



المعهد العالي للقضاء
HIGHER JUDICIAL INSTITUTE

مجلة الدراسات الفقهية والقانونية

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

ففيه هذا العدد:

- مفهوم الحدث وعلاقته بالمسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي والقانون
الدكتور/ راشد بن ناصر بن محمد المشيفري
- العقد الإلكتروني بين المساومة والإذعان (دراسة تحليلية مقارنة)
الدكتور/ طارق جمعة السيد راشد
عبدالله عفاص محمد المري
- المسؤولية التقصيرية عن معالجة البيانات الشخصية في البيئة الرقمية (دراسة مقارنة)
الدكتور/ باسم محمد فاضل مدبولي
- أثر خلو الحكم القضائي من بيان قواعد إصداره (دراسة تحليلية مقارنة بين القانون المصري والقانون العماني)
الدكتور/ عبدالله عبدالحفيص الصاوي محمد
- الضوابط القانونية لممارسة الشعائر الدينية
الدكتور/ محمد السعيد عبد الشفيق القزعة
- الحماية الجنائية للحق في الاطلاع على الوثائق الإدارية
الدكتورة/ مروه السيد السيد الحصاوي



مجلة الدراسات الفقهية والقانونية

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

المراسلات

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

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

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

الموقع الإلكتروني للمعهد:
www.hji.edu.om

ISSN

Print: 2706-882X
Online: 2789-3294

رئيس هيئة التحرير

الدكتور / نبهان بن راشد المعولي
عميد المعهد العالي للقضاء

مدير التحرير

الدكتور / أيمن مصطفى البقلي

هيئة التحرير

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

منسق التحرير

الدكتور/ يوسف بن خليفة الحراصي

التدقيق اللغوي

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

قواعد النشر في مجلة الدراسات الفقهية والقانونية

أولاً- مواصفات البحوث المقدمة للنشر:

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

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

ثانياً- إجراءات النشر:

1. يتم إرسال البحث على عنوان البريد الإلكتروني الخاص بالمجلة: hji.journal@hji.edu.om
2. جميع المراسلات الموجهة من الباحث إلى المجلة تكون باسم رئيس التحرير.
3. يرفق الباحث نبذة تعريفية عنه مع الطلب الخاص بنشر البحث.
4. تخضع البحوث الواردة إلى المجلة لفحص نسبة الاقتباس العلمي فيها، والتي يجب ألا تتجاوز (15%)، بحيث لا يقبل البحث إذا تجاوز الاقتباس هذه النسبة.
5. يحيل رئيس التحرير البحوث الواردة للمجلة إلى لجنة النشر العلمي؛ لفحصها والتأكد من عدم تعارضها مع أهداف المجلة، واتخاذ قرار بشأن إحالتها إلى التحكيم من عدمه، فإذا ارتأت اللجنة صلاحية البحث للعرض على المحكمين، عينت محكمين اثنين له، يكونان من ذوي الاختصاص بموضوع البحث.
6. تعامل البحوث الواردة إلى المجلة مع تقارير المحكمين المتعلقة بها بسرية تامة.
7. يرسل مدير التحرير إلى الباحث صورة من تقرير المحكمين مشفوعة بإشعار موجه إليه من رئيس التحرير بإجراء التعديلات المطلوبة على البحث إن وجد، وذلك طبقاً لما ورد في التقريرين، على أن يتضمن الإشعار تحديد مدة للباحث لتنفيذ هذه التعديلات لا تتجاوز شهراً من تاريخ استلامه للخطاب.
8. يرسل الباحث إلى رئيس التحرير نسخة من بحثه بعد إجراء التعديلات المطلوبة مشفوعة بتقرير منه، يبين فيه التعديلات التي أجراها على البحث، وذلك خلال المدة المحددة.
9. يحيل رئيس التحرير نسخة البحث بعد التعديلات التي أجراها الباحث إلى لجنة النشر العلمي، مشفوعة بصورة من تقرير الباحث، وصورة من تقرير المحكمين؛ للتأكد من إجراء الباحث للتعديلات المطلوبة كاملة، فإذا تيقنت اللجنة من ذلك، أحالت البحث إلى رئيس التحرير تمهيداً للقيام بإجراءات الطباعة والإصدار.
10. يتولى مدير التحرير مراسلة الباحث بإشعار موجه إليه من رئيس التحرير يفيد قبول البحث للنشر أو عدم قبوله، وذلك بناء على قرار لجنة النشر العلمي.
11. إذا قبل البحث للنشر، يحصل الباحث على إفادة معتمدة من المجلة بقبول البحث للنشر، ترسل له عبر البريد الإلكتروني.
12. يزود الباحث بنسخة ورقية واحدة من عدد المجلة المنشور فيه بحثه، إضافة إلى مستلة من بحثه ترسل له عبر البريد الإلكتروني.
13. البحث المنشور في المجلة لا يجوز إعادة نشره في أي مجلة أخرى، أو في أي مؤتمر علمي.
14. إضافة إلى إصدار أعداد المجلة في مطبوعات ورقية، يجوز لهيئة التحرير نشر هذه الأعداد على الموقع الإلكتروني للمعهد عبر شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت).

محتويات العدد

الصفحة	الموضوع
	كلمة العدد
5	الدكتور / نبهان بن راشد المعولي رئيس هيئة التحرير عميد المعهد العالي للقضاء
	البحوث والدراسات
6	مفهوم الحدث وعلاقته بالمسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي والقانون الدكتور / راشد بن ناصر بن محمد المشيفري
60	العقد الإلكتروني بين المساومة والإذعان (دراسة تحليلية مقارنة) الدكتور / طارق جمعة السيد راشد عبدالله عفاص محمد المري
100	المسؤولية التقصيرية عن معالجة البيانات الشخصية في البيئة الرقمية (دراسة مقارنة) الدكتور / باسم محمد فاضل مدبولي
174	أثر خلو الحكم القضائي من بيان قواعد إصداره (دراسة تحليلية مقارنة بين القانون المصري والقانون العماني) الدكتور / عبدالله عبدالحجي الصاوي محمد
240	الضوابط القانونية لممارسة الشعائر الدينية الدكتور / محمد السعيد عبد الشفيق القزعة
268	الحماية الجنائية للحق في الاطلاع على الوثائق الإدارية الدكتورة / مروى السيد السيد الحصاوي

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

كلمة العدد

الحمد لله ربّ القلم، مديم النعم، والصلاة والسلام على البدر الأتم، وعلى آله وصحبه ما تعاقب الجديدان.

القراء الأكارم: تواصل مجلة الدراسات الفقهية والقانونية إصداراتها مراعية أصالة الموضوع وجدته وموائمته وأهداف المجلة الساعية إلى إيجاد ثقافة فقهية قانونية تخدم الكوادر العلمية والجهات القضائية والشؤون المجتمعية.

إن المجلة وهي تصدر عددها الأول كانت تسعى إلى الطرح المعتدل في تقديم المواضيع، والإبداع الجاد في عرض الأفكار، واللغة السهلة في صياغة الألفاظ، والسمو الأخلاقي في التعبير عن الآراء، والحنكة العلمية في معالجة إشكالية الموضوع حتى يصل الباحث بعدها إلى نتائج مبهرة تعالج الموضوع بآليات البحث العلمي الرصين.

وفي هذا العدد والذي بين أيديكم تطالعنا مجموعة من البحوث العلمية الفقهية والقانونية من مختصين في مجالهم، فلهم منا وافر الشكر وأجزله على مشاركتهم، إسهاماتهم لرفد المكتبة الفقهية والقانونية بالجديد المفيد.

والحمد لله رب العالمين...

د. نبهان بن راشد المعولي

رئيس هيئة التحرير

عميد المعهد العالي للقضاء

مفهوم الحدث وعلاقته بالمسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي والقانون

الدكتور/ راشد بن ناصر بن محمد المشيفري *

الملخص:

يسلط هذا البحث الضوء على مفاهيم من مثل: مفهوم المسؤولية الجنائية وارتباطها بالحدث، ولأهلية وأنواعها ومعاني الحدث ومصطلحاته وتحديد المرحلة العمرية له التي يمكن بعدها اتخاذ الإجراءات الملائمة لمن يطلق عليه هذا اللفظ، وهل اتفقت التشريعات العربية على لفظ مشترك حول تلك المرحلة من عمر الإنسان، وما مدى تأثير أهلية الأداء، إضافة لأهمية تدخل العلوم الإنسانية في هذا المجال؛ لاحتياج كل علم للآخر بغية الوصول للعلاج المبني على قواعد علمية راسخة تنفذ على الأحداث منعا من الوقوع في الخطأ، سائلا الله التوفيق وتكملة البحوث مستقبلا لعنا نتوسع فيما يترتب من أحكام أو تدابير وعقوبات قد يستدعي تدخلها لكف الأحداث عن ارتكاب الجرائم، مع أهمية معرفة الأسباب لانحراف الأحداث وجنوحهم.

الكلمات المفتاحية: الحدث - القاصر - الأهلية - المسؤولية الجنائية - قانون المسطرة الجنائية - قانون مساءلة الأحداث.

*محاضر بكلية العلوم الشرعية - مسقط - سلطنة عُمان.



The Concept of Juvenile and its Relationship to Criminal Responsibility in Islamic Jurisprudence and Law

DR. Rashid Nasser Mohammed Al-Mushafri*

Abstract:

This research sheds light on concepts such as: the concept of criminal liability and its association with the juvenile, criminal eligibility and its types, meanings and terminologies of the juvenile, and determining its age stage after which appropriate procedures can be taken to suit their age. The research discusses whether Arab legislations agreed on a one unified term to describe that stage of human life and what is the effect of eligibility for performance. It highlights the importance of the intervention of humanities in this field, due to the need of integrated sciences to get well-established treatment based on scientific facts that will be implemented on juveniles to avoid mistakes. I ask Allah to grant success and the completion of this research in the future, so that we may expand the concept of criminal responsibility and its connection to the juvenile, and the consequent provisions or measures and penalties that may be required to stop juveniles from committing crimes, as well as the importance of knowing the reasons behind juvenile delinquency and Inclination. This research sheds light on concepts such as: meanings of the event and its terminology and determining the age stage for it after which appropriate measures can be taken for the one who calls this term, in addition to the importance of human sciences intervention in this field, due to the need of each science for the other in order to reach treatment based on well-established scientific rules implemented events to prevent mistakes. We ask God to grant success and to complete research in the future, so that we may expand the concept of criminal responsibility and its connection to the juvenile, and the consequent provisions or measures and penalties that may require its intervention to stop juveniles from committing crimes, with the importance of knowing the reasons for juvenile delinquency and delinquency.

Keywords: Juvenile - Minor – Eligibility - Criminal Liability - Criminal Procedure Law - Juvenile Accountability Law.

* Lecturer at the College of Sharia Sciences, Muscat, Sultanate of Oman

المقدمة

يقول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَنفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا وَقُودُهَا النَّاسُ وَالْحِجَارَةُ﴾^(١)، وبعد فإن (أطفال اليوم هم عماد المستقبل)، هذه العبارة على بساطتها وقلة عدد كلماتها إلا أنها تحتوي أبعاداً كبيرة وعميقة؛ فالطفولة تعني أكثر بكثير من مجرد فترة زمنية ممتدة ما بين الولادة وبلوغ سن الرشد، إذ يتوقف على نوعية السنوات إلى حد كبير بناء الشخصية وتحديد السلوك في المستقبل بعيداً عن الانحرافات والعلل الاجتماعية، ولإجراء التوازن الصحيح بين الحماية من جهة، وتحمله المسؤولية عن أعماله من جهة أخرى، يحق للطفل الحصول على الرعاية والمساعدة الخاصتين؛ نظراً لعدم نضجه الجسدي والنفسي والعقلي، كما يحق له الحماية القانونية الملائمة التي يجب أن تأخذ بعين الاعتبار المراحل العمرية التي يمر بها الطفل^(٢)؛ فكل مولود يولد على الفطرة إلا أنه يتأثر بالمجتمع الذي يعيش فيه، فهو يحاكي مجتمعه، لأنه ابن بيئته فإن صلح المحيطون به صلح وإن فسدوا فسد. والمشرع العماني من حقبة إلى أخرى يقوم بتعديل بعض المواد، ويصدر قوانين متجددة تتناسب مع العصر الحديث، وبأسلوب مقنن ومرتب، مستهدياً ومنطلقاً من الفقه الإسلامي، ومستلهماً من خبرة أقرانه من التشريعات العربية، وقد كان منذ القدم يعتمد على الشريعة السمحة في إصداره الأحكام والجزاءات أو التهذيب والتأديب والتربية والصلاح والإصلاح؛ سواء كان للكبار من تجاوز سنه الثامنة عشرة أم أقل من هذا السن؛ ولهذا قام بتخصيص قوانين مستقلة للأحداث، وآخرها المرسوم السلطاني رقم (30 /2008م) بإصدار قانون مساءلة الأحداث، راعي المراحل التي يمر بها الأحداث، مستلهمين تلك المراحل من قول الله تعالى: ﴿اللَّهُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ ضَعْفٍ ثُمَّ جَعَلَ مِنْ بَعْدِ ضَعْفٍ قُوَّةً ثُمَّ جَعَلَ مِنْ بَعْدِ قُوَّةٍ ضَعْفًا وَشَيْبَةً يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ وَهُوَ الْعَلِيمُ الْقَدِيرُ﴾^(٣).

(١) سورة التحريم، الآية رقم ٦.

(٢) رندة الفخري عون، الطفل والجريمة في ظل قانون الأحداث والقواعد الدولية - دراسة مقارنة - مكتبة

زين الحقوقية للطباعة والنشر، بيروت، د ط، ٢٠١٣م، ص ٢١٨.

(٣) سورة الروم، الآية رقم ٤٥.

وسوف نتعرض ونتناول في هذا البحث - بإذن الله - مفهوم الأحداث وعلاقتها بالمسؤولية الجنائية للأحداث.

مشكلة الدراسة:

كل مجتمع من المجتمعات يقطنه مجموعة أفراد يخلقون مجتمعاً متعاشياً، وهذا التعاش قد يتجاذب حاجيات الحياة، وظروفها وتصادمها فينتج منها أحياناً منازعات وخصومات، وتلك الخصومات إذا صدرت من الكبار الراشدين ولم ينجح معهم الصلح الأسري أو المجتمعي بكل عام، فإن القضاء يتدخل خاصة إذا كانت تلك الخصومات تصل إلى ارتكاب جرائم متعددة ومتنوعة تسبب زرع الفتن في المجتمع، مما يستدعي الحكم عليهم بما يتوافق مع نوع الجرائم، وهذا أمر مفروغ منه وليس فيه كثرة خلاف على هذا المنطق، لكن الإشكال في حالة ارتكاب تلك الجرائم من قبل فئة يمرون بمرحلة لم يتفق الفقه الإسلامي أو القانوني باختيار لفظ موحد له وذلك لصغر السن، أو لكونه لم يبلغ أو لم يتجاوز بعد سن معين من العمر، كما أنه لم يتوفر الإدراك والاختيار الكامل لمساءلته من عدمها.

لهذا تهدف الدراسة للإجابة على الأسئلة والإشكاليات الآتية:

- هل اتفق الفقهاء الإسلامي والقانوني على تعريف معين لمفهوم الحدث؟
- ما هي تقسيمات المراحل العمرية التي تطبق من خلالها على الحدث التدابير أو العقوبات؟

- هل هناك من ارتباط بين الحدث والمسؤولية الجنائية؟
- هل الأهلية والمسؤولية الجنائية بينهما توافق في المعاني ومرتبطة بالحدث؟

أهمية الدراسة:

تتمثل أهمية البحث لتعلقه بمرحلة مهمة من عمر الإنسان فإن صلحت هذه المرحلة صلحت باقي المراحل، وهذه المرحلة حصل بين عموم الفقهاء في كل العلوم اختلاف واضطراب في تعريف الحدث وعمره، وتحديد المسؤولية الجنائية ومقدارها سواء كان بين فقهاء الشريعة أو فقهاء القانون.

لهذا انبرت سلطنة عمان فوضعت قانوناً خاصاً بالأحداث، يتناسب مع الوضع الراهن، فقد كانت أحكاماً متناثرة في القوانين الأخرى، وأهمها في القانون الجزائي السابق والحالي الجديد لسنة ٢٠١٨م، كتبت هذه البحث كإسهام متواضع بغية الإفادة والاستفادة.

أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى تحقيق الأهداف الآتية مثلاً:

- تحديد مفهوم الحدث والمسؤولية الجنائية، وعلاقتها بجنوح الأحداث في الفقه الإسلامي والقانون.
- تحديد المراحل العمرية للحدث وبداية المسؤولية الكاملة له.

حدود الدراسة:

ستكون حدود هذه الدراسة كالآتي:

- يقتصر البحث على المقارنة بين الفقه الإسلامي وبين القانون عامة والمغربي والعماني خاصة حول مفهوم الحدث وعلاقتها المسؤولية الجنائية المسؤولية.

منهجية الدراسة:

سيكون هذا البحث على المنهج الاستقرائي حيث سأقوم باتباع المنهج الاستقرائي، إضافة إلى المقارنة بين التشريعات خاصة المغربي والعماني، مع التعليق كلما اقتضى الأمر.

خطة البحث:

- المبحث الأول: مفهوم الحدث في الفقه الإسلامي والقانون والعلوم الإنسانية.
- المطلب الأول: إشكالية مفهوم (الحدث) في اللغة والاصطلاح الفقهي.
- الفرع الأول: تعريف الحدث في اللغة.
- الفرع الثاني: مفهوم الحدث اصطلاحاً.
- المطلب الثاني: تعريف الحدث في القانون، والعلوم الإنسانية.
- الفرع الأول: الحدث في القانون.

الفرع الثاني: الحدث في العلوم الإنسانية.

المبحث الثاني: مفهوم المسؤولية الجنائية وعلاقتها بالأحداث في الفقه الإسلامي والقانون.

المطلب الأول: مفهوم الأهلية في اللغة والاصطلاح الفقهي والقانوني.

الفرع الأول: الأهلية في اللغة والاصطلاح الفقهي.

الفرع الثاني: مفهوم الأهلية في القانون.

الفرع الثالث: أنواع الأهلية ومفهومها.

المطلب الثاني: الفرق بين مفهوم الأهلية والمسؤولية الجنائية.

الفرع الأول: مفهوم الأهلية الجنائية.

الفرع الثاني: مفهوم المسؤولية الجنائية في اللغة والفقه الاصطلاحي والقانون.

المبحث الأول

مفهوم الحدث في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي والعلوم الإنسانية

كما هو معلوم وفي ظل المطالبات الحقوقية والاتفاقيات الدولية والمدارس الحديثة في ضرورة عدم تجاهل العلوم الإنسانية؛ لارتباطها الوثيق بحالة الحدث الاجتماعية، والنفسية وأثرهما في سلوكياته، كان لا بد على الباحث من إزاحة الإشكال، والإشارة لهذا الأمر عند التعريف بالحدث، سواء كان على نطاق الفقه الإسلامي، أو التعريف به في التشريعات العربية العامة والمغربي والعماني خاصة، فكان لا بد من الإشارة -أيضاً- إلى تعريفه اجتماعياً، وسوف نشرع بداية في تعريف الحدث في الفقه الإسلامي مع بيان الألفاظ المتداولة في الفقه الإسلامي والقانون.

لذا سوف نتطرق في هذا المبحث - بإذن الله - إلى بيان مفهوم الحدث، والكلمات المرادفة للحدث، وأهمية تحديد معانيها من الناحية الفقهية، والقانونية، والاجتماعية، والنفسية، إضافة إلى مفهوم المسؤولية الجنائية في هذا المقال، إضافة للأهلية وتقسيماتها كما سيظهر عبر المبحث الآتي:

المطلب الأول

إشكالية مفهوم الحدث في الفقه الإسلامي

نظراً للأهمية التي تحظى بها المراحل الأولى من عمر الإنسان وليكون نافعاً لدينه، وأهله ومجتمعه ولتتسنى إمكانية مؤاخذته عند انحرافه أثرت الكثير من التساؤلات حول مفهومها، وكيفية التعامل معها وما هي الكلمة المناسبة للتعبير عنها. وقد لاحظت أن غالبية فقهاء الشريعة يعبرون بعدة ألفاظ كالطفل، والصغير، والغلام، أما أهل القانون فيغلب عليهم اختيار لفظ الحدث إضافة إلى الصغير، والطفل وغيرهما.

الفرع الأول

مفهوم الحدث في اللغة^(٤)

ذُكرت ألفاظ متعددة في كتاب الله عز وجل، وكذا السنة المطهرة عليها وعلى صاحبها أفضل الصلاة وأزكى التسليم كلها تصف مرحلة الإنسان من الولادة حتى البلوغ وسوف نذكر بداية ألفاظاً مأخوذة من القرآن الكريم، مع توضيح معانيها والتي منها ﴿وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا كَمَا اسْتَأْذَنَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ﴾^(٥).

• الطفل في اللغة المولود^(٦).

وهو اسم للطفل حتى البلوغ والجمع أطفال، والطفولة هي المرحلة من الميلاد إلى البلوغ^(٧).

^(٤) سيتم التعامل مع كل فرع بحسب ما نراه من إمكانيات، ومناسبات إن شاء الله.

وكذا المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون، فإنه بحسب المعطيات التي تتيهر للباحث، ويراها الأفضل حسب التصور المتوفر لديه.

^(٥) سورة النور، الآية رقم ٥٩.

^(٦) محمد بن أبي بكر الرازي: مختار الصحاح، دار الفكر العربي، ط١، بيروت، ص ١٧٧.

^(٧) مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، ١٩٩٨م، ص ٣٩٢.

وأيضاً يقول الله: ﴿فَأَشَارَتْ إِلَيْهِ قَالُوا كَيْفَ نُكَلِّمُ مَنْ كَانَ فِي الْمَهْدِ صَبِيّاً﴾^(٨)، يعني في حجر أمه ملفوفاً في خرق صبيّاً^(٩).

الصبا لغة الصغر والحادثة، والصبي الصغير الذي لم يبلغ بعد أو هو الذي دون البلوغ، أو من لم يفطم بعد^(١٠). والصبي اصطلاحاً هو الذي لم يبلغ الحلم^(١١). كما وردت بعض تلك المسميات على لسان رسولنا الكريم عليه أفضل الصلاة والسلام، والتي منها "رفع القلم عن ثلاث عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل"^(١٢).

وأيضاً "عن الطفل حتى يحتلم"^(١٣)، ورواية أخرى "وعن الغلام حتى يحتلم"، وفي رواية أخرى "رفع القلم عن ثلاثة وعن الصغير حتى يحتلم"^(١٤). لفظ الصغير أيضاً لم تذكر في أي الحكيم سبحانه وتعالى، وإنما ذكرت على لسان رسول الله عليه الصلاة والسلام كما سيأتي لاحقاً.

(٨) سورة مريم، الآية رقم ٢٩.

(٩) مقاتل بن سليمان الأزدي: تفسير مقاتل بن سليمان، تحقيق: أحمد فريد، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ٢٠٠٣م، ج٢، ص٣١١.

(١٠) معجم اللغة العربية، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، ج١، ط٥، ٢٠١١م، ص٥٠٧.

(١١) عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي: كتاب الأشباه والنظائر، تحقيق عبد الكريم الفضيلي، المكتبة العصرية، بيروت، ٢٠٠١م، ط١، ص٢٩٣.

(١٢) رواه الحاكم، كتاب البيوع، رقم الحديث (٢٣٥٠)، النيسابوري، محمد بن عبد الله، المستدرك على الصحيحين، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، المكتبة العلمية، بيروت، ط١، ١٩٩١م، ج٢، ص٧٦.

(١٣) رواه أحمد: مسند عمر بن الخطاب، رقم الحديث (١١٨٣)، الشيباني، أحمد بن حنبل، مسند أحمد بن حنبل، مؤسسة قرطبة، مصر، د.ط.، د.ت، ج١، ص١٤٠.

(١٤) رواه الدارمي في كتاب الحدود، باب رفع القلم عن ثلاثة، رقم الحديث (٢٢٩٦)، عبد الله بن عبد الرحمن، سنن الدارمي، تحقيق: فؤاد أحمد زملي، خالد السبع العلمي، دار الكتب العربي، بيروت، ط١، ١٤٠٧هـ، ج٢، ص٢٢٦.

ويروى عنه عليه الصلاة والسلام "إذا بلغ الصغار من أولادكم وأقربائكم"^(١٥)، والحلم الذي وصف به الأطفال بمعنى الاحتلام أي بلغوا وأرادوا الدخول عليكم^(١٦)، والمطلع على كتب بعض علماء المسلمين السابقين خاصة يجد كلمة يتداولها اليوم أكثر التشريعات من أهل القانون ألا وهي كلمة الأحداث مع عبارات أخرى كما سيظهر لاحقاً.

- الحدث في اللغة:

هو "حدث الشيء يحدث حدوثاً وحادثة، وأحدثه، فهو يحدث وحديث وكذلك استحدثه، والحدوث كون الشيء بعد أن لم يكن".

"يقال للفتى حديث السن فإن حذفت السن قلت حَدَثَ بفتحيتين وجمعه أحداث"^(١٧)، وفي المعجم الوسيط أن الحدث "صغير السن، والأمر الحادث المنكر غير المعتاد"^(١٨)، وذكر ابن سيده أن الحدث يشمل كل فتى سواء كان إنساناً، أو حيواناً، فقال "وكل فتى من الناس والدواب والإبل حدث"^(١٩).

وفي الصحاح قيد لفظ السن بكلمة حديث فيقول فإن ذكرت السن قلت حديث السن، وهؤلاء غلمان حدثان أي أحداث^(٢٠)، فلفظ الحدث صفة للإنسان ذاته. فالحدث لفظ أو رمز له دلالاته اللغوية على صغر السن، وكذا دلالاته على الأمور غير المعتاد، ويشمل كل ما يدب على البسيطة.

(١٥) محمد بن جرير الطبري: (ت ٣١٠هـ/٩٢٢م)، تفسير الطبري، دار الفكر، ١٤٠٥هـ، د. ط، ج ٨، ص ١٦٤.

(١٦) عبد الله بن أحمد النسفي: تفسير النسفي، د. ط، دار النفائس، ١٩٩٦م، ج ٢، ص ٢٢٦.

(١٧) أحمد بن محمد المقرئ الفيومي: كتاب المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، المكتبة العلمية، بيروت، د. ط، ج ١، ص ١٢٤.

(١٨) إبراهيم مصطفى أحمد الزيات: وحامد عبد القادر محمد النجار، المعجم الوسيط، تحقيق: مجمع اللغة العربية، دار الدعوة، مادة حدث، ج ١، ص ١٦٠.

(١٩) علي بن إسماعيل بن سيده: المحكم والمحيط الأعظم في اللغة، تحقيق: د. عبد الحميد هندوي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ٢٠٠٠م، ج ٣، ص ٢٥٣.

(٢٠) إسماعيل بن حماد الجوهري: الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ج ١، د. ط، د. ت، ص ٢٧٨-٢٨٨.

الفرع الثاني

مفهوم الحدث اصطلاحاً

لفظ الحدث لم يستخدم بكثرة في الفقه الإسلامي، وإنما الذي اشتهر له هو كلمات مرادفة أشار إليها عز وجل في كتابه العزيز، وسنة نبيه الكريم كما أسلفنا سابقاً؛ كالطفل والصبي أو الغلام، وكلها تعبر عن صغر السن.

وقبل تعريف الحدث اصطلاحاً نذكر بعض ما ورد على ألسنة علماء الأمة من تفاسير لهم تعبر عن مراحل عمر الإنسان، وتحديد معاني لتلك المراحل العمرية، والتي منها الولد ما دام في بطن أمه فهو جنين فإذا ولد سمي صبياً، فإذا فطم سمي غلاماً إلى سبع سنين، ثم يصير يافعاً، إلى عشر، ثم يصير حزوراً إلى خمسة عشر^(٢١).

لقد أخذ الفقهاء تلك الألفاظ المترادفة من كتاب الله عز وجل وسنة رسول الله ﷺ. وبما أنها أخذت منهما فيما يخص مرحلة الإنسان منذ ولادته إلى مرحلة البلوغ كالطفل والصبي وأمثالهما، فإني أخرج منها كباحث مستنتجاً من أن الحدث، أو الطفل هو من لم يبلغ، فإذا بلغ طلب منه الاستئذان أي حده البلوغ كما نصت الآية الكريم، ﴿وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا كَمَا اسْتَأْذَنَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ﴾^(٢٢).

فهو إلى ما قبل البلوغ يعد طفلاً أي من بعد الميلاد إلى بلوغه سن الرشد كما أشارت الآية القرآنية الأنفة الذكر.

إضافة إلى الآية الكريمة ﴿يَا يَحْيَى خُذِ الْكِتَابَ بِقُوَّةٍ وَآتَيْنَاهُ الْحُكْمَ صَبِيًّا﴾^(٢٣).

^(٢١) جلال الدين السيوطي: الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، دار الكتب العلمية، ١٩٩٨م، ص ٢٩٣.

^(٢٢) سورة النور، الآية (٥٩).

^(٢٣) سورة مريم، الآية رقم (١٢).

فالطفل إذن والغلام، والصبي، والمراهق وغيرها ألفاظ منثورة في كتب التفسير، والأحاديث، والفقه بكثرة، ولكل ما سبق له أثر يشترك فيه الجميع من ناحية الأحكام كما سيظهر لمفهوم الحدث.

وبما أنه ثبت من خلال الأدلة السابقة وجود ألفاظ مرادفة للفظ الحدث، من كتاب الله هناك تساؤل آخر وهو هل لفظ الحدث خاص بالفقه القانوني أم سبقه أيضاً التراث الإسلامي؟

وهل كانت اللفظة متداولة بين فقهاء هذه الأمة، وورد فيها آثار أم لا؟ حقيقة الأمر فإن لفظ الحدث تعد الأقل في الفقه الإسلامي من ناحية التداول وليس منعماً استخدامه وتداوله، وإن كان قد جزم البعض أن لفظ الحدث لم يتداوله الفقهاء المسلمون في كتاباتهم، وهذا ما أشار إليه بعض الكتاب حيث ورد في دراسة حول ظاهرة جنوح الأحداث في دولة الإمارات "لم تستخدم كتب الفقه الإسلامي كلمة الحدث بل استخدمت كلمة طفل أو صبي لدلالاتها على صغر السن"^(٢٤).

وهذا الكلام مع صحته بشكل عام ولكن بعد البحث والاطلاع تجد نصوصاً تحدثت عن لفظة الحدث حتى في السنة النبوية، ولدى شراح الحديث وفقهاء الأمة سننبيهه لاحقاً بإذن الله.

أولاً: رواية عن الإمام علي يقول سمعت رسول الله ﷺ "يأتي في آخر الزمان قوم حدثاء الأسنان سفهاء الأحلام..."^(٢٥).

^(٢٤) جمعية الاجتماعيين، ظاهرة جناح الأحداث في مجتمع الإمارات، دراسة تحليلية ميدانية، إشراف محمد هويدي، مطابع البيان، الإمارات العربية المتحدة، ١٩٨٥م، ص ٢٦.

^(٢٥) رواه البخاري، كتاب فضائل القرآن، باب في كم يقرأ القرآن رقم الحديث (٤٧٧)، محمد بن إسماعيل صحيح البخاري، تحقيق: مصطفى أديب البغا، دار ابن كثير، اليمامة، ط ٣، بيروت، ١٩٨٧م، ج ٣، ص ١٩٢٧.

ثانياً: وتوجد رواية أخرى "سيخرج في آخر الزمان قوم أحداث الأسنان سفهاء الأحلام"^(٢٦)، وأحداث الأسنان جمع حدث وهو الصغير السن^(٢٧)، أو جمع حدث والحديث الجديد من كل شيء، ويطلق على الصغير بهذا الاعتبار^(٢٨) يقول النووي^(٢٩) "وأحداث الأسنان سفهاء الأحلام معناه صغار السن، صغار العقول"^(٣٠).

ثالثاً: في كتاب الاعتصام للشاطبي، "وأما تقديم الأحداث على غيرهم من قبيل ما تقدم ذكره في كثرة الجهل وقلة العلم... لأن الحدث بدأ أو في غالب الأمر غرّ لم يتحنك، ولم يرتض في صناعته رياضة تبلغ مبالغ الشيوخ الراسخين الأقدام في تلك الصناعة"^(٣١). رابعاً: توجد رواية منقولة على لسان أبي حنيفة يقول فيها "... ثم تفكرت في أمر القراءات فقلت إذا بلغت الغاية منه اجتمع إلى أحداث يقرؤون علي..."^(٣٢).

^(٢٦) رواه مسلم، كتاب الزكاة، باب التحريض على قتل الخوارج، رقم الحديث (١٠٦٦). النيسابوري، مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، تحقيق: فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي د. ط، ج ٢، ص ٧٤٦.

^(٢٧) محمود بن أحمد العيني: عمدة القارئ شرح صحيح البخاري، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د ط، د ت، ج ٢٤، ص ٨٦.

^(٢٨) أحمد بن علي بن حجر العسقلاني: فتح الباري شرح صحيح البخاري، تحقيق: محب الدين الخطيب، دار المعرفة، بيروت، د. ط، د. ت، ج ١٢، ص ٢٨٧.

^(٢٩) يحيى بن شرف المري الحوراني، فقيه محدث حافظ، ولد في العشر الأول من محرم، مولده ووفاته في نوى من قرى حوران في سوريا، وإليها نسبته. من أساتذته: أبو إسحاق إبراهيم بن عمر الواسطي، محمد بن مالك الجباني أبو عبده، ومن تلامذته: أحمد بن إبراهيم بن مصعب وأبو العباس أحمد بن محمد الجعفري. (ت ٦٧٦هـ/١٢٧٧م)، انظر (أبو زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي، رياض الصالحين من حديث سيد المرسلين، دار الفكر، بيروت، ط ٢، ١٤١١هـ، ص ١٢). وانظر (الزركلي، الأعلام، ج ٨، ص ١٤٩).

^(٣٠) يحيى بن مري النووي، شرح النووي على صحيح مسلم، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط ٢، ١٣٩٢هـ، ج ٧، ص ١٦٩.

^(٣١) إبراهيم بن موسى الخمي الشاطبي، الاعتصام، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، د. ط، د. ت، ج ٢، ص ٩٥، وانظر: ص ١١٩-١٢٠، والحدث الذي لم يستكمل الأمر بعد.

^(٣٢) الموفق بن أحمد المكي، كتاب مناقب أبي حنيفة، دار الكتاب العربي، د. ط، د. ت، ج ١، ص ٥٣.

خامساً: ذكر في الفتاوى الهندية "لو أن شيخاً صارع الأحداث في المجامع لم تقبل شهادته" (٣٣).

سادساً: ذكر في كتاب مجموع الفتاوى أن أحمد بن حنبل كره الابتداع في الزهد السالكون طريق الرهبان، وقال بأن هذا محمود لكن عامة هؤلاء لا بد أن يقعوا في ذنوب من هذا الجنس، كما نجد كثيراً منهم يبتلى بصحبة الأحداث ومرافقة النساء فيبتلون بالميل إلى الصور المحرمة من النساء والصبيان" (٣٤).

سابعاً: وهو سؤال يلمس موضوعنا نقله ابن القيم عن ابن تيميه يقول السؤال هل السياسة بالضرب أو الحبس للمتهمين في الدعاوى وغيرها من الشرع أم لا؟ فأجاب الدعاوى التي تحكم فيها ولاية الأمور سواء سمو قضاة، أو ولاية الأحداث، أو ولاية المظالم، أو غير ذلك من الأسماء العرفية الاصطلاحية فإن حكم الله تبارك وتعالى شامل لجميع خلائقه... (٣٥).

والحدث طبعاً هو اللفظ الشائع في أوساط القوانين العربية الآن، وهو وإن لم يتناوله علماء الفقه الإسلامي بتوسع في مؤلفاتهم واستخدموا بدلاً منه ألفاظاً أخرى كالصبي وما شابه وقد يستدلون بقول الله تعالى ﴿فَأَشَارَتْ إِلَيْهِ قَالُوا كَيْفَ نُكَلِّمُ مَنْ كَانَ فِي الْأُمِّهِمْ صَبِيًّا﴾، كما استدلوها بغير كلمة الصبي إلا أن الباحث يرى أن لفظ الحدث في هذا الزمن أفضل؛ لأنه يغلب عليه ارتباطه أكثر بالمفهوم الجنائي، والسلوك السلبى.

(٣٣) نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم، دار الفكر، ١٩٩١م، د. ط، ج ٣، ص ٤٦٩.

(٣٤) أحمد عبد الحليم بن تيمية الحراني: كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية، المشهور بمجموع الفتاوى، تحقيق عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي، مكتبة ابن تيمية، ط ٢، د.ت، ج ١٤، ص ٤٦٦.

(٣٥) ابن القيم الجوزية: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تعليق بهيج غزاوي، دار احياء العلوم - بيروت، ص ١٢٣.

القوانين الحديثة تسعى لتقنين الأحكام بأسلوب منظم، ومرتب ومرتبط بالواقع المعيش، وهذا أمر إيجابي إلا أنه بحاجة ماسة إلى ضم أهل المعرفة، والخبرة من الفقهاء الشرعيين، وبقية علماء الإجماع ومن على غرارهم من الأخصائيين المرتبطين بقضايا الأحداث^(٣٦). وأخيراً يمكن تعريف الحدث في الاصطلاح الفقهي بأنه:

الشخص صغير الناس الذي لم يبلغ بعد ولا تتوفر له ملكة الإدراك، والاختيار لضعف في قدرته الذهنية والبدنية ووجوده في سن مبكرة^(٣٧). أو الصغير من الناس الذي لم يبلغ أو لم يتم الخامسة عشر. وهذا التعريف الأخير بحسب الغالب بين فقهاء الشريعة من حيث سن البلوغ. **محترزات التعريف:**

- ١- تقييد الحدث بالصغير يخرج الكبير من الناس.
- ٢- تقييد تعريف الحدث بالذي لم يبلغ يخرج الإنسان البالغ.
- ٣- تقييد الحدث بسن الخامسة عشرة يخرج من تجاوزها فلا يعد حدثاً.
- ٤- تقييد الحدث بعدم الإدراك والاختيار يخرج العاقل المتمكن من التمييز الدقيق لما يدور حوله.

ذلك هو تعريف الحدث في الفقه الإسلامي بشكل عام. وأما عند دمج لفظ (الجرائم) أي -جرائم الأحداث- فيمكن تعريفها بأنها: "جرائم يرتكبها غير البالغين من الذكور والإناث زجر الله عنها البالغين بحد أو تعزير، وأوجب تأديباً".

نخرج مما سبق أن الحدث عبارة عن كلمة مرادفة للطفل، والصبي، والمراهق، والغلام.

^(٣٦) لقد تأخر تعريف الحدث اصطلاحاً لأهمية التأكيد على وجود كلمة (الحدث) قديماً حتى قبل فقهاء القانون.

^(٣٧) محمد الشحات الجندي: جرائم الأحداث في الشريعة الإسلامية مقارناً بقانون الأحداث، ط ٢، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٩٦م، ص ٧-٨.

وأن لفظة الحدث ليست خاصة بأهل القانون وإن كان أكثر تداولاً بينهم، وأن الفقهاء والمحدثين قد أشاروا أيضاً للفظه الحدث منذ أمد بعيد من ناحية صغر السن، وأنهم سفهاء الأحلام.

كما يتبين ويظهر -أيضاً- مما سبق في تعريف الحدث لغة على أنه:

- ١- مرتبط بكل جديد.
- ٢- أصبح لفظاً مختاراً لكثير من القوانين خاصة الجزائية كقانون الأحداث العماني وأمثاله.
- ٣- قد يشمل ويطلق على كل ما يدب على الأرض سواء كان إنسان، أم حيوان.
- ٤- كما أنه لا يقيد ولا يرتبط بذكر تحديد للسن.

المطلب الثاني

إشكالية مفهوم الحدث من الناحية القانونية، والعلوم الإنسانية

لاحظنا أن تعريف تلك المرحلة من ولادة الإنسان إلى بلوغه يسمى بعدة ألفاظ في الفقه الإسلامي، كما أن لفظ الحدث من حيث المدلول القانوني، أو حتى الاجتماعي أيضاً يختلف في تعريفه؛ بل نرى اختلاف لفظ الحدث ومعناه حتى في قوانين البلدة الواحدة، وهذا هو الإشكال والصعوبات التي أردت إثباتها، ولعل السبب في الاختلاف وعدم التوافق يعود إلى المعايير المستخدمة لتعريف الحدث، وعلى ذلك يرى البعض أن هناك معيارين

أحدهما يأخذ به القانون وأطلق عليه (المعيار الحدي) وهو يقوم على أساس إثبات واقعة محددة والتي تتمثل في عدم بلوغه سناً محددة على الرغم من اختلاف هذه السن من تشريع لآخر، ويتميز هذا المعيار بالسهولة والوضوح وبالطابع العملي في تحديد سن الحدث.

أما المعيار الآخر وهو ما يطلق عليه (المعيار الوصفي) والذي تأخذ به العلوم الاجتماعية الأخرى وهو يقوم على وصف حالة الحدث من خلال ما يظهر عليه من علامات أو صفات داخلية، أو خارجية والتي تتعلق بنضجه الجسدي، والعقلي،

والنفسى دون ارتباط بسن معينة، غير أن القانون يعطي الأولوية للمعيار الحدي على حساب المعيار الوصفي^(٣٨).

وكلا المعيارين اللذين في القانون أيضاً على شاكلته موجود في الفقه الإسلامي، فتعريف الطفل أو الحدث محدد وفق المعيار الوصفي، وهي ظهور علامات البلوغ دون النظر إلى عمره، والمعيار الحدي وهو الذي يعتمد على تحديد سن معين للطفل إلا أن الفقهاء اختلفوا إن لم تظهر العلامات الطبيعية.

فقد حدد -على سبيل المثال- الشافعية العمر بالخامسة عشرة، بينما يرى الحنفية والمالكية الثامنة عشرة حينها لا يكون طفلاً أو حدثاً^(٣٩).

ومع ما ذكرناه إلا أن هناك نقطة مهمة جدية بالتنبيه عليها، وهي أن تعدد المعاني والمفهوم الخاص بالحدث يؤدي بطبيعة الحال إلى خلط المفاهيم، وهي وإن كانت تصلح في مجال العلوم الإنسانية لارتباطها بمراحل الطفل ونفسيته، لكنها في مجال سياسة التجريم والعقاب فيجب أن يرتبط مفهوم الحدث بالسن لما لهذا السن من أثر في نمو الفرد العضوي والعقلي والنفسى والذهني^(٤٠).

وعليه فسوف نسعى إلى توضيح المقصد من فائدة اختلاف التعاريف وعلتها من خلال الفروع القادمة من هذا المطلب وما نخرج منها بإذن الله.

الفرع الأول

الحدث في القانون والاتفاقيات الدولية

فقهاء القانون لم يتفقوا على صيغة محددة، وقد يكون من ضمن الأسباب المهمة أن كلمة الحدث "فيها لبس ويدور حولها المزيد من التعاريف، وينظر رجل القانون وعالم

^(٣٨) عمر الفاروق الحسيني: انحراف الأحداث المشكلة والمواجهة، دراسة مقارنة، ط ٢، ١٩٩٢م، ص ٣٦-٣٨.

^(٣٩) جلال الدين السيوطي: الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، م س، ص ٢٤٠.

^(٤٠) منتصر سعيد حمودة وبلال أمين زين الدين: انحراف الأحداث دراسة فقهية، دار الفكر العالمي، د. ط، ٢٠٠٧م، ص ١٤.

الاجتماع والنفس كل من زاويته الخاصة، ففي الوقت الذي يعد فيه القانون حدثاً من بلغ من التمييز التي ينعلم قبلها المسؤولية الجنائية، وحتى سن الرشد التي يعد بعدها الشخص أهلاً لتحمل المسؤولية الجنائية الكاملة، في الوقت ذاته يعد علماً الاجتماع والنفس الحدث الصغير الذي لم يكتمل بعد نضجه الاجتماعي والنفسي ولا يتمتع بعناصر الرشد التامة^(٤١)، وهذا الفكر جدير بأن يربط أو يجمع بينهما عند اتخاذ اللازم أو متابعة الحدث قبل وبعد ارتكابه للخطأ، ودراستنا هذه خاصة بالحدث ومدى تحمله المسؤولية الجنائية بعد ارتكابه للجريمة؟ وهل تتوافق أهليته في تحمل المسؤولية؟ مع أهمية ذكر العلل، والأسباب التي دعت له لارتكاب الجرائم في المقالات الآتية:

هنا يتبادر لنا سؤال ماهي الصفات المطلوب توفرها في الإنسان حتى يقال بأنه صغير أو حدث؟

إلا أنه مع كثرة البحوث والدراسات التي أخذت جدل بين علماء القانون والحقوق وعلماء المعارف الدينية في هذا الجانب، وحاول الجميع إعطاء تعاريف للحدث إلا أن أصل المشكلة تكمن في تحديد مفهوم الصغر وتعريف الأطفال أو الأحداث غير الراشدين^(٤٢).

إضافة إلى نوع الجزاءات المناسبة لهذه الفئة، والتدابير الاحترازية المهمة لهم لتساعدهم على الإقلاع والعودة إلى سجيّتهم وفطرتهم السليمة، كسبيل للعلاج ووقاية لهم ولغيرهم من الأحداث الآخرين.

ولمحاولة تحديده هناك شرطان لاعتبار الصغير حدث يخضع للقانون المغربي والعُماني.

أولهما: عدم تجاوز الثامنة عشرة.

^(٤١) حنان سكر: في أهمية بحث ظاهرة جنوح الأحداث، مجلة القانون المقارن، جمعية القانون العراقية، جامعة بغداد، ع ١١، السنة الثامنة، ١٩٨٠م، ص ٣٧.

^(٤٢) علي أصغر كرجي زاده: المسؤولية الجزائية للأطفال في الفقه الإسلامي، منشورات زين الحقوقية والأدبية، ط ١، عام ٢٠١٣م، ص ٦.

ومواد القانون تؤكد اشتراط عدم تجاوزه، فمن تجاوزه خرج عن نطاق قانون مساءلة الأحداث العماني، والمسطرة الجنائية المغربي.

ثانيهما: اشتراط تلازم وقت ارتكاب الحدث للجريمة، مع العمر الذي هو كان فيه. وعلى هذا توافق التشريع المغربي والعماني^(٤٣)، وهذا إن دل فإنه يدل على حماية الحدث، وتطبيق المسؤولية الجنائية على العدل وبغية الإصلاح للأحداث.

الفقرة الأولى- تعريف الحدث في القانون (المغرب وعمان):

- تعريف الحدث في القانون المغربي:

الحدث قانونياً هو: "كل شخص ذكراً كان أو أنثى لم يبلغ من العمر السن المقرر لبلوغ الرشد الجنائي بحسب القانون الجاري العمل به"^(٤٤).

وعرفه الدكتور منير العصرة بأنه الحدث في الفترة ما بين سن عدم التمييز وسن الرشد الجنائي، ويثبت أمام السلطة القضائية، أو أية جهة مختصة أنه ارتكب إحدى الجرائم، أو تواجد في إحدى الحالات الخطرة التي يحددها القانون^(٤٥).

أما المغرب فإنه ومن خلال المادة (٤٥٨) من القانون الجديد المتعلق بالمسطرة الجنائية فإنه لم يعرفه تعريفاً مباشراً، وإنما خلال وصف مشروط "المحدد لسن الرشد الجنائي ببلوغ ثمان عشرة سنة ميلادية كاملة وأن الحدث يعتبر إلى غاية سن اثنتي عشرة سنة غير مسؤول جنائياً لانعدام التمييز، وأن الحدث الذي يتجاوز سن اثنتي عشرة سنة وإلى غاية بلوغه ثمان عشرة سنة مسؤولاً مسؤولية ناقصة بسبب عدم اكتماله التمييز"، كما عرفه الفصل ١٣٨ بأنه: "الحدث الذي لم يبلغ سنه اثنتي عشرة سنة كاملة يعد غير مسؤول جنائياً".

^(٤٣) المادة (٤٥٩) من ق. م. ج المغربي، والمادة ٤٩ من قانون مساءلة الأحداث العماني.

^(٤٤) عبد الرحمن مصلح: الطفل والقانون، ندوة، منشورات جمعية رباط الفتح، ندوة انحراف الأحداث، ١٢ دجنبر، ١٩٨٧م، ص ٢١.

^(٤٥) منير العصرة: انحراف الأحداث ومشكلة العوامل، المكتب المصري الحديث، الإسكندرية، ط١، ١٩٧٤م، ص ٣١.

والفصل (١٣٩) "الحدث الذي أتم عشرة سنة ولم يبلغ الثامنة عشرة يعد مسؤولاً مسؤولية جنائية ناقصة بسبب عدم اكتمال تمييزه".

كنت أفضل كباحث أن يكون تعريف للحدث أكثر دقة وتمييزاً، بمعنى أن يعرف الحدث من ناحيتين: الناحية الأولى هي الحدث بشكل عام، بمعنى بداية ونهاية للعمر، والناحية الثانية هي تعريف الحدث (الجاني) وذلك من خلال ربط التعريف بارتكابه جرمًا أو مخالفة للقوانين التي تضبط المجتمع، وإن كنت ألتمس العذر لمن قام بالتعريف بأن اكتفى بعبارة "يعد غير مسؤول جنائياً"، وكذا "يعد مسؤولاً مسؤولية جنائية ناقصة"، وذكر العلة بأنها "بسبب عدم اكتمال تمييزه"، لكنني أفضل -إذا كان ممكناً- إعادة النظر في تعريف الحدث بصورة جلية وحاسمة.

- تعريف الحدث في القانون العماني:

بحسب ما جاء في قانون الجزاء العماني السابق الصادر في ٢٣/ محرم/ ١٣٩٤هـ الموافق ١٥/ فبراير/ ١٩٧٤م رقم ٧٤/٧، بأنه القاصر ولم يعرفه القانون العُماني إلا ضمناً في مادة (١٠٤) "لا يلاحق جزائياً من لم يكن عند ارتكابه الجريمة قد أتم التاسعة من عمره"، لكن بعد صدور المرسوم السلطاني رقم ٣٠ / ٢٠٠٨م المادة (١) أصبح المعتمد في عمان هو لفظ الحدث وأصبح له قانون خاص ومسمى يتناسب مع المواد المختصة به، ألا وهو (مسألة الأحداث) وقد عرف الحدث بشكل عام بأنه كل ذكر أو أنثى لم يكمل الثامنة عشرة من العمر، حسب ما نصت عليه المادة (١) من الرمز (ج). وقد أحسن صنعاً عندما وسع وحدد تعريفات أدق عن التعريف في المادة (١٠٤) من القانون الجزائي العماني السابق.

وحسب ما يفهمه الباحث بأن القانون العماني يتوافق مع الاتفاقية من ناحية تحديد التعريف بعدم مجاوزة عمر الحدث الثامنة عشرة، وقيد المشرع المغربي السن بأن تكون كاملة، وهذا التقيد من المشرع المغربي أفضل فهو يزيل اللبس الذي قد يحدث مع بعض المختصين في تحديدهم لنهاية عمر الحدث، كما أنه راعى التدرج في المسؤولية، مع إمكانية حدوث نقاش حول التدابير التي يمكن إيقاعها على الحدث إذا لم يبلغ الثانية عشرة، والإيجابية التي ذكرتها فهي من ناحية التعبير المعروف بأن يقال عند بلوغ، أو بإتمام، أو

لم يكمل سن كذا، فالتركيز على التعريف خاصة بداية ونهاية الأعمار أمر مهم للغاية يجدر الإشارة إليه في محله بإذن الله.

الفقرة الثانية- الحدث في الاتفاقيات الدولية:

لقد ورد مصطلح "الطفل" أو "الطفولة" في كثير من النصوص الدولية، دون التركيز على تعريف مجرد له، وهذا ينطبق على معظم الإعلانات والاتفاقيات والمواثيق، بدءاً من إعلان جنيف لحقوق الطفل الصادر سنة ١٩٢٩م مروراً بإعلان حقوق الطفل سنة ١٩٥٩م، بحيث يضع فاصلاً بينه وبين غيره من البشر، وهذا يظهر من خلال عدم تحديد حد أقصى لسن الطفل أو حد يحدد فيه نهاية مرحلة الطفولة، ولعل السبب يعود إلى رغبة المشرع الدولي في التركيز على نوع المساءلة بحيث يميل إلى الحماية والتهديب أكثر من العقوبة ذاتها^(٤٦).

لكن اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل الصادرة عام ١٩٨٩م حرصت على تعريف الطفل، وأن أحكام المادة التي عرفته لا تسري إلا على من يصدق عليه وصف مصطلح "الطفل"^(٤٧).

إذن المختار لدى اتفاقية حقوق الطفل هو "الطفل" وقد عرفته بالمادة الأولى من هذه الاتفاقية بأن الطفل كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشرة، ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المطبق عليه^(٤٨).

بينما جاءت قواعد الأمم المتحدة النموذجية لإدارة شؤون قضاء الأحداث، والتي تعرف باسم (قواعد بكين) أن الحدث هو طفل أو شخص صغير السن يجوز بموجب النظم القانونية ذات العلاقة مساءلته عن جرم بطريقة تختلف عن طريقة مساءلة

^(٤٦) محمود سليمان موسى: قانون الطفولة الجانحة والمعاملة الجنائية للأحداث، منشأة المعارف الإسكندرية ، ٢٠٠٦م، ص ١٣٢.

^(٤٧) عبد العزيز مخيمر: حماية الطفولة في القانون الدولي والشرعية الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة د ط، ١٩٩٠م، ص ٢٣.

^(٤٨) رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٩٠م، وقد أعدت هذه الاتفاقية في ٢٠ نوفمبر ١٩٨٩م.

انظر: إصدار وزارة التنمية الاجتماعية: سلطنة عمان، اتفاقية حقوق الطفل / مكتب اليونسيف، ص ٥.

البالغ، ويظهر من خلال التعريف أو يستتبط حرص الإدارة على تخصيص الأحداث بقانون مستقل لهم وتكون المساءلة مختلفة تماماً عن البالغين^(٤٩)، وهو الذي عليه حالياً سلطنة عمان.

ولنا هنا أن نسأل سؤالاً هل اتفقت التشريعات العربية الأخرى على تعريف معين للحدث؟ هل توجد تسمية محددة لمرحلة الطفولة لسن الرشد بين التشريعات العربية؟ بل يمكن إضافة سؤال مهم أيضاً هل يستدعي تدخل العلوم الأخرى الإنسانية في تعريف الحدث؟

وذلك للوصول إلى تحديد تعريف -نوعاً ما- شامل للحدث يتوافق مع مراعاة الأحكام عليه.

لكن سيمسك هذه التساؤلات تعريف الحدث عبر التشريعات العربية.

الفرع الثاني

موقف التشريعات العربية من اختيار لفظ (الحدث)

لقد عرفت التشريعات العربية الحدث بتعريفات عدة لكنها لم تتفق على لفظ واحد في وصف هذا الإنسان في مراحله الأولى، وعلى هذا سنلاحظ أن لفظ الحدث أخذ عدة مرادفات بأسماء مختلفة ورموز متباينة جميعها تهدف إلى معنى واحد لغرض تشريعي واحد، لهذا تضمنت تشريعات معظم بلدان العالم ألفاظاً مختلفة لمعنى الحادثة^(٥٠). فهناك اختلاف في التسمية المناسبة لهذه المرحلة بين التشريعات العربية التي اخترتها كنماذج.

^(٤٩) فتوح الشاذلي: قواعد الأمم المتحدة لتنظيم قضاء الأحداث، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩١م، ص ٢٢.

^(٥٠) أحمد سلطان عثمان: المسؤولية الجنائية للأطفال المنحرفين، المؤسسة الفنية للطبع والنشر، القاهرة، د.ط، عام ٢٠٠٢م، ص ١٨.

فمن التشريعات ما أطلق عليه الحدث ومنها القاصر، ومنها ما اختار لفظ الطفل ومنها الصغير وهكذا^(٥١)، وكل منهما أعطى تعريفاً حسب اختياره إما صراحة أو ضمناً.

الفقرة الأولى- التشريعات التي اعتمدت لفظ الحدث:

الأردن والكويت وسورية حسب ما يظهر من قوانين الأحداث لديهم، فتلك التشريعات اعتمدت لفظ (الحدث)^(٥٢)، وتلك التشريعات توافقت مع المغرب وسلطنة عمان في هذا الشأن.

أولاً- التشريعات التي اعتمدت لفظ الطفل وهي:

• التشريع المصري:

القانون المصري يختلف في التسمية، ويطلق على الحدث لفظ الطفل، وأصدر قانوناً يحمل رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦م أسماه قانون الطفل، المعدل بالقانون رقم ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨م وفي المادة (١) بين المقصود بالطفل فقال: "يقصد بالطفل في مجال الرعاية المنصوص عليها في هذا القانون كل من لم يبلغ ثماني عشرة سنة ميلادية كاملة".

ثانياً- التشريعات التي اعتمدت لفظ القاصر وهي:

الجزائر من الدول التي اختارت لفظ القاصر، ولم تختار لفظ الحدث، وهي بهذا تسعى حسب الظاهر إلى الانسجام مع المعنى المراد والمطالب به من علماء الاجتماع

(٥١) ومهما ذكر الباحث من مسميات فإن المقصود هو الإنسان منذ ولادته حتى بلوغ الخامسة عشرة أو الثامنة عشرة من عمره، لكن سيجلب اختيار لفظ الحدث إلا إذا كان سياق الكلام يقتضي اختيار كلمة أخرى مما اختاره فقهاء القانون والشرعية.

(٥٢) المشرع السوري عرف الحدث على أنه: "كل ذكر أو أنثى لم يتم الثامنة عشرة من عمره" (قانون الأحداث الجانحين السوري الصادر في: ٣٠ / ٣ / ١٩٧٤م، المادة الأولى). ويعرف قانون الأحداث الكويتي رقم (٣) سنة ١٩٨٣م في المادة (١) الفقرة (أ) بأنه: "كل ذكر أو أنثى لم يبلغ تمام الثامنة عشرة".

القانون الأردني يعرف الحدث في مادة (٢): "كل شخص أتم السابعة من عمره ولم يتجاوز الثامنة عشرة ذكراً كان أو أنثى"، (الجريدة الرسمية، قانون الأحداث وفقاً لآخر التعديلات بموجب القانون المؤقت المعدل لقانون الأحداث رقم (٥٢) لسنة ٢٠٠٢م، المنشور على الصفحة (٤٠٩١) من عدد الجريدة الرسمية رقم (٤٥٦١) تاريخ: ٢٨/٨/٢٠٠٢م).

أي أن لفظاً آخر لتلك الفئة كالقاصر أو الطفل، أو الصغير هو أقرب لحاجته للرعاية الاجتماعية من العقاب، لذا اختار المشرع الجزائري لفظ القاصر عند بيان حكم عديم التمييز، ولم يعرفه تعريفاً مباشراً كما يظهر من المادة (٤٩) من قانون العقوبات: "لا عقوبة على القاصر الذي لم يكمل الثالثة عشرة إلا تدابير الحماية أو التربية". ولفظ القاصر يتوافق أيضاً مع اختيار عمان في القانون الجزائري السابق ١٩٧٤م، وقد أشرت إليه سابقاً.

ثالثاً- التشريعات التي اختارت لفظ الصغير وهي:

- التشريع الليبي:

المادة (٨٠) من القانون الليبي (العقوبات) يسمي الحدث بالصغير، ويرفع حد السماح باتخاذ التدابير بدل المساءلة الجنائية، ونعرف هذه التسمية من خلال نص المادة: "لا يكون مسئولاً جنائياً الصغير الذي لم يبلغ سنه الرابعة عشرة"^(٥٣). وعلى كل حال فالحادثة ينحصر مجالها من الناحية القانونية في فترة زمنية معينة يعد فيها الإنسان حدثاً.

وهذه الفترة يمكن تحديدها بحد أدنى أو أعلى قد تتضمن مرحلة أو عدة مراحل من عمر الإنسان، وهي تشكل معياراً لتحديد مسؤولية الحدث الجنائية، ومدى ملازمتها مع ما تحتويه تلك الفترة الزمنية من مقومات ذاتية واجتماعية، وما يتحقق لدى الفرد من ملكات الإدراك والتمييز وحرية الاختيار، وقدرته على ضبط دوافعه الغريزية ودرجة توافقه مع مجتمعه الذي يعيش فيه^(٥٤).

^(٥٣) محمد سامي النبراوي: تعزيز الصبي في جرمي السرقة والحراية، منشورات الجامعة الليبية، د. ت، ص ١٨٠.

^(٥٤) حسن صادق المرصفاوي: الإجرام والعقاب في مصر، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص ١٥١.

وفي ختام تلك التعاريف التي أطلقتها تلك التشريعات باختيارها لفظ الحدث، أو الصبي أو الطفل، أو الصغير، أو القاصر، فإنها جميعاً تؤدي إلى أمر واحد وهو وحدة الهدف التشريعي بتطبيق قواعد خاصة على الحدث^(٥٥).

وهذه القواعد ضرورية، ويجدر الإشارة إلى أهميتها من خلال تخصيص قواعد وإجراءات تتناسب مع ظروف الحدث، بحيث يتمتع بخصوصيات تمثله، وتراعي ظروفه من جميع النواحي، وتلك التعريفات السابقة فإنها في المعنى العام متشابهة مع الاختلاف في اختيار اللفظ المناسب، مع اختلافهم في تحديد سن الحدث بداية أو نهاية.

أتصور من الأجدر اختيار مصطلح موحد بين التشريعات العربية، كالحدث فيما يخص مرتكب الجرائم، وهم في عمر لم يتجاوز الثامنة عشرة أو الخامسة عشرة بحسب اختيار كل مشرع للدولة التي ينتسب إليها^(٥٦).

الفرع الثالث

تعريف الحدث في العلوم الإنسانية

سنوضح في هذه الفقرة اختلاف النظر في معنى الحدث حسب الجهة التي ينطلق منها، وهذه النظرة واختلافها ستظهر وجهات النظر والزوايا المنطلق منها لهذا التعبير كما سيأتي إن شاء الله.

لأهمية الترابط بين العلوم بشكل عام يقتضي من الباحث تعريف الحدث من ناحيتي علم الاجتماع والنفس؛ ذلك لأن انحراف الحدث له عوامل عدة قد تتعاون عليه في ارتكابه للجرم؛ لهذا على المعنيين الاهتمام والتركيز ومحاولة الربط بين الأمور؛ ليتسنى للقضاء اتخاذ الإجراء المناسب عند النظر في قضايا الأحداث، فتصدر الأحكام وهي مبنية على أسس علمية متأنية، وبعد التشاور مع أهل الاختصاص للنظر في أسباب الجرم الواقع

(٥٥) منتصر سعد حمودة - بلال أمين زين العابدين: انحراف الأحداث، دراسة فقهية في ضوء علم الإجرام والعقاب والشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٧م، ص ١٣.

(٥٦) القواعد الخاصة بالحدث ضرورة لتحديد السن جلياً بإذن الله تعالى.

من الحدث، كما أن علماء النفس والاجتماع كثيراً ما يلمحون إلى بل يصرحون في مؤلفاتهم العامة عن عدم قبولهم لتحديد سن معين للحدث؛ بسبب نمو العقل ونضجه، إلا أن الباحث يؤيد التحديد؛ من أجل الأحكام القانونية، وتكون الأمور واضحة لدى المحاكم، وهذا لا يتنافى مع أهمية مشاورة أهل الخبرة، وبعد ذلك ينظر القضاة في الحكم المناسب حسب المتاح لهم، والتقدير للذي يرونه أمامهم.

وعلى هذا فقد عرف الحدث من وجهة علماء الاجتماع بأنه: "شخص غير ناضج اجتماعياً كونه يختلف في إدراكه للأمر عن الشخص تام النضج".

أما عن تعريف الحدث من وجهة علماء الاجتماع والنفس معا: "الصغير منذ ولادته وحتى يتم له النضج الاجتماعي، والنفسي، وتتكامل لديه عناصر الرشد^(٥٧) المتمثلة في الإدراك التام، أي معرفة الإنسان لصفته وطبيعة عمله، والقدرة على تكيف سلوكه، وتصرفاته طبقاً لما يحيط به من ظروف ومتطلبات الواقع الاجتماعي^(٥٨)، فالأنظار إذن تختلف إلى معرفة تسمية تلك المرحلة ومفهوم الحدث كل حسب الزاوية التي ينظر منها. "فرجل القانون وعالم الاجتماع والنفس ينظر كل من زاويته الخاصة"^(٥٩).

ولذلك فالتنشئة تلعب دوراً أساسياً في تكوين الشخصية عند علماء النفس، وذلك كما هو بين من خلال تقسيمهم لمراحل النمو عند الإنسان، بهدف تحديد المسؤولية بعيداً عن سن معين للحدث، وإنما بالنظر إلى توفر أمرين مهمين هما التمييز والإدراك لدى الحدث^(٦٠). إن الألفاظ التي اختيرت للإنسان الذي لم يبلغ أو لم يتم الثامنة عشرة كلها مستقاة من الفقه الإسلامي ولم تخرج عنه فما رأيته من تسمية الحدث بالقاصر في قانون الجزاء العماني السابق فله نظر وجيه في التعبير عن عجزه، وإن كنت ألمحت بأن

(٥٧) طه أبو الخير، منير العصرة: انحراف الأحداث في التشريع العربي والمقارن، الإسكندرية، ط ١٩٦١م، ص ٢٦.

(٥٨) أكرم نشأت إبراهيم: عوامل جنوح الأحداث والرعاية الوقائية والعلاجية لمواجهته، محاضرة في المركز العربي للدراسات الأمنية، الرياض ٥ / ١١ / ١٩٨٥م.

(٥٩) حنان سكر: أهمية بحث ظاهرة جنوح الأحداث، مجلة القانون المقارن، م س، ص ٣٥.

(٦٠) عبد الله ناجي القيسي: أسباب جنوح الأحداث ودور الشرطة في مواجهته، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، أكاديمية الشرطة القاهرة، ٢٠٠٢م، ص ١٧.

لفظ الحدث الذي تم اختياره أوفق لارتباطه بالجناية، ولأنه لفظ شائع في القوانين، وهو الساري حالياً، والمعتمد في المغرب وعمان، أما لفظ القاصر فإنه يرتبط بالأحوال الشخصية والأسرة أو العقود والالتزامات المالية المدنية، وأما لفظ الصغير فله أيضاً وجهته؛ لأنه لم يبلغ بعد، وأما الطفل فإن أصرح آية وضحت وصف الإنسان منذ الصغر حتى البلوغ بأنه طفل الآية السابقة، أن قول الله تعالى ﴿وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا كَمَا اسْتَأْذَنَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ﴾^(٦١).

فالألفاظ السابقة كلها لها علتها وأسبابها المتوافقة مع الواقع الملموس لكل بلد حسب الظروف والمعطيات والعوامل المحيطة بتلك الدول.

المبحث الثاني

مفهوم المسؤولية الجنائية وعلاقتها بالأحداث في الفقه الإسلامي والقانون

من المهم محاولة معرفة الفروقات بين الأهلية بشكل عام وبين الأهلية الجنائية، إضافة إلى معرفة المسؤولية الجنائية بشكل خاص والفرق بينها وبين الأهلية الجنائية، فهي أساس الأطروحة وصميمها^(٦٢).

ولارتباط ما ذكرته سأحاول أولاً بيان مفهوم الأهلية، وأنواعها وعلاقتها بالأحداث قبل أن أشرع في الحديث عن الأهلية الجنائية، والتركيز على مفهوم المسؤولية الجنائية بإذن الله عبر المطالب والفروع الآتية:

(٦١) سورة النور، الآية رقم ٥٩.

(٦٢) سوف نشير إشارة ليست متعمقة على الأهلية ومفهومها والتي تخص القاصر أو الحدث من ناحية بعض تصرفاته المالية، وما يراه فقهاء الشريعة والقانون المغربي والعماني حيالها للفائدة بإذن الله. والعقوبة غايتها الزجر والإصلاح، فإذا كان من تنفذ عليه العقوبة عاجزاً عن مقصدها أصبحت دون جدوى.

مصطفى العوجي: القانون الجنائي، ج ٢، المسؤولية الجنائية، منشورات الحلبي الحقوقية، د ط، ٢٠١٦م، ص ٤٧.

المطلب الأول

مفهوم الأهلية في اللغة، والاصطلاح الفقهي، والقانوني وأنواعها

الفرع الأول

الأهلية في اللغة والاصطلاح الفقهي

الفقرة الأولى- الأهلية في اللغة:

يقال أهل لكذا أي مستوجب له ومنه قالوا الملك لله أي أهلٌ لِلْمُلْكِ، ومنه أهله لذلك الأمر تأهيلاً^(٦٣)، ورآه له أهلاً^(٦٤)، وهي مصدر من أهل أي كفاءة وجدارة^(٦٥).

الفقرة الثانية- مفهوم الأهلية اصطلاحاً:

لقد عرّف الفقهاء الأهلية بعدة تعريفات، وكلها تدور في معنى واحد ومن هذه المفاهيم:

- أ. صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له، وعليه^(٦٦).
- ب. صلاحية الشخص لاستحقاق الحقوق وأداء التصرفات^(٦٧).
- ج. صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه وصلاحيته لصدور الأفعال منه على وجه يعتد به شرعاً^(٦٨).

(٦٣) مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزبادي (ت ٨١٧هـ-١٤١٤م): القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، د. ط، ج ١، ١٤٠٧هـ-١٩٨٧م، ص ١٢٤٥.

(٦٤) علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري (ت ٧٣٠هـ/١٣٢٩م): كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، تحقيق: عبد الله محمود أحمد، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د. ط، ١٤١٨هـ/١٩٩٧م، ج ٤، ص ٣٣٥.

(٦٥) أحمد مختار عبد الحميد: معجم اللغة العربية، عالم الكتب، ط الأولى، عام ١٩٩٨م، ج ١، ص ١٣٦.

(٦٦) ابن أمير الحاج، محمد بن أحمد الحلبي (ت ٨٧٩هـ/١٤٧٤م): التقرير والتحرير في شرح التحرير، دار الفكر، بيروت، لبنان، د. ط، ١٤١٧هـ/١٩٩٦م، ج ٢، ص ٢١٩.

(٦٧) وهبه الزحيلي: الوجيز في أصول الفقه، دار الفكر، دمشق، ١٩٩٥م، ص ١٥٦.

(٦٨) فاضل عبد الواحد: أصول الفقه، دار المسيرة، ط ٢، ١٩٩٨م، ص ٥٦.

فكلها تدور حول الإلزام والالتزام بمعنى حقوق وواجبات لا تخرج عن نطاق الشرع، وأقواله وأفعاله التي يعتد بها على هذا فإنه يؤاخذ وتترتب عليه أحكام إن كان أهلاً.

الفرع الثاني

مفهوم الأهلية في القانون

أما تعريف الأهلية^(٦٩) في المفهوم القانوني حسب ما ذكره أهل القانون فقد عرفت بأنها : صلاحية الشخص بأن تكون له حقوق وصلاحية لاستعماله^(٧٠)، وقيل أيضاً هي صلاحية الشخص الذي ارتكب جريمة لأن يسأل عنها^(٧١)، فالتعريف الأول بالمفهوم القانوني العام أما الثاني فهو: المعنى القانوني للأهلية الجنائية، أما في الفقه الإسلامي فهو تحمل الإنسان نتائج الأفعال المجرمة التي يأتيها مختاراً، وهو مدرك لمعانيها ونتائجها، فإن لم يكن هناك إدراك ولا اختيار فلا مجال لمساءلته، فاشتراط

^(٦٩) وهنا نقطة مهمة جدية بالإشارة إليها، وهي أن كل الأهلية المدنية للفرد لا تخضع لأي قانون إلا قانون أحواله الشخصية، وكل شخص أهل للإلزام والالتزام ما لم يصرح قانون أحواله الشخصية بغير ذلك، وهذا يعني الرجوع لمدونة الأسرة المغربي. ينص الفصل الثالث من قانون الالتزامات والعقود المغربي: "الأهلية المدنية للفرد تخضع لقانون أحواله الشخصية.

وكل شخص أهل للإلزام والالتزام ما لم يصرح قانون أحواله الشخصية بغير ذلك".^(٧٠) عبد الرزاق السنهوري: الوجيز في شرح القانون المدني، ط الثانية سنة ١٩٩٧م، مطابع روز اليوسف الجديدة، ص ٨٠.

^(٧١) فكل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية فالشرط لاعتبار الأهلية هو التمتع بقواه العقلية والمادة (١٣٨) حسب ما جاء قانون الأحوال الشخصية، الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٣ لعام ١٩٩٧م نصت على: "يكون الشخص كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية ما لم يقرر القانون خلاف ذلك".

والمادة (١٤١) من نفس القانون فرقت بين فاقد الأهلية والناقص لها: أ-يعتبر فاقد الأهلية: ١-الصغير غير المميز، ٢-المجنون.

ب-يعتبر ناقص الأهلية: ١-الصغير المميز، ٢-المعتوه، ٣-وذو الغفلة والسفيه.

يقول ابن أمير الحاج عن مثل هذا التقسيم بأنه يختص به الحنفية، انظر: التقرير والتحجير، م س، ج ٢، ص ٢١٩، مما يدل على التوافق بين الفقه والقانون.

العقوبة أن يرتكب الإنسان الفعل المحرم مع إدراكه واختياره، وهذا إشارة للمفهوم الجنائي المراد، وعلى هذا فلا مساءلة إلا بعد توفر الأهلية الجنائية والمشروطة بالتمييز والإدراك والاختيار، وهذان الشرطان هما اللذان اختص بهما الله الإنسان^(٧٢). فلا عقاب مالم يكن أهلاً للعقوبة، وهي جزاء وضعه الله تعالى للردع والزجر لمن يرتكب الفعل المحرم فيمتنع عن العودة إليه نظراً لعقوبته، وكذا زجر لغير الفاعل حتى لا تسول له نفسه ارتكاب الفعل المحرم، وتلك العقوبة هي مفروضة على المكلف البالغ العاقل^(٧٣).

الفرع الثالث

أنواع الأهلية (الوجوب – الأداء)

تنقسم الأهلية إلى نوعين هما الوجوب والأداء.

الفقرة الأولى- مفهوم أهلية الوجوب في الاصطلاح الفقهي، والقانوني:

أولاً- مفهوم أهلية الوجوب اصطلاحاً:

صلاحية العبد لتعلق حكم الخطاب عليه^(٧٤)، وقيل صلاحيته -الإنسان- لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه^(٧٥).

(٧٢) عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي مؤسسة الرسالة، بيروت، ج ١، ص ٤٠٤.

(٧٣) أحمد فتحي بهنسي: نظريات في الفقه الإسلامي، مطبعة كوستا تسومي وشركاه، ط ٢، ١٩٦٩م، ص ١٣٦.

(٧٤) عبد الله بن حميد السالمي (١٩١٤م): شرح طلعة الشمس على الألفية، وزارة التراث القومي والثقافة، مسقط، سلطنة عمان، ١٤٠١هـ-١٩٨١م، ج ٢، ص ٢٤٧.

(٧٥) سعد الدين مسعود ابن عمر التفتازاني (١٣٨٩م): شرح التلويح على التوضيح لمثن التتقيح في أصول الفقه، تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، د. ط، بيروت - لبنان، ٧٩١هـ - ١٣٩٠م، ج ٢، ص ٣٣٧.

ثانياً- مفهوم أهلية الوجوب في القانون:

صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات التي يحددها القانون، وهي ملازمة له طوال حياته ولا يمكن حرمانه منها^(٧٦).

صلاحية الإنسان للتمتع بالحقوق والتحمل بالواجبات التي يقررها القانون^(٧٧)، ومنهم من يعرفها أيضاً بأنها صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه^(٧٨). ومؤدى التعريفين واحد وهو الاتفاق على المضمون وهو الصلاحية وإن اختلفت الصيغ، ومناطق أهلية الوجوب هي الصفة الإنسانية، ولا علاقة لها بالسن أو العقل أو الرشد بل كل إنسان في أي طور كان أو صفة حتى الجنين والمجنون يعد متمتعاً بأهلية الوجوب هذه^(٧٩)، بمعنى أن هذه الأهلية لا يعترىها عارض من العوارض، ولا يؤثر عليها إلا الموت الذي يزيلها نهائياً، ويلغي اعتبارها ووجودها^(٨٠).

فالحياة هي مناطق هذه الأهلية، ووجود هذه الأهلية يستلزم الأهلية، ووجود هذه الأهلية يستلزم وجود الذمة، وهي وصف اعتباري شرعي، يعد الإنسان به أهلاً للوجوب له وعليه^(٨١).

^(٧٦) المادة ٢٠٧ من مدونة الأسرة المغربي تنص على أنه: "أهلية الوجوب هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات التي يحددها القانون، وهي ملازمة له طول حياته ولا يمكن حرمانه منها".

^(٧٧) ضاري خليل محمود: الوجيز في شرح قانون العقوبات - القسم العام - بغداد، عام ١٩٨٢م، ص ٧٩.

^(٧٨) صلاح الدين الناهي: الوجيز الوافي في القوانين المرعية في الجمهورية العراقية والمملكة الأردنية الهاشمية والكويت، مصادر الحق الشخصية، مصادر الالتزامات والمصادر الإدارية، مطبعة البيت العربي، عمان، الأردن، ١٩٨٤م، ص ٦٤.

^(٧٩) مصطفى أحمد الزرقاء: الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، المدخل الفقهي العام، مطبعة طربين، دمشق، ١٩٦٨م، ج ٢، ص ٧٤٠.

^(٨٠) محمد الزحيلي: أصول الفقه، دار القلم، دمشق، ط ١، ١٩٩٣م، ص ١٣٢.

^(٨١) محمد كمال الدين إمامك أصول الفقه الإسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط ١، ١٩٩٦م، ص ١٠١.

الفقرة الثانية- أنواع أهلية الوجوب (الناقصة - الكاملة):

أولاً- أهلية الوجوب الناقصة: تعني صلاحية الشخص للوجوب فقط، أي تثبت له حقوق على غيره دون أن يترتب عليه واجب لغيره^(٨٢)، فالجنين في بطن أمه له أهلية ناقصة؛ لأنه يحتل الوجود والعدم فتثبت له لظن الوجود والحقوق التي تنفعه وتنتفي عنه لظن عدم الحقوق التي تضره^(٨٣)، وقد مثل الفقهاء على هذا في إثبات ما للجنين من حقوق كالوصية والنسب فيلحق بأبيه والميراث ممن يرثه فيوقف له المال حتى يعلم أن ذكر أم أنثى ثم يقسم بعد ذلك ولا يجب عليه شيء ما دام في بطن أمه^(٨٤). إلا أن بعض الفقهاء له رأي آخر وجيه -في نظري كباحث- حيث يرى أن لا إرث له في المال الموروث إلا في الانفصال حياً، ولذلك لو انفصل ميتاً لا يوزع المال على ورثته، وإنما يوزع على ورثة المورث كأن الجنين لم يكن، وكذلك الوصية فإن الموصى به يرجع إلى ورثة الموصي لا إلى ورثة الجنين^(٨٥).

وأعلل استئناسي بهذا الرأي بثلاثة أسباب هي:

- ١- أن الورثة لهم حق الإرث والوفاة قضاء وقدر من الله وقد تكون للورثة ظروف قاهرة يكون الميراث سبباً لسد حاجتهم، فيحبون التعجيل.
- ٢- قد يكون الميت أوصى بحج، أو كفارة، أو دين، أو غيره ويحبذ الورثة تنفيذ الوصية.
- ٣- قد يموت الجنين فعلاً فهل ستكون القسمة من أصل التركة التي تركها الميت الأول، أم من القسمة التي وزعت على الجنين.

(٨٢) محمد الزحيلي: النظريات الفقهية، دار القلم دمشق، سوريا، ط١، ١٩٩٣م، ص١٣٣.

(٨٣) محمد كمال الدين إمام: م س، ص ١٠١.

(٨٤) عبدالله بن حميد السالمي: م س، ج ٢، ص ٢٤٦.

(٨٥) محمد الخضري: أصول الفقه، دار إحياء التراث العربي، ط٧، بيروت، ص ٩٢.

ثانياً- أهلية الوجوب الكاملة وهي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له وعليه^(٨٦): وهي تثبت للإنسان منذ ولادته، وتستمر معه حتى الوفاة، وتتكون هذه الأهلية من العنصر الإيجابي في ثبوت الحقوق له، ومن العنصر السلبي في الالتزام بالواجبات^(٨٧).

ولم يرى بعض العلماء وجه لرأي من اعد للميت بعد موته أهلية وجوب كاملة إذا مات دائناً ومديناً فتكون له حقوق على مدينه وعليه حقوق لدائنيه، فقال: "الحق أن الموت قضى على خاصة الإنسان فليس له ذمة ولا أهلية وجوب كاملة ولا ناقصة"، ثم حل مسألة مطالبة الديون، فقال: "وأما مطالبة مدينه بما عليهم من الديون فلأنها صارت حقاً للورثة، والورثة خلفوا مورثهم فيما كان له وفيما كان عليه، في حدود ما تركه، وبعبارة أخرى ورثوا ما له من ديون على غيره، وآلت إليهم تركته مشغولة بديون لغيره"^(٨٨).

• الفرق بينها وبين أهلية الوجوب الناقصة:

- (١) أن الأهلية الناقصة خاصة بالجنين بينما الكاملة هي ما بعد الولادة حتى الوفاة.
- (٢) أهلية الوجوب الناقصة ركزت على عنصر الالتزام، بينما أهلية الوجوب الكاملة فيها تبادل عنصري الإلزام والالتزام.

الفقرة الثالثة- مفهوم أهلية الأداء في الاصطلاح الفقهي، والقانون:

أولاً- أهلية الأداء في الاصطلاح الفقهي تعني: صلاحية الشخص لممارسة الأعمال التي يتوقف اعتبارها الشرعي على العقل^(٨٩)، فإذا صدر من الإنسان عقد أو تصرف كان معتبراً شرعاً وترتبت عليه أحكامه، وإذا صلى، أو صام، أو حج أو فعل أي

^(٨٦) فاضل عبد الواحد: أصول الفقه، دار المسيرة، عمان، الأردن، ط٢، ١٤١٨هـ-١٩٩٨م، ص٥٧.

^(٨٧) محمد الزحيلي: النظريات الفقهية، م س، ص١٣٣.

^(٨٨) عبد الوهاب خلاف: علم أصول الفقه، دار الحديث، القاهرة، مصر، ص - ص ١٣٦-١٣٧.

^(٨٩) مصطفى أحمد الزرقاء: الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، م س، ج٢، ص٧٤٢.

واجب كان معتبراً شرعاً ومسقطاً عنه الواجب، وإذا جنى عليه غيره في نفس أو مال أو عرض أخذ بجنايته وعوقب عليه بدنياً ومدنياً^(٩٠).

فأساس ثبوت هذه الأهلية هو البلوغ والعقل لا مجرد الحياة^(٩١)، ويحدث أن تتوفر في الشخص أهلية الوجوب دون أهلية الأداء فيكون متمتعاً بالحق دون أن يستطيع استعماله بنفسه^(٩٢).

ثانياً - مفهوم أهلية الأداء في القانون: صلاحية الشخص لممارسة حقوقه الشخصية والمالية ونفاذ تصرفاته، ويحدد القانون شروط اكتسابها وأسباب نقصانها أو انعدامها^(٩٣).

وقيل صلاحية الشخص لصدور العمل القانوني منه، وتقوم على الإدراك والتمييز^(٩٤)، فالتعريفان الفقهي والوضعي قيذا ثبوت الأهلية بالعقل والإدراك، لهذا فقيام المسؤولية الجنائية معتمدة على الأهلية الجنائية للإنسان.

الفقرة الرابعة - أنواع أهلية الأداء (ناقصة - كاملة):

هما نوعان أهلية أداء ناقصة، وأخرى كاملة.

أولاً - مفهوم أهلية الأداء الناقصة وهي: صلاحية الشخص لأن تصدر منه أفعال وتصرفات يتوقف نفاذها على رأي غيره.

^(٩٠) مصطفى أحمد الزرقاء: الفقه الإسلامي في ثوبه الإسلامي، م س، ص ٤٤٢.

^(٩١) فاضل عبد الواحد: م س، ص ٥٧.

^(٩٢) صبري مصطفى حسن السبك: الأهلية التجارية، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى ٢٠١١م، ص ٩.

^(٩٣) المادة (٢٠٨) من مدونة الأسرة المغربية: "أهلية الأداء هي صلاحية الشخص لممارسة حقوقه الشخصية والمالية ونفاذ تصرفاته، ويحدد القانون شروط اكتسابها وأسباب نقصانها أو انعدامها".

كما تنص المادة (٢٠٩) من مدونة الأسرة على أنه: "سن الرشد القانوني ١٨ سنة شمسية ميلادية".

^(٩٤) بشار ملكاوي: الوجيز في شرح نصوص القانون المدني الأردني نظرية العقد، عدد رقم (١)، ط ١، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، ٢٠٠٤م، ص ٣٦.

ثانياً- أهلية الأداء الكاملة: وهي صلاحية الشخص أن تصدر منه الأقوال والأفعال والتصرفات على وجه يعتد به شرعاً، ولا يتوقف على رأي غيره^(٩٥).

والنوع الأول من أهلية الأداء خاص بالصبي المميز حتى يبلغ والمعنوه والسفيه^(٩٦)، وهي أهلية الأداء الناقصة التي ينبنى عليها صحة الأداء وليس وجوب الأداء، فالله عز وجل لا يكلف أحداً فوق طاقته، يقول سبحانه ﴿لَا يَكْلِفُ اللَّهُ نَفْساً إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ﴾^(٩٧)، ويقول أيضاً ﴿مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ وَلَكِنْ يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ وَلِيُتِمَّ نِعْمَتَهُ عَلَيْكُمْ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ﴾^(٩٨)، ويقول رسول الله ﷺ: "رفع القلم عن ثلاثة... والصبي حتى يحتلم"^(٩٩).

وقبل أهلية الأداء الناقصة فأيضاً تمر على الصبي، أو الحدث أهلية الأداء القاصرة، أو المنعومة فتكون تصرفاته غير صحيحة، فليس أهلاً للتبرع ولا للاغتناء، ولا تعد أقواله ولا أفعاله ولا تترتب على تصرفاته أي آثار شرعية^(١٠٠)؛ لعدم إدراكه وقدرته على التفريق بين الضار أو النافع أو تفرقة بين الأشياء بشكل عام^(١٠١).

(٩٥) فاضل عبد الواحد: م س، ص ٥٧.

(٩٦) أهلية الأداء من أهم أنواع الأهلية والمرتبطة بالمسؤولية الجنائية على الصبي على اعتبار أنه مرتبط بالفترة الزمنية التي من خلالها قد يحكم على الحدث بالتدابير أو العقوبات، وكما أني لم اتوسع في الحقوق والواجبات والتصرفات للصبي في العقود أو الإقرار، أو الشهادة لأن المقال يتعلق فقط بالمسؤولية الجنائية للأحداث.

(٩٧) سورة البقرة، الآية ٢٨٦.

(٩٨) سورة المائدة، الآية ٦.

(٩٩) سبق تخريجه.

المراد بالقلم هو الحساب، والحساب إنما يكون بعد لزوم الأداء، فدل أن ذلك لا يثبت إلا بالأهلية الكاملة، وهو اعتدال الحال بالبلوغ عن عقل. السرخسي، انظر (السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل، أصول السرخسي، ج ٢، دار الكتب العلمية، ١٩٩٣م، ج ٢، ص ٣٤٠-٣٤١.

(١٠٠) مصطفى أحمد الزرقاء: المدخل الفقهي العام، ط ٧، دار الفكر، بيروت، ص ٧٤٦.

(١٠١) وقد علل أبو زهرة رفع التكاليف الشرعية عن الصبي وعدم السماح له لإبرام العقود لأنه: "لا يعرف أن الشراء موجب، أي يوجد شيئاً في الملكية لم يكن ثابتاً فيها، وأن البيع سالب أي يعرف أن =

وأما إن كانت أهلية الأداء الناقصة وهي للصبي المميز فتصرفاته المالية تنقسم إلى ثلاثة أقسام وهي كالآتي:

- إذا كانت التصرفات التي تصدر من الحدث نافعة نفعاً محضاً كقبول الهبات والصدقات فإنها تصح بدون إذن وليه، فإذا لم يكن تحصيله من وليه فيعد فيه عقله ورشده.

