(نصف سنوية)

مجلة العلوم القانونية

Email: lawmagazine@ajman.ac.ae

السنة الثانية - العدد الثالث: ربيع الأول ١٤٣٦هـ - يناير ٢٠١٤م

مجلة إلكترونية دورية علمية محكمة تعنـــي بالدراسات الشرعية والقانونية والاقتصاديـــة

- النظام القانوني للحبس الانفرادي في ظل مبادئ حقوق الإنسان

  الدكتور عـامـر غسان فـاخـوري

- اتجاه القضاء الفرنسي نحو التوسع في مفهوم المسؤولية عن فعل الغير

  د. رغيد عبد الحميد فتال

- اتفاق التّحكيم في ضوء القانون الإماراتيّ - دراسة مقارنة -

  د. محمد سامر القطّان

- حماية أموال الصغير في القانون العراقي دراسة تحليلية مقارنة

  د. ايمان يوسف نوري

تصدر عن كلية القانون، جامعة عجمان للعلوم والتكنولوجيا - دولة الإمارات العربية المتحدة

law.ajman.ac.ae

الترقيم الدولي: ISBN978 - 9948 - 15 - 966 - 7

مجلة العلوم القانونية - مجلة علمية إلكترونية دورية محكمة
(نصف سنوية) تقبل النشر باللغات العربية والإنجليزية والفرنسية،
ترمي إلى الإسهام في تطوير المعرفة ونشرها، وذلك بنشر البحوث
والدراسات الشرعية والقانونية والاقتصادية، وتعتبر المجلة سجلاً وثائقياً
للبحوث والدراسات الشرعية والقانونية والاقتصادية.

الهيئة الاستشارية للمجلة

القاضي الدكتور / عبد الوهاب عبدول
رئيس المحكمة الاتحادية العليا - الإمارات

معالي الأستاذ الدكتور / أحمد جمال الدين موسى
أستاذ الاقتصاد بكلية الحقوق - جامعة المنصورة
وزير التعليم المصري الأسبق

الأستاذ الدكتور / رفعت العوضي
رئيس مكتب هيئة الإعجاز العلمي بالقاهرة التابع لمنظمة المؤتمر
الإسلامي - أستاذ الاقتصاد بكلية التجارة - جامعة الأزهر

الأستاذ الدكتور / محمد المرسي زهرة
أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق - جامعة عين شمس
العميد الأسبق لكلية الشريعة والقانون
جامعة الإمارات العربية المتحدة

الأستاذ الدكتور / جاسم الشامسي
العميد السابق لكلية القانون
جامعة الإمارات العربية المتحدة

القاضي الدكتور / جمال السميطي
مدير عام معهد دبي القضائي

أهداف المجلة: تسعى مجلة العلوم القانونية إلى تحقيق عدة أهداف، أهمها:

١- تعميق المعرفة بأحكام الشريعة الإسلامية والتشريعات القانونية والإقتصادية على المستويين المحلي والإقليمي.

٢- تنمية القدرة على البحث القانوني لدى المشتغلين بالقانون داخل الدولة وخارجها.

٣- التعاون مع كليات القانون والشريعة والحقوق على المستوى المحلي والإقليمي والدولي.

٤- تدعيم التواصل مع كافة الأجهزة الحكومية والهيئات والمؤسسات العامة والخاصة العاملة في المجال القانوني.

٥- تقديم العون للجهات القضائية من خلال التعليق على الأحكام والمبادئ القضائية وتحليلها.

اهتمامات المجلة: تعنى المجلة بنشر ما يلي:

١- البحوث العلمية الرصينة في مجالات التخصص.

٢- البحوث والدراسات المعنية بالفقه الاسلامي.

٣- البحوث والدراسات النقدية التي تتصل بالإصدارات في مجالات التخصص التي تعنى بها المجلة.

٤- البحوث والدراسات العلمية المعنية بمعالجة المشكلات المعاصرة والقضايا المستجدة في مجال الشريعة والقانون والإقتصاد.

٥- البحوث والدراسات العلمية التي تسهم في رقي المجتمع حضارياً والمحافظة على هويته العربية والإسلامية.

قواعد النشر في المجلة:

١- تعهد من الباحث بأن البحث لم يسبق نشره وأنه يلتزم بالمبادرة بإخطار المجلة في حالة تقديم البحث للنشر في مجلة أخرى طالما لم تبد المجلة رأيها - بعد - في البحث.

٢- لا يجوز نشر البحث في مجلة أخرى (أو مؤتمر أو ندوة علمية أو بأي وسيلة أخرى) بعد قبوله للنشر في المجلة إلاّ بعد الحصول على إذن كتابي من مدير التحرير.

٣- أن يلتزم الباحث المنهجية العلمية والتوثيق العلمي لمادة البحث ، وأن يتسم البحث بالأصالة والإضافة للمعرفة القانونية.

٤- ألا يكون البحث مستلاً من رسالة علمية (ماجستير أو دكتوراه) نال بها الباحث درجة علمية، أو منشورا من قبل على أي صورة من صور النشر.

٥- ألا يتجاوز حجم البحث خمسين صفحة إلاّ إذا اقتضى ذلك الحفاظ على وحدة البحث.

٦- على الباحث أن يختتم بحثه بخاتمة يبين فيها أهم النتائج التي توصل إليها، وكذلك التوصيات التي يراها.

٧- تقدم البحوث مطبوعة بخط Simplified Arabic وتكتب العناوين الرئيسة والفرعية بالخط الأسود العريض بحجم (١٦) ، وحجم (١٤) للنصوص في المتن، وبحجم (١٢) للهوامش في أسفل كل صفحة، ويكتب البحث على وجه واحد، مع ترك مسافة ١,٥ بين السطور. وينبغي مراعاة التصحيح الدقيق في جميع النسخ.

٨- تكون الحواشي ٢,٥ سم على جوانب الصفحة الأربعة.

٩- أن يراعي في التهميش والترقيم والتواريخ وذكر المراجع والمؤلفين الآتي:

أ. أن تكون الإشارة إلى صفحات المصادر والمراجع في الهامش وليس في صلب البحث.

ب. أن ترقم هوامش كل صفحة على حده، ويراعي في الترقيم الأرقام المتعارف عليها في الأسلوب العربي.

ت. عند ذكر الأعلام والمؤلفين يذكر اسم الشخص أولا ثم اسم أبيه وجده ثم لقبه.

ث. تثبت المصادر والمراجع العلمية ومؤلفوها في نهاية البحث بالترتيب الهجائي، مع بيانات الطباعة والنشر.

١٠-يقدم البحث في نسخة إلكترونية مع مراعاة التدقيق اللغوي.

١١-يقدم الباحث موجزاً لسيرته العلمية في حدود عشرة سطور في صفحة مستقلة، تتضمن: الاسم، وجهة عمله، ورتبته العلمية، وأهم أبحاثه، مع صورة شخصية حديثة، وملخص للبحث في حدود ٥٠٠ كلمة باللغتين العربية والإنجليزية.

١٢-يتم عرض البحث - على نحو سري - على محكمين من ذوي الكفاءة من يقع عليهم اختيار المجلة.

١٣-تخطر المجلة أصحاب البحوث المقدمة بموقفها من نشر بحوثهم على النحو التالي:

أ. يخطر أصحاب البحوث الواردة بوصولها إلى المجلة خلال أسبوع من تاريخ الوصول.

ب. يخطر أصحاب البحوث المقبولة بإجازة بحوثهم للنشر.

ت. في حالة وجود ملاحظات على البحث، يعاد البحث لصاحبه لاستيفاء هذه الملاحظات ليكون صالحاً للنشر.

١٤-يعتذر للباحث الذي لم توافق لجنة المحكمين على نشر بحثه دون الالتزام بإبداء الأسباب.

١٥-أصول البحوث المقدمة للمجلة لا ترد سواءً نشرت أو لم تنشر.

١٦-ما ينشر في المجلة من آراء تعبر عن أفكار أصحابها ولا تمثل بالضرورة رأي المجلة أو الجامعة.

١٧-يمنح الباحث نسخة إلكترونية تحتوي على: بحثه المنشور، والعدد الذي نشر فيه البحث كاملاً، كل في ملف مستقل.

١٨-توجه جميع المراسلات باسم عميد كلية القانون، جامعة عجمان للعلوم والتكنولوجيا، على البريد الإلكتروني الآتي: lawmagazine@ajman.ac.ae

الأشياء المطلوب تسليمها:

١- طلب بنشر البحث.

٢- تقدم البحوث وجميع المراسلات إلكترونية من خلال البريد الإلكتروني المبين .

ص. ب.: ٣٤٦ عجمان، الإمارات العربية المتحدة، هاتف: ٦١٣١ ٧٠٥ ٦ ٩٧١+ أو ٦٤٤١ ٧٠٥ ٦ ٩٧١+
فاكس: ٦٢٧٠ ٧٠٥ ٦ ٩٧١+، البريد الإلكتروني: lawmagazine@ajman.ac.ae

law.ajman.ac.ae

بسم الله الرحمن الرحيم

كلمة العدد

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على رسوله الصادق الأمين وعلى جميع الأنبياء والمرسلين، وبعد...

تقدم كلية القانون بجامعة عجمان للعلوم والتكنولوجيا إصدارها الثالث من «مجلة العلوم القانونية» وهي مجلة علمية إلكترونية دورية محكمة (نصف سنوية) تقبل النشر باللغات العربية والإنجليزية والفرنسية، وتعنى بنشر البحوث والدراسات الشرعية والقانونية والاقتصادية.

ويتضمن العدد الثالث من المجلة أربعة بحوث باللغة العربية، تتوزع بين تخصصات القانون الدولي العام والقانون التجاري والقانون المدني.

أول هذه البحوث جاء تحت عنوان «**النظام القانوني للحبس الانفرادي في ظل مبادئ حقوق الإنسان**» أشار فيه الباحث أنه إلى أنه يتوجب على القوانين الوطنية أن تسير في شأن موضوع الحبس الانفرادي بالتوازي مع الاتفاقيات الدولية والإقليمية ومبادئ حقوق الإنسان المتفق عليها. ذلك أن هذا التدبير وعلى الرغم من خطورته إلا أن معاهدات حقوق الإنسان الدولية والإقليمية لم تعطه العناية الواجبة، فمعاهدات حقوق الانسان تكاد تخلو من أي تنظيم صريح وواضح لتلك المسألة. كما أنه وعلى الرغم من أن الحبس الانفرادي يعتبر تدبيراً قاسياً ويتعارض مع إعادة التأهيل ويتعارض أيضا مع الهدف من نظام السجون فما زال العديد من الدول، بغض النظر عن نظامها القانوني، يحرص على تطبيق هذه العقوبة بدرجات مختلفة. وقد سعى الباحث إلى دراسة مدى شرعية هذه العقوبة في ظل مبادئ حقوق الإنسان والقوانين الدولية المعاصرة من خلال معالجة أحدث قرارات المحاكم الدولية والإقليمية وكذلك من خلال التطبيقات القضائية المختلفة.

أما البحث الثاني فقد جاء تحت عنوان "**اتجاه القضاء الفرنسي نحو التوسع في مفهوم المسؤولية عن فعل الغير**"، أشار فيه الباحث إلى أن أحكام القضاء تطورت تدريجياً، وباتت المسؤولية العامة عن فعل الغير لا تتعلق بالأشخاص المكلفين بتنظيم ورقابة طريقة عيش ذوي الاحتياجات الخاصة، أو الشخص الذي يحتاج إلى رقابة أو حماية معينة بسبب حالته الذهنية، أو النفسية، أو عمره، فحسب، بل أيضاً بأشخاص آخرين إذا ما توفرت شروط معينة منها ما يتعلق بالجهة المسؤولة مدنياً عن فعل الغير، والمعيار هنا هو السلطة التي تتمتع بها هذه الجهة تجاه الأشخاص المسؤولة عن فعلهم. ففي السنوات الأخيرة بدأ التوسع في تطبيق الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ من القانون المدني الفرنسي لتشمل كل من يشرف على نشاط الغير مهما كان نوع النشاط؛ فالفكرة التي أوجدها حكم «Blieck» الشهير لم تعد تطبق

على لاعبي «الروكبي» فحسب، بل على كل من يمارس أنشطة رياضية كلاعبي كرة القدم مثلاً، فضلاً عن أنشطة أخرى؛ وقد غير القضاء الفرنسي مساره القديم واستقر على أن الأندية الرياضية ليست مسؤولةً حكماً على أساس الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ من القانون المدني الفرنسي إلا عن الأضرار التي يسببها لاعبوها بخطئهم المتمثل في خرق قواعد اللعبة، لأن الأندية الرياضية تشرف على نشاط لاعبيها؛ كما استقر القضاء على إمكانية مساءلة الأندية الرياضية عن الأضرار المرتكبة أثناء التمرين، والمباريات الرسمية، واللقاءات الودية.

ويأتي البحث الثالث ليتناول موضوع «**اتفاق التحكيم في ضوء القانون الإماراتي دراسة مقارنة**» حيث يُشكل اتفاق الأشخاص على اللجوء إلى التحكيم، من أجل فض نزاع وقع بينهم أو من الممكن وقوعه في المستقبل، الركيزة الأساسية في العملية التحكيمية؛ فهو مصدر سلطة المحكمين في النظر بالنزاع، وهو الذي يحجب في الوقت ذاته اختصاص قضاء الدولة بالبت بهذا النزاع. وقد تناول الباحث دراسته للموضوع ببيان تعريف اتفاق التحكيم وطبيعته القانونية وخصائصه وصوره، ثم أركانه وشروط صحته، فالآثار المترتبة عليه، دراسة استقرائية وتحليلية ومقارنة، انطلاقا من القواعد التشريعية الواردة بشكل أساسي في قانون الإجراءات المدنية الإماراتي الاتحادي، والقواعد الواردة في مشروع قانون التحكيم الاتحادي، مع الإشارة إلى أحكام القضاء ذات العلاقة وآراء الفقه مقارنة بما هو سائد بهذا الخصوص مع بعض التشريعات وآراء الفقهاء والاجتهادات المقارنة، ولا سيما في المسائل الخلافية التي أظهرها الواقع العملي، ثم ختم الباحث بحثه ببعض التوصيات حول النصوص القانونية التي تحكم اتفاق التحكيم في دولة الإمارات العربية المتحدة.

وينقلنا البحث الرابع لدراسة موضوع «**حماية أموال الصغير في القانون العراقي دراسة تحليلية مقارنة**» لما هو معلوم من أن الصغير لايستطيع إدارة شؤون أمواله واستثمارها لحين بلوغهم سن الرشد، مما يستتبع وجود أشخاص يتولون القيام بهذه المهمة، لذا رسم القانون طرقاً وحدد وسائل من شأنها تحقيق تلك الحماية لأموال الصغير المتمثلة بتحرير التركة وتصفيتها، والمحافظة على أموال الصغير وإدارتها واستثمارها، ومحاسبة الأولياء والأوصياء. وانتهى الباحث إلى التوصية بأن يعيد المشرع العراقي النظر في قانون رعاية القاصرين من حيث ترتيب الأولياء والأوصياء، وأن يمنح الأولياء صلاحيات ليتمكنوا من القيام بعملهم، وطالب بتفعيل دور صندوق رعاية القاصرين الوارد في القانون من خلال الاستعانة بالجهات المختصة ووضع البرامج والخطط التي من شأنها تحقيق الاستثمار الأمثل لأموال الصغير.

* * *

المحتويات

الموضوع	الصفحة
النظام القانوني للحبس الانفرادي في ظل مبادئ حقوق الإنسان الدكتور عامر غسان فاخوري	9
اتجاه القضاء الفرنسي نحو التوسع في مفهوم المسؤولية عن فعل الغير د. رغيد عبد الحميد فتال	31
اتفاق التّحكيم في ضوء القانون الإماراتيّ - دراسة مقارنة - د. محمّد سامر القطّان	63
حماية أموال الصغير في القانون العراقي دراسة تحليلية مقارنة د. ايمان يوسف نوري	99

النظام القانوني للحبس الانفرادي في ظل مبادئ حقوق الإنسان

الدكتور عامر غسان فاخوري
أستاذ القانون الدولي العام المساعد
الجامعة الأمريكية في الإمارات

مقدمة البحث وأهميته

إن تاريخ استخدام الحبس الانفرادي وآثاره على المحتجزين أو المسجونين هو موضوع موثق بشكل جيد[1]. ففي نظم السجون الحديثة في العالم يمكن للمرء أن يتتبع فلسفة إعادة التأهيل عن طريق العزل إلى نموذج السجن في بنسلفانيا في الولايات المتحدة الأمريكية، الذي أُنشئ في العقد الثالث من القرن التاسع عشر في سجن تشيري هيل في فيلادلفيا، بنسلفانيا. كان الاعتقاد ومازال لدى بعض الدول من هذا النموذج هو إعادة تأهيل المجرمين عن طريق الحبس الانفرادي ؛ حيث كان السجناء يقضون كل وقتهم في زنزاناتهم، بما في ذلك وقت العمل، وذلك للتفكير فيما أقدموا عليه من تجاوزات ومن ثم العودة إلى المجتمع بصفحة أخلاقية نظيفة[2]. وتم في وقت لاحق استيراد النموذج السابق واستخدامه في العديد من بلدان أوروبا وأمريكا الجنوبية والعديد من دول العالم الثالث.

يخضع الحبس الانفرادي في كثير من الدول الى القواعد والأنظمة والقوانين الداخلية الوطنية وهي بالتالي تختلف من دولة الى أخرى، لكن مع ذلك يجب على تلك القوانين الوطنية أن تتفق مع الاتفاقيات الدولية والإقليمية ومبادئ حقوق الإنسان المتفق عليها. فاتفاقيات حقوق الإنسان الإقليمية والعالمية بالإضافة إلى قرارات المحاكم الدولية في هذا الشأن تعمل بكل تأكيد على رسم الخطوط العريضة التي يتوجب على الدول إحترامها عند تنفيذ عقوبة الحبس ضد المجرمين.

ويستخدم الحبس الانفرادي عادة شكلاً من أشكال العقوبة التأديبية للسجناء الذين يصدر عنهم إخلال بالأمن والنظام، ولعزل المشتبه بهم أثناء التحقيقات الجنائية، وكحكم قضائي. ويستخدم أحيانا شكلاً من أشكال المعاملة أو العقوبة للأشخاص ذوي الإعاقة في المؤسسات أو للسيطرة على فئات معينة من السجناء، كالفئات التي تعد بحاجة إلى رعاية الطب النفسي[3].

غالبية معايير حقوق الإنسان الدولية تميز بين فئتين من الأشخاص : المحتجزون والسجناء. فكلاهما مجرد من حريته لكن الفئة الأولى تتعلق بالذين لم تصدر بحقهم أحكام نهائية، أما الفئة الثانية فهي مرتبطة بمن صدرت أحكام بحقهم. ففي كلتا الحالتين يتوجب أن يتمتع المحتجز والسجين بمجموعة من الحقوق التي لا تقبل التلاعب بها وهي تشمل ما يلي:

فيما يتعلق بحق المحتجز فينطبق عليه أولا القاعدة القانونية التي مفادها أن المتهم بريء حتى تثبت إدانته، ومنع الاحتجاز إلا بقرار من النيابة العامة، حق المحتجز في طلب الوقت

---

1 Scharff Smith, P. “The effects of solitary confinement on prison inmates: A brief history and review of the literature.” *Crime and Justice,* vol. 34, 2006 (University of Chicago Press), pp. 441-528.

2أنظر الفقرة 81 من تقرير المقرر الخاص التابع للأمم المتحدة والمتعلق بتعزيز حقوق الإنسان وحمايتها: تنفيذ الصكوك المتعلقة بحقوق الإنسان. انظر الوثيقة A-63-175 لعام 2008 July 28.

3 أنظر الفقرة 79 من تقرير المقرر الخاص التابع للأمم المتحدة والمتعلق بتعزيز حقوق الإنسان وحمايتها: تنفيذ الصكوك المتعلقة بحقوق الإنسان. انظر الوثيقة A-63-175 لعام 2008 July 28.

الكافي لتحضير دفاعه، حق المحتجز في الاتصال بمن يحدِّده، حق المحتجز في الاستعانة بمحام ومترجم إذا أقتضت الضرورة ذلك، وحق إطّلاع المحتجز على الأدلة المساقة ضده، وحق استجواب المشتبه به فور احتجازه وعدم إطالة مدة احتجازه، وكذلك للمحتجز الحق بالدفاع عن نفسه والإدلاء بأقواله وبكل ما يريده بإرادة حرة، وحق المحتجز التزام الصمت والامتناع عن الكلام وكذلك حق طلب الاستعانة بطبيب لمعاينته الى ما الى ذلك من حقوق. أما فيما يتعلق بالسجين فتتفق غالبية دول العالم أن للسجين - باعتباره إنساناً- مجموعة من الحقوق على النحو الآتي: يعامل كل السجناء بما يلزم من الاحترام لكرامتهم المتأصلة وقيمتهم كبشر، لا يجوز أن يكون هنالك تمييز في المعاملة بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو الدين، أو الرأي السياسي، أو المنشأ القومي أو الاجتماعي أو الثروة أو المولد، وفى الوقت نفسه، من الضروري احترام المعتقدات الدينية والمبادئ الأخلاقية للفئة التي ينتسب إليها السجين، ويجب أن يكون لجميع الغرف المعدة لاستخدام المسجونين ولا سيما حجرات النوم ليلا جميع المتطلبات الصحية، مع الحرص على مراعاة الظروف المناخية، وخصوصا من حيث حجم الهواء والمساحة الدنيا المخصصة لكل سجين والإضاءة والتدفئة والتهوية، ولا يجوز أبدا أن تستخدم أدوات تقييد الحرية كالأغلال والسلاسل والأصفاد وثياب التكبيل كوسائل للعقاب. باختصار يمكن القول بأنه يحتفظ كل السجناء بحقوق الإنسان والحريات الأساسية المبينة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

لكن يبقى السؤال حول إمكانية تمتع المحتجز أو السجين بحق عدم الحبس الإنفرادي. وهنا نطرح التساؤلات الآتية : هل الإطار القانوني للحبس الانفرادي واضح المعالم بموجب القانون الدولي لحقوق الإنسان؟ هل القانون الدولي لحقوق الإنسان يحظر بشكل واضح هذا الشكل من أشكال العقاب؟ هل يمكن أن نعتبر الحبس الانفرادي بمثابة تعذيب، وبالتالي يتوجب على الدول التوقف فوراً عن تطبيق تلك العقوبة؟ هل هناك تعريف واضح للحبس الانفرادي ؟ و ما هو موقف المحاكم المختلفة من هذه المسألة؟

لذلك وبناءً على ما تقدم فأهمية هذا البحث تكمن بكونه يعالج إشكالية قانونية لم تعالج بشكل دقيق من قبل زملائي الباحثين القانونيين، وعليه ففي هذا البحث سوف تتم الإجابة عن الأسئلة السابقة وغيرها من خلال المباحث الآتية: فالمبحث الأول يتحدث عن مفهوم الحبس الانفرادي، في حين يعالج المبحث الثاني المعايير القانونية الدولية لحماية الأشخاص المجردين من حريتهم، أما المبحث الثالث فيركز على ظروف الاحتجاز والحبس في ظل مبادئ حقوق الإنسان وقرارات المحاكم الدولية المختلفة.

أهداف الدراسة وتساؤلاتها:

تهدف هذه الدراسة إلى الإجابة عن تساؤلات مازالت بحاجة للمزيد من البحوث القانونية وتحديداً تبيان الوضع القانوني لفكرة الحبس الانفرادي المطبقة في كثير من دول العالم وخاصة في عالمنا العربي، كذلك معرفة الأبعاد الخطيرة لتطبيقات الحبس الانفرادي على الأفراد. هذا البحث يهدف الى إمكانية اعتبار الحبس الإنفرادي جريمة تعذيب مقارنةً مع اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية غير الإنسانية أو المهينة لعام 1984. ما هو موقف

المحاكم الدولية تجاه تطبيق هذه العقوبة. هل لديها موقف ثابت؟ هل بإمكاننا أن نعتمد على قراراتهم لتبيان الإطار القانوني لهذه العقوبة.

إشكالية الدراسة:

يخلو القانون الدولي بفروعه المختلفة من نص صريح يمنع فيه اللجوء الى استخدام عقوبة الحبس الإنفرادي ما يفتح الباب امام بعض الدول إلى تطبيقة بشكل صريح أحياناً ومبطّن احياناً أخرى. ونظراً للآثار الكارثية لتطبيقات هذه العقوبة أصبح من الضروري أن تتدخل الأمم المتحدة بشكل واضح من أجل تحديد الإطار القانوني لهذه العقوبة وبالتالي تبيان الحدود القانونية لها. المشكلة المحاطة بهذا البحث انه لا يوجد تعريف دقيق ومتفق عليه دولياً لفكرة الحبس الانفرادي وبالتالي أصبح من الصعوبة بمكان الاتفاق على تحديد الوضع القانوني لها.

أسباب اختيار البحث:

لقد فوجئت بحجم المشكلة أو الظاهرة للحبس الانفرادي على المستوى الدولي. ففي الولايات المتحدة الأمريكية وحدها فقط تشير الدراسات إلى أنه يوجد أكثر من 80 ألف شخص يخضعون لتلك العقوبة. وعند العودة إلى التقارير الصادرة عن منظمات حقوق الإنسان وإلى القرارات الصادرة عن المحاكم الدولية الإقليمية نجد أن هذه التقارير وتلك القرارات تشمل قضايا لأشخاص من جنسيات مختلفة ومن دول مختلفة وكثير منها أيضا حدثت في دول متقدمة على مستوى احترام حقوق الإنسان. فضلاً عن دول العالم الثالث. وبالتالي فنحن نقف ليس امام ظاهرة فردية وانما امام مشكلة تشمل كثير من الدول المتقدمة في مجال حقوق الانسان أو ما زالت تسعى للتقدم في هذا الشأن. والغريب في الأمر ان هذه الظاهر وعلى الرغم من قدمها التاريخي ما زالت تطبق حتى وقتنا الحاضر دون أن يتدخل المجتمع الدولي لوضع حد لها أو حتى تنظيمها.

منهجية البحث:

يستعمل المنهج التحليلي للنصوص الدولية ذات العلاقة بالموضوع. والمنهج الاستقرائي أو الاستنباطي فيما تعلق بأحكام المحاكم الدولية و قراراتها و تقارير لجان حقوق الإنسان.

المبحث الأول: مفهوم الحبس الانفرادي

تلجأ بعض الدول وعلى رأسها الولايات المتحدة لاستخدام الحبس الانفرادي كعقوبة ضد بعض المحتجزين الذين مازالوا ينتظرون قراراً نهائياً بحكمهم أو ضد الكثير من المدانين بقضايا مختلفة. فهناك أكثر من 80.000 شخص يواجهون الحبس الانفرادي في الولايات المتحدة وحدها[4]. فهذه العقوبة ليست بحديثة بل تعود إلى القرن التاسع عشر. لكن أكثر ما يلاحظ على هذه العقوبة

4 There are more than 80,000 people in solitary confinement in the United States. Ian Kysel, Aryeh Neier Fellow, International Body Slams U.S. Solitary Confinement Practices, ACLU Human Rights Program, 2013

غياب تعريف دولي محدد لها (المطلب الأول)، ومع ذلك حاولت بعض الهيئات الدولية التدخل من خلال تحديد معالم هذه العقوبة (المطلب الثاني)

المطلب الأول: غياب مفهوم دولي واضح المعالم للحبس الانفرادي.

اذا كانت بعض الاتفاقيات الدولية قد أشارت بطرق مختلفة الى موضوع الحبس الانفرادي إلا أنه لا يوجد تعريف عالمي متفق عليه بين الدول للحبس الانفرادي. فعلى سبيل المثال أقر مؤتمر الأمم المتحدة الأول لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين المعقود في جنيف عام 1955 القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء والتي فيها يوجد نص واضح يبين أنه لا يجوز في أي حين أن يعاقب السجين بالحبس المنفرد إلا بعد أن يكون الطبيب قد فحصه وشهد خطيا بأنه قادر على تحمل مثل هذه العقوبة. كما أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة في عام 1990 المبادئ الأساسية لمعاملة السجناء، وفيها تم حث الدول للقيام بجهود لإلغاء عقوبة الحبس الانفرادي أو للحد من استخدامها وتشجيع تلك الجهود.

عند العودة الى مفهوم الحبس الانفرادي باللغة الإنجليزية نجد استخدامهم لمصطلح Solitary Confinement ومع ذلك تنتشر مفاهيم كثيرة في الولايات المتحدة لتشير لذات العقوبة مثل:

Isolation, control units, supermax prisons, the hole SHUs (Security Housing Units), administrative segregation, maximum security, or permanent lockdown.

والسبب في عدم مقدرة المجتمع الدولي على وضع مفهوم واضح المعالم لمفهوم الحبس الانفرادي يعود الى أن درجة العزلة التي يخضع لها السجين او المحتجز تختلف من الناحية التطبيقية بين مكان وآخر في ظل تعدد الأنظمة القضائية في العالم. فمشكلة تعريف الحبس الانفرادي تكاد تقترب - من حيث المبدأ- من مشكلة تعريف العدوان. فكل دولة لها مفهومها الخاص للعدوان، ونادراً ما نجد قواسم مشتركة حول ذات الموضوع. كذلك الأمر فالمشكلة المرافقة لمفهوم الحبس الانفرادي مرتبطة اساساً بالظروف المرافقة للحبس. فالأنظمة القضائية المختلفة التي تلجأ إلى هذا العقوبة تطبقها ضمن ظروف تختلف حدتها من حالة إلى أخرى ومن قضية إلى أخرى ومن دولة إلى أخرى وبالتالي هذا يجعل الحكم عليها صعب من حيث مدى موافقتها لمبادئ حقوق الإنسان. فالموقف القانوني تجاه الحبس الانفرادي لمدة يوم واحد تختلف عما إذا كانت مدة الحبس شهر واحد. والحبس لمدة شهر بانعزالية تامة وانقطاع تام عن العالم الخارجي يختلف عن الحبس الانفرادي لمدة 5 أشهر دون الانقطاع التام عما يحيط المسجون من ظروف اجتماعية من خلال السماح للمحكوم علية بالتواصل المتكرر مع أسرته ومحاميه أو المنظمات الحقوقية. إذن فالقصية معقدة نوعاً ما وليست بالسهولة المتوقعة.

المطلب الثاني: مفهوم الحبس الانفرادي بحسب بيان اسطنبول:

سوف نتبنى التعريف الذي ورد بيان اسطنبول بشأن استخدام الحبس الانفرادي وآثاره المعتمد في 9 كانون الأول/ديسمبر2007 في الندوة الدولية المعنية للصدمات النفسية والذي تبنى التعريف التالي بالقول إن الحبس الانفرادي هو "العزل البدني للأفراد بحبسهم في زنزاناتهم لمدة تتراوح بين 22 ساعة و 24 ساعة في اليوم. وفي كثير من الولايات القضائية، يُسمح للسجناء بالخروج من زنزاناتهم لمدة ساعة من أجل التمارين الرياضية بشكل انفرادي. أما الاتصال بأشخاص آخرين بشكل مجدٍ، فيخفض عادة إلى الحد الأدنى. والانخفاض في الحوافز هو ليس من الناحية الكمية فحسب، بل أيضا من الناحية النوعية. فنادراً ما يتم اختيار الحوافز المتوفرة والاحتكاك الاجتماعي العرضي بحرية، وتكون هذه بوجه عام على وتيرة واحدة، ولا تنطوي غالبا على أي تعاطف."[5]

من الضروري معرفة أنه يطبق الحبس الانفرادي عادة في أربعة ظروف عامة في مختلف نظم العدالة الجنائية: إما كعقوبة تأديبية للسجناء المحكوم عليهم وعادة تطبق هذه العقوبة على أشخاص خالفوا اللوائح الداخلية للسجن نتيجة ارتكابهم جرائم معينة أثناء إتمامهم فترة عقوبتهم مثل الاعتداء على أحد موظفي السجن. فهي بالنتيجة الاولى قد تهدف إلى حماية المسجونين الآخرين منه أو حماية ذات الشخص من اعتداءات الآخرين؛ وإما لعزل الأفراد أثناء التحقيق الجنائي الجاري؛ وإما كوسيلة إدارية للسيطرة على جماعات محددة من السجناء؛ وإما كحكم قضائي. ويُستخدم الحبس الانفرادي أيضا في كثير من الولايات القضائية كبديل عن الرعاية الطبية أو النفسية الملائمة من أجل الأفراد المختلين عقليا. وبالإضافة إلى ذلك، يُستخدم الحبس الانفرادي باطراد كجزء من الاستجواب القسري، وغالبا ما يكون جزءا لا يتجزأ من حالات الاختفاء القسري أو الاحتجاز الانفرادي المطلق[6].

لكن على الرغم من عدم وجود تعريف دولي محدد للحبس الانفرادي، لكننا نستطيع أن نبين مفهومه من خلال الظروف التي تحيط بالحبس الانفرادي للمحتجز أو السجين التي يمكن أن يتم تلخيصها بالظروف الآتية:

---

5 شارك في هذا المؤتمر فريق عمل إلى جانب العديد من الخبراء الدوليين البارزين في ميدان الحبس الانفرادي والسجون والتعذيب، وتم إصدار وثيقة ختامية، وهي "بيان اسطنبول بشأن استخدام الحبس الانفرادي وآثاره".

"Solitary confinement is the physical isolation of individuals who are confined to their cells for twenty-two to twenty-four hours a day. In many jurisdictions prisoners are allowed out of their cells for one hour of solitary exercise. Meaningful contact with other people is typically reduced to a minimum. The reduction in stimuli is not only quantitative but also qualitative. The available stimuli and the occasional social contacts are seldom freely chosen, are generally monotonous, and are often not empathetic" .P. Scharff Smith "Solitary confinement: An introduction to the Istanbul Statement on the Use and Effects of Solitary Confinement"; *Journal on Rehabilitation of Torture Victims and Prevention of Torture,* vol. 18, No. 1, pp.56-62

6 للاطلاع على بيان اسطنبول يراجع قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم A-63-175

الحبس وراء أبواب الفولاذ الصلبة لمدة 23 ساعة في اليوم، والاحتكاك يكون محدوداً مع غيره من البشر، والمكالمات الهاتفية والزيارات العائلية تكون نادرة جداً، وندرة السماح للسجين باستخدام برامج لإعادة التأهيل أو برامج تعليمية، وعدم كفاية العلاج الصحي النفسي بشكل صارخ، وتقييد السماح بقراءة الكتب أو السماح باقتناء الممتلكات الشخصية، احياناً قد يرافق الحبس الانفرادي تعذيب جسدي، والتعذيب النفسي مثل الحرمان من استخدام بعض الحواس، أو درجات الحرارة العالية داخل الزنزانة بالإضافة للأرق القسري، والتخويف والعنف الجنسي[7].

المبحث الثاني:

المعايير القانونية الدولية لحماية الأشخاص المجردين من حريتهم:

اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة في عام 1988 مجموعة من المبادئ المتعلقة بحماية جميع الأشخاص الذين يتعرضون لأي شكل من أشكال الاحتجاز أو السجن. هذه المبادئ أصبحت اليوم جزءاً من القانون الدولي العرفي بحيث يلزم الجميع- مصدّقين أو غير مصدّقين عليها- باحترامها ومن أهم هذه المبادئ : نذكر أنه يجب أن يعامل جميع الأشخاص الذين يتعرضون لأي شكل من أشكال الاحتجاز أو السجن إلى معاملة إنسانية وباحترام لكرامة الشخص الإنساني الأصيلة. فلا يجوز تقييد أو انتقاص أي حق من حقوق الإنسان التي يتمتع بها الأشخاص الذين يتعرضون لأي شكل من أشكال الاحتجاز أو السجن. كما أنه لا يجوز إخضاع أي شخص يتعرض لأي شكل من أشكال الاحتجاز أو السجن للتعذيب أو غيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهنية[8]. وبعد ذلك بسنتين قررت الجمعية العامة للأمم المتحدة اعتماد مجموعة أخرى من المبادئ الأساسية لمعاملة السجناء في عام 1990. هذه المبادئ أخذت منحى آخر حيث توجهت نحو مراعاة الظروف التي يقضي بها السجناء مدة محكوميتهم حيث نصت على أنه يحق لكل السجناء أن يشاركوا في الأنشطة الثقافية والتربوية الرامية إلى النمو الكامل للشخصية البشرية. وهذا المبدأ تبعه مبدأ آخر موجهاً إلى دعوة إلى جميع الدول لإلغاء عقوبة الحبس الانفرادي أو للحد من استخدامها[9]. وعلى الرغم من أن الحبس الانفرادي يعتبر من أشد انواع الحبس على الإطلاق إلا أنه لا يوجد اتفاقية دولة تحظر مثل هذا النوع من الحبس بشكل دقيق وواضح. فالقضية تعتمد في مجملها على طول فترة الحبس الانفرادي والظروف التي يمضي فيها المسجون تلك العقوبة. ومع ذلك فلا بد من دراسة الموضوع من باب إمكانية ربط الحبس الانفرادي بمفهوم التعذيب وبالتالي جعلة محظوراً دولياً. لذلك فلا بد في (المطلب الأول) دراسة آثار الحبس الانفرادي بهدف

---

7 Rachael Kamel and Bonnie Kerness, The Prison inside Prison, Control Units, Supermax Prisons, and Devices of Torture, A JUSTICE VISIONS BRIEFING PAPER, American Friends Service Committee, Philadelphia 2003, pp. 1-12

8 مجموعة صكوك دولية، المجلد الأول، الأمم المتحدة، نيويورك، 1993، A.94.XIV-Vol.1, Part 1، ص 367

9 مجموعة صكوك دولية، المجلد الأول، الأمم المتحدة، نيويورك، 1993، A.94.XIV-Vol.1, Part 1، ص 365

تحديد مدى العلاقة التي تربطه بالتعذيب ومن ثم سوف نتطرق في (المطلب الثاني) لدراسة إمكانية اعتبار هذا النوع من الحبس أداة تعذيب.

المطلب الأول: آثار الحبس الانفرادي:

يتفق جميع من درسوا المشاكل المترتبة على الحبس الانفرادي بأنها من أكثر التجارب ايلاماً على الشخص الذي تقع عليه هذه التجربة. فالسجين في الحبس الانفرادي يكون معزول تماماً عن المجتمع وبالتالي فإن علاقته مع الآخرين تكون محصورة - في أفضل اوقاتها- مع بعض موظفي السجن وتكون الغرفة التي يقيم فيها من حيث المبدأ صغيرة جداً لا تتجاوز ثلاثة أمتار مكعبه وفي كثير من الأوقات لا يوجد بها أية نافذة للخارج[10].

هناك أدلة كثيرة لا لبس فيها أن الحبس الانفرادي له أثر عميق على صحة السجين ويعتبر خطراً حقيقياً[11] لكن هناك عوامل كثيرة تحدد مدى تأثير تلك العقوبة على الشخص الواقعة عليه من حيث: هل يعاني ذلك الشخص من أمراض صحية سابقة على تنفيذ العقوبة؟ وما مدى احتكاك ذلك الشخص بالآخرين ؟ وما هي الظروف المتعلقة بالمكان الذي يمضي فيه العقوبة؟ لكن على الرغم من ذلك فإن جميع الدراسات المتعلقة بآثار الحبس الانفرادي على الشخص المنفذ ضده هذه العقوبة تؤكد بأن هناك آثاراً صحية لا يمكن إنكارها مثل الهلوسة والهذيان والشيزوفرينيا[12]. كذلك يواجه الشخص الكثير من الاضطرابات الإدراكية والمعرفية، والخوف، وجنون العظمة، والانفعالات، والسلوك العشوائي، والتسرع[13] . واحدة من المشاكل الأكثر شيوعا بين السجناء الذين تم عزلهم هي أنهم غير قادرين على التمييز بين الواقع الحقيقي وأفكارهم الخاصة . ففي ظل

10 للاطلاع على دراسات تتعلق بالآثار الصحية للحبس الانفرادي، انظر ما يلي:
Peter Scharff Smith, P., “The effects of solitary confinement on prison inmates: A brief history and review of the literature” in *Crime and Justice*, vol. 34, 2006; Holly Boyer, Comment, Home Sweet Hell: An Analysis of the Eighth Amendment's 'Cruel and Unusual Punishment' Clause as Applied to Supermax Prisons, 32 Sw. U. L. REv. 317, 327 (2003); Craig Haney, “Mental Health Issues in Long-Term Solitary and 'Supermax' Confinement” in *Crime and Delinquency* 49 (10), 2003; Stuart Grassian, “Psychopathological Effects of Solitary Confinement” in *American Journal of Psychiatry*, vol. 140, 1983;

11 Haney Mental Health Issues in Long-Term Solitary and ‘Supermax’ Confinement. Crime & Delinquency, (2003) pp. 124-156; Elizabeth Vasiliades, Solitary Confinement and International Human Rights: Why the U.S. Prison System Fails Global Standards, American University International Law Review, Volume 21, Issue 1, 2005, p. 76

12 Faris, R.E., Cultural Isolation and the Schizophrenic Personality. American Journal of Sociology, September, (1934) pp. 155-164.

13 Grassian Stuart, Psychiatric Effects of Solitary Confinement, Journal of Law and Policy, Vol.22, 2006, pp. 325-383

واقعهم المؤلم يقومون بخلق عالمهم الخيالي الخاص بهم[14]. كل هذا مرتبط بمدة الحبس الانفرادي فكلما طالت المدة نقص أداء الدماغ بشكل كبير ما يلحق التدمير النفسي بالشخص، وكذلك صعوبة في التفكير والتركيز والذاكرة والضياع، وفي كثير من الأحيان يصاب المساجين بالانفصال.

يقول المقرر الخاص لحقوق الإنسان في تقرير مقدم للأمم المتحدة: إن حجم الأدلة المتراكمة حتى الآن تشير إلى خطورة الآثار الصحية الناجمة عن استخدام الحبس الانفرادي التي تتراوح بين الأرَق الشديد[15] والتشوش والهلوسة والأمراض العقلية. كما أن العامل السيء الرئيسي الناجم عن الحبس الانفرادي هو تخفيض الاحتكاك أو التواصل الاجتماعي والنفسي المجدي إلى الحد الأدنى المطلق، أي إلى الحد الذي لا يكفي بالنسبة لمعظم المعتقلين كي يبقوا صالحين عقليا. وعلاوة على ذلك، قد تكون آثار الحبس الانفرادي في المعتقلين رهن التحقيق أسوأ من آثاره في المعتقلين الآخرين المعرضين للعزل، وذلك بالنظر إلى عدم اليقين المتوقع بالنسبة لطول فترة الاعتقال، واحتمال استخدامه لانتزاع المعلومات أو الاعترافات. فهناك زيادة في معدلات الانتحار وإيذاء النفس خلال الأسبوعين الأولين من الحبس الانفرادي في حالات المعتقلين رهن التحقيق في الحبس الانفرادي [16].

لقد أجريت العديد من الدراسات العلمية الموثقة حول الآثار الخطرة التي تصيب الأشخاص الذين ينفذون عقوبة الحبس الانفرادي بالقول: إنهم في أغلب الأحيان يكونون على وشك الانهيار والاكتئاب المزمن والقلق والعدوانية والعصبية الشديدة[17]. الكثير من الباحثين أكدوا على الأضرار التالية: خفقان القلب (ضربات القلب قوية)، والتعرق الغزير (التعرق المفاجئ)، والأرق، وآلام الظهر والمفاصل، وتدهور البصر، وضعف الشهية وفقدان الوزن، والخمول والوهن العام، وتفاقم المشاكل الطبية الموجودة من قبل[18]. ومما لا شك فيه فإن عقوبة الحبس الانفرادي هي عقوبة تدميرية للإنسان، فهي تدمير للعقل والمشاعر والنفس والروح والمعنويات والجسد، تجعل الشخص يشعر بأنه في مرتبة أدنى من الإنسان البشري وتقوده هذه العزلة إما إلى التفكير بالهرب بأية وسيلة أو

14 Sharon Shalev, A sourcebook on Solitary Confinement, Mannheim center for Criminology, 2008, p. 13

15 Hocking, F., Extreme environmental stress and its significance for psychopathology, American Journal of Psychiatry, (1970)

16 أنظر الفقرة 82 من تقرير المقرر الخاص التابع للأمم المتحدة والمتعلق بتعزيز حقوق الإنسان وحمايتها: تنفيذ الصكوك المتعلقة بحقوق الإنسان. انظر الوثيقة A-63-175 لعام 2008 July 28.

17 Sharon Shalev, A sourcebook on Solitary Confinement, Mannheim center for Criminology, 2008, p. 11

18 Fairweather, L. Psychological effects of the prison environment. IN: Fairweather, L. and McCnoville,
S., eds. (2000) Prison Architecture: Policy, Design and Experience. London: Architectural Press. (2000); Ecclestone, C., Gendreau, P. and Knox, C., Solitary confinement of prisoners: an assessment of its effects on inmates' personal constructs and adrenocortical activity. Canadian Journal of Behavioural Science Review, 6(2):178-191. (1974)

بالانتحار[19]. إلى ذلك نضيف بأنه لن يستطيع هذا الشخص أن يعود إلى طبيعته بسهولة، لن يستطيع أن يتفاعل مع محيطة البشري. بعض الدول تحاول الرد على الآثار السلبية للحبس الانفرادي من خلال القول: إنها لا تطبق هذا النوع من الحبس لفترات طويلة، لكن مقرر الأمم المتحدة الخاص المعني بالتعذيب خوان منديز في بيان صحفي رد على هذه الحجج بالقول: إنه "حتى إذا تم تطبيق الحبس الانفرادي لفترات قصيرة من الزمن، فإنه غالبا ما يسبب المعاناة النفسية والجسدية أو الإذلال، ويرقى إلى حد المعاملة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة أو الحاطة للكرامة"[20]. باختصار يمكن القول: إن جميع من وقعت عليهم مثل تلك العقوبة يفضلون الموت على الحبس الانفرادي.

نستطيع أن نوجز ما سبق بالإشارة الى تقرير صادر عن لجنة مناهضة التعذيب التي أكدت على الآثار الجسمية والعقلية المؤذية الناجمة عن الحبس الانفرادي الطويل الأمد، وأعربت عن قلقها بشأن استخدامه، سواء أكان ذلك تدبيراً وقائياً خلال الاحتجاز رهن التحقيق، أم تدبيراً تأديبياً[21].

المطلب الثاني: العلاقة بين التعذيب والحبس الانفرادي:

لقد قامت اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة لعام 1984 بوضع تعريف للتعذيب في المادة الأولى[22] بالقول: بأنه "كل فعل مقصود يسبب ألماً ، أو معاناة ، سواء كانت جسدية أو نفسية لشخص ما بغرض الحصول على معلومات أو اعتراف منه أو معلومات عن شخص آخر ، أو لفعل قام به أو مشتبه في أنه قام به هو أو شخص آخر ، أو بغرض تخويفه ، أو إجباره هو أو شخص آخر ، أو لأي سبب آخر قائم على التمييز ، عندما يكون مثل هذا الألم أو المعاناة قد أوقع بإيعاز أو بموافقة من موظف رسمي أو أي شخص له صفة رسمية ، ولا يتضمن ذلك الألم أو المعاناة الناجّة أو حدثت بالمصادفة نتيجة تطبيق العقوبات القانونية". وهذا التعريف يقترب كثيراً من المادة 8 من الميثاق العربي لحقوق الإنسان لسنة

---

19 أعرب المقرر الخاص عن قلقه بشأن نظام العزل الخاص ففي بعض السجون المنغولية حين التقى بتسعة سجناء يقضون حكما بالسجن لمدة 30 عاما، محتجزين في زنزانات مساحتها 3X3 أمتار لفترة 24 ساعة يوميا. وكانت الكآبة بادية على وجوه السجناء كما عبروا عن يأسهم، وتفكيرهم في الانتحار، وقالوا أنهم يفضلون عقوبة الموت على الحبس الانفرادي وقد خلص المقرر الخاص إلى أن النظام برمته يصل إلى مرتبة العقوبة القاسية واللاإنسانية، إن لم يكن هو التعذيب بعينه. E/CN.4/2006/6/Add.4

20 http://www.un.org/arabic/news/story.asp?NewsID=19242#.UpR6YtKVNIg

21 انظر على سبيل المثال الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثانية والخمسون، الملحق رقم 44 (A/52/44)، الفصل الرابع، الفقرتان 181 و 186؛ وعلى التقرير الدوري الثالث للسويد (المرجع نفسه، الفصل الرابع، الفرع ك، الفقرتان 220 و 225؛ وعلى التقرير الدوري الثالث للنرويج (المرجع نفسه، الدورة الثالثة والخمسون، الملحق رقم 44 (A/53/44)، الفصل الرابع، الفرع ح، الفقرتان 154 و 156؛ وعلى التقرير الدوري الثالث لفرنسا (CAT/C/FRA/CO/13)، الفقرة 19؛ وعلى التقرير الدوري الثاني للولايات المتحدة الأمريكية (CAT/C/USA/CO/2)، الفقرة 36؛ وعلى التقرير الدوري الثالث لنيوزيلندا (CAT/C/CR/32/4)، الفقرتان 5 (د) و 6 (د). ملاحظة: وردت الملاحق السابقة في قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم A/63/175

22 اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 46/39 المؤرخ في 10 كانون الأول/ديسمبر 1984 تاريخ بدء النفاذ: 26 حزيران 1987، وفقا لأحكام المادة 27 (1)

2004 التي تنص بأنه يحظر تعذيب أي شخص بدنياً أو نفسياً أو معاملته معاملة قاسية أو مهينة أو حاطة بالكرامة أو غير إنسانية.

المعاملة اللاإنسانية يمكن أن تعرف بأنها "التسبب عمداً بمعاناة شديدة عقلية أو بدنية. ويتمثّل الفارق القانوني بين التعذيب وغيره من ضروب المعاملة السيئة في مدى شدة ما يتم إلحاقه من ألم أو عذاب. لكن بالإجمال يحظر القانون الدولي لحقوق الإنسان التعذيب وغيره من أشكال المعاملة السيئة في جميع الأوقات. ويقضي بمعاملة المحتجزين وفقاً لأحكام ومبادئ القانون الدولي الإنساني وغيره من المعايير الدولية.

الاتفاقيات الدولية العامة والإقليمية وضعت نصوصاً صريحة لا تقبل مجالاً للشك بأن التعذيب وغيرة من أساليب المعاملة المهينة أو الحاطة من الكرامة محظورة دولياً. وعليه تنص المادة 5 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في العام 1948 على أنه "لا يعرض أي إنسان للتعذيب ولا للعقوبات أو المعاملات القاسية أو الوحشية أو الحاطة بالكرامة". لذلك جاءت جميع الاتفاقيات اللاحقة للإعلان سواء الإقليمية أم الدولية لتكرس ذات المبدأ العام. فالمادة الثالثة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لعام 1950 تصرح بوضوح أنه لا يجوز إخضاع أي إنسان للتعذيب ولا للمعاملة أو العقوبة اللاإنسانية أو المهينة". كذلك جاءت المادة السابعة من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الصادر في عام 1966 لتؤكد أنه لا يجوز إخضاع أحد للتعذيب ولا للمعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو الحاطة بالكرامة" في حين جاءت المادة العاشرة من ذات العهد لتؤكد أنه يجب أن "يعامل جميع المحرومين من حريتهم معاملة إنسانية. تحترم الكرامة الأصيلة في الشخص الإنساني". وبعدها بثلاثة أعوام أي في عام 1969 تم تبني الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان التي تنص في المادة الثالثة منه على أنه " لا يجوز إخضاع أحد للتعذيب أو لعقوبة أو معاملة قاسية أو غير إنسانية أو مذلة. ويعامل كل الذين قيدت حريتهم بالاحترام الواجب للكرامة المتأصلة في شخص الإنسان"

نشير أن حظر التعذيب في القانون الدولي مطلق. شأنه في ذلك شأن جرائم الحرب أو ضد الإنسانية أو الإبادة الجماعية. وبالتالي فالتعذيب غير مسموح به مهما كانت المبررات سواء أكانت حرباً أو أعمالاً إرهابية أو ما إلى ذلك وعليه فقد أصبح الحظر جزءاً من القانون الدولي العرفي أي أن الدول ملزمة بذلك سواء وقعت على المعاهدات الناظمة للتعذيب أم لا.[23]

23 المادة الثانية فقرة 2 من اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة لعام 1984 تشير أنه لا يجوز التذرع بأية ظروف استثنائية أيا كانت. سواء أكانت هذه الظروف حالة حرب أو تهديدا بالحرب أو عدم استقرار سياسي داخلي أو أية حالة من حالات الطوارئ العامة الأخرى كمبرر للتعذيب كما أنه لا يجوز التذرع بالأوامر الصادرة عن موظفين أعلى مرتبة أو عن سلطة عامة كمبرر للتعذيب.

المبحث الثالث:

ظروف الاحتجاز والحبس في ظل مبادئ حقوق الإنسان وقرارات المحاكم الإقليمية.

يكاد يكون من المتفق عليه أنه يجب أن يعامل جميع الأشخاص الذين يتعرضون لأي شكل من أشكال الاحتجاز أو السجن معاملة انسانية وباحترام لكرامة الشخص الإنساني الأصيلة. فلا يجوز تقييد أو انتقاص أي حق من حقوق الإنسان التي يتمتع بها الأشخاص الذين يتعرضون لأي شكل من أشكال الاحتجاز أو السجن. فمن أجل استكمال النقاش حول العلاقة بين الحبس الانفرادي والتعذيب لا بد من الحديث بشكل معمق عن ظروف الاعتقال أو الاحتجاز في ظل مبادئ حقوق الأنسان (المطلب الأول) لنعرج بعدها على موقف القضاء الدولي لمعرفة كيف تتم معالجة هذا الموضوع (المطلب الثاني).

المطلب الأول: ظروف الاحتجاز والحبس في ظل مبادئ حقوق الإنسان

تقر كل من اللجنة المعنية بحقوق الإنسان ولجنة مناهضة التعذيب بأن ظروف الاحتجاز قد تشكل في حد ذاتها سوء معاملة أو في حالات أخرى تعذيبا. ومع ذلك، فإنه يمكن لنظام الاعتقال عموما أن يهيئ الظروف التي تفضي إلى التعذيب أو سوء المعاملة، أو، على العكس من ذلك، إلى بيئة يُسمح فيها بمثل هذه الأعمال. ونظرا لتقييد حريتهم، يكون السجناء وغيرهم من المحتجزين عرضة على نحو خاص للإساءة. لذلك يتضمن العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية في المادة العاشرة نصاً يشير صراحة إلى أنه يجب أن يعامل جميع المحرومين من حريتهم معاملة إنسانية، تحترم الكرامة الأصيلة في الشخص الإنساني.

