، بحيث يعد التوقيع بمثابة ميلاد للقرار، وكل عمل قانوني سابق على هذا التوقيع يعد مجرد مشروع قرار لا حياة فيه من الناحية القانونية، ولا يغير من هذه الحقيقة أن تعلن الجهة المختصة عزمها على إبرام القرار .

فالتوقيع المجاور يتطلب عملاً مشتركاً بين رئيس الدولة والوزارة، وبالتالي فإن قدرة الرفض المشتركة بينهما هي التي توجب اتفاقهما معاً في سبيل مباشرة الاختصاصات المنوطة بكل منهما، إذا فعند الطعن على قرار رئيس الدولة بحل البرلمان يجب على القاضي قبل أن يحكم بعدم اختصاصه لاعتبار الموضوع من قبيل أعمال السيادة أن يبحث مدى مطابقة القرار للدستور من حيث توقيعه من مجلس الوزراء بجانب توقيع رئيس الدولة، فإذا لم يكن القرار صحيحاً من الناحية الشكلية حكم ببطلانه.

بالرجوع للوثائق الدستورية نجد أن منها ما اشترط التوقيع المجاور كقيد شكلي سابق على صدور قرار حل البرلمان، فمثلاً نجد الاتفاقات الدستورية البريطانية قد استقرت على وجوب التوقيع المجاور كشرط لحل البرلمان<sup>(٤٩)</sup>، ذلك أن هذا الشكل يتم تقريره في مجلس الوزراء ويصدر به إعلاناً ملكياً مهوراً بالختم الكبير الموجود في حوزة وزير العدل<sup>(٥٠)</sup>.

كما أن الدستور الإسباني قد اشترط التوقيع المجاور قبل قرار حل البرلمان، على أن يكون التوقيع المجاور من رئيس مجلس النواب، وذلك بسبب عدم تمكن المجلس من

(49) G.Bardeau: manuel Droit constitutionnel, 21ed, L.G.D.J, PARIS, 1988, P631.

(٥٠) د. السيد صبري: مركز التاج وامتيازاته في إنجلترا، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق جامعة القاهرة، السنة ١٩، العدد ٤، ٣، ١٩٤٩، ص ٣٩٥.

اختيار مرشح لرئاسة الحكومة خلال شهرين من تاريخ التصويت الأول على منح الثقة، واشتراط توقيع رئيس مجلس النواب هنا لعدم وجود مجلس للوزراء<sup>(٥١)</sup>، ومن الدساتير العربية التي اشترطت التوقيع المجاور كشرط لحل البرلمان الدستور اللبناني ١٩٢٦ في المادة (٥٤) والدستور الأردني ١٩٥٢ وفقاً لنص المادة (٤٠)، وبمطالعة المادتين (٥٥،١٠٧) من الدستور الكويتي يستشف من خلالهما أن قرار الأمير بحل مجلس الأمة يستلزم التوقيع المجاور من مجلس الوزراء، ويعتبر إغفالها أمراً يوجب إلغاء القرار حتى وإن تعلق بأعمال السيادة.

وهو ما أكدته المحكمة الدستورية الكويتية في أحد أهم أحكامها، وذلك حين دفعت إدارة الفتوى والتشريع بعدم اختصاص المحكمة بطلب إبطال الانتخاب لبطلان المرسوم الأميري بحل مجلس الأمة، باعتبار أن هذين المرسومين قد صدرا من أمير البلاد بصفته رئيساً للسلطة التنفيذية في أمور تتعلق بممارسة سلطة الحكم، كما أن اختيار الوزراء وتشكيل مجلس الوزراء يعد عملاً من أعمال السيادة.

إلا أن المحكمة الدستورية قد ردت هذا الدفع بقولها: "من الواضح من نعي الطاعنة في هذا الشق من طلبها أن نطاقه قد اقتصر على الإجراءات التي اتخذتها السلطة التنفيذية في حل مجلس الأمة، وكذا في دعوة الناخبين لانتخاب أعضاء مجلس الأمة قولاً من الطاعنة، بأن هذه الإجراءات التي مهدت إلى هذه الانتخابات قد خالفت القيود الإجرائية المنصوص عليها في الدستور، وفي هذا النطاق وحده ينحصر نعيها في هذا الشق من طلبها، ولا يتعداه إلى البحث في الملائمات أو التغلغل في بواعث إصدار المرسومين.... ولا ريب في أن القيود الإجرائية التي فرضها الدستور على السلطة التنفيذية لا يجوز إسقاطها أو تجاوزها أو التحلل منها تدرعاً بأنها أعمال سياسية، إذ أن هذا التعلل لا يستقيم في مجال أعمال سلطتها المقيدة طبقاً للدستور"<sup>(٥٢)</sup>.

(٥١) المادة ٩٩ من الدستور الإسباني الصادر في عام ١٩٧٨، انظر أيضاً د. أحمد عبد اللطيف إبراهيم السيد: حل البرلمان (دراسة مقارنة)، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ٢٠١٤، ص ١٩.  
(٥٢) حكم المحكمة الدستورية في الطلبين رقم (٦) و(٣٠) لسنة ٢٠١٢ بتاريخ ٢٠١٢.٢٠.٦.

كما اضافت المحكمة أنه: "إذا كان الدستور لم يقيد استعمال الحكومة لحق الحل بأي قيد زمني ..... إلا أن الدستور أحاط الحل -نظرا لخطورته- ببعض القيود والضمانات فيجب أن يكون حل مجلس الأمة بمرسوم تبيين فيه أسباب الحل، وهو أمر يتطلب معه أن يوقع مرسوم الحل مع الأمير، رئيس مجلس الوزراء حتى يتحمل مسئوليته السياسية" (قاعدة التوقيع المجاور).

أما الدستور المصري ٢٠١٢ فقد أعطى لرئيس الجمهورية الحق في حل البرلمان في مادتين هما: المادة (١٢٧) وهو حق عام لرئيس الجمهورية غير مقيد بشروط موضوعية، والمادة (١٣٩) من الدستور التي منحت هذا الحق بمناسبة عدم تمكن مجلس النواب من منح الثقة للحكومة لثلاث مرات متتالية، وطبقاً للمادة (١٤١) من الدستور التي حددت الاختصاصات المنفردة لرئيس الدولة فإن قرار حل البرلمان الذي يتخذه رئيس الجمهورية طبقاً للمادة (١٢٧) يخضع للتوقيع الوزاري المجاور من مجلس الوزراء، أما اختصاصه بحل المجلس طبقاً للمادة (١٣٩) فيعتبر من الاختصاصات المنفردة لرئيس الجمهورية، باعتبار أنه في الحالة الأخيرة لا توجد وزارة توقع بجانب توقيع رئيس الجمهورية.

إلا أن بعض الدساتير كالدستور الجزائري ١٩٩٦ والدستور اليمني ٢٠٠١ قد سكتت عن ذكر التوقيع المجاور كقيد على سلطة رئيس الجمهورية في حل البرلمان، ولكن لم تنص على جعل قرار الحل من الاختصاصات المنفردة لرئيس الجمهورية.

ويرى الباحث مع جانب من الفقه<sup>(٥٣)</sup> أنه من المتفق عليه طبقاً للنظام البرلماني أن يمارس رئيس الدولة سلطاته بواسطة مجلس الوزراء ومنها قرار حل البرلمان، فإن الوضع الطبيعي في حالة عدم ذكر هذا القيد ألا ينفرد به رئيس الدولة، بل يخضع قراره لقاعدة التوقيع المجاور باعتبارها قاعدة مطلقة.

(٥٣) د. سليمان الطماوي: السلطات الثلاث.. مرجع سابق، ص ٥٥٥.

## المبحث الثالث

### أثر المخالفة الشكلية للدستور على مشروعية المعاهدات الدولية

#### والتحول ناحية الرقابة الموضوعية

تلعب السلطة التنفيذية دوراً فعالاً في أعمال المفاوضات المتعلقة بالمعاهدات، والتوقيع والتصديق عليها، طبقاً لما نصت عليه الوثائق الدستورية للدول، وما أفرزته الممارسات الدولية.

الملاحظ أن المبدأ العام الذي كان يسير عليه الفقه والقضاء أن المعاهدات الدولية تمثل أعمال سيادة، بل على حد تعبير بعض الفقه<sup>(٥٤)</sup> لا تزال هي النطاق المفضل لنظرية أعمال السيادة، باعتبار أن السلطة التنفيذية في ممارستها تباشر سلطة حكم لا سلطة إدارة، وقد ظل القضاء الإداري فترة طويلة يعلن عدم اختصاصه سواء في مصر أو فرنسا بالحكم على مشروعية المعاهدات الدولية؛ حيث أكد مجلس الدولة الفرنسي على أنه: "لا يجوز لمجلس الدولة الحكم على مشروعية المعاهدات أو الاتفاقيات الدولية، على اعتبار أن الرقابة على تقرير المعاهدات تضمن إضراراً بأطراف المعاهدة أو الاتفاق الدولي"<sup>(٥٥)</sup>، وقد برر بعض الفقه عدم خضوع تلك الأعمال للرقابة القضائية بحجة أن هذه العلاقات تخضع للقانون الدولي العام، في حين أن القاضي الوطني غير مختص بتطبيق القانون الدولي<sup>(٥٦)</sup>.

إلا أن الرأي الراجح أن عدم قبول دعوى الإلغاء المتعلقة بالمعاهدات كان يعبر عن الظروف السائدة في ذلك الوقت خشية تجاوز المجلس للحد المسموح به من الرقابة إلى محذور السياسة<sup>(٥٧)</sup>، وفي مصر قضت محكمة القضاء الإداري بأنه كقاعدة عامة فإن كل ما يتعلق بتفسير المعاهدات وتطبيقها على الدولة أو الأفراد يعتبر من أعمال السيادة، حيث أشارت إلى أنه: "إذا كانت المبالغ التي يطالب بها المدعي لا ترجع في

(٥٤) د. مصطفى أبو زيد فهمي: القضاء الإداري ومجلس الدولة، الجزء الأول، الطبعة الثانية عشرة، ٢٠٠٧، ص ٣٥٤.

(٥٥) C.E, 2 Juil 1851, lucas. Rec, p511.

(٥٦) VIRALLY: L, interouvable: act de gouvernement, R.D.P, 1902, P339.

(٥٧) P. DUEZ: la responsabilite de la puissance publique en dehors de contrat, 1938, p230.

أساسها لقرار إداري صدر بالمخالفة للقانون ويستحق التعويض عنه، وإنما ترجع إلى نصوص معاهدة فرساي ... فإن النزاع في تفسير المعاهدات وتطبيقها على الدولة والأفراد هو من الأمور السياسية ويعد من أعمال السيادة التي لا تسأل عنها الحكومة<sup>(٥٨)</sup>، إلا أن القضاء الإداري قد بدأ في التخلي تدريجياً عن عدم اختصاصه بنظر دعاوى الإلغاء على الأعمال المتعلقة بإبرام معاهدة دولية.

ففي مرحلة أولى وافق مجلس الدولة الفرنسي على نظر الطعون المقدمة إليه، وتتعلق بعمل من أعمال المعاهدات، بأن يراقب مدى توافر الوجود القانوني لهذا العمل من حيث الاختصاص أو الشكل أو الإجراء، إلا أن القضاء الإداري بعد ذلك قد تطور تطوراً ملحوظاً في مجال المعاهدات، حيث أسبغ رقابته على مضمون المعاهدة ذاتها.

**ويعرض الباحث هذا المبحث في المطلبين التاليين:**

**المطلب الأول: رقابة المشروعية الخارجية للمعاهدات.**

**المطلب الثاني: الرقابة الداخلية للمعاهدات الدولية.**

## المطلب الأول

### رقابة المشروعية الخارجية للمعاهدات الدولية

أقر مجلس الدولة الفرنسي رقابة المشروعية على إجراء التصديق أو الإقرار على المعاهدات الدولية، وفقاً لأحكام المادة (٥٣) من الدستور الفرنسي، التي جعلت الإقرار من اختصاص الحكومة، في حين جعلت التصديق من اختصاص رئيس الجمهورية، وقد أشار مجلس الدولة الفرنسي<sup>(٥٩)</sup> وهو بصدد رقابته على المعاهدات إلى أن: "تشر المعاهدة أو الاتفاق وفقاً للمادة (٥٣) من الدستور، لا يمكن أن يتم قانوناً إلا إذا كان التصديق أو الإقرار على المعاهدة أو الاتفاقية يجيزه أو يبيحه القانون".

(٥٨) حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ ٢٦ . ٥ . ١٩٤٩، مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة القضاء الإداري، السنة الثالثة، بند ٢٣٣، ص ٨١٥، مشار إليه لدى د. محمد رفعت عبد الوهاب، د. أريج محمود عويضة: القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة ٢٠١٧، ص ٢٠٤.

(٥٩) C.E ASS, 19Dec.1998, A. J. D. A 1999 P.1980.

وقد علق البعض على هذا الحكم بأنه يعتبر تطوراً في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، بحيث أصبح القضاء الفرنسي يخضع المعاهدات والاتفاقيات الدولية لرقابة المشروعية الخارجية<sup>(٦٠)</sup> فالقاضي الإداري وإن كان لا يمكن له أن يراقب المشروعية الداخلية، فلا شيء يمكن أن يمنعه من فحص المشروعية الخارجية لغيب الاختصاص والشكل والإجراء، حتى ولو بقي القرار سيادياً أو حكومياً<sup>(٦١)</sup>.

أيضاً فقد رأى المجلس الدستوري أن الأعمال المتعلقة بالتصديق على المعاهدة ونشرها بصورة صحيحة تكون محلاً لرقابة القضاء الدستوري، ويستند المجلس الدستوري إلى نصين من نصوص الدستور هما نص المادة (٥٤)، والمادة (٢/٦٢) من الدستور الفرنسي.

فطبقاً للمادة (٥٤) بعد تعديلها في ٢٥ / ٦ / ١٩٩٢ فإنه يمكن لرئيس الجمهورية أو الوزير الأول أو رئيس أي من مجلسي البرلمان أو لستين عضواً أو ستين شيخاً طلب انعقاد المجلس الدستوري لإعلان ما إذا كان تعهداً دولياً يتضمن شرطاً مخالفاً للدستور، فإذا اتضح للمجلس أن أحد أحكام التعهد الدولي مخالفاً للدستور، فإن ترخيص البرلمان بالتصديق عليه أو إقراره لا يمكن إجراؤه إلا بعد تعديل الدستور.

وقد أراد واضعو الدستور بذلك التوفيق بين مبدأ علو القانون الدولي، وإيجاد نوع من الضمان ضد إقرار معاهدة دولية تشكل انتهاكاً لأحكام الدستور<sup>(٦٢)</sup>، وقد ذهب البعض إلى أن مفهوم المادة (٥٤) من الدستور يشير إلى معنى واسع يمتد ليشمل جميع صور التعهدات التي تلزم الدولة، ولو لم يتم التصديق عليها أو إقرارها من جانب البرلمان، ولا يقتصر على المعاهدات والاتفاقيات الواردة بالمادة (٥٣) التي تستلزم التصديق عليها أو إقرارها من البرلمان<sup>(٦٣)</sup>، كما أكد المجلس الدستوري في قراره الصادر في ٩/٤/١٩٩٢

(60) X.DUPRE DE BOULIOS: la theorie de actes de gouvernement a l'epreuve de droit communautaire. R.D.P, 2000, P1799.