- إذا كانت تصرفات الحدث تضره ضرراً محضاً كالوصية^(١٠٢) والطلاق، فإنها لا تصح حتى ولو أجازها الولي.

- التصرفات التي تدور بين النفع والضرر كالبيع والشراء والإجارة فإن صحتها مشروطة بإذن الولي، فإن أجاز الولي العقد وأمضاه نفذ، وإن لم يجزه بطل^(١٠٣)، فصحة أصل هذه العقود من المميز أو المعتوه مبنية على ثبوت أصل أهلية الأداء له، وجعلها

=البيع يخرج عن ملكه، فلا تصح منه تصرف من التصرفات الشرعية؛ لأن عبارته تكون لغواً لا قيمة لها، ولا يؤاخذ على شيء من أفعاله مؤاخذه بدنية، ولكن يضمن في ماله ما يتلفه. انظر (محمد أبو زهرة، أصول الفقه، م س، ص ٣١١).

^(١٠٢) هذا هو المشهور عند الفقهاء. وكذلك ذكر عن الشافعية أن لديهم قولين: الأظهر عدم الصحة، انظر: يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي، ط ٢، ١٤٠٥ هـ، ج ٦، ص ٩٨، أبو حامد الغزالي، محمد بن محمد: الوسيط في المذهب، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم، ومحمد محمد تامر، دار السلام، القاهرة، ط ١، ١٤١٧ هـ، ج ٤، ص ٤٠٤. وقد ذكر المجيزون بالوصية دليلاً ورواية عن عمر بن الخطاب أنه أجازها. على اعتبار أن تصرفه لا يضر في الحال، وأنها شبيهة بالقرابات، فأجاب الحنفية رداً عليهم إن إجازة عمر تحتل لتجهيز الصبي وتكفينه، انظر (علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني: بدائع الصنائع، ط ٢، دار الكتاب العربي، ١٩٨٢ م، ج ٧، ص ٣٣٥).

إلا أن الحنابلة يروون روايتين منها إذا جاوز العشر ووافق الموصي الحق هذا هو المنصوص عند ابن حنبل. انظر: عبدالله بن أحمد بن قدامه المقدسي: المغني، دار الفكر، بيروت، لبنان، د. ط، ١٤٠٥ هـ، ج ٦، ص ١١٠. وفي المصنف "تجاوز وصية الحدث - إذا عقلا الوصي. وكانت في أبواب البر". انظر: أبو بكر أحمد بن عبد الله بن موسى الكندي: المصنف، وزارة التراث القومي والثقافة، مسقط، د. ط، ١٤٠٥ هـ / ١٩٨٤ م، ج ٢٧، ص ١٢٠. وصاحب المصنف من المدرسة الإباضية.

^(١٠٣) عقود المميز وبيعه وشراؤه سواء كان لنفسه أم لغيره لا تصح عند الشافعية، انظر: يحيى بن شرف بن مري النووي، المجموع شرح المذهب، دار الفكر، بيروت، ١٩٩٧ م، د. ط، ج ٩، ص ١٤٩.

موقوفة على إذن الولي مبنية على نقص هذه الأهلية، فإذا انضم إذن الولي أو إجازته إلى التصرف جبر هذا النقص، فعد العقد أو التصرف من ذي أهلية كاملة^(١٠٤)، ولم يخرج القانون المغربي والعُماني عن الفقه الإسلامي في حكم تصرفات الصغير فهي باطلة إن كان غير مميز بطلاً مطلقاً.

وهنا في هذه المرحلة الحظ أن نصوص عديم التمييز في القانون عموماً والمغربي خصوصاً فيها شيء من اليتيم -إذا صح التعبير- وذلك من خلال أفراد مادة واحدة لهذا الشأن "تصرفات عديم الأهلية باطلة ولا تنتج أي أثر"^(١٠٥). أما المميز فهي أيضاً تتوافق في صحة تصرفاته المالية للصغير إن كانت نافعة نفعاً محضاً^(١٠٦).

(١٠٤) حمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي (ت ٤٨٣هـ/١٠٩٠م)، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، د. ط، ج ٢٨، ص ٩٢. أبو الحسن المرغيناني، علي بن أبي بكر (ت ٥٩٣هـ/١١٩٦م)، الهداية شرح بداية المبتدي، المكتبة الإسلامية، د. ط، د. ت، ج ٣، ص ٢٨١. محمد ابن محمد ابن عبد الرحمن أبو عبد الله المغربي الحطاب (ت ٩٥٤هـ/١٥٤٧م)، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط ٢، ١٣٩٨هـ، ج ٤، ص ٢٤٦. عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، ص ١٥٩-١٦٠.

(١٠٥) لهذا تجد القانون المغربي في المادة (٤٠٠) من مدونة الأسرة أوجد ملاذاً -إن صح التعبير- وهو الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي "كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة يرجع فيه إلى المذهب المالكي، والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعايشة بالمعروف"، وعلى غرار القانون العُماني، إذن يتوافق القانون مع الفقه الإسلامي في حكم تصرفات الحدث قبل سن التمييز، وهو عدم صحة تصرفاته وأنها باطلة.

المادة (١٤٤) من قانون الأحوال الشخصية العُماني. والمادة (٢٢٤) مدونة الأسرة والتي جاء فيها: تصرفات عديم الأهلية باطلة ولا تنتج أي أثر والمادة (١١٨) رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦م من القانون المدني الأردني أيضاً.

(١٠٦) كالهبة مثلاً "يجوز للقاصر ولناقص الأهلية أن يجلبا لنفسهما نفعاً ولو بغير مساعدة الأب أو الوصي أو المقدم، بمعنى أنه يجوز لهما أن يقبلا الهبة أو أي تبرع آخر من شأنه أن يثريهما أو يبرئهما من التزام دون أن يحملهما أي تكليف. الفصل ٥ من قانون الالتزام والعقود (جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية: قانون الالتزام والعقود، ع ١٤، يناير، لسنة ٢٠٠٩ م، مجلة القضاء والقانون، ع ٧٤، لسنة ١٩٦٤م، ص ٢٢).

وتبطل إذا كانت ضارة به ضرراً محضاً، أما تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر فتعد موقوفة على إجازة الولي أو الوصي أو إجازة الصغير بعد بلوغه سن الرشد^(١٠٧). وسبب بطلان تصرفات عديم الأهلية (الصغير) يعود لتخلف أحد شروط العقد المتمثلة في عيب شاب إرادة أحد المتعاقدين ألا وهو الصغر^(١٠٨). نخرج مما سبق أن الصغر عذر من الأعذار، وهو عارض من عوارض الأهلية سواء كان في الفقه الإسلامي أم القانون المغربي والعُماني^(١٠٩).

المطلب الثاني

الفرق بين مفهوم الأهلية والمسؤولية الجنائية

هناك فرق مهم جداً بين مفهوم المسؤولية الجنائية، وبين الأهلية الجنائية؛ ذلك أن المسؤولية الجنائية تختلف عن الأهلية الجنائية بأنها صلاحية مرتكب الجريمة للمساءلة عنها، ولهذا فإن الأهلية شرط لقيام المسؤولية، ولا تتوفر الأهلية الجنائية إلا في سن معين^(١١٠).

^(١٠٧) المادة (٩١) والمادة (٩٢) من قانون المعاملات المدنية العُماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٩ / ٢٠١٣ م.

^(١٠٨) نسرین الرحالي: أهلية القاصر في المعاملات المدنية، مسارات ٢ في الأبحاث والدراسات القانونية، مجلة علمية محكمة، دار الآفاق المغربية، العدد ٢، ٢٠١٤ م، ص ١٩٣.

^(١٠٩) المادة (١٤١)، (١٥٥)، قانون الأحوال الشخصية العُماني الصادر بالمرسوم السلطاني ٣٢ / ١٩٩٧ م.

الفصل ١٣٩ من القانون الجنائي المغربي.

^(١١٠) محمد محمد سعيد الصاحي: محاكمة الأحداث الجانحين وفقاً لأحكام قانون الأحداث الاتحادي في دولة الإمارات العربية المتحدة، مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع، العين، ٢٠٠٥ م، ص ٧٨.

الفرع الأول

الأهلية الجنائية

مفهوم الأهلية الجنائية ذاتها لم يتفق حولها فقهاء الشريعة، والقانون والتي من بين معانيها مجموعة الصفات الشخصية أو العوامل النفسية التي يلزم توفرها في الشخص كي يمكننا نسبة الواقعة الإجرامية إليه باعتباره اقترفها عن إرادة وإدراك^(١١١).

وعرفها فقهاء التشريع الجنائي الإسلامي بأنها تحمل الإنسان نتائج الأفعال التي حرمها الله ويأتيها مختاراً مدركاً لمعانيها ونتائجها^(١١٢).

لأن الشريعة الإسلامية تجعل من العقل والإرادة الحرة المختارة مناطاً لتحمل التبعية تحملاً كاملاً^(١١٣)، إذن الأهلية الجنائية هي الأساس والركيزة التي تقوم عليها المسؤولية الجنائية وهي شرط لقيامها^(١١٤).

فلا يسأل الإنسان جنائياً إلا إذا كان أهلاً للمساءلة، ولا يكون كذلك إلا إذا كان متمتعاً بالتمييز، وحرية الاختيار مع الإدراك^(١١٥)، فالأهلية هي شرط للمسؤولية، لكن تبقى الأهلية كونها صلاحية للقيام بأمر ما، فهي تسبق الفعل، بينما المسؤولية نتيجة يتحمل بها من يأتي الفعل^(١١٦).

بمعنى إن كان المجرم أهلاً للعقوبة قامت المسؤولية الجنائية وتحمل نتائج أفعاله، وإلا فلا مساءلة، والشريعة الإسلامية تعد أول شريعة في العالم ميزت بين الصغار

(١١١) مأمون محمد سلامة: قانون العقوبات القسم العام، دار النهضة المباركة، ط ١، عام ٢٠٠١م، ص ٢٨٥.

(١١٢) عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، ٢٠٠٠م، ج ١، ص ٢٩٥.

(١١٣) عبد القادر عودة: التشريع الجنائي، م س، ص ٣٩٢.

(١١٤) عادل يحيى: النظرية العامة للأهلية الجنائية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، عام ٢٠٠٠م، ص ٤.

(١١٥) موسى بن سعيد: أثر صغر السن في المسؤولية، رسالة دكتوراه غير منشورة، جامعة الحاج لخضر، الجزائر عام ٢٠١٠م، ص ٤٣.

(١١٦) محمد الشحات الجندي: جرائم الأحداث في الشريعة الإسلامية، م س، ص ١٤.

والكبار من حيث المسؤولية الجنائية تمييزاً كاملاً، وأول شريعة وضعت لمسؤولية الصغار قواعد لم تتطور ولم تتغير من يوم أن وضعت، ولكنها بالرغم من مضي ثلاثة عشر قرناً^(١١٧) عليها تعد أحدث القواعد التي تقوم عليها مسؤولية الصغار في عصرنا الحاضر^(١١٨)، والإنسان يمر بأطوار متعددة منذ وجوده كجنين في بطن أمه، إلى أن يخرج للحياة فيمر بالمراحل الأخرى التي أولها مرحلة الطفولة، أو ما توصف بمرحلة انعدام التمييز أو الإدراك^(١١٩).

وتلك المراحل المختلفة تحمل في طياتها معاني على حسب نوعها:

فالمرحلة الأولى هي: مرحلة انعدام التمييز فإنها تتميز باحتدام الصراع بين المشاعر الذاتية العاطفية والذهنية للطفل، وما يكتنفها من الأنانية وحب الذات، والرغبة في حب السيطرة، ومن ثم تصطدم تلك المؤثرات بالمؤثرات الاجتماعية الصادرة من محيطه الاجتماعي، فيغلب على الصبي بأنه مسوق إلى الطاعة المفروضة عليه.

أما المرحلة الثانية فهي: التي تبدأ غالباً بعد المراهقة فإنها تتميز بميول الصبي إلى التمرد على القيود الأسرية والاجتماعية، مع محاولته لإثبات الذات، مما قد يؤدي إلى الانحراف بسبب التعارض النفسي الذي يشعر به ويتمناه لذاته وبين المؤثرات الخارجية المحيطة به^(١٢٠).

ولأهمية العوامل الخارجية بدأت القوانين الوضعية تأخذ ببعض المبادئ التي وضعتها الشريعة لمسؤولية الصغار بعد الثورة الفرنسية، ثم أخذت تتطور باستمرار

^(١١٧) حالياً خمسة عشر قرناً.

^(١١٨) عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي، م س، ص ٥٩٩.

^(١١٩) محمد الشحات الجندي: جرائم الأحداث في الشريعة الإسلامية، م س، ص ٢٥.

^(١٢٠) محمد محمد مصباح القاضي: الحماية الجنائية للطفولة - دراسة مقارنة - وتطبيقها في نظم المملكة العربية السعودية، دار النهضة العربية، القاهرة، د ط، د ت، ص ٨٦.

بتأثير تقدم العلوم الطبية والنفسية، ولكن القوانين الوضعية بالرغم من تطورها تطوراً عظيماً لم تأت بعد بجديد لم تعرفه الشريعة الإسلامية^(١٢١).
تقوم السياسات الجنائية على فكرة مهمة وأساسية مفادها وجوب ملائمة الجزاء لخطورة المجرم، وظروف ارتكاب الجريمة مع الأخذ بعين الاعتبار جسامة الجريمة المرتكبة ومدى الأثر والضرر الذي تلحقه بالمجني عليه المباشر وهو المجتمع، وفي جميع الأحوال فإن تطبيق هذا المبدأ لا يمنع من مساءلة الحدث الذي لم يكمل السن المقرر لكل دولة، مع أهمية مراعاة التدرج في المسؤولية حسب درجة الإدراك والتمييز، ويكون إيقاع العقاب وفقاً لتلك المسؤولية وثبوتها، ليس من أجل العقاب بحد ذاته، وإنما من أجل إصلاحه وإبعاده عن دائرة الإجرام والمجرمين^(١٢٢).

الفرع الثاني

مفهوم المسؤولية الجنائية في اللغة، والفقه الاصطلاحي، والقانون

إن شيوع لفظ المسؤولية ذاتها ضمن كتابات الفقهاء، وأحكام المحاكم إضافة للنصوص القانونية، لكونها تعد جزءاً للإخلال بالالتزام سابق، لذا كان لازماً تحديد مفهومها لغوياً واصطلاحياً وتمييزها عن غيرها، فهي تتباين وتختلف باختلاف الميادين والأوصاف التي يتم الإلحاق بها^(١٢٣).
ولفظ المسؤولية في معناها العام: تعني التبعية والمؤاخذه، وتحكم آثار الفعل ونتائجه الذي يقوم به الأشخاص^(١٢٤).

(١٢١) عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي، ص ٥٩٩-٦٠٠.

(١٢٢) نهيل عبد الكريم العازيزة الزعبي: الضمانات القانونية المقررة للأحداث، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى، ٢٠١٦م، ص ٧٥.

(١٢٣) أمينة آيت حسين: المسؤولية المدنية - مصادر الالتزام، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، ط ١، ٢٠١٧م، ص ١٩.

(١٢٤) فرهاد حاتم حسين: عوارض المسؤولية المدنية - دراسة تحليلية مقارنة، مشورات الحلبي الحقوقية، ط ١، ٢٠١٤م، ص ٢٢.

وهي توجي بوجود فعل ضار صدر عن إنسان سواء كان حدثاً أم راشداً، المهم أنه صدر تصرف قد يضر بالآخرين، مما يستدعي مؤاخذته، والمؤاخذه قد تقتصر على ما هو أخلاقي أو تأديبي، أو تستوجب تقرير أو تعويض للمتضرر، وقد تتعدى لإثارة مسؤولية جنائية^(١٢٥)، وهو الذي نحن بصدده في العناصر القادمة إن شاء الله.

الفقرة الأولى- مفهوم المسؤولية والجنائية في اللغة والاصطلاح الفقهي:

أولاً- تعريف المسؤولية والجنائية لغة:

- المسؤولية لغة: من سأل يسأل أي طلب يطلب، والسائل الطالب، والمسؤولية مصدر صناعي من مسؤول وهو المطلوب^(١٢٦).

- الجنائية لغة: من جنى يجني جنائية^(١٢٧) أي أذنب وجنى فلان جنائية اجتزم^(١٢٨)، والجنائية الذنب والجرم وما يفعله الإنسان مما يوجب عليه العقاب أو القصاص في الدنيا والآخرة^(١٢٩).

ثانياً- تعريف المسؤولية الجنائية اصطلاحاً:

لقد ورد ذكر أو فكرة المسؤولية في القرآن الكريم في مواضع عدة، وكلها تشير إلى تحمل نتيجة جرم الفاعل أو عدم تعدي المسؤولية لغير الفاعل وهكذا، ومن الآيات القرآنية التي أشارت إلى المسؤولية قول الله تعالى ﴿وَقِفُوهُمْ إِنَّهُمْ مَسْئُولُونَ﴾^(١٣٠)،

^(١٢٥) محمد العروصي: المختصر في شرح المسؤولية المدنية، مطبعة أناسي، مكناس، ط ١، ٢٠١٩م، ص ٩.

^(١٢٦) أحمد الفيومي: المصباح المنير، م س، ص ٤٠٣.

^(١٢٧) الفيروز أبادي: القاموس المحيط، ج ٤، م س، ص ٣٣٤.

^(١٢٨) الراغب الأصفهاني: المفردات في غريب القرآن، دار المعرفة، بيروت، ط ١، ١٩٩٨م، ص ١٠٨.

^(١٢٩) جمال الدين: محمد بن مكرم بن منظور الأفرقي المصري (١٣١١م): لسان العرب، دار صادر، بيروت، لبنان، ط ١، ٢٠٠٣م، ج ١٤، ص ١٩٠.

^(١٣٠) سورة الصافات، الآية ٢٤.

وقول الله تعالى ﴿قُلْ لَا تُسْأَلُونَ عَمَّا أَجْرَمْنَا وَلَا نُسْأَلُ عَمَّا تَعْمَلُونَ﴾^(١٣١)، وهناك مسؤوليات متعددة كالمسؤولية الأدبية، والمسؤولية المدنية^(١٣٢).

والأهم في مقالنا هو: المسؤولية الجنائية، وهي في الواقع لم تستعمل في أوساط الفقه الإسلامي لكن هناك من المتخصصين من عرفها بأنها تحمل الإنسان الحي دون غيره نتائج أفعاله التي يأتيها مختاراً، وهو يدرك لمعانيها ونتائجها، ولا يتحمل نتائج أفعال غيره التي لا دخل له في إحداثها^(١٣٣)، فمن أتى فعلاً يتنافى مع تعاليم الدين الإسلامي أو يتعارض مع القانون فإنه يتحمل نتيجة إقدامه لذلك الجرم، إلا إذا كان مجبراً ومكرهاً على قدومه لذلك الجرم سواء كان في الاعتقاد أم غيره من الأفعال، وهذا ما أثبتته سبحانه وتعالى في كتابه العزيز حيث قال: ﴿مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ وَلَكِنْ مَنْ شَرَحَ بِالْكُفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِنَ اللَّهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾^(١٣٤)، وأيضاً أكدته السنة النبوية على صاحبها السلام حيث قال: "إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"^(١٣٥) وهذا - طبعاً - لطف من الله تعالى على العباد، كما أن كل نفس بما كسبت رهينة بما تفعله وما تكسبه، ولا يتخطى جرم إنسان معين إلى غيره، فلا تزر وازرة وزر أخرى، إضافة إلى ما سبق تأتي المرحلة العمرية ومراعاتها لضعفها عقلياً وجسدياً ألا وهي مرحلة الصغر، فالصغير الذي يرتكب جرماً معيناً وهو لا يقصد أو يقصد لكنه ليس مدركاً

(١٣١) سورة سبأ، الآية ٢٥.

(١٣٢) تنطوي المسؤولية المدنية على كل إخلال سبب للغير ضرراً، وينشأ عنه التزام محدثه بإلزام الضار تعويضاً للمضرور؛ لأنه خالف القوانين وفعل فعلاً غير مشروع، سواء تعلق الأمر بالنصوص المكتوبة كمخالفة مقتضيات القانون المدني أو التجاري أو الإداري أو غيرها، أو تعلق الأمر بالقواعد غير المكتوبة كالعرف. انظر (أبو المعاطي حافظ أبو الفتوح: شرح القانون الجنائي المغربي، القسم العام، ط ١، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ١٩٨٠م، ص ٥٠).

(١٣٣) جمعة محمد فرج: الأسباب المسقط للمسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، طرابلس، ١٩٨٦م، ص ٢٠.

(١٣٤) سورة النحل، الآية ١٠٦.

(١٣٥) رواه ابن ماجه في سننه، كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي، رقم ٢٠٤٢. دار السلام، الرياض، ص ٢٥٩٩.

لخطورة وآثار ما فعله، أو المجنون، أو تصرفات النائم فإن عقاب هؤلاء أو مسؤوليتهم جنائياً غير واردة لانتفاء الإدراك والوعي والقصد المباشر لفعل الجرم، وهذا الحكم منطلق من قول رسول الله صلى الله عليه وسلم حيث قال: "رفع القلم عن ثلاث، عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصغير حتى يكبر، وعن المجنون حتى يعقل"^(١٣٦)، وليس معنى ما سبق ذكره انتفاء التنبيه، والزجر، أو التعزير، أو التأديب للصغار^(١٣٧)، فإن الرحمة والتقدير للصغار ليست على حساب المجتمعات، بل مقتضى الرحمة والعدل هو المؤاخذة بما يتناسب مع نوع الجرم والعمر والمكان وحال المجرم، سواء كان صغيراً أو كبيراً^(١٣٨).

لذا ينبغي على المشرع المغربي أو العماني معالجة هذا النوع من الأساليب التي تعالج عناد وتهور وفساد الأولاد خاصة من هم تحت سن الخامسة عشرة أو الثامنة عشرة، بحيث يكون لديهم حجة قانونية في تأديبهم عن الخطأ أو العيب الذي يسلكه الأولاد، وإلا فالأحداث سوف يستمرون في غيهم وسلوكهم المنحرف ما لم يجدوا رادعاً من أهليهم، وقد تجرأ بعض الأبناء بالشكوى على آبائهم كلما زجرهم آباؤهم لمصلحتهم، والقانون، وللأسف لم ينص نصاً واضحاً على جواز محاسبة الأطفال.

لذا يرى الباحث تقنين هذه المسألة بشكل واضح وصريح ومحدد، فالمجتمعات بكل ما حوته بحاجة أيضاً لحمايتها واستمرار أمنها وعيشها بسلام وأمان.

(١٣٦) رواه النسائي في سننه برقم ٣٤٦٢.

(١٣٧) تبيح الشريعة الإسلامية ضرب الصغار للتأديب والتعليم، فيؤخذ بأحكامها فيما لم يرد بشأنه نص، وحق التأديب مقيد بقيدين:

أولهما: أن يكون للتأديب أو للتعليم، فإن ابتغت به غاية أخرى فلا مجال للإباحة.

والثاني: يتعلق بالوسيلة المستخدمة في ممارسة هذا الحق، (إيهاب عبد اللطيف: الموسوعة الجنائية في الدفوع الجنائية، المركز القومي للإصدارات القانونية، ٢٠٠٨م، ص ٤٦٨).

(١٣٨) ناصر بلعبد: موقف الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي من حق تأديب الأبناء، مجلة العلوم الجنائية، مطبعة الأمنية، الرباط، ٢٤، لسنة ٢٠١٥م، ص ١٠٠.

الفقرة الثانية- تعريف المسؤولية الجنائية قانوناً:

حسب ما يظهر للباحث لم تتعرض التشريعات العربية لتعريف المسؤولية الجنائية، واكتفت في نصوصها إلى رفع المسؤولية الجنائية عن فاقد الإدراك والإرادة، ومن ضمنهم طبعاً الصغير أو الحدث غير المميز بينما المميز فالمسؤولية تكون تدريجية؛ لكن من الممكن أن نعرض على بعض التعاريف لتقريب المعنى للمسؤولية الجنائية، والتي من ضمنها وأبرزها التزام شخص بما تعهد القيام به، أو الامتناع عنه حتى إذا أخل بتعهده تعرض للمساءلة عن نكوته، فيلزم عندها بتحمل نتائج هذا النكوث، وقد يتسع مفهوم المسؤولية ليشمل التزام شخص باحترام ما فرضه عليه القانون من موجبات وسلوك تحت طائلة تحمل عواقب الإخلال بهذا الالتزام^(١٣٩).

وهذا المفهوم مفهوم للمسؤولية بصورة عامة، أما مفهوم المسؤولية الجنائية بشكل خاص فهي التزام الشخص بتحمل النتائج التي رتبها القانون على أعماله غير المشروعة، أو هي صلاحية الشخص بتحمل الجزاء الجنائي الناشئ عما يرتكبه من جرائم^(١٤٠)، وتحمل النتائج إشارة تعني تحمل العقوبة المقررة على من يعتدي على القانون المشرع لحماية المجتمع والجاني ذاته.

وعرفت أيضاً بأنها صلاحية أو أهلية شخص معين لتحمل الجزاء الجنائي الذي يقرره القانون كأثر للجريمة التي يرتكبها^(١٤١)، فمعنى المسؤولية الجنائية في القانون نفس المعنى في الشريعة الإسلامية، وكذا أسسها^(١٤٢)، ولا يختلف إلا في القوانين التي تقيم نظرية المسؤولية على فلسفة الجبر^(١٤٣).

(١٣٩) نضال ياسين الحاج حمو العبادي: بحوث في القانون الجنائي، مراقبة سلوك الحدث الجاني في التشريع العراقي، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١٥م، ص ١٤٠.

(١٤٠) بكري يوسف بكري: قانون العقوبات - القسم العام - النظرية العامة للجريمة، مكتبة الوفاء القانونية، ط ١، عام ٢٠١٢م، ص ٦١٢.

(١٤١) محمود سليمان موسى: قانون العقوبات الليبي، القسم العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٢م ج ٢، رقم ٦١٣، ص ٤.

(١٤٢) كما سيظهر في المقالات لاحقاً بإذن الله.

(١٤٣) عبد القادر عودة: م س، ص ٣٩٢.

الخاتمة

تناول البحث موضوع الحدث، والمسؤولية الجنائية، وتعريفهما ونوع العلاقة بينهما من خلال التقسيم الثنائي: المبحث الأول/ مفهوم الحدث في الفقه الإسلامي والقانون والعلوم الإنسانية، المبحث الثاني/ مفهوم المسؤولية الجنائية، وعلاقتها بالأحداث في الفقه الإسلامي، والقانون.

ومن خلال بحثنا يمكن نخلص، ونصل إلى النتائج الآتية:

- لفظ الحدث كلمة ليست محصورة فقط في التشريعات والقوانين دون الفقه الإسلامي.
- المتداول غالباً في القانون هو لفظ (الحدث) وهناك من القوانين من اختارت ألفاظ أخرى كالطفل، والصغير وغيرهما، بينما الفقه الإسلامي غلب عليه استعمال ألفاظ أخرى مرادفه للحدث كالغلام والصبي وغيرهما، أي أن الفقه الإسلامي تداول لفظ الحدث منذ القدم؛ بل ومن عهد رسول الله عليه الصلاة والسلام، وفي كتب الفقه، والتفاسير، والآثار العلمية.
- حتى في اللغة دلالتها اللغوية للفظ الحدث فإنه يشير إلى صغر السن.
- المعايير المستخدمة في تعريف الحدث هما: المعيار الحدي وهو أن يقوم على أساس إثبات واقعة محددة والتي تتمثل في عدم بلوغه سناً معينة.
- أما المعيار الثاني فهو: يطلق عليه (المعيار الوصفي) والذي تأخذ به حالياً العلوم الاجتماعية وهذا يقوم على دراسة ووصف حالة الحدث من خلال ما يظهر عليه من صفات داخلية وخارجية مرتبطة بالجسم والعقل والنفس إضافة لعلامات تعبر عن البلوغ وكلا المعيارين السابقين أيضاً على شاكلته موجود في الفقه الإسلامي.
- توافق المشرعان العماني، والمغربي في اشتراط تحديد عمر الثامنة عشرة، وتلازم وقت ارتكاب الحدث للجريمة مع العمر الذي هو عليه لاعتبار الصغير حدث خاضع للمسائل.
- في القانون العماني الجزائي السابق لعام ١٩٧٤م كان لفظ القاصر هو المعتمد بينما الحالي (مسائلة الأحداث) الصادر ٢٠٠٨م المعتمد هو الحدث، وهو منذ بلوغه سن التاسعة ولم يكمل الثامنة عشرة، أما القانون الذي شمل الحماية للحدث اختير له لفظ (الطفل) حسب ما نص به قانون الطفل الصادر عام ٢٠١٤م، وهو منذ ولادته ولم يكمل الثامنة عشرة، وكذا المغرب يطلقون على تلك الفئة بالحدث

عبر الفصل (١٣٨) من قانون المسطرة الجنائية، وبأنه من لم يبلغ سنه اثنتي عشرة كاملة، وأضاف الفصل (١٣٩) حكم من كان عمره الثانية عشرة ولم يبلغ الثامنة عشرة بأنه يعتبر مسؤولاً مسؤولية ناقصة وليست كاملة.

- لم يتوسع الفقه وشراح القانون في تعريف المسؤولية الجنائية، إلا أنهم اکتفوا ببيان الحكم عن فاقد الإدراك أو الإرادة كصغر السن غير المميز، أو الجنون إضافة إلى المكره في أفعاله وأقواله، وتعرض بعضهم بتعريف يوضح المعنى العام للمسؤولية الجنائية للبالغ، خلاصته بأن الشخص البالغ العاقل المختار حين ارتكابه لسلوك يجرمه القانون فإنه يسأل مساءلة كاملة.

- الفقه الإسلامي لم يخرج عن التعريف الذي أشرت إليه في القانون، إلا أن الفرق كما ذكر عبد القادر عودة في كتابه المشهور التشريع الجنائي ج ١ ص ٤٠٥ بأن الفقه الإسلامي سبق القوانين في مفهوم المسؤولية الجنائية، حيث أن القانون أشار إلى معاني المسؤولية الجنائية في أواخر القرن الثامن عشر والتاسع عشر ولم تعرفه إلا خطوة خطوة.

- يمر الإنسان بثلاث مراحل:

الأولى: (مرحلة انعدام المسؤولية) ويكون الطفل فيها عديم الإدراك والتمييز.

الثانية: مرحلة التمييز (المسؤولية الناقصة).

الثالثة: (مرحلة اكتمال المسؤولية الجنائية).

مع اختلاف بين التشريعات في تحديد العمار لكل مرحلة.

- لا يمكن يحاسب أي إنسان إلا إذا كان أهلاً للعقوبة بعد ارتكابه الجريمة المنصوص عليها فيتحمل تبعات تصرفاته.

وعليه نوصي بالآتي:

١- بتوحيد مصطلح موحد لهذه الفئة فإما يسمى (الحدث) أو (الطفل) بخلاف ما هو عليه حالياً كما هو في القانون العماني.

٢- إدخال مصطلح (الأهلية، والمسؤولية) ضمن قائمة التعريفات في القوانين المخصصة للأحداث.

٣- بيان أهمية توفر الأهلية وتقسيمها وتأثيرها على الحدث؛ وذلك ضمن مواد القانون (مساءلة الأحداث) وغيرها من القوانين العربية.

- ٤- إعادة النظر في الأعمار المحددة للمساءلة، ونوعها، لمن يصدق عليه لفظ الحدث، بحيث تكون هذه المتابعة من خلال الإحصائية السنوية ودلائلها.
- ٥- دراسة الأسباب والدوافع التي جعلت الأحداث ضحية للسلوك الإجرامي.

هذا هو جهد المقل فإن توفقت فهو فضل من الله وحده، وإن ظهر التقصير فهذه طبعة البشر، ونسأل الله التوفيق والإخلاص.

المراجع

- (١) إبراهيم بن موسى الخمي الشاطبي: الاعتصام، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، د.ط، د.ت، ج ٢.
- (٢) إبراهيم مصطفى أحمد الزيات: وحامد عبد القادر محمد النجار، المعجم الوسيط، تحقيق: مجمع اللغة العربية، دار الدعوة، مادة حدث، ج ١.
- (٣) ابن القيم الجوزية: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تعليق بهيج غزاوي، دار احياء العلوم - بيروت.
- (٤) ابن أمير الحاج، محمد بن أحمد الحلبي (ت ٨٧٩هـ/ ١٤٧٤م): التقرير والتحبير في شرح التحرير، دار الفكر، بيروت، لبنان، د. ط، ١٤١٧هـ/ ١٩٩٦م، ج ٢.
- (٥) أبو الحسن المرغيناني، علي بن أبي بكر (ت ٥٩٣هـ/ ١١٩٦م): الهداية شرح بداية المبتدي، المكتبة الإسلامية، د. ط، د.ت، ج ٣.
- (٦) أبو المعاطي حافظ أبو الفتوح: شرح القانون الجنائي المغربي، القسم العام، ط ١، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ١٩٨٠م.
- (٧) أبو بكر أحمد بن عبد الله بن موسى الكندي: المصنف، وزارة التراث القومي والثقافة، مسقط، د. ط، ١٤٠٥هـ/ ١٩٨٤م، ج ٢٧.
- (٨) أبو حامد الغزالي، محمد بن محمد: الوسيط في المذهب، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم، ومحمد محمد تامر، دار السلام، القاهرة، ط ١، ١٤١٧هـ، ج ٤.
- (٩) أبو زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي، رياض الصالحين من حديث سيد المرسلين، دار الفكر، بيروت، ط ٢، ١٤١١هـ.

- ١٠) أحمد بن علي بن حجر العسقلاني: فتح الباري شرح صحيح البخاري، تحقيق: محب الدين الخطيب، دار المعرفة، بيروت، د. ط، د. ت، ج ١٢.
- ١١) أحمد بن محمد المقرئ الفيومي: كتاب المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، المكتبة العلمية، بيروت، د. ط، ج ١.
- ١٢) أحمد سلطان عثمان: المسؤولية الجنائية للأطفال المنحرفين، المؤسسة الفنية للطبع والنشر، القاهرة، د. ط، عام ٢٠٠٢م.
- ١٣) أحمد عبد الحليم بن تيمية الحراني: كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية، المشهور بمجموع الفتاوى، تحقيق عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي، مكتبة ابن تيمية، ط ٢، د. ت، ج ١٤.
- ١٤) أحمد فتحي بهنسي: نظريات في الفقه الإسلامي، مطبعة كوستا تسومي وشركاه، ط ٢، ١٩٦٩م.
- ١٥) أحمد مختار عبد الحميد: معجم اللغة العربية عالم الكتب، ط الأولى، عام ١٩٩٨م، ج ١.
- ١٦) إسماعيل بن حماد الجوهري: الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ج ١، د. ط، د. ت.
- ١٧) أكرم نشأت إبراهيم: عوامل جنوح الأحداث والرعاية الوقائية والعلاجية لمواجهة، محاضرة في المركز العربي للدراسات الأمنية، الرياض ٥ / ١١ / ١٩٨٥م.
- ١٨) أمينة آيت حسين: المسؤولية المدنية - مصادر الالتزام، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، ط ١، ٢٠١٧م.
- ١٩) إيهاب عبد اللطيف: الموسوعة الجنائية في الدفوع الجنائية، المركز القومي للإصدارات القانونية، ٢٠٠٨ م.
- ٢٠) بشار ملكاوي: الوجيز في شرح نصوص القانون المدني الأردني نظرية العقد، عدد رقم (١) ط ١، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، ٢٠٠٤م.
- ٢١) بكري يوسف بكري: قانون العقوبات - القسم العام - النظرية العامة للجريمة، مكتبة الوفاء القانونية، ط ١، عام ٢٠١٢م.
- ٢٢) جلال الدين السيوطي: الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، دار الكتب العلمية، ١٩٩٨م.

- (٢٣) جمال الدين، محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري (١٣١١م): لسان العرب، دار صادر، بيروت، لبنان، ط١، ٢٠٠٣م، ج ١٤.
- (٢٤) جمعة محمد فرج: الأسباب المسقطه للمسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، طرابلس، ١٩٨٦م.
- (٢٥) جمعية الاجتماعيين: ظاهرة جناح الأحداث في مجتمع الإمارات، دراسة تحليلية ميدانية، إشراف محمد هويدي، مطابع البيان، الإمارات العربية المتحدة، ١٩٨٥م.
- (٢٦) حمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي (ت ٤٨٣هـ/١٠٩٠م): المبسوط، دار المعرفة، بيروت، د. ط، ج ٢٨.
- (٢٧) حنان سكر: في أهمية بحث ظاهرة جنوح الأحداث، مجلة القانون المقارن، جمعية القانون العراقية، جامعة بغداد، ع ١١، السنة الثامنة، ١٩٨٠م.
- (٢٨) خير الدين الزركلي: الأعلام، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ١٩٨٠م، ج ٤.
- (٢٩) الراغب الأصفهاني: المفردات في غريب القرآن، دار المعرفة، بيروت، ط١، ١٩٩٨م.
- (٣٠) رندة الفخري عون: الطفل والجريمة في ظل قانون الأحداث والقواعد الدولية - دراسة مقارنة، مكتبة زين الحقوقية للطباعة والنشر، بيروت، د ط، ٢٠١٣م.
- (٣١) سعد الدين مسعود ابن عمر التفتازاني (٣٨٩م): شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه، تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، د. ط، بيروت - لبنان، ٥٧٩١ - ١٣٩٠م، ج ٢.
- (٣٢) الشيباني، أحمد بن حنبل: مسند أحمد بن حنبل، مؤسسة قرطبة، مصر، د. ط، دت، ج ١.
- (٣٣) صبري مصطفى حسن السبك: الأهلية التجارية، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى ٢٠١١م.
- (٣٤) صلاح الدين الناهي: الوجيز الوافي في القوانين المرعية في الجمهورية العراقية والمملكة الأردنية الهاشمية والكويت، مصادر الحق الشخصية، مصادر الالتزام والمصادر الإدارية، مطبعة البيت العربي، عمان، الأردن، ١٩٨٤م.
- (٣٥) صلاح رزق عبد الغفار يونس: جرائم الاستغلال الاقتصادي للأطفال، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، ط١، عام ٢٠١٥م.

- ٣٦) ضاري خليل محمود: الوجيز في شرح قانون العقوبات - القسم العام، بغداد، عام ١٩٨٢م.
- ٣٧) طه أبو الخير، منير العصرة: انحراف الأحداث في التشريع العربي والمقارن، الإسكندرية، ط ١٩٦١م.
- ٣٨) عادل يحيى: النظرية العامة للأهلية الجنائية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، عام ٢٠٠٠م.
- ٣٩) عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي: كتاب الأشباه والنظائر، تحقيق عبد الكريم الفضيلي، المكتبة العصرية، بيروت، ٢٠٠١م، ط ١.
- ٤٠) عبد الرحمن مصلح: الطفل والقانون، ندوة، منشورات جمعية رباط الفتح، ندوة انحراف الأحداث، ١٢ دجنبر، ١٩٨٧م.
- ٤١) عبد الرزاق السنهوري: الوجيز في شرح القانون المدني، ط الثانية، سنة ١٩٩٧م، مطابع روز اليوسف الجديدة.
- ٤٢) عبد العزيز مخيمر: حماية الطفولة في القانون الدولي والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، د ط، ١٩٩٠م.
- ٤٣) عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، ٢٠٠٠م، ج ١.
- ٤٤) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي مؤسسة الرسالة، بيروت، ج ١.
- ٤٥) عبد الله بن أحمد النسفي: تفسير النسفي، د. ط، دار النفائس، ١٩٩٦م، ج ٢.
- ٤٦) عبد الله بن حميد السالمي (١٩١٤م): شرح طلعة الشمس على الألفية، وزارة التراث القومي والثقافة، مسقط، سلطنة عمان، ١٤٠١هـ - ١٩٨١م، ج ٢.
- ٤٧) عبد الله بن عبد الرحمن: سنن الدارمي، تحقيق: فؤاد أحمد زملي، خالد السبع العلمي، دار الكتب العربي، بيروت، ط ١، ١٤٠٧هـ، ج ٢.
- ٤٨) عبد الله ناجي القيسي: أسباب جنوح الأحداث ودور الشرطة في مواجهته، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، أكاديمية الشرطة القاهرة، ٢٠٠٢م.
- ٤٩) عبد الوهاب خلاف: علم أصول الفقه، دار الحديث، القاهرة، مصر.

- ٥٠) عبدالله بن أحمد بن قدامه المقدسي: المغني، دار الفكر، بيروت، لبنان، د. ط، ١٤٠٥هـ، ج ٦.
- ٥١) علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني: بدائع الصنائع، ط ٢، دار الكتاب العربي، ١٩٨٢م، ج ٧.
- ٥٢) علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري (ت ٧٣٠هـ/١٣٢٩م): كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، تحقيق: عبد الله محمود أحمد، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د. ط، ١٤١٨هـ/١٩٩٧م، ج ٤.
- ٥٣) علي أصغر كرجي زاده: المسؤولية الجزائية للأطفال في الفقه الإسلامي، منشورات زين الحقوقية والأدبية، ط ١، عام ٢٠١٣م.
- ٥٤) علي بن إسماعيل بن سيده: المحكم والمحيط الأعظم في اللغة، تحقيق: د. عبد الحميد هندواوي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ٢٠٠٠، ج ٣.
- ٥٥) عمر الفاروق الحسيني: انحراف الأحداث المشكلة والمواجهة، دراسة مقارنة، ط ٢، ١٩٩٢م.
- ٥٦) فاضل عبد الواحد: أصول الفقه، دار المسيرة، ط ٢، ١٩٩٨م.
- ٥٧) فاضل عبد الواحد: أصول الفقه، دار المسيرة، عمان، الأردن، ط ٢، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م.
- ٥٨) فتوح الشاذلي: قواعد الأمم المتحدة لتنظيم قضاء الأحداث، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩١م.
- ٥٩) فرهاد حاتم حسين: عوارض المسؤولية المدنية - دراسة تحليلية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط ١، ٢٠١٤م.
- ٦٠) قانون الالتزام والعقود، ع ١٤، يناير، لسنة ٢٠٠٩م، مجلة القضاء والقانون والقانون، ع ٧٤، لسنة ١٩٦٤م.
- ٦١) مأمون محمد سلامة: قانون العقوبات القسم العام، دار النهضة المباركة، ط ١، عام ٢٠٠١م.
- ٦٢) مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزبادي (ت ٨١٧هـ-١٤١٤م): القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، د. ط، ج ١، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.

- ٦٣) مجدي عبد الكريم أحمد المكي: جرائم الأحداث وطرق معالجتها في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٩م.
- ٦٤) مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، ١٩٩٨م.
- ٦٥) محمد ابن محمد ابن عبد الرحمن أبو عبد الله المغربي الحطاب (ت ٩٥٤هـ/١٥٤٧م): مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط ٢، ١٣٩٨هـ، ج ٤.
- ٦٦) محمد الخضري: أصول الفقه، دار إحياء التراث العربي، ط ٧، بيروت.
- ٦٧) محمد الزحيلي: أصول الفقه، دار القلم، دمشق، ط ١، ١٩٩٣م.
- ٦٨) محمد الزحيلي: النظريات الفقهية، دار القلم دمشق، سوريا، ط ١، ١٩٩٣م.
- ٦٩) محمد الشحات الجندي: جرائم الأحداث في الشريعة الإسلامية مقارناً بقانون الأحداث، ط ٢، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٩٦م.
- ٧٠) محمد العروصي: المختصر في شرح المسؤولية المدنية، مطبعة أناسي، مكناس، ط ١، ٢٠١٩م.
- ٧١) محمد بن أبي بكر الرازي: مختار الصحاح، دار الفكر العربي، ط ١، بيروت.
- ٧٢) محمد بن إسماعيل: صحيح البخاري، تحقيق: مصطفى أديب البغا، دار ابن كثير، اليمامة، ط ٣، بيروت، ١٩٨٧م، ج ٣.
- ٧٣) محمد بن جرير الطبري (ت ٣١٠هـ/٩٢٢م): تفسير الطبري، دار الفكر، ١٤٠٥هـ، د. ط، ج ٨.
- ٧٤) محمد سامي النبراوي: تعزيز الصبي في جرمي السرقة والحراة، منشورات الجامعة الليبية، د. ت.
- ٧٥) محمد كمال الدين إمام: أصول الفقه الإسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط ١، ١٩٩٦م.
- ٧٦) محمد محمد سعيد الصاحي: محاكمة الأحداث الجانحين وفقاً لأحكام قانون الأحداث الاتحادي في دولة الإمارات العربية المتحدة، مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع، العين، ٢٠٠٥م.

- (٧٧) محمد محمد مصباح القاضي: الحماية الجنائية للطفولة - دراسة مقارنة، وتطبيقها في نظم المملكة العربية السعودية، دار النهضة العربية، القاهرة، د. د. ط. د. ت.
- (٧٨) محمد مرتضى الزبيدي (١٧٩٠م): تاج العروس من جواهر القاموس، مكتبة الحياة، بيروت، لبنان، ج ١، د. د. ط. د. ت.
- (٧٩) محمود بن أحمد العيني: عمدة القارئ شرح صحيح البخاري، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د. د. ط. د. ت، ج ٢٤.
- (٨٠) محمود سليمان موسى: قانون العقوبات الليبي، القسم العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٢م، ج ٢، رقم ٦١٣.
- (٨١) محمود سليمان موسى: قانون الطفولة الجانحة والمعاملة الجنائية للأحداث، منشأة المعارف الإسكندرية، ٢٠٠٦م.
- (٨٢) مصطفى أحمد الزرقاء: المدخل الفقهي العام، ط ٧، دار الفكر، بيروت.
- (٨٣) مصطفى أحمد الزرقاء: الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، المدخل الفقهي العام، مطبعة طربين، دمشق، ١٩٦٨م، ج ٢.
- (٨٤) مصطفى العوجي: القانون الجنائي، ج ٢، المسؤولية الجنائية، منشورات الحلبي الحقوقية، د. ط. ٢٠١٦م.
- (٨٥) معجم اللغة العربية، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، ج ١، ط ٥، ٢٠١١م.
- (٨٦) مقاتل بن سليمان الأزدي: تفسير مقاتل بن سليمان، تحقيق: أحمد فريد، دار الكتب العلمية.
- (٨٧) منتصر سعد حمودة - بلال أمين زين العابدين: انحراف الأحداث دراسة فقهية في ضوء علم الإجرام والعقاب والشرعية الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٧م.
- (٨٨) منتصر سعيد حمودة وبلال أمين زين الدين: انحراف الأحداث دراسة فقهية، دار الفكر العالمي، د. ط. ٢٠٠٧م.
- (٨٩) منير العصرة: انحراف الأحداث ومشكلة العوامل، المكتب المصري الحديث، الإسكندرية، ط ١، ١٩٧٤م.
- (٩٠) موسى بن سعيد: أثر صغر السن في المسؤولية، رسالة دكتوراه غير منشورة، جامعة الحاج لخضر، الجزائر، عام ٢٠١٠م.

- ٩١) الموقف بن أحمد المكي: كتاب مناقب أبي حنيفة، دار الكتاب العربي، د.ط، د.ت، ج ١.
- ٩٢) ناصر بلعبد: موقف الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي من حق تأديب الأبناء، مجلة العلوم الجنائية، مطبعة الأمانة، الرباط، ع ٢، لسنة ٢٠١٥م.
- ٩٣) نسرین الرحالي: أهلية القاصر في المعاملات المدنية، مسارات ٢ في الأبحاث والدراسات القانونية، مجلة علمية محكمة، دار الآفاق المغربية، العدد ٢، ٢٠١٤م.
- ٩٤) نضال ياسين الحاج حمو العبادي: بحوث في القانون الجنائي، مراقبة سلوك الحدث الجانح في التشريع العراقي، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١٥م.
- ٩٥) نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم، دار الفكر، ١٩٩١م، د. ط، ج ٣.
- ٩٦) نهيل عبد الكريم العزايزة الزعبي: الضمانات القانونية المقررة للأحداث، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى ٢٠١٦م.
- ٩٧) النيسابوري، محمد بن عبد الله، المستدرك على الصحيحين، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، المكتبة العلمية، بيروت، ط ١، ١٩٩١م، ج ٢.
- ٩٨) النيسابوري، مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، تحقيق: فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي د. ط، ج ٢.
- ٩٩) وزارة التنمية الاجتماعية: سلطنة عمان، اتفاقية حقوق الطفل / مكتب اليونيسف.
- ١٠٠) وهبه الحيلي: الوجيز في أصول الفقه، دار الفكر، دمشق، ١٩٩٥م.
- ١٠١) يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي، ط ٢، ١٤٠٥هـ، ج ٦.
- ١٠٢) يحيى بن شرف بن مري النووي، المجموع شرح المذهب، دار الفكر، بيروت، ١٩٩٧م، د. ط، ج ٩.
- ١٠٣) يحيى بن مري النووي، شرح النووي على صحيح مسلم، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط ٢، ١٣٩٢هـ، ج ٧.

العقد الإلكتروني بين المساومة والإذعان (دراسة تحليلية مقارنة)

الدكتور/ طارق جمعة السيد راشد *

عبدالله عفاص محمد المري **

المخلص:

تناول هذا البحث طبيعة العقد الإلكتروني، ومدى اعتباره من عقود الإذعان، ومن ثم تم تقسيم موضوعات هذا البحث إلى مبحث تمهيدي، تناولنا فيه ماهية العقد الإلكتروني وتعريفه في المواثيق الدولية والتشريعات الوطنية، وتعريفه في التشريعات القطرية، ومبحث أول تناولنا فيه الاتجاه التقليدي الذي يتمسك بأن العقد الإلكتروني من عقود المساومة واستبعاده من طائفة عقود الإذعان، وعالجنا في المبحث ثاني الاتجاه الحديث الذي يتوسع في مفهوم عقود الإذعان بما يرجح معه اعتبار العقد الإلكتروني من ضمن هذه الطائفة من العقود، وسلطنا الضوء على أثر اعتبار العقد الإلكتروني كعقد إذعان على المتعاقد الإلكتروني بحسابه طرفاً مدعياً يتعين حمايته من الشروط التعسفية أو تفسير شروط العقد الإلكتروني لصالحه.

وانتهينا في ختام هذا البحث إلى أهمية تكييف العقد الإلكتروني كعقد إذعان وفقاً للمفهوم الواسع لعقود الإذعان، وضرورة توعية جمهور المستهلكين المتعاقدين عبر الإنترنت، ووجود أهمية كبيرة لتنظيم مسألة صياغة العقود الإلكترونية في اتفاقيات دولية، وضرورة بسط سلطة القضاء على هذه العقود وتكييفها.

الكلمات الافتتاحية: عقد إلكتروني - عقد إذعان - عقد مساومة - الطرف المدعن - شروط تعسفية - إيجاب وقبول إلكتروني.

* أستاذ مشارك بكلية القانون - جامعة قطر .

** باحث قانوني بكلية الشرطة - دولة قطر .



The Electronic Contract between Bargaining and Acquiescence (A Comparative Analytical Study)

Dr. Tariq Juma Al Sayyed Rashid*
Abdulla Affas Mohamed Almarri**

Abstract:

The following paper investigates the nature of Electronic Contracts and the extent to which they could be considered as compliance contracts. Accordingly, the road map of the paper will be divided into one introductory and two main sections. The introductory section deals with the definition of electronic contracts in international covenants and national legislations including Qatari legislations. The First section then examines the traditional trend in jurisprudence that rejects the idea of qualifying Electronic contracts as compliance contracts, viewing them instead as bargaining contracts. In the second section, we address the modern trend in jurisprudence that expands the concept of compliance contracts and acknowledges electronic contracts as a form of such contracts. We further highlight in this section the impact of considering the electronic contract as a compliance contract on the electronic contractor as a compliant party who must be protected from arbitrary clauses.

The paper then concludes with highlighting the importance of treating electronic contracts as a form of compliance contracts. It further stressed upon the need to educate contracting consumers via the Internet, and the existence of great importance for organizing the issue of drafting electronic contracts in international agreements.

Keywords: Electronic Contracts – Compliance Contracts – Bargaining Contract – arbitrary clauses – Offer and Acceptance in Electronic Contracts.

*Associate Professor, College of Law, Qatar University.

** Legal Researcher at Police College, State of Qatar.

المقدمة

يتميز العقد الإلكتروني بطبيعة خاصة، تختلف عن تلك التي يُعرف بها العقد التقليدي^(١)، وفي ظل تطور وسائل الاتصالات، وإبرام العقود والمعاملات من خلال شبكة المعلومات والحواسيب، فإن التحديات الواقعية والقانونية برزت في الآونة الأخيرة، فالعقد بمفهومه البسيط قديم جداً، وبالرغم من ذلك لم يتأثر طوال فترة عمره، إلا أن ظهور الإنترنت واستخدامه في إبرام التصرفات بين الناس أبرز تحديات جمة تواجه طبيعة العقد بالمفهوم التقليدي، ولذلك فإن من الأهمية بمكان أن يتم تحديد طبيعة العقد الإلكتروني في ظل هذه المستجدات.

وبالنظر إلى المزايا المميزة للتعاقد الإلكتروني للشخص العادي أو للتاجر، أصبح العقد الإلكتروني هو العقد المفضل لدى الناس في معاملاتهم؛ لكونه أكثر سرعة ومرونة؛ ولأنه يجنب المتعاقدين مبالغ باهظة من خلال التنقل والسفر وبذل جهد بدني أكبر، ولذلك نجد الكثير من الشركات تهتم بهذا الجانب وتتسابق لتوفير أكبر قدر ممكن من الخدمات والسلع عبر الإنترنت، بل إنها تشجع على التعاقد عبر الإنترنت وتقدم عروضاً وتخفيضات خاصة لمن يبرم العقد عبر الإنترنت.

وكما هو معلوم فإن الفقه عادة ما يقسم العقود إلى عدة تقسيمات، فهناك عقود مسماة وأخرى غير مسماة، وعقود معاوضة وعقود تبرع، وعقود فورية وأخرى زمنية، وعقود ملزمة لجانبين وأخرى ملزمة لجانب واحد، وعقود رضائية وعقود شكلية وعقود عينية، وعقود مساومة وعقود إذعان^(٢).

(١) راجع للمزيد حول خصائص العقد الإلكتروني: محمد أحمد المعداوي عبدربه، إشكالات التعاقد الإلكتروني في ضوء المستجدات والتطورات الحديثة، مجلة روح القوانين، كلية الحقوق، جامعة طنطا، العدد ٧٠، إبريل ٢٠١٥م، ص ٢٩ وما بعدها.

(٢) محمود خيال، النظرية العامة للالتزام في القانون القطري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، كلية الشرطة، قطر، طبعة ٢٠١٥م، ص ٢٥ وما بعدها. وانظر، جابر محجوب، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني: مصادر الالتزام، المصادر الإرادية وغير الإرادية، كلية القانون - جامعة قطر، ٢٠١٦م، ص ٣٧ وما بعدها.

وهذه التقسيمات سألقة الذكر تقسيمات قديمة، وهي لا زالت صالحة في تقسيم العقود، إلا أن العقد الإلكتروني قد يؤثر على هذه التقسيمات، خاصة أن هذا النوع من العقود قد حظي باهتمام من المشرعين، فقد نظم المشرع القطري التعاقد الإلكتروني بموجب مرسوم بقانون رقم (١٦) لسنة ٢٠١٠م بإصدار قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية، وأقر التعاقد وتبادل الإيجاب والقبول عبر الوسائل الإلكترونية^(٣)، وقد أدخل المشرع الفرنسي التعاقد عبر الوسائل الإلكترونية في القانون المدني الفرنسي بموجب التعديلات الجديدة والخاصة بالعقود في فبراير ٢٠١٦م^(٤).

(٣) وذلك وفقاً لنص المادة ٤ من ذات القانون، والتي تقضي بأنه: "يجوز عند إبرام العقود أو إجراء المعاملات، التعبير عن الإيجاب أو القبول، كلياً أو جزئياً، برسالة بيانات تتم بواسطة اتصالات الكترونية. ولا يؤثر في صحة العقود أو المعاملات، أو قابليتها للتنفيذ، استخدام رسالة بيانات واحدة أو أكثر في إبرامها". ولمزيد من التفصيل حول الموضوع انظر، د. جابر محجوب؛ د. طارق راشد: خصوصيات التعاقد عبر وسائل الاتصال الإلكترونية، دراسة تحليلية في ضوء المرسوم بقانون القطري رقم (١٦) لسنة ٢٠١٠م بإصدار قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر القانون والعصر الرقمي ١٩-٢٠ فبراير ٢٠١٨م، نظمته كليتا القانون والهندسة بالتعاون مع وزارة المواصلات والاتصالات ووزارة العدل، دولة قطر، منشور في Law and the digital age Conference - ص٣؛ متاح عبر هذا الرابط:

https://www.lexismiddleeast.com/magazine/ConferenceOnLawDigitalAge/2019_1_17

(٤) نظم القانون الفرنسي الأحكام الخاصة بالعقد المبرم بوسيلة إلكترونية Dispositions propres au contrat conclu par voie électronique في الفرع الرابع (Sous-section 4) في المواد من ١١٢٥ إلى ١١٢٧-٦، وذلك تحت القسم الأول (إبرام العقد) من الفصل الثاني (تكوين العقد). "Chapitre II "La formation du contrat" Section 1. La conclusion du contrat" وأما فيما يتعلق بشكل العقد، فقد وردت في المبحث الثالث أحكام خاصة بالعقد المبرم بوسيلة إلكترونية في المواد (١١٧٤ إلى ١١٧٧).

"Sous-section 2. Dispositions propres au contrat conclu par voie électronique" انظر، ترجمة الدكتور محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية المواد (١١٠٠ إلى ١٣٢١-٧) من القانون المدني الفرنسي، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٨م، الصفحات ٤٣ وما بعدها، والصفحات ٦٩ وما بعدها.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032004939&categorieLien=id>

تاريخ الاطلاع: (٢٠٢٠/٠٢/١٧م).

ولذلك سنبحث العقد الإلكتروني وعرضه على أحد هذه التقسيمات الفقهية، ألا وهو تقسيم العقود إلى عقود مساومة وعقود إذعان، ولمعرفة مدى تأثير العقد الإلكتروني بهذه التقسيمات أو تأثرها به، سنستعرض هذا التقسيم وحده، لما نتج عنه من خلاف حول مكان العقد الإلكتروني فيه.

أهداف البحث:

- ١- تحليل العقد الإلكتروني وتصنيفه، وذلك حسب تقسيم العقود إلى عقود مساومة وعقود إذعان، واستقصاء مدى اعتبار العقد الإلكتروني من عقود الإذعان.
- ٢- دراسة المقصود بعقود الإذعان وفقاً للاتجاه التقليدي، وضرورة توفر شروطه في العقد الإلكتروني.
- ٣- دراسة المقصود بعقود الإذعان وفقاً للاتجاه الحديث، ومدى تطبيق ذلك على العقود الإلكترونية.
- ٤- بيان أثر اعتبار العقد الإلكتروني من عقود الإذعان والمتعاقد الإلكتروني بحسبانه طرفاً مدعناً.

مشكلة البحث:

تتركز مشكلة البحث في بيان طبيعة العقد الإلكتروني، وخاصة فيما يتعلق بمدى تصنيف العقد الإلكتروني بأنه من عقود المساومة أو عقود الإذعان، وتصنيفه كعقد من عقود الإذعان يستوجب عرض العقد الإلكتروني على المذهب التقليدي لمفهوم عقود الإذعان وما يتطلبه من شروط يجب توفرها حتى يكتسب هذه الصفة، وعرض العقد الإلكتروني على المذهب الحديث لمفهوم عقود الإذعان والتحقق من مدى استجابته لهذا التصنيف، وتحديد الفائدة العائدة على الطرف المدعن في العقد الإلكتروني.

منهجية البحث:

تم استخدام المنهج التحليلي في هذا البحث، من خلال تحليل النصوص القانونية وأحكام القضاء محل الدراسة، وآراء الفقه حول المشكلة محل الدراسة. وكذلك سنوظف المنهج المقارن بما يخدم الدراسة من خلال المقارنة مع بعض القوانين الأجنبية كالقانون الفرنسي والقانون الأمريكي في بعض الموضوعات وبعض القوانين العربية.

خطة البحث:

سنسلط الضوء على طبيعة العقد الإلكتروني من زاوية واحدة جديرة بالدراسة، وهي تلك الزاوية المتعلقة بوضع العقد الإلكتروني من ناحية تقسيم العقود إلى عقود مساومة وعقود إذعان، وتتركز الدراسة على عرض العقد الإلكتروني على الاتجاه التقليدي لمفهوم عقود الإذعان، ثم عرض العقد الإلكتروني على الاتجاه الحديث لمفهوم عقود الإذعان، ولكن قبل الدخول في تحديد طبيعة العقد الإلكتروني في ضوء هذا التقسيم للعقود، نرى أن من الأهمية بمكان تحديد مفهوم العقد الإلكتروني تمهيداً لهذا البحث، وعليه ستكون خطة البحث على النحو الآتي:

مبحث تمهيدي: مفهوم العقد الإلكتروني

المبحث الأول: العقد الإلكتروني كعقد مساومة وفقاً للاتجاه التقليدي.

المبحث الثاني: العقد الإلكتروني كعقد إذعان وفقاً للاتجاه الحديث.

مبحث تمهيدي

مفهوم العقد الإلكتروني

لا يختلف العقد الإلكتروني عن العقد العادي من حيث الموضوع، وإنما الاختلاف الجوهري والفاصل هو وسيلة إبرام العقد^(٥) أو وسيلة نقل التعبير وتبادلته، ولذلك يجدر القول إن الفقهاء لا يختلفون كثيراً في الصيغ التي يوردونها لتعريف العقد، وإن اختلفت في ظاهرها فهي في جوهرها متفقة، فالعقد هو عبارة عن توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين^(٦) سواء كان ذلك بإنشاء الالتزام أم تعديله أم انقضائه.

(٥) انظر: في ذات المعنى: د. جابر محجوب؛ د. طارق راشد: خصوصيات التعاقد عبر وسائل الاتصال الإلكترونية - دراسة تحليلية في ضوء المرسوم بقانون القطري رقم (١٦) لسنة ٢٠١٠م بإصدار قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص ٣.

(٦) راجع: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، مجلد ١، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط ٣، ٢٠١١م، فقرة ٣٧، ص ١٢٣ =

ولكن ما يهمنا هنا أن نعرض تعريف العقد الإلكتروني في التشريعات والفقهاء المقارن، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: التعريف التشريعي للعقد الإلكتروني.
المطلب الثاني: التعريف الفقهي للعقد الإلكتروني.

المطلب الأول

التعريف التشريعي للعقد الإلكتروني

١ - تعريف العقد الإلكتروني في المواثيق الدولية:

إن أولى المحاولات التشريعية في النطاق الدولي لتعريف العقد الإلكتروني كانت في القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية المعروف بـ (الأونسترال) الذي وضعته لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة، وهذا التعريف وإن كان تعريفاً غير مباشر للعقد، إلا أنه كما ذكرنا هو أسبق المحاولات التشريعية في تعريف هذا العقد، حيث لجأ هذا القانون لتعريف وسيلة إبرامه في المادة الثانية، وتحديداً في الفقرة (أ)، إذ نصت على أنه "يراد بمصطلح "رسالة بيانات" المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك، على سبيل المثال لا الحصر، تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس، أو النسخ البرقي".

وفي ضوء المبادئ التي قررها قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، أصدر البرلمان الأوروبي التوجيه رقم ٩٧-٠٧ في ١٩٩٧م الخاص بحماية المستهلك في

=وقد عرف المشرع الفرنسي العقد في المادة (١١٠١) من القانون الجديد ٢٠١٦م بأنه: "اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو عدة أشخاص تجاه شخص أو عدة أشخاص آخرين بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل".

Art. 1101 C. civ, «Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations» «une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose».

العقود عن بعد، وقد تضمن تعريفاً للعقد الإلكتروني من خلال تعريف العقد عن بعد في المادة الثانية التي تنص على أن: "العقد عن بعد هو كل عقد متعلق بالسلع أو الخدمات يتم بين مورد ومستهلك من خلال الإطار التنظيمي الخاص بالبيع عن بعد أو تقديم الخدمات التي ينظمها المورد، والذي يتم باستخدام واحدة أو أكثر من وسائل الاتصال الإلكتروني حتى إتمام التعاقد"^(٧).

٢- تعريف العقد الإلكتروني في التشريع الفرنسي:

عرّف المشرع الفرنسي العقد الإلكتروني بتعريفه للعقد عن بعد في المادة (١٢١-١) من تقنين الاستهلاك الفرنسي والتي أضيفت إليه استجابة لأحكام التوجيه الأوروبي رقم (٩٧-٠٧ و ٢٠٠٠-٣١)، فالمادة سألقة الذكر عرفت العقد عن بعد بقولها: "تطبق أحكام هذا القسم على كل بيع لمال أو أداء خدمة يُبرم دون الحضور المادي المعاصر للأطراف، بين مستهلك ومهني، واللذين يستخدمان لإبرام هذا العقد، على سبيل الحصر، وسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال عن بعد"^(٨).

^(٧) تجري صياغة المادة الثانية باللغة الإنجليزية على النحو التالي:

"For the purposes of this Directive:

1) "distance contract means any contract concerning goods or services concluded between a supplier and a consumer under an organized distance sales or service-provision scheme run by the supplier, who, for the purpose of the contract, makes exclusive use of one or more means of distance communication up to and including the moment at which the contract is concluded;"

للاطلاع على التوجيه انظر الرابط التالي:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:31997L0007&from=EN>

(تاريخ الاطلاع: ٢١/٠٣/٢٠٢٠م)

^(٨) تجري صياغة هذه المادة باللغة الفرنسية على النحو التالي:

Article L221-1 En savoir plus sur cet article...

Créé par Ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016 - art. "Au sens de la présente section, sont considérés comme:

1° "Contrat à distance" tout contrat conclu entre un professionnel et un consommateur, dans le cadre d'un système organisé de vente ou de prestation de services à distance, sans la présence physique simultanée du professionnel et du consommateur, par le recours exclusif à une ou plusieurs techniques de communication à distance jusqu'à la conclusion du contrat ;".

وأما التعديل الجديد في القانون المدني الفرنسي والخاص بنظرية العقد، نظم القانون الفرنسي الأحكام الخاصة بالعقد المبرم بوسيلة إلكترونية Dispositions propres au contrat conclu par voie électronique في الفرع الرابع (Sous-section 4) في المواد من (١١٢٥ إلى ١١٢٧-٦)، ولكن هذه المواد لم تتطرق إلى تعريف العقد الإلكتروني، أو بعبارة أخرى لم ينص على تعريف العقد المبرم بوسيلة إلكترونية، واكتفى بتنظيمه وإقرار حجية العقد المبرم إلكترونياً وما يتعلق بالإثبات^(٩).

٣- تعريف العقد الإلكتروني في التشريعات العربية:

على الرغم من أن غالبية القوانين العربية المقارنة أثرت عدم تعريف العقد الإلكتروني- بالنظر إلى أن المفهوم حديث جداً، وقابل للتطور في الواقع العملي- إلا أن قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١م في مادته الثانية، تفرد بتعريف العقد الإلكتروني بأنه: "الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونية، كلياً أو جزئياً".

=انظر الرابط التالي:

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT00006069565&idArticle=LEGIARTI000028747516>

(تاريخ الاطلاع: ٢٠٢٠/٠٣/٢١م)

وتم إلغاء المادة سالفة الذكر بموجب مرسوم ٢٠١٦ - ٣٠١ بتاريخ ١٤ مارس ٢٠١٦م، وتغير رقم المادة ولم يتغير التعريف، وانظر التعديل على الرابط التالي:

"Article L121-16 - Modifié par LOI n°2014-344 du 17 mars 2014 - art. 9 (V) - Abrogé par Ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016 - art. 34 (V)"
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?idArticle=LEGIARTI000032226886&idSectionTA=LEGISCTA000032226888&cidTexte=LEGITEXT000006069565&dateTexte=20200321#LEGISCTA000032226890>

(تاريخ الاطلاع: ٢٠٢٠/٠٣/٢١م)

^(٩) محمد حسن قاسم، القانون المدني، الالتزامات - المصادر، العقد، المجلد الأول، بيروت - لبنان، منشورات الحلبي، الطبعة الثانية، ٢٠١٨م، ص ٧١، وانظر، القانون المدني الفرنسي التعديلات الحديثة: Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032004939&categorieLien=id>

(تاريخ الاطلاع: ٢٠٢٠/٠٢/١٧م)

وأما قانون المبادلات الإلكترونية التونسي، والذي يعد أول قانون عربي في هذا المجال، فقد عرف المبادلات الإلكترونية بأنها: "المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الإلكترونية"^(١٠)، وقد نصت الفقرة الثانية من الفصل الأول من هذا القانون على أن العقود الإلكترونية يجري عليها نظام العقود الكتابية، وذلك فيما يتعلق بالتعبير عن الإرادة ومفعولها القانوني وصحتها وقابليتها للتنفيذ فيما لا يتعارض وأحكام القانون المنظم للمبادلات الإلكترونية سالف الذكر^(١١).

وحديثاً عرف مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري المعاملة الإلكترونية في المادة الأولى بأنها: "كل عقد تصدر منه إرادة الطرفين أو كليهما أو يتم التفاوض بشأنه أو تبادل وثائقه كلياً أو جزئياً عبر وسيط إلكتروني"^(١٢).

٤- تعريف العقد الإلكتروني في التشريع القطري:

لم يعرف المشرع القطري المقصود بالعقد الإلكتروني، ولكن يمكننا استخلاص هذا التعريف في قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية القطري^(١٣)، وذلك من خلال بعض التعريفات الواردة في المادة الأولى منه، إذ عرفت المقصود بالإلكتروني بأنه: "تقنية استعمال وسائل كهربائية، أو كهرومغناطيسية، أو بصرية، أو أي شكل آخر من وسائل التقنية المشابهة"، وعرفت المعاملة الإلكترونية بأنها: "أي تعامل، أو تعاقد، أو اتفاق، يتم إبرامه أو تنفيذه، بشكل جزئي أو كلي، بواسطة اتصالات إلكترونية"، وعرفت رسالة البيانات بأنها: "المعلومات التي يتم إنشاؤها، أو إرسالها، أو معالجتها، أو استلامها، أو تخزينها، أو عرضها، بواسطة نظام أو أكثر من نظم المعلومات، أو بوسائل الاتصال الإلكترونية".

(١٠) قانون عدد ٨٣ لسنة ٢٠٠٠م مؤرخ في ٩ أغسطس ٢٠٠٠م يتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية.
(١١) وقد ورد هذا النص على النحو التالي: "يجري على العقود الإلكترونية نظام العقود الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة ومفعولها القانوني وصحتها وقابليتها للتنفيذ فيما لا يتعارض وأحكام هذا القانون" انظر: بخالد عجالي، النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة مولود معمري، ٢٠١٤م، ص ٢٥.

(١٢) النص الكامل لمشروع قانون المعاملات الإلكترونية المعروض أمام اتصالات النواب - جريد اليوم السابع المصرية - الأحد، ٢٢ ديسمبر ٢٠١٩م.

(١٣) مرسوم بقانون رقم (١٦) لسنة ٢٠١٠م بإصدار قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية.

وعليه فإن العقد الإلكتروني هو العقد الذي يتم إبرامه أو تنفيذه بشكل جزئي أو كلي، بواسطة وسائل اتصالات إلكترونية، وهذا التعريف البسيط مأخوذ من تعريف المشرع لمصطلح المعاملات الإلكترونية، فهذه الأخيرة تشمل العقود وغيرها من أوجه التعامل والاتفاقات، فهي أعم من العقد الإلكتروني، ولذلك جاءت متضمنة له.

المطلب الثاني

التعريف الفقهي للعقد الإلكتروني

يعرف الفقه العقد الإلكتروني بأنه: "ذلك العقد الذي ينطوي على تبادل للرسائل بين البائع والمشتري والتي تكون قائمة على صيغ معدة سلفاً ومعالجة إلكترونياً، وتنشئ التزامات تعاقدية"^(١٤).

فيما عرفه البعض بأنه: "اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة ومرئية بفضل التفاعل بين الموجب والقابل"^(١٥). وقد وجهت بعض الانتقادات إلى التعريف سالف الذكر؛ وذلك لأن هذا التعريف قصر العقد الإلكتروني على ما يتم من المعاملات عبر شبكة الإنترنت، فهذه الأخيرة ليست إلا واحدة من تقنيات الاتصال المتعددة والمختلفة، والتي من الممكن أن تتم المعاملات عبرها، بالإضافة إلى أن هذا التعريف لم يبين النتيجة المترتبة على تلاقي الإيجاب والقبول، وهي إحداث أثر قانوني معين^(١٦).

وفي المقابل هناك من يرى أن هذا التعريف مهم لكونه يؤكد على خصوصية هذا العقد، فهو من جهة يركز على الوسيلة التي يتم بها إبرام العقد الإلكتروني، ومن جهة

^(١٤) أحمد رباحي، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية: جامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف، ع ١٠٤، عام ٢٠١٣م، ص ٩٩.

^(١٥) محمد المهدي بن عبدالله بن السيمو، وعبدالقادر مهداوي، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية: المركز الجامعي أمين العقال الحاج موسى أق أخموك لتامنغست - معهد الحقوق والعلوم السياسية، ع ١٨ (٢٠١٨م)، ٣٦٠ - ٣٧٥، ص ٣٦٢.

^(١٦) انظر: في التعريف والانتقادات الموجهة له، بخالد عجالي، مرجع سابق، ص ١٧.

أخرى لم يُغفل صفة مهمة من صفات هذا العقد ألا وهي انتماءه إلى طائفة العقود التي تبرم عن بعد^(١٧).

ومن جانبنا نرى أن العقد الإلكتروني هو تبادل الإيجاب والقبول عبر وسيلة إلكترونية، لإحداث أثر قانوني معين، فالعقد الإلكتروني هو العقد بمفهومه التقليدي، ولكن الفارق هو وسيلة إبرام العقد، والتي تنعكس على التعاملات من حيث أحكام زمان ومكان انعقاد العقد، ومدى إمكان التفاوض فيه، وغير ذلك من أحكام.

المبحث الأول

العقد الإلكتروني كعقد مساومة وفقاً للاتجاه التقليدي

الأصل في العقود جميعها أنها عقود مساومة، يتم التفاوض فيها ومناقشتها، وذلك في إطار حرية الإرادة، وهذه العقود يتجسد فيها مبدأ سلطان الإرادة بشكل مثالي وكامل، وقد كانت الأوضاع تسمح بذلك في جميع العقود أو على الأقل في معظمها، حيث كان النشاط الاقتصادي محدوداً، والوقت متسع للمناقشات والتفاوض حول بنود العقد، إلا أن النشاط الاقتصادي توسع جداً، وظهرت كيانات اقتصادية تحتكر سلعاً وخدمات ضرورية للمستهلكين، وهذه الكيانات أو الشركات العملاقة، وبفعل احتكارها للسلع والخدمات الأساسية، أصبح الفرد مضطراً إلى التعاقد معها، وهو عندما يتعاقد معها لا سبيل له في مناقشة العقد وتعديله، فهو إما يقبل به أو لا يقبل وبتعبير آخر إما يأخذ أو يترك "take it or leave it" فيبرم العقد وهو مذعن للطرف الآخر^(١٨)، أو يضحي بحاجته لهذه السلعة، ومن ثم برز تقسيم العقود إلى عقود مساومة يتم التفاوض فيها ومناقشتها

(١٧) بخالد عجالي، مرجع سابق، ص ١٧.

(18) See, "A standard form contract (sometimes referred to as a contract of adhesion, a leonine contract, a take-it-or-leave-it contract, or a boilerplate contract) is a contract between two parties, where the terms and conditions of the contract are set by one of the parties, and the other party has little or no ability to negotiate more favorable terms and is thus placed in a "take it or leave it" position." From Wikipedia, the free encyclopedia. (https://en.wikipedia.org/wiki/Standard_form_contract).

وتعديلها، وعقود إذعان لا يتم التفاوض فيها، ولا سبيل للنقاش حول بنودها، فهي نماذج عقود معدة مسبقاً، فما على الطرف المتعاقد إلا أن يبرمها مذعناً للطرف الآخر أو يرفضها جملة واحدة، ويضحي بحاجته للسلعة أو الخدمة المحتكرة.

ويتمسك الفقه كما سنرى بالمفهوم التقليدي لعقود الإذعان، حيث يعتمدون تقسيم العقود إلى عقود مساومة وعقود إذعان، وهم في سبيل ذلك يشترطون عدداً من الشروط للقول بأننا أمام عقد إذعان^(١٩) حيث إن هذا العقد يعد استثناءً على عقود المساومة، فالأصل في العقود أنها عقود مساومة، ومن ثم فإن العقد الإلكتروني يعد من عقود المساومة وفقاً للاتجاه التقليدي لعقد الإذعان الذي يستبعد معه توفر صفة الإذعان في مثل هذا النوع من العقود، وذلك في مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول: التمييز بين عقود المساومة وعقود الإذعان.

المطلب الثاني: العقد الإلكتروني من عقود المساومة بالمفهوم التقليدي لعقد الإذعان.

المطلب الأول

التمييز بين عقود المساومة وعقود الإذعان

سنقوم بالتعريف بعقود المساومة (أولاً)، ثم سنقوم بالتعريف بعقود الإذعان (ثانياً) ونبين في ذات الوقت محددات التمييز بينهما، وذلك على النحو الآتي:

أولاً- تعريف عقود المساومة (Bespoke Contract) :

^(١٩) وتجدر الإشارة أن الفقه اختلف حول طبيعة عقد الإذعان بين منكر للصفة العقدية له والنظر إليه أنه على أنه مركز قانوني منظم وفي المقابل يرى جانب آخر مؤيد تشريعاً وقضائياً بأنه عقد مثل سائر العقود ولكنه ليس عقداً رضائياً وإنما هو عقد إذعان، راجع حول تفصيل هذه الآراء: علي مصباح صالح الحيص، سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط ٢٠١١م، ص ٢٥ وما بعدها.

عقد المساومة هو العقد الذي تكون شروطه وليدة تفاوض Bargaining ومناقشة بين طرفيه قبل إبرامه^(٢٠)، وهي الأصل في العقود المدنية^(٢١)، فالأصل في العقود أن يملك الأطراف فيها الحرية الكاملة في مناقشة مضمون وبنود العقد، بمعنى أن الأطراف يبرمون العقد بعد التفاوض حوله ومناقشته، وذلك على قدم المساواة فيما بينهم، دون أن يكون لأحدهم قدرة فرض الشروط على الآخر، فهم متقاربون في مراكزهم الاقتصادية والقانونية، فإذا كان هذا التوازن موجود بين أطراف العقد، وكانت المناقشة حول مضمون العقد وتعديل شروطه أمراً ممكناً ومتاحاً، فإن العقد يكون من عقود المساومة، ونرى أن ذلك يتحقق حتى في حال كان الطرف الآخر محتكراً للسلعة، وذلك إذا كانت مناقشة بنود العقد وتعديلها أمراً ممكناً، فجوهر وأساس عقود المساومة في المساومة ذاتها، والمساومة تعني التفاوض والأخذ والرد.

ومن ثم، تكون حرية التفاوض في عقود المساومة ممكنة ومتاحة، سواء تم التفاوض ومناقشة العقد فعلياً أم لا، إذ العبرة بوجودها ليست بمباشرتها فعلياً، وإنما بإمكانية مباشرتها، أي إمكانية مناقشة العقد والتفاوض بشأنه.

(٢٠) جابر محجوب، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ٦٦.

(٢١) جدير بالذكر أن قانون الموجبات والعقود اللبناني (للسنة ١٩٣٢م) يطلق على عقود المساومة مصطلح "عقود التراضي"، ويطلق على عقود الإذعان مصطلح "عقود الموافقة"، حيث تنص المادة (١٧٢) من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أنه: "عقد التراضي هو الذي تجري المناقشة والمساومة في شروطه وتوضع بحرية بين المتعاقدين (كالبيع العادي والإيجار والمقايضة والإقراض) وعندما يقتصر أحد الفريقين على قبول مشروع نظامي يكتفي بعرضه عليه ولا يجوز له من الوجه القانوني أو الفعلي أن يناقش في ما تضمنه، يسمى العقد إذ ذاك عقد موافقة (كتعاقد على النقل مع شركة سكة حديدية أو عقد الضمان).

Art. 172 - Le contrat est dit de gré à gré, lorsque les conditions en sont librement discutées, débattues et établies par les parties (vente ordinaire, louage, échange, prêt).

Lorsque l'une des parties se borne à donner son adhésion à un projet réglementaire qui lui est soumis purement et simplement et dont elle ne saurait, en droit ou en fait, discuter le contenu, on dit que le contrat se forme par adhésion (contrat de transport conclu avec une compagnie de chemins de fer, contrat d'assurance)".

ولذلك فإن مبدأ سلطان الإرادة وحرية أطراف العقد تكون واضحة في عقود المساومة، وذلك على عكس عقود الإذعان التي تتضاءل وتضمحل فيها حرية أحد الأطراف لصالح الآخر، ويخفت ضوء مبدأ سلطان الإرادة تبعاً لذلك، وهذا ما سنلمسه عند الحديث عن عقود الإذعان حالياً.

ثانياً- تعريف عقود الإذعان^(٢٢) (Standard form Contract):

كلمة الإذعان في اللغة العربية تعني الخضوع والانقياد، ويقصد بعقد الإذعان: ذلك العقد الذي تُملَى شروطه من قبل أحد المتعاقدين، ولا يكون أمام الطرف الآخر إلا قبولها دون مناقشة^(٢٣)، أو هو عقد ينفرد أحد طرفيه بوضع شروطه ويطرحها على الجمهور دون أن يقبل أي مناقشة فيها، بحيث يقتصر دور الطرف الآخر على مجرد التسليم بهذه الشروط دون تعديل أو إضافة^(٢٤).

(22) An adhesion contract (also called a "standard form contract" or a "boilerplate contract") is a contract drafted by one party (usually a business with stronger bargaining power) and signed by another party (usually one with weaker bargaining power, usually a consumer in need of goods or services). See,

(https://www.law.cornell.edu/wex/adhesion_contract_contract_of_adhesion)
(٢٣) على نجيدة، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول: مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤م/٢٠٠٥م، ص ٣٤.

(٢٤) جابر محجوب، مرجع سابق، ص ٦٦، وجدير بالذكر أن الفقه يجمع على أن الفقيه الفرنسي سالي "Saleilles" هو صاحب أول تسمية لعقد الإذعان، حيث عبر عن ذلك بأن الأمر في هذا العقد "محض تغليب لإرادة واحدة تتصرف بصورة منفردة، وتُملي قانونها ليس على فرد محدد بل على مجموعة غير محددة، ويفرضها مسبقاً من جانب واحد، ولا ينقصها سوى إذعان من يقبل قانون العقد".

<https://www.lettredesreseaux.com/P-1826-451-A1-le-nouveau-droit-des-contrats-d-adhesion.html>

C'est Raymond Saleilles qui, à l'origine, nomme ainsi les conventions dans lesquelles « il y a prédominance exclusive d'une volonté, agissant comme volonté unilatérale, qui dicte sa loi, non plus à un individu, mais à une collectivité indéterminée » (De la déclaration de volonté, Pichon, 1901, p.229-230). <https://www.lettredesreseaux.com/P-1826-451-A1-le-nouveau-droit-des-contrats-d-adhesion.html>

تاريخ الاطلاع: ٢٠١٩/١١/١٦م

ولما كانت السمة البارزة لهذا العقد تكمن في الرضوخ والخضوع من جانب أحد طرفي العقد لإرادة الطرف الآخر، فضل جانب من الفقه التعبير العربي "عقود الإذعان" لدقته، على التعبير الفرنسي "Contrat d'adhésion" الذي يعني الانضمام إلى العقد، أنظر: جابر محجوب، مرجع سابق، ص ٦٦، =

ويلاحظ على هذا التعريف أنه يركز على الطريقة التي يتم فيها القبول وبطريقة انضمام الأفراد إلى العقود، وبعد ذلك عرف GEORGE BERLIOZ هذا العقد بأنه: "العقد الذي يتم تحديد محتواه التعاقدي كلياً أو جزئياً بصفة مجردة وعامة قبل المرحلة التعاقدية"^(٢٥).

ويعد هذا النوع من العقود استثناءً على مبدأ سلطان الإرادة، فهو يشكل افتتاتاً عليه، فرضته حقيقة اختلال التوازنات الاقتصادية والصناعية والتجارية الضخمة، فهذه الكيانات الاقتصادية والتجارية المحتكرة للسلع والخدمات ألقت بظلالها على التعاملات وحاجات الأفراد، وترتب على ذلك انحسار مبدأ سلطان الإرادة وقبول الأفراد للإيجاب في هذه العقود على مضض، رغم ما قد تنطوي عليه من شروط مجحفة وغير عادلة لا يرضى بها المذعن لولا حاجته للسلعة وعدم وجود بديل مناسب^(٢٦).

=هامش ٣، وجدير بالذكر أن تسمية هذا العقد بمصطلح "عقد الإذعان" إلى العلامة عبد الرزاق السنهوري، ولأقت هذه التسمية تأييداً من جانب فقهاء القانون في الوطن العربي، وذلك لكون هذا المصطلح أكثر تعبيراً عن حقيقة هذا النوع من العقود، على خلاف المصطلح الفرنسي، عيد المنعم فرج الصدة، عقد الإذعان - مجلة الأمن والقانون - أكاديمية شرطة دبي - مج ٤، ١٤ - يناير ١٩٩٦م ص ٢٠.

(٢٥) د. بدرة لعور، ضمانات المستهلك المتعاقد وفقاً لقانون الممارسات التجارية الجزائري، مجلة الحقوق والحريات، العدد الرابع، إبريل ٢٠١٧م، ص ١٣١، الهامش ١.

(٢٦) وفي ذلك قالت محكمة كيبك إن قراءة وفهم العقد يصعب على القارئ، وتغطي النسخة الفرنسية للعقد ٦٣ صفحة وتحتوي على ما لا يقل عن ٦٢ تعريفاً تشغل تسع من صفحاتها الأولى. ولفهم أي من أحكام العقد، يجب مراعاة هذه التعريفات (أو بشكل أدق للعودة إليها باستمرار) والتي غالباً ما تكون طويلة ومعقدة. بالإضافة إلى ذلك، يحتوي فصل الأحكام على الكثير من المرادفات والاستثناءات والقيود من جميع الأنواع، واللغة المستخدمة محظورة لدرجة أن المحامي المتمرس يضيق بسرعة. يُعتقد أن من صاغ الوثيقة سعى إلى إساءة فهمه. ويضاف إلى ذلك حقيقة أن النسخة الفرنسية من العقد (وهو أمر لا يثير الدهشة) هي في بعض الأحيان ترجمة غير دقيقة وغالباً ما تكون غير مطابقة للنسخة الإنجليزية. ولذلك رأيت المحكمة أن من الواضح أن الأطراف التي تدخل في مثل هذا العقد المعقد والمكتوبة بلغة غامضة تواجه خطراً من أن صناع القرار الذين سيتعين عليهم تنفيذها، قد لا يفسرونها كما يرغبون أو قد يختلفون بشأن إبداء الرأي حول المعنى الواجب إعطاؤه لواحد أو آخر من فقراته. ويصبح من الصعب التحدث عن تفسير يكون غير معقول. (Cour du Québec , 2019 QCCS 1879. Dans ce) (jugement, l'honorable juge Serge Gaudet écrit (https://enclair.ca/obligations-de-clarte/2017/8/15/les-contrats-dadhsion)

المطلب الثاني

العقد الإلكتروني من عقود المساومة بالمفهوم التقليدي لعقد الإذعان

ظهرت أحكام خاصة بعقود الإذعان^(٢٧)، وهذه الأحكام تشكل ضماناً للطرف المذعن، وهنا تكمن أهمية تقسيم العقود إلى عقود مساومة وعقود إذعان، ولكن حتى نقول بأن هذا العقد هو عقد إذعان يستلزم الفقه -وتؤيده بعض أحكام القضاء- ثلاثة شروط هي^(٢٨):
أ - الاحتكار: أن يتمتع أحد المتعاقدين بقوة اقتصادية ناشئة عن وجوده في وضع احتكاري أو شبه احتكاري بسبب محدودية المنافسة، سواء أكان احتكاراً قانونياً أم فعلياً^(٢٩)،

^(٢٧) وجدير بالذكر أن محل هذا النوع في القوانين يكون عادة في القانون المدني مثل القانون الفرنسي والقوانين العربية، والبعض الآخر ينظمها في القانون التجاري كالقانون الأمريكي، وفي بعض الدول تنظمها في قانون حماية المستهلك، والقانون الوحيد الذي ينظم عقود الإذعان بشكل خاص هو القانون الإسرائيلي لسنة ١٩٦٤م، (The Israeli Standard Contracts Law 1964).