استناداً للمادة 20 من اتفاقية مناهضة التعذيب لعام 1984 إذا "تلقت لجنة لمناهضة التعذيب معلومات موثوقا بها ويبدو لها أنها تتضمن دلائل لها أساس قوى تشير إلى أن تعذيبا يمارس على نحو منظم في أراضي دولة طرف، تدعو اللجنة الدولة الطرف المعنية إلى التعاون في دراسة هذه المعلومات" وبناءً علية وجدت لجنة مناهضة التعذيب انتهاكات تتعلق بظروف الاحتجاز خلال زياراتها لأماكن الاحتجاز عقب زيارتها إلى السجون التركية، حيث دعت اللجنة السلطات التركية إلى هدم كل زنزانات الحبس الانفرادي المعروفة باسم التوابيت فوراً و كلياً والتي تشكل في حد ذاتها نوعاً من أنواع التعذيب. تبلغ أبعاد هذه الزنزانات حوالي 80 × 60 سنتيمترا وليس فيها ضوء مع عدم كفاية التهوية، ولا يستطيع السجين إلا الوقوف أو جلوس جلسة القرفصاء[24].

من جانب آخر أفادت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان في تعليقها العام رقم 20، إلى أن الحبس الانفرادي لمدة طويلة قد ينتهك المادة 7 السابقة[25] الواردة في العهد الدولي الخاص بالحقوق

24 وثيقة الأمم المتحدة A/48/44/Add.1، 1993

25 اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، التعليق العام رقم 20 1992، المادة 6

المدنية والسياسية الصادر عام 1966. ومن حيث مدى انتهاك الحبس الانفرادي للمادة العاشرة من ذات العهد أعربت ذات اللجنة أن "الحبس الانفرادي هو عقوبة قاسية تترتب عليها عواقب نفسية خطيرة ولا يمكن تبريرها إلا في حالة الضرورة الملحة؛ كما أن استخدام الحبس الانفرادي الانفرادي في غير الظروف الاستثنائية و لفترات محدودة لا يتفق مع الفقرة 1 من المادة 10 من العهد[26].

في قضية بولاي كامبوس ضد دولة البيرو، وجدت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان أن فترة تسعة أشهر من الحبس الانفرادي خلال الاحتجاز السابق للمحاكمة تشكل انتهاكاً للمادة 10 السابقة وأن العزلة اللاحقة التامة للسيد بولاي لمدة سنة والقيود المفروضة على المراسلات بينه وبين أسرته تشكل معاملة غير إنسانية بالمعنى المقصود في المادتين السابعة والعاشرة من العهد[27].

أما بالنسبة للمعتقلين في القاعدة البحرية في خليج غوانتنامو التابعة للولايات المتحدة الأمريكية، فقد ذكر المقرر الخاص أنه على الرغم من أن فترة 30 يوماً من العزل هي الفترة القصوى المسموح بها، فإن المعتقلين سرعان ما يعادون إلى العزل بعد فواصل زمنية قصيرة جداً، بحيث يمكن اعتبارهم في حالة شبه عزل لفترة تصل حتى 18 شهراً[28]. وقد تم التوصل إلى استنتاج مفاده أن عدم اليقين بشأن طول فترة الاعتقال والحبس الانفرادي الطويل الأمد للسجناء يبلغ حد المعاملة اللاإنسانية.

كما أن استخدام المحققين للحبس الانفرادي يتضمن بعداً مؤذياً آخر نظراً إلى أن الآثار الضارة ستخلق غالباً وضعاً واقعياً فيه ضغط نفسي يمكن أن يؤثر في المعتقلين رهن التحقيق ويدفعهم إلى الاعتراف بالذنب. وعندما يُستخدم عنصر الضغط النفسي عمداً كجزء من أنظمة العزل، فإن هذه الممارسات تصبح قسرية ويمكن أن تصل إلى حد التعذيب[29].

وقد أفادت اللجنة الأوروبية لمنع التعذيب أيضا أن الحبس الانفرادي"قد يصل إلى حد المعاملة اللاإنسانية والمهينة" كما انتقدت في عدة مناسبات هذه الممارسات وأوصت بإجراء إصلاح - أي إما بالتخلي عن أنظمة محددة، و/أو قصر استخدام الحبس الانفرادي على ظروف استثنائية و/أو ضمان حد أعلى من الاحتكاك الاجتماعي للسجناء[30]. لكل ما سبق نصت قواعد السجون الأوروبية

---

26 اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، وثيقة الأمم المتحدة رقم /CCPR/CO/70 ، DNK، 2000.

27 بولاي كامبوس ضد البيرو، اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، رقم 6 ،577/1994 تشرين الثاني/نوفمبر 1997

28 E/CN.4/2006/120

29 P. Scharff Smith “Solitary confinement: An introduction to the Istanbul Statement on the Use and Effects of Solitary Confinement”; *Journal on Rehabilitation of Torture Victims and Prevention of Torture,* vol. 18, No. 1, pp.56-62

30 Rod Morgan and Malcolm Evans *'Combating Torture in Europe*', 2001, p. 118. See also recommendation Rec (2003) 23 of the Committee of Ministers of the Council of Europe, para. 7, 20 and 22

المنقحة لعام 2006 بوضوح على ضرورة استخدام الحبس الانفرادي كتدبير استثنائي، ويجب عند استخدامه أن يكون لأقصر وقت ممكن[31].

المطلب الثاني: موقف المحاكم الدولية والاقليمية من الحبس الانفرادي:

الاتفاقيات الدولية المرتبطة بحقوق الإنسان ورد فيها- كما رأينا - العديد من النصوص المناهضة للتعذيب لكنها لم الموضوع يحتاج إلى معالجة كل قضية على حده تبعاً للظروف الخاصة بكل منها. وعليه فالمحاكم تأخذ بعين الاعتبار العديد من المعايير أذكر منها : (العزلة الحسية الكاملة، والعزلة الاجتماعية الكاملة، ومتطلبات الأمن والسلامة، ومدة العزلة، والهدف من وراء العزلة، والحالة الصحية للشخص، ومدى تأثير العزلة على الشخص، والظروف داخل الزنزانة، وغيرها من المعايير).

وعليه فقد أوضحت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قضية كودتا ضد بولندا، أنه، وفقا للمادة 3 من الاتفاقية، " المتطلبات العملية للسجن، بصورة كافية، في جملة أمور أخرى، مع تزويده بما يلزمه من مساعدة طبية[32]. واعتبرت المحكمة في القضية Kucheruk v. Ukraine

التي تعود لعام 2007 أن تكبيل اليدين أثناء الحبس الانفرادي يجعلنا نقترب من مفهوم التعذيب المحظور دولياً وتنتهك بالنتيجة المادة الثالثة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان التي تنص على أنه لا يجوز إخضاع أي إنسان للتعذيب ولا للمعاملة أو العقوبة المهينة للكرامة[33]. وفي قضية أخرى تعود لعام 2012 والمعروفة باسم X v. Turkey والمتعلقة بقيام الحكومة التركية بوضع المدعو X في حبس انفرادي لمدة 8 اشهر لكن تبين أن السبب في ذلك لم يكن، كما تقول المحكمة، حمايته من قبل المساجين الآخرين بل من أجل التوجهات الجنسية لذلك الرجل باعتباره مثلياً[34]، وبالتالي يشكل انتهاكاً كبيراً للمادة الثالثة للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وبالتالي يعتبر تعذيباً بالمفهوم القانوني.

أوضحت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في العديد من قراراتها أن استخدام الحبس الانفرادي قد يصل إلى حد انتهاك المادة 3 من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية (أي أنه يشكل تعذيبا، أو معاملة لا إنسانية أو مهينة)، الأمر الذي يتوقف على الظروف المحددة في القضية، وظروف الاحتجاز ومدته. لكن لا بد من الإشارة إلى أنه ليس لدينا فترة زمنية

---

31 See recommendation Rec (2006) 2 of the Committee of Ministers of the Council of Europe (Adopted by the Committee of Ministers on 11 January 2006 at the 952nd meeting of the Ministers' Deputies), para. 60.5. See also CPT, 2nd General Report (1991), para. 56

32 كودتا ضد بولندا، الرقم 30210/96 الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان 11-2000، الحكم الصادر في 26 تشرين الاول 2000، الفقرة 94

33 http://echr.coe.int/Documents/CP_Ukraine_ENG.pdf

34 X. v. Turkey (no. 24626/09)
http://echr.coe.int/Documents/FS_Sexual_orientation_ENG.pdf

ثابتة للقول بأنه لو تم تجاوزها فإن الفعل يعتبر انتهاكاً لحقوق الإنسان. ذلك أنه يجب أن نؤخذ بعين الاعتبار الظروف الأخرى المرتبطة بالحبس الانفرادي. وعليه ففي قضية ماثيو ضد هولندا، اعتبرت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أن فترة ما يقرب من 19 شهرا هي فترة مفرطة في ظل ظروف الاحتجاز السيئة والمشاكل الصحية للسجين[35].

وفي قضية اكسوى ضد تركيا، قامت الحكومة التركية بحجز اكسوي لمدة 14 يوماً في حبس انفرادي كجزء من حربها ضد الإرهاب. وعندما رفعت القضية أمام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان كان لها الموقف التالي بالقول: إنه كان يوجد نقص في كفاية الضمانات المتوفرة للسيد اكسوي الذي سبق أن اعتقل لفترة طويلة من الزمن. وعلى وجه الخصوص، رأت المحكمة ان الحرمان من الاتصال بمحام أو طبيب أو قريب أو صديق .... يعني أنه تُرك تماما تحت رحمة من يحتجزونه. وبالتالي اعتبرت المحكمة القضية انتهاكاً لحقوق الإنسان ولا يبرر الحبس الانفرادي [36]. لكن في **Ramirez Sanchez V. France** كان للمحكمة موقف مغاير، ونظراً لأهمية القرار سوف أفرد له مزيداً من التفصيل لهذه القضية:

Ramirez Sanchez والمعروف عالمياً بكارلوس (فنزويلي الجنسية) تم اعتقاله ووضعه في حبس انفرادي في أحد السجون الفرنسية بين الفترة ما بين 1994-2002 أي ما يقارب ثماني سنوات، وعلى الرغم من أن هذه الفترة تعتبر طويلة جداً لكن مع ذلك لم تعتبر المحكمة الأوروبية هذا الحبس الانفرادي عملاً ينتهك أحكام المادة الثالثة وبالتالي لا يعتبر تعذيباً أو عملاً غير إنساني. وقد عللت المحكمة قراراها بأن أخذت بعين الاعتبار عنصرين، العنصر الأول خطورة كارلوس حيث أشارت المحكمة أنه كان يعتبر أكثر الأشخاص الخطرين على مستوى العالم في فترة السبعينات، أما العنصر الثاني فكان مرتبطاً بظروف الاعتقال وهنا أشارت المحكمة بالقول أن مساحة الزنزانة التي وضع فيها كارلوس والتي تبلغ 6.84 square metres كانت كافية لشخص واحد، بالإضافة إلى أن هناك نافذة داخل السجن يستطيع كارلوس الحصول على الضوء الطبيعي من خلالها، بالإضافة إلى أنه يوجد كتب ومجلات وتلفاز، وحيث إنه كان يستطيع الخروج لمدة ساعتين يومياً للساحة الخارجية ولمدة ساعة لممارسة التمارين، وعليه ومن ناحية إجمالية اعتبرت المحكمة هذه الظروف مقبولة بحسب المعايير الأوروبية ولا تشكل انتهاكاً لحقوق الإنسان[37].

أما محكمة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان فقد كان لها مواقف مشابه فقد أشارت في قضية نيرا أليغريا وآخرين ضد البيرو أن" الأشخاص المحرومين من حريتهم لهم الحق في أن يعاملوا

35 ماثيو ضد هولندا، الرقم 24919/03، المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان عام 9-2005، الحكم الصادر في 29 أيلول 2005

36 آكسوي ضد تركيا 1996

37 لمزيد من التفصيل حول القضية يراجع موقع المحكمة على الرابط التالي:

http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-1719956-1803362#{"itemid":["003-1719956-1803362"]}

معاملة كريمة فالدول هي المسؤولة عن مراكز الاحتجاز وتسيطر سيطرة كاملة على كل من هو موجود تحت رعايتها فهي الضامنة لحقوق المحتجزين"[38].

كما نصت محكمة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان على أن الحبس الانفرادي الطويل الأمد هو شكل من أشكال المعاملة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة المحظورة بموجب المادة 5 من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان (كاستيوبيتروزي وآخرون، الحكم الصادر في 30 أيار/مايو، 1999) وهذا الموقف قد تكرر مرة أخرى في قضية دي لا كروز فلورس ضد البيرو لعام 2004 حيث أكّدت المحكمة ان الحبس الانفرادي "لا يحترم الكرامة المتأصلة للإنسان"[39]. أما في قضية مونتيرو أرانغورين ضد فنزويال، رأت المحكمة أنه "يجب استعمال زنزانات الحبس الانفرادي كتدابير تأديبية أو من أجل حماية الأشخاص فقط في الوقت اللازم وبالامتثال الصارم لمعايير المعقولية والضرورة والشرعية"، وصرحت تحديدا بأنه لا بد مع ذلك من الوفاء بالحد الأدنى من المعايير الخاصة بشروط الاحتجاز.[40]

إذا كنت شخصياً أدعو من خلال هذا البحث الى إلغاء عقوبة الحبس الانفرادي إلا أنه لا بد الاعتراف أن هناك حالات ضيقة جداً لا نجد أمامها مجالاً إلا اللجوء إلى تطبيق هذه العقوبة كحل نهائي على الرغم من عدم إنسانيتها، وهذا ما دفع المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في القضية المعروفة بـCocaign v. France لعام 2011 إلى عدم اعتبار 45 يوما من الحبس الانفرادي الذي تعرض له Cocaign بمثابة انتهاك للمادة الثالثة للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وعند العودة إلى وقائع القضية نستطيع أن نتفهم موقف المحكمة من أن Cocaign هو شخص مريض نفسياً وأدخل مصحة الأمراض العقلية عدة مرات وأدخل السجن نتيجة الشروع بالاغتصاب وأثناء تنفيذ العقوبة قام بالاعتداء على أحد المساجين حيث نتج عن ذلك مقتل زميله لكن القضية أخذت بعداً آخر عندما قام المتهم بأكل جزء من رئة زميله[41] فما كان من السلطات الفرنسية إلا أن وضعت ذلك الشخص في الحبس الانفرادي [42].

---

38 نيرا أليغريا وآخرون ضد البيرو، محكمة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان (السلسلة ج) رقم 20، الحكم الصادر في 19 كانون الثاني 1995، الفقرة 60؛

39 دليل الفقية القانوني، التعذيب في القانون الدولي،A - TORTURE IN INTERNATIONAL LAW GUIDE TO JURISPRUDENCE، مركز العدالة بالتعاون مع جمعية الوقاية من التعذيب، 2008، ص. 116

40 مونتيرو-آرانغويرين وآخرون ضد فنزويال 2006، دليل الفقية القانوني، التعذيب في القانون الدولي، Torture In International Law Guide To Jurisprudence، مركز العدالة بالتعاون مع جمعية الوقاية من التعذيب، 2008، ص. 116

41 For more information please go to the following website
http://echr.coe.int/Documents/CP_France_ENG.pdf

42 لمزيد من التفصيل حول القضية يراجع موقع المحكمة على الرابط التالي:
http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx#{"display":["1"],"dmdocnumber":["894726"]}

خاتمة وتوصيات:

ما لا شك فيه أن الحبس الانفرادي يعتبر من أشد أنواع العقوبات على الإطلاق بل يمكن أن نذهب إلى أبعد من ذلك بالقول أنها أكثر شدة من عقوبة الإعدام ذاتها. بعض الاتفاقيات الدولية حثت الدول على تكثيف الجهود لإلغاء عقوبة الحبس الانفرادي لكن مع ذلك ما زالت بعض الدول تفتخر باللجوء الى تطبيق تلك العقوبة. القانون الدولي المعاصر لا يحتوي على نص صريح يحظر استخدام الحبس الانفرادي لكن خلو القانون الدولي من نص صريح لا يعني أن تعتبر الدول هذا الأمر بمثابة تصريح للجوء إليه. التطبيقات القضائية في هذا الموضوع كثيرة جداً، فلم نجد في هذا الشأن قضية توضح بشكل صريح الإطار القانوني للحبس الانفرادي لكن في جميع القضايا التي نظرت أمام المحاكم الدولية الإقليمية كان يتم العودة الى أكثر من معيار لتحديد مدى اعتبار الفعل انتهاكاً لحقوق الإنسان وعلى رأسها طبيعة وصفات السجين والظروف الخاصة بالسجن وعليه فالموضوع خاضع لتقدير المحكمة التي في كثير من القضايا لا نجدها تتخذ قراراتها بالإجماع بل بالأغلبية. وهذا يعني أنه داخل المحكمة ذاتها الموضوع محل نقاش عميق. لذلك يبقى الوضع القانوني للحبس الانفرادي في منطقة رمادية في القانون الدولي على الرغم من عدم إنسانيته.

لذلك وفي نهاية هذا البحث فإننا نوصي بما يأتي:

- يتوجب على الدول التي تطبق هذه العقوبة أن تقوم بوضع تنظيم قانوني لعملية الحبس الانفرادي تؤدي بالنتيجة إلى الغائها تماماً من سلسلة العقوبات المفروضة على السجناء أو على الأقل إلغاؤها تجاه الأشخاص الذين لم تصدر بحقهم أية عقوبة.
- يتوجب في جميع الحالات عدم استخدام هذه العقوبة تجاه فئات محددة على سبيل الحصر وفي جميع الظروف والأحوال دون أي استثناءات. وعليه نقترح الغاءها تجاه الأشخاص الذين تقل أعمارهم عن 18 عاماً وتجاه الأشخاص الذين لا يسمح وضعهم الصحي أو العقلي بتنفيذ هذه العقوبة.
- يتوجب أن تكون هذه العقوبة هي الملاذ الأخير. وبانتظار إلغاء هذه العقوبة بشكل تام يتوجب رفع مستوى الاحتكاك الاجتماعي للسجناء مع العالم الخارجي وتحديداً مع السجناء الآخرين والسماح بعدد أكبر من الزيارات ومزيد من الرعاية الصحية ومزيد من الأنشطة المختلفة داخل مراكز الإصلاح.
- نوصي بإعطاء مفهوم دقيق للحبس الانفرادي يتجاوز الخلافات الواردة حوله بالإضافة إلى تحديد معايير حقوق الإنسان الخاصة بالحبس الانفرادي.

قائمة المراجع

Books and Reviews

1. Craig Haney, Mental Health Issues in Long-Term Solitary and Supermax Confinement in Crime and Delinquency 49 (10), 2003
2. Ecclestone, C., Gendreau, P. and Knox, C., Solitary confinement of prisoners: an assessment of its effects on inmates' personal constructs and adrenocortical activity. Canadian Journal of Behavioural Science Review, 1974
3. Elizabeth Vasiliades, Solitary Confinement and International Human Rights: Why the U.S. Prison System Fails Global Standards, American University International Law Review, Volume 21, Issue 1, 2005
4. Fairweather, L. Psychological effects of the prison environment. IN: Fairweather, L. and McCnoville, S., eds. Prison Architecture: Policy, Design and Experience. London: Architectural Press, 2000
5. Faris, R.E., Cultural Isolation and the Schizophrenic Personality. American Journal of Sociology, September, 1934
6. Grassian Stuart "Psychopathological Effects of Solitary Confinement" in American Journal of Psychiatry, vol. 140, 1983;
7. Grassian Stuart, Psychiatric Effects of Solitary Confinement, Journal of Law and Policy, Vol.22, 2006
8. Hocking, F., Extreme environmental stress and its significance for psychopathology, American Journal of Psychiatry, 1970
9. Holly Boyer, Comment, Home Sweet Hell: An Analysis of the Eighth Amendment's 'Cruel and Unusual Punishment' Clause as Applied to Supermax Prisons, Southwestern University Law Review, 2003

10. Ian Kysel, Aryeh Neier Fellow, International Body Slams U.S. Solitary Confinement Practices, ACLU Human Rights Program, 2013
11. Peter Scharff Smith “Solitary confinement: An introduction to the Istanbul Statement on the Use and Effects of Solitary Confinement”; Journal on Rehabilitation of Torture Victims and Prevention of Torture, vol. 18, No. 1,
12. Peter Scharff Smith, “The effects of solitary confinement on prison inmates: A brief history and review of the literature.” Crime and Justice, vol. 34, University of Chicago Press, 2006
13. Rachael Kamel and Bonnie Kerness, The Prison inside Prison, Control Units, Supermax Prisons, and Devices of Torture, A Justice Visions Briefing Paper, American Friends Service Committee, Philadelphia 2003
14. Rod Morgan and Malcolm Evans 'Combating Torture in Europe, Strasbourg Council of *Europe* Publishing, 2001
15. Sharon Shalev, A sourcebook on Solitary Confinement, Mannheim center for Criminology, 2008

الصكوك العالمية

- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية ، ١٩٦٦
- اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، ١٩٨٤
- اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩ والبروتوكولان الإضافيان الملحقان بها، ١٩٧٧
- النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، ١٩٩٨
- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، ١٩٤٨
- القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء، ١٩٥٥
- المبادئ الأساسية لمعاملة السجناء، ١٩٩٠
- مجموعة المبادئ المتعلقة بحماية جميع الأشخاص الذين يتعرضون لأي شكل من أشكال الاحتجاز أو السجن، ١٩٨٨
- مبادئ آداب مهنة الطب المتصلة بدور الموظفين الصحيين، ولا سيما الأطباء، في حماية المسجونين والمحتجزين من التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أواللاإنسانية أو المهينة، ١٩٨٢
- مدونة لقواعد سلوك الموظفين المكلفين بإنفاذ القوانين، ١٩٧٩
- الإعلان المتعلق بحماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري، ١٩٩٢
- مبادئ المنع والتقصي الفعالين لعمليات الإعدام خارج نطاق القانون والإعدام التعسفي والإعدام بإجراءات موجزة، ١٩٨٩

الصكوك الإقليمية

- الميثاق الافريقي لحقوق الإنسان والشعوب، ١٩٨١
- الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، ١٩٦٩
- اتفاقية البلدان الأمريكية لمنع التعذيب والمعاقبة عليه، ١٩٨٥
- اتفاقية البلدان الأمريكية بشأن الاختفاء القسري للأشخاص، ١٩٩٤
- الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، ١٩٥٠
- الاتفاقية الأوروبية لمنع التعذيب والمعاملة أو العقوبة اللاإنسانية أو المهينة، ١٩٨٧

اتجاه القضاء الفرنسي نحو التوسع في مفهوم المسؤولية عن فعل الغير

د. رغيد عبد الحميد فتال
أستاذ القانون المدني المساعد
في كلية القانون - جامعة عجمان للعلوم والتكنولوجيا

المقدمة

1. **المسؤولون عن فعل الغير في القانون الفرنسي.** - عالج القانون المدني الفرنسي المسؤولية عن فعل الغير في المادة 1384، مشيراً إلى مسؤولية الأب والأم عن أفعال أبنائهم القاصرين في الفقرة 4، ومسؤولية المتبوع عن فعل التابع في الفقرة 5، ومسؤولية الأساتذة والحرفيين عن أفعال التلامذة والمتدربين في الفقرة 6[1]؛ أما الفقرة الأولى التي على أساسها بدأ الاجتهاد في التوسع في مفهوم المسؤولية عن فعل الغير دون التقيد بالحالات الخاصة المنصوص عليها في الفقرة 4و5و6 من المادة 1384، فجاءت عامة وهي تنص على ما يلي: "يُسأل الشخص ليس فقط عن الضرر الذي يسببه بفعله الشخصي، ولكن أيضاً عن ذلك الذي يسببه فعل الأشخاص الذين يُسأل عنهم أو الأشياء التي يتولى حراستها"[2].

2. **تفسير عبارة "الأشخاص الذين يُسأل عنهم".** - لقد تولى الاجتهاد الفرنسي تفسير عبارة "الأشخاص الذين يُسأل عنهم"، ففي 29 مارس 1991 أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكم Blieck الشهير، والذي اعتبر أن الفقرة الأولى من المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي تطبق على أي شخص وافق على أن يتولى بصورة دائمة تنظيم ورقابة طريقة عيش ذوي الاحتياجات الخاصة[3].

---

1 Article 1384 (Modifié par Loi n°2002-305 du 4 mars 2002 - art. 8 JORF 5 mars 2002) :
« *On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde.*
(…)
Le père et la mère, en tant qu'ils exercent l'autorité parentale, sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux.
Les maîtres et les commettants, du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés ;
Les instituteurs et les artisans, du dommage causé par leurs élèves et apprentis pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance. ».

تنص المادة 1384 (المعدلة):
"لا يُسأل الإنسان عن الضرر الذي يسببه بفعله الشخصي فحسب، ولكن أيضاً عن الضرر الذي يسببه فعل الأشخاص الذين يُسأل عنهم أو الأشياء التي بحراسته.
(...)
الأب والأم، طالما أنهما يمارسان سلطة الأهل، هما مسؤولان بالتضامن عن الضرر الذي يسببه الأولاد (والبنات) القاصرون الذين يساكنوهم.
إن الأسياد والمتبوعين (مسؤولون) عن الضرر الذي يلحقه الخدم والتابعون أثناء المهام الذين استخدموهم من أجلها.
إن المعلمين والحرفيين (مسؤولون) عن الضرر الذي يسببه التلامذة والمتمرنون أثناء فترة وجودهم تحت رقابتهم".

2 L'article 1384 (alinéa 1er) dispose qu' « *On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde.* ».

تنص المادة 1384 (الفقرة الأولى):
"لا يُسأل الإنسان عن الضرر الذي يسببه بفعله الشخصي فحسب، ولكن أيضاً عن الضرر الذي يسببه فعل الأشخاص الذين يُسأل عنهم أو الأشياء التي بحراسته".

3 Cass. ass. plén., 29 mars 1991, no89-15.231:

وهذا ما بات يعرف بالمسؤولية العامة عن فعل الغير، وهي مسؤولية بقوة القانون (مسؤولية حكمية) لا تقوم على الخطأ، ولا يمكن دفعها بإثبات عدم ارتكاب خطأ[4].

وقد تطورت أحكام القضاء تدريجياً، وباتت المسؤولية العامة عن فعل الغير لا تقتصر على الأشخاص المكلفين بتنظيم ورقابة طريقة عيش ذوي الاحتياجات الخاصة، أو الشخص الذي يحتاج إلى رقابة أوحماية معينة بسبب حالته الذهنية، أو النفسية، أو عمره، فحسب، بل تشمل أيضاً أشخاصاً آخرين. فالأمر لا يتعلق فقط بمراكز العناية بالأشخاص المعوقين ذهنياً أو الأشخاص الذين لا يتأقلمون مع المجتمع، والجمعيات التي تتولى الرقابة على الأحداث مرتكبي الجرائم أو الذين هم بخطر (نتيجة إدمان على المخدرات...)، والجمعيات التي تهتم بالقاصرين ذوي الاحتياجات الخاصة، والجمعيات التي تتولى تعليم وعلاج ذوي الاحتياجات الخاصة، بل بالأندية الرياضية ورابطة المشجعين وجمعيات أخرى إذا توفرت شروط تطبيق هذه الفقرة (الفقرة الأولى من المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي). هنا تطرح عدة تساؤلات: من هم الأشخاص الذين يمكن أن تطبق عليهم الفقرة الأولى من المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي؟ ما هو المعيار المتبع؟ ما هو الأساس القانوني للمسؤولية العامة عن فعل الغير؟ وبصورة رئيسية ما هي الشروط الواجب توافرها؟

في الواقع، هذه الشروط نوعان: النوع الأول يخص الجهة المسؤولة مدنياً عن فعل الغير، والمعيار هنا هو السلطة التي تتمتع بها هذه الجهة تجاه الأشخاص المسؤولة عن فعلهم؛ أما النوع الثاني فهو يكمن بالغير الذي يرتكب الفعل الضار. سيقتصر بحثنا حول النوع الأول من هذه الشروط ألا وهو الشروط التي تتعلق بالجهة المسؤولة مدنياً عن فعل الغير، والتي تتمثل في شكل عام بتمتع المسؤول بسلطة تجاه الغير الذي يسأل عن فعله.

3. **مظاهر السلطة على الغير؛ السيطرة على شؤون الغير والإشراف على نشاطه.** - إن دراسة الأحكام القضائية الفرنسية تظهر أن السلطة التي تربط الغير بالجهة المسؤولة عن فعله لها مظهران: المظهر الأول يتمثل في تنظيم ومراقبة نمط عيش الغير من قبل الجهة المسؤولة وذلك بصورة دائمة، وهذا يعني أنه يوجد نوع من السيطرة على نمط عيش الغير. أما المظهر الثاني للسلطة فيتمثل في الإدارة الدقيقة لنشاط الغير، أي الإشراف على نشاطه. في حين أن المظهر الأول للسلطة هو أقرب لسلطة الأهل، يقترب المظهر الثاني من السلطة التي يمارسها المتبوع على التابع. لذلك، يدخل ضمن نطاق الفئة الأولى الأشخاص الذين تتطلب حالتهم بحد ذاتها رقابة

« *Qu'en l'état de ces constatations, d'où il résulte que l'association avait accepté* ***la charge d'organiser et de contrôler, à titre permanent, le mode de vie de ce handicapé****, la cour d'appel a décidé, à bon droit, qu'elle devait répondre de celui-ci au sens de l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil, et qu'elle était tenue de réparer les dommages qu'il avait causés ; d'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;* ».

"يستنتج من واقع الحال أن الجمعية قد قبلت عبء تنظيم ورقابة طريقة عيش ذي الاحتياجات الخاصة بشكل دائم، فقد أصابت محكمة الاستئناف عندما ألزمت الجمعية بالتعويض عن الضرر الذي سببه ذو الاحتياجات الخاصة، وذلك على أساس الفقرة الأولى من المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي؛ مما يستتبع رد سبب الطعن".

4 Cass. crim., 26 mars 1997, N° de pourvoi: 95-83606 : « *Qu'en effet les personnes tenues de répondre du fait d'autrui, au sens de l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil, ne peuvent s'exonérer de la responsabilité de plein droit résultant de ce texte en démontrant qu'elles n'ont commis aucune faute* ».

"في الواقع، إن الأشخاص المسؤولين عن فعل الغير، بحسب المادة 1384 (الفقرة الأولى) من القانون المدني، لا يمكن إعفاؤهم من المسؤولية الحكمية المستمدة من هذا النص بإثباتهم عدم ارتكابهم أي خطأ".

خاصة، ويدخل ضمن الفئة الثانية الأشخاص الذين يخضعون نفسهم لسلطة الغير بصورة طوعية وضمن إطار نشاط مؤقت.

4. خطة البحث - سنعالج المظهر الأول للسلطة ألا وهو السيطرة على شؤون الغير في المبحث الأول، على أن نعالج المظهر الثاني للسلطة ألا وهو الإشراف على نشاط الغير في المبحث الثاني.

المبحث الأول: السيطرة على شؤون الغير

5. سنبين مفهوم السيطرة على شؤون الغير لدى القضاء الفرنسي في المطلب الأول، على أن نعرض تطبيقات عملية من قبل الاجتهاد الفرنسي في المطلب الثاني.

المطلب الأول: مفهوم السيطرة على شؤون الغير لدى القضاء الفرنسي

6. يقصد بالسيطرة على شؤون الغير السيطرة على معيشته وشؤون حياته[5] والتي تبررها حالة ضعف الإنسان، إما بسبب عمره (كونه قاصراً مثلاً) أو بسبب المرض الذي يعاني منه (مختل عقلياً مثلاً).

عبر القضاء الفرنسي عن "السيطرة على شؤون الغير" بعبارات عديدة:

- عبء تنظيم ومراقبة طريقة العيش بصورة دائمة[6].
- مهمة مراقبة وتنظيم نمط حياة الغير بصورة دائمة[7].
- مراقبة وتنظيم نمط حياة الغير[8].

نستنتج من هذه العبارات التي استعملتها المحاكم الفرنسية أن "السيطرة على شؤون الغير" تتطلب سلطة أقوى من مجرد مراقبة طريقة عيش الغير، بل تمتد إلى التنظيم والإدارة وذلك بصورة دائمة؛ لذلك يجب أن تكون هذه السلطة استثنائية، لا تعطى إلا لغاية تربوية أو علاجية أو إصلاحية، إذ أنها تفرض "سلطة حقيقية للتأثير على الإنسان: على نفسيته، وشخصيته، وتصرفاته"[9].

السؤال الذي يطرح نفسه هنا: هل تكون هذه السيطرة مادية أو قانونية؟

---

5 Cass. Crim. 26 mars 1997, N° de pourvoi: 95-83606 : **« *que l'institution avait la garde du mineur et ainsi mission de contrôler et organiser, à titre permanent, son mode de vie*… ».**

"أن المؤسسة كانت حارسة للقاصر وبالتالي لديها مهمة رقابة وتنظيم طريقة عيشه بصورة دائمة".

6 Charge d'organiser et de contrôler, à titre permanent, le mode de vie:
Cass. ass. plén., 29 mars 1991, no 89-15.231 ; Cass. 2e civ., 9 déc. 1999, no 97-22.268 ; Cass. crim., 28 mars 2000, no 99-84.075.

7 « mission de contrôler, d'organiser, à titre permanent, (le) mode de vie » : Cass. crim., 26 mars 1997, nos 95-83.606, 95-83.956 et 95-83.957 ; Capitant Henri, Lequette Yves, Terré François, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome II, 2008, Litec, Paris, nos 227-229, p. 494 et s.

8 « surveillance et organisation des conditions de vie » (Cass. 2e civ., 25 févr. 1998, no 95-20.419 ; adde Galliou-Scanvion A.-M., L'article 1384, alinéa 1er et la responsabilité du fait d'autrui : un fardeau non transférable sur les épaules du tuteur, *D. 1998*, chr., p. 240).

9 Elle suppose « pouvoir réel d'influer sur la personne : sur sa psychologie, son caractère, son comportement » (Jourdain (P.), Existe-t-il un principe général de responsabilité du fait d'autrui ? in La responsabilité du fait d'autrui, Actualité et évolutions, *Resp. civ. et assur.* 2000, Hors-série, no 11 bis, p. 7).

7. **سيطرة قانونية أم مادية ؟ . - للسيطرة على شؤون الأشخاص مفهومان: السيطرة القانونية، والسيطرة المادية[10].**

السيطرة القانونية على شؤون الغير تكون لكل من لديه سند قانوني لممارسة هذه السيطرة ؛ إذن مصدر مهمة "صاحب السيطرة" القانونية هو النص القانوني، أو الحكم القضائي، أو الاتفاق. "فصاحب السيطرة" القانونية على شؤون الغير إذن هو الذي كان يتمتع بسند قانوني لتنظيم ومراقبة طريقة عيش الغير لحظة ارتكاب الفعل الضار.

أما السيطرة المادية على شؤون الغير، فهي تعني واقعة تنظيم ورقابة نمط حياة الغير بصورة فعلية. "فصاحب السيطرة" المادية أو الفعلية إذن هو الذي كان ينظم ويراقب بصورة فعلية طريقة عيش الغير لحظة ارتكاب الفعل الضار.

8. **الأخذ بالسيطرة القانونية من قبل الغرف المدنية والجزائية لمحكمة النقض. -** أخذت محكمة النقض الفرنسية بالسيطرة القانونية معتبرةً أن العبرة بمن كان "صاحب السيطرة" القانونية على شؤون الغير وقت ارتكاب الفعل الضار؛ فقد أصدرت الغرفة المدنية[11] من جهة، والغرفة الجزائية[12] من جهة أخرى، عدة أحكام كلها تدور حول وقائع مشابهة: وضع قاصر تحت رقابة مؤسسة إصلاحية بناءً على حكم من المحكمة[13] على أساس المواد 375 وما بعدها من القانون المدني. ذات يوم، أقدم القاصر على ارتكاب فعل ضار (اعتداء جنسي في القضية الأولى[14]، التسبب في اندلاع حريق ألحق أضراراً بالغير[15]، سرقة سيارة مع إصابة الغير بجروح[16]) في حين أنه لم يكن ساعة ارتكاب الفعل الضار تحت السيطرة المادية والفعلية للمؤسسة الإصلاحية، إما لأن القاصر قد هرب[17] أو لأنه كان في زيارة لأهله[18]. اعتبرت الغرفتان المدنية والجزائية أن المؤسسة الإصلاحية

---

10 Sur cette question, v. notamment, Blin-Franchomme (M.-P.), Le critère de « garde » des personnes au regard du principe général de responsabilité civile du fait d'autrui, *LPA* 1997, no 141, p. 5 ; Alt-Maes (F.), La garde, fondement de la responsabilité du fait du mineur, *JCP G* 1998, I, no 154, p. 1367 ; Lasserre-Kiesow (V.), La garde et la responsabilité civile du fait d'autrui, *LPA* 2001, no 203, p. 12.

11 Cass. 2e civ., 7 oct. 2004, no 03-16.078 ; Cass. 2e civ., 7 mai 2003, nos 01-15.607 et 01-15.923 ; Cass. 2e civ., 6 juin 2002, nos 00-12.014, 00-15.606, 00-18.286, 00-19.694 et 00-19.922.

12 Cass. crim., 26 mars 1997, no 95-83.956 ; Cass. crim., 15 juin 2000, no 99-85.240.

13 V., par exemple, Cass. 2e civ., 7 mai 2003, nos 01-15.607 et 01-15.923 ; Cass. 2e civ., 7 oct. 2004, no 03-16.078, précité.

14 Cass. crim., 15 juin 2000, no 99-84.912, précité

15 Cass. 2e civ., 7 oct. 2004, no 03-16.078, précité.

16 Cass. 2e civ., 7 mai 2003, nos 01-15.607 et 01-15.923, précité.

17 Cass. 2e civ., 7 oct. 2004, no 03-16.078, précité.

18 Cass. 2e civ., 6 juin 2002, nos 00-12.014 :

« *Mais attendu qu'une association chargée par décision d'un juge des enfants d'organiser et de contrôler à titre permanent le mode de vie d'un mineur demeure, en application de l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil, responsable de plein droit du fait dommageable commis par ce mineur, même lorsque celui-ci habite avec ses parents,* ***dès lors qu'aucune décision judiciaire n'a suspendu ou interrompu cette mission éducative*** *;* ».

"ولكن حيث إن الجمعية المكلفة بحكم من قاضي الأحداث بتنظيم ومراقبة طريقة عيش القاصر بصورة دائمة، تصبح استناداً للمادة 1384 (الفقرة الأولى) من القانون المدني، مسؤولةً حكماً عن الفعل الضار الذي يرتكبه القاصر، ولو كان هذا الأخير يعيش مع والديه، طالما أنه لم يصدر حكم قضائي بتعليق أو قطع هذه المهمة التربوية".

Voir aussi: Cass. crim., 26 mars 1997, no 95-83.956, précité.

مسؤولة عن فعل القاصر، إذ أنه في جميع هذه الحالات، لم يصدر حكم قضائي بتعليق أو قطع هذه المهمة التربوية[19]؛ هذا ما استقر عليه الاجتهاد الفرنسي[20].

بعد أن بينا مفهوم السيطرة على شؤون الغير، ننتقل لعرض بعض الأحكام القضائية التي توضح معنى "صاحب السيطرة" المسؤول مدنياً عن فعل الغير على أساس المادة 1384 (الفقرة الأولى) من القانون المدني الفرنسي.

المطلب الثاني: تطبيقات عملية

9. نعرض في الفرع الأول مجموعة من الأشخاص اعتبرهم الاجتهاد "مسؤولين مدنياً" عن فعل الغير استناداً للمادة 1384 (الفقرة الأولى) من القانون المدني الفرنسي، وفي الفرع الثاني مجموعة من الأشخاص لم يعتبرهم الاجتهاد "مسؤولين مدنياً" عن فعل الغير استناداً للفقرة ذاتها.

الفرع الأول: أشخاص اعتبرهم الاجتهاد مسؤولين مدنياً عن فعل الغير استناداً للمادة 1384 (الفقرة الأولى) من القانون المدني الفرنسي

10. مؤسسات أودع لديها قاصرون أو معوقون ذهنياً أو نفسياً - اعتبر الاجتهاد الفرنسي أنه يمكن أن يكون المسؤول مدنياً استناداً للمادة 1384 (الفقرة الأولى) من القانون المدني الفرنسي شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً[21] في حال توفرت الشروط المطلوبة، ونذكر على سبيل المثال:

---

19 Cass. 2e civ., 7 oct. 2004, no 03-16.078 :

« *Qu'en statuant ainsi, alors qu'il ressortait de ses propres constatations, d'une part, que la DISS, service non personnalisé du département de Maine-et-Loire désigné en qualité de tuteur d'Urbis C... par décision d'un juge des tutelles, était chargée à ce titre d'organiser, de diriger et de contrôler à titre permanent son mode de vie, et* ***qu'au moment de l'incendie volontaire provoqué par cette mineure en fugue, aucune décision judiciaire n'avait suspendu ou interrompu cette mission éducative*** ».

"(...) يتبين أن مركز DISS (...) الذي عُين بحكم صادر عن قاضي الوصاية وصياً على ...Urbis C، كان مكلفاً في هذا الصدد بتنظيم وإدارة ومراقبة طريقة عيش القاصر بصورة دائمة، وأن لحظة اندلاع الحريق المفتعل من قبله، لم يكن قد صدر حكم قضائي بتعليق أو قطع هذه المهمة التربوية".

Voir aussi: Cass. 2e civ., 6 juin 2002, nos 00-12.014, précité.

20 Cass. crim., 8 janvier 2008, N° de pourvoi: 07-81725 : « *Qu'en effet, une association, chargée par décision du juge des enfants d'organiser et de contrôler à titre permanent le mode de vie d'un mineur, demeure, en application de l'article 1384, alinéa 1er du code civil, responsable de plein droit du fait dommageable commis par ce mineur, même lorsque celui-ci est hébergé par ses parents,* ***dès lors qu'aucune décision judiciaire n'a suspendu ou interrompu cette mission éducative*** *;* ».

"بالفعل، إن الجمعية المكلفة - بموجب قرار من قاضي الأحداث - بتنظيم ومراقبة عيش القاصر بصورة دائمة، تصبح استناداً للمادة 1384 (الفقرة الأولى) من القانون المدني، مسؤولة حكماً عن الفعل الضار الذي يرتكبه القاصر، ولو كان هذا الأخير ساكناً مع والديه، طالما أنه لم يصدر حكم قضائي بتعليق أو قطع هذه المهمة التربوية".

21 Cass. crim., 10 oct. 1996, no 95-84.186.

Cass. 2e civ., 20 janv. 2000, no 98-17.005:

« *Vu l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil ;*

Attendu que la personne ***physique ou morale*** *à qui le juge des enfants confie la garde d'un mineur en danger en application des articles 375 et suivants du Code civil, ayant pour mission d'organiser, de diriger et de contrôler le mode de vie du mineur, est responsable des*

- الجمعية التي تدير مركزاً طبياً وتربوياً عن فعل المعوق ذهنياً[22].
- الجمعية التي تدير إصلاحية تستقبل فيها الأحداث الذين عهدوا إليها بموجب حكم قضائي[23].
- المستشفى المختص بمعالجة الأمراض النفسية عن أفعال أي مريض يعالج فيها منذ أكثر من عام[24].

كما أكدت محكمة النقض الفرنسية على أنه إذا لم يتم إيداع القاصر بالمركز بموجب حكم قضائي، لا يمكن مساءلة المركز على أساس الفقرة الأولى من المادة 1384[25]، بل فقط على أساس أحكام المسؤولية العقدية إذا توفرت شروطها[26] ؛ أما بالنسبة "لصاحب السيطرة" على شؤون

---

dommages qu'il cause à cette occasion, y compris aux autres enfants placés dans l'établissement ».

"بعد الاطلاع على المادة 1384 (الفقرة الأولى) من القانون المدني؛

وحيث إن الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي كلفه قاضي الأحداث بحراسة قاصر بخطر استناداً للمواد 375 وما بعدها من القانون المدني، والذي لديه مهمة تنظيم وإدارة ومراقبة طريقة عيش القاصر، هو مسؤول عن الأضرار التي يحدثها في هذه المناسبة، ومن بينها تلك التي يُحدثها لقاصرين آخرين نزلاء في المؤسسة".

Voir aussi: Cass. crim., 28 mars 2000, no 99-84.075.

22 Cass. 2e civ., 24 janv. 1996, no 94-11.028 :

« *…ce dont il résultait que les préjudices invoqués par les parents étaient en relation directe avec les faits dont l'établissement avait été déclaré responsable…* ».

"... إن الأضرار التي أثارها الوالدان هي على اتصال مباشر بالأفعال التي اعتُبرت المؤسسة مسؤولة عنها".

V. aussi: Cass. 2e civ., 25 févr. 1998, no 95-20.419.

23 Cass. crim., 10 oct. 1996, no 95-84.186 ; Cass. crim., 26 mars 1997, nos 95-83.606, 95-83.956 et 95-83.957 ; Cass. 2e civ., 20 janv. 2000, no 98-17.005 ; Cass. 2e civ., 22 mai 2003, no 01-15.311.

Cass. 2e civ., 9 déc. 1999, no 97-22.268.

24 CA Orléans, 24 juin 1996, *JCP G* 1997, I, no 4070, p. 515, obs. Viney G.

25 Cass. Crim. 26 mars 1997, N° de pourvoi: 95-83606 **;** Cass. 2e civ., 9 déc. 1999, no 97-22.268 ; Cass. crim., 28 mars 2000, no 99-84.075 ; Cass. crim., 26 mars 1997, nos 95-83.606, 95-83.956 et 95-83.957.

26 Cass. civ.2, 12 mai 2005, N° de pourvoi: 03-17994 : « *Mais attendu que, par motifs propres et adoptés, l'arrêt retient* ***qu'il est hors de contestation que l'association Clair Soleil avait en charge les victimes en dehors de toute décision de l'autorité publique*** *;*

que les mineurs, tant Hassen X... que les victimes, ont été confiés à l'Institut Les Collines, après décision d'orientation de la commission de l'éducation spéciale instaurée par la loi du 30 juin 1975, à la demande de leurs représentants légaux qui, après avoir eu connaissance du fonctionnement de l'établissement et de ses objectifs, ont sollicité l'admission de leur enfant ;

Que de ces constatations et énonciations, ***la cour d'appel a exactement déduit que la responsabilité de l'association ne pouvait être recherchée que sur le fondement de l'article 1147 du Code civil*** *;* ».

"ولكن حيث إن الحكم (...) قد اعتبر، أنه من غير المتنازع عليه أن جمعية **Clair Soleil** كانت تهتم بالضحايا دون أي قرار من السلطة العامة؛

وإن القاصرين، ...Hassen X والضحايا، قد أسندوا إلى مؤسسة Les Collines بموجب قرار توجيهي من قبل لجنة التربية الخاصة التي أنشئت بموجب القانون الصادر بتاريخ 30 يونيو 1975، بناءً على طلب ممثليهم القانونيين الذين طلبوا أيضاً قبول ابنهم لديها بعد الاطلاع على عمل المؤسسة وأهدافها؛

وإنه من هذه الاستنتاجات والأقوال، استنتجت محكمة الاستئناف بحق أن الجمعية لا يُمكن أن تُسأل إلا على أساس المادة **1147** من القانون المدني".

Cass. civ.2, 24 mai 2006, N° de pourvoi: 04-17495 :

« ***le mineur (…) auteur des faits n'ayant pas été confié à l'association par décision de justice, la responsabilité de cette association ne pouvait être recherchée que sur le fondement contractuel*** ».

الراشد، فيمكن مساءلته ولو كان مصدر السيطرة هو الاتفاق وليس الحكم القضائي[27]. إلا أن الاجتهاد الفرنسي غير مساره في الحكم الصادر بتاريخ 15 ديسمبر 2011 عن محكمة النقض التي اعتبرت أنه إذا كان مرتكب الفعل الضار راشداً مصاباً بمرض "الزهايمر" وأودع المركز الصحي بموجب عقد، فالمركز الصحي في هذه الحالة لا يسأل على أساس الفقرة الأولى من المادة 1384 عن فعله الضار[28].

تجدر الإشارة إلى أنه إذا أودع القاصر مركز العناية الصحية والتعليم بناءً على اتفاق (وليس بناءً على حكم قضائي)، يمكن مساءلة المركز عن فعله استناداً لأحكام المسؤولية العقدية إذا توفرت شروطها وذلك وفقاً للمادة 1147 من القانون المدني؛ فإذا ارتكب القاصر الذي أودعه ذووه بناءً على اتفاق مركز العناية الصحية والتعليم جريمة اغتصاب في حق قاصر آخر، فيكون المركز المذكور مسؤولاً على أساس المسؤولية العقدية لإخلاله في التزامه بالسلامة[29]. برأينا، لا مانع من تطبيق الحل ذاته إذا كان مرتكب الفعل الضار راشداً.

11. الوصي. - بما أن ناقص الأهلية أو فاقدها قد يوضع تحت رقابة الوصي، فقد يعتبر هذا الأخير "صاحباً للسيطرة" ويسأل على أساس المادة 1384 (الفقرة الأولى) من القانون المدني الفرنسي. هذا ما أكدته

"القاصر (...) مرتكب الأفعال (الضارة) لم يُسلم إلى الجمعية بموجب حكم قضائي، فمسؤولية الجمعية لا يمكن أن تترتب إلا على أساس العقد".

27 Cass. ass. plén., 29 mars 1991, no 89-15.231.
« *Qu'en l'état de ces constatations, d'où il résulte que l'association* ***avait accepté la charge d'organiser et de contrôler, à titre permanent, le mode de vie de ce handicapé****, la cour d'appel a décidé, à bon droit, qu'elle devait répondre de celui-ci au sens de l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil, et qu'elle était tenue de réparer les dommages qu'il avait causés ; d'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;* ».
"يستنتج من واقع الحال أن الجمعية قد قبلت عبء تنظيم ورقابة طريقة عيش هذا المريض ذي الاحتياجات الخاصة بشكل دائم، فقد أصابت محكمة الاستئناف عندما ألزمت الجمعية بالتعويض عن الضرر الذي سببه ذو الاحتياجات الخاصة، وذلك على أساس الفقرة الأولى من المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي؛ مما يستتبع رد سبب الطعن".
ملحوظة: عبارة "قد قبلت" التي استعملتها محكمة النقض توحي بأن مصدر السيطرة على شؤون الغير هو الاتفاق وليس الحكم القضائي.

Voir aussi: Cass. 2e civ., 25 févr. 1998, no 95-20.419.

28 Cass. civ. 1, arrêt n° 1236 du 15 décembre 2011, n° 10-25740 : « ***Mais attendu que Marcel Y..., auteur des coups mortels, étant hébergé à la maison de retraite Les Opalines en vertu d'un contrat, la cour d'appel a retenu à bon droit que cette dernière ne pouvait être considérée comme responsable, au titre de l'article 1384, alinéa 1er, du code civil, des dommages causés par lui*** ».
"ولكن حيث إن **Marcel Y...** الذي قام بالضربات القاتلة، كان ساكناً في بيت التقاعد **Les Opalines** بموجب عقد، فقد اعتبرت محكمة الاستئناف بحق أن هذه الأخيرة لا تعتبر مسؤولةً ، على أساس المادة **1384** (الفقرة الأولى) من القانون المدني، عن الأضرار التي سببها".

29 Cass. civ.2, 12 mai 2005, N° de pourvoi: 03-17994 : « *après avoir constaté que l'un des pensionnaires de l'association avait pu se livrer de façon répétée et pendant plusieurs mois à des actes d'agression sexuelle sur d'autres pensionnaires également placés dans cet internat de rééducation, ce qui caractérisait l'organisation défectueuse de la surveillance dans l'établissement et le* ***manquement de l'association à son obligation de sécurité*** ».
"بعد ملاحظة أن أحد نزلاء المؤسسة استطاع بصورة متكررة وخلال عدة أشهر ارتكاب عدة اعتداءات جنسية على نزلاء آخرين وُضعوا أيضاً في هذه المؤسسة، الأمر الذي يظهر خلل في تنظيم الرقابة في المؤسسة وإخلال هذه الأخيرة في التزامها بالسلامة".

Cass. 2e civ., 24 mai 2006, no 04-17.095.

الغرفة الجنائية والغرفة المدنية الثانية. ولكن يقتضي التمييز في بادئ الأمر فيما إذا كانت الوصاية مفروضة على راشد أم قاصر.

فقد اعتبرت الغرفة المدنية بتاريخ 25 فبراير 1998[30] أن الوصي على الراشد ليس مسؤولاً على أساس المادة 1384 (الفقرة الأولى) من القانون المدني الفرنسي عن الأضرار التي يتسبب بها الراشد الذي وضع تحت وصايته. في حين أن الغرفة الجنائية قد اعتبرت بتاريخ 28 مارس 2000 أن الوصي على القاصر مسؤول عن فعل القاصر على أساس المادة 1384 (الفقرة الأولى) من القانون المدني الفرنسي[31]. وبموجب الحكم الصادر بتاريخ 7 أكتوبر 2004، أخذت الغرفة المدنية الثانية لمحكمة النقض بالحل الذي أقرته الغرفة الجنائية؛ فقد اعتبرت أن "الشخص الذي عهدت إليه الوصاية على القاصر بحكم من القاضي، والذي أصبح مكلفاً بتنظيم ومراقبة وإدارة طريقة عيش هذا القاصر بشكل دائم، يصبح مسؤولاً حكماً عن الفعل الضار المرتكب من قبله، طالما أن هذه المهمة التربوية لم تتوقف ولم تنقطع"[32]. إن هذا الفرق بالمعاملة بين القاصر والراشد دفع العديد من الفقهاء[33] للمطالبة بتوحيد الحلول بشأن مسؤولية الوصي وذلك بتطبيق الفقرة الأولى من المادة 1384 على من يتولى الوصاية على القاصر والراشد أيضاً.

الفرع الثاني: أشخاص لا يسألون مدنياً عن فعل الغير على أساس الفقرة الأولى من المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي

12. نعرض في هذا الفرع مجموعة من الأشخاص غير المسؤولين مدنياً عن فعل الغير على أساس الفقرة الأولى من المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي؛ نذكر منهم: الأساتذة والقيمون (الغصن

---

30 Cass. 2e civ., 25 févr. 1998, no 95-20.419:

« *Mais attendu que, s'il résulte de l'article 490 du Code civil que la mesure édictée en faveur d'un majeur, dont les facultés mentales sont altérées, concerne non seulement la gestion de ses biens mais aussi la protection de sa personne,* ***il ne s'ensuit pas que son tuteur ou l'administrateur légal sous contrôle judiciaire du juge des tutelles est responsable des agissements de la personne protégée sur le fondement de l'article 1384, alinéa 1er, du même Code*** *;* ».

"ولكن حيث إنه، لو استنتج من المادة 490 من القانون المدني أن الإجراء الذي سُن لصالح راشد يُعاني من خلل في قدراته العقلية، لا يتعلق بإدارة أمواله فحسب، ولكن بحماية شخصه أيضاً، فإن هذا لا يعني أن الوصي عليه أو ممثله القانوني تحت الرقابة القضائية لقاضي الوصاية مسؤول عن تصرفات الإنسان موضوع الحماية على أساس المادة **1384** (الفقرة الأولى) من القانون ذاته".

31 Cass. crim., 28 mars 2000, no 99-84.075.

32 Cass. 2e civ., 7 oct. 2004, no03-16.078 :

La Haute juridiction a ainsi admis que ce dernier, « *à qui la tutelle d'un mineur, demeurée vacante, a été déférée par décision d'un juge des tutelles, et qui est dès lors investi de la charge d'organiser, de contrôler et de diriger à titre permanent le mode de vie de ce mineur, demeure responsable de plein droit du fait dommageable commis par celui-ci, dès lors qu'aucune décision judiciaire n'a suspendu ou interrompu cette mission éducative* ».

