



مجلة العلوم القانونية

مجلة دورية علمية محكمة نصف سنوية

التحكيم في المنازعات الرياضية وفقاً لقواعد مركز التحكيم الرياضي السعودي (الجزء الأول)
د. الشهابي إبراهيم الشرقاوي

النطاق الموضوعي لمحل اتفاق التحكيم في النظام السعودي (دراسة مقارنة)
د. أحمد محمود المساعدة

التزام البائع بالمطابقة في عقد البيع التجاري في قانون المعاملات التجارية الاتحادي
د. مؤيد أحمد عبيدات

الجهود الدولية الإقليمية لمواجهة الجرائم الإلكترونية
د. محمد أحمد سليمان عيسى

جريمة السحر بين الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الإماراتي
د. أحمد شاكر / د. أسماء العرياني

إنعام النظر في مآلات قانون الأحوال الشخصية الإماراتي - بعض مسائل الزواج أنموذجاً
د. حمزة عبد الكريم حماد

الطعن الإداري والقضائي على الجزاءات الإدارية الصادرة بحق وسائل الإعلام في دول الخليج العربي
د. خالد ملا محمد

الاختصاص بنظر النزاعات الناتجة عن عقد احتراف كرة القدم في دولة الإمارات العربية المتحدة
الباحث بطي سلطان الشامسي

الاستصناع: منتج تمويلي إسلامي متميز لتأهيل ذوي الاحتياجات الخاصة
د. ندى زهير الفيل

حالات الانحراف في استعمال السلطة
عبد الرحمن أبو بكر الهاشمي

رسوم الاشتراك

ثمن العدد:

داخل الإمارات: عشرون درهما

في دول الخليج:

السعودية: عشرون ريالاً، قطر: عشرون ريالاً، الكويت: ديناران، البحرين: ديناران، عمان: ريالان

الوطن العربي:

سبع (7) دولارات أمريكية أو ما يعادلها

الدول الأجنبية:

عشر (10) دولارات أمريكية أو ما يعادلها

الاشتراك السنوي للمجلة:

نوع الاشتراك	الإمارات	الدول العربية	الدول الأجنبية	مدة الاشتراك
أفراد	35 درهما	40 درهما	20 دولار	سنة (عددان)
مؤسسات	60 درهما	50 درهما	25 دولار	سنة (عددان)

تدفع الاشتراك بإحدى الطرق الآتية:

- 1 - شيك مصرفي لصالح مجلة العلوم القانونية مسحوب على أحد المصارف العاملة في دولة الإمارات العربية المتحدة.
- 2 - تحويل مصرفي لحساب كلية القانون - جامعة عجمان - دولة الإمارات العربية المتحدة

اسم الحساب : جامعة عجمان الفرع : فرع الرقة - دبي رقم الحساب: IBAN : AE170330000010493141592

سويفت كود: BOMLAEAD ويرسل صورة من إيصال التحويل إلي المجلة .

قال تعالى :

{إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا
الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ
بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ
اللَّهَ نِعَمًا عِظْمًا بِهِنَّ إِنَّ اللَّهَ كَانَ
سَمِيعًا بَصِيرًا}

[النساء : 58]

جامعة عجمان
دولة الإمارات العربية المتحدة
كلية القانون

تهتم بنشر العلوم القانونية والشرعية الاقتصادية

مجلة
العلوم القانونية

مجلة علمية مُحكَّمة تصدر نصف سنوية

السنة الرابعة - العدد الثامن - يوليو 2018م

الترقيم الدولي: ISBN978-9948-15-966-7

توجه جميع المراسلات والبحوث على العنوان التالي:

أمين تحرير مجلة العلوم القانونية

جامعة عجمان - دولة الإمارات العربية المتحدة

ص ، ب ، 346 عجمان - دولة الإمارات العربية المتحدة

الهاتف: 00971-6-7056331

الفاكس: 00971-6-7056270

البريد الإلكتروني: lawmagazine@ajman.ac.ae

موقع المجلة على شبكة الانترنت: law. ajman.ac.ae

الهيئة الاستشارية للمجلة:

القاضي الدكتور / عبد الوهاب عبدول
رئيس المحكمة الاتحادية العليا السابق - دولة الإمارات العربية
المتحدة

معالي الأستاذ الدكتور / أحمد جمال الدين موسى
وزير التعليم المصري السابق - وأستاذ الاقتصاد بكلية الحقوق -
جامعة المنصورة - مصر

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

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

الأستاذ الدكتور / جاسم الشامسي
العميد السابق لكلية الشريعة والقانون - جامعة الإمارات العربية
المتحدة - وأستاذ قانون المعاملات المدنية بكلية الشريعة و
القانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة

القاضي الدكتور / جمال السميطي
مدير عام معهد دبي القضائي

هيئة التحرير

رئيس التحرير:

د. العروسي الشمالي
عميد كلية القانون

نائب رئيس التحرير :

أ.د. حسني محمود عبد الدايم

أمين التحرير :

د. محمد ولي الله عبد الرحمن

أعضاء هيئة التحرير:

د. عبد العزيز الحسن

د. قيس عبد الوهاب

د. محمد ولي الله عبد الرحمن



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- المساهمة في إثراء 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 إلا 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 أربعين صفحة ، إلا إذا اقتضى ذلك الحفاظ على وحدة البحث.
- ٦- تقدم البحوث مطبوعة بخط Simplified Arabic وتكتب العناوين الرئيسية 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.
- ٧- تكون الحواشي ٢,٥ سم على جوانب الصفحة الأربعة.
- ٨- أن يراعي في التمهيش 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 أولاً ثم اسم أبيه وجده ثم لقبه.
 - ث. تثبت المصادر والمراجع العلمية ومؤلفوها في نهاية البحث بالترتيب الهجائي، مع بيانات الطباعة والنشر.
- ٩- يقدم البحث مطبوعاً على الحاسوب ، وتُرَوَّد هيئة التحرير بثلاث نسخ منها نسخة إلكترونية (CD) ، مع مراعاة التدقيق اللغوي. ويُفضل إرساله عن طريق البريد الإلكتروني ، أن تكون إحدى نسخ البحث بصيغ (word2000) ، والأخرى بصيغة Pdf
- ١٠- يُقدم 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 صفحة واحدة باللغتين العربية والإنجليزية.
- ١١- يتم عرض البحث - على نحو سري - على محكمين من ذوي الكفاءة ممن يقع عليهم اختيار المجلة.
- ١٢- 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.
- ث. يقوم الباحث بإرفاق تقرير مفصل عن التعديلات التي تم إجرائها على البحث ، مع أهمية وضع خط تحت الإجراء المعدل على متن البحث ، حتى يسهل على المحكم الرجوع إليه ، وبيان مدى مطابقته مع التعديل المطلوب .
- ١٣- يعتذر للباحث الذي لم توافق لجنة المحكمين على نشر بحثه دون الالتزام بإبداء الأسباب.
- ١٤- أصول البحوث المقدمة للمجلة لا ترد سواء نشرت أو لم تنشر.
- ١٥- ما ينشر في المجلة من آراء تعبر عن أفكار أصحابها ولا تمثل بالضرورة رأي المجلة أو الجامعة.
- ١٦- أن يكون البحث متعلقاً بمجال العلوم القانونية والشرعية.
- ١٧- تحتفظ المجلة بكافة حقوق النشر، وفي حالة رغبة المجلة في إعادة نشر البحث فإن عليها أن تحصل على موافقة مكتوبة من صاحبه.
- ١٨- تقدّم البحوث بإحدى اللغات الآتية: العربية، الإنجليزية، الفرنسية.
- ١٩- يجب ضبط النصوص الشرعية بالشكل الكامل.

آلية التحكيم والنشر في المجلة:

تخضع البحوث المقدمة إلى مجلة العلوم القانونية لتقييم موضوعي ، يقوم على مراحل ثلاث :

المرحلة الأولى : مرحلة استلام البحث :

يكون استلام البحث من خلال البريد الإلكتروني للمجلة ، ويتم تبليغ الباحث باستلام المجلة للبحث ، عن طريق رسالة إلكترونية على بريد الباحث ، في مدة أقصاها أسبوع من تاريخ استلام البحث . ثم تبدأ عقب ذلك عملية مسح أولى للبحث للتأكد من أن البحث مطابق لشروط النشر المعمول بها في المجلة، وكذا التأكد من أن الباحث قد قام بملء جميع النماذج المطلوب تقديمها مع البحث، كنموذج إقرار الملكية الفكرية ، والتعهد بأن البحث غير منشور بمجلة علمية أخرى ، أو غير مستل من رسالة جامعية .. الخ ، ثم يتم بعد ذلك عرض البحث على جهاز نظام النزاهة (كاشف الاستلال) . وبعد أن يجتاز البحث هذه المرحلة يتم إرساله إلى المحكمين .

المرحلة الثانية : مرحلة التحكيم :

والبحث في هذه المرحلة ، يمر بخطوتين ، على النحو التالي:

الخطوة الأولى: تقييم المحكمين: يتم في هذه الخطوة عرض البحث – على نحو سري – على محكمين اثنين متخصصين من ذوي الكفاءة والخبرة في المواضيع التي تتعلق بالبحوث . ويلتزم المحكمين بفحص البحث وتعبئة نموذج التحكيم واستمارة التقييم ، خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إرسال البحوث إليهما .

الخطوة الثانية: قرار هيئة تحرير المجلة: يقرر أعضاء هيئة تحرير المجلة قبول البحث أو رفضه ، بناء على تقييم وتوصيات المحكمين . وفي حالة اختلاف تقييم المحكمين ، بأن جاء أحدهما بالقبول ، وجاء الآخر بالرفض، يُرسل البحث إلى محكم ثالث.

المرحلة الثالثة : مرحلة النشر :

إذا ما تم قبول البحث للنشر ، تُنشر النسخة الإلكترونية على الموقع الإلكتروني للمجلة . أما النسخة الورقية ، فيتم نشرها في العدد التالي من المجلة . ويتم إرسال إشعار للباحث بنشر البحث ، ويُزود بنسخة الكترونية من بحثه المنشور، وأخرى ورقية في حال توافرها.

بسم الله الرحمن الرحيم

كلمة العدد

نحمد الله الذي به تتم الصالحات، ونشكره على عظيم فضله، وما أنعم به من العطايا والهبات، ونصلي ونسلم على سيد الخلق، إمام الرسل سيدنا محمد بن عبد الله، وعلى آل بيته الطاهرين وصحابته الغر الميامين، أما بعد:

فهذا الإصدار الثامن من مجلة العلوم القانونية المحكمة، تعزز به كلية القانون بجامعة عجمان مسيرة البحث العلمي التخصصي، وهي كما تعود الأعزاء القراء تنشر مجموعة متميزة مختارة من البحوث المتنوعة في مجالات القانون والشريعة الإسلامية والاقتصاد والمالية.

وتطبيقاً للسياسة المعتمدة لهذه المجلة، فإنها تبحث عن التنوع في البحوث التي تنشرها، والتي تتضمن أفكاراً قانونية حديثة، تعالج الواقع الذي نعيشه، وتساهم في تطويره بما يفيد المجتمع ويسعد أفراداً.

وإلقاء نظرة على البحوث التي يتضمنها هذا العدد، سنجد أنها جاءت مختارة من حيث حداثة وأهميتها، تتسم بالواقعية والعملية، وتهم شريحة واسعة من المجتمعات بشكل عام، والمجتمع الإماراتي والعربي بشكل خاص.

وهكذا، نجد البحث الأول يعالج القواعد التي يتميز بها التحكيم في المنازعات الرياضية عن التحكيم في المنازعات الأخرى بشكل عام، وذلك من خلال عرض تحليلي ونقدي لقواعد التحكيم لدى مركز التحكيم الرياضي السعودي ومقارنتها بنظام التحكيم السعودي الذي يمثل القواعد العامة للتحكيم في المملكة. وكذلك بيان مدى اتفاق قواعد التحكيم الرياضي أو اختلافها في المملكة العربية السعودية مع قواعد محكمة التحكيم الرياضي (CAS).

فيما تمحور البحث الثاني، حول النطاق الموضوعي لمحل اتفاق التحكيم في النظام السعودي رقم (م/٣٤) لسنة ١٤٣٣هـ وقانون التحكيم الأردني رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١م مقارنة مع قضاء التحكيم الدولي والاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية. ولتحقيق ذلك قام الباحث بدراسة ما كتب حول هذا الموضوع، واستخلاص المفاهيم، والمبادئ الأساسية ذات العلاقة.

وقد عالج البحث الثالث، أهم التزامات البائع بالمطابقة في عقد البيع التجاري في قانون المعاملات التجارية الاتحادي الإماراتي رقم (١٨) لسنة ١٩٩٣ والقانون المقارن، والمتمثل بضرورة تسليمه البضاعة للمشتري مطابقة من حيث الكمية والصفة وخالية من العيوب، وحسب ما تم الاتفاق عليه بينهما، على اعتبار أن ذلك يمثل الغاية التي يريدها المشتري من وراء إبرامه لهذا العقد، وحددت هذه الدراسة هذا الالتزام من حيث مفهومه وجوهره ونطاقه وحدوده، والخيارات المتاحة للمشتري في حال تخلفه، وقد توصل الباحث إلى عدم كفاية النصوص الواردة في قانون المعاملات التجارية الإماراتي للإحاطة بهذا الموضوع من جميع جوانبه، وأوصى بتعديل بعض المواد.

وتطرق البحث الرابع، إلى الجهود الدولية والإقليمية لمواجهة الجرائم الإلكترونية، نظراً للانتشار الواسع للأضرار الناجمة عنها، حيث لم يعد بوسع دولة واحدة أن تواجهها بمفردها، فكان من الضروري توحيد جهود الدول لمواجهة هذا النوع من الإجرام، وذلك من خلال طرح المشاكل والحلول، وإعداد مشروعات القوانين التي تسير على هديها، وهذا هو دور المنظمات الدولية والإقليمية لإبرام الاتفاقيات بهذا الخصوص.

ودرس البحث الخامس، جريمة السحر في الشريعة الإسلامية، وطرق إثبات الجريمة وكذا بيان العقوبة المقررة لها، وأثر التوبة على العقوبة. ومن جانب آخر، تناول البحث جريمة السحر في قانون العقوبات الإماراتي ويشير الباحثان إلى أن المشرع قد أحسن صنعاً حينما استحدث نصوصاً تشريعية تجرم أعمال السحر والشعوذة كجريمة قائمة بذاتها، حيث كانت تلك الأفعال تنظرها المحاكم ضمن جريمة الاحتيال والتي تنظمها أحكام المادة (٣٩٩) من قانون العقوبات.

وركز البحث السادس، على استقرار جزئي وتحليل لباب الزواج في قانون الأحوال الشخصية الإماراتي للوقوف على التطبيقات المتعلقة بمسألة النظر في المآلات. وقد هدفت الدراسة إلى بيان ماهية النظر في المآلات وتأصيله، ثم تحليل بعض تطبيقات النظر في المآلات في قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، لا سيما باب الزواج.

أما البحث السابع، فتطرق إلى دراسة الطعن الإداري والقضائي على الجزاءات الإدارية الصادرة بحق وسائل الإعلام في دول الخليج العربي، حيث تناولت الدراسة الطعن الإداري على الجزاءات الإدارية الصادرة بحق وسائل الإعلام، وكذلك الطعن القضائي على الجزاءات الإدارية الصادرة بحق وسائل الإعلام وذلك وفق قوانين المطبوعات والنشر الخليجية.

وقد جاءت دراسة البحث الثامن، حول توضيح الاختصاص بنظر النزاعات الناتجة عن عقد احتراف كرة القدم في دولة الإمارات العربية المتحدة، ومن هي الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاعات الناتجة عن عقد احتراف لاعب كرة القدم، وما هو اختصاص اللجان التابعة لاتحاد كرة القدم بنظر هذا النوع من النزاعات، المتمثلة في غرفة فض المنازعات، ولجان لطعن على قراراتها. وما هي الاعتبارات الدولية لكرة القدم، تحتم إسناد نظر النزاعات الناشئة عن عقد احتراف كرة القدم، إلى اللجان التابعة لاتحاد الكرة في كل دولة، وتقاوم تلك الاعتبارات بقوة تدخل الدولة في شأن كرة القدم بشكل غير مقبول.

وأما البحث التاسع، فقد جاء بعنوان: «الاستصناع، منتج تمويلي إسلامي متميز لتأهيل ذوي الاحتياجات الخاصة - دراسة في ضوء القانون الاتحادي رقم ٢٩ لسنة ٢٠٠٦ في شأن حقوق ذوي الاحتياجات الخاصة في دولة الإمارات واتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة»، حيث تناولت الباحثة من خلاله أهمية الدور الذي يمكن أن يؤديه الاستصناع في عملية تأهيل ذوي الاحتياجات الخاصة، وتمكينهم من الاستفادة الكاملة من مختلف أنواع الخدمات الصحية والتعليمية والاجتماعية، سيما وأن الدراسات التي أجريت عليهم أثبتت أنهم يتمتعون بقدرات وإمكانات من غير الجانب الذي أبتلي فيه لا تقل بأي حال من الأحوال عن الإنسان العادي، وبعد الجهود الحثيثة التي بذلتها دولة الإمارات العربية المتحدة في تطوير أساليب العناية والاهتمام بهم، وإصدار التشريعات اللازمة لتأهيلهم وحمايتهم ودمجهم في المجتمع للإفادة من ملكاتهم الإنسانية؛ فقد أحسّت المؤسسات المعنية بذوي الاحتياجات الخاصة : بأنها أمام مسؤولية إحداث نقلة نوعية في تأهيل هذه الفئة وإيجاد بيئة صديقة غير معيقة، والوصول إلى هذا الهدف يحتاج إلى التمويل والدعم المالي. وتجد الباحثة، وعلى سبيل الطموح، أن تؤدي المصارف الإسلامية دورها الفاعل، انطلاقاً من مسؤوليتها المجتمعية، في إعانة هذه المؤسسات على جعل كل مشروعات تأهيل ذوي الاحتياجات الخاصة واقعاً ملموساً، وذلك من خلال تفعيل الاستصناع الذي يعد من الأدوات الاستثمارية المباشرة التي تستخدمها هذه المصارف في تمويل مشروعات الإسكان والصناعات المختلفة.

وقد عالج البحث الأخير، حالات الانحراف في استعمال السلطة، فهذه الأخيرة وجدت لغرض تسيير المرافق العامة، وتحقيق الأهداف التي وجدت من أجلها، ولكن الإدارة قد تحيد عن تحقيق المصلحة العامة، وبالتالي تنحرف في استعمال السلطة التي أعطاها لها القانون، وذلك في عدة حالات: وهي حالة الانحراف عن المصلحة العامة، وحالة الانحراف عن قاعدة تخصيص الأهداف، والانحراف في استعمال الإجراء.

وهكذا ، أيها القارئ العزيز، نقدم لك هذه الباقية من البحوث آملين أن تجد فيها الفائدة المرجوة، بانتظار العدد المقبل.

والله من وراء القصد ، وهو موفق والهادي إلي سواء السبيل ...

د. عبد العزيز أحمد الحسن

أستاذ القانون الجنائي المشارك

عضو هيئة تحرير المجلة

المحتويات

الموضوع	الصفحة
التحكيم في المنازعات الرياضية وفقاً لقواعد مركز التحكيم الرياضي السعودي (الجزء الأول) د. الشهابي إبراهيم الشرقاوي	13
النطاق الموضوعي لمحل اتفاق التحكيم في النظام السعودي (دراسة مقارنة) د. أحمد محمود المساعدة	67
التزام البائع بالمطابقة في عقد البيع التجاري في قانون المعاملات التجارية الاتحادي د. مؤيد أحمد عبيدات	113
الجهود الدولية الإقليمية لمواجهة الجرائم الإلكترونية د. محمد أحمد سليمان عيسى	181
جريمة السحر بين الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الإماراتي د. أحمد شاكر / د. أسماء العرياني	221
إنعام النظر في مآلات قانون الأحوال الشخصية الإماراتي - بعض مسائل الزواج أمودجا د. حمزة عبد الكريم حماد	293
الطعن الإداري والقضائي على الجزاءات الإدارية الصادرة بحق وسائل الإعلام في دول الخليج العربي دراسة مقارنة د. خالد ملا محمد	329
الاختصاص بنظر النزاعات الناتجة عن عقد احتراف كرة القدم في دولة الإمارات العربية المتحدة الباحث بطي سلطان الشامسي	369
الاستصناع منتج تمويلي إسلامي متميز لتأهيل ذوي الاحتياجات الخاصة دراسة في ضوء القانون الاتحادي رقم ٢٩ لسنة ٢٠٠٦ د. ندى زهير الفيل	407
حالات الانحراف في استعمال السلطة عبد الرحمن أبو بكر الهاشمي	475

التحكيم في المنازعات الرياضية

وفقاً لقواعد مركز التحكيم الرياضي السعودي

في ضوء القواعد الإجرائية لدى محكمة التحكيم الرياضي (CAS)

(الجزء الأول)

إعداد الدكتور

الشهابي إبراهيم الشرقاوي

أستاذ القانون المدني

كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الملك سعود

العميد الأسبق لكلية القانون جامعة عجمان للعلوم والتكنولوجيا بالإمارات

الأمين العام المساعد للجمعية العلمية لكليات الحقوق العربية (سابقاً)

محكم ومحام بالنقض والإدارية العليا

ملخص البحث

تناول البحث أهم القواعد التي يتميز بها التحكيم في المنازعات الرياضية عن التحكيم في المنازعات الأخرى بشكل عام، وذلك من خلال عرض تحليلي ونقدي لقواعد التحكيم لدى مركز التحكيم الرياضي السعودي ومقارنتها بنظام التحكيم السعودي الذي يمثل القواعد العامة للتحكيم في المملكة. وكذلك بيان مدى اتفاق قواعد التحكيم الرياضي أو اختلافها في المملكة العربية السعودية مع قواعد محكمة التحكيم الرياضي (CAS).

وذلك عبر خمسة مباحث، خصّصنا الأول منها لبيان الاختصاص بنظر المنازعات الرياضية في المملكة العربية السعودية، وفي المبحث الثاني تناولنا ما يتعلق بلجنة التحكيم من كيفية تشكيلها والتزامات المحكمين وحدود مسؤوليتهم، ثمّ خصّصنا المبحث الثالث لإجراءات سير خصومة التحكيم، ثمّ حكم التحكيم في المبحث الرابع، وأخيراً أتعب التحكيم ومصروفاته.

وانتهينا من خلال البحث إلى عدة نتائج، ثمّ إلى توصيات كان أهمّها: ضرورة إصدار سند نظامي كافٍ وواضح بمنح مركز التحكيم الرياضي السعودي الاختصاص الأصيل والحصري بنظر المنازعات الرياضية في المملكة، نظراً لعدم كفاية السند الحالي، وسرعة إصدار اللائحة الخاصة المشار إليها في الفقرة الرابعة من المادة 24 من النظام الأساسي للمركز، والحاجة إلى تعديل النظام الأساسي للمركز وقواعده الإجرائية، بما يزيل عن نصوصهما التكرار والخلط والغموض والمبالغة غير المبررة في عدد من المواضيع تمّت الإشارة إليها في متن البحث، فضلاً عن الحاجة إلى تعديل القواعد الإجرائية في عدد من الأحكام التي تضمنتها، ثمّ دعوة مركز التحكيم الرياضي السعودي إلى إنشاء نظام تأميني يضمن تغطية الأضرار الناشئة عن أخطاء المحكمين والمركز.

Abstract

The study dealt with the most important rules governing the arbitration of sports disputes over arbitration in other disputes in general, through an analytical and critical presentation of the arbitration rules at the Saudi Sports Arbitration Center and compared them to the Saudi arbitration system which represents the general rules of arbitration in the Kingdom. As well as a statement of the extent of agreement or disagreement between the rules of sports arbitration in Saudi Arabia with the rules of the Court of Arbitration Sports (CAS).

The second topic dealt with the arbitration committee, how it was formed, the obligations of the arbitrators and the limits of their responsibility. We then devoted the third section to the procedures of the arbitration dispute, then the arbitration rule in the fourth subject, and finally the fees and expenses of arbitration.

The recommendations were the most important of which was the need to issue a clear and clear regulatory support to grant the Saudi Sports Arbitration Center the original and exclusive jurisdiction of the sports establishments in the Kingdom, but it is not sufficient for the current bond and the speed of 24 of the Center's statute. And its rules of translation, accompanied by soil multiplication as it characterized, and then invite the Saudi Sports Arbitration Center to establish a rehabilitation program.

تقديم:

تختلف قواعد التحكيم الرياضي التي نصّ عليها النظام الأساسي لمركز التحكيم الرياضي السعودي وقواعده الإجرائية في العديد من الأحكام، عن القواعد العامة للتحكيم المنصوص عليها في نظام التحكيم السعودي؛ وفي الوقت ذاته ليست قواعد التحكيم الرياضي في المملكة العربية السعودية منفصلة عن قواعد التحكيم لدى محكمة التحكيم الرياضي (CAS)، حيث تعدّ الأخيرة هي المرجع الأساس للأولى بما لها من صفة تكميلية لما لم يرد بشأنه نصّ في النظام الأساسي لمركز التحكيم الرياضي السعودي، وهو ما حرصنا على التركيز عليه على مدار البحث للوقوف على أوجه الاتفاق والاختلاف بين هذه وتلك.

وقد سعينا في هذا البحث إلى بيان أهم القواعد التي يتميز بها التحكيم في المنازعات الرياضية عن التحكيم في المنازعات الأخرى بشكل عام، وذلك من خلال المقارنة بين قواعد التحكيم لدى مركز التحكيم الرياضي السعودي ونظام التحكيم السعودي الذي يمثل القواعد العامة للتحكيم في المملكة. وكذلك إلى بيان مدى اتفاق قواعد التحكيم الرياضي أو اختلافها في المملكة العربية السعودية مع قواعد محكمة التحكيم الرياضي (CAS).

على ذلك، فنطاق بحثنا - من خلال دراسة تحليلية مقارنة - هو دراسة قواعد التحكيم لدى مركز التحكيم الرياضي السعودي وفقاً لما نصّ عليه النظام الأساسي للمركز وقواعده الإجرائية، والوقوف على مواضع الاتفاق والاختلاف بينها وبين القواعد الإجرائية لدى محكمة التحكيم الرياضي (CAS)، كل ذلك في ضوء القواعد العامة للتحكيم التي نصّ عليها نظام التحكيم السعودي.

وقد سعينا - على مدار البحث - إلى دعم هذه الدراسة بتطبيقات قضائية من المحاكم العربية، لعدم وجود أحكام منشورة من القضاء السعودي تتعلق بالتحكيم، سوى بضعة أحكام تتعلق فقط بالدفع بوجود اتفاق التحكيم، وهو ما يخرج عن نطاق البحث، ودعمها - كذلك - بتطبيقات تحكيمية من بعض مراكز التحكيم.

وتكمن أهمية البحث في أنّ قواعد التحكيم لدى مركز التحكيم الرياضي السعودي لم تأخذ نصيبها بعد من الشرح والتحليل والتأصيل، للوقوف على مواضع القصور أو النقص فيها، وذلك نظراً للنشأة الحديثة للمركز (أبريل 2015م)؛ لذلك كان هذا البحث محاولة لبيان تلك المواضع، سعياً لاقتراح الحلول المناسبة التي تكفل أمرين هامين: وجود وصحة السند القانوني لاختصاص المركز، والانضباط والتناغم لقواعد التحكيم لديه.

وقد انتهجنا في سبيل ذلك تقسيم خطة البحث إلى خمسة مباحث هي:

المبحث الأول: الاختصاص بنظر المنازعات الرياضية في المملكة العربية السعودية

المبحث الثاني: لجنة التحكيم

المبحث الثالث: إجراءات سير خصومة التحكيم

المبحث الرابع: حكم (قرار) التحكيم

المبحث الخامس: أتعاب ومصروفات التحكيم

وفيما يلي نفصل تلك المباحث تباعاً.

المبحث الأول

الاختصاص بنظر المنازعات الرياضية

في المملكة العربية السعودية

نتناول هذا المبحث في ثلاثة مطالب، نبين في الأول منها الجهة المختصة بنظر المنازعات الرياضية في المملكة العربية السعودية وهو مركز التحكيم الرياضي السعودي، ثم نبين في المطلب الثاني غرف التحكيم بالمركز، وفي المطلب الثالث نشير إلى دور واختصاص محكمة التحكيم الرياضي (CAS)، وذلك وفق التقسيم الآتي:

المطلب الأول: اختصاص مركز التحكيم الرياضي السعودي بنظر المنازعات الرياضية في المملكة

المطلب الثاني: غرف التحكيم بمركز التحكيم الرياضي السعودي

المطلب الثالث: دور واختصاص محكمة التحكيم الرياضي (CAS)

المطلب الأول

اختصاص مركز التحكيم الرياضي السعودي

بنظر المنازعات الرياضية في المملكة

نبين أولاً التعريف بمركز التحكيم الرياضي السعودي، ثم اختصاصات المركز، وذلك في فرعين، على النحو الآتي:

الفرع الأول: التعريف بمركز التحكيم الرياضي السعودي:

أنشئ مركز التحكيم الرياضي السعودي بقرار رئيس اللجنة الأولمبية العربية السعودية رقم 4740 بتاريخ 1437/2/13 هـ الموافق 2015/11/25م بإنشاء المركز⁽¹⁾ والذي ألغى قراره السابق رقم 1769 بتاريخ 1430/7/11 هـ القاضي بإشهار لجنة فض المنازعات الرياضية باللجنة؛ ليصبح المركز وفقاً للبند الأول من قرار إنشائه هو أعلى سلطة رياضية لفض المنازعات الرياضية في المملكة.

وهو صاحب الاختصاص الأصلي والحصري بنظر المنازعات الرياضية في المملكة العربية السعودية، بناءً على نص المادة الثانية من النظام الأساسي للمركز التي تقضي بأن: "المركز⁽²⁾ هو الجهة العليا

(1) وذلك بناءً على قرار مجلس إدارة اللجنة في جلسته المنعقدة بتاريخ 1436/6/24 هـ الموافق 2015/4/13م والمصادق عليه من الجمعية العمومية للجنة في اجتماعها المنعقد بتاريخ 1436/6/26 هـ الموافق 2015/4/15م.

(2) هو مركز التحكيم الرياضي السعودي وفقاً لنص المادة الأولى/8 من النظام الأساسي للمركز، والمادة الأولى/3 من

والحصرية للفصل في المنازعات الرياضية، والمنازعات ذات الصلة بالرياضة عن طريق التحكيم أو الوساطة، ويُعدّ جهة مستقلة ومحايدة، ويتمتع بالشخصية الاعتبارية والاستقلال المالي والإداري، ويمثله رئيس مجلس الإدارة أو من يفوضه لذلك".

ويحكم عمل المركز النظام الأساسي له المكوّن من 41 مادة، والقواعد الإجرائية للمركز المكوّنة أيضاً من 41 مادة، وهي قواعد توضّح إجراءات الفصل في المنازعات أمام المركز (المادة 26/1 من النظام الأساسي). ووفقاً للمادة 36 من النظام الأساسي للمركز تكون هناك نسخة معتمدة باللغة الإنجليزية للنظام الأساسي وكذلك اللوائح الأخرى، وعند وجود أي اختلاف تكون النسخة العربية هي المعتمدة.

ولغرض تطبيق النظام الأساسي للمركز ولوائحها أوجبت المادة 1/39 منه على كافة الهيئات الرياضية تعديل نظمها الأساسية ولوائحها بما يسمح باللجوء إلى مركز التحكيم واعتباره الجهة العليا والحصرية للفصل في المنازعات الرياضية أو المنازعات ذات الصلة بالرياضة في المملكة، كما أوجبت الفقرة الثانية من المادة نفسها على كافة الهيئات الرياضية تذليل كافة الصعوبات والمعوقات بما يُمكن المركز من أداء مهامه على الوجه الأمثل وفقاً لأحكام النظام.

وفي رأينا أنّ هذا السند غير كافٍ من الناحية القانونية لمنح المركز الاختصاص الأصيل والحصري بنظر المنازعات الرياضية، بل نراه من قبيل التحكيم الإجباري، ذلك أنّه فرض على كافة الهيئات الرياضية تعديل نظمها الأساسية ولوائحها بما يسمح باللجوء إلى مركز التحكيم واعتباره الجهة العليا والحصرية للفصل في المنازعات الرياضية والمنازعات ذات الصلة بالرياضة في المملكة. وليس لنا أن نتصوّر امتناع أي من الهيئات الرياضية عن تنفيذ ذلك وإلاّ تعرّضت لعقوبات تأديبية قد تتعلق بالنشاط الرياضي أو أحد منسوبيه لديها.

ونرى أن السند القانوني لذلك يجب أن يكون في نص تشريعي (نظامي)⁽³⁾ صادر عن السلطة التشريعية في المملكة، وليس مجرد نص في نظام أساسي لمركز التحكيم أو قواعده الإجرائية؛ لأنّ كلاً من

القواعد الإجرائية للمركز.

(3) يسمى "التشريع أو القانون" في المملكة "نظاماً" وهي تسمية قد يكون الدافع إليها عدم اختلاط كلمة "تشريع" بمفهوم "التشريع الإسلامي"، أو أنّ مصطلح "قانون" يعني القواعد الوضعية التي تخالف الشريعة الإسلامية، وسواء كان الدافع هذا أو ذاك، فهو دافع ليس في محله، ومبني على معلومات واستنتاجات غير صحيحة. فمفهوم التشريع يعني وضع القاعدة القانونية في صورة مكتوبة بواسطة السلطة المختصة بذلك، ولا يختلط لدى أهل الاختصاص بمفهوم التشريع الإسلامي، ولا مصطلح القانون الوضعي يعني مخالفة الشريعة الإسلامية، بل يعني مجموعة القواعد الملزمة التي تحكم سلوك الأشخاص في مجتمع معين وزمان معين. فصفة الوضعية تحدد الزمان والمكان الذي يطبق فيه القانون، بل إن مصطلح "نظام" هو محل نظر؛ لأنّه يختلط بمصطلح "النظام القانوني" وهو مصطلح معروف وله دلالاته في علم القانون، حيث يطلق للدلالة على مبادئ مشتركة تميز قوانين عدة دول، فيقال مثلاً "النظام القانوني الأنجلو أمريكي" أو "النظام القانوني اللاتيني". وقد يطلق مصطلح "النظام القانوني" للدلالة على القواعد القانونية في بلد معين بصرف النظر عن انتمائها إلى أحد فروع القانون،

النظام والقواعد لا يعدو كونه لائحة تنظيمية لعمل المركز وقواعد التحكيم لديه، وبالتالي لا يرقى إلى مرتبة التشريع الذي له أن يسلب القضاء الاختصاص بنظر منازعات معينة ويوكل أمر نظرها إلى لجان أو مراكز خاصة.

الفرع الثاني: اختصاصات مركز التحكيم الرياضي:

بيّنت المادة السابعة من النظام الأساسي لمركز التحكيم الرياضي السعودي المنازعات التي تدخل في اختصاص المركز، وتلك التي تخرج عن اختصاصه، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: المنازعات التي تدخل في اختصاص المركز:

تنص الفقرتان الأولى والثانية من المادة السابعة من النظام الأساسي على أنه: "يختص المركز بالآتي:

1/7 المنازعات الرياضية والمنازعات ذات الصلة بالرياضة، وعلى سبيل المثال لا الحصر:
1/1/7 المنازعات التي قد تنشأ بين اللجنة الأولمبية و/أو الاتحادات الرياضية و/أو الأندية الرياضية و/أو أعضاء مجالس إدارتها و/أو أعضاء جمعياتها العمومية و/أو الرياضيين "اللاعبين، الحكام، الإداريين، المدربين، الإعلاميين المسجلين والوسطاء" و/أو منظمي الأحداث الرياضية و/أو الشركات الراعية و/أو المحطات التلفزيونية الناقلة.

2/1/7 المنازعات المتعلقة باستخدام المنشطات الرياضية.

3/1/7 المنازعات التعاقدية المنصوص فيها على شرط تحكيم يحيل المنازعة إلى المركز

4/1/7 المنازعات الرياضية ذات البعد الدولي (لاعب أجنبي - مدرب أجنبي ونحوهم) إذا نُصّ في العقد المبرم بينهما على شرط التحكيم أمام المركز.

فيقال مثلاً النظام القانوني المصري أو النظام القانوني السعودي، وقد يطلق أخيراً للدلالة على الأحكام المنظمة لموضوع قانوني معين، فيقال مثلاً النظام القانوني لإيجار المساكن. للمزيد: الشهابي إبراهيم الشرقاوي و مجدي حسن خليل، المدخل لدراسة القانون، دار النهضة العربية (مصر) و دار النهضة العلمية (الإمارات) 2016م ص28 و 29. كما "أن بعض الفقهاء المسلمين قد استعمل لفظ "القانون" للتدليل على القواعد الملزمة المقننة بأوامر ولادة الأمر بناءً على ما تقتضيه السياسة الشرعية لتنظيم المصالح في المجتمع". خالد الرويس و رزق الرئيس، المدخل لدراسة العلوم القانونية، الطبعة الخامسة 2012م ص7 مشيراً في الهامش رقم 1 إلى: ابن القيم، أعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الحيل (بيروت) 1973 ج4 ص373. ابن جزي، حيث لخص مذهب المالكية في كتابه "قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية". أبي حامد الغزالي، المستصفى من علم الأصول، المطبعة الأميرية (القاهرة) 1322هـ ج1 ص12-19.

يتّضح من النص السابق أنّ اختصاص المركز بالمنازعات الرياضية يستند إلى أحد أساسين، هما:

1- الأساس الاتفاقي:

بناءً على الأساس الاتفاقي، يختصّ المركز بالمنازعات التعاقدية المنصوص فيها على شرط تحكيم يحيل المنازعة إلى المركز (م3/1/7 من النظام الأساسي).

كما يختصّ المركز بناءً على هذا الأساس الاتفاقي بالمنازعات الرياضية ذات البعد الدولي، بأن كان أحد أطرافها لاعباً أجنبياً أو مدرباً أجنبياً، ونحوهما، إذا نُصّ في العقد المبرم بينهما على شرط التحكيم أمام المركز (م4/1/7 من النظام الأساسي).

ولا نرى ضمن نصوص المركز ما يمنع من اختصاصه بمنازعة رياضية طرفاً أجنبياً إذا اتفقا على اختصاص المركز بها.

وعلى الرغم من أنّ النص قد ذكر فقط شرط التحكيم، أي- بمفهومه الاصطلاحي- الاتفاق على التحكيم قبل نشأة النزاع بين الطرفين، إلّا أنّ ذلك يؤخذ بمفهومه الواسع، أي يشمل المشاركة كذلك، وهي الاتفاق على التحكيم بعد نشأة النزاع، وللتمييز بين الشرط والمشاركة، أهميته من الناحية القانونية (4).

وهو ما أكدته المادة 18/1 من النظام الأساسي للمركز التي عزّفت اتفاق التحكيم بأنّه: "اتفاق بين طرفين أو أكثر ينصّ على أن يحيل إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما في شأن علاقة نظامية محددة، تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، سواء أكان اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد، أم في صورة مشاركة تحكيم مستقلة".

بل ويشمل الاتفاق كذلك الإحالة إلى أحكام لائحة أو عقد نموذجي أو أي وثيقة تتضمن شرط التحكيم، بشرط أن تكون الإحالة واضحة في اعتبار شرط التحكيم جزءاً من العقد، وهو ما نصّت عليه الفقرة الثالثة من المادة 9 من نظام التحكيم السعودي بقولها: "وتُعَدّ الإشارة في عقد ما، أو الإحالة فيه إلى مستند يشتمل على شرط للتحكيم، بمثابة اتفاق تحكيم. كما يُعَدّ في حكم اتفاق التحكيم المكتوب كل إحالة في العقد إلى أحكام عقد نموذجي، أو اتفاقية دولية، أو أي وثيقة أخرى تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد". كما يشترط أن تكون الإحالة إلى شرط تحكيم نافذ وسابق في وجوده على الاتفاق الذي تضمن الإحالة (5)، ولا يعتدّ في هذا الصدد بالإحالة العامة المجهلة غير الواضحة (6)،

(4) للمزيد: الشهابي إبراهيم الشرقاوي، الوسيط في التحكيم، دراسة مقارنة في ضوء قواعد الأونسيترال للتحكيم التجاري الدولي، مطبعة الآفاق المشرقة ومكتبتها، الطبعة الثانية 2017، ص113 و 114.

(5) المرجع السابق، ص115 و 116.

(6) نقض مدني مصري، الطعن رقم 2267 لسنة 54 ق بتاريخ 13/7/1992.

كما أنّ الإحالة بين طرفين في عقد معين إلى اتفاق تحكيم لا تنصرف إلى عقود أخرى بينهما ما لم يُنصّ على ذلك صراحة (7).

2- الأساس غير الاتفاقي:

وبموجبه يختص المركز بالمنازعات الآتية:

1. المنازعات التي قد تنشأ بين اللجنة الأولمبية وغيرها من الهيئات المذكورة في نص المادة 1/1/7 من النظام الأساسي، وهي:

- الاتحادات الرياضية.
 - الأندية الرياضية وأعضاء مجالس إدارتها وأعضاء جمعياتها العمومية.
 - الرياضيين سواء كانوا لاعبين أو حكماً أو إداريين أو مدربين أو إعلاميين مسجلين أو وسطاء.
 - منظّمو الأحداث الرياضية والشركات الراعية والمحطات التلفزيونية الناقلة.
2. المنازعات التي تنشأ بين تلك الهيئات بعضها وبعض، وهو ما يفهم من نص المادة 1/39 من النظام الأساسي السابق الإشارة إليها التي أوجبت على كافة الهيئات الرياضية تعديل نظمها الأساسية ولوائحها بما يسمح باللجوء إلى مركز التحكيم واعتباره الجهة العليا والحصرية للفصل في المنازعات الرياضية أو المنازعات ذات الصلة بالرياضة في المملكة، وأيضاً ممّا ورد بحرف (و) و (أو) في نص المادة 1/1/7 السابقة.

وغنيّ عن البيان، أنّ المقصود في النص هي الاتحادات والهيئات الرياضية السعودية وليست غير السعودية، إذ تختص محكمة التحكيم الرياضي (CAS) وليس مركز التحكيم الرياضي السعودي بنظر المنازعات بين اللجنة الأولمبية السعودية والاتحادات والهيئات الأجنبية، إلّا إذا وجد نص خاص في الاتفاق بين الجهتين على منحه هذا الاختصاص.

3. المنازعات المتعلقة باستخدام المنشطات الرياضية (م 2/1/7 من النظام الأساسي)، وهو اختصاص نوعي لمركز التحكيم تقرر بناءً على نوع المنازعة وكونها تتعلق باستخدام المنشطات الرياضية، سواء كان الاستخدام في صورة تعاطي أو غيره.

وينبغي أن نشير هنا إلى أن التعداد الوارد بنص الفقرة الأولى من المادة 7 من النظام الأساسي للمركز، ووفقاً لصريح النص، إنّما هو على سبيل المثال لا الحصر، بما يعني أنّ مركز التحكيم يختص بنظر المنازعات الرياضية وإن اتخذت المنازعة صورة أخرى غير التي وردت بالنص.

(7) تمييز دبي في الطعن رقم 44 لسنة 2008 ق جلسة 2008/4/22. والطعن رقمي 48 و 70 لسنة 1992 مدني جلسة 1992/5/23، العدد 3 ص 501.

والحقيقة أن أيّاً من الأساسين السابقين (الاتفاقي وغير الاتفاقي) يمثل اختصاصاً ولائياً للمركز، لذلك من غير المفهوم ماورد بعد ذلك في نص الفقرة الثانية من المادة 7 من أن اختصاص المركز يشمل "المنازعات المتعلقة بالاختصاص الولائي للمركز".

ثانياً: المنازعات التي تخرج عن اختصاص المركز:

تنصّ الفقرة الثالثة من المادة 7 من النظام الأساسي لمركز التحكيم الرياضي على أنه: "يخرج عن اختصاص المركز المنازعات الآتية:

1/3/7 المنازعات أو الدعاوى الجنائية ولو نشأت بسبب نزاع رياضي.

2/3/7 القرارات الصادرة من الهيئات القضائية المختصة بقوانين اللعبة الفنية.

3/3/7 المنازعات الرياضية التي لم تستنفذ الطرق القانونية الداخلية المختصة في الهيئات الرياضية ذات الصلة بالمنازعة".

يتضح من النص السابق أنّ مركز التحكيم الرياضي السعودي يخرج عن اختصاصه ما يلي:

1. المنازعات أو الدعاوى الجنائية ولو نشأت بسبب نزاع رياضي، وهو ما يتفق والقواعد العامة في التحكيم التي تخرج المسائل الجنائية من نطاق التحكيم، ومن ثمّ إذا كان النزاع الرياضي (مثلاً) عبارة عن ادعاء بالتزوير أو اعتداء يشكّل جريمة جنائية، فإنّه لا يدخل ضمن اختصاص المركز وإنّما تختص به الجهات القضائية وفقاً للنظام⁽⁸⁾.

وبالطبع ليس ثمة قيمة قانونية لاتفاق الأطراف على التحكيم في هذه الحالة، باعتباره يمثل اتفاقاً على مسألة لا يجوز اللجوء فيها إلى التحكيم.

بل حتى لو أثبتت مثل هذه المسائل أثناء نظر قضية تحكيمية، فإنّه لا يجوز لهيئة التحكيم التصدي لها، وعليها حينئذٍ إذا رأت أن تلك المسألة جوهرية وقد يتغير بها وجه الرأي في الدعوى أن توقف القضية التحكيمية لحين الفصل في تلك المسألة قضاءً.

2. القرارات الصادرة من الهيئات القضائية المختصة بقوانين اللعبة الفنية.

3. المنازعات الرياضية التي لم تستنفذ الطرق القانونية الداخلية المختصة في الهيئات الرياضية ذات الصلة بالمنازعة، كما لو كانت اللائحة الداخلية لتلك الهيئة تنصّ على طريق معيّن بشأن المنازعة قبل اللجوء إلى التحكيم، كتظلم أو تسوية ودية أو غير ذلك. فتكون المنازعة غير مقبولة أمام مركز التحكيم الرياضي إذا لم تستوف تلك الطرق أولاً.

(8) تخرج عن نطاق تطبيق نظام التحكيم السعودي المسائل التي لا يجوز فيها الصلح (المادة الثانية من النظام)، ومنها بالطبع "المسائل الجنائية".

المطلب الثاني

غرف التحكيم بمركز التحكيم الرياضي السعودي

وفقاً للمادة 24 من النظام الأساسي للمركز، فإنه يمارس التحكيم في المنازعات الرياضية أو المنازعات ذات الصلة من خلال غرف التحكيم الآتية:

- غرفة التحكيم العادي.
- غرفة التحكيم الاستثنائي.
- غرفة تحكيم منازعات كرة القدم.
- غرفة المنازعات الخاصة.
- غرفة الوساطة.

والحقيقة أن صياغة النص جاءت غير دقيقة، فهي تتحدث عن أن المركز يمارس التحكيم من خلال غرف التحكيم الآتية، ثم تدرج غرفة الوساطة بين تلك الغرف، ومن المعلوم أن الوساطة ليست تحكيمياً، بل هي وسيلة لفصل المنازعات تسبق التحكيم وبينهما من الفروق ما لا يخفى على متخصص.

لذلك من الأفضل أن تعدل الصياغة لتكون على النحو الآتي: "يمارس المركز الفصل في المنازعات الرياضية أو المنازعات ذات الصلة من خلال الغرف الآتية: ثم تعدد الغرف المذكورة".

وفيما يلي، وبايجاز، التعريف بكلٍ من هذه الغرف واختصاصاتها، في خمسة فروع متتالية.

الفرع الأول: غرفة التحكيم العادي:

عرّفت "غرفة التحكيم العادي" كلٌ من: الفقرة 21 من المادة الأولى من النظام الأساسي للمركز، والفقرة 10 من المادة الأولى من القواعد الإجرائية، بأنها الجهة المختصة في المركز للفصل في المنازعات التعاقدية التي ينصّ فيها شرط التحكيم على اللجوء إلى المركز. وتختص الغرفة بما يلي:

1- الفصل في المنازعات التعاقدية ذات الصلة بالرياضة والتي ينصّ فيها شرط التحكيم على اللجوء إلى المركز أو في أيّ اتفاق لاحق يسمح باللجوء إلى المركز (م 1/1/24 من النظام الأساسي). وهذا النص قد شمل صراحة اختصاص الغرفة بناءً على اتفاق تحكيم سواء كان في صورة شرط أو مشاركة، وسواء كان الشرط في صلب العقد أم في اتفاق لاحق.

2- الفصل في المنازعات الرياضية التي تنشأ بين أطراف المنظومة الرياضية (الرياضيين، اللاعبين، الوسطاء، الرعاية، الطاقم الإداري، الطاقم الفني، الطاقم الطبي، الأندية الرياضية، الاتحادات الرياضية، اللجنة الأولمبية) شريطة ألا تكون تلك المنازعة خاضعة لإجراءات الاستئناف أمام المركز (م 2/1/24 من النظام الأساسي).

على ذلك، تُعدّ غرفة التحكيم العادي هي صاحبة الاختصاص العام في نظر المنازعات الرياضية، سواءً كانت تلك المنازعات ناشئة عن علاقة تعاقدية أو غير تعاقدية.

الفرع الثاني: غرفة التحكيم الاستئنافية:

عرّفت "غرفة التحكيم العادي" كلٌّ من: الفقرة 22 من المادة الأولى من النظام الأساسي للمركز، والفقرة 11 من المادة الأولى من القواعد الإجرائية، بأنها الجهة المختصة في المركز للفصل في كافة الاستئنافات على القرارات النهائية الصادرة من الهيئات الرياضية بعد استنفاد كافة الوسائل القانونية الداخلية، ما عدا القرارات الخاصة بكرة القدم.

على ذلك، فعمل الغرفة الاستئنافية ليس إعادة النظر في قرارات التحكيم التي تصدرها غرفة التحكيم العادية، ومن ثمّ استخدام مصطلح "استئنافية" في هذا الخصوص استخدام في غير محله؛ إذ ينصرف (وفقاً لمفهومه في قوانين المرافعات) إلى إعادة النظر في القضية من محكمة استئناف باعتبارها درجة ثانية للنقاضي، بينما عمل الغرفة الاستئنافية هنا هو كمحكمة تحكيم عادية وليس استئنافية.

على أيّ حال، تباشر غرفة التحكيم الاستئنافية مهامها وفق الاختصاصات الآتية:

1- الفصل في كافة الاستئنافات على القرارات النهائية الصادرة من الهيئات الرياضية بعد استنفاد كافة الوسائل القانونية الداخلية، ما عدا القرارات الخاصة بكرة القدم (م 1/2/24 من النظام الأساسي). وتعني عبارة "استنفاد كافة الوسائل القانونية الداخلية" أن يستنفذ الطاعن على القرار، الوسائل القانونية للتظلم والاعتراض على القرار، وفقاً لما تقرره لائحة الهيئة الرياضية المعنية قبل اللجوء إلى الغرفة الاستئنافية، فإن لم يستوف تلك الوسائل يكون طعنه على القرار أمام غرفة الاستئناف غير مقبول. واستثناء القرارات الخاصة بكرة القدم ليس استثناءً من وجوب استنفاد الوسائل القانونية الداخلية، بل استثناء من اختصاص الغرفة الاستئنافية، حيث جعل النظام الأساسي الاختصاص بالاستئنافات على القرارات الخاصة بكرة القدم لغرفة خاصة هي "غرفة تحكيم منازعات كرة القدم، على نحو ما يتضح لنا- بعد قليل- بإذن الله تعالى.

2- الفصل في الطعون المقدمة ضد القرارات الداخلية الصادرة من الهيئات الرياضية التي لا تخضع لوسائل طعن منصوص عليها في نظام أو لائحة بتلك الهيئات (م 2/2/24 من النظام الأساسي). وهذا الاختصاص للغرفة الاستئنافية هو في الحقيقة ليس اختصاصاً جديداً عن الاختصاص السابق، بل هو اختصاص بالفصل في الاستئنافات على القرارات الصادرة عن الهيئات الرياضية كسابقه، كلّ ما في الأمر أنّ النظام الأساسي أعفى الطاعن هنا من شرط استنفاد الوسائل القانونية داخل الهيئة لقبول الاستئناف، نظراً لعدم خضوع تلك القرارات لوسائل طعن منصوص عليها في نظام أو لائحة بتلك الهيئات، كما هو الشأن في الحالة قبلها.

الفرع الثالث: غرفة تحكيم منازعات كرة القدم:

عرّفت "غرفة تحكيم منازعات كرة القدم" كلٌّ من: الفقرة 23 من المادة الأولى من النظام الأساسي للمركز، والفقرة 12 من المادة الأولى من القواعد الإجرائية، بأنها الجهة المختصة في المركز للفصل في كافة الاستئنافات على القرارات الصادرة من الاتحاد السعودي لكرة القدم واللجان التابعة له بعد استنفاد كافة الوسائل القانونية الداخلية لديه وفقاً لأنظمتها ولوائحها.

فهي غرفة استئنافية أيضاً كسابقتها، إلا أنها ذات اختصاص نوعي، حيث تختص وفقاً للمادة 3/24 من النظام الأساسي بالفصل في كافة الاستئنافات على القرارات الصادرة من الاتحاد السعودي لكرة القدم واللجان التابعة له، بعد استنفاد كافة الوسائل القانونية الداخلية لديه وفقاً لأنظمتها ولوائحها.

واختصاص غرفة تحكيم منازعات كرة القدم لا يقتصر على القرارات الصادرة عن الاتحاد السعودي لكرة القدم بصفته الاعتبارية، بل يشمل كذلك - وفقاً للنص - القرارات الصادرة عن اللجان التابعة له، كاللجنة الفنية، ولجنة الحكام، ولجنة الاحتراف وأوضاع اللاعبين، ولجنة الانضباط والأخلاق، وغيرها، بل يمتد الاختصاص - في رأينا - إلى القرارات الصادرة عن كافة الوحدات الداخلية التابعة للاتحاد ولو كانت تحمل مسمى آخر غير اللجنة، طالما كان من اختصاصها ان تصدر قرارات داخلية.

ولا يقدح في اختصاص الغرفة بالفصل في تلك الاستئنافات أن يتوقف نفاذ القرار محل الاستئناف على اعتماد معين، كاعتماد مجلس إدارة الاتحاد مثلاً، كلٌّ ما في الأمر أنّ التقدم بالاستئناف يكون بعد اعتماد القرار.

ويلزم لقبول الاستئناف شكلاً استنفاد كافة الوسائل القانونية الداخلية لدى الاتحاد وفقاً لأنظمتها ولوائحها، أي من وسائل طعن (كتظلم ونحوه) تنصّ عليها تلك الأنظمة واللوائح.

وكما قيل بشأن غرفة التحكيم الاستئنافية، فإنّ عمل غرفة تحكيم منازعات كرة القدم هو في حقيقته بمثابة تحكيم عادي للفصل في المنازعات الناشئة عن القرارات الصادرة من الاتحاد السعودي لكرة القدم واللجان التابعة له، وليس جهة استئنافية بالمفهوم السائد في قانون المرافعات.

الفرع الرابع: غرفة المنازعات الخاصة:

وفقاً لنص الفقرة الرابعة من المادة 24 من النظام الأساسي لمركز التحكيم الرياضي، إنشاء غرفة خاصة للفصل في كافة المنازعات المحالة من الهيئة العامة للرياضة والمتعلقة فقط بالنشاط الرياضي، ويصدر مجلس الإدارة لائحة خاصة تنظم الإجراءات المتعلقة بهذه المنازعات.

وبالاستفسار لدى الجهات المختصة حتى تاريخ إنجاز هذا البحث، تبين عدم صدور تلك اللائحة الخاصة بعد.

لذلك يجب الإسراع في إصدارها، خاصة أنّ النص لم يذكر تطبيق قواعد معيّنة إلى أن تصدر تلك اللائحة، ممّا قد يؤدي إلى اختلاف الآراء والتفسيرات ذات العلاقة.

ولأنّ هذا الاختصاص فقط للمنازعات المحالة من الهيئة العامة للرياضة، فمن الطبيعي أن تنصّ اللائحة الخاصة المشار إليها على ضوابط تلك الإحالة وإجراءاتها.

كذلك يجب أن تبين تلك اللائحة؛ هل الهيئة تكون طرفاً في تلك المنازعة، أم أنّ دورها يقف فقط عند إحالة المنازعة؟ وإن كانت طرفاً، فهل تكون طرفاً أصيلاً كخصم، أم منضماً لأحد الخصوم؟ وإن لم تكن طرفاً، فما الذي يمنع توجه الأطراف مباشرة إلى مركز التحكيم الرياضي دون المرور بالهيئة؟ جميع هذه الاستفسارات، وغيرها الكثير، يجب أن تجيب عنها تلك اللائحة الخاصة.

الفرع الخامس: غرفة الوساطة:

عرّفت "غرفة تحكيم منازعات كرة القدم" كلّ من: الفقرة 24 من المادة الأولى من النظام الأساسي للمركز، والفقرة 13 من المادة الأولى من القواعد الإجرائية، بأنّها الجهة المختصة في المركز بالوساطة والمساعدة للتوصل إلى اتفاقيات تسوية في المنازعات التي يختص بها المركز. وتهدف الوساطة إلى تسوية المنازعة بشكل ودّي بين الأطراف بناءً على اتفاقهم على ذلك، سواء كان الاتفاق سابقاً لنشوء المنازعة أم كان لاحقاً له⁽⁹⁾.

وهو ما أكّدته الفقرة الخامسة من المادة 24 من النظام الأساسي حين حدّدت اختصاص غرفة الوساطة بقولها: "وتختص بالوساطة والمساعدة للتوصل إلى اتفاقيات تسوية في المنازعات التعاقدية".

إلاّ أنّه يلاحظ أنّ اختصاص الغرفة وفقاً لما ورد بتعريفها في المادة الأولى من النظام الأساسي والقواعد الإجرائية يتعلق بالمنازعات التي يختص بها المركز، بينما وفقاً لما ورد بالمادة 24 من النظام الأساسي يتعلق بالمنازعات التعاقدية، وقد تبين لنا سابقاً أنّ المنازعات التي يختص بها المركز منها ما هو تعاقدية ومنها ما هو غير تعاقدية، فعلى أيّ الوجهين يحمل اختصاص غرفة الوساطة: بالمنازعات التي يختص بها المركز عموماً، أم بالمنازعات التعاقدية منها فقط؟

أجابت عن ذلك المادة 1/37 من القواعد الإجرائية للمركز، إلاّ أنّها خرجت في إجابتها عن هذين الخيارين، فنصّت في معرض بيانها للمنازعات الخاضعة للوساطة على أنّه: "يقبل الاتفاق على الوساطة في المنازعات التي تختص بها غرفة التحكيم العادي، ولا يقبل الاتفاق على المنازعات التي تخضع لغرفة التحكيم الاستثنائي أو لغرفة تحكيم كرة القدم".

(9) المادة 37 من القواعد الإجرائية لمركز التحكيم الرياضي السعودي.

ونكتفي بهذه الإشارة الموجزة لغرفة الوساطة واختصاصها، باعتبار أن موضوع البحث هو التحكيم، ولعلّ موضوع الوساطة وأحكامها يكون محلاً لبحث آخر مستقل بإذن الله تعالى.

المطلب الثالث

دور واختصاصات محكمة التحكيم الرياضي (CAS)

نتناول في هذا المطلب التعريف بمحكمة التحكيم الرياضية الدولية واختصاصاتها، ثم نبين الدور المكمل لقواعد محكمة التحكيم الرياضي (CAS) ونظام التحكيم السعودي بالنسبة لقواعد مركز التحكيم الرياضي، وذلك في فرعين، على النحو الآتي:

الفرع الأول: التعريف بمحكمة التحكيم الرياضية الدولية واختصاصاتها:

من أجل تسوية النزاعات المتعلقة بالرياضة من خلال التحكيم والوساطة، تم إنشاء هيئتين نصّ عليهما النظام الأساسي للهيئات العاملة على تسوية المنازعات المتعلقة بالرياضة، هما ⁽¹⁰⁾:

- المجلس الدولي للتحكيم الرياضي (ICAS) ⁽¹¹⁾.

The International Council of Arbitration for Sport

- محكمة التحكيم الرياضي (CAS).

The Court of Arbitration for Sport.

والغرض من المجلس الدولي للتحكيم الرياضي هو تسهيل تسوية المنازعات الرياضية من خلال التحكيم أو الوساطة والحفاظ على استقلالية محكمة التحكيم الرياضي وعلى حقوق الأطراف، وهو مسئول أيضاً عن إدارة وتمويل محكمة التحكيم الرياضي (CAS) ⁽¹²⁾.

(10) Statutes of the Bodies Working for the Settlement of Sports-Related Disputes (S1).

(11) للمزيد حول تشكيل المجلس الدولي للتحكيم الرياضي وصلاحياته وإدارته: انظر المواد من 4 - 11 من النظام الأساسي للهيئات العاملة على تسوية المنازعات المتعلقة بالرياضة.

(12) Statutes of the Bodies Working for the Settlement of Sports-Related Disputes (S2).

لذلك تتميز محكمة التحكيم الرياضي باستقلالها عن أي منظمة رياضية، فهي تابعة إدارياً ومالياً للمجلس الدولي للتحكيم الرياضي، وصاغت اللجنة الأولمبية الدولية على قانونها الأساسي الذي دخل حيز العمل به منذ 30 يونيو عام 1984⁽¹³⁾.

ويخضع للتحكيم وفقاً للنظام الأساسي المشار إليه أعلاه، المنازعات التي يكون أحد أطرافها اتحاداً، أو رابطة أو أي هيئة رياضية أخرى ذات صلة بالرياضة، طالما أن الأنظمة الأساسية واللوائح المعمول بها في الهيئات تنص على ذلك أو أن هناك اتفاقاً محدداً ينص على ذلك⁽¹⁴⁾.

ويتضمن النظام الأساسي (70) مادة، خصصت منها 26 مادة لتنظيم الهيئات العاملة على تسوية المنازعات المتعلقة بالرياضة، وخصصت المواد من 27 - 70 للقواعد الإجرائية لدى محكمة التحكيم الرياضي (CAS).

ووفقاً للمادة 67 تطبق مواد هذا النظام على جميع الإجراءات التي بدأتها محكمة التحكيم الرياضي من 1 مارس 2013، مع خضوع الإجراءات التي لم يتم البت فيها قبل 1 مارس 2013 إلى القواعد النافذة قبل 1 مارس 2013، ما لم يطلب كلا الطرفين تطبيق هذه القواعد.

والمقر الرئيسي لكل من المجلس الدولي للتحكيم الرياضي (ICAS) ومحكمة التحكيم الرياضي (CAS) موجود في لوزان في سويسرا⁽¹⁵⁾.

وتقضي المادة الثالثة من النظام بأن تحتفظ محكمة التحكيم الرياضي بقائمة من المحكمين. وتشكل محكمة التحكيم الرياضي هيئة التحكيم التي تتولى الفصل في المنازعات الناشئة عن الرياضة وفقاً للقواعد الإجرائية المنصوص عليها في المادة 27 وما يليها من النظام الأساسي للهيئات العاملة على تسوية المنازعات المتعلقة بالرياضة، وتضطلع هيئة التحكيم بالمسؤوليات الآتية⁽¹⁶⁾:

1. تسوية المنازعات المشار إليها من خلال التحكيم العادي.
2. تسوية منازعات الاستئناف الخاصة بالتحكيم المتعلقة بالقرارات الصادرة من الاتحادات والجمعيات والهيئات الرياضية الأخرى، وفقاً للأنظمة الأساسية واللوائح المعمول بها في تلك الهيئات الرياضية أو وفقاً لاتفاق محدد ينص على ذلك.

(13) وتضم المحكمة حوالي ثلاثمئة محكم ينتمون لـ 87 دولة، ويجري تسجيل حوالي ثلاثمئة قضية لدى تلك المحكمة سنوياً (https://ar.wikipedia.org/wiki/محكمة_التحكيم_الرياضية).

(14) Statutes of the Bodies Working for the Settlement of Sports-Related Disputes (S1).

انظر كذلك المادة 27 من القواعد الإجرائية لدى محكمة التحكيم الرياضي (CAS).

(15) Statutes of the Bodies Working for the Settlement of Sports-Related Disputes (S1).

(16) Statutes of the Bodies Working for the Settlement of Sports-Related Disputes (S12).

3. تسوية المنازعات المشار إليها عن طريق الوساطة.

ووفقاً للمادة 20 من النظام الأساسي للهيئات العاملة على تسوية المنازعات المتعلقة بالرياضة، تتكون محكمة التحكيم الرياضي (CAS) من قسمين:

أولاً: قسم التحكيم العادي:

يتكوّن من هيئات تحكيم، تكون مسؤوليتها تسوية المنازعات المقدمة بالإجراءات العادية، وتقوم بأعمالها من خلال رئيسها أو نائبه، وكل المهام الأخرى المتعلقة بالتسيير الفعال للإجراءات وفقاً للقواعد الإجرائية. والمقصود، كما ورد بنص المادة الأولى من النظام الأساسي للهيئات العاملة على تسوية المنازعات المتعلقة بالرياضة، المنازعات التي يكون أحد أطرافها اتحاد، أو رابطة أو أي هيئة رياضية أخرى ذات صلة بالرياضة، طالما أنّ الأنظمة الأساسية واللوائح المعمول بها في الهيئات تنصّ على ذلك أو أنّ هناك اتفاقاً محدداً ينصّ على ذلك⁽¹⁷⁾.

ثانياً: قسم الاستئناف:

يتكوّن من هيئات تحكيم، تكون مسؤوليتها تسوية المنازعات المتعلقة بالقرارات الصادرة من الاتحادات والروابط أو أيّ هيئات رياضية أخرى، طالما أنّ الأنظمة الأساسية واللوائح المعمول بها في الهيئات تنصّ على ذلك، أو أنّه يوجد اتفاق محدد بذلك، وتقوم بأعمالها من خلال رئيسها أو نائبه، وكل المهام الأخرى المتعلقة بالتسيير الفعال للإجراءات وفقاً للقواعد الإجرائية.

فقسم الاستئناف، عمله يتعلق بالقرارات الصادرة عن الهيئات الرياضية، إمّا بموجب نص في أنظمة تلك الهيئة أو اتفاق بين الأطراف يقضي باللجوء للمحكمة، وهو يقوم بعمله بالنسبة لهذه القرارات كمحكمة تحكيم عادية وليس استئنافية.

لكنّه إضافة إلى ذلك، يقوم القسم بعمله كمحكمة استئناف وفقاً لنص المادة 47 من لائحة المحكمة، التي تقضي بأنّه: "يجوز تقديم استئناف أمام محكمة التحكيم الرياضي ضد القرار الصادر من اتحاد أو رابطة أو هيئة رياضية إذا كانت الأنظمة الأساسية أو اللوائح المعمول بها في هذه الهيئات تنصّ على ذلك، أو إذا كان قد أبرم الطرفان اتفاق تحكيم محدد، وإذا كان المستأنف قد استنفذ جميع طرق الطعن

(17) "اللجوء إلى هذه المحكمة يظل اختياريًا مرتبطًا بإرادة طرفي النزاع، حيث لا يمكن تقديم أي قضية أمامها إلا إذا كان هناك "اتفاق تحكيم" بين الطرفين المتنازعين يحدد اللجوء إليها ويعترف بالولاية القضائية لها، لكن من الناحية العملية نجد أن جميع الاتحادات الأولمبية الدولية واللجان الأولمبية الوطنية للدول اعترفت بالولاية القضائية للمحكمة في حل المنازعات. كما أن الميثاق الأولمبي يحدد أن النزاعات المرتبطة بالألعاب الأولمبية تعرض حصرًا أمام المحكمة، حيث بدأت عام 2016 من خلال قضاة متخصصين البت في قضايا مكافحة المنشطات خلال الألعاب الأولمبية بدلا من لجنة الانضباط التابعة للجنة الأولمبية الدولية".

(https://ar.wikipedia.org/wiki/محكمة_التحكيم_الرياضية).

المتاحة أمامه قبل الاستئناف، وفقاً للأنظمة الأساسية واللوائح المعمول بها في تلك الهيئة. كما يجوز تقديم الاستئناف أمام محكمة التحكيم الرياضي ضد حكم التحكيم الصادر من محكمة التحكيم الرياضي التي تصرفت باعتبارها محكمة أول درجة، إذا كان هذا الاستئناف قد نصّ عليه صراحة وفقاً لقواعد الاتحاد أو الهيئة الرياضية المعنية".

واستناداً إلى هذا الاختصاص، ووفقاً للمادة 57 من القواعد الإجرائية لدى محكمة التحكيم الرياضي (CAS)، يكون لهيئة التحكيم كامل السلطة في إعادة النظر في الوقائع والقانون، ويجوز لها أن تستبدل القرار المطعون فيه أو إبطاله وإحالة القضية مرة أخرى إلى الدرجة السابقة.

هذا الدور الاستئنافي لمحكمة التحكيم الرياضي (CAS) ينطبق على المنازعات المشمولة بنص الفقرة الثالثة من المادة 8 من النظام الأساسي لمركز التحكيم الرياضي السعودي، التي تقضي بأنّه: "يجوز في المنازعات الرياضية إذا كان أحد أطرافها أجنبياً استئناف القرارات أمام الاتحادات الرياضية الدولية أو محكمة التحكيم الرياضي (CAS) في حال نصّت الأنظمة الأساسية لتلك الاتحادات على الاستئناف أمام هيئاتها القضائية، ما لم ينصّ في العقد على شرط التحكيم أمام المركز، فيكون قرار المركز نهائياً وغير قابل للاستئناف أمام أيّ جهة أخرى".

وتتضمّن محكمة التحكيم الرياضي مكتب المحكمة الذي يتكون من الأمين العام ومستشار واحد أو أكثر، والذين يجوز لهم (م 22 من النظام) تمثيل الأمين العام عند الاقتضاء. وعندما تقدّم دعاوى التحكيم أمام المحكمة، يقوم المكتب بتكليف القسم المناسب بها، مثل هذا التكليف لا يجوز الطعن عليه من قبل الأطراف ولا يجوز أن يتقدم به كسبب للمخالفة، وفي حالة حدوث تغير في الظروف أثناء الإجراءات، فإنّ مكتب محكمة التحكيم الرياضي، بعد التشاور مع هيئة التحكيم، يجوز له إعادة تكليف قسم آخر بالمهمة، وإعادة التكليف هذه يجب ألا تؤثر على تشكيل هيئة المحلفين، ويجب ألا تؤثر على صحة الإجراءات والقرارات والأوامر السابقة على إعادة التكليف (م 20 من النظام الأساسي للهيئات العاملة على تسوية المنازعات المتعلقة بالرياضة).

والنصّ الإنكليزي والنصّ الفرنسي معتمدان لدى المحكمة، وفي حالة وجود أي اختلاف، يرجّح النصّ الفرنسي (18)، ويجوز للطرفين (وفقاً للمادة 29 من النظام) أن يختارا لغة أخرى غير الإنكليزية والفرنسية، بشرط موافقة مكتب محكمة التحكيم الرياضي وهيئة التحكيم.

أمّا عن الإجراءات والحكم، فسوف نشير إليها في موضعها، وحسب الحاجة بما يخدم موضوع البحث.

الفرع الثاني: الدور المكمل لقواعد محكمة التحكيم الرياضي (CAS) ونظام التحكيم السعودي:

(18) Statutes of the Bodies Working for the Settlement of Sports-Related Disputes (S24,R69).

تنص المادة 38 من النظام الأساسي لمركز التحكيم الرياضي السعودي على أنه: "تسري لوائح وإجراءات محكمة التحكيم الرياضية الدولية (CAS) في كل مالم يرد بشأنه نص خاص في هذا النظام". بموجب هذا النص تصبح لوائح وإجراءات محكمة التحكيم الرياضي (CAS) هي بمثابة القواعد العامة لما ورد من أحكام في النظام الأساسي لمركز التحكيم الرياضي السعودي، بحيث ترجع إليها لجنة التحكيم إذا لم تجد نصاً خاصاً في النظام يحكم المسألة المعروضة. وهو ما أكدته أيضاً المادة 2/40 من القواعد الإجرائية للمركز التي نصت على أنه: "إذا خلت القواعد من مسألة مطروحة أمام لجنة التحكيم، تطبق القواعد الإجرائية المتبعة لدى محكمة التحكيم الرياضية الدولية (CAS)".

والحقيقة أنّ هذا الدور المكمل لا يقتصر فقط على لوائح وإجراءات محكمة التحكيم (CAS)، بل يمتد كذلك إلى نظام التحكيم السعودي رقم 34 لسنة 1433هـ، فيما لم يرد بشأنه نص في أي من: نظام ولوائح المركز، ولوائح وإجراءات محكمة التحكيم الرياضي (CAS).

لذلك حرص مركز التحكيم الرياضي السعودي على أن يكون تأسيسه متوافقاً مع نظام ولوائح تلك المحكمة، فضلاً عن توافقه مع نظام التحكيم السعودي أيضاً، حيث تنص المادة 4 من النظام الأساسي لمركز التحكيم الرياضي السعودي على ما يلي: "تأسس المركز بما يتوافق مع الميثاق الأولمبي والأنظمة الأساسية للاتحادات الدولية ونظام ولوائح محكمة التحكيم الرياضي (CAS) ونظام التحكيم السعودي".

وأمام صراحة النص بأنّ القواعد الإجرائية المتبعة لدى محكمة التحكيم الرياضي (CAS) هي التي تطبق إذا خلت قواعد المركز من الحكم في مسألة معينة، وعدم إعطاء هذا الدور المكمل صراحة لنظام التحكيم السعودي، بل اكتفت النصوص بأنّ المركز تأسس بما يتوافق مع هذا النظام، أمام ذلك؛ يمكننا القول: إنّ الأولوية في التطبيق على النزاعات المطروحة أمام مركز التحكيم الرياضي السعودي بعد القواعد المنصوص عليها لدى المركز، هي للقواعد الإجرائية المتبعة لدى محكمة التحكيم الرياضي (CAS)، قبل القواعد التي نصّ عليها نظام التحكيم السعودي، وقبل هذا جميعه - بلا شك - هو ما اتفق عليه الأطراف فيما لا يخالف النظام العام، باعتبار أنّ اتفاقهم هو دستور العملية التحكيمية.

المبحث الثاني

لجنة التحكيم

لجنة التحكيم وفقاً لنص المادة 19/1 من النظام الأساسي لمركز التحكيم الرياضي السعودي هي: "المحكم الفرد أو الفريق من المحكمين الذي يفصل في المنازعة المحالة إلى التحكيم". والمضمون نفسه في نص المادة 4/1 من القواعد الإجرائية للمركز التي عرفت لجنة التحكيم بأنها: "لجنة مكونة من محكم فرد أو فريق من المحكمين يسند إليها النظر في المنازعة والفصل فيها".

ومهمة لجان التحكيم هي حلّ المنازعات الرياضية أو ذات الصلة عن طريق غرف التحكيم المختلفة المنصوص عليها في هذا النظام وفقاً للقواعد الإجرائية للمركز (المادة 27 من النظام الأساسي). وفيما يلي نبين في خمسة مطالب، شروط المحكم وقوائم المحكمين، وكيفية تشكيل لجنة التحكيم، ثم التزامات المحكمين، ثم نبين كيف تنتهي مهمة المحكم، وفي المطلب الأخير نبين حدود مسؤولية المحكم، وذلك وفق التقسيم الآتي:

المطلب الأول: شروط المحكم وقوائم المحكمين

المطلب الثاني: تشكيل لجنة التحكيم

المطلب الثالث: التزامات المحكمين

المطلب الرابع: انتهاء مهمة المحكم

المطلب الخامس: حدود مسؤولية المحكم

المطلب الأول

شروط المحكم وقوائم المحكمين

نبين في الفرع الأول، الشروط العامة والخاصة للتسجيل في جدول المحكمين وإجراءات التسجيل، ثم في الفرع الثاني، قواعد إعداد قوائم المحكمين، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: التسجيل في جدول المحكمين لدى مركز التحكيم الرياضي السعودي:

هناك عدد من الشروط العامة يجب أن تتوافر في كافة المحكمين الراغبين في التسجيل في جدول المحكمين لدى المركز، يضاف عليها بعض الشروط الخاصة التي يجب أن تتوافر في المحكم الذي يباشر مهمة التحكيم في إحدى القضايا المنظورة لدى المركز، وبيان ذلك فيما يلي:

أولاً: الشروط العامة للتسجيل في جدول المحكمين:

تنص المادة 18 من القواعد الإجرائية لمركز التحكيم الرياضي السعودي على أنه: "لا يجوز لأي شخص أن يكون محكماً أو خبيراً في أي منازعة معروضة أمام المركز إلا بعد اعتماده واستيفائه للشروط المنصوص عليها في هذه القواعد".

بهذا النص يكون اعتماد المركز للمحكم بناءً على استيفائه الشروط المنصوص عليها شرطاً لازماً لاتصاله بالمنازعة المعروضة، وباعتبار المركز صاحب الاختصاص الحصري بنظر المنازعات الرياضية، كما أسلفنا، فإنه من غير المتصور أن يتولى التحكيم في أي من تلك المنازعات إلا محكم يعتمد المركز.

ولتحقيق ذلك، نصّت الفقرة الأولى من المادة 19 من القواعد الإجرائية لدى مركز التحكيم الرياضي السعودي على الشروط المطلوبة للقيد في جدول المحكمين لدى المركز بقولها: "للتسجيل في جدول المحكمين بالمركز يجب على المتقدم أن يكون مستوفياً للشروط الآتية:

1/1/19 أن يكون حاصلاً على شهادة جامعية مناسبة.

2/1/19 أن يكون لديه خبرة قانونية أو رياضية لا تقل عن خمس سنوات.

3/1/19 ألا يكون محكوماً عليه بعقوبة ماسة بالشرف أو الأمانة.

4/1/19 أن يجتاز الاختبارات والدورات التي يعلدها المركز لهذا الغرض (دورتين على الأقل سنوياً).

5/1/19 أن يجتاز المقابلة الشخصية التي يتطلبها المركز لهذا الغرض.

6/1/19 سداد الرسوم المفروضة من المركز".

على ذلك، فقد أوجب النص على المتقدم للتسجيل في جدول المحكمين لدى المركز أن يكون مستوفياً للشروط الآتية:

1. أن يكون حاصلاً على شهادة جامعية مناسبة:

ولم يشترط النص مؤهلاً جامعياً معيناً، بما يعني أنّ أيّ مؤهل جامعي يتوافر به هذا الشرط، بصرف النظر عن المسمى المعطى له إذا كان بكالوريوس أو ليسانس أو معهد عالٍ أو غيره، وبغض النظر عن التخصص العلمي لهذا المؤهل، ولعلّ المدة المقبولة للحصول على هذا المؤهل لا تقلّ عن أربع سنوات، حسب المتعارف عليه في الأنظمة التعليمية الجامعية.

وبالنظر إلى نص المادة الرابعة من النظام الأساسي لمركز التحكيم الرياضي السعودي التي تقضي بأنّ المركز تأسس "بما يتوافق مع الميثاق الأولمبي والأنظمة الأساسية للاتحادات الدولية ونظام ولوائح محكمة التحكيم الرياضي (CAS) ونظام التحكيم السعودي"، فإننا لا بد وأن نفسر هذا الشرط في ضوء نص المادة 14 من نظام التحكيم السعودي التي تشترط في المحكم "أن يكون حاصلاً على الأقل على شهادة جامعية في العلوم الشرعية أو النظامية، وإذا كانت هيئة التحكيم مكونة من أكثر من محكم فيكتفي توافر هذا الشرط في رئيسها".

ومن ثمّ، فليكني يستقيم مفهوم هذا الشرط كما ورد في المادة 19 من القواعد الإجرائية مع ما ورد في المادة 14 من نظام التحكيم، فإنّه يجب - في رأينا - أن يكون تخصص المحكم (الفرد) شرعياً أو نظامياً، أي قانونياً، ويكتفي بذلك في رئيس الهيئة إذا تعدد المحكمون.

ولم تتضمن قواعد محكمة التحكيم الرياضي (CAS) شروطاً تتعلق بمؤهل المحكم، فقد نصّت المادة 14 من اللائحة على أنّه: "عند وضع قائمة المحكمين الخاصة بمحكمة التحكيم الرياضي، يجب على المجلس الدولي للتحكيم الرياضي أن يستدعي الشخصيات من ذوي التدريب القانوني المناسب، والكفاءة المعترف بها فيما يتعلق بقانون الرياضة و/أو التحكيم الدولي، والمعرفة الجيدة بالرياضة بشكل

عام وبإتقان على الأقل واحدة من اللغات المستخدمة في محكمة التحكيم الرياضي، والذين أسماؤهم ومؤهلاتهم جذبت انتباه المجلس الدولي للتحكيم الرياضي، بما في ذلك من قبل اللجنة الأولمبية الدولية، والاتحادات الدولية واللجان الأولمبية الوطنية، فيجوز للمجلس الدولي للتحكيم الرياضي أن يختار منهم المحكمين الذين لديهم خبرة محددة للتعامل مع أنواع معينة من النزاعات...". كما أوجبت المادة 16 من اللائحة على المجلس الدولي للتحكيم الرياضي عند تعيين المحكمين أن يأخذ بعين الاعتبار التمثيل القاري والثقافات القانونية المختلفة".

فالحصول على قدر مناسب من التدريب القانوني إضافة إلى المعرفة الجيدة بالرياضة كافٍ ليصبح الشخص مؤهلاً للتحكيم وفقاً لقواعد محكمة التحكيم الرياضي (CAS)، وليس بخاف أن التدريب القانوني لا يستلزم الحصول على مؤهل جامعي.

لكنه من جهة أخرى لم تحظر لائحة المحكمة على الجهات القائمة على شؤون الرياضة في الدول أن تشترط شروطاً خاصة في هذا الشأن؛ لذلك نرى أنه وفقاً للتفسير السابق لنص المادة 19 من النظام الأساسي لمركز التحكيم الرياضي السعودي والمادة 14 من نظام التحكيم السعودي، يجب أن يكون المحكم حاصلاً على مؤهل شرعي أو قانوني، ويكتفى بتوافر هذا الشرط في رئيس هيئة التحكيم المشكلة من أكثر من محكم.

2. أن يكون لديه خبرة قانونية أو رياضية لا تقل عن خمس سنوات.

يفهم من ظاهر نص المادة 19 من القواعد الإجرائية أنّ اشتراط هذه الخبرة في المحكم هو على سبيل التخيير وليس الجمع، بمعنى أنّه يكفي توافر خبرة قانونية لمدة خمس سنوات أو خبرة رياضية للمدة نفسها، وليس توافر خبرة قانونية ورياضية في الوقت ذاته.

والحقيقة أنّ فهم النص وفقاً لهذا المعنى الظاهر لا يستقيم إلّا في ضوء تفسير الشرط الأول السابق، بمعنى أنه يكفي مع المؤهل الجامعي توافر الخبرة القانونية (كما لو كانت خبرة ناتجة عن دورات تدريبية أو ممارسة مهنية كعضوية لجان انضباطية مثلاً) أو الخبرة الرياضية في المحكم؛ ليكون عضواً في هيئة التحكيم، أمّا إذا كان رئيساً لهيئة التحكيم أو محكماً فرداً فيجب أن يكون حاصلاً على مؤهل جامعي شرعي أو قانوني.

ولم يحدد النص السابق ماهية وطبيعة تلك الخبرة القانونية أو الرياضية، ومن ثمّ، فيكفي أن تكون تلك الخبرة ناتجة عن ممارسة لأيّ من المجالين المذكورين، وأياً كانت طبيعة أو نوع تلك الممارسة، فعضوية أي لجنة من اللجان الرياضية أو القانونية في أي من الهيئات أو الاتحادات الرياضية أو الأندية أو ممارسة إحدى الألعاب الرياضية أو الإدارة أو التدريب أو التسويق أو نحوه، كلّ ذلك يعدّ خبرة في المجال الرياضي، كذلك العمل القانوني بمختلف أنواعه ومجالاته يعدّ خبرة قانونية، كالعامل بالقضاء أو التحكيم أو المحاماة أو الاستشارات أو الشؤون القانونية ونحوه.

والمدة التي حددها النص لتلك الخبرة هي خمس سنوات، إلا أن النص لم يشترط أن تكون تلك المدة بعد الحصول على المؤهل الجامعي، ومن ثم فإن استيفاءها يتوافر به شرط الخبرة وإن كانت قد استوفيت كاملة أو جزء منها قبل الحصول على المؤهل المطلوب.

3. ألا يكون محكوماً عليه بعقوبة ماسة بالشرف أو الأمانة.

وهو شرط بديهي، إذ لا بد أن يتصف المحكم بالأمانة والنزاهة والشفافية؛ لأنه يقوم بعمل قضائي هو الفصل في النزاع الذي أحيل إليه، وطبيعة هذا العمل الذي عنوانه "العدل" لا يصح إلا ممن كان منزهاً عما يمس شرفه وأمانته وسمعته.

وسكوت النص عن المحكوم عليه بعقوبة ماسة بالشرف أو الأمانة إذا رد إليه اعتباره، لا يعني أنه لا أثر لرد الاعتبار في هذه الحالة، فرد الاعتبار يستتبع سقوط كل أثر للعقوبة، وينسحب ذلك بالطبع على هذه الحالة؛ إذ يتوافر الشرط برّد الاعتبار لمن سبق الحكم عليه بعقوبة ماسة بالشرف أو الأمانة، إلا أنه مع ذلك كان من الأفضل أن يضاف بالنص عبارة "ما لم يرد إليه اعتباره".

4. أن يجتاز الاختبارات والدورات التي يعدها المركز لهذا الغرض.

وهذا شرط تنظيمي أكثر من كونه شرطاً تأهلياً، بقول آخر: إن توافر الشروط الثلاثة السابقة لا يعني بالضرورة قبول الشخص محكماً لدى المركز، بل يتوقف ذلك على الاختبارات التي يجريها المركز للمتقدمين طالبي القيد في قائمة المحكمين لديه.

ولفظ الاختبارات جاء عاماً، فقد تكون اختبارات شفوية أو تحريرية، تقليدية أو إلكترونية.

بينما حدّد النص الدورات التي يجب على طالب القيد اجتيازها بدورتين على الأقل سنوياً، ويعني اشتراطها سنوياً أنها ليست فقط شرطاً لقبول القيد بجدول المحكمين بالمركز بل هي شرط لاستمرار هذا القيد سنوياً.

5. أن يجتاز المقابلة الشخصية.

هذا الشرط يعدّ زيادة في النص لا ضرورة له؛ إذ كان يغني عنه الشرط السابق، فالمقابلة الشخصية ما هي في حقيقتها إلا اختبار شفوي يشمل اللفظ الوارد سابقاً في البند رقم 4، وحقيقته لا تعدو كونه شرطاً تنظيمياً كسابقه.

6. سداد الرسوم المفروضة من المركز.

هذه الرسوم تسدد بداية كرسوم عضوية بعد الموافقة من المركز بناء على توافر الشروط المطلوبة، ثم تسدّد بشكل سنوي مع بداية التجديد السنوي للعضوية.

وفي ذلك تنص المادة 5/20 من القواعد الإجرائية للمركز على أنه: "بعد صدور قرار المركز بقبول طلب المتقدم يقوم بسداد رسوم الانضمام لجدول المحكمين المعتمدين من المركز يُدفع عند قبول الطلب، على أن يتم دفع رسوم التجديد السنوية".

ويفقد المحكم اعتماده من المركز إذا تخلف أحد الشروط المطلوبة السابقة أو أخلّ بالنظام الأساسي أو القواعد أو اللوائح المعتمدة لدى المركز (المادة 2/19 من القواعد الإجرائية لدى المركز).
7. شرط إضافي للمحكم غير السعودي:

تنص المادة 3/19 من القواعد الإجرائية لمركز التحكيم الرياضي السعودي على أنه: "يجوز لمجلس إدارة المركز الموافقة على طلب قيد أي محكم غير سعودي بشرط أن يكون محكماً معتمداً لدى محكمة التحكيم الرياضي (CAS)".

يعني ذلك أن كافة الشروط المنصوص عليها سابقاً تكفي للمتقدمين من السعوديين للتسجيل كمحكمين لدى المركز، أمّا إذا كان المتقدم غير سعودي، فإنّه يضاف إلى تلك الشروط أن يكون محكماً معتمداً لدى محكمة التحكيم الرياضي (CAS)، ولا يعني الاكتفاء بهذا الشرط للمحكمين غير السعوديين في الفقرة الثالثة من المادة 19 أن هذا الشرط يكفي بمفرده لقيد هؤلاء في جدول المحكمين بالمركز، بل يعني أن هذا الشرط يضاف إلى كافة الشروط السابقة المطلوب توافرها في المحكم السعودي، بأن يكون حاصلاً على مؤهل جامعي (شرعي أو قانوني فيما نرى)، ولديه خبرة قانونية أو رياضية لمدة لا تقل عن خمس سنوات، و ألا يكون محكوماً عليه بعقوبة ماسة بالشرف أو الأمانة، وأن يجتاز الاختبارات اللازمة، إضافة إلى سداد الرسوم المفروضة من المركز.

ومع توافر جميع تلك الشروط في حق المحكم الأجنبي، يظل أمر الموافقة على قيده كمحكم جوازياً لمجلس إدارة المركز وفقاً لصريح النص.

ثانياً: إجراءات التسجيل في جداول المحكمين:

تنص المادة 20 (الفقرات 1 و 2 و 3) من القواعد الإجرائية لدى المركز على أن إجراءات التسجيل في جداول المحكمين تقتضي:

1. استلام نموذج التسجيل بعد دفع رسوم النموذج (لا تسترد في حال رفض الطلب)، وتعبئة البيانات المطلوبة.

2. تقديم جميع المستندات المطلوبة في نماذج التسجيل.

3. تقديم نموذج التسجيل للمركز واستلام إيصال بذلك.

وبعد فحص النموذج والمستندات المرفقة، يقوم المركز بإخطار المتقدم بالقرار الصادر بحقه سواءً بالرفض أو بالقبول (المادة 4/20 من القواعد الإجرائية).

ورغم عدم النص على حق المتقدم في التظلم من القرار الصادر بالرفض، فإنّ هذا الحق مخول له بموجب القواعد العامة، وبالتالي يحقّ له إذا صدر القرار بالرفض أن يتقدم بتظلم لدى المركز وفقاً للأنظمة السارية.

بل نرى أنّ قرار المركز برفض تسجيل أحد المحكّمين يخضع - شأنه شأن القرارات النهائية الصادرة من الهيئات الرياضية - للاستئناف لدى غرفة الاستئناف بالمركز وفقاً للقواعد المقررة في هذا الشأن، ولأنه لم يرد في النظام الأساسي للمركز ولا في قواعده الإجرائية ما يفيد النص على وسائل قانونية داخلية للطعن على القرارات الصادرة من المركز، فإنّها تخضع للطعن عليها مباشرة دون حاجة لاستنفاد وسائل داخلية معينة وفقاً للمادة 2/2/24 من النظام الأساسي للمركز.

ثالثاً: الشروط الخاصة لمباشرة مهمة التحكيم:

إضافة إلى الشروط العامة السابقة، نصّت القواعد الإجرائية لدى محكمة التحكيم الرياضي (CAS) على أنّه: "... يجب على المحكم أن يجيد اللغة المستخدمة في التحكيم ويجب أن يكون متاحاً على النحو المطلوب لإتمام إجراءات التحكيم على وجه السرعة"⁽¹⁹⁾، هذا إضافة لشرط الوترية، وبيان ذلك فيما يلي:

1. شرط الوترية:

تعرّف لجنة التحكيم وفقاً لنص الفقرة 19 من المادة الأولى من النظام الأساسي لمركز التحكيم الرياضي السعودي بأنّها: المحكم الفرد أو الفريق من المحكّمين الذي يفصل في المنازعة المحالة إلى التحكيم، والمضمون نفسه في نص الفقرة 4 من المادة الأولى من القواعد الإجرائية للمركز.

على ذلك تتكون لجنة التحكيم من محكم فرد أو فريق من المحكّمين على أن يكون عددهم وترّاً، والذي يحدد ذلك هو اتفاق طرفي النزاع، وهو ما أكدته المادة 26 من النظام الأساسي للمركز التي تنصّ على أنّه: (تتكون لجان التحكيم من ثلاثة محكّمين أو محكم واحد "بناءً على طلب الخصوم" يتم اختيارهم فقط من قائمة المحكمين المعتمدة من قبل المركز). وأكدته كذلك الفقرة الأولى من المادة 25 من القواعد الإجرائية التي تنصّ على أنّه: "يمكن تشكيل لجان التحكيم من ثلاثة محكّمين بشكل عام أو من محكم فرد في حال اتفاق أطراف التحكيم على ذلك"، ويتفق ذلك مع المادة 13 من نظام التحكيم السعودي التي تنصّ على أن: "تشكل هيئة التحكيم من محكم واحد أو أكثر، على أن يكون العدد فردياً وإلا كان التحكيم باطلاً". ولم يبيّن أيّ من النصوص السابقة الحكم في حالة عدم اتفاق الطرفين على عدد المحكّمين، هل يكون العدد ثلاثة محكّمين أم محكماً وحيداً، وقد حسم ذلك قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 في الفقرة الأولى من المادة 15 منه التي تنصّ على أن: "(1) تشكل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين من محكم واحد أو أكثر، فإذا لم يتفق على عدد المحكّمين كان العدد ثلاثة".

إلا أنّ نظام التحكيم السعودي لم يتعرّض لهذه المسألة، ونرى ضرورة أن يتدخل المنظم السعودي لحسمها. ولعلّ في إشارة الفقرة الأولى من المادة 25 من القواعد الإجرائية ما يشير إلى الاتفاق مع حكم المسألة في القانون المصري، حيث نصت الفقرة المذكورة على أنّه: "يمكن تشكيل لجان التحكيم من ثلاثة

(19) Statutes of the Bodies Working for the Settlement of Sports-Related Disputes (R 33).

محكمين بشكل عام أو من محكم فرد في حال اتفاق أطراف التحكيم على ذلك"، فعبارة "بشكل عام" بعد عبارة "يمكن تشكيل لجان التحكيم من ثلاثة محكمين" يشير إلى أن هذا هو الأصل، خاصة أن تلك العبارة أتت بحالة تشكيل اللجنة من محكم فرد إذا اتفق أطراف التحكيم على ذلك بقولها: "أو من محكم فرد في حال اتفاق أطراف التحكيم على ذلك". ولو استخدمت علامات الترقيم في الكتابة بشكل واضح بوضع الفاصلة (،) بعد عبارة "بشكل عام" لكان هذا الاستدلال واضحاً وليس على استحياء كما هو الآن.

أما قواعد محكمة التحكيم الرياضي (CAS) فقد منحت الاختصاص بتحديد عدد المحكمين لرئيس القسم المختص إذا كان اتفاق التحكيم لا يحدد العدد، فقد نصت المادة 40-1 من اللائحة على أن: "تتكون هيئة التحكيم من محكم واحد أو ثلاثة محكمين، إذا كان اتفاق التحكيم لا يحدد عدد المحكمين، فيتولى رئيس القسم المختص تحديد العدد، مع أخذ ظروف الدعوى في الاعتبار..."، والمقصود بظروف الدعوى التي يجب أخذها في الاعتبار، جنسية الأطراف وظروف المكان والزمان ذات الصلة بالواقعة محل التحكيم.

وفيما يتعلق بالاستئناف لدى محكمة التحكيم الرياضي (CAS)، فقد جاء نص المادة 50 من القواعد الإجرائية لدى المحكمة متناقضاً، حيث قرر النص في بدايته أن يقدم الاستئناف إلى هيئة تحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين، ما لم يتفق الأطراف على أن تشكل هيئة التحكيم من محكم واحد، ثم عادت المادة نفسها وقررت أنه في حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف بشأن عدد المحكمين، يقرر رئيس القسم المختص أن يقدم الاستئناف إلى محكم واحد، مع مراعاة ظروف القضية⁽²⁰⁾.

لذلك لا يستقيم النص السابق إلا في ضوء المادة 53 من القواعد الإجرائية لدى المحكمة، التي قررت أن تعيين ثلاثة محكمين هو الأصل في حالة عدم الاتفاق على محكم واحد أو يرى رئيس القسم تعيين محكم واحد، حيث نصت المادة المذكورة على أنه: "ما لم يتفق الأطراف على تشكيل هيئة التحكيم من محكم واحد، أو إذا رأى رئيس القسم أن الاستئناف يجب تقديمه إلى محكم واحد، فإنه يتعين على المدعى عليه أن يرشح محكماً في غضون عشرة أيام بعد استلام بيان الاستئناف. وفي حالة عدم الترشيح في خلال هذه المهلة، يتولى رئيس القسم تعيينه".

وشرط الوترية يتعلق بالمحكمين فقط وليس بمساعديهم، والمحكم هو الشخص الذي يعهد إليه، بمقتضى الاتفاق على التحكيم أو في اتفاق مستقل، فض نزاع بين طرفين أو أكثر ويكون له نظر النزاع والاشتراك في المداولة بصوت محدود وفي إصدار الحكم والتوقيع عليه. مؤدى ذلك أن من يكلف بمعاونة المحكمين

(20) "The appeal shall be submitted to a Panel of three arbitrators, unless the parties have agreed to a Panel composed of a sole arbitrator or, in the absence of any agreement between the parties regarding the number of arbitrators, the President of the Division decides to submit the appeal to a sole arbitrator". Statutes of the Bodies Working for the Settlement of Sports-Related Disputes (R50).

لا يعتبر محكماً، فإن تعددوا فلا أهمية لأن يكون عددهم وتراً أو شفعاً كما لا أهمية لما يطرأ على صفاتهم أو ما يطرأ على عددهم من النقص أو الزيادة، فلا يؤثر في صحة تشكيل هيئة التحكيم وفاة أحدهم (أي معاونين) أثناء نظر النزاع وعدم إحلال آخر محله (21).

2. إجادة اللغة المستخدمة في التحكيم:

هذا الشرط نصت عليه المادة 33 من القواعد الإجرائية لدى محكمة التحكيم الرياضي (CAS)، فاشتترطت أن يجيد المحكم اللغة المستخدمة في التحكيم، حيث اللغات المستخدمة لدى المحكمة هي الإنجليزية والفرنسية.

وفي هذا الخصوص تنص الفقرة الأولى من المادة 7 من القواعد الإجرائية لدى مركز التحكيم الرياضي السعودي على أن: "اللغة العربية هي اللغة المعتمدة في المنازعة المنظورة أمام المركز، ويجوز بعد موافقة لجنة التحكيم استخدام اللغة الإنجليزية أو أية لغة أخرى مع إرفاق ترجمة معتمدة لها باللغة العربية".

وأمام عمومية النص الأخير، نقول: يجب على المحكم الذي ينظر منازعة لدى مركز التحكيم الرياضي السعودي أن يجيد اللغة العربية، التي هي لغة التحكيم المعتمدة لدى المركز، حتى وإن كان التحكيم يجري بغير اللغة العربية بعد موافقة لجنة التحكيم، وعلى الغرفة المختصة بالمركز أن تتأكد من إجادته اللغة العربية إذا كانت اللغة الأم للمحكم ليست العربية.

لكن ما الحكم إذا كان المحكم لا يجيد اللغة العربية ورضي به الطرفان وقبل أن يتحملا تكاليف الترجمة في الجلسات والأوراق المقدمة؟ في اعتقادنا أن رضا الطرفين بذلك يكفي للقول بصحة نظر المحكم للقضية المنظورة، فاشتراط إجادة اللغة في المحكم ليس لقياس قدراته الشخصية، بل لضمان فهمه لسير القضية التحكيمية وتفصيلات النزاع، وهو ما يتحقق بوجود الترجمة المعتمدة.

3. أن يكون قادراً على إتمام إجراءات التحكيم على وجه السرعة:

نصت على هذا الشرط أيضاً، المادة 33 من القواعد الإجرائية لدى محكمة التحكيم الرياضي (CAS)، والحقيقة أن هذا الشرط هو جزء من واجب الإفصاح الواجب على المحكم، فكما يلتزم المحكم بالإفصاح عن كل ما من شأنه أن يثير الشكوك في نزاهته وحياده، يلتزم كذلك بالإفصاح عن أي ظروف مادية أو قانونية قد تحول بينه وبين إتمام إجراءات التحكيم خلال مدة التحكيم المحددة، كما لو كان لديه ظروف مرضية، أو فترات غياب تحول بينه وبين أداء مهمة التحكيم كما ينبغي، أو كانت لديه موانع قانونية كتعيينه في منصب ما أو وظيفة معينة تمنع ممارسته لمهمة التحكيم وفقاً للقانون الواجب التطبيق على النزاع.

(21) للمزيد: نقض مدني مصري، الطعن رقم 1640 لسنة 54 ق بتاريخ 14/2/1988 مكتب فني 39 ج 1 ص 242 .

فعلى المحكم أن يفصح عن جميع ذلك قبل قبول مهمة التحكيم أو فور تحقق سببه إن حدث شيء من ذلك أثناء نظر النزاع، ويعد إخفاء المحكم لذلك موجباً لمسؤوليته عما قد يصيب أطراف النزاع من ضرر.

رابعاً: جواز الاتفاق على شروط خاصة في المحكم:

لأن إرادة الأشخاص هي المحرك الأساس والأول للتحكيم، بل هي دستور العملية التحكيمية، فإنه يجوز لهم الاتفاق على شروط خاصة في المحكم، يلتزم كل منهما بهذه الشروط عند اختياره، وكذلك إذا تولى الاختيار مركز التحكيم الذي يحتكمون إليه أو المحكمة المختصة، حسب الأحوال، كما لو اتفق على أن يكون المحكم من تخصص معين أو جنسية ما أو ديانة معينة أو نوع معين (رجل أو امرأة) أو ذا خبرة ما، فإنه يجب الالتزام بما تم الاتفاق عليه.

الفرع الثاني: إعداد قوائم المحكمين:

قائمة المحكمين لدى مركز التحكيم الرياضي السعودي تصدر من المركز تحوي أسماء وبيانات المحكمين المعتمدين لديه (المادة 8/1 من القواعد الإجرائية)، والمحكم الذي يتم اختياره يكون مؤهلاً للدخول في قائمة محكمي التحكيم العادي والاستئنافي وكرة القدم (المادة 30 من النظام الأساسي). فاختيار المحكم يجعله مؤهلاً للتحكيم في كافة غرف المركز⁽²²⁾، فليس هناك تدرجاً معيناً لهؤلاء المحكمين حال اعتمادهم، وهو أمر يتفق تماماً والتفسير السابق الذي اعتمدناه من أن الغرفة الاستئنافية هي في حقيقتها غرفة تحكيم عادي لنوع معين من المنازعات الرياضية، وليست درجة استئنافية لقرارات غرفة التحكيم العادي.

وتمنح المادة 11 (الفقرة 16) من النظام الأساسي للمركز مجلس الإدارة اختصاص اعتماد قوائم المحكمين، ورغم الصلاحية الواسعة لمجلس الإدارة في هذا الخصوص إلا أنه يجب عليه مراعاة ما يلي:

1. مراعاة تمثيل كافة الهيئات الرياضية سواء الاتحادات أو الأندية أو غيرها (المادة 1/29 من النظام الأساسي)، ولم يحدد النص عدداً معيناً لهذا التمثيل.
2. مراعاة التوزيع الجغرافي (المادة 1/29 من النظام الأساسي).
3. النظر إلى مؤهلات المتقدمين وخبراتهم القانونية وخصوصاً ذات العلاقة بالرياضة (المادة 2/29 من النظام الأساسي).

والحقيقة أن نص الفقرتين الأولى والثانية من المادة 29 السابقة قد تأثر بنص المادتين 14 و 16 من النظام الأساسي للهيئات العاملة على تسوية المنازعات المتعلقة بالرياضة، حيث أوجبت المادة 14 من

(22) الحكم نفسه بالنسبة للمحكمين الموجودين في قائمة محكمة التحكيم الرياضي (CAS)، حيث يجوز لهم وفقاً للمادة 18 من قواعد التحكيم لدى المحكمة أن يعملوا في هيئات التحكيم المشكلة من قبل أي من أقسام محكمة التحكيم الرياضي.

اللائحة على المجلس الدولي للتحكيم الرياضي عند وضع قائمة المحكمين الخاصة بالمحكمة أن يستدعي الشخصيات من ذوي التدريب القانوني المناسب، والكفاءة المعترف بها فيما يتعلق بقانون الرياضة و/أو التحكيم الدولي، والمعرفة الجيدة بالرياضة بشكل عام، كما أوجبت المادة 16 من اللائحة على المجلس عند تعيين المحكمين أن يأخذ بعين الاعتبار التمثيل القاري والثقافات القانونية المختلفة.

على ذلك، لا نرى ما يمنع مجلس إدارة المركز من أن يستدعي من الشخصيات القانونية والرياضية المشهود لها بالكفاءة للقيد بجدول المحكمين لديه، بما يكفل مراعاة تمثيل كافة الهيئات الرياضية ومراعاة التوزيع الجغرافي، دون حاجة للانتظار لتقدمهم بطلبات للتسجيل في جداول المحكمين؛ ذلك أن انتظار تقدم هؤلاء بطلباتهم لا يتناسب مطلقاً ومراعاة التوازن المنصوص عليه عند اعتماد جداول المحكمين لدى المركز، فقد لا يكون من بين المتقدمين من يحقق هذا التوازن.

ومن البديهي أن يتم تحديث تلك القوائم في فترات دورية متقاربة لتضم كل من تم تسجيله حديثاً من المحكمين، أو من خرج من قائمة المحكمين المعتمدين لفقده أحد الشروط السابقة، ولعل مدة ستة شهور أو سنة على الأكثر تكون مناسبة لإجراء عملية التحديث هذه⁽²³⁾.

ويختص الأمين العام للمركز بنشر قوائم المحكمين والوسطاء بشكل سنوي وتزويد أطراف المنازعة بأسمائهم وسيرهم الذاتية (م 5/19 من النظام الأساسي للمركز).

المطلب الثاني

تشكيل لجنة التحكيم

نتناول في فرعين متتاليين تشكيل لجنة التحكيم من محكم فرد، ثم تشكيل لجنة التحكيم من ثلاثة محكمين فأكثر.

الفرع الأول: تشكيل لجنة التحكيم من محكم فرد:

تنص الفقرة الثانية من المادة 25 من القواعد الإجرائية لدى مركز التحكيم الرياضي السعودي على أنه: "إذا اتفق الطرفان على أن المنازعة يجب أن تُحال إلى محكم فرد يقوم الطرفان بتعيينه في غضون

(23) وفقاً للمادة 13 من النظام الأساسي للهيئات العاملة على تسوية المنازعات المتعلقة بالرياضة، فإن "الشخصيات المعنية من قبل المجلس الدولي للتحكيم الرياضي، وفقاً للمادة 6، الفقرة الثالثة، تظهر في قائمة محكمة التحكيم الرياضي لفترة واحد أو عدة فترات متجددة من أربع سنوات. يقوم المجلس الدولي للتحكيم الرياضي بمراجعة القائمة كل أربع سنوات، وتدخل القائمة الجديدة حيز النفاذ في الأول من يناير من السنة التالية لوضعها. يجب أن تتكون القائمة مما لا يقل عن مائة وخمسين من المحكمين وخمسين من الوسطاء". كما أوجبت المادة 15 من النظام نفسه "على المجلس الدولي للتحكيم الرياضي أن ينشر قوائم المحكمين والوسطاء، وكذلك أيضاً جميع التعديلات اللاحقة عليها".

سبعة (7) أيام من تاريخ طلب التحكيم أو إعلان الاستئناف المستلم بشكل صحيح من قائمة المحكمين المعتمدين لدى المركز".

على ذلك، إذا اتفق الطرفان على أن المنازعة يجب أن تُحال إلى محكم فرد، قام الطرفان بتعيينه بالاتفاق بينهما خلال سبعة أيام من تاريخ طلب التحكيم أو الإعلان الصحيح للاستئناف المقدم إلى المركز، وليس لأحد الطرفين الانفراد بتعيين المحكم الفرد، بل لابد من اتفاقهما، ويتم اختيار المحكم من قائمة المحكمين المعتمدين لدى المركز.

فإذا فشل أطراف التحكيم في تعيين المحكم الفرد، قام رئيس غرفة التحكيم المختصة بتعيينه حسب الترتيب الأبجدي لقائمة المحكمين المتاحة (م 3/25 من القواعد الإجرائية).

ولم يحدّد النص السابق المدة التي ينبغي خلالها على رئيس الغرفة تعيين المحكم، ولعلّه اعتمد على المدة التي حددها في الفقرة الثانية من المادة 25 وهي سبعة أيام، رغم اختلاف الفرض في الحالتين.

بينما حدّدت القواعد الإجرائية لدى محكمة التحكيم الرياضي (CAS) هذه المدة بخمسة عشر يوماً من تاريخ استلام الطلب، سواء قام بالتعيين الطرفان أو رئيس القسم المختص حال عدم اتفاقهما، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة 40 من تلك القواعد على أنه: "إذا كان بحكم اتفاق التحكيم أو بقرار من رئيس القسم المختص، تمّ تعيين محكم واحد، يجوز للطرفين أن يختاراه بالاتفاق المتبادل في خلال المهلة الزمنية المحددة بخمسة عشر يوماً من قبل مكتب محكمة التحكيم الرياضي بمجرد استلام الطلب. في حالة عدم وجود اتفاق في خلال المهلة الزمنية المحددة، فيقوم رئيس القسم المختص بالتعيين" (24).

وبالطبع المدة الواجبة التطبيق لدى مركز التحكيم الرياضي السعودي هي المدة الأقصر التي حدّتها القواعد الإجرائية، حيث لا يتمّ اللجوء لقواعد محكمة التحكيم الرياضي الدولية (CAS) إلا في حالة عدم وجود نص خاص لدى المركز.

الفرع الثاني: تشكيل لجنة التحكيم من ثلاثة محكمين فأكثر:

إذا تمّت إحالة المنازعة إلى لجنة تحكيم ثلاثية يُعيّن كلّ طرف محكماً واحداً باختياره من قائمة المحكمين المعتمدة لدى المركز (م 4/25 من القواعد الإجرائية)، ولم يحدّد النص المدة التي يتعين فيها على كل طرف أن يعيّن محكماً من جهته، ولعلّ مدة السبعة أيام المنصوص عليها في حالتي: تعيين المحكم الفرد باتفاق الطرفين، وتعيين المحكمين المختارين المحكم المرجح في هيئة التحكيم الثلاثية - كما سيرد بعد قليل -، هي مدة مناسبة للعمل بها أيضاً في هذه الحالة، ومع ذلك فإننا نفضل تعديل النص ليحدد أيضاً مدة سبعة (7) أيام أيضاً في هذه الحالة.

(24) وهي المدة نفسها التي نص عليها نظام التحكيم السعودي في المادة 15.

وفي حالة تعدد أطراف المنازعة فيتعين عليهم جميعاً ترشيح محكم مشترك، وفي حال تعذر الترشيح المشترك، جاز لرئيس الغرفة المختصة تعيينه وفقاً للترتيب الأبجدي لقائمة المحكمين المعتمدة لدى المركز (م 26 من القواعد الإجرائية⁽²⁵⁾).

وبعد اختيار المحكم عن كل طرف وفقاً للآلية السابقة، يقوم المحكمان المعينان باختيار المحكم المرجح من قائمة المحكمين المعتمدين خلال سبعة (7) أيام من إخطارهم باختيار المحكم المرجح، فإذا فشل المحكمون المعيّنون من قبل الأطراف في الاتفاق على المحكم المرجح، جاز لرئيس غرفة التحكيم المختصة تعيين المحكم المرجح حسب الترتيب الأبجدي لقائمة المحكمين (م 5/25-6 من القواعد الإجرائية لدى المركز).

والحقيقة أنه من غير المفهوم أن يكون قيام رئيس غرفة التحكيم المختصة بتعيين المحكم المرجح جوازيًا في حالة فشل المحكمين المعيّنين في الاتفاق على المحكم المرجح (الفقرة السادسة من المادة 25 من القواعد الإجرائية)، وكذلك في حالة تعذر الترشيح المشترك (م 26 من القواعد الإجرائية)، بينما يكون قيامه بالتعيين وجوبياً في حالة فشل أطراف التحكيم في الاتفاق على تعيين المحكم الفرد، حيث ورد بشأن هذه الحالة الأخيرة نص الفقرة الثالثة من المادة 25 على النحو الآتي: "يقوم رئيس غرفة التحكيم المختصة بتعيينه حسب الترتيب الأبجدي لقائمة المحكمين المتاحة".

لذلك يجب- في رأينا- تعديل النص ليكون الحكم واحداً في جميع تلك الحالات، بجعل قيام رئيس غرفة التحكيم المختصة بتعيين المحكم وجوبياً في حالة فشل الاتفاق على تعيينه من قبل الأطراف أو المحكمين المختارين أو تعذر الترشيح المشترك؛ وذلك لاتحاد العلة بينها.

والجدير بالذكر أن المحكم المرشح من قبل الأطراف أو من قبل المحكمين المعيّنين وفقاً لقواعد محكمة التحكيم الرياضي (CAS)⁽²⁶⁾ لا يعتبر قد تمّ تعيينه إلا بعد التصديق على هذا الترشيح من رئيس القسم المختص الذي يجب عليه أن يتأكد من أن المحكم يتوافق مع شروط المادة 33 ، ولا نرى مبرراً للأخذ بهذا الحكم في مركز التحكيم الرياضي السعودي تأسيساً على أن قواعد محكمة التحكيم الرياضي (CAS) يتمّ اللجوء إليها عند عدم وجود نص خاص؛ ذلك أن المحكم لا يسجل ضمن قائمة المحكمين المعتمدة لدى المركز، والتي يكون اختيار المحكم من بينها، إلا إذا توافرت فيه الشروط المنصوص عليها.

وكما هو الشأن في حالة تعيين المحكم الفرد، حدّدت قواعد محكمة التحكيم الرياضي (CAS)⁽²⁷⁾ المدة التي يتمّ التعيين خلالها- في حالة التشكيل الثلاثي للجنة- بخمسة عشر يوماً من تاريخ استلام

(25) الحكم نفسه: المادة 41-1 من القواعد الإجرائية لدى محكمة التحكيم الرياضي (CAS).

(26) Statutes of the Bodies Working for the Settlement of Sports-Related Disputes (R 40-3).

(27) Statutes of the Bodies Working for the Settlement of Sports-Related Disputes (R 40-2).

الطلب، وهي المدة المحددة من قبل مكتب محكمة التحكيم الرياضي، واعتبرت القواعد أن طلب التحكيم قد تمّ سحبه إذا لم يتمّ تقديم الطلب بالتعيين خلال المهلة الزمنية المحددة. أمّا إذا لم يتمّ المدعى عليه بالتعيين خلال المهلة المحددة، قام رئيس القسم المختص بالتعيين بدلاً منه، وعلى المحكّمين المعيّنين اختيار رئيس هيئة التحكيم بالاتفاق بينهما، فإن لم يتفقاً قام رئيس القسم المختص بتعيينه خلال المهلة المحددة.

ويتفق نص الفقرة (1-ب) من المادة 15 من نظام التحكيم السعودي مع نصوص قواعد محكمة التحكيم الرياضي (CAS) في هذا الخصوص، حيث حدد نظام التحكيم السعودي هذه المدة بخمسة عشر يوماً، مهلة زمنية لكل طرف ليختار محكّماً عنه، وللمحكّمين المعيّنين من اليوم التالي لتاريخ تعيين آخرهما لاختيار المحكم الثالث؛ ومهلة أيضاً للمحكمة المختصة من تاريخ تقديم الطلب لتقوم هي بالتعيين بناءً على طلب من يهّمه التعجيل. وقد رأينا أنّ نصوص القواعد الإجرائية لمركز التحكيم الرياضي السعودي جاءت خلافاً لنظام التحكيم السعودي وللقواعد الإجرائية لدى محكمة التحكيم الرياضي (CAS) حيث حددت هذه المدة بسبعة أيام فقط.

ولم تبين نصوص القواعد الإجرائية لمركز التحكيم الرياضي السعودي من الذي يتولى رئاسة لجنة التحكيم، هل هو المحكمّ المرجّح (وفقاً لصياغة النص) أم أحد المحكّمين المعيّنين، مع التحفظ على استخدام هذه العبارة؛ لما قد تثيره من خلط مع عبارة "المحكمّ المرجّح" الواردة في الفقرة الثانية من المادة 39 من نظام التحكيم السعودي التي تنصّ على أنّه: "إذا تشعّبت آراء هيئة التحكيم ولم يكن ممكناً حصول الأغلبية فلهيئة التحكيم اختيار محكمّ مرجح خلال (15) يوماً من قرارها بعدم إمكان حصول الأغلبية وإلا عيّنت المحكمة المختصة محكّماً مرجّحاً". ولعلّ هذا يفسر لنا لماذا استخدم نص المادة 15 من النظام عبارة "المحكم الثالث" وليس "المحكمّ المرجّح" عند الحديث عن تعيين المحكّمين.

والحقيقة أنّ قواعد محكمة التحكيم الرياضي الدولية (CAS) كانت أكثر تحديداً في هذه الحالة، حيث نصّت الفقرة الثانية من المادة 40 منها على أنّه: "وعلى المحكّمين المعيّنين اختيار رئيس هيئة التحكيم بالاتفاق بينهما" (28).

وهو الحكم نفسه الذي نصّت عليه المادة 15 من نظام التحكيم السعودي، حيث منحت المحكمّ المختار من قبل المحكّمين المعيّنين رئاسة هيئة التحكيم، فنصّت الفقرة (1-ب) من المادة المذكورة، بعد أن بيّنت كيفية الاختيار، على أنّه: "... ويكون للمحكمّ الذي اختاره المحكّمان المعيّنان، أو الذي اختارته المحكمة المختصة رئاسة هيئة التحكيم".

(28) انظر أيضاً المادة 41-1 من القواعد الإجرائية لدى محكمة التحكيم الرياضي (CAS).

لذلك يكون هذا الحكم هو الواجب التطبيق لدى مركز التحكيم الرياضي السعودي، باعتبار أن قواعد التحكيم لدى محكمة التحكيم الرياضي (CAS) ونظام التحكيم السعودي تعدّ قواعد عامة ومتممة لقواعد التحكيم لدى المركز.

وأحكام اختيار هيئة التحكيم الثلاثية هي التي تطبق في حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من ثلاثة محكمين وفقاً لما قرره الفقرة (1-ب) من المادة 15 من نظام التحكيم السعودي، إلا أننا لا نخفي خشيتنا في هذه الحالة من تضارب التفسيرات بشأن المدد المنصوص عليها، هل تكون مدة 7 أيام كنصوص القواعد الإجرائية لدى المركز، أم مدة 15 يوماً كنصوص نظام التحكيم؛ لذلك يفضل أن تنصّ القواعد الإجرائية على تطبيق القواعد نفسها في حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من ثلاثة محكمين، لتفادي تطبيق نص النظام السعودي في هذه الحالة.

ويجب على مركز التحكيم الرياضي إذا تولى اختيار المحكم أن يراعي الشروط التي نصّ عليها اتفاق الطرفين، فضلاً عن الشروط المنصوص عليها، وذلك استناداً إلى نص الفقرة الثالثة من المادة 15 من نظام التحكيم السعودي التي تقضي بأن: "3- تراعي المحكمة المختصة في المحكم الذي تختاره الشروط التي نصّ عليها اتفاق الطرفين، وتلك الشروط التي يتطلبها هذا النظام".

المطلب الثالث

التزامات المحكمين

بوجه عام يلتزم المحكم بالنظام الأساسي لمركز التحكيم الرياضي السعودي والقواعد واللوائح المعتمدة لديه (م 1/23 من القواعد الإجرائية لدى المركز). وهذا الالتزام لا يقف بالطبع عند نظام المركز وقواعده كما ورد بصريح النص، بل يشمل كذلك الأنظمة واللوائح التي أحال إليها نظام المركز وقواعده، ومن ثمّ يشمل قواعد محكمة التحكيم الرياضي (CAS)، ونظام التحكيم السعودي، بل يشمل أيضاً ما اتفق عليه الطرفان باعتبار أن القواعد الاتفاقية- فيما لا يمسّ النظام العام- تعتبر جزءاً من القواعد الواجب تطبيقها على النزاع، بل هي الأولى بالتطبيق بداية.

وفضلاً عن هذا الالتزام العام، ينبغي فيمن يتولى مهمة التحكيم لدى المركز أن يفصح عما قد يثير الشكوك حوله، وأن يتمتع بالحيادة والاستقلال، ومراعاة المبادئ الأساسية في التقاضي، فضلاً عن التزامه بالسرية، وتفصيل ذلك فيما يلي، من خلال فرع مستقل لكل التزام:

الفرع الأول: الالتزام بالإفصاح:

تنصّ الفقرة الثانية من المادة 27 من القواعد الإجرائية لدى مركز التحكيم الرياضي السعودي على أنه: "يجب على أعضاء لجنة التحكيم إشعار رئيس الغرفة عن أي أحوال يمكن أن تؤثر على حياديتهم،

ولرئيس الغرفة الحقّ في إصدار قرار بتحتية العضو مؤقتاً إذا ما تبين له أن مشاركته تؤثر على الحيادية، مع الأخذ في الاعتبار تساوي النسبة بين بقية الأعضاء".

وهو ما نصّت عليه أيضاً المادة 33 من القواعد الإجرائية لدى محكمة التحكيم الرياضي (CAS) بقولها: "يجب عليه- أي المحكّم- أن يكشف فوراً عن أي أسباب أو ظروف قد تؤثر على استقلاليته فيما يتعلق بأيّ من الطرفين".

على ذلك، يجب على المحكّم أن يفصح من تلقاء نفسه عما يمكن أن يثير شكوك الطرفين أو أحدهما في حياده واستقلاله، وذلك حتى يكون للخصوم مطلق الحرية في الاعتراض عليه من عدمه قبل البدء في التحكيم، وواجب الإفصاح يلزم المحكّم طوال فترة أدائه مهمة التحكيم، طالبت أم قصرت، وفي أيّ مرحلة كانت عليها الدعوى؛ إذ يظل ملتزماً بالإفصاح عن كل ما من شأنه أن يثير شكوكاً حول حياده واستقلاله، سواءً تعلقت تلك الشكوك بعلاقته بأطراف النزاع، أو بمحل النزاع، فإنّ عليه أن يفصح فوراً عن تلك الشكوك، فإذا قبل الأطراف استمراره في مهمة التحكيم رغم ذلك فعليه إثبات ذلك كتابة والحصول على توقيع الطرفين ورضاهما بذلك، وحينئذٍ لا تكون تلك الشكوك مدعاة للطعن على الحكم الذي يصدره، فإن لم يقبلها الطرفان أو أحدهما فإنّ عليه أن يتنحى عن نظر القضية، وإلاّ كان ذلك مبرراً لعزله أو طلب رده، فإذا لم يقم أي من الطرفين برده والحصول على حكم بهذا الرد، كان حكمه صحيحاً وبمناى عن الطعن عليه لهذا السبب.

الفرع الثاني: الالتزام بالحيادة والاستقلال:

تنصّ الفقرة الأولى من المادة 31 من النظام الأساسي لمركز التحكيم الرياضي السعودي على أن: "يلتزم المحكّم ... بالموضوعية والحيادية ...". كما تنصّ الفقرة الثانية (البند 1) من المادة 23 من القواعد الإجرائية للمركز على أن: "يلتزم كل من المحكّمين والخبراء بالمبادئ الآتية: " 1/2/23 الاستقلالية والحياد التام".

الحيادة تعني ألا توجد للمحكّم صلة أو مصلحة بموضوع النزاع أو بأحد الأطراف أو ممثليهم يدفعه إلى الانحياز إلى أحدهم أثناء نظر النزاع، أمّا استقلال المحكّم فيعني أن يصدر قراره مستقلاً غير متأثر بعلاقة أو مصلحة يمكن أن تؤثر في قراره، أي أن الحيادة ترتبط بأداء المحكّم أثناء نظر القضية التحكيمية؛ أمّا الاستقلال فيرتبط بالقرار الذي ينتهي إليه المحكّم للفصل في النزاع، ومع أنّ لكل من الضمانتين معناها الخاص إلاّ أنّهما متلازمتان وتتكافآن فلا تعلو إحداهما على الأخرى أو تجبّها بل تتضاممان تكاملاً وتتكافآن قدرًا⁽²⁹⁾.

(29) المحكمة الدستورية العليا المصرية، الطعن رقم 148 لسنة 28 ق بتاريخ 7/6/2008 مكتب فني 12 الجزء 2 ص 1154 . والطعن رقم 151 لسنة 21 ق بتاريخ 9/9/2000 مكتب فني 9 الجزء 1 ص 744 . والطعن رقم 84 لسنة 19 ق بتاريخ 1/11/999 مكتب فني 9 الجزء 1 ص 385 . والطعن رقم 133 لسنة 19 ق بتاريخ 4/3/1999 فني 9 الجزء 1 ص 237 . والطعن رقم 83 لسنة 20 ق بتاريخ 5/12/1998 مكتب

ويقتضي حياد المحكم ألا تكون له علاقات مالية أو مصلحة بأحد الخصوم⁽³⁰⁾، حتى لا يكون المحكم خصماً وحكماً في الوقت ذاته، وهو ما يطعن في نزاهته ومصداقيته. كما يجب ألا يبدي المحكم تعاطفاً مع أحد طرفي الخصومة على حساب الآخر، وألا يكون هناك نقاش بينه وبين أحد الخصوم بشأن القضية خارج جلسات القضية، وألا يكون قد سبق له التعامل مع موضوع المنازعة بأي شكل من الأشكال. وهو ما نصت عليه الفقرة الأولى (البنود 1 و 2 و 3) من المادة 27 من القواعد الإجرائية لمركز التحكيم الرياضي السعودي التي تقضي بأنه: "يُمْتَنَعُ عَلَى المحكم المشاركة في لجنة التحكيم في الأحوال التالية:

- إذا كان له مصلحة مباشرة أو غير مباشرة في المنازعة.
 - إذا كان قريباً حتى الدرجة الثانية لأَيٍّ من أطراف المنازعة.
 - إذا سبق أن تعامل مع الموضوع المطروح بأي شكل من الأشكال.
- كذلك نصت المادة 33 من قواعد محكمة التحكيم الرياضي (CAS) على أنه: "يجب على كل محكم أن يبقى محايداً ومستقلاً عن الطرفين ...".

وتؤكد ذلك أيضاً المادة 16 من نظام التحكيم السعودي في فقرتيها 1 و 2 حيث تنص على أنه: "1- يجب ألا يكون للمحكم مصلحة في النزاع.... 2- يكون المحكم ممنوعاً من النظر في الدعوى وسماعها - ولو لم يطلب ذلك أحد طرفي التحكيم - في الحالات نفسها التي يُمنع فيها القاضي". ولا يكفي للقول بعدم حياد المحكم، مجرد اتخاذه موقفاً في تحكيم سابق ينبئ عن موقفه الذي قد يتخذه بصدد القضية المنظورة، كأن يكون قد حكم على وجه معين في قضية مماثلة، ولا أن يبدي رأياً معيناً في بحث أو مؤلف، ولا مجرد وجود شكوك لدى أحد الطرفين دون مبررات جدية.

فني 9 الجزء 1 ص 109 . والطعن رقم 162 لسنة 19 ق بتاريخ 1998/3/7 مكتب فني 9 الجزء 1 ص 0311. والطعن رقم 38 لسنة 16 ق بتاريخ 1996/11/16 فني 8 الجزء 1 ص 169 . والطعن رقم 34 لسنة 16 ق بتاريخ 1996/6/15 مكتب فني 7 الجزء 1 ص 763 .

(30) لذلك حظرت المادتان 5 و 18 من النظام الأساسي للهيئات العاملة على تسوية المنازعات المتعلقة بالرياضة على أعضاء المجلس الدولي للتحكيم الرياضي ومحكمي ووسطاء المحكمة العمل كمستشارين لأي من الطرفين في الدعاوى المرفوعة أمام محكمة التحكيم الرياضي، وأوجب عليهم عند تعيينهم التوقيع على إقرار رسمي بممارسة وظائفهم بكل موضوعية واستقلالية وحياد. وقد أجازت المادة 19 من النظام للمجلس الدولي للتحكيم الرياضي "أن يعزل محكماً أو وسيطاً من قائمة محكمة التحكيم الرياضي، بشكل مؤقت أو بشكل دائم، إذا خالف أي قاعدة من قواعد هذا القانون أو إذا كانت أفعاله تؤثر على سمعة المجلس الدولي للتحكيم الرياضي و/أو محكمة التحكيم الرياضي".

وعلى الرغم من أن الصلة بين المحكم والخصوم أو بينه وبين أحدهم لا تؤثر في صحة تعيينه طالما كانت تلك الصلة معلومة للخصوم عند الاختيار⁽³¹⁾، فإنه وفقاً لنص القواعد الإجرائية لا يجوز للشخص أن يتولى مهمة التحكيم إذا كان قريباً حتى الدرجة الثانية لأيٍّ من أطراف المنازعة.

والأصل في المحكم أنه محايد ومستقل ما دام قد قبل القيام بمهمته، وعلى من يدعى عدم حياد المحكم أو عدم استقلاله أن يتمسك بذلك ويثبته طالما أنه قد علم بالعيب قبل صدور حكم التحكيم، وليس له بعد صدوره أن يرفع دعوى ببطلانه استناداً إلى عدم توافر أيهما في المحكم⁽³²⁾.

ووفقاً لنص المادة 3/27 من القواعد الإجرائية لمركز التحكيم الرياضي السعودي، لأيٍّ من أطراف المنازعة أو ممثليهم القانونيين الحق في الاعتراض على حيادية أي من أعضاء لجنة التحكيم من خلال تقديم إفادة مكتوبة مرفقاً بها المؤيدات اللازمة لهذا الاعتراض إن وجدت، على أن يتم تقديم الإفادة المكتوبة خلال عشرة (10) أيام من علمه بمسوغات الاعتراض وإلا سقط ذلك الحق.

الفرع الثالث: مراعاة المبادئ الأساسية في التقاضي:

التحكيم طريق بديل عن القضاء يقوم مقامه وينتج نفس آثاره، وهو ما يوجب على المحكم أن يراعي الضمانات الأساسية للتقاضي، فالتحكيم ينبغي أن لا ينال من تلك الضمانات⁽³³⁾، حتى وإن كان المحكم مفوضاً بالصلح، فتفويض المحكم بالصلح لا يعني إعفاءه من الالتزام بضمانات التقاضي الأساسية، رغم إعفائه من التقيد بإجراءات المرافعات، وأهمها:

أولاً: مبدأ المساواة بين الخصوم:

تنص المادة 23 (2/2-3) من القواعد الإجرائية لدى مركز التحكيم الرياضي السعودي على أن يلتزم المحكم بـ "المساواة في التعامل مع جميع الأطراف". كما تنص المادة 27 من نظام التحكيم السعودي على أن: "يعامل طرفا التحكيم على قدم المساواة، وتهيأ لكل منهما الفرصة الكاملة والمتكافئة لعرض دعواه أو دفاعه".

(31) انظر: استئناف القاهرة، الدائرة السابعة التجارية، الطعين 65 لسنة 124 و 71 لسنة 125 جلسة 2009/1/6. مجلة التحكيم، العدد الرابع، أكتوبر 2009. أيضاً: للمحكمة نفسها: الطعين: 65 لسنة 124 ق و 71 لسنة 125 ق بتاريخ 2009/2/3.

(32) نقض مدني مصري، الطعن رقم 240 لسنة 74 ق بتاريخ 2010/2/9.

(33) حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر، الطعن رقم 114 لسنة 24 ق بتاريخ 2003/11/2 مكتب فني 11 الجزء 1 ص 61.

فعلى لجنة التحكيم أن تعامل الطرفين على قدم المساواة، وأن تهيئ لكل منهما الفرصة الكاملة لعرض دعواه ودفاعه سواء كان ذلك في صورة شفوية أو من خلال مذكرات مكتوبة، كل ذلك على نحو يتفادى الإبطاء والتحايل لإطالة أمد النزاع.

ولا تعني المساواة بين الخصوم، المساواة في الوقت المتاح لكل منهما، بل يكفي أن يمنح كل منهما الفرصة كاملة لإبداء ما لديه من طلبات ودفع ومذكرات وحق الاطلاع على ما يقدمه خصمه، وإن استغرق هذا من أحد الخصوم وقتاً أقل من الآخر، فالعبرة بالمساواة من حيث الكيف لا من حيث الكم. ويبطل حكم المحكم إذا خرج عن القواعد الأساسية لإجراءات التقاضي التي تحقق مبدأ المساواة بين الخصوم.

ثانياً: مبدأ المواجهة بين الخصوم:

يجب على لجنة التحكيم أن تتخذ الإجراءات في مواجهة الخصوم، ولعل هذا ما تعنيه المادة 2/2/23 من القواعد الإجرائية لمركز التحكيم الرياضي السعودي التي قررت أن يلتزم المحكم بـ "عدالة الإجراءات المتبعة أثناء نظر المنازعة".

وقاعدة المواجهة بين الخصوم تقتضي ضرورة إعلان الخصم بما يتخذ ضده من أعمال إجرائية وفقاً للشكل الذي يقرره القانون، تمكيناً له من الدفاع عن مصالحه⁽³⁴⁾.

ويقتضي ذلك بداية أن تقوم لجنة التحكيم بدعوة الأطراف إلى كل جلسة تعقدها، وألا تقتصر في دعوتها على أحد الأطراف دون الآخر. ولا يجوز لها قبول مستندات أو مذكرات من أحد الخصوم دون تمكين الخصم الآخر من الاطلاع عليها، وكذلك تقارير الخبراء والمعاينة وشهادات الشهود وغير ذلك مما يقدم من مستندات وأوراق بملف الدعوى.

ولا يجوز للجنة التحكيم أن تجري اتصالات مع أي من الخصوم للتحري عن بعض مسائل النزاع ولا أن تقبل أي أوراق أو مذكرات من أحدهم في غير جلسة دون اطلاع خصمه عليها، وإذا قام أحد الخصوم بإرسال أوراق أو مستندات عبر أية وسيلة إلكترونية أو تقليدية بناءً على السماح بذلك من قبل اللجنة، فلا بد أن تسمح للخصم الآخر بالاطلاع والرد عليها، وأن تمنحه الوقت الكافي لذلك.

على ذلك، فاستناد حكم التحكيم إلى وقائع لم يتدرج بها الخصوم أو إلى وقائع لم تطرح على الطرفين للمناقشة، يعدّ مخالفاً لمبدأ المواجهة⁽³⁵⁾.

ثالثاً: احترام حقوق الدفاع:

(34) نقض مدني مصري، الطعن رقم 158 لسنة 48 ق بتاريخ 1981/6/22 مكتب فني 32 الجزء 2 ص 1891 .

(35) انظر: محكمة التمييز المدنية اللبنانية، الغرفة الخامسة، قرار رقم 2003/11 بتاريخ 2003/1/21. مجلة التحكيم، العدد الرابع، أكتوبر 2009 ص 437 وما بعدها.

احترام حق الدفاع يعتبر ضماناً أساسياً للعدالة، ورغم أن التزام المحكم مبدأي المساواة والمواجهة بين الخصوم يعدّ تطبيقاً لمبدأ احترام حق الدفاع، إلا أن هذا الحق يتّسع لأكثر من ذلك، ذلك أنّ على المحكم أن يمكن الأطراف من إثبات طلباتهم ودفعهم بوسائل الإثبات الممكنة، وأيّ إخلال منه بذلك يعرض حكمه للبطلان، سواءً كان إخلالاً صريحاً برفض منح أحد الخصوم فرصته لتقديم ما لديه من أدلة إثبات، أو كان إخلالاً ضمناً بمنحه وقتاً لا يتسع لذلك، ففي الحالتين يكون المحكم مخالفاً بضمانة أساسية من ضمانات التقاضي مما يعرض حكمه للبطلان.

ولا يحول احترام حق الدفاع دون تنظيم هيئة التحكيم لاستعماله من خلال تحديد مواعيد لتقديم المذكرات والدفع، ولا يعدّ عدم قبول مذكرة أو دفع لتقديمه بعد الموعد المحدد إخلالاً بحق الدفاع⁽³⁶⁾. كما لا يحول مبدأ احترام حق الدفاع دون حق الخصوم في الاتفاق على منح المحكم سلطة الفصل في النزاع دون سماع مرافعات شفوية اكتفاءً بالمستندات والمذكرات المكتوبة، أو الاتفاق على عدم توكيل محامين⁽³⁷⁾.

وحق الدفاع هو حق للخصوم وليس واجباً عليهم، لذلك، يكفي أن يمنح الخصم فرصة الدفاع وإن لم يستخدم حقه في الدفاع حقيقة، ولجنة التحكيم حينئذٍ ليست ملزمة بإجابة طلبه بالتأجيل لتقديم دفاعه طالما أنها أفسحت له المدى المعقول لذلك⁽³⁸⁾، ودون أن يعدّ ذلك إخلالاً بحق الدفاع.

رابعاً: اشتراك جميع أعضاء هيئة التحكيم في نظر النزاع وإصدار الحكم:

يجب على لجنة التحكيم بجميع أعضائها حال تعددهم أن تنتظر القضية، ولا يجوز للبعض منهم حضور الجلسات دون البعض الآخر، ولا أن يقوم بعضهم بإجراءات قضائية معينة دون البعض الآخر كإجراء المعاينة مثلاً، ما لم يكونوا مخولين بذلك بموجب وثيقة التحكيم أو قانون التحكيم، وإلا كان الإجراء باطلاً⁽³⁹⁾، فإذا اتخذ بعض المحكمين إجراءات معينة دون البعض الآخر بناءً على تفويض اتفاقي أو قانوني، فإن نتيجة تلك الإجراءات يجب أن تعرض عليهم جميعاً للاطلاع وإبداء الرأي بشأنها، وإلا كان الحكم الذي استند إليها باطلاً.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة استئناف القاهرة بأنّه إذا كان الثابت أنّ بعض محاضر جلسات هيئة التحكيم قد تضمّنت اسم رئيس الهيئة فقط دون باقي أعضاء الهيئة وبعضها الآخر تضمّنت حضور

(36) فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الطبعة الأولى 2007، ص 307.

(37) محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية 1997، فقرة 168 ص 246.

(38) للمزيد انظر: فتحي والي، مرجع سابق، ص 307.

(39) وهو بطلان متعلق بالنظام العام، وهذه هي القاعدة المقررة أيضاً بالنسبة للأحكام القضائية، فالقضاة الذين يصدرون الحكم يجب أن يكونوا قد سمعوا المرافعة وإلا كانت الإجراءات باطلة. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الطبعة الخامسة 2000، ص 248.

رئيس الهيئة وأحد المحكمين دون المحكم الآخر، فإن إجراءات التحكيم تكون باطلة ويتعين القضاء ببطالان الحكم⁽⁴⁰⁾.

كذلك يجب على جميع المحكمين أن يحضروا المداولة، وأن يبدي كلٍّ منهم رأيه في النزاع، وعلى أي وجه يكون الحكم، ولا يجوز لأحدهم أن ينيب غيره من المحكمين عنه في التصويت، ولا أن يفوضه باتخاذ القرار نيابة عنه⁽⁴¹⁾.

خامساً: التقيد بطلبات الخصوم:

المحكم كالقاضي، لا يجوز له أن يباشر مهمة نظر النزاع والفصل فيه إلا بناءً على طلب أحد الطرفين للجوء إلى التحكيم، حتى ولو كان هناك اتفاق تحكيم، بل حتى لو تضمن هذا الاتفاق اسم المحكم.

وكما يتقيد المحكم بطلب الخصوم لبدء النظر في النزاع، يتقيد كذلك بما تتصرف إرادة المحتكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم، فليس للمحكم أن يتجاوز حدود النزاع القائم بينهما، ولا أن يتجاوز طلبات الخصوم بشأن هذا النزاع، فلا يستطيع أن يحكم بأكثر مما يطلبه الخصوم، ولو كان يرى أن العدالة في ذلك، فإذا تجاوز في حكمه طلبات الخصوم كان حكمه باطلاً⁽⁴²⁾.

إلا أنه إذا كانت طلبات الخصوم تشمل ضمناً بطريق اللزوم طلباً آخر لم يذكر صراحة ضمن الطلبات، فإن المحكم لا يعتبر متجاوزاً لطلبات الخصوم إن هو حكم بهذا الطلب الآخر؛ لكونه متضمناً بحكم الضرورة ضمن الطلب المذكور صراحة. وفي هذا الخصوص قضت المحاكم المصرية والإماراتية بأن مطالبة المشتري باسترداد ما دفعه من الثمن إلى البائع لإخلاله بالتزاماته تشتمل ضمناً على طلب

(40) الدعوى رقم 17 لسنة 114 ق جلسة 1997/5/11. أشار إليه: فتحي والي، مرجع سابق، هامش 1 ص 309.

(41) الشهابي إبراهيم الشرقاوي، الوسيط في التحكيم، مرجع سابق، ص 344.

(42) انظر حكم محكمة التمييز الأردنية، بصفتها الحقوقية في القضية رقم 2007/786. مجلة التحكيم، العدد الثاني، أبريل 2009، ص 183. وأيضاً: محكمة استئناف عمان، رقم 2008/22 بتاريخ 2009/4/8. مجلة التحكيم، العدد الثالث، يوليو 2009 ص 281 و 282.

فسخ عقد البيع ولو لم يصرح المشتري بذلك، ومن ثمّ، فإذا قضى الحكم للمشتري بذلك فإنّه لا يكون قد خالف القانون⁽⁴³⁾.

على ذلك، إذا قضت لجنة التحكيم في دعوى تحكيمية بأنّ مطالبة النادي باسترداد ما دفعه من مقابل مالي إلى اللاعب لإخلاله بالتزاماته تشتمل ضمناً على طلب فسخ العقد بينهما، ولو لم يصرح النادي بذلك، فإنّه لا يكون بذلك قد تجاوز طلبات الخصوم.

سادساً: لا يجوز للمحكّم أن يقضي بعلمه الشخصي:

من المبادئ المستقرة قضاء أنّه ليس للقاضي أن يقضي بعلمه الشخصي، وكذلك المحكّم باعتبار أنّه يقوم بمهمة قضائية كالقاضي تماماً، فدور كلّ منهما يقوم على مبدأ الحياد، يتلقى الأدلة التي يدلي بها الخصوم ثم يتولى تقدير قيمتها في الإثبات⁽⁴⁴⁾، على ذلك، إذا احتاج الموضوع إلى خبرة فنية خاصة فليس للمحكّم أن يقوم هو بها، بل عليه أن ينتدب خبيراً للقيام بالمهمة المطلوبة، ويظل للمحكّم حرية الأخذ بما توصّل إليه الخبير من عدمه.

على ذلك، فليس للمحكّم أن يقضي بناءً على علمه باللغة الأجنبية المحرر بها المستندات المقدمة في الدعوى إذا لم تكن هذه اللغة هي لغة التحكيم؛ إذ يعدّ من قبيل العلم الشخصي ترجمة المستندات إلى لغة المرافعة ولغة الحكم⁽⁴⁵⁾. أيضاً إذا كانت هناك ترجمتان مختلفتان أو متعارضتان لنص أجنبي قد يؤدي الأخذ بأيّ منهما إلى تقديرات أو نتائج مختلفة في النزاع، فليس من حق لجنة التحكيم أن تنصب نفسها خبيراً في الدعوى بما لها من معرفة باللغة الأجنبية التي تمت الترجمة منها وترجع إحداها على

(43) نقض مدني مصري، الطعن رقم 384 لسنة 33 ق بتاريخ 1966/10/20 مكتب فني 17 الجزء 3 ص - الاتحادية العليا الإماراتية، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم 403 لسنة 27 ق بتاريخ 2008/11/24. والطعن رقم 744 لسنة 27 ق بتاريخ 2006 1552/12/20 - تمييز دبي، الأحكام المدنية، الطعن رقم 252 لسنة 2008 ق بتاريخ 2009/1/18. والطعن رقم 182 لسنة 2005 ق بتاريخ 2005/11/27.

(44) عكس ذلك: محمود يونس، المرجع في أصول التحكيم، دار النهضة العربية 2009، ص 377. حيث يذهب سيادته إلى أنه لا تثريب على المحكم إن هو استند في حكمه إلى وقائع وأسانيد علم بها من تلقاء نفسه بشرط أن يكون قد عرض ما استند إليه من وقائع وأسانيد على الخصوم.

(45) أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص 247.

الأخرى، بحسبان ذلك من قبيل القضاء بالعلم الشخصي في مسألة فنية يقتضي اللجوء فيها إلى خبرة خاصة" (46).

ولا يُعدّ من قبيل قضاء المحكّم بعلمه الشخصي أن يكون ما حصله قد استقاه من خبرته بالشؤون العامة التي يفترض في كافة من هم في اختصاصه الإلمام بها (47). ولا يعدّ أيضاً من قبيل القضاء بالعلم الشخصي تأكيد المحكّم على أنه بما له من خبرة فنية في المسائل المتصلة بالنزاع المطروح على التحكيم يقتنع أو لا يقتنع بسلامة أو صحة دليل معيّن مما يطرح عليه، لأنّه بذلك لا يجاوز سلطته في تقدير هذا الدليل (48).

على ذلك، فالمحكّم الذي يفصل في نزاع رياضي لا يُعدّ قاضياً بعلمه الشخصي حين يستقي المعلومة التي بنى عليها حكمه من المعلومات العامة في مجال الرياضة والتي يعلمها أقرانه وإن كانت غير معلومة لعامة الناس، أو حين يقتنع أو لا يقتنع بسلامة أو صحة دليل معيّن اعتماداً على ما لديه من خبرة فنية في المسائل المتصلة بالنزاع المطروح على التحكيم، فهو بذلك لا يجاوز سلطته في تقدير هذا الدليل (49).

وهنا يمكن أن نقف على حقيقة الفائدة المرجوة من خبرة المحكم الفنية، هذه الفائدة التي تتمثل في ضمان سلامة فهم الدليل، خاصة تقارير الخبراء ودقة مناقشتها وتحليلها، وتمكّن المحكّم بناءً على ذلك من حسن الموازنة بين المراكز القانونية للخصوم.

الفرع الرابع: الالتزام بالسرية:

(46) انظر حكم المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم 449 لسنة 18 ق بتاريخ 1998/10/11.

(47) راجع الحكم السابق للمحكمة الاتحادية العليا الإماراتية.

(48) حكم المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم 449 لسنة 18 ق بتاريخ 1998/10/11. والطعن رقم 275 لسنة 17 ق بتاريخ 1995/12/24. والطعن رقم 176 لسنة 17 ق بتاريخ 1995/11/21.

(49) وفي هذا الخصوص قضت محكمة التمييز بدبي بأن: "اختيار طرفي التحكيم للمحكمين من فئة المهندسين كان محل اعتبار منهما ومناسباً لخبرتهم في مجال أعمال المقاولات التي كانت موضوعاً للتحكيم، ومن ثمّ فلا تشريب إن هم استخدموا خبرتهم في هذا المجال ومعلوماتهم عن الأمور العامة السائدة في السوق ... طالما أنّ هذا العلم متعلق بالمسائل العامة بحسب خبرة المحكمين بأحوال السوق، ولما كانت المسألة التي أدلى فيها المحكمون برأي - وعلى ما أوضحه الطاعن متعلقة بالأسعار السائدة في السوق ببعض المواد- إنما تدخل في مجال خبرتهم كمهندسين، ومن ثمّ فلا محل لبطلان حكمهم لهذا السبب". الأحكام المدنية، الطعن رقم 537 لسنة 1999 ق بتاريخ 2000/4/23 مكتب فني 11 الجزء 1 ص 342.

تنصّ الفقرة الثانية من المادة 31 من النظام الأساسي لمركز التحكيم الرياضي السعودي على أن: "تعتبر كافة المعلومات التي تقدم من أطراف المنازعة أثناء جلسات التحكيم سرّية ويجب على من يطلع عليها عدم كشف وإفشاء ما فيها إلا بموافقة الأطراف أو بطلب من جهة قضائية مختصة".

وكما يتضح من النص، فهذا الالتزام يلتزم به المحكّم وغيره ممن يقتضي عملهم اطلاعهم على تلك المعلومات، سواء كانوا إداريين أو مساعدين أو محكّمين، فجميعهم يلتزم بالسريّة شأنهم شأن المحكّم تماماً. فهذا الالتزام تملّيه القواعد العامة على كل من اطلع على معلومات أو سلّمت له بحكم عمله أو المهمة التي كلف بها، فعليه أن يحافظ على سريتها ولا يفشيها إلى غيره إلّا إذا سمح له صاحب السرّ في إفشائه، أو كان ذلك بطلب من جهة قضائية مختصة.

وتشمل هذه السرية - وفقاً لنص النظام الأساسي - كافة المعلومات التي تقدم في القضية، كما تشمل جلسات التحكيم وفقاً للفقرة السادسة من المادة 13 من القواعد الإجرائية للمركز التي تنص على أن: "الأصل أن تكون الجلسات سرّية ومغلقة مالم يتفق أطراف التحكيم على خلاف ذلك وبشرط موافقة لجنة التحكيم" (50).

وفي رأينا أن نطاق السريّة أوسع من ذلك، حيث يشمل أيضاً كافة الإجراءات، وكذلك إصدار حكم التحكيم، فلا يصدر حكم التحكيم علناً إلّا بموافقة الأطراف ومركز التحكيم، بل إن محكمة التحكيم الرياضي (CAS) قد توسعت في مفهوم السريّة أكثر من هذا، فبعد أن فرضت السريّة على المحكّمين والوسطاء في المادة 19 من قواعدها الإجرائية بقولها: "محكّمو ووسطاء محكمة التحكيم الرياضي يكونون ملزمين بالحفاظ على السريّة، المنصوص عليها في القانون، وعلى وجه الخصوص يجب عدم الإفشاء لأي طرف ثالث بأي وقائع أو معلومات أخرى تتعلق بالإجراءات الواقعة أمام محكمة التحكيم الرياضي"، بعد أن قررت ذلك، عادت وفرضت السريّة حتى على الطرفين وليس فقط على المحكّمين ومساعديهم، فصّت في المادة 43 من لائحة المحكمة على أن: "الإجراءات المنصوص عليها في هذه القواعد الإجرائية تكون سرّية، يتعهد كل من الطرفين والمحكّمين ومحكمة التحكيم الرياضي بعدم الكشف لأي طرف ثالث عن أي وقائع أو معلومات أخرى متعلقة بالنزاع أو بالإجراءات دون الحصول على إذن من محكمة التحكيم الرياضي. لا يجوز أن تصدر أحكام التحكيم علناً ما لم يتفق جميع الأطراف على ذلك أو يقرر رئيس القسم المختص ذلك".

(50) وننوّه في هذا الصدد إلى الفقرة السابعة من المادة 13 من القواعد الإجرائية لمركز التحكيم الرياضي السعودي التي تنصّ على أنه: "يجب أن تكون كافة الجلسات مسجلة عن طريق استخدام الوسائل التكنولوجية". وفهم ذلك في حدود سرّية الجلسات يقتضي أن يتم هذه التسجيل التكنولوجي بمعرفة هيئة التحكيم، أو أحد الفنيين بشرط موافقة الأطراف، حتى لا يكون في الاستعانة به إهداراً لسريّة الجلسات.

المطلب الرابع

انتهاء مهمة المحكم دون حكم

الأصل أن تنتهي مهمة المحكم بإصدار حكم ينهي الخصومة، وهو ما نستعرضه لاحقاً في مبحث خاص بحكم التحكيم، إلا أن مهمة المحكم قد تنتهي دون إصدار حكم في القضية، وذلك في حالات: التتحي والرد والإقالة والعزل، فإذا وقعت إحدى هذه الحالات كان استبدال المحكم أمراً واجباً لاستكمال نظر القضية والفصل فيها، وهو ما نتناوله فيما يلي من خلال فرع مستقل لكل حالة.

الفرع الأول: تنحي المحكم:

تنص الفقرة الثانية من المادة 16 من نظام التحكيم السعودي على أن: "2- يكون المحكم ممنوعاً من النظر في الدعوى وسماعها- ولو لم يطلب ذلك أحد طرفي التحكيم- في الحالات نفسها التي يُمنع فيها القاضي"، وهي الحالات المنصوص عليها في المادة 94 من نظام المرافعات الشرعية⁽⁵¹⁾.

المحكم إذا قبل مهمة التحكيم فليس له أن يتنحى إلا لمبرر مقبول، وعلى الرغم من أن الحالات التي يُمنع فيها القاضي من نظر القضية، يفترض أن يكون المحكم على علم بها قبل أن يقبل مهمة التحكيم، إلا أنها ليست هي جميع الحالات التي تعدّ عذراً مقبولاً للمحكم لتتحيه.

على ذلك وإجمالاً، إذا طرأ للمحكم عذر قهري يحول بينه وبين الاستمرار في نظر القضية أو علم بأمر يثير شكوكاً في نزاهته لم يكن على علم به حين قبل مهمة التحكيم، فله أن يتنحى عن نظر القضية،

(51) تنص المادة 94 من نظام المرافعات الشرعية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (1) لسنة 1435هـ بتاريخ 1435/1/22هـ على أن: "يكون القاضي ممنوعاً من نظر الدعوى وسماعها ولو لم يطلب ذلك أحد الخصوم في الأحوال الآتية:

- أ- إذا كان زوجاً لأحد الخصوم أو كان قريباً أو صهراً له إلى الدرجة الرابعة.
 - ب- إذا كان له أو لزوجته خصومة قائمة مع أحد الخصوم في الدعوى أو مع زوجته.
 - ج- إذا كان وكيلاً لأحد الخصوم، أو وصياً، أو قيمياً عليه، أو مظنونة وراثته له، أو كان زوجاً لوصي أحد الخصوم أو القيم عليه، أو كانت له صلة قرابة أو مصاهرة إلى الدرجة الرابعة بهذا الوصي أو القيم.
 - د- إذا كان له مصلحة في الدعوى القائمة أو لزوجته أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب أو لمن يكون هو وكيلاً عنه أو وصياً أو قيمياً عليه.
 - هـ- إذا كان قد أفتى أو ترفع عن أحد الخصوم في الدعوى أو كتب فيها ولو كان ذلك قبل اشتغاله بالقضاء، أو كان قد سبق له نظرها قاضياً أو خبيراً أو محكماً، أو كان قد أدى شهادة فيها، أو باشر إجراء من إجراءات التحقيق فيها".
- للمزيد: متولي عبد المؤمن المرسي، الوجيز في نظام المرافعات الشرعية السعودي، دار الإجازة، الطبعة الأولى 2017، ص 78 وما بعدها.

ويكون تتحيه حينئذٍ بعذر مقبول، ومن ثم يجب عليه إبلاغ المركز، وأن يسلمه كافة ما لديه من مستندات وأوراق تسلمها أثناء نظر القضية.

أما إذا تتحي المحكم بغير عذر مقبول، فلمن أصابه ضرر من جراء تتحيه المفاجئ، أن يرفع دعوى تعويض وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية، ويحكم له بالتعويض وفق الضوابط الآتية:

1- أن يكون تتحي المحكم بعد قبوله المهمة، أما إذا رفض قبول المهمة بداية، فإن هذا حق أصيل له دون إبداء أسباب للرفض، ولا مسؤولية عليه حينئذٍ، أما قبوله لها فإنه يولد للخصوم حقاً في استمراره في أدائها حتى إصدار حكم منه للخصومة.

2- أن يكون التتحي بغير عذر مقبول، فإذا كان بعذر مقبول فلا يكون حينئذٍ مقصراً، ولا مسؤولية عليه، وتقدير التقصير من عدمه متروك لتقدير محكمة الموضوع التي تنتظر دعوى التعويض. والعذر المقبول أو السبب الجدّي الذي يبرر التتحي، قد يكون موجوداً قبل بدء المحكم مهمة التحكيم إلا أن المحكم لم يعلم به إلا بعد قبولها، أو يطرأ أثناء القيام بها، وفي الحالتين يعفي المحكم من الالتزام بالتعويض نتيجة التتحي، أما لو كان معلوماً للمحكم ومع ذلك قبل مهمة التحكيم، فإنه لا يكون عذراً مقبولاً لتتحيه.

3- أن الحكم بالتعويض من عدمه جوازي للمحكمة وليس واجباً عليها، وفقاً لسلطانها التقديرية في تقدير قيام أركان المسؤولية وشروطها.

وإذا تتحي المحكم استجابة لطلب الرد المقدم ضده من أحد الخصوم، فإن هذا لا يعتبر إقراراً بصحة أي من الأسباب المدعى عليه بها والتي تُعد سبباً للحكم برده.