^(٢٨) جابر محجوب، مرجع سابق، ص ٦٦، وانظر: قرار رقم ١٣٢ (١٤/٦) بشأن عقود الإذعان، الصادر من مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته الرابعة عشرة بالدوحة (دولة قطر) ٨ - ١٣ ذو القعدة ١٤٢٣هـ، الموافق ١١ - ١٦ كانون الثاني (يناير) ٢٠٠٣م، حيث قرر أن عقود الإذعان مصطلح قانوني غربي حديث لاتفاقيات تحكمها الخصائص والشروط الآتية:

أ- تعلق العقد بسلع أو منافع يحتاج إليها الناس كافة ولا غنى لهم عنها، كالماء والكهرباء والغاز والهاتف والبريد والنقل العام... الخ.

ب- احتكار -أي سيطرة- الموجب لتلك السلع أو المنافع أو المرافق احتكاراً قانونياً أو فعلياً، أو على الأقل سيطرته عليها بشكل يجعل المنافسة فيها محدودة النطاق.

ج- انفراد الطرف الموجب بوضع تفاصيل العقد وشروطه، دون أن يكون للطرف الآخر حق في مناقشتها أو إلغائها شيء منها أو تعديله.

د- صدور الإيجاب (العرض) موجهاً إلى الجمهور، موحداً في تفاصيله وشروطه، وعلى نحو مستمر. انظر لمزيد من التفصيل حول هذا القرار: (<http://www.iifa-aifi.org/2128.html>). تاريخ الاطلاع: ٢٠١٩/١١/١٧م.

^(٢٩) إيمان طارق الشكري، مفهوم عقد الإذعان بين الاتجاه الضيق والواسع، مجلة كلية التربية، جامعة بابل - كلية التربية، صفحات ١٥٨ - ١٦٥، العدد ٤، ٢٠٠٩م، ص ١٥٩.

ومن ثم فإن المنافسة قد تكون منعدمة وهذا هو الوضع الاحتكاري الكامل-قانونياً كان أو فعلياً- بحيث يصبح عدم التعادل قائماً في العقد^(٣٠).

ب - الضرورة: أن يتعلق العقد بسلعة أو خدمة أساسية أو ضرورية لا يمكن للناس الاستغناء عنها كالكهرباء والماء والغاز والمواصلات العامة والسكك الحديدية والاتصالات وغيرها^(٣١).

ج - إيجاب عام في قالب نموذجي: أن يتخذ الإيجاب صورة نموذج مطبوع يستقل بوضعه الطرف القوي. ويقدم هذا النموذج المطبوع إلى الناس كافة، (أي أنه يقدم لجمهور المستهلكين دون تعديل فيه أو التفاوض حول بنوده، فهي بنود وشروط موحدة)، فإما أن يقبلوها جملة أو يرفضونها جملة^(٣٢).

ولذلك قضت محكمة التمييز القطرية بأن: "المقرر أن من خصائص عقود الإذعان أنها تتعلق بسلع أو مرافق تعد من الضروريات بالنسبة إلى المستهلكين أو المنتفعين، ويكون فيها احتكار الموجب هذه السلع أو المرافق احتكاراً قانونياً أو فعلياً أو تكون سيطرته عليها من شأنها أن تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق، وأن يكون صدور الإيجاب منه إلى الناس كافة وبشروط واحدة ولمدة غير محدودة، والسلع الضرورية هي التي لا غنى للناس عنها والتي لا تستقيم مصالحهم بدونها بحيث يكونوا في وضع يضطرهم إلى التعاقد بشأنها، ولا يمكنهم رفض الشروط التي يضعها الموجب ولو كانت جائرة وشديدة، كما أن انفراد الموجب بإنتاج سلعة ما أو الإتجار فيها لا يعد احتكاراً يترتب عليه اعتبار العقد المبرم بشأنها من عقود الإذعان ما لم تكن تلك السلعة من

(٣٠) د. سعيد سعد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنوفية، كلية الحقوق، مج ٧، ع ١٣، إبريل، ١٩٩٨م، ص ٥٧.

(٣١) فيجو عبد السلام أحمد، عقد الإذعان، منشورات مجلة الحقوق، سلسلة المعارف القانونية والقضائية، الإصدار ٣٩، ٢٠١٦م، ص ٤٤.

(٣٢) انظر: علاء الدين محمد ذيب، الإذعان والمساومة في العقود الالكترونية، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات - سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة مؤتة، مجلد ٢٢، العدد ٢، الصفحات ٤٣ - ٧٠، ٢٠٠٧م، ص ٥٦، وراجع للمزيد: خولة كاظم محمد راضي، الإيجاب في عقد الإذعان، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية و السياسية، مج ٦، ع ١٤ - ٢٠١٤م.

الضرورات الأولية للجمهور بالمعنى المتقدم^(٣٣)، ويتضح من ذلك التمسك بضرورة وجود هذه الشروط سائلة الذكر لاعتبار العقد من عقود الإذعان.

ولذلك يرى فريق من الفقه أن العقد الإلكتروني من عقود المساومة، إذ تتساوى فيه إرادة كل أطراف العقد، وتتم مناقشة الشروط الواردة فيه، بالإضافة إلى كامل حرية أطراف هذا العقد في التفاوض والتعاقد، وبناءً عليه لا يحق لأحد أطرافه أن يطالب بحمايته، فهو يبرم العقد بكامل حريته، ويستند هذا الرأي إلى مجموعة من الحجج، نعرضها على النحو الآتي:

١- أن العقد الإلكتروني عقد مساومة لا توجد فيه خصائص عقود الإذعان، فالموجب مثلاً لا يحتكر السلعة أو الخدمة فعلياً أو قانونياً؛ وذلك بسبب طبيعة عالمية الشبكة، فالسلع والخدمات المعروضة فيها غير محتكرة، ومن الصعوبة بمكان القول بمحدودية المنافسة، فكما هو واضح أن المنافسة غير محدودة؛ نظراً لوجود منافسين كثر في العالم على هذه الشبكة العالمية^(٣٤).

٢- أن عنصر المناقشة موجود حتى في العقد الإلكتروني، فدور المتعاقد الموجب له لا يقتصر على مجرد قبول الإيجاب والشروط المعدة سلفاً دون مناقشة، فبإمكان المتعاقد أن يقبلها أو لا يقبلها ويمكنه أن ينتقل من موقع إلى آخر على الشبكة العالمية ويختار ما يروق له من سلع تناسبه شروطها^(٣٥).

٣- أن العقود الإلكترونية لا تختلف عن العقود التقليدية إلا في وسيلة إبرامها، ولذلك يحتج هذا الرأي بأن العقود الإلكترونية جميعها تدخل تحت قسم عقود المساومة؛ لأن هذا هو الأصل في العقود، ويستثنون من ذلك العقود الإلكترونية التي هي في الواقع عقود

(٣٣) تمييز مدني قطري، الطعن رقم ٧٤، لسنة ٢٠١١م، ق، جلسة ١٦-٦-٢٠١١م، ص ٢٩٦.

(٣٤) منصور عبد السلام الصرايرة، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر وسائل الاتصال الإلكترونية: دراسة في التشريع الأردني، مجلة، مج ٢٥، ع ٢، ٢٠٠٩م، ص ٨٢٨.

(٣٥) أحمد رباحي، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص ١٠٠.

إذعان، كل ما هنالك أنه تم إبرامها بوسيلة إلكترونية، كالعقود المبرمة إلكترونياً للحصول على سلع أو خدمات ضرورية كالكهرباء والاتصال^(٣٦).

تقدير الاتجاه:

يتضح من الحجج التي يستند عليها هذا الرأي أنهم يتمسكون بفكرة الإذعان الكلاسيكية، أي أنهم من أنصار الاتجاه التقليدي في عقود الإذعان واشتراط الاحتكار واشتراط أن تكون السلعة ضرورية، وذلك مع وجود الاتجاه الحديث في فكرة الإذعان، والذي لا يرى ضرورة توفر عنصر الاحتكار للقول بأن العقد من عقود الإذعان؛ وذلك لأن الانفتاح الاقتصادي وانتشار المنافسة الحرة، والعرض المتدفق لكافة السلع والخدمات، مما يتيح للمستهلك فرصة أكبر في اختيار شريكه في العقد، وانتقاء ما يناسبه من سلع، وبالشروط التي يرضاها، ومع ذلك لم يؤدي هذا التنوع والتدفق في السلع إلى انحسار عقود الإذعان، وإن كان تأثيره على التقليل من وجود الاحتكار، وبالرغم من أنه أتاح فرصة المنافسة بحيث لم تعد محدودة النطاق، بل إن الفقه يرى أن عقود الإذعان في تزايد، بالرغم من تأثير شبكة الإنترنت على قوة الاحتكار، ويفسر البعض وجود عقود الإذعان بالرغم من تراجع الاحتكار أن المستهلكين عندما يصادفون عقوداً يظهر لهم أن شروطها لا تناسبهم، فيذهبون إلى المنافسين الآخرين في الشبكة فيجدون الشروط مماثلة أو لا تكاد تختلف مع شروط الآخرين ممن يحترفون النشاط ذاته^(٣٧).

وبناءً على ما سبق نخلص إلى أن العقد الإلكتروني يظل وفقاً لهذا الاتجاه التقليدي محتفظاً بصفته كعقد من عقود المساومة يخضع في إبرامه وتنفيذه للقواعد العامة في القانون المدني على الرغم من اختلاف الوسيلة التي يبرم بها.

(٣٦) إلياس بن ساسي، التعاقد الإلكتروني والمسائل القانونية المتعلقة به، مجلة الباحث / عدد ٢٠٢٣/٠٢، ص ٦١، والبحث متاح رقمياً عبر هذا الرابط: <https://dspace.univ-ouargla.dz/jspui/bitstream/123456789/7470/1/R0207.pdf> وآخر زيارة الاثنين ٢٣ مارس ٢٠٢٠، الساعة ١ ظهراً.

(٣٧) انظر: في عرض هذا الرأي، أحمد رباحي، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص ١٠٠.

وفي تقدير هذا الاتجاه يرى البعض أن المنافسة الحرة خلقت إذعاناً جديداً^(٣٨)، جعلنا نحس بالحرية في الاختيار بين المتنافسين المحترفين في المجال نفسه أو السلع والخدمات، وخلق شعوراً بالعدالة فيما يقدم من منتجات لكافة المستهلكين، طالما أن الكل متساوون في المعاملة، ولذلك يطرح البعض سؤالاً وهو: هل يعقل أن يذعن الكل؟ ونتج عن الوضع الذي ذكرناه آنفاً، وجود اتجاه جديد في الفقه والقضاء، هذا الاتجاه يرى أن هناك ضرورة في تبني مفهوم جديد للإذعان، يكون أكثر اتساعاً من المفهوم التقليدي للإذعان، ولذلك ننقل إلى عرض هذا المفهوم الحديث لعقود الإذعان، وتطبيقه على العقد الإلكتروني في المبحث الثاني.

المبحث الثاني

العقد الإلكتروني كعقد إذعان وفقاً للاتجاه الحديث

نعرض في هذا المبحث آراء الفقه الحديث الذي يرجح تكييف العقد الإلكتروني من عقود الإذعان لوجود ضرورة ملحة لإسباغ الحماية على الطرف الضعيف في هذا النوع من العقود، وإعطاء القاضي سلطة تفسير العقد لصالح الطرف المذعن وإلغاء الشروط التعسفية أو تعديلها بحيث يرفع الظلم والحيث عن الطرف الضعيف، والسؤال الذي يثور في هذا الشأن حول مدى استجابة العقد بطبيعته الإلكترونية لشروط عقد الإذعان؟ وأثر تكييف العقد الإلكتروني كعقد إذعان على توفير الحماية القانونية للمتعاقدين الإلكتروني مع المتعاقد المتحرف صاحب الموقع الإلكتروني؟ وهذا ما سنعالجه في هذين المطلبين:

المطلب الأول

المفهوم الواسع لعقد الإذعان وأثره على العقد الإلكتروني

عادة ما يتم طرح موضوع الإذعان في كونه أحد الخصائص التي يتسم بها العقد الإلكتروني، إلا أن هناك من يتناوله في إطار تلاقي الإيجاب بالقبول، وكيفية القبول

(٣٨) أحمد رباحي، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص ١٠٠.

ممن وجه إليه الإيجاب في العقد الإلكتروني، وبعد ذلك تختلف الآراء الفقهية في مدى اعتبار العقد الإلكتروني من عقود الإذعان، ونتج عن ذلك تعدد الآراء الفقهية، وسبب وجود هذا الخلاف هو أن هناك مفهوم حديث لعقد الإذعان يتمسك به جانب من الفقه، وهذا المفهوم الحديث لعقود الإذعان يمكننا أن نسميه المفهوم الواسع لعقد الإذعان، وهو بذلك يختلف عن المفهوم التقليدي لعقد الإذعان، وهذا الأخير يمكننا تسميته بالمفهوم الضيق لعقد الإذعان وقد تعرضنا إليه في المبحث السابق، ومن ثم سنسلط الضوء في هذا المطلب على المفهوم الواسع لعقد الإذعان بحيث ينطبق على العقد الإلكتروني بما من شأنه توفير حماية قانونية أكبر للمتعاقدين مع المتاجر الإلكترونية عبر شبكة الانترنت.

١- عقد الإذعان بمفهومه التقليدي لا يحقق الحماية الكافية للطرف المذعن لقد ذهب جانب من الفقه إلى تبني مفهوم واسع لعقد الإذعان يتعارض مع المفهوم الكلاسيكي لعقد الإذعان كما نظمته المشرع القطري في المادة (١٠٥) مدني على أساس أن وجود أحد الطرفين في مركز غلبة وتفوق يتيح له أن يضع شروط العقد ويصوغها في صورة إيجاب عام موجه إلى سائر المتعاملين معه، ولا يخفى أن مثل هذا المفهوم التقليدي لا يحقق الحماية القانونية الكافية للطرف الضعيف المذعن، ومن هنا رأينا دعوات من الفقه بضرورة هجر المفهوم الضيق لعقد الإذعان والاتجاه نحو تبني مفهوم واسع للإذعان بما يخدم مصلحة الطرف الضعيف ويحقق التوازن العقدي بين الطرفين^(٣٩). ولا يفوتنا في هذا الصدد الإشارة إلى التعديلات الجديدة التي أدخلها المشرع الفرنسي على التقنين المدني في ٢٠١٦/٢/١٠م والخاصة بإبرام العقد بوسيلة إلكترونية في المواد من (١١٢٥ حتى ١١٢٧)، والتي من شأنها أن تعزز وتعضد من رأي أصحاب هذا الاتجاه، حيث تنص المادة (١١٢٥) على أنه: "يمكن استخدام الوسيلة الإلكترونية في مجال الاشتراطات التعاقدية والمعلومات الخاصة بالسلع والخدمات".

(٣٩) راجع: د. محمد المرسى زهرة، الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية (العقد الإلكتروني، الإثبات الإلكتروني) (المستهلك الإلكتروني)، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨م، ص ١٤٧ وما بعدها.

٢- التوسع في مفهوم الإذعان يعد استجابة للتطورات التي تفرضها ظروف الواقع وضروريات الحياة في ضوء التطورات التكنولوجية التي نشهدها الآن، وتفق أصحابها بحيث أضحت من ضروريات حياتنا اليومية لم تعد هناك ضرورة لتكييف التعاقد على أنه من عقود الإذعان اشتراط تعلق العقد بسلعة أو خدمة ضرورية، إذ إن هذا المعيار لم يعد معياراً منضبطاً نتيجة تغير الظروف الاجتماعية والاقتصادية التي أثرت في أدواق المستهلكين وأصبح ما كان من السلع كمالياً في وقت أساسياً في وقتنا الحاضر. ومن الأمثلة التي تأكد وجهة النظر السابقة أن كل ما يتعلق بتكنولوجيا الاتصال والإنترنت لا يمكن النظر إليها على أنها من السلع الترفيهية أو الكمالية ومن ثم تستبعد العقود المتعلقة بها من عقود الإذعان، فلا ينكر أحد أن غالبية تصرفاتنا القانونية أضحت في غالبيتها تتم عبر الطريق الإلكتروني، بما من شأن ذلك القول بأن العقود التي تبرم إلكترونياً تعد من عقود الإذعان ليس على أساس أن خدمة الاتصالات ضرورية وأساسية وإنما بسبب ما يملكه أصحاب مواقع الإنترنت البائعون من تفوق اقتصادي يمنحه القدرة على أن يفرض على عملائه الشروط التي يتعاقد بها، ولا تقبل منهم مناقشتها أو إدخال أي تعديل عليها^(٤٠).

ومن هنا يظهر جلياً ضعف الطرف المذعن في أنه يقوم بعملية منفردة لم يفكر ولم يعد نفسه لها مقدماً عند طلبه الحصول على السلعة أو الخدمة^(٤١)، وتأكيداً لهذا الرأي ذهب البعض إلى القول بأن الإذعان قد يكون وليد بعض الحالات التي تفرض على الشخص أن يقبل التعاقد على الرغم من أن العقد معدة بنوده سلفاً مثل حالات الاستعجال وحالة العقود التي أصبحت في عصرنا الحاضر ضرورية لنا كعقود خدمات الاتصال وغيرها من العقود الإلكترونية التي لا غنى لنا عنها في حياتنا اليومية^(٤٢)،

(٤٠) د. جابر محبوب علي، النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق -ص ٢٣٩، ٢٤١.

(٤١) د. حسام الأهواني، حماية المستهلك في إطار النظرية العامة للعقد، بحث مقدم في ندوة حماية المستهلك في الشريعة والقانون، نظمته كلية الشريعة والقانون بالإمارات خلال فترة ٦-٧ ديسمبر ١٩٩٨م، ص ٥.

(٤٢) Ph. STOFFEL-MUNCK, L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie, préf. R. BOUT, LGDJ, 2000), p.368-369.

ولعل أصدق مثال على ذلك عقود الشراء التي لجأ إليها الناس الآن مع انتشار فيروس الكورونا وخاصة مع إجبارهم على الجلوس في منازلهم، فلا يكون هناك سبيل أمام هؤلاء الناس إلا التعاقد الإلكتروني.

٣- انفراد أحد المتعاقدين بسبب تفوقه الاقتصادي بصياغة شروط العقد هو معيار تكييف العقد بأنه من عقود الإذعان.

لقد ذهب رأي في الفقه الحديث إلى القول بأن تكييف عقد ما على أنه من عقود الإذعان لا يستلزم بالضرورة أن تتوفر جميع شروط عقد الإذعان بمفهومه التقليدي وإنما يكفي أن ينفرد أحد طرفي العقد -بسبب ما يتمتع به من تفوق اقتصادي أو اجتماعي- بكتابة شروط العقد ولا يكون أمام المتعاقد معه سوى التسليم بهذه الشروط المعدة سلفاً دون أن يكون له الحق في التعقيب أو التفاوض على مثل هذه الشروط بالإضافة أو التعديل^(٤٣)، ومؤدى هذا القول الوصول إلى نتيجة مفادها أن انعدام المساواة الفعلية بين طرفي عقد الإذعان يمكن أن يتحقق بمجرد أن ينفرد أحد المتعاقدين بما يملكه من قدرة اقتصادية أو تقنية -كما هو الحال في العقد الإلكتروني- بصياغة العقد الذي يتعين على المتعاقد مع صاحب الموقع الإلكتروني أو البائع الإلكتروني أن يقبله أو يرفضه دون أن يعطيه أية مساحة عبر الموقع للتفاوض والنقاش.

ومن ثم ذهب جانب من الفقه بضرورة تبني مفهوم واسع لعقود الإذعان نتيجة ما نشهده من تطور تقني يستوجب ضرورة التدخل لتحقيق المساواة، والعدالة العقدية بين المتعاقدين، نتيجة لما فرضته العقود الإلكترونية من تدخل أحادي الجانب من أحد المتعاقدين دون الطرف الآخر^(٤٤).

ومن ثم حُق القول بأن: "خصوصية عقد الإذعان لا تبدو في مسعى المتعاقد ورغبته في التفاوض أو إحجامه وعزوفه عن ذلك، وإنما تكمن في حظر التفاوض المفروض

(٤٣) د. محمد إبراهيم بنداري: حماية المستهلك في عقد الإذعان، بحث مقدم في ندوة حماية المستهلك في الشريعة والقانون، نظمته كلية الشريعة والقانون بالإمارات خلال فترة ٦-٧ ديسمبر ١٩٩٨م، ص ١١.

(٤٤) د. حسن حسين البراوي، التزام المؤمن بالأمانة في مرحلة إبرام العقد، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥م/٢٠٠٦م، ص ٤٢.

عليه من المتعاقد الآخر، وذلك الحظر الذي يؤدي به إلى الإذعان للتعاقد^(٤٥). ومن جماع هذه الآراء السابقة نخلص إلى القول بأن العقد الإلكتروني يكون حتماً من عقود الإذعان؛ وذلك لأن معظم حالات التعاقد الإلكتروني متعلقة بمتعاقد مهني محترف، يتعاقد باستخدام تقنية الوسائل الإلكترونية، ويستخدمها للإعلان عن سلعته أو الخدمات التي يقدمها، ويتكون العقد في هذه الحالة من معلومات وبنود وشروط، ولا يستطيع المستهلك بسبب ظروف التعاقد الإلكتروني أن يتفاوض أو يعدل من شروط العقد حتى ولو كانت هذه الشروط مجحفة، فهي معدة من قبل المحترف ومصاغة بطريقة دقيقة ومعقدة، بل إنها تميل إلى التفصيل واستعمال لغة صعبة لا يجيدها المستهلك بسبب ما تتضمنه من مصطلحات ولغة فنية، وعندما يجد المستهلك نفسه أمام هذا العقد والذي لا يتيح خيار التفاوض الفعلي، فإن كل ما عليه أن يقبل العقد بهذا الشكل أو يُعرض عنه. ولا يقبل القول بأن تعدد مقدمي الخدمات والسلع عبر مواقع الإنترنت يتيح للمتعاقدين خيارات أوسع في أن يختار من يتعاقد معه وفقاً للشروط التي يعرضها عليه، حيث إنه على الرغم من وجود هذا العدد الكبير من المتاجر الإلكترونية وسهولة الوصول إليهم لا يعني بالضرورة أن أيًا منهم يقترح للمستهلكين شروطاً أفضل من غيره، فالمتعاقد الإلكتروني سيجد نفسه مع كثرة وتنوع متاجر البيع الإلكترونية مجبراً على الخضوع لشروط بيع موحدة مفروضة عليه من هذه المتاجر الإلكترونية نتيجة مركزه الاقتصادي القوي^(٤٦).

(٤٥) د. محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧م، ص ٨١.

(٤٦) انظر: في هذا المعنى: د. أحمد رباحي، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص ١٠١.

المطلب الثاني

أثر اعتبار العقد الإلكتروني عقد إذعان على حماية المتعاقدين الإلكتروني

نتناول في هذا المطلب أوجه الحماية القانونية المتمثلة في (أولاً) حماية المتعاقدين المستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية (ثانياً) تفسير الشروط العقدية لمصلحة المتعاقدين الإلكتروني، وهذا ما سنقوم ببيانه على النحو الآتي:

أولاً- حماية المتعاقدين المستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية:

إن أهمية تقسيم عقود المساومة وعقود الإذعان تبرز في أوجه عدة ، وهي أوجه الحماية التي تدخل فيها المشرع لحماية الطرف المذعن، فعقد الإذعان عقد صحيح، وقد رضي الطرف المذعن هذا التعاقد، وكان رضاه سليماً^(٤٧)، إلا أن الرضا وإن كان سليماً هنا، يكون القبول فيه رضوخاً أو إذعائاً لإرادة الموجب (المذعن له) الذي ينفرد في الواقع بوضع شروط العقد، ولا يقبل المساومة ولا المناقشة حول شروطه، وهذا الوضع يستدعي تدخل المشرع لتخفيف هذا الوضع غير المتكافئ^(٤٨)، وهذا بالفعل ما فعله المشرع القطري والمشرعون في معظم الدول، فقد قرر المشرع حماية الطرف المذعن في هذا العقد.

يتمثل المستوى الأول في حماية الطرف المذعن من الشروط التعسفية^(٤٩)، أي الشروط التعاقدية المجحفة في حق الطرف المذعن، وتعد الشروط تعسفية إذا كانت مجافية لما

(٤٧) نصت المادة (١٠٥) من القانون المدني القطري على أنه: "لا يمنع من قيام العقد أن يجيء القبول من أحد طرفيه إذعائاً لإرادة الطرف الآخر، بأن يرتضي التسليم بمشروع عقد وضعه الموجب مسبقاً لسائر عملائه ولا يقبل مناقشة في شروطه".

(٤٨) انظر في هذا المعنى: د. حسن عبد الباسط جميع، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين، ظاهرة اختلال التوازن بين الالتزامات التعاقدية في ظل انتشار الشروط التعسفية. دراسة مقارنة بين القانون المصري وقانون دولة الإمارات والقوانين الأوروبية مع إشارة للقوانين الأنجلو أمريكية، القاهرة دار النهضة العربية ١٩٩١م، ص ١١٩.

(٤٩) تطبيقاً لذلك قضى بأن: "استثناء نقص قيمة السيارة جراء الحادث من شروط التأمين شرط باطل لمخالفته لأحكام المادة (٩٢٤) من القانون المدني لأنها لم تبرز في عقد التأمين بطريقة مميزة وبحروف أكثر حجماً عن باقي الشروط الأخرى حتى يكون لها أثرها في نفس المؤمن له ويجوز الاحتجاج بها =

ينبغي أن يسود التعامل من شرف ونزاهة، أو ما توجبه مراعاة مقتضيات حسن النية، ولتطبيق ذلك أجاز المشرع للقاضي، بناءً على طلب الطرف المذعن، أن يعدل في العقد ما يرفع الحيف والإجحاف المترتب عن الشروط التعسفية أو يعفيه منها كلية، وهذا ما قرره المشرع القطري في نص المادة (١٠٦) من القانون المدني^(٥٠).

وعد المشرع سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها كلياً حكماً أمراً متعلقاً بالنظام العام، وعليه فإن كل اتفاق على خلاف ذلك يقع باطلاً^(٥١)، كما قرر المشرع أن علم الطرف المذعن بالشروط التعسفية لا يحول دون لجوئه إلى القضاء للمطالبة بتعديلها أو إعفائه منها إي أن الدفع بعلم الطرف المذعن بالشروط التعسفية لا يصلح لرد دعواه للمطالبة بتعديل العقد من حيث تعديل الشروط التعسفية أو إلغائها.

وجدير بالذكر أن التعديل الأخير الذي أضافه المشرع الفرنسي على القانون المدني، نص في المادة (١١٧١) على أنه: "يعتبر كأن لم يكن كل شرط في عقد إذعان يرتب

= لأن عقد التأمين من عقود الإذعان هذا من جهة ومن جهة ثانية ان هذا الشرط ليس له أثر في وقوع الحادث المؤمن منه لذلك فهو شرط تعسفي القصد منه اعفاء شركة التأمين من مسؤولياتها تجاه المؤمن له عن هذه الاضرار لذلك فهو شرط باطل وليس له أثر قانوني ولا يجوز الاحتجاج به تجاه المؤمن له".
تميز مدني أردني، الطعن رقم ٧٣٦ لسنة ١٩٩٩م ق - جلسة ٢٦-١٢-١٩٩٩م، ص ٧٩٨.
(٥٠) وهذه المادة نصت على أنه: "إذا تم العقد بطريق الإذعان وتضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي، بناءً على طلب الطرف المذعن، أن يعدل من هذه الشروط بما يرفع عنه إجحافها أو أن يعفيه منها كلية ولو ثبت علمه بها، وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة. ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".
(٥١) وهذا ما نصت عليه المادة (١٠٦) من القانون المدني القطري، حيث نصت على أنه: "إذا تم العقد بطريق الإذعان وتضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي، بناءً على طلب الطرف المذعن، أن يعدل من هذه الشروط بما يرفع عنه إجحافها أو أن يعفيه منها كلية ولو ثبت علمه بها، وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة. ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

اختلالاً واضحاً في التوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد، لا يرد تقدير الاختلال الواضح في التوازن على المحل الرئيسي في العقد ولا على ملائمة الثمن للأداء^(٥٢).

ثانياً - تفسير الشروط العقدية لمصلحة المتعاقدين الإلكتروني:

يتمثل المستوى الثاني من حماية الطرف المذعن في تفسير الشروط العقدية لمصلحة الطرف المذعن، فإذا كان الأصل أن العقد يفسر لصالح المدين، فإن الاستثناء هو تفسير العقد لمصلحة الطرف المذعن، دائماً كان أو مديناً^(٥٣)، حيث إن القاعدة في القانون المدني أن الشك يُفسر لصالح المدين وفقاً لنص المادة (١/١٧٠) من القانون المدني

(٥٢) ترجمة الدكتور محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية المواد (١١٠٠) إلى (١٣٢١-٧) من القانون المدني الفرنسي، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٨م، ص ٦٨، انظر: النص الأصلي:

Article 1171.Modifié par LOI n°2018-287 du 20 avril 2018 - art. 7

“Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.

L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation”.

(٥٣) وتطبيقاً لذلك قضي بأن: "نصت المادة (٩٢٤) على بطلان بعض الشروط لاعتبارات موضوعية وهي الشروط التعسفية والتي لم يكن لها أثر في وقوع الحادث كشرط مخالفة القوانين في غير حالة الجرائم الجنائية أو الجرح المقصودة، وكونه من عقود الإذعان فهو أيضاً يخضع في تفسيره إلى قواعد خاصة منها الحكم ببطلان كل اتفاق يخالف نصوص القانون المنظمة لعقد التأمين ما لم تكن المخالفة لصالح المؤمن له أو المستفيد، ومنها أن يكون التفسير في حالة غموض النص لمصلحة المؤمن له، وكذلك الحال عندما يكون الشرط تعسفياً.

وثانياً لأن هذه الشروط ليس لها أثر في وقوع الحادث المؤمن منه، لذلك فهي شروط تعسفية القصد منها إعفاء شركة التأمين من مسؤوليتها تجاه المؤمن له عن هذه الأضرار، لذلك فهي شروط باطلة وليس لها أثر قانوني، ولا يجوز الاحتجاج بها تجاه المؤمن له". تمييز مدني أردني، الطعن رقم ٧٣٦ لسنة ١٩٩٩م ق، جلسة ٢٦-١٢-١٩٩٩م، ص ٧٩٨.

القطري^(٥٤)، ولكن المشرع قرر صراحة وجوب تفسير الشك في مصلحة الطرف المذعن، دانئاً كان أو مدينأً، وذلك بموجب نص المادة (١٠٧) من القانون المدني القطري^(٥٥). ونصت المادة (١١٩٠) من القانون المدني الفرنسي وفقاً للتعديل الحديث على أنه: "في حالة الشك يفسر عقد المساومة ضد مصلحة الدائن ولصالح المدين، ويفسر عقد الإذعان ضد مصلحة الطرف الذي وضع شروطه"^(٥٦).

وفي ضوء هذه الميزة التي يقدمها وصف العقد بأنه من عقود الإذعان، يكون تحديد مدى اعتبار العقد الإلكتروني من عقود الإذعان بالغ الأهمية، والأصل في العقود أنها من عقود المساومة، ولذلك لا نحتاج إلى أن نثبت الأصل، أما عقود الإذعان وهي الاستثناء، فهي التي يجب التحقق من شروطها، فإن لم تتوفر شروطها رجعنا إلى الأصل، فالأصل أن العقود تخضع لمبدأ سلطان الإرادة.

وقد مر معنا أن عقود المساومة هي التي يقوم التراضي فيها على أساس المساواة الفعلية والقانونية بين أطرافها، بما يمكنهم من مناقشة العقد وشروطه والأخذ والرد والتفاوض بشأنه، حيث لا يكون لأحد أطراف العقد فرض شروطه، وعدم قبول مناقشة النموذج المعد مسبقاً للعقد.

ولذلك يلاحظ أن الفارق الحاسم بين عقود المساومة وعقود الإذعان يكمن في إمكانية مناقشة العقد من عدمها وهذا الأساس هو الذي اعتمد عليه الاتجاه الحديث^(٥٧)، للقول بأن العقد الإلكتروني من عقود الإذعان تأسيساً على استبعادهم لباقي الشروط المطلوبة في عقد الإذعان والاكتفاء بشرط واحد هو كون العقد عبارة عن نموذج معد مسبقاً من

(٥٤) تنص هذه المادة على أنه: "يفسر الشك لمصلحة المدين".

(٥٥) وهذه المادة نصت على أنه: "في عقود الإذعان يفسر الشك في مصلحة الطرف المذعن دانئاً كان أو مدينأً".

(٥٦) ترجمة الدكتور محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص ٧٩.

Selon le nouvel article 1190 du Code civil : " Dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé."

(٥٧) خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، ٢٠١١م، ص ٨٥.

طرف واحد، وأصحاب هذا الاتجاه يستندون في اعتناقهم هذا الرأي على مجموعة من الحجج والمبررات القانونية والواقعية، وسنعرضها على النحو الآتي:

١- أن العقد الإلكتروني غالباً ما يكون معداً مسبقاً ولا يمكن مناقشته والتفاوض حوله وتعديله (Internet Standard-Form Contracts)^(٥٨)، أي أنها تكون على شكل نماذج معدة من طرف الموجب بحيث تتضمن جميع الشروط والالتزامات والحقوق، وتصاغ هذه النماذج عادة بشكل تفصيلي ودقيق، وقد تكون الالتزامات والحقوق مكتوبة بخط صغير وتحيل إلى بعض الأحكام والشروط خارج العقد نفسه، كعبارة "تطبق الأحكام والشروط" أو قد تكون هذه العبارة وحدها هي المكتوبة بخط صغير^(٥٩)، ومن هذه الناحية يمكننا أن نلاحظ ارتباطاً وثيقاً بين الالتزام بالتبصير، عقود الإذعان، فإذا كان الالتزام بالتبصير واجب في سائر العقود، فإن الالتزام بالتبصير في عقود الإذعان أوجب وأؤكد، ومن باب أولى تلك العقود المبرمة عبر الإنترنت.

٢- أن العقد الإلكتروني يكون الإيجاب فيه عاماً وموجهاً إلى الجمهور كافة وغير محدد بمدة، وهذا الأمر وارد في معظم العقود الإلكترونية، على اختلاف مواضيعها، ويستنتج من ذلك أن الاعتبار الشخصي يغيب بشكل واضح في هذا النوع من العقود، وقلما يظهر الاعتبار الشخصي فيها، فالمنتج أو مقدم الخدمة غالباً ما يهتم بتسريع عملية إبرام الصفقات؛ لتحقيق أكبر قدر من الربح والانتشار، وقد يعمد أثناء صياغة الشروط في هذا العقد إلى عبارات جاذبة لتحقيق هذا الهدف، دون أن يكثرث لما قد يحدثه بعض العبارات من تضليل للمتعاقدين الآخرين، وهذا المتعاقد الآخر هو المستهلك، الذي تغلبه تلك الطباع أو السيكولوجية للرغبة بالتعاقد دون قراءة بنود طويلة ومعقدة لا يفهم لغتها أو أنه لا يبالي بذلك إما بسبب شعوره بالملل من قراءتها، وإما بسبب اعتقاده بأن المكتوب فيها

^(٥٨) ويشير المصطلح (Internet Standard-Form Contracts) إلى أن المسألة الجوهرية والتي تميز هذا النوع من العقود عن غيرها هو أن العقود جاهزة ومعدة مسبقاً من قبل طرف واحد. ^(٥٩) وكثير هم المستهلكون الذين وقعوا ضحية هذه العبارة، ولذلك تستعمل للتضليل في بعض الحالات. (<https://24.ae/article.aspx?articleid=9611>)، تاريخ الاطلاع: ٢٠١٩/١١/١٥ م.

لن يشكل أي مساس به، وإما لأنه يعتقد أن هذه الشروط موجودة في كل العقود المماثلة وبنفس الطريقة المكتوبة بها بحيث لا يبحث عن بديل طالما أن البديل مماثل، ومع ذلك قد يعول هذا المستهلك على سمعة مقدم الخدمة ويتعامل بحسن نية على هذا الأساس^(٦٠).

٣- العقد الإلكتروني بين محترف ومستهلك، والمستهلك طرف ضعيف لا يستطيع الالمام بالعقد الإلكتروني وما يتضمنه من شروط وتفاصيل تتصف بالدقة الشديدة وتصاغ بلغة صعبة على المستهلكين، بحيث لا يملك المستهلك إلا الموافقة على الشروط دون الدخول في محاولة لفهمها، ويشير البعض إلى أن الضعف الذي يوجد فيه المستهلك في هذه الحالة لا يكون بالضرورة ضعفاً اقتصادياً فقط، وإنما هنالك أيضاً نوع آخر هو الضعف المعرفي لدى المستهلك، بحيث يكون هناك تفاوت كبير في الجانب المعرفي^(٦١)، وذلك بسبب تعامله مع طبقة منظمة تحدد أهدافها وغاياتها بدقة وتنظيم واحترافية، هؤلاء هم طبقة المهنيين كما عرفتهم قوانين حماية المستهلك، فهم عادة محترفون ويستطيعون توجيه المستهلكين وجذبهم بوسائل متعددة، منها ما هو مباح ومنها غير ذلك.

- (٦٠) ولذلك يقول البعض بأننا إذا كنا في عالم مثالي، فإن عقود الإنترنت بين البائعين والمستهلكين ستكون مفيدة لكلا الطرفين:
- من خلال التجربة والخطأ، سيقوم البائع بصياغة العقد على نحو يجنبه مختلف المخاطر وبأكبر قدر من الكفاءة.
 - بالإضافة إلى ذلك، فإن المستهلكين سيتسوقون ويوفرون احتياجاتهم بشكل مريح ومن منازلهم وفي الوقت المناسب لهم.
 - ومع ذلك، وفي العالم الحقيقي، هناك أسباب لأن نكون حذرين من نماذج الشروط المعدة مسبقاً على الإنترنت. فالمشكلة الرئيسية هي أن قلة من المستهلكين يقرؤونها قبل إبرام العقد، والتي تجعل قضية الصياغة لشروط أحادية الجانب قضية شائعة أيضاً في عالم العقود الورقية، ولكنها تتفاقم في العالم الرقمي، انظر:

Robert A. Hillman, Consumer Internet Standard Form Contracts in India: A Proposal, 29 (1) National Law School of India Review (2017), AVAILABLE, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3117915.

(٦١) طارق جمعة السيد راشد، الحماية القانونية لخصوصية البيانات الشخصية في العصر الرقمي، مرجع سابق، ص ١٠٢.

٤- أن المشرع يتبنى المفهوم الواسع لعقد الإذعان في التشريعات الحديثة، ومنها القانون المدني القطري الذي ينص في المادة (١٠٥) على أنه: "لا يمنع من قيام العقد أن يجيء القبول من أحد طرفيه إذعائاً لإرادة الطرف الآخر، بأن يرتضي التسليم بمشروع عقد وضعه الموجب مسبقاً لسائر عملائه ولا يقبل مناقشة في شروطه"^(٦٢)، فالمشرع يجعل العقد عقد إذعان بمجرد وجود عقد مسبق لا يملك الطرف الآخر مناقشته ويوافق عليه بشروطه كسائر العملاء^(٦٣).

وكذلك تعريف القانون المدني الفرنسي لعقود المساومة وعقود الإذعان وفقاً للتعديلات الحديثة، حيث نصت المادة (١١١٠) على أن^(٦٤): "عقد المساومة هو العقد الذي يتم مناقشة شروطه بحرية بين الأطراف، وعقد الإذعان هو العقد الذي تكون شروطه العامة

(٦٢) جابر محجوب، مرجع سابق، ص ١٨١.

(٦٣) وانظر: حكم محكمة التمييز الأردنية: "لا يرد الادعاء أن عقد التأمين من عقود الإذعان وأن سند الإبراء الذي وقعه المؤمن له لشركة التأمين كان مجبراً على توقيعه لاضطراره لإصلاح مركبته، وإن كان في موقف الضعيف تجاه شركة التأمين إذ إن هذا الادعاء لا يدعمه سند من القانون إذ يشترط لتوافر الإذعان أن يكون أحد العاقدين مضطراً للتعاقد مع جهة صاحبة التزام مرفق عام أو شركة تلزم معه بعقود موحدة لا تقبل المناقشة فيها أو تقبل المناقشة بحدود معينة مما لا ينطبق على عقد التأمين أو سند الإبراء لأنه بإمكان المؤمن له عدم الموافقة على توقيع سند الإبراء واللجوء إلى القضاء للمطالبة بحقوقه، ولا يغير من ذلك ظروف المؤمن له الاقتصادية وعلى فرض أنها كانت سيئة ولا تنهض هذه الظروف سبباً للطعن بصحة الإبراء وإلا لأصبحت كافة العقود قابلة للإبطال لمجرد كون أحد العاقدين في وضع مادي سيء أو أضعف من المتعاقد الآخر". تمييز مدني أردني، الطعن رقم ٣٩ لسنة ١٩٩٩م ق، جلسة ١٤-٣-١٩٩٩م، ص ٢٤٥٧.

(٦٤) Art. 1110. "Le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont librement négociées entre les parties.

Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties."

غير القابلة للتفاوض^(٦٥)، محددة سلفاً من قبل أحد الأطراف^(٦٦)، وهذا التعديل الأخير وخاصة فيما يتعلق بنظرية العقد عمد إلى تعريف عقود المساومة وعقود الإذعان لأول مرة، وجدير بالملاحظة أنه لم يلتفت إلى اشتراط الاحتكار في عقود الإذعان أو حتى شبه الاحتكار، ولم يشر إلى اشتراط أن تكون السلعة أساسية، وإنما كان تركيزه على شرط واحد وهو أن تكون شروط العقد معدة سلفاً من قبل أحد الأطراف وغير قابلة للتفاوض، وذلك بالرغم من وجود احكام قضائية وآراء فقهية تشترط الاحتكار وأن تكون السلعة أو الخدمة أساسية لا يمكن الاستغناء عنها.

وربما كان الغرض من ذلك مد الحماية إلى نطاق أوسع وعقود أكثر؛ وذلك لعدم وجود التفاوض فيها أو حتى إمكانية ذلك، كما أن القانون المدني الفرنسي في تعديلاته الجديدة يتوسع في الحماية في أكثر من ناحية، ومن ذلك الإكراه الاقتصادي الذي أدخله التعديل الأخير في نوفمبر ٢٠١٦م؛ كما أننا نعتقد أن القانون الفرنسي تأثر بالتوجه لحماية المستهلك، ووضع أساس هذه الحماية في القانون المدني لكونه الشريعة العامة للقوانين الخاصة كقانون حماية المستهلك والقوانين الأخرى الهادفة لحماية الطرف الضعيف^(٦٧).

^(٦٥) يقصد بالشروط العامة الشروط الأساسية أو الجوهرية، ونرى أن الترجمة الأدق هي الشروط الجوهرية، وهي غالباً تتعلق بتحديد السعر ومدة العقد وأسعار الفائدة وشروط الإعفاء من المسؤولية، أنظر في ذلك:

Le prix, la durée du contrat, les taux d'intérêts, les clauses d'exonération de responsabilité sont souvent reconnues comme des clauses essentielles.
(<http://droitdespme.com/informations-juridiques/gerer-protoger-pme/contrat-dadhesion-caracteristiques-consequences-juridiques/>)

تاريخ الاطلاع: ١٦/١١/٢٠١٩م.

^(٦٦) Art. 1110. – “A bespoke contract⁴ is one whose stipulations are freely negotiated by the parties.

A standard form contract is one whose general conditions are determined in advance by one of the parties without negotiation”.

A bespoke contract is one whose stipulations are freely negotiated by the parties.

A standard form contract is one whose general conditions are determined in advance by one of the parties without negotiation.

^(٦٧) ويرى البعض أن مما يدل على ذلك، معاملة الشروط التعسفية الواردة في عقود الإذعان معاملة مماثلة للتي وردت في قانون حماية المستهلك الفرنسي في المادة (1-212.art)، انظر هذا الرأي: =

وجدير بالذكر أن القانون رقم ٢٠١٨-٢٨٧ المؤرخ ٢٠ أبريل ٢٠١٨ م عدل مرة أخرى مفهوم عقد الإذعان، الذي تم تحديده بموجب الأمر عدد ١٣١ لسنة ٢٠١٦ م من ١٠ فبراير ٢٠١٦ م على تعديل قانون العقود.

والتوسع في حماية المستهلك لم يكن في القانون الفرنسي فقط، بل كان حاضراً أيضاً في التوجيهات الأوروبية وخاصة التوجيه الأوروبي لحماية المستهلك، وقد تأثر المشرع الفرنسي بهذا الاتجاه.

حيث تدخل المشرع الفرنسي مستجيباً للتوجيه الأوروبي رقم (EC/٩٧/٧) وذلك بموجب المرسوم رقم (٢٠٠١/٧٤١) بتاريخ ٢٣/٨/٢٠٠١ م لحماية المستهلك في التعاقد عن بُعد من خلال وسائل الاتصال الحديثة.

وقد أدمجت النصوص التي يتضمنها هذا المرسوم -سالف الذكر- في قانون الاستهلاك الفرنسي الصادر بالقانون رقم (١٩٩٣/٩٤٩) تاريخ ٢/٧/١٩٩٣ م، وبذلك فقد أصبح هذا المرسوم جزءاً لا يتجزأ من قانون الاستهلاك الفرنسي.

أشكال وجدير بالذكر أنه يتم تصنيف أنشطة التجارة الإلكترونية وأعمالها في عدة (٦٨)، ومن أهمها:

التجارة الإلكترونية بين تاجر وتاجر، أو منتج ومنتج أو محترف ومحترف (B2B) وبين تاجر (منتج/محترف) ومستهلك (B2C) وبين مستهلك ومستهلك (C2C) وبين مؤسسة أو جهة حكومية وتاجر (B2G)، ولكن الحالة التي تهمنا وهي الأكثر حدوثاً، هي بين تاجر

=Selon l'article 1171 issu de l'ordonnance du 10 février 2016, toute clause d'un contrat d'adhésion qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. Largement calquée sur le droit spécial des clauses abusives tel qu'instauré par le code de la consommation (C. consom., art. L. 212-1 et s.), cette disposition introduit en droit commun une police des clauses abusives néanmoins limitée aux seuls contrats d'adhésion. Depuis le 1er octobre 2016, ceux-ci sont définis par le code civil comme étant ceux dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties (C. civ., art. 1110, al. 2) ; ils s'opposent donc aux contrats de gré à gré, dont les stipulations sont librement négociées entre les parties (C. civ., art. 1110, al. 1er). (<https://www.editions-legislatives.fr/actualite/contrat-d-adhesion-et-clause-abusive-definitions-revues-par-la-reforme-de-la-reforme>).

تاريخ الاطلاع: ١٦/١١/٢٠١٩ م.

(٦٨) انظر: علاء الدين محمد ذيب، الإذعان والمساومة في العقود الإلكترونية، مرجع سابق، ص ٤٨.

(منتج/محترف) ومستهلك (B2C)، أي التي تكون بين المنتج أو التاجر والمستهلك، فالأول هو مقدم الخدمة أو السلعة، وهو الطرف الأقوى من ناحية أنه محترف ويمارس هذا العمل على سبيل الاحتراف، ويعمل لديه عادة عدد من الخبراء والمتخصصين، وينفرد بوضع شروط العقد، وإذا كان التعامل عبر الوسائل الإلكترونية أو شبكة المعلومات، فهو يضع الشروط على الموقع، وآلية إبرام العقد، بحيث يكون الإيجاب معداً مسبقاً وبصورة تتسم عادة بالدقة والتفصيل، ويضع الخطوات التي على المتعاقد اتباعها ليترجم قبوله في نهايتها بعبارة "أوافق" أو "I Agree"، أو العبارات الأخرى المماثلة، والتي تظهر بعد ملء البيانات المطلوبة، وقد يستغرق ملء البيانات المطلوبة عدداً من الصفحات الرقمية، وعدداً من الروابط التشعبية.

ولذلك نلاحظ الارتباط بين مجموعة من المواضيع التي أصبحت محط أنظار جانب كبير من فقهاء القانون، وهي طبيعة العقود الإلكترونية، وحماية المستهلك، والتجارة الإلكترونية، والشروط التعسفية، ونلاحظ التقاطع بين هذه المواضيع، وهي محل اهتمام لدى الباحثين القانونيين وغير القانونيين كالاقتصاديين مثلاً، كما أن الحكومات تسعى لوضع حلول مناسبة لهذه المواضيع، فهي من المسائل المعاصرة التي أجبرت المشرعين على مراجعة بعض الاتجاهات والنظريات لإعادة صياغتها في تشريعات جديدة تحقق التوازن، وتحمي الطرف الضعيف في العقد.

وبناءً على ما تقدم، فإننا نرجح كون العقد الإلكتروني من عقود الإذعان من أجل ضمان حماية أكبر للطرف الضعيف^(٦٩)، حيث يعرف الاتجاه الحديث عقد الإذعان بأنه ذلك العقد الذي يتحدد مضمونه العقدي كلياً أو جزئياً بصورة مجردة وعامة قبل الفترة التعاقدية، أو بعبارة أخرى العقد الذي يحدد مضمونه من قبل أحد الأطراف قبل إبرام العقد.

(٦٩) عصمت عبد المجيد بكر، دور التقنيات العلمية في تطور العقد (دراسة مقارنة)، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، ٢٠١٥م، ص ٨٣/٨٤.

الخاتمة

لقد انتهينا في هذه الدراسة حول العقد الإلكتروني بين المساومة والإذعان إلى نتائج وتوصيات عدة على النحو التالي:

أولاً- النتائج:

١- عقد الإذعان بالمعنى التقليدي هو عقد إذعان حتى لو أبرم إلكترونياً: بمعنى أن العقد الذي يتصف بأنه عقد إذعان إذا تم بالطريقة التقليدية، يكون عقد إذعان، إذا تم عبر الانترنت من باب أولى، أي أن العقد إذا تم إبرامه دون استخدام الإنترنت أو الوسائل الإلكترونية، وكان عقد إذعان بطبيعته، فإنه يكون كذلك إذا أبرم عبر وسائل إلكترونية، وخاصة العقود التي تعد من عقود الإذعان وفقاً للاتجاه التقليدي لمفهوم عقد الإذعان، بمعنى أن السلعة أساسية لا يمكن الاستغناء عنها، ووجود احتكار فعلي أو قانوني لهذه السلعة أو الخدمة، أو وجود شبه احتكار.

٢- أن العقد الإلكتروني الذي يتيح التفاوض لا يعد من عقود الإذعان: نقصد بذلك أن العقد الذي يتيح التفاوض ومناقشة شروط العقد، حتى ولو أبرم عبر الإنترنت أو بوسيلة إلكترونية، لا يعد من عقود الإذعان، كما لو تم إبرام العقد عبر البريد الإلكتروني، وذلك بتبادل الإيجاب والقبول بشكل طبيعي، أو كان الموقع الإلكتروني يوفر خاصية استبعاد بعض الشروط واقتراح غيرها ليتحول إلى إيجاب جديد يحتاج إلى قبول.

٣- أن العقد الإلكتروني بين مقدم المحترف والمستهلك من عقود الإذعان: العقد الإلكتروني هو عقد يتصف بكونه من عقود الإذعان إذا كان بين محترف أو مهني ومستهلك (Business-to-Consumer (B2C، ولذلك يفسر الشك لمصلحة المستهلك؛ لأنه الطرف المذعن، كما أن المكان الخصب للشروط التعسفية يكون في هذا النوع من العقود، مما يرجح أن العقد الإلكتروني في هذه الحالة من عقود الإذعان، أو ينبغي اعتباره كذلك لوجود دواعي مختلفة تتطلب ذلك ولمد الحماية من أجل ضمان حماية أكبر للطرف الضعيف.

ثانياً- التوصيات:

- ١- نوصي بتبني الاتجاه الواسع لمفهوم عقود الإذعان فيما يتعلق بحماية المستهلك في العقود الإلكترونية؛ وذلك لوجود دواع كثيرة من أهمها انتشار الشروط التعسفية في العقود الإلكترونية، وعدم إلمام المستهلكين بالمسائل التقنية إلى حد كبير، مما يسهل عملية إيقاعهم في عقود مجحفة لهم وتتضمن شروطاً تعسفية قبلوها بحسن نية، في حين أن المهني أو المحترف في كثير من الحالات يميل إلى وضع دعايات تجذب المستهلك، وقد يعتمد صياغة العقد بطريقة معقدة لا تناسب فهم جل المستهلكين.
- ٢- نوصي بتوعية المستهلكين، وعدم التسرع بإبرام العقود دون قراءة العقد بشكل جيد.
- ٣- نوصي بالاهتمام بصياغة العقود الإلكترونية والتوصل إلى منهج مبسط أو معايير تتسم بالبساطة قدر الإمكان، بحيث تكون مناسبة لجمهور المتعاقدين، ونعتقد أن التوصل إلى اتفاق دولي ينظم هذه المسألة أمر يعزز الاهتمام بها إلى حد كبير على المستوى الوطني، كما أن كثيراً من الشركات لها أفرع في كثير من الدول، خاصة الشركات الكبرى، بالإضافة إلى أن من خصائص العقود الإلكترونية أنها دولية، وأن الإنترنت عبارة عن شبكة اتصال دولية لا تعترف بالحدود الجغرافية.
- ٤- نوصي بإعطاء القضاء سلطة واسعة لاستجلاء وجود نية التضليل أو سوء النية عند إبرام العقود الإلكترونية؛ وذلك لتحقيق التوازن بين العلاقات التعاقدية عبر الانترنت، وهذه مهمة صعبة تتعلق بالواقع، ومسائل الواقع تختلف ويصعب ضبطها ضبطاً تشريعياً دقيقاً، كما أن بسط سلطة القضاء على التعاقد الإلكتروني ينتج عنه فقه القضاء، والذي يستطيع أن يستعين بالخبرة في هذا المجال، مع ضرورة تأهيل القضاة فيما يتعلق بمسائل التعاقد والتجارة الإلكترونية.

المراجع

أولاً-المراجع العربية:

١- المراجع العامة:

- (١) جابر محجوب: النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني: مصادر الالتزام، المصادر الارادية وغير الارادية، كلية القانون، جامعة قطر، ٢٠١٦م
- (٢) عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، مجلد ١، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط٣، ٢٠١١م.
- (٣) علي نجيدة: النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول: مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤/٢٠٠٥م.
- (٤) محمد حسن قاسم: قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية المواد ١١٠٠ إلى ١٣٢١-٧ من القانون المدني الفرنسي، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٨م.
- (٥) محمد حسن قاسم: القانون المدني، الالتزامات، المصادر، العقد، المجلد الأول، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي، الطبعة الثانية، ٢٠١٨م.
- (٦) محمود خيال: النظرية العامة للالتزام في القانون القطري، الجزء الأول - مصادر الالتزام، كلية الشرطة - قطر، طبعة ٢٠١٥م.

٢- المراجع المتخصصة:

- (١) أحمد رباحي: الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية: جامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف، ع١٠، عام ٢٠١٣م.
- (٢) إلياس بن ساسي: التعاقد الإلكتروني والمسائل القانونية المتعلقة به، مجلة الباحث، عدد ٢٠٣/٠٢م.
- (٣) إيمان طارق الشكري: مفهوم عقد الإذعان بين الاتجاه الضيق والواسع، مجلة كلية التربية، جامعة بابل، كلية التربية، صفحات ١٥٨ - ١٦٥، العدد ٤، ٢٠٠٩م،
- (٤) بدره لعور: ضمانات المستهلك المتعاقد وفقاً لقانون الممارسات التجارية الجزائري، مجلة الحقوق والحريات، العدد الرابع، إبريل ٢٠١٧م

(٥) جابر محجوب؛ طارق راشد: خصوصيات التعاقد عبر وسائل الاتصال الإلكترونية -دراسة تحليلية في ضوء المرسوم بقانون القطري رقم (١٦) لسنة ٢٠١٠ بإصدار قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر القانون والعصر الرقمي ١٩-٢٠ فبراير ٢٠١٨م، نظمته كليتا القانون والهندسة بالتعاون مع وزارة المواصلات والاتصالات ووزارة العدل - دولة قطر - منشور في Law and the digital age Conference

(٦) حسام الأهواني: حماية المستهلك في إطار النظرية العامة للعقد، بحث مقدم في ندوة حماية المستهلك في الشريعة والقانون، نظمته كلية الشريعة والقانون بالإمارات خلال فترة ٦-٧ ديسمبر ١٩٩٨م.

(٧) حسن حسين البراوي: التزام المؤمن بالأمانة في مرحلة إبرام العقد، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥م، ٢٠٠٦م.

(٨) حسن عبد الباسط جميعي: أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين، ظاهرة اختلال التوازن بين الالتزامات التعاقدية في ظل انتشار الشروط التعسفية، دراسة مقارنة بين القانون المصري وقانون دولة الإمارات والقوانين الأوروبية مع إشارة للقوانين الأنجلو أمريكية، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٩١م.

(٩) خولة كاظم محمد راضي: الإيجاب في عقد الإذعان، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، مج ٦، ع ١٤، ٢٠١٤م.

(١٠) سعيد سعد عبد السلام: التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنوفية، كلية الحقوق، مج ٧، ع ١٣، إبريل، ١٩٩٨م.

(١١) عبد المنعم فرج الصدة: عقد الإذعان، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، مج ٤، ع ١٤، يناير ١٩٩٦م.

(١٢) عصمت عبد المجيد بكر: دور التقنيات العلمية في تطور العقد (دراسة مقارنة)، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، ٢٠١٥م.

(١٣) علاء الدين محمد ذيب: الإذعان والمساومة في العقود الإلكترونية، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة مؤتة، مجلد ٢٢، العدد ٢، الصفحات ٤٣ - ٧٠، ٢٠٠٧م.

١٤) فيجو عبد السلام أحمد: عقد الإذعان، منشورات مجلة الحقوق، سلسلة المعارف القانونية والقضائية، الإصدار ٣٩، ٢٠١٦م.

١٥) محمد إبراهيم بنداري: حماية المستهلك في عقد الإذعان - بحث مقدم في ندوة حماية المستهلك في الشريعة والقانون، نظمتها كلية الشريعة والقانون بالإمارات خلال فترة ٦-٧ ديسمبر ١٩٩٨م.

١٦) محمد أحمد المعداوي عبدربه: إشكالات التعاقد الإلكتروني في ضوء المستجدات والتطورات الحديثة، مجلة روح القوانين، كلية الحقوق - جامعة طنطا، العدد ٧٠، إبريل ٢٠١٥م.

١٧) محمد المرسى زهرة: الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية (العقد الإلكتروني، الإثبات الإلكتروني) (المستهلك الإلكتروني)، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨م.

١٨) محمد المهدي بن عبدالله بن السبحو: وعبدالقادر مهداوي الطبعة القانونية للعقد الإلكتروني، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية: المركز الجامعي أمين العقال الحاج موسى، معهد الحقوق والعلوم السياسية ع ١٨ (٢٠١٨م).

١٩) محمد حسين عبد العال: مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧م.

٢٠) منصور عبدالسلام الصرايرة: الإطار القانوني للعقد المبرم عبر وسائل الاتصال الإلكترونية: دراسة في التشريع الأردني، مجلة، مج ٢٥، ع ٢٤ - ٢٠٠٩م.

٣- رسائل الماجستير والدكتوراه:

١) بخالد عجالي: النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة مولود معمري، ٢٠١٤م

٢) على مصبح صالح الحيص: سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١١م.

ثانياً- المراجع الأجنبية:

1) Ph. STOFFEL-MUNCK, L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie, préf. R. BOUT, LGDJ, 2000), p.368-369.

المسؤولية التقصيرية عن معالجة البيانات الشخصية في البيئة الرقمية (دراسة مقارنة)

الدكتور/ باسم محمد فاضل مدبولي*

المخلص:

تعد البيانات الشخصية منجم ذهب للقائمين على الدعاية عبر شبكة الإنترنت، فتقوم الشركات الإعلانية بإعداد قواعد بيانات تصنف من خلالها تحديد احتياجات المستخدمين ورغباتهم الشرائية، وفي الغالب يكون تجميعها دون رضا المستخدم ومعالجتها وإرسالها لمواقع أخرى دعائية، ومما لا شك فيه أن العقول الإلكترونية تستطيع أن تجمع أكبر قدر ممكن من المعلومات والبيانات الشخصية التي يدلي بها الشخص لسبب أو لآخر، وتستطيع أن تحتفظ بها إلى ما لا نهاية بحيث تمنع عنصر الزمن من إدخالها في طي النسيان، كما أن لها القدرة الهائلة التي تمكنها من مزج المعلومات وتنظيمها وترتيبها، بحيث تعطي في النهاية صورة متكاملة عن الشخص تكاد تكون أقرب للحقيقة، وهذا ما يسهل اختراق الصفحات الشخصية التي تخص المستخدم، وكذلك البريد الإلكتروني الخاص به، وهو ما يشكل مصدر جديد للخطر على الحياة الخاصة.

وهو الأمر الذي يستخدم في الإعلانات، حيث إن معرفة سلوك المستخدم عبر الشبكة يحدد في النهاية، ماذا يحب؟ وماذا يكره؟ وماذا يريد بالتحديد؟ وبالتالي فيكون من اليسير على المواقع الدعائية توجيه الإعلانات التي تناسبه بالتحديد، والدخول إلى الصفحة التي يديرها، وكل ذلك يشكل تهديداً لخصوصية المستخدمين عبر الإنترنت.

الكلمات المفتاحية: البيانات الشخصية - الرقمية - معالجة - الخصوصية - المسؤولية التقصيرية.

* دكتوراه في القانون المدني.



Fault Liability for Processing Personal Data In the Digital Environment (Comparative Study)

Dr. Bassem Mohamed Fadel Madbouly*

Abstract:

Personal data is a goldmine for advertisers over the Internet, so advertising companies prepare databases that categorize users' needs and purchasing desires, and it is often collected without the user's consent and processing and sending them to other advertising sites.

There is no doubt that electronic minds can collect the largest possible amount of personal information and data that a person provides for one reason or another, and they can keep them indefinitely so that they prevent the element of time from being forgotten, and they also have the tremendous power that enables them From mixing information, organizing and arranging it so that in the end it gives an integrated picture of the person that is almost closer to the truth, and this facilitates penetration of the personal pages of the user as well as his e-mail. This constitutes a new source of danger to private life.

Which is used in advertising, as knowing the user's behavior across the network ultimately determines what he likes? What does he hate? And what exactly does he want? Thus, it is easier for advertising sites to target ads that suit him specifically. And access to the page it manages, all of which is a threat to the privacy of users online.

Keywords: Personal Data – Digital – Processing - Privacy - Fault Liability.

* PhD in Civil Law.

المقدمة

البيانات الشخصية لا يجوز الكشف عنها، وهي من صميم خصوصية الأفراد؛ لذا يحظر جمعها أو معالجتها التي تكشف بشكل مباشر أو غير مباشر عن شخصية الفرد، كما أن تحديد صور البيانات الشخصية ليس بالأمر الهين، إنما هو صعب؛ نظرًا لتطور الإنترنت يوما بعد الآخر، ففي الماضي كانت صور البيانات الشخصية تتطوى على الاسم والصورة والحالة العائلية والمعتقدات السياسية، بينما في الحاضر تطورت صور هذه البيانات عبر الإنترنت ومواقع التواصل الاجتماعي، وأصبح هناك بيانات رقمية جديدة تتطوي على خصوصية لأصحابها مثل البريد الإلكتروني وغيره .

وبطبيعة الحال فإن نظام معالجة البيانات الشخصية هو من أهم الأنظمة التي لا بد أن تحظى بأهمية بالغة في الوقت الحالي خاصة بعد التطور التكنولوجي، ودخول الأخيرة في شتى مناحي الحياة، سيما وأنه من خلال عملية المعالجة يستطيع المعالج كشف أي بيانات شخصية قد تكون مضرّة بصاحبها أو تتعلّق بخصوصيته التي يعمل دائماً على حجبها عن الآخرين.

وفي ظل الانفتاح على تكنولوجيا العصر نجد أن تطبيقات مواقع التواصل الاجتماعي على الإنترنت تتيح للمستخدمين أن يقوموا بتعريف ملامحهم الشخصية من خلال البيانات التي يدونها، وعرض الصور، والاتصال بالأصدقاء الذين تعرفوا إليهم عن طريق الإنترنت أو في الواقع الحقيقي ومشاهدة البيانات الشخصية للآخرين.

وفي ظل الثورة الرقمية، والصحة المعلوماتية التي يعرفها العالم اليوم، حيث تكنولوجيا المعلومات أصبحت تشكّل الجهاز العصبي للمجتمعات الحديثة، فقد اختلفت المفاهيم بشأن حرمة الحياة الخاصة، حيث ساعدت على ظهور جوانب جديدة حيال فحوى ومضمون فكرة الحياة الخاصة للأفراد، جعلت من الأهمية ضرورة إضافة البيانات والمعلومات الشخصية لنطاق خصوصية الأفراد، لذا كرسّت الدساتير والقوانين المختلفة حماية للبيانات الشخصية المتعلقة بشخص الفرد وحياته الخاصة من التعرض للاعتداء، وخاصة في ظل التحديات الرقمية؛ من أجل الحفاظ على الخصوصية الإلكترونية للمواطن بما يضمن حماية بياناته الشخصية من الاعتداء عليها.

إشكالية البحث:

تكمن إشكالية البحث في أن جمع البيانات على دعامات الكترونية أصبح متاح بكل سهولة وتحفظ بداخل حواسب متصلة بالإنترنت، الأمر الذي يثير القلق بالنسبة إلى مصير هذه البيانات، هل سيتم حمايتها أو تنتهك خصوصيتها؟ وخاصة بعد ظهور نظرية التسويق المباشر التي تقوم على أساس إنشاء دعاية خاصة لكل عميل، اعتماداً على ما يتم تجميعه من معلومات عنه، هذه المعلومات هي البيانات الشخصية لهذا العميل، وهذا ما أدى إلى أن تصبح لهذه البيانات الشخصية قيمة مادية، ومن ثم ظهور تجارة البيانات الشخصية، وتزداد الخطورة في ظل غياب قانون يحمي البيانات الرقمية.

منهج البحث:

سوف اتبع في الدراسة المنهج التحليلي المقارن والاستنباطي:

المنهج التحليلي: حيث سأقوم بسبر أغوار المسائل القانونية المرتبطة بمعالجة البيانات الشخصية الرقمية، وذلك بشرحها وتحليل نصوصها، مدعماً دراسي ببعض الأحكام القضائية التي تخص الموضوع، وتوضيح الآراء الفقهية والقانونية.

المنهج المقارن: وذلك عن طريق المقارنة بين التشريع المصري والعُماني فيما يتعلّق بتلك المسائل مع الإشارة بشكل مقتضب إلى القانون الفرنسي.

المنهج الاستنباطي: بغية استنباط الحلول القانونية للإشكلات المطروحة بشأنها، وعن طريق المقارنة بين التشريع المصري والعُماني فيما يتعلّق بتلك المسائل.

خطة البحث:

المبحث الأول: معالجة البيانات الشخصية في البيئة الرقمية.

المطلب الأول: ماهية البيانات الشخصية.

الفرع الأول: مفهوم البيانات الشخصية.

الفرع الثاني: صور البيانات الشخصية.

المطلب الثاني: ماهية معالجة البيانات الشخصية.

الفرع الأول: مفهوم معالجة البيانات الشخصية.

الفرع الثاني: البيانات التي يحظر معالجتها.

- المبحث الثاني: المسؤولية التقصيرية لمعالج البيانات الرقمية.
- المطلب الأول: الخطأ الموجب لمسؤولية معالج البيانات.
- الفرع الأول: الخطأ في التشريع الفرنسي والمصري.
- الفرع الثاني: صور الخطأ أو الفعل الضار (الإضرار).
- المطلب الثاني: الضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر.
- الفرع الأول: الضرر الناجم عن خطأ المسئول عن معالجة البيانات الشخصية.
- الفرع الثاني: علاقة السببية بين الخطأ والضرر.

المبحث الأول

معالجة البيانات الشخصية في البيئة الرقمية:

يبدو أن البيانات والمعلومات الشخصية المسجلة لدى العديد من الجهات مثل شركات الهاتف والمصارف أصبحت تجارة رائجة، تتداولها شركات التسويق المحترفة في السوق المصرية، ضاربة عرض الحائط بمبادئ الحفاظ على خصوصية البيانات والمعلومات التي نصت القوانين والأعراف الدولية على صيانتها، وفي ظل تحول متسارع نحو اقتصاد السوق في مصر ظهرت حاجة الشركات إلى ما يعرف بدراسات وبحوث السوق؛ لتحديد اتجاهات وأذواق المستهلكين، والأنماط الاستهلاكية، ومعرفة مجتمع المستهلكين ذاته، وتحديد شرائحه؛ لاختيار الشرائح المستهدفة. وننولي بالدراسة والبحث إيضاح البيانات الشخصية ومعالجتها في البيئة الرقمية من خلال مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: ماهية البيانات الشخصية.

المطلب الثاني: ماهية معالجة البيانات الشخصية.

المطلب الأول

ماهية البيانات الشخصية

حماية البيانات الشخصية تعني حماية خصوصية المعلومات المتعلقة بشخص الفرد وحياته الخاصة من التعرض للاعتداء وخاصة في ظل التحديات الرقمية، والحفاظ

على الخصوصية الإلكترونية للمواطن بما يضمن حماية بياناته الشخصية من الاعتداء عليها من الشركات الدولية ومواقع التواصل الاجتماعي دون موافقته، ونتولى بالدراسة والبحث البيانات الشخصية من خلال فرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول: مفهوم البيانات الشخصية.

الفرع الثاني: صور البيانات الشخصية.

الفرع الأول

مفهوم البيانات الشخصية

لا شك أن كثيراً من التعاملات في حياتنا اليومية تتطلب منا أن نعطي الكثير من البيانات الشخصية، وهذا الأمر لم يكن يشكل خطراً في الماضي، أما في الحاضر فيسبب كثيراً من الأضرار الأمر الذي معه يجب التعرف إلى البيانات الشخصية، وتمييزها عن البيانات الحساسة على النحو الآتي:

أولاً- تعريف البيانات الشخصية:

تضمن القانون الفرنسي رقم ٧ لسنة ١٩٧٨م المعدل بالقانون رقم (٨٠١) لسنة ٢٠٠٤^(١) الخاص بحماية البيانات الشخصية تعريفاً للبيانات الشخصية، وذلك في المادة الثانية منه حيث جاء فيها: "يعتبر بياناً شخصياً أي معلومة تتعلق بشخص طبيعي محددة هويته أو من الممكن تحديد هويته بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، سواء تم تحديد هويته بالرجوع إلى رقمه الشخصي، أو بالرجوع إلى أي شيء يخصه".

ويعد هذا التعريف مفهوماً حديثاً لفكرة البيانات الشخصية، وقد تبني المشرع الفرنسي هذا التعريف الواسع نتيجة لتبني الفقه والقضاء الفرنسيين لهذا التعريف على الرغم من وجود تعريف ضيق للبيانات الشخصية في القانون رقم (٧٨) لسنة ١٩٧٨م قبل تعديله بالقانون رقم (٨٠١) لسنة ٢٠٠٤م، إلا أن الفقه والقضاء الفرنسيين قد قاما

(1) Loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78 -17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, J.O, 7 août 2004, et disponible sur.

بتفسير هذا التعريف تفسيراً مرئياً؛ مما سمح بدخول جميع أشكال البيانات الشخصية تحت هذا التعريف^(٢).

كما عرّفت اللائحة الأوروبية لحماية البيانات GDPR رقم (٦٧٩) لسنة ٢٠١٦م في المادة الرابعة البيانات الشخصية بأنها: "تعني أي معلومات لها صلة بشخص تم التعرف على هويته بشكل مباشر أو غير مباشر، على وجه الخصوص بالرجوع إلى معرف شخصي مثل الاسم ورقم الضمان الاجتماعي وبيانات الموقع والمعرف عبر الإنترنت (عنوان IP أو عنوان البريد الإلكتروني) أو لواحد أو أكثر من العوامل الخاصة بالهوية البدنية أو الفسيولوجية أو الجينية أو العقلية أو الاقتصادية أو الثقافية أو الاجتماعية لهذا الشخص^(٣).

حيث تهدف اللائحة إلى منح المستخدم تحكم كامل في بياناته، ولن تتمكن الشركات من الحصول على أي بيانات من المستخدم من غير موافقة مسبقة منه، وتطبق اللائحة على أي بيانات شخصية حساسة مثل الجنسية، والأصل العرقي، والتوجه الجنسي، والحالة الصحية (حسب المادة رقم ٩)^(٤).

ورغم عدم وجود تعريف البيانات الشخصية في القانون العماني فنجد أن المرسوم السلطاني رقم (٢٠٠٨/٦٩) قد نص في المادة (٤٣) على أنه يجوز لأية جهة حكومية أو مقدم خدمات تصديق أن يجمع بيانات شخصية مباشرة من الشخص الذي تجمع عنه البيانات أو من غيره بعد الموافقة الصريحة لهذا الشخص، وذلك فقط لأغراض إصدار شهادة أو المحافظة عليها أو تسهيل ذلك . ولا يجوز جمع البيانات أو معالجتها

(2) Baffard William، Le système de traitement des infractions constatées et la protection des données personnelles, mémoire de DEA informatique et droit, faculté de droit, université de montpellier I, 2003, p.15.

(3) 'personal data' means any information relating to an identified or identifiable natural person (data subject); an identifiable natural person is one who can be identified, directly or indirectly, in particular by reference to an identifier such as a name, an identification number, location data, an online identifier or to one or more factors specific to the physical, physiological, genetic, mental, economic, cultural or social identity of that natural person .

(4) Processing of personal data revealing racial or ethnic origin, political opinions, religious or philosophical beliefs, or trade union membership, and the processing of genetic data, biometric data for the purpose of uniquely identifying a natural person, data concerning health or data concerning a natural person's sex life or sexual orientation shall be prohibited.

أو استخدامها لأي غرض آخر دون الموافقة الصريحة للشخص المجموعة عنه البيانات.

واستثناء من الفقرة السابقة يكون الحصول على البيانات الشخصية أو الإفصاح عنها أو توفيرها أو معالجتها، مشروعاً في الحالات الآتية:

أ- إذا كانت ضرورية لغرض منع أو كشف جريمة بناء على طلب رسمي من جهات التحقيق.

ب- إذا كانت مطلوبة أو مصرحاً بها بموجب أي قانون أو كان ذلك بقرار من المحكمة.

ج- إذا كانت البيانات ضرورية لتقدير أو تحصيل أية ضريبة أو رسوم.

د- إذا كانت المعالجة ضرورية لحماية مصلحة حيوية للشخص المجموعة عنه البيانات.

كما تضمن المرسوم -سالف الذكر- المحافظة على سرية البيانات فنص في المادة (٤٤)، مع مراعاة الفقرة الثانية من المادة السابقة، يتعين على مقدم خدمات التصديق اتباع الإجراءات المناسبة لضمان سرية البيانات الشخصية التي في عهده في سياق القيام بواجباته، ولا يجوز له إفشاء أو تحويل أو إعلان أو نشر تلك البيانات لأي غرض، مهما كان إلا بموافقة مسبقة من الشخص الذي جمعت عنه البيانات.

ولم يكن المشرع المصري غافلاً عن تعريف البيانات الشخصية حيث نصت المادة (١) من القانون رقم (١٧٥) لسنة ٢٠١٨م بأنها: "أى بيانات متعلقة بشخص طبيعي محدد أو يمكن تحديده، بشكل مباشر أو غير مباشر عن طريق الربط بينها وبين بيانات أخرى". كما عرّفت المادة ذاتها البيانات والمعلومات الإلكترونية بأنها: "كل ما يمكن إنشاؤه أو تخزينه، أو معالجته، أو تخليقه، أو نقله، أو مشاركته، أو نسخه بواسطة تقنية المعلومات؛ كالأرقام والأكواد والشفارات والحروف والرموز والإشارات والصور والأصوات وما فى حكمها".

وفي الحقيقة لم نجد تعريفاً للبيانات الشخصية في التشريع المصري سوى هذا التعريف، حيث خلت البنية التشريعية من قانون خاص يحمي سرية البيانات الخاصة سواء للأفراد أم للشركات.

كما نص الدستور المصري الصادر عام ٢٠١٤م في المادة (٦٨) منه على أن: "المعلومات والبيانات والإحصاءات والوثائق الرسمية ملك للشعب، والإفصاح عنها من مصادرها المختلفة، حق تكفله الدولة لكل مواطن، وتلتزم الدولة بتوفيرها وإتاحتها للمواطنين بشفافية، وينظم القانون ضوابط الحصول عليها وإتاحتها وسريتها، وقواعد إيداعها وحفظها، والتظلم من رفض إعطائها، كما يحدد عقوبة حجب المعلومات أو إعطاء معلومات مغلوطة عمداً".

وبناء على ذلك فإن الحماية القانونية تقتصر على البيانات الشخصية للأشخاص الطبيعيين فقط دون الأشخاص الاعتبارية^(٥)، كما يخرج من نطاق الحماية؛ البيانات الشخصية الخاصة بالحسابات غير محددة هوية أصحابها، كما إذا كان صاحب الحساب يستخدم اسم لا يحدد هويته أو لا يمكن بطريقة ولو غير مباشرة تحديد هويته^(٦).

ومن ثم تنصب خصوصية البيانات الشخصية على حق الأفراد أن يحددوا متى وكيف وإلى أي مدى يمكن للمعلومات الخاصة أن تصل إلى الآخرين؟ كما تعني حق الفرد في أن يضبط عملية جمع بياناته الشخصية وعملية معالجتها آلياً وطريقة حفظها وتوزيعه^(٧).

رأي الباحث:

نعرف البيانات الشخصية بأنها: "هي أي بيانات تتعلق بشخص طبيعي وتحدد هويته بطريقة مباشرة أم غير مباشرة، وأياً كانت طريقة الحصول عليها سواء من الحاسب الشخصي أم الحاسب الخاص بأحدى المؤسسات أو الجهات الأخرى، فهي محمية ومصانة، ولا يجوز التعرض لها إلا للمصلحة العامة وفقاً لما تحدده السلطات العامة".

⁽⁵⁾ Sophie LOUVEAUX, électronique et la protection de la vie privée, Art disponible sur, <http://www.crid.be/pdf/crid/4710.pdf>.

^(٦) د. محمد محمد القطب: الحماية المدنية للمعلومات الشخصية في مواجهة الثورة التكنولوجية لوسائل الاتصال والتواصل، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة - كلية الحقوق، عدد ٦٧، ٢٠١٨م، ص ٨٠٦.

^(٧) د. محمد محمد القطب: المرجع السابق، ص ٨٠٦.

ويمكننا التعقيب على التعريفات السابقة لتوضيح الإيجابيات والسلبيات:

١- الإيجابيات:

- أ. اتفقت معظم التعريفات على تحديد البيانات الشخصية، كما أنها تمنح الشخص صاحب البيانات تحكم كامل في بياناته.
- ب. كما أنها قدمت الحماية القانونية من أجل منع الشركات من الحصول على أي بيانات من المستخدم دون موافقة مسبقة منه، كما تنطبق اللائحة على أي بيانات شخصية حساسة أو غيرها.
- ج. أن التعريفات تتسع لتشمل أي بيانات سواء الحساسة أو غيرها أو معلومات أو أرقام أو حروف أو الهوية أو غير ذلك.

٢- السلبيات:

- أ. هناك بعض القوانين -كالقانون المصري- قد قصرت الحماية على البيانات المتعلقة بشخص طبيعي محدد وأغفلت الشخص المعنوي، سيما وأن هذا الأخير قد يكون له بيانات تتطلب حمايتها.
- ب. هناك بعض القوانين لم تعرّف البيانات الرقمية بطريقة صريحة لكنها قد وضعت ضوابط معينة كاشتراطها الموافقة الصريحة للشخص، وهذا ما نهجه القانون العماني حيث نص عليه المرسوم السلطاني رقم (٢٠٠٨/٦٩)، ومن وجهة نظرنا أن ذلك ليس كافٍ لإيضاح ماهية البيانات الرقمية.

ثانياً - تمييز البيانات الحساسة عن البيانات الشخصية:

البيانات الحساسة هي: فئة من البيانات الشخصية، ذات نطاق أضيق من نطاق البيانات الشخصية بشكل عام، وتحظر غالبية القوانين جمعها؛ نظرًا لارتباطها المباشر بحقوق إنسانية، وحرّيات أساسية تقرها مواثيق دولية، وقوانين أساسية كالدساتير، فهذه البيانات -بحسب التعريف الذي اعطي لها- كل معلومة تكشف العرق، والأثنية، والمعتقدات الفلسفية والدينية، والآراء السياسية، والنشاطات النقابية، والصحة، والحياة الجنسية، وبذلك ترتبط هذه البيانات بحرية المعتقد ومنع التمييز وحرية الرأي.

كما تضمنت اللائحة الأوربية لحماية البيانات الشخصية رقم (٦٧٩) في المادة التاسعة^(٨) ذكرًا لهذه البيانات فنصت على أن: "معالجة البيانات الشخصية التي تكشف عن الأصل العرقي أو الإثني أو الآراء السياسية أو المعتقدات الدينية أو الفلسفية أو العضوية في النقابات العمالية ، ومعالجة البيانات الوراثية أو البيانات البيومترية لغرض التحديد الفريد للشخص الطبيعي أو البيانات المتعلقة بالصحة أو البيانات المتعلقة بشخص طبيعي تحظر حياة الشخص الجنسية أو ميله الجنسي".

كما ورد ذكرها في تشريعات مختلفة، حيث أطلق عليها المشرع القطري بيانات ذات طبيعة خاصة؛ وذلك نظرا لأهميتها وخطورتها^(٩)، وأتاح المشرع القطري إمكانية إضافة أنواع جديدة من البيانات ذات الطبيعة الخاصة بقرار من الوزير المختص، إذا كان من شأن سوء استخدامها أو إفشائها، إلحاق ضرر جسيم بالفرد. كما أعطي الوزير صلاحية فرض احتياطات إضافية؛ لحماية هذا النوع من البيانات. أما المشرع المصري، فقد أعطى هذه الإمكانية لجهاز حماية البيانات.

وتظهر القواعد الخاصة بتنظيم حماية هذه البيانات، في المبادئ والاستثناءات، الواردة في قوانين الحماية، والمبدأ العام، هو حظر معالجتها، إلا من قبل إدارات الدولة المختصة، ضمن اطر القوانين المرعية للإجراء .

وهنا تجدر الإشارة، إلى إمكانية تعريف فئات البيانات الحساسة، بشكل مختلف في القانون، نظرًا إلى الاختلافات التقليدية بين الأنظمة القانونية. والنتيجة الحتمية لهذا

(8) Processing of personal data revealing racial or ethnic origin, political opinions, religious or philosophical beliefs, or trade union membership, and the processing of genetic data, biometric data for the purpose of uniquely identifying a natural person, data concerning health or data concerning a natural person's sex life or sexual orientation shall be prohibited.

(٩) حيث نصت المادة ١٦ من القانون ١٣ لسنة ٢٠١٦ م على أنه: "تعد بيانات شخصية ذات طبيعة خاصة، البيانات المتعلقة بالأصل العرقي، والأطفال، والصحة أو الحالة الجسدية أو النفسية، والمعتقدات الدينية، والعلاقة الزوجية، والجرائم الجنائية. وللوزير أن يضيف أصنافاً أخرى من البيانات الشخصية ذات الطبيعة الخاصة، إذا كان من شأن سوء استخدامها أو إفشائها إلحاق ضرر جسيم بالفرد. ولا يجوز معالجة البيانات الشخصية ذات الطبيعة الخاصة، إلا بعد الحصول على تصريح بذلك من الإدارة المختصة، وفقاً للإجراءات والضوابط التي يصدر بتحديد قرار من الوزير. وللوزير، بقرار منه، فرض احتياطات إضافية لغرض حماية البيانات الشخصية ذات الطبيعة الخاصة".

الأمر، ستكون تباينات على مستوى التشريع، أو على مستوى الإطار التنظيمي الذي يختص بحظر معالجتها، أو السماح بها^(١٠).

وبضاف إلى ذلك، صعوبة إيجاد توافق عالمي على تحديد فئات من البيانات التي تعد حساسة؛ ولذلك، نلاحظ أن الإرشادات التي أقرتها منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية، قد بقيت في إطار التنظيم العام حين نصت على ضرورة إيجاد أطر مناسبة، تمنع معالجة بعض فئات البيانات الشخصية^(١١).

الفرع الثاني

صور البيانات الشخصية

تحديد صور للبيانات الشخصية ليس بالأمر الهين، بل هو صعب؛ نظرًا لتطور الإنترنت يومًا بعد الآخر، ففي الماضي كانت صور البيانات الشخصية تتطوى على الاسم والصورة والحالة العائلية والمعتقدات السياسية، بينما في الحاضر تطورت صور هذه البيانات عبر الإنترنت ومواقع التواصل الاجتماعي، وأصبح هناك بيانات رقمية جديدة تتطوي على خصوصية لأصحابها مثل البريد الإلكتروني وغيره، ونعرض لهذه البيانات على النحو الآتي:

١ - الاسم واللقب:

الاسم هو العلامة التي يتميز بها الإنسان عن غيره، ويتكون في العادة من اسم الفرد ثم أسم أبيه متبوعاً باسم الجد، وهذا هو الاسم بمعناه الضيق (أي أسم الشخص وحده) أما الاسم بمعناه الواسع يشمل الاسم الشخصي واللقب معاً، ويقصد باللقب اللفظ الذي يطلق على العائلة أو الأسرة التي ينتمي إليها الشخص، ويشترك كل أفراد العائلة

(١٠) د. مني الاشقر جبور، محمود جبور: البيانات الشخصية والقوانين العربية، المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية مجلس وزراء العدل العرب، الطبعة الأولى بيروت، لبنان، ٢٠١٨م، ص ٨١.

(١١) "Le présent règlement laisse aussi aux États membres une marge de manoeuvre pour préciser ses règles، y compris en ce qui concerne le traitement de catégories particulières de données à caractère personnel (ci-après dénommées «données sensibles»)".

في حمله، ولقد نصت على ذلك المادة (٣٨) من القانون المدني: "يكون لكل شخص اسم ولقب، ولقب الشخص يلحق أولاده"، فاللقب يكتسب بالنسب.

كما أنه من حق الشخص أن يغير اسمه لأي أسباب يراها، ولما كان الاسم هو العلامة المميزة للشخص في الأسرة والمجتمع معاً، فلا يستطيع الشخص بإرادته المنفردة وحدها أن يقوم بتغيير اسمه، وقد نصت المادة (٤٧) من قانون الأحوال المدنية المصري رقم (١٤٣) لسنة ١٩٩٤م على أنه: "لا يجوز إجراء أي تغيير أو تصحيح في قيود الأحوال المدنية المسجلة عن وقائع الميلاد والوفاة وقيد الأسرة إلا بناء على قرار يصدر بذلك من اللجنة المنصوص عليها في المادة السابقة".

والحق في الاسم من الحقوق للصيقة بالشخصية، وهو لذلك يتسم بالخصائص التي تتميز بها تلك الحقوق من عدم القابلية للتصرف وكذلك عدم الانتقال للورثة بعد الوفاة وعدم القابلية للتقادم، فهو حق ملازم للإنسان يستمر معه حتى مماته^(١٢).

وفي هذا الشأن نص المرسوم سلطاني رقم (٢٩ / ٢٠١٣) بإصدار قانون المعاملات المدنية في المادة (٣١) على أن: "يكون لكل شخص اسم وقبيلة أو لقب أو كلاهما معاً، وقبيلة الشخص أو لقبه يلحق أولاده".