أقرت المحكمة العليا أن هذا الأخير "الذي أسندت إليه الوصاية على القاصر (...) بموجب حكم من قاضي الوصاية، والذي أصبح مكلفاً بعبء تنظيم ومراقبة وإدارة طريقة عيش هذا القاصر بصورة دائمة، أصبح مسؤولاً حكماً عن الفعل الضار الذي ارتكبه هذا الأخير، طالما أنه لم يصدر حكم قضائي بتعليق أو قطع هذه المهمة التربوية".

33 Viney (G.) et Jourdain (P.), *Traité de droit civil*, sous la direction de Ghestin (J.), *La responsabilité : conditions*, LGDJ, 3e éd., 2006, no 789-17 ; Viney (G.) et Mazeaud (D.), obs. sous Cass. crim., 28 mars 2000, no 99-84.075, *D.* 2000, somm., p. 466.

الأول)، وأقارب وأصدقاء القاصر (الغصن الثاني)، والمخيمات الترفيهية والمراكز الترفيهية الأخرى (الغصن الثالث).

الغصن الأول: الأساتذة والقيمون

13. الأساتذة. - اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن الأساتذة غير مسؤولين مدنياً عن أفعال تلامذتهم على أساس المادة 1384 (الفقرة 1) من القانون المدني الفرنسي[34]، بل يمكن أن يسألوا على أساس فقرات أو مواد أخرى من ذات القانون إذا توفرت شروط تطبيقها.

14. القيمون. - إن القيمين ليسوا مسؤولين مدنياً على أساس الفقرة الأولى من المادة 1384 من القانون المدني عن فعل الأشخاص الذين يحتاجون إلى رعايتهم، والسبب في ذلك أن القيمين لا ينظمون ولا يراقبون حياة الأشخاص الذين يحتاجون لرعايتهم، بل يقتصر دورهم على إدارة أموالهم فقط. هذا الحل كرسته الغرفة الثانية لمحكمة النقض في 29 مارس 2006[35]. بالتأكيد، لا مانع من أن تترتب مسؤوليتهم على أساس فقرات أو مواد أخرى من ذات القانون إذا توفرت شروط تطبيقها.

---

34 Cass. 2e civ., 16 mars 1994, no 92-19.649 :

« *Mais attendu que l'Institution Saint-Dominique ayant passé un contrat d'association à l'enseignement public, la responsabilité de l'Etat, substituée à celle des membres de l'enseignement pour les dommages causés par leurs élèves pendant que ceux-ci sont sous leur surveillance,* ***n'est pas une responsabilité de plein droit, au sens de l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil****, et ne peut être retenue, conformément aux dispositions des articles 1384, alinéa 6 et 8, du Code civil, que si une faute de l'instituteur est prouvée selon le droit commun ; d'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;* ».

"ولكن حيث إن مؤسسة *Saint-Dominique* قد أبرمت عقداً للتعاون مع التعليم العام، فإن مسؤولية الدولة التي حلت مكان المدرسين عن الأضرار التي يسببها تلامذتهم أثناء فترة وجودهم تحت رقابتهم، لا تكون مسؤولية حكمية على أساس الفقرة الأولى من المادة **1384** من القانون المدني، ولا يمكن أن تترتب على أساس الفقرتين 6 و 8 من المادة 1384 من القانون المدني، إلا إذا ثبت خطأ المدرس وفقاً للأحكام العامة؛ مما يستوجب رد سبب الطعن".

35 Cass. 2e civ., 29 mars 2006, no 03-20.071 : le curateur « *n'est pas responsable des actes de la personne protégée mais seulement de la gestion de ses biens* ».

القيم "ليس مسؤولاً عن أفعال الشخص موضوع الحماية، بل فقط عن إدارة أمواله".

الغصن الثاني: أقارب وأصدقاء القاصر

15. قد يسلم الطفل إلى أحد الأقارب أو الأصدقاء من دون مقابل، فترة قصيرة أو طويلة، دون أن يتعرض هؤلاء للمساءلة على أساس الفقرة الأولى من المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي، علماً أنه يمكن مساءلتهم على أساس فقرات أو مواد أخرى من ذات القانون إذا توفرت شروط تطبيقها، هذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في عدة أحكام: ففي الحكم الصادر بتاريخ 18 سبتمبر 1996[36]، اعتبرت المحكمة أن الأجداد أو الأعمام أو الخالات أو العمات ليسوا مسؤولين مدنياً على أساس الفقرة الأولى من المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي عن فعل أحفادهم أو أبناء أو بنات إخوانهم أو أخواتهم الذين عهد إليهم أمر رعايتهم خلال العطلة الصيفية. في الوقائع، أودع قاصر يبلغ من العمر عشر سنوات لدى جدته وعمته خلال العطلة الصيفية. ذات يوم وبينما كان يستعمل دراجته الهوائية، صدم أحد المشاة وسبب له جروحاً. اعتبرت المحكمة أن لا الجدة ولا العمة مسؤولة على أساس الفقرة الأولى من المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي لعدم توافر شروط تطبيقها؛ فلا يعتبر الإنسان "صاحباً للسيطرة" على شؤون الغير على أساس الفقرة الأولى من المادة 1384 إلا إذا كان منوطاً به تنظيم نمط حياة الغير، مع العلم أن الشخص القادر على تنظيم حياة الغير يجب أن يكون قادراً على أن يتخذ قرارات بصورة مستقلة؛ وفي الدعاوى المذكورة، فإن هذه السلطة تكون للأهل الذين يحتفظون لنفسهم بإعطاء تعليمات للطفل عن بعد، ولكن السؤال الذي يطرح هنا: هل يمكن مساءلة الجد أو الجدة إذا كانوا يربون حفيدهم بصورة مستقلة ويومية؟

أجابت محكمة النقض الفرنسية على هذا السؤال أيضاً بالنفي وذلك في حكمها الصادر بتاريخ 8 فبراير 2005. في الوقائع، ترك والدان طفلهما البالغ من العمر عاماً واحداً عند جدته لتربيه بمساعدة زوجها بدلاً من والديه، دون أن تمنح قانوناً سلطة الوالدين، ودون أن تنتقل إليها "السيطرة القانونية" بحكم من القضاء المختص؛ وفي عمر الثالثة عشرة، أقدم الولد عن قصد على إشعال حريق ألحق ضرراً بالغير مما أدى إلى ملاحقته مدنياً. اعتبرت محكمة الاستئناف أن على الجدة وزوجها لحظة ارتكاب الفعل الضار "عبء تنظيم وإدارة ومراقبة طريقة عيش القاصر"، وبالتالي هما مسؤولان على أساس المادة 1384 (الفقرة الأولى) من القانون المدني؛ طعنت الجدة وزوجها في الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف مدعيان أن القاضي لم ينقل إليهما "السيطرة"، وأن سلطة الوالدين لم تنتقل إليهما، وبالتالي يكون الأبوان فقط مسؤولين عن فعل الولد على أساس الفقرة الأولى من المادة المذكورة.

قبلت الغرفة الجنائية لمحكمة النقض الطعن المقدم وألغت الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف معتبرةً أن "محكمة الاستئناف خالفت الفقرة الأولى من المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي بتطبيقها تطبيقاً خاطئاً"، ولكن هذا لا يمنع من ترتب المسؤولية على أساس الفقرة 4 من ذات القانون في الدعوى المقامة (مسؤولية الأب والأم عن فعل ولدهما...)؛ فقد اعتبرت محكمة النقض

36 Cass. 2e civ., 18 sept. 1996, no 94-20.580, *Bull. civ.* II, no 217, *Resp. civ. et assur.* 1996, comm. no 379, obs. Groutel (H.), *LPA* 1997, no 24, p. 6, note Lebreton (M.-C.) ; Philippe (C.), Les grands-parents sont-ils des ascendants privilégiés ? (2e partie : l'autorité et la responsabilité), *RLDC* 2005/20, no 851 ; v. aussi, sur cette question, Bosse-Platière (H.), La présence des grands-parents dans le contentieux familial, *JCP G* 1997, I, no 4030 :
« *alors que les conditions d'application de l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil n'étaient pas réunies* ».

في ذات الحكم أن "الأب والأم للولد القاصر الذي لم تتوقف إقامته معهما لسبب شرعي، لا يمكن إعفاؤهما من المسؤولية الحكمية التي تقع على عاتقهما إلا بالقوة القاهرة وفعل الضحية" وأن "الظرف الذي على أساسه سلم الوالدان ابنهما القاصر إلى جدته رغم أنهما كانا يمارسان السلطة عليه، لا يوقف المساكنة لهم"[37].

هذا الحكم أكد على فكرة هامة وهي أنه يخرج عن نطاق تطبيق الفقرة الأولى من المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي، الأشخاص الطبيعيون الذين يربون بصورة تطوعية القاصر ولو بصورة دائمة، طالما أن هذه المهمة لم توكل إليهم من قبل القضاء أو أنهم أوصياء[38]. وبمفهوم المخالفة، لو أن المحكمة كانت قد نقلت السلطة للجدة وزوجها، فكان من الممكن مساءلتهما على أساس الفقرة الأولى من المادة المذكورة. في الواقع، اعتبرت محكمة النقض أن الاتفاق الحاصل بين الوالدين من جهة والجدة وزوجها من جهة أخرى حول وضع الطفل لا يكفي لنقل السلطة؛ فالسلطة لا تنتقل بناءً على قرار منفرد من الأب والأم أو اتفاق بينهما وبين الجدين.

هذا التوجه يشجع الناس على قبول رعاية غير أطفالهم، الأمر الذي يساهم في زيادة الترابط الاجتماعي بين أفراد العائلة الواحدة وبين الأصدقاء الذين لن يسألوا على أساس الفقرة الأولى من المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي عن أي ضرر يصيب الغير من فعل القاصر؛ فلو أن المحكمة تعتبرهم مسؤولين، لما تشجعوا بإبقاء أي قاصر لديهم إلا إذا كان ولدهم.

16. اقتراح بعض الفقهاء. - اقترح بعض الفقهاء تحديد نطاق تطبيق حكم Blieck على المتهنين مع استبعاد "أصحاب السيطرة العرضيين"[39]. كما اقترح البعض عدم تطبيق الفقرة الأولى من المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي إلا على "أصحاب السيطرة" الذين يتقاضون مقابلاً[40]. وفي جميع الحالات، ولو أن محكمة النقض ترفض أن يكون الجدان مسؤولين على أساس الفقرة الأولى من المادة 1384 من القانون المدني، فإن هذا لا يعني أنهما محصنان، إذ يمكن مساءلتهما على أساس المسؤولية عن الفعل الشخصي إذا ارتكبا خطأً شخصياً بالرقابة[41].

---

37 Cass. crim. 8 février 2005, N° de pourvoi: no 03-87447 : « *la cour d'appel a violé par fausse application l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil ; » et que « les père et mère d'un enfant mineur dont la cohabitation avec celui-ci n'a pas cessé pour une cause légitime ne peuvent être exonérés de la responsabilité de plein droit pesant sur eux que par la force majeure ou le fait de la victime » et que « la circonstance que le mineur avait été confié par ses parents, qui exerçaient l'autorité parentale, à sa grand-mère n'avait pas fait cesser la cohabitation avec ceux-ci* ».

"إن محكمة الاستئناف قد أخطأت في تطبيق المادة 1384 (الفقرة الأولى) من القانون الفرنسي"؛ كما وأن "والد ووالدة القاصر الذي لم تتوقف مساكنته لهما لسبب مشروع، لا يمكن إعفاؤهما من المسؤولية الحكمية إلا بالقوة القاهرة أو خطأ المضرور"، وأن "الظرف الذي بموجبه أسند الوالدان- اللذان كانا يمارسان سلطة الأهل- القاصر إلى جدته، لا يوقف المساكنة لهم".

38 Voir déjà en ce sens, Cass. 2e civ., 25 janv. 1995, no 92-18.802.

39 Kessous (R.), concl. sous Cass. 2e civ., 25 févr. 1998, no 95-20.419, *Bull. civ.* II, no 62, *D.* 1998, jur., p. 315.

40 Le Tourneau (Ph.), Droit de la responsabilité et des contrats, *Dalloz action*, 2010-2011, no 7362-1.

41 Cass. 2e civ., 5 févr. 2004, nos 01-03.585 et 02-15.383 ; Cass. 2e civ., 18 mars 2004, no 02-19.454 ; CA Nancy, 26 avr. 2004, Resp. civ. et assur. 2004, comm. no 362, obs. Radé Ch. ; Cass. 2e civ., 25 janv. 1995, no 92-18.802.

الغصن الثالث: المخيمات الترفيهية والمراكز الترفيهية الأخرى

17. جرت العادة بأن يودع الأهل أولادهم في مخيمات ومراكز ترفيهية لعدة أيام أو أسابيع ولا سيما أثناء فترة العطلات الدراسية. وقد قضت الغرفة الجزائية لدى محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 29 أكتوبر 2002 بمسؤولية والدة القاصر التي أودعته لدى مركز ترفيهي لمدة 3 أسابيع، ارتكب خلالها سرقات عدة، معتبرةً أن هذه المدة ليست كافية لانتقال المساكنة وبالتالي يعتبر القاصر ما يزال ساكناً مع والدته، مطبقةً الفقرة الرابعة من المادة 1384 من القانون المدني[42].
في رأينا، لا يعتبر المركز الترفيهي "صاحباً للسيطرة" على شؤون القاصر لأن هذا الأخير لم يودع المركز الترفيهي بموجب حكم قضائي بل بموجب اتفاق من جهة، ولأن مدة 3 أسابيع هي مدة قصيرة لا تكفي للسيطرة على حياة الغير من جهة أخرى.

بعد أن بينا المظهر الأول للسلطة ألا وهو السيطرة على شؤون الغير في المبحث الأول، ننتقل الآن لمعالجة المظهر الثاني للسلطة ألا وهو الإشراف على نشاط الغير في المبحث الثاني.

42 Cass. crim., 29 oct. 2002, no 01-82.109 :
« *Attendu qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a fait l'exacte application de l'article 1384, alinéa 4, du Code civil ;*
Qu'en effet, la cohabitation de l'enfant avec ses parents, résultant de sa résidence habituelle à leur domicile ou au domicile de l'un d'eux, ne cesse pas lorsque le mineur est confié par contrat à un organisme de vacances, qui n'est pas chargé d'organiser et de contrôler à titre permanent le mode de vie de l'enfant ;
Que seule la force majeure ou la faute de la victime peut exonérer les parents de la responsabilité qu'ils encourent de plein droit du fait des dommages causés par leur enfant mineur ; ».
"حيث إن (...) مساكنة القاصر لوالديه والناجمة عن سكنه المعتاد في منزلهم أو منزل أحدهما، لا تتوقف إذا أسند القاصر بموجب عقد إلى مؤسسة تهتم بالعطلات، والتي ليست مكلفة بتنظيم ومراقبة طريقة عيش القاصر بصورة دائمة؛
وإن القوة القاهرة أو خطأ الضحية فقط يمكن أن يعفي الوالدين من المسؤولية الحكمية عن الأضرار التي يسببها ابنهما القاصر".

المبحث الثاني: الإشراف على نشاط الغير

18. يكمن الفرق بين السيطرة على شؤون الغير (المظهر الأول من السلطة التي يمارسها المسؤول عن فعل الغير على هذا الأخير) والإشراف على نشاطه (المظهر الثاني من السلطة) في ثلاثة أمور: الأول أن السيطرة على شؤون الغير يشترط فيها أن تمارس بشكل دائم، في حين أن الإشراف على نشاط الغير لا يمارس "بشكل دائم"؛ أما الثاني فهو يكمن في أن محل السيطرة على شؤون الغير هو طريقة عيش الغير، في حين أن محل الإشراف على نشاط الغير هو نشاطه الذي قد يكون رياضياً أو اجتماعياً...؛ أما الثالث فهو أن السيطرة على شؤون الغير لا تكون إلا بسبب وضعه الخاص (كأن يكون مسناً أو مريضاً أو قاصراً...)، في حين أن الإشراف على نشاط الغير لا يكون إلا إذا وافق الإنسان طوعاً على المشاركة في نشاط تحت إشراف الغير.

نلاحظ أنه في السنوات الأخيرة بدأ التوسع في تطبيق الفقرة الأولى من المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي لتشمل كل من يشرف على نشاط الغير مهما كان نوع النشاط؛ فالفكرة التي أوجدها حكم "Blieck" الشهير لم تعد تطبق على لاعبي "الروكبي" فحسب، بل على كل من يمارس أنشطة رياضية كلاعبي كرة القدم مثلاً، فضلاً عن أنشطة أخرى. سنعالج "الأشخاص المشرفون على نشاط الغير" في المطلب الأول، على أن نعالج "نطاق مسؤوليتهم" في المطلب الثاني.

المطلب الأول: الأشخاص المشرفون على نشاط الغير

19. من الأشخاص المشرفين على نشاط الغير؛ أي الذين يتمتعون بالمظهر الثاني للسلطة على الغير نجد الجمعيات الرياضية (الفرع الأول)، إلا أن هذه السلطة قد يمارسها آخرون (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الجمعيات أو الأندية الرياضية

20. إن مسؤولية الجمعيات أو الأندية الرياضية عن أفعال اللاعبين على أساس المادة 1384 (الفقرة الأولى) من القانون المدني الفرنسي ناتجة عن ممارسة سلطة متقطعة (غير مستمرة) على أنشطة أشخاص مستقلين. سنبين الحل الذي كرسه القضاء الفرنسي بشأن الجمعيات الرياضية في الغصن الأول، وشروط مسؤولية الأندية الرياضية عن فعل اللاعبين في الغصن الثاني، ونطاق تطبيق الفقرة الأولى من المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي على الأنشطة الرياضية في الغصن الثالث، ومعيار قيام مسؤولية الأندية الرياضية وأساسها القانوني في الغصن الرابع.

الغصن الأول: الحل الذي كرسه القضاء الفرنسي بشأن الجمعيات الرياضية

21. في 22 مايو 1995، أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكمين توسعت فيهما في تطبيق الفقرة الأولى من المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي[43]. ففي القضية الأولى، أصيب أحد لاعبي

43 Cass. 2e civ., 22 mai 1995, N° de pourvoi: 92-21197 et 92-21871(www.legifrance.gouv.fr).

"الروكبي" بجروح على أثر ركلة قوية من لاعب في الفريق الآخر لم يُعرف من هو. أما في القضية الثانية، فقد وقع شجار أثناء المباراة بين الفريقين مما أدى إلى وفاة أحد اللاعبين. أقام اللاعب المصاب في القضية الأولى وورثة اللاعب المقتول في القضية الثانية دعوى ضد الفريق الآخر. اعتبرت محاكم الأساس أن الفريق الآخر مسؤول مدنياً عن ذلك على أساس الفقرة 5 من المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي (مسؤولية المتبوع عن فعل التابع) باعتباره متبوعاً للاعبين. طُعن على الحكمين بالنقض أمام محكمة النقض التي قضت بالتالي:"ولكن حيث إن للجمعيات الرياضية مهمة تنظيم وإدارة ومراقبة نشاط أعضائها أثناء المنافسات الرياضية التي يشاركون فيها، وهم مسؤولون على أساس المادة 1384 (الفقرة الأولى) من القانون المدني الفرنسي عن الأضرار التي يحدثها الأعضاء في هذه المناسبة"[44]؛ كما عاد وأكد القضاء الفرنسي على هذا التوجه عبر أحكام عديدة منها ما صدر في 3 فبراير 2000[45]، و 9 أغسطس 2011 (حكم صادر عن محكمة الاستئناف)[46].

الغصن الثاني: اشتراط الخطأ لقيام مسؤولية الأندية الرياضية عن أفعال اللاعبين طبقاً للفقرة الأولى من المادة 1384

22. الخطأ لم يكن شرطاً لترتب مسؤولية الأندية الرياضية عن أفعال اللاعبين. - تطور موقف القضاء الفرنسي من عدم اشتراط الخطأ إلى اشتراطه لترتب مسؤولية النادي الرياضي عن أفعال لاعبيه. في البداية، لم يكن خطأ المنتسب إلى النادي الرياضي شرطاً لترتب مسؤولية النادي أو الجمعية عن

---

44 Cass. 2e civ., 22 mai 1995, préc. (www.legifrance.gouv.fr) :
« *Mais attendu que les associations sportives ayant pour mission d'organiser, de diriger et de contrôler l'activité de leurs membres au cours des compétitions sportives auxquelles ils participent sont responsables, au sens de l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil, des dommages qu'ils causent à cette occasion* ».
"ولكن حيث إن للجمعيات الرياضية مهمة تنظيم وإدارة ورقابة نشاط أعضائها أثناء المنافسات الرياضية التي يشاركون فيها، فهم مسؤولون على أساس المادة 1384 (الفقرة الأولى) من القانون المدني، عن الأضرار التي يسببوها (الأعضاء) في هذه المناسبة".

45 Cass. 2e civ., 3 févr. 2000, no 98-11.438:
« *Mais attendu que, pour condamner l'Asca à indemniser M. X..., l'arrêt énonce que les associations sportives, ayant pour objet d'organiser, de diriger et de contrôler l'activité de leurs membres au cours des compétitions sportives auxquelles ils participent, sont responsables, au sens de l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil, des dommages qu'ils causent à cette occasion* ».
"ولكن حيث إنه، ولإلزام *Asca* بتعويض السيد *X...*، يعتبر الحكم أن الجمعيات الرياضية، التي تهدف إلى تنظيم وإدارة ومراقبة نشاط أعضائها أثناء المنافسات الرياضية التي يشاركون فيها، مسؤولة على أساس المادة 1384 (الفقرة الأولى) من القانون المدني، عن الأضرار التي يسببونها (الأعضاء) في هذه المناسبة".

46 CA Nîmes, 1re ch. B, 9 août 2011, N° de RG: 09/02055 :
« *Les associations sportives ayant pour objet d'organiser, de diriger et de contrôler l'activité de leurs membres au cours des compétitions sportives auxquelles ils participent sont responsables au sens de l'article 1384 alinéa1er du Code civil des dommages qu'ils causent à cette occasion* ».
"الجمعيات الرياضية، التي تهدف إلى تنظيم وإدارة ومراقبة نشاط أعضائها أثناء المنافسات الرياضية التي يشاركون فيها، مسؤولة على أساس المادة 1384 (الفقرة الأولى) من القانون المدني، عن الأضرار التي يسببونها (الأعضاء) في هذه المناسبة".

فعله[47]. هذا الأمر سبب خوفاً للأندية الرياضية واللاعبين والجمهور لأنه يعكس التوسع في تطبيق الفقرة الأولى من المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي في مجال الرياضة وبالتالي المسؤولية الحكمية التي لا تقوم على الخطأ.

23. الخطأ أصبح شرطاً لترتب مسؤولية الأندية الرياضية عن أفعال اللاعبين. - بعد ذلك، غيرت محكمة النقض توجهها، واتخذت قراراً بعدم التوسع في تطبيق الفقرة المذكورة واضعةً شروطاً ضيقة لتطبيقها على الأندية الرياضية؛ فقد اعتبرت أن الأندية الرياضية التي تنظم وتدير وتراقب نشاط أعضائها (أي اللاعبين)، مسؤولة عن أفعالهم بشرط توفر "خطأ يتمثل في خرق قواعد اللعبة، مرتكب من قبل أحد أعضائها، ولو لم يعرف من هو بالتحديد"[48]؛ على الضحية إذن أن تثبت وجود الخطأ؛ هذا ما أكدته محكمة النقض مراراً في أحكامها، ومنها الحكم الصادر بتاريخ 21 أكتوبر 2004 وهو يتعلق أيضاً برياضة "الروكبي"[49]. كما أكد هذا التوجه الحكم الصادر في 13 يناير 2005 فيما يخص رياضة كرة القدم[50]. وفي 16 مايو 2006 حيث اعتبرت محكمة النقض أن "الأندية الرياضية التي تنظم وتدير وتراقب نشاط أعضائها أثناء المباريات والتمرينات التي يشاركون فيها، غير مسؤولة حكماً إلا عن الأضرار التي يسببونها (الأعضاء) بخطئهم المتمثل في خرق قواعد اللعبة"[51]. هذا ما عادت وأكدته محكمة النقض الفرنسية في 6 أكتوبر 2006[52]، و 16 سبتمبر

47 Cass. civ. 2, 22 mai 1995, préc. ; Cass. 2e civ., 3 févr. 2000, no 98-11.438, précité.

48 Cass. 2e civ., 20 nov. 2003, no 02-13.653, Bull. civ. II, no 356 : les associations sportives, ayant pour mission d'organiser, de diriger et de contrôler l'activité de leurs membres sont responsables des dommages qu'ils causent à cette occasion **à condition qu'« *une faute caractérisée par une violation des règles du jeu et imputable à l'un de ses membres, même non identifié* »** soit établie.

الجمعيات الرياضية، التي تهدف إلى تنظيم وإدارة ومراقبة نشاط أعضائها، مسؤولة عن الأضرار التي يسببونها في هذه المناسبة، بشرط ارتكاب "خطأ يتمثل في خرق قواعد اللعبة، مرتكب من قبل أحد أعضائها، ولو لم يعرف من هو بالتحديد".

La même décision prévoit qu' « *aucune faute caractérisée par une violation des règles du jeu et imputable à un joueur, même non identifié* (…) *n'était établie* ».

يؤكد الحكم ذاته أنه "لم يُرتكب خطأ متمثل في خرق قواعد اللعبة من قبل أي لاعب، عرف أو لم يعرف من هو بالتحديد".

Radé (Ch.), La résurgence de la faute dans la responsabilité civile du fait d'autrui, *Resp. civ. et assur.* 2004, chr. no 15.

49 Cass. 2e civ., 21 oct. 2004, nos 03-17.910 et 03-18.942.

50 Cass. 2e civ., 13 janv. 2005, no 03-18.617.

51 Cass. 2e civ., 16 mai 2006, no 03-12.537 : la Cour de cassation a écarté la responsabilité de l'association sur le fondement de l'article 1384, alinéa 1er, après avoir rappelé que « *les associations sportives, ayant pour objet d'organiser, de diriger et de contrôler l'activité de leurs membres au cours des compétitions et entraînements auxquels ils participent, ne sont responsables de plein droit que des dommages qu'ils causent par leur faute caractérisée par une violation des règles du jeu* ».

استبعدت محكمة النقض مسؤولية الجمعية على أساس المادة 1384 (الفقرة الأولى) من القانون المدني مذكرةً بأن "الجمعيات الرياضية، التي تهدف إلى تنظيم وإدارة ومراقبة نشاط أعضائها أثناء المنافسات والتمرينات التي يشاركون فيها، ليسوا مسؤولين حكماً إلا عن الأضرار التي يسببونها (الأعضاء) بخطئهم الذي يتمثل في خرق قواعد اللعبة".

52 Cass. 2e civ., 5 oct. 2006, no 05-18.494.

2010 حيث ألغت الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف لأنها لم تتثبت مما إذا كان الخطأ يتمثل في مخالفة قواعد اللعب أم لا[53].

بتاريخ سابق، وأثناء مباراة في رياضة "الروكبي" حصلت في فرنسا بين نادي Périgord-Agenais ونادي Armagnac-Bigorre، أصيب أحد لاعبي الفريق الأول بجروح خطيرة. ادعى اللاعب على الناديين الرياضيين وعلى الضامنين مطالباً بالتعويض عن الأضرار التي ألمت به وذلك على أساس المادة 1384 (الفقرة الأولى) من القانون المدني الفرنسي. اعتبرت محكمة استئناف Agen بتاريخ 20 نوفمبر 2000 أن ادعاء اللاعب يقوم على سند من القانون، وحكمت لصالحه بالتعويض عن الأضرار التي ألحقت به، إلا أن محكمة النقض الفرنسية قد ألغت الحكم بتاريخ 13 مايو 2004 لعلة عدم ارتكاب خطأً يتمثل في مخالفة قواعد اللعبة[54]. ثم أحالت القضية إلى محكمة استئناف Bordeaux التي لم تتقيد بحكم محكمة النقض وأصدرت حكماً مماثلاً للحكم الصادر عن محكمة استئناف Agen، معتبرةً أنه ليس على المضرور إلا إثبات "الفعل الضار" أي فعل الإضرار (بحسب القانون الإماراتي)، وعليه يسأل النادي حتى لو لم ينتهك اللاعب قواعد اللعبة أو لم يرتكب أي خطأ[55].

طعن الناديان الرياضيان في الحكم الصادر عن محكمة استئناف Bordeaux واعتبرا أن "الخطأ المتمثل في خرق قواعد اللعبة والصادر عن لاعب واحد أو أكثر حتى لو لم تتضح هويتهم، هو وحده الذي يرتب مسؤولية النادي الرياضي في حال إصابة لاعب بجروح أثناء مباراة رياضة "الروكبي".

بتاريخ 29 يونيو 2007، أصدرت الهيئة العامة لمحكمة النقض حكماً قضى بإلغاء الحكم الصادر عن محكمة استئناف Bordeaux معتبرةً أنه لا يمكن إلزام النادي بالتعويض عن الأضرار إلا إذا ارتكب

---

53 Cass. civ. 2, 16 septembre 2010, N° de pourvoi: 09-16843.
« *Qu'en retenant ainsi la responsabilité de l'association Les Albatros de Brest,* ***sans relever l'existence d'une faute caractérisée par une violation des règles du jeu*** *de hockey sur glace commise par un ou plusieurs joueurs, mêmes non identifiés, membres de cette association, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;* ».
"بحكمها هذا معتبرةً أن جمعية *Les Albatros de Brest* مسؤولة، دون التأكد من وجود خطأ يتمثل في خرق قواعد لعبة التزلج على الجليد ارتكبه لاعب واحد أو أكثر، حتى لو كانوا غيرمحددين، ينتمون إلى هذه الجمعية، فإن محكمة الاستئناف قد خالفت النص المذكور".

Cass. civ. 2, 8 avril 2004, **N° de pourvoi: 03-11653** : « *Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle relevait que M. X..., joueur salarié de la société OM, avait commis l'action dommageable au cours d'une compétition sportive,* ***sans rechercher si le tacle ayant provoqué les blessures avait constitué une faute caractérisée par une violation des règles du jeu****, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard du texte précité ;* ».
"بحكمها هذا، الذي اعتبرت فيه أن السيد *X...* لاعب أجير لدى شركة *OM* قد ارتكب الفعل الضار أثناء منافسة رياضية، دون البحث عما إذا كان الفعل الضار الذي سبب الجروح قد شكل خطأً يتمثل في خرق قواعد اللعبة، لم تعط محكمة الاستئناف سنداً قانونياً لحكمها المبني على النص المذكور".

54 Cass. 2e civ., 13 mai 2004, no 03-10.222 : la décision a été censurée parce que les juges du fond n'avaient pas caractérisé « *une faute consistant en une violation des règles du jeu commise par un ou plusieurs joueurs, même non identifiés, faute seule de nature à engager la responsabilité d'une association sportive* ».
إن الحكم قد أُلغي لأن محكمة الاستئناف لم تتأكد من وجود "خطأ يتمثل في خرق قواعد اللعبة ارتكبه لاعب واحد أو أكثر، حتى لو كانوا غير محددين، والخطأ هو وحده الذي يمكن أن يرتب مسؤولية جمعية رياضية".

55 CA Bordeaux, 4 juillet 2006, Bulletin 2007, N° 7 : « *la victime n'avait pas d'autre preuve à rapporter que celle du fait dommageable (...), même si rien n'établissait qu'une violation des règles du jeu ou une faute quelconque eût été commise* ».
"ليس على الضحية إلا إثبات الفعل الضار (...)، حتى لو لم تُنتهك قواعد اللعبة أو لم يُرتكب أي خطأ".

اللاعب خطأً يتمثل في خرق قواعد اللعبة [56]. تقتضي الإشارة هنا إلى أن شرط ارتكاب خطأ يتمثل في خرق قواعد اللعبة لا يطبق إلا على اللاعبين أثناء اللعب.

24. تعليق على اعتماد الخطأ كشرط لترتب مسؤولية الأندية الرياضية عن أفعال اللاعبين. - كما نعلم فإن حكم Blieck والأحكام التي أيدته لا تشترط خطأ الغير حتى تترتب مسؤولية من له سلطة عليه على أساس الفقرة الأولى من المادة 1384 من القانون المدني، فهي تكتفي بوقوع الضرر بسبب فعل الغير[57]. من ناحية أخرى، وفيما يتعلق بمسؤولية الأهل عن أفعال أبنائهم القاصرين، اعتبرت الهيئة العامة لمحكمة النقض الفرنسية بعد الاطلاع على الفقرة 1و4و7 من المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي أن المسؤولية عن فعل الغير يمكن أن تترتب حتى لو لم ينسب الضرر إلى خطأ القاصر؛ فقد اعتبرت محكمة النقض أنه مجرد وجود ضرر "...سببه المباشر فعل القاصر وإن كان غير خاطئ..." كاف لقيام مسؤولية الأهل[58]. هذه القرارات تنسجم مع قرار Füllenwarth الصادر في 9 مايو 1984 عن الهيئة العامة لمحكمة النقض الفرنسية[59] (الذي اعتبر أن مجرد إثبات أن فعل الابن القاصر كان السبب المباشر لوقوع الضرر يؤدي إلى قيام قرينة مسؤولية الأب والأم عن فعل ابنهما القاصر المقيم معهما)، وقرار Bertrand الصادر عن الغرفة المدنية الثانية لمحكمة النقض الفرنسية في 19 فبراير 1997[60] (الذي اعتبر أن القوة القاهرة أو خطأ الضحية فقط يمكنهما أن يعفيا الأب

---

56 Cass. Ass. Plén., 29 juin 2007, N° de pourvoi: 06-18141 :

« *Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle était tenue de relever l'existence d'une faute caractérisée par une violation des règles du jeu commise par un ou plusieurs joueurs, même non identifiés, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;* ».

"بحكمها هذا خالفت محكمة الاستئناف النص المذكور، حيث إنه كان يتوجب عليها التأكد من وجود خطأ يتمثل في خرق قواعد اللعبة ارتكبه لاعب واحد أو أكثر، حتى لو كانوا غير محددين".

57 Cass. ass. plén., 29 mars 1991, préc. :

« *Qu'en l'état de ces constatations, d'où il résulte que l'association avait accepté* ***la charge d'organiser et de contrôler, à titre permanent, le mode de vie de ce handicapé****, la cour d'appel a décidé, à bon droit, qu'elle devait répondre de celui-ci au sens de l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil, et qu'elle était tenue de réparer les dommages qu'il avait causés ; d'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;* ».

"بناءً على هذه الاستنتاجات التي بموجبها وافقت الجمعية على عبء تنظيم ومراقبة طريقة عيش ذي الاحتياجات الخاصة بصورة دائمة، قررت محكمة الاستئناف بحق أن الجمعية مسؤولة عن فعل هذا الأخير على أساس المادة 1384 (الفقرة الأولى) من القانون المدني، وأنها يجب أن تعوض عن الأضرار التي سببها؛ مما يستتبع رد سبب الطعن".

58 Cf. Cass. ass. plén., 13 déc. 2002, nos 00-13.787 :

« … *il suffit que le dommage invoqué par la victime ait été directement causé par le fait, même non fautif, du mineur* … » ;

"... يكفي أن الضرر الذي تذرعت به الضحية سببه فعل القاصر مباشرة، ولو لم يكن خاطئا...".

Cf., également, Cass. 2e civ., 10 mai 2001, no 99-11.287.

59 Cass. ass. plén., 9 mai 1984, n° 79-16.612, *Bull. civ.* ass. plén., n° 4, *D.* 1984, jur., p. 525, concl. Cabannes (J.) et note Chabas (Fr.), *JCP G* 1984, II, n° 20255, note Dejean de la Bâtie (N.) :

« *Mais attendu que, pour que soit présumée, sur le fondement de l'article 1384 alinéa 4 du Code civil, la responsabilité des père et mère d'un mineur habitant avec eux, il suffit que celui-ci ait commis un acte qui soit la cause directe du dommage invoqué par la victime ; que par ce motif de pur droit, substitué à celui critiqué par le moyen, l'arrêt se trouve légalement justifié ;* ».

"ولكن حيث إنه لتأسيس مسؤولية أب وأم القاصر الذي يسكن معهما على المادة 1384 (الفقرة 4) من القانون المدني، يكفي أن يرتكب القاصر فعلاً يكون السبب المباشر للضرر الذي تتذرع به الضحية ...".

60 Cass. 2e civ., 19 févr. 1997, n° 94-21.111, *Bull. civ.* II, n° 56, *RTD civ.* 1997, p. 668, obs. Jourdain (P.), *JCP G* 1997, II, n° 22848, concl. Kessous (R.), note Viney (G.) :

من مسؤوليته الحكمية عن الأضرار التي يسببها ابنه القاصر المقيم معه)، والقرار الصادر عن الغرفة المدنية الثانية لمحكمة النقض الفرنسية في 10 مايو 2001[61]، والقرار الصادر بتاريخ 13 ديسمبر 2002 عن الهيئة العامة لمحكمة النقض الفرنسية[62] بشأن مسؤولية أولياء الأمور عن أفعال أولادهم القاصرين، والتي اعتبرت أن المسؤولية حكمية وليست مبنية على خطأ القاصر، إذ يكفي توفر العلاقة السببية بين فعله والضرر الحاصل؛ كما اعتبرت الغرفة الثانية لمحكمة النقض الفرنسية في 12 ديسمبر 2002 أن جمعية المشجعين مسؤولة عن فعل أعضائها دون أن تبحث فيما إذا ارتكب الفاعل خطأً أم لا[63].

أما بالنسبة للجمعيات والأندية الرياضية، فبعد أن غير القضاء الفرنسي مساره عام 2003، استقر على أنه لا تترتب مسؤوليتها إلا إذا ارتكب اللاعب خطأً يتمثل في مخالفة قواعد اللعبة[64]. هذا التوجه يعيد بنظر البعض لمصطلح "المسؤولية" معناه؛ فهو لا يعني مجرد آلية تعويض عن أي ضرر[65]، بل يتعلق بأي سلوك غير طبيعي. يتساءل البعض هنا كيف يمكن لمسؤولية الأهل عن أفعال أبنائهم القاصرين أن تكون أقصى من مسؤولية الأندية الرياضية عن أفعال منتسبيها، خاصةً وأن القانون لا يلزم الأهل بإبرام عقود ضمان لتغطية تلك المسؤولية، في حين أن الأندية الرياضية ملزمة قانوناً بإبرام عقد ضمان لتغطية مسؤوليتها (المادة ل. 1-321 من قانون الرياضة)[66]؟ يعزو البعض تفضيل الأندية الرياضية على الأهل إلى أسباب اجتماعية مفادها أن حماية الأندية الرياضية تؤدي لحماية الرياضة بشكل عام إذ أن سهولة محاسبة الأندية الرياضية عن أفعال منتسبيها هو بمثابة معاقبة الرياضة وتهديد لها؛ لذا أصدرت محكمة النقض الفرنسية أحكامها الأخيرة حمايةً لوظيفة الرياضة الاجتماعية والاقتصادية، علماً أننا نرى أن كون الإنسان أباً أو أماً أجدر بالحماية من الرياضة، خاصةً وأن الأحكام القضائية الحديثة والتي ترتب مسؤولية الأهل بمجرد حصول الضرر

« *Mais attendu que, l'arrêt ayant exactement énoncé que seule la force majeure ou la faute de la victime pouvait exonérer M. X... de la responsabilité de plein droit encourue du fait des dommages causés par son fils mineur habitant avec lui, la cour d'appel n'avait pas à rechercher l'existence d'un défaut de surveillance du père ;* ».

"ولكن حيث إن الحكم قد بين أنه يمكن للقوة القاهرة أو خطأ الضحية فقط إعفاء السيد ...X من المسؤولية الحكمية الناجّة عن الأضرار التي سببها ابنه القاصر الذي يسكن معه، لا تكون محكمة الاستئناف مُلزمة إذن بالبحث عن خطأ في مراقبة الأب ؛".

61 Cass. 2e civ., 10 mai 2001, n° 99-11.287.

62 Cass. ass. plén., 13 déc. 2002, n° 01-14.007.

63 Cass. 2e civ., 12 déc. 2002, no 00-13.553, *Bull. civ.* II, no 289, p. 230, *Petites affiches* 7 avr. 2003, no 69, p. 11, note Buy (F.).

64 Cass. civ. 2, 16 septembre 2010, précité :

« *Qu'en retenant ainsi la responsabilité de l'association Les Albatros de Brest, sans relever l'existence d'une faute caractérisée par une violation des règles du jeu de hockey sur glace commise par un ou plusieurs joueurs, mêmes non identifiés, membres de cette association, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;* ».

"بحكمها هذا معتبرةً أن جمعية Les Albatros de Brest مسؤولة، دون التأكد من وجود خطأ يتمثل في خرق قواعد لعبة التزلج على الجليد ارتكبه لاعب واحد أو أكثر، حتى لو كانوا غير محددين، ينتمون إلى هذه الجمعية، فإن محكمة الاستئناف قد خالفت النص الذكور".

Cass. civ. 2, 8 avril 2004, **N° de pourvoi: 03-11653**.

65 Sur cette question, Engel (L.), Vers une nouvelle approche de la responsabilité, Le droit français face à la dérive américaine, *Esprit*, juin 1993, p. 15.

66 Mouly (J.), Les paradoxes du droit de la responsabilité civile dans le domaine des activités sportives, *JCP G* 2005, I, n° 134, spéc. la première partie.

حتى رغم عدم ارتكاب أي خطأ من قبل القاصر أو الأهل شكلت رعباً لدى الأهل من الإنجاب، مما قلل فعلاً عملية إنجاب الأطفال في المجتمع الفرنسي[67].

نفهم أحكام محكمة النقض التي تقضي بعدم مسؤولية الأندية الرياضية عن أفعال منتسبيها إلا إذا ارتكب الرياضي خطأً يتمثل في مخالفة قواعد اللعبة يقع عبء إثباته على الضحية، إلا أنه من الأفضل أن يكون هناك توازن بين مصلحة الضحية ومصلحة الأندية الرياضية فيما يتعلق بعبء الإثبات. فبدلاً من أن يكون عبء إثبات الخطأ على الضحية، فمن الأفضل أن يكون خطأ اللاعب مفترضاً. ومن باب التسهيل على الضحية، اعتبرت محكمة النقض في 22 سبتمبر 2005 أن سقوط اللاعبين بعد أن كانوا متجمعين حول طابة Rugby لا يمكن إلا أن يكون نتيجة وقوف خاطئ للاعب أو أكثر و من دفع غير عادي، وأن هذا السقوط هو بالضرورة نتيجة الخطأ[68].

يرى البعض في هذا الصدد أنه من الأفضل تضييق نطاق العمل في هذه القرينة (قرينة الخطأ) بحيث لا تشمل المباريات الرسمية، لكي لا تضعف عزيمة اللاعبين؛ أما البعض الآخر، فيرى أنه من الأفضل إعمال قرينة الخطأ فقط في حال الأضرار الجسدية دون الأضرار المادية[69].

الفصل الثالث: نطاق تطبيق الفقرة الأولى من المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي على الأنشطة الرياضية

25. اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن الجمعيات أو الأندية الرياضية مسؤولة عن الأضرار المتعلقة بـ "المنافسات الرياضية"[70] التي يتسبب بها أحد لاعبيها، وعن الأضرار المرتكبة أثناء التمرين[71]؛ كما تعتبر محكمة النقض أن الجمعيات أو الأندية الرياضية مسؤولة أيضاً عن الأضرار التي يتسبب بها أحد لاعبيها أثناء المباريات الرسمية أو اللقاءات الودية[72].

نرى أنه لا مانع من ترتب مسؤولية الجمعيات أو الأندية الرياضية عن الأضرار التي يتسبب بها أحد

---

67 Brun (Ph.), *préc.*, p. 76.

68 Cass. civ. 2, 22 sep. 2005, N° de pourvoi: 04-14092 : « *que l'effondrement aussi brusque d'une mêlée est la conséquence d'un mauvais positionnement d'un joueur adverse exerçant une poussée anormale soit latérale soit plus probablement vers le bas ; que cette poussée irrégulière résulte d'une violation de règles contre le jeu, à ce titre sanctionnable* …».
"إن السقوط المفاجئ هو نتيجة وقوف خاطئ للاعب الذي ينتمي إلى الفريق الآخر والذي دفع (اللاعب المضرور) بصورة غير عادية (...) ؛ هذا الدفع غير العادي ينتج عن مخالفة قواعد اللعبة، ويكون بذلك معاقباً عليه".

69 Voir Starck (B.), *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée dans sa double fonction de garantie et de peine privée*, Thèse Paris, 1947 : la thèse consiste à partir de la nature des dommages causés et non du comportement pour construire l'ensemble du droit de la responsabilité civile.

70 Cass. 2e civ., 3 févr. 2000, *précité* :
« *les associations sportives, ayant pour objet d'organiser, de diriger et de contrôler* ***l'activité de leurs membres au cours des compétitions sportives*** *auxquelles ils participent, sont responsables, au sens de l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil, des dommages qu'ils causent à cette occasion* ».
"إن الجمعيات الرياضية، التي تهدف إلى تنظيم وإدارة ومراقبة نشاط أعضائها أثناء المنافسات الرياضية التي يشاركون فيها، مسؤولة على أساس المادة 1384 (الفقرة الأولى) من القانون المدني، عن الأضرار التي يسببونها (الأعضاء) في هذه المناسبة".

71 Cass. 2e civ., 21 oct. 2004, précité :
« … *qu'aucune faute caractérisée par une violation des règles du jeu n'avait été commise par un joueur quelconque au cours de* ***la phase d'entraînement*** …».
"...لم يُرتكب أي خطأ متمثل في خرق قواعد اللعبة من قبل أي لاعب، أثناء فترة التمرين...".

72 Cass. 2e civ., 13 janv. 2005, no 03-18.617.

اللاعبين للغير وهم على مقاعد الاحتياط، أو أثناء الخروج والدخول إلى أماكن تغيير الملابس قبيل أو عقب انتهاء المباراة.

وبهذه المناسبة يثور التساؤل عما إذا كانت الجمعيات الرياضية تسأل عن الأضرار التي يتسبب بها رياضيون لا ينتمون إليها ولكن حدثت أثناء المباراة التي تنظمها؟ هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، يثور التساؤل عما إذا كانت مسؤولية الأندية الرياضية تشمل الأفعال التي يرتكبها اللاعبون خارج الأنشطة الرياضية؟

أجابت محكمة النقض الفرنسية بالنفي في حكمها الصادر بتاريخ 22 سبتمبر 2005[73]: ففي الوقائع، أصيب أحد لاعبي "الجودو" أثناء مباراة نظمها الاتحاد الوطني للرياضة في المدارس UNSS[74]، فأقام دعوى أمام القضاء المختص متذرعاً بأن "منظم المباراة الرياضية مسؤول حكماً عن الأضرار التي يسببها المنتسبون إليه". ردت محكمة النقض الطعن معتبرةً أن مسؤولية الجمعية لا تترتب إلا إذا كان الضرر الذي تطالب الضحية بالتعويض عنه قد سببه منتسب إلى الجمعية وبمناسبة الأنشطة الرياضية. وبالعودة إلى وقائع الدعوى، لم يتم إثبات أن مسبب الضرر كان عضواً في الاتحاد الوطني للرياضة في المدارس UNSS.

إضافة إلى ما سبق، يثور التساؤل، في الحالة التي يكون فيها اللاعب قاصراً، عما إذا كان من الممكن الجمع بين المسؤوليتين (مسؤولية الأهل ومسؤولية الأندية الرياضية)؟

من المؤكد أن الجمع بين المسؤوليتين غير وارد[75]، فأي من المسؤوليتين تحجب الأخرى؟ العبرة في الطرف الذي يملك سلطة الرقابة والإدارة عند ارتكاب الفعل الضار. هذا الأمر يرجح مسؤولية الأندية الرياضية.

الفصل الرابع: معيار ترتب مسؤولية الأندية الرياضية عن أفعال لاعبيها وأساسها القانوني

26. لا يمكن اعتبار "الربح المادي" معياراً لترتب مسؤولية الأندية الرياضية عن أفعال منتسبيها لأن ذلك يحول دون ترتب مسؤولية الأندية الرياضية عن أفعال الهواة أو اللاعبين أثناء المباريات الودية أو التمرينات والتي لا تحقق أرباحاً مادية؛ بالواقع، نرى أن المعيار لا يكمن في "النشاط" بل في العلاقة التي تربط الجمعية بمنتسبيها، فإذا كان للجمعية سلطة تنظيم وإدارة ورقابة نشاط الأعضاء

---

73 Cass. 2e civ., 22 sept. 2005, no04-18.258:

« *Mais attendu que l'arrêt, après avoir exactement rappelé que les associations sportives ayant pour mission d'organiser, de diriger et de contrôler l'activité de leurs membres au cours des compétitions sportives auxquelles ils participent ne sont responsables, au sens de l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil, des dommages qu'ils causent à cette occasion qu'à la condition que le dommage dont la victime demande réparation ait été causé par un membre de cette association* ».

"ولكن حيث إن الحكم، بعد أن ذكر بأن الجمعيات الرياضية، التي تهدف إلى تنظيم وإدارة ومراقبة نشاط أعضائها أثناء المنافسات الرياضية التي يشاركون فيها، ليست مسؤولة على أساس المادة 1384 (الفقرة الأولى) من القانون المدني، عن الأضرار التي يسببونها في هذه المناسبة، إلا بشرط أن يكون الضرر الذي تطالب الضحية بالتعويض عنه قد سببه عضو في هذه الجمعية".

74 Union nationale du sport scolaire (l'UNSS).

75 Cass. 2e civ., 18 mars 1981, no 79-14.036 :

« *qu'en statuant ainsi, alors que les différentes responsabilités du fait d'autrui ne sont pas cumulatives mais alternatives* … ».

"... إن المسؤوليات المختلفة عن فعل الغير لا تجتمع ... ".

فتكون حينئذ مسؤولة عن الأضرار التي تحصل بفعل الأعضاء سواءً كنا بصدد مباراة رسمية أو ودية أو تمرينات[76].

يمكن القول أن مسؤولية الأندية الرياضية عن أفعال منتسبيها تكون على أساس فكرة تحمل المخاطر.

إن الجمعيات الرياضية ليست هي الوحيدة التي تشرف على نشاط الغير، بل هناك أشخاص آخرون يشرفون أيضاً على نشاط الغير.

الفرع الثاني: أشخاص آخرون يشرفون على نشاط الغير

27. بعد تطبيق الفقرة الأولى من المادة 1384 من القانون المدني على الجمعيات الرياضية، طبقت هذه الفقرة على العديد من الأشخاص والجمعيات، نذكر منها:

- جمعية الكشافة عن الأضرار التي يرتكبها الأولاد المنتسبون إليها[77].
- جمعية المشجعين عن الأضرار التي يسببها أحدهم للغير[78].

وفي السياق عينه، أصدرت محكمة استئناف Aix-en-Provence حكماً في 9 أكتوبر 2003 جاء فيه: "استناداً للمادة 1384 (الفقرة الأولى) من القانون المدني الفرنسي، فإن رابطة مشجعي نادي OGC Nice الرياضي والتي مهمتها تنظيم وإدارة ورقابة نشاط أعضائها ضمن نطاق موضوعها، مسؤولة عن الأضرار التي يحدثونها، وعن التخريب الذي حصل بمناسبة عملية النقل التي كانت قد نظمتها الرابطة" وذلك بعد أن أشارت إلى الأخطاء التي ارتكبوها، مستنداً في ذلك إلى محضر الضبط المنظم من قبل الشرطة؛ في الوقائع وبتاريخ 24 أبريل 1994، استأجرت رابطة مشجعي نادي OGC Nice الرياضي حافلتين من شركة Flash Azur Voyages لنقل المشجعين إلى مكان المباراة؛ أثناء الانتقال وتحت تأثير الكحول، أقدم بعض المشجعين على الإضرار بالحافلتين. في 25 نوفمبر 1999، حكمت محكمة الدرجة الأولى في Nice باعتبار رابطة المشجعين مسؤولة وبإلزامها بالتعويض عن الأضرار التي أصابت شركة Flash Azur Voyages. في 9 أكتوبر 2003، أصدرت محكمة استئناف Aix-en-Provence

76 Voir Viney (G.) et Jourdain (P.), *op. cit.*, n° 789-24, p. 960 et s. ; Brun (Ph.), Responsabilité civile extracontractuelle, Paris : Lexisnexis, 3e éd., 2014, n° 570, p. 296 ; Terré Fr., Simler Ph. et Lequette Y., *Les obligations*, Dalloz, 9e éd., 2005, n° 853, p. 825 et 826.

77 CA Paris, 14e ch., sect. B, 9 juin 2000, *Resp. civ. et assur.* 2000, comm. no 74, obs. Grynbaum (L.).

78 Cass. 2e civ., 12 déc. 2002, *précité* :

« *Que par ces constatations et énonciations, la cour d'appel a pu, sans avoir à tenir compte de la* ***dangerosité*** *potentielle de l'****activité*** *exercée par un des membres de l'association, décider que celle-ci était tenue de plein droit de réparer, avec son assureur, le préjudice résultant du fait dommageable commis par l'un de ses membres à l'occasion de la manifestation qu'elle avait organisée* ».

"... استطاعت محكمة الاستئناف، دون الأخذ بالاعتبار خطورة النشاط الذي يمارسه عضو من أعضاء الجمعية، أن تقرر أن هذه الأخيرة مسؤولة حكماً مع الضامن عن تعويض الضرر الناتج عن الفعل الضار الذي يرتكبه أحد أعضائها بمناسبة الفعالية (وهي هنا التشجيع) التي نظمتها".

حكماً مؤيداً له[79]. وهذا يعني أن الجمعية ليست مسؤولة عن الأخطاء التي تحصل أثناء الفعاليات التي تنظمها داخل الملعب فحسب، بل وأيضاً عن تلك التي تقع أثناء الانتقال بهدف تشجيع النادي على ملاعب النادي المستضيف.

- أي جمعية أو نقابة تنظم وتدير وتراقب نشاط منتسبيها[80].

المطلب الثاني: موقف الفقه والقضاء من تطبيق المادة 1384 (الفقرة الأولى) على الأشخاص الذين يشرفون على نشاط الغير

28. إن توسيع نطاق مسؤولية الأشخاص الذين يشرفون على نشاط الغير له مزايا عديدة أبرزها سهولة حصول الضحية على التعويض المناسب، مما جعل العديد من الفقهاء يقترحون هذا التوسيع (الفرع الأول)؛ ولكن ولأن لهذا التوسيع بعض السلبيات، فقد مال القضاء لعدم توسيع نطاق مسؤوليتهم (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الاتجاه نحو توسيع نطاق مسؤولية الأشخاص الذين يشرفون على نشاط الغير

29. اقترح الفقه الفرنسي توسيع نطاق تطبيق الفقرة الأولى من المادة 1384 لتشمل العلاقات الاقتصادية غير المستقلة كعقد العمل والعلاقات بين المتبوع والتابع. كما اقترح أحد الفقهاء توسيع نطاق الفقرة المذكورة لتشمل كل العلاقات الاقتصادية غير المستقلة بين المتهنين الذين لا علاقة تبعية بينهم[81]. كالعلاقة التي تربط الشركة القابضة société mère بالشركات التابعة لها (المادة L. 233-1 من القانون التجاري الفرنسي)[82]؛ إلا أن القضاء الفرنسي رفض الأخذ بذلك[83] خلافاً لمحكمة العدل الخاصة بالإتحاد الأوروبي التي أوجدت قرينة لا تقبل إثبات العكس على مسؤولية الشركة القابضة إذا كانت الشركة التابعة مملوكةً لها[84].