الفرع الثاني: رد المحكم:

الحق في رد قاضٍ بعينه (وقياساً المحكم) مؤداه أن لكل خصومة - في نهاية مطافها - حلاً منصفاً يمثل الترضية القضائية التي يقتضيها رد العدوان على الحقوق المدعى بها، وتقترض هذه الترضية أن يكون مضمونها موافقاً لأحكام الدستور، وهي لا تكون كذلك إذا كان تقريرها عائداً إلى جهة أو هيئة تقتقر إلى استقلالها أو حيدها أو هما معاً، ذلك أن هاتين الضمانتين تعتبران قيداً على السلطة التقديرية التي يملكها المشرع في مجال تنظيم الحقوق، ومن ثم يلحق البطلان كل تنظيم تشريعي للخصومة القضائية على خلافهما⁽⁵²⁾.

من هذا المنطلق، منحت الفقرة الثالثة من المادة 27 من القواعد الإجرائية لمركز التحكيم الرياضي السعودي "لأي من أطراف المنازعة أو ممثليهم القانونيين الحق في الاعتراض على حيادية أي من أعضاء

(52) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية، الطعن رقم 84 لسنة 19 ق بتاريخ 1999/11/6 مكتب فني 9 الجزء 1 ص 385 .

لجنة التحكيم من خلال تقديم إفادة مكتوبة مرفقاً بها المؤيدات اللازمة لهذا الاعتراض إن وُجدت، على أن يتم تقديم الإفادة المكتوبة خلال عشرة (10) أيام من علمه بمسوّغات الاعتراض وإلا سقط ذلك الحق".

ويجب تقديم طلب الرد في شكل عريضة تُحدّد فيها الوقائع التي أدت إلى تقديم الطلب، ويجب أن ترسل إلى لجنة التحكيم تمهيداً لإرسالها إلى مجلس إدارة المركز عن طريق الأمين العام (م 5/27 من القواعد الإجرائية، فالاختصاص بالبتّ في حالات طلب رد المحكم هو لمجلس إدارة مركز التحكيم الرياضي وفقاً لنص الفقرة 18 من المادة 11 من النظام الأساسي للمركز.

ويتمّ الفصل في طلب الرد من قِبَل مجلس إدارة المركز بعد أن يعطي لكل طرف الفرصة للإدلاء برأيه، وعلى مجلس إدارة المركز أن يصدر قراره مسبباً بقبول طلب الرد أو رفضه (م 4/27 من القواعد الإجرائية).

والأحكام السابقة نفسها نصّت عليها قواعد التحكيم لدى محكمة التحكيم الرياضي الدولية (CAS) ⁽⁵³⁾ إلاّ أنّها جعلت المدة سبعة أيام بدلاً من عشرة أيام المنصوص عليها في القواعد الإجرائية لمركز التحكيم الرياضي السعودي، كما أنّ المحكمة منحت مجلس إدارة المجلس الدولي للتحكيم الرياضي السلطة التقديرية لإحالة الدعوى إلى المجلس الدولي للتحكيم الرياضي.

ويختلف رد المحكم عن رد رئيس غرفة التحكيم المنصوص عليه في المادة 25 من النظام الأساسي لمركز التحكيم الرياضي السعودي التي تقضي بأنّه: "في حال تقديم طلب برد رئيس غرفة التحكيم والموافقة على طلب الرد من قبل مجلس الإدارة فيحل محله الأمين العام، ويمتنع على أي طرف يتم رده تلقي أي معلومات بخصوص المنازعة" ⁽⁵⁴⁾، فوظيفة رئيس غرفة التحكيم هي وظيفة إدارية بالمركز وهو ليس عضواً في لجنة التحكيم؛ لذلك إذا وافق مجلس الإدارة على رده، بناءً على طلب الخصم صاحب المصلحة، فإنّ الأمين العام للمركز هو الذي يحلّ محله في مباشرة اختصاصاته، ولا شأن للجنة التحكيم بذلك.

(53) Statutes of the Bodies Working for the Settlement of Sports-Related Disputes (R34).

(54) قريب من نص المادة 21 من القواعد الإجرائية لدى محكمة التحكيم الرياضي (CAS) التي تقضي بأنّه: "يجوز طلب رد أحد رؤساء القسمين (قسم التحكيم العادي وقسم الاستئناف) في حالة وجود ظروف تثير شكوكاً مشروعة فيما يتعلق باستقلاليتهم تجاه أحد الأطراف في دعوى التحكيم المكلف بها قسمه، فيتعين عليه أن يتنحى مسبقاً، إذا كانت إجراءات التحكيم المكلف بها قسمه، كان أحد أطرافها هو هيئة رياضية ينتمي إليها، أو إذا كان أحد أعضاء مكتب المحاماة الذي ينتمي إليه يعمل كمحكم أو كمستشار. المجلس الدولي للتحكيم الرياضي يجب أن يصدر قراراً فيما يتعلق بأي طلب رد، الرئيس المطلوب رده يجب ألا يشارك في مثل هذه القرار. إذا كان قد طلب رد رئيس القسم، فإن المهام المتعلقة بتسيير الإجراءات المخولة له من قبل القواعد الإجرائية (المادة 27 وما يليها)، يجب أن تؤدي من قبل نائبه، أو من قبل رئيس محكمة التحكيم الرياضي إذا كان قد طلب رد النائب أيضاً، لا يجوز لأي شخص مستبعد أن يحصل على أي معلومات بشأن أنشطة محكمة التحكيم الرياضي فيما يتعلق بإجراءات التحكيم التي أدت إلى استبعاده".

الفرع الثالث: إقالة المحكم:

تنصّ الفقرة 17 من المادة 11 من النظام الأساسي لمركز التحكيم الرياضي السعودي على أنّ من بين اختصاصات مجلس الإدارة "إيقاف أو عزل المحكم".

وتنصّ الفقرة السادسة من المادة 27 من القواعد الإجرائية على أنّه: "إذا فشل المحكم في أداء مهامه على الرغم من التنبيه عليه من لجنة التحكيم أو من رئيس الغرفة المختصة فلمجلس إدارة المركز الحق في إلغاء تعيينه بعد سماع رأي المحكم".

كذلك تنصّ المادة 35 من قواعد محكمة التحكيم الرياضي الدولية (CAS) على أنّه: "يجوز أن يتم عزل المحكم من قبل المجلس الدولي للتحكيم الرياضي إذا رفض أو منع من القيام بواجباته أو إذا فشل في أداء واجباته وفقاً للقانون وفي خلال فترة زمنية معقولة. يجوز للمجلس الدولي للتحكيم الرياضي أن يمارس هذه السلطة من خلال مجلس إدارته، فيجب على مجلس الإدارة أن يدعو الطرفين والمحكم المطلوب رده والمحكمين الآخرين، لتقديم تعليقات مكتوبة ويجب عليه أن يقدم أسباباً موجزة عن قراره، لا يجوز لأي من الطرفين أن يطلب عزل المحكم".

الحقيقة أنّ النصوص السابقة تخلط بين مصطلحين متميزين في فقه التحكيم، هما: (عزل المحكم) و (إقالة المحكم)، فعزل المحكم يكون باتفاق طرفي النزاع، أما الإقالة فتكون بقرار من الجهة صاحبة الاختصاص لعجز أو تقصير المحكم عن أداء مهمة التحكيم، وكلاهما يختلف عن التّحّي الذي هو مبادرة المحكم بالاعتذار عن الاستمرار في نظر النزاع لعذر ما لديه.

وهو ما يتضح جلياً من المادة 18 من نظام التحكيم السعودي التي تنصّ على أنّه: "1- إذا تعذر على المحكم أداء مهمته، أو لم يباشرها، أو انقطع عن أدائها بما يؤدي إلى تأخير لا مسوّغ له في إجراءات التحكيم، ولم يتّحّ، ولم يتفق طرفا التحكيم على عزله، جاز للمحكمة المختصة عزله بناءً على طلب أي من الطرفين، بقرار غير قابل للطعن بأي طريق من طرق الطعن. 2- ما لم يكن المحكم معيّناً من المحكمة المختصة، فإنّه لا يُعزل إلا باتفاق طرفي التحكيم، دون إخلال بما ورد في الفقرة (1) من هذه المادة، وللمعزول المطالبة بالتعويض إن لم يكن العزل قد حصل بسبب منه".

لذلك نراه غريباً أن ينصّ النظام الأساسي لمركز التحكيم الرياضي السعودي، وكذلك القواعد الإجرائية لدى محكمة التحكيم الرياضي (CAS) على "إقالة المحكم" تحت مصطلح "العزل"، والأكثر غرابة أن تنصّ اللائحة الأخيرة على أنّه لا يجوز لأي من الطرفين أن يطلب عزل المحكم (وهي تقصد إقالة المحكم)، فممن يكون طلب الإقالة إذن إن لم يكن من أحد الطرفين؟!

على أي حال إذا تعذر على المحكم أداء مهمته، أو لم يباشرها، أو انقطع عن أدائها بما يؤدي إلى تأخير لا مبرر له في سير التحكيم، ولم يتّحّ، على الرغم من التنبيه عليه من لجنة التحكيم أو من رئيس الغرفة المختصة، ولم يتفق الطرفان على عزله، جاز لمجلس إدارة المركز إقالته بعد سماع رأيه.

فطلب إقالة المحكم يفترض معه أنه ليس هناك اتفاق بين الخصوم على عزله، فإن اتفقوا على عزله، أو تنحى هو من تلقاء نفسه، فلا حاجة لطلب إقالته.

إلا أنه يتصور أن يكون الخصوم متفقين على عدم صلاحية المحكم للاستمرار في نظر النزاع، لكنهم يفضلون - أمام رفضه التنحي - طلب إقالته بدلاً من الاتفاق على عزله؛ لإعفاء أنفسهم من الادعاء بعدم جدية المبرر ومن ثم مطالبتهم بالتعويض، ذلك أن المحكم إذا عزله الخصوم دون مبرر مقبول، كان له الحق في مطالبتهم بالتعويض عن تعسفهم في حقه وفقاً للمادة 18 من نظام التحكيم السعودي.

وننوه في هذا الخصوص إلى ما يلي:

- التنبيه المشار إليه في المادة 27-6 من القواعد الإجرائية والذي يوجهه رئيس الغرفة المختصة أو لجنة التحكيم للمحكم لا يشترط له شكل خاص، فقد يكون بإثبات هذا التنبيه في محاضر الجلسات أو بوثيقة أو سند مستقل.

- أن القرار بإقالة المحكم جوازي لمجلس الإدارة، وذلك بناءً على تقديره لجدية الادعاء بالتقصير المنسوب إلى المحكم، وللمجلس السلطة الكاملة في تقدير ذلك.

- أن القرار وإن كان جوازياً، إلا أن سماع رأي المحكم وجوبي حال إقالته، فللمجلس الحق في إقالة المحكم بعد سماع رأيه وفقاً للنص، أما إذا قرر استمراره في نظر القضية فسماع رأيه حينئذٍ ليس وجوبياً ليس وجوبياً على المجلس.

الفرع الرابع: عزل المحكم:

تبدو الإشكالية في عزل المحكم لدى مركز التحكيم الرياضي السعودي في عدم النص في النظام الأساسي للمركز أو قواعده الإجرائية على أن المحكم يمكن أن يعزل باتفاق الخصوم، وعليه وجب الرجوع إلى قواعد محكمة التحكيم الرياضي (CAS) ونظام التحكيم السعودي باعتبارهما القواعد العامة والمكملة للقواعد التي نص عليها المركز.

وبالرجوع إلى قواعد المحكمة نجد أنها ليست أفضل حالاً في هذا الخصوص من النظام الأساسي للمركز أو قواعده الإجرائية، فهي لم تمنح الخصوم الحق في الاتفاق على عزل المحكم، بل نصت المادة 35 منها على أنه لا يجوز لأي من الطرفين أن يطلب عزل المحكم، وهي تقصد الإقالة، كما سبق القول. أما نظام التحكيم السعودي، فقد أجاز عزل المحكم باتفاق الخصوم ما لم يكن معيناً من المحكمة المختصة، وهو ما نرجحه في هذا الخصوص.

ولا يتطلب القانون شكلاً معيناً لإجراء عزل المحكم، فمن الجائز أن يتم شفاهة، أو كتابة بعقد عرفي أو بمجرد خطاب من الطرفين يوجّه إلى المحكم⁽⁵⁵⁾. إلا أنه يجب إثبات العزل - إذا تم شفاهة - في

(55) أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص 175.

محضر الجلسة والتوقيع عليه من الأطراف والمحكمين الآخرين (إذا كانت الهيئة مشكلة من أكثر من محكم).

والتكليف القانوني لعزل المحكم هو فسخ لعقد التحكيم بينه وبين أطراف الخصومة التحكيمية، لأن شخص المحكم يعتبر ركناً من أركانه⁽⁵⁶⁾، ولا يغير من هذا التكليف تعدد أطراف الخصومة فإنهم في مجموعهم عند اتفاقهم جميعاً على عزل المحكم يمثلون أحد طرفي عقد التحكيم في مواجهة المحكم (الطرف الآخر في هذا العقد).

وفسخ العقد هنا يخضع في آثاره للقواعد العامة، فإن كان العزل لأسباب تبرره كمخالفة المحكم التزاماته العقدية أو القانونية فقد تثبت مسؤولية المحكم المدنية ويجوز إلزامه بالتعويض عن الأضرار التي تلحق بأطراف الخصومة نتيجة خطأ المحكم.

في حين أنه في حالة افتقاد عزل المحكم لأسباب قانونية سائغة تبرره، فإنه ينشأ للمحكم الحق في مطالبة الخصوم بالتعويض الجابر لما يصيبه من أضرار نتيجة عزله، وما قد يلحقه من تشهير بسمعته المهنية نتيجة ذلك، وهو ما نصت عليه صراحة المادة 18 من نظام التحكيم السعودي بقولها: "وللمعزول المطالبة بالتعويض إن لم يكن العزل قد حصل بسبب منه".

فرع ختامي: استبدال المحكم:

تنص الفقرة السابعة من المادة 27 من القواعد الإجرائية لمركز التحكيم الرياضي السعودي على أنه: "في جميع الحالات التي يجب فيها استبدال المحكم يعين محكم بديل أو يستبدل وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في المادة الخامسة والعشرين وما يليها خلال المهلة التي يحددها مجلس الإدارة".

على ذلك، إذا تنحى المحكم أو حكم برده أو تمت إقالته أو عزل، على التفصيل السابق، فإنه يعين محكم آخر بديل عنه. وكان على النص - في رأينا - أن يقرر تعيين المحكم البديل بنفس الإجراءات التي تم بها تعيين المحكم الذي انتهت مهمته، فهذا أفضل من العبارة التي أوردها النص بقوله: "وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في المادة الخامسة والعشرين وما يليها" حتى لا تثير لبساً أثناء التطبيق، ولتتوافق بذلك مع نص المادة 36 من القواعد الإجرائية لدى محكمة التحكيم الرياضي (CAS) التي تقضي بأنه: "في حالة الاستقالة أو الوفاة أو العزل أو طلب الرد الناجح لأحد المحكمين، فإن هذا المحكم يتم استبداله وفقاً للأحكام المطبقة على تعيينه..."⁽⁵⁷⁾، ولتتوافق أيضاً مع نص المادة 19 من نظام التحكيم السعودي التي

(56) المرجع السابق، ص 175.

(57) وهو الحكم الذي أقره أيضاً النظام الأساسي للهيئات العاملة على تسوية المنازعات المتعلقة بالرياضة، بالنسبة لأعضاء المجلس الدولي للتحكيم الرياضي أو المحكمين المعتمدين لدى محكمة التحكيم الرياضي (CAS) إذا لم يتمكن أحدهم من القيام بمهامه لأي سبب (م 5 و 17 من النظام)، حيث نص على أن يتم استبداله للفترة المتبقية من ولايته، وفقاً للشروط المطبقة على تعيينه.

تقضي بأنّه: "إذا انتهت مهمة المحكم بوفاته، أو برده، أو عزله، أو تنحيه، أو عجزه، أو لأي سبب آخر، وجب تعيين بديل له طبقاً للإجراءات التي اتبعت في اختيار المحكم الذي انتهت مهمته".

كما أن تحديد مدة الاستبدال بالمهلة التي يحددها مجلس الإدارة أمر غير منطقي، إذ يجب أن تكون تلك المدة في حدود مهلة العشرة أيام المنصوص عليها في المادة 25 من القواعد الإجرائية ولا تزيد عنها. فإذا تم استبدال المحكم فالأصل أن تستمر الإجراءات دون تكرار أي إجراء سابق على الاستبدال، فالاستبدال لا ينال من صحة الإجراءات والقرارات الصادرة عن المحكم الذي تمت إقالته، ما لم تقرر لجنة التحكيم (المشكلة من أكثر من محكم) أو يتفق الخصوم على غير ذلك، وهو ما نصت عليه الفقرة الثامنة من المادة 27 من القواعد الإجرائية للمركز، التي تقضي بأنّه: "إذا تم استبدال المحكم كقاعدة عامة يجب أن تستأنف الإجراءات في المرحلة التي وصلت إليها عند توقف المحكم الذي تم استبداله ما لم تقرر لجنة التحكيم خلاف ذلك".

وإن كان النص السابق منح لجنة التحكيم ذلك دون الطرفين، فقد منحت قواعد محكمة التحكيم الرياضي (CAS) الطرفين هذا الحق إلى جانب هيئة التحكيم، فبعد أن قررت المادة 36 من اللائحة أن استبدال المحكم يتم وفقاً للأحكام المطبقة على تعيينه، قررت أنه: "ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك، أو تقرر هيئة التحكيم غير ذلك، تستمر الإجراءات دون تكرار أي إجراء سابق على الاستبدال".

وليس هناك ما يمنع - في رأينا - مجلس الإدارة أو رئيس الغرفة المختصة بالمركز من أن يحل محل لجنة التحكيم إذا كان المحكم واحداً وتم استبداله، بما يعني أن تستمر الإجراءات دون تكرار ما لم يقرر مجلس الإدارة أو رئيس الغرفة المختصة أو الخصوم غير ذلك، لأنّ لجنة التحكيم لا وجود لها في حالة المحكم الفرد الذي انتهت مهمته، حيث تستبدل بالمحكم البديل.

وغني عن البيان أن انتهاء مهمة المحكم لأي سبب من الأسباب السابقة، يترتب عليه وقف مدة التحكيم، لتستكمل تلك المدة وتستمر في السريان من جديد حين يبدأ المحكم البديل مهمته.

المطلب الخامس

حدود مسؤولية المحكم

إن الضمانات التي أحاط بها المشرع عمل القضاة، سواء في مواجهة الخصوم أو السلطات الأخرى في الدولة، يجب أن يحظى بها كل من يقوم بمهمة من تلك التي يتولاها القاضي بحسب الأصل، وهو ما تحقق بشأن المحكم، إلا أنّ تلك الضمانات كما أنّها لا تحول دون مساءلة القاضي، فإنّها لا تحول كذلك دون مساءلة المحكم، إذا توافرت أركان وشروط المسؤولية في حق أي منهما، ولا نعني بالطبع مسؤوليته الجنائية عما يرتكبه من جرائم تتعلق بمهمته التحكيمية كالرشوة مثلاً، فهذه الجرائم يسأل عنها المحكم

كغيره، بل نعني هنا مسؤولية المحكم المدنية عما يرتكبه من أخطاء أثناء أدائه لمهمته، فضلاً عن مسؤولية مركز التحكيم الذي تمارس من خلاله المهمة التحكيمية⁽⁵⁸⁾.

فالعلاقة التعاقدية بين المحكم وأطراف النزاع من جهة، وبينه وبين مركز التحكيم من جهة أخرى، ترتب المسؤولية المدنية للمحكم حال الإخلال بالالتزامات الناشئة عن تلك العلاقة، على أساس القواعد العامة في المسؤولية المدنية⁽⁵⁹⁾.

ووفقاً للقواعد العامة في المسؤولية العقدية، يجوز الاتفاق على تشديد المسؤولية أو الإعفاء منها أو تخفيفها، إلا ما ينشأ عن غش المتعاقد أو خطئه الجسيم، ومع ذلك يجوز للمتعاقد أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه. أما حيث تكون المسؤولية تقصيرية فلا قيمة لمثل هذا الاتفاق، حيث يقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع.

على ذلك، فحيث يكون التحكيم إجبارياً، أو كان التحكيم تعاقدياً ووقع من المحكم أو المؤسسة التحكيمية غش أو خطأ جسيم، أو أخل أي منهما بالتزام يفرضه عليه القانون، فلا قيمة للاتفاق على الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها، حيث تكون مسؤولية المحكم ومؤسسة التحكيم في هذه الحالات مسؤولية تقصيرية. أما ما تذهب إليه مراكز التحكيم من إعفاء المركز والمحكمين الذين يعملون وفقاً لنظامها من المسؤولية، فلا يعدو كونه إعفاءً اتفاقياً من المسؤولية ينشأ نتيجة اتفاق الطرفين على إجراء التحكيم وفقاً لقواعد المركز التي تتضمن هذا الإعفاء⁽⁶⁰⁾، ومن ثم يأخذ حكمه من حيث الاعتداد به من عدمه بحسب نوع المسؤولية وما إذا كانت عقدية أم تقصيرية.

من ذلك المادة 1/40 من القواعد الإجرائية لمركز التحكيم الرياضي السعودي التي تنص على أنه: "لا يكون أي من أعضاء مجلس الإدارة والأمين العام ومستشاريه والمحكمين والخبراء مسؤولاً عن فعل أو الامتناع عن فعل أو عن خطأ مهني يتعلق بالتحكيم".

كذلك المادة 68 من قواعد محكمة التحكيم الرياضي (CAS) التي تنص على أن: "المحكمين، الوسطاء، أعضاء وموظفين محكمة التحكيم الرياضي غير مسئولين تجاه أي شخص عن أي فعل أو امتناع عن فعل متعلق بإجراءات محكمة التحكيم الرياضي".

(58) الشهابي إبراهيم الشراوي، الوسيط في التحكيم، مرجع سابق، ص 298.

(59) انظر: أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى 2006، ص 410.

(60) فتحي والي، مرجع سابق، ص 289.

وفي رأينا؛ أنه في الحالة التي يتحفظ فيها أطراف النزاع على مثل هذا النص وهم بصدد اتفاقهم على إحالة النزاع إلى التحكيم وفقاً لقواعد المركز، فإنه لا يمكن اعتبار النص على إعفاء المحكمين أو المركز إعفاءً اتفاقياً، مما يعني أنه لا اعتبار له في هذه الحالة.

بل حتى إن لم يتحفظ الخصوم، واعتبر ذلك إعفاءً اتفاقياً من المسؤولية العقدية على النحو السابق، فإنه يعمل أثره فقط حال رجوع المضرور على المحكمين أو المركز تأسيساً على أحكام المسؤولية العقدية، أما إذا توافر في الفعل الواحد صفتا الخطأ العقدي والخطأ التقصيري، وكان رجوع المضرور عليهم تأسيساً على أحكام المسؤولية التقصيرية، وليس العقدية، فلا قيمة لهذا الإعفاء، لأنه - كما تقدم - يقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع.

هذا التحليل السابق - في رأينا - يحفظ التوازن المطلوب بين: مصلحة الخصوم من جهة، ومصلحة المحكم ومركز التحكيم من جهة أخرى، فلا يخفى ما يترتب من آثار سلبية على الاعتماد المطلق للنص على إعفاء المحكمين أو مؤسسات التحكيم من المسؤولية؛ إذ يضع ذلك أطراف النزاع أمام خيارين لا يقل أحدهما صعوبة عن الآخر:

الخيار الأول: أن يتمتع الأطراف عن اللجوء إلى التحكيم لأنهم لن يتم تعويضهم عن الخطأ الذي يرتكبه المركز أو المحكم، وهو ما يفوت معه الغرض من التحكيم، حيث يفصل الأطراف حينئذٍ اللجوء إلى القضاء رغم معاناتهم من بطل الإجراءات وتأخر الفصل في القضايا.

الخيار الثاني: أن يجازف الأطراف باللجوء إلى مركز التحكيم رغم علمهم بعدم مسؤولية المركز أو المحكمين عما يقع منهم من أخطاء، ثقة في المركز أو المحكمين، ثم يجد الأطراف أنفسهم ضحايا لنقتهم التي وضعت في غير محلها.

ولعل هذا يدعونا إلى اقتراحين في هذا الشأن⁽⁶¹⁾:

الأول: قصر مفهوم النصوص التي تقضي بالإعفاء من المسؤولية في هذا الخصوص على حالة خطأ المحكم في تقديره للمراكز القانونية للخصوم وقضائه بناءً على ذلك، وليس الإعفاء من المسؤولية بشكل عام، أي قصر الإعفاء على الجانب الفني في عمل المحكم الذي يكمن في ترجيحه للحق في جانب أحد الخصوم وقضائه بناءً على ذلك.

الثاني: وجود نظام تأميني يضمن تغطية الأضرار الناشئة عن أخطاء المحكمين أو مراكز التحكيم، بما يضمن فاعلية التحكيم، بحيث يؤدي دوره بالفعل في سرعة حسم المنازعات وتخفيف العبء عن القضاء دون التضحية بمصالح الخصوم، ولعل في مزيد من الدراسات لرجال القانون والاقتصاد ما يكفل الوصول إلى قواعد حاكمة لهذا النظام التأميني المقترح.

(61) الشهابي إبراهيم الشرقاوي، الوسيط في التحكيم، مرجع سابق، ص 314.

(يتبع)

النطاق الموضوعي لمحل اتفاق التحكيم في النظام السعودي (دراسة مقارنة)

إعداد الدكتور
أحمد محمود المساعدة

أستاذ القانون التجاري المشارك
جامعة المجمعة - كلية إدارة الأعمال - قسم القانون
المملكة العربية السعودية

الملخص

تهدف هذه الدراسة إلى بيان النطاق الموضوعي لمحل اتفاق التحكيم، في ضوء نظام التحكيم السعودي رقم (م/34) لسنة 1433هـ وقانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 م مقارنة مع قضاء التحكيم الدولي والاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية. ولتحقيق ذلك قام الباحث بدراسة ما كتب حول هذا الموضوع، واستخلاص المفاهيم، والمبادئ الأساسية ذات العلاقة، لموضوع الدراسة.

وقد تمت معالجة هذه الدراسة من خلال ثلاثة مباحث ، حيث تم استعراض المبحث الأول من خلال مفهوم محل اتفاق التحكيم وخصائصه، وقابلية النزاع كمحل لاتفاق التحكيم كمبحث ثاني أما المبحث الثالث: فقد تناولنا المنازعات التي لا يجوز اعتبارها محلاً لاتفاق التحكيم، وفي ضوء ما تقدّم، ختمت الدراسة بأهم النتائج والتوصيات التي تمّ التوصل إليها.

Abstract

This study aims to identify the substantive scope of the subject matter of the arbitration agreement, in accordance with the Saudi Arbitration System No. (M / 34) for the year 1433 AH and the Jordanian Arbitration Law No. 31 of 2001 AD, comparing with the judiciary of international arbitration and international agreements and national laws. To achieve this, the researcher studied the literature on this topic and drew concepts and basic principles relevant to the subject of study.

The study has been taken up through three sections: the first section reviews the concept and the characteristic of the topic of arbitration agreement; the second deals with the possibility of the dispute as being subject to the arbitration agreement; and the third section handles the disputes which may not be considered as subject to the arbitration agreement. In the light of what mentioned above, the study concludes the most important findings and recommendations.

المقدمة

أضحى التحكيم من أنجع الوسائل لتسوية المنازعات بين الخصوم، إذ يجري على اختيار هذه الوسيلة من قبل اطراف النزاع انفسهم؛ لتسوية منازعاتهم التي تنشأ عن العقد عن طريق طرح النزاع ليصار البت فيه أمام شخص أو أكثر، يُطلق عليهم المحكّمون دون اللجوء الى القضاء. فإذا كان من الجائز للخصوم الاتفاق على التحكيم في نزاع معين، فلا يوجد ما يمنع الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي قد تنشأ عن تنفيذ عقد معين.

فإذا كان التحكيم هو الوسيلة لفضّ المنازعات، فمحل اتفاق التحكيم هو موضوع النزاع ذاته المنصوص على تسويته بطريق التحكيم، والمبني أساساً على وجود اتفاق على التحكيم؛ لأنّ أساس تطبيق التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات يعتمد أساساً على رضا وموافقة أطراف التحكيم عليه، وهذا لا يتحقق إلا إذا اتجهت إرادة الأطراف الى اختيار التحكيم طريقاً لحل المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهما.

مشكلة الدراسة: تتمثل مشكلة الدراسة في تحديد بيان المفهوم القانوني لمحل اتفاق التحكيم، وبيان خصائصه، ومدى قابلية النزاع ليكون محلاً لاتفاق التحكيم، وماهي المنازعات التي لا يجوز اعتبارها محلاً لاتفاق التحكيم.

هدف الدراسة: تهدف هذه الدراسة إلى التعرف على محل العملية التحكيمية، والتعرف فيما إذا كان الاتفاق على التحكيم يرد بصورة شرط أم مشاركة كغيره من العقود التي يجب أن يكون لها محل ترد عليه.

أهمية الدراسة: تأتي أهمية الدراسة من حيث أنّ اتفاق التحكيم يشكل نقطة البداية والدعامة الأساسية في العملية التحكيمية، حيث وجود التحكيم من عدمه مرتبط بالاتفاق على التحكيم وعلى محل التحكيم ذاته، وبدون هذا الاتفاق لا وجود لإجراءات التحكيم ولا للحكم.

منهج البحث: يعتمد الباحث في هذه الدراسة المنهج الوصفي التحليلي المقارن بشكل رئيسي؛ إذ تنصب هذه الدراسة على النطاق الموضوعي لمحل اتفاق التحكيم (دراسة مقارنة). وعلى ذلك تُقسم دراستنا لموضوع البحث إلى ثلاثة مباحث على الشكل التالي:-

المبحث الأول: مفهوم وخصائص محل اتفاق التحكيم.

المبحث الثاني: قابلية النزاع كمحل لاتفاق التحكيم.

المبحث الثالث: منازعات لا يجوز اعتبارها محلاً لاتفاق التحكيم.

النتائج والتوصيات:

المبحث الأول

مفهوم وخصائص محل اتفاق التحكيم

سوف نتعرض في هذا المبحث لبعض الجوانب التشريعية والقانونية والجوانب الفقهية وما تعرضت له الاتفاقيات الدولية لمفهوم محل اتفاق التحكيم كمطلب أول، وإلى خصائص محل اتفاق التحكيم في المطلب الثاني.

المطلب الأول

مفهوم محل اتفاق التحكيم

لم يتعرض نظام التحكيم السعودي الجديد لسنة 1433هـ⁽¹⁾ إلى مسألة تعريف محل اتفاق التحكيم تحديداً، ولكن أشارت الفقرة (1) من المادة الأولى منه إلى اتفاق التحكيم على أنه: "هو اتفاق بين طرفين أو أكثر على أن يحيلوا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما في شأن علاقة نظامية محددة، تعاقدية كانت أم غير تعاقدية، سواء أكان اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد، أم في صورة مشاركة تحكيم مستقلة".

في حين أجاز نظام التحكيم السعودي الملغي لسنة 1403هـ⁽²⁾ في المادة الأولى منه على أنه: "يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين قائم، كما يجوز الاتفاق مسبقاً على التحكيم في أي نزاع يقوم نتيجة لتنفيذ عقد معين".

وفقاً للنص المتقدم فإن أساس التحكيم، الاتفاق الذي يجب أن يرد بنص صريح للجوء إلى التحكيم لتسوية النزاعات التي نشأت أو قد تنشأ مستقبلاً على أن تكون قد حُددت باتفاق التحكيم، وأن تكون تلك النزاعات مرتبة بعلاقة قانونية محددة مسبقاً سواء كانت تعاقدية أو غير تعاقدية. أما إذا كانت المنازعة قائمة على علاقة غير مشروعة كالإتجار بالمخدرات، فإن اتفاق التحكيم يعتبر

(1) نظام التحكيم السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/34) تاريخ 1433/5/24هـ.

(2) نظام التحكيم السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/46 تاريخ 1403/7/12هـ.

باطلاً⁽¹⁾. كما أنّ اتفاق التحكيم لا يعتبر صحيحاً إلا إذا أبرمه من يملك التصرف فيه سواء أكان شخصاً طبيعياً - أو من يمثله - أم شخصاً اعتبارياً⁽²⁾.

فمحل اتفاق التحكيم (شرط التحكيم) يوجد مستقبلاً في اتفاق التحكيم عند حدوث النزاع وموجود دائماً في حالة اتفاق التحكيم (المشارطة) الذي يتم بسبب النزاع القائم بالفعل.

سواء أكان الاتفاق على التحكيم بصورة شرط أم مشارطة، كغيره من العقود، إذ يجب أن يكون له محل يرد عليه، حيث محل العقد يعدّ ركناً أساسياً من أركانه، إذ لا ينعقد بدونه. وفضلاً عن وجوده، أن يكون معيناً أو على الأقل قابلاً للتعيين، وأن يكون مشروعاً تطبيقاً للنظرية العامة للعقد، وأن يرد على مسألة تقبل الفصل فيها بطريق التحكيم.

قانون التحكيم الأردني لسنة 2001 م، أوجب في حالة مشارطة التحكيم⁽³⁾ ضرورة تحديد موضوع النزاع الذي سوف تنظره هيئة التحكيم المختصة بطريقة محددة ودقيقة. ففي حالة عدم تحديده على هذا النحو، فإنّ اتفاق التحكيم في هذه الحالة يعدّ معيباً ومعرضاً للبطلان.

إنّ تحديد موضوع النزاع في غاية الأهمية. فعندما يقوم الأطراف بالاتفاق على البنود الرئيسية والفرعية للعقد الأصلي تفصيلياً من حيث كيفية تنفيذ الأطراف لالتزاماتهم، والمواعيد المحددة لها ومكان تنفيذها والإجراءات المتبعة في ذلك، يكونون بهذا قد تعرفوا على كافة الجوانب التي تحكم موضوع هذا العقد، وبالتالي يمكن تكوين صورة واضحة عن الموضوعات التي قد تثير

(1) د. طارق فهمي غنام، سلطات المحكم وآثارها على سلطة القاضي فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق في النظام السعودي، بحث مقدم لمؤتمر القضاء والتحكيم، جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية، المملكة العربية السعودية، المجلد الثالث، 1436هـ / 2015، ص 2357.

(2) انظر المادة (1/10) من نظام التحكيم السعودي. كذلك المادة (2) من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم السعودي الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم 2021/7م في 1405/9/8.

(3) قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 المنشور في الجريدة الرسمية العدد رقم 4496 تاريخ 16 تموز 2001 ص 2821 - 2836 الذي ألغى قانون التحكيم رقم 18 لسنة 1953 وتعديلاته.

بعض النزاعات خلال مدة العقد، بحيث يستطيع الأطراف أن يضعوا أيديهم على هذه النقاط التي قد تكون محلاً للخلاف عليها في المستقبل، فيضمنونها في بند اتفاق التحكيم المحرر في العقد الأصلي⁽¹⁾، والمشمولة به والمنوي حسمها عن طريق التحكيم ضمن المسائل التي يجوز فيها الصلح.

نظام التحكيم السعودي الجديد وقانون التحكيم الأردني أجازا أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع سواء أكان مستقلاً بذاته، أم ورد في عقد معين⁽²⁾. كما يجوز أيضاً أن يكون اتفاق التحكيم لاحقاً لقيام النزاع، وإن كانت قد اقيمت في شأنه دعوى أمام المحكمة المختصة، عندئذ يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان باطلاً.

أمّا قانون التحكيم المصري فقد أوضح اتفاق التحكيم على أنه إتفاق طرفي النزاع على اللجوء إلى التحكيم؛ لتسوية كل المنازعات أو بعضها، التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية⁽³⁾.

ففي حكم لمحكمة النقض المصرية طعن رقم 1053 لسنة 51 ق جلسة 1988/3/30 م جاء فيه: "التحكيم باعتباره طريقاً استثنائياً لفضّ الخصومات، قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات. ومن ثمّ يكون مقصوداً حتماً على ما تنصرف إرادة المحكّمين إلى

(1) د. عزمي عبد الفتاح عطيه، قانون التحكيم الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، الطبعة الأولى، 1990م، ص 130. د. ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 211. د. نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر والإسكندرية، 2004، ص 73.

(2) في المادة التاسعة الفقرة (1) من نظام التحكيم السعودي الجديد لسنة 1433. كذلك انظر المادة (11) من قانون التحكيم الاردني.

(3) المادة (1/10) من قانون التحكيم المصري لسنة 1994.

عرضه على هيئة التحكيم، ويجب أن تتضمن مشاركة التحكيم تعييناً لموضوع النزاع، حتى تتحدد ولاية المحكمين، ويتسنى رقابة مدى التزامهم حدود ولايتهم⁽¹⁾.

وبشأن القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، فبيّن أنّ اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على اللجوء الى التحكيم في جميع أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة، سواء تعاقدية أو غير تعاقدية. يجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو في صورة اتفاق منفصل⁽²⁾.

وكان المشرع الفرنسي أجاز أيضاً، يتم الاتفاق على التحكيم بصورة الشرط عندما عرّف الشرط التحكيمي على أنّه الاتفاق الذي يتعهد بموجبه أطراف عقد ما على إحالة أي نزاع قد ينشأ بينهم بمناسبة هذا العقد الى التحكيم⁽³⁾.

من خلال الاتجاهات التشريعية المتقدم بيانها يتضح أنّ المنازعات التي يمكن تسويتها بطريق التحكيم قد تكون واقعة فعلاً أو من الممكن أن تقع مستقبلاً. وهذا فيه إشارة إلى صورتين اتفاق التحكيم الشرط والمشاركة من جهة، وقد لا يتضمن اتفاق التحكيم الإشارة إلى النزاع في موضوع معين بعينه، كأن يقال إنّ الخلافات التي ستنشأ بين الطرفين بالنسبة لنوعية بضاعة، أو يقال إنّ جميع المنازعات التي ستنشأ عن تنفيذ العقد من جهة أخرى⁽⁴⁾.

(1) انظر أيضاً جلسة 1952/1/3 طعن رقم 149 لسنة 19 ق. وجلسة 1971/2/16 طعن رقم 275 لسنة 36 ق.

(2) المادة (7) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 وتعديلاته لغاية عام 2006.

(3) انظر المادة 1442 من قانون المرافعات الفرنسي لسنة 1981 وآخر تعديلاته. انظر أيضاً د. أحمد بشير الشرايري، بطلان حكم التحكيم، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011، ص 31.

(4) د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي - دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي - دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2006، ص 125.

فلا يكفي لتحديد موضوع النزاع أن يعالج هذا الموضوع في عبارة تتصف بالعمومية أو تكون محلاً للشك، كالنص في الاتفاق على خضوع هذا العقد للتحكيم دون أن يتم تحديد ماهية المنازعات التي تخضع للتحكيم، كالمعلقة بتنفيذ العقد، أو تفسيره أو فسخه، أو تلك المتعلقة بالإجراءات المتبعة في تحقيق بنود هذا العقد.

وهكذا لا يتطلب من ناحية أخرى لكي يكون الموضوع محدداً أن تُذكر كافة التفاصيل المتعلقة بمحل اتفاق التحكيم؛ إذ يكفي أن يقال إنّ موضوع النزاع هو حسم المنازعات التي تنشأ بمناسبة عقد معين على أن يتم تحديد كافة المسائل الدقيقة عند مباشرة هيئة التحكيم لموضوع النزاع الذي لم يخرج عن محل الاتفاق على التحكيم. وترجع أهمية تحديد موضوع النزاع إلى عدة جوانب منها:

1. أن يكون الأطراف على بينة من موضوع النزاع محل التحكيم بحيث لا يستطيع أي منهم أن يدعي محلاً آخر لاتفاق التحكيم، أو أن يثير منازعات أخرى تمكنه من عرقلة إجراءات التحكيم.

2. تقييد المحكم أو هيئة التحكيم بموضوع النزاع، وعدم الخروج عن هذا الإطار؛ إذ أنّ المحكم يستمد سلطاته من مباشرة موضوع النزاع وفقاً لاتفاق التحكيم. فإذا ما تعدّى هذا النطاق كان حكمه باطلاً لخروجه عن نطاق اتفاق التحكيم⁽¹⁾.

(2) د. عزمي عبد الفتاح عطيه، قانون التحكيم الكويتي، مرجع سابق، ص 129. د. ناريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص 211

إضافة إلى أنّ تحديد موضوع النزاع، يسهل على القاضي الذي يصدر الأمر بالتنفيذ من مراقبة حكم المحكم، والتأكد من عدم خروجه من اتفاق التحكيم، ومن إمكانية قبول دعوى البطلان المرفوعة من أحد الأطراف⁽¹⁾.

ومن القوانين العربية التي أوجبت تحديد موضوع النزاع، قانون الإجراءات المدنية الاماراتي، سواء في اتفاق التحكيم ذاته أو أثناء نظر الدعوى، حتى ولو كان المحكمون مفوضين بالصلح⁽²⁾. أما إذا تعلق الأمر بشرط تحكيم داخل العقد، أو في وثيقة منفصلة بحسب الأحوال قبل نشوء النزاع، فإنّ محل النزاع يأتي دائماً عاماً بالنسبة لمنازعات معينة يحددها الشرط نفسه؛ لأنّ دائرة الاحتمال والتوقع لموضوع النزاع الذي سوف يُطرح على هيئة التحكيم في المستقبل عند نشوء النزاع تكون أوسع وغير معينة تعييناً دقيقاً⁽³⁾.

فإذا لم يُحدد المحل في شرط التحكيم، فلا بدّ من تحديده في طلب التحكيم أو لائحة الدعوى، حيث أكد المشرع الأردني على أنّ على المدعي أن يرسل خلال الموعد المتفق عليه بين الطرفين أو الذي تعينه هيئة التحكيم إلى المدعى عليه، وإلى كل واحد من المحكمين، لائحة مكتوبة بدعواه تشتمل على اسمه وعنوانه واسم المدعى عليه، وشرح لوقائع الدعوى، وتحديد مسائل موضوع النزاع وطلباته، وكل أمر آخر يوجب اتفاق الطرفين ذكره في هذه اللائحة⁽⁴⁾.

أمّا النظام السعودي وكما أشرنا لنص المادة (1) من نظام التحكيم السعودي الملغي لسنة 1403هـ التي نصّت على جواز التحكيم في نزاع معين قائم. وهذه هي مشاركة التحكيم التي أطلق

(1) انظر نص المادة (49/أ - 6) من قانون التحكيم الأردني.

(2) انظر المادة (3/203) من قانون الاجراءات المدنية الإماراتي رقم 11 لسنة 1992.

(3) د. محمد سامر قطان، اتفاق الحكيم في ضوء القانون الإماراتي - دراسة مقارنة - بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، تصدر عن كلية القانون - جامعة عجمان للعلوم والتكنولوجيا، السنة الثانية، العدد الثالث، يناير 2014، ص 85.

(4) انظر المادة (29/أ) من قانون التحكيم الأردني.

عليها المشرع السعودي بوثيقة التحكيم، كما يستدل من المادة (5)⁽¹⁾ من ذات النظام على أنّ هذه الوثيقة يجب أن تتضمن موضوع النزاع. ومن هذا الجانب، يمكن القول أنّ النظام السعودي يتفق مع القوانين الأخرى، إلا أنّه يختلف عنها من زاوية أنّ المادة (5) التي لا يوجد لها مقابل في القوانين العربية الأخرى، أوجبت إيداع وثيقة التحكيم بما تضمنته من بيانات إلزامية، من ضمنها موضوع النزاع لدى الجهة المختصة بنظر النزاع⁽²⁾.

المطلب الثاني

خصائص محل اتفاق التحكيم

اتفاق التحكيم عقد كسائر العقود لا بدّ أن يكون له محل يرد عليه، حيث يُعدّ المحل ركناً أساسياً فيه، لا ينعقد بدونه، وفضلاً عن وجوده، أن يكون معيناً ومشروعاً، وأن يرد على مسألة تقبل الفصل فيها بطريق التحكيم. ففي هذا المطلب سوف نتعرض للخصائص التالية:

أولاً: الصراحة والوضوح.

تعتبر الصراحة والوضوح من أهم المميزات التي ينفرد بها محل اتفاق التحكيم، فلا يجب الاكتفاء بكلمات عامة لا تقطع الشكّ لدى الأطراف. وفي حال عدم توفر هذا الجانب، كما لو احتوى الاتفاق على الغموض أو التناقض في معانيه، ممّا يجعل الأمر أكثر صعوبة، يُرد الأمر في هذه الحالة إلى القضاء صاحب الولاية والاختصاص، كما لو ادعى أحد الطرفين وجود مسائل لا تدخل ضمن اتفاق التحكيم يدعيها الطرف الآخر.

(1) انظر المادة (5) من نظام التحكيم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/46 تاريخ 1403/7/12هـ.

(2) د. حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، ط/3 دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2014، ص115.

هنا يجب على هيئة التحكيم التصدي لهذا الدفع بشرط إبدائه فوراً وإلا سقط الحق في هذا الدفع. فإذا ما تمّ إبداء هذا الدفع فوراً، جاز لهيئة التحكيم أن تتصدى له قبل الفصل في موضوع النزاع، فإذا قضت برفض الدفع، فلا يجوز الطعن على حكمها إلا بطريق رفع دعوى بطلان حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها.

وبموجب المادة (20) الفقرة (2-3) من نظام التحكيم السعودي عند وجود اتفاق تحكيم غير صحيح، يُفضي الى انعدام حكم التحكيم؛ نتيجة لانعدام ولاية حكم المحكم في إصداره، حيث يُعد صدور الحكم بناءً على اتفاق غير صحيح، إغتصاباً لولاية القضاء صاحب الولاية العامة، مما يشكل اعتداءً عليه⁽¹⁾.

ثانياً: الإلزامية.

ينصرف مفهوم إلزامية اتفاق التحكيم إلى أنّه يصبح بمثابة شريعة المتعاقدين، وأنّه القانون بالنسبة لأطراف النزاع. فعند الانتهاء من توقيع اتفاق التحكيم ودخوله حيز التنفيذ، يصبح قانون الأطراف وقانون المحكم⁽²⁾، فإذا ما تمّ تحديد مضمون اتفاق التحكيم، من الصعب تعديله بالزيادة عليه أو بالانقاص منه. ومع ذلك فالقوة الملزمة له لا تتعارض مع تعديله باتفاق الطرفين، طالما أنّ الاتفاق نشأ عن إرادتين متطابقتين ومترادفتين، وينشأ عن ذلك إمكانية تعديله بواسطة هاتين الإرادتين⁽³⁾. لذلك فالالتزام بإحالة النزاع الوارد باتفاق التحكيم ما هو إلا تطبيق عادي لقاعدة القوة الملزمة للعقود والاتفاقيات أو المعاهدات.

(1) د. طارق فهمي غنّام، سلطات المحكم وآثارها على سلطة القاضي فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق في النظام السعودي، مرجع سابق، ص 2364.

(2) د. إبراهيم محمد العناني، اللجوء إلى التحكيم الدولي، دار النهضة العربية، مصر، الطبعة الثانية، 2006، ص 120.

(3) د. عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، الطبعة الثانية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 175.

لكن هل للاتفاق بصورتيه المعروفتين نفس القوة الإلزامية ؟ أو أنّ مشاركة التحكيم لها قوة

إلزامية أكبر من شرط التحكيم؟

ذهب بعض الفقه⁽¹⁾ إلى التفرقة بين مشاركة التحكيم وشرط التحكيم، من حيث الطبيعة

القانونية والقوة الإلزامية، ذلك أنّ تضمين اتفاقية شرط التحكيم من شأنه اعتبار أنّ هناك وعداً

بالجوء إلى التحكيم، يحتاج إلى القيام بتوقيع مشاركة تحكيم بعد نشوء النزاع. وكلّ إخلال من أحد

الأطراف يتيح للطرف الآخر إجباره على إبرام مشاركة التحكيم.

وقد سعت عصبة الأمم في أعقاب الحرب العالمية الأولى، إلى ضرورة التسوية بين شرط

التحكيم ومشاركة التحكيم، من حيث الاعتراف بهما على قدم المساواة، وإعطاء شرط التحكيم ذات

القوة الإلزامية لمشاركة التحكيم، على نحو يبرر إدماجه مع مشاركة التحكيم في مفهوم قانون

واحد.

وجاء بروتوكول جنيف لعام 1923م واتفاقية الأمم المتحدة لعام 1958م؛ لتأكيد هذا

المعنى عندما تقادت استعمال تعبير شرط التحكيم ومشاركة التحكيم، واستخدام مفهوم موحد هو

اتفاق التحكيم⁽²⁾. كما أنّ هذه التفرقة لم يعد لها معنى أيضاً في اتفاقية نيويورك لعام 1958م

الخاصة بالاعتراف، وتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية والاتفاقية الأوروبية المبرمة في جنيف عام

1961م حيث تحدثت كلتاها عن اتفاق التحكيم⁽³⁾.

(1) د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984، ص 76.

(2) د. احمد اسكندر، التحكيم كوسيلة لفض النزاعات الدولية بالطرق السلمية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، الجزائر، الجزء 37، رقم 4، 1999، ص 167.

(3) انظر المادة (5) من اتفاقية نيويورك لسنة 1958.

وعلى المستوى الدولي أيضا جاء قضاء التحكيم؛ ليؤكد على إلزامية اتفاق التحكيم، وذلك في حكم التحكيم الصادر في قضية Elf Aquitaine ضد الشركة الوطنية الإيرانية للبترول التي فصل فيها المحكم المنفرد B. Gomard بتاريخ 1982/12/14م، جاء فيه: "من المبادئ المعترف فيها أنَّ الدولة المرتبطة بشرط تحكيم منصوص عليه في اتفاق أبرمته الدولة ذاتها، أو من خلال شركة تابعة لها، لا تستطيع بإرادتها المنفردة في تاريخ لاحق أن تمنع الطرف الآخر معها من الالتجاء إلى الوسيلة المتفق عليها بين الاطراف؛ لتسوية المنازعات الناشئة عن العقد المبرم بينهم"⁽¹⁾.

وكان نظام التحكيم السعودي قد نصّ في المادة الخامسة منه، إذا اتفق طرفا التحكيم على إخضاع العلاقة بينهما لأحكام أي وثيقة (عقد نموذجي أو اتفاقية دولية أو غيرهما)، وجب العمل بأحكام هذه الوثيقة بما تشمله من أحكام خاصة بالتحكيم، وذلك بما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية.

ثالثاً: الكتابة.

أكد نظام التحكيم السعودي⁽²⁾ وقانون التحكيم الأردني⁽³⁾ على أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً. كما نصّ قانون التحكيم المصري على كتابة اتفاق التحكيم، إذا تضمّنه محرّر وقعه الطرفان⁽⁴⁾.

(1) د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 2004، ص 442. راجع الحكم منشور في دورية Rev . arb . 1984.p.397 .

(2) انظر المادة (2/9) من نظام التحكيم السعودي.

(3) انظر المادة (10/أ) من قانون التحكيم الاردني.

(4) انظر المادة (12) من قانون التحكيم المصري.

ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمّنه مستند وقعه الطرفان أو إذا تضمّنه ما تبادلته الطرفان من رسائل أو برقيات أو عن طريق الفاكس أو التلكس أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة التي تعدّ بمثابة سجل الاتفاق. كما يعدّ في حكم اتفاق التحكيم المكتوب، كل إحالة في العقد إلى أحكام عقد نموذجي، أو اتفاقية، أو أي وثيقة أخرى تتضمن شرط تحكيم، إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد⁽¹⁾.

من القوانين العربية التي رأت أنّ كتابة اتفاق التحكيم وسيلة للإثبات، القانون الكويتي الذي أجاز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين، كما أجاز أيضاً الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين؛ إذ لا يثبت التحكيم إلا بالكتابة⁽²⁾. كما سار القانون الإماراتي بذات الاتجاه، حيث نصّت المادة (203) الفقرة (2) على أنّه: "ولا يثبت اتفاق التحكيم إلا بالكتابة"⁽³⁾. من خلال النصوص المتقدم بيانها أصبحت الكتابة أكثر وجوباً في اتفاق التحكيم سواء بالإثبات أو للانعقاد، وأنّ الاخلال بهذا الشرط في بعض التشريعات العربية جزاءه البطلان، وهو ما اتجهت إليه إرادة المشرّع صراحة إلى اعتبار الكتابة ركناً في اتفاق التحكيم، وليس مجرد وسيلة للإثبات. وبما أنّ الكتابة هنا ركن شكلي في اتفاق التحكيم، وبالتالي فإنّ البطلان الناشئ عن تخلفها يعتبر بطلاناً مطلقاً متعلقاً بالنظام العام.

(1) انظر المادة (3/9) من نظام التحكيم السعودي.

(2) انظر المادة (173) من قانون التحكيم الكويتي، قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم 38 لسنة 1988.

(3) انظر المادة (203) الفقرة (2) من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي رقم 11 لسنة 1992.

المبحث الثاني

قابلية النزاع كمحل لاتفاق التحكيم

الأصل أن التحكيم جائز في كافة المنازعات التجارية والمدنية والعقود الإدارية، سواء أكانت المنازعة ذات طبيعة عقدية كعقود البيع والشراء والمقاولات، أو ذات طبيعة غير عقدية كالتصرف الفردي والمنافسة غير المشروعة، والتعويض الناتج عن المسؤولية التقصيرية. السؤال المطروح ماهي النزاعات التي يجوز أن تكون محلاً للتحكيم؟

نصّت المادة الثانية من نظام التحكيم السعودي على أنه: "مع عدم الإخلال بأحكام الشريعة الإسلامية وأحكام الاتفاقيات الدولية التي تكون المملكة طرفاً فيها، تسري أحكام هذا النظام على كل تحكيم، أياً كانت طبيعة العلاقة النظامية التي يدور حولها النزاع....".

وكانت المادة الأولى من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم السعودي قد نصّت على أن: "لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح كالحدود واللعان بين الزوجين، وكل ما هو متعلق بالنظام العام"⁽¹⁾.

وكان قانون التحكيم الأردني قد نصّ في المادة (3) منه على أن تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم اتفاقي يجري في المملكة، ويتعلق بنزاع مدني أو تجاري بين أطراف أشخاص القانون العام أو القانون الخاص، أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، عقدية كانت أو غير عقدية⁽²⁾.

⁽¹⁾ المادة (1) من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم السعودي الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم 2021/7م في

1405/9/8هـ.

⁽²⁾ المادة (3) من نظام التحكيم الأردني.

وعلى ما يبدو أنّ القانون الأردني توسع في نطاق المنازعات التي يمكن أن تكون محلاً للتحكيم، فأبيح منازعات قانونية يمكن أن تكون محلاً لاتفاق التحكيم. لهذا يستفاد من نصّ المادة (3)، سواء أكانت المنازعة عقدية أو غير عقدية، عامة أو خاصة، مدنية أو تجارية، فإنّها يمكن أن تكون محلاً لاتفاق التحكيم، باستثناء المنازعات المتعلقة بأمر مخالف للنظام العام أو الآداب العامة، بمعنى أن يكون موضوع المنازعات التي يشملها اتفاق التحكيم ممّا يجوز وفقاً للقانون تسويتها عن طريق التحكيم⁽¹⁾.

لكنّ المشرّع عاد، وقيد هذا التوسع الذي يرد على محل التحكيم بما قرره في المادة (9) من ذات القانون بأنّه "لا يجوز التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه، ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح".

هذه المسائل تتعلق بداهة بقواعد النظام العام، والمسؤولية الجنائية، والحالة الشخصية كالجنسية والأهلية وغيرها من المسائل التي نستطيع القول عنها بأنّها تلك المسائل التي يرجح فيها المصلحة العامة على مصلحة الأفراد؛ نظراً لتعلقها المباشر بالأمن الاجتماعي والسياسي، والشرعية الغراء.

وهنا يظهر الفارق الكبير بين القضاء والتحكيم؛ إذ أنّ القضاء يختص بالنظر في كافة المنازعات نظراً لعدم إمكانية تطرق القاضي الوطني لأي قانون آخر غير القوانين التي وضعها المشرع له، والتي وضع فيها كافة المقومات الشرعية والاجتماعية والسياسية للمجتمع، بعكس التحكيم الذي لا يستطيع النظر إلا في الموضوعات التي أجاز له القانون أن ينظرها، ويكون للمحكم هنا مطلق الحرية في الاستعانة بأي قانون آخر اتفق عليه الأطراف بكامل حريتهم.

(2) د. سميحة القليوبي، تنفيذ حكم التحكيم، بحث مقدم إلى ندوة التحكيم في عقود الأشغال والمقاولات - المنعقدة في الشارقة - الإمارات العربية المتحدة من الفترة (4-7) ديسمبر 2005م، ص116.

وفي مجال التحكيم لا يستطيع المشرّع أن يسيطر على هذه التحكيمات، إلا من خلال النصّ على عدم جواز المساس بمسائل معينة، يرى فيها أنها توازن بين حرية الأطراف في إبرام ما يشاؤون من تصرفات وبين تقييد هذه الحرية بعدم مساسها بالنظام العام، وبكافة المسائل التي تتعلق بالقواعد الآمرة التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها أو تطبيق قواعد قانونية لبلد آخر داخل المجتمع، غير تلك القواعد الآمرة التي نصّ عليها القانون الوطني والتي تحمي أمنه ومستقبله⁽¹⁾.

أمّا التشريعات المقارنة تكاد تكون متوافقة بصفة عامة على مسألة قابلية أو عدم قابلية بعض المنازعات لأن تكون محلاً للتحكيم، كالقانون الفرنسي الذي لا يجيز التحكيم في مسائل الحالة الشخصية والأهلية، وتلك المتعلقة بالطلاق والانفصال الجسماني، أو المنازعات المتعلقة بالهيئات العامة، أو المؤسسات العامة، أو تلك المتعلقة بالنظام العام⁽²⁾.

أمّا موقف الاتفاقيات الدولية من هذه المسألة، نجد أنّ بروتوكول جنيف لعام 1923م لا يلزم الدول بالاعتراف بصحة اتفاق التحكيم إلا إذا كان يتعلق بمسائل يمكن حلها بالتحكيم. وأعطى البروتوكول الدول الحق بأن تجعل التزامها يقتصر على أحكام التحكيم في المسائل التجارية فقط⁽³⁾.

ونجد أنّ اتفاقية نيويورك لعام 1958م قد نصّت في المادة (5) الفقرة (2) منها على أنّه

(1) د. أحمد محمد عبد البديع شتا، شرح قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 2004، ص183.

(2) د. علي طاهر البياتي، التحكيم التجاري البحري (دراسة قانونية مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2006، ص 94. وانظر أيضاً المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي حيث تقول:

((ON PEUT COMPROMETTER SUR TES QUESTIONS D'ÉTAT ET DE CAPACITÉ DES PERSONNES, SUR LES CONSTATATIONS INTERESSANT LES COLLECTIVITÉS PUBLIQUES ET LES ÉTABLISSEMENTS PUBLICS ET PUIS GÉNÉRALEMENT DANS TOUTES LES MATIÈRES QUI INTÉRESSENT L'ORDRE PUBLIC)).

(3) المادة الثانية من بروتوكول جنيف لعام 1923م.

يمكن رفض الاعتراف بقرار التحكيم وتنفيذه اذا رأت السلطات في البلد المطلوب تنفيذ

القرار فيه:

أ- أن قانون ذلك البلد لا يجيز تسوية النزاع عن طريق التحكيم.

ب- أو في الاعتراف بحكم المحكمين أو تنفيذه، ما يخالف النظام العام في هذا البلد⁽¹⁾.

ويعدّ موضوع القابلية للتحكيم من الأمور التي لاقت اهتماماً كبيراً من المشاركين في مؤتمر الأمم المتحدة الذي تولى وضع اتفاقية نيويورك، وذلك للتوفيق بين مختلف الدول في هذا الخصوص وضرورة الوصول إلى حل يسمح للتحكيم بأن يؤدي دوره على أفضل وجه ممكن، وبأقل قدر ممكن من تدخل المحاكم الوطنية لإبطال التحكيم، بدعوى أن الموضوع المطروح على التحكيم من الموضوعات التي لا يجوز تسويتها عن طريق التحكيم.

فبعض الدول تجعل الأصل جواز التحكيم في كافة المسائل مع استثناءات محددة مقررّة على سبيل الحصر، وفي أضيق نطاق ممكن. وعلى العكس تماماً فإنّ هناك دولاً تعتبر التحكيم طريقاً استثنائياً؛ إذ يؤدي ذلك إلى توسيع نطاق المسائل التي لا يجوز في شأنها التحكيم، واستعمال عبارات معروفة بأنّها غير منضبطة الحدود في هذا المجال مثل إقحام فكرة النظام العام. ودول أخرى أخذت بحلول توفيقية، إما عن طريق نصوص تشريعية تحدد المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم، وإما عن طريق اجتهاد قضائي يعطى لفكرة النظام العام مفهوماً ضيقاً، باعتبار أنّ المقصود هو النظام العام الدولي، وليس الداخلي، بحيث لا يعني وجود قواعد أمرّة منظمة لمسألة معينة أنها صارت بالضرورة غير قابلة للتحكيم⁽²⁾.

⁽¹⁾ المادة (5) الفقرة (2) من اتفاقية نيويورك لسنة 1958م، حيث تمت الموافقة عليها من قبل مؤتمر الأمم المتحدة

المنعقد في نيويورك بتاريخ 10/6/1958، ودخلت حيز التنفيذ بتاريخ 7/6/1959م.

⁽²⁾ د. سامية راشد، مرجع سابق، ص 390

وإزاء ما تبين خلال مناقشات مؤتمر الأمم المتحدة من استحالة الوصول إلى قاعدة موضوعية موحدة تحدد المسائل التي يجوز التحكيم في شأنها والتي لا يجوز فيها ذلك، اتجه المؤتمر إلى الاكتفاء بالإشارة للمبدأ العام مع إحاطته بالقدر الممكن من الضمانات التي تكفل عدم التوسع في تطبيقاته.

وتحقيقاً لهذا الغرض حرص المؤتمر على تسجيل رفضه لإقحام فكرة النظام العام في هذا الخصوص، ووجوب ترك المجال مفتوحاً للاجتهاد خلال المراحل السابقة على إصدار رأي حكم هيئة التحكيم، ذلك أنّ اتفاقية نيويورك في صورتها النهائية لم تنظم إمكانية تطبيق قواعد القانون الوطني إلا في المرحلة التالية لصدور حكم التحكيم، وهو ما أكدته نص المادة الخامسة فقرة (2) في مجال بيان أسباب رفض الاعتراف وتنفيذ حكم المحكمين، بحكم كون قانون البلد المطلوب منه الاعتراف أو التنفيذ بواسطة قضائه الوطني لا يجيز تسوية النزاع عن طريق التحكيم.

وكانت اتفاقية نيويورك لسنة 1958م بشأن الاعتراف، وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية اشترطت حتى يمكن لاتفاق التحكيم أن يرتب أثره، وأن يتعلق بمسألة من المسائل التي يجوز فيها التحكيم. ومن الملاحظ أنّ الاتفاقية لم تتعرض لبيان المسائل التي يجوز أو لا يجوز حلها عن طريق التحكيم؛ ولذلك ينبغي البحث عن القانون الذي يتعين الرجوع إليه لمعرفة قابلية النزاع للتحكيم. فيما أشارت الفقرة (2) من المادة (5) من الاتفاقية إلى قانون الدولة المطلوب تنفيذ الحكم في إقليمها، للتأكد من قابلية النزاع للتحكيم⁽¹⁾.

(1) د. سامية راشد، مرجع سابق، ص 395.

وبالعودة إلى اتفاقية جنيف لسنة 1927م بشأن تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية، حيث نصّت على شروط الاعتراف بالقرار وتنفيذه، ومن بين هذه الشروط أن يكون موضوع النزاع ممّا يجوز عرضه على التحكيم، وفقاً لقانون الدولة التي يطلب منها الاعتراف بالقرار وتنفيذه⁽¹⁾. وكانت الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي سنة 1961م، قد مكنت القاضي الناظر في القضية ألا يعترف بالاتفاقية التحكيمية، إذا كان النزاع لا يمكن أن يكون خاضعاً للتحكيم بموجب قانون المحكمة⁽²⁾.

أمّا اتفاقية جامعة الدول العربية لسنة 1953م، لم تبين مسألة قابلية النزاع للتحكيم بطريقة مباشرة؛ إذ لم تتعرض لبيان المسائل التي يجوز أو لا يجوز حلها عن طريق التحكيم، فيما اكتفت المادة الثالثة من ذات الاتفاقية بالإشارة إلى رفض طلب حكم المحكمين، إذا كان قانون الدولة المطلوب منها تنفيذ الحكم لا يجيز حل موضوع النزاع عن طريق التحكيم⁽³⁾.

في ضوء ما تقدم، من الاتفاقيات الدولية للتحكيم التجاري الدولي، واتفاقية جامعة الدول العربية، فهي لم تتضمن نصوصاً لمعالجة المسائل التي يجوز فيها التحكيم، أو لا يجوز فيها التحكيم، حيث تأتي أهمية تحديد المسائل المتعلقة بقابلية التحكيم من عدمها نظراً للنتائج الخطيرة التي تترتب على عدم احترام تلك القواعد وأهمّها:

(1) انظر نص المادة (1) الفقرة (2) من اتفاقية جنيف المعقودة بتاريخ 26 أيلول لعام 1927م جاء فيها:
Article1
(b) That the subject-matter of the award is capable of settlement by arbitration under the law of the country in which the award is sought to be relied upon;
(2) انظر المادة (6) الفقرة (2/ج) الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المعقودة في جنيف بتاريخ 21 نيسان 1961م، ووضعت حيز التنفيذ في 1964/1/7.
(4) د. أشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الدولية الخاصة دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص329.

1- أنه إذا ما اتفق الأطراف على التحكيم في أية مسألة تتعلق بالنظام العام، أو في مخالفة أية قاعدة آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، فإنه يكون مصير هذا الاتفاق، البطلان المطلق. ويستطيع أي طرف أو كل من له مصلحة أن يطلب إبطال هذا الاتفاق، أو الحكم الصادر فيه، بل ويستطيع القاضي الوطني أن يتصدى من تلقاء نفسه لإبطال هذا الاتفاق أو الحكم الصادر، بناء على هذا الاتفاق⁽¹⁾.

2- سواء أكان التحكيم داخلياً أو دولياً ويراد تنفيذه داخل بلد القاضي، فإنه إذا ما شعر القاضي أن هذا الاتفاق أو الحكم، بحسب الأحوال، مخالف للنظام العام أو القواعد الآمرة داخل بلده، فإنه يجوز له أن يرفض تنفيذ هذا الحكم لمخالفته للنظام العام؛ لأن القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة هو قانون القاضي⁽²⁾.

لذلك، فمن غير الممكن للقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع أو اختلاف مكان التحكيم الذي يجري في الخارج، أو وجود جنسيات مختلفة للأطراف أو المحكمين، أو وجود ما يسمى بالنظام العام الدولي، أن يطمس الهوية القومية للدولة المراد تنفيذ الحكم فيها، لا سيما إذا كانت من الدول النامية.

(1) د. ناريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص 245.

(2) د. أحمد الصاوي، التحكيم طبقاً للقانون 27 لسنة 1994، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 241.

المبحث الثالث

منازعات لا يجوز اعتبارها محلاً لاتفاق التحكيم

في الواقع ما زال نظام التحكيم على الأقل في القانون الأردني ونظام التحكيم السعودي ومن على شاكلتهما استثناء، لم يحدد المسائل التي لا يجوز في تسويتها بطريق التحكيم، بحيث يظل الأصل هو اختصاص قضاء الدولة بالفصل في كافة المنازعات باعتباره صاحب الولاية العامة في تحقيق الحماية للحقوق والمراكز القانونية. فالتحكيم يتحدد نطاقه بمنازعات معينة لا يتعداها، وهي تلك التي يجوز فيها الصلح فقط.

وفقاً للمادة (9) من قانون التحكيم الأردني: "لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح". وهذا النص لا يحدد في الحقيقة، المسائل التي لا يجوز تسويتها بطريق التحكيم وإنما يحيل بشأنها إلى القواعد الخاصة بعقد الصلح.

أما نظام التحكيم السعودي لسنة 1433هـ، نص في المادة الثانية منه على أنه: "مع عدم الإخلال بأحكام الشريعة الإسلامية، وأحكام الاتفاقيات الدولية التي تكون المملكة طرفاً فيها [...] لا تسري أحكام هذا النظام على المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية، والتي لا يجوز فيها الصلح"⁽¹⁾.

أما القانون المدني المصري فقد حدد المسائل التي لا يجوز فيها الصلح، وهي المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام⁽²⁾، مع مراعاة أنه يجوز الصلح على المسائل المالية التي ترتب على الحالة الشخصية، أو التي تنشأ عن ارتكاب جرائم⁽³⁾.

(1) المادة (2) من نظام التحكيم السعودي لسنة 1433هـ.

(2) المادة 551 من القانون المدني المصري.

(2) د. أحمد بشير الشرايري، بطلان حكم التحكيم، مرجع سابق، ص 51.

وبذلك لم يبتعد المشرع الأردني عما جاء به المشرع السعودي والمشرع المصري، حيث اشترط أن يكون التحكيم في المسائل التي يجوز فيها الصلح، وقد عبر عن ذلك في نص المادة (9) من قانون التحكيم⁽¹⁾.

مما تقدم، يتبين أنّ هناك جوانب لا يجوز فيها التحكيم، ونستعرضها من خلال المسائل المتعلقة بالنظام العام كمطلب أول، ومسائل الأحوال الشخصية التي لا يجوز فيها التحكيم؛ لتعلقها بطبيعتها بالنظام العام كمطلب ثاني:

المطلب الأول

المسائل المتعلقة بالنظام العام

ينصرف مفهوم النظام العام في الدولة إلى مجموعة الأصول والقيم العليا التي تشكل كيانه المعنوي وترسم صورة الحياة الإنسانية المثلى فيها وحركتها نحو تحقيق أهدافها، سياسية كانت أو اجتماعية، أو اقتصادية، أو خلقية. وهي تفرض نفسها على مختلف أنواع العلاقات القانونية في الدولة وجوداً وأثراً، وهي دائماً ما تكون في صورة قواعد قانونية آمرة تحكم هذه القواعد، وتبطل كافة التصرفات، عقدية كانت أو غير ذلك⁽²⁾.

فالعلاقة دائماً وابتداءً تتميز بالوثيقة والمطرودة بين القواعد الآمرة والنظام العام، فالقواعد المتعلقة بالنظام العام هي دائماً قواعد آمرة. وعلى العكس ليس كل قاعدة آمرة تتعلق بالنظام العام أو المصالح العليا في البلاد⁽³⁾، فمن القواعد ما يراها المشرع آمرة في بعض الأوقات والظروف،

(1) المادة (9) من قانون التحكيم الأردني.

(2) د. مصطفى محمد الجمال. د. عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998م، ص 153. د. أياد بردات، التحكيم والنظام العام، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2004 ص 154.

(3) د. أحمد الصاوي، مرجع سابق، ص 42.

كالقواعد المتعلقة بالتسعيرة الجبرية بالنسبة لسلعة معينة في وقت معين. فإذا ما انتهت الظروف المحيطة بهذه السلعة يستطيع المشرّع أن يفكّ عنها الحصار، ويجوز الاتفاق على مخالفة هذه التسعيرة الإلزامية.

ومن هنا، فإنّه لا يشترط أن ينصّ المشرّع في نهاية كل قاعدة أمر، على عدم جواز مخالفتها، بل يستطيع القاضي أن يعمل فكره بتأثره بالتوجهات المحيطة به في النظام القانوني الذي يطبقه، حتى يستطيع أن يستخلص ما إذا كانت القاعدة المعروضة عليه أمر من عدمه، وما إذا كانت متعلقة بالنظام العام من عدمه. وتتولى محاكم الدولة، كقاعدة عامة تحديد ما إذا كانت المسألة متعلقة أو غير متعلقة بالنظام العام فيها⁽¹⁾.

وكان قانون المشرّع الأردني قد تعرض لمسألة عدم جواز التحكيم بما يخالف النظام العام يكون موضوعها هو بطلان حكم التحكيم⁽²⁾.

أمّا القضاء السعودي قد استقر على عدم جواز التحكيم، إلا فيما كان خالصاً للعبد تمشياً مع مهام ومفهوم الدولة المعاصرة، على اعتبار أنّ القضاء صاحب الولاية العامة فيما يمسّ المصالح العامة للمجتمع، عندما اعتبر القضاء السعودي شرط التحكيم بين طرفين سعوديين في الخارج شرطاً باطلاً باعتبار أنّ الأمر متعلق بالنظام العام، حيث قضى القرار رقم 143/ت/4 لعام 1412 هـ الصادر عن هيئة التدقيق بديوان المظالم بأنّه: "لا يجوز للطرفين السعوديين، الاتفاق على التحكيم خارج المملكة"⁽³⁾.

(1) د. أحمد محمد عبد البديع شتا، مرجع سابق، ص 188.

(2) المادة (49/ب) من قانون التحكيم الأردني.

(3) القرار رقم 143/ت/4 لعام 1412 هـ الصادر عن هيئة التدقيق بديوان المظالم. موضوعه: لا يجوز للطرفين السعوديين الاتفاق على التحكيم خارج المملكة، جاء فيه: (قضت الدائرة بعدم جواز نظر الدعوى لوجود شرط التحكيم على سند من وجود هذا الشرط في العقد موضوع الدعوى وتقديم وكيل عليها، ما يثبت السير في إجراءات التحكيم ضد المدعية، واستناداً إلى نظام التحكيم ولائحته التنفيذية، في حين أن التحكيم لا يعدو أن

وعلى ما يبدو أنّ فكرة النظام العام تلعب دوراً هاماً في مجال التحكيم، فهي تؤثر على سبب اتفاق التحكيم، فيبطل الاتفاق إذا كان سببه غير مشروع أو مخالفاً للنظام العام، كما تؤثر فكرة النظام العام على محل اتفاق التحكيم؛ إذ يظهر هذا التأثير في الحدّ من إرادة الأطراف عند إبرام الاتفاق، فيترتب على ذلك، التمسك ببطلان الاتفاق فوراً، دون انتظار صدور حكم المحكم ثم رفع دعوى أصلية ببطلانه⁽¹⁾.

وفي مجال التحكيم وعلاقته بالنظام العام، اتجه رأي الفقه إلى أنّه يكفي أن يكون موضوع اتفاق التحكيم منازعة تخضع لإحدى القواعد الآمرة، حتى نستطيع القول بأنّ هذا الاتفاق باطل وغير قابل لعرضه على التحكيم⁽²⁾.

يكون قضاء خاصاً يلجأ إليه الأفراد لقضي منازعاتهم بعيداً عن الإجراءات التي تضعها الدولة لتيسير عملية التقاضي. ولما كان هذا القضاء الخاص يسير جنباً إلى جنب مع القضاء العادي الذي يتمثل في المحاكم التي أنشأتها الدولة، وعينت قضااتها، وأسندت إليها ولاية الفصل في المنازعات، فإنّ ولي الأمر لم يشأ أن يترك هذا النوع من أسلوب التقاضي دون حماية ودون رقابة، فأصدر نظام التحكيم، وفيه اشترط أن يكون المحكم من النص في العقد موضوع ذوي الخبرة حسن السيرة والسلوك كامل الأهلية، وأضافت اللائحة التنفيذية للنظام المذكور أن يكون المحكم من الوطنيين أو الأجانب المسلمين، وأن يكون رئيس المحكمين عند تعددهم على دراية بالقواعد الشرعية والأنظمة التجارية والعرف والتقاليد السارية في المملكة. وأعطى النظام للجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع دوراً أساسياً في الهيمنة والأشراف على التحكيم، ابتداء من اعتماد وثيقة التحكيم وانتهاء بتنفيذ حكم المحكمين، ونظر الاعتراض المقدم من الخصوم. ولما كانت المنازعة الماثلة تدخل في ولاية القضاء السعودي أصلاً، فإنّ الدعوى على الاتفاق على التحكيم خارج المملكة في مدينة زيورخ بسويسرا وفقاً لقوانين غرفة التجارة الدولية فضلاً عن أنّه يتعارض مع نظام التحكيم السعودي ولائحته التنفيذية المشار إليها سلفاً، فإنّه يعتبر بمثابة اتفاق على سلب ولاية القضاء وحجبه عن نظر النزاع الداخل في اختصاصه ممّا يتعارض مع النظام العام في المملكة، ويكون معه هذا الشرط باطلاً بطلاناً مطلقاً، ممّا كان يتعين معه القضاء برفض الدفع المبدئ من الشركة المدعى عليها بعدم قبول الدعوى؛ لوجود شرط التحكيم، وتصدي الدائرة للفصل في موضوع النزاع). راجع تفصيلاً: نضال جبر البلوي، التحكيم في الشريعة الإسلامية ونظام التحكيم السعودي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012، ص 130.

(1) د. ناريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص 251.

(2) د. مصطفى محمد الجمال. د. عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 156.

فيما يرى جانب آخر أنّ البطلان لا يلحق اتفاق التحكيم بمجرد اتفاق الأطراف على إخضاع منازعه للتحكيم تتعلق بإحدى القواعد الآمرة، بل يجب إضافة إلى ذلك أن يتضمن البت في هذه المنازعة عن طريق التحكيم مخالفة للنظام العام⁽¹⁾.

من جانبنا نؤيد هذا الاتجاه، فإذا كان الاتفاق على التحكيم يحمل بين طياته محلاً لنزاعات تتعلق بالنظام العام، لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، حيث هذا الاتفاق يحمل بين جوانبه عوامل إبطاله، ويصبح اتفاق الأطراف غير قابل للتنفيذ؛ لأنّ الاتفاق في هذه الحالة يُعد باطلاً بطلاناً مطلقاً. أمّا إذا استمر المحكم في مباشرته لخصومة التحكيم دون أن يلتفت لهذا البطلان أو للدفع المقدم من أحد الخصوم، طبقاً لمبدأ الاختصاص بالاختصاص، فإنّ هذا الحكم أيضاً يعدّ غير قابل للتنفيذ؛ لوقوعه على مسألة تتعلق بالنظام العام.

مهما يكن من أمر، فإن اعتماد المشرع الأردني فكرة النظام العام لحسر قضاء التحكيم عن بعض المسائل، يدلّ بوضوح على أنّ ذلك القضاء لم يأخذ نصيبه الكافي من المنازعات بالمقارنة بنصيب قضاء الدولة، ولا بدّ من زيادة ذلك النصيب بالترقية بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي، فليس كل ما يُعدّ من الأول يُعدّ من الثاني.

فالواقع أنّه ليس كل مسألة منظمة بقواعد آمرة في القانون الداخلي، تُعدّ متصلة بالنظام العام الدولي، لتخرج بالتالي من نطاق المسائل التي لا يجوز تسويتها بطرق التحكيم. فلا يجب النظر فقط إلى الأساس القاعدي للمسألة محل النزاع، وما إذا كانت منظمة بقواعد آمرة من عدمه بل النظر أيضاً إلى الآثار الواقعية والفعلية للفصل في تلك المسألة، وتعارضها مع اعتبارات النظام العام الدولي. لذلك يجب عدم العمل على اتساع الفجوة بين معايير النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي في التحكيم التجاري الدولي.

(3) د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، ص 182.

فإذا كانت القواعد المقررة لبطلان التعامل على أساس الذهب أو عملة أجنبية هي من قواعد النظام العام الداخلي، فإنه يجب النظر إلى الآثار الواقعية التي ترتبها تلك القواعد في المعاملات الدولية، حيث ستحجم العديد من الشركات الأجنبية في مختلف مجالات السلع والخدمات على التعامل مع الأطراف الوطنية، مما قد يلحق الضرر بالمصالح الوطنية والاقتصاد القومي. وعليه، فإنّ تقدير قابلية موضوع اتفاق التحكيم للتسوية بطريق التحكيم، يجب أن يُنظر إليه حسب النظام العام بمفهومه الدولي، وليس بمفهومه الداخلي. ومع ذلك يجب عدم التوسع في مفهوم النظام العام الدولي، لمجرد تشجيع الاستثمارات داخل البلاد، على حساب المقومات الأساسية في المجتمع، التي هي أساس أمنه ومستقبله⁽¹⁾.

المطلب الثاني

مسائل في الأحوال الشخصية لا يجوز فيها التحكيم لتعلقها بالنظام العام

هناك بعض المسائل تتعلق بطبيعتها بالنظام العام، ومسائل تتعلق بالحالة الشخصية للفرد، بحيث لا حاجة للبحث عما إذا كان هناك نصّ معين يتعلق بالنظام العام قد تم مخالفته أم لا لأنها أولاً وأخيراً تستهدف حماية المصالح العليا للمجتمع، منها⁽²⁾. ففي هذا المطلب سوف نستعرض مسائل تتعلق بالحالة الشخصية للفرد كفرع أول، ومسائل تتعلق بطبيعتها بالنظام العام بالفرع الثاني:

(1) د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، مرجع سابق، 2004، ص392.
(2) د. ناريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص252. د. مصطفى محمد الجمال. د. عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص160.

الفرع الأول

المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية للفرد

هناك عدد من الجوانب ذات صلة بالحالة الشخصية للفرد ينبغي التعرض لها، منها مسائل تتعلق بالحالة الشخصية، ومسائل تتعلق بالأهلية والأحوال الشخصية، ومسائل متعلقة بالتجريم والعقاب لها، تُبينها تالياً:

1. الحالة الشخصية

لا يجوز التحكيم في مسائل الحالة الشخصية، وهي المركز القانوني الذي يحدد وضع الفرد بالنسبة للدولة والمجتمع. فلا يجوز التحكيم في مسائل الجنسية كالإقرار بها أو نفيها، أو كون الإنسان ذكراً أو أنثى، أو حياً أو ميتاً، أو مقدار عمره، أو كونه متزوجاً أو مطلقاً، ولا يجوز التحكيم على وجود صحة أو بطلان شروط عقد زواج أو طلاق أو تفريق جسماني، أو بنوة طفل، فكل هذه المسائل مستبعدة تماماً من نطاق التحكيم.

2. الأهلية ومسائل الأحوال الشخصية

وفقاً لنظام التحكيم السعودي الذي نصّ على عدم قبول التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح، ولا يصح الاتفاق على التحكيم إلا ممن له أهلية التصرف، حيث حدد النظام المسائل التي لا يجوز فيها الصلح، وهي المسائل المتعلقة بشخص الانسان دون الحقوق المالية⁽¹⁾.

كما جاء في المادة الثانية من نظام التحكيم السعودي الجديد لسنة 1433 هـ، حيث لا تسري أحكام هذا النظام على المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية والمسائل التي لا يجوز فيها الصلح.

⁽¹⁾ المادة الثانية من نظام التحكيم السعودي الملغي لسنة 1403 هـ.

وكان القانون المدني الأردني قد حدد الحالات التي لا يجوز التعاقد عليها في الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية، حيث اعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية: كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة بالانتقال، والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف، وفي العقار والتصرف في المال المحجوز ومال الوقف ومال الدولة، وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية⁽¹⁾.

والمقصود هنا عدم جواز التحكيم في مسائل الأحوال الشخصية البحتة التي تشمل المنازعات المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم المتعلقة بنظام الأسرة كالخطبة والزواج وحقوق الزوجين، وواجباتهم المتبادلة والمهر، ونظام الأموال بين الزوجين، والطلاق، والتفريق، والبنوة والإقرار بالأبوة وإنكارها، والعلاقة بين الأصول والفروع، والالتزام بالنفقة للأقارب والأصهار، وتصحيح النسب والتبني، والولاية والوصاية والقوامة، والحجر والإذن بالإدارة وبالغيبية، واعتبار المفقود ميتاً، إضافة إلى المنازعات والمسائل المتعلقة بالمواريث والوصايا.

فإذا كانت المسائل المتقدم بيانها، على سبيل المثال لا الحصر، لا تصلح أن تكون محلاً لاتفاق التحكيم لاتصالها بمركز الشخص في الأسرة، بحيث لا يجوز مثلاً التحكيم في منازعة تتعلق بما إذا كان الولد شرعياً أو غير شرعي، وبما إذا كان عقد الزواج صحيحاً أو باطلاً، وبما إذا كان الشخص وارثاً أو غير وارث، فإنّ التحكيم جائز في المصالح المالية التي تترتب عليها كالتعويض المستحق للزوجة عما أصابها من أضرار نتيجة اعتداء الزوج، أو الطعن في شرفها، أو التعويض عن فسخ الخطبة، كما يجوز الاتفاق على التحكيم في منازعات النفقة بين الزوجين والأقارب، وفي منازعات حصر التركة وتوزيعها⁽²⁾.

(2) انظر المادة (163) من القانون المدني الأردني.

(1) د. ناريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص 253

3. المسائل المتعلقة بالتجريم والعقاب

تختص النيابة العامة بكافة المسائل المتعلقة بالتجريم والعقاب، فهي التي تستقبل الواقعة المجرمة، وتتحقق من شخصية الجاني والمجني عليه، وتنزل الوصف والقيد الصحيحين على الواقعة محل التجريم، ثم تحيل القضية برمتها إلى المحكمة مشفوعة بأدلة الإثبات التي توافرت لديها لإدانة الجاني على فعلته، فتنظر المحكمة في الواقعة، وتحكم بما تراه مناسباً بعد التحقق من أدلة الإثبات والنفي، وبعد سماع الشهود والدفاع، والرد على الدفوع المقدمة في الدعوى، فيصبح الحكم الصادر منها بالبراءة أو الإدانة عنواناً للحقيقة، ومآل التجريم والعقاب.

ولا تكون النيابة العامة نائبة عن شخص المجني عليه فحسب، بل إنها تمثل المجتمع وحقه في القصاص من الجاني للوصول إلى هدفها الرئيسين: وهما الردع والمنع اللازمين لاستقرار أمن المجتمع وسلامته.

وباستعراض مواد قانون العقوبات الأردني بشكل عام، والتشريعات الجنائية الخاصة، فقد أحاطها المشرع الأردني بكثير من الأهمية، وأسبغ عليها وصف المدافع الأول للحريات والحرمان واعتبرها الضمانة الأكيدة لاستقرار المجتمع والمحافظة على أمنه وسلامته ضد أي تخريب أو عدوان، فأصبحت بحق من ضروريات المجتمع التي لا غنى عنها، واعتبرت قواعده من النظام العام التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها⁽¹⁾.

⁽¹⁾ قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة 1960 والمنشور في الجريدة الرسمية رقم (1487) بتاريخ 1960/1/1، والمعدل بآخر قانون رقم 2011/8 والمنشور بالجريدة الرسمية رقم 5090 تاريخ 2011/5/2 وآخر تعديلاته لغاية سنة 2015.

وإذا كانت المواد الجنائية والعقابية من المواد الآمرة المتعلقة بالنظام العام، فإنه لا يجوز الاتفاق على مخالفتها أو التصالح فيها، وبالتالي لا يحق للأطراف أن يجعلوها محلاً لاتفاق التحكيم⁽¹⁾.

فلا يجوز التحكيم في الجرائم؛ لأنّ الدعوى الجنائية حق للمجتمع تباشرها النيابة العامة بصفتها طرفاً أصلياً في الخصومة، ولا يجوز أن تكون النيابة طرفاً في المنازعات المعروضة على التحكيم⁽²⁾، نظراً إلى أنّ المحاكم المدنية ممنوعة من الفصل في المسائل الجنائية.

ويقصد بالجرائم التي يمتنع فيها التحكيم، تلك الأفعال التي يجرمها القانون الجنائي، ومع ذلك يجوز الاتفاق على التحكيم في الحقوق المدنية المتعلقة بهذه الجرائم، كالتعويض عن الضرر المادي والأدبي الذي أصاب المجني عليه من جرّاء الجريمة الواقعة عليه.

وقضت محكمة النقض المصرية في الحكم: طعن رقم 562 لسنة 47 ق جلسة 1980/12/2، بأنّ تحديد مسؤولية الجاني عن الجريمة تتعلق بالنظام العام، ولا يصحّ أن تكون محلاً للصالح أو التحكيم، حيث أنّ الحكم هو: "إذا كان دفاع المطعون عليه، الذي عول عليه الحكم المطعون فيه في قضائه، أنه اتفق مع الطاعن على الاحتكام إلى شخص طلب من كلّ واحد منهما أن يحرر على نفسه سنداً بمبلغ 1000 جنيه، احتفظ بهما ليسلمهما إلى من يثبت أنّ له الحق قبل الآخر، وأنّ الحكم استبان له أن المطعون عليه هو صاحب الحق بعد أن ظهر له أنّ الطاعن قد حرص على سرقة مواشي المطعون عليه، فسلمه السند موضوع المطالبة، ممّا مفاده أنّ المسألة التي انصب عليها التحكيم، وبالتالي كانت سبباً للإلتزام في السند، إنّما تتناول الجريمة

(2) انظر أيضاً المادة (9) من قانون التحكيم الاردني.

(3) د. علي طاهر البياتي، التحكيم التجاري البحري، مرجع سابق، ص 95. د. عزمي عبد الفتاح عطية، مرجع سابق، ص 108.

ذاتها وتستهدف المسئول عنها. وهي من المسائل المتعلقة بالنظام العام، فلا يجوز أن يرد الصلح عليها، وبالتالي لا يصح أن تكون موضوعاً لتحكيم، وهو ما يستتبع أن يكون الالتزام المثبت في السند باطلاً لعدم مشروعية سببه. وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر، فإنه يكون معيباً بالخطأ في تطبيق القانون بما يوجب نقضه لهذا السبب، دون حاجة لبحث باقي أسباب الطعن⁽¹⁾.
أما المشرع السعودي ووفقاً للمادة الثانية من نظام التحكيم لسنة 1403هـ، اعتبر المسائل المتعلقة بالمسؤولية الجنائية لمن ارتكب جريمة، من المسائل التي لا يجوز فيها الصلح، وأن ذلك مقرر بمقتضى الشرع أو أنه يدخل في حدود حق التعزير المقرر لولي الأمر وحده، كما لا يجوز التحكيم فيما إذا كان شخص ما اكتسب الجنسية، كما لا يجوز التحكيم بطلب دين قمار أو في المسائل المتعلقة بالعلاقات الجنسية غير المشروعة⁽²⁾.

تُعدّ المسائل المتقدم بيانها من المسائل المتعلقة بالنظام العام، وبالتالي فإنّ التحكيم فيها غير جائز بتاتاً، حيث أنّ البت في مثل هذه الأمور يتعلق بسيادة الدولة، ذلك لأنّ النظام العام وثيق الصلة بالمصالح العليا للمجتمع من جميع النواحي السياسية والاقتصادية والاجتماعية؛ لذا فإنّ أي خصومة أو منازعة ذات صلة بما لا يجوز التعامل فيه بمقتضى القوانين الوطنية لأي سبب من الأسباب، لا يصح أن تكون محلاً للتحكيم.

(1) د. سميحة القليوبي، اتفاق التحكيم، منشور على الانترنت، متاح على الموقع الإلكتروني :

aleyarbitration.blogspot.com/2010/11/blog-post_07.htm

(2) انظر المادة الثانية من نظام التحكيم السعودي الملغى لسنة 1403هـ في تفصيل هذه الفكرة. انظر د. عيد مسعود الجهني، الوجيز في شرح نظام التحكيم السعودي، الطبعة الأولى، 1984، ص15.

الفرع الثاني

المسائل التي تدخل في الاختصاص الدولي الأمر للمحاكم الوطنية

نظم القانون الأردني الاختصاص الدولي للمحاكم الأردنية في المواد (27-29) من قانون أصول المحاكمات المدنية رقم (24) لسنة 1988⁽¹⁾، وكذلك القانون المصري في المواد (28-35) من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم (13) لسنة 1986⁽²⁾، بخصوص مدى تعلق القواعد المنظمة لذلك الاختصاص بالنظام العام من عدمه، ومدى قابلية المسائل والمنازعات التي تدخل في اختصاص المحاكم الوطنية للفصل فيها بطريقة التحكيم.

وبالجانب الفقهي ذهب آخرون⁽³⁾ إلى اعتبار قواعد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية، من قواعد النظام العام التي لا يجوز بناءً على إرادة الخصوم مخالفتها لصالح محاكم دول أجنبية، على اعتبار أنّ هذه القواعد تحدد ولاية قضاء الدولة إزاء المنازعات التي تثور على إقليمها لأنها تعدّ ذات ارتباط بوظائف أساسية للدولة، عن طريق سلطتها القضائية، بغرض تحقيق مصلحة عامة، هي إقرار النظام وتحقيق الأمن في ذات الإقليم. ومن ثمّ لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها والخروج على حكمها؛ لذلك فعندما يحدد المشرع اختصاص المحاكم الوطنية، فهو يرسم بذلك حدود ولاية هذه المحاكم بالنظر في المنازعات التي تثور على إقليمه.

(1) انظر المواد (27-29) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم (24) لعام 1988 والمعدل بآخر قانون رقم 2006/16 والمنشور بعدد الجريدة الرسمية رقم 4751 تاريخ 2006/3/16.

(2) انظر المواد (28 - 35) من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم (13) لسنة 1986.

(3) د. هشام صادق، تنازع الاختصاص القضائي، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1972، ص 52. د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، الطبعة الثامنة، القاهرة، 1977، ص 736. د. فؤاد عبد المنعم رياض د. سامية راشد، الوجيز في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضاء الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981، ص 466.

وفي محاولة التخفيف من القول السابق، اتجه بعض الفقه نحو التمييز بين جميع حالات الاختصاص المانع أو الأصلي أو الوجوبي وهي تتعلق بالنظام العام، أي لا يجوز للأفراد أن يخرجوا عليها باتفاقهم، ويعقدوا الاختصاص بمحاكم أجنبية، وإن تحقق وفعلوا ذلك، فإنّ الحكم الذي سيحصلون عليه سيكون مصير تنفيذه الرّفض أمام المحاكم الوطنية، وبين حالات الاختصاص المشترك أو الاختياري أو الجوازي، وهي لا تتعلق بالنظام العام، ومن ثمّ يجوز للأفراد أن يخرجوا عليها ويرفعوا دعواهم أمام قضاء أية دولة أجنبية⁽¹⁾.

فيما ذهب جانب آخر⁽²⁾، ونحن نؤيده، إلى القول بأنّ الرأي المتقدم ذكره لم يعد يتمشى مع الحقيقة الواقعية والقانونية السائدة في الدولة على الأقل في خصوص منازعات التجارة الدولية حيث النظام القانوني للدولة اعترف بالتحكيم كطريق موازٍ، وليس استثنائي لتسوية المنازعات المدنية والتجارية التي يجوز للأطراف التصالح عليها، وأنّ قضاء التحكيم أصبح القضاء الطبيعي لبعض منازعات العلاقات التجارية الدولية. والدليل على ذلك إجازة المشرّع الأردني، اللجوء إلى التحكيم في مختلف قوانين الاستثمار منذ فترة طويلة، وأصداره قانوناً مستقلاً للتحكيم⁽³⁾. هذا فضلاً عن انضمام الدولة إلى العديد من الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم، كاتفاقية نيويورك لعام 1958 الخاصة بالاعتراف بالأحكام الأجنبية وتنفيذها.

ويعود انضمام الأردن إلى هذه الاتفاقية بعد صدور الإرادة الملكية السامية بالموافقة على قرار مجلس الوزراء الموقر بالموافقة على تصديق اتفاقية نيويورك في عام 1979م التي تم نشرها بعدد الجريدة الرسمية رقم 3858 تاريخ 1988/11/16م، حيث أصبحت هذه الاتفاقية

(1) د. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985، ص 615

(2) د. أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 398.

(3) قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 .

جزءاً لا يتجزء من النظام القانوني الأردني، وبالتالي فإنها ملزمة على الاعتراف وتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية. أما المملكة العربية السعودية فقد انضمت إلى هذه الاتفاقية بموجب المرسوم الملكي رقم (م/11) والصادر 1414/7/16هـ.

وإن إقحام فكرة تعلق قواعد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية بالنظام العام، وحسر اتفاق التحكيم عن المنازعات التي تدخل كلها أو بعضها في مجال تلك القواعد يُعدّ كفيلاً بتعطيل كل تلك القواعد الوطنية والاتفاقية ممّا يعدّ خلافاً تشريعياً، كما يُعدّ إخلالاً من جانب الدولة بالتزاماتها الناشئة عن الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم المنضمة إليها، والتي لها الأولوية في التطبيق.

وإذا فرضنا أنّ القواعد المنظمة للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية تتعلق بالنظام العام، فإنها وردت في إطار قانون عام هو قانون المرافعات المدنية والتجارية. أما القواعد المنظمة للتحكيم فقد وردت في إطار قانون خاص هو قانون التحكيم، ومن ثمّ يكون لها الأولوية في التطبيق على أساس قاعدة الخاص يقيد العام ويتقدم عليه. ويبدو هذا التقييد والتقدم في عدة جوانب منها:

الجانب الأول: إذا كان نظام التحكيم السعودي وقانون التحكيم الأردني قد نصّا على جواز التحكيم في كل المسائل التي يجوز فيها الصلح، فإنّه يجب اعتماد هذا المعيار وحده في تقدير قابلية مسألة أو منازعة معينة للتسوية بطريق التحكيم، دون النظر إلى أي معيار آخر، كتعلق القواعد المنظمة للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية بتلك المسائل المتعلقة بالنظام العام من عدمه، فمعيار طبيعة المنازعة أو المسألة، وهل يجوز فيها الصلح أم لا، هو المعيار الوحيد الذي يجب التعويل عليه.

الجانب الثاني: أوضح قانون التحكيم الأردني المسائل التي يجوز فيها التحكيم بقوله في المادة (9): "..... لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح". ووفقاً لنظام التحكيم السعودي

الملغي لسنة 1403هـ في المادة الثانية منه: "لا يقبل التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح....." ومن بعده نظام التحكيم الحالي لسنة 1433هـ، المادة الثانية منه: ".....ولا تسري أحكام هذا النظام على المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية، والمسائل التي لا يجوز فيها الصلح".

وملاحظ على النصوص المذكورة أنها جاءت بصيغة نفي النفي والذي يفيد الإثبات، معنى ذلك أنه يجوز التحكيم في المسائل التي يجوز فيها الصلح. ولو أراد المشرع نفي مسائل أخرى أو استبعادها لا يجوز فيها التحكيم، لكان قد صرح بذلك، كأن يقول مثلاً لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها سلب الاختصاص من المحاكم الوطنية.

أما إذا جاء النص في قانون التحكيم قاصراً على نفي القابلية للتسوية بطريق التحكيم على المسائل التي لا يجوز فيها الصلح، فلا يسوغ تحميل إرادة المشرع أمراً لم تقصد إليه، بحيث يظل الأصل العام هو قابلية كل المنازعات والمسائل التي يجوز فيها الصلح للتسوية بطريقة التحكيم، حتى لو كان منها ما يدخل في الاختصاص المانع أو الأمر للمحاكم الوطنية العادية⁽¹⁾. وفي النهاية فإننا لا بد أن نشير إلى القانون الذي يرجع إليه لحسم مسألة القابلية للتحكيم، ففي شأن تحديد قابلية أو عدم قابلية المنازعات الناشئة عن تلك العلاقات للفصل فيها بطريق التحكيم، تنثور مسألة تعيين القانون الذي يرجع إليه لحسم تلك القابلية. وهنا نفرق بين حالتين:

الحالة الأولى: حيث يرفع النزاع أمام قضاء الدولة للفصل فيه بدلاً من قضاء التحكيم فيدفع أمامه أحد الأطراف بوجود اتفاق تحكيم، ويتمسك الآخر ببطلان ذلك الاتفاق لوروده على محل غير قابل للتسوية بطريق التحكيم، كما قد يثار ذلك أمام هيئة التحكيم ذاتها بمناسبة الفصل في اختصاصها.

(1) د. أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 402.

وهنا ينظر القضاء أو هيئة التحكيم في المسألة على أنها تتعلق بمشروعية محل اتفاق التحكيم. وإذا كان محل اتفاق التحكيم قابلاً للتسوية بطريقة التحكيم من عدمه هو جوهر ذلك الاتفاق، فإنه يسري عليه ويحكمه القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم ذاته أي القانون الذي اختارته الأطراف صراحة أو يتبين من ظروف الاتفاق أنه هو الواجب التطبيق سواء أكان هو قانون مقر التحكيم أو أي قانون آخر.

ومن الاتفاقيات الدولية التي اخذت بهذا الاتجاه، الاتفاقية الأوروبية لعام 1961م بشأن التحكيم التجاري الدولي حيث نصّت في المادة (2/6-ج) منها على أنه: " (ج) وفي حال الافتقار إلى الإشارة للقانون الذي أخضع الفرقاء إليه اتفاقياتهم، وإذا كان تعيين البلد الذي سيتم صدور الحكم التحكيمي فيه مستحيلاً وقت طرح القضية على محكمة قضائية، فبموجب القانون المختص استناداً إلى قواعد تنازع القوانين لدى المحكمة التي رفعت القضية إليها، يمكن للقاضي الناظر في القضية ألا يعترف بالاتفاقية التحكيمية إذا كان النزاع لا يمكن أن يكون خاضعاً للتحكيم بموجب قانون المحكمة"⁽¹⁾.

وبتحليل لهذا النص فإنّ باستطاعة القاضي المختص عدم الاعتراف باتفاق التحكيم إذا كان النزاع لا يقبل التحكيم وفقاً للقانون، ولما كان النص المذكور قد ورد تحت عنوان: الاختصاص القضائي أي اختصاص قضاء الدولة التي رفع أمامها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم، فإنه بذلك يعطي الاختصاص بالبتّ في مسألة قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم لقانون الدولة التي يثار عدم اختصاص محاكمها بنظر النزاع.

(1) انظر المادة (6) الفقرة (2/) من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المعقودة في جنيف بتاريخ 21 نيسان 1961م وفقاً لأحكام المادة (10) الفقرة (8) وباستثناء الفقرات (3) حتى (7) من المادة (4) التي أصبحت سارية المفعول في 1965/10/18م بموجب أحكام الفقرة (4) من ملحق الاتفاقية.

الحالة الثانية: حيث ترفع دعوى الأمر بتنفيذ حكم التحكيم أمام قضاء الدولة المراد تنفيذه فيها وفيه تتجه الاتفاقيات الدولية بشأن التحكيم على إخضاع مسألة قابلية محل التحكيم أو المسألة محل النزاع للفصل فيها، بطريق التحكيم لقانون الدولة التي يطلب منها الاعتراف بحكم التحكيم أو الأمر بتنفيذه.

وكانت اتفاقية نيويورك لعام 1958م الخاصة بالاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها، التي نصّت في المادة (5/ 2) على أنه: "يجوز للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف وتنفيذ حكم المحكمين أن ترفض الاعتراف بالتنفيذ إذا تبين لها: أن قانون ذلك البلد لا يجيز تسوية النزاع عن طريق التحكيم".

ووفقاً لاتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لعام 1983م، فقد أوردت نصاً مشابهاً لما جاء في اتفاقية نيويورك لعام 1958م، عندما قررت في المادة (37) الفقرة (أ ، هـ) منها عدم إمكانية قيام الهيئة القضائية المختصة لدى الطرف المتعاقد المطلوب منه التنفيذ، أن تبحث في موضوع التحكيم، ولا ترفض تنفيذ الحكم إلا في الحالات التالية:

أ- إذا كان قانون الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف وتنفيذ الحكم، لا يجيز حل موضوع النزاع عن طريق التحكيم.

هـ- إذا كان في حكم المحكمين ما يخالف أحكام الشريعة الإسلامية أو النظام العام أو الآداب لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه التنفيذ.⁽¹⁾

(1) اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي التي وافق عليها مجلس وزراء العدل العرب بموجب القرار رقم (1) المؤرخ بتاريخ 4/6/ 1983م، ودخلت حيز التنفيذ بتاريخ 30/10/1985م. انظر أيضاً د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 130 وما بعدها.

وبالرغم من استقرار هذا الحل في الاتفاقيات الدولية، إلا أنه لا يخلو من المثالب، فعلى رأى بعض الفقه⁽¹⁾، تقدير قابلية موضوع اتفاق التحكيم للتسوية بطريق التحكيم يعتمد على قانون، وهو قانون الدولة التي سيطلب منها الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الذي هو غير معلوم لا للمحكّم ولا للأطراف أنفسهم؛ لأنهم لا يعلمون أين سيطلب الأمر بالتنفيذ، فذلك أمر احتمالي ويعتمد تحديد ذلك القانون على ملائمة تنفيذ حكم التحكيم هنا أو هناك. وهذا يؤدي إلى اختلاف الحلول بصد المسألة الواحدة، وهي القابلية للتحكيم بحسب طلب الأمر بالتنفيذ في هذا البلد أو ذاك، ولا سيما أنّ هناك اختلافاً واضحاً بين التشريعات في شأن المسائل الجائز تسوية منازعاتها بطريق التحكيم.

(2) د. أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 408.

الخاتمة

من كل ما تقدّم، يمكننا أن نبرز في هذه الخاتمة أهم النتائج والمقترحات التي عرضناها ما توصلنا إليه من تصورات، وحلول أساسية تترتب على النطاق الموضوعي لمحل اتفاق التحكيم، وذلك على النحو التالي:

نتائج الدراسة:

1. يتطابق قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001م بشكل واضح، مع نظام التحكيم السعودي الملغي رقم م/46 تاريخ 1403/7/12هـ، ونظام التحكيم السعودي الحالي رقم م/34 تاريخ 1433/5/24هـ، وقانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994م، ويساير القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985م الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة في النصوص المتعلقة بموضوع البحث.
2. أجاز قانون التحكيم الأردني ونظام التحكيم السعودي للأشخاص الاعتبارية العامة، أن تكون طرفاً في الاتفاق على التحكيم.
3. يشترط قانون التحكيم الأردني ونظام التحكيم السعودي أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً، أي أن الكتابة شرط للانعقاد، وليس للإثبات، وذلك باشتراط الاتفاق على التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً.
4. الاتفاق على (التحكيم سواء أكان بصورة شرط، أم مشاركة) كغيره من العقود يجب أن يكون له محل يرد عليه معيناً أو قابلاً للتعيين، وأن يكون مشروعاً، وأن يرد على مسألة تقبل الفصل فيها بطريقة التحكيم حيث أنه لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا في المسائل التي يجوز فيها الصلح.

التوصيات

إن التوصيات التي توصل إليها الباحث من خلال هذه الدراسة هي:

- 1- على المشرع الأردني، الأخذ بعين الاعتبار تعريف محل اتفاق التحكيم تعريفاً محدداً، وليس الإشارة فقط إلى موضوع اتفاق التحكيم، حيث لم يكن أحسن حالاً من المشرع السعودي الذي اكتفى أيضاً بالإشارة في المادة الأولى منه على أنه يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين قائم، كما يجوز الاتفاق مسبقاً على التحكيم في أي نزاع يقوم نتيجة لتنفيذ عقد معين.
- 2- يوصي الباحث أن يتضمن قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001م نصوماً تحدد المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم والتي من شأنها سلب الاختصاص من المحاكم الوطنية.

قائمة المراجع

- 1- د. ابراهيم محمد العناني، اللجوء الى التحكيم الدولي، دار النهضة العربية، مصر، الطبعة الثانية 2006م.
- 2- د. أحمد إسكندر، التحكيم كوسيلة لفضّ النزاعات الدولية بالطرق السلمية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، الجزائر، الجزء 37، رقم 4، 1999.
- 3- د. أحمد الصاوي، التحكيم طبقاً للقانون 27 لسنة 1994م، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002م.
- 4- د. أحمد بشير الشرايري، بطلان حكم التحكيم، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2011م.
- 5- د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 2004م.
- 6- د. أحمد محمد عبد البديع شتا، شرح قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994م، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 2004م.
- 7- د. أشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الدولية الخاصة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003م.
- 8- د. إياد بردات، التحكيم والنظام العام، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية 2004م.
- 9- د. حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، ط/3 دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2014م.
- 10- د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984م.

- 11- د. سميحة القليوبي، تنفيذ حكم التحكيم، بحث مقدّم إلى ندوة التحكيم في عقود الأشغال والمقاولات - المنعقدة في الشارقة- الإمارات العربية المتحدة من الفترة (4-7) ديسمبر 2005م.
- 12- د. طارق فهمي غنام، سلطات المحكم وآثارها على سلطة القاضي فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق في النظام السعودي، بحث مقدّم لمؤتمر القضاء والتحكيم، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، المجلد الثالث، 1436هـ/2015م.
- 13- د. عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، النظام القانوني لإتفاق التحكيم، الطبعة الثانية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2005م.
- 14- د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، الطبعة الثامنة، القاهرة، 1977.
- 15- د. عزمي عبد الفتاح عطية، قانون التحكيم الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، الطبعة الأولى، 1990م.
- 16- د. علي طاهر البياتي، التحكيم التجاري البحري (دراسة قانونية مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2006م.
- 17- د. عيد مسعود الجهني، الوجيز في شرح نظام التحكيم السعودي، الطبعة الأولى، 1984م.
- 18- د. فؤاد عبد المنعم رياض د. سامية راشد، الوجيز في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص في القضاء الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981م.
- 19- د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي - دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي - دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2006م.
- 20- د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية.

- 21- د. محمد سامر قطان، اتفاق التحكيم في ضوء القانون الإماراتي - دراسة مقارنة - بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، تصدر عن كلية القانون - جامعة عجمان للعلوم والتكنولوجيا، السنة الثانية، العدد الثالث، يناير 2014م.
- 22- د. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية القاهرة، 1985م.
- 23- د. محمود محمد هاشم، قواعد التنفيذ الجبري وإجراءاته في قانون المرافعات، دار الفكر العربي الطبعة الثانية، 1991م.
- 24- د. محمود مختار أحمد بري، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية القاهرة، 1999م.
- 25- د. مصطفى محمد جمال، د. عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998م.
- 26- د. ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994م، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996م.
- 27- د. نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004م.
- 28- د. هشام صادق، تنازع الاختصاص القضائي، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية 1972م.
- 29- نضال جبر البلوي، التحكيم في الشريعة الإسلامية ونظام التحكيم السعودي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012م.

القوانين:

- 1- قانون الإجراءات المدنية الإماراتي رقم 11 لسنة 1992م.
- 2- قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001م.
- 3- قانون التحكيم الكويتي قانون المرافعات المدنية والتجارية قانون رقم 38 لسنة 1988م.
- 4- قانون التحكيم المصري في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994م.
- 5- قانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976م.
- 6- نظام التحكيم السعودي الملغي رقم م/46 تاريخ 1403/7/12هـ.
- 7- نظام التحكيم السعودي رقم م/34 تاريخ 1433/5/24هـ.

الاتفاقيات الدولية

- 1- الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المعقودة في جنيف بتاريخ 21 نيسان 1961م.
- 2- اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لعام 1983م.
- 3- اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية، الموقعة في نيويورك بتاريخ 10/6/1958م والتي دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 6/8/1959م.
- 4- بروتوكول جنيف لعام 1923م.
- 5- القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (Model law) (بصيغته التي اعتمدها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في 21 حزيران/ 1985م).

التزام البائع بالمطابقة في عقد البيع التجاري في قانون المعاملات التجارية الاتحادي الإماراتي رقم (١٨) لسنة ١٩٩٣

(دراسة مقارنة)

إعداد الدكتور
مؤيد أحمد عبيدات

أستاذ القانون التجاري المشارك
جامعة الشارقة - كلية القانون

الملخص

تبحث هذه الدراسة في أهم التزامات البائع في عقد البيع التجاري، والمتمثل بضرورة تسليمه البضاعة للمشتري مطابقة من حيث الكمية والصنف وخالية من العيوب وحسب ما تم الاتفاق عليه بينهما، على اعتبار أن ذلك يمثل الغاية التي يريدها المشتري من وراء إبرامه لهذا العقد. وحددت هذه الدراسة هذا الالتزام من حيث مفهومه وجوهره ونطاقه وحدوده، والخيارات المتاحة للمشتري في حال تخلفه، وقد توصلت الى عدم كفاية النصوص الواردة في قانون المعاملات التجارية الإماراتي للإحاطة بهذا الموضوع من جميع جوانبه، وأوصت بتعديل بعض المواد وخاصة المتعلقة منها بالخيارات المتاحة للمشتري، واقتрحت أن يكون الخيار الأول للمشتري في حال تسلمه لبضاعة غير مطابقة -حقه في فسخ هذا العقد كقاعدة عامة، إلا إذا تم الاتفاق بين المتعاقدين على خلاف ذلك.

Abstract:

This study investigated and examined the most important obligations of the seller in the commercial contract of sales, which is needed in delivery of goods and services to the buyer according to the terms and conditions of quantity and quality, in addition to free of defects of manufacturing as it has been agreed upon between the two parties. Hence, on the grounds that it presents the desired target by the buyer as a part of the contract; and this research paper puts forward the needful commitment in terms of its terms and conditions essence, scope, limits and options that the buyer may face in event of his default. This study concluded that there are insufficient provisions in the United Arab Emirates' Commercial Law of Transactions that to cover such issues in all aspects. The research study recommends amending certain provisions specifically those related to the buyer's available options, also, it suggested that the first options must be in favour of the buyer in the event of receipt of goods or services in conformity with the rights to nullified the contract as a general rule, unless otherwise agreed upon between the two parties who signed the contracts.

المقدمة

تنبؤ عقود البيع التجارية التقليدية منها والإلكترونية أهمية كبيرة في الآونة الأخيرة، تلك البيع التي يعقدها التجار فيما بينهم لشؤون تتعلق بتجاريتهم، مما أدى إلى كثرة العلاقات القانونية وتداخلها، الأمر الذي يستلزم تدخلاً من قبل المشرع والفقهاء لحل هذه العلاقات، من أجل تحديد الآثار المترتبة على طرفيها، سواء تعلق الأمر بالتزامات البائع أو المشتري، علماً بأن هذه العقود تنصب على البضائع المسموح ببيعها قانوناً، وتخضع هذه العقود التي يكون محلها البضائع في تكوينها للقواعد العامة، إلا أنها تختلف عنها في محلها الذي يجب أن يكون منقولاً، كما تختلف من حيث إجازة بعض الممارسات كالترويج للبضائع، إذ يعد ذلك من قبيل الدعاية التجارية المسموح بها في الوسط التجاري.

وقد أفردت بعض التشريعات -ومنها الإماراتي- أحكاماً خاصة تتعلق بعقد البيع التجاري في قانون المعاملات التجارية رقم (18) لسنة 1993، تختلف في مضمونها عما تتضمنه القواعد العامة فيها، وقد حددت القواعد التي أفردها المشرع الإماراتي الالتزامات الملقة على عاتق البائع، والتي من بينها الالتزام بالمطابقة، إلا أن بعض التشريعات -ومنها الأردني- لم تنظم هذا العقد بأحكام خاصة، وإنما اكتفت بتنظيم عقد البيع في القواعد العامة من دون أن تبرز قواعد خاصة بهذا البيع تميزه عن غيره.

أهمية البحث

تبرز أهمية هذا البحث في أنه يسلط الضوء على موضوع في غاية الأهمية يتعلق بأهم التزام يقع على عاتق البائع، والمتمثل بتسليم البضاعة إلى المشتري مطابقة لما تم الاتفاق عليه في العقد من حيث الكمية أو الصنف أو خلوها من العيوب، كما يحاول هذا البحث ربط أهمية هذا الالتزام بكون حصول المشتري على بضاعة مطابقة لما تم الاتفاق عليه يعد الغاية التي أرادها من إبرامه عقد البيع التجاري، إذ لو علم بأنه لن يحصل على البضاعة التي يريدتها والتي حدد مسبقاً الغاية المبتغاة منها لما أقدم على إبرام عقد البيع التجاري.

مشكلة البحث

تتمحور مشكلة هذا البحث في الإجابة على السؤال التالي:

هل كان المشرع الإماراتي في قانون المعاملات التجارية الإماراتي رقم (18) لسنة 1993 في المادتين (111،110) موفقاً في تنظيمه لالتزام البائع بتسليم بضاعة مطابقة للمشتري، وما مدى كفاية هذا التنظيم؟ حيث إنه على الرغم من قيام المشرع الإماراتي بتنظيم أحكام التزام البائع بالمطابقة في هذا القانون في المادتين (111،110) من قانون المعاملات التجارية إلا أن ما أورده لم يكن كافياً ولم يغط كافة جوانب المطابقة، كما أنه لم يكن موفقاً في الخيارات التي أعطاها للمشتري في حال عدم المطابقة، وي طرح هذا البحث التساؤلات التالية:

1- هل كان المشرع الإماراتي موفقاً في استخدام مصطلح "مماثلة" للدلالة على المطابقة، وهل قصد هذا المشرع أن البائع لو عجز عن توفير شيء مطابق فإنه يمكن أن يأتي بشيء مماثل؟

2- ما مدى اعتبار البضاعة المسلمة إلى المشتري مطابقة في حال ما إذا كانت صالحة للغرض الذي أعدّه لها المشتري أو كان قادراً على تصرّفها؟

3- هل تعد أحكام المطابقة الواردة في قانون المعاملات التجارية الإماراتي متطابقة مع ما ورد في اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع لسنة 1980؟

4- ما هي صور الاختلاف في البضاعة المسلمة التي تجعل البائع متخلفاً عن تنفيذ التزامه بتسليم بضاعة مطابقة؟

5- ما مدى ارتباط المطابقة بالتسليم، وما وقتها المبرر لزمة البائع، وما عناصرها؟

6- متى تتحقق مسؤولية البائع عن عدم المطابقة؟

7- ما هي الخيارات المتاحة للمشتري في حال تسلمه بضاعة غير مطابقة، وهل راعت هذه الخيارات التي أعطاها المشرع الإماراتي له مصالحه ومقاصده من إبرام عقد البيع التجاري.

منهجية البحث

لقد اعتمد هذا البحث منهج البحث الوصفي التحليلي لأحكام وقواعد قانون المعاملات التجارية الإماراتي رقم (18) لسنة 1993، مع الاستعانة بالقرارات القضائية بهذا الخصوص والمتعلقة بتنفيذ البائع لالتزامه بالمطابقة، وكذلك الآراء الفقهية المتعلقة بموضوع البحث كلما استلزم الأمر ذلك، كما اعتمد البحث منهج البحث المقارن من خلال إجراء مقارنة بين الأحكام التي أوردها المشرع الإماراتي والأحكام الواردة في اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع لسنة 1980.

هيكلية البحث

لقد تم تقسيم هذا البحث إلى مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: ماهية المطابقة في عقد البيع التجاري لدى المشرع الإماراتي

المطلب الأول: المقصود بالمطابقة (عدم الاختلاف) وحالاتها

المطلب الثاني: مدى التزام البائع بالمطابقة

المطلب الثالث: ارتباط المطابقة بالتسليم

المطلب الرابع: المطابقة المادية وعناصرها

المبحث الثاني: الآثار المترتبة في حالة عدم مطابقة البضاعة

المطلب الأول: تحقق المسؤولية المدنية للبائع عن عدم المطابقة

المطلب الثاني: الدفع بعدم التنفيذ وشروطه

المطلب الثالث: الجهة المحددة للاختلاف في البضاعة المسلمة

المطلب الرابع: خيارات المشتري في حال عدم المطابقة

المبحث الأول

ماهية المطابقة في عقد البيع التجاري لدى المشرع الإماراتي

تنصب العقود التجارية على بضائع منقولة، لذا فإن محل هذه العقود يكون دائماً منقولاً⁽¹⁾، وغالباً ما يكون هذا المنقول من المثليات سواء كان منقولاً مادياً كالבضائع، أم معنوياً كالبيع الوارءة على حقوق الملكية الصناعية والتجارية والأدبية. وتمتاز هذه العقود بكونها عقود معاوضة، كما أنها تحكم بقواعد تشريعية وعرفية⁽²⁾.

وتتفیز هذه العقود من قبل أطرافها يستلزم أن تحترم فيه إرادتهم التي تتجه في أساسها إلى مجموعة من الشروط المتعلقة -على وجه الخصوص- بتسليم البضاعة على وفق ما تم الاتفاق عليه، سواء تعلق الأمر بصنف البضاعة أم بنوعها أو كميتها أو كونها خالية من العيوب، وأن يراعي الأطراف في ذلك مبدأ حسن النية كأسلوب سلوك يتم انتهاجه من قبلهم. لذا فإن حصول أي اختلاف في البضاعة المسلمة عما تم الاتفاق عليه سيؤدي بالضرورة إلى إخلال البائع بالتزامه في مواجهة المشتري، لأن التزام البائع لا يقتصر فقط على تسليم البضاعة، وإنما يمتد إلى أن تكون البضاعة المسلمة من قبله مطابقة لما تم الاتفاق عليه، خاصة في إطار عقود البيع التجاري التي تعقد ما بين التجار لمسائل متعلقة بالتجارة⁽³⁾. وسيتناول هذا المبحث المقصود بالمطابقة، وحالات الاختلاف في البضاعة، وطبيعة التزام البائع في عقد البيع التجاري واستقلال هذا الالتزام، إضافةً إلى أنواع الاختلاف في البضاعة وعلى النحو التالي:

(1) منير قزمان، البيوع التجارية في ضوء الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص10.

(2) د. عبد الفضيل محمد احمد، العقود التجارية، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2010، ص3-9.

(3) لقد بيّنت المادة (96) من قانون المعاملات التجارية الإماراتي رقم (18) لسنة 1993 مفهوم البيوع التجارية المقصودة لغايات تطبيق النصوص الواردة في هذا القانون عليها، وهي البيوع التي تتم بين التجار ويكون محلها منقولاً.

المطلب الأول

المقصود بالمطابقة (عدم الاختلاف) وحالاتها

أوجب المشرع الإماراتي على البائع في عقد البيع التجاري أن يقوم بتسليم بضاعة للمشتري مماثلة للبضاعة المتفق عليها، أي مطابقة لما تم الاتفاق عليه من حيث الكمية والصنف وخلوها من العيوب. ويظهر هذا الالتزام بشكل ضمني في نص المادة (105) من قانون المعاملات التجارية التي ألزمت البائع بتسليم المشتري البضاعة المتفق عليها، فإذا لم يقدّم ذلك كان من حق المشتري هنا أن يوجه له إخطاراً لتسليمه البضاعة خلال مدة معقولة، فإذا لم يلتزم البائع بالتسليم فالمشتري هنا أمام خيارات ثلاثة: أولها الطلب من المحكمة إلزام البائع بتنفيذ التزامه عيناً وتسليمه المبيع متى كان ذلك ممكناً والمطالبة بالتعويض، أما الثاني فهو الفسخ؛ فقد أعطى المشرع الإماراتي للمشتري حق اعتبار العقد مفسوخاً مع المطالبة بالتعويض في حال وجود الضرر، أما الخيار الثالث والذي يستتبع منه ضمناً التزام البائع بتسليم بضاعة مماثلة (مطابقة) فيتمثل بإعطاء البائع الحق في شراء بضائع مماثلة مع المطالبة بفرق الثمن. وكما يبدو لي فإن لجوء المشتري للخيار الثالث المتاح له بصريح نص المادة (105) أعلاه وإتاحة استخدامه له يعد دليلاً على التزام البائع بتسليم بضاعة مطابقة .

وسيتناول المقصود بالمطابقة من خلال فرعين سيتولى الأول تعريفها، أما الثاني فسيتعرض لحالاتها على النحو التالي:

الفرع الأول: تعريف المطابقة في عقد البيع التجاري (obligation of conformity)

عرّف فقه القانون التجاري عدم المطابقة بأنه حالة تظهر فيها أن كمية البضاعة المسلمة أو صنفها أقل مما تم الاتفاق عليه، أو أن بها عيباً أو أنها غير مطابقة للشروط أو العينات⁽¹⁾. ويعرّف التزام البائع بالمطابقة بأنه تعهد من قبله يكون محله التزامه بتقديم البضائع والمستندات

⁽¹⁾ منير قزمان، المرجع السابق، ص 63.

المتعلقة بالبضاعة على وفق ما يفرضه اتفاق البائع مع المشتري في العقد أو ما يفرضه القانون⁽¹⁾.

ويرى اتجاه في الفقه أنه في حال اختلاف البضاعة المسلمة عن البضاعة الواجب تسليمها اختلافاً كبيراً، أو إذا كانت مختلفة في صنفها تماماً عن البضاعة الواجب تسليمها، أو كانت غير صالحة للاستعمال، أو أن تصريف هذه البضاعة المسلمة من شأنه أن يضر بسمعة التاجر الذي عرف عنه التخصص في بيع البضائع الجيدة، فهذا لا نستطيع حظر طلب الفسخ من قبله لعقد البيع التجاري وإنما يكون الفسخ في هذه الحالة جائزاً⁽²⁾.

وكما يبدو فإن هذا الاتجاه الفقهي قد جعل عدم المطابقة على نوعين: فإن تم تسليم بضاعة تقل في صنفها أو كميتها عما هو متفق عليه أو بها عيب، أو غير مطابقة للشروط أو العينة التي تم العقد بموجبها، فهذا الاتجاه ينسجم مع رأي المشرع الإماراتي بعدم جواز طلب الفسخ من قبل المشتري، إلا إذا نشأ عن النقص أو العيب أو عدم المطابقة عدم صلاحية البضاعة للغرض الذي خصصها له المشتري، أو كانت هناك صعوبة في تصريفها من قبله. وهناك عدم مطابقة من شأنه أن يعطي الخيار للمشتري بطلب الفسخ، وهي تلك الموصوفة في الفقرة السابقة.

ويمكن إيراد تعريف للمطابقة بأنها التزام يفرض على البائع ينشأ بعد التسليم، مقتضاه التوافق التام بين البضاعة المسلمة للمشتري من قبل البائع تنفيذاً لالتزامه في عقد البيع التجاري مع البضاعة الواجب عليه تسليمها بموجب العقد المبرم بينهما، سواء من حيث الصنف أو النوع أو الكمية أو خلوها من العيوب أو الشروط الخاصة، ويجب لقيام التزام البائع بالمطابقة ألا يكون سبب عدم المطابقة راجعاً إلى فعل المشتري بعد استلامه البضاعة.

والمطابقة التي اشترطها المشرع الإماراتي تختلف عن الالتزام بالمطابقة الذي اشترطته اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع، إذ ألزمت المادة (30) من الاتفاقية البائع بتسليم البضائع والمستندات الممثلة لها، ونقل ملكيتها وعلى وفق ما يقضي به العقد والاتفاقية. أما بخصوص المشرع الإماراتي فلم يرد في نصوص المواد المتعلقة بعقد البيع التجاري ما يلزم البائع بتسليم المستندات

(1) جمال محمود عبد العزيز، الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة فيينا لسنة 1980، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1996، بند 3، ص 2.

(2) د. عبد الفضيل محمد احمد، المرجع السابق، ص 23.

الممثلة للبضاعة، وإنما جعل الالتزام بالتسليم ينصب على المبيع المعين⁽¹⁾. وبناءً على ذلك يمكن القول بأن المطابقة المقصودة في قانون المعاملات التجارية الإماراتي هي تلك المسائل المتعلقة بالبضاعة فقط دون المستندات الممثلة لها، وي طرح التساؤل هنا حول الحكم المترتب في حال عدم قيام البائع بتسليم المستندات للمشتري أو تسليمه مستندات غير مطابقة؟

وهنا -وكما يبدو- فإنه لا يوجد في قانون المعاملات التجارية الإماراتي إجابة على هذا التساؤل، وعند الرجوع إلى أحكام قانون المعاملات المدنية نجد أنها ألزمت البائع بتسليم وثائق ملكية المبيع إذا اقتضت طبيعته طبقاً للقانون أو العرف السائد تسليم وثائق ملكيته، وإذا امتنع البائع عن ذلك أو ادعى ضياعها فللمشتري هنا الخيار بين رد المبيع وفسخ العقد أو إمضائه⁽²⁾. ومن البضائع التي يوجب القانون تسليم وثائقها السيارات والسفن والطائرات المدنية، وهنا يشار إلى فرضية أن يتم تنفيذ عقد البيع التجاري من خلال الاعتماد المستندي، حيث يتولى المصرف فاتح الاعتماد القيام بمطالبة البائع بتسليم مستندات البضاعة لفحصها، ويعد ذلك من الالتزامات الجوهرية التي تقع على عاتق المصرف، وإذا امتنع البائع عن تسليم هذه المستندات فإن المصرف لا يستطيع إجباره على ذلك، لأن البائع لا يعد طرفاً في عقد الاعتماد المستندي، في حين يستطيع المشتري إجباره على تسليم هذه المستندات بموجب عقد البيع التجاري المبرم بينهما.

وهنا لابد من التمييز كذلك بين عدم المطابقة وبين رجوع المشتري على البائع بالعيوب الخفية في المبيع، إذ تفترض عدم المطابقة اختلاف حالة المبيع وقت التسليم عنها وقت البيع، أما العيب الخفي فيفترض أن المبيع على حالته المتفق عليها وقت البيع، إلا أن فيه عيباً خفياً لا يعلم المشتري به، كما تختلف عدم المطابقة عن الغلط في المبيع، حيث يقوم الغلط في الأساس على افتراض قوامه أن إرادة المشتري هنا معيبة فهو حالة نفسية، أما عدم المطابقة فهي حالة مادية، والجزاء المترتب على الغلط هو دعوى الإبطال⁽³⁾، ويجدر أن يلاحظ هنا أن المشرع

(1) نص المادة (105) من قانون المعاملات التجارية الإماراتي رقم (18) لسنة 1993.

(2) نص المادة (515) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (5) لسنة 1985.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج4، دار الشروق، القاهرة، سنة 2010، ص477.

الإماراتي قد اعتبر وجود العيب في البضاعة بعد التسليم في عقد البيع التجاري حالة من حالات عدم مطابقة البضاعة.

الفرع الثاني: حالات الاختلاف (عدم المطابقة)

لا يعد كل اختلاف يظهر في البضاعة بعد تسليمها إلى المشتري من قبيل عدم المطابقة المقصودة بنص المادة (110) من قانون المعاملات التجارية الإماراتي رقم (18) لسنة 1993، فقد حددت هذه المادة حالات عدم المطابقة، والتي بوجودها لا يقضى للمشتري بفسخ العقد، وإنما يمكن له أن يطلب من المحكمة أن تقضي له بإنقاص الثمن أو تكملته، ويدور ذلك كله مع نقص أو زيادة كمية البضاعة المسلمة أو اختلاف صنفها أو درجة العيب فيها، ويمكن له كذلك طلب الفسخ إذا نشأ عن الاختلاف أو العيب عدم صلاحية تلك البضاعة للغرض الذي أعده لها المشتري أو كان تهنأك صعوبة في تصريفها من قبله.

ولابد من الإشارة هنا إلى أن المشرع الإماراتي في قانون المعاملات التجارية لم يتطرق لموضوع الاختلاف في نوع البضاعة المسلمة، ولا إلى الاختلاف الحاصل في ذاتيتها، ومن الأمثلة على الحالة الأولى أن يتفق البائع والمشتري على أن يقوم البائع ببيع المشتري تلفزيونات عدد (15) من نوع (LG)، وعندما أرسل البضاعة له تبين أنها ليست تلفزيونات من نوع (LG)، وإنما أرسل له (15) تلفزيوناً من نوع (Samsung)، أما المقصود بالاختلاف الحاصل في ذاتية البضاعة (المحل) فمثاله اتفاق البائع مع المشتري على بيعه تلفزيونات من نوع (sharp) وبعد التسليم يتبين أن البضاعة المسلمة هي غسالات من نوع (General)، ففي هاتين الحالتين أرى تطبيق ما ورد في القواعد العامة لعدم وجود حكم في قانون المعاملات التجارية الإماراتي، وبهذا الخصوص تجيز القواعد العامة في العقود الملزمة للجانبين كعقد البيع التجاري لأي من الطرفين المطالبة بفسخ العقد بسبب عدم تنفيذ الطرف الآخر لالتزامه، أو المطالبة بالتنفيذ العيني، وفي كلتا الحالتين وجب إعدار البائع هنا، كما يجوز للمحكمة أن تلزم البائع بتنفيذ التزامه في الحال أو تعطيه مهلة محددة للتنفيذ، كما يجوز للمحكمة أن تقضي بالفسخ مع تعويض المشتري إن كان له مقتض⁽¹⁾.

(1) المادة (272) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (5) لسنة 1985.

ويمكن حصر حالات اختلاف البضاعة المقصودة لأغراض تطبيق نص المادة (110) من قانون المعاملات التجارية الاماراتي بالتالي:

أولاً : الاختلاف الكمي

يقع التزام على عاتق البائع يتمثل في تسليم البضاعة بالكمية والقدر المتفق عليه، فإذا التزم البائع بتسليم قدر أو كمية معينة من البضاعة للمشتري كأن تكون من المثليات أو المقدرات، أي تلك الأشياء التي يمكن عدّها أو قياسها أو وزنها أو كيلها، وذكر هذا القدر أو الكمية للبضاعة في العقد فلا إشكال في الأمر إذا تم تسليمها حسب الاتفاق، أما في الأحوال التي يحصل فيها اختلاف في ذلك المقدار بالزيادة أو النقصان فهنا يظهر الإشكال بين البائع والمشتري، ومدى أحقية كل منهما بالرجوع على الآخر في حال زيادة البضاعة المسلمة أو نقصها عما تم الاتفاق عليه⁽¹⁾.

وتسليم البضاعة من البائع إلى المشتري يشترط فيه أن يرد على البضاعة المتفق عليها من حيث الكمية المحددة في العقد. وقد جرى العمل في البيوع التجارية على التسامح في نسبة معينة من النقص أو الزيادة الحاصلة في البضاعة، وهنا يجبر المشتري على القبول بالبضاعة الناقصة إذا كان ذلك النقص في حدود النسب المتسامح فيها⁽²⁾.

وقد اختلف حكم المشرع الاماراتي بخصوص الزيادة والنقص في البضاعة في عقد البيع التجاري في قانون المعاملات التجارية عما هو الحال عليه في عقد البيع في القواعد العامة، حيث فرّقت القواعد العامة بين حالة وجود اتفاق أو عرف يحكم هذه الحالة فيتم تطبيق ذلك، وبين حالة عدم وجود اتفاق أو عرف يحكم هذه المسألة، فهنا إذا كان المبيع من المسائل التي لا يضرها التبعض فتكون الزيادة في حال وجودها مستحقة للبائع يستطيع استردادها عيناً، وسواء كان الثمن محدداً لكامل المبيع أم لوحدة قياسية، أما إذا كان المبيع مما يتضرر بالتبعض وتم تحديد الثمن في العقد على أساس الوحدة القياسية فالزيادة هنا للبائع يستحق ثمنها، أما إذا حدد الثمن لكامل المبيع فالزيادة تكون للمشتري هنا، والنقص لا يقابله شيء من الثمن، وإذا ألزمت

(1) د. رمضان محمد أبو السعود، العقود المسماة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 2010، ص 270.

(2) د. محمد السيد الفقي، القانون التجاري (الإفلاس، العقود التجارية، عمليات البنوك)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005، ص 210، 211.

الزيادة المشتري أكثر مما اشترى أو كان من شأنها أن تفرّق عليه الصفقة، فله الخيار هنا بين إمضاء البيع وفسخه إذا لم يكن المقدار تافهاً ولم يخل النقص بمقصوده⁽¹⁾.

أما بخصوص حكم الزيادة والنقص في قانون المعاملات التجارية الإماراتي، فإن الزيادة والنقص من شأنها أن تعطي الحق للمشتري في فسخ العقد، إذا كان من شأنها أن تؤدي إلى عدم صلاحية البضاعة للغرض الذي أعدها له المشتري، أو كانت هناك صعوبة في تصريف تلك البضاعة التي فيها زيادة أو نقصان عن الكمية المتفق عليها. وهنا أجاز المشرع الإماراتي للمحكمة عند رفض طلب الفسخ المقدم من المشتري بسبب الزيادة أو النقص أن تحكم بإنقاص الثمن أو تكملته تبعاً لزيادة البضاعة أو نقصها⁽²⁾. لذا فإن المشرع الإماراتي -كما يبدو لي- في حالة الزيادة أو النقصان في الكمية إذا حصل في عقد البيع التجاري لا يميّز في حكمه بين البضائع التي يضرها التبعض أو تلك التي لا يضرها التبعض، فإذا كانت هذه البضائع صالحة للغرض الذي أراده المشتري منها أو كان المشتري قادراً على تصريفها فلا تحقق له هنا المطالبة بالفسخ، وإنما تحقق له المطالبة بإكمال الثمن أو إنقاصه تبعاً للنقص أو الزيادة، إلا إذا كان هناك اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك.

وجدير بالملاحظة هنا أن التزام البائع بتسليم البضاعة حسب الكمية المتفق عليها هو التزام يمكن استنباطه من نص المادة (110) من قانون المعاملات التجارية الإماراتي، وقد أشارت لهذا الالتزام صراحةً اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع في نص المادة (1/35)، حيث ألزمت هذه الاتفاقية البائع بتسليم بضائع للمشتري مطابقة في كميتها ونوعيتها وأوصافها وكذلك في تغليفها وتعبئتها لأحكام العقد⁽³⁾.

ويتبين مما تقدم أن حكم المشرع الإماراتي بخصوص كمية البضاعة قد ينسجم مع حالة الزيادة دون النقصان، وقد كان أولى أن يسمح للمشتري بالمطالبة بالفسخ ابتداءً دون تكليفه بإثبات عدم صلاحية البضاعة لمقصده الذي أعدها من أجله، أو أنه بذل جهده في تصريفها

(1) المادة (553) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (5) لسنة 1985.

(2) المادة (110) من قانون المعاملات التجارية الإماراتي رقم (18) لسنة 1993.

(3) تسمى هذه الاتفاقية باتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع وقد اعتمدت هذه الاتفاقية بتاريخ 11 نيسان لسنة 1980 وبدأ سريانها بتاريخ 1 كانون الثاني لسنة 1988.

دون جدوى، وكان من الأفضل أن يفترض المشرع عند تحقق هذه الحالة عدم صلاحية تلك البضاعة وعدم قدرة المشتري على تصريفها مراعاةً لحقوقه ومصالحه، وأن يعطي الحق للمشتري بفسخ العقد إذا كان هناك نقص في البضاعة المسلمة.

ثانياً : الاختلاف في الصنف والنوع والصفات

أشارت المادة (110) من قانون المعاملات التجارية الإماراتي إلى حالة الاختلاف في الصنف، وجعلت مسؤولية البائع متحققة إذا لم يتم بتسليم المشتري بضائع مشابهة في صنفها للبضائع المتفق عليها، إلا أن المشرع الإماراتي لم يكن واضحاً بالقدر الكافي في تحديده لمفهوم الاختلاف في الصنف، فهل ينصب ذلك على قيام البائع بتسليم بضاعة من نفس نوع البضاعة المتفق عليها ولكنها مختلفة عنها في درجة جودتها؟ أم أن ذلك يشمل قيامه بتسليم بضاعة تختلف في سماتها أو صفاتها أو مواصفاتها عما تم الاتفاق عليه؟ أم أن ذلك يشمل الاختلاف الكامل في نوع البضاعة؟

للإجابة على ذلك لابد من الإشارة إلى أن الاختلاف في الصنف الذي ذكره المشرع الإماراتي يشمل ذلك كله، ولعل اتفاقية فيينا كانت أكثر وضوحاً من المشرع الإماراتي بهذا الخصوص، فقد فرقت ما بين الاختلاف في النوع والوصف وبين عدم الالتزام بشروط التعبئة والتغليف⁽¹⁾، وهذا التفريق لم يكن في الحكم القانوني وإنما في المصطلحات والألفاظ، لأن الحالات التي أشارت لها الاتفاقية أخذت نفس الحكم القانوني، وهذه الحالات قد تظهر في الحياة العملية في عقود البيع التجاري على المستوى الوطني كذلك، دون أن نجد لها حكماً واضحاً لدى المشرع الإماراتي لعدم تطرقه لها، وهو أمر يقود للقول بأن الاختلاف في الصنف الذي قصده المشرع الإماراتي يشمل درجة جودة البضاعة ونوعها وشروطها وكذلك تغليفها وتعبئتها، لأن القول بغير ذلك يجعل من اختلاف البضاعة من حيث النوع أو الشروط أو الأوصاف أمر من شأنه أن يعطي الحق للمشتري في فسخ العقد، لأنها مسائل تخرج عن حكم نص المادة (110) من قانون المعاملات التجارية الإماراتي.

(1) المادة (1/35) من اتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع.

والاختلاف في الصنف يكون بتغيير درجة البضاعة المتفق عليها عند التسليم، إذ يفترض بالمشتري أنه قد رأى المبيع أو علم به علماً كافياً قبل التسليم، لذا فإن درجة البضاعة من حيث جودتها تتحدد بالاتفاق، وإذا لم يتفق الطرفان على هذه الدرجة فيتم استخلاصها من العرف أو من أي ظرف آخر، وإذا تعذر مثل هذا الاستخلاص فإن البائع يلتزم بتسليم بضاعة من الصنف المتوسط، وهذا الأمر ينطبق على البضاعة المعينة بالنوع⁽¹⁾.

وقد يتم تحديد صفات البضاعة من خلال العينة أو النموذج المرسلان من البائع إلى المشتري، فإذا كان موضوع البيع مثلاً أقمشة صوفية قام المشتري باختيارها من العينات المرسلة له من البائع، يجب هنا أن تكون البضاعة المرسلة من البائع إلى المشتري من نفس نوع الصوف والشكل والوزن للعينة، وكذلك الأمر ينطبق في حال وجود لون معين إذا كان للون البضاعة أي اعتبار لدى المشتري⁽²⁾، لأن اتفاقية لاهاي في المادة (33) منها أشارت إلى عدم الاعتماد بعدم المطابقة إذا كان السبب تافهاً وليس له تأثير على إمكانية تصريف المبيع من قبل البائع، كعدم الاعتماد باختلاف اللون إذا لم يكن له أي اعتبار خاص لدى المشتري، وهو أمر قد يظهر بصورة جلية وواضحة في بيوع السيارات، إذ يلعب اللون دوراً كبيراً ومهماً في إقدام المشتري على التعاقد مع البائع، فإذا أرسل البائع بضائع (سيارات) ذات ألوان مختلفة عما تم الاتفاق عليه، فإن ذلك يعد إخلالاً بالتزامه بإرسال بضاعة مطابقة للاتفاق.

ثالثاً: وجود العيب في البضاعة

لا يجيز المشرع الإماراتي في المادة (110) من قانون المعاملات التجارية فسخ عقد البيع التجاري في حال وجود عيب في البضاعة المسلمة من البائع إلى المشتري، إلا إذا نشأ عن ذلك العيب عدم صلاحيتها للغرض الذي أعدها له المشتري، أو كانت هناك صعوبة في تصريف البضاعة المعيبة من جانبه.

ولم يعط المشرع الإماراتي وصفاً للعيب الخفي في نص المادة (110) من قانون المعاملات التجارية الإماراتي، إلا أنه في المادة (111) قد فرّق بين العيب الذي يمكن كشفه بالفحص

(1) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 474، 475.

(2) مي عبد ربه عبد المنعم، بحث بعنوان "القواعد الدولية لبيع البضائع وفقاً لاتفاقية فيينا"، منشور على الموقع الإلكتروني <http://www.mohamah.net>، تاريخ الدخول إلى الموقع 2017/4/4.

المعتاد، وبين ذلك العيب الخفي الذي لا يمكن كشفه في حال إجراء الفحص المعتاد على البضاعة؛ ففي الحالة الأولى اشترط رفع الدعوى خلال ستين يوماً من تاريخ التسليم بعد إخطار البائع من قبل المشتري بذلك، بينما في الحالة الثانية اشترط أن يقوم المشتري بإخطار البائع بالعيب فور اكتشافه، وأن يرفع دعوى الضمان خلال ستة أشهر، وهو ما أيدته المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية حيث ألزمت المشتري بإقامة دعوى ضمان العيب الخفي خلال ستة أشهر من تاريخ الاستلام الفعلي للبضاعة ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك⁽¹⁾.

وقد حدد القضاء الإماراتي محل العيب الخفي الذي لا يمكن الكشف عنه عند إجراء الفحص المعتاد أو عند استلام البضاعة من قبل المشتري، وهو العيب الذي يكون في مصنعية البضاعة أو في مواصفاتها، ففي عقد بيع تجاري يتعلق بخزانات مياه تم تسليمها للمشتري مخالفة للمواصفات المتفق عليها، حيث كانت السماكة المتعاقد عليها لهذه الخزانات 7 مم داخلياً وخارجياً، في حين أن الخزانات التي تم إرسالها للمشتري بسماكة 4 مم، الأمر الذي يتحقق بوجوده عدم المطابقة بين الخزانات المسلمة وتلك المتفق عليها، كما اعتبر القضاء الإماراتي أن اكتشاف العيب في هذه الخزانات لا يتحقق إلا بعد تركيبها ووصلها بالمياه وتشغيلها وتسرب المياه منها وانفجار بعضها الآخر، وبالتالي تعد جميعها غير صالحة للغرض الذي أعدت من أجله⁽²⁾.

لذا فإن من الواضح بأن العيب المقصود لأغراض تطبيق المادتين (110، 111) من قانون المعاملات التجارية الإماراتي هو العيب الخفي والظاهر، لأن المطلق يجري على إطلاقه، ودليل ذلك ما ورد في نص المادة (111) بإعطائها خصوصية تتعلق بهذا العيب "... ومع ذلك إذا كان العيب..." تتعلق بمرور الزمان المانع من سماع الدعوى، فهذا يعني جواز أن يكون العيب ظاهراً، ويشترط في العيب الخفي أن يكون قديماً ومؤثراً، ويقصد بقدمه أن يكون سابقاً على

(1) قرار المحكمة الاتحادية العليا في الطعن رقم (744) لسنة 27 قضائية الصادر بتاريخ 2006/12/20 والمنشور على شبكة قوانين الشرق على الموقع الإلكتروني <http://www.eastlaws.com> تاريخ الدخول للموقع 2017/2/26.

(2) قرار المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية في الطعن رقم (387) لسنة 24 قضائية الصادر بتاريخ 2005/6/21. منشورات شبكة قوانين الشرق على الموقع الإلكتروني <http://www.eastlaws.com> تاريخ الدخول للموقع 2017/2/26.

لحظة انتقال تبعة الهلاك من البائع إلى المشتري، أما كونه مؤثراً أي من شأنه أن يؤثر سلباً على قيمة المبيع بحيث يؤدي إلى انخفاضها. كما يجدر بالملاحظة هنا أن اتفاقية فيينا قد اعتبرت أن قيام البائع بتسليم بضائع مختلفة في كميتها أو نوعها أو أوصافها أو تغليفها أو تعبئتها يعد عيباً في المطابقة، لذا لم تذكر في نصوصها -حسب ما يبدو لي- موضوع وجود العيب الخفي، لذا فإن تسليم البائع بضائع للمشتري مختلفة في أوصافها عما اتفق عليه يعد من قبيل وجود العيوب فيها.

المطلب الثاني

مدى التزام البائع بالمطابقة

يعد التزام البائع بالمطابقة في عقد البيع التجاري التزاماً بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية، لأن البائع هنا يلتزم بتحقيق نتيجة مفادها تسليم بضاعة للمشتري حسب ما تم تعيينها باتفاق الطرفين. وعلى الرغم من أن المشرع الإماراتي لم يذكر صراحةً في قانون المعاملات التجارية مفهوم المطابقة، إلا أنه يمكن استخلاص ذلك من نص المادة (105) من ذات القانون والتي حددت الخيارات المتاحة للمشتري في حال عدم قيام البائع بتسليمه البضاعة المعينة في العقد المتفق عليه بين الطرفين⁽¹⁾.

وأشير هنا إلى أن المشرع الإماراتي لم يتناول موضوع المستندات الخاصة بالبضاعة (المبيع) الواجب على البائع تسليمها إلى المشتري على وفق ما يستلزمه العقد المبرم بينهما أو ما يفرضه القانون، على اعتبار أن ذلك يشكّل المطابقة المستندية، ومن الأمثلة التي تعد فيها المستندات ذات أهمية بالغة بالنسبة للبضاعة أن تكون هذه الأخيرة سيارات، حيث لا تنتقل ملكيتها إلى المشتري إلا بعد تحقق الشروط الشكلية المتعلقة بانتقالها من شخص إلى آخر لدى المشرع الإماراتي، لذا فإن تسليم سيارة مطابقة لما تم الاتفاق عليه بين البائع والمشتري هو أمر يقتضي بالضرورة تسليم وثيقة ملكيتها بصورة مطابقة لواقع الحال.

⁽¹⁾ والخيارات التي حددتها هذه المادة تتمثل في أن يقوم المشتري بالطلب من المحكمة بإلزام البائع بالتنفيذ العيني متى كان ذلك ممكناً مع المطالبة بالتعويض إن كان له مقتض، أو أن يعتبر المشتري العقد مفسوخاً ويطالب البائع بالتعويض إن كان له مقتض، أو أن يقوم المشتري بشراء مائل للمبيع على حساب البائع وأن يطالب هذا الأخير بفرق الثمن.

والتزام البائع بالمطابقة هو التزام يتفرع عن التزامه بالتسليم، وهذا الأخير يعد التزاماً بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية على اعتبار أنه يعد التزاماً متفرعاً عن التزامه بنقل ملكية البضاعة⁽¹⁾.

وقد ألزمت المادة (516) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع، كما اشترطت المادة (514) من ذات القانون على البائع أن يقوم بكافة الأشياء الضرورية من جانبه لنقل ملكية المبيع إلى المشتري. وكما يبدو لي فإن لفظ "بما هو ضروري من جانبه لنقل الملكية إلى المشتري" الوارد في المادة (514) من ذات القانون هو لفظ غير دقيق لكونه قد يوحي بأن التزام البائع بنقل الملكية إلى المشتري هو التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة.

أما حالة البضاعة وقت البيع فيتم تعيينها -كما يبدو لي- حسب نوع عقد البيع التجاري المبرم بين الطرفين فيما إذا كان تقليدياً أو إلكترونياً؛ ففي الحالة الأولى يشترط أن تكون البضاعة معينة تعييناً كافياً في العقد، ويقع على البائع التزام يتمثل في تزويد المشتري بكافة البيانات اللازمة للكشف عن حالة البضاعة وقت البيع من حيث المواصفات والكميات والأصناف و العيوب، وقد يكون هذا البيع بالعينة أو النموذج، وهو ذلك البيع الذي ينعقد بناءً على عرض نموذج أو عينة تتحدد على أساسها البضاعة من حيث جنسها ونوعها وجودتها، فهنا يلتزم البائع بإرسال بضاعة إلى المشتري مطابقة للنموذج أو العينة⁽²⁾، لكون التزامه هنا التزاماً بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية. وتظهر المشكلة جلية في الحالة الثانية، أي في عقد البيع التجاري الإلكتروني خاصةً في المتاجر والمواقع الإلكترونية، حيث يتم الشراء دون معاينة مادية واضحة من قبل المشتري، لأن هذه المتاجر والمواقع غالباً ما تضع صوراً للسلع دون تحديد لماهية المواد الداخلة في تكوينها، فيتم الشراء استناداً إلى الصورة المعروضة في المتجر الإلكتروني، أو المواصفات المحدودة للبضاعة المعروضة من قبل البائع، وهنا يطرح التساؤل حول طبيعة التزام البائع بتسليم بضاعة مطابقة في شكلها؛ أي أوصافها الخارجية فقط؟ أم أن التزامه يمتد إلى ضرورة تحقيق المطابقة الموضوعية؟

(1) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 472.

(2) د. عادل علي المقدادي، القانون التجاري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2007، ص 232. وكذلك د. محمد يوسف الزعبي، شرح عقد البيع في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006، ص 290. وكذلك د. علي هادي العبيدي، البيع والإيجار، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص 94.

للإجابة على ذلك -وكما يبدو- فإن المطابقة الشكلية غير كافية لتنفيذ البائع لالتزامه بالمطابقة، بل لابد أن يمتد ذلك إلى المطابقة الموضوعية⁽¹⁾، وبذلك يكون قد حقق التزامه بتحقيق نتيجة، خاصةً في عقد البيع التجاري الإلكتروني حتى تسود الثقة بين الباعين والمشتريين وتنتشر هذه العقود على أوسع نطاق، لأن مجرد النظر إلى البضاعة حسب ما هي معروضة في المواقع الإلكترونية لا يكفي وحده لتحديد صفاتها وخصائصها، بل إن هذا التحديد لا يتحقق إلا عند رؤيتها من قبل المشتري، لذا فإن التزام البائع بإرسال بضاعة للمشتري مطابقة لما تم الاتفاق عليه يتوقف على مدى مطابقة تلك البضاعة للخصائص والصفات والشروط التي حددها البائع عند عرض البضاعة في المتجر أو الموقع الإلكتروني. وبناءً على ذلك يلتزم البائع بتسليم البضاعة المتعاقد عليها من حيث أوصافها وحالتها ومقدارها وعددها، وكذا الأمر ينطبق على البيع بالعينة؛ فلا يجوز للبائع أن يسلم بضاعة أقل أو أكثر جودة من العينة المرسله من قبله للمشتري⁽¹⁾.

ولا تختلف اتفاقية فيينا عما ذهب إليه المشرع الإماراتي إلا في كونها قد ألزمت البائع صراحةً بنص المادة (30) منها بتسليم البضائع والمستندات المتعلقة بها ونقل ملكيتها، حسب ما هو متفق عليه في العقد المبرم بين الطرفين، وبما ينسجم مع أحكام هذه الاتفاقية. وهذا أمر يقود للقول إن هذه الاتفاقية قد جعلت التزام البائع بتسليم بضاعة مطابقة للالتزام بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية، ويمكن استخلاص ذلك من نص هذه المادة والتي جاء فيها "...على النحو الذي يقتضيه هذا العقد وهذه الاتفاقية"، كما برز الاختلاف بين اتفاقية فيينا والمشرع الإماراتي باشتراطها المطابقة المستندية والقانونية إضافةً إلى المطابقة المادية، وقد ظهر ذلك من خلال المادة (30) من هذه الاتفاقية بنصها على "...، والمستندات المتعلقة بها".

(1) د. حسن دياب، العقود التجارية وعقد البيع سيف C.I.F: دراسة مقارنة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، سنة 1999، ص 95.

المطلب الثالث

ارتباط المطابقة بالتسليم

يقع على عاتق البائع في عقد البيع التجاري التزام بتسليم البضاعة للمشتري، والالتزام آخر يتمثل في ضرورة أن تكون البضاعة المسلمة مطابقة لما تم الاتفاق عليه، ويعد كل التزام من التزامات البائع مستقلاً عن الآخر ولكل واحد منها توقيت، وهو الأمر الذي سيتم تناوله تباعاً على النحو التالي:

الفرع الأول: استقلال الالتزام بالمطابقة عن التسليم

يعد التزام البائع بتسليم البضاعة إلى المشتري التزاماً أصيلاً من الالتزامات المترتبة عليه في عقد البيع التجاري، ويتحقق هذا الالتزام بمجرد تمام البيع إلا في الأحوال التي يكون فيها التسليم مؤجلاً، ويتم تسليم البضاعة من خلال إعطائها فعلياً للمشتري، أو التخلية بينه وبينها مع إعطاء الإذن بالقبض وعدم وجود مانع قانوني يحول دون حيازته لها، أما طريقته فتحدد حسب طبيعة البضاعة وعلى وفق ما جرى عليه اتفاق الطرفين أو العرف⁽¹⁾.

ولابد من الإشارة هنا إلى أن الكشف عن تنفيذ البائع لالتزامه بالمطابقة لا يتحقق إلا بعد تنفيذ التزامه بالتسليم، لذا فإن هناك ارتباطاً ما بين التسليم والمطابقة، إذ لا تتحقق فوائد إبرام عقد البيع التجاري للمشتري إذا تسلم بضائع غير مطابقة، لذلك فإن التسليم هو الوسيلة لتحقيق المطابقة⁽²⁾، فالتسليم لا يحقق أغراضه المتوخاة منه إلا إذا انصب على بضائع متفقه من حيث الصنف والكمية والمواصفات مع البضائع المعقود عليها، فإذا تم الاتفاق مثلاً على تسليم خزانات معينة ضمن شروط متفق عليها سابقاً تتعلق بتركيب الجدار الداخلي وسمكه، وتم الاتفاق على عددها، فيجب في هذه الحالة -حتى تتحقق المطابقة- أن تسبقها عملية تسليم لهذه الخزانات من البائع إلى المشتري، وبعد ذلك يتم التأكد من قبل المشتري من مطابقة هذه الخزانات لما تم

(1) قرار محكمة تمييز دبي رقم (94/102) الصادر بتاريخ 1994/7/2، منشور في مجلة القضاء والتشريع، ج5، ص582.