كما نصت المادة (٤٧) من المرسوم سالف الذكر على أن: "لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه بلا مبرر أو انتحل الغير اسمه دون حق أن يطلب وقف هذا الاعتداء وله التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر".

٢- صورة الشخص:

هناك تعريفات عديدة للحق في الصورة، فهناك من عرفه بأنه: "الحق الذي يتيح للشخص أن يمنع غيره من أن يرسمه أو يصوره فوتوغرافياً دون أي إذن صريح أو ضمني منه"^(١٣)، وهناك من عرفه بأنه: "حق الإنسان في أن يعترض على إنتاج صورته، ونشرها بدون رضائه، ويستوي إنتاج الصورة بالطرق التقليدية كالرسم بأنواعه

(١٢) د. أنور سلطان: المبادئ القانونية العامة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، بدون تاريخ نشر، ص ٣٣.

(١٣) د. عبد الحي حجازي: المدخل لدراسة العلوم القانونية وفقاً للقانون الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٠م، ص ١٨٥.

على الورق أو القماش أو الزجاج أو النحت، أو بالوسائل الميكانيكية الحديثة كالتصوير الفوتوغرافي^(١٤)، وهناك من كان أكثر وضوحاً إذ بين "بأنه ليس فقط حق الشخص في الاعتراض على نشر صورته دون موافقته بل والاعتراض على تصويره بداءة"^(١٥).
وطبقاً للمادة التاسعة من القانون المدني الفرنسي^(١٦) فإن لكل شخص الحق في أن يعترض على إنتاج صورته، والحق في الصورة يخول صاحبه سلطات ثلاث هي:

أ- سلطة الاعتراض على النقاط الصورة.

ب- سلطة الاعتراض على عرض الصورة.

ت- سلطة الاعتراض على نشر الصورة.

وقد نص المشرع المصري على الحق في الصورة صراحة في قانون الملكية الفكرية النافذ^(١٧) إذ أفاد بعدم جواز نشر صورة شخص من دون أخذ موافقته، وهذا يعد تأكيداً على حق الإنسان في صورته إذ أن جوهر هذا الحق هو سلطة الشخص في الاعتراض على النقاط صورة له أو نشرها.

فصورة الشخص ترسم ملامحه المادية الجسدية وتعكس ما يدور في خلده من أفكار، وما يعتريه من انفعالات، وما يخفيه من مشاعر ورغبات فهي ترتبط به ارتباطاً وثيقاً باعتبارها المرآة التي تكشف عن ذاته ومن خلالها يمكن التعرف عليه ورصد مكنونات نفسه^(١٨)، وفي ظل الانفتاح على تكنولوجيا العصر نجد أن تطبيقات مواقع التواصل الاجتماعي على الإنترنت تتيح للمستخدمين أن يقوموا بتعريف ملامحهم الشخصية من خلال البيانات التي يدونها وعرض الصور، والاتصال بالأصدقاء الذين

(١٤) د. سعيد جبر: الحق في الصورة، دار النهضة العربية، ١٩٨٦م، ص ١٥.

(١٥) د. علاء عبد الباسط خلاف: الحماية الجنائية لوسائل الاتصال الحديثة (الحاسب الآلي،

الكمبيوتر، الإنترنت) منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٤م، ص ١٧٧.

(١٦) التي أضيفت بالقانون رقم ٦٢٤ - ٧٠ / تموز ١٩٧٠، وانظر في ذلك د/ هشام محمد فريد:

الحماية الجنائية لحق الإنسان في صورته، الناشر مكتبة الآلات الحديثة بأسسيوط، بدون سنة طبع،

ص ٢٤.

(١٧) المادة (١٧٨) من قانون الملكية الفكرية المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢م.

(١٨) د. سعيد جبر: الحق في الصورة، دار النهضة العربية، سنة ١٩٨٦ ص ١.

تعرفوا عليهم عن طريق الإنترنت أو في الواقع الحقيقي ومشاهدة البيانات الشخصية للآخرين.

وقد جاء نص المادة (٤٦) من قانون المعاملات المدنية مؤكداً على أن: "لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء، وله التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر"، ومفاد ذلك النص أنه يحق لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من تلك الحقوق اللصيقة بشخصه أن يطلب وقف هذا الاعتداء لكونه باطلاً بطلاناً مطلقاً.

ويمكن التمسك بذلك البطلان وبحق المطالبة بوقف الاعتداء في أي مرحلة تكون عليها الدعوى، كما وأنه لا يجوز التنازل عنه لتعلقه بالنظام العام للدولة.

والاعتداء غير المشروع على الحقوق الملازمة للشخص يكون متمثلاً في التعدي على صورته الشخصية وانتحال صفته كما يكون هذا الاعتداء على حق هذا الشخص في الحياة والحرية والحصول على الهواء والماء والغذاء وكل ما يلزم الحفاظ على حياته، ويشمل أيضاً كل اعتداء على شرف الإنسان وسمعته وكرامته وجسده وحياته الخاصة.

وقد اعتبرت اللجنة القومية للحريات في فرنسا أن صورة الشخص الطبيعي -سواء كانت صورة ثابتة أم صورة متحركة- بيان شخصي يخضع للحماية القانونية، وكذلك الأمر بالنسبة إلى صوت الشخص، فقد اعتبرته اللجنة بياناً شخصياً، وقد استندت اللجنة في ذلك إلى أن التكنولوجيا الرقمية الحديثة قد سمحت بمعالجة الصوت والصورة ووضعهم على دعامة واحدة بجانب النص، مما يؤدي إلى اعتبارهما بيانات شخصية يمكن معالجتها بطريقة منفصلة^(١٩).

⁽¹⁹⁾ CNIL, Délibération 96-009 du 27 février 1996, Délibération portant adoption du rapport intitulé "Les informations personnelles issues de la voix et de l'image et la protection de la vie privée et des libertés fondamentales", disponible sur: www.legifrance.gouv.fr.

وقد أقر القضاء في فرنسا على أن الاعتداء على الحق في الحياة الخاصة في وسائل النشر كافة يشكل خطأ موجباً للمسئولية المدنية^(٢٠)، وفي قضايا النشر عبر مواقع التواصل الاجتماعي فالاعتداء على الحياة الخاصة يكون موجباً للمساءلة الجنائية، فضلاً عن التعويض المدني^(٢١).

وفي قرار لمحكمة النقض الفرنسية في ٢٠١٥/٢/٤م، طبقت المحكمة المادة (٩) من القانون المدني على دعوى تتلخص وقائعها بقيام أحد الأشخاص بنشر صور عائلية للمدعية على الموقع، وكان النشر يسمح لكل شخص الاطلاع عليه، ما تبعها مجموعة من التعليقات المسيئة، وقد عدت المحكمة أن النشر هو اعتداء على الحق في الحياة الخاصة ما يستوجب التعويض، وقد صدقت محكمة النقض على حكم محكمة الموضوع التي قضت بمبلغ ١٠.٠٠٠ يورو تعويضاً عن الأضرار التي لحقت المدعية^(٢٢).

ولا شك أن اعتبار صوت الإنسان وصورته بياناً شخصياً هو مما لا شك فيه مفهوم حديث للبيانات الشخصية، ففكرة البيانات الشخصية إلى وقت قريب كانت قاصرة على البيانات الاسمية، وهي الاسم واللقب والسن والوظيفة، أما أن يعتبر كل من الصوت والصورة بياناً شخصياً فهو بالأمر الجديد، فما استندت إليه لجنة الحريات الفرنسية يعضد هذا التوجه الحديث.

فالتكنولوجيا الرقمية سمحت بأن يتم معالجة الصوت والصورة باستخدام الكمبيوتر، وأن يتم إضافة نص لصورة معينة أو إضافة صوت لنص معين، ويتم ذلك باستخدام

^(٢٠) ينظر: حكم محكمة النقض الفرنسية في ١٩٩٦/٣/٦م، وحكما في ٢٠٠٦/٣/٧م، دالوز، ينظر حكم محكمة النقض الفرنسية في ٢٠٠٦/٧/٤م، دالوز، القانون المدني الفرنسي بالعربية، جامعة القديس يوسف، بيروت، دالوز للطباعة العربية، ٢٠١٢م، ص ٥٣.

^(٢١) د. أسنر خالد: المسؤولية المدنية عن انتهاك الخصوصية عبر مواقع التواصل الاجتماعي، دار النهضة العربية، ٢٠١٨م، ص ٥٤.

^(٢٢) Cour de cassation, 1ère chambre civile, arrêt du 4 février 2015, Available on the link: <https://www.legalis.net/jurisprudences/cour-de-cassation-1ere-chambre-civile/arrêt-du-4-fevrier-2015/>

برامج الكمبيوتر، فكل ذلك يؤدي إلى اعتبار الصوت والصورة بيانات شخصية يمكن معالجتها^(٢٣).

٣- الرقم الشخصي:

هو رقم تمنحه الدولة أو الجهة المختصة بها للشخص الطبيعي لتمييزه به لديها عن الأشخاص الآخرين، مثل رقم تحقيق الشخصية (الرقم القومي)، وهو رقم خاص بكل شخص على مستوى الدولة، وكذلك الأمر بالنسبة إلى الرقم التأميني، وهو رقم التأمين الاجتماعي الخاص بالشخص الطبيعي، كذلك رقم التأمين الصحي، وأي رقم آخر ينفرد به الشخص الطبيعي كرقم الاشتراك في مكتبة أو وسيلة مواصلات، المهم أن يكون الرقم خاصاً بالشخص فقط وغير متكرر.

وأيضاً رقم الهاتف يعتبر له خصوصية، وفي حالة افشائه يصبح الشخص أكثر عرضة للمضايقات من الآخرين، خاصة وأن هناك الكثير من المؤسسات تستخدم رقم الهاتف لإرسال رساله قصيرة تتضمن عرض عن منتجاتها على العملاء.

وفي الواقع ليس هناك أى مادة قانونية فى القانون المصرى أو العمانى تمنح حماية للرقم الشخصي، رغم أن معظم التعاملات تتم بطريقة إلكترونية وتتطلب رقم شخصي، لذا نرى أنه لابد من صدور تشريع عاجل يتضمن حماية لأى رقم شخصي يضمن حمايته من السرقة.

٤- البيانات المتعلقة بالذمة المالية:

في بداية الأمر، ذهب القضاء والفقه الفرنسي إلى أن الذمة المالية تعتبر من العناصر المتعلقة بالمعلومات الشخصية التي يعتبر الكشف عنها أو نشرها اعتداءً على الحق في الخصوصية^(٢٤)، فعلى سبيل المثال، ذهب القضاء إلى أن نشر معلومات متعلقة بدخل صحفي من قبل الصحيفة التي كان يعمل بها، قبل قيامها بفصله من

(٢٣) د. سامح عبدالواحد: مرجع سابق، ص ٣٩٩.

(24) En ce sens, Cass. 2e civ, 20 août: 1976: Bull. civ., II, n° 279, pour la publication d'informations sur l'achat et la location d'un immeuble et l'achat de son étude par un huissier. - TGI Marseille, 29 sept. 1982, Pucciarelli c/ Rignetti: D. 1984, jurispr. p.64, note approbative R. Lindon ; JCP G 1983, IV, p.339.

العمل، يمثل اعتداءً على الحق في حياته الخاصة^(٢٥)، وبالإضافة بنشر معلومات إلى ما سبق، ذهب القضاء الفرنسي إلى أن قيام أحد الصحف بالكشف عن حجم وقيمة الثروة التي يمكن أن يحصل عليها أو يرثها شخص في المستقبل يمثل اعتداءً على الحياة الخاصة^(٢٦)، وأضاف القضاء الفرنسي أيضاً إلى أن قيام لجنة المنشأة التي يعمل بها الشخص بإجباره على تقديم إقرار الذمة به حتى يتمكن من الحصول على مقابل رصيد الإجازات يمثل المالية الخاص اعتداءً على الحق في حياته الخاصة^(٢٧).

وقد أهتم المشرع المصري بالبيانات المتعلقة بالذمة المالية للأشخاص وإصدار قرار بقانون رقم (٢٠٥) لسنة ١٩٩٠م في شأن سرية الحسابات بالبنوك، حيث نصت المادة الأولى على أن: "تكون جميع حسابات العملاء وودائعهم وأماناتهم وخزائنها في البنوك وكذلك المعاملات المتعلقة بها سرية ولا يجوز الاطلاع عليها أو إعطاء بيانات عنها بطريق مباشر أو غير مباشر إلا بإذن كتابي من صاحب الحساب أو الوديعة أو الأمانة أو الخزينة أو من أحد ورثته أو من أحد الموصي لهم كل أو بعض هذه الأموال أو من النائب القانوني أو وكيل المفوض في ذلك أو بناء على حكم قضائي أو حكم محكمين"^(٢٨).

٥ - العنوان:

عنوان الإنسان يعتبر بياناً شخصياً سواء كان عنوان منزله الذي يقيم فيه عادة أو عنوان عمله أو عنوان المكان المخصص لقضاء العطلات^(٢٩).

ويقصد بالعنوان في القانون موطن الشخص ويعرف هذا الأخير بأنه: "المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة، وينبغي أن يتوفر في الموطن مصدر الاستقرار، ونية

(25) TGI Marseille, 29 sept. 1982, D. 1984, jurispr. p. 64, note approbative R. Lindon; JCP G 1983, IV, p. 339.

(26) TGI Paris, tre ch., 11 juill., 1984, D. 1985, inf, rap, p. 166, obs.

(27) Cass, 1re civ., 29 mai 1984 : Juris-Data n° 1984-701614; Bull, R. Lindon civ, I, n° 176, p. 149; D. 1985, somm. p. 17, obs. Lindon.

(28) نشر بالجريدة الرسمية العدد ٣٩ مكرر بتاريخ ١٠/٢/١٩٩٠م، ألغى بالقانون ٨٨ لسنة ٢٠٠٣م.

(29) Julien le CLAINCHE, Le traitement des données à caractère personnel dans le cadre d'un site web, étude disponible sur www.droit-ntic.com, la date de mise en ligne est: 1/9/2003, p.5.

الاستقرار، وهو يقوم على الإقامة الفعلية مع الأهل والأولاد والأسرة، وينبغي ألا يكون قصد الشخص الارتحال عنه.

وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا عندما قضت بأنه^(٣٠) لا يجوز أن يقتصر الموطن على محل السكن، ولكنه ينبغي أن يتوافر في الموطن أن يقيم فيه الشخص، وأن تكون إقامته فيه صفة مستمرة على وجه يتحقق به شرط الاعتياد ويتوافر فيه معني الرابطة بين الشخص ومكان معين بالذات، وهذا لا يتوافر في البلد الذي يقيم فيه الشخص الذي يعمل في البلاد العربية بنظام الإعارة أو التعاقد الشخصي، إذ لا يقوم أية رابطة بين الشخص ومكان السكن في الخارج، ولا يوصف مسكن هؤلاء العاملين بأنه موطن بأي حال؛ لأن هذا السكن عارض وليس محل الإقامة على سبيل الاعتياد، ولا يتوفر بشأنه نية الاستيطان المعتاد والاستقرار فيه وعدم الارتحال منه، وطبقاً لنص المادة (٤/٢٥) من قانون مجلس الدولة فإن مكتب المحامي الموقع على العريضة يعد محلاً مختاراً للطالب، كما يعتبر المحامي الذي ينوب عن ذوي الشأن في تقديم ملاحظاتهم محلاً مختاراً لهم، كل ذلك إلا إذا عينوا محلاً مختاراً غيره.

وعرف المرسوم السلطاني رقم (٢٩ / ٢٠١٣) بإصدار قانون المعاملات المدنية الموطن، حيث نصت المادة (٣٧) على أن: "١- الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة. ٢- يجوز أن يكون للشخص في وقت واحد أكثر من موطن".

٦- الحالة الاجتماعية:

أي معلومات خاصة بالحالة العائلية للشخص هي بيانات شخصية؛ أي ما إذا كان الشخص متزوجاً أو أعزب أو مطلقاً^(٣١).

وتعد حرمة الحياة العائلية للشخص عنصراً أساسياً ومهما من عناصر الحق في الحياة الخاصة، ولقد أجمع الفقه القانوني والمحاكم على تأكيد حق الإنسان في حماية أسراره العائلية، وعلة ذلك أن حياة الإنسان العائلية تحمل بين جنباتها أسراراً تمس

(٣٠) حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٣١٠٩ لسنة ٣١ ق، جلسة ١٩٨٨/١/٣٠.

(٣١) Sophie PENAPORTA, Les Données personnelles et leur traitement, Art. disponible sur, la date de mise en ligne est: 2 mars 2005.

الأخلاق والشرف والاعتبار والعلاقات الأسرية والاجتماعية التي يحتاج الشخص لإحاطتها بالكتمان وحفظها بعيداً عن معرفة الناس^(٣٢).

٧- الحالة الصحية:

تعد البيانات المتعلقة بصحة الفرد من صميم خصوصياته التي لا يجوز الكشف عنها؛ لذا يحظر جمع أو معالجة البيانات الشخصية التي تكشف بشكل مباشر أو غير مباشر عن صحتهم أو حياتهم الجنسية، وذلك وفقاً للمادة (٨) من قانون حماية البيانات الشخصية الفرنسي^(٣٣)، ولم يكن هناك نص صريح في القانون قبل تعديله يعتبر أي معلومات متعلقة بالحالة الصحية بيانات شخصية، ولكن على الرغم من ذلك عدت اللجنة القومية للحريات أن المعلومات المتعلقة بالحالة الصحية بيانات شخصية. وكذلك نصت المادة (٩)^(٣٤) من اللائحة الأوربية (٦٧٩) الصادرة سنة ٢٠١٦م، كما نصت المادة ذاتها في الفقرة الثانية (i/2) على أن: "المعالجة تكون ضرورية؛ لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة في مجال الصحة العامة، مثل الحماية من التهديدات الخطيرة عبر الحدود للصحة أو لضمان معايير عالية من الجودة والسلامة للرعاية الصحية والمنتجات الطبية أو الأجهزة الطبية، على أساس الاتحاد أو قانون الدول الأعضاء الذي ينص على تدابير مناسبة ومحددة لحماية حقوق وحريات موضوع البيانات، ولا سيما السرية المهنية".

(٣٢) د. أسامة بن غانم العبيدي: حماية الحق في الحياة الخاصة في مواجهة جرائم الحاسب الآلي والإنترنت، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد ٩٢ العدد ٣١، ص ٦٣، د. محمد بن حيدة: حق الإنسان في معلوماته الشخصية، مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية ع ٢٤، ٢٠١٦م، ص ٧٩.

(٣٣) Art 8-1: IL est interdit de collecter ou de traiter des données à caractère personnel qui Font apparaître, directement ou indirectement, les origines raciales ou ethniques, les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou l'appartenance syndicale des personnes, ou qui sont relatives à la santé ou à la vie sexuelle de celles-ci.

(٣٤) Processing of personal data revealing racial or ethnic origin, political opinions, religious or philosophical beliefs, or trade union membership, and the processing of genetic data, biometric data for the purpose of uniquely identifying a natural person, data concerning health or data concerning a natural person's sex life or sexual orientation shall be prohibited.

ورغم أن المشرع المصري لم يسن قانون لحماية البيانات الشخصية ومنها البيانات الصحية، إلا أنه قد حظر في المادة (٣١٠) من قانون العقوبات المصري على الطبيب أن يقوم بإفشاء السر الطبي للمريض.

٨- الأصول العرقية:

أي معلومات تتعلق بالأصول العرقية للإنسان هي بيانات شخصي؛ وذلك وفقاً لنص المادة (٨) من قانون حماية البيانات الشخصية، وكذلك المادة (٩)^(٣٥) من اللائحة الأوربية (٦٧٩).

٩- الجنسية:

عدت اللجنة القومية للحريات أن المعلومات المتعلقة بجنسية الإنسان تعد بيانات شخصية تخضع للحماية القانون^(٣٦).

المطلب الثاني

ماهية معالجة البيانات الشخصية

ترتكز هذه العملية في جوهرها على التعامل مع البيانات الشخصية، وتحتل على هذا الأساس، حيزاً واسعاً في القوانين، وتتطلب التطرق إلى مسائل عدة متفرعة، فنظام معالجة البيانات الشخصية هو من أهم الأنظمة التي لا بد أن تحظى بأهمية بالغة في الوقت الحالي خاصة بعد التطور التكنولوجي ودخول الأخيرة في شتي مناحي الحياة، سيما وأنه من خلال عملية المعالجة يستطيع المعالج من كشف أي بيانات شخصية قد تكون مضرّة بصاحبها أو تتعلق بخصوصيته التي يعمل دائماً على حجبها عن

⁽³⁵⁾ Processing of personal data revealing racial or ethnic origin, political opinions, religious or philosophical beliefs, or trade union membership, and the processing of genetic data, biometric data for the purpose of uniquely identifying a natural person, data concerning health or data concerning a natural person's sex life or sexual orientation shall be prohibited.

⁽³⁶⁾ CNIL, Délibération nQ 91-33 du 7 Mai 1991 portant avis relative à la création d'un traitement automatisé d'informations nominatives concernant une application de gestion des dossier des ressortissants étrangers en france, disponible sur:

<https://www.legifrance.gouv.fr/cnil/id/CNILTEXT000017652649/>

الآخرين، ونتولى إيضاح نظام المعالجة للبيانات الشخصية، والبيانات التي يحظر معالجتها من خلال فرعين :

الفرع الأول: مفهوم معالجة البيانات الشخصية.

الفرع الثاني: البيانات التي يحظر معالجتها.

الفرع الأول

مفهوم معالجة البيانات الشخصية

استطاع المشرع الفرنسي أن يضع تنظيمًا قانونيًا متكاملًا لمعالجة البيانات الشخصية وذلك بمقتضى القانون رقم (٨٠١) لسنة ٢٠٠٤م، كذلك تولت اللائحة الأوربية تنظيم دقيق لعملية المعالجة، في حين لم ينظم المشرع المصري والعُماني عملية المعالجة تنظيمًا دقيقًا.

وأول ما يمكن ملاحظته أن المشرع الفرنسي لم يحظر معالجة البيانات الشخصية، وإنما وضع شروطاً يجب استيفاؤها عند القيام بهذه المعالجة، وعدم مراعاة هذه الشروط يؤدي إلى القول بأن المعالجة للبيانات الشخصية غير مشروعة، ومن يقيم بها قد يتعرض للجزاء الجنائي.

وباستقراء القوانين المنظمة لمعالجة البيانات الشخصية تتضمن أي إجراء يتعلق بهذه البيانات أيًا كانت الطريقة التي استخدمت في هذا الإجراء، فأى إجراء يتم اتخاذه ويكون متعلقًا بالبيانات الشخصية يعتبر في نظر القانون معالجة لهذه البيانات، ولهذه العملية أهمية بالغة حيث أنها من خلالها يمكن الكشف عن خصوصية الأشخاص.

أولاً- تعريف معالجة البيانات الشخصية:

تضمنت التشريعات المختلفة تعريف معالجة البيانات الشخصية، ونعرض لها على النحو التالي:

نصت المادة (٨) من قانون المعلوماتية الفرنسي على أنه: "يحظر جمع أو معالجة البيانات ذات الطابع الشخصي، والتي من شأنها أن تكشف، بشكل مباشر أو غير

مباشر، عن الأصول العرقية أو الآراء السياسية أو الفلسفية أو العقيدة الدينية أو الانتماء النقابي للشخص، أو تلك التي تتعلق بصحته أو بحياته الجنسية^(٣٧).

وقد وضع القانون الفرنسي رقم (١٧) الصادر سنة ١٩٧٨م من قانون حماية البيانات الشخصية، تعريفاً لمعالجة البيانات الشخصية في المادة الثانية هي: "أي إجراء يتعلق بالبيانات الشخصية أيّاً كانت الطريقة المستخدمة في هذا الإجراء، وخاصة التجميع، التسجيل، التنظيم، الحفظ، التعديل، الاستخلاص، الاطلاع، الاستخدام، الإبلاغ عن طريق النقل، النشر، الربط، المنع، المحو والتدمير"^(٣٨)، كما أن المشرع الفرنسي قد عاقب كل من أساء استخدام نظام المعالجة الآلية للبيانات.

كما عرف قانون المعاملات الإلكترونية العماني (٢٠٠٨/٦٩) معالجة البيانات في المادة الأولى منه بأنه " أية عملية أو مجموعة عمليات يتم إجراؤها على البيانات الشخصية عن طريق وسائل تلقائية أو غيرها أو جمعها أو تسجيلها أو تنظيمها أو تخزينها أو تعديلها أو تحويلها أو استرجاعها أو مراجعتها أو الإفصاح عنها عن طريق إرسالها أو توزيعها أو إتاحتها بوسائل أخرى أو تنسيقها أو ضم بعضها البعض أو حجبها أو محوها أو إلغائها.

وأحسن المشرع العماني صنفاً حين تتطلب من معالج البيانات إعلام صاحبها، حيث نصت المادة (٤٥) على أن يجب على أي شخص يسيطر على بيانات شخصية بحكم عمله في معاملات إلكترونية، قبل معالجة تلك البيانات، إعلام الشخص الذي جمعت عنه بواسطة إشعار خاص بالإجراءات التي يتبعها لحماية البيانات الشخصية، ويجب أن تتضمن هذه الإجراءات تحديد هوية المسؤول عن المعالجة وطبيعة البيانات والغرض من معالجتها وطرق ومواقع المعالجة، وكل المعلومات الضرورية؛ لضمان معالجة مأمونة للبيانات.

(37) Il est interdit de "collecter ou de traiter des données à caractère personnel qui font apparaître, directement ou indirectement, les origines raciales ou ethniques, les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou l'appartenance syndicale des personnes, ou qui sont relatives à la santé ou à la vie sexuelle de celles-ci".

(38) Sophie PENA PORTA, Les Données personnelles, leur collecte et leur traitement, Art. préci.

كما منع المشرع العمانى المعالجة، إذا كانت تسبب ضرراً للأشخاص المادة (٤٨)، لا يجوز معالجة بيانات شخصية بواسطة أي مسيطر على البيانات، إذا كانت تلك المعالجة تسبب ضرراً للأشخاص الذين جمعت عنهم البيانات أو تنال من حقوقهم أو حرياتهم.

كما عرفت اللائحة الأوربية المعالجة رقم (٦٧٩) لسنة ٢٠١٦م في المادة الرابعة الفقرة الثانية بأنها: "تعني أي عملية أو مجموعة من العمليات التي يتم إجراؤها على البيانات الشخصية أو على مجموعات من البيانات الشخصية، سواء كان ذلك باستخدام الوسائل الآلية أم لا، مثل التجميع أو التسجيل أو التنظيم أو الهيكلة أو التخزين أو التكيف أو التغيير أو الاسترجاع أو الاستشارة، الاستخدام أو الإفصاح عن طريق الإرسال أو النشر أو الإتاحة أو المواءمة أو الجمع أو التقييد أو المحو أو التدمير^(٣٩)."

وتضمن القانون المصري (١٧٥) لسنة ٢٠١٨م فى شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات أنها: "أي عملية إلكترونية أو تقنية تتم كلياً أو جزئياً، لكتابة، أو تجميع، أو تسجيل، أو حفظ، أو تخزين، أو دمج، أو عرض، أو إرسال، أو استقبال، أو تداول، أو نشر، أو محو، أو تدمير، أو تعديل، أو استرجاع، أو استبدال للبيانات والمعلومات الإلكترونية، وذلك باستخدام أى وسيط من الوسائط أو الحاسبات أو الأجهزة الأخرى الإلكترونية أو المغناطيسية أو الضوئية أو ما يستحدث من تقنيات أو وسائط أخرى، وجمع البيانات الشخصية للمستخدم ليس محظوراً بذاته، بل المحظور هو الجمع الذى يتم بطريق غير مشروع كالتدليس أو ذلك الذى يتم بالرغم من اعتراض صاحب هذه البيانات، ويعد جمع هذه البيانات بطريق التدليس جريمة يعاقب عليها بالسجن لمدة خمس سنوات وغرامة ثلاثمائة ألف يورو (م ٢٢٦ / ١٨ عقوبات فرنسى)^(٤٠)."

(39) "processin" means any operation or set of operations which is performed on personal data or on sets of personal data, whether or not by automated means, such as collection, recording, organisation, structuring, storage, adaptation or alteration, retrieval, consultation, use, disclosure by transmission, dissemination or otherwise making available, alignment or combination, restriction, erasure or destruction.

(40) Article 226-18 du Code pénal: "Le fait de collecter des données à caractère personnel par un moyen frauduleux, déloyal ou illicite est puni de 5 ans d'emprisonnement et de 300 000 Euros d'amende".

ثانياً - إجراءات معالجة البيانات الشخصية: الإجراء الأول - تجميع البيانات:

أدى التقدم التكنولوجي إلى تطور ملحوظ داخل مؤسسات الدولة، مما انعكس ذلك على تحويل الدعامة الورقية إلى دعامات إلكترونية عن طريق استخدام الحاسب الإلي بتلك المؤسسة أو المنشأة أو الجهات.

وبناء عليه فأصبح يتم تجميع البيانات على دعامات الكترونية بكل سهولة وتحفظ بداخل حواسب متصلة بالإنترنت، الأمر الذي يثير القلق بالنسبة إلى مصير هذه البيانات، هل سيتم حمايتها أم تنتهك خصوصيتها؟

وما يثير القلق في هذا العصر بخصوص هذه البيانات هو وجود مؤسسات تعمل لغرض تجميع أكبر قدر من البيانات الشخصية من أجل تسويقها لأكبر المؤسسات والشركات التي بدورها تستخدم هذه البيانات من أجل الوصول لتحقيق مبيعات ضخمة.

ولم يمنع المشرع العماني من جمع البيانات، فنجد أن المرسوم السلطاني رقم (٢٠٠٨/٦٩) قد نص في المادة (٤٣) على أنه: "يجوز لأية جهة حكومية أو مقدم خدمات تصديق أن يجمع بيانات شخصية مباشرة من الشخص الذي تجمع عنه البيانات أو من غيره بعد الموافقة الصريحة لهذا الشخص، وذلك فقط لأغراض إصدار شهادة أو المحافظة عليها أو تسهيل ذلك، ولا يجوز جمع البيانات أو معالجتها أو استخدامها لأي غرض آخر دون الموافقة الصريحة للشخص المجموعة عنه البيانات، واستثناء من الفقرة السابقة يكون الحصول على البيانات الشخصية أو الإفصاح عنها أو توفيرها أو معالجتها، مشروعاً في الحالات الآتية:

أ- إذا كانت ضرورية لغرض منع أو كشف جريمة بناء على طلب رسمي من جهات التحقيق.

ب- إذا كانت مطلوبة أو مصرحاً بها بموجب أي قانون أو كان ذلك بقرار من المحكمة.

ج- إذا كانت البيانات ضرورية لتقدير أو تحصيل أية ضريبة أو رسوم.

د- إذا كانت المعالجة ضرورية لحماية مصلحة حيوية للشخص المجموعة عنه البيانات".

كما نص قانون المعاملات الإلكترونية العماني (٢٠٠٨/٦٩) في المادة (٤٦) على أنه: "يجب على مقدم خدمات التصديق، بناء على طلب من الشخص الذي جمعت عنه البيانات، تمكينه فور ذلك من النفاذ إلى البيانات الشخصية وتحديثها، ويشمل هذا الحق الدخول إلى جميع مواقع البيانات الشخصية المتعلقة بالشخص الذي جمعت عنه، وعليه وضع وسائل التقنية المناسبة؛ لتمكينه من ذلك بطريقة إلكترونية".

ففي بيئة الإنترنت تستخدم العديد من الوسائل التقنية؛ لتتبع المعلومات الشخصية للمستخدمين، من أشهرها ما يعرف برسائل (كوكيز - 16) (cookie) التي تنتقل إلى نظام المستخدم بمجرد دخوله للموقع وتتمكن من تسجيل بيانات تخص المستخدم، ومع إنها كوسيلة اتبعت ابتداء لغرض غير جرمي، وهو إرسال بريد إلكتروني من الشركات التجارية في إطار أنشطتها الدعائية، إلا أن ذلك لا يمنع أنها تمثل كشفاً عن بيانات قد لا يرغب الشخص الكشف عنها، وهي في تطوراتها اللاحقة مثلت خير وسيلة لتتبع الأشخاص وكشف حياتهم، بل وإهدار توقعهم في التخفي، واستخدمت لتمثل خير وسيلة لبناء دراسات التسويق وملاحقة الزبائن إلى درجة أحدثت من حالات المضايقة، ما أثار التساؤل حول مدى مشروعيتها، ومدى مساسها بحرية الأفراد؟ فشركة مثل دبل كليك Doubleclick استخدمت ما تحصلت عليه من رسائل الكوكيز لتحديد أهداف وجهة خطط الإعلان على الخط، وشركة أدفينتي Adfinity قارنت ما جمعت مع معلومات حصلت عليها من مصادر أخرى على الخط، فكانت بيانات متكاملة عن تصرفات المستخدمين على الخط.

وتجدر الإشارة إلى أن رسائل الكوكيز، على الرغم من فوائدها، إلا أنها أصبحت وسيلة مهمة لملاحقة واقتفاء أثر المستخدمين وجمع المعلومات عنهم وتحليلها لغايات الإعلان ولغايات الدراسات التسويقية على الخط، ولم تكن هذه المعلومات بعيدة عن الاستغلال في أغراض غير مشروعة وعلى الأقل لا علم لصاحبها بها، ولم تتح له خيارات هذه الاستخدام أو رفضه.

أما الوسيلة الأخطر فهي ما تعرف بـ (برمجيات التتبع والالقط والشم) وهي وسيلة تتبع لجمع أكبر قدر من المعلومات السرية والخاصة عن طريق ما يعرف بأنظمة جمع المعلومات (تشممها)، لذلك عدت محكمة النقض الفرنسية أن تجميع عناوين البريد

الإلكتروني للأشخاص دون علمهم يعد تجميعاً غير مشروع للبيانات الشخصية يستحق فاعله العقوبة المقررة^(٤١).

وعلى ذلك، يعد مسؤولاً عن معالجة البيانات الشخصية، الشخص المسؤول عن تجميع البيانات الآتية:

- ١- مجرد تجميع عناوين البريد الإلكتروني لعملاء بهدف إرسال رسائل دعائية لهم، حتى ولو لم يتم حفظ هذه العناوين أو إنشاء قاعدة بيانات لها^(٤٢).
- ٢- إنشاء قاعدة بيانات عن الحالة الصحية لبعض المرضى النفسيين من قبل إحدى الجهات المهمة بالبحث العلمي في مجال الطب النفسي ؛ وذلك بهدف إجراء بحث علمي مستفيدة من هذه البيانات^(٤٣).
- ٣- قيام شركة بإنشاء قاعدة بيانات لعناوين البريد الإلكتروني لموظفيها^(٤٤).
- ٤- إنشاء موقع على شبكة الإنترنت يقوم بتجميع بعض البيانات الشخصية لمستخدميه، وإنشاء قواعد بيانات لهم^(٤٥).
- ٥- نشر بعض البيانات الشخصية: الاسم واللق ، العنوان البريدي، العنوان الإلكتروني، أرقام الهواتف لبعض الأشخاص على موقع على شبكة الإنترنت^(٤٦).
- ٦- إنشاء نظام لمراقبة الكمبيوتر الخاص بكل موظف داخل مكان العمل ، هذا النظام يسمح لرئيس العمل بتعرف المواقع الإلكترونية التي زارها الموظف والأوقات التي

(41) Cass. Crim, 14 mars 2006, Bull.Crim, 2006, N° 69, p.267.

(42) Cass.crim, 14 Mars 2006, disponible sur: www.legifrance.gouv.fr.
TGI Paris, 17 ème ch, 7 décembre 2004, disponible sur: www.droit-tic.com
TGI Paris, 17 ème ch, 6 juin 2003, disponible sur: www.foruminternet.org.

(43) Cass.crim, 28 Septembre 2004, disponible sur: www.legifrance.gouv.fr.

(44) TGI Paris, 3 ème Ch, 2 ème section, 25 Avril 2003, disponible sur: www.legifrance.gouv.fr.

(45) CA Paris, 30 Octobre 2002, disponible sur www.legifrance.gouv.fr.
- TGI Villefranch sur saône, 18 Février 2003, disponible sur www.foruminterne-t.org.

(46) TGI Paris, 17 ème ch, 16 Oct 2006, disponible sur: www.foruminternet.org.

- CA Lyon, 7 ème ch, 25 Février 2004, disponible sur: www.legifrance.gouv.fr.

اتصل فيها بكل موقع وعناوين البريد الإلكتروني التي يرسل إليها الرسائل الإلكترونية^(٤٧).

٧- قيام شركة (فرانس تيليكوم) للاتصالات بإنشاء نظام داخلي لتسجيل مكالمات الموظفين مع العملاء، ويتضمن هذا النظام حفظ هذه المكالمات وتحليلها^(٤٨).

٨- إنشاء نظام لضبط الحضور والانصراف لموظفي شركة، هذا النظام قائم على أساس أخذ بصمة الإصبع لكل موظف عند الحضور والانصراف على جهاز مرتبط بقاعدة بيانات لبصمات أصابع موظفي الشركة^(٤٩).

كما يجب أن يتم تجميع البيانات لغاية محددة وواضحة وشرعية:

وفقاً للمادة (٢/٦) من قانون حماية البيانات الشخصية الفرنسي، فإن البيانات الشخصية يجب أن يتم تجميعها لأغراض محددة وواضحة وشرعية.

ويعد مبدأ الغاية من تجميع البيانات ومعالجتها هو أحد محاور حماية البيانات الشخصية، فلا يجوز تجميع البيانات الشخصية، إذا كان من يقوم بذلك لا يعلم بالهدف من هذا التجميع.

وقد اتخذت هذه النظرية تطبيقاً حديثاً، وذلك مع زيادة عدد مستخدمي شبكة الإنترنت، إذ اتجهت معظم الشركات التجارية إلى إنشاء مواقع لها على الإنترنت، هذه المواقع تسمح لها بتجميع البيانات الشخصية لمستخدمي الإنترنت وتقديم عروض خاصة لهم عبر الشبكة، وهو ما أصبح يسمى بـ "التسويق الإلكتروني"^(٥٠).

الإجراء الثاني- تصنيف البيانات الشخصية:

بعد أن يتم تجميع البيانات الشخصية من خلال المنشآت أو المؤسسات -كما سبق القول- فيتم الانتقال للإجراء الثاني، وهو تصنيف البيانات الشخصية، ويعني تخصيص

(47) CA DOUAI, Ch soc, 17 décembre 2004, disponible sur: www.foruminternet.org.

(48) TGI Paris, 1 ère ch, section social, 4 Avril 2006, disponible sur: www.foruminternet.org.

(49) TGI Paris, 1ère Ch, Ch Social, 19 Avril 2005, disponible sur: www.foruminternet.org.

(50) Thierry LEONARD, E-Marketing et protection des données à caractère personnel, Etude disponible sur, la date de mise en ligne est: 23/5/2000, p.3 et S.

ملف لكل عميل يتضمن جميع البيانات الخاصة به حتى تساعد في عملية "التسويق المباشر".

كما أن الشركات المتخصصة بتجميع البيانات تعمل على أن يكون هناك أكثر من تصنيف داخل كل ملف، فعلى سبيل المثال: الملف الشخصي يحتوي على بيانات عديدة كالاسم والمهنة ورقم الهاتف والإيميل والحالة الصحية والحالة الاجتماعية، فنقوم بتصنيف البيانات داخل الملف لبيانات عامة وبيانات تتعلق بحالة الاجتماعية وأخرى تتعلق بحالته الصحية، والهدف أو الغرض من ذلك هو الاستفادة من البيانات على الوجه الأمثل، حيث تساعد هذه القواعد على تصميم عروض دعائية لكل عميل، فالبيانات التي تحتوي على الاسم والمهنة ورقم الهاتف والإيميل تسوقها إلى محلات الأزياء؛ لعرض المنتجات على العملاء من خلال إرسال رسائل على الهاتف أو الواتس أو الإيميل والبيانات المتعلقة بحالته الصحية تسوقها للمستشفيات الخاصة.

وكان هناك صعوبة في الماضي، حيث كان يتم استخدام الكمبيوتر لتصنيف كميات هائلة من البيانات الشخصية، لكن اختلف الأمر في الوقت الحالي، إذ استحدثت برامج تم تصميمها حتى تساعد على إجراء التصنيفات المختلفة بكل سهولة، كما أن هناك دورات تعقد لذلك.

فتصنيف البيانات الشخصية يعتمد على تقنيات وبرامج كمبيوتر تسمح بتصنيف البيانات، وفرزها، والربط بينها، بحيث يتم عمل ملف كامل عن الشخص، يتضمن كل البيانات المتاحة عنه، ويتم ذلك دون حاجة لتدخل بشري، يكفي فقط أن يقوم الشخص بإدخال بيانات للكمبيوتر في أوقات متفرقة عن عدة عملاء، حتى يقوم برنامج الكمبيوتر بتنظيمها ووضعها في ملف كل عميل⁽⁵¹⁾.

ولذلك نجد أنه عندما يقوم العميل بالاتصال هاتفياً بأحد المتاجر لشراء بعض المنتجات، فإن المتجر لا يطلب منه أي بيانات عن اسمه أو عنوانه الذي سيرسل فيه المنتجات، وذلك لأن كل بيانات العميل تكون موجودة لدى المتجر ويتم تعرفه بمجرد

(51) Sulliman OMARJEE, Le data mining: Aspects juridiques de l'intelligence artificielle au regard de la protection des données personnelles, mémoire, faculté de droit, université montpellier I, Année universitaire 2001/2002, et disponible sur: www.droitntic.Com, p.13.

معرفة رقم هاتفه الذي اتصل منه، فلدى المتجر قاعدة بيانات كاملة عن هذا العميل^(٥٢).

وفي كثير من الأحيان لا تعتمد المنشأة على البيانات التي قامت بتجميعها فقط، بل إنها تكمل هذه البيانات ببيانات أخرى تم تجميعها من قبل منشآت أخرى، وهذا ما يؤدي إلى التعامل في البيانات والاتجار فيها وهنا يأخذ الخطر الذي يحيط بالبيانات الشخصية صورة أكبر^(٥٣).

الإجراء الثالث - حفظ البيانات الشخصية:

تتأثر مدة حفظ المعلومات مباشرة بالهدف المرجو من عملية المعالجة، كما تتأثر بمبدأ الملاءمة الذي يفرض جمع البيانات الضرورية، واللازمة فقط.

وعليه، لا يمكن الاحتفاظ بالمعلومات الشخصية إلى مدة غير محددة؛ لذا يفترض من المسؤول عن المعالجة أن يحدد هذه المهلة، على ضوء طبيعة المعلومات، والهدف من معالجتها، فيتم محوها، أو إتلافها، أو تشفيرها، أو أرشفتها، عند تحقيقه؛ لذا تختلف مدة الاحتفاظ بالمعلومات التي تجمع عن الموظفين، عن تلك التي تجمع عن زوار المباني؛ بهدف الحفاظ على الأمن، ومراقبة مداخل الأبنية، أو تلك التي تجمع في المجال الطبي، لمتابعة المرضى، أو لدراسة انتشار الأوبئة، ومفعول العلاج.

في الحقيقة أن البيانات الشخصية تشكل خطراً داهماً في حالة الاحتفاظ بها دون ضوابط، حيث نصت المادة (١٧) من اللائحة الأوربية (٦٧٩)^(٥٤) على أن لصاحب

(52) Cédric CREPIN, Le correspondant informatique et libertés: un nouvel outil de régulation pour la protection des données à caractère personnel, mémoire de master professionnel mention droit de cyberspace, faculté des sciences juridiques, politiques et sociales, Université de Lille 2, Année universitaire 2004/2005, et disponible sur: www.droit-tic.com, p.17.

(٥٣) د. سامح عبد الواحد: مرجع سابق، ص ٣٩٩.

(54) The data subject shall have the right to obtain from the controller the erasure of personal data concerning him or her without undue delay and the controller shall have the obligation to erase personal data without undue delay where one of the following grounds applies:

1. the personal data are no longer necessary in relation to the purposes for which they were collected or otherwise processed;
2. the data subject withdraws consent on which the processing is based according to point (a) of Article 6(1), or point (a) of Article 9(2), and where there is no other legal ground for the processing;

البيانات أن يحصل من المراقب على محو البيانات الشخصية المتعلقة به دون أي تأخير لا مبرر له، ويكون على المراقب التزام بمسح البيانات الشخصية دون تأخير لا مبرر له عندما ينطبق أحد الأسباب التالية:

- ١- إذا لم تعد البيانات الشخصية ضرورية فيما يتعلق بالأغراض التي تم جمعها من أجلها أو معالجتها بطريقة أخرى .
- ٢- يسحب صاحب البيانات الموافقة التي تستند إليها المعالجة وفقاً للنقطة (أ) من المادة (٦) (١)، أو النقطة (أ) من المادة (٩) (٢)، وحيث لا يوجد أي أساس قانوني آخر للمعالجة.
- ٣- البيانات التي تخضع للمعالجة وفقاً للمادة (٢١) (١).
- ٤- ولا توجد أي أسباب شرعية مهيمنة للمعالجة ، أو البيانات التي تخضع للمعالجة بموجب المادة (٢١) (٢).
- ٥- تمت معالجة البيانات الشخصية بطريقة غير قانونية.
- ٦- يجب محو البيانات الشخصية؛ للامتثال للالتزام قانوني في قانون الاتحاد أو الدولة العضو الذي يخضع له المراقب المالي .
- ٧- تم جمع البيانات الشخصية فيما يتعلق بعرض خدمات مجتمع المعلومات المشار إليها في المادة (٨).
- ووفقاً للمادة (٥/٦) من قانون حماية البيانات الشخصية الفرنسي، فإن حفظ البيانات الشخصية حتى يكون مشروعاً يجب أن يتوفر فيه الشرطان^(٥٥) الآتيان:

3. the data subject objects to the processing pursuant to Article 21(1) and there are no overriding legitimate grounds for the processing, or the data subject objects to the processing pursuant to Article 21(2);
4. the personal data have been unlawfully processed;
5. the personal data have to be erased for compliance with a legal obligation in Union or Member State law to which the controller is subject;
6. the personal data have been collected in relation to the offer of information society services referred to in Article 8(1).

(٥٥) د. سامح عبد الواحد: ضوابط معالجة البيانات الشخصية، دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والقانون الكويتي، مرجع سابق، ص ٤٠٨.

الشرط الأول- أن يتم حفظ البيانات بطريقة تحدد هوية صاحبها:

أي أنه لا يجوز أن يتم حفظ عشوائي للبيانات الشخصية، وإنما يجب أن يحدد صاحب هذه البيانات؛ وذلك حتى يمكن السماح لهذا الشخص بممارسة حقوقه على بياناته، كالحق في الدخول لهذه البيانات أو تعديلها.

الشرط الثاني- أن يتم حفظ البيانات للمدة اللازمة فقط لتحقيق الغرض الذي تم تجميع البيانات من أجلها:

فكما سبق الذكر فإنه يجب أن يتم تجميع البيانات لغرض واضح ومحدد ومشروع، فيجب على القائم بعملية معالجة البيانات أن يقوم بحفظ البيانات لمدة لا تزيد عما هو ضروري لتحقيق الهدف من جمع هذه البيانات، وهذه المدة تتوقف على طبيعة الهدف من جمع هذه البيانات^(٥٦).

وقد أطلقت "جوجل" إعدادات الاحتفاظ بالبيانات الجديدة لـ Google Analytics؛ لتمنح عناصر التحكم هذه القدرة على تحديد مقدار الوقت قبل أن يتم الحذف التلقائي من خوادم Analytics لكل من البيانات على مستوى المستخدم والبيانات على مستوى الحدث التي تم تخزينها بواسطة Google Analytics، ويمكن اختيار المدة التي تحتفظ خلالها خدمة Google Analytics بالبيانات قبل حذفها تلقائياً.

وعلى هذا يجب على المسؤول عن معالجة البيانات أن يقوم بشكل دوري بمراجعة هذه البيانات التي تم تخزينها، فيقوم بإلغاء كل البيانات التي تم تحقيق الغاية من جمعها^(٥٧).

(56) Alexandre MENAIS and Sophie des COURITS , High standards apply to personal data processing , Art on line at www.juriscom.net.

(57) Cristina COTANÉU, the cyberconsumer's protection, on line at: www.droit-technologie.org, the date of being on line is: 25 juillet 2001, p.11.

د. سامح عبد الواحد: مرجع سابق، ص ٤٠٨.

الفرع الثاني

البيانات التي يحظر معالجتها

بطبيعة الحال أن معالجة البيانات الشخصية ليست نشاطا يتم بشكل مطلق، ومن ثم يجب أن تكون معالجة البيانات قانونية لغرض واحد أو أكثر من الأغراض المحددة^(٥٨)؛ ولهذا توجد محظورات عدة يتعين على القائم بمعالجة البيانات تجنبها، والهدف من تقرير هذه المحظورات، توفير حماية قانونية فاعلة للبيانات والحفاظ عليها ومنع إساءة استخدامها.

فالحق في حماية البيانات ليس حقاً مطلقاً absolute right بل لا بد من النظر إليه من خلال وظيفته في المجتمع وموازنته مع الحقوق الأساسية^(٥٩) ولهذا فإن اللائحة الأوربية قد حظرت التعامل ببعض البيانات وهي :

أولاً- البيانات الخاصة بالأطفال:

نصت اللائحة الأوربية العامة لحماية البيانات في المادة الثامنة الفقرة الأولى على ما يأتي:

١- فيما يتعلق بعرض المعلومات المتعلقة بالطفل مباشرة، تكون معالجة البيانات الشخصية للطفل قانونية عندما يكون عمر الطفل ١٦ عاماً على الأقل.

٢- إذا كان عمر الطفل أقل من ١٦ عاماً، لا تكون هذه المعالجة قانونية إلا في حالة منح موافقة المسؤولية الأبوية على الطفل وإلى الحد الذي يتم فيه الحصول على هذه الموافقة.

٣- يجوز للدول الأعضاء أن تنص بموجب القانون على تخفيض السن لهذه الأغراض بشرط ألا تقل هذه السن عن ١٣ عاماً^(٦٠).

^(٥٨) المادة (٦) من اللائحة الأوربية العامة لحماية البيانات.

Processing shall be lawful only if and to the extent that at least one of the following applies:

1-the data subject has given consent to the processing of his or her personal data for one or more specific purposes.

^(٥٩) د. عمرو طه بدوى: التنظيم القانوني لمعالجة البيانات الشخصية، بحث منشور بمجلة حقوق

حلوان حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، عدد ٣١، ٢٠١٤م، ص ٢٢٩.

^(٦٠) Where point (a) of Article 6(1) applies, in relation to the offer of information society services directly to a child, the processing of the personal

ويتبين لنا من نص المادة سائلة الذكر أنها حظرت من التعامل المباشر بالبيانات المتعلقة بالأطفال الأقل من ١٦ سنة إلا في حالة الحصول موافقة والده، دون تحديد طريقة معينة للحصول على الموافقة.

ورغم أن المشرع المصري لم يصدر عنه قانون خاص لحماية البيانات؛ إلا أنه حمى بيانات الطفل، فقد قرر تغريم من ينشر بيانات تخص هوية طفل معرض للخطر، حيث نصت المادة (١١٦) مكرر (ب) من قانون الطفل ١٢ لسنة ١٩٩٦م: "مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد ينص عليها في قانون آخر، يعاقب بغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تجاوز خمسين ألف جنيه كل من نشر أو أذاع بأحد أجهزة الإعلام أي معلومات أو بيانات، أو أي رسوم أو صور تتعلق بهوية الطفل حال عرض أمره على الجهات المعنية بالأطفال المعرضين للخطر أو المخالفين للقانون".

ثانياً- استخدام البيانات في أغراض إعلانية:

كثيراً ما نجد الشركات والمؤسسات الكبرى تسعى من خلال موظفيها المتخصصين إلى الحصول على البيانات عن العملاء رغبة في زيادة مبيعاتها، ومن أجل ذلك فهي تسعى جاهدة لمعرفة بعض البيانات الخاصة بالعملاء كالهاتف النقال، وعناوين بريدهم وذلك من أجل المنتج عليه بأفضل صورة تجلبهم للشراء، كذلك معرفة هوياتهم المفضلة والأشياء التي يرغبون في شرائها، فبعض الأشخاص يفضل شراء الساعات ذات الماركات العالمية، وآخرون يفضلون شراء الهواتف الذكية، وغيرهم يفضلون شراء الاجهزة الرياضية وغير ذلك، ومن ثم فكلما عرف كثير عن العملاء، زادت مبيعاتهم.

فالتطبيقات الموجودة في الهاتف أصبحت اليوم من أهم الوسائل التي يمكن أن تسهم في تجميع المعلومات عن الأفراد ومعرفة موقعهم الجغرافي سواء وافقت على تفعيل تلك الخاصية أم لم توافق فال IP الخاص بأي جهاز يمكنه أيضاً تحديد موقعه، وأصبح تجميع المعلومات تجارة رائجة يقدر حجمها بمئات المليارات من الدولارات،

data of a child shall be lawful where the child is at least 16 years old. Where the child is below the age of 16 years, such processing shall be lawful only if and to the extent that consent is given or authorised by the holder of parental responsibility over the child.

Member States may provide by law for a lower age for those purposes provided that such lower age is not below 13 years.

وهناك شركات عالمية كبرى لم تحسن استخدام مثل تلك البيانات، وتصرفت فيها بشكل غير صحيح مما عرضها للمقاضاة أمام المحاكم الدولية، ومع ذلك فهناك بعض الشركات التي كانت تعمل في مجالات تجارية مختلفة منذ عشرات السنين اكتشفت مؤخراً أن لديها كنزاً عظيماً لم تستثمره حتى الآن وهو بيانات الزبائن والمستهلكين والذي أصبح يعد ثروة مهمة يمكن أن يستفاد منها.

ويفيد بعض المختصين بأن المواقع الـ ١٠٠ الأكثر زيارة يتابعها ما يزيد على ١٣٠٠ شركة التجميع المعلومات ويتقاسم بعضها هذه البيانات مع أطراف خارجية، وتسمح كل تلك التقنيات للشركات باستخلاص معلومات مثل: ما هي اهتمامات المستخدمين؟ وعن ماذا يبحثون؟ والرمز البريدي للمنطقة التي يسكنون فيها؟ كما تسهم مثل هذه البيانات في تحديد معلومات شخصية للفرد مثل: مستوى الدخل، وطبيعة السكن وعدد أفراد الأسرة وأعمارهم.

سيما وأن موقع (فيسبوك)، في مقابل إتاحة الدخول المجاني لمستخدميه، يقوم بتحليل بيانات هؤلاء المستخدمين لاستغلالها في أغراض تسويقية.

وحيث تستخدم وسائل التواصل الاجتماعي للحصول على البيانات الضخمة Big Data وهي تعني الإحجام الهائلة للبيانات حول المستهلكين التي يتم جمعها وتلخيصها لأغراض مثل التحليل الإحصائي، وتساعد البيانات الضخمة في اكتشاف الاحتيال وتلبية حاجات المستخدم، والأهم هو توجيه الإعلانات Targeted advertising ويرى بعض المستهلكين أن الشركات تستعمل هذه البيانات ضدهم من خلال رفع أسعار السلع المطلوبة، وهناك مخاوف أيضاً أن بعض المعلومات حول المستخدمين التي تم جعلها مغلفة (أي دون تحديد اسم صاحبها) يمكن إعادة تعريف صاحبها من خلال حقول مخفية^(٦١).

ولقد أصبحت شركات عديدة مبتكرة تؤسس أعمالها على استثمار البيانات الشخصية، مما يحمل على القول بالنسبة للبعض أن هذه البيانات هي الذهب الأسود للقرن الواحد والعشرين، وتظهر أدوات جديدة مُنتجة أو مُستهلكة للبيانات الشخصية كل

(61) Social media and online video privacy, Seminar lesson plan and class activities, A Consumer Action Publication, www.consumer-action.org, p.10.

يوم (لا سيما بالنسبة إلى الأشياء المتصلة بالشبكة) وقد أصبح العصر الحالي هو للبيانات المفتوحة Open Data وكذلك للمعالجات الضخمة للبيانات Big Data باستعمال لغورثميات معقدة ووسائط حفظ ضخمة^(٦٢).

ولم تكتف وسائل التواصل الاجتماعي بتجميع بيانات عن مستخدميها، بل تعدت ذلك إلى الأشخاص الآخرين، فهي تدعو مستخدميها إلى نقل لائحة معارفهم الخاصة بهم إليها من أجل البحث عن معارف جدد موجودين عليها، أو لدعوة آخرين للاشتراك عليها^(٦٣).

ولا يقتصر الهدف من تحليل البيانات على استخدامها في أغراض تسويقية، كعوائد الإعلانات وغيرها أو بيع المعلومات لعمل الدراسات عن فئات معينة من المستخدمين، وإنما أيضاً لعمل دراسات عن دول ومعرفة ثقافة الشعوب وطرق تفكيرهم وطموحاتهم وميولهم على اختلاف أنواعها، وذلك من خلال نوعين مهمين من الإعلانات هما : الإعلانات الاجتماعية، ونظام الإعلان الدليلي أو الإرشادي (نظام بيكون).

وقد أصدرت لجنة التجارة الفدرالية في الولايات المتحدة الأمريكية في كانون الأول عام ٢٠١٥م سياسات تتعلق بالإعلان على وسائل التواصل الاجتماعي، ومن مهام هذه اللجنة منع الأعمال والممارسات الخادعة أو غير العادلة المؤثرة على التجارة، وقد أخذت اللجنة إجراءات لجهة الإعلانات الأصلية "native advertising" والمحتوى الممول "sponsored content"، والتي - وفق اللجنة - لا يمكن تمييزها عن الأخبار وخصائص المواد ومراجعات المنتجات وغيره من المحتوى المعتاد . وفي قضية متعلقة بشركة Inre Machinima Inc ، رأت اللجنة أن الشركة المذكورة تدفع لمستخدمين لنشر أفلام فيديو على يوتيوب؛ لتبني ألعاب فيديو Microsoft's Xbox One and several games system ولا يعلن هؤلاء أنه يتم الدفع لهم مقابل آرائهم^(٦٤).

⁽⁶²⁾ Garance Mathias, Données personnelles: votre conformité, Janvier 2017, <http://www.avocats-mathias.com/wpcontent/uploads/2013/09/Mathias-Avocats-Protection-des-donn%C3%A9es-%C3%A0-caract%C3%A8re-personnel-Janvier-2017.pdf>, p.4.

^(٦٣) د. وسيم شفيق الحجار: مرجع سابق، ص ٣٣.

⁽⁶⁴⁾ Christopher Escobedo Hart: Social Media Law: Significant Developments, The business Lawyer, Vol 72, Winter 2016-2017, p 237.

ثالثاً- حظر معالجة البيانات ذات طبيعة خاصة (الحساسية):

أشارت المادة التاسعة من اللائحة الأوروبية العامة لحماية البيانات رقم (٦٧٩) على أن: "معالجة البيانات الشخصية التي تكشف عن الأصل العرقي أو الإثني أو الآراء السياسية أو المعتقدات الدينية أو الفلسفية أو العضوية في النقابات العمالية، ومعالجة البيانات الوراثية أو البيانات البيومترية؛ لغرض التحديد الفريد للشخص الطبيعي أو البيانات المتعلقة بالصحة أو البيانات المتعلقة بشخص طبيعي تحظر حياة الشخص الجنسية أو ميله الجنسي".

كما أشارت إلى هذا الحظر أيضاً المادة الثامنة من قانون المعلوماتية والحريات الفرنسي رقم (٧٨) لسنة ١٩٧٨م، والمعدل بأحكام القانون (١٣٢١) الصادر في ٧ أكتوبر ٢٠١٩م حيث نصت على أن: "يحظر جمع أو معالجة البيانات الشخصية التي تكشف، بشكل مباشر أو غير مباشر عن أصول عرقية أو إثنية أو آراء سياسية أو دينية أو فلسفية أو نقابية أو عضوية أو التي تتعلق بالصحة أو الحياة الجنسية"^(٦٥).

ويعتبر تعريف هذه البيانات، بشكل خاص، شديد الأهمية، نظراً لارتباطها الشديد بخصوصية كل شخص طبيعي، إذ لا يمكن الكشف عنها، إلا لمن يمكن للشخص أن يثق به، ولغاية الحصول على مساعدة، في مواجهة وضع صحي، أو حالة مزعجة. وهي شديدة الارتباط بسلامته الجسدية، وربما النفسية، والعقلية أيضاً، ويمكنها أن تكون سبباً مؤثراً، وبشكل مباشر ودراماتيكي، على مستقبله المهني، وحالته العائلية، أو الاجتماعية. من هنا، يفهم حرص المشرع، كما حرص النقابات المهنية، على وضع أحكام قانونية، ومدونات سلوك خاصة، بحمايتها.

⁽⁶⁵⁾ Voir, article 8 Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, Modifié par la Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016: "L. - II est interdit de collecter ou de traiter es données à caractère personnel qui font apparaître, directement ou indirectement, les origines raciales ou ethniques, les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou l'appartenance syndicale des personnes, ou qui sont relatives à la santé ou à la vie sexuelle de celles-ci".

كما حددت القواعد الأوروبية، البيانات الجينية^(٦٦)، المتعلقة بالخصائص الوراثية، الموروثة، أو المكتسبة، من شخص طبيعي، والتي تنقل معلومات فريدة حول علم وظائف الأعضاء، أو الحالة الصحية. كما حددت البيانات البيومترية^(٦٧) الناتجة عن معالجة تقنية محددة، حول الخصائص الفيزيولوجية لشخص طبيعي، أو سلوكياته. وقد احتفظت هذه القواعد، بمبدأ حظر معالجة هذه البيانات، كما فعلت الإرشادات الأوروبية، وأرفقته بعدد من الاستثناءات، التي تختص أيضاً، بالبيانات الحساسة الأخرى، ك: الموافقة الواعية من الشخص المعني، والمصلحة العامة، والبحث العلمي، والطب الوقائي، على سبيل المثال.

كما أن هناك خصوصية تسبب لصاحبها ضرر نفسي أكثر عند إفشائها، وهي البيانات المتعلقة بالجرائم، وقد نصت على ذلك المادة (٩) من الفصل الثاني من قانون المعلوماتية والحريات الفرنسي رقم (٧٨) لسنة ١٩٧٨م والمعدل بأحكام القانون رقم (٨٠١) الصادر في ٦ أغسطس ٢٠٠٤م على أن معالجة البيانات الشخصية المتعلقة بالجرائم، والإدانات والتدابير الأمنية *infractions mesures de screte* ، *condamnations et* يمكن تنفيذها من قبل: المحاكم والسلطات العامة وشركات إدارة

(٦٦) le règlement européen relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données Article 4 - Définitions. «données génétiques», les données à caractère personnel relatives aux caractéristiques génétiques héréditaires ou acquises d'une personne physique qui donnent des informations uniques sur la physiologie ou l'état de santé de cette personne physique et qui résultent, notamment, d'une analyse d'un échantillon biologique de la personne physique en question.

(٦٧) Le règlement européen relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données - Article 4 - Définitions. «données biométriques», les données à caractère personnel résultant d'un traitement technique spécifique, relatives aux caractéristiques physiques, physiologiques ou comportementales d'une personne physique, qui permettent ou confirment son identification unique, telles que des images faciales ou des données dactyloscopiques.

الخدمات العامة، التي تتصرف في حدود الصلاحيات القانونية، أو من خلال ضباط من المحكمة وفقا لشروط صارمة في حدود المهام الموكولة إليهم من قبل القانون^(٦٨). ويمكن استخدام مواقع التواصل الاجتماعي في التحقيقات، وفي فرنسا تُستخدم أحد مواقع التواصل الاجتماعي الفيس بوك^(٦٩) لجمع المعلومات والاستدلالات في القضايا^(٧٠) كجرائم الخطف، والتحريض على الانتحار أو الكراهية العنصرية، والتشهير، والاتجار في الأعضاء البشرية والمواد المخدرة، وجرائم الاعتداء الجنسي على الأطفال ولذلك يمكن استخدام هذه المواقع والصفحات الشخصية في إجراءات جمع الاستدلالات عن الجرائم بمعرفة الشرطة، فمن خلال تحليل شبكات الفيسبوك يمكن تحديد العلاقات بين المشتبه فيهم والجرائم الناشئة عن مواقع التواصل الاجتماعي.

وقد أورد المشرع الفرنسي حالتين من حالات المعالجة يتوجب فيهما الحصول على ترخيص يصدر بمرسوم وزاري، وردت هاتان الحالتان في المادة (٢٦ / ١) من قانون حماية البيانات الشخصية، وفي هاتين الحالتين تتم معالجة البيانات الشخصية لحساب الدولة، وهاتان الحالتان هما:

١- معالجة البيانات الشخصية لحساب الدولة، التي تتعلق بأمن الدولة أو بالدفاع عنها أو بالأمن العام.

⁽⁶⁸⁾ voir, article 9 chapitre2 , Les traitements de données a caractere personnel relatives aux infractions, condamnations et mesures de sûreté ne peuvent être mis en oeuvre que par: 1° Les juridictions, les autorités publiques et les personnes morales gérant un service public, agissant dans le cadre de leurs attributions légales ; Les auxiliaires de justice, pour les stricts besoins de l'exercice des missions qui leur sont confiées par la loi".

⁽⁶⁹⁾ Laurence Usunier: La compétence des juridictions françaises pour connaître du différend entre le réseau social Facebook et l'un de ses membres, RTD Civ, N° 02 du 20/06/2016, 310; Sophie André & Camille Lallemand: Facebook contre le consommateur français: l'hallali de la clause attributive, Dalloz IP/IT 2016 p.214; Cour d'appel de Paris, pôle 2, ch. 2, 12-02-2016, n° 15/08624, Cour de cassation, Chambre criminelle, 06-09-2016, n° 15-86.412.

⁽⁷⁰⁾ Jean-Pierre Gridel: Sophie Sontag-Koenig, Technologies de l'information et de la communication et défense pénale, RTD Civ, N° 04 du 19/12/2014, p.991; Pierre-Yves Verkindt: Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles pratiques d'expertise Note de bas de page, Droit social, N° 01 du 10/01/2002, p.54.

أي أن معالجة البيانات الشخصية في هذه الحالة هو امر لازم للحفاظ على امن الدولة أو للدفاع عن الدولة أو لتحقيق الأمن العام، وقد أوجب المشرع إصدار مرسوم وزاري في هذه الحالة خوفاً على حريات المواطنين، إذ إن معالجة البيانات الشخصية - في مثل هذه الحالة- من قبل الدولة يمكن أن تتضمن اعتداء كبير على البيانات الشخصية للأفراد بحجة الدفاع عن الدولة أو الحفاظ على أمنها.

٢- معالجة البيانات الشخصية لحساب الدولة وذلك لمنع حدوث الجرائم الجنائية أو للاستدلال عن جريمة أو إثباتها أو ملاحقة مرتكبها أو لتنفيذ العقوبات الجنائية أو الإجراءات الأمنية.

فمعالجة البيانات الشخصية في هذه الحالة أمر لازم لمنع حدوث الجرائم أو للاستدلال عليها أو إثباتها أو ملاحقة مرتكبها أو لتنفيذ العقوبة، وهذه المعالجة تتم بمعرفة الدولة، مما قد يترتب عليها اعتداء على البيانات الشخصية للمواطنين، لذا تطلب المشرع ضرورة إصدار مرسوم وزاري للقيام بهذه المعالجة.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية أن: "جمع ومعالجة بصمات الأصابع في نظام محوسب لمعالجة البيانات الشخصية لا يمكن أن يتم إلا تحت سيطرة السلطة القضائية؛ وأن المدعي العام لا يشكل سلطة قضائية بالمعنى المقصود في الاحكام سالفة الذكر"^(٧١).

رابعاً- حظر إحالة البيانات الشخصية عبر الدول أو المنظمات:

يشكل انتقال البيانات، أو تبادلها، الحركة الأهم، التي تتسم بها البيانات في الفضاء السيبراني، وعلى الإنترنت، حين تنتقل بين الشبكات، والتطبيقات، وقواعد المعلومات، والخدمات، وغير ذلك، من الأجهزة والبرامج، التي تعالجها.

وقد نصت المادة (٤٩) من قانون المعاملات الإلكترونية العماني ٢٠٠٨/٦٩، عندما يتعين تحويل البيانات الشخصية إلى خارج السلطنة يجب أن يؤخذ في الاعتبار المستوى الكافي من الحماية لهذه البيانات وبصفة خاصة ما يلي:
أ- طبيعة البيانات الشخصية.

⁽⁷¹⁾ Cass, civ, chambre civile 1, mercredi 7 octobre 2015 , N° de pourvoi: 14-20370.

- ب- مصدر المعلومات المضمنة في البيانات.
- ج- الأغراض المراد معالجة البيانات من أجلها ومدتها.
- د- الدولة التي يتم تحويل البيانات إليها والتزاماتها الدولية والقانون المطبق فيها.
- هـ- القواعد ذات الصلة المطبقة في هذه الدولة.
- و- الإجراءات الأمنية المتخذة لحماية البيانات في هذه الدولة.
- وقد أشارت المادة (٤٤) من اللائحة الأوروبية العامة لحماية البيانات (٦٧٩) إلى أن: "أي نقل للبيانات الشخصية قيد المعالجة أو مخصص للمعالجة بعد نقلها إلى دولة ثالثة أو إلى منظمة دولية لا يحدث إلا إذا تم الالتزام بالشروط المنصوص عليها في هذا الفصل، مع مراعاة الأحكام الأخرى الواردة في هذا الفصل. بواسطة وحدة التحكم والمعالج، بما في ذلك نقل البيانات الشخصية من بلد ثالث أو منظمة دولية إلى بلد ثالث آخر أو إلى منظمة دولية أخرى"^(٧٢).
- وهذا ما اتجه إليه المشرع الفرنسي حيث منعت المادة (٦٨) الواردة بالفصل العاشر من قانون المعلوماتية والحريات الفرنسي رقم (٧٨) لسنة ١٩٧٨م والمعدل بأحكام القانون رقم (٨٠١) الصادر في ٦ أغسطس ٢٠٠٤م المسئول عن المعالجة من القيام بنقل البيانات الشخصية إلى دولة خارج الاتحاد الأوروبي إلا إذا التزمت الدولة بتقديم مستوى كاف لحماية الحياة الخاصة والحقوق والحريات الأساسية *libertés et droits fondamentaux*^(٧٣).

⁽⁷²⁾ Any transfer of personal data which are undergoing processing or are intended for processing after transfer to a third country or to an international organization shall take place only if, subject to the other provisions of this Regulation, the conditions laid down in this Chapter are complied with by the controller and processor, including for onward transfers of personal data from the third country or an international organization to another third country or to another international organization. 2All provisions in this Chapter shall be applied in order to ensure that the level of protection of natural persons guaranteed by this Regulation is not undermined.

⁽⁷³⁾ voir: article 68 chapitre, 10 Loi n° 17- 78du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, Modifié par Loi no... 801 du 1 août 2004: "Le responsable d'un traitement ne peut transférer des données à caractère personnel vers un Etat n'appartenant pas à la Communauté européenne que si cet-Etat assure un niveau de protection suffisant de la vie privée et des libertés et droits fondamentaux des personnes à l'égard du traitement dont ce's données font l'objet ou peuvent faire l'objet".

كما أنه ليس هناك ما يمنع من أن يتم نقل البيانات خارج الحدود إذا كان ذلك بموافقة صاحب الشأن، أو لاعتبارات أمنية كالمحافظة على الأمن العام ومصالح البلاد أو احتراماً للالتزامات تسمح بضمان إثبات حق أمام العدالة أو ممارسته أو الدفاع عنه؛ أو كان تنفيذاً لمقتضيات عقد بين المسؤول عن المعالجة والمعني، أو تنفيذاً لإجراء متعلق بتعاون قضائي دولي؛ الوقاية من إصابات مرضية أو فحصها أو معالجتها.

المبحث الثاني

المسؤولية التقصيرية لمعالج البيانات الرقمية

وفقاً للقواعد العامة في للمسؤولية التقصيرية فإن كل من ارتكب خطأ تسبب في إصابة الغير بضرر يلتزم بتعويض هذا الغير المضرور.

وتتحقق المسؤولية التقصيرية كلما أخل شخص بالالتزام العام الذي فرضه القانون عليه بعدم التعرض للغير، وذلك بارتكابه فعلاً ضاراً معيناً يؤدي بالنتيجة إلى الإضرار بذلك الغير.

وفي واقع الأمر، تختلف التشريعات الوطنية بموجب تقنيها المدني في شروط الفعل الضار لقيام المسؤولية التقصيرية، فالقانون المدني الفرنسي، نص المادة (١٣٨٢) منه على أنه: "كل عمل أياً كان يسبب ضرراً للغير يلزم من حصل الضرر بخطئه أن يصلحه". في حين يشترط القانون المدني المصري أن يكون الفعل من قبيل الخطأ، إذ أن المسؤولية التقصيرية لا تقوم كقاعدة عامة إلا إذا كان الفعل خطأ. حيث نصت المادة (١٦٣) من القانون المدني المصري على أن: "كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض"، ونتولى بالدراسة والبحث أركان المسؤولية التقصيرية لمعالج البيانات الرقمية على النحو التالي:

المطلب الأول: الخطأ الموجب لمسؤولية معالج البيانات.

المطلب الثاني: الضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

المطلب الأول

الخطأ الموجب لمسئولية معالج البيانات

لم يجادل الفقهاء، حتى أواخر القرن التاسع عشر، في تأسيس المسؤولية بجميع صورها، علي فكرة الخطأ، حيث المبدأ: "أن كل خطأ يترتب عليه ضرر يلزم المخطئ بالتعويض"، فالتعويض قرين الخطأ، فالفعل غير الخاطئ لا يترتب مسؤولية مرتكبه، والمضروور في سعيه لتعويض ما لحقه من ضرر، لا يجد أمامه سوي المسئول الذي حددته قواعد المسؤولية، فإذا لم يجد المضروور مسئولاً يتحمل بالتعويض، كان هذا هو قدره، فيتحمل وحده الأضرار التي أصابته^(٧٤).

ويعد الخطأ في المسؤولية المدنية من أدق المسائل خاصة في المجال المسؤولية عن معالجة البيانات الرقمية، فمعالج البيانات الرقمية عليه التزامات عديدة في مواجهة صاحب البيانات عليه القيام بها، فإذا أخل بها، فإنه يكون قد أخطأ، ويسأل عن فعله مسؤولية تقصيرية، إذا توفرت باقي أركان المسؤولية المدنية، وبتولى بالدراسة والبحث الخطأ الموجب لمسئولية معالج البيانات من خلال فرعين:

الفرع الأول: الخطأ في التشريع الفرنسي والمصري.

الفرع الثاني: صور الخطأ أو الفعل الضار (الإضرار).

الفرع الأول

الخطأ في التشريع الفرنسي والمصري

أولاً- الخطأ في التشريع الفرنسي:

جعل التقنين الفرنسي أساس للمسؤولية التقصيرية كقاعدة عامة وأقامها على أساس الخطأ فنص في المادة (١٣٨٢) على: "كل عمل يوقع ضرراً بالغير يلزم من وقع هذا الضرر بخطئه أن يقوم بتعويضه".

وفي بعض الحالات أجاز التقنين الفرنسي الخطأ المفترض، ومقتضاه إعفاء المضروور من عبء إثبات الخطأ كمسؤولية والد الصغير، وفي حالات أخرى ذهب

(٧٤) د.حسيني إبراهيم: المسؤولية المدنية اللاخطئية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي - دراسة مقارنة، مجلة البحوث والدراسات الشرعية، مج ٤، عدد ١٣، ٢٠١٤م، ص ١٥.

التقنين الفرنسي إلى جعل الشخص مسؤولاً عن عمل غيره، كما في حالة الفعل غير المشروع الذي يرتكبه التابع، إذ يكون المتبوع مسؤولاً، وكذلك أجاز التقنين الفرنسي الخطأ المفترض بالنسبة لبعض الأشياء، وعلى الأخص بالنسبة للحيوانات التي تكون في حراسة الشخص، وتنص المادة (١/١٣٨٤) على ما يلي: "المسؤولية عن فعل الأشياء التي تكون في حراسة الشخص".

ثانياً- الخطأ في التشريع المصري:

الأصل أن المرء لا يسأل إلا عما يقع منه شخصياً من أفعاله الضارة؛ لذلك جرت الشرائع على وضع القاعدة العامة في المسؤولية التي تنظم مسؤولية الفرد عن أفعاله الشخصية، حيث نصت المادة (١٦٣) - (١) كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض. وبذلك يكون المشرع المصري قد أقر بمسؤولية مرتكب الخطأ.

فالمشرع المصري أكد بوجود التزام يفرض على الكافة عدم الإضرار بالغير، ومن ثم فإن الخطأ يكمن في مخالفة الالتزام الوارد من المشرع، ويقضي هذا الالتزام تبصراً في التصرف، يوجب إعماله بذل عناية الرجل الحريص.

وعرف الخطأ بأنه: "الإخلال بواجب قانوني مقترن بإدراك المخل إياه"^(٧٥)؛ وعبر عنه رأى آخر بأنه: "انحراف الشخص بالسلوك المألوف للشخص العادي مع إدراكه لهذا الانحراف"^(٧٦).

ثالثاً- التشريع العماني:

لم يسر المشرع العماني على نهج المصري، إذ إن الركن الأول لقيام المسؤولية هو الفعل الضار (الإضرار) وليس الخطأ، حيث نصت المادة (١٧٦) من قانون المعاملات المدنية العماني على النحو الآتي: "كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو كان غير مميز بالتعويض"، وبالوقوف على محتوى نص هذه المادة يتبين لنا أنه يشترط في

(٧٥) د. عبد الرزاق أحمد السنهاوري: نظرية التزام بوجه عام، مصادر الالتزام، تنقيح المستشار. أحمد مدحت المراغي، رئيس محكمة النقض الأسبق، ج ١، دار الشروق، القاهرة، ٢٠١٠م، ص ٨٥٨.
(٧٦) المستشار/ هشام الجميلي: المسؤولية المدنية ودعاوى التعويض، إصدارات نادى القضاة، ٢٠١٨م، ص ٢٣.

قيام المسؤولية توفر ثلاثة أركان تتمثل في الفعل الضار، والضرر والعلاقة السببية ما بين الفعل والضرر.

ويثور التساؤل: هل هناك فرق بين المباشرة والتسبب؟ وبينهما وبين الخطأ في ركن الخطأ؟

نعم هناك فرق نوضحه على النحو الآتي:

الإضرار بالمباشرة: عرّفته مجلة الأحكام العدلية في المادة (٨٨٧) منها بقولها: "هو إتلاف الشيء بالذات، ويقال لمن فعله فاعل مباشر أي الإتلاف الذي لا يتخلل بين فعل المباشر وبين تلف المال فعل آخر".

ويقصد بالإضرار بالمباشرة بأنه الحالة التي يترتب فيها الضرر على فعل محدثه مباشرة دون أن يتدخل بينهما فعل آخر، وفعل المباشر يعد سبباً مستقلاً للضرر، وكافياً لمسؤولية مرتكبه سواء تعدد إحداث الضرر أم لا^(٧٧)، ومعنى ذلك أن المباشر يكون ضامناً للضرر الذي يتولد مباشرة عن فعله سواء كان قاصداً أم غير قاصد، عالماً أم جاهلاً^(٧٨).

ونعرّف الإضرار بالمباشرة من وجهة نظرنا بأنه: هو إتلاف الشيء دون توسط سبب آخر، بحيث يكون هناك ارتباط مباشر بينهما، ومن ثم يكون هناك علاقة مؤكدة بين الفعل الضار والنتيجة.

أما الإضرار بالتسبب: عرّفته مجلة الأحكام العدلية في المادة (٨٨٨) بقولها: "هو التسبب لتلف شيء يعني إحداث أمر في شيء يفضي إلى تلف شيء آخر على جري العادة، ويقال لفاعله متسبب".

ويمكن تعريف الإضرار بالتسبب بأنه الحالة التي يرتكب فيها الشخص فعل تؤدي نتائجه إلى الضرر دون الفعل ذاته، فالمتسبب قد يكون شخص يقوم بفعل لا يحدث الضرر، لكنه يؤدي لحصول فعل آخر يحدث الضرر من غير أن يكون الفعل الآخر

(٧٧) د. عدنان السرحان: مرجع سابق، ص ١٠١.

(٧٨) عبيد عبدالله أحمد درياس: المسؤولية المدنية عن مزار الجوار غير المألوفة الناجمة عن تلوث البيئة "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، جامعة بيرزيت، فلسطين، ٢٠١٤م، ص ٦٤.

نتيجة حتمية للفعل الأول، شريطة أن تبقى علاقة بين الفعلين تمكن من القول بأن الضرر ينسب على صاحب الفعل الأول.

ولكن في كلتا الحالتين [أي في المباشرة والتسبب] يجب أن يكون هناك علاقة ما بين الفعل والنتيجة، أي لابد أن يكون الضرر قد وقع نتيجة لوقوع الفعل، وهذا ما يحصل في المباشرة والتسبب، وحيثما وجدت المباشرة أو وجد التسبب، توجد العلاقة المتصلة بين الضرر والفعل ويوجد بعدها الضمان، وبالعكس ينتفي الضمان عند انتفاء هذه الرابطة أو العلاقة أي عندما يكون الضرر ناتج عن فعل آخر غير الفعل الذي أحدث الضرر مباشرة^(٧٩).

وهناك اتفاق على أن من أثلّف مالا أو نفساً أو عضواً من نفس أو فوت جمالاً في عضو بغير حق شرعي، فعليه ضمان ما أثلّف، ولكنهم فرقوا بين نوعين من الإثلاف هما الإثلاف بالمباشرة والإثلاف بالتسبب، وجعلوا لكل منهما حكمه من حيث الضمان، وحكم المباشر أنه ضامن سواء كان متعمد أو متعدي أو لم يكن، أما المتسبب، فلا يضمن إلا إذا تعمد أو تعدى، وفرعوا على ذلك أن المباشر يضمن، ولو كان صغيراً أو مجنوناً، أما المتسبب منهما، فلا يضمن^(٨٠).

وبخصوص التفرقة بين الإضرار بالمباشرة والتسبب والخطأ في القانون المدني المصري:

فيما يتعلّق بالركن الأول (الفعل الضار) فالمشرّع العماني يقيم المسؤولية على أساس وجود الإضرار، وبمعنى أكثر توضيحاً أنه حتى يلتزم الشخص بالتعويض عن الضرر الذي سببه للغير يلزم أن يكون هذا الشخص قد أتى عملاً غير مشروع أطلق عليه قانون المعاملات المدنية العماني اسم (الإضرار)، ومن ثم يفهم من هذا أن كل فعل أو عدم الفعل يلحق بالغير ضرراً يستوجب تعويضه، ومن ثم كل إضرار بالغير يعد عملاً غير مشروع أو مخالفاً للقانون.

(٧٩) د. مدحت صالح غايب: المباشرة والتسبب في الشريعة والقانون، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، المجلد ١٦، العدد ٢، ص ٥١.

(٨٠) د. سليمان مرقص: المسؤولية المدنية في تقنية البلاد العربية، مطبعة الجيلوى، ١٩٧٠م، ص ١٠٣ وما بعدها.

وباعتبار أن المشرّع العماني لم يأخذ بالخطأ كركن لقيام المسؤولية مكتفياً بنهوض مسؤولية مرتكب الفعل أن يكون قد ارتكب فعلاً غير مشروع ألحق ضرراً بالغير، ولهذا لا يشترط لقيام المسؤولية عن الفعل الضار أن يكون مرتكب الفعل الضار مميزاً، فالمسؤولية تنشأ نتيجة الإخلال بالتزام قانوني عام وهو (الالتزام بعدم الإضرار بالغير) وأن هذا الالتزام بطبيعته التزام ببذل عناية بما يوجب على الشخص أن يتبع سلوك المتضرر في أموره محتزراً في تعامله مراعيًا القوانين والأنظمة، فلا يؤدي فعله إلى إضرار الغير، والإضرار بالغير بدلالة الفقرة (٢) من المادة (١٧٦) من قانون المعاملات المدنية العماني قد يكون بالمباشرة أو التسبب إذا كان الإضرار بالمباشرة، لزم التعويض، وأن لم يتعد، وإذا كان بالتسبب، فيشترط التعدي^(٨١).

الفرع الثاني

صور الخطأ أو الفعل الضار (الإضرار)

١- جمع البيانات دون موافقة صاحبها:

يبدأ جمع البيانات من الشخص نفسه، إذ إنه من المعلوم عبر الشبكة أن غالبية المواقع الإلكترونية تطلب بيانات كالاسم والبريد الإلكتروني وغيره، ثم تحفظ هذه البيانات في العقول الإلكترونية مما يجعلها عرضة لآخرين يستطيعون جمعها، وإعادة تسويقها.

وقد تجمع هذه المعلومات بشكل تلقائي عند تصفح الإنترنت مثل عنوان الكمبيوتر (IP) الخاص بالمستخدم؛ لأن كل كمبيوتر متصل بشبكة الإنترنت يتم منحه عنواناً يتكون من ٣٢ رقم، وكذلك المعلومات الخاصة بالمتصفح المستخدم ووقت وتاريخ زيارة الموقع وغيرها، وسواء أكانت تلك المعلومات مأخوذة من المستخدم أم بشكل تلقائي عند

^(٨١) مثال الأول (قيام شخص بكسر أحد شبابيك منزل جاره)، حيث فعل الضرر مباشر وبالتالي لا يشترط لقيام المسؤولية أن يكون هناك تعدي... أما إذا كان الضرر بالتسبب (كمن قطع حبل قنديل معلق فسقط القنديل على الأرض وانكسر يكون قد أُلْغى الحبل بالمباشرة وكسر القنديل بالتسبب)، وبالتالي اشترط المشرع العماني، في هذه الحالة أن يكون هناك تعدي أي تعمد بمعنى آخر حتى يلزم الشخص أن يكون الفعل الذي أتاها مفضياً إلى الضرر.

دخوله على المواقع المختلفة، فإن الاحتفاظ بها داخل السيرفرات الخاصة بالمواقع، يمثل تهديدًا لخصوصية الأفراد في العالم الافتراضي^(٨٢).

فالعقول الإلكترونية تستطيع أن تجمع أكبر قدر ممكن من المعلومات والبيانات الشخصية، وهو ما أشار إليه أحد الفقهاء حيث ذكر: "ظهر مؤخرًا مصدر جديد للخطر على الحياة الخاصة، وهو العقول الإلكترونية، فتستطيع العقول الإلكترونية تجميع أكبر قدر ممكن من المعلومات التي قد يدلي بها الشخص لسبب أو لآخر، وتستطيع أن تحتفظ بها إلى ما لا نهاية بحيث تمنع عنصر الزمن من إدخالها في طي النسيان، كما أن القدرة الهائلة للعقول الإلكترونية تمكنها من مزج المعلومات وتنظيمها وترتيبها بحيث تعطي في النهاية صورة متكاملة عن الشخص تكاد تكون أقرب للحقيقة، وانطلاقًا من معلومات متفرقة تبدو لأول وهلة تافهة الأهمية"^(٨٣).

ولتقنيات الكوكيز (COOKIES) عامل مهم في تجميع البيانات، والكوكيز هو ملفات نصية بامتداد (TXT)، يرسلها الخادم الخاص بالموقع الذي يتم زيارته عبر الإنترنت، إلى القرص الصلب للكمبيوتر الخاص بالمستخدم، ويحتفظ بنسخة منها لديه، وتحتوي على معلومات شخصية معينة تخص المستخدم وكذلك جهاز الحاسوب الخاص به كعنوان الإنترنت (IP)، وكذلك طريقة الاتصال بالإنترنت، والمواقع التي يتم زيارتها، ونوع الجهاز، ونوع المعالج، وكذلك البيانات التي يطلب إدخالها من المستخدم لاستمارة التسجيل كالاسم والبريد الإلكتروني ورقم البطاقة الائتمانية، والعنوان وغير ذلك مما يطلب إدخاله للدخول إلى الموقع أو الاستفادة بخدماته، ويحتفظ الموقع الذي يتم زيارته بنسخة من ملف الكوكيز داخل السيرفر الخاص به، متضمنة المعلومات السابقة، وتستخدم كوكيز للتعرف على المستخدم عند زيارته للموقع مرة ثانية؛ لتسهيل الوصول إلى الموقع، فإذا كان يستخدم بيانات معينة لدخول هذا الموقع، فإنه لا يتطلب إدخالها مرة أخرى بالإضافة إلى سرعة الوصول إلى الموقع، ولكن خطورة وجود مثل هذه الملفات على جهاز المستخدم، بالإضافة إلى معرفة البيانات الشخصية التي تخص

(٨٢) د. عثمان بكر: مرجع سابق، ص ١٣.