---

79 CA Aix-en-Provence, 10e ch., 9 oct. 2003, Resp. civ. et assur. 2004, comm. no 89, obs. Radé (Ch.)

80 Mouly (J.), note précitée sous : Cass. 2e civ., 3 févr. 2000, n° 98-11.438, spéc. n° 8 ; à propos d'une éviction critiquable de la responsabilité délictuelle du fait d'autrui pour absence de lien d'autorité, v. Cass. 2e civ., 26 oct. 2006, n° 04-11.665, *D.* 2007, p. 204, note Laydu (J.-B.), JCP G 2007, I, n° 115, spéc. n° 5, obs. Stoffel-Munck (Ph.), *RLDC* 2007/35, n° 2390, *Resp. civ. et assur.* 2006, comm. 365, note Radé (Ch.), *JCP G* 2007, II, n° 10004, note Mouly (J.), *RTD civ.* 2007, p. 357, n° 3, obs. Jourdain (P.).

81 Del Cont (C.), *Propriété économique, dépendance et responsabilité*, éd. L'harmattan, 1997, p.73 ; Pasquier (T.), *L'économie du contrat de travail*, LGDJ, Bibl. de droit social, T. 53, 2010, nos 174 à 177.

82 Voir aussi, en ce sens, Blin-Franchomme (M.-P.), Le critère de « garde » des personnes au regard du principe général de responsabilité civile du fait d'autrui, *LPA* 1997, no 141, p. 5.

83 Voir Cass. com., 24 mai 1982, no 81-11.268 : la société mère n'est pas responsable des dommages causés par sa filiale.

84 CJUE, 10 sept. 2009, aff. C-97/08, Akzo Nobel ; CJUE, 20 janv. 2011, aff. C-90/09, *General Química e.a./Commission*, RLDA 2011/58, no 3308, RLDA 2011/58, no 3334, note Lecourt A., JCP G 2011, no 5, 126, note P.-F. ; CJUE, 3 mai 2012, aff. C-289/11, *Legris industries SA*, RLDA 2012/72, no 4057 ; Trib. UE, 17 mai 2011, aff. T-299/08 et T-343/08, *Elf Aquitaine, Arkema France c/Commission*, RLDA 2011/61, no 3493 ;Trib. UE, 16 juin 2011, aff. T-208/08 et Trib. UE, 16 juin 2011, aff. T-209/08, *Gosselin Groupe* ; Trib. UE, 16 juin 2011, aff. T-185/06, *Air liquide* et Trib. UE, 16 juin 2011, aff. T-196/06, *Edison*, RLDA 2011/63, no 3605.

كما اقترح الفقهاء تطبيق الفقرة الأولى من المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي على:

- كل جمعية سواءً كانت رياضية أو غير رياضية، وذلك عن الأضرار التي يسببها أعضاؤها[85].
- مدربي رياضة التزلج أثناء التدريب[86].
- المرشدين السياحيين المرافقين للوفد السياحي.
- منشئي مواقع الإنترنت وذلك عن الأضرار التي يسببها نشر الرسائل عبرها من قبل مستخدميها[87].

الفرع الثاني: تحديد نطاق مسؤولية الأشخاص الذين يشرفون على نشاط الغير

30. عدم ترتب مسؤولية النقابات عن أفعال منتسبيها بمناسبة التظاهرات. - بتاريخ 26 أكتوبر 2006، أصدرت الغرفة الثانية لمحكمة النقض الفرنسية حكماً قضى بأن النقابات غير مسؤولة على أساس الفقرة الأولى من المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي عن الأخطاء التي يرتكبها منتسبوها بمناسبة التظاهرات، وذلك لأنه "ليس من مهام النقابة تنظيم وإدارة ومراقبة نشاط منتسبيها أثناء التحركات أو التظاهرات التي يشاركون فيها؛ فالأخطاء الشخصية التي ترتكب لا ترتب المسؤولية الحكمية للنقابة التي ينتمون إليها"[88]. بعض الفقهاء يعتقدون عكس ذلك، أي أنه يمكن للنقابة تنظيم وإدارة ومراقبة نشاط منتسبيها، وبالتالي تسأل عن أفعالهم أثناء المظاهرات[89].

وفي رأينا، يمكن تبرير هذا الحكم؛ فمن جهة أولى وبحسب المادة L. 2131-1 من قانون العمل، فإن مهمة النقابات ليست السيطرة على أفعال منتسبيها أو حتى الإشراف عليها؛ فصلاحيات النقابات تجاه منتسبيها أقل من صلاحيات الأندية الرياضية والجمعيات تجاه منتسبيها، فالأولى لا يمكنها أن تعطي سوى نصائح عامة أو وضع نظام للعمل، دون أن يرقى ذلك ليصل إلى حد الإشراف على نشاط الأعضاء. ومن جهة ثانية، فإن جعل النقابات مسؤولةً حكماً عن أفعال منتسبيها يؤدي إلى تقييد نشاطها، الأمر الذي يرفضه المجتمع الفرنسي.

---

85 Chabas F., note sous Cass. 2e civ., 22 mai 1995, no 92-21.197, *Gaz. Pal.* 1996, 1, jur., p. 16.

86 Voir Chabas F., obs. précitée sous Cass. 2e civ., 22 mai 1995, no 92-21.197.

87 Viney G., note sous CA Paris, 10 févr. 1999, *JCP G* 1999, I, no 147, spéc. no 9.

88 Cass. 2e civ., 26 oct. 2006, no 04-11.665, *RLDC* 2006/33, no 2302 :

« *qu'un syndicat n'ayant ni pour objet ni pour mission d'organiser, de diriger et de contrôler l'activité de ses adhérents au cours de mouvements ou manifestations auxquels ces derniers participent, les fautes commises personnellement par ceux-ci n'engagent pas la responsabilité de plein droit du syndicat auquel ils appartiennent* »,

"إن هدف النقابة ومهمتها ليس تنظيم أو إدارة أو مراقبة نشاط منتسبيها أثناء التحركات والمظاهرات التي يشاركون فيها، وعليه فإن الأخطاء الشخصية التي يرتكبها هؤلاء لا ترتب المسؤولية الحكمية للنقابة التي ينتمون إليها".

obs. Kleitz (Cl.), *Resp. civ. et assur.* 2006, comm. 365, note Radé (Ch.), *JCP G* 2007, II, no 10004, note Mouly (J.), *JCP G* 2007, I, no 115, obs. Stoffel-Munck (Ph.), *D.* 2007, p. 204, note Laydu (J.-B.), *LPA* 2007, no 3, p. 15, note Brusorio (M.), *LPA* 2007, no 17, p. 11 et s., note Barbiéri (J.-F.), *RTD civ.* 2007, p. 357 et s., note Jourdain (P.), LPA 2007, no 201, p. 15 et s., obs. Vignon-Barrault (A.).

89 Voir par exemple Radé (Ch.), note sous Cass. civ. 2e, 26 oct. 2006, *Resp. civ. et assur.* 2006, comm. 365.

31. عدم ترتب مسؤولية جمعية الصيد البري عن أفعال منتسبيها. - رفضت محكمة النقض الفرنسية اعتبار جمعيات الصيد البري مسؤولةً عن أفعال منتسبيها على أساس الفقرة الأولى من المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي وذلك في حكم شهير صدر في 11 سبتمبر 2008[90] ؛ وقد عللت محكمة النقض حكمها بأنه "ليس من مهام جمعيات الصيد البري تنظيم وإدارة ومراقبة نشاط منتسبيها، وبالتالي لا تسأل عن أفعالهم"؛ إلا أن بعض الفقهاء قد اعتبر أنه يمكن لجمعية الصيد البري أن تمارس هذه السلطة على منتسبيها[91].

90 Cass. 2e civ., 11 sept. 2008, no 07-15.842, préc.: « *les associations de chasse n'ont pas pour mission d'organiser, de diriger et de contrôler l'activité de leurs membres et n'ont donc pas à répondre de ceux-ci* ».
"إن جمعيات الصيد البري ليس مهمتها تنظيم وإدارة ومراقبة نشاط أعضائها، وبالتالي لا تُسأل عن أفعالهم".

91 Voir par exemple Radé (Ch.), note sous Cass. civ. 2e, 26 oct. 2006, *Resp. civ. et assur.* 2006, comm. 365 ; Mouly (J.), note sous Cass. 2e civ., 11 sept. 2008, *JCP* 2008, II, no 10184.

الخاتمة

أ- النتائج

في نهاية هذا البحث، يمكننا أن نستنتج التالي:

1. عالج القانون المدني الفرنسي المسؤولية عن فعل الغير في المادة 1384؛ فقد نص على مسؤولية الأب والأم عن أفعال أبنائهم القاصرين في الفقرة 4، ومسؤولية المتبوع عن فعل التابع في الفقرة 5، ومسؤولية الأساتذة والحرفيين عن فعل التلامذة والمتدربين في الفقرة 6؛ وأما الفقرة الأولى والتي لا مثيل لها في القانون الإماراتي والتي على أساسها بدأ القضاء بالخروج عن الحالات التقليدية للمسؤولية عن فعل الغير والمحددة في القانون، فجاءت عامة وهي تنص على ما يلي: "يسأل الشخص ليس فقط عن الضرر الذي يسببه بفعله الشخصي، ولكن أيضاً عن ذلك الذي يسببه فعل الأشخاص الذين يسأل عنهم أو الأشياء التي يتولى حراستها".

2. أي شخص طبيعي أو اعتباري يتولى السيطرة على شؤون الغير؛ أي تنظيم ومراقبة طريقة عيش الغير بصورة دائمة مسؤول عن فعله ولو لم يرتكب الغير خطأً. ينبغي التمييز هنا بين السيطرة على شؤون القاصر والسيطرة على شؤون الراشد. إذا لم يكن مصدر السيطرة على شؤون القاصر حكماً قضائياً، لا يمكن مساءلة "صاحب السيطرة" على أساس الفقرة الأولى من المادة 1384، بل فقط على أساس أحكام المسؤولية العقدية إن توفرت شروطها؛ أما بالنسبة ل"صاحب السيطرة" على شؤون الراشد، فيمكن مساءلته ولو كان مصدر سلطته هو الاتفاق وليس الحكم القضائي، إلا أن القضاء الفرنسي غير مساره في الحكم الصادر بتاريخ 15 ديسمبر 2011 عن محكمة النقض الذي اعتبرت فيه أنه إذا كان مرتكب الفعل الضار راشداً مصاباً بمرض "الزهايمر" وأودع المركز الصحي بموجب عقد، فالمركز الصحي في هذه الحالة لا يسأل على أساس الفقرة الأولى من المادة 1384، بل فقط على أساس أحكام المسؤولية العقدية إن توفرت شروطها، وبالتالي لم يعد هناك تمييز بين القاصر والراشد.

3. السيطرة على شؤون الغير التي أخذ بها القضاء الفرنسي هي السيطرة القانونية وليست الفعلية.

4. قضت محكمة النقض الفرنسية أنه يعتبر مسؤولاً مدنياً على أساس المادة 1384 (الفقرة الأولى) من القانون المدني الفرنسي في حال توفرت الشروط المطلوبة أي شخص طبيعي أو اعتباري، ونذكر مثلاً:
   - الجمعية التي تدير مركزاً طبياً وتربوياً عن فعل المعوق ذهنياً.
   - الجمعية التي تدير إصلاحية تستقبل الأحداث الذين عهدوا إليها بموجب حكم قضائي.
   - المستشفى المختص بمعالجة الأمراض النفسية عن أفعال مريض يعالج فيها منذ أكثر من عام.

- الوصي على القاصر.

5. قضت محكمة النقض الفرنسية أنه لا يعتبر مسؤولاً مدنياً عن فعل الغير على أساس المادة 1384 (الفقرة الأولى) من القانون المدني الفرنسي:
   - القيمون.
   - الأساتذة.
   - الأصدقاء والأقارب طالما أن مهمة السيطرة على شؤون القاصر لم توكل إليهم من قبل القضاء أو أنهم أوصياء.
   - الأوصياء على الراشد.
   - المخيمات الترفيهية والمراكز الترفيهية الأخرى.

6. غير القضاء الفرنسي مساره القديم واستقر على أن الأندية الرياضية ليست مسؤولةً حكماً على أساس الفقرة الأولى من المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي إلا عن الأضرار التي يسببها لاعبوها بخطئهم المتمثل في خرق قواعد اللعبة. لأن الأندية الرياضية تشرف على نشاط لاعبيها؛ كما استقر القضاء على إمكانية مساءلة الأندية الرياضية عن الأضرار المرتكبة أثناء التمرين، والمباريات الرسمية واللقاءات الودية.

7. بحسب الاجتهاد الحديث، يشترط لترتب مسؤولية الجمعيات أو الأندية الرياضية عن أفعال لاعبيها ارتكاب اللاعب المنتسب لها خطأ يتمثل في خرق قواعد اللعبة، في حين أنه تترتب مسؤولية أي شخص آخر عن فعل الغير بمجرد إلحاق الضرر أي حتى لو لم يرتكب الغير خطأً. نستنتج هنا أن الجمعيات أو الأندية الرياضية محميون أكثر من غيرهم!

8. بعد تطبيق الفقرة الأولى من المادة 1384 من القانون المدني على الجمعيات الرياضية، طبقت على العديد من الأشخاص والجمعيات، نذكر منها:
   - جمعية الكشافة عن الأضرار الذي يرتكبها الأولاد المنتسبون إليها.
   - جمعية المشجعين عن الأضرار التي يسببها أحدهم للغير.
   - أي جمعية أو نقابة تنظم وتدير وتراقب نشاط منتسبيها.

ب- التوصيات:

بناءً على هذه الدراسة، نوصي بما يلي:

1- إمكانية مساءلة من له السيطرة على شؤون القاصر أو الراشد عن فعل الغير على أساس الفقرة الأولى من المادة 1384 من القانون المدني ولو كان مصدر السيطرة على شؤونه هو الاتفاق، أي أنه لا يشترط في نظرنا أن يكون مصدر السيطرة الحكم القضائي، لأن مصدر السيطرة القانونية ليس فقط الحكم القضائي بل الاتفاق أيضاً فضلاً عن القانون؛ وبالتالي لا

مانع برأينا أن تسأل الجدة على أساس الفقرة الأولى من المادة 1384 عن الفعل الضار الصادر عن حفيدها الذي أودع لديها أثناء العطلات.

2- التأكيد على مساءلة أي شخص طبيعي أو اعتباري يتولى السيطرة على شؤون الغير (أي تنظيم ورقابة طريقة عيش الغير بصورة دائمة) عن فعل هذا الأخير ولو لم يرتكب (الغير) خطأً.

3- اعتبار الوصي على الراشد - على غرار الوصي على القاصر- مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه الراشد على أساس الفقرة الأولى من المادة 1384 إذا توفرت شروطها، إذ أنه لا نرى أي فائدة من التمييز بين الوصي على الراشد والوصي على القاصر إذ أن مهمتهما واحدة ألا وهي إدارة أموال الشخص الذي وضع تحت الوصاية وحمايته.

4- اعتبار المخيمات الترفيهية والمراكز الترفيهية الأخرى التي يودع فيها القاصر مسؤولةً على أساس الفقرة الأولى من المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي.

5- عدم اعتبار خطأ اللاعب شرطاً لترتب مسؤولية الجمعيات أو الأندية الرياضية عن فعل لاعبيها، وذلك على غرار مسؤولية "صاحب السيطرة" على شؤون الأشخاص، وخاصةً أن الأساس القانوني للمسؤولية في الحالتين هو واحد ألا وهو الفقرة الأولى من المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي؛ فكيف يمكن أن تترتب مسؤولية "صاحب السيطرة" على شؤون الغير عن فعل هذا الأخير ولو لو يرتكب (الغير) أي خطأ، في حين أنها تشترط خطأ اللاعب المتمثل في خرق قواعد اللعبة لتترتب مسؤولية الأندية الرياضية؟ هذا فضلاً عن أن الأندية الرياضية ملزمة قانوناً بإبرام عقد ضمان لتغطية مسؤوليتها (المادة ل. 1-321 من قانون الرياضة).

6- التأكيد على اقتراح الفقيهين الفرنسيين "شاباس" و "فيناه" وهو توسيع نطاق تطبيق الفقرة الأولى من المادة 1384 لتشمل كل من يتولى الإشراف على نشاط الغير، ونذكر مثلاً :

- كل جمعية سواءً كانت رياضية أو غير رياضية، وذلك عن الأضرار التي يسببها أعضاؤها.
- مدربي رياضة التزلج أثناء التدريب.
- المرشدين السياحيين المرافقين للوفد السياحي.
- منشئي مواقع الإنترنت وذلك عن الأضرار التي يسببها نشر الرسائل عبرها من قبل مستخدميها.

7- التأكيد على أن النقابات غير مسؤولة على أساس الفقرة الأولى من المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي عن الأخطاء التي يرتكبها منتسبوها بمناسبة التظاهرات.

قائمة المراجع

1- Alt-Maes (F.), La garde, fondement de la responsabilité du fait du mineur, *JCP G* 1998, I, n° 154, p. 1367.
2- Blin-Franchomme (M.-P.), Le critère de « garde » des personnes au regard du principe général de responsabilité civile du fait d'autrui, *LPA* 1997.
3- Brun (Ph.), Responsabilité civile extracontractuelle, Paris : Lexisnexis, 3e éd., 2014.
4- Capitant Henri, Lequette Yves, Terré François, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome II, 2008, Litec, Paris.
5- Del Cont (C.), *Propriété économique, dépendance et responsabilité*, éd. L'Harmattan, 1997.
6- Engel (L.), Vers une nouvelle approche de la responsabilité, Le droit français face à la dérive américaine, *Esprit*, juin 1993.
7- Hocquet-Berg (S.), Vers la suppression de l'acceptation des risques en matière sportive, *Resp. civ. et assur.* 2002, chr. n° 15.
8- Jourdain (P.), Existe-t-il un principe général de responsabilité du fait d'autrui ? in La responsabilité du fait d'autrui, Actualité et évolutions, *Resp. civ. et assur.* 2000.
9- Lasserre-Kiesow (V.), La garde et la responsabilité civile du fait d'autrui, *LPA* 2001, n° 203, p. 12.
10- Mouly (J.), Les paradoxes du droit de la responsabilité civile dans le domaine des activités sportives, *JCP G* 2005, I.
11- Mouly (J.), Rép. Dalloz, V° Sport, spéc. n° 117.
12- Philippe (C.), Les grands-parents sont-ils des ascendants privilégiés ? (2e partie : l'autorité et la responsabilité), *RLDC* 2005/20.
13- Radé (Ch.), La résurgence de la faute dans la responsabilité civile du fait d'autrui, *Resp. civ. et assur.* 2004, chr.
14- Scanvion (A.-M.), L'article 1384, alinéa 1er et la responsabilité du fait d'autrui : un fardeau non transférable sur les épaules du tuteur, *D.* 1998, chr.
15- Terré (Fr.), Simler (Ph.) et Lequette (Y.), *Les obligations*, Dalloz, 9e éd., 2005.
16- Viney (G.) et Jourdain (P.), *Traité de droit civil*, sous la direction de Ghestin (J.), *La responsabilité : conditions*, LGDJ, 3e éd., 2006, n° 789-17.
17- www.legifrance.gouv.fr

اتفاق التّحكيم
في ضوء القانون الإماراتيّ
- دراسة مقارنة -

د. محمّد سامر القطّان
أستاذ مساعد - كلّيّة القانون -
جامعة عجمان - مقرّ الفجيرة

المقدمة

التعريف بالتّحكيم وأهميته:

1- التّحكيم L'arbitrage هو طريقة أو وسيلة اتفاقية قانونية لحل المنازعات عن طريق هيئة تحكيمية، تتألف من محكم أو أكثر يختارهم الأطراف بإرادتهم الحرة، بدلاً من تسويتها عن طريق قضاء الدولة المختص[1].

والتّحكيم - في وقتنا الحاضر- هو الأكثر رواجاً بين الوسائل البديلة الأخرى المتوافرة لحل المنازعات خارج نطاق المحاكم الرسمية للدول[2]؛ لأنه الأكثر تلبية لمتطلبات وحاجات الأعمال والمبادلات التجارية؛ وخاصة من حيث السرعة في البت في النزاع المعروض على المحكم أو المحكمين، والسرية والمرونة في الإجراءات، والاقتصاد في التكاليف والنفقات في معظم الأحيان... مما يجنب الأطراف المتخاصمة طول إجراءات التقاضي أمام المحاكم الرسمية وتعقيداتها، وربما ارتفاع تكاليفها أيضاً...

وتقر تشريعات أكثر دول العالم - إن لم يكن جميعها[3]- نظام التّحكيم كآلية لحل المنازعات تقوم بأكملها، من حيث المبدأ، على إرادة الأطراف المتنازعة ورغبتهم في إبعاد نزاعهم عن حكم المحاكم الرسمية للدولة، وإخضاعه بالمقابل لحكم أشخاص (المحكمين) يختارونهم بأنفسهم[4]، أو يحددون طريقة اختيارهم، أو يحيلون نزاعهم إلى مؤسسة أو مركز من مراكز التّحكيم المحلية أو الدولية المنتشرة في معظم دول العالم.

ويبدو أن اتجاهاً جديداً برز في العصر الحديث، يقضي بالنص على التّحكيم وتحديد شروطه وتنظيم اجراءاته في قانون خاص؛ كما هو الحال في المملكة المتحدة ومصر وسورية ومشروع قانون التّحكيم الاتحاديّ الإماراتي ... إلى جانب الاتجاه التقليدي الذي يُدرج النصوص المتعلقة بالتّحكيم في قانون الإجراءات أو المرافعات المدنية؛ كما هو الحال في فرنسا ولبنان ودولة الإمارات العربية المتحدة ...

---

1 عرّفت المادة الأولى من قانون التّحكيم السوري رقم 4 لعام 2008 التّحكيم بأنه: "أسلوب اتفاقي قانوني لحل النزاع بدلاً من القضاء سواء أكانت الجهة التي ستتولى إجراءات التّحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أم مركزاً دائماً للتحكيم أم لم تكن كذلك".

2 الوسائل البديلة لحل المنازعات Alternative Dispute Resolution (ADR) عبارة عن مجموعة من الطرق أو الآليات الاتفاقية والقانونية التي يلجأ إليها الأطراف بإرادتهم لحل منازعاتهم خارج أروقة المحاكم الرسمية للدولة؛ لتجنب تعقيدات التقاضي أمام المحاكم، وللإفادة من المميزات التي تمنحها هذه الطرق عموما؛ كالمرونة والسرعة والسرية، ومن أهم هذه الطرق: التّحكيم، والتوفيق، والوساطة، والمصالحة، والمفاوضات،... انظر: د. أحمدأنورناجي، مدى فعالية الوسائل البديلة لحل المنازعات وعلاقتها بالقضاء، الشّبكة العنكبوتيّة، موقع: http://membres.multimania.fr/berradarz/article/hal-niza3ate.pdf

3 انظر على سبيل المثال قانون التّحكيم الإنكليزي الصادر سنة 1996، والهولندي الصادر سنة 1986، والمصري الصادر سنة 1994، والسوري الصادر سنة 2008 ...

4 KAMARIYAGWE Nadège, «Portée d'une sentence arbitrale en Droit international», http://www.memoireonline.com/07/12/6022/m_Portee-d-une-sentence-arbitrale-en-Droit-international-13.html

وعليه، نميز في دولة الإمارات العربية المتحدة من جهة بين نصوص التّحكيم النافذة (حتى تاريخ إعداد هذا البحث)، الواردة في المواد (من 203 الى 218)، التي تُشكل الباب الثالث من الكتاب الثاني من قانون الإجراءات المدنية الاتحادي رقم 1992/11[5]، ومن جهة أخرى بين نصوص مشروع القانون الاتحادي المستقل بشأن التّحكيم في المعاملات المدنية والتجارية، المُعد سنة 2006 الذي لم يصدر حتى تاريخ إعداد هذا البحث.

أهمية دراسة اتفاق التّحكيم:

2- تمر العملية التّحكيمية في ثلاث مراحل أساسية، أوّلها: الاتفاق على التّحكيم، وأوسطها الإجراءات وإصدار الحكم، وآخرها تنفيذ الحكم. ويُشكل اتفاق التّحكيم نقطة البداية، والركيزة الأساسية في العملية التّحكيمية؛ فمن دونه لا يوجد تحكيم ولا إجراءات ولا حكم. ونقصد هنا بطبيعة الحال التّحكيم الاختياري المعني وحده بهذا البحث دون التّحكيم الإجباريّ[6].

وتكمن أهمية دراسة القواعد والأحكام الناظمة لاتفاق التّحكيم من حيث إنه مصدر سلطة المحكمين في النظر والبت في النزاع موضوعه من جهة، ومن حيث إنه يحجب في الوقت ذاته اختصاص قضاء الدولة عن النظر والبت بهذا النزاع، وفق الإجراءات والشروط المنصوص عليها في القانون من جهة أخرى.

وإن مدى وضوح اتفاق التّحكيم وسلامته من الناحية القانونية عند إنشائه، يؤثر إيجاباً على إجراءات التّحكيم، واصدار الحكم، وتصديقه من قبل المحكمة المختصة من أجل منحه القوة التنفيذية، أيّ من أجل تنفيذه جبراً إن تعذر تنفيذه رضاءً لأي سبب كان[7].

كما تبرز أهمية هذا البحث من خلال التصدي للمسائل الاختلافية التي ظهرت، في الفقه والقضاء في دولة الإمارات، حول بعض النقاط المتعلقة بتفاصيل اتفاق التّحكيم وشروطه وآثاره؛ كالاختلاف حول:

---

5 المعدل بالقانون الاتحادي رقم 30 لسنة 2005، المنشور في العدد 440 من الجريدة الرّسميّة.

6 يُقسم التّحكيم، من حيث دور الإرادة في اللجوء إليه، إلى تحكيم اختياري (إرادي) وآخر إجباري، والتّحكيم الاختياري هو الذي يلجأ إليه الأفراد بمحض إرادتهم، أما التّحكيم الإجباري فهو الذي تفرضه قاعدة قانونية آمره بخصوص منازعات معيّنة دون مراعاة لإرادة الأطراف، والأصل في التّحكيم أنه اختياري وليس إجبارياً؛ ومثال التّحكيم الإجباري في القانون الإماراتي هو التّحكيم في منازعات العمل الجماعيّة؛ حيث نصت المادة 160 من قانون العمل الإماراتي رقم 8 لعام 1980 على أن: "تنشأ بوزارة العمل والشؤون الاجتماعية لجنة تسمى لجنة التّحكيم العليا لحل منازعات العمل الجماعية ..."، وتجدر الإشارة إلى أن التّحكيم الاختياري هو طريق إلزامي بالنسبة للأطراف التي اختارته، فلا يجوز التنازل عنه إلا بإجماعهم.

7 حكم التّحكيم، وإن كان يتمتع قانونا ببعض الآثار القانونية منذ صدوره؛ كالقوة الثبوتية Force propante وحجية الشيء أو الأمر المقضي Force de la chose jujée، إلا أنه لا يتمتع بذاته بالقوة التنفيذية Force exécutoire التي تسمح بتنفيذه جبراً عند الاقتضاء من قبل السلطة المختصة في الدولة، فهذه القوة لا تثبت قانوناً إلا للسندات التنفيذية التي حددها المشرع على سبيل الحصر -كما هو الحال في معظم الدول ومن بينها دولة الامارات العربية المتحدة- والتي يُعد من أهمها الأحكام القضائية، وليس من بينها بطبيعة الحال أحكام التّحكيم (انظر: المادة 225 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي). لذلك، لابد من إقامة دعوى مُبتدئة أمام المحكمة المختصة من أجل استصدار حكم قضائي يقضي بتصديق حكم التّحكيم (انظر: المواد 213 وما بعد ق إ م إ).

- الطبيعة القانونية لاتفاق التّحكيم، وما إذا كان هذا الاتفاق هو مجرد عمل إجرائي أم أنه عقد ككل عقود القانون الخاص، ينطبق عليه ما ينطبق عليها من أحكام قانونية؟
- اعتبار كتابة اتفاق التّحكيم شرطا لوجوده أم مجرد شرط لإثباته؟
- مدى استقلالية شرط التّحكيم عن العقد المندرج فيه، وأثر بطلان أي منهما على الآخر...

منهج البحث وخطته:

3- سنعمد في دراستنا لاتفاق التّحكيم إلى تبيان تعريفه وطبيعته القانونية، وخصائصه وصوره، وأركانه وشروط صحته، والآثار المترتبة عليه. وسندرس كل من هذه المسائل، وما أثير حولها، أو حول البعض منها، من اختلافات أظهرها الواقع العمليّ، أو أشار إليها الباحثون، دراسة استقرائية وتحليلية ومقارنة، انطلاقا من القواعد التشريعية الواردة بشكل أساسي في قانون الإجراءات المدنية الاتحادي رقم 11 لعام 1992[8]، والقواعد الواردة في مشروع قانون التّحكيم الاتحادي المُعَد سنة 2006 بشأن التّحكيم في المنازعات التجارية، مستنيرين -كلما أمكن- بأحكام القضاء وآراء الفقه المتوافرة في دولة الإمارات، ومقارنين في الوقت ذاته مع ما هو سائد في بعض التشريعات وآراء الفقهاء والاجتهادات المقارنة، وكل ذلك وفق المخطط الآتي:

- المبحث الأول: تعريف اتفاق التّحكيم وطبيعته القانونية
- المبحث الثاني: خصائص اتفاق التّحكيم وصوره
- المبحث الثالث: أركان اتفاق التّحكيم وشروط صحته
- المبحث الرابع: آثار اتفاق التّحكيم

8 المعدل بالقانون رقم 2005/30.

المبحث الأول

تعريف اتفاق التّحكيم وطبيعته القانونية

تقتضي دراسة اتفاق التّحكيم البدء بتعريفه أوّلاً، ومن ثمّ تبيان طبيعته القانونية، وهذا ما سنوضحه في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول

تعريف اتفاق التّحكيم

Définition de la convention d'arbitrage

4- لم تتطرق النصوص القانونية الإماراتية النافذة، الاتحادية منها والمحلية، إلى مسألة تعريف اتفاق التّحكيم. في حين أشارت المادة الأولى من مشروع قانون التّحكيم الإماراتي، في معرض تبيانها لمعاني بعض الكلمات والعبارات الواردة فيه، إلى أن اتفاق التّحكيم هو: "اتفاق الأطراف بإرادتهم الحرة على إحالة نزاعهم للتحكيم". ولا شك أن هذا التعريف يبرز بوضوح الجانب الرضائي في اللجوء إلى التّحكيم، لكنه تعريف مختصر؛ فهو لم يشر إلى أشكال أو صور هذا الاتفاق، ولم يتطرق لماهية أو أنواع المنازعات التي يمكن حلّها عن طريق التّحكيم.

في حين أن قانون التّحكيم المصري - وهو المصدر المباشر لمشروع قانون التّحكيم الإماراتي- أوضح في المادة 1/10 منه أن "اتفاق التّحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التّحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية". وهذا تعريف يبيّن أن المنازعات التي يمكن تسويتها عن طريق التّحكيم، قد تكون واقعة فعلا أو من الممكن أن تقع في المستقبل، وفي ذلك إشارة إلى صورتي اتفاق التّحكيم - الشرط والمشارطة- اللتين سنأتي على دراستهما لاحقاً[9]. ولكن قد يؤخذ على هذا النص قصره اتفاق التّحكيم على اتفاق طرفين لا أكثر، لولا أن المشرع نص صراحةً في المادة 3/4 على أن عبارة "طرفي التّحكيم" الواردة في هذا القانون تنصرف إلى أطراف التّحكيم ولو تعددوا. وباعتقادنا، كان من الأجدر استخدام تعبير أطراف التّحكيم عوضا عن طرفيه في جميع نصوص قانون التّحكيم، وعلى الأخص في معرض تعريف اتفاق التّحكيم؛ لتشمل دلالته كل ما قد ينضوي عليه بهذا الشأن[10].

9 انظر ما بعد: البند -10.

10 انظر: عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، النظام القانوني لاتفاق التّحكيم - دراسة تحليلية مقارنة- ط2، صنعاء، 2008 ص 64.

ولعلّ التعريف الذي أورده مشروع قانون التّحكيم الإماراتي - المبيّن أعلاه- كان أدق من نظيره المصري من هذه الناحية.

وجدير بالذكر أن القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي - الذي هو بدوره المصدر الرئيسي لقانون التّحكيم المصري- عرّف في المادة 7 منه اتفاق التّحكيم بأنه: "اتفاق الطرفين على أن يحيلا إلى التّحكيم، جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية ويجوز أن يكون اتفاق التّحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو في صورة اتفاق منفصل". وفي ذلك إشارة صريحة إلى صورتي اتفاق التّحكيم.

ووفقاً لاتفاقية نيويورك لعام 1958، يقصد باتفاق التّحكيم: "شرط التّحكيم الوارد في عقد، أو اتفاق التّحكيم الموقع عليه من قبل الأطراف، أو الاتفاق الذي تضمنته الخطابات المتبادلة أو البرقيات"[11].

وكذلك، أعطى الكثير من فقهاء القانون تعريفات متعددة لاتفاق التّحكيم لا تختلف في جوهرها عن تعريف التّحكيم ذاته[12]، وتتشابه مع بعضها البعض ومع غيرها من التعريفات التشريعية المقارنة، ولن نستعرضها هنا؛ لأن جلّها ينصب من حيث النتيجة على اعتبار أن اتفاق التّحكيم هو: الاتفاق أو العقد الذي بموجبه يتفق الأطراف على اللجوء إلى التّحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية[13].

المطلب الثاني
الطبيعة القانونية لاتفاق التّحكيم
(اتفاق أم عقد؟)
La nature juridique de la convention d'arbitrage

5- يُميز بعض فقهاء القانون - تقليديا- بين مصطلحي "الاتفاق" Convention و"العقد" Contrat، ويرون في الاتفاق أنه توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام ما أو نقله أو تعديله أو إنهائه، ويرون في العقد أنه اتفاق إرادتين على إنشاء التزام ما أو نقله فحسب، أيّ أن العقد هو أخص من الاتفاق؛

11 المادة 1/2 من اتفاقية نيويورك لعام 1958، المبرمة بشأن الاعتراف بقرارات التّحكيم الأجنبية وتنفيذها، والتي انضمت إليها دولة الامارات العربية المتحدة بموجب المرسوم الاتحادي رقم 43 المؤرخ 13 يونيو 2006.

12 يحرص البعض من رجال القانون على عمومية تعريف اتفاق التّحكيم وشموليته؛ فيرون أن "الاتفاق على اللجوء إلى التّحكيم بشأن نزاع لم يحصر المشرع ولاية نظره فقط للقضاء". انظر: د. الشهابي إبراهيم الشهابي الشرقاوي، اتفاق التّحكيم في ضوء أحكام القضاء الإماراتي ومشروع القانون الاتحادي، سلسلة الدراسات القانونية والقضائية (8)، معهد دبي القضائي، 2013، ص 12.

13 حول بعض التعريفات الفقهية لاتفاق التّحكيم، انظر: د. أحمد ابراهيم عبد التواب، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009، ص 38 وما بعد. وانظر: KAMARIYAGWE Nadège (مرجع سابق).

بحيث يمكن القول أن كل عقد هو اتفاق، ولكن ليس كل اتفاق هو عقد ما لم يكن منشئاً لالتزام أو ناقلاً له، أما إذا كان الاتفاق مُعدلاً للالتزام أو منهياً له فلا يكون حينئذ عقداً[14].

ولكن أكثر فقهاء القانون، ومنهم الفرنسي Ghestin، لا يجدون أيّة فائدة عملية للتفرقة بين مصطلحي "الاتفاق" و"العقد"، ويرون أنهما ليسا في الواقع سوى مترادفين لمعنى واحد، ويمكن استخدام أيّ منهما محل الآخر، والأمر المهم عندهم هو أن يتضمن كل عقد اتفاقاً على إحداث أثر قانوني ما، فإذا لم يكن المراد إحداث هذا الأثر فلا نكون أمام عقد بالمعنى القانوني للكلمة، ويبررون وجهة نظرهم هذه بأن القانون المدني الفرنسي ذاته - الذي هو مصدر الكثير من القوانين المدنية في البلاد العربية وغيرها- لم يفرق بين هذين المصطلحين، وأن القواعد العامة الواردة فيه المتعلقة بالعقد هي ذاتها القواعد العامة المتعلقة بالاتفاق، لذا لا فائدة عملية من التفرقة بين هذين المصطلحين[15].

أما بشأن التّحكيم، فبالنظر إلى أن الاتفاق عليه ينشئ التزامات متبادلة تقع على عاتق أطرافه[16]؛ ومن أهمها الالتزام بعدم اللجوء إلى قضاء الدولة من أجل تسوية نزاعهم محل الاتفاق، واللجوء عوضا عن ذلك إلى هيئة التّحكيم المشار إليها باتفاقهم؛ لتقوم هي بهذه المهمة.... لذلك فإن هذا الاتفاق - المنشئ للالتزامات - يُعبر عنه في كل الأحوال بالعقد، والعكس صحيح.

5-1- ومن جهة أخرى، يرى البعض أن اتفاق التّحكيم هو عقد من عقود القانون الخاص، وليس عملاً من الأعمال الإجرائية البحتة، أو عقداً له طبيعة إجرائية عامة، كما كان يُنظر إليه قديما من قبل بعض الفقه الإيطالي؛ وذلك لأن اتفاق التّحكيم يُبرم قبل بدء الخصومة فلا يمكن عدّه عنصراً من عناصرها[17]. وبمعنى آخر، اتفاق التّحكيم هو عقد ينشئ التزامات متبادلة على عاتق أطرافه تقضي - كما أشرنا- بعدم اللجوء إلى محاكم الدولة من أجل البت بالنزاع موضوعه، والذهاب عوضاً عنها إلى هيئة التّحكيم، وهو بذلك يسبق إجراءات التّحكيم[18].

ونحن نرى من جانبنا، أن اتفاق التّحكيم وإن كان عقداً من عقود القانون الخاص إلا أنّه ذو طابع إجرائي؛ يتناول نواح إجرائية بحتة تكمن في الكيفية التي يجب أن يبت من خلالها في نزاع قائم أو من الممكن أن يقوم في المستقبل، والمتمثلة في اللجوء الى التّحكيم بدلاً من اللجوء إلى القضاء، ولأنه يُبين بشكل مباشر أو غير مباشر تشكيل هيئة التّحكيم أو طريقة تشكيلها، ويحدد القواعد الإجرائية والموضوعية الواجب اتباعها. ولهذا نرى في اتفاق التّحكيم أنه عقد مدني ذو طابع إجرائي، وفي الوقت ذاته هو عقد مسمّى يخضع للأحكام التي خصّه بها المشرع - ان في قانون

14 انظر: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، جزء 1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص117.

15 Jacques Ghestin, Traité de droit civil: La formation du contrat, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1993, P. 5.

16 انظر ما بعد -البند7.

17 انظر: د. فتحي والي، قانون التّحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2007، ص 87.

18 د. حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التّحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص 63.

الإجراءات أو في قانون مستقل- كما يخضع بصورة عامة للأحكام الناظمة لعقود القانون الخاص[19]، وفق قاعدة الخاص أولى بالتطبيق من العام.

وجدر الملاحظة إلى أن اتفاق التّحكيم يبقى عقدا مدنياً ذا طابع إجرائي، حتى ولو تعلق بمنازعات ذات طابع تجاري أو إداري أو دولي، وسواء أُبرم بعقد مستقل أو كان على صورة شرط أو بند مُدرج في العقد الأصلي الذي يربط بين الأطراف[20]؛ ذلك لأن اتفاق التّحكيم يُعد اتفاقا مستقلا عن العقد الأصلي[21]، وجوهره العام - المدني الإجرائي- لا يتأثر بموضوعه إن كان تجارياً أو إدارياً أو دولياً[22]، وإن طبقت عليه بعض القواعد التجارية أو الإدارية أو الدولية - حسب الحال- بوصفها قواعد خاصة. و كلّما خلت هذه القواعد من نص على مسألة ما أو إجراء ما وجب الرجوع إلى النصوص المدنية أو الإجرائية العامة.

19 انظر ما بعد، البند -6.

20 حول صورتي اتفاق التّحكيم، انظر ما بعد، البند-10.

21 حول استقلالية شرط التّحكيم، انظر ما بعد، البند-20-1.

22 انظر: د. فتحي والي، مرجع سابق، ص 87 و88.

المبحث الثاني

خصائص اتفاق التّحكيم وصوره

يتسم اتفاق التّحكيم بخصائص متعددة ندرسها في المطلب الأول، ويُمكن أن يأتي هذا الاتفاق في صورتين اثنتين ندرسهما في المطلب الثاني، على النحو الآتي:

المطلب الأول

خصائص اتفاق التّحكيم

بالاستناد إلى تعريف التّحكيم وطبيعته القانونية، يرى معظم فقهاء القانون أن اتفاق التّحكيم هو عقد يتمتع بخصائص متعددة[23]، أهمها أنه:

أولا- عقد مسمّى من حيث موضوعه:

6- فقد خصّت تشريعات أكثر دول العالم العقد الذي بموجبه يتفق أطرافه على اللجوء إلى المحكمين بدلاً من اللجوء إلى القضاة المعنيين من قبل الدولة لحل ما نشأ، أو ما قد ينشأ بينهم، من نزاع باسم "التّحكيم"، ونظموا إجراءاته وشروطه بقواعد خاصة شكّلت في بعض الدول، قانوناً مستقلاً بحد ذاته أُطلق عليه "قانون التّحكيم" كما في بريطانيا ومصر... أو أُدرجت في قانون الإجراءات في دول أخرى؛ كما في فرنسا ولبنان ...

وفي دولة الإمارات العربية المتحدة، وضع المشرع للتحكيم تنظيماً خاصاً يتمثل -كما رأينا- في النصوص القانونية التي شكّلت في مجملها الباب الثالث من الكتاب الثاني من قانون الإجراءات المدنية الاتحادي رقم11 لعام 1992 (المواد من 203 إلى 218)، مع رغبة في إصدار قانون خاص بالتّحكيم - تماشيا مع الاتجاه التشريعي الحديث- تجلّت في مشروع قانون تحكيم مستقل تم إعداده في دولة الإمارات سنة 2006، ولم يصدر حتى تاريخ إعداد هذا البحث.

ثانيا- عقد ملزم للجانبين من حيث أثره:

7- ينشئ عقد التّحكيم التزامات متبادلة تقع على عاتق طرفيه، فكل منهما يلتزم بعدم طرح النزاع محل عقد التّحكيم أمام القضاء وعرضه بالمقابل على هيئة التّحكيم، وعلى كل منهما المساهمة بتشكيل هيئة التّحكيم بالطريقة المتفق عليها ...

23 انظر: المحامي عبد الهادي عباس، التّحكيم الداخلي في القانون السوري والمقارن، دمشق، مطبعة الأنصار، 1995، ص105.

ويلاحظ بهذا الصدد، أن الالتزامات التي يرتبها عقد التّحكيم على عاتق طرفيه على سبيل التبادل هي التزامات متماثلة[24]، على خلاف العقود الأخرى التي ترتب عادة على أطرافها التزامات متقابلة لكنها غير متماثلة وانما مختلفة كعقد البيع مثلا؛ حيث يلتزم البائع بتسليم المبيع إلى المشتري الذي يلتزم بالمقابل بدفع الثمن...

ثالثا- عقد محدد:

8- لطالما أن الالتزامات المتبادلة لطرفي عقد التّحكيم - المبينة في البند السابق- والفائدة التي سيجنها كل منهما من هذا العقد تتحدد وقت التعاقد، لذا يوصف عقد التّحكيم بأنه عقد محدد.

رابعا- عقد شكلي:

9- يُعد عقد التّحكيم، وفق الراجح في الفقه القانوني، من العقود الشكلية من حيث تكوينه؛ فالرضائية - أي تراضي الطرفين- وان كانت مطلوبة في انعقاد اتفاق التّحكيم إلا أنها لا تكفي وحدها لتكوينه، ولابد فوق ذلك أن يكون هذا الاتفاق مكتوباً؛ وذلك بالنظر إلى أن كتابة اتفاق التّحكيم هي، وفق الراجح من الفقه والقضاء ووفق أكثر التشريعات المقارنة، شرط لانعقاده لا شرطاً لمجرد إثباته وفق ما سنبينه لاحقا[25].

المطلب الثاني
صورتا اتفاق التّحكيم

10- التعبير عن إرادة الأطراف باللجوء إلى التّحكيم يتم، بحسب القانون الإماراتي وأكثر تشريعات دول العالم، بإحدى صورتين: الأولى: تكون قبل وقوع النزاع بين الأطراف، وتأخذ شكل شرط أو بند يُدرج في العقد الأساسي الذي يربط بين الأطراف، وتسمى "شرط التّحكيم"، والثانية تكون بعد وقوع النزاع بين الأطراف، وتكمن في إبرام اتفاق مستقل عن العقد الأساسي الذي يربط بين الأطراف، وتسمى "مشارطة التّحكيم".

وقد نص قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد صراحةً على أن:(اتفاق التّحكيم قد يأخذ شكل شرط clause compromissoire أو مشارطة compromis[26]).

---

24 انظر: د. مصطفى محمد الجمال، أضواء على عقد التّحكيم، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، العدد الأول، يوليو 1998، ص206.

25 انظر ما بعد البند 14-1.

26Article 1442 du NCPC: "La convention d'arbitrage prend la forme d'une clause compromissoire ou d'un compromis ... "

ويعدّ هذا أيضاً موقف مشروع قانون التّحكيم الإماراتي الاتحادي الذي ينص على جواز أن يكون اتفاق التّحكيم في شكل شرط سابق على قيام النزاع يُدرج في عقد معين، أو أن يكون في شكل اتفاق منفصل يُبرم بعد نشوء النزاع، حتى ولو سبق أن أقيمت بشأنه دعوى أمام القضاء (م 1\11).

وكذلك، أجاز قانون الإجراءات المدنية الإماراتي للأطراف المتعاقدة أن يشترطوا، بصفة عامة، في عقدهم الأساسي أو في اتفاق لاحق عليه، عرض ما قد ينشأ بينهم من نزاع بصدد تنفيذ هذا العقد - أو عقد معين آخر- على محكم أو أكثر (م 1\203). وفي هذا الصدد، قضت المحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات، بأن التّحكيم وفقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية الاتحادي ينصرف إلى ما يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة، وسواء أكان الاتفاق سابقا أو لاحقا على قيام النزاع[27].

وعلى ذلك نميز في الاتفاق على التّحكيم بين الصورتين الآتيتين:

أولا- شرط التّحكيم Clause compromissoire

11- تعريفه: هو عبارة عن شرط - أو فقرة أو بند- يُدرجه المتعاقدون في عقد معين، يقضي بالإحالة على التّحكيم ما قد ينشأ بينهم في المستقبل من منازعات، كلاً أو بعضاً، بخصوص هذا العقد أو بخصوص مسألة معينة منه. وقد عرّفه المشرع الفرنسي بأنه: "الاتفاق الذي يلتزم بموجبه أطراف عقد أو أكثر بأن يخضعوا إلى تحكيم المنازعات التي من الممكن أن تقع بشأن هذا أو هذه العقود"[28].

وفي الواقع، كثيرا ما نصادف في عقود التجارة، وبخاصة الدولية منها، مثل هذا الشرط الذي يقضي بإحالة ما قد ينشأ عن تفسير أو تنفيذ العقد من منازعات إلى التّحكيم.

11-1- مكانه: يرد شرط التّحكيم عادةً في صلب العقد الأصلي المبرم بين الأطراف، وقد يأتي في ملحق له، ويخضع في هذه الحالة إلى لذات الأحكام الناظمة لشرط التّحكيم الوارد في العقد الأصلي.

وقد لا ينص العقد الأصلي المبرم بين الأطراف - بشكل مباشر وصريح - على اللجوء إلى التّحكيم لحل المنازعات التي قد تنشأ عنه، لكنه يتضمن إحالة إلى عقد آخر أو إلى وثيقة معينة تتضمن من بين بنودها شرطاً تحكيمياً. وقد أجاز الفقه والقضاء والكثير من التشريعات المقارنة مثل هذه الإحالة، واعتبروها بمثابة اتفاق على التّحكيم ما دامت واضحة الدلالة على إرادة الأطراف في اللجوء إلى التّحكيم، كطريق لفض ما قد ينجم بينهم من منازعات بصدد تنفيذ عقدهم الأصلي. وهذا ما أخذ به مشروع قانون التّحكيم الإماراتي في المادة 2/11 التي نصت على أنه: "تعتبر الإشارة في أي عقد إلى شرط التّحكيم بمثابة اتفاق تحكيم شريطة أن يكون العقد مكتوباً، وتكون الإشارة قد وردت بحيث تجعل ذلك الشرط جزءاً من العقد". وكذلك ذكرت المادة 3/10 من قانون التّحكيم

---

27 الطعن رقم 676 لسنة 2009 تجاري، جلسة الأحد الموافق 18 من أكتوبر سنة 2009، نُشر على الشّبكة العنكبوتيّة: موقع منتدى قانون الإمارات: http://theuaelaw.com/vb/index.php

28 Article 1442 du NCPC: "... La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou à ces contrats...".

المصري: "ويعتبر اتفاقا على التّحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءا من هذا العقد".

11-2- صيغته: قد يأتي شرط التّحكيم مفصلاً، بمعنى أنه يشمل كل أو معظم متطلبات التّحكيم (كأن يسمي الأطراف المحكم أو المحكمين أو يبينوا طريقة تسميتهم أو تعينهم، ويحددوا القانون الواجب التطبيق على الإجراءات وعلى موضوع النزاع، ويبينوا لغة التّحكيم ومدته ومكانه، وغير ذلك من التفاصيل الإجرائية ... ولهم أيضاً أن يختاروا اللجوء إلى مركز معين من مراكز أو مؤسسات التّحكيم)، كما قد يأتي شرط التّحكيم مقتضباً، بمعنى أنه يقتصر على مجرد تقرير مبدأ اللجوء إلى التّحكيم لحسم المنازعات التي قد تنشأ عن هذا العقد، وتترك التفاصيل للاتفاق عليها لاحقاً بين الأطراف، أو أنها تخضع للقواعد القانونية الواجبة التطبيق في حال عدم الاتفاق عليها.

وفي جميع الأحوال يجب أن يصاغ شرط التّحكيم بشكل واضح لا لبس فيه ولا غموض، وذلك لأن اللبس أو الغموض في شرط التّحكيم قد يؤدي إلى استحالة إعماله أو بطلان الحكم الصادر بناء عليه ...

ثانيا- مشارطة التّحكيم Compromis

12- تعريفها: مشارطة التّحكيم عبارة عن اتفاق أطراف نزاع معين وقع بينهم بالفعل على اللجوء إلى التّحكيم من أجل تسويته، وذلك بدلاً من اللجوء إلى قضاء الدولة، وتسمى في القانون المقارن في بعض الأحيان "وثيقة التّحكيم" أو "صك التّحكيم". وقد عرّف المشرع الفرنسي مشارطة التّحكيم بأنها الاتفاق الذي بموجبه يُخضع الخصوم نزاع ما وقع بينهم إلى التّحكيم[29].

وعليه، فقد يقع نزاع ما بين أطراف عقد معين لا يتضمن شرطاً تحكيماً، أو يقع نزاع ما بين أطراف علاقة قانونية غير تعاقدية (كالخلافات حول مقدار التعويضات عن الأضرار المترتبة على الحوادث الناجمة عن سيارات أو آلات أو غير ذلك ...)، ويرغب الأطراف بتسوية هذا النزاع عن طريق التّحكيم، فيعمدون إلى إبرام مشارطة تحكيم خاصة به.

12-1- موضوعها: تنصب مشارطة التّحكيم على نزاع وقع فعلا بين الأطراف المعنية، فهي على خلاف شرط التّحكيم الذي يتفق عليه قبل نشوء النزاع كما أشرنا أعلاه.

ولا تمانع قوانين أكثر الدول من إبرام مشارطة التّحكيم بشأن نزاع معروض على القضاء، وهذا ما أجازه المشرع الإماراتي ضمناً عندما ميّز في بعض الأحكام الإجرائية، بين التّحكيم الذي يجري عن طريق أيٍّ من محاكم الدولة المختصة، والتّحكيم الذي يلجأ إليه الأطراف بشأن نزاع لم يعرض على أي من محاكم الدولة (المواد 213 وما بعد من قانون الإجراءات المدنية). في حين أجاز المشرع الفرنسي

29 NCPC"Article 1442 ... Le compromis est la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage."

صراحةً للأطراف اللجوء إلى التّحكيم أثناء سير دعوى مرفوعة مسبقا أمام القضاء[30]. وكذلك فعل المشرع المصري حين نص في المادة 2/10 من قانون التّحكيم على أنه: " ... يجوز أن يتم اتفاق التّحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية ...".

ومن جهة أخرى، يمكن للأطراف تجزئة النزاع، وذلك في الأحوال التي يكون فيها النزاع قابلاً للتجزئة، وإخضاع جزء منه أو أكثر للتحكيم، وإحالة الأجزاء الأخرى إلى القضاء أو إلى غير ذلك من وسائل التسوية، أو حتى تأجيل تسويتها إلى زمن لاحق.

2-12- تمييزها عن شرط التّحكيم: لا فرق بين صورتي اتفاق التّحكيم - الشرط والمشارطة- من حيث التزام كل من ارتبط بأيٍّ منهما باللجوء إلى التّحكيم لا إلى محاكم الدولة، من أجل تسوية النزاع موضوع هذا الاتفاق. وكذلك، لابد أن يستوفي اتفاق التّحكيم، سواء أتى على صورة شرط أو مشارطة، جميع أركانه وشرائط صحته المنصوص عليها في القانون والتي سيتم تبيانها لاحقاً[31].

أما الاختلاف الجوهري بين الصورتين - الشرط والمشارطة- فيكمن في توقيت هذا الاتفاق؛ فقوام شرط التّحكيم هو اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التّحكيم من أجل تسوية منازعات يحتمل وقوعها في المستقبل، أي منازعات قد تقع وقد لا تقع، ولذا لا يتصور تحديد هذه المنازعات بدقة مسبقاً. أما مشارطة التّحكيم فقوامها هو اتفاق الأطراف على التّحكيم بعد قيام النزاع، مما يقتضي تحديد هذا النزاع بدقة.