(2) جمال محمود عبد العزيز، المرجع السابق، ص19.

الاتفاق عليه، لأن تنفيذ البائع لالتزامه بالتسليم لا يعني بالضرورة أنه قد نفذ التزامه بالمطابقة فهناك حدود واضحة بينهما.

ويرى اتجاه في الفقه أن البيوع التجارية يطلق عليها البيوع مع شرط التسليم، فقد يتم فيها الاتفاق على التسليم في مكان وجود البائع، وهنا تنتقل الملكية وتبعية الهلاك إلى المشتري عند تسليمها إليه في ذلك المكان، كما قد يتم الاتفاق على التسليم عند وصول البضاعة فتبقى الملكية للبائع ويتحمل تبعية الهلاك حتى ذلك الوقت. والتسليم في الغالب في البيوع التجارية يتم بطريقة حكمية أو رمزية وليست فعلية من خلال تسليم السندات الممثلة للبضاعة، أو من خلال إعطاء المشتري مفاتيح المخزن الذي توجد فيه تلك البضاعة⁽¹⁾.

ويثور التساؤل هنا حول موضوع المطابقة ومدى التزام البائع بها في الأحوال التي تكون فيها البضاعة في حيازة المشتري قبل البيع بسبب عقد إجارة أو إعاره أو وديعة أو رهن؟

للإجابة على ذلك لابد من الإشارة هنا إلى ضرورة تثبيت حالة البضاعة عند تسليمها إلى المشتري قبل البيع، وهنا تعد يد المستأجر أو المستعير أو المودع لديه على البضاعة يد أمانة، فإذا تبين اختلافها من حيث كميتها أو صنفها أو وجود عيب فيها فيجب التفريق هنا بين حصول ذلك دون تعدٍ أو تقصير من المشتري فيصبح هناك التزام على البائع بضمان المطابقة، وبين حصول ذلك بتعدٍ وتقصير منه، وفي هذه الحال يعد المشتري ضامناً للبضاعة، ولا يلزم البائع هنا بضمان المطابقة لأن البائع قد سلمه بضاعة مطابقة، وما حصل فيها من اختلاف في كميتها أو صنفها أو تعييبها قد حصل بفعل المشتري وتعديه وتقصيره.

كما يثور التساؤل هنا حول التزام البائع بضمان المطابقة إذا بقيت البضاعة في حيازته بعد البيع بسبب استئجاره لها أو إعارتها إليه أو إيداعها عنده من قبل المشتري، وهنا أقول بأن البائع يلتزم بضمان المطابقة، ويبقى التزامه هذا قائماً طالما تم الاتفاق على البضاعة من حيث الكمية والصنف والشروط والمواصفات.

ولكن تثور مشكلة هنا حيث يعد المشتري قد تسلم البضاعة تسليماً حكماً في حال بقائها في حيازة البائع، لذا أرى أنه لابد من إثبات حالتها مباشرة عند الاتفاق بين البائع والمشتري

(1) د. محمد السيد الفقي، المرجع السابق، ص 208.

على بقائها في حيازة البائع لأي سبب، لأن يد البائع بسبب وجود البضاعة لديه بسبب الإجارة أو الوديعة أو العارية تعد يد أمانة، وبناءً على ذلك فهو لا يضمن هلاكها أو تلفها لسبب لا يد له فيه، أو هلاكها أو تلفها دون تعدٍ أو تقصير منه، لذا لا يضمن هنا المطابقة عند إعادة تلك البضاعة إلى المشتري مستقبلاً إذا تبين أن هناك اختلافاً في كميتها أو صنفها، وكذا الأمر في حال وجود العيب فيها.

وما يدل على أن التسليم يعد التزاماً مستقلاً عن التزام البائع بالمطابقة ما أورده المشرع الإماراتي في نصوص قانون المعاملات التجارية الإماراتي، إذ أفرد نصوصاً خاصة بالتسليم⁽¹⁾، وقد سبقت في ترقيمها النصوص المتعلقة بالمطابقة، لذا فإن الالتزام بالمطابقة يأتي في مرحلة لاحقة على الالتزام بالتسليم، وكذلك الأمر بالنسبة لاتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع حيث أفردت المواد من (31-34) لتحديد الأحكام الخاصة بالتزام البائع بتسليم البضاعة، أما الالتزام بالمطابقة وحقوق الغير وادعاءاته فقد أشارت لها في المواد من (35-44) من الاتفاقية.

الفرع الثاني: وقت المطابقة

تنص المادة (110) من قانون المعاملات التجارية الإماراتي على أنه "إذا تبين بعد تسليم المبيع أن البضاعة المسلمة تختلف عن البضاعة المتفق عليها في الكمية أو أن بها عيباً..." إن الدلالة التي تشير لها هذه المادة تعني بالضرورة أن التزام البائع بالمطابقة يقوم بعد أن يسلم البائع البضاعة إلى المشتري، وهنا -وكما يبدو لي- فإن المشرع الإماراتي عند استخدامه لمصطلح "...بعد تسليم المبيع..."، فإنه يوحي بأن التزام البائع بالمطابقة يقوم بصفة أساسية بعد التسليم وليس عند التسليم، على اعتبار أنه بالتسليم تنتقل تبعة الهلاك من البائع إلى المشتري، وهنا أتمنى على المشرع الإماراتي أن يقوم بصياغة النص على النحو التالي "...إذا تبين عند أو بعد تسليم المبيع..."، لأن صياغة النص بهذه الصورة يدل على أن وقت المطابقة يأخذ صورتين: فقد يحصل لحظة التسليم لأن المشتري قد يكتشف عدم المطابقة في هذه اللحظة خاصة في حالة الاختلاف بالكمية والنوع، وهذا يمثل وقتاً عادلاً لتحديد وقت المطابقة فلا يمكن القول بأن وقت المطابقة هو قبل التسليم، وسبب ذلك يعود إلى إمكانية أن يتدارك البائع

(1) المواد من (102-109) من قانون المعاملات التجارية الإماراتي.

العيوب في البضاعة أو النقص الحاصل في كميتها أو صنفها، كما قد يحصل وقت المطابقة بعد التسليم، ولذا لا يشترط اكتشاف العيب أو النقص عند التسليم، فقد يحدث ذلك بعد التسليم خاصةً إذا كان العيب خفياً .

وقد كانت اتفاقية فيينا أوضح من قانون المعاملات التجارية الإماراتي في تحديد وقت المطابقة، إذ أشارت المادة (1/36) منها إلى مسؤولية البائع عن كل عيب يحصل في المطابقة إذا وجد وقت انتقال تبعة الهلاك إلى المشتري، وكذلك في الأحوال التي لا يظهر فيها هذا العيب إلا في وقت لاحق على انتقال التبعة، كما رتبت الفقرة الثانية من ذات المادة مسؤولية البائع عن كافة العيوب في المطابقة إذا حدثت بعد انتقال تبعة الهلاك وكان سببها يعود إلى البائع بسبب عدم تنفيذ التزاماته، ويشمل ذلك أيضاً إخلال البائع بالتزاماته المتمثلة بضمان بقاء البضاعة صالحة للاستعمال العادي أو للاستعمال الخاص من قبل المشتري، أو احتفاظها بصفاتها أو خصائصها⁽¹⁾.

ويرى اتجاه في الفقه أن المطلوب إثباته هنا فقط هو قدم وجود العيب أو قدم وجود عناصر هذا العيب لحظة انتقال تبعة الهلاك إلى المشتري، حتى لو كان سبب هذا العيب لا يرجع إلى خطأ البائع أو أحد تابعيه، وهو ضابط مادي لا يستند في أساسه على خطأ البائع الشخصي⁽²⁾، والسؤال الذي يطرح هنا يدور حول وقت المطابقة في حال قيام البائع في عقد البيع التجاري بإعذار المشتري لاستلام البضاعة ولم يتم باستلامها؟

للإجابة على ذلك لابد من الإشارة إلى أن تبعة الهلاك هنا تنتقل من البائع إلى المشتري بمجرد الإعذار، خاصةً إذا كانت هناك مدة محددة تقضي بضرورة أن يتسلم خلالها المشتري

(1) تنص المادة (2/36) من اتفاقية فيينا على أنه "2-وكذلك يسأل البائع عن كل عيب في المطابقة يحدث بعد الوقت المشار إليه في الفقرة السابقة، وينسب إلى عدم تنفيذ أي من التزاماته، بما في ذلك الإخلال بأي ضمان يقضي ببقاء البضائع خلال مدة معينة صالحة للاستعمال العادي أو للاستعمال الخاص، أو محتفظة بصفاتها أو بخصائصها"، ويقصد بالوقت المشار إليه في الفقرة السابقة لحظة انتقال تبعة الهلاك التي أشارت لها الفقرة الأولى من ذات المادة.

(2) د. جودت هندي، الالتزام بالمطابقة وبضمان ادعاء الغير حسب نصوص اتفاقية فيينا لعام 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مج28، ع1، 2012، ص118.

البضاعة من البائع، فهنا يكون وقت المطابقة هو وقت تبليغ المشتري إعدار البائع، فإذا حصل العيب أو النقص بعد الإعدار فهنا تنتقل تبعة الهلاك إلى المشتري، ولا يسأل البائع هنا عن الالتزام بالمطابقة، لأن عدم مبادرة المشتري لاستلام المبيع على الرغم من إعداره يؤدي إلى انتقال تبعة الهلاك إلى عاتقه⁽¹⁾.

ويجدر أن يلحظ هنا أنه إذا تم استلام بضاعة مطابقة من قبل المشتري وقام بنقلها على نفقته من متجر البائع أو مخزنه، فإن أي هلاك أو تلف يلحقان بالبضاعة أثناء مرحلة النقل وبسببه لا يسأل عنهما البائع، لأن المخاطر التي تحصل للبضاعة تنتقل تبعتها إلى المشتري ويتحملها من لحظة التسليم، لأن وقت المطابقة في هذه الحالة هو وقت استلام البضاعة المطابقة، ولأن ما حصل في هذه الحالة ليس بسبب عدم المطابقة وإنما لأسباب تتعلق بالمشتري أو الناقل. وبما أن التزام البائع بتسليم البضاعة بالحالة التي كانت عليها وقت إبرام العقد يعد التزاماً بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية، فإن البائع يسأل عن كافة الأضرار التي تلحق بالبضاعة محل عقد البيع التجاري طالما كانت البضاعة في حيازته قبل تسليمها للمشتري، حتى في الأحوال التي تكون فيها هذه الأضرار نتيجة لقوة قاهرة أو حادث مفاجئ⁽²⁾.

كما لم يعالج المشرع الإماراتي موضوع تسليم البضاعة قبل الميعاد المتفق عليه بين البائع والمشتري، فعلى سبيل المثال لو اتفق البائع مع المشتري على أن يقوم الأول بتسليم الثاني بضاعة بتاريخ 2016/9/1، وكانت هذه البضاعة عبارة عن (20) ثلاجة من نوع (LG)، وقام البائع بتسليم المشتري بتاريخ 2016/7/1 ثمانية عشر ثلاجة من نوع (LG) وبنفس الأحجام المتفق عليها، فهل يعد هنا البائع مخالفاً بالتزامه بالمطابقة؟

للإجابة على ذلك لابد من الإشارة إلى أنه لا يوجد بين نصوص قانون المعاملات التجارية الإماراتي ما يعالج موضوع التسليم المبسر، وهو ذلك التسليم الذي يكون قبل الموعد المحدد له وبرضا المشتري لكونه غير مجبر على قبوله⁽³⁾، أما اتفاقية فيينا فقد كانت واضحة بهذا

(1) د. عادل علي المقدادي، المرجع السابق، ص239.

(2) د. حسن دياب، المرجع السابق، ص96.

(3) انظر بخصوص التسليم المبسر د. أسامة حجازي المسدي، القواعد المنظمة لعقود البيع والتجارة الدولية، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2010، ص91.

الخصوص وعالجت موضوع تسليم البائع البضاعة إلى المشتري قبل الميعاد المحدد للتسليم، وهنا يستطيع البائع -حسب الاتفاقية- أن يحتفظ حتى موعد التسليم المتفق عليه، بتسليم الجزء أو الكمية الناقصة من البضاعة، أو أن يقوم باستبدالها ببضائع بديلة مطابقة لما تم الاتفاق عليه في العقد أو إصلاح العيوب فيها⁽¹⁾.

أما في الأحوال التي تهلك أو تتلف فيها البضاعة قبل تسليمها إلى المشتري، فلا أجد نصوصاً تسعف بهذا الخصوص سواء لدى المشرع الإماراتي أم لدى اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع، وهنا تتم العودة إلى القواعد العامة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والتي أشارت إلى أن الهلاك إذا حصل قبل التسليم لسبب لا يد لأحد المتعاقدين فيه فهذا ينقضي التزام الأطراف ويعد العقد منفسخاً، وإذا كان المشتري قد دفع الثمن فباستطاعته استرداده، أما إذا تلفت بعض البضاعة لسبب لا يد للمتعاقدين فيه، فهذا يخير المشتري بين فسخ العقد و أخذ ما تبقى من البضاعة بما يقابلها من الثمن⁽²⁾.

المطلب الرابع

المطابقة المادية وعناصرها

يلتزم البائع في عقد البيع التجاري (التقليدي أو الإلكتروني) بتسليم المبيع بحالته وأوصافه المتفق عليها، بشكل يضمن المطابقة بين البضاعة المتفق عليها والموصوفة للمشتري من قبل البائع وبين ما تم إرساله من بضاعة إلى ذلك المشتري. ولتوضيح مفهوم المطابقة المادية وعناصرها سيتم تناولها تباعاً على النحو التالي:

(1) أشارت لذلك المادة (37) من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع ولكنها ربطت كل ذلك أي الحقوق التي أعطيت للبائع بموجب هذه المادة بشرط ألا يترتب على استعمالها مضايقة للمشتري أو أن يتحمل نفقات غير معقولة، كما يحق للمشتري المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تحصل له وفقاً للأحكام المقررة في هذه الاتفاقية.

(2) انظر بخصوص ذلك نص المادة (1,2/531) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

الفرع الأول: المقصود بالمطابقة المادية

تتمثل المطابقة المادية لدى المشرع الإماراتي في نص المادة (110) من قانون المعاملات التجارية بضرورة أن يقوم البائع بتسليم المشتري بضاعة مماثلة للبضاعة المتفق عليها من حيث كميتها وصفنها وخلوها من العيوب الظاهرة والخفية. لذا فإن التزام البائع هنا ينصب على ذات البضاعة المتفق عليها، سواء حصل ذلك في عقد البيع التجاري التقليدي أم الإلكتروني. وتتحدد عناصر المطابقة المادية حسب ذات المادة بما تم الاتفاق عليه بين البائع والمشتري، لذا فإن حدود التزام البائع بالمطابقة تتحدد بالاتفاق، وهذا يعد إشارة ضمنية للعقد المبرم بين الطرفين.

وأتمنى هنا على المشرع الإماراتي أن يستخدم لفظ المتعاقد عليها وليس "...المتفق عليها..." في نص المادة (110) من قانون المعاملات التجارية، ذلك أنه ليس كل اتفاق في نظر المشرع الإماراتي يعد عقداً، فقد نكون أمام اتفاق ولكن المشرع لا يعترف به ولا يعده عقداً لكون محله غير مشروع، كأن ينصب ذلك الاتفاق على صفقة مخدرات مثلاً، فهنا لا يقوم التزام البائع بالمطابقة لكون المشرع لا يعترف بهذا الاتفاق على أنه عقد.

ولم يحدد المشرع الإماراتي معيار المطابقة المادية وحدودها في حالة عدم النص عليها في العقد، باستثناء ما أورده من شروط بتوفرها تعد المطابقة موجودة، وهي شروط تعد مكملة لإرادة الطرفين ومحددة بموجب المادة (110) من قانون المعاملات التجارية الإماراتي، وتتمثل في اعتبار أن المطابقة المادية متحققة إذا سلم البائع المشتري بضاعة صالحة للغرض الذي أعدها له، أو كان ذلك المشتري قادراً على تصريفها⁽¹⁾، وهو حكم يختلف عما جاء به المشرع الإماراتي في القواعد العامة، حيث ألزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت العقد⁽²⁾.

ويبدو أن إثبات حالة البضاعة وقت العقد يختلف في العقود التقليدية عنه في الإلكترونية؛ ففي العقود التقليدية تحدد بالعقد المبرم، فإن لم ينص العقد على هذه الحالة فيجب التمييز بين

(1) تنص المادة (110) من قانون المعاملات التجارية الإماراتي على أنه "... إلا إذا نشأ عن الاختلاف أو

العيب عدم صلاحية المبيع للغرض الذي أعده له المشتري أو صعوبة في تصريفه".

(2) المادة (516) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (5) لسنة 1985.

حالتين؛ الأولى: إذا كانت البضاعة معينة بالذات وتسلمها المشتري دون تحفظ، فهذا يعني أن تسلمه للبضاعة هنا كان بالحالة التي كانت عليها وقت العقد، ويعد ذلك بمثابة رضا من المشتري بها وإقراراً منه بمطابقتها للأوصاف المتفق عليها، وهذا الرضا قد يكون صريحاً أو ضمناً يتم استنباطه من قبل القاضي من ظروف كل حالة وكذلك من القرائن المتوافرة، وإذا اعترض المشتري عند استلامه للبضاعة أو معاينته لها بأنها ليست بحالتها الواجبة، فهذا يقع على البائع عبء إثبات كون حالتها لم تتغير عما كانت عليه، أما الحالة الثانية فهي إذا كانت البضاعة من المثليات المعينة بالنوع فلا يمكن هنا تعيين حالتها وقت العقد⁽¹⁾.

وفي حال ما إذا كان عقد البيع التجاري إلكترونياً خاصة إذا كان الشراء قد حصل من خلال المتاجر الإلكترونية، فهذا تثير مشكلة كبيرة في تحديد حالة البضاعة وقت إبرام العقد، إذ سيعتمد المشتري على المواصفات والكميات والأصناف التي يحددها له البائع، فإن تخلف أحدها فنكون هنا أمام عدم مطابقة مادية.

وقد حسمت اتفاقية فيينا معيار المطابقة المادية في نص المادة (1/35) منها، إذ اشترطت على البائع تسليم بضاعة مطابقة لأحكام العقد من حيث الكمية والنوعية والأوصاف والتغليف والتعبئة، وإذا لم يتم أطراف العقد ببيان معيار المطابقة المادية في اتفاقهم، فهذا يتحدد معيارها بموجب القانون الواجب التطبيق على عقد البيع التجاري، ويمكن كذلك الاستعانة بالأعراف والعادات التجارية الدولية وتطبيق مبدأ حسن النية بهذا الخصوص⁽²⁾.

الفرع الثاني: عناصر المطابقة المادية

تختلف عناصر المطابقة المادية للبضائع لدى المشرع الإماراتي عما هي عليه في اتفاقية فيينا، حيث توسعت هذه الاتفاقية في هذه العناصر أكثر من المشرع الإماراتي، وتتعدد عناصر هذه المطابقة على النحو التالي:

(1) د. رمضان محمد أبو السعود، المرجع السابق، ص 268، 269.

(2) جمال محمود عبد العزيز، المرجع السابق، ص 30، 31.

أولاً : مطابقة الأوصاف

تتميز العقود التجارية بالسرعة، وكذلك بكونها مكررة ومتلاحقة في حياة التجار، الأمر الذي يستوجب إبرامها وتنفيذها بسرعة⁽¹⁾، لذلك فقد تبرم هذه العقود دون أن يقوم المشتري برؤية البضاعة المباعة قبل التعاقد وعلى وجه الخصوص إذا كان إبرامها إلكترونياً ، لذلك لا يقف المشتري على أوصاف البضاعة بصورة ملموسة من خلال فحصها عند الشراء، وإنما يقوم بالاعتماد على الأوصاف التي حددها البائع للبضاعة عند التعاقد أو في إيجابه أو قبوله في العقد، وكذلك فإن هذه الأوصاف قد تتحدد من خلال النماذج أو العينات أو الكتالوجات المرسلة من البائع إلى المشتري، لذا يجب أن تكون البضاعة مطابقة بأوصافها لما تم الاتفاق عليه.

ولم يبين المشرع الإماراتي في قانون المعاملات التجارية حكم عدم مطابقة المبيع للنموذج، إلا أنه يمكن البحث عن هذا الحكم في قانون المعاملات المدنية، فإذا اختلف البائع والمشتري في مطابقة المبيع للنموذج، وكان كلاهما موجودا فيكون الرأي في المطابقة من عدمها إلى أهل الخبرة، أما إذا فقد النموذج من يد أحد الطرفين فالقول في مطابقة البضاعة من عدمه يكون للطرف الآخر إلا إذا أثبت خصمه العكس⁽²⁾.

وقد اعتد القضاء الإماراتي بأن العيب قد يكون خفياً في البيوع التجارية إذا كان لا يمكن الكشف عنه بإجراء فحص معتاد على البضاعة عند تسلمها؛ سواء كان ذلك العيب في المصنعية أم المواصفات، لذا يتوجب على المشتري إخطار البائع بمجرد اكتشافه، وإقامة دعوى الضمان بعد ذلك، إلا إذا كان هناك اتفاق على خلاف ذلك، فقد اعتمد القضاء الإماراتي في إصداره لهذا القرار على قيام أحد البائعين بتسليم خزانات مياه مخالفة في سماكتها وطبقتها الداخلية للمواصفات التي تم الاتفاق عليها⁽³⁾.

(1) د. الاء النعيمي، الوجيز في مبادئ القانون التجاري والشركات التجارية، مكتبة الجامعة، الشارقة، 2015، ص13.

(2) نص المادة (1/493) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (5) لسنة 1985.

(3) قرار المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية رقم (387) لسنة 24 قضائية الصادر بتاريخ 2005/6/21 منشور على شبكة قوانين الشرق على الموقع <http://www.eastlaw.com> تاريخ الدخول للموقع 2017/2/26.

أما اتفاقية فيينا فقد كانت صريحة بهذا الخصوص، إذ اشترطت هذه الاتفاقية على البائع تسليم بضاعة للمشتري مطابقة من حيث الكمية والنوعية والأوصاف والتغليف والتعبئة⁽¹⁾. ومن الواضح هنا أن اشتراط الاتفاقية للمطابقة الوصفية الصريحة يأتي من باب أن البائع يكون في دولة والمشتري يكون في دولة أخرى، وتجري البيوع التجارية الدولية دون أن يقوم المشتري برؤية البضاعة، وإنما يتم الشراء استناداً إلى الأوصاف التي يقوم البائع بإرسالها إلى المشتري، ويكون ذلك بصورة شروط في العقد، وقد يتحدد بناءً على عينة أو نموذج أو "كتالوج" أو صور مرسلة إلكترونياً إلى المشتري.

ثانياً : المطابقة الغرضية

ويقصد بها الوظيفة التي تؤديها البضاعة، فإذا كانت تلك البضاعة صالحة للغرض الذي أعدها له المشتري فهذا -وحسب نص المادة (110) من قانون المعاملات التجارية الإماراتي- تعد البضاعة مطابقة، ولكن لا يكون التطابق هنا كاملاً بل ناقصاً، حيث أجازت هذه المادة للمشتري أن يطالب بإنقاص الثمن أو بتكاملته تبعاً للنقص أو الزيادة في كمية البضاعة أو اختلاف صنفها أو درجة العيب فيها. وهنا -وكما يبدو لي- فإن هذه الخيارات المتاحة للمشتري والتي أشار لها المشرع الإماراتي قد جاءت عامة دون تحديد، وهو أمر بوجوده يمكن القول بأن هذه المطابقة تعني صلاحية البضاعة لأن تستعمل بنفس الغايات التي تستعمل بها بضاعة أخرى، وكذلك صلاحيتها للأغراض الخاصة التي حددها المشتري.

وقد أقر القضاء الإماراتي في أحد قراراته باطمئنان المحكمة إلى تقرير الخبير في الدعوى بشأن مسؤولية المستأنف ضدها الطاعنة عن سلامة خزانات المياه المسلمة إلى المستأنفة المطعون ضدها، وبأن هذه الخزانات غير صالحة للغرض الذي أعدت من أجله لكونها مخالفة للمواصفات، حيث كان العقد المبرم يشترط أن تكون سماكتها 7 مم في حين كانت السماكة 4

(1) المادة (1/35) من اتفاقية فيينا لسنة 1985.

مم، واعتبر أن الأضرار اللاحقة بالمشتري عائدة إلى خطأ البائع لكونه سلم خزانات غير مطابقة للمواصفات، مما أدى إلى تعييبها بحيث أصبحت غير صالحة للغرض الذي أعدت من أجله⁽¹⁾.

أما بخصوص اتفاقية فيينا فقد اعتبرت أن البضاعة تكون مطابقة لشروط العقد إذا كانت صالحة للاستعمال في نفس الأغراض التي تستعمل من أجلها البضائع التي تكون من نفس النوع، أو إذا كانت صالحة لأغراض المشتري الخاصة التي أحاط بها البائع صراحة أو ضمناً عند إبرام عقد البيع⁽²⁾.

ويعد موضوع الأغراض الخاصة للمشتري التي أشارت لها اتفاقية فيينا من المواضيع التي تثير الكثير من الإشكالات في تحديدها والكشف عنها، فإذا أحيط بها البائع صراحةً فإن هذه الإشكالات تتعدى أساساً لكونها محددة، ولكن تبرز مشكلة تتعلق بإحاطة البائع بها علماً بصورة ضمنية، وهو أمر -كما يبدو لي- يستلزم الرجوع إلى بنود وشروط العقد كافة، ودراسة مستفيضة لطبيعة البضاعة محل العقد، وكذلك إلى طبيعة عمل المشتري؛ فإذا كان يعمل في تجارة البضائع الجديدة مثلاً فإن شراءه لبضاعة مستعملة يعد دليلاً على أنه قام بشراء تلك البضاعة لغايات خاصة.

ثالثاً : المطابقة الشكلية

قد يتفق البائع مع المشتري في العقد التقليدي أو الإلكتروني على تسليمه بضاعة ما ضمن أحجام وأشكال معينة، فإذا حدث مثل هذا الاتفاق فيتوجب هنا على البائع تسليم بضاعة متقنة في أحجامها وأشكالها مع ما هو متفق عليه، وإذا اتفق المتعاقدان على أن يقوم المشتري بتحديد شكل المبيع أو حجمه أو أي صفة أخرى مميزة له، فإن المشرع الإماراتي قد أوجب على المشتري أن يقوم بهذا التحديد خلال الميعاد المتفق عليه، وفي حال عدم الاتفاق على مثل هذا الميعاد فإن هذا المشرع قد ألزم المشتري بهذا التحديد خلال الميعاد المناسب⁽³⁾.

(1) قرار المحكمة الاتحادية العليا في الطعن رقم (387) لسنة 24 قضائية الصادر بتاريخ 2005/6/21، منشور في شبكة قوانين الشرق على الموقع الإلكتروني <http://www.eastlaw.com> تاريخ الدخول للموقع 2017/2/26.

(2) المادة (2/35، ب) من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع.

(3) نص المادة (1/101) من قانون المعاملات التجارية الإماراتي رقم (18) لسنة 1993.

أما إذا انقضى الميعاد المتفق عليه دون أن يقوم المشتري بهذا التحديد فإن للبائع الخيار بين الفسخ مع المطالبة بالتعويض وبين أن يقوم (البائع) بتحديد شكل المبيع أو حجمه أو صفاته، ويقوم بعد ذلك بإخطار المشتري بهذا التحديد، ويعد التحديد نهائياً إذا لم يقم المشتري بالاعتراض عليه خلال عشرة أيام من تاريخ إخطاره به⁽¹⁾.

وكما يبدو فإن المشرع الإماراتي عندما ألزم المشتري بإخطار البائع خلال الميعاد المتفق عليه أو في (... الميعاد المناسب...)، فإنه لم يحدد لنا الآلية التي يحدد فيها هذا الميعاد المناسب، لذا أرى بأن الميعاد المناسب يعد من مسائل الموضوع التي تنتظر فيها المحكمة المختصة وتخضع لتقديرها، ويمكن لها استنباطه في كل عقد على حدة من الظروف المحيطة أو طبيعة العقد، وكذلك طبيعة البضاعة المبيعة، خاصة في الأحوال التي يتم فيها تحديد مواعيد لتسليم البضاعة وقام البائع بإظهار بعض الظروف المحيطة به مستقبلاً والمتعلقة بالتزاماته التجارية مع الأطراف الأخرى، ومن الأمثلة على حجم المبيع الاتفاق بين البائع والمشتري على تسليمه خزانات بحجم 2م، أما شكل المبيع كالاتفاق على تسليم شكولاتة من نوع ما ذات شكل بيضوي أو دائري أو مربع، أما الصفة المميزة فمثالها إضافة نكهة معينة للبضاعة المبيعة كإضافة الهيل إلى القهوة أو الشاي أو إضافة طعم البندق أو الجوز إلى الشكولاتة.

ولم يشر المشرع الإماراتي إلى حكم تخلف الشكل أو الحجم أو الصفة المميزة للبضاعة التي يتم تحديدها من قبل المشتري، كما لم يبين الحقوق التي تعطى للمشتري في هذه الحالة، وكما يبدو لي فإن هذه المسائل قد اعتبرها من الحالات التي تدخل ضمن الاختلاف في الصنف أو البضاعة المتضمنة لعيب ما.

ولم تختلف اتفاقية فيينا في حكمها عن المشرع الإماراتي، فإذا قضى العقد بأن يقوم المشتري بتعيين شكل المبيع أو مقاييسه أو الصفات الأخرى المميزة له، فيجب عليه أن يعينها خلال المدة المتفق عليها أو خلال مدة معقولة، فإن لم يقم بذلك بعد استلامه لطلب البائع بضرورة تعيينها فيستطيع البائع هنا تعيينها بنفسه على أن يراعي بذلك حاجات المشتري التي يمكن له

(1) نص المادة (2/101) من قانون المعاملات التجارية الإماراتي رقم (18) لسنة 1993.

معرفتها⁽¹⁾، وما هذا بالأمر السهل فليس من اليسير على البائع معرفة هذه الحاجات⁽²⁾، لذا تركت الاتفاقية للبائع الحرية في التعرف عليها وفق إمكانياته، وإذا قام البائع بتحديد هذه الأوصاف يجب عليه إبلاغ المشتري بذلك، وأن يعطيه مهلة معقولة يستطيع خلالها تحديد أوصاف معينة للبضاعة، وإذا لم يتم المشتري بهذا التحديد خلال المهلة المعطاة له من البائع تعد الأوصاف التي حددها البائع نهائية⁽³⁾.

ونخلص مما تقدم إلى أن حكم المشرع الإماراتي في هذه المسألة كان أدق مما جاءت به اتفاقية فيينا على الرغم من التشابه الكبير بينهما، وقد برز الاختلاف بين المشرع الإماراتي والاتفاقية في كونه قد حدد مدة (10) أيام لاعتراض المشتري على الأوصاف المحددة من البائع، بينما تركت اتفاقية فيينا المدة مفتوحة، وقد بدا ذلك واضحاً في نص المادة (2/65) من الاتفاقية والتي جاء فيها "... وأن يحدد فترة معقولة يمكن فيها للمشتري أن يحدد مواصفات مختلفة..."، وهنا سيفتح الباب واسعاً لتفسير الفترة المعقولة الواردة في هذه المادة، لذا كان من الأفضل تحديدها لمدة محددة كما فعل المشرع الإماراتي، لأن عدم التحديد سيفتح المجال للمنازعات بين الطرفين مستقبلاً حول مدة الفترة المعقولة التي أعطاها البائع للمشتري من أجل تحديد هذه المواصفات، ويرى اتجاه في الفقه بأن الرقابة على هذه الفترة ومدى كفايتها هو أمر يرجع تقديره لقاضي الموضوع⁽⁴⁾.

رابعاً : المطابقة المتعلقة بوسائل حماية البضاعة

يعد من باب مطابقة وسائل الحماية للالتزامات المتعلقة بتغليف البضاعة وتعبئتها، لأن التغليف والتعبئة يعدان من الأسباب الرئيسية لتلفها في حال عدم تطبيق الأصول المتبعة في التغليف والتعبئة في بضاعة من ذات طبيعة البضاعة المباعة أو الشروط التي ينص عليها العقد، وبناءً على ذلك ولغايات التغليف فإن البائعين يقومون باستخدام العمال الفنيين المدربين

(1) المادة (1/65) من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع. انظر في تفصيل ذلك د. عبد الفضيل محمد احمد، المرجع السابق، ص29.

(2) المحامي منير قزمان، المرجع السابق، ص26.

(3) المادة (2/65) من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع.

(4) المحامي منير قزمان، المرجع السابق، ص26.

للقيام بهذه المهمة نظراً لدقتها وأهميتها، إضافةً إلى ذلك وجب عليهم أن يقوموا بوضع البضائع بعدد من العبوات أو الصناديق مساوٍ لما تم الاتفاق عليه مع المشتري وبذات الأوزان المتفق عليها⁽¹⁾.

ومن الواضح هنا أن طريقة التغليف والتعبئة المتبعة من البائع تختلف بحسب نوع البضاعة وجنسها وطريقة توصيلها وتسليمها إلى المشتري وحسب ما يتم الاتفاق عليه بينهما، فتغليف الشكولاتة مثلاً يختلف عن تغليف الفاكهة والخضار، وكذلك فإن تعبئة الزيوت تختلف عن تعبئة الحبوب وهكذا، كما أن نقل البضاعة إلى المشتري يدوياً يختلف عن نقلها في شاحنات معدة خصيصاً لنقل مثل هذا النوع من البضاعة.

وجدير بالذكر هنا أن المادة (110) من قانون المعاملات التجارية الإماراتي لم تدرج حالتها تغليف البضاعة أو تعبئتها ضمن الحالات المذكورة فيها، وبناءً على ذلك فإن مخالفة البائع للشروط المتعلقة بتغليف وتعبئة البضاعة لم تعدها من حالات عدم المطابقة المنصوص عليها في ذات المادة، إلا أنه -وكما يبدو لي- من الممكن اعتبار أن مخالفة البائع لهذا الالتزام قد يدخل في موضوع وجود العيب في البضاعة، إذ أن عدم تغليف البضاعة أو سوء التغليف أو التعبئة هي من المسائل التي تؤثر على البضاعة وجودتها وتسويقها من قبل المشتري مستقبلاً.

بينما كانت اتفاقية فيينا صريحة بخصوص ضرورة أن يقوم البائع بتسليم المشتري بضاعة مطابقة من حيث التغليف والتعبئة لما تم التعاقد عليه بقولها "... وكذلك تغليفها أو تعبئتها مطابقة لأحكام العقد"⁽²⁾. ولابد من الإشارة هنا إلى أن بعض الدول قد تضع قيوداً خاصة على نوعية وطريقة تغليف أو تعبئة البضائع، فهنا يجب على البائع حتى ينفذ التزامه أن يتقيد بالشروط القانونية، إضافةً إلى الاتفاق المبرم مع المشتري، ومثاله اشتراط إحدى الدول تغليف الخضار بصناديق خشبية مصنعة من نوع معين من الخشب، وأن مخالفة البائع لذلك تترتب عليها المسؤولية المدنية بشقيها العقدي والتقصيري.

(1) د. حسن ذياب، المرجع السابق، ص 90-92.

(2) انظر بهذا الخصوص المادة (1/35) من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع.

المبحث الثاني

الآثار المترتبة في حالة عدم مطابقة البضاعة

تقضي القواعد العامة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي أن يكون تنفيذ العقد المبرم طبقاً لمبدأ حسن النية⁽¹⁾، كما تقضي بتحويل كل من المتعاقدين (البائع، المشتري) في العقود الملزمة للجانبين حق المطالبة بفسخ العقد في الأحوال التي لا ينفذ فيها أحد الطرفين التزامه في مواجهة الطرف الآخر⁽²⁾، وبناءً على ذلك فإن المشتري عندما يقوم بإبرام عقد ينصب على شراء سلعة أو بضاعة معينة فإن ذلك ينطلق من حاجته لهذه السلعة أو البضاعة، وإشباع هذه الحاجة وضرورة ذلك يكون من خلال عقد البيع⁽³⁾، وهذا كله لا يتحقق إلا في الأحوال التي يحصل فيها على بضاعة مطابقة في كميتها وصنفها، وخالية من العيوب التي تمنع تحقق أغراضه من هذا الشراء.

وحتى يتمكن المشتري من استعمال حقوقه المتاحة له قانوناً فهناك واجبات مفروضة عليه بموجب القانون، لذا سيتناول هذا المبحث كيفية تحقق مسؤولية البائع عن عدم المطابقة، ومدى إمكانية الدفع بعدم التنفيذ، والجهة التي بإمكانها تحديد وجود اختلاف في البضاعة، وكذلك الخيارات المتاحة للمشتري في حالة وجود عدم المطابقة وعلى النحو التالي:

المطلب الأول

تحقق المسؤولية المدنية للبائع عن عدم المطابقة

تتحقق مسؤولية البائع عن عدم المطابقة في حالة ما إذا كان سبب عدم المطابقة في البضاعة راجعاً إليه، لذا يجب أن تتوافر العلاقة السببية بين عدم المطابقة وفعل البائع المتمثل في تسليم بضاعة غير مطابقة، بحيث يكون عدم المطابقة راجعاً إلى إخلال البائع بالالتزامات

(1) المادة (246) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (5) لسنة 1985.

(2) المادة (272) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (5) لسنة 1985.

(3) د. صاحب عبيد الفتلاوي، ضمان العيوب وتخلّف الوصف، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997، ص7.

المفروضة عليه بموجب عقد البيع التجاري والتي أشار لها المشرع الإماراتي بنص المادة (110) من قانون المعاملات التجارية، ولا يعد التسليم مانعاً نهائياً من رد المشتري للبضاعة إذا تبين له بعد التسليم عدم مطابقتها لشروط عقد البيع التجاري⁽¹⁾.

ومسؤولية البائع لا تتحقق فقط في حالات عدم المطابقة التي تحصل في البضاعة لغاية التسليم، على اعتبار أن التسليم يعد اللحظة التي تنتقل فيها تبعة الهلاك إلى المشتري، وإنما قد تمتد مسؤوليته عن عيب المطابقة إذا حصل بعد التسليم إذا كان ذلك العيب راجعاً إليه أو إلى أحد تابعيه، كأن يقوم البائع بتسليم بضاعة تتضمن صناديق من البورسلان عدد (48) حسب ما تم الاتفاق عليه مع المشتري على أن يقوم تابعو البائع بتحميلها في السيارة التي أعدها المشتري، وأثناء تحميلها بعد استلامها قام تابعو البائع (عماله) بكسر محتويات (10) صناديق، أو أن يقوم البائع أو أحد تابعيه بعد تسليم البضاعة للمشتري بسكب الماء أو أية مادة كيميائية على البضاعة مما أدى إلى إتلافها.

ومن الواضح هنا أن مسؤولية البائع تتحقق بالاستناد إلى الأغراض الصحيحة التي حددها المشتري للبائع من وراء شرائه للبضاعة؛ سواء حصل ذلك بشكل صريح أم ضمني، وأن عدم تنفيذ البائع لالتزامه من شأنه أن يفوت تلك الأغراض على المشتري، الأمر الذي بوجوده تتحقق مسؤولية البائع.

وتتحقق مسؤولية البائع كذلك عن عدم المطابقة في حالتين لم يشر لهما المشرع الإماراتي

وهما:

(1) د. حسن دياب، المرجع السابق، ص 95.

أولاً : حالة الاتفاق بين البائع والمشتري على الضمان⁽¹⁾

وتتحقق هذه الحالة إذا حصل اتفاق بين الطرفين على أن يقوم البائع بضمان صلاحية البضاعة لمدة زمنية كأن تكون سنة مثلاً ، فهنا إذا حصل أي عيب في البضاعة خلال هذه المدة الزمنية، أو إذا خرجت عن صلاحيتها التي أعدت من أجلها، أو تبين أنها مخالفة للمواصفات المتفق عليها، أو غير قادرة على تحقيق الوظائف التي تم شراؤها على أساسها، فهنا في كل هذه الحالات تتحقق مسؤولية البائع، ومثال ذلك أن يقوم المشتري بشراء آلات لمصنع معين لتصنيع بضاعة معينة كمشراء خط إنتاج لتصنيع الملابس، فإذا تبين وجود عيوب أو تعطل لهذا الخط أو لم يتم بالوظائف المبتغاة منه خلال مدة الضمان، والتي صرح بها المشتري للبائع، وسواء حصل ذلك بشكل صريح أم ضمني، فهنا يسأل البائع عن عيب عدم المطابقة.

ويرى اتجاه في الفقه أن طبيعة ضمان صلاحية المبيع القانونية هو حالة قانونية بواسطتها تتم معالجة مسألة معينة مستجدة سببها تطور الحياة الاقتصادية⁽²⁾، لذا يجب مراعاة شرط الضمان الوارد في العقد وتطبيقه مستقبلاً لكونه يعد متفقاً مع أحكام القانون.

ثانياً : حالة تعهد البائع بتدريب عمال المشتري وإرسال خبراء لإصلاح البضاعة

قد يتعهد البائع للمشتري في عقد البيع التجاري بتدريب عمال المشتري على البضاعة، خاصة في الأحوال التي تكون فيها تلك البضاعة على قدر عال من التكنولوجيا الحديثة التي لا يملك المشتري وعماله الخبرة الكافية فيها، أو قد يتعهد له بإرسال خبراء لإصلاح تلك البضاعة وهو أمر يحصل كثيراً في العقود المنصبة على تزويد البائع للمشتري بالبرامج الإلكترونية اللازمة لتشغيل مصنعه، فإذا لم يتم البائع بتنفيذ التزامه هذا فإن مسؤوليته العقدية تتحقق كذلك عن عيب عدم المطابقة في هذه الحالة.

(1) هنا لابد من الإشارة الى أن أساس التزام البائع بضمان العيب هو القانون، وبما أن عقد البيع يعد من العقود الناقلة للملكية، وأن السلطات الممنوحة للمالك هي التصرف والاستغلال والاستعمال، فلا يمكن إعطاء هذه السلطات للمشتري إذا كان المبيع معيباً ، لكون العيوب من شأنها أن تنتقص من عين البضاعة أو قيمتها أو نفعها أو قد تفوت غرضاً صحيحاً أراده المشتري من هذه البضاعة، انظر في تفصيل ذلك د. صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص34.

(2) د. صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع ذاته، ص 114، 115.

كما لم يحدد المشرع الإماراتي في قانون المعاملات التجارية حكم البيع بشرط التجربة خلال مدة معينة يتم الاتفاق عليها بين الطرفين، فهنا يتم تطبيق أحكام القواعد العامة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي⁽¹⁾، حيث يجوز للمشتري خلال هذه المدة إجازة البيع أو رفضه، فإن رفض وجب عليه إعلام البائع بذلك⁽²⁾، وإذا انقضت تلك المدة دون أن يستخدم خياره بعد أن مكنه البائع من تجربة البضاعة فإن سكوته يعد قبولاً لها⁽³⁾.

أما مسؤولية البائع وفق اتفاقية فيينا فقد حددتها المادة (1/36) من هذه الاتفاقية، حيث تعتبر مسؤوليته متحققة إذا خالف شروط العقد وأحكام الاتفاقية، ويسأل البائع عن العيب في المطابقة إذا وجد وقت انتقال تبعة الهلاك إلى المشتري، كما تعد مسؤوليته متحققة إذا ظهر العيب في وقت لاحق. وهنا كان من المفروض صياغة الفقرة الأولى من المادة (36) من الاتفاقية على النحو التالي "... وفقاً لشروط العقد أو أحكام هذه الاتفاقية..." وليس "... وفقاً لشروط العقد وأحكام هذه الاتفاقية..." لأن بقاءها على ما هو عليه بوجود حرف (الواو) قد يبعث على الاعتقاد بضرورة أن يقوم البائع بالإخلال بشروط العقد وكذلك الاتفاقية حتى يسأل عن العيب في المطابقة، أما بوجود (أو) فهذا يعني أن إخلاله بشروط العقد أو بنصوص الاتفاقية من شأنه أن يؤدي إلى تحقق مسؤوليته.

وقد كانت اتفاقية فيينا - كما يبدو - أكثر وضوحاً من نصوص قانون المعاملات التجارية الإماراتي بخصوص تحقق مسؤولية البائع عن كل عيب يحدث في المطابقة إذا حصل بعد انتقال تبعة الهلاك وكان سببه عدم تنفيذه لالتزاماته، بما في ذلك إخلاله بأي ضمان تم الاتفاق عليه بين البائع والمشتري ويقضي ببقاء البضاعة صالحة لاستعمالها العادي أو الخاص لمدة معينة، أو إخلاله بأي نص يشترط احتفاظها بصفاتها أو الخصائص التي تميزها خلال مدة معينة.

(1) تشير المادة (2) من قانون المعاملات التجارية الإماراتي في حال عدم وجود نص في هذا القانون الى تطبيق الأحكام الخاصة بالمسائل المدنية بشرط عدم تعارضها مع المبادئ العامة للنشاط التجاري في حال عدم وجود اتفاق أو نص تجاري أمر أو عرف تجاري.

(2) انظر بخصوص ذلك نص المادة (1/495) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (5) لسنة 1985.

(3) انظر بخصوص ذلك نص المادة (2/495) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (5) لسنة 1985.

المطلب الثاني

الدفع بعدم التنفيذ وشروطه

تقضي القواعد العامة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي في العقود الملزمة للجانبين وفي الأحوال التي تكون فيها الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، بالسماح لكل من المتعاقدين بالامتناع عن تنفيذ التزامه إذا لم يتم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به⁽¹⁾، وبناءً على ذلك نكون أمام حلول عادلة خاصة في حال وجود ارتباط بين التزامات المتعاقدين.

ويترتب على الدفع بعدم تنفيذ المشتري لالتزامه في عقد البيع عدم انقضاء هذا الالتزام، وإنما وقف تنفيذ العقد بشكل مؤقت لكونه يعد من العقود الفورية، لأن الدفع بعدم التنفيذ يعد وسيلة للضغط على المتعاقد الآخر لتنفيذ التزاماته⁽²⁾، وسيتم البحث في إمكانية الدفع بعدم التنفيذ وشروطه والمبادئ الواجب التمسك بها عند استخدامه في عقد البيع التجاري على النحو التالي:

الفرع الأول: إمكانية الدفع بعدم التنفيذ

تتحقق مسؤولية البائع العقدية في عقد البيع التجاري عند إخلاله بالالتزامات المفروضة عليه بموجب أحكام العقد، وقد عالج المواد (96-113) من قانون المعاملات التجارية الإماراتي أحكام عقد البيع التجاري، ولم تتضمن هذه الأحكام إعطاء المكنة للمشتري بالتمسك بعدم تنفيذ التزامه إذا قام البائع بتسليمه بضاعة غير مطابقة، فإذا قام البائع مثلاً بإرسال آلات وأجهزة لمصنع المشتري بناءً على الاتفاق المبرم بينهما، وتبين للمشتري أن هذه الآلات تختلف في صنفها عما تم الاتفاق عليه أو أن بها عيباً معيناً، فهنا -حسب أحكام قانون المعاملات التجارية الإماراتي- لا يستطيع المشتري التمسك بالدفع بعدم التنفيذ، لأن هذا الدفع لا يعد من الخيارات التي أعطاها المشرع الإماراتي للمشتري بموجب المادة (110) من ذات القانون.

⁽¹⁾ المادة (247) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (5) لسنة 1985.

⁽²⁾ د. عدنان السرحان وآخرون، الموجز في شرح مصادر الالتزام في قانون لمعاملات المدنية الاتحادي، مكتبة الجامعة، الشارقة، 2015، ص193.

ونخلص مما تقدم إلى ضرورة أن يقوم المشرع الإماراتي بإتاحة الفرصة للمشتري بالتمسك بالدفع بعدم التنفيذ في حال عدم قيام البائع بتسليم بضاعة مطابقة للاتفاق، خاصةً إذا لم يتم البائع بتسليم تلك البضاعة للمشتري، ولم يتم هذا الأخير بدفع ثمنها، لذا كان لابد في مثل هذه الحالة من إعطاء الحق للمشتري بحبس الثمن لحين تسلمه البضاعة المتفق عليها من حيث الصنف والكمية والخلو من العيوب.

أما بخصوص اتفاقية فيينا فقد أجازت لأي من طرفي العقد أن يوقف تنفيذ الالتزامات المترتبة عليه، في الأحوال التي يتبين له، بعد إبرام العقد، أن الطرف الآخر لن يقوم بتنفيذ جزءٍ مهمٍ من التزاماته، وحددت الأسباب التي يمكن أن يستند عليها الطرف الذي يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ من أجل وقف تنفيذ التزاماته، وتتمثل في وقوع عجز خطير في قدرته على تنفيذ هذا الجانب المهم من التزاماته أو إفساره، أو بسبب الطريقة التي سيعتمدها من أجل تنفيذ هذا الالتزام أو التي يتبعها فعلاً من أجل تنفيذه⁽¹⁾.

ومن الأمثلة على الحالة الأولى أن يتم الاتفاق بين البائع والمشتري على تسليمه بضاعة ما كأن تكون هذه البضاعة مواد كيميائية أو أدوية، وبعد إبرام العقد تصدر الدولة قراراً بمنع تصنيع وتداول هذه البضاعة، فهنا سنكون أمام عجز من قبل البائع على تنفيذ التزامه، وهو أمر قد يتيح المجال للمشتري بوقف تنفيذ التزامه، أما الحالة الثانية فمثالها أن يتم الاتفاق بين البائع والمشتري على تسليمه بضاعة بأشكال وأحجام محددة، كأن تكون هذه البضاعة عبارة عن شوكولاتة، وعند تصنيع البائع للكمية المتفق عليها علم المشتري بأن هناك مخالفة في الشكل والحجم المتفق عليه، فهنا يستطيع المشتري أن يوقف تنفيذ التزامه هذا.

كما أن اتفاقية فيينا قد سمحت بالتمسك بالدفع بعدم التنفيذ سواء حصل ذلك قبل إرسال البضاعة إلى المشتري أم بعده⁽²⁾، وهنا -وكما يبدو لي- فإن إخلال البائع بالتزامه في مواجهة المشتري بتسليمه بضائع مطابقة لما تم الاتفاق عليه، هو أمر من شأنه أن يعطي الحق للمشتري بالدفع بعدم تنفيذ التزاماته المترتبة بموجب العقد كاستلام تلك البضاعة ودفع ثمنها.

(1) حددت هذه الأسباب المادة (1/71 أ، ب) من اتفاقية فيينا.

(2) أشار إلى تلك الرخصة المادة (3/71) من اتفاقية فيينا.

ويؤخذ على اتفاقية فيينا أنها جعلت قرار عدم التنفيذ قراراً شخصياً يعود لأي من الطرفين، وهو واضح في صياغة المادة (1/70) والتي تنص على "... إذا تبين ..."، حيث إن معيار تحديد وقف أحد الأطراف لتنفيذ التزامه في مواجهة الطرف الآخر هو معيار شخصي، الأمر الذي قد يستخدم من قبل هذا الطرف بسوء نية من أجل التهرب من التزاماته العقدية، خاصة إذا ما اتخذ قراره بالرجوع عن العقد وعدم رغبته في البيع أو الشراء ولأسباب عديدة كانخفاض سعر البضاعة في الأسواق.

الفرع الثاني: شروط التمسك بالدفع بعدم التنفيذ

يعد الدفع بعدم التنفيذ تطبيقاً للقاعدة العامة الواردة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والمتمثلة بحق الاحتباس⁽¹⁾، والذي يعطي الحق لأي من الطرفين، سواء كان الدائن أو المدين، في حال وجود ارتباط بين التزاماتهما أن يتمتع عن الوفاء بالتزامه طالما أن الطرف الثاني لم ينفذ التزامه⁽²⁾، ويعد عقد البيع التجاري من عقود المعاوضات المالية التي ترتب التزامات متقابلة على أطرافها، بحيث يأخذ كل متعاقد من الآخر مقابلاً لما يعطيه، وفي حال السماح بالتمسك بالدفع بعدم التنفيذ فإنه يشترط لذلك ما يلي:

1- وجود عقد ملزم للجانبين: ويعد ذلك تطبيقاً لنص المادة (414) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي والتي اشترطت أن يكون التزام كل متعاقد مرتبطاً بالتزام المتعاقد الآخر. ففي عقد البيع التجاري يستطيع كل من البائع والمشتري أن يتمتع عن تنفيذ التزامه حتى ينفذ المتعاقد الآخر هذا الالتزام، فإن امتنع البائع عن تنفيذ التزامه بالمطابقة فهنا يمكن للمشتري أن يحبس الثمن لغاية تسليم البائع لبضاعة مطابقة.

2- ارتباط الالتزامات واستحقاقها: هنا يجب للتمسك بهذا الدفع أن تكون التزامات كل من المتعاقدين مرتبطت ببعضها ببعض، وهو أمر يعد متحققاً في عقد البيع التجاري حيث يكون التزام البائع مرتبطاً بالتزام المشتري ومقابلاً له، كما يجب أن تكون هذه

(1) د. عدنان السرحان وآخرون، المرجع السابق، ص 191.

(2) لقد أشارت إلى هذا الحق المادة (414) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (5) لسنة 1985، كما حددت المادة (415) من ذات القانون حق الاحتباس بالمعاوضات المالية والتي أجازت لأي من المتعاقدين احتباس المعقود عليه حتى يقبض البذل المستحق.

الالتزامات المرتبطة مستحقة الأداء في نفس الوقت، فإن لم تكن كذلك فلا يتم تفعيل قاعدة الدفع بعدم التنفيذ⁽¹⁾. لذا لا يجوز للمشتري في عقد البيع التجاري التمسك بالدفع بعدم التنفيذ إلا إذا كان التزام البائع مستحق الأداء، ويكون كذلك إذا لم يرسل البضاعة المتفق عليها أو قام بإرسالها لكنها كانت غير مطابقة لما تم الاتفاق عليه.

3- مراعاة مبدأ حسن النية عند التمسك بالدفع بعدم التنفيذ: ومقتضى ذلك ألا يكون هذا الدفع وسيلة يلجأ لها أطراف العقد من أجل التخلص من التزاماتهم، لذلك لا يجوز للمشتري في عقد البيع التجاري أن يتمسك به بقصد الإساءة للبائع أو كوسيلة للتخلص من التزامه في حال اتخاذه القرار بالرجوع عن العقد، كما لا يجوز للمشتري التمسك به إذا كان هو المتسبب في عدم تنفيذ البائع لالتزامه⁽²⁾، ويعد هذا الشرط تطبيقاً للقاعدة العامة التي تقضي بضرورة تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه بصورة تتفق مع مبدأ حسن النية⁽³⁾.

وقد أجازت اتفاقية فيينا لأي من الطرفين وقف تنفيذ التزاماته إذا تبين له أن الطرف الآخر لن ينفذ جانباً مهماً من التزاماته المترتبة عليه بموجب عقد البيع⁽⁴⁾، وهنا استخدمت اتفاقية فيينا لفظ "... إذا تبين..."، وهذا يعني أن أيًا من طرفي عقد البيع التجاري يستطيع وقف تنفيذ التزامه إذا قامت لديه قرائن أو دلائل أو اعتقاد بعد إبرام هذا العقد تشير إلى أن الطرف الثاني لن ينفذ التزامه، كأن يعتقد المشتري بأن البائع لن يقوم بتسليم بضاعة مطابقة لما تم الاتفاق عليه وكان هذا الاعتقاد مبنياً على أسباب وجيهة، فهنا يمكن له وقف تنفيذ التزامه بدفع الثمن حتى لو حصل ذلك قبل إرسال البضاعة من البائع⁽⁵⁾، فقد يكون المطلوب هنا وجود دلالة معينة

(1) جاءت بهذا الشرط المادة (247) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي والتي حددت كيفية تنفيذ الالتزامات المتقابلة.

(2) د. عدنان سرحان وآخرون، المرجع السابق، ص 192.

(3) أشارت إلى هذه القاعدة المادة (246) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (5) لسنة 1985.

(4) يمكن استنباط ذلك من نص المادة (1/71) من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع.

(5) ما يشير إلى إمكانية أن يقوم أحد الطرفين في عقد البيع الدولي للبضائع بالتمسك بوقف تنفيذ التزامه في مواجهة الطرف الآخر هو نص المادة (3/71) من اتفاقية فيينا والتي اشترطت على الطرف الذي يتخذ قراره بوقف تنفيذ التزامه أن يقوم بإرسال إخطار إلى الطرف الآخر يفيد بتوقفه عن تنفيذ التزامه، كما يجب عليه أن

على أن البائع لن يقوم بتسليم بضاعة مطابقة، لذا أستطيع القول هنا بأن شرط اتفاقية فيينا للتمسك بهذا الدفع هو أن يتم ذلك بعد انعقاد العقد سواء حصل ذلك قبل إرسال البضاعة أم بعده.

واشترطت اتفاقية فيينا لإمكانية وقف أحد الطرفين لالتزاماته أن تستند دلالاته على أسباب محددة:

1- أن يستند الاعتقاد لدى الطرف الثاني بأن الطرف الأول لن ينفذ التزامه لوجود عجز خطير في قدرته على تنفيذ التزامه أو إعساره⁽¹⁾ كأن يستند المشتري مثلاً إلى حادث احتراق مصنع البائع لوقف تنفيذ التزامه، أو إضراب العاملين في ذلك المصنع، أو حاجة إنتاج البضاعة في المصنع لمدة زمنية لا تكفي المدة المتبقية عن الموعد المحدد للتسليم لإنتاجها.

2- أن تكون الطريقة التي سيسلكها الطرف الآخر لتنفيذ التزامه أو التي يتبعها فعلاً من أجل هذا التنفيذ توحى بأنه لن ينفذ جزءاً من التزاماته بموجب العقد المبرم بين الطرفين⁽²⁾، ومثال ذلك أن تقوم شركة باعتبارها بائعة بإبرام عقد بيع تجاري مع عدة مشترين بذات الشروط، على أن تقوم الشركة ببيعهم أقمشة من القطن الخالص، فتقوم تلك الشركة بإرسال بضاعة إلى بعض هؤلاء المشترين تحتوي على نسبة (50%) قطن و (50%) بولستر، فهنا يتولد اعتقاد لدى باقي المشترين بأن الشركة لن تسلم البضاعة حسب الاتفاق، بسبب طريقة تنفيذ هذه الشركة لالتزاماتها في مواجهة المشترين الذين أرسلت لهم البضاعة، فيستطيع هنا باقي المشترين أن يوقفوا تنفيذ التزاماتهم في مواجهة هذه الشركة.

يقوم باستئناف تنفيذ الالتزام الذي أوقف تنفيذه إذا قدم الطرف الآخر له ضمانات كافية تضمن له تأكيده وعزمه على تنفيذ التزامه.

(1) أشارت لذلك المادة (71/أ) من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع.

(2) حددت ذلك المادة (71/ب) من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع.

المطلب الثالث

الجهة المحددة للاختلاف في البضاعة المسلمة

يعد العقد هو المعيار المحدد لمطابقة البضاعة المسلمة للبضاعة المتفق عليها، ويظهر هنا مشكلة تتمثل بالجهة التي ستحدد هذه المطابقة من عدمها، فلا يعقل أن يعطى تحديد هذا الأمر للمشتري، بحيث يستطيع التخلص من التزامه بمجرد ادعائه عدم مطابقة البضاعة، لذا لا تكون مجرد ادعاءاته هي العامل الحاسم والأساس مستقبلاً أمام المحكمة المختصة عند رفع النزاع إليها بل تستعين المحكمة بوسائل وجهات أخرى لتحديد وجود الاختلاف في البضاعة، وهو ما سيتم تناوله على النحو التالي:

الفرع الأول: جهة إثبات حالة البضاعة عند التسليم وبعده

إن تسلم البضاعة من قبل المشتري لا يعني قبوله لها، لأن عملية الفحص لها عادةً تتم في وقت لاحق للتسليم، لأن مهمة اكتشاف عدم المطابقة تقع على عاتقه⁽¹⁾، ويمكن استنباط ذلك من نص المادتين (110، 111) من قانون المعاملات التجارية الإماراتي، حيث أشارت المادة (110) إلى أنه "إذا تبين" دون أن تحدد من هو الشخص الذي سيتبين ذلك، إلا أن المادة (111) أزالته هذا الغموض بقولها "1- يجب على المشتري في الأحوال المشار إليها في المادة السابقة..."، وهذا يعني أن عبء إثبات حالة البضاعة وعدم مطابقتها لشروط العقد يقع على عاتق المشتري، وعند ادعاء المشتري ذلك يجب عليه أن يثبته، ويستطيع البائع دفع هذا الادعاء من خلال إثبات مطابقة البضاعة المسلمة للمشتري للبضاعة المتفق عليها في عقد البيع التجاري⁽²⁾.

وبما أن إثبات تخلف البائع عن تنفيذ التزامه بتسليم بضاعة مطابقة لما تم الاتفاق عليه بموجب العقد تقع على عاتق المشتري، فإنه يتوجب عليه البحث عن الأدلة القانونية التي سيستند

(1) قرار المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية في الطعن رقم (387) لسنة 24 قضائية الصادر بتاريخ 2005/6/21، منشورات شبكة قوانين الشرق.

(2) د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 269.

إليها في ادعائه، حتى يتمكن من استخدام الخيارات المتاحة له بموجب القانون⁽¹⁾، لذا يظهر التساؤل حول مدى كفاية ادعاء المشتري بعدم المطابقة للحكم له بأحد الخيارات المتاحة له قانوناً في حال عدم مطابقة البضائع؟

للإجابة على ذلك أقول إن مجرد ادعاء المشتري بعدم المطابقة لا يعد وحده كافياً للحكم له بأحد الخيارات المتاحة له قانوناً، بل يجب عليه أن يثبت ذلك، وهذا أمر كما يبدو يعد متوقفاً على طبيعة البضاعة وجنسها، حيث قد تكون طبيعتها أو جنسها مما يحتاج من المشتري لإثبات حالتها عند تسليمها إليه، خاصةً إذا كانت سريعة التلف كأن تكون فاكهة أو خضروات أو ما شابه ذلك، فهنا يستطيع المشتري إثبات حالتها من خلال اللجوء إلى القضاء المستعجل من أجل الحصول على قرار مستعجل يثبت فيه حالة البضاعة، وهو أمر سيسهل من مهمة المشتري في الإثبات أمام المحكمة المختصة من خلال إجراء مقارنة بين البضاعة المتفق عليها والبضاعة المسلمة له والمثبتة حالتها، أما إذا كانت تلك البضاعة من طبيعة تتحمل الانتظار لحين رفع الدعوى وإثبات حالتها من قبل الخبير فيمكن إثبات حالتها من قبل خبير الدعوى الذي تقوم المحكمة بانتدابه لتقرير المطابقة من عدمها⁽²⁾.

ومن الواضح هنا أن البائع يستطيع أن يدفع مسؤوليته عن عدم المطابقة من خلال إثبات انقطاع العلاقة السببية بين الخطأ الذي حصل كتلف البضاعة أو تعيبها أو اختلافها من حيث الكمية وبين عدم المطابقة التي يدعيها المشتري، ومثال ذلك أن يقوم البائع بتسليم البضاعة إلى المشتري كاملة، إلا أن من قام بنقل الصناديق التي تحتوي على البضاعة قد سرق أحدها أو أكثر أو قام بكسر محتوياتها.

أما اتفاقية فيينا فقد جعلت عبء إثبات حالة البضاعة عند أو بعد التسليم لمعرفة مطابقتها لشروط العقد تقع على عاتق المشتري، ويتضح ذلك في نص المادة (1/37) من هذه الاتفاقية حيث ألزمت المشتري بالتأكد من المطابقة بقولها "1- على المشتري أن يفحص البضاعة بنفسه

(1) حددت هذه الخيارات المادتان (110، 111) من قانون المعاملات التجارية الإماراتي رقم (18) لسنة 1993.

(2) انظر بخصوص انتداب خبير بشأن التأكد من عدم سلامة خزانات المياه المسلمة إلى المشتري قرار المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية رقم (387) لسنة 24 قضائية الصادر بتاريخ 2005/6/21، منشورات شبكة قوانين الشرق.

أو بواسطة غيره..."، كما أفقدت المادة (1/39) المشتري حق التمسك بالعيب في المطابقة إذا لم يبادر بإخطار البائع بطبيعة العيب خلال فترة معقولة من اكتشافه.

وعلى الرغم من أن اتفاقية فيينا قد جعلت مسؤولية إثبات عدم المطابقة على عاتق المشتري حيث يقع عليه عبء إثبات تخلف البائع عن تنفيذ التزامه بالمطابقة⁽¹⁾، إلا أنها لم تحدد الوسيلة التي يستطيع من خلالها المشتري إثبات حالة البضاعة عند أو بعد تسليمها له ولا طرق إثبات حالتها، من أجل استخدام ذلك كدليل لإثبات عدم المطابقة أمام المحكمة المختصة في حال رفع الدعوى أمامها أو أمام هيئة التحكيم في حال الاتفاق عليه. وأرى هنا بإمكانية أن يقوم المشتري بإثبات حالة البضاعة عند تسلمه إياها أو بعد ذلك إذا اقتضى الأمر بكافة الوسائل القانونية المتاحة أمامه، بما فيه شهادة الشهود لكونها تعد واقعة مادية يمكن إثباتها بكافة الطرق القانونية.

الفرع الثاني: وسيلة تحديد الاختلاف في البضاعة المسلمة

استخدم المشرع الإماراتي لفظ "... إذا تبين بعد تسليم البضاعة..." دون أن يحدد الآلية أو الكيفية التي يتم من خلالها تحديد وجود اختلاف في البضاعة المسلمة عما تم الاتفاق عليه⁽²⁾، إلا أن تلك الآلية يمكن استنباطها من خلال الفقرة الأولى من المادة (111) من قانون المعاملات التجارية الإماراتي والتي جاء فيها "... ومع ذلك إذا كان العيب خفياً مما لا يكشف عند الفحص المعتاد..."، فهذا يعد دليلاً على أن الفحص هو الوسيلة التي من خلالها يستطيع المشتري كشف عيب عدم المطابقة في البضاعة، فإذا ثبت بنتيجة الفحص أن البضاعة غير مطابقة من حيث الصنف أو الكمية أو وجدت عيوب فيها، فهذا يعني أن البائع قد تخلف عن تنفيذ التزامه بالمطابقة.

وعملية فحص البضاعة تقتضي من المشتري القيام بمجموعة من العمليات المادية التي تختلف باختلاف طبيعة البضاعة وجنسها؛ كوزنها أو عدها أو قياسها أو اختبار مذاقها⁽³⁾. كما تتطلب بعض البضائع تجربتها كالألات والأدوات الكهربائية وأجهزة الإنارة، وقد يحتاج الأمر إلى

(1) د. جودت هندي، المرجع السابق، ص118.

(2) نص المادة (110) من قانون المعاملات التجارية الإماراتي.

(3) مي عبدربه عبد المنعم، المرجع السابق، ص3.

الانتظار بها مدة زمنية معينة للتأكد من احتفاظها بخصائصها كالأصباغ المتعلقة بالسيارات مثلاً . وقد قضت المحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات العربية المتحدة بأن تسلم المشتري لخزانات المياه لا يعني قبوله لها لأن فحصها يتم بعد تسليمها وبعد أن يتم تركيبها وربطها بشبكة المياه وتشغيلها⁽¹⁾.

ومن الجدير بالذكر هنا كذلك أن المشرع الإماراتي لم يحدد الطرف الذي يتحمل مصروفات وزن البضاعة أو عدّها أو كيلها⁽²⁾، وأرى بهذا الخصوص أن يتحملها البائع في حال عدم المطابقة وفي حال المطابقة يتم تحميلها للمشتري.

كما أن المشرع الإماراتي لم يحدد لنا إمكانية فحص البضاعة من قبل أشخاص غير شخص المشتري، إلا أنه لا يوجد ما يمنع ذلك، ويمكن أن يستخلص ذلك من نص المادة (111) أعلاه، لأن جنس البضاعة أو طبيعتها قد يكون خارجاً عن اختصاص المشتري ومعارفه، لذا قد يستعين بأحد تابعيه أو بشخص خبير، كما أن هذا الفحص قد يجري بواسطة الخبير الذي تنتدبه المحكمة لهذه الغاية في حال رفع النزاع أمامها.

كما لم تحدد قواعد قانون المعاملات التجارية الإماراتي وقت ومكان إجراء فحص البضاعة، غير أنها ألزمت المشتري بضرورة إخطار البائع بوجود الاختلاف في البضاعة أو وجود العيب خلال خمسة عشر يوماً ، إلا إذا كان ذلك العيب خفياً ، فهذا يلزم المشرع الإماراتي المشتري بإخطار البائع بالعيب بمجرد اكتشافه على أن يكون ذلك خلال ستة أشهر من تاريخ التسليم الفعلي إلا إذا وجد اتفاق على خلاف ذلك⁽³⁾، وهذا يعني ضمناً أن عملية فحص البضاعة من قبل المشتري يجب أن تتم خلال خمسة عشر يوماً من تسليمها له، إلا إذا كان سبب عدم المطابقة يعود لوجود عيب خفي فيجب أن يتم الإخطار فوراً بمجرد اكتشاف العيب، ولا يعترف المشرع بعدم المطابقة إذا تم اكتشاف العيب بعد مرور ستة أشهر من تسليم البضاعة فعلاً

(1) قرار المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية رقم (387) لسنة 24 قضائية الصادر بتاريخ 2005/6/21، منشورات شبكة قوانين الشرق.

(2) لقد حدد قانون التجارة العماني رقم (55) لسنة 1990 هذا الطرف بأن جعل مصروفات القياس أو العد أو الوزن أو الكيل على البائع إلا في حال وجود اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك.

(3) انظر تفصيل ذلك في نص المادة (111) من قانون المعاملات التجارية الإماراتي رقم (18) لسنة 1993.

للمشتري إذا كان العيب خفياً، إلا إذا تم الاتفاق بين البائع والمشتري على مدة أطول أو أقصر من هذه المدة، لذا فإن وقت إجراء الفحص مقيد قانوناً بالفترة الزمنية التي حددها المشرع الإماراتي من أجل إخطار البائع بوجود العيب في البضاعة أو اكتشافه عدم المطابقة لأي سبب كان، كما أنها قد تتحد باتفاق الطرفين.

أما بخصوص مكان فحص البضاعة فكما يبدو لي لا يوجد ما يمنع من فحصها في مكان وجودها عند البائع عند تسليمها إلى المشتري في هذا المكان، أو فحصها في الطريق أثناء توجيهها للمشتري بعد أن يستلمها هذه الأخير من البائع، أو أن يتم ذلك عند وصولها إلى المشتري أي في مكان وجوده، أو في مكان آخر عند رغبة المشتري تغيير وجهة البضاعة إلى هذا المكان بسبب بيعها لشخص آخر. وقد يتم فحصها في المكان الذي تحدده المحكمة عند رفع الدعوى إليها، كأن يكون مكان وجود الخبير، أو منشأة المشتري إذا كانت تلك البضاعة عبارة عن خط انتاج في مصنع مثلاً.

في حين تسمح اتفاقية فيينا للمشتري بأن يقوم بفحص البضاعة، وأن يتم هذا الفحص من قبله أو من قبل شخص آخر، وأن يتم خلال أقرب ميعاد تسمح به ظروفه، كما يجوز تأجيل فحص البضاعة لحين وصولها إذا تضمن العقد نقلها⁽¹⁾. ويرى اتجاه في الفقه أن السماح للمشتري بإجراء الفحص في أقرب ميعاد تسمح به ظروفه يعد من باب ترك الحرية له بالشروع في إجراء الفحص، والأمر متروك هنا لتقدير المحكمة أو المحكمين وتبعاً لظروف المشتري⁽²⁾، بينما يرى اتجاه آخر أن هذا يعد من قبيل التجهيل لكون الاتفاقية لم تعين ميعاداً يتم إجراء الفحص خلاله⁽³⁾ وأرى هنا ضرورة أن تحدد الاتفاقية مدة زمنية محددة لإجراء فحص البضاعة خلالها، لأن ترك الأمر بهذه الصورة من شأنه أن يؤدي إلى استغلال من المشتري، وكذلك إلى اختلاف القضاء في تقديرها وفي تفسير أقرب ميعاد تسمح فيه ظروف المشتري لإجراء الفحص.

(1) أشارت لذلك المادة (2،1/38) من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع.

(2) د. جودت هندي، المرجع السابق، ص120.

(3) مي عبد ربه عبد المنعم، المرجع السابق، ص3.

كما أفقدت اتفاقية فيينا المشتري حقه في التمسك بعدم المطابقة إذا لم يتم بإخطار البائع بذلك العيب خلال فترة معقولة من لحظة اكتشاف العيب⁽¹⁾، وهنا تختلف الاتفاقية عن المشرع الإماراتي حيث اشترط هذا الأخير قيام المشتري بالإخطار فور اكتشاف العيب الخفي أي لحظة اكتشافه، كما أن اتفاقية فيينا لا تعترف بحق المشتري في التمسك بالعيب في المطابقة إذا لم يتم بإخطار البائع خلال سنتين من التاريخ الذي يتسلم فيه المشتري البضاعة فعلياً، إلا إذا كانت هذه المدة غير متفقة مع مدة الضمان التي نص عليها العقد⁽²⁾، وهو ما يشير صراحةً إلى ضرورة إجراء الفحص خلال سنتين من استلام المشتري البضاعة استلاماً فعلياً على اعتبار أنها تعد المدة القصوى لإخطار البائع للمشتري بوجود عدم المطابقة إلا إذا تم تقصيرها أو زيادتها من خلال الاتفاق على مدة ضمان أخرى، لأن انقضاء هذه المدة سيمنع القضاء من النظر في الدعوى المرفوعة أمامه والمتعلقة بعدم المطابقة، حيث تعد مدة السنتين مدة سقوط لحق المشتري في الادعاء بعدم المطابقة، كما أنها المدة التي تنقضي بها المواعيد التي تسمح بها ظروف المشتري لفحص البضاعة والتي أشارت لها المادة (38) من الاتفاقية.

الفرع الثالث: تبليغ البائع بعدم المطابقة

تتجلى عملية إخبار البائع بالعيب من خلال إخطاره به، من أجل أن يتدارك البائع سبب عدم المطابقة في البضاعة، ومناقشة المشتري للخيارات أو العروض التي سيقدمها له البائع إذا ما تأكد فعلاً من عدم المطابقة، وهنا أوجب المشرع الإماراتي على المشتري عند تبينه عدم مطابقة البضاعة أن يقوم بإخطار البائع بذلك، أي أن يخطره بوجود الاختلاف أو العيب حتى يستطيع المشتري أن يتمسك بالخيارات المتاحة له بموجب المادة (110) من هذا القانون إذا أراد اللجوء لهذه الخيارات، ويجب أن يتم ذلك خلال (15) يوماً من تاريخ استلامه للبضاعة استلاماً فعلياً، إلا إذا كان هذا العيب خفياً لا يمكن اكتشافه من خلال الفحص العادي الذي يجريه المشتري على البضاعة فهنا يتوجب عليه إخطار البائع فور اكتشافه.

ويلاحظ هنا أن تقدير العيب الخفي في البيوع التجارية يعد من المسائل الموضوعية التي يستقل قاضي الموضوع بتقديرها، ويستطيع في سبيل ذلك الاستعانة بالخبراء إن أمكن، وله كذلك

(1) نص المادة (1/39) من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع.

(2) نص المادة (2/39) من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع.

الاسترشاد بالأعراف المستقرة بشأن أنواع معينة من البضائع. وقد فرض المشرع الإماراتي جزاءً في حالة عدم الإخطار في المواعيد المحددة قانوناً يتمثل بعدم سماع الدعوى عند الإنكار وعدم وجود عذر لرفعها، إلا في الأحوال التي يثبت فيها المشتري وجود غش من البائع فهنا يعطى المشتري مهلة سنة لرفع الدعوى⁽¹⁾.

ويلاحظ على المشرع الإماراتي في حال وجود غش من قبل البائع أنه قد سمح للمشتري بإقامة الدعوى خلال سنة، ولكنه لم يحدد المدة التي يجب على المشتري إخطار البائع خلالها، وأرى بهذا الخصوص أن تكون فور اكتشاف الغش الصادر من البائع وخلال سنة من التسليم الفعلي، وأن يكون الإخطار هنا شرطاً لرفع الدعوى إلا إذا كان هناك اتفاق على خلاف ذلك. ومن الأمثلة على وجود غش من جانب البائع أن يكون هناك تعامل مسبق بين البائع والمشتري فيما يتعلق بعقود قطع غيار سيارات مثلاً تحمل علامة تجارية معينة ومنشؤها مثلاً المانيا، فيقوم البائع بأحد هذه العقود وتنفيذاً له بإرسال بضاعة تحمل نفس العلامة ولكنها مقلدة للعلامة الأصلية، خاصة إذا كان هناك تماثل أو تشابه في البضاعة من حيث الشكل والحجم، فهنا يكون البائع قد ارتكب غشاً لا يمكن تبيّنه إلا بعد إجراء الفحص على البضاعة أو تجربتها فيظهر أنها لا تحمل خصائص البضاعة الأصلية الواجب على البائع تسليمها للمشتري بموجب عقد البيع المبرم بينهما.

ويفضّل أن يقوم المشتري بالتحقق من حالة المبيع فور استلامه، وأن يبادر بإخطار البائع دون تأخير، لأن التأخير من شأنه أن يجعل إثبات العيب في البضاعة المسلمة أمراً صعباً، كما أن التأخير في فحص البضاعة والإخطار من شأنه أن يؤدي إلى تفاقم الضرر⁽²⁾، ومن الأمثلة على ذلك أن يقوم البائع بإرسال سيارات إلى المشتري وبها عيب، فإن تأخر المشتري في فحص السيارات وإخطار البائع بهذا العيب قد يؤدي إلى أعطال أخرى قد تكون أكثر جسامة من العيب الموجود بها، وهو أمر سيقترن عليه ضرر كبير للبائع لأنه لو علم بهذا العيب في وقت مبكر كان من الممكن أن يتفاداه من خلال إصلاحه.

(1) المادة (2/111) من قانون المعاملات المدنية التجارية. وانظر في تفصيل ذلك د. أحمد نصر الجندي، شرح قانون المعاملات التجارية لدولة الإمارات العربية المتحدة، دار الكتب القانونية، القاهرة، سنة 2015، ص 146-148.

(2) د. صاحب عبيد القتلاوي، المرجع السابق، ص 167، 168.

وجدير بالملاحظة هنا أن المشرع الإماراتي لم يحدد مشتملات الإخطار في المادة (1/111) من قانون المعاملات التجارية، والتي أوجبت على المشتري أن يخطر البائع بوجود الاختلاف في الكمية أو الصنف أو وجود العيب في البضاعة، ومن دون أن يتضمن هذا الإخطار مطالبة البائع بإرسال بضاعة بديلة أو بإكمال النقص أو إصلاح العيب، وأرى هنا أنه لا يوجد مانع قانوني يمنع من أن يتضمن الإخطار مطالبة البائع بتدارك سبب عدم المطابقة، ويرى اتجاه في الفقه أن يكتفى في هذا الأخطار ببيان المشتري البيانات المتعلقة بالعيب التي تمكّن البائع من تكوين فكرة بشكل عام عن هذا العيب، ولا يشترط أن يذكر فيه المشتري الأوصاف المفصلة لهذا العيب، خاصةً إذا لم يكن قد كوّن فكرة واضحة عن عناصره بصورة نهائية⁽¹⁾.

أما بخصوص اتفاقية فيينا فهناك جهالة واضحة في موضوع الإخطار الواجب على المشتري أن يخطر به البائع بعيب عدم المطابقة، حيث أفقدت هذه الاتفاقية المشتري حقه في التمسك بعيب عدم المطابقة إذا لم يتم بإخطار البائع بطبيعة هذا العيب خلال مدة معقولة من لحظة اكتشافه أو من اللحظة التي كان من الواجب عليه اكتشافه، وفي كل الاحتمالات فإن المشتري يفقد حقه في التمسك بعيب عدم المطابقة إذا لم يتم بإخطار البائع به خلال مدة أقصاها سنتان من تاريخ استلامه الفعلي للبضاعة، إلا في الأحوال التي لا تتفق فيها هذه المدة مع مدة الضمان المنصوص عليها في العقد المبرم بين الطرفين⁽²⁾.

وكما يبدو فإن الجهالة في مدة توجيه الإنذار تكمن في ضرورة أن يقوم به البائع حسب نص المادة (1/39) من الاتفاقية "... خلال فترة معقولة..."، وهو أمر -كما يبدو لي- قد يثير مشاكل كثيرة في تحديد هذه الفترة المعقولة ومن الذي سيقوم بتحديد ما هل هو البائع أم المشتري أم إن الأمر متروك لتقدير المحكمة أو المحكم؟

للإجابة على ذلك يرى اتجاه في الفقه أن الفترة المعقولة التي جاءت بها الاتفاقية هي من تاريخ اكتشاف العيب، أو من التاريخ الذي كان من الواجب على المشتري اكتشاف هذا العيب فيه، فإذا رأى البائع أن إخطار المشتري له بالعيب قد جاء بعد فترة من تسلمه البضاعة، وهذه الفترة تعد أطول من المعقول، فهذا يعني بالضرورة أن المشتري قد أهمل في فحص البضاعة في

(1) انظر في تفصيل ذلك د. جودت هندي، المرجع السابق، ص121.

(2) المادة (1،2/39) من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع.

أقرب وقت، أو أنه قد أخذ وقتاً غير معقول لاكتشاف العيب، والفيصل في ذلك هو ما كان سيفعله شخص معقول موجود في نفس ظروف المشتري⁽¹⁾. وأرى هنا أن هذه الفترة المعقولة في حال حصول النزاع يتم تقديرها من قبل المحكمة أو المحكم تبعاً لظروف كل بيع، لأن ترك أمر تقديرها للبائع أو المشتري من شأنه أن يؤدي إلى تغليب مصالحهما الشخصية، كما أن ذلك قد يتأثر أيضاً بجنس البضاعة وطبيعتها⁽²⁾.

ويجدر أن يلحظ كذلك أن اتفاقية فيينا قد حددت مدة سنتين للإخطار حتى يتمسك المشتري بعيب المطابقة، إلا إذا كانت هذه المدة غير متفقة مع مدة الضمان المتفق عليها، ولم تشر الاتفاقية إلى حكم كون هذه المدة أقل أو أكثر من ذلك، وأرى هنا -وبما أن المدد لا تعد من النظام العام في البيوع التجارية- أنه إذا كانت مدة ضمان البائع للبضاعة أكثر من سنتين فهنا يستطيع المشتري الإخطار حتى بعد مرور السنتين وبعد أقصى مقداره مدة الضمان، وإذا كانت المدة أقل من سنتين فهنا لا يستطيع المشتري أن يتجاوز مدة الضمان المنصوص عليها في العقد، لذا يجب عليه أن يقوم بالإخطار خلال مدة الضمان حتى لو كانت أقل من سنتين.

المطلب الرابع

خيارات المشتري في حال عدم المطابقة

تخضع الخيارات التي ينتهجها المشتري عند تبينه عدم مطابقة البضاعة لحاجته لهذه البضاعة والتزاماته مع الغير، إضافةً إلى جسامه عيب عدم المطابقة، إذ يختلف استلام المشتري لبضاعة تزيد في كميتها عن المتفق عليه عن استلامه لبضاعة يظهر فيها آثار الرطوبة أو العفن أو مخالفتها للشروط المصنعية والمواصفات المطلوبة فيها، وسيتم تناول هذه الخيارات المتاحة للمشتري عند اكتشافه عدم مطابقة البضاعة على النحو التالي:

الفرع الأول: شراء بضائع بديلة أو تدارك العيب

(1) مي عبد ربه عبد المنعم، المرجع السابق، ص4.

(2) إذا كانت البضاعة مثلاً عبارة عن قطن أو حبوب وكان ذلك القطن أو الحبوب مبللين فهنا يتوجب مباشرة على المشتري إخطار البائع، ويختلف الأمر إذا كانت البضاعة المسلمة هي عبارة عن آلات تحتاج للتجربة حتى يظهر بها العيب أو إجراء فحوص تستغرق مدة زمنية عليها.

يسمى حق شراء بضاعة بديلة بحق الاستبدال وهو ذلك الجزء الخاص المترتب على تخلف البائع عن تنفيذ التزامه في مواجهة المشتري، بحيث يعطى المشتري حق شراء بضاعة بديلة من السوق على نفقة البائع الذي تخلف عن تنفيذ التزامه بالمطابقة، ويستند هذا الحق إلى حالة الاستعجال التي تعد متوافرة في المسائل التجارية لكونها تقوم على السرعة أصلاً⁽¹⁾، ويجوز للمشتري مطالبة البائع بالفرق في الثمن بين ما هو متفق عليه وبين ما دفعه زيادةً عند شرائه للبضاعة من السوق بحسن نية من أجل الحصول على تلك البضاعة البديلة⁽²⁾.

أما تدارك العيب فيقصد به إصلاح هذا العيب من خلال إرسال البائع كمية البضاعة الناقصة أو استرداده لكمية البضاعة الزائدة، أو إرساله بضاعة بديلة واسترداده البضاعة المرسله سابقاً. ولا توجد قواعد قانونية لدى المشرع الإماراتي في قانون المعاملات التجارية تسمح للمشتري باستخدام خيار الاسترداد، كما لا يوجد ما يسمح له صراحةً بتدارك العيب بقرار يتخذه بنفسه في حال وجود هذا العيب، وكل ما جاء فيه بهذا الخصوص أنه منع المحكمة في حال وجود عيب أو اختلاف في البضاعة من الحكم بفسخ العقد، وأجاز لها أن تقضي بإنقاص الثمن أو تكملته حسب الحالة التي أمامها، ويأتي ذلك -كما يبدو لي- من باب التقليل من حالات فسخ العقود الذي لا تجيزه المادة (110) من قانون المعاملات التجارية إلا في حالتين حصراً. وكما يبدو لي فإنه لا يوجد ما يمنع من أن يقوم المشتري بالطلب من البائع بأن يقوم بإصلاح العيب، أو الاتفاق مع البائع برد ما زاد من المبيع أو إكمال النقص الحاصل في البضاعة، وهذا الاستنتاج قد يفهم ضمناً من منع المشرع الإماراتي للمحكمة من الحكم بفسخ العقد في حال عدم المطابقة إلا في حالات ضيقة سيتم بيانها في المطلب الرابع، لذا فمن باب أولى أن يتم تلافي الفسخ باتفاق الطرفين.

أما بخصوص موقف القضاء الإماراتي من هذه المسألة فقد أقرت المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية بصحة قيام الشركة المصنعة بقبول استبدال كافة الخزانات المرسله من قبلها، وبأن

(1) د. محمد السيد الفقي، المرجع السابق، ص212.

(2) د. عبد الفضيل محمد أحمد، المرجع السابق، ص21.

قبولها هذا يعد إقراراً منها بعدم صلاحية هذه الخزانات⁽¹⁾، كما أجازت هذه المحكمة محاولات الإصلاح المتعلقة بإصلاح قوالب صب طابوق اسمنت مع توابعه قامت الشركة البائعة بتسليمها إلى المشتري، وتبين بعد ذلك عدم مطابقتها للمواصفات المتفق عليها من الناحية الفنية وعدم صلاحيتها للاستخدام⁽²⁾. وأميل هنا لتوجه القضاء الإماراتي بجواز إصلاح العيب الحاصل في البضاعة، لأن ذلك يمثل الغاية المبتغاة من وراء إخطار المشتري للبائع بعيب عدم المطابقة، كما أن السماح للبائع بتدارك العيب في البضائع المرسلّة من شأنه أن يقلل من حالات اللجوء إلى الفسخ ويدخل ضمن مفهوم التنفيذ العيني للالتزام، كما أن ذلك قد يؤدي إلى التقليل من اللجوء إلى المحاكم لحل المنازعات التي قد تنشأ مستقبلاً بين البائع والمشتري بسبب استخدام هذا الأخير لخياراته الأخرى المتاحة له قانوناً.

في المقابل فإن اتفاقية فيينا فقد أعطت الحق للمشتري في حالة تسلمه بضاعة غير مطابقة من البائع أن يطلب منه تسليمه بضاعة بديلة، إذا كان العيب في المطابقة يعد مخالفة جوهرية لما تم الاتفاق عليه، لكن بشرط أن يقوم المشتري بالطلب من البائع تسليمه لبضائع بديلة عند إخطاره بعدم المطابقة⁽³⁾، كما سمحت هذه الاتفاقية للبائع بإرسال بضاعة بديلة للمشتري مطابقة في عددها وصفها وخالية من العيوب التي أدت إلى عدم مطابقتها إذا حصل التسليم قبل الموعد المحدد له⁽⁴⁾.

كما أجازت هذه الاتفاقية للمشتري أن يطلب من البائع في وقت الإخطار بوجود عيب عدم المطابقة أو خلال مدة معقولة من وقت هذا الإخطار -إصلاح العيب في المطابقة، إلا إذا كانت عملية إصلاح هذا العيب من شأنها أن تشكّل عبئاً غير معقول على البائع⁽⁵⁾، كأن تكون تكلفة إصلاح البضاعة أكبر من ثمنها مثلاً.

(1) قرار المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية في الطعن رقم (387) لسنة 27 قضائية الصادر بتاريخ 2005/6/21، منشورات شبكة قوانين الشرق.

(2) قرار المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية في الطعن رقم (744) لسنة 24 قضائية الصادر بتاريخ 2006/12/20، منشورات شبكة قوانين الشرق.

(3) نص المادتين (2/46، 1/49) من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع.

⁴ المادة (37) من اتفاقية فيينا.

(5) نص المادة (3/46) من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع.

ونخلص مما تقدم إلى أن اتفاقية فيينا قد راعت مصالح البائع على حساب مصالح المشتري، حيث غلبت مصلحة البائع الملتزم أصلاً بالمطابقة على مصلحة المشتري المتضرر أصلاً من عدم المطابقة، كما أنها قرنت طلب المشتري بتسليمه بضاعة بديلة بوجود مخالفة جوهرية للعقد من جانب البائع، وأرى هنا بضرورة أن تقوم اتفاقية فيينا بإعطاء الحق للمشتري في مطالبة البائع بإصلاح العيب دون قيد أو شرط على ذلك، وإذا لم يتم بذلك يتم اللجوء إلى الخيارات الأخرى التي أقرتها الاتفاقية، خاصة أن إصلاح العيب يعد جزءاً عادلاً قد يفرض على البائع عند تسليمه لبضائع غير مطابقة.

الفرع الثاني: إنقاص الثمن أو تكملته

حصر المشرع الإماراتي الجزاء المدني المترتب على عدم المطابقة بإنقاص الثمن أو تكملته في حال عدم وجود اتفاق أو عرف يقضي بالفسخ، وإنقاص الثمن أو تكملته يكونان حسب نقص أو زيادة كمية البضاعة أو اختلاف صنفها أو درجة العيب فيها⁽¹⁾، فإذا قام البائع بتسليم بضائع أقل من الكمية المتفق عليها كأن يقوم مثلاً بتسليم (15) تلفزيوناً من نوع (LG) مع أن الكمية المتفق عليها هي (20) تلفزيوناً، فهنا سيكون قرار المحكمة بتخفيض الثمن بما يعادل ما نقص من المبيع عند تسليمه إلى المشتري، فإذا كان الثمن مثلاً لكل تلفزيون هو (1000) درهم إماراتي، فهذا يعني أن قرار المحكمة سيكون بتخفيض ثمن التلفزيونات بمقدار (5000) آلاف درهم وهي تمثل ثمن (5) تلفزيونات لم يتم إرسالها إلى البائع.

ويبدو أن عملية إنقاص الثمن أو زيادته تتم من قبل المحكمة مستعينةً في ذلك بالخبراء إن أمكن، خاصةً في الأحوال التي تكون فيها البضاعة مختلفة في الصنف أو فيها عيب، أو مستعينة بالأدلة الأخرى كالمستندات المقدمة من المشتري بحيث تستند إليها في حكمها، كأن يقدم هذا المشتري مستندات تؤيد الثمن الحقيقي للصنف الذي قام البائع بإرساله إلى المشتري والصنف الذي كان يجب عليه إرساله حسب الاتفاق، والفرق في الثمن بينهما هو المبلغ الذي يستحقه المشتري بسبب عدم المطابقة. وهنا لابد من الإشارة أيضاً -وكما يبدو لي- إلى أن البائع قد يستفيد كذلك من عدم المطابقة في حال إرساله لصنف أفضل أو لبضاعة تزيد في

(1) انظر بخصوص ذلك نص المادة (110) من قانون المعاملات التجارية الإماراتي رقم (18) لسنة 1993.

عددها أو مقاسها أو كيلها عما تم الاتفاق عليه، فهنا يستطيع أن يطلب من المشتري تكملة الثمن المتفق عليه، وبذلك يكون قد باع بضاعة للمشتري دون أن يكون هناك اتفاق عليها، فإن رفض المشتري دفع هذه الزيادة فإن البائع هنا يستطيع رفع دعوى أمام المحكمة المختصة لمطالبته بهذه الزيادة في الثمن بسبب زيادة كمية البضاعة التي أرسلها إلى المشتري عما تم الاتفاق عليه.

ولابد من الإشارة هنا إلى أن البائع يلتزم بالمحافظة على البضاعة لحين تسليمها إلى المشتري، إلا أنه قد يحصل عليها بعض التغيير لأسباب متصلة ومتعلقة بها، كتغير طعمها مع مرور الوقت، لذا يتوجب على البائع في مثل هذه الحالة اتخاذ ما يلزم من إجراءات كأن يقوم بإخطار المشتري بذلك حتى يتخذ احتياطاته. وإذا حصل أي تغيير إيجابي على البضاعة بعد العقد وقبل تسليمها إلى المشتري بحيث أصبحت بحالة أفضل مما كانت عليه عند الاتفاق فهذا يعد من صالح المشتري، خاصة إذا حصل هذا التغيير لأسباب أجنبية لا يد للبائع فيها⁽¹⁾.

كما قد يؤدي عدم المطابقة في البضاعة المسلمة إلى الإخلال بما قصده المشتري من الشراء، كأن يشتري مثلاً حصاناً معيناً لأغراض الدخول في السباق، وكان البائع على علم بقصده هذا أو كان بمقدوره أن يعلم ذلك، فهنا يرى اتجاه في الفقه جواز طلب المشتري الفسخ على أساس كون البائع قد أخل بالتزامه بتسليم البضاعة المتفق عليها، أو على أساس وجود عيب خفي فيها⁽²⁾، كما لا يوجد ما يمنع من أن يتفق البائع والمشتري على أن يسلم البائع البضاعة بحالة أفضل من حالها وقت البيع للمشتري، أو أن يقبلها على حالتها وقت تسليمها إليه لا وقت بيعها له⁽³⁾.

وكما يبدو فإن المشرع الإماراتي في حالة عدم المطابقة لا يجيز فسخ العقد، وإنما يتم اللجوء إلى تكملة الثمن أو إنقاذه حسب الأحوال، وأقول هنا إن هذا الجزاء الذي فرضه المشرع

(1) د. علي هادي العبيدي، شرح أحكام عقد البيع، مكتبة الجامعة، جامعة العين للعلوم والتكنولوجيا، 2012، ص113.

(2) د. عدنان سرحان، أحكام البيع في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، ط2، الافاق المشرقة ناشرون، عمان، سنة 2010، ص144.

(3) د. عدنان سرحان، شرح أحكام العقود المسماة، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، سنة 2005، ص224.

الإماراتي قد قصد من ورائه التقليل من حالات اللجوء للفسخ في عقد البيع التجاري، إلا أنه قد جاء على حساب مصالح المشتري، خاصةً في الأحوال التي يكون فيها نقص في البضاعة أو اختلاف أو عيب مؤثر.

أما بخصوص اتفاقية فيينا فقد أجازت للمشتري تخفيض الثمن أو المطالبة بالتعويض، على ألا يشمل ذلك التعويض ما فاتته من كسب⁽¹⁾، كما أعطت الحق للمشتري في حالة عدم مطابقة البضاعة لما تم الاتفاق عليه أن يقوم بتخفيض الثمن بمقدار الفرق بين قيمة البضاعة المسلمة له فعلاً وقت التسليم وقيمتها وقت الاتفاق، كما لا تجيز للمشتري تخفيض الثمن إذا عرض البائع إصلاح الخلل الحاصل في تنفيذ ما تم الاتفاق عليه ورفض المشتري ذلك⁽²⁾.

أما إذا قام البائع بتسليم كمية من البضاعة تزيد عما اتفق عليه، فهنا أعطت الاتفاقية الخيار للمشتري باستلام هذه الكمية الزائدة أو رفضها، وفي الأحوال التي يستلمها كلها أو جزءاً منها يجب عليه أن يدفع ثمنها بالسعر المحدد في العقد⁽³⁾، كما أعطت هذه الاتفاقية الحق للبائع في تسليم الأجزاء أو الكميات الناقصة من البضائع أو إرسال بضاعة بديلة للبضاعة غير المطابقة أو إصلاح العيب بشروط، وذلك في الأحوال التي يقوم فيها البائع بتسليم البضائع قبل الميعاد المتفق عليه⁽⁴⁾، ويشترط لذلك ألا يترتب على استعمال البائع لهذا الحق مضايقة للمشتري أو تحميله نفقات غير معقولة⁽⁵⁾.

ويتبين مما تقدم اختلاف المشرع الإماراتي عن اتفاقية فيينا في مسألتين: الأولى: كون المشرع الإماراتي لا يعطي الحق صراحةً للمشتري في رفض الكمية الزائدة من البضاعة وإعادتها للبائع كما هو الحال عليه في الاتفاقية، أما الثانية: فهي الحكم في حال اختلاف الصنف أو وجود العيب أو نقص البضاعة، حيث أعطت الاتفاقية الحق للمشتري في استبدال

(1) نص المادة (44) من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع.

(2) نص المادة (50) من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع.

(3) نص المادة (2/52) من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع.

(4) نص المادة (37) من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع.

(5) انظر بخصوص ذلك د. أحمد سعيد الزقرد، أصول قانون التجارة الدولية (البيع الدولي للبضائع)، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، المنصورة، سنة 2007، ص 178.

البضاعة أو إصلاح العيب الحاصل فيها في حال تسليمها قبل الموعد المتفق عليه، وهو الحكم الذي لا أجد نظيراً له لدى المشرع الإماراتي.

الفرع الثالث: الفسخ

يعد الفسخ الجزاء المدني المترتب على مخالفة أحد الطرفين لالتزامه في العقود الملزمة للجانبين، وبما أن عقد البيع التجاري يعد من هذه العقود فهذا الجزاء يعتبر النتيجة الطبيعية في حالة عدم المطابقة، وقد أفرد المشرع الإماراتي أحكاماً خاصة تتعلق بحالات هذا الفسخ ومواعيده في هذا العقد وسيتم تناولها على النحو التالي:

أولاً: حالات الفسخ

نص المشرع الإماراتي على الحالات التي تمكن فيها المطالبة بالفسخ من جانب المشتري في حالة عدم المطابقة وتتمثل في:

1- عدم صلاحية البضاعة للغرض الذي أعدّه المشتري

يلتزم البائع بتسليم بضاعة متفقة في صفاتها التجارية مع الغاية التي خصصت من أجلها⁽¹⁾، لأن هذه الغاية هي ما دفع المشتري لشرائها، فإذا انتفت هذه الغاية لم يعد للبضاعة أية فائدة بالنسبة له. ولم يبيّن المشرع الإماراتي في نص المادة (110) من قانون المعاملات التجارية قصده بخصوص عدم صلاحية البضائع للغرض الذي أعدّها له المشتري؛ فهل كان يقصد الرضا الخاص أي صلاحيتها للاستعمال الخاص المقصود من قبل المشتري؟ أم صلاحيتها في الأغراض التي تستعمل فيها عادةً بضاعة من نفس النوع؟

للإجابة على ذلك يمكن القول بانصراف قصد المشرع الإماراتي إلى الوظيفتين العامة والخاصة للبضاعة دون قصره على أحدهما؛ فقد ينصرف ذلك إلى الوظيفة العامة؛ أي أن ينشأ عن الاختلاف عدم صلاحية البضاعة للأغراض التي تستعمل فيها عادةً بضاعة مماثلة من نفس النوع، كما قد ينصرف إلى الوظيفة الخاصة وهي عدم صلاحيتها للاستعمال الخاص من قبل المشتري. ويمثّل بعض الفقه على الحالة الأولى بتاجر التجزئة عندما يقوم بشراء بضاعة من

(1) د. حسن ذياب، المرجع السابق، ص 98.

أجل إعادة بيعها لكل مشتر جديد يريد استعمالها في الأغراض المعدة لها⁽¹⁾، ومثال الحالة الثانية قيام أحد الأشخاص بشراء حصان لاستعماله في السباق، وقد كشف المشتري للبائع عن نيته في ذلك، وتبين بعد ذلك أن هذا الحصان غير قادر على خوض المسابقات لكونه غير مؤهل للقيام بهذه المهمة.

ولم يحدد المشرع الإماراتي كيفية الكشف عن الأغراض التي تستخدم من أجلها البضاعة، وأقول هنا إن ذلك يمكن من خلال الرجوع إلى العقد؛ فقد ينص عليها صراحةً بأن يكشف المشتري عن هذه الأغراض للبائع، كما يمكن استخلاصها من شروط العقد وصفات البضاعة والتمن وظروف البيع؛ فبيع البضائع الجديدة ليس كبيع البضائع المستعملة، ولا يكفي حسب أحكام القضاء الإماراتي مجرد رؤية البضاعة من قبل المشتري للاستيثاق من صلاحيتها للغرض الذي قصده منها⁽²⁾.

أما بالنسبة لاتفاقية فيينا فإن الأغراض الخاصة يمكن تبينها من خلال قيام البائع بإحاطة المشتري بها صراحةً أو ضمناً وقت التعاقد، ويقصد بالغرض في الاتفاقية أن تكون تلك البضاعة صالحة للاستعمال في الأغراض التي تستعمل فيها بضاعة من ذات النوع عادةً، أو تلك الأغراض التي يحيط بها البائع المشتري بشكل صريح أو ضمني، إلا إذا تبين من ظروف عقد البيع أن المشتري لم يعتمد على خبرة البائع أو تقديره أو كان من غير المعقول الاعتماد عليها⁽³⁾، ومثال ذلك إذا كانت مصانع البائع غير مؤهلة لإنتاج بضاعة تتلاءم مع الغرض الخاص الذي يقصده المشتري، أو لا تنتج مثل هذه البضاعة المقصودة، وهذا يعني أن الاتفاقية قد أخذت بالوظيفتين العامة والخاصة للبضاعة.

2- عدم قدرة المشتري على تصريف البضاعة

وضع المشرع الإماراتي حالة أخرى تتمثل في عدم قدرة المشتري على تسويق البضاعة وبيعها إذا سلمت له من قبل البائع غير مطابقة لما تم الاتفاق عليه، وحسب ما نقضي به المادة

(1) د. جودت هندي، المرجع السابق، ص 114.

(2) قرار المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية رقم (252) لسنة 23 قضائية الصادر بتاريخ 28 يونيو سنة 2003، منشورات شبكة قوانين الشرق.

(3) المادة (2/35) من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع.

(110) من قانون المعاملات التجارية الإماراتي فإن المشتري لا يستطيع أن يطلب الفسخ إذا كان قادراً على تصريف البضاعة، أي كان قادراً على بيعها لمشتري آخر أو استعمالها في غايات أخرى، ومثال ذلك أن يقوم البائع بإرسال ملابس إلى المشتري لا تتفق من حيث صنفها مع المتفق عليه، فهنا لا يستطيع المشتري طلب الفسخ إلا في الأحوال التي يصعب عليه بيعها لمشتريين آخرين، وهنا -وحسب رأيي- تنثور مشكلة كبيرة في إثبات قدرة أو عدم قدرة المشتري على تصريف البضاعة، كما تنثور مشكلة على من يقع عبء إثبات ذلك؟

للإجابة على ذلك لابد من الإشارة إلى أن المشرع الإماراتي لم يميز في هذا الخصوص بين البائع حسن النية وسيئها، بل ساوى بينهما من حيث الحكم، وبهذا الحكم فإن المشرع الإماراتي قد قلب عبء الإثبات على المشتري، لأن هذا الأخير هو من يقوم برفع الدعوى للمطالبة بالفسخ، والقاعدة العامة تقضي بأن البيئة على من ادعى، لذلك يتحمل المشتري أعباء إثبات صعوبة تصريفه للبضاعة وعدم قدرته على ذلك، وهي مسألة في غاية التعقيد. وأرى هنا ضرورة أن يقوم المشرع الإماراتي بالتفريق بين البائع حسن النية؛ أي لا يعلم بأن البضاعة المرسلة إلى المشتري غير مطابقة لما تم الاتفاق عليه أو لا يقصد ذلك، وبين سيء النية الذي يعلم بعدم المطابقة وقام بإرسال تلك البضاعة إلى المشتري، فوجود مثل هذا الحكم لدى المشرع الإماراتي، والذي يلزم المشتري بالمحاولة وبذل الجهد لتسويق البضاعة حتى يتمكن من المطالبة بفسخ العقد بعد فشل ذلك لا يتماشى مع قاعدة التفريق بين حسن النية وسوء النية في المعاملات.

أما بخصوص اتفاقية فيينا فلم تتضمن مثل هذه الحالة لإمكانية الفسخ من قبل المشتري، وإنما اشترطت لإمكانية الفسخ أن يشكّل عدم تنفيذ البائع لالتزامه في مواجهة المشتري مخالفة جوهرية للعقد⁽¹⁾، ويجدر أن يلاحظ هنا أن الاتفاقية لم تحدد لنا الحالات التي يعد فيها عدم تنفيذ البائع لالتزامه من المخالفات الجوهرية التي بوجودها يستطيع البائع اللجوء للفسخ.

(1) المادة (49/أ) من اتفاقية فيينا، وكذلك انظر بخصوص حالات الفسخ د. مصطفى كمال طه و د. علي البارودي، القانون التجاري، من منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 2001، ص 479.

ثانياً : صور المطالبة بالفسخ

قد تكون المطالبة بفسخ عقد البيع التجاري بصورة صريحة أو ضمنية، وتتحقق صورة المطالبة بفسخ العقد صراحةً من خلال الدعوى بحيث يكون موضوعها فسخ العقد وإعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها وقت التعاقد، أما صورة الفسخ الضمني فتتمثل في قيام المشتري في الدعوى بالمطالبة مثلاً برد القوالب المعيبة ومصاريف الشحن وتكاليف التجارب التي تم إجراؤها على هذه القوالب⁽¹⁾.

لذا فإن قيام المشتري عند رفع الدعوى بالمطالبة برد الثمن الذي دفعه للبائع ومصاريف نقل البضاعة، وكذلك نفقات تجربة البضاعة من قبله، حتى نفقات الخبراء الذين استعان بهم لمعرفة مدى مطابقة البضاعة للاتفاق يعد كل ذلك من باب طلب الفسخ الضمني لعقد البيع التجاري.

ثالثاً : المطالبة بالتعويض

يدور التعويض وجوداً وعدمياً مع الضرر، فإن كان هناك ضرر فهناك تعويض وحيث لا ضرر فلا تعويض، لذا فإن الضرر هو مناط التعويض، وهنا لا بد من الإشارة إلى أن المشرع الإماراتي -على الرغم من سماحه للمشتري بالفسخ- لم ينص على إمكانية مطالبة المشتري بالتعويض.

وقد عالج القضاء الإماراتي هذا النقص بأن أجاز لمن أصابه ضرر أن يطالب بالتعويض عن الأضرار المادية والأدبية، متى ما كانت هذه الأضرار ناتجة بشكل مباشر عن الفسخ، بشرط أن يكون هذا الضرر متوقعاً من قبل البائع (المدين)، وهذا يشمل كافة العوامل التي تسببت في وقوعه أو مقداره، ومناط ذلك هو معيار الشخص المعتاد إذا وجد في نفس الظروف التي يوجد فيها المشتري، وهو أمر يخضع لتقدير محكمة الموضوع مستعينةً بسلطتها في تحصيل فهم الواقع في الدعوى المرفوعة أمامها، وكذلك تقديرها للأدلة الماثلة في ملف الدعوى، وتقديرها للتعويض الذي من شأنه أن يجبر الأضرار اللاحقة بالمشتري، ويشمل ذلك ما لحق المضرور من خسارة وما فاتته من كسب، أما تقدير الضرر فيمكن أن يكون من خلال استعانة المحكمة

⁽¹⁾ قرار المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية رقم (744) لسنة 27 قضائية الصادر بتاريخ 2006/12/20، منشورات شبكة قوانين الشرق.

بالخبراء، كما أن عناصر الضرر الموجب للتعويض يمكن إثباتها من خلال المستندات الصحيحة والتي لا يستطيع البائع أن ينال من صحتها أو صحة مبلغها⁽¹⁾.

وبناءً على ذلك يمكن القول بأن المشتري يستطيع مطالبة البائع في حال عدم المطابقة بما لحقه من خسارة، كأن يكون قد أبرم عقد بيع للبضاعة مع مشتري آخر على أن يقوم بتسليمها في 2017/5/21، وفي حال عدم التسليم في هذا الميعاد فيترتب عليه شرط جزائي مقداره (5000) درهم إماراتي عن كل يوم يتأخر فيه عن التسليم، فهذا يعد من قبيل الخسارة التي قد تلحق بالمشتري، أما ما فاتته من كسب فمثاله أن يقوم المشتري بالتعاقد على بيع البضاعة لمشتري ثانٍ بمبلغ أكبر من المبلغ الذي اشترى به تلك البضاعة، فإن الفرق بين الثمن الأول والثاني يعد كسباً فائتاً على المضرور يمكن حسب رأي المطالبة به.

أما بخصوص اتفاقية فيينا فإن مطالبة المشتري للبائع بالتعويض بسبب عدم تنفيذ هذا الأخير لالتزاماته يجد سنده في نص المادة (1/45/ب) من الاتفاقية، ويتألف التعويض الذي يستطيع المشتري أن يطالب البائع به بسبب عدم المطابقة من مبلغ يعادل الخسارة اللاحقة به وما فاتته من كسب، ولا يجوز أن يتجاوز ذلك المبلغ قيمة الخسارة والربح المتوقع الذي ضاع على المشتري، أو الذي كان من الواجب عليه أن يتوقعه عند إبرام العقد، ويمكن استنباط ذلك من الوقائع التي يعلمها البائع أو التي كان من الواجب عليه العلم بها، على اعتبار أنها تعد نتائج متوقعة لمخالفة العقد⁽²⁾، وإذا حصل أن قام المشتري بشراء بضائع بديلة فيمكن أن يشمل التعويض الفرق بين السعر الوارد في العقد وسعر شراء البضاعة البديلة⁽³⁾.

رابعاً : مواعيد طلب الفسخ وتعلقها بالنظام العام

تقضي المادة (1/111) من قانون المعاملات التجارية الإماراتي بوجوب أن يقوم المشتري برفع دعوى الفسخ أو إنقاص الثمن خلال ستين يوماً من تاريخ تسلمه المبيع تسليمياً فعلياً، إلا إذا كان سبب عدم المطابقة يعود لعيب خفي، فهنا تجب إقامة دعوى ضمان هذا العيب خلال

(1) انظر بخصوص ذلك قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (387) لسنة 24 قضائية بتاريخ 2005/6/21، منشورات شبكة قوانين الشرق.

(2) انظر بخصوص ذلك نص المادة (74) من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع.

(3) انظر بخصوص ذلك نص المادة (75) من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع.

سنة أشهر من تاريخ تسلمه للمبيع فعلياً ، وإذا حصل غش من جانب البائع فلا تسمع الدعوى بعد مرور سنة من هذا التسليم⁽¹⁾.

وقد أجاز المشرع الإماراتي إعفاء المشتري من هذه المواعيد أو تعديلها⁽²⁾، وهنا -وكما يبدو لي- فإن المشرع الإماراتي حسب أحكام المادة (4/111) من قانون المعاملات التجارية لم يكن موفقاً في صياغته لهذه الفقرة، حيث يمكن لي موافقة المشرع هنا على موضوع إمكانية تعديل المدد على اعتبار أنها لا تعد متعلقة بالنظام العام، ولكن هل يعني بالإعفاء ترك المجال مفتوحاً للمشتري لرفع الدعوى بناءً على الاتفاق بين الطرفين؟

للإجابة على ذلك لابد من القول بأن ترك المجال مفتوحاً للمشتري من شأنه أن يجعل المراكز القانونية غير مستقرة، كما أن ذلك قد يوحي في حال اتفاق الأطراف على إعفاء المشتري من هذه المواعيد بعدم وجود حد أقصى لسماع الدعوى، لذا أرى أنه حتى في الأحوال التي يتفق فيها الطرفان على الإعفاء يجب أن تحدد مدة زمنية يمكن للمشتري رفع الدعوى خلالها مطالباً بالفسخ، وأرى عدم ترك الأمور مفتوحة إلى مالا نهاية، لأن ترك الأمور كما هي من شأنه أن يؤدي إلى الإضرار بمصالح البائع وعدم دقة حساباته في النهاية.

وكما يبدو فإن مدة السنتين يوماً من تاريخ التسليم الفعلي هي غير كافية للمشتري لاتخاذ قرار الفسخ أو المطالبة بإنقاص الثمن، لذا أرى ضرورة أن يقوم المشرع الإماراتي برفعها إلى ستة أشهر، وأن يرفع مدة سماع دعوى ضمان العيب إلى سنة، أما في الأحوال التي يكون فيها هناك غش من البائع فأرى رفع مدة سماع الدعوى إلى سنتين، لأن زيادة المدة من شأنها أن تعطي المشتري الفرصة بشكل أكبر من أجل ترتيب أوضاعه، والترتيب قبل اتخاذ قراره بمقاضاة المشتري.

أما اتفاقية فيينا فلم تكن واضحة بهذا الخصوص حيث اشترطت على المشتري حتى يستطيع التمسك بالعيب في المطابقة أن يخطر البائع خلال مدة معقولة من اكتشاف العيب أو من

(1) نص المادة (2/111) من قانون المعاملات التجارية الإماراتي رقم (18) لسنة 1993.

(2) تنص المادة (4/111) من قانون المعاملات التجارية الإماراتي على أنه "4) ويجوز الاتفاق على إعفاء المشتري من المواعيد المشار إليها في الفقرات السابقة أو تعديلها".

التاريخ الواجب عليه اكتشافه فيه⁽¹⁾، وأفقدت المشتري حقه في التمسك بهذا العيب إذا لم يتم بإخطار البائع خلال فترة أقصاها سنتان من تاريخ التسليم الفعلي⁽²⁾، وكما يبدو فإن الاتفاقية قد حددت مواعيد الإخطارات وليس مواعيد إقامة دعوى الفسخ، وهو نقص يعتري نصوص الاتفاقية يحتاج إلى تعديل وتوضيح.

ويرى اتجاه في الفقه أن هذه المدة (مدة إخطار المشتري) في اتفاقية فيينا تعد مدة سقوط، لكون انقضائها سيؤدي إلى نهاية حق المشتري بالمطالبة⁽³⁾، علماً بأن مدة السنتين التي أشارت لها الاتفاقية لا تعد من النظام العام، إذ يمكن أن ينص العقد المبرم بين البائع والمشتري على مدة أقل أو أكثر⁽⁴⁾.

(1) نص المادة (1/39) من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع.

(2) نص المادة (2/39) من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع انظر في تفصيل ذلك: الإخطار د. أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص 181.

(3) د. جودت هندي، المرجع السابق، ص 124.

(4) تنص المادة (2/39) من اتفاقية فيينا على أنه "...، إلا إذا كانت هذه المدة لا تتفق مع مدة الضمان التي نص عليها العقد"

الخاتمة

لقد تعلق هذا البحث بالتزام البائع بالمطابقة في عقد البيع التجاري، وقد تبين اختلاف الأحكام الواردة في قانون المعاملات التجارية الإماراتي رقم (18) لسنة 1993 عن الأحكام الواردة في اتفاقية فيينا، وبعد إجراء دراسة تحليلية للنصوص التي أوردها المشرع الإماراتي وكذلك اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع، فقد تم التوصل إلى مجموعة من القواعد التي من شأنها أن تحدد مدى وجوه هذا الالتزام وأهميته والنتائج المترتبة في حال عدم المطابقة، وتوصل البحث إلى مجموعة من النتائج والتوصيات يمكن إجمالها على النحو التالي:

أولاً : النتائج

1- لم يتطرق المشرع الإماراتي لموضوع اختلاف البضاعة المرسله من المشتري إلى البائع من حيث النوع، وكذلك لم يبين الحكم في حال اختلاف أو مخالفة المستندات المسلمة للاتفاق المبرم بين البائع والمشتري، مع أن الاختلاف في المستندات يدخل ضمن مفهوم عدم المطابقة الوارد لدى المشرع الإماراتي واتفاقية فيينا، ولم يتناول المشرع الإماراتي كذلك موضوع الشروط المتعلقة بإضفاء الحماية على البضاعة كتغليفها وتعبئتها، أو تلك المتعلقة بشكل البضاعة وحجمها وسعتها، وتبين أنها جميعها تأخذ نفس الحكم باعتبارها من حالات عدم المطابقة.

2- حتى يتمكن المشتري من استخدام خياره بالفسخ لدى المشرع الإماراتي فلا يكفي أن يثبت عدم مطابقة البضاعة فقط، فقد تكون البضاعة غير مطابقة ولكن لا يكون بمقدوره طلب الفسخ، لكون البضاعة التي استلمها تحقق الأغراض التي أعدت لها، أو كان باستطاعته تصريفها، وهذا يعد زيادة في التزامات المشتري في حال عدم المطابقة، وهو من شأنه أن يحمله عبء إثبات ذلك في حال ادعائه بعدم المطابقة ورغبته في فسخ العقد، لأنه لا يحكم له بالفسخ إلا إذا أثبت ذلك، وهذا يعد إجحافاً في حقوق المشتري ومحاباة للبائع، خاصة أن هذا المشرع لم يفرّق بين البائع حسن النية وسيئها، إضافةً إلى الصعوبة الكبيرة التي قد يجدها المشتري في إثبات عدم قدرته على تصريف البضاعة أو عدم صلاحيتها للغرض الذي أعدها له.

- 3- لا يوجد لدى المشرع الإماراتي قواعد قانونية تتيح للبائع صراحةً حق استبدال البضاعة من خلال شراء بضاعة بديلة في حال تبينه عدم مطابقتها للعقد، أو ما يتيح له تدارك العيب في حال وجوده، وعلى العكس من ذلك كان اتجاه اتفاقية فيينا.
- 4- أن الخيارات التي أعطاها المشرع الإماراتي للمشتري في حال ثبوت عدم المطابقة لا تراعي مصالحه، وإنما تحابي البائع على حساب المشتري، خاصةً إذا تعلق الأمر بوجود عيب خفي في البضاعة أو نقصان كمية البضاعة، ولا يعطي المشرع الحق للمشتري في المطالبة بالفسخ إلا رفض البائع تدارك العيب أو إكمال النقص.

ثانياً : التوصيات

- 1- أن يقوم المشرع الإماراتي بتعديل نص المادة (110) في حال رغبته في الإبقاء عليها كما هي من حيث حكم عدم المطابقة، وهذا التعديل ينصب على إضافة موضوع النوع والشروط والتغليف والتعبئة والمستندات بحيث يصبح نص المادة "... تختلف عن البضاعة المتفق عليها من حيث الكمية أو الصنف أو النوع أو الشروط أو التغليف أو التعبئة أو المستندات الممثلة لها أو أن بها عيباً ..."، أو أن يقوم بإخراج موضوع الاختلاف في النوع ووجود العيب ونقصان الكمية من حكم هذه المادة وإعطاء المشتري حق فسخ العقد في حال وجودها من خلال أفراد فقرة خاصة بهذه المسائل تضاف لنص المادة (110) من قانون المعاملات التجارية.
- 2- وفي حال رغبة المشرع الإماراتي في تغيير نص المادة (110) أقترح عليه أن يعطي الحق للمشتري بطلب الفسخ في حال عدم المطابقة كقاعدة عامة ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك، دون أن يشترط أن ينشأ عن الاختلاف عدم صلاحية البضاعة للغرض الذي أعدت من أجله أو وجود صعوبة في تعريفها من قبله.
- 3- كما أوصي المشرع الإماراتي بأن يقوم بتعديل نص المادة (111) من قانون المعاملات التجارية الإماراتي، بإعطاء الحق للبائع عندما يخطره المشتري بعدم المطابقة بأن يقوم باستبدال البضاعة ببضاعة أخرى خلال مدة معينة كأن تكون خمسة عشر يوماً، أو أن يستخدم الخيارات المتاحة له بموجب المادة (110) من قانون المعاملات التجارية الإماراتي.

4- أوصي المشرع الإماراتي في حال رغبته في الإبقاء على حكم المادة (110) بأن يقوم بتعديل المواعيد الواردة في نص المادة (1/111، 2، 3)، لأنها غير كافية ولا تعطي المشتري المهلة اللازمة لتحديد موقفه والتفاوض مع البائع بخصوص البضاعة المسلمة، ويكون هذا التعديل من خلال إعطاء مهلة شهر للمشتري بدلاً من (15) يوماً لإخطار البائع بعدم المطابقة، وإعطائه مهلة ستة أشهر بدلاً من (60) يوماً لإقامة دعوى الفسخ أو إنقاص الثمن، أما بخصوص اكتشافه لعب خفي فأقترح أن يعطى مدة سنة لرفع الدعوى بدلاً من ستة أشهر، وإذا وجد غش من قبل البائع فأرى أن يعطي المشتري مهلة سنتين بدلاً من سنة.

المراجع

- 1- د. احمد سعيد الزقرد، أصول قانون التجارة الدولية (البيع الدولي للبضائع)، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، المنصورة، سنة 2007.
- 2- د. احمد نصر الجندي، شرح قانون المعاملات التجارية لدولة الامارات العربية المتحدة، دار الكتب القانونية، القاهرة، سنة 2015.
- 3- د. أسامة حجازي المسدي، القواعد المنظمة لعقود البيع والتجارة الدولية، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2010.
- 4- د. آلاء النعيمي، الوجيز في مبادئ القانون التجاري والشركات التجارية، مكتبة الجامعة، الشارقة، 2015.
- 5- د. حسن دياب، العقود التجارية وعقد البيع سيف C.I.F: دراسة مقارنة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، سنة 1999.
- 6- د. رمضان محمد أبو السعود، العقود المسماة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 2010.
- 7- د. صاحب عبيد الفتلاوي، ضمان العيوب وتخلف الوصف، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997.
- 8- د. عادل علي المقدادي، القانون التجاري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2007.

- 9- عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج4، دار الشروق، القاهرة، سنة 2010.
- 10- د. عبد الفضيل محمد احمد، العقود التجارية، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2010.
- 11- د. عدنان السرحان وآخرون، الموجز في شرح مصادر الالتزام في قانون لمعاملات المدنية الاتحادي، مكتبة الجامعة، الشارقة، 2015.
- 12- د. عدنان سرحان، أحكام البيع في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، ط2، الاتفاق المشرقة ناشرون، عمان، سنة 2010.
- 13- د. عدنان سرحان، شرح أحكام العقود المسماة، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، سنة 2005.
- 14- د. علي هادي العبيدي، البيع والإيجار، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010.
- 15- د. علي هادي العبيدي، شرح أحكام عقد البيع، مكتبة الجامعة، جامعة العين للعلوم والتكنولوجيا، 2012.
- 16- د. محمد السيد الفقي، القانون التجاري (الإفلاس، العقود التجارية، عمليات البنوك)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005.
- 17- د. محمد يوسف الزعبي، شرح عقد البيع في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006.
- 18- د. مصطفى كمال طه و د. علي البارودي، القانون التجاري، من منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 2001.
- 19- منير قزمان، البيوع التجارية في ضوء الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.

الرسائل الجامعية والأبحاث

- 1- جمال محمود عبد العزيز، الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة فيينا لسنة 1980، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1996.
- 2- د. جودت هندي، الالتزام بالمطابقة وبضمان ادعاء الغير حسب نصوص اتفاقية فيينا لعام 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مج28، ع1، 2012.
- 3- مي عبد ربه عبد المنعم، بحث بعنوان "القواعد الدولية لبيع البضائع وفقاً لاتفاقية فيينا، منشور على الموقع الإلكتروني <http://www.mohamah.net>

الجهود الدولية الإقليمية لمواجهة الجرائم الإلكترونية

إعداد الدكتور
محمد أحمد سليمان عيسى

أستاذ القانون الدولي العام المساعد
كلية العلوم والدراسات الإنسانية بالغات
جامعة المجمعة
المملكة العربية السعودية

ملخص

إنّ الطبيعة التي تتميز بها الجريمة المعلوماتية كونها جريمة عابرة للحدود خلفت العديد من المشاكل حول تحديد الدولة صاحبة الاختصاص القضائي بهذه الجريمة، وكذلك حول تحديد القانون الواجب تطبيقه بالإضافة إلى إشكاليات تتعلق بإجراءات الملاحقة القضائية، وغير ذلك من النقاط التي تثيرها الجرائم العابرة للحدود بشكل عام.

فالجريمة الإلكترونية، هي من نوع الجرائم التي يتم ارتكابها عن بعد عبر المسافات، حيث لا يتواجد الفاعل على مسرح الجريمة بل يرتكب جريمته عن بعد، وهو ما يعني عدم التواجد المادي للمجرم المعلوماتي في مكان الجريمة، ومن ثمّ تتباعد المسافات بين الفعل الذي يتم من خلال جهاز الكمبيوتر للفاعل وبين النتيجة محل الاعتداء. وبالتالي لا تقف الجريمة الإلكترونية عند الحدود الإقليمية لدولة معيّنة بل تمتد إلى الحدود الإقليمية لدولة أخرى ممّا يزيد من صعوبة اكتشافها.

ونتيجة لهذه الطبيعة الخاصة للجريمة المعلوماتية، ونظراً للخطورة التي تشكلها على المستوى الدولي، والخسائر التي قد تتسبب بها، تعالت الأصوات الداعية إلى التعاون الدولي المكثف من أجل التصدي لهذه الجرائم.

وشهد العقد الأخير تطورات مهمّة على صعيد إصدار الصكوك الدولية والإقليمية الرامية إلى التصدي للجرائم الإلكترونية.

ويتناول هذا البحث الجهود الدولية والإقليمية لمواجهة الجرائم الإلكترونية، وسبل التعاون بين الدول لمواجهة هذه الجرائم.

Abstract

The distinctive nature of Informatics crime being transnational crime has left many problems about selecting State jurisdiction for this crime, As well as on determining the applicable law in addition to problems relating to prosecution, and other points raised by cross-border crime in General.

Electronic crime is the kind of crimes that are being committed over distances, where no existing actor on the scene but commits his crime from distance, Which means no cyber criminal's physical presence at the scene, and then the huge distance occurs between the action performed by the computer of the actor and the target the place of attack. So the online crime doesn't stop within the territorial limits of a particular State but crosses to the territorial boundaries of another country, making it more difficult to detect.

As a result of the special nature of the Informatics crime and considering the risk it posing at the international level and the losses it could cause, there are lot of concerns have been raised and calls given for intensified international cooperation to combat these crimes.

The last decade has seen important developments at the level of issuing international and regional deeds to counter the cybercrime.

This research deals with international and regional efforts to address cybercrimes and ways of cooperation between States to counter these crimes in the following:

First topic: the efforts of international and regional organizations to counter cybercrime.

Second topic: Forms of international cooperation to counter cybercrime.

Third topic: the difficulties faced by international cooperation and how to overcome them.

تمهيد

لقد صاحب التطور في العلوم وانتشار تقنيات تكنولوجيا المعلومات تطور نمط حياة الإنسان ولقد بلغ هذا التطور أوجه بظهور المجتمعات بمفهومها المعاصر وبصورتها الحديثة، حيث نتج عنه ظهور مجتمع دولي تربط بينه الكثير من المعاملات تجارية كانت أو سياسية أو حتى عسكرية. هذا التطور لم يمرّ بسلام حيث تفاقم في نفس الوقت التيار المعاكس الذي يحاول وبذات التقنيات تعكير الأجواء وتبديد الأحلام، مما أدّى إلي ظهور ما يعرف بالإجرام المعلوماتي، وهذه نتيجة حتمية لكل تقدم علمي أو تقني مستحدث، وهذه الجرائم المبتكرة والمستحدثة تمثل ضرباً من ضروب الذكاء الإجرامي، ويبدو أن القوانين العقابية التقليدية عاجزة عن احتواء هذه الظاهرة الإجرامية المستحدثة. وهذا ما أشار إليه الأستاذ Huet حين قرّر "أنّ الجرائم التقليدية والتي صيغت بعد تأمل في الثروات المادية أو في المستندات المعرضة للتلف المادي، تضمن بصعوبة حماية هذه القيم المعنوية الناشئة عن المعلوماتية"⁽¹⁾، وما عبّر عنه الأستاذ Pradel في ختام توصيات مؤتمر المعلوماتية والقانون "يشاهد في ظل المعلوماتية عملية تطويق للسلوكيات المادية"⁽²⁾.

لم يقف الأثر السلبي لهذه الجرائم عند الحدود الوطنية للدول بل تعدّاها لتباشر أنشطتها على مستوى دولي، واستطاعت أن تجمع ثروات طائلة⁽³⁾ تسمح لها بمنافسة سلطات الدول وزعزعة النظام الاقتصادي والديمقراطيات الحديثة⁽⁴⁾ حيث يقدر خبراء بصندوق النقد الدولي Fmi الأموال المتحصلة من أنشطة المنظمات الإجرامية والتي يتم غسلها سنوياً بحوالي (500 مليار دولار) وهذا المبلغ يجاوز الناتج القومي لدول عديدة.

(1) J.Huet, La Modification du droit, sous l'informatique, Aspects de droit privé. J.C.P.1983-1-p 35.

(2) J.Pradel. Conclusion du Colloque sur l'informatique et Droit pénal, paris, Cujas, 1983,p.155

(3) FMI Bulltin, 5 août 1995,p. 246.

كما يقدرها تقرير مجموعة العمل الدولية لمكافحة غسل الأموال عام ١٩٩٦ بعدة مئات المليارات راجع: GAFI- VII, Rapport sur les typologies du blanchiment de l'argent, juin 1996, p. 13.

(4) Jacques BORICAND, Rapport introductif du colloque organisé par l'ISPEC « Criminalité organisée et ordre dans la société », Aix-en-Provence 5-7 juin 1997, p.34

أهمية موضوع البحث:

يكتسب موضوع البحث أهمية متزايدة بسبب استغلال وسائل الاتصالات الحديثة كالفاكس والإنترنت وتزايد التجارة الإلكترونية، الأمر الذي حدا بالقوانين المقارنة إلى اعتبار حماية تلك التجارة مصلحة اجتماعية تستحق التدخّل لتحقيقها عن طريق التجريم.

ومن ناحية أخرى تبرز أهمية الموضوع من الناحية النظرية والعملية لكونه يمسّ كثيرا من مصالح المجتمع وعلى وجه الخصوص المصارف من خلال التعامل الإلكتروني، والسحب من الأرصدة بواسطة البطاقة الممغنطة أو الدفع الإلكتروني، وأيضا المساس بالحياة الخاصة للأفراد عن طريق التسجيل وغيرها من المجالات التي تدخل في استعمال الحاسب الآلي.

إشكالية الدراسة:

تتمثل الإشكالية التي تثيرها هذه الدراسة في سؤال: كيف يمكن وضع استراتيجية فعالة من خلال التعاون الدولي لمواجهة الجرائم الإلكترونية؟

وبناءً على ما تقدم تكون خطة البحث على النحو التالي:

المبحث الأول: جهود المنظمات الدولية والإقليمية لمواجهة الجرائم الإلكترونية

المطلب الأول: الجهود الدولية لمواجهة الجرائم الإلكترونية

المطلب الثاني: الجهود الإقليمية لمواجهة الجرائم الإلكترونية

المبحث الثاني: صور التعاون الدولي لمواجهة الجرائم الإلكترونية

المطلب الأول: التعاون الفني الدولي لمواجهة الجريمة المعلوماتية

المطلب الثاني: التعاون القضائي الدولي لمواجهة الجريمة المعلوماتية

المبحث الثالث: الصعوبات التي تواجه التعاون الدولي وكيفية التغلب عليها

المطلب الأول: الصعوبات التي تواجه التعاون الدولي

المطلب الثاني: كيفية التغلب على الصعوبات التي تواجه التعاون الدولي

المبحث الأول

جهود المنظمات الدولية والإقليمية لمواجهة الجرائم الإلكترونية

نظراً للانتشار الواسع للأضرار الناجمة عن الجريمة الإلكترونية لم يعد بوسع دولة واحدة أن تواجهها بمفردها، فكان من الضروري توحيد جهود الدول لمواجهة هذا النوع من الإجرام، وذلك من خلال طرح المشاكل والحلول، وإعداد مشروعات القوانين التي تيسر على هديها، وهذا هو دور المنظمات الدولية والإقليمية لإبرام الاتفاقيات بهذا الخصوص.

وسوف نقسم هذا المبحث إلى المطالب التالية، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: الجهود الدولية لمواجهة الجرائم الإلكترونية.

المطلب الثاني: الجهود الإقليمية لمواجهة الجرائم الإلكترونية.

المطلب الأول

الجهود الدولية لمواجهة الجرائم الإلكترونية

الفرع الأول

مجموعة الثمانية⁽¹⁾

في عام 1997م، أنشأت مجموعة الدول الثمانية (G-8) "اللجنة الفرعية⁽²⁾ المعنية بجرائم التكنولوجيا الرقمية" التي تهتم بمكافحة الجريمة الإلكترونية، واعتمد وزراء العدل والداخلية في مجموعة الثمانية (G-8)، إبان اجتماعهم في مدينة واشنطن بالولايات المتحدة، عشرة مبادئ وخطة عمل مؤلفة من عشر نقاط لمكافحة جرائم التكنولوجيا الرقمية، وهذه المبادئ جاء فيها:

- يجب ألا تكون هناك ملاذات آمنة لمن يسيئون استخدام تكنولوجيا المعلومات.

(¹) مجموعة الدول الثمانية (G-8) أو مجموعة الدول الصناعية الثمانية الكبرى في العالم، وتضم الولايات المتحدة الأمريكية - اليابان - ألمانيا - روسيا الاتحادية - إيطاليا - المملكة المتحدة - فرنسا - وكندا. ويمثل مجموع اقتصاد هذه الدول الثمانية 65% من اقتصاد العالم، وتتضمن أنشطة المجموعة مؤتمرات على مدار السنة، وقمة سنوية للدول الأعضاء، ويتم تمثيل الاتحاد الأوروبي في القمة السنوية برئيس الدولة الأوروبية التي تتولى الرئاسة الدورية للاتحاد الأوروبي.

(²) The idea of the creation of five subgroups – among them, one on high-tech crimes – was to improve implementation of the 40 recommendations adopted by G8 Heads of State in 1996.

- يجب أن تتسق التحقيقات والملاحقات القضائية المتعلقة بجرائم التكنولوجيا الرقابة الدولية بين جميع الدول المعنية، بصرف النظر عن مكان وقوع الضرر.
- يجب تدريب موظفي إنفاذ القانون وتجهيزهم للتعامل مع جرائم التكنولوجيا الرقابة.

قمة مجموعة (G-8) في 10/11/2004م

أصدر وزراء العدل والداخلية في مجموعة الثمانية بياناً تناولوا فيه ضرورة إنشاء قدرات عالمية في مجال مكافحة الاستخدامات الإجرامية للإنترنت، وتضمن البيان ما يلي: "مواصلة تعزيز القوانين المحلية لبناء القدرات العالمية لمكافحة الاستخدامات الإرهابية والإجرامية للإنترنت، ويجب على جميع الدول أن تواصل تحسين القوانين التي تجرم إساءة استخدام الشبكات الحاسوبية التي تسمح بسرعة التعاون في التحقيقات المتصلة بالإنترنت".

قمة مجموعة (G-8) في موسكو 2006م

ناقش وزراء العدل والداخلية في مجموعة الثمانية إبان اجتماعهم في موسكو عام 2006م حيث كانت قضية الإرهاب السيبراني ⁽¹⁾ محل نقاش. ⁽²⁾

⁽¹⁾ The participants expressed their intention to strengthen the instruments in the fight against cybercrime: "We discussed the necessity of improving effective countermeasures that will prevent IT terrorism and terrorist acts in this sphere of high technologies. For that, it is necessary to devise a set of measures to prevent such possible criminal acts, including in the sphere of telecommunication. That includes work against the selling of private data, counterfeit information and application of viruses and other harmful computer programs. We will instruct our experts to generate unified approaches to fighting cyber criminality, and we will need an international legal base for this particular work, and we will apply all of that to prevent terrorists from using computer and Internet sites for hiring new terrorists and the recruitment of other illegal actors". See: www.g7.utoronto.ca/justice/justice2006.htm.

⁽²⁾ The summit declaration calls for measures in the fight against cyberterrorism: "Effectively countering attempts to misuse cyberspace for terrorist purposes, including incitement to commit terrorist acts, to communicate and plan terrorist acts, as well as recruitment and training of terrorists". For more information, see: <http://en.g8russia.ru/docs/17.html>.

وصدر بيان موسكو الذي تم فيه التأكيد على الآتي: " أنه من الضروري اتخاذ مجموعة من التدابير لمنع الأعمال الإجرامية المحتملة، بما في ذلك مجال الاتصالات السلكية واللاسلكية والعمل ضد بيع البيانات الخاصة والمعلومات المزيّفة وتطبيقات الفيروسات وبرامج الكمبيوتر الضارة الأخرى سنوجه خبراءنا لتعميم مناهج موحدة لمكافحة الجريمة الإلكترونية، وسوف نحتاج للقواعد القانونية الدولية لهذا العمل، وسوف نطبق كل ذلك لمنع الارهابيين من استخدام مواقع الكمبيوتر والإنترنت لتوظيف الارهابيين الجدد وتوظيف الجهات الفاعلة غير القانونية الأخرى".

قمة مجموعة (G-8) في روما إيطاليا 2009م

في اجتماع وزراء العدل والداخلية المنعقد في روما 2009م، نُوقشت عدة قضايا متعلقة بالجريمة السيبرانية، وجاء في البيان الختامي أنه ينبغي حجب المواقع الإباحية التي يُستغل فيها الأطفال، بالاستناد إلى قوائم سوداء تحدثها وتنتشرها منظمات دولية⁽¹⁾، وفيما يخص الجريمة السيبرانية سلط البيان الختامي الضوء على ضرورة التعاون بين موردي الخدمات والجهات المعنية بإنفاذ القانون، وأنه لا بد من تعزيز أشكال التعاون القائمة، مثل جهات الاتصال التابعة لمجموعة الثمانية والمعنية بجرائم التقنيات العالية والتي تعمل يومياً على مدار الساعة.⁽²⁾

قمة مجموعة (G-8) في دوفيل فرنسا 2009م

على الرغم من الاهتمام الكبير الذي حظي به موضوع الجريمة السيبرانية، لم يتضمن البيان الختامي للقمة أي توصيات محددة، خلافاً للسنوات السابقة، واتفقت مجموعة الثمانية فقط على المبادئ العامة مثل أهمية الأمن والحماية من الجريمة، بما يعزز من وجود شبكة إنترنت قوية ومزدهرة.⁽³⁾

⁽¹⁾ Final Declaration of the 2009 G8 ministerial meeting of Justice and Home Affairs, Rome, page 6, available at: www.g8italia2009.it/static/G8_Allegato/declaration1giu2009,0.pdf.

⁽²⁾ Final Declaration of the 2009 G8 ministerial meeting of Justice and Home Affairs, Rome, page 7, available at: www.g8italia2009.it/static/G8_Allegato/declaration1giu2009,0.pdf.

⁽³⁾ See G8 Declaration, Renewed Commitment for Freedom and Democracy, available at: www.g20-g8.com/g8g20/g8/english/live/news/renewed-commitment-for-freedom-and-democracy.1314.html.

الفرع الثاني

جهود الأمم المتحدة لمواجهة الجرائم الإلكترونية

تبذل الأمم المتحدة جهوداً حثيثة لمواجهة الجرائم الإلكترونية، وتؤكد علي وجوب تعزيز العمل المشترك بين أعضاء المنظمة من أجل التعاون علي الحدّ من انتشارها وتعاظم آثارها⁽¹⁾، وذلك من خلال متابعتها وإشرافها علي عقد المؤتمرات الدولية الخاصة بمنع الجريمة ومعاملة المجرمين⁽²⁾، ومن أهم هذه المؤتمرات:

مؤتمر الأمم المتحدة العاشر لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين

عقد مؤتمر الأمم المتحدة العاشر لمنع الجريمة والعدالة الجنائية لعام 2000م، في فيينا- النمسا من 15 إلى 17 ابريل ومن أبرز الموضوعات الي ناقشها المؤتمر أثر الجرائم المتصلة بالإنترنت، وركز النقاش فئات الجريمة والتحري عنها عبر الحدود، وكذلك على الاستجابة القانونية لهذه الظاهرة، وتتضمن استنتاجات ورشة العمل عناصر أساسية من النقاش وهي أن التجريم ضروري، وأنه لا بد أن تشمل التشريعات مواد إجرائية، وأن التعاون الدولي أساسي، وأنه ينبغي تعزيز الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 63/55

اعتمدت الجمعية العامة قراراً بشأن استعمال تكنولوجيا المعلومات لأغراض إجرامية يعرض عدداً من أوجه التماثل مع خطة العمل المؤلفة من عشر نقاط، التي اعتمدها مجموعة الثمانية في عام

(1) الدكتور: محمود أحمد عبان، جرائم الحاسوب وأبعادها الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عام 2009م، ص 155.

(2) في عام 1983م، أجرت منظمة التعاون والإنماء الاقتصادي دراسة حول إمكان تطبيق القوانين الجنائية الوطنية وتكييف نصوصها لمواجهة تحديات الجرائم الإلكترونية وسوء استخدامه، وفي ميلانو عام 1985م، انعقد المؤتمر السابع لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين، وتم تكليف لجنة الخبراء العشرين بدراسة موضوع حماية نظم المعالجة الآلية والاعتداء علي الحاسب الآلي، وإعداد تقرير بذلك لعرضه علي المؤتمر الثامن للأمم المتحدة المنعقد في كوريا 1990م، والذي خرج بعدد من النتائج منها ضرورة الاستفادة من التطورات العلمية والتكنولوجية في مواجهة الجريمة الإلكترونية، وتدريب القضاة والمسؤولين علي كيفية التحقيق والمحاكمة فيها، وكذلك التعاون مع المنظمات المهمة بهذا الموضوع.

1997م،⁽¹⁾ وحددت الجمعية العامة في قرارها عدداً من التدابير الرامية إلى منع إساءة استعمال التكنولوجيا من بينها أنه:

- ينبغي للدول أن تكفل عدم توفير قوانينها وممارستها ملاذاً آمناً للذين يسيئون استعمال تكنولوجيا المعلومات لأغراض إجرامية.
- ينبغي أن تتسق جميع الدول المعنية بالتعاون، في مجال إنفاذ القانون لدى التحقيق والمقاضاة في القضايا الدولية المتعلقة بإساءة استخدام تكنولوجيا المعلومات لأغراض إجرامية.
- ينبغي تدريب العاملين في مجال إنفاذ القانون وتجهيزهم بما يمكنهم من مكافحة إساءة استعمال تكنولوجيا المعلومات لأغراض إجرامية.

ومن الجدير بالملاحظة أنّ القرار رقم 63/55، يدعو الدول إلى اتخاذ التدابير اللازمة لمكافحة الجريمة الإلكترونية، وذلك على الصعيدين: الدولي والإقليمي. ويشمل ذلك سنّ تشريعات وطنية للقضاء على أي ملاذات آمنة لإساءة استعمال التكنولوجيا لأغراض إجرامية، والعمل على تحسين وتنمية قدرات الجهات المعنية بإنفاذ القانون من أجل توفير التعاون الدولي في مجال التحقيق والملاحقة القضائية بشأن القضايا الدولية المتعلقة بإساءة استعمال تكنولوجيا المعلومات لأغراض إجرامية، وتبادل المعلومات، وتعزيز أمن البيانات والأنظمة الحاسوبية، وتدريب الموظفين المكلفين بإنفاذ القانون على التعامل بشكل خاص مع التحديات المرتبطة بالجريمة الإلكترونية، وأيضاً إنشاء أنظمة للمساعدة المتبادلة، وزيادة الوعي العام بالتهديد الذي تشكله مثل هذه الجرائم.

قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 121/56

في عام 2002م، اعتمدت الجمعية العامة قراراً آخر بشأن مكافحة إساءة استعمال تكنولوجيا المعلومات لأغراض إجرامية⁽²⁾. ويشير القرار إلى الجهود الدولية القائمة في مكافحة الجريمة السيبرانية ويسلّط الضوء على العمل الذي تضطلع به المنظمات الدولية والإقليمية في مجال مكافحة الجريمة المتصلة بالتكنولوجيا الرفيعة، بما في ذلك ما يضطلع به مجلس أوروبا من أعمال لوضع

(¹) A/RES/55/63. The full text of the resolution is available at: www.unodc.org/pdf/crime/a_res_55/res5563e.pdf.

(²) A/RES/56/121. The full text of the resolution is available at: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/482/04/PDF/N0148204.pdf>.

اتفاقية بشأن جرائم الفضاء الحاسوبي، فضلاً عن عمل هذه المنظمات فيما يتعلق بتشجيع الحوار بين الحكومات والقطاع الخاص بشأن السلامة والثقة في الفضاء الحاسوبي.

ومن الملاحظ أنّ القرار رقم 121/56 يؤكد على ضرورة التعاون بين الدول في مكافحة إساءة استعمال تكنولوجيا المعلومات لأغراض إجرامية، ويسلّط الضوء على الدور الذي يمكن أن تضطلع به الأمم المتحدة وغيرها من المنظمات الدولية والإقليمية، كما يدعو القرار الدول إلى مراعاة التوجيهات المقدمة من لجنة منع الجريمة والعدالة الجنائية عند سنّ التشريعات الوطنية، وأهمّ هذه التوجيهات تتمثل في الآتي:

- 1- تدعو الدول الأعضاء لدى وضع قوانين وسياسات وممارسات وطنية لمكافحة إساءة استعمال تكنولوجيا المعلومات لأغراض إجرامية، إلى أن تأخذ في اعتبارها، حسب الاقتضاء، أعمال وإنجازات لجنة منع الجريمة والعدالة الجنائية، والمنظمات الدولية والإقليمية الأخرى.
- 2- تحيط علماً بأهمية التدابير الواردة في قرارها 63/55، وتدعو الدول الأعضاء من جديد إلى مراعاتها عند بذل جهودها الرامية إلى مكافحة إساءة استعمال تكنولوجيا المعلومات لأغراض إجرامية.

ونلاحظ أن القرارين 63/55 و 121/56 معاً يشددان على ضرورة التعاون الدولي في مكافحة الجريمة السيبرانية من خلال إقرارهما بأنّ الثغرات الموجودة في القوانين الوطنية يمكن أن تضعف فعالية التعاون الدولي في مجال مكافحة إساءة استعمال تكنولوجيا المعلومات لأغراض إجرامية.⁽¹⁾

أولاً: مؤتمر الأمم المتحدة الثاني عشر لمنع الجريمة والعدالة الجنائية 2010م⁽²⁾

لقد تضمّن هذا المؤتمر ورقة عمل من إعداد الأمانة، ناقشت فيها التطورات الأخيرة في استخدام العلم والتكنولوجيا من جانب المجرمين والسلطات المختصة في مكافحة الجريمة، بما في ذلك الجرائم الحاسوبية، وركّزت المداولات على موضوعين أساسيين هما: كيف يمكن تحقيق تنسيق المعايير القانونية، وكيف يمكن للبلدان النامية أن تُحضّر على الدعم في مكافحة الجريمة السيبرانية؟.

(¹) A/RES/57/239, on Creation of a global culture of cybersecurity; A/RES/58/199, on Creation of a global culture of cybersecurity and the protection of critical information infrastructure

(2) عقد هذا المؤتمر في سلفادور-البرازيل من 12-19 ابريل 2010م، تحت عنوان: استراتيجيات شاملة لتحديات عالمية: "نظم منع الجريمة والعدالة الجنائية وتطورها في عالم متغير" وتضمن جدول أعمال المؤتمر ثمانية بنود كان من بينها: "جرائم الإنترنت أو الشبكة العنكبوتية" والتعاون الدولي في مكافحة الجريمة.

وأوصت الدول الأعضاء بأن يقوم مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة عند الطلب، وبالتعاون مع الدول الأعضاء والمنظمات الدولية المعنية والقطاع الخاص، بتقديم المساعدة التقنية إلى الدول وتوفير التدريب لها من أجل تحسين التشريعات الوطنية، وبناء قدرات السلطات الوطنية، لتصدي الجريمة الإلكترونية، بما في ذلك منع هذه الجريمة بكل أشكالها والكشف عنها والتحقيق فيها ومقاضاة مرتكبيها وتحسين أمن الشبكات الحاسوبية.

ودعت لجنة منع الجريمة والعدالة الجنائية إلى النظر في دعوة فريق خبراء حكومي دولي مفتوح باب العضوية إلى الانعقاد من أجل إجراء دراسة شاملة لمشكلة الجريمة الإلكترونية والتدابير التي تتخذها الدول الأعضاء والمجتمع الدولي والقطاع الخاص للتصدي لتلك الجريمة، بما يشمل تبادل المعلومات عن التشريعات الوطنية وأفضل الممارسات والمساعدة التقنية والتعاون الدولي بغية دراسة الخيارات المتعلقة بتعزيز التدابير القانونية أو التدابير الأخرى القائمة على الصعيدين الوطني والدولي للتصدي للجريمة الإلكترونية واقتراح تدابير جديدة في هذا الشأن.

وأوصت الدول الأعضاء بأن يضطلع مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة بدور قوي في العمل على بناء القدرات العالمية حسب الطلب، بالنظر إلى خبرة هذا المكتب في مجال بناء القدرات المتصلة بالتشريعات الجنائية، وأنه خلافاً لمجلس أوروبا يتوفر له شبكة عالمية من المكاتب الإقليمية، فمن المرجح أن تضطلع الأمم المتحدة عن طريقه بدور أكثر أهمية في هذا المجال مستقبلاً. ويعكس النقاش الذي دار أثناء المؤتمر مدى الخلاف بين البلدان الأوروبية التي صادقت بالفعل على اتفاقية الجريمة السيبرانية، بالأخص عن دعمها لهذه الاتفاقية في حين دعا عددا من الدول البلدان النامية إلى وضع اتفاقية للأمم المتحدة، مما حدا بالدول الأعضاء بدعوة لجنة منع الجريمة والعدالة الجنائية إلى إجراء دراسة شاملة، ينبغي أن تشمل من بين ما تشمل بحث الخيارات المتعلقة بتعزيز التدابير القانونية أو التدابير الأخرى القائمة على الصعيدين الوطني والدولي للتصدي للجريمة السيبرانية واقتراح تدابير جديدة في هذا الشأن.

ثانياً: مؤتمر الأمم المتحدة الثالث عشر لمنع الجريمة والعدالة الجنائية 2015م⁽¹⁾

(1) عقد هذا المؤتمر في الدوحة من 12-19 ابريل 2015م، والموضوع الرئيسي للمؤتمر الثالث عشر هو "إدماج منع الجريمة والعدالة الجنائية في جدول أعمال الأمم المتحدة الأوسع من أجل التصدي للتحديات الاجتماعية والاقتصادية وتعزيز سيادة القانون على الصعيدين الوطني والدولي ومشاركة الجمهور".

لقد تضمّن المؤتمر حلقة عمل بشأن تعزيز تدابير منع الجريمة والعدالة الجنائية للتصديّ للأشكال المتطوّرة للجريمة، مثل الجريمة السيبرانية والاتّجار بالممتلكات الثقافية. وتناولت حلقة العمل بالتحليل كيف أدّى ظهور الفضاء السيبراني إلى إيجاد فرص جديدة للقيام بأنشطة إجرامية مربحة جداً، ووصفتها بأنها جريمة معقّدة تُستخدَم في ارتكابها أساليب جديدة. وشدّدت على أنّ الابتكار التكنولوجي الذي ييسّر الجريمة السيبرانية، يفيد أيضاً في تعزيز تصديّ سلطات إنفاذ القانون لها، وأنّ معدل الإيقاع الإجرامي بالضحايا في سياق الجريمة السيبرانية يتجاوز بكثير مثيله لأنواع الجريمة المنظمة الأخرى. وأبرزت المناقشات في هذه الحلقة أنّ التعاون الدولي والإقليمي فيما يتعلق بالبحوث والممارسات وتبادل المعلومات والسياسات المتعلقة بالجريمة السيبرانية، أمر أساسي لتعزيز تدابير منع الجريمة والعدالة الجنائية.

كما تناولت التحديات التي تثيرها مثل هذه الجرائم أمام سلطات إنفاذ القانون من الأحجام الكبيرة من الأدلة الرقمية التي تُجمع، واقرحت ضرورة وضع صك دولي جديد ملزم قانوناً بشأن الجريمة السيبرانية في إطار الأمم المتحدة، من أجل التصديّ بفعالية للثغرات التشريعية والمتعلقة بالتجريم وتعزيز التصديّ للجريمة السيبرانية على الصعيد العالمي.

وانتهت المناقشات في المؤتمر إلى أنّ هناك ثمة اتفاق عام على أنّ الجريمة السيبرانية بأشكالها العديدة، وكذلك الاتجار بالممتلكات الثقافية، هما من بين التهديدات العالمية التي لا يمكن التصدي لها بفاعلية إلا من خلال التعاون الدولي. وتعدّ اتفاقية الجريمة المنظمة، ولا سيما أحكامها المتعلقة بالتعاون الدولي والمساعدة القانونية المتبادلة، أداة مفيدة في مكافحة الجريمة السيبرانية والاتجار بالممتلكات الثقافية على نحو فعّال.

نبذة عن جدول أعمال مؤتمر عام 2015م:

- التجارب الناجحة في تنفيذ السياسات والاستراتيجيات الشاملة لمنع الجريمة والعدالة الجنائية من أجل تعزيز سيادة القانون على الصعيدين الوطني والدولي ودعم التنمية المستدامة والتحديات الماثلة في هذا المجال.
- التعاون الدولي، بما في ذلك التعاون على الصعيد الإقليمي، لمكافحة الجريمة المنظّمة العابرة للحدود الوطنية.
- النُهُج الشاملة المتوازنة لمنع ظهور أشكال جديدة ومستجّدة للجريمة العابرة للحدود الوطنية والتصديّ لها على نحو ملائم.
- النُهُج الوطنية المتعلقة بمشاركة الجمهور في تعزيز منع الجريمة والعدالة الجنائية.

كما تناول المشاركون العلاقة القائمة بين الجريمة السيبرانية وسائر أشكال الجريمة، بما في ذلك الإرهاب⁽¹⁾، والاتجار بالمخدرات، فتمتد حاجة إلى الاضطلاع بأنشطة للمستعدة التقنية وبناء القدرات في البلدان النامية والمتقدمة وإلى تعزيز التعاون والتنسيق على الصعيد الدولي، بهدف تعزيز التصدي للجريمة السيبرانية.

المطلب الثاني

الجهود الإقليمية لمواجهة الجرائم الإلكترونية

أصبح التعاون الأمني والقضائي المقنن اليوم إحدى أهم مقومات الاستراتيجيات الإقليمية التي تأخذ جانباً كبيراً من اهتمام الأسرة الدولية، سعياً إلى خلق هيئة تعمل دون حدود وطنية، لمكافحة الجرائم الخطيرة، وتتمتع بالمرونة، وتوحد الإجراءات العملية للأجهزة التنفيذية، وتعمل على تقارب أعضائه.

وسوف نقسم هذا المطلب إلى الفروع الآتية:

الفرع الأول: دور المجلس الأوروبي (Europe Council).

الفرع الثاني: الاتفاقية الأوروبية للجرائم المرتكبة عبر الإنترنت وحرب المعلومات

الفرع الثالث: الاتفاقية الأمريكية المتعلقة بجرائم الحاسب الآلي والإنترنت عام 1999م.

الفرع الرابع: الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات.

الفرع الخامس: قانون الإمارات العربي الإسترشادي (النموذجي) لمكافحة جرائم تقنية المعلومات وما في حكمها.