(٦١) د. حمدي على عمر، المرجع السابق، ص ٣٧.

(62) L.FAVOREU: le conseil constitutionnel et le droit international, 1977, p105.

(63) D.ROUSSEAU: droit de contentieux constitutionnel, 1995, p173, E. ZOLLER: droit des relations exterieures, PUF, Paris, 1992, p90.

بأن رقابته تنصب على جميع نصوص المعاهدة وليس فقط على النصوص محل الطعن<sup>(٦٤)</sup>.

وفي حكم لمحكمة القضاء الإداري في مصر رأيت فيه أن عدم نشر القرار الوزاري المتعلق بمعاهدة تصدير الغاز لإسرائيل في الجريدة الرسمية يعتبر مخالفة دستورية تستوجب إلغاء القرار الإداري حتى وإن تضمن هذا القرار تنفيذ معاهدة دولية، حيث قالت المحكمة بأن: "ولما كان البادئ من ظاهر الأوراق أن القرار الإداري المطعون فيه لم ينشر رغم كونه قراراً وزارياً... يكون القرار المطعون فيه قد صدر بحسب الظاهر معدوماً لمخالفته أحكام الدستور والقانون"<sup>(٦٥)</sup>.

من ذلك أيضاً ما قرره محكمة القضاء الإداري من بسط رقابتها على أحكام معاهدة دولية لكونها لم تنتشر ولم يصدر بها قانون بقولها: "المعاهدة الدولية التي عقدت في لاهاي ١٩٣٣ التي انضمت إليها مصر في سنة ١٩٣٧ والتي تتضمن تنازل الدول عن حقها في إبعاد اللاجئين السياسيين والغير معين الجنسية لم تنتشر ولم يصدر بها

(64) DC.Dugavr.1992. maastricht,1, R.F.D.A,1992, P373.

(٦٥) حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ٣٣٤١٨ لسنة ٦٢ قضائية جلسة ١٨.١١.٢٠٠٨ وإن كانت المحكمة لم تعتبره السبب الوحيد لإلغاء الحكم فقد استبعدت فكرة أعمال السيادة عن القرار طبقاً لطبيعة العمل رغم أنه يتبلور في تنفيذ تعهدات دولية بقولها " أن المنازعة الماثلة تدور حول سلطة الإدارة في تنظيم واستغلال موارد الدولة وأحد ثرواتها الطبيعية والتصرف فيها ، وقد اختصمها المدعي كسلطة إدارية تقوم على هذا المرفق، ومن ثم لا يعد تصرفها في هذه الحالة ولا القرار الصادر بشأنه من أعمال السيادة بالمعنى القانوني والدستوري وإنما من قبيل أعمال الإدارة التي يقوم على ولاية الفصل فيها القضاء الإداري دون سواه".

إلا أن المحكمة الإدارية العليا قد قضت بوقف تنفيذ حكم محكمة القضاء الإداري سالف الذكر بناء على طعن الحكومة، وقالت المحكمة في أسبابها " إن قرار بيع فائض الغاز إلى دول شرق البحر المتوسط ومنها إسرائيل قد صدر من الحكومة بوصفها سلطة حكم في نطاق وظيفتها السياسية مما يدخل في أعمال السيادة، التي استقر القضاء الدستوري والإداري والعادي على استبعادها من رقابته". حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ٢٠٢٠٩.٢٠٠٩ مشار إليه لدى: د. تامر عبدالله محمد العوا: المرجع السابق ص ١٥٥.

قانون يوجب العمل بها، ولذلك فإن السلطات الداخلية طبقاً لقواعد القانون لا تلتزم بها<sup>(٦٦)</sup>.

## المطلب الثاني

### الرقابة الداخلية للمعاهدات الدولية

تطور القضاء الإداري الفرنسي والمصري في بسط رقابته على أعمال السيادة المتعلقة بموضوع المعاهدات، إلا أنه في سبيل إحكام تلك الرقابة قد مر بأكثر من مرحلة، ما بين الرقابة على الأعمال الداخلية التي لا ترقى لمجال العلاقات بين الدول، أو إحكام رقابته على تفسير المعاهدات، أو الرقابة على الأعمال المنفصلة التي كانت بمثابة سببٍ مباشرٍ للحكم بالتعويض عن الأعمال السياسية حال توافر الضرر، ولم يتوقف التطور عند هذا الحد بل أحكم القضاء رقابته على موضوع المعاهدة الدولية إذا كانت مخالفة لقاعدة دستورية.

## الفرع الأول

### الرقابة على الأعمال الداخلية

فرق القضاء الإداري الفرنسي -بخصوص تطبيق المعاهدات- بين تطبيق المعاهدة من الناحية الخارجية، وذلك بأن يتأكد من أن المعاهدة قد نفذت بواسطة الدول الأجنبية، أو ما تقوم به الدولة نفسها من تطبيق للمعاهدة على رعايا الدول الأجنبية، فاعتبرت ذلك عملاً من أعمال السيادة، أما القرار الصادر بتطبيق المعاهدة على الرعايا الوطنيين، فيعد عملاً منفصلاً عن المعاهدة يجب إخضاعه لرقابة القضاء<sup>(٦٧)</sup>. أيضاً بالنسبة للقضاء المصري، فقد أقرت محكمة القضاء الإداري مبكراً مبدأ التطبيق الداخلي للمعاهدة ورقابتها عليه حيث تقول: "وبدیهي أن أحكام هذه الاتفاقية (بين

(٦٦) حكم محكمة القضاء الإداري، بتاريخ ١٤ . ٧ . ١٩٥٩ مشار إليه لدى د. محمد رفعت، د. أريج عويضة: المرجع السابق، ص ٢٠٤، ٢٠٥.

(٦٧) C.E.22 Dec 1922, Foltzer, Rec, p922.



الحكومتين المصرية والأمريكية) بشأن المساعدات الفنية قد صدرت بقانون، فإن أحكامها واجبة الاتباع بالبلاد المصرية قانوناً، وطبقاً لما استقر عليه الفقه في القانون الدولي العام فإن الفرد هو شخص غير مباشر من أشخاص القانون الدولي العام، وذلك أن الدولة ما وجدت إلا بالفرد ومن أجله ، ولذلك فإن ما تضمنته الاتفاقية من أحكام يمتد أثرها إلى الأفراد داخل البلاد المصرية سواء فيما يترتب لهم من حقوق أو ما يفرض عليهم من التزامات<sup>(٦٨)</sup>.

## الفرع الثاني

### تفسير المعاهدات

رفض مجلس الدولة -طوال القرن التاسع عشر وبدايات القرن العشرين- مباشرة أي رقابة على تفسير المعاهدات الدولية، حيث كان يقضي بعدم اختصاصه بتفسير المعاهدات الدولية، معتبراً تفسير المعاهدات من اختصاص وزير الخارجية وحده<sup>(٦٩)</sup>.  
"لذلك رفض مجلس الدولة الفرنسي الطعن المتعلق بإلغاء قرار وزير الحربية الذي طلب فيه من مجلس الغنائم تأجيل الفصل في صحة القبض على سفينتي المدعي، بعد أن رأت المحكمة في هذا الرفض أن النزاع ينصب على تفسير الحكومة لنصوص معاهدة دولية"<sup>(٧٠)</sup>.

إلا أن مجلس الدولة الفرنسي قد طور من قضائه، فاعتبر أن القضاء الإداري يملك صلاحية تفسير المعاهدات بنفسه طبقاً لنص المادة (٥٥) من الدستور دون الرجوع لوزير الخارجية في هذا الصدد، وبالتالي فقد أخرج القضاء مسألة تفسير المعاهدات من قائمة أعمال السيادة.

<sup>(٦٨)</sup> حكم محكمة القضاء الإداري، مشار إليه لدى د. محمد رفعت، د. أريج عويضة: المرجع السابق، ص ٢٠٥.

<sup>(٦٩)</sup> C.E 3 cpt .1823, Rougemont, Rec.P.230.

<sup>(٧٠)</sup> C.E, 1924, Sieur paulat, R.D.P, 1924, P575.

وهو ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في ١٩٩٠/٦/٢٩ ؛ حيث تتلخص وقائع الدعوى في أن جمعية وتوعية ومساندة العمال والمهاجرين قد طالبت بإبطال قرار أصدره كلا من وزير الداخلية ووزير الشؤون الاجتماعية والتكافل الوطني في ١٤/٣/١٩٨٦ المتعلق بأوضاع انتقال وعمل وإقامة الرعايا الجزائريين وعائلاتهم في فرنسا. وقد صار مجلس الدولة على نفس اجتهاده في أحكامه اللاحقة.

أما مجلس الدولة المصري فقد اعتبر تفسير المعاهدات من قبيل أعمال السيادة؛ حيث أشارت محكمة القضاء الإداري إلى أن النزاع في تفسير المعاهدات وتطبيقها على الدولة والأفراد هو من الأمور السياسية وتعد من أعمال السيادة، وهو ما أيده فيه جانب من الفقه<sup>(٧١)</sup>.

إلا أن جانباً آخر من الفقه<sup>(٧٢)</sup> يؤكد على أنه ليس هناك في أحكام المحكمة الإدارية العليا ما يؤكد على أن تفسير المعاهدات يخرج من ولاية القضاء الإداري، ذلك أن مجلس الدولة نفسه يختص بتفسير المسائل الدولية طبقاً للمادة (٦٦) من قانون ٤٧ لسنة ١٩٧٢ التي جعلت من اختصاص الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع إبداء الرأي مسبباً في المسائل الدولية، كما أن المعاهدة الدولية بعد التصديق عليها من جانب البرلمان تكون بمثابة قانون داخلي ويكون تفسيرها من اختصاص المحكمة الدستورية العليا إن كان بها غموض أو تحتاج لتفسير طبقاً لنص المادة (٢٦) من قانون المحكمة.

<sup>(٧١)</sup> د. مصطفى أبو زيد فهمي: المرجع السابق، ص ٣٥٥؛ د. محمد رفعت، د. أريج عويضة:

المرجع السابق، ص ٢٠٤.

<sup>(٧٢)</sup> د. محمد فؤاد عبد الباسط: اختصاص القضاء الإداري بتفسير المعاهدات الدولية، دار الجامعة

الجديدة، ٢٠٠٧، ص ٢٨٧.

## الفرع الثالث

### الرقابة على الأعمال المنفصلة

يعرف العمل المنفصل في مجال العلاقات الدولية بأنه ذلك العمل الذي لا يترتب على إصداره آثار أو علاقات دولية جديدة بمناسبة المعاهدة التي صدر تطبيقها لها، فهو عمل مستقل تماماً عن المعاهدة رغم أن الدولة تستمد الحق في مباشرته من نصوص المعاهدة ذاتها<sup>(٧٣)</sup>، فالعمل الذي يمكن فصله عن النشاط الدبلوماسي يخضع لرقابة القضاء، ولا يشكل أعمال سيادة، في حين أن الأعمال التي لا يمكن فصلها عن النشاط الدولي تمثل أعمال سيادة، ولا تخضع لرقابة القضاء.

وعلى هذا الأساس فقد طبق القضاء الإداري الفرنسي نظرية القرارات الإدارية المنفصلة عن العلاقات الدولية في أحكام كثيرة نذكر منها<sup>(٧٤)</sup>:

- قرار منح الإذن ببناء قنصلية جمهورية فيتنام الشعبية في باريس.
- قرار منح الإذن لمحطة إذاعية أجنبية بوضع أجهزة بث برامجها في الإقليم الفرنسي.

- مراسيم تسليم المجرمين ورفض تسليمهم.

كما حكم مجلس الدولة الفرنسي بأنه: "يعتبر من القرارات المنفصلة قرار المحافظ بإلغاء قرار رئيس المجلس البلدي بمنع القوات الألمانية من المرور في إقليم مدينته، على الرغم من أن المرور يتم طبقاً لاتفاقيات دولية، فالعمدة قد أصدر هذا القرار متأثراً بالعداء التقليدي القديم بين فرنسا وجارتها اللدود، وبالتالي فهذا القرار الإداري جاء منفصلاً عن النشاط الدبلوماسي في عقد هذه الاتفاقية الدولية"<sup>(٧٥)</sup>، أما القرارات المنفصلة في مصر فقد تعلقت بالنطاق الداخلي لأعمال السيادة أكثر منه في المجال الدولي<sup>(٧٦)</sup>.

<sup>(٧٣)</sup> د. حمدي على عمر، المرجع السابق، ص ١٦٥.

<sup>(٧٤)</sup> C.E , 22 Dec 1978, Arret juridique Requete n 2348, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>(٧٥)</sup> C.E 31 Juill, 1967, commune d'Auboué, Rec , p.308.

<sup>(٧٦)</sup> مسعودة دبراسو: المرجع السابق، ص ٨٠.

## الفرع الرابع

### التعويض عن أعمال السيادة

حتى منتصف ستينات القرن الماضي كان مجلس الدولة الفرنسي مصراً على عدم قبول الدعاوى المتعلقة بمسئولية الدولة عن الأخطار التي تلحقها المعاهدات الدولية، مالم تمثل عملاً منفصلاً، إلا أن المجلس قد تطور من ناحية إلزام الدولة بتعويض المواطنين عن الأخطار التي تلحق بهم، من تطبيق المعاهدات الدولية على أساس مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة وفكرة الخطر الاجتماعي<sup>(٧٧)</sup>.

وقد اشترط مجلس الدولة الفرنسي لاستحقاق التعويض الآتي<sup>(٧٨)</sup>:

- أن تكون المعاهدة قد صدقت عليها وتم نشرها.
  - أن يكون الضرر الناشئ عن تطبيق المعاهدة جسيماً وغير عادي.
  - ألا تتضمن المعاهدة أو أي قانون خاص بإصدارها ما يفيد منع التعويض.
- وتأكيداً لذلك فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بمسئولية الدولة عن المعاهدة في حكمه الصادر في ٢٩ أكتوبر ١٩٧٦ في قضية السيدة Burgat وآخرون؛ حيث كانوا يؤجرون شقة لزوجة دبلوماسي، ووفقاً لمعاهدة المقر بين فرنسا - دولة المقر - والمنظمة الدولية تعذر طرد الزوجين لرفضها زيادة الأجر المقرر قانوناً، الأمر الذي ترتب عليه أضرار مادية للمدعين، فلجأوا إلى القضاء الذي قرر مسئولية الدولة عن الضرر الجسيم الخاص<sup>(٧٩)</sup>.

إلا أنه إذا كان التعويض عن أعمال السيادة في فرنسا هو نتاج عمل قضائي بحث؛ فإن دولة مثل أسبانيا قد أصدرت قانوناً بتاريخ ١٣/٧/١٩٩٨ منحت المادة الثانية منه القاضي الإداري إخضاع أعمال السيادة لسلطته، واختصاصه بالتعويض عن هذه

(77) C.E, 30 Mar. 1966, R.D.P, 1966, P.774.

(78) مسعودة دبراسو: المرجع السابق ص ٨٢.

(79) مشار إليه لدى د. حمدي على عمر، المرجع السابق، ص ١٧١.

الأعمال وحماية الحقوق الأساسية، فهذا التشريع عمل على إيجاد توازن بين امتيازات السلطة التنفيذية وسلطة القاضي الإداري في حماية المشروعية<sup>(٨٠)</sup>.

وهكذا يمكن الاستفادة من تجارب هذه الدول التي بادرت بإصدار تشريعات تسمح للقاضي الإداري بإحكام رقابته على أعمال السيادة، وتقرير تعويض الأضرار الناتجة عنها.