(٨٣) د. حسام الأهواني: الحق في احترام الحياة الخاصة الحق في الخصوصية، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، ص ٨.

المستخدم، يستطيع الموقع أن يتعرف وبسهولة إلى خطوات واتجاهات المستخدم عبر الإنترنت عن طريق معرفة المواقع التي يدخلها.

وهو الأمر الذي يستخدم في الإعلانات، إذ إن معرفة سلوك المستخدم عبر الشبكة يحدد في النهاية، ماذا يحب؟ وماذا يكره؟ وماذا يريد بالتحديد؟ ومن ثم فيكون من اليسير على المواقع الدعائية توجيه الإعلانات التي تناسبه بالتحديد، ومن الشركات الشهيرة في هذا المجال، شركة Doubleclick، هذا من ناحية أولى، ومن ناحية ثانية فإنه يمكن سرقة هذه الملفات من جهاز المستخدم، واستخدام المعلومات التي يحتويها ملف الكوكيز في التصفح بدلا منه، وبمعنى آخر فإن ذلك قد يسهل اختراق الصفحات الشخصية التي تخص المستخدم وكذلك البريد الإلكتروني الخاص به، وأخطر من ذلك لو تم الاستيلاء على الكوكيز الخاص بصاحب الموقع، فإن ذلك يعني اختراق الموقع ذاته باستخدام المعلومات الواردة داخل ملف الكوكيز، فقد يكون الشخص مدير (admin) لصفحة ما عبر الإنترنت على إحدى الشبكات الاجتماعية على سبيل المثال، ويتم سرقة ملفات الكوكيز الخاصة به، والدخول إلى الصفحة التي يديرها، وكل ذلك يشكل تهديداً لخصوصية المستخدمين عبر الإنترنت^(٨٤).

ولهذا فإن أي معالجة بتجميع البيانات أو غير ذلك يجب ألا يتم تجميعها إلا برضاء الشخص صاحب البيانات طبقاً للمادة السابعة^(٨٥) من لائحة البيانات الأوربية

(٨٤) د. هيثم عيسى: المسؤولية المدنية في إطار المعاملات عبر شبكة الإنترنت، رسالة دكتوراه، جامعة النوفية، ٢٠١٤م، ص ٣٦٧ وما بعدها، د. عثمان بكر: مرجع سابق، ص ١٦.

(٨٥) حيث نصت على أنه: "أولاً: عندما تعتمد المعالجة على الموافقة، يجب أن يكون المراقب قادراً على إثبات أن موضوع البيانات قد وافق على معالجة بياناته الشخصية.

ثانياً: ١- إذا تم تقديم موافقة موضوع البيانات في سياق إعلان مكتوب يتعلق أيضاً بمسائل أخرى، يجب تقديم طلب الموافقة بطريقة يمكن تمييزها بوضوح عن الأمور الأخرى، في شكل واضح ويمكن الوصول إليه بسهولة، باستخدام طريقة واضحة ولغة واضحة. ٢- أي جزء من هذا الإعلان الذي يشكل انتهاكاً لهذه اللائحة لن يكون ملزماً.

ثالثاً: ١- يحق لموضوع البيانات سحب موافقته في أي وقت. ٢- لا يؤثر انسحاب الموافقة على قانونية المعالجة بناءً على الموافقة قبل انسحابها. ٣- قبل الموافقة، يجب إبلاغ موضوع البيانات بها.

٤- يجب أن يكون السحب سهلاً مثل الموافقة.

(٦٧٩) الصادر في ٢٠١٦م، كما أن هناك بعض التشريعات قد اتجهت إلى توقيع عقوبة على من يخالف ذلك^(٨٦).

فلا بد أن يكون هناك موافقة صريحة من المستخدم قبل جمع بياناته وأيضاً قبل استخدام البيانات ويشترط أن تكون الموافقة واضحة ويتم إيصالها للمستخدم بلغة يفهمها دون أي خداع أو كلمات تحمل أكثر من معنى وتوضح سبب وجيه لمعالجة المعلومات الشخصية أو تخزينها.

لذا يمنح الأشخاص الحق في معرفة المعلومات التي يتم تخزينها عنهم، وفيما سيتم استخدامها وكل ذلك بعد الحصول على موافقة صريحة منهم بعمل ذلك.

رابعاً: عند تقييم ما إذا كان الموهوبة موافقة، تتخذ أقصى درجات الاعتبار سواء، في جملة أمور، أداء العقد، بما في ذلك توفير خدمة، غير مشروطة الموافقة على معالجة البيانات الشخصية التي ليست ضرورية لأداء هذا العقد".

1. Where processing is based on consent, the controller shall be able to demonstrate that the data subject has consented to processing of his or her personal data.

2. ¹If the data subject's consent is given in the context of a written declaration which also concerns other matters, the request for consent shall be presented in a manner which is clearly distinguishable from the other matters, in an intelligible and easily accessible form, using clear and plain language. ²Any part of such a declaration which constitutes an infringement of this Regulation shall not be binding.

3. ¹The data subject shall have the right to withdraw his or her consent at any time. ²The withdrawal of consent shall not affect the lawfulness of processing based on consent before its withdrawal. ³Prior to giving consent, the data subject shall be informed thereof. ⁴It shall be as easy to withdraw as to give consent.

4. When assessing whether consent is freely given, utmost account shall be taken of whether, *inter alia*, the performance of a contract, including the provision of a service, is conditional on consent to the processing of personal data that is not necessary for the performance of that contract.

^(٨٦) حيث نصت المادة (٥٧) من القانون المغربي رقم (٨) لسنة ٢٠٠٩م على أن: "يعاقب بالحبس من ٦ أشهر إلى سنتين وبغرامة من ٥٠.٠٠٠ درهم إلى ٣٠٠.٠٠٠ درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، كل من قام، دون الموافقة الصريحة للأشخاص المعنيين، بمعالجة معطيات ذات طابع شخصي تبين....."، كما نص الفصل الحادي والتسعون من القانون التونسي على أن يعاقب بالسجن مدة عام وبغرامة قدرها خمسة آلاف دينار المسؤول عن المعالجة أو المناول الذي يواصل معالجة المعطيات الشخصية رغم اعتراض المعني بالأمر.

ولذلك فرضت اللجنة القومية للمعلوماتية والحريات على إثر تفتيش قامت به عامي ٢٠٠٩م ، ٢٠١٠م - غرامة مائة ألف يورو على شركة جوجل لجمعها بيانات محتوى الهويات - كلمات المرور، تبادل رسائل البريد الإلكتروني عبر شبكات الواي فاي" من أجل خدمتها الجديدة "جوجل ستريت فيو" وقد تعهدت جوجل بالتخلص من البيانات المخزنة^(٨٧).

غير أنه يعفى من هذا الإذن في حالة المعالجات التي تقوم بها جمعية أو أي مجموعة أخرى لا تستهدف الربح وذات طابع ديني أو فلسفي أو سياسي أو نقابي أو ثقافي أو رياضي.

حيث اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن قيام المرافق الصحية بتخزين البيانات الشخصية المتعلقة بالصحة العامة أو الحياة الجنسية أمر غير محظور، حيث جاء ضمن حيثيات الحكم "أن تسجيل مرشحين للتبرع بالدم في ملف بيانات شخصية في ضوء أحكام الفقرة الثانية من المادة (٨) من القانون عدد (٧٨-١٧) المؤرخ في ٦ يناير ١٩٧٨م، لا يحظر في الفقرة الأولى من المادة نفسها جمع أو معالجة البيانات الشخصية المتصلة، خاصة المتصلة بصحة الأشخاص أو حياتهم الجنسية، لأغراض الطب الوقائي والتشخيص الطبي وإدارة الرعاية أو العلاج، أو إدارة الخدمات الصحية، بشرط أن يقوم بها عضو في مهنة الصحة أو شخص آخر يخضع لسرية مهنية؛ ويترتب على ذلك أنه حتى بدون موافقة صريحة من الشخص المعني على تخزين أو تخزين البيانات المتعلقة به، لا يمكن أن يقع سلوك موظفين والمؤسسات الصحية في هذا الصدد في نطاق التجريم المنصوص عليه في المادة (٢٦٢-١٩) من القانون الجنائي، الذي يشير في حد ذاته إلى الإساءات، المنصوص عليها في القانون"^(٨٨).

(87) Cass. crim, 14 mars, 2006, disponible sur: www.Legi France.gouv-Fr.

(88) Cass, crim., chambre criminelle, mercredi 8 juillet 2010, N° de pourvoi:13-89297, Bulletin criminel 2015, n° 170.

مشار إليه، د. عمرو بدوي: التنظيم القانوني لمعالجة البيانات الشخصية، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، عدد ٣١، ٢٠١٤م، ص ٣٢٧.

وتظهر صورة الاعتداء على البيانات الشخصية بتجميعها دون رضا المستخدم في قيام بعض مواقع الإنترنت بتجميع هذه البيانات ومعالجتها، وإرسالها لمواقع أخرى دعائية.

كما اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن القيام بمعالجة البيانات الشخصية دون الحصول على إذن أمر يعاقب عليه جنائياً، وذلك لعدم التقيد بالإجراءات الأولية التي يتطلبها القانون الصادر في ٦ يناير ١٩٧٨م^(٨٩).

وأيضاً اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن تجميع عناوين البريد الإلكتروني للأشخاص دون علمهم يعتبر تجميعه غير مشروع للبيانات الشخصية يستحق فاعله العقاب، حتى ولو لم يتم حفظ هذه العناوين^(٩٠).

٢- استخدام البيانات الشخصية في الأغراض التجارية:

يجب أن يتم تجميع البيانات الشخصية لأغراض محددة وشرعية، وأن يكون الهدف منها تحقيق مصلحة مشروعة.

فيبدو أن البيانات والمعلومات الشخصية المسجلة لدى العديد من الجهات مثل شركات الهاتف والمصارف أصبحت تجارة رائجة، تتداولها شركات التسويق المحترفة في السوق المصرية ضاربة عرض الحائط بمبادئ الحفاظ على خصوصية البيانات والمعلومات التي نصت القوانين والأعراف الدولية على صيانتها، وفي ظل تحول متسارع نحو اقتصاد السوق في مصر ظهرت حاجة الشركات لما يعرف بدراسات وبحوث السوق لتحديد اتجاهات وأذواق المستهلكين والأنماط الاستهلاكية ومعرفة مجتمع المستهلكين ذاته، وتحديد شرائحه لاختيار الشرائح المستهدفة.

وفي بداية الأمر وجدت الشركات المنتجة للسلع أو الخدمات صعوبات في التعرف على مجتمع المستهلكين واحتياجاتهم، نظراً لعدم وجود قاعدة بيانات لدى أي من هذه الشركات حول أفراد المجتمع، وترتب على ذلك وجود فجوة معلوماتية في السوق دعت البعض لمحاولة سدها عن طريق توفير البيانات المطلوبة للشركات كنوع من البيزنس

(89) Cass. crim., chambre criminelle ,mardi 8 septembre 2015, Bulletin criminel 2015, n° 191.

(90) Cass. crim., 14 mars, 2006, disponible sur: www.Legi France.gouv-Fr.

الجديد الذي بدأ يظهر في مصر خلال الفترة الأخيرة، وهو البيزنس الذي يعرفه مجتمع الأعمال بتجارة البيانات الشخصية^(٩١).

ومن ثم تعد البيانات الشخصية منجم ذهب للقائمين على الدعاية عبر شبكة الإنترنت، والسيرة المهنية "بروفيل" للعميل هدف يسعى إليه المعلنين كافة.

فبييع المشغل -في إطار هذه المعاملة- بيانات المستخدمين الشخصية الذين يترددون على موقعه، إلى شركات الإعلان، ثم تقوم الشركات بالإعلانية بإعداد قواعد بيانات تصنف من خلالها تحديد احتياجات المستخدمين ورغباتهم.

ويتمثل الخطر الأكبر اليوم، في جمع البيانات الشخصية للمستخدمين، عن طريق المستخدم نفسه من خلال استضافته على شبكات التواصل الاجتماعي، "فيس بوك"، ماي سبيس^(٩٢) فهذه المواقع تدعو المستخدم لأن يدلي بنفسه ببياناته طوعية، من أجل الاشتراك في هذه المواقع وهي معلومات شخصية كثيرة، محددة وكاملة^(٩٣).

والواقع أن الشخص يدلي ببياناته بموافقته، دون وعي منه لما يترتب على ذلك من إعادة استعمال هذه البيانات، علاوة على ذلك، فإن هذه البيانات تفهرس وتنتشر وتستثمر دون تمكين صاحب البيانات من ممارسة حقوقه عليها.

(٩١) أ/ محمود عبدالعظيم: بيزنس البيانات الشخصية يغزو السوق المصرية، مقال منشور جريدة الاتحاد، ٨ يناير ٢٠٠٦م.

<https://www.alittihad.ae/article>

(٩٢) ماي سبيس (بالإنجليزية: MySpace) هو موقع إلكتروني أحد وسائل تواصل اجتماعي، يقدم خدمات الشبكات الاجتماعية على الويب، تقدم شبكة تفاعلية بين الأصدقاء المسجلين في الخدمة بالإضافة إلى خدمات أخرى كالمدونات، ونشر الصور والموسيقى ومقاطع الفيديو والمجموعات البريدية وملفات المواصلات الشخصية للأعضاء المسجلين، أنشأت سنة ٢٠٠٣م على يد توماس أندرسون (Tom Anderson). يقع مقر الشركة في سانتا مونيكا في كاليفورنيا بالولايات المتحدة الأمريكية حيث تم في ما بعد بيع الموقع لشركة "تيوز كوربوريشن". يقع مقر الشركة الأم "تيوز كوربوريشن" في مدينة نيويورك. طبقاً لموقع أليكسا إنترنت يعد موقع ماي سبيس هو الترتيب الـ ٢٠٤ على مستوى العالم والـ ١٤٤ على مستوى الولايات المتحدة الأمريكية، كما أنه فقد الكثير من زواره منذ انشاء وتطوير الموقع المنافس و صاحب الترتيب الأول عالميا (Facebook).

(٩٣) د. عثمان بكر: مرجع سابق، ص ١٨.

وتكمن الخطورة في أن البيانات الشخصية أصبحت محلاً للتجار بها من قبل المواقع والشبكات، بل إن جاز القول أصبحت محط لاقتصاد جديد، وذلك لسهولة جمعها وانخفاض تكاليفها، وهو ما أدى إلى قيام الكثير من المنشآت التجارية إلى العمل في مجال جمع وبيع البيانات الشخصية.

وقد اتخذت هذه النظرية تطبيقاً حديثاً، وذلك مع زيادة عدد مستخدمي شبكات التواصل الاجتماعي أو شبكة الإنترنت بصفة عامة، إذ اتجهت معظم الشركات التجارية إلى إنشاء مواقع لها على الإنترنت، هذه المواقع تسمح لها بتجميع البيانات الشخصية لمستخدمي الإنترنت، وتقدم عروض خاصة إليهم عبر الشبكة، وهو ما أصبح يسمى بـ "التسويق الإلكتروني"^(٩٤).

ونظراً لحدثة عهد السوق بهذا النوع الجديد من النشاط لم يتم تقنينه حيث لم تحصل أي من الشركات الجديدة على ترخيص بمزاولة هذا النشاط، حيث يقوم به عدد من الشركات المتخصصة في مجال الاستثمارات والبحوث التسويقية وبعض شركات العلاقات العامة.

وبسبب الربحية العالية والتكاليف القليلة لتجارة البيانات الشخصية باعتبارها تقدم للشركات المنتجة للسلع والخدمات "زبائن جاهزين" فقد تدافعت جهات وأفراد عديدون للعمل في هذا المجال، وشهد منافسة حادة مع التورط في سلوكيات غير قانونية أو غير أخلاقية لا تتفق مع قواعد البرزخ.

ومن بين هذه السلوكيات ما يدخل في عداد انتهاك الخصوصية واقتحام الأسرار الشخصية للعملاء مما يؤدي إلى الكثير من المشكلات بين الأفراد والجهات التي يتم الحصول منها على البيانات وفي مقدمتها شركات الهاتف النقال والنوادي الاجتماعية والرياضية وشركات الإنترنت، وأحياناً بعض البنوك عبر مراكز إصدار بطاقات "الفيزا" و"الماستر كارد".

(٩٤) د. سامح عبدالواحد: مرجع سابق، ص ٤٠٠.

٣ - عدم تأمين البيانات الشخصية:

إن استخدام التقنية الرقمية في حفظ البيانات الشخصية في صورة قواعد بيانات وارتباط قواعد البيانات بشبكة الإنترنت، أدى إلى تعاظم خطر الدخول إلى هذه البيانات عن طريق شبكة الإنترنت من قبل أفراد غير مأذون لهم بالدخول إلى هذه البيانات. ولذلك نصت المادة (٣٤) من قانون حماية البيانات الشخصية الفرنسي على التزام المسؤول عن معالجة البيانات الشخصية باتخاذ كل الاحتياطات اللازمة؛ للحفاظ على أمن البيانات الشخصية، وخاصة منع أي تغيير أو إتلاف لهذه البيانات يمكن أن يحدثه أحد الأشخاص غير المأذون لهم بالاطلاع عليها، كما أن هناك تشريعات أخرى نصت على ذلك^(٩٥).

لذا ظهر ما يسمى بالأمان الرقمي، ويقصد به كيفية استخدام شبكة الإنترنت استخدام فاعل بدون التعرض لأي تهديدات أو مخاطر أو مراقبة تهدد خصوصية وسرية البيانات والمعلومات، وفي إطار ثورة التكنولوجيا والمعلومات والتطور المتسارع للتقنيات الرقمية، وبعد أن أصبح أكثر من نصف سكان العالم مستخدمين نشطين للإنترنت ومواقع التواصل الاجتماعي، وأصبحت وسائل التواصل الاجتماعي هي الطريقة الأسهل للتواصل بين الأفراد والمجموعات وتبادل المعلومات سواء على الصعيد المهني أم الإنساني، أصبح النشاط الرقمي يحتك بالحريات والحق في الخصوصية والأمان في مقابل رغبة الدول في السيطرة على الفضاء الرقمي، والتجسس على مواطنيها، أو التحكم في نشاطاتهم، أو على صعيد آخر المراقبة المخابراتية لرصد نشاط بعض الأفراد أو اختراق حساباتهم، وربما تكون عمليات تهديد السلامة من أفراد وعصابات؛ للوصول إلى معلومات تهدد صاحبها ويمكن استغلالها.

^(٩٥) كذلك نصت المادة (٣٥) من قانون المعاملات الإلكترونية الكويتي على: "لتزام الجهات الحكومية والهيئات أو المؤسسات العامة أو الشركات أو الجهات غير الحكومية باتخاذ التدابير المناسبة لحماية البيانات الشخصية الموجودة في أنظمة المعالجة الإلكترونية الخاصة بها من كل ما يعرضها للفقد أو التلف أو الإنشاء أو استبدالها ببيانات غير صحيحة أو إدخال معلومات عليها على خلاف الحقيقة".

في ظل كل تلك الفوضى والإتاحة وصراعات القوى والأنظمة الدائمة مع الحقوق والحريات الإنسانية نشأ مفهوم "الأمن الرقمي"؛ لحماية الأفراد والجماعات والمنظمات من التهديدات والمخاطر التي قد يواجهونها عند استخدام شبكة الإنترنت.

ويتطلب هذا الالتزام من جهة من يقوم بمعالجة البيانات الشخصية أن يكون مزودًا بتقنيات حماية ذات مستوى متقدم، وأن يكون لديه فريق تقني مدرب لحماية البيانات، وأن يكون هذا الفريق قادرًا على اتخاذ الإجراءات المناسبة فورًا في حالة حدوث أي مشاكل يمكن أن تصيب قواعد البيانات.

وهذا الالتزام يلقي على عاتق من يقوم بمعالجة البيانات الشخصية أن يتخذ كل الإجراءات التقنية لإيجاد مستوى ملائم من الحماية للبيانات الشخصية، هذا المستوى يعتمد على طبيعة البيانات الشخصية والأخطار التي من المحتمل أن تتعرض لها، والتقنيات المتاحة في مجال حماية البيانات الشخصية.

فمن الإجراءات التأمينية التي يقوم بها الفريق المدرب إبلاغ الجهات الأمنية من أجل التصدي لأي جريمة ترتكب في حق صاحب البيانات كما لو تم دخول الغير إلى البيانات أو سرقتها، كذلك تدريب صاحب البيانات على المحافظة على خصوصية بياناته، وإبلاغهم عند فقد أو سرقة كلمة السر الخاصة به.

وتأمين البيانات بوضع كلمة سر على قواعد البيانات، فلا يتم السماح بالدخول إلى هذه القواعد إلا لبعض الأشخاص المأذون لهم بذلك والمسؤولين عن معالجة البيانات، فهؤلاء الأشخاص فقط هم من يعرفون كلمة السر، كما يجب تشفير البيانات الشخصية عند نقلها عبر شبكة بين الحاسبات الإلكترونية، أو عبر شبكة الإنترنت حتى لا يستطيع أي شخص آخر الاطلاع عليها.

مع العلم أن تأمين البيانات لا يقتصر فقط على تأمينها من دخول الغير للاطلاع عليها، وإنما يمتد إلى تأمينها من أي خطر يهدد وجودها كتدميرها نتيجة الحادث فني أو فقدها أو العبث بها أو تغييرها^(٩٦).

^(٩٦) Benjamin EGRET, Les problèmes juridiques des logiciels indiscrets, mémoire de D.E.A informatique et droit, faculté de droit, Université Montpellier 1, 2002, et disponible sur: www.juristic.net, p.81.

ويعد هذا الالتزام أحد المحاور الرئيسة للحماية القانونية للبيانات الشخصية؛ لأن عدم وجود هذا الالتزام سيؤدي إلى زيادة المخاطر التي تتعرض لها هذه البيانات من حيث إمكانية اطلاع أي شخص عليها، أو إنشاء هذه البيانات أو التعديل فيها^(٩٧). لذلك يعد معالج البيانات مرتكب خطأ، إذا لم يأمن خطر الدخول إلى هذه البيانات عن طريق شبكة الإنترنت من أفراد غير مأذون لهم بالدخول إلى هذه البيانات، وكذلك إذا أهمل في الاستعانة بفريق متدرب على ذلك مما أدى إلى وقوع الخطر. وهذا الالتزام ذو طبيعة متطورة، فمسألة حماية البيانات أمر متطور من آن لآخر، فالتقنية التي تصلح اليوم لحماية البيانات قد لا تصلح بعد عدة أشهر؛ نظراً لظهور مخاطر جديدة يمكن أن تصيب قواعد البيانات، ولا تستطيع التقنية القديمة أن تدفعها^(٩٨).

٤ - عدم المحافظة على سرية البيانات الرقمية:

سبق القول بأن اللائحة الأوربية لحماية البيانات رقم (٦٧٩) تضمنت في المادة (٢٨) الفقرة (٣/ب) على أنه: "يضمن التزام الأشخاص المخولين بمعالجة البيانات الشخصية بالسرية أو أنهم ملزمون قانوناً بالسرية"^(٩٩). كما ألقى المشرع الفرنسي التزاماً على عاتق من يقوم بمعالجة البيانات بعدم إفشاء البيانات الشخصية للغير، سيما إذا كانت هذه البيانات ذات خصوصية لصاحبها، فإذا خالف معالج البيانات الالتزام بالمحافظة على سرية البيانات الرقمية، فإنه يعد مسؤولاً مسؤولية تقصيرية عن مخالفة الالتزام المنصوص عليه في التشريعات المختلفة.

٥ - عدم إخطار اللجنة المختصة بعملية المعالجة:

تطلبت العديد من التشريعات إخطار لجنة مختصة قبل إجراء المعالجة، فعلى سبيل المثال تطلب القانون الفرنسي كقاعدة عامة مقتضاها أن أي معالجة للبيانات

(٩٧) د. سامح عبد الواحد التهامي: ضوابط معالجة البيانات الشخصية، دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والقانون الكويتي، مرجع سابق، ص ٤١٨.

(٩٨) Benjamin EGRET, Les problèmes juridiques des logiciels indiscrets, mémoire de D.E.A informatique et droit, faculté de droit, Université Montpellier 1, 2002, et disponible sur: www.juristic.net, p.81.

(٩٩) ensures that persons authorised to process the personal data have committed themselves to confidentiality or are under an appropriate statutory obligation of confidentiality .

الشخصية يجب أن يتم الإخطار المسبق بها للجنة الوطنية للمعلوماتية والحريات^(١٠٠)، وقد نصت على هذا ذلك صراحة أيضاً بعض التشريعات كالتشريع التونسي^(١٠١).

المطلب الثاني

الضرر وعلاقة السببية

إن الاعتداء على حياة الإنسان أو جسمه أو على ماله يحقق ركن الضرر، وعليه فلا يمكن تصور وجود للمسؤولية من غير الضرر، وليس لهذه القاعدة استثناء فقبل الحكم بالتعويض يجب التحقق من وجود الضرر^(١٠٢)، هذا من جانب، ومن جانب آخر اشتراط توفر الضرر هو الذي يميز المسؤولية المدنية عن غيرها من أنواع المسؤولية، إذ إن القاعدة العامة في القانون المدني لا تقيم وزناً لغير الضرر فدعوى المسؤولية المدنية ليست دعوى مجتمع، وإنما هي دعوى شخص من أشخاص المجتمع.

كما تعد علاقة السببية الركن الثالث من أركان المسؤولية واللازم لقيامها، فتثبت مسؤولية الموقع تبعاً لثبوت العلاقة بين خطأ الموقع والضرر الناجم عنه، إذ إنه لولا

(100) voir article 11 chapitre 3 Loi n° 78-17 du 1 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, Modifié par la loi n°55-2017 du 20 janvier " La Commission nationale de l'informatique et des libertés est une autorité administrative indépendante. Elle exerce les missions suivantes : 1° Elle informe toutes les personnes concernées et tous les responsables de traitements de leurs droits et obligations ; " Elle veille à ce que les traitements de données à caractère personnel soient mis en œuvre conformément aux dispositions de la présente loi".

(١٠١) حيث نص الفصل السابع منه على أن تخضع كل عملية معالجة معطيات شخصية إلى تصريح مسبق يودع بمقر الهيئة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية.....

كما أن المشرع التونسي خصص عقوبة لكل من خالف ذلك الالتزام في الفصل ٩٠: "يعاقب بالسجن مدة عام وبخطية قدرها خمسة آلاف دينار كل من: يتعمد معالجة المعطيات الشخصية دون تقديم التصريح المنصوص عليه بالفصل ٧ أو الحصول على الترخيص المنصوص عليه بالفصلين ١٥ و ٦٩ من هذا القانون أو يستمر في معالجة المعطيات بعد منع المعالجة أو سحب الترخيص.

(١٠٢) د. محمد كامل مرسي: شرح القانون المدني الجديد، الالتزامات، الجزء الثاني، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٥٥م، ص ١٠٨.

وقوع الخطأ، لما حدث الضرر، ونتولى ايضاح ذلك من خلال فرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول: الضرر الناجم عن خطأ المسئول عن معالجة البيانات الشخصية.
الفرع الثاني: علاقة السببية بين الخطأ والضرر.

الفرع الأول

الضرر الناجم عن خطأ المسئول عن معالجة البيانات الشخصية

نصت المادة (١٦٣) - (١) من القانون المدني المصري على أن: "كل خطأ سبَّب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض".

كما نصت المادة (١٧٦) من قانون المعاملات المدنية العماني على أن:

"١- كل إضرار بالغير يلزم فاعله، ولو كان غير مميز بالتعويض.

٢- إذا كان الإضرار بالمباشرة، لزم التعويض، وإن لم يتعد، وإذا كان بالتسبب، فيشترط التعدي".

فلا بد من وجود الضرر في كل من القانونين حتى تقوم المسؤولية المدنية، ونوضح ركن الضرر بشيء من التفصيل على النحو الآتي:

أولاً- ماهية الضرر:

الضرر يعني الاعتداء أو الأذى الذي يصيب الإنسان في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له سواء كان ذلك الحق أو المصلحة متعلقة بسلامة جسمه أو عاطفته أو بماله أو بشرفه سواء كان هذا الحق أو المصلحة ذا قيمة مالية أو لم يكن كذلك^(١٠٣).

ولا تتحقق المسؤولية بمجرد ارتكاب الفاعل فعلاً يشكل انحرافاً في السلوك، إنما لابد لقيام هذه المسؤولية من أن يترتب ضرر يصيب الغير بسبب ذلك الفعل^(١٠٤).

(١٠٣) د. حسن الذنون: المبسوط، الضرر، مصدر سابق، ص ١٥٨، د. رمضان محمد أبو السعود:

مصدر سابق، ص ٢٣١، د. سليمان مرقس: مصدر سابق، ص ١٣٣.

(١٠٤) د. هشام محمد فريد رستم: قانون العقوبات ومخاطر تقنية المعلومات، مكتبة الآلات الحديثة،

١٩٩٢م، ص ٧٧.

وبشكل عام فإن الضرر المادي يشكل تعدياً على حق من حقوق الإنسان في سلامة نفسه وممتلكاته فينتقص منها أو يعطلها أو يتلفها أو يغتصبها أو يحول دون مالها واستعمالها أو استثمارها.

فالضرر اللاحق بالبيانات الشخصية الرقمية، هو الذي يصيبها في أي من المواقع الإلكترونية على شبكة الإنترنت، مما يؤدي إلى تدمير البرامج والبيانات الإلكترونية كلياً بجعلها غير صالحة للاستعمال أو جزئياً بالتقليل من قيمة أدائها.

وعلى سبيل المثال فإنه في حالة ما إذا تعاقد الشخص مع شركة الاتصالات أو الإنترنت، فإنه يقدم بيانات سابقة على إبرام العقد، ويجب أن تكون هذه البيانات محاطة بضمانات تكفل عدم المساس بها، وإذا تم الاعتداء عليها تقوم المسؤولية التقصيرية، وهذا ما كفله القانون للشخص الملزم بتقديم بياناته.

والضرر المادي في إطار المسؤولية عبر الإنترنت هو المساس بحق أو بمصلحة مالية للفرد جراء خطأ تم ارتكابه عبر شبكة المعلومات الدولية، وصور ذلك في العالم الافتراضي متعددة، ومن ذلك إصابة الشخص في ذمته المالية جراء الاستيلاء على أسرار الحياة الخاصة، وفي هذا الشأن قضت محكمة المقاطعة الجنوبية بنيويورك لصالح المدعي بتعويض قدره (٢٣٦ ألف دولار) جراء استيلاء المدعى عليه على قوائم العملاء الخاصة بالمدعي وعرضها للمزاد عبر شبكة المعلومات الدولية، ولقد راعت المحكمة في تقديرها التعويض ما أصاب المدعي من ضرر يتمثل في المبالغ التي أنفقها في إعداد القوائم، حيث إن قائمة العملاء تحتوي على ٩٤٤ ألف اسم وكل اسم تكلف تجميع المعلومات حولة مبلغ ٢٥ سنتاً، فكان مبلغ التعويض عن الأضرار الفعلية هو حاصل ضرب تكلفة تجميع معلومات الاسم الواحد في عدد أسماء قائمة العملاء التي تم الاستيلاء عليها من جانب المدعى عليه^(١٠٥).

كما تجدر الإشارة إلى أنه لا يعتد بالضرر إلا إذا جعل مركز صاحب الحق أو المصلحة أسوأ مما كان قبل التعدي الذي أضر به.

(١٠٥) د. سعيد سعد عبد السلام: الإلزام بالإفصاح في العقود، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠م، ص ٧١٣.

ثانياً - أنواع الضرر:

النوع الأول - الضرر المادي:

يتمثل الضرر المادي في المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له؛ سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة متعلقة بسلامة جسمه أم ماله أم عاطفته أم حريته أم شرفه أم اعتباره، ونحو ذلك من الأمور^(١٠٦)، وعرفه آخر بأنه: "الأذى الذي يصيب المضرور في حق أو في مصلحة مشروعة، سواء انصب على حياته أو جسمه أو ماله أو عواطفه وشعوره"^(١٠٧).

فللضرر المادي إذن شرطان (١) أن يكون هنالك إخلال بمصلحة مالية للمضرور (٢) أن يكون محققاً، ونعرض لهما على النحو الآتي:

(١) أن يكون هنالك إخلال بمصلحة مالية للمضرور:

تتمثل المصلحة المالية للمضرور في المحافظة على بياناته الشخصية التي أصبحت محلاً للبيع والشراء كما وضعنا سابقاً، فإذا تم سرقة بياناته أو أتلافها أو تعطيلها، فإن ذلك يعد إخلالاً بمصلحة مالية لصاحب البيانات.

ولا شك في اعتبار برنامج الحاسب الآلي له قيمة إقتصادية؛ لأن تحديد مفهوم الشيء أو المال نابع من الذهن، وليس من طبيعة الشيء؛ ولهذا يمكن قبول واعتبار الأشياء غير المادية من قبيل الأموال، ولما كانت البرامج في جوهرها معلومات معالجة بطريقة ما، ولها قيمة اقتصادية، فإنه يجب التعامل معها على أنها مال من جهة أخرى^(١٠٨).

(١٠٦) د. سليمان مرقس: المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، القاهرة، معهد البحوث والدراسات العربية، ١٩٧١م، ص ١٢٧. د. عاطف النقيب: النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي - الخطأ والضرر، مكتبة صادر، دون مكان نشر، ط ٢، ١٩٩٩م، ص ٢٥٥.

(١٠٧) د. مصطفى مرعي: المسؤولية المدنية في القانون المصري، مكتبة عبد الله وهبة، الطبعة الثانية، ص ١٠٣.

(١٠٨) د. نبيله إسماعيل رسلان: المسؤولية في مجال المعلوماتية والشبكات، بدون سنة طبع، ص ٥٦ وما بعدها.

ويؤكد هذا ما ذهب إليه القضاء في فرنسا، فقد قضت محكمة باريس في ٢٧ فبراير سنة ١٩٩١م بأنه عرض صورة ما يمكن أن يمثل شيئاً يخضع لحكم المادة (١٣٨٤) من القانون المدني الفرنسي^(١٠٩).

وتتمتع البيانات في الحاسب الإلكتروني بالحماية رغم أنها عبارة عن نبضات إلكترونية، فهي من هذه الناحية ليست ذات وجود مادي محسوس، لكنها في الوقت ذاته تشكل بالنسبة إلى مستخدميها حقاً مالياً يحرص عليه من تعرض الغير، ويكون له حق المطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق به بسبب هذا التعرض.

ويكون الضرر أيضاً في المساس بالمصلحة المشروعة كما في حالة نشر معلومات في موقع التواصل الاجتماعي تتضمن معلومات خاطئة عن نشاط إحدى الشركات مما يلحق بها ضرر بعزوف عملائها عن التعامل معها، ما يلحق بها أذى بالمساس بمصلحتها المشروعة^(١١٠).

وقد يكون الضرر المادي في حال الاعتداء على حقوق الملكية الفكرية في النشر عبر مواقع التواصل الاجتماعي، فنشر المصنفات من دون إذن مؤلفها يشكل ضرراً مادياً، فنشر كتاب بصورة مشوهة في إحدى صفحات مواقع التواصل الاجتماعي، يؤدي إلى عزوف الناس عن شراء الكتاب بنسخته الأصلية، ومن ثم يصاب المؤلف بضرر مادي، إضافة إلى الضرر المعنوي في حال تغيير بعض الفقرات في المصنف بغية الترويج لفكرة معينة من خلال نسبتها إلى المؤلف^(١١١)، كما أن نشر فيلم من خلال موقع التواصل الاجتماعي يوتيوب مثلاً دون إذن أصحاب الحقوق على هذا

⁽¹⁰⁹⁾ paris 1er 27 fev., 1991, J.C. P.ed.G 1992, II, N21809.

مشار إليه د. أحمد محمد عطية: التأمين من المسؤولية المفترضة لمستخدمي الإنترنت، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠١٣م، ص ٤٣.

^(١١٠) حكم محكمة قضايا النشر والإعلام القسم المدني في رئاسة استئناف بغداد الرصافة رقم ٣٢ في ٢٩/٥/٢٠١٢م.

^(١١١) د. سهيل حسين الفتلاوي: حقوق المؤلف المعنوية في القانون العراقي، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٨م، ص ٣٠٤، د. حسن محمد محمد بودي: حقوق والتزامات المؤلف في عقد النشر من منظور الفقه الاسلامي وقانون الملكية الفكرية، جاز الكتب القانونية، ٢٠١١م، ص ٦٤.

الفيلم يشكل ضرراً مادياً يتمثل بخسارة مالية لأصحاب الحقوق، بانتشار فيلمهم في الشبكة من دون شرائه من الأسواق.

ومن الممكن أن يتم المساس بهذه البيانات عن طريق شخص آخر أو قرصنة الإنترنت، وذلك باختراق أجهزة الشركة والسطو على البيانات واستغلالها^(١١٢).

وفي هذه الحالة يمكن مسائلة الشركة على أساس نظرية تحمل المخاطر أو مدى الالتزام الذي تتحمله الشركة، فإذا كان بذل عناية، يجب أن يتم التأكد من أن الشركة لم تقصر في الضمانات التي يستلزمها الشخص المعتاد، فإذا تبين عدم تقصير الشركة في الضمانات، فلا يمكن مسائلتها إلا وفقاً لنظرية تحمل المخاطر، وهي تحمل الشركة لمخاطر المهنة مقابل العائد من الأرباح من هذا النشاط^(١١٣).

وإصابة النظام المعلوماتي بالفيروس لا يعد ضرراً في حد ذاته، فهذه الإصابة لا تثير مسؤولية من قام بها إلا إذا ترتب عليها أثر يعد ضرراً مالياً أو أدبياً.

فهناك فيروسات^(١١٤) قد تدخل للنظام المعلوماتي ولا تنشط إلا إذا قام المستخدم بفتح الملف الذي التصق فيه هذا الفيروس، فطالما لم يفتح المستخدم الملف، يظل الفيروس ساكناً غير محدث لأي ضرر، أما عندما يفتحه المستخدم يبدأ الفيروس في إحداث الضرر، ومن ثم لا يسأل المخطئ إلا عند تحقق الضرر بالفعل، ولا يمكن هنا أن نقول إن هذا الضرر محقق الوقوع في المستقبل؛ لأن المستخدم قد لا يفتح هذا

(١١٢) أ/ معاذ العمرى: مرجع سابق، ص ٧٣.

(١١٣) أ/ معاذ العمرى: مرجع سابق، ص ٧٣.

(١١٤) يعتبر فيروس الحاسب بمثابة برامج مهاجمة تصيب أنظمة الحاسبات بأسلوب يماثل لحد كبير أسلوب الفيروسات الحيوية التي تصيب الإنسان، ويمكن تعريفه بأنه برنامج حاسوب يمكنه بصفة مستمرة أو في أي تاريخ أو زمن مبرمج أن يدخل نسخاً قابلة للتنفيذ من نفسه أو من أجزاء من ذاته إلى برامج أخرى أو إليهما معاً، فيصيبهما بالعدوى وتكون البرامج المصابة بالعدوى قابلة للتكاثر، أو تعديل أو حذف أو تلوث أو تلف البرامج أو البيانات الأخرى، وتتشابه فيروسات الحاسب الإلكتروني مع الفيروسات الحيوية أو البيولوجية.

الملف أو قد يزيله أو قد يقوم بتحديث برنامج مكافحة الفيروسات، فينبهه لوجود الفيروس فيزيله من نظامه المعلوماتي^(١١٥).

كذلك الحال بالنسبة إلى فيروسات (القبلة الموقوتة) التي تدخل النظام المعلوماتي، ولا تقوم بإحداث الضرر إلا في الوقت المحدد من قبل مبرمجه، فالضرر لم يحدث بعد، كما أنه غير محقق الوقوع في المستقبل، لأن المستخدم قد لا يقوم بتشغيل النظام المعلوماتي في الوقت المحدد لتنشيط الفيروس، أو قد يكتشفه برنامج مكافحة الفيروسات ويقوم بمسحه قبل الوقت المحدد^(١١٦).

ويرى رأي في الفقه^(١١٧) بأنه قد يكون هناك ضرر يصيب المستخدم حتى لو لم ينشط الفيروس بعد، هذا الضرر متمثل في الوقت الذي يقضيه المستخدم في إزالة الفيروس من النظام المعلوماتي.

فالضرر الذي يصيب موقعًا إلكترونيًا ويؤدي إلى تشويه أو تشويش بياناته يعد ضررًا أصاب صاحب ذلك الموقع وكل شخص يستخدم هذا الموقع لتحقيق منفعة مادية أو معنوية، ومن ناحية أخرى فإن الضرر لا يعد محققًا ما لم يؤد إلى تغيير في المركز القانوني للمستخدم بأن جعله أسوأ مما كان عليه قبل ذلك سواء كان المستخدم صاحب حق أو مصلحة يحميها القانون^(١١٨).

ولعل أهم ما يميز الأضرار الإلكترونية أنها تكون فادحة في كثير من الأحيان، ويمكن التدليل على صحة ذلك بأخذ الأمثلة الواقعة التي قامت بنشرها صحيفة التايمز الأمريكية، والتي تتلخص وقائعها في قيام أحد المبرمجين بإطلاق فيروس من حاسب

(١١٥) د. سامح التهامي: المسؤولية المدنية عن فيروسات النظم المعلوماتية عبر الإنترنت، جامعة الكويت - مجلس النشر العلمي، مجلد ٤٠، عدد ٣، ٢٠١٦م، ص ٣٩٤.

(١١٦) د. عزة خليل: مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسب - دراسة في القانون المدني والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة القاهرة، ١٩٩٤م، ص ٢٩٦-٢٩٧.

(١١٧) Meiring VILLIERS, Computer viruses and civil liability: a conceptual framework, Tort trial and insurance practice law journal, fall 2004.

(١١٨) د. نائل علي المساعد: مرجع سابق، ص ٥٩.

استهدف شبكة أربانايت التي تربط عددًا كبيرًا من حاسبات مؤسسات على درجة كبيرة من الأهمية^(١١٩).

وبناء على ما سبق فإن الضرر الموجب للتعويض هو الضرر الذي أصاب برامج الحاسب وبياناته مضافاً إليه ما فات المستخدم من كسب وما لحقه من خسارة كما لو تعطل أحد مستخدمي الحاسب عن عمله في إنتاج تصميم هندسي معين، فإذا أمكنه استخدام برامج أو بيانات حاسب آخر لهذه الغاية، فلا يكون الضرر الموجب للتعويض سوى ما أصاب الحاسب من أضرار إلكترونية مباشرة في برامجه وبياناته.

(٢) أن يكون محققاً:

يجب ان يكون الضرر محقق الوقوع، بأن يكون قد وقع فعلاً، أو سيقع حتماً في المستقبل، ونعرض في ذلك للضرر الحال والمستقبلي.

(أ) الضرر الحال: وهو الضرر الذي وقع فعلاً، مثل وقوع الخلط واللبس لدى الجمهور حول منتج اعتادوا أن يشتروه من شخص محدد؛ وذلك لاستخدام شخص آخر العلامة التجارية الخاصة بالأول نفسها في المواقع الإلكترونية، أو الإساءة للسمعة التجارية لشركة ما نتيجة نشر بيانات كاذبة عنها تفيد بأن رئيس مجلس إدارتها قد اتهم بجريمة غسيل أموال، أو أن الشركة تم إشهار إفلاسها بالفعل، وقد يتمثل الضرر في إصابة الشخص بالأذى النفسي نتيجة نشر فيديو عبر الإنترنت يظهره أمام الجمهور في وضع مذل للآداب والأمثلة في هذا الشأن كثيرة والضرر الحال بطبيعة الحال يلزم المسئول بدفع التعويض عنه للمضرور^(١٢٠).

(ب) الضرر المستقبل: وهو الضرر الذي سيقع حتماً في المستقبل، فهو وإن كان لم يقع بالفعل أي لم يكن ضرراً حالاً، فإنه سيقع في المستقبل حتماً، ومن ثم من الجائز للمضرور أن يحتفظ بحقه في المطالبة خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير.

حيث نصت المادة (١٧٠) يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور طبقاً لأحكام المادتين (٢٢١، ٢٢٢) مراعيًا في ذلك الظروف الملابسة، فإن

^(١١٩) د. نائل علي المساعد: أركان الفعل الضار الإلكتروني في القانون الأردني، الجامعة الأردنية - عمادة البحث العلمي، مج ٣٢، ع ١، ٢٠٠٥م، ص ٥٩.

^(١٢٠) نقض مدني، الطعن رقم ١٣٨ لسنة ٦٢ ق، جلسة ٢٠٠٥/١/٩م.

لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعييباً نهائياً، فله أن يحتفظ للمضروب بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير.

النوع الثاني - الضرر الأدبي:

الضرر الأدبي هو الذي يصيب الإنسان في شعوره، وذلك نتيجة المساس بأحد المعاني التي يحرص عليها، مثل: كرامته أو شرفه أو اعتباره أو عاطفته، أو غير ذلك، ومن ثم فالمحل الذي ينصب عليه الضرر له طبيعة معنوية وهو الشعور، والأمر لا يختلف أيضاً عما يحدث من أضرار معنوية خارج عالم الإنترنت.

كما يتمثل الضرر الأدبي الناجم عن انتهاك الخصوصية والاعتداء على بياناته الشخصية في انتهاك حرمة الحياة الخاصة لرواد مواقع التواصل الاجتماعي، وما يستتبعه ذلك من المساس بسمعة الشخص الاجتماعية ونشر معلوماته وأسراره الخاصة، بما قد ينطوي عليه من إهانته وتجريحه وفضح لأسراره وصورة العائلية أو الخاصة أو لمعلوماته الصحية أو الاجتماعية^(١٢١).

ومن المتصور أن يترتب على الإصابة الفيروسية للنظام المعلوماتي ضرر أدبي متمثل في الأذى الذي يصيب شعور المضروب، نتيجة إحساسه بالعجز؛ لعدم قدرته على استخدام النظام المعلوماتي الخاص به بعد توقفه، نتيجة الإصابة الفيروسية^(١٢٢).

كذلك قد يعد مجرد شعور المستخدم بالذعر ضرراً أدبياً؛ نتيجة وجود الفيروس على نظامه المعلوماتي، حتى ولو لم ينشط هذا الفيروس بعد^(١٢٣).

فالضرر ينشأ في حالة نشر شخص عبر صفحته في مواقع التواصل الاجتماعي منشورات تنتهك حقوق الأفراد كنشر معلومات حول علاقة عاطفية لشخص ما يشكل اعتداء على حقه في الحياة الخاصة، أو نشره صورة الشخص في موقع التواصل

(١٢١) د. محمد محمد القطب: مرجع سابق، ص ٩٠٩.

(١٢٢) د. عابد رجا الخلايلة: المسؤولية التقصيرية الإلكترونية، المسؤولية الناشئة عن إساءة استخدام أجهزة الحاسوب والإنترنت، رسالة دكتوراه، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، الأردن، ٢٠٠٩م، ص ١٤٢.

(١٢٣) د. سامح عبد الواحد: المسؤولية المدنية عن فيرسه النظم المعلوماتية عبر الإنترنت، ص ٣٩٧.

الاجتماعي انستجرام ما يشكل اعتداء على حق الشخص في الصورة، أو نشر مقطع فيديو على موقع التواصل الاجتماعي يوتيوب يحتوي على إساءة لشخص^(١٢٤).

الفرع الثاني

علاقة السببية بين الخطأ والضرر

نصت المادة (١٧٧) من قانون المعاملات المدنية العماني على أنه: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كافة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو فعل المضرور، كان غير ملزم بالتعويض ما لم يقض القانون أو الاتفاق بغير ذلك".

ونصت المادة (١٦٥) من القانون المدني المصري على أنه: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك".

علاقة السببية بين الفعل الضار والضرر الذي يقع عبر شبكة الإنترنت يجب أن ينظر إلى الفعل وما إذا اتصل بالضرر من حيث أن الفعل وقع نتيجة تقصير المسؤول أو نتيجة عطل في جهاز الحاسوب أو شبكة الإنترنت، حيث يجب إثبات أن المسؤول هو المقصر، وكما وضحنا أن الخطأ عبر شبكة الإنترنت يكتفاه الغموض والتعقيد وصعوبة تحديد المسؤول في بعض الأحيان مما يصعب معه ربط علاقة السببية بالضرر الناتج.

ولذلك فإن علاقة السببية بين الخطأ والضرر الإلكتروني تعد ركناً ضرورياً في هذه المسؤولية، فمن البديهي ألا يسأل مرتكب ذلك الفعل إلا عما يسببه من أضرار إلكترونية مختلفة، فإذا ثبت أن الضرر قد وقع لسبب أجنبي أو لحادث مفاجيء أو بفعل الزمن أو فعل المضرور أو فعل الغير، انتفت علاقة السببية بين فعل المدعي عليه والضرر، وكان غير مسؤول عن جبر ذلك الضرر^(١٢٥).

(124) Daxton R. Stewart: Social media and the law a guidebook for communication students and professionals, Routledge Taylor & Francis, New York, 2013, p.44.

(١٢٥) د. نائل علي المساعد: مرجع سابق، ص ٦٢.

النتائج و التوصيات

توصلنا إلى مجموعة من النتائج والتوصيات نوردتها على النحو الآتي:

أولاً- النتائج:

- ١- نستنتج أن مسألة حماية البيانات ذو طبيعة متطورة، بمعنى أنه أمر متطور من آن إلى آخر، فالتقنية التي تصلح اليوم لحماية البيانات قد لا تصلح بعد عدة أشهر؛ نظراً لظهور مخاطر جديدة يمكن أن تصيب قواعد البيانات، ولا تستطيع التقنية القديمة أن تدفعها.
- ٢- نستنتج أنه على الرغم من عدم وجود قانون خاص بحماية البيانات الشخصية إلا أن المشرع المصري حمى العديد من البيانات بالشخصية كالاسم والمتعلقة بالذمة المالية والبيانات الطبية من خلال نصوص متفرقة.
- ٣- نستنتج أنه ليس هناك عدد محدود لصور البيانات الشخصية، فتزداد هذه الصور مع التطور التكنولوجي كما يزداد خطر الاعتداء عليها أيضاً.
- ٤- نستنتج أن المشرع الفرنسي وضع تنظيمًا قانونيًا متكاملًا لمعالجة البيانات الشخصية وذلك بمقتضى القانون رقم ٨٠١ لسنة ٢٠٠٤م، كذلك تولت اللائحة الأوربية (٦٧٩) الصادرة ٢٠١٦م تنظيم دقيق لعملية المعالجة، كما أن المرسوم السلطاني ٢٠٠٨/٦٩م بإصدار قانون المعاملات الإلكترونية قدم بعد الحماية إلا أنها ليست كاملة، في حين لم ينظم المشرع المصري عملية المعالجة، ولم يضع قانوناً لحماية البيانات الشخصية.
- ٥- نستنتج أنه رغم وجود حظر معالجة البيانات إلا بموافقة صاحبها، إلا أنه من الممكن أن تتم معالجة البيانات الشخصية لغرض المصلحة العامة أو لأغراض البحث العلمي أو التاريخي أو لأغراض إحصائية.
- ٦- أنه إذا أفصح الشخص عن بياناته الشخصية، فليس معنى ذلك أنها أصبحت متاحة؛ لأنه بمرور الزمن أصبح من حقه إدخالها في طي النسيان.
- ٧- نستنتج أنه أصبح من السهل في هذا العصر تجميع بيانات عن أي شخص، سواء عن طريق مواقع التواصل الاجتماعي، أو تقنية الكوكيز، وتظل هذه البيانات عالقة في العقول الإلكترونية ذات القدرة الهائلة على حفظ البيانات وتنظيمها وترتيبها، بحيث تعطي في النهاية صورة متكاملة عن الشخص تكاد تكون أقرب للحقيقة.

- ٨- أن معظم الدول قد أنشئت لجنة يناد بها الإشراف على توافر احترام القواعد المقررة لحماية الحرية الشخصية من إساءة استخدام البيانات الشخصية ومنها؛ فرنسا حيث قامت بإنشاء لجنة مستقلة خاصة تسمى (اللجنة الوطنية للمعلومات والحريات)، وليس هناك بمصر أية لجان بشأن ذلك الأمر.
- ٩- الخطأ عبر شبكة الإنترنت يكتفه الغموض والتعقيد وصعوبة تحديد المسؤول في بعض الأحيان، مما يصعب معه ربط علاقة السببية بالضرر الناتج.
- ١٠- تعد البيانات الشخصية منجم ذهب للقائمين على الدعاية عبر شبكة الإنترنت، حيث تقوم الشركات الإعلانية بإعداد قواعد بيانات تصنف من خلالها تحديد احتياجات المستخدمين ورغباتهم الشرائية.

ثانياً- التوصيات:

- ١- نوصي المشرعين المصري والعماني بأن يتخذ اللائحة الأوربية لحماية البيانات نموذجاً يهتدى به في إعداد قانون لحماية البيانات الرقمية، وخاصة فيما يتعلق بمعالجة البيانات الرقمية.
- ٢- نوصي المشرعين المصري والعماني بسن قانون لحماية البيانات الشخصية الرقمية؛ لسد النقص التشريعي، ولمواجهة المخاطر التي تحيط بالبيانات الشخصية في ظل تطور أساليب الدعاية وفي ظل التطور التكنولوجي الهائل، وذلك أسوة بنظيره الفرنسي وبقوانين الدول العربية.
- ٣- نوصي المشرع المصري بإعاده النظر في قيام المسؤولية على الخطأ، سيما وأن إثبات الخطأ في مجال البيانات الرقمية أمر صعب جداً وقد يكون مستحيلًا؛ نتيجة حداثة هذا المجال، ووجود أشخاص مضررة على سرقة البيانات الرقمية؛ لذا نرى من الأفضل قيام المسؤولية على الضرر.
- ٤- نوصي المشرع المصري والعماني بإنشاء صندوق للضمان يكون وظيفته صرف التعويض المناسب عند تعذر وجود المسئول عن التعويض أو عدم معرفته.
- ٥- نوصي المشرع المصري والعماني بالعمل على تضمين مشروع القانون نصاً صريحاً يستلزم ضرورة مسح وإخفاء البيانات الشخصية عند الانتهاء من الغرض الذي تم جمعها من أجله ضماناً لسرية البيانات.
- ٦- نوصي بإنشاء محاكم متخصصة بشأن الجرائم التي تنتهك فيها خصوصية البيانات الرقمية؛ وذلك لسرعة الفصل في القضايا.

٧- نوصي الحكومة بإنشاء جهاز لحماية البيانات الشخصية الرقمية، يتولى مراقبة انتهاك خصوصية البيانات الشخصية الرقمية، ويكون له تحريك الدعوى الجنائية ضد منتهك خصوصية البيانات.

٨- نوصي الحكومة بتفعيل دور جهاز حماية المستهلك من أجل مراقبة المحلات التجارية، والتأكد دوماً من عدم استغلال بيانات العملاء لأغراض غير مشروعة من أجل تحقيق ربح.

٩- نوصي الدولة بضرورة عقد الندوات والمؤتمرات؛ وذلك لزيادة وعي الأفراد بأهمية بياناتهم الشخصية، وعدم الإفراط في إفشائها، وذلك بتبنيهم على المخاطر التي يمكن أن تحيط بتلك البيانات، وما يمكن أن يحدث لهم من أضرار من جراء ذلك، ويمكن أن تؤدي وسائل الإعلام الدور الأكبر في ذلك.

المراجع

أولاً- المراجع القانونية العامة:

- د/ أحمد شوقي، عبد الرحمن: مصادر الالتزام، بدون دار نشر، ٢٠٠٨م.
- د/ أنور سلطان: المبادئ القانونية العامة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، بدون تاريخ نشر.
- د/ سليمان مرقس: المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، القاهرة، معهد البحوث والدراسات العربية، ١٩٧١م.
- د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري: نظرية التزام بوجه عام، مصادر الالتزام، تنقيح المستشار/ أحمد مدحت المراغي، رئيس محكمة النقض الأسبق، ج ١، دار الشروق، القاهرة، ٢٠١٠م.
- د/ عبد الحي حجازي: المدخل لدراسة العلوم القانونية وفقاً للقانون الكويتي- مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٠م.
- د/ محمد كامل مرسي: شرح القانون المدني الجديد، الالتزامات، الجزء الثاني، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٥٥م.

ثانياً- المراجع المتخصصة:

- د/ إبراهيم داود: الحماية القانونية للبيانات الشخصية من منظور الحق في الخصوصية - دراسة تحليلية مقارنة مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، ع ١، ٢٠١٧م.

- د/ أحمد محمد عطية: التأمين من المسؤولية المفترضة لمستخدمي الانترنت، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠١٣م.
- د/أسنر خالد: المسؤولية المدنية عن انتهاك الخصوصية عبر مواقع التواصل الاجتماعي، دار النهضة العربية، ٢٠١٨م.
- د/ أسامة بن غانم العبيدي: حماية الحق في الحياة الخاصة في مواجهة جرائم الحاسب الآلي والانترنت، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد ٩٢ العدد ٣١.
- د/ حسني الجندي: ضمانات حرمة الحياة الخاصة في الإسلام، الطبعة الأولى، ١٩٩٣م، دار النهضة العربية، القاهرة.
- د/ حسن محمد محمد بودي: حقوق والتزامات المؤلف في عقد النشر من منظور الفقه الإسلامي وقانون الملكية الفكرية، جار الكتب القانونية، ٢٠١١م.
- د/حسام الأهواني: الحق في احترام الحياة الخاصة الحق في الخصوصية، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.
- د/حسيني إبراهيم: المسؤولية المدنية للاخطئية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي - دراسة مقارنة، مجلة البحوث والدراسات الشرعية مج ٤، عدد ١٣، ٢٠١٤م.
- د/ جيهان فقيه: حماية البيانات الشخصية في الإعلام الرقمي، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة العربي بن مهيدي عدد ٧، ٢٠١٧م.
- د/جليل الساعدي: مشكلات التعاقد عبر شبكة الانترنت، مكتبة السنهوري، بغداد، بدون ذكر سنة الطبع.
- د/ سامح التهامي: الحماية القانونية للبيانات الشخصية: دراسة القانون الفرنسي، مجلة جامعة الكويت مجلد ٣٥، عدد ٣، ٢٠١١م.
- د/ سعيد جبر: الحق في الصورة، دار النهضة العربية، سنة ١٩٨٦م.
- د/ سعيد سعد عبد السلام: الإلزام بالإفصاح في العقود، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠م.
- د/ سليمان مرقس: المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، القاهرة، معهد البحوث والدراسات العربية، ١٩٧١م.
- د/ سهيل حسين الفتلاوي: حقوق المؤلف المعنوية في القانون العراقي، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٨م.
- د/ شريف خاطر: حماية الحق في الخصوصية المعلوماتية - دراسة تحليلية لحق الإطلاع على البيانات الشخصية في فرنسا، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، العدد ٥٧، ٢٠١٥م.

- د/ عثمان بكر: المسؤولية عن الاعتداء على البيانات الشخصية لمستخدمي شبكات التواصل الاجتماعي، بحث منشور بمؤتمر كلية الحقوق جامعة طنطا في الفترة ٢٢ - ٢٣/٤/٢٠١٩م.
- د/ علاء عبد الباسط خلاف: الحماية الجنائية لوسائل الاتصال الحديثة (الحاسب الآلي، الكمبيوتر، الانترنت) منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٤م.
- د/عاطف النقيب: النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي - الخطأ والضرر، مكتبة صادر، دون مكان نشر، ط٢، ١٩٩٩م.
- د/ عمرو طه بدوي: التنظيم القانوني لمعالجة البيانات الشخصية، بحث منشور بمجلة حقوق حلوان حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، عدد ٣١، ٢٠١٤م.
- د/علي حمودة: الأدلة المتحصلة من الوسائل الإلكترونية في إطار نظرية الإثبات الجنائي، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، المنعقد بأكاديمية شرطة دبي - مركز البحوث والدراسات، العدد الأول ٢٠٠٣م بتاريخ ٢٩ - ٢٨ نيسان ٢٠٠٣م، دبي - الإمارات العربية المتحدة.
- د/ فايزة دسوقي أحمد: سياسة الخصوصية في محركات البحث، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة دراسات المعلومات، عدد ٥، مايو ٢٠٠٩م.
- د/منى الاشقر جبور: محمود جبور، البيانات الشخصية والقوانين العربية، المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية مجلس وزراء العدل العرب، الطبعة الأولى بيروت - لبنان، ٢٠١٨م.
- د/ محمد محمد القطب: الحماية المدنية للمعلومات الشخصية في مواجهة الثورة التكنولوجية لوسائل الاتصال والتواصل، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة - كلية الحقوق، عدد ٦٧، ٢٠١٨م.
- د/محمد بن حيدة: حق الإنسان في معلوماته الشخصية، مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية ع ٢، ٢٠١٦م.
- د/ محمد سالم الزعابي: جرائم الشرف والاعتبار عبر الإنترنت، دار الحافظ، الامارات العربية المتحدة، دبي، ٢٠١٥م.
- د/ مصطفى مرعي: المسؤولية المدنية في القانون المصري، مكتبة عبد الله وهبة، الطبعة الثانية.
- د/ هشام محمد فريد رستم: قانون العقوبات ومخاطر تقنية المعلومات، مكتبة الآلات الحديثة، ١٩٩٢م.
- المستشار/ هشام الجميلي: المسؤولية المدنية ودعاوى التعويض، إصدارات نادى القضاة، ٢٠١٨م.

- د/ نائل علي المساعد: أركان الفعل الضار الإلكتروني في القانون الأردني، الجامعة الأردنية - عمادة البحث العلمي، مج ٣٢، ع ١، ٢٠٠٥م.
- د/ نبيله إسماعيل رسلان: المسؤولية في مجال المعلوماتية والشبكات بدون سنة طبع
- د/ هشام محمد فريد : الحماية الجنائية لحق الإنسان في صورته، الناشر مكتبة الآلات الحديثة بأسويوط، بدون سنة طبع.
- د/ وليد السيد سليم: ضمانات الخصوصية في الانترنت، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٢م.

ثالثاً- رسائل الدكتوراه والماجستير:

- أ/ الاء بنت سعيد بن ناصر الملكية: حماية البيانات الشخصية لمستخدمي شبكات التواصل الاجتماعي، رسالة ماجستير جامعة السلطان قابوس عمان، ٢٠١٥م
- د/ سعد رمضان: المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالالتزام بالسرية، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، ٢٠٠٦م.
- د/ سهل محمد ظاهر: المسؤولية المدنية للإعلام الإلكتروني عن انتهاك الحقوق للصيقة بالشخصية، رسالة ماجستير، جامعة اليرموك، ١٤٣٥هـ - ٢٠١٤م.
- د/ عزة خليل: مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة فيرس الحاسب: دراسة في القانون المدني والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة القاهرة، ١٩٩٤م.
- د/ عابد رجا الخليلة: المسؤولية التقصيرية الإلكترونية، المسؤولية الناشئة عن إساءة استخدام أجهزة الحاسوب والانترنت، رسالة دكتوراه، جامعة عمان العربية للدراسا العليا، الأردن، ٢٠٠٩م.
- أ/ معاذ العمرى: النظام القانونى للحق في البيانات الشخصية عبر الوسائل الالكترونية، رسالة ماجستير، جامعة اليرموك، الأردن، ٢٠١٥م.
- د/هيثم عيسى: المسؤولية المدنية في إطار المعاملات عبر شبكة الانترنت، رسالة دكتوراه، جامعة النوفية، ٢٠١٤م.

المراجع باللغة الأجنبية:

- Baffard William, Le système de traitement des infractions constatées et la protection des données personnelles, mémoire de DEA informatique et droit, faculté de droit, université de montpellier I., 2003, p 15.
- Sophie LOUVEAUX, électronique et la protection de la vie privée., Art disponible sur :<http://www.crid.be/pdf/crid/4710.pdf>.

- Julien le CLAINCHE, Le traitement des données à caractère personnel dans le cadre d'un site web, étude disponible sur www.droit-ntic.com., la date de mise en ligne est: 1/9/2003, p. 5.
- Sophie PENAPORTA, Les Données personnelles et leur traitement, Art. disponible sur., la date de mise en ligne est: 2 mars 2005
- Thierry LEONARD, E-Marketing et protection des données à caractère personnel, Etude disponible sur, la date de mise en ligne est: 23/5/2000., p.3 et S.
- Sulliman OMARJEE, Le data mining: Aspects juridiques de l'intelligence artificielle au regard de la protection des données personnelles, mémoire, faculté de droit, université montpellier I, Année universitaire 2001/2002, et disponible sur: www.droitntic.Com, p.13.
- Cédric CREPIN, Le correspondant informatique et libertés: un nouvel outil de régulation pour la protection des données à caractère personnel, mémoire de master professionnel mention droit de cyberspace, faculté des sciences juridiques, politiques et sociales, Université de Lille 2, Année universitaire 2004/2005, et disponible sur: www.droit-tic.com., p.17.
- Cristina COTANEU, the cyberconsumer's protection, on line at: www.droit-technologie.org, the date of being on line is: 25 juillet 2001., p.11.
- Social media and online video privacy, Seminar lesson plan and class activities, A Consumer Action Publication., www.consumer-action.org, p.10.
- Garance Mathias, Données personnelles: votre conformité, Janvier 2017, <http://www.avocats-mathias.com/wpcontent/uploads/2013/09/Mathias-Avocats-Protection-des-donn%C3%A9es-%C3%A0-caract%C3%A8re-personnel-Janvier-2017.pdf>., p.4.
- Christopher Escobedo Hart: Social Media Law: Significant Developments, The business Lawyer, Vol 72, Winter 2016-2017, p.237.

أثر خلو الحكم القضائي من بيان قواعد إصداره دراسة تحليلية مقارنة بين القانون المصري والقانون العماني

الدكتور/ عبدالله عبدالحى الصاوي محمد*

المخلص:

يهدف البحث إلى وضع إطار عام والوصول إلى نتيجة بشأن القواعد المتعلقة بإصدار الحكم القضائي، ليؤكد أولاً على وجوب اتباعها، ثم يبين أثر عدم اتباعها، لينتقل إلى موضوعه الرئيس وهو خلو ورقة الحكم من بيان اتباع هذه القواعد، هل يؤدي ذلك إلى بطلان الحكم، أم لا أثر لذلك على صحة الحكم؛ وهنا يقسم البحث هذه القواعد إلى قسمين، قسم منها لا يترتب البطلان على خلو الحكم من بيانه، وهذا يؤخذ في شأنه بقريضة الصحة، ويعمل فيه بقاعدة الأصل في الإجراءات أنها روعيت، وقسم يترتب البطلان على تخلف بيان يتعلق به، وهذا القسم أيضاً نوعان من حيث أثر البطلان، فمنه ما يغني تحقق الغاية عن الحكم ببطلانه، ومنه ما لا يغني عنه ذلك، وبهذا تكون الدراسة قد فصلت بإيجاز يناسب طبيعتها، أثر خلو الحكم القضائي من بيان قواعد إصداره.

الكلمات المفتاحية: الحكم القضائي - قواعد الإصدار - قريضة الصحة - البطلان - الغاية.

* مدرس قانون المرافعات بكلية الشريعة والقانون - جامعة الأزهر - القاهرة.



The Legal Impact of Rendering the Judicial Judgment without Mentioning the Governing Rules of its Issuance

An Analysis and Comparison Study Between the Egyptian and Omani Law

Dr. Abdallah Abdelhay Elsayey Mohammed*

Abstract:

This dissertation seeks to establish a framework and to reach a decisive conclusion about the rules of rendering the judicial judgment. That to emphasizes initially it's a mandatory rule should be respected and the legal consequences of its disregarding. Then will move to discuss the main issue which is to have a judgment silent about clarifying these rules, does this render the judgment null or not; At that point, we will section the research into two parties, the first does not render the judgment null, that because of presumption of validity and applying of the main principle that says the presume the procedural rules has been followed. The second section will leave it null, the consequences of its nullity will be also sectioned into two parties, the first will escape nullity because the main purpose of the rule has been satisfied and the second will not. To that end the research will be briefly addressed the legal impact of rendering the judicial judgment without mentioning the governing rules of its issuance.

Keywords: Judicial Judgment - Rendering Rules - Presumption of Validity - Nullity - Purpose of the Procedure.

*Lecturer of disregard Civil and Commercial Procedures, College of Sharia and Law, Al-Azhar University, Cairo.

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على صاحب الخلق العظيم سيدنا محمد ﷺ الذي مدحه ربه بما منحه فقال "وإنك لعلی خلق عظیم"، وبعد،

فإن الحكم القضائي هو غاية الخصوم من اللجوء إلى القضاء، وهو ثمرة النزاع القضائي الذي يدور في جلسات التقاضي، ومن ثم فهو أهم ما تهدف إليه الخصومة؛ لكونه القرار القضائي الذي يحسم النزاع حول الحق المتنازع عليه، وبه تستقر المراكز القانونية بين الخصوم.

ولهذه الأهمية؛ فإن المشرع- المصري والعُماني- أحاط إصداره بمجموعة من الضمانات المهمة، والتي تؤدي إلى تحقيق الغاية التي يستهدفها الخصوم من الدعوى، ومن ثم تطبيق القانون وبما يحقق استقرار المراكز القانونية، فالمشرع - مثلاً- يشترط في الحكم أن يصدر بعد قفل باب المرافعة وبعد المداولة فيه وفي أسبابه بين القضاة الذين أصدروه، وأن يكون مكتوباً في ورقتين، الأولى: هي مسودة الحكم التي يجب أن تشمل على منطوقه وأسبابه وتوقيع القضاة الذين أصدروه، والثانية: هي نسخة الحكم الأصلية والتي يجب أن تشمل على بيانات محددة نص عليها، وأن ينطق به في جلسة علنية، وهذه الضمانات هي قواعد مهمة لإصدار الحكم القضائي، لا يجوز بحال من الأحوال الخروج عليها، أو مخالفتها.

إشكالية البحث وتساؤلاته:

تكمن إشكالية البحث في أن قواعد إصدار الحكم وعلى الرغم من أهميتها الشديدة، وأثرها في الحكم من حيث البطلان إذا خولفت؛ إلا أن كثيراً منها لم يشترط المشرع بشأنه تدوين بيان في ورقة الحكم يؤكد مراعاة الإجراء أو البيان، وهنا قد لا يعرف مدى التزام المحكمة بمراعاة هذه القواعد أو عدم مراعاتها، وقد يطعن الخصوم في صحة اتباع هذه القواعد رغم اتباع المحكمة لها، فيثور التساؤل؛ هل لخلو الحكم من بيان اتباع هذه القواعد أثر على صحته، وهل هذه القواعد منها ما لا يجب ذكره، ومنها ما هو عكس ذلك، وإذا خلا الحكم من بيان قاعدة لا يجب ذكر بيان متعلق باتباعها، فما أثر ذلك، وما الأصل حينذاك، وعلى من يقع عبء اثبات اتباع أو عدم اتباع هذه القواعد، وإذا ما تعلق الأمر بقاعدة أو بيان يجب إثباته في ورقة الحكم وخلا الحكم من هذا البيان، فما أثر ذلك على

صحة الحكم، وهل يمكن استكمال البيان من ورقة الحكم ذاتها أو ورقة أخرى، أم يترتب على ذلك بطلان الحكم، وهل يترتب البطلان في جميع الحالات؛ أم يغني تحقق الغاية عن الحكم به؟

أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث في تناوله مسألة من أهم مسائل الدعوى القضائية، وهي أثر خلو الحكم القضائي من بيان القواعد التي بني عليها، سيما أن هذه القواعد وإن كانت جميعها مما يجب اتباعه؛ إلا أن منها ما لا يجب ذكر بيان يتعلق بمراعاته في ورقة الحكم، ومنها ما يجب فيه ذلك، ومن ثم كانت الأهمية داعية إلى وجود دراسة تبين أثر خلو الحكم من بيان اتباع هذه القواعد، سواء الوجوب ذكرها أو تلك التي لا يشترط ذكر بيان يتعلق باتباعها في ورقة الحكم.

أهداف البحث:

يهدف البحث إلى وضع إطار عام والوصول إلى نتيجة بشأن القواعد المتعلقة بإصدار الحكم القضائي، ليؤكد أولاً على وجوب اتباعها، ثم يبين أثر عدم اتباعها، لينتقل إلى موضوعه الرئيس وهو خلو ورقة الحكم من بيان اتباع هذه القواعد، هل يؤدي ذلك إلى بطلان الحكم، أم لا أثر لذلك على صحة الحكم؛ وهنا يقسم البحث هذه القواعد إلى قسمين، قسم منها لا يترتب البطلان على خلو الحكم من بيانه، وهذا يؤخذ في شأنه بقرينة الصحة، ويعمل فيه بقاعدة الأصل في الإجراءات أنها روعيت، وقسم يترتب البطلان على تخلف بيان يتعلق به، وهذا القسم أيضاً نوعان من حيث أثر البطلان، فمنه ما يغني تحقق الغاية عن الحكم ببطلانه، ومنه ما لا يغني عنه ذلك، وبهذا تكون الدراسة قد فصلت بإيجاز يناسب طبيعتها، أثر خلو الحكم القضائي من بيان قواعد إصداره.

منهج البحث:

اتبنا في هذا البحث منهجا تحليليا مقارنا، وذلك بدراسة قواعد إصدار الحكم القضائي دراسة تحليلية من خلال النصوص التشريعية والمذكرات الإيضاحية والتفسيرية للقانون، ثم الأحكام القضائية، وموقف الفقه القانوني من موضوع البحث، وذلك بالمقارنة بين قانون المرافعات المصري وقانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني.

خطة البحث:

تناول البحث موضوعه في ثلاثة مباحث:
المبحث الأول: ماهية الحكم القضائي وقواعد إصداره.
المبحث الثاني: صور خلو الحكم القضائي من بيان اتباع قواعد إصداره.
المبحث الثالث: أثر خلو الحكم القضائي من البيانات والقواعد التي بني عليها.
ثم خاتمة موجزة، تضمنت أهم نتائج البحث وتوصياته.

المبحث الأول

ماهية الحكم القضائي وقواعد إصداره

لا شك أن غرض الخصوم من رفع الدعوى والسير فيها والركون لأنواع التحقيق المختلفة، الوصول لاستصدار حكم يضع حداً للنزاع ويقر الحقوق في نصابها، وكل ما يقدمونه من أوجه دفاع وما يتخذونه من الإجراءات وما تأمر به المحكمة مقصوداً به تمكينها من اتخاذ قرار في المنازعة يتفق مع حقيقة مركز الخصوم ويؤيد المحق ويرد المبطل، فالمدعي لم يرفع دعواه ويحشد أدلته؛ إلا للحصول على حكم يؤيد حقه، والمدعى عليه لم يمثل أمام المحكمة ويكثف دفاعه ويكثر دفعه؛ إلا بغرض منع صدور حكم ضد مصلحته، فالحكم هو الغاية الطبيعية التي يهدف إلى تحقيقها كل خصم؛ بأن يحاول إقناع القاضي بمنحه الحماية القضائية بمقتضاه^(١).

وتعد مرحلة الحكم القضائي من أهم مراحل الدعوى؛ إذ تنتهي الخصومة فيها بقرار قضائي يحقق اليقين القانوني بين الخصوم حول المراكز المتنازع عليها؛ ولذا فقد أولى المشرع هذه المرحلة عناية خاصة، من حيث التنظيم الإجرائي، فنص على مجموعة من القواعد الإجرائية التي يجب على القاضي اتباعها في مرحلة إصدار الحكم؛ إذ لا يعتد بالحكم على أي وجه كان؛ وإنما لا بد أن يستوفي القواعد المقررة قانوناً.
وقبل الحديث عن هذه القواعد؛ فإنه يجب أن نبين أولاً ماهية الحكم القضائي، ولذلك نقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو الآتي:

(١) د. أحمد هندي: قانون المرافعات المدنية والتجارية (الخصومة والحكم والطعن)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ١٩٩٥م، ص ٤٢٥.

المطلب الأول

ماهية الحكم القضائي

يقضي بيان ماهية الحكم القضائي أن نعرف هذا الحكم أولاً، ثم نبين طبيعته، وأركانه، وتمييزه عما يتشابه معه، ثم نشير إلى تقسيمات الأحكام بإيجاز، وذلك على النحو الآتي:

أولاً - تعريف الحكم القضائي:

تعددت تعريفات فقهاء القانون للحكم القضائي وإن كانت جميعها لا تخرج عن معنى كونه قراراً صادراً من سلطة الحكم للإعلان عن إرادتها في الدعوى المطروحة عليها باعتبارها محكمة تابعة للقضاء تصدره بما لها من سلطة قضائية في خصومة مطروحة عليها بالشكل الذي قرره المشرع.

ومن هذه التعريفات أن الحكم القضائي هو:

"القرار الصادر من محكمة في حدود ولايتها القضائية في خصومة بالشكل الذي يتطلبه القانون"^(٢).

أو هو "القرار الصادر من محكمة في حدود ولايتها القضائية في خصومة بالشكل الذي يحدده القانون للأحكام، سواء كان صادراً في نهاية الخصومة أم في أثناء سيرها وسواء كان صادراً في موضوع الخصومة أم في مسألة إجرائية"^(٣).

وتتمثل أهمية الحكم في أنه الغاية الطبيعية التي يهدف إلى تحقيقها كل خصم؛ بأن يحاول إقناع القاضي بمنحه الحماية القضائية بمقتضاه، وعندما ينطق القاضي بحكمه؛ فإنه يقرر الحق محل النزاع أو يؤكد أو يعدل في المراكز القانونية، فضلاً عما يترتب أحياناً على حكمه من إلزام أحد الخصوم بأداء معين أو الامتناع عنه؛ فالحكم يحقق الغاية الطبيعية للخصومة ويحسم النزاع ويؤدي إلى تطبيق القانون^(٤).

ولكي يعد القرار حكماً يجب أولاً أن يصدر في خصومة، أي منازعة معينة قامت ونشأت بين شخصين أو أكثر، وهذا ما يميز الحكم عن العمل التشريعي باعتبار أن هذا الأخير قرار له صفة العمومية والشمول لا يقصد به أن يطبق على حالات معينة أو

(٢) أستاذي د. الأنصاري حسن النيداني: قانون المرافعات، مطبعة حمادة، مصر، ط١، ٢٠١٠م، ج٢/١٥٠.

(٣) د. محمد سعيد عبدالرحمن: الحكم القضائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢م، ص ٢١-٢٢.

(٤) د. إبراهيم نجيب سعد: القانون القضائي الخاص، منشأة المعارف بالإسكندرية، (د. ت)، ص ١٨٧-١٨٨.

معروضة فعلاً في الحياة الواقعية، وعن القرار الإداري، إذ إن عمل الإدارة لا يفترض وجود منازعة، كما أن الإدارة تتصدى من تلقاء نفسها لتسيير المرافق العامة؛ بينما القاضي لا يتدخل للفصل في المنازعة إلا بناء على طلب، كما أن وجود منازعة تبرر صدور حكم هو الذي يميز الحكم كعمل قضائي عن أوامر الأداء والأوامر على العرائض، ولا بد من صدور الحكم وفقاً لأشكال معينة، وأن يصدر عن محكمة تتبع القضاء وفقاً لأوضاع وإجراءات معينة تتمثل في المرافعة والمواجهة وحجز القضية للحكم والمداولة وإصدار قرار مكتوب مسبب متضمن بيانات معينة^(٥).

ثانياً- طبيعة الحكم القضائي:

يتضح من تعريف الحكم على النحو السابق أنه إعلان لفكر القاضي في استعماله لسلطته القضائية باعتباره الشكل الإجرائي العام الذي يصدر فيه القرار القضائي عن القاضي، وأنه يتميز في طبيعته القانونية عن الأوامر الولائية والإدارية التي يصدرها القاضي، كما يتميز عن العمل التشريعي وعن القرار الإداري، وإذا كان للحكم القضائي هذه الصفة التي يتميز بها عن غيره -على النحو الذي سيأتي تفصيله- فما هي الطبيعة القانونية للحكم القضائي؟ هل يعد الحكم عملاً إرادياً أم إجرائياً أم قضائياً أم يتمتع بهذه الصفات جميعها؟

الحكم كإجراء من إجراءات الخصومة يجب أن يتم في شكل قانوني معين يوفر له ضمانات معينة لا تتوفر في غيره من القرارات، بحيث يطلق وصف الحكم على كل قرار يصدر من المحكمة في خصومة قضائية وفقاً لقواعد إصدار الأحكام، فهو قرار إجرائي يخضع للقواعد العامة للإجراء القضائي في قانون المرافعات من حيث صحته وبطلانه، ووصف الحكم بأنه قرار قضائي، يعني كونه إعلاناً عن إرادة القاضي، ولذا يلزم لوجوده أو صحته وجود إرادة صحيحة للقاضي الذي أصدره، بحيث يترتب على انعدام هذه الإرادة لأي سبب -كأن يصدر عن إكراه- أن يصبح الحكم منعماً^(٦)، ولذلك يمكن القول أن الحكم القضائي هو عمل إرادي وإجرائي وقضائي.

(٥) د. أحمد هندي، قانون المرافعات، مرجع سابق، ص ٤٢٦.

(٦) أستاذي د. الأنصاري النيداني: العيوب المبطلّة للحكم وطرق التمسك بها، مطبعة حمادة، مصر،

٢٠١٢م، ص ٤٢٦.

ومعنى كون الحكم عملاً إرادياً: أن يصدر بإرادة القاضي؛ لأن هذه الإرادة لازمة لوجود الحكم، بحيث يجب أن تتجه إرادة القاضي إلى القيام بالعمل أو إصدار الحكم، فإذا انعدمت هذه الإرادة كان الحكم منعماً تبعاً لذلك^(٧).

ومعنى كون الحكم عملاً إجرائياً: أن القانون يرتب عليه أثراً إجرائياً مباشراً باعتباره جزء من الخصومة، فالحكم يعد عملاً إجرائياً تتوفر فيه كافة خصائص الأعمال الإجرائية، فهو جزء من الخصومة، بل هو أهم عمل فيها، كما أنه يؤثر في الخصومة تأثيراً مباشراً، لأنه إما أن يؤدي إلى إنهاءها سواء كان حكماً موضوعياً أو حكماً إجرائياً منهيّاً للخصومة وإما أن يؤدي إلى إنهاء جانب أو جزء منها، إذا كان حكماً صادراً أثناء سير الخصومة ولم تنتهي به الخصومة كلها.

ومعنى أن الحكم قراراً قضائياً: أن الأعمال الإجرائية ليست جميعها من طبيعة واحدة، فمنها ما يعد تصرفاً قانونياً، ومنها ما يعد إجراءً مادياً، ومنها ما يعد قراراً قضائياً،

(٧) لم ينظم المشرع في قانون المرافعات الإرادة في العمل الإجرائي، ولم يبين أثر انعدامها أو تعييبها في صحة العمل، وذلك على عكس ما فعله بالنسبة إلى عيوب الإرادة في العقد، لذلك انقسم الفقه القانوني حول مسألة الإرادة وعيوبها في العمل الإجرائي إلى رأيين: يرى الأول منهما أن خلو قانون المرافعات من نصوص في هذا الصدد يوجب الالتجاء إلى قواعد القانون المدني بشأن العقد باعتبارها القواعد العامة، باعتبار أن الإرادة ركن في العمل الإجرائي كما هي بالنسبة للعقد، ومن ثم يؤخذ بالقياس بين القانوني المدني وقانون المرافعات فيما يتعلق بالإرادة، فتكون صحيفة الدعوى مثلاً باطلة إذا شابته إرادة مقدمها غلط أو تدليس، أخذاً بالقواعد العامة في القانون المدني. في حين يرى الرأي الثاني: أن عيوب الإرادة لا أثر لها على صحة العمل الإجرائي، باعتبار أن العمل الإجرائي ليس تصرفاً قانونياً، ومن ثم تترتب عليه الآثار القانونية بصرف النظر عما يريده من قام به فلا يكون لتعيب الإرادة أثر في صحة العمل الإجرائي. غير أن هذا الرأي يرى عدم الخلط بين وجود الإرادة في العمل الإجرائي وبين تعييبها، فوجود الإرادة مقتضياً من مقتضيات العمل الإجرائي باعتباره عملاً قانونياً، ولهذا فإن العمل الإجرائي يكون باطلاً إذا صدر من طفل غير مميز أو مجنون أو مكروه أو سكران، كما يرى هذا الرأي أن وجود الإرادة هو أمر مفترض دائماً بتوافر الشكل القانوني، لأن القانون يحيط العمل الإجرائي بأشكال تجعل من المفروض وجود الإرادة متى تم احترام هذا الشكل. (في تفصيل هذه المسألة: د. فتحي والي: نظرية البطلان في قانون المرافعات، الطبعة الثانية، دار الطباعة الحديثة، القاهرة، ١٩٩٧م، بند ٢٥٨، ص ٤٦٦ وما بعدها).

ولا شك أن الحكم القضائي ليس عملاً إجرائياً مادياً، كما أنه ليس تصرفاً قانونياً إجرائياً، ومن ثم فإنه يعد عملاً أو قراراً إجرائياً قضائياً^(٨).

ثالثاً- أركان الحكم القضائي:

الركن ما توقف الشيء على وجوده؛ فلا يكون للشيء وجود إلا بتوفر أركانه، بحيث إذا فقدها أو فقد بعضها كان منعماً؛ والحكم يكون منعماً؛ إذا تجرد من أركانه الأساسية، بحيث يفقد صفته كحكم ويحول دون اعتباره موجوداً منذ صدوره، فلا يستنفذ القاضي سلطته، ولا يحوز حجية الأمر المقضي، ولا يرد عليه التصحيح؛ لأن المنعّم لا يمكن رأب صدعه؛ إلا أن الصعوبة تكمن في تحديد ما يعد ركناً في الحكم وما يعد شرطاً لصحته؛ وأركان الحكم تتنوع إلى أركان موضوعية، وأركان شكلية، ويعبر بعض الفقه عن الأركان الموضوعية للحكم بالأركان الداخلية، وعن الأركان الشكلية بالأركان الخارجية^(٩).

ويجمل البعض^(١٠) هذه الأركان في أربعة أركان على النحو الآتي:

- ١- صدور الحكم القضائي من محكمة تابعة لجهة قضائية.
 - ٢- أن يصدر الحكم منها في حدود ولايتها القضائية.
 - ٣- صدور الحكم القضائي في خصومة منعقدة.
 - ٤- أن يصدر الحكم في الشكل المقرر قانوناً للأحكام.
- في حين يفصل البعض الآخر هذه الأركان إلى أركان موضوعية، وأركان شكلية، وركن شخصي.

(٨) أستاذي د. الأنصاري حسن النيداني: العيوب المبطلة للحكم، مرجع سابق، ص ١٠.

(٩) يميز الفقه والقضاء بين أركان الحكم ومقومات وجوده وبين مقتضيات صحته، فأركان الحكم وهي أركان موضوعية أو داخلية تتعلق بمضمون الحكم (وهي الإرادة والمحل والسبب) وأركان شكلية أو خارجية (وهي القاضي والمطالبة القضائية وشكل الحكم) هي أساس وجوده، وبدونها يتجرد الحكم من العناصر الجوهرية اللازمة لتكوينه، ويفقد صفته كحكم وهو ما يعني انعدامه. أما مقتضيات صحة الحكم فهي الشروط التي يستلزم القانون توافرها في هذه الأركان، فإذا شاب الحكم عيب يلحق بمقتضيات صحته فإنه لا يؤثر في وجوده كحكم ولا يحول دون أدائه لوظيفته، ولا يؤدي إلى انعدامه، ويرتب كافة آثاره إلى أن يقضى ببطلانه عن طريق الطعن فيه.

(١٠) د. صدام خزل يحيى: النظام القانوني للحكم الباطل في قانون المرافعات، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٩م، ص ٦١ وما بعدها.

أ- أركان الحكم الموضوعية: باعتبار الحكم عملاً قانونياً فإنه يجب أن تتوفر فيه ثلاثة أركان موضوعية، وهذه الأركان هي الإرادة، والمحل، والسبب.