(1) تقوم التنظيمات الإرهابية باستخدام الوسائل الالكترونية من أجل تحقيق أهدافهم الإجرامية ومن صور إساءة استخدامهم للتكنولوجيا:

- التزييف والتشويه للمعلومات من خلال بس المعلومات والأخبار الكاذبة.
- اختراق الخصوصية من خلال الدخول على الحسابات الشخصية والتنصت على الاتصالات ومن ثم تشويه السمعة.
- التجسس وجمع المعلومات عن الأفراد والمؤسسات من خلال الشبكات الاجتماعية وتويتر والواتس أب وتهديدهم وابتزازهم.
- نشر الشائعات المؤثرة على وحدة وتماسك المجتمع.

الفرع الأول

دور المجلس الأوروبي (Europe Council)⁽¹⁾

نظرا للتطور السريع في مجال تكنولوجيا الكمبيوتر والإنترنت وشعور الدول الأوروبية بأهمية إعادة النظر في الإجراءات الجنائية في هذا المجال، فقد أصدر المجلس الأوروبي التوصية رقم 13/95 في 11 سبتمبر 1995م في شأن مشاكل الإجراءات الجنائية المتعلقة بتكنولوجيا المعلومات لحث الدول الأعضاء على مراجعة قوانين الإجراءات الجنائية الوطنية لتلائم التطور في هذا المجال، وأهم ما ورد بتوصية المجلس الأوروبي هو:

- أن توضح القوانين إجراءات تفتيش أجهزة الكمبيوتر وضبط المعلومات التي تحويها ومراقبة المعلومات أثناء انتقالها.
- أن تسمح الإجراءات الجنائية لجهات التفتيش بضبط برامج الكمبيوتر والمعلومات الموجودة بالأجهزة وفقا لذات الشروط الخاصة بإجراءات التفتيش العادية، ويتعين إخطار الشخص القائم على الأجهزة بأن النظام كان محلا للتفتيش مع بيان المعلومات التي تم ضبطها، ويسمح باتخاذ إجراءات الطعن العادية في قرارات الضبط والتفتيش.
- أن يسمح أثناء عملية تنفيذ التفتيش للجهات القائمة بالتنفيذ ومع احترام الضمانات المقررة بمدّ التفتيش إلى أنظمة الكمبيوتر الأخرى، في دائرة اختصاصهم التي تكون متصلة بالنظام محل التفتيش وضبط ما بها من معلومات.
- أن يوضح قانون الإجراءات أنّ الإجراءات الخاصة بالوثائق التقليدية تنطبق في شأن المعلومات الموجودة بأجهزة الكمبيوتر.
- تطبق إجراءات المراقبة والتسجيل في مجال التحقيق الجنائي في حالة الضرورة في مجال تكنولوجيا المعلومات، ويتعين توفير السرية والاحترام للمعلومات التي يفرض القانون لها حماية خاصة وبصورة مناسبة.
- يجب إلزام العاملين بالمؤسسات الحكومية والخاصة التي توفر خدمات الاتصال بالتعاون مع سلطات التحقيق لإجراء المراقبة والتسجيل.

(1) انظر: د/ سليمان أحمد محمد فضل، المواجهة التشريعية والأمنية للجرائم الناشئة عن استخدام شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت) رسالة لنيل درجة الدكتوراه في علوم الشرطة، أكاديمية الشرطة، كلية الدراسات العليا، 2007م، ص 433.

يتعين تعديل القوانين الإجرائية بإصدار أوامر لمن يحوز معلومات (برامج-قواعد-بيانات) تتعلق بأجهزة الكمبيوتر بتسليمها للكشف عن الحقيقة.

يتعين إعطاء سلطات التحقيق سلطة توجيه أوامر لمن يكون لديه معلومات خاصة للدخول على نظام من أنظمة المعلومات أو الدخول على ما يحويه من معلومات باتخاذ اللازم للسماح لرجال التحقيق بالاطلاع عليها، وأن تُخوّل سلطات التحقيق بإصدار أوامر مماثلة لأي شخص آخر لديه معلومات عن طريق التشغيل والمحافظة على المعلومات.

يجب تطوير وتوحيد أنظمة التعامل مع الأدلة الإلكترونية، وحتى يتم الاعتراف بها بين الدول المختلفة، يتعين أيضاً تطبيق النصوص الإجرائية الخاصة بالأدلة التقليدية على الأدلة الإلكترونية.

يجب تشكيل وحدات خاصة لمكافحة جرائم الكمبيوتر، وإعداد برامج خاصة لتأهيل العاملين في مجال العدالة الجنائية لتطوير معلوماتهم في مجال تكنولوجيا المعلومات.

قد تتطلب إجراءات التحقيق مدّ الإجراءات إلى أنظمة كمبيوتر أخرى قد تكون موجودة خارج الدولة وتفترض التدخل السريع، وحتى لا يمثل مثل هذا الأمر اعتداء على سيادة الدولة أو القانون الدولي، وجب وضع قاعدة صريحة تسمح بمثل هذا الإجراء؛ ولذلك كانت الحاجة الملحة لعمل اتفاقيات تنظم وقت وكيفية اتخاذ مثل هذه الإجراءات.

يجب أن تكون هناك إجراءات سريعة ومناسبة ونظام اتصال يسمح للجهات القائمة على التحقيق بالاتصال بجهات أجنبية لجمع أدلة معينة. ويتعين عندئذ أن تسمح السلطة الأخيرة بإجراءات التفتيش والضبط. ويتعين كذلك السماح لهذه السلطة بإجراء تسجيلات التعاملات الجارية وتحديد مصدرها؛ ولذلك يتعين تطوير اتفاقيات التعاون الدولي القائمة.

الفرع الثاني

الاتفاقية الأوروبية للجرائم المرتكبة عبر الإنترنت وحرب المعلومات

معاهدة بودابست لمكافحة جرائم الإنترنت⁽¹⁾: (The Budapest convention on cyber crimes)

وقد نصّت المادة 12 من معاهدة بودابست لمكافحة جرائم الإنترنت على ما يلي:

1. سوف يتبنى كل طرف تدابير تشريعية، وأي تدابير أخرى لضمان قيام مسئولية الأشخاص المعنوية عن أي جريمة موصوفة في هذه المعاهدة، إذا ما ارتكبت لصالح الشخص المعنوي بواسطة شخص طبيعي اقترفها بشكل منفرد أو بوصفه جزءا من عضو في الشخص المعنوي علي أساس من:

- تفويض من الشخص المعنوي.
- سلطة اتخاذ قرارات لصالح الشخص المعنوي.

(1) شهدت العاصمة المجرية بودابست في 23/11/2001م أولى المعاهدات الدولية التي تكافح جرائم الإنترنت ووقعت عليها 26 دولة أوروبية بالإضافة إلى كندا واليابان وجنوب أفريقيا والولايات المتحدة الأمريكية، وتضمنت تلك المعاهدة 48 مادة موزعة على أربعة فصول على النحو التالي:

الفصل الأول: تعريفات خاصة ببعض المصطلحات الفنية.

الفصل الثاني: بعنوان ترتيبات لابد من اتخاذها على المستوى المحلي.

القسم الأول: النصوص الجنائية الموضوعية:

بشأن الجرائم ضد الخصوصية وسلامة وتواجد معلومات الحاسب ونظم الحاسب، ويشمل وصفا لأنواع متعددة من الجرائم.

الجرائم المتصلة بالحاسب، وتشمل استخدام الكمبيوتر في التزوير وفي الأفعال الاحتيالية.

الجرائم المتعلقة بالمحتوى والمضمون.

الجرائم المتصلة بالتعدي على حقوق المؤلف والحقوق المجاورة.

القسم الثاني: القانون الإجرائي، فيما يتصل بالإجراءات الجنائية شاملة الحفاظ على "المعلومات المخزنة" و"الأوامر الخاصة بتسليم الأدلة" ثم يتضمن "تفتيش وضبط بيانات الحاسب المخزنة" وجمع البيانات في الوقت الفعلي، واعتراض المعلومات.

الفصل الثالث: مسائل التعاون الدولي وتسليم الجناة والمساندة المشتركة، والإجراءات والتعاون في التحريات، وجمع بيانات المرور والحركة الخاصة بالبيانات.

الفصل الرابع: فيما يتعلق بالانضمام والانسحاب من تعديل المعاهدة وفصل المنازعات والتشاور بين الأعضاء.

لمزيد من التفصيل راجع:

عمرو زكي عبد المتعال، المعاهدة الدولية لمقاومة جرائم الحاسبات، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر الجوانب القانونية للتجارة القانونية، مقر جامعة الدول العربية، يناير 2001م.

• سلطة لممارسة رقابة أو سيطرة داخل الشخص المعنوي.

2. إلى جانب الحالات الواردة في البند 1 سوف يتخذ كل طرف التدابير اللازمة لضمان قيام

مسئولية الشخص المعنوي، إذا ما أدى نقص الإشراف أو السيطرة من قبل الشخص الطبيعي

المشار إليه في الفقرة 1 إلى إمكانية ارتكاب جريمة قائمة، طبقاً لهذه المعاهدة لصالح

الشخص المعنوي بواسطة شخص طبيعي اقترفها تحت سيطرته.

3. هذه المسؤولية لن تؤثر على قيام المسؤولية الجنائية للأشخاص الطبيعيين الذين اقترفوا

الجريمة.

ونصت المادة 23 على أن تتعاون كل الأطراف، وفقاً لنصوص هذا الفصل، على تطبيق

الوسائل الدولية الملائمة بالنسبة للتعاون الدولي في المجال الجنائي والترتيبات التي تستند إلى

تشريعات موحدة ومتبادلة، وكذلك بالنسبة للقانون المحلي على أوسع نطاق ممكن بين بعضهم البعض

بغرض التحقيقات والإجراءات المتعلقة بالجرائم الجنائية للشبكات والبيانات المعلوماتية، وكذلك بشأن

الحصول على الأدلة في الشكل الإلكتروني لمثل هذه الجرائم.

وفي إطار هذا التعاون نصت الاتفاقية في المادة 24 على شروط تسليم المجرمين، كما نصت

المادة 25 على المبادئ العامة المتعلقة بالمساعدة، حيث ورد بها أن تتفق الأطراف على أوسع نطاق

للتعاون بهدف إجراء التحقيقات أو الإجراءات المتعلقة بالجرائم الجنائية للشبكات والبيانات المعلوماتية

وجمع الأدلة في الشكل الإلكتروني لهذه الجرائم.

ونصت الفقرة الثالثة من المادة 25 على أنه "يمكن لكل طرف في الحالات الطارئة أن يوجّه

طلباً للمعاونة أو للاتصالات المتعلقة بها عن طريق وسائل الاتصال السريعة مثل الفاكس أو البريد

الإلكتروني، على أن تستوفي هذه الوسائل الشروط الكافية المتعلقة بالأمن وصحتها (ويدخل ضمن

ذلك الكتابة السرية إذا لزم الأمر) مع تأكيد رسمي لاحق إذا اقتضت الدولة المطلوب منها المساعدة

في ذلك. وتقوم الدولة بالموافقة على هذا الطلب والردّ عليه عن طريق إحدى وسائل الاتصال السريعة.

الفرع الثالث

الاتفاقية الأمريكية المتعلقة بجرائم الحاسب الآلي والإنترنت عام 1999م

عقد في جامعة ستانفورد في ولاية كاليفورنيا في الولايات المتحدة مؤتمر للفترة من 6 - 7 ديسمبر 1999م، بمشاركة العديد من الهيئات والمنظمات الدولية والممثلين القانونيين، وتم اقتراح هذه الاتفاقية لتعزيز الحماية من الإرهاب وجرائم الحاسب الآلي.⁽¹⁾

وتضمنت المادة الأولى من الاتفاقية تعريفاً للمصطلحات المستعملة في هذه الاتفاقية، وأوجبت المادة الثانية من الاتفاقية كذلك على الولايات أو الأعضاء فيها تبني معايير موحدة لمواجهة هذه الجرائم وفرض عقوبات تتناسب مع درجة خطورتها. أما المادة الثالثة فقد بينت الجرائم المعلوماتية وهي التوصيل غير المصرح به، وتعديل وحذف البيانات بهدف الإضرار بالمؤسسات التي تملك هذه الخدمات، أو حذف البيانات بتغييرها لإعطاء معلومات كاذبة بهدف إيقاع أضرار مادية. أما المادة الرابعة فقد أوضحت أحكام المحاولة أو المساعدة والتحريض والاعراء والتآمر علي ارتكاب الجريمة المعلوماتية. وكذلك بينت المادة الخامسة من هذه الاتفاقية أحكام اختصاص الولايات الأعضاء في اتخاذ الإجراءات القانونية الملائمة. وأوضحت المواد 1-6 التعاون بين الولايات في إقامة الدعوي ووجوب انضمام الأعضاء؛ لإتمام حماية البنية التحتية للمعلومات (AIIP)، كما أوجبت المادة 15 من الاتفاقية ضرورة تقديم تقارير سنوية لاتحاد (AIIP).⁽²⁾

(1) www.Euroba.eu.int.com, dy15,em,media,data port ,interr con ,088,htm

(2) حول هذه التوصية والتعليق علي موادها انظر :

FRAYSSINET (J), « La protection des données personnelles face aux nouvelles technologies de l'information et de la Communication dans le monde : constantes et nouveautés », une recherche présente au première de l'informatique légal et Juridique au Koweit Le , p 10, 15_17 , Janv , 1999

الفرع الرابع

الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات⁽¹⁾

تضمنت المادة الأولى من هذه الاتفاقية الهدف من هذه الاتفاقية، وهو تعزيز التعاون وتدعيمه بين الدول العربية في مجال مكافحة جرائم تقنية المعلومات؛ لدرء أخطار هذه الجرائم حفاظاً على أمن الدول العربية ومصالحتها وسالمة مجتمعاتها وأفرادها.

وتضمنت المادة الثانية من الاتفاقية تعريفاً للمصطلحات المستعملة في هذه الاتفاقية، كما بينت المادة الثالثة مجال تطبيق هذه الاتفاقية بهدف منع الجريمة والتحقيق فيها وملاحقة مرتكبيها. كذلك أوضح الفصل الثاني منها (المادة 5- حتى المادة 21) الجرائم المعلوماتية وهي جريمة الدخول غير المشروع، جريمة الاعتراض غير المشروع، الاعتداء على سلامة البيانات، جريمة إساءة استخدام وسائل تقنية المعلومات، جريمة التزوير، جريمة الاحتيال، جريمة الإباحية، الجرائم الأخرى المرتبطة بالإباحية، جريمة الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة، الجرائم المتعلقة بالإرهاب والمرتكبة بواسطة تقنية المعلومات، الجرائم المتعلقة بالجرائم المنظمة والمرتكبة بواسطة تقنية المعلومات، الجرائم المتعلقة بانتهاك حق المؤلف والحقوق المجاورة، الاستخدام غير المشروع لأدوات الدفع الإلكترونية، الشروع والاشتراك في ارتكاب الجرائم، المسؤولية الجنائية للأشخاص الطبيعية والمعنوية، تشديد العقوبات على الجرائم التقليدية المرتكبة بواسطة تقنية المعلومات.

كما أوضح الفصل الثالث من الاتفاقية في مواده من (22- 29) الأحكام الإجرائية للاتفاقية نطاق تطبيق الأحكام الإجرائية، التحفظ العاجل على البيانات المخزنة في تقنية المعلومات، التحفظ العاجل والكشف الجزئي لمعلومات تتبع المستخدمين، أمر تسليم المعلومات، تفتيش المعلومات المخزنة، ضبط المعلومات المخزنة، الجمع الفوري لمعلومات تتبع المستخدمين، اعتراض معلومات المحتوى.

كما تضمن الفصل الرابع في مواده من (30 - 43) التعاون القانوني والقضائي، تسليم المجرمين، المساعدة المتبادلة، المعلومات العرضية المتلقاة، الإجراءات المتعلقة بطلبات التعاون والمساعدة المتبادلة، رفض المساعدة، السرية وحدود الاستخدام، الحفظ العاجل للمعلومات المخزنة على أنظمة المعلومات، الكشف العاجل لمعلومات تتبع المستخدمين المحفوظة، التعاون والمساعدة

(1) صدرت بموجب قرار مجلس الوزراء رقم (162) بتاريخ 1433/5/24هـ، وبموافقة المقام السامي بالمرسوم رقم 3502 بتاريخ 1433/5/25هـ، ويتعميم وزير العدل رقم 13 - ت - 4601 بتاريخ 1433/6/8هـ.

الثنائية المتعلقة بالوصول إلى معلومات تقنية المعلومات المخزنة، الوصول إلى معلومات تقنية المعلومات عبر الحدود، التعاون والمساعدة الثنائية بخصوص الجمع الفوري لمعلومات تتبع المستخدمين، التعاون والمساعدة الثنائية فيما يخص المعلومات المتعلقة بالمحتوى في جهاز متخصص. وفي الفصل الخامس أحكام ختامية.

الفرع الخامس

قانون الإمارات العربي الإسترشادي (النموذجي)

لمكافحة جرائم تقنية المعلومات وما في حكمها⁽¹⁾

يعدّ هذا القانون أبرز الجهود العربية المبذولة في مجال الحماية من الجرائم المعلوماتية من الناحية التشريعية.

وقد تضمن هذا القانون 27 مادة على النحو التالي:

ما تمّ النص عليه في المواد من (3-22) فمن أهمّها:

- جريمة الدخول بغير حقّ إلي موقع أو نظام معلوماتي، مع تشديد العقوبة إذا كان بغرض إلغاء أو إتلاف أو إعادة نشر بيانات أو معلومات شخصية.
- جريمة تزوير المستندات المعالجة في نظام معلوماتي واستعماله.
- جريمة الإيدخال الذي من شأنه إيقاف الشبكة المعلوماتية عن العمل، أو إتلاف البرامج أو البيانات فيها.
- جريمة التنصّت دون وجه حقّ علي ما هو مرسل عن طريق الشبكة المعلوماتية.
- الجرائم المخلة بالأداب العامة عبر الشبكة المعلوماتية.

وقد تضمنت المادتان (23،24) من الاتفاقية علي صور الاشتراك والشروع في الجريمة المعلوماتية والعقوبة المقررة لها.

والمادة (25) نصّت على مصادرة الأجهزة أو البرامج أو الوسائل المستخدمة في ارتكاب أي من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون أو الأموال المتحصلة منها، كما يحكم بإغلاق المحل أو المشروع الذي يكون محلاً لارتكاب أي من هذه الجرائم، إذا كانت الجريمة قد ارتكبت بعلم مالئها. ونصّت المادة (26) على الاختصاص القضائي لنظر هذه الجرائم.

(1) اعتمده مجلس وزراء العدل العرب في دورته التاسعة عشرة بالقرار رقم 594 - د 8/91/3112 - 99 ومجلس وزراء الداخلية العرب في دورته الحادية والعشرين بالقرار رقم 594 - د 3115 /39.

المبحث الثاني

صور التعاون الدولي لمواجهة الجرائم الإلكترونية

يقصد بالتعاون هنا في هذه الدراسة الجهود المشتركة التي تبذلها الدول والمنظمات الدولية لمواجهة الجرائم الإلكترونية، بهدف السيطرة عليها ومعرفتها معرفة دقيقة لرصد أسبابها الحقيقية والتعرف على أنماطها المختلفة لإيجاد السبل الوقائية الملائمة، وقمع القائم منها ومعالجة ما أمكن علاجه.

فيما يلي نعرض لأهم صور التعاون الدولي لمواجهة الجرائم الإلكترونية، وذلك في المطالب الآتية:

المطلب الأول: التعاون الفني الدولي لمواجهة الجريمة المعلوماتية

المطلب الثاني: التعاون القضائي الدولي لمواجهة الجريمة المعلوماتية

المطلب الأول

التعاون الفني الدولي لمواجهة الجريمة المعلوماتية

الفرع الأول

التعاون الأمني

من البديهي أن تقف مشاكل الحدود والولايات القضائية عقبة أمام اكتشاف هذه الجرائم ومعاقبة مرتكبيها؛ لذا فإنَّ التحقيقات في الجرائم المتصلة بالحاسب الآلي وملاحقتها قضائياً تؤكد على أهمية المساعدة القانونية المتبادلة بين الدول، حيث يستحيل على الدولة بمفردها القضاء على هذه الجرائم الدولية العابرة للحدود؛ لأنَّ جهاز الشرطة في هذه الدولة أو تلك لا يمكنه تعقب المجرمين وملاحقتهم إلا في حدود الدولة التابع لها، بمعنى آخر أنه متى ما فرَّ المجرم خارج حدود الدولة، يقف الجهاز الشرطي عاجزاً.

لذلك أصبحت الحاجة ماسة إلى وجود كيان دولي يأخذ على عاتقه القيام بهذه المهمة، وتتعاون من خلاله أجهزة الشرطة في الدول المختلفة، خاصة فيما يتعلق بتبادل المعلومات المتعلقة بالجريمة والمجرمين بأقصى سرعة ممكنة بالإضافة إلى تعقب المجرمين الفارين من وجه العدالة.

جهود المنظمة الدولية للشرطة الجنائية " الإنتربول " (1)

وتهدف هذه المنظمة إلى تأكيد وتشجيع التعاون بين أجهزة الشرطة في الدول الأطراف وعلى نحو فعال في مكافحة الجريمة، من تجميع البيانات والمعلومات المتعلقة بالمجرم والجريمة، وذلك عن طريق المكاتب المركزية الوطنية للشرطة الدولية الموجودة في أقاليم الدول المنضمة إليها. (2) وتتبادلها فيما بينها، بالإضافة إلى التعاون في ضبط المجرمين بمساعدة أجهزة الشرطة في الدول الأطراف (3)، ومدّها بالمعلومات المتوفرة لديها على إقليمها، وخاصة بالنسبة للجرائم المتشعبة في عدة دول، ومنها جرائم الإنترنت.

وعلى غرار هذه المنظمة أنشأ المجلس الأوروبي في لكسمبورج عام 1991م، شرطة أوربية لتكون همزة وصل بين أجهزة الشرطة الوطنية في الدول المنظمة، ولملاحقة الجناة في الجرائم العابرة للحدود، ومنها بطبيعة الحال الجرائم المتعلقة بالإنترنت. (4) أمّا على المستوى العربي نجد أنّ مجلس وزراء الداخلية العرب أنشأ المكتب العربي للشرطة الجنائية (5) بهدف تأمين التعاون وتنميته بين أجهزة الشرطة في الدول الأعضاء في مجال مكافحة الجريمة، وملاحقة المجرمين في حدود القوانين والأنظمة المعمول بها في كل دولة، بالإضافة إلى تقديم المعونة في مجال دعم وتطوير أجهزة الشرطة في الدول الأعضاء.

(1) منظمة الشرطة الجنائية الدولية (International Criminal Police Organisation)، وهي أكبر منظمة شرطة دولية أنشئت في عام 1923م مكونة من قوات الشرطة لـ 190 دولة، ومقرها الرئيسي في مدينة ليون بفرنسا، وللمنظمة أربعة لغات رسمية هي: العربية، الإنجليزية، الفرنسية، الإسبانية، انضمت المملكة لعضوية المنظمة رسمياً في 1956م.

وتتمثل وسائل المنظمة في تحقيق التعاون الأمني الدولي في: 1- تدريب الضباط 2- نشر الإحصائيات الجنائية 3- المؤتمرات والندوات الدولية 4- شبكة الاتصالات 5- الاستخبار الجنائي.

(2) Malcom Anderson : " Policing the world : Interpol the Politics of International Police Co- Operation " , Clarendon press.Oxford,1989,p 168-185

(3) هذا يؤكد أن هذه المنظمة ليست سلطة دولية عليا فوق الدول الأعضاء، فالتعاون الشرطي في إطار هذه المنظمة يحكمه مبدأ احترام السيادة الوطنية للدول الأعضاء.

(4) الدكتور: جميل عبد الباقي الصغير - الإنترنت والقانون الجنائي - الأحكام الموضوعية للجرائم المتعلقة بالإنترنت، دار النهضة العربية، 2002 ص 79.

(5) هذا المكتب هو أحد المكاتب الخمسة التابعة للأمانة العامة لمجلس وزراء الداخلية العرب، ومقره دمشق بالجمهورية العربية السورية.

الفرع الثاني

التعاون الدولي في مجال التدريب ونقل الخبرات

هذه الصورة من صور التعاون الفني تعدّ من أهم الصور في مجال مكافحة الجرائم الإلكترونية حيث يتطلب الأمر تدريب رجال القضاء والضبطية القضائية للاستفادة من مهارات وتجارب الآخرين ولا سيما أنّ أجهزة العدالة الجزائية ليست بذات المستوى والجاهزية في جميع الدول، وإنّما هناك تفاوت فيما بينها، فبعض الدول متقدمة تقنياً وتكنولوجياً، ولها صيت كبير في مواجهة الجرائم المعلوماتية ومنها الجرائم المتعلقة بالإنترنت تشريعياً وفنياً، والبعض الآخر يفتقد ذلك، من هنا كان لابدّ من التعاون بين الدول.

وبالنسبة للمنهج التدريبي فإنّه يجب أن يشمل علي بيان بالمخاطر والتهديدات ونقاط الضعف وأماكن الاختراقات لشبكة المعلومات وأجهزة الحاسب الآلي، وتحديد أنماط ونوعية الجرائم المعلوماتية، وبياناً لأهمّ الصفات التي يتميز بها المجرم الحاسب الآلي، وتحديد أنماط ونوعية الجرائم المعلوماتية. وفيما يتعلق بمنهج التدريب على التحقيق في الجريمة المعلوماتية، فإنّه لا بدّ أن يشتمل على إجراءات التحقيق، والتخطيط للتحقيق، وتجميع المعلومات وتحليلها، وأساليب المواجهة والاستجواب، وطرق مراجعة النظم الفنية للمعلومات، وأساليب المعمل الجنائي، بالإضافة إلى ما يتعلق بالتفتيش والضبط، وكيفية استخدام الحاسب الآلي كأداة للمراجعة والحصول على الأدلة.⁽¹⁾ ومما لا شكّ فيه إنّ توعية المستخدمين، وتدريبهم على المبادئ الأساسية للأمن الإلكتروني، يجب أن يكونا جزءاً أساسياً من أي استراتيجية أو مبادرة وطنية أو إقليمية لمكافحة الجرائم الإلكترونية.⁽²⁾ وصفوة القول أنّه ما من دولة يمكنها مجابهة هذا التحدي في مواجهة الجريمة الإلكترونية بمفردها، فلا مفرّ إذن من مواصلة تطوير القدرة على التعاون الدولي في مجال التدريب والتبادل التقني من خلال قيام الدول المتقدمة تقنياً وتكنولوجياً، ولها تجربة كبيرة في مواجهة الجريمة الإلكترونية بمساعدة الدول النامية لتعزيز مؤسساتها المتخصصة بالتحري والتحقق وتوفير سائر أنواع المعونة التقنية.⁽³⁾

(1) الدكتور هشام محمد فريد رستم، الجرائم المعلوماتية، أصول التحقيق الجنائي الفني، بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت - كلية الشريعة والقانون بجامعة الامارات العربية المتحدة في الفترة 2005/3/1، الطبعة الثانية ص 496.

(2) ITU, Marco Gercke, Understanding Cybercrime: Phenomena, Challenges and Legal Response, September 2012, p 18.

(3) يعمل مكتب المساعدة والتدريب على التحقيق الجزائي (ICITAP) التابع لوزارة العدل الأمريكية على تطوير أجهزة الادعاء العام في الخارج، وعلى توفير مساعدات لأجهزة الشرطة في البلدان النامية.

المطلب الثاني

التعاون القضائي الدولي لمواجهة الجريمة المعلوماتية

يعدّ التعاون القضائي الدولي من مرتكزات النظام الدولي حيث أنّه يلعب دوراً جوهرياً على الساحة الدولية، ولا يمكن تجنب التهديدات الأمنية دولياً دون وجود علاقات تعاونية بين الدول بما يضمن تحقيق هذا التعاون. ومن أهمّ صور التعاون القضائي الدولي في مجال مكافحة الجريمة الإلكترونية، المساعدة القضائية الدولية، الإنابة القضائية الدولية، التسليم في الجرائم المعلوماتية، وسوف نتناول ذلك على النحو التالي:

الفرع الأول

المساعدة القضائية الدولية

تُعرّف المساعدة القضائية الدولية بأنّها "كلّ إجراء قضائي تقوم به دولة من شأنه، تسهيل مهمة المحاكمة في دولة أخرى بصدد جريمة من الجرائم".⁽¹⁾

وتتخذ المساعدة القضائية في المجال الجنائي صوراً عدة منها:

تبادل المعلومات: وهو يشمل تقديم المعلومات والبيانات والوثائق والمواد الاستدلالية التي تطلبها سلطة قضائية أجنبية، وهي بصدد النظر في جريمة ما، عن الاتهامات التي وجهت إلى رعاياها في الخارج والإجراءات التي اتخذت ضدهم، وقد يشمل التبادل السوابق القضائية للجناة.⁽²⁾

ونظراً لما تتميّز به الجريمة المعلوماتية من كونها عابرة للحدود، فإنّ مكافحتها لا تتحقق إلا بوجود تعاون دولي على مستوى الإجراءات الجنائية، بحيث يسمح بالاتصال المباشر بين الأجهزة القضائية والأمنية في الدول المختلفة، من أجل تبادل المعلومات المتعلقة بالجريمة والمجرمين.

ولهذه الصورة من صور المساعدة القضائية الدولية صدى كبير في كثير من الاتفاقيات، أهمّها: ما ورد في البند "و" والبند "ز" من الفقرة الثانية من المادة الأولى من معاهدة الأمم المتحدة

(1) الدكتور. سالم محمد سليمان الأوجلي: أحكام المسؤولية الجنائية عن الجرائم الدولية في التشريعات الوضعية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، 1997م، ص 425.

(2) المادة 5 من اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي 1983م.

النموذجية لتبادل المساعدة في المسائل الجنائية⁽¹⁾، وهناك البند "أولاً" من المادة الرابعة من معاهدة منظمة المؤتمر الإسلامي لمكافحة الإرهاب الدولي.⁽²⁾

وذاات الصورة نجدتها في المادة الأولى من اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي⁽³⁾، بشأن ضرورة تبادل المعلومات بين الدول الطرفين والتنسيق بين الأنظمة القضائية، والمادة الأولى والثانية من النموذج الاسترشادي لاتفاقية التعاون القانوني والقضائي الصادر عن مجلس التعاون الخليجي⁽⁴⁾، وكذا ما ورد في البند الثالث والرابع والخامس من المادة الثامنة لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية 2000م؛ إذ أوجبت على الدول الأطراف تيسير تبادل المعلومات المتعلقة بكافة جوانب النشاط الإجرامي.

نقل الإجراءات: ويقصد به قيام دولة ما، بناء على اتفاقية أو معاهدة، باتخاذ إجراءات جنائية وهي بصدد جريمة ارتكبت في إقليم دولة أخرى، ولمصلحة هذه الدولة متى ما توافرت شروط معينة، من أهمها: التجريم المزدوج ويقصد به أن يكون الفعل المنسوب إلى الشخص، يشكل جريمة في الدولة الطالبة والدولة المطلوب إليها نقل الإجراءات، بالإضافة إلى شرعية الإجراءات المطلوب اتخاذها بمعنى أن تكون الإجراءات المطلوب اتخاذها مقرر في قانون الدولة المطلوب إليها عن ذات الجريمة. وأيضا من الشروط الواجب توافرها أن تكون الإجراءات المطلوب اتخاذها من الأهمية بمكان بحيث تؤدي دورا مهما في الوصول إلى الحقيقة.⁽⁵⁾

ولقد أقرت العديد من الاتفاقيات الدولية منها والإقليمية هذه الصورة كإحدى صور المساعدة القضائية الدولية كمعاهدة الأمم المتحدة النموذجية بشأن نقل الإجراءات في المسائل الجنائية⁽⁶⁾،

(1) صدرت هذه المعاهدة في 1990/12/14م في الجلسة العامة 68 للجمعية العامة للأمم المتحدة، وتقضي باتفاق أطرافها على أن يقدم كل منهم للآخر أكبر قدر ممكن من المساعدة المتبادلة في التحقيقات، أو إجراءات المحاكمة المتعلقة بجرائم يكون العقاب عليها وقت طلب المساعدة داخلا في اختصاص السلطة القضائية في الدولة الطالبة للمساعدة.

(2) صدرت هذه المعاهدة واعتمدت عام 1999م من قبل مؤتمر وزراء خارجية دول المنظمة في اجتماعهم المنعقد في أوغادوغو في الفترة من 1999/6/28م إلى 1999/7/1م.

(3) صدرت هذه الاتفاقية في 1993/4/6م بمدينة الرياض بالمملكة العربية السعودية.

(4) اعتمد هذا النموذج من المجلس الأعلى لمجلس التعاون الخليجي في دورته الرابعة التي انعقدت بدولة الكويت في الفترة من 2003/12/22-21م.

(5) الدكتور: سالم محمد سليمان الأوجلي-المرجع السابق ص 427.

(6) اعتمدت بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 45/118 بتاريخ 1990/12/14.

واتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية 2000م في المادة 21 منها، وذات الشيء نجده في معاهدة منظمة المؤتمر الإسلامي لمكافحة الإرهاب الدولي 1999م في المادة 9 منها، وأيضاً في المادة 16 من النموذج الاسترشادي لاتفاقية التعاون القانوني والقضائي الصادر عن مجلس التعاون الخليجي 2003م.

الإنابة القضائية الدولية: ويقصد بها طلب اتخاذ إجراء قضائي من إجراءات الدعوى الجنائية تتقدم به الدولة الطالبة إلى الدولة المطلوب إليها، لضرورة ذلك في الفصل في مسألة معروضة على السلطة القضائية في الدولة الطالبة، ويتعذر عليها القيام به بنفسها.⁽¹⁾

وتعني الإنابة وفقاً للمادة (٦) من اتفاقية الإعانات والإنابات القضائية (٢) أنه: لكل من الدول المرتبطة بهذه الاتفاقية أن تطلب إلى أية دولة منها أن تباشر في أراضيها نيابة عنها أي إجراء قضائي متعلق بدعوى قيد النظر، وفقاً لأحكام المادتين (6،7).⁽²⁾

وقد حرصت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية على نقل الإجراءات الجنائية والإنابة القضائية، فنصت المادة (21) منها على إمكانية نقل إجراءات الملاحقة من دولة طرف في جرم مشمول بالاتفاقية إلى دولة أخرى، متى كان ذلك النقل في صالح إقامة العدل خاصة في الحالات التي تعدد بها الولايات القضائية، وذلك بهدف تركيز الملاحقة، وهو نفس الحكم المقرر وفقاً لمقتضيات المادة (47) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.⁽³⁾

والملاحظ أنّ هذه الصورة تؤدي إلى تسهيل الإجراءات الجنائية بين الدول بما يكفل إجراء التحقيقات اللازمة لتقديم المتهمين للمحاكمة والتغلب على عقبة السيادة الإقليمية التي تمنع الدولة

(1) الدكتور جميل عبد الباقي الصغير، الإنترنت والقانون الجنائي - المرجع السابق ص 83.

(2) الدكتور أبو المعالي محمد عيسى، الحاجة إلى تحديث آليات التعاون الدولي في مجال مكافحة الجريمة المعلوماتية، ورقة عمل مشاركة في المؤتمر المغربي الأول حول: (المعلوماتية والقانون) ص 5.

(3) نصت المادة (47) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد على ما يلي:

نقل الإجراءات الجنائية

تنظر الدول الأطراف في إمكانية نقل إجراءات الملاحقة المتعلقة بفعل مجرم وفقاً لهذه الاتفاقية إلى بعضها البعض، بهدف تركيز تلك الملاحقة، في الحالات التي يعتبر فيها ذلك النقل في صالح حسن سير العدالة، وخصوصاً عندما يتعلق الأمر بعدة ولايات قضائية.

الأجنبية من ممارسة بعض الأعمال القضائية داخل أقاليم الدول الأخرى، كسماع الشهود أو إجراء التفتيش وغيرها.

كما أنها تتميز بميزات تتمثل أساساً في الحفاظ على السيادة الوطنية، حيث أنّ الإجراءات المطلوبة تنجز على أرض دولة دون مشاركة حقيقية من أجهزتها. ثم إنّ تنفيذ هذا التعاون يساهم في عدم ضياع الأدلة وإنجاز التحديات ويحفظ حقوق المتهمين في الإسراع بمحاكمتهم.⁽¹⁾

الفرع الثاني

التسليم في الجرائم المعلوماتية

هذا الإجراء يقوم أساساً على أنّ الدولة التي يتواجد على إقليمها المتهم بارتكاب جريمة معلوماتية عليها أن تقوم بمحاكمته إذا كان تشريعها يسمح بذلك، وإلا كان عليها أن تقوم بتسليمه لمحاكمته بمعرفة دولة أخرى مختصة.

فهو يحقق بذلك مصلحة الدولتين الأطراف في عملية التسليم؛ إذ يحقق مصلحة الدولة الأولى في كونه يضمن معاقبة الفرد الذي أخل بقوانينها وفي ذات الوقت يحقق مصلحة الدولة الثانية المطلوب إليها التسليم كونه يساعدها على تطهير إقليمها من فرد خارج عن القانون.

لكنّه يظل تسليم المواطنين جانباً من أصعب جوانب التعاون الدولي⁽²⁾ وطلبات التسليم تؤدي في كثير من الأحيان إلى التنازع بين ضرورة حماية المواطن والحاجة إلى دعم تحقيق يجري في بلد في الخارج.

وتحدد المادة (24) من اتفاقية مجلس أوروبا بشأن الجريمة السيبرانية مبادئ التسليم، وبعكس المادة (23) من الاتفاقية نفسها فإنّ الحكم يقتصر على الجرائم المذكورة في اتفاقية الجريمة الإلكترونية، ولا ينطبق في الحالات البسيطة (الحرمان من الحرية لفترة لا تزيد عن سنة واحدة على

(1) راجع: فالح مفلح القحطاني، دور التعاون الدولي لمكافحة تهريب المخدرات عبر البحار، رسالة ماجستير قسم علوم الشرطة، جامعة نايف للعلوم الأمنية، 2008، ص 63.

(2) Regarding the dual criminality principle, see: Hafen, International Extradition: Issues Arising Under the Dual Criminality Requirement, Brigham Young University Law Review, 1992, page 191 et seq., available at: <http://lawreview.byu.edu/archives/1992/1/haf.pdf>.

الأقل⁽¹⁾، ولتجنب النزاعات التي يمكن أن تحدث بشأن قدرة الأطراف على إبداء التحفظات، تستند المادة (24) على مبدأ ازدواج الجرم.⁽²⁾

المبحث الثالث

الصعوبات التي تواجه التعاون الدولي وكيفية التغلب عليها

في عالم مزدحم بشبكات اتصالية دقيقة ومتطورة، تتغل وتتشغل المعلومات والبيانات من مناطق متباعدة باستخدام تقنيات لا تكفل لها أمناً كاملاً، ويتاح في ظلها التلاعب عبر الحدود بتلك المعطيات المنقولة أو المخزنة، مما قد يسبب لبعض الدول أو الأفراد أو الشركات أضراراً فادحة، يغدو عندها التعاون الدولي واسع المدى في مكافحة الجرائم المعلوماتية ومن بينها جرائم الإنترنت، أمراً محتملاً. ومع ضرورة هذا التعاون والمناداة به إلا أنه ثمة صعوبات ومعوقات تقف دون تحقيقه، وتجعله صعب المنال. ومن خلال هذا الفصل سوف نحاول جاهدين إبراز أهم تلك الصعوبات أو المعوقات "مبحث أول" وكيفية مواجهتها "مبحث ثاني".

المطلب الأول

الصعوبات التي تواجه التعاون الدولي

التعاون الدولي بكافة صوره في مجال مكافحة الجرائم المتعلقة بشبكة الإنترنت ومواجهتها، وإن كان يعدّ مطلباً تسعى إلى تحقيقه أغلب الدول إن لم يكن كلها، إلا أنه ثمة صعوبات ومعوقات تقف دون تحقيقه، أهمّها:

(1) The Explanatory Report clarifies that the determination of the covered offences does not depend on the actual penalty imposed in the particular cases. See: Explanatory Report to the Convention on Cybercrime, No. 245.

(2) Regarding the dual criminality principle, see: Hafen, International Extradition: Issues Arising Under the Dual Criminality Requirement, Brigham Young University Law Review, 1992, page 191 et seq., available at: <http://lawreview.byu.edu/archives/1992/1/haf.pdf>.

أولاً: عدم توافر المعلومات بشأن حجم الجريمة

إن أحد التحديات المتعلقة بالجريمة الإلكترونية، هو عدم توافر المعلومات الموثوقة بشأن حجم الجريمة، فضلاً عن عدم توافرها بشأن الاعتقالات والمحاكمات والإدانات. وإحصاءات الجريمة لا تذكر غالباً الجرائم بشكل مفصل، بينما الإحصاءات القليلة المتوفرة بشأن الجريمة الإلكترونية غير مفصلة بشكل كافٍ عموماً لتزويد مقرري السياسات العامة بمعلومات موثوقة بشأن حجم الجرائم أو مداها، وبدون تلك البيانات يصعب حساب أثر الجريمة الإلكترونية كمياً على المجتمع واستحداث استراتيجيات لمعالجة المسألة.⁽¹⁾

ثانياً: البعد الدولي للجريمة:

من الصعوبات التي يفرضها العنصر الدولي للجريمة، التحقيق في الجريمة الإلكترونية؛ لأنه نتيجة لمبدأ السيادة الوطنية لا يمكن إجراء التحقيق في إقليم دولة أجنبية دون إذن من سلطات تلك الدولة.

كذلك أيضاً عنصر الوقت القصير المتاح لإجراء التحقيقات في مثل هذه الجرائم، حيث لا يزال عدد كبير من اتفاقات المساعدة القانونية المتبادلة يستند إلى إجراءات رسمية طويلة ومعقدة قد تساعد الجاني في محو كل أثر للجريمة.

ثالثاً: اختلاف النظم القانونية:

بسبب تنوع واختلاف النظم القانونية قد تؤدي إلى توفير ملاذ آمن للمجرمين، وبدورهم سيستخدم المجرمون الملاذات الآمنة لإعاقة التحقيقات، مثال ذلك الدودة الحاسوبية "لوف باغ" (Love Bug)، التي أُعدت في الفلبين عام 2000م، وقيل إنها عطلت ملايين الحواسيب في جميع أرجاء العالم، وأُعيقَت التحقيقات المحلية بسبب أن العمل المؤذي ونشر البرمجية الضارة لم يكن آنذاك مجزماً بشكل كافٍ في الفلبين.

كذلك طرق التحري والتحقيق والمحاكمة التي تثبت فائدتها وفعاليتها في دولة ما، قد تكون عديمة الفائدة في دولة أخرى، أو قد لا يسمح بإجرائها، كما هو الحال بالنسبة للمراقبة الإلكترونية، والتسليم المراقب، والعمليات المستترة، وغيرها من الإجراءات الشبيهة. فإذا ما اعتبرت طريقة ما من

(1) مؤتمر الأمم المتحدة الثاني عشر لمنع الجريمة والعدالة الجنائية، البرازيل 12-19 نيسان / أبريل 2010.

طرق جمع الاستدلالات أو التحقيق أنها قانونية في دولة معينة، قد تكون ذات الطريقة غير مشروعة في دولة أخرى.⁽¹⁾

رابعاً: عدم وجود نموذج موحد للنشاط الإجرامي:⁽²⁾

بنظرة متأنية للأنظمة القانونية القائمة في الكثير من الدولة لمواجهة الجرائم المعلوماتية، ومنها الجرائم المتعلقة بشبكة الإنترنت، يتضح لنا من خلالها عدم وجود اتفاق عام مشترك بين الدول حول نماذج إساءة استخدام نظم المعلومات وشبكة الإنترنت الواجب تجريمها، فما يكون مباحاً في أحد الأنظمة قد يكون مجزماً وغير مباح في نظام آخر. ويمكن إرجاع ذلك إلى عدة أسباب وعوامل كاختلاف البيئات والعادات والتقاليد والديانات والثقافات من مجتمع لآخر، وبالتالي اختلاف السياسة التشريعية من مجتمع لآخر.⁽³⁾

خامساً: مشكلة الاختصاص في الجرائم المتعلقة بالإنترنت:

الجرائم الإلكترونية لما تتميز به من طابعها المتخطي لحدود الدولة الواحدة، تعدّ من أكبر الجرائم التي تثير مسألة الاختصاص الدولي، حيث اختلاف التشريعات والنظم القانونية التي قد ينجم عنها تنازع في الاختصاص بين الدول بالنسبة للجرائم المتعلقة بالإنترنت التي تتميز بكونها عابرة للحدود. فقد يحدث أن ترتكب الجريمة في إقليم دولة معينة من قبل أجنبي، فهنا تكون الجريمة خاضعة للاختصاص الجنائي للدولة الأولى استناداً إلى مبدأ الإقليمية، وتخضع كذلك لاختصاص الدولة الثانية على أساس مبدأ الاختصاص الشخصي في جانبه، وقد تكون هذه الجريمة من الجرائم التي تهدد أمن دولة أخرى وسلامتها، فتدخل عندئذ في اختصاصها استناداً إلى مبدأ العينية.⁽⁴⁾

سادساً: عدم وجود قنوات اتصال:

يعتبر التنسيق فيما يتعلق بالإجراءات الجنائية المتبعة في شأن عدم وجود الاتصال والجريمة المرتكبة عبر الإنترنت بين الدول المختلفة، خاصة ما تعلق منها بأعمال الاستدلال أو التحقيق

(1) راجع: أ. سعيداني نعيم، آليات البحث والتحري عن الجريمة المعلوماتية في القانون الجزائري، رسالة ماجستير جامعة الحاج لخضر باتنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق عام 2013م، ص 94.

(2) راجع: الدكتور. عبد الفتاح بيومي حجازي: الدليل الجنائي والتزوير في جرائم الكمبيوتر والإنترنت، دار الكتب القانونية، القاهرة 2002، ص 102.

(3) راجع: الدكتور: جميل عبد الباقي الصغير: الإنترنت والقانون الجنائي، المرجع السابق، ص 72.

(4) راجع: الدكتور: جميل عبد الباقي الصغير: الإنترنت والقانون الجنائي، المرجع السابق، ص 73.

ولا سيما وأن عملية الحصول علي دليل في مثل هذه الجرائم خارج نطاق حدود الدولة، عن طريق الضبط أو التفتيش في نظام معلوماتي معين، هو أمر غاية في الصعوبة، فضلاً عن الصعوبة الفنية في الحصول على ذاته.⁽¹⁾

المطلب الثاني

كيفية التغلب على الصعوبات التي تواجه التعاون الدولي

وسعيًا للتغلب على هذه المشكلات أو بعضها، أهاب مؤتمر الأمم المتحدة الثامن لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين الذي عقد في هافانا، في قراره المتعلق بالجرائم ذات الصلة بالحاسب الآلي بالدول الأعضاء أن تكثف جهودها كي تكافح بمزيد من الفعالية عمليات إساءة استعمال الحاسب الآلي التي تستدعي تطبيق جزاءات جنائية على الصعيد الوطني، بما في ذلك النظر إذا دعت الضرورة في:

أ) تحديث الأنظمة والإجراءات الجنائية بما في ذلك اتخاذ تدابير من أجل ضمان أن تكون الجزاءات بشأن سلطات التحقيق وقبول الأدلة على نحو ملائم.

ب) النص على جرائم وجزاءات وإجراءات تتعلق بالتحقيق والأدلة؛ للتصدي لهذا الشكل الجديد والمعقد من أشكال النشاط الإجرامي.

كما حث المؤتمر الدول الأعضاء على مضاعفة الأنشطة التي تبذلها على الصعيد الدولي من أجل مكافحة الجرائم المتصلة بالحاسبات، بما في ذلك دخولها حسب الاقتضاء أطرافاً في المعاهدات المتعلقة بتسليم المجرمين، وتبادل المساعدة الخاصة المرتبطة بالجرائم ذات الصلة بالحاسب الآلي، وأن يسفر بحث مؤتمرات الأمم المتحدة لموضوع الجرائم ذات الصلة بالحاسب، عن فتح آفاق جديدة للتعاون الدولي في هذا المضمار، ولا سيما فيما يتعلق بوضع أو تطوير ما يأتي:

- معايير دولية لأمن المعالجة الآلية للبيانات.
- تدابير ملائمة لحل مشكلات الاختصاص القضائي التي تثيرها الجرائم المعلوماتية العابرة للحدود، أو ذات الطبيعة الدولية.

(1) راجع: د. عبد الفتاح بيومي حجازي، الدليل الجنائي والتزوير في جرائم الكمبيوتر والإنترنت، دراسة متعمقة في جرائم الحاسب الآلي والإنترنت، بهجات للطباعة والتجليد، مصر، 2009 ص 104-105.

اتفاقيات دولية تنطوي على نصوص تنظيم إجراءات التفتيش والضبط المباشر الواقع عبر الحدود، على الأنظمة المعلوماتية المتصلة فيما بينها، والأشكال الأخرى للمساعدة المتبادلة، مع كفالة الحماية في الوقت نفسه لحقوق الأفراد والدول.⁽¹⁾

كما تناول مؤتمر الأمم المتحدة الثاني عشر لمنع الجريمة والعدالة الجنائية، مجموعة من التدابير للتصدي للجريمة الإلكترونية، منها:

ضرورة تكثيف الجهود على الصعيد الدولي للتنسيق بين التشريعات المختلفة بشأن الجريمة الإلكترونية، وأشار المؤتمر إلى الاتفاقية المتعلقة بجرائم الفضاء الحاسوبي التي تعتبر ذات أهمية في مكافحة الجريمة الحاسوبية، والتي تؤديها منظمات دولية مختلفة، بالإضافة إلى ذلك أنها تسمح بالانضمام إليها عملاً بالمادة 37 منها لأي دولة غير عضو في المجلس الأوروبي.

ضرورة تطوير وسائل التحقيق التقليدية وخاصة التحقيقات المتعلقة بالجرائم الحاسوبية، الأمر الذي يعني ضرورة توفير التدريب اللازم لرجال الضبطية القضائية، ورجال النيابة العامة والقضاة.

أمّا فيما يتعلق بتنوع النظم القانونية الإجرائية، لا بدّ من التنسيق بين الأنظمة الفعالة لتجنب نشوء ما يطلق عليه "الملاذ الرقمي"، كما أنّ هذا التنسيق يشكل في حد ذاته القاعدة اللازمة لإقامة تعاون دولي فعال. ويمكن أن يتحقق هذا التنسيق عن طريق الانضمام على الاتفاقيات الدولية مثل اتفاقية بودابست لمكافحة جرائم الإنترنت، اتفاق حول جوانب حقوق الملكية الفكرية المتعلقة بالتجارة يفرض على الدول الأعضاء وضع عقوبات على كل أعمال تزوير في العلامات التجارية والقرصنة المتعمدة والمرتبكة في إطار تجاري، وبالطبع يعتبر الإنترنت من الأماكن الخصبة لهذا النوع من التصرفات⁽²⁾، القانون العرفي الدولي في مجال التعاون حيث يمكن أن يتمّ التعاون بين أجهزة مكافحة جرائم الإنترنت في مختلف الدول سواء باللجوء إلى استخدام أساليب المساعدة القانونية المتبادلة وأجهزتها مثل الإنترنت، أو بتزويد سلطات دولة أخرى بالمعلومات التي قد تقيدها بطريقة مباشرة.

(1) انظر: الجرائم المعلوماتية، أصول التحقيق الجنائي الفني واقتراح بإنشاء آلية عربية موحدة للتدريب التخصصي د هشام محمد فريد رستم، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت الذي نظّمته كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، 2000م، ص 49، 48.

(2) المادة 61 من الاتفاق بشأن جوانب حقوق الملكية الفكرية المتعلقة بالتجارة TRIPS/ ADPIC الذي تمّ التوصل إليه بمدينة مراكش في 15 أبريل 1994م.

وللحدّ من ظاهرة عدم وجود قنوات اتصال بين جهات إنفاذ القانون، فنلاحظ أنّه غالباً ما تشجع الصكوك الدولية الدول إلى التعاون فيما بينها وتدعوها إلى إنشاء قنوات اتصال بين سلطاتها المختصة ووكالاتها ودوائرها المتخصصة؛ بغية التيسير في الحصول على هذه المعلومات وتبادلها.⁽¹⁾ ومن الأمثلة على هذه الصكوك الدولية، اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية في المادة 27 منها، والمادة 9 من اتفاقية 1988م، والمادة 48 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، والبند الثاني من المادة 27 من الاتفاقية الأوروبية بشأن الإجرام المعلوماتي، والمادة 35 من ذات الاتفاقية الأوروبية التي أوجبت على الدول الأطراف فيها ضرورة تحديد نقطة اتصال تعمل لمدة 24 ساعة يومياً طوال أيام الأسبوع؛ لكي تؤمن المساعدة المباشرة للتحقيقات المتعلقة بجرائم البيانات والشبكات، أو استقبال الأدلة ذات الشكل الإلكتروني. وهذه المساعدة تشمل - إذا سمحت الممارسات والقوانين الداخلية - تسهيل الإجراءات التالية أو تطبيقها بصفة مباشرة أولاً: إساءة النسيحة الفنية. ثانياً: حفظ البيانات وفقاً للمواد 29، 30. ثالثاً: جمع الأدلة وإعطاء المعلومات ذات الطابع القضائي وتحديد أماكن المشتبه فيهم.

كما أوجبت ذات المادة على الدول الأطراف، ضرورة أن تتمكن نقطة الاتصال من الاتصال السريع بنقطة اتصال الطرف الآخر، وأن يعمل كل طرف على أن يتوافر لديه الأفراد المدربون القادرون على تسهيل عمل الشبكة.

أمّا بالنسبة لمشكلة الاختصاص في جرائم الإنترنت، فثمة حاجة ملحة إلى إبرام اتفاقيات دولية ثنائية كانت أو جماعية، يتمّ فيها توحيد وجهات النظر فيما يتعلق بقواعد الاختصاص القضائي خاصة بالنسبة للجرائم المتعلقة بالإنترنت⁽²⁾، بالإضافة إلى تحديث القوانين الجنائية الموضوعية منها والإجرائية بما يتناسب والتطور الكبير التي تشهده تكنولوجيا المعلومات والاتصالات.

وفيما يتعلق بالصعوبات الخاصة بالمساعدات القضائية الدولية والتباطؤ في الردّ، فإننا نجد الحاجة ملحة إلى إيجاد وسيلة أو طريقة تتسم بالسرعة، تُسَلِّم من خلالها طلبات الإنابة كتعيين سلطة مركزية مثلاً أو السماح بالاتصال المباشر بين الجهات المختصة في نظر مثل هذه الطلبات؛ لنقضي على مشكلة البطء والتعقيد في تسليم طلبات الإنابة. وهذا بالفعل ما أوصي به مؤتمر الأمم المتحدة

(1) راجع: أنظر ما جاء بتوصية المجلس الأوروبي رقم 13(R95) الصادرة في 11/09/1999م بشأن مشاكل الإجراءات الجنائية المتعلقة بتكنولوجيا المعلومات.

(2) راجع: على سبيل المثال 22 من الاتفاقية الأوروبية بشأن الإجرام المعلوماتي.

الحادي عشر لمنع الجريمة والعدالة الجنائية، الذي انعقد في بانكوك في الفترة من 18-2005/4/25م حيث أكد على ضرورة تعزيز فعالية السلطات المركزية المعنية الضالعة في أعمال المساعدة القانونية المتبادلة وإقامة قنوات مباشرة للاتصال فيما بينها؛ بغية ضمان تنفيذ الطلبات في الوقت المناسب⁽¹⁾ ونفس الشيء نجده في البند الثاني من المادة 27 من الاتفاقية الأوروبية بشأن الإجرام المعلوماتي. والمادة 35 من ذات الاتفاقية الأوروبية، التي أوجبت على الدول الأطراف فيها ضرورة تحديد نقطة اتصال تعمل لمدة 24 ساعة يومياً طوال أيام الأسبوع؛ لكي تؤمن المساعدة المباشرة للتحقيقات المتعلقة بجرائم البيانات والشبكات، أو استقبال الأدلة في الشكل الإلكتروني عن الجرائم. كما أوجبت ذات المادة على الدول الأطراف، ضرورة أن تتمكن نقطة الاتصال من الاتصال السريع بنقطة اتصال الطرف الآخر، وأن يعمل كل طرف على أن يتوافر لديه الأفراد المدربون القادرون على تسهيل عمل الشبكة.

(1) راجع: الدكتور حسين بن سعيد سيف الغافري، الجهود الدولية في مواجهة جرائم الإنترنت، مرجع سابق ص 60.

الخاتمة

وفي الختام نخلص إلى القول إنّ دراسة موضوع الجريمة الإلكترونية تكتسي أهمية بالغة بصفة كونها تساهم في التعريف بظاهرة إجرامية جديدة، بدأت في الظهور والانتشار في معظم المجتمعات، ونظرا لارتباطها بتكنولوجيا متطورة أدى إلى تمييزها عن الجرائم التقليدية بدءًا بتسميتها، ووصولًا إلى الأفعال التي تدخل ضمن دائرتها.

وقد سعينا جاهدين في هذه الورقة إلى التعرف على ماهية الجريمة الإلكترونية، وخصائصها، وأصنافها، وخصائص مرتكبيها حتى نكون على دراية كاملة بطبيعة الجريمة والجاني لمواجهتها بالأسلوب الأمثل، ثمّ عرضنا لمعالجة ما يمكن تسميته بالإثبات الإلكتروني، وهو في الحقيقة الإثبات بالوسائل الإلكترونية، من رسائل إلكترونية، وتعاقدات إلكترونية، ومستخرجات الحاسوب، وبيانات وأدلة ذات طبيعة تقنية.

وتطرّقنا إلى أهمية التعاون الدولي لمواجهة هذا النوع من الإجرام سواء عن طريق التشريعات أو التعاون الأمني وتسليم المجرمين.

ولقد انتهى البحث إلى مجموعة من النتائج وعدد من التوصيات

أولاً: النتائج

- تحظى أجهزة الكمبيوتر بأهمية كبيرة في حياتنا، وهذه الأهمية ستزداد، وثمة حاجة ماسة إلى ضمان سلامة أنظمة الكمبيوتر والشبكات، وتجانسها، وسريتها، وإمكانية استخدامها، والاعتماد عليها، وتأمينها.
- أهمية وضع قواعد تحكم جرائم الكمبيوتر وغيرها من المجالات ذات الصلة مثل الإنترنت.
- يعتبر تحديث القانون الجنائي أمراً ضرورياً؛ لاستيعاب الطبيعة الفريدة لجرائم الإنترنت. ويمكن إجراء هذا التحديث عن طريق تعديل بعض المواد فيما يتعلق بالجرائم التقليدية التي ترتكب من خلال وسائل جديدة، وإلغاء البعض الآخر إذا كان غير ملائم، بل وصياغة مواد جديدة للتعامل مع المسائل الجديدة تماماً.
- الطبيعة الدولية لجرائم الإنترنت تجعل من الضروري وضع قواعد دولية موحدة، تشمل التعاون فيما بين الدول لمواجهة هذا النوع من الجرائم.

ثانياً: التوصيات

نخلص من خلال ما طرح في هذه الورقة إلى جملة من التوصيات، أهمّها:

- نظراً للطبيعة المتعدية الحدود للجريمة المعلوماتية ولما تثيره من إشكالات قانونية من حيث الاختصاص والمتابعة والإثبات، يتعيّن على الدول التدخل على محورين: أولهما داخلي من خلال ملاءمة تشريعاتها مع هذا النمط الجديد من الجرائم، وثانيهما دولي عن طريق إبرام اتفاقيات دولية جماعية وثنائية على حد سواء.
- لا يكفي أن يتمّ مواكبة نصوص تشريعية للتشريعات المقارنة بدون تجسيدها من الناحية التطبيقية؛ إذ يجب العمل على تكوين فرق من الضبطية القضائية، وقضاة متخصصين في هذا النوع من الجرائم، ومدّها بكافة الوسائل المادية والتقنية اللازمة لأداء عملها.
- اتخاذ الإجراءات اللازمة لحماية بيانات المستندات الإلكترونية من مخاطر تدخل أصحاب البرمجيات عليها إمّا بتعديلها أو تغيير مسارها.
- نشر الوعي بين المواطنين، وخاصة الشباب بمخاطر التعامل مع المواقع السيئة والمشبوهة على الشبكات.
- تفعيل دور المجتمع المدني والمؤسسات للقيام بدوره التوعوي والوقائي من الوقوع في براثن الرذيلة والممارسات الخاطئة.

أهم المراجع

الكتب العربية:

- أبو المعالي محمد عيسى: الحاجة إلى تحديث آليات التعاون الدولي في مجال مكافحة الجريمة المعلوماتية، ورقة عمل مشاركة في المؤتمر المغاربي الأول حول: (المعلوماتية والقانون).
- حسين بن سعيد سيف الغافري: الجهود الدولية في مواجهة جرائم الإنترنت، ورقة عمل مقدمة للاتحاد العربي للتحكيم الإلكتروني 2007م.
- سالم محمد سليمان الأوجلي: أحكام المسؤولية الجنائية عن الجرائم الدولية في التشريعات الوضعية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1997م.
- سعيداني نعيم: آليات البحث والتحري عن الجريمة المعلوماتية في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الحاج لخضر باتنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، عام 2013م.
- سليمان أحمد محمد فضل: المواجهة التشريعية والأمنية للجرائم الناشئة عن استخدام شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت) رسالة لنيل درجة الدكتوراه في علوم الشرطة، أكاديمية الشرطة، كلية الدراسات العليا، 2007م.
- عبد الفتاح بيومي حجازي: الدليل الجنائي والتزوير في جرائم الكمبيوتر والإنترنت، دار الكتب القانونية، القاهرة 2002م.
- عبد الفتاح بيومي حجازي: الدليل الجنائي والتزوير في جرائم الكمبيوتر والإنترنت، دراسة متعمقة في جرائم الحاسب الآلي والإنترنت، بهجات للطباعة والتجليد، مصر، 2009م.
- عمرو زكي عبد المتعال: المعاهدة الدولية لمقاومة جرائم الحاسبات، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر الجوانب القانونية للتجارة القانونية، مقر جامعة الدول العربية، يناير 2001م.
- فالح مفلح القحطاني: دور التعاون الدولي لمكافحة تهريب المخدرات عبر البحار، رسالة ماجستير قسم علوم الشرطة، جامعة نايف للعلوم الأمنية، 2008م.
- محمود أحمد عبانه: جرائم الحاسوب وأبعادها الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عام 2009م.

- هشام محمد فريد رستم: الجرائم المعلوماتية، أصول التحقيق الجنائي الفني واقتراح بإنشاء آلية عربية موحدة للتدريب التخصصي، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت الذي نظّمته كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، 2000م.

الكتب الأجنبية

- J.Huet, La Modification du droit, sous l'informatique, Aspects de droit privé.J.C.P.1983-1-3095.
- J.Pradel. Conclusion du Colloque sur l'informatique et Droit pénal, paris, Cujas, 1983.
- J.Pradel. *Conclusion du Colloque sur l'informatique et Droit pénal, paris, Cujas, 1983.*
- Jacques BORICAND, Rapport introductif du colloque organisé par l'ISPEC, « Criminalité organisée et ordre dans la société », Aix-en-Provence 5-7 juin 1997.
- Malcom Anderson: " Policing the world: Interpol the Politics of International Police Co- Operation ", Clarendon press., Oxford, 1989.
- Hafen, International Extradition: Issues Arising Under the Dual Criminality Requirement, Brigham Young University Law Review, 1992.

التقارير

- تقرير مجموعة العمل الدولية لمكافحة غسل الأموال عام ١٩٩٦م، بعدة مئات المليارات راجع:
- GAFI- VII, Rapport sur les typologies du blanchiment de l'argent, juin 1996, p. 13.
- قرار رقم 55/63 للجمعية العامة للأمم المتحدة الذي تم تبنيه بتاريخ 4 ديسمبر 2000، يمكنك الاطلاع عليه من خلال الموقع التالي:
- <http://www.cybersecuritycooperation.org/moredocuments/International%20Agreements/55-63%20French.pdf>.

القرار رقم 56/121 للجمعية العامة للأمم المتحدة المتعلق بمكافحة استغلال تكنولوجيا المعلومات لأهداف إجرامية المتبنى في 19 ديسمبر عام 2001م، يمكنك الاطلاع عليه من خلال الموقع التالي:

- http://www.unodc.org/pdf/crime/a_res_56/121f.pdf.

صدرت بموجب قرار مجلس الوزراء رقم (162) بتاريخ 1433/5/24هـ، وبموافقة المقام السامي بالمرسوم رقم 3502 بتاريخ 1433/5/25هـ، وبتعميم وزير العدل رقم 13 - ت - 4601 بتاريخ 1433/6/8هـ.

اعتمده مجلس وزراء العدل العرب في دورته التاسعة عشرة بالقرار رقم 594 - د 8/91/3112 - 99 ومجلس وزراء الداخلية العرب في دورته الحادية والعشرين بالقرار رقم 594 - د 3115 / 39.

مواقع الانترنت

يمكنك الاطلاع عليه من خلال الموقع التالي:

http://www.uncjin.org/Documents/Conventions/dcatoc/final_documents_2/convention_french.pdf.

[www.Euroba.eu.int.com, dy15,em,media,dataport ,interr con ,088,htm](http://www.Euroba.eu.int.com,dy15,em,media,dataport,interrcon,088,htm).

المؤتمرات

- مؤتمر الأمم المتحدة الثاني عشر لمنع الجريمة والعدالة الجنائية، البرازيل 12-19 نيسان / أبريل 2010م.
- مؤتمر الأمم المتحدة الثالث عشر لمنع الجريمة والعدالة الجنائية، الدوحة 12-19 نيسان / أبريل 2015م.

جريمة السحر بين الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الإماراتي

إعداد الدكتور
أحمد شاكر

أستاذ القانون الجنائي المساعد
كلية القانون - جامعة عجمان

والدكتورة
أسماء العرياني

أستاذ الشريعة الإسلامية المساعد
كلية القانون - جامعة عجمان

ملخص بحث

جريمة السحر بين الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الإماراتي

يتناول البحث جريمة السحر في الشريعة الإسلامية، وطرق إثبات الجريمة وكذا بيان العقوبة المقررة للجريمة، وأثر التوبة على العقوبة. ومن جانب آخر، تناول البحث جريمة السحر في قانون العقوبات الإماراتي وقد أشرنا إلى أن المشرع قد أحسن صنعاً حينما استحدث نصوصاً تشريعية تجرم أعمال السحر والشعوذة كجريمة قائمة بذاتها حيث كانت تلك الأفعال تنظرها المحاكم ضمن جريمة الاحتيال والتي تنظمها أحكام المادة (399) من قانون العقوبات.

كما أثنت الدراسة على موقف المشرع لتجريمه فعل الاستعانة بالساحر بقصد الإضرار بالغير، وأوضحنا أن ذلك التجريم سوف يُحد من وقوع هذه الجريمة، ذلك أن الانصراف عنها وعدم الإقبال عليها خشية المساءلة الجنائية سوف يؤدي إلى ركود سوق هذه الجريمة. وتم التعريف بأركان الجريمة في القانون والتي تشمل الركن الشرعي وركن المحل والركن المادي، وصور السلوك الأكثر شيوعاً، وكذلك الركن المعنوي المتمثل في القصد الجنائي باعتبار أن الجريمة من الجرائم العمدية، وأخيراً تم بيان العقوبات سواء للساحر أو المستعين به.

Search summary

The crime of magic between Islamic jurisprudence and the UAE Penal Code

The study deals with the crime of witchcraft in the Islamic law, the methods of proving the crime, the statement of the penalty prescribed for the crime, and the effect of repentance on punishment. On the other hand, the research dealt with the crime of witchcraft in the UAE Penal Code. We pointed out that the legislator did well when he enacted legislative provisions that criminalize acts of witchcraft and witchcraft as a separate crime. Such acts were considered by the courts as part of the crime of fraud, which is regulated by Article 399 of the Penal Code.

مقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، شرع لنا دين الإسلام القويم، وأنزل علينا كتابه الكريم، وهدانا إلى الصراط المستقيم، وأتم علينا نعمته ببعثة خاتم النبيين وإمام المرسلين، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن سيدنا ونبينا محمدًا عبده ورسوله صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم تسليمًا كثيرًا إلى يوم الدين، أما بعد :

ففي ظل الانفتاح الذي تعيشه المجتمعات من خلال وسائل الاتصالات والمواصلات تتنوع أشكال الجريمة وتنتشر أساليب المجرمين في الوصول إلى الضحايا بأيسر الطرق، ولئن كان علم السحر والشعوذة من العلوم القديمة في البشرية منذ أن كانت الشياطين الذين كفروا يعلمون الناس السحر، وما أنزل على الملكين ببابل هاروت وماروت، فإن الصراع بين الخير والشر مستمر، ولتلك الشياطين من خلفها في هذا الدور فيضلون من يطيعهم، ويظفرون بمن ينخرط في هذا العالم المظلم الذي يفضي بصاحبه إلى الكفر، ويسلط الشياطين على عباد الله فيفرون بين المرء وزوجه، وما هم بضارين به من أحد إلا بإذن الله.

وحيث لا يخلو مجتمع من أفراد ينزلون إلى مستنقع الجريمة بمختلف أشكالها، ولا يردعهم إلا العقوبات المناسبة لجرائمهم سواء كانت الجريمة تعديًا على الأنفس أو الأعراض أو الأموال، فذلك يوجد من تسول له نفسه أن يقترب جريمة السحر والشعوذة، ويرتكب الجنايات المتعدية على أفراد المجتمع، لا سيما في ظل سهولة الوصول إلى الأفراد من خلال شاشات وسائل الإعلام العامة والخاصة.

وما زالت الحكومات تحرص على وجود التشريعات الرادعة والزاجرة لكافة المجرمين وبكل صور وأشكال الجريمة، كل ذلك لأهمية تحقيق القانون لرسالته الاجتماعية، وحماية أفراد المجتمع من خطر الجريمة أيًا كانت صورتها.

وموضوع السحر والشعوذة من المواضيع التي يكتنفها الغموض في طبيعة هذه الممارسة، وتشكلها بأشكال مختلفة، وعلاقتها بأمر غيبية يصعب ضبطها في عالم الشهادة والمحسوسات، فإن الشياطين والجن من الأمور الغيبية وإن كان عامة الأديان السماوية وغيرها كثير يؤمن أتباعها بوجود هذه المخلوقات، ويؤمنون بالسحر، إلا أن القوانين الوضعية وفي بداية تكون مفهوم الدولة المدنية الحديثة نزعته إلى إخضاع كل موادها للعوامل المادية البحتة والإجراءات الحسية، مستبعدة كل ما يتعلق بالغيب ومن ذلك السحر، وهذا مما يزيد الموضوع صعوبة، فحتى لدى فقهاء المذاهب الإسلامية، لا يمكن التعويل على دعوى أو إنكار دعوى بناء على غيب مجرد لا يمكن إثباته بدليل مادي ملموس من سماع إقرار أو سماع شهادة على أمر محسوس مثل رؤية الشمس، وهكذا، فلا تقبل دعوى مجني عليه بسحر أو التعويل على السحر ونحوه في إقرار جريمة أو انتهاك حق أو إساءة استخدام حق، أو إبرام عقد أو فسخه والاعتذار بتأثير السحر ما دام الحق متعلقًا بطرف آخر فلا بد من التعويل على دليل مادي ملموس، ولذلك فإن موضوع البحث يتعلق بجريمة الساحر وهي ممارسة السحر وليس جنائية وتصرفات من يدعي أنه مسحور.

ومن أهمية البحث على مستوى القانون الإماراتي أنه يأتي بعد صدور مرسوم بقانون اتحادي رقم 7 لسنة 2016م والذي استحدث به المشرع نصاً تشريعياً ينفرد بتجريم تلك الأعمال، بعد أن كان يطبق عليها النص التشريعي الخاص بجريمة

الاحتتيال، وقد توسع المرسوم ليشمل مجموعة صور لم يشملها القانون سابقاً للقضاء على هذه الظاهرة بشكل كامل، وردع الممارسين لهذه الأعمال حتى يعودوا إلى جادة الصواب، ويكفوا عن أذى الناس مادياً وأدبياً؛ لذلك لم يكتفِ المرسوم بقانون لمواجهة الأشخاص القائمين بهذه الأعمال فقط بل أيضاً أفرد عقوبتي الحبس والغرامة للأشخاص الذين يلجؤون لهؤلاء السحرة والمشعوذين.

أولاً: أهمية البحث

1. ضرورة تأصيل المسائل المتعلقة بهذا الموضوع لخطره.
2. محاولة حصر الأحكام المتعلقة بالسحر لكثرتها، واختلافها تبعاً لاختلاف أنواع السحر.
3. معالجة المشرع الإماراتي ل فراغ تشريعي في شأن جريمة السحر حيث استحدث نصاً خاصاً بالجريمة لزم تناوله بالعرض والشرح.
4. انتهاج المشرع الإماراتي منهجاً جديداً في شأن المستعين بأعمال السحر بتجريمه ومعاقبته؛ للحد من الإقبال على تلك الجريمة.

ثانياً: مشكلة البحث

1. وجود من يتعامل بالسحر، ولجوء بعض ضعاف الإيمان والجهلة إلى هؤلاء السحرة، والذين يتستر بعضهم بعباءة الرقي الشرعية والطب الشعبي.
2. صعوبة إثبات جريمة السحر في الفقه الإسلامي، لأن الطابع الغالب فيها هو الخفاء والغموض.
3. الحاجة لمعرفة أحكام الأمور المتعلقة بجريمة السحر في الفقه والقانون.

ثالثاً: أهداف البحث

يهدف البحث في هذا الموضوع إلى ما يأتي:

1. تفصيل المسائل وبيانها وتجليه ما فيها من أحكام، مع استيفاء جميع جوانبها الفقهية والقانونية.
2. شرح وعرض أركان الجريمة في الفقه والقانون الإماراتي.

رابعاً: أسئلة البحث

يجيب البحث عن الأسئلة الآتية:

1. هل للسحر حقيقة؟
2. ماهي طرق إثبات الجنائية بالسحر في الفقه الإسلامي والقانون الإماراتي؟
3. ما هو حكم الساحر في الفقه الإسلامي؟
4. هل يستتاب الساحر في الفقه الإسلامي؟

5. ما هي أركان الجريمة في الفقه وقانون العقوبات الإماراتي؟
6. ما هي عقوبة الساحر، وعقوبة الإتيان إليه في الفقه الإسلامي والقانون الإماراتي؟
7. هل تعتبر جريمة السحر من الجرائم ذات النتيجة (الموضوعية)، أم من الجرائم الشكلية (جرائم الخطر)؟

خامساً: منهج البحث

في الجانب الشرعي: كان الاعتماد على المنهج الاستقرائي التحليلي المقارن، والذي يكمن في استقراء وتتبع أقوال الفقهاء في المسائل المتعلقة بالسحر، ثم جمعها وإيراد الأدلة، ومناقشتها، ومن ثم الترجيح.

وفي الجانب القانوني: اتبع المنهج الوصفي التحليلي باستعراض النص القانوني الحاكم للجريمة بالشرح والتحليل مع الاستدلال بأحكام المحاكم العليا.

سادساً: خطة البحث

المبحث الأول: ماهية جريمة السحر في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الإماراتي

المطلب الأول: مفهوم جريمة السحر

المطلب الثاني: حقيقة السحر و أنواعه

المطلب الثالث: أركان الجريمة

المبحث الثاني: طرق إثبات جريمة السحر وعقوبتها في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الإماراتي

المطلب الأول: طرق إثبات جريمة السحر

المطلب الثاني: عقوبة جريمة السحر

الخاتمة

قائمة المراجع

المبحث الأول

ماهية جريمة السحر في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الإماراتي

جاءت الشريعة الإسلامية بكل ما يصلح أحوال الناس ويحفظ لهم الضرورات الخمس المتمثلة في الدين، والنفس، والعقل، والمال، والنسل من أي ضرر، وقضية السحر تشكل خطرًا كبيرًا على هذه الضروريات، فهي تفسد معتقد الناس بتصديقهم للسحرة وقدرتهم على فعل المعجزات، وتلحق ضررًا بالنفس من جراء بعض أنواع السحر، كما قد تذهب العقل في بعض أنواعه، وبالسحر يحدث ابتزاز لأموال الناس الجهلة الذين يلجؤون للسحرة لحل مشكلاتهم، ومنع للأزواج من إتيان زوجاتهم وتفريقهم عنهم، كما قد يلجأ بعض السحرة إلى استدراج بعض النساء ضعيفات الإيمان وارتكاب الفاحشة بهن وهذا مؤثر في نسل الإنسان.

وقد جاء هذا المبحث ليتناول في جانبه الفقهي والقانوني مفهوم جريمة السحر وذلك في المطلب الأول منه، أما في المطلب الثاني فيتناول الحديث حول حقيقة السحر وأنواعه، ونعرض في المطلب الثالث أركان الجريمة، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: مفهوم جريمة السحر

المطلب الثاني: حقيقة السحر وأنواعه

المطلب الثالث: أركان الجريمة

المطلب الأول

مفهوم جريمة السحر

الفرع الأول

تعريف الجريمة

أولاً: الجريمة في اللغة

تعني: الجناية، والذنب، والعدوان، والكسب المحرم⁽¹⁾.

ومعنى الجريمة في اللغة يتفق مع معنى الجناية في اللغة، فلا فرق بينهما، إلا فيما اصطلح عليه الفقهاء من قصر معنى الجناية إلى معنى أخص منه، للدلالة على الاعتداءات الواقعة على جسد الإنسان، ونفسه، وأطرافه دون غيرها من الجرائم.

(1) راجع: ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج12، ص91.

ثانيًا: الجريمة في الاصطلاح

عرفها الإمام الماوردي بقوله: " الجرائم : محظورات شرعية زجر الله تعالى عنها بحد أو تعزير"⁽¹⁾.

ويتضح من التعريف اشتماله على مقومات الجريمة وهي:

أولاً: أنها محظورات: أي إتيان فعل محرم منهي عنه، أو تكرار إتيان الفعل المكروه، أو ترك فعل واجب مأمور فعله، أو تكرار ترك الفعل المندوب إليه.

ثانيًا: أنها شرعية: أي وصف حظرها عن طريق نص الشريعة على ذلك.

ثالثًا: تقرير العقوبة: فلا يعتبر الفعل جريمة في نظر الشارع إلا إذا قررت على الفعل عقوبة، فشرع نوعان من العقاب - الحد أو التعزير - يتناسب كل نوع منهما مع نوع الجريمة المرتكبة.

ثالثًا: الجريمة في القانون

إن الجريمة بصفة عامة هي: " فعل غير مشروع صادر من الجاني عن إرادة جنائية يقرر لها القانون عقوبة أو تدبيراً احترازياً"⁽²⁾.

و يمكن تعريف الجريمة بأنها: كل فعل يقع بالمخالفة لقانون العقوبات، ويقرر له القانون جزاءً على ارتكابه. ويتسق هذا التعريف مع مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، فالجريمة يجب أن تكون محددة سلفاً في القانون، وكذلك العقوبة المقررة لها، وهو مناط المشروعية التي تؤكد على أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص.

(1) الماوردي، الأحكام السلطانية، دار الحديث، القاهرة ، ص322.

(2) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، المجلد الأول، ص 60.

الفرع الثاني

تعريف السحر

أولاً: السحر في اللغة

يطلق السحر في اللغة على عدة معانٍ، منها:

المعنى الأول: الخداع والتخيل والتمويه والاستمالة.

جاء في معجم الفروق اللغوية: " السحر هو التمويه وتخيل الشيء بخلاف حقيقته مع إرادة تجوزه على من يقصده به وسواء كان ذلك في سرعة أو بطء"⁽¹⁾.

وجاء في المعجم الوسيط: "السحر: كل أمر يخفى سببه ويتخيل على غير حقيقته ويجري مجرى التمويه والخداع"⁽²⁾.
ويقال: خلّبه، سحرته، جذبت انتباهه، استمالته⁽³⁾.

المعنى الثاني: الصرف.

جاء في تاج العروس: " أصل السحر: صرف الشيء عن حقيقته إلى غيره، فكأن الساحر لما أرى الباطل في صورة الحق، وخيل الشيء على غير حقيقته فقد سحر الشيء عن وجهه، أي صرفه".
وجاء في تهذيب اللغة: " قوله عليه السلام: " إن من البيان لسحراً"⁽⁴⁾ قال أبو عبيد: كأن المعنى والله أعلم أنه يبلغ من بيانه أنه يمدح الإنسان فيصدق فيه حتى يصرف القلوب إلى قوله، ثم يذمه فيصدق فيه حتى يصرف القلوب إلى قوله الآخر، فكأنه قد سحر السامعين بذلك. قلت: وأصل السحر صرف الشيء عن حقيقته إلى غيره. وقال الفراء في قول الله: (فَأَنى تُسْحَرُونَ)⁽⁵⁾ معناه فأنى تصرفون"⁽⁶⁾.

المعنى الثالث: الفساد.

جاء في تهذيب اللغة: " مسحوراً: ذاهب العقل مفسداً. وطعام مسحور إذا أفسد عمله، وأرض مسحورة: أصابها من المطر أكثر مما ينبغي فأفسدها، وغيث ذو سحر إذا كان ماؤه أكثر مما ينبغي"⁽⁷⁾.

المعنى الرابع: الأخذ. وكل ما لطف مأخذه ودقّ.

(1) العسكري، معجم الفروق اللغوية، تحقيق بيت الله بيات و مؤسسة النشر الإسلامي، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، ط1، 1412هـ، ص272.

(2) إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، ج1، ص149.

(3) أحمد مختار، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، ط1، 1429هـ-2008م، ج1، ص674.

(4) أخرجه البخاري في صحيحه من حديث عبد الله بن عمر . رضي الله عنه . ، كتاب الطب، باب إن من البيان سحراً، رقم الحديث (5767).

صحيح البخاري، تحقيق محمد زهير الناصر، دار طوق النجاة، ط1، 1422هـ، ج7، ص138.

(5) المؤمنون: جزء من الآية 89.

(6) الأزهري، تهذيب اللغة، تحقيق محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1، 2001م، ج4، ص170.

(7) الأزهري، تهذيب اللغة، مرجع سابق، ج4، ص170.

جاء في لسان العرب: "والسحر الأخذة وكل ما لطف مأخذه ودق فهو سحر"⁽¹⁾.
وجاء في المحكم: "السحر: الأخذة التي تأخذ العين حتى تظن أن الأمر كما يرى"⁽²⁾.

ثانياً: السحر في الاصطلاح

يطلق السحر في الاصطلاح على عدة معان مختلفة كما هو في اللغة، ولذلك يقول الإمام الشافعي رحمه الله: "والسحر اسم جامع لمعان مختلفة"⁽³⁾.

وقال الشنقيطي - رحمه الله -: "أعلم أن السحر في الاصطلاح، لا يمكن حده بحد جامع مانع؛ لكثرة الأنواع المختلفة الداخلة تحته، ولا يتحقق قدر مشترك بينها، يكون جامعاً لها مانعاً لغيرها، ومن هنا اختلفت عبارات العلماء في حده اختلافاً متبايناً"⁽⁴⁾، ومن هذه التعريفات:

1. تخيل الشيء إلى المرء بخلاف ما هو به في عينه وحقيقته⁽⁵⁾.
2. كل أمر خفي سببه، وتخيل على غير حقيقته، ويجري مجرى التمويه والخداع⁽⁶⁾.
3. وعند الحنفية: علم يستفاد منه حصول ملكة نفسانية يقتدر بها على أفعال غريبة لأسباب خفية⁽⁷⁾.
4. وعند المالكية: كلام مؤلف يعظم به غير الله تعالى، وتنسب إليه المقادير والكائنات⁽⁸⁾.
5. وعند الشافعية: مزاولة النفوس الخبيثة لأفعال وأقوال يترتب عليها أمور خارقة للعادة⁽⁹⁾.
6. وعند الحنابلة: عقد ورقى وكلام يتكلم به أو يعمل شيئاً يؤثر في بدن المسحور أو قلبه أو عقله من غير مباشرة له⁽¹⁰⁾.

مما سبق يتبين لنا اختلاف المذاهب فيه بين الحقيقة والتخيل. فبعضهم عرفه بتعريفات لا تصدق إلا على ما لا حقيقة له من أنواع السحر، أو ما هو سحر في اللغة، وبعضهم عرفه بماله حقيقة وأثر. وقد عرفه أحد العلماء المعاصرين تعريفاً جمع فيه القسمين فقال هو عبارة عن: "أمر دقيقة موهلة في الخفاء، يمكن اكتسابها بالتعلم، تشبه الخارق للعادة، وليس فيها تحد، أو تجري مجرى التمويه والخداع، تصدر من نفس شريرة تؤثر في عالم العناصر بغير مباشرة أو بمباشرة"⁽¹¹⁾.

-
- (1) ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط1، ج4، ص348.
 - (2) ابن سيده، المحكم والمحيط الأعظم، تحقيق عبد الحميد هنداوي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1421 هـ - 2000 م، ج1، ص474.
 - (3) الشافعي، الأم، دار المعرفة، بيروت، 1410 هـ - 1990 م، ص293.
 - (4) الشنقيطي، أضواء البيان، دار الفكر، بيروت، 1415 هـ - 1995 م، ج4، ص41.
 - (5) الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن، تحقيق أحمد شاكر، ط1، 1420 هـ - 2000 م، ج2، ص446.
 - (6) الجصاص، أحكام القرآن، تحقيق محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1405 هـ، ج1، ص51.
 - (7) ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، ط2، 1412 هـ - 1992 م، ج1، ص44.
 - (8) عlish، فتح العلي المالك، دار المعرفة، ج2، ص350.
 - (9) الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، دار الكتب العلمية، ط1، 1415 هـ - 1994 م، ج5، ص394.
 - (10) إبراهيم بن مفلح، المبدع في شرح المقنع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1418 هـ - 1997 م، ج7، ص494.
 - (11) السكري، السحر بين الحقيقة والوهم في التصور الإسلامي، دار الكتب الجامعية الحديثة، طنطا، 1401 هـ، ص38-39.

ومن الألفاظ ذات الصلة بالسحر هي (الشعوذة) : وهي خفة في اليد، وأخذ كالسحر، يري الشيء بغير ما عليه أصله في رأي العين⁽¹⁾.

ثالثاً: السحر في القانون

لم يعرف المشرع السحر في قانون العقوبات وهو مسلك المشرع المعتاد تاركاً ذلك للفقه والقضاء، لكنه تعرض لمضمون السحر بتوصيفه لما يُعد من أفعال السحر بقوله في المادة (316) مكرر (1) " يعد من أعمال السحر: القول أو الفعل المخالف للشرعية الإسلامية إذا قصد به التأثير في بدن الغير أو قلبه أو عقله أو إرادته مباشرة أو غير مباشرة حقيقة أو تخيلاً". وقد امتد ذلك أيضاً إلى تعريف الشعوذة بالمادة (316) مكرر (2)، بقوله: " يعد من أعمال الشعوذة : أ - التمويه على أعين الناس أو السيطرة على حواسهم أو أفئدتهم بأي وسيلة لحملهم على رؤية الشيء على خلاف الحقيقة بقصد استغلالهم أو التأثير في معتقداتهم أو عقولهم.

ب - ادعاء علم الغيب أو معرفة الأسرار أو الإخبار عما في الضمير بأي وسيلة كانت بقصد استغلال الناس"⁽²⁾.

(1) ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج3، 495.

(2) راجع نص المادة (316) مكرراً (1) ، و (316) مكرر (2) من المرسوم بقانون الاتحادي رقم 7 لسنة 2016م.

المطلب الثاني

حقيقة السحر وأنواعه

الفرع الأول

حقيقة السحر

أولاً: حقيقة السحر في الفقه

تحرير محل النزاع

اتفق الفقهاء على وجود السحر⁽¹⁾، لكنهم اختلفوا في حقيقته، وهذا الخلاف يدور بين إثبات حقيقة السحر وأثره، وبين نفي ذلك وكونه مجرد تخيل وتمويه.

أقوال العلماء في حقيقة السحر

اختلف العلماء في حقيقة السحر على قولين:

القول الأول: وهو أن السحر ثابت وله حقيقة، وهو مذهب أهل السنة والجماعة، وقول جمهور الفقهاء من المالكية⁽²⁾ والشافعية⁽³⁾ والحنابلة⁽⁴⁾، وقد حكى الخطابي اتفاق أكثر الأمم من العرب وغيرهم على ذلك⁽⁵⁾.
القول الثاني: أن السحر لا حقيقة له، وإنما هو تمويه وتخيل وإيهام لكون الشيء على غير ما هو عليه، وأنه ضرب من الخفة والشعوذة، وهو قول عامة المعتزلة، ومن وافقهم كأبي بكر الرازي الحنفي، وأبي جعفر الأستراباذي، وابن حزم.

(1) الجويني، الإرشاد إلى قواطع الأدلة في أصول الاعتقاد، تحقيق محمد يوسف موسى وآخر، مكتبة الخانكي، القاهرة، 1369هـ-1960م، ص323.

(2) راجع: القرافي، الذخيرة، تحقيق محمد بو خبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1994 م، ج12، ص31.

(3) راجع: الماوردي، الحاوي الكبير، تحقيق علي محمد معوض و عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1419 هـ - 1999 م، ج13، ص94.

(4) راجع: البهوتي، كشاف القناع، تحقيق هلال مصيلحي ومصطفى هلال، دار الفكر، بيروت، 1402هـ، ج6، ص186.

(5) راجع: البغوي، شرح السنة، تحقيق شعيب الأرنؤوط ومحمد زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، دمشق - بيروت، ط2، 1403هـ - 1983م، ج12، ص187.

الأدلة

أدلة القول الأول:

1. قوله تعالى: (وَاتَّبِعُوا مَا تَتْلُو الشَّيَاطِينُ عَلَىٰ مُلْكٍ سُلَيْمَانَ وَمَا كَفَرَ سُلَيْمَانُ وَلَكِنَّ الشَّيَاطِينَ كَفَرُوا يُعَلِّمُونَ النَّاسَ السِّحْرَ) ⁽¹⁾ ، وقوله تعالى: (وَقَالَ فِرْعَوْنُ ائْتُونِي بِكُلِّ سَاحِرٍ عَلِيمٍ) ⁽²⁾ وقوله تعالى: (قَالَ آمَنْتُمْ لَهُ قَبْلَ أَنْ آذَنَ لَكُمْ إِنَّهُ لَكَبِيرُكُمُ الَّذِي عَلَّمَكُمُ السِّحْرَ) ⁽³⁾ .
 ووجه الاستدلال من الآيات السابقة أنها أثبتت أن السحر يُعَلَّم، وما ليس حقيقة لا يُعَلَّم ⁽⁴⁾.

2. قوله تعالى: (وَمِنْ شَرِّ النَّفَّاثَاتِ فِي الْعُقَدِ) ⁽⁵⁾.
 جاء في تفسير هذه الآية: "ومن شرّ السواحر اللَّاتِي يَنْفُثْنَ فِي عُقَدِ الْخِيَطِ، حين يَرْقِيْنَ عليها" ⁽⁶⁾.
 ووجه الدلالة من الآية: أنها دليل صريح على أن السحر له حقيقة وأثر ضار، ولو لم يكن كذلك لما أمرنا الله تعالى بالاستعاذة ممن يقوم بعمله.

كما اتفق المفسرون على أن سبب نزول هذه الآية هو ما حدث من سحر لبديد بن الأعصم للنبي ﷺ كما سيأتي ⁽⁷⁾.

3. عن عائشة . رضي الله عنها . قالت سحر رسول الله ﷺ رجل من بني زريق، يقال له لبديد بن الأعصم، حتى كان رسول الله ﷺ يخيّل إليه أنه كان يفعل الشيء وما فعله، حتى إذا كان ذات يوم أو ذات ليلة وهو عندي، لكنه دعا ودعا، ثم قال: "يا عائشة أَسْعَرْتِ أَنَّ اللَّهَ أَفْتَانِي فِيمَا اسْتَفْتَيْتُهُ فِيهِ، أَتَانِي رَجُلَانِ فَقَعَدَ أَحَدُهُمَا عِنْدَ رَأْسِي وَالْآخَرُ عِنْدَ رِجْلِي، فَقَالَ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ: مَا وَجَعَ الرَّجُلُ؟ فَقَالَ: مَطْبُوبٌ، قَالَ: مَنْ طَبَهُ؟ قَالَ: لَبِيدُ بْنُ الْأَعْصَمِ، قَالَ: فِي أَيِّ شَيْءٍ؟ قَالَ: فِي مُسْطٍ وَمُشَاطَةٍ وَجُفٍ طَلَعَ نَخْلَةً ذَكَرٍ، قَالَ: وَأَيْنَ هُوَ؟ قَالَ: فِي بئرِ ذِرْوَانَ فَأَتَاهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي نَاسٍ مِنْ أَصْحَابِهِ، فَجَاءَ فَقَالَ: "يا عائشة كأن ماءها نقاعة الحناء، أو كأن رءوس نخلها رءوس الشياطين" قلت: يا رسول الله أفلا استخرجته؟ قال: قد عافاني الله فكرهت أن أُثَوِّرَ عَلَى النَّاسِ فِيهِ شَرًّا فَأَمَرَ بِهَا فَدَفَنْتُ. ⁽⁸⁾

(1) البقرة: جزء من الآية 102.

(2) يونس: 79.

(3) طه: جزء من الآية 71.

(4) راجع: القرافي، الفروق وحاشيته، عالم الكتب، عالم الكتب، ج4، ص150.

(5) الفلق: 4.

(6) الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن، مرجع سابق، ج24، ص704.

(7) راجع: البغوي، معالم التنزيل، تحقيق عبد الرزاق المهدي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1، 1420 هـ، ج20، ص259 و القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة، ط2، 1384 هـ - 1964 م، ج5، ص335.

(8) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الطب، باب السحر، رقم الحديث (5763)، ج7، ص136 و مسلم في صحيحه، كتاب السلام، باب السحر، رقم الحديث (2189). صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج4، ص1719.

ووجه الدلالة من الحديث: قوله ﷺ: "قد عافاني الله"، والشفاء إنما يكون برفع العلة وزوال المرض وهو السحر؛ فدل على أن له حقيقة⁽¹⁾.

4. عن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: "من أصبح سبع تمرات عجوة، لم يضره ذلك اليوم سم ولا سحر"⁽²⁾.

والحديث دال على إثبات حقيقة السحر من خلال إثبات ضرره على الإنسان؛ لذا أمر النبي ﷺ بالوقاية من السحر بأكل سبع تمرات عجوة صباحاً.

5. وقد حكى الإجماع على حقيقته القرطبي⁽³⁾، والقرافي⁽⁴⁾.

أدلة القول الثاني:

1. قوله تعالى عن السحر: (فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَزَوْجِهِ وَمَا هُمْ بِضَارِينَ بِهِ مِنْ أَحَدٍ إِلَّا بِإِذْنِ اللَّهِ)⁽⁵⁾. قال الزمخشري في تفسير هذه الآية: "أي فيتعلم الناس من الملكين، (مَا يُفَرِّقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَزَوْجِهِ) أي: علم السحر الذي يكون سبباً في التفريق بين الزوجين من حيلة وتمويه، كالنفث في العقد، ونحو ذلك مما يحدث الله عنده الفرق والنشوز والخلاف ابتلاءً منه، لا أن السحر له في نفسه، بدليل قوله تعالى: (وَمَا هُمْ بِضَارِينَ بِهِ مِنْ أَحَدٍ إِلَّا بِإِذْنِ اللَّهِ)؛ لأنه ربما أحدث الله عنده فعلاً من أفعاله وربما لم يحدث"⁽⁶⁾.

فالآية دالة على أن للسحر تأثيراً، ولكنه لا يؤثر إلا فيمن أذن الله لتأثيره فيه.

2. قوله تعالى في قصة موسى مع سحرة فرعون: (سَحَرُوا أَعْيُنَ النَّاسِ)⁽⁷⁾، وقوله تعالى: (يُخَيِّلُ إِلَيْهِ مِنْ سِحْرِهِمْ أَنَّهَا تَسْعَى)⁽⁸⁾.

فالآيتان دالتان على أن فعل السحرة حيلة مموهة لا حقيقة لها، فقد أوهموها الناس فيما رأوا ظنوناً متوهمة، فقوله تعالى: (سَحَرُوا أَعْيُنَ النَّاسِ) أ دالة على أن السحر كان للأعين فقط، ولم يؤثر في المسحورين، وقوله تعالى: (يُخَيِّلُ إِلَيْهِ) ، دال على أن السحر كان تخيلاً وليس حقيقة، إذ لو كان حقيقة لقال (تسعى) على الحقيقة⁽⁹⁾.

(1) راجع: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق، ج2، ص46.

(2) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الطب، باب الدواء بالعجوة للسحر، رقم الحديث (5769)، ج7، ص138 و مسلم في صحيحه، كتاب الأشربة، باب فضل تمر المدينة، رقم الحديث (2047)، ج3، ص1618.

(3) راجع: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق، ج2، ص46.

(4) راجع: القرافي، الفروق، مرجع سابق، ج4، ص150.

(5) البقرة: جزء من الآية 102.

(6) الزمخشري، الكشاف، دار الكتاب العربي، ط3، 1407هـ، ج1، ص173.

(7) الأعراف: جزء من الآية 116.

(8) طه: جزء من الآية 66.

(9) الجصاص، أحكام القرآن، مرجع سابق، ج1، ص52.

3. القول بأن السحر له حقيقة يستلزم القول بعدم وجود فرق بين عمل الساحر ومعجزات الأنبياء وهذا من الضلال⁽¹⁾.
4. أنه لا يحيل الطبائع إلا خالقها شهادة لرسله وأنبياؤه، وفرقاً بين الصدق والكذب، فكيف للساحر أن يقدر على ما لا يقدر عليه إلا الله⁽²⁾.

المناقشة و التبريح:

يمكن مناقشة أدلة القول الثاني بما يأتي:

1. الأدلة النقلية التي استدلت بها أصحاب القول الثاني لا ننكر منها أن يكون التخييل من جملة السحر، ولكن ثبت وراء ذلك أمور جوزها العقل وورد بها السمع وهي الأدلة التي استدلت بها القائلون بأن السحر له حقيقة وتأثير⁽³⁾.
2. الأدلة العقلية التي استدلت بها أصحاب القول الثاني، يجاب عليها من وجهين:
الوجه الأول: قولهم بأن السحر له حقيقة يستلزم القول بعدم وجود فرق بين عمل الساحر ومعجزات الأنبياء، يجاب عنه: بأن هناك فروق كثيرة بين المعجزة والسحر، منها أن المعجزة مقترنة دوماً بدعوى النبوة، وبالتحدي لإثبات صدقها، أما السحر فليس فيه دعوى للنبوة، أو تحدي لإثباتها، كما أن المعجزة دالة على فضل وشرف من ظهرت على يديه، ولا يكون المتحدي بها إلا أفضل الناس خلقاً وخلُقاً، محبب لأصحابه معظم عندهم، أما السحر فهو دال على كفر صاحبه وفسقه، فأثر السحر لا يجري على المسحور، إلا حال كون الساحر مفتوناً في دينه خاسراً لآخرته، ممقوت محقر بين الناس⁽⁴⁾.
- الوجه الثاني: قولهم بأنه لا يحيل الطبائع إلا خالقها شهادة لرسله وأنبياؤه، وفرقاً بين الصدق والكذب، فكيف للساحر أن يقدر على ما لا يقدر عليه إلا الله، يجاب عنه: بأن هذا ليس على إطلاقه؛ لأنه ليس لأن الله تعالى منح الجن والشياطين قدرات تفوق الإنس أنهم يستطيعون تجاوز حدود هذه القدرات، ويفعلون ما لا يقدر على فعله إلا الله وحده، فهم لا يقدر على قلب الحقائق الثابتة كقلب الآدمي حيواناً، أو قلب الحديد ذهباً، وكذلك لا يستطيعون إحياء الموتى، ولا إنبات الزرع، ولا إنزال المطر ولا ما شابه ذلك، فقدراتهم محدودة تتمثل في أمور معينة بينها الكتاب والسنة والواقع، أما القائلون بأن السحر له حقيقة وأثر فإنهم لا يطلقون الحكم بحصول كل تأثير مهما كان، بل يقولون إن تأثير الساحر محدود، وفي نطاق معين، ولا يكون إلا بإذن الله تعالى، ويكون تأثيره على الروح والبدن والعقل كما هو واقع محسوس⁽⁵⁾.
- مما سبق يمكن الجمع بين القولين فيقال بأن السحر ليس كله حقيقة، وليس كله تخيلاً، فهو يجمع بين الاثنين، فقسم منه له حقيقة فمنه ما يؤثر في الأبدان بمشيئة الله فيمرض، ويقتل، ويفرق بين المرء وزوجه، وقسم لا حقيقة له وإنما هو تخيل كسحر سحرة فرعون، وكما يقوم به بعض السحرة في الواقع من أنواع النصب بتحويل أوراق بيضاء إلى أوراق نقدية، وغيرها.

(1) راجع: ابن حزم، الفصل في الملل والأهواء والنحل، مكتبة الخانجي، القاهرة، ج1، ص120.

(2) المرجع السابق.

(3) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق، ج2، ص46.

(4) الجريسي، الحذر من السحر، مؤسسة الجريسي، الرياض، ص203-204.

(5) البكري، الأحكام المتعلقة بالسحر والسحرة في الفقه الإسلامي، دار الأوراق الثقافية، السعودية، ط1، 1438هـ-2017م، ص51.

ثانياً: حقيقة السحر في القانون:

أما عن حقيقة السحر في القانون فقد جرم المشرع السحر في صورتيه حقيقة أو خداعاً أو تخيلاً أو ادعاءً، فقد وردت الأفعال المجرمة بعبارات صريحة لا تحتمل التأويل حينما نص المشرع في الفقرة الأولى من المادة (316) مكرر (1) على أنه "يعاقب بالحبس والغرامة التي لا تقل عن خمسين ألف درهم، كل من ارتكب عملاً من أعمال السحر أو الشعوذة، سواء كان ذلك حقيقة أو خداعاً، بمقابل أو بدون مقابل . فضلاً عن أن المشرع نص في الفقرة الثانية بصورة واضحة على أن الجريمة تقع سواء كان فعل الساحر له أثر في الواقع، أم مجرد تخيلاً في ذهن بقوله: "يعد من أعمال السحر: القول أو الفعل المخالف للشرعية الإسلامية إذا قصد به التأثير في بدن الغير أو قلبه أو عقله أو إرادته مباشرة أو غير مباشرة حقيقة أو تخيلاً". ومن ناحية أخرى اعتبر المشرع أنه يدخل في أعمال الشعوذة التمويه على أعين الناس بقوله في الفقرة الثالثة من ذات المادة: "يعد من أعمال الشعوذة ما يأتي :

أ- التمويه على أعين الناس أو السيطرة على حواسهم أو أفندتهم بأي وسيلة لحملهم على رؤية الشيء على خلاف الحقيقة بقصد استغلالهم أو التأثير في معتقداتهم أو عقولهم .

ب- ادعاء علم الغيب أو معرفة الأسرار أو الإخبار عما في الضمير بأي وسيلة كانت بقصد استغلال الناس . وفي ضوء ذلك يمكن القول أن القانون ساوى في التجريم بين ما يقع في الواقع من نتائج حقيقية من أثر السحر وبين ما ليس بحقيقة كالتمويه على أعين الناس، أو حتى مجرد الادعاء بعلم الغيب أو معرفة الأسرار، فكافة الصور تخضع للتجريم ويُسأل ويعاقب مقترفها جنائياً، وهو المعمول به شرعاً كما سلف القول.

الفرع الثاني

أنواع جريمة السحر

أولاً: أنواع جريمة السحر في الفقه

يمكن معرفة أنواع جريمة السحر، من خلال النظر إلى أمرين؛ الأول: الحقوق المتعلقة بجريمة السحر، والثاني: موجب جريمة السحر؛ وعليه تكون أنواعها كالاتي:

(1) جريمة السحر من حيث الحقوق المتعلقة بها

ويندرج تحت جريمة السحر من حيث الحقوق المتعلقة بها أنواع منها:

النوع الأول: جريمة السحر المتعلقة بحق الله تعالى (الحق العام)

وحق الله الخالص هو: ما يتعلق به النفع العام، من غير اختصاص بأحد⁽¹⁾. وإنما ينسب إليه تعظيماً؛ لأنه سبحانه يتعالى عن أن ينتفع بشيء، فلا يجوز أن يكون شيء حقاً له بهذا الوجه؛ لأنه باعتبار الضرر أو الانتفاع هو متعال عن الخلق، ولا يجوز أن يكون حقاً له بجهة التخليق؛ لأن الكل سواء في ذلك، بل الإضافة إليه لتشريف ما عظم خطره، وقوي نفعه، وشاع فضله، بأن ينتفع به الناس كافة، فباعتبار التخليق الكل سواء في الإضافة إلى الله تعالى⁽²⁾، قال جل شأنه: (وَلِلَّهِ مَا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ)⁽³⁾.

ومعنى أنه حق لله أي أنه لا يقبل الإسقاط لا من الأفراد ولا من الجماعة، وتعتبر العقوبة حقاً لله في الشريعة كلما استوجبته المصلحة العامة، وهي دفع الفساد عن الناس وتحقيق الصيانة والسلامة لهم⁽⁴⁾.

وحقوق الله تعالى على ثلاثة أقسام:

الأول : عبادات محضة يترتب عليها نيل الدرجات والثواب، وتتعلق بأسباب متأخرة؛ كالنصاب، والزكاة، والوقت للصلاة والصوم.

الثاني: عقوبات محضة تتعلق بمحظورات هي عنها زاجرة.

الثالث: كفارات وهي مترددة بين العقوبة والعبادة⁽⁵⁾.

وجريمة السحر تدخل ضمن القسم الثاني. ويظهر هذا الحق عند إيقاع العقوبة على الساحر الذي يمارس السحر دون أن يضر الناس، وذلك بإيهاهم على قدرته على فعل الخوارق، وهذا الحق لا يقبل الإسقاط لا من الأفراد ولا من الجماعة، وتعتبر العقوبة حقاً لله في الشريعة كلما استوجبته المصلحة العامة، وهي دفع الفساد عن الناس وتحقيق الصيانة والسلامة.

النوع الثاني: جريمة السحر المتعلقة بحق مشترك بين الله تعالى وعبد، وحق العبد فيها غالب

وحق العبد الخالص أو المحض: هو ما يتعلق به مصلحة خاصة، ويصح للإنسان إسقاطه⁽⁶⁾.

والصورة التي تمثل هذا الحق هي القصاص باتفاق⁽⁷⁾، فيجوز فيه العفو، فإن عفا ولي الدم فليس للإمام أن يقتص؛ لأن حقوق العباد مبنية على المشاحة والمنع، فلا يسقطه إلا صاحبه، فحق الآدمي مقدم على حق الله تعالى إذا ازدحم الحقان في محل واحد وتعذر استيفاؤهما منه.

(1) التفازاني، شرح التلويح على التوضيح، مكتبة صبيح بمصر، ج2، ص300.

(2) راجع: البخاري، كشف الأسرار شرح أصول البردوي، دار الكتاب الإسلامي، ج4، ص135.

(3) آل عمران: جزء من الآية 109، وقد تكررت في ستة مواضع من القرآن الكريم.

(4) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، دار الكاتب العربي، بيروت، ج1، ص79.

(5) الزركشي، المنشور في القواعد الفقهية، وزارة الأوقاف الكويتية، ط2، 1405هـ - 1985م، ج2، ص58.

(6) التفازاني، شرح التلويح على التوضيح، مرجع سابق، ج2، ص300.

(7) راجع: ابن الهمام، فتح القدير، دار الفكر، ج5، ص328 و القرافي، الذخيرة، مرجع سابق، ج5، ص341 و الماوردي، الحاوي الكبير، مرجع

ويظهر هذا الحق عند إيقاع العقوبة على الساحر الذي يمارس السحر ويتسبب في جناية توجب القصاص، سواء كانت هذه الجناية بالسحر قد أزهقت النفس أو أتلقت عضواً أو منفعة من منافع المجني عليه مما هو دون النفس، فالحق في مثل هذه الجناية ابتداء هو القصاص، ولا يسقط القصاص بعفو الإمام الذي يتولى الحق العام، لأن حق الآدمي في القصاص مقدم على حق الله تعالى.

ولا يعني سقوط القصاص الذي يغلب فيه حق العبد أن الساحر لا يناله عقاب، فحق الله تعالى يشترك مع حق العبد في هذه الصورة، فقد يثبت على الجاني بالسحر تعامله بالكفر الذي يخرج من دين المجتمع المسلم فيوجب عقوبة الردة التي تندرج في الخيانة العظمى، وهي حق عام لله تعالى، كما سيأتي.

وعليه، فإن السحر يتعلق بحق الله تعالى وحق العبد أيضاً، أما تعلقه بحق الله فذلك من حيث التحضير له وطريقة ممارسته التي غالباً ما تكون بأعمال كفرية، وأما تعلقها بحق العبد إلى جانب حق الله فذلك من حيث الآثار الضارة المترتبة على هذه الممارسة والتي تقع على الشخص المسحور.

وعليه فإن رفعت القضية للقاضي وثبتت الجناية ثبت معها الحق العام لله تعالى، الذي لا يسقط وإن أسقط الشخص المجني عليه الدعوى، ورضي بالصلح أو الدية مثلاً، فليس له أن يتنازل عن الحق العام، ولا عبرة بإسقاطه إن أسقطه، حتى وإن كان مبدأ النظر في الدعوى صادر من تحريك المجني عليه القضية ضد الجاني، فقد تبدأ القضية خاصة وتنتهي عامة وخاصة.

(2) جريمة السحر من حيث موجبها

يندرج تحت جريمة السحر من حيث موجبها أنواع منها عند الفقهاء:

النوع الأول: جريمة السحر الموجبة للقصاص

وصورة هذا النوع من الجنايات فيما لو أقدم الساحر على قتل أحد بسحره، وتوفرت شروط القصاص، وانتفت موانعه، وثبت ذلك بإحدى طرق الإثبات الشرعية، وفي بعض تفاصيل هذا الموضوع خلاف بين الفقهاء.

تحرير محل النزاع:

اتفق الفقهاء على أن الجناية العمد الموجبة للقصاص هي أن يكون القتل بما يقتل غالباً، لكنهم اختلفوا في نوع الآلة المستخدمة، أو الوسيلة التي حدث بها فعل القتل، وذلك تبعاً لما يراه كل مذهب حسب قواعده وأصوله، فمن المذاهب من حصر العمدية في نوع الآلة المستخدمة في القتل وحدد لها مواصفات خاصة، ومنهم من توسع فيها فجعلها شاملة لأي آلة أو وسيلة يمكن أن تحدث الموت في الغالب.

واختلفوا في إلحاق الجناية بالسحر بسائر أدوات القتل العمد الذي يوجب القصاص.

الأقوال:

القول الأول: الجناية بالسحر إن كانت بما يقتل غالبًا توجب القصاص من الساحر القاتل. وهو قول جمهور الفقهاء من المالكية⁽¹⁾ والشافعية⁽²⁾ والحنابلة⁽³⁾.

القول الثاني: الجناية بالسحر لا توجب القصاص، لأن فعل القتل ليس مباشرًا ولم يكن بالسلاح أو الآلة المعدة للقتل وهو قول الحنفية⁽⁴⁾.

الأدلة:

دليل القول الأول:

أن القتل بالسحر يقتل غالبًا فأشبهه القتل بالسكين.

دليل القول الثاني:

أن العمد والقصد مما لا يوقف عليه ولكن الضرب بآلة جارحة قابلة قاطعة دليل على القتل فيقام مقام العمد⁽⁵⁾.

المناقشة والترجيح:

يمكن أن يجاب عن دليل القول الثاني بأمرين:

الأول: قصد العدوان هو موجب القصاص، وهذا القصد يمكن أن يتحقق بأي آلة أو وسيلة.

الثاني: حصر القصاص على الجناية بآلة معينة كالمحدد فيه تعطيل للقصاص، وفتح لباب الجرائم بآلات أخرى، وهذا يتعارض مع مقصد حفظ النفس.

وعليه فإن الراجح هو القول الأول القاضي بأن الجناية بالسحر إن كانت بما يقتل غالبًا فإنها توجب القصاص من الساحر القاتل.

النوع الثاني: جريمة السحر غير الموجبة للقصاص

وصورة هذا النوع من الجنايات فيما لو أقدم الساحر على قتل أحد بسحره، واختل شرط من شروط القصاص، أو وجد مانع من موانعه، أو عفا ولي الدم عن القاتل، أو كانت الجناية غير عمدية.

وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

- (1) راجع: ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، مكتبة الرياض، الرياض، ط2، 1400هـ، ج2، ص1091.
- (2) راجع: الدمياطي، إعانة الطالبين، دار الفكر، ط1، 1418هـ - 1997م، ج4، ص138.
- (3) راجع: ابن قدامة، المغني، دار الفكر، بيروت، ط1، 1405هـ، ج9، ص322.
- (4) راجع: ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة، بيروت، ج8، ص327.
- (5) المرجع السابق.

أولاً: الأقوال

القول الأول: الجناية بالسحر القاتل التي لا توجب القصاص توجب الدية، وهو قول جمهور الفقهاء من المالكية⁽¹⁾ والشافعية⁽²⁾ والحنابلة⁽³⁾.

القول الثاني: الجناية بالسحر القاتل التي لا توجب القصاص، لا توجب الدية أيضاً، وهو قول الحنفية⁽⁴⁾.

ثانياً: الأدلة

أدلة القول الأول:

1. أن القتل حدث عن سبب قاتل، فجاز أن يتعلق به ضمان النفس كالسم وحفر البئر.
2. أنه لا يمتنع أن يفصل من السحر ما يتصل بالمسحور، كما يفصل من المتناوب ما يتصل بالمقابل له فيثاب، وكما يفصل من نظر الذي يعين ما استحسن فيتصل بالمعين والمستحسن، وقد روى أبو هريرة . رضي الله عنه . عن النبي ﷺ أنه قال : "العين حق" ⁽⁵⁾ وفي هذا الدليل انفصال ⁽⁶⁾.

دليل القول الثاني:

أن القتل إنما يضمن بالمباشرة، أو بالأسباب الحادثة عن المباشرة، وليس في السحر واحد منها، فلم توجب ضمان النفس كالشتم والبهت ⁽⁷⁾.

المناقشة والترجيح:

يمكن أن يجاب عن دليل القول الثاني بأمرين:

الأول: السحر سبب للقتل وإن لم يكن بالمباشرة إلا أن النتيجة في كليهما . الجناية بالسحر والقتل المباشر . واحدة وهي الجناية على النفس.

الثاني: قياس الجناية بالسحر على الشتم والبهت قياس مع الفارق؛ فالجناية بالسحر اعتداء على النفس، وفي الشتم والبهت اعتداء على العرض وهو دون النفس.

وعليه فالراجح من وجهة نظري القول الأول لقوة أدلتهم، وكما هو مقرر في أبواب الجنايات والديات عند الفقهاء .

(1) راجع: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق، ج2، ص48.

(2) راجع: الدمياطي، إعانة الطالبين، مرجع سابق، ج4، ص138.

(3) راجع: ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج9، ص322.

(4) راجع: الكاساني، بدائع الصنائع، دار الكتاب العربي، بيروت، 1982م، ج13، ص98.

(5) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الطب، باب العين حق، رقم الحديث (5740)، ج7، ص132 و مسلم في صحيحه، كتاب السلام، باب الطب والمرض والرقى، رقم الحديث (2187)، ج4، ص1719.

(6) راجع: الماوردي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج13، ص98.

(7) المرجع السابق، ج13، ص98.

النوع الثالث: جريمة السحر الموجبة للتعزير

وصورة هذا النوع من الجنايات فيما لو قام الساحر بالسحر دون أن يترتب على سحره ما يقتص به منه، أو ما تجب عليه الدية في ماله، أو كمن سحر بالأدوية والتدخين أو بسقي شراب مضر وهذا على رأي من يقول بعدم قتل الساحر لمجرد عمله بالسحر⁽¹⁾.

وحجتهم في ذلك: أن الأصل هو العصمة ولم يثبت ما يزيلها⁽²⁾.

ثانيًا: أنواع جريمة السحر في القانون

يتم تقسيم الجرائم في القانون وفقاً لعدة معايير أولها من حيث الجسامة، وثانيها من حيث الركن المادي وثالثها من حيث الركن المعنوي، وبمراجعة النص القانوني المحدد للركن الشرعي للجريمة نوضح موقع جريمة السحر داخل هيكل تقسيم الجرائم على النحو التالي:

أ. من حيث الجسامة

ويقصد بجسامة الجريمة، خطورة السلوك المرتكب من قبل الجاني بعيداً عن الضرر الذي لحق بالمجني عليه، وتقسم الجرائم وفقاً لذلك إلى جنايات وجنح ومخالفات، ووفقاً لما هو معلوم أن المشرع يعتمد على جسامة العقوبة للكشف عن جسامة الجريمة.

وقد نص المشرع على العقوبة المقررة لمرتكب جريمة السحر وهي عقوبة الحبس والغرامة التي لا تقل عن خمسين ألف درهم، ومؤدى ذلك أن جريمة السحر تدخل ضمن جرائم الجنح والمقرر لها عقوبة الحبس والغرامة التي تزيد على ألف درهم.

ب. من حيث وضع الركن المادي

يقوم هذا التقسيم على ظروف الركن المادي المكون للسلوك الإجرامي، ويقسم إلى جرائم سلبية وجرائم إيجابية، وجرائم وقتية وجرائم مستمرة، وجرائم بسيطة وجرائم اعتياد، وجرائم ذات نتيجة وجرائم سلوك وهي ما يطلق عليها الجرائم الشكلية.

(1) جريمة السحر من الجرائم الإيجابية

وتكون الجريمة إيجابية إذا كان السلوك المكون للجريمة فعلاً، بينما تكون الجريمة سلبية إذا كان السلوك المكون للجريمة تركاً (امتناعاً) وفقاً للرأي الراجح في الفقه. وجريمة السحر لا تقع إلا باتخاذ الساحر نشاطاً إيجابياً عبر عنه المشرع بقوله: "كل من ارتكب عملاً من أعمال السحر أو الشعوذة، سواء كان ذلك حقيقة أو خداعاً"؛ فالنص واضح وضوحاً جلياً بأن المشرع تطلب

(1) راجع: الماوردي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج13، ص98 و ابن مفلح، الفروع، تحقيق أبو الزهراء حازم القاضي، دار الكتب العلمية، بيروت، 1418هـ، ج6، ص619.

(2) البهوتي، شرح منتهى الإرادات، عالم الكتب، بيروت، 1996م، ج3، ص404.

في الجريمة سلوكاً صادراً عن الجاني يتمثل في عمل يقوم به، وهو ما يؤكد أن الجريمة من الجرائم الإيجابية ومن ثم فهي لا تقع بالامتناع.

(2) جريمة السحر من الجرائم الوقتية

تكون الجريمة من الجرائم الوقتية إذا كان السلوك يبدأ وينتهي في وقت واحد متصل من حيث الزمن حيث لا يفصل بينهما وقت طويل، وقد عرف المشرع الجريمة الوقتية بقوله " الجريمة الوقتية هي التي يكون فيها الفعل المعاقب عليه مما يقع وينتهي بطبيعته بمجرد ارتكابه"⁽¹⁾. ووفقاً للتعريف السابق فإن ما يقوم به مرتكب جريمة السحر من أفعال هي أفعال وقتية حتى لو استمر أثرها لفترة من الزمن فلا ينال ذلك من كونها جريمة وقتية، وذلك بعكس الجرائم المستمرة التي يتجدد سلوك الجاني فيها من أجل تحققها مثل جريمة سلب حرية الأشخاص دون سند قانوني. وقد عرف المشرع الجريمة المستمرة بأنها: " إذا كون الفعل حالة مستمرة تقتضي تدخلاً متجديداً من الجاني فترة من الزمن كانت الجريمة مستمرة"⁽²⁾.

(3) جريمة السحر من الجرائم البسيطة وليست من جرائم الاعتياد

الجريمة البسيطة هي السلوك الجنائي الذي يكتفي المشرع بارتكابه مرة واحدة من قبل الجاني لقيام المسؤولية الجنائية، وتُعد جريمة السحر من الجرائم البسيطة شأنها شأن جريمة السرقة وجريمة الاحتيال، فلم يتطلب المشرع للمساءلة عنها ارتكابها أكثر من مرة بل اكتفى بوقوعها مرة واحدة، وذلك على خلاف جرائم الاعتياد وهي سلوكيات يتطلب المشرع لقيام مسؤولية الجاني عنها تكرار السلوك عدة مرات، مثل جرائم الاعتياد على ممارسة الفجور أو الدعارة، فنجد أن النص المجرم للفعل تطلب ارتكابها أكثر من مرة ويستدل على ذلك من عبارة اعتاد ممارسة الفجور أو الدعارة⁽³⁾، وأيضاً لكي يُسأل المتهم عن جريمة الربا لابد ان يعتاد المتهم ارتكاب ذلك السلوك أكثر من مرة⁽⁴⁾.

(4) جريمة السحر من جرائم النتيجة وجرائم السلوك

الركن المادي في الجريمة يتكون من ثلاثة عناصر هي السلوك والنتيجة وعلاقة السببية، إلا أنه من الثابت أن بعض السلوكيات الجنائية يكتفي المشرع بتحقيق مسؤولية الجاني عنها حتى وإن لم ينتج عنها ضرر، وهذه هي الجرائم السلوك أو ما يطلق عليها "الجرائم الشكلية" ونجد أن جريمة السحر عندما تناولها المشرع في المادة (316) مكرر (1) أشار إلى وقوع الجريمة بالقول أو الفعل المخالف للشريعة الإسلامية إذا قصد به التأثير في بدن الغير أو قلبه أو عقله أو إرادته مباشرة أو غير مباشرة أي تحقيق نتيجة من جراء ممارسته أعمال السحر، ومن ثم فإن المشرع عاقب على إرادة تحقيق نتيجة في بدن الغير أو قلبه أو عقله أو إرادته.

(1) المادة 33 / 1 من قانون العقوبات الاتحادي رقم 3 لسنة 1987.

(2) المادة 3/33 من قانون العقوبات الاتحادي رقم 3 لسنة 1987.

(3) تنص المادة (368) من قانون العقوبات الاتحادي رقم (3) لسنة 1987 على أنه: " يعاقب بالسجن المؤقت كل من اعتاد ممارسة الفجور أو الدعارة".

(4) تنص المادة (412) من قانون العقوبات الاتحادي رقم (3) لسنة 1987 على أنه: " يعاقب كل شخص طبيعي اعتاد الإقراض بالربا بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات".

وفضلاً عن ذلك امتد التجريم للحالات التي يمارس فيها القائم بالسحر سلوكاً فقط كمجرد الادعاء بعلم الغيب أو معرفة الأسرار أو الإخبار عما في الضمير، وكلمة ادعاء يستفاد منها عدم تصور وقوع نتيجة، لذا يعتبر المشرع قد اعتد في التجريم بمجرد مباشرة السلوك، وسوف نتناول ذلك لاحقاً أيضاً عند شرح عنصر النتيجة أثناء دراسة أركان الجريمة.

أما جريمة السحر من حيث موجبها فهي جريمة موجبة للتعزير، وقد أوضح المشرع في قانون العقوبات الإماراتي في المادة الأولى أنه يُطبق في شأن جرائم الحدود والقصاص والدية أحكام الشريعة الإسلامية، وتحدد الجرائم والعقوبات التعزيرية وفق أحكامه وأحكام القوانين العقابية الأخرى⁽¹⁾، وبموجب التعديل الوارد بالمرسوم بقانون اتحادي رقم 7 لسنة 2016، تكون جريمة السحر جريمة تعزيرية تنطبق عليها العقوبات الواردة ضمن أحكام المادتين (316) مكرر (1) و (316) مكرر (2)، طالما أن ما قام به الجاني لا يندرج تحت أي صورة من جرائم الحدود والقصاص والدية، أو تخلفت الضوابط والشروط الفقهية اللازمة لتوقيع العقوبات الشرعية.

المطلب الثالث

أركان الجريمة

الفرع الأول

أركان الجريمة في الفقه الإسلامي

سبق أن بينا أن الجرائم محظورات شرعية زجر الله تعالى عنها بحد أو تعزير، وأن المحظورات إما أن تكون بإتيان فعل محرم منهي عنه، أو تكرار إتيان الفعل المكروه، أو ترك فعل واجب مأمور فعله، أو تكرار ترك الفعل المندوب إليه، كما بينا أنها وصفت بأنها شرعية؛ لأنها يجب أن تكون محظورة بنصوص الشريعة، وأن الفعل والترك لا يعتبر بذاته جريمة إلا إذا كان معاقباً عليه.

ولما كانت الأوامر والنواهي تكاليف شرعية فإنها لا توجه إلا لكل عاقل فاهم للتكليف، إذ التكليف خطاب، وخطاب من لا عقل له ولا فهم محال .

فيتبين مما سبق أن للجريمة بصفة عامة أركاناً لا بد من توافرها، وهذه الأركان ثلاثة:

الركن الأول: أن يكون هناك نص يحظر الجريمة ويعاقب عليها.

وقد جاءت نصوص كثيرة من الكتاب والسنة بتحريم السحر، والتحذير منه، أكتفي بذكر بعض منها، وهي كالآتي:

1. قوله تعالى: (وَمَا يُعْلِمَانِ مِنْ أَخٍ حَتَّى يَقُولَا إِنَّمَا نَحْنُ فِتْنَةٌ فَلَا تَكْفُرْ)⁽²⁾ .

(1) نصت المادة الأولى من قانون العقوبات الاتحادي لدولة الإمارات العربية رقم 3 لسنة 1987 على أنه: "تسري في شأن جرائم الحدود والقصاص والدية أحكام الشريعة الإسلامية، وتحدد الجرائم والعقوبات التعزيرية وفق أحكام هذا القانون والقوانين العقابية الأخرى".

(2) البقرة: جزء من الآية 102.

وجه الاستدلال من الآية: أن الله تعالى أخبر أن تعلم السحر كفر، وما كان تعلمه كفر، لا شك في تحريمه.
2. قوله تعالى: (وَيَتَعَلَّمُونَ مَا يَضُرُّهُمْ وَلَا يَنْفَعُهُمْ) (1).

وجه الاستدلال من الآية : أن ما كان تعلمه ضرراً، لا نفع فيه، يكون حراماً.

3. ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ : " اجتنبوا السبع الموبقات، قالوا: وما هن، يا رسول الله؟، قال: الشرك بالله، والسحر ... (2).

وجه الاستدلال من الحديث: أن رسول الله ﷺ عدَّ السحر من الموبقات؛ فدل على أنه محرم.

4. عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال: " من أتى عرافاً أو ساحراً، أو كاهناً فصدقه بما يقول: فقد كفر بما أنزل على قلب محمد ﷺ " (3).

وجه الاستدلال من الحديث: أن النبي ﷺ أخبر أن الإتيان للساحر، وتصديقه لما يقول كفر، وكفر فاعل السحر من باب أولى، وما كان يؤدي بصاحبه إلى الكفر، لاشك في تحريمه.
ويسمى هذا الركن (بالركن الشرعي) في القانون.

الركن الثاني: إيقاع الفعل على إنسان

وهو ما سبق ذكره عند الحديث عن أنواع جريمة السحر من حيث الحقوق المتعلقة بها ، حيث ذكرنا أن هناك ما يتعلق بحق الله تعالى، ومن ما يغلب فيه حق العبد، فما كان حقاً لله فمحل الجريمة هو عقول الناس وفيه تعدي على الحق العام ، وما غلب فيه حق العبد فمحل الجريمة هو جسد الإنسان، وعليه فإن محل الجريمة إجمالاً هو الإنسان، فلا تسمى جريمة إن كان الفعل واقعاً على غيره من الكائنات.
ويقابل هذا الركن (ركن المحل) في القانون.

الركن الثاني: إتيان الفعل المكون للجريمة سواء كان فعلاً أو امتناعاً.

ولما كانت الجرائم محظورات شرعية زجر الله تعالى عنها بحد أو تعزير، وكان من المحظورات إتيان فعل محرم منهي عنه، فإن النصوص السابقة الدالة على حكم الشارع على السحر بالتحريم؛ وزجر فاعله بحد أو تعزير، يجعل ارتكاب السحر جريمة .

ويشترط في فعل السحر الذي يصح شرعاً التكليف بالامتناع عنه ثلاثة شروط:

الأول: إمكان علم المكلف بأن فعل السحر محرم.

الثاني: أن يكون معلوماً أن التكليف به صادر ممن له سلطان التكليف؛ ليتحقق الامتناع به.

(1) البقرة: جزء من الآية 102.

(2) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الوصايا، باب قول الله تعالى : " إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً..."، رقم الحديث (2766)، ج4،

ص10 و مسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، باب بيان الكيائير وأكبرها، رقم الحديث (89)، ج1، ص92.

(3) أخرجه ابن الجعد في مسنده، من حديث إسرائيل بن يونس عن أبي إسحاق، رقم الحديث (1941). مسند ابن الجعد، تحقيق عامر أحمد حيدر، مؤسسة نادر، بيروت، ط1، 1410 - 1990، ص287 و أبو يعلى الموصلي في مسنده ، مسند عبد الله بن مسعود، رقم الحديث (5408). مسند أبي يعلى الموصلي، تحقيق حسين سليم أسد، دار المأمون للتراث، دمشق، ط1، 1404هـ-1984م، ج9، ص280. وجؤد إسناد ابن حجر في فتح الباري، راجع: ابن حجر، فتح الباري، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار المعرفة، بيروت، 1379، ج10، ص217.

الثالث: أن يكون الفعل المكلف به ممكناً، أو أن يكون في قدرة المكلف أن يفعله أو أن يكلف عنه⁽¹⁾.
ويقابل هذا الركن (الركن المادي) في القانون.

الركن الثالث: أن يكون الجاني مكلفاً .

ولاعتبار السحر جريمة في الفقه، لا بد من أن يكون فاعلها مكلفاً، وذلك يتحقق بتوفر شرطين هما :
الأول: أن يكون الساحر قادراً على فهم دليل التكليف، بأن يكون في استطاعته فهم نصوص الشريعة التي تحرم السحر؛
ويتحقق ذلك بالعقل لأنه أداة الفهم، ولأن العقل أمر خفي لا يدرك بالحس الظاهر، ربط الشارع التكليف بأمر ظاهر يدرك بالحس هو مظنة للعقل وهو البلوغ.

الثاني: أن يكون الساحر أهلاً لما كلف به.
ويقصد بالأهلية في هذا البحث أهلية الأداء: وهي صلاحية المكلف، لأن تكون أقواله وأفعاله معتبرة شرعاً؛ فإذا جنى الساحر على غيره، في نفس أو مال أو عرض أخذ بجنايته وعوقب عليها⁽²⁾.
ويقابل هذا الركن (الركن المعنوي) في القانون.

الفرع الثاني

أركان الجريمة في قانون العقوبات الإماراتي

لم يضع المشرع من قبل نصاً قانونياً يجرم ارتكاب أعمال السحر أو الشعوذة وكانت تدخل تلك الأعمال ضمن نصوص المادة (399) عقوبات والخاص بجريمة الاحتيال في الباب الثامن من الكتاب الثاني من قانون العقوبات الاتحادي رقم 3 لسنة 1987، والمخصص للجرائم الواقعة على المال. على النحو السالف الإشارة إليه في التقديم، ثم صدر المرسوم بقانون رقم 8 لسنة 2016 بالنص على الجريمة في المادتين (316) مكرر 1 و (316) مكرر 2، وقد ألحق المشرع الجريمة بالباب الخامس من الكتاب الثاني من قانون العقوبات الاتحادي والمخصص للجرائم الماسة بالعقائد والشعائر الدينية لتخرج من جرائم الأموال إلى الجرائم الماسة بالعقائد والشعائر الدينية. وقد أحسن المشرع صنعا في ذلك، حيث أن من هذه الجرائم ما يقع دون مقابل وهو ما جرمه المشرع أيضاً في المادة (316) مكرر 1 بقوله " بمقابل أو بدون مقابل ".

وسوف نتناول أركان الجريمة والتي تقوم بأربعة أركان هي:

الركن الشرعي للجريمة ، وركن المحل، والركن المادي، والركن المعنوي الذي يتخذ صورة القصد الجنائي.

(1) راجع: الغزالي، المستصفي، تحقيق محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، ط1، 1413هـ - 1993م، ص69.
(2) المرجع السابق، ص67.

الركن الأول: الركن الشرعي

الجريمة هي فعل غير مشروع، فلا قيام لجريمة إذا لم يكن هناك قانون يجرمها، فالأصل في الأشياء الإباحة، وحينما يكون الفعل غير مشروع تقوم الجريمة إذا توافرت باقي الأركان.

والركن الشرعي للجريمة هو الصفة غير المشروعة للفعل، فجوهره تكييف قانوني يُخلع على الفعل، والمرجع في تحديده هو إلى قواعد قانون العقوبات، والركن الشرعي يتجرد من الكيان المادي باعتباره مجرد تكييف قانوني، وهو بذلك يتميز عن الركن المادي للجريمة⁽¹⁾.

ويذهب أغلب الفقهاء إلى تعريف الركن الشرعي بأنه " نص التجريم الواجب التطبيق على الفعل"⁽²⁾. ويرى الفقيه الدكتور محمود مصطفى أن التعريف الأخير محل نقد إذ من العسير اعتبار نص التجريم ركناً في الجريمة في حين أنه خالقها ومصدر وجودها، ولا يتصور العقل اعتبار الخالق مجرد عنصر فيما خلق⁽³⁾. بينما يرى جانب آخر من الفقه أن أركان الجريمة ثلاثة، الركن المادي بعناصره الثلاثة (السلوك والنتيجة وعلاقة السببية)، والركن المعنوي بصورتيه العمد والخطأ، وركن شرعي نقصد به، النص التشريعي الذي يجرم السلوك⁽⁴⁾. ويؤيد الدكتور محمد ذكي أبو عامر ذلك بقوله " فالجريمة لم تكتسب وصفها كجريمة إلا منذ تقرر تجريمها بنص قانوني، وما عدم مشروعيتها إلا نتيجة لهذا التجريم"⁽⁵⁾.

ووفقاً لذلك فإن وجود الجريمة مرتبط بتوافر هذه الأركان، مجتمعة، فإذا تخلف الركن المادي المتمثل في السلوك الجنائي فلا وجود للجريمة، وكذلك الحال إذا تخلف الركن المعنوي المتمثل في العلم والإرادة أو القصد الجنائي، ونفس الحال إذا تخلف النص القانوني المجرم للسلوك، أو " الصفة غير المشروعة للفعل المكون للجريمة، حيث يكتسب هذا الفعل تلك الصفة إذا تبين أنه خاضع لنص يجرمه وغير خاضع لنص يبيحه"⁽⁶⁾.

أولاً: المادة (316) مكرراً 1

1- يعاقب بالحبس والغرامة التي لا تقل عن خمسين ألف درهم، كل من ارتكب عملاً من أعمال السحر أو الشعوذة، سواء كان ذلك حقيقة أو خداعاً، بمقابل أو بدون مقابل .

(1) د. مأمون محمد سلامة، ص 172 مشار إليه في مؤلف د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة، الطبعة الثامنة، 2016، دار النهضة العربية، مصر، د. محمود محمود مصطفى، أصول قانون العقوبات في الدول العربية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، 1983.

(2) د. السعيد مصطفى السعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، 1962، ص 87، علي بدوي، ص 101.

(3) د. محمود محمود مصطفى، المرجع السابق، رقم 21، ص 37. د. عوض محمد عوض، قانون العقوبات، القسم العام، الإسكندرية.

(4) د. خليفة بن راشد الشعالي، شرح قانون العقوبات الإماراتي، النظرية العامة للجريمة، الكتاب الأول، الطبعة الثالثة، 2010، مكتبة راشد، ص 100.

(5) د. محمد زكي أبو عامر وسليمان عبد المنعم، القسم العام من قانون العقوبات، ص 139.

(6) د. أحمد عوض بلال، مبادئ قانون العقوبات المصري، القسم العام، ص 109.

- 2- يعد من أعمال السحر: القول أو الفعل المخالف للشرعية الإسلامية إذا قصد به التأثير في بدن الغير أو قلبه أو عقله أو إرادته مباشرة أو غير مباشرة حقيقة أو تخيلاً .
- 3- يعد من أعمال الشعوذة ما يأتي :
 - أ- التمويه على أعين الناس أو السيطرة على حواسهم أو أفئدتهم بأي وسيلة لحملهم على رؤية الشيء على خلاف الحقيقة بقصد استغلالهم أو التأثير في معتقداتهم أو عقولهم .
 - ب- ادعاء علم الغيب أو معرفة الأسرار أو الإخبار عما في الضمير بأي وسيلة كانت بقصد استغلال الناس .
- 4- تحكم المحكمة بإبعاد المحكوم عليه الأجنبي عن الدولة .
- 5- في جميع الأحوال تحكم المحكمة بمصادرة الأشياء المضبوطة .

ثانياً: المادة (316) مكرراً 2

- يعاقب بالحبس والغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من :
- 1- استعان بساحر بقصد التأثير في بدن الغير أو قلبه أو عقله أو إرادته .
 - 2- جلب أو استورد أو أدخل إلى الدولة أو حاز أو أحرز أو تصرف بأي نوع من أنواع التصرف في كتب أو طلاس أو مواد أو أدوات مخصصة للسحر أو الشعوذة .
 - 1- روج بأي وسيلة من الوسائل لأي عمل من أعمال السحر أو الشعوذة .

أهمية الركن الشرعي في جريمة السحر:

تعود أهمية الركن الشرعي لأي جريمة إلى أنه يُعد تطبيقاً لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ومؤداه " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" والذي هو ثمرة جهد فكري وفلسفي بدء منذ العهد الأعظم " **Magna Charta** " الذي منحه الملك جون لرعاياه عام 1216 في إنجلترا، وفي إعلان الحقوق في الولايات المتحدة الأمريكية عام 1774 وفي وثيقة حقوق الإنسان في فرنسا عام 1789 حيث لا يعاقب أحد إلا بناء على قانون صادر قبل ارتكاب الجريمة ومطبق على نحو قانوني، ووثق ذلك، الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ العاشر من ديسمبر عام 1948. حيث نص على أنه " لا يدان أي شخص من جراء أداء عمل أو الامتناع عن عمل إلا إذا كان ذلك يعتبر جرمًا وفقاً للقانون الوطني أو الدولي وقت ارتكاب ذلك الجرم. كذلك لا توقع عليه عقوبة أشد من تلك التي كان يجوز توقيعها وقت ارتكاب الجريمة"⁽¹⁾.

والركن الشرعي يحدد الماديات التي يسبغ الشارع عليها الصفة غير المشروعة، إذ من البديهي أن يحدد القانون الموضوع الذي يتعلق به التكييف القانوني قبل أن يقرر ذلك التكييف، وهذه الماديات هي جوهر الركن المادي⁽²⁾.

واستحداث المشرع للمادتين 316 مكرر 1 و2 أنشأ لهذه الجريمة ركناً شرعياً مستقلاً بعد أن كانت هذه الجريمة تستمد ركنها الشرعي من جريمة الاحتيال، ومؤدى المبدأ هو تحديد السلوكيات التي يجرمها المشرع وإعلام الجميع بحظرها، وإثباتها في

(1) د. خليفة بن راشد الشعلي، المرجع السابق، ص 63 وما بعدها.

(2) د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، طبعة 2015 ص 73.

نصوص قانونية جامعة مانعة، واضحة لا لبس فيها، وتحديد العقوبات التي توقع على كل من يرتكب أي منها، وتتفرد السلطة التشريعية دون غيرها من السلطات بهذه المهمة، ويمنع غيرها من السلطات عنها.

فالقاضي لا يستطيع أن يعتبر فعلاً معيناً جريمة إلا إذا وجد نصاً جرم فيه الشارع هذا الفعل، فإن لم يجد مثل هذا النص فلا سبيل إلى اعتبار الفعل جريمة، ولو اقتنع بأنه مناقض للعدالة أو الأخلاق أو الدين أو ضار بالمجتمع أبلغ الضرر، وإذا تطلب الشارع لاعتبار الفعل جريمة توافر شروط معينة، فالقاضي ملتزم بكل هذه الشروط، فلا يجوز له أن يغفل أحدها ولو كان في رأيه قليل الأهمية، وحيث يثبت خضوع الفعل لنص التجريم، فلا يجوز للقاضي أن يوقع من أجله غير العقوبة التي حددها الشارع في هذا النص، متقيداً بنوعها ومقدارها⁽¹⁾.

ويعتبر مبدأ شرعية الجرائم ضماناً للحقوق والحريات، لذلك تبنته الدساتير المتحضرة في أغلب الدول، وقد أخذ به المشرع في دولة الإمارات العربية المتحدة في المادة (27) من الدستور⁽²⁾.

وقد أصدر المشرع المادتين (316) مكرر 1 و (316) مكرر 2 ليجرم أعمال السحر وكل ما يتصل بها، وكذا استحدث المشرع تجريم كل من يلجأ للاستعانة بمن يقوم بتلك الأعمال، ولم يكن ذلك يسري من قبل في ظل خضوع هذه الأفعال لنص المادة (399) في شأن جريمة الاحتيال، حيث يتم التعامل مع من يلجأ للساحر أو المشعوذ باعتباره شاهد وليس متهم.

الركن الثاني: محل الجريمة

حدد المشرع الإماراتي محل جريمة السحر بأنه "التأثير في بدن الغير أو قلبه أو عقله أو إرادته مباشرة أو غير مباشرة حقيقة أو تخيل".

كما نص على محل جريمة الشعوذة بأنه "التمويه على أعين الناس أو السيطرة على حواسهم أو أفئدتهم بأي وسيلة لحملهم على رؤية الشيء على خلاف الحقيقة بقصد استغلالهم أو التأثير في معتقداتهم أو عقولهم".

ومعنى النص القانوني للجريمة أن جريمة السحر يُشترط أن تقع على إنسان ولا محل لها لو وقعت أعمال السحر على غيره، والإنسان بتكوينه يشمل شقين، الأول منهما مادي والثاني نفسي، ويصلح كل منهما لوقوع أعمال السحر عليه. ويمكن تقسيم محل الجريمة وفقاً لما ورد في النص القانوني إلى التالي:

أولاً: بدن الإنسان

ويقصد به جسد الإنسان، والمعنى الدقيق للبدن في اللغة هو ما سوى الرأس والأطراف من الجسم⁽³⁾. وفي معجم مختار الصحاح بَدَنُ الإنسان: جسده. ونعتقد أن المشرع حينما استخدم كلمة بدن في النص القانوني قصد جسد الإنسان كاملاً، فقد

(1) د. أحمد فتحي سرور، المرجع السابق ص 80.

(2) تنص المادة 27 من الدستور على أنه "يحدد القانون الجرائم والعقوبات. ولا عقوبة على ما تم من فعل أو ترك قبل صدور القانون الذي ينص عليها".

(3) راجع: المعجم الوسيط، إبراهيم مصطفى وآخرون، ج 1، ص 44.

تبعه بكلمتي القلب والعقل وإن كان القلب في البدن في المعنى العام لكن العقل في الرأس، وهو ما يشير إلى أن المشرع ذهب إلى تجريم كل فعل يقع على كامل جسد الإنسان.

ثانياً: القلب

والقلب في اللغة معناه الفؤاد وقد يعبر به عن العقل كقوله تعالى: (إِنَّ فِي ذَلِكَ لَذِكْرَى لِمَنْ كَانَ لَهُ قَلْبٌ أَوْ أَلْقَى السَّمْعَ وَهُوَ شَهِيدٌ)⁽¹⁾. أي لمن له عقل. وأيضاً ما جاء بقوله تعالى: (أَفَلَمْ يَسِيرُوا فِي الْأَرْضِ فَتَنُكُونَ لَهُمْ قُلُوبٌ يَعْقِلُونَ بِهَا أَوْ آذَانٌ يَسْمَعُونَ بِهَا فَإِنَّهَا لَا تَعْمَى الْأَبْصَارُ وَلَكِنْ تَعْمَى الْقُلُوبُ الَّتِي فِي الصُّدُورِ)⁽²⁾.

ثالثاً: الإرادة

أضاف المشرع تجريماً لما يقع على بدن الإنسان وقلبه، وهو تجريم كل ما يقع بفعل السحر على إرادة الإنسان فينتقص منها أو يغير فيها.

رابعاً: التمويه على أعين الناس أو السيطرة على حواسهم أو أفندتهم بأي وسيلة

والمقصود بالتمويه على أعين الناس هو التأثير على أعين الناس مما يؤدي إلى رؤية الشيء على خلاف الحقيقة بقصد استغلالهم أو التأثير في معتقداتهم أو عقولهم. وهذا مما يمارسه السحرة والمشعوذين. وقد جاء ذلك في قوله تعالى: (قَالَ أَلْقُوا فَلَمَّا أَلْقَوْا سَحَرُوا أَعْيُنَ النَّاسِ وَاسْتَرْهَبُوهُمْ وَجَاءُوا بِسِحْرٍ عَظِيمٍ)⁽³⁾ كما جاء ذلك أيضاً في قوله تعالى: (قَالَ بَلْ أَلْقُوا فَإِذَا حِבَالُهُمْ وَعَصِيصُهُمْ يُخَيَّلُ إِلَيْهِ مِنْ سِحْرِهِمْ أَنَّهَا تَسْعَى)⁽⁴⁾.

الركن الثالث: الركن المادي

تقوم كل جريمة على هيكل مادي ملموس لا يتحقق بنيانها القانوني بدونه، بيد أن هذا الهيكل لا يتخذ شكلاً واحداً في كافة الجرائم، حيث تتوقف طبيعة الأفعال المكونة له على نوع كل جريمة، وفقاً لما يتطلبه نص التجريم⁽⁵⁾. ويتمثل الركن المادي في جريمة ارتكاب عملاً من أعمال السحر أو الشعوذة في فعل يقوم به الجاني، ومن ثم فإن الجريمة هي من الجرائم الإيجابية التي يتألف ركنها المادي من ثلاثة عناصر رئيسية هي السلوك الإجرامي والنتيجة الجرمية وعلاقة السببية التي تربط بين السلوك والنتيجة.

(1) سورة ق: الآية 37.

(2) سورة الحج: الآية 46.

(3) سورة الأعراف: الآية 116.

(4) سورة طه: الآية 66.

(5) د. أحمد عوض بلال، مبادئ قانون العقوبات المصري، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص 254. د. علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات، القسم الخاص، جرائم الاعتداء على الإنسان والمال، منشورات الحلبي القانونية، الطبعة الأولى، 2010، ص 475.

أولاً: السلوك الإجرامي

لا توجد جريمة بدون سلوك مادي، فالقانون لا يعاقب على مجرد النوايا التي يضمهرها الإنسان مهما كانت شريرة، بل يتعين أن يكشف عنها مظهر خارجي يتجلى في سلوك مادي⁽¹⁾. والقاعدة أن القانون لا يحفل بالوسيلة التي يتم من خلالها مباشرة السلوك الإجرامي، طالما كان من شأنها تحقيق الاعتداء على المصلحة المحمية جنائياً⁽²⁾.

ولم يحدد المشرع الأفعال التي تقع بها جريمة السحر على سبيل الحصر، وقد أحسن صنعا في ذلك، وإنما جاء تعبيره عن صور السلوك بقوله إنه يعد من أعمال السحر:

- القول أو الفعل المخالف للشرعية الإسلامية إذا قصد به التأثير في بدن الغير أو قلبه أو عقله أو إرادته مباشرة أو غير مباشرة حقيقة أو تخيلاً.

وبناءً عليه فإن الجريمة تقع بأي فعل أو قول يقصد به التأثير في بدن الغير أو قلبه أو عقله... إلى آخره، لأن معنى يعد من أعمال السحر، أي أن هناك أعمال أخرى خلاف ما ذكره المشرع، متى كان القصد منها التأثير في بدن الغير أو قلبه أو عقله أو إرادته مباشرة أو غير مباشرة حقيقة أو تخيلاً.

ومن المجمع عليه في الفقه والقضاء الجنائيين ألا جريمة بغير نشاط مادي يكون هو قوام السلوك الإجرامي فيها ويعكس إلى العالم الخارجي ما دار في نفس الجاني سابقاً على ذلك النشاط ومعاصراً له. فالقاعدة ألا شأن لقانون العقوبات بالمرحلة النفسية أو الإرادية السابقة على النشاط الملموس، فما يدور داخل مكنون النفس أو ما تعتلج به الصدور من نوازع وهواجس وأفكار ورغبات ونوايا إجرامية لا سلطان للقانون عليه، طالما لم يقتزن ذلك بمظهر خارجي يستدل به عليه⁽³⁾.

المقصود بالقول أو الفعل المخالف للشرعية الإسلامية:

كل عبارات أو أفعال يستخدمها القائم بالسحر وتأتي بالمخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية، ومما يجدر الإشارة إليه أنه يستوي في نظر القانون الوسيلة المستخدمة في تنفيذ السلوك الإجرامي، فالمهم في نظر القانون هو السلوك نفسه⁽⁴⁾. وقد تتخذ الأعمال المادية صورة القيام بأفعال أو حركات غريبة، أو الكلام بلغة غير مفهومة، وذلك لتأييد ادعاء الجاني بأن له قدرة خارقة على عمل شيء معين، كشفاء المرضى، أو تسخير الجن لتحقيق أمور يعجز أصحابها عن تحقيقها⁽⁵⁾.

(1) د. أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص 529. د. رؤوف عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، دار الفكر العربي، الطبعة الثامنة، 1985، ص 462 وما بعدها.

(2) د. أحمد عوض بلال، المرجع السابق، ص 293.

(3) د. أحمد عوض بلال، المرجع السابق، ص 255.

(4) د. أحمد فتحي سرور المرجع السابق، ص 529.

(5) راجع: د. فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، الطبعة الثانية، 2000، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 827.

وتطبيقاً لذلك قُضي بأنه إذا تظاهر المتهم باتصاله بالجن والتخاطب معهم واستخدامهم في أغراضه، واتخذ لذلك عدته من كتابات وبخور، ثم أخذ يتحدث على بيضة ويرد على نفسه بأصوات مختلفة ليلقي في روع المجني عليهم أنه يتخاطب مع الجن حتى حصل بذلك منهم على مالهم بدعوى مساعدتهم في قضاء حاجاتهم فإنه يُعد مرتكباً للجريمة⁽¹⁾.

وقُضي بأنه: "إذا قامت الزوجة بتأييد ما يزعمه زوجها من قدرته على شفاء المجني عليه باتصاله بالجن، فترتب على ذلك تسليم المجني عليه النقود إلى الزوج انعقدت المسؤولية"⁽²⁾.

ولا تقع صور السلوك في أعمال السحر والشعوذة تحت حصر، لذلك سوف نذكر أكثر صور السلوك الإجرامي انتشاراً من واقع أحكام المحاكم وهي على سبيل المثال لا الحصر.

أكثر صور السلوك ذيوماً وانتشاراً في جريمة السحر:

- رش السوائل بعد قراءة التعويذات السحرية عليها عند مداخل المنازل أو المحال العامة أو في أركان الغرف داخل المنازل⁽³⁾.

- ادعاء علم الغيب أو معرفة الأسرار أو الإخبار عما في الضمير بأي وسيلة كانت بقصد استغلال الناس .
- النفث من أجل السحر ويفعلونه في بعض الأحيان لما يسمى بالصرف، فيصرفون به الرجل عن زوجته، ويقع ذلك عند عقد الزواج، فيبعد الرجل عن زوجته، ولا يقوى على جماعها، فمن عقد هذه العقدة، فقد ارتكب السلوك الإجرامي في جريمة السحر كما قال تعالى : (وَمِنْ شَرِّ النَّفَّاثَاتِ فِي الْعُقَدِ) (4) (5).

(1) راجع: حكم محكمة النقض المصرية، نقض 13 أبريل سنة 1942، مجموعة القواعد القانونية ج 5 رقم 381 ص 643، مشار إليه بالمرجع السابق.

(2) راجع: حكم محكمة النقض المصرية، نقض 7 مايو سنة 1962 مجموعة أحكام محكمة النقض س 13 رقم 112 ص 443.

(3) "إن مدير محل "كان قد لاحظ عند فتح المحل في الصباح وجود أنثية وكمية من الملح ملقاة أمام المحل ولما تكرر ذلك طلب من الخفير النظامي المعين لحراسة محل "....." المجاور لمحل مراقبة المحل لمعرفة الشخص الذي يلقي هذه الأنثية ليلاً وضبطه والذهاب به إلى البوليس لمعرفة السبب في فعلته هذه وفي منتصف الواحدة من صباح يوم 18 من يوليو سنة 1955 بينما كان الخفير النظامي في نوبة حراسته أمام محل رأى المتهم "الطاعن" وقد وقف أمام باب محل وأخذ يتلفت يمنة ويسرة ثم أخذ يسكب سائلاً أبيض من زجاجة كان يحملها أمام باب المحل فأسرع إليه وضبطه فحاول المتهم كسر الزجاج التي كانت معه فحال الخفير بينه وبين ذلك وأخذ منه الزجاج وقاده إلى القسم وفي الطريق أخذ المتهم يرحوه في مسامحته وتركه وقدم له مبلغ خمسة وثلاثين قرشاً كرشوة مقابل ذلك فرفض قبولها وأصر على أن يقدمه إلى القسم مبلغاً بالأمير ثم قدم المتهم له جنيناً آخر راجياً تركه فلم يقبل وساقه إلى القسم وأبلغ بالحادث وبعرض المتهم عليه الرشوة من أجل إخلاء سبيله - وقد اعترف المتهم بالتحقيقات بعرضه النقود على الخفير كي يخلي سبيله ولا يقوده إلى البوليس تقديراً من التشهير بسمعته إذ أن ما كان يلقيه أمام محل هو سائل به سحر أشار عليه بعض أهل الشعوذة بإلقائه في طريق عشيقته التي كانت ستعمل في اليوم التالي بمحل كعامل اعتقاداً منه أن مرورها على هذا السائل يعوق استمرارها في العمل بهذا المحل وتعود للعمل لديه بمحله" واستند الحكم في إدانة الطاعن إلى اعترافه وأقوال الخفير والعسكري ومدير محل". محكمة النقض - جنائي | الطعن رقم 1767 لسنة 28: قضائية بتاريخ: 1959-11-17 .

(4) سورة الفلق: الآية 4.

(5) معنى كلمة نفث أي ألقى خارج الفم، فيقال "نَفَثَ النَّصَاقُ مِنْ فَمِهِ: رَمَى بِهِ وَنَفَثَ التُّغْبَانُ السَّمَ: رَمَى بِهِ خَارِجَ فَمِهِ. راجع قاموس المعاني الجامع.

- ادعاء القدرة على الشفاء من العقم بالاتصال بالجن، من خلال عقد جلسات يُطلق فيها البخور وقراءة التعاويذ⁽¹⁾. وتوافر السلوك في حق متهمة أوهمت المجني عليهم بقدرتها على الاتصال بالجن والشفاء من الأمراض وإجراء العمليات الجراحية لهم دون آلام، وأعدت بمنزلها حجرة مظلمة تطلق فيها البخور واحتفظت ببعض الأحذية والأوراق وزجاجة على شكل كلب ووضعت في رقبتها مسبحة طويلة، وتوصلت بهذه المظاهر الخارجية إلى إيهامهم والاستيلاء على أموالهم⁽²⁾.
- استخدام السحر والشعوذة في حل المشكلات الأسرية وطرد الجن، ومضاعفة الأموال⁽³⁾.

(1) قُضي بأنه: "إذا كانت واقعة الدعوى هي أن المتهم أوهم المجني عليه وزوجته بقدرته على الاتصال بالجن وإمكانه شفاء الزوجة من العقم، وأخذ يحدث أصواتاً مختلفة يسميها بأسماء الجن في غرفة مظلمة يطلق فيها البخور ويقرأ التعاويذ، وتمكن بذلك من سلب خمسة جنبيات على عدة دفعات فهذه الأفعال يتوافر بها ركن الطرق الاحتمالية" نقض أول ديسمبر سنة 1952، مجموعة أحكام محكمة النقض، س4 رقم 69 ص 174.