وبالرغم من ذلك فقد ذهب بعض الفقه المصري إلى عدم إمكانية تطبيق التعويض عن أعمال السيادة في مصر بقوله: "ونحن لا نصر على مبدأ ضرورة التعويض عن أعمال السيادة، سيما ونحن نعلم أن المسؤولية بلا خطأ مستبعدة تماماً ومن حيث المبدأ من قضاء مجلس الدولة في مصر<sup>(٨١)</sup>".

## الفرع الخامس

### الرقابة الموضوعية على المعاهدات الدولية

تطور القضاء الإداري المصري -بصفة خاصة- في إحكام رقابته الموضوعية على أعمال السيادة متمثلة في المعاهدات الدولية إذا ما خالفت نصاً دستورياً، فإذا كانت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان قد قررت هذه الرقابة في أحكامها، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي لم يسر على نفس معدل السرعة التي سارت عليها هذه المحكمة<sup>(٨٢)</sup>، ففي حكم لها قررت المحكمة الأوروبية أن إبرام الاتفاق يجب أن يتوافق مع القواعد الأساسية والمبادئ العامة لقانون الاتحاد الأوروبي، وذلك في حكمه الصادر في ١٩٩٨/٣/١٠ بالإلغاء الجزئي لقرار المجلس المتعلق بإبرام اتفاقيات التفاوض متعدد الجوانب مع دول أمريكا الوسطى وأمريكا الجنوبية، وقد استندت المحكمة في تبريرها

<sup>(٨٠)</sup> د. حمدي على عمر، المرجع السابق، ص ١٨٦.

<sup>(٨١)</sup> د. محمد رفعت، د. أريج عويضة: المرجع السابق، ص ٢١٨.

<sup>(٨٢)</sup> د. حمدي على عمر، المرجع السابق، ص ٣٨.

لإلغاء القرار إلى مخالفة هذا الاتفاق لمبدأ عدم التمييز موضحة أن رجل الإدارة يجب عليه دائماً أن يتصرف تصرفاً مشروعاً لا ينتهك أو يتجاوز أي قاعدة أعلى<sup>(٨٣)</sup>.  
 أما في مصر، وبعد أن كان القضاء الإداري يقف على أعتاب أسوار المعاهدات الدولية، ولا يتجاوز حدودها بالبحث والتمحيص؛ حيث اعتبرها لا تدخل تحت اختصاصه الولائي، إما لأنها تمثل عملاً من أعمال السيادة، أو أنها بمجرد التصديق عليها ونشرها في الجريدة الرسمية تصبح قانوناً تشريعياً لا يجوز الطعن عليه بالإلغاء، ومن الواضح أن القضاء في الحالة الأخيرة لم يصفها بصفة أعمال السيادة ولم يتطرق لهذه الأعمال بتاتا، غاية ما في الأمر أنه اعتبرها تمثل عملاً تشريعياً تختص بالرقابة عليه المحكمة الدستورية العليا دون القضاء الإداري، مثلما هو الحال في قضية ترسيم الحدود مع قبرص<sup>(٨٤)</sup>.

إلا أنه وبمناسبة توقيع الحكومة المصرية وحكومة المملكة العربية السعودية على اتفاقية تعيين الحدود البحرية بين البلدين، وتمثل أحد بنودها أن تقع جزيرتي تيران وصنافير في الحدود البحرية للمملكة العربية السعودية، فقد حكمت محكمة القضاء الإداري بتاريخ ٢٠١٦/٦/٢١ ببطالان توقيع ممثل حكومة مصر على الاتفاقية، وأيدتها في ذلك المحكمة الإدارية العليا في ٢٠١٧/١/١٦، وقد استندت محكمة القضاء الإداري في تبريرها لها الحكم إلى أنه: "في ظل العمل بأحكام دستور ١٩٧١ جرى قضاء محكمة القضاء الإداري على الحكم بعدم الاختصاص بنظر معظم الدعاوى المقامة طعناً على المعاهدات الدولية، إلا أن الواقع الدستوري في مصر قد تغير ووجد واقع دستوري جديد، فقد تضمن الدستور الحالي النص في الفقرة الأخيرة من المادة (١٥١) على أن: "وفي جميع الأحوال لا يجوز إبرام أية معاهدة تخالف أحكام الدستور أو يترتب عليها التنازل عن جزء من إقليم الدولة ..... ولما كان الدستور في الفقرة الأخيرة من المادة (١٥١) قد حظر على السلطة التنفيذية إبرام اتفاقيات من شأنها التنازل عن جزء من إقليم الدولة فإن قيام الحكومة المصرية بالتوقيع على ذلك لا يعد

(83) C.J.C.E, 10 Mar 1998, Allemagne C|conseil Rec,1 – 1999.

(84) حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ٤٥٦٩٠ لسنة ٧٠ ق جلسة ٢٩.٨.٢٠١٧.

عملاً من أعمال السيادة، وإنما هو عمل من أعمال الإدارة، مما يختص القضاء بنظر الطعن عليه..... فالسلطة التنفيذية بما تجريه من أعمال قانونية مقيدة بالدستور والقانون....<sup>(٨٥)</sup>، كما قررت المحكمة أنه لكي تتمسك جهة الإدارة بأن عملاً ما يعتبر من أعمال السيادة فلا بد أولاً أن يكون هذا العمل داخلياً في اختصاصها، وثانياً أن يكون مستوفياً للاشتراطات التي يقرها الدستور متجنباً المحظورات التي يفرضها، فإن ثبت أنها غير مختصة أو أهدرت الشروط المقررة في الدستور أو وقعت في الحظر الذي يفرضه فلا يجوز لها أن تتستر خلف ستر أعمال السيادة لمنع القضاء من بسط رقابته على أعمال السيادة.

وقد أطلقتها المحكمة الإدارية العليا صراحة في الطعن المقدم من الحكومة على الحكم السابق أنه: "لا يسوغ للسلطة التنفيذية إجراء عمل أو تصرف ما محظور دستورياً ويكون لكل ذي صفة أو مصلحة اللوذ إلى القضاء لإبطال هذا العمل، ولا يكون لها التذرع بأن عملها مندرج ضمن أعمال السيادة، إذ لا يسوغ لها أن تنتشر بهذا الدافع لتخفي اعتداء وقع منها على أحكام الدستور وعلى وجه يمثل إهداراً لإرادة الشعب مصدر السلطات، وإلا غدت أعمال السيادة باباً واسعاً للنيل من فكرة سيادة الشعب وثوابته الدستورية وسبيلاً منحرفاً للخروج عليها وهو أمر غير سائغ البتة"<sup>(٨٦)</sup>.

إلا أن المحكمة الدستورية العليا قد رأت عدم الاعتداد بحكم المحكمة الإدارية العليا على سند من القول أن إبرام المعاهدات والاتفاقيات يعد من أعمال السيادة<sup>(٨٧)</sup>، ولا يجوز للقضاء (العادي أو الإداري) نظرها، وإن كانت المحكمة الدستورية لم تمنع عن نفسها ولائياً سلطة النظر في دستورية المعاهدة، إلا أنها لم تفعل، وذلك على خلاف ما قضت المحكمة الدستورية الكويتية في عام ٢٠٠٥؛ حيث قررت إحكام رقابتها على المعاهدات إذا ما تم التصديق عليها وأصبحت قانون نافذ، فقد أشارت إلى: "أن الثابت

<sup>(٨٥)</sup> حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ٤٣٧٠٩ لسنة ٧٠ ق جلسة ٢١.٦.٢٠١٦.

<sup>(٨٦)</sup> حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٧٤٢٣٦ لسنة ٦٢ ق.ع جلسة ١٦.١٠.٢٠١٧.

<sup>(٨٧)</sup> حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ١٢ لسنة ٣٩ قضائية، تنازع، الجريدة الرسمية العدد ٩ مكرر (ج) بتاريخ ٧ مارس ٢٠١٨.

أن قانون (نظام الجمارك) الموحد لدول مجلس التعاون الخليجي قد صدر بعد أن وافق عليه مجلس الامة ..... وبذلك أصبح تشريعاً نافذاً في دولة الكويت له قوته الملزمة المقررة للقوانين، بما تنبسط عليه الرقابة القضائية التي تتولاها المحكمة الدستورية على التشريعات، دون أن ينال من ذلك اعتماد المجلس الأعلى لمجلس التعاون لدول الخليج هذا النظام، إذ ليس من شأن هذا الإجراء أن يفضي على القانون الصادر في هذا الصدد حصانة تحول بين المحكمة ومراقبة دستورية النصوص التي تضمنها أو يغير من طبيعته كعمل تشريعي أو يعصمه من خضوع أحكامه لرقابتها للتأكد من مدى تطابقها مع نصوص دستور دولة الكويت باعتباره القانون الواجب التطبيق في مجال نطاقها الإقليمي الواجب التطبيق في مجال نطاقها الإقليمي<sup>(٨٨)</sup>.

## النتائج:

- ١- برغم عدم وجود نص يمنع المحكمة الدستورية العليا في مصر من الرقابة على أعمال السيادة، إلا أنها ترفض في العديد من أحكامها اقتحام تخوم تلك القرارات السيادية، خاصة في مجال المعاهدات الدولية.
- ٢- استقر القضاء الإداري على فحص المشروعية الخارجية للقرار الإداري حتى وإن كان القرار المطعون فيه يمثل أعمال سيادة.
- ٣- العلاقة بين أعمال السيادة والحريات الواردة بالدساتير علاقة عكسية، فكلما زادت وتيرة الحرية وتضمن الدستور شكليات وإجراءات كفيد على تصرف السلطة التنفيذية كلما ضاق نطاق أعمال السيادة.
- ٤- انتهى القضاء الإداري وبعض القضاء الدستوري إلى إخراج بعض الأعمال التي كانت تمثل صميم أعمال السيادة من طائفة تلك الأعمال، وذلك إذا ما كان القرار المطعون فيه مخالفاً للدستور من الناحية الشكلية أو الموضوعية.

(٨٨) حكم المحكمة الدستورية في الدعوى رقم ٢ لسنة ٢٠٠٥ بتاريخ ٢٢.٧.٢٠٠٥.

٥- اعتياد عدم اتباع رئيس الجمهورية لقاعدة التوقيع المجاور المنصوص عليها في الدستور، يجعل القرار الإداري عرضة للرقابة والإلغاء حتى وإن تضمن أعمال سيادة.

٦- استقر القضاء الإداري المصري على إخضاع إعلان ومد حالة الطوارئ -والتي كانت تمثل أهم الأعمال السياسية- لرقابته إذا ما خولفت الإجراءات الشكلية المتطلبية في الدستور.

٧- أسبغ القضاء الإداري المصري والفرنسي رقابته على المعاهدات الدولية إذا ما خولفت شكلية جوهرية تتعلق بالمعاهدة الدولية كالتصديق والإقرار والنشر في الجريدة الرسمية.

٨- قضت المحكمة الدستورية الكويتية بعدم دستورية قرار حل مجلس الأمة رغم كونه عمل سيادة بسبب إغفال التوقيع المجاور لرئيس مجلس الوزراء على نص القرار.

٩- لم يعتبر القضاء الإداري الفرنسي تفسير المعاهدات الدولية من قبيل أعمال السيادة، على عكس مجلس الدولة المصري، رغم أن الأخير يختص طبقاً لقانونه رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بتفسير المسائل الدولية.

١٠- إذا كان القضاء الفرنسي قد أقر تعويض المواطنين عن الأخطار التي تلحقه نتيجة تطبيق المعاهدات الدولية بشروط قاسية، فإن المشرع الإسباني قد أصدر قانوناً يوجب هذا التعويض بشرط أقل وطأة، كل ذلك على خلاف القضاء والمشرع المصري اللذين لم يجيزا التعويض على أساس المسؤولية بلا خطأ.

## التوصيات:

١- أن يتجلى دور فقه القانون العام في تأصيل القواعد التي استخلصها القضاء بإخراج طائفة من القرارات من نطاق أعمال السيادة لكي تبقى نبراساً للقضاء باعتبار أنه وحده المقرر لما يدخل في نطاق أعمال السيادة.

٢- نظرية أعمال السيادة نظرية تاريخية لم تعد الظروف مواتية لها، وعلى ذلك يقترح الباحث إلغاء النصوص المقررة لها في قانون السلطة القضائية ٤٦ لسنة ١٩٧٢

- وقانون مجلس الدولة ٤٧ لسنة ١٩٧٢ واستبدالها بأي نظرية أخرى كنظرية السلطة التقديرية للإدارة احتراماً للنص الدستوري المقرر عدم تحصين قرارات الإدارة.
- ٣- قيام مجلس الدولة بتفسير المعاهدات الدولية بنفسه، حيث منحه القانون ٤٧ لسنة ١٩٧٢ هذا الاختصاص.
- ٤- النص في قانون مجلس الدولة على منح القاضي حق تقرير التعويض عن الأضرار الناتجة عن تطبيق المعاهدات الدولية.

## المراجع

- د. إبراهيم عبد العزيز شيحا: القضاء الإداري (مبدأ المشروعية، تنظيم القضاء الإداري، ولاية القضاء الإداري) بدون ناشر، ٢٠٠١.
- د. أحمد رجب محمود: القضاء الإداري ومبدأ المشروعية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥.
- د. أحمد عبد اللطيف إبراهيم السيد: حل البرلمان (دراسة مقارنة)، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ٢٠١٤.
- د. بدرية جاسر الصالح: اللوائح التنفيذية في القانون الكويتي، دراسة مقارنة بالقانونين المصري والفرنسي، الطبعة الأولى، مطبعة جامعة الكويت، ١٩٨٢.
- د. بشير محمد علي الباز: حق حل المجلس النيابي في الدساتير المعاصرة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٤.
- د. ثروت بدوي: تدرج القرارات الإدارية ومبدأ الشرعية، ١٩٦٨، ١٩٦٩.
- د. جهاد زهير ديب: حق حل البرلمان في النظم الدستورية، دار الوفاء القانونية، ٢٠١٣.
- د. حمدي علي عمر: الاتجاهات الحديثة للقضاء للرقابة على أعمال السيادة (دراسة مقارنة) منشأة المعارف، ٢٠١٦.
- د. الديداموني مصطفى أحمد: الإجراءات والاشكال في القرار الإداري، الهيئة العامة المصرية للكتاب، ١٩٩٢.

- د. سامح سعد محمد حسن: النظام السياسي المختلط (دور السلطة التنفيذية وعلاقتها بالسلطة التشريعية)، دار الفكر والقانون، ٢٠١٦.
  - د. سليمان الطماوي: السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي، ط٤، دار الفكر العربي، ١٩٧٩.
  - د. سليمان الطماوي: النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الفكر العربي، ١٩٨٨.
  - د. سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، ٢٠٠٦.
  - د. ماجد راغب الحلو: القانون الدستوري، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٣.
  - د. ماجد الحلو: دستورية القوانين: دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٤.
  - د. مجدي المتولي: مبادئ القضاء المصري (القضاء الدستوري . القضاء الإداري . القضاء العادي) الهيئة المصرية العامة للكتابي، ١٩٩٦.
  - د. محمد رفعت عبد الوهاب: القضاء الدستوري (رقابة دستورية القوانين)، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٢.
  - د. محمد رفعت عبد الوهاب، د. أريج محمود عويضة: القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٧.
  - د. محمد فؤاد عبد الباسط: اختصاص القضاء الإداري بتفسير المعاهدات الدولية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٧.
  - د. مصطفى أبو زيد فهمي: القضاء الإداري ومجلس الدولة، الجزء الأول، اختصاص مجلس الدولة، الطبعة الثانية عشرة، ٢٠٠٧.
  - د. محمود عاطف البنا: الرقابة على دستورية اللوائح، مكتبة النصر، ١٩٩٢.
- الرسائل العلمية:**
- د. تامر عبدالله محمد العوا: نظرية أعمال السيادة وتطورها في القضاء الإداري المصري الحديث، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، ٢٠١٨.