وعلى ذلك، ولطالما أن مشارطة التّحكيم تبرم بعد وقوع النزاع، فإن معظم تشريعات التّحكيم في مختلف دول العالم، ترتب البطلان على عدم تحديد النزاع محلها[32]، بينما لا تتطلب مثل هذا التحديد بالنسبة لشرط التّحكيم؛ كونه يبرم بشأن نزاع محتمل الوقوع. ولقد نص القانون الإماراتي صراحةً على البطلان في حال لم يحدد موضوع النزاع في وثيقة التّحكيم - أو أثناء نظر الدعوى- حتى لو كان المحكمون مفوضين بالصلح (م 3/203 ق إ م).

ومن الناحية العملية، غالبا ما يقضي شرط التّحكيم بالإحالة على التّحكيم ما قد ينشأ من منازعات حول تفسير العقد الأصلي الذي يربط بين الأطراف أو حول تنفيذه، وهذا يشكل تحديدا على وجه العموم لمحل شرط التّحكيم بمظاهره وجوانبه دون أن ينصب على كنه النزاع بدقائقه وتفصيلاته.

وتجدر الإشارة أخيراً إلى أن مشارطة التّحكيم لا يمكن أن تكون إلا بشأن منازعات وقعت فعلا، أما المنازعات المحتملة الوقوع في المستقبل، فلا يتصور بشأنها سوى اللجوء إلى شرط أو بند التّحكيم.

---

30 Article 1446 NCPC -Modifié par Décret n°2011-48 du 13 janvier 2011- "Les parties peuvent compromettre même au cours d'une instance déjà engagée devant une juridiction".

31 انظر ما بعد: البندين -13- و-14.

32 جاء في المادة 2/10 من قانون التّحكيم المصري: " .... كما يجوز أن يتم اتفاق التّحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية وفى هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التّحكيم وإلا كان الاتفاق باطلا".

المبحث الثالث

أركان اتفاق التّحكيم وشروط صحته

رأينا فيما سبق أن اتفاق التّحكيم - شرطاً كان أم مشارطة- هو عقد كسائر العقود، وإن أفرد له المشرع بعض الأحكام الخاصة، لذلك لا بد لقيامه من أن تتوافر فيه كافة الأركان القانونية، ولابد لصحته من توافر الشروط اللازمة لذلك. وسنتناول فيما يأتي أركان اتفاق التّحكيم وشروط صحته، في ضوء الأحكام العامة الناظمة للعقود والأحكام الخاصة بعقد التّحكيم، وذلك في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول

أركان اتفاق التّحكيم

يقوم اتفاق التّحكيم، كسائر العقود، على أركان ثلاثة هي: الرضا والمحل والسبب، وهذا ما أكدته المحكمة الاتحادية العليا بقولها إن الاتفاق على التّحكيم هو من العقود الرضائية الملزمة التي يلزم لصحتها ونفاذها، وجوب استيفائها لجميع أركان العقد من رضا ومحل وسبب مشروع ...[33] ودراسة هذه الأركان تتم عادةً في نطاق النظرية العامة للالتزام[34]، لذلك سنقتصر فيما يأتي على تبيان أهم ما يتعلق من هذه الأحكام بأركان اتفاق التّحكيم، إضافة إلى الأحكام الخاصة بهذا الاتفاق:

أولا- الرضا Consentement:

13-1- كما هو الحال في سائر العقود عموماً، لا ينعقد اتفاق التّحكيم بصورتيه - الشرط والمشارطة - إلا برضا الطرفين، ولذا لا بد من إيجاب وقبول تتطابق بموجبهما الإرادتان على اللجوء إلى التّحكيم لحل النزاع الذي من الممكن أن يقع في المستقبل أو الذي وقع فعلا بينهما[35].

وتنص المادة 130 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي الاتحادي على أن[36]: "ينعقد العقد بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول مع مراعاة ما قد يقرره القانون من أوضاع معينة لانعقاده". وقد تطلب المشرع

33 الطعن رقم 121 لسنة 2012 تجاري، جلسة الأربعاء 20 من يونيو سنة 2012، منشور في الشّبكة العنكبوتيّة: موقع منتدى قانون الإمارات http://theuaelaw.com/vb/index.php

34 حول أركان العقد، انظر: د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 142 وما بعد.

35 فوزي محمد سامي، التّحكيم التجاري الدولي، ط 5، دار الثقافة، عمان، 2010، 122.

36 رقم 5 لسنة 1985 م المعدل بالقانون رقم 1 لسنة 1987.

الإماراتي، أن يكون التعبير عن إرادة الأطراف في اللجوء إلى التّحكيم عن طريق الكتابة[37]. وكتابة اتفاق التّحكيم هي -كما سيمر معنا- وفق الفقه والقضاء وأكثر التشريعات المقارنة، شرط لوجوده (أي ركن) لا شرطاً لمجرد إثباته[38].

ولا بد أن يكون التعبير عن الإرادة دالاً - في صيغته- دلالة واضحة لا لبس فيها ولا غموض، على رغبة الأطراف في اللجوء إلى التّحكيم لتسوية النزاع الذي قصده الأطراف في اتفاقهم[39].

ولا يكفي توافر الرضا حتى ينتج اتفاق التّحكيم آثاره القانونية بصورة مستقرة، بل لا بد أن يكون أيضا خاليا من العيوب التي نص عليها قانون المعاملات المدنية الإماراتي الاتحادي؛ وهي الإكراه والتغرير والغبن والغلط، وبالشروط المبينة في المواد (من 176 إلى 198) منه.

وعليه، فاتفاق التّحكيم هو عقد قوامُهُ الإرادة، فإذا انتفت هذه الإرادة كان العقد باطلا بل ومنعدما Inexistant[40].

ثانيا- المحل:

13-2- أدرج المشرع الإماراتي -كأكثر التشريعات المقارنة- محل العقد تحت عنوان أركان العقد؛ فنص في المادة 199 من قانون المعاملات المدنية على أنه: "يجب أن يكون لكل عقد محل يضاف إليه".

ولا شك أن المحل في اتفاق التّحكيم هو موضوع النزاع أو الخلاف الذي نشأ، أو يمكن أن ينشأ بين أطرافه.

وإذا ورد اتفاق التّحكيم على صورة شرط أو بند مدرج في العقد الأصلي، الذي يربط بين الأطراف المتعاقدة، فإنه غالبا ما يرد من دون تفصيل باعتبار أن وقوع النزاع هو أمر مستقبلي واحتمالي.

أما إذا أتى اتفاق التّحكيم على صورة مشارطة، أي تم إبرامه بعد وقوع النزاع، فيتوجب على الأطراف في هذه الحالة تحديد كل المسائل المتنازع عليها المراد تسويتها عن طريق التّحكيم. ولقد رتب المشرع الإماراتي - كغيره من المشرعين- البطلان إذا لم يحدد الأطراف موضوع النزاع في اتفاقهم على التّحكيم، حتى ولو فوّضوا المحكمين بالصلح (م 3/203 ق إ م).

ويشترط في محل اتفاق التّحكيم، تحقق كافة الشروط التي فرضها القانون على محل العقد بشكل عام؛ كأن لا يكون التعامل به ممنوعا، وألا يكون مخالفا للنظام العام أو الآداب (المادة 205 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي الاتحادي)، وهذا ما سنتناوله بشيء من التفصيل عند دراسة شروط صحة اتفاق التّحكيم[41].

---

37 نصت المادة 3/203 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي الاتحادي على أنه: "... لا يثبت الاتفاق على التّحكيم إلا بالكتابة".

38 انظر ما بعد، البند 14-1.

39 د. نبيل اسماعيل عمر، التّحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، 2004، ص 62.

40 المحامي عبد الهادي عباس، مرجع سابق، ص 106.

41 انظر ما بعد، البند 15-2.

ثالثا- السبب:

13-3- كما هو الحال في القانون المدني المقارن عموما، عدّ المشرع الإماراتي في قانون المعاملات المدنية الاتحادي سبب العقد ركناً من أركانه، وعرّفه بأنه الغرض المباشر الذي يقصده المتعاقدون من العقد، واشترط أن يكون موجوداً وصحيحاً ومباحاً وغير مخالف للنظام العام أو الآداب (المادة 207 من ق م م). وكذلك، قضى المشرع في القانون ذاته بعدم صحة العقد إن لم تكن فيه منفعة مشروعة للمتعاقدين، وافترض في ذات الوقت وجود هذه المنفعة المشروعة في كافة العقود ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك (المادة 208 ق م م).

والسبب في عقد التّحكيم يتمثل، بحسب معظم فقهاء التّحكيم، في إرادة أطرافه بعدم حل النزاع القائم، أو الذي من الممكن أن يقوم بينهم في المستقبل، عن طريق قضاء الدولة وحلّه عن طريق اللجوء إلى التّحكيم، وهذا سبب مشروع مالم يثبت عكس ذلك بالأدلة المقبولة قانوناً. وبصيغة أخرى، يقول الدكتور أحمد ابراهيم عبد التواب عن سبب اتفاق التّحكيم أنه "رغبة الأطراف في إقصاء منازعتهم عن قضاء الدولة وطرحها على التّحكيم"[42].

المطلب الثاني
شروط صحة اتفاق التّحكيم

يمكن تقسيم الشروط اللازمة لصحة اتفاق التّحكيم، وفق الراجح في الفقه القانوني المحلي والمقارن[43]، إلى شروط شكلية، وأخرى موضوعية، نتناول كلا منها فيما يأتي:

أولا- الشروط الشكلية لصحة اتفاق التّحكيم:

14- يتطلب القانون الإماراتي -كما المقارن- من أجل صحة اتفاق التّحكيم، مجموعة من الشروط الشكلية، نتناولها تباعا فيما يأتي:

(1) يجب أن يكون اتفاق التّحكيم مكتوباً:

14-1- نظراً للآثار القانونية الهامة التي تترتب على اتفاق التّحكيم، والتي تتمثل - كما سنرى[44]- في حجب ولاية القضاء عن البت بالنزاع محل هذا الاتفاق، وعرضه بالمقابل على المحكم أو المحكمين المختارين من قبل الأطراف المتعاقدة، يتطلب القانون الإماراتي -كما معظم تشريعات دول العالم- أن يكون اتفاق التّحكيم بصورتيه، الشرط والمشارطة، مكتوبا.

ولم تشترط قوانين مختلف الدول شكلا محددا لكتابة اتفاق التّحكيم، وقد اقتصر قانون الإجراءات المدنية الإماراتي بهذا الشأن، على نص المادة 3/203 التي تقضي بأنه "... لا يثبت الاتفاق على

42 د. أحمد ابراهيم عبد التواب، مرجع سابق، ص391.

43 د. أحمد ابراهيم عبد التواب، مرجع سابق، ص392.

44 انظر ما بعد، البند-16.

التّحكيم إلا بالكتابة". في حين أن مشروع قانون التّحكيم الإماراتي جاء، على غرار قانون التّحكيم المصري وغيره، أكثر تفصيلا؛ فنصت المادة 12 منه على أنه: "يجب أن يكون اتفاق التّحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً. ويكون الاتفاق مكتوباً إذا تضمنه محرر وقّعه الطرفان أو ورد فيما تبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة"[45]. كما اعتبر مشروع قانون التّحكيم الإماراتي في المادة 2/11 منه أن مجرد "الإشارة الواردة في أيّ عقد إلى شرط للتحكيم بمثابة اتفاق تحكيم شريطة أن يكون العقد مكتوباً وأن تكون الإشارة قد وردت بحيث تجعل ذلك الشرط جزءاً من العقد"[46].

وإذا كان شرط الكتابة في الاتفاق على التّحكيم مجمعاً عليه -عموما- في الفقه والقانون المقارنين، لكن اختلاف وقع حول ما إذا كانت الكتابة هي شرط لتكوينه (أي ركن) أم هي شرط لإثباته؟

والحقيقة أن مثل هذا الاختلاف غير موجود في الدول التي نصت تشريعاتها صراحةً بما يفيد أن الكتابة هي شرط من شروط تكوين اتفاق التّحكيم - أي هي ركن فيه- كما هو حال قانون التّحكيم المصري ومشروع قانون التّحكيم الإماراتي وغيرهما من القوانين التي أوجبت، تحت طائلة البطلان، أن يكون اتفاق التّحكيم مكتوباً (المادة 12 من مشروع قانون التّحكيم الإماراتي، المقابلة للمادة 12 من قانون التّحكيم المصري).

لكن الاختلاف نشأ في ظل قوانين الدول التي لم تنص صراحةً بما يفيد أن الكتابة هي شرط وجود لاتفاق التّحكيم؛ كقانون الإجراءات المدنية الإماراتي الاتحادي، حيث نصت المادة 3/203 منه على أنه: "... لا يثبت الاتفاق على التّحكيم إلا بالكتابة". وقد ظهرت عدة وجهات نظر حول هذا النص وتفرعت إلى الرأيين الآتيين:

14-2- الرأي الأول[47]: ذهب إلى أن الكتابة هي شرط إثبات وليست شرط وجود لاتفاق التّحكيم، أي أنها ليست ركناً من أركان عقد التّحكيم. وأصحاب هذا الرأي يبررون موقفهم هذا بتمسكهم بحرفية نص المادة 3/203 "... لا يثبت الاتفاق على التّحكيم إلا بالكتابة". وعليه، فالاتفاق الشفهي على التّحكيم هو ممكن التحقق وفق هذا الرأي، ولكن إثباته لا يكون إلا كتابةً. وتبدو خطورة هذا الرأي من حيث أن الإثبات بالكتابة له قانوناً عدة استثناءات يجوز فيها الإثبات بالشهادة؛ كما لو وجد مثلاً مانع مادي أو أدبي حال دون الحصول على دليل كتابي ...أو غير ذلك مما أورده المشرع الإماراتي في قانون الإثبات[48].

---

45 المقابلة لنص المادة (12) من قانون التّحكيم المصري.

46 المقابلة لنص المادة (3/10) من قانون التّحكيم المصري.

47 انظر: المحامي جمال حسن النجار، التّحكيم وفقا لقانون الإجراءات المدنية رقم (11) لسنة 1992 -المعمول به في دولة الإمارات العربية المتحدة- مجلة الحق، جمعية الحقوقيين بدولة الإمارات العربية المتحدة، العدد السابع 1421 هـ 2001 م.

48 تقضي المادة 37 من قانون الإثبات الاتحادي في المعاملات المدنية والتجارية رقم 10 لسنة 1992 أنه: " يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة في الأحوال الآتية:

1- إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة، ويعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة كل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال.

14-3- الرأي الثاني: وهو ما نراه أقرب للصواب يرى في الكتابة شرط وجود لاتفاق التّحكيم لا مجرد شرط لإثباته. وعليه، يترتب على عدم كتابة اتفاق التّحكيم بطلانه، ولا مجال بالتالي لإثبات وجوده لا شفاهاً ولا بأي طريقة أخرى غير الكتابة؛ إذ لا يجب التوقف عند حرفية نص المادة 3/203 آنفة الذكر، وانما يتعين الاستناد في تفسير هذا النص إلى روح نصوص التّحكيم باعتبارها وحدة متكاملة:

فمن جهة، أشار المشرع الإماراتي في معرض تنظيمه للتحكيم في قانون الإجراءات المدنية إلى ما يُسمّى "وثيقة التّحكيم" قاصدا فيها اتفاق التّحكيم، بطريقة تدل بالمطلق أن كتابته هي شرط لوجوده (أي ركن) لا شرطاً لإثباته؛ من ذلك مثلا:

1- لقد أوجبت المادة 1/213 ق إ م إيداع حكم المحكمين مع أصل وثيقة التّحكيم قلم كتاب المحكمة المختصة، والإيداع لا يمكن أن يتصور في الوثائق عملياً إلا لِمَ هو مكتوب.

2- وأوجبت المادة 5/212 ق إ م أن يتضمن حكم المحكمين صورة من الاتفاق على التّحكيم، وبهذا الشأن قضت محكمة تمييز دبي بأن عدم تطبيق هذا النص يؤدي إلى بطلان الحكم[49].

3- وأوجبت المادة 3/203 ق إ م أن يحدد موضوع النزاع في وثيقة التّحكيم أو أثناء نظر الدعوى وإلا كان التّحكيم باطلاً.

4- وقضت المادة 205 ق إ م بعدم جواز تفويض المحكمين بالصلح ما لم يكونوا مذكورين بأسمائهم في الاتفاق على التّحكيم أو في وثيقة لاحقة.

وكل هذه النصوص القانونية - وربما غيرها - تدل بوضوح أن كتابة اتفاق التّحكيم هو شرط لوجوده وليس شرطاً لإثباته.

ومن جهة أخرى، تقضي الأعراف التّحكيمية، لا سيما في المنازعات التجارية الداخلية منها والدولية، بأن الاتفاق على التّحكيم لا يمكن أن يكون إلا كتابةً تحت طائلة البطلان. والكثير من تشريعات دول العالم تعتبر العرف التجاري في العديد من المعاملات التجارية مصدراً رئيساً للقانون[50].

2- إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي.

3- إذا فقد الدائن سنده الكتابي بسبب أجنبي لا يد له فيه.

4- إذا رأت المحكمة لأسباب وجيهة السماح بالإثبات بالشهادة.

5- إذا طعن في الدليل الكتابي بأنه يتضمن ما يحظره القانون أو مخالف للنظام العام أو الآداب العامة".

49 طعن مدني رقم 88، تاريخ 2001/4/29، مجلة القضاء والتشريع، العدد 12، ص370.

50 نصت المادة الثانية من قانون المعاملات التجارية الإماراتي الاتحادي رقم 18 لسنة 1993 على أن: "1- يسري على التجار وعلى الأعمال التجارية ما اتفق عليه المتعاقدان ما لم يتعارض اتفاقهما مع نص تجاري آمر. 2- فإذا لم يوجد اتفاق خاص؛ سرت قواعد العرف التجاري فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون، أو في غيره من القوانين المتعلقة بالمسائل التجارية ويقدم العرف الخاص أو المحلي على العرف العام فإذا لم يوجد عرف تجاري وجب تطبيق الأحكام الخاصة بالمسائل المدنية فيما لا يتعارض مع المبادئ العامة للنشاط التجاري. 3- ولا يجوز تطبيق الاتفاقيات الخاصة أو قواعد العرف التجاري إذا تعارضت مع النظام العام أو الآداب".

وخلاصة القول، إن كتابة شرط التّحكيم هي - وفق الراجح في الفقه والقضاء ووفق أكثر التشريعات المقارنة- شرط لوجوده لا شرطاً لإثباته، وهي دون شك شرط شكلي يجعل من عقد التّحكيم عقداً شكلياً إضافةً لكونه عقداً رضائياً، كما سبق أن مرّ معنا[51].

51 انظر ما سبق، البند -9.

(2) يجب أن يصدر اتفاق التّحكيم ممن له أهلية التصرف في الحق محل النزاع:

14-4- تأخذ تشريعات معظم الدول بمعيار قدرة الشخص على التصرف بحقوقه، من أجل تقرير أهليته لإبرام اتفاق تحكيم. وعليه يكون الحق قابلا للتصرف عندما يكون بإمكان صاحبه أو حائزه التفرغ عنه سواء ببيعه أو بالتنازل عنه[52]. ففي دولة الإمارات العربية المتحدة، اشترط المشرع صراحةً في قانون الإجراءات المدنية، من أجل صحة اتفاق التّحكيم، أن تتوافر في الشخص الذي يبرمه أهلية التصرف في الحق محل النزاع (المادة 303\4).

وكذلك، لم يجز مشروع قانون التّحكيم الإماراتي، على غرار القانون المصري وغيره ... الاتفاق على التّحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه (المادة 1/13 من المشروع المقابلة للمادة 11 من قانون التّحكيم المصري).

وعلى ذلك، لا يجوز أن يكون طرفاً في اتفاق التّحكيم إلا الشخص الذي يملك أهلية التصرف في الحق موضوع هذا الاتفاق. والعكس بالعكس؛ بمعنى أنه لا يجوز لمن لا يملك حق التصرف بهذا الحق إبرام اتفاق تحكيم بشأنه، حتى ولو كان متمتعاً بالأهلية اللازمة لإدارة أمواله - كلها أو بعضها- أو كان يتمتع بأهلية التقاضي أو غير ذلك ... وهذا ما أكدته محكمة تمييز دبي بقولها إن: ".. الاتفاق على اللجوء إلى التّحكيم لا يصح إلا ممن كانت له أهلية التصرف في الحق المتنازع عليه وليست أهليته في الالتجاء إلى القضاء ... "[53].

وبديهي أن أهلية التصرف لإبرام اتفاق التّحكيم يجب أن يتمتع بها جميع الأطراف. وسواء أكان اتفاق التّحكيم على صورة شرط أو مشارطة. وأهلية التصرف بالحقوق بالنسبة للشخص الطبيعي، يحددها عادة قانون الدولة التي يتبع إليها الشخص بجنسيته[54]. وهي بحسب القانون الإماراتي لا تكون إلا لمن بلغ سن الرشد، وكان متمتعا بكامل قواه العقلية، ولم يحجر عليه لأي سبب من الأسباب. وقد حدد قانون المعاملات المدنية الإماراتي الاتحادي[55] - وكذلك قانون الأحوال الشخصية الاتحادي[56]- سن الرشد القانوني للشخص الطبيعي بإتمام إحدى وعشرين سنة قمرية (أي ما يعادل بالتقويم الشمسي عشرين سنه وأربعة أشهر وعشرين يوماً؛ باعتبار أن السنة القمرية - الهجرية- أقصر عن السنة الشمسية - الميلادية- بعشرة أيام تقريبا).

---

52 Fauvarque-cosson (B), Libre disponibilite´ des droits et conflits de lois, L.G.D.J. Paris, 1996. No. 92-93, P. 57 et s.

53 قرار محكمة تمييز دبي، أحكام المدنية، الطعن رقم 191، 2009، جلسة 13-9-2009، المبدأ رقم -1- مكتب فني 20، ج 3، صفحة 1963، منشور على موقع شبكة قوانين الشرق: http://www.eastlaws.com/

54 نصت المادة (1/11) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أن: "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في دولة الإمارات العربية المتحدة وتترتب آثارها فيها إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية، وكان نقص الأهلية يرجع الى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه؛ فان هذا السبب لا يؤثر في أهليته".

55 نصت المادة (85):"-1 كل شخص يبلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المنصوص عليها في هذا القانون والقوانين المتفرعة عنه. 2- ويبلغ الشخص سن الرشد إذا أتم إحدى وعشرين سنة قمرية".

56 المادتين (171، 172).

أما أهلية التصرف للشخص الاعتباري، فيحددها عادة سند إنشائه، إضافة لما يقرره القانون الواجب تطبيقه بشأنها[57]. وفي هذا الصدد، قضت المحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات بأن الاتفاق على التّحكيم هو من العقود الرضائية الملزمة، ويلزم لصحتها ونفاذها وجوب استيفائها لجميع أركان العقد من رضا ومحل وسبب مشروع، ووجوب صدور الرضا - أو قبول التعاقد- عن إرادة غير معيبة، ومتمتعة بكامل مقومات أهلية التعاقد، سواء تعلق الأمر بشخص طبيعي أو معنوي. وعليه، في الشركات يكون صاحب الصفة في التعاقد باسمها ممثلها القانوني المخول بذلك أو أي شخص يتم توكيله أو تفويضه بذلك[58].

وتجدر الإشارة إلى أن اتفاق التّحكيم يبرم إما من الأطراف المعنية به أنفسهم أو من قبل وكلائهم، وفي الحالة الثانية لا بد -حسب قوانين معظم الدول- من تفويضهم بإبرام هذا الاتفاق بنص خاص؛ فالوكالة ذات الألفاظ العامة لا تجيز للوكيل إبرام اتفاق التّحكيم ما لم تشتمل على نص خاص صريح يفوضه بذلك؛ وفي هذا الاتجاه نصت المادة 928 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أنه: " إذا كانت الوكالة بلفظ عام لم يقترن بما يوضح المقصود منه فلا تخول الوكيل إلا أعمال الإدارة والحفظ". وتبعتها المادة 929 من القانون ذاته بنصها على أن: "كل عمل ليس من أعمال الإدارة والحفظ يستوجب توكيلا خاصا محددا لنوع العمل وما تستلزمه الوكالة فيه من تصرفات".

وفي هذا الشأن، قضت محكمة تمييز دبي أيضاً:" .. أن موافقة وكيل الخصم على التّحكيم تحتاج إلى تفويض خاص من الموكل، ولا تكفي فيه الوكالة العامة لأن الاتفاق على التّحكيم يعني التنازل عن رفع الدعوى أمام قضاء الدولة رغم ما يكفله من ضمانات للخصوم"[59]. وفي قرار آخر، ذكرت محكمة تمييز دبي أنه: "من المقرر أن المحامي الموكل ليست لديه أهلية الالتجاء إلى التّحكيم أو الموافقة عليه بغير تفويض خاص على ذلك من الموكل وهو ما تتحقق منه هيئة التّحكيم قبل الفصل في النزاع ويقع حكمها باطلاً إذا تخلف شرط الأهلية للالتجاء إلى التّحكيم وهو ما تقضي به المحكمة عند نظرها على التصديق على هذا الحكم الباطل طبقاً للمادة (1/216 ج) من قانون الإجراءات المدنية، ولا يصحح هذا البطلان إجازة الخصم الموكل اللاحقة للتصرف الذي قام به وكيله بالالتجاء إلى التّحكيم دون تفويض إذ يجب أن تكون إجازة الموكل اللاحقة - التي ينظر فيها- أثناء مباشرة إجراءات التّحكيم وقبل صدور حكم التّحكيم وليس بعد إنهاء إجراءات التّحكيم وصدور حكم المحكمين، وبعد رفع الدعوى للتصديق على حكم التّحكيم أو طلب إبطاله. أي أن طلب الإجازة

57 نصت المادة (2/11) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي الاتحادي على أنه: "أما النظام القانوني للأشخاص الاعتبارية الأجنبية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها فيسري عليه قانون الدولة التي اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز إدارتها الرّئيس الفعلي، فإذا باشرت نشاطا في دولة الإمارات العربية المتحدة فان القانون الوطني هو الذي يسري".

58 الطعن رقم 121 لسنة 2012 تجاري، جلسة الأربعاء 20 من يونيو سنة 2012، منشور في الشّبكة العنكبوتيّة، موقع منتدى قانون الإمارات http://theuaelaw.com/vb/index.php

59 قرار محكمة تمييز دبي، أحكام المدنية، الطعن رقم 191، 2009، جلسة 13-9-2009، المبدأ رقم -1- مكتب فني 20، ج 3، صفحة 1963، منشور في الشّبكة العنكبوتيّة، موقع شبكة قوانين الشرق: http://www.eastlaws.com/

اللاحقة لالتجاء الوكيل للتحكيم لا يكون بعد فوات أوانها - كما الحال- بإجازة تصرف الوكيل بالتّحكيم في الدعوى الماثلة"[60].

ثانيا- الشروط الموضوعية لصحة اتفاق التّحكيم:

15- يتطلب القانون الإماراتي -كما المقارن- من أجل صحة اتفاق التّحكيم، إضافة للشروط الشكلية التي أتينا على ذكرها، مجموعة من الشروط الموضوعية، نتناولها تباعا فيما يأتي:

(1) تحديد موضوع النزاع في اتفاق التّحكيم:

15-1- أوجب القانون الإماراتي تحديد موضوع النزاع، إما في اتفاق التّحكيم ذاته أو في أثناء نظر الدعوى، حتى ولو كان المحكمون مفوضين بالصلح (مادة 3/203 ق إ م).

وإذا جاء اتفاق التّحكيم في صورة شرط أو بند مُدرج في العقد الأصلي الذي يربط بين الأطراف، فغالبا ما يأتي مقتضباً أو مختصراً؛ باعتبار أن شرط التّحكيم لا يبرم -كما رأينا- إلا بشأن نزاع لم يقع بعد، الأمر الذي يجعل تحديده بدقة أمراً صعباً، إن لم نقل مستحيلا[61]. وفي الواقع، غالبا ما يصار إلى تحديده باتفاق لاحق بين الأطراف قبل أو في بداية السير في الإجراءات التّحكيمية.

أما إذا جاء اتفاق التّحكيم في صورة مشارطة - أي أبرم بعد وقوع النزاع- فيتوجب حينئذ تحت طائلة البطلان تحديد كافة المسائل التي يرغب الأطراف في حلها عن طريق التّحكيم، سواء تم اللجوء إلى التّحكيم ابتداءً، أو بناءً على إحالة من المحكمة التي عرض عليها النزاع قبل الاتفاق على التّحكيم وفق تعبير المشرع الإماراتي[62]. وهذا هو أيضاً موقف المشرع الفرنسي - وغيره- حيث قضى بوجوب تحديد موضوع النزاع تحت طائلة البطلان[63].

(2) عدم تناول اتفاق التّحكيم مسائل لا يجوز فيها الصلح:

15-2-لا يجوز أن يتناول اتفاق التّحكيم منازعات لا يجوز الصلح فيها أصلاً (مادة 4/203 ق إ م). وقد أكدت المحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات أن قوام الشريعة العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية هو الاتفاق عليه في المسائل التي يجوز فيها الصلح[64]. ومن أهم المسائل التي لا يجوز فيها الصلح، وبالتالي لا يجوز فيها التّحكيم هي:

أ- المسائل التي تتعلق بالأحوال الشخصية الصرفة: فلا يجوز التّحكيم من حيث المبدأ في جميع المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية باستثناء الحقوق المالية الناجمة عنها. فلا يجوز

---

60 قرار محكمة تمييز دبي، أحكام المدنية، الطعن رقم 191، 2009، جلسة 13-9-2009، المبدأ رقم - 3- مكتب فني 20، ج 3، صفحة 1963، منشور في الشّبكة العنكبوتيّة، موقع شبكة قوانين الشرق: http://www.eastlaws.com/

61 انظر ما سبق، البندين -11 و13-2.

62 مادة 3/203 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي.

63 Article 1445 du NCPC "A peine de nullité, le compromis détermine l'objet du litige".

64 الطعن رقم 676 لسنة 2009 تجاري، جلسة الأحد الموافق 18 من أكتوبر سنة 2009، منشور في الشّبكة العنكبوتيّة، موقع قانون الإمارات: http://theuaelaw.com/vb/index.php

التّحكيم مثلاً في خصومة تتصل بصحة أو بطلان عقد زواج أو وقوع طلاق ... ولكن يجوز التّحكيم في المصالح المالية المتصلة بالزواج أو بالطلاق ... كتحديد مقدار النفقة أو بدل المخالعة ...

ب- المسائل التي تتعلق بالمسؤولية الجنائية: فلا يجوز التّحكيم من حيث المبدأ في جميع المنازعات المتعلقة بتحديد المسؤولية الجنائية، أو بنفيها باستثناء الحقوق المالية الناجمة عنها. فلا يجوز التّحكيم مثلاً بشأن الأفعال التي تعد جرائم، ولا تحديد المسؤولية عنها، أما التّحكيم في المسائل المتعلقة بتحديد التعويض الناتج عن الجريمة فهو جائز.

ج- المسائل التي تتعلق بالجنسية: ولا يجوز التّحكيم أيضاً في كل ما يتعلق في خصومة تتصل باكتساب أو عدم اكتساب الجنسية.

د- المسائل التي تتعلق بالنظام العام: ولا يجوز التّحكيم بشكل أعم وأشمل في جميع المنازعات المتعلقة بالنظام العام؛ كالنزاع بشأن دين قمار، أو بشأن ثمن مواد ممنوعة ...

ه- المسائل التي يحصر المشرع نظرها بمحاكم الدولة، ويحظر على غيرها البت فيها...([65])

خلاصة القول، لا بد في اتفاق التّحكيم، شرطا كان أم مشارطة، أن تتوافر فيه كافة الأركان والشروط القانونية اللازمة لوجوده ولصحته والتي أتينا على ذكرها في هذا المبحث.

65 - انظر: الشهابي إبراهيم الشرقاوي، اتفاق التّحكيم في ضوء أحكام القضاء الإماراتي ومشروع القانون الاتحادي، مرجع سابق، ص41.

المبحث الرابع
آثار اتفاق التّحكيم

16- إذا توافرت في اتفاق التّحكيم، شرطًا كان أو مشارطة، كافة أركانه وشرائط صحته، فإن هذا الاتفاق ينتج أثرين قانونيين هامين، أحدهما: سلبيّ؛ يتمثل في حجب ولاية قضاء الدولة عن النظر في النزاع موضوع اتفاق التّحكيم، والثّاني : إيجابيّ؛ يتمثل في ولاية هيئة التّحكيم للبت بالنزاع موضوع اتفاق التّحكيم، وسنتناول كلا منهما تباعا فيما يأتي:

المطلب الأول
الأثر السّلبيّ لاتفاق التّحكيم

17- ينتج عن إبرام اتفاق التّحكيم أثر سلبي يتمثل في حجب ولاية قضاء الدولة عن النظر في النزاع موضوع هذا الاتفاق، وبالشروط التي نص عليها القانون. فعملاً بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، لا يجوز لمحاكم الدولة، من حيث المبدأ، النظر بالنزاع الذي اتفق الخصوم على تسويته عن طريق التّحكيم، فإذا لجأ أحد طرفي النزاع إلى رفع الدعوى أمام القضاء دون اعتداد باتفاق التّحكيم، واعترض الطرف الآخر، توجب على المحكمة عندئذٍ الحكم بعدم قبول الدعوى، وذلك بشرط أن يكون التمسك باتفاق التّحكيم من قبل المدعى عليه في الجلسة الأولى، وقبل أي طلب منه أو دفع أو دفاع، وإلا لا يعتد باتفاق التّحكيم ويتوجب على المحكمة نظر الدعوى والبت بالنزاع؛ وهذا ما نصت عليه المادة 5/203 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي بقولها: "وإذا اتفق الخصوم على التحكيم في نزاع ما فلا يجوز رفع الدعوى به أمام القضاء ومع ذلك إذا لجأ أحد الطرفين إلى رفع الدعوى دون اعتداد بشرط التحكيم ولم يعترض الطرف الآخر في الجلسة الأولى وجب نظر الدعوى، واعتبر شرط التحكيم لاغياً".

وهذا هو الحال أيضاً في مشروع قانون التّحكيم الاتحادي؛ حيث قضت المادة 14 منه بأن: "على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم، أن تحكم بعدم قبول الدعوى وتحيل الطرفين إلى التحكيم؛ إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى...". وهو أيضاً موقف قانون التّحكيم المصري (م 13).

وعلى ذلك، لا يجوز للمحكمة أن تقضي تلقائيّاً بعدم قبول الدعوى لوجود اتفاق تحكيم بشأن النزاع المعروض عليها، وإنما يتعين أن يدفع أمامها بذلك المدعى عليه في أول جلسة، وقبل إبدائه أيّ طلب أو دفع أو دفاع في الدعوى؛ فالاتفاق على التّحكيم ما هو إلا استثناء من الأصل العام الذي يقضي بحرية اللجوء إلى القضاء، وبالتالي للخصوم النزول عن حقهم هذا؛ وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة

الاتحادية العليا في دولة الإمارات بأن ولاية القضاء هي ولاية عامة لجميع المنازعات إلا ما استثني منها بنص صريح، أو اتفق الخصوم فيها على حلها عن طريق التحكيم بصورة صريحة[66].

18- ومن الناحية الإجرائية، يُعد التمسك أو الدفع بوجود اتفاق تحكيم بشأن نزاع رفع إلى القضاء، دفعاً شكلياً؛ فهو يهدف إلى الحكم بعدم قبول الدعوى دون الدخول في موضوعها. وهو في الوقت ذاته دفع لا يتعلق بالنظام العام؛ فاللجوء إلى التّحكيم مبني في الأساس على إرادة الأطراف التي احترمها المشرع في الأحوال والشروط المبينة في القانون؛ وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الاتحادية العليا بقولها: "إن من المقرر أن الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم من الدفوع الشكلية التي لا تتصل بالنظام العام ويجب إبداؤه قبل التعرض للموضوع؛ وإلا سقط الحق في الإدلاء بها عملاً بالمادة 84 من قانون الإجراءات المدنية"[67].

وكذلك، قضت محكمة تمييز دبي في أحد قراراتها أنه "من المقرر وفق ما تقضي به الفقرة الخامسة من المادة 203 من قانون الإجراءات المدنية، أنه إذا اتفق الخصوم على التحكيم في نزاع ما فلا يجوز رفع الدعوى به أمام القضاء، ومع ذلك إذا لجأ أحد الطرفين ورفع الدعوى دون اعتداد بشرط التحكيم ولم يعترض الطرف الآخر في الجلسة الأولى، جاز نظر الدعوى واعتبر شرط التحكيم لاغياً، ومن المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه يجب على الطرف المتمسك بشرط التحكيم أن يتخذ موقفاً إيجابيّا بأن يعترض في الجلسة الأولى على التجاء خصمه إلى القضاء للمطالبة بما يدعيه من حق رغم الاتفاق على التحكيم، فإن لم يحصل منه اعتراض في تلك الجلسة جاز نظر الدعوى، والمقصود من عبارة (جاز نظر الدعوى)، أن نظر الدعوى أمام المحكمة يصبح صحيحاً ولازماً ويصبح شرط التحكيم لاغياً، أما إذا ما تم الاعتراض في تلك الجلسة فيتعين على المحكمة أن تقضى بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم إعمالاً لاتفاق الخصوم على اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات بينهم، والمقصود بالجلسة الأولى هي الجلسة التي يحضر فيها المدعى عليه أو ممثله لأول مرة أمام المحكمة"[68].

في حين يرى جانب من التشريع والفقه والقضاء أن الدفع بوجود اتفاق التّحكيم هو دفع بعدم الاختصاص وليس دفعا بعدم قبول الدعوى[69]؛ فمثلا نصت المادة 1448 من القانون الإجراءات المدنية الفرنسي بأنه إذا رفعت دعوى أمام محكمة من محاكم الدولة بشأن نزاع مشروط عرضه على التّحكيم، فعلى المحكمة أن تعلن عدم اختصاصها، ما لم تكن هيئة التّحكيم مختصة، أو كان

---

66 الطعن رقم 640 لسنة 20099 تجاري، جلسة الثلاثاء الموافق 28 من يوليو سنة 200، منشور في الشّبكة العنكبوتيّة؛ موقع قانون الإمارات: http://theuaelaw.com/vb/index.php

67 قرار المحكمة الاتحادية العليا، مدني تجاري، الطعن رقم 225، جلسة 3-6-2003، مكتب فني 25، جزء 3، صفحة 1421، منشور في الشّبكة العنكبوتيّة، موقع شبكة قوانين الشرق: http://www.eastlaws.com/

68 قرار محكمة تمييز دبي، الأحكام المدنية، الطعن رقم 167، لسنة 2002، جلسة 2-6-2002، المبدأ رقم -1- مكتب فني 13، ج 1، صفحة 486، منشور في الشّبكة العنكبوتيّة، موقع شبكة قوانين الشرق: http://www.eastlaws.com/

69 إبراهيم جوهر إبراهيم، الدفع باتفاق التّحكيم في الدعوى المدنية - دراسة مقارنة في الأثر السّلبيّ المترتب على اتفاق التّحكيم في التشريعات العربية والأجنبية، دار الكتب القانونية، مصر2009، ص 132 وما بعد.

اتفاق التّحكيم باطلا بشكل ظاهر أو غير واجب التطبيق، ولا يمكن لقضاء الدولة أن يعلن عدم اختصاصه من تلقاء نفسه، وكل اتفاق على خلاف ذلك يُعد كأن لم يكن[70].

ونحن بدورنا نؤيد ما ذهبت إليه المحكمة الاتحادية العليا، ومحكمة تمييز دبي، من أن الدفع بوجود اتفاق تحكيم أمام القضاء هو بالتكييف القانوني الصحيح دفع بعدم قبول الدعوى وليس دفعا بعدم الاختصاص، ومن ثمّ على المحكمة المعنية أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا توافرت جميع الشرائط القانونية لهذا الدفع؛ والسبب في ذلك أن وجود اتفاق التّحكيم يحجب اختصاص المحكمة، التي هي في الأصل مختصة في البت بالنزاع موضوع هذا الاتفاق، حجباً مؤقتاً لا نهائياً؛ فإذا ما فشل التّحكيم أو تعثر لأي سبب من الأسباب لابد حينئذٍ من العودة إليها لحل النزاع برمته، أو لحل المسألة المتعثرة. فعلى سبيل المثال؛ لابد من الرجوع إلى المحكمة المختصة من أجل اتخاذ بعض الإجراءات الضرورية للعملية التّحكيمية مثل:

- النظر بطلب تعيين المحكمين، وذلك في حال وقع النزاع موضوع اتفاق التّحكيم ولم يكن الخصوم قد اتفقوا على تسميتهم، أو في حال امتنع واحد أو أكثر من المحكمين المتفق عليهم عن العمل أو اعتزله أو عزل عنه أو حكم برده، أو قام مانع من مباشرته له، ولم يكن هناك اتفاق في هذا الشأن بين الخصوم ... (المادة 1/204 والمادة 3/207-4 من ق إ م).

- النظر بطلب مد أجل التّحكيم المقدم من المحكم أو أحد الخصوم (المادة 3/210).

- الحكم بالجزاء المنصوص عليه في القانون على من يتخلف من الشهود عن الحضور أمام هيئة التّحكيم، أو يمتنع عن الإدلاء بشهادته (المادة 2/209-أ).

- الحكم بتكليف الغير بتقديم مستند في حوزته ضروري للحكم بالقضية التّحكيمية (المادة 2/209- ب).

- الحكم بتصديق قرار التّحكيم بناء على طلب الطرف صاحب المصلحة؛ باعتبار أن حكم المحكمين، وإن كان قابلا للتنفيذ الرضائي، إلا أنّه لا يكون قابلا للتنفيذ الجبري إلا بعد تصديقه أصولا، أي بعد التحقق من شرائطه القانونية، وكذلك الحكم بإبطاله (المادتين 214 و215) ...

19- وكل ذلك يدل أن اختصاص القضاء بنظر النزاع موضوع اتفاق التّحكيم، يُحجب بشكل مؤقت لا نهائي، ويتوجب بالتالي على المحكمة المختصة أصلا بالنظر بالنزاع أن تحكم بعدم قبول الدعوى وليس بعدم اختصاصها، فيما لو تمسك صاحب المصلحة بهذا الاتفاق أمامها، في أول جلسة وقبل أي طلب أو دفع أو دفاع.

70 Article 1448 du NCPC "Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable. La juridiction de l'Etat ne peut relever d'office son incompétence. Toute stipulation contraire au présent article est réputée non écrite".

المطلب الثاني
الأثر الإيجابيّ لاتفاق التّحكيم

20- ينتج عن إبرام اتفاق التّحكيم أيضاً أثر إيجابيّ، يتمثل في ولاية هيئة التّحكيم للبت بالنزاع موضوع اتفاق التّحكيم؛ فاحتراماً لمبدأ (العقد شريعة المتعاقدين)، ولطالما اتفق الأطراف المتخاصمة على اللجوء إلى التّحكيم لتسوية نزاعهم، فعلى هيئة التّحكيم إن قبلت هذه المهمة أن تتولى النظر بهذا النزاع والفصل فيه، وفق الأصول والإجراءات المحددة باتفاق الأطراف المتخاصمة أو في القواعد القانونية الواجبة التطبيق.

وبمعنى آخر، يتمثل الأثر الإيجابيّ لاتفاق التّحكيم في التزام أطرافه بعرض نزاعهم على التّحكيم، فلا يجوز من حيث المبدأ الالتفات عن هذا الاتفاق، أو تركه أو التنازل عنه، واللجوء إلى القضاء إلا باتفاق جديد بين الطرفين.

وتجدر الإشارة إلى أن اتفاق التّحكيم لا يمنع أطرافه بشكل نهائي من اللجوء إلى محاكم الدولة؛ لأن حق اللجوء إلى القضاء هو من الحقوق العامة التي لا يجوز التنازل عنها بشكل مطلق، وصحيح أن المشرع سمح للأطراف اللجوء إلى التّحكيم، ولكن على سبيل الاستثناء وضمن الشروط المبينة في القانون، فإذا ما اختل شرط منها عادت الولاية إلى الأصل، أي إلى قضاء الدولة[71].

وحول ولاية هيئة التّحكيم للبت بالنزاع موضوع اتفاق التّحكيم، يبرز تساؤلان مهمّان: الأول يكمن في معرفة مصير شرط التّحكيم المندرج في عقد باطل أو قابل للإبطال؟ والثاني يكمن في معرفة الجهة المختصة بالنظر في صحة اختصاص هيئة التّحكيم للبت بالنزاع؟

وللإجابة على هذين التساؤلين، يورد الفقه المقارن مبدأين هامين هما: مبدأ استقلالية شرط التّحكيم، ومبدأ الاختصاص بالاختصاص، نتناول شرح كلاً منهما على التتالي:

أولا- مبدأ استقلالية شرط التّحكيم:

20-1- معناه: يعني مبدأ استقلالية شرط التّحكيم أنه إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال، لأي سبب من الأسباب، فهذا لا يؤثر في شرط أو بند التّحكيم المُندرج فيه، وذلك خلافاً للقاعدة العامة التي تقضي بأن بطلان العقد يؤدي بالتبعية إلى بطلان وزوال كل ما تضمنه من شروط بما فيها شرط التّحكيم، وبمعنى آخر إن الادعاء أو الحكم ببطلان العقد المتضمن لشرط التّحكيم لا يعني بالضرورة بطلان هذا الشرط.

20-2- أساسه: استقلال شرط التّحكيم هو من المبادئ المستقرة في معظم التشريعات الوضعية الداخلية منها والدولية، وتستخلص هذه الاستقلالية من الموضوع المختلف لكل من العقدين- العقد الأصلي وشرط التّحكيم- فهذا الأخير يرد محله على البت في المنازعات الناشئة عن الشروط الموضوعية، ولا يهدف - خلافا للأول- إلى تحديد حقوق والتزامات الأطراف الموضوعية

71 د. أحمد إبراهيم عبد التواب، الأثر الإيجابي والسلبي لاتفاق التّحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص29.

التي يتضمنها العقد الأصلي(72). وبمعنى آخر، يجد مبدأ استقلالية شرط التّحكيم أساسه في غايته المستقلة التي تكمن في آلية حل النزاع بين أطراف العقد المتضمن شرط التّحكيم، والتي تقتضي اللجوء إلى التّحكيم دون القضاء أو أي من الوسائل الأخرى لحل المنازعات، الأمر الذي يجعل من هذا الشرط اتفاقاً مستقلاً عن العقد المُندرج فيه، وإن كان مندمجا فيه من الناحية المادية، وبالتالي لا يؤثر بطلان العقد الأصلي على شرط التّحكيم المُدرج فيه مادام هذا الشرط صحيحا بذاته.

20-3- موقف القانون المقارن: أخذ قانون الإجراءات المدنية الفرنسي بمبدأ استقلالية شرط التّحكيم؛ فنص صراحةً على أن شرط التّحكيم مستقل عن العقد الذي أحال إليه، ولا يؤثر بطلان هذا العقد على هذا الشرط[73].

وكذلك، تبنى القانون النموذجي (لليونسترال) مبدأ استقلالية شرط التّحكيم، ومنه انتقل إلى الكثير من تشريعات دول العالم الغربية والعربية، والتي منها على سبيل المثال: سورية ومصر وعُمان والأردن ... حيث عَدّت شرط التّحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، وأن انتهاء العقد أو بطلانه أو فسخه أو إنهاءه لا يرتب أي أثر على شرط التّحكيم طالما أن هذا الشرط صحيحا في ذاته.

20-4- موقف القانون الإماراتي: لا يوجد نص تشريعي في دولة الإمارات العربية المتحدة يقضي باستقلالية شرط التّحكيم. لكن القضاء الإماراتي تعرض لهذا الشرط وتبناه صراحةً في العديد من قراراته؛ فقد قضت محكمة تمييز دبي، في إحدى قراراتها أنه: "من المقرر أن بطلان العقد الأصلي المتضمن شرط التّحكيم أو فسخه أو إنهاءه لا يمنع من أن يظل شرط التّحكيم ساريا ومنتجاً لأثره بالنسبة للآثار المترتبة على بطلان أو فسخ أو إنهاء العقد الأصلي ما لم يمتد البطلان إلى شرط التّحكيم ذاته، فيكون في هذه الحالة لا أثر له، باعتبار أن شرط التّحكيم له موضوعه الخاص به، والذي يتمثل في استبعاد النزاع المشترط التّحكيم فيه من ولاية المحاكم. وإسناد ولاية الفصل فيه إلى هيئة التّحكيم"[74]. وكذلك تبنت المحكمة الاتحادية العليا هذا المبدأ؛ حيث قضت في قرار لها صدر سنة 2010 بأن: "بطلان العقد الأساسي المتضمن شرط التّحكيم أو فسخه أو إنهاءه لا يمنع من أن يظل شرط التّحكيم ساريا ومنتجا لأثره بالنسبة للنزاع المشترط التّحكيم فيه[75].

وقد جاء مشروع قانون التّحكيم الإماراتي مطابقاً في هذا الشأن لموقف القانون المصري؛ فنصت المادة (25) منه على أنه: "يعتبر شرط التّحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب

---

72 الطالبين أحمد البدوي ومحمد ولد محمد الراضي، شرط التّحكيم، منتدى القاضي عياض، الشّبكة العنكبوتيّة، موقع: http://mountada.emedina.org/viewtopic.php?p=43&sid=897494cfb5957eee2bdf6c078dd951ef

Article 1447-73 Modifié par Décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 - "La convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte. Elle n'est pas affectée par l'inefficacité de celui-ci. Lorsqu'elle est nulle ...".

74 قرار محكمة تمييز دبي، الأحكام المدنية، الطعن رقم 167، لسنة 2002، جلسة 2-6-2002، المبدأ رقم -5- مكتب فني 13، ج 1، صفحة 486. منشور في الشّبكة العنكبوتيّة؛ موقع الشرق: http://www.eastlaws.com/

75 الطعن رقم 166 لسنة 2008 تجاري، جلسة الإثنين الموافق الأول من فبراير سنة 2010، منشور في الشبكة العنكبوتيّة ؛ موقع منتدى قانون الإمارات http://theuaelaw.com/vb/index.php

على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التّحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته"[76]. وهذا يتوافق مع الاتجاه الحديث لتشريعات التّحكيم المقارنة.

ثانيا- مبدأ الاختصاص بالاختصاص Compétence de la compétence

21-1- يعني مبدأ الاختصاص بالاختصاص أن المحكم يختص بالبت في جميع الدفوع المتعلقة باختصاصه، بما فيها الدفوع المتعلقة بوجود اتفاق التّحكيم أو صحته أو سقوطه أو بطلانه أو نطاقه[77]. ولهذا المبدأ مبررات كثيرة ساقها المؤيدون له، ولعل من أهمها قولهم إن عدم الاعتراف للمحكم بسلطته في البت بمسألة اختصاصه وما قد يُثار حولها من دفوع، يعني طرح النزاع على قضاء الدولة، وهو الأمر الذي أراد الأطراف تجنبه ابتداءً باتفاقهم على التّحكيم! ومثل هذا القول يهدد نظام التّحكيم من أساسه، فهو يؤثر سلباً على فعالية هذه الوسيلة لحل المنازعات والثقة بها؛ فبمجرد الدفع بعدم صحة اتفاق التّحكيم أو نطاقه يرفع يد المحكم عن نظر النزاع، وهذا ما يتنافى مع أغراض التّحكيم، والتي من أهمها السرعة بالبت بالنزاع وتجنب اللجوء قضاء الدولة من أجل تسويته ...[78]

ويرى الفقيه الفرنسي Cornu أن أساس مبدأ الاختصاص بالاختصاص يكمن في الطبيعة القضائية لمهمة المحكم؛ فهو الذي يبت - كأي قاض في قضاء الدولة- بمسألة اختصاصه، أي أنه هو الذي يقدر سلطته في الفصل بالنزاع المحال إليه في ضوء اتفاق الأطراف والقانون الواجب التطبيق[79].

وقد خلت تشريعات بعض الدول من النص صراحةً عن هذا المبدأ؛ كما في دولة الإمارات حيث لا يوجد في النصوص التّحكيمية النافذة،الواردة في قانون الإجراءات المدنية الإماراتي، ما يشير إلى الأخذ بهذا المبدأ من عدمه.

في حين أقرت تشريعات دول أخرى أجنبية وعربية، وكذلك بعض المعاهدات الدولية والأنظمة النموذجية[80]، مبدأ الاختصاص بالاختصاص؛ كالتشريع اللبناني الذي تبنى في هذا الشأن النص الفرنسي، فنص على أنه: "إذا نازع أحد الخصوم أمام المحكم في مبدأ أو مدى الولاية العائدة له لنظر القضية المعروضة عليه، فيكون له أن يفصل في هذه المنازعة"[81].

21-2- وكذلك، تبنى مشروع قانون التّحكيم الاتحادي الإماراتي مبدأ الاختصاص بالاختصاص؛ حيث نصت المادة 24 منه على أن:

---

76 المادة (25) من مشروع قانون التّحكيم الإماراتي تقابل المادة (23) من قانون التّحكيم المصري.

77 حول تعريف مبدأ الاختصاص بالاختصاص، انظر: أنور علي أحمد الطشي، مبدأ الاختصاص بالاختصاص في مجال التّحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة 2009، ص 24 وما بعد.

78 انظر: أنور علي أحمد الطشي، مرجع سابق، ص 51 وما بعد.

79 CORNU (G.) «Le décret du 14 mai 1980 relatif à l'arbitrage, présentation de la réforme», Rev. arb. 1980, p. 583 et s. spec 586.k.

80 انظر: د. اياد محمود بردان، التّحكيم والنظام العام - دراسة مقارنة- منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص 460.

81 انظر: المادة 785 من قانون الإجراءات المدنية اللبناني الصادر بالمرسوم الشّرعيّ رقم 90، لعام 1983، المقابلة للمادة 1466 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

"1- تفصل هيئة التّحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع.

2- يجب التمسك بهذه الدفوع في ميعاد لا يجاوز ميعاد تقديم دفاع المدعى عليه المشار إليه في البند (2) من المادة (32) من هذا القانون. ولا يترتب على قيام أحد طرفي التّحكيم بتعيين محكم أو الاشتراك في تعيينه سقوط حقه في تقديم أي من هذه الدفوع. أما الدفع بتجاوز هيئة التّحكيم لنطاق اختصاصها فينبغي إبداؤه بمجرد إثارة المسألة التي يدعي بتجاوزها لذلك الاختصاص، وإلا سقط الحق بإثارة هذا الدفع. ويجوز في جميع الأحوال أن تقبل هيئة التّحكيم الدفع المتأخر إذا رأت أن التأخير كان لسبب معقول.

3- تفصل هيئة التّحكيم في الدفوع المشار إليها في البند (1) من هذه المادة ـ باعتبارها مسألة أولية ـ قبل الفصل في الموضوع، أو تقرر ضمها للموضوع لتفصل فيهما معاً. وإذا قررت هيئة التّحكيم في حكم جزئي أنها مختصة، فلأي من الطرفين خلال (30) ثلاثين يوماً من تاريخ إعلانه بالقرار أن يطلب من المحكمة المختصة أن تفصل في الأمر ويكون قرارها نهائياً وغير قابل للطعن، ومع ذلك يكون للهيئة أن تمضي في إجراءات التّحكيم وأن تصدر قرار التّحكيم بالرغم من الطلب المشار إليه". وهذا ما ذهب إليه أيضاً قانون التّحكيم المصري في المادة 22 منه.