- حيث أن الوقائع على ما يبين من الحكم المطعون فيه ومن سائر الأوراق تتلخص في أن الشاكية المجني عليها أفادت في شكاها بأنها شاهدت يقوم بتخزين منزلها بمنطقة زاخر فأصبحت تشكو من مشاكل أسرية فأقضت بسرهما هذا إلى التي دلتها على المتهم الأول عن طريق ابنها المتهم الثاني فأخبرها المتهم بأن الأمر يحتاج إلى أبخرة وأدوية بقيمة (13000) درهم وطلبت منها المبلغ حيث أحضره السائق فقام ببعض الأبخرة وقراءة بعض الطلاس. ثم أخبرها بأن الأمر يحتاج إلى أدوية إضافية بمبلغ (7700) درهم. فسلمته المبلغ الإضافي (500) درهم. وبعد يومين اتصل عليها المتهم الأول وأخبرها بأنه اجتمع مع الجن ويحتاج إلى (6660) درهم لفك العمل الخاص بابنتها فسلمته المبلغ. ثم أخبرها بأنه يحتاج إلى مبلغ (94500) درهم فأرسلت المبلغ مع السائق بمنزله بالبريمي ثم طلب منها مبلغ (12000) درهم. وهو فوق طاقتها فحضر الأول وأخبرها بأن لديه سراً يود اطلاعها عليه بأن الجن أخبره بأن قرينه طلب مادة إذا أحضرته الشاكية سوف تجلب لها أموالاً طائلة لسد العجز المالي لديها وأن هذا المبلغ سوف تجنيه مقدراً في (551) مليون درهم. والأمر يحتاج إلى أدوية وأبخرة بقيمة (13000) درهم ولصرف الجن أيضاً من المنزل. وبعد مرور الأيام اختفى المتهم الأول وبالبحث عنه تم ضبط المتهم الثاني ووالدته ثم ضبط الأول بواسطة شرطة دبي بتاريخ 2005/10/12. وبتفتيش منزله عثر على أوراق بيضاء بمبلغ المائة دولار تستخدم في عملية مضاعفة الأموال والطلاسم وأشياء أخرى تستخدم في عمليات الشعوذة والسحر وأجري التحقيق معهما وعلى ضوءه أحالتهما النيابة العامة إلى محكمة جناح العين الشرعية لأنهما بتاريخ 2005/10/16 بدائرة العين :

1- توصلاً إلى الاستيلاء لنفسهما على المبالغ المالية المبينة قدرأ بالأوراق المملوكة للمجني عليها باستعمال طرق احتيالية بأن قاما بأعمال السحر والشعوذة لمضاعفة الأموال وكان ذلك من شأنه خداع المجني عليها وحملها على تسليم المال إليهما. 2- أخلاً بالآداب العامة لمجتمع المسلمين بأن قاما بأعمال السحر والشعوذة على النحو المبين بالأوراق وطلبت عقابهما طبق أحكام الشريعة الإسلامية والمادتين 399 من قانون العقوبات الاتحادي، و48/4 من قانون العقوبات المحلي لإمارة أبو ظبي لسنة 1970. راجع أيضاً: حكم محكمة ابوظبي في الطعن رقم (2) لسنة 2008 س2 ق. أ. جلسة 2008/6/10. جزائي.

2-

3- " متى كان الحكم المطعون فيه قد أثبت في حق الطاعنين أنهم أوهموا المجني عليه بأن في استطاعتهم شفاءه من مرضه عن طريق تحضير الأرواح في جلسات كان يعقدها الطاعن الأول في حجرات مظلمة مستعيناً بالطاعن الثاني الذي يتظاهر بالنوم ويدعي كذباً بأن الجن قد تقمص جسده وينتزع الطاعن الأول فرصة الظلام فيطلق فراشات تحوم حول الجالسين موهماً المجني عليه بأنها ملوك الجن ثم يطلق إشارات ضوئية تسلب المجني عليه إرادته كما يطلق البخور الذي يبيعه الطاعن الثالث إلى المجني عليه بثمن مرتفع، وكان الطاعن الأول يضع بيضة في محلول حامض الخليك فتلين قشرتها ثم يشقها وينتزع محتوياتها ويضع بداخلها مخلب طائر أو حيوان وأوراقاً مكتوبة برموز غير مفهومة ويعيد غلقها وبعد إضاءة الأنوار يكسر البيضة ويخرج ما بداخلها ويوهم المجني عليه بأنه قد أخرج السحر الذي كان سبباً في مرضه. وخلص الحكم من ذلك إلى أن ما قام به الطاعنون لا يدخل إطلاقاً تحت أي علم أو فن بل هو في حقيقته دجل وشعوذة وأنهم تمكنوا بذلك من خداع المجني عليه واستولوا على ماله" حكم محكمة النقض - جنائي | الطعن رقم 854 :لسنة: 39 :قضائية بتاريخ: 1969-6-23 .

(2) نقض 8 أبريل 1979 مج س 30 رقم 97 ص 457 نقلاً عن د. رمسيس بهنام، قانون العقوبات، جرائم القسم الخاص، منشأة المعارف بالإسكندرية، ص 1238.

(3) حيث أن الوقائع على ما يبين من الحكم المطعون فيه ومن سائر الأوراق تتلخص في أن الشاكية المجني عليها أفادت في شكاها بأنها

- ترديد التعاويذ التي يعبد ويمجد فيها غير الله تعالى.
- أية قراءات وطلاسم يتوصل بها الساحر إلى استخدام الشياطين والتأثير في قلب وبدن المسحور ونفسه وعقله فتمرضه.
- أو تصيبه في تصويره بأن يتخيل الأشياء على خلاف ما هي عليه.
- ادعاء القدرة على الشفاء من الأمراض بتحضير الأرواح في غرف مظلمة⁽¹⁾.
- الإيهام بالعلاج من الأمراض باستخدام الدجل⁽²⁾.
- ادعاء القدرة على تضاعف الأموال وارتكاب أعمال السحر والشعوذة⁽³⁾.

شاهدت يقوم بتخيير منزلها بمنطقة زاهر فأصبحت تشكو من مشاكل أسرية فأفضت بسرهما هذا إلى التي دلتها على المتهم الأول عن طريق ابنها المتهم الثاني فأخبرها المتهم بأن الأمر يحتاج إلى أبخرة وأدوية بقيمة (13000) درهم وطلبت منها المبلغ حيث أحضره السائق فقام ببعض الأبخرة وقراءة بعض الطلاسم. ثم أخبرها بأن الأمر يحتاج إلى أدوية إضافية بمبلغ (7700) درهم. فسلمته المبلغ الإضافي (6500) درهم. وبعد يومين اتصل عليها المتهم الأول وأخبرها بأنه اجتمع مع الجن ويحتاج إلى (6660) درهم لفك العمل الخاص بابنتها فسلمته المبلغ. ثم أخبرها بأنه يحتاج إلى مبلغ (94500) درهم فأرسلت المبلغ مع السائق بمنزله بالبريمي ثم طلب منها مبلغ (12000) درهم. وهو فوق طاقتها فحضر الأول وأخبرها بأن لديه سراً يود اطلاعها عليه بأن الجن أخبره بأن قرينه طلب مادة إذا أحضرتها الشاكية سوف تجلب لها أموالاً طائلة لسد العجز المالي لديها وأن هذا المبلغ سوف تجنيه مقدراً في (551) مليون درهم. والأمر يحتاج إلى أدوية وأبخرة بقيمة (13000) درهم ولصرف الجن أيضاً من المنزل. وبعد مرور الأيام اختفى المتهم الأول وبالبحث عنه تم ضبط المتهم الثاني ووالدته ثم ضبط الأول بواسطة شرطة دبي بتاريخ 2005/10/12. وبتفتيش منزله عثر على أوراق بيضاء بمبلغ المائة دولار تستخدم في عملية مضاعفة الأموال والطلاسم وأشياء أخرى تستخدم في عمليات الشعوذة والسحر وأجري التحقيق معهما وعلى ضوءه أحالتهما النيابة العامة إلى محكمة جنح العين الشرعية لأنهما بتاريخ 2005/10/16 بدائرة العين :

1- توصلا إلى الاستيلاء لنفسهما على المبالغ المالية المبينة قدرأ بالأوراق المملوكة للمجني عليها باستعمال طرق احتيالية بأن قاما بأعمال السحر والشعوذة لمضاعفة الأموال وكان ذلك من شأنه خداع المجني عليها وحملها على تسليم المال إليهما. 2- أخلا بالآداب العامة لمجتمع المسلمين بأن قاما بأعمال السحر والشعوذة على النحو المبين بالأوراق وطلبت عقابهما طبق أحكام الشريعة الإسلامية والمادتين 399 من قانون العقوبات الاتحادي، و 48/4 من قانون العقوبات المحلي لإمارة أبو ظبي لسنة 1970. راجع أيضاً: حكم محكمة ابوظبي في الطعن رقم (2) لسنة 2008 س 2 ق 1. جلسة 2008/6/10. جزائي.

(1) "مضى كان الحكم المطعون فيه قد أثبت في حق الطاعنين أنهم أوهموا المجني عليه بأن في استطاعتهم شفاءه من مرضه عن طريق تحضير الأرواح في جلسات كان يعقدها الطاعن الأول في حجرات مظلمة مستعيناً بالطاعن الثاني الذي يتظاهر بالنوم ويدعي كذباً بأن الجن قد تقمص جسده وينتزع الطاعن الأول فرصة الظلام فيطلق فراشات تحوم حول الجالسين موهماً المجني عليه بأنها ملوك الجن ثم يطلق إشارات ضوئية تسلب المجني عليه إرادته كما يطلق البخور الذي يبيعه الطاعن الثالث إلى المجني عليه بثمن مرتفع، وكان الطاعن الأول يضع بيضة في محلول حامض الخليك فتلين قشرتها ثم يشقها وينزع محتوياتها ويضع بداخلها مخلب طائر أو حيوان وأوراقاً مكتوبة برموز غير مفهومة ويعيد غلقها وبعد إضاءة الأنوار يكسر البيضة ويخرج ما بداخلها ويوهم المجني عليه بأنه قد أخرج السحر الذي كان سبباً في مرضه. وخلص الحكم من ذلك إلى أن ما قام به الطاعنون لا يدخل إطلاقاً تحت أي علم أو فن بل هو في حقيقته دجل وشعوذة وأنهم تمكنوا بذلك من خداع المجني عليه واستولوا على ماله" حكم محكمة النقض - جنائي | الطعن رقم 854: لسنة 39: قضائية بتاريخ: 1969-6-23.

(2) "اتهمت النيابة العامة الطاعن بأنه أولاً: هنك عرض المجني عليهما/ ... بأن قام بخلع ملابسهما عنهما والإمساك بهنديهما ومناطق حساسة من جسدهما وكان ذلك بغير رضا صحيح منهما وبطريق التدليس الواقع عليهما بأن أوهمهما بقدرته على شفاء المجني عليها الأولى من الحالة المرضية التي تعاني منها عن طريق أعمال الدجل وقام بالأفعال سالفة البيان على النحو المبين بالتحقيقات. ثانياً: شرع في الاستيلاء على المبلغ النقدي المبين قدرأ بقيمة بالتحقيقات والمملوك للمجني عليهما وكان ذلك باستعمال طرق احتيالية واتخاذ صفة غير صحيحة من شأنها إيهامهما بقدرته على شفاء المجني عليها الأولى من الحالة المرضية التي تعاني منها عن طريق أعمال الدجل وقد خاب أثر جريمتهم لسبب لا دخل لإرادته فيه وهو افتضاح أمره." محكمة النقض - جنائي | الطعن رقم 6677: لسنة 80: قضائية بتاريخ: 2013-3-23. راجع أيضاً: حكم محكمة النقض - جنائي | الطعن رقم 553: لسنة 25: قضائية بتاريخ: 1955-11-19.

(3) "توصل المتهمون إلى الاستيلاء لنفسهم ولغيرهم على المبالغ المبينة في البند أولاً: والمملوكة لبنك دبي الإسلامي وذلك بالاستعانة بطرق احتيالية

- استخدام أية أدوية وعقاقير تؤثر على بدن المسحور وعقله وإرادته وميله، فينصرف عن زوجه أو يميل إلى شخص بعينه، وهو ما يسمى لدى السحرة بالصرف والعطف.
- ذبح حيوان أو طائر دون أن يذكر اسم الله عليه.
- انتعال الساحر المصحف بقدميه والدخول به إلى الخلاء وبتلاوة العزائم الشركية وهو ما يعرف بالسحر السفلي.
- كتابة سور أو آيات من كتاب الله عز وجل بالنجاسات كدم الحيض والغائط والبول ونحو ذلك، ثم تلاوة العزائم الشركية التي تحتوي على طلاس يتقرب بها إلى الشيطان وأعوانه، فيستحضر الأرواح الخبيثة على تلك الصفة فتأتمر بأمره وتطيعه فيما يريد.
- كتابة كلام الله بالنجاسة مثل حروف الفاتحة وحروف سورة الإخلاص وإما غيرهما، بنجاسة إما دم، وإما غيره، وإما بغير نجاسة، أو يكتبون غير ذلك مما يرضاه الشيطان⁽¹⁾.
- كتابة سور أو آيات من كتاب الله عز وجل منكوسة أي معكوسة فيكتب السورة أو الآية من آخرها إلى أولها.
- طريقة الأحرف المقطعة لكتاب الله بكتابة سور وآيات من كتاب الله عز وجل مقطعة، وحال الانتهاء من كتابة السورة أو الآية يبدأ الساحر بتلاوة العزيمة الكفرية المحتوية على الطلاس المتنوعة تقرباً لتلك الأرواح الخبيثة.
- التلاعب بالسور والآيات بكتابة سور وآيات من كتاب الله عز وجل ناقصة بعض الأحرف أو الكلمات أو تغيير بعض الكلمات من أساسها ونحو ذلك من تلاعب يدل على خبث ودناءة نفس، وحال الانتهاء من ذلك يبدأ بتلاوة العزيمة الكفرية المحتوية على الطلاس المتنوعة التي تستحضر الأرواح الخبيثة فتأتمر بأمر الساحر وتنفذ رغباته وطلباته.
- استخدام الأحرف أو الرموز والأرقام والصور بكتابة تائم وعزائم بأسماء مجهولة أو أشكال هندسية متنوعة وتقسم إلى مربعات أو مستطيلات ونحو ذلك من أشكال أخرى، كما تحتوي هذه العزائم على الأرقام والحروف وبعض الصور وأسماء الملائكة وقد تتضمن بعض سور أو آيات من كتاب الله عز وجل وقد تكتب منكوسة، واستخدام أحجية كُتبت بعبارة غامضة بالمداد الأحمر⁽²⁾.

بأن أوهموا مدير البنك المتهم الأول بمضاعفة الأموال والذي تعاون معهم وبدد المبالغ المبينة بتقرير الخبير الحسابي والمملوكة للبنك المجني عليه وذلك بأن أحضر إليه المتهم الثاني عشر وأفهمه أنه رجل أعمال ثري وقدم مستندات وأوراق لمدير البنك المتهم الأول مؤكدا مزاعمه وأيده في ذلك كل من المتهمين الحادي عشر والثالث عشر وشخص يدعى جاري البحث عنه حتى أقنعه بإمكانية مضاعفة أموال البنك وأجروا له جلسات السحر والشعوذة بالاشتراك مع المتهمين من السادس حتى العاشر ومن الرابع عشر حتى السابع عشر وآخرين وهم و و جاري الاستدلال عليهم وباتفاق المتهم الثاني عشر مع المتهمين الرابع عشر وآخرين وهما و جاري البحث عنها لتحويل المبالغ إلى حساباتهم خارج الدولة وكان من شأن ذلك حمل مدير البنك على تسليم المبالغ العائدة للبنك المبينة سلفاً وذلك إضراراً بالبنك المجني عليه على النحو الثابت بالأوراق". راجع حكم محكمة تمييز دبي - الأحكام الجزائية | الطعن رقم 191 :لسنة 2001 :قضائية بتاريخ 2001-11-10 .

(1) راجع: الإمام ابن تيمية (ابن تيمية ابي العباس احمد بن عبدالحليم بن تيمية) ، البيان المبين في أخبار الجن والشياطين، دار الفضيلة للنشر والتوزيع والترجمة 1995، ص 59.

(2) راجع: حكم محكمة النقض المصرية بتاريخ 3 أكتوبر سنة 1978 س 29 رقم 127 ص 654. فقد قُضي بأنه " إيهام الطاعنين المجني عليه أن في قدرتهما شفاء وقضاء حاجته عن طريق استخدام الجان، وعقد جلسات تتظاهر فيها الطاعة الثانية بتحضير الجان والتمتة بكلمات غير مفهومة، واستعانتهما بأحجية عليها إشارات غامضة بالمداد الأحمر تتوافر به الطرق الاحتياطية.

وقد أيدت المحكمة الاتحادية العليا في حكم حديث لها (غير منشور) في الطعن 716 لسنة 2017 جزائي بجلسة الإثنين الموافق 8 من يناير سنة 2018 حبس المتهم وتغريمه خمسين ألف درهم حيث أن المتهم ارتكب عملاً من أعمال السحر والشعوذة بمقابل مادي عن طريق التمايم المحرمة وكان ذلك بقصد استغلال الناس⁽¹⁾.

- ادعاء القدرة على الحد من وإضعاف القدرة الجنسية للشخص⁽²⁾.

(1) راجع: حكم المحكمة الاتحادية العليا في الطعن رقم 716 لسنة 2017 جزائي بجلسة 2018/1/8: "حيث إن وقائع الدعوى - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق- تتحصل في أن النيابة العامة أحالت المتهم الطاعن للمحاكمة الجنائية بوصف أنه بتاريخ 2017/3/28 وسابق عليه بدائرة الشارقة.

- 1- ارتكب عملاً من أعمال السحر والشعوذة بمقابل مادي عن طريق التمايم المحرمة وكان ذلك بقصد استغلال الناس على النحو المبين بالأوراق.
- 2- توصل للاستيلاء لنفسه على المبالغ المبيّنة قدرًا بالمحضر والملوكة للمجني عليها / وذلك بالاستعانة بطريقة احتيالية وذلك بأن ادعى أنه يعالج بالقرآن والأعشاب الطبيعية وكان من شأن ذلك خداع المجني عليها وحملها على التسليم على النحو المبين بالأوراق.
- 3- حرّض المجني عليها سالفه الذكر على ارتكاب الفجور بأن عرض عليها ممارسة الزنا على النحو المبين بالأوراق.
- 4- هدد المجني عليها سالفه الذكر بإسناد أمور خادشه للشرف والاعتبار بألفاظ التهديد المبيّنة بالمحضر وذلك لحملها على القيام بفعل وكان ذلك باستخدام وسيلة تقنية المعلومات على النحو المبين بالتحقيقات.
- 5- اعتدى على خصوصية المجني عليها بأن نشر صورة خاصة لها على موقع الفيس بوك والإنستغرام وكان ذلك باستعمال شبكة معلوماتية.
- 6- حاز بقصد الاستغلال صوراً وأفلاماً مخلة بالأداب العامة على النحو المبين بالأوراق.

وأضافت المحكمة أنه " لما كان ذلك وكان الثابت من الاطلاع على مدونات الحكم المطعون فيه أنه قد أحال في أسبابه إلى أسباب الحكم الابتدائي وكان الحكم الابتدائي قد بين واقعة الدعوى بما تتوافر به كافة عناصر الجرائم التي أدان الطاعن بها وأورد على ثبوتها في حقه أدلة سائغة من شأنها أن تؤدي إلى ما رتبته الحكم عليها وهي مستمدة من أقوال المجني عليها بالاستدلالات وتحقيقات النيابة العامة التي قررت فيها أنها تعرفت على المتهم عن طريق إحدى صديقاتها وهي كانت تشكو من عدم توفيقها في الزواج حيث إن المتهم أكد لها أن بعضاً من أهلها وجهة عملها (صنعوا لها عملاً) وأنه يعالجها وتم التواصل بينهما ودفعت له مبلغ 16000 درهم عن طريق صرافة الأنصاري ولم تجد علاجاً وهددها بنشر صورتها وطلب منها ممارسة الزنا وأبلغت عنه وتم ضبطه ، وتأييد هذه الإفادة باعتراف المتهم بعد ضبطه بمحضر جمع الاستدلالات وتحقيقات النيابة العامة من تهديدها ونشر صورتها واستلامه للمبلغ وما تم ضبطه بمحل سكنه من أدوات الدجل والشعوذة وصور مخلة بالأداب وتأييد كل ذلك بتقرير المختبر الذي توصل إلى أنه يربط الفلاش ميموري مع أجهزة الحاسوب الآلي والقيام بعمليات التصفح للبيانات الرقمية المخزنة أن به 13 صورة رقمية و 2 مقطع فيديو تتضمن صوراً وحركات خادشه للحياء ومخلة بالأداب العامة ومن كتاب دائرة الشؤون الإسلامية أنه بفحص الطالسم المرسله تبين أنها تحتوي على أعمال سحرية وهي من نوع التمايم المحرمة . ومن كل ما تقدم انتهى الحكم المستأنف المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه إلى ثبوت وتوافر القصد الجنائي بحق المتهم الطاعن والذي تمثل في اتجاه إرادته إلى خداع المجني عليها بادعائه بأنه يعالج بالقرآن والأعشاب الطبيعية وحملها على التسليم واستلم منها مبلغ 16000 درهم وحاول حضاها على الفجور بأن طلب منها ممارسة الزنا وإغوائها وهددها مستخدماً وسيلة تقنية المعلومات ونشر صوراً خاصة بها ووجدت في حيازته الصور الخليعة والأفلام والتي اعترف بها وعاقبه بالعقوبة المنصوص عليها قانوناً وكان هذا الذي خلص إليه الحكم المستأنف المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه سائغاً وله أصله الثابت بالأوراق ويكفي لحمل قضاء الحكم ومن ثم فإن ما يثيره الطاعن بأن اعترافه كان وليد إكراه وضغوط من قبل الشرطة قد جاء قولاً مرسلًا يفتقر إلى دليل صحته ، وفيما يتعلق بدفع الطاعن ببطلان الحكم المطعون فيه ذلك أنه قد تساند على ضبط رسائل إلكترونية دون موافقة من النائب العام فإنه غير مقبول ذلك أن المقرر أن الطعن بالنقص إنما يعني مخاصمة الحكم المطعون فيه ومن ثم يتعين أن ينصب النعي على عيب قام عليه الحكم فإذا خلا الحكم من ذلك العيب الموجه إليه كان النعي وارداً على غير محل من الحكم المطعون فيه ومن ثم فهو غير مقبول ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه لم يتساند في قضائه إلى ضبط رسائل بالمخالفة للمادة 75 من قانون الإجراءات الجزائية فإن النعي يكون وارداً على غير محل من الحكم وبالتالي غير مقبول .

(2) وحيث إن الحكم المطعون فيه بين واقعة الدعوى في قوله: "إنه عندما اختلى المتهم بزوجه ليلاً بعد انتهائه من أشغاله وجدها تبكي وأبلغته بأن المجني عليه حضر إليها في المسكن منتهزاً فرصة وجوده بالخارج وراودها عن نفسها زاعماً لها بأنه كان يحد من القوة الجنسية لزوجها المتهم مستخدماً في ذلك قوى خفية عن طريق أعمال السحر والشعوذة ثم يعيدها إليه مرة أخرى وذلك من أجل أن يصل إليها، وحاول الاعتداء عليها فلم تمكنه من ذلك، فاستشاط المتهم غضباً وثار لكرامته ثورة عارمة سيما وقد تذكر كيف أن المذكور كان قد دأب منذ فترة على سلبه

- التجسيم بترصد الساحر لظهور نجم محدد يخاطب بعزائم وطلاسم تحتوي على الكفر والشرك والإلحاد ومن ثم القيام بحركات معينة بقصد استئزال روحانية هذا النجم، وحقيقة الأمر أن ذلك يعتبر عبادة لهذا النجم من دون الله، وعند ذلك تستنزل تلك الأرواح الخبيثة لتلبية وتنفيذ أوامر الساحر وتحقيق رغباته وحاجاته⁽¹⁾.

- أخذ أثر المريض كالعمامة والمنديل وأي نوع من أنواع أغطية الرأس (القلنسوة) والقميص ونحو ذلك، وتلاوة بعض سور وآيات القرآن الكريم وتلاوة تعازيم كفرية تحتوي على طلاسم لاستحضار الأرواح الخبيثة التي تقوم بدورها بتحقيق المهمة الموكلة إليها.

السلوك المجرم في جريمة الاستعانة بساحر المادة (316) مكرر 2:

1- الاستعانة بساحر بقصد التأثير في بدن الغير أو قلبه أو عقله أو إرادته:

كما سلف القول في الركن الشرعي للجريمة فإن المشرع استحدث تجريم فعل الاستعانة بساحر، بقصد التأثير في بدن الغير أو قلبه أو عقله أو إرادته.

2 - القيام بجلب أو استيراد أو أدخل إلى الدولة أو حاز أو أحرز أو تصرف بأي نوع من أنواع التصرف في كتب أو طلاسم أو مواد أو أدوات مخصصة للسحر أو الشعوذة⁽²⁾.

وكلمة جلب تعني إدخال المادة من خارج الدولة إلى داخلها، أما استيراد فتتصرف أيضاً إلى إدخال الأشياء من خارج الدولة لكنه يختلف عن الجلب في أنه يكون من خلال إجراءات ينظمها القانون، ويتحقق السلوك أيضاً بالحيازة أو الإحراز أو التصرف بأي نوع من أنواع التصرف في كتب أو طلاسم أو مواد أو أدوات مخصصة للسحر أو الشعوذة.

أموالاً بزعم التأثير على قدرته الجنسية عن طريق السحر والشعوذة، وفي ثورة غضبه تلك غادر منزله وقد تزود بآلة راضة ثقيلة ذات حافة وشبه حادة كبلطة أو ساطور وتوجه مباشرة إلى منزل المجني عليه والذي لا يبعد عن مسكنه سوى بحوالي ثلاثمائة أو أربعمائة متراً تقريباً فشاهده نائماً على مصطبة خارج المنزل فضربه ضربة واحدة على يمين الفك السفلي والعنق قاصداً إيذائه والمساس بسلامة جسمه، ودون قتله، فأحدث به الإصابات الموصوفة بتقرير الصفة التشريحية وهي كسر شطفي وقطعي بزوايا الفك السفلي اليمنى وقطع بالأوعية الدموية الرئيسية بيمين العنق مع قطع الأنسجة العضلية للعضلة الحلمية اليمنى وكسر قطعي بالفقرة العنقية الخامسة مع قطع النخاع الشوكي بمستوى يمين الفقرتين الخامسة والسادسة العنقية مع نزيف مضاعف، ولم يقصد من ذلك قتله، لكن الضربة وما أحدثته من إصابات سالفة البيان أدت إلى موته محكمة النقض - جنائي | الطعن رقم 2977 : لسنة 64 قضائية بتاريخ 1-8-1996.

(1) يذكر الإمام ابن تيمية شيخ الإسلام "والمقصود أن أهل الضلال والبدع الذين فيهم زهد وعبادة على غير الوجه الشرعي، ولهم أحياناً مكاشفات ولهم تأثيرات، يأوون كثيراً إلى مواضع الشياطين التي نهى عن الصلاة فيها، لأن الشياطين تستنزل عليهم بها، وتخاطبهم الشياطين ببعض الأمور، كما تخاطب الكهان، وكما كانت تدخل في الأصنام وتكلم عابدي الأصنام، وتعينهم في بعض المطالب كما تعين السحرة، وكما تعين عباد الأصنام، وعباد الشمس، والقمر، والكواكب، إذا عبدوها بالعبادات التي يظنون أنها تناسبها، من تسبيح لها ولباس، وبخور وغير ذلك، فإنه قد تنزل عليهم شياطين يسمونها روحانية الكوكب، وقد تقضي بعض حوائجهم إما قتل بعض أعدائهم أو إمرضه، وإما جلب بعض من يهوونه، وأما إحضار بعض المال، ولكن الضرر الذي يحصل لهم بذلك أعظم من النفع، بل يكون أضعاف أضعاف النفع". ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج19، ص41-42.

(2) يُستخدم لفظ الجلب دائماً في مجال إدخال المواد المخدرة من خارج الدولة إلى داخلها، راجع: د. أحمد عبد الحليم شاكر، التشريعات الجزائية في دولة الإمارات العربية المتحدة، دار النهضة العربية، 2018، ص 114.

3- الترويج بأي وسيلة من الوسائل لأي عمل من أعمال السحر أو الشعوذة.

والترويج في اللغة: " عملية التسويق التي تهتم بتشجيع أعمال البيع وفعالية التوزيع"⁽¹⁾.

وقد تضمن النص أن السلوك الإجرامي يتحقق سواء كان ذلك حقيقة أو خداعاً، وترتب على ذلك أن مسؤولية الشخص الجنائية تتعقد حتى لو أنه لم يكن له القدرة على القيام بأعمال السحر أو الدراية بها، فقد يكون مدعياً بها على خلاف الحقيقة ويوهم من استعان به بأن لديه تلك القدرة.

كما يقع السلوك الإجرامي ويُسال عنه مباشرة سواء كان ذلك بمقابل أو بدون مقابل، فلا يُعفى من المسؤولية الدفع بأن القيام بتلك الأعمال كان بلا مقابل، ولا يُقصد بالمقابل هنا المقابل النقدي فقط، وإنما يمتد ليشمل أي مقابل آخر كالمقابل العيني من الأموال وكذلك يشمل إشباع رغبة جنسية أو إقامة علاقة مع سيدة أو تحقيق مصلحة للقائم بالسحر أو لأحد الأشخاص ممن يهتمهم أمره.

ولم يشترط المشرع وقوع أعمال السحر بوسيلة معينة، فقد يكون بتلاوة عزائم سحرية أو بكتابة طلسم على أوراق أو جلود أو معدن.

ثانياً: النتيجة

النتيجة هي الأثر الخارجي للسلوك الذي يتمثل فيه الاعتداء على حق يحميه القانون، والنتيجة لها مدلولان: مدلول مادي باعتبارها ظاهرة مادية، ومدلول قانوني باعتبارها فكرة قانونية. ويُقصد بالمدلول المادي للنتيجة أنها تمثل التغيير الذي يحدث في العالم الخارجي كأثر للسلوك الإجرامي⁽²⁾، فالأوضاع الخارجية كانت على نحو معين قبل أن يصدر هذا السلوك ثم صارت على نحو آخر بعد صدوره، هذا التغيير من وضع إلى وضع هو النتيجة في مدلولها المادي. ففي جريمة القتل كان المجني عليه حياً قبل أن يرتكب الجاني فعله ثم أصبح ميتاً بعد ارتكاب هذا الفعل، فالوفاة هي النتيجة في القتل، وفي جريمة السرقة كان المال في حيازة المجني عليه قبل أن يرتكب الجاني فعله ثم أصبح في حيازة أخرى بعد ارتكاب هذا الفعل، ومن ثم كان انتقال الحيازة هو النتيجة في السرقة⁽³⁾.

أما النتيجة كفكرة قانونية هي العدوان الذي ينال مصلحة أو حقاً قدر الشارع جدارته بالحماية الجنائية، وفي هذا المدلول نقول أن النتيجة في جريمة القتل هي العدوان على الحق في الحياة، وهي في جريمة الجرح أو الضرب العدوان على الحق في سلامة الجسد، وهي في جريمة السرقة العدوان على الملكية والحيازة⁽⁴⁾.

(1) راجع: معجم اللغة العربية المعاصر، أحمد مختار، ج2، ص954.

(2) راجع: د. عمر السعيد رمضان، فكرة النتيجة في قانون العقوبات، مجلة القانون والاقتصاد، س 21، (1961) ص 104.

(3) راجع: د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، المرجع السابق، ص 313.

(4) راجع: د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، المرجع السابق، ص 314، د. أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص 561، د. رمسيس بهنام، ص 508 مشار إليه في مرجع د. أحمد فتحي سرور، د. أحمد عوض بلال، المرجع السابق، ص 295 وما بعدها. د. خليفة بن راشد الشعالي، المرجع السابق، ص 183.

والنتيجة في جريمة ارتكاب أعمال السحر هي التأثير في بدن الغير أو قلبه أو عقله أو إرادته مباشرة أو غير مباشرة حقيقة أو تخيلاً . ومن النتائج المترتبة أيضاً في ارتكاب أعمال الشعوذة، التمويه على أعين الناس أو السيطرة على حواسهم أو أفئدتهم بأي وسيلة لحملهم على رؤية الشيء على خلاف الحقيقة بقصد استغلالهم أو التأثير في معتقداتهم أو عقولهم .

ويثور التساؤل في شأن جريمة السحر حول ما إذا كانت الجريمة من الجرائم المادية أي من جرائم النتيجة، أم أنها من جرائم السلوك أي من الجرائم الشكلية التي تقع بمجرد مباشرة السلوك الإجرامي ويطلق عليها أيضاً جرائم النشاط البحث، وهو ما يتطلب أن نعرض بشكل مختصر لكل نوع من النوعين ثم نبين مدى تبعية الجريمة لأي منهما.

أولاً: الجرائم المادية

هي الجرائم ذات النتيجة حيث لا يعتد المشرع بتجريم السلوك إلا إذا تحققت النتيجة، ما لم يكن المشرع يجرم ويعاقب على الشروع في هذا السلوك، وتشكل هذه الجرائم غالبية الجرائم ومن أمثلتها جرائم الاعتداء على الأشخاص والاعتداء على الأموال والسب والقذف والنصب وهتك العرض، ويطلق عليها جرائم الضرر.

ثانياً: الجرائم الشكلية

هي الجرائم التي يقيم المشرع فيها وزناً كبيراً لعنصر السلوك في الركن المادي حيث تقوم بعض الجرائم دون أن تتطلب نتيجة فلا يشترط فيها القانون حصول النتيجة المادية⁽¹⁾، بل أن المشرع لا يتطلب فيها ضرورة تحقق نتيجة كجريمة إحراز سلاح ناري بدون ترخيص، أو جريمة إحراز المخدرات، وجريمة الامتناع عن أداء الشهادة أمام المحاكم.

وفي ضوء ما تقدم نجد أن المشرع قد نص على أن الجريمة تقع عند التأثير في بدن الغير بإمرضه أو بإحداث خلل في وظائف أعضائه أو قلبه أو عقله أو إرادته مباشرة أو غير مباشرة، ويُفهم من السياق أن الجريمة هنا تتطلب تحقق نتيجة قوامها التأثير السابق لكننا نتوقف أمام عبارة المشرع في المادة (316) مكرر 1:

" يعاقب بالحبس والغرامة التي لا تقل عن خمسين ألف درهم، كل من ارتكب عملاً من أعمال السحر أو الشعوذة، سواء كان ذلك حقيقة أو خداعاً، بمقابل أو بدون مقابل .

ومؤدى ذلك أن المشرع هنا يجرم سلوك الجاني ويعاقب عليه سواء كان ما يقوم به حقيقة بأن يترتب عليه نتيجة، كما يجرم سلوكه أيضاً ويعاقبه إذا كان سلوكه يمثل خداعاً، والخداع يعني عدم قدرة الجاني على إلحاق الأذى أو تأليف القلوب أو التفريق بين الزوجين، أو أي نتيجة يرغب المستعين به في تحقيقها. وهو ما يقود إلى فكرة أن الجريمة تدخل ضمن نطاق الجرائم الشكلية والتي يكتفي فيها المشرع بمباشرة السلوك فقط دون الاعتداد بتحقيق النتيجة أي باعتبارها تقع ضمن جرائم الخطر. ومما يرجح تلك الفكرة ما نص عليه المشرع في المادة (316) مكرر 2 بقوله:

" 3- يعد من أعمال الشعوذة ما يأتي :

أ- ... ب- ادعاء علم الغيب أو معرفة الأسرار أو الإخبار عما في الضمير بأي وسيلة كانت بقصد استغلال الناس." فيعاقب المشرع الجاني هنا لمجرد الادعاء فقط بمعرفة الغيب أو معرفة الأسرار أو الإخبار عما في الضمير.

(1) راجع: د. أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص 561.

كما جرم المشرع فعل من استعان بساحر بقصد التأثير في بدن الغير أو قلبه أو عقله أو إرادته، ولم يتطلب صراحة وقوع نتيجة لكي يكتمل النموذج الإجرامي، وكان من المتصور أن ينص على ذلك كما لو أن النص كان قد ورد كالتالي " وترتب على ذلك أثراً من جراء تلك الاستعانة.

ونحن نرى أن المشرع هنا أراد أن يحيط بكل ما يصدر عن الساحر أو المشعوذ، سواء كان له قدرة فعلية في تحقيق نتيجة ما، أو مجرد الادعاء بقدرته على تحقيق نتيجة معينة، وحسناً فعل المشرع لكي يعلم كل من يقترب من أعمال السحر أو الشعوذة أن القانون سوف يلاحقه ويعاقبه على كل ما يقوم به من أعمال، فضلاً عن قيام المشرع بتجريم فعل المستعين بتلك الفئة على النحو السابق بيانه.

الشروع في الجريمة:

لم يُشر المشرع في النص القانوني للمادتين (316) مكرر 1 و (316) مكرر 2 إلى العقاب على الشروع في الجريمة، ووفقاً للمستقر، فإنه لا عقاب على الشروع في الجرائم من فئة الجرح إلا بنص، على خلاف الحال في الجرائم من فئة الجنايات مالم ينص المشرع على خلاف ذلك.

ثالثاً: علاقة السببية

علاقة السببية هي الصلة التي تربط ما بين الفعل والنتيجة وتثبت أن ارتكاب الفعل هو الذي أدى إلى حدوث النتيجة. وإذا انتفت علاقة السببية فإن مسؤولية مرتكب الفعل تقتصر على الشروع إذا كانت جريمته عمدية، أما إذا كانت غير عمدية فلا مسؤولية عنها، إذ لا شروع في الجرائم غير العمدية⁽¹⁾.

ورابطة السببية في المواد الجنائية "هي علاقة مادية تبدأ بالفعل الذي اقترفه الجاني وترتبط به من الناحية المعنوية بما يجب عليه أن يتوقعه من النتائج المألوفة لفعله إذا أتاها عمداً وثبت قيام هذه العلاقة من المسائل الموضوعية التي ينفرد قاضي الموضوع بتقديرها، ومتى فصل في شأنها إثباتاً أو نفياً فلا رقابة لمحكمة النقض عليه ما دام قد أقام قضاءه في ذلك على أسباب تؤدي إلى ما انتهى إليه"⁽²⁾.

ويمكن القول بأن تلك العلاقة هي الرابطة التي تصل بين النشاط والنتيجة الإجرامية، وتسمح بالقول بأن هذه الأخيرة كانت ثمرة للأول ومرتبطة به ارتباطاً المسبب بالسبب، ومن ثم يلقي القانون تبعتها على الجاني باعتبارها من التداعيات الطبيعية لفعله⁽³⁾.

(1) راجع: د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، المرجع السابق، ص 319، د. فوزية عبد الستار، المرجع السابق، ص 684. د. خليفة بن راشد الشعالي، المرجع السابق، ص 185. د. غنام محمد غنام، د. فتحة قراري، شرح قانون العقوبات الاتحادي لدولة الإمارات العربية، القسم الخاص، الجرائم الواقعة على الأشخاص والأموال، جامعة الشارقة، مركز الدراسات والبحوث، 2005، ص 235، د. جودة حسين جهاد، قانون العقوبات الاتحادي، القسم الخاص الجزء الثاني، جرائم الاعتداء على الأموال، أكاديمية شرطة دبي، 2006، ص 248.

(2) نقض 1984/11/27 الطعن رقم 1019 لسنة 54 ق، نقض 1983/5/10 الطعن رقم 627 لسنة 53 ق، نقض 1980/12/7، أحكام النقض س 31 ص 200، نقض 1980/3/6، أحكام النقض س 31 ص 338.

(3) راجع: د. أحمد عوض بلال، المرجع السابق، ص 301. وراجع أيضاً د. ممدوح خليل البحر، الجرائم الواقعة على الأموال في قانون العقوبات

ومؤدى ذلك، أن تلك العلاقة هي التي يمكن وصفها بأنه لولا سلوك الجاني، لما تحققت النتيجة، فلا ينفصل السلوك الإجرامي في الجريمة التامة عن النتيجة المادية، فكلاهما فكرتان متلازمتان لا غنى لإحدهما عن الأخرى، ولا تقوم الجريمة إلا إذا كانت النتيجة بناء على السلوك الإجرامي. ويحقق هذا التلازم القانوني بين السلوك الإجرامي والنتيجة رابطاً مادياً بينهما لقيام الركن المادي⁽¹⁾.

وجريمة ارتكاب أعمال السحر والشعوذة، وفقاً لطبيعتها التي سلف الإشارة إليها، تقع تامة حال تمكن الجاني بإحداث تأثير في بدن الغير أو قلبه أو عقله أو إرادته مباشرة أو غير مباشرة، كما تقع بالتمويه على أعين الناس أو السيطرة على حواسهم أو أفئدتهم أو جعلهم يرون الشيء على خلاف الحقيقة؛ ومن ثم فإنه بوقوع وتحقق ذلك التأثير بسبب سلوك الجاني تكتمل عناصر الركن المادي للجريمة.

كما تقع الجريمة أيضاً في نطاق الجانب الذي نحى إليه المشرع بالعقاب بمجرد مباشرة السلوك دون أن تتحقق نتيجة معينة، مثل الادعاء بعلم الغيب، وهو أمر ثابت في أحكام الشريعة الإسلامية بعدم قدرة أحد من البشر على علم الغيب، مما يدخل الجريمة أيضاً في نطاق الجرائم الشكلية أو جرائم الخطر حيث تنوب النتيجة مع السلوك الإجرامي فيستحيل التمييز بينهما، وتبدو الجريمة كواحدة دون نتيجة مادية⁽²⁾.

الركن الرابع: الركن المعنوي (القصد الجنائي)

لا يكفي لوقوع الجريمة توافر مادياتها الظاهرة والواضحة أمام العيان، وإنما يجب بالإضافة إلى ذلك أن تتعاصر مع هذه الماديات إرادة إجرامية تبعث هذه الماديات إلى الوجود، ويعبر عن هذه الإرادة الإجرامية بالركن المعنوي⁽³⁾.

ويضم الركن المعنوي العناصر النفسية للجريمة، ويعني ذلك أن الجريمة ليست كياناً مادياً خالصاً قوامه الفعل وآثاره، ولكنها كذلك كيان نفسي. ويمثل الركن المعنوي الأصول النفسية لماديات الجريمة والسيطرة النفسية عليها، ذلك أن هذه الماديات لا تعني الشارع إلا إذا صدرت عن إنسان يسأل عنها ويتحمل العقاب المقرر لها، واشتراط صدورهما عن إنسان، أي اشتراط نسبتها إليه في كل أجزائها يقتضي أن تكون لها أصول في نفسه، وأن تكون له عليها سيطرة ممتدة إلى كل أجزائها⁽⁴⁾.

وجريمة ارتكاب أعمال السحر والشعوذة هي من الجرائم العمدية حيث يقوم الجاني بسلوك إرادي مجرم قانوناً، ويجد ذلك العمد أساسه فيما نص عليه المشرع في قانون العقوبات حينما نص على توافر العمد عند اتجاه إرادة الجاني إلى ارتكاب فعل أو الامتناع عن فعل متى كان هذا الارتكاب أو الامتناع مجرم قانوناً⁽⁵⁾.

الإماراتي- السرقة والاحتيال وخيانة الأمانة، مكتبة الجامعة، الشارقة، إثراء للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2009، د. أحمد أبو الروس، جرائم السرقات والنصب وخيانة الأمانة والشيك بدون رصيد، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2001.

(1) راجع: د. أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص 615.

(2) راجع: د. أحمد عوض بلال، المرجع السابق، ص 295 وما بعدها.

(3) راجع: د. أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص 641.

(4) راجع: د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص 559.

(5) تنص المادة 38 من قانون العقوبات الاتحادي رقم 3 لسنة 1987 على أنه " يتكون الركن المعنوي للجريمة من العمد أو الخطأ. ويتوفر العمد باتجاه إرادة الجاني إلى ارتكاب فعل أو الامتناع عن فعل متى كان هذا الارتكاب أو الامتناع مجرم قانوناً وذلك بقصد إحداث نتيجة مباشرة أو أية

وقد ذهب بعض أحكام القضاء لا سيما فيما يتعلق بادعاء القيام بالسحر إلى أن مجرد القيام بهذه الأفعال يعتبر دليلاً على سوء القصد فإذا تعهد شخص بعمل يستحيل تحقيقه كاستخراج الذهب من معادن أخرى بما له من الدراية بعلم الكيمياء، كان ذلك دليلاً على سوء نيته. ولا يسقطه مجرد ادعائه بأنه كان يعتقد إمكان ذلك العمل، لأن ادعاء كهذا لا يقبله العقل⁽¹⁾.

وفضلاً عن ذلك فإن الأصل في الجرائم أن تكون عمدية والاستثناء أن تكون غير عمدية، ومن ثم كانت القاعدة القاضية بأنه إذا سكت الشارع عن بيان صورة الركن المعنوي في جريمة من الجرائم كان معنى ذلك أنه يتطلب القصد الجنائي فيها، أما إذا قدر الاكتفاء بالخطأ غير العمدي لزمه أن يفصح عن ذلك، فاتباع الأصل لا يحتاج إلى تصريح ولكن الخروج عليه يحتاج إلى ذلك⁽²⁾.

وبناءً عليه تتطلب الجريمة توافر القصد الجنائي العام وهو العلم بعناصر الجريمة وإرادة متجهة إلى تحقيق هذه العناصر أو إلى قبولها. إذ ينصرف مدلول القصد الجنائي إلى اتجاه إرادة الجاني إلى مباشرة سلوك إجرامي وإلى النتيجة المترتبة عليه، مع علمه بهما وكافة العناصر التي يشترطها القانون لقيام الجريمة⁽³⁾. وهو في ضوء ذلك ينطوي على عنصرين، هما العلم والإرادة وذلك على النحو التالي:

أولاً: العلم

يُقصد بالعلم في جريمة ارتكاب عمل السحر أو الشعوذة أن يكون الجاني عالماً بعناصر الجريمة، وعلمه بأن الأفعال التي يقوم بها يجرمها القانون، إذ إن جوهر القصد الجنائي إرادة مخالفة القانون، أي إرادة الاعتداء على الحق الذي يحميه القانون، والعلم بالقانون هو علم مُفترض باعتبار أن تطبيق القانون لن يكون متوقفاً على العلم الفعلي به، ولن يعطله ادعاء الأفراد الجهل بأحكامه وعجز سلطة الاتهام عن إقامة الدليل على علمهم بها⁽⁴⁾.

وعلم الجاني بأن ما يقوم به هو بقصد التأثير في بدن الغير أو قلبه أو عقله أو إرادته مباشرة بما يتحقق معه الضرر، وأنها تمثل اعتداءً على حق الإنسان في سلامة بدنه ونفسه، وكذا التمويه على أعين الناس أو السيطرة على حواسهم أو أفئدتهم بأي وسيلة لحملهم على رؤية الشيء على خلاف الحقيقة بقصد استغلالهم أو التأثير في معتقداتهم أو عقولهم. وكذلك الادعاء بعلم الغيب أو معرفة الأسرار أو الإخبار عما في الضمير بأي وسيلة كانت بقصد استغلال الناس. وقد أورد المشرع كلمة استغلال الناس بمعنى الانتفاع منهم.

نتيجة أخرى مجرمة قانوناً يكون الجاني قد توقعها.

ويتوفر الخطأ إذا وقعت النتيجة الإجرامية بسبب خطأ الفاعل سواء أكان هذا الخطأ إهمالاً أم عدم انتباه أم عدم احتياط أو طيشاً أو رعونة أم عدم مراعاة القوانين أو اللوائح أو الأنظمة أو الأوامر.

(1) راجع: حكم محكمة النقض بتاريخ 10 يناير 1914، المجموعة الرسمية س15 رقم 31. وأيضاً راجع د. فوزية عبد الستار، المرجع السابق ص 869.

(2) راجع: د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص 645، هامش رقم 2.

(3) لمزيد من التفاصيل في القصد الجنائي، راجع: د. محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، رقم 85 ص 161. وكذلك راجع: د. عبد المهيم بكر سالم، القصد الجنائي في القانون المصري المقارن، رسالة دكتوراه، سنة 1959، ص 33 ومشار إليها في مرجع د. أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص 647.

(4) راجع: د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص 671.

وعلمه بأن ما يقوم به من شأنه التمويه على أعين الناس أو السيطرة على حواسهم أو أفئدتهم بقصد استغلالهم أو التأثير في معتقداتهم أو عقولهم . ويدخل ضمن العلم أيضاً علمه بأن ما يقوم به يُعد ادعاءً بعلم الغيب أو معرفة الأسرار أو الإخبار عما في الضمير بقصد استغلال الناس .

ثانياً: الإرادة

الإرادة هي العنصر الثاني من عناصر القصد الجنائي، وهي نشاط نفسي اتجه إلى تحقيق غرض عن طريق وسيلة معينة، فالإرادة ظاهرة نفسية، وهي قوة يستعين بها الإنسان للتأثير على ما يحيط به من أشخاص وأشياء . وهي المحرك من السلوك ذات طبيعة مادية تحدث في العالم الخارجي من الآثار المادية ما يشبع به الإنسان حاجاته المتعددة⁽¹⁾ .

والإرادة في جريمة ارتكاب أعمال السحر والشعوذة تتمثل في اتجاه إرادة مرتكب الجريمة إلى إحداث التأثير في بدن الشخص أو قلبه أو إرادته وكل الأفعال التي تضمنها الركن الشرعي للجريمة باعتبارها الغرض الذي يستهدف تحقيقه، على الرغم من علمه بتجريم القانون لتلك الأفعال.

وحيثما يتوافر القصد الجنائي بالوصف السابق فلا عبرة بالباعث على الجريمة، إذ أن المستقر في القانون أن الباعث والغاية لا يحسبان بين عناصر القصد الجنائي، وإن كانا نبيلين فهما لا ينفيان⁽²⁾ .

ويرتب القانون أثراً للباعث فقط وفقاً لنص المادة (96) من قانون العقوبات الاتحادي إذ يعد من الأعذار المخففة ارتكاب الجريمة لبواعث غير شريرة، كما تنص المادة (102) عقوبات على اعتبار ارتكاب الجريمة بباعث دنيء ظرفاً مشدداً. لذا فإن دور الباعث يقتصر فقط على كونه عذراً مخففاً أو ظرفاً مشدداً للعقوبة دون أن يدخل في عناصر القصد الجنائي.

وعليه فإن أركان الجريمة في الفقه الإسلامي تتوافق مع أركانها في القانون فالركن الأول في الفقه وهو وجود نص يحظر الجريمة ويعاقب عليها يقابله في القانون الركن الشرعي، والركن الثاني وهو كون الجريمة واقعة على إنسان يقابله في القانون ركن المحل، والركن الثالث في الفقه وهو إتيان الفعل المكون للجريمة سواء كان فعلاً أو امتناعاً يقابله في القانون الركن المادي بعناصره الثلاثة، أما الركن الرابع وهو كون الجاني مكلفاً يقابله في القانون عنصر الإرادة في الركن المعنوي.

(1) Sauer: Kriminologie, 3, S.28. مشار إليه في المرجع السابق ص 679.

(2) Vabres, no.123, p.75; Roux, I.42, p.157; Vidal et Magnol, I.NO.125, P.184. de

مشار إليهم في مرجع الدكتور محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص 680 وكذلك الأستاذ على بدوي ص 314، الدكتور محمود مصطفى القللي ص 85، الدكتور مصطفى السعيد ص 388، الدكتور محمود مصطفى رقم 294 ص 401، الدكتور علي راشد ص 385، الدكتور مأمون محمد سلامة، ص 336.

المبحث الثاني

طرق إثبات جريمة السحر وعقوبتها في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الإماراتي

لما كان السحر يزاول في الخفاء، وبطرق غامضة يستعان في غالبها بالجن والشياطين، وكان من الصعب بمكان العثور على دليل الجناية بالسحر، كان لإثبات هذه الجريمة طرقاً خاصة لإثباتها، ومن ثم ترتب العقوبة عليها أتطرق إليها في هذا المبحث.

وقد جاء هذا المبحث ليتناول في جانبه الفقهي والقانوني طرق إثبات جريمة السحر وذلك في المطلب الأول منه، أما في المطلب الثاني فيتناول الحديث حول عقوبة جريمة السحر، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: طرق إثبات جريمة السحر في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الإماراتي المطلب الثاني: عقوبة جريمة السحر

المطلب الأول

طرق إثبات جريمة السحر في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الإماراتي

الفرع الأول

إثبات جريمة السحر في الفقه الإسلامي

أولاً: الإقرار

الإقرار حجة كاملة في الإثبات، وهو أبلغ من الشهادة، ولا يحتاج إلى ما يؤيده ويدعمه في إظهار الحق، كما أنه يقطع النزاع، وينهي الخلاف⁽¹⁾.

والسحر أمره صعب، والقتل به ليس كالقتل بغيره، ولذلك يختلف القتل بهذه الأساليب الخفية عن القتل بالأساليب المعروفة، كالقتل بالسيف وبالمقتل، فهي واضحة جلية، ولكن القتل بالسحر قتلٌ بأسبابٍ خفية، ولذلك من الصعوبة بمكان دخول هذه المسألة على القضاء؛ لأن القاضي لا يستطيع أن يثبت عنده هذا إلا إذا أقر الساحر⁽²⁾.

وعليه؛ فإن إقرار الساحر بسحره معتبر كسائر إقراراته إذ لا خلاف بين الفقهاء في إثبات السحر بالإقرار، ونصوص الفقهاء دالة على اعتبار الإقرار طريقة من طرق الإثبات⁽³⁾.

(1) راجع: ابن فرحون، تبصرة الحكام، مكتبة الكليات الأزهرية، ط1، 1406هـ - 1986م، ج2، ص51 و ابن رشد، بداية المجتهد، دار الحديث، القاهرة، 1425هـ - 2004م، ج4، ص254.

(2) راجع: الماوردي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج13، ص97.

(3) راجع: ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مرجع سابق، ج4، ص240 و عيش، منح الجليل، دار الفكر، بيروت، 1409هـ-1989م، ج9، ص207 و الماوردي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج13، ص98 و عبد الله بن أحمد بن حنبل، مسائل أحمد بن حنبل، تحقيق زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، 1401هـ - 1981م، ص427.

والإقرار بالسر له حالتان:

الحالة الأولى: الإقرار حقيقة: وذلك بأن يعترف الشخص بأنه ساحر وارتكب جريمة السحر في شخص معين، ويبين

الكيفية التي تم بها الآلة المستخدمة فيه إن وجدت 0

والحالة الثانية: الإقرار حكماً: ويكون باليمين المردودة، وذلك كأن أقيمت دعوى على شخص واتهم فيها بأنه ساحر

يستخدم السحر ويفعله إضراراً بالناس، فيأتي ذلك الشخص وينكر هذا الاتهام وإذا طلب منه اليمين - عملاً بالقاعدة الشرعية "

البينة على من ادعى واليمين على من أنكر" (1) - نكل عن اليمين 0

فهذا النكل منه عن اليمين يعتبر إقراراً حكماً عند بعض العلماء منهم علماء الشافعية (2).

ومن صور الإقرار أيضاً ما ذكره ابن حجر رحمه الله . من أن امرأة جاءت إلى عائشة أم المؤمنين . رضي الله عنها .

فقال: يا أم المؤمنين ما على المرأة إذا عقلت بغيرها؟ فقالت عائشة ولم تفهم مرادها: ليس عليها شيء، فقالت: إني عقلت

زوجي عن النساء، فقالت عائشة . رضي الله عنها . : أخرجوا عني هذه الساحرة (3).

الرجوع عن الإقرار في جريمة السحر

سبق أن بينت أن الجنائية بالسحر يتعلق بها حقان، حق لله، وحق للعبد، كما بينت في المبحث السابق أن الجنائية بالسحر

تنقسم إلى أقسام، منها ما يوجب القصاص أو الدية عند تعذره، ومنها ما يوجب التعزير، ولما كانت الحدود تدرأ بالشبهات، فإن

الرجوع عن الإقرار شبهة تدرأ الحد، ولم يرد من نصوص الفقهاء ما يدل على أن التعازير تدرأ بالشبهات.

وعليه فيمكن اعتبار الرجوع عن الإقرار على نوعين:

النوع الأول: الرجوع عن إقرار موجه حد، والحق فيه خالص لله.

وصورته: لو أقر الساحر أنه استعان بالشياطين لعمل خوارق للعادة دون أن يضر بها أحد من الناس؛ فهو إقرار على ما

موجه حد، والحق فيه خالص لله حيث لم يتعد إلى الناس بإضرارهم، وقد اختلف الفقهاء في رجوع المقر عن إقراره إلى قولين:

الأقوال:

القول الأول: يقبل رجوعه مطلقاً، وهو قول جمهور الفقهاء (4).

القول الثاني: لا يقبل رجوعه مطلقاً، وهو قول الظاهرية (5).

(1) أخرجه الدارقطني في سننه، كتاب الحدود والديات وغيره، رقم الحديث (3190). سنن الدارقطني، تحقيق شعيب الارنؤوط، حسن عبد المنعم

شليبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1424 هـ - 2004، ج4، ص114.

(2) الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج4، ص119.

(3) الزواجر عن اقتراف الكبائر 163/2.

(4) راجع: الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج7، ص232 و القرافي، الذخيرة، مرجع سابق، ج12، ص181 و الخطيب الشربيني، مغني

المحتاج، مرجع سابق، ج5، ص521 و ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج5، ص120.

(5) راجع: ابن حزم، المحلى، دار الفكر، بيروت، ج7، ص103.

الأدلة:

أدلة القول الأول:

1. عن عائشة . رضي الله عنها . قالت : قال رسول الله ﷺ : «ادعوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله، فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة»⁽¹⁾.
- ووجه الدلالة من الحديث : أن الخطاب للأئمة وأنه ينبغي لهم أن يدفعوا الحدود بكل عذر مما يمكن أن يدفع به، ورجوع المقر عن إقراره يورث شبهة، والحدود تدرأ بالشبهات⁽²⁾.
2. عن ابن عباس . رضي الله عنهما، قال: لما أتى ماعز بن مالك النبي ﷺ قال له: «لعلك قبلت، أو غمزت، أو نظرت» قال: لا يا رسول الله، قال: «أنكته». لا يكني، قال: فعند ذلك أمر برجمه⁽³⁾.
- ووجه الدلالة من الحديث: أن في تعريض النبي لماعز ليرجع عن إقراره دليل واضح على قبول الرجوع عن الإقرار، وإلا لم يكن لتعريضه معنى.
3. الإقرار فيما هو حق لله إذا رجع عنه المقر فإنه لا مكذب له؛ لذا يقبل رجوعه عن الإقرار، بخلاف الإقرار فيما هو حق للعبد فإن المقر له يكذبه في رجوعه⁽⁴⁾.
4. حقوق الله مبنية على المسامحة، والمعنى أن الله سبحانه وتعالى لن يلحقه ضرر في شيء، ومن ثم قبل الرجوع عن الإقرار فيها، بخلاف حقوق الآدميين فإنهم يتضررون⁽⁵⁾.

دليل القول الثاني:

- قياس الإقرار بالحدود على الإقرار بالحقوق الأخرى، فكما لا يصح الرجوع عن الإقرار في الحقوق الأخرى غير الحدود، لا يصح الرجوع عن الإقرار بالحدود⁽⁶⁾.

المناقشة والترجيح:

- يمكن أن يجاب عن دليل القول الثاني بأن القياس مع الفارق؛ فالحدود تدرأ بالشبهات، بخلاف الحقوق الأخرى فلا تدرأ بالشبهات⁽⁷⁾.

وعليه، فإن الراجح من وجهة نظري هو القول الأول؛ لأسباب⁽⁸⁾:

(1) أخرجه الترمذي في سننه، كتاب الحدود، باب درء الحدود، رقم الحديث (1424). سنن الترمذي، تحقيق إبراهيم عطوة عوض، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ط2، 1395 هـ - 1975 م، ج4، ص33.

(2) المباركفوري، تحفة الأحوذ بشرح جامع الترمذي، دار الكتب العلمية، بيروت، ج4، ص573.

(3) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الحدود، باب هل يقول الإمام للمقر لعلك لمست أو غمزت؟، رقم الحديث (6824)، ج8، ص167.

(4) ابن الهمام، فتح القدير، مرجع سابق، ج5، ص300.

(5) الزركشي، المنثور، مرجع سابق، ج2، ص59.

(6) ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج9، ص68.

(7) الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج7، ص65.

(8) راجع: كوثر بركة، أثر الرجوع عن الإقرار في الحدود - رسالة ماجستير -، الجامعة الإسلامية بغزة، 14037 هـ-2015 م، ص53.

الأول: مناسبة قولهم لسماحة الشريعة الإسلامية؛ إذ أن إقامة الحدود في الإسلام ليس غاية، إنما هو وسيلة لحفظ المجتمع من الانهيار.

الثاني: أن شدة العقوبة المقدرة لمقتترف الحد تستدعي التشدد في إثباته.

الثالث: حقوق الله ينعدم فيها المكذب والمتضرر.

الرابع: الرجوع عن الإقرار ينتج عنه تساوي الظن بين صدقه في إقراره وبين صدقه في رجوعه، ولا مرجح لأحدهما على الآخر، وهذا يورث شبهة، والحدود تدرأ بالشبهات. وعلى ذلك، فإن إقرار الساحر على قيامه بالسحر دون الإضرار بأحد ثم رجوعه عن الإقرار مقبول.

النوع الثاني: الرجوع عن إقرار موجه قصاص، والحق فيه مشترك بين الله وبين العبد.

وصورته: لو أقر الساحر أنه استعان بالشياطين ليعضروا أحداً من الناس؛ فهو إقرار على ما موجه قصاص، والحق فيه مشترك بين الله تعالى وبين العبد، وقد سبق أن بينت أن حقوق الله تدرأ بالشبهات، أما حقوق العباد فهي مبنية على المشاحة؛ فلا تدرأ بالشبهات، ولا يقبل فيها الرجوع، لتعلقها بالغير.

جاء في المبسوط: "الرجوع بعد الإقرار إنما لا يصح في حقوق العباد لوجود خصم يصدقه في الإقرار ويكذبه في الرجوع، وذلك غير موجود فيما هو خالص حق الله تعالى"⁽¹⁾.

وعليه فإن الساحر إذا أقر على ارتكابه جنائية على نفس أحد أو ما دونها، ثم تراجع عن إقراره، لم يقبل رجوعه، ووجب عليه القصاص، فالقصاص حق خالص للعبد حيث يثبت لأولياء القتيل إن كانت الجنائية على النفس، كما يثبت للمجني عليه إن كانت الجنائية على ما دون النفس.

الشهادة على الإقرار بجريمة السحر

وصورة ذلك لو شهد عدلان على ساحر أنه أقر بممارسته السحر، أو بجنائته بالسحر، ثم أنكر الساحر أمام القاضي، فهذه تكون على حالتين:

الحالة الأولى: أن تكون الشهادة من عدلين حضرا إقرار الساحر

ويفرق هنا بين أن يكون قد شهدا على إقرار فيما هو حق خالص لله كممارسته السحر دون إضرار بأحد، أو أن يكون حق العبد فيه غالب كما هو الحال في القصاص.

فإن كان فيما هو حق خالص لله قبل رجوعه فيه استناداً إلى ما سبق تقريره من قبول الرجوع عن الإقرار فيما هو حق لله إذا كان قد أقر أمام القاضي، فإذا لم يقر أمام القاضي فقبول رجوعه من باب أولى.

أما إذا شهدا على إقرار الساحر بجنائته على أحد من الناس في نفسه أو طرفه، أو سلب أمواله فإن هذه شهادة على إقرار تعلق به حق مخلوق فتكون مقبولة.

(1) السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، 1414هـ - 1993م، ج9، ص94.

الحالة الثانية: أن تكون الشهادة من عدلين سمعا إقرار الساحر من وراء حجاب

ولأن الغالب من أمر السحرة قيامهم بالسحر في الخفاء، فإن من الممكن أن يكون الشاهدان على قيامهم بالسحر من رجال الشرطة الذين يستخفون من أجل ضبط المجرمين؛ فقد يعدون كميناً لاستدراجهم، وقد يسمعون إقراراً من الساحر على جانيته، وقد جاءت نصوص الفقهاء متباينة في حكم ذلك:

فالحنفية والشافعية⁽¹⁾ لا يجيزون شهادة الاستخفاء على الإقرار بالجناية بالسحر إلا إذا أحاط بعلم ذلك، أما المالكية⁽²⁾ فقد قيدوا ذلك بما إذا كان المشهود عليه غير ضعيف ولا مخدوع ولا خائف، وأما الحنابلة⁽³⁾ فقد توسعوا في ذلك، وعدوا ذلك شهادة مقبولة إذا اتصف الشاهدان بالعدالة.

والذي أميل إليه قبول شهادتهما أيضاً على إقراره كما في الحالة السابقة، مادامت الشهادة على إقرار تعلق به حق مخلوق.

ثانياً: إثبات جريمة السحر بالشهادة

سبق أن بينت في المطلب السابق صعوبة إثبات هذا النوع من الجنايات عند القضاء إلا عن طريق الإقرار؛ لذلك فقد اختلف الفقهاء في ثبوتها عن طريق الشهادة.

الأقوال:

القول الأول: الشهادة تعد طريقاً من طرق استعمال السحر أو بالجناية به. وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفية⁽⁴⁾ والمالكية⁽⁵⁾ والحنابلة⁽⁶⁾.

القول الثاني: لا يمكن أن تكون الشهادة طريقاً من طرق استعمال السحر أو الجناية به إلا في صورة واحدة وهي شهادة ساحرين تائبين - بعد إقرار الساحر بالسحر - على أن ما قام به الساحر يعد سحراً قاتلاً، وهو قول الشافعية⁽⁷⁾.

الأدلة:

أدلة القول الأول:

1. قوله تعالى: (وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ)⁽⁸⁾، وقوله تعالى: (وَأَسْتَشْهَدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ)⁽⁹⁾.

(1) راجع: ابن الهمام، فتح القدير، مرجع سابق، ج7، ص384 و الدمياطي، إعانة الطالبين، مرجع سابق، ج3، ص343.

(2) راجع: القرافي، الذخيرة، مرجع سابق، ج10، ص154.

(3) راجع: ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج12، ص102.

(4) راجع: الزيلعي، تبيين الحقائق، دار الكتب الإسلامية، القاهرة، 1313هـ، ج3، ص293.

(5) راجع: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق، ج2، ص48.

(6) راجع: ابن المنذر، الإقناع، تحقيق عبد الله بن عبد العزيز الجبرين، ط1، 1408 هـ، ج2، ص685.

(7) راجع: قليوبي، حاشية قليوبي، تحقيق مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر، بيروت، 1419 هـ - 1998م، ج4، ص164.

(8) الطلاق: جزء من الآية 2.

(9) البقرة: جزء من الآية 282.

ووجه الدلالة من الآيتين أنهما دالتان صراحة على حجية الشهادة، فيدخل فيها الشهادة على الجنائية بالسر.

2. ليس من المحال أن يطلع شاهدان على ساحر يقوم بعمل السحر، بل هو واقع؛ فقد ذكر ابن خلدون ذلك في مقدمته فقال: "و شاهدنا أيضًا من المنتحلين للسحر و عمله من يشير إلى كساء أو جلد و يتكلم عليه في سره فإذا هو مقطوع متخرق...."⁽¹⁾.

دليل القول الثاني:

القتل بالسحر لا يثبت بالبينة-أي الشهادة-؛ لأن الشاهد لا يعلم قصد الساحر، ولا يشاهد تأثير السحر، وإنما يثبت ذلك بإقرار الساحر⁽²⁾.

المناقشة والترجيح:

مما سبق يظهر لي رجحان القول الأول؛ لأسباب:

1. نصوص الشريعة وقواعدها تقتضي العمل بالشهادة في الإثبات عمومًا.
 2. المجيزون للشهادة إنما أجازوها بعد الاستئصال .
 3. لو اقتصرنا في الإثبات على الإقرار فحسب لما أمكن تضيق الخناق على المجرمين ومنهم السحرة ولاستمرروا في إجرامهم وضاعت بسبب ذلك أموال وحقوق.
 4. ما ذكره ابن خلدون ليس قولًا انفرد به، ولكنها شهادة عيان من ثقة وثقة في كتابه على جرائم بعض السحرة التي جعلته يشاهد آثار السحر وأضراره، فإنه حينئذ لا وجه لمنع من إثبات جريمة السحر بالبينة.
- وعليه فإن ما صرح به الشافعية من حصر قبول الشهادة في شهادة ساحرين تائبين عدلين وإن كان داخلًا في مسمى الشهادة، فإذا شهد من جرب السحر على أحد من الناس أنه ساحر، أو أن عمله الذي يعمل لا يمكن إلا أن يكون عن طريق السحر، فإن شهادته تكون مقبولة إذا استكملت شرائطها، إذ هو أعرف من غيره بالسحر، وبذلك يكون جامعًا بين العدالة والمعرفة الحقة وهذا غاية ما يطلب في الشاهد. غير أن الجمهور لم يستبعدوا إمكان معرفة مثل ذلك ممن لم يجرب السحر.

ثالثًا: إثبات جريمة السحر بالقرائن

إن المتتبع لكتب أئمة فقهاء المذاهب الأربعة يرى أنهم لم يذكروا القرائن صراحة في باب البينات، إنما اقتصروا على الشهادة والإقرار واليمين والنكول عنه، ومع ذلك نجدهم قد استندوا إليها في كثير من الأحكام، وإن كان هناك خلاف بين متأخري تلك المذاهب في مدى جواز الإثبات بالقرائن بين مؤيد ومعارض⁽³⁾.

(1) ابن خلدون، تاريخ ابن خلدون، تحقيق خليل شحادة، دار الفكر، بيروت، ط2، 1408 هـ - 1988 م، ص658.

(2) النووي، روضة الطالبين، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود - على محمد معوض، دار الكتب العلمية، ج7، ص199.

(3) ومن أجاز العمل بالقرائن بعض الحنفية، وبعض الشافعية، والمالكية، والحنابلة. راجع: الطرابلسي، معين الحكام، دار الفكر، ص166 و ابن فرحون، تبصرة الحكام، مرجع سابق، ج2، ص120 و الماوردي، الأحكام السلطانية، مرجع سابق، ص232 و ابن القيم، الطرق الحكيمة، دار البيان، ص4 وما بعدها. أما المانعين فكابن النجيم الحنفي. راجع: ابن نجيم، البحر الرائق، ج3، ص121.

ومن مؤيديها الإمام ابن قيم الجوزية؛ فقال: " فهذه مسألة كبيرة عظيمة النفع، جليلة القدر، إن أهملها الحاكم أو الوالي أضاع حقًا كثيرًا، وأقام باطلًا كثيرًا، وإن توسع فيها وجعل معوله عليها، دون الأوضاع الشرعية، وقع في أنواع من الظلم والفساد"⁽¹⁾.

ولما كان السحر مما يخفي سببه، وكان السحرة أناسًا أبعد ما يكونون من الخوف من الله عز وجل مما يجعلهم يتجرؤون على الحلف بالله كذبًا، ولم يستطع المدعي إثبات الجناية بالسحر بالبينة، ولم يقر الساحر المدعى عليه، وكان للمدعي حق لدى المدعى عليه لا يمكن إثباته إلا عن طريق القرائن، وكانت القرائن تحقق مقصد الشارع الحكيم في حفظ النفس والدين؛ فإن في إهمالها ضياعًا للحقوق.

ولا يعني العمل بالقرائن الاعتماد عليها باعتبارها وسيلة الإثبات الوحيدة، إنما هي وسيلة لمحاصرة الساحر، والتضييق عليه ليقر بسحره، فيكون الحكم عليه بوسيلة الإقرار لا بوسيلة القرائن منفردة.

ولما كان موجب الجناية بالسحر مترددًا بين الحد والقصاص والتعزير؛ فإن حكم العمل بالقرائن يختلف تبعًا لكل نوع فالجناية بالسحر الموجبة للحد لا يجوز أن تكون القرائن وسيلة من وسائل إثباتها؛ لما رواه ابن عباس عن رسول الله ﷺ أنه قال: " لو كنت راجمًا أحدًا بغير بينة لرجمت فلانة، فقد ظهر منها الريبة في منطقتها وهياتها، ومن يدخل عليها"⁽²⁾، فلم يقيم الرسول ﷺ الحد على المرأة رغم قوة القرينة الدالة على مجبه.

كما أن الاحتياط واجب في مسائل الدماء ما أمكن، والدلالة في القرائن غير واضحة ولا ظاهرة، ولو عمل بها في الحدود لذهب أبرياء بجريرة أشر الناس، وهذا مما لا يقره الشرع⁽³⁾.

أما الجناية بالسحر الموجبة للقصاص فيمكن أن يعمل بالقرائن فيها؛ لفعل رسول الله ﷺ حين حكم بموجب اللوث في القسامة، وجوز للمدعين أن يحلفوا خمسين يمينًا ويستحقون دم القتل، واللوث قرينة قوية⁽⁴⁾. وأما الجناية بالسحر الموجبة للتعزير، فيؤخذ بها بلا شك، فالتعزير باب واسع.

بعض القرائن الدالة على السحر :

وقرائن الساحر يعرف بها، حتى وإن حاول إخفاءها عن الناس، وهي معروفة عن طريق التواتر والاستفاضة، إما باعتراقات السحرة، أو عن طريق الرقاة والمعالجين للسحر؛ لكثرة مخاطبتهم للجن المتلبسين ببعض بني آدم، أو لكونها من أشياء الساحر التي تصدر منه حال القبض عليه من قبل الشرطة، ومن هذه القرائن؛ سؤال المريض عن اسمه واسم أمه، أو

(1) ابن القيم، الطرق الحكيمة، مرجع سابق ص3.

(2) أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب الحدود، باب من أظهر الفاحشة، رقم الحديث (2559). سنن ابن ماجه، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، ج2، ص855.

(3) ابن القيم، الطرق الحكيمة، مرجع سابق، ص4.

(4) راجع: صحيح البخاري، كتاب الديات، باب القسامة، رقم الحديث (6899)، ج9، ص9، و صحيح مسلم، كتاب القسامة والمحاريب....، باب القسامة، رقم الحديث (1669)، ج3، ص1292.

أخذ أثر من آثار المريض كثوب، أو غيره، أو طلب حيوان بصفات معينة ليذبحه ولا يذكر اسم الله عليه، وربما لطح بدمه أماكن الألم عند المريض، وغيرها الكثير⁽¹⁾.

الفرع الثاني

إثبات جريمة السحر في قانون العقوبات الإماراتي

يختلف الإثبات في المواد الجنائية عن الإثبات في المواد المدنية، حيث أن عبء الإثبات في المواد المدنية يخضع في تنظيم أحكامه لمبدأين عامين: الأول هو أن البيئة على من ادعى، والثاني: هو مبدأ أن المدعى عليه يصبح مدعياً في الدفع وتطبيقهما يتمثل على سبيل المثال أنه على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه⁽²⁾.

لكن الإثبات في المسائل الجنائية يختلف عن ذلك بصورة كاملة، وهو يقوم على مبدأ يسمى "مبدأ الإثبات الحر" وقد عبرت محكمة النقض المصرية عن مبدأ حرية القاضي في قبول الدليل بقولها "فتح القانون الجنائي - فيما عدا ما استلزمه من وسائل خاصة في الإثبات- بابه أمام القاضي الجنائي على مصراعيه يختار من كل طرقه ما يراه موثقاً للكشف عن الحقيقة"⁽³⁾.

وبناءً عليه، فإن الأصل أن الجرائم على اختلاف أنواعها - إلا ما استثني منها بنص خاص - جائز إثباتها بكافة الطرق القانونية⁽⁴⁾. ومن هنا يجوز إثبات الفعل الجنائي بضبط المتهم متلبساً بالجريمة، أو بالاعتراف، أو بشهادة الشهود، أو الدلائل وقرائن الأحوال، وبالعوم بأية بيئة يرتاح إليها القاضي ما لم يقيد القانون بدليل معين ينص عليه. وسوف نعرف بعض من وسائل الإثبات - في ضوء ما تقدم - التي تثبت بها جريمة السحر.

أولاً: التلبس بالجريمة

وقد عرف المشرع في قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي التلبس بأنه: "تكون الجريمة متلبساً بها حال ارتكابها أو بعد ارتكابها ببرهنة يسيرة وتعتبر الجريمة متلبساً بها إذا تبع المجني عليه مرتكبها ، أو تبعته العامة مع الصياح اثر وقوعها أو إذا وجد مرتكبها بعد وقوعها بوقت قريب حاملاً آلات أو أسلحة أو متاع أو أشياء يستدل منها على أنه فاعل أو شريك فيها أو إذا وجدت به في هذا الوقت آثار أو علامات تفيد ذلك."⁽⁵⁾

(1) راجع: بالي، الصارم البتار للتصدي للسرقة الأشرار، مكتبة الصحابة، جدة، ط3، ص77-80.

(2) راجع: د. محمد زكي أبو عامر، الإثبات في المواد الجنائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص 31 وما بعدها. وراجع أيضاً في الإثبات الجنائي بمزيد من التفاصيل د. هلال عبد اللاه أحمد، النظرية العامة للإثبات الجنائي، دار النهضة العربية، مصر، طبعة 2011، ص725 وما بعدها.

(3) في قضاء مستقر، راجع نقض 1969/1/20 أحكام النقض س 20 ق 35 ص 164. مشار إليه في المرجع السابق، ص 108.

(4) راجع: نقض 1980/11/3 أحكام النقض السنة 31 ص 952 ونقض 1980/11/20 أحكام النقض السنة 31 ص 1020.

(5) نص المادة (42) من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي رقم 35 لسنة 1992.

ويُعد التلبس من أكثر وسائل الإثبات دلالة على ارتكاب المتهم للجريمة، باعتباره ضُبط حال ارتكابه للجريمة، وفي جريمة السحر اعتبرت المحكمة أن المتهمه كانت في حالة تلبس بأن أعدت بمنزلها حجرة مظلمة تطلق فيها البخور واحتفظت ببعض الأحذية والأوراق وزجاجة على شكل كلب ووضعت في رقبته مسبحة طويلة، وتوصلت بهذه المظاهر الخارجية إلى إيهامهم والاستيلاء على أموالهم⁽¹⁾.

وفي حكم لمحكمة تمييز الكويت تناولت المحكمة صحة واقعة تلبس بالسحر عرضاً أثناء التفتيش حيث ورد بالحكم أنه "البيان من مدونات الحكم المطعون فيه أن محكمة الموضوع قدرت سائغاً أن الأوراق الخاصة لجهة عمل الطاعنة الأولى والمستندات المزورة والكمبيالة قد تم ضبطها بمسكنها عرضاً أثناء تفتيشه نفاذ للإذن الصادر بذلك بحثاً عن المواد المستخدمة في أعمال السحر والشعوذة وهي من الوسائل الاحتمالية اللازمة لتوافر جريمة النصب المأذون بالتفتيش من أجل ضبطها، ومن ثم فإن الضابط المأذون له بالتفتيش يكون حيال جرائم متلبس بها ظهرت له عرضاً، ويكون من واجبه ضبط ما كشف عنه هذا التفتيش، ويضحي ما تثيره الطاعنة الأولى من قالة بطلان التفتيش الذي أسفر عن ضبط المستندات المختلطة والمحررات المزورة والكمبيالة لتعسف الضابط في إجراءاته غير سديد".⁽²⁾

ثانياً: الاعتراف

الاعتراف هو إقرار الشخص على نفسه بارتكاب الجريمة، وقُضي بأن إنه من المقرر - فقهاً مقارناً وفي قضاء هذه المحكمة - أن لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تكوين عقيدتها مما تطمئن إليه من أدلة الدعوى وعناصرها. ولها أن تأخذ باعتراف المتهم ولو ورد بمحضر جمع الاستدلالات أو تحقيق النيابة متى اطمأنت لصدوره عن إرادة مختارة وواعية، ولو عدل عنه فيما بعد في الجرائم التعزيرية⁽³⁾.

والاعتراف بهذا المعنى متى اطمأنت المحكمة إلى صدقه من غير جدال هو سيد الأدلة في التطبيق القضائي، لكن الاعتراف لا يستجمع سيادته على الأدلة إلا إذا استوفى سائر شروط صحته ودلالته وهي:

أولاً: يلزم أن يكون إقرار المتهم بارتكاب التهمة المسندة إليه على نفسه. أما أقوال المتهم بالنسبة لغيره من المتهمين فلا يجوز عدّها اعترافاً سواء اكان المتهم الآخر مقراً بالتهمة أو منكرها لها، فالاعتراف إقرار من المتهم يصلح دليلاً عليه وحده أما بالنسبة لغيره فلا يعد اعترافاً وإنما هو من قبيل الاستدلالات التي يجوز للمحكمة أن تعزز بها ما لديها من أدلة⁽⁴⁾.

ثانياً: أن يكون اعتراف المتهم على نفسه في مجلس القضاء، أي أمام قضاء الحكم، فهذا وحده هو الاعتراف الذي يعطي للمحكمة الرخصة في الاكتفاء باعترافه والحكم عليه بغير سماع الشهود⁽⁵⁾.

ثالثاً: يلزم أن يكون إقرار المتهم على نفسه صريحاً لا يحتمل تأويلاً في ارتكابه للواقعة المسندة إليه.

رابعاً: يلزم أن يكون الاعتراف صادراً عن إرادة حرة، فالاعتراف الذي يعول عليه يجب أن يكون اختيارياً ولا يعتبر الاعتراف كذلك، ولو كان صادقاً، إذا صدر اثر ضغط أو إكراه كائناً ما كان قدره⁽¹⁾.

(1) نقض 8 أبريل 1979 مج س 30 رقم 97 ص 457.

(2) راجع: الطعن رقم 225 : لسنة 2007 : قضائية بتاريخ 2008-1-22 ، تمييز الكويت.

(3) المحكمة الاتحادية العليا - الأحكام الجزائية - الطعن رقم 175 : لسنة 22 : قضائية بتاريخ 2001-10-13.

(4) نقض 1976/1/2 أحكام النقض س 20 ق 3 ص 26.

(5) راجع: د. محمد زكي أبو عامر، المرجع السابق، ص 200.

ومن ثم فإن جريمة السحر تثبت في حق المتهم باعترافه، طالما اطمأنت المحكمة لصدوره عن إرادة مختارة وواعية. وفي حكم آخر صادر عن المحكمة الاتحادية العليا أنه " لمحكمة الموضوع سلطة فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة فيها، ومنها الاعتراف، ولو رجع عنه المقر، ولا رقيب عليها في ذلك. بشرط أن يكون تقديرها سائغا ومطابقا للواقع والشرع والقانون بأن يكون الاعتراف الذي يؤخذ به المتهم اعترافا صحيحا مطابقا للواقع، وصادرا عن إرادة حرة وواعية، ومدركة ومختارة⁽²⁾ .

ثالثاً: شهادة الشهود

الشهادة في الأصل هي تقرير الشخص لما يكون قد رآه أو سمعه بنفسه أو أدركه على وجه العموم بحواسه⁽³⁾. والشهادة التي يمكن اعتبارها - قانوناً - دليلاً يقوم عليه الحكم هي التي تقوم على إخبار شفهي يدلي به الشاهد في مجلس القضاء بعد يمين يؤديها على الوجه الصحيح⁽⁴⁾.

وقد تطلب قانون الإجراءات الجزائية في الشاهد أن يكون قد بلغ الخامسة عشر من عمره، ويقوم بتأدية الشهادة بعد حلف اليمين، أما إذا كان دون السن المذكورة فتسمع شهادته على سبيل الاستئناس دون حلف اليمين⁽⁵⁾. واستحلاف الشاهد هو من الضمانات التي شرعت فيما شرعت لمصلحة المتهم، لما في الحلف من تذكرة الشاهد بالله القائم على كل نفس وتحذيره من سخطه عليه إن هو قرر غير الحقن ولما هو مظنون من أنه قد ينجم عن هذا الترهيب أن يدلي الشاهد بأقوال لمصلحة المتهم قد تقع موقع القبول في نفس القاضي فيتخذها من أسس تكون عقيدته⁽⁶⁾.

وتعتبر الشهادة في جريمة السحر من وسائل الإثبات التي قد يركن إليها القاضي الجنائي في تكوين قناعته بارتكاب المتهم لأعمال السحر، وذلك على خلاف ما سبق إيضاحه في الفقه الإسلامي وانقسام الرأي في هذا الشأن.

رابعاً: القرائن

القرائن هي صلة ضرورية بين واقعتين يكون ثبوت الأولى فيها دليلاً على حدوث الثانية، كثبوت وجود ثار بين عائلة المجني عليه وعائلة المتهم. والقرائن قد ينشئها القانون فتسمى حينئذ بالقرائن القانونية، وقد يقيّمها القضاء فتسمى عندئذ بالقرائن القضائية أو الدلائل. والقرائن القانونية نوعان: مطلقة لا تقبل إثبات العكس، كافتراض العلم بالقانون بمجرد نشره بالجريدة الرسمية وقرينة انعدام التمييز في المجنون والصغير غير المميز، وهذه القرائن محددة في القانون على سبيل الحصر، ولا يجوز إثبات عكسها على نحو يقيد القاضي والخصوم. وقد تكون القرينة القانونية بسيطة يمكن إثبات عكسها، كقرينة ارتكاب شريك الزوجة جريمة الزنا إذا وجد في بيت مسلم في مكان مخصص للحريم⁽⁷⁾.

(1) نقض 1972/10/15 أحكام النقض س 23 ق 234، ص 1094.

(2) المحكمة الاتحادية العليا - الأحكام الجزائية | الطعن رقم 132 : لسنة 21 : قضائية بتاريخ 2001-4-21 .

(3) نقض بتاريخ 1978/2/6 أحكام النقض س 29 ق 25 ص 36.

(4) نقض 1964/1/6 أحكام النقض، س 15 ق 1 ص 1.

(5) تنص المادة (91) من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي رقم (35) لسنة 1992 على أنه: يجب على الشاهد الذي أتم خمس عشرة سنة أن يحلف قبل أداء الشهادة يميناً بأن يشهد بالحق كل الحق ولا شيء غير الحق ، ويجوز سماع من لم يتم السن المذكورة على سبيل الاستئناس بغير يمين. وتدون البيانات المذكورة وشهادة الشهود وإجراءات سماعها في المحضر بغير تعديل أو شطب أو كشط أو تحشير أو إضافة ولا يعتمد شيء من ذلك إلا إذا صدق عليه عضو النيابة العامة والكاتب والشاهد".

(6) نقض 1961/4/17 أحكام النقض س 12 ق 82 ص 442.

(7) نقض 1973 / 1 / 8 أحكام النقض س 24 ق 13 ص 50.

أما فيما يتعلق بالقرائن القضائية وتسميها محكمة النقض بقرائن الأحوال ويطلق عليها بعض الفقه لفظ الدلائل، فهي القرائن التي يستخلصها القاضي من الوقائع الثابتة أمامه بطريق الاستنتاج وترتيب النتائج على المقدمات. ومن القرائن القضائية في جريمة السحر إعطاء الساحر لمرتاديه تائم وأحجية مدون عليها طلاس ككتبت بالمداد الأحمر، ومطالبتهم بإحضار بعض متعلقات المسحور كخصلة من شعره أو قطعة من ملابسه⁽¹⁾. وننتهي مما سبق إلى أن الإثبات في جريمة السحر شأنه شأن الإثبات في المواد الجنائية فيثبت بأي طريق من طرق الإثبات، وليست هناك وسائل محددة على سبيل الحصر، ويوم بعد يوم ربما تظهر من طرق الإثبات ما لا يستخدم في الوقت الحالي.

(1) راجع: د. محمد زكي أبو عامر، المرجع السابق، ص 187.

المطلب الثاني

عقوبة جريمة السحر

الفرع الأول

عقوبة الساحر وأثر توبته في العقوبة في الفقه الإسلامي

الحكم على الساحر بكفره أو عدمه يتوقف عليه تحديد العقوبة المناسبة له، لذا لا بد أولاً من معرفة حكمه ليتوصل إلى عقوبته.

أولاً: حكم الساحر

تحرير محل النزاع:

اتفق الفقهاء على كفر من اعتقد إباحة السحر⁽¹⁾، واختلفوا في حكم الساحر الذي لم يعتقد إباحتها.

الأقوال:

القول الأول: يكفر الساحر بفعل السحر سواء اعتقد تحريمه أم لا. وهو قول بعض الحنفية⁽²⁾، ومذهب المالكية⁽³⁾، وقول عند الحنابلة⁽⁴⁾.

القول الثاني: لا يكفر الساحر إلا بفعل السحر فإن كان سحره مشتملاً على كفر، أو كان سحره مما يفرق بين الزوجين، وثبت ذلك ببينة حكم عليه بالكفر، وهو قول أكثر الحنفية⁽⁵⁾، ومذهب الشافعية⁽⁶⁾، وقول عند الحنابلة⁽⁷⁾.

الأدلة:

أدلة القول الأول:

1. قوله تعالى: (وَاتَّبِعُوا مَا تَتْلُو الشَّيَاطِينُ عَلَىٰ مُلْكٍ سُلَيْمَانَ وَمَا كَفَرَ سُلَيْمَانُ وَلَكِنَّ الشَّيَاطِينَ كَفَرُوا يُعَلِّمُونَ النَّاسَ السِّحْرَ)⁽⁸⁾.

ووجه الدلالة من الآية: أن المشهور عند المفسرين أن لفظ (يعلمون) بدل من لفظ (كفروا) أي: يكفرون بتعليمهم الناس السحر، فيكون الله تعالى قد سمى السحر كفراً، وإذا كان السحر كفراً، ففاعله كافر⁽⁹⁾.

(1) راجع: النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، ج9، ص346 و المرداوي، الإنصاف، دار إحياء التراث العربي، ط2، ج10، ص350.

(2) راجع: ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مرجع سابق، ج4، ص240.

(3) راجع: ابن فرحون، تبصرة الحكام، مرجع سابق، ج2، ص284.

(4) راجع: ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج9، ص29.

(5) راجع: ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مرجع سابق، ج1، ص45.

(6) راجع: النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط2، 1392، ج14، ص176.

(7) راجع: ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج9، ص29.

(8) البقرة: جزء من الآية 102.

(9) راجع: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق، ج2، ص43.

2. قوله تعالى: (وَمَا يُعْلِمَانِ مِنْ أَخَدٍ حَتَّى يَقُولَا إِنَّمَا نَحْنُ فِتْنَةٌ فَلَا تَكْفُرْ)⁽¹⁾.

قال الجصاص: " وقولهما (فلا تكفر) يدل على أن عمل السحر كفر؛ لأنهما يعلمانه إياه لئلا يعمل به؛ لأنهما علماء ما السحر وكيف الاحتيال ليتجنبه، ولئلا يتموه على الناس أنه من جنس آيات الأنبياء صلوات الله عليهم فيبطل الاستدلال بها"⁽²⁾.

3. قال تعالى: (إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ)⁽³⁾.

وجه الدلالة من هذه الآية: أنها دالة على أن المفسد في الأرض يقتل، والساحر مفسد في الأرض بسحره، فيقتل بذلك مع ما هو فيه من الكفر⁽⁴⁾.

4. عن عمران بن حصين رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: " ليس منا من تطير أو تطير له، أو تكهن أو تكهن له، أو سحر أو سحر له، ومن عقد عقدة - أو قال: من عقد عقدة - ومن أتى كاهنًا فصدقه بما يقول فقد كفر بما أنزل على محمد ﷺ"⁽⁵⁾.

ووجه الدلالة من الحديث: أن النبي ﷺ تبرأ من الذي يتعامل بالطيرة والكهانة والسحر، والتبرؤ من السحر يعني أنه كفر، والتبرؤ من الساحر يعني أنه كافر.

5. عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال: " من أتى عرافًا أو ساحرًا، أو كاهنًا فصدقه بما يقول: فقد كفر بما أنزل على قلب محمد ﷺ"⁽⁶⁾.

ووجه الدلالة من الحديث أنه صريح في حكم الإتيان للساحر وتصديقه بما يقول بأنه كفر، فيكون الساحر المباشر للسحر من باب أولى.

دليل القول الثاني:

قوله تعالى: (وَاتَّبَعُوا مَا تَتْلُو الشَّيَاطِينُ عَلَىٰ مُلْكٍ سُلَيْمَانَ وَمَا كَفَرَ سُلَيْمَانُ وَلَكِنَّ الشَّيَاطِينَ كَفَرُوا يُعَلِّمُونَ النَّاسَ السِّحْرَ وَمَا أُنْزِلَ عَلَى الْمَلَكَيْنِ بِبَابِلَ هَارُوتَ وَمَارُوتَ وَمَا يُعْلِمَانِ مِنْ أَخَدٍ حَتَّى يَقُولَا إِنَّمَا نَحْنُ فِتْنَةٌ فَلَا تَكْفُرْ فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَزَوْجِهِ)⁽⁷⁾.

ويظهر وجه الدلالة من وجوه:

- (1) البقرة: جزء من الآية 102.
- (2) الجصاص، أحكام القرآن، مرجع سابق، ج1، ص69.
- (3) المائدة: 33.
- (4) الجصاص، أحكام القرآن، مرجع سابق، ج1، ص65.
- (5) أخرجه البزار في مسنده، مسند عبد الله بن بسر، رقم الحديث (3578). مسند البزار، تحقيق صبري عبد الخالق الشافعي، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، ط1، 2009م، ج9، ص52 والطبراني في معجمه، باب العين، رقم الحديث (355). المعجم الكبير، تحقيق حمدي بن عبد المجيد السلفي، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ط2، ج18، ص162. قال الهيثمي: "رجاله رجال الصحيح خلا إسحاق بن الربيع وهو ثقة". الهيثمي، مجمع الزوائد، تحقيق حسام الدين القدسي، مكتبة القدسي، القاهرة، 1414 هـ، 1994م، ج5، ص117.
- (6) سبق تخريجه في المطلب الثالث من المبحث الأول.
- (7) سورة البقرة: جزء من الآية 102.

الأول: أن السحر الذي وصفه الله تعالى بأنه كفر هو سحر عبادة الكواكب، والاعتقاد بأنها هي المدبرة لهذا العالم، وهي الخالقة لما فيه من الحوادث، أما سائر الأنواع فليست بكفر⁽¹⁾.

الثاني: المراد بلفظ (وما كفر سليمان) ليس (و ما سحر سليمان)؛ بل هو من باب المجاز، وحمل اللفظ على الحقيقة أولى من حمله على المجاز، وعلى فرض احتمال المعنيين فلا يجوز صرفه عن الحقيقة إلا بقرينة.

الثالث: أن كلمة (يعلمون) ليست تفسيراً ل (كفروا) بل هو إخبار عن حالهم بعد تقرر كفرهم بغير السحر، ولو فرضنا أنه تفسير له لتعين حمله على أن ذلك السحر كان مشتملاً على الكفر، وكانت الشياطين تعتقد موجب تلك الألفاظ كالنصراني إذا علم المسلم دينه فإنه يعتقد موجب، وأما الأصولي إذا علم تلميذه المسلم دين النصراني ليرد عليه ويتأمل فساد قواعده فلا يكفر المعلم، ولا المتعلم، وهذا التقييد على وفق القواعد، وأما جعل التعلم والتعليم مطلقاً كفراً فهو خلاف القواعد⁽²⁾.

الرابع: أن هذه القصة في عهد سليمان . عليه السلام . وبعده، وتلك شريعة لا تلزمنا؛ لأن شرع من قبلنا ليس شرعاً لنا⁽³⁾.

الخامس: قوله (فلا تكفر) أي: لا تستعمله على وجه الكفر، كما يقال: خذ المال ولا تقسق به⁽⁴⁾.

المناقشة والترجيح:

يمكن أن يجاب عن دليل القول الثاني من وجوه:

الأول: أن سياق الآية فيه قرينة تدل على أن المراد بالكفر هو السحر، وذلك أن مناسبة نزولها كان لدفع السحر عن سليمان . عليها السلام .، وأن أهل اللغة قالوا: إن لفظ (يعلمون) بدلاً من لفظ (كفروا) ؛ لأن القصة واحدة⁽⁵⁾.

الثاني: أن القول بأن شرع من قبلنا ليس شرعاً لنا؛ إنما يصح في الأحكام الخاصة، أما العقائد والأخلاق والفضائل العامة كالخير والشر، والحسن والقبح، فالشرائع فيها واحدة⁽⁶⁾.

الثالث: قوله (فلا تكفر) فيه دليل على أن تعلم السحر وما لا يجوز اتباعه غير محظور، وإنما المنع من اتباعه والعمل به⁽⁷⁾.

وبناءً على ما سبق، يمكن القول بأن الساحر لا يكفر إلا في الحالات الآتية:

الأولى: أن يعتقد إباحة السحر.

الثانية: أن يعتقد ما هو كفر، كأن يعتقد أن الكواكب هي المدبرة للعالم، وهي الخالقة لما فيها من حوادث أو خير أو شر، أو يعتقد إباحة ما هو كفر مما هو متعلق بالسحر وتحضير الجن؛ كأن يعتقد إباحة وطء المصحف أو إهانته بأي صورة.

الثالثة: أن يقول أو يفعل ما هو كفر، من تقرب للجن حال تحضيره بأقوال أو أفعال كفرية كالذبح للجن.

(1) راجع: الرازي، مفاتيح الغيب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط3، 1420 هـ، ج2، ص346.

(2) راجع: محمد بن علي بن حسين، تهذيب الفروق - حاشية على الفروق -، ج4، ص189.

(3) المرجع السابق، ج4، ص190.

(4) راجع: القرافي، الفروق، مرجع سابق، ج4، ص150.

(5) راجع: القيسي، مشكل إعراب القرآن، تحقيق حاتم صالح الضامن، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط3، 1405 هـ، ج1، ص106.

(6) راجع: الشيرازي، التبصرة في أصول الفقه، تحقيق محمد حسن هيتو، دار الفكر، دمشق، ط1، 1403 هـ، ص285.

(7) البيضاوي، أنوار التنزيل، تحقيق محمد عبد الرحمن المرعشلي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1، 1418 هـ، ج1، ص98.

الرابعة: أن يستعين بالجن في معرفة ما لا يقدر على معرفته إلا الله؛ كالغيبيات، أو يستعيز بهم مما لا يقدر على منعه إلا الله تعالى.

الخامسة: أن يعتقد أن الساحر يقدر على قلب الأعيان، وقطع مسافة شهر في ليلة، والطيران في الهواء، ونحو ذلك⁽¹⁾.

ثانيًا: عقوبة الساحر

للساحر عقوبتان، واحدة في الدنيا، وأخرى في الآخرة؛ فأما التي في الآخرة فيستحقها على إيمانه بالسحر، بألا يدخل الجنة إن ارتد بسحره ومات على رده، فعن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: " لا يدخل الجنة صاحب خمس: مدمن خمر، ولا مؤمن بسحر، ولا قاطع رحم، ولا كاهن، ولا منان"⁽²⁾. وأما التي في الدنيا، فقد اختلف الفقهاء في حكم قتله على أقوال.

تحرير محل النزاع:

اتفق الفقهاء على أن الساحر إذا اعتقد إباحة السحر، أو قال أو فعل ما يكفر به، أو قتل بسحره عمدًا معصوم الدم فإنه يقتل⁽³⁾، واختلفوا فيما عدا ذلك على قولين.

الأقوال:

القول الأول: أن الأصل في عقوبة الساحر القتل، وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفية⁽⁴⁾، والمالكية⁽⁵⁾، والحنابلة⁽⁶⁾، على خلاف بينهم في بعض الفروق، فعند الحنفية التفريق بين ما يقتل بالإضرار والإفساد وغيره، وعند المالكية والحنابلة التفريق بين الذمي والمسلم، وعند الحنابلة أيضًا التفريق بين من يقتل بسحره غالبًا فيقتل قصاصًا وبين⁽⁷⁾. القول الثاني: أن الأصل في عقوبة الساحر أن لا تبلغ القتل، وهو قول الشافعية⁽¹⁾.

- (1) راجع في هذه المسألة: البكري، الأحكام المتعلقة بالسحر والسحرة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 217-226.
- (2) أخرجه أحمد في مسنده، مسند المكثرين من الصحابة، مسند أبي سعيد الخدري رضي الله عنه، رقم الحديث (11107). مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق شعيب الأرنؤوط و عادل مرشد وآخرون، إشراف عبد الله التركي، مؤسسة الرسالة، ط1، 1421 هـ - 2001 م ج17، ص178 وابن حبان في صحيحه، كتاب الكهانة السحر، ذكر الإخبار عن نفي دخول الجنة للمؤمن بالسحر، رقم الحديث (6137). صحيح ابن حبان، تحقيق شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1408 هـ - 1988 م، ج13، ص508.
- قال الحاكم: صحيح الإسناد. وقال الهيثمي: رجاله ثقات. البصرة، أنيس الساري، مؤسسة السامحة ومؤسسة الريان، بيروت - لبنان، ط1، 1426 هـ - 2005 م، ج9، ص6465.
- (3) راجع: ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مرجع سابق، ج1، ص44 والمواق، التاج والإكليل، دار الكتب العلمية، ط1، 1416 هـ-1994 م، ج8، ص371 والسبكي، فتاوى السبكي، دار المعارف، ج2، ص324 والمرداوي، الإنصاف، مرجع سابق، ج10، ص350.
- (4) راجع: ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مرجع سابق، ج1، ص44.
- (5) راجع: المواق، التاج والإكليل، مرجع سابق، ج8، ص371.
- (6) راجع: ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج9، ص30.
- (7) راجع: ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مرجع سابق، ج1، ص44 والخرشي، شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ج8، ص68، عبد الله بن أحمد بن حنبل، مسائل أحمد بن حنبل، مرجع سابق، ص427.

الأدلة:

أدلة القول الأول:

1. عن جندب رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: "حد الساحر ضربة بالسيف"⁽²⁾.
وجه الدلالة من الحديث: أنه دال صراحة على وجوب قتل الساحر، كما يدل على أنه حد لا تزيله التوبة⁽³⁾.
2. عن عمر رضي الله عنه أنه قال: "اقتلوا كل ساحر وساحرة"⁽⁴⁾.
وجه الدلالة: أنه دال على أن السحر كفر، والساحر كافر مرتد يقتل، ولم ينقل عن أحد من الصحابة مخالفته، فيكون بمثابة الإجماع السكوتي⁽⁵⁾.
3. عن ابن عمر أن جارية لحفصة سحرتها، فوجدوا سحرها واعترفت بذلك، فأمرت عبد الرحمن بن زيد فقتلها، فبلغ ذلك عثمان فأنكره، فأتاه ابن عمر فأخبره أمرها، وكان عثمان إنما أنكر ذلك لأنها قتلت بغير إذن⁽⁶⁾.
وجه الدلالة: أنه دال على قتل الساحر، وإنكار عثمان كان لقتلها بغير إذن؛ لأن الأولى بذلك هو السلطان⁽⁷⁾.

أدلة القول الثاني:

1. عن عبد الله رضي الله عنه، قال: قال رسول الله ﷺ: "لا يحل دم امرئ مسلم، يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله، إلا بإحدى ثلاث: النفس بالنفس، والثيب الزاني، والمارق من الدين التارك للجماعة"⁽⁸⁾.
وجه الدلالة من الحديث: أنه النبي ﷺ استثنى من حرمة الدم ثلاثة أنواع فقط ليس منها دم الساحر.
2. أن النبي ﷺ لم يقتل لبيد بن الأعصم اليهودي الذي سحره.

(1) راجع: الشافعي، الأم، مرجع سابق، ج1، ص256.

(2) أخرجه الترمذي في سننه، أبواب الحدود، باب ما جاء في حد الساحر، ج4، ص60، رقم الحديث (1460). قال الترمذي: هذا حديث لا نعرفه مرفوعاً إلا من هذا الوجه، وإسماعيل بن مسلم المكي يضعف في الحديث من قبل حفظه، وإسماعيل بن مسلم العبدي البصري قال: وكيع هو ثقة ويروي عن الحسن أيضاً، والصحيح عن جندب موقوفاً، والعمل على هذا عند بعض أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ، وغيرهم.

(3) راجع: الجصاص، أحكام القرآن، مرجع سابق، ج1، ص66.

(4) أخرجه أبو داود في سننه، أول كتاب الطب، باب تعليق التائم، رقم الحديث (3043). سنن أبي داود، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، بيروت، ج3، ص168 أحمد في مسنده، مسند عبد الرحمن بن عوف، رقم الحديث (1657)، ج3، ص196. وقال الأرنؤوط في تحقيق المسند: إسناده صحيح على شرط البخاري.

(5) راجع: ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج9، ص31.

(6) راجع: الجصاص، أحكام القرآن، مرجع سابق، ج1، ص61 والألوسي، روح المعاني، تحقيق علي عبد الباري عطية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1415 هـ، ج1، ص338.

(7) الباجي، المنقني شرح الموطأ، مطبعة السعادة، ط1، 1332 هـ، ج7، ص116.

(8) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الديات، باب قول الله تعالى: "أن النفس بالنفس"، رقم الحديث (6878)، ج9، ص5 و مسلم في صحيحه، كتاب القسامة والمحاربين، باب ما يباح به دم المسلم، رقم الحديث (1676)، ج3، ص1302.

3. عن عمرة قالت: اشتكت عائشة فطال شكواها، فقدم إنسان المدينة يتطبب، فذهب بنو أخيها يسألونه، عن وجعها، فقال: والله إنكم تنعتون نعت امرأة مطبوبة، قال: هذه امرأة مسحورة سحرتها جارية لها، قالت: نعم أردت أن تموتي فأعتق، قال: وكانت مدبرة، قالت: "بيعوها في أشد العرب ملكة، واجعلوا ثمنها في مثلها"⁽¹⁾.
وجه الدلالة: أن عائشة لم تقتلها على الرغم من أنها أرادت قتلها بالسحر.
4. عن ربيعة بن عطاء أن رجلاً عبداً سحر جارية عربية، وكانت تتبعه، فرفع إلى عروة بن محمد - وكان عامل عمر بن عبد العزيز - فكتب إليه عمر بن عبد العزيز: أن يبيعه بغير أرضها وأرضه، ثم ادفع ثمنه إليها⁽²⁾.
وجه الدلالة: أن عمر بن عبد العزيز لم يأمر بقتل العبد الذي سحر جارية إنما أمر ببيعهما، ودفع ثمنه إليها.

المناقشة والترحيع:

يمكن أن يجاب عن أدلة القول الأول بما يأتي:

الأول: أن حديث جندب رضي الله عنه "حد الساحر ضربة بالسيف" لا يصح مرفوعاً، ولو صح لكان المقصود به الساحر الذي يكفر بسحره فيقتل ردة، أو الذي يقتل بسحره فيقتل قصاصاً⁽³⁾.

الثاني: أن حديث عمر رضي الله عنه "اقتلوا كل ساحر وساحرة" يحمل على أن المراد به السحرة الكفرة، وأن هذا الأثر خاص بالمجوس؛ لأن تمام الحديث "اقتلوا كل ساحر وساحرة، وفرقوا بين كل ذي محرم من المجوس"⁽⁴⁾.

الثالث: أن حديث ابن عمر رضي الله عنه عن جارية حفصة التي سحرتها فأمر بقتلها لا يخلو من الاضطراب؛ فمرة يروى بقتل ساحرة، ومرة بقتل ساحرتين، ومرة أن الذي قتل الساحرة هو عبد الرحمن بن زيد ابن أخي حفصة رضي الله عنها، ومرة أن الذي قتل الساحرتين أخوها عبد الله، ومرة بإنكار عثمان رضي الله عنه، ومرة بعدم إنكاره. وعدم ذكره في القصة⁽⁵⁾.

مما سبق يظهر لي قوة أدلة القول الثاني القاضي بأن الأصل في عقوبة الساحر لاتبلغ القتل، وإنما يقتل في حالتين وهما:

الأولى: إذا اعتقد إباحة السحر أو قال أو فعل ما يكفر به، بشرط أن يكون مسلماً.

الثانية: إذا قتل بسحره عمداً معصوم الدم، فيقتل قصاصاً ولو كان ذمياً.

ثالثاً: أثر توبة الساحر في العقوبة

تحرير محل النزاع:

لا خلاف في أن الساحر إذا تاب بينه وبين الله تعالى صحت توبته؛ لأن الله تعالى لم يسد باب التوبة عن أحد من خلقه، فمن تاب إلى الله قبلت توبته⁽¹⁾.

(1) أخرجه مسلم في مسنده، مسند النساء، مسند عائشة بنت الصديق، رقم الحديث (24126)، ج40، ص154

(2) ابن حزم، المحلى، مرجع سابق، ج12، ص412.

(3) راجع: فتاوى السبكي، مرجع سابق، ج2، ص325.

(4) راجع: الرازي، مفاتيح الغيب، ج3، ص628.

(5) راجع: البكري، الأحكام المتعلقة بالسحر والسحرة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص236.

أما توبته في الدنيا، وما يترتب عليها من سقوط بعض الأحكام كالحد والتعزير ونحوهما، فهو محل خلاف بين الفقهاء.

الأقوال:

القول الأول: لا يستتاب الساحر. وهو قول الحنفية⁽²⁾، وقول عند المالكية⁽³⁾، والحنابلة⁽⁴⁾.

القول الثاني: يستتاب الساحر، فإن تاب قبلت توبته. وهو قول عند المالكية⁽⁵⁾، وقول الشافعية⁽⁶⁾، وقول الحنابلة⁽⁷⁾.

الأدلة:

أدلة القول الأول:

1. حديث جندب رضي الله عنه - السابق ذكره - : " حد الساحر، ضربة بالسيف " ⁽⁸⁾.

ووجه الدلالة: أنه دال على أن الساحر يقتل حدًا، والحد لا استتابة فيه.

2. لم ينقل عن الصحابة رضوان الله عليهم أنهم استتابوا ساحرًا ⁽⁹⁾.

أدلة القول الثاني:

1. القياس على المشرك، فدينه لا يزيد على المشرك، والمشرک يستتاب، وتقبل توبته، فكذا الساحر.

2. علمه بالسحر لا يمنع توبته، بدليل ساحر أهل الكتاب إذا أسلم، ولذلك صح إيمان سحرة فرعون وتوبتهم ⁽¹⁰⁾.

المناقشة والترجيح:

يمكن أن يجاب عن حديث جندب رضي الله عنه بأنه لا يصح مرفوعًا، ولو صح لكان المقصود به الساحر الذي يكفر بسحره فيقتل ردة، أو الذي يقتل بسحره فيقتل قصاصًا.

وعليه فإن الراجح هو القول الثاني القاضي بجواز توبة الساحر.

عقوبة الاتيان للساحر:

عقوبة اتیان الساحر وسؤاله تختلف تبعًا لحال السائل من حيث تصديقه لكلام الساحر، أو عدم تصديقه؛ وذلك على

ثلاث حالات:

(1) راجع: ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج9، ص31.

(2) راجع: ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مرجع سابق، ج1، ص44.

(3) راجع: ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، مرجع سابق، ج2، ص1091.

(4) راجع: ابن قدامة، الكافي فقه الإمام أحمد، دار الكتب العلمية، ط1، 1414 هـ - 1994 م، ج4، ص65.

(5) راجع: الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الكتب العلمية، 1995م، ج6، ص279-280.

(6) راجع: المزني، مختصر المزني، دار المعرفة، بيروت، 1410 هـ - 1990م، ج8، ص367.

(7) راجع: ابن قدامة، الكافي فقه الإمام أحمد، مرجع سابق، ج4، ص65.

(8) سبق تخريجه في المطلب الثاني من المبحث الثاني.

(9) راجع: ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج9، ص31.

(10) راجع: ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج4، ص65.

الحالة الأولى: إتيان الساحر وسؤاله من غير تصديقه

فهذا حرام، وعقوبته أنه لا تقبل له صلاة أربعين ليلة؛ لما رواه بعض أزواج النبي ﷺ عن النبي ﷺ قال: "من أتى عرافاً⁽¹⁾ فسأله عن شيء، لم تقبل له صلاة أربعين ليلة"⁽²⁾.

ومعنى عدم قبول صلاته: أنه لا ثواب له فيها وإن كانت مجزئة في سقوط الفرض عنه ولا يحتاج معها إلى إعادة⁽³⁾. ولا شك أن الساحر الذي يدعي علم الغيب في حكم العراف أو أشد منه.

الحالة الثانية: إتيان الساحر وسؤاله مع تصديقه

فهذا كفر؛ فعن أبي هريرة، وغيره عن النبي ﷺ قال: "من أتى كاهناً، أو عرافاً، فصدقه بما يقول، فقد كفر بما أنزل على محمد"⁽⁴⁾.

وعن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال: "من أتى عرافاً أو ساحراً، أو كاهناً فصدقه بما يقول: فقد كفر بما أنزل على قلب محمد ﷺ"⁽⁵⁾.

قال الشوكاني: "ظاهره أنه الكفر الحقيقي، وقيل: هو الكفر المجازي، وقيل: من اعتقد أن الكاهن والعراف يعرفان الغيب ويطلعان على الأسرار الإلهية كان كافراً ككفر حقيقة كمن اعتقد تأثير الكواكب وإلا فلا"⁽⁶⁾.

وقد جاء الوعيد في الحالة الأولى بعدم قبول الصلاة، وفي الثانية بالتكفير، فيحمل على حالين، إن كان الآتي معتقداً بأنه يصدق مرة ويكذب أخرى، فأتاه فصدقه تصديقاً غير جازم ناسبه الوعيد بعدم قبول الصلاة، وإن أتاه معتقداً علمه بالغيب علماً لا يخطئ، فصدقه تصديقاً جازماً، ناسبه الوعيد بالكفر⁽⁷⁾.

الحالة الثالثة: إتيان الساحر وطلب عمل سحر له

إذا كان من يسأل الساحر يلحقه الوعيد، فإن من يأتيه طالباً السحر من باب أولى أن يناله العقاب. جاء في الذخيرة: "وإن ذهب لمن يعمل له سحراً ولم يباشر أدب تهديداً؛ لأنه أمر لم يكفر وإنما ركن للكفر"⁽⁸⁾.

(1) العراف: هو الذي يتعاطى معرفة مكان المسروق ومكان الضالة، ويستدل على الأمور بأسباب ومقدمات يدعي معرفتها بها وقد يعتضد في ذلك بالزجر والطرق والنجوم وأسباب معتادة وهو ضرب من الكهانة. الهري، الكوكب الوهاج، دار المنهاج - دار طوق النجاة، ط1، 1430 هـ - 2009 م، ج22، ص336.

(2) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب السلام، باب تحريم الكهانة وإتيان الكهان، رقم الحديث (2230)، ج4، ص1751.

(3) النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم، مرجع سابق، ج14، ص227.

(4) أخرجه أحمد في مسنده، مسند المكثرين من الصحابة، مسند أبي هريرة رضي الله عنه، رقم الحديث (9536)، ج15، ص331. وحسنه الأرئوط في تحقيق المسند.

(5) سبق تخريجه في المطلب الثالث من المبحث الأول.

(6) الشوكاني، نيل الأوطار، تحقيق عصام الدين الصباطي، دار الحديث، مصر، ط1، 1413 هـ - 1993 م، ج7، ص214.

(7) لاشين، فتح المنعم شرح صحيح مسلم، دار الشروق، ط1، 1423 هـ - 2002 م، ج8، ص628.

(8) القرافي، الذخيرة، مرجع سابق، ج12، ص33.

وجاء في كفاية الطالب الرباني: " من دفع مالا لمن يعمل له السحر فإنه لا يقتل؛ لأنه ليس بساحر" (1).

الفرع الثاني

عقوبة جريمة السحر في قانون العقوبات الإماراتي

يتناول هذا الفرع العقوبة المقررة للجريمة، وقد حدد المشرع العقوبة على جريمة القائم بأعمال السحر أو الشعوذة، كما حدد عقوبة على كل من استعان بساحر بقصد التأثير في بدن الغير أو قلبه أو عقله أو إرادته، وسوف نعرض لكل منهما في مطلب مستقل.

أولاً: العقوبة المقررة لجريمة القائم بأعمال السحر أو الشعوذة

نصت المادة (316) مكررا 1 على العقوبة المقررة لمرتكب الجريمة وهو القائم بأعمال السحر أو الشعوذة بأنه: " 1- يعاقب بالحبس والغرامة التي لا تقل عن خمسين ألف درهم، كل من ارتكب عملا من أعمال السحر أو الشعوذة، سواء كان ذلك حقيقة أو خداعا، بمقابل أو بدون مقابل .

2- ...

3- ...

4 - تحكم المحكمة بإبعاد المحكوم عليه الأجنبي عن الدولة.

5- مصادرة الأشياء المضبوطة."

وبناءً على النص الخاص بالعقوبة، فالجريمة من حيث التقسيم الثلاثي للجرائم بحسب الجسامة هي ضمن طائفة الجرح والعقوبة كالتالي:

1- عقوبة سالبة للحرية وعقوبة مالية، فقد قرر لها المشرع عقوبتي الحبس والغرامة. وللقاضي الحكم على مرتكب الجريمة بالحبس بين حدين أدنى وأقصى من شهر وحتى ثلاث سنوات، وقد أوضح المشرع أن تلك العقوبة المقررة يُحكم بها سواء كان ما قام به الفاعل من أعمال السحر أو الشعوذة حقيقة أو خداعاً، وسواء ما قام به الفاعل كان بمقابل أو بدون مقابل. وقد أوجب المشرع على المحكمة الجمع بين عقوبتي الحبس والغرامة معاً وليس للقاضي أن يحكم بإحداهما. كما أكد النص على أنه يجب ألا تقل الغرامة عن خمسين ألف درهم، ويستطيع القاضي أن يصل بها إلى ثلاثمائة ألف درهم (2). ويُلاحظ أن المشرع هنا قد شدد من عقوبة الغرامة حيث رفع الحد الأدنى لها من ألف درهم وجعله خمسين ألف درهم.

2- الإبعاد

(1) المنوفي، كفاية الطالب الرباني لرسالة أبي زيد القيرواني، تحقيق يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت، 1412هـ، ج2، ص409.
(2) عدل المشرع في المرسوم بقانون اتحادي رقم (7) لسنة 2016 من قيمة الغرامة وفقاً للتقسيم الثلاثي للجريمة من حيث الجسامة، فنصت المادة (71) على أنه: عقوبة الغرامة: هي إلزام المحكوم عليه أن يدفع للخرينة المبلغ المحكوم به، ولا يجوز أن تقل الغرامة عن ألف درهم ولا أن يزيد حدها الأقصى على مليون درهم في الجنايات وثلاثمائة ألف درهم في الجرح، وذلك كله ما لم ينص القانون على خلافه .

تضمن النص عقوبة الإبعاد وهو من التدابير الجنائية القضائية التي يتخذها المشرع حينما تقع الجريمة من أجنبي متواجد على إقليم الدولة. وهو تدبير تضمنته المادة 110 عقوبات والمادة 121 وهي تدابير قضائية يحكم بها القاضي⁽¹⁾. ولا شك أن عقوبة الإبعاد هي من العقوبات الفعالة عندما يرتكب الجريمة أجنبي، حيث أنها تحول دون تكرار الجريمة من قبل الجاني، ويصاحبها عادة المنع من دخول الدولة⁽²⁾.

(1) تنص المادة 110 عقوبات على أنه " لتدابير المقيدة للحرية هي: 1: حظر ارتياد بعض المحال العامة: 2. منع الإقامة في مكان معين 3: المراقبة 4: الإلزام بالعمل. 5: الإبعاد عن الدولة".

كما تنص المادة 121 عقوبات على أنه " إذا حكم على أجنبي بعقوبة مقيدة للحرية في جنابة أو جنحة جاز للمحكمة أن تأمر في حكمها بإبعاده عن الدولة ويجب الأمر بالإبعاد في الجنايات الواقعة على العرض. ويجوز للمحكمة في مواد الجنح الحكم بالإبعاد بدلا من الحكم عليه بالعقوبة المقيدة للحرية المقررة للجنحة".

راجع في الإبعاد: حكم المحكمة الاتحادية العليا - الأحكام الجزائية | الطعن رقم 140 لسنة 2012: قضائية بتاريخ 2012-4-17 .
(2) - المحكمة الاتحادية العليا - الأحكام الجزائية | الطعن رقم 248 لسنة 2017: قضائية بتاريخ 2017-3-14، المحكمة الاتحادية العليا - الأحكام الجزائية | الطعن رقم 90 لسنة 2016: قضائية بتاريخ 2016-4-18، المحكمة الاتحادية العليا - الأحكام الجزائية | الطعن رقم 130 لسنة 15: قضائية بتاريخ 1993-12-29، المحكمة الاتحادية العليا - الأحكام الجزائية | الطعن رقم 72 لسنة 14: قضائية بتاريخ 1992-10-31 .

3- المصادرة⁽¹⁾:

المصادرة هي نقل ملكية مال أو أكثر إلى الدولة، فهي عقوبة ناقلية للملكية جوهرها حلول الدولة محل المحكوم عليه - أو غيره - في ملكية مال. وخصائصها أنها عقوبة مالية، وهي عقوبة عينية، أي ترد على مال معين، وهي عقوبة تكميلية قد تكون جوازية وقد تكون وجوبية⁽²⁾.

وفي جريمة ارتكاب السحر قرر المشرع عقوبة المصادرة كعقوبة تكميلية للجريمة وهي وجوبية، وفقاً لما هو مستفاد من نص المادة ويجب على القاضي التزام النطق بها، وهي تشمل - على سبيل المثال وليس الحصر - مصادرة الأشياء المضبوطة التي تحصلت من أعمال السحر أو التي استعملت فيها سواء كانت مبالغ نقدية أو أشياء عينية، مصرح بحيازتها أو غير مُصرح بها طالما تحصلت منها أو استعملت فيها.

ثانياً: العقوبة المقررة للمستعين بالساحر أو المشعوذ

من التوجه المحمود للمشرع تجريمه للشخص المستعين بساحر بقصد التأثير في بدن الغير أو قلبه أو عقله، وذلك بالحبس والغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين، وللمحكمة أن تجمع بين عقوبتي الحبس والغرامة، أو توقع أي منهما. فقد ورد النص بكلمة أو وهي تفيد التخيير. وقد جاء نص المادة (316) مكرر 2 كالتالي:

يعاقب بالحبس والغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من :

1- استعان بساحر بقصد التأثير في بدن الغير أو قلبه أو عقله أو إرادته .

2 - ...

3- ...

ومقتضى ذلك أنه يجوز للمحكمة أن تحكم بالحبس من حده الأدنى وهو شهر حتى الحد الأقصى وهو ثلاث سنوات مع الغرامة التي تبدأ من ألف درهم حتى ثلاثمائة ألف درهم. أو بإحدى هاتين العقوبتين. ويمكن القول إن المشرع في دولة الإمارات العربية المتحدة قد أضاف إضافة تشريعية هامة، بإفراد نصاً خاصاً لجريمة السحر والشعوذة التي تتواجد في المجتمع بصورة لا يمكن غض البصر عنها، وقد أكمل بذلك فراغاً تشريعياً، فضلاً عن أنه استحدث اتجاهاً تشريعياً جديداً بعقاب كل من يلجأ للاستعانة بمن يرتكبون أعمال السحر والشعوذة.

(1) تنص المادة (82) عقوبات على أنه: "المحكمة عند الحكم بالإدانة في جنائية أو جنحة أن تحكم بمصادرة الأشياء المضبوطة التي تحصلت من الجريمة أو التي استعملت فيها أو التي كان من شأنها أن تستعمل فيها، وذلك كله دون إخلال بحقوق الآخرين حسني النية. وإذا كانت الأشياء المذكورة من التي يعد صنعها أو استعمالها أو حيازتها أو بيعها أو عرضها للبيع جريمة في ذاته وجب الحكم بالمصادرة في جميع الأحوال ولو لم تكن الأشياء ملكاً للمتهم"، المحكمة الاتحادية العليا - الأحكام الجزائية | الطعن رقم 29 لسنة 2014 قضائية بتاريخ 20-5-2014.

(2) د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص 884.

ومن خلال ما أورده المشرع من نصوص، يتضح أنه وافق الشرع، ولا غرابة في ذلك، لأن المادة الأولى من قانون العقوبات الاتحادي رقم 3 لسنة 1987، تنص على أنه " تسري في شأن جرائم الحدود والقصاص والدية أحكام الشريعة الإسلامية، وتحدد الجرائم والعقوبات التعزيرية وفق أحكام هذا القانون والقوانين العقابية الأخرى".
فالقانون الوضعي ليس بمنأى عن أحكام الشريعة الإسلامية ولا بد أن يأتي متسقاً معها وقد أكد دستور دولة الإمارات العربية المتحدة على ذلك في المادة السابعة بقوله " الإسلام هو الدين الرسمي للاتحاد، والشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع فيه، ولغة الاتحاد الرسمية هي اللغة العربية⁽¹⁾".

(1) نص المادة السابعة من الدستور الإماراتي.

الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، والصلاة والسلام على خير الخلق، محمد صلى الله عليه وسلم، وبعد، ففي ختام هذا البحث يمكن أن نلخص أهم ما توصلنا إليه من نتائج، وما بدا لنا من توصيات على النحو التالي:

أولاً: النتائج

1. إن من السحر ما هو حقيقة له تأثير على بدن المسحور، ومنه ما هو تخيل وتمويه.
2. يمكن إثبات جريمة السحر بالإقرار والشهادة والقرائن، في جرائم السحر الموجبة للقصاص والتعزير، أما جرائم السحر الموجبة للحد فلا يجوز أن تكون القرائن وسيلة من وسائل إثباتها.
3. الراجح أن الساحر لا يكفر إلا في حالات منها: اعتقاده بإباحة السحر، أو اعتقاده ما هو كفر، أو قوله أو فعله ما هو كفر، استعانتة بالجن، اعتقاده أن الساحر قادر على الإتيان بمعجزات.
4. الراجح في الأصل في عقوبة الساحر ألا تبلغ القتل، وإنما يقتل في حالتين وهما: اعتقاده بإباحة السحر، أو قوله أو فعله ما هو كفر، بشرط أن يكون مسلماً. وإذا قتل بسحره عمداً معصوم الدم.
5. الراجح أن الساحر يستتاب، فإن تاب قبلت توبته.
6. عقوبة إتيان الساحر وسؤاله في الفقه الإسلامي تختلف تبعاً لحال السائل من حيث تصديقه لكلام الساحر، أو عدم تصديقه.
7. استحداث المشرع الإماراتي نصاً قانونياً منفرداً لجريمة السحر وفر للجريمة الركن الشرعي.
8. اتباع المشرع الإماراتي نهجاً مستحدثاً في تجريم أفعال الاستعانة بمرتكب جريمة السحر، بعد أن كان المستعين يعتبر شاهداً وليس متهماً.
9. تعامل المشرع مع جريمة السحر باعتبارها من الجرائم ذات النتيجة، واكتفى في بعض الحالات بتحقيق الجريمة باعتبارها من جرائم السلوك.
10. إن تجريم الاستعانة بالقائم بالسحر من شأنه انحسار الإقبال على ارتكاب الجريمة.

ثانياً: التوصيات

1. إدراج الجريمة ضمن الجرائم التي تسري في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية لتختص بها المحاكم الشرعية حال توافر الضوابط والشروط الفقهية لكونها من الجرائم الماسة بالعقائد والشعائر الدينية، وإذا تعذرت تسري في شأنها أحكام قانون العقوبات والقوانين العقابية الأخرى.
2. نوصي باعتبار البرامج والإعلانات والمواد الإعلامية التي تروج لأعمال السحر بمثابة صورة من صور السلوك الإجرامي التي قرر لها المشرع الحبس والغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين.
3. التفريق في العقوبة بين جريمة السحر المؤدية للضرر، وجريمة السحر المؤدية للموت، وذلك بتغليظ العقوبة في الحالة الأخيرة إعمالاً للتفريد العقابي.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع اللغوية والشرعية

1. إبراهيم مصطفى وآخرون - أحمد الزيات و حامد عبد القادر و محمد النجار -، المعجم الوسيط، ، تحقيق مجمع اللغة العربية، دار الدعوة، د.ط، د.ت.
2. ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم الحراني، تحقيق أنور الباز وعامر الجزار، دار الوفاء، ط3، 1426هـ - 2005م.
3. ابن الجعد، علي بن الجعد الجوهري، مسند ابن الجعد، تحقيق عامر أحمد حيدر، مؤسسة نادر، بيروت، ط1، 1410 - 1990.
4. ابن حبان، محمد بن حبان بن أحمد، صحيح ابن حبان، تحقيق شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1408 هـ - 1988م.
5. ابن حجر، أحمد بن علي بن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار المعرفة، بيروت، 1379.
6. ابن حجر، أحمد بن محمد بن علي، الزواج عن اقتراف الكبائر، دار الفكر، ط1، 1407هـ - 1987م.
7. ابن حزم، علي بن أحمد بن سعيد، الفصل في الملل والأهواء والنحل، مكتبة الخانجي، القاهرة، د.ط، د.ت.
8. ابن حزم، علي بن أحمد بن سعيد، المحلى بالآثار، دار الفكر، بيروت، د.ط، د.ت.
9. ابن خلدون، عبد الرحمن بن محمد بن محمد، تاريخ ابن خلدون، تحقيق خليل شحادة، دار الفكر، بيروت، ط2، 1408 هـ - 1988 م.
10. ابن رشد، محمد بن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، د.ط، 1425هـ - 2004 م.
11. ابن سيده، علي بن إسماعيل المرسي، المحكم والمحيط الأعظم، تحقيق عبد الحميد هنداي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1421 هـ - 2000م.
12. ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، حاشية رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، ط2، 1412هـ - 1992م.
13. ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله، الكافي في فقه أهل المدينة، مكتبة الرياض، الرياض، ط2، 1400هـ.
14. ابن فرحون، إبراهيم بن علي بن محمد، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، مكتبة الكليات الأزهرية، ط1، 1406هـ - 1986م.
15. ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، الكافي فقه الإمام أحمد، دار الكتب العلمية، ط1، 1414 هـ - 1994 م.
16. ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، دار الفكر، بيروت، ط1، 1405هـ.
17. ابن القيم، محمد بن أبي بكر بن أيوب، الطرق الحكمية، دار البيان، د.ط، د.ت.
18. ابن ماجه، محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، د.ط، د.ت.
19. ابن مفلح، إبراهيم بن محمد بن عبد الله، المبدع في شرح المقنع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1418 هـ - 1997 م .
20. ابن مفلح، محمد بن مفلح بن محمد، الفروع وتصحيح الفروع، تحقيق أبو الزهراء حازم القاضي، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ط، 1418هـ.

21. ابن المنذر، محمد بن النيسابوري، الإقناع ، تحقيق عبد الله بن عبد العزيز الجبرين، ط1، 1408 هـ.
22. ابن منظور، محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط1، د. ت.
23. ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة، بيروت، د. ط، د. ت.
24. ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد السيواسي، فتح القدير، دار الفكر، د. ط، د. ت.
25. أبو داود، سليمان بن الأشعث بن إسحاق، سنن أبي داود، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، بيروت، د. ط، د. ت.
26. أبو يعلى الموصلي ، مسند أبي يعلى الموصلي، تحقيق حسين سليم أسد، دار المأمون للتراث، دمشق، ط1، 1404هـ-1984م.
27. أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق شعيب الأرنؤوط و عادل مرشد وآخرون، إشراف عبد الله التركي، مؤسسة الرسالة، ط1، 1421 هـ - 2001 م.
28. أحمد مختار عبد الحميد عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، السعودية، ط1، 1429هـ-2008م.
29. الأزهري، محمد بن أحمد، تهذيب اللغة، تحقيق محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1، 2001م.
30. الألويسي، محمود بن عبد الله ، روح المعاني، تحقيق علي عبد الباري عطية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1415 هـ.
31. الباجي، سليمان بن خلف، المنتقى شرح الموطأ، مطبعة السعادة، ط1، 1332هـ.
32. بالي، وحيد بن عبد السلام، الصارم البتار للتصدي للسحرة الأشرار ، مكتبة الصحابة، جدة، ط3، د. ت.
33. البخاري، عبد العزيز بن أحمد بن محمد، كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، دار الكتاب الإسلامي، د. ط، د. ت.
34. البخاري، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم ، صحيح البخاري، تحقيق محمد زهير الناصر، دار طوق النجاة، ط1، 1422 هـ.
35. البزار، أحمد بن عمرو بن عبد الخالق، مسند البزار - المنشور باسم البحر الزخار - ، تحقيق صبري عبد الخالق الشافعي، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، ط1، 2009م.
36. البصارة، نبيل بن منصور، أنيس الساري في تخريج وتحقيق الأحاديث التي ذكرها الخافظ ابن حجر العسقلاني في فتح الباري، مؤسسة السماحة ومؤسسة الريان، بيروت - لبنان، ط1، 1426 هـ - 2005 م.
37. البغوي، الحسين بن مسعود بن محمد، شرح السنة، تحقيق شعيب الأرنؤوط ومحمد زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، دمشق - بيروت، ط2، 1403هـ - 1983م.
38. البغوي، الحسين بن مسعود بن محمد، معالم التنزيل، تحقيق عبد الرزاق المهدي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1، 1420 هـ.
39. البكري، أحمد بن فتحي، الأحكام المتعلقة بالسحر والسحرة في الفقه الإسلامي، ، دار الأوراق الثقافية، جدة، ط1، 1438هـ-2017م.
40. البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، عالم الكتب، بيروت، د. ط، 1996م.
41. البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، كشاف القناع، تحقيق هلال مصيلحي ومصطفى هلال، دار الفكر، بيروت، د. ط، 1402هـ.
42. البيضاوي، عبد الله بن عمر بن محمد، أنوار التنزيل وأسرار التأويل، تحقيق محمد عبد الرحمن المرعشلي، دار إحياء

- التراث العربي، بيروت، ط1، 1418 هـ.
43. الترمذي، محمد بن عيسى، سنن الترمذي، تحقيق إبراهيم عطوة عوض، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ط2، 1395 هـ - 1975 م.
44. التفتازاني، مسعود بن عمر، شرح التلويح على التوضيح، مكتبة صبيح بمصر، د.ط، د.ت.
45. الجريسي، خالد بن عبد الرحمن بن علي الجريسي، الحذر من السحر، مؤسسة الجريسي، الرياض، د.ط، د.ت.
46. الجصاص، أحمد بن علي الرازي، أحكام القرآن، تحقيق محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ط، 1405 هـ.
47. الجويني، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف، الإرشاد إلى قواطع الأدلة في أصول الاعتقاد، تحقيق محمد يوسف موسى وآخر، مكتبة الخانكي، القاهرة، د.ط، 1369 هـ - 1960 م.
48. الخطاب، محمد بن محمد، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الكتب العلمية، د.ط، 1995 م.
49. الخرخشي، محمد بن عبد الله المالكي، شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، د.ط، د.ت.
50. الخطيب الشربيني، محمد بن أحمد، مغني المحتاج، دار الكتب العلمية، ط1، 1415 هـ - 1994 م.
51. الدارقطني، علي بن عمر بن أحمد، سنن الدارقطني، تحقيق شعيب الارنؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1424 هـ - 2004 م.
52. الدمياطي، عثمان بن محمد الشافعي، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، دار الفكر، ط1، 1418 هـ - 1997 م.
53. الرازي، محمد بن عمر بن الحسن، مفاتيح الغيب - المسمى بالتفسير الكبير - ، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط3، 1420 هـ.
54. الرملي، أحمد الأنصاري، حاشية الرملي على أسنى المطالب شرح روض الطالب، د.ط، د.ت.
55. الزركشي، محمد بن عبد الله بن بهادر، المنثور في القواعد الفقهية، وزارة الأوقاف الكويتية، ط2، 1405 هـ - 1985 م.
56. الزمخشري، الكشاف، محمود بن عمرو بن أحمد، دار الكتاب العربي، ط3، 1407 هـ.
57. الزيلعي، عثمان بن علي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار الكتب الإسلامية، القاهرة، د.ط، 1313 هـ.
58. السبكي، علي بن عبد الكافي، فتاوى السبكي، دار المعارف، د.ط، د.ت.
59. السرخسي، حمد بن أحمد بن أبي سهل، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، د.ط، 1414 هـ - 1993 م.
60. السكري، عبد السلام عبد الرحيم، السحر بين الحقيقة و الوهم في التصور الإسلامي، دار الكتب الجامعية الحديثة، طنطا، د.ط، 1401 هـ.
61. الشافعي، محمد بن إدريس، الأم، دار المعرفة، بيروت، د.ط، 1410 هـ - 1990 م.
62. الشنقيطي، محمد الأمين بن محمد المختار الجكني، أضواء البيان، دار الفكر، بيروت، د.ط، 1415 هـ - 1995 م.
63. الشوكاني، محمد بن علي، نيل الأوطار، تحقيق عصام الدين الصبابي، دار الحديث، مصر، ط1، 1413 هـ - 1993 م.
64. الشيرازي، إبراهيم بن علي، التبصرة في أصول الفقه، تحقيق محمد حسن هيتو، دار الفكر، دمشق، ط1، 1403 هـ.
65. الطبراني، سليمان بن أحمد، المعجم الكبير، تحقيق حمدي بن عبد المجيد السلفي، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ط2، د.ت.

66. الطبري، محمد بن جرير، جامع البيان في تأويل القرآن، تحقيق أحمد شاكر، ط1، 1420هـ-2000م.
67. الطرابلسي، علي بن خليل الحنفي، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، دار الفكر، د.ط، د.ت.
68. عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، دار الكاتب العربي، بيروت، د.ط، د.ت.
69. عبد الله بن أحمد بن حنبل، مسائل أحمد بن حنبل رواية ابنه عبد الله، تحقيق زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، 1401هـ-1981م.
70. العسكري، الحسن بن عبد الله بن سهل بن سعيد بن يحيى بن مهران، معجم الفروق اللغوية، تحقيق بيت الله بيات و مؤسسة النشر الإسلامي، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، ط1، 1412هـ.
71. عlish، محمد بن أحمد المالكي، فتح العلي المالك، دار المعرفة، د.ط، د.ت.
72. عlish، محمد بن أحمد المالكي، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، د.ط، 1409هـ-1989م.
73. القرافي، أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، الذخيرة، تحقيق محمد بو خبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1994م.
74. القرافي، أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي، الفروق، وحاشيته تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية لمحمد بن علي بن حسين، عالم الكتب، عالم الكتب، د.ط، د.ت.
75. القرطبي، محمد بن أحمد بن أبي بكر، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة، ط2، 1384هـ - 1964م.
76. قليوبي، أحمد بن أحمد بن سلامة، حاشية قليوبي على شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين، تحقيق مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر، بيروت، د.ط، 1419هـ - 1998م.
77. القيسي، مكي بن أبي طالب، مشكل إعراب القرآن، تحقيق حاتم صالح الضامن، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط3، 1405هـ.
78. الكاساني، أبو بكر بن مسعود بن أحمد، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت، د.ط، 1982م.
79. كوثر محمد سلامة بركة، أثر الرجوع عن الإقرار في الحدود - رسالة ماجستير - ، الجامعة الإسلامية بغزة، 14037هـ-2015م.
80. لاشين، موسى شاهين، فتح المنعم شرح صحيح مسلم، دار الشروق، ط1، 1423هـ - 2002م.
81. الماوردي، علي بن محمد بن محمد، الأحكام السلطانية، دار الحديث، القاهرة، د.ط، د.ت.
82. الماوردي، علي بن محمد بن محمد، الحاوي الكبير، تحقيق علي محمد معوض و عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1419هـ - 1999م.
83. المباركفوري، محمد عبد الرحمن، تحفة الأحوزي بشرح جامع الترمذي، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ط، د.ت.
84. المرداوي، علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث العربي، ط2، د.ت.
85. المزني، إسماعيل بن يحيى، مختصر المزني، دار المعرفة، بيروت، 1410هـ - 1990م.
86. مسلم بن الحجاج، أبو الحسن القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ط، د.ت.
87. المنوفي، علي بن خلف، كفاية الطالب الرباني لرسالة أبي زيد القيرواني، تحقيق يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت، د.ط، 1412هـ.
88. المواق، محمد بن يوسف، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، ط1، 1416هـ-1994م.

89. **النووي**، يحيى بن شرف، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط2، 1392.
90. **النووي**، يحيى بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود - على محمد معوض، دار الكتب العلمية، د. ط، د. ت.
91. **الهرري**، محمد الأمين بن عبد الله الأرمي العلوي، الكوكب الوهاج والروض البهاج في شرح صحيح مسلم بن الحجاج، دار المنهاج - دار طوق النجاة، ط1، 1430 هـ - 2009 م.
92. **الهيثمي**، علي بن أبي بكر، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، تحقيق حسام الدين القدسي، مكتبة القدسي، القاهرة، 1414 هـ، 1994 م.

ثانيًا: المراجع القانونية

1. **دكتور أحمد أبو الروس**: جرائم السرقات والنصب وخيانة الأمانة والشيك بدون رصيد، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2001.
2. **دكتور أحمد عوض بلال**: مبادئ قانون العقوبات المصري، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة.
3. **دكتور أحمد فتحي سرور**: الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، طبعة 2015.
4. **دكتور السعيد مصطفى السعيد**: الأحكام العامة في قانون العقوبات، 1962.
5. **دكتور جودة حسين جهاد**: قانون العقوبات الاتحادي، القسم الخاص، الجزء الثاني، جرائم الاعتداء على الأموال، أكاديمية شرطة دبي، 2006.
6. **دكتور خليفة بن راشد الشعالي**: شرح قانون العقوبات الإماراتي، النظرية العامة للجريمة، الكتاب الأول، الطبعة الثالثة، 2010، مطبعة راشد.
7. **دكتور رمسيس بهنام**: قانون العقوبات، جرائم القسم الخاص، منشأة المعارف بالإسكندرية.
8. **دكتور رؤوف عبيد**: جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، دار الفكر العربي، الطبعة الثامنة، 1985.
9. **دكتور سليمان عبد المنعم**: النظرية العامة لقانون العقوبات : دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، لبنان 2003.
10. **دكتور علي عبد القادر القهوجي**: قانون العقوبات، القسم الخاص، جرائم الاعتداء على الإنسان والمال، منشورات الحلبي القانونية، الطبعة الأولى، 2010، بيروت، لبنان.
11. **دكتور عوض محمد عوض**: قانون العقوبات، القسم العام، الإسكندرية.
12. **دكتور عمر السعيد رمضان**: فكرة النتيجة في قانون العقوبات، مجلة القانون والاقتصاد، س 21، (1961)
13. **دكتور غنام محمد غنام**، دكتورة فتية قوراري: شرح قانون العقوبات الاتحادي لدولة الإمارات العربية، القسم الخاص، الجرائم الواقعة على الأشخاص والأموال، جامعة الشارقة، مركز الدراسات والبحوث، 2005.
14. **دكتورة فوزية عبد الستار**: شرح قانون العقوبات القسم الخاص، الطبعة الثانية، 2000، دار النهضة العربية، القاهرة.
15. **دكتورة لطيفة حميد الجميلي**: الجرائم الواقعة على الأموال، مكتبة الآفاق المشرقة الطبعة الثانية، 2015.

16. دكتور مأمون محمد سلامة: قانون العقوبات، القسم العام، دار الفكر العربي، طبعة 1998.
17. دكتور محمد زكي أبو عامر: الإثبات في المواد الجنائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، طبعة 2011.
18. دكتور محمد زكي أبو عامر ودكتور سليمان عبد المنعم: قانون العقوبات الخاص، طبعة 2006، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان.
19. دكتور محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات القسم العام، النظرية العامة للجريمة، الطبعة الثامنة، 2016، دار النهضة العربية، القاهرة
20. دكتور محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات القسم الخاص طبعة 1992، دار النهضة العربية، القاهرة.
21. دكتور محمد زكي أبو عامر وسليمان عبد المنعم: قانون العقوبات، القسم العام من قانون العقوبات.
22. دكتور محمد زكي أبو عامر وسليمان عبد المنعم: قانون العقوبات اللبناني، القسم الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، طبعة 1996، بيروت، لبنان.
23. دكتور محمود محمود مصطفى: أصول قانون العقوبات في الدول العربية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، 1983.
24. دكتور ممدوح خليل البحر: الجرائم الواقعة على الأموال في قانون العقوبات الإماراتي - السرقة والاحتيال وخيانة الأمانة، مكتبة الجامعة، الشارقة، إثراء للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2009.
25. دكتور هلال عبد اللاه أحمد: النظرية العامة للإثبات الجنائي، دار النهضة العربية، مصر، 2011.

أحكام المحاكم

1. حكم محكمة النقض المصرية، نقض 13 أبريل سنة 1942، مجموعة القواعد القانونية ج 5 رقم 381 ص 643، مشار إليه بالمرجع السابق.
2. حكم محكمة النقض المصرية، نقض 7 مايو سنة 1962 مجموعة أحكام محكمة النقض س 13 رقم 112 ص 443.
3. محكمة النقض - جنائي | الطعن رقم 1767 لسنة 28: قضائية بتاريخ: 17/ 11/ 1959.
4. نقض 8 أبريل 1979 مج س 30 رقم 97 ص 457.
5. حكم محكمة ابوظبي في الطعن رقم (2) لسنة 2008 س 2 ق. جلسة 2008/6/10. جزائي.
6. حكم محكمة النقض - جنائي | الطعن رقم 854 لسنة 39: قضائية ب تاريخ 23 - 6 - 1969.
7. محكمة النقض - جنائي | الطعن رقم 6677 لسنة 80: قضائية بتاريخ: 2013-3-23. راجع أيضاً: حكم محكمة النقض - جنائي | الطعن رقم 553 لسنة 25: قضائية بتاريخ: 19 - 11 - 1955.
8. حكم محكمة تمييز دبي - الأحكام الجزائية | الطعن رقم 191 لسنة 2001: قضائية بتاريخ 10 - 11 - 2001.

9. حكم محكمة النقض المصرية بتاريخ 3 أكتوبر سنة 1978 س 29 رقم 127.
10. حكم المحكمة الاتحادية العليا في الطعن رقم 716 لسنة 2017 جزائي بجلسة 2018/1/8.
11. محكمة النقض - جنائي | الطعن رقم 2977 :لسنة 64 قضائية بتاريخ 8 -1-1996.
12. نقض 1984/11/27 الطعن رقم 1019 لسنة 54 ق، نقض 1983/5/10 الطعن رقم 627 لسنة 53 ق، نقض 1980/12/7، أحكام النقض س 31 ص 200.
13. نقض 1980/3/6، أحكام النقض س 31 ص 338.
14. حكم محكمة النقض بتاريخ 10 يناير 1914، المجموعة الرسمية س 15 رقم 31.
15. المحكمة الاتحادية العليا - الأحكام الجزائية | الطعن رقم 248 :لسنة 2017 :قضائية بتاريخ 14-3-2017.
16. المحكمة الاتحادية العليا - الأحكام الجزائية | الطعن رقم 90 :لسنة 2016 :قضائية بتاريخ 18-4-2016.
17. المحكمة الاتحادية العليا - الأحكام الجزائية | الطعن رقم 130 :لسنة 15 :قضائية بتاريخ 29-12-1993.
18. المحكمة الاتحادية العليا - الأحكام الجزائية | الطعن رقم 72 :لسنة 14 :قضائية بتاريخ 31-10-1992.
19. المحكمة الاتحادية العليا - الأحكام الجزائية | الطعن رقم 140 : لسنة 2012 : قضائية بتاريخ 17-4-2012.
20. المحكمة الاتحادية العليا - الأحكام الجزائية | الطعن رقم 29 :لسنة 2014 :قضائية بتاريخ 20-5-2014.

التشريعات:

1. قانون العقوبات الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 3 لسنة 1987
2. المرسوم بقانون المرسوم بقانون اتحادي رقم (7) لسنة 2016 بتعديل بعض أحكام قانون العقوبات الإماراتي الصادر بالقانون الاتحادي رقم (3) لسنة 1987.
3. قانون الإجراءات الجزائية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 35 لسنة 1992.
4. قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 وتعديلاته الصادر بتاريخ 15-9-1969.
5. قانون العقوبات المصري رقم 58 لسنة 1937.
6. قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم 150 لسنة 1950.
7. قانون العقوبات الجزائري الصادر بالأمر رقم 156 لسنة 1966 بتاريخ 11/6/1966.
8. قانون العقوبات السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 148/1949.
- 9- قانون العقوبات البحريني الصادر بالمرسوم بقانون رقم (15) لسنة 1976.

إنعام النظر في مآلات قانون الأحوال الشخصية الإماراتي - بعض مسائل الزواج نموذجاً

إعداد الدكتور
حمزة عبد الكريم حماد

أستاذ الفقه وأصوله المساعد
قسم الشريعة والدراسات الإسلامية
كلية القانون
جامعة الإمارات العربية المتحدة

ملخص

سعت هذه الدراسة إلى استقراء جزئي وتحليل لباب الزواج في قانون الأحوال الشخصية الإماراتي للوقوف على التطبيقات المتعلقة بمسألة النظر في المآلات. وقد هدفت الدراسة إلى بيان ماهية النظر في المآلات وتأصيله، ثم تحليل بعض تطبيقات النظر في المآلات في قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، لا سيما باب الزواج متبعة المنهج الاستقرائي. وقد خلصت الدراسة إلى أن المشرع الإماراتي التفت للنظر في المآلات، وظهر ذلك في باب الزواج من خلال توثيق عقد الزواج وتسجيله في المحكمة، والفحص الطبي قبل الزواج، فضلاً عن تحديد سن الزواج. وتوصي الدراسة باستكمال استقراء الأبواب الأخرى في قانون الأحوال الشخصية الإماراتي؛ للوقوف على الأمثلة التي تفيد كونه نظراً في مآلاتها قبل سنّها وتشريعها.

الكلمات المفتاحية: النظر في المآلات، الزواج، قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.

Abstract

The study aimed to partial extrapolation and analysis of the section of marriage in the UAE personal law to determine the applications related to the matter of reviewing the outcomes. The study aimed at explaining the meaning of having a look into outcomes and making it rooted, then analyzing some of applications of reviewing the consequences in the UAE personal, law, especially the marriage matters following extrapolation pattern of study. The study concluded that the Emirati law expert takes care of the looking at the consequences. This was shown in the chapter of marriage by documenting the marriage contract and registering it in court, medical examination before marriage, and determining the age of marriage. The study recommends the completion of the extrapolation of the other sections in the UAE personal law to identify examples that show being the revision of the outcomes before making it a law.

Key words: take care of results, marriage, and UAE personal law.

مقدمة:

يعدّ أصل النظر في المآلات من الأصول الكلية التي انبثقت عنها جملة قواعد وأصول فقهية فهي بمضمونها تقيد توجيه نظر المجتهد أو المشرّع القانوني إلى ضرورة النظر في نتائج الفعل وآثاره؛ وكذلك نتائج سنّ المواد القانونية وآثارها؛ كي يتصور الواقعة تصوراً سليماً، ويكتيفاً صحيحاً، فيتم بناء الحكم في ضوء نتائجها التي ترتب عليه. ومن جهة أخرى، فللنظر في المآلات تطبيقات عديدة منثورة في كتب الفقه الإسلامي، بيد أنّ الباحث ارتأى تخصيص النظر في تطبيقات قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.

إشكالية الدراسة:

مما سبق، نخلص بأنّ إشكالية الدراسة تتمركز في تحليل قانون الأحوال الشخصية الإماراتي للوقوف على التطبيقات؛ للنظر في المآلات التي التفت إليها المشرّع. أسئلة الدراسة:

- في ضوء إشكالية الدراسة السابقة، فقد انبثق عنها الأسئلة البحثية الآتية:
- ما ماهية النظر في المآلات وحجته؟
- ما تطبيقات النظر في المآلات في بعض مسائل الزواج في قانون الأحوال الشخصية الإماراتي؟

أهداف الدراسة:

- في ضوء الأسئلة السابقة، تحاول هذه الدراسة تحقيق جملة من الأهداف، هي:
- بيان ماهية النظر في المآلات.
- التأصيل الشرعي للنظر في المآلات.
- تحليل بعض تطبيقات النظر في المآلات في مسائل الزواج في قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.

أهمية الدراسة:

تتمركز أهمية الدراسة في إثراء المكتبة الفقهية والقانونية، لا سيّما الإماراتية منها بدراسات معمّقة حول تطبيقات النظر في المآلات في بعض مسائل الزواج في قانون الأحوال الشخصية الإماراتي وبيان كيفية التفت المشرّع الإماراتي لها.

منهج الدراسة:

يقوم هذا البحث على المنهج الاستقرائي لبعض نصوص القانون، في ضوء النظر في المآلات.

حدود الدراسة:

تتقيد هذه الدراسة بالحدود الموضوعية الآتية:

- الاختصار على قانون الأحوال الشخصية الإماراتي لسنة 2006م.
- التركيز على النظر في المآلات في موضوع الزواج.

الدراسات السابقة:

اهتمت بعض الدراسات بموضوع النظر في المآلات بحثاً ودرساً، منها:

- دراسة عبد الحفيظ عبد الله الرميّة، الموسومة بـ: مآلات الأفعال وتطبيقاتها في فقه الأحوال الشخصية - دراسة أصولية فقهية قانونية مقارنة بقانوني الأحوال الشخصية اليمني والمصري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، 2014م.
 - دراسة عمر جدية، الموسومة بـ: أصل اعتبار المآل بين النظرية والتطبيق، صدرت عن دار ابن حزم، بيروت، سنة 1430هـ، 2010م.
 - دراسة وليد علي الحسين، الموسومة بـ: اعتبار مآلات الأفعال وأثرها الفقهي، ط2، الرياض: الدار التدمرية، 1430هـ، 2009م.
 - دراسة عبد الرحمن معمر السنوسي، الموسومة بـ: اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات ط2، الرياض: دار ابن الجوزي، 1424هـ، 2004م.
 - دراسة زيد بو شعراء، الموسومة بـ: عوامل تغير الأحكام في التشريع الإسلامي، تغير المآل وتغير القصد، أطروحة دكتوراه، جامعة محمد الأول بوجدة، المغرب، سنة 1997م.
 - دراسة حسين سالم الذهب، الموسومة بـ: مآلات الأفعال وأثرها في تغيير الأحكام، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، الأردن، سنة 1994م.
- في ضوء الوقوف على العناوين السابقة ومحتويات بعض تلك الدراسات، يلحظ الباحث أنّها فصلت كثيراً في الجانب النظري، ولم تتشابه أيّ من تلك الدراسات مع دراسة الباحث باستثناء الدراسة الأولى التي تناولت الأحوال الشخصية، غير أنّ مجال بحثها كان قانون الأحوال الشخصية المصري واليمني. ومما يميّز الدراسة الحالية على ما سواها: عدم الإطالة في المسائل النظرية المتعلقة بالنظر في المآلات، فضلاً عن البحث العميق في قانون الأحوال الشخصية الإماراتي. ولم يقف الباحث على دراسة سابقة خصصت للنظر في المآلات في هذا القانون.

خطة الدراسة:

بناءً على ما سبق، فقد تكونت محتويات هذه الدراسة من مبحثين، إضافة إلى مقدمة وخاتمة تضمنت أبرز النتائج والتوصيات، على النحو الآتي:

المبحث الأول: ماهية النظر في المآلات وحججه

المطلب الأول: ماهية النظر في المآلات

المطلب الثاني: حجية النظر في المآلات

المبحث الثاني: التطبيقات في بعض مسائل الزواج في قانون الأحوال الشخصية الإماراتي

المطلب الأول: مآلات توثيق عقد الزواج وتسجيله في المحكمة

المطلب الثاني: المآلات المترتبة على الفحص الطبي قبل الزواج

المطلب الثالث: المآلات المترتبة على تزويج الصغيرات

الخاتمة: تتضمن أهم النتائج والتوصيات المستفادة من البحث.

المبحث الأول

ماهية النظر في المآلات وحجيته

المطلب الأول: ماهية النظر في المآلات

المآل في اللغة

المآل: أصله: (أَوَّل) الهمزة والواو واللام أصلان؛ الأول منهما: ابتداء الأمر وانتهائه، والثاني: آل يؤول، أي: رَجَعَ، قال الخليل: الأيل الذكر من الوعول، والجمع أيائل، وإنما سمي أيلاً؛ لأنه يؤول إلى الجبل؛ أي يتحصن، يقال: "أَوَّلَ الحُكْمَ إِلَى أَهْلِهِ"، أي: أرجعه وردّه إليهم، وقولهم آل اللبن، أي خثر من هذا الباب؛ لأنه لا يخثر إلا آخر أمره، وآل القطران: إذا خثر، وآل جسم الرجل: إذا نحف لأنه يحور ويحري، أي يرجع إلى تلك الحال، وآل الرجل أهل بيته؛ لأنه إليه مآلهم وإليهم مآله، وفي حديث ابن عباس رضي الله عنهما: "اللَّهُمَّ فَفِّهْهُ فِي الدِّينِ، وَعَلِّمَهُ التَّأْوِيلَ"⁽¹⁾، والتأويل هنا: المرجع والمصير مأخوذ من آل يؤول إلى كذا أي صار إليه، وأَوَّلُهُ إِلَيْهِ تَأْوِيلًا رَجَعَهُ، وَأَوَّلَ اللَّهُ عَلَيْكَ ضَالَّتَكَ: رَدَّ وَرَجَعَ.⁽²⁾

والأصل الثاني هو المعنى الذي يفيد هذه الدراسة، وعليه فالمآل في اللغة يفيد الرد والرجوع وانتهاء الأمر ومرجعه وعاقبته.