ب- الأركان الشكلية: إذ لا يكفي لوجود الحكم القضائي والاعتداد به وترتيب آثاره القانونية أن تتوفر أركانه الموضوعية التي سبق الإشارة إليها، وإنما يجب أن تتوفر في الحكم أركان شكلية أوجبها المشرع ونص عليها، وهذه الأركان هي صدور الحكم في خصومة منعقدة، ووجود ورقة الحكم.

ج- الركن الشخصي: لا تقتصر أركان الحكم القضائي على الأركان الموضوعية والشكلية؛ وإنما يشترط فضلاً عن ذلك توفر الركن الشخصي للحكم القضائي، ذلك أن الحكم لا تقوم له قائمة؛ إلا بوجود أشخاص الخصومة الذين هم أشخاص الحكم، وأشخاص الحكم القضائي هم العضو القضائي الذي أصدر الحكم، والخصوم الذين صدر الحكم لصالحهم أو ضدهم.

رابعاً- تمييز الحكم القضائي عما يتشابه معه:

أ- تمييز الحكم عن العمل القضائي الموضوعي:

نتفق مع ما ذهب إليه بعض الفقه القانوني^(١١) من وجوب التمييز بين الحكم والعمل القضائي الموضوعي، ذلك أن الأخير هو الذي يزيل عارض تجهيل القانون بتحقيق اليقين القانوني وحسم النزاع حول الحق أو المركز محل التجهيل، ويجب أن يكون هذا العمل قادر على فرض هذا اليقين وتقييد الأطراف به، ويتم ذلك بمنح هذا العمل حجية الأمر المقضي فيه، باعتبار أن الحجية هي التي تكفل استقرار الحقوق والمراكز القانونية محل التأكيد القضائي بما ترتبه من أثر سلبي يمنع الأطراف من إثارة النزاع بشأن هذا الحق أو المركز من جديد، كما يمنع المحكمة التي أصدرت هذا العمل القضائي وكافة المحاكم الأخرى من إعادة نظر هذا النزاع، أما الحكم فهو الشكل الذي يصدر فيه العمل القضائي فهو وسيلة التعبير عن الإرادة القضائية للعمل القضائي.

ويترتب على التمييز بين الحكم والعمل القضائي الموضوعي أن هناك أعمالاً قضائية لا تعد أحكاماً، كأوامر الأداء، حيث يتفق الفقه على أن أمر الأداء في حقيقته عمل قضائي، كما أن هناك أحكاماً لا تعد أعمالاً قضائية، ومثالها الأحكام الصادرة بإجراءات الإثبات أو بتنظيم سير الخصومة، وكذلك الأحكام الإجرائية كالحكم باختصاص

(١١) أستاذي د. الأنصاري النيداني: العيوب المبطلّة للحكم، مرجع سابق، ص ١٢.

أو عدم اختصاص المحكمة، حيث لا تحوز هذه الأحكام حجية الأمر المقضي، ولا تستتفد ولاية القاضي.

ب- تمييز الحكم عن الأعمال الولائية والقرارات الإدارية الصادرة من المحكمة:

ليست كل القرارات الصادرة عن الهيئة القضائية تعد أحكاماً بالمعنى الفني الدقيق، إذ تجب التفرقة بين الأعمال القضائية وغيرها من الأعمال الأخرى للقاضي، وأهم ما يميز الحكم بالمعنى القضائي عن القرارات الأخرى التي يتخذها القاضي بموجب سلطته الولائية أو الإدارية، أن القاضي الذي أصدر الأمر الولائي أو الإداري لا يستتفد سلطته بشأنه بمجرد إصداره، بل يملك الرجوع فيه وتعديله وفقاً لظروف الدعوى المطروحة عليه، كما أن هذه القرارات ليست قابلة للطعن فيها مبدئياً وإنما يتظلم الخصم منها أمام مصدرها أو يقوم بعرضها على المحكمة؛ والفارق الأساسي والجوهري في هذا الشأن أن هذه الأوامر لا تكتسب حجية الأمر المقضي؛ إذ الحجية لا تثبت إلا للأحكام القضائية بمعناها الدقيق^(١٢).

ج- تمييز الحكم عن الصلح القضائي:

إذا كان عقد الصلح يتشابه مع الحكم القضائي في بعض الأوجه؛ إلا أنه يختلف عنه في أوجه أخرى.

فيتشابهان في أن كل منهما يضع نهاية للنزاع؛ لأن طرفي الصلح يحكمون بأنفسهم في النزاع الموجود بينهم، معتقدين أن يقوم الصلح الذي يبرم مقام حكم القاضي الذي كان يصدره عند عدم اتفاقهم؛ ومن هنا يكون للصلح نتائج تماثل نتائج الحكم، فيمنع القضاء من إعادة النظر في المسائل التي حسمها، ويكون للخصم أن يتمسك ضد خصمه الذي يريد الخروج عن شروط الصلح ويجدد الدعوى بدفع يسمى الدفع بانتهااء الدعوى بالصلح،

(١٢) وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية؛ بأن: "الأوامر التي يصدرها القاضي بما له من سلطة ولائية في غيبة الخصوم ودون تسبب لا تحوز حجية الأمر المقضي ولا يستتفد القاضي سلطته بإصدارها، ومن ثم فهي تختلف عن الأعمال القضائية التي تتولاها المحاكم بالتشكيل المحدد لها قانوناً بحسبانها هيئة محكمة وما يصدر عنها لدى مباشرتها العمل القضائي وهو حكم له خصائص معينة وأوجب القانون أن يتضمن بيانات محددة لم يستلزم توافرها في الأمر الصادر من القاضي عند قيامه بالعمل الولائي". (الطعن رقم ١٠٢٩ لسنة ٦٤ قضائية - جلسة ٢٠٠١/٢/٤م).

وهو يماثل الدفع بقوة الشيء المحكوم فيه، وشروطهما واحدة، فيجب اتحاد الخصوم، والموضوع، والسبب في الدعويين^(١٣).

ويختلف الصلح عن الحكم القضائي اختلافاً واضحاً من وجوه عدة، فالأول يقوم بناءً على عمل الأطراف المعنية، أما الثاني فلا بد لوجوده من وجود القاضي، فالصلح اتفاق عادي يتم بين أطرافه، حيث يعد أطرافه بمنزلة قاضي خاص لأنفسهم فيكون الصلح أفضل لهم من الحكم القضائي، وقد يتم الصلح بين الخصوم دون أن تكون هناك دعوى مرفوعة فيحسم نزاعاً محتملاً، بينما لا يفصل الحكم القضائي إلا في دعوى مرفوعة ولا يحسم إلا نزاعاً قائماً، كما أن إجراءاته مرسومة في قانون المرافعات^(١٤).

د- تمييز الحكم القضائي عن حكم التحكيم:

على الرغم من أن قرار التحكيم يعد قضاءً؛ إلا أنه لا تنطبق عليه جميع قواعد الأحكام القضائية الصادرة من قضاء الدولة، فلا يخضع لطرق الطعن المقررة للأحكام، ومن ناحية أخرى فإنه يقبل الطعن فيه بدعوى بطلان أصلية، كما أن حكم المحكم يختلف عن الحكم القضائي بقواعد مغايرة للقواعد العامة فهو لا ينطق به في جلسة علنية، ولا يوجب القانون كتابة مسودة له وإيداعها، ولا حضور كاتب في جلسة التحكيم، إلى غير ذلك من القواعد المغايرة^(١٥).

خامساً- أقسام الحكم القضائي:

الأحكام التي تصدر في القضايا ليست متماثلة، وإنما تختلف بعضها عن البعض الآخر من نواح متعددة، ويمكن تقسيم الأحكام إلى تقسيمات متعددة تختلف باختلاف المعيار الذي تقوم عليه.

فمن حيث معيار قابلية الحكم للطعن فيه: تنقسم إلى أحكام ابتدائية ونهائية وباتة: والحكم الابتدائي: هو الحكم الذي يصدر من محكمة الدرجة الأولى، ويقبل الطعن فيه بالاستئناف، والحكم النهائي: يشمل الحكم الذي يصدر من محكمة الدرجة الأولى في حدود نصابها النهائي، ويشمل الحكم الذي يقرر المشرع عدم قابليته للطعن فيه

(١٣) د. عبدالحكم فوده، أحكام الصلح في المواد المدنية، منشأة المعارف بالإسكندرية، (د.ت)، ص ٣٢.

(١٤) د. مدحت عبدالعزيز: الصلح والتصالح في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى ٢٠٠٤م، ص ٣٦ وما بعدها.

(١٥) د. أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام في قانون المرافعات، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٧م، ص ٤٥.

بالاستثناء بصرف النظر عن قيمة النزاع، كما يشمل الحكم الذي يصدر من محكمة الدرجة الثانية، أما الحكم البات فهو الحكم الذي لا يقبل الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن العادية وغير العادية^(١٦).

وتنقسم الأحكام من حيث قوتها: إلى أحكام حائزة لحجية الأمر المقضي وأحكام حائزة لقوة الأمر المقضي: والحكم الحائز لحجية الأمر المقضي هو الحكم الذي يقبل الطعن فيه بطريق من طرق الطعن العادية، أما الحكم الحائز لقوة الأمر المقضي، فهو الحكم الذي لا يقبل الطعن فيه بطريق من طرق الطعن العادية، وإن كان يقبل الطعن بالنقض أو التماس إعادة النظر.

وتنقسم الأحكام من حيث سلطة المحكمة في الرجوع إلى المسألة التي فصلت فيها: إلى أحكام قطعية وأحكام غير قطعية: والحكم القطعي هو الذي يضع حداً للنزاع في جملته، أو في جزء منه أو في مسألة متفرعة عنه، وذلك بالفصل فيه فصلاً حاسماً من جانب المحكمة^(١٧)، أما الحكم غير القطعي فهو حكم لا يحسم موضوع النزاع لا كله ولا جزء منه، كما لا يحسم مسألة فرعية متفرعة عنه، حيث يتعلق بتنظيم إجراءات الخصومة وتحقيقها^(١٨).

وتنقسم الأحكام من حيث محلها: إلى أحكام فاصلة في الموضوع وأحكام صادرة قبل الفصل فيه، وأحكام صادرة بعد الفصل فيه: والحكم الفاصل في الموضوع هو الحكم الذي يفصل موضوع الدعوى بأكمله أو شق منه ويمنح بذلك الحماية القضائية المرغوبة في صورة تقرير الحق أو المركز القانوني وتأكيد، أو في صورة تعديل المراكز القانونية القائمة وتغييرها، أو في صورة إلزام أحد الخصوم بأداء معين يقبل التنفيذ الجبري.

أما الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع فيشمل الأحكام الوقفية والمستعجلة، والأحكام التمهيدية، والأحكام التحضيرية وهي التي تتعلق بسير الخصومة أو بتحقيقها، والأحكام الصادرة بعد الفصل في الموضوع، فبعضها يصدر مع الحكم المنهي للخصومة أمام المحكمة كالحكم في مصروفات الدعوى، والبعض الآخر يصدر من المحكمة ذاتها

(١٦) د. عبدالرحمان الشراقوي: قانون المسطرة المدنية، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، المغرب، ٢٠١٩م، ص ١٦٤.

(١٧) نقض مصري: الطعن رقم ٣٣٢٧ لسنة ٦٠ قضائية - جلسة ١٩٩١/٧/٢٤م.

(١٨) د. صدام خزل يحيى: مرجع سابق، ص ٣٧-٣٩.

بعد صدور الحكم المنهي للخصومة، ومنفصلاً عنه كالحكم في طلب تفسير الحكم أو تصحيحه أو فيما أغفلت المحكمة الفصل فيه من طلبات موضوعية.

وتنقسم الأحكام من حيث مضمونها: إلى أحكام تقريرية وأحكام منشئة وأحكام إلزام^(١٩): والحكم المقرر هو الحكم الذي يؤكد وجود حق معين أو عدم وجوده دون أن يقضي بإلزام المحكوم عليه بأداء ما، أما الحكم المنشئ فهو الذي يقرر إنشاء أو إنهاء أو تعديل حق أو مركز قانوني معين، بحيث ينشأ عن هذا الحكم تغيير مركز قانوني سابق دون إلزام المحكوم عليه بأداء معين، وأما حكم الإلزام فهو الحكم الذي يقضي بإلزام المحكوم عليه بأداء معين يقبل التنفيذ الجبري.

المطلب الثاني

قواعد إصدار الحكم القضائي

"أحاط المشرع إصدار الحكم القضائي بمجموعة من الضمانات، التي تتعلق بعضها بشكل الحكم، والأخرى بمضمونه، سواء في المرحلة السابقة على إصداره، أو في المرحلة التي تلي إصداره، كما أوجب على المحكمة أن تصوغ حكمها في شكل معين، وأن تنطق به في جلسة علنية يحضرها جميع القضاة الذين اشتركوا في تحقيق الدعوى القضائية، وسمعوا المرافعة فيها، وجرت بينهم المداولة القضائية، كما أوجب ضرورة إيداع مسودة الحكم القضائي في ملف القضية وذلك عند النطق به، مع تمكين الخصوم من الاطلاع عليه، والوقوف على أسبابه عقب النطق به، وتلتزم المحكمة بعد النطق بالحكم القضائي، وإيداع مسودته، أن تحرر نسخته الأصلية، وتودعها ملف القضية، خلال فترة زمنية معينة"^(٢٠).

وهذه الضمانات هي قواعد قانونية واجبة التطبيق في شأن إصدار الحكم، بحيث يبطل الحكم إذا صدر بالمخالفة لها، وقد نص عليها المشرع المصري في الباب التاسع من الكتاب الأول لقانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ (المواد ١٦٦ - ١٩٣)، ونص عليها المشرع العُماني في الباب التاسع من الكتاب الأول لقانون الإجراءات المدنية

(١٩) د. عيد محمد القصاص: التنفيذ الجبري، الجزء الأول، (د.ن)، ٢٠٠٩م، ص ١٠٠.

(٢٠) د. محمود السيد التحيوي: النظرية العامة لأحكام القضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،

٢٠٠٧م، ص ١٣.

والتجارية رقم ٢٩ لسنة ٢٠٠٢ (المواد ١٦٢-١٨٩)، وهي إقفال باب المرافعة، والمداولة في الحكم، والنطق به في جلسة علنية، وإيداع مسودة الحكم، ثم تحرير نسخته الأصلية، وضرورة تسبيب الحكم في مسودته ونسخته الأصلية، وبتناول هذه القواعد بإيجاز فيما يلي:

أولاً- إقفال باب المرافعة:

ومعنى إقفال باب المرافعة أن تقرر المحكمة صلاحية الدعوى للفصل فيها بعد تمكين الخصوم من الإدلاء بكل دفاعهم، فالمحكمة بعد أن تتصل بالدعوى وتستمع إلى أقوال الخصوم فيها وبعد اطلاعها على المستندات المقدمة في الدعوى، ومتى رأت أنها أفسحت المجال للخصوم بما يكفي لتقديم دفوعهم وأوجه دفاعهم بما يتضح معه وجه الحق في الدعوى، تقرر قفل باب المرافعة فيها، ويعد باب المرافعة مقفلاً بإصدار قرار من المحكمة، سواء كان هذا القرار صريحاً أو ضمناً، ويكون ذلك إذا بدأت المحكمة المداولة في الدعوى بعد حجزها للحكم فيها على أن حجز الدعوى للحكم مع التصريح للخصوم بتقديم مذكرات أو مستندات في فترة حجز الدعوى للحكم لا يعد إقفالاً لباب المرافعة فيها؛ إذ لا يعد باب المرافعة مقفولاً إلا بعد انتهاء الأجل المحدد للخصوم لتقديم هذه المذكرات أو المستندات^(٢١).

ذلك أن هناك صورتان لإقفال باب المرافعة: الأولى: إما أن تحجز المحكمة الدعوى للحكم فيها مع عدم التصريح للخصوم بتقديم مذكرات أو مستندات، والثانية: أن تحجز الدعوى وتصرح للخصوم بتقديم مذكرات أو مستندات خلال فترة حجز الدعوى للحكم، وفي هذه الحالة يعد باب المرافعة مقفولاً بانتهاء الأجل المحدد لتقديم المذكرات أو المستندات^(٢٢).

ولا يجوز للمحكمة أن تتداول في الدعوى قبل قفل باب المرافعة، أو قبل انتهاء الأجل المحدد لتقديم المذكرات والمستندات، فإذا قامت بحجز الدعوى للحكم مع التصريح للخصوم بتقديم مذكرات أو مستندات خلال مدة محددة، فإن عليها أن تلتزم بالأجل الذي صرحت به للخصوم.

(٢١) د. عبدالرحمان الشرقاوي، مرجع سابق، ص ١٦٩.

(٢٢) للمؤلف: نظرية القرائن في قانون المرافعات، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٨م، ج ٥٣٩/١.

والغرض من منع إجراء المداولة قبل قفل باب المرافعة وقبل انتهاء الأجل المحدد لتقديم المذكرات هو احترام حقوق الدفاع، بحيث لا تجرى المداولة إلا بعد أن تتاح الفرصة للخصوم ليبدوا ما يرون من دفاع ودفع وتقديم المستندات كافة التي يعن لهم تقديمها إلى المحكمة، كما يجب أن تتاح لهم الفرصة للرد على ما يقدم في الدعوى.

ثانياً- المداولة في الحكم:

يبدأ القضاة بعد قفل باب المرافعة، في المداولة لإصدار الحكم، ويقصد بالمداولة: التشاور وتبادل الرأي فيما بين القضاة للوصول إلى القرار الصحيح في الدعوى المطروحة على المحكمة، حيث يتشاور القضاة في منطوق الحكم وأسبابه بعد انتهاء المرافعة وقبل النطق به^(٢٣).

ذلك أن الحكم القضائي يجب أن تتوفر فيه شروط عدة حتى يكون صحيحاً، وهذه الشروط هي: أنه يجب أن يصدر بعد مداولة قانونية في أسبابه ومنطوقه، وأن ينطق به في جلسة علنية، وأن تودع مسودة الحكم عند النطق به، ويوقع عليها من القضاة الذين أصدره، وأن يشتمل الحكم على البيانات التي نص عليها القانون^(٢٤).

وتعرف المداولة بأنها: التشاور في الحكم بين أعضاء المحكمة إذا تعددوا، والتفكير في الحكم وتكوين الرأي فيه إذا كان القاضي واحداً. أو هي: التفكير والتدبير وعمليات المنطق والقياس والاستنتاج، والتأصيل والتحليل الذي يقوم به القاضي إزاء وقائع النزاع المطروحة عليه بواسطة الخصوم، وما يقبل الانطباق عليها من القواعد القانونية^(٢٥).

والمداولة إجراء ضروري ومرحلة أساسية لا غنى عنها، فمن خلالها يقوم القضاة بالتشاور وتبادل الرأي، بعد فحص وتمحيص وقائع الدعوى والمستندات المقدمة فيها، للوصول إلى الحل القانوني الواجب التطبيق على النزاع المطروح على المحكمة^(٢٦).

ولا يكفي أن يتداول القضاة في الحكم على أي وجه من الوجوه؛ وإنما يجب أن تتوفر في المداولة شروط عديدة ورد النص عليها في قانون المرافعات المصري، وقانون

(٢٣) أستاذي د. الأنصاري حسن النيداني: قانون المرافعات، مرجع سابق، ج ٢/١٦٤.

(٢٤) المستشار/ معوض عبد التواب: نظرية الأحكام في القانون الجنائي، دار الكتاب العربي، القاهرة، ١٩٨٨م، ص ٤٣.

(٢٥) د. ماهر إبراهيم السداوي، نظرية الخصومة (د.ن)، ١٩٧٧م، ص ٢٠٦.

(٢٦) د. محمد سعيد عبدالرحمن، مرجع سابق، ص ٢٠٩.

الإجراءات المدنية والتجارية العُماني، فقد نص المشرعان على اتباع قواعد محددة بشأن المداولة في الأحكام، وأهم هذه القواعد:

- ١- أن تجرى المداولة سراً.
- ٢- أن تجرى المداولة بعد قفل باب المرافعة وانتهاء الأجل المحدد لتقديم المذكرات.
- ٣- أن يكون عدد القضاة الذين حضروا المداولة هو العدد الذي حدده القانون لإصدار الأحكام.
- ٤- ألا يشترك في المداولة غير القضاة الذين سمعوا المرافعة.
- ٥- أن تجرى المداولة بين القضاة مجتمعين.
- ٦- أن تعيد المحكمة الدعوى للمرافعة، إذا تغير تشكيلها في فترة المداولة.
- ٧- أن تجرى المداولة قبل إصدار الحكم وقبل التوقيع على المسودة.
- ٨- التزام المحكمة خلال المداولة بعدم سماع أحد الخصوم أو قبول أوراق أو مستندات دون اطلاع الخصم الآخر عليها.

ثالثاً- النطق بالحكم:

النطق بالحكم هو قراءته بصوت عال في الجلسة، ويكون ذلك بقراءة منطوقه من واقع مسودة الحكم، والأصل أن ينطق بالحكم رئيس الدائرة التي أصدرته؛ إلا أنه لا يوجد مانع من قيام أحد أعضاء الدائرة غير الرئيس بالنطق به^(٢٧)، وللحظة النطق بالحكم أهمية بالغة إذ قبل النطق بالحكم لا يكون موجوداً ولو كتبت مسودته، وبعد النطق به؛ فإن القضية تخرج من ولاية المحكمة وينتهي دورها بحيث لا يجوز لها تعديل أو تبديل حكمها^(٢٨).

ولا يشترط أن يقرأ القاضي الحكم بالكامل، بل يكفي أن يقرأ منطوقه أو منطوقه مع أسبابه في الجلسة العلنية، ويكون النطق بالحكم من واقع مسودته لما يدل عليه ذلك من أن القضاة قد تداولوا في الدعوى، ووقعوا على مسودة الحكم المتضمنة أسبابه ومنطوقه، ولما يبعثه ذلك من الثقة في نفوس الخصوم^(٢٩)، ويشترط لصحة النطق بالحكم

(٢٧) أستاذي د. الأنصاري حسن النيداني: قانون المرافعات، مرجع سابق، ج ١٦٨/٢.

(٢٨) د. إبراهيم نجيب سعد: مرجع سابق، ص ٢٢١.

(٢٩) د. محمد سعيد عبدالرحمن: مرجع سابق، ص ٢٤٣.

أن ينطق به في جلسة علنية، حتى ولو كانت المرافعة قد حصلت في جلسة سرية^(٣٠) المادة (١٧٤) مرافعات مصري، و (١٦٩) من قانون الإجراءات المدنية العُماني، وأن يحضر القضاة الذين اشتركوا في المداولة تلاوة الحكم مادة (١٧٠) مرافعات مصري، وأن تودع مسودة الحكم ملف الدعوى عند النطق به مادة (١٧٥) مرافعات مصري، و (١٧٠) إجراءات مدنية عُماني.

رابعاً- كتابة الحكم:

يشترط في الحكم القضائي أن يكون مكتوباً؛ لأن الكتابة تعد عنصراً شكلياً فيه، ولذلك يجب تحرير الحكم في ورقة تتضمن بيانات معينة، كما يجب الاحتفاظ بورقة الحكم؛ وذلك لأن هذه الورقة هي الدليل على وجوده، وعدم كتابتها يؤدي إلى انعدام الحكم، كما أن فقدانها بعد كتابتها قد يؤدي في بعض الحالات إلى انعدام الحكم، ويوجب القانون أن تكتب مسودة الحكم أولاً، ثم تكتب نسخة الحكم بعد النطق به.

أ- مسودة الحكم:

مسودة الحكم: هي ورقة لتحضير الحكم، تكتب عقب الانتهاء من المداولة وقبل النطق بالحكم، وتشتمل فقط على أسباب الحكم ومنطوقه، وأسماء القضاة الذين أصدروه، فيجب أن تشتمل المسودة على أسباب الحكم ويوقع عليها من الرئيس ومن جميع القضاة الذين أصدروا الحكم، ويحدد بها تاريخ إيداعها، ولا يكفي في هذا الصدد أن يوقع رئيس الدائرة فقط على المسودة، وإنما يجب توقيع جميع القضاة الذين أصدروا الحكم، كما يجب أن تحرر المسودة بخط القاضي الذي أصدر الحكم، أو بخط أحد قضاة الدائرة، ويجوز أن يشترك جميع أعضاء الدائرة في كتابة المسودة؛ وذلك لأن هيئة المحكمة لا تتجزأ في

(٣٠) وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن: "مفاد ما نصت عليه المادة ١٧٤ من قانون المرافعات على أنه يتعين النطق بالحكم علانية في جميع الأحوال، حتى ولو نظرت الدعوى في جلسة سرية، وإلا كان الحكم باطلاً بطلاناً متعلقاً بالنظام العام، باعتبار أن علانية النطق بالحكم قاعدة جوهرية تجب مراعاتها إلا ما استثنى بنص صريح تحقيقاً للغاية التي توخاها المشرع، وهي تدعيم الثقة في القضاء والاطمئنان إليه، ومن ثم يتعين على محكمة الطعن أن تتعرض لذلك ولو من تلقاء نفسها". (الطعن رقم ٥٣٩ لسنة ٥٥ قضائية - جلسة ١٩٩٠/٧/٣٠م).

صدد تحرير المسودة، كما يجوز كتابتها بخط اليد أو على الكمبيوتر أو الآلة الكاتبة، ثم التوقيع عليها^(٣١).

ب- النسخة الأصلية للحكم:

العبرة في الأحكام بالنسخة الأصلية التي يحررها الكاتب ويوقع عليها هو ورئيس المحكمة؛ إذ المسودة لا تعدو أن تكون ورقة لتحضير الحكم، والتوقيع على نسخة الحكم هو إقرار بما حصل ودليل على صدوره من المحكمة، والعبرة هي بتوقيع رئيس الجلسة؛ وإلا كان الحكم باطلاً، أما إهمال الكاتب في توقيع الحكم فلا يترتب عليه البطلان، ولا يشترط توقيع بقية أعضاء الهيئة التي أصدرت الحكم، بل يكفي مجرد توقيع رئيس الجلسة على نسخة الحكم الأصلية، واختصاص رئيس المحكمة بالتوقيع على الحكم ليس إلا بقصد تنظيم العمل وتوحيده، فإذا عرض له مانع قهري، فإنه يجوز لأي عضو من أعضاء المحكمة أن يوقع على الحكم^(٣٢)، وقد أوجب المشرع أن تشمل النسخة الأصلية للحكم على بيانات محددة ورد النص عليها في المادة (١٧٨) مرافعات مصري، والمادة (١٧٢) مرافعات عماني.

خامساً- تسبب الأحكام:

يجب لسلامة الحكم ألا يصدر على أساس فكرة مبهمة أو غامضة لم تتضح معالمها أو خفيت تفاصيلها، وإنما يجب أن يؤسس على أسباب واضحة أسفر عنها تمحيص دفاع الخصوم، ووزن ما استندوا إليه من أدلة واقعية وحجج قانونية، وتحديد ما استخلص ثبوته من الوقائع وطريق هذا الثبوت، وذلك تمكيناً لمحكمة النقض من بسط رقابتها على سلامة تطبيق القانون وصحة تفسيره^(٣٣).

(٣١) د. محمد سعيد عبدالرحمن: مرجع سابق، ص ٢٧٣. إذ لا يوجد ما يوجب على القاضي كتابة المسودة بخط يده؛ وإنما يجوز له أن يستعين بالحاسب الآلي في كتابة المسودة، ثم يوقع عليها (د. محمد علي سويلم: المحكمة الاقتصادية عبر الوسائل الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٢٠م، ص ٧٧٢). والمقرر قضاء أنه إذا كان العمل قد جرى على كتابة القاضي للمسودة بخط يده؛ فإن ذلك لا يمنعه من الاستعانة بالوسائل الآلية الحديثة، كالحاسب الآلي (نقض مصري: الطعن رقم ٩٢٣ لسنة ٨٣ قضائية - جلسة ٢٠١٤/٧/١م).

(٣٢) د. عبدالحكم فوده: موسوعة الحكم القضائي في المواد المدنية والجنائية (نظرية الحكم المدني)، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٣م، ص ٢١٢-٢١٣.

(٣٣) نقض مصري: الطعن رقم ٢٩٨ لسنة ٤١ قضائية - جلسة ١٩٧٦/٣/٢٢م.

ذلك أن اشتغال الحكم على الأسباب التي بني عليها يؤدي إلى بث الثقة والطمأنينة في نفوس المتقاضين فيعرف كل متقاضي على أي أساس صدر الحكم؛ فإن كان له على الحكم مأخذ استخدم حقه في الطعن فيه، وبذا تتمكن محكمة الدرجة الثانية من مراقبة أحكام محاكم الدرجة الأولى، كما تتمكن محكمة النقض من مراقبة صحة تطبيق القانون من محكمتي الدرجة الأولى والثانية، وفي ذلك ضمان لسلامة تطبيق القانون وتفسيره، فضلاً عن أن لتسبب الحكم أهمية كبرى باعتباره مظهراً لقيام القاضي بما عليه من واجب تدقيق البحث وإمعان النظر لتعرف الحقيقة التي تفصح عنها أحكامه، وبه وحده يسلم من مظنة التحكم والاستبداد، ويرتفع عن الشك والريبة والشبهات، ويحملة على العناية بحكمه وتوخي العدالة في إصدار أحكامه كما يضمن حيطة القاضي وعدم تحيزه.

المبحث الثاني

صور خلو الحكم القضائي من بيان اتباع قواعد إصداره

أشرنا في المبحث الأول إلى أهم قواعد إصدار الحكم القضائي، وبيننا أن هذه القواعد واجبة الاتباع، لا يجوز للمحكمة الخروج عليها أو مخالفتها؛ وإلا كان الحكم باطلاً، غير أن هناك تساؤلاً مهماً بشأن هذه القواعد، هل يوجب المشرع ذكر اتباعها في ورقة الحكم، أم لا يشترط ذلك؟

ذلك أن الإجابة على هذا التساؤل، تجعلنا نقف على أثر خلو الحكم من بيان اتباع هذه القواعد، وما إذا كان يترتب على ذلك بطلان الحكم؛ أم أنه غير ذي أثر.

وللإجابة على هذا التساؤل؛ فإنه يمكن القول بأن قواعد إصدار الحكم تتنوع إلى ثلاثة أنواع؛ الأول منها: ما لا يجب ذكره ولا أثر لإغفاله وعدم النص عليه على صحة الحكم، والثاني: ما يجب ذكره؛ إلا أن الحكم لا يبطل لإغفال بيان يتعلق به، أما الثالث: فهو ما يجب ذكره، ويؤدي إغفاله إلى بطلان الحكم.

ومن ثم؛ فإننا نقسم صور خلو الحكم القضائي من قواعد إصداره إلى قسمين الأول: القواعد التي لا أثر لإغفال ذكرها على صحة الحكم، والثاني: القواعد التي يؤدي إغفالها إلى بطلان الحكم، ونتناول ذلك في مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول

القواعد التي لا أثر لإغفال ذكرها على صحة الحكم

وهي قواعد مهمة لعملية إصدار الحكم القضائي، وواجبة الاتباع؛ إلا أن المشرع لم يشترط ذكر بيان يتعلق باتباعها في ورقة الحكم، في بعض الحالات، ولم يرتب البطلان على إغفال ذكر هذا البيان في حالات أخرى، ومن ثم نفرق فيها بين نوعين من القواعد؛ الأولى: قواعد لم يوجب المشرع ذكرها في ورقة الحكم، والثانية: قواعد أوجب ذكرها ولم يرتب البطلان على إغفال ذكرها في ورقة الحكم.

الفرع الأول

القواعد التي لم يوجب المشرع ذكرها في ورقة الحكم

نكرر التأكيد على أن هذه القواعد أوجب المشرع اتباعها، ورتب البطلان على عدم اتباعها، غاية ما في الأمر أنه لم يوجب على المحكمة أن تضمن حكمها بياناً يفيد اتباع هذه القواعد أو الإجراءات، فإذا ما قامت المحكمة بإيراد هذا البيان فلا شيء عليها؛ إلا إذا منع المشرع ذلك، وإذا ما خلا حكمها منه، فلا تثريب عليها؛ ما دامت قد اتبعت هذه القواعد في إجراءات إصدار الحكم، وهذه القواعد هي:

أولاً- قواعد المداولة في الحكم:

قلنا إنه لا يكفي أن يتداول القضاة في الحكم على أي وجه من الوجوه؛ وإنما يجب أن تتوفر في المداولة شروط عديدة ورد النص عليها في قانون المرافعات المصري، وقانون الإجراءات المدنية والتجارية العُماني، فكل المشرعان نصا على جملة من القواعد والإجراءات التي يجب على المحكمة اتباعها في المداولة، ولم يوجب عليها أن تضمن حكمها بياناً يفيد أنها اتبعت هذه القواعد أو الإجراءات؛ ومن ثم إذا خلا الحكم من هذا البيان؛ فإن الأصل أن المداولة قد تمت على الوجه الذي قرره القانون، وأن المحكمة التزمت صحيح القانون في إجراءها^(٣٤).

^(٣٤) للمؤلف: قرينة الصحة وتطبيقاتها في قانون المرافعات، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠٢٠م، ص ٣٠٢.

وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن: "تضمنين الحكم بيان أنه صدر بعد المداولة أمر لم يوجبه القانون. كل ما فرضه القانون هو صدور الحكم بعد المداولة. والأصل في الإجراءات أنها=

فالمشرع -المصري و العُماني- لم يشترط أن يرد بيان في الحكم يفيد اتباع الإجراءات التي نص عليها بشأن المداولة، وإنما كل ما أوجبه على المحكمة في هذا الشأن أن تتداول في الدعوى قبل إصدار الحكم فيها، وأن يشترك جميع قضاة الدائرة التي أصدرت الحكم في المداولة، وألا يشترك غيرهم فيها، وأن تجرى المداولة سراً، وبعد إقفال باب المرافعة، وألا تستمع المحكمة إلى أحد الخصوم في غيبة الآخر، أو تقبل مذكرات أو مستندات من أحد الخصوم لم يطلع عليها الخصم الآخر وتعتمد عليها في حكمها، إلى غير ذلك من الشروط التي أوجب القانون على المحكمة اتباعها في إجراء المداولة. كما لم يحدد أيّاً من المشرعين طريقاً معيناً لإجراء المداولة يلزم اتباعه، ولا مكاناً محدداً تجرى المداولة فيه، فمثل هذه الأمور تترك للسلطة التقديرية للمحكمة حسب ظروف كل دعوى، كما لم يتطلب المشرع تضمين الحكم بياناً يفيد إجراء المداولة، وإنما كل ما أوجبه القانون في هذا الشأن هو صدور الحكم بعد المداولة. وبناء على ذلك، يمكن القول بالآتي:

١-الأصل أن المداولة جرت سراً:

يشترط لصحة المداولة في الأحكام أن تجرى سراً، فلا يجوز إجراؤها في العلن أمام الجمهور مادة (١٦٦) مرافعات مصري، و(١٦٣) إجراءات مدنية وتجارية عُماني، حيث أخذ المشرعان بمبدأ سرية المداولة، على خلاف بعض القوانين الأخرى التي لا تشترط سرية المداولة القضائية في أية مرحلة من المراحل التي يمر بها الحكم القضائي كالقانون الإنجليزي^(٣٥).

ومعنى سرية المداولة: ألا يشترك فيها غير قضاة الدائرة التي نظرت الدعوى، فضلاً عن ضرورة حصولها بينهم سراً دون سماعها من جانب غيرهم^(٣٦)، كما يجب أن تتم المداولة بين جميع قضاة الدائرة التي أصدرت الحكم^(٣٧)، ويعد من مقتضيات سرية

=روعية صحيحة. على من يدعي خلاف ذلك إقامة الدليل. توقيع الهيئة على مسودة الحكم الذي أصدرته هو عنوان إجراء المداولة. خلو الحكم أو محضر جلسة النطق به من بيان صدوره بعد المداولة، لا عيب". (الطعن رقم ٢٤٣٩ لسنة ٦٥ قضائية - جلسة ١١/٧/١٩٩٦م).

(٣٥) د. أمال الفزيرى: المداولة القضائية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٠م، ص ٦٨.

(٣٦) نقض: الطعن رقم ٢٤٠ لسنة ٧٤ قضائية - جلسة ١٠/٢/٢٠١٠م.

(٣٧) د. أحمد مليجي: الموسوعة الشاملة في التعليق على قانون المرافعات، طبعة نادي القضاة، ٢٠١٢م، ج ٣/٧٢٠.

المدولة أنه لا يجوز للقضاة الذين اشتركوا فيها إفشاء سرها، وهذا الحظر يشمل ما تم التداول فيه بين أعضاء المحكمة^(٣٨).

ولا ينال من سرية المدولة أن تجري في قاعة المحكمة بصوت خفيض بين القضاة مادام لم يسمعها أحد من الحضور؛ لأن القانون لم يشترط إجرائها في غرفة المشورة وكل ما تطلبه القانون في هذا الشأن أن تجري المدولة سراً.

وعلى ذلك يكون هناك إخلال بسرية المدولة؛ إذا حضر المدولة شخص غير قضاة الدائرة الذين سمعوا المرافعة^(٣٩)، أو إذا نص الحكم في أسبابه أو في منطوقه على أنه صدر بأغلبية الآراء أو بالإجماع، أو إذا أحيط الخصوم أو وكلاؤهم أو الحضور علماً بالرأي الشخصي للقاضي.

وعلى الرغم من أن المشرع نص في المادة (١٦٦) مرافعات مصري، و(١٦٣) إجراءات مدنية عُماني على سرية المدولة؛ إلا أنه لم يوجب ذكر بيان في الحكم يفيد إجراء المدولة سراً.

والأصل في هذا الصدد أن الإجراءات روعيت وأن المدولة قد جرت سراً وفقاً لأحكام القانون، وعلى من يدعي خلاف هذا الأصل إثبات صحة ما يدعيه؛ إلا إنه لا يعمل بقاعدة الأصل صحة الإجراءات؛ إذا ورد بيان في الحكم يفيد علانية المدولة أو إفشاء سريتها ولا يمكن القول هنا بأن الإجراءات قد روعيت، بل على العكس من ذلك تكون هناك قرينة على عدم صحة الإجراءات.

٢-الأصل أن القضاة تداولوا في الحكم بعد قفل باب المرافعة وبعد انتهاء الأجل المحدد لتقديم المذكرات:

فلا يجوز للمحكمة أن تتداول في الدعوى قبل قفل باب المرافعة، أو قبل انتهاء الأجل المحدد لتقديم المذكرات والمستندات، فإذا قامت المحكمة بحجز الدعوى للحكم

(٣٨) أستاذي د. الأنصاري حسن النيداني: العيوب المبطللة للحكم، مرجع سابق، ص ١٦٦.

(٣٩) وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن: "المقرر طبقاً لنص المادة ١٦٧ من قانون المرافعات أن الحكم يبطل إذا اشترك في المدولة غير القضاة الذين سمعوا المرافعة وأن هذا البطلان متعلق بالنظام العام ويجوز التمسك به أمام محكمة النقض وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها؛ إلا أن ذلك مشروط بأن يكون النعي على الحكم بالبطلان مطروحاً أمام محكمة الاستئناف". (الطعن رقم ٨٩٩ لسنة ٤٩ قضائية - جلسة ١٠/٣١/١٩٨٢م).

مع التصريح للخصوم بتقديم مذكرات أو مستندات خلال مدة محددة؛ فإن عليها أن تلتزم بالأجل الذي صرحت به للخصوم، وألا تتداول في الحكم إلا إذا انتهى هذا الأجل^(٤٠). والغرض من منع إجراء المداولة قبل قفل باب المرافعة وقبل انتهاء الأجل المحدد لتقديم المذكرات هو احترام حقوق الدفاع، بحيث لا تجرى المداولة إلا بعد أن تتاح الفرصة للخصوم ليبدوا ما يرون من دفاع ودفع وتقديم المستندات كافة التي يعن لهم تقديمها إلى المحكمة.

ولم يوجب المشرع -المصري و العمانى- على المحكمة أن تورد بياناً بأنها التزمت بعدم إجراء المداولة إلا بعد إقفال باب المرافعة وبعد انتهاء الأجل الذى صرحت به للخصوم، ولما كان الأصل في الإجراءات أنها روعيت؛ فإن الأصل في هذا الصدد أن المحكمة أجرت المداولة بعد إقفال باب المرافعة وبعد انتهاء الأجل المحدد للخصوم لتقديم المذكرات، وعلى من يدعى خلاف هذا الأصل إثبات صحة ما يدعيه؛ فإذا ورد في الحكم بيان يفيد إجراء المداولة في تاريخ سابق على انتهاء الأجل المصرح به للخصوم لتقديم مذكراتهم، أو كان تاريخ إيداع المسودة سابق على تاريخ انقضاء هذا الأجل؛ فإنه لا يمكن القول بأن الإجراءات قد روعيت.

٣-الأصل أن عدد القضاة الذين حضروا المداولة هو العدد الذي حدده القانون لإصدار الأحكام:

فيجب أن يحضر المداولة العدد الذى حدده القانون لإصدار الأحكام، فإذا كان القانون يوجب أن يصدر الحكم من المحاكم الابتدائية، ومحاكم الاستئناف من ثلاثة قضاة، ومن محكمة النقض من خمسة قضاة، فإنه يجب لصحة المداولة في الحكم أن يكون عدد القضاة الذين تداولوا في الحكم هو ذات العدد الذى حدده المشرع لإصدار الأحكام^(٤١)، فإذا تداول في الحكم عدد أقل؛ فإن المداولة تكون باطلة، كما يبطل الحكم

(٤٠) وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن: "إجراء المداولة وتحرير أسباب الحكم ومنطوقه قبل انقضاء الميعاد المحدد لإيداع المذكرات. خطأ". (الطعن رقم ٣١٠ لسنة ٣١ قضائية - جلسة ٢٥/٥/١٩٦٧م).

(٤١) وقد أوجب قانون المرافعات الفرنسي أن تتم المداولة بين القضاة الذين سمعوا المرافعة، ويجب أن يكون عددهم مساو للعدد المنصوص عليه في قانون التنظيم القضائي. وقد نص المشرع الفرنسي على ذلك في المادة (٤٤٧) مرافعات، والتي جرى نصها بالفرنسية على أنه:

إذا تداول فيه أكثر من العدد المقرر، وذلك لزيادة العدد عما قرره المشرع، ولأنه يكون قد اشترك في المداولة في هذه الحالة قضاة غير الذين سمعوا المرافعة مما يخل بسرية المداولة.

إلا أنه قد يحدث في بعض الأحيان في الواقع العملي أن يسمع المرافعة قضاة أكثر من العدد الذي حدده المشرع لإصدار الحكم، وفي هذه الحالة يجب ألا يتداول في الحكم إلا العدد الذي حدده المشرع لإصدار الأحكام.

والأصل في هذا الصدد صحة الإجراءات وأنها قد روعيت، وعلى من يدعي خلاف هذا الأصل إثبات صحة ما يدعيه؛ إلا أنه إذا ورد في الحكم بيان يفيد أن عدد القضاة الذين تداولوا فيه ليس هو العدد الذي قرره المشرع لإصدار الأحكام، فهنا لا يمكن القول بأن الأصل في الإجراءات أنها قد روعيت.

٤- الأصل أنه لم يشترك في المداولة غير القضاة الذين سمعوا المرافعة:

يوجب القانون أن تجرى المداولة سراً، ومقتضى هذه السرية ألا يشترك فيها غير القضاة الذين سمعوا المرافعة احتراماً لمبدأ سرية المداولة^(٤٢)، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى: فإن المشرع نص في المادة (١٦٧) مرافعات مصري، و(١٦٣) إجراءات مدنية عماني، على أنه: "لا يجوز أن يشترك في المداولة غير القضاة الذين سمعوا المرافعة".

ذلك أن القاضي الذي سمع المرافعة في الدعوى القضائية هو الذي يستطيع تكوين الرأي القانوني السليم فيها، وإعمال صحيح القانون على الوقائع التي طرحت عليه، من

= Il appartient aux juges devant lesquels l'affaire a été débattue d'en délibérer. Ils doivent être en nombre au moins égal à celui que prescrivent les règles relatives à l'organisation judiciaire.

^(٤٢) قضت محكمة النقض المصرية بأن: "مؤدى نص المادة السادسة من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ وجوب صدور حكم محكمة الاستئناف من ثلاث مستشارين، وكان التشكيل المنصوص عليه في المادة مما يتعلق بأسس النظام القضائي، ومفاد المادتين (١٦٦) و (١٦٧) من قانون المرافعات أنه يتعين حصول المداولة بين جميع قضاة الدائرة التي سمعت المرافعة، وألا يشترك فيها غيرهم وإلا كان الحكم باطلاً، والأصل هو افتراض حصول هذه الإجراءات صحيحة وعلى المتمسك بعدم حصول المداولة على وجهها السليم أن يقدم دليلاً، والمناطق في هذا الخصوص هو الاعتداد بالبيانات المثبتة بالحكم على أن تكمل بما يرد في محضر الجلسة في خصوصه". (الطعن رقم ١١١ لسنة ٤٨ قضائية - جلسة ١٩٧٩/٢/١٤م).

خلال وقوفه على الوقائع فيها، بحيث يمكنه مع غيره من القضاة ممن سمعوا المرافعة تطبيق القانون تطبيقاً صحيحاً^(٤٣).

والأصل في هذا الصدد أن الإجراءات روعيت، وأن الهيئة التي تداولت في الحكم هي التي سمعت المرافعة، وعلى من يدعي خلاف هذا الأصل إثبات صحة ما يدعيه؛ إلا إذا ورد بيان بعكس ذلك.

٥-الأصل أن المداولة تمت بين القضاة مجتمعين:

يوجب القانون المادة (١٦٦) مرافعات مصري، و(١٦٣) إجراءات مدنية عُمانى، أن تتم المداولة بين القضاة مجتمعين^(٤٤)، بحيث يجتمع القضاة الذين سمعوا المرافعة ويتداولون في الحكم^(٤٥)، "لأن المقصود من المداولة: المشاورة والمناقشة لتتجلى غوامض الأمور في القضية المطروحة، وهذه المشاورة لا تتم على وجهها الأكمل المطلوب؛ إلا إذا كانت بين جميع القضاة الذين سمعوا المرافعة وأدركوا دقيقتها والغامض منها؛ فلا تتم المداولة على الوجه المطلوب قانوناً إذا حصلت بين بعض القضاة دون البعض الآخر، ولو كان ذلك البعض هو الأغلبية الكافية لإصدار الحكم^(٤٦)."

إلا أن المشرع لم يوجب ذكر بيان بذلك في ورقة الحكم، ولم ينص على طريقة معينة في إجراء المداولة وأوجب اتباعها، وكل ما أوجبه القانون في هذا الشأن أن تتم المداولة بين القضاة الذين سمعوا المرافعة في اجتماع يعقد بينهم فقط لهذا الغرض، فيجب أن يجتمع جميع القضاة الذين سمعوا المرافعة في مكان واحد -ولا يلزم لذلك مكان محدد- لفحص موضوع الدعوى وما قدم فيها من دفاع ودفع ومستندات ومذكرات، ويتداولون ويتشاورون في مواجهة بعضهم البعض وصولاً إلى الحكم في الدعوى^(٤٧).

(٤٣) د. محمود السيد التحيوى: مرجع سابق، ص ١٦.

وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن: "اشترك أحد القضاة في المداولة دون سماع المرافعة، أو تخلف أحد القضاة الذين أصدر الحكم عند النطق به بسبب مانع قهري دون أن يثبت في الحكم توقيعه على مسودته وحلول غيره محله، أثره بطلان الحكم". (الطعن رقم ٦٤٨ لسنة ٤٤ قضائية - جلسة ١٩٨٠/١/١).

(٤٤) نقض: الطعن رقم ٢٤٠ لسنة ٧ قضائية - جلسة ٢٠١٠/٢/٩ م.

(٤٥) Alfred Jauffert: Manuel de procedure civile et Vioes d'exécution, éditions 14, 1984, no.253, p.126.

(٤٦) د. أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص ٨٤.

(٤٧) د. محمد سعيد عبدالرحمن، مرجع سابق، ص ٢٣١.

والأصل أن المداولة تمت بين القضاة مجتمعين على الوجه الذي قرره القانون، وعلى من يدعى خلاف هذا الأصل إثبات صحة ما يدعيه، إلا إذا وجد في الحكم بيان يؤكد عكس ذلك.

٦-الأصل أن المحكمة أعادت الدعوى للمرافعة لتغير تشكيلها في فترة المداولة:

لما كان الحكم هو خلاصة الرأي الذي كونه القضاة من سماعهم للمرافعة؛ فإن مقتضى ذلك ألا يشترك في إصدار هذا الحكم إلا من سمع المرافعة، فإذا تغير أحد القضاة الذين سمعوا المرافعة لأي سبب من الأسباب، كالنقل، أو الإحالة إلى المعاش، أو الوفاة، أو غير ذلك من الأسباب، وجب على المحكمة أن تعيد الدعوى للمرافعة أمام الهيئة الجديدة^(٤٨).

والأصل أن المحكمة متى نصت في الحكم على أنها أعادت الدعوى للمرافعة؛ فإنها تكون قد التزمت بذلك، وأنها أعادت الدعوى للمرافعة من جديد أمام هيئة المحكمة بتشكيلها الجديد، ومن ثم فعلى من يدعى عدم إعادة الدعوى للمرافعة إثبات صحة ما يدعيه، شريطة أن يتمسك الخصم بذلك أمام محكمة الاستئناف. إلا أنه إذا ورد بيان في الحكم ينافي هذه القرينة؛ فإنه لا يمكن القول بأن الأصل في الإجراءات أنها روعيت.

٧-الأصل أن المحكمة مكنت الخصوم من حقهم في الدفاع بعد إعادة الدعوى للمرافعة:

قرار قفل باب المرافعة سواء كان صريحاً أم ضمناً لا يعد حكماً ولا يحوز الحجية، ومن ثم فلا تنقيد به المحكمة، بل لها أن تعيد الدعوى للمرافعة سواء من تلقاء نفسها أم بناء على طلب الخصوم، وقد يكون فتح باب المرافعة وجوباً على المحكمة، بحيث لا

=ونتفق مع جانب من الفقه الحديث، في إمكانية أن يستخدم القضاة تقنية Video Conferece "الفيديو كونفرنس"، لإتمام المداولة فيما بينهم، وهو ما يعني إمكانية أن تتم المداولة في أي وقت ليلاً أو نهاراً، وفي أي يوم. (د. محمد علي سويلم: التقاضي عبر الوسائل الإلكترونية في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٢٠م، ص ٨٢١).

(٤٨) يوجب قانون المرافعات الفرنسي في المادة ٢/٤٣٢ منه أنه إذا تغير تشكيل المحكمة بعد بدء المرافعة أو أثناء نظر الدعوى فيجب على المحكمة أن تعيد المرافعات من جديد أمام الهيئة الجديدة، ويجرى نص هذه المادة بالفرنسية:

En cas de changement survenu dans la composition de la juridiction après l'ouverture des débats, ceux-ci doivent être repris .

يكون لها سلطة تقديرية في هذا الصدد^(٤٩). كما قد يكون جوازيًا للمحكمة، بحيث يكون للمحكمة سلطة تقديرية كاملة في فتح باب المرافعة، وذلك كما لو طلب أحد الخصوم فتح باب المرافعة^(٥٠).

وفي جميع الأحوال فإنه متى أعيدت الدعوى للمرافعة، سواء كان ذلك وجوبياً على المحكمة أم جوازيًا؛ فإنه يترتب عليه أن تعاد الدعوى للمناقشة فيها من جديد وتصبح بين يدي الخصوم بعد أن انقطعت صلتهم بها بإقفال باب المرافعة فيها، فيحق لهم تقديم ما يشاؤون من دفعات ودفاع ومستندات ومذكرات وطلبات عارضة، كما كان الشأن قبل قفل باب المرافعة^(٥١).

والأصل أن المحكمة حين أعادت الدعوى للمرافعة مكنت الخصوم من حقهم في الدفاع، بأن أتاحت لهم الفرصة الكافية لتقديم دفعاتهم وأوجه دفاعهم وتقديم مذكراتهم

^(٤٩) يكون فتح باب المرافعة وجوبياً في عدة حالات، منها: إذا توفى أحد قضاة الدائرة، أو فقد صفته لأي سبب من الأسباب قبل المداولة أو بعدها وقبل النطق بالحكم. إذا طرأ تغيير في تشكيل المحكمة لأي سبب من الأسباب، كالتغيير الذي يجري في المحاكم في نهاية السنة القضائية ما يعرف بالحركة القضائية. إذا كان فتح باب المرافعة ضرورياً لأحد الخصوم للرد على ما يقدمه خصمه من دفعات ودفاع ومستندات بعد حجب الدعوى للحكم إعمالاً لحق الدفاع. إذا طلب أحد قضاة الدائرة فتح باب المرافعة. إذا رأت المحكمة أن طلبات المدعى الختامية غير واضحة.

^(٥٠) وفي هذه الحالة يكون للمحكمة الحق في رفض طلب إعادة الدعوى للمرافعة بعد حجبها للحكم وانقضاء ميعاد تقديم المذكرات فيها، متى رأت أن الطلب غير جدي، ولها أن توجب الخصم إلى طلبه متى تبين لها جدية الأسباب التي بنى عليها طلب إعادة الدعوى للمرافعة. وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن: "المقرر أن طلب فتح باب المرافعة لتقديم مستندات جديدة هو من إطلاقات محكمة الموضوع فلا يقبل النعي على التفاتها عنه". (الطعن رقم ٨٣٨ لسنة ٥٥ قضائية - جلسة ١٩٨٨/٥/١١م). كما قضت بأن: "طلب إعادة الدعوى للمرافعة ليس حقا للخصوم تتحتم إجابتهن إليه بل هو متروك لمحكمة الموضوع التي تستقل بتقدير مدى الجد فيه، ولا محل للطعن على حكمها بأنه أخل بحق الدفاع متى رأت للأسباب السائغة التي أوردتها أن هذا الطلب غير جدي ولم يقصد به غير إطالة أمد الخصومة". (الطعن رقم ٢٤٨ لسنة ٤٦ قضائية - جلسة ١٩٨١/١٢/٢١م).

^(٥١) وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه: "... يترتب على فتح باب المرافعة بعد تحديد جلسة للنطق بالحكم والذي أشارت إليه المادة ١٧٣ مرافعات، أن يعود للخصوم حقهم في إبداء ما يعين لهم من دفاع أو دفعات موضوعية لم يسبق لهم إبدائها أمام المحكمة، أو دفعات شكلية لم يسقط حقهم في التمسك بما فاتهم عرضها عليها". (الطعن رقم ٧٦٦ لسنة ٦٢ قضائية - جلسة ١٩٨٨/٦/٤م).

ومستنداتهم وغير ذلك مما يعن لهم تقديمه، وذلك احتراماً لمبدأ حرية الدفاع؛ وذلك لأن الأصل في الإجراءات أنها قد روعيت.

٨-الأصل أن المحكمة صرحت بإعادة الدعوى للمرافعة في جلسة علنية ولأسباب جدية:

يجوز للمحكمة بعد إقفال باب المرافعة وفي فترة حجز الدعوى للحكم والمداولة فيها أن تعيد الدعوى للمرافعة، لأسباب جدية، سواء من تلقاء نفسها، أم بناء على طلب أحد الخصوم.

إلا أنه يشترط أن يكون ذلك بقرار تصرح به المحكمة في جلسة علنية مادة (١٧٣) مرافعات مصري، و (١٦٨) إجراءات مدنية عُمانى، والأصل في ذلك صحة الإجراءات وأنها قد روعيت، وأن المحكمة أصدرت قرار إعادة الدعوى للمرافعة علناً في الجلسة، لأسباب جدية؛ إلا أنه إذا ورد بيان في الحكم يناقض ذلك؛ فإنه لا يمكن القول بأن الإجراءات قد روعيت.

٩-الأصل أن المحكمة التزمت خلال المداولة بعدم سماع أحد الخصوم أو قبول أوراق أو مستندات دون اطلاع الخصم الآخر عليها:

القاعدة المنصوص عليها في المادة (١٦٨) مرافعات مصري، و(١٦٤) إجراءات مدنية عُمانى، هي إحدى القواعد المهمة في مجال احترام حقوق الدفاع، حيث يمنع القانون المحكمة أثناء المداولة أن تسمع أحد الخصوم أو وكيله؛ إلا بحضور خصمه، كما يمنعها من قبول أية أوراق أو مذكرات من أحد الخصوم دون اطلاع الخصم الآخر عليها، لما في ذلك من إهدار لحقوق الدفاع، يترتب عليه فساد الحكم الذي يصدر إثر ذلك^(٥٢).

فإذا أخلت المحكمة بهذا الالتزام فإن حكمها يكون باطلاً، غير إنه يشترط لبطلان الحكم في هذه الحالة، أن تكون المحكمة قد اعتمدت في حكمها على هذه الأقوال أو

^(٥٢) د. رمزي سيف: الوسيط في شرح قانون المرافعات، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٧م، ص ٥٩١. د. نبيل إسماعيل عمر: قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ١٩٩٤م، ص ٥٦٢.

الأوراق أو المذكرات التي قدمها الخصم، أما إذا استبعدتها، أو لم تعول عليها في قضائها فلا يبطل الحكم^(٥٣)، والأصل أن المحكمة التزمت صحيح القانون في هذا الصدد.

ثانياً- قواعد النطق بالحكم:

أوجب المشرع على المحكمة اتباع قواعد محددة للنطق بالحكم، وعليها أن تلتزم بها ولا تخرج عليها، ولم يوجب أن تضمن حكمها بياناً تورد فيه اتباعها لهذه القواعد؛ بل إن من هذه القواعد ما لا يجيز المشرع ذكره في ورقة الحكم -كصدور الحكم بالأغلبية أو بالإجماع- ومن ثم فلا على المحكمة إذا خلا حكمها من بيان اتباع هذه القواعد، وهي:

١- الأصل أن الحكم صدر بأغلبية آراء أعضاء المحكمة التي أصدرته:

تنتهي المداولة في الحكم بأخذ رأى القضاة، ويجب أن يصدر الحكم برأي الأغلبية المطلقة؛ إلا أنه يجب ألا يتضمن الحكم بيان يفيد صدوره بإجماع الآراء أو بأغليبتها^(٥٤)، مادة (١٦٩) مرافعات مصري، و(١٦٥) إجراءات مدنية عماني، والأصل في هذا الصدد هو صحة الإجراءات وأن الحكم صدر بأغلبية آراء أعضاء المحكمة بعد المداولة فيه.

٢- الأصل أن النطق بالحكم تم في جلسة علنية:

يجب لصحة الحكم أن يتم النطق به في جلسة علنية، حتى ولو كانت الدعوى قد نظرت في غرفة المشورة (مادة ١٧٤ مرافعات مصري، و(١٦٩) إجراءات مدنية عماني^(٥٥)).

وقاعدة علانية النطق بالحكم هي ضمانات أساسية من ضمانات التقاضي التي كفلها الدستور ونظمها وحماها القانون، وذلك لتوفير قدر من الرسمية حول لحظة النطق بالحكم، بما يوفر لها قدر من الجدية والوقار^(٥٦).

(٥٣) د. أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام، مرجع سابق، ص ٩٠. أستاذي د. الأنصاري النيداني: العيوب المبطله للحكم، مرجع سابق، ص ٢٧٣، ٢٧٤.

(٥٤) د. رمزي سيف: مرجع سابق، ص ٥٩٢.

(٥٥) Jean Vincent et Serge Guinchard: procedure civile op. cit., no. 764, p. 711 et.s

(٥٦) د. إبراهيم نجيب سعد، مرجع سابق، ص ٢٢٧. وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن: "مفاد ما نصت عليه المادة ١٧٤ من قانون المرافعات على أنه يتعين النطق بالحكم علانية في جميع الأحوال، حتى ولو نظرت الدعوى في جلسة سرية، وإلا كان الحكم باطلاً بطلاناً متعلقاً بالنظام العام، =

ولم يلزم المشرع المحكمة بأن تثبت في ورقة الحكم أو في محضر الجلسة أن النطق بالحكم تم في جلسة علنية؛ فإذا خلا الحكم من هذا البيان فإن ذلك لا يؤدي إلى بطلان الحكم؛ لأن الأصل في الإجراءات أنها روعيت، وعلى من يدعي خلاف هذا الأصل إثبات صحة ما يدعيه^(٥٧).

٣-الأصل حضور جميع القضاة الذين أصدروا الحكم جلسة النطق به:

وفقاً لنص المادة (١٧٠) مرافعات مصري، و(١٦٦) إجراءات مدنية عماني؛ فإنه يجب أن يحضر القضاة الذين اشتركوا في المداولة وأصدروا الحكم جلسة النطق به؛ فإذا حصل لأحدهم مانع؛ وجب أن يوقع مسودة الحكم؛ لأن حضور القضاة جلسة النطق بالحكم يدل على اقتناعهم به، وإصرارهم عليه، وعدم العدول عنه، كما أن في حضورهم دليلاً على اشتراكهم في المداولة وأن هذا الحكم تعبير عن فكر المحكمة^(٥٨).

ويجب أن تكون الهيئة التي حضرت جلسة النطق بالحكم هيئة مكتملة، ومكونة من نفس الأعضاء الذين سمعوا المرافعة واشتركوا في المداولة، ولا يجوز لأحد القضاة أن يتخلف عن جلسة النطق بالحكم؛ إلا إذا كان لديه مانع من الحضور، شريطة أن يوقع على مسودة الحكم^(٥٩).

=باعتبار أن علانية النطق بالحكم قاعدة جوهرية تجب مراعاتها إلا ما استثنى بنص صريح تحقيقاً للغاية التي توخاها المشرع، وهي تدعيم الثقة في القضاء والاطمئنان إليه، ومن ثم يتعين على محكمة الطعن أن تتعرض لذلك ولو من تلقاء نفسها" (الطعن رقم ٥٣٩ لسنة ٥٥ قضائية - جلسة ١٩٩٠/٧/٣٠م).

^(٥٧) وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن: "النص في المادة ١٧٤ من قانون المرافعات على أنه ينطق القاضي بالحكم بتلاوة منطوقه أو بتلاوة منطوقه مع أسبابه، ويكون النطق به في علانية وإلا كان باطلاً، يدل على أن المشرع رتب البطلان جزاء على عدم النطق بالحكم بتلاوة منطوقه أو منطوقه مع أسبابه في غير جلسة علنية، لما كان ذلك وكان المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الأصل في الإجراءات أنها روعيت ما لم يقر الدليل على خلاف ذلك". (الطعن رقم ٢٠٨ لسنة ٥٩ قضائية - جلسة ١٩٩١/٣/١٢م).

^(٥٨) د. أحمد مليجي، الموسوعة الشاملة، مرجع سابق، ج ٣/٧٥٤.

^(٥٩) د. الأنصاري حسن النيداني، العيوب المبطلة للحكم، مرجع سابق، ص ٧٧.

وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه: "إذا كان أحد القضاة الذين سمعوا المرافعة في الدعوى لم يحضر تلاوة الحكم وحل قاض آخر محله وكان الحكم خلواً من بيان أن القاضي الذي لم يحضر =

والأصل في هذا الصدد أن الإجراءات روعيت وأن جميع القضاة الذين أصدروا الحكم، حضروا جلسة النطق به، وعلى من يدعي خلاف هذا الأصل إثبات صحة ما يدعيه.

٤- الأصل أن الذي نطق بالحكم هو أحد القضاة الذين أصدروه:

لا يكفي حضور جميع القضاة الذين أصدروا الحكم جلسة النطق به؛ وإنما يشترط أيضاً أن يكون الذي نطق بالحكم في الجلسة هو أحد القضاة الذين أصدروه؛ فإذا حضر جميع القضاة وحضر معهم قاض آخر لم يسمع المرافعة، ولم يشترك في إصدار الحكم وكان هذا القاضي هو الذي نطق بالحكم، فإن الحكم يكون باطلاً، والأصل في هذا الصدد أن الإجراءات روعيت، وأن الذي نطق بالحكم هو أحد القضاة الذين أصدروه.

٥- الأصل إجراء المداولة قبل النطق بالحكم:

لما كانت المداولة هي المشاورة والتفكير وتبادل الرأي في الحكم وفحص وتمحيص المستندات قبل إصدار الحكم في الدعوى؛ فإنه من المنطقي ألا يصدر الحكم إلا بعد تمام هذه المداولة؛ إذ لا جدوى من المداولة إذا تمت بعد إصدار الحكم، لذلك فإنه لا يجوز أن تحكم المحكمة في الدعوى إلا بعد المداولة وبعد أن يطمئن القضاة إلى ما سوف يحكمون به.

والأصل في هذا الصدد أن الإجراءات روعيت وأن المحكمة تداولت في الحكم قبل النطق به، وعلى من يدعي خلاف هذا الأصل إثبات صحة ما يدعيه. ولهذا يمكن القول بأن الأصل حصول إجراءات المداولة صحيحة، وعلى المتمسك بعدم حصولها على الوجه السليم أن يقدم دليلاً، والمناطق في هذا الخصوص هو الاعتداد بالبيانات المثبتة في الحكم على أن تكمل بما يرد بمحضر الجلسة^(١٠).

ثالثاً- قواعد إيداع مسودة الحكم:

لمسودة الحكم أهمية بالغة باعتبارها إحدى ورقتيه، وقد أوجب المشرع في شأنها مراعاة قواعد مهمة، غير أنه لم يوجب على المحكمة أن تورد في حكمها بياناً يفيد اتباع

=النطق به قد اشترك في المداولة ووقع على مسودته؛ فإن هذا الحكم يكون مشوباً بالبطلان". (الطعن رقم ١٢٦ لسنة ٢٣ قضائية - جلسة ١٩٥٧/٢٤م).

(١٠) د. أحمد الغريب شبل: الخصومة القضائية ميلاداً وحياء وانتهاء، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٩م، ص ٢٢٦.

هذه القواعد، ولا يعد خلو الحكم من بيان اتباعها عيباً مؤثراً على صحته، وهذه القواعد هي:

١-الأصل أنه تم إيداع مسودة الحكم^(٦١) عند النطق به أو في المدة التي قررها المشرع العماني:

وفقاً لنص المادة (١٧٥) مرافعات مصري؛ فإنه يجب في جميع الأحوال أن تودع مسودة الحكم المشتملة على أسبابه موقعة من الرئيس ومن القضاة عند النطق بالحكم؛ وإلا كان باطلاً، ووفقاً لنص المادة (١٧٠) إجراءات مدنية عماني؛ فإنه يجب إيداع المسودة عن النطق بالحكم؛ إذا كان قد تأجل إصداره إلى غير جلسة المرافعة، أو خلال عشرة أيام من تاريخ النطق به، إذا كان تم النطق به عقب انتهاء المرافعة. وإذا لم تودع مسودة الحكم مشتملة على المنطوق والأسباب وتوقعات جميع القضاة الذين أصدروه كان هذا الحكم باطلاً بطلاناً متعلق بالنظام^(٦٢).

(٦١) أستاذي د. الأنصاري حسن النيداني، العيوب المبطله للحكم، مرجع سابق، ص ٧٧.

(٦٢) توقيع القضاة على مسودة الحكم يعد دليلاً على أن القضاة الذين أصدروا الحكم هم من سمعوا المرافعة واشتركوا في المداولة وإنه لم يشترك في الحكم غيرهم، وأنهم وقعوا على المسودة بعد المداولة في الأسباب. وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه: "إذا كانت المسودة المشتملة على الأسباب غير موقع عليها إلا من عضو واحد من أعضاء المحكمة كان الحكم باطلاً - ولا يرد على ذلك القول بأنه إذا ما ثبت أن النطق بالحكم لم يحصل عقب الانتهاء من سماع المرافعة وإنما أرجئ إلى جلسة أخرى مقبلة ثم نطق به بمعرفة نفس الهيئة وصار بإيداع المسودة عقب ذلك مباشرة فقد تحققت في هذه الحالة الحكمة التي توخاها الشارع من شمول المداولة للأسباب والمنطوق معا بصرف النظر عن ثبوتها في ورقة واحدة أو ورقتين منفصلتين متى كان الثابت أن الإيداع قد حصل وفقاً للقانون - ذلك أن إيجاب تسبب الأحكام مقصود به حمل القضاة على ألا يحكموا في الدعاوى على أساس فكرة مبهمه لم تستبين معالمها أو مجملة غابت أو خفيت تفاصيلها وأن يكون الحكم دائماً نتيجة أسباب معينة محصورة جرت على أساسها المداولة بين القضاة قبل النطق به، وذلك لا يدل عليه سوى توقيع أعضاء الهيئة التي أصدرت الحكم على مسودته المشتملة على أسبابه، فمن هذا التوقيع يبين أنهم طالعوا الأسباب وتناقشوا فيها وأقروها على الوضع الذي أثبتت به في المسودة، ولا يغني عن هذا الإجراء توقيعهم على الورقة المتضمنة منطوق الحكم وحده متى كانت منفصلة عن الورقة المشتملة على أسبابه لأنه إذا كان تأجيل النطق بالحكم دليل على حصول المداولة فيه قبل صدوره فإن توقيع أحد أعضاء الدائرة التي أصدرت الحكم دليلاً على أن المداولة قد استقرت على اعتماد أسباب الحكم كما ثبتت في المسودة". (الطعن رقم ١٧٣ لسنة ٢٠ قضائية - جلسة ١٢/٣/١٩٥٣م).

والأصل في هذا أنه تم إيداع المسودة عند النطق بالحكم، أو في المدة التي قررها المشرع العماني في المادة (١٧٠)، وعلى من يدعى خلاف هذا الأصل إثبات صحة ما يدعيه.

٢- الأصل أنه تم تحرير المسودة بمعرفة أحد القضاة الذين أصدروا الحكم:

لا يجوز أن يشترك في كتابة مسودة الحكم شخص من خارج أعضاء الدائرة التي أصدرته، حتى وإن كان هذا الشخص قاضيا بذات المحكمة، حيث يوجب القانون كتابة المسودة بمعرفة القاضي الذي أصدر الحكم، أو بمعرفة أحد قضاة الدائرة التي أصدرته، كما يجوز اشتراك جميع أعضاء الدائرة في كتابتها، والأصل أن من قام بتحرير المسودة هو أحد قضاة الدائرة التي أصدرت الحكم، وعلى من يدعى خلاف هذا الأصل إثبات صحة ما يدعيه.

الفرع الثاني

القواعد التي أوجب المشرع ذكرها في ورقة الحكم دون النص على البطلان

تناولنا في الفرع السابق بيان جملة من القواعد التي أوجب المشرع اتباعها، دون أن يوجب ذكر بيان يتعلق بها في ورقة الحكم ومن ثم؛ فإن خلو الحكم منها لا يترتب بطلانه، ونبين في هذا الفرع نوع آخر من القواعد على عكس ما سبق، وهي القواعد التي أوجب المشرع ذكرها في ورقة الحكم، وهي وإن كانت تختلف عن النوع السابق في وجوب ذكرها؛ إلا أنها تشترك معه في عدم ترتب البطلان إذا ما خلا الحكم منها، وهذه القواعد هي:

أولاً- أن تشتمل النسخة الأصلية للحكم على البيانات التي أوجبها المشرع:

يجب أن يتوفر في الحكم ركنين شكليين؛ أولهما: صحة الخصومة، وثانيهما: صحة ورقة الحكم^(٦٣) والأصل صحة مسودة الحكم ونسخته الأصلية من الناحيتين الشكلية والموضوعية، وورقة الحكم: هي مسودة الحكم، ونسخته الأصلية.

أما عن مسودة الحكم: فإن المشرع تطلب توفر شروط عدة لصحة المسودة، وتطلب تضمين هذه المسودة بيانات محددة (سياًتي الحديث عنها)، وأما عن نسخة الحكم

(٦٣) أستاذي د. الأنصاري حسن النيداني، العيوب المبطللة للحكم، مرجع سابق، ص ٦٤.

الأصلية: فإن المشرع اشترط لصحتها توفر بيانات محددة نص عليها في المادة (١٧٨) مرافعات^(٦٤)، و(١٧٢) إجراءات مدنية عماني^(٦٥).

والعبرة في الأحكام بالنسخة الأصلية التي يحررها الكاتب ويوقع عليها هو ورئيس المحكمة، إذ المسودة لا تعدو أن تكون ورقة لتحضير الحكم^(٦٦)، والتوقيع على نسخة الحكم هو إقرار بما حصل ودليل على صدوره من المحكمة، والعبرة في ذلك بتوقيع رئيس الجلسة وإلا كان الحكم باطلا، أما إهمال الكاتب في توقيع الحكم فلا يترتب عليه البطلان، ولا يشترط توقيع بقية أعضاء الهيئة التي أصدرت الحكم، بل يكفي مجرد توقيع رئيس الجلسة على نسخة الحكم الأصلية، واختصاص رئيس المحكمة بالتوقيع على الحكم ليس إلا بقصد تنظيم العمل وتوحيده؛ فإذا عرض له مانع قهري؛ فإنه يجوز لأي عضو من أعضاء المحكمة أن يوقع على الحكم^(٦٧).

ولما كان المشرع قد نص صراحة على هذه البيانات وأوجب ذكرها في نسخة الحكم، فإنه لا يقال في حال تخلف بيان منها بأن الأصل في الإجراءات أنها روعيت؛ إذ أن مجال ذلك؛ ألا يكون المشرع قد أوجب ذكر بيان يتعلق بالإجراء في محرر رسمي، والمشرع هنا قد أوجب ذكر العديد من البيانات التي تدل على اتخاذ الإجراء في ورقة

^(٦٤) نصت المادة (١٧٨) مرافعات على أنه: "يجب أن يبين في الحكم المحكمة التي أصدرته، وتاريخ إصداره ومكانه، وما إذا كان صادراً في مادة تجارية أو مسألة مستعجلة، وأسماء القضاة الذين سمعوا المرافعة واشتركوا في الحكم وحضروا تلاوته، وعضو النيابة الذي أبدى رأيه في القضية إن كان، وأسماء الخصوم وألقابهم وصفاتهم وموطن كل منهم وحضورهم وغيابهم، كما يجب أن يشتمل الحكم على عرض مجمل لوقائع الدعوى، ثم طلبات الخصوم، وخلاصة موجزة لدفعهم ودفاعهم الجوهري، ورأي النيابة، ثم تذكر بعد ذلك أسباب الحكم ومنطوقه. والقصور في أسباب الحكم الواقعية والنقص أو الخطأ الجسيم في أسماء الخصوم وصفاتهم، وكذا عدم بيان أسماء القضاة الذين أصدروا الحكم يترتب عليه بطلان الحكم".

^(٦٥) نصت المادة (١٧٢) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني على البيانات ذاتها التي نص عليها المشرع المصري في المادة (١٧٨) مرافعات.

^(٦٦) وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن: "العبرة في الأحكام هي بالنسخة الأصلية التي يحررها الكاتب ويوقع عليها رئيس الجلسة فهي التي تحفظ بملف الدعوى وتكون المرجع في أخذ الصورة التنفيذية وغيرها من الصور، ومسودة الحكم لا تعدو أن تكون ورقة لتحضير الحكم" (الطعن رقم ٨١٣ لسنة ٥٥ قضائية جلسة ١٤/١٢/١٩٨٨م).

^(٦٧) د. عبدالحكم فوده: موسوعة الحكم القضائي، مرجع سابق، ص ٢١٢-٢١٣.

الحكم، والحكم باعتباره ورقة شكلية فإنه يجب أن يكون مكتوباً وأن يكون مستكملاً بذاته شروط صحته بحيث لا يمكن تكملة ما نقص فيه من البيانات بأي طريق من طرق الإثبات^(٦٨).

إلا أن المشرع لم يرتب البطلان كجزء إلا للقصور في أسباب الحكم الواقعية، أو النقص أو الخطأ الجسيم في أسماء الخصوم وصفاتهم وكذا عدم بيان أسماء القضاة الذين أصدروا الحكم.

ثانياً- التوقيع على النسخة الأصلية للحكم:

أوجب المشرع في المادة (١٧٩) مرافعات مصري^(٦٩)، والمادة (١٧٣) إجراءات مدنية عماني^(٧٠)، أن يتم التوقيع على النسخة الأصلية للحكم من رئيس الجلسة وكتبتها (أمين السر)، ومن ثم فهذه من البيانات الواجب ذكرها في ورقة الحكم؛ إلا أن أيّاً من المشرعين لم يرتب البطلان على عدم التوقيع على نسخة الحكم؛ إذ اتفقا في أن المتسبب في التأخير -التوقيع أو الإيداع في ملف الدعوى- يلزم بالتعويضات.

المطلب الثاني

القواعد التي يترتب على إغفال ذكرها بطلان الحكم

قلنا إن قواعد إصدار الحكم تنقسم من حيث خلو الحكم من ذكر بيان يتعلق باتباعها إلى قسمين الأول: القواعد التي لا أثر لإغفال ذكرها على صحة الحكم والثاني: القواعد التي يؤدي إغفالها إلى بطلان الحكم. وتناولنا القسم الأول في المطلب السابق، ونبين في هذا المطلب القسم الثاني من قواعد إصدار الحكم، وهي القواعد التي يترتب على إغفال ذكرها في ورقة الحكم؛ بطلان هذا الحكم.

(٦٨) د. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام، مرجع سابق، ص ١٢١.

(٦٩) نصت المادة (١٧٩) مرافعات مصري على أنه: "يوقع رئيس الجلسة وكتبتها نسخة الحكم الأصلية المشتملة على وقائع الدعوى والأسباب والمنطوق، وتحفظ في ملف الدعوى وذلك خلال أربع وعشرين ساعة من إيداع المسودة في القضايا المستعجلة، وسبعة أيام في القضايا الأخرى، وإلا كان المتسبب في التأخير ملزماً بالتعويضات".

(٧٠) نصت المادة (١٧٣) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني على أنه: "يوقع رئيس الجلسة وأمين السر نسخة الحكم الأصلية المشتملة على وقائع الدعوى والأسباب والمنطوق خلال عشرة أيام من إيداع المسودة، وتحفظ في ملف الدعوى وإلا كان المتسبب في التأخير ملزماً بالتعويض".

وهذه القواعد تتعلق بالأساس بالبيانات التي يجب أن تشتمل عليها ورقة الحكم - سواء المسودة أم النسخة الأصلية- إذ أوجب المشرع أن تشتمل ورقة الحكم على بيانات محددة، يبين من خلالها اتباع إجراءات مهمة رتب المشرع البطلان على تخلفها، وهذه القواعد هي:

أولاً- القواعد المتعلقة بمسودة الحكم:

قلنا إن مسودة الحكم، هي ورقة لتحضير الحكم، تكتب عقب الانتهاء من المداولة وقبل النطق بالحكم، وتشتمل فقط على أسباب الحكم ومنطوقه، وأسماء القضاة الذين أصدروه.

والحكم كعمل أخير في الخصومة القضائية لا يوجد إلا إذا توفر فيه الشكل الذي رسمه القانون له، وتظهر شكلية الحكم في علانية النطق به وفي توثيقه؛ إذ لا بد في الحكم أن يكون مكتوباً فلا وجود لحكم شفوي، ولا غرابة في ذلك طالما أنه من المحررات الرسمية، فالحكم كغيره من الأعمال الإجرائية عمل شكلي؛ ولذا فإن الإجراء الأول بعد انتهاء المداولة هو تحرير مسودة الحكم، وهذه المسودة هي محرر رسمي يشتمل على منطوق الحكم وأسبابه وتوقيع القضاة الذين أصدروه، ويجب إيداعها عند النطق بالحكم^(٧١)، والمقصود من هذا الإيداع تمكين الخصوم فور النطق بالحكم من الاطلاع عليه وعلى أسبابه استعداداً للطعن فيه إذا عن لهم ذلك مادة (١٧٧) مرافعات مصري، و(١٧١) إجراءات مدنية عماني، كما أنه من الجائز تنفيذ الحكم في بعض الأحوال بموجب مسودته وبغير إعلان إثارة للسرعة التي تقتضيها هذه الأحوال.

وتحظى مسودة الحكم بأهمية بالغة؛ لأن القانون لا يستلزم تسبب الأحكام فحسب، بل يوجب أيضاً أن تكون هذه الأسباب واضحة في ذهن القاضي ومتفقا عليها بين القضاة قبل النطق بالحكم، بحيث يجب أن تستقر عقيدة القاضي أو القضاة على ما جاء فيه قبل النطق به، ولهذا أوجب إيداع المسودة في مواعيد قصيرة حتى يضمن أن القضاة قد نطقوا بالحكم بعد أن تداولوا في أسبابه واتفقوا عليها واستقرت عقيدتهم على أساس فيها،

(٧١) د. عبدالمنعم أحمد الشراقوي: شرح قانون المرافعات، دار النشر للجامعات المصرية، ١٩٥٠م، ص ٥١٨. (وهذا ما أوجبه المادة ١٧٥ مرافعات مصري، والمادة ١٧٣ إجراءات مدنية عماني، وقد سبق بيان موقف المشرع العماني من هذه المسألة).

وجميع هذه الاعتبارات تستوجب إيداع المسودة فوراً وفي مواعيد قصيرة بعد تحريرها على وجه السرعة.

أ- بيانات المسودة:

يجب أن تشتمل مسودة الحكم على منطوقه، وأسبابه، وتوقيع القضاة الذين أصدروا الحكم مادة (١٧٧) مرافعات مصري و(١٧٠) إجراءات مدنية عماني، وعلى الرغم من أن المشرع لم يحدد بيانات المسودة في مادة خصصت لذلك، إلا أنه باستقراء نصوص قانون المرافعات وقانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني، يمكن القول بأن المسودة يجب أن تشتمل على ثلاثة بيانات جوهرية، هي: أسباب الحكم، ومنطوقه، وتوقيع القضاة الذين أصدروه.

وهذه البيانات الجوهرية التي أوجب المشرع أن تشتمل عليها مسودة الحكم لا يجوز إغفال أحدها؛ وإلا كان الحكم باطلاً، وذلك لأن المشرعان نصاً صراحة على هذه البيانات ورتبوا البطلان على عدم مراعاتها^(٧٢).

(٧٢) والحكمة من استلزام هذه البيانات أن أسباب الحكم دليل على كون القضاة قد تداولوا في الحكم وتدبروا أسبابه قبل النطق به، وفي ذلك تقول المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات المصري السابق أنه: "ما دامت المداولة قد شملت الأسباب والمنطوق فالأصل أن يصدر معاً، فإذا لم تودع الأسباب في الميعاد المحدد كان معنى هذا أن القضاة قد نطقوا بالحكم قبل أن يتداولوا في أسبابه ويتفقوا عليها وتستقر عقيدتهم على أساس فيها، ومن ثم يكون الحكم قد خلا من هذه الضمانة التي يحرص عليها المشرع". كما أن توقيع القضاة على مسودة الحكم يعد دليلاً على أن القضاة الذين أصدروا الحكم هم من سمعوا المرافعة واشتركوا في المداولة وإنه لم يشترك في الحكم غيرهم، وأنهم وقعوا على المسودة بعد المداولة في الأسباب، وقد قضت محكمة النقض بأنه: "إذا كانت المسودة المشتملة على الأسباب غير موقع عليها إلا من عضو واحد من أعضاء المحكمة كان الحكم باطلاً - ولا يرد على ذلك القول بأنه إذا ما ثبت أن النطق بالحكم لم يحصل عقب الانتهاء من سماع المرافعة وإنما أرجئ إلى جلسة أخرى مقبلة ثم نطق به بمعرفة نفس الهيئة وصار بإيداع المسودة عقب ذلك مباشرة فقد تحققت في هذه الحالة الحكمة التي توخاها الشارع من شمول المداولة للأسباب والمنطوق معاً بصرف النظر عن ثبوتها في ورقة واحدة أو ورقتين منفصلتين متى كان الثابت أن الإيداع قد حصل وفقاً للقانون - ذلك أن إيجاب تسبیب الأحكام مقصود به حمل القضاة على إلا يحكموا في الدعاوى على أساس فكرة مبهمه لم تستبين معالمها أو مجمله غابت أو خفيت تفاصيلها وأن يكون الحكم دائماً نتيجة أسباب معينة محصورة جرت على أساسها المداولة بين القضاة قبل النطق به، وذلك لا يدل عليه سوى توقيع أعضاء الهيئة التي أصدرت الحكم على مسودته المشتملة على أسبابه، فمن هذا التوقيع يبين أنهم طالعوا الأسباب وتناقشوا فيها وأقروها على الوضع الذي أثبتت به في المسودة، ولا يغني عن هذا الإجراء توقيعهم على الورقة =

تاريخ إيداع المسودة:

إذا كان المشرعان قد نصا صراحة على أن مسودة الحكم يجب أن تشتمل على هذه البيانات الثلاثة التي سبق الحديث عنها - وهي الأسباب والمنطوق وتوقيع القضاة - ورتبا البطالان كجزء على تخلف أي بيان من هذه البيانات؛ فإن الفقه - وإزاء سكوت المشرع عن النص على تاريخ إيداع المسودة - اختلف في شأن بيان تاريخ إيداع مسودة الحكم:

حيث يرى البعض^(٧٣): أن بيانات المسودة تقتصر فقط على أسباب الحكم ومنطوقه وتوقيع القاضي أو القضاة الذين أصدروه، وأن هذه البيانات تكفي لصحة المسودة؛ لأن المشرع لم يشترط أن يذكر في المسودة تاريخ إيداعها، ومن ثم يكون الحكم صحيحاً إذا خلت المسودة من تاريخ إيداعها.

في حين يرى البعض الآخر^(٧٤): أن المسودة يجب أن تشتمل على تاريخ إيداعها بالإضافة إلى الأسباب والمنطوق وتوقيع القضاة، وأن الجزء المترتب على تخلف تاريخ إيداع المسودة - شأنه في ذلك شأن البيانات الأخرى - هو بطلان المسودة.

=المتضمنة منطوق الحكم وحده متى كانت منفصلة عن الورقة المشتملة على أسبابه؛ لأنه إذا كان تأجيل النطق بالحكم دليل على حصول المداولة فيه قبل صدوره فإن توقيع أحد أعضاء الدائرة التي أصدرت الحكم دليلاً على أن المداولة قد استقرت على اعتماد أسباب الحكم كما ثبتت في المسودة". (الطعن رقم ١٧٣ لسنة ٢٠ قضائية - جلسة ١٢/٣/١٩٥٣م، مذكور لدى د. أحمد أبو الوفا: المرجع السابق، ص ١٠٦).

(٧٣) د. محمد سعيد عبدالرحمن: مرجع سابق، ص ٢٨٠، وفي ذلك قضت محكمة النقض بأن: "عدم تضمين مسودة الحكم تاريخ إيداعها لا يؤثر في سلامة الحكم، إذ لم ترتب المادة (١٧٥) مرافعات البطالان على تخلف إثبات هذا التاريخ وإنما رتبته على عدم حصول إيداع المسودة عند النطق بالحكم جزاء على تخلف الغاية التي استهدفها المشرع من هذا الإجراء الجوهري"، (نقض ١٩٨٩/١٢/٢١ مجموعة الأحكام - ٤٠ - رقم ٣٨٦، ص ٤٠٥).

(٧٤) د. أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام، مرجع سابق، ص ١٠٦.

وقد كانت المادة (٣٤٦) من قانون المرافعات السابق توجب على المحكمة إيداع المسودة مشتملة على أسباب الحكم ومنطوقه وموقعاً عليها من الرئيس والقضاة ومبيناً بها تاريخ إيداعها وإلا كان الحكم باطلاً، ومن ثم كان تاريخ إيداع المسودة في ظل القانون السابق بياناً جوهرياً يترتب على تخلفه بطلان الحكم، أما قانون المرافعات الحالي فإنه لم ينص على هذا البيان ولم تستلزمه.

ونحن نرى فيما يتعلق بتاريخ إيداع مسودة الحكم أنه -إزاء عدم نص المشرع صراحة على هذا البيان- لا يقدح في صحة المسودة تخلف هذا البيان؛ لأن المشرع وإن كان قد استلزم صراحة أن تودع المسودة عند النطق بالحكم، إلا أنه لم يشترط أن تشتمل على تاريخ إيداعها ولم يترتب البطلان كجزاء على تخلف هذا البيان، ومن ثم فإنه لا يحكم بالبطلان؛ إلا إذا تخلفت الغاية التي تطلبها المشرع من إيداع المسودة عند النطق بالحكم وذلك عملاً بالقواعد العامة في البطلان.