- مسعودة دبراسو: حدود الرقابة القضائية على أعمال السيادة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خضير بسكرة، ٢٠١٤.

### الأبحاث:

- د. سمير داود سلمان، لمى على فرج: قاعدة التوقيع المجاور في دستور ٢٠٠٥ العراقي، مجلة كلية التربية الأساسية، المجلد ١٩ العدد ٧٩.
- د. السيد صبري: مركز التاج وامتيازاته في انجلترا مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق جامعة القاهرة، السنة ١٩، العدد ٣، ٤، ١٩٤٩.
- د. عادل الطبطبائي: قاعدة التوقيع الوزاري المجاور في النظام البرلماني، دراسة مقارنة مع الإشارة للدستور الكويتي، بحث منشور بمجلة الحقوق، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، العدد ٣ المجلد ٩، سبتمبر ١٩٨٥.
- د. عماد كاظم دحام: ضرورة التوقيع المجاور في النظام البرلماني وطبيعتها، بحث منشور بمجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، مجلد ١٠، العدد ٣٠، ٢٠١٧.

### المراجع الأجنبية:

- Charles Debbasch, Frederic Colon: Droit administratif, 7ed, Economica, paris, 2004, p110.
- C. GUERRER: le contrôle juridictionnel des actes du Président de la république, R.D.P, 1998.
- Dupre De Boulios: la Theoried des actes de government a la prévue de droit communautaire, R.D.P, 2000.
- G.Bardeau: manuel Droit constitutionnel, 21ed, L.G.D.J, PARIS, 1988.
- D.ROUSSEAU: droit de contentieux constitutionnel,1995, E. ZOLLER: droit des relations exterieures, PUF, Paris, 1992.
- P. DUEZ: la responsabilite de la puissance publique en dehors de contrat, 1938.
- VIRALLY:L,interouvale: act de gouvernement ,R.D.P, 1902.
- X.DUPRE DE BOULIOS: la theorie de actes de gouvernement a l'epreuve de droit communautaire. R.D.P, 2000.



## الترخيص الإجباري لاستغلال الاختراع (في القانون السوداني والاتفاقيات الدولية)

الدكتور/ محمد محمود عثمان برهان\*

### المخلص:

يمنح القانون المخترع الحق في استخدام واستغلال اختراعه بما يحق له العائد المادي والمالي، وفي الوقت نفسه يشبع حاجة المجتمع، وتستفيد منه الدولة مانحة البراءة.

ولكن إذا رفض المخترع استخدام واستغلال اختراعه بنفسه، ورفض منح غيره هذا الحق، أصبح الترخيص الإجباري هو الحل، بما يحقق المصلحة العامة، وفي الوقت ذاته مع مراعاة حقوق المخترع.

ونسبة لإمكانية منح عدد من التراخيص الإجبارية لعدد من المستفيدين، يثور سؤال عن العلاقة بين هذه التراخيص، ومدة سريانها.

ومن أهم نتائج هذا البحث، هي أن الشروط والمبالغ المالية التي تحدد في أول ترخيص إجباري لاستغلال اختراع معين يجب التقييد بها عند منح أي ترخيص لاحق، ومن أهم التوصيات، أن المخترع الذي يبدأ باستغلال اختراعه ثم يتوقف، يجب أن يعامل نفس معاملة المخترع الذي لم يستغله نهائياً.

**الكلمات المفتاحية:** الترخيص - الإجباري - استغلال - الاختراع - تريبس.

\* أستاذ مساعد بقسم القانون - كلية الشريعة والقانون - جامعة الجوف - المملكة العربية السعودية.



## Compulsory License to Use the Patent (In Sudanese Law and Conventions)

Dr. Mohamed Mahmoud Osman Barahan\*

### Abstract:

The law grants patent's owner/ patentor/ inventor the right to use his patent to achieve his goals and financial return. at the same time, the patent usage would satisfy the society needs and the licensing government too.

However, if the inventor refuses to use or utilize the patent or prevents others from using it, the compulsory license becomes the solution. the government possibly grants other users compulsory licenses of using the patent.

The question arises regarding such compulsory licenses and the validity time of such licenses. The terms and financial amounts that are specified in the first compulsory license to use the patent should be adopted and applied to any subsequent licensees. One of the recommendations is that the patent inventor who used his patent then stopped using it, he should be treated as the inventor who does not use his patent at all.

**Keywords:** Licensing - Compulsory - Exploitation - Patent - Trips.

---

\*Assistant Professor, Department of Law, College of Sharia and Law, Al-Jouf University, Kingdom of Saudi Arabia.

## المقدمة

من نعم الله على الإنسان نعمة العقل، التي خصها به دون عن سائر المخلوقات، وجعل لهذا العقل القدرة على الفهم والتفكير والتعبير.

والإنسان حين يستخدم عقله وفكره يمكنه أن يصل إلى ابتكارات واختراعات جديدة، لم يصل إليها شخص آخر، فيكون بذلك صاحب الفضل في وجود هذه الاختراعات أو الابتكارات التي توصل إليها.

وحتى لا يتعدى شخص على الاختراعات التي توصل إليها غيره، برزت أهمية الحماية القانونية للاختراع وحقوق مخترعه، وإلا يستخدم أو يستغل تجارياً الا بواسطة المخترع أو من يمنحه ترخيص بذلك، فإذا أمتع المخترع عن استغلال الاختراع بأي من الصور السابقة، كانت الرخص الإجبارية هي الحل أمام تعسف المخترع الذي تمتع بحماية قانونية لاختراعه، ثم تمنع عن إفادة البشرية والمجتمع بما اخترع.

### أهداف البحث:

- توضيح مفهوم الترخيص الإجباري للاختراع، وأهم إيجابيات وسلبياته.
- بيان أبرز حالات منح الرخص الإجبارية عن الاختراع.
- تحديد الجهة المختصة الأفضل في الدولة لمنح الرخص الإجبارية.

### مشكلة البحث:

- تأثير أول رخصة إجبارية تمنح عن الاختراع على الرخص اللاحقة لها سواء الإجبارية أم الاختيارية.
- الوقوف على أهم مميزات الرخص الإجبارية الصادرة بموجب قانون براءات الاختراع السوداني لسنة ١٩٧١م.
- مدى موافقة أحكام الترخيص الإجباري للاختراع في القانون السوداني لأحكام الترخيص الإجباري في الاتفاقيات الدولية.

## منهج البحث:

المنهج الذي اتبعته هو المنهج الاستقرائي التحليلي، والذي يعتمد على جمع المعلومات من الكتب والنصوص القانونية والاتفاقيات الدولية، ثم تحليلها بهدف الوصول إلى حل لمشكلة البحث، ونتائج علمية منه.

## التقسيم:

المطلب الأول: تعريف براءة الاختراع وأثرها على استغلال الاختراع.

المطلب الثاني: مفهوم الترخيص الإلزامي في القانون السوداني والاتفاقيات الدولية.

المطلب الثالث: أحكام وحالات الترخيص الإلزامي في الاتفاقيات الدولية والقانون السوداني.

## المطلب الأول

### تعريف براءة الاختراع وأثرها على استغلال الاختراع

#### أولاً- تعريف الاختراع:

يقصد بالاختراع كل ابتكار جديد وقابل للاستغلال الصناعي، سواء تعلق بمنتجات صناعية جديدة أم بطرق أو وسائل صناعية مستحدثة أم بتطبيق جديد لطرق أو وسائل صناعية معروفة<sup>(١)</sup>.

وبناء على هذا التعريف؛ فإن الاختراع هو كل ابتكار أو إبداع لكيان أو شيء جديد لم يكن معلوماً من قبل، ويشترط في هذا الكيان الجديد أن يكون قابلاً للاستغلال أو الاستفادة منه بالطرق الصناعية، وذلك بإنتاج وحدات منه وتقديمها إلى الجمهور، وبمفهوم المخالفة فإن الشيء المبتكر ان لم يكن قابلاً للاستغلال الصناعي فإنه لا يعد اختراعاً. إضافة إلى ذلك؛ فقد وضح التعريف الصور التي يأتي فيها الاختراع، وذلك بأن يأتي الاختراع بشيء جديد لم يسبق له وجود من قبل، أو يكون الاختراع متعلقاً

(١) سميحة القليوبي، القانون التجاري (القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٨١م) ص ٢٩٢.

بتحديث الطرق والوسائل الصناعية المستخدمة لصناعة شيء موجود أصلاً، كإيجاد وسيلة تساعد في تصنيع شيء موجود أصلاً ولكن بأعداد أو جودة أكبر. وأخيراً فإن الاختراع قد يكون متمثلاً في تغيير استخدام طرق ووسائل صناعية معروفة، ومعدة لإنتاج شيء معين، لإنتاج شيء آخر لم تكن تستخدم فيه. أما القانون السوداني (تنظم الاختراعات في السودان بموجب قانون براءات الاختراع لسنة ١٩٧١م) فلم يأت بتعريف للاختراع، وكذلك الاتفاقيات الدولية لم تضع له تعريفاً بدورها.

### ثانياً- تعريف براءة الاختراع:

- ١- براءة الاختراع هي الوثيقة التي تصدرها الدولة للمخترع، اعترافاً منها بحقه فيما اخترع أو للمكتشف اعترافاً منها بحقه فيما اكتشف، فالبراءة لا تعدو أن تكون شهادة رسمية تصدرها جهة إدارية مختصة في الدولة إلى صاحب الاختراع أو الاكتشاف، يستطيع هذا الأخير بمقتضى هذه الشهادة الاستئثار باستغلال اختراعه أو اكتشافه زراعياً أو تجارياً أو صناعياً لمدة محددة وبقيد معينة<sup>(٢)</sup>.
- ٢- براءة الاختراع عبارة عن شهادة تعطيها الدولة للمخترع، يكون له بموجبها حق احتكار واستغلال اختراعه، والاستفادة منه لمدة معينة، وبشروط محددة<sup>(٣)</sup>.
- ٣- براءة الاختراع حق احتكار تمنحه الدولة لصاحب الاختراع لفترة زمنية محددة في مقابل كشفه عن تفاصيل سر اختراعه<sup>(٤)</sup>.

وواضح من التعريفات أعلاه أن البراءة هي الشهادة الرسمية التي تصدر من المكاتب الإدارية الحكومية المختصة إلى المخترع، حيث يستطيع المخترع بموجبها أن يحمي اختراعه من اعتداء الغير، ويستأثر به لنفسه، ويستغله فيما يعود نفعه إليه، كما

(٢) حمد الله محمد حمد الله، الوجيز في الملكية الصناعية والتجارية، الطبعة الثانية (القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٩٧م) ص ١١.

(٣) محمود سمير الشراوي، القانون التجاري، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٨٢م، ج ١ ص ٥١٣.

(٤) عبد الغني محمود، الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا في القانون، الطبعة الأولى، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٩١م، ص ١٥.

أوضح التعريف أن الحماية الممنوحة للمخترع تكون لفترة زمنية محددة وبقيد أو شروط محددة.

أما في جانب الاتفاقيات الدولية فقد نصت المادة (٢٧) من اتفاقية تريبس لسنة ١٩٩٤م على أنه: (تتاح امكانية الحصول على براءات اختراع لأي اختراعات سواء كانت منتجات أم عمليات صناعية في كافة ميادين التكنولوجيا شريطة كونها جديدة وتتطوي على خطوة ابداعية وقابلة للاستخدام في الصناعة، وتمنح براءات الاختراع ويتم التمتع بحقوق ملكيتها دون تمييز فيما يتعلق بمكان الاختراع أو المجال التكنولوجي أو ما إذا كانت المنتجات مستوردة أم منتجة محلياً)، والمادة أعلاه لم تضع تعريفاً لبراءات الاختراع بالمعنى المقصود من كلمة تعريف، وإنما بينت صور الاختراع، وشروط منح البراءة، وبينت أن براءة الاختراع يحق الحصول عليها إذا توفرت الشروط المطلوبة بغض النظر عن المكان الذي تم فيه الاختراع، أو المجال الصناعي أو التكنولوجي الذي تعلق به.

أما اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية لسنة ١٨٨٣م؛ فقد نصت في المادة (٤/١) على أنه: (تعتبر من براءات الاختراع مختلف أنواع البراءات الصناعية المقررة في تشريعات دول الاتحاد كبراءات الاستيراد وبراءات التحسين والبراءات والشهادات الإضافية وغيرها).

ومن الواضح أن المادة أعلاه لم تعرف براءات الاختراع، وإنما عدت أنواع البراءات، ولذلك فإن هذا النص لا يصلح لأن يكون تعريفاً للبراءات كما عده البعض<sup>(٥)</sup>، هذا ما كان بالنسبة إلى الاتفاقيات الدولية، أما في القانون السوداني فنجد أن قانون براءات الاختراع لسنة ١٩٧١م لم يأت بتعريف لبراءات الاختراع<sup>(٦)</sup>.

**ثالثاً- الحق في احتكار استغلال الاختراع محل البراءة:** يمنح القانون صاحب براءة الاختراع حقاً استثنائياً حصرياً له دون غيره في الاستفادة من الاختراع محل البراءة،

(٥) خاطر لطفي، موسوعة حقوق الملكية الفكرية، القاهرة، شركة ناس للطباعة، ٢٠٠٣م، ص ١٦.

(٦) لم يتضمن قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري لسنة ٢٠٠٢م تعريفاً لبراءات الاختراع.

ويبدو واضحاً أن السبب في منح صاحب البراءة ذلك الحق الاستثنائي هو مراعاة مصلحة المخترع الذي بذل جهداً، وقام بمحاولات مستمرة استغرقت وقته وتكبد الانفاق من أمواله، وذلك كله بغية الوصول إلى الاختراع الذي تحقق<sup>(٧)</sup>. والاستفادة من الاختراع تكون بالانتفاع به مالياً بأي طريقة من الطرق المشروعة، كأن يقوم باحتكار صناعة المنتجات وبيعها وتصديرها، أو احتكار تطبيق الطريقة الصناعية محل البراءة<sup>(٨)</sup>.

وحق صاحب براءة الاختراع يكون محدداً من حيث الزمان والمكان، أي أنه حق نسبي لزمان ومكان معينين، فحق صاحب براءة الاختراع نسبي من حيث الزمن، إذ إن احتكار استغلال الاختراع ليس مؤبداً، وإنما هو حق مؤقت أي محدود بمدة زمنية معلومة تحدد القوانين بدايتها ونهايتها<sup>(٩)</sup>، وبانتهاء مدة حماية الاختراع ينتهي حق صاحب البراءة في احتكار استغلاله، ومن ثم يسقط الاختراع في دائرة الملكية العامة، ويصبح من حق أي شخص الاستفادة منه دون الرجوع إلى مالك البراءة، والعلة في سقوط الاختراع في الملكية العامة بعد انتهاء مدة حمايته، وإعطاء أي شخص حق الاستفادة منه، يستند إلى مراعاة مصلحة المجتمع، التي تقتضي عدم تحكم شخص واحد في اختراع معين إلى ما لا نهاية، وهو أمر قد يؤدي بدوره إلى إعاقة تطوير مثل هذا الاختراع، أو استغلاله على أوسع مدى<sup>(١٠)</sup>.