(1) ابن حنبل، أبو عبد الله، أحمد بن محمد، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ط1، بيروت: مؤسسة الرسالة، 1421هـ، 2001م، حديث رقم: 2397، ج4، ص225، وحكم عليه الشيخ الأرنؤوط بأن إسناده قوي على شرط مسلم.

(2) انظر:

- ابن منظور، أبو الفضل، محمد بن مكرم، لسان العرب، ط3، بيروت: دار صادر، 1414هـ، ج11 ص32 وما بعدها.
- الفيروز آبادي، أبو طاهر، محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، ط8، بيروت: مؤسسة الرسالة، 1426هـ، 2005م، ص963.
- ابن فارس، أبو الحسين، أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام هارون، بيروت: دار الفكر، 1399هـ، 1979م، ج1، ص159-160.
- الزبيدي، أبو الفيض، محمد بن محمد، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق: عبد العزيز مطر، بيروت: دار الجيل، 1390هـ، 1970م، ج28، ص31 وما بعدها.
- ابن الأثير، أبو السعادات، المبارك بن محمد، النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق: طاهر الزاوي ومحمود الطناحي، بيروت: المكتبة العلمية، 1399هـ، 1979م، ج1، ص80-81.

المال اصطلاحاً

قد يصعب الوقوف على تعريف النظر في المال أو اعتبار المال تعريفاً - من حيث المعنى اللقبي - يضبط حقيقته ويوضح ماهيته عند الأوائل؛ ولا يعني ذلك عدم التفات المجتهدين الأوائل إليه بل إنَّ اجتهاداتهم تؤكد أنَّ النظر في المال كان حاضراً في أذهانهم⁽¹⁾، ومنهم الإمام الغزالي حيث بين الغاية من النظر في المال قائلاً: "فرعاية المقاصد عبارة حاوية للإبقاء ورفع القواطع وللتحصيل على سبيل الإبتداء"⁽²⁾، ومن أبرز من تناول مآلات الأفعال، الإمام الشاطبي حيث يقول: "النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعاً كانت الأفعال موافقة أو مخالفة، وذلك أنَّ المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام أو بالإحجام إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل، مشروعاً لمصلحة فيه تستجلب، أو لمفسدة تدرأ، ولكن له مال على خلاف ما قصد فيه، وقد يكون غير مشروع لمفسدة تنشأ عنه أو مصلحة تندفع به، ولكن له مال على خلاف ذلك"⁽³⁾. وقد ظهر الاهتمام بتقعيد النظر في المآلات وتأصيله مؤخراً، ويمكن القول بأنَّ النظر في المآلات هو: تكييف الفعل بالمشروعية أو عدمها في ضوء نتيجته الفعلية في أرض الواقع⁽⁴⁾، ونخلص ممَّا تقدّم إلى أنَّ النظر في المال هو عبارة عن استشراف المستقبل في ثمرة الفعل وعاقبته ونتيجته، فلا يتم

(1) لعل أشهر مثال في ذلك، ما قاله عمر بن الخطاب رضي الله عنه - في مسألة تقسيم سواد العراق -: "كيف بمن يأتي من المسلمين فيجدون الأرض بعلوجها قد اقتسمت وورثت عن الآباء وحيزت، ما هذا برأي ... والله لا يفتح بعدي بلد فيكون فيه كبير نبيل؛ بل عسى أن يكون كلاً على المسلمين؛ فإذا قسمت أرض العراق بعلوجها، وأرض الشام بعلوجها فما يسد به الثغور وما يكون للذرية والأرامل بهذا البلد وبغيره من أرض الشام والعراق"، انظر:

- أبو يوسف، يعقوب بن إبراهيم، الخراج، تحقيق: طه سعد وسعد محمد، القاهرة: المكتبة الأزهرية، د.ت.

ص35.

(2) الغزالي، أبو حامد، محمد بن محمد، شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل، تحقيق: حمد الكبيسي ط1، بغداد: مطبعة الإرشاد، 1390هـ، 1971م، ص159.

(3) الشاطبي، إبراهيم بن موسى، الموافقات، تحقيق: مشهور آل سلمان، ط1، دار ابن عفان، 1417هـ، 1997م ج5، ص177.

(4) انظر:

- الذهب، حسين سالم، مآلات الأفعال وأثرها في تغيير الأحكام، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، الأردن

سنة 1994م، ص12.

- الزعتري، علاء الدين، نتائج التصرفات مرعية في سن التشريعات، شواهد على ذلك من السنة النبوية،

منشور في موقعه على شبكة الإنترنت: <http://www.alzatari.net/print-research/163.html>

تاريخ الاستفادة من الموقع: 2016/3/1م.

الحكم الفقهي على مسألة بعينها قبل تأمل ما يترتب عليها من نتائج واقعة أو متوقعة، ومدى موافقة تلك النتائج لمقاصد التشريع وغاياته. وهذا النظر فيما يرجع إليه الفعل موافق للتعريف اللغوي الثاني للمال.

المطلب الثاني: حجية النظر في المآلات

تنهض بحجية هذا الأصل عدد كبير من الأدلة الشرعية التي تؤدي بمجموعها إلى كون الشارع قد راعى آثار الأفعال ونتائجها والعواقب المترتبة عليها، من تلك الأدلة:

من القرآن الكريم

1. قوله تبارك وتعالى: "وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ، كَذَلِكَ زَيْنًا لِكُلِّ أُمَّةٍ عَمَلُهُمْ ثُمَّ إِلَىٰ رَبِّهِمْ مَرْجِعُهُمْ فَيُنَبِّئُهُمْ بِمَا كَانُوا يَعْمَلُونَ".⁽¹⁾
وجه الدلالة من الآية:

إن الحكم في هذه الآية مترتب على مقتضى مآلاته ونتائجه، فالله جلّ في علاه ينهى عن سبّ آلهة المشركين؛ نظراً للمال المترتب على ذلك، وهو مقابلة المشركين بسبّ إله المسلمين تبارك وتعالى.⁽²⁾

2. قال الله تعالى: "قُلْ ادْعُوا اللَّهَ أَوْ ادْعُوا الرَّحْمَنَ أَيًّا مَا تَدْعُوا فَلَهُ الْأَسْمَاءُ الْحُسْنَىٰ وَلَا تَجْهَرُوا بِصَلَاتِكُمْ وَلَا تَخَافُوا بِهَا وَابْتَغِ بَيْنَ ذَلِكَ سَبِيلًا".⁽³⁾
وجه الدلالة من الآية:

⁽¹⁾ سورة الأنعام، آية 108.

⁽²⁾ انظر:

- ابن كثير، أبو الفداء، إسماعيل بن عمر، تفسير القرآن العظيم، تحقيق: سامي سلامة، ط2، دار طيبة 1420هـ، 1999م، ج3، ص314.

- القرطبي، أبو عبد الله، محمد بن أحمد، الجامع لأحكام القرآن - تفسير القرطبي، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، ط2، القاهرة: دار الكتب المصرية، 1384هـ، 1964م، ج7، ص61.

- الجصاص، أبو بكر، أحمد بن علي، أحكام القرآن، تحقيق: محمد قمحاوي، ط1، بيروت: دار إحياء التراث العربي، 1405هـ، ج4، ص170.

- ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد إبراهيم، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1411هـ، 1991م، ج3، ص110.

⁽³⁾ سورة الإسراء، آية 110.

ورد عن ابن عباس رضي الله عنهما في سبب نزول هذه الآية أَنَّ النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا صَلَّى بأصحابه رفع صوته بالقرآن، فإذا سمعه المشركون سبوا القرآن ومن أنزله ومن جاء به، فَقَالَ اللَّهُ تَعَالَى لِنَبِيِّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "وَلَا تَجْهَرُ بِصَلَاتِكَ"، أَيُّ بِقِرَاءَتِكَ فَيَسْمَعُ الْمُشْرِكُونَ فَيَسُبُّوا الْقُرْآنَ "وَلَا تُخَافُ بِهَا" عَنْ أَصْحَابِكَ فَلَا تُسْمِعُهُمْ، "وَابْتَغِ بَيْنَ ذَلِكَ سَبِيلًا"،⁽¹⁾ فجاء النهي من الله تعالى عن الجهر بالقراءة؛ نظراً لما يترتب عليها من نتائج.⁽²⁾

3. قال سبحانه: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَسْأَلُوا عَنْ أَشْيَاءٍ إِنْ تُبَدَّ لَكُمْ تَسْأَلُكُمْ وَإِنْ تَسْأَلُوا عَنْهَا حِينَ يُنَزَّلَ الْقُرْآنُ تُبَدَّ لَكُمْ عَفَا اللَّهُ عَنْهَا وَاللَّهُ غَفُورٌ خَلِيمٌ".⁽³⁾

وجه الدلالة من الآية:

إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى نَهَى عَنْ سَوْأَلِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَمَّا لَمْ يَتَّبِعْ حُكْمَهُ وَلَا تَدْعُو الْحَاجَةَ إِلَيْهِ؛ نَظَرًا لِمَا لَدَى ذَلِكَ بَكُونِ إِجَابَةِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَوْ بِنَزُولِ الْوَحْيِ قَدْ تَكُونُ سَبَبًا لِلتَّكَالُفِ الشَّاقَةِ، وَإِجَابَ مَا لَمْ يَكُنْ وَاجِبًا أَوْ تَحْرِيمَ مَا لَمْ يَكُنْ مُحَرَّمًا؛ بِخِلَافِ السَّوْأَلِ بَعْدَ انْقِطَاعِ الْوَحْيِ بِمَوْتِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.⁽⁴⁾

⁽¹⁾ البخاري، صحيح البخاري، كتاب: تفسير القرآن، باب: "ولا تجهر بصلواتك ولا تخافت بها"، حديث رقم: 4722 ج6، ص87.

⁽²⁾ انظر:

- الطبري، أبو جعفر، محمد بن جرير، جامع البيان في تأويل القرآن، تحقيق: أحمد شاكر، ط1، بيروت: مؤسسة الرسالة، 1420هـ، 2000م، ج17، ص585.

- الماوردي، أبو الحسن، علي بن محمد، تفسير الماوردي "النكت والعيون"، تحقيق: السيد عبد الرحيم، بيروت: دار الكتب العلمية، د.ت، ج3، ص281.

⁽³⁾ سورة المائدة، آية 101.

⁽⁴⁾ انظر:

- الماوردي، تفسير الماوردي، ج2، ص71.

- أبو حيان، محمد بن يوسف، البحر المحيط في التفسير، تحقيق: صدقي جميل، بيروت: دار الفكر 1420هـ، ج4، ص381.

- بنان، كريمة، اعتبار مآلات الأفعال وتطبيقاته في فقه عمر بن الخطاب رضي الله عنه، رسالة ماجستير جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2015م، ص9.

من السنة النبوية

1. عن جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، قَالَ: كُنَّا فِي غَزَاةٍ... فَكَسَعَ⁽¹⁾ رَجُلٌ مِنَ الْمُهَاجِرِينَ رَجُلًا مِنَ الْأَنْصَارِ، فَقَالَ الْأَنْصَارِيُّ: يَا لَأَنْصَارٍ، وَقَالَ الْمُهَاجِرِيُّ: يَا لِّلْمُهَاجِرِينَ، فَسَمِعَ ذَلِكَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ: "مَا بَالُ دَعْوَى الْجَاهِلِيَّةِ"، قَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ، كَسَعَ رَجُلٌ مِنَ الْمُهَاجِرِينَ رَجُلًا مِنَ الْأَنْصَارِ، فَقَالَ: "دَعُوهَا فَإِنَّهَا مُنْتَهَةٌ"، فَسَمِعَ بِذَلِكَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ أَبِيٍّ، فَقَالَ: فَعَلُوهَا، أَمَا وَاللَّهِ لَئِنْ رَجَعْنَا إِلَى الْمَدِينَةِ لَيُخْرِجَنَّ الْأَعَزُّ مِنْهَا الْأَذَلَّ، فَبَلَغَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَامَ عُمَرُ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ: دَعْنِي أَضْرِبَ عُتُقَ هَذَا الْمُنَافِقِ، فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "دَعُهُ، لَا يَتَخَذَتِ النَّاسُ أَنَّ مُحَمَّدًا يَقْتُلُ أَصْحَابَهُ"⁽²⁾ وجه الاستدلال في الحديث:

إنَّ عبد الله بن أبيٍّ سبَّ النبي صلى الله عليه وسلم، وقد أجمع العلماء على أن من سبَّه عليه الصلاة والسلام يستوجب القتل،⁽³⁾ لكنَّه صلى الله عليه وسلم نهى عمر بن الخطاب عن قتل عبد الله بن أبيٍّ رغم استحقاقه لذلك لردته، نظراً منه عليه الصلاة والسلام إلى

(5) أي ضرب دبره بيده. انظر: ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث، ج4، ص173.

(1) رواه البخاري - واللفظ له - ومسلم، انظر:

- البخاري، أبو عبد الله، محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، تحقيق: محمد الناصر، ط1، دار طوق النجاة، 1422هـ، كتاب: تفسير القرآن الكريم، باب قَوْلِهِ: "يَقُولُونَ لَئِنْ رَجَعْنَا إِلَى الْمَدِينَةِ لَيُخْرِجَنَّ الْأَعَزُّ مِنْهَا الْأَذَلَّ وَلِلَّهِ الْعِزَّةُ وَلِرَسُولِهِ وَلِلْمُؤْمِنِينَ وَلَكِنَّ الْمُنَافِقِينَ لَا يَعْلَمُونَ" [المنافقون: 8]، حديث رقم: 4907 ج6، ص154.

- مسلم، أبو الحسين، مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، تحقيق: محمد عبد الباقي، بيروت: دار إحياء التراث العربي، د.ت، كتاب: البر والصلة والآداب، باب: نصر الأخ ظالماً أو مظلوماً، حديث رقم: 63- (2584)، ج4، ص1998.

(2) انظر:

- ابن عابدين، محمد أمين، رد المحتار على الدر المختار، ط2، بيروت: دار الفكر، 1992م، ج4 ص232.

- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج8، ص82.

- ابن القطان، علي بن محمد، الإقناع في مسائل الإجماع، تحقيق: حسن الصعدي، ط1، الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، 1424هـ، 2004م، ج2، ص270.

- ابن تيمية، الصارم المسلول، ص3.

النتائج المترتبة على التطبيق من إثارة الفتن الداخلية، وتشويهه لصورة الإسلام خارج المدينة المنورة.⁽¹⁾

2. عَنْ عَائِشَةَ، زَوْجِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، أَنَّهَا قَالَتْ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ: «لَوْلَا أَنَّ قَوْمَكَ حَدِيثُوا عَهْدَ بِجَاهِلِيَّةٍ - أَوْ قَالَ: بِكُفْرٍ - لَأَنْفَقْتُ كَنْزَ الْكَعْبَةِ فِي سَبِيلِ اللَّهِ، وَلَجَعَلْتُ بَابَهَا بِالْأَرْضِ، وَلَأَدْخَلْتُ فِيهَا مِنَ الْحَجَرِ».⁽²⁾

وجه الدلالة في هذا الحديث:

أراد النبي صلى الله عليه وسلم إعادة بناء الكعبة بحيث يدخل فيها حجر سيدنا إسماعيل عليه السلام؛ لكنه صلى الله عليه وسلم امتنع عن ذلك، وأبقى الكعبة الشريفة على ما هي عليه؛ نظرة منه عليه الصلاة والسلام إلى نتائج الفعل من إثارة النزاع، وتأليف قلوب حديثي العهد بالجاهلية.⁽³⁾

3. عَنْ عَائِشَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «إِذَا نَعَسَ أَحَدُكُمْ وَهُوَ يُصَلِّي فَلْيَرْقُدْ، حَتَّى يَذْهَبَ عَنْهُ النَّوْمُ، فَإِنْ أَحَدَكُمْ إِذَا صَلَّى وَهُوَ نَاعِسٌ، لَا يَدْرِي لَعَلَّهُ يَسْتَغْفِرُ فَيَسْبُ ثَفْسُهُ».⁽⁴⁾

وجه الدلالة في الحديث:

ينهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الصلاة في حال غلبة النعاس على المصلي، ويأمر عليه الصلاة والسلام المصلي في حال غلب عليه التعب والإرهاق والنعاس أن ينام، والحكمة من ذلك -كما بيّنها المصطفى صلى الله عليه وسلم- مراعاة نتائج الفعل، فالمقصد

⁽³⁾ انظر: النووي، أبو زكريا، يحيى بن شرف، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، ط2، بيروت: دار إحياء التراث العربي، 1392هـ، ج16، ص139.

⁽¹⁾ مسلم، صحيح مسلم، كتاب: الحج، باب: نقض الكعبة وبنائها، حديث رقم: 400- (1333)، ج2، ص969.

⁽²⁾ انظر:

- النووي، المنهاج، ج9، ص90-91.

- الشوكاني، محمد بن علي، نيل الأوطار، تحقيق: عصام الدين الصبابطي، ط1، القاهرة: دار الحديث 1413هـ، 1993م، ج6، ص40.

⁽³⁾ رواه البخاري -واللفظ له- ومسلم، انظر:

- البخاري، صحيح البخاري، كتاب: الوضوء، باب: باب الوضوء من النوم، ومن لم ير من النعسة والنعستين أو الخفقة وضوءاً، حديث رقم: 212، ج1، ص53.

- مسلم، صحيح مسلم، كتاب: صلاة المسافرين وقصرها، باب: باب أمر من نعس في صلاته، أو استعجم عليه القرآن، أو الذكر بأن يرقد، أو يقعد حتى يذهب عنه ذلك حديث رقم: 222- (786)، ج1، ص542.

من الصلاة الخشوع والتركيز، والصلاة حال النعاس يترتب عليها انعدام التركيز والخشوع فضلاً التكلّم بما لا يليق بالصلاة.⁽¹⁾

4. عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ يَزِيدٍ، قَالَ: دَخَلْتُ مَعَ عَلْقَمَةَ، وَالْأَسْوَدِ عَلَى عَبْدِ اللَّهِ، فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ: كُنَّا مَعَ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ شَبَابًا لَا نَجِدُ شَيْئًا، فَقَالَ لَنَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "يَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ، مَنْ اسْتَطَاعَ الْبَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ، فَإِنَّهُ أَغَضُّ لِلْبَصَرِ وَأَحْصَنُ لِلْفَرْجِ، وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَعَلَيْهِ بِالصَّوْمِ فَإِنَّهُ لَهُ وَجَاءٌ".⁽²⁾

وجه الدلالة في الحديث:

يمكن الاستدلال بهذا الحديث على اعتبار المآلات من جهتين: الأولى أَنَّ النبي صلى الله عليه وسلم حتّ الشباب-الذين هم مظنة الشهوة- على الزواج لأنه يؤول إلى الإحصان والعفة وترك التطلع إلى المحرمات، والثانية: أَنَّ النبي عليه الصلاة والسلام أحال الشباب غير القادر على تكاليف الزواج إلى الصوم؛ لأنه يؤول إلى كسر شهوة النكاح.⁽³⁾

من أفعال الصحابة:

التفت الصحابة رضوان الله تعالى عليهم إلى مسألة النظر في المآلات في اجتهاداتهم والفتاوى الصادرة عنه، وأبرز من اشتهر بذلك عمر بن الخطاب رضي الله عنه، ومن المسائل التي التفت فيها إلى المآلات:

1. جمع القرآن الكريم، من المعروف أن القرآن الكريم كان مكتوباً في زمن النبي صلى الله عليه وسلم، لكن النسخة المكتوبة من القرآن بقيت مفرقة عند الصحابة ولم تجمع في حياة النبي عليه الصلاة والسلام، وفي زمن أبي بكر الصديق كثر القتل في حفظة القرآن، عن زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ الْأَنْصَارِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -وَكَانَ مِمَّنْ يَكْتُبُ الْوَحْيَ- قَالَ: أُرْسِلَ إِلَيَّ أَبُو بَكْرٍ مَقْتَلًا أَهْلَ الْيَمَامَةِ وَعِنْدَهُ عُمَرُ، فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ: إِنَّ عُمَرَ أَتَانِي، فَقَالَ: إِنَّ الْقَتْلَ قَدْ اسْتَحَرَّ يَوْمَ الْيَمَامَةِ بِالنَّاسِ، وَإِنِّي أَخْشَى أَنْ يَسْتَحِرَّ الْقَتْلُ بِالْقُرَاءِ فِي الْمَوَاطِنِ، فَيَذْهَبَ كَثِيرٌ مِنَ الْقُرْآنِ إِلَّا

(4) انظر: النووي، المنهاج، ج6، ص75.

(1) رواه البخاري، صحيح البخاري، كتاب: النكاح، باب: من لم يستطع الباءة فليصم، ج7، ص3، حديث رقم: 5066.

(2) انظر:

- النووي، المنهاج، ج9، ص173.
- ابن حجر، فتح الباري، ج9، ص108.
- بنان، اعتبار مآلات الأفعال، ص11-12.

أَنْ تَجْمَعُوهُ، وَإِنِّي لَأَرَى أَنْ تَجْمَعَ الْقُرْآنَ"، قَالَ أَبُو بَكْرٍ: قُلْتُ لِعُمَرَ: "كَيْفَ أَفْعَلُ شَيْئاً لَمْ يَفْعَلْهُ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ؟" فَقَالَ عُمَرُ: هُوَ وَاللَّهِ خَيْرٌ، فَلَمْ يَزَلْ عُمَرُ يُرَاجِعُنِي فِيهِ حَتَّى شَرَحَ اللَّهُ لِدَلِّكَ صَدْرِي، وَرَأَيْتُ الَّذِي رَأَى عُمَرُ.⁽¹⁾

إنَّ جمع القرآن أمر لم يفعله النبي صلى الله عليه وسلم ولم يأمر به ولم ينهه عنه، لكن عمر رضي الله تعالى عنه بنى حكمه بضرورة جمع القرآن نظراً إلى نتائج الأفعال ومآلاتها.

2. المنع من تزوج الكتابيات: الأصل في حكم زواج الكتابيات هو الجواز؛ عملاً بقوله تبارك وتعالى: "الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ، وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ وَلَا مُتَّخِذِي أَخْدَانٍ وَمَنْ يَكْفُرْ بِالْإِيمَانِ فَقَدْ حَبِطَ عَمَلُهُ وَهُوَ فِي الْآخِرَةِ مِنَ الْخَاسِرِينَ"⁽²⁾. لكن نلاحظ أنَّ عمر بن الخطاب رضي الله عنه التفت إلى نتائج هذا الأمر، وهي خشية ترك المسلمات عوانس في حالة إقبال المسلمين على الزواج من الكتابيات، فضلاً عن الخوف من قيام الكتابيات بالتجسس على المسلمين، فعن سعيد بن جبير، قال: بعث عمر بن الخطاب إلى حذيفة بعد ما ولّاه المدائن: إنه بلغني أنك تزوجت امرأة من أهل المدائن من أهل الكتاب فطلقها، فكتب إليه: لا أفعل حتى تخبرني: أحلال أم حرام، وما أردت بذلك! فكتب إليه: لا بل حلال، ولكن في نساء الأعاجم خلافة، فإن أقبلتم عليهن غلبنكم على نسائكم، فطلقها.⁽³⁾

3. قتل الجماعة بالواحد: الأصل في القصاص المساواة؛ عملاً بقول الله تبارك وتعالى: "وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ"⁽⁴⁾. لكن ماذا إذا اجتمع أكثر من واحد على قتل أحدهم، فالآية لم تبين ذلك، ولم يقع ذلك في عصر النبي صلى الله عليه وسلم، بل وقع في زمن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ: أَنَّ إِنْسَاناً قُتِلَ بِصَنْعَاءَ، وَأَنَّ عُمَرَ قَتَلَ بِهِ سَبْعَةَ نَفَرٍ وَقَالَ:

(1) البخاري، صحيح البخاري، كتاب: تفسير القرآن الكريم، باب: بَابُ قَوْلِهِ: "لَقَدْ جَاءَكُمْ رَسُولٌ مِنْ أَنْفُسِكُمْ عَزِيزٌ عَلَيْهِ مَا عَنِتُّمْ، حَرِيصٌ عَلَيْكُمْ بِالْمُؤْمِنِينَ رَءُوفٌ رَحِيمٌ"، حديث رقم: 4679، ج 6، ص 71.

(2) سورة المائدة، آية رقم: 5.

(3) الطبري، أبو جعفر، محمد بن جرير، تاريخ الرسل والملوك-تاريخ الطبري، ط2، بيروت: دار التراث، 1387هـ، ج3، ص588.

(4) سورة المائدة، آية رقم: 45.

"لَوْ تَمَالَأَ عَلَيْهِ أَهْلُ صَنْعَاءَ لَقَتَلْتُهُمْ بِهِ جَمِيعاً"⁽¹⁾، فقد نظر سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى نتائج هذا الفعل، وهو سد ذريعة القتل الجماعي من أجل إسقاط القصاص.⁽²⁾

من المعقول:

من الأهمية بمكان اعتبار المآلات؛ لأنه في حال عدم اعتبارها قد تكون للأعمال مآلات مضادة للمقصود، وهذا غير مقبول عقلاً. فالقصد من التكاليف الشرعية تحقيق المصالح للعباد، ولا يعقل توقع ذلك مع إمكان ترتب مفسدة موازية للمصلحة أو زائدة عليها،⁽³⁾ وقد عبر الإمام الشاطبي عن ذلك قائلاً: "إنَّ التكاليف -كما تقدّم- مشروعة لمصالح العباد، ومصالح العباد إما دنيوية وإما أخروية، أما الأخروية، فراجعة إلى مآل المكلف في الآخرة ليكون من أهل النعيم لا من أهل الجحيم، وأما الدنيوية، فإنَّ الأعمال -إذا تأملتها- مقدمات لنتائج المصالح، فإنَّها أسباب لمسببات هي مقصودة للشارع، والمسببات هي مآلات الأسباب، فاعتبارها في جريان الأسباب مطلوب، وهو معنى النظر في المآلات...والثاني: أن مآلات الأعمال إنما أن تكون معتبرة شرعاً أو غير معتبرة، فإن اعتبرت فهو المطلوب، وإن لم تعتبر أمكن أن يكون للأعمال مآلات مضادة لمقصود تلك الأعمال، وذلك غير صحيح، لما تقدم من أن التكاليف لمصالح العباد، ولا مصلحة تنتوقع مطلقاً مع إمكان

(1) مالك، مالك بن أنس، الموطأ، تحقيق: محمد الأعظمي، ط1، أبو ظبي: مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية، 1425هـ، 2004م، كتاب: العقول، باب: ما جاء في الغيلة والسحر ج5، ص1281، حديث رقم: 3246.

** حكم الألباني على الحديث بأنه صحيح، انظر:

- الألباني، محمد ناصر الدين، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، ط2، بيروت: المكتب الإسلامي، 1405هـ، 1985م، ج7، ص259، حديث رقم: 2199.

** وفي رواية للبخاري: عَنْ نَافِعٍ، عَنْ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، أَنَّ غُلَاماً قُتِلَ غِيلَةً، فَقَالَ عُمَرُ: "لَوْ اشْتَرَكْتُ فِيهَا أَهْلُ صَنْعَاءَ لَقَتَلْتُهُمْ"، وَقَالَ مُغِيرَةُ بْنُ حَكِيمٍ، عَنْ أَبِيهِ: "إِنَّ أَرْبَعَةً قَتَلُوا صَبِيًّا"، فَقَالَ عُمَرُ: مِثْلُهُ. انظر:

- البخاري، صحيح البخاري، كتاب: الديات، باب: باب إذا أصاب قوم من رجل، هل يعاقب أو يقتص منهم كلهم، حديث رقم: 6896، ج9، ص8.

(2) ذكر ابن القيم ما يقرب من مئة دليل على حجية النظر في المآلات. انظرها في:

- ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، ج3، ص110 وما بعدها.

(3) انظر: جدية، عمر، أصل اعتبار المآل بين النظرية والتطبيق، ط1، بيروت: دار ابن حزم، 1430هـ، 2010م، ص121-122.

وقوع مفسدة توازيها أو تزيد. وأيضاً، فإنّ ذلك يؤدي إلى أن لا نتطلب مصلحة بفعل مشروع، ولا نتوقع مفسدة بفعل ممنوع، وهو خلاف وضع الشريعة".⁽¹⁾

المبحث الثاني

التطبيقات في بعض مسائل الزواج في قانون الأحوال الشخصية الإماراتي

ثمة تطبيقات عدة للنظر في المآلات في قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، وقد اقتصرنا هذه الدراسة على التطبيقات في باب الزواج، ومن هذه التطبيقات:

المطلب الأول: مآلات توثيق عقد الزواج وتسجيله في المحكمة

من القضايا التي التفت إليها قانون الأحوال الشخصية الإماراتي -في ضوء النظر في المآلات- مسألة توثيق عقد الزواج، حيث نصت المادة رقم: 27 على أنه: "1. يوثق الزواج رسمياً، ويجوز اعتباراً لواقع معين إثبات الزواج بالبيئة الشرعية. 2. يشترط لإجراء عقد الزواج تقديم تقرير من لجنة طبية مختصة يشكها وزير الصحة، يفيد الخلو من الأمراض التي نصّ هذا القانون على طلب التفريق بسببها. 3. يتم توثيق عقد الزواج من المأذونين، ويصدر وزير العدل والشؤون الإسلامية والأوقاف اللائحة الخاصة بهم".

هذه المسألة يعالجها الباحث في نقطتين، الأولى: حول بيان ماهية توثيق عقد النكاح، والثانية: الصلة بين التوثيق والنظر في المآلات.

الفرع الأول: ماهية التوثيق

لعقد الزواج أهمية كبيرة؛ نظراً لصلته بالأعراض وحفظ النسل والأعراض، وقد سمّاه القرآن الكريم بـ"الميثاق الغليظ"، قال تعالى: "وَأَخَذَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا"⁽²⁾، أي عهداً وثيقاً مؤكداً مزيد تأكيد يعسر معه نقضه⁽³⁾، وهو الوصف ذاته الذي وصف الله تعالى به الميثاق الذي أخذه من الأنبياء

⁽¹⁾ الشاطبي، الموافقات، ج5، ص178-179.

⁽¹⁾ سورة النساء، من آية 21.

⁽²⁾ انظر:

- الأصفهاني، أبو القاسم، الحسين بن محمد، المفردات في غريب القرآن، ط1، تحقيق: صفوان الداودي بيروت، ودمشق: دار القلم والدار الشامية، 1412هـ، ص853.

قال تعالى: "وَإِذْ أَخَذْنَا مِنَ النَّبِيِّينَ مِيثَاقَهُمْ وَمِنْكَ وَمِنْ نُوحٍ وَإِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى وَعِيسَى ابْنِ مَرْيَمَ وَأَخَذْنَا مِنْهُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا"⁽¹⁾. ووضع الفقهاء شروطاً خاصة لهذا العقد، مثل شروط الصيغة والولي والكفاءة وفي العصور السابقة اكتفى الفقهاء بتوثيق العقد عن طريق الشهود، لكن ظهرت الحاجة بعد ذلك إلى تسجيل العقد؛ لأنَّ المهر صار يقسم إلى معجل ومؤجل، وخشية من نسيان الشهود لمقدار المهر المؤجل، أو موتهم، أو تعذر حضورهم أمام القاضي، صار الناس يكتبون هذا العقد ليصير جحة في إثبات المهر.⁽²⁾

أما في العصر الحالي فقد ظهرت الحاجة إلى تسجيل العقد أمام الجهات الرسمية، حيث أنشأت الجهات الرسمية وظيفة تسمى "المأذون" وهو الشخص المرخص له بإجراء عقود الزواج، ولديه دفتر خاص يستلمه من المحكمة، وهذا الدفتر مخصص لتسجيل بيانات واقعة الزواج وما يتصل بها من توقيعات الأطراف والشهود والمأذون والقاضي، ويتكون من أوراق متسلسلة الأرقام، ويلزم المأذون بتحرير بيانات عقد الزواج كافة بنفسه في الدفتر المعد لذلك، بخط واضح مع التوقيع عليه من الزوجة والزوج والولي أو من يقوم مقامهما، والشاهدين بإمضاءاتهم أو ببصمة إبهام اليد اليسار لمن يجهل القراءة والكتابة منهم. وبعد ذلك فالمأذون ملزم بتقديم ما أبرمه من عقود زواج إلى المحكمة خلال سبعة أيام على الأكثر من تاريخ إجراء العقد؛ وذلك للتصديق عليها وإصدار وثيقة الزواج الرسمية، وتسلم الوثيقة للزوج، كما تسلم الزوجة أو وليها صورة طبق الأصل عنها، وتحفظ صورة أخرى في ملف المحكمة، ولا يعدُّ العقد الذي يجريه المأذون رسمياً إلا بعد صدور وثيقة الزواج من المحكمة مصدقاً عليها بخاتم القاضي.⁽³⁾

- القاسمي، محمد جمال الدين بن محمد سعيد، محاسن التأويل، تحقيق: محمد عيون السود، ط1، بيروت:

دار الكتب العلمية، 1418هـ، ج3، ص57.

(3) سورة الأحزاب آية 7.

(1) ابن تيمية، أبو العباس، أحمد بن عبد الحليم، الفتاوى الكبرى، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1408هـ.

1987م، ج3، ص191.

(2) انظر:

- مادة رقم: 23، ومادة رقم: 30، من نظام عمل مأذوني عقود الزواج في إمارة رأس الخيمة، لسنة 2012م.

- مادة رقم: 21، من نظام المأذونين الشرعيين في إمارة دبي لسنة 2006م.

الفرع الثاني: المآلات المترتبة على توثيق عقد النكاح

ثمّة مآلات عدة مترتبة على توثيق عقد النكاح وتسجيله في المحاكم المختصة، منها:

1. مآل حفظ الحقوق المالية للمرأة والأطفال كالمهر المؤجل، والنفقة، والميراث:

بداية: إنّ حفظ الحقوق أصل شرعي تضافرت عليه نصوص شرعية عدة، منها: الأمر بالكتابة كما في قوله تبارك وتعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ"⁽¹⁾، والأمر بالإشهاد كما في قوله تعالى: "وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى... وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ..."⁽²⁾، ووضع الرهن لحفظ الحق: "وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ"⁽³⁾. فالشارع الحكيم أقر مبدأ حفظ الحقوق، فإنّ مآل توثيق عقد يترتب عليه حفظ حقوق عدّة من الضياع، وإن لم يرد النصّ بضرورة توثيق عقد النكاح في المحاكم الشرعية، لكن جنس هذه التصرفات معمول بها في الشريعة وأصل التوثيق وحفظ الحقوق، ومن جهة أخرى، فالآيات ذكرت ثلاث وسائل للتوثيق، ويصل من خلالها إلى ضرورة توثيق عقد الزواج قياساً أولوياً، أو مساوياً.⁽⁴⁾

كما لا يخفى فحفظ المال من المقاصد الضرورية للشريعة، فبالتوثيق يحفظ المهر من الضياع بالإنكار، فوجود عقد الزواج الموثق المعتمد من الدولة أكد في حفظ مال المهر فالشهود وحدهم دون التوثيق عرضة للموت والنسيان أو تعذر الحضور أمام القضاء لأداء الشهادة⁽⁵⁾. ولعل هذا الأمر هو السبب الرئيس لعدم توثيق عقد النكاح قديماً، قال ابن تيمية: "ولم يكن الصحابة يكتبون 'صداقات'؛ لأنهم لم يكونوا يتزوجون على مؤخر، بل يعجلون المهر، وإن أخروه فهو معروف. فلما صار الناس يتزوجون على المؤخر والمدة

⁽³⁾ سورة البقرة، من آية 283.

⁽¹⁾ سورة البقرة، من آية 282.

⁽²⁾ سورة البقرة، من آية 283.

⁽³⁾ انظر: المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية في دولة الإمارات العربية المتحدة، ص 68-69.

⁽⁴⁾ انظر:

- السرخسي، شمس الأئمة، محمد بن أحمد، المبسوط، د.ط، بيروت: دار المعرفة، 1414هـ، 1993م،

ج30، ص167-168.

- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، ط2، الكويت: دار السلاسل، 1408هـ،

1988م، ج14، ص135.

تطول وينسى: صاروا يكتبون المؤخر، وصار ذلك حجة في إثبات الصداق، وفي أنها زوجة له".⁽¹⁾

2. مآل حفظ نسب الطفل

أكدت الشريعة الإسلامية على أهمية حفظ النسب، وفي سبيل ذلك فقد حرّمت التبني الذي كان سائداً في الجاهلية، قال الله تعالى: "ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ"⁽²⁾، وقد أرشدت الآية إلى أنّ الأولى والأعدل أن ينسب الرجل إلى أبيه نسباً⁽³⁾، إضافة إلى أنّ النبي صلى الله عليه وسلم حذر المرأة التي تدخل في نسب الرجل ما ليس منه، وكذلك توعد الرجل الذي يجحد ابنه، فعن أبي هريرة رضي الله عنه أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول حين أنزلت آية الملاءنة: "أَيُّمَا امْرَأَةٍ ادْخَلْتُ عَلَى قَوْمٍ مِنْ لَيْسَ مِنْهُمْ، فَلَيْسَتْ مِنَ اللَّهِ فِي شَيْءٍ، وَلَنْ يَدْخِلَهَا اللَّهُ جَنَّتَهُ، وَأَيُّمَا رَجُلٍ جَدَّ وَلَدَهُ، وَهُوَ يَنْظُرُ إِلَيْهِ، اخْتَجَبَ اللَّهُ مِنْهُ، وَفَضَحَهُ عَلَى رُءُوسِ الْخَلَائِقِ، مِنَ الْأَوَّلِينَ وَالْآخِرِينَ"⁽⁴⁾. إضافة إلى ما سبق، فقد حرم الله تعالى القذف -حفظاً للنسب- وأوجب فيه الحد، فقد رتب اللعن على الفعل، وفي ذلك دلالة صريحة على تحريمه؛ إذ لو كان مباحاً لما رتب على الفعل اللعن، قال تعالى: "إِنَّ الَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ لُعُنُوا فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ"⁽⁵⁾، وجاءت آية أخرى لتبين عقوبات القذف، قال تعالى: "وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ

⁽⁵⁾ ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ج3، ص191.

⁽⁶⁾ سورة الأحزاب، من آية رقم: 5.

⁽¹⁾ انظر:

- القرطبي، تفسير القرطبي، ج14، ص119.

- الشوكاني، محمد بن علي، فتح القدير، ط1، دمشق وبيروت: دار ابن كثير، ودار الكلم الطيب، ط1 1414هـ، ج4، ص301.

⁽²⁾ رواه ابن حبان -واللفظ له- والحاكم، انظر:

- ابن بلبان، الأمير علاء الدين علي، الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ط1 بيروت: مؤسسة الرسالة، 1408هـ، 1988م، كتاب: النكاح، باب ثبوت النسب وما جاء في القائف، حديث رقم: 4108، ج9، ص418.

- الحاكم النيسابوري، أبو عبد الله، محمد بن عبد الله، المستدرک على الصحيحين، تحقيق: مصطفى عطا ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1411هـ، 1990م، حديث رقم: 2814، ج2، ص220، وقال عنه الحاكم: "هذا حديث صحيح على شرط مسلم، ولم يخرجاه".

⁽³⁾ سورة النور، آية رقم: 23.

شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ⁽¹⁾. وعدت السنة النبوية القذف من الكبائر، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قَالَ: "اجْتَنِبُوا السَّبْعَ الْمُوبِقَاتِ" قَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ، وَمَا هُنَّ؟ قَالَ: "الشِّرْكُ بِاللَّهِ، وَالسِّحْرُ، وَقَتْلُ النَّفْسِ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ، وَأَكْلُ الرِّبَا، وَأَكْلُ مَالِ الْيَتِيمِ، وَالتَّوَلَّى يَوْمَ الرَّحْفِ، وَقَذْفُ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ الْغَافِلَاتِ".⁽²⁾

3. مآلات معاصرة لتوثيق العقد:

ثمة مآلات أخرى لتوثيق العقد، منها:

- احتكام الزوجين إليه عند التنازع، واستخراج نظير منه إذا سرق أو فقد، إضافة إلى الإدلاء به إذا أنكر أو جحد والاستظهار به في كل زمان وإن طال، وفي كل مكان وإن بُعد. وفي ذلك غنى عن استدعاء الشهود الذين قد يتعذر حضورهم لموت أو سفر أو تغيير موطن، فضلا عما قد يعرض لهم من التناقض والنسيان والزور والكتمان.⁽³⁾
- سهولة الحصول الأوراق الرسمية: مثل: شهادة الميلاد للأطفال، والقيد المدني. ففي حالة عدم توثيق العقد لا يمكن الحصول على هذه الأوراق الرسمية؛ مما يترتب عليه عدم إمكانية حصول الأطفال على المطاعيم الصحية في المراكز الحكومية، وعدم إمكان الالتحاق بالمدارس والجامعات، وعدم الحصول على البطاقة الشخصية وجواز السفر وهذه الأوراق الثبوتية جميعها لا يمكن الحصول عليها إذا كان العقد غير موثق.

⁽⁴⁾ سورة النور، آية رقم: 4.

⁽⁵⁾ رواه البخاري-واللفظ له- ومسلم، انظر:

- البخاري، صحيح البخاري، كتاب: الحدود، باب: رمي المحصنات، حديث رقم: 6857، ج8، ص175.

- مسلم، صحيح مسلم، كتاب الإيمان، باب: بيان الكبائر وأكبرها، حديث رقم: 145- (89)، ج1، ص92.

⁽¹⁾ انظر: دائرة القضاء، أبو ظبي، في الموقع الإلكتروني:

<http://www.adjd.gov.ae/portal/site/adjd/Article0206/?jsessionid=r0SKSv3HCJb5PXYTQDwQdL1LhKndM9th0rTmvJLpW8H3x6ZXyHtQ!865874394!NONE>

تاريخ الاستقادة من الموقع: 2016/2/27م.

المطلب الثاني: المآلات المترتبة على الفحص الطبي قبل الزواج

إنَّ حفظ النسل يعدُّ من مقاصد الشريعة الخمسة الضرورية التي جاء الشرع بحفظها وتحريم كلِّ ما يؤدي إلى الإضرار بها، قال الإمام الغزالي: "ومقصود الشرع من الخلق خمسة: وهو أن يحفظ عليهم دينهم، ونفسهم، وعقلهم، ونسلهم، ومالهم، فكل ما يتضمَّن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة، ودفعها مصلحة" ⁽¹⁾، وقال الشاطبي: "وبيان ذلك أنَّ الأصول الكلية التي جاءت الشريعة بحفظها خمسة، وهي: الدين، والنفس، والعقل، والنسل والمال" ⁽²⁾. إنَّ الشارع جاء للمحافظة على الضروريات من جانبين: الوجود والعدم، أما حيث الوجود فكما يقول الشاطبي: "ما يقيم أركانها ويثبت قواعدها"، أمَّا من جانب العدم فمن خلال "ما يدرأ عنها الاختلال الواقع أو المتوقع فيها" ⁽³⁾. فمن خلال كلام الإمامين الغزالي والشاطبي نجد أنَّ كل ما يؤدي إلى حفظ النسل يكون مشروعاً، وفيه يدخل الفحص الطبي قبل الزواج بناء على مآلاته الآتية الذكر. وقد أكَّد قانون الأحوال الشخصية الإماراتي على أهمية الفحص الطبي قبل الزواج، ومنع إتمام إجراء العقد إلا بعد القيام بالفحص الطبي المفيد للخلو من أمراض محددة، حيث نصَّت المادة رقم: 27 فقرة رقم: 2 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي على أنه: "يشترط لإجراء عقد الزواج تقديم تقرير من لجنة طبية مختصة يشكها وزير الصحة، يفيد الخلو من الأمراض التي نصَّ هذا القانون على طلب التفريق بسببها".

إنَّ من أولى مقاصد الزواج هي بقاء النوع الإنساني على أكمل وجوه البقاء إلى الأجل الذي قدر الله أن ينتهي بقاء الإنسان إليه، وبيان ذلك أنَّ مجرد بقاء النوع يتحقق بمجرد الاختلاط بين ذكوره وإناثه وتوالدهما، كما بقيت أنواع الحيوانات بمجرد اجتماع ذكورها وإناثها. ولكن الله سبحانه تكريماً للنوع الإنساني شرع الزواج وأحكامه، نظاماً لاجتماع أفرادهم ليكون بقاؤهم على أكمل وجوه البقاء؛ لأنَّ موجب الزواج الشرعي الاختصاص، وأن تكون الزوجة حلالاً لزوجها وحده لا يملك غيره حق الاستمتاع بها. وهذا الاختصاص يجعل بقاء النوع الإنساني على أكمل وجوه البقاء من ناحيتين: إحداهما: أنَّه يحول دون اجتماع أكثر من رجل واحد على امرأة واحدة، فيأمن الناس التظالم والتقاتل اللذين يؤدي إليهما ذاك التزام، والثانية أنَّه يحفظ الأنساب ويجعل لأولاد كلِّ زوجة أباً معروفاً يتكفل

(1) الغزالي، أبو حامد، محمد بن محمد، المستصفى، تحقيق: محمد عبد الشافي، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية

1413هـ، 1993م، ج1، ص174.

(2) الشاطبي، الموافقات، ج3، ص236.

(3) الشاطبي، الموافقات، ج2، ص18.

برعايتهم والمحافظة عليهم في طفولتهم وبعدها؛ حتى يبلغوا أشدهم فيأمنوا الضياع والفناء، ففيه سدّ الذريعة إلى التقاتل والتظالم، وفي قيام كلّ أب بالمحافظة على بنيه والعناية بهم، بقاء لأفراد النوع على أكمل وجوه البقاء.⁽¹⁾

إضافة إلى ما سبق، فإنّ المحافظة على صحة النسل وخلوّه من الأمراض مقصد أصيل في الشريعة الإسلامية، فهو يندرج تحت مقصد حفظ النفس وحفظ النسل. وقد تضافرت نصوص شرعية على أهمية حفظ النسل؛ منها ما ورد عن أبي سَلَمَةَ: سَمِعَ أَبَا هُرَيْرَةَ، بَعْدُ يَقُولُ: قَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "لَا يُورِدَنَّ مُمْرِضٌ عَلَى مُصِحٍّ"⁽²⁾، وَعَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّهُ قَالَ: "إِذَا سَمِعْتُمْ بِالطَّاعُونَ بِأَرْضٍ فَلَا تَدْخُلُوهَا، وَإِذَا وَقَعَ بِأَرْضٍ وَأَنْتُمْ بِهَا فَلَا تَخْرُجُوا مِنْهَا"⁽³⁾، وَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "...وَفِرَّ مِنَ الْمَجْدُومِ كَمَا تَقَرُّ مِنَ الْأَسَدِ"⁽⁴⁾. فهذه النصوص بمجموعها تدلّ على أهمية الصحة الوقائية، والقيام بالفحص الطبي قبل الزواج يندرج تحت هذا الأصل العام، والوقاية نهج شرعي صحيح، أمرت به السنة النبوية وحثت عليه، وراعت في النظر، وهو سلوك متغير حسب ما يستجد للناس من علوم، وحسب ما يتغير في الزمان والمكان من وسائل الوقاية وأسباب الإصابة، والوقاية من الأمراض الوراثية هي إحدى الصور التي تندرج في هذا المقصد الشرعي العام. فقد أصبح الطب الحديث قادراً على التنبؤ بكثير من تلك الأمراض قبل الزواج، من خلال الفحوص المخبرية الدقيقة للمورثات الجينية لكلّ من الرجل والمرأة، والنظر في "التاريخ المرضي" للأسر حيث يتبيّن احتمال وقوع الإصابات الوراثية أو التشوهات الخلقية والعقلية، فحينئذ تصبح المسؤولية متجهة إلى كل من الخاطبين؛ كي يعيدا حساباتهما، ويتخذا قرارهما في ضوء معطيات عديدة: منها صيانة النفس وإعفافها، ومنها تجنّب حصول الضرر لأحد الزوجين أو ذريتهما، ومدى إمكان تحصيل المقاصد الشرعية من النسل، والعقّة، من خلال اختيارات أخرى، يتجنب فيها الطرفان، أو أحدهما تلك الاحتمالية المذكورة على الذرية.⁽⁵⁾

(1) خلاف، عبد الوهاب، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط2، القاهرة: مطبعة دار الكتب المصرية 1938م، ص13-14.

(2) البخاري، صحيح البخاري، كتاب: الطب، باب: لا هامة، حديث رقم: 5771، ج7، ص138.

(3) البخاري، صحيح البخاري، كتاب: الطب، باب: ما يذكر في الطاعون، حديث رقم: 5728، ج7، ص130.

(4) البخاري، صحيح البخاري، كتاب: الطب، باب: الجذام، حديث رقم: 5707، ج7، ص120.

(5) المنجد، سؤال رقم: 214158: تجنب النسل المريض من المقاصد المشروعة، منشور في موقع: الإسلام سؤال وجواب،

الفحص الطبي قبل الزواج في الإمارات

يعدّ الهدف الرئيسي من هذا الفحص الطبي في دولة الإمارات هو إخضاع العروسين للكشف الطبي العام والشامل سريريًا ومختبريًا لأمراض الدم الوراثية، فضلاً عن أمراض الغدد الصماء، لا سيّما أمراض الغدة. فمن خلال هذه الفحوص يمكن التأكد من سلامة البنية التناسلية لدى الطرفين، والتحقق من خلوّهما من الأمراض السارية والمعدية، والتناسلية، التي في حال وجودها، قد تضر بصحة أحد الشريكين، وتهدد حياته وحياة نسله بالخطر، مثل مرض السفلس⁽¹⁾ مثلاً، أو غيره من الأمراض الخطرة مثل نقص المناعة المكتسب.⁽²⁾ (3)

وقد اشترطت الفقرة الثانية من المادة نفسها - مادة: 27، قانون الأحوال الشخصية الإماراتي - ضرورة إجراء فحص سابق لإجراء عقد الزواج، وعلّق إجراء عقد الزواج بضرورة توافر شهادة تبين خلو الطرفين من تلك العيوب والأمراض. ومنعاً للتلاعب في الشهادات، فقد أسندت هذه الفقرة أمر إصدار شهادات الخلوّ من تلك الأمراض إلى لجنة طبية مختصة يشكلها وزير الصحة.

تاريخ الاستقادة من الموقع: 2016/3/19م.

(1) السفلس أو الزهري: مرض تناسلي معدّ تسببه جرثومة تدعى اللولبية الشاحبة (*Treponema pallidum*) مسبباً ظهور العديد من الأعراض بحسب اختلاف مرحلة الإصابة، وبناء عليه تتراوح الأعراض من تقرحات جلدية بسيطة أو أعراض أكثر خطورة تتسبب بمشاكل القلب والدماغ وغيرهما. انظر: السفلس في:

<https://www.altibbi.com>

تاريخ الاستقادة من الموقع: 2016/3/21م.

(2) نقص المناعة المكتسب "الإيدز" مرض مزمن يشكل خطراً على الحياة، وهو ناجم عن فيروس يسبب فشلاً أو قصوراً في الجهاز المناعي لدى البشر؛ بحيث يسلب فيروس الإيدز الجسم قدرته على محاربة ومقاومة الفيروسات، الجراثيم والفطريات من خلال إصابته للجهاز المناعي، فيجعل الجسم عرضة للإصابة بأمراض مختلفة. انظر: الإيدز في:

<https://www.webteb.com>

تاريخ الاستقادة من الموقع: 2018/3/21م.

(3) انظر: المقابلة التي أجرتها مرفت عبد الحميد مع الدكتورة ناهد منصف طبيبة استشارية مديرة إدارة الشؤون الصحية في هيئة الصحة بدبي، منشورة في صحيفة البيان، بعنوان: فحص ما قبل الزواج.. شهادة جودة النسل، بتاريخ: 2014/10/18، ومنشورة في الموقع الإلكتروني للصحيفة:

<http://www.albayan.ae/across-the-uae/news-and-reports/2014-10-18-1.2224068>

تاريخ الاستقادة من الموقع: 2016/3/21م.

الأثر العملي لهذا الفحص في الواقع الإماراتي

كشفت هيئة الصحة - أبوظبي، أنّ عدد المتقدمين الذين خضعوا للفحص الطبي قبل الزواج في أبوظبي منذ إنشاء قاعدة البيانات الإلكترونية لبرنامج الفحص والمشورة قبل الزواج في أبريل 2011 وحتى ديسمبر 2014 قد بلغ 56226، حيث مثل عدد الإماراتيين الذين تقدموا للفحص أكثر من النصف. وأظهرت إحصائيات هيئة الصحة - أبوظبي أنّه قد تم فحص 16247 متقدماً في 2014، حيث كشفت الفحوصات أنّ 342 منهم حاملين لتلاسيميا من نوع بيتا، و8 منهم يعانون من مرض فقر الدم المنجلي، في حين بلغ عدد حاملين لناقلاّت فقر الدم المنجلي 205 حالة، بالإضافة إلى 36 حالة يعانون من الزهري و140 مصابين بفيروس التهاب الكبد ب. من جهة أخرى فإنّ هيئة الصحة تحرص على تحويل الحالات التي تعاني من تاريخ للأمراض الوراثية إلى استشاريين مختصين بهدف تقديم المشورة حول الأمراض الجينية ما يسهم بدوره في مساعدة الأطراف المعنية على اتخاذ القرار السليم في استكمال الزواج من عدمه؛ وذلك لما يترتب عليه من أثر كبير في التقليل من انتقال الأمراض الوراثية للأبناء. أمّا في حال أثبت فحص ما قبل الزواج إصابة أحد الطرفين بمرض معدّ، تحرص هيئة الصحة على أن يتمّ تقديم العلاج اللازم للحالة ومتابعتها من قبل طبيب مختص، كما يتمّ إخطار الطرف الآخر وتزويده بالمعلومات اللازمة للحدّ من انتقال المرض وإعطاء التطعيمات الوقائية إذا لزم الأمر.⁽¹⁾

ختاماً، فإنّ ما اتجه إليه القانون من عدم إجراء العقد دون الحصول على تلك الشهادة مناطها مصلحة الأمة وأجيالها،⁽²⁾ وقد حتّ النبي صلى الله عليه وسلم على حسن اختيار الفتاة، والذي يعدّ الآن من أرقى علوم الوراثة: تحسين النسل أي أن يأتي جيلٌ يتمتع بقدرات عقلية عالية، وببنية

(1) انظر: موقع دائرة الصحة، أبو ظبي

<https://www.haad.ae/haad/ar/tabid/104/ctl/Details/Mid/457/ItemID/505/Default.aspx>

تاريخ الاستقادة من الموقع: 2018/3/21م.

(2) المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية في دولة الإمارات العربية المتحدة، ص69.

جسمية فائقة، وبنفسية متفتحة، غير متشائمة، غير مريضة،⁽¹⁾ عَنْ عَائِشَةَ، قَالَتْ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "تَخَيَّرُوا لِنُطْفِكُمْ وَأَنْكِحُوا الْأَكْفَاءَ وَأَنْكِحُوا إِلَيْهِمْ".⁽²⁾

المطلب الثالث: المآلات المترتبة على تزويج الصغيرات

نصّت المادة رقم: 30 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي على: "1. تكتمل أهلية الزواج بالعقل والبلوغ وسنّ البلوغ تمام الثامنة عشرة من العمر لمن لم يبلغ شرعاً قبل ذلك. 2. لا يتزوج من بلغ ولم يكمل الثامنة عشرة من عمره إلا بإذن القاضي وبعد التحقق من المصلحة...". إنّ القانون نصّ على أنّ أهلية الزواج تكون بالعقل والبلوغ، وإكمال الثامنة عشرة من العمر، هو بلوغ للفتى أو الفتاة ما لم يبلغ قبل ذلك. فهذا هو الأصل، لكنّ القانون منح سلطة تقديرية للقاضي للاستثناء من هذا الأصل لمن بلغ أو بلغت ولم يكمل أو تكمل سن الثامنة عشرة، ومنح الإذن بالزواج بعد التثبت والتحقق من وجود مصلحة تقتضي الزواج، طالما تبين للقاضي النضج الجسمي للفتى أو الفتاة، بعد موافقة الولي؛ مراعاة لما اعتاده كثير من الناس في الأرياف من المسارعة في تزويج أبنائهم وبناتهم بعد البلوغ والنضج الجسمي.

إن نظرنا إلى المسألة بطريقة عكسية، فنقول: ماذا لو أنّ القانون لم يحدد سنّاً للزواج، وترك الأمر إلى أولياء الفتاة، فما المآلات المترتبة على زواج الصغيرات؟

1. المآلات النفسية المترتبة على زواج الصغيرات:

إنّ الصغيرة غير ناضجة على المستوى الفكري أو النفسي أو العاطفي، ممّا يجعلها في حالة ارتباك شديد بعد الزواج، فتكون غير قادرة على التواصل الوجداني والعاطفي والفكري مع شريك حياتها. فالزواج دون السنّ المناسب يجعلها غير قادرة على تحمل مسؤولية أعباء الحياة الزوجية، ولا سيّما بعد إنجاب الأطفال، فلن تكون على دراية أو الإدراك أو الثقافة للاهتمام بشؤون الزوج والأسرة ورعاية الطفل ككل. ولا تقتصر التأثيرات السلبية لزواج الفتاة دون السنّ على الفتاة وحدها، بل تصل للطفل والزوج وهو ما يهدد استمرارية الزواج أو

(1) انظر: النابلسي، علم الوراثة والسنة النبوية المطهرة، منشور في موقع موسوعة النابلسي الإسلامية:

<http://nabulsi.com/blue/ar/artp.php?art=4491>

تاريخ الاستقادة من الموقع: 2016/3/19م.

(2) ابن ماجه، أبو عبد الله، محمد بن يزيد، سنن ابن ماجه، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ط1، بيروت: مؤسسة الرسالة 1430هـ، 2009م، أبواب النكاح، باب: الأكفاء، حديث رقم: 1968، ج3، ص141-142، وقد حكم عليه الشيخ شعيب الأرنؤوط بأنه حديث حسن.

نجاحه واستقراره، وكذلك يعاني الطفل من قصور نفسي بسبب عدم الوفاء بمتطلباته من الرعاية والحماية والتوعية، من جهة أخرى. فالزوج نفسه يشعر بأنه غير متواصل مع زوجته وتكون هناك فجوة في التفكير، وبمقارنة شخصياتهما واهتماماتهما نجد فروقا كبيرة بينهما بما يجعلها عاجزة عن إشباعه، والتواصل الجيد معه من الناحية المعنوية والعاطفية والوجدانية، وسيكون مصير ذلك الزواج، الفشل أو الانتهاء بالطلاق.⁽¹⁾

- إضافة إلى ما سبق، فثمة جملة من الآثار النفسية المترتبة على زواج الصغيرات؛ منها:
- زواج الطفلة قد يتسبب في معاناتها من الحرمان العاطفي من حنان الوالدين؛ إذ إنّها لا زالت تحتاج للرعاية الوالدية، وتعتمد على والديها في الكثير من الأمور لتوفير الاحتياجات الأساسية المادية والمعنوية.
 - الحرمان من عيش مرحلة الطفولة، ما قد يؤدي إلى حدوث ارتداد لهذه المرحلة في صورة أمراض نفسية مثل: الهستيريا والفصام، والاكتئاب، والقلق واضطرابات الشخصية.
 - اضطرابات في العلاقات الجنسية بين الزوجين، ناتج عن عدم إدراك الطفلة لطبيعة العلاقة، ممّا يؤدي إلى عدم نجاح العلاقة وصعوبتها.
 - معاناة الفتاة من قلق عدم التكيف واضطراباتها؛ نتيجة لأثر ما بعد الصدمة، وعدم تفهم الزوجة (الطفلة) لما يعنيه الزواج ومسؤولية الأسرة والسكن والمودة.⁽²⁾
 - إنّ هذه الآثار النفسية على الزوجة قد تؤدي إلى انعكاسات سيئة على الزوج، ممّا سيؤدي كون الزواج وقع على خلاف مآل الشريعة؛ فمقصد الشريعة هو الحفاظ على الإنسان وأنواعه وأفراده وأن يحيا حياة كريمة.

(1) على سبيل المثال: في الأردن بلغت نسبة حالات الطلاق للفتيات المتزوجات دون سن 18 سنة: 9% لسنة 2014م. انظر:

دائرة قاضي القضاة الأردنية، التقرير السنوي الإحصائي لسنة 2014م، ص113.

(1) تحقيق صحفي حول: زواج القاصرات، بتاريخ: 2015/5/23م، منشور في:

<http://www.3alyoum.com/news/a/%D8%B2%D9%88%D8%A7%D8%AC-%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D8%B5%D8%B1%D8%A7%D8%AA-%D9%8A%D9%81%D8%AC%D8%B1-%D8%AC%D8%AF%D9%84%D8%A7%D9%8B-%D8%AD%D9%88%D9%84-%D8%AA%D8%AD%D8%AF%D9%8A%D8%AF-%D8%B3%D9%86/>

تاريخ الاستقادة من الموقع: 2016/4/10م

2. المآلات الصحية المترتبة على زواج الصغيرات:

ثمّة مآلات صحية عدة مترتبة على زواج الصغيرات، فزواج الطفلة قبل بلوغها له ضرر كبير عليها؛ لأنّ الأعضاء التناسلية لديها ما زالت صغيرة، ولا تستوعب العملية الجنسية لقصور الأنسجة وعدم ملائمة ردود فعل الجسم. وقد يتسبب في حرمانها من الإنجاب عندما تكبر؛ لأنها لا تقوى على العلاقة الحميمة بعد، ممّا يتسبب ذلك في تهتك الرحم والجهاز التناسلي لها، وفي كثير من الأحيان يتسبب في حدوث نزيف لها، ممّا قد يؤدي إلى وفاتها.⁽¹⁾ أمّا زواجها بعد البلوغ ودون سن الثامنة عشرة، فجسد الفتاة ما زال صغيراً وغير مكتمل بعد، وإن تمّ الحمل فنسبة المشاكل للأم والجنين عالية جداً.⁽³⁾

واقع زواج الصغيرات في الإمارات:

حاول الباحث الحصول على بيانات حول زواج الصغيرات في الواقع الإماراتي، فلم يقف الباحث على حالات زواج للصغيرات. وخلاصة ما وصل إليه هو ما كشفته إحصائيات محاكم الأحوال الشخصية في الدولة عن أن متوسط أعمار الزواج في دولة الإمارات العربية المتحدة، -لا سيّما المواطنين- شهد ارتفاعاً ملحوظاً خلال السنوات الماضية، بحيث بات متوسط أعمار غالبية المتزوجين يراوح بين 25 و 29 عاماً. وتشير الإحصائيات إلى أن تأخر سنّ الزواج بات سمة عامة بين الذكور والإناث، سواء فيما بين مواطني الدولة أو بين المقيمين. ومن الجدير بالذكر أن الفئة

(1) وقد وقع في إحدى محافظات اليمن أن فتاة تبلغ من العمر 13 عاماً توفيت ليلة زفافها، بسبب تمزق أعضائها الخاصة، وإصابتها بنزيف مميت. انظر:

تحقيق صحفي بعنوان: زواج القاصرات يقتل طفلة يمنية في ليلة دخلتها، بتاريخ: 2013/9/8م، منشور في: <http://www.emaratalyouth.com/life/four-sides/2013-09-08-1.604515>

تاريخ الاستقادة من الموقع: 2016/4/10م

(2) تحقيق صحفي بعنوان: زواج القاصرات يفجر جدلاً حول تحديد سن للزواج.. والمشروع أمام هيئة كبار العلماء، بتاريخ: 2015/5/23م، منشور في:

<http://www.3alyouth.com/news/a/%D8%B2%D9%88%D8%A7%D8%AC-%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D8%B5%D8%B1%D8%A7%D8%AA-%D9%8A%D9%81%D8%AC%D8%B1-%D8%AC%D8%AF%D9%84%D8%A7%D9%8B-%D8%AD%D9%88%D9%84-%D8%AA%D8%AD%D8%AF%D9%8A%D8%AF-%D8%B3%D9%86/>

(3) مراسلة خاصة قام بها الباحث عبر البريد الإلكتروني مع الدكتورة شمس العور، رئيسة قسم التوليد والأمراض النسائية في كلية الطب، جامعة الإمارات العربية المتحدة، بتاريخ: 2016/4/17م

العمرية بين 18 و 24 عاماً كانت تشكل غالبية المتزوجين من مواطني الدولة خلال السبعينات والثمانينات والتسعينات، إلا أنّ حصة هذه النسبة بدأت بالانخفاض التدريجي منذ مطلع العقد الماضي. وقد استأثرت الفئة العمرية من 25 وحتى 29 عاماً بالجزء الأكبر من حالات الزواج بين المواطنين خلال العام 2015 بواقع 1495 حالة، تليها الفئة العمرية من 20-24 عاماً بواقع 1221 عقد قران، إضافة إلى 50 حالة زواج للفئة العمرية فوق الـ 50 عاماً. وقد بلغ متوسط أعمار الذكور المواطنين عند الزواج بلغ 26.6 سنة، ولدى الإناث بلغ 24.9 سنة، أما للذكور المقيمين فكان متوسط العمر 30.2 سنة، ولدى الإناث 27.6 سنة.⁽¹⁾

(1) انظر تقرير بعنوان: متوسط أعمار المتزوجين الجدد في الإمارات، إعداد: فادية هاني ورامي عايش، بتاريخ:

2016/7/16م، منشور في:

<https://www.albayan.ae/across-the-uae/news-and-reports/2016-07-16-1.2679818>

تاريخ الاستقادة من الموقع: 2018/3/21م

الخاتمة

حاولت هذه الدراسة استقراء جزئياً للأمثلة التطبيقية لمسألة النظر في المآلات في قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، لا سيما باب الزواج منه، وفي ضوء أسئلة الدراسة يمكن للباحث عرض النتائج:

- **النتائج المتعلقة بالسؤال الأول: ما ماهية النظر في المآلات وحجته؟**
توصلت الدراسة إلى أن النظر في المآلات ما هو إلا استشراف المستقبل في ثمرة الفعل وعاقبته ونتيجته، فلا يحكم المجتهد على المسألة بالمشروعية وعدمها قبل النظر فيما يترتب عليها من نتائج واقعة أو متوقعة، ومدى موافقة تلك النتائج لمقاصد التشريع وغاياته، إضافة إلى ذلك فإنّ لهذا الأصل حجية تقوم على آيات قرآنية وأحاديث صحيحة فضلاً عن تطبيق عملي من قبل الصحابة رضوان الله تعالى عليهم.
- **النتائج المتعلقة بالسؤال الثاني: ما تطبيقات النظر في المآلات في بعض مسائل الزواج في قانون الأحوال الشخصية الإماراتي؟**
توصلت الدراسة إلى التفات المشرّع الإماراتي لمسألة النظر في المآلات في مسائل الزواج، وأظهر الأمثلة على ذلك: توثيق عقد الزواج وتسجيله في المحكمة، والفحص الطبي قبل الزواج، إضافة إلى تحديد سنّ الزواج.
توصي الدراسة باستقراء الأمثلة التطبيقية الأخرى المتعلقة بالموضوع في باقي أبواب القانون.

المراجع:

- ابن الأثير الجزري، أبو السعادات، المبارك بن محمد، النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق: طاهر الزاوي ومحمود الطناحي، بيروت: المكتبة العلمية، 1399هـ، 1979م.
- أحمد، أبو عبد الله، أحمد بن محمد، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ط1، بيروت: مؤسسة الرسالة، 2001م.
- الأصفهاني، أبو القاسم، الحسين بن محمد، المفردات في غريب القرآن، ط1، تحقيق: صفوان الداودي، بيروت، ودمشق: دار القلم والدار الشامية، 1412هـ.
- الألباني، محمد ناصر الدين، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، ط2، بيروت: المكتب الإسلامي، 1405هـ، 1985م.
- البخاري، أبو عبد الله، محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، تحقيق: محمد الناصر، ط1 دار طوق النجاة، 1422هـ.
- ابن بلبان، الأمير علاء الدين علي، الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ط1، بيروت: مؤسسة الرسالة، 1408هـ، 1988م.
- بنان، كريمة، اعتبار مآلات الأفعال وتطبيقاته في فقه عمر بن الخطاب رضي الله عنه رسالة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2015م.
- ابن تيمية، أبو العباس، أحمد بن عبد الحليم، الفتاوى الكبرى، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1408هـ، 1987م.
- ابن تيمية، أبو العباس، أحمد بن عبد الحليم، الصارم المسلول على شاتم الرسول، تحقيق: محمد عبد الحميد، السعودية: الحرس الوطني السعودي.
- جدية، عمر، أصل اعتبار المآل بين النظرية والتطبيق، ط1، بيروت: دار ابن حزم 1430هـ، 2010م.
- الجصاص، أبو بكر، أحمد بن علي، أحكام القرآن، تحقيق: محمد قمحاوي، ط1، بيروت: دار إحياء التراث العربي، 1405هـ.
- الحاكم النيسابوري، أبو عبد الله، محمد بن عبد الله، المستدرک على الصحيحين، تحقيق: مصطفى عطا، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1411هـ، 1990م.
- ابن حجر العسقلاني، أبو الفضل، أحمد بن علي، فتح الباري شرح صحيح البخاري، علق عليه: الشيخ عبد العزيز بن عبد الله بن باز، بيروت: دار المعرفة، 1379هـ.

- الحسين، وليد علي، اعتبار مآلات الأفعال وأثرها الفقهي، ط2، الرياض: الدار التدمرية، 1430هـ، 2009م.
- ابن حنبل، أبو عبد الله، أحمد بن محمد، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ط1، بيروت: مؤسسة الرسالة، 1421هـ، 2001م.
- أبو حيان، محمد بن يوسف، البحر المحيط في التفسير، تحقيق: صدقي جميل، بيروت: دار الفكر، 1420هـ.
- خلاف، عبد الوهاب، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط2، القاهرة: مطبعة دار الكتب المصرية، 1938م.
- دائرة قاضي القضاة الأردنية، التقرير السنوي الإحصائي لسنة 2014م.
- دراسة حسين سالم الذهب، الموسومة ب: مآلات الأفعال وأثرها في تغيير الأحكام، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، الأردن، سنة 1994م.
- الرازي، أبو عبد الله، محمد بن عمر، مفاتيح الغيب- التفسير الكبير، ط3، بيروت: دار إحياء التراث العربي، 1420هـ.
- الزبيدي، أبو الفيض، محمد بن محمد، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق: عبد العزيز مطر، بيروت: دار الجيل، 1390هـ، 1970م.
- الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، ط2، دمشق: دار الفكر، 1985م.
- السرخسي، شمس الأئمة، محمد بن أحمد، المبسوط، د.ط، بيروت: دار المعرفة، 1414هـ 1993م.
- السرطاوي، محمود، فقه الأحوال الشخصية- الزواج والطلاق، ط1، عمان: دار الفكر 2008م.
- سعيد، نجمة علي، المشكلات الزوجية وعلاجها، دراسة فقهية مقارنة، ط1، دبي: كلية الدراسات الإسلامية والعربية، 2008م.
- السندي، محمد بن عبد الهادي، حاشية السندي على سنن النسائي، ط2، حلب: مكتب المطبوعات الإسلامية، 1986م.
- السنوسي، عبد الرحمن معمر، اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات، ط2، الرياض: دار ابن الجوزي، 1424هـ، 2004م.

- الشاطبي، أبو إسحاق، إبراهيم بن موسى، الموافقات، تحقيق: مشهور آل سلمان، ط1 دار ابن عفان، 1417هـ، 1997م.
- الشوكاني، محمد بن علي، فتح القدير، ط1، دمشق وبيروت: دار ابن كثير ودار الكلم الطيب، ط1، 1414هـ.
- الشوكاني، محمد بن علي، نيل الأوطار، تحقيق: عصام الدين الصبابي، ط1، القاهرة: دار الحديث، 1413هـ، 1993م.
- الصاوي، أبو العباس، أحمد بن محمد، بلغة السالك لأقرب المسالك، دار المعارف، د.ت.
- الطبري، أبو جعفر، محمد بن جرير، تاريخ الرسل والملوك-تاريخ الطبري، ط2، بيروت: دار التراث، 1387هـ.
- الطبري، أبو جعفر، محمد بن جرير، جامع البيان في تأويل القرآن، تحقيق: أحمد شاکر ط1، بيروت: مؤسسة الرسالة، 1420هـ، 2000م.
- طهماز، عبد الحميد محمود، الفقه الحنفي في ثوبه الجديد، ط1، دمشق: دار القلم، 2000م.
- ابن عابدين، محمد أمين، رد المحتار على الدر المختار، ط2، بيروت: دار الفكر، 1992م.
- ابن عطية، أبو محمد، عبد الحق بن غالب، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز تحقيق: عبد السلام محمد، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1422هـ.
- عمرو، عبد الفتاح، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، ط1، عمان: دار النفائس 1418هـ، 1998م.
- الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد، إحياء علوم الدين، بيروت: دار المعرفة، د.ت.
- الغزالي، أبو حامد، محمد بن محمد، المستصفى، تحقيق: محمد عبد الشافي، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1413هـ، 1993م.
- ابن فارس، أبو الحسين، أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام هارون بيروت: دار الفكر، 1399هـ، 1979م.
- الفيروز آبادي، أبو طاهر، محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، ط8، بيروت: مؤسسة الرسالة، 1426هـ، 2005م.

- القاسمي، محمد جمال الدين بن محمد سعيد، محاسن التأويل، تحقيق: محمد عيون السود ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1418هـ.
- القرطبي، أبو عبد الله، محمد بن أحمد، الجامع لأحكام القرآن- تفسير القرطبي، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، ط2، القاهرة: دار الكتب المصرية، 1384هـ، 1964م.
- قرين، سمية، المصلحة المرسلية: ضوابطها، وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير جامعة الحاج لخضر-باتنة، الجزائر، 2011م.
- القضاة، مصطفى، التذكير في الزواج والآثار المترتبة عليه، دراسة فقهية قانونية مقارنة مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، 2010، 26: 1.
- ابن القطان، علي بن محمد، الإقناع في مسائل الإجماع، تحقيق: حسن الصعيدي، ط1 الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، 1424هـ، 2004م.
- ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد إبراهيم، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1411هـ، 1991م.
- ابن كثير، أبو الفداء، إسماعيل بن عمر، تفسير القرآن العظيم، تحقيق: سامي سلامة، ط2 دار طيبة، 1420هـ، 1999م.
- ابن ماجه، أبو عبد الله، محمد بن يزيد، سنن ابن ماجه، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ط1 بيروت: مؤسسة الرسالة، 1430هـ، 2009م.
- مالك، مالك بن أنس، الموطأ، تحقيق: محمد الأعظمي، ط1، أبو ظبي: مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية، 1425هـ، 2004م.
- الماوردي، أبو الحسن، علي بن محمد، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، تحقيق: علي معوض وعادل عبد الموجود، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1999م.
- الماوردي، أبو الحسن، علي بن محمد، تفسير الماوردي "النكت والعيون"، تحقيق: السيد عبد الرحيم، بيروت: دار الكتب العلمية، د.ت.
- المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية في دولة الإمارات العربية المتحدة، نشرتها مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات، ملحق خاص، السنة: 20، العدد: 26، ربيع أول، 1427هـ، إبريل، 2006م.
- مسلم، أبو الحسين، مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، تحقيق: محمد عبد الباقي، بيروت: دار إحياء التراث العربي، د.ت.

- ابن منظور، أبو الفضل، محمد بن مكرم، لسان العرب، ط3، بيروت: دار صادر، 1414هـ.
 - النوي، أبو زكريا، يحيى بن شرف، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، ط2، بيروت: دار إحياء التراث العربي، 1392هـ.
 - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، ط2، الكويت: دار السلاسل 1408هـ، 1988م.
 - يعقوب بن إبراهيم، الخراج، تحقيق: طه سعد وسعد محمد، القاهرة: المكتبة الأزهرية، د.ت.
- المواقع الإلكترونية:**

✓ تحقيق صحفي حول: زواج القاصرات، بتاريخ: 2015/5/23م، منشور في:

<http://www.3alyoum.com/news/a/%D8%B2%D9%88%D8%A7%D8%AC-%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D8%B5%D8%B1%D8%A7%D8%A-%D9%8A%D9%81%D8%AC%D8%B1-%D8%AC%D8%AF%D9%84%D8%A7%D9%8B-%D8%AD%D9%88%D9%84-%D8%AA%D8%AD%D8%AF%D9%8A%D8%AF-%D8%B3%D9%86/>

تاريخ الاستقادة من الموقع: 2016/4/10م

✓ تحقيق صحفي بعنوان: زواج القاصرات يقتل طفلة يمنية في ليلة دخلتها، بتاريخ: 2013/9/8م، منشور في:

<http://www.emaratalyoum.com/life/four-sides/2013-09-08-1.604515>

تاريخ الاستقادة من الموقع: 2016/4/10م

✓ تحقيق صحفي بعنوان: زواج القاصرات يفجر جدلاً حول تحديد سن للزواج.. والمشروع أمام هيئة كبار العلماء، بتاريخ: 2015/5/23م، منشور في:

<http://www.3alyoum.com/news/a/%D8%B2%D9%88%D8%A7%D8%AC-%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D8%B5%D8%B1%D8%A7%D8%A-%D9%8A%D9%81%D8%AC%D8%B1-%D8%AC%D8%AF%D9%84%D8%A7%D9%8B-%D8%AD%D9%88%D9%84-%D8%AA%D8%AD%D8%AF%D9%8A%D8%AF-%D8%B3%D9%86/>

%D8%AD%D9%88%D9%84-

/%D8%AA%D8%AD%D8%AF%D9%8A%D8%AF-%D8%B3%D9%86

✓ خبر بعنوان: عقد قران افتقد التوثيق فانتهى في المحاكم، صحيفة البيان، بتاريخ:

2015/4/25م، في الموقع الإلكتروني للصحيفة:

<http://www.albayan.ae/across-the-uae/accidents/2015-04-25-1.2361080>

تاريخ الاستقادة من الموقع: 2016/2/27م.

✓ خبر بعنوان: التحذير من تداعيات الزواج الشرعي غير القانوني، منشور في صحيفة الرؤية،

بتاريخ: 2015/4/25م، في موقعها الإلكتروني:

<http://alroeya.ae/2015/04/25/239288/%D8%A7%D9%84%D8%AA%D8%A>

D%D8%B0%D9%8A%D8%B1-%D9%85%D9%86-

%D8%AA%D8%AF%D8%A7%D8%B9%D9%8A%D8%A7%D8%AA-

%D8%A7%D9%84%D8%B2%D9%88%D8%A7%D8%AC-

%D8%A7%D9%84%D8%B4%D8%B1%D8%B9%D9%8A-

/%D8%BA%D9%8A%D8%B1-%D8%A7

تاريخ الاستقادة من الموقع: 2016/2/27م.

✓ الزعتري، علاء الدين، نتائج التصرفات مرعية في سن التشريعات، شواهد على ذلك من السنة

النبوية، منشور في موقعه على شبكة الإنترنت:

<http://www.alzatari.net/print-research/163.html>

تاريخ الاستقادة من الموقع: 2016/3/1م.

✓ الطرابيشي، صافيناز، زواج انتحاري: العجوز يعيش عمريين والشابة تموت مرتين، منشور

في صحيفة الأهرام الرقمي بتاريخ: 2012/10/12م، الموقع:

<http://digital.ahram.org.eg/articles.aspx?Serial=1060527&eid=470>

تاريخ الاستقادة من الموقع: 2015/5/20م

✓ الطولاني، سلطان، زواج كبار السن بالصغيرات، صفقة ظاهرها السعادة وباطنها الشقاء،

منشور بتاريخ 2008/2/4، في صحيفة الرياض، الموقع:

<http://www.alriyadh.com/314601>

تاريخ الاستقادة من الموقع: 2015/5/20م

✓ محمد، أماني، تحقيق صحفي بعنوان: علماء نفس لـ "محيط": زواج القاصر عملية بيع وشراء للجسد، بتاريخ: 2014/3/22م، منشور في:
<http://www.moheet.com/2014/03/22/2033199/%D8%B9%D9%84%D9%85%D8%A7%D8%A1-%D9%86%D9%81%D8%B3-%D9%84%D9%80-%D9%85%D8%AD%D9%8A%D8%B7-%D8%B9%D9%85%D9%84%D9%8A%D8%A9-%D8%A8%D9%8A%D8%B9-%D9%88%D8%B4%D8%B1%D8%A7%D8%A1-%D9%84%D8%AC%D8%B3%D8%AF.html#.Vxc6NdR97Gg>

تاريخ الاستقادة من الموقع: 2016/4/10

✓ المنجد، محمد صالح، سؤال رقم: 214158: تجنب النسل المريض من المقاصد المشروعة، منشور في موقع: الإسلام سؤال وجواب:
<https://islamqa.info/ar/214158>

تاريخ الاستقادة من الموقع: 2016/3/19م.

✓ النابلسي، محمد راتب، علم الوراثة والسنة النبوية المطهرة، منشور في موقع موسوعة النابلسي الإسلامية:

<http://nabulsi.com/blue/ar/artp.php?art=4491>

تاريخ الاستقادة من الموقع: 2016/3/19م.

المراسلات الإلكترونية:

- مراسلة خاصة قام بها الباحث عبر البريد الإلكتروني مع سعادة الدكتورة شمسة العور، رئيس قسم التوليد والأمراض النسائية في كلية الطب، جامعة الإمارات العربية المتحدة، بتاريخ: 2016/4/17م.

الطعن الإداري والقضائي على الجزاءات الإدارية الصادرة بحق وسائل الإعلام في دول الخليج العربي دراسة مقارنة

إعداد
خالد ملا محمد

باحث قانوني

ملخص البحث

يهدف هذا البحث إلى دراسة الطعن الإداري والقضائي على الجزاءات الإدارية الصادرة بحق وسائل الاعلام في دول الخليج العربي، وتناولت الدراسة الطعن الإداري على الجزاءات الإدارية الصادرة بحق وسائل الإعلام، والطعن القضائي على الجزاءات الإدارية الصادرة بحق وسائل الإعلام وذلك وفق قوانين المطبوعات والنشر الخليجية.

فحق الطعن أو التظلم يعد من الحقوق الدستورية والقانونية الهامة للأفراد وكفله دساتير وقوانين أغلب الدول ومنها دول الخليج العربي وذلك بالسماح بالطعن الإداري والطعن القضائي على القرارات الصادرة من السلطات الإدارية بتوقيع الجزاءات الإدارية على مخالقات وسائل الإعلام المختلفة وذلك بموجب قوانين الإعلام والمطبوعات والنشر الخليجية، وبناء على هذا الطعن قد يتم إلغاء الجزاء أو تعديله بالتخفيف أو إبقاءه على ما هو عليه.

وخلصت الدراسة إلى ضرورة دعم وتعزيز إجراءات الطعن أو التظلم الإداري بشكل أكثر فعالية، وكذلك مسألة الطعن القضائي من خلال إعطاء القاضي صلاحيات واسعة للتوازن بين حق الإدارة في تنظيم وضبط وسائل الإعلام وتوقيع الجزاءات الإدارية عليها، وذلك كله عن طريق تحديث وتعديل التشريعات الخليجية الخاصة بالإعلام والمطبوعات والنشر بشكل يضمن كفاءة الإدارة في ممارسة عملها وواجباتها، ومن ناحية أخرى تحقق الحماية المطلوبة لحرية الإعلام والارتقاء بحرية التعبير وفق أعلى الممارسات العالمية للوصول إلى الغاية المنشودة.

Abstract

This study aims to study the administrative and judicial appeal against the administrative sanctions against the media in the Gulf states. The study dealt with the administrative appeal against the administrative sanctions against the media and the judicial appeal against administrative sanctions against the media According to the Gulf Press and Publication Laws.

The right of appeal or appeal is one of the most important constitutional and legal rights of individuals and is guaranteed by the constitutions and laws of most countries, including the Arab Gulf States, by allowing administrative appeal and judicial appeal against decisions issued by the administrative authorities to impose administrative sanctions on violations of the various media media. Appeal The penalty may be annulled or amended by dilution or keeping it as it is. The study concluded that the judicial appeal should be supported and strengthened more effectively, as well as the judicial challenge by giving the judge broad powers to balance the right of the administration to organize and control the media and to impose administrative sanctions on it. And publishing in a manner that ensures the efficiency of the administration in the exercise of its duties and duties on the other hand achieve the required protection of the freedom of the media and the promotion of freedom of expression in accordance with the highest international practices to reach the desired goal.

مقدمة:

لقد تغيرت وظيفة الدولة خلال السنوات الماضية حيث أصبحت الدولة تتدخل في الوقت الحاضر في كافة شؤون الحياة السياسية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية والبيئية والإعلامية ، بعدما كانت تقتصر وظيفتها على تنظيم وإدارة المرافق الرئيسية بالدولة كالأمن والدفاع والقضاء ، حيث انتقلت وظيفة الدولة من مجرد حارس للمجتمع ، فيما كان يسمى " الدولة الحارسة " حيث أصبحت وظيفتها أشمل من ذلك بكثير بحيث أصبح للدولة تأثير في الحياة العامة بشكل عام وفي مجال ضبط وتنظيم حرية التعبير من خلال وسائل الإعلام بشكل خاص ، فحرية الرأي والتعبير تعتبر من الحقوق الهامة والمعترف بها عالمياً ، وأهم وسيلة لممارسة هذا الحق هو الاعلام بوسائله المتعددة، وهنا يحصل الاحتكاك والصدام بين الادارة من جهة ، وبين المؤسسات الاعلامية من جهة أخرى مما يثير الكثير من المشاكل القانونية، وفي سبيل قيام الادارة بواجبها على أكمل وجه، تتمتع الإدارة بسلطات وامتيازات في مواجهة وسائل الإعلام المختلفة أهمها سلطة فرض الجزاءات الإدارية ، لأهداف كثيرة قد تتعلق بالحفاظ على النظام العام أو القيم أو المصالح العليا أو لمجرد عدم التزام أو مخالفة وسائل الإعلام لأحكام قوانين المطبوعات والنشر .

إن سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية متفاوتة بين دولة وأخرى، وهي سلطة مقررّة ومنظمة وفق القوانين الخاصة بكل دولة، وهي تقوم بها وفقاً لما تراه يحقق المصلحة العامة، ولكن يتوجب توفير أقصى الضمانات القانونية لحماية وسائل الإعلام المختلفة من تعسف جهة الإدارة لضمان مشروعية القرارات الصادرة بتوقيع الجزاءات الإدارية على مخالقات وسائل الإعلام، وأهم هذه الضمانات هي الطعن الإداري والطعن القضائي على القرارات الإدارية الصادرة بتوقيع الجزاء الإداري على وسائل الإعلام.

موضوع البحث وأهميته:

نخصص هذا البحث لدراسة الطعن الإداري والقضائي على الجزاءات الإدارية الصادرة بحق وسائل الإعلام، ولموضوع هذا البحث أهمية نظرية وعملية لعدة أسباب:

- إفتقار مكتبة القانون العام العربية لمثل هذه الدراسات وخصوصاً كونها تتناول الطعن أو التظلم الإداري والطعن القضائي على الجزاءات الإدارية في مجال مخالفات وسائل الإعلام في دول الخليج العربي.
- الحاجة إلى تعزيز حماية حرية الإعلام وفق رؤية قانونية متوازنة تحقق المصلحة العامة وترتقي بالمجتمعات من منظور متوازن أساسه الفهم الصحيح لقوانين الإعلام بدول الخليج العربي.

أهداف البحث:

- التطرق إلى الطعن الإداري والطعن القضائي على الجزاءات الإدارية الصادرة بحق وسائل الإعلام في دول الخليج العربي بهدف تحقيق رؤية قانونية جديدة تضمن كفاءة الإدارة في ممارسة عملها وواجباتها من ناحية، ومن ناحية أخرى تحقق الحماية المطلوبة لحرية الإعلام والارتقاء بحرية التعبير وفق أعلى الممارسات العالمية للوصول إلى الغاية المنشودة.

مشكلة البحث:

- إفتقار مكتبة القانون العام العربية لمثل هذه الدراسات وخصوصاً الطعن الإداري والقضائي على الجزاءات الإدارية الصادرة بحق وسائل الإعلام وفق قوانين المطبوعات والنشر الخليجية.
- التحديات المعاصرة في مجال حرية التعبير مما يتطلب إيجاد رؤية قانونية متوازنة.

منهج وخطة البحث:

تم اتباع المنهج النظري الوصفي والتحليلي في دراسة الطعن الإداري والقضائي على الجزاءات

الإدارية الصادرة بحق وسائل الإعلام في دول الخليج العربي، حسب الخطة التالية:

المبحث الأول: الطعن الإداري على الجزاءات الإدارية الصادرة بحق وسائل الإعلام

المطلب الأول: الطعن الإداري على الجزاءات الإدارية الصادرة بحق وسائل الإعلام في دول الخليج العربي

المطلب الثاني: الطعن الإداري على الجزاءات الإدارية الصادرة بحق وسائل الإعلام في دولة الإمارات العربية

المتحدة

المبحث الثاني: الطعن القضائي على الجزاءات الإدارية الصادرة بحق وسائل الإعلام

المطلب الأول: الطعن القضائي على الجزاءات الإدارية الصادرة بحق وسائل الإعلام في دول الخليج العربي

المطلب الثاني: آثار الطعن القضائي على الجزاءات الإدارية الصادرة بحق وسائل الإعلام في دول الخليج العربي

المبحث الأول

الطعن الإداري على الجزاءات الإدارية الصادرة بحق وسائل الإعلام

حق الطعن أو التظلم يعد من الحقوق الدستورية والقانونية الهامة للأفراد وكفلها دساتير وقوانين أغلب الدول ومنها دول الخليج العربي، وإذا كانت السلطات الإدارية تختص بالعقوبات الإدارية، وهذا على خلاف العقوبات الجنائية التي توقعها السلطة القضائية، ومن ثم يفتح هنا طريق إداري للطعن أمام مصدر القرار ذاته، وهو ما يسمى بالطعن الولائي أو التظلم الإداري، أي تقديم الطعن أمام مصدر الجزاء، ويقدم من صاحب الشأن، وهو جائز حتى في حالة عدم وجود نص، وما لم يوجد نص يقرر عكس ذلك، وتمارس الرقابة الإدارية عادة بواسطة الرئيس الإداري مصدر الجزاء الطعين أو لجان إدارية تشكل لهذا الغرض، وبناء على هذا الطعن الإداري قد يتم إلغاء الجزاء أو تعديله بالتخفيف أو إبقاؤه على ما هو عليه.

وقد سمحت أغلب الدول الخليجية بشكل عام كما سنرى للأفراد والمؤسسات الصحفية وفق قوانين المطبوعات والنشر بالطعن الإداري أو التظلم من القرار الإداري الصادر بتوقيع الجزاء الإداري وذلك وفق أوضاع وضوابط قانونية محددة⁽¹⁾.

وعليه سنقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، المطلب الأول سيكون عن الطعن الإداري على الجزاءات الإدارية الصادرة بحق وسائل الإعلام بدول الخليج العربي، والمطلب الثاني سنخصصه للطعن الإداري على الجزاءات الإدارية الصادرة بحق وسائل الإعلام بدولة الإمارات العربية المتحدة.

¹ (د. مصطفى محمود، الرقابة الادارية على أعمال الادارة والمنازعات الادارية، مطبعة البيان، دبي، 2009، ص 103 .

المطلب الاول

الطعن الإداري على الجزاءات الإدارية الصادرة بحق وسائل الإعلام في دول الخليج

العربي

اتجهت أغلب الدول الخليجية إلى السماح بالطعن أو التظلم الإداري على القرارات الصادرة من السلطات الإدارية بتوقيع الجزاءات الإدارية على مخالفات وسائل الإعلام المختلفة بموجب قوانين الإعلام والمطبوعات والنشر وذلك على النحو الآتي:

ففي السعودية يحق للمؤلف أو الناشر أو للطابع أو للموزع في حالة رفض وزارة الثقافة والإعلام إجازة المطبوعة التظلم من قرار الرفض لدى الوزير خلال 60 يوم، وكذلك سمح المشرع السعودي بشكل عام لكل من يصدر بشأنه عقوبة إدارية نتيجة مخالفة إعلامية التظلم أمام ديوان المظالم وذلك خلال ستين يوماً من تاريخ إبلاغه بالقرار الصادر بذلك⁽²⁾.

وفي سلطنة عمان، يجوز لذوي الشأن التظلم من قرار رفض إصدار الصحيفة للجنة المطبوعات والنشر خلال 30 يوماً من تاريخ إبلاغه بقرار الرفض، ويكون قرار اللجنة نهائياً بعد تصديق وزير الإعلام عليه.

وفي حالة لم تصدر الصحيفة خلال "ستة أشهر" من تاريخ الترخيص بها أو اذا توقفت عن الصدور مدة "ستة أشهر" متصلة دون عذر مقبول، يجوز للجنة المطبوعات والنشر إلغاء الترخيص، وأعطى المشرع العماني للمتضرر الحق في التظلم من قرارها إلى وزير الإعلام خلال 30 يوماً من تاريخ إبلاغه بقرار الإلغاء.

2 (المواد (13، 40) من قانون المطبوعات السعودي بموجب المرسوم الملكي رقم (32) لسنة 1421هـ الموافق 2001م.

وكذلك يحق لمن رفض طلبه بالترخيص بفتح مطبعة، أن يتظلم من ذلك للجنة المطبوعات والنشر خلال "خمس عشرة" يوماً من تاريخ إبلاغه برفض طلبه، وعلى اللجنة أن تبت في هذا التظلم خلال "خمس عشرة" يوماً من تاريخ تقديمه، ويكون قرارها في هذا الشأن نهائياً بعد التصديق عليه من وزير الإعلام⁽³⁾. وفي مجال المصنفات الفنية، تختص لجنة التظلمات بوزارة الإعلام بالنظر في قرارات رفض ترخيص المصنفات مع صلاحية النظر في جميع التظلمات الخاصة بالقرارات التي تتعلق بالمصنفات الفنية، وحدد المشرع أن يقدم التظلم خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ استلام صاحب الشأن القرار المتظلم منه، ويجب على لجنة التظلمات أن تفصل في موضوع التظلم خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ ورود التظلم إليها، وتصدر قراراتها بالأغلبية، وترفع اللجنة توصياتها إلى وزير الإعلام لاعتمادها ويكون قراره في هذا الشأن نهائياً ويبلغ المتظلم بالقرار بخطاب مسجل⁽⁴⁾.

وفي مجال المنشآت الخاصة بالإذاعة والتلفزيون، يكون التظلم في حالة رفض طلب الترخيص إلى وزير الإعلام خلال مدة لا تتجاوز ثلاثين يوماً اعتباراً من تاريخ إبلاغ صاحب الشأن به، ويجب البت في التظلم خلال ثلاثة شهور من تاريخ تقديم التظلم⁽⁵⁾.

أما في دولة الكويت، فإننا نلاحظ أن المشرع لم يتطرق في قوانين المطبوعات والنشر والقوانين الإعلامية الأخرى ذات الصلة إلى مسألة الطعن أو التظلم الإداري كون المشرع الكويتي اتجه إلى تقليص صلاحيات وزارة الإعلام في توقيع الجزاءات الإدارية على مخالفات الإعلام واقتصر توقيعها من قبل المحكمة المختصة، وبالتالي هناك اعتماد على الطعن القضائي أكثر من الطعن الإداري، ولكن بشكل عام، نرى بأنه إعمالاً للقواعد العامة وطالما لم ينص المشرع الكويتي صراحة على منع الطعن أو التظلم

3 (المواد (5، 6، 47، 48) من قانون المطبوعات والنشر العماني رقم 49 لسنة 1984 م .
4 (المواد (20، 21، 22) من المرسوم السلطاني رقم 65 لسنة 1997م بشأن الرقابة على المصنفات الفنية.
5 (المادة (28) من قانون المنشآت الخاصة للإذاعة والتلفزيون رقم 95 / 2004م.

الإداري ، فإننا نرى أنه يجوز تقديم التظلم أو الطعن الإداري إلى الجهة الإدارية المختصة خلال ستين يوماً حسب المتبع، ويجوز للجهة المختصة تعديل الجزاء بالتخفيف أو الإلغاء أو الإبقاء عليه كما هو (6) .

علماً بأن المشرع الكويتي بمجال تنظيم الإعلام الإلكتروني نص على أنه " يصدر الوزير قراراً في شأن طلب الترخيص خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تقديم الطلب مستوفياً للشروط المقررة قانوناً، فإذا انقضت هذه المدة دون صدور القرار اعتبر الطلب مرفوضاً، ولذوي الشأن التظلم من قرار الرفض إلى الوزير خلال مدة (60) ستين يوماً من تاريخ قرار الرفض، فإذا انقضت هذه المدة دون صدور قرار، اعتبر التظلم مرفوضاً (7) .

ونحن نرى أنه يستحسن على المشرع الكويتي تضمين نصوص قانونية صريحة ومحددة تسمح بالطعن أو التظلم الإداري بشكل موسع في قانون المطبوعات والنشر كونه أحد الضمانات القانونية الهامة التي يجب اعتمادها في مجال الاعتراض القانوني على توقيع الجزاءات الإدارية التي توقعها الإدارة وعدم الاكتفاء بالطعن القضائي.

أما في البحرين، فقد اتجه المشرع بنفس اتجاه المشرع الكويتي، حيث لم يتطرق المشرع إلى مسألة الطعن أو التظلم الإداري كون صلاحيات وزارة الإعلام في توقيع الجزاءات الإدارية على مخالفات الإعلام محدودة جداً ومقيدة، ويقتصر توقيعها من قبل المحكمة المختصة وبالتالي هناك اعتماد على الطعن القضائي أكثر من الطعن الإداري كما هو الحال في دولة الكويت (8) .

6 (انظر قانون رقم 3 لسنة 2006 في شأن المطبوعات والنشر الكويتي ، والقانون رقم 61 لسنة 2007 بشأن الإعلام المرئي والمسموع الكويتي ، والقرار الوزاري رقم 31 لسنة 2016 في شأن الرقابة على افلام السينما وترخيص عرضها وتوزيعها في دولة الكويت .

7 (المادة (11) من قانون رقم 8 لسنة 2016 بتنظيم الإعلام الإلكتروني الكويتي .

8 (المواد (19 ، 20 ، 44 ، 51) من القانون البحريني رقم 47 لسنة 2002 بشأن تنظيم الصحافة والطباعة والنشر .

المطلب الثاني

الظعن الإداري على الجزاءات الإدارية الصادرة بحق وسائل الإعلام في دولة الإمارات

العربية المتحدة

يتولى مجلس الوزراء في دولة الإمارات العربية المتحدة ضوابط إقرار الجزاءات الإدارية، وتحدد اللوائح الإدارية مواعيد وإجراءات وشروط التظلم من الجزاءات الإدارية⁽⁹⁾.

ففي مجال المطابع، يتوجب على الإدارة المختصة البت في طلب الترخيص بفتح المطبعة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تقديمه، ويعتبر فوات هذا الميعاد بمثابة قبول لطلب الترخيص، ولمن رفض طلبه بالترخيص بفتح مطبعة أن يتظلم من هذا القرار لدى الجهة المختصة خلال 15 يوماً من تاريخ إبلاغه بالقرار الصادر برفض طلبه، ويتم البت في التظلم خلال 15 يوماً من تاريخ تقديمه ويكون القرار في ذلك نهائياً.

ومن ناحية أخرى، أنشأ المشرع الإماراتي لجنة تسمى " اللجنة العليا للتظلمات "، تتألف من عناصر فنية وقانونية وذلك للنظر في التظلمات التي يرفعها أصحاب الشأن في القرارات الصادرة عن لجنة مراقبة الافلام السينمائية، وفي جميع الاحوال يجب أن يكون قرار اللجنة بالبت في التظلم مسبباً، ويجوز التظلم من قرار اللجنة أمام الوزير خلال 15 يوماً من تاريخ إخطار صاحب الشأن به ويكون قرار الوزير نهائياً⁽¹⁰⁾.

وجدير بالذكر بأنه بعد الغاء وزارة الثقافة والإعلام سنة 2006م، حل محلها المجلس الوطني للإعلام، وبالتالي فإن اختصاص النظر في التظلم من قرار اللجنة العليا للتظلمات ينعقد لرئيس المجلس الوطني للإعلام⁽¹¹⁾.

9 (المادة (4) من قانون اتحادي رقم (14) لسنة 2016 بشأن المخالفات والجزاءات الإدارية في الحكومة الاتحادية .

10 (المواد (4 ، 5 ، 62) من قانون المطبوعات والنشر الاتحادي رقم 15 لسنة 1980 م .

11 (المادة (3) من قرار مجلس الوزراء رقم 14 لسنة 2006 في شأن نظام المجلس الوطني للإعلام .

وفي مجال التراخيص الإعلامية، ذكرنا بأن رئيس المجلس الوطني للإعلام يملك صلاحية إلغاء الترخيص الاعلامي، أو وقفه لمدة محددة في حالة مخالفة شرط من شروط الترخيص، وسمح المشرع لصاحب الشأن أن يتظلم من هذا القرار لدى المجلس خلال 15 يوماً من تاريخ إبلاغه بالقرار، ويتم البت في التظلم خلال 15 يوماً من تاريخ تقديمه ويكون القرار في ذلك نهائياً⁽¹²⁾.

وفي مجال تراخيص البث الإذاعي والتلفزيوني، يحق للمجلس الوطني للإعلام رفض طلب الترخيص المقدم له، ولمقدم الطلب تقديم تظلم إلى المجلس خلال 15 يوماً من تاريخ تبليغه بالقرار⁽¹³⁾.

وعليه، نلاحظ أن المشرع بدولة الإمارات العربية المتحدة، لم يغفل عن أهمية الطعن أو التظلم الإداري كضمانة قانونية هامة لحماية الحقوق والحريات في مجال الإعلام والمطبوعات والنشر، حيث يتم بالطعن الإداري إعادة تقييم الجزاء الإداري ومراجعته من كافة النواحي القانونية وغيرها، وبالتالي طلب إلغائه أو تخفيفه أو الإبقاء عليه كما هو حسب الظروف والأحوال.

المبحث الثاني

الطعن القضائي على الجزاءات الإدارية الصادرة بحق وسائل الإعلام

العلاقة ما بين الإعلام والقضاء هي علاقة يفرضها الواقع العملي، فالسلطة القضائية تمارس وظيفة المراجعة لما تصدره السلطات الأخرى من تشريعات أو ما تتخذه من قرارات أو ما تقوم به من إجراءات، كما أن علنية المحاكمات هي أحد المعايير الهامة المتعلقة بالحقوق في المحاكمة العادلة، وبالمقابل فإن الصحافة تقوم

12 (المادة (6) من قرار مجلس الوزراء رقم 14 لسنة 2006 في شأن نظام المجلس الوطني للإعلام .
13 (المادة (13) من قرار رئيس المجلس الوطني للإعلام رقم 30 لسنة 2011 بشأن تنظيم تراخيص البث الإذاعي والتلفزيوني .

بتغطية أخبار المحاكم بما يساعد في تحقيق الغاية من العلنية وهي الحق في المحاكمة العادلة والرقابة المجتمعية على إدارة العدالة ، ووفق القواعد العامة في أي نظام قانوني ، يمكن أن تطل أعمال السلطات المختلفة حق التعبير أو حرية الصحافة من خلال ما تصدره من تشريعات أو ما تتخذه من إجراءات وقرارات، فيكون القضاء هو جزء من أدوات الرقابة في حال تعدت هذه التشريعات أو القرارات على حرية التعبير من خلال وسائل الإعلام من خلال آلية المراجعة القضائية⁽¹⁴⁾.

ويتوجب أن تقوم السلطة القضائية بالدور المطلوب منها المتمثل في حماية حرية التعبير والصحافة كما يجب على الإعلام أن ينقل بدقة وموضوعية ما تقوم به السلطة القضائية من أجل تحقيق الغاية من حرية التعبير وحرية الصحافة وهي الرقابة على أجهزة الدولة المختلفة بما فيها السلطة القضائية⁽¹⁵⁾.

فأحكام القضاء تلعب دوراً كبيراً في ترسيخ ودعم حرية الإعلام، ومن هذه الأحكام نذكر حكم المجلس الدستوري الفرنسي الصادر في 1984/10/11، حيث أضاف على حق المواطن في الإعلام طابعاً دستورياً استناداً للمادة (11) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواطن الصادر في عام 1789، فنصت على أن " التداول الحر للأفكار والآراء هو أهم الحقوق الحيوية للإنسان، ولكل مواطن أن يتكلم ويكتب ويطلع بحرية، ولا يصبح محلاً للمساءلة إلا عند إساءة استعمال هذه الحرية في الحالات المحددة بالقانون"⁽¹⁶⁾.

14 (د. حسين رشوان ، الديمقراطية والحرية وحقوق الإنسان ، المكتب الجامعي الحديث ، مصر ، 2006 ، ص 56 .

15 (د. حسني نصر ، قوانين وأخلاقيات العمل الاعلامي ، دار الكتاب الجامعي ، القاهرة ، 2010 ، ص 98 .

16 (د. حسين رشوان ، المرجع السابق ، ص 64 .

ومن ناحية أخرى ، تعتبر الرقابة القضائية أفضل نوع رقابي على أعمال الإدارة ، و ذلك لأسباب عدة ، منها أن الرقابة السياسية تخضع لظروف و اعتبارات سياسية، و الرقابة الإدارية لا تتصف بالتجرد والموضوعية و ينقصها الحياد، لأنه من الممكن أن لا تقر الإدارة بخطئها ، كما أن هناك انتقادات من كون الإدارة خصما و حكما في أن واحد، بينما وجود رقابة قضائية على مشروعية تصرفات الادارة وخصوصاً صلاحياتها في توقيع جزاءات إدارية يمثل ضمانه مهمة من ضمانات حقوق الافراد وحيرياتهم لما في ذلك من تبني لشرعية دولة القانون ، والقاضي هو مفتاح الالتزام بسيادة القانون ويتوقف عليه احترامه بمعناه الواسع الذي يتجاوز التقيد المجرد بالنصوص إلى احترام مضمون القانون من حيث وجوب حمايته لحق حرية التعبير من خلال وسائل الإعلام.

لذلك يجب ان يكفل النظام القضائي في الدولة فيما يوفره من عناصر تتمثل في تكوين جهات التقاضي واختيار القضاة وضمان استقلالهم وحيادهم سيادة القانون القائمة على احترام حرية الإعلام حتى تتمكن من القيام برسالتها ودورها في المجتمع بالشكل الصحيح⁽¹⁷⁾.

وبناء على ما سبق، فإننا سنقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، المطلب الأول سيكون عن الطعن القضائي على الجزاءات الإدارية الصادرة بحق وسائل الإعلام بدول الخليج العربي، أما المطلب الثاني فسيكون عن آثار الطعن القضائي على الجزاءات الإدارية الصادرة بحق وسائل الإعلام بدول الخليج العربي.

(17) د. محمد رفعت و د. حسين عثمان ، القضاء الاداري ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 2010 ، ص 104 .

المطلب الاول

الطعن القضائي على الجزاءات الإدارية الصادرة بحق وسائل الإعلام في دول الخليج

العربي

اقتضت وظيفة النظام القضائي الرقابة على أعمال الإدارة وضمان مشروعية تصرفاتها، إذ أن وجود الإدارة طرفاً في علاقة قانونية مع الأفراد، بما تتمتع به من سلطة وامتيازات كثيرة، يؤدي في كثير من الأحيان إلى ارتكاب الإدارة بعض الأخطاء عندما تصدر قراراتها دون رويه أو على عجل، كما قد يحدث أن تتجاهل الإدارة بعض القواعد القانونية التي سنّها المشرع حفاظاً على مصلحة الأفراد.

ولما كانت الإدارة في اتصال مستمر مع الأفراد فقد تؤدي هذه الأخطاء إلى الإضرار بهم والاعتداء على حقوقهم، ومن مقتضيات العدالة ومقوماتها أن تخضع الإدارة لحكم القانون وأن تكون كلمة القانون هي العليا، ولابد لذلك من تنظيم رقابة قضائية على أعمال الإدارة تضمن سيادة حكم القانون⁽¹⁸⁾، حيث يقول الاستاذ عبد الرزاق الشهوري في هذا المعنى " أن من كان مظلوماً وكان خصمه قوياً كالإدارة فلا بد له من ملاذ يلوذ به ويتقدم إليه بشكواه ولأشياء أكرم للإدارة واحفظ لمكانتها من أن تنزل مع خصمها إلى ساحة القضاء تنصفه أو تنتصف منه وذلك أدنى إلى الحق والعدل وابقى للهيبة والاحترام " .

فالقضاء يهتم بغاية القرار الإداري وبمدى مشروعيته، فإن تبين أن قراراً إدارياً ما كان مخالفاً للشرعية القانونية، وبناء على دعوى إلغاء واضحة، فإن القاضي، وبعد استيفاء الشروط الموضوعية والشكلية لدعوى الإلغاء، يصدر حكماً بإلغاء القرار الإداري المخالف للقانون وطلب التعويض عند الضرورة، ولكن من جهة أخرى، فإن القرارات الإدارية التي يمكن طلب إلغائها بواسطة القضاء يشترط فيها⁽¹⁹⁾:

18 (د. أمين مصطفى ، النظرية العامة لقانون العقوبات الإداري – ظاهرة الحد من العقاب - ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 2010 ، ص 116 .

19 (زينة مقداد ، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية – دراسة مقارنة - ، رسالة ماجستير ، منشورة ، كلية الدراسات العليا / الجامعة الأردنية ، 2011 ، ص 96 .

- 1- أن يكون القرار المطعون إدارياً بمعنى أن يتميز هذا القرار عن أعمال الدولة وبالتالي استبعاد دعوى الإلغاء في أعمال السلطة التشريعية والسلطة القضائية.
 - 2- أن يصدر القرار من سلطة إدارية وطنية.
 - 3- أن يكون القرار تنفيذياً أي أن يكون نهائياً لا يتطلب تصديقه من قبل سلطة إدارية أعلى.
 - 4- أن يكون من شأن القرار الإداري التأثير في المركز القانوني للطاعن، أي أن يتوفر شرط المصلحة لدى الطاعن وأن تتولد آثار قانونية من جراء هذا القرار وبذاته.
- ولا يحق للقاضي أن يتهرب من الحكم في النزاع بحجة عدم وجود نص قانوني، وإلا فإنه يكون قد ارتكب إنكار العدالة ويكون قد خرج على مقتضى وظيفته وهو أن يحكم بالعدل⁽²⁰⁾.
- وحتى تكتمل عناصر الدولة القانونية لابد من وجود تنظيم للرقابة القضائية على مختلف السلطات فيها، وتعد رقابة القضاء على أعمال الإدارة أهم وأجدى صور الرقابة وأكثرها ضماناً لحقوق الأفراد وحرياتهم لما تتميز به الرقابة القضائية من استقلال وحياد، ففي ظل القضاء العادل تحترم الحريات وتضمن الحقوق، وبغياب القضاء العادل المستقل النزيه تهدر الحقوق وتنتهك الحرمات، ومن مقتضيات العدل أن تخضع الدولة بهيئاتها وأفرادها جميعهم لأحكام القانون ولأُتخرج عن حدوده⁽²¹⁾.
- وقد استقر التنظيم القضائي في أغلب الدول على وجود نوعين من الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، لا يميز النوع الأول بين الأفراد والإدارة في مراقبة تصرفاتهم ويخضعهم إلى نظام قضائي واحد هو القضاء العادي، ويسمى نظام القضاء الموحد، وهو الاتجاه الغالب في دول الخليج العربي، أما الثاني فيسمى نظام القضاء المزدوج، ويتم فيه التمييز بين منازعات الأفراد ويختص بها القضاء العادي والمنازعات الإدارية وتخضع لقضاء متخصص هو القضاء الإداري.

(20) د. محمد رفعت و د. حسين عثمان، المرجع السابق، ص 112 وما بعدها .

(21) د. رشا الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الإدارية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص 77.

ومن ناحية أخرى، فمن الضروري وضع حدود لاختصاصات الإدارة في ممارستها سلطاتها وخصوصاً في مجال توقيع الجزاءات الإدارية بحيث يتم الموازنة بين متطلبات النظام العام وضمان حرية وسائل الإعلام⁽²²⁾.

وبشكل عام فيجب التفريق بين الظروف العادية والظروف الاستثنائية التي تمر بها الدولة، فتخضع الإدارة في الظروف العادية لمبدأ المشروعية الذي يستدعي أن تكون الإدارة خاضعة في جميع تصرفاتها للقانون، وإلا كانت تصرفاتها وما تتخذه من قرارات باطلاً غير مشروع⁽²³⁾، وتتمثل رقابة القضاء على سلطات الإدارة في هذه الظروف فيما يلي :

- الرقابة على الهدف:

حيث يجب أن تنقيد الإدارة بالهدف الذي من أجله قرر المشرع منح الإدارة هذه السلطات، فليس للإدارة تخطي هذا الهدف سواء كان عاماً أم خاصاً، فإذا استخدمت سلطاتها في تحقيق أغراض بعيدة عن حماية النظام العام أو الآداب العامة أو النظام القانوني أو المصلحة العامة، فإن ذلك يعد انحرافاً بالسلطة ويخضع قرار الإدارة لرقابة القضاء المختص⁽²⁴⁾.

فالهدف في توقيع الجزاءات الإدارية على مخالفات الإعلام من قبل الإدارة هو حفظ النظام والقيم والآداب العامة للمجتمع، وضبط وسائل الإعلام للقيام بدورها ورسالتها في تنمية المجتمع، أما إذا كان هدف الإدارة من توقيع الجزاءات الإدارية على وسائل الإعلام المختلفة هو الضغط والسيطرة عليها والتأثير على مبادئها لخدمة مصالح حزبية أو سياسية معينة فهذا يعتبر انحرافاً عن الهدف الذي وضعه المشرع⁽²⁵⁾.

- الرقابة على السبب:

22 (د. عصام الدبس ، القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة - دراسة مقارنة - ، دار الثقافة ، الاردن ، 2010 ، ص 210

23 (د. سالم العلوي ، القضاء الإداري - دراسة مقارنة - ، دار الثقافة ، الاردن ، 2009 ، ص 235 .

24 (د. محمد أبو العينين، ضوابط مشروعية القرارات الإدارية وفقاً للمنهج القضائي، دار أبو المجد للنشر ، مصر، 2007 ، ص 346.

25 (د. محمد إمام، القضاء الإداري - مبدأ المشروعية - ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2008 ، ص 79 .

يقصد بها الظروف الواقعية أو القانونية التي دفعت الإدارة الى التدخل واصدار قرارها، ولا يعد تدخل الادارة مشروعاً الا إذا كان مبنياً على أسباب صحيحة وجدية وواقعية من الناحية القانونية، فتوقيع جزاء مثلاً على وسيلة إعلامية يكون غالباً سببه قيام هذه الوسيلة الإعلامية بمخالفة قانونية معينة تستوجب توقيع العقاب (26).

- الرقابة على الوسائل:

يجب ان تكون الوسائل التي استخدمتها السلطات الإدارية مشروعة ومنصوص عليها في القانون أو لم يمنع القانون توقيعها من قبل الإدارة ، ومن القيود التي استقر القضاء على ضرورة اتباعها في استخدام الادارة لسلطتها ، أنه لا يجوز أن يترتب على استعمال هذه الوسائل تعطيل الحريات العامة بشكل مطلق ، لان ذلك يعد الغاء لهذه الحريات، فالحفاظ على النظام العام أو الآداب أو المصلحة العامة لا يستلزم غالباً هذا الالغاء وإنما يكفي بتقييدها، ومن ثم يجب ان يكون الحظر نسبياً ، أي ان يكون قاصراً على زمان أو مكان معينين، وعلى ذلك تكون القرارات الادارية التي تصدرها سلطة إدارية بمنع ممارسة نشاط عام منعا عاماً ومطلقاً غير مشروعة، ومثال على ذلك حظر ممارسة النشاط الإعلامي مدى الحياة (27).

- رقابة الملاءمة:

لا يكفي ان يكون قرار السلطة الإدارية جائزاً قانوناً او أنه قد صدر بناء على اسباب جدية، إنما تتسع رقابة القضاء لبحث مدى اختيار الادارة الوسيلة الملائمة للتدخل، فيجب ان لا تلجأ الى استخدام وسائل قاسية او لا تتلاءم مع خطورة الظروف التي صدر فيها، فمثلاً قيام الإدارة بغلق منشأة إعلامية نهائياً نتيجة مخالفة بسيطة يعتبر من الإجراءات غير الملاءمة من قبل الإدارة، كون المخالفة لا ترتقي إلى حد غلق المنشأة.

26 (د. محمد علوان، الرقابة على تجاوزات الادارة على مبدأ المشروعية، المجلة العربية للإدارة / مصر، عدد 3 ، 2001 ، ص 89.

27 (د. محمد الشامسي، الرقابة على أعمال الادارة، أكاديمية شرطة دبي، 2008، ص 106.

ومن الضروري أن نبين أن سلطة القضاء في الرقابة على الملاءمة هي استثناء على القاعدة العامة في الرقابة على أعمال الإدارة فالأصل هو استقلال الإدارة في تقدير ملاءمة قراراتها، لكن بالنظر لخطورة قرارات السلطة الإدارية على الحقوق والحريات وخصوصاً صلاحيات الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية على وسائل الإعلام فإن القضاء يبسط رقابته على الملاءمة (28).

ومن جانب آخر، فقد تطرأ ظروف استثنائية تهدد سلامة الدولة كالحروب والفتن والثورات وغيرها، وتجعلها عاجزة عن حماية النظام العام أو مصالحها الحيوية باستخدام القواعد والاجراءات وفق مبدأ المشروعية، وفي هذه الحالة لابد ان تتوسع سلطات الإدارة لمواجهة هذه الظروف من خلال تمكينها من اتخاذ اجراءات سريعة وحازمة لمواجهة الظرف الاستثنائي (29).

على ان الظرف الاستثنائي أياً كانت صورته ، لا يجعل الادارة في منأى من رقابة القضاء بشكل مطلق، فلا يعدو أن يكون الامر توسعا لقواعد المشروعية، فالإدارة تبقى مسؤولة في الظروف الاستثنائية على اساس الخطأ الذي وقع منها، غير ان الخطأ في حالة الظروف الاستثنائية يقاس بميزان آخر غير ذلك الذي يقاس به الخطأ في الظروف العادية ، فالقضاء يمارس دورا مهما في الرقابة على سلطات الادارة في الظروف الاستثنائية، مع ان هذه السلطات تتسع بشكل كبير لمواجهة ما يهدد النظام العام وحسن سير المرافق العامة، فهناك حدود قانونية لسلطات الادارة في ظل الظروف الاستثنائية، حتى لا تتعسف الادارة في استعمال سلطاتها تلك او تنتهك حقوق وحريات الافراد (30) .

وبشكل عام، فحق الطعن القضائي مكفول لكل صاحب وسيلة إعلامية يرفض القرار الإداري ويلجأ إلى القضاء، إما أن يحاكم أمام القضاء من جديد عن نفس السلوك غير المشروع المكون للجريمة أو المخالفة الإدارية، وبغض النظر عن القرار الإداري الصادر بالجزاء الإداري العقابي، أو أن يلجأ إلى القضاء

28 (مازن حسن ، السلطة التقديرية للإدارة ، رسالة دكتوراه ، جامعة وهران / الجزائر ، 2010 ، ص 108 .
29 (د. محمد دخيل ، الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2009 ، ص 86 .
30 (د. عماد صوالحية ، الجزاءات الادارية العامة ، مكتبة الوفاء القانونية ، الاسكندرية ، 2014 ، ص 156 .

لتقديم اعتراضه على القرار، فيبحث القاضي مدى صحة إجراءات توقيع الجزاء الإداري، ومدى كفاية أدلة الإثبات قبل المعارض، ويكون للقاضي أن يلغي الجزاء الإداري أو تعديله.

وتطبيقاً لذلك، ففي فرنسا، يتم الطعن في قرارات المجلس الأعلى للصوتيات والمرئيات فإنه وفقاً للقانون 1067-86 الصادر في 30 ديسمبر 1986 من قبل صاحب الشأن في القرار الصادر ضده أمام مجلس الدولة خلال شهرين من إعلانها، وبشكل عام لا يترتب على الطعن وقف تنفيذ العقوبة إلا في الحالات التي نص عليها القانون، وعندما يعرض الطعن على القضاء فله أن يبسط سلطته كاملة إما بإلغاء للقرار أو تعديله استناداً لعدم ثبوت التهمة أو عدم كفاية الأدلة.

وتجدر الإشارة إلى أن اللجوء إلى الطعن الولائي -فيما عدا حالة الصلح - يحفظ ميعاد الطعن القضائي ضد الجزاء، إذا بوشر خلاله، وأن يكون هدفه فحص القرار الجزائي محل النزاع⁽³¹⁾.

وأما أصحاب الحق في الطعن ، فالمتهم بالجريمة الإدارية وللنيابة العامة وللمسؤول عن الحقوق المدنية المتضامن مع المتهم في دفع الغرامة الإدارية الحق في الطعن على الجزاء الذي تفرضه الإدارة ، غير أن الوضع يختلف في تقرير من له هذا الحق بالتشريعات ، فيجيز القانون الإيطالي لصاحب الشأن فقط الطعن أمام القضاء العادي ، فلا يعطي هذا الحق للنيابة العامة بخلاف القانون الألماني الذي يخول النيابة العامة اختصاصات الإدارة التي وقعت الجزاء عندما يطعن صاحب الشأن على الجزاء الإداري ، إذ يلزم القانون الإدارة أن تحيل أوراق الطعن للنيابة العامة والتي يكون لها أن تلغي الجزاء أو تعدله قبل أن يعرض الطعن على المحكمة ، كما للنيابة العامة نفسها أن تطعن على الحكم الصادر في الطعن من المحكمة⁽³²⁾ .

31 (د. محمد فودة ، النظرية العامة للعقوبات الادارية ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2008 ، ص 123 .

32 (د. سامي جمال ، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2010 ، ص 189 .

وتشمل رقابة القضاء للجزاء الإداري ، رقابة المشروعية الإجرائية للجزاء ، فيقضى بالبطلان إذا شاب الجزاء عيب جوهري ، على أن الإدارة لا تخضع للرقابة القضائية ما دامت مارست سلطتها التقديرية دون تجاوز للحد الأقصى للجزاء ، وتشمل رقابة القضاء أيضاً رقابة المشروعية الموضوعية للجزاء الإداري ، فيعد الجزاء منعماً إذا كان القانون لا يسمح به كتوقيع الإدارة جزاء المصادرة (الخاصة) بإرادتهما المنفردة ، فالمبدأ أنه لا يجوز توقيع هذا الجزاء إلا بحكم قضائي أو بناء على نص قانوني صريح ، كما يراقب القضاء ركن السبب في القرار الإداري الصادر بالجزاء الإداري من حيث الوجود المادي للوقائع والتكييف القانوني للوقائع ومدى ملاءمة الجزاء الإداري المتخذ من قبل الإدارة لجسامة المخالفة وخطورتها ، وكذلك يراقب القضاء عدم انحراف الإدارة أو تعسفها في توقيع الجزاء الإداري .

وأيضاً، فهناك دور للقاضي في تحقيق أكبر قدر من التوازن بين السلطة الإدارية وصلاحياتها وبين حرية الإعلام والمطبوعات والنشر بطريقة قانونية وموضوعية وحيادية وبما يحقق المصلحة العامة للمجتمع .⁽³³⁾

ومن تطبيقات القضاء فيما سبق ، حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 1956/12/5م، حيث حظر وزير الداخلية عرض وبيع إحدى المجلات، وقد قام المجلس بالتحقق من مدى انطباق وصف الإباحية على المواد التي تنشرها هذه المجلة، وخاصة في معالجتها لمسائل العلاقات الجنسية، حيث تبين المحتوى الفاضح للمجلة، وانتهى المجلس إلى إقرار مسلك الإدارة كون قرارها كان صادراً للحفاظ على الآداب العامة .⁽³⁴⁾

33 (د. محمد د خليل ، المرجع السابق ، ص 96 .

34 (د. سامي جمال ، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2010 ، ص 243 .

وفي حكم آخر، رفض مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1955/4/22م في قضية " rioux jouloux et " إلغاء قرار وزير الداخلية بحظر دخول مجلة أجنبية إلى فرنسا كانت تنشر أفكار تمثل تهديداً للنظام العام، نظراً لأنها تدفع الشباب الفرنسي إلى رفض أداء الخدمة العسكرية.

كما صدر حكم آخر للمجلس بتاريخ 1980/1/30م في قضية " Maspero " ، وتتلخص وقائعه في أن وزير الداخلية أصدر قرار بمنع تداول وتوزيع وعرض بيع كتاب (صعود موبوتو) والذي تتولى طبعه ونشره شركة مكتبة " Maspero " ، واستند في ذلك إلى الخطر الذي يحدثه نشر الكتاب على النظام العام ، والعلاقات بين فرنسا وزائير ، وقد طعنت الشركة في هذا القرار أمام محكمة باريس الإدارية التي ألغت قرار وزير الداخلية ، فطعن الوزير في حكم المحكمة الإدارية أمام مجلس الدولة ، فقرر المجلس صحة إجراء وزير الداخلية ، وقضى بإلغاء حكم المحكمة الإدارية ورفض دعوى الشركة⁽³⁵⁾.

وفي قضاء آخر لمجلس الدولة الفرنسي صادر بتاريخ 1985/4/18م في قضية " Société les Editions des arches "، حيث أصدر وزير الداخلية قرار بمنع تداول وتوزيع لمجلة " Signale " وذلك لقيامها بنشر المذهب الاشتراكي، وقد أيد مجلس الدولة حكم محكمة باريس الإدارية، في إلغاء قرار وزير الداخلية لصدوره مشوباً بخطأ ظاهر في تقدير مخاطر نشر المجلة على النظام العام⁽³⁶⁾.

وبالرجوع إلى دول مجلس التعاون الخليجي، ففي دولة الإمارات العربية المتحدة، هناك جهة قضائية واحدة في الدولة هي جهة القضاء العادي، تتولى الفصل في كافة المنازعات القضائية سواء أكانت ناشئة بين الافراد العاديين أو كانت بين الأفراد العاديين وبين الإدارة العامة⁽³⁷⁾.

35 (د. عصام الدبس ، المرجع السابق ، ص 193 .

36 (د. عبدالقادر دراجي ، سلطة الادارة في توقيع الجزاءات الادارية ، مجلة المفكر ، العدد العاشر ، الجزائر ، 2006 ، ص 136 .

37 (حكم المحكمة الاتحادية العليا ، في الطعن رقم 211 لسنة 21 القضائية صادر بتاريخ 2002/7/17 مدني ، منشور في مجلة العدالة ، وزارة العدل ، أبوظبي ، العدد 108 / أكتوبر ، 2001 ، ص 67 .

ومن ناحية أخرى أجاز المشرع الإماراتي لكل ذي شأن أن يطعن أمام المحاكم المختصة في القرارات والجزاءات الإدارية النهائية الصادرة عن المجلس الوطني للإعلام في مجال الإعلام المقروء والمسموع والمرئي أو مجال تراخيص أنشطة الخدمة الإذاعية والتلفزيونية، واشترط المشرع أن يتم الطعن في خلال 60 يوماً من تاريخ العلم اليقيني بالقرار المراد الطعن فيه⁽³⁸⁾.

وقد مارس القضاء في دولة الإمارات العربية المتحدة رقابته على قرارات الإدارة وسلطاتها لتتفق مع حدود المشروعية ، فقد قضت المحكمة الاتحادية العليا في حكم لها بأنه " من الأصول المقررة في فقه القانون الإداري أن أوجه أو أسباب إلغاء القرارات الإدارية هي العيوب التي شابت القرار وجعلته غير مشروع وواجب الإلغاء ، ومن هذه العيوب عدم المشروعية المتصل بالحالة الواقعية أو القانونية التي تؤدي إلى إصدار القرار ويتمثل في عيب السبب، ذلك أنه يجب أن يقوم القرار الإداري على سبب يبرره صدقاً وحقاً أي في الواقع وفي القانون وذلك كركن من أركان انعقاده باعتبار القرار تصرفاً قانونياً ، ولا يقوم أي تصرف قانوني بغير سبب ... " (39).

وقضت محكمة أبو ظبي الاتحادية الاستئنافية في حكم لها بأن " من المقرر أن للجهة الإدارية سلطة اتخاذ القرارات بما يلائم إصدارها متى كانت مبنية على وقائع صحيحة مستمدة من مصادر ثابتة في الأوراق " (40).

38 (المادة (104) من قانون المطبوعات والنشر الإتحادي رقم 15 لسنة 1980م ، والمادة (6) من قرار مجلس الوزراء رقم 14 لسنة 2006 في شأن نظام المجلس الوطني للإعلام ، والمادة (5) من قرار مجلس الوزراء رقم 23 لسنة 2015 بشأن الهيكل التنظيمي للمجلس الوطني للإعلام ، والمادة (7) من قرار مجلس الوزراء رقم 13 لسنة 2011 بشأن ترخيص أنشطة الخدمة الإذاعية والتلفزيونية ، والمادة (5 ، 13) من قرار رئيس المجلس الوطني للإعلام رقم 30 لسنة 2011 بشأن تنظيم تراخيص البث الإذاعي والتلفزيوني .

39 (حكم محكمة أبوظبي الاتحادية الاستئنافية في الطعن رقم 184 لسنة 19 قضائية صادر بتاريخ 14/4/1998م ، غير منشور .

40 (حكم محكمة أبوظبي الاتحادية الاستئنافية في الطعن رقم 82 لسنة 94 قضائية صادر بتاريخ 30/4/1994م ، غير منشور .

وقد أكدت المحكمة الاتحادية العليا بأن تقدير العقوبة التي توقعها جهة الإدارة وفق اختصاصاتها هي سلطة تقديرية طالما لم تخرج عن الحد المقرر قانوناً مع مراعاة ملائمة الجزاء لطبيعة المخالفة وجسامتها، وبالتالي طالما التزمت جهة الإدارة بنصوص القانون والعقاب ولم تخرج عنه وكان إجراؤها ملائماً لا يشوبه التعسف فيعتبر صحيحاً⁽⁴¹⁾.

وفي حكم آخر، حكمت محكمة الشارقة الاستئنافية الاتحادية في الطعن المقدم من شخص ضد جريدة محلية وكاتب مقالة بعدم مسؤولية الجريدة وكاتب المقالة جنائياً كونهما نشرًا أخبار أحد قضايا الرأي العام بالالتزام بميثاق العمل الصحفي ولم يخالفا قانون المطبوعات والنشر الاتحادي، وكانا يؤديان رسالتهما الإعلامية الصحيحة وانتهاجا في سبيل ذلك أقصى درجات الاحتراف الاعلامي⁽⁴²⁾.

ويتبين من الأحكام السابقة وغيرها، بأن قضاء دولة الإمارات العربية المتحدة قد بسط رقابته على سلطات الإدارة المختلفة ومن ضمنها سلطتها في توقيع الجزاءات الإدارية من نواح، فقد أكد على ضرورة الالتزام بمبدأ المشروعية وضرورة الوجود المادي للوقائع وملاءمة الإجراء المتخذ من الإدارة لطبيعة وجسامته المخالفة وكذلك الرقابة على عدم تعسف الإدارة أو انحرافها عن مسارها في استخدام سلطاتها وخصوصاً في مجال حرية الاعلام.

أما في السعودية، فلم ينص المشرع صراحة على مسألة الطعن القضائي في مجال المطبوعات والنشر كما فعل نظيره الإماراتي، ولكن وفقاً للقواعد العامة ولعدم وجود نص تشريعي يمنع اللجوء إلى المحكمة، فيحق لذي الشأن الطعن في القرار الإداري واللجوء إلى القضاء حسب الإجراءات القانونية المتبعة⁽⁴³⁾.

41 (حكم المحكمة الاتحادية العليا ، في الطعن رقم 1 لسنة 2001 القضائية صادر بتاريخ 2001/7/17 مدني ، منشور ، مجلة العدالة ، ، وزارة العدل ، أوظيفي العدد 108 / أكتوبر ، 2001 ، ص75 .

42 (حكم محكمة الشارقة الاتحادية الاستئنافية في الطعن رقم 103 صادر في مايو/ 2014 ، غير منشور .

43 (انظر قانون المطبوعات السعودي بموجب المرسوم الملكي رقم (32) لسنة 1421هـ الموافق 2001م .

وقد صدرت عدة أحكام في مجال المطبوعات والنشر في السعودية، فقد صدر حكم من محكمة سعودية في يناير 2014 رفعها أحد الأشخاص ضد قناة محلية يتهمها بتشويه صورته وذكر معلومات غير صحيحة عنه مما أثر عليه وعلى أسرته أمام المجتمع، حيث حكمت المحكمة لصالح هذا الشخص ضد القناة، مع إلزام القناة بحذف وتصحيح ما نشر عن المذكور.

وفي حكم آخر، حكمت محكمة سعودية في مارس 2017 بتغريم رئيس تحرير صحيفة محلية 30 ألف ريال، وتغريم كاتب مقالة مسيئة 40 ألف ريال، وحذف المقال، وإلزامهم بنشر اعتذار في الصحيفة للمتضرر، حيث أكدت المحكمة على أهمية الالتزام بالأحكام القانونية الخاصة بالمطبوعات بموجب المرسوم الملكي رقم (32) لسنة 1421هـ الموافق 2001م وفق الإطار القانوني الصحيح.

وفي سلطنة عمان، فقد أنشئ المشرع القضاء الإداري بموجب المرسوم رقم 91 لسنة 1999م والذي بدأ العمل به بتاريخ 2000/12/1م، ويصدر المرسوم السلطاني رقم 3 لسنة 2009م توسعت اختصاصات المحكمة لتشمل سائر المنازعات الإدارية ما عدا ما استثنى منها بنص خاص.

وبالنظر إلى قانون المطبوعات والنشر العماني ، نرى بأنه يجوز لوزارة الإعلام في مجال الرقابة على وسائل الإعلام ، وقف التصوير أو التسجيل أو العرض أو البيع أو التأدية ، كما يجوز لها غلق المكان الذي وقعت فيه المخالفة والتحفظ على المضبوطات ، وألزم المشرع العماني الوزارة بإحالة الأمر الى المحكمة المختصة خلال أسبوع من تاريخ الضبط حتى يتم البت في القرار وكذلك أعطى المشرع " لجنة المنشآت الخاصة للإذاعة والتلفزيون " صلاحية إحالة المخالفات التي ترتكبها هذه المنشآت إلى القضاء إذا لزم الأمر، وتملك المحكمة أن تحكم بصحة قرار الإدارة مع مصادرة المضبوطات أو المخالفات إن وجدت

أو قد تقوم بإلغاء قرار الإدارة لمخالفته مبدأ المشروعية من خلال نصوص قوانين المطبوعات والنشر والأنشطة الإعلامية والمصنفات الفنية أو لوجود عيب من عيوب القرار الإداري التي سبق وذكرناها (44).

ومن الأمثلة على الأحكام القضائية، نذكر حكم المحكمة الاستئنافية العمانية بمسقط بتاريخ 30 ديسمبر 2011 وينص الحكم على تغريم رئيس التحرير صحيفة الاقتصادية 30 ألف ريال، وتغريم كاتب المقالة 40 ألف ريال، وحذف المقال المسيء لأحد الوزارات، وإلزامهم بنشر اعتذار في الصحيفة، حيث أكدت المحكمة على ضرورة الالتزام بالنصوص القانونية الخاصة بالمطبوعات والنشر من قبل جميع الأطراف ومراعاة الواجبات والالتزامات الواقعة على طرف الإدارة والمؤسسات الصحفية والصحفيين.

وفي الكويت، يتوجب على وزير الإعلام أن يصدر خلال تسعين يوماً من تاريخ تقديم طلب الترخيص الإعلامي قرار بالموافقة على منح الترخيص أو رفضه، فإذا انقضت المدة دون إصدار القرار اعتبر الطلب مرفوضاً، ولذوي الشأن الطعن في القرار النهائي الصادر برفض الترخيص أمام الدائرة الإدارية خلال ستين يوماً من إبلاغهم بالقرار أو من تاريخ انتهاء المدة المذكورة (90 يوم).

وذكر المشرع الكويتي بأن النيابة العامة دون غيرها هي المختصة بالتحقيق والتصرف والادعاء في جميع الجرائم المنصوص عليها في قانون المطبوعات والنشر، ودائرة الجنايات في المحكمة الكلية هي المحكمة المختصة بنظر جميع الدعاوى الجزائية المنصوص عليها هذا القانون، وتستأنف أحكامها أمام محكمة الاستئناف، ويجوز الطعن في الأحكام الصادرة من محكمة الاستئناف بطريق التمييز أمام محكمة التمييز.

وجدير بالذكر بأنه تسقط الدعوى الجزائية عن جرائم المطبوعات والنشر إذا لم يتم إبلاغ النيابة العامة عنها خلال ثلاثة أشهر من تاريخ النشر، وتسقط دعوى التعويض إذا لم يتم رفعها خلال سنة من

44 (انظر قانون المطبوعات والنشر العماني رقم 49 لسنة 1984م، والمادة (24) من القانون رقم 65 لسنة 1997م بشأن الرقابة على المصنفات الفنية، والمادة (11، 13) من قانون المنشآت الخاصة للإذاعة والتلفزيون رقم 95 لسنة 2004م.

تاريخ النشر ما لم تكن الدعوى الجزائية قائمة فيبدأ ميعاد السقوط من تاريخ انقضائها أو صدور حكم نهائي فيها (45).

وفي البحرين، يجوز لطالب الترخيص بفتح مطبعة في حالة رفض الترخيص من وزارة الإعلام الطعن في قرار الرفض أمام المحكمة الكبرى المدنية خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إخطاره بالقرار أو من تاريخ اعتبار طلبه مرفوضاً، ومن ناحية أخرى أجاز المشرع البحريني لذوي الشأن الطعن في قرار وزير الإعلام بمنع تداول المطبوعات الداخلية أو المستوردة أمام المحكمة الكبرى المدنية خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدوره أو العلم به، وتفصل المحكمة في الدعوى على وجه الاستعجال.

وكذلك أجاز المشرع لمن رفض طلب الترخيص له بعرض فيلم سينمائي من قبل وزارة الإعلام أن يطعن في قرار الرفض أمام المحكمة الكبرى المدنية خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إبلاغه بقرار الرفض أو اعتبار طلبه مرفوضاً بمضي مدة الخمسة عشر يوماً دون البت في طلب الترخيص بعرض الفيلم.

وفي مجال الصحف، يتم البت في طلب الترخيص خلال ستين يوماً من تاريخ تقديمه مستوفياً للشروط المطلوبة، ويعتبر انقضاء هذه المدة دون البت في الطلب رفضاً ضمناً، ويجب أن يكون قرار الرفض مسبباً، ولصاحب الشأن الطعن في قرار الرفض أمام المحكمة الكبرى المدنية خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إخطاره بقرار الرفض أو من تاريخ اعتبار طلبه مرفوضاً.

وفي مجال الجزاءات الإدارية النهائية التي تصدر بحق الصحفيين الذين تثبت عليهم التهمة المنسوبة إليهم من قبل لجنة التأديب، يجوز للصحفي الطعن على القرار الصادر بالإدانة خلال خمسة عشر يوماً

45 (المواد (11، 14، 15، 23، 24، 25) من قانون رقم 3 لسنة 2006 في شأن المطبوعات والنشر الكويتي ، والمواد (5، 10، 17، 18) من القانون رقم 61 لسنة 2007 بشأن الإعلام المرئي والمسموع الكويتي ، والمواد (16، 21، 22) قانون رقم 8 لسنة 2016 بتنظيم الإعلام الإلكتروني.

من تاريخ صدوره أمام المحكمة الكبرى المدنية، وتستأنف جميع الأحكام الصادرة عن هذه المحكمة أمام محكمة الاستئناف العليا المدنية⁽⁴⁶⁾.

ويتبين مما سبق، بأن المشرع الخليجي أخضع سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية على وسائل الإعلام المختلفة إلى رقابة القضاء لبحث مدى مشروعية القرارات الصادرة من الإدارة في توقيع هذه الجزاءات ولضمان التزام هذه المؤسسات الإعلامية بأحكام قوانين المطبوعات والنشر، ويتوجب على القاضي تحقيق أكبر قدر من التوازن لضمان كفاءة الإدارة في القيام بواجباتها وحماية حرية التعبير من خلال وسائل الإعلام لتقوم بدورها ورسالتها على أكمل وجه.

المطلب الثاني

آثار الطعن القضائي على الجزاءات الإدارية الصادرة بحق وسائل الإعلام في دول الخليج

العربي

يعتبر حق الطاعن في ألا يضار بطعنه من أهم الآثار المترتبة على الطعن القضائي ، فإذا كان الطعن القضائي بسبب الطابع التنفيذي الذي يرتبط بأي قرار إداري - لا يوقف التنفيذ ، إلا أن ذلك لا يحول دون الطعن بطلب وقف تنفيذ القرار المطعون عليه تطبيقاً للقواعد العامة ، وتنطوي تلك المكنة على ضمانات دستورية هامة لحقوق الدفاع ، ويعد هذا المبدأ من المبادئ والأصول الإجرائية ولا يقتصر أعماله على نوع الطعن سواء من حيث موضوعه أو من ناحية مرحلته الإجرائية ، كما يسري على كافة الطعون بمختلف صنوفها سواء كانت مدنية أو جنائية أو إدارية ، بالإضافة إلى أنه لا يتقيد بمرحلة معينة يكون

46 (انظر المواد (4، 19، 20، 24، 25، 51، 67، 76، 77) من القانون البحريني رقم 47 لسنة 2002 بشأن تنظيم الصحافة والطباعة والنشر .

الطعن عليها، فيطبق في مرحلة المعارضة أو الاستئناف ، ولا ينقطع هذا الأصل حتى في مرحلة الطعن بالنقض (47) .

ويسود هذا الأصل في المجال الإداري أيضا، فيعد واحدا من المبادئ العامة للقانون، فإذا كان للشخص الذي اتخذ الجزاء في مواجهته حق الطعن فيه، فإن هذا الحق لا يمكن -وفقا للمبادئ العامة للقانون -أن يفضي إلى إساءة مركزه أو الإضرار به .

ويقتضي أعمال هذا المبدأ في نطاق العقوبات الإدارية أنه لا يجوز لقاضي الطعن تشديد الجزاء المطعون فيه بأي شكل من الأشكال سواء بأن يضيف جزاء آخر أو يزيد مدته عما قرره الإدارة ، أو يرفع قيمته إن كان جزاء ماليا ، أو يفرض التزامات أخرى غير التي تطلبها الإدارة حتى ولو كان القانون يتطلب ذلك، ومهما يكن خطأ الإدارة في أعمال النص الجزائي ، فلا يملك أن يردّها إلى الصواب بتعديل قرارها الجزائي بزعم أن هذا هو التطبيق الحق للقانون طالما أن إتيانه ذلك يضر حتما بالطاعن .

بيد أن تطبيق هذا المبدأ في المجال الإداري يقتصر على الحالات التي يكون فيها القاضي مختصا بالفصل في الطعن بموجب دعوى القضاء الكامل دون دعوى الإلغاء على اعتبار أن المجال متسع أمامه لا للقضاء بالتعويض فحسب وإنما أيضا بتقويم القرار الطعين وتعديله، أما حين يكون اختصاصه مقصورا على مجرد إلغاء الجزاء غير المشروع -بطريق دعوى الإلغاء -فإن سلطته تتوقف عند حد إلغائه حال تيقنه من مخالفته للقانون، ولا تتعدى ذلك إلى إصدار أوامر للإدارة ، أو الحلول محلها في إصلاح الجزاء (48) .

وتبرير ذلك أن دعوى الإلغاء دعوى عينية تقوم على مخاصمة القرار ، وتهدف إلى تحديد مدى مطابقته أو مخالفته للقواعد القانونية والحكم في حالة عدم مشروعيته ، أما دعوى القضاء الكامل فيحدد من خلالها القاضي الحقوق واجبة الأداء للطاعن تعويضا أو تعديلا للقرار وفقا لما تقتضيه ظروف الحال ،

47 (د. عبد القادر الشخيلي، النظام القانوني للجزاء الإداري، دار الفكر للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص 157.

48 (د. سليمان الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة - دراسة مقارنة -، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2008، ص 308.

ولذا قرر المجلس الدستوري الفرنسي في الحكم الصادر في يونيو 1962م أن دعوى القضاء الكامل تعد إحدى الضمانات الهامة في نطاق العقوبات الإدارية ، فالطعن بدعوى القضاء الكامل يجيز للقاضي أن يمد رقابته لأبعد مما تصل إليه رقابة الإلغاء فيكون له أن يعدله ليصل به إلى الحد المقتضى قانوناً فيخفف منه أو يقلل مدته أو يخفف من شدته ، ولكن دون أن يغلظه أو يشدد بشكل يضر بالطاعن (49).

وبالإقرار التشريعي بالطعن في الجزاء الإداري من خلال دعوى القضاء الكامل تتماثل سلطات القاضي الإداري في هذا الشأن مع سلطات القاضي العادي بشأن اختصاصه في طعون العقوبات الإدارية ، ذلك أن القاضي العادي - وهو بشأن العقوبات الإدارية في فرنسا بمحكمة استئناف باريس - يمارس رقابة واسعة على العقوبات الإدارية تشمل الإلغاء والتعويض ، وتعديل القرار الجزائي أيضاً، ولكن في المقابل يتقيد بطلبات الخصوم فلا يمكن أن يقضي بغير ما طلبه الطاعن ، مع الالتزام من ناحية أخرى بمبدأ ألا يضار الطاعن بطعنه، ويعتبر الطعن على الجزاء الإداري في الغالب الأعم من قبيل الطعن بالإلغاء (50).

وقد أكد على هذا المبدأ عدة أحكام صادرة في دول مجلس التعاون الخليجي، ونذكر من ذلك حكم محكمة التمييز الكويتية التي قالت " من المقرر عدم جواز الحكم على الطاعن بعقوبة أشد من العقوبة المقضي بها عليه بموجب الحكم المنقوض بناء على طعن المتهم فيه بالنقض حتى لا يضار الطاعن بطعنه " (51). وقد أكدت المحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات العربية المتحدة على هذا الأمر باعتباره من المبادئ القانونية الهامة التي تحمي الحقوق والمراكز القانونية (52).

49 (د. عصام الدبس، المرجع السابق، ص 248.

50 (د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 310.

51 (حكم محكمة التمييز الكويتية بجلستها بتاريخ 1978/1/29م س29 ق16، غير منشور.

52 (حكم المحكمة الاتحادية العليا بجلستها بتاريخ 1997/1/27م في الطعن رقم 401 جزائي، منشور، مجلة العدالة، وزارة العدل، أبو ظبي العدد 108 / أكتوبر، 2001، ص106.

ومن ناحية أخرى، فالأصل أنه لا يترتب على الطعن بإلغاء القرار وقف تنفيذه، وذلك نفاذا للقرار الصادر استقرارا لقاعدة حجية الحكم أو القرار والتي لا تزول إلا بحجية أقوى منها كحجية الشيء المقضي به، ولذا يلزم حتى تقضي المحكمة بوقف التنفيذ أن يطلب الطاعن ذلك مع تحقق المحكمة من توافر ركنين: أولهما: قيام الاستعجال بأن يترتب على تنفيذ القرار نتائج يتعذر تداركها.

ثانيهما: التأكد من وجود مبدأ المشروعية المتصل بالقرار الإداري.

ويمثل مبدأ وقف التنفيذ مبدأ من المبادئ العامة للقانون بل أصبح مبدأ ذا قيمة دستورية خاصة بعد أن رفض المجلس الدستوري الفرنسي إسناد الفصل في الطعن في العقوبات الصادرة عن مجلس المنافسة " قانون أول ديسمبر 1986 بشأن مجلس المنافسة " إلى محكمة استئناف باريس نظرا لما يترتب على ذلك من حرمان الطاعن أمامها من ميزة وقف تنفيذ الجزاء لأن القانون لم يمنح تلك المحكمة ميزة وقف تنفيذ الجزاء، ولذا أضحي مبدأ وقف التنفيذ في نطاق العقوبات الإدارية التزاما على عاتق المشرع لا يمكنه التحلل منه خاصة مع الطبيعة غير القضائية لمجلس المنافسة، وأصبح حق وقف التنفيذ ضمانا جوهرية لحق الدفاع⁽⁵³⁾.

وهذا مما حدا بالمشرع الفرنسي إلى تعديل موقفه بإصداره لقانون 6 يوليو 1987 حيث نص فيه على أن يكون للطاعن الحق في طلب وقف تنفيذ الجزاء الذي يتخذه مجلس المنافسة في مواجهته، على أن يتقدم بطلبه إلى رئيس محكمته استئناف باريس الذي يكون له الأمر به إذ تبين له أن الاستمرار في تنفيذه يفضي إلى أضرار بالغة يتعذر تداركها⁽⁵⁴⁾.

53 (د. سامي جمال، المرجع السابق، ص 226.

54 (د. سليمان المطاوي، المرجع السابق، ص 325.

وفي مجال قوانين الإعلام والمطبوعات والنشر، فقد صدر قانون حرية الاتصالات في 17 يناير 1989، وقرر المشرع الفرنسي بمقتضاه أن يترتب على الطعن في العقوبات التي يتخذها المجلس الأعلى للصوتيات والمرئيات أثر مباشر في وقف تنفيذها، فيترتب على مجرد الطعن بإلغائها وقف التنفيذ⁽⁵⁵⁾.

إلا أن مجلس الدولة الفرنسي مازال يتطلب شروط وقف التنفيذ التقليدية للأمر به بالنسبة للجزاءات الإدارية (الجدية والاستعجال وعدم تدارك الضرر)، هذا على الرغم من أن الجزاء الإداري في جميع الأحوال يتوافر فيه عنصر الضرر باعتباره يمثل نيلاً من حرية أو انتقاصاً من حق كوقف نشاط الرخصة الإعلامية أو غلق المؤسسة الصحفية أو المصادرة وغيرها علاوة على أن مجرد تنفيذ قرار مخالف للقانون يمثل إهداراً للمشروعية ومساساً بدولة القانون حتى وإن أمكن تدارك الضرر حيث يصبح ذلك غير مجد وغالباً ما يكون بعد فترة قد تطول⁽⁵⁶⁾ ، وهذا ما حدا بالمشرع الفرنسي إلى أن يقرر تعديلاً إجرائياً جديداً في القانون رقم 125 لسنة 1995 الصادر في 8 فبراير 1995 بشأن تنظيم الهيئات القضائية، والمرافعات المدنية والإجراءات الجنائية والإدارية مؤداه الاعتراف لرئيس المحكمة الإدارية المختصة بسلطة الأمر بوقف تنفيذ القرار المطعون عليه بالإلغاء لمدة ثلاثة أشهر على الأكثر حين يفضي هذا التنفيذ إلى نتائج يتعذر تداركها، فإذا انقضت المدة دون الفصل في طلب وقف التنفيذ يعود القرار للسريان من جديد، كما أن الوقف المؤقت ينتهي أثره فوراً إذا تم الفصل في هذا الطلب قبل انقضاء تلك المدة على أن ذلك مشروط بشروط ثلاثة : تقدم صاحب الشأن بطلب وقف التنفيذ ، وأن يكون هناك ضرر يترتب على التنفيذ يتعذر تداركه ، واستناد الطلب إلى أسباب جدية، وهذا مما لاشك فيه يسري على العقوبات الإدارية حتى بالنسبة لتلك العقوبات التي لم يقرر لها المشرع نصاً خاصاً بوقف تنفيذها فور الطعن عليها بالإلغاء⁽⁵⁷⁾.

55 (د. رشا الهاشمي، المرجع السابق، ص 185.

56 (د. محمد أبو العينين، المرجع السابق، ص 263.

57 (د. سامي جمال، المرجع السابق، ص 231 .

وجدير بالذكر أن وقف التنفيذ يكون نطاق أعماله مرتبطاً بالجزاء الذي يستمر تنفيذه وقتاً يطول حتى يتدخل القاضي، مثل جزاء الغلق أو الوقف طويل المدة، أما العقوبات التي لا يستغرق تنفيذها وقتاً، وتنفذها الإدارة مباشرة فلا يكون غالباً مجدياً فيها هذا الإجراء لأنه عندما يأتي يكون الجزاء قد نفذ بالفعل. وفي دول مجلس التعاون الخليجي، فالأصل هو تنفيذ القرارات الإدارية، ولا يترتب على الطعن وقف التنفيذ إلا بتقديم طلب أو دعوى لوقف التنفيذ مع توفر شرط الضرر الذي لا يمكن تداركه ووجود أسباب جدية لطلب وقف التنفيذ، وقد يحكم القضاء بوقف التنفيذ وقد لا يحكم بذلك وفقاً لعقيدة واقتناع المحكمة⁽⁵⁸⁾.

وأخيراً، من ضمن الآثار المترتبة على الطعن القضائي أنه إذا شاب الجزاء الإداري عيب في أحد أركانه أو شروط صحته -شأنه في ذلك شأن كافة القرارات الإدارية، فإنه يكون باطلاً، ولا يملك القاضي سوى القضاء بذلك، ويحوز حكم الإلغاء بهذا الوصف حجية الشيء المقضي به، ويمتنع على جهة الإدارة تنفيذ الجزاء الملغي إلا لأسباب غير تلك التي قضى بإلغائه لأجلها كما يكسب الحكم الحجية المطلقة بالنسبة للكافة نظراً لطبيعة دعوى الإلغاء العينية التي تقوم على مخاطبة القرار بعينه.

كما أن حكم الإلغاء يسري ليس فحسب بالنسبة للمستقبل، بل يترد ويمتد أثره أيضاً إلى يوم اتخاذ القرار ، فيعتبر الجزاء كأن لم يكن وهذا يتسق مع طبيعة حكم الإلغاء الكاشفة وليس المنشئة بأن ينسحب أثر الحكم بالإلغاء إلى يوم صدور القرار ويجب أن يستتبع الإلغاء جميع آثاره منذ هذا التاريخ⁽⁵⁹⁾ .

وكما أشرنا سلفاً، فإن حدود سلطة قاضي الإلغاء تتوقف عند حد إلغاء قرار الجزاء الباطل فحسب دون أن تمتد إلى إصلاحه أو تقويمه وتعديله أو توجيه أوامر إلى الإدارة أو الحلول محلها، وهذا بخلاف دعوى القضاء الكامل.

وأما فيما يتعلق بالتعويض عن القرار غير المشروع، فمما لا شك فيه أن تنفيذ الجزاء يحدث ضرراً تتفاوت جسامته تبعاً لأثره وقدر ما يناله من الحق أو الحرية التي يرد عليها، وحينما يحكم بعدم مشروعيته

58 (د. عصام الدبس، المرجع السابق ، ص 276 .

59 (د. مصطفى محمود، المرجع السابق ، ص 246 .

فلا شك أن الضرر الذي رتبته جاء على غير مقتضى القانون، مما تقوم معه مسؤولية الإدارة والتي تختلف حسب أوجه عدم المشروعية فتكون على وجه من الجسامة في عيب المحل والغاية بينما لا يمتد بها في عيب السبب والشكل والاختصاص إلا إذا بلغت حداً من الجسامة⁽⁶⁰⁾.

غير أن الأمر يختلف بالنسبة للجزاءات الإدارية لأن أوجه عدم المشروعية تتساوى في ترتيبها لمسؤولية الإدارة على أساس أنها تتماثل في جسامة أثرها الخطير على حقوق الأفراد بشكل عام وعلى حرية الإعلام بشكل خاص، فجزاء وقف النشاط الصادر من غير مختص يتساوى في جسامة ضرره مع جزاء الإزالة الصادرة من مختص ولكن دون مراعاة حق الدفاع، ويتماثل الاثنان مع جزاء وقف رخصة صدر بناء على وقائع غير صحيحة تؤكد عدم صحتها بحكم صادر ببراءة من وقع عليه جزاء الوقف لعدم ثبوت الواقعة في جانبه، ولذا قضى مجلس الدولة الفرنسي في العديد من أحكامه بمسؤولية الدولة عن التعويض عنه، بل ذهب إلى أبعد من ذلك، فقرر في حكم صادر من مجلس الدولة بتاريخ 1957م الاكتفاء في هذا المجال بالخطأ البسيط كمبرر للقضاء للتعويض، إلا أن ذلك ليس معناه عدم تطلبه توافر خطأ جسيم للجزاءات التي تتخذها اللجان الإدارية المستقلة مثل المجلس الأعلى للصوتيات والمرئيات⁽⁶¹⁾.