21-3- وحول علاقة مبدأ الاختصاص بالاختصاص بمبدأ استقلالية شرط التّحكيم، يرى البعض أنه لولا مبدأ الاستقلالية لما كان للمحكم إمكانية النظر باختصاصه؛ فبفضل هذه الاستقلالية لشرط التّحكيم تفقد العيوب التي يمكن أن توجه للعقد الأصلي - الذي يربط بين الأطراف المعنية- كل أثر مباشر قد يكون لها على شرط التّحكيم، ولا تسلب المحكم بالتالي اختصاص النظر بالنزاع[82].

وقد تبنى القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي كل من مبدأ الاختصاص بالاختصاص ومبدأ استقلالية شرط التّحكيم[83]؛ فنصت المادة 16 منه على أنه: "يجوز لهيئة التّحكيم البت في اختصاصها، بما في ذلك البت في أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التّحكيم او بصحته. ولهذا الغرض، ينظر إلى شرط التّحكيم الذي يشكل جزءا من عقد كما لو كان اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى. وأي قرار يصدر من هيئة التّحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التّحكيم".

وجدر الإشارة أخيرا إلى أن هذين الأثرين لاتفاق التّحكيم - الإيجابي والسلبي- ينحصران في أطرافه ولا يمتدان إلى غيرهما، وهذا ما أكدته محكمة تمييز دبي بقولها: "إن من المقرر وفق ما تقضى به المادة 252 من قانون المعاملات المدنية أن العقد لا يرتب التزاماً في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقاً، والاتفاق على التّحكيم لحل النزاع بين المتعاقدين لا يلزم إلا أطرافه سواء كانوا اثنين أو أكثر، والمتعاقد في هذا الاتفاق هو من صدر منه التعبير عن إرادة الالتزام به فيسهم في تكوينه، ولا يكفى لذلك ورود اسم غير المتعاقدين فيه أو أن يوقع عليه بصفة أخرى غير هذه الصفة. ومع ذلك

82 د. عبد الحميد الأحدب، موسوعة التّحكيم في البلاد العربية، جزء 2، دار المعارف، مصر، 1989، ص ص 156 و157.

83 القانون النموذجي وضعته لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي في 21 حزيران / يونية 1985.

فقد يسرى شرط التّحكيم على الغير في بعض الحالات، كما في حالة حوالة العقد الأصلي الذي يتضمن هذا الشرط أو الذي يشير إليه فينتقل شرط التّحكيم مع العقد الأصلي إلى المحال له"[84].

84 قرار محكمة تمييز دبي، الأحكام المدنية، الطعن رقم 167، لسنة 2002، جلسة 2-6-2002، المبدأ رقم -8- مكتب فني 13، ج 1، صفحة 486، منشور على موقع شبكة قوانين الشرق: http://www.eastlaws.com/

الخاتمة

نخلص من هذا البحث إلى أن اتفاق الأشخاص على اللجوء إلى التّحكيم من أجل فض نزاع وقع بينهم، أو من الممكن وقوعه في المستقبل، هو بحق أساس التّحكيم، وهو مصدر سلطة المحكمين؛ فلا نزاع يحال إلى التّحكيم إلا باتفاق أطرافه على ذلك، كما أنه هو المحدد لنطاق التّحكيم؛ فيبين ما تختص به هيئة التّحكيم وما يخرج عن اختصاصها.

ولكي يُنتج اتفاق التّحكيم أثره، المتمثل باستبعاد محاكم الدولة عن النظر بالنزاع موضوعه وعرضه بالمقابل على هيئة التّحكيم التي عيّنها الأطراف - مباشرة أو غير مباشرة- لابد أن تتوافر في هذا الاتفاق أركانه العامة كافة - بوصفه عقد ككل العقود- وأن يستوفي كل الشروط القانونية اللازمة لصحته، والتي من أبرزها الكتابة، والأهلية اللازمة للشخص الذي يبرم هذا الاتفاق.

وعليه، فإن وضوح اتفاق التّحكيم وسلامته من الناحية القانونية عند كتابته، يؤثر إيجاباً على سير إجراءات التّحكيم وإصدار الحكم، وعلى تصديقه من قبل المحكمة المختصة من أجل منحه القوة التنفيذية، أي من أجل تنفيذه جبراً إن تعذر تنفيذه رضاءً لأي سبب. لذلك نوصي من الناحية العملية، بوجوب صياغة اتفاق التّحكيم - شرطا كان أم مشارطة- بدقة وعناية، وبشكل واضح لا لبس فيه ولا غموض؛ وذلك لأن اللبس أو الغموض في اتفاق التّحكيم قد يؤدي إلى استحالة إعماله أو بطلان الحكم الصادر بناء عليه.

وتشريعيا، نوصي بوجوب تطوير النصوص التّحكيمية النافذة الواردة في قانون الإجراءات المدنية الإماراتي الاتحادي الصادر سنة 1992، بما يتلاءم مع التطور الذي لحق النصوص التّحكيمية المقارنة، ولسد الثغرات التي كشفها التطبيق العملي لهذه النصوص؛ كالنص صراحةً على أن كتابة اتفاق التّحكيم هي ركن من أركانه وليست مجرد شرط لإثباته، وكذلك النص على مبدأ استقلالية شرط التّحكيم عن العقد المندرج به، والنص أيضاً على مبدأ الاختصاص بالاختصاص، على النحو الذي بيناه في متن هذا البحث.

وصحيح أن مشروع قانون التّحكيم الإماراتي الاتحادي المعد سنة 2006 - الذي لم يصدر حتى تاريخه- قد تصدى لمثل هذه الثغرات بنصوص صريحة وواضحة، إلا أن الطول النسبي للفترة التي مرّت على وضعه، يستدعي باعتقادنا إعادة عرض هذا المشروع مجددا على المناقشة قبل إصداره؛ للإفادة أكثر مما نشأ خلال هذه الفترة من اجتهادات قضائية، وآراء فقهية محلية ومقارنة قد تغنيه وتجعل منه قانونا حديثا مواكبا فعلاً للتطور الذي لحق نصوص التّحكيم المقارنة في أكثر دول العالم.

وتجدر الإشارة أخيرا إلى أن اتفاق التّحكيم لا يكفي وحده لإنجاز العملية التّحكيمية، ولا بد فوق ذلك من قبول المحكمين المعينين لهذه المهمة، وهذا يشكل بطبيعة الحال اتفاقاً جديداً بين الأطراف والمحكمين يستحق أن يكون موضوع بحث علمي مستقل[85].

- والله ولي الأمر والتوفيق-

85 انظر: د. الشهابي ابراهيم الشرقاوي ود. مصطفى أبو العينين، الطبيعة القانونية لعلاقات التّحكيم والمسؤولية المدنية الناشئة عنها، مجلة العلوم القانونية الكترونية، جامعة عجمان، العدد الأول، 2013، ص 93 وما بعد.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً- باللغة العربية:

1- الكتب والأبحاث:

- إبراهيم جوهر إبراهيم، الدفع باتفاق التّحكيم في الدعوى المدنية - دراسة مقارنة في الأثر السلبي المترتب على اتفاق التّحكيم في التشريعات العربية والأجنبية- دار الكتب القانونية، مصر2009.
- أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التّحكيم والدفوع المتعلقة به، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009.
- أحمد إبراهيم عبد التواب، الأثر الإيجابي والسلبي لاتفاق التّحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013.
- أحمد أنور ناجي، مدى فعالية الوسائل البديلة لحل المنازعات وعلاقتها بالقضاء، الشّبكة العنكبوتيّة http://membres.multimania.fr/berradarz/article/hal-niza3ate.pdf
- الشهابي إبراهيم الشرقاوي، اتفاق التّحكيم في ضوء أحكام القضاء الإماراتي ومشروع القانون الاتحادي، سلسلة الدراسات القانونية والقضائية (8)، معهد دبي القضائي، 2013.
- الشهابي ابراهيم الشرقاوي ود. مصطفى أبو العينين، الطبيعة القانونية لعلاقات التّحكيم والمسؤولية المدنية الناشئة عنها، مجلة العلوم القانونية إلكترونيّة، جامعة عجمان، العدد الأول، 2013.
- أنور علي أحمد الطشي، مبدأ الاختصاص بالاختصاص في مجال التّحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة 2009.
- إياد محمود بردان، التّحكيم والنظام العام - دراسة مقارنة- منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004.
- جمال حسن النجار، التّحكيم وفقا لقانون الإجراءات المدنية رقم (11) لسنة 1992، المعمول به في دولة الإمارات العربية المتحدة، مجلة الحق، جمعية الحقوقيين بدولة الإمارات العربية المتحدة، العدد السابع 1421 هـ 2001 م.
- حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التّحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.
- عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، النظام القانوني لاتفاق التّحكيم - دراسة تحليلية مقارنة- ط2، صنعاء، 2008.
- عبد الحميد الأحدب، موسوعة التّحكيم في البلاد العربية، جزء 2، دار المعارف، مصر، 1989.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، جزء1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
- عبد الهادي عباس، التّحكيم الداخلي في القانون السوري والمقارن، مطبعة الأنصار، دمشق، 1995.
- فتحي والي، قانون التّحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007.
- فوزي محمد سامي، التّحكيم التجاري الدولي، ط 5، دار الثقافة، عمان، 2010.
- مصطفى محمد الجمال، أضواء على عقد التّحكيم، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، العدد الأول، يوليو 1998.
- نبيل إسماعيل عمر، التّحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، 2004.

2- قوانين واتفاقيات:

- قانون الإجراءات المدنية الاتحادي الإماراتي رقم 1992/11، المعدل بالقانون الاتحادي رقم 30 لسنة 2005 المنشور في العدد 440 من الجريدة الرسمية.
- مشروع قانون التّحكيم الاتحادي الإماراتي المُعَد سنة 2006 في شأن التّحكيم في المنازعات التجارية.
- قانون المعاملات المدنية الاتحادي الإماراتي رقم 5 لسنة 1985.
- قانون المعاملات التجارية الاتحادي الإماراتي رقم 18 لسنة 1993.
- قانون الإثبات الاتحادي الإماراتي في المعاملات المدنية والتجارية رقم 10 لسنة 1992.
- قانون الإجراءات المدنية الفرنسي (CPC) لسنة 1985 وتعديلاته.
- القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في 21 حزيران / يونية 1985.
- اتفاقية نيويورك لعام 1958، بشأن الاعتراف بقرارات التّحكيم الأجنبية وتنفيذها.

ثانياً- باللغة الفرنسية:

- CORNU (G.) «Le décret du 14 mai 1980 relatif à l'arbitrage ، présentation de la réforme» ، Rev. arb. 1980

- Nadège Kamariygwe، «Portée d'une sentence arbitrale en Droit international» :http://www.memoireonline.com/07/12/6022/m_Portee-d-une-sentence-arbitrale-en-Droit-international-13.html

- Jacques Ghestin، Traité de droit civil -La formation du contrat- Librairie générale de droit et de jurisprudence، 1993.

ثالثا- مواقع الشّبكة العنكبوتيّة:

- موقع شبكة قوانين الشرق: http://www.eastlaws.com/
- موقع منتدى قانون الإمارات: http://theuaelaw.com/vb/index.php
- موقع منتدى القاضي عياض:
http://mountada.emedina.org/viewtopic.php?p=43&sid=897494cfb5957eee2bdf6c078dd951ef

حماية أموال الصغير في القانون العراقي
دراسة تحليلية مقارنة

د. ايمان يوسف نوري
كلية القانون / جامعة دهوك
كوردستان - العراق

مقدمة

أولا- التعريف بموضوع البحث

أولى المشرع العراقي اهتماما بالغا بتنظيم القواعد المتعلقة بالقاصر حيث لم يكتف بالأحكام العامة الواردة في القانون المدني العراقي المرقم (40) لسنة 1951 المعدل ، بل عمد إلى إصدار عدة قوانين تهتم بشؤون القاصرين؛ منها قانون الأحوال الشخصية المرقم (188) لسنة 1959 المعدل ، وقانون التسجيل العقاري المرقم (43) لسنة 1971 ، وقانون الادعاء العام المرقم (159) لسنة 1979 المعدل ، وقانون الرعاية الاجتماعية المرقم (126) لسنة 1980 ، وقانون رعاية الأحداث المرقم (76) لسنة 1983 ، وقانون الخدمة والتقاعد العسكري المرقم (1) لسنة 1975 ، وقانون الخدمة وتقاعد الأمن الداخلي المرقم (1) لسنة 1978 وقانون رعاية القاصرين المرقم (78) لسنة 1980 المعدل الذي جعل مفهوم القاصر ينصرف إلى الصغير والجنين والمحجور الذي تقرر المحكمة أنه ناقص الأهلية أو فاقدها والغائب والمفقود.

من المعلوم أن الصغير لا يستطيع إدارة شؤون أمواله واستثمارها بسبب صغر سنه ، لذا فإنه بحاجة لحماية ورعاية إلى حين بلوغه سن الرشد ، مما يستتبع وجود أشخاص يتولون القيام بهذه المهمة. لذا رسم القانون طرقا وأورد وسائل من شأنها تحقيق تلك الحماية لأموال الصغير والمتمثلة بتحرير التركة وتصفيتها ، والمحافظة على أموال الصغير وإدارتها واستثمارها ، ومحاسبة الأولياء والأوصياء.

ثانيا - مشكلة البحث

يمكن أن نحدد مشكلة البحث بالمحورين الأساسين :

المحور الأول - يلاحظ من نصوص قانون رعاية القاصرين أنه قد ضيق من مدى قدرة الولي أو الوصي أو القيم على القيام بحماية أموال الصغير من حيث الإدارة والاستثمار ومنعهم من القيام بأي تصرف إلا بحدود معينة أو بعد أخذ موافقة مديرية رعاية القاصرين.

المحور الثاني -أمام التشدد المفروض على سلطة الولي أو الوصي أو القيم فقد وضع المشرع العراقي طرقا معينة في حماية أموال الصغير.

فبعد مرور فترة زمنية طويلة على إصدار قانون رعاية القاصرين ، فهل إن القانون استطاع أن يحقق النفع للصغير من النهج الذي وضعه ؟وهل كان موفقا ؟ وهل إن النصوص القانونية التي عالجت مسألة حماية أموال الصغير كانت فعالة ومنتجة ؟ وهل حقق المشرع العراقي الهدف الذي شرع من أجله قانون رعاية القاصرين والذي أوضحه في الأسباب الموجبة وهي المحافظة على أموال الصغير.

ثالثا - فرضية البحث

يمكن أن نحدد فرضيات البحث على النحو الآتي :

1- هل نحن بحاجة إلى العودة لأحكام القانون المدني التي عالجت البعض من مواده مسألة ولي الصغير وسلطاته؟

2 - أم نحن بحاجة إلى تعديل أو إلغاء قانون رعاية القاصرين وإصدار قانون جديد يتماشى والواقع الحالي ومتطلباته؟

3- هل يمكن تدارك الضرر الذي أصاب الصغير من جراء إيداع أمواله لفترة زمنية طويلة وتغيير قيمة العملة؟ وماهي تلك الوسائل التي من شأنها أن تجبر الضرر ؟

رابعا- منهجية البحث -

يعتمد البحث على تحليل مواد القانون المدني العراقي وأحكام قانون رعاية القاصرين بالمقارنة مع قانون مدونة الأسرة المغربي لكونه أكثر القوانين تشددا في إضفاء الحماية على المحجورين بشكل عام والصغير من ضمنهم، وقانون الولاية على المال المصري، وقانون الولاية على أموال القاصرين القطري، على اعتبار أنهما عالجا م سائل الولاية على المال ب شكل منف صل عن القواعد العامة، مع قانون الأحوال الشخصية السوداني، والقانون المدني الكويتي، وقانون الهيئة العامة لشؤون القصر الكويتي، على اعتبار أنهم اعتمدوا على قواعد مختلطة بين العامة والخاصة لتضمنها المسائل المتعلقة بالولاية على المال.

خامسا- نطاق البحث

سيتم بيان حماية أموال ال صغير ضمن القوانين المتعلقة بالمو ضوع ، لذا سيخرج من نطاق البحث التطرق إلى التأصيل الشرعي لنصوص القانون على اعتبار أن مشكلة الموضوع متعلقة في كيفية معالجة المشرع العراقي لموضوع البحث في قانون رعاية القاصرين بالمقارنة مع الأحكام الواردة في القوانين المقارنة.

سادسا - خطة البحث

خطة البحث ستق سم إلى مبحثين ي سبقهما مبحث تمهيدي ، المبحث التمهيدي حول ماهية حماية أموال الصغير والذي سيقسم إلى مطلبين، المطلب الأول مفهوم حماية أموال الصغير ، المطلب الثاني سلطات ال صغير في إدارة أمواله ، أما المبحث الأول فهو متعلق بمظاهر حماية أموال الصغير، والذي بدوره سيقسم إلى مطلبين ، المطلب الأول مفهوم النائب عن الصغير ، المطلب الثاني سلطات النائب عن الصغير، وأخيرا المبحث الثالث الذي يوضح وسائل حماية أموال الصغير و سيتم تق سيمه إلى ثلاثة مطالب، المطلب الأول تحرير التركة وت صفيتها ، المطلب الثاني المحافظة على أموال الصغير وإدارتها واستثمارها، اما المطلب الثالث فهو متعلق بمحاسبة الأولياء والأوصياء، وختم البحث بخاتمة تتضمن النتائج والتوصيات.

المبحث التمهيدي

ماهية حماية أموال الصغير

يعتبر موضوع حماية أموال الصغير من المواضيع المهمة، و محل اهتمام المشرع من خلال تشريعه للقوانين المتعلقة بهذا الشأن، ويمثل موضوعا ذا صلة بالواقع العملي والاقتصادي، لذا - ولغرض الولوج في موضوع حماية أموال الصغير- يقتضي الأمر أن نبين ماهيته من خلال توضيح مفهومه ، وصلاحيات الصغير في إدارة أمواله، وعليه سنقسم المبحث إلى المطلبين الآتيين :

المطلب الأول -مفهوم حماية أموال الصغير

المطلب الثاني - صلاحيات الصغير في إدارة أمواله

المطلب الأول

مفهوم حماية أموال الصغير

لأجل بيان مفهوم حماية أموال الصغير لابد من تعريف الصغير باعتباره المستفيد من الحماية ، وتوضيح أهمية حماية أموال الصغير ونطاقه ، وعليه سنقسم المطلب إلى الفرعين الآتيين :

الفرع الأول - تعريف الصغير

الفرع الثاني -أهمية حماية أموال الصغير و نطاقها

الفرع الأول - تعريف الصغير

سنبين تعريف الصغير من الناحية اللغوية والفقهية والقانونية ، وعلى النحو الآتي:

أولا- الصغير لغة

الصغير فعيل من الصغر وهو والصغارة خلاف العظم ، وقيل الصغر في الجرم والصغارة في القدر[1] ، وهو من لم يبلغ الحلم ذكرا كان أو أنثى، فاذا مات أبوه وهو صغير فهو يتيم، وإذا بلغ الحلم زال عنه وصف الصغر واليتم [2] .

ثانيا - الصغير فقها

بحث فقهاء القانون الأحوال المتعلقة بالصغير عند بيان موضوع الأهلية وتوضيح أنواعها وأحكامها وتدرج الأهلية، والأهلية تطلق ويراد بها أحد معنيين؛ فهي القابلية لاكتساب الحق والتحمل بالالتزام، وهي أهلية الوجوب التي تدور وجودا وعدما مع الحياة، مع ملاحظة أن الجنين يتمتع بأهلية وجوب ناقصة [3] ، و أهلية الأداء والتي مناطها التمييز الذي يتدرج عند الإنسان تبعا للسن من الانعدام إلى الوجود مع النقص ثم الكمال. والتمييز منعدم عند من لم يبلغ السابعة، وهو الصبي غير المميز ، ثم الصبي المميز وهي الفترة الواقعة ما بين سن التمييز وسن الرشد؛ أي بين تمام

(1) ابي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الافريقي ، لسان العرب ، المجلد الثامن ، الطبعة الرابعة ، دار صادرة بيروت ، 2005 ، ص 244 .

(2) علي حسب الله ، الولاية على المال والتعامل بالدين في الشريعة الاسلامية ، معهد البحوث والدراسات ، 1967، ص 5 .

(3) د. رمضان ابو السعود ، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني ، النظرية العامة للحق ، الدار الجامعية ،بيروت ، بلا سنة ، ص 131 .

السابعة والثامنة عشرة، وأخيرا مرحلة كمال التمييز والمتمثلة بإكمال الثامنة عشرة، ويصبح الشخص عندها كامل الأهلية [4] .

كما تناول شراح القانون أيضا مصطلحات أخرى كالطفل واليتيم تبعا لموضوع بحثهم، ولكن البعض أطلق مصطلح الطفل للمرحلة ما بين الولادة حيا إلى أن يصير بالغا قادرا [5] ، واعتبر البعض الآخر أن الطفل في القانون المدني العراقي والذي يطلق عليه الصغير هو الوليد الذي يكون دون سن ثماني عشرة سنة كاملة [6] .

أما اليتيم فقد عرفه البعض بأنه الصغير الذي فقد الأب أو والديه ولم يبلغ سن الرشد، و بين أن كل يتيم قاصر، وتراعى شؤونه تبعا لرعاية القاصرين في ظل القوانين النافذة، وتخضع إدارة أموال اليتيم لقانون رعاية القاصرين [7] .

ثالثا- الصغير قانونا

أطلق المشرع العراقي مصطلح القاصر في قانون رعاية القاصرين [8] الذي يشمل الصغير والجنين والمحجور الذي تقرر المحكمة أنه ناقص الأهلية أو فاقدها والغائب والمفقود، [9] وعرف القانون المذكور الصغير بأنه الذي لم يبلغ سن الرشد، وهي تمام الثامنة عشرة من العمر، ويعتبر من أكمل الخامسة عشرة وتزوج بإذن من المحكمة كامل الأهلية. [10]وأما في القانون المدني العراقي [11] فقد استعمل المشرع لفظ الصغير والصبي، [12]ويلاحظ أنه لم يفرق بينهما بالمعنى إلا عند إضافة مميز أو غير مميز، وأحيانا يستعمل الصغير أو الصبي لوحده [13] واستخدم أيضا عبارة (كل شخص ولو غير مميز .....) [14] .

أما بالنسبة إلى موقف القوانين المقارنة فإن المشرع المغربي في قانون مدونة الأسرة[15] اعتمد عند تنظيمه لأحكام الأهلية والنيابة الشرعية على الحجر وأسبابه وتصرفات المحجور، فقد أوضح أن أسباب الحجر نوعان، الأول ينقص الأهلية، والثاني يعدم الأهلية ؛ والصغير إما عديم أهلية الأداء وهو الذي لم يبلغ سن التمييز،[16] أو ناقص أهلية الأداء وهو الصغير الذي بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن

(4) للمزيد من التفصيل حول الموضوع ينظر د. حسن كيرة ،.المدخل الى القانون ، منشاة المعارف ، الاسكندرية ، 1971 ،ص572-ص 584 .

(5) د. رجاء ناجي ، الحماية القانونية للاطفال مواجهة بالمتغيرات الاجتماعية والاقتصادية،بحث متاح على الموقع : www. gulfkids.com/ar/index.php

(6) فاطمة خلف كاظم ،مظاهر الحماية المدنية لحقوق الطفل في التشريعات العراقية النافذة ، بحث منشور في مجلة الحقوق ،تصدر عن كلية القانون ، الجامعة المستنصرية ، المجلد (2) ، السنة الرابعة ، العددان (6,7) ، 2009، ص239

(7) سالم روضان الموسوي ، احكام اليتيم في الشريعة والقانون العراقي ، بحث متاح على الموقع : www.annabaaorg

(8) المرقم (78) لسنة 1980 .

(9) ينظر المادة (3) من القانون .

(10) ينظر المادة /3/ اولا/ ا).

(11) المرقم (40) لسنة 1951 المعدل .

(12) على سبيل المثال المواد(191,218,241,243، 377,435,604,605,700) علما ان من الناحية اللغوية يوجد فرق بين الصغير والصبي فالاخير معناها من لم يفطم (ينظر ابن منظور ، مصدر سابق ، ص 198).

(13) كما هو الحال في المادة (435).

(14) يلاحظ المادة (243).

(15) الصادر بموجب القرار رقم 2204001في 3 فبراير 2004 .

(16) ينظر(الفقرة اولا من المادة 217).

الرشد. [17] كما استخدم المشرع المغربي لفظ القاصر؛ حيث نصت المادة (218) على أنه (ينتهي الحجر عن القاصر إذا بلغ سن الرشد ما لم يحجر عليه لداع آخر من دواعي الحجر ...). واتجه المشرع القطري في قانون الولاية على أموال القاصرين [18] إلى موقف مشابه لقانون رعاية القاصرين العراقي من حيث المقصود من القاصر وهو الصغير الذي لم يبلغ سن الرشد. ويعتبر في حكمه الحمل المستكن والمجنون وفاقد الإدراك والمعتوه وذو الغفلة والسفيه والغائب والمفقود [19] . أما بالنسبة إلى قانون الولاية على المال المصري [20] فقد استخدم المشرع المصري لفظي الصغير والقاصر[21] للدلالة على الشخص الذي لم يبلغ سن الرشد. بينما اتفق القانون المدني الكويتي[22] مع القانون المدني العراقي من حيث إن الصغير إما غير مميز أو مميز تبعا لمدى تمتعه بأهلية الأداء. وأخيرا عرف قانون الأحوال الشخصية السوداني [23] القاصر بأنه الشخص الذي لم يبلغ سن الرشد. ويكون في حكمه كل فاقد للأهلية أو ناقصها.[24] والصغير غير المميز هو من لم يكمل العاشرة من عمره. أما الصغير المميز فهو من أكملها [25] .

إذن اتفق كل من المشرع القطري والسوداني مع المشرع العراقي من حيث استخدامها لمعنى الصغير ومن في حكمه في قانون رعاية القاصرين ، كذلك اتفق المشرع الكويتي مع المشرع العراقي في القانون المدني من حيث تقسيم مراحل الصغير. بينما استعمل المشرع المغربي لفظي الصغير والقاصر للدلالة على الصغير وقريب منه المشرع المصري.

الفرع الثاني - أهمية حماية أموال الصغير ونطاقها

أولا- أهمية حماية أموال الصغير

إن المحافظة على أموال القاصر واستثمارها بما يحقق منافع أكثر لهم أحد أسس قانون رعاية القاصرين.[26] كما أن وضع القواعد في كيفية الاستثمار يعد أحد اختصاصات مجلس رعاية القاصرين. [27] كما بين قانون الأحوال الشخصية السوداني الولاية على أموال القاصر حفظا وتصرفا واستثمارا [28].

وعليه يمكن أن نوضح أهمية حماية أموال الصغير على النحو الآتي:

1- المحافظة على حقوق الصغير الذي لا يحسن النظر في تدبير شؤونه المالية.

---

(17) ينظر(الفقرة اولا من المادة 213).علما ان سن التمييز هواتمام الثانية عشرة شمسية (م 214)وسن الرشد هو اتمام الثامنة عشر شمسية(م 209)

(18) المرقم (40) لسنة2004

(19) كذلك يعتبر موقف المشرع القطري مشابه لموقف المشرع العراقي من حيث تقسيم مراحل الصغير الى مميز وغير مميز. كما نظم الاحكام المتعلقة بالغائب والمفقود بالمواد من (32- 40) من قانون الولاية على اموال القاصرين القطري .

(20) المرقم (119) لسنة 1952 .

(21) ينظر على سبيل المثال المادة (1) و (9) من قانون الولاية على المال المصري.

(22) المرقم (67) لسنة 1980

(23) سنة 1991 .

(24) ينظر المادة (218) من الاحوال الشخصية السوداني .

(25) ينظر المادة (220) من الاحوال الشخصية السوداني .

(26) ينظر المادة (2/ سادسا)من قانون رعاية القاصرين العراقي .

(27) ينظر المادة (6/ اولا/ د) من قانون رعاية القاصرين العراقي .

(28) ينظر المادة (238) قانون الاحوال الشخصية السوداني.

2 - تحقيق النفع للصغير من خلال تنمية الأموال بفوائد مجزية .
3- الحفاظ على أموال الصغير من الضياع وفقد قيمتها خصوصا أن قيمة المدخرات النقدية تتدنى مع تدهور العملات الوطنية.
4- فسح المجال لاستثمار أموال الصغير في مشاريع تجارية بما ينعكس إيجابيا على توسع حجم الاستثمارات.

ثانيا- نطاق حماية أموال الصغير

يقصد بنطاق حماية أموال الصغير حدود الحماية القانونية التي نظمها المشرع على أموال الصغير حيث إنها محددة بمدة معينة، بالإضافة إلى أن هناك أموالا لا تخضع للحماية لأسباب ارتآها المشرع. ولأجل توضيح ذلك سنقسم المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول - نطاق حماية أموال الصغير من حيث المدة
الفرع الثاني - نطاق حماية أموال الصغير من حيث المضمون

الفرع الأول - نطاق حماية أموال الصغير من حيث المدة

نصت المادة (31) من قانون رعاية القاصرين العراقي على أنه (تنتهي الولاية ببلوغ الصغير سن الر شد مالم تقرر المحكمة قبيل بلوغه هذه ال سن ا ستمرار الولاية عليه.) والمادة (39) (تنتهي مهمة الو صي في الحالات الآتية: أولا - بلوغ ال صغير سن الرشد مالم تقرر المحكمة قبيل بلوغه هذه ال سن استمرار الوصاية عليه).

وعليه فإن الحماية على أموال الصغير تبدأ منذ ولادته حيا إلى حين بلوغه سن الرشد ما لم تقرر المحكمة استمرار الولاية أو الوصاية.[29] كما اتفقت على ذلك القوانين المقارنة؛ سواء بالنص على ذلك صراحة[30] أو ضمنا ، وقد نصت المادة (228) من قانون الأحوال الشخصية السوداني (1- يكون للقاصر بعد رشده الحق في أن يطالب بحقوقه التي ضاعت بسبب تصرفات وصيه الضارة.)

إذن مدة الحماية تنتهي عند بلوغ ال صغير سن الر شد ، حيث ن صت الفقرة (1) من المادة (46) من القانون المدني العراقي (كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية غير محجور عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.) واعتبر البعض أن المشرع العراقي لم يعلق الرشد على شرط معين وإنما أخذ بارتفاع الحجر الشرعي عن الصغير بمجرد بلوغه سن الرشد ولم يكن مجنونا أو معتوها، ولاحاجة للصغير إلى الحصول على حكم من المحكمة عندما يبلغ سن الرشد لأن الصغير محجور عليه لذاته، أما إذا نصب عليه ولي أو وصي بموجب حكم محكمة فعندها يجب على

(29) اجاز قانون رعاية القا صرين في المادة (51/ ثالثا) و لمن انتفت عنه صفة القصر ان يطلب من دائرة رعاية القا صرين الا ستمرار بإدارة امواله نيابة عنه اذا تحقق عذر مشروع او مصلحة في ذلك يقررها مجلس رعاية القاصرين
(30) ينظر المادة (255) من قانون الاحوال الشخصية السوداني . والمادة (18 ، و47 من قانون الولاية على المال المصري)و(م 96 من القانون المدني الكويتي) والمادة (12و13 و26) من قانون الولاية على اموال القاصرين القطري .والمادة (210 و218و233و258 من قانون مدونة الاسرة المغربي).

الـ صغير عند بلوغه أن يثبت ر شده أمام المحكمة وتحكم له بإثبات ر شده ورفع الولاية عنه([31]) علما أن محكمة الأحوال الشخصية تعد المختصة بالنظر في دعاوى الحجر ورفعه وإثبات الرشد([32]).

الفرع الثاني- نطاق حماية أموال الصغير من حيث محل الحماية

بين قانون رعاية القا صرين العراقي أن الأموال المشمولة بالحماية هي كل ما يؤول للصغير بطريق التبرع إلا إذا اشـــترط المتبرع غير ذلك [33] . كما أوضـــح القانون حدود ما يتســـلمه الولي أو الو صي أو القيم حيث ن صت المادة (44) على أنه (للولي أو الو صي أو القيم ت سلم الراتب التقاعدي للقاصـر مع المخصـصـات والإضـافات بموجب قانون التقاعد بما لايزيد على المبلغ الذي يحدده مجلس رعاية القا صرين. وما زاد عن الحد الأعلى يودع في مديرية رعاية القا صرين لا ستثماره وفق القانون). إلا أن ذلك لايعني أن تلك الأموال فقط مشـــمولة بالحماية بل إن كل مايؤول للصـــغير داخل في هذه الحماية. وهذا الأمر واضح بالنصوص الواردة في القانون[34] .

كما أن القوانين المقارنة أشـــارت إلى ذلك وبنفس اتجاه المشـــرع العراقي إلا أن قســـما منها أو ضحها بـ شكل مبا شر مع وجود البعض من الاختلاف؛ حيث ن صت المادة (116) من القانون المدني الكويتي على أنه (1- تكون الولاية أو الوصـــاية على كل أموال الصـــغير. ويجوز ان تتحدد الوصـــاية بإرادة الأب أو بحكم القا ضي على حسب الأحوال 2- على أنه إذا آل مال إلى الصغير بطريق الوصية أو التبرع وأو صى المو صي أو ا شترط المتبرع عند التبرع عدم خ ضوع المال لولاية الأب أو الجد أو و صاية شخص معين خرج هذا المال عن الولاية أو الوصاية وعندئذ تعين المحكمة للصغير وصيا خاصا يتولى الولاية على هذا المال ما لم يكن الموصي أو المتبرع قد اختار له وصيا في الشكل الذي تحدده المادة 113 لاختيار الو صي من الأب) كما ن صت المادة (136) من القانون المدني الكويتي على أن (1- جميع القيود الواردة على سلطة الولي لا تسري بالنسبة إلى ما يكون قد آل منه إلـــى الصغير مـــن مال على سبيل التبرع ولو كان ذلك بطريق غير مبا شر .)[35] كما نص قانون الولاية على المال المصري في المادة (3) على أنه (لايدخل في الولاية ما يؤول للقا صر من مال بطريقة التبرع إذا ا شترط المتبرع ذلك .) أما إذا كان المتبرع الأب فإن القيود المنصوص عليها في هذا القانون لا تسري سواء أكان التبرع صريحا أو مستترا[36] .

من خلال ما تقدم يتضح ما يلي :

1- جعل المشرع العراقي ما يؤول للصغير مشمولا بالحماية.

---

31)شامل رشيد ياسين الشيخلي . عوارض الاهلية بين القانون والشريعة . الطبعة الاولى . مطبعة العاني . بغداد . 1974. ص 123-124.

32) ينظر الفقرة (4) من المادة (300) من قانون المرافعات المدنية العراقي المرقم (83) لسنة 1969 المعدل .

(33) ينظر المادة (29).واما بالنسبة الى كيفية ادارته او التصرف فيه فانه يتبع الشروط التي وضعها المتبرع ما دام على قيد الحياة (ينظر المادة 50).

(34)نصت المادة (29) من قانون رعاية القاصرين العراقي على انه (يدخل في الولاية ما يؤول للصغير بطريق التبرع الا اذا اشترط المتبرع غير ذلك).

(35) يلاحظ ان موقف المشرع القطري يشابه موقف المشرع المصري فيما يتعلق بهذه المسالة (ينظر المادة 11 من قانون الولاية على اموال القاصر القطري .

(36) ينظر المادة (13).

2- لم يسمح المشرع العراقي للإرادة باشتراط عدم خضوع بعض من الأموال لتلك الحماية على عكس ما ذهب إليه بعض من القوانين المقارنة كالقانون المدني الكويتي .

المطلب الثاني

صلاحيات الصغير في إدارة أمواله

أوضح القانون الحالات التي بموجبها يتمكن الصغير من إدارة أمواله من قبله وبحسب الضوابط . ويلاحظ أن المشرع العراقي في القانون المدني قسم المراحل التي يمر بها الصغير إلى ثلاثة مراحل عمرية : المرحلة الأولى تبدأ منذ الولادة إلى السابعة وأطلق عليها: الصغير غير المميز . المرحلة الثانية تمتد من إتمام السابعة إلى الثامنة عشرة وتسمى بالصغير المميز . أما المرحلة الأخيرة فهي إتمام الثامنة عشرة ويعتبر فيها الشخص بالغا سن الرشد.[37] وتبعا للتقسيم المذكور نستطيع معرفة حكم التصرفات الصادرة في تلك المراحل: ففي المرحلة الأولى تصرفاته باطلة وإن أذن له الولي . و في المرحلة الثانية متباينة بين المعتبرة إذا كانت نافعة نفعا محضا . وغير المعتبرة إذا كانت ضارة ضررا محضا حتى وإن أذن له الوصي . وتصرف موقوف على إجازة الولي في الحدود التي يجوز فيها له التصرف إذا كان التصرف دائرا بين النفع والضرر[38] .

كما أشار القانون المدني العراقي إلى الصغير الماذون بالتجارة، واعتبر تصرفاته الداخلة تحت الإذن بمنزلة تصرفات البالغ سن الرشد.[39] ونود أن نشير إلى أن هناك من أجرى مقارنة فيما يتعلق بالصغير المميز الوارد في القانون المدني الذي عالج أحكام الصغير المأذون، والصغير المميز المتزوج بإذن المحكمة الوارد في قانون رعاية القاصرين واعتبر أن المشرع في القانون الأخير اشترط أن يكون متزوجا[40]. تجدر الملاحظة أن أحكام الصغير المأذون لا تقارن مع أحكام الصغير المتزوج بإذن المحكمة بسبب أن الهدف من إعطاء الإذن للصغير المميز الإذن بالتجارة هو لأجل الاختبار والتجربة، ولذلك أهليته تصبح بمنزلة كامل الأهلية بالتصرفات الداخلة في حدود الاذن . مع ملاحظة أن الفقهاء اختلفوا في حدود تحمل التزاماته التجارية بين معاملته معاملة كامل الأهلية وعديمها[41]، أما الصبي المميز الماذون بالزواج فهو كامل الأهلية، والسؤال الذي يمكن طرحه: ماهو نطاق كمال أهليته، هل يشمل كل التصرفات القانونية أم هو فقط في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية؟ اعتبر البعض أنه يعد كامل الأهلية بالنسبة إلى جميع التصرفات القانونية وليس فيما يتعلق بعقد الزواج لورود النص مطلقا([42]) في حين ذهبت محكمة استئناف منطقة بغداد الرصافة إلى أن من أكمل الخامسة عشرة وتزوج بإذن من المحكمة يعتبر كامل الأهلية فيما يتعلق بقضايا الأحوال الشخصية،

---

(37) ينظر المواد (98، 106)

(38) ينظر المادة (96).

(39) ينظر المادة (98).

(40) فاطمة خلف كاظم . مصدر سابق . ص 238- 239 .

(41) للمزيد من الاطلاع حول الاراء الفقهية ينظر د.باسم محمد صالح .القاون التجاري .القسم الاول .وزارة التعليم العالي والبحث العلمي . بلا سنة . بغداد . ص108 - 113 .

42) د. عصمت عبد المجيد بكر .النظرية العامة للالتزامات . الجزء الاول . مصادر الالتزام . الطبعة الاولى . جامعة جيهان . اربيل . 2011، ص 200 .ويضيف الدكتور عصمت بانه اذا طلق المتزوج قبل البلوغ سن الرشد يبقى كامل الاهلية لغرض استقرار المعاملات المالية .

أما فيما يتعلق بالقضايا المالية والتجارية فهو لايزال قاصرا([43]) ونرجح ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف على اعتبار أن النص في الأصل متعلق بالصبي المأذون بالزواج مما يعني أنه يعد كامل الأهلية فيما يتعلق بالمسائل التي أجيز له إبرامها وكافة الآثار المترتبة عليها، وبخلافها فهو يعد صبيا مميزا ويخضع لتلك الأحكام .

أما بالنسبة إلى موقف القوانين المقارنة فقد أجاز المشرع المغربي في قانون مدونة الأسرة إمكانية طلب القاصر الترشيد إذا بلغ السادسة عشرة بناء على طلبه أو طلب من النائب الشرعي ، ويترتب على الترشيد تسلمه لأمواله واكتسابه الأهلية الكاملة في إدارتها والتصرف فيها وتبقى ممارسة الحقوق غير المالية خاضعة للنصوص القانونية المنظمة لها، [44] إذن الحجر الشرعي ينتهي ببلوغ القاصر سن الرشد وهي (18) سنة شمسية كاملة لقيام قرينة قانونية تفيد بأنه أصبح متمتعا بأهلية تامة ، أو بترشيد القاصر إذا بلغ السادسة عشرة من عمره على أن يقدم طلب من قبله أو من نائبه الشرعي ([45]) ، كذلك أجاز المشرع القطري ترشيد القاصر ([46]) وهو ما لم يأخذ به المشرع العراقي.

وأشار المشرع المغربي إلى الصغير المأذون بالتجارة وأحكامها متقاربة مع القانون المدني العراقي [47] من حيث حكم تصرفات الصغير عديم أهلية الأداء أوناقصها[48].

أما المشرع القطري في قانون الولاية على أموال القاصرين والمشرع الكويتي في القانون المدني والمشرع السوداني في قانون الأحوال الشخصية فقد اختلفوا مع المشرع العراقي من حيث حكم تصرفات الصغير المميز الدائرة بين النفع والضرر حيث تعد قابلة للإبطال [49]، بينما تعد موقوفة في القانون المدني العراقي([50])، والعقد الموقوف صورة عكسية من العقد القابل للإبطال؛ فالاول يعد عقدا صحيحا ولكنه غير نافذ ويجب إجازته من قبل من يملك الإجازة ([51]) ، أما الثاني فهو نافذ في الحال وينتج جميع آثاره وله وجود قانوني باعتباره تصرفا قانونيا حتى يبطل بعدم الإجازة([52]) .

ميز المشرع المصري في قانون الولاية على المال والمشرع الكويتي في القانون المدني والمشرع السوداني في قانون الأحوال الشخصية بين إدارة القاصر لأمواله بنفسه سواء أكان مأذونا أم

---

43) القرار المرقم 1609 / هيئة اولى / 2000 في 9/6/ 2000 نقلا عن د. عصمت عبد المجيد ، مصر نفسه ، ص 201 .وذكر بان اتجاه المحكمة المذكورة هو اتجاه مجلس شورى الدولة في القرار المرقم 2005/24 في 6/8/ 2005 مشار الى رقم وتاريخ القرار في المصدر اعلاه .

(44) ينظر المادة (218)..

45) احمد نصر الجندي ، شرح قانون مدونة الاسرة المغربي ، دار الكتب القانونية ، مصر ، بلا سنة نشر ، ص 273 .

46) ينظر المادة (3) من قانون الولاية على اموال القاصرين القطري.

(47) ينظر المادة (226) من مدونة الأسرة المغربي .

(48) ينظر المادتين (224- 225) من قانون مدونة الأسرة المغربي .

(49) ينظر المادة (2) من قانون الولاية على اموال القاصرين القطري.والمادة (87) من القانون المدني الكويتي والمادة (221) من الأحوال الشخصية السوداني بينما اتفق القانون المدني الكويتي وقانون الأحوال الشخصية السوداني مع القانون المدني العراقي من حيث حكم تصرفات الصغير الغير المميز والمميز ينظر المادة (86) من القانون المدني الكويتي والمادة (221) من قانون الأحوال الشخصية السوداني .

50) ينظر المادة (97) من القانون المدني العراقي .

51) د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، الجزء الاول ، مصادر الالتزام ، الطبعة الثانية، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد ، 1963، ص 275 .

52) للمزيد من التفصيل ينظر د.عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، الجزء الرابع ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، ص 83 .

غير مأذون، متزوجا أم غير متزوج و بين الولي والوصي وصلاحياتهما في إدارة تلك الاموال مع وجود البعض من الاختلاف ويمكن ان نوضحها على النحو الآتي :

1- أجاز المشرع المصري للولي أن يأذن للقاصر الذي بلغ الثامنة عشرة في تسليم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها ويكون ذلك بإشهاد لدى الموثق، وله أن يسحب هذا الإذن أو يحد منه بإشهاد آخر مع مراعاة حكم المادة 1027 من قانون المرافعات [53]. كما يجوز للمحكمة بعد سماع أقوال الوصي أن تأذن للقاصر الذي بلغ الثامنة عشرة في تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها، وإذا رفضت المحكمة الإذن فلا يجوز تجديد طلبه قبل مضي سنة من تاريخ صدور القرار النهائي بالرفض. [54] كذلك أجاز المشرع الكويتي في القانون المدني للصغير المميز البالغ من العمر الثامنة عشرة إدارة أمواله كلها أو بعضها إذا آنس منه وليه أو وصيه القدرة على أن يدير أمواله بنفسه ([55]) . وإذا رفض الوصي الإذن للصغير بالإدارة أو قيده أو سحبه بعد إعطائه، جاز للمحكمة بناء على طلب الصغير أو إدارة شئون القصر أو أي ذي شأن آخر أن تأذن للصغير في إدارة أمواله كلها أو بعضها إذنا مطلقا أو مقيدا، إن رأت أن ما أجراه الوصي غير مستند إلى أساس. فإن قضت المحكمة برفض طلب الصغير، فإنه لا يجوز تجديده، قبل مضي سنة من تاريخ صيرورة الحكم نهائيا[56]. كما فرق قانون الأحوال الشخصية السوداني بين الولي والوصي من حيث الإذن للصغير في إدارة أمواله ، حيث أجاز القانون لولي الصغير المميز الإذن بإدارة أمواله أو أي جزء منها اذا آنس منه حسن التصرف [57] ، كما أجاز القانون للوصي بعد موافقة القاضي الإذن للصغير المميز بإدارة أمواله أو جزء منها [58] ، ويعتبر الصغير المأذون كامل الأهلية فيما أذن له فيه [59] .

2- للقاصر المأذون في قانون الولاية على المال المصري أن يباشر أعمال الإدارة ، وله أن يفي ويستوفي الديون المترتبة على هذه الأعمال ، ولكن لا يجوز له أن يؤجر الأرض الزراعية والمباني لمدة تزيد على سنة ، ولا أن يفي بالديون الأخرى ولو كانت ثابتة بحكم واجب النفاذ أو سند تنفيذي آخر إلا بإذن خاص من المحكمة أو من الوصي فيما يملك من ذلك ، ولا يجوز للقاصر أن يتصرف في صافي دخلة إلا بالقدر اللازم لسد نفقاته ومن تلزمه نفقتهم قانونا[60]. وفي نفس الاتجاه ذهب المشرع الكويتي في القانون المدني إلى أن للقاصر المأذون أهلية إجراء التصرفات التي تقتضيها إدارة الأموال التي تسلم له في

(53) ينظر المادة (54) من قانون الولاية على المال المصري.
(54) ينظر المادة (55) من قانون الولاية على المال المصري. .
55) ينظر المادة (88) من القانون المدني الكويتي .
(56) ينظر المادة (92) من القانون المدني الكويتي .
(57) ينظر المادة (222) من الأحوال الشخصية السوداني .
(58) ينظر المادة (223) من الأحوال الشخصية السوداني.
(59) ينظر المادة (224) من الأحوال الشخصية السوداني.
(60) ينظر المادة (56) من قانون الولاية على المال المصري.

حدود الإذن، كما أنه ليس للصغير المأذون في الإدارة أهلية تأجير المال لمدة تزيد على سنة [61] ، كما أجاز للصغير المميز عند بلوغه الثامنة عشرة أهلية إبرام الوصية ([62]).

3- لا يجوز للقاصر في قانون الولاية على المال المصري، سواء كان مشمولا بالولاية أو بالوصاية، أن يتجر إلا إذا بلغ الثامنة عشرة من عمره وأذنت له المحكمة في ذلك إذنا مطلقا أو مقيدا [63].

4- بالنسبة إلى زواج القاصر فقد اعتبر قانون الولاية على المال المصري أنه إذا أذنت المحكمة في زواج القاصر الذي له مال كان ذلك إذنا له في التصرف في المهر والنفقة مالم تأمر المحكمة بغير ذلك عند الإذن أو في قرار لا حق [64] .

5- للقاصر في قانون الولاية على المال المصري([65]) والقانون المدني الكويتي([66]) أهلية التصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته ويصبح التزامه المتعلق بهذه الأغراض في حدود هذا المال فقط .

6- بين قانون الولاية على المال المصري أن للقاصر إبرام عقد العمل الفردي وفقا لأحكام القانون ، وللمحكمة بناء على طلب الوصي أو ذي الشان إنهاء هذا العقد رعاية لمصلحة القاصر أو مستقبله أو مصلحة أخرى ظاهرة [67] ، ويكون القاصر الذي بلغ السادسة عشرة أهلا للتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره ، ولا يجوز أن يتعدي أثر التزام القاصر حدود المال الذي يكسبه من مهنته أو صناعته. مع ذلك فللمحكمة إذا اقتضت المصلحة أن تقيد حق القاصر في التصرف في ماله المذكور وعندئذ تجري أحكام الولاية والوصاية. [68] ويعتبر القاصر المأذون من قبل وليه أو المحكمة أو نص القانون كامل الأهلية فيما أذن له فيه وفي التقاضي فيه[69]. وقريب منه أوضح القانون المدني الكويتي أهلية إبرام عقد العمل للصغير المميز عند بلوغه الخامسة عشرة، ، إن كان غير محدد المدة، فإن كانت المدة محددة فإنها لا تتجاوز سنة. كما أن له ببلوغه هذه السن أهلية التصرف في أجره وفي غيره مما يكسب من عمله، على أن تكون مسئوليته عن تصرفاته في نتاج عمله في حدود ما كسبه منه من أموال، ويجوز للمحكمة عند الاقتضاء، وبناء على طلب الولي أو الوصي أو إدارة شئون القصر أو أي ذي شأن آخر، أن تقيد أهلية الصغير في التصرف في أجره وفي غيره مما يكسبه من عمله، وعندئذ تجري أحكام الولاية أو الوصاية، على حسب الأحوال ([70]) .

---

(61) ينظر المادة (88) من القانون المدني الكويتي .

62) ينظر المادة (95) من القانون المدني الكويتي .

(63) ينظر المادة (57) من قانون الولاية على المال المصري.

(64) ينظر المادة (60) من قانون الولاية على المال المصري. .

65) ينظر المادة (61).

66) ينظر المادة (93) .

(67) ينظر المادة (62) من قانون الولاية على المال المصري. .

(68) ينظر المادة (63) من قانون الولاية على المال المصري. .

(69) ينظر المادة (64) من قانون الولاية على المال المصري..

70) ينظر المادة (94) من القانون المدني الكويتي .

علما أن قانون العمل العراقي([71]) نظم عمل الأحداث ([72]) من حيث الأعمال التي سمح القانون بتشغيلهم فيها من عدمها وشروط تشغيلهم([73])، ومدة عملهم ([74]) ، وإجازاتهم ([75])، وأجورهم([76]).

يلاحظ أن المشرع المصري والكويتي أذنا للقاصر بإدارة أمواله والاتجار بها بحسب الضوابط التي نص عليها القانون ، كما أوضح المشرع نطاق تصرف القاصر المتزوج الذي له مال ، والتفصيل الذي جاء به المشرع المصري لم يرد في القانون العراقي. ونرى أنه من الضروري، وفي حالة الإبقاء على قانون رعاية القاصرين، إجراء تعديلات عليه وإيراد نص يوضح إمكانية إدارة أموال الصغير بنفسه وفق شروط يحددها القانون، ومن الضروري أن نميز في إعطاء الإذن بين حالة إدارة الأموال والاتجار بها.

يتضح مما سبق أن مفهوم حماية أموال الصغير يقصد به مجموعة من الإجراءات والوسائل التي نظمها القانون والهادفة إلى ادارة الأموال العائدة للصغير وحفظها واستثمارها خلال مدة صغره لحين بلوغه سن الرشد.

71) المرقم (71) لسنة 1987 المعدل .

72) يقصد بالحدث وفقا لقانون العمل العراقي الاشخاص الذين لم يكملوا الثامنة عشرة من العمر . ينظر الفقرة اولا من المادة (90) .

73) نصت الفقرة الثانية من المادة (90) على انه (لايجوز تشغيل الاحداث في الاعمال التالية كما لايسمح لهم بدخول اماكنها ا- الاعمال التي تسبب امراضا مهنية او معدية او تسممات خطرة والاعمال التي تكون بطبيعتها او بالطرق او بالظروف التي تجري بها خطرة على حياة الاشخاص الذين يعملون فيها او على اخلاقهم وصحتهم وتحدد تلك الاعمال بتعليمات يصدرها وزير العمل والشؤون الاجتماعية .ب- الاعمال التي تجري على ظهر السفينة .....).ونصت الفقرة اولامن (91) على انه (يجوز تشغيل الاحداث الذين بلغوا الخامسة عشرة من العمر في الاعمال النهارية عدا المرهقة والضارة منها في غير الاعمال المنصوص عليها في البند اولا من المادة 90 من هذا القانون . ثانيا - يجوز تشغيل الاحداث الذين بلغوا السابعة عشرة من العمر في الاعمال النهارية والليلية والاضافية من غير الاعمال المنصوص عليها في البند اولا من المادة 90 من هذا القانون. ثالثا- يشترط لتشغيل الحدث ثبوت لياقته البدنية وقدرته الصحية بموجب شهادة طبية صادرة عن جهة مختصة .).

74) نصت الفقرة اولا من المادة (92) على انه (لايجوز ان تزيد مدة عمل الحدث الذي يبلغ السادسة عشرة من العمر على سبع ساعات يوميا .)

75) نصت المادة (93) على انه (يستحق الحدث الذي يجوز تشغيله اجازة سنوية مأجورة لمدة ثلاثين يوما في السنة).كما نص المشرع العراقي على احكام عقابية عند الاخلال بتلك القواعد . ينظر المادة (97) من قانون العمل .

76) نصت الفقرة ثانيا من المادة (49) على انه (يدفع اجر العامل الحدث اليه مباشرة ويكون هذا الدفع مبرئا لذمة صاحب العمل .).

المبحث الأول

مظاهر حماية أموال الصغير

يقصد بمظاهر حماية أموال الصغير الكيفية التي تعامل بها المشرع في حماية أموال الصغير حيث عبر عن تلك المظاهر من خلال تحديد مفهوم النائب عن الصغير وسلطاته. ولأجل توضيح موقف المشرع العراقي والتشريعات المقارنة سنقسم المبحث إلى المطلبين الآتيين :

المطلب الأول - مفهوم النائب عن الصغير

المطلب الثاني - سلطات النائب عن الصغير

المطلب الأول

مفهوم النائب عن الصغير

النائب عن الصغير هو الولي أو الوصي اللذان يتوليان الأعمال القانونية، وهي تعد نيابة قانونية أي يتولى القانون تحديد سلطات الولي أو الوصي ويرسم حدود كل واحد منهما [77]. ويمكن بيان تعريف الولي والوصي باعتبارهما نائبي الصغير على النحو الآتي :

الفرع الأول- تعريف الولي

سنوضح تعريف الولي لغة وفقها وقانونا وخصائصه ، وعلى النحو الآتي:

أولا: الولي

1- الولي لغة: من أسماء الله تعالى ، الولي هو الناصر ، ولي الشيء وولي عليه ولاية، والولاية بالكسر تعني السلطان، والولاية بالفتح تعني النصرة .[78]

2 - الولي فقها: من يملك سلطة شرعية ينفذ بها عقد صاحبها وتصرفه شرعا [79]. أو هي سلطة تمكن صاحبها من مباشرة العقود وترتيب آثارها عليها دون توقف على رضا غيره، وهي نوعان ولاية على النفس وولاية على المال[80].