أما بالنسبة إلى أن حق احتكار استغلال الاختراع نسبي من حيث المكان، فمرجعيتها هي أن حق صاحب براءة الاختراع محدد في نطاق الدولة التي أصدرت

(٧) أحمد علي عمر، الملكية الصناعية وبراءات الاختراع، الإسكندرية، مطبعة الحلمية، ١٩٩٣م، ص ١٧٨، انظر كذلك سائد احمد الخولي، حقوق الملكية الصناعية، الطبعة الأولى، عمان، دار مجدلاوي، ٢٠٠٤م، ص ١٠١.

(٨) ادوار عيد، الاعمال التجارية والتجار والمؤسسة التجارية، بيروت، دار المستشار للطباعة والنشر والتوزيع، ١٩٧١م، ص ٤٢٥.

(٩) سمير الفتلاوي، استغلال براءة الاختراع، دون ناشر، دون سنة طبع، ص ٥٨.

(١٠) محمود الشرقاوي، مصدر سابق ص ٥٢٩.

البراءة، فقرار الجهة المختصة بمنح براءة على اختراع معين تترتب عليه آثار قانونية داخل أنحاء الدولة بأكملها، ولكن دون أن يمتد إلى خارجها، ما لم يكن صاحب البراءة قد قام بتسجيل اختراعه تسجيلاً دولياً<sup>(١١)</sup>.

أما في جانب الاتفاقيات الدولية، فقد نصت اتفاقية تريبس لسنة ١٩٩٤م على حق مالك البراءة في احتكار استغلال الاختراع في المادة (٢٨) بنصها:

١- تعطي براءة الاختراع لصاحبها الحقوق التالية:

(أ) حين يكون موضوع البراءة منتجاً مادياً، حق منع أطراف ثالثة لم تحصل على موافقته من هذه الأفعال: صنع أو استخدام أو عرض للبيع أو بيع أو استيراد ذلك المنتج لهذه الأغراض.

(ب) حين يكون موضوع البراءة عملية صناعية، حق منع أطراف ثالثة لم تحصل على موافقته من الاستخدام الفعلي للطريقة، ومن هذه الأفعال: استخدام عرض للبيع أو بيع أو استيراد على الأقل المنتج الذي يتم الحصول عليه مباشرة بهذه الطريقة لهذه الأغراض.

أما قانون براءات الاختراع لسنة ١٩٧١م؛ فقد نص على حقوق مالك براءة الاختراع، وهي في مجملها لا تختلف عن ما أتى به الفقه القانوني والاتفاقيات الدولية؛ فالقانون يمنح الحق لمالك البراءة، إذا كان محلها إنتاج سلعة معينة باحتكار إنتاج هذه السلعة، فيحق له منع الغير من صناعة السلعة أو استيرادها أو عرضها للبيع أو تخزينها بقصد عرضها للبيع، أما إذا كانت براءة الاختراع صادرة بخصوص طريقة صناعية، فيحق لمالكها منع الغير من استخدامها أو استيراد الآلات التي تمكن من تطبيقها أو تشغيلها<sup>(١٢)</sup>.

(١١) صلاح زين الدين، شرح التشريعات الصناعية والتجارية، الطبعة الأولى، الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٧م، ص ٦٨.

(١٢) المادة (٢١) من قانون براءات الاختراع لسنة ١٩٧١م، وتطابق المادة (١٠) من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري لسنة ٢٠٠٢م.

رابعاً- الالتزام باستغلال الاختراع محل البراءة: يجب على مالك البراءة استغلال اختراعه بأي صورة من صور الاستغلال المشروعة؛ وذلك لأن البراءة وإن كانت تمنح صاحبها حقاً استثنائياً في استغلال الاختراع، فإنها تلقي عليه التزاماً باستغلال ذلك الاختراع أيضاً، أي أن حق مالك البراءة في الاستئثار بالاختراع محل البراءة يقابله واجب باستغلال ذلك الاختراع<sup>(١٣)</sup>.

والسبب في فرض هذا الالتزام على مالك البراءة، هو أن البراءة تمنحها الدولة لصاحب الاختراع حتى يتمكن من الانفراد بتحصيل الفوائد المالية للاختراع الذي توصل إليه، مقابل قيامه باستغلال هذا الاختراع محل البراءة حتى يتمكن المجتمع من الاستفادة منه<sup>(١٤)</sup>، ولذلك إذا لم يقم مالك البراءة باستغلال الاختراع، فإنه يعرض براءته إلى الإلغاء من قبل الدولة، أو على الأقل يعرض براءته إلى أن تكون محلاً للاستغلال من قبل الغير بموجب ترخيص إجباري من الدولة<sup>(١٥)</sup>.

أما في جانب الاتفاقيات الدولية، فهي وإن لم تعبر عن إلزام مالك البراءة باستغلال الاختراع بشكل صريح، ولكن يمكن الوقوف على مدى حرصها على هذا الأمر، وذلك بنصها على امكانية منح تراخيص اجبارية للغير دون موافقة مالك البراءة، وذلك إذا رفض مالك البراءة استغلال اختراعه بنفسه أو بواسطة غيره، أو تعسف في استخدام اختراعه بشكل غير مبرر<sup>(١٦)</sup>.

(١٣) سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٧١ م، ص ١٥٦.

(١٤) أسمير الفتلاوي، مصدر سابق ص ٧٠.

(١٥) عبد الله حسين الخشروم، الوجيز في حقوق الملكية الصناعية والتجارية، الطبعة الأولى، الاردن، دار وائل للنشر، ٢٠٠٥ م، ص ٩٨.

(١٦) المادة (٤/٢/٥) من اتفاقية باريس لسنة ١٨٨٣م، والمادة (٣١) من اتفاقية تريبس لسنة ١٩٩٤م.

وكذلك القانون السوداني، فإنه لم ينص على التزام مالك البراءة باستغلال اختراعه صراحة، وإنما نص عليه بطريقة ضمنية، وذلك من خلال نصه على منح رخص اجبارية إذا أمتنع مالك البراءة عن استغلال الاختراع<sup>(١٧)</sup>.

## المطلب الثاني

### مفهوم الترخيص الإجمالي في القانون السوداني

#### والاتفاقيات الدولية

إذا كان حق لابد وأن يقابله التزام، ولذلك فإن حق المخترع أو مالك البراءة في احتكار استغلال اختراعه، يقابله التزام باستغلال اختراعه خلال مدة معينة حتى يستطيع المجتمع الاستفادة منه، إذ لا جدوى من أن يحصل المخترع على براءة اختراع دون أن يقوم باستغلال الاختراع في البلد التي أصدرت البراءة، مكتفياً بمباشرة الانتاج بالخارج ثم تصريف منتجاته في البلد التي أصدرت البراءة فتصبح بالتالي سوقاً لمنتجاته، وفي الوقت نفسه لا تستطيع هذه الدولة تصنيع الاختراع أو استخدام الطريقة الصناعية لوجود البراءة، مما يؤدي إلى الاضرار باقتصادها القومي<sup>(١٨)</sup>، وللخروج من هذا التضارب بين حق مالك البراءة في احتكار استغلال اختراعه، وحق الدولة في الاستفادة من تلك الاختراعات تم الوصول إلى ما يعرف بالترخيص الإجمالي<sup>(١٩)</sup>.

ويعرف الترخيص الإجمالي بأنه: (الترخيص الذي تمنحه سلطات الدولة سواء لنفسها أو للغير باستغلال الاختراع في حالات معينة وبشروط خاصة وبتنظيم قانوني معين دون الاعتداد بموافقة صاحب الاختراع على هذا الاستغلال من عدمه وذلك لاعتبارات تدور في مجملها حول تحقيق المصلحة العامة للدولة)<sup>(٢٠)</sup>.

(١٧) المواد من (٣٥ الى ٤٤) من قانون براءات الاختراع لسنة ١٩٧١م.

(١٨) نادية محمد معوض، القانون التجاري، الطبعة الأولى، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠م، ص ١٤٦.

(١٩) سائد أحمد الخولي، مصدر سابق ص ١٠٤.

(٢٠) خاطر لطفي، مصدر سابق، ص ٩٥.

وعرّف في موضع آخر بأنه: (إجراء إداري لمواجهة الاخلال بالتزامات عقد إداري مبرم بين المخترع والسلطة العامة محله تنفيذ اختراع اشباعاً لاحتياجات المرافق العامة، ويؤدي هذا الإجراء إلى إحلال الغير محل المخترع الأصلي دون موافقته في تنفيذ ابتكاره مقابل تعويضه بتعويض عادل يحصل عليه مع بقاء الاختراع باسم صاحبة الأول)<sup>(٢١)</sup>.

### ومن التعريفات أعلاه نستخلص أن خصائص الترخيص الإجمالي هي:

- ١- يمنح بواسطة الجهة المختصة في الدولة (سواء جهة إدارية أو قضائية).
- ٢- يصدر الترخيص الإجمالي في حالات معينة يحددها القانون.
- ٣- لا يشترط موافقة مالك البراءة على الترخيص الإجمالي، وهذا ما يميز الترخيص الإجمالي عن الترخيص الاختياري.
- ٤- إن الاختراع يظل باسم المخترع الأصلي، ويكون للمرخص له فقط حق استغلاله وإنتاجه.

إذاً فالترخيص الإجمالي هو استغلال اختراع محمي بموجب براءة دون موافقة مالكة، ونسبة؛ لأن استغلال الاختراع حق محتكر لمالك البراءة، وأن الترخيص الإجمالي هو انتهاك لهذا الحق، بل إن اللجوء إلى الترخيص الإجمالي لم يشرع إلا لرد مالك البراءة الممتنع عن استغلال اختراعه بشكل تعسفي، فإن الفقه القانوني قد أوضح حالات يجوز فيها منح الترخيص الإجمالي للغير حتى يتسنى له استغلال الاختراع، وتتمثل هذه الحالات في:

- ١- ضرورات الأمن القومي والحالات الطارئة أو المنفعة العامة غير التجارية: بموجب هذه الحالة، يجوز للدول منح تراخيص إجبارية -إذا استدعى الأمر- على أي

(٢١) سينوت حليم دوس، دور السلطة العامة في مجال براءات الاختراع، الإسكندرية، منشأة المعارف، ١٩٨٣م، ص ٤٠٧.

اختراع يتعلق بشئون الأمن القومي بمفهومه الواسع كالدفاع وحماية أمن الدولة الداخلي أو الخارجي، مثل الاختراعات المتعلقة بصناعات الأسلحة والمعدات الحربية<sup>(٢٢)</sup>.

كما يجوز إصدار تراخيص إجبارية لمواجهة حالات الطوارئ وظروف الضرورة القصوى؛ كالكوارث الطبيعية مثل: الزلازل والفيضانات، والكوارث القومية؛ كانتشار الأوبئة والأمراض التي لا يمكن مواجهتها إلا باستغلال الاختراع.

أما المنفعة العامة غير التجارية فيقصد بها استغلال الاختراع بطريقة لا تهدف إلى تحقيق أهداف تجارية أو اقتصادية بحتة، كالعمل لتحقيق أرباح لأحد قطاعات الإنتاج أو زيادة القدرة التصديرية لسلعة معينة، وإنما يتم استغلال الاختراع لاستفادة كافة قطاعات الدولة وأفراد مجتمعها<sup>(٢٣)</sup>.

٢- **عدم استغلال الاختراع أو عدم كفاية إنتاجه:** إذا لم يقم مالك البراءة باستغلال الاختراع، أو قام باستغلاله استغلالاً غير كافٍ بحاجة السوق رغم توفر إمكانية الإنتاج بمعدلات أكبر، ترتب على ذلك منح ترخيص إجباري للغير حتى يقوم باستغلال الاختراع.

ومبدأ الترخيص الإجباري لاستغلال الاختراع في حالة عدم قيام مالك البراءة باستغلاله تأخذ به كثير من القوانين والاتفاقيات الدولية مثل: قانون براءة الاختراع العماني لسنة ٢٠٠٠، ونظام براءات الاختراع والتصميمات التخطيطية للدارات المتكاملة والأصناف النباتية والنماذج الصناعية السعودي لسنة ١٤٢٥هـ، واتفاقية باريس لسنة ١٨٨٣م، واتفاقية تريبس لسنة ١٩٩٤م، وهو مبدأ تقتضيه المصلحة العامة التي تتطلب وضع حد لتعسف مالك البراءة في استعمال الحق الذي تمنحه له البراءة لامتناعه عن استغلال الاختراع، أو استغلاله بشكل لا يفي بحاجة المجتمع مما يحول دون الاستفادة منه.

(٢٢) أنور طلبة، حماية حقوق الملكية الفكرية، الطبعة الأولى، الإسكندرية، المكتب الجامعي الحديث، ٢٠٠٦م، ص ١٤٥.

(٢٣) حسام الصغير، أسس ومبادئ اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية، الطبعة الأولى، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٩٩م، ص ٢٦٦.

ويجب التنبيه إلى أن عدم استغلال الاختراع أو عدم كفاية إنتاجه لا يعنى منح الترخيص الإجباري تلقائياً، إذ لا بد من انقضاء مدة من الزمن حددتها اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية لسنة ١٨٨٣م في المادة (٥/ أ /٤) بأربع سنوات من تاريخ تقديم طلب البراءة، أو مدة ثلاث سنوات من تاريخ منحها أيهما أطول، ويجوز منح مالك البراءة مهلة اضافية رغم انقضاء المدتين المشار اليهما إذا أثبت أن أسباب خارجه عن إرادته حالت دون استغلاله للاختراع<sup>(٢٤)</sup>.

**٣- التوقف عن استغلال الاختراع لمدة معينة:** هذه الحالة تفترض أن مالك البراءة قد قام باستغلال اختراعه فعلاً لفترة من الوقت، ولكنه عجز عن الاستمرار لأي سبب من الأسباب، ودام توقفه لفترة من الزمن تحدد في قانون كل دولة على حدى، ويجوز لمالك البراءة أن يمنع صدور الترخيص الإجباري إذا استطاع إثبات أن التوقف عن استغلال الاختراع يرجع لأسباب خارجه عن إرادته<sup>(٢٥)</sup>.

ومن الأفضل دمج هذه الحالة مع الحالة السابقة لها، والتعامل معها بنفس المعيار، فلا يمنح ترخيص إجباري عن اختراع بدأ مالكة في استغلاله ثم توقف عن ذلك، إلا إذا انقضت مدة الثلاث أو الأربع سنوات من تاريخ منح البراءة أو التقديم لها على التوالي، وذلك حتى لا يكون مالك البراءة الذي لم يستغل اختراعه مطلقاً في وضع أفضل من الذي بدأ في استخدام الاختراع ثم توقف، فبينما يستفيد الأول من مدة قد تصل إلى ثلاث أو أربع سنوات يجد الثاني نفسه أمام مدة قد تقل عن ذلك.

**٤- الاختراعات المرتبطة:** يحق لمالك براءة اختراع جديد الحصول على ترخيص إجباري لاستغلال اختراع سابق، إذا كان الاختراع الجديد ينطوي على تقدم تكنولوجي، ولا يمكن الاستفادة منه إلا باستغلال اختراع سبق منح براءة عنه. كما يحق لصاحب الاختراع الأول ايضاً الحصول على ترخيص إجباري لاستغلال الاختراع اللاحق (الجديد)<sup>(٢٦)</sup>.