ومن ثم يكون الأصل في شأن إيداع المسودة أنها أودعت عند النطق بالحكم وعلى من يدعي خلاف هذا الأصل إثبات ما يدعيه، ويكون ذلك بطريق رسمي كأن يقدم الخصم شهادة رسمية من قلم الكتاب تفيد بأن المسودة لم تودع عقب النطق بالحكم^(٧٥). وإن كنا نوصي المشرعان من هنا بتعديل تشريعي ينص على ضرورة أن تشتمل المسودة على تاريخ إيداعها لما يمثله هذا البيان من أهمية.

الجزء المترتب على عدم إيداع المسودة:

إذا لم تودع مسودة الحكم مشتملة على المنطوق والأسباب وتوقيعات جميع القضاة الذين أصدروه عند النطق بالحكم كان هذا الحكم باطلاً بطلاناً متعلقاً بالنظام العام^(٧٦)،

(٧٥) د. أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام، مرجع سابق، ص ١٠٨.

(٧٦) توقيع القضاة على مسودة الحكم يعد دليلاً على أن القضاة الذين أصدروا الحكم هم من سمعوا المرافعة واشتركوا في المداولة وإنه لم يشترك في الحكم غيرهم، وأنهم وقعوا على المسودة بعد المداولة في الأسباب، وقد قضت محكمة النقض بأنه: "إذا كانت المسودة المشتملة على الأسباب غير موقع عليها إلا من عضو واحد من أعضاء المحكمة كان الحكم باطلاً - ولا يرد على ذلك القول بأنه إذا ما ثبت أن النطق بالحكم لم يحصل عقب الانتهاء من سماع المرافعة وإنما أرجئ إلى جلسة أخرى مقبلة ثم نطق به بمعرفة نفس الهيئة وصار بإيداع المسودة عقب ذلك مباشرة فقد تحققت في هذه الحالة الحكمة التي توخاها الشارع من شمول المداولة للأسباب والمنطوق معا بصرف النظر عن ثبوتها في ورقة واحدة أو ورقتين منفصلتين متى كان الثابت أن الإيداع قد حصل وفقاً للقانون - ذلك أن إيجاب تسبیب الأحكام مقصود به حمل القضية على إلا يحكموا في الدعاوى على أساس فكرة مبهمة لم تستبين معالمها أو مجملة غابت أو خفيت تفاصيلها، وأن يكون الحكم دائماً نتيجة أسباب معينة محصورة جرت على أساسها المداولة بين القضاة قبل النطق به، وذلك لا يدل عليه سوى توقيع أعضاء الهيئة التي أصدرت الحكم على مسودته المشتملة على أسبابه، فمن هذا التوقيع يبين أنهم طالعوا الأسباب وتناقشوا فيها وأقروها على الوضع الذي أثبتت به في المسودة، ولا يغني عن هذا الإجراء توقيعهم على الورقة المتضمنة منطوق الحكم وحده متى كانت منفصلة عن الورقة المشتملة على أسبابه؛ لأنه إذا كان =

وفقاً لنص المادة (١٧٥) مرافعات وأساس البطلان في هذه الحالة أن عدم إيداع المسودة يكشف عن أن القضاة قد نطقوا بالحكم قبل أن يستظهروا أسبابه، وقبل أن يتقنوا عليها، مما يعيب الحكم ويبطله لفقده إحدى ضمانات صحته^(٧٧).

إلا أنه إذا انقضت مواعيد الطعن في الحكم دون الطعن عليه تحصن الحكم وأصبح بمنأى عن إمكانية المساس به، ولا يجوز رفع دعوى أصلية ببطلان هذا الحكم؛ وذلك لأن وجوب إيداع المسودة يوم النطق بالحكم مستوفية بياناتها هو شرط من شروط صحة الحكم وليس ركناً من أركانه، فلا يترتب على تخلفه انعدام الحكم.

الأصل إيداع المسودة عند النطق بالحكم:

والأصل في هذا أنه تم إيداع المسودة عند النطق بالحكم، وفقاً لأحكام القانون، وعلى من يدعى خلاف هذا الأصل إثبات صحة ما يدعيه، إلا أنه إذا ثبت أن إيداع

= تأجيل النطق بالحكم دليل على حصول المداولة فيه قبل صدوره فإن توقيع أحد أعضاء الدائرة التي أصدرت الحكم دليلاً على أن المداولة قد استقرت على اعتماد أسباب الحكم كما ثبتت في المسودة".

(الطعن رقم ١٧٣ لسنة ٢٠ قضائية - جلسة ١٢/٣/١٩٥٣م).

(٧٧) د. علي بركات: الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠م، ج٥/٤٠.

وفي تبرير البطلان جزاء على عدم إيداع المسودة، وهو أمر لاحق على صدور الحكم، تقول المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات السابق بشأن المادة (٣٤٦) منه والمطابقة تماماً لنص المادة (١٧٥) من القانون الحالي أنه: "مادامت المداولة قد شملت الأسباب والمنطوق معاً، فالأصل أن يصدر معاً؛ فإذا لم تودع الأسباب في المواعيد أو الأحوال المذكورة، كان معنى هذا أن القضاة قد نطقوا بالحكم قبل أن يتداولوا في أسبابه ويتقنوا عليه وتستقر عقيدتهم على أساس فيه، فحكمهم إذا يكون قد خلا من هذه الضمانة التي يحرص عليها الشارع فهو حكم باطل، وغنى عن البيان أن التمسك بهذا البطلان يكون بطريق الطعن في الحكم بالمعارضة أو الاستئناف أو النقض بحسب القواعد والإجراءات المقررة لذلك، وربما هجس في خاطر وللوهلة الأولى أن الحكم وقد نطق به كيف يعتريه البطلان لعللة لاحقة على النطق به، وما ذنب المحكوم له أن يبطل حكمه لتراخي القاضي في تسببه، هذا هاجس يضمحل ويزول إذا لوحظ أن الحكم لا تعرف صحته وبطلانه عند النطق به، وإنما تعرف عند تحريره فإذا أغفل القاضي مثلاً في الحكم ذكر المحكمة التي أصدرته، أو أغفل بيان واقع الدعوى، فإن هذا الحكم يبطل لسبب يرجع إلى القاضي لا إلى المحكوم له، فكذلك يجب أن يكون الشأن في إغفال القاضي إيداع مسودة الحكم في الميعاد، ذلك إلى جانب ما تقدم من أن علة بطلان الحكم هنا، دلالة عدم إيداع الأسباب في الميعاد على أن الحكم قد صدر بغير استظهار أسبابه، واتفاق القضاة عليه قبل النطق به".

المسودة تم في تاريخ لاحق على تاريخ النطق بالحكم، فإن الحكم يكون باطلاً، ولا يمكن القول بأن الأصل في الإجراءات أنها روعيت.

ب- توقيع جميع القضاة على مسودة الحكم عند النطق به:

لم يكتفي المشرع لصحة الحكم؛ أن تودع مسودته عند النطق به، أو خلال المدة المقررة إذا تأجل النطق به إلى غير جلسة المرافعة مادة (١٧٠) من القانون العماني؛ وإنما أوجب أن يكون جميع القضاة الذين أصدروا الحكم، قد وقعوا على المسودة عند النطق به، فإذا ثبت أن بعضهم وقع قبل النطق بالحكم، والبعض الآخر وقع بعد النطق بالحكم؛ فإن الحكم يكون باطلاً^(٧٨).

والأصل في هذا الصدد أن جميع القضاة وقعوا على المسودة قبل النطق بالحكم، وفق ما أوجبه المشرع المصري، وعلى من يدعي عكس ذلك إثبات ما يدعيه.

رأينا في نص المادة (١٧٠) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني:

لنا ملاحظة في نص هذه المادة نعتقد بأهميتها، ذلك أن المشرع العماني بعد أن فرق في شأن إيداع المسودة بين حالتين؛ الأولى: أن ينطق بالحكم عقب انتهاء المرافعة، والثانية: أن يؤجل النطق به إلى جلسة غير جلسة المرافعة، وأوجب في الأولى إيداع المسودة خلال عشرة أيام من تاريخ النطق بالحكم، وفي الثانية أوجب إيداع المسودة عند النطق به، أورد في المادة (٢/١٧٠) عبارة: "وفي جميع الأحوال يجب أن تكون المسودة موقعة من الرئيس ومن الأعضاء عند النطق بالحكم وإلا كان باطلاً".

^(٧٨) وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن: "النص في المادة (١٧٥) مرافعات على أنه يجب في جميع الأحوال أن تودع مسودة الحكم المشتملة على أسبابه موقعة من الرئيس ومن القضاة عند النطق بالحكم وإلا كان الحكم باطلاً، يدل على أن الشارع أوجب أن تودع مسودة الحكم المشتملة على أسبابه موقعاً عليها من جميع أعضاء الهيئة التي أصدرته وإلا كان الحكم باطلاً، لما كان ذلك وكان البين من الاطلاع على الصفحة الأخيرة من أسباب الحكم المطعون فيه المشتملة على منطوقه أنها أودعت بتاريخ ١٩٩١/٤/٢١ مذيلة بتوقيع رئيس الدائرة التي أصدرته وهو المستشار... وعضو اليسار بالدائرة المستشار... دون أن يوقع عليها عضو اليمين المستشار... الغائب، وكان مؤدى ذلك عدم تحقق الحكمة التي توخاها المشرع من إيجاب توقيع جميع أعضاء الهيئة التي أصدرت الحكم على مسودته المشتملة على أسبابه ليقوم الدليل على أن المداولة استقرت على أسباب الحكم كما ثبت في مسودته؛ فإن الحكم يكون باطلاً بما يستوجب نقضه لهذا السبب". (الطعن رقم ٣٣٦٧ لسنة ٦١ قضائية - جلسة ١٩٩٢/٤/٨م).

فإذا كان ذلك؛ فما الحكمة من تأخر إيداع المسودة في حالة النطق بالحكم عقب جلسة المرافعة، ما دامت المسودة في جميع الأحوال مكتوبة وموقع عليها من القضاة؟ ونعتقد أن ما ذهب إليه القانون المصري يتفق مع الغاية من المسودة، سيما مع المبررات التي وردت بالمذكرة الإيضاحية. (راجع هامش رقم ٧٧).

ثانياً- القواعد المتعلقة بنسخة الحكم الأصلية:

على الرغم من تعدد البيانات التي أوجب المشرع ذكرها في النسخة الأصلية للحكم؛ والتي سبقت الإشارة إليها؛ إلا أننا نجد أن كلا المشرعين (المصري والعماني)، لم يرتبا البطلان؛ إلا على ثلاثة بيانات فقط، وهذه البيانات هي:

١- القصور في أسباب الحكم الواقعية.

٢- النقص أو الخطأ الذي يؤدي إلى التجهيل بالخصوم وصفاتهم.

٣- النقص أو الخطأ الذي يؤدي إلى التجهيل بالقضاة الذين أصدر الحكم.

ونتناول هذه البيانات فيما يأتي:

أ- القصور في أسباب الحكم الواقعية:

ينص القانون على تسبب الحكم ضمن بياناته الشكلية، ويجب أن يشتمل هذا البيان على الأسباب الواقعية والأسباب القانونية، ويعد تسبب الحكم من أشق المهام الملقة على عاتق القاضي؛ لأن هذا التسبب يتطلب منه فضلاً عن اقتناعه هو بما انتهى إليه من قضاء أن يقنع به أصحاب الشأن وكل من يطلع على حكمه بقصد مراقبته، وهذا التسبب يدفع القضاة إلى التفكير والتروي في الحكم قبل إصداره، ويقدم للخصوم برهاناً على عدالة الحكم مما يؤدي بهم إلى احترامه عن اقتناع بعدالته، كما يمكن من القيام بالبحث العلمي لاتجاهات القضاء ومن مراقبة هذه الأحكام من محكمة النقض^(٧٩).

وتتحقق عملية التسبب للحكم القضائي من خلال إلمام القاضي بالوقائع التي طرحها عليه الخصوم في الدعوى القضائية، وفقاً لقواعد وطرق الإثبات المقررة قانوناً واختيار الصحيح منها، ثم إضفاء الوصف القانوني الصحيح عليها، أي تكييفها تكييفاً قانونياً صحيحاً تمهيداً لتطبيق القاعدة القانونية الواجبة التطبيق.

(٧٩) د. فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني، نسخة مخصصة لنقابة المحامين، مطابع روز اليوسف، ١٩٨١م، ص ٧٠٦.

ويقصد بالتسبب بيان الأدلة الواقعية والأسانيد القانونية التي اعتمدتها المحكمة وأقامت عليها قضائها واقتنعت بها وجعلتها تصدر حكمها على النحو الذي صدرت به. ويقصد بالأسباب الواقعية: بيان الوقائع والأدلة التي يستند إليها الحكم في تقرير وجود أو عدم وجود الواقعة أو الوقائع الأساسية للحكم، أما **الأسباب القانونية:** فيقصد بها بيان القاعدة القانونية أو المبدأ القانوني الذي يصدر الحكم تطبيقاً له، وتشتمل على الحجج القانونية التي يستند إليها الحكم^(٨٠).

الأسباب الواقعية والقانونية التي يؤسس عليها الحكم:

يقوم القاضي عند تحرير الحكم وبيان أسبابه بعملية ذهنية، يبحث بمقتضاها الوقائع التي عرضت عليه ونوقشت بمعرفة الخصوم وتم إثباتها وفقاً لطرق الإثبات المقررة قانوناً، ثم يقوم بتكييفها لتطبيق القاعدة القانونية بعد التأكد من توفر الوقائع اللازمة لتطبيق هذه القاعدة ولا يتقيد في ذلك بالوصف أو السند القانوني الذي تمسك به الخصوم لتأييد ادعائهم، ومقومات تسبب الأحكام تتمثل في الأسباب الواقعية والأسباب القانونية، أي استخلاص الأسباب من وقائع الدعوى وأدلتها، وتصور القاضي للوقائع ذات الدلالة اللازمة لتطبيق القاعدة القانونية، ثم يأتي دور تكييف الوقائع وإرساء القاعدة القانونية عليها^(٨١).

فيجب أن يبين الحكم الأسباب الواقعية (الوقائع ووسائل الدفاع والأدلة) التي يستند إليها في تقرير إثبات أو نفي الواقعة الأساسية التي تعد العنصر الواقعي الذي يفترض وجوده لتطبيق القاعدة القانونية، كما يجب أن يتضح من الأسباب أن الوقائع اللازمة لتطبيق القاعدة القانونية قد توافرت في الدعوى، ونوقشت وأثبتت بمعرفة الخصوم، أما إذا ظهر أن أسباب الحكم لا تسمح بذلك لخلوها أو قصورها عن إيراد العناصر الواقعية اللازمة لتبرير ما طبقه الحكم من القواعد القانونية كان الحكم معيباً في تسببه، بما يؤدي إلى بطلانه.

(٨٠) د. وجدي راغب فهمي: مبادئ القضاء المدني، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، ١٩٨١م، ص ٢٤٣.

(٨١) د. علي بركات: الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٦م، ص ٨٣٧.

كما يجب أن يشتمل الحكم على بيان القاعدة القانونية التي يصدر القاضي حكمه تطبيقاً لها بعد تكييفه للوقائع وبحثه عن الوقائع اللازمة لتطبيق هذه القاعدة القانونية^(٨٢).

ومن ذلك يتضح لنا أن الحكم القضائي يجب أن يشتمل على نوعين من الأسباب، الأولى: الأسباب الواقعية، والتي يؤدي القصور فيها إلى بطلان الحكم، وفقاً لنص المادة (١٧٨) مرافعات مصري، والمادة (١٧٢) إجراءات مدنية عماني، والثانية: هي الأسباب القانونية والتي يعنى بها القاعدة القانونية التي استند إليها القاضي في تكييف الوقائع^(٨٣).

الأسباب الواقعية هي التي يترتب على قصورها بطلان الحكم:

وتعني أسباب الحكم الواقعية وجوب سرد وقائع الدعوى من غير خطأ أو تحريف، وهذه الوقائع تشتمل على بيان أسماء الخصوم وألقابهم وصفاتهم وموطن كل منهم وحضورهم وغيابهم، وعرض مجمل لوقائع الدعوى، ثم طلبات الخصوم، وخلاصة موجزة لدفعهم ودفاعهم الجوهرية، ويشترط في ذلك أن تقوم المحكمة بسرد هذه الوقائع من غير خطأ أو تحريف^(٨٤)، وإلا كان الحكم باطلاً متى تأثر بهذا الخطأ أو التحريف، غير أنه إذا ورد خطأ أو تحريف في واقعة من وقائع الدعوى، وكان هذا أو ذاك لا يؤثر في سلامة الحكم وفي النتيجة التي انتهى إليها والتي تبررها أسباب تستقيم معها، فإن ذلك لا يؤثر في سلامة الحكم وصحته.

وعلى المحكمة في سردها للأسباب الواقعية أن تقوم بعرض مجمل الوقائع الضرورية التي يستلزمها الفصل في الدعوى بالإضافة إلى أوجه الدفاع والدفع، بأن تبين الوقائع الأساسية وطلبات الخصوم وما جد أو طرأ على تلك الطلبات من تعديلات وما لحق الخصومة من تغييرات خاصة بالنسبة إلى أطرافها، مثل الإدخال والطلبات العارضة والتدخل^(٨٥).

(٨٢) د. فتحي والي: الوسيط، مرجع سابق، ص ٧٠٩.

(٨٣) د. محمود مصطفى يونس: المرجع في إجراءات التقاضي المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٥م، ص ٨٠١ وما بعدها.

(٨٤) د. أحمد أبو الوفا: مرجع سابق، ص ٢٤٣.

(٨٥) د. محمد سعيد عبدالرحمن: مرجع سابق، ص ٢٤٣.

وعلى الرغم من أن الأسباب الواقعية ترتبط بالسلطة التقديرية للقاضي وبالتكييف القانوني الذي يراه لإعمال القواعد القانونية الواجبة التطبيق^(٨٦)، كونه يتمتع بالسلطة التقديرية في تحصيل فهم الوقائع في الدعوى؛ إلا أنه يجب على القاضي أن يبين الحقيقة التي اقتنع بها وأن يورد الدليل عليها، وأن يقيم قضاءه على أدلة سائغة كافية لحمله، بحيث يتضح من أسباب الحكم أن الوقائع اللازمة لتطبيق القاعدة القانونية قد توافرت في الدعوى؛ فإذا ظهر أن أسباب الحكم لا تسمح بذلك لخلوها عن إيراد العناصر الواقعية اللازمة لتبرير ما طبقه الحكم من الوقائع القانونية كان الحكم معيباً في تسببه، ويحكم ببطلانه، فإذا أغفل الحكم كلية إيراد الحجج الواقعية التي بني عليها قضاءه فإنه يكون باطلاً بفقدانه شروط صحته، وإذا لم تورد المحكمة أسباب واضحة تتم عن تحصيلها فهم الواقع وأن الحقيقة التي استخلصتها قد قام دليلها الذي تطلبه القانون ومن شأنه أن يؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها قضاؤها كان حكمها مشوباً بالقصور^(٨٧).

والقصور في الأسباب الواقعية فقط هو ما يؤدي إلى بطلان الحكم؛ أما القصور في أسباب الحكم القانونية؛ فإنه لا يعيب الحكم مادامت الأسباب الواقعية صحيحة^(٨٨)، والعلة في ذلك أن محكمة النقض عندما تمارس رقابتها على الأحكام القضائية، يكون لها تكملة الأسباب القانونية اللازمة أو أن تدارك ما وجد في الأسباب من أخطاء قانونية، مادامت النتيجة التي وصل إليها الحكم صحيحة، وأنه ركن إلى القاعدة القانونية واجبة التطبيق على الوقائع المعروضة، غير أن ذلك لا ينفي أن الارتباط بين أسباب الحكم الواقعية وأسبابه القانونية جد وثيق، إذ يؤدي الخطأ في أسباب الحكم الواقعية إلى خطأ مماثل في الأسباب القانونية ومن ثم يؤدي إلى خطأ في تطبيق القانون، إلا أن المشرع قرر البطلان على القصور في الأسباب الواقعية فقط، كما سبق القول، وعلى الرغم من ذلك فإن كما أسلفنا لا يؤدي القصور في الأسباب القانونية للحكم إلى بطلانه.

(٨٦) د. محمود مصطفى يونس: مرجع سابق، ص ٨٠٣.

(٨٧) د. المنجي: الطعن بالنقض المدني، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠١٤م، ص ٦٧٥.

(٨٨) د. وجدي راغب فهمي: مرجع سابق، ص ٥٩٣.

عيوب التسبب:

إذا جاء الحكم خالياً من الأسباب أو كانت الأسباب التي بني عليها معيبة، فإنه يكون معيباً بعبء يؤدي إلى بطلانه، متى كان هذا العيب متعلقاً بالأسباب الواقعية، وتتمثل أهم عيوب التسبب التي تصيب الحكم تتمثل فيما يأتي:

١- انعدام التسبب (خلو ورقة الحكم من الأسباب التي بني عليها):

يقصد بعبء انعدام التسبب، ألا يتضمن الحكم أي سبب يبرر القضاء الذي انتهى إليه، فإذا وجد في الحكم سبب كاف أو غير كاف صريح أو ضمني مؤسس بشكل سليم أو بشكل معيب، ورد في شكل مجزء أو غير تام؛ فإن ذلك يعني وجود التسبب وعدم تحقق عيب الانعدام^(٨٩)، ويكون الحكم خالياً من الأسباب في حالات ثلاث^(٩٠):

الأولى: عدم تأسيس الحكم على أي سبب أي الغياب الكلي للأسباب.

الثانية: تناقض الأسباب مع بعضها بحيث تتهاثر ويهدم كل منها الآخر.

الثالثة: عدم رد المحكمة على طلب أو وجه دفاع أو دفاع جوهري، وهو ما يؤدي إلى الانعدام الجزئي.

٢- الخطأ في تطبيق القانون (مخالفة القانون):

وتتحقق شائبة الخطأ في تطبيق القانون عندما يحدد المشرع نطاقاً معيناً لسريان النص القانوني فتتجاوز المحكمة عند تطبيق النص على واقعة النزاع، وهي بذلك تخضع لرقابة محكمة النقض باعتبار أن هذا التجاوز من مسائل القانون^(٩١)، فمخالفة القانون تعد سبباً من أسباب الطعن بالنقض، ويقصد بها إنكار القاضي قاعدة قانونية موجودة أو تأكيده لقاعدة قانونية غير موجودة، سواء كانت القاعدة من القواعد الموضوعية أم الإجرائية.

٣- القصور في التسبب:

يكون الحكم مشوباً بعبء القصور في التسبب إذا لم تحط المحكمة بالدعوى عن بصر وبصيرة، وتمحص الوقائع والدفع والدفاعات وترد عليها بما يفندوها، ويتحقق هذا القصور إذا كانت الأسباب التي بني عليها الحكم غير كافية، أو كانت المحكمة قد أخلت

(٨٩) د. عبدالحكم فوده: أسباب صحيفة الاستئناف، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٥م، ص ٢٧١.

(٩٠) للمؤلف: إجراءات التقاضي أمام القضاء المدني، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠٢٠م، ص ٤٧٤. د. محمود مصطفى يونس: مرجع سابق، ص ٤٧٤.

(٩١) د. عبدالحكم فوده: أسباب صحيفة الاستئناف، مرجع سابق، ص ٢٧١.

بحقوق الخصوم في الدفاع، أو وقع تناقض بين أسباب الحكم بما يؤدي إلى تهاتها وتنافرها، وذلك على النحو الآتي:

- **القصور لعدم كفاية الأسباب:** ويأخذ عدم كفاية الأسباب الواقعية للحكم إحدى صورتين^(٩٢) الأولى: الإثباتات الواقعية المنقوصة، والثانية: الإثباتات الواقعية غير المحددة.

- **القصور للإخلال بحق الدفاع:** يكون التسبب قاصراً أيضاً إذا أخلت المحكمة بحق الدفاع، ذلك أن القانون ألزمها بأن تقيم قضاءها على أسباب سائغة كافية لحمله، وهي في هذا الصدد تمحص كل دفاع جوهري تضمنته المرافعة الشفوية أو المكتوبة أو دلل الخصم عليه بمستند تقدم به وكان منتجا في الدعوى، ويترتب على الالتفات عن ذلك بطلان الحكم لقصوره في أسبابه الواقعية^(٩٣).

٤- التناقض بين الأسباب:

فإذا كان هناك تناقض بين أسباب الحكم بحيث تتماهى هذه الأسباب وتتهاتر فلا يعرف على أيها أقامت المحكمة قضاءها، ولا يكون للمنطوق قائمة بعد أن خلا من الأسباب التي يمكن أن تحمله، ولا يفهم منه على أي أساس قضت المحكمة بما قضت به فإن هذا التناقض يبطل الحكم، ويتحقق التناقض بين الأسباب عندما تتضمن اتجاهين متضادين بحيث يتفق أحدهما مع المنطوق الذي يعد مبنياً على هذا الاتجاه ولا تقوم له قائمة بدونه، بينما يكون الاتجاه الآخر مناقضاً ومغايراً تماماً للاتجاه الأول، بحيث إذا اقتضت الأسباب على الاتجاه الآخر لكانت منبئة الصلة بالمنطوق وليس من شأنها إقامته بل على العكس تؤدي إلى منطوق مضاد لمنطوق الحكم^(٩٤).

٥- الفساد في الاستدلال:

تعد أسباب الحكم مشوبة بالفساد في الاستدلال إذا انطوت على عيب يمس سلامة الاستنباط، ويتحقق ذلك إذا استندت المحكمة في اقتناعها إلى أدلة غير صالحة من الناحية الموضوعية للاقتناع بها أو عدم فهم العناصر الواقعية التي ثبتت لديها أو وقوع

^(٩٢) أستاذي د. الأنصاري حسن النيداني: العيوب المبطل للحكم، مرجع سابق، ص ١٨٨ وما بعدها.

^(٩٣) د. ياسر عبدالفضيل عمران: معالجة ضوابط تسبب الأحكام، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠١٥م، ص ١٥٨.

^(٩٤) للمؤلف: الحكم القضائي المدني وطرق الطعن فيه، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة ٢٠٢٠م، ص ٨٦. د. محمود مصطفى يونس، مرجع سابق، ص ٨١٧.

تتناقض بين هذه العناصر كما في حالة عدم اللزوم المنطقي للنتيجة التي انتهت إليها المحكمة بناء على تلك العناصر التي ثبتت لديها، وبهذا يتضح أن صور الخطأ في تفسير الوقائع التي تؤدي إلى الفساد في الاستدلال ثلاث صور، هي:

الأولى: أن يقع الخطأ في أمر يتعلق بالدليل الذي ثبتت به الوقائع، كعيب مخالفة الثابت بالأوراق، أو الخطأ في الإسناد **الثانية:** أن يقع الخطأ في الوقائع الثابتة بدليل صحيح لأمر يتعلق بعدم فهم المحكمة لها، كما لو فهمت المحكمة واقعة ما فهماً خاطئاً، وترتب على هذا الفهم الخاطئ نتائج خاطئة تشوب الحكم بالفساد في الاستدلال **الثالثة:** عدم اللزوم المنطقي للنتيجة التي انتهى إليها الحكم، كما لو استندت المحكمة إلى أدلة غير صالحة من الناحية الموضوعية للاقتناع بها^(٩٥).

الجزاء المترتب على تعيب أسباب الحكم:

لم يرتب المشرع (المصري والعُماني) البطلان صراحة؛ إلا على القصور في أسباب الحكم الواقعية، والنقص أو الخطأ الجسيم في أسماء الخصوم وصفاتهم، وكذا عدم بيان أسماء القضاة الذين أصدروا الحكم.

ب- النقص أو الخطأ الذي يؤدي إلى التجهيل بالخصوم وصفاتهم:

والمقصود به النقص أو الخطأ في بيان أسماء الخصوم في الدعوى -سواء المدعي أو المدعى عليه- بشرط أن يؤدي هذا النقص أو الخطأ، إلى التجهيل بالخصم، فلا يعرف بسببه لمن صدر الحكم، أو على من صدر، والنقص أو الخطأ الجسيم في أسماء الخصوم من قبيل العيوب التي تنال من صحة الحكم وتشوبه بالبطلان، وليس من قبيل الخطأ المادي الذي يقع في الحكم^(٩٦).

ج- النقص أو الخطأ الذي يؤدي إلى التجهيل بالقضاة الذين أصدروا الحكم:

حيث رتبت المادة (١٧٨) مرافعات مصري، والمادة (١٧٣) إجراءات مدنية عُماني، البطلان جزاء لعدم بيان أسماء القضاة الذين أصدروا الحكم أو النقص أو الخطأ الجسيم في ذلك، وهو بطلان يتعلق بأسس التنظيم القضائي، ومن ثم فهو متعلق بالنظام

(٩٥) د. عبدالحكم فوده: مرجع سابق، ص ٣٦٠. د. ياسر عبدالفضيل عمران: مرجع سابق، ص ٢٠٠ وما بعدها.

(٩٦) المستشار/ أنور طلبه: شرح قانون المرافعات، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠٠٩م، ج ٢/٤٣٩.

العام يجوز التمسك به في أية حالة تكون عليها الدعوى، وللمحكمة التصدي له من تلقاء نفسها، ويجوز التمسك به ولو لأول مرة أمام محكمة النقض^(٩٧).

د- توقيع رئيس الجلسة وكتابتها:

نتفق مع جمهور الفقه القانوني في أن توقيع رئيس الجلسة وكتابتها هو الذي يعطيها الصفة الرسمية؛ لذلك يجب أن تكون موقعة منهما؛ وإلا كان الحكم باطلاً^(٩٨).

المبحث الثالث

أثر خلو الحكم من البيانات والقواعد التي بني عليها

رأينا كيف اعتنى المشرع المصري والمشرع العماني بالحكم القضائي، من خلال فرض جملة من القواعد والإجراءات والبيانات المهمة التي يبنى عليها الحكم، ولا يستقيم بدونها، غير أن كلا المشرعين سلك المنهج نفسه في شأن ذكر هذه البيانات في ورقة الحكم أو عدم ذكرها، فكلاهما أوجب أن تتضمن ورقة الحكم بيانات محددة، ولم ينصا على أن يبين في الحكم اتباع كافة القواعد المقررة في إصداره.

ومن هنا يثور التساؤل عن أمرين، أولهما: كيف يمكن إثبات اتباع المحكمة أو عدم اتباعها للقواعد التي أوجبتها المشرع ولم يشترط ذكر بيان يتعلق بها في ورقة الحكم، وعلى من يقع عبء الإثبات واثنيهما: ما أثر خلو ورقة الحكم من بيان من البيانات التي أوجب المشرع ذكرها، هل يترتب على ذلك بطلان الحكم في جميع الأحوال، أم يمكن اعتبار تحقق الغاية من البيان كافياً ومائناً من البطلان؟

وللإجابة على هذا التساؤل يمكن القول بأن قواعد إصدار الحكم تنقسم من حيث أثرها على صحة الحكم أو عدم صحته، إلى قسمين الأول: قواعد يفترض صحة اتباعها ولو لم يرد في الحكم بيان يفيد اتباعها، وهي القواعد التي لم يشترط المشرع ذكر بيان يتعلق بها في ورقة الحكم والثاني: قواعد لا يفترض اتباعها؛ وإنما يشترط أن ينص الحكم عليها، وهذه يترتب على تخلف البيان المتعلق بها بطلان الحكم، وهذا البطلان أيضاً ينقسم إلى نوعين، نوع لا يحكم به إذا تحققت الغاية من الإجراء أو البيان، ونوع لا يغني عنه تحقق الغاية. ونتناول جميع ذلك فيما يلي:

(٩٧) المستشار/ أنور طلبه، المرجع السابق، ج ٢/ ٤٣٥.

(٩٨) د. سيد أحمد محمود: التقاضي بقضية وبدون قضية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩م، ص ٤٧٩.

المطلب الأول

الأصل صحة الإجراءات التي بني عليها الحكم

إذا أوجب المشرع اتباع قواعد وإجراءات معينة في إصدار الحكم القضائي، ولم يوجب ذكر بيان يتعلق بذلك في ورقة الحكم؛ فإن الأصل صحة الإجراءات، وأن المحكمة اتبعت هذه القواعد، وعلى من يدعي خلاف ذلك إثبات صحة ما يدعيه. فالمشرع وإن لم يكن نص على ذلك صراحة في قانون المرافعات - لم يترك الأمر للخصوم في هذه الحالة يتجادلون فيه كيف شاءوا، ويثبتون مراعاة الإجراءات أو عدم مراعاتها بما شاءوا، وإنما قرر قرينة قانونية مهمة في هذا الشأن (وهي قرينة صحة الإجراءات)^(٩٩).

وهذه القرينة وإن لم يكن ورد النص عليها صراحة في قانون المرافعات المصري أو قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني؛ إلا أنه لم يرد النص على خلافها أو على ما يحول دون تطبيقها في إجراءات الدعوى المدنية، وقد وردت هذه القرينة في القانون رقم (٥٧) لسنة ١٩٥٩م (والمعدل بالقانونين رقم ٢٠٠٧/٧٤م ورقم ٢٠٠٧/١٥٣م) بشأن حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض المصرية.

حيث تضمن هذا القانون النص على "قرينة الصحة"، وتعني: أن الأصل في الإجراءات التي لم يوجب المشرع ذكر بيان يتعلق بمراعاتها في ورقة الحكم، أنها روعيت وعلى من يدعي خلاف هذا الأصل إثبات صحة ما يدعيه، ويتفق المشرع العماني مع المشرع المصري في الأخذ بقاعدة الأصل في الإجراءات أنها روعيت وتمت صحيحة، وقد تواترت أحكام القضاء العماني على إعمال قاعدة الأصل في الإجراءات الصحة، وعلى من يدعي خلاف ذلك إثباته^(١٠٠).

أولاً- تعريف قرينة الصحة والأساس الذي تقوم عليه:

قرينة الصحة قرينة قانونية مقتضاها القول بصحة إجراءات الحكم وأنها اتبعت، وعلى من يدعي خلاف ذلك إثبات ما يدعيه، ويمكن القول إنها: القرينة الدالة على صحة

(٩٩) د. محمد الصاوي مصطفى: فكرة الافتراض في قانون المرافعات، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٨م، ص ٩٨.

(١٠٠) الطعن رقم ٢٢ لسنة ٢٠١٧ جزائي عماني جلسة ٢٧/٢/٢٠١٧م.

إجراءات الحكم في الحالات التي لا يتطلب فيها ذكر بيان خاص يتعلق بهذه الإجراءات، وتنقل إلى من يدعي خلاف هذا الأصل عبء إثبات ما يدعيه^(١٠١).

وقد نص عليها المشرع المصري في المادة (٣٠) من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩م بشأن حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض وذلك بنصه في الفقرة الأخيرة من هذه المادة على أنه: "والأصل اعتبار أن الإجراءات قد روعيت في أثناء نظر الدعوى، ومع هذا فلصاحب الشأن أن يثبت بكافة الطرق أن تلك الإجراءات قد أهملت أو خولفت، ما لم تكن مذكورة في محضر الجلسة أو في الحكم، فإذا ذكر في أحدهما أنها اتبعت فلا يجوز إثبات عدم اتباعها إلا بطريق الطعن بالتزوير".

وأساس هذه القرينة هو الوضع الظاهر، أو ما عبر عنه المشرع بالأصل، فالوضع الظاهر يفيد أنه تم مراعاة الإجراءات في الدعوى، وأن هذه الإجراءات صحيحة طالما أنه ليس هناك دليل على بطلانها، وطالما أن المشرع لم يوجب ذكر بيان في محضر يفيد اتباع هذه الإجراءات، ومن ثم فإنه إذا اتخذ القاضي إجراء في الحكم وكان المشرع لم يوجب ذكر هذا الإجراء في ورقة؛ فإن الأصل أن هذا الإجراء قد تم على النحو الذي تطلبه المشرع^(١٠٢).

ثانياً - الاعتبارات التي تقوم عليها هذه القرينة:

أراد المشرع بهذه القرينة إضفاء نوع من الحماية القانونية على الإجراءات التي اتخذت في إصدار الحكم، وعدم ترك هذه الإجراءات عرضة لادعاءات الخصوم ببطلانها، ومن ثم تخفيف العبء عن كاهل القضاة وتفرغهم للقيام بالجليل من أمور الدعوى والفصل فيها، وعدم المغالاة في الإجراءات خشية بطلانها بعد ذلك، فضلاً عن احترام الوضع الظاهر في إجراءات الحكم؛ لأن الظاهر في هذه الإجراءات أنها تمت على الوجه الذي تطلبه المشرع، وبهذا تضيق سبل التحايل على القانون بادعاء بطلان الإجراءات كلما اتخذت، إمعاناً من بعض الخصوم في المماطلة في الدعوى.

(١٠١) للمؤلف: قرينة الصحة وتطبيقاتها في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص ١٢٢.

(١٠٢) المرجع السابق، ص ١٤٢-١٤٤.

ثالثاً - شروط إعمال قرينة الصحة:

لا يمكن الأخذ بقرينة الصحة أو القول بأن الأصل في الإجراءات أنها روعيت؛ إلا إذا توفرت الشروط اللازمة لإعمال هذه القرينة، ولم يتناول الفقه والقضاء بحث الشروط الواجب توافرها للأخذ بهذه القرينة، إلا أنه باستقراء التطبيقات القضائية وبحث المبادئ التي تحكم الشكل في قانون المرافعات، فإننا نؤيد ما ذهب إليه بعض الفقه^(١٠٣) من أنه يجب توفر شرطان للأخذ بقرينة الصحة، وهذين الشرطان هما:

الشرط الأول: ألا يتطلب القانون تدوين بيان يتعلق بمراعاة الشكل أو الإجراء في ورقة الحكم:

فإذا كان المشرع قد أوجب ذكر بيان يتعلق باحترام شكل معين أو إجراء في ورقة الحكم؛ فإنه لا يمكن الأخذ بقرينة الصحة في هذه الحالة، ولا يمكن القول بأن الأصل في الإجراءات أنها روعيت إذا تخلف هذا البيان الذي أوجب المشرع ذكره.

الشرط الثاني: ألا يوجد بيان مخالف يفيد عدم اتباع الإجراءات:

فيشترط فضلاً عن الشرط الأول؛ ألا يوجد في ورقة الحكم بيان مخالف يفيد عدم اتباع الإجراءات، ذلك أن وجود مثل هذا البيان دليل على عدم اتباع الإجراءات، ومن ثم ينفي معه القول بأن الأصل في الإجراءات أنها روعيت أو الأخذ بقرينة الصحة.

رابعاً - نقض قرينة الصحة وإثبات عكسها:

لم يشأ المشرع أن يجعل قرينة الصحة قرينة قاطعة غير قابلة لإثبات العكس؛ وإنما جعل منها قرينة بسيطة وأجاز للخصوم أن يثبتوا عكسها إذا ما ادعوا أن الإجراءات خولفت أو أهملت، وفي تقريره لهذه القرينة راعى أمران؛ أولهما: النص على هذه القرينة حماية للإجراءات التي تمت في الدعوى ودرء لشبهة البطلان، وثانيهما: أن مراعاة الإجراءات واتباع حكم القانون ليس قاعدة عامة يتم الالتزام بها في جميع الحالات، وإنما قد يوجد من يخالف إجراء من إجراءات إصدار الحكم، فترك للخصوم الحق في إثبات أن هذا الإجراء قد أهمل أو خولف، على عكس مؤدى قرينة الصحة^(١٠٤).

(١٠٣) أستاذي د. الأنصاري حسن النيداني: العيوب المبطللة للحكم، مرجع سابق، ص ٢٠٧.

(١٠٤) للمؤلف: نظرية القرائن في قانون المرافعات، مرجع سابق، ج ٢/٢١١-٢١٢.

المطلب الثاني

بطلان الحكم لخلوه من البيانات التي أوجب المشرع ذكرها في ورقة الحكم

القواعد التي أوجب المشرع ذكر بيان يؤكد مراعاتها، لا يعمل فيها بقرينة الصحة، ولا يقال حين تخلف بيانها أن الأصل في الإجراءات أنها روعيت، وإنما يترتب البطلان جزاء على تخلف هذه البيانات، وذلك كقاعدة تسبب الحكم، مثلاً، فالمشرع لم يكتف بأن تستقر الأسباب في عقيدة المحكمة، أو القول بأنها بحثت أسبابه وانتهت إلى منطوقه؛ وإنما أوجب عليها أن تورد هذه الأسباب في ورقتي الحكم -المسودة والنسخة الأصلية- والأمر ذاته في شأن توقيع القضاة جميعاً على مسودة الحكم، وتوقيع الرئيس على نسخته الأصلية، وغيرها من البيانات التي أوجب المشرع ذكر بيان في ورقة الحكم يؤكد اتباعها. ولكن التساؤل في شأن هذه البيانات والجزاء المترتب على تخلفها، هل البطلان هنا بطلان مطلق لا يؤخذ فيه بمعيار الغاية، أم الحكم به مشروط بعدم تحقق الغاية من البيان أو الإجراء؟ نجيب على ذلك في فرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول

البطلان جزاء إجرائي على خلو الحكم من البيانات التي أوجبها المشرع

القاعدة العامة في قانون المرافعات المصري وقانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني؛ هي قانونية الشكل، بمعنى أن جميع أوجه النشاط التي تتم في الخصومة يجب أن تتم كقاعدة عامة ليس تبعاً للوسيلة التي يختارها من يقوم بها، بل تبعاً للوسيلة التي يحددها القانون؛ ولهذا يعد الشكل ذو أهمية بالغة في القانون الإجرائي على العكس من القانون المدني؛ لأن القاعدة في القانون المدني؛ هي مبدأ حرية الشكل^(١٠٥). ولذلك فإن نص القانون على اتباع شكل معين أو أوجب أن تتضمن ورقة الحكم بياناً معيناً، وقرر البطلان صراحة جزاءً على عدم احترامه فإن الحكم يكون باطلاً، وليس على من تقرر الشكل لمصلحته؛ إلا أن يثبت تحقق العيب ويتمسك بالبطلان^(١٠٦).

(١٠٥) د. أحمد مليجي: مرجع سابق، ج ١/٦٣٧-٦٣٨.

(١٠٦) د. أحمد مليجي: مرجع سابق، ج ١/٦٤٢.

ولا يرتب القانون البطلان على كل عيب يشوب ورقة الحكم، وإنما يحدد حالات معينة للبطلان، ووفقاً لمفهوم المادة (٢٠) مرافعات مصري، و(٢١) إجراءات مدنية عماني؛ فإن نظام حالات البطلان يقوم على مبدئين: الأول: أن العمل الإجرائي يكون باطلاً إذا نص القانون صراحة على البطلان، ولا يكلف المتمسك بالبطلان بإثبات أي ضرر وقع عليه جراء عدم احترام الشكل؛ إلا أنه رغم تعيب العمل والنص الصريح على البطلان، فلا يحكم به إذا أثبت الطرف الآخر تحقق الغاية من الشكل. والثاني: أن عدم النص صراحة على البطلان لا يمنع الحكم به إذا أثبت من يتمسك بالبطلان أن الغاية من الشكل الذي خولف لم تتحقق.

وتجب التفرقة في هذا الصدد بين الحكم الباطل والحكم المنعدم؛ ذلك أن الحكم المعلوم لا يعد حكماً ولا يحوز الحجية، ويجوز رفع دعوى مبتدأة بانعدامه، ولقاضي التنفيذ أن يأمر بوقف تنفيذه^(١٠٧)، وذلك لأن الانعدام يعني عدم وجود العمل الإجرائي من الوجهة القانونية، بحيث يكون هو والعدم سواء، وإن كان موجوداً من الناحية المادية^(١٠٨).

والبطلان عبارة عن جزاء مقرر نتيجة لمخالفة المقتضيات والشروط الشكلية للعمل الإجرائي مما يؤدي إلى عدم انتاجه لآثاره^(١٠٩)، فهو تكييف قانوني لعمل مخالف لنموذجه القانوني؛ يؤدي إلى عدم إنتاج الآثار التي يربتها عليه القانون إذا كان كاملاً^(١١٠). ويمكن تعريف الحكم الباطل بأنه: "الحكم القضائي المخالف للنموذج القانوني الذي رسمه المشرع، والذي شابهه عيب في شروط صحة انعقاده وقواعده إصداره، أو بسبب

(١٠٧) المستشار/ محمد أحمد عابدين: بطلان الأحكام في ضوء الفقه وأحكام النقص، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠١٣م، ص ١٢.

(١٠٨) د. طلعت يوسف خاطر: نظرية الانعدام في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٥م، ص ٧.

(١٠٩) د. طلعت يوسف خاطر: نظرية الانعدام في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٥م، ص ١٥-١٦.

(١١٠) د. فتحي والي، الوسيط مرجع سابق، ص ٤٦٣.

إجراء باطل سابق بني عليه، ويؤثر فيه ولكنه لا يعدمه ويحوز حجية الأحكام، حتى وإن كان بطلانه متعلقاً بالنظام العام، وذلك عندما لا يطعن عليه^(١١١).

وتتنظيم حالات البطلان من قبل المشرع تتعلق فقط بالبطلان لعبب شكلي، ولا يجوز تطبيق هذا التنظيم على تخلف المقتضيات الموضوعية، وقد راعى المشرع في تحديده لحالات البطلان التوفيق بين اعتبارين، الأول: ضرورة احترام ما يفرضه القانون من شكل في العمل الإجرائي، والثاني: ألا يبلغ الحرص على الشكل إلى حد التضحية بالحق وبالهدف من الشكل، لأن الإجراءات وسيلة لحماية الحق فلا يهدر الحق الموضوعي نتيجة بطلانها^(١١٢).

أساس الحكم بالبطلان:

أخذ المشرعان بمعيار تحقق الغاية من الإجراء لتحديد حالات البطلان، ووفقاً لما نصا عليه؛ فإن حجر الأساس في نظرية البطلان هو فكرة تحقق الغاية من الإجراء، فسواء نص القانون صراحة على البطلان أم لم ينص عليه، فإنه إذا تحققت الغاية من الإجراء فلا يحكم بالبطلان وإن كان منصوصاً عليه، وإذا لم تتحقق الغاية حكم بالبطلان وإن لم يكن قد نص عليه؛ فالغاية هي أساس الحكم بالبطلان من عدمه^(١١٣).

نوعا البطلان وأهمية التمييز بينهما:

ينقسم بطلان العمل الإجرائي -ومنه الحكم القضائي- لعبب شكلي إلى بطلان متعلق بالنظام العام وبطلان متعلق بالمصلحة الخاصة، ويكون البطلان متعلقاً بالنظام

(١١١) د. صدام خزل يحيى، مرجع سابق، ص ١١٦.

(١١٢) د. أحمد مليجي، ج ١/٦٤١-٦٤٢ - د. فتحي والي، الوسيط، ص ٤٦٤. قضت محكمة النقض المصرية؛ بأن: "النص في المادتين ٢٠، ١٩ من قانون المرافعات يدل على أن المشرع قدر كأن الشكل ليس سوى وسيلة لتحقيق غاية معينة في الخصومة، فإذا ثبت تحقق الغاية التي يرمي القانون إلى تحقيقها من توافر الشكل أو البيان فإنه لا يحكم بالبطلان، ولما كان من المقرر أنه متى خلت الصورة من بيان أوجبه القانون وقع الإعلان باطلاً بشرط أن يكون العيب في البيان مؤثراً. (الطعن رقم ٦٥٥ لسنة ٥٠ قضائية - جلسة ١٩٨٤/٢/٢٨ م).

(١١٣) د. أحمد مليجي، مرجع سابق، ج ١/٦٤٢-٦٤٣ - د. فتحي والي، الوسيط، ص ٤٦٧. والمقصود بالنص على البطلان أن يأتي نص صريح عليه بلفظه، ولا يكفي في هذا الصدد النص الضمني بأن يستعمل المشرع عبارة ناهية أو نافية كعبارة "لا يجوز" كما أن مجرد النص لا يكفي في ذاته لتقرير بطلان العمل الإجرائي وإنما يلزم حتماً لذلك أن يؤدي العيب الذي ورد النص في شأنه إلى عدم تحقق الغاية من الشكل. (د. فتحي والي، نظرية البطلان، مرجع سابق، ص ٣٩٥).

العام، إذا ترتب على مخالفة قاعدة مقررّة لحماية المصلحة العامة، بينما يكون متعلقاً بالمصلحة الخاصة، إذا ترتب على مخالفة قاعدة مقررّة لحماية المصالح الخاصة للخصوم.

وتكمن أهمية التمييز بين نوعي البطلان في أن البطلان المتعلق بالنظام العام يمكن التمسك به من كل ذي مصلحة من الخصوم حتى ولو كان المتمسك بذلك هو من تسبب في البطلان، في حين لا يجوز التمسك بالبطلان المتعلق بالمصلحة الخاصة إلا ممن شرع البطلان لمصلحته، كما يجوز للنيابة العامة التمسك بالبطلان المتعلق بالنظام العام إذا كانت متدخلة في الدعوى، بينما لا يجوز لها ذلك إذا كان البطلان متعلقاً بالمصلحة الخاصة، كما أنه يجب على القاضي أن يقضي بالبطلان المتعلق بالنظام العام من تلقاء نفسه، ولا يجوز له ذلك إذا كان البطلان متعلقاً بالمصلحة الخاصة للخصوم، كما يجوز التمسك بالبطلان المتعلق بالنظام العام في أية مرحلة كانت عليها الإجراءات، أما إذا كان البطلان متعلقاً بالمصلحة الخاصة بالخصوم فيجب التمسك به قبل الكلام في الموضوع، ولا يجوز التنازل عن البطلان المتعلق بالنظام العام، بينما يجوز ذلك إذا كان البطلان متعلقاً بالمصلحة الخاصة للخصوم، ولا يحكم بالبطلان لعبب شكلي إذا تحققت الغاية منه سواء كان متعلقاً بالنظام العام أم بالمصلحة الخاصة، كما أن البطلان يقبل التصحيح بالتكملة سواء كان متعلقاً بالنظام العام أم بالمصلحة الخاصة^(١١٤).

من له الحق في التمسك ببطلان الحكم:

لا يجوز أن يتمسك ببطلان الحكم؛ إلا من شرع لمصلحته، ولا يجوز التمسك به من الخصم الذي تسبب فيه، وذلك فيما عدا الحالات التي يتعلق فيها البطلان بالنظام العام^(١١٥) مادة (٢١) مرافعات مصري و (٢٢) إجراءات مدنية عماني، ومن ثم، فإنه تجب التفرقة في شأن التمسك بالبطلان بين حالتين:

الأولى- إذا كان البطلان متعلق بالنظام العام: أي كان جزاء على مخالفة قاعدة مقررّة للمصلحة العامة، ومثاله، مخالفة قواعد التنظيم القضائي -وهي متعلقة بالنظام العام-

(١١٤) أستاذي د. الأنصاري حسن النيداني: العيوب المبطلّة للحكم، مرجع سابق، ص ٣١٧-٣٢١.

(١١٥) إبراهيم المنجي: دعوى البطلان الأصلية، (د.ن)، الطبعة الأولى، ٢٠١٣م، ص ٩٧.

فيكون الحكم الذي يصدر من محكمة غير مشكلة تشكياً صحيحاً أو من شخص ليس له ولاية القضاء، باطلاً بطلاناً متعلقاً بالنظام العام، وكذلك صدور حكم من قاض غير صالح لنظر الدعوى، أو التوقيع على مسودة الحكم من قاض غير القضاة الذين سمعوا المرافعة، ففي مثل هذه الحالات يكون البطلان متعلقاً بالنظام العام، ويكون لكل ذي مصلحة أن يتمسك به، حتى وإن كان هو المتسبب في البطلان^(١١٦)، كما أن على المحكمة أن تحكم بالبطلان في هذه الحالة ولو لم ينص على ذلك صراحة^(١١٧)، كما يكون للنيابة العامة إذا تدخلت في الدعوى التمسك بالبطلان.

الثانية- إذا كان البطلان مقررًا لمصلحة الخصوم: أي جزء على مخالفة شرط تقرر لحماية مصلحة خاصة؛ فإنه لا يجوز التمسك بالبطلان إلا ممن تقرر لمصلحته؛ فإذا لم يتمسك به فليس لغيره التمسك به أيًا كانت مصلحته في ذلك، وليس للنيابة العامة أن تتمسك به، كما لا يجوز للمحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها. غير أنه إذا كان البطلان مقرر لمصلحة الخصم وكان هو المتسبب في البطلان، فإنه لا يجوز له التمسك بالبطلان في هذه الحالة.

الحكم بالبطلان:

لا يترتب البطلان -أيًا كان نوعه- بقوة القانون، وإنما يجب أن يصدر به حكم من المحكمة، فيظل الحكم المعيب صحيحاً منتجاً لآثاره القانونية رغم تعييبه؛ إلى أن يحكم ببطلانه، فإذا حكم بذلك، عد كأن لم يكن، وتزول كافة الآثار القانونية المترتبة عليه، غير أنه لا يترتب على بطلان الإجراء بطلان الإجراءات السابقة عليه أو الإجراءات اللاحقة إذا لم تكن مبنية عليه (مادة ٣/٢٤ مرافعات)^(١١٨).

(١١٦) نقض: الطعن رقم ٩٤٠ لسنة ٤٤ قضائية - جلسة ١٢/٦/١٩٨١م.

(١١٧) د. فتحي والي: الوسيط، مرجع سابق، ص ٤٧٧.

(١١٨) د. عبدالنواب مبارك: الوجيز في أصول القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨م، ص ٣٦.

الشروط الواجب توافرها لإعمال بطلان:

يشترط للحكم بالبطلان بناء على ما سبق، توفر ثلاثة شروط، وهذه الشروط هي: أن تقع المخالفة التي قرر المشرع البطلان جزاء لها، وأن يشوب الإجراء القضائي عيب يترتب عليه ضرر للخصم، وأن يتمسك بالبطلان في الوقت المقرر قانوناً^(١١٩).

الفرع الثاني

تحقق الغاية من البيان وأثر ذلك على الحكم ببطلان الحكم

القاعدة العامة ألا يحكم بالبطلان إذا تحققت الغاية التي قصدها المشرع:

بعد أن نص المشرع في المادة (١٩) مرافعات مصري و(٢٠) إجراءات مدنية عماني، على أن البطلان يترتب على عدم مراعاة مواعيد وإجراءات معينة، أشار إليها في المادتين المشار إليهما، قدر أن هذه الإجراءات إنما شرعت لتحقيق غاية معينة، ومن ثم يكون المعول عليه في الحكم بالبطلان من عدمه هو تحقق هذه الغاية أو عدم تحققها، فنصاً على أنه: "يكون الإجراء باطلاً إذا نص القانون صراحة على بطلانه أو إذا شاب عيب لم يتحقق بسببه الغاية من الإجراء، ولا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء" مادة (٢٠) مرافعات مصري، وزاد المشرع العماني على ذلك "ولم يترتب عليه ضرر للخصم" (مادة ٢١ إجراءات مدنية عماني)^(١٢٠).

فالمشرع رأى أن الشكل الذي أوجبه في الإجراءات ليس سوى وسيلة لتحقيق غاية معينة؛ إذ القانون عندما يتطلب شكلاً معيناً؛ فإنه يرمي إلى تحقيق غاية يحققها توفر هذا الشكل أو البيان أو الميعاد، ومن ثم ربط شكل الإجراء بالغاية منه بهدف جعل الشكل أداة نافعة في الخصومة وليس مجرد قالب كالشكليات التي كانت تعرفها بعض القوانين

(١١٩) محمد رياض الربوعة: محل الجزاء الإجرائي في قانون المرافعات، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠٢٠م، ص ٥٣ وما بعدها.

(١٢٠) "ذلك أن البطلان بسبب مخالفة الشكل ليس غاية في حد ذاته؛ وإنما باعتباره جزاء إجرائياً؛ فإن الحكم به لا يكون سوى في الحالات التي تؤدي فيها مخالفة الشكل إلى الإضرار بالمصلحة التي يرمي الشكل إلى حمايتها، لذا يتعين من أجل الحكم بالبطلان توافر أحد الأفعال التي تشكل مخالفة للشكل، كما يتعين بالإضافة إلى ذلك؛ أن يترتب على المخالفة ضرر، فلا يجوز الحكم بالبطلان؛ إذا وقعت المخالفة لواجب الشكل ولم ينشأ عن ذلك أي ضرر". (د. إبراهيم أمين النفاوي: الإخلال بالواجب الإجرائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١م، ص ٢٤٠).

القديمة، كالقانون الروماني، هذا إلى جانب أن الشكل ليس هو الإجراء، فالإجراء أو العمل الإجرائي هو عمل قانوني يجب أن تتوفر فيه شروط معينة من بينها الشكل الذي يحدده القانون، فإذا أوجب القانون توفر شكل معين أو بيان في الحكم القضائي؛ فإن منط الحكم بالبطلان هو البحث عن مراد المشرع من هذا الشكل أو البيان وما يستهدفه من تحقق غاية معينة.

عدم تحقق الغاية شرط للحكم بالبطلان:

وفقاً لما قرره المشرعان (المصري والعماني)، فإنه لا يكفي للحكم بالبطلان وجود عيب شكلي، بأن يكون الحكم القضائي ينقصه مقتضى شكلي نص عليه القانون؛ وإنما يشترط فضلاً عن ذلك أن يؤدي العيب إلى عدم تحقق الغاية من الشكل، فالعيب في ذاته لا يؤدي إلى بطلان العمل الإجرائي^(١٢١) -ومنه الحكم- وإنما يلزم لأجل ذلك أن يكون من أثر العيب عدم تحقق الغاية المقصودة، أي الحيلولة دون أداء الوظيفة المقررة للشكل أو البيان^(١٢٢)؛ لأن الغاية هي أساس الحكم بالبطلان، والمشرع وضع قرينة بسيطة على تحقق الغاية أو عدم تحققها، وهي مراعاة الشكل فجعل من تخلف الشكل قرينة على تخلف الغاية من الإجراء، ومن مراعاته قرينة على تحقق الغاية.

الاعتبارات التي أدت إلى الأخذ بمعيار الغاية:

حرص المشرع عند الأخذ بمعيار الغاية على التوفيق بين اعتبارين^(١٢٣) الأول: ضرورة احترام ما يفرضه القانون من شكل للعمل الإجرائي. والثاني: هو عدم التضحية بالحق من أجل الشكل، فلا يهدر الحق الموضوعي نتيجة بطلان الإجراءات التي هي وسيلة لحماية الحق.

إلا أنه يجب في هذا الصدد ملاحظة أن هناك أشكالاً للعمل ترمي -فضلاً عن تحقيق الغاية من العمل من خلال احترام الشكل- إلى تحقق ضمانات معينة للخصوم

(١٢١) قضت محكمة النقض بأن: "من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه يتعين لاعتبار البيان جوهرياً يترتب على إغفاله البطلان أن يكون ذكره ضرورياً للفصل في الدعوى لتعلقه بسير الخصومة فيها باعتباره حلقة من حلقاتها قام بين الطرفين نزاع بشأنه" (الطعن رقم ٢٩ لسنة ٤ قضائية - جلسة ١٩٧٩/٣/٧م).

(١٢٢) د. فتحي والي: الوسيط، مرجع سابق، ص ٣٩٣.

(١٢٣) د. أحمد مليجي: مرجع سابق، ج ١/٦٤١.

ولا تتصل اتصالاً مباشراً بالغاية من العمل، وإذا تخلف الشكل وتحققت الغاية منه؛ فإنه يجب -رغم تحقق الغاية من العمل- الحكم بالبطلان^(١٢٤).

الأثر المترتب على تحقق الغاية:

يترتب على تحقق الغاية من الإجراء -ولو كان معيباً- عدم الحكم بالبطلان، لتحقيق الغاية منه، ومن ثم يعد الإجراء صحيحاً وينتج كافة الآثار المترتبة عليه، كما تكون الإجراءات اللاحقة عليه صحيحة لهذا السبب متى توفرت شروط صحتها أو تحققت الغاية منها، إذ جعل المشرع المناط في الحكم بالبطلان من عدمه هو تحقق الغاية، غير أن المشرع -كما سبق القول- قد ينص على البطلان رغم تحقق الغاية من الإجراء متى كان البيان أو الشكل مقصوداً لذاته، كما في تسبیب الحكم مثلاً أو توقيع رئيس الدائرة عليه، أو توقيع جميع القضاة على المسودة.

كما أن المشرع يستلزم -مثلاً- في المداولة القضائية حضور جميع القضاة الذين سمعوا المرافعة وأصدروا الحكم فإذا تغيب أحدهم تكون المداولة باطلة، ولا يقال هنا بتحقيق الغاية من المداولة؛ لأن الحكم صدر بالأغلبية المطلوبة لإصدار الأحكام، ذلك أن القاضي الذي تغيب عن حضور المداولة قد يكون لديه ما يتغير به وجه الرأي في الحكم، وهكذا في كل حالة يستلزم المشرع فيها تحقق أمر معين ويوجبه ويكون هذا الأمر مقصوداً لذاته؛ فإنه لا يؤخذ فيه بمعيار الغاية، لأن إعمال الغاية وإن كان مناطاً للحكم بالبطلان من عدمه إلا أنه لا يؤخذ به في الحالات التي يوجب المشرع فيها توفر بيان معين أو شكل معين أو اتخاذ إجراء محدد ويكون مقصوداً لذاته، مع الأخذ في الاعتبار القيد الذي أورده المشرع العماني في المادة (٢١) إجراءات مدنية وتجارية، وهو ألا يترتب على الإجراء المعيب الذي تحققت الغاية منه، ضرر للخصم.

(١٢٤) د. أحمد مليجي: ج ١/ ٦٥٠-٦٥١.

الخاتمة

بعد الانتهاء من هذه الدراسة؛ فإننا نخلص إلى النتائج الآتية:

١- يتفق المشرعان -المصري والعماني- في إحاطة الحكم القضائي بجملة من القواعد واجبة الاتباع في إصداره، تمثل سياجاً حامياً للحكم من مآخذ البطلان أو تعييبه بما ينال من سلامة إجراءاته.

٢- جميع القواعد الإجرائية التي نص عليها المشرعان في إصدار الحكم؛ واجبة الاتباع، سواء أوجب المشرع ذكر بيان يتعلق باتباعها في ورقة الحكم، أم لم يوجب ذلك.

٣- ما لم يوجب المشرع ذكر بيان يتعلق بمراعاته من قواعد إصدار الحكم، يعمل في شأنه بقريضة الصحة، ويكون الأصل في الإجراءات أنها روعيت وعلى من يدعي خلاف ذلك إثبات ما يدعيه.

٤- لا يؤخذ بقريضة الصحة ولا يمكن اعتبار الأصل في إجراءات الحكم أنها روعيت؛ إلا إذا توفر شرطاً إعمال هذه القريضة، وهما: ألا يتطلب المشرع ذكر بيان يتعلق باتباع الإجراء في ورقة الحكم، وألا يوجد بيان في ورقة الحكم يفيد عدم اتباع الإجراءات.

٥- تنقسم قواعد إصدار الحكم من حيث أثر خلو ورقته من بيان اتباعها، إلى قواعد لا يترتب على إغفال ذكرها أي أثر إعمالاً لقاعدة الأصل صحة الإجراءات، وقواعد يترتب البطلان على إغفال البيان المتعلق باتباعها.

٦- على الرغم من اعتبار الحكم باطلاً إذا خلا من بيان أوجبه المشرع؛ فإنه لا يحكم بهذا البطلان إذا تحققت الغاية من الإجراء، ولم يترتب على ذلك ضرر للخصم؛ ما لم يكن البيان مقصوداً لذاته.

التوصيات:

١- نأمل من المشرع العماني النظر فيما تضمنته المادة (١٧٠) إجراءات مدنية وتجارية، من التفرقة في شأن إيداع مسودة الحكم، بين الحكم الصادر عقب جلسة المرافعة، والحكم الذي تأجل إصداره إلى جلسة غير جلسة المرافعة؛ وذلك بأن تودع المسودة في جميع الأحوال عقب النطق بالحكم؛ إذ لا مبرر لتأخير الإيداع، ما دام الحكم لا ينطق به في جميع الأحوال؛ إلا بعد كتابة المسودة والتوقيع عليها من جميع القضاة.

٢- نهيب بالمشرعين -المصري والعُماني- تعديل نصا المادتين (١٧٥ مرافعات مصري، و ١٧٠ إجراءات مدنية وتجارية عماني)، بإضافة تاريخ إيداع المسودة إلى البيانات التي يجب أن تشمل عليها، ليتمكن الخصوم، ومحكمة الطعن، من رقابة سلامة هذا الإجراء المهم.

٣- نعتقد أهمية إصدار قواعد قضائية من محكمة النقض والمحكمة العليا، تتعلق ببيانات الحكم القضائي بشكل تفصيلي، تتضمن ما يعمل في شأنه بقاعدة الأصل صحة الإجراءات، وما يعمل فيه بمعيار تحقق الغاية، وما لا يؤخذ فيه بأيهما لضرورة أن تتضمن ورقة الحكم بيان به، حتى تكون هذه القواعد بين يدي جميع القضاة، تجنباً لتعيب الأحكام القضائية.

قائمة المراجع

- د. إبراهيم نجيب سعد: القانون القضائي الخاص، منشأة المعارف بالإسكندرية، (د.ت).
- إبراهيم المنجي: دعوى البطلان الأصلية، (د.ن)، الطبعة الأولى ٢٠١٣م.
- د. إبراهيم أمين النفاوي: الإخلال بالواجب الإجرائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١م.
- د. أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام في قانون المرافعات، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٧م.
- د. أحمد مليجي: الموسوعة الشاملة في التعليق على قانون المرافعات، طبعة نادي القضاة، ٢٠١٢م.
- د. أحمد هندي: قانون المرافعات المدنية والتجارية (الخصومة والحكم والطعن)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ١٩٩٥م.
- د. أحمد الغريب شبل: الخصومة القضائية ميلادا وحياة وانتهاء، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٩م.
- د. آمال الفزاري: المداولة القضائية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٠م.
- أستاذي د. الأنصاري النيداني:

- العيوب المبطله للحكم وطرق التمسك بها، مطبعة حمادة، مصر، ٢٠١٢م.
- قانون المرافعات، مطبعة حمادة، مصر، ط١، ٢٠١٠م.
- المستشار. أنور طلبه: شرح قانون المرافعات، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠٠٩م.
- د. رمزي سيف: الوسيط في شرح قانون المرافعات، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٧م.
- د. سيد أحمد محمود: التقاضي بقضية وبدون قضية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩م.
- د. صدام خزل يحي: النظام القانوني للحكم الباطل في قانون المرافعات، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٩م.
- د. طلعت يوسف خاطر: نظرية الانعدام في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٥م.
- د. فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني، نسخة نقابة المحامين، مطابع روز اليوسف، القاهرة، ١٩٨١م.
- د. عبدالتواب مبارك: الوجيز في أصول القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨م.
- د. عبدالحكم فوده:
- أحكام الصلح في المواد المدنية، منشأة المعارف بالإسكندرية، (د.ت).
- أسباب صحيفة الاستئناف، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٥م.
- موسوعة الحكم القضائي في المواد المدنية والجنائية (نظرية الحكم المدني)، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٣م.
- د. عبدالله عبدالحى الصاوي:
- إجراءات التقاضي أمام القضاء المدني، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠٢٠م.
- الحكم القضائي المدني وطرق الطعن فيه، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠٢٠م.

- قرينة الصحة وتطبيقاتها في قانون المرافعات، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠٢٠م.
- نظرية القرائن في قانون المرافعات دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٨م.
- د. عبدالمعظم أحمد الشرقاوي: شرح قانون المرافعات، دار النشر للجامعات المصرية، ١٩٥٠م.
- د. عبدالرحمان الشرقاوي: قانون المسطرة المدنية، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، المغرب، ٢٠١٩م.
- د. علي بركات:
- الوحي في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠م.
- الوسيط، في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٦م.
- د. عيد محمد القصاص: التنفيذ الجبري، الجزء الأول، (د.ن)، ٢٠٠٩م.
- د. فتحي والي: نظرية البطلان في قانون المرافعات، الطبعة الثانية، دار الطباعة الحديثة، ١٩٩٧م.
- د. ماهر إبراهيم السداوي: نظرية الخصومة (د.ن)، ١٩٧٧م.
- المستشار/ معوض عبدالنواب: نظرية الأحكام في القانون الجنائي، دار الكتاب العربي، القاهرة، ١٩٨٨م.
- د. محمد الصاوي مصطفى: فكرة الافتراض في قانون المرافعات، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٨م.
- د. محمد المنجي: الطعن بالنقض المدني، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠١٤م.
- د. محمد سعيد عبد الرحمن: الحكم القضائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢م.
- د. محمود السيد التحيوي، النظرية العامة لأحكام القضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٧م.

- د. مدحت عبدالعزيز: الصلح والتصالح في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤م.
- د. محمد علي سويلم:
- التقاضي عبر الوسائل الإلكترونية في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٢٠م.
- المحكمة الاقتصادية عبر الوسائل الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٢٠م.
- د. محمود مصطفى يونس: المرجع في قانون إجراءات التقاضي المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٥م.
- محمد رياض الربوعة: محل الجزاء الإجرائي في قانون المرافعات، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠٢٠م.
- المستشار/ محمد أحمد عابدين: بطلان الأحكام في ضوء الفقه وأحكام النقض، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠١٣م.
- د. نبيل إسماعيل عمر: قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ١٩٩٤م.
- د. وجدي راغب فهمي: مبادئ القضاء المدني، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، ١٩٨١م.
- د. ياسر عبدالفضيل عمران: معالجة ضوابط تسبيب الأحكام المدنية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠١٥م.

الضوابط القانونية لممارسة الشعائر الدينية

الدكتور/ محمد السعيد عبد الشفيق القرعة*

المخلص:

تعد الشعائر الدينية هي المظهر الخارجي المعبر عن الدين، وهي تختلف عن حرية العقيدة الدينية؛ لأن العقيدة أمر متعلق بالوجدان والضمير، أما ممارسة الشعائر الدينية فلا بد أن تتخذ مظهراً خارجياً معبراً عنها، لذلك كان تدخل القانون أمراً مهماً وحيوياً على كثير من الأصعدة منها هل كل دين يسمح لأتباعه بممارسة شعائهم الدينية علناً؟ أو أن الممارسة العلنية للشعائر الدينية داخل جمهورية مصر العربية، وسلطنة عمان مقصورة على أديان دون أخرى؟ وانتهت إلى الأديان المسموح لإتباعها بممارسة شعائهم الدينية علناً هي فقط الأديان السماوية الثلاثة، وكذلك وضع ضوابط لممارسة الشعائر الدينية نفسها، وضرورة المحافظة على النظام العام، والصحة العامة، وحقوق وحريات الآخرين، وأخيراً وضع ضوابط تتعلق بإقامة دور العبادة اللازمة لممارسة الشعائر الدينية.

الكلمات المفتاحية: الأديان - الضوابط القانونية - شعائر دينية - دور العبادة.

* دكتوراه في القانون الجنائي.



Legal Controls to Practice Religious Rites

DR. Mohamed Elsaid Abdulshafie Elkozaa*

Abstract:

Religious rites are the external manifestation of religion, and they differ from freedom of religious belief, because belief is a matter of conscience and conscience.

As for the practice of religious rites, it must take an external manifestation expressed, so the intervention of the law was an important and vital matter for many levels including are all religions allowing its followers to practice their religious rituals in public? Or the public practice of religious rituals in the Arab Republic of Egypt and the Sultanate of Oman is restricted to religions over others? It concluded with the religions whose followers are allowed to practice their religious rites in public, which are the only three monotheistic religions. As well as setting controls for the practice of religious rites themselves, and the need to maintain public order, public health, and the rights and freedoms of others, and finally setting controls related to the establishment of places of worship necessary to practice religious rites.

Keywords: Places of Worship – Religions – Legal Controls – Religious Rites.

* PhD in Criminal Law.

المقدمة

تقوم ممارسة الشعائر الدينية على أساس مبدأ المساواة أمام القانون، الذي بمقتضاه يمكن ممارسة الشعائر الدينية بوصفها تعبيراً عن طائفة الحقوق التي يتمتع بها الفرد من خلال تلك المساواة في ممارسة حقوقهم، والأمر لا يخلو أيضاً وبصورة مقابلة من المظاهر السليمة لتلك المساواة التي تتمثل في تكليف كل إنسان باحترام ما كفله القانون للآخرين من الحقوق والالتزام بواجب عدم الاعتداء والتجاوز عليها سلباً أو إيجاباً، فضلاً عن خضوعه لمختلف الحدود والقيود المفروضة قانوناً بصدد ممارسته لحقوقه الثابتة فيه على أن لا يتجاوز الأهداف التي تقررت من أجلها^(١).

وتقوم تلك الفلسفة على الموازنة بين مصالح الأفراد في ممارسة شعائرهم الدينية وبين المصلحة العامة لسائر أفراد المجتمع، فلا ينبغي الجور على إحداها لصالح الأخرى، وترتيباً على ما سبق نجد أن حرية ممارسة الشعائر الدينية وإن كانت مكفولة داخل المواثيق الدولية والتشريعات الداخلية، إلا أنها غالباً محفوفة ببعض الضوابط، ففي بعض التشريعات إحالة تلك الضوابط المتعلقة بحرية ممارسة الشعائر الدينية للقانون والبعض الآخر نص صراحة على عدم مخالفتها للنظام العام، ذلك أن تلك الممارسة لحرية الشعائر ليست مثل حرية العقيدة أمر متعلق بالوجدان، وإنما هي عبارة عن مظهر خارجي للتعبير عن الدين، الأمر الذي يجعلها من السهولة بمكان أن تمس حقوق أو حريات الآخرين، بمعنى آخر يمكن القول إنه لا بد لتلك الممارسة أن تكون مرتبطة بضوابط؛ وذلك حتى لا يترتب على إطلاقها اضطراب النظام في المجتمع.

(١) د. نوال طارق إبراهيم العبيدي، الجرائم الماسة بحرية التعبير عن الفكر، الطبعة الأولى، دار الحامد، عمان، ٢٠٠٩م، ص ٧٦.

مشكلة البحث:

تعد مشكلة البحث الأساسية هي الموازنة بين التمتع بالحريات المكفولة دستورياً وأهمها حرية العقيدة وحرية ممارسة الشعائر الدينية من جهة وبين صيانة حقوق وحريات الآخرين من جهة أخرى؛ لأن حرية الشخص تنتهي عند بداية حقوق الآخرين، من هنا ظهرت الحاجة إلى وضع خطوط فاصلة بين حرية العقيدة وممارسة الشعائر الدينية، أيضاً تثار مشكلة غاية في الأهمية هي وإن كانت حرية العقيدة مطلقة لرقابة عليها لأنها أمر داخلي متعلق بالوجدان فهل أيضاً ممارسة الشعائر الدينية مطلقة من كل قيد؟ وهل معنى أن حرية العقيدة مطلقة أن يسمح لكل من له اعتقاد ديني أن يمارس شعائره الدينية علناً؟ أو أن ممارسة الشعائر الدينية علناً في جمهورية مصر العربية وسلطنة عمان مقصورة على بعض الأديان دون الأخرى ومن ثم هل يسمح لجميع معتقلي الأديان بإقامة دور للعبادة أم أن الأمر مقصور على أديان دون غيرها؟ تلك هي التساؤلات التي سنسعى إلى تلمس إجابات مرضية حولها من خلال:

خطة البحث:

المبحث الأول: مفهوم الشعائر الدينية والأديان المسموح بممارسة شعائرها علناً.

المطلب الأول: مفهوم الشعائر الدينية.

المطلب الثاني: الأديان المسموح لها بممارسة شعائرها علناً.

المبحث الثاني: الضوابط المتعلقة بالشعائر الدينية وحرية إقامة دور العبادة.

المطلب الأول: الضوابط المتعلقة بممارسة الشعائر الدينية.

المطلب الثاني: الضوابط المتعلقة بحرية إقامة دور العبادة.

المبحث الأول

مفهوم الشعائر الدينية والأديان المسموح بممارسة شعائرها علناً

يتعين قبل معرفة الضوابط القانونية لممارسة الشعائر الدينية، بيان مفهوم الشعائر الدينية في اللغة، والاصطلاح، والقانون، والتمييز بينها وبين حرية العقيدة وما ينتج عن ذلك التمييز، كذلك ينبغي التعرف على الأديان المسموح لها بأداء شعائرها الدينية علناً، وفيما يلي بيان ذلك من خلال ما يأتي:

المطلب الأول

مفهوم الشعائر الدينية

الشعائر الدينية مظهر كل دين وإعلامه، فبدونها يظل الدين حبيس النفس والقلب، لذلك لا يكفي أن يكفل للإنسان الحق في حرية العقيدة بل لابد من كفالة حقه في حرية ممارسة شعائر دينه؛ لأنها المكملة والمتممة لحرية عقيدته^(٢)، والشعائر في اللغة جمع الشعيرة، وهي ما ندب الشرع إليه وأمر بالقيام به^(٣)، وقيل أيضاً: الشعائر، أعمال الحج وكل ما جعل علماً لطاعة الله سبحانه وتعالى، قال الأصمعي: "الواحدة شعيرة"، وقال بعضهم: شعاره والمشاعر مواضع المناسك^(٤).

إن لكل دين من الديانات شعائر دينية معينة يأتيها معتقوه، فالعبادات هي مجموعة الفرائض التي تقرها تعاليم الأديان تقرباً للمعبود، ومن ثم تختلف العبادات من ديانة إلى أخرى والعبادة هي ممارسة الشعائر الدينية، وتعرف اصطلاحاً: بأنها إتيان الأفعال المادية الظاهرة الدالة على نوع العبادة والتي تؤدي إلى التقرب للمعبود، ومفرد

(٢) د. إبراهيم كمال إبراهيم محمد، ضوابط الحرية الدينية، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية، الطبعة الأولى، دار الكتب والدراسات العربية، الإسكندرية، ٢٠١٦م، ص ٩٧.

(٣) المعجم الوجيز، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم، جمهورية مصر العربية، ١٩٩٧م، ص ٣٤٤.

(٤) مختار الصحاح، محمد أبي بكر عبد القادر الرازي، تحقيق محمود خاطر، مكتبة لبنان، ج ١،

(الشعائر) شعيرة ويقصد بها معالم الدين ومن ثم فالشعائر الدينية هي مجموعة المناسك أو الأفعال أو الطقوس الواجب على الأشخاص القيام بها لإعلام الله بالطاعة؛ إذ إن شعائر الله هي أوامره ومنه قوله سبحانه وتعالى: ﴿ذَلِكَ وَمَنْ يُعْظَمْ شَعَائِرَ اللَّهِ فَإِنَّهَا مِنْ تَقْوَى الْقُلُوبِ﴾^(٥) (٦).

ومؤدى ذلك أن الحرية الدينية لا تتجسد فقط في الفكر المجرد، بل إن لكل دين ممارساته الخاصة به، وكذلك شعائره وطقوسه، وعليه فلا مندوحة في تأمين حرية ممارسة مثل هذه الشعائر إذا ما أردنا أن نضمن الحرية الدينية^(٧)، وحرية ممارسة الشعائر الدينية تعنى أن يكون الإنسان حراً في أن يزاول شعائر الدين الذي يعتنقه في حدود القانون^(٨)، وقيل: أن المقصود بممارسة حرية العبادة والشعائر الدينية من أركان في قالبها الفردي أو الجماعي أن يتاح لإتباع العقيدة الدينية المعترف بها في حق إقامة شعائر ذلك الدين، وإقامة دور العبادة الخاصة بها، وحرية ارتيادها جهرًا وعلانية وبالجملة القيام والصلوات وفروض العبادة، وذلك دونما إخلالها للنظام العام أو حسن الآداب أو اعتداء على مشاعر معتنقي الديانات الأخرى المعترف بها^(٩).

وممارسة الشعائر الدينية كما عرفتھا المحكمة الدستورية العليا المصرية، هي انتقال بالعقيدة من مجرد الإيمان واختلاجه في الوجدان بالتعبير عن محتواها عملاً؛ ليكون

(٥) سورة الحج: آية ٣٢.

(٦) د. محمد السعيد عبد الفتاح، الحماية الجنائية لحرية العقيدة والعبادة، دراسة تأصيلية تحليلية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥م، ص ١٦.

(٧) Robert (J.) et autres, Droits libertés fondamentaux, 4^e éd., Dalloz, 1997, p. 271.

(٨) د. كريم يوسف كشاكش، الحريات العامة في الأنظمة السياسية المعاصرة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٨٧م، ص ٢٠٥.

(٩) د. نوال طارق إبراهيم العبيدي، مرجع سابق، ص ٧٥، د. مصطفى محمود عفيفي، الحقوق المعنوية للإنسان بين النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة في النظم الوضعية والشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٨م، ص ١٤٠.

تطبيقاً حياً فلا تكمن في الصدور^(١٠)، وعليه يمكن القول: إن حرية ممارسة الشعائر الدينية هي تمكين الإنسان من ممارسة شعائره الدينية أو طقوسه أو الأفعال المادية الظاهرة الدالة على نوع العبادة التي تقرأها تعاليم دينه من أجل التقرب إلى المعبود دون اعتداء أو تسلط أو منعه من ممارستها على الوجه الأكمل، وجاءت العديد من الدساتير والأبحاث الفقهية متضمنة حرية العقيدة وحرية ممارسة الشعائر الدينية على أن كل منهما حرية مختلفة ومستقلة عن الأخرى، وهو واقع مفروض لا نجده، فإن حرية العقيدة تظهر عن طريق الاختيار، فهو واحد من أشد خصوصيات الإنسان، هذا بجانب أنها لا تكلف الدول أو النظم السياسية شيئاً سوى النص على السماح بها في دساتيرها، فقد يظهر الإنسان عكس ما يعتقد لحماية نفسه أو لموافقة اتجاه سياسي معين بما قد يناهض عقيدته واختياره، وعلى خلاف ذلك تأتي حرية ممارسة الشعائر الدينية على أنها حرية واضحة وظاهرة ويصعب تصويرها مخفية أو مكبوتة، وهي ولاشك تتدرج بعد حرية العقيدة، إذ لا يمكن ممارسة شعائر إذا لم يوجد معتقد ديني معين أو طقوس خاصة، وقد لا يمارس الفرد شعائر دينية لدين معين رغم إيمانه به، وقد يمارسه على نحو مذهبي أو طائفي خاص به فيما يسمح به ذلك المعتقد، هذا بخلاف أنها حرية يكثر فيها الاحتكاك بالسلطة من حيث توفير أماكن لممارسة شعائر العقائد المختلفة بحرية وتصريح النظام أو الدولة بذلك وموقف الدولة ودينها إذا كانت قد اتخذت لنفسها عقيدة معينة^(١١)، ومع تأكيد المحكمة الدستورية العليا المصرية على أن حرية العقيدة وحرية ممارسة الشعائر الدينية صنوان لا ينفصلان وهو ما حمل الدستور على أن يضعها في مادة واحدة، حيث نصت م (٤٦) من دستور ١٩٧١م المصري أن حرية العقيدة وحرية ممارسة الشعائر الدينية مكفولتان، وهو ما يعنى تكاملهما، وإنهما قسمان لا ينفصلان وأن ثانيهما يمثل مظاهر أولهما باعتبارها انتقالاً

(١٠) حكم الدستورية العليا في الطعن رقم ٨ لسنة ١٧ق في ١٨/٥/١٩٩٦م، المكتب الفني، السنة السابعة.

(١١) د. معتز محمد أبو زيد، حرية العقيدة بين التقيد والتقدير، دراسة مقارنة وتطبيقية على النظام الدستوري المصري، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠م، ص ٥٧.

من مجرد الإيمان واختلاجه في الوجدان إلى التعبير عن محتواها عملاً ليكون تطبيقاً حياً فلا تكمن في الصدور، غير أنها تورد فارقاً مهماً عبر قولها ومن ثم سانه القول بأن أولاهما لا قيد عليها، وأن ثانيتهما يجوز تقييدها من خلال تنظيمها، تأكيداً لبعض المصالح العليا التي ترتبط بها، وبوجه خاص ما يتصل بها بصون النظام العام والقيم الأدبية وضمان حقوق الآخرين وحياتهم^(١٢).

وبطبيعة الحال فإن ممارسة الشعائر الدينية للديانات أمر يختلف حدوده ومعالجه وإن اتفق مضمونه ومحتواه بين الدول بعضها البعض، ويرجع ذلك إلى أن تلك الممارسات تتباين من مجتمع إنساني إلى آخر بحسب ظروفه السياسية والاقتصادية والثقافية، وإن كان ذلك في إطار الاعتراف بوجود حد أدنى من الالتزام العام بين المجتمعات البشرية كافة بالاحترام المبدئي لممارسة الشعائر الدينية^(١٣).

المطلب الثاني

الأديان المسموح لها بممارسة شعائرها علناً

تعد الأديان التي لها الحق في ممارسة شعائرها الدينية علناً وفقاً للدستور المصري، هي الأديان السماوية الثلاثة: المبتدأة باليهودية مروراً بالمسيحية وختاماً بالإسلام، وقد استقر الرأي على أن يكون النص مقصوراً على شعائر هذه الأديان فحسب، ومن حيث إنه يتبين من استقصاء النصوص الخاصة بحرية العقيدة في الدساتير المصرية المتعاقبة أنها بدأت في أصلها بالمادتين الثانية عشرة والثالثة عشرة من دستور (١٩٢٣م) وكانت أولاهما تنص على أن حرية العقيدة مطلقة، وكانت الثانية تنص على أن تحمي الدولة حرية القيام بشعائر الأديان والعقائد طبقاً للعادات المرعية في الديار المصرية على ألا يخل ذلك بالنظام العام ولا ينافي الآداب، وفيما يخص حرية ممارسة الشعائر جاء النص: (فلجميع سكان مصر الحق في أن يقوموا بحرية تامة علانية أو

(١٢) الطعن رقم ٨ لسنة ١٧ق، جلسة ١٨/٥/١٩٩٦م، المكتب الفني، السنة السابعة.

(١٣) د. نوال طارق إبراهيم العبيدي، مرجع السابق، ص ١٤٠.

في غير علانية بشعائر أية ملة أو دين أو عقيدة ما دامت هذه الشعائر لا تتنافى مع النظام العام والآداب العامة)، وقد أثار هذا النص معارضة شديدة من لجنة الدستور؛ لأنه من العموم والإطلاق بحيث يتناول شعائر الأديان كافة في حين أن الأديان التي تحب حماية شعائرها هي الأديان السماوية الثلاثة: الإسلام والمسيحية واليهودية، واستقر الرأي على أن يكون النص مقصوراً على شعائر هذه الأديان فحسب، فلا يسمح باستحداث أي دين^(١٤).

ويؤكد ذلك أن الدولة المصرية تقف موقف المؤازرة والتأييد من الأديان، وترفض أن تقف موقف عدم الاكتراث من الإلحاد، فإنها ترفض الاعتراف بالأديان غير السماوية، وقد استقر الرأي على أن يكون النص على حرية ممارسة الشعائر الدينية مقصوراً على شعائر هذه الأديان، فلا يسمح باستحداث أي دين، وهذا ما استبان من الأعمال التحضيرية لدستور سنة (١٩٢٣م) من المادتين الثانية عشرة والثالثة عشرة، وهما الأصل الدستوري لجميع النصوص التي رددتها الدساتير المتعاقبة بشأن حرية ممارسة الشعائر الدينية^(١٥)، أما فيما يتعلق بحرية العبادة فقد قضى بأن حرية إقامة الشعائر الدينية وممارستها فهي مقيدة بقيد أفصحت عنها الدساتير السابقة، وأغفله الدستور القائم دستور (١٩٧١م)، وهو قيد عدم الإخلال بالنظام العام وعدم منافاته للآداب، ولا ريب أن إغفاله لا يعنى إسقاطه عمداً، وإباحته للشعائر الدينية ولو كانت مخلة بالنظام العام أو منافية للآداب. ذلك أن المشرع رأى في هذا المبدأ أنه غنى عن النص عليه، أما الأديان التي يحى هذا النص حرية القيام شعائرها فقد استبان من الأعمال التحضيرية لدستور (١٩٢٣م) من المادتين (١٢، ١٣) منه وهي الأصل الدستوري لجميع النصوص التي رددتها الدساتير المصرية المتعاقبة.

إن الأديان التي تحميها هذه النصوص ومنها نص م (٤٦) من الدستور الحالي حرية

(١٤) د. فاروق عبد البر، دور المحكمة الدستورية المصرية في حماية الحقوق والحريات، ج ١، ١٩٨٨، بدون دار نشر، ص ٥٧٦.