وعرفها آخر بأنها قدرة الشخص على مباشرة التصرفات القانونية لحساب شخص آخر وبما ينتج آثارها في حق هذا الأخير [81] .

والولاية على المال نوعان ، النوع الأول : قاصرة والتي تعني سلطة المرء على مال نفسه ، وهي ثابتة لكل من له أهلية الأداء الكاملة ، النوع الثاني: الولاية المتعدية وهي سلطة المرء على مال غيره و بدورها تنقسم إلى قسمين ، القسم الأول : سلطة أصلية بمعنى أنها تكون ثابتة بحكم القانون ،

---

(77) د. عصمت عبد المجيد بكر ، احكام رعاية القاصرين ،المكتبة القانونية ،الطبعة الثالثة ، بغداد ، 2007 ، ص 9 .

(78) ابن منظور ، مصدر سابق ، المجلد الخامس عشر ، ص 281 .

(79) د. عزيز كاظم جبر ،احكام الولاية على مال الصغير بين القانون المدني وقانون رعاية القاصرين المرقم 78ل سنة 1980 بحث منشور في مجلة القانون المقارن ، تصدر عن جمعية القانون المقارن العراقية ،العدد 31، السنة 2002 ص 7

(80) علي حسب الله ، مصدر سابق ، ص 2 .

(81) د. حسن كيرة ، مصدر سابق ، 596 .

و القسم الثاني : سلطة نيابية والتي يستمدها صاحبها من شخص آخر [82] ، والذي يهمنا هو الولاية على المال / المتعدية، الأصلية .

لم يعرف المشرع العراقي الولاية على المال ولا الولاية ، إلا أن قانون الأحوال الشخصية السوداني عرف الولاية على المال بأنها العناية بكل ماله علاقة بمال القاصر ومن في حكمه [83] ، كما أن قانون الولاية على أموال القاصرين القطري عرف الولاية بأنها نيابة شرعية يقوم الولي بمقتضاها مقام القاصر في إبرام التصرفات القانونية ورعاية شؤونه المالية [84] .

إن التعريف الوارد في قانون الأحوال الشخصية السوداني يعرف الولاية من حيث الغاية من الولاية، بينما التعريف الوارد في قانون الولاية على أموال القاصرين القطري يعرفها من حيث نوعها.

3- الولي قانونا: أوضح قانون رعاية القاصرين العراقي أن ولي الصغير هو الأب ثم المحكمة [85] ، وبهذا يكون المشرع العراقي خالف التسلسل الوارد في القانون المدني العراقي والذي أوضحته المادة (102) والتي نصت (ولي الصغير هو أبوه ثم وصي أبيه ثم جده الصحيح ثم وصي الجد ثم المحكمة أو الوصي الذي تنصبه المحكمة.)

إن النص الوارد في قانون رعاية القاصرين هو واجب الاتباع على اعتبار أنه قانون خاص بالنسبة إلى القانون المدني، كما أنه صدر بعده بالإضافة إلى أن المادة(106) من قانون رعاية القاصرين نصت على مايلي (....لايعمل بالنصوص القانونية التي تتعارض مع أحكامه).

وقد كان الموقف الذي اتخذه المشرع العراقي سواء في ترتيب الأولياء الوارد في القانون المدني أم في التغيير الحاصل في قانون رعاية القاصرين موضع خلاف بين شراح القانون فمنهم المؤيد والمعارض، حيث اعتبر البعض أن المشرع العراقي ابتداء خلط بين الولاية والوصاية عند ترتيب الأولياء الوارد في القانون المدني؛ فالولاية حق للأب والجد دون غيرهما، وهي تثبت بحكم القانون من غير حاجة إلى صدور حكم فيها من المحكمة بخلاف الوصاية التي تقتضي صدور حكم من المحكمة ، كما أن سلطة الأولياء قائمة على رابطة الدم، وأهلها أكثر الناس حرصا على أموال الصغير وشفقة عليه، لذا يكون المشرع قرر لهم سلطات أوسع من تلك التي قررها للأوصياء سواء أكانوا مختارين أم منصبين حيث إنهم لايرتبطون بالصغير بذات الرابطة التي تربطه بوليه. من جهة أخرى فإن المشرع العراقي في قانون رعاية القاصرين ضيق من الولاية إلى حد كبير وبين أن الأوصياء لايعتبرون من الأولياء حتى وإن كانوا مختارين من الأب، وهو اتجاه جيد، إلا أن الذي يؤخذ عليه عدم الإشارة إلى الجد الصحيح باعتباره وليا على الصغير عند عدم وجود الأب، لذا يقترح أن يكون نص المادة (27) من قانون رعاية القاصرين : (ولي الصغير أبوه ثم جده الصحيح فإن لم يوجد انتقلت الوصاية عليه إلى

(82) علي حسب الله ، مصدر سابق ، ص 2 .وتجدر الاشارة الى ان هناك فرق بين الولاية على المال والاهلية حيث ان الولاية هي صلاحية الشخص للتصرف في هذا المال اما الاهلية فهي صلاحية التصرف بالنسبة الى مال الشخص نفسه ، د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام ، المجلد الاول ، الطبعة الثالثة ، منشورات الحلبي ، بيروت ، 2009 ، ص 286 .

(83) ينظر المادة (233) من قانون الاحوال الشخصية السوداني.

(84) ينظر المادة الاولى من قانون الولاية على اموال القاصرين القطري.

(85) ينظر المادة (27) من قانون رعاية القاصرين العراقي .

المحكمة)[86] بينما ذهب البعض الآخر إلى أن ماورد في القانون المدني هو الأفضل لتحقق الشفقة على الصغير في ترتيب الأولياء، ثم إنه ليس من المعقول تجاوز الجد في ترتيب الأولياء وعدم ذكره في حالة وجوده.[87] واتجه البعض الآخر إلى أن المقصود بالأب بوصفه وليا للصغير الوارد في قانون رعاية القاصرين يشمل الأب وأب الأب على اعتبار أن كلمة الأب تعبير مجازي عام، وأن الولي القانوني هو الذي يتولى أمر المحجور ويدير شؤونه وهو مكتسب بحكم الشرع والقانون ومحصور بالأب والجد الصحيح دون غيرهما [88].

أما موقف القوانين المقارنة فقد اتجه المشرع المصري في قانون الولاية على المال بالنسبة إلى ترتيب الأولياء للأب ثم للجد إن لم يكن الأب قد اختار وصيا للولايه على مال القاصر، وعليه القيام بها، ولايجوز له أن يتنحى عنها إلا بإذن المحكمة[89]، بينما اعتبر المشرع المغربي في قانون مدونة الأسرة أن ولي الصغير هو الأب والأم والقاضي [90] .

أما قانون الولاية على أموال القاصرين القطري فقد اعتبر الولاية على مال القاصر للأب، ثم الجد لأب إذا لم يكن الأب قد اختار وصيا [91] ، بينما اعتبر المشرع السوداني في قانون الأحوال الشخصية أن الولاية على المال تكون للأب ثم لوصي الأب ثم الجد لأب ثم وصي الجد [92]، واعتبر المشرع الكويتي في القانون المدني أن الولاية على مال الصغير للأب، ثم للوصي المختار من الأب، ثم الجد لأب، ثم للوصي الذي تعينه المحكمة، وذلك مع مراعاة ما تقضي به المادة 112 [93] .

يلاحظ مما تقدم أن القوانين المقارنة انقسمت إلى ثلاثة اتجاهات :

الاتجاه الأول: الاتجاه المتشدد في مراتب الأولياء ؛ يمثله قانون رعاية القاصرين العراقي ومعه قانون مدونة الأسرة المغربي.

الاتجاه الثاني :الاتجاه الوسط؛ يمثله قانون الولاية على المال المصري وقانون رعاية أموال القاصرين القطري .

الاتجاه الثالث: الاتجاه الواسع؛ الذي يمثله كل من قانون الأحوال الشخصية السوداني والقانون المدني الكويتي .

نرجح الاتجاه الوسط مع تغيير في تسلسل الأولياء وعلى النحو الآتي: الأب والأم والجد ثم من تختاره المحكمة وفقا لمصلحة الصغير.

4- خصائص ولاية الأب - يمكن أن نحدد خصائص ولاية الأب على النحو الآتي :

ا- تثبت ولاية الأب بقوة القانون بمعنى أن صفة الولاية تستمد من القانون مباشرة.

---

(86) د. عزيز كاظم جبر ، مصدر سابق ، ص 9 - 10 .

(87) د. عصمت عبد المجيد ، احكام رعاية القاصرين ، مصدر سابق ، ص 79 .

(88) وميض حامد الزبيدي والولي والقاصر ،مقال متاح على منتديات صحابي وعلى الموقع الالكتروني .www. S7ay.com.

(89) ينظر المادة (1) من قانون الولاية على المال المصري .

(90) ينظر (الفقرة 3/ من المادة 230) من قانون مدونة الاسرة المغربي.

(91) ينظر المادة (4) من قانون الولاية على اموال القاصرين القطري

(92) ينظر المادة (235) من قانون الاحوال الشخصية السوداني.

(93) ينظر الفقرة (1/ من المادة 110) من القانون المدني الكويتي .

ب- ولاية جبرية أو الزامية، بمعنى أن ثبوتها لايحتاج إلى إصـــدار حكم من المحكمة إلا أنه لايجوز التنحي عن الولاية إلا بإذن من المحكمة [94]، وعلى هذا الأســـاس تعتبر الولاية واجبا على الأب بحكم مركزه العائلي، وبنفس الوقت تعد حقا لأنها ولاية طبيعة مفروضة بحكم صلة الدم الوثيقة من القرابة المباشرة [95].

ج- لايتقاضى الولي أجورا لقاء قيامه بإدارة أموال الصغير واستثمارها.

الفرع الثاني - الوصي: تعريف الوصي لغة وفقها وقانونا، يمكن توضيحه على النحو الآتي:

أولا- الو صي لغة: من و صي أي عهد إليه ، وأو صيت له ب شيء وأو صيت إليه إذا جعلته و صييك ، وأوصيته ووصيته إيصاء وتوصية([96]) .

ثانيا- الوصي فقها:

هو النائب عن القاصر تنصبه محكمة الأحوال الشخصية ليقوم بتمثيله وإدارة أمواله ورعايتها وتحت إشرافها وحسب أحكام القانون [97]. والوصي هو أي شخص تثبت له سلطة على القاصر غير الأب والجد لأن الأب والجد هم أولياء وليسوا أوصياء عليه. [98] وعرفها آخر بأنه كل شخص غير الأب والجد تثبت له السلطة على مال القاصر فيكون وليا على ماله ويعد نائبا قانونيا عن الصغير. وتهدف نيابته إلى صيانة ثروة القاصر واستثمارها في الوجوه التي تعود بالخير والمنفعة على الصغير.[99] ويعتبر البعض أن ولاية الو صي امتداد لولاية من اختاره نائبا عنه؛ فإن اختاره الأب سمي وصيا مختارا، وإن كان الذي اختاره القاضي سمي وصيا منصوبا[100] .

ثالثا- الوصي قانونا : لم يعرف قانون رعاية القاصرين العراقي الوصي إلا أنه بين ترتيب الأوصياء حيث نصت المادة (34) على أنه (هو من يختاره الأب لرعاية شؤون ولده الصغير أو الجنين ثم من تنصبه المحكمة على تقديم الأم على غيرها وفق مصلحة الصغير، فإن لم يوجد أحد منهما تكون الوصاية لدائرة رعاية القاصرين حتى تنصب المحكمة وصيا.). وتثبت الوصاية المختارة بمحرر كتابي تقره المحكمة بعد وفاة الأب [101].

أما بالنسبة إلى القوانين المقارنة فقد أجاز قانون الولاية على المال المصري للأب أن يقيم و صيا مختارا لولده القا صر أو للحمل المستكن، ويجوز ذلك للمتبرع بحسب ماهو منصوص عليه في المادة(3)، ويشترط أن يثبت الاختيار بورقة رسمية أو عرفية مصدق على توقيع الأب أو المتبرع فيها أو المكتوب بخطه وموقعة بإمضائه ويجوز للأب المتبرع بطريق الوصية في أي وقت أن يعدل عن

---

(94) نصت المادة 110 من القانون المدني الكويتي(2- ولا يجوز للأب أو الجد أن يتنحى عن الولاية بغير عذر مقبول.)ونصت المادة (236) من قانون مدونة الأسرة المغربي (اولا- الاب هو الولي على اولاده بحكم الشرع مالم يجرد من ولايته بحكم قضائي).

(95) د. حسن كيرة ، مصدر سابق ، ص 599 .

ابن منظور ، مصدر سابق ، المجلد الخامس عشر ، ص 227 .(96)

(97) محمد كمال حمدي ، الولاية على المال ، الجزء الاول - الاحكام الموضوعية ، دار المعارف ، مصر ، 1966 ، ص 87

(98) د. عزيز كاظم جبر ، مصدر سابق ، ص 30 .

(99) د.رمضان ابو السعود ، مصدر سابق ، 242ص - 243 .

(100) د. عصمت عبد المجيد ، مصدر سابق ، ص 119

(101) ينظر المادة (36) من قانون رعاية القاصرين العراقي .

اختيارها، وتعرض الوصية على المحكمة لتثبيتها ، وإذا لم يكن للقاصر أو للحمل المستكن وصي مختار تعين المحكمة وصيا، ويبقى الوصي على الحمل المستكن وصيا على المولود ما لم تعين المحكمة غيره [102] .

بينما اعتبر قانون مدونة الأسرة المغربي أن الوصي هو وصي الأب أو وصي الأم[103]، أما قانون الولاية على أموال القاصرين القطري فقد أعطى للأب أن يقيم وصيا مختاراً لولده القاصر ، أو للحمل المستكن ، ويبقى وصي الحمل المستكن وصياً على المولود ما لم ير القاضي إسناد الوصاية إلى الهيئة بناءً على طلبها أو طلب غيرها من ذوي الشأن ، ويشترط أن تثبت الوصاية بورقة رسمية أو عرفية مصدق على توقيع الأب فيها ، أو مكتوبة بخطه وموقعة بإمضائه ، وتعرض الوصاية على القاضي لإقرارها ، ويجوز للأب في أي وقت أن يعدل عن اختياره. وإذا لم يوجد للقاصر أو الحمل المستكن ولي أو وصي مختار، فتكون الهيئة وصيا عليه [104] .

أما القانون المدني الكويتي فقد اعتبر أنه إذا كان الصغير كويتيا، ولم تثبت الولاية على ماله لأبيه أو للوصي المختار من أبيه أو لجده فإن الوصاية على ماله تثبت لإدارة شئون القصر، وفقا لما يقضي به القانون وذلك ما لم تعين له المحكمة وصيا آخر. ويجوز للمحكمة في أي وقت وبناء على طلب أي ذي شأن أن تعين وصيا آخر بدلا من إدارة شؤون القصر إذا رأت في ذلك مصلحة القاصر [105] .

اعتبر قانون الأحوال الشخصية السوداني أن وصي الصغير هو الذي يعينه الأب أو الجد الصحيح على ولده القاصر أو المرتقب، ويجوز أن يرجع عن إيصائه ولو التزم بعدم الرجوع. كما أجاز القانون المذكور أن للقاضي أن يعين وصيا إذا لم يكن للقاصر وصي مختار لإدارة شؤونه مراعيا مصلحة القاصر [106] .

يتضح مما سبق أن القوانين المقارنة اختلفت في ترتيب الأوصياء، ويمكن أن نحدد اتجاهاتها على النحو الآتي :

الاتجاه الأول (الاتجاه الضيق) والمتمثل بقانون مدونة الأسرة المغربي.

الاتجاه الثاني (الاتجاه المعتدل) ويمثله القانون العراقي والكويتي والسوداني والقطري.

الاتجاه الثالث (الاتجاه الواسع) والمتمثل بالقانون المصري.

إلا أن القوانين المشار اليها متشابهة من النواحي التالية:

1-للأب الحق في اختيار وصي لولده الصغير.

2- للقضاء الحق في تعيين الوصي وحسب ماينص عليه القانون باستثناء القانون المغربي.

وأما بالنسبة إلى إثبات الوصاية فقد اتجهت القوانين المقارنة إلى اتجاهين، الاتجاه الأول لم يشر إلى كيفية إثبات الوصاية كما هو الحال في قانون مدونة الأسرة المغربي والقانون المدني الكويتي وقانون الأحوال الشخصية السوداني، والاتجاه الثاني بين بوضوح الإثبات كما هو الحال في

(102) ينظر المادة (28 و29)من قانون الولاية على المال المصري .

(103) ينظر الفقرة / 2 / من المادة 230 . وينظر المادة (237 و238) واطلق المشرع المغربي مصطلح النائب.

(104) ينظر المادة (15) من قانون الولاية على اموال القاصرين القطري.

(105) ينظر المادة (112) من القانون المدني الكويتي .

(106) ينظر المادة (243) من قانون الاحوال الشخصية السوداني .

قانون رعاية القاصرين العراقي وقانون الولاية على المال المصري، وقانون الولاية على أموال القاصرين القطري. ويفضل الاتجاه الثاني لسهولة الإثبات وفض النزاع عند وقوعه.

المطلب الثاني

سلطات النائب عن الصغير

تبنى المشرع العراقي وعلى خلاف القوانين المقارنة معيارا عند رسم حدود سلطات النائب عن الصغير لغرض الحفاظ على مصلحة الصغير وتحقيق أكبر قدر ممكن من المنفعة. والسؤال هل نجح المشرع في تحقيق تلك الأهداف؟

لأجل بيان حدود سلطات النائب عن الصغير وكيف تم رسم تلك الحدود لكل من الولي والوصي والإجابة على التساؤل المطروح ، لابد من تقسيم المطلب إلى الفرعين الآتيين :

الفرع الأول- سلطات الولي

بما أن الولاية شرعت لضمان مصلحة الصغير في الحفاظ على أمواله والتصرف نيابة عنه نظرا لعدم امتلاكه الأهلية اللازمة لاعتداد القانون بتصرفه لذا فإن مسالة تقييد سلطة الولي أمر مطلوب إلا أنه ينبغي عدم المبالغة في فرض تلك القيود [107] .

من خلال قراءة نصوص قانون رعاية القاصرين العراقي يلاحظ ما يلي :

أولا- جعل إدارة أموال الصغير منوطة بدائرة رعاية القاصرين حيث نصت المادة (40) على أنه (تقوم دائرة القاصرين بالواجبات الآتية : أولا - تثبيت ما لكل قاصر من عقارات ومنقولات خلال مدة القصر سواء عند قيامها بالإدارة أو لغرض إشرافها على من يقوم بذلك ثانيا - ..... ثالثا- أعمال الإدارة المعتادة وفق التعليمات التي يصدرها مجلس رعاية القاصرين إذا لم يكن للقاصر ولي أو وصي أو قيم تناط به الأعمال المذكورة .).

ثانيا - منع القانون الولي أو الوصي أو القيم من التبرع من مال القاصر إلا لأداء واجب عائلي إنساني وبموافقة دائرة رعاية القاصرين ([108]) .

ثالثا - منع القانون الولي أو الوصي أو القيم من مباشرة التصرفات الآتية إلا بموافقة مديرية رعاية القاصرين وبعد التحقق من مصلحة القاصر وهي: جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء الحقوق العقارية الأصلية أو التبعية أو نقلها أو تغييرها أو زوالها، وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من الحقوق المذكورة ، والتصرف بالمنقول أو الحقوق الشخصية أو الأوراق المالية ، وكذلك الصلح والتحكيم فيما زاد على مائة دينار لكل قاصر، وحوالة الحقوق وقبولها وحوالة الدين، وإيجار العقارات لأكثر من سنة واحدة وللأضي الزراعية لأكثر من ثلاث سنوات على أن لاتمتد مدة الإيجار في أي من الحالات إلى مابعد بلوغ الصغير سن الرشد ، وقبول التبرعات المقترنة بعوض ، والتنازل عن التأمينات وإضعافها والتنازل عن الحقوق والدعاوى وطرق الطعن القانونية في الأحكام ، والقسمة الرضائية

(107) د. عزيز كاظم جبر ، مصدر سابق ، ص 13 .

ينظر المادة (42) من قانون رعاية القاصرين العراقي . 108) (

للأموال التي للقاصر حصة فيها ، وأخيرا الأمور الأخرى التي يقرر مجلس رعاية القاصرين وجوب موافقة مديرية رعاية القاصرين المختصة عليها بموجب التعليمات التي تصدرها لهذا الغرض [109] .

رابعا - منع القانون شراء عقار للقاصر من أمواله إلا بموافقة رعاية القاصرين في إحدى الحالات التالية ، إذا كان القاصر يملك حصصا مشاعة في عقار جرى بيعه عن طريق إزالة الشيوع وكان في شرائه منفعة له، أو إذا اقتضت الحاجة تأمين سكن، أو إذا كان العقار موضوعا بالمزايدة لتحصيل دين للقاصر ولم يجر الضم عليه أو لم يبلغ الضم المبلغ الكافي لإيفاء الدين على أن لايتجاوز بدل الشراء 80% من قيمته[110] .

وعند إجراء المقارنة بين قانون رعاية القاصرين والقانون المدني العراقي نجد بأن القانون الأخير ميز في مجال التصرف في مال الصغير بين الولي المعروف بحسن التصرف وسوئه؛ حيث نصت المادة (103) من القانون المدني (1- الأب والجد إذا تصرفا في مال الصغير وكان تصرفهما بمثل القيمة أوبيسير الغبن صح العقد ونفذ.) وأما إذا كانا قد عرفا بسوء التصرف فللقاضي أن يقيد من ولايتهما أو أن يسلبهما إياها [111] .

كما ان المشرع العراقي أجاز للأب والجد أن يبيع مال نفسه للصغير أو أن يشتري مال الصغير لنفسه إذا كان بمثل القيمة أو بغبن يسير [112] ، كما أن للأب فقط أن يرهن ماله لولده الصغير أو أن يرتهن مال الصغير لنفسه، ويجوز له أن يرهن مال ولده بدين على نفسه وبدين على الصغير، وإذا رهنه بدين نفسه وهلك فلا يكون ضامنا [113] .

يتضح من المقارنة مايلي :

1- عمد المشرع في قانون رعاية القاصرين إلى سلب سلطات الولي الممنوحة له بحسب قواعد القانون المدني.

2- ذهب المشرع في قانون رعاية القاصرين إلى المساواة بين الولي والوصي والقيم.

وذكر بعض من الفقهاء أنه بالرغم من عمق القيود والتعديلات الواردة على أحكام الولاية على المال فما كان ينبغي أن يصل الأمر إلى حد مساواة الأب -وهو أقرب الناس للصغير وأكثرهم حنانا وشفقة عليه- بولاية غيره من الأولياء ، وهو أمر غير مقبول ولا مستساغ عقلا أو شرعا مهما كانت البواعث على إجراء القيود [114].

أما بالنسبة إلى قانون مدونة الأسرة المغربي فقد كان موقفه قريبا من موقف قانون رعاية القاصرين من حيث المساواة في سلطات النائب الشرعي،[115] وألزم الأخير بإبلاغ القاضي المكلف

(109) ينظر المادة (43) من قانون رعاية القاصرين العراقي .

(110) ينظر المادة (56) من قانون رعاية القاصرين العراقي .

(111) ينظر (الفقرة 2/ من المادة 103)من القانون المدني العراقي .

(112) ينظر المادة (588) من القانون المدني العراقي .

(113) ينظر المادة (1289) من القانون المدني العراقي

(114) د.عبد المجيد الحكيم والاستاذ عبد الباقي البكري والاستاذ المساعد محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، مصادر الالتزام ، الجزء الاول ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، الطبعة الثالثة ، 2009 .ص 67 هامش (1) .

(115) نصت المادة (230) من قانون مدونة الأسرة المغربي (يقصد بالنائب الشرعي في هذا الكتاب 1- الولي وهو الاب والام والقاضي .2- الوصي وهو وصي الاب او وصي الام .3- المقدم وهو الذي يعينه القضاء).

بشـــؤون القاصـــرين بوجود الأموال النقدية والوثائق والحلي والمنقولات ذات القيمة. وإذا لم يفعل يتحمل مســـؤولية ذلك. وتودع النقود والقيم المنقولة بحســـاب القاصـــر لدى مؤســـســـة عمومية للحفاظ عليها بناء على أمر القاضـــي، ويخضـــع النائب الشـــرعي في ممارســـة هذه المهام للرقابة القضـــائية طبقا لأحكام المواد الموالية [116]. وألزم القانون الولي بإبلاغ القاضـــي إذا تعدت قيمة المال المحجور مائتي ألف درهم بفتح ملف النيابة الشرعية. وللقاضي المكلف بشؤون القاصرين النزول عن هذا الحد إذا ثبتت مصـلحة المحجور. ويمكن أيضـا الزيادة في هذه القيمة بموجب نص تنظيمي[117]. ثم إن الملف الموجود في النيابة الشرعية له أهمية من جانبين:

الجانب الأول - يقدم الولي تقريرا ســـنويا عن كيفية إدارته لأموال المحجور وتنميتها. وللمحكمة بعد تقديم التقرير اتخاذ الإجراءات التي تراها ملائمة للمحافظة على أموال المحجور ومصـــالحه المادية والمعنوية [118].

الجانب الثاني - يجب على الولي عند انتهاء مهمته إشـــعار القاضـــي المكلف بشـــؤون القاصـــرين بوضعية ومصير أموال المحجور في تقرير مفصل للمصادقة عليه[119].

وإذا أراد النائب الشرعي القيام بتصرف تتعارض فيه مصالحه أو مصالح زوجه أو أحد أصوله أو فروعه مع مصـــالح المحجور رفع الأمر إلى المحكمة التي يمكنها أن تأذن به وتعين ممثلا للمحجور في إبرام التصرف والمحافظة على مصالحه [120]. كما منع قانون مدونة الأسرة المغربي الوصي أو المقدم من القيام بالتصـــرفات الآتية إلا بعد الحصـــول على الإذن من المحكمة. ويجب أن يكون قرار القاضـــي بالترخيص معللا وهي:

1ـ بيع عقار أو منقول للمحجور تتجاور قيمته 10000 درهم أو ترتيب حق عيني عليه.

2ـ المساهمة بجزء من مال المحجور في شركة مدنية أو تجارية أو استثماره في تجارة أو مضاربة .

3ـ تنازل عن حق أو دعوى أو إجراء الصلح أو قبول التحكيم بشأنهما .

4ـ عقود الكراء التي يمكن امتدادها إلى ما بعد انتهاء الحجر .

5ـ قبول أو رفض التبرعات المثقلة بحقوق أو شروط .

6ـ أداء ديون لم يصدر بها حكم قابل للتنفيذ .

7ـــــ الإنفاق على من تجب نفقته للمحجور مالم تكن النفقة مقررة بحكم قابل للتنفيذ.[121] أما بالنسبة إلى قسمة مال المحجور المشترك مع الغير فتتم بتقديم مشروعها إلى المحكمة التي تصادق عليها بعد أن تتأكد عن طريق الخبرة من عدم وجود حيف فيها على المحجور [122] .

---

(116) ينظر المادة (235) من قانون مدونة الأسرة المغربي .

(117) ينظر المادة (240).واذا زادت قيمة المال المحجور اثناء الادارة عن مائتي الف درهم فعلى الولي ابلاغ القاضـــي لفتح الملف في النيابة الشرعية كما يجور للمحجور او امه القيام بنفس الامر (ينظر المادة 241).

(118) ينظر المادة (243) من قانون مدونة الاسرة المغربي .

(119) ينظر المادة (242) من قانون مدونة الاسرة المغربي .

(120) ينظر المادة (269) من قانون مدونة الاسرة المغربي .

(121) ينظر المادة (271) من قانون مدونة الاسرة المغربي.

(122) ينظر المادة (275) من قانون مدونة الاسرة المغربي .

أما بالنسبة إلى موقف القوانين المقارنة والمتمثلة في قانون الولاية على المال المصري وقانون الولاية على أموال القاصرين القطري وقانون الأحوال الشخصية السوداني والقانون المدني الكويتي فقد حددت سلطات الولي مع التمييز في بعض الحالات بين الأب والجد. كما أن هناك تصرفات منع الولي من إجرائها إلا بإذن المحكمة والتي نوضحها بحسب الأحوال المتشابهة في بعض الحقائق، والمختلفة في بعض التفاصيل وعلى النحو الآتي :

1- لايجوز ا لتبرع بمال القاصر إلا لأداء واجب إنساني أوعائلي وبإذن المحكمة في قانون الولاية على المال المصري [123]. وقريب منه المشرع الكويتي.([124]) .

2- لا يجوز للولي في قانون الولاية على المال المصري أن يتصرف في عقار القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأقاربه أو لأقاربها إلى الدرجة الرابعة إلا بإذن المحكمة، ولا يجوز له أن يرهن عقار القاصر لدين على نفسه. [125] وقريب منه المشرع القطري([126]) والسوداني([127]) .

3- لا يجوز للأب في قانون الولاية على المال المصري أن يتصرف في العقار أوالمحل التجاري أو الأوراق الماليه إذا زادت قيمتها على 300 جنيه إلا بإذن المحكمة ، ولا يجوز لها أن ترفض الإذن إلا إذا كان التصرف من شأنه جعل أموال القاصر في خطر أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة [128]. وقريب منه المشرع القطري([129]) .

4- لا يجوز للولي إقراض مال الصغير ولا اقتراضه إلا بإذن المحكمة في قانون الولاية على المال المصري، [130] وقريب منه المشرع القطري. ([131]) كما أن المشرع الكويتي لم يجز للولي إقراض مال الصغير ولا اقتراضه ولارهن مال الصغير إلا لدين على هذا الصغير نفسه ([132]) .

5- كما لا يجوز للولي في قانون الولاية على المال المصري بغير إذن المحكمة تأجير عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد سن الرشد بسنة. [133] وقريب منه المشرع القطري. ([134])

---

(123) ينظر المادة (5) من قانون الولاية على المال المصري .

بما منع القانون المدني الكويتي التبرع بمال الصغيرواذا كان في مال الصغير سعة فانه يجوز للولي ان يتبرع بمال الصغير 124)
لايبهظه اذا كان ذلك لغرض عائلي أو إنساني وبشرط اذن المحكمة ينظر المادة (133) .

(125) ينظر المادة (6) من قانون الولاية على المال المصري. ..

منعت المادة (9) من قانون الولاية على اموال القاصرين التصرف في عقار القاصر دون أذن القاضي علما ان الاذن يصدر بعد 126)
منعت المادة (241) من قانون الاحوال الشخصية الولي من التصرف في العقار الا بعد اذن القاضي وتحقق مصلحة القاصر . 127)

(128) ينظر المادة (7) من قانون الولاية على المال المصري.

129) منعت المادة (9) من قانون الولاية على اموال القاصرين التصرف في المحل التجاري أو ألاوراق التجارية دون اذن القاضي والذي يصدر بعد اخذ رأي الهيئة .

(130) ينظر المادة (9) من قانون الولاية على المال المصري .

131) منعت المادة (9) من قانون الولاية على المال القطري اقراض مال القاصر أو إقترتضه وهن مال القاصر أو التبرع به دون اذن القاضي علما ان الاذن يصدر بعد أخذ رأي الهيئة .

132) ينظر المادة (134و136) من القانون المدني الكويتي .

(133) ينظر المادة (10) من قانون الولاية على المال المصري.

134) منعت المادة (9) من قانون الولاية على اموال القاصرين تأجير عقار القاصر لمدة تزيد على سنة، أو تمتد الى سنة بعد بلوغه سن الرشد دون اذن القاضي علما ان الاذن يصدر بعد اخذ رأي الهيئة.

وبالرغم من اتفاق المشرع الكويتي والقطري مع المصري حول عدم التاجير لمدة تتجاوز بلوغه سن الرشد إلا أن نطاق المنع شمل مال الصغير بشكل عام([135]).

6- لا يجوز للولي في قانون الولاية على المال المصري أن يستمر في تجارة للقاصر إلا بإذن من المحكمة وفي حدود هذا الإذن [136]، وقريب منه المشرع القطري ([137]) .

7- لا يجوز للولي أن يقبل هبة أو و صية لل صغير محملة بالتزامات معينة إلا بإذن المحكمة في قانون الولاية على المال المصري، وقريب منه المشرع القطري([138]).

8- كما أن قانون الولاية على المال المصري أجاز للأب فقط أن يتعاقد مع نفسه باسم القا صر سواء أكان ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر إلا إذا نص القانون على غير ذلك [139]. وقريب منه قانون الولاية على أموال القاصرين القطري [140].

9- ومنع قانون الولاية على المال المصري الجد فقط بغير إذن المحكمة من التصرف في مال القاصر ولا الصلح عليه ولا التنازل عن التامينات أو إضعافها [141] .

أما بالنسبة إلى قانون الأحوال الشخصية السوداني فقد أوضح أن هناك تصرفات للولي تحمل على الا سداد وهي التعاقد با سم موليه والت صرف في أمواله والقيام بالتجارة لح ساب موليه ولايستمر في ذلك إلا في حالة النفع الظاهر، ويجوز له قبول التبرعات المشروعة لصالح موليه إذا كانت خالية من أي التزامات مجحفة، وأخيرا الإنفاق من مال موليه على من وجبت لهم النفقة عليه [142]، وت صرفات لاتحمل على الا سداد إلا إذا ثبتت م صلحة موليه فيها، وت شمل شراء ملك موليه لنفسه و بيعه ملكه لموليه أو ملك موليه ليستثمر ثمنه لنفسه [143]، ويكون باطلا كل تصرف يباشره الولي لموليه إذا نتج عنه ضرر [144] .

أما بالنسبة إلى القانون المدني الكويتي فقدأجاز للولي أن يجري عن صغيره التصرفات النافعة له نفعا محضا، وإذا كان التبرع للصغير مقترنا بتكليف فإنه لا يسوغ للولي قبوله عنه بغير إذن المحكمة [145]، وكذلك للولي أن يجري عن صغيره التصرفات التي يقتضيها حفظ أمواله وإدارتها واستثمارها، وللولي أن يجري في مال صغيره التصرفات بمقابل، مع مراعاة القيود المقررة في المواد التالية[146]. كما منع القانون المدني الكويتي الولي، بغير إذن المحكمة، أن يبيع عقار الصغير أو

ينظر المادة (128) من القانون المدني الكويتي .135)

(136) ينظر المادة (11) من قانون الولاية على المال المصري.

137) منعت المادة (9) من قانون الولاية على اموال القاصرين الاستمرار في تجارة الت للقاصر دون اذن القاضي علما ان الاذن يصدر بعد اخذ رأي الهيئة .

138منعت المادة(9) من قانون الولاية على اموال القاصرين قبول هبة أووصية محملة بالتزامات معينة او رفضها)

دون اذن القاضي علما ان الاذن يصدر بعد اخذ رأي الهيئة .

(139) ينظر المادة (12) من قانون الولاية على المال المصري.

(140) ينظر المادة (15)و (8) من قانون الولاية على اموال القاصرين القطري.

(141) ينظر المادة (14) من قانون الولاية على المال المصري.

(142) ينظر المادة(239) من قانون الاحوال الشخصية السوداني .

(143) ينظر المادة (240) من قانون الاحوال الشخصية السوداني.

(144) ينظر المادة (242) من قانون الاحوال الشخصية السوداني.

(145) ينظر المادة (127) من القانون المدني الكويتي.

(146) ينظر المادة (129) من القانون المدني الكويتي..

محله التجاري أو أن يؤجره لنفسه أو لزوجه أو لأقارب أحدهما إلى الدرجة الثالثة. ولايجوز للولي، بغير إذن المحكمة، أن يتصرف في مال الصغير، إذا تجاوزت قيمته مائتي ألف[147]، وإذا كان المال قد آل إلى الصغير بطريق الوصية أو التبرع، واشترط الموصي أو المتبرع عدم تصرف الولي فيه، فإنه لا يجوز لهذا الأخير إجراء التصرف الممنوع عليه، إلا عندما تقتضيه الضرورة، وبشرط إذن المحكمة[148]. كما أن جميع القيود الواردة على سلطة الولي لا تسري بالنسبة إلى ما يكون قد آل منه إلى الصغير من مال على سبيل التبرع، ولو كان ذلك بطريق غير مباشر [149].

الفرع الثاني - سلطات الوصي

أشار قانون رعاية القاصرين العراقي إلى أنواع الأوصياء ؛ فالوصي إما مختار أو معين أو وصي للخصومة [150]. بينما ميزت القوانين المقارنة سلطات الوصي تبعا لنوع الوصاية، وسنقوم بتوضيحها بحسب أكثر القوانين تفصيلا لها، ويمكن أن نوضح ذلك على النحو الآتي:

ا- الوصي الخاص: يجوز للقاضي في قانون الولاية على أموال القاصرين القطري أن يعين الهيئة أو غيرها وصياً خاصاً، ويُحدد مهمته في الأحوال التالية:1- إذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الولي أو الوصي المختار ، أو أحد أصوله أو فروعه أو زوجه ، أو مصلحة قاصر آخر مشمول بولايته. 2- إبرام عقد من عقود المعاوضة المالية أو تعديله أو فسخه أو إبطاله أو إلغائه بين القاصر وبين أحد المذكورين في البند السابق.3- إذا آل للقاصر مال بطريق التبرع واشترط المتبرع ألا يتولى الوصي المختار إدارة هذا المال. 4- إذا استلزمت إدارة بعض الأعمال دراية خاصة. 5- إذا كان الولي أو الوصي غير أهل لمباشرة حق من حقوق الولاية أو الوصاية[151]. وقريب منه المشرع المصري([152]) .

ب- أوضح قانون الولاية على أموال القاصرين القطري أن الوصي المؤقت يعين عند إصدار قرار بوقف الولي أو الوصي المختار، أو إذا حالت ظروف مؤقتة دون أدائه لواجباته ، عندها يعين القاضي الهيئة وصياً مؤقتاً ، ما لم يكن للقاصر ولي آخر (153). وقريب منه المشرع المصري [154]).

ج- وصي الخصومة: حيث يجوز للقاضي أن يعين وصي الخصومة، ولو لم يكن للقاصر مال، وهو ينوب عنه في الدعاوى التي يكون طرفاً فيها في قانون الولاية على أموال القاصرين القطري [155]. وقريب منه المشرع المصري([156]).

---

(147) ينظر المادةين (130 - 131) من القانون المدني الكويتي..
(148) ينظر المادة (132) من القانون المدني الكويتي..
(149) (ينظر المواد من 134 الى 136) من القانون المدني الكويتي..
(150) ينظر المواد 34و37 .اوضحنا سابقا ان المشرع العراقي تعامل مع الولي والوصي والقيم ذات المعاملة من حيث السلطات .
(151) ينظر المادة (18) من قانون الولاية على اموال القاصرين القطري .
152) ينظر المادة (31) من قانون الولاية على المال المصري .
(153) ينظر المادة (19)من قانون الولاية على اموال القاصرين القطري.
154) ينظر المادة (32) من قانون الولاية على المال المصري .
(155) ينظر المادة (20)من قانون الولاية على اموال القاصرين القطري .
156) ينظر المادة (33) من قانون الولاية على المال المصري.

د- الو صي المختار: ألزم قانون الولاية على أموال القا صرين القطري الو صي المختار بالواجبات التالية :

1- تسلم ما تصرح له الهيئة بقبضه من أموال القاصر ، والقيام بإدارتها ورعايتها تحت إشراف الهيئة ، وعليه أن يبذل في ذلك العناية الكافية.

2- تخصيص نفقة للقاصر ومن تلزمه نفقتهم شرعاً.

3- إيداع ما يحصله من أموال القا صر في حساب با سم القا صر في أحد البنوك العاملة بالدولة ، والسحب منه.

4- إيداع المستندات المثبتة لحقوق القاصر بناء على طلب الهيئة أو أمر القاضي، لدى الهيئة.

5- تقديم حساب سنوي مؤيد بالمستندات إلى الهيئة ، للتدقيق عليه محاسبياً ، وتقديمه إلى القاضي مشفوعاً برأي الهيئة للتصديق عليه [157] .

ولا يجوز للو صي المختار في قانون الولاية على أموال القا صرين القطري - دون إذن القا ضي - مبا شرة التصرفات التالية:

1- التصرف في الأموال العقارية متى كان التصرف ناقلاً للملكية أو مرتباً لأي حق عيني آخر.

2- استثمار أموال القاصر وتصفية حساباته[158]) .

3- تأجير عقار القاصر لمدة تزيد على سنة ، أو تمتد إلى سنة بعد بلوغه سن الرشد. بينما ميز المشرع المصري بين الأرا ضي الزراعية والمباني حيث لم يجز إيجار عقار القا صر لمدة أكثر من ثلاث سنوات في الأراضي الزراعية، ولمدة أكثر من سنة في المباني، ومنع إيجار عقار القاصر لمدة تمتد إلى مابعد بلوغه سن الرشد لأكثر من سنة ([159]).

4- الوفاء الاختياري بالالتزامات الشرعية التي تكون على التركة أو القاصر([160]).

5- الـ صلح والتحكيم. وا ستثنى الـ مشرع الـ مصري فيما يقل عن مائة جنيه مما يت صل بأعمال الإدارة ([161]).

6- التنازل عن الحقوق والدعاوى والطعون في الأحكام.

7- شراء أو ا ستئجار أموال القا صر لنفسه أو لزوجه أو لأحد من أصولهما أو فروعهما ، أو لمن يكون الوصي نائباً عنه. بينما حصرها المشرع المصري في الإيجار لنفسه أو لزوجه أو لأحد أقاربها إلى الدرجة الرابعة([162]).

8- الت صرف في المنقولات أو الحقوق الـ شخ صية أو الأوراق المالية. وا ستثنى الـ مشرع الـ مصري أعمال الإدارة ([163]) .

9- قسمة مال القا صر بالترا ضي إذا كانت له مصلحة في ذلك ، فإذا أذن القا ضي عين الأسس التي تجري عليها القسمة والإجراءات الواجبة الاتباع. وعلى الوصي أن يعرض على القاضي عقد القسمة

(157) ينظر المادة (20)من قانون الولاية على اموال القاصرين القطري .

158) مطابق للمشرع المصري ينظر المادة (39) من قانون الولاية على المال المصري ..

159) ينظر المادة (39) من قانون الولاية على المال المصري.

160) مطابق لقانون الولاية على المال المصري ينظر المادة (39) .

161) ينظر المادة (39) من قانون الولاية على المال المصري ..

162) ينظر المادة (39) من قانون الولاية على المال المصري .

163) ينظر المادة (39). من قانون الولاية على المال المصري

للتثبت من عدالتها. وللقاضي في جميع الأحوال أن يقرر اتخاذ إجراءات القسمة القضائية. وأضاف المشرع المصري في حالة القسمة القضائية تصدق المحكمة الابتدائية التى تتبعها محكمة القسمة على قسمة الأموال إلى حصص. ولهذه المحكمة -عند الاقتضاء- أن تدعو الخصوم لسماع أقوالهم في جلسة تحدد لذلك. وإذا رفضت التصديق تعين عليها أن تقسم الأموال إلى حصص على الأسس التى تراها صالحة بعد دعوة الخصوم. ويقوم مقام التصديق الحكم الذى تصدره المحكمة بوصفها محكمة استئنافية بتكون الحصص [164].

10 - الإنفاق من مال القاصر على من تجب عليه نفقتهم ، إلا إذا كانت النفقة مقضياً بها بحكم واجب النفاذ ، ويصدر القاضي الإذن في الحالات السابقة بعد أخذ رأي الهيئة في قانون الولاية على أموال القاصرين القطري [165]، بينما اشترط المشرع المصري إذن المحكمة فقط[166]) .

وأضاف المشرع المصري جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية أو الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك جميع التصرفات المقرره لحق من الحقوق المذكورة. وحوالة الحقوق والديون وقبول الحوالة. واقتراض المال وإقراضه. وقبول التبرعات المقترنه بشرط أو رفضها. والتنازل عن الحقوق والدعاوى وقبول الأحكام القابله للطعون العاديه والتنازل عن هذه الطعون بعد رفعها ورفع الطعون غير العاديه في الأحكام. و التنازل عن التامينات وإضعافها. وما يصرف على تزويج القاصر وتعليم القاصر إذا احتاج للنفقة والإنفاق اللازم لمباشرة القاصر مهنة معينة ([167]).

أما بالنسبة إلى موقف قانون الأحوال الشخصية السوداني فإنه يجب على الوصي إدارة أموال القاصر ورعايتها كما يجب أن يبذل في ذلك ما يبذله في إدارة أموال أولاده [168] ، ولا يجوز للوصي القيام بالأعمال الآتية إلا بإذن من القاضي المختص:

ا- التصرف في : أولا- أموال القاصر بالبيع أو الشراء أو المقايضة أو الشركة أو الرهن أو أي نوع من أنواع التصرفات الناقلة للملكية أو المرتبة لحق عيني . ثانيا - السندات والأسهم أو أي حصص منها أو في المنقول ما لم يكن يسيرا أو يخشى تلفه ب- تحويل ديون القاصر أو قبول الحوالة عليها .

ج- استثمار أموال القاصر لحسابه.

د- الاقتراض للقاصر .

ه- تأجير عقار القاصر .

و- قبول التبرعات المقيدة بشرط أو رفضها.

ز- الإنفاق من مال القاصر على من تجب عليه نفقته .

وأخيرا أوضح القانون المدني الكويتي أن للوصي -ولو كان مختاراً من الأب- الولاية على مال الصغير في نفس الحدود التي يرسمها القانون لإدارة شؤون القصر باعتبار أن لها الوصاية أو القوامة على معدومي الأهلية وناقصيها. على أنه إذا كانت الوصاية لغير إدارة شؤون القصر وجب إذن المحكمة

(164) ينظر المادة (40) من قانون الولاية على المال المصري ..

(165) ينظر المادة (24) من قانون الولاية على اموال القاصرين القطري .

166) ينظر المادة (39) من قانون الولاية على المال المصري.

167) ينظر المادة (39) من قانون الولاية على المال المصري .

(168) ينظر المادة (243) من قانون الاحوال الشخصية السوداني .

لإجراء كل التصـــرفات التي لا يخول القانون لمدير هذه الإدارة أن يتولاها وحده، وفي جميع الأحوال لا يكون للوصي في ولايته على مال الصغير سلطة تتجاوز سلطة الولي على نحو ما يحدده القانون[169].

المبحث الثاني

وسائل حماية أموال الصغير

أوضح قانون رعاية القاصرين العراقي وسائل حماية أموال الصغير الهادفة إلى تنمية أمواله من خلال تحرير التركة، وتصفيتها، والمحافظة عليها، بالإضافة إلى محاسبة الأولياء والأوصياء. ولأجل بيان موقف القانون العراقي والقوانين المقارنة سنقسم المبحث إلى المطالب الثلاثة الآتية:

المطلب الأول - تحرير التركة وتصفيتها

المطلب الثاني - المحافظة على أموال الصغير

المطلب الثالث - محاسبة الأولياء والأوصياء

المطلب الأول

تحرير التركة وتصفيتها

تتم إجراءات تحرير التركة وتصفيتها على مرحلتين ، نوضحها بالفرعين الآتيين:

الفرع الأول - تحرير التركة

الفرع الثاني - تصفية التركة

الفرع الاول- تحرير التركة

ألزم قانون رعاية القاصرين بتحرير تركة المتوفى عند وجود صغير، حيث نصت المادة (72) على أنه (أولا - يجب تحرير تركة المتوفى عند وجود قاصر. ثانيا - لا يصدر القسام لمتوفى عن قاصر مالم تأذن بذلك مديرية رعاية القاصرين). وتختص محكمة الأحوال الشخصية بإصدار القسامات الشرعية والتي تتم من خلال إجراءات[170] ، وعلى ورثة المتوفى البالغين وعلى شركائه في المال إخبار مديرية رعاية القاصرين بوفاة الشخص عن قاصر، وذلك خلال سبعة أيام من تاريخ الوفاة[171] ، وعلى محاكم الأحوال الشخصية والسلطات المالية الإشعار إلى مديرية رعاية القاصرين عند علمها بما يوجب تحرير التركة [172]. وإذا تبين أن المتوفى المطلوب تحرير تركته مفلس أو قد طلب إشهار إفلاسه عندها يجب ملاحظة القواعد الواردة في المادة (81) من قانون رعاية القاصرين[173].

---

(169) ينظر المادة(137) من القانون المدني الكويتي .

(170) ينظر المادة (300) من قانون المرافعات المدنية العراقي .

(171) ينظر المادة (73 / اولا) من قانون رعاية القاصرين ، كما بينت المادة نفسها الجزاءات عند الاخلال بالاخبار .

(172) ينظر المادة (73 /ثانيا) من قانون رعاية القاصرين العراقي .

(173) تنص المادة (81) (...اولا - لاتحرر التركة التي سبق لمحكمة الافلاس وضع يدها عليها .ثانيا - اذا كانت مديرية رعاية القاصرين قد باشرت بتحريرها وطلبت محكمة الافلاس ايداع التركة اليها فيجب ايداعها اليها .ثالثا - تخيل محكمة الافلاس ما تبقى من التركة بعد تسوية الديون الى مديرية رعاية القاصرين المختصة .).

ويمكن أن يطرح التساؤل التالي: ماهي الإجراءات التي تقوم بها مديرية رعاية القاصرين بعد تحقق الإخبار الوارد في المادة (73)؟

أجابت المادة (74) من قانون رعاية القاصرين على التساؤل المطروح حيث تقوم المديرية باتخاذ الإجراءات اللازمة للمحافظة على حقوق القا صر وحـ صر أمواله المنقولة وغير المنقولة وجميع ما له من حقوق وما عليه من التزامات. وللسلطة المالية أن تنيب أحد موظفيها للحضور عند تحرير التركة[174].

وإذا وقع نزاع على عائدية الأموال فإن المادة (75) من قانون رعاية القاصرين عالجت المسالة: فإذا كانت قيمة الأموال المتنازع على عائديتها للمتوفى لاتزيد على خمسمائة دينار فإن التظلم يرفع إلى محكمة الأحوال الشخصية [175] خلال سبعة أيام تبدأ من اليوم التالي لوضع مديرية رعاية القاصرين يدها على المال المتنازع عليه.[176] أما إذا كانت قيمة الأموال المتنازع عليها تزيد على خمسمائة دينار عندها تقام الدعوى أمام محكمة البداءة خلال عشرة أيام تبدأ من اليوم التالي لوضع محكمة الأحوال الشخصية يدها على المال المتنازع عليه [177].

الفرع الثاني- تصفية التركة

بعد استيفاء الإجراءات ا لمذكورة في الفرع الأول تتخذ المحكمة قرارا بتصفية التركة والمتضمنة ما يلي :

أولا - الإيفاء بالمصاريف: تقوم المحكمة بإيفاء المصاريف المقتضية للمتوفى وبما لا يتجاوز القدر المتعارف عليه [178].

ثانيا - الإيفاء بال ضرائب والر سوم: ن صت الفقرة (أولا) من المادة (76) من قانون رعاية القا صرين على أنه (تقوم مديرية رعاية القا صرين بإيفاء ال ضرائب والر سوم المتحققة على التركة وبإيفاء المصاريف المقتضية للمتوفى وفقا لتعليمات يصدرها مجلس رعاية القاصرين بما لا يتجاوز القدر المتعارف عليه).

ثالثا- الإيفاء بالديون الأخرى : أ شارت المادة (76) من قانون رعاية القا صرين إلى نوعين من الديون وهما :

1- الدين المستند إلى حجة أو حكم مكتسب درجة البتات. أو سند ثابت التاريخ بعد تخليف الدائن ، وللمحكمة الإيفاء بالدين بموافقة الورثة الكبار.

---

(174) يلاحظ التعليمات رقم (3)لسنة 1980 والمتعلقة بتحرير التركة وتثبيت الاموال .

(175) يرى البعض من شراح القانون انه وبعد صدور القرار المرقم (103) ل سنة 1988 والذي بموجبه تم انتقال مهمة تحرير التركة وتصفيتها من مديريات رعاية القاصرين الى محاكم الاحوال الشخصية ، لذا فان التظلم من القرارات الصادرة اثناء تحرير التركة وفي الحدود التي رسمها القانون يكون امام محكمة الاحوال الشخصية وفق الاجراءات المتبعة في القضاء الولائي وقرار محكمة الاحوال الشخصية يكون قابلا للتمييز لدى محكمة التمييز . ينظر د. عصمت عبد المجيد بكر .احكام رعاية القاصرين . مصدر سابق . هامش (1) ص164 .

(176) وعلى المحكمة ان تحلف المتظلم يمين الاستظهار قبل اصدار قرارها بتسليم المال اليه (ينظر الفقرة اولا/ من المادة 75) من قانون رعاية القاصرين العراقي .

(177) ينظر(الفقرة ثالثا من المادة 75) من قانون رعاية القاصرين العراقي . ويلاحظ ان هذه المبالغ قد فقدت قيمتها وبالتالي فان النزاعات وبحكم الواقع يتجاوز حتما الخمسمائة دينار وعليه سيحال امر النظر في النزاع الى المحكمة المختصة .

(178) يلاحظ تعليمات رقم (4) لسنة 1980 بشان تصفية التركة

2- إذا لم يكن الدين من الديون الواردة في الفقرة أعلاه، عندها تبلغ المحكمة الدائنين بإقامة الدعوى لدى المحكمة المختصة خلال مدة لاتزيد على ثلاثين يوما لإثبات ديونهم، وعلى محكمة الأحوال الشخصية حجز ما يعادل الديون المذكورة لحين البت من قبل المحكمة، وإذا لم تتم المراجعة ضمن المدة المحددة فإن محكمة الأحوال الشخصية لاتسمع ادعاء الدائن.

رابعا - استيفاء الديون: ألزمت المادة (77) من قانون رعاية القاصرين محكمة الأحوال الشخصية باتخاذ الإجراءات المقتضية لاستحصال الديون التي للمتوفى في ذمة الغير وفقا لأحكام قانون التنفيذ إذا كانت الديون معززة بسندات قابلة للتنفيذ، ويكون لقاضي الأحوال الشخصية صلاحية منفذ العدل لهذا الغرض [179].

خامسا - تملك أحد الورثة مالا منقولا في التركة: بينت المادة (78) من قانون رعاية القاصرين أنه إذا طلب أحد الورثة الكبار تملك مال منقول في التركة ووافق بقية الورثة أو من يقوم قانونا مقام القاصر على طلب التملك ، تعين المحكمة خبيرا أو أكثر من قائمة الخبراء لتقدير قيمة المال، وبعد التقدير فإنه يتوجب على طالب التمليك أن يدفع القيمة المقدرة خلال المدة التي تحددها المحكمة إن كانت التركة مدينة، وإلا يدفع ما ينا سب حصة بقية الورثة منها، حينها تقرر المحكمة تمليك طالب حصص الورثة من المال إذا لم تجد في ذلك ضررا بالقاصر .