<sup>(٢٤)</sup> خاطر لطفي، مصدر سابق ص ٩٩.

<sup>(٢٥)</sup> سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، مصدر سابق ص ١٨٧.

<sup>(٢٦)</sup> عبد الله حسين الخشروم، مصدر سابق ص ١١٤.

ويشترط لمنح الترخيص الإجمالي في هذه الحالة أن يكون هناك ترابط مباشر بين الاختراعين (الجديد والسابق)، بحيث لا يمكن استغلال أي منهما أو تحقيق أقصى فائدة من استخدامه إلا باستغلال الاختراع الآخر.

ولا يحق للمرخص له إجبارياً التنازل عن استغلال إحدى البراءتين للغير إلا بالتنازل عن البراءة الأخرى<sup>(٢٧)</sup>.

٥- **تعسف مالك البراءة:** يتم منح ترخيص إجباري للغير لاستغلال الاختراع، إذا ثبت تعسف مالك البراءة في استخدام حق احتكار استغلال الاختراع، ويعد مالك البراءة متعسفاً في أي من الحالات الآتية:

أ/ إذا رفض الترخيص للغير باستغلال الاختراع رغم عرض شروط مناسبة عليه وبذل محاولات جديدة معه.

ب/ أن يبالغ في طلب المقابل المادي لاستغلال الاختراع لدرجة مرهقة، أو بشروط لا تتناسب مع القيمة الفعلية للاختراع.

ج/ إذا قام مالك البراءة بممارسة حقوقه بشكل مناف للمنافسة المشروعة، كأن يلجأ مالك البراءة لتخفيض سعر المنتج لدرجة الخسارة بقصد القضاء على أي منافسة، ثم يعيد رفع الأسعار، أو يميز بين العملاء فيما يتعلق بأسعار وشروط استغلال الاختراع دون مبرر<sup>(٢٨)</sup>.

٦- **المحافظة على الصحة العامة والتغذية والمصلحة العامة:** يجوز إصدار تراخيص إجبارية لاستغلال أي اختراع يتعلق بالصحة العامة إذا اقتضت الضرورة ذلك، فإذا كان هناك اختراع يساعد في المحافظة على البيئة من التلوث، فيجوز إصدار ترخيص إجباري لاستغلاله لما قد يسببه التلوث البيئي من خطر يهدد الصحة العامة للإنسان والحيوان.

(٢٧) خاطر لطفي، مصدر سابق ص ١٠٣.

(٢٨) خاطر لطفي، مصدر سابق ص ١٠٠.

كما يجوز إصدار تراخيص إجبارية لاستغلال الاختراعات المتعلقة بالمحافظة على سلامة الغذاء وتوفيره، أو تقتضيها المصلحة العامة للدولة؛ كمنح ترخيص إجباري لتصنيع دواء لا توجد منه كميات كافية لسد حاجة البلد، أو لخفض أسعاره في الأسواق<sup>(٢٩)</sup>.

ففي أي من الحالات السابقة يعتبر مالك البراءة متعسفاً في استعمال حقه، مما يبرر منح ترخيص إجباري للغير لتدارك هذا التعسف إذا توفرت شروط معينة هي:

١- دراسة كل حالة من حالات الترخيص الإجباري على حدة، بمعنى أن يدرس كل طلب يقدم للحصول على ترخيص إجباري في ظل ظروفه الخاصة، وعلى حسب نوعية الاختراع ومدى توفره وحاجة المجتمع إليه، وبالتالي لا يجوز منح ترخيص إجباري في مجال معين كالمجال التكنولوجي لمجرد انتمائه لهذا المجال، وعدم منح ترخيص إجباري في مجال آخر دون بحث ظروفه الخاصة.

٢- أن يثبت طالب الترخيص الإجباري للجهات المختصة أنه قد بذل جهوداً جديّة مع مالك البراءة للحصول على ترخيص اختياري منه نظير مقابل مادي معقول، وأنه قد مضت فترة زمنية كافية على هذه المحاولات دون أن تكفل بنجاح<sup>(٣٠)</sup>.

٣- أن يكون الترخيص الإجباري محدد بمدة معينة ولهـدف معين، فإذا كان الترخيص الإجباري قد صدر بخصوص استغلال مادة كيميائية معينة بهدف تصنيع دواء لعلاج مرض معين أو مكافحة وباء محدد، فإنه يجب أن ينحصر استخدام هذه المادة فقط لتصنيع ذات الدواء ولعلاج نفس المرض دون أن يتجاوزها إلى تصنيع أدوية أخرى أو لعلاج مرض آخر، أما بالنسبة إلى مدة الترخيص الإجباري، فإن الجهات المختصة يحق لها أن تجدد مدة الترخيص لفترات أخرى إذا انقضت دون أن يتحقق الهدف من الترخيص الإجباري.

(٢٩) سينوت حليم دوس، مصدر سابق ص ٤١٥.

(٣٠) حسام الدين الصغير، مصدر سابق ص ٢٧٦.

٤- ألا يكون الترخيص الإجباري استثنائياً (مطلقاً)، ويقصد بهذا الشرط أن منح ترخيص إجباري على اختراع معين لشخص ما لا يمنع مالك البراءة من استغلال اختراعه بنفسه أو بمنح ترخيص اختياري للغير، كما يجوز للجهات المختصة منح أكثر من ترخيص إجباري لاستغلال ذات الاختراع الذي سبق ومنحت عنه رخصة إجبارية<sup>(٣١)</sup>.

وفي سياق هذا الشرط فإن هناك سؤال يفرض نفسه وهو: هل تكون شروط أول ترخيص إجباري سبق إصداره من قبل ملزمة ويجب مراعاتها في التراخيص اللاحقة سواء كانت اختيارية أم إجبارية؟ إن الإجابة على هذا السؤال، وبالرجوع لما ذكرناه عند توضيحنا للحالات التي يعد مالك البراءة فيها متعسفاً في استعمال حقه، ومنها حالة أن يميز مالك البراءة بين العملاء فيما يتعلق بأسعار وشروط استغلال الاختراع، فإن هذه الحالة تقودنا للإجابة بالإيجاب، فعند صدور ترخيص إجباري لشخص ما، ثم يرغب مالك البراءة في منح ترخيص اختياري لشخص آخر، أو ترغب الجهة المختصة في منح ترخيص إجباري آخر، يجب عليهما أي مالك البراءة والجهة المختصة مراعاة شروط الترخيص الإجباري الأول.

٥- يجب على طالب الترخيص الإجباري أن يدفع لمالك البراءة تعويضاً عادلاً يراعى في تقديره ما يلي:

- أ/ الفترة المتبقية من مدة البراءة.
- ب/ حجم وقيمة الإنتاج المرخص به.
- ج/ التناسب بين سعر المنتج ومتوسط الدخل العام للفرد.
- د/ حجم الاستثمارات المطلوبة للبحوث اللازمة للطرح التجاري.
- هـ/ حجم الاستثمارات اللازمة للإنتاج.
- و/ مدى توفر منتج مماثل في السوق.

(٣١) عبد الله حسين الخشروم، مصدر سابق ص ١١٧.

ز/ الأضرار التي سببتها الممارسات التعسفية لمالك البراءة<sup>(٣٢)</sup>.  
٦- التأكد من أن طالب الترخيص الإجباري قادر فعلاً على استغلال الاختراع وإنتاجه<sup>(٣٣)</sup>.

فإذا توفرت الشروط أعلاه مع أي حالة من الحالات التي سبق وبينها، كان من حق أي صاحب مصلحة أن يتقدم بطلب للجهات المختصة يفصح فيه عن رغبته في الحصول على ترخيص إجباري، والجهة المختصة بمنح التراخيص الإجبارية على اختلاف بين الدول قد تكون إحدى مؤسسات السلطة التنفيذية أو القضاء، فهناك دول تعطي السلطة التنفيذية كإدارة براءات الاختراع أو الوزير المختص مثلاً سلطة إصدار التراخيص الإجبارية كما هو الحال في إنجلترا وألمانيا والأردن، بينما هناك دول أخرى تعطي صلاحية إصدار التراخيص الإجبارية للسلطة القضائية، كونها تحقق الضمانات الكافية لأصحاب البراءات من حيث مدى لزوم منح التراخيص الإجبارية، ومن حيث تقدير التعويض الذي يستحقه مالك البراءة<sup>(٣٤)</sup>.

والنظام الأفضل من النظامين أعلاه، هو النظام الذي يعطي صلاحية إصدار التراخيص الإجبارية للسلطة التنفيذية، وذلك للآتي:

١- إن إصدار التراخيص الإجبارية بواسطة الأجهزة التنفيذية يخفف الضغط على القضاء.

٢- إن السلطة التنفيذية هي التي تقوم بتسجيل الاختراعات ابتداءً، وبالتالي فهي الأدرى بالاختراعات المسجلة في الدولة ومدة حمايتها ومدى توفر اختراعات مشابهة، وعمّا إذا كان الوضع يستدعي إصدار تراخيص إجبارية لاختراع معين أم لا.

<sup>(٣٢)</sup> السيد عبد الوهاب عرفه، الوسيط في حماية حقوق الملكية الفكرية، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٤م، ص ٥٠، انظر كذلك: أنور طلبة، مصدر سابق ص ١٤٣.

<sup>(٣٣)</sup> هاني دويدار، نطاق احتكار المعرفة التكنولوجية بواسطة السرية، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ١٩٩٦م، ص ١٤٨.

<sup>(٣٤)</sup> جلال وفاء محمد، الحماية القانونية للملكية الصناعية، الطبعة الثانية، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٠م، ص ٣٧٧.

٣- مع التسليم بأن منح التراخيص الإجبارية بواسطة القضاء يوفر ضمانات أكثر لمالك البراءة، إلا أن منح هذه التراخيص بواسطة السلطة التنفيذية لا يعنى أنها ستكون بمنأى عن القضاء، إذ يمكن لمالك البراءة بعد صدور قرار الترخيص الإجباري اللجوء إلى القضاء إذا كان يرفض قرار الترخيص في ذاته أو التعويض الذي حدد له.

وسواء كانت الجهة المختصة بإصدار التراخيص الإجبارية هي جهة تنفيذية أم قضائية، فإنه لا يجوز لمن حصل على الترخيص الإجباري أن يتنازل عنه للغير؛ إلا إذا اقترن ذلك بالتنازل عن المنشأة التي تستخدم هذا الاختراع.

وبعد صدور قرار الترخيص الإجباري، فإنه يحق للجهة المختصة تعديل شروط الترخيص من تلقاء نفسها أو بناء على طلب ذوي الشأن، كأن تعدل في مدة الترخيص أو المقابل المفروض لمالك البراءة<sup>(٣٥)</sup>.

وينقضي الترخيص الإجباري كقاعدة عامة بانتهاء مدته، ولكن يحق للجهات المختصة إلغاؤه قبل نهاية مدته من تلقاء نفسها أو بناء على طلب مالك البراءة، وذلك إذا تلاشت الأسباب التي أدت إلى إصدار الترخيص ولم يكن مرجحاً تكرار حدوثها مرة أخرى، مع ضرورة مراعاة المصالح المشروعة للمرخص له<sup>(٣٦)</sup>.

**وللتراخيص الإجبارية عدة مزايا وعدة عيوب، أما المزايا فتتمثل في:**

١- أن الترخيص الإجباري هو الحل الوحيد لامتناع مالك البراءة عن استغلال اختراعه.

٢- يعالج الترخيص الإجباري ظاهرة (براءات قطع الطريق)، ومضمون هذه الظاهرة أن تقوم شركة بشراء كل ما يصدر من براءات تتعلق بمجال انتاجها ولا تصنعها أو تستغلها حماية لمنتجاتها في الأسواق، ومنعاً لأي منافسة لها.

(٣٥) خاطر لطفي، مصدر سابق ص ١١١.

(٣٦) رأفت أبو الهيجاء، براءات الاختراع، الطبعة الأولى، الأردن، عالم الكتب الحديث للنشر والتوزيع، ٢٠٠٦م، ص ٢٢٣.

٣- أن وجود نظام الترخيص الإلزامي يحد من مبالغة المخترعين في طلباتهم لمنح التراخيص الاختيارية<sup>(٣٧)</sup>.

**وفي مقابل تلك المزايا فإن هناك عيوباً للتراخيص الإلزامية تتمثل في:**

١- امتناع بعض المخترعين من تسجيل اختراعاتهم خوفاً من منح تراخيص إجبارية عليها، والاحتفاظ بسرهما واستغلالها على نطاق محدد، الأمر الذي يقلل من استفادة المجتمع بالاختراع.

٢- إن نظام الترخيص الإلزامي يضعف هم المخترعين؛ لأنه يمكن أي شخص من استغلال أي اختراع دون موافقة مخترعه، وبمقابل قد يكون أقل مما يجب.

٣- قد يؤدي نظام الترخيص الإلزامي إلى منح ترخيص لشخص أو جهة ليس لديها الكفاءة الفنية لإنتاج الاختراع بالشكل المطلوب، وبالتالي تصنيع الاختراع بجودة أقل مما يجب أن تكون عليه<sup>(٣٨)</sup>.

إن جميع العيوب أعلاه لا تقلل من أهمية نظام التراخيص الإلزامية، فبغض النظر عن المزايا التي ذكرناها نجد أن العيوب الموضحة قليلة الأهمية على أرض الواقع، بل ومن النادر جداً أن تتحقق، فامتناع مخترع عن تسجيل اختراعه خوفاً من إصدار ترخيص إجباري عليه، يترتب عليه استخدام الاختراع على نطاق ضيق سراً مما يقلل من العائد المادي بالنسبة له، في حين أنه لو سجل الاختراع ثم صدر ترخيص إجباري فإنه يكون بمقابل مادي، وإن لم يقبل المخترع بالمقابل المادي فيمكنه الطعن فيه أمام الجهة التي يحددها القانون لزيادته، وبالتالي فإن المخترع الذي يصدر ترخيص إجباري على اختراعه في معظم الحالات إن لم نقل كلها سيحصل على مقابل مادي أو تعويض أكثر مما سيحصل عليه لو أنه استخدم ذات الاختراع سراً أما أن يؤدي الترخيص الإلزامي إلى إضعاف هم المخترعين فهو أمر غير متصور؛ وذلك لأن المخترع الذي يتوصل إلى اختراع ما يمكنه أن يستغله بنفسه أو يمنح ترخيص

<sup>(٣٧)</sup> سينيوت حليم دوس، مصدر سابق ص ٥٢٥.

<sup>(٣٨)</sup> عبد الله حسين الخشروم، مصدر سابق ص ١٠٨.

اختياري لغيره، فإذا حدث ذلك فإنه لا يكون هناك مجال لصدور الترخيص الإلزامي أو التخوف منه، ولعل أن الوضع الطبيعي هو أن كل مخترع يرغب في الاستفادة من اختراعه وذلك باستغلاله، فإن امتنع عن ذلك كان حينها الترخيص الإلزامي هو الحل مع احتفاظ المخترع بحقه المعنوي في نسبة الاختراع إليه، أضف إلى ذلك أن القول بأن الترخيص الإلزامي يثبط هم المخترعين ويثير مخاوفهم، يجعل نظام الترخيص الإلزامي كالسيف المسلط على رقاب المخترعين في كل وقت وحين، مع أن حقيقة الأمر هي أن الترخيص الإلزامي لا يتم اللجوء إليه إلا في حالات محددة وبمراعاة شروط معينة، وبالتالي فإن منح الترخيص الإلزامي ليس بالقرار التلقائي الذي تصدره الجهات المختصة عند تقديم أي طلب لها.