وقد أكدت دول الخليج العربي على ما سبق، ومن أمثلة الأحكام القضائية بهذا المجال، نذكر حكم المحكمة الكلية بالكويت التي أكدت على أن القرار الإداري عندما يعتريه عيب من عيوب المشروعية، فإنه يستوجب الإلغاء والتعويض إن أمكن⁽⁶²⁾.

وأيضاً حكم المحكمة الاستئنافية بسلطة عمان بمسقط بجلستها بتاريخ 2010/3/15م، حيث ذكرت بأنه يحق للمضرور من القرار الإداري المعيب الذي تم إلغاؤه بطلب بالتعويض المناسب⁽⁶³⁾.

60 (د. سالم العلوي، المرجع السابق، ص 246 .

61 (د. عصام الدبس، المرجع السابق، ص 284.

62 (حكم المحكمة الكلية بالكويت بجلستها بتاريخ 2014/2/19م بالدعوى رقم (106)، غير منشور.

63 (حكم المحكمة الاستئنافية بمسقط بجلستها بتاريخ 2010/3/15م بالطعن رقم (403) ، غير منشور .

الخاتمة

أولاً: النتائج

- إن سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية متفاوتة بين دولة وأخرى، وهي سلطة مقررة ومنظمة وفق القوانين الخاصة بكل دولة، وهي تقوم بها وفقاً لما تراه يحقق المصلحة العامة، مع ضرورة توفير أقصى الضمانات القانونية لحماية وسائل الإعلام المختلفة من تعسف جهة الإدارة لضمان مشروعية القرارات الصادرة بتوقيع الجزاءات الإدارية على مخالفات وسائل الإعلام، وأهم هذه الضمانات هي الطعن الإداري والطعن القضائي على القرارات الإدارية الصادرة بتوقيع الجزاء الإداري.
- حق الطعن أو التظلم يعد من الحقوق الدستورية والقانونية الهامة للأفراد وكفلها دساتير وقوانين أغلب الدول ومنها دول الخليج العربي وذلك بالسماح بالطعن الإداري والطعن القضائي على القرارات الصادرة من السلطات الإدارية بتوقيع الجزاءات الإدارية على مخالفات وسائل الإعلام المختلفة وذلك بموجب قوانين الإعلام والمطبوعات والنشر، وبناء على هذا الطعن قد يتم إلغاء الجزاء أو تعديله بالتخفيف أو إبقاؤه على ما هو عليه.
- الطعن أو التظلم الإداري يعد من الحقوق القانونية الهامة ونصت عليها أغلب الدول الخليجية، أي تقديم الطعن أمام مصدر الجزاء، ويقدم من صاحب الشأن، وهو جائز حتى في حالة عدم وجود نص، ما لم يوجد نص يقرر عكس ذلك، وتمارس الرقابة الإدارية عادة بواسطة الرئيس الإداري مصدر الجزاء الطعين أو لجان إدارية تشكل لهذا الغرض، وبناء على هذا الطعن الإداري قد يتم إلغاء الجزاء أو تعديله بالتخفيف أو إبقاؤه على ما هو عليه، وقد نظمت قوانين الإعلام والمطبوعات والنشر الخليجية إجراءات هذا الطعن أو التظلم الإداري.
- إن وجود رقابة قضائية على مشروعية تصرفات الإدارة وخصوصاً صلاحياتها في توقيع جزاءات إدارية يمثل ضمانه مهمة من ضمانات حماية حرية الإعلام لما في ذلك من تبين لشرعية دولة القانون، والقاضي

هو مفتاح الالتزام بسيادة القانون ويتوقف عليه احترامه بمعناه الواسع الذي يتجاوز التقيد بالمجرد بالنصوص

إلى احترام مضمون القانون من حيث وجوب حمايته لحق حرية التعبير من خلال وسائل الإعلام.

- تشمل رقابة القضاء للجزاء الإداري ، رقابة المشروعية الإجرائية للجزاء ، فيقضى بالبطلان إذا شاب الجزاء عيب جوهري ، وتشمل رقابة القضاء أيضاً رقابة المشروعية الموضوعية للجزاء الإداري ، فيعد الجزاء منعماً إذا كان القانون لا يسمح به كتوقيع الإدارة جزاء المصادرة (الخاصة) بإرادتهما المنفردة ، فالمبدأ أنه لا يجوز توقيع هذا الجزاء إلا بحكم قضائي أو بناء على نص قانوني صريح ، كما يراقب القضاء ركن السبب في القرار الإداري الصادر بالجزاء الإداري من حيث الوجود المادي للوقائع والتكييف القانوني للوقائع ومدى ملاءمة الجزاء الإداري المتخذ من قبل الإدارة لجسامة المخالفة وخطورتها ، وكذلك يراقب القضاء عدم انحراف الإدارة أو تعسفها في توقيع الجزاء الإداري .

- الإدارة بما لها من سلطة توقيع الجزاء الإداري يجب أن تراعي كافة الأركان الخاصة بالقرار الإداري بحيث لا يكون معيباً حتى لا يطعن بعدم مشروعيته خاصة عيب الانحراف بالسلطة الذي يعد ضابطاً لمباشرة الإدارة سلطتها الإدارية ، فalcضاء يهتم بغاية القرار الإداري و بمدى مشروعيته ، فإن تبين أن قراراً إدارياً ما ، كان مخالفاً للشرعية القانونية ، وبناء على دعوى إلغاء واضحة ، فإن القاضي ، و بعد استيفاء الشروط الموضوعية و الشكلية لدعوى الإلغاء يصدر حكماً بإلغاء القرار الإداري المخالف للقانون و طلب التعويض عند الضرورة .

ثانياً: التوصيات

- نوصي بتعزيز إجراءات الرقابة على أعمال الإدارة بشكل عام وسلطتها في توقيع الجزاءات الإدارية على وسائل الإعلام بشكل خاص، ومن أهم وأجدى صور الرقابة وأكثرها ضماناً لحقوق الأفراد وحررياتهم حق الطعن على الجزاءات الإدارية سواء الطعن الإداري أو الطعن القضائي بحق وسائل الإعلام مما يعزز حرية الإعلام والنشر في دول الخليج العربي لتحقيق الغاية المنشودة والارتقاء بالمجتمع .

- نوصي بتشريع القوانين التي تعطي أكبر قدر من الصلاحيات للقاضي بهدف تحقيق أكبر قدر من التوازن بين السلطة الإدارية وصلاحياتها وبين حرية الإعلام بطريقة قانونية وموضوعية وحيادية وبما يحقق المصلحة العامة للمجتمع .
- توسيع رقابة القضاء لبحث مدى اختيار الادارة الجزاء الإداري الملائم للوسيلة الإعلامية المخالفة ، فيجب ان لا تلجأ إلى استخدام وسائل قاسية أو لا تتلاءم مع خطورة الظروف التي صدر فيها ، فمثلاً قيام الإدارة بغلق منشأة إعلامية نهائياً نتيجة مخالفة بسيطة يعتبر من الإجراءات غير الملائمة من قبل الإدارة ، كون المخالفة لا ترتقي إلى حد غلق المنشأة ، ومن ناحية أخرى يتوجب على القاضي البحث في مدى قيام الإدارة بالتدرج القانوني في توقيع العقوبات الإدارية ، بمعنى عدم توقيع الحد الأقصى للعقوبة أو الجزاء الإداري إلا في حالة المخالفات الجسيمة أو في حالة تكرار المخالفة.
- ضرورة دعم وتعزيز إجراءات الطعن أو التظلم الإداري بشكل أكثر فعالية، وكذلك مسألة الطعن القضائي من خلال إعطاء القاضي صلاحيات واسعة للتوازن بين حق الإدارة في تنظيم وضبط وسائل الإعلام وتوقيع الجزاءات الإدارية عليها، وذلك كله عن طريق تحديث وتعديل التشريعات الخليجية الخاصة بالإعلام والمطبوعات والنشر بشكل يضمن كفاءة الإدارة في ممارسة عملها وواجباتها ومن ناحية أخرى تحقق الحماية المطلوبة لحرية الإعلام والإرتقاء بحرية التعبير وفق أعلى الممارسات العالمية للوصول إلى الغاية المنشودة.

المراجع

1. د. أمين مصطفى، النظرية العامة لقانون العقوبات الإداري - ظاهرة الحد من العقاب -، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2010.
2. د. حاتم الحلو، سلطة الادارة في تقييد الحريات الإعلامية بالدول العربية - دراسة مقارنة -، مجلة جامعة بغداد، العدد 19، 2009.
3. د. حسين رشوان، الديمقراطية والحرية وحقوق الانسان، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2006.
4. د. حسني نصر، قوانين وأخلاقيات العمل الاعلامي، دار الكتاب الجامعي، القاهرة، 2010.
5. د. رشا الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الادارة في فرض الجزاءات الإدارية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.
6. زينة مقداد، سلطة الادارة في توقيع الجزاءات الإدارية - دراسة مقارنة -، رسالة ماجستير، منشورة، كلية الدراسات العليا / الجامعة الاردنية، 2011.
7. د. سالم العلوي، القضاء الإداري - دراسة مقارنة -، دار الثقافة، الاردن، 2009.
8. د. سامي جمال، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.
9. د. سليمان الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة - دراسة مقارنة -، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2014.
10. د. عبد القادر الشخيلي، النظام القانوني للجزاء الإداري، دار الفكر للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.
11. د. عبد القادر دراجي، سلطة الادارة في توقيع الجزاءات الادارية، مجلة المفكر، العدد العاشر، الجزائر، 2006.
12. د. عصام الدبس، القضاء الإداري ورقابته لأعمال الادارة - دراسة مقارنة -، دار الثقافة، الاردن، 2010.

13. د. عماد صوالحية، الجزاءات الادارية العامة، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، 2014.
14. مازن حسن، السلطة التقديرية للإدارة، رسالة دكتوراه، جامعة وهران / الجزائر، 2010.
15. د. محمد أبو العينين، ضوابط مشروعية القرارات الادارية وفقاً للمنهج القضائي، دار أبو المجد للنشر، مصر، 2007.
16. د. محمد إمام، القضاء الاداري - مبدأ المشروعية -، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2008.
17. د. محمد أمين، النظرية العامة لقانون العقوبات الاداري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2010.
18. د. محمد دخيل، الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.
19. د. محمد رفعت و د. حسين عثمان، القضاء الاداري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2010.
20. د. محمد علوان، الرقابة على تجاوزات الادارة على مبدأ المشروعية، المجلة العربية للإدارة / مصر، عدد 3، 2001.
21. د. محمد فودة، النظرية العامة للعقوبات الادارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2008.
22. د. مصطفى محمود، الرقابة الادارية على أعمال الادارة والمنازعات الادارية، مطبعة البيان، دبي، 2009.
23. نور الدين بن كدة، مبدأ المشروعية في القرار الاداري، رسالة ماجستير، منشورة، جامعة محمد خيضر، الجزائر، 2015.

قوانين البحث:

دولة الإمارات العربية المتحدة:

- قانون اتحادي رقم (14) لسنة 2016 بشأن المخالفات والجزاءات الإدارية في الحكومة الاتحادية.
- قانون المطبوعات والنشر الاتحادي رقم 15 لسنة 1980م.
- قرار مجلس الوزراء رقم 23 لسنة 2015 بشأن الهيكل التنظيمي للمجلس الوطني للإعلام.
- قرار مجلس الوزراء رقم 14 لسنة 2006 في شأن نظام المجلس الوطني للأعلام.
- قرار مجلس الوزراء رقم (70 / 13م) لسنة 2007 جلسة 2007-3-18.
- قرار رئيس المجلس الوطني للأعلام رقم 20 لسنة 2010 ورقم 35 لسنة 2012 بشأن معايير محتوى الاعلانات.

- قرار مجلس الوزراء رقم 13 لسنة 2011 بشأن ترخيص أنشطة الخدمة الإذاعية والتلفزيونية.
- #### المملكة العربية السعودية:

- قانون المطبوعات بموجب المرسوم الملكي رقم (32) لسنة 1421هـ الموافق 2001م.
- #### قوانين سلطنة عمان:

- قانون المطبوعات والنشر رقم 49 / 1984م.
- قانون رقم 65 لسنة 1997م بشأن الرقابة على المصنفات الفنية.
- قانون المنشآت الخاصة للإذاعة والتلفزيون رقم 95 / 2004م.

دولة الكويت:

- قانون رقم 3 لسنة 2006 في شأن المطبوعات والنشر.
- القانون رقم 61 لسنة 2007 بشأن الإعلام المرئي والمسموع.
- قرار وزاري رقم 176 لسنة 2016 بشأن المطبوعات السمعية والبصرية والسمعية البصرية.
- قانون رقم 8 لسنة 2016 بتنظيم الإعلام الإلكتروني.

مملكة البحرين:

- القانون رقم 47 لسنة 2002 بشأن تنظيم الصحافة والطباعة والنشر.

الاختصاص بنظر النزاعات الناتجة عن عقد احتراف كرة القدم في دولة الإمارات العربية المتحدة

إعداد
بطي سلطان الشامسي

باحث قانوني
كلية القانون
جامعة الشارقة

المقدمة

الاحتراف الرياضي ليس بالظاهر الجديدة، فقد احترف الإنسان الأنشطة الرياضية منذ القدم. وعرف اليونان الاحتراف الرياضي قبل الميلاد، فمنذ سنة 680 قبل الميلاد عرفت أثينا السباقات التي كانت تجري بين عربات صغيرة تجرها الخيول، وكان سائقو العربات يعتمدون على هذه السباقات كمصدر رزق لهم. وظهرت لاحقاً في روما سباقات الخيل التي تعتمد على المراهنات، وكان الفرسان يتقاضون أجورهم من تلك المراهنات¹.

وفي العصور الوسطى ظهرت المصارعة وألعاب القوى، وكان الرياضيون يتنقلون بين القرى لعرض مهاراتهم سعياً للكسب، فيتجمعهم عليهم الناس للمشاهدة، وفي نهاية العرض، يدفع المتفرجون لهم بعضاً من النقود كمكافأة لهم. وفي غضون ذلك، مر الاحتراف الرياضي بفترة انحدار واضمحلال، امتد تأثيرها إلى القرن التاسع عشر، وساهم في ذلك بروز رياضة الهواة، التي كانت تمارس من الطبقات الاجتماعية الدنيا. إلا أن الأمر تبدل في القرن العشرين، بظهور التنظيمات المهنية خاصة في بريطانيا، فبرزت التنظيمات المهنية الرياضية في كافة الفروع، وكانت ذات هدف تجاري. وبازدياد نفوذ تلك التنظيمات استبعدت اللجنة الأولمبية الدولية مبدأ الهواة في سنة 1981، ومن ثم انتشرت ظاهرة الاحتراف.

والاحتراف لغةً الاكتساب، يقال يحرف لعياله ويقرش ويتقرش لهم، أي يكتسب لهم².

ويعرف النشاط الرياضي بأنه: "كل نشاط بدني يتصف بروح اللعب، ويمارسه الفرد برغبة وصدق، ويتضمن صراعاً تنافسياً مع الغير، أو مع الذات، أو مع عناصر الطبيعة"³. ويختلف نوع الاحتراف

¹ - دكتور عبد الحميد الحفني، عقد احتراف لاعب كرة القدم، الطبعة الأولى 1995، مجلة الحقوق العدد الرابع السنة التاسعة عشرة، ص 11.

² - موقع لسان العرب على الإنترنت.

³ - د عبد الله الطراونة، النظام القانوني لعقد الاحتراف الرياضي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ص 19.

باختلاف النشاط الذي ينصب عليه. فإذا انصب على التجارة كان احترافاً تجارياً، وإذا انصب على الصناعة كان احترافاً صناعياً، وكذلك إذا انصب على الرياضة، كان الاحتراف رياضياً.

و قد عرف فقهاء القانون التجاري الاحتراف بتعريفات كثيرة، تدور معظمها حول مفهوم واحد، فمنهم من عرفه بأنه: "تكريس الشخص نشاطه بشكل رئيسي معتاد إلى القيام بعمل معين يصبح حرفة له يرتزق منها" وعرفه البعض بأنه: "توجيه النشاط بشكل رئيسي و معتاد إلى عمل معين بغية الكسب أو الارتزاق من وراء هذا العمل" و عرفه البعض الآخر بأنه "قيام شخص بمباشرة مهنة معينة بصفة مستمرة و متكررة بحيث يمكن اعتبارها مهنته الرئيسية التي يرتزق منها" فيظهر من هذه التعاريف أنه، لكي يكون الشخص محترفاً عملاً ما، يجب ان يعتاد هذا العمل ويمارسه بصفة منتظمة مستمرة، ويتخذ وسيلة لكسب رزقه .

4

فالاحتراف الرياضي هو ممارسة الشخص لنشاط ما على أنه حرفة، بصفة منتظمة ومستمرة، كوسيلة لكسب الرزق⁵.

وقد عرف بعض الفقه عقد احتراف لاعب كرة القدم بأنه: "عقد مكتوب وفق نموذج معد مسبقاً، يبرم بين اللاعب المحترف والنادي الرياضي الممارس للاحتراف، لفترة زمنية معينة، يتعهد بمقتضاه اللاعب بأن يقدم كل ما فيه وسعه من قدرات وإمكانات بدنية وذهنية في خدمة النادي الذي ينتمي إليه ويخضع لإشرافه ورقابته لقاء أجر معلوم"⁶

⁴ . د عبد الله الطراونة، المرجع السابق، ص 21. كريم محمد محي الدين، طبيعة وآثار عقد الاحتراف الرياضي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بجامعة المنوفية، ص 15.

⁵ - محمد حلمي الشاعر، النظام القانوني لعقود احتراف لاعبي كرة القدم، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة عين شمس، صفحة 53.

⁶ - د عبد الله الطراونة، المرجع السابق ص 73.

ولم يعرّف المشرع الرياضي في دولة الإمارات عقد احتراف لاعب كرة القدم بشكل مباشر، بل عرفت المادة 10 من لائحة أوضاع وانتقال اللاعبين الصادرة من اتحاد الإمارات لكرة القدم، عرفت اللاعب المحترف بأنه: " هو المرتبط بعقد مكتوب مع ناد بمقابل مادي أكثر من النفقات التي يتكبدها اللاعب بشكل فعلي جراء ممارسته لعبة كرة القدم وعدا ذلك يعتبر هاوياً ". ونصت المادة 21 الفقرة 1 من اللائحة على أن " عقد اللاعب هو عقد محدد المدة باليوم والشهر والسنة ... " فيستفاد من ذلك أن عقد احتراف لاعب كرة القدم هو: (عقد مكتوب محدد المدة بين اللاعب والنادي بمقابل مادي أكثر من النفقات التي يتكبدها اللاعب بشكل فعلي جراء ممارسته لعبة كرة القدم).

وعند التطبيق العملي لعقد احتراف كرة القدم على أرض الواقع، تظهر الاختلافات والخلافات بين طرفيه، فمن الجهة المختصة بنظر هذا النوع من النزاعات؟

أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث في الإجابة على السؤال التالي: من الجهة المختصة بنظر النزاعات الناتجة عن عقد احتراف كرة القدم؟ فرجال القضاء والقانون والفقهاء يتمسكون بحق الأفراد باللجوء إلى القضاء كحق مكفول لهم بموجب أحكام الدستور، ويظل القضاء هو المختص أصلاً بنظر كافة النزاعات التي تقع على إقليم الدولة، مهما كان نوعها، ولا يخرجها عن اختصاص القضاء إلا القانون أو الاتفاق⁷. ويتمسك رجال الرياضة بالمقابل بخصوصية عقد احتراف كرة القدم، وخصوصية النزاعات التي تنتج عنه، فلا بد لرجال الرياضة أن تكون لهم كلمة في تلك النزاعات، فهم أصحاب الخبرة والدراية في هذا الفن، ولن يتأتى ذلك إلا بأن تنظر تلك النزاعات لجان منبثقة من الجهة المعنية بكرة القدم، وهو اتحاد كرة القدم. ناهيك عن

⁷ - المادة 203 من قانون الإجراءات المدنية، أجازت للمتعاقدین بصفة عامة الاتفاق على عرض ما ينشأ بينهم من نزاع على محكم أو أكثر، كما يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بشروط خاصة.

الاعتبارات الدولية التي تناهض تدخل الدولة في شؤون كرة القدم، وقد تتخذ الجهات الدولية إجراءات مؤلمة قبل الاتحاد ستأثر بشكل كبير على قطاع الرياضة في الدولة. ولفض هذا الاشتباك القانوني، سنعرض في هذا البحث إلى الجهات الإدارية التي اسند إليها الاتحاد نظر النزاعات الناتجة عن عقد احتراف كرة القدم، ثم نعرض لدور القضاء في نظر هذا النوع من النزاعات، ثم نختم البحث بحل قانوني عملي لفض هذا الاشتباك. وذلك وفقاً للخطوة التالية:

المبحث الأول: اختصاص غرفة فض المنازعات

المطلب الأول: الهيئة القضائية

الفرع الأول: لجنة الانضباط

الفرع الثاني: لجنة الاستئناف

المطلب الثاني: الهيئة التحكيمية

الفرع الأول: غرفة فض المنازعات

الغصن الأول: الطبيعة القانونية لغرفة فض المنازعات

الغصن الثاني: اختصاص غرفة فض المنازعات

الغصن الثالث: عدم نظر الدعوى أمام الغرفة لمرور الوقت

الغصن الرابع: الطعن على قرارات الغرفة

الفرع الثاني: هيئة التحكيم.

المبحث الثاني: اختصاص مركز الإمارات للتحكيم الرياضي

المطلب الاول: اختصاص المركز بنظر القرارات النهائية الصادرة من الجهات العاملة في الدولة.

المطلب الثاني: اختصاص المركز بالتحكيم

المطلب الثالث: اختصاص المركز بالتوفيق

المبحث الثالث: اختصاص القضاء

المطلب الاول: رفع الدعوى ابتداءً أمام القضاء

المطلب الثاني: رفع الدعوى أمام القضاء بعد صدور قرار نهائي عن غرفة فض المنازعات.

الخاتمة.

المبحث الأول

اختصاص غرفة فض المنازعات

يتشكل اتحاد كرة القدم من هيئات تشريعية وتنفيذية وإدارية، وهيئات قضائية وتحكيمية⁸، الهيئة القضائية هي السلطة القضائية في الاتحاد، وتتكون من لجان الانضباط والاستئناف وميثاق الشرف⁹. أما الهيئة التحكيمية فتتكون من غرفة فض المنازعات وهيئة التحكيم¹⁰.

وسنتطرق بشيء من الإيجاز للهيئة القضائية في الاتحاد، المتمثلة في لجنة الانضباط ولجنة الاستئناف. أما لجنة ميثاق الشرف فلم تصدر لائحته حين كتابة هذا البحث. ثم نبحت بشيء من التفصيل، اختصاص الهيئة التحكيمية بنظر النزاعات بين الأندية واللاعبين. وذلك كل في مطلب مستقل.

المطلب الأول: الهيئة القضائية في الاتحاد

تتشكل الهيئة القضائية في اتحاد كرة القدم. كما أسلفنا. من لجنة الانضباط ولجنة الاستئناف، وسنعرض لكل منهما في فرع مستقل.

الفرع الأول: لجنة الانضباط في اتحاد كرة القدم

لجنة الانضباط هي إحدى اللجان التابعة للهيئة القضائية للاتحاد لتطبيق القواعد الانضباطية التي تقرها لائحة الانضباط، والنظر في المخالفات التي ترفعها إليها لجنة المسابقات، أو اللجنة الفنية لدوري المحترفين، وللفضل في المنازعات المتعلقة بمخالفة قوانين وأنظمة ولوائح الاتحاد، ولوائح لجنة دوري

⁸ - المادتين 34 و35 من النظام الأساسي لاتحاد الإمارات لكرة القدم.

⁹ - التزمنا هنا مصطلح (الهيئة القضائية) كمصطلح أطلقه الاتحاد على الهيئة التي تضم لجان الانضباط والاستئناف وميثاق الشرف، مع تحفظنا على مدى انطباق هذه الصفة على تلك الهيئة، ولعل المشرع الرياضي قصد من ذلك، أن تلك الهيئة منوط بها الفصل بين الأطراف الرياضية المتنازعة، ولم يقصد أن يضيف عليها الصفة القضائية بمفهومها الخاص.

¹⁰ - المادة 35 السالفة.

المحترفين التي لا تدخل . تلك المنازعات . في اختصاص أي من هيئات الاتحاد الأخرى¹¹ . ولها إيقاع العقوبات المبينة في قواعد الانضباط الخاصة بالاتحاد، على الأعضاء (الأندية والروابط) الإداريين واللاعبين ووكلائهم والمسؤولين والمباريات، طبقاً للائحة الانضباط¹² .

ويخضع لأحكام لائحة الانضباط، كل من الأندية واللاعبين . ولهم تقديم الشكاوى لدى الأمانة العامة للاتحاد، بشأن المخالفات والمنازعات التي تختص لجنة الانضباط بنظرها¹³ ، لاسيما تلك المتعلقة بمخالفة قوانين وأنظمة ولوائح الاتحاد، ولوائح لجنة دوري المحترفين، التي لا تدخل في اختصاص أي من هيئات الاتحاد الأخرى.

فيظهر مما سلف، أن كلا من النادي واللاعب، يستطيع تقديم شكواه لدى لجنة الانضباط، بشأن مخالفة أحكام لائحة الانضباط، وبشأن النزاعات التي قد تنشأ بينهما، حول مخالفة قوانين وأنظمة ولوائح الاتحاد، ولوائح لجنة دوري المحترفين حتى تنتظر وتقصّل فيها. بشرط ألا يدخل ذلك النزاع في اختصاص أي من هيئات الاتحاد الأخرى. أي أن لجنة الانضباط، غير مختصة بنظر النزاع الذي قد ينشأ بين النادي واللاعب، حول عقد الاحتراف بينهما، ذلك أن المختص بنظر هذا النوع من النزاعات، هو غرفة فض المنازعات في الاتحاد.

ولا يجوز للأندية واللاعبين اللجوء إلى السلطات الرسمية والمحاكم لحل نزاع رياضي يتعلق بكرة القدم ما لم يستنفد جميع الإجراءات المنصوص عليها في لوائح الاتحاد، ما عدا التعدي الجنائي¹⁴ .

¹¹ - المادة 4 و 7 من لائحة الانضباط الصادرة من الجمعية العمومية للاتحاد اعتباراً من 2017/7/10.

¹² - المادة 119 من النظام الاساسي لاتحاد كرة القدم.

¹³ - المادة 3 والمادة 12 من لائحة الانضباط.

¹⁴ - المادة 117 من لائحة الانضباط.

ويظهر من ذلك أنه يجب على كل من النادي واللاعب اللجوء إلى لجنة الانضباط لحل أي نزاع رياضي يتعلق بكرة القدم ويدخل في اختصاص اللجنة، وبعد أن يستنفد جميع الإجراءات المنصوص عليها في الاتحاد لحل هذا النزاع، يستطيع اللجوء إلى السلطات الرسمية والمحاكم في الدولة لحله، ما لم يكن .
النزاع . حول تعدي جنائي.

فخلص من ذلك إلى أن لكل من النادي واللاعب حق اللجوء إلى القضاء لحل أي نزاع بينهما
يتصل بكرة القدم ولا يدخل في اختصاص غرفة فض المنازعات في الاتحاد بعد استنفاد كل الإجراءات لحله أمام الهيئة القضائية في الاتحاد (لجنة الانضباط ولجنة الاستئناف). ولعل المشرع الرياضي قصد الوصول إلى هذه النتيجة لجعل كلمة القضاء هي الكلمة الفصل في النزاع، ولترك الفرصة للأطراف اللجوء إلى قاضيهم الطبيعي، لما في ذلك من شعور أكثر بالإنصاف، وعدم التحيز.

وهذه النتيجة مغايرة لما هو سائد في المجال الرياضي، فالمعروف لدى الجمهور والأندية واللاعبين أن لجان الاتحاد هي المختصة دون غيرها بنظر أي نزاع بين الاندية واللاعبين بشأن كرة القدم، ولا يجوز لهم بتاتاً اللجوء للقضاء لطرحه عليه. وهذا مغاير لما نصت عليه لوائح الاتحاد ذاتها.

الفرع الثاني: لجنة الاستئناف في اتحاد كرة القدم

لجنة الاستئناف هي لجنة قضائية تابعة للهيئة القضائية في اتحاد كرة القدم، وتعنى بنظر الاستئنافات على القرار الصادرة عن لجنة الانضباط ما لم تكن صادرة بعقوبة لفت النظر أو الإنذار أو الإيقاف لأقل من أربعة سنوات أو ست مباريات أو بغرامة مالية تقل عن (50000) درهم بالنسبة للأندية، أو بالغرامة المالية التي تقل عن (30000) عن الحالات الأخرى، فلا يقبل الطعن عليها¹⁵.

¹⁵ - المادة 2 والمادة 15 من لائحة الاستئناف.

ولا يقبل الطعن بالاستئناف إلا إذا كان للخطأ في تطبيق القانون أو تفسيره أو تأويله أو القصور في التسبب أو الفساد في الاستدلال أو مخالفة فهم الواقع والثابت في الأوراق¹⁶، وذلك خلال سبعة أيام من اليوم التالي لتاريخ الإعلان بالقرار المستأنف إلا إذا صدر بناءً على غش أو بسبب عدم إظهار دليل قاطع احتجزه الخصم فلا يبدأ الميعاد إلا من اليوم التالي لظهور الغش أو الدليل الذي احتجزه¹⁷.

وقرارات اللجنة الصادرة في النزاعات الوطنية الداخلية قابلة للطعن أمام لجنة التمييز¹⁸ لحين مباشرة مركز التحكيم الرياضي الوطني مهامه واختصاصاته¹⁹.

ولا يجوز للأندية واللاعبين اللجوء إلى السلطات الرسمية والمحاكم لحل نزاع رياضي يتعلق بكرة القدم عدا الوقائع الجنائية²⁰.

والملاحظ هنا أن المشرع الرياضي حظر بشكل قاطع على الأندية واللاعبين اللجوء للقضاء لحل أي نزاع رياضي يتعلق بكرة القدم عملاً بالمادة 27 من لائحة الاستئناف. إلا أنه في المادة 17 من لائحة الانضباط ترك المجال لهم اللجوء إلى القضاء في حال استنفدوا جميع الإجراءات المنصوص عليها في لوائح الاتحاد، مما يشكل تعارضاً ظاهراً بين المادتين. فمن الحري بالمشرع الرياضي أن يتدخل لتعديل المادة 27 من لائحة الاستئناف بما يتماشى مع المادة 17 من لائحة الانضباط لترك المجال للأندية واللاعبين للتقاضي بشكل طبيعي، ولتجنب الخلاف القانوني الذي قد يثور حول مدى اختصاص كل من القضاء ولجان الاتحاد بنظر النزاعات الرياضية المتعلقة بكرة القدم.

¹⁶ - المادة 16 من لائحة الاستئناف.

¹⁷ - المادة 17 من لائحة الاستئناف.

¹⁸ - لم تصدر حتى تاريخ إعداد البحث لائحة التمييز.

¹⁹ - المادة 112 من لائحة الاستئناف.

²⁰ - المادة 27 من لائحة الاستئناف.

المطلب الثاني: الهيئة التحكيمية في الاتحاد

الهيئة التحكيمية في اتحاد كرة القدم هي الجهة المنوط بها النظر في النزاعات التي قد تنشأ بين النادي واللاعب، وتتكون من غرفة فض المنازعات وهيئة التحكيم، وستتناول اختصاص كل منهما بنظر هذا النوع من النزاعات، كل في فرع مستقل.

الفرع الاول: غرفة فض المنازعات

انشأت غرفة فض المنازعات وفقاً لمبادئ غرفة حل المنازعات التابعة للفيفا، وتختص بكافة النزاعات الوطنية الداخلية بين الأندية واللاعبين التي تنشأ عن عقود العمل وتعويضات التدريب ومساهمات التضامن بين الأندية التابعة للاتحاد²¹. وهي هيئة تحكيمية تهدف إلى تحقيق العدالة، والحفاظ على حقوق الأطراف استناداً إلى لوائح الاتحاد والفيفا والروابط والقوانين المحلية والقواعد العرفية المتعلقة برياضة كرة القدم على المستوى الوطني²².

وتختص بالفصل في المنازعات بين الأندية واللاعبين بشأن عقود العمل واستقرارها وتعويضات التدريب ومساهمات التضامن بين الأندية التابعة للاتحاد، ولا تنتظر في النزاع بعد مضي سنتين من تاريخ نشوء الحق بالمطالبة²³.

²¹ - المادة 124 من النظام الأساسي لاتحاد الكرة.

²² - المادة 2 من لائحة غرفة فض المنازعات.

²³ - المادة 3 من لائحة غرفة فض المنازعات.

ويجوز الطعن على قراراتها المتعلقة بالاعتراضات والقرارات من حيث الموضوع في ذات الوقت أمام هيئة التحكيم²⁴. والتي تختص بالنظر في الطعون استثناءً على قرارات الغرفة، ويكون الاستئناف خلال سبعة أيام تحتسب من تاريخ إعلان القرار²⁵.

حدد المشرع الرياضي . على نحو ما سلف . الطبيعة القانونية لغرفة فض المنازعات بأنها هيئة تحكيمية تهدف إلى تحقيق العدالة بين النادي واللاعب. وحدد اختصاصها بكافة النزاعات الوطنية الداخلية بين الأندية واللاعبين الناتجة عن عقود العمل، وتعويضات التدريبات ومساهمات التضامن بين الأندية التابعة للاتحاد. ووضع مدة زمنية لا ينظر بمرورها النزاع بعد مضي سنتين من تاريخ نشوء الحق بالمطالبة. وأجاز الطعن على قراراتها أمام هيئة التحكيم، وذلك خلال سبعة أيام من تاريخ إعلان القرار. كل من هذا المواضيع سنخصص له غصناً نتعرض له فيه بشيء من التفصيل.

الغصن الأول: الطبيعة القانونية لغرفة فض المنازعات

أسبغ المشرع الرياضي على غرفة فض المنازعات الصفة التحكيمية. فإلى أي مدى ينطبق هذا الوصف عليها؟ هذا ما سنعرفه في هذا الغصن.

التحكيم لغةً التفويض في الحكم، فهو مأخوذ من حكم (وأحكمه فاستحكم) أي صار (محكماً) في ماله²⁶.

ويعرف شرعاً بأنه " تولية الخصمين حكماً يحكم بينهما، أي اختيار ذوي الشأن شخصاً أو أكثر للحكم فيما تنازعا فيه، دون أن يكون للمحكم ولاية القضاء بينهما".

²⁴ - المادة 8 من لائحة غرفة فض المنازعات.

²⁵ - المادة 32 من لائحة غرفة فض المنازعات.

²⁶ - د محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم، دار الفكر العربي، الجزء الأول، صفحة 19.

ويعرفه فقهاء القانون بأنه نظام قانوني يتم بواسطته الفصل بحكم ملزم في نزاع قانوني بين طرفين أو أكثر، بواسطة شخص أو أشخاص من الغير، يستمدون مهمتهم من اتفاق أطراف النزاع²⁷.

وهذا التعريف لا يخرج عن مفهوم نص المادة 203 من قانون الإجراءات المدنية، عندما نصت على أنه: "يجوز للمتعاقدین بصفة عامة أن يشترطوا في العقد الأساسي أو باتفاق لاحق، عرض ما قد ينشأ بينهم من النزاع في تنفيذ عقد معين على محكم أو أكثر، كما يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بشروط خاصة "

فالتحكيم إذن اتفاق بين طرفين على نظر نزاع شجر بينهما أمام شخص معين ارتضوه حكماً بينهما، وإما أن يرد بصورة شرط في العقد، أو أن يرد منفصلاً عن العقد في اتفاق مستقل. والذي يعنينا في بحثنا هذا هو شرط التحكيم، أي أن يرد شرط التحكيم في العقد، حيث أورد المشرع الرياضي في نموذج عقد الاحتراف، بدأً باختصاص غرفة فض المنازعات، بنظر النزاعات التي تنشأ بين النادي واللاعب المحترف حول بنود العقد وتنفيذه²⁸. ولعل المشرع الرياضي أضفى على غرفة فض المنازعات الصفة التحكيمية، انطلاقاً من هذا الشرط، فلولا اتفاق الطرفين عليه، ما كانت لتكتسب هذا الوصف.

فالتحكيم في الأصل هو تصرف قانوني، ينعقد باتفاق إرادتين، أي أنه عقد من العقود، يخضع في قواعده وأحكامه لما تخضع له سائر العقود من قواعد وأحكام خاصة بانعقاده وتفسيره وترتيب آثاره وتحديد نطاقها²⁹.

²⁷ - د فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الطبعة الاولى 2007، صفحة 13.

²⁸ - المادة 9 فقرة 2 من نموذج العقد الملحق بلائحة أوضاع وانتقال اللاعبين.

²⁹ - فتحي والي، المرجع السابق صفحة 106. محمود محمد هاشم، المرجع السابق صفحة 94.

والركن الركين في سائر العقود، ومن ضمنها التحكيم، هو الرضا، فإذا كان التحكيم عقداً فلا ينعقد إلا بالتراضي، ويجب أن تكون إرادة كل من طرفيها خالية من عيوب الرضا، ولا تشوبها شائبة من عيوب الإرادة. فهل ركن الرضا متحقق في عقد احتراف لاعب كرة القدم؟

علمنا أن نموذج عقد احتراف لاعب كرة القدم يشتمل على شرط اختصاص غرفة فض المنازعات على نظر أي نزاع قد ينشب بين طرفيه، حول بنود العقد وتنفيذه، ومن هنا جاءت الصفة التحكيمية للغرفة. وإيراد ذلك الشرط في العقد، لم ينتج عن إرادة صافية من الطرفين، بل إن المشرع الرياضي أجبرهما على إيراده في العقد، سواء تعاقدًا بموجب النموذج، أو بموجب عقد آخر بينهما³⁰.

وقد نصت المادة 28/2 من اللائحة على أنه: "يلتزم النادي واللاعب المواطن بإدراج شرط في العقد يقضي باختصاص غرفة فض المنازعات بالنظر في النزاعات التي تنشأ بينهما حول العقد وتنفيذه". فدل ذلك على تراجع رضا طرفي عقد الاحتراف عند إدراجهما لهذا الشرط في العقد، وإن كان لم يصل إلى درجة انعدامه، إلا إنه مشوب بشيء من عيوب الإرادة، لا تجعله ذلك الرضا المحض المشروط توافره لصحة العقود. فتخرج بذلك الطبيعة القانونية لغرفة فض المنازعات عن التحكيم بمفهومه العام، وتدخل في نطاق نوع خاص من التحكيم وهو التحكيم الإجباري.

والتحكيم الإجباري هو ذلك التحكيم الذي ينص المشرع على الالتزام باللجوء إليه كطريق لحل النزاع. وهو بمثابة قضاء استثنائي قدر المشرع أنه الأقدر على حل بعض أنواع النزاعات التي لها طبيعة خاصة. وفي هذا النوع من التحكيم لا تكون هيئته مشكلة من قضاة، إنما يكون بها أعضاء يمثلون الاطراف المتنازعة وأعضاء يمثلون الجهات الإدارية³¹.

³⁰ - المادتان: 1/28 ، 31 من لائحة أوضاع وانتقال اللاعبين. المادة 12 من نموذج العقد الملحق باللائحة.

³¹ - د علي عوض حسن، التحكيم الاختياري و الإجباري في المنازعات المدنية و التجارية ، دار الفكر الجامعي ، الطبعة الأولى 2001 ، صفحة 20 .

وبتطبيق شروط التحكيم الإجباري على الاحكام المنظمة لغرفة فض المنازعات نجدها منطبقة إلى حدٍ كبير. فالمرجع الرياضي ألزم طرفي عقد الاحتراف باللجوء إليها في حال نشوب خلاف بينهما نشأ عن العقد، وجعلها هي المختصة بنظر هذا النوع من النزاع.

وهيئة غرفة فض المنازعات لا يدخل في تشكيلها عنصر قضائي، بل تشكل من رئيس ونائبه من المؤهلين القانونيين، يتم اختيارهما بالتوافق من ممثلي اللاعبين والأندية، ضمن قائمة يضعها مجلس الادارة من خمسة أشخاص، إلى جانب ثلاثة أعضاء منتخبين من الأندية على أن يكون للنادي الواحد أكثر من ممثل، وثلاثة أعضاء آخرين يتم اختيارهم من قبل رابطة اللاعبين³².

فخلص مما سلف إلى أن الطبيعة القانونية لغرفة فض المنازعات تأخذ الصفة التحكيمية، ولكن ليست تلك الصفة بمفهومها العام الذي يقوم أساساً على توفر الرضا المحض لدى طرفي التحكيم، إنما هي من قبيل التحكيم الإجباري الذي يقوم أساساً على إلزام المشرع لطرفي النزاع الناشئ عن عقد الاحتراف باللجوء إليه متجاوزاً إرادتهما إلى حد ما، في حين أن التحكيم أصلاً يستمد أساسه القانوني من إرادة طرفيه.

وقد ذهب بعض القضاء إلى عدم دستورية النصوص التشريعية التي تفرض التحكيم إجباراً على الخصوم. فقد استقرت المحكمة الدستورية العليا في مصر على أنه: " لا يجوز بحال من الأحوال أن يكون التحكيم إجبارياً يذعن إليه أحد الطرفين انفاذاً لقاعدة قانونية أمرة، لا يجوز الاتفاق على خلافها، ذلك أن التحكيم مصدره الاتفاق ... و إليه ترد السلطة الكاملة التي يباشرها المحكمون " فالتحكيم " وسيله فنية لها طبيعة قضائية غايتها الفصل في نزاع مبناه علاقة محل اهتمام من أطرافها، و ركيزته اتفاق خاص يستمد المحكمون منه سلطتهم، ولا يتولون مهامهم بالتالي بإسناد من الدولة " و لهذا فإنه " إذا ما قام المشرع بفرض التحكيم قسراً بقاعدة قانونية أمرة، دون خيار في الالتجاء إلى القضاء، فإن ذلك يعد انتهاكاً لحق

³² - المادة 4 من لائحة غرفة فض المنازعات.

التقاضي الذي كفله الدستور لكل مواطن بنص مادته الثامنة والستين " إذ " أن المقرر أن التحكيم لا ينزع من القضاء ولايته في الفصل في كافة المنازعات ابتداءً، إلا إذا كان متولداً عن الإرادة الحرة لأطرافه"³³

ويختلف ذلك النوع من التحكيم عن التحكيم الإلزامي الذي تلجأ إليه هيئات القطاع العام وشركاته لأنه لا يقوم على خصومات تتعارض فيها المصالح، بل تنتهي جميعاً في النتيجة إلى جهة واحدة هي الدولة، فضلاً عن أن هيئة التحكيم في هذا النوع من التحكيم يرأسها أحد أعضاء الهيئات القضائية³⁴.

فعلية، نرى ضرورة تدخل المشرع لرفع النصوص الواردة في لائحة أوضاع وانتقال اللاعبين التي تجبر طرفي عقد الاحتراف على إدراج شرط في العقد يسند الاختصاص لغرفة فض المنازعات بنظر المنازعات التي تنتج عن العقد بينهما. وضرورة تدخله لرفع الشرط الوارد في نموذج عقد الاحتراف باختصاصها بنظر مثل هذا النزاع، والاكتفاء بالنص في لائحة أوضاع وانتقال اللاعبين باختصاصها بنظره، أو حتى تركه لاتفاق الأطراف احتراماً لمبدأ الإرادة بينهما.

الفصل الثاني: اختصاص غرفة فض المنازعات

تختص غرفة فض المنازعات بالفصل في المنازعات بين الأندية واللاعبين، بشأن عقود العمل واستقراره، وتعويضات التدريب ومساهمات التضامن بين الأندية التابعة للاتحاد. والذي يهمننا في بحثنا هذا هو اختصاصها بالفصل في المنازعات بين النادي واللاعب بشأن العقد بينهما، ذلك أن موضوع البحث ينحصر عن تعويضات التدريب ومساهمات التضامن بين الأندية.

وإذا كان المشرع الرياضي قد نزع الاختصاص بنظر هذا النوع من المنازعات من القضاء، وأوكله إلى غرفة فض المنازعات، إنما كان ذلك على سبيل الاستثناء. فالأصل هو اختصاص القضاء بنظر كافة

³³ - د فتحي والي، المرجع السابق، صفحة 33.

³⁴ - المرجع السابق، صفحة 34.

المنازعات التي تقع بين الأفراد أياً كانوا طبيعيين او معنويين، إنما، ولاعتبارات خاصة ارتأها المشرع الرياضي، أخرج هذا النوع من المنازعات من اختصاص القضاء، وأوكله إلى قضاء استثنائي ومختص تمثل في غرفة فض المنازعات.

وإذا كان اختصاص غرفة فض المنازعات استثناءً على الأصل، فالاستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع فيه، إنما يفسر في أضيق معانيه. وعلى ذلك، فإن الشروط التي وضعها المشرع لانعقاد اختصاص غرفة فض المنازعات يجب أن تفسر في أضيق الحدود ولا يتوسع فيها.

وحتى ينعقد اختصاص غرفة فض المنازعات بنظر المنازعات التي تنشأ بين النادي واللاعب يجب تحقق ثلاثة شروط. الأول أن يكون هناك نزاع يتطلب الفصل فيه، والثاني أن يكون هذا النزاع بين النادي واللاعب، والثالث أن يكون ذلك النزاع نشأ عن عقد الاحتراف بينهما. وسنتناول هذه الشروط الثلاثة بالشرح على النحو التالي:

1- أن ينشب نزاع حقيقي بين النادي واللاعب:

فغرفة فض المنازعات تختص بالفصل في النزاعات التي تنشأ بين اللاعب والنادي، ويفهم من ذلك أنه يجب ان يكون هناك نزاع حقيقي بين الطرفين يقتضي الفصل فيه بينهما حتى تختص الغرفة بالفصل فيه، أي أن يحدث الخلاف بين الطرفين بأن يطالب أيٌ منهما الآخر بما عليه من التزامات، ويحتاج النزاع لمن يفصل فيه بينهما بكلمة فصل. فلا يكفي لانعقاد اختصاص الغرفة أن يحتاج الخلاف بين الطرفين لمجرد التوفيق، أو اتخاذ إجراء إداري من قبل أحد الأطراف. فإذا لجأ أحد طرفي عقد الاحتراف إلى غرفة فض المنازعات بغية التوفيق بينه وبين الطرف الآخر، أو أن يتخذ قبله إجراء تأديبي مثلاً، فلا تختص . الغرفة . بنظره، إنما قد تختص بنظره لجنة الانضباط في الاتحاد .

2 - أن يكون النزاع بين النادي واللاعب:

أي أن يكون النزاع بين طرفي عقد الاحتراف وهما النادي واللاعب فقط. فيفهم من ذلك أنه لا ينعقد اختصاص غرفة فض المنازعات إذا كان النزاع بين النادي وطرف آخر، وكذلك الحال بالنسبة إلى اللاعب. فعلى سبيل المثال، إذا أدرج وكيل أعمال اللاعب في عقد الاحتراف بين النادي واللاعب، وحصل نزاع بينه وبين أحد طرفي العقد، فلا تختص غرفة فض المنازعات بنظر هذا النوع من النزاع. فوكيل أعمال اللاعب هنا ليس طرفاً في العقد.

3 - أن ينشأ النزاع عن عقد الاحتراف بين اللاعب والنادي:

فغرفة فض المنازعات تختص بكافة النزاعات الوطنية الداخلية بين النادي واللاعب التي تنشأ عن عقود العمل³⁵. فدل ذلك على أن الغرفة تختص بالفصل في المنازعات التي تحصل بين النادي واللاعب، والتي تنشأ عن عقد الاحتراف بينهما لا عن مصدر آخر. فعلى سبيل المثال، لو تنازع الطرفان حول أجر اللاعب أو بنود العقد أو تنفيذه فإن اختصاص الغرفة هنا ينعقد لنظر هذا النزاع. أما إذا تنازع الطرفان حول واقعة مادية نتج عنها التزام أحد طرفي العقد قبل الآخر فلا ينعقد اختصاصها بنظره، كما لو أتلّف اللاعب بعض ممتلكات النادي، فمصدر الالتزام هنا الفعل الضار لا عقد الاحتراف بينهما.

الفصل الثالث: عدم نظر الدعوى أمام غرفة فض المنازعات لمرور الزمن

لا تنتظر غرفة فض المنازعات في النزاع بين النادي واللاعب، بعد مضي سنتين من تاريخ نشوء الحق بالمطالبة. وهذا ما يعرف بعدم سماع الدعوى بمرور الزمان، المنظم في القواعد العامة في قانون المعاملات المدنية³⁶.

³⁵ - المادة 124 فقرة 1 من النظام الأساسي لاتحاد الكرة.

³⁶ - المواد من 473 إلى 488 من قانون المعاملات المدنية.

وإذا كنا نستطيع الاستفادة من القواعد العامة بشأن مرور الزمن المانع من سماع الدعوى أمام غرفة

فض المنازعات، فهل تطبق تلك الأحكام على النزاع عموماً؟ سيما أحكام الوقف والانقطاع؟

يقصد بوقف المدة المانعة من سماع الدعوى تعطيل مرور الزمن لوجود عذر لدى الدائن يمنعه من المطالبة بحقه على أن يعود سيرته عند زوال العذر. ومحور وقف مدة عدم السماع هو توفر العذر المانع من المطالبة بالحق. ولم ترد تلك الأعذار حصراً في المادة 481 من قانون المعاملات المدنية، إنما هي مسألة موضوعية يقدرها قاضي الموضوع³⁷. وقد قررت محكمة تمييز دبي أن المانع أو العذر الشرعي الذي يقف به سريان التقادم هو المانع الذي تستحيل معه المطالبة بالحق في الوقت المناسب، وحيث أن هذه الأعذار والموانع لم ترد حصراً في المادة 481 من قانون المعاملات المدنية، فإن تقديرها متروك لقاضي الموضوع الذي يقضي بوقف التقادم إذا تبين له من الظروف والملابسات المحيطة بالدعوى قيام المانع الذي تتعذر معه المطالبة بالحق³⁸.

فعليه، يستطيع أحد طرفي عقد احتراف كرة القدم التمسك في مواجهة الطرف الآخر بتوفر عذر ما منعه من المطالبة بحقه، فلا تحسب من ثم مدة العذر من المدة المانعة من سماع الدعوى، ويترك تقدير توفر العذر للسلطة التقديرية لغرفة فض المنازعات. فمدة العلاج من الإصابة مثلاً تصلح لأن تكون مدة عذر حالت بين اللاعب وبين مطالبته بحقه قبل النادي، ولغرفة فض المنازعات السلطة التقديرية الكاملة في تقدير ظروف وملابسات هذه الحالة، وإذا ما كانت تصلح عذراً يوقف مدة عدم السماع من خلافه.

³⁷ - عبد الرزاق السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزام، المجمع العلمي العربي الإسلامي، صفحة 628 وما بعدها.
د عبد الواحد كرم، احكام الالتزام في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، درا الفجر للطباعة و النشر .
أبوظبي، صفحة 318 . د عبد الرزاق حسين يس، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الثاني ، مطابع البيان التجارية ، الطبعة الثانية 1994 ، الصفحة 445 .

38 - حكم محكمة التمييز -دبي بتاريخ 21-12-1991 في الطعن رقم 1991 / 7 طعن حقوق.

فلا أرى من صعوبة تذكر في تطبيق أحكام وقف الزمن المانع من سماع الدعوى على نزاع أحد طرفي عقد الاحتراف أمام غرفة فض المنازعات. فهل هذا متحقق بشأن الانقطاع أيضاً ؟

انقطاع المدة المانعة من سماع الدعوى هو انقطاعها لتوفر أسباب حددها المشرع يترتب عليها عدم احتساب المدة التي سبقتها من مدة عدم السماع بعدها، وجعلها كأن لم تكن في حين أن المدة السابقة على توفر العذر الموقوف لمدة عدم السماع، تضاف إلى المدة بعد انتفاء العذر³⁹.

والانقطاع يتحقق بتوفر سبب من الأسباب المتعلقة بإحدى الطائفتين، إما المطالبة القضائية أو الإجراء القضائي. فينقطع التقادم إذا أقام الدائن دعوى قضائية قبل مدينه، أو إذا اتخذ أي إجراء قضائي قبله. والمقصود بالمطالبة القضائية هو مطالبة الدائن لمدينة بالحق قضاءً، وهو ما يتم بطريق رفع الدعوى ليصدر الحكم بإجبار المدين الممتنع عن التنفيذ على الوفاء بما التزم به، أو باتخاذ إجراء قضائياً في مواجهة مدينة يبين منه مطالبته بحقه المهده بالسقوط⁴⁰.

إن انقطاع الزمان المانع من سماع النزاع غير متصور طرحه أمام غرفة فض المنازعات، فهذا النوع من النزاعات لا تسبقه دعاوى قضائية ولا إجراءات قضائية كي يستفيد منها أحد طرفي عقد الاحتراف أمامها، إلا إذا كان القضاء هو المختص بنظر هذا النوع من النزاعات في نهاية المطاف. ذلك أن الإجراءات المتخذة أمام الغرفة، والمطالبة المرفوعة أمامها لا تقطع الزمان من سماع الدعوى إلا أنها قد تعد عذراً شرعياً يمتنع معه على أحد طرفي عقد احترام كرة القدم مطالبة الآخر إذا تحقق، ويتوقف معه سريان الزمن المانع من سماع الدعوى. و ذلك مع مراعاة أن القضاء هو المختص بنظر الدعوى الناتجة عن عقد الاحتراف في نهاية المطاف . كما سيأتي آنفاً .، فالزمن الذي يقضيه أحد طرفي العقد أمام غرفة فض

39 - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، صفحة 626. د عبد الواحد كرم، المرجع السابق صفحة 324. د عبد الرزاق حسين يس ، المرجع السابق ، صفحة 445 .

40 - حكم محكمة التمييز -دبي بتاريخ 19-12-2012 في الطعن رقم 2012 / 174 طعن مدني.

المنازعات، و زمن الإجراءات المتخذة أمامها لا يحسب ضمن الزمن المانع من سماع دعواه أمام القضاء،
و ذلك على أساس إن الدعوى الناتجة عن عقد الاحتراف هي في الحقيقة دعوى عمل .

فالشوايح الصادرة من اتحاد الكرة تعتبر عقد الاحتراف بين النادي واللاعب عقد عمل⁴¹، وقد اعتبرته غرفة
فض المنازعات كذلك أيضاً⁴². ومن المستقر عليه في قضاء محكمة تمييز دبي أن الإجراءات التي يتخذها
العامل أمام دائرة العمل، قبل اللجوء إلى القضاء، تعتبر عذراً شرعياً حال بينه وبين إقامة دعواه أمام القضاء،
فيتوقف معها سريان الزمن المانع من سماعها⁴³. فقياساً على ذلك فإن الإجراءات والمطالبات أمام غرفة
فض المنازعات تعتبر عذراً شرعياً يتوقف معه سير الزمن المانع من سماع الدعوى الناتجة عن عقد
الاحتراف أمام القضاء.

فخلص من ذلك إلى أن أحكام توقف الزمن المانع من سماع الدعوى قد تحقق أمام غرفة فض المنازعات
إذا توفر العذر الشرعي لأحد طرفي عقد الاحتراف، إلا أن أحكام انقطاعه غير متصورة أمامها. وهذا من
الدواعي القوية التي تحتم على المشرع الرياضي التدخل لتعديل أحكام اختصاص غرفة فض المنازعات
بنظر الدعوى الناتجة عن عقد احتراف كرة القدم وإسناده في نهاية المطاف إلى القضاء كوضع طبيعي
يحقق للأشخاص حقهم الطبيعي باللجوء إلى قاضيهم الطبيعي ويوفر لهم الضمانات القانونية لحقوقهم.

⁴¹ - (تنشأ غرفة لفض المنازعات وفقاً لمبادئ غرفة حل المنازعات التابعة للفيفا تختص بكافة النزاعات الوطنية الداخلية بين
الاندية واللاعبين التي تنشأ عن عقود العمل ...) المادة 124 فقرة 1 من النظام الأساسي لاتحاد كرة القدم.

⁴² - الحكم الصادر عن الغرفة في 26-6-2013 الاستئناف 3 و 4 / 2013.

⁴³ - حكم محكمة التمييز -دبي بتاريخ 22-12-2015 في الطعن رقم 95 / 2015 طعن عمالي

الفصل الرابع: الطعن على قرارات غرفة فض المنازعات

قرارات الغرفة تتخذ في جلسة مغلقة مقصورة على أعضائها⁴⁴، ولأطراف النزاع الطعن على قراراتها أمام هيئة التحكيم، وذلك خلال سبعة أيام من تاريخ إعلان القرار⁴⁵. وتبلغ الغرفة الأمانة العامة بقرارها لإخطار الأطراف أو ممثليهم، ويعتبرون معلون بالقرار من تاريخ استلامهم له باليد أو الفاكس أو البريد المسجل⁴⁶.

ولئن كان الأصل أن علم المطلوب إعلانه بالحكم لا يتحقق إلا بالطرق التي رسمها القانون⁴⁷ إلا أن غرفة فض المنازعات ليست جهة قضائية، بل لها طبيعة خاصة كجهة تحكيمية وطبيعة النزاع أمامها يقتضي العملية والسرعة. ويظهر من صياغة النصوص السالفة أن طرق الإعلان المذكورة إنما وردت على سبيل المثال لا الحصر. فعلم طرفي النزاع أمامها بالقرار الصادر عنها قد يتحقق بأي طريق آخر للإعلان سواءً استلام القرار باليد أو بالفاكس أو بالبريد المسجل. فإذا تحقق اتصال علم أحد طرفي النزاع بالقرار، وانفتح ميعاد الطعن بالنسبة إليه. والتحقق من ذلك مسألة موضوع تخضع للسلطة التقديرية للغرفة.

الفرع الثاني: هيئة التحكيم

هيئة التحكيم هي هيئة التحكيم في الاتحاد وتشتمل على لجنة التحكيم ولجنة التمييز⁴⁸.

⁴⁴ - المادة 27 من لائحة غرفة فض المنازعات.

⁴⁵ - المادة 32 من لائحة غرفة فض المنازعات.

⁴⁶ - المادة 29 من لائحة غرفة فض المنازعات.

⁴⁷ - حكم محكمة التمييز - دبي بتاريخ 30-07-2017 في الطعن رقم 419 / طعن تجاري.

⁴⁸ - المادة 1 من لائحة هيئة التحكيم.

لجنة التحكيم:

لجنة التحكيم تختص بالنظر في النزاعات التي اتفق أطرافها على التحكيم أمامها، وبالفصل في النزاعات بين مجلس إدارة الاتحاد أو لجانته أو أعضائه، أو اللاعبين أو وكلائهم أو الهيئات، والتي لا تندرج تحت الاختصاص القضائي للهيئات القضائية في الاتحاد. وتختص بالفصل في الطعون بالاستئناف على القرارات الصادرة عن غرفة فض المنازعات ولجنة أوضاع وانتقالات اللاعبين. وبالفصل في الطعون تمييزاً على القرارات من اللجان الاستئنافية في الاتحاد لحين تشريع قانون " مركز التحكيم الرياضي الوطني" ⁴⁹.

ونصت المادة 44 من لائحة هيئة التحكيم على أن قرار هيئة التحكيم يعتبر نهائياً لا يقبل الطعن عليه. ويفهم من سياق الفقرة السالفة أن حكم هذه المادة ينطبق في حال الاتفاق على التحكيم أمامها، أو إذا كانت تقصل في نزاع بين مجلس إدارة الاتحاد أو لجانته أو أعضائه أو اللاعبين أو وكلائهم أو الهيئات، والذي لا يندرج تحت الاختصاص القضائي للهيئات القضائية في الاتحاد، ففي الحالتين يكون قرارها نهائياً. أما القرارات الصادرة عنها كجهة استئناف فتقبل الطعن عليها بالتمييز أمام لجنة التمييز، سيما فيما يخص القرارات الصادرة من غرفة فض المنازعات.

لجنة التمييز:

لجنة التمييز هي اللجنة المختصة بالفصل في الطعون بالتمييز على القرارات الصادرة من لجنة الاستئناف (اللجنة القضائية)، وقرارات لجان التحكيم بصفتها الاستئنافية وذلك لحين تشريع قانون مركز التحكيم الرياضي الوطني ⁵⁰.

⁴⁹ - المادة 13 من لائحة هيئة التحكيم.

⁵⁰ - المادة 46 من لائحة هيئة التحكيم.

المبحث الثاني

اختصاص مركز الإمارات للتحكيم الرياضي

الأصل انه بصدر قانون مركز الإمارات للتحكيم الرياضي يحل المركز محل هيئة التحكيم في الاتحاد في الاختصاصات المسندة إليها، وذلك خلال سنة من تاريخ العمل بالقانون⁵¹. إلا أن لائحة الهيئة عدلت بتاريخ 10-7-2017 للتصدي . الهيئة . لاختصاصات المركز، إلى أن يباشر مهامه واختصاصاته⁵². ومن مقتضيات البحث أن نعرض لاختصاصات المركز لتعلق دوره بتسوية النزاعات الناتجة عن عقد احتراف كرة القدم.

قد حددت المادة 5 من قانون إنشاء المركز اختصاصاته على النحو التالي:

1- يختص المركز دون غيره بالتحكيم في جميع المنازعات الرياضية وعلى وجه الخصوص المنازعات الناتجة عما يلي:

أ- القرارات النهائية الصادرة عن الجهات العاملة واللجنة الأولمبية وفقاً لأنظمتها الأساسية.

ب - القرارات التأديبية الصادرة بموجب أنظمة الجهات العاملة.

ج - القرارات القابلة للاستئناف الصادرة عن اللجنة الوطنية لمكافحة المنشطات.

2 - يختص المركز بالتحكيم في المنازعات الرياضية التي تتضمن العقود الخاصة بها شرطاً أو مشاركة تحكيم رياضي ينص على اللجوء إلى التحكيم لدى المركز.

⁵¹ - المادتان 13 و 46 من لائحة هيئة التحكيم، والمواد 17 و 20 و 21 من قانون اتحادي رقم 16 لسنة 2016 في شأن إنشاء مركز الإمارات للتحكيم الرياضي.

⁵² - المادة 7 من لائحة هيئة التحكيم المعدلة بتاريخ 10-7-2017.

3 - يختص المركز بالتوفيق في المنازعات الرياضية التي تتضمن العقود الخاصة بها شرطاً أو مشاركة توفيق رياضي تنص على اللجوء إلى التوفيق لدى المركز.

فتبين هذه المادة اختصاصات المركز ومهامه، والذي يهمنها منها هو اختصاصه بالتحكيم في القرارات النهائية التي تصدر من الجهات العاملة، واختصاصه بالتحكيم في حال الاتفاق عليه، واختصاصه بالتوفيق في حال الاتفاق عليه. وسنعرض لهذه الاختصاصات والمهام كل في مطلب مستقل.

المطلب الأول: اختصاص مركز التحكيم بنظر القرارات النهائية الصادرة من الجهات العاملة في الدولة

فالمركز يختص بالتحكيم في جميع المنازعات الرياضية، وعلى وجه الخصوص القرارات النهائية الصادرة عن الجهات العاملة. كما نصت المادة 5 السالفة ..

يظهر من النص السالف أن مهمة المركز الأصلية هي التحكيم في جميع المنازعات الرياضية، إلا أنه عندما ينظر في القرارات النهائية الصادرة عن الجهات العاملة في الدولة يأخذ هنا صفة جهة الطعن على قراراتها، ويتراجع دوره التحكيمي في هذه الحال.

ولكي ينظر المركز في القرارات الصادرة عن الجهات العاملة في الدولة يجب تحقق ثلاثة شروط أشارت إليها المادة 5 السالفة وهي كالاتي:

1 - يجب أن يصدر القرار في منازعة رياضية:

والمنازعة الرياضية هي كل نزاع ناشئ عن أي نشاط رياضي وفقاً لأحكام المادة 5 من قانون إنشاء المركز⁵³. فالنزاع الناتج عن عقد الاحتراف بين اللاعب والنادي يختص المركز بالفصل في القرارات

⁵³ - المادة 1 من قانون إنشاء المركز.

النهائية الصادرة بشأنه. ويستفاد من ذلك أن النزاع بينهما إذا كان ناتجاً عن فعل ضار مثلاً كأن تسبب اللاعب في إتلاف بعض مقتنيات النادي فلا يختص المركز بنظر المنازعة الناتجة عن ذلك.

2 - يجب أن يصدر القرار عن جهة عاملة في الدولة:

والجهات العاملة هي أية جهة تعمل في مجال الأنشطة الرياضية وميدان الشباب والرياضة في الدولة بما في ذلك الاتحادات والأندية والروابط والجمعيات والشركات والمؤسسات الرياضية⁵⁴. ويستفاد من سياق هذا النص أن الجهات التي تعمل في مجال الأنشطة الرياضية وميدان الشباب والرياضة في الدولة يجب أن تكون جهات عامة ليست جهة خاصة. أما ورود الشركات في النص فالمرجح أن المقصود بها شركات كرة القدم العاملة في الأندية الرياضية والمؤسسات الرياضية هي تلك المؤسسات العامة التي تتصل بالدولة وليست تلك المؤسسات الخاصة التي تتصل بالأشخاص.

فالقرارات النهائية التي تصدر عن غرفة فض المنازعات بين طرفي عقد احتراف كرة القدم يختص المركز بالنظر فيها لأنها جهة خاضعة لاتحاد كرة القدم، وهو من الجهات العاملة في الدولة.

3 - يجب أن يكون القرار نهائياً:

ويكون القرار نهائياً إذا أنهى الخصومة برمتها بين الأطراف، ولا يبقى بعد صدوره أية طلبات مطروحة على الجهة التي أصدرته. فإذا كان القرار كذلك اختص بنظره المركز وإلا فهو غير مختص بنظره. فإذا صدر القرار نهائياً من الجهة العاملة في الدولة في بعض أوجه النزاع وبقيت بعض أوجه النزاع مطروحة أمامها فلا يختص المركز بنظر القرار، أو إذا صدر عنها قرار تمهيدي، مثل قرار ندب خبير في النزاع، فلا يختص المركز بنظره.

⁵⁴ - مادة 1 من قانون إنشاء المركز.

المطلب الثاني: اختصاص المركز بالتحكيم

يختص المركز بالتحكيم في المنازعات الرياضية، الناتجة عن العقود التي اتفق أطرافها على التحكيم أمامه، وقد يكون الاتفاق شرطاً في العقد، أو في مشاركة التحكيم. وهذا الاختصاص يمثل مهمة المركز الأصلية، فهو في الأصل مركز تحكيم، إلا أن المشرع الرياضي أسند له مهمة الفصل في الطعون على القرارات النهائية الصادرة عن الجهات الرياضية العاملة في الدولة وأسند له مهمة التوفيق إذا اتفق عليه أطراف العقد.

وحسنا فعل المشرع هنا عندما أسس اختصاص المركز كجهة تحكيم في المنازعات الرياضية على اتفاق أطراف العقد. فالتحكيم يأخذ دوره القانوني من الاتفاق بين الأطراف. ولم يجبر الأطراف على اللجوء إليه في حال المنازعة الرياضية ليخرج بذلك عن نطاق التحكيم الإجمالي الذي قضى بعض القضاء بعدم دستوريته⁵⁵.

فإذا اتفق طرفا عقد احتراف كرة القدم على التحكيم أمام مركز التحكيم الوطني، انعقد اختصاصه بنظر النزاع بينهما. ولكن في حال عدم اتفاقهما على ذلك، فيعود الاختصاص بنظر النزاع إلى غرفة فض المنازعات التي تعتبر هي المختصة أصلاً بنظر هذا النوع من النزاعات.

المطلب الثالث: اختصاص مركز التحكيم بالتوفيق

يختص مركز التحكيم بالتوفيق بين طرفي عقد احتراف كرة القدم، إذا اتفقا على التوفيق أمامه، سواء أكان ذلك الاتفاق شرطاً في العقد، أو في مشاركة توفيق، والتوفيق هنا هو حل المنازعات الرياضية بطريق

⁵⁵ - أنظر الصفحة 16.

ودي⁵⁶. وهنا يقوم المركز بدور الموفق بين طرفي عقد الاحتراف بإيجاد حل ودي بينهما، فإن رضا بالحل الودي انتهى النزاع بينهما، وإلا عادا إلى غرفة فض المنازعات للفصل بينهما من جديد.

فإذا اتفق طرفا عقد الاحتراف على التوفيق أمام مركز التحكيم وعرض النزاع على المركز للتوفيق، وصدر قرار الموفق بينهما، فهل قراره مُنْهٍ للنزاع بينهما بحيث لا يجوز طرحه للتداعي مرة أخرى؟ لن يخرج الأمر في هذه الحال عن فرضين، الأول أن يصدر قرار الموفق بناءً على تراضي الطرفين والثاني أن يصدر بناءً على اجتهاد منه بعد سماع ادعاء الطرفين وحججهما.

الفرض الاول: صدور قرار الموفق بناءً على تراضي الطرفين:

إذا صدر قرار الموفق بناءً تراضي طرفي عقد الاحتراف، فإن ذلك يعد عقد صلح بينهما⁵⁷، ويكون قرار الموفق منهيًا للنزاع، فلا يجوز طرحه للتداعي مرة ثانية أمام غرفة فض المنازعات عن ذات الحقوق

⁵⁶ - المادة 1 والمادة 5 من قانون إنشاء مركز الإمارات للتحكيم الرياضي.

57 - الصلح يرفع النزاع ويقطع الخصومة بين المتصالحين بالتراضي (المادة 722 من قانون المعاملات المدنية). المقرر في قضاء هذه المحكمة ووفق ما تقضي به المادتان 722، 730 من قانون المعاملات المدنية أن الصلح هو عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بين المتصالحين ويترتب عليه انتقال حق المصالح إلى البديل المصالح عليه وسقوط حقه الذي كان محلاً للنزاع وأن عقد الصلح يكون ملزماً لطرفيه ولا يسوغ لأحدهما ولا لورثته من بعده الرجوع فيه. (حكم محكمة التمييز - دبي بتاريخ 21-12-2010 في الطعن رقم 112 / 2010 طعن عمالي)

التي تم التوفيق بشأنها⁵⁸. وتراضي الطرفان أمام الموفق يعد عقداً قانونياً، تسري عليه أحكام العقود عامة، فإذا لم يلتزم أحد طرفيه بما يلزمه به جاز للطرف الآخر طلب فسخه⁵⁹.

الفرض الثاني: صدور قرار الموفق بناءً على اجتهاده:

إذا استمع الموفق إلى ادعاء كل من اللاعب والنادي ونظر في حجج كل منها وأصدر قراره الذي يراه حلاً ودياً للنزاع بينهما، ولم يرض الطرفان بذلك القرار لم يكن ملزماً لهما. فصفة الموفق هنا تختلف عن صفة المحكم، فقرار المحكم يقبله الطرفان ايأً كان، بعد ان ارتضيا التحاكم أمامه. أما الموفق فإنه يطرح حلاً ودياً على طرفي عقد الاحتراف، فإن قبلاه التزما به، وإلا جاز لهما طرح النزاع مرةً أخرى أمام غرفة فض المنازعات لتفصل فيه. و يقاس هذا الفرض على التسوية التي تعرض على العامل ورب العمل قبل اللجوء إلى القضاء، فقرار لجنة العمل المختصة بالتسوية ليس ملزماً لطرفي عقد العمل، فإن رضيا بالتسوية انتهى النزاع بينهما، وإلا لجئنا إلى القضاء للفصل فيه⁶⁰.

58 - المقرر وفق ما تقضي به المواد 722، 730، 731، 741 من قانون المعاملات المدنية أن الصلح عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً عن طريق نزول كل منهما عن بعض ما يدعيه من حقوق قبل الآخر، ويترتب على عقد الصلح حسم النزاع نهائياً فلا تسمع بعده دعوى، ويقتصر الصلح على الحقوق التي تناولها وحسم النزاع بشأنها دون غيرها، ويكون ملزماً لطرفيه ولا يسوغ لأيهما أو لورثته من بعده الرجوع فيه . (حكم محكمة التمييز -دبي بتاريخ 08-10-2013 في الطعن رقم 73 / طعن أحوال شخصية)

59 - المقرر أن عقد الصلح كغيره من العقود الملزمة للطرفين يجوز لأحدهما طلب فسخه إذا لم يوفى الطرف الآخر ما التزم به وأن طلب أحد طرفيه من محكمة الموضوع المبلغ أو المبالغ المتفق عليها بعقد الصلح يتضمن حتما طلبه فسخ عقد الصلح . (حكم محكمة التمييز -دبي بتاريخ 20-03-2012 في الطعن رقم 123 / طعن أحوال شخصية و 124 / طعن أحوال شخصية)

60 - إذا تنازع صاحب العمل أو العامل في أي من الحقوق المترتبة لأي منهما بمقتضى أحكام هذا القانون . قانون العمل ، فعليه أن يقدم طلباً بذلك إلى دائرة العمل المختصة ، و على هذه الدائرة أن تقوم باستدعاء طرفي النزاع ، و اتخاذ ما تراه لازماً لتسوية النزاع بينهما ودياً ، فإذا لم تتم التسوية الودية تعين على الدائرة إحالة النزاع إلى المحكمة المختصة . (المادة 6 من قانون تنظيم علاقات العمل)

المبحث الثالث

اختصاص القضاء بنظر النزاعات الناشئة عن عقد احتراف لاعب كرة القدم

اللجوء إلى القضاء حق مكفول لكافة الأفراد. والقضاء هو المختص أصلاً بنظر كافة النزاعات بين أفراد المجتمع، ومن بينها النزاعات الناتجة عن عقد احتراف كرة القدم بين النادي واللاعب⁶¹. ولا ينال من ذلك صدور لوائح من اتحاد الكرة، تنظم اختصاص غرفة فض المنازعات بنظر هذا النوع من النزاعات، ذلك أنها لا ترقى إلى تعديل القوانين المنظمة لاختصاص القضاء.

ولا ينال من ذلك ما يتذرع به البعض من أن تنظيم اختصاص لجنة فض المنازعات بنظر هذا النوع من النزاعات جاء لما تتطلبه الاعتبارات الدولية لرياضة كرة القدم. ذلك أن ما يصدر عن الاتحاد الدولي لكرة القدم (FIFA) من لوائح وقرارات لا يسمو على التشريع الداخلي للدول الأعضاء، ذلك أنه . الاتحاد الدولي . منظمة دولية غير حكومية، وتعتبر شخصاً من أشخاص القانون الخاص لأنها من إنشاء الأفراد، فكل ما يصدر عنه غير ملزم للدول الأعضاء، إلا إذا تبعته تشريعاتها الداخلية⁶².

وإضافةً إلى ذلك، فإن لوائح الاتحاد الدولي لكرة القدم أشارت إلى ضرورة احترام التشريع الداخلي للدول الأعضاء، فجاء في المادة الأولى من لائحة كرة القدم الدولية أنه يجب احترام القانون المحلي واتفاقات المساومة الجماعية للدول الأعضاء. وكذلك ما جاء في المادة 22 من ذات اللائحة التي نصت على أنه "دون المساس بحق أي لاعب أو نادٍ من التماس الإنصاف في المنازعات المتعلقة بالعمل أمام المحاكم

⁶¹ - (تختص المحاكم الابتدائية بنظر المنازعات المدنية والتجارية والإدارية والعمالية والاحوال الشخصية ...) المادة 25 من قانون الإجراءات المدنية.

⁶² - عبد الرزاق سفلو، مدى اختصاص القضاء بمنازعات عقد الاحتراف الرياضي، إصدارات معهد دبي القضائي، سنة 2014، صفحة 33.

المدنية تختص الفيفا ب... " ففي هذا إشارة واضحة إلى اختصاص القضاء المحلي بنظر المنازعات الناتجة عن عقد احتراف كرة القدم⁶³.

إلا أن السؤال الذي يفرض نفسه هنا، ماذا لو عرضت دعوى ناشئة عن عقد الاحتراف على القضاء، فما موقف القضاء منها؟ هذا ما ستجيب عليه في هذا المبحث.

في حال رفعت دعوى أمام القضاء ناشئة عن عقد احتراف كرة القدم فلن يخرج الحال عن فرضين، الأول أن ترفع الدعوى ابتداءً أمام القضاء، والثاني أن يقدم أحد طرفي عقد الاحتراف طلبه أمام غرفة فض المنازعات. وتصدر قراراً نهائياً فيه، ثم يطعن عليه أمام القضاء. وسنتناول هنا كل منهما في مطلب مستقل.

المطلب الاول: رفع الدعوى ابتداءً أمام القضاء

إذا رفع أحد طرفي عقد احتراف كرة القدم دعواه أمام القضاء ابتداءً، دون المرور بغرفة فض المنازعات، وكانت العلاقة القانونية بين اللاعب والنادي هي في الحقيقة علاقة عمل. كما أشرنا سلفاً. فإن أحكام قانون تنظيم علاقات العمل الاتحادي تطبق على هذه الدعوى.

فتأسيساً على ذلك، وإذا كانت الدعوى الناشئة عن عقد الاحتراف دعوى عمالية، فيلزم لرفعها أمام القضاء ابتداءً أن يعرض النزاع بين طرفيها على دائرة العمل في وزارة العمل لتتخذ ما تراه لازماً لتسوية النزاع بينهما وإلا أحالت النزاع إلى القضاء للفصل فيه، وإذا لم تتبع هذه الإجراءات حكم القضاء بعدم قبول الدعوى⁶⁴.

⁶³ - المرجع السابق، صفحة 34.

⁶⁴ - المادة 6 من قانون تنظيم علاقات العمل. حكم محكمة التمييز -دبي بتاريخ 21-10-2014 في الطعن رقم 2014 / 50 طعن عمالي.

وعند نظر الطلبات المطروحة في الدعوى يلجأ القاضي إلى شروط عقد الاحتراف بين الطرفين واللوائح المنظمة للعلاقة بين الطرفين للفصل في الطلبات المعروضة عليه، وإلا طبقت أحكام قانون العمل على ما لم يرد فيهما⁶⁵. ويراعى حين ذلك ألا تخالف شروط العقد احكام القانون، وإلا كان الشرط باطلاً ما لم يكن أكثر فائدةً للعامل⁶⁶ وهو اللاعب هنا.

وقد يدق الخلاف حول مدة عدم سماع الدعوى المقررة لمستحقات اللاعب المحترف، هل هي بمرور سنتين من استحقاقها كما قررت ذلك المادة 69 من لائحة أوضاع اللاعبين؟ ام هي بمرور سنة من تاريخ استحقاقها كما قررت المادة 6 من قانون تنظيم علاقات العمل؟

إن المادة 9 فقرة 3 من نموذج عقد الاحتراف الملحق بلائحة أوضاع اللاعبين، نصت على أن أحكام قانون تنظيم علاقات العمل تطبق على ما لم يرد في العقد او اللوائح. فالعقد هنا أحال إلى اللوائح وجعلها شروطاً منه فيما لم يرد فيه. فمدة عدم سماع الدعوى أمام القضاء إذاً هي سنتان بحسب اللوائح المنظمة لعقد الاحتراف، وليست سنة واحدة كما نص قانون تنظيم علاقات العمل، وليس في ذلك مخالفة لأحكام القانون، ذلك أن طرفي عقد الاحتراف قد اتفقا على الإحالة إليها . اللوائح . فأصبحت من شروطه، وذلك فيه فائدة أكثر للاعب.

هذا إذا لم تدفع الدعوى بعدم اختصاص القضاء لوجود شرط التحكيم، فإذا دفعت بهذا الشرط كان لزاماً على القاضي الحكم بعدم قبولها لوجود شرط التحكيم واختصاص غرفة فض المنازعات بنظرها نزولاً عند إرادة طرفي العقد اللذين ارتأيا نزع الاختصاص من القضاء وإسناده إلى غرفة فض المنازعات. ذلك أن نموذج عقد احتراف لاعب كرة القدم، اشتمل على شرط اختصاصها بنظر النزاعات التي تنشأ بين النادي

⁶⁵ - المادة 9 فقرة 3 من نموذج عقد الاحتراف.

⁶⁶ - المادة 7 من قانون تنظيم علاقات العمل. حكم محكمة التمييز -دبي بتاريخ 08-02-2011 في الطعن رقم 2010 / 172 طعن عمالي.

واللاعب المحترف حول بنود العقد وتنفيذه⁶⁷. وهنا تخرج الدعوى من اختصاص القضاء لوجود شرط التحكيم لا لعدم اختصاصه أصلاً بنظرها.

المطلب الثاني: رفع الدعوى أمام القضاء بعد صدور قرار نهائي من غرفة فض المنازعات

في حال لجأ أحد طرفي عقد الاحتراف إلى غرفة فض المنازعات وأصدرت قرارها النهائي في النزاع، فهل يجوز لمن صدر القرار ضده الطعن عليه أمام القضاء؟

اللجوء إلى القضاء في حد ذاته حق مكفول للأفراد. إلا أنه فيما أرى أن القضاء هنا لن يكون جهة طعن على قرارات الغرفة إنما سيكون جهة تصديق على القرار الصادر عنها وذلك استناداً إلى شرط التحكيم بين الطرفين باللجوء إليها في حال النزاع بينهما. فإذا رفعت الدعوى بالطعن على قرار الغرفة قضت المحكمة برفضها لعدم اختصاصها أصلاً بنظر موضوعها، لاختصاص غرفة فض المنازعات بنظرها كجهة تحكيم. أما إذا رفعت بالتصديق على قرار الغرفة قضى القاضي بالتصديق عليه إذا لم يخالف النظام العام وذلك إذا لم يطلب أحد الخصوم بطلانه لتوفر حالة من حالات البطلان، فإذا تحققت إحدى تلك الحالات قضى ببطلانه ولا يجوز الطعن على قرار المحكم بأي طريق بطرق الطعن، أما الحكم الصادر بالمصادقة على القرار أو ببطلانه فيجوز الطعن عليه بالطرق المقررة قانوناً⁶⁸.

⁶⁷ - المادة 9 فقرة 2 من نموذج عقد الاحتراف.

68 - المادة 217 من قانون الإجراءات المدنية. حكم محكمة التمييز - دبي بتاريخ 24-08-2016 في الطعن رقم 2016 / 82 طعن عقاري.

الخاتمة

رأينا أن الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاعات الناتجة عن عقد احتراف لاعب كرة القدم هي القضاء، ولا ينال من ذلك ما قرره المشرع الرياضي من اختصاص لجان تابعة لاتحاد كرة القدم بنظر هذا النوع من النزاعات المتمثلة في غرفة فض المنازعات ولجان لطعن على قراراتها، ذلك أنها لجان لها صفة التحكيم بين أطراف العقد، ولم يسبغ المشرع عليها الصفة القضائية. أي أنها تأخذ أساسها القانوني من اتفاق الاطراف لا من القانون.

إلا أن هناك اعتبارات دولية لكرة القدم تحتم إسناد نظر النزاعات الناشئة عن عقد احتراف كرة القدم إلى اللجان التابعة لاتحاد الكرة في كل دولة، وتقاوم تلك الاعتبارات بقوة تدخل الدولة في شأن كرة القدم بشكل غير مقبول⁶⁹.

وللتوفيق بين اختصاص القضاء وهذه الاعتبارات أرى أن يعتبر شرط اختصاص غرفة فض المنازعات بنظر النزاعات بين اللاعب المحترف والنادي الوارد في نموذج عقد الاحتراف أن يعتبر شرط تحكيم. فينعتد اختصاص غرفة فض المنازعات بموجب اتفاق الطرفين لا بموجب اللوائح المنظمة لاختصاص الغرفة لتلافي أي نزاع قانوني حول مدى اختصاص الغرفة بنظر هذا النوع من النزاعات.

فاحتراماً لمبدأ سلطان الإرادة أعطى المشرع لطرفي العقد حرية الاتفاق على عقد الاختصاص بنظر النزاع بينهما للمحكم الذي يختارون⁷⁰. و ينحصر دور القضاء هنا في الرقابة القضائية على قرار المحكم فقط. وهي غرفة فض المنازعات. عند النظر في طلب المصادقة عليه أو طلب بطلانه، و ذلك بالتثبت

⁶⁹ - قررت اللجنة الأولمبية الدولية تجميد النشاط الرياضي لدولة الكويت ابتداءً من 15 - 10 - 2015 للتدخل الحكومي غير المقبول في شأن اتحاد كرة القدم و الذي يتعارض و لوائح الفيفا التي تنص على أن تدير الاتحادات الأعضاء أمورها باستقلالية من دون تدخل طرف ثالث (موقع جريد الاتحاد على الإنترنت ، تاريخ النشر 4 - 10 - 2015) .

⁷⁰ - المادة 203 من قانون الإجراءات المدنية.

من استيفاء الحكم لمقوماته الشكلية من كونه مكتوباً مشتملاً على صورة من الاتفاق على التحكيم ، وعلى ملخص أقوال الخصوم ومستنداتهم، وأسباب الحكم ومنطوقه وتاريخ ومكان صدوره، وتوقيعات المحكمين على الحكم، ورعايته للمبادئ الأساسية للتقاضي، وعدم معارضته مع حكم آخر سبق صدوره بين الخصوم في ذات الموضوع، وعدم تعارضه مع النظام العام أو الآداب، ولا يتطرق دور المحكمة بعد ذلك إلى بحث النزاع الذي فصل فيه المحكمون، ولا أن تعرض لحكمهم من الناحية الموضوعية، ولا تتطرق لمدى مطابقتها للقانون، ولا لأي منازعة يثيرها الخصوم طعناً في الحكم، وتكون متعلقة بتقدير المحكم للأدلة المقدمة في الدعوى ومدى كفايتها من عدمه، متى كان الحكم مستوفياً للمبادئ الأساسية للتقاضي⁷¹.

فتدخل القضاء في قرار غرفة فض المنازعات هنا تدخلٌ مقبول. فهو لا يتعرض لقرارها . عند المصادقة عليه أو بطلانه . من الناحية الموضوعية، ولا يتطرق لمدى مطابقتها للقانون، ولا يتعرض لتقدير الأدلة المقدمة أمامها ومدى كفايتها من عدمه متى كان موافقاً للنظام العام ومستوفياً للمبادئ الأساسية للتقاضي.

ولن يكون تدخل القضاء في المنازعات الرياضية بهذا الشكل محل نقد دولي، ذلك أن المشرع الفرنسي ذهب إلى أبعد من ذلك، فبعد عرض أي نزاع رياضي على الجهات المختصة بالاتحاد الرياضي المعني، أو بعد عرضه على التوفيق . اختياريًا كان أو إجباريًا . ولم يكن قرار الجهة المختصة أو قرار الموفق مقبولاً لدى الأطراف، جاز طرح النزاع على القضاء سواء كان إدارياً أم عادياً بحسب الأحوال. ولا يعتبر هذا النظام مخالفاً لمبادئ الاتحاد الدولي، فلم يعترض . الاتحاد الدولي . على هذا التنظيم الداخلي

⁷¹ - حكم محكمة التمييز -دبي بتاريخ 19-10-2010 في الطعن رقم 171 / 2010 طعن تجاري و 200 / 2010 طعن تجاري و 2010 / 212 طعن تجاري.

للفصل في المنازعات التي تنشأ في مجال الرياضة على مستوى المنافسات المحلية، باعتباره شأنًا داخلياً يخضع لسلطة المشرع الفرنسي دون تدخل خارجي⁷².

هكذا نكون قد سلطنا الضوء على الاختصاص بنظر النزاعات الناشئة عن عقد احتراف لاعب كرة القدم، وخلصنا إلى أن القضاء يظل هو صاحب الاختصاص الأصل بنظر هذا النوع من النزاعات، إن أوكل المشرع الرياضي نظرها إلى لجان تابعة لاتحاد الكرة، تأخذ الصفة التحكيمية حيالها. وضعنا حلاً نراه قانونياً وعملياً ومنطقياً لفض الاشتباك بين الثوابت القانونية والتشريعية في الدولة وبين الاعتبارات الدولية لكرة القدم التي تقاوم تدخل الدولة في شأن كرة القدم.

وموضوع هذا البحث يشكل غيضاً من فيض عقد احتراف كرة القدم الذي يعتبر عقداً جديداً على الساحة القانونية . الفقهية والقضائية . وماتزال هناك جوانب كثيرة متصلة به في حاجة لكثير من البحث لنصل إلى كلمة سواء بين رجال القانون و رجال الرياضة.

وأرجو من الله سبحانه وتعالى أن يكون عملي هذا سراجاً تتجلى به ظلمة الجهل و ينير طريق العدل وصولاً إلى الحق إنه قريب مجيب.

⁷² - د اسامة أحمد شوقي المليجي، تسوية المنازعات في مجال الرياضة، دار النهضة العربية ، صفحة 131 .

المراجع

1 - الكتب:

- دكتور أسامة أحمد شوقي المليجي، تسوية المنازعات في مجال الرياضة، دار النهضة العربية.
- دكتور عبد الحميد الحفني، عقد احتراف لاعب كرة القدم، الطبعة الأولى 1995، مجلة الحقوق العدد الرابع السنة التاسعة عشرة.
- دكتور عبد الرزاق حسين يس، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، مطابع البيان التجارية، الطبعة الثانية، 1994.
- عبد الرزاق سفلو، مدى اختصاص القضاء بمنازعات عقد الاحتراف الرياضي، إصدارات معهد دبي القضائي، سنة 2014.
- عبد الرزاق السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزام، المجمع العلمي العربي الإسلامي.
- دكتور عبد الواحد كرم، احكام الالتزام في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، درا الفجر للطباعة والنشر . أبو ظبي.
- دكتور علي عوض حسن، التحكيم الاختياري والإجباري في المنازعات المدنية والتجارية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى 2001.
- دكتور فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الطبعة الاولى 2007.
- دكتور محمود محمد هاشم ، النظرية العامة للتحكيم ، دار الفكر العربي ، الجزء الأول .

2 - الدراسات:

- دكتور عبد الله الطراونة، النظام القانوني لعقد الاحتراف الرياضي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة.

- كريم محمد محي الدين، طبيعة وآثار عقد الاحتراف الرياضي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بجامعة المنوفية.

- محمد حلمي الشاعر، النظام القانوني لعقود احتراف لاعبي كرة القدم ، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة عين شمس.

3 - الأحكام القضائية والقرارات التحكيمية:

- الأحكام الصادرة عن محكمة تمييز دبي.

- القرارات الصادرة عن غرفة فض المنازعات في اتحاد كرة القدم.

4 - المواقع الإلكترونية:

- موقع لسان العرب.

- موقع جريدة الخليج.

الاستصناع: منتج تمويلي إسلامي متميز لتأهيل ذوي الاحتياجات الخاصة

دراسة في ضوء القانون الاتحادي رقم ٢٩ لسنة ٢٠٠٦ في شأن حقوق ذوي الاحتياجات الخاصة في دولة الإمارات واتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة

إعداد الدكتورة
ندى زهير الفيل

أستاذ القانون التجاري المشارك
كلية القانون - جامعة الشارقة

الملخص

تنصب الدراسة في هذا البحث على بيان أهمية الدور الذي يمكن أن يؤديه الاستصناع في عملية تأهيل ذوي الاحتياجات الخاصة، وتمكينهم من الاستفادة الكاملة من مختلف أنواع الخدمات الصحية والتعليمية والاجتماعية، وبعد أن أكدت البحوث والدراسات التي أجريت عليهم أنهم يتمتعون بقدرات وإمكانات من غير الجانب الذي ابتلوا فيه لا تقل بأي حال من الأحوال عن الإنسان العادي، وبعد الجهود الحثيثة التي بذلتها دولة الإمارات العربية المتحدة في تطوير أساليب العناية والاهتمام بهم، وإصدار التشريعات اللازمة لتأهيلهم وحمايتهم ودمجهم في المجتمع للاستفادة من ملكاتهم الإنسانية؛ فقد أحسّت المؤسسات المعنية بذوي الاحتياجات الخاصة؛ بأنها أمام مسؤولية إحداث نقلة نوعية في تأهيل هذه الفئة وإيجاد بيئة صديقة غير معيقة. والوصول إلى هذا الهدف يحتاج إلى التمويل والدعم المالي، ووجدنا، على سبيل الطموح، أن المصارف الإسلامية يمكن أن تؤدي دورها الفاعل في إعانة هذه المؤسسات على جعل كل مشروعات تأهيل ذوي الاحتياجات الخاصة واقعا ملموسا، وذلك من خلال تفعيل الاستصناع موضوع هذا البحث.

Summary:

The study focuses on the importance of the role that Istisna'a can play in the rehabilitation of people with special needs and enable them to make full use of the various types of health, education and social services. The researches and studies that have been conducted have shown that they have capabilities and capabilities other than the one In no way less than the ordinary human being, and after the efforts exerted by the United Arab Emirates in developing care and attention to them, and issuing the necessary legislation to qualify them and protect them and integrate them into society to benefit from their human rights The institutions concerned with special needs have felt that they are responsible for making a qualitative leap in qualifying this category and creating a friendly environment that is not hindering. Achieving this goal requires funding and financial support, and we have the ambition to play an active role in helping these institutions All projects of rehabilitation of people with special needs are a tangible reality, through activating Istisnaa the subject of this research .

أولاً/ التعريف بأهمية موضوع البحث

بدأت مسيرة الاهتمام والرعاية بذوي الاحتياجات الخاصة في دولة الإمارات العربية المتحدة بجهود المغفور له بإذن الله تعالى الشيخ زايد بن سلطان آل نهيان "طيب الله ثراه" في بناء وتوفير مراكز حديثة ومتخصصة لرعاية وتأهيل ذوي الإعاقة، واستمرت هذه التوجيهات الإنسانية النبيلة في سياسات الحكومة وبرامجها من خلال ما تبذله بشكل مستمر في تطوير أساليب الرعاية والاهتمام بهذه الفئة من أفراد المجتمع، وإصدار التشريعات اللازمة لتأهيلهم وحمايتهم ودمجهم في المجتمع للإفادة من طاقاتهم وملكاتهم الإنسانية، ومن هذه التشريعات؛ القانون الاتحادي رقم 29 لسنة 2006 بشأن حقوق ذوي الاحتياجات الخاصة المعدل بالقانون رقم 14 لسنة 2009 الذي وضع القواعد المنظمة لتلبية احتياجات المعاقين الصحية والاجتماعية والتعليمية والثقافية وغيرها، كما كانت دولة الإمارات من الدول السباقة في التصديق على الاتفاقية الدولية الشاملة والمتكاملة لحماية وتعزيز حقوق المعاقين وكرامتهم، وذلك بموجب المرسوم الاتحادي رقم 116 لسنة 2009 .

فالقانون الاتحادي رقم 29 لسنة 2006 بشأن حقوق ذوي الاحتياجات الخاصة يهدف إلى كفالة حقوق صاحب الاحتياجات الخاصة، وتوفير جميع الخدمات في حدود ما تسمح به قدراته وإمكاناته، لكيلا تكون الاحتياجات الخاصة سببا يحول دون تمكن هؤلاء من الحصول على تلك الحقوق والخدمات، خصوصا في مجال الرعاية والخدمات الاجتماعية والاقتصادية والصحية والتعليمية والمهنية والثقافية. وتطبيقا لذلك وعلى سبيل المثال لا الحصر؛ فقد جاء في الفصل الأول من الباب الثاني من هذا القانون وبعنوان "الخدمات الصحية وخدمات إعادة التأهيل" بأن لكل صاحب ذوي احتياجات خاصة مواطن الحق في الاستفادة من الخدمات الصحية وإعادة التأهيل وخدمات الدعم. وفي مجال التعليم فإن المادة (13) من القانون - الفصل

الثاني من الباب الثاني - تلزم وزارة التربية والتعليم ووزارة التعليم العالي والبحث العلمي باتخاذ الإجراءات المناسبة - بالتعاون مع الجهات المعنية- لتوفير التشخيص التربوي والمناهج الدراسية والوسائل والتقنيات الميسرة لأغراض التدريس. وفي الفصل الخامس من الباب ذاته وتحت عنوان "البيئة المؤهلة" تلزم الجهات المعنية بالتنسيق فيما بينها بتحديد المعايير والمواصفات الهندسية الخاصة بتأهيل المنشآت والمرافق العامة لاستعمال صاحب الاحتياجات الخاصة، كما يحدد مجلس الوزراء مواصفات السكن الحكومي وقواعد تملكها. ويجب أن تتوفر في الطرق والمركبات العامة ووسائل النقل البرية والجوية والبحرية المواصفات الفنية اللازمة لاستعمال صاحب الاحتياجات الخاصة.

وجاءت الاتفاقية الدولية الشاملة والمتكاملة لحماية وتعزيز حقوق المعاقين وكرامتهم لتتفق تماما مع ما جاء في القانون الاتحادي رقم 29 لسنة 2006، وذلك من خلال ما أورده في الفقرة (ج) من المادة 3 "مبادئ عامة" (كفالة ومشاركة وإشراك الأشخاص ذوي الإعاقة بصورة كاملة وفعالة في المجتمع). وفي الفقرة (هـ) تكافؤ الفرص، وفي الفقرة (و) إمكانية الوصول، كما أنها ألزمت الدول الأطراف بكفالة وتعزيز أعمال كافة حقوق الإنسان والحريات الأساسية لجميع الأشخاص ذوي الإعاقة دون أي تمييز من أي نوع على أساس الإعاقة، وفي سبيل ذلك فإنه على الدول أن تعتمد إلى إجراء وتعزيز البحوث، والتطوير للسلع والخدمات والمعدات والمرافق المصممة تصميمًا عامًا لتلبية الاحتياجات المحددة للأشخاص ذوي الإعاقة وتشجيع توفيرها واستعمالها. وفي إمكانية الوصول توجب الاتفاقية على الدول الأطراف اتخاذ كافة التدابير المناسبة التي تكفل إمكانية وصول الأشخاص ذوي الإعاقة إلى البيئة المادية المحيطة وإلى وسائل النقل والمعلومات والاتصالات بما في ذلك تكنولوجيا المعلومات والاتصال والخدمات والمرافق الأخرى لكافة الجمهور. وفي مجال التنقل الشخصي ألزمت الدول الأعضاء أيضا بتيسير حصول الأشخاص ذوي الإعاقة على ما يتسم بالجودة من الوسائل والأجهزة المساعدة على التنقل، والتكنولوجيات المعينة، وأشكال من المساعدة البشرية والوسطاء، وتشجيع الكيانات الخاصة التي تنتج هذه الوسائل والأجهزة.

ثانيا/ فرضية البحث

إن ما تقدم يجعل المؤسسات والجهات المعنية بذوي الاحتياجات الخاصة في دولة الإمارات أمام مسؤولية مجتمعية كبيرة وصعبة تفرض عليها أن تعمل جاهدة من أجل إحداث نقلة نوعية في تأهيل هذه الفئة من أفراد المجتمع، ودعم البرامج التأهيلية وصولاً إلى توفير بيئة صديقة غير معيقة؛ تذلل من خلالها جميع العراقيل التي تعترضهم ليكونوا قادرين على الإنتاج والإبداع والاندماج في مجتمع أقرانهم من ذوي الاحتياجات الخاصة.

ولكن الوصول إلى هذه الأهداف يحتاج إلى التمويل والدعم المالي اللازم لضمان إنجاح سياسات وبرامج التنمية الاقتصادية والاجتماعية التي تنشُد منع التمييز بين أفراد المجتمع على أساس الاحتياجات الخاصة؛ لذلك فقد وجدنا -وعلى سبيل الطموح- أن المصارف الإسلامية يمكن أن تؤدي دورها الفاعل، - انطلاقاً من مسؤوليتها الاجتماعية- ومن خلال وسائلها التمويلية في إعانة المؤسسات والجهات المعنية على جعل كل مشاريع خدمات تأهيل المعاقين واقعا ملموسا في حياتهم اليومية، وأن إحدى الوسائل التمويلية التي نطمح أن تُفعّل في هذا الجانب (الاستصناع) الذي يعد من الأدوات الاستثمارية المباشرة التي تستخدمها المصارف الإسلامية في تمويل مشروعات الإسكان والصناعات الثقيلة والصناعات الغذائية والزراعية وتصنيع المعدات وغير ذلك من الأنشطة والاحتياجات الاقتصادية، فلماذا لا يكون للاستصناع دور متميز في إنشاء البنية التحتية اللازمة لتقديم خدمات التأهيل لذوي الاحتياجات الخاصة؟

ثالثا/ مشكلة البحث

الاستصناع عقد بين طرفين يقوم أحدهما (الصانع) بموجب هذا العقد بصنع شيء محدد الجنس والصفات (بشكل يمنع أية جهالة مفضية للنزاع) للطرف الآخر (المستصنع)، على أن تكون المواد اللازمة للصنع (المواد الخام)، من عند الصانع، وذلك مقابل ثمن معين يدفعه المستصنع للصانع مقسطاً أو مؤجلاً. وقد اتفقت غالبية الفقهاء على أن الاستصناع عقد على مبيع في الذمة مطلوب عمله، وهو ذات ما قرره مجمع الفقه الإسلامي رقم (66/2/7). وهو أحد المنتجات الإسلامية المبنية على البيع يتميز بدوره الفاعل في:-

- التمويل الصناعي؛ حيث يرتبط ارتباطاً وثيقاً بعملية التصنيع، وخاصة الصناعة التحويلية التي يتم من خلالها تحويل المنتجات الأولية إلى منتجات أخرى تحقق قيمة مضافة أكبر. فهو يساعد في تصنيع المعدات والآلات والسفن والطائرات وتمويل أجهزة الاتصالات والمستشفيات ووسائل النقل وشبكات توزيع الماء والكهرباء والبخار وغيرها.

- التمويل العقاري؛ حيث يسمح بتمويل مشروعات البنية التحتية، وتمويل مشروعات الإسكان وذلك ببناء المساكن على أرض المستصنع أو أراضي الصانع، وكذلك إقامة المباني الجاهزة.

- يساهم بشكل مباشر في توليد الدخل، وفي إنتاج السلع وفي التشغيل وتوفير فرص العمل وفي الصادرات.

- يشجع ويساعد على الاستثمار الأمثل للمواهب والقدرات التكنولوجية في مجال إنتاج السلع الرأسمالية في الدول الإسلامية.

ومن هذا المنطلق، وحيث إن عملية التأهيل وإعادة التأهيل توصف بأنها عملية مستمرة تتطلب تعديل الواقع وتهيئة بيئة مؤهلة تناسب قابليات ذوي الاحتياجات الخاصة في جميع المجالات؛ الخدمات الصحية، وخدمات الحياة العامة، والخدمات الثقافية والرياضية، وخدمات التعليم، والمنشآت والمرافق العامة، والسكن الحكومي، والتنقل، وما يستلزم ذلك من إقامة مشروعات وصناعات يحتاج تنفيذها إلى رؤوس أموال كبيرة، خاصة في ظل التطور التكنولوجي الواجب مراعاته في صناعة واستخدام الوسائل والأجهزة والمعينات المساعدة والبرامج والخدمات المخصصة لفئات ذوي الإعاقة. وإذا كان الاستصناع منتجا إسلاميا متميزا وعلى جانب كبير من الأهمية في مجال الصناعة والبناء، فهل يمكن توظيفه في خدمة برامج التأهيل؟ هذا ما دفعنا إلى اختيار هذه الإشكالية لتكون موضوع الدراسة في هذا البحث، فوجدنا أمامنا العديد من التساؤلات منها؛ ما المقصود بعقد الاستصناع وماهي الشروط الواجب توافرها لصحته؟ وما مدى مشروعيته؟ وبوصفه من المنتجات المصرفية الإسلامية القائمة على البيع المؤجل ما هو الفرق بينه وبين البيع المطلق وعقد

السلم وعقد الإجارة؟ وما مدى الأهمية التي يحتلها الاستصناع كصيغة تمويلية في مجالات الحياة الاقتصادية والاجتماعية؟ وماهي الأساليب التي تتبعها المصارف الإسلامية في تطبيقه؟ وماهي المخاطر التي تعترض طريقها في التطبيق؟ وهل يمكن أن يوظف في مجال الخدمات المتعلقة بمسألة التأهيل؟ وكيف تحل مشكلة تذبذبات أسعار السلع المصنعة التي يمكن أن يواجهها المصرف في الفترة الواقعة بين تاريخ التعاقد وبين تاريخ التسليم؟

رابعاً/ منهجية البحث

1- اعتمدت الدراسة في هذا البحث على المنهج الوصفي الذي أعطى صورة واضحة عن الاستصناع كعقد وكصيغة تمويلية؛ المقصود به، وشروط صحته ومشروعيته، وتمييزه عن الصيغ التمويلية الأخرى التي يشهدها الواقع المصرفي، وأساليب وإجراءات تطبيقهن والمخاطر التي تواجهها المصارف بشأن ذلك. كما شملت الدراسة أيضاً وصفاً لتأهيل المعاقين وإعادة تأهيلهم، والخدمات التي أراد المشرع الإماراتي تحقيقها للمعاقين في القانون الاتحادي رقم (29) لسنة 2006 بشأن حقوق ذوي الاحتياجات الخاصة المعدل بالقانون رقم (14) لسنة 2009، وموقف الاتفاقية الدولية لحماية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، وكان ذلك بالاعتماد على الدراسات والأبحاث التي عالجت المسائل المتعلقة بأحكام هذا العقد ومجال تطبيقه في الواقع المصرفي الإماراتي.

2- ولقلة المؤلفات والدراسات التي تهتم بالجوانب القانونية لتأهيل وإعادة تأهيل المعاقين،-حيث لوحظ اهتمام الباحثين بالجوانب التربوية والطبية والنفسية والمجتمعية لتأهيل المعاقين ودمجهم في مجتمع أقرانهم من الغير - فقد اعتمدنا على المنهج التحليلي للنصوص التشريعية المتعلقة بالخدمات التي حرص المشرع الإماراتي على كفالة تحقيقها للمعاقين الواردة في القانون الاتحادي رقم (29) لسنة 2006 بشأن ذوي الاحتياجات الخاصة المعدل بالقانون رقم (14) لسنة 2009، إضافة إلى تحليل نصوص الاتفاقية الدولية بشأن حماية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة. وللسبب المتقدم أيضاً، فقد اضطررنا إلى الاعتماد على ما أُتيح على مواقع الإنترنت من المقالات والأبحاث المتخصصة بموضوع التأهيل.

3- واعتمدت الدراسة أيضاً على المنهج المقارن؛ حيث انصبت الدراسة على مشكلة البحث في القانون الاتحادي رقم (29) لسنة 2006 بشأن ذوي الاحتياجات الخاصة المعدل بالقانون رقم (14) لسنة 2009، بالمقارنة مع نصوص الاتفاقية الدولية بشأن حماية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، إضافة إلى الإشارة

الموجزة لعدد من الجوانب القانونية المتعلقة بموضوع البحث الواردة في موقف قانون الأمريكيين المعاقين لعام 1990.

خامساً/ هيكلية البحث: ستكون الدراسة في هذا البحث على وفق الهيكلية التالية:-

المقدمة

المبحث الأول / التعريف بالاستصناع كمنتج تمويلي إسلامي متميز في تأهيل ذوي الاحتياجات الخاصة

المطلب الأول / التعريف بالاستصناع (المفهوم العقدي)

المقصد الأول / تعريف الاستصناع وبيان شروطه

المقصد الثاني / مشروعية عقد الاستصناع

المقصد الثالث / تمييز عقد الاستصناع من العقود الأخرى

المطلب الثاني / التعريف بتأهيل ذوي الاحتياجات الخاصة

المقصد الأول / التعريف بذوي الاحتياجات الخاصة

المقصد الثاني / التعريف بتأهيل ذوي الاحتياجات الخاصة

المبحث الثاني/ دور الاستصناع كمنتج تمويلي متميز في تأهيل ذوي الاحتياجات الخاصة

المطلب الأول/ أهمية الاستصناع وتطبيقاته في المجال المصرفي

المقصد الأول/ أهمية عقد الاستصناع كعقد وكصيغة تمويلية مصرفية

المقصد الثاني/ تطبيق الاستصناع في الواقع المصرفي

المطلب الثاني / تفعيل الاستصناع في مجال الخدمات المتعلقة بتأهيل ذوي الإعاقة

المقصد الأول/ الاستصناع والخدمات المتعلقة بتأهيل ذوي الإعاقة

المقصد الثاني/ تقويم عقد الاستصناع

الخاتمة/

المبحث الأول

التعريف بالاستصناع كمنتج تمويلي إسلامي متميز في تأهيل ذوي الاحتياجات الخاصة

الاستصناع من الصيغ التمويلية المهمة التي يمكن أن تمارس من خلالها المصارف الإسلامية دوراً مؤثراً؛ سواء للمتعاملين معها، أو للمجتمع والاقتصاد ككل، وهذا يتأتى من أهمية المجال الذي ترتبط هذه الصيغة بالتعامل فيه، وهو التصنيع وهو ما يمكن الاستفادة منه في مجال تأهيل ذوي الاحتياجات الخاصة - موضوع البحث.

وعلى هذا الأساس، وقبل أن نبين الدور المهم والفعال الذي يمكن أن يؤديه في مجال تأهيل ذوي الاحتياجات الخاصة، فقد آثرنا إعطاء صورة واضحة لما يعنيه الاستصناع كعقد؛ من خلال تعريفه، وتحديد شروط صحته، وبيان مشروعيته، ومن ثم تمييزه من بقية العقود التي تشترك معه في صفته التمويلية؛ وذلك في مطلب أول، أما المطلب الثاني؛ فسوف يتضمن التعريف بتأهيل ذوي الاحتياجات الخاصة، والتعريف بتأهيل ذوي الاحتياجات الخاصة، وإعادة التأهيل، وفلسفة التأهيل، وموقف المشرع الإماراتي والاتفاقية الدولية لحماية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة من التأهيل وذلك على وفق الآتي :

المطلب الأول / التعريف بالاستصناع (المفهوم العقدي):

لقد حظي الاستصناع باهتمام فقهي كبير؛ فقد قدمت له تعاريف عديدة قد يختلف بعضها عن بعض في الصياغة لكنها تلتقي في أنها تركز على صفته العقدية والشروط الواجب توفرها فيه ومشروعيته وتمييزه عن بعض العقود التي تتخذها البنوك الإسلامية كصيغ تمويلية حالها حال عقد الاستصناع وكيفية تطبيقه من قبل البنوك، وهذا ما يجعله إطاراً عقدياً لمنتج تمويلي إسلامي متميز، وعلى ذلك فإننا سنعمد إلى تقسيم هذا المطلب إلى المقاصد التالية:

المقصد الأول / تعريف عقد الاستصناع وبيان شروطه

الاستصناع لغة هو طلب الصنعة، واستصنع الشيء دعا إلى صنعه.⁽¹⁾ أما اصطلاحاً؛ فقد جاء في تحفة الفقهاء للسمرقندي أنه :- "عقد على مبيع في الذمة وشرط عمله على الصانع".⁽²⁾ ويعرفه الكاساني بأنه :- "عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل".⁽³⁾ ويقول البابرتي - رحمه الله - "والاستصناع هو أن يجيء إنسان إلى صانع فيقول: اصنع لي شيئاً صورته كذا، وقدره كذا، بكذا درهم، ويسلم إليه جميع الدراهم أو لا يسلم". ويقول ابن الهمام "الاستصناع هو طلب الصنعة، وهو أن يقول لصانع خُفٍ أو مكعب أو أواني الصفر: اصنع لي خُفاً طوله كذا وسعته كذا، أو دستاً أي برمة تسع كذا وزنها كذا على هيئة كذا بكذا، ويعطي الثمن المسمى أو لا يعطي شيئاً". ويعرفه ابن عابدين - رحمه الله - بأنه : "طلب العمل منه (الصانع) في شيء خاص على وجه مخصوص".⁽⁴⁾

ويعرف أيضاً بأنه "طلب شخص من آخر صناعة شيء ما له نظير ثمن معين، على أن يقدم الصانع جميع المواد".⁽⁵⁾ وعرفته مجلة الأحكام العدلية في المادة/124 منها بأنه: "عقد مع صانع على عمل شيء معين في الذمة". وعرفه مجمع الفقه الإسلامي في القرار رقم (7/2/66) بأنه :- "عقد وارد على العمل والعين في الذمة، وهو ملزم للطرفين إذا توافرت فيه الأركان والشروط". وعرف بأنه "عقد يشتري

⁽¹⁾ ابن منظور أبو الفضل جمال الدين محمد، لسان العرب، ج2، ط3، دار المعارف، 1911م، ص981 .

⁽²⁾ السمرقندي علاء الدين محمد بن أحمد، تحفة الفقهاء، ج2، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1984، ص528 .

⁽³⁾ الكاساني علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج5، دار الكتب العلمية، بيروت، 1986، ص2 .

⁽⁴⁾ نقلت هذه الآراء عن د. حامد بن حسن بن محمد علي ميرة، عقود التمويل المستجدة في المصارف الإسلامية (دراسة تأصيلية تطبيقية)، الميمان للنشر والتوزيع، الرياض، 2011، ص 478-479

⁽⁵⁾ د. حسين محمد سمحان، د. موسى عمر مبارك، د. عبد الحميد أبو صقري، إدارة الاستثمار في المصارف الإسلامية، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، جامعة الدول العربية، القاهرة، جمهورية مصر العربية، 2012، ص37.

به في الحال شيء مما يصنع، يلتزم البائع بتقديمه مصنوعاً بمواد من عنده بأوصاف مخصوصة وبثمن محدد".⁽¹⁾

وبناء على التعاريف المتقدم ذكرها؛ يتبين لنا أن لهذا العقد شروطاً لا بد من توافرها لصحته وهي تتلخص بالآتي:

أولاً/ أنه عقد؛ له أركان عقد البيع المطلق؛ الصيغة (الإيجاب والقبول)، والعاقدان (الصانع والمستصنع) والمعقود عليه (المستصنع وثن المستصنع) فهو ليس مجرد وعد بل هو اتفاق بين بائع هو الصانع، ومشتري هو المستصنع أي طالب الصنع.⁽²⁾

ثانياً/ أن يكون محل الاستصناع ليس شيئاً معيناً بالذات موجوداً في ملك البائع عند التعاقد؛ بل هو شيء معدوم يتعهد البائع بصنعه وإيجاده في المستقبل؛ فهو دين في ذمة البائع.

ثالثاً/ المستصنع (أي الشيء المطلوب صناعته) يجب أن يكون معلوماً؛ بأن يحدد العاقدان عند التعاقد صفاته تحديداً وافياً مزيلاً للجهالة والغرر ومانعاً للتنازع عند التسليم؛ وذلك بذكر جنس المصنوع ونوعه وقدره وصفاته وكل ما يختلف الثمن باختلافه.⁽³⁾

⁽¹⁾ د. محمد محمود المكاوي، أسس التمويل المصرفي الإسلامي بين المخاطرة والسيطرة، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، جمهورية مصر العربية، ط1، 2009، ص 67 .

⁽²⁾ د. حامد بن حسن بن محمد علي بن ميرة، المرجع السابق، 486، ولمزيد من التفصيل أنظر د. محمد محمود مكاوي، المرجع السابق، 68- 69 .

⁽³⁾ في هذا المعنى د. محمد عبد الحميد الفقي، الأداء الاقتصادي للمصارف الإسلامية وأثره في عملية التنمية الاقتصادية (دراسة فقهية اقتصادية) ، عالم الكتب، القاهرة، ط1، 2010، ص 192-193 .

رابعاً/ أن تكون المواد الخام التي تستخدم في الشيء المستصنع من الصانع لا من المستصنع؛ فإن لم تكن عنده لزمه شراؤها؛ فإن قدم المستصنع المواد للصانع ؛ كان ذلك عقد إجارة لا عقد استصناع ويتوجب حينئذ تطبيق أحكام الإجارة.⁽¹⁾

خامساً/ يجب أن يقوم الصانع بصنع الشيء المطلوب صناعته؛ فإن لم يقم بصنعه هو لزمه تكليف غيره بصنعه بأجر من عنده، لأن المستصنع يجب أن يكون موصوفاً في الذمة، دون شرط تعيين الصانع أو المادة التي تصنع منها البضاعة.⁽²⁾

سادساً/ أن يكون المصنوع مما تدخله الصنعة ؛ وعليه فلا يجوز عقد الاستصناع في الأشياء الطبيعية التي لا تدخلها الصناعة، كالأستصناع في المزروعات من الحبوب والخضراوات والفواكه وغيرها.⁽³⁾

سابعاً/ أن يتم تحديد ثمن الاستصناع جنساً وعدداً، تحديداً يمنع النزاع، وتحديد أجل أو آجال سداده،⁽⁴⁾ والثلث قد يدفع حالاً أو مؤجلاً أو مقسطاً.⁽⁵⁾

ثامناً/ ويذهب الدكتور محمد زكي عبد البر إلى " اشتراط عدم تضمن هذا العقد أجلاً محدداً؛ فإذا تضمن الأجل صار العقد سلماً وليس استصناعاً، وحينئذ ينطبق عليه حكم السلم وشروطه؛ ذلك لأن تحديد الأجل

⁽¹⁾ د. حامد بن حسن بن محمد علي ميرة، المرجع السابق، ص 487- 488 .

⁽²⁾ د. محمد عبد الحميد الفقي، المرجع السابق، ص 193 .

⁽³⁾ د. أحمد صبحي العيادي، إدارة العمليات المصرفية والرقابة عليها، دار الفكر، عمان، ط1، 2010، ص 113 ، د. حامد بن حسن بن محمد علي ميرة، المرجع السابق، ص 487 . (د. حسين محمد سمحان، د. موسى عمر مبارك، د. عبد الحميد أبو صقري، المرجع السابق، ص 39 .

⁽⁴⁾ د. حامد بن حسن بن محمد علي ميرة، المرجع السابق، ص 488

⁽⁵⁾ د. محمد محمود مكاي، المرجع السابق، ص 68 ، د. محمد عبد الحميد الفقي، المرجع السابق، ص 193، وفي هذا المعنى أيضاً، د. أحمد سليمان خصاونة ، المصارف الإسلامية (مقررات لجنة بازل - تحديات العولمة - استراتيجية مواجهتها) ، ط1، عالم الكتب الحديث للنشر والتوزيع، جدارا الكتاب العالمي للنشر والتوزيع عمان الاردن ، 2008 ، ص 91.

يقطع بأن إرادة المتعاقدين قد انصرفت إلى عقد السلم إذ العبرة في العقود بالمعاني لا بالألفاظ والمباني، وعلى ذلك يجب تسليم الثمن في مجلس العقد وتحديد أجل معلوم لتسليم المصنوع".⁽¹⁾

تاسعا/ كما يجب أن يتم تعيين مكان تسليم الشيء المستصنع.⁽²⁾

هذه هي الشروط العامة ويبقى السؤال هل يمكن تضمين عقد الاستصناع شروطا أخرى غير ما ذكر

آنفا، خاصة بعد أن أصبح هذا العقد من الوسائل التمويلية المهمة في مجال العمل المصرفي؟

يذهب الدكتور عبد الغني حسن أبو غدة: إلى أنه (ليس من مانع شرعي فيما تتخذه المؤسسات التجارية والمالية من إجراءات احتياطية، كوجود شروط جزائية تضعها على المصانع والصناع القائمين بالمشاريع ونحوها، وذلك ضمانا لحقوقها ولحقوق المودعين والمستثمرين، الذين فوضوها باستثمار أموالهم من خلال عقد الاستصناع، وتأكيدا على الطرف الآخر (الصانع) بوجوب وفائه بالعقد ومقتضياته، ووجوب التزامه بتسليم المتعاقد عليه في وقته المحدد، وهو ما يتوافق مع ما صدر في قرار مجمع الفقه الإسلامي برقم (109) في دورته (12)، ونصه: "يجوز أن يشترط الشرط الجزائي في جميع العقود المالية ما عدا العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها ديناً، فإن هذا من الربا الصريح، وبناء على هذا يجوز هذا الشرط- مثلاً- في عقود المقاولات بالنسبة للمقاول، وعقد التوريد بالنسبة للمورد، وعقد الاستصناع بالنسبة للصانع، إذا لم ينفذ ما التزم به، أو تأخر في تنفيذه... ولا يجوز في عقد الاستصناع بالنسبة للمستصنع إذا تأخر في أداء ما عليه".⁽³⁾

ونؤيد ما ذهب إليه جانب من الباحثين من أنه يمكن تضمين عقود الاستصناع شروطاً مثل:-

⁽¹⁾ د. محمد زكي عبد البر، أحكام المعاملات المالية في المذهب الحنفي، دار الثقافة، الدوحة، قطر، 1986، ص559، نقلاً عن د. محمد عبد الحميد الفقي، المرجع السابق، ص195 .

⁽²⁾ د. حسين محمد سمحان، د. موسى عمر مبارك، د. عبد الحميد أبو صقري، المرجع السابق، ص39 .

⁽³⁾ د. عبد الغني حسن أبو غدة، عقد الاستصناع وأهميته في النشاط الإقتصادي المعاصر، مقالة متاحة على موقع مجلة الوعي الإسلامي :- (<http://www.alwaei.gov.kw/site/pages>) تاريخ الزيارة : 2016/12/28 .

- شروط تتعلق بخدمات التدريب والتركيب والصيانة على أن تكون تكلفة هذه الخدمات أقل من تكلفة صناعة السلعة المطلوبة.

- شرط يمنع البنك الصانع من توكيل العميل - المستصنع بمباشرة الصناعة - على تنفيذ المصنوع خشية أن يتحول العقد إلى قرض ربوي.⁽¹⁾

المقصد الثاني / مشروعية عقد الاستصناع

لما كان عقد الاستصناع "عقداً على سلعة غير موجودة عند التعاقد"؛ فقد يُطرح السؤال بشأن جوازه شرعاً من عدمه؟ وفي إجابة هذا السؤال ذهب جمهور الحنفية - خلافاً للزفر - إلى أن عقد الاستصناع عقد مشروع، سواء دُفع الثمن في مجلس العقد، أو دفع جزء منه، أو لم يدفع شيء منه وأُخر كُله أو بعضه إلى موعد تسليم المعقود عليه (المستصنع) أو بعد تسليمه دفعة واحدة أو على دفعات؛ وهو ما رجحه بالفعل مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، والمجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، وهو ما أخذ به أيضاً عدد كبير من الهيئات الشرعية للمصارف والمؤسسات المالية الإسلامية.⁽²⁾ هذا وقد استند فقهاء الحنفية في حكمهم بجواز الاستصناع إلى السنة النبوية؛ فقد استصنع رسول الله صلى الله عليه وسلم خاتماً، واستصنع منبراً، وفعله دليل الجواز، وكذلك إلى الاستحسان؛ فالقياس ألا يجوز لأنه بيع ما ليس عند الإنسان لا على وجه السلم، وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الإنسان، ورخص في السلم ويجوز استحساناً لإجماع الناس على ذلك؛ لأمر منها:-

- إجماع الناس العملي على ممارسته والتعامل به دون نكير.

⁽¹⁾ د. أحمد صبحي العيادي، المرجع السابق، ص113.

⁽²⁾ د. حامد بن حسن بن محمد علي ميرة، المرجع السابق، ص484.

- الحاجة تدعو إليه، لأن الإنسان قد يحتاج إلى شيء من جنس مخصوص ونوع مخصوص، على قدر مخصوص، وصفة مخصوصة، ولا يجده مصنوعاً فيحتاج إلى أن يستصنع؛ فلو لم يَجُزْ لوقع الناس في الحرج، والشريعة قد تكفلت برفعه.

- كما أجاز الاستصناع لأن فيه معنى عقدين جائزين وهما السلم والإجارة، ذلك أن السلم عقد على مبيع في الذمة، واستتجار الصناع يُشترط فيه العمل؛ وما اشتمل على معنى عقدين جائزين كان جائزاً.⁽¹⁾

المقصد الثالث/ تمييز عقد الاستصناع من غيره من العقود

يشترك عقد الاستصناع مع عقد السلم في أن كلا منهما يُعد من أساليب التمويل القائمة على المديونية، ويشترك مع عقد البيع المطلق في أنهما ينطويان على مبادلة عين بثمن، كما أنه يقترب من الإجارة لأن فيه تعاقدًا على العمل، ولكن مع ذلك فإن لعقد الاستصناع أموراً يختلف فيها عن هذه العقود أثراً أن نبينها في هذا المقصد لتتجسد لنا أهميته الاقتصادية التي دفعت المصارف إلى استثمار واستخدام مواردها الذاتية وموارد الغير لديها من خلاله (من خلال الاستصناع).

أولاً/ تمييز عقد الاستصناع من عقد السلم

على الرغم من أن الاستصناع يعتبر من وجهة نظر الكثيرين أحد أنواع السلم في الصناعات، إلا أن الذين يميزون بين الاستصناع والسلم يرون أن هناك العديد من أوجه الاختلاف بينهما، وعلى وفق الآتي:-

⁽¹⁾ نقلاً عن د. حامد بن حسن بن محمد علي ميرة، المرجع السابق، ص 484، د. أحمد صبحي العيادي، المرجع السابق، ص 112، د. حسني عبد السميع إبراهيم، موقف الشريعة الإسلامية من النقود والبنوك (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والاقتصاد الوضعي)، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة الطبع بلا، ص 431.

1- أن الاستصناع إنما يجري فيما تدخله الصنعة فقط، أي المصنوعات، ولا يجري في الأشياء الطبيعية التي لا تدخلها الصنعة كالثمار والحبوب ونحوها، بل هذه المنتجات الطبيعية إذا أريد بيعها فطريق ذلك عقد السلم لا غير.

2- أن الثمن لا يجب تعجيله في الاستصناع، وإنما تجب معلوميته بتحديد نوعه وقدره؛ فيمكن أن يكون الثمن في الاستصناع معجلاً كله أو مؤجلاً كله، أو مقسّطاً، وذلك كما في البيع العادي (البيع المطلق) وهذا فارق رئيس بين الاستصناع والسلم تظهر فيه مزية الاستصناع⁽¹⁾، أما بشأن السلم فقد جاء في روضة الطالبين: "... ولا يجوز فيه الإذن إلا أن يُدفع ثمنه، وهذا شراء صفة مضمونة فلا يجوز فيها إلا أن يُدفع ثمنها، وتكون على ما وصفت...".⁽²⁾ فالسلم يتم فيه دفع رأس المال مقدّماً، بينما الاستصناع هو تباع في الذمة لأن ذمة كل طرف تُشغل من جهتها، فالمستصنع تشغل ذمته بالثمن، والصانع تشغل ذمته بالمصنوع محدد الصفات.⁽³⁾

3- أن عقد الاستصناع غير ملزم لأطرافه، في حين أن عقد السلم يعتبر ملزماً لأطرافه.⁽⁴⁾

ثانياً/ تمييز الاستصناع عن عقد الإجارة

- 1- المعقود عليه في الإجارة هو منفعة العمل، والاستصناع محل العقد فيه هو عين، ومنفعة عمل.
- 2- ما يحتاج إليه العمل من مواد أولية في عقد الإجارة إنما يقدمه المستأجر لا الأجير، بينما تجد في عقد الاستصناع، أن المادة أو المواد الأولية التي يصنع منها الشيء المستصنع وسائر ما يحتاج إليه العمل من مواد أساسية أو كمالية سواء منها ما يحتاج إلى اشتراط، أو كان مفهوما عرفاً، كل ذلك إنما يقدمه الصانع من

⁽¹⁾ د. حامد بن حسن بن محمد علي ميرة، المرجع السابق، ص 482

⁽²⁾ نقلاً عن د. حسني عبد السميع إبراهيم، المرجع السابق، ص 413

⁽³⁾ د. محمد محمود مكاي، المرجع السابق، ص 70 .

⁽⁴⁾ د. فليح حسن خلف، البنوك الإسلامية، عالم الكتب الحديث، دارا للكتاب العالمي، إريد، 2006، ص 383 - 384 .

عنده لا يقدم المستصنع شيئاً منه، لأنه محسوب في الثمن، وهو إنما يشتري الشيء مصنوعاً كاملاً؛ فالصانع في الاستصناع يقدم شيئاً مندمجين تماماً هما عين وعمل، أو حسب التعبير الاقتصادي سلعة وخدمة، أما في الإجارة فلا يقدم إلا عملاً أو خدمة أو منفعة.⁽¹⁾

3- يحصل من يقوم بمهمة الاستصناع على مقابل لها ويتمثل في الثمن الذي يتضمن تكاليف التصنيع بما في ذلك العمل، في حين أن المقابل في عقد الإجارة هو الأجر والذي يعتبر ثمن العمل الذي يؤديه وفقاً لهذا العقد.

4- عقد الاستصناع جائز وغير ملزم، في حين أن الإجارة -كما هو متفق عليه- عقد غير ملزم للطرفين، رغم أن آخرين يعتبرون عقد الاستصناع عقداً ملزماً حاله في ذلك حال عقد الإجارة.⁽²⁾

ثالثاً/ تمييز عقد الاستصناع عن البيع العادي (البيع المطلق)

ذكر فقهاء المالكية عدة صور للاستصناع وجعلوا إحداها من باب البيع وهي؛ ما إذا طلب شخص من النحاس - مثلاً - أن يصنع من نحاسه المعين توراً (طستاً)، فهو بيع معين يشترط فيه الشروع ولو حكماً، وأدخلوا بعض صور الاستصناع في باب البيع والإجارة؛ وذهب بعض الحنفية إلى أن الاستصناع إجارة ابتداءً، وبيع انتهاءً.⁽³⁾

إلا أن الدكتور مصطفى الزرقا يذهب إلى "أن عقد الاستصناع هو نوع من البيع يخضع مبدئياً لأحكام البيع العامة؛ لكنه بمقتضى كونه نوعاً خاصاً ذا خصائص توجب له فإن ذلك يوجب أن يكون له استثناءات من أحكام البيع العادي"، وعليه فإنه يمكن التمييز بين عقد الاستصناع وعقد البيع من خلال النقاط التالية:-

⁽¹⁾ د. حامد بن حسن بن محمد علي ميرة، المرجع السابق، ص 482، د. محمد محمود مكايي، المرجع السابق، ص 70، د. كاسب عبد الكريم البدران، عقد الاستصناع أو عقد المقاول في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، ط 1، 1979، ص 87، متاح على الموقع الإلكتروني التالي: <http://www.Katntakji.com/media>

⁽²⁾ د. فليح حسن خلف، المرجع السابق، ص 385.

⁽³⁾ أنظر في تفصيل ذلك د. حسني عبد السميع إبراهيم، المرجع السابق، ص 410 - 419.

1- أن عقد الاستصناع هو نوع من البيع محله الشيء المتعاقد على صنعه، في مدة محددة، غير أن المحل فيه معدوم حين العقد، يلتزم البائع بصنعه.

2- البائع في عقد البيع بجميع أنواعه يعتبر ملتزماً بتسليم المبيع صالحاً لأداء المنفعة المقصودة منه، وخالياً من كل عيب فيه قبل تسليمه إلى المشتري، وفيه يلتزم البائع بضمان العيب الخفي بحكم القانون دون حاجة إلى اشتراط ذلك في العقد، أما إعفاؤه من المسؤولية عن عيوب المبيع فهذا الذي يحتاج إلى اشتراط في العقد، في حين أن اشتراط الصانع في عقد الاستصناع عدم مسؤوليته عن عيوب المبيع الذي سيُصنعه (أو تحديدها) قد سكت عنه النصوص، فيجب أن يعتبر هذا الاشتراط، في الاستصناع خاصة، باطلاً، وأن يبقى البائع الصانع مسؤولاً تجاه المشتري المستصنع مسؤولية كاملة عن عيوب الشيء الذي سيصنعه للمشتري، وبطلان هذا الاشتراط من جملة الأحكام الاستثنائية من قواعد البيع العادي، لأن هذا الاشتراط في الاستصناع يحمي سوء نية البائع وفساد الأخلاق، فيكون مخالفاً لقواعد النظام العام الذي هو قيد على سلطان الإرادة العقدية بإجماع القانونيين في عالم القانون الوضعي، ومخالفاً لمقاصد الشريعة الإسلامية في نظر فقهاءها. أما في البيع العادي؛ فإن البائع إذا اشترط إعفاءه من المسؤولية عن عيوب المبيع أو تحديد مسؤوليته بحد لا تتجاوزه، وهو حسن النية (غير مدلس لعيب يعلمه وكتمه) فشرطه هذا صحيح في نظر القانون الوضعي وفي بعض مذاهب الفقه الإسلامي مطلقاً، وغير صحيح لدى معظم المذاهب الفقهية إلا في حالات خاصة. إن سكوت فقهاء الشريعة في القديم، وعدم تعرضهم لحكم هذا الاشتراط في عقد الاستصناع، مرده إلى أن هذا الاشتراط لم يكن يقع بالفعل في عقود الاستصناع، أما اليوم فقد تطور الاستصناع، وأصبح يشمل الأجهزة والآليات الضخمة والمعامل الكاملة، وأصبح الصانع يشترط هذا الإعفاء من العيوب ليحمي نفسه من المسؤولية عن الأخطاء التقنية (التكنولوجية)، ومن ثم وجب أن يعالج ما سكت عنه الفقهاء والقانونيون باجتهاد مناسب

يقرر الحل والحكم العادل المتفق مع قواعد العدل والإنصاف، وسلطان الإرادة العقدية، وقيود النظام العام المقررة في القانون، وقيود مقاصد الشريعة في الفقه الإسلامي، أي في ضوء هذه الأصول كلها.⁽¹⁾

المطلب الثاني / التعريف بتأهيل ذوي الاحتياجات الخاصة

إن الإنسانية الحقيقية تدعو دائماً إلى ضرورة استمتاع الإنسان، أيا كان هذا الإنسان، وبغض النظر عن الاختلاف من حيث جنسه، أو لونه أو جنسيته -بحياته، والاستفادة الكاملة من مختلف أنواع الخدمات الصحية والتعليمية والاجتماعية، وكل ما من شأنه أن يرسخ شعور الإنسان بإنسانيته والإحساس بوجوده في هذه الحياة، وإذا كان هذا مطلوباً على هذا النحو للإنسان العادي السوي فإنه أكثر إلحاحاً في الطلب للإنسان الذي ابتلي بأية عاهة أو قصور في أي جانب من جوانب النمو الإنساني كالجسمي، والعقلي أو النفسي.

وقد انتبعت أنظار العالم في السنوات الأخيرة إلى ضرورة العناية والاهتمام بذوي العاهات والاحتياجات الخاصة، بعد أن أكدت البحوث والدراسات التي أجريت عليهم أنهم يتمتعون بقدرات وإمكانات واستعدادات من غير الجانب الذي ابتلوا فيه، لا تقل بأية حال من الأحوال عن الإنسان العادي، ولذلك أنشئت لهم المدارس والمعاهد الخاصة بهم التي تُعنى بهذه النوعية من البشر وتساعدهم على حسن استثمار ما لديهم من هذه الإمكانيات والاستعدادات والقدرات بما يؤهلهم لممارسة حياتهم بصورة طبيعية كغيرهم من الأشخاص العاديين.⁽²⁾

⁽¹⁾ د. مصطفى الزرقا، عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة، محاضرة منشورة على الموقع الإلكتروني التالي :- www.cia.gov

⁽²⁾ مقالة بعنوان (من هم ذوو الاحتياجات الخاصة وماهي خصائصهم؟)، متاحة على صفحة (المشاكل النفسية) <http://educapsy.com> :- Educapsy تأريخ الزيارة 2017/1/1 .

ولكن كيف تمكن مساعدة الشخص المعاق على تخطي الآثار السلبية التي تخلفها الإعاقة والعجز؛ سواء كانت آثارا نفسية أو اجتماعية أو اقتصادية، وكيف يمكن دمج المعاقين في المجتمع وإكسابهم الثقة؟ يذهب جانب من الباحثين إلى القول بأن برامج التأهيل والتشغيل "... تساعد على استقرار الشخص المعاق (ذوي الاحتياجات الخاصة) نفسيا واجتماعيا، واستقلاله اقتصاديا بدل أن يكون عالمةً على غيره..."، وعليه فقد أثرنا -ولغرض الإحاطة بتأهيل ذوي الاحتياجات الخاصة- تقسيم هذا المطلب إلى مقصدين الأول؛ نتحدث فيه عن ذوي الاحتياجات الخاصة، أما المقصد الثاني؛ فتعرض فيه لموضوع التأهيل وعلى التوالي:

المقصد الأول / التعريف بذوي الاحتياجات الخاصة

يعرف المشرع الإماراتي "ذوي الاحتياجات الخاصة" في المادة الأولى من القانون الاتحادي رقم (29) لسنة 2006م في شأن ذوي الاحتياجات الخاصة بالقول إن "صاحب ذوي الاحتياجات الخاصة هو كل شخص مصاب بقصور أو اختلال كلي أو جزئي بشكل مستقر أو مؤقت في قدراته الجسمية أو الحسية أو العقلية أو التواصلية أو التعليمية أو النفسية إلى المدى الذي يقلل من إمكانية تلبية متطلباته العادية في ظروف أمثاله من غير ذوي الاحتياجات الخاصة". ويلاحظ أن المشرع الإماراتي قد استخدم في هذا القانون مصطلح "صاحب ذوي الاحتياجات الخاصة" في التعريف أعلاه، وكان الأفضل في اعتقادنا استخدام مصطلح "ذا الاحتياجات الخاصة" وهو مفرد لفظ "ذوي الاحتياجات الخاصة" توحيدا للمصطلحات أولا، وانسجاما مع عنوان القانون الذي استعمل فيه المشرع مصطلح "ذوي الاحتياجات الخاصة" ثانيا. وقد استخدم المشرع القطري في القانون رقم (2) لسنة 2004م مصطلح "ذو الاحتياجات الخاصة" وهو مفرد لفظ "ذوي الاحتياجات الخاصة" الذي ورد في عنوان القانون، وكذا الحال بالنسبة للمشرع الكويتي الذي استخدم مصطلح "ذو الإعاقة" في القانون رقم (8) لسنة 2010م في شأن حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة. أما اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة فقد استخدمت مصطلح "الأشخاص ذوي الإعاقة" في العنوان وفي ثنايا جميع النصوص القانونية التي تضمنتها.

إلا أن المشرع الإماراتي عاد فأخضع في العام 2009 هذا القانون - أي قانون رقم (29) لسنة 2006-للتعديل؛ وذلك بإصداره القانون الاتحادي رقم (14) لسنة 2009، حيث تم استخدام كلمة "المعاقين" بدلا من عبارة "ذوي الاحتياجات الخاصة"⁽¹⁾.

أما القانون رقم (2) لسنة 2014 بشأن حماية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة في إمارة دبي فقد عرف الشخص ذا الإعاقة بأنه "كل شخص يعاني من أي قصور أو اختلال طويل الأجل؛ بدني، أو عقلي، أو ذهني، أو حسي، قد يمنعه من المشاركة بصورة كاملة وفاعلة في المجتمع على قدم المساواة مع الآخرين".

وتقرر الاتفاقية الدولية الشاملة والمتكاملة لحماية وتعزيز حقوق المعاقين وكرامتهم والتي تم التصديق عليها من قبل دولة الإمارات العربية المتحدة بالمرسوم (116) لسنة 2009؛ بأن مصطلح "الأشخاص ذوي الإعاقة" يشمل "كل من يعانون من عاهات طويلة الأجل؛ بدنية، أو عقلية، أو ذهنية، أو حسية، قد تمنعهم لدى التعامل مع مختلف الحواجز من المشاركة بصورة كاملة وفعالة في المجتمع على قدم المساواة مع الآخرين".

وتعرف منظمة العمل الدولية الشخص ذا الإعاقة تحت عنوان "الشخص المعوق" بأنه "الشخص الذي تتخفف بشكل حاسم فرص حصوله على عمل أو العودة إلى عمله السابق أو فرص تدريبه وترقيته في عمله الحالي نتيجة خلل أو صعوبة واضحة في قدراته العقلية أو الحركية أو الحسية.

وبناء على ما تقدم، فقد ارتأينا إبداء الملاحظات التالية:-

أولاً- أن المبادئ التي أراد المشرع الإماراتي تحقيقها من خلال القانونين الاتحادي رقم (29) لسنة 2004- بعد تعديل مصطلح "ذوي الاحتياجات الخاصة" واستخدام مصطلح "المعاقين" - والقانون رقم (2) لسنة 2014 بشأن حماية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة في إمارة دبي هي ما يلي:-

1- توفير البيئة المؤهلة لضمان تمتع الأشخاص ذوي الإعاقة بجميع حقوقهم المقررة بمقتضى التشريعات

السارية .

⁽¹⁾ التعديل متاح على الموقع الإلكتروني :- [http:// www.alittihade.ae](http://www.alittihade.ae)

2- تعزيز احترام كرامة الأشخاص ذوي الإعاقة.

3- دمج الأشخاص ذوي الإعاقة في المجتمع وجعلهم عنصراً فاعلاً فيه.

4- حماية الأشخاص ذوي الإعاقة من جميع صور التمييز أو الإساءة أو الإهمال أو الاستغلال.

5- لا يجوز أن تكون الإعاقة سبباً يحول دون تمكن ذوي الإعاقة من الحصول على الحقوق والخدمات

المقررة لهم، خصوصاً في مجال الرعاية والخدمات الاجتماعية والاقتصادية والصحية والتعليمية والمهنية والثقافية والترويحية.⁽¹⁾

ثانياً - تضمنت معظم التعاريف التي قدمت لتحديد المقصود بالشخص ذي الإعاقة بياناً لأنواع هذه الإعاقة والتي يمكن أن تكون؛ حركية، أو حسية، أو ذهنية، أو عقلية، كما أنها تركز على مسألة أن هذه الإعاقة من شأنها أن تمنع هؤلاء الأشخاص من تأمين مستلزمات حياتهم الشخصية بمفردهم أو المشاركة في النشاطات الاجتماعية على قدم المساواة مع الآخرين. ولا يسعنا إلا أن نورد مفهوماً مبسطاً عنها بغرض التعرف على ماهية كل إعاقة، والوسائل المساعدة أو المعينات المتعلقة بها، حيث يمكن أن يكون للاستصناع دور كبير في توفيرها لذوي الإعاقة، والتي من شأنها أن تعين ذوي الإعاقة على الاستفادة من الخدمات الصحية وإعادة التأهيل وخدمات الدعم.

النوع الأول/ الإعاقة الحركية؛ وهي فقدان جزئي أو كلي لقدرة الشخص على القيام بالمهارات الحركية (كالمشي، والوقوف، وحمل الأشياء، وصعود ونزول الدرج، واستخدام الأصابع للكتابة...) وتنتج عن قصور أو خلل وظيفي بدني معين كالشلل السفلي أو الرباعي، والضمور العضلي، وشلل الأطفال، وقد يضطر الشخص الذي لديه حاجة إضافية حركية إلى استخدام معينات طبية كالعصا، والكرسي المتحرك، والعكاز، والطرف الصناعي، أو وسائل مساعدة كالأدوات المساعدة للكتابة أو الطباعة.

⁽¹⁾ المادة 2/ من القانون الاتحادي رقم 29 لسنة 2006، والمادة 3/ من القانون رقم (2) لسنة 2014 بشأن حماية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة في إمارة دبي.

النوع الثاني/ الإعاقة الحسية؛ وتشمل الإعاقة السمعية والبصرية والنطقية؛ فالإعاقة السمعية هي "فقدان القدرة على السمع بشكل جزئي أو كلي، مع، أو بدون مشاكل في النطق بسبب خلل في الجهاز السمعي بحيث لا يتمكن الفرد من فهم الكلام أو الأصوات إلا عن طريق استعمال أجهزة سمعية معينة، قراءة الشفاه أو لغة الإشارة". أما مصطلح الإعاقة البصرية، فإنه يطلق على من لديهم ضعف بصري أو عدم الرؤية بشكل جزئي أو الإصابة بالعمى الكلي، ويمكن لأغراض التعلم والمعرفة، إدخال الوسائل التكنولوجية الحديثة لاكتساب المعرفة. وبالنسبة للشخص الفاقد لبصره بشكل جزئي هناك وسائل عديدة من أجهزة الكمبيوتر، شرائط الفيديو المخصصة له، أما لفاقد البصر كلياً؛ فيمكنهم التعلم بواسطة مواد تعليمية مطبوعة بأحرف كبيرة، أو نسخ الكتب على شرائط تعليمية، أو التعلم بطريقة بريل (Braille). في حين تعني الإعاقة النطقية فقدان القدرة على النطق بشكل كلي أو جزئي، أو وجود مشاكل في النطق قد تضطر الشخص إلى استعمال لغة الإشارة للتواصل.

النوع الثالث/ الإعاقة العقلية؛ هي الإعاقة الناتجة عن انخفاض في درجة الذكاء عند الشخص، أو عن أمراض نفسية، تكون عادة مصحوبة بصعوبة في التوافق النفسي والاجتماعي والسلوكي، وهي تعود إلى أسباب وراثية أو بيئية - مكتسبة - أو الإثنين معاً، وهي على مستويات مختلفة؛ فمنها البسيطة والمتوسطة والشديدة.

النوع الرابع/ الإعاقة الذهنية؛ وهي تسمى بالإعاقة التعليمية وهي إعاقة تنتج عن خلل في الوظائف العليا للدماغ كالتركيز والعدّ والذاكرة والاتصال مع الآخرين... ينتج عنها صعوبة تعلم أو خلل في التصرفات والسلوك العام للشخص. ⁽¹⁾

¹ أنواع الإعاقة (ذوي الاحتياجات الخاصة)، مقالة متاحة على الموقع الإلكتروني :- [https:// sites.google.com](https://sites.google.com)

المقصد الثاني/ التعريف بتأهيل ذوي الاحتياجات الخاصة

تهتم معظم التشريعات المعنية برعاية وحماية حقوق المعاقين بالنص على مسألة ضرورة تأهيل ذوي الإعاقة للوصول إلى التكيف والاندماج في المجتمع؛⁽¹⁾، فما المقصود بالتأهيل وإعادة التأهيل؟ وما هي فلسفته؟ وما هو موقف المشرع الإماراتي منه؟ وكيف تعاملت الاتفاقية مع موضوع التأهيل؟

أولاً/ المقصود بالتأهيل وإعادة التأهيل

يعرف التأهيل بأنه "استعادة الشخص المعوق لأقصى ما تسمح به قدراته في النواحي الجسمية والعقلية والاجتماعية والمهنية والاقتصادية"، أو هو "إعادة التكيف أو إعادة الإعداد للحياة". وعرفته لجنة من خبراء منظمة الصحة العالمية في عام 1969م بأنه "الاستخدام المنسق والمجتمع للتدابير الطبية والاجتماعية والتربوية والمهنية في تدريب الفرد أو إعادة تدريبه للوصول إلى أعلى مستوى ممكن من القدرة الوظيفية".

أما التعريف الذي وضعه المجلس الوطني للتأهيل في أمريكا عام 1943م فمضمونه يتلخص بأنه "استعادة الشخص المعوق كامل قدرته على الاستفادة الجسمية والعقلية والاجتماعية والمهنية، والإفادة من النواحي الاقتصادية بالقدر الذي يستطيع".

والحقيقة أن هناك اصطلاحان شائعان في الاستخدام وربما استخدم (Rehabilitation) إعادة التأهيل، و (Habilitation) التأهيل، وهذا الأخير هو الأكثر شيوعاً في اللغة العربية حيث إن لفظة التأهيل تستخدم أيضاً للدلالة على (Rehabilitation) إعادة التأهيل.

⁽¹⁾ (المادة/ 9 ف أ) من القانون الاتحادي رقم 29 لسنة 2006

ويقصد بإعادة التأهيل "عملية إعادة الفرد المعوّق إلى المجتمع لإدماجه فيه بصورة أكثر توافقاً".⁽¹⁾ ويعرف المشرع الإماراتي التأهيل في المادة م2/ من القانون رقم (2) لسنة 2014 بشأن حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة في دبي بأنه "تنمية قدرات الشخص ذي الإعاقة عن طريق العلاج الطبي المباشر، والعلاج الطبيعي، وتوفير الأجهزة التعويضية، والمساعدة، والتعليم، والتدريب المهني، والتأهيل النفسي والاجتماعي"، أما مصطلح إعادة التأهيل فيقصد به "إعداد الشخص لاستعادة القدرة والإمكانات للتكيف من جديد مع المجتمع بعد حدوث الإعاقة له".

ثانياً/ فلسفة التأهيل

وتتلخص فلسفة عملية التأهيل بالآتي -

- 1- تقبل الفرد القصور أو العجز كإنسان له كيانه وكرامته الشخصية، له حقوق وحاجات إنسانية وسياسية واجتماعية كلها تهدف إلى أن يؤدي وظيفته في الحياة بما يحقق له فوائد اجتماعية.
- 2- عملية التأهيل مسؤولية اجتماعية عامة تتطلب التخطيط والعمل والدعم الاجتماعي على كافة المستويات.
- 3- تقبل الفرد المعوّق واحترام حقوقه المشروعة في النواحي السياسية والاجتماعية والإنسانية والمدنية، وذلك بغض النظر عن طبيعة إعاقته أو جنسه أو لونه أو دينه.
- 4- الانتقال بالمعوّق من قبول فكرة الاعتماد على الآخرين إلى ضرورة الاعتماد على الذات، وذلك عن طريق الاستقلال الذاتي والكفاية الشخصية والاجتماعية والمهنية.

⁽¹⁾ لمزيد من هذه التعاريف انظر د. عاطف عبد الله بحراوي، تأهيل ذوي الاحتياجات الخاصة، بحث متاح على الموقع الإلكتروني التالي -: www.gulfkids.com/vb/showthread.php

5- استعادة الفرد المعوّق لأقصى درجة من درجات القدرة الجسمية والعقلية أو الحسية المتبقية لديه.⁽¹⁾

لذلك ولأهمية التأهيل في إدماج المعوقين في المجتمع؛ وجدنا أهمية أن تسهم وسائل التمويل الإسلامي ومنها الاستصناع في تحقيق برامج - أي برامج التأهيل - وتوفير مستلزمات نجاحه وهذا ما سوف نبينه في المبحث الثاني عند حديثنا عن أهمية الاستصناع.

ثالثاً/ موقف المشرع الإماراتي والاتفاقية الشاملة لحماية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة -من التأهيل

انصب اهتمام المشرع الإماراتي في موضوع التأهيل في القانون الاتحادي رقم (29) لسنة 2006 المعدل

على المحورين التاليين:

المحور الأول؛ أنه قرر في المادة/ 10 منه أن يكون لكل صاحب احتياجات خاصة (شخص معاق)

الحق في الاستفادة من الخدمات الصحية وإعادة التأهيل وخدمات الدعم على نفقة الدولة ومنها:-

- العمليات الجراحية كافة سواء نتجت عن الاحتياجات الخاصة أم لا من زرع ومعالجة القروح، وتقويم الأطراف والاستشفاء في مراكز متخصصة وغيرها مما هو ضروري لإنجاح العملية سواء أكانت دائمة أو مؤقتة.

- توفير المعاينة والعلاج لدى أطباء عامين، واختصاصيين، واستشاريين، وأطباء أسنان، ومتخصصين في التقييم النفسي، وتخطيط السمع، والأشعة والتحليل المخبرية، مع صرف الأدوية.

- العلاج التأهيلي والمتخصص، الداخلي والخارجي؛ ويتضمن ... العلاج الطبيعي والعلاج بالعمل والعلاج النطقي والسمعي.

⁽¹⁾ د. عاطف عبد الله بحراري، المرجع السابق، بدون رقم صفحة، رنا محمد صبحي عوادة، دمج المعاقين حركياً في المجتمع المحلي بيئياً واجتماعياً (دراسة حالة في محافظة نابلس)، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، نابلس، فلسطين، ص 20-22، متاحة على الموقع الإلكتروني التالي :- <http://library.birzeit.edu>.

- المعينات التقنية والأجهزة المساعدة من أجهزة تعويضية متحركة وثابتة (أطراف وسماعات وعين اصطناعية وغيرها)، وأشكال تقويمية، ومعينات على التنقل (كراسي متحركة، عصي، مشايات، وعكازات)، ووسائل الوقاية من القروح، وكافة الأدوات المستخدمة في العمليات الجراحية.

المحور الثاني؛ قرر في المادة/11 من القانون ذاته أن تشكل بقرار من مجلس الوزراء لجنة تسمى "اللجنة المتخصصة للخدمات الصحية والتأهيل لذوي الاحتياجات الخاصة" تمارس المهام التالية:-

- توفير الخدمات التشخيصية والعلاجية والتأهيلية وتطوير البرامج والخدمات الصحية القائمة من أجل النهوض بذوي الاحتياجات الخاصة.
- وضع برامج الكشف المبكر والتشخيص والتوعية والتثقيف الصحيين وتأمين وسائل التدخل المبكر والمتخصص في مجال الاحتياجات الخاصة.
- توفير الكوادر البشرية الصحية المتخصصة في مجال الاحتياجات الخاصة بمختلف أنواعها وتدريبها وتأهيلها.
- إعداد الدراسات الوطنية للتعرف على الأسباب التي تؤدي إلى الإعاقة وتداعياتها وسبل الوقاية منها وتعميمها على الجهات المعنية في الدولة.

أما في القانون رقم (2) لسنة 2014 بشأن حماية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة في دبي فقد قرر المشرع الإماراتي في المادة /5 منه أن تتولى هيئة تنمية المجتمع في دبي العديد من المهام التي تسهم في تحقيق أهداف القانون، وكان من بين هذه المهام ما يضمن تأهيل أو إعادة تأهيل المعاقين وهي (... 2- ضمان إنشاء مراكز متخصصة لرعاية وتأهيل الأشخاص ذوي الإعاقة، 3- الإشراف على المراكز المتخصصة لرعاية وتأهيل الأشخاص ذوي الإعاقة، ...).

أما الاتفاقية الدولية الشاملة والمتكاملة لحماية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة؛ فقد ألزمت الدول الأطراف في المادة/ 26 (التأهيل وإعادة التأهيل)؛ بالتالي:

(1- اتخاذ تدابير فعالة ومناسبة لتمكين الأشخاص ذوي الإعاقة من بلوغ أقصى قدر من الاستقلالية والمحافظة عليها، وتحقيق إمكاناتهم البدنية والعقلية والاجتماعية والمهنية على الوجه الأكمل، وكفالة إشراكهم ومشاركتهم بشكل تام في جميع نواحي الحياة. وتحقيقاً لتلك الغاية تقوم الدول الأطراف بتوفير خدمات وبرامج شاملة للتأهيل وإعادة التأهيل وتعزيزها وتوسيع نطاقها، وخاصة في مجالات الصحة والعمل والتعليم والخدمات الاجتماعية، ... 2- تشجيع الدول الأطراف على وضع برامج التدريب الأولي والمستمر للاختصاصيين والموظفين العاملين في مجال تقديم خدمات التأهيل وإعادة التأهيل. 3- تشجيع الدول الأطراف على توفير ومعرفة واستخدام الأجهزة والتقنيات المعينة، المصممة للأشخاص ذوي الإعاقة حسب صلتها بالتأهيل وإعادة التأهيل).

المبحث الثاني

دور الاستصناع كمنتج تمويلي متميز في تأهيل ذوي الاحتياجات الخاصة

- استطاعت المصارف الإسلامية أن تنجح في تطوير منتجات التمويل الإسلامي كبديل للمنتجات المصرفية التقليدية؛ وذلك من خلال اعتمادها على مبادئ التمويل الإسلامي والتي تتلخص فيما يلي:-
- 1- حظر الربا؛ ففي التمويل الإسلامي تكون المصارف الإسلامية شريكة مع عملائها في الأنشطة التجارية بدلا من تقاضي الفوائد، فهي تشاركهم الأرباح الناتجة عن هذه الأنشطة، وهم لا يحصلون على الفوائد ودائعهم بشكل ثابت، وإنما هم شركاء مع المصرف ويتقاسمون الأرباح والخسائر.
 - 2- حظر الميسر والغرر؛ ففي التمويل الإسلامي تحظر أغلبية العقود الاشتقاقية، وتعتبر باطلة لعدم اليقين الموجود في تسليم الأصول في المستقبل، حيث ينبغي أن تبرم كل صفقة بعيدا عن الغموض والمخاطرة.

3- مبدأ الاستثمار في الحلال؛ إذ لا يجوز للمصارف الإسلامية الاستثمار في شركات تمارس أنشطة محظورة على غرار الخدمات المالية والقمار والأسلحة... الخ، كما لا يجوز للمصارف الإسلامية تقديم أي تمويل لهذه الشركات.

4- مبدأ دعم الأصول؛ ينبغي على كل معاملة مالية أن تكون مرتبطة بأصول تعتبر محلا العقد لا بد أن تكون ملموسة أو في معنى الملموس، وقابلة للتحديد كالعقارات أو السلع.