أما اذا كان طلب التمليك مقدما من قبل من يقوم مقام القاصر لمصلحة يقدرها ووافق الورثة، عندها يتم تقدير قيمة المال بنفس الآلية المشار إليها أعلاه ، وتدفع من أموال القاصر القيمة المقدرة للمال إذا كانت التركة مدينة وإلا فيدفع من ماله ما يناسب حصص بقية الورثة وتصدر المحكمة قرارها بالتمليك إن لم تجد في ذلك ضررا بالقاصر [180] .

سادسا - بيع الأموال المنقولة في التركة : عند وجود أموال منقولة في التركة تقوم المحكمة بالبيع وفق الإجراءات المنصوص عليها في قانون التنفيذ [181]. ثم تقوم المحكمة بتصفية التركة وعلى الوجه التالي :

1- إيفاء ديون الدائنين الذين أثبتوا ديونهم .

2- تسليم الورثة الكبار ما يستحقونه حسب حصصهم.

3- تسليم حصة القاصر إذا كانت زهيدة إلى من يقوم مقامه بناء على طلبه لإنفاقها على القاصر .

4-اتخاذ ما يلزم لإدارة عقار القاصر أو حصته منه واستثمار أمواله الأخرى وفق أحكام هذا القانون [182].

أما القوانين المقارنة فقد نص قانون مدونة الأسرة المغربي على وجوب الإخبار وعمل رسم عدة الورثة؛ فقد نصت المادة (266) على أنه (في حالة وجود ورثة قاصرين للمتوفى أو وفاة الموصى أو المقدم يتعين على السلطات الإدارية المحلية والأقارب الذين كان يعيش معهم إبلاغ القاضي المكلف بشؤون

---

(179) وجه البعض انتقادا للمشرع العراقي من حيث التعبير الذي استخدمه في المادة (77) من قانون رعاية القاصرين وهو (سندات قابلة للتنفيذ)في حين ان التعبير المستخدم في قانون التنفيذ المرقم 45 لسنة 1980 (الاحكام والمحررات القابلة للتنفيذ)، د. عصمت عبد المجيد بكر ،احكام رعاية القاصرين ، مصدر سابق ، ص 167

(180) ينظر(الفقرة الثانية / المادة 78)من قانون رعاية القاصرين العراقي.

(181) ينظر المادة (79)من قانون رعاية القاصرين العراقي.

(182) ينظر المادة (80) من قانون رعاية القاصرين العراقي.

القاصرين بواقعة الوفاة خلال فترة لاتتعدى ثمانية أيام ويقع نفس الالتزام على النيابة العامة من تاريخ العلم بالوفاة) ونصت المادة (267) على أنه (يأمر القاضي المكلف بشؤون القاصرين بإقامة رسم عدة الورثة وبكل إجراء يراه مناسبا للمحافظة على حقوق ومصالح القاصرين المالية والشخصية).

وكذلك قانون الولاية على أموال القاصرين القطري حيث نصت المادة (43) على أنه (إذا كانت التركة أو بعض أعيانها في شركة تجارية أو عقارات استثمارية واتفق الراشدون من الورثة على عدم قسمة التركة فللقاضي أن يأذن باستمرار نصيب القاصر مشاعا في التركة إذا كان في ذلك مصلحة للقاصر. وعلى الوصي المختار أن يلتزم بالواجبات المنصوص عليها في المادة (23) من هذا القانون .) أما القانون المدني الكويتي وعلى الرغم من عدم معالجته لهذا الموضوع إلا أن قانون الهيئة العامة لشؤون القصر الكويتي[183] أوضح بأنه على الورثة البالغين والشركاء في الأموال أن يخطروا مختار المنطقة خلال أسبوع بوفاة كل شخص توفي عن قُصّر أو حمل مستكن ، وبانفصال هذا الحمل، وبوفاة الولي أو الوصي المختار أو بغياب أيهما، وعلى مختار المنطقة أن يبلغ ذلك للهيئة.[184] أما قانون الأحوال الشخصية السوداني وقانون الولاية على المال المصري فلم يعالجا الحالات أعلاه.

ونرى أن الأجراءات التي جاء بها المشرع العراقي في قانون رعاية القاصرين من شأنها الحفاظ على حقوق الصغير.

المطلب الثاني

المحافظة على أموال الصغير

أوضح المشرع العراقي أساليب من شأنها المحافظة على أموال الصغير من خلال إدارتها واستثمارها، ولغرض توضيحها سنقسم المطلب إلى الفرعين التاليين:

الفرع الأول -إدارة أموال الصغير

الفرع الثاني - استثمار أموال الصغير

الفرع الأول

إدارة أموال الصغير

تتولى دائرة رعاية القاصرين تثبيت ما لكل قاصر من عقارات ومنقولات خلال مدة القصر سواء عند قيامها بالإدارة أو لغرض إشرافها على من يقوم بذلك ، كما أنها تتولى أعمال الإدارة المعتادة تبعا للتعليمات التي يصدرها مجلس رعاية القاصرين إذا لم يكن للقاصر ولي أو وصي أو قيم[185] .

---

(183) المرقم(67) لسنة 1983 .

(184) ينظر المادة (13). تقوم الهيئة العامة لشئون القُصّر بمجرد ورود البلاغات المنصوص عليها في المادة السابقة باتخاذ الإجراءات اللازمة للمحافظة على حقوق القُصّر وحصر أموالهم الثابتة والمنقولة وجميع ما لهم من حقوق وما عليهم من التزامات ، ينظر المادة (14).

(185) ينظر الفقرة (اولا و ثالثا من المادة 40) من قانون رعاية القاصرين العراقي .

نظم قانون رعاية القا صرين كل ما يتعلق بإدارة أموال ال صغير بالن سبة للولي أو الو صي أو القيم والتي نوضحها على النحو الآتي :

أولا- فرض القانون المحافظة على أموال القاصـــر وأوجب على من يتولى أمره القيام بأعمال الإدارة المعتادة على أن يبذل في كل ذلك ما يطلب من الوكيل المأجور بذله وفقا لأحكام القانون المدني[186].

ثانيا- من حيث نفقة الصغير بين القانون ما يلي :

1- للولي أو الوصي أو القيم تسلم الراتب التقاعدي للقاصر مع المخصصات والإضافات بموجب قانون التقاعد وبما لايزيد عن المبلغ الذي يحدده مجلس رعاية القاصـــرين ومازاد عن الحد يودع في مديرية رعاية القاصرين لاستثماره وفق القانون[187].

2- للولي أو الوصـــي أو القيم أو من يتولى رعاية الصـــغير أن يتســـلم من مديرية رعاية القاصـــرين النفقة الشهرية التي تقدرها المحكمة للصغير [188] .

3- على الولي أو الوصـــي أو القيم إيداع ما زاد على نفقة الصـــغير وما يزيد عما أذن له بصـــرفه من النقود في صندوق أموال القاصرين خلال عشرة أيام من استلامه المبلغ.[189] بالإضافة إلى ذلك فقد تم إنشاء صندوق للعناية بالقاصرين له ذمة مالية مستقلة يمول مما يخصصه مجلس رعاية القاصرين من ريع المبالغ المودعة في صندوق أموال القا صرين ،و50% من صافي ما يرد للإدارات المحلية من أموال عن تركات من لا وارث له وفق قانون الأحوال ال شخ صية، ومايخ صص لل صندوق من الميزانية العامة للدولة ، وأخيرا المنح والمساعدات الواردة للصندوق[190].

وأوضحت المادة (25) مهام الصندوق، والتي نوضحها على النحو الآتي:

1- تخصيص نفقة شهرية للصغير الذي تتولى دائرة رعاية القاصرين رعايته ونفد ماله أو أصبح ما عنده من مال لا يفي حاجته ولا يوجد من يتولى الإنفاق عليه ولحين بلوغه سن الرشد.

2- دفع إعانة مقطوعة للصغير المشمول بالفقرة أعلاه لسد حاجة ضرورية طارئة[191].

ثالثا - من حيث إدارة وتعمير أموال الصغير والتصرف فيها:

(186) ينظر المادة (41) من قانون رعاية القاصرين العراقي.

(187) ينظر المادة (44) من قانون رعاية القاصرين العراقي .

(188) ينظر (الفقرة اولا من المادة 45 من قانون رعاية القاصرين العراقي) كما اوضحت الفقرة ثانيا ان لمدير عام دائرة القاصرين ان يأذن بصـــرف نفقة ثلاثة اشـــهر مقدما بناء على طلب تحريري وســـبب يقدمه الولي او الوصـــي او القيم او من يتولى رعاية ال صغير.واذا حدثت امور غير اعتيادية كمرض ال صغير او سفره لاغراض الدرا سة او غيرها فيجوز لمن يقوم مقام ال صغير صرف المبالغ اللازمة لذلك وفق التعليمات التي يصدرها مجلس رعاية القاصرين (ينظر المادة 46).

(189) ينظر الفقرة اولا / م 48 من قانون رعاية القاصـــرين العراقي).كما بينت الفقرة ثانيا اذا لم يتم الايداع خلال المدة المحددة فعلى لجنة المحاســـبة الزام الولي او الوصـــي بدفع الحد الاعلى للفائدة القانونية عن المبلغ الواجب دفعه وقرار اللجنة قابلا للتنفيذ وفق احكام قانون التنفيذ.

(190) ينظر المادة (24) من قانون رعاية القاصرين العراقي.

(191) مع ملاحظة ان تلك النفقات والاعانات لات صرف الا بعد موافقة مجلس رعاية القا صرين ، ويجوز للمجلس ان يخول المدير العام صلاحياته.

1- للولي أو الوصي أو القيم أن ينفق بغير إذن من مديرية رعاية القاصرين على تعمير وإدامة مال الصغير في الأمور المستعجلة والضرورية بما لايزيد على 10% من الوارد السنوي لكل عقار. ولمديرية رعاية القاصرين أن تأذن بالصرف بحدود 50% من الوارد المذكور وأما ما زاد على ذلك فيكون بموافقة المدير العام لدائرة رعاية القاصرين[192].

2- يؤجر عقار الصغير الخالي من الشواغل وفق التعليمات التي يصدرها مجلس رعاية القاصرين[193].

3- للولي أو الوصي بموافقة مديرية رعاية القاصرين أن يقوم بإنشاء بناء على عقار عائد للصغير أو له حصة فيه إذا تحققت مصلحة الصغير[194].

4- لايباع عقار الصغير إلا بموافقة مديرية رعاية القاصرين وتوافر أحد الأسباب التالية :

ا- عدم وجود مال آخر لنفقة الصغير .ب- وجود أحكام واجبة التنفيذ صادرة بمبلغ معين على الصغير أو على التركة ولا يوجد مال آخر لإيفائه .ج- وجود حصص مشاعة للصغير لاتدر له إيرادا منا سبا يمكن الانتفاع به[195].

5- لا يجوز شراء عقار للصغير من أمواله إلا بموافقة مديرية رعاية القاصرين في إحدى الحالات الآتية

ا- إذا كان الصغير يملك حصصا مشاعة في عقار جرى بيعه عن طريق إزالة الشيوع وكان في شرائه منفعة له. ب- إذا اقتضت الحاجة تأمين سكن له. ج- إذا كان العقار موضوعا بالمزايدة لتحصيل دين على الصغير ولم يجر الضم عليه أو لم يبلغ الضم المبلغ الكافي لإيفاء الدين على أن لا يتجاوز بدل الشراء 80% من قيمته[196].

كما أجاز القانون لمجلس رعاية القاصرين إصدار التعليمات الخاصة بكيفية قيام مديريات رعاية القاصرين بأعمالها في إدارة أموال الصغير[197]. وللمجلس أن يقرر استقطاع نسبة لا تتجاوز 3% من صافي عائد استثمار أموال الصغير المدارة من قبل مديريات رعاية القاصرين يسجل في الحساب المستقل لدائرة رعاية القاصرين [198].

---

(192) ينظر المادة (47) من قانون رعاية القاصرين العراقي.

(193) ينظر المادة (49) من قانون رعاية القاصرين العراقي.واذا تولت دائرة رعاية القاصرين القيام باعمالها في ادارة اموال الصغير خصوصا المتعلقة بايجار العقار وتعميره وصرف ما يقتضي عندها تتبع التعليمات الصادرة عن مجلس رعاية القاصرين (ينظر المادة51).

(194) ينظر المادة (54) من قانون رعاية القاصرين العراقي.

(195) ينظر الفقرة اولا / من المادة 55 من قانون رعاية القاصرين العراقي) كما بينت المادة نفسها في الفقرة الثانية انه لمدير عام دائرة القاصرين في غير الحالات المذكورة ان يوافق على بيع العقار للصغير اذا تحقق وجود مصلحة ظاهرة ونفع كبير له .

(196) ينظر الفقرة اولا/ من المادة 56 من قانون رعاية القاصرين العراقي). كما اجازت الفقرة ثانيا من نفس المادة انه لمدير عام دائرة القاصرين في غير الحالات المذكورة ان يوافق على شراء العقار للصغير وتشييد ابنية له اذا تحقق له في ذلك مصلحة ظاهرة .

(197) ينظر المادة (51) من قانون رعاية القاصرين العراقي.

(198) ينظر(الفقرة اولا من المادة 52 من قانون رعاية القاصرين العراقي)كما بينت الفقرة ثانيا عند قيام رعاية القاصرين بادارة الاموال الشائعة تتقاضى من صافي عائد حصة غير المشمولين برعايتها نسبة لاتزيد 5% وفق ما يقدره مجلس رعاية القاصرين ويسجل في الحساب المستقل .

أما بالنسبة إلى القوانين المقارنة فقد ذكر قانون الولاية على المال المصري أن الولي يقوم على رعاية أموال القاصر وله إدارتها وولاية التصرف فيها مع مراعاة الأحكام المقررة بهذا القانون[199]. وعليه أن يحرر قائمة بما يكون للقاصر من مال أو ما يؤول إليه، وأن يودع هذه القائمة قلم كاتب المحكمة التي يقع بدائرتها موطنه في مدى شهرين من بدء الولايه أو من أيلولة هذا المال إلى الصغير، ويجوز للمحكمة اعتبار عدم تقديم هذه القائمة أو التاخير في تقديمها تعريضا لمال القاصر للخطر[200]. أما بالنسبة للنفقة فإن للولي أن ينفق على نفسه من مال الصغير إذا كانت نفقته واجبة عليه، وله كذلك أن ينفق منه على من يجب على الصغير نفقته[201]. أما الوصي فإنه يتسلم أموال القاصر ويقوم على رعايتها وعليه أن يبذل في ذلك من العناية ما يطلب من الوكيل المأجور وفقا لأحكام القانون المدني[202]، وللمحكمة أن تلزم الوصي بتقديم تأمينات بالقيمة التي تراها، وتكون مصروفات تقديم هذه التأمينات على حساب القاصر[203].

وبالنسبة إلى قسمة المال فإنه يتوجب على الوصي أن يستأذن المحكمة في قسمة مال القاصر بالتراضي إذا كانت له مصلحة في ذلك ، فإذا أذنت المحكمة عينت الأسس التي تجرى عليها القسمة والإجراءات الواجبة الاتباع، وعلى الوصي أن يعرض على المحكمة عقد القسمة للتثبت من عدالتها وللمحكمة في جميع الأحوال ان تقرر اتخاذ إجراءات القسمة القضائية[204].

وإذا رفعت دعوى على القاصر أو المحجور عليه أو الغائب من وارث آخر جاز للمحكمة بناء على طلب من ينوب عنه أو بناء على طلب النيابة العامة أن توقف القسمة مدة لا تتجاوز خمس سنوات إذا ثبت لها أن في التعجيل بها ضررا جسيما[205]. أما واجبات الوصي فعليه أن يعرض على المحكمة - بغير تأخير- ما يرفع على القاصر من دعاوى وما يتخذ قبله من إجراءات التنفيذ وأن يتبع في شانها ما تأمر به المحكمة[206] . وعلى الوصي أن يودع باسم القاصر في إحدى خزائن المحكمة أو أحد المصارف -حسبما تشير به المحكمة- كل ما يحصله من نقود، بعد استبعاد النفقة المقررة والمبلغ الذي تقدره المحكمة إجماليا لحساب مصروفات الإدارة، وذلك خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تسلمه ، ولا يجوز أن يسحب شيئا من المال المودع إلا بإذن من المحكمة[207] . وعلى الوصي أن يودع باسم القاصر في المصرف الذي تشير به المحكمة ما ترى أنه لازم إيداعه من أوراق مالية ومجوهرات ومصوغات وغيرها، وذلك خلال خمسة عشرة يوما من تاريخ تسلمها، وليس له ان يسحب شيئا منها بغير إذن المحكمة[208]، وعلى الوصي أن يقدم حسابا مؤيدا بمستندات عن إدارته قبل أول يناير من كل سنة ويعفي الوصي عند تقديمه الحساب السنوي إذا كانت أموال القاصر لا تزيد على خمسمائة جنيه ما

(199) ينظر المادة (4) من قانون الولاية على المال المصري .
(200) ينظر المادة (16) من قانون الولاية على المال المصري.
(201) ينظر المادة (17) من قانون الولاية على المال المصري.
(202) ينظر المادة (36) من قانون الولاية على المال المصري.
(203) ينظر المادة (37) من قانون الولاية على المال المصري.
(204) ينظر المادة (40) من قانون الولاية على المال المصري.
(205) ينظر المادة (41) من قانون الولاية على المال المصري.
(206) ينظر المادة (42) من قانون الولاية على المال المصري
(207) ينظر المادة (43) من قانون الولاية على المال المصري.
(208) ينظر المادة (44) من قانون الولاية على المال المصري.

لم تر المحكمة غير ذلك. وفي جميع الأحوال يجب على الوصي إن استبدل به غيره أن يقدم حسابا خلال ثلاثين يوما من تاريخ انتهاء وصايته[209].

أما بالنسبة إلى قانون الأحوال الشخصية السوداني ، فقد ذكر أن الولاية على أموال القاصر تشمل جميع النواحي حفظا وتصرفا واستثمارا[210]، وأوجب على الوصي إدارة أموال القاصر ورعايتها وأن يبذل في ذلك من العناية ما يبذله في إدارة أموال أولاده.[211] وتخضع تصرفات الوصي لرقابة القاضي المختص،[212] ويلزم الوصي بتقديم حسابات دورية عن تصرفاته في إدارة أموال القاصر بالكيفية التي يحددها القاضي المختص[213].

أما القانون المدني الكويتي فإنه أوضح حدود تصرفات الولي أو الوصي[214] ومنها يتضح كيفية إدارة أموال الصغير.

وبالنسبة إلى قانون الولاية على أموال القاصرين القطري فإن القاضي يأذن للوصي المختار ببيع عقار القاصر إذا ثبت لديه ما يلي: 1- كون الضرورة أو المصلحة تدعو لذلك. 2- أن هذا العقار أولى بالبيع من غيره. 3- أن البيع بثمن حال ولا يوجد ثمن أعلى منه. ويصدر القاضي الإذن بعد أخذ رأي الهيئة.[215] وللقاضي أن يأذن للوصي المختار بشراء عقار للقاصر إذا ثبت لديه أن شراء ذلك العقار فيه مصلحة للقاصر ويصدر القاضي الإذن بعد أخذ رأي الهيئة[216].

أما قانون مدونة الأسرة المغربي فقد أكد على ضرورة قيام الوصي أو المقدم بإحصاء مال المحجور مع تقديمه ملاحظات على الإحصاء واقتراح مبلغ النفقة السنوية للمحجور ولمن تجب نفقته عليه ومقترحاته بالإجراءات المستعجلة الواجب اتخاذها للمحافظة على مال المحجور والمقترحات المتعلقة بإدارة اموال المحجور والمداخيل الشهرية أو السنوية لأموال المحجور[217]، وعلى الوصي أو المقدم أن يسجل كل التصرفات التي يقوم بها باسم المحجور مع تاريخها[218].

يلاحظ مما سبق أن المشرع العراقي في قانون رعاية القاصرين فرض على الولي أو الوصي أو القيم إلزاما بإيداع كل المبالغ الزائدة في مديرية رعاية القاصرين ، ولم نجد في القوانين المقارنة هذا الإجراء.

---

(209) ينظر المادة (45) من قانون الولاية على المال المصري.

(210) ينظر المادة (238)من قانون الاحوال الشخصية السوداني.

(211) ينظر المادة (249) من قانون الاحوال الشخصية السوداني.

(212) ينظر المادة (250) من قانون الاحوال الشخصية السوداني.

(213) ينظر المادة (251) من قانون الاحوال الشخصية السوداني.

(214) ينظر مبحث سلطات النائب عن الصغير من هذا البحث .

(215) ينظر المادة (41) من قانون الولاية على اموال القاصرين القطري.

(216) ينظر المادة (42)) من قانون الولاية على اموال القاصرين القطري.

(217) ينظر المادة (249) من قانون مدونة الاسرة المغربي.يحفظ ملف الاحصاء ومرفقاته بملف النيابة الشرعية ، ولكل من النيابة والنائب الشرعي ومجلس العائلة او عضو او اكثر من الاقارب عند الانتهاء من الاحصاء تقديم ملاحظاتهم الى القاضي المكلف بشؤون القاصرين حول تقدير النفقة واختيار السبل التي تحقق حسن تكوينه وتوجيه التربوي وادارة امواله.واكد القانون القيام بالاحصاء النهائي بامر من القاضي . واذا ظهر مال لم يشمله الاحصاء اعد الوصي او المقدم ملحقا به يضاف الى الاحصاء الاول (ينظر المواد من (250الى252 و254) من قانون مدونة الاسرة المغربي.

(218) ينظر المادة (253) من قانون مدونة الاسرة المغربي.

وإنما على العكس جعلت الأموال تحت إدارة الولي أو الوصي تبعا لسلطاتهم، ووجود مراقبة من حيث تقديم قائمة إلى المحكمة في فترات محددة أو تقديم تأمينات.

إذن يمكن القول بأن إدارة أموال الصغير في القانون العراقي تكاد تكون معدومة على اعتبار أن تلك الأموال مودعة في مديرية رعاية القاصرين، الأمر الذي ينعكس سلبا على مصلحة الصغير، مما يعني أن المشرع أخل بأحد أسس قانون رعاية القاصرين[219]. وهذا الأمر يتطلب إعادة النظر بتلك الأحكام وإعطاء سلطات للولي أو الوصي بإدارة أموال الصغير عن طريق تسليم تلك الأموال لهم وإدارتها بإشراف جهة مختصة؛ إما رعاية القاصرين أو المحكمة بعد أخذ رأي رعاية القاصرين .

الفرع الثاني

استثمار أموال الصغير

بين قانون رعاية القاصرين العراقي كيفية استثمار أموال الصغير وقد نصت المادة (60)على أنه (يؤسس في دائرة رعاية القاصرين صندوق باسم صندوق أموال القاصرين لاستثمار أموال القاصرين وفق أحكام هذا القانون وتكون له شخصية معنوية وذمة مالية مستقلة تؤهله تملك الأموال المنقولة وغير المنقولة ...)

ويتم استثمار المبالغ المودعة بصورة موحدة كودائع ثابتة بالمصارف بالفائدة التي يتفق عليها مع المصارف مالم يتقرر استثمارها في الأغراض الأخرى المنصوص عليها في هذا القانون، ولدائرة رعاية القاصرين بقرار من مجلس رعاية القاصرين استثمار المبالغ المودعة في صندوق أموال القاصرين في السندات الحكومية وحوالات الخزينة وفي تملك العقارات وتسجيلها باسم صندوق أموال القاصرين على أن لاتتجاوز المبالغ المستثمرة لهذا الغرض 50% من مجموع الودائع الثابتة للصندوق[220].

إن إيداع المبالغ العائدة للقاصرين كودائع ثابتة وبمرور الوقت أدى -والحالة هذه- إلى فقد قيمتها الشرائية والإضرار بشكل كبير بالصغير حيث لم تؤخذ مؤشرات التضخم بنظر الاعتبار الأمر الذي أدى إلى فقد قيمتها الشرائية، وهذا يعني أن الهدف الذي من أجله شرع قانون رعاية القاصرين؛ ألا وهو حماية أموال الصغير والعمل على تنميتها واستثمارها لم يتحقق بل على العكس. والجهود الآن تسير بصدد حل مشكلة الأموال المودعة في البنوك، الأمر الذي دعا مجلس رعاية القاصرين إلى الموافقة على جعل ودائع القاصرين ودائع أهلية وليس ثابتة وبنسبة تصل الى 5.5% بعد أن كانت تعد ضمن الودائع الحكومية التي تحتسب فوائدها بنسبة 2.5%. ومن الأسباب التي دعت مجلس رعاية القاصرين إلى إصدار تلك الموافقة ضمان الاستثمار الأمثل لهذه الأموال وبعيدا عن المضاربة والخسارة[221]، كذلك اقتراح السيد وزير العدل في نهاية عام 2012 ابشراء سبائك ذهب للقاصرين لكل من يرغب بالشراء لحين بلوغ الصغير سن الرشد، وقيام دائرة رعاية القاصرين وبعد سنة 2012

---

1) نصت المادة (2) على انه(سادسا- المحافظة على اموال القاصرين واستثمارها بما يحقق منافع اكثر لهم ويتلاءم مع خطط التنمية القومية).

(220) ينظر المادة (61) من قانون رعاية اموال القاصرين العراقي.

(221).) ينظر عبد الرضا المالكي ، استثمار اموال رعاية القاصرين والمردودات المالية الربحية ، مقال منشور في جريدة البينة متاح على الموقع -www.al bayyna.com

بشـــراء عقارات في بعض المحافظات. وكذلك الاشـــتراك في المزايدات التي يطرحها البنك المركزي العراقي[222]. بالإضافة إلى أن البرلمان العراقي. وبصدد مناقشة تعديل قانون رعاية القاصرين. ناقش مشكلة المبالغ المودعة بالقاصرين وكيفية احتسابها لا سيما المبالغ التي فقدت قيمتها [223].

أما بالنسبة إلى القوانين المقارنة فقد بين قانون الهيئة العامة لشؤون القصر الكويتي أن أحكامه تسري على القُصّر من الكويتيين الذين لا ولي ولا وصي لهم وعلى الحمل المستكن الذي لا وصي له والقوامة على ناقصي الأهلية وفاقديها والمفقودين والغائبين من الكويتيين الذين لم تعين المحكمة قيما لإدارة أموالهم . والإشـــراف على تصـــرفات الأوصـــياء والقوامة لآخرين إذا عهدت إليها المحكمة بذلك . وإدارة أموال الأثلاث التي يوصى بها على يدها أو التي تعين عليها[224]. ونصت المادة (7) منه على أنه (لا يجوز للهيئة مباشرة التصرفات الآتية إلا بإذن مجلس الإدارة:

أ- التصرف في العقار متى كان التصرف ناقلا للملك أو مرتبا لحق عيني أصلي أو تبعي أو تغييره أو نقله.

ب- التصرف في المنقولات أو الحقوق الشخصية أو الأوراق المالية فيما عدا ما يدخل في أعمال الإدارة العادية .

ج- قبول التبرعات المقترنة بشرط أو رفضها.

د- استثمار الأموال وتصفيتها.

هـ- القيام بالأعمال التجارية أو الصناعية أو الزراعية أو تصفيتها.

و- إجارة العقارات لمدة أكثر من ثلاث سنوات أو لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغ القاصر سن الرشد لأكثر من سنة .

ز- تنفيذ التصرفات التي أبرمها المورث بعد التثبت من أن المورث ملتزم بها .

ح- الوفاء الاختياري بالالتزامات التي يثبت أنها على التركة أو على المشمولين برعايتها.

ط- تقدير النفقة اللازمة لمن تتولى رعاية شؤونهم ولمن عليهم نفقتهم.

ي- تقدير ما يصرف في إعداد السكن أو في تزويج من تتولى رعاية شؤونهم .

ك- التنازل عن الحقوق أو التأمينات أو إضعافها.

ل- الصلح والتحكيم.

م- قسمة أموال القاصر بالتراضي .....).

وأما بالنسبة إلى الاستثمار فإنه يتم وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية. ويجوز للهيئة بعد إذن مجلس إدارتها أن تقوم باستثمار حصة من الأموال باسمها. وذلك بنسبة تسمح بتسليم من تزول صـــفتها عنهم جميع رؤوس أموالهم . وعلى أن توزع أرباح هذه المشـــروعات على المشـــمولين

(222)(هذا ماأكده السـيد مدير عام دائرة رعاية القاصـرين في محافظة نينوى الاسـتاذ فرج يوسـف توما عند اجراء مقابلة شخصية معه في 2013/2/15

(223) للمزيد من التفصيل ينظر محاضرجلسات اجتماع البرلمان العراقي وتحديدا محضر جلسة رقم (4) / الجزء الثاني في على الموقع الالكتروني2011/6/29 www.parliment.iq

(224) ينظر المادة (2)من قانون هيئة القصر الكويتي.

برعايتها بنسبة أرصدتهم الثابتة بسجلاتها.[225] ويجوز لكل من المحكمة المختصة ومجلس إدارة الهيئة أن يعهد بإدارة نصيب القاصر إلى أقربائه أو الشركاء في الملك من غير المشمولين برعاية الهيئة على أن يلتزموا بتقديم حساب سنوي عن ذلك[226]. ولمجلس إدارة الهيئة أن يقرر اقتطاع نسبة لا تتجاوز (5%) من صافي عائد استثمار الأموال التي تديرها على أن تخصص لما يعود بالنفع العام على كافة الأغراض التي أنشئت من أجلها[227].

ويلاحظ مما سبق أن المشرع العراقي انتهج طريقا لم يرد في القوانين المقارنة وحتى قانون الهيئة العامة لشؤون القصر الكويتي. وقد أثبت الواقع العملي، والمشار إليه سابقا، أن استثمار أموال الصغير عن طريق صندوق أموال القاصرين أثبت فشله، الأمر الذي يتطلب إعادة النظر بتلك الأحكام وفسح المجال لاستثمار أموال الصغير عن طريق الولي أو الوصي بضوابط يحددها القانون.

المطلب الثالث

محاسبة الأولياء والأوصياء

تتشكل في كل مديرية من مديريات رعاية القاصرين لجنة لمحاسبة الأولياء والأوصياء[228]، وتجري المحاسبة على ما يتسلمه الأولياء والأوصياء من أموال. ولأجل بيان طريقة المحاسبة والجزاءات المترتبة على الإخلال، سنقسم المطلب إلى الفرعين الآتيين:

الفرع الأول- طريقة المحاسبة

أوضح قانون رعاية القاصرين أن على الولي أو الوصي أو القيم أن يقدم الحساب السنوي إلى مديرية رعاية القاصرين خلال مدة أقصاها نهاية شهر كانون الثاني من كل سنة، أو في أي تاريخ آخر يحدده مجلس رعاية القاصرين مع تعزيز الواردات بالوثائق والمستندات والمصروفات التي جرى العرف على إعطاء وصولات بها[229]. وتقوم لجنة المحاسبة بتدقيق الحسابات التي يقدمها المكلف بإدارة أموال الصغير وتتخذ قرارها بتصديق الحساب أو رفضه وإلزام الولي أو الوصي أو القيم بتسليم المبالغ أو رد الأموال الداخلة بذمته[230].

من الممكن أن يصدر مجلس رعاية القاصرين التعليمات حول السجلات التي على المكلف مسكها وكيفية إجراء المحاسبة وتصديق الحسابات[231].

الفرع الثاني- جزاءات إخلال الولي أو الوصي

بين قانون رعاية القاصرين جزاءات متنوعة، ويمكن أن نوضحها على النحو الآتي :

---

(225) ينظر المادة (11) من قانون هيئة القصر الكويتي..

(226) ينظر المادة (19) من قانون هيئة القصر الكويتي..

(227) ينظر المادة (22) من قانون هيئة القصر الكويتي..

(228) ينظر المادة (65) من قانون رعاية القاصرين العراقي.

(229) ينظر المادة (66) من قانون رعاية القاصرين العراقي .

(230) ينظر(الفقرة اولا/ من المادة 68) من قانون رعاية القاصرين العراقي.

(231) ينظر المادة (69) من قانون رعاية القاصرين العراقي.

أولا -إذا لم يقدم المكلف الحساب السنوي فعلى مديرية رعاية القاصرين إنذاره بوجوب تقديمه خلال مدة عشرة أيام من تاريخ التبليغ، وإذا لم يقدم -رغم الإنذار- تضع مديرية رعاية القاصرين يدها على الأموال ولا تعاد إلا بعد تقديم الحساب وتصديقه[232].

ثانيا- عند امتناع المكلف عن تقديم الحساب السنوي يمكن طلب تحريك الدعوى الجزائية وفقا لأحكام قانون العقوبات أو أي نص عقابي آخر وطلب تضمينه الأضرار إن وجدت، والإشعار إلى الادعاء العام للمتابعة[233] .

ثالثا - لمديرية رعاية القاصرين بناء على توصية لجنة المحاسبة أن تطلب من المحكمة المختصة عزل الوصي أو القيم إذا تحقق أن مصلحة الصغير تقضي بذلك[234].

أجاز قانون رعاية القاصرين الطعن بقرار لجنة المحاسبة من قبل المكلف لدى مجلس رعاية القاصرين خلال عشرة أيام من تاريخ التبلغ به، ويكون القرار الصادر باتا قابلا للتنفيذ في مديريات التنفيذ وفقا لأحكام قانون التنفيذ[235].

أما بالنسبة إلى موقف القوانين المقارنة من حيث طريقة المحاسبة والجزاءات، فقد اتجه المشرع المغربي إلى إيجاد نوعين من الرقابة؛ النوع الأول: مراقبة تصرفات الوصي أو المقدم ، حيث أجاز القانون للمحكمة أن تجعل على الوصي أو المقدم مشرفا مهمته مراقبة تصرفاته وإرشاده لما فيه مصلحة المحجور وتبليغ المحكمة ما قد يراه من تقصير أو ما يخشاه من إتلاف في مال المحجور[236]، النوع الثاني: الرقابة القضائية حيث تتولى المحكمة رقابة النيابات القانونية، ويقصد بها رعاية مصالح عديمي الأهلية وناقصيها والأمر بكل الإجراءات اللازمة للمحافظة عليها والإشراف على إدارتها [237] . كما أوجب القانون على الوصي أو المقدم أن يقدم إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين حسابا سنويا عن كيفية إدارته لأموال المحجور وتنميتها، وعن العناية بتوجيهه وتكوينه، وللمحكمة بعد تقديم التقرير اتخاذ كل الإجراءات التي تراها ملائمة للمحافظة على أموال المحجور ومصالحه المادية والمعنوية[238]. وبين القانون الجزاء المترتب على الإخلال بالتزاماته في إدارة شؤون المحجور حيث يطبق بحقه أحكام مسؤولية الوكيل بأجر ولو مارس مهمته بالمجان، ويمكن مساءلته جنائيا عند الاقتضاء[239] فضلا عن إمكانية إعفائه أو عزله [240] .

أما بالنسبة إلى قانون الولاية على أموال القاصرين القطري فقد أجاز للقاضي من تلقاء نفسه أو بناءا على طلب الهيئة أو غيرها من ذوي الشأن سلب الولاية أو الحد منها أو وقفها إذا

(232) ينظر (الفقرة ثالثا من المادة 68) من قانون رعاية القاصرين العراقي

(233) ينظر المادة (67) من قانون رعاية القاصرين العراقي.

(234) ينظر الفقرة رابعا من المادة (68) من قانون رعاية القاصرين العراقي

(235) ينظر الفقرة اولا من المادة 68) من قانون رعاية القاصرين العراقي.

(236) ينظر المادة (248) من قانون مدونة الأسرة المغربي.

(237) ينظر(المادة 265) من قانون مدونة الأسرة المغربي..

(238) ينظر المادة (255) من قانون مدونة الأسرة المغربي..وعلى الوصي الاستجابة لطلب القاضي في اي وقت للادلاء بايضاحات عن ادارة اموال المحجور او تقديم حساب عنها (ينظر المادة 256 من قانون مدونة الأسرة المغربي.)

(239) ينظر المادة (257)، من قانون مدونة الاسرة المغربي.

(240) ينظر المادة (270) من قانون مدونة الاسرة المغربي.

أصبحت أموال القاصر في خطر بسبب سوء تصرف الولي أو غيبته أو حبسه[241] وإذا أخل الوصي بأي من الواجبات المفروضة عليه بمقتضى أحكام هذا القانون أو امتنع دون عذر مقبول عن تسليم أموال القاصر فإنه يكون ضامناً لكل ما يلحق القاصر من ضرر[242]. وإذا أساء إدارة مال القاصر أو أهمل فيها أو أصبح في بقائه خطر على مصلحة القاصر فإن ذلك يعد أحد أسباب عزل الوصي المختار[243]، وكل تعهد أو إبراء أو مصالحة يحصل عليها الوصي من القاصر الذي رُشّد قبل تصفية الحساب لا تصبح نافذة إلا بعد اعتمادها من القاضي[244].

أما قانون الولاية على المال المصري فقد أجاز للمحكمة سلب ولاية الولي أو أن تحد منها إذا أصبحت أموال القاصر في خطر بسبب سوء تصرف الولي أو لأي سبب آخر[245]، كما أن الأب يسال عن خطئه الجسيم، أما الجد فيسأل مسؤولية الوصي[246]، كما أن أحد أسباب عزل الوصي إساءة الإدارة أو الإهمال أوإن أصبح بقاؤه خطرا على مصلحة القاصر[247]. وأجاز القانون تعيين مشرف مع الموصي ولو كان مختارا يتولى مهمة المراقبة على النائب عن عديمي الأهلية في إدارته وعليه إبلاغ المحكمة أو النيابة بكل أمر تقتضي المصلحة رفعه اليهما[248]، كما أن القانون أوقع جزاءات جنائية ومدنية جراء الإخلال بالواجبات المفروضة حيث يحكم عليه بالغرامة وحرمانه من الأجرة كلها أو بعضها وعزله ويجوز للمحكمة أن تمنح القاصر هذه الغرامة أو جزءا منها[249]. ويحكم بالحبس والغرامة أو باحدى هاتين العقوبتين على كل وصي أو قيم انتهت نيابته إذا كان -بقصد الإساءة- امتنع عن تسليم أموال القاصر أو إدارته، مالم ينص القانون على عقوبة أشد[250]، أما الجزاء المدني فيتمثل بمسؤولية النائب عن الأضرار التي تلحق بالقاصر ويسأل مسؤولية الوكيل بأجر[251].

أما القانون المدني الكويتي فقد أجاز للمحكمة بناء على طلب إدارة شؤون القصر أو أي ذي شان آخر أيضا تقييد الولاية إذا توافرت أسباب جدية يخشى معها الضرر على أموال الصغير من ولاية الأب أو الجد أو الوصي المختار[252]، كما بين القانون أنه بالإمكان أن يتولى المشرف الرقابة على تصرفات الوصي، وعليه أن يرفع إلى المحكمة كل أمر تقتضي مصلحة القاصر رفعه اليها[253]. وأخيرا

(241) ينظر المادة (14) من قانون الولاية على اموال القاصرين القطري.

(242) ينظر المادة (25) من قانون الولاية على اموال القاصرين القطري.

(243) ينظر (الفقرة 3/ من المادة 27) من قانون الولاية على اموال القاصرين القطري.

(244) ينظر المادة (30) من قانون الولاية على اموال القاصرين القطري.

(245) ينظر المادة (20) من قانون الولاية على المال المصري.

(246) ينظر (المادة 24) من قانون الولاية على المال المصري..

(247) ينظر المادة (49) من قانون الولاية على المال المصري..

(248) ينظر المادة (80و81).وعلى النائب اجابة المشرفين الى كل ما يطلبه من ايضاح عن ادارة الاموال .

(249) ينظر المادة (84) من قانون الولاية على المال المصري..

(250) ينظر المادة 88) من قانون الولاية على المال المصري.

(251) ينظر المادة (86) من قانون الولاية على المال المصري.

(252) ينظر المادة (110) من القانون المدني الكويتي .

(253) ينظر المادة (124) من القانون المدني الكويتي.وعلى الوصي اجابة المشرف الى كل ما يطلبه من ايضاح عن تصرفاته في اموال الصغير . ينظر المادة (125) من القانون المدني الكويتي.

يسأل الأب والجد والأم في مباشرتهم الولاية عن خطئهم الجسيم ولو تقاضوا أجرا، أما غير هؤلاء فيسألون مسؤولية الوكيل الماجور ولو كانوا لايتقاضون عن مهامهم أجرا[254].

واعتبر قانون الهيئة العامة لشؤون القصر الكويتي أنه إذا غاب الولي أو الوصي أو القيّم أو حجر عليه أو أصبحت أموال القاصر أو الحمل المستكن أو المحجور عليه في خطر جاز للهيئة العامة لشؤون القُصّر أن تطلب إلى المحكمة المختصة عزله. ويجوز بناء على طلب الهيئة أن تعين المحكمة حارسا لإدارة الأموال. ومتى قضت المحكمة بذلك جاز لها تعيين الهيئة لتحل محله، وعلى من صدر الحكم بعزله تسليم ما تحت يده من أموال إلى من حل محله مع تقديم حساب مفصل عن مدة إدارته خلال ثلاثة أشهر من تاريخ صدور الحكم، فإذا امتنع عن تقديم هذا الحساب رفع الأمر إلى المحكمة[255]. كما لا يجوز لأعضاء مجلس إدارة الهيئة العامة لشؤون القُصّر ولا للعاملين بها أن يشتروا أو يستأجروا مالا من أموال الذين تتولى الهيئة الوصاية أو القوامة عليهم، أو الإشراف على الأوصياء أو القوامة عليهم، وكذلك أموال الأثلاث التي تتولى إدارتها، فليس لهم أن يبيعوا أو يؤجروا بهذه الصفة شيئا من أموالهم أو يقايضوها بها سواء كان ذلك بطريق مباشر أو غير مباشر ولو كان بطريق المزاد العلني، ويقع باطلا كل تصرف يتم بالمخالفة للفقرة السابقة.[256].

وأخيرا اتجه قانون الأحوال الشخصية السوداني إلى إيجاد نوعين من المحاسبة؛ الأولى: اعتبار التصرف باطلا إذا باشره الولي لموليه ونتج عنه ضرر[257]، والثانية: الرقابة القضائية التي تخضع تصرفات الوصي إلى الرقابة[258]، كما ألزم القانون الوصي بتقديم حسابات دورية عن تصرفاته في إدارة أموال القاصر وبالكيفية التي يحددها القاضي المختص[259].

يلاحظ أن الجزاءات التي نص عليها المشرع العراقي وبالمقارنة مع سلطات الولي أو الوصي وآلية إدارة أموال الصغير واستثمارها تتسم بعدم التوافق من جهة ضيق الخناق على سلطات الولي والوصي من جهة، ومن جهة أورد جزاءات تتسم بالقسوة، وبالمقارنة مع الجزاءات الواردة في القوانين المقارنة نجد أنه يوجد تناسق بين صلاحيات الولي أو الوصي وقواعد إدارة أموال الصغير واستثمارها.
لذا نجد من الضروري إعادة النظر بتلك القواعد والنص على جزاءات - بعد إجراء تعديلات على سلطات الولي والوصي -بضمان الأضرار التي تلحق بأموال الصغير.

(254) ينظر المادة (146) من القانون المدني الكويتي.
(255) ينظر المادة (17)من قانون الهيئة العامة لشؤون القصر الكويتي .
(256) ينظر المادة (23)من قانون الهيئة العامة لشؤون القصر الكويتي
(257) ينظر المادة (242) من قانون الاحوال الشخصية السوداني.
(258) ينظر المادة(250) من قانون الاحوال الشخصية السوداني.
(259) ينظر المادة (251)) من قانون الاحوال الشخصية السوداني.

الخاتمة

بعد الانتهاء من كتابة البحث توصلنا إلى النتائج والتوصيات الآتية :

أولا - النتائج ، ويمكن أن نوضحها على النحو الآتي :

1- حماية أموال الصغير عبارة عن مجموعة من الوسائل والإجراءات التي تهدف إلى حفظ أموال الصغير و تنميتها واستثمارها إلى حين بلوغه سن الرشد وتسليمه الأموال ، وتحقيق النفع للصغير وفسح المجال لاستثمار أمواله في مشاريع تجارية .

2- اتفق كل من المشرع القطري والسوداني مع المشرع العراقي من حيث استخدامها لمعنى الصغير ومن في حكمه، كذلك اتفق المشرع الكويتي مع المشرع العراقي في القانون المدني من حيث تقسيم مراحل الصغير. بينما استعمل المشرع المغربي لفظي الصغير والقاصر للدلالة على الصغير وقريب منه المشرع المصري.

3- لم يأخذ المشرع العراقي بما يعرف بترشيد الصغير ، إلا أن البعض من القوانين المقارنة أشارت إلى إمكانية ترشيد الصغير كما هو الحال في قانون مدونة الأسرة المغربي وقانون الولاية على أموال القاصرين القطري والذي يعني اعتبار الصغير الذي لم يبلغ سن الرشد القانونية كامل الأهلية وفق الضوابط التي يحددها القانون .

4- اتفقت القوانين المقارنة مع القانون العراقي في حكم تصرفات الصغير غير المميز والمميز إلا فيما يتعلق بالتصرفات الدائرة بين النفع والضرر بالنسبة إلى الصغير المميز. حيث جعلتها قابلة للإبطال. أما القانون المدني العراقي فجعلها تصرفات موقوفة .

5- أجاز المشرع المصري والكويتي للقاصر إدارة أمواله والاتجار بها بحسب الضوابط التي نص عليها القانون ، بالإضافة إلى تحديد نطاق تصرف القاصر المتزوج الذي له مال ، والتفصيل الذي جاء به المشرع المصري لم يرد في القانون العراقي.

6- اعتبر قانون رعاية القاصرين العراقي أن ولي الصغير هو الأب ثم المحكمة. وقد ثار جدل حول موقف المشـــرع العراقي بين مؤيد ومعارض على الترتيب الوارد أعلاه من حيث إنه جعل الولاية في نطاق ضـــيق ، وكذلك انتقد الترتيب الوارد في القانون المدني العراقي على أساس أنه لم يفرق بين الولاية والوصاية. وأثار كذلك الاختلاف في تفسير المقصود من الأب الوارد في قانون رعاية القاصـــرين. واتجهت القوانين المقارنة -عدا المغربي حيث كان موقفه يشابه موقف قانون رعاية القاصرين العراقي -إلى ترتيب تسلسل الأولياء بشكل مختلف و في اتجاهات اتسمت بين الواسع والضيق.

7- عمد المشرع في قانون رعاية القاصرين إلى سلب سلطات الولي الممنوحة له بحسب قواعد القانون المدني. بالإضافة إلى المساواة في السلطات بين الولي و الوصي و القيم. في حين أن القوانين المقارنة ميزت بوضـــوح عدا قانون مدونة الأســـرة المغربي - بين سلطات الأب والجد وبين سلطات الولي والوصي.

8- وصي الصغير وبحسب ما ذهب إليه المشرع العراقي إما مختار أو منصوب، وقد يكون وصيا للخصومة فقط. أما القوانين المقارنة فقد اختلفت فيما بينها من حيث تسلسل الأوصياء إلا أنها متفقةعلى أن للأب الحق في اختيار الشخص الذي يتولى إدارة شؤون أموال ابنه الصغير.

9- يعتبر تحرير التركة وتصفيتها إحدى وسائل حماية أموال الصغير في قانون رعاية القاصرين العراقي ، وتعد الإجراءات التي أوردها المشرع العراقي من شأنها الحفاظ على حقوق الصغير. كما أشار إليها قانون مدونة الأسرة المغربي وقانون الولاية على أموال القاصرين القطري وقانون الهيئة العامة لشؤون القصر الكويتي. أما قانون الولاية على المال المصري وقانون الأحوال الشخصية السوداني فلم يشيرا إلى هذه الوسيلة.

10- إدارة أموال الصغير في القانون العراقي تكاد تكون معدومة على اعتبار أن تلك الأموال مودعة في مديرية رعاية القاصرين، الأمر الذي ينعكس سلبا على مصلحة الصغير مما يعني أن المشرع أخل بأحد أسس قانون رعاية القاصرين.

11- سلك المشرع العراقي طريقا في استثمار أموال الصغير لم يرد في القوانين المقارنة وحتي قانون الهيئة العامة لشؤون القصر الكويتي. وقد أثبت الواقع العملي، والمشار إليه سابقا، أن استثمار أموال الصغير عن طريق صندوق أموال القاصرين أثبت فشله.

12- الجزاءات التي نص عليها المشرع العراقي عند محاسبة الأولياء والأوصياء، وبالمقارنة مع سلطات الولي أو الوصي وآلية إدارة أموال الصغير واستثمارها، تتسم بعدم التوافق؛ حيث من جهة ضيق الخناق على سلطات الولي والوصي، ومن جهة أورد جزاءات تتسم بالقسوة، وبالمقارنة مع الجزاءات الواردة في القوانين المقارنة نجد أنه يوجد تناسق بين سلطات الولي والوصي وقواعد إدارة أموال الصغير واستثمارها.

ثانيا - التوصيات

نأمل من المشرع العراقي إجراء تعديلات على قانون رعاية القاصرين ومن النواحي الآتية :

1- من حيث ترتيب الأولياء يكون الأب ثم الأم ثم الجد ثم من تعينه المحكمة.
2- من حيث ترتيب الأوصياء يكون من يختاره الأب ثم من تختاره الأم ثم من يختاره الجد ثم من تعينه المحكمة .
3- نرى أنه من الضروري إيراد نص يوضح إمكانية إدارة أموال الصغير بنفسه وفق شروط يحددها القانون، ومن الضروري أن نميز في إعطاء الإذن بين حالة إدارة الأموال والاتجار بها.

4- إعطاء سلطات للولي أو الوصي بإدارة أموال الصغير عن طريق تسليم تلك الأموال لهم وإدارتها بإشراف من رعاية القاصرين أو المحكمة بعد أخذ رأي رعاية القاصرين.
5- منح سلطات للوصي بشكل مختلف عن الولي مع ضوابط .

6- إعادة النظر بالقواعد المتعلقة بالجزاءات بعد إجراء تعديلات على سلطات الولي والوصي.

7- إجراء تعديل على أحكام الأهلية فيما يتعلق بترشيد الصغير إذا آنست المحكمة رشده .
8- إعادة النظر في مسألة كيفية استثمار أموال الصغير عن طريق منح سلطات للولي والوصي بشكل يحقق النفع للصغير .

9- تعويض تعويض الصغير لقاء ما أصابه من ضرر جراء إيداع أمواله في البنوك وفقدان قيمتها النقدية؛ إما من خلال معادلتها بالذهب أو الدولار أيهما أصلح للصغير عن طريق احتساب قيمة الذهب أو الدولار وقت الإيداع وقيمته وقت التسليم للصغير بعد إكماله سن الرشد والفرق بين القيمتين يدفع للصغير .

قائمة المصادر والمراجع

اولا- الكتب

1- أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الافريقي ، لسان العرب، المجلد الثامن ، ، الطبعة الرابعة ، دار صادرة ، بيروت ، 2005 .. المجلد الخامس عشر ، دار صادرة ، بيروت ، 2005 .

2- أحمد نصر الجندي ، شرح قانون مدونة الأسرة المغربي ، دار الكتب القانونية ، مصر ، بلا سنة نشر.

3- د.باسم محمد صالح ، القانون التجاري ، القسم الأول ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، بلا سنة ، بغداد.

4- د. حسن كيرة ، المدخل إلى القانون ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1971

5- . د. رمضان أبو السعود ، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني ، النظرية العامة للحق ، الدار الجامعية ، بيروت ، بلا سنة طبع .

6- رشيد ياسين الشيخلي ، عوارض الأهلية بين القانون والشريعة ، الطبعة الأولى ، مطبعة العاني ، بغداد ، 1974.

7- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام ، المجلد الأول ، الطبعة الثالثة ، منشورات الحلبي ، بيروت ، 2009 .

??? مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، الجزء الرابع ، دار احياء التراث العربي ، بيروت بلاسنة طبع .

8- د.عبد المجيد الحكيم والأستاذ عبد الباقي البكري والأستاذ المساعد محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، مصادر الالتزام ، الجزء الأول ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، الطبعة الثالثة ، 2009.

9- د. عصمت عبد المجيد بكر ، أحكام رعاية القاصرين ، المكتبة القانونية ، الطبعة الثالثة ، بغداد ، 2007.

النظرية العامة للالتزامات ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، الطبعة الأولى ، جامعة جيهان ، اربيل ، 2011.

10- علي حسب الله ، الولاية على المال والتعامل بالدين في الشريعة الإسلامية ، معهد البحوث والدراسات ، 1967.

11- محمد كمال حمدي ، الولاية على المال ، الجزء الأول - الأحكام الموضوعية ، دار المعارف ، مصر ، 1966.

ثانيا - الدوريات

1-) د. عزيز كاظم جبر ، أحكام الولاية على مال الصغير بين القانون المدني وقانون رعاية القاصرين المرقم 78 لسنة 1980 بحث منشور في مجلة القانون المقارن ، تصدر عن جمعية القانون المقارن العراقية ،العدد 31، السنة 2002.

2- فاطمة خلف كاظم ، مظاهر الحماية المدنية لحقوق الطفل في التشريعات العراقية النافذة ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، تصدر عن كلية القانون ، الجامعة المستنصرية ، المجلد (2) ، السنة الرابعة ، العددان (6,7) ، 2009.

ثالثا- المقالات والبحوث الالكترونية

1- د. رجاء ناجي ، الحماية القانونية للاطفال مواجهة بالمتغيرات الاجتماعية والاقتصادية،بحث متاح على الموقع www. gulfkids.com/ar/index.php.

2- سالم روضان الموسوي ، أحكام اليتيم في الشريعة والقانون العراقي ، بحث متاح على الموقع

. www.annabaaorg .

3- عبد الرضا المالكي ، استثمار اموال رعاية القاصرين والمردودات المالية الربحية، مقال منشور في جريدة البينة متاح على الموقع www.al-bayyna.com .

4- وميض حامد الزبيدي ، الولي والقاصر ، مقال متاح على منتديات صحابي وعلى الموقع الالكتروني .www. S7ay.com

5- محاضرجلسات اجتماع البرلمان العراقي وتحديدا محضر جلسة رقم (4) / الجزء الثاني في www.parliment.iqعلى الموقع الالكتروني .

رابعا- المقابلة الشخصية-

1- المقابلة الشخصية مع السيد مدير دائرة رعاية القاصرين في محافظة نينوى الاستاذ فرج يوسف توما.

رابعا- القوانين والتعليمات-

1- القانون المدني العراقي المرقم (40) لسنة 1951 المعدل .

2- قانون الولاية على المال المصري المرقم (119) لسنة1952.

3- قانون المرافعات المدنية العراقي المرقم (83) لسنة 1969المعدل .

4- قانون رعاية القاصرين العراقي المرقم (78) لسنة 1980 المعدل .

5- القانون المدني الكويتي المرقم (67) لسنة 1980 .

6- قانون الهيئة العامة لشؤون القصر المرقم (67) لسنة 1983 .

7- قانون العمل العراقي المرقم (71) لسنة 1987 المعدل.

8- قانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة 1991 .

9- قانون مدونة الأسرة المغربي المرقم 2204001في 3 فبراير لسنة 2004 .

10- قانون الولاية على اموال القاصرين القطري المرقم (40) لسنة 2004

11- القرار المرقم (222) لسنة 2000.

12- -تعليمات (3) لسنة 1980 بشان تحرير التركة وتثبيت الاموال .

13- -تعليمات (2) لسنة 1980 بشان تصفية التركة .