أما التخوف من أن الترخيص الإلزامي قد يؤدي إلى منح ترخيص لشخص أو جهة ليست لها الكفاءة الفنية لاستخدام الاختراع، فمردود عليه بأن من شروط منح الترخيص الإلزامي تأكد الجهة المختصة من أن طالب الترخيص لديه الامكانية الفعلية والقدرة على استخدام الاختراع، فإذا اتضح للجهة المختصة خلاف ذلك، وأن طالب الترخيص لا يملك الإمكانيات المطلوبة ترتب على ذلك رفض طلبه.

### المطلب الثالث

## أحكام وحالات الترخيص الإلزامي

### في الاتفاقيات الدولية والقانون السوداني

أولاً- الترخيص الإلزامي في الاتفاقيات الدولية:

نصت اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية لسنة ١٨٨٣م على الترخيص الإلزامي، ومنحت الدول حق النص عليه في قوانينها الوطنية كإجراء يتم اللجوء إليه إذا تعسف مالك البراءة في استخدام أو استغلال اختراعه وذلك في المادة (٥/أ/٢) بقولها: (لكل دولة من دول الاتحاد حق اتخاذ إجراءات تشريعية تقضي بمنح تراخيص إجبارية لتحويل دون ما قد ينتج من تعسف في مباشرة الحق الاستثنائي الذي تكفله

براءة الاختراع كعدم الاستغلال مثلاً)، وقد قيدت الاتفاقية إصدار التراخيص الإجبارية بالشروط الآتية:

أ/ مضي مدة أربع سنوات من تاريخ تقديم طلب البراءة أو ثلاث سنوات من تاريخ منحها مع وجوب تطبيق المدة التي تنقضي مؤخراً.  
ب/ ألا يقدم مالك البراءة أسباباً أو أضراراً مشروعة تبرر توقفه عن استغلال الاختراع طوال تلك المدة<sup>(٣٩)</sup>.

أما اتفاقية تريبس لسنة ١٩٩٤م؛ فقد نصت على التراخيص الإجبارية في المادة (٣١) منها تحت عنوان: (الاستخدامات الأخرى بدون الحصول على موافقة صاحب الحق)، وقد تضمنت هذه المادة من خلال فقراتها المتعددة على شروط إصدار التراخيص الإجباري وأحكامه كآلاتي:

حين يسمح قانون أي من البلدان الأعضاء باستخدامات أخرى للاختراع موضوع البراءة الممنوحة دون الحصول على موافقة صاحب الحق في البراءة بما في ذلك الاستخدام من قبل الحكومة أو أطراف ثالثة مخولة من قبل الحكومة، على البلدان الأعضاء احترام الأحكام الآتية:

(أ) دراسة كل ترخيص بالاستخدام في ضوء جدارته الذاتية.

(ب) لا يجوز السماح بهذا الاستخدام إلا إذا كان من ينوي الاستخدام قد بذل جهوداً قبل هذا الاستخدام للحصول على ترخيص صاحب الحق في البراءة بأسعار وشروط تجارية معقولة، وأن هذه الجهود لم تكفل بالنجاح في غضون فترة زمنية معقولة، ويجوز للبلدان الأعضاء منح إعفاء من هذا الشرط في حالة وجود طوارئ قومية أو أوضاع أخرى ملحة جداً أو في حالات الاستخدام غير التجاري لأغراض عامة، وفي حالة الطوارئ القومية الملحة أو الأوضاع الأخرى الملحة جداً يخطر صاحب الحق في البراءة مع ذلك حالما يكون ذلك ممكناً عملياً، وفي حالة الاستخدام غير التجاري لأغراض عامة حيثما تعلم الحكومة أو المتعاقد معها، دون إجراء بحث حول ما إذا

(٣٩) المادة (٤/٥) من اتفاقية باريس لسنة ١٨٨٣م.

كانت هناك براءة اختراع، أو كانت لديها أسباب بيينة لمعرفة أنه يجري استخدام براءة صالحة أو أنها ستستخدم من قبل الحكومة أو لحسابها، فإنه يتم إخطار صاحب الحق في براءة الاختراع فوراً.

(ج) يكون نطاق ومدة هذا الاستخدام محدودين بخدمة الغرض الذي أجاز من أجله هذا الاستخدام، وفي حالة تعلقه بتكنولوجيا أشباه الموصلات لا يجوز هذا الاستخدام إلا للأغراض العامة غير التجارية أو لتصحيح ممارسات تقرر بعد اتخاذ إجراءات قضائية أو إدارية أنها غير تنافسية.

(د) لا يجوز أن يكون مثل هذا الاستخدام مطلقاً.

(هـ) لا يجوز أن يكون مثل هذا الاستخدام قابلاً للتنازل للغير عنه، إلا فيما يتعلق بذلك الجزء من المؤسسة التجارية أو السمعة التجارية المتمتع بذلك الاستخدام.

(و) يجيز البلد العضو هذا الاستخدام أساساً لأغراض توفير الاختراع في الأسواق المحلية في ذلك البلد العضو.

(ز) يخضع الترخيص بهذا الاستخدام للأثناء، شريطة منح حماية كافية للمصالح المشروعة للأشخاص الذين أجاز لهم ذلك الاستخدام إذا انتهت، وعندما تنتهي الأوضاع التي أدت لذلك الترخيص ولم يكن من المرجح تكرار حدوثها، وللسلطة المختصة صلاحية النظر في استمرار هذه الأوضاع بناء على طلب أصحاب المصلحة المعنيين.

(ح) تدفع لصاحب الحق في البراءة تعويضات كافية حسب ظروف كل حالة من الحالات، مع مراعاة القيمة الاقتصادية للترخيص.

(ط) تكون قانونية أي قرار متخذ بإصدار ترخيص يجيز هذا الاستخدام خاضعة للنظر فيها أمام القضاء أو للمراجعة المستقلة من قبل سلطة منفصلة أعلى في ذلك البلد العضو.

(ي) يكون أي قرار متعلقاً بتحديد التعويض المنصوص عليه فيما يتعلق بهذا الاستخدام خاضعاً للنظر فيه أمام القضاء أو للمراجعة المستقلة من قبل سلطة منفصلة أعلى في ذلك البلد العضو.

(ك) لا تلتزم البلدان الأعضاء بتطبيق الشروط المنصوص عليها في الفقرتين الفرعيتين (ب) و(و) حين يكون السماح بهذا الاستخدام لأغراض تصحيح ممارسات تقرر بعد اتخاذ إجراءات قضائية أو إدارية أنها غير تنافسية، ويجوز أخذ ضرورة تصحيح الممارسات غير التنافسية في الاعتبار أثناء تحديد مبلغ التعويض في مثل هذه الحالات، وللسلطات المختصة صلاحية رفض إنهاء الترخيص، إذا كان وعندما يكون من المرجح تكرار حدوث الأوضاع التي أدت لمنح الترخيص.

(ل) حين يمنح الترخيص بهذا الاستخدام للسماح باستغلال براءة اختراع (البراءة الثانية) لا يمكن استغلالها دون التعدي على براءة أخرى (البراءة الأولى)، تطبق الشروط الإضافية الآتية:

١- يجب أن ينطوي الاختراع المطالب بالحق فيه بموجب البراءة الثانية على تقدم تكنولوجي ذي شأن وله أهمية اقتصادية كبيرة بالنسبة إلى الاختراع المطالب بالحق فيه في البراءة الأولى؛

٢- يحق لصاحب البراءة الأولى الحصول على ترخيص مقابل بشروط معقولة باستخدام الاختراع المزعوم في البراءة الثانية.

٣- لا يجوز أن يكون ترخيص الاستخدام الممنوح فيما يتعلق بالبراءة الأولى قابلاً للتنازل عنه للغير إلا مع التنازل عن البراءة الثانية.

**هذه هي احكام المادة (٣١)، وبعد توضيحها يلاحظ عليها الآتي:**

أ- أن عنوان هذه المادة يوحي بأنها ستوضح الحالات التي يمكن من خلالها اصدار التراخيص الإجبارية، مع أنها لم تتطرق أصلاً لتوضيح هذه الحالات سوى حالة واحدة أوضحتها الفقرة ل، ولذلك فمن الأفضل تعديل عنوان هذه المادة بإضافة كلمتي (احكام وشروط) إلى بداية العنوان.

ب- ذكرت المادة أحكام وشروط التراخيص الإجبارية بطريقة عشوائية، ولذلك فمن الأفضل تقسيمها إلى فقرتين رئيسيتين يقسمان دورهما إلى فقرات فرعية، بحيث تشمل الفقرة الرئيسية الأولى شروط منح التراخيص الإجبارية، وتشتمل الأخرى على أحكامها.

## ثانياً- الترخيص الإجباري في القانون السوداني:

أفرد قانون براءات الاختراع لسنة ١٩٧١م فصلاً كاملاً؛ لتوضيح حالات وشروط وأحكام الترخيص الإجباري، والجهة المختصة بإصداره.

وتتمثل حالات منح الترخيص الإجباري التي أوردها القانون في:

١- عدم استغلال الاختراع على الرغم من إمكانية استغلاله أو تشغيله داخل السودان، وأوضح القانون أن المقصود بتشغيل الاختراع هو تصنيع سلعة أو استخدام طريقة تصنيع أو استخدام آلة في صنعها تكون قد منحت عنها براءة، بواسطة مؤسسة ذات كفاءة موجودة داخل السودان، وأن يكون الإنتاج بمعدلات كافية لحاجة السوق.

٢- استغلال الاختراع وإنتاجه بشكل غير كاف بحاجة السوق، رغم توفر إمكانية الإنتاج بمعدلات أكبر.

٣- إذا لم يتم تشغيل الاختراع الممنوحة عنه البراءة داخل السودان، أو تأخر تنفيذه بسبب استيراده من الخارج.

٤- إذا امتنع مالك البراءة عن منح رخص تعاقدية بشروط معقولة للغير (تعسف مالك البراءة).

وقد قيد القانون منح الترخيص الإجباري في الحالات السابقة بالشروط الآتية:

أ- انقضاء مدة أربع سنوات من تاريخ تقديم طلب البراءة، أو ثلاث سنوات من تاريخ منح البراءة، أيهما أطول.

ب- أن يكون امتناع مالك البراءة عن استغلال اختراعه دون سبب مشروع أو عذر مقبول، ولا يعد الاستيراد عذراً مقبولاً بأي حال من الأحوال<sup>(٤٠)</sup>.

٥- الاختراعات المرتبطة: فيما يتعلق بالاختراع المرتبطة، فإن القانون قد فصل القول فيها إلى حالتين هما:

**الحالة الأولى:** إذا كان الاختراع الجديد يخدم أغراضاً صناعية تختلف عن أغراض الاختراع القديم، ففي هذه الحالة يمنح الترخيص الإجباري بالشروط الآتية:

<sup>(٤٠)</sup> المادة (٣٤) من قانون براءات الاختراع لسنة ١٩٧١م.

أ- أن ينطوي الاختراع الجديد على تقدم فني ملحوظ.

ب- أن يكون نطاق الترخيص الإجباري بالقدر الضروري لتشغيل الاختراع الجديد.  
الحالة الثانية: إذا كان الاختراعان يؤديان نفس الوظيفة الصناعية، ففي هذه الحالة لا تمنح رخصة إجبارية لمالك براءة الاختراع الجديد، إلا إذا منحت رخصة لاستغلال الاختراع الجديد لمالك البراءة القديمة<sup>(٤١)</sup>.

فالفرق بين الحالتين إذاً يكمن في أن الاختراع الجديد إذا كان يتضمن خطوة إبداعية، ويؤدي إلى تقدم ملموس في المجال الصناعي، كان من الممكن منح صاحبه ترخيصاً إجبارياً دون أن يكون لمالك الاختراع القديم حق مماثل، أما إذا كان كلا الاختراعين يحققان نفس النتائج الصناعية، ترتب على منح رخصة إجبارية لمالك الاختراع الجديد حصول نظيره مالك الاختراع القديم على رخصة إجبارية أيضاً لاستغلال الاختراع الجديد.

إن تقسيم القانون السوداني للاختراعات المرتبطة على الوجه السابق، تقسيم فيه إجحاف على مالك الاختراع القديم، وتحديدًا في الحالة الأولى عندما يكون الاختراع الجديد متضمناً لنوع من التقدم الصناعي، إذ في هذه الحالة تكون الرخصة الإجبارية حقاً لمالك الاختراع الجديد، دون أن يكون لمالك الاختراع القديم حق مماثل، والسؤال هنا لماذا هذا التمييز؟ إذا كانت الإجابة بأن الاختراع الجديد يحقق خطوة إبداعية في المجال الصناعي، أفلا يعتمد هذا الاختراع الجديد بشكل أو بآخر على الاختراع القديم؟

<sup>(٤١)</sup> تنص المادة (٣٦) من قانون براءات الاختراع لسنة ١٩٧١م على أنه:

١- إذا كان الاختراع الذي تحميه البراءة في داخل البلد لا يمكن تشغيله بدون الإخلال بحقوق مستمدة من براءة ممنوحة بناء على طلب سابق أو بحقوق تقيده من أولوية سابقة فيجوز في هذه الحالة منح رخصة إجبارية عند الطلب بموجب الشروط المبينة في المادة (٤٤) إلى صاحب البراءة اللاحقة بالقدر الضروري لتشغيل اختراعه إذا كان ذلك الاختراع يخدم أغراضاً صناعية تختلف عن أغراض الاختراع موضوع البراءة السابقة أو تنطوي على تقدم فني ملحوظ.

٢- إذا كان الاختراعان يخدمان نفس الأغراض الصناعية فلا تمنح رخصة إجبارية إلا إذا منحت رخصة بالنسبة للبراءة اللاحقة لصاحب البراءة السابقة المسجل إذا طلب منحها إليه.

وإذا لم يكن للاختراع القديم أهمية بالنسبة إلى الاختراع الجديد، فلماذا المطالبة بترخيص إجباري إذا؟! إن منطق العدالة والمساواة يقتضي هنا أن يكون لمالك الاختراع القديم الحق في الحصول على رخصة إجبارية على الاختراع الجديد متى رغب في ذلك، ويمكن خلق التوازن بين المالك القديم والمالك الجديد بفرض مقابل مالي أكثر على مالك الاختراع القديم لمنحه ترخيص إجباري لاستغلال الاختراع الجديد، مقارنة بالمقابل المالي المفروض على مالك الاختراع الجديد لاستغلال الاختراع القديم، باعتبار أن الاختراع القديم هو الأقل تطوراً<sup>(٤٢)</sup>.

٦- ضرورة الدفاع أو الاقتصاد القومي والصحة العامة: منح القانون الحق للوزير في أي من الحالات السابقة بإصدار ترخيص إجباري لاستغلال أي اختراع، سواء كان ذلك الترخيص لتصنيع سلعة بذاتها، أو لاستيرادها من الخارج، أو لاستخدام طريقة للتصنيع، بل يجوز منح الترخيص في هذه الحالات ولو قبل انقضاء مدة الثلاث أو الأربع سنوات السابق الإشارة إليها<sup>(٤٣)</sup>.