5- مبدأ تقاسم المخاطر والأرباح، حيث يجب على الأطراف المعنية في المعاملات المالية أن تتشارك في المخاطرة والأرباح المرتبطة بهذه المعاملات وتكون العائدات من الأرباح أو العائدات من الأصول مسموحة طالما يتم تقاسم المخاطر التجارية بين المقرض والمقترض.⁽¹⁾

إن من أهم المنتجات الإسلامية التي كانت بديلا متميزا عن المنتجات التقليدية، هي المنتجات المبنية على البيع، وأبرزها عقد الاستصناع -موضوع البحث- ، ولذلك فقد ارتأينا وقبل أن نتعرض لدوره في تأهيل ذوي الإعاقة أن نعمل على بيان أهميته بالنسبة للمتعاملين والمجتمع، وتطبيقاته في الواقع المصرفي، وذلك سيكون في المطلب الأول، أما المطلب الثاني فسيخصص للكلام في تفعيل صيغة الاستصناع في نطاق الخدمات المتعلقة بتأهيل ذوي الإعاقة ومن ثم تقديم تقويم لهذه الصيغة لبيان ما إذا كان للمخاطر التي تواجهها تأثير على تحقيق غايتها من عدمه وذلك في مقصدين وعلى التوالي:

المطلب الأول/ أهمية الاستصناع وتطبيقاته في المجال المصرفي

يتضمن هذا المطلب الحديث عن أهمية الاستصناع كعقد وكصيغة تمويلية متميزة وذلك في مقصد أول، والحديث عن كيفية تطبيقه وسيكون ذلك في مقصد ثان:-

⁽¹⁾ التمويل الإسلامي Islamic Banking مقالة متاحة على الموقع الإلكتروني التالي :- <http://mostasme> راجع بحث عبد الرحمن يسري حولية البركة ص 85-86

المقصد الأول/ أهمية عقد الاستصناع كعقد وكصيغة تمويلية مصرفية

يتمتع الاستصناع كعقد وكصيغة تمويلية بأهمية بالغة تتضح من خلال الحاجة إليه في الحياة البشرية، حيث بين الله عز وجل أن البشر متفاوتون فيما بينهم من أجل تسخير سبجانه بعضهم لبعض، فقال سبحانه في كتابه العزيز: "نحن قسمنا بينهم معيشتهم في الحياة الدنيا ورفعنا بعضهم فوق بعض درجات ليتخذ بعضهم بعضا سخريا ورحمة ربك خير مما يجمعون"⁽¹⁾، فالمستصنع في عقد الاستصناع محتاج لمن يصنع له حاجته بالشكل الذي يريد، والصانع محتاج إلى المال الذي يأخذه مقابل صنعه ليستعين به على متطلبات الحياة، هذا بالإضافة إلى أهميته للمجتمع؛ وهذه الأهمية دفعت المصارف إلى الاستعانة به على نطاق واسع في دعم جهود التنمية الصناعية وزيادة قدراتها.

أولاً / تبرز أهمية الاستصناع كعقد في أن فيه تيسيرا كبيرا على المتعاملين؛ وذلك لأنه لا يشترط فيه تسليم الثمن، ولا المثمن، فهو تغطية كاملة لجانبين مهمين هما: عقد السلم الذي لا يشترط فيه وجود المسلم فيه، ولكن يجب تسليم الثمن في المجلس عند الجمهور، أو في ثلاثة أيام عند المالكية، وعقد البيع الآجل الذي لا يشترط فيه تسليم الثمن، لكن لابد من وجود المثمن (المبيع) وتسليمه إلى المشتري، فأباح الإسلام عقد الاستصناع الذي هو في واقعه وارد على الذمة من حيث العين والعمل.⁽²⁾

وعلى ذلك فإن أهمية عقد الاستصناع تتحقق للصانع والمستصنع وللمجتمع على وفق الآتي:-

1- بالنسبة للصانع؛ فإنه يعلم أن ما يصنعه جرى بيعه سابقا وتأكد أنه ربح فيه، وعرف مقدار ربحه، فهو يعمل بطمأنينة، وعلى هدى وبصيرة، أما بغير عقد الاستصناع، فإن الصانع قد يحتاج إلى مدة لتسويقه

⁽¹⁾ (الزخرف الآية 32)

⁽²⁾ د. حسني عبد السميع إبراهيم، المرجع السابق، ص408 . أهمية العقد من حيث المدة تاج الدين ص 19 - 20

وربما يخسر خسائر كبيرة في حفظه لحين البيع، وقد تكسب البضاعة فتكون الخسارة مضاعفة أي من جهة العمل ومن جهة المواد.

2- بالنسبة للمستصنع؛ فهو يحصل على ما يريد بالصفة والنوع الذي يريد، فلا يضطر لشراء ما قد لا يناسبه من البضائع الجاهزة، بل إن بعض الأمور لا توجد جاهزة بل لابد من طلب صنعها من الصانع فتصنع حسب الطلب، كبعض البيوت والأبنية، كما أن المستصنع يكون مطمئناً بالاستصناع لكونه يتابع الصنع بنفسه، فيؤكد من عدم وجود غش أو تدليس في المصنوع.

3- أما بالنسبة للمجتمع؛ فبالاستصناع تتحرك الأموال من جهة إلى أخرى مما ينعش الحركة الاقتصادية في البلد، ولذلك يدعو كثير من الاقتصاديين المسلمين إلى أهمية جعل أطراف الاستصناع من المسلمين ليتنعم اقتصادهم وتزيد من مصادر دخلهم. كما أنه يسمح لأصحاب التخصصات التفرغ للعمل في تخصصاتهم، فلو أن أستاذاً جامعياً ما أراد أن يبني بيتاً ولم يجد من يصنع له كان في ذلك ضرر كبير على المجتمع بإشغال هذا الأستاذ الجامعي بما يحرم طلبته ومجتمعه من علمه ونفعه، ومثل ذلك الطبيب والمفكر وغيرهم. ثم إن الإنسان لا يستطيع أن يصنع كل شيء يريده بنفسه ولا يمكن أن يقوم بكل عمل بنفسه، فهو دائماً يحتاج إلى غيره.⁽¹⁾

4- كما لا يفوتنا أن عقد الاستصناع يعد من العقود الآجلة، التي تسهم بشكل كبير في زيادة حجم المبادلات التجارية، فلا تظل مقيدة بالسيولة النقدية المتوفرة ولا حتى بالسلع المتوفرة، وهذه الزيادة تعود على الاقتصاد بالانتعاش، وتساعد في محاربة البطالة في المجتمع وخاصة في هذا الزمن الذي أصبحت فيه نسبة المعاملات التجارية القائمة على التأجيل تمثل النسبة الكبرى بالمعاملات الحالية.

⁽¹⁾ د. حسين محمد سمحان، د. موسى عمر مبارك، د. عبد الحميد أبو صقري، المرجع السابق، ص 41-42.

5- وينطوي عقد الاستصناع على ميزة التحوط؛ فإنه "كما أسسه الأحناف على مبدأ الاستحسان يعكس سلوكا اقتصاديا معقولا وراشدا؛ لأنه من غير المعقول قبول دفع المستصنع كامل المبلغ للصانع في مجلس العقد إن كان لديه أدنى شك في قدرة الصانع على إنتاج تلك السلعة حسب مواصفاتها الفنية المطلوبة وقت التسليم، أو في قدرة الصانع على الوفاء بإنتاج القدر المطلوب من السلعة موضوع العقد، فعلى وفق الاعتبار الأول يتضمن عقد الاستصناع هامشا تحوطيا لصالح المستصنع بدافع ضمان جودة المنتج حسب المواصفات المطلوبة؛ أي أن المستصنع يتحوط ضد مخاطر الجودة عندما يدفع جزءا من الثمن للصانع في مجلس العقد ويؤجل الباقي إلى موعد التسليم، وعلى وفق الاعتبار الثاني يتضمن عقد الاستصناع تحوطا للمستصنع ضد عجز الصانع عن الوفاء بإنتاج المقدار المطلوب من السلعة الصناعية، فعندما يدفع المستصنع جزءا من الثمن ويؤجل الباقي إلى موعد التسليم، فإنه يتحوط ضد مخاطرة عدم وفاء الصانع بإنتاج المقدار المطلوب من السلعة، وهما سببان معقولان لتوجه فقه الاستصناع بعيدا عن شرط الدفع المسبق للثمن في عقد السلم".⁽¹⁾

وعلى هذا الأساس؛ يفضل عقد الاستصناع على عقد السلم رغم أن كلا منهما من العقود الآجلة؛ ففي عقد السلم يتم تأجيل المثلث وفيه توسعة على البائع والمشتري، قال القرطبي: "لأن السلم لما كان بيع معلوم في الذمة كان بيع غائب تدعو إليه ضرورة كل واحد من المتبايعين، فإن صاحب رأس المال محتاج إلى أن يشتري الثمرة، وصاحب الثمرة محتاج إلى ثمنها قبل إبانها لينفقه عليها"، وقد اعتبر الفقهاء بيع السلم من المصالح الحاجية وتسمى "بيع المحاويج".

أما في بيع الاستصناع؛ فقد أجاز فقهاء الحنفية تأجيل العوضين في العقد للحاجة... وقد بين الدكتور مصطفى الزرقا أن أهمية الاستصناع تكمن في إمكان تأجيل العوضين فقال "...لزوم تعجيل رأس

⁽¹⁾ د. سيف الدين إبراهيم تاج الدين، نحو منتج إسلامي جديد للسوق الصناعية الآجلة (الاستصناع التحوطي للتمويل بالمشاركة)، مجلة إسرا الدولية للمالية الإسلامية، مج4، ع1، يونيو 2013، ص 23 .

المال في عقد السلم كان حائلاً دون الاستفادة منه في عصرنا الذي اشتدت فيه الحاجة إلى المداينات الائتمانية، فكان عقد الاستصناع الذي هو محرر من قيد تعجيل الثمن هو الحل المناسب؛ ففيه توسيع لنطاق إمكان بيع المعدوم في كل شيء يصنع صنعة مما اشتدت الحاجة إلى إمكان بيعه قبل صنعه في عصر انفجرت فيه الصناعة وفنونها وابتكاراتها القائمة على الاكتشاف العلمي والتقنية إلى درجة تذهل العقول، ومن ثم أيضاً في هذا الظرف الزمني وخصائصه الصناعية والتجارية تبرز أيضاً أهمية الاستثمار التجاري بطريق عقد الاستصناع⁽¹⁾.

كما يفضل عقد الاستصناع على عقد المراجعة؛ وذلك من جهة أن المصارف الإسلامية تتجنب من خلال عقد الاستصناع عيوب تطبيق بيع المراجعة للأمر بالشراء، لعدم التزام المتعاملين أحياناً بعقد المراجعة، كرهبتهم في استغلال جزء من تمويل الأجور في بعض عملية المراجعة التي تتطلب ذلك خاصة عند إنشاء بيوت السكن بواسطة تمويل المراجعة، حيث يلجأ المتعامل إلى أساليب ملتوية لتحصيل أجر عمال البناء التي لا يمكن تمويلها بصيغة المراجعة، وهي مشكلة حقيقية تواجهها المصارف الإسلامية، لذلك فالاستصناع ينقذ كلا من المصرف والمتعامل من المخالفات الشرعية التي قد يتم الوقوع فيها، كما يمكن استخدام الاستصناع في تمويل السلع مرتفعة الثمن التي يتم صنعها حسب الطلب كالمطائرات والسفن وغيرها، حيث لا يكون عقد بيع المراجعة فعالاً في تمويل مثل هذه السلع⁽²⁾.

ثانياً/ أما أهمية الاستصناع كصيغة تمويلية؛ فيمكن القول بأن المصرف الإسلامي يستطيع عن طريق الاستصناع تمويل الاحتياجات التي تتطلبها المنشآت الصناعية وهي احتياجات ضخمة ومهمة لعمليات الاستثمار في القطاع الصناعي، وهو قطاع يلعب دوراً حيوياً في الاقتصاديات المعاصرة، ويكون ذلك

⁽¹⁾ هذه الأراء نقلاً عن أسامة يوسف الجزار، العقود الآجلة في الاقتصاد الإسلامي البديل، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، قسم الفقه المقارن، الجامعة الإسلامية، غزة، 2009، ص 34-35.

⁽²⁾ د. محمود حسين الوادي، د. حسين محمد سمحان، المرجع السابق، ص 194.

بديلا عن الفائدة، ويجني المصرف ربحا مشروعا يتمثل في رأس المال والربح المتوقع من التمويل بالاستصناع⁽¹⁾، وبناء على ذلك فإنه يمكن تحديد الأهمية الاقتصادية والاجتماعية للاستصناع كصيغة تمويل إسلامي على وفق الآتي :-

1- أن أهمية الاستصناع تتأتى من أهمية التصنيع، وبخاصة ما يرتبط بالصناعة التحويلية التي يتم من خلالها تحويل المواد الأولية إلى منتجات أخرى تحقق قيمة مضافة أكبر، والتي تعتبر القطاع الأكثر أهمية في تحقيق التطور الاقتصادي، وذلك لأن قطاع الصناعة التحويلية يسهم بشكل مباشر في توليد الدخل وتوليد المنتجات وفي التشغيل وتوفير فرص العمل، وفي الصادرات لأن التطور في هذا النوع من الصناعات لا يتقف في طريقه عوائق ومحددات طبيعية كما هو الحال في الزراعة الذي يحد من تطورها محددات طبيعية كالأرض الصالحة للزراعة والمياه والمناخ، ولذلك وجدنا في الاستصناع صيغة تمويلية متميزة تسهم في تحقيق الصناعات التحويلية التي تستلزمها مشاريع تأهيل المعاقين - كما سنبين لاحقا.

2- الاستصناع يتسع في الوقت الحاضر ليشمل نشاطات اقتصادية عديدة لم تكن ضمن المفهوم، بحيث أصبح التعبير عنها بأنها صناعة، كصناعة النقل، وصناعة الإنشاءات والتشييد وغيرها، لابل إن الصناعة امتدت لتشمل حتى النشاطات الاقتصادية الخدمية غير المنتجة للسلع؛ كصناعة السياحة، وصناعة الإعلام وصناعة السينما.⁽²⁾

3- يتميز عقد الاستصناع بمرونة خاصة تجمع بين صيغة المرابحة للأمر بالشراء والمشاركة المتناقصة المنتهية بالتملك، وهي صفة تتمكن المؤسسات المصرفية الإسلامية من خلالها من بناء المجمعات الصناعية المختلفة؛ فمثلا لو أخذنا على سبيل المثال طلب إحدى المؤسسات المتعاملة مع المصرف

⁽¹⁾ د. محمد محمود المكاوي، المرجع السابق، ص 70

⁽²⁾ د. فليح حسن خلف، المرجع السابق، ص 388-392، وتقريبا في هذا المعنى د. حسني عبد السميع إبراهيم، المرجع السابق، ص 409 .

استصناع مبنى خاص بالشركة للعمل به كمستشفى، ففي حالة المراجعة يتم تزويد المؤسسة بمواد البناء فقط، ويتم تسديد قيمة التمويل مضافا إليها الربح من موارد العميل الخاصة، وفي حال التمويل على أساس المشاركة يتم تجهيز المبنى من قبل المالك بواسطة مقاول، ويدفع المصرف للمقاول التكاليف ويسترد المصرف رأسماله في إيرادات المشروع فقط، بينما في الاستصناع يقوم المصرف بإنشاء المبنى وفقا للمواصفات المحددة، ويتم تسليمه في الموعد المحدد، ويقوم المالك بتسديد التزاماته المتضمنة قيمة المشروعين يضاف إليها ربح متفق عليه في المواعيد المحددة من موارده الخاصة. وهكذا يستطيع المصرف بهذه الصيغة خدمة قطاع كبير من الصناعيين بشكل خاص.⁽¹⁾

4- الاستصناع يخدم مصالح (العميل) المستصنع الذي غالبا ما يفتقر للخبرة الكافية في تقييم كثير من الأعمال أو الوقت اللازم للمتابعة أو المال الحاضر لتمويل المشروع.

5- تطوير عقد الاستصناع واستيعابه من قبل موظفي المصرف الإسلامي والمتعاملين على حد سواء يساعد كثيرا في تشغيل السيولة الهائلة الموجودة عادة لدى المصارف الإسلامية.⁽²⁾

6- يعد الاستصناع من أشكال التمويل المستحدثة بوصفه عقد تمويل صنع السلع، ويلائم هذا النوع من التمويل ما قبل الشحن (Pre-shipment Financing)، وأول من طبق هذه الأداة هو البنك الإسلامي للتنمية والذي عهد إليه بمسؤولية المساعدة على تنمية التجارة الخارجية خاصة في السلع الإنتاجية والرأسمالية بين الدول الأعضاء.⁽³⁾

¹ د. حسين محمد سمحان، د. موسى عمر مبارك، د. عبد الحميد أبو صقري، المرجع السابق، ص 44- 45 .

² د. محمود حسين الوادي، د. حسين محمد سمحان، المرجع السابق، ص 194 .

³ د. هدى العزاوي، دور المؤسسات المصرفية الإسلامية في التنمية الاقتصادية، كتاب الوقائع، ج2، مؤتمر (دور المؤسسات المصرفية الإسلامية في الاستثمار والتنمية)، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بالتعاون مع مصرف الشارقة الوطني، للفترة (7-9/ مايو/ 2002)، النشر العلمي، جامعة الشارقة، ص 598 .

7- تشجع صيغة الاستصناع وتساعد في الاستغلال الأمثل للمواهب والقدرات التكنولوجية في مجال إنتاج السلع الرأسمالية في الدول الإسلامية.⁽¹⁾

المقصد الثاني/ تطبيق الاستصناع في الواقع المصرفي

عقد الاستصناع؛ عقد تتوافر فيه خصائص التمويل، ومن خلاله يوفر المصرف للمستصنع الشيء المصنوع له على أن يكون تحصيل الثمن منه على أقساط، كما أن البنك بالتعاقد مع الصانع يدفع له الثمن حتى نهاية التصنيع، وبمبلغ أقل من الذي استلمه من المستصنع مما يحقق له ربحاً، ولكن السؤال الذي يثار في هذا الشأن هو كيف يمكن للمصارف الإسلامية أن تخدم المستثمرين المتعاملين معها عن طريق هذه الصيغة، ومن ثم تخدم المجتمع والاقتصاد بتلبية احتياجاته، والإسهام في تطويره؟ وماهي الإجراءات التي تتبعها البنوك الإسلامية في دولة الإمارات العربية المتحدة في هذا الصدد؟ سيتم الإجابة عن هذه التساؤلات في الفقرتين التاليتين:

أولاً/ أساليب تطبيق الاستصناع من قبل المصارف الإسلامية

تتبع المصارف الإسلامية في تطبيق عقود الاستصناع أحد الأساليب التالية:

1- **الاستصناع المباشر (ثنائي الأطراف)؛** وهو الاستصناع الذي يتم بموجبه قيام من يُطلب منه الاستصناع بصنع السلعة محل العقد وتحمل المستلزمات والعمل المطلوب لتصنيعها، أي أن صانع السلعة يوفر المواد والعمل. والبناء يدخل في الاستصناع عندما يقوم المتعهد بالبناء في العقد بكافة ما هو مطلوب للبناء من بدايته وحتى تسليم المفتاح، وهوما تتضمنه عقود المقاولات لإنشاء الأبنية سواء للأغراض السكنية أو للاستخدامات الأخرى.

⁽¹⁾ د. حسين محمد سمحان، د. موسى عمر مبارك، د. عبد الحميد أبو صقري، المرجع السابق، ص 39.

2- الاستصناع غير المباشر (متعدد الأطراف)؛ ويسمى أيضا بالاستصناع الموازي؛ وهو الذي يتم بموجبه قيام من يُطلب منه الاستصناع بالطلب من طرف آخر يقوم بهذه المهمة، ويوقع معه عقد استصناع آخر جديد بذات المواصفات المطلوبة، ويتقاسم الطرف الثاني وهو الذي طلب منه الاستصناع أولاً، والطرف الثالث الذي طلب منه الاستصناع ثانياً من قبل الطرف الثاني، الأرباح التي تتحقق نتيجة عملية الاستصناع هذه.⁽¹⁾

3- الاستصناع بدفعات؛ وهو العملية التي يتم فيها الاستصناع بدفعات (أقساط) وحسب مراحل إنجاز عملية الاستصناع، فإذا كانت العملية بناء مجمع صناعي أو عمارة سكنية تتطلب موارد مالية كبيرة فإن الاستصناع يمكن أن يتم وفق دفعات مالية متعاقبة، وحسب ما يتم تنفيذه من مراحل الاستصناع، كأن تكون في حالة المجمع الصناعي مرحلة دراسة جدوى المشروع، ومرحلة إقامة أبنيته، ومرحلة استيراد آلاته، ومرحلة نصب هذه الآلات... الخ ، والأمر يمكن أن ينطبق على المشاريع الإنشائية بحيث تتناسب الدفعات في مبلغها مع تكاليف المرحلة التي يتم الدفع لإنجازها وضمن التكاليف الإجمالية للمشروع .

4- إقامة مشروعات تكون مهمتها استصناع شيء معين، كأن يكون بناء مصانع أو أبنية، وتطرح سندات استصناع مخصصة لتمويل عملية الاستصناع ضمن المواصفات المحددة للعملية ومن ثم تسليمها لطالب الاستصناع (المستصنع).⁽²⁾

ثانيا/ إجراءات تطبيق الاستصناع في المصارف الإسلامية

من الصور التي تصلح فيها عمليات التمويل بالاستصناع وتمارس وتطبق على نطاق واسع من قبل التجار والشركات والمؤسسات والمصارف الإسلامية وغيرها، ماله صلة بمجالات التنمية التجارية

⁽¹⁾ د. فليح حسن خلف، المرجع السابق، ص 385، د. حسين محمد سمحان، موسى عمر مبارك، د. عبد الحميد أبو صقري، المرجع السابق، ص 43 ، د. محمد عبد الحميد الفقي، المرجع السابق، الجوانب التطبيقية في الاستصناع، ملحق رقم (6) ، ص 472-491 .

⁽²⁾ د. فليح حسن خلف، المرجع السابق، ص 385-386 ، د. أحمد صبحي العيادي، المرجع السابق، ص 112-113، د. حسين محمد سمحان، موسى عمر مبارك، د. عبد الحميد أبو صقري، المرجع السابق، ص 43 .

والصناعية والزراعية والسياحية والتعليمية ونحوها؛ كاستصناع الألبسة والأغذية والأدوات الكهربائية والمنزلية والجوالات والكمبيوترات، وطبع الكتب والصحف وعمل الديكورات، واستصناع المعدات الصناعية والقطارات ومحطاتها، والسفن وأحواضها، والطائرات ومطاراتها، وإقامة المباني كالمجمعات السكنية والفنادق والمنتجعات السياحية وغيرها كثير مما تحتاجه الشعوب والدول خاصة في العصر الحالي.⁽¹⁾

ولقد أسهمت المصارف الإسلامية في دولة الإمارات العربية المتحدة؛ بتمويل المباني السكنية والاستثمارية بنظام الاستصناع، ومن خلاله كان لها الدور الكبير في حل مشكلات معاصرة كثيرة، إذ وفرت للمستصنع المواد الخام، إضافة إلى العمل نفسه، وأسهمت المصارف في صناعات أخرى عدة، وأبرمت عقود استصناع مع عملائها، غير أن أبرزها حجماً في المعاملات هو المجال العقاري، وفيما يلي الأسلوب المطبق للاستصناع العقاري في أحد المصارف الإسلامية:

1- يتقدم المتعامل إلى المصرف ليطلب منه أن يصنع له مبنى، ويرفق مع طلبه بياناً كاملاً مدعماً بالرسوم والخرائط من الاستشاري عن نوع ومواصفات المبنى الذي يريد إنشاءه، وصور الملكية، ومخطط الأرض، ومخططاً مبدئياً للبناء، وتقريراً مختصراً من المهندس الذي صمم البناء بحيث يتضمن هذا التقرير تكلفة البناء وإيراداته المتوقعة.

2- يعرض المتعامل أيضاً مع طلبه تقديره للمبنى والعربون الذي سيدفعه ومساحة الأرض وموقعها والضمانات التي يعرضها، وطريقة السداد.

3- يقوم المصرف بعمل دراسة جدوى فنية متخصصة للمشروع عن طريق مهندسي المصرف، مصحوبة بدراسة مالية ويقدر فيها الإيراد المتوقع ومدى قدرته على الوفاء بما على المشروع من ديون.

4- في حالة موافقة المصرف على عرض المستصنع يطلب منه تقديم الضمانات اللازمة.

⁽¹⁾ د. حسن عبدالغني أبو غده ، المرجع السابق . بدون رقم صفحة .

5- بعد الاتفاق النهائي يقوم المصرف بتوقيع عقد استصناع مع العميل يحدد فيه جميع حقوق والتزامات كل طرف، وأهم ما يتضمنه العقد: ثمن المبنى، ميعاد التسليم طبقاً للمواصفات، مدة السداد، قيمة السداد، وقيمة العربون المدفوع.

6- بعد توقيع عقد الاستصناع بين المصرف والمستصنع (المتعامل) يقوم المصرف بتوقيع عقد استصناع آخر مع المقاول الذي رسا عليه العطاء عن طريق المناقصة يسمى استصناعاً موازياً، وتكون علاقة المتعامل بالمصرف مباشرة ولا علاقة له بالمقاول.

7- يقدم المقاول خطاباً بنكياً بنسبة معينة من قيمة المشروع (ضمان حسن تنفيذ) ، ويحجز المصرف من قيمة كل دفعة للمقاول نسبة معينة كضمان لحسن التنفيذ تدفع له بعد الانتهاء من الصنع مطابقاً للمواصفات، وخمسة في المئة من قيمة المشروع كضمان لصيانة المبنى من قبل المقاول لمدة سنة.

8- إذا لم يلتزم المتعامل بسداد ما عليه من دين في المواعيد المحددة ولم يف الإيراد بقيمة الأقساط، يعطيه المصرف مهلة ويساعده علي إيجاد الحل ثم يكون من حق المصرف اتخاذ إجراءاته بتنفيذ الرهن وعرض العقار للبيع.⁽¹⁾

المطلب الثاني/ تفعيل الاستصناع في مجال الخدمات المتعلقة بتأهيل ذوي الإعاقة

يلاحظ على معظم التشريعات المنظمة لحماية حقوق ذوي الإعاقة أنها تسند مهمة تأهيل وإعادة تأهيل ذوي الإعاقة إلى وزارة أو جهات حكومية، أو هيئات أو مؤسسات عامة؛ فالمرشع الإماراتي أسند في المادة/ 1 من القانون الاتحادي رقم (29) في شأن حقوق ذوي الاحتياجات الخاصة - المعدل بالقانون رقم (14) لسنة 2009- مهام كفالة حقوق ذوي الإعاقة وتوفير الحماية اللازمة لهم إلى وزارة الشؤون

¹ أستقيت هذه الإجراءات من المعلومات التي أوردها الدكتور خليفة الغفلي - خبير في التمويل الإسلامي - في مقالة بعنوان (تطبيق صيغة الاستصناع في المصارف الإسلامية)، نشرت بتاريخ 21/ يوليو/ 2014 على موقع صحيفة الرؤية <http://site.alroeya.ae> ، وانظر كذلك دليل الإجراءات العملية للاستصناع ، بنك دبي الإسلامي، إصدار 1997م .

الاجتماعية والجهات الاتحادية والمحلية، في حين أسندها بموجب المادة/2 من قانون رقم (2) لسنة 2014 بشأن حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة في إمارة دبي إلى المجلس التنفيذي للإمارة وهيئة تنمية المجتمع في دبي. وتجاه ذلك فقد وجدنا أن توجه الدولة في تنفيذ مشاريع تأهيل ذوي الإعاقة بالاعتماد على ميزانيتها قد يتقل كاهلها في حين أنه من الممكن أن توفر على ميزانيات الوزارات والجهات والمؤسسات العامة المعنية بهذا الأمر أموالاً طائلة تستغل في مجالات أخرى من خلال:

1- إذا ما قلنا بتفعيل دور القطاع الخاص في هذا الجانب، ففي دولة الإمارات (14) مركزاً خاصاً لرعاية وتأهيل ذوي الإعاقة، إلا أنها ورغم الدور الذي تقوم به، قد تكون غير مؤهلة تماماً للتعامل مع ذوي الإعاقة، كما أن أماكن وجودها غير مناسبة لهذه الفئة، وتواجه مشاكل تتمثل في نقص الكادر القادر على تأهيل ذوي الإعاقة، وبالتالي فإن هذه المراكز هي بدورها تحتاج إلى إعادة نظر في طريقة تعامل الجهات المعنية معها وخاصة وزارة الشؤون الاجتماعية لمتابعة ورقابة ما يدور بداخلها، ومن ثم فإنها تحتاج إلى المساعدة في حل مشاكلها في الدعم.⁽¹⁾ ، لذلك ومن أجل الإفادة من دور القطاع الخاص في مجال تأهيل ذوي الإعاقة فإنه لا بد أن تكون للوزارة مع هذه المراكز علاقات شراكة، لا رقابة بمفهومها التقليدي، وبما يؤدي إلى رفع مستوى أداء هذه المراكز.

2- نتمنى على المشرع الإماراتي أن يعتمد في المستقبل القريب وفي ظل اهتمام الحكومة الرشيدة بفئات ذوي الإعاقة إلى إصدار تشريع يلزم بمقتضاه رجال الأعمال وأصحاب رؤوس الأموال والمشروعات والمراكز التجارية التي تعنى بتقديم خدمات للأشخاص العاديين -في جميع المجالات كالسياحة والفندقة والمطاعم ومعاهد التدريب وغيرها- بتقديم كل التسهيلات وإجراء كل التغييرات التي تعين في تأهيل ذوي الإعاقة، وذلك على غرار قانون الأمريكيين المعوقين الذي أقره الكونغرس الأمريكي في العام 1990 الذي

⁽¹⁾ المادة 19 ف 5 من القانون الاتحادي رقم (29) لسنة 2006 ، أنظر مقالة (مراكز ذوي الاحتياجات الخاصة ... في حاجة إلى إعادة نظر وتأهيل) متاحة على الموقع الإلكتروني : www.albayan.ae

حظر على رجال الأعمال التمييز ضد الأشخاص المعوقين في مجالات التوظيف وخلال العمل، وفي تزويد السلع والخدمات، ومن ضمنها وسائل النقل العام، وأماكن السكن والاتصالات، وإزالة الحواجز التي توجد في العتبات والأبواب الضيقة وأماكن وقوف السيارات وغيرها. كما يلزم القانون المتاجر والفنادق والمطاعم والمعاهد أن تجعل المباني الجديدة للمرافق العامة وأماكن ممارسة التجارة متاحة للأشخاص المعاقين، ويسري هذا الشرط على معظم أعمال تجديد المباني، وانتهاكه يؤدي إلى فقدان التمويل الفيدرالي أو إلى عقوبات وغرامات كبيرة.⁽¹⁾

3- يمكن الاستفادة من عقد الاستصناع بتطبيقه في مجال صناعة كل ما يحتاجه ذوو الإعاقة في تأهيلهم وتوفير مستلزمات دمجه في المجتمع وذلك بدلا من استيرادها من الدول الأجنبية المتقدمة بقيم باهظة، خاصة وأن في الاستصناع الداخلي تحريكا للنشاط الاقتصادي، وإبقاء للسيولة المالية بين أبناء المجتمع، والاستفادة من الطاقات المختلفة وتوظيفها في مجالها المناسب هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن من يقوم بتنفيذ الاستصناع هو المصارف الإسلامية التي تتمتع بالخبرة الكبيرة في العمل المصرفي وبامتلاكها السيولة، وهي تركز استثماراتها في المشاريع الإنتاجية التي ترتبط بتصنيع وإنتاج سلع وخدمات أساسية في مجال الغذاء والكساء والإسكان والصحة والتعليم والإعمار على النحو الذي يحقق الانسجام مع أولويات المصلحة الاجتماعية من منظورها الإسلامي، كما أن هذه المصارف بطبيعتها تقوم بدور الوسيط المالي - بدون فائدة طبعاً - عندما تمارس جميع الأنشطة المالية والتجارية والمصرفية والصناعية والعقارية والزراعية، أي جميع الأنشطة العمرانية الجائزة شرعاً.⁽²⁾

⁽¹⁾ أنظر القانون على الموقع الإلكتروني iipdigital.usembassy.gov/st/Arabic

⁽²⁾ د. نزيه حماد، دور المؤسسات المصرفية في التنمية الاقتصادية، كتاب الوقائع، ج2، مؤتمر (دور المؤسسات المصرفية الإسلامية في الاستثمار والتنمية)، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بالتعاون مع مصرف الشارقة الوطني، للفترة (7-9/ مايو/2002)، النشر العلمي، جامعة الشارقة، ص 561.

وبناء على ما تقدم فإننا سنعمد إلى بيان ما يمكن أن يؤديه عقد الاستصناع بالنسبة للخدمات المتعلقة بذوي الإعاقة وذلك في القانون الاتحادي رقم (29) لسنة 2006 والمعدل بالقانون رقم (14) لسنة 2009 مع الإشارة إلى موقف اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة التي تبنتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في العام 2006، ودخلت حيز التنفيذ في مايو 2008 وذلك في المقصد الأول، أما المقصد الثاني، فسوف نتعرض فيه لتقويم صيغة الاستصناع وذلك على وفق الآتي :-

المقصد الأول/ الاستصناع والخدمات المتعلقة بتأهيل ذوي الإعاقة

أراد المشرع الإماراتي من القانون الاتحادي رقم (29) لسنة 2006 أن يحقق كفالة حقوق ذوي الإعاقة وتوفير جميع الخدمات في حدود ما تسمح به قدراتهم وإمكاناتهم، بمعنى أنه لا يجوز أن تكون الإعاقة سبباً يحول دون تمكن ذوي الإعاقة من الحصول على تلك الحقوق والخدمات خصوصاً في مجال الرعاية والخدمات الاجتماعية والاقتصادية والصحية والتعليمية والمهنية والثقافية والترويحية، كما أنه وضع على عاتق الدولة متمثلة بوزارة الشؤون الاجتماعية مهمة تحقيق المساواة بين ذوي الإعاقة وأمثالهم من غير ذوي الإعاقة، وعدم التمييز بسبب الإعاقة في جميع التشريعات، وضمان مراعاة ذلك في جميع سياسات وبرامج التنمية الاقتصادية والاجتماعية، واتخاذ التدابير المناسبة لمنع التمييز على أساس الاحتياجات الخاصة أو الإعاقة.

أما اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة والتي كان الغرض منها "تعزيز وحماية وكفالة تمتع الأشخاص تمتعاً كاملاً على قدم المساواة مع الآخرين بجميع حقوق الإنسان والحريات الأساسية وتعزيز احترام كرامتهم المتأصلة"⁽¹⁾ - فإنها تعترف بأهمية تمتع الأشخاص ذوي الإعاقة باستقلالهم الذاتي واعتمادهم على أنفسهم في تحديد خياراتهم بأنفسهم كما تؤكد في المادة ((3 ف ج)؛ على كفالة مشاركة وإشراك ذوي

⁽¹⁾ أنظر ديباجة الاتفاقية على الموقع الإلكتروني :- <http://www.un.org/disability>

الإعاقة بصورة كاملة وفعالة في المجتمع، إضافة إلى أنها تقرر في المادة/ 9 تحت عنوان "إمكانية الوصول" بأنه: "1- لتمكين الأشخاص ذوي الإعاقة من العيش في استقلالية والمشاركة بشكل كامل في جميع جوانب الحياة، تتخذ الدول الأطراف التدابير المناسبة التي تكفل إمكانية وصول الأشخاص ذوي الإعاقة، على قدم المساواة مع غيرهم، إلى البيئة المادية المحيطة ووسائل النقل والمعلومات والاتصالات بما في ذلك تكنولوجيا ونظم المعلومات والاتصال، والمرافق والخدمات الأخرى... ، وهذه التدابير التي يجب أن تشمل تحديد العقبات والمعوقات أمام إمكانية الوصول وإزالتها وتطبيق وبوجه خاص على المباني والطرق ووسائل النقل والمرافق الأخرى داخل البيوت وخارجها بما في ذلك المدارس والمسكن والمرافق الطبية وأماكن العمل...". إن ما تقدم يوجب علينا التعرض لتلك الخدمات التي يكفل ذوو الإعاقة حقوقهم من خلالها، وذلك في الفقرات التالية:

أولاً/ الخدمات الصحية وخدمات إعادة التأهيل

تقرر المادة/10 من القانون الاتحادي رقم (29) لسنة 2006 بشأن حقوق ذوي الاحتياجات الخاصة أن: "لكل صاحب احتياجات خاصة مواطن الحق في الاستفادة من الخدمات الصحية وإعادة التأهيل والدعم على نفقة الدولة، ومنها :

أ- العمليات الجراحية كافة سواء نتجت عن الاحتياجات الخاصة أم لا، من زرع ومعالجة القروح، وتقويم الأطراف والاستشفاء في مراكز متخصصة وغيرها للعلاج المكثف أو العادي؛ ويشمل ذلك توفير جميع المعدات والمعينات وغيرها مما هو ضروري لإنجاح العملية....

ب- توفير المعالجة والعلاج لدى أطباء عامين، واختصاصيين، واستشاريين، وأطباء أسنان، والتقييم النفسي وتخطيط السمع، والأشعة، والتحليل المخبرية، وصرف الأدوية.

ت- العلاج التأهيلي والمتخصص؛ الداخلي والخارجي، ويتضمن العلاج الطبيعي، والعلاج بالعمل والعلاج النطقي والسمعي والنفسي.

ث- المعينات التقنية والأجهزة المساعدة من أجهزة تعويضية متحركة وثابتة (أطراف وسماعات وعين اصطناعية وغيرها) وأشكال تقويمية ومعينات للتنقل (كراسي متحركة، عصي، مشايات، وعكازات).

تضمن نص هذه المادة ما يقتضيه التأهيل الطبي ويقصد به محاولة استعادة أقصى ما يمكن توفيره للفرد المعاق من قدرات بدنية؛ سواء عن طريق علاج هذه الحالة بالأدوية أو بالعلاج الجراحي أو بالعلاج الطبيعي أو العلاج بالعمل أو علاج عيوب النطق مع الاستعانة بالأجهزة المساعدة. ويمتاز هذا التأهيل بأنه عملية مستمرة ومنظمة وشاملة هدفها إيصال الفرد المعوق إلى أقصى مستوى وظيفي يمكنه الوصول إليه من النواحي الطبية والاجتماعية والنفسية والتعليمية والمهنية والاقتصادية. وتبرز أهميته من حيث أنه يشكل الأساس لعملية التأهيل، حيث إنه بإمكان التشخيص المبكر والرعاية الصحية والطبية لأي حالة اضطراب جسدي أو عقلي لدى الفرد أن يحد من شدتها وتفاقمها أو إزالتها ما أمكن إذا ما اكتشفت في وقت مبكر وتم اتخاذ الإجراءات التأهيلية المناسبة له.⁽¹⁾

ونرى أنه يمكن الاستفادة من عقد الاستصناع في توفير ما يحتاجه ذوو الإعاقة من خدمات طبية إذا ما لجأت "اللجنة المتخصصة للخدمات الصحية والتأهيل لذوي الاحتياجات الخاصة"⁽²⁾، وفقا للمهام المحددة لها في القانون للتعاقد مع أحد المصارف الإسلامية، وليكن على سبيل الفرض مصرف دبي الإسلامي؛ لتبرم عقد استصناع معه لإقامة مركز متخصص للعلاج التأهيلي والمتخصص بكل مستلزماته من معينات تقنية وأجهزة مساعدة؛ أجهزة تعويضية متحركة وثابتة (أطراف وسماعات وعين اصطناعية

⁽¹⁾ د. عاطف عبد الله بحراري، المرجع السابق، بدون رقم صفحة .

⁽²⁾ تتشكل هذه اللجنة وفقا للمادة/11 من القانون الاتحادي بقرار من مجلس الوزراء برئاسة وكيل وزارة الصحة وعضوية ممثلين عن الجهات المعنية.

وغيرها) وأشكال تقويمية ومعينات للتنقل (كراسي متحركة، عصي، مشايات، وعكازات)، وذلك وفقا للمواصفات المطلوبة، فبعد أن تقدم طلبا مرفقا به البيانات المالية وغيرها بوصفها (مستصنعا)، تبين فيه رغبتها في إقامة مشروع المركز المتخصص يقوم المصرف بدراسة طلبها ضمن معايير التمويل والاستثمار المعمول بها، ليتم توقيع الاستصناع بعد الموافقة، بحيث يتم تحديد مواصفات المشروع تحديدا نافيا للجهالة والثنى والمدة وتأريخ التسليم، ثم يتم توقيع عقد الاستصناع الموازي، حيث سيتعاقد المصرف وهو هنا سيكون (مستصنعا) مع الصانع أي الشركة أو الجهة التي ستقوم بتنفيذ المشروع "المستصنع" الموصوف في عقد الاستصناع الأول، وهو عقد مستقل عن العقد الأول، ولكن يتم بطبيعة الحال الاتفاق على البنود المذكورة سابقا نفسها، مع التقيد بثمن المشروع والمدة، بحيث يكون الثمن أعلى من الثمن الأول، والتأريخ سابقا لتأريخ التسليم في عقد الاستصناع الأول، وبهذا تكون الدولة متمثلة بوزارة الشؤون الاجتماعية قد توصلت إلى الحصول على المركز العلاجي دون أن تتكلف بدفع الثمن (رأس المال) مقدما، إذ يجوز الاتفاق على تأجيله، ويثبت ملكها على العين (المركز العلاجي) ويكون دينا ثابتا في ذمة المستصنع. والأهم من هذا كله أن يتم دعم الاقتصاد الوطني بمشروعات ضخمة وبرؤوس أموال كبيرة والإبقاء على السيولة المالية بين أبناء المجتمع.

ونرى أن عقود الاستصناع التي تنفذ بمقتضاها مشروعات تأهيل ذوي الإعاقة لا يمكن أن تكون إلا عقود استصناع موازية، بمعنى أن المصرف الإسلامي سيكون دائما مستصنعا لا صانعا لأن هذه المشروعات تحتاج إلى أعمال دقيقة ومعقدة تتدخل فيها أطراف مهنية كثيرة ويتناول كل طرف الإعاقة من جانب اختصاصه، ويجب ألا يقوم أي متخصص بعمل علاجي أو تربوي أو مهني بمفرده ودون الرجوع إلى المتخصصين الآخرين.

ثانيا/ خدمات التعليم

تلتزم المادة/ 13 من الفصل الثاني تحت عنوان (التعليم) "وزارة التربية والتعليم ووزارة التعليم العالي والبحث العلمي باتخاذ الإجراءات المناسبة بالتعاون مع الجهات المعنية لتوفير التشخيص التربوي والمناهج الدراسية، والوسائل والتقنيات الميسرة لأغراض التدريس، كما تعمل على توفير طرق بديلة معززة للتواصل مع ذوي الاحتياجات الخاصة، ووضع استراتيجيات بديلة للتعليم وبيئة مادية ميسرة وغير ذلك من الوسائل اللازمة لكفالة المشاركة التامة للطلاب ذوي الاحتياجات الخاصة". وبناءً على ذلك تستطيع الوزارتان أن تستخدماً عقود الاستصناع في تنفيذ المهام المتقدم ذكرها، كأن تعتمد إلى إبرام عقد استصناع مع أحد المصارف الإسلامية لتزويدها بالوسائل والتقنيات الميسرة لأغراض التدريس بدلا من استيرادها من البلاد المتقدمة بقيم باهظة وتكاليف عالية جدا، إضافة إلى أن المصرف الإسلامي حتما سيستعين بكل الطاقات البشرية المتخصصة في مجال التأهيل التربوي مما يؤدي إلى التقليل من نسبة البطالة في المجتمع وهو هدف من أهداف التنمية الاقتصادية والاجتماعية التي تسعى إلى تحقيقها في إطار أحكام الشريعة الإسلامية. وكذلك قد تعتمد "اللجنة المتخصصة بتعليم ذوي الاحتياجات الخاصة"- التي تتشكل بقرار من مجلس الوزراء وتكون برئاسة وكيل وزارة التربية والتعليم وعضوية ممثلين من الجهات المعنية- للمهام التي عهدت إليها في الحقيقة، وهي مهام تتطوي على خطوات كثيرة ومتشعبة يمكن التوصل من خلالها إلى تأهيل أو إعادة تأهيل ذوي الاحتياجات الخاصة.⁽¹⁾

ومن هذه المهام مثلا ما ورد في الفقرة 5/ من المادة 15 من القانون الاتحادي رقم (29) لسنة 2006 والتي توجب على اللجنة تقديم المساعدة التقنية والفنية والتعليمية لكافة المؤسسات التعليمية التي تود استقبال ذوي الاحتياجات الخاصة إذ يمكنها أن تلجأ إلى استخدام عقود الاستصناع في ذلك؛ تستصنع من خلالها ما تستلزمه تلك المساعدة التقنية والفنية والتعليمية من أدوات وآلات بالمواسفات والمدة التي

⁽¹⁾ المادة 15/ من القانون الاتحادي رقم (29) لسنة 2006 .

تحددها دون إرهاب لميزانية الدولة، خاصة وأنها مكلفة بمقتضى الفقرة ذاتها بدراسة طلبات التمويل المتعلقة بالمعدات والتقنيات وتأهيل بيئة المؤسسة التعليمية. وقد كان لمصرف الراجحي تجارب عديدة في هذا المضمار؛ حيث تعاقد مع جهات عدة لتمويل مشروعات كبيرة بصيغتي السلم والاستصناع؛ منها عقد استصناع لتمويل بناء مجموعة مدارس حكومية، وآخر لتمويل تأثيث عدد من المدارس الحكومية، ونعتقد أنه ليس هناك ما يحول بين المصارف الإسلامية في دولة الإمارات وبين تنفيذ مشروعات تأهيل ذوي الاحتياجات الخاصة في مجال التعليم من خلال عقود الاستصناع.

ومن الأهمية بمكان أن نشير إلى أن اللجنة المعنية بحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة في دورتها الخامسة المنعقدة في جنيف للفترة من 11-15/ أبريل/ 2011؛ بصدد الردود المقدمة من حكومة تونس على قائمة المسائل (CRPD/C/Tun/Q/1) كانت قد أكدت على "الحرص على تعهد البنية الأساسية والتجهيزات البيداغوجية لمراكز التربية الخاصة" وأيضاً على "تمتع الآلات المساعدة والوسائل التعليمية والبيداغوجية الموجبة للأشخاص المعوقين بالإعفاء الكلي الجبائي والجمركي"¹، ولذلك فإننا نطمح من المشرع الإماراتي أن يقرر مثل هذا الإعفاء بشأن جميع الوسائل والتقنيات الميسرة لأغراض التدريس وذلك دعماً لجميع الاستراتيجيات البديلة للتعليم والوسائل اللازمة لكفالة المشاركة التامة للطلاب ذوي الاحتياجات الخاصة من جهة، وتشجيع المصارف الإسلامية على قبول التعاقد بصيغة الاستصناع تجاه الجمعيات والمراكز الخاصة بذوي الاحتياجات الخاصة، وذلك على غرار ما قرره المادة / 30 من القانون الاتحادي رقم (29) لسنة 2006 بشأن إعفاء طلبات تراخيص المباني التي تقدمها الجمعيات والمراكز الخاصة بذوي الاحتياجات الخاصة - التي يحددها مجلس الوزراء - لإقامة مباني مخصصة لاستخدامهم، بناء على شهادة صادرة من وزارة الشؤون الاجتماعية في هذا الشأن.

¹ أنظر هذه الردود على الموقع الإلكتروني التالي:-

www.ohchr.org/SPdocs/CRPD/4thsession/CRPD.C.Tun.1

ثالثا/ الخدمات المتعلقة بالحياة العامة والثقافية والرياضية

أوجبت المادة/ 20 من القانون الاتحادي رقم (29) لسنة 2006 على وزارة الشؤون الاجتماعية أن تتخذ التدابير اللازمة لتحقيق مشاركة صاحب الاحتياجات الخاصة في الحياة الثقافية والرياضية والترفيهية وتتلخص هذه التدابير بالآتي:

- 1- تنمية قدرات صاحب الاحتياجات الخاصة الإبداعية والفنية واستثمارها من أجل إثراء المجتمع.
- 2- توفير المواد الأدبية والثقافية لصاحب الاحتياجات الخاصة بجميع الأشكال المتيسرة بما فيها النصوص الإلكترونية ولغة الإشارة، وطريقة (برايل)، والأشكال السمعية والمتعددة الوسائط وغيرها.
- 3- تمكين صاحب الاحتياجات الخاصة من الاستفادة من البرامج والوسائل الإعلامية والعروض المسرحية والفنية وجميع الأنشطة الثقافية وتعزيز مشاركته فيها.
- 4- تعزيز مشاركة صاحب الاحتياجات الخاصة في الأنشطة الرياضية على المستوى الوطني والإقليمي والعالمي.

كما ألزمت المادة/21 من القانون ذاته اللجنة المتخصصة بالرياضة والثقافة والترويج لذوي الاحتياجات الخاصة - تشكل بقرار من مجلس الوزراء برئاسة الأمين العام لهيئة الشباب والرياضة وعضوية ممثلين عن جهات الاختصاص - بالمهام التالية :-

- 1- وضع السياسات التي تكفل النمو المتكامل لذوي الاحتياجات الخاصة وإتاحة فرص ممارستهم الأنشطة الرياضية والثقافية والترويجية التي تتميز بالمتعة والأمان ومناسبتها لقدراتهم، وتهيئة الظروف لممارستها كأقرانهم من غير ذوي الاحتياجات الخاصة.

- 2- توسيع قاعدة ممارسة الأنشطة الرياضية والثقافية والترفيهية بين ذوي الاحتياجات الخاصة، وضمان احتواء رياضة ذوي الاحتياجات الخاصة بشقيها؛ رياضة ذوي الاحتياجات الخاصة عقليا، ورياضة ذوي الاحتياجات الخاصة حسيا وحركيا، في صلب البرامج التعليمية المتبعة في المؤسسات المتخصصة.
- 3- تشجيع دمج ذوي الاحتياجات الخاصة مع أقرانهم من غير ذوي الاحتياجات الخاصة في المراكز والأندية الرياضية والثقافية والمخيمات وتوفير الألعاب والأنشطة المناسبة لهم.

ويلاحظ أن المشرع الإماراتي قد توسع كثيرا في ترتيب المهام والالتزامات التي ألقاها على عاتق كل من وزارة الشؤون الاجتماعية واللجنة المتخصصة في الرياضة ولعل ذلك قد يكون من باب حرصه على توفير كل الحقوق المقررة لفئة ذوي الاحتياجات الخاصة والإحاطة بكل الخدمات التي يمكن أن تؤدي إلى إنجاح برامج تأهيلهم، ولكن كيف يمكن أن تُفعل هذه المهام؟

يمكن للجنة المتخصصة في الرياضة والثقافة والترفيه أن تستخدم مزايا عقود الاستصناع في تنفيذ مهامها مادام أن هذا العقد يمكن أن يغطي مجالات واسعة من مجالات التمويل المصرفي الإسلامي، ولأن المصرف يمكنه عن طريق هذا العقد تمويل صناعة المعدات والآليات بشتى أنواعها إضافة إلى تمويل بناء العقارات بكل أشكالها، فمثلا يمكن للجنة أن تستصنع كراسي متحركة بمواصفات معينة لرياضات التنس وكرة السلة وألعاب القوى، أو إنشاء صالات رياضية أو أحواض سباحة ووسائل تدريب لإعادة تأهيل للمعاقين، تسمح لهم بالنزول إلى المياه بدون مساعدة في كراسي متحركة مصممة خصيصا لهم، وهذا ما يعتزم مركز أسباير الوطني لخدمات التدريب في (ستانمور) في المملكة المتحدة توفيره للمعاقين.⁽¹⁾

فالمصرف الإسلامي عندما يتلقى طلبا بصناعة أو إحداث مثل هذه المستلزمات أو الأصول التي تحتاج إلى خبرات خاصة لا يمتلكها المصرف فإنه، ومن أجل تنفيذ التزاماته في عقد الاستصناع الذي

⁽¹⁾ أنظر تفاصيل وتصميمات هذا الموضوع على الموقع الإلكتروني التالي -> <http://www.fosterandpartners.com>

أبرمه مع اللجنة (المستصنع) سيعمد إلى تطبيق مفهوم الاستصناع الموازي بعد أن تقدم اللجنة المواصفات المتعلقة بالمستلزمات المطلوب استصناعها من حيث الشكل والمواد المستخدمة ومدة التسليم، ثم يقوم في ضوء هذه المعلومات باختيار الشركات أو الجهات المتخصصة بصناعة المستلزمات، وتحدد التكلفة الكلية، وبعد هذه المرحلة يقوم المصرف بالتوقيع على عقدين في وقت واحد؛ العقد الأول: عقد استصناع مع العميل (اللجنة)، والعقد الثاني: عقد الاستصناع الموازي مع الصانع النهائي (الشركة أو الجهة المتخصصة)، وبموجب العقد الأول سيكون المصرف ملتزماً تجاه العميل بتسليم المصنوع طبقاً للمواصفات المتفق عليها، ويكون الصانع النهائي بموجب عقد الاستصناع الثاني ملتزماً تجاه المصرف بتصنيع ما طلبته اللجنة حسب مواصفاته المحددة في العقد. ويذهب جانب من الباحثين - وهو ما نؤيده - إلى أنه يفضل للمصرف أن يوقع عقداً ثالثاً مع جهة استشارية تتولى عنه متابعة تصنيع (الشركة أو الجهة المتخصصة)⁽¹⁾ وذلك لضمان أن تأتي هذه المستلزمات مطابقة للمواصفات المطلوبة وبشكل يتناسب مع إعاقات ذوي الاحتياجات الخاصة سيما وأن المادة / 2 (التعاريف) من الاتفاقية الدولية لحماية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة تؤكد على تصميم المنتجات والبيئات والبرامج والخدمات لكي يستعملها جميع الناس بأكبر قدر ممكن، دون حاجة إلى تكييف أو تصميم متخصص، ولا يستبعد "التصميم العام" الأجهزة المهيئة لفئات معينة من الأشخاص ذوي الإعاقة حيثما تكون هناك حاجة إليها.

رابعاً/ البيئة المؤهلة

تناول المشرع الإماراتي "البيئة المؤهلة" في الفصل الخامس من القانون الاتحادي، وفي المواد (22- 26) حقوق ذوي الاحتياجات الخاصة في البيئة المؤهلة والوصول إلى المكان الذي يستطيع غيره

⁽¹⁾ د. أحمد صبحي العيادي، المرجع السابق، ص 114-115.

الوصول إليه، فركز على المنشآت والمرافق العامة والطرق والمركبات العامة ووسائل النقل البرية والجوية والبحرية التي يستخدمها ذوو الاحتياجات الخاصة؛ وأوجب في المادة/22 على الجهات المعنية سواء كانت اتحادية أو محلية أن تقوم بالتنسيق فيما بينها بتحديد المعايير والمواصفات الهندسية الخاصة بالمنشآت والمرافق العامة التي يصدر بها قرار من مجلس الوزراء، وذلك فيما يتعلق بتأهيل المنشآت لاستعمال صاحب الاحتياجات الخاصة وحاجته ومتطلبات سلامته وعدم إلحاق الأذى به. كما قرر في المادة/ 23 أن يحدد مجلس الوزراء مواصفات السكن، كما أوجب أن تتوفر في الطرق والمركبات ووسائل النقل المواصفات الفنية اللازمة لاستعمال صاحب الاحتياجات الخاصة.

وفي هذا الصدد لابد لنا من الإشارة إلى أن قانون الأمريكيين ذوي الإعاقة لعام 1990 يوجب أن تشمل جميع شركات الحافلات العامة بما فيها حافلات المدارس في الولايات المتحدة الأمريكية على تجهيزات خاصة بالمعاقين؛ فعلى سبيل المثال نظام النقل داخل المدينة يتطلب منه أن يجهز 10% من الحافلات الخاصة به بسلام هيدروليكية لتمكين الأفراد الذين يستخدمون الكراسي المتحركة من الركوب، ويوجب هذا القانون كذلك تصميم منحدرات كهربائية بدون سلال في الطائرات لكي تساعد على صعود ونزول المعوقين، وكذا الحال بالنسبة للمساكن التي يستخدمها المعاقون؛ إذ يجب أن تراعى فيها متطلبات خاصة بالأبواب وانحدار الممرات ومناطق الراحة وارتفاع القضبان المساندة وكراسي دورات المياه في الحمامات وغيرها.

وتوجب المادة/20 من الاتفاقية الدولية لحماية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة على الدول الأطراف "اتخاذ تدابير فعالة تكفل حرية التنقل للأشخاص ذوي الإعاقة منها: تيسير حصولهم على ما يتسم بالجودة من الوسائل والأجهزة المساعدة على التنقل والتكنولوجيات المعينة... وتشجيع الكيانات الخاصة التي تنتج الوسائل والأجهزة المساعدة على التنقل والأجهزة والتكنولوجيات المعينة على مراعاة جميع الجوانب المتعلقة بتنقل الأشخاص ذوي الإعاقة".

ووفقا لكل ما تقدم فإننا نعتقد سهولة استخدام عقود الاستصناع في توفير مساكن ووسائل نقل تتوافق مع برامج تأهيل ذوي الاحتياجات الخاصة، فمثلا يمكن أن تبرم مؤسسة زايد العليا للرعاية الإنسانية وذوي الاحتياجات الخاصة، ونادي العين للمعاقين عقدا مع مصرف إسلامي، وذلك بعد أن تم الاتفاق بينهما على تحديد المعايير والمواصفات الهندسية المطلوبة لبناء مجمع مساكن حكومية لذوي الاحتياجات الخاصة، على أن تراعى متطلبات خاصة بالأبواب وانحدار الممرات وارتفاع القضبان المساندة وكراسي دورات المياه في الحمامات، أو أن تبرم إحدى الجهات الاتحادية عقد استصناع لسيارات تصمم خصيصا بحسب احتياجات ذوي الإعاقة حتى يتمكنوا من قيادتها وذلك على وفق ما ذكرناه عند حديثنا عن إبرام عقود الاستصناع في مجال الخدمات الصحية وخدمات التعليم وخدمات الحياة العامة والثقافية والترفيهية.

خامسا/ الحق في العمل

أخيرا؛ فإن لعقد الاستصناع مزايا قد تسهم بشكل كبير في تأهيل أو إعادة تأهيل ذوي الاحتياجات الخاصة؛ إذ يمكن أن تهيأ لهم فرص عمل من خلال هذه العقود، فالمشرع الإماراتي ابتداءً أقر في المادة/ 16 من القانون الاتحادي رقم (29) لسنة 2006 لصاحب الاحتياجات الخاصة المواطن الحق في العمل؛ لأن هذه الاحتياجات الخاصة في ذاتها لا تشكل عائقا دون الترشيح واختيار العمل... كما أن المادة/ 27 من الاتفاقية تعترف بحق الأشخاص ذوي الإعاقة في العمل على قدم المساواة مع الآخرين... وبأن بإمكان "اللجنة المتخصصة لعمل صاحب الاحتياجات الخاصة" أن تتفق مع المصارف الإسلامية على استقطاب الطلبة الخريجين من ذوي الاحتياجات الخاصة بعد إخضاعهم لبرامج التأهيل المهني الخاصة بالمعاقين⁽¹⁾ بناءً على سياستها التي تتضمن وجوب توفير المعلومات عن سوق العمل والوظائف المتاحة. يضاف لهذا أن صيغة الاستصناع -كما سبق القول- تشجع على الاستغلال الأمثل للمواهب والقدرات في مجال تصنيع السلع، وعلى ذلك فإنه يمكن للمصرف

⁽¹⁾ تأهيل ذوي الاحتياجات الخاصة، بحث متاح على الموقع الإلكتروني: segmental.disability.blogspot.ae

أن يستعين بذوي الاحتياجات الخاصة وذلك في حالات الاستصناع المباشر؛ وهو الاستصناع الذي يتم بموجبه قيام الصانع (المصرف) بصنع السلعة محل العقد بنفسه وتحمل المستلزمات والعمل المطلوب لتصنيعها، حيث يتولى إبرام عقود عملهم مع اللجنة المتخصصة لعمل ذوي الاحتياجات الخاصة، أما في حالة الاستصناع الموازي فإن المصرف لا يضمن موافقة الصانع على تشغيلهم.

المقصد الثاني/ تقييم عقد الاستصناع

على الرغم من الأهمية الكبيرة التي يحققها عقد الاستصناع في مجالات الحياة الاقتصادية والاجتماعية المختلفة؛ إلا أنه ينطوي على مجموعة من المخاطر التي يواجهها المصرف لدى القيام بتنفيذه؛ وهذا هو شأن معظم الصيغ التمويلية التي يستخدمها المصرف في مجال عمله المصرفي؛ مما دفع الفقهاء إلى البحث عن وسائل أو حلول لمواجهة هذه المخاطر فهل استطاع عقد الاستصناع أن يحتفظ بأهميته ومزاياه رغم كل التحديات والمعوقات التي تواجه تطبيقه؟ وهل استطاع أن ينفذ من مشكلة تذبذب أسعار السلع في السوق في الفترة الواقعة ما بين وقت التعاقد ووقت التسليم؟ سنعمد إلى الإجابة عن ذلك في المقاصد التالية:

أولاً / مخاطر عقد الاستصناع

تتنوع المخاطر التي تواجه المصارف الإسلامية عند قيامها بتطبيق الاستصناع؛ ومن أهم هذه المخاطر: المخاطر المتعلقة بعقد الاستصناع ذاته، ومخاطر ائتمانية، ومخاطر السوق، ومخاطر تشغيلية، ومخاطر السيولة، سنعمد إلى بيانها بإيجاز مع إيراد الحلول المقدمة لمواجهتها وعلى وفق الآتي :-

1- المخاطر المتعلقة بعقد الاستصناع؛ ويمكن تلخيصها بالآتي :-

أ- مخاطر متعلقة بالصانع؛ وهي مجموعة المخاطر التي يكون مصدرها الصانع، وذلك بسبب عدم توفر الخبرة الكافية لدى الصانع مما يؤثر على نوعية المصنوع ومدة التسليم، أو بسبب عدم توفر الإمكانيات الفنية أو المالية لديه.

ب- مخاطر متعلقة بالمستصنع؛ وهي مخاطر تتأتى بسبب عدم توفر الخبرة الكافية في تحديد وتوصيف المصنوع، الأمر الذي يفسح المجال للصانع للتصرف وتقديم بضاعة مخالفة لما يتصوره ويتوقعه.

ت- مخاطر متعلقة بالمصنوع؛ وتتحقق هذه المخاطر عندما يحتاج المصنوع لشروط خاصة أثناء التصنيع أو النقل والتخزين كصناعة الأدوية، بغض النظر عن الطرف الذي يتحمل المسؤولية في حال تلف البضاعة، فإن هناك مخاطر إضافية سوف تنشأ عن طبيعة البضاعة.

ث- مخاطر متعلقة بمدة العقد؛ فكلما كانت مدة العقد طويلة -سواء مدة التصنيع أو مدة التسديد- فإن مخاطر إضافية سوف تنشأ، وهي المخاطر المتعلقة بتغير الظروف الاقتصادية عما كانت عليه عند التعاقد.⁽¹⁾

2- المخاطر الائتمانية؛ وتتعلق هذه المخاطر بمخاطر التسوية أو عدم القدرة على التسليم من قبل الصانع في عقد الاستصناع الموازي، أو بمخاطر عدم السداد من قبل المستصنع في عقد الاستصناع الأولي، ولتجنب هذه المخاطر يجب تغطيتها باختيار ملائم للصانع، وبالضمانات الكافية مقابل دين الاستصناع.⁽²⁾

⁽¹⁾ د. محمد محمود مكاي، الاحتياط ضد مخاطر التمويل المصرفي الإسلامي، دار الفكر والقانون، المنصورة، ط1، 2015، ص245-246.

⁽²⁾ د. عبد الباري مشعل، المخاطر في البنوك الإسلامية (وصف وتحليل)، مجلة الاقتصاد الإسلامي العالمية، متاح على الموقع الإلكتروني التالي :- <http://giem.katntakji.com/article/de>

وقد يكون من بين المخاطر الائتمانية أيضا مخاطر الاستبدال الناشئة عن فشل الصانع في الإيفاء بشروط العقد، الأمر الذي يؤدي إلى قيام البنك باستبدال هذا العقد بعقد آخر، ولكن بسعر السوق الحالي مما يكبده خسارة ما بين سعر العقد والسعر الحالي. ومن هذه المخاطر أيضا؛ المخاطر التي تنشأ بسبب عدم توافر المواصفات الأخلاقية في الصانع والمستصنع في الاستصناع الموازي وعدم توافر الكفاءة الإدارية. ⁽¹⁾ وقد تنشأ مخاطر من تأخر (الصانع) في عقد الاستصناع الثاني في تسليم المصنوع للمستصنع في الأجل المتفق عليه، ومن ثم تتأخر المؤسسة في تسليم العميل المستصنع في عقد الاستصناع الأول المصنوع وبالتالي يقع عليها عبء سداد الشرط الجزائي. ⁽²⁾

3- مخاطر السوق؛ وتتمثل بمخاطر التعرض للخسائر نتيجة التغيرات في ظروف السوق، ويمكن أن تصنف إلى ما يلي :-

1- مخاطر هامش الربح أو ما يعرف بالسعر المرجعي، فقد يبدو أن المصارف الإسلامية لا تتعرض لمخاطر السوق الناشئة عن التغيرات في سعر الفائدة طالما أنها لا تتعامل بسعر الفائدة، ولكن التغيرات في سعر الفائدة تحدث بعض المخاطر في إيرادات المؤسسات المالية الإسلامية لأن هذه الأخيرة تستخدم سعرا مرجعيا لتحديد أسعار ادواتها المالية المختلفة. ⁽³⁾

2- مخاطر أسعار الصرف في حالة الشراء الأول بعملة معينة ثم عند البيع في الاستصناع الموازي بعملة أخرى.

⁽¹⁾ د. محمد محمود كداوي، الاحتياط ضد مخاطر التمويل الإسلامي، المرجع السابق، ص 247، أنظر مقالة بعنوان (الطبيعة المميزة للمخاطر في المصارف) متاحة على الموقع الإلكتروني :-

<http://islamfin-go-forum.net>

⁽²⁾ المخاطر المحيطة بطبيعة الاستصناع والاستصناع الموازي وكيفية الحد منها، مقالة متاحة على الموقع الإلكتروني التالي :- <http://kenanaonlin.com>

⁽³⁾ الأخضر لقيطي، حمزة غربي، إدارة المخاطر في البنوك الإسلامية (دراسة ميدانية)، بحث متاح على الموقع الإلكتروني التالي :- <http://iefpedia.com/arab/wp-content>

3- مخاطر أسعار المنتجات.

4- عدم قيام الصانع في عقود الاستصناع الموازي بتسليم الأصل كاملاً حسب مواصفات (المستصنع) لا يعفي المصرف الإسلامي من التزاماته بتسليم الأصل موضوع عقد الاستصناع، مما يعرضه لخسارة محتملة في الحصول على الأصل موضوع الاستصناع من مكان آخر.

5- مخاطر اختلاف المواصفات.

4- مخاطر تشغيلية؛ وتتمثل بمخاطر العمليات كعدم الدقة في تنفيذ العمليات أو حفظ السجلات، ومخاطر توثيق عقود الاستصناع، ومخاطر الاحتيال الداخلي والاحتيال الخارجي، إضافة إلى تساهل المصارف الإسلامية في الاستعلام الكافي عن الصانع والمستصنع في الاستصناع الموازي، وقد تكون هناك مخاطر مصدرها الموارد البشرية المتاحة، وقلة الخبرة أو سوء النية.⁽¹⁾

ومن الباحثين من يضيف إلى هذه المخاطر؛ مخاطر التنفيذ، إذ أنه لما كان العقدان منفصلان فإن تسليم المصنوع في التأريخ المحدد وبالمواصفات المتفق عليها مع العميل مسؤولية تقع على عاتق المصرف ولا يمكن له أن ينقلها إلى المقاول، ولذلك فإن مخاطر عدم التنفيذ تقع على عاتق المصرف في حال فشل المقاول في النهوض بمسؤولياته على الوجه المطلوب، ولتقليل هذه المخاطر تسعى المصارف إلى الاتفاق من مكتب هندسي واحد في كلا العقدتين بحيث تكون شهادته بإتمام المراحل بالمواصفات المتفق عليها ملزمة للعميل (المستصنع).⁽²⁾

5- مخاطر السيولة؛ وهي المخاطر الناجمة عن عدم قدرة المصرف على الوفاء بالتزاماته عندما تستحق الأداء من خلال توفير الأموال اللازمة لذلك دون تحمل خسائر غير مقبولة، وفي

⁽¹⁾ إدارة المخاطر في البنوك الإسلامية، مقالة متاحة على الموقع الإلكتروني التالي: <http://www.arabank.com>

، محمد محمود مكاي، الاحتياط ضد مخاطر التمويل المصرفي الإسلامي، المرجع السابق، 249

⁽²⁾ د. محمد العلي القري، المخاطر في صيغ التمويل المصرفي الإسلامي، مجلة حولية البركة، مجموعة دلة البركة، الأمانة العامة للهيئة الشرعية، العدد 6، أكتوبر/ 2004، ص 290 - 291 .

الاستصناع تحدث هذه المخاطر عند عدم قدرة المصرف على تمويل عقود الاستصناع التي تستوفي شروط المصرف بسبب السيولة.⁽¹⁾

ثانياً / الاستصناع ومشكلة تذبذب أسعار السوق

لعل السؤال الأهم في هذا الصدد هو هل كان للمزايا والأهمية التي يتمتع بها الاستصناع تأثير على حجم تطبيقه العملي في المجال المصرفي أم أنه بقي محدود التطبيق مقارنة بغيره من الصيغ التمويلية الأخرى؟ وفي إجابة هذا السؤال يذهب جانب من الفقه بصدد عقدي السلم والاستصناع معاً إلى أنه "وعلى الرغم من محدودية التطبيقات العملية للتمويل بواسطة عقدي السلم والاستصناع، إلا أن هناك تجارب رائدة في هذا المجال ومنها: جملة من المشروعات الكبيرة التي تعاقد فيها مصرف الراجحي في المملكة العربية السعودية مع جهات عدة لتمويلها من خلال عقدي الاستصناع والسلم، ومنها على سبيل المثال: عقد استصناع لتمويل إحدى شركات الطيران ب(6) طائرات نفائثة (قرار الهيئة الشرعية رقم 80)، وعقد استصناع لتمويل بناء مجموعة مدارس حكومية (قرار الهيئة الشرعية رقم 147) وعقد استصناع لتمويل شركة بتروكيماوية وطنية (قرار الهيئة الشرعية رقم 187)، عقد استصناع لتمويل تأثيث عدد من المدارس الحكومية (قرار الهيئة الشرعية رقم 219)، وعقد استصناع لتمويل إنشاء محطة ضخمة من محطات توليد الكهرباء في منطقة مكة المكرمة.⁽²⁾

هذا بالإضافة إلى أن جانباً من المختصين في مجال العمل المصرفي يشيرون إلى أن مصرف الراجحي قد عمد إلى إيجاد منتج جديد "برنامج تطبيقي لصيغة الاستصناع"، يتيح للعملاء الحصول على مسكنهم الخاص، ويتضمن قيام المصرف ببناء المسكن كاملاً وبيعه للعميل بالتقسيط بضمان دخل العميل ورهن العقار، ويتيح البرنامج للعملاء عدة خيارات هي: قيام المصرف بإنشاء المسكن كاملاً للعميل على أرض يملكها العميل، أو إنشاؤه على أرض يملكها المصرف، أو الاكتفاء بالبناء فقط (الاستصناع الجزئي)، وقد جعل المصرف كل هذه الخيارات المتنوعة متاحة بالتقسيط لجميع العملاء لمدة تصل إلى 15 عاماً.

⁽¹⁾ إدارة المخاطر في البنوك الإسلامية، مقالة متاحة على الموقع الإلكتروني التالي :- <http://www.arabank.com>

د. محمد محمود مكاوي، الاحتياط ضد مخاطر التمويل المصرفي الإسلامي، المرجع السابق، 250.

⁽²⁾ د. حامد بن حسن بن محمد علي ميرة، المرجع السابق، ص 499، هامش (1) .

وهذا المنتج يتمتع بمرونة عالية لأنه يتيح أيضا لأصحاب المباني غير المكتملة الاشتراك في البرنامج بغرض إكمال التنفيذ بعد قيام المصرف بتقييم البناء المنفذ وتكلفة إكماله، كما أنه لا يتطلب من العميل المستصنع تقديم كفيل، ويتيح السداد المبكر، بالإضافة إلى إمكانية اختيار العميل التصميم الهندسي والمواصفات الفنية للمسكن الذي يرغب في امتلاكه، مع إمكانية اشتراك عميلين في عقد واحد إذا انطبقت عليهما شروط المنتج التي حرص المصرف على أن تكون ميسرة وفي متناول الجميع.⁽¹⁾

إن ما تقدم يظهر لنا بجلاء؛ أن معظم المصارف الإسلامية تقصر اهتمامها على تطبيق الاستصناع في مجال التمويل العقاري، في حين أن مجالات تطبيقه يمكن أن تدخل في كل المجالات الاقتصادية التي يمتزج فيها رأس المال مع العمل في تلبية الحاجات التجارية والصناعية والخدمية ومرافق البنية الأساسية، لذلك نتمنى على المصارف الإسلامية في دولة الإمارات العربية المتحدة التوسع في نطاق تطبيق هذه الصيغة التمويلية المتميزة في جميع المجالات التي يمكن أن يفاد منها المتعاملون والمستثمرون، وإعداد نماذج عقود استصناع توافق أحكام الشريعة الإسلامية وتتضمن الإطار العام لمعاملات الاستصناع كإعداد دراسة الجدوى الاقتصادية للمشروع، واختيار الصانع عن طريق المناقصة والتعاقد معه بعقد استصناع، ومع الاستشاري بعقد إشراف، على أن تتضمن أيضا تحديد ضمانات جدية وسلامة التنفيذ، وكذلك خطوات إجراء المعاملة التي تختلف بطبيعة الحال من مصرف إسلامي إلى مصرف إسلامي آخر.

وقد أظهرت دراسة تحليلية لواقع السوق المصرفي السعودي -وهو يشكل أكبر اقتصاديات المنطقة وأكثرها نموًا - صدرت في مارس 2008م؛ أن التمويل بالاستصناع لا يمثل سوى قرابة نصف واحد في المائة من سوق التمويل الإسلامي في المملكة العربية السعودية (0.6%)، مقارنة بالمزاحة التي يشكل نسبة (26%)، والتورق ونسبته (64%)،⁽²⁾ وأن من أهم الأسباب التي تحول دون التوسع في التمويل بالاستصناع هو ما يسمى بمخاطر رأس المال؛ حيث إن أسعار السلع المستصنعة تتفاوت وتختلف من

⁽¹⁾ منتج الاستصناع العقاري لتمويل بناء المساكن من مصرف الراجحي، مقالة متاحة على الموقع الإلكتروني :- www.aqarcity.com

⁽²⁾ د. محمد البلتاجي، دراسة تحليلية لواقع السوق المصرفي السعودي، بحث غير منشور، ص11، نقلا عن د. حامد بن حسن بن محمد علي ميرة، ص503

وقت التعاقد إلى وقت حلول أجل التسليم، مما يكون له أضراره الكبيرة على أحد الطرفين؛ وهذا الأمر يدفع المصارف إلى الإحجام عن الدخول في عقود الاستصناع لما تنطوي عليه من مخاطر تقلب أسعار السلع.⁽¹⁾

إذن مقدار المخاطرة الذي ينطوي عليه تذبذب أسعار السلع الآجلة في الاستصناع، هو ما يعد عاملاً مؤثراً للإحجام عن التمويل من خلاله، فهل يوجد حل شرعي لتفعيل عقد الاستصناع مع معالجة مخاطر تذبذب أسعار السلع الآجلة؟ ونطرح هذا التساؤل من باب حرصنا على أن يكون الاستصناع بعيداً عن المخاطر التي من شأنها أن تضعف من قابلياته للتطبيق في مجالات الحياة المختلفة ومنها المشاريع المتعلقة بتأهيل المعاقين موضوع البحث.

يرى جانب من الفقه أن الحل يكمن في الأخذ بما يسمى بصيغة "الاستصناع بسعر السوق يوم التسليم"؛ ومؤداها أن يسلم المشتري مقداراً معلوماً من المال في سلعة موصوفة في الذمة تباع بالوحدة، لا يحدد مقدارها وقت العقد، وإنما يربط بسعر الوحدة في السوق أو أنقص منه بنسبة معلومة يوم التسليم. وإذا أريد معرفة المقصود بهذه الصيغة؛ فلا بد من تحديد المقصود بكل تعبير من التعبيرات الواردة في التعريف: فالمشتري هو "المستصنع"، ومقداراً معلوماً من المال هو "ثمن الاستصناع"، وقد عُبر بـ "مقدار معلوم" لتحقيق شرط تحديد الثمن والعلم به في مجلس العقد، وهو أحد شروط صحة عقد الاستصناع، وأما التعبير "يُسَلَّم" فيراد به على سبيل الجواز؛ إذ يجوز في عقد الاستصناع تعجيل تسليم الثمن أو تأجيله أو تقسيطه و"في سلعة" أي أن تكون السلعة مما تدخلها الصناعة (المصنوعات)، وإلا فلا يكون العقد استصناعاً، و"موصوفة" يراد بذلك الوصف الذي يرفع الجهالة والغرر وهو أحد شروط عقد الاستصناع و"في الذمة" قيد يخرج بيع الأعيان المعينة الموصوفة، وهو يبين أن السلعة المستصنعة إنما هي دين ثابت في ذمة الصانع، "تباع بالوحدة" الوحدة هي المقدار أو وحدة القياس التي تُقدر بها السلعة المتعاقد عليها كالطن والكيلو والغرام في الموزونات، والبرميل واللتر في المكيلات، والقطعة والحبة ونحوها مما هو معيار معلوم في بعض أصناف المعنويات، "لا يحدد مقدارها وقت العقد" أي أن إجمالي كمية السلعة المعقود عليها استصناعاً لا يحدد

⁽¹⁾ د. سامي بن إبراهيم السويلم، التحوط في التمويل الإسلامي، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية، جدة، ط1، 1428، ص155-156.

بمقدار في مجلس العقد، فلا يقال: إجمالي السلعة المستصنعة مائة برميل من الكيروسين، "وإنما يُربط" أي يتم ربط تحديد مقدار أو كمية السلعة المتعاقد عليها، "بسعر الوحدة" أي الوحدة التي تباع بها السلعة المتعاقد عليها، "سعر الوحدة في السوق" أي تقييد السعر بسعر السوق وهو قيد مهم في هذه الصيغة وهو اشتراط وجود سعر معياري للسلعة محل العقد لا يدخل الاختلاف في تحديده، فلا يصح في سلعة يمكن أن يختلف الطرفان في تحديد ما هو سعرها يوم التسليم وهو ما ينتقي عن كثير من السلع في الواقع اليوم، "أو أنقص منه بنسبة معلومة" فإذا كان المتعاقد عليه نفطاً يُقال: كمية ومقدار النفط محل العقد يتحدد بناء على سعر البرميل في السوق يوم التسليم ناقص 10% أي أن تكون هناك نسبة معلومة للخصم عند العقد، وهذه النسبة هي مقدار ربح المستصنع نظير تسليمه الثمن عاجلاً، "يوم التسليم" وهذا من أهم القيود التي تتبين بها الصيغة، فتحديد مقدار السلعة محل العقد إنما يتحدد بناء على سعر الوحدة في السوق يوم التسليم.

ومثال للاستصناع بسعر السوق يوم التسليم هو أن يتعاقد طرفان على أن يدفع المستصنع خمسمائة ألف درهم كثمن استصناع - سواء أكان التعاقد على دفعها نقداً في مجلس العقد أو آجلاً أو تقسيطاً في آجال محددة معلومة - ثمناً في حديد ذي مواصفات محددة معلومة دون تحديد الكمية الإجمالية على أن يسلم الحديد في يوم 2020/4/15، ويشترط أن يكون تحديد الكمية بناء على سعر طن الحديد من النوع المحددة مواصفاته في العقد - في السوق يوم التسليم مع خصم 05% من سعر السوق في ذلك اليوم. فإذا حل موعد تسليم الحديد - يوم 2020/4/15 - ينظر إلى سعر الطن في السوق هذا اليوم، وليكن : 3000 درهم للطن، فيخصم منه 05% فيصبح المقدار الذي سيتحدد به مقدار الحديد المتعاقد عليه - المستصنع - هو 2850 درهم للطن.⁽¹⁾

و قد اختلف أهل العلم من المعاصرين في حكم صيغة السلم والاستصناع بسعر السوق يوم التسليم على قولين: القول الأول؛ يذهب إلى تحريمها؛ لأنها من عقود الغرر، والأصل في الغرر والجهالة التحريم،

⁽¹⁾ ومن الجدير بالذكر أن هذه الصيغة قد وردت في كلام الشيخ ابن تيمية (رحمه الله) في أحد مصنفاته، ونسبها إليه اثنان من تلامذته لمزيد من التفصيل راجع "السلم والاستصناع بسعر السوق يوم التسليم " في كتب أهل العلم، د. حامد بن حسن بن محمد علي ميرة، المرجع السابق، ص 514 - 529 .

ومنهم من يعلل تحريمها باشتغالها على الربا، ومنهم من أستخدم في تحريمها إلى قول عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما- أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح مالم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك"، أما القول الثاني: فيذهب إلى جواز هذه الصيغة مستندا في ذلك أولا إلى أن الأصل في العادات والمعاملات والعقود والشروط الصحة والإباحة مالم يرد دليل صحيح على التحريم والمنع، وثانيا إلى ما ورد عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما- قال قدم النبي صلى الله عليه وسلم المدينة وهم يسلفون بالتمر السنتين والثلاث، فقال: "من أسلف في شيء، ففي كيل معلوم ووزن معلوم، إلى أجل معلوم" وثالثا، إلى القياس على جواز البيع بالسعر.

ويذهب جانب من الباحثين إلى ترجيح القول بجواز "السلم والاستصناع بسعر السوق يوم التسليم" لأنه عقد استجمع شروط صحته وانتفت عنه الموانع وسلم من أسباب منع العقود من الربا والغرر والمقامرة، وأما ما أورد من أن في هذه الصيغة جهالة عند التعاقد فهي جهالة غير مؤثرة، لأنها جهالة آيلة إلى العلم، كما أن القول بجوازه -وهو ما نؤيده- دعم لمسيرة الصيرفة الإسلامية من خلال تفعيل عقد الاستصناع، وهو من أهم العقود الشرعية التي لها تأثير كبير في تشجيع الصناعة واستثمار أموال المسلمين من بلدانهم، كذلك فإن تشجيع عقد الاستصناع سيؤدي بشكل عملي إلى تقليص أو انحسار صيغ تمويلية شاع التعامل بها في المصارف الإسلامية اليوم كالتورق الذي يؤدي إلى اتساع حجم المديونيات غير المرتبطة بالحجم الفعلي للنشاط الاقتصادي.⁽¹⁾

⁽¹⁾ لمزيد من التفاصيل في هذا الموضوع أنظر د. حامد بن حسن بن محمد علي ميرة، المرجع السابق، ص 531-571.

الخاتمة

آثرنا ونحن ننتهي من دراسة موضوع هذا البحث أن نقدم التوصيات التالية:

(1) نتمنى على المشرع الإماراتي أن يعتمد في المستقبل القريب، وفي ظل اهتمام الحكومة الرشيدة بفئات ذوي الإعاقة إلى إصدار تشريع يلزم بمقتضاه رجال الأعمال وأصحاب رؤوس الأموال والمشروعات والمراكز التجارية التي تعنى بتقديم خدمات للأشخاص العاديين -في جميع المجالات كالسياحة والفندقة والمطاعم ومعاهد التدريب وغيرها- بتقديم كل التسهيلات وإجراء كل التغييرات التي تعين في تأهيل ذوي الإعاقة، وذلك على غرار قانون الأمريكيين المعوقين الذي أقره الكونغرس الأمريكي في العام 1990 الذي حظر على رجال الأعمال التمييز ضد الأشخاص المعوقين في مجالات التوظيف وخلال العمل، وفي تزويد السلع والخدمات، ومن ضمنها وسائل النقل العام، وأماكن السكن والاتصالات وإزالة الحواجز التي توجد لها العتبات والأبواب الضيقة وأماكن وقوف السيارات وغيره.

(2) نأمل من المشرع الإماراتي أن يقرر إعفاء جميع الوسائل والتقنيات الميسرة لأغراض تدريس الطلاب ذوي الاحتياجات الخاصة من الضرائب والرسوم؛ وذلك دعماً لجميع الاستراتيجيات البديلة للتعليم والوسائل اللازمة لذلك وذلك من أجل كفالة المشاركة التامة للطلاب المعاقين من جهة، وتشجيع المصارف الإسلامية على قبول التعاقد بصيغة الاستصناع تجاه الجمعيات والمراكز الخاصة بذوي الاحتياجات الخاصة من جهة أخرى، وذلك على غرار ما قرره في المادة / 30 من القانون الاتحادي رقم (29) لسنة 2006 بشأن إعفاء طلبات تراخيص المباني التي تقدمها الجمعيات والمراكز الخاصة بذوي الاحتياجات الخاصة -التي يحددها مجلس الوزراء- لإقامة مباني مخصصة لاستخدامهم، بناء على شهادة صادرة من وزارة الشؤون الاجتماعية في هذا الشأن.

3) ونتمنى على المصارف الإسلامية في دولة الإمارات أن تحرص عند إبرام عقود الاستصناع مع عملائها من الجهات المعنية بتطبيق أحكام القانون الاتحادي بشأن ذوي الاحتياجات الخاصة؛ أن تعتمد إلى توقيع عقد ثالث مع جهة استشارية تتولى عنها متابعة تصنيع (الشركة أو الجهة المتخصصة بصناعة السلعة المطلوب تصنيعها) وذلك لضمان أن تأتي هذه المستلزمات مطابقة للمواصفات المطلوبة وبشكل يتناسب مع إعاقات ذوي الاحتياجات الخاصة.

المراجع

أولا/ المؤلفات:

- 1- د. أحمد سليمان خصاونة، المصارف الإسلامية (مقررات لجنة بازل - تحديات العولمة - استراتيجية مواجهتها)، ط1، عالم الكتب الحديث للنشر والتوزيع، دار الكتاب العالمي للنشر والتوزيع عمان الاردن، 2008 .
- 2- د. أحمد صبحي العيادي، إدارة العمليات المصرفية والرقابة عليها، دار الفكر، عمان، ط1، 2010.
- 3- د. حامد بن حسن بن محمد علي ميرة، عقود التمويل المستجدة في المصارف الإسلامية (دراسة تأصيلية تطبيقية)، الميمان للنشر والتوزيع، الرياض، 2011 .
- 4- د. حسني عبد السميع إبراهيم، موقف الشريعة الإسلامية من النقود والبنوك (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والاقتصاد الوضعي) ، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة الطبع.
- 5- د. حسين محمد سمحان، د. موسى عمر مبارك، د. عبد الحميد أبو صقري، إدارة الإستثمار في المصارف الإسلامية، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، جامعة الدول العربية، القاهرة، جمهورية مصر العربية، 2012 .
- 6- د. سامي بن إبراهيم السويلم، التحوط في التمويل الإسلامي، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية، جدة، ط1، 1428
- 7- السمرقندي علاء الدين محمد بن أحمد، تحفة الفقهاء، ج2، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1984 .
- 8- أبن منظور أبو الفضل جمال الدين محمد، لسان العرب، ج2، ط3، دار المعارف، 1911م
- 9- د. فليح حسن خلف، البنوك الإسلامية، عالم الكتب الحديث، جدارا للكتاب العالمي، إربد، 2006.

10- الكاساني علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج5، دار الكتب العلمية، بيروت، 1986 .

11- د. محمد عبد الحميد الفقي، الأداء الاقتصادي للمصارف الإسلامية وأثره في عملية التنمية

الاقتصادية (دراسة فقهية اقتصادية) ، عالم الكتب، القاهرة، ط1، 2010

12- د. محمد محمود مكاوي، الاحتياط ضد مخاطر التمويل المصرفي الإسلامي، دار الفكر والقانون،

المنصورة، ط1، 2012

13- د. محمد محمود المكاوي، أسس التمويل المصرفي الإسلامي بين المخاطرة والسيطرة، المكتبة

العصرية للنشر والتوزيع، جمهورية مصر العربية، ط1، 2009

14- د. محمود حسين الوادي، د. حسين محمد سمحان، المصارف الإسلامية، الأسس النظرية

والتطبيقات العملية، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، 2007 .

ثانيا/ الرسائل الجامعية:

15- أسامة يوسف الجزار، العقود الآجلة في الاقتصاد الإسلامي البديل، رسالة ماجستير، كلية

الشريعة والقانون، قسم الفقه المقارن، الجامعة الإسلامية، غزة، 2009 .

16- رنا محمد صبحي عوادة، دمج المعاقين حركيا في المجتمع المحلي بيئيا واجتماعيا (دراسة حالة

في محافظة نابلس)، رسالة ماجستير ، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، نابلس، فلسطين

متاحة على الموقع الالكتروني التالي :- <http://library.birzeit.edu>

ثالثا/ البحوث والمقالات:

- 17- الأخضر لقيطي، حمزة غربي، إدارة المخاطر في البنوك الإسلامية (دراسة ميدانية)، بحث متاح على الموقع الالكتروني التالي :- <http://iefpedia.com/arab/wp-content>
- 18- د. سيف الدين إبراهيم تاج الدين، نحو منتج إسلامي جديد للسوق الصناعية الآجلة (الاستصناع التحوطي للتمويل بالمشاركة)، مجلة إسرا الدولية للمالية الإسلامية، مج4، ع1، يونيو 2013 .
- 19- د. عاطف عبد الله بحرأوي، تأهيل ذوي الاحتياجات الخاصة، بحث متاح على الموقع الالكتروني التالي :- www.gulfkids.com/vb/showthread.php
- 20- د. عبد الباري مشعل، المخاطر في البنوك الإسلامية (وصف وتحليل)، مجلة الاقتصاد الإسلامي العالمية، متاح على الموقع الالكتروني التالي :- <http://giem.katntakji.com/article/de>
- 21- د. كاسب عبد الكريم البدران، عقد الاستصناع أو عقد المقاوله في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة) ، ط1، 1979 متاح على الموقع الالكتروني التالي :- <http://www.Katntakji.com/media>
- 22- د. محمد العلي القري، المخاطر في صيغ التمويل المصرفي الإسلامي، مجلة حولية البركة، مجموعة دلة البركة، الأمانة العامة للهيئة الشرعية، العدد 6، أكتوبر/ 2004 .
- 23- د. مصطفى الزرقا، عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة، محاضرة منشورة على الموقع الالكتروني التالي :- <http://feqhweb.com/vb/t4520.html#ixzz4UBA5RoGx>

- 24- د. نزيه حماد، دور المؤسسات المصرفية في التنمية الاقتصادية، كتاب الوقائع، ج2، مؤتمر (دور المؤسسات المصرفية الإسلامية في الاستثمار والتنمية)، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بالتعاون مع مصرف الشارقة الوطني، للفترة (7-9/ مايو/ 2002)، النشر العلمي ، جامعة الشارقة .
- 25- د. هدى العزاوي، دور المؤسسات المصرفية الإسلامية في التنمية الاقتصادية، كتاب الوقائع، ج2، مؤتمر (دور المؤسسات المصرفية الإسلامية في الاستثمار والتنمية)، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بالتعاون مع مصرف الشارقة الوطني، للفترة (7-9/ مايو/ 2002)، النشر العلمي، جامعة الشارقة.
- 26- الدكتور خليفة الغفلي -خبير في التمويل الإسلامي- مقالة بعنوان (تطبيق صيغة الاستصناع في المصارف الإسلامية)، نشرت بتاريخ 21/ يوليو/ 2014 على موقع صحيفة الرؤية <http://site.alroeya.ae>
- 27- د. عبد الغني حسن أبو غدة، عقد الاستصناع وأهميته في النشاط الاقتصادي المعاصر، مقالة متاحة على موقع مجلة الوعي الإسلامي :- (<http://www.alwaei.gov.kw/site/pages>)
- 28- أنواع الإعاقة (ذوي الاحتياجات الخاصة)، مقالة متاحة على الموقع الالكتروني : [https:// sites.google.com](https://sites.google.com)
- 29- مقالة بعنوان (من هم ذوو الاحتياجات الخاصة وماهي خصائصهم؟)، متاحة على صفحة (المشاكل النفسية) [http:// educapsy.com](http://educapsy.com) :- Educapsy .
- 30- مقالة (مراكز ذوي الاحتياجات الخاصة... في حاجة إلى إعادة نظر وتأهيل) متاحة على الموقع الالكتروني :- www.albayan.ae .
- 31- التمويل الإسلامي Islamic Banking مقالة متاحة على الموقع الالكتروني التالي :- [http://](http://mostasme)

mostasme

32- مقالة (الطبيعة المميزة للمخاطر في المصارف) متاحة على الموقع الالكتروني :-

<http://islamfin-go-forum.net>

33- تأهيل ذوي الاحتياجات الخاصة، بحث متاح على الموقع الالكتروني:- segmental

disability.blogspot.ae

34- المخاطر المحيطة بطبيعة الاستصناع والاستصناع الموازي وكيفية الحد منها، مقالة متاحة على

الموقع الالكتروني التالي :- <http://kenanaonline.com>

35- إدارة المخاطر في البنوك الإسلامية، مقالة متاحة على الموقع الالكتروني التالي :-

<http://www.arabank.com>

36- منتج الاستصناع العقاري لتمويل بناء المساكن من مصرف الراجحي، مقالة متاحة على الموقع

الالكتروني :- www.aqarcity.com

رابعاً/ مصادر أخرى:-

37- ديباجة الاتفاقية الدولية لحماية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة على الموقع الالكتروني :-

<http://www.un.org/disabilities>

38- تعديل القانون الاتحادي رقم (14) لسنة 2009 متاح على الموقع الالكتروني :- <http://www.alittihade.ae>

www.alittihade.ae

39- قانون الأمريكيون المعوقون الموقع الالكتروني iipdigital.usembassy.gov/st/Arabic

40- ردود اللجنة المعنية بالأشخاص ذوي الإعاقة الموقع الالكتروني التالي:-

www.ohchr.org/SPdocs/CRPD/4thsession/CRPD.C.Tun.1

41- دليل الإجراءات العملية للاستصناع ، بنك دبي الإسلامي، إصدار 1997م .

حالات الانحراف في استعمال السلطة

إعداد الباحث

عبد الرحمن أبو بكر الهاشمي

الملخص

وجدت الإدارة لغرض تسيير المرافق العامة، وتحقيق الأهداف التي وجدت من أجلها، ولكن الإدارة قد تحيد عن تحقيق المصلحة العامة وبالتالي تنحرف في استعمال السلطة التي أعطتها لها القانون وذلك في عدة حالات وهي حالة الانحراف عن المصلحة العامة، وحالة الانحراف عن قاعدة تخصيص الأهداف، والانحراف في استعمال الإجراء.

Abstract

The administration has found the purpose of running the public utilities and achieving the objectives for which it was found, but the administration may deviate from achieving the public interest and thus deviate from the use of the authority given to it by the law in several cases, namely deviation from the public interest, deviation from the rule of allocation of objectives, In the use of the procedure.

المقدمة

الإدارة عند ممارستها لسلطاتها التي خولها لها القانون لكي تقوم بكافة المهام المنوطة بها لغرض تسيير وإدارة المرفق العام، وتحقيق الأهداف المرجوة من وجود الإدارة.

والقانون أعطى للإدارة السلطة التقديرية عند إدارتها للمرفق العام، ولها حق إصدار القرارات والتعليمات وإبرام العقود الإدارية التي تسعى من خلالها إلى تحقيق المصلحة العامة، فالإدارة عند قيامها بهذا الدور فإنها تضع المصلحة العامة نصب عينها لأنها وجدت لتحقيق هذا الغرض ونفع المجتمع.

ولكن الإدارة عند قيامها بالأعمال المنوطة والتي تقع على عاتقها أو عند إعمالها لسلطاتها التقديرية فإنها قد تحيد عن تحقيق المصلحة العامة، وبالتالي تنحرف في استعمال سلطاتها التي خولها لها القانون، وبالتالي فإن هذا الانحراف يشكل عدة آثار وأهمها على سبيل المثال إلغاء القرار الإداري المشوب بهذا الانحراف وبالتالي لا يرتب الآثار المرجوة منه.

وهناك عدة حالات للانحراف في استعمال السلطة، وتكمن حالات الانحراف في استعمال السلطة من خلال ثلاثة وجوه، وهي المصلحة العامة وقاعدة تخصيص الأهداف والانحراف في استعمال الإجراءات، وستقوم دراستنا ببيان هذه الحالات على النحو التالي:

المبحث الأول: الانحراف عن المصلحة العامة

المبحث الثاني: الانحراف عن قاعدة تخصيص الأهداف

المبحث الثالث: الانحراف في استعمال الإجراءات

المبحث الأول

الانحراف عن المصلحة العامة

المصلحة العامة هي الغاية المرجوة من الإدارة عند إدارتها للمرفق العام من خلال إصدار القرارات الإدارية أو إبرام العقود الإدارية وغيرها من الأعمال التي أعطاها لها القانون، وبالتالي إصدار الإدارة لقرار لا يصيب المصلحة العامة وإنما يبتغى منه تحقيق مصلحة خاصة يصم القرار الإداري بعيب الانحراف في استعمال السلطة وبالتالي يجب إلغاؤه، وسنبين في هذا المبحث انحراف الإدارة في استعمال السلطة من خلال الانحراف عن تحقيق المصلحة العامة على النحو التالي:

المطلب الأول

مفهوم الصالح العام

تحقيق الصالح العام هو هدف يتعين أن تتوخاه الإدارة في كافة قراراتها لإضفاء صفة المشروعية على تلك القرارات، فالصالح العام هو الهدف الذي تسعى إليه كلفة أجهزة الإدارة في كافة الدول، ذلك أن وجود الدولة هو تحقيق الخير العام للجميع، وما سائر المؤسسات في الدولة على اختلاف أنواعها ودرجات أهميتها سوى وسائل لإدراك هذا الهدف¹.

¹. صفاء محمود، الانحراف بالسلطة التقديرية للإدارة-إساءة استعمالها-، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2017، ص 107

وبالرغم من أن فكرة الصالح العام تستعصي على التعريف، فقد دعا بعض الفقه إلى ضرورة وضع تعريف أو معيار ثابت ومحدد لها على هديه يكمن تحديد معالمها، ووصف هذا الرأي خلو التشريع والعمل الإداري من وضع هذا التعريف بأنه نقص يؤسف له¹.

ومن الجدير بالذكر أن فكرة الصالح العام هي فكرة نسبية زمانا ومكانا، ولذا فلا يوجد تعريف جامع مانع، فهي فكرة يكمن الوعي بها في ضمير كل فرد وكل جماعة دون حاجة إلى صياغتها في عبارات محددة، حيث يجب ترك المجال لوظائفها المتعددة والتي يبرزها القاضي الإداري في رقابته للمشروعية الإدارية².

وقد وضعت محكمة القضاء الإداري تحديدا دقيقا للصالح العام، حين ذهبت إلى أنه " لا يقصد بالصالح العام صالح فرد أو فريق أو طائفة من الأفراد، فذلك محض صالح خاص، كما لا يقصد به مجموع مصالح الأفراد الخاصة، فالجمع لا يمكن أن يرد إلا على أشياء متماثلة لها نفس الطبيعة والصفة، ومثل هذه المصالح الخاصة متعارضة متضاربة، فلا يمكن إضافتها بعضها لبعض للخروج بنتائج للجميع، وإنما المقصود بالصالح العام هو صالح الجماعة ككل مستقلة ومنفصلة عن آحاد تكوينها"³.

¹. عبد العزيز خليفة، الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، دار الفكر الجامعي، مصر، 2010، ص149

². صفاء محمود، الانحراف بالسلطة التقديرية للإدارة، مرجع سبق ذكره، ص108

³. محكمة القضاء الإداري، قضية رقم 565 لسنة 2020، جلسة 1969/7/3م، مجموعة أحكام المحكمة ثلاث سنوات، ص870، أشار إليه عبد العزيز خليفة، مرجع سبق ذكره، ص150

المطلب الثاني

أوجه الانحراف عن المصلحة العامة

تهدف الإدارة العامة دائماً وأبداً إلى تحقيق المصلحة العامة من خلال قراراتها الصادرة والتي يتم بها تسيير المرافق العامة التي تقدم خدماتها العامة للمواطنين، وتلك غاية بديهية تتسق مع دور المرافق العامة ومع ما قرره المشرع لها من امتيازات وسلطاتها، فقرار النقل أساسه مصلحة العمل فإن حاد مصدره عن ذلك الهدف والغاية بأن ابتغى الصالح الشخصي كان قراره مشوباً بعيب إساءة استعمال السلطة ومنحرفاً بها إلى مصالح شخصية¹.

وعليه تم تقسيم هذا المطلب على النحو التالي:

الفرع الأول

الانحراف بالسلطة لتحقيق مصلحة مصدر القرار أو غيره

إن الهدف الرئيسي التي وجدت الإدارة من أجله هو تحقيق المصلحة العامة للمجتمع، وأن مصدر القرار لا بد له أن يضع المصلحة العامة نصب عيبيه عند إصداره للقرار الإداري المراد تحقيقها وابتغاؤها، وإلا عد ذلك انحرافاً في استعمال السلطة بالنسبة إلى مصدر القرار، فالمصلحة العامة هي الأساس الذي لا بد أن يصدر القرار بناء عليه.

¹. جمال معاطي، القرار الإداري ومنازعاته وإجراء الطعن فيه، مرجع سبق ذكره، ص 77-78

حيث تعتبر هذه الصورة من أشد صور الانحراف بالسلطة إهدارا لمبدأ المشروعية، فرجل الإدارة الذي يعين للسهر على تحقيق مصالح الجماعة وحماية خيرها المشترك، ينسى واجبه ويتحلل من قيوده ساعيا للحصول على نفع ذاتي، فيخرج من نطاق وظيفته، ويفقد عمله بصفته العامة، ذلك أن كل عمل يجب أن يهدف إلى تحقيق مصلحة عامة، وإلا فقد صفته العمومية ولو كان من قام به موظف عمومي¹.

ويمكن لمصدر القرار ، عند قيامه بسلطة الضبط الإداري ، وهي أكثر السلطات التي تستعمل لتحقيق نفع لمصدر القرار، ففي سبيل تحقيق الأغراض الخاصة بالضبط الإداري وهي السكينة والأمن والصحة العامة، قد يسعى رجل الضبط إلى تحقيق منافع شخصية له، موهما بأن قراره قصد به تحقيق تلك الأغراض، ويستبان من مظهره الخارجي ذلك، ولكن الغور في أعماق القرار تفضح النوايا الخفية لمصدره².

وتجدر الإشارة إلى أنه لا يشترط لوصم القرار بالانحراف بالسلطة في هذه الصورة توفر علاقة ترابط ما بين مصدر القرار الإداري ومن أصدر هذا القرار لتحقيق نفع خاص له، والذي ربما لا يعرفه مصدر القرار بشكل شخصي، كأن يكون الشخص المستفيد من القرار شخصا أجنبيا عن مصدر القرار في حالة وجود وسيط بينهما³.

ومن الأهمية بمكان الإشارة إلى أن مجرد صلة قرابة بين مصدر القرار والمستفيد لا تكفي دليلا على إساءة استعمال السلطة من قبله، حيث جاء تطبيقا لهذا المبدأ حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر بأن: "مجرد قرابة أحد الموظفين لذوي النفوذ لا ينهض بذاته دليلا على أن ترقيته كانت وليدة إساءة استعمال السلطة

¹. عبد العزيز خليفة، الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، مرجع سبق ذكره، ص162

². عبد العزيز خليفة، المرجع السابق، ص163

³. صفاء محمود، الانحراف بالسلطة التقديرية للإدارة، مرجع سبق ذكره، ص118

من جانب ذوي النفوذ، إذا لم تكن ثمة قرائن أخرى تدل على ذلك، خصوصاً إذا استبان أن هذه الترقية كانت طبيعية بحسب أوضاع الميزانية¹.

ومن أمثلة ذلك قيام أحد العمد باتخاذ قرار بتحريم حفلات الرقص في الأماكن العامة طيلة أيام الأسبوع قبل الثامنة مساءً، وقبل الظهر من يوم الأحد، وهذا القرار يبدو لأول وهلة من صميم اختصاصاته، لاسيما حين يذكر أسباب قراره "أن حفلات الرقص المستمرة قد صرفت الشباب من الجنسين عن العمل" ولكن مجلس الدولة الفرنسي لم يقف عند هذه الأسباب الظاهرية، ومد بحثه إلى ما خفي من أسباب، وسرعان ما تبين له الحقيقة : أن العمدة هو صاحب محل عام في قريته، يقدم المشروبات الروحية والوجبات لرواده، وتتافسه في ذلك فرنسية أخرى، كانت أعرف منه بما يجذب الأفراد إذا استأجرت " بيانو ميكانيكي " حتى يتاح للقرويين فرصة الرقص أثناء وجودهم بمحلها، وقد صح ما توقعت وانصرف القرويون عن مطعم العمدة، فلم يجد بدا من الالتجاء إلى سلطته، متذرعاً بما ذكرناه من الأسباب، وفي الحقيقة ليحد من هذه المنافسة التي جلبت عليه الخراب، لذلك فقد ألغى المجلس قراره معلناً " أنه قد ثبت من التحقيق، أن العمدة حين اتخذ قراره المطعون فيه، كان مدفوعاً باعتبارات لا تمت للمصلحة العامة بأوهى سبيل"².

¹. الطعن رقم 286 ل سنة 5، تاريخ الجلسة 1952/5/21م، مكتب فني 6، ج 3، ص 1055، أشارت إليه صفاء محمود، مرجع سبق ذكره، ص 118

². سليمان الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، دار الفكر الجامعي، مصر، 2014، ص 121

الفرع الثاني

الانحراف بالسلطة انتقاما من الغير

في هذه الصورة من صور الانحراف عن المصلحة العامة يستعمل رجل الإدارة سلطات القانون العام الواسعة والخطيرة الممنوحة له من جانب الأذى للبعض إرضاء لما يمكنه من كره أو حقد أو حسد، ففيها يستعمل رجل الإدارة سلطاته للإيقاع بأعدائه لإشباع شهوة الانتقام منهم والتي تتأجج في نفسه، وهذه بلا شك أخطر صور الانحراف على الإطلاق، وأكثر ما تكون تطبيقاتها بالنسبة إلى الموظفين عند استعمال الهيئات الرئاسية لسلطاتها التأديبية، وهذا الاختصاص التقديري إلى حد كبير ما اعترف به للإدارة إلا لخير المرفق وتحقيق الانسجام والنظام في سيره، فإذا خرج به الرئيس الإداري عن مقصوده، أو اتخذ منه سلاحا يسلطه على رقاب أعدائه فإنه يشيع الفوضى في صفوف الإدارة ذاتها، وبعدم الثقة بين أفرادها، لأن الموظف جزء أصيل من الإدارة، فقد يتمادى الرئيس الإداري في إشباعه لشهوة الانتقام ليصل إلى أقصى ما تخوله القوانين¹. ومجرد العداوة الشخصية بين مصدر القرار وبين من مس هذا القرار مصلحته، لا تكفي لأن تجعله مشوبا بعيب الانحراف بالسلطة، حيث يشترط لذلك أن يكون القرار قد صدر تحت تأثير هذه العداوة²، وإلا فإن القرار يعد صحيحا ومنتجا لآثاره.

ونظرا لخطورة هذه الصورة من صور الانحراف عن المصلحة العامة لما تلحقه من أذى بحقوق الأفراد، مصدره رجل إدارة يفترض استعماله لسلطاته في إطار ما يقرره القانون بما يحقق الصالح العام، متجردا في ذلك من أصل البراءة الإنسانية، فقد ذهب بعض الفقه إلى ضرورة تدخل المشرع يجعل تلك المخالفة جريمة

¹. صفاء محمود، الانحراف بالسلطة التقديرية للإدارة، مرجع سبق ذكره، ص 119

². عبد العزيز خليفة، الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، مرجع سبق ذكره، ص 171

جنائية، لأن تأخير القضاء في إصدار حكم الإلغاء لسنوات طويلة يغري كثير من رجال الإدارة سيئي النية بالانحراف بسلطاتهم، اعتماداً على تغير الظروف والنسيان من خلال المدد الطويلة التي تمضي بين وقوع الانحراف وصدور الحكم، مع تحميله النتائج المالية المترتبة على قراره¹.

والرئيس الإداري في إشباعه لشهوة انتقامه قد يتمادى، فيصل إلى أقصى ما تخوله القوانين، وقد يوسط ، ومن تلك الحالات في القضاء الفرنسي، حالة سكرتير أحد المجالس القروية نشأت بينه وبين أحد الموظفين الذين يعملون معه حزازات، فطوى نفسه عليها، حتى إذا ما انتخب عمده بعد بضع سنوات من منشأ هذه الحزازات كان أول قراراته فصل هذا الموظف².

الفرع الثالث

الانحراف بالسلطة لأسباب سياسية

يستعمل رجل الإدارة هنا ما خول من سلطة مدفوعاً باعتبارات سياسية، ولما كان المفروض أن الإدارة يجب أن تبتعد عن السياسة، إلا أن الميول الشخصية كثيراً ما تحيد بالشخص عن جادة الصواب، ولذلك فإن لهذه الاعتبارات أثراً كبيراً في فساد الإدارة في كثير من الدول لم تتضح سياسياً³.

فقرارات الإدارة يجب أن تهدف إلى تحقيق الصالح العام المجرد دون تلون بأي اتجاه سياسي أو عقائدي، فإذا حاد رجل الإدارة عن تلك القاعدة، وابتغى بقراره التعبير عن وجهته السياسية، أو التنكيل بخصومه

¹. صفاء محمود، الانحراف بالسلطة التقديرية للإدارة، مرجع سبق ذكره، ص120

². حكم المجلس الصادر في 3 ديسمبر لسنة 1920، في قضية "Verjat" المجموعة، ص1027، أشار إليه سليمان الطماوي، مرجع سبق ذكره، ص120

³. سليمان الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، مرجع سبق ذكره، ص123-124

السياسيين، خرج قراره عن إطار المشروعية، وصار موصوما بالانحراف بالسلطة مستوجب الإلغاء حيث أن ما قام به رجل الإدارة يعد خروجاً على مقتضيات الواجب الوظيفي التي توجب على الإدارة ان تقف على الحياد من التيارات الحزبية السائدة في المجتمع وألا يسعى رجالها بقراراتهم إلى محاباة حزب على حساب آخر، ولو كانوا ميالين له أو معتنقين لأفكاره، والهدف من ذلك هو المحافظة على استمرارية معدل أداء العمل الإداري، دون تأثر بتغير الحزب القائم بإدارة الشؤون السياسية للبلاد فالأحزاب تتغير وفقاً لإرادة المجتمع، أما العمل الإداري فيجب أن يتسم بالثبات لتحقيق الصالح العام لجميع الأفراد، بغض النظر عن ميولهم السياسية¹.

وقد ساعد انتشار هذا النوع من الانحراف السماح لعمال الإدارة بالانضمام إلى الأحزاب السياسية احتراماً لحقهم في إتباع ما يشاءون من عقيدة سياسية، وقد يقوم هؤلاء بإصدار قرارات لإدراك هدف حزبي معين كما لو أصدر المختص قراراً بمنح إعانة لجهة معينة، أو إيقاف المساعدة المادية التي تمنح لها، بقصد تحقيق مصالح حزبية ما لأحد الأحزاب التي ترتبط بتلك الجهة².

وتكثر تطبيقات هذا النوع من الانحراف في الحياة الحزبية إذ يحدث عند التغيير الوزاري أن يحاول الحكام الجدد الانتقام من أنصار الأحزاب المعارضة، والقاعدة العامة في ذا الصدد أنه لا يجوز للرئيس الإداري أيّا كانت درجته وأياً كانت الإدارة التي يعمل بها ان يصدر قرارات مشبعة بالبائع السياسي، هدفها الانتقام ممن يخالفه في الرأي، فمخالفة الموظف لرئيسه أو لوزيره في العقيدة السياسية لا يسوغ عزل هذا الموظف أو المساس به، وهذه القاعدة تجد استثناء لها بالنسبة للوظائف ذات الطابع السياسي كوظائف المحافظين أو

¹. أحمد الحجيلان، الانحراف عن قاعدة تخصيص الأهداف باعتبارها إحدى حالات الانحراف بالسلطة في القانون الإداري الكويتي، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، 2016، ص 119-120

². عبد العزيز خليفة، الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، مرجع سبق ذكره، ص 177-178

الوظائف الكبرى المتصلة بالدفاع الوطني كوظائف كبار القادة العسكريين، فهذه الوظائف شديدة الحساسية لا يمكن أن تحرم على أي حكومة ديمقراطية وهي تعين فيها أن تتجرد من كل اعتبار سياسي، بل لابد لشاغلها أن يكونوا على وفاق معهم من الناحية السياسية، وأن يظلوا هكذا طوال مدة بقائهم وإلا حق للحكومة أن تستغني عن خدماتهم¹.

وهذا النوع من حالات الانحراف والذي تستهدف فيه الإدارة غرضاً بجانب الصالح العام مقضي عليه بالزوال، وكما استقرت النظم الديمقراطية وانتشر التعليم وتنبه الأفراد لحقوقهم وأصبح من العسير على الإدارة أن تلجأ إلى هذا النوع من عدم المشروعية، ولهذا بدأت حالات هذا النوع تتضاءل في قضاء مجلس الدولة الفرنسي².

الفرع الرابع

الانحراف بالسلطة تحايلاً على القانون وعلى تنفيذ الأحكام القضائية

أولاً: الانحراف بالسلطة تحايلاً على القانون

لا يجوز للإدارة أن تتحايل على تنفيذ أحكام القانون لتصل من ذلك إلى انتهاك هذه الأحكام، فمثلاً بالنسبة لإلغاء الوظائف العامة هذا الإلغاء يجب أن يكون حقيقياً باعته إعادة تنظيم الإدارة الحكومية أو إجراء اقتصاد في وظائفها ضغطاً للنفقات، أما إذا كان إلغاء الوظيفة لمجرد الانتقام من شخص معين، وفصله بغير اتباع أحكام القانون فإنه يعد مشوباً بعيب الانحراف في السلطة³. مما يجعله مهدداً بالإلغاء القضائي، وعلّة

¹. عبد العزيز خليفة، المرجع السابق، ص 178-179

². سليمان الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، مرجع سبق ذكره، ص 126

³. عبد العزيز خليفة، الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، مرجع سبق ذكره، ص 182

الإلغاء في مثل هذه الحالة أن رجل الإدارة أحل إرادته محل إرادة المشرع من خلال تجاهل إرادة المشرع، إما لإفادة فئة أو الإضرار بأخرى على حساب المصلحة العامة، والتي تقتضي دقة تطبيق القانون بصورة تتوافق مع إرادة المشرع، إضافة لما في ذلك من محو لصفة العمومية والتجريد عن القاعدة القانونية التي يفترض فيها أنها تطبق على الكافة بصفاتهم دون اعتبار لأشخاصهم، حيث إن الإدارة بتحايلها على تنفيذ القانون وإعمال إرادتها في تطبيقه تأخذ بالازدواجية في تطبيقه على الأفراد من شخص لآخر، حسبما يتراءى لرجل الإدارة، وبما يتماشى مع رغباتهم التي تكون بالطبع بعيدة عن تحقيق المصلحة العامة، فإذا كان القانون يجيز للإدارة فصل الموظف لإلغاء الوظيفة التي كان يشغلها، فإنه يتعين أن يكون ذلك الإلغاء حقيقياً باعته إعادة تنظيم الإدارة الحكومية، أو إجراء اقتصاد ضروري في وظائفها وضغطاً للنفقات، أما إذا كان إلغاء الوظيفة يهدف في حقيقته لمجرد الانتقام من الشخص المعين عليها، وفصله دون اتباع أحكام القانون، فإن قرار الإدارة في هذا الشأن يكون مشوباً بعيب الانحراف¹.

وتأكيداً لذلك استقرت أحكام القضاء الإداري على نحو ما سوف نرى على أنه لا يجوز فصل موظف لإلغاء الوظيفة إلا إذا كان الإلغاء حقيقياً ضرورياً، توجيه المصلحة العامة، وإلا شاب قرار الإلغاء انحرافاً في استعمال السلطة².

¹. صفاء محمود، الانحراف بالسلطة التقديرية للإدارة، مرجع سبق ذكره، ص128

². المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم 245 لسنة 3ق، الموسوعة الإدارية الحديثة، مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا وفتاوى الجمعية العمومية، ص299، بند 78، أشار إليه عبد العزيز خليفة، الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، مرجع سبق ذكره، ص182-183

ومن خلال هذا الحكم فإنه لا بد لإلغاء الوظيفة حقيقيا ومتمثلا في حالة من حالات الضرورة التي تحتم على الإدارات إلغاء الوظيفة وبالتالي فصل الموظف، فإن لم تكن هناك حقيقة وضرورة فإن قرار الفصل يعد انحرافا في استعمال السلطة.

ثانيا: الانحراف بالسلطة بالتحايل على تنفيذ أحكام القضاء

إذا كان تحايل الإدارة على تنفيذ القانون، يمثل انحرافا بالسلطة، لما في ذلك من تجاهل لإرادة المشرع، فإن تحايلها على تنفيذ الأحكام القضائية، والحائز على قوة الشيء المقضي به، يجعل القرار الإداري الصادر منها بناء على ذلك مشوبا بعيب الانحراف بالسلطة¹.

حيث أن جميع الأحكام الصادرة من قبل القضاء تحوز على قرينة وهي حجية الأمر المقضي به والإدارة ملزمة بأن تنفذ أحكام القضاء لأن هذه الأحكام تكون حجة لمجرد صدورها ولا يجوز عدم التقيد والالتزام بها وذلك بسبب حوزها على قرينة حجية الأمر المقضي.

إلا أنه يتعين التفرقة بين عدم احترام الإدارة للأحكام القضائية الحائز لحجية الشيء المقضي به، فيعد قرارها في هذه الحالة مشوبا بعيب مخالفة القانون، وبين تحايل الإدارة على تنفيذ تلك الأحكام قاصدة التهرب من تنفيذها بطريق غير مباشر، وهنا يكون قرارها مشوبا بعيب إساءة استعمال السلطة².

فإذا صدر الحكم القاضي بإلغاء القرار الإداري فإن الإدارة تكون مسئولة عن تنفيذ الحكم وفق الأسلوب الذي رسمه القانون، وبالصورة التي صدر فيها الحكم، وبخلافه فإن الإدارة الممتنعة عن تنفيذ الحكم تتحمل

¹. عبد العزيز خليفة، المرجع السابق، ص 183

². أحمد الحجilan، الانحراف عن قاعدة تخصيص الأهداف باعتبارها إحدى حالات الانحراف بالسلطة، مرجع سبق ذكره، ص 126

التبعات القانونية على ذلك، مع ملاحظة أن الحكم القضائي الصادر لا يؤدي إلى نتائج آلية تقود إلى إزالة القرار الملغي وآثاره، وإلا اعتبر ذلك حلولا للمحكمة محل الإدارة في أداء التزاماتها، لذلك فإن تنفيذ الحكم يتطلب من الإدارة اتخاذ موقف معين يؤدي إلى القضاء على القرار الملغي و آثاره بشكل كامل غير منقوص بعيدا عن أساليب التراخي أو الإبطاء أو المماطلة في تنفيذ حكم الإلغاء، لذلك يقع على عاتق الإدارة التزام الأول: التزام ايجابي يفرض على الإدارة اتخاذ الإجراءات اللازمة كافة والتي تضمن إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل صدور القرار الملغي، والثاني: التزام سلبي يتمثل في امتناع الإدارة عن اتخاذ أي إجراء يقود إلى تنفيذ القرار الملغي أو ترتيب آثاره أو إعادة إصداره¹.

ومن تطبيقات ذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي بعدم جواز نزع ملكية عقار، بهدف منع تنفيذ حكم قضائي، وكان مجلس إحدى البلديات، قد أصدر قرارا استشف مجلس الدولة منه إجراء عمليات تؤدي إلى منع تنفيذ حكم أصدرته محكمة الاستئناف، وذهب إلى أن ما يهدف إليه القرار، بعيد تماما عن اعتبارات تحقيق المصلحة العامة، مما يجعل قرار نزع الملكية مشوبا بعيب الانحراف بالسلطة².

¹. صفاء محمود، الانحراف بالسلطة التقديرية للإدارة، مرجع سبق ذكره، ص 129-130

². C.E27 -10-1971- Commune de Saint R.e.c P.632

أشار إليه عبد العزيز خليفة، الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، مرجع سبق ذكره، ص 184

المبحث الثاني

الانحراف عن قاعدة تخصيص الأهداف

إن الإدارة عند إصدارها لقراراتها الإدارية لابد لها أن تستهدف المصلحة العامة وتبتغيها عند إصدارها لقراراتها وإن لم تكن تستهدف ذلك فإن ذلك يعرض القرار للإلغاء وهناك صور أخرى لإلغاء القرار الإداري والانحراف في استعمال السلطة وهي الانحراف عن قاعدة تخصيص الأهداف وهذا ما سنبينه.

المطلب الأول

مفهوم قاعدة تخصيص الأهداف

إذا كانت القاعدة أن القرارات الإدارية جميعها وبغير استثناء يجب أن تستهدف تحقيق المصلحة العامة، فإن هناك أيضا قاعدة أخرى تضاف إلى هذه القاعدة وتكملها، وتقضي بوجوب استهداف القرارات الإدارية تحقيق الأهداف المخصصة التي عينها المشرع في الحالات المحددة لها¹.

وعيب الانحراف في هذه الصورة يقترب جدا من عيب عدم الاختصاص، بل إنه ليمتزج به في بعض الصور، ولهذه الحالة صورتان الأولى: أن يكون الغرض الذي يسعى رجل الإدارة إلى تحقيقه لا يدخل في اختصاصه، لأن القانون لم ينط تحقيقه، والثانية: أن يستعمل رجل الإدارة في تحقيق غرض يدخل في اختصاصه أصلا وسائل غير تلك التي يوجب القانون استعمالها لتحقيق ذلك الغرض².

¹. عبد العزيز خليفة، الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، مرجع سبق ذكره، ص 193

². سليمان الطماري، نظرية التعسف في استعمال السلطة، مرجع سبق ذكره، ص 127

والمصلحة العامة هي الغاية التي يجب على الإدارة العمل على تحقيقها، وفي حالات كثيرة يحدد المشرع للإدارة أهداف معينة يجب عليها العمل على تحقيقها واستهدافها، وهي في سبيل اتخاذ قراراتها عند ممارستها لنشاطها الإداري، وبمعنى آخر أنه إذا كان من المفروض على الإدارة في كل قرار إداري تصدره أن تهدف من ورائه تحقيق الصالح العام والمنفعة العامة للمجتمع، فإنه من المفروض عليها أن تعمل على تحقيق الأهداف الخاصة التي أرادها المشرع وأن لا تخرج عنها، فتخصيص أهداف لبعض القرارات الإدارية قد يستفاد من نصوص تشريعية صريحة كما هو الشأن بالنسبة إلى قرارات وزير التموين والتي حدد لها المشرع هدفا خاصا وهي توفير المواد التموينية للمواطنين وتحقيق العدالة في توزيعها، فإذا حادت مثل تلك القرارات عن تحقيق ذلك الهدف عدت مشوبة بالانحراف بالسلطة، حتى لو استهدفت تحقيق مصلحة عامة متمثلة في تحقيق أكبر عائد اقتصادي للدولة¹.

وقد يستخلص الهدف المخصص من روح التشريع أو طبيعة الاختصاص، فقد حدد المشرع مثلا لسلطات الضبط الإداري هدفا محددا، وهو المحافظة على النظام العام، فإذا استعملت الإدارة سلطاتها في هذا الخصوص لغير هذا الهدف كان قرارها مشوبا بعيب الانحراف بالسلطة، حتى لو كان الهدف لا يجانب الصالح العام².

وهذه الصورة من صور الانحراف في استعمال السلطة منتشرة ومما يساعد على انتشار هذه الصورة من صور العيب، قيام نظام لا مركزي تتمتع فيه السلطات الإقليمية والمصلحية بجانب كبير من الاستقلال في استعمال سلطاتها، فعيب الانحراف يستلزم قيام سلطات تقديرية، لأن الفكرتين متلازمتان، ومن الطبيعي ألا يخطئ العضو الإداري خطأ من هذا القبيل إلا إذا تنوعت السلطات التي تحت يديه، وكان له بعض الحرية في استعمالها³.

¹. صفاء محمود، الانحراف بالسلطة التقديرية للإدارة، مرجع سبق ذكره، ص 137

². عبد العزيز خليفة، الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، مرجع سبق ذكره، ص 194-195

³. سليمان الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، مرجع سبق ذكره، ص 127

المطلب الثاني

صور الانحراف عن قاعدة تخصيص الأهداف

الانحراف عن قاعدة تخصيص الأهداف قد يتخذ عدة صور، وهي إما انحراف الإدارة بسلطة الاستيلاء أو انحراف الإدارة عند فضها لنزاع ذي صبغة مدنية أو حالة امتناعها عن تقديم خدماتها لأحد المواطنين لإجباره على إتيان تصرف معين.

الفرع الأول

انحراف الإدارة بسلطة الاستيلاء

يعد الاستيلاء على الملكيات الخاصة من الممكنات الخطيرة التي تملكها الإدارة، والتي يمكن أن تهدد ملكية الأفراد وحقوقهم المالية، إذا ما أسيء استخدامها وبالتالي فإنه من المحتم أن ينفذ تنفيذا دقيقا في حدود القانون ودواعيه، والبواعث المشروعة لدى الإدارة لإعمال هذا الامتياز على خطورته، يمكن أن تجد تبريرها في أن الإدارة مكلفة بإقامة ورعاية الصالح العام، وقد يكون الاستيلاء وسيلة لحصول الإدارة على بعض احتياجاتها، التي أعوزتها الوسائل العادية في الحصول عليها، وقد يكون وسيلة لمواجهة ظروف طارئة قد تهدد الأمن الداخلي أو لمواجهة كارثة عامة ونحو ذلك¹.

ويعرف الفقه الاستيلاء بأنه العملية التي تقوم بها السلطة الإدارية من جانب واحد وإرادتها المنفردة في مواجهة شخص طبيعي أو معنوي، يلتزم هذا الأخير بموجبها بأن يقدم لها أو للغير خدمة معينة أو عقارا

¹. عبد العزيز خليفة، الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، مرجع سبق ذكره، ص204

معينا لاستخدامه أو منقولا لاستخدامه أو تملكه، وذلك من أجل إشباع احتياجات طارئة ومؤقته تتعلق بالمصلحة العامة في ظل الشروط المقررة قانونا¹.

والاستيلاء باعتباره قيذا على حق الملكية، فإنه يشترط لمشروعيته أن يكون قد تقرر لضرورة قصوى ويسقط الاستيلاء بانتهائها باعتباره إجراء مؤقتا بطبيعته، ويلزم لمشروعية هذا الإجراء أيضا تحقيق الهدف الذي تغياه المشرع منه وقد أرست هذه المبادئ المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها والذي ذهب فيه إلى أنه " لا يجوز للجهة الإدارية المختصة اللجوء إلى الاستيلاء على عقارات الأفراد لحاجة التمويل إلا في حالة الضرورة القصوى، والتي يتعذر معها على الإدارة تدبير احتياجاتها بالطريق الطبيعي، ومن ثم سيكون بهذه المثابة ذا طبيعة مؤقتة، كما إنه يلزم لمشروعية قرار الاستيلاء ونحقق الهدف الذي تغياه المشرع صراحة في المرسوم بقانون الخاص بالتمويل وثبوت حالة الضرورة ذلك لأن الاستيلاء وسيلة استثنائية تتضمن قيذا على حق الملكية وعبئا عليها لا يبرره إلا الصالح العام الذي يحدده المشرع صراحة في القانون، ومن ثم لا يجوز لوزير التمويل اللجوء إليها، إلا إذا استنفذت جميع الوسائل العادية المتاحة، ولم يجد بعدها إلا هذه الوسيلة الاستثنائية لتحقيق الهدف الذي تغياه المشرع من ضمان تزويد البلاد بالمواد التموينية، وتحقيق العدالة في توزيعها فيكون في هذه الحالة ضرورة ملحة، اقتضاها الصالح العام، شريطة أن تقدر هذه الضرورة بقدرها وألا تتجاوز حدودها².

¹. صفاء محمود، الانحراف بالسلطة التقديرية للإدارة، مرجع سبق ذكره، ص147

². المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم 438 لسنة 1ق، جلسة 1999/6/20، دائرة أولى غير منشور، طعن رقم 3752، 388 لسنة 37ق، جلسة 1999/6/27 دائرة أولى، غير منشور، محكمة القضاء الإداري، دعوى رقم 3156 لسنة 45ق، جلسة 1994/10/30، غير منشور، أشار إليه عبد العزيز خليفة، الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، مرجع سبق ذكره، ص207

الفرع الثاني

انحراف الإدارة بفض نزاع ذي صبغة مدنية

في كثير من الأحيان يظن المدراء والعمد مدفوعين باعتبارات حميدة في جملتها أنه يدخل في اختصاصهم فض نزاع ذي صبغة خاصة قائمة بين الأفراد أو إيجاد حل لتلك المنازعات أو منع وقوعها مستعملين في ذلك سلطاتهم وخاصة سلطة البوليس، ولكن مهما كانت دوافع الإدارة نبيلة في هذا المجال، فإنها تستعمل سلطاتها في غير ما أعدت له، فهي تتحرف بها عن مراميها، بل وترتكب في نفس الوقت نوعاً من التعدي على السلطات القضائية التي من اختصاصها النظر في فض هذه المنازعات الخاصة التي تدور عادة حول نزاع على ملكية أو مسقى وغيرها¹.

وترجع عدم المشروعية في هذا الخصوص إلى أن الإدارة استعملت سلطاتها في غير ما أعدت له، بالإضافة إلى اعتدائها على اختصاص السلطة القضائية الأصل في فض ما ينشأ بين الأفراد من نزاعات، كما أن الإدارة بحكم تكوينها وطبيعتها أدائها لنشاطها غير مؤهلة أصلاً لفض النزاعات ذات الصبغة المدنية التي تنشأ بين الأفراد، حيث أن القضاء هو الأولى بممارسة هذا الدور لما يتمتع به من حيادية ونزاهة واستقلال، وأدوات تعينه على أداء دوره تفتقدها الإدارة، لأجل ذلك فإن ما تصدره الإدارة من قرارات مستعملة فيها سلطاتها قاصدة فض نزاع ذي صبغة مدنية يكون مصيرها دوماً الإلغاء القضائي².

¹. صفاء محمود، الانحراف بالسلطة التقديرية للإدارة، مرجع سبق ذكره، ص154

². عبد العزيز خليفة، الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، مرجع سبق ذكره، ص210-211

وعليه فإن تدخل الإدارة في فض نزاع مدعى يدخل ضمن اختصاصات السلطة القضائية، فإن تصرف الإدارة في هذه الحالة لا يكون مشوباً بعيب الانحراف بالسلطة، بل يكون مشوباً بعيب عدم الاختصاص الجسيم (اغتصاب السلطة) مما يجعل قرار الإدارة في هذه الحالة ليس باطلاً فحسب، بل معدوماً، وبالتالي لا يخضع لمدد التقادم بشأن الطعن عليه¹.

الفرع الثالث

انحراف الإدارة بسلطتها بامتناعها عن تقديم خدماتها لأحد المواطنين لإجباره على إتيان

تصرف معين

يقع على عاتق الإدارة واجب تجاه الأفراد يتمثل في أداء ما كلفه لهم القانون من خدمات شريطة أن تنطبق عليها شروط استحقاقها، فإن توفرت تلك الشروط فالإدارة ملزمة بأداء الخدمة بلا تهاون أو تراخ، وتكون الإدارة قد ارتكبت انحرافاً بالسلطة إن هي امتنعت أو تباطأت في أداء الخدمة أياً كان باعثها على ذلك نبيلاً كان أم خبيثاً، فسلوك الإدارة في هذه الحالة يمثل انحرافاً بالسلطة، حتى ولو كان دافع هذا السلوك الضغط على شخص لإجباره على أداء ما عليه من أموال للدولة، فإذا ما تقدم شخص بطلب للإدارة وكانت ملزمة طبقاً للقوانين أو اللوائح بالرد عليه قبولاً أو رفضاً، فإن سكوتها عن إصدار القرار يعد قراراً سلبياً يمكن أن يكون محلاً للطعن عليه بالإلغاء للانحراف بالسلطة، إذا ما قصدت الإدارة بذلك دفعه للوفاء بالتزاماته المالية تجاه جهة إدارية أخرى، فطلب الحصول على ترخيص متى استوفى شروطه يتعين على الإدارة إصدار قرار بإحالة طالب الترخيص إلى طلبه².

¹. صفاء محمود، الانحراف بالسلطة التقديرية للإدارة، مرجع سبق ذكره، ص156

². صفاء محمود، الانحراف بالسلطة التقديرية للإدارة، مرجع سبق ذكره، ص156-157

وعلة وصف قرار الإدارة بالانحراف في هذا الشأن أن الإدارة استعملت سلطتها في غير ما أعدت له، حين قصدت تحقيق صالح عام لم يكلفها القانون بتحقيقه لكون ذلك من اختصاص سلطة إدارية أخرى، والهدف من إلغاء قرار الإدارة في هذه الحالة، هو إعلاء شأن القانون، حيث أن في سلامة تطبيقه تحقيق الصالح العام بصورة أكثر شمولاً¹.

المبحث الثالث

الانحراف في استعمال الإجراء

الإدارة عند ممارستها للمهام الموكلة إليها فإن هذه المهام التي يجب إنجازها لا بد أن تتخذ طريقة معينة في تنفيذها، وذلك من خلال الإجراءات الواجب اتباعها والتي رسمها لها القانون. فهذه الإجراءات هي السبيل لتحقيق المصلحة العامة من خلالها، فعلى سبيل المثال هناك إجراءات يجب على الإدارة اتخاذها عند إصدارها لقرارها وأيضاً هناك إجراءات لتنفيذها وإجراءات لترتيب آثارها. ولكن قد تحيد الإدارة عند استخدام هذه الإجراءات، وتعتبر هذه الصورة الأخرى من صور إساءة استعمال السلطة، فالإدارة تكون قد أساءت استعمال سلطتها في حالة إتيانها إجراء آخر عن الإجراء الواجب عليها اتباعها قاصدة بذلك التحايل على القانون وإتيان هدف شخصي غير الهدف الذي وجدت من أجله وهي تحقيق المصلحة العامة للمجتمع.

وسنبين في هذا المبحث هذه الصورة من صور الانحراف في استعمال السلطة على النحو التالي:

¹. عبد العزيز خليفة، الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، مرجع سبق ذكره، ص 213

المطلب الأول

مفهوم الانحراف في استعمال الإجراء

إن دراسة فكرة الانحراف بالإجراء كوجه من أوجه الطعن لمجاوزة السلطة تستلزم تحديد مفهوم الإجراء، هذا التحديد يبدو على درجة كبيرة من الأهمية، لأنه يمثل نقطة البداية نحو فهم دقيق وواضح لهذه الفكرة، وذلك لأن مصطلح الإجراء يتردد كثيرا في مختلف فروع القانون، فإذا كانت فكرة الإجراء قد نشأت أساسا في قانون المرافعات وهي تعني بصفة عامة، مجموعة القواعد التي يتعين التزامها أمام المحاكم المدنية، إلا أن هذه الفكرة قد انتقلت إلى القانون الإداري وفيه يوجد الإجراء الإداري القضائي وهو يعني مجموعة القواعد التي يتعين التزامها أمام المحاكم الإدارية، كما يوجد الإجراء الإداري غير القضائي، وإن كان دور الإجراء أمام السلطات الإدارية يختلف عن الإجراء أمام المحاكم المدنية¹.

وتعريف الانحراف بالإجراء بأنه مخالفة رجل الإدارة وهو بصدد تحقيق هدف يتعلق بالمصلحة العامة، ويدخل في اختصاصه تحقيقه، للإجراء الذي حدده المشرع لتحقيق هذا الهدف ويترتب على مختلف رجل الإدارة للوسيلة القانونية التي حددها المشرع لتحقيق أحد أهداف المصلحة العامة، تحقق الانحراف بالإجراء دون اعتبار للبائع الذي دفع برجل الإدارة للانحراف عن الإجراءات المقررة قانونا، فلا عبرة للبائع على استقلال المخالفة عن الدافع إليها².

ويعرف أيضا بأنه يتلخص في واقعة أن الإدارة قد استعملت إجراء إداريا لا ينبغي لها استعماله بالنسبة للغرض المشروع الذي ترمي إليه حقيقة، وإنما قد يصح استعماله بالنسبة لاستهداف غرض آخر غيره، وقد يكون الهدف من استعمال رجل الإدارة في قراره لإجراء يخالف ما نص عليه القانون للهروب من رقابة القضاء المقررة تشريعا، صيانة لحقوق الأفراد وحرياتهم³.

¹. صفاء محمود، الانحراف بالسلطة التقديرية للإدارة، مرجع سبق ذكره، ص158

². عبد العزيز خليفة، الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، مرجع سبق ذكره، ص218

³. صفاء محمود، الانحراف بالسلطة التقديرية للإدارة، مرجع سبق ذكره، ص160

المطلب الثاني

صور الانحراف في استعمال الإجراء

للانحراف في استعمال الإجراءات عدة صور، وإتيان الإدارة أحد هذه الصور تكون بذلك انحرفت عن استعمال السلطة وبالتالي يشوب قرارها البطلان والإلغاء وهذه الصور هي:

الفرع الأول

الانحراف بالإجراء لتحقيق هدف مالي للإدارة

أولاً: الانحراف بسلطة نزع ملكية لتحقيق مصلحة مالية

قررت هذه الوسيلة بجواز نزع الملكية لتتمكن الإدارة من الاستيلاء مؤقتاً على ما يلزمها من أملاك الأفراد بإجراء أسهل وأيسر من نزع الملكية، ولسهولة هذه الطريقة فكثيراً ما تلجأ الإدارة إلى هذه الوسيلة لتتقاضي إجراء نزع الملكية نظراً لما يسلمته من إجراءات بطيئة ومعقدة¹.

فإذا كان ما قصده الإدارة من وراء إصدار قرار نزع الملكية، هو تحقيق نفع مالي لها، فإنها تكون قد انحرفت عن قاعدة تخصيص الأهداف، ويكون قرارها الصادر بنزع الملكية مشوباً بالانحراف بالسلطة، حيث إن تحقيق نفع مادي للإدارة وإن كان يدخل في نطاق تحقيق المصلحة العامة، إلا أنه ليس هو الهدف الذي من أجله منح المشرع الإدارة سلطة نزع الملكية².

¹. صفاء محمود، المرجع السابق، ص 170

². عبد العزيز خليفة، الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، مرجع سبق ذكره، ص 234

لكن مجلس الدولة الفرنسي يقف للإدارة بالمرصاد في هذا المجال وكلما تبين له أن الاستيلاء المؤقت يحل محل نزع الملكية فإنه يلغي القرار الإداري المطعون فيه، ومن ذلك أن الإدارة أرادت أن تلجأ إلى وسيلة الاستيلاء المؤقت لتقييم على أملاك بعض الأفراد منشآت تتعلق بمؤسسات حربية تكون جزءا من الدومين العام، ولكن المجلس ألغى قراراتها في هذا الشأن، لأن عليها أن تلجأ إلى إجراءات نزع الملكية لا إلى الاستيلاء المؤقت، نظرا لصفة الدوام ولل منشآت التي يتقييمها على تلك الأملاك¹.

وتحقيقا لمبدأ عدم استعمال سلطة نزع الملكية لتحقيق نفع الإدارة المادي، ألغت المحكمة الإدارية العليا قرار رئيس مجلس الوزراء، والذي استصدرته إحدى الجامعات بنزع ملكية بعض الأفراد، لاستكمال منشآتها الجامعية، حيث ثبت أن الجامعة تصرفت في أرض مملوكة لها في تاريخ سابق على تاريخ صدور قرار نزع الملكية، حيث ذهبت إلى أن في ذلك إساءة لاستعمال السلطة، وتجاوز للغاية التي حددها الدستور والقانون، ولما في ذلك من المساس بالملكية الخاصة، مع تتكب الغاية التي قامت عليها فكرة التضحية بالمصالح الشخصية لحساب الصالح العام².

ثانيا: استخدام سلطة الضبط الإداري لتحقيق المصلحة المالية للإدارة

استقر القضاء الفرنسي على أن استخدام سلطة الضبط لتحقيق أحد أغراض المصلحة المالية للإدارة يعد انحرافا بالسلطة، حيث تمارس الإدارة سلطات الضبط الإداري، من أجل تحقيق هدف خاص ومحدد وهو

¹. صفاء محمود، الانحراف بالسلطة التقديرية للإدارة، مرجع سبق ذكره، ص 170-171

². المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم 1606، لسنة 34ق، جلسة 1990/6/9، مجموعة مبادئ السنة 35، العدد الثاني، مبدأ 185، ص 1913، أشار إليه عبد العزيز خليفة، الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، مرجع سبق ذكره ص 235

المحافظة على النظام العام بعناصره المحددة، والأمن والصحة والسكينة، فإذا ما استخدمت هذه السلطات لتحقيق أغراض أخرى، كانت قراراتها غير مشروعة للانحراف بالسلطة¹.

وفي القضاء المصري ألغت محكمة القضاء الإداري القرار الصادر برفض ترخيص لأحد المواطنين باستيراد سلعة معينة وقد جاء بحكم لها أنه " إذا استبان للمحكمة من الأوراق أن رفض الترخيص للمدعي في الاستيراد يقوم على سعي الإدارة بدون مبرر من القانون لمناهضة ما وافقت عليه من قبل، وأن الباعث الحقيقي لهذا الرفض هو خوفها من بوار سلعة مماثلة كانت قد استوردتها، ولتغطية المسؤولية في هذا الشأن على حساب المدعي وهو لا ذنب له، فإن قرارها يكون منطوياً على إساءة استعمال السلطة، كذلك حكمها الذي ألغت فيه القرار الصادر من الإدارة برفض الترخيص بفتح دار للسينما رغم استيفاء الشروط، لأنه يتبين للمجلس أنه لم يكن ثمة باعث للقرار المطعون فيه سوى رغبة وزارة الأشغال في شراء الأرض التي أقيمت عليها دار السينما خالية من البناء، فتحصل عليها بثمن بخس².

ثالثاً: الانحراف بسلطة إصدار خط التنظيم

للاإدارة وفقاً للقواعد العامة أن ترسم حدود الشوارع في المدن والقرى، وذلك بإصدار خط التنظيم، وهذا الخط يلزم الأفراد بألا يبنوا على أرضهم الفضاء إلا بعد الحصول على إذن بذلك، وأن لا يرمموا مبانيهم التي تقع داخل نطاق ذلك الخط، حتى إذا ما وقعت وتهدمت سهل على الإدارة ضمها إلى الطريق العام، لأنها لن تدفع إلا ثمن الأرض الفضاء، وهذه الطريقة هي نزع ملكية بطريقة غير مباشرة وهي أسهل منالاً للإدارة من

¹. عبد العزيز خليفة، المرجع السابق، ص 231

². حكمها الصادر في 27 ديسمبر، سنة 1949، س 4، ص 116، أشارت إليه صفاء محمود، الانحراف بالسلطة التقديرية للإدارة، مرجع سبق ذكره، ص 175-176

وسيلة نزع الملكية المعروفة، ولذلك فكثيرا ما تغريها سهولتها بالخروج بها عن نطاقها تهربا من الأعباء المالية التي تستلزمها إجراءات نزع الملكية¹.

وانحراف الإدارة بسلطتها في إصدار خط التنظيم، ما هو إلا نزع ملكية بطريقة غير مباشرة، وهو أسهل منالا للإدارة من اللجوء إلى وسيلة نزع الملكية ذات النفقات الكثيرة، ولذلك فكثيرا ما تلجأ الإدارة إلى هذه الوسيلة تهربا من الأعباء المالية التي تستلزمها إجراءات نزع الملكية، ولهذا فإن مجلس الدولة الفرنسي يلزم الإدارة بأن تلتزم في إصدارها لخط التنظيم أضيق الحدود، وكلما تبين له انها تقصد في الحقيقة بخط التنظيم نزع الملكية مستتر، فإنه يلغي قراراتها إذا ما طعن فيها².

ويلاحظ أنه في حالة دخول عقارات معينة داخل خط التنظيم، فإنه يتقرر على هذه العقارات حق ارتفاق يطلق عليه خط التنظيم، هذا الارتفاق يترتب عليه التزام مالك العقار بأن لا يقوم بأي عمل فوق الجزء الذي يتجاوز حدود خط التنظيم، وعندما يتهدم العقار فإن الجهة الإدارية تقوم بدفع التعويض عن الجزء الذي تم اقتطاعه وإضافته إلى الطريق العام، كما لو كان بمثابة أرض فضاء، وهذا الارتفاق يجد تبريره في أن جهة الإدارة هي المسؤولة عن تحسين وسائل الاتصال التي توضع تحت تصرف الجمهور، ومن ناحية أخرى فإن المالك يستفيد من التحسينات التي تطرأ على الطريق المجاور لعقاره³.

¹. صفاء محمود، الانحراف بالسلطة التقديرية للإدارة، مرجع سبق ذكره، ص 177-178

². عبد العزيز خليفة، الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، مرجع سبق ذكره، ص 242

³. صفاء محمود، الانحراف بالسلطة التقديرية للإدارة، مرجع سبق ذكره، ص 178-179

وقد ألغى مجلس الدولة الفرنسي قرارات الإدارة التي ثبت له أنها استعاضت فيها عن إجراء نزع الملكية للمنفعة العامة بإجراء إصدار خط التنظيم قاصدة من ذلك تحقيق نفع مادي على حساب الاعتداء على حق الملكية¹.

لكن مجلس الدولة الفرنسي قد كشف في احكام حديثة عن اتجاه جديد، فهناك أحكام رفض فيها المجلس إلغاء بعض القرارات الإدارية رغم الانحراف الذي لاشك فيه، والذي قصدت الإدارة من ورائه تحقيق مصلحة مالية، وهذا التحول راجع إلى تغير النظر إلى وظائف الدولة في الوقت الحاضر، فقد اختفت تلك المبادئ التي كانت تحصر وظائفها في الدفاع عن كيانها في الخارج وتأمين سلامتها في الداخل، ليحل محلها الاقتصاد الموجه، ولقد استتبع تعدد اختصاصات الإدارة وتنوع وظائف الهيئات الإقليمية أن أصبحت مواردها التقليدية لا تفي بحاجتها، ولذا كان من الطبيعي أن تبحث عن موارد أخرى تواجه بها التزاماتها، وقد اضطر مجلس الدولة إزاء ذلك أن يخفف من حدته السابقة، وأن يلتمس الأعذار ليحفظ قراراتها من الإلغاء ولا أدل ذلك من حكم مجلس الدولة الصادر بتاريخ 1933/1/29 والذي اعتبر أن مسعى الإدارة لتحقيق بعض الربح المالي مشروع، لأن موازنة ميزانية البلدية من أغراض المصلحة العامة².

الفرع الثاني

الانحراف بسلطة تأديب الموظفين

حتى تتمكن الإدارة من أداء واجبها في الحفاظ على انضباط العمل الإداري، فقد كفل لها المشرع حق تأديب موظفيها بتوقيع ما يناسب مخالفتهم من جزاءات تأديبية منصوص عليها لمنعهم من معاودة اقترافها،

¹. عبد العزيز خليفة، الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، مرجع سبق ذكره، ص 242

². صفاء محمود، الانحراف بالسلطة التقديرية للإدارة، مرجع سبق ذكره، ص 179-180

ودفعهم إلى الحرص على عدم الإخلال بواجباتهم الوظيفية، وحتى يعتبر غيرهم من الموظفين الذين قد تسول لهم أنفسهم ارتكاب المخالفات¹.

فهدف توقيع الجزاء التأديبي يجب أن يكون دائماً تحقيق الصالح العام والمتمثل في ضمان سلامة أداء الجهاز الإداري ورفع كفاءته، لضمان سير وانتظام المرافق العامة في الوفاء بالتزاماتها نحو جمهور المتعاملين معها، ولكن حق الإدارة في توقيع الجزاء على رجالها ليس حقا طليقا من كل قيد بل هو حق مشروط بأن يكون الجزاء صريحا وليس مستترا خلف قرار نقل أو خلافه، كما أن الإدارة يتعين عليها توقيع الجزاء أن تتبع الإجراءات المقررة قانونا للتأديب وذلك حتى يتمكن العامل من الدفاع عن نفسه فإن خالفت الإدارة هذا الشرط، أو خالفت الهدف من منحها سلطة التأديب وهو تحقيق المصلحة العامة، كان قرارها مشوبا بالانحراف في استعمال السلطة².

ويظهر الانحراف بسلطة التأديب بجلاء فيما يطلق عليه " العقوبة المقنعة" كنقل عامل أو ندبه بدلا من توقيع جزاء تأديبي عليه، وهذه العقوبة مستترة خلف ستار تنظيم العمل في الإدارات والمصالح والمرافق العامة³.

¹. عبد العزيز خليفة، الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، مرجع سبق ذكره، ص252

². أحمد الحجيلان، الانحراف عن قاعدة تخصيص الأهداف باعتبارها إحدى حالات الانحراف بالسلطة، مرجع سبق ذكره، ص167-168

³. عبد العزيز خليفة، الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، مرجع سبق ذكره، ص 253

ولقد تصدى القضاء الإداري في مصر لمشكلة العقاب المقنع وفي ذلك ألغت محكمة القضاء الإداري المصري قرارا إداريا بنقل أحد أعضاء تنظيم نقابي، حيث ثبت لديها أن القرار صدر بقصد التتكيل بالمدعي بسبب نشاطه النقابي المناوئ للإدارة، ومن ثم كان مشوبا بإساءة استعمال السلطة¹.

كما ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أن " النذب تترخص فيه جهة الإدارة بما لها من سلطة تقديرية ولا تعقيب على قرارها طالما خلا من إساءة استعمال السلطة، ومن صور إساءة استعمال السلطة تعديل قرار النذب إلى نقل ثم إلى إلغاء النذب، ثم إعادته وصدر تلك القرارات في وقت قصير بعد أن أوضحت الإدارة عن قصدتها في أن الغرض من ذلك هو توقيع جزاء تأديبي"².

الفرع الثالث

الانحراف في وضع تقارير الكفاية

منح المشرع للإدارة سلطة وضع تقارير قياس كفاية لموظفيها، حتى درجة وظيفية معينة، لتقييم أدائهم ولضمان القيام بالواجبات الوظيفية على النحو الأمثل، والهدف من تخويل الإدارة هذه السلطة هو تحقيق المصلحة العامة المتمثلة في حسن سير المرفق عموماً، وذلك بحث العاملين على القيام بوظائفهم على الوجه الأكمل، مع إثابة العامل الممتاز وعقاب العامل المقصر³.

¹. محكمة القضاء الإداري، القضية رقم 1659 لسنة 14ق، جلسة 1972/3/1، أشار إليه أحمد الحجيلان، الانحراف عن قاعدة تخصيص الأهداف باعتبارها إحدى حالات الانحراف بالسلطة، مرجع سبق ذكره، ص169

². المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم 2301، لسنة 27ق، جلسة 1986/12/21، مجموعة أحكام السنة 32، الجزء الأول، ص493، أشار إليه عبد العزيز خليفة، الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، مرجع سبق ذكره، ص254-255

³. عبد العزيز خليفة، الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، مرجع سبق ذكره، ص260

وتعتبر التقارير السنوية عن تحليل دقيق لما يؤديه الموظف من واجبات وما يحمله من مسئوليات بالنسبة للوظيفة التي يشغلها، ثم تقيم الإدارة هذا الأداء تقييما موضوعيا وفقا لنظام متكامل يسمح بتسجيل عمل كل موظف ووزنه بميزان دقيق وعادل، لكي يكون التقدير في النهاية مثلا لحقيقة وضع الموظف، ومدى كفاءته في العمل، وذلك من خلال فترة زمنية هي السنة، ويجب أن يقوم هذا التقرير على عناصر موضوعية بعيدا عن أي هوى أو تعسف في استخدام السلطة، وذلك لخطورة هذه التقارير وارتباطها بالآثار الوظيفية للموظف من حيث العلاوة والترقية هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنها تعد ضمانا للموظف في حياته الوظيفية، فإذا ما أريد الإضرار به وظيفيا لسبب ما كان له الحق في الرجوع إلى تقديراته السابقة والاستناد إليها في معرض دفاعه عن نفسه¹.

إلا أن الإدارة قد تستعمل سلطتها في هذا الشأن استعمالا منحرفا، لمجاملة موظف ذي حظوة مهملة، أو لعقاب موظف كفء ولكنه لا يحظى بقبول رؤسائه لأسباب غير موضوعية، وهنا يقع الانحراف بالسلطة في وضع تقارير قياس الكفاءة، وقد تتخذ الإدارة من التقارير السنوية ذات الدرجات المنخفضة أسلوبا للعقاب المقنع، ونظرا لما تتمتع به تلك التقارير من خطورة على المستقبل الوظيفي للخاضعين له، فقد بسط القضاء رقابته عليها ملغيا إياها إذا شابه انحراف بالسلطة².

¹. صفاء محمود، الانحراف بالسلطة التقديرية للإدارة، مرجع سبق ذكره، ص 182

². عبد العزيز خليفة، الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، مرجع سبق ذكره، ص 260-261

الخاتمة

من خلال ما ذكرناه بخصوص الحالات التي قد تنحرف فيه الإدارة عن السلطة والتي قد تؤدي إلى التأثير على المراكز القانونية للأفراد، فالإدارة لابد لها أن تضع المصلحة العامة نصب عينها عند إصدارها لقراراتها الإدارية، وبالتالي تراعي الأهداف التي وضعت لتحقيق هذه المصلحة العامة، وذلك من خلال الإجراءات التي كفلها لها القانون وأن لا تتخذ إجراءات من شأنها أن تؤدي إلى الانحراف في استعمال السلطة.

ومن خلال هذه الدراسة نقدم بعض المقترحات والتوصيات على النحو التالي: -

- 1- لابد من إخضاع الإدارة إلى رقابة مشددة ولاسيما بتطور الاعمال الإدارية في الوقت الراهن ونتيجة للتحويل الرقمي وتحول أغلب إجراءات الإدارة ومعاملاتها إلى طرق ذكية، وبالتالي يجب الرقابة وتشييدها على هذه الأعمال، ويقصد بالرقابة هنا أن تكون هناك رقابة داخلية في الإدارة، تراعي فيها عدم انحراف الإدارة عن تحقيق المصلحة العامة.
- 2- إصدار نظام إجراءات إلكترونية بحيث تحتوي على أرشفة خاصة بهذه الإجراءات وبالتالي يسهل تعقب أية معاملة وأي قرار يصدر من خلال البرنامج، ويخضع بذلك لرقابة دائمة.
- 3- فيما يتعلق بتقارير كفاءة الموظفين، أن لا يترك الأمر بيد المدير المباشر والذي يحدد تقدير الكفاءة السنوية من خلال رأيه الخاص، وإنما يكون هناك نظام إلكتروني يخضع لمؤشرات الأداء وهذا النظام يقيس كفاءة الموظف بشكل دوري ويقدم تقارير ربع سنوية عن أداء الموظف خلال العام.

والله ولي التوفيق

المصادر والمراجع

الكتب العلمية:

1. سليمان الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، دار الفكر الجامعي، مصر، 2014
2. عبد العزيز خليفة، الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، دار الفكر الجامعي، 2010
3. عبد العزيز خليفة، الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، دار محمود، مصر، 2015
4. موسى شحادة، إساءة استعمال السلطة وتطبيقاته في العمل الشرطي، مركز بحوث شرطة الشارقة،

2005

5. ميسون الأعرج، عيب السبب في القرار الإداري، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى، 2015

الرسائل الجامعية:

- 1- أحمد الحجيلان، الانحراف عن قاعدة تخصيص الأهداف باعتبارها إحدى حالات الانحراف بالسلطة في القانون الإداري الكويتي، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، 2016
- 2- صفاء محمود، الانحراف بالسلطة التقديرية للإدارة إساءة استعمالها، رسالة ماجستير، جامعة الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2017