**هذه هي الحالات التي يجوز فيها منح ترخيص إجباري للغير، مع ضرورة**

#### **مراعاة الشروط الآتية:**

أ- أن يثبت طالب الترخيص الإجباري أنه سبق واتصل بصاحب البراءة بخطاب مسجل للحصول على رخصة تعاقدية، ولكنه لم يتمكن من الحصول عليها منه بشروط معقولة في مدة معقولة.

ب- أن يقدم طالب الترخيص الإجباري الضمانات اللازمة لاستخدام الاختراع وإنتاجه بطريقة كافية لتغطية أوجه النقص، أو لمواجهة الاحتياجات التي نشأ عنها طلب الرخصة الإجبارية.

ج- ألا تكون الرخصة الإجبارية مطلقة (استثنائية).

<sup>(٤٢)</sup> المادة (٣٥) من قانون براءات الاختراع لسنة ١٩٧١م.

<sup>(٤٣)</sup> تطابق المواد (٣٤ . ٣٥ . ٣٦) من قانون براءات الاختراع السوداني لسنة ١٩٧١م، المادة (٢٣) من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري لسنة ٢٠٠٢م.

د- أن يلتزم طالب الترخيص الإجباري بدفع المقابل المادي المناسب لمالك الاختراع<sup>(٤٤)</sup>.

فإذا توفرت هذه الشروط مع أي حالة من الحالات التي سبق بيانها، كان من حق الغير الحصول على رخصة إجبارية لاستغلال أي اختراع، والفرق بين هذه الشروط وتلك التي أوضحتها المادة (٣٤) السابق الإشارة إليها، هو أن الشروط الموضحة أخيراً يجب أن تتوفر مع جميع الحالات، أما الشرطان الموضحان في المادة (٣٤) فيجب توفرهما بالإضافة للشروط الاخيرة في الحالات الأربع الأولى فقط.

**وإجراءات الحصول على رخصة إجبارية كما أوضحها القانون تكون كالاتي:**

١- تقديم طلب الحصول على الرخصة الإجبارية إلى المحكمة المختصة، ويبدو واضحاً أن الجهة المختصة بمنح التراخيص الإجبارية في السودان هي السلطة القضائية.

٢- بعد تسليم الطلب للمحكمة، يجب على مراقب المحكمة أن يدعو طالب الرخصة ومالك البراءة للحضور أمام المحكمة شخصياً أو بواسطة ممثلين لهما خلال ميعاد معقول، وفي التاريخ المحدد تستمع المحكمة للطرف أو الطرفين الحاضرين أو ممثليهما، وعلى المحكمة قبل أن تمنح الرخصة الإجبارية أن تحصل على رأي الوزير الذي يكون له أن يندب ممثلاً لحضور الجلسة، وإبداء أي ملاحظات مناسبة.

٣- يجب أن تقرر المحكمة أولاً ما إذا كان ممكناً منح الرخصة الإجبارية أم لا، فإذا وجدت أن ذلك ممكناً منحت الطرفين وقتاً معقولاً للاتفاق، فإذا اتفقا كانت الرخصة التعاقدية هي البديل للرخصة الإجبارية، وتتقضي إجراءات الترخيص الإجباري إلى هنا، أما إذا فشل في التوصل إلى اتفاق، كان على المحكمة أن تستمر في إجراءاتها وتقوم بتحديد المقابل الذي يستحقه مالك الاختراع، وتكون شروط الرخصة الإجبارية ومبلغ التعويض مكونة لعقد صحيح بين الطرفين.

<sup>(٤٤)</sup> المواد (٣٧ - ٤٠) من قانون براءات الاختراع لسنة ١٩٧١، وهي تطابق المادة (٢٤) من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري لسنة ٢٠٠٢م.

#### ٤- تعلن المحكمة للأطراف قرارها بمنح الرخصة الإجبارية<sup>(٤٥)</sup>.

هذه هي إجراءات الحصول على الرخصة الإجبارية كما أوضحها القانون، ويجب التنبيه إلى أن الرخصة الصادرة بموجب قرار المحكمة لا تكون سارية أو لها أثر قانوني؛ إلا إذا تم تسجيلها بقسم براءات الاختراع بناء على طلب أحد الأطراف أو بناء على إعلان المحكمة، مع العلم بأن تسجيل قسم براءات الاختراع للرخصة الإجبارية يتم دون رسوم<sup>(٤٦)</sup>.

وبعد صدور الرخصة الإجبارية وتسجيلها، يحق للمرخص له استغلال الاختراع وإنتاجه، كما يحق للمرخص له إجبارياً والمرخص له تعاقدياً أيضاً أن يطلب من مالك البراءة كتابة اتخاذ كافة الإجراءات القانونية اللازمة لحماية الاختراع أو لوقف أي تعدي عليه، فإن رفض مالك البراءة أو أغفل اتخاذ الإجراءات القانونية لمدة ثلاثة أشهر من تاريخ الطلب، فيجوز للمرخص له تعاقدياً أو إجبارياً اتخاذ كل الإجراءات القانونية باسمه وذلك بموجب الرخصة المسجلة، مع عدم الإخلال بحق مالك البراءة في التدخل في هذه الإجراءات<sup>(٤٧)</sup>.

ولا يجوز للمرخص له أن يحول الرخصة الإجبارية للغير أو يتنازل عنها أو يتصرف فيها إلا إذا اقترن ذلك بالتصرف في مؤسسته، أو مع الجزء الذي يستخدم الاختراع من المؤسسة، بل وأن التصرف في الرخصة الإجبارية حتى وإن كان بسبب التصرف في مؤسسة المرخص له إجبارياً، فإنه لا يتم إلا بموافقة المحكمة المختصة

---

<sup>(٤٥)</sup> المادة (٤٤) من قانون براءات الاختراع لسنة ١٩٧١م وتصدر التراخيص الاجبارية في مصر بواسطة لجنة وزارية تشكل بقرار من رئيس مجلس الوزراء، المادة (٢٣) من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري لسنة ٢٠٠٢م.

<sup>(٤٦)</sup> المادة (٤٢) من قانون براءات الاختراع لسنة ١٩٧١م.

<sup>(٤٧)</sup> المادة (٥٢) من قانون براءات الاختراع لسنة ١٩٧١، ولم يتضمن قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري لسنة ٢٠٠٢م على نص مماثل.



وتسجيل التحويل بقسم براءات الاختراع، كما أن القانون يمنع المرخص له إجبارياً منعاً باتاً من أن يمنح بدوره رخصة من الباطن للغير<sup>(٤٨)</sup>.

وقد أجاز القانون للمحكمة المختصة تعديل شروط الرخصة الإجبارية بناء على طلب مالك البراءة أو المرخص له إجبارياً، إذا كان ذلك مبرراً بوقائع أو أمور جديدة. ويمنح القانون الحق لمالك البراءة في المطالبة بإلغاء الترخيص الإجباري وذلك في الحالتين أدناه:

أ- إذا لم يراع المرخص له إجبارياً الشروط المنصوص عليها في الرخصة الإجبارية.  
ب- إذا زالت الأسباب وانقضت الظروف التي أدت إلى إصدار الترخيص الإجباري، وفي هذه الحالة يمنح المرخص له مهلة معقولة ليكف عن تشغيل الاختراع، إذا كان التوقف المفاجئ يسبب له ضرراً جسيماً.

وفي كلا الحالتين، يجب على مالك البراءة أن يتبع ذات الإجراءات المنصوص عليها للحصول على الترخيص الإجباري ابتداءً، ويجب تسجيل قرار إلغاء الرخصة الإجبارية لدى قسم براءات الاختراع<sup>(٤٩)</sup>.

هذه هي أحكام الترخيص الإجباري المنصوص عليها في قانون براءات الاختراع لسنة ١٩٧١م، وبعد أن استعرضناها يلوح لنا سؤال وهو هل يمكن أن تكون الرخصة الإجبارية مؤقتة بفترة زمنية تحدد عند إصدارها؟ تصدر الرخصة الإجبارية في ظل هذا القانون وتكون مستمرة غير مقيدة بزمن، ويبرر هذه الاجابة ما يلي:

١- أن القانون لم يتضمن أي نص يمكن أن يستدل منه على إمكانية تأقيت الرخصة الإجبارية أو تحديدها بزمن، ولو أن المشرع أراد ذلك لنص عليه.

<sup>(٤٨)</sup> المادة (٤١) من قانون براءات الاختراع لسنة ١٩٧١م، والمواد (٤١ و ٤٢) من قانون براءات الاختراع لسنة ١٩٧١م تطابق المادة (٢٤) من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري لسنة ٢٠٠٢م.

<sup>(٤٩)</sup> المادة (٤٣) من قانون براءات الاختراع لسنة ١٩٧١م، وتطابق المادة ٢٤ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري لسنة ٢٠٠٢م.

٢- نص القانون على الحالات التي تؤدي إلى إلغاء الرخصة الإجبارية، وحصرها في حالتين، فلو أن الرخصة الإجبارية كان من الممكن أن تحدد بزمان تنقضي بعده تلقائياً، لكان هناك نص يدل على زوالها أو المطالبة بإلغائها بعد انقضاء مدتها. وعليه فإن الرخص الإجبارية في القانون السوداني تصدر غير محددة بزمان، وتكون إمكانية إلغائها في الحالتين اللتين ذكرناهما، وبناء على طلب مالك البراءة.

## الخاتمة

في هذا البحث، عرفنا الاختراع، وبراءة الاختراع، وأوضحنا ما يترتب على البراءة من حق للمخترع في احتكار استغلال الاختراع محل البراءة، وما يقابل هذا الحق من التزام باستغلال الاختراع، فإذا أمتنع عن استغلال الاختراع كان الحل هو إصدار رخص إجبارية في حالات معينة، وبشروط وضوابط محددة، وأوضحنا في الاتفاقيات الدولية والقانون السوداني -مقارنة مع القانون المصري- وفيما يلي أهم النتائج والتوصيات التي تم التوصل لها.

### أولاً- النتائج:

- ١- الشروط والمبالغ المالية التي تحدد في أول ترخيص إجباري لاستغلال اختراع معين يجب التقييد بها عند منح أي ترخيص لاحق اختياري ام إجباري.
- ٢- الرخص الإجبارية الصادرة بموجب قانون براءات الاختراع السوداني لسنة ١٩٧١م لا تكون محددة بفترة زمنية معينة.
- ٣- أحكام الترخيص الإجباري في القانون السوداني تتوافق مع الاتفاقيات الدولية.

### ثانياً- التوصيات:

- ١- معاملة المخترع الذي بدأ باستغلال اختراعه ثم توقف نفس معاملة المخترع الذي لم يستغله نهائياً.
- ٢- منح سلطة إصدار التراخيص الإجبارية للجهات التنفيذية.



٣- تعديل المادة (٣٦) من قانون براءات الاختراع السوداني لسنة ١٩٧١م، بحيث يكون لمالك الاختراع القديم، في حال الاختراعات المرتبطة، الحق في الحصول على رخصة إجبارية على الاختراع الجديد متى رغب في ذلك.

## المراجع

### أولاً- الكتب:

- أحمد علي عمر، الملكية الصناعية وبراءات الاختراع (الاسكندرية، مطبعة الحلمية، ١٩٩٣م).
- ادوار عيد، الاعمال التجارية والتجار والمؤسسة التجارية (بيروت، دار المستشار للطباعة والنشر والتوزيع، ١٩٧١م).
- أنور طلبية، حماية حقوق الملكية الفكرية، الطبعة الاولى (الاسكندرية، المكتب الجامعي الحديث، ٢٠٠٦م).
- جلال وفاء محمدين، الحماية القانونية للملكية الصناعية، الطبعة الثانية (الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٠م).
- حسام عبد الغني الصغير، أسس ومبادئ اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية، الطبعة الاولى (القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٩٩م).
- حمد الله محمد حمد الله، الوجيز في الملكية الصناعية والتجارية، الطبعة الثانية (القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٩٧م).
- خاطر لطفي، موسوعة حقوق الملكية الفكرية (القاهرة، شركة ناس للطباعة، ٢٠٠٣م).
- رأفت صلاح احمد أبو الهيجاء، براءات الاختراع، الطبعة الاولى (الاردن، عالم الكتب الحديث للنشر والتوزيع، ٢٠٠٦م).
- سائد احمد الخولي، حقوق الملكية الصناعية، الطبعة الاولى (عمان، دار مجدلاوي، ٢٠٠٤م).
- سميحة القليوبي، القانون التجاري (القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٨١م).

- سميحة القليوبي، الملكية الصناعية (القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٧١ م).
  - سمير جميل الفتلاوي، استغلال براءة الاختراع (دون ناشر، دون سنة طبع).
  - السيد عبد الوهاب عرفه، الوسيط في حماية حقوق الملكية الفكرية (الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٤ م).
  - سينوت حليم دوس، دور السلطة العامة في مجال براءات الاختراع (الاسكندرية، منشأة المعارف، ١٩٨٣ م).
  - صلاح زين الدين، شرح التشريعات الصناعية والتجارية، الطبعة الاولى (الاردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٧ م).
  - عبد الله حسين الخشروم، الوجيز في حقوق الملكية الصناعية والتجارية، الطبعة الاولى (الاردن، دار وائل للنشر، ٢٠٠٥ م).
  - عبد الغني محمود، الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا في القانون، الطبعة الاولى (القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٩١ م).
  - محمود سمير الشرقاوي، القانون التجاري (القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٨٢ م).
- ج ١.

- نادية محمد معوض، القانون التجاري، الطبعة الاولى (القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠ م).
- هاني محمد دويدار، نطاق احتكار المعرفة التكنولوجية بواسطة السرية (الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ١٩٩٦ م).

### ثانياً- الاتفاقيات الدولية:

- اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية لسنة ١٨٨٣ م.
- اتفاقية تريبيس لسنة ١٩٩٤ م.

### ثالثاً- القوانين:

- قانون براءات الاختراع السوداني لسنة ١٩٧١ م.
- قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري لسنة ٢٠٠٢ م.











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:

- **Pleasure Marriage (Mut'ah) in the Ibadi Jurisprudence (An Analytical Study)**  
Dr. Majid Mohammed Salim Al-Kindi
- **Women's Issues between Legislation and Purpose (A Jurisprudential Purpose-Based Study)**  
Dr. Hany Kamal Mohammed Gaafer
- **The Legal Adjustment in the View of the Islamic Bank Disputes (A Comparative Study with the Omani Law Provisions)**  
Dr. Mohammed Saif Dwaim AL-Shuaili
- **Provisions of Liability in Traffic Accidents**  
Hamoud Ali Salim Al-badi
- **The Legal System for Media Responsibility for Disclosing Job Secrets (A Comparative Study)**  
Dr. Hesham Abd Al- Sayed Al-Safi Muhammad
- **Not Harming the Course of Justice as a Reason for Referring the Case To a New Reason for Referring the Case from the Individual Primary Court to the Tripartite Court (A Study in the Omani Civil and Commercial Procedures Law)**  
Dr. Ali Abou Attia Abou Attia Haikal
- **Accepting New Reasons before the Court of Cassation (A Comparative Analytical Study)**  
Dr. Mohamed Mabrouk Mohamed Moustafa
- **Constitutional Procedures and Forms and their Impact on Sovereign Acts According to Judicial Rulings (A Comparative Study)**  
Dr. Sameh Saad Mohammed Hassan
- **Compulsory License to Use the Patent (In Sudanese Law and Conventions)**  
Dr. Mohamed Mahmoud Osman Barahan