(١٥) د. سامي على جمال الدين، الحماية الجنائية للحرية الدينية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، أكاديمية الشرطة، جمهورية مصر العربية، ١٩٩٧م، ص ٢٧٣.

القيام بشعائرها، وإنما هي الأديان المعترف بها وهي الأديان السماوية الثلاثة، ولما كانت العقيدة البهائية ليست ديناً سماوياً معترفاً به، فإن الدستور لا يكفل حرية إقامة شعائرها، ومن حيث إن الذي يبين من مدونات الفقه الإسلامي أن دار الإسلام، قد وسعت غير المسلمين على اختلاف ما يدينون به ويحيون فيها كسائر الناس بغير أن يكره أحد منهم على أن يغير شيئاً مما يؤمن به، ولكن لا تقر على الظهور من شعائر الأديان إلا ما يعترف به في حكومة الإسلام، ويقتصر ذلك على أعراف المسلمين بمصر على أهل الكتاب من اليهود والنصارى وحدهم^(١٦).

ولما كانت البهائية^(١٧) في معتقداتها ومسالكها ليست من الأديان السماوية الثلاثة المعترف بها وتتناقض الشريعة الإسلامية كمصدر رئيسي، وتتناول الأحوال الشخصية للفرد والأسرة بما يتعارض مع الأديان السماوية المعترف بها، ومع القيم والتقاليد والتراث التاريخي للشعب المصري، فإنها تعد مخالفة للنظام العام، ومتى ثبت مخالفتها للنظام العام امتنع مباشرة أي تصرف لأتباعها بوصفهم بهائيين أو ترتيب حق على هذه التصرفات؛ لأن الباطل لا ينتج إلا باطلاً، لهذا فإن زواج البهائي أياً كان أصل ملته يكون باطلاً مطلقاً ولا يجوز توثيقه، ولقد تنبه المشرع إلى خطر البهائية على المجتمع المصري، فأصدر القانون رقم ٢٦٣ لسنة ١٩٦٠م في شأن حل المحافل البهائية، ونص في مادته الأولى: (تحل جميع المحافل البهائية ومراكزها الموجودة بإقليم

(١٦) فاروق عبد البر، مرجع السابق، ص ٥٧٧.

(١٧) يعود تاريخ البهائية أنها بدأت في إيران عام (١٨٤٤م) على يد ميرزا علي محمد الملقب بالباب الذي ادعى انتسابه إلى الحسين بن علي وأنه الباب إلى الإمام المنتظر، وادعى لنفسه العصمة ثم ما لبث أن ادعى بعد ذلك أنه هو الإمام المنتظر، وأن الله قد حل فيه حتى صدر الحكم بإعدامه في تبريز سنة (١٢٦٥هـ - ١٨٥٠م) وكان من أتباعه الميرزا حسين علي المازندراني الملقب بهاء الله، وهو رجل فارسي نسبي، شيعي مذهب متصوفاً ظاهراً ادعى أنه الموعود الحقيقي والمسيح المنتظر، وأن الباب لم يكن إلا داعياً له، وديانتهم وأفكارهم هي مزيج من الديانة البوذية، والبرهمية، والزرادشتية والباطنية؛ يراجع د. راشد عبد الله الفرحان، الأديان المعاصرة، الطبعة الأولى، مطبعة الجذور، ١٩٨٥م، ص ١٠١.

الجمهورية ويوقف نشاطها ويحظر على الأفراد والمؤسسات القيام بأي نشاط بما كانت تبشره هذه المحافل والمراكز)، وتطبيقاً لهذا القانون أصبح من المحظور إقامة شعائر البهائية، ولما كانت طقوس الزواج من الشعائر فإنه لا تجوز ممارستها وفقاً للبهائية، الأمر الذي يستوجب عدم الاعتداد بهذا الزواج الباطل وعدم توثيقه^(١٨).

وعلى ذلك لا يصح ما ذهب إليه الحكم من التقرير بحرية إثبات ما يريد الفرد إثباته بالمخالفة للنظام العام، فهل يكون جائزاً لكل منتمٍ إلى طائفة أو مذهب طلب إثبات مذهبه بالأوراق كأن يثبت في شأن المسلمين سني أو شيعي، درزي، حنفي، حنبلي، شافعي...، أو يثبت في شأن المسيحيين كاثوليك، بروتستانت، أرثوذكسي... من كل ما تقدم جميعه فإن الحكم المطعون فيه يكون جديراً بالإلغاء، ولما كان من شأن قيام هذا القضاء الباطل والمخالف للقانون الإضرار باستقرار المجتمع والنيل من مبادئه وقيمه (فإن الطاعنين يقرنون بمطالبهم إلغائه طلباً عاجلاً بوقف تنفيذه)^(١٩)، وهذا ما أكدته الدستور المصري الصادر في (٢٠١٢م) في المادة (٤٣): (تكفل الدولة حرية ممارسة الشعائر الدينية وإقامة دور العبادة للأديان السماوية)، وأيضاً ما تم إقراره في المادة (٦٤) من دستور (٢٠١٤م): (حرية ممارسة الشعائر الدينية وإقامة دور العبادة لأصحاب الأديان السماوية حق ينظمه القانون).

وإذا ما اتجهنا لقاء المشرع العماني نجد أنه قرر في الدستور العماني الصادر سنة (١٩٩٦م) حرية ممارسة الشعائر الدينية، بشرط عدم مخالفة النظام العام والآداب في السلطنة، فجاء في المادة ٢٨ من الدستور العماني بأنه: (حرية القيام بالشعائر الدينية طبقاً للعادات المرعية مصونة على إلا يخل بالنظام أو ينافي الآداب)، ويتضح من خلال النص أن المشرع العماني لم يوضح الأديان المسموح لها بممارسة شعائرها الدينية علناً داخل سلطنة عمان، ولا يفهم من إطلاق النص أن المشرع العماني أباح

(١٨) د. سامي جمال الدين، مرجع السابق، ص ٢٥٩.

(١٩) م. رفيق عمر شريف، من صحف الطعن إثبات غير الديانات في الأوراق الرسمية مخالفاً النظام العام تقرير الطعن رقم ١٨٩٧١ لسنة ٥٢ إدارية عليا، مجلة هيئة قضايا الدولة، العدد الثاني، السنة الخمسون، أبريل - يونيو ٢٠٠٦م، ص ٢٣٣-٢٣٤.

لكل أصحاب اعتقاد ديني ممارسة شعائره الدينية علناً داخل السلطنة، وإنما يمكن استنباط أن المشرع العماني حاز حذو نظيره المصري من قصر ممارسة الشعائر الدينية علناً على أصحاب الأديان السماوية الثلاثة (اليهودية، المسيحية، الإسلام)، وذلك من خلال قانون الجزاء العماني الجديد الصادر في ١١ يناير ٢٠١٨م، والذي جاء الباب الثامن فيه تحت عنوان: (الجرائم التي تمس الدين والأسرة والمجتمع)، وتضمنت المادة (٢٧٣) فيه أنه: (يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن (٣) ثلاث سنوات ولا تزيد عن (١٠) عشر سنوات كل من ارتكب فعلاً من الأفعال الآتية:

- أ - التطاول على الذات الإلهية، أو الإساءة إليها، باللفظ أو الكتابة أو الرسم أو الإيماء، أو بأي وسيلة أخرى.
- ب - الإساءة إلى القرآن الكريم أو تحريفه، أو تدنيه.
- ج - الإساءة إلى الدين الإسلامي أو إحدى شعائره، أو سب أحد الأديان السماوية.
- د - التطاول على أحد الأنبياء أو الإساءة إليه باللفظ أو الكتابة أو الرسم أو الإيماء، أو بأي طريقة أخرى.
- هـ - تخريب أو تدنيس مبان أو شيء من محتوياتها إذا كانت معدة لإقامة شعائر دينية للدين الإسلامي أو لأحد الأديان السماوية الأخرى).

بعد استعراض تلك المادة يتضح بجلاء إن المشرع العماني وإن كفل حرية ممارسة الشعائر الدينية لكل الأديان، إلا أنه قصر حق الممارسة العلنية للشعائر الدينية على أصحاب الأديان السماوية وحدهم دون غيرهم، وذلك من خلال مد مظلة حمايته الجنائية لأصحاب الأديان السماوية ولدور عبادتهم وحدهم دون غيرهم. ونرى تأييد الرأي القائل: يجب أن تقتصر حرية ممارسة الشعائر الدينية على الأديان السماوية فقط، وبالتالي لا يمكن مد مظلة الحماية للكفار والملحدين وممن يعبدون الشمس والقمر أو البقر، فهؤلاء لا يمكن تقرير حمايتهم، وهم يشركون بالله سبحانه وتعالى رب السماوات والأرض؛ لأن اعتناق أفكار أو مبادئ تعارض الشرائع السماوية إنما يكون ضرباً من سوء السلوك البشري الذي يفقد صاحبه الاحترام والثقة في نظر المجتمع الذي يقدس الأديان السماوية وعدم ازدرائها وإلا عُوقب، ومن ثم لا يوقر

المجتمع من يمارس شعائر عقيدة ما أو ديانة ليست سماوية فليس له أي حماية أو حرية في هذا الشأن، وإن كان الدستور قد كفل حرية العقيدة للناس جميعاً فهذا ما لا قيد عليه؛ لأن العقيدة التي يؤمن بها أي شخص هي أمر قلبي ليس لأحد عليه سلطان في ذلك، أما إذا خرجت تلك الأفكار إلى صور ممارستها وأداء حقوقها فهذا لا يجوز^(٢٠)، وهدياً بما تقدم يمكن إبراز المعطيات الإيجابية للحماية الدستورية للأديان من حيث كونها معززة ومؤكدة للنصوص الواردة بالاتفاقيات الدولية والإقليمية، وهي في الوقت ذاته انعكاس للجهود المبذولة في تدعيم الحريات الدينية.

المبحث الثاني

الضوابط المتعلقة بممارسة الشعائر الدينية وحرية إقامة دور العبادة

وضعت النظم القانونية المختلفة مجموعة من الضوابط اللازمة لممارسة الشعائر الدينية، بعضها متعلق بممارسة الشعيرة الدينية نفسها، والبعض الآخر متعلق بدور العبادة اللازمة لممارسة تلك الشعائر من حيث الضوابط والمعايير المطلوبة لإقامتها، وفيما يلي بيان ذلك من خلال:

المطلب الأول

الضوابط المتعلقة بممارسة الشعائر الدينية

إذا كانت حرية العقيدة مطلقة لا ترد عليها قيود خارجية؛ لأنها عمل قلبي لا سلطان لغير الله عليه، فإن حرية ممارسة الشعائر الدينية ليست كذلك، وينبغي أن تمارس في حدود النظام العام والآداب؛ لأن ممارسة الشعائر الدينية والطقوس المذهبية لبعض الطوائف خاصة من معتنقي الأديان السماوية قد تخل بالنظام العام بالمجتمع، من هنا كان لابد من إقرار مجموعة من الضوابط اللازمة لممارسة الشعائر الدينية حتى لا ينجم

(٢٠) د. محمد حسن على حسن، حرية العقيدة وممارسة شعائر الأديان، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٤م، ص ٢٧٤.

عن تلك الممارسة اضطراب النظام العام، ومن أهم تلك الضوابط ما يأتي^(٢١):
أولاً- النظام العام والآداب العامة:

تستهدف حماية النظام العام في النهاية حماية الحريات العامة نفسها، إذ لا يمكن أن توجد حريات في ظل مجتمع يفنّد إلى النظام العام، وحماية النظام العام بعناصره الثلاثة، ولا يصح أن تكون محل للمناقشة أو مساومة فهو مبدأ أساسي لا خلاف عليه، وهو مبدأ يفصل بين الحرية وبين الفوضى^(٢٢).

وفي فرنسا استقر المبدأ على عدم جواز أن تؤدي القرارات اللائحية التي تصدر في مجال ممارسة الشعائر الدينية إلى منع أو عرقلة ممارسة العبادة، اللهم إلا إذا كانت هذه القيود ضرورية لإقرار النظام العام أو لتحقيق غاية الأمن والسكينة والسلامة العامة^(٢٣)، ووضع المشرع الأدوات لتأكيد الحفاظ على النظام العام مثل لوائح الضبط، ويقصد بها تلك اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية وتقرض بمقتضاها القيود على حريات الأفراد بقصد تحقيق فرض ثابت محدد هو المحافظة على النظام العام، أي تحفظ الأمن العام السكينة العامة وحماية الصحة العامة، وتعد لوائح الضبط أبرز مظهر لممارسة سلطة الضبط الإداري؛ لأن بواسطتها تضع هيئة الضبط الإداري قواعد عامة مجردة تقيد بها بعض أوجه نشاط الأفراد في سبيل المحافظة على النظام العام، وهي بذلك تمس حقوق الأفراد وتقيد حرياتهم بالضرورة؛ لأنها تتضمن أوامر ونواهي وتقرر في الغالب عقوبات توقع على مخالفيها^(٢٤)، والحقيقة إن مصطلح النظام العام من المصطلحات القانونية ذات المدلول الواسع الذي قد يختلف في تعريفها من دولة إلى أخرى ومن مجتمع لآخر، فقد عرف النظام العام على أنه مجموعة المصالح العامة

(٢١) د. ماجد راغب الحلّو، من دستوريات القرآن سلطات الدولة وحريات الأفراد، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٥م، ص ٤٠٢.

(٢٢) د. سامي على جمال الدين، المرجع السابق، ص ١٦.

(٢٣) Vitum (A.), Cultes Curis, Class., Pénal, Commentaires, I, 1996, p. 5.

(٢٤) د. عمرو أحمد حسبو، القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥-٢٠٠٦م، ص ٥٧٤.

والقيم الاجتماعية التي تقرها النظم الأساسية للدولة وشرائعها القائمة صراحةً أو ضمناً، وتتمتع بحمايتها ويلتزم الكافة لأحكامها قانوناً أو عرفاً دون تحديد لهم أو تمييز بينهم، أما الآداب العامة فهي دستور العلاقات الاجتماعية، وتتمثل في قيم وأنماط انفعالية وسلوكية عامة نابعة من ضمير المجتمع ووجدانه، وهي حسيلة المظاهر الخارجية للأخلاق العامة المستمدة من مبادئ القانون الطبيعي، قانون الفطرة، ثم من القيم الاجتماعية التي تعارف عليها المجتمع ومن مثاليات الدين ومأثورات العادات والعرف المتواتر المستقر يؤلف بينها، ويستجيب لها المزاج العام الذي تشكله البيئة الجغرافية والمناخ الطبيعي، فهو ظاهرة اجتماعية تتوارثها الجماعة، وتعتنقها تلقائياً^(٢٥).

وعلة تناول النظام العام والآداب معاً هو نفسه مسلك المشرع بالرغم من أن المشرع قد عطف الآداب على النظام العام، الأمر الذي يفيد أنهما شيئان متميزان، إلا أن التشريع لم يرتب أي أثر على التفرقة بينهما، ومن ثم فإن الآداب تدخل في عموم النظام العام وتعد وجهاً منه، وعليه يمكن القول إن النظام العام هو وضع أو حالة وليس قانوناً أو مبدأً أو مجموعة من القوانين أو المبادئ، وهذا الوضع يكون مادياً فيشمل: أسس المجتمع وعناصره المادية كالأشخاص والأشياء والتصرفات، ويكون معنوياً فيشمل ما يهيمن على الجماعة من عقائد راسخة ومبادئ أخلاقية واقتصادية، وعليه تتعاون كل أجهزة الجماعة المنظمة، لتحقيق هذه الغاية ويكون دور المشرع في ذلك هو القوانين، ودور أجهزة الدولة الأخرى كالقضاء والسلطة التنفيذية هو تطبيق القوانين وإجبار الأفراد على احترامها للمحافظة على الجماعة^(٢٦)، وعلى هذا فإن النظام المقيد لحرية ممارسة الشعائر الدينية داخل جمهورية مصر العربية وهو النظام العام الخاضع للدين الإسلامي، الذي يدين به الغالبية العظمى للمجتمع المصري، والذي يمثل في الوقت ذاته الإطار العام لممارستهم وسلوكهم المجتمعي، ومن ثم يلزم على

(٢٥) أ. عبد السميع سالم الهواري، الحرية الدينية، مجلة الأمن العام، المجلة العربية لعلوم الشرطة، العدد ١٠٥، ص ٨٣-٨٤.

(٢٦) د. محمد رفعت الصباحي، د. نبيلة رسلان، المدخل للعلوم القانونية، مطبعة جامعة طنطا، ٢٠٠٠م، ص ١٠٠.

كل من يمارس شعائره الدينية أو طقوسه فرداً كان أو جماعة أن يراعى النظام العام والآداب العامة السائدة في مجتمعه، فلا ينبغي له أن يأتي من الأفعال أو الأقوال ما يخل بالنظام العام أولاً، أو الآداب العامة ثانياً؛ لأن عدم مراعاة ذلك أثناء ممارسة شعائره الدينية قد يؤدي إلى مفسد جمة، قد تطيح بالمجتمع، ولعل هذا ما يبرر مسلك المشرع المصري، ومعظم التشريعات المقارنة بضرورة ممارسة الشعائر الدينية في إطار الحفاظ على النظام العام^(٢٧).

ثانياً- الصحة العامة:

يقصد بالصحة العامة: وقاية صحة الجمهور من خطر الأمراض بمقاومة أسبابها والاحتياط إلى أي سبب من الأسباب قد يؤدي إلى الإضرار بالصحة العامة للمواطنين مثل: مكافحة الأوبئة والأمراض المعدية، وبهذا المفهوم تعد الصحة العامة عنصراً من عناصر النظام العام^(٢٨)، ففي فرنسا يتم تجريم إجراء بعض العمليات الجراحية على الفتيات الصغيرات في الأسر المسلمة التي تعيش في فرنسا، حيث تخضع الفتيات لعمليات الطهارة التي تتم استجابة لتقليد ديني، وعلى ذلك صدرت العديد من الأحكام ضد الأشخاص الذين يمارسون مثل هذه العمليات لمخالفتها للنظام العام، وتوصف جنائياً باعتبارها عنف متعمد يفضي إلى عاهة مستديمة، وتكون العقوبة هي الحبس (١٥) عاماً، وغرامة (١٥٠٠٠٠) يورو، وتعرف الصحة العامة للإنسان: بأنها التوافق والتكامل في جوانب الإنسان البدنية والنفسية^(٢٩)، فيتصور أن تقيد حرية ممارسة الشعائر الدينية إذا كانت تلك الممارسة ستؤدي إلى انتشار مرض ما وتضر بالصحة العامة^(٣٠)، فعلى سبيل المثال: يحتفل المسلمون بمولد بعض أهل البيت أو الأئمة، ويجتمعون أمام الضريح؛ لإحياء هذا الاحتفال، فلو كان هذا التجمع في مكان ينتشر

(٢٧) د. محمود مصطفى عفيفي، مرجع سابق، ص ١٣٦.

(٢٨) د. عمرو أحمد حسبو، مرجع السابق، ص ٤٤٨.

(29) Pradel (J.), l'appréhension du fait religieux par le juge pénal, CRIME N (1), 2010, p.21.

(٣٠) د. محمد السعيد عبد الفتاح، مرجع السابق، ص ١٦٥.

فيه فيروس معين ضار بالصحة العامة وينتقل عن طريق الهواء أو الاجتماع فيمكن أن تمنع تلك الشعيرة، وخاصة أنها ليست من الفروض، وليس أدل على ذلك ما تقوم به المملكة العربية السعودية من اشتراطات صحية خاصة بالنسبة للراغبين في زيارة المشاعر المقدسة في مواسم الحج والعمرة، وذلك من باب المحافظة على الصحة العامة.

ثالثاً- مراعاة حقوق وحرّيات الآخرين:

يلزم على كل فرد أثناء ممارسة شعائره الدينية الالتزام بالمحافظة على حقوق وحرّيات الآخرين، فمن حق الإنسان أن يعبد حجباً لكن ليس من حقه أن يقذف الناس به، فيجب ألا يؤدي الفرد لدى ممارسته شعائره الدينية إلى الأضرار بحقوق غيره؛ لأن ممارسة الشعائر الدينية تعد من الحرّيات التي يجب أن يمارسها الشخص بالطريقة التي لا تؤدي إلى الإضرار بحق وحرّيات الأفراد الآخرين في المجتمع، فإنه إن فعل ذلك يكون متجاوزاً للقيود المفروضة على ممارسة الحرية الدينية، مما يعرضه للعقاب القانوني المقرر في هذا الشأن، وينظم القانون كيفية ممارسة الأفراد لحقوقهم وحرّياتهم لتحقيق التوازن المنشود بين جميع أفراد المجتمع، فليس من المتصور مع كل التطور الذي لحق مفهوم حقوق الإنسان أن تضر ممارسة هذه الحقوق بحقوق وحرّيات الآخرين، ومن ثم يجب ألا يؤدي ممارسة الشعائر الدينية إلى الافتئات على حقوق الآخرين وحرّياتهم^(٣١).

(٣١) د. محمد السعيد عبد الفتاح، المرجع السابق، ص ١٦٥.

المطلب الثاني

الضوابط المتعلقة بحرية إقامة دور العبادة

يحترم الإسلام الحرية الدينية لغير المسلمين، ومما يدل على ذلك احترامه لبيوت العبادة، وهذا فرع من حرية الاعتقاد، ولذلك ترك الإسلام لغير المسلم حرية ممارسة العبادات التي تتفق مع عقيدته، ومن ثم يحافظ على بيوت العبادة التي تمارس فيها شعائره، ويحرم على المسلمين الاعتداء على بيوت العبادة أو هدمها، أو تخريبها سواء في حالة السلم والحرب، والأحاديث الشريفة ثابتة في ذلك، والوثائق التاريخية كثيرة في وصية الخلفاء لقادة الجيوش، وفي المعاهدات التي أبرمت في التاريخ الإسلامي، وعند الفتوحات لبلاد غير المسلمين، ويأتي في مقدمتها الوثيقة العمرية مع أهل بيت المقدس، بالإضافة إلى الدليل الملموس في بقاء أماكن العبادة التاريخية القديمة لليهود النصارى وغيرهم بالدول الإسلامية حتى اليوم^(٣٢).

أولاً- إقامة دور العبادة في مصر لغير المسلمين:

إذا كانت الدولة تحمي حرية ممارسة الشعائر الدينية لغير المسلمين، فبالأحرى وجود أماكن لممارسة هذه الشعائر الدينية، وإلا أصبح هذا الحق مفرغاً من مضمونه، وليس معنى هذا أن حرية إقامة دور العبادة لغير المسلمين حرية مطلقة، وإنما نجد أن هناك مجموعة من الضوابط التي يجب مراعاتها لدى إقامة دور العبادة لغير المسلمين، وقد مرت إقامة أماكن ممارسة الشعائر الدينية لغير المسلمين في مصر بمراحل وهي:

(أ) الخط الهيمايوني:

يعد الخط الهيمايوني قراراً إدارياً باعتباره صادراً من الباب العالي (السلطان العثماني)، وقد صدر هذا الخط في عهد السلطان عبد الحميد؛ ليطبق على جميع الولايات التابعة للدولة العثمانية، ومن بينها مصر في عام (١٨٥٦م) في ولاية سعيد باشا، وقد تضمن هذا الخط: أنه يجب الحصول من السلطان على ترخيص قبل بناء

(٣٢) د. محمد الزحيلي، الحرية الدينية في الشريعة الإسلامية، أبعادها وضوابطها، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد السابع والعشرون، العدد الأول، ٢٠١١م، ص ٣٨٨.

أية كنيسة جديدة أو تجديدها، وأن تتقدم البطارقة أو المطارنة الخاصة بالمذاهب التي تريد إنشاء الكنيسة بطلب الحصول على الرخصة، أي أنه لا يجوز لغير المسلمين إنشاء كنائس أو بيع جديدة أو نحوها إلا بعد موافقة ولي الأمر^(٣٣).

(ب) المعايير العشرة لبناء الكنائس في مصر:

في شهر فبراير عام (١٩٣٤م) أصدر وكيل وزارة الداخلي معايير عشرة للتصريح ببناء الكنائس يتحتم فيها استيفاء البيانات المطلوبة التي تم اشتراطها للموافقة على إصدار ترخيص بإنشاء كنيسة جديدة.

١- هل الأرض المرغوب بناء الكنيسة عليها هي من أرض الفضاء أو الزراعة؟ وهل هي مملوكة للطالب أم لا؟ مع بحث الملكية من أنها ثابتة ثبوتاً كافياً، وترفق أيضاً مستندات الملكية.

٢- ما هي مقادير أبعاد النقطة المراد بناء الكنيسة عليها عن المساجد والأضرحة الموجودة بالناحية؟

٣- إذا كانت النقطة المذكورة من أرض الفضاء، فهل هي وسط أماكن المسلمين أو المسيحيين؟

٤- إذا كانت بين مساكن المسلمين، فهل يوجد مانع من بنائها؟

٥- هل يوجد للطائفة المذكورة كنيسة لهذه البلدة خلاف المطلوب بنائها؟

(٣٣) د. محمد حسن على حسن، مرجع السابق، ص ٢٦٩.

صدر الخط الهيمايوني في عهد سعيد باشا في فبراير سنة ١٨٥٦م، وقد صدر من الباب العالي في الدولة العثمانية في عهد السلطان عبد الحميد لتطبيقه على جميع الولايات التابعة للدولة العثمانية وعلى جميع الأديان غير الإسلامية، ففي عام ١٨٥٦م عقد مؤتمر باريس لإنهاء الحرب بين الدولة العثمانية وروسيا وقد وقعت إنجلترا وفرنسا إلى جوار السلطان عبد الحميد كي ينتصر على روسيا بعد سقوط مدينة سباتسبول، نتيجة لذلك أصدر السلطان عبد الحميد أول فرمان ينظم عملية ترميم وإنشاء الكنائس لجميع الطوائف المسيحية مجاملة لفرنسا وإنجلترا، وهذا فرمان هو المعروف بالخط الهيمايوني. أ. أنطوان صغير، محيط الشرائع، المطابع الأميرية، القاهرة، ج ٣، ١٩٥٣م، ص ٢٨٥٢ وما بعدها.

٦- إن لم يكن بها كنائس، فما مقدار المسافة بين البلد وبين أقرب كنيسة لهذه الطائفة بالبلد المجاورة؟

٧- ما هو عدد أفراد الطائفة المذكورة الموجودين بهذه البلدة؟

٨- إذا تبين أن المكان المراد بناء كنيسة عليه قريب من جسور النيل والترع والمنافع العامة بمصلحة الري، فيؤخذ رأي تفتيش الري، وكذا إذا كانت قريبة من خطوط السكة الحديد، فيؤخذ رأي المصلحة المختصة.

٩- يعمل محضر رسمي عن هذه التحريات، ويبين فيه ما يجاور النقطة المراد إنشاء الكنيسة عليها من المحلات السارية عليها لائحة المحلات العمومية، والمسافة بين تلك النقطة وكل محل من هذا القبيل، ويبعث به إلى الوزارة.

١٠- يجب على الطالب أن يقدم مع طلبه رسماً علمياً بمقاس واحد في الألف، يوقع عليه من الرئيس الديني العام للطائفة، ومن المهندس الذي له خبرة عن الموقع المراد بناء الكنيسة به، وعلى الجهة المنوطة بالتحريات أن تحقق من صحتها، وأن تؤشر عليها بذلك وتقدمها مع أوراق التحريات^(٣٤).

ونظراً للتخبط الذي حدث حول إمكانية بناء دور عبادة جديدة لغير المسلمين، وترميم الكنائس ما بين الطوائف غير الإسلامية وبين الإدارة، فإن قسم الرأي بمجلس الدولة أصدر فتوى معبرة في هذا النطاق يطيب لي عرضها، وتتلخص هذه الفتوى في أن وزارة الداخلية طلبت الرأي في الترخيص بإقامة الكنائس والمعابد للطوائف غير الإسلامية في ضوء الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ٢٦٩ لسنة ٤٤ بجلسة ٢٦ فبراير ١٩٥٢م، الذي قضى بإلغاء قرار وزارة الداخلية برفض الترخيص بإنشاء كنيسة بمدينة بور فؤاد، حيث فهم البعض المبادئ التي قررها هذا الحكم أنه لا حاجة بهم إلى تقديم طلبات بالترخيص بإنشاء دور للعبادة، فأقام بعض أبناء طائفة الأقباط الأرثوذكس كنيسة بغرب الحوامدية بدون ترخيص اكتفاءً بإخطار جهة الإدارة بأنهم سيقومون فيها الشعائر الدينية، وذلك استناداً إلى أحكام

(٣٤) د. محمد حسن على حسن، مرجع السابق، ص ٢٧١.

الدستور، وإلى ما قضى به الحكم المشار إليه، فطلبت وزارة الداخلية إبداء الرأي في الموضوع.

وقال قسم الرأي مجتمعاً في هذا الموضوع:

بالرجوع إلى أحكام الدستور دستور (١٩٢٣م) يبين أن المادة (١٢) منه تنص على: "أن حرية الاعتقاد مطلقة" وأن المادة (١٣) منه تنص على: أن تحمي الدولة القيام بشعائر الأديان والعقائد طبقاً للعادات المرعية في الديار المصرية، على أن لا يخل ذلك بالنظام العام ولا ينافي الآداب، ومن هذين النصين يتضح أن المادة (١٢) خاصة بحرية الاعتقاد أو العقيدة النفسية، وهذه لا سلطان عليها للدولة بطبيعة الحال، أما (م ١٣) فتتعلق بالتزام الدولة بحماية القيام بالشعائر الدينية التي يقيمها الناس فرادى أو جماعات في سراً أو علانية، والمقصود بحكم (م ١٣) سאלفة الذكر هو حماية إقامة هذه الشعائر على أية صورة من هذه الصور ما دامت لا تتجاوز العادات المرعية، ولا تتنافى النظام العام والآداب، وهذا هو المعنى المستفاد من الصيغة الأولى لهذا النص التي عرضت على لجنة وضع المبادئ العامة للدستور، إذ كانت تنص على: "أن لجميع سكان مصر الحق في أن يقوموا بحرية تامة سراً وعلانية بشعائر أية ملة أو دين أو عقيدة ما دامت هذه الشعائر لا تتنافى مع النظام العام والآداب العامة".

وأضاف قائلاً:

على أنه لما كانت إقامة الشعائر في جماعات تتم في أماكن خاصة هي دور العبادة، ولما يتطلبه إنشاء هذه الدور وإقامة شعائر الأديان المختلفة فيها من تنظيم تمليه اعتبارات خاصة بالأمن والسكينة وما إليها، فقد أخضع هذا الإنشاء لترخيص الإدارة طبقاً لأحكام الخط الهيمايوني الصادر (١٨٥٦م) الذي ظل نافذاً بعد العمل بالدستور بناء على حكم المادة (١٦٧) منه، التي تقضى بأن كل ما قرره القوانين والمراسيم والأوامر واللوائح والقرارات من الأحكام وكل ما بين أو اتخذ من قبل من الأعمال والإجراءات طبقاً للأصول والأوضاع المتبعة، يبقى نافذاً بشرط أن يكون نفاذها متفقاً مع مبادئ الحرية والمساواة التي يكفلها الدستور، ومن الواضح أن اشترط صدور ترخيص من الإدارة بإقامة دور العبادة تنفيذاً لأحكام الخط الهيمايوني ليس فيه

ما يتنافى مع حرية الاعتقاد أو حرية إقامة الشعائر الدينية، فإن الاعتبارات التي تراعيها الإدارة في منح التراخيص أو رفضها لا تمس هذه الحريات بأي حال من الأحوال، بناء عليه انتهى رأي قسم الرأي مجتمعاً إلى أن إخضاع إنشاء دور العبادة إلى إذن من الإدارة وفقاً لأحكام الخط الهيمائي الصادر (١٨٥٦م) لا يتنافى مع حرية إقامة الشعائر الدينية المقررة بالدستور^(٣٥).

وقضى بأن الاستفادة من القواعد الواردة لإنشاء الكنائس بالفرمان العالي الموشح بالخط الهيمائي، وقرار وزارة الداخلية المؤرخ في شهر فبراير (١٩٣٤م): أنه لا يُقصد بهذا التنظيم عرقلة إقامة الشعائر الدينية للأقباط أو غيرهم من الطوائف، بل إن أحكامه لا تسري إلا بالقدر الذي لا يتعارض مع حرية إقامة الشعائر الدينية وفقاً للعادات المرعية في هذا الصدد، بل إن هذه التراخيص تصدر في حدود السلطة التقديرية لجهة الإدارة بما يكفل الاطمئنان والسكينة، وتيسير سبل إقامة العبادات، ويقطع بصحة ذلك ما يلمسه الكافة من تجاور الكنائس والمساجد في طول البلاد وعرضها في ظل تطور وامتزاج العلاقات بين أبناء الأمة المصرية "مسلمين وأقباط"، تشاركوا جميعاً في الحقوق والواجبات على قاعدة من المساواة بينهم والاحترام المتبادل للعقائد الدينية^(٣٦).

وإبان أحداث ثورة ٢٥ يناير ٢٠١١م تم صياغة مشروع مرسوم بقانون دور العبادة الموحد والذي جاء فيه نص "المادة الأولى" من مشروع القانون: أن يكون ترخيص بناء دور العبادة أو تعليتها أو توسعتها أو تدعيمها أو إجراء ترميمات فيها بترخيص من الجهة الإدارية المختصة، كما أجازت "المادة الثانية" الترخيص بإلحاق دار مناسبات أو وحدات علاجية وخدمية بدور العبادة والمرخص بإقامتها أو التي يرخص بإقامتها، وذلك وفقاً للشروط والضوابط التي تبنتها اللائحة التنفيذية، كما أنه لا يجوز البناء أو الترخيص لبناء دور عبادة ضمن بناء قائم ومعد لأغراض السكن أو الترخيص بتغيير

(٣٥) فتوى قسم الرأي مجتمعاً ٢٧/١٠/١٩٥٢م، مشار إليه، المستشار. مجدي الجارحي، قاضي المشروعية المساواة والحرية، كتاب الجمهورية، ٢٠٠٦م، ص ٢٠٢-٢٠٣.

(٣٦) الدعوى رقم ٥٠٢٦ لسنة ٤١ ق - جلسة ٢٧/٥/٢٠٠٣م، المكتب الفني لمحكمة القضاء الإداري، ٢٠٠٥-٢٠٠٦م.

استعمال بناء قائم ليكون كله أو جزء منه داراً للعبادة.

ثانياً - إقامة دور العبادة للمسلمين في الدول غير الإسلامية:

بالرغم مما قرره الإسلام من حرية ممارسة الشعائر الدينية لأصحاب الأديان السماوية، والتي تجد لها تطبيقاً عملياً في الأنظمة المعاصرة في معظم الدول الإسلامية، وبصفة خاصة مصر، نجد في كل يوم تعدياً بشكل سافر على الدين الإسلامي في الدول الغربية، في حين قرر الإسلام وبشكل لم يسبقه قبله أي من الأديان السماوية فضلاً عن العقائد الوثنية حرية ممارسة الشعائر الدينية لغير المسلمين، ووضع الآليات اللازمة لغير المسلمين لبناء كنائسهم أو معابدهم بدون جور أو تسلط غير أنه في الآونة الأخيرة نجد أن الغرب الذي يتشدق بحرية التعبير وحقوق الإنسان، بل في كثير من الأوقات حقوق الحيوان يعصف بتلك الحقوق والحريات مع كل اختبار حقيقي لها، فحدث ولا حرج عن الانتهاكات الصارخة لحقوق الأقليات، وخاصة الأقليات المسلمة في البلاد الغربية التي تدعي الديمقراطية وتمسكها بحقوق الإنسان والمساواة وغير ذلك من الشعارات الجوفاء التي لا تسمن ولا تغني من جوع، فقد ارتكبت المذابح البشعة والمجازر الوحشية ضد المسلمين في صربيا وكوسوفا والبوسنة والهرسك، وتناولت الدنمارك وهولندا على شخص الرسول "صلى الله عليه وسلم"، وقررت فرنسا منع الطالبات المسلمات من ارتداء الحجاب، الأديان وممارستها، وحظر القمع والتمييز على أساس الانتماء الديني^(٣٧).

ولعل آخر تلك الأحداث ما طالعنا به إحدى الصحف من حظر الدستور السويسري بناء المآذن في سويسرا تبدأ تلك الأحداث حينما تقدم مجموعة من المسلمين بطلب الإذن ببناء مسجد على الطراز الإسلامي عندئذ رفضت السلطات البلدية، وعلّة ذلك أنه سوف يخل بالمنظر الجمالي للقرية، فرفع هؤلاء دعوى أمام القضاء السويسري، والذي جاء مؤيداً لطلبهم وحققهم في بناء المسجد، فاحتج الأهالي من المسيحيين، وقاموا

(٣٧) أ. فاروق محمد الهابش، النظام السياسي في ضوء القرآن الكريم، دراسة قرائية موضوعية، رسالة

لنيل درجة الماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة، ٢٠١١م، ص ٢٠٠.

بجمع مائة ألف توقيع كي يسمح لهم بتعديل الدستور السويسري؛ وذلك بإضافة بند في الدستور يحظر بناء المآذن، وعندما عرض الاستفتاء على الشعب بتاريخ ٢٩ نوفمبر ٢٠٠٩م صوت لحظر المآذن، ونتيجة لذلك قام المسلمون برفع قضية أمام المحكمة الأوروبية بstrasbourg احتجاجاً على إضافة بند في الدستور يحظر بناء المآذن؛ لمخالفته مبادئ حقوق الإنسان، وحرية الاعتناق^(٣٨) ولم يقتصر الأمر على سويسرا، بل في فرنسا، حيث صدر مرسوم بتاريخ ٢٠ سبتمبر ١٩٩٤م تضمن آراء بشأن التوفيق بين أحد المبادئ الأساسية للجمهورية هي العلمانية وحرية التعبير في فرنسا، وقد تضمن صراحة تحريم كل إشارة دينية منطوية على طابع التباهي في المؤسسات المدرسية، كما أن الأمر لم يعد قاصراً على تحريم لبس الحجاب، بل إن حجم ما يشهده المسلمين من مضايقات امتد ليشمل ممارسة شعائرهم الدينية، وكذا أماكن عبادتهم، وهذا الرأي ما يؤكده الواقع^(٣٩).

إن تسجيل مكان للعبادة في مدينة ما أو قرية مرتبط وبدرجة كبيرة بالاعتراف بهذا الدين، أو على الأقل صورته داخل هذه المدينة أو القرية، ويمكن القول إذا كانت فرنسا تترخر بالكنائس التي تعلو مآذنها في كل مكان، وكذلك معابد اليهود وإن كان بدرجة أقل، إلا أن مساجد المسلمين لا تزال تعاني من الاغتراب في الأماكن التي لم تقبل بعد هذه العقيدة، وعلى هذا النحو، فإن مكتب العبادات بوزارة الداخلية قد أعد قائمة تضم (١٥٠٠) مكان للعبادة تخص المسلمين في فرنسا، منها خمسة أماكن فقط بها مئذنة، وبحسب وزير الداخلية تشكل تلك الأماكن المخصصة للعبادة بالنسبة إلى المسلمين مجرد زوايا صغيرة، أو أماكن ملحقة بالمنشآت، هذه الأرقام التي تقارن بعدد الكنائس في فرنسا، والذي وصل (٤٠٠٠٠) كنيسة و (٩٥٣) معبد لليهود تكشف بجلاء انعدام المساواة في المعاملة حيال المسلمين، خاصة فيما يتعلق بممارسة شعائرهم الدينية^(٤٠).

^(٣٨) صحيفة أخبار اليوم بتاريخ ١/٩/٢٠١٠م، ص ١٨.

^(٣٩) Note sur C.E., 14 mars 1994, Yilmaz, R.D.P., n. 1, 1995, p.223-225.

^(٤٠) PAPI (S.), L'insertion des mosquées dans le tissu, religieux local en France approche juridique et politique RDP n. 5, 2004, p.134.

ويستفاد مما تقدم أن النصوص الدينية والقانونية والوثائق والمعاهدات الدولية تضافرت على جعل الحرية الدينية من أقدس وأعرق الحريات التي يجب أن تكون مكفولة للإنسان لا يعييبها انتهاك ولا يعتريها نقصان^(٤١)، وأن الضوابط القانونية لممارسة الشعائر الدينية ما جاءت إلا لتكريس حق الإنسان في حريته الدينية عموماً، وممارسته شعائره الدينية خصوصاً.

الخاتمة

لقد آن لنا بعد إكمال مسيرة هذا البحث أن نقف وقفة تأمل فيما ورد في تضاعيفه من أفكار شتى، لنسجل بعض الملاحظات التي نراها مهمة؛ لتكتمل صورته وتتجلى فكرته على أفضل وجه.

تعد الشعائر الدينية هي الوجه الآخر لحرية العقيدة، إلا أن ممارستها ليست مطلقة؛ لأنها مظهر خارجي معبر عن الدين؛ لذلك قررت النظم القانونية بعض الضوابط التي تنظم كيفية ممارستها، بعض هذه الضوابط متعلق بممارسة الشعيرة الدينية نفسها، وضرورة ألا تمس النظام والآداب العامة أو الصحة العامة أو حقوق وحريات الآخرين، والبعض الآخر متعلق بالضوابط اللازمة لإقامة دور العبادة، لكي تقام فيها العبادات الدينية، ومن هي الطوائف الدينية المسموح لها بممارسة شعائرها علناً، ومن ثم يحق لها إقامة أماكن لممارسة الشعائر الدينية.

(٤١) د. محمود السيد حسن داود، حق الإنسان في تغيير دينه، دراسة مقارنة في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان مقارنة بالفقه الإسلامي، مجلة الحقوق، كلية الحقوق جامعة البحرين، العدد الأول، المجلد الثامن، يناير ٢٠١١م، ص ٣٠٥.

قائمة المراجع

أولاً- المراجع اللغوية:

- (١) المعجم الوجيز، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم، جمهورية مصر العربية، ١٩٩٧م.
- (٢) مختار الصحاح، محمد أبي بكر عبد القادر الرازي، تحقيق محمود خاطر، مكتبة لبنان، ج١، ١٩٩٥م.

ثانياً- المراجع القانونية العامة:

- (١) د. عمرو أحمد حسبو، القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥-٢٠٠٦م.
- (٢) د. فاروق عبد البر، دور المحكمة الدستورية المصرية في حماية الحقوق والحريات، ج١، ١٩٨٨م.
- (٣) د. ماجد راغب الحلو، من دستوريات القرآن سلطات الدولة وحريات الأفراد، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.
- (٤) د. محمد رفعت الصباحي، د. نبيلة رسلان، المدخل للعلوم القانونية، مطبعة جامعة طنطا، ٢٠٠٠م.
- (٥) محيط الشرائع، المطابع الأميرية، القاهرة، ج٣، ١٩٥٣م.
- (٦) د. مصطفى محمود عفيفي، الحقوق المعنوية للإنسان بين النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة في النظم الوضعية والشرعية الإسلامية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٨م.

ثالثاً- المراجع القانونية المتخصصة:

- (١) د. إبراهيم كمال إبراهيم محمد، ضوابط الحرية الدينية، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية، الطبعة الأولى، دار الكتب والدراسات العربية، الإسكندرية، ٢٠١٦، ص٩٧.
- (٢) د. محمد السعيد عبد الفتاح، الحماية الجنائية لحرية العقيدة والعبادة، دراسة

- تأصيلية تحليلية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.
- (٣) د. معتز محمد أبو زيد، حرية العقيدة بين التقيد والتقدير، دراسة مقارنة وتطبيقه على النظام الدستوري المصري، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة.
- (٤) د. نوال طارق إبراهيم العبيدي، الجرائم الماسة بحرية التعبير عن الفكر، الطبعة الأولى، دار الحامد، عمان، ٢٠٠٩.

رابعاً- الرسائل العلمية:

- (١) د. سامي على جمال الدين، الحماية الجنائية للحرية الدينية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، أكاديمية الشرطة، جمهورية مصر العربية. ١٩٩٧
- (٢) أ/فاروق محمد الهابش، النظام السياسي في ضوء القرآن الكريم، دراسة قرائية موضوعية، رسالة لنيل درجة الماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة، ٢٠١١
- (٣) د. كريم يوسف كشاكش، الحريات العامة في الأنظمة السياسية المعاصرة، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٨٧.
- (٤) د. محمد حسن على حسن، حرية العقيدة وممارسة شعائر الأديان، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٤.

خامساً- الدوريات:

- (١) م. رفيق عمر شريف، من صحف الطعن إثبات غير الديانات في الأوراق الرسمية مخالفا النظام العام تقرير الطعن رقم ١٨٩٧١ لسنة ٥٢ إدارية عليا، مجلة هيئة قضايا الدولة، العدد الثاني، السنة الخمسون، أبريل، يونية ٢٠٠٦.
- (٢) أ/عبد السميع سالم الهواري، الحرية الدينية، مجلة الأمن العام، المجلة العربية لعلوم الشرطة، العدد ١٠٥.

٣) د. محمد الزحيلي، الحرية الدينية في الشريعة الإسلامية، أبعادها وضوابطها، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد السابع والعشرون، العدد الأول، ٢٠١١.

٤) د. محمود السيد حسن داود، حق الإنسان في تغيير دينه، دراسة مقارنة في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان مقارنة بالفقه الإسلامي، مجلة الحقوق، كلية الحقوق جامعة البحرين، العدد الأول، المجلد الثامن، يناير ٢٠١١.

سادساً- مراجع باللغة الفرنسية:

- 1) Note sur C.E., 14 mars 1994, Yilmaz, R.D.P., n. 1, 1995.
- 2) PAPI (S.), L'insertion des mosquées dans le tissu, religieux local en France approche juridique et politique RDP n. 5, 2004.
- 3) Pradel (J.), l'appréhension du fait religieux par le juge pénal, CRIME N(1), 2010.
- 4) Robert (J.) et autres, Droits libertés fondamentaux, 4e éd., Dalloz, 1997.
- 5) Vitum (A.), Cultes Curis, Class.,penal commentaires, 1, 1996.

الحماية الجنائية للحق في الاطلاع على الوثائق الإدارية

الدكتورة / مروى السيد السيد الحساوي *

المخلص:

إذا كان مبدأ الشرعية هو المبدأ الذي يحكم عمل الدولة الحديثة، وأصبحت الشفافية عنصراً أساسياً للحكم الرشيد وشرطاً ضرورياً للتنمية المستدامة، لذا فإن الاتجاهات الأخيرة في الإدارة تنظر إلى السرية في عمل سلطات الدولة على وجه الخصوص، لأن الاستثناء هو يوم محدود وقابل للتقييد في الوقت المناسب لصالح الشفافية، بعد أن أسفر السر عن عدة عيوب، أدت إلى توقف التنمية، وانتشار الفساد وسوء الرقابة على الإدارة وإهدار الأموال العامة وانتهاك حقوق الأفراد لذا رأينا التشريع الفرنسي يهتم بهذا الموضوع اهتماماً كبيراً.

أدت الثورة الهائلة في تكنولوجيا المعلومات والتطورات العلمية المذهلة في مختلف المجالات، ولا سيما في ميدان الاتصالات السلكية واللاسلكية وطرق الجمع، وتخزين المعلومات وتنظيمها، فضلاً عن المعلومات الإدارية والحكومية المفتوحة للأفراد، وهو المبدأ الذي يحكم العلاقة بين الدولة والأفراد. ولهذه التطورات وغيرها آثارها الهامة على عمل السلطة الإدارية، على أكتاف العاملين في الإدارة العامة، وأهمها مراعاة مبدأ الشفافية في العمل الإداري، وضمان حق الأفراد وإدارتهم في الحصول على المعلومات التي يريدونها.

الكلمات الافتتاحية: السرية - الشفافية - الحق في الاطلاع - الوثائق الإدارية - مكافحة الفساد.

* دكتوراه في القانون الجنائي.



Legal Protection for the Right to Access Documents Management

DR. Marwa Elsayed Elsayed Elhasawy*

Abstract:

If the principle of legality is the principle governing the work of the modern state, the transparency have become an essential ingredient for good governance and a necessary condition for sustainable development, so the recent trends in the administration views the confidentiality in the work of the state authorities in particular, management, to be the exception is limited and timely derogable day in the interests of transparency, after the secret resulted in several drawbacks, of which stalled development, and the spread of corruption, poor oversight of management and waste of public funds and violating the rights of individuals as we saw the French legislature, which has great care to them.

Not surprisingly, those trends reversed verse publicity to become the norm and confidentiality is the exception, which had any reluctance to confidentiality, what the world of massive information technology revolution and the amazing scientific developments in various areas, particularly in the field of telecommunication and methods of collecting, storing and organizing information, as well as administrative and government open to individuals which is the principle governing the relationship between state and individuals.

It was for these and other developments its important implications for the work of the administrative authority, has given career commitments on the shoulders of workers in public administration, the most important of which take into account the principle of transparency in the administrative work, and ensure the right of individuals and their management to get what they wanted information.

Keywords: Confidentiality - Transparency - The Right to Access - Administrative Documents - The Anti-corruption Campaign.

*PhD in Criminal Law

المقدمة

تعد المعلومة والحوار الاجتماعي في المجتمعات الحرة الديمقراطية المتقدمة حقاً مكفولاً للجميع، ونهاية مجتمع السرية من ضمن الأهداف الأولية للحكومة^(١). ولا شك أن كل مجتمع يحتاج إلى قدر أو مجال من السرية تفرضه بعض الأحيان اعتبارات ضرورة المحافظة على الصالح العام واحترام حياة الأفراد الخاصة^(٢). فمراعاة الصالح العام تفرض دون شك وجوب أن تظل بعض المجالات والأنشطة والأعمال بعيدة عن النشر والإعلان، وكذلك الاطلاع عليها، لأهميتها ومساسها بالمصالح الحيوية للدول من عسكرية واقتصادية وصناعية، من ذلك المعلومات والوثائق المتعلقة بعلاقات الدولة الدبلوماسية، أو بسير المفاوضات الدولية أو بالخطط الدفاعية والإجراءات الأمنية، أو بخطط إنتاج مصانع الدولة الحربية؛ وذلك نظراً لما يترتب على هذا الإفشاء من تأثير ضار على وجود الدولة نفسه، بل إن المصلحة العامة تقضي أحياناً أن تظل بعيداً عن فضولية بعض الأعمال التحضيرية التي تسبق صدور القرار، وتعد تمهيداً له، من ذلك مداولات مجلس الوزراء -مثلاً- في الشؤون العامة للدولة.

ولهذا حرص المشرع الجنائي في كل من مصر وفرنسا على تجريم إفشاء بعض الأسرار؛ حفاظاً على المصالح الحيوية للدولة، بالإضافة إلى حماية الحياة الخاصة للأفراد من الاعتداء عليها، وتعد المادة (٣٧٨) من قانون العقوبات الفرنسي^(٣) المقابلة للمادة (٣١٠) من قانون العقوبات المصري هي النص الرئيس والأساس في حظر إفشاء أسرار حياة الأفراد الخاصة، وبالنسبة إلى أسرار الدفاع المواد (٧٢) وما بعدها

(١) Lemasurier J.-Vers une démocratie administrative: Du refus d'informer au droit d'être informé, RDP, 1980, P.1255.

(٢) د. محمد عبد الواحد الجميلي: من السرية إلى الشفافية الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣م، ص ٣.

(٣) انظر: مادة (١٣/٢٢٦) من قانون العقوبات الفرنسي الجديد.

من قانون العقوبات الفرنسي وبصفة خاصة المادة (٧٨)، والمواد (٨٠) وما بعدها من قانون العقوبات المصري^(٤).

إشكالية البحث:

مما لا شك فيه أن الاعتراف للأفراد بالحقوق في الاطلاع على الوثائق الإدارية لن تكون له قيمة فعلية ما لم يتحقق علم الأفراد بوجودها، إلا أن قانون ١٧ يوليو ١٩٧٨ الفرنسي أنشأ لجنة أطلق عليها "لجنة الاطلاع على الوثائق الإدارية"، 'Le Droit d' accès aux documents administratifs واختصاراً لها "CADA" والتي عهد إليها بمهمة السهر على احترام أحكامه، هذا فضلاً عن عدم اختفاء دور القاضي الجنائي كملاذ أخير لأصحاب الشأن (المجني عليهم).

ومن هنا نبحت عن أهمية الجهات الرقابية لدينا بجمهورية مصر العربية، وهل توجد جهة رقابية تقوم بهذا الدور في الاعتراف للأفراد بممارسة حقوقهم في الحق على الاطلاع على الوثائق الإدارية، أضف إلى ذلك دورها في مكافحة فساد الجهات الرقابية والإدارية في الدولة، وهل يوجد بالتشريع المصري ما يقوم مقام هذه الجهة في مكافحة الفساد والقضاء عليه، وتُحول الجهات الإدارية من إدارة تعمل في الظلام إلى إدارة تعمل في وضوح النهار مع أفراد المجتمع كافة هذا ما نحاول الإجابة عليه في هذا البحث فيما يلي.

أهمية البحث:

تأتي أهمية البحث في محاولة البحث عن الشفافية في مكافحة الفساد الإداري، وتحول الإدارة من إدارة بينها وبين الجمهور حائل من الغموض إلى إدارة لا تخفي معلومة، تزامناً مع عصر المعلوماتية، كان حرياً بالمشروع المصري تقديم حماية أكثر ردياً وفاعلية لحياة الأفراد الخاصة وحرّياتهم من الأخطار التي يمكن أن تتجمّع عن

(٤) راجع أيضاً: الجريدة الرسمية ٢٥ سبتمبر ١٩٧٥م العدد ٣٩ والمعدل بمقتضى القانون رقم ٢٢

لسنة ١٩٨٣م، الجريدة الرسمية ٧ مايو سنة ١٩٨٣م، العدد ١٨ مكرر، الخاصة بأسرار السياسات العليا للدولة والأمن القومي، القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٧٥م.

القيام بمعالجات لبياناتهم الشخصية أو الاسمية، وقصور القانون الجنائي بنصوصه التقليدية على تقديم الحماية الجنائية بصورة كافية، فعلى الرغم من عصر المعلوماتية، والتطور التكنولوجي في مجال حفظ ونقل المعلومات والبيانات وربطها بغيرها في أقصر وقت ممكن مع قدرتها على حفظ هذه المعلومات والبيانات إلى فترة طويلة.

منهج البحث:

تقوم هذه الدراسة على المنهج التحليلي المقارن، فلا يمكن إغفال التباين الواضح بين النظامين (المصري والفرنسي) حول الحماية الجنائية التي حاولت الأنظمة القانونية تبنيها؛ وذلك للوصول إلى غاية واحدة هي حماية الأفراد من الامتناع عن ممارسة حقهم في الاطلاع على الوثائق الإدارية، وإبداء آرائهم وملاحظاتهم، المتعلقة بحياتهم الخاصة، أو تلك المتعلقة بحياتهم العامة، كذلك الجهات المعنية، في ضوء الحماية الجنائية.

خطة البحث:

- المبحث الأول: الحق في الاطلاع على الوثائق الإدارية.
- المطلب الأول: نطاق تطبيق الحق في الاطلاع على الوثائق الإدارية.
- المطلب الثاني: الاستثناءات الواردة على الحق في الاطلاع.
- المبحث الثاني: الحماية الجنائية للأسرار المعلوماتية.
- المطلب الأول: موقف المشرع الفرنسي.
- المطلب الثاني: موقف المشرع المصري.
- الخاتمة
- أهم النتائج والتوصيات
- قائمة المراجع

المبحث الأول

الحق في الاطلاع على الوثائق الإدارية

أصبحنا في عصر التقدم التكنولوجي، الذي يرتكز في المقام الأول على الثورة الرقمية، والإدارة الإلكترونية وعصر الحوكمة الحاسوبية، مما أوجب أن يعترف المشرع المصري بإعطاء الحق في العلم والاطلاع على الوثائق الإدارية مثلما فعل قرينة (المشرع الفرنسي) وفقاً لقانون ١٧ يوليو ١٩٧٨م^(٥)، Le Droit d' accès aux documents administratifs

ويعد هذا القانون بمنزلة نقطة تحول في غاية الأهمية؛ ذلك أن القاعدة التي كانت مستقرة قبل صدوره -وما زالت- هي المطبقة في مصر تتمثل في أنه في حالة غياب النص فإنه لا يوجد التزام على الإدارة باطلاع أي شخص -سواء أكان طبيعياً أم معنوياً- على الوثائق الإدارية إلا إعمالاً للمواجهة في الإجراءات واحترام حقوق الدفاع.

ففي مجال الاطلاع على الوثائق الإدارية نجد القضاء الفرنسي احتراماً منه وحماية لحق الدفاع الذي يعد من المبادئ العامة^(٦)، اعترف للأفراد بالحق في الاطلاع أو المعرفة في بعض المواضع، حيث نجدة يقرر في أكثر من موضع بأنه حتى ولو لم يكن هناك نص يلزم جهة الإدارة بالمواجهة، فإن هناك بعض القرارات -سواء نظراً

(٥) المعدل بالقانون رقم ٧٩-٥٨٧ الصادر في ١١ يوليو سنة ١٩٧٩م بشأن تسبب القرارات الإدارية.

(٦) Chapus R. Droit administratif général.T.I., éd,1995, P.73 et s.

ومن أحكام مجلس الدولة الفرنسي يمكن أن نذكر.

C.E 5 Mai1994, Dame Trompier-Gravier, R.P.133, R.D.P, 1994, 256, Note Jeze., C.E6 oct.1995, Aramu, R.P 213, S. 1996, III, P.1, concl .

انظر كذلك المجلس الدستوري:

C.C 28 déc.1990, N 90_ 285 DC, P.95, Rjc éd 1994, P.424.

حيث قضي بعدم دستورية نص تشريعي لا يفرض احترام حقوق الدفاع قبل توقيع جزاء ضريبي، وكذلك C.C Juill, 1997, N77_83 DC, R.P.39.

لطبيعتها أم لآثارها- لا يمكن اتخاذها دون إتباع إجراء المواجهة، أي دون تمكين صاحب الشأن من الإحاطة بمشروع القرار المزمع اتخاذه وإبداء ملاحظاته. وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي هذا المبدأ في كل مرة تريد فيها الإدارة توقيع جزاء على درجة من الجسامة "Suffisamment grave"، وكذلك بالنسبة إلى الإجراءات التي وإن كانت لا تأخذ وصف الجزاء إلا أنها اختصت بالنظر إلى الشخص موضوع الإجراء En consideration de la personne qui en fait l'objet، متى كان من شأنها المساس بمصالحة المادية أو المعنوية^(٧).

كما توجد نصوص متفرقة في فرنسا تعترف للأفراد بهذا الحق من ذلك:

- نص المادة (٥٨) من قانون إبريل ١٨٨٤م التي أصبحت المادة (١٩/١٢١) (L من قانون المحليات، والتي تعطي لسكان القرية أو المقاطعة Commune الحق في الحصول أو الاطلاع على محاضر المجلس المحلي والميزانية وحسابات القرية أو المقاطعة.

- نص المادة (٦٥) من القانون الصادر في ٢٢ إبريل ١٩٠٥م التي تعطي الحق لكل موظف مدني أو عسكري في الاطلاع الشخصي على كل محتويات ملفاتهم في كل مرة يكونون فيها عرضة لإجراء تأديبي أو للنقل أو تأخيرهم في أقدميتهم.

- نص المادة (٣١) من الأمر الصادر في ٤ فبراير ١٩٥٩م بشأن نظام موظفي الدولة والتي تعطي الحق لكل موظف في الاطلاع بمجرد تحريك الدعوى التأديبية ضده على ملفه الشخصي، وكذلك كل الوثائق الملحقة.

- نص المادة (١٦٤٩) من التقنين العام للضرائب التي توجب إعلام المفروض عليه الضريبة Le redevable بطبيعة وسبب تعديل الضريبة.

⁽⁷⁾ Chapus R., OP Cit, P.990 et s; vedel G., Delvolvé P- Droit administratif T.I, éd. 1990, PUF p.283, Long M. et autres. Les grands arrêts de la Jurisprudence administrative, 11, éd, 1996, P.355.

ومن أحكام مجلس الدولة الفرنسي بالنسبة للجزاءات يمكن أن نذكر:

C.E 5 Mai 1994 Dame tromprier-Gravier, R.P.133, R.D.P 1994, OP Cit. 256.

- نص المادة (٢٤-٢٥) من الأمر الصادر في ٢ نوفمبر ١٩٤٥م، حيث توجب في غير حالة الاستعجال المطلق ضرورة سماع الأجنبي ومواجهته بما هو منسوب إليه أمام لجنه مشكلة لهذا الغرض قبل الأمر بطرده.

كذلك يظهر هذا الحق في الحالات التي يوجب فيها القانون إجراء تحقيق عام قبل القيام ببعض العمليات أو اتخاذ بعض القرارات، ذلك أن الإدارة في هذه الحالة يجب عليها إطلاع الجمهور على العديد من الوثائق المتعلقة بالعملية المزمع القيام بها ومن أقدم المجالات التي يلزم فيها اللجوء إلى هذا الإجراء مجال نزع الملكية للمنفعة العامة^(٨).

إلا أن قانون ١٧ يوليو ١٩٧٨م قلب القاعدة بأن جعل من حرية الاطلاع هي القاعدة والاستثناء هو السرية، ولا يعد هذا القانون الأول من نوعه في المنطقة الأوروبية فقد سبقت فرنسا العديد من الدول الأوروبية^(٩)، وكذلك الولايات المتحدة الأمريكية، في الاعتراف بهذا الحق أو هذه الحرية الجديدة.

أما في مصر بالرغم من أنه لم تعترف للأفراد بهذا الحق، كما إن القاعدة التي مازالت مستقرة تتمثل في أنه لا اطلاع على الوثائق الإدارية دون نص يسمح بذلك، إلا أنه توجد بعض النصوص ذات اتجاه أو مبدأ عام.

من أمثلة هذه النصوص نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر:

- ما كانت تقضي به المادة (٨٥) من قانون العاملين رقم ٢١٠ لسنة ١٩٥١م من وجوب إخطار الموظف بما هو منسوب إليه، وكذلك المادة (٩٠) من القانون ذاته التي كانت تنص صراحة على حق الموظف المحال إلى المحاكمة التأديبية في أن يطلع

(٨) د. محمد عبد الواحد الجميلي: مرجع سابق ذكره، ص ١٠٨ وما بعدها.

(٩) من ذلك مجموعة الدول الإسكندنافية، فنلندا قانون ٩ فبراير ١٩٥١م، النرويج قانون ١٩ يونيو ١٩٧٠م، الدنمارك ١٠ يونيو ١٩٧٠م، وكذلك السويد منذ ١٧٦٦م.

عن التحقيقات التي أجريت، وعلى جميع الأوراق المتعلقة بها وله أن يأخذ صورة منها^(١٠).

- كذلك نص المادة (١٠٨) من قانون تنظيم الجامعات رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٢م لعضو هيئة التدريس المحال إلى مجلس التأديب الاطلاع على التحقيقات التي أجريت وذلك في الأيام التي يعينها له رئيس الجامعة، والمادة (١٠٧) من القانون ذاته "يعلم رئيس الجامعة عضو هيئة التدريس المحال إلى مجلس التأديب ببيان التهم الموجه إليه وبصورة من تقرير التحقيق وذلك بكتاب موصي عليه مصحوب بعلم وصول قبل الجلسة المعينة للمحاكمة بعشرين يوماً على الأقل".

- وتحقيقاً للشفافية في مجال المناقصات والمزايدات حرص المشرع في القانون رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨م بشأن قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة؛ على تحقيق علم الكافة بأسباب القرارات الخاصة بإرساء المناقصة أو الممارسة العامة أو الممارسة المحدودة أو المزايدة وإلغاء أي منها وكذا استبعاد العطاءات، حيث استلزم وجوب الإعلان عنها في لوحة إعلانات تخصص لهذا الغرض تحدد لها السلطة العامة مكاناً ظاهراً للكافة، وذلك لمدة أسبوع واحد لكل قرار، هذا فضلاً عن وجوب إخطار مقدمي العطاءات بخطابات موصي عليها بعلم الوصول عناوينهم الواردة بالعطاء^(١١)، وبالتواتر مع المادة رقم ٣٥ يجب استبعاد العطاءات غير المطابقة للشروط والمواصفات طبقاً لأحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية، والشروط والمواصفات والمتطلبات المحددة بكرة الشروط والمواصفات.

- وتتم ترسية المناقصة أو الممارسة على صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً أو الذي يتم تربيحه وفقاً لنظام النقاط المحددة عناصره وأساسه بشروط الطرح، وذلك بعد توحيد أسس المقارنة بين العطاءات من جميع النواحي الفنية والمالية، مع

(١٠) بالرغم من أن القوانين المعدلة لهذا القانون الآن لم يدرج بها نص مماثل إلا أن ذلك كما ذهب البعض لا يعفي السلطات التأديبية من هذا الإجراء، وإنما عليها التقييد به؛ كونه ضماناً مهمة طبقاً للمبادئ العامة للقانون.

(١١) راجع المادة (٤٠) من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨م الملغي بالقانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨م.

الأخذ في الاعتبار العناصر التي تؤثر في تحديد القيمة المقارنة للعطاءات بحسب ظروف موضوع التعاقد وطبيعته.

- ولا يجوز التعديل في هذه الشروط بعد الموعد المحدد لفتح المظاريف الفنية.
- وإذا تبين للجنة البت أن العطاء الأقل سعراً منخفض انخفاضاً غير عادي مقارنة بالعطاءات الأخرى والقيمة التقديرية، وجب عليها طلب تفاصيل العطاء المقدم كتابة، فإذا تبين لها من دراسة ما قدمه من تفاصيل ومعلومات أن العرض المقدم منه ما يزال يثير الريبة ويتعذر التنفيذ به توصي اللجنة باستبعاده، ويتعين أن توثق اللجنة كل ما يتخذ من إجراءات أدت إلى ذلك، ووفقاً لما تنظمه اللائحة التنفيذية لهذا القانون.
- وترفع اللجنة محضرها متضمناً قراراتها وتوصياتها للسلطة المختصة للاعتماد أو لتقرير ما تراه.

- ويجب أن يشمل قرار الاستبعاد أو الترسية على الأسباب التي بني عليها.
- ومع مراعاة حكم المادة (٤) من القانون رقم ٥ لسنة ٢٠١٥م في شأن تفضيل المنتجات المصرية في العقود الحكومية، يعد المنتج المقدم عن توريدات مستوفية لنسبة المكون الصناعي المصري أقل سعراً إذا لم تتجاوز نسبة الزيادة فيه (١٥%) من قيمة أقل عطاء غير مستوف.

- ويعد العطاء المقدم عن الخدمات أو الأعمال الفنية التي تقوم بها جهات مصرية أقل سعراً إذا لم تتجاوز نسبة الزيادة فيه (١٥%) من قيمة أقل عطاء أجنبي، ويستثنى من ذلك العطاءات المقدمة في عقود المشروعات المنصوص عليها في المادة (٣) من القانون رقم ٥ لسنة ٢٠١٥م المشار إليه وما تشمله هذه المشروعات أو يكون لازماً لها من خدمات أو أعمال فنية.

- وفي جميع الأحوال، يخطر صاحب العطاء الفائز بقبول عطائه بموجب خطاب يرسل بخدمة البريد السريع عن طريق الهيئة القومية للبريد، مع تعزيزه في ذات الوقت بالبريد الإلكتروني أو الفاكس بحسب الأحوال، كما يخطر باقي مقدمي العطاءات كتابة

بما انتهت إليه الجهة الإدارية من قرارات مع وجوب إتاحة الفرصة لإيضاح أسباب عدم قبول العطاء لمن يطلب من مقدمي العطاءات^(١٢).

- ويهدف القانون على تعزيز مبادئ الحوكمة، وتطبيق معايير العلانية والشفافية والنزاهة وحرية المنافسة والمساواة وتكافؤ الفرص، وتجنب تعارض المصالح^(١٣).

- كما يهدف إلى تطبيق أساليب الإدارة الحديثة، والانتقال مرحلياً إلى استخدام تكنولوجيا المعلومات في الإجراءات.

- تطوير طرق الشراء والبيع وأنماط التعاقد لمسايرة التطورات الاقتصادية، وتلبية احتياجات الجهات الإدارية بفاعلية.

- توفير معاملة عادلة للمتعاملين من مجتمع الأعمال مع الجهات الإدارية، وفي ذات الوقت منع ممارسات التواطؤ والاحتيال والفساد والاحتكار.

- تشجيع الجهات الخاضعة لأحكام هذا القانون على تبني الحلول والمبادرات الابتكارية والتقنيات المتطورة عند التعاقد على تلبية احتياجاتها، وكذلك تبني سياسات التعاقد المستدام.

- تهيئة المناخ للشركات والمشروعات المتوسطة والصغيرة والمتناهية الصغر للمنافسة فيما يتم طرحه من عمليات.

- ليس هذا فقط فقد أفرد المشرع بالمادة رقم (٩) من القانون رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨م يجب على الجهة الإدارية وضع خطة باحتياجاتها السنوية بالتزامن مع تقديم مشروع موازنتها لوزارة المالية، تتضمن العمليات المتوقعة تنفيذها خلال السنة المالية المقبلة وذلك وفقاً للنماذج التي تعدها الهيئة العامة للخدمات الحكومية لهذا الغرض، ويتم اعتمادها من السلطة المختصة دون غيرها، وتنتشر على بوابة التعاقدات العامة بغرض إعلام المتعاملين معها، ودون أن يرتب ذلك أي التزامات على الجهة الإدارية.

آخر زيارة للموقع بتاريخ ٢٠٢٠/٧/٨م <http://onelink.to/ppo.gov> ^(١٢)

^(١٣) المادة (٢) من القانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨م بشأن تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة، الجريدة الرسمية العدد ٣٩ مكرر (د) بتاريخ ٣ / ١٠ / ٢٠١٨م.

- وعلى الجهة الإدارية تعديل خطة احتياجاتها في ضوء ما تم تخصيصه وإقراره لها من اعتمادات مالية، واعتماد هذا التعديل من السلطة المختصة دون غيرها، ويجب نشر الخطة المعدلة على بوابة التعاقدات العامة فور بداية السنة المالية.
- ويستثنى من النشر الحالات التي تقتضي اعتبارات الأمن القومي عدم النشر عنها وفقاً لما تقرره السلطة المختصة^(١٤).
- كما نجد المادة رقم (٥) من ذات القانون: "يتولى مكتب شكاوى التعاقدات العمومية التابع لوزير المالية مباشرة تلقي الشكاوى المتعلقة بأي مخالفة لأحكام هذا القانون ولوائحته التنفيذية وفحصها واتخاذ قرار في شأنها دون مقابل، ما لم تتطلب دراستها خبرات فنية متخصصة تمكنه من البت فيها، وتكون قراراته ملزمة لطرفي الشكاوى، ويجب على الجهة الإدارية تنفيذ القرار خلال مدة لا تتجاوز سبعة أيام من تاريخ تسلمه ودون أن يخل ذلك بحق مقدم الشكاوى في اللجوء إلى القضاء".
- ويصدر بتنظيم العمل بالمكتب، واختصاصاته الأخرى، والمدد الزمنية لتلقي الشكاوى والبت فيها، وآليات الاستعانة بالخبرات الفنية قرار من رئيس مجلس الوزراء.
- ويكون لكل ذي شأن التقدم إلى الجهة الإدارية بشكواه كتابة بخصوص أي إجراء من إجراءات التعاقد وفي ذات التوقيت إخطار مكتب شكاوى التعاقدات العمومية بصورة منها، وإذا لم يفصل فيها بمعرفة الجهة الإدارية يكون له الحق في التقدم بشكواه إلى المكتب وذلك قبل اللجوء إلى جهات القضاء.
- ويجوز للمكتب وقف إجراءات العملية محل الشكاوى لمدة يحددها قرار رئيس مجلس الوزراء للفصل فيها إذا كانت هناك ضرورة لذلك عدا الحالات الطارئة أو العاجلة التي يقدرها وفقاً للاعتبارات التي تقدمها الجهة الإدارية، ويلتزم المكتب بنشر نتيجة ما ينتهي إليه فحصه للشكاوى المقدمة له على بوابة التعاقدات العامة.
- كما نجد أبرز المجالات التي تردد فيها المشرع المصري بين السرية والشفافية يتمثل في تقرير الكفاية أو قياس كفاية أداء الموظف، فمن المعروف أن المشرع أخضع

(١٤) آخر زيارة للموقع بتاريخ ٨/٧/٢٠٢٠م <http://onelink.to/ppo.gov>

العاملين المدنيين بالدولة لنظام تقرير الكفاية، وجعل لها دوراً بالغ الأهمية على حياة الموظف الوظيفية، بل في استمراره من عدمه منخراطاً في سلك الوظيفية العامة^(١٥).

من هنا يتبين لنا أن المشرع المصري قرر نهج العلانية المطلقة، وذلك بأن أعطي للعاملين الحق في الاطلاع والتظلم وقبل وضع التقرير النهائي من البيانات المدونة في السجلات التي تعدها الوحدة لتقرير الكفاية^(١٦)، كما سمح المشرع المصري بالتعاقد إلكترونياً، ويعتبر في هذه إمكانية الوصول للوثائق الإدارية بشأن التعاقدات العامة دون أي معاناة مما يعد اتجاه نحو الشفافية وإعلان كافة الوثائق والقرارات المتعلقة بالعقود الإدارية التي تبرمها على بوابة التعاقدات العامة الإلكترونية.

وسوف أتناول هذا المبحث من خلال عرض المطالبين التاليين كما يأتي:

المطلب الأول: نطاق تطبيق الحق في الاطلاع على الوثائق الإدارية.

المطلب الثاني: الاستثناءات الواردة على الحق في الاطلاع.

المطلب الأول

نطاق تطبيق الحق في الاطلاع على الوثائق الإدارية

حاول المشرع الفرنسي في قانون ١٧ يوليو ١٩٧٨م جعل هذا الأخير ذا نطاق واسع، سواء بالنسبة إلى المستفيدين والخاضعين لأحكامه أم بالنسبة إلى الوثائق الخاضعة لأحكامه أو القابلة للاطلاع عليها.

(١٥) الجريدة الرسمية بالعدد ٣٤ مكرر (أ)، قرارا بقانون لرئيس الجمهورية رقم ٨١ لسنة ٢٠١٦م، بإصدار قانون الخدمة المدنية. راجع المواد (٢٥-٢٦) من قانون ٨١ لسنة ٢٠١٦م قانون الخدمة المدنية للعاملين المدنيين بالدولة.

(١٦) وفقاً لنص المادة (٢٧) من اللائحة التنفيذية المعدلة بقانون ٨١ لسنة ٢٠١٦م تعد كل وحدة السجلات التي تتضمن البيانات اللازمة لوضع تقارير كفاية الأداء، ويجب أن تكون هذه البيانات مستمدة من أصول ثابتة في الأوراق، والعاملين الحق في الاطلاع على البيانات المدونة في السجلات والتظلم منها، وتحدد السلطة المختصة الجهة التي يقدم إليها التظلم، وكيفية الفصل فيه.

أولاً- المستفيدون من الحق في الاطلاع:

يقصد بالمستفيدين: من لهم الحق في الاطلاع المنظم بمقتضى قانون ١٧ يوليو ١٩٧٨م، وتختلف دائرة المستفيدين ضيقاً واتساعاً حسب ما إذا كانت الوثيقة المطلوب الاطلاع عليها اسمية أو غير اسمية.

١- الوثائق غير الاسمية:

منح المشرّع الفرنسي الحق في الاطلاع على الوثائق الإدارية "لكل شخص"، يستوي في ذلك أن تكون أشخاص معنوية عامة كالهيئات العامة والوحدات المحلية أو خاصة كالجمعيات والمشروعات الخاصة والأحزاب السياسية.

مع ملاحظة أن: ممارسة الحق في الاطلاع لا يمكن أن تتم إلا بين شخصين مختلفين، أي بين هيئة عامة وهيئة عامة أخرى، أو بينها وبين الدولة أو أحد الأشخاص المحلية فلا يجوز الالتجاء إلى قانون ١٧ يوليو ١٩٧٨م إذا كانت الجهة طالبة الاطلاع تتبع الشخص المعنوي نفسه، وهو ما حرصت لجنة الاطلاع على الوثائق الإدارية التأكيد عليه في آرائها وفتاويها وكذلك تقاريرها.

وهنا يمكن طرح إشكالية ألا وهي: هل يستلزم المشرّع لإمكانية ممارسة صاحب الشأن للحق في الاطلاع أي تبرير من جانبه يبرز مصلحته في هذا الطلب؟ بمعنى آخر: هل يلزم قيام صاحب الشأن بتقديم الدليل على أن له مصلحة في الحصول على الوثائق كشرط لتمكينه من الاطلاع؟

الإجابة: لا بل أكثر من ذلك، ليس لجهة الإدارة أن تسأله عن الغاية التي يهدف إليها من وراء حصوله على الوثائق المطلوب الاطلاع عليها، ولا حتى فيما سوف يتم استخدامها.

لم يشأ المشرّع الفرنسي التضييق من دائرة المستفيدين من الحق في الاطلاع بالنسبة إلى هذا النوع من الوثائق، وذلك بالرغم من أن مشروع القانون كان يقصر الاستفادة من هذا القانون على المواطنين فقط من الأشخاص الطبيعيين، مما يعني استبعاد الأجانب والأشخاص المعنوية إلا أنه عند عرض المشروع عند مجلس الشيوخ تم إحلال فكرة المتعامل مع الإدارة محل فكرة المواطنة، وذلك لتوسيع نطاق الاستفادة لتشمل

جميع الأشخاص، وبالفعل صدر القانون على هذا الأساس، فحرية الاطلاع على الوثائق الإدارية ليست قاصرة فقط على الفرنسيين وإنما يتمتع به أيضاً الأجانب المقيمون في فرنسا وبالشروط والأوضاع نفسها^(١٧).

٢- الوثائق الاسمية:

على خلاف الوثائق غير الاسمية التي جعل المشرع حق الاطلاع عليها مقررًا لكل شخص، قيد المشرع من حرية الاطلاع بالنسبة إلى الوثائق الاسمية، حيث قصر الاطلاع عليها كما هو الشأن بالنسبة إلى البطاقات الاسمية على الأشخاص الذين تتعلق بهم هذه الوثائق.

ثانياً- الخاضعون للالتزام بالاطلاع:

يخضع للالتزام بالشفافية وفقاً لنص المادة الثانية من القانون، بالنسبة إلى ما يصدر عنهم من وثائق، جميع إدارات الدولة الوحدات المحلية أو الإقليمية، الهيئات العامة، ومنظمات القانون الخاص، المكلفة بإدارة مرفق عام.

واشترط كون الوثيقة صادرة عن أحد الأشخاص المشار إليها حتى يمكن إخضاعها للالتزام بالشفافية واطلاع الأفراد عليها من شأنه في الواقع باب التحايل أمام الجهات التي ترغب في الاحتفاظ بسرية بعض ملفاتها أو وثائقها حيث يمكن لها هرباً مما يفرضه عليها القانون^(١٨)، من التزام بتمكين الأفراد من الاطلاع على ما تحت يدها من مستندات ووثائق، أن تطلب من إحدى الجهات غير الخاضعة للقانون القيام بإعداد الوثائق التي تبغي الاحتفاظ بها في طي الكتمان وبهذا يمكن لها الاحتجاج بأن الوثائق غير القابلة للاطلاع عليها بأنها غير صادرة منها.

لأجل ذلك اقترح البعض اعتبار تلك الوثائق وكذلك تلك التي تكون يد الجهات الخاضعة للقانون بحكم أو بسبب القيام بمهمتها حتى، ولو لم تكن صادرة عنها قابلة للاطلاع أو الحصول عليها أيضاً بقوة القانون.

(١٧) د. محمد عبد الواحد الجميلي: مرجع سابق ذكره، ص ٩٣ وما بعدها.

(18) M. Janas, B. Lavielle, X. Lameyre, Le guide des peines, 5^e éd, « Guides Dalloz », 2012.

وتبيّن لي أن حق الأفراد في الاطلاع يجعل منهم سلطة رقابية عليا على الجهات والوحدات المحلية بالدولة، ونجد هذا الدور يقتصر في بعض الأحيان على المحافظ المختص، وذلك كما نجده في قانون الوحدة المحلية بمصر، يتولى المحافظ ما يأتي^(١٩):

- ١- مراقبة عدالة توزيع الموارد، وتحقيق التنمية المتوازنة في نطاق المحافظة، وله الاعتراض على أي قرار تتخذه الأجهزة المحلية يحول دون تحقيق ذلك على النحو الذي تبينه اللائحة التنفيذية.
 - ٢- تقديم مقترحات إلى الوزير المختص بالإدارة المحلية بكيفية تحسين أداء الأجهزة المحلية في قطاع أو أكثر.
 - ٣- اتخاذ جميع الإجراءات التي تكفل الرقابة على أعمال الأجهزة المحلية، والتأكد من توافر المعلومات والبيانات اللازمة، لمتابعة وتقييم المشروعات التي تنفذها الأجهزة المحلية بالمحافظة، وإتاحة هذه البيانات والمعلومات للأجهزة المركزية والمحلية المعنية بالمتابعة والتقييم.
 - ٤- التفتيش على الأجهزة التنفيذية للوحدات المحلية في نطاق المحافظة والمرافق الخاضعة لإشرافها، وله أن يكلف بإجراء هذا التفتيش أجهزة الرقابة المختصة أو من يختاره من الفنيين والإداريين المختصين من الموظفين المدنيين بالمحافظة على النحو المبين في هذا القانون ولائحته التنفيذية....٥ حتى البند التاسع.
- فالذي يقوم بتوزيع الأدوار والرقابة والمتابعة والتفتيش هو المحافظ المختص، لم نجد أي إشارة تعطي للأفراد هذه السلطة، ولو بشكل مقيد^(٢٠).

^(١٩) مادة (١٧) أصلها المادة (١٢) من قانون الوحدات المحلية الملغاة.

^(٢٠) Art. 6 Responsabilité des personnes morales. 1. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour veiller à ce que les personnes morales puissent être tenues pour responsables des infractions visées aux articles 3 et 4 commises pour leur compte par toute personne, agissant soit individuellement, soit en tant que membre d'un organe de la personne morale en cause qui exerce un pouvoir de direction en son sein sur l'une des bases suivantes:

a) un pouvoir de représentation de la personne morale;

المطلب الثاني

الاستثناءات الواردة على الحق في الاطلاع

كما هو الشأن لكل مبدأ فإن حرية الاطلاع على الوثائق الإدارية التي شيدها قانون ١٧ يوليو ١٩٧٨م أورد عليها المشرع في المادة السادسة من القانون بعض الاستثناءات سمح فيها للجهات الخاضعة فيه لأحكامه بإمكانية رفض الحصول أو الاطلاع على بعض الوثائق، إذا كان من شأن ذلك المساس ببعض المصالح والأسرار، وجد أنها أولى بالرعاية، قام بتعدادها في صلب القانون، وقد فضل المشرع عدم الدخول في تفاصيل ما قرره من استثناءات تاركاً للقرارات الوزارية أمر تحديد قائمة الوثائق غير المسموح بالاطلاع عليها تطبيقاً لتلك الاستثناءات التي يجب أن تصدر بعد أخذ رأي اللجنة المحددة لذلك "CADA"^(٢١).

واتجاه المشرع الفرنسي في هذا الصدد يعد اتجاهاً واقعياً ذلك أن تحقيق الشفافية المطلقة في النشاط الإداري، أمر صعب بل ومستحيل التحقيق، فكل مجتمع يحتاج في الواقع إلى منطقة يمكن أن نطلق عليها منطقة ظل أو حيز من السرية حفاظاً سواء على بعض مصالح الأفراد الخاصة أو المصالح العامة العليا^(٢٢)، ولكن المهم أمام

b) une autorité pour prendre des décisions au nom de la personne morale; ou
c) une autorité pour exercer un contrôle au sein de la personne morale.

2. Les États membres veillent à ce qu'une personne morale puisse être tenue pour responsable lorsque le défaut de surveillance ou de contrôle de la part d'une personne visée au paragraphe 1 du présent article a rendu possible la commission d'une infraction visée aux articles 3 et 4, au profit de ladite personne morale par une personne soumise à son autorité.

3. La responsabilité de la personne morale en vertu des paragraphes 1 et 2 du présent article n'exclut pas les poursuites pénales contre les personnes physiques qui sont les auteurs, les instigateurs ou les complices des infractions visées aux articles 3 et 4

(٢١) مادة (٢/٦) من القانون.

(22) Chevallier J., Le mythe de la transparence administrative, in information et transparence administratives, collectif univ.de rech, Adm.Et polit. De Picardie "CURAPP", PUF, 1998, P. 259_260.

الواقع هو محاولة حصر هذه الدائرة في أضيق نطاق؛ نظراً لما قد تحمله من تهديد لحقوق وحرّيات الأفراد. أضف إلى ذلك حماية للإدارة أو الصالح العام، فمنها ما يأتي:

أولاً- استثناءات مقررة لصالح الأفراد:

وهي استثناءات نابعة من وجوب احترام حياة الأفراد الخاصة وملفاتهم الشخصية والطبية، وذلك بمحاولة من البحث عن نقطة توازن بين حق الأفراد في المعرفة أو العلم وحق حماية حياتهم الخاصة من فضول الآخرين، وكذلك المحافظة على الأسرار التجارية والصناعية من الأضرار التي يمكن أن تصيبهم فيما لو كشف للغير عن الوثائق المتعلقة بأنشطتهم.

ثانياً- استثناءات مقررة لصالح الإدارة:

إلى جانب الاستثناءات المقررة لمصلحة الأفراد، أورد المشرّع العديد من الاستثناءات تهدف إلى الحد من الاطلاع، إذا كان فيه مساس ببعض الأسرار والمصالح العامة على النحو الآتي:

- **سرية الدفاع الوطني والسياسة الخارجية:** ومن تطبيقات هذا الاستثناء رفض الاطلاع أو الحصول على التقرير الأمني لمصنع "La Hgue"؛ ذلك أن السماح بذلك من شأنه الكشف عن الكمية المنتجة من مادة البلوتونيوم "Plutonium" التي تستخدم في صنع القنابل الذرية، رفض الاطلاع على دراسات حول خطورة وطبيعة مخلفات منشأة عسكرية، من ذلك أيضاً رفض الاطلاع على قائمة بالملاجئ "Cavités" الموجودة تحت الأرض، والتي يكن استخدامها كمخابئ. أما بالنسبة إلى السياسة الخارجية يمكن أن نذكر الوثائق المحللة لوضع دولي أو المترجمة للسياسة الخارجية لفرنسا من ذلك التعليمات الموجهة إلى القنصليات الفرنسية بالخارج بشأن منح التأشيرات، كذلك التقرير المقدم إلى وزير الشؤون الخارجية بناء على طلبه عن الوضع الداخلي في تشاد.

- **النقود والائتمان العام:** ويدخل في هذا الاستثناء عدد من الوثائق، التي قد يؤدي الاطلاع عليها إلى تشجيع أو تسهيل حركة المضاربات المالية وتخفيض قيمة النقود.

- **سلامة الدولة والأمن العام:** استبعد المشرع من مجال الاطلاع سواء بالنسبة إلى أصحاب الشأن أو اللجنة (CADA) الوثائق المتعلقة بسلامة الدولة وأمنها العام^(٢٣).

- **المساس بسير الإجراءات أمام القضاء أو العمليات التمهيدية لهذه الإجراءات:** ويهدف إلى حماية سرية التحقيقات وإجراءات الضبط القضائي السابقة عليها، هذا وإن كان استخدام تعبير العمليات التمهيدية قد يكون من شأنه فتح الباب أمام الإدارة للالتفاف حول النص استناداً إلى كون الوثيقة مرتبطة بعملية تمهيدية إلى إجراء قضائي.

- **الإضرار بالبحث والتفتيش عن الجرائم الضريبية والجمركية:** وهذا الاستثناء مخصص أساساً لحماية الوثائق التي تتضمن وصفاً لما يلجأ إليه الأفراد من طرق ووسائل من أجل التهرب الضريبي أو الجمركي، أو تكشف عن التوجيهات أو الطرق والوسائل المستخدمة؛ للكشف عن التلاعب والتدليس.

- **سرية المشاورات أو المداوالات الحكومية والسلطات المسؤولة التابعة للسلطة التنفيذية:** ويهدف هذا الاستثناء إلى ضمان قيام السلطات العليا في الدولة المكلفة

(٢٣) جريمة حيازة أجهزة اتصالات وبث دون الحصول على ترخيص من الجهة الإدارية المختصة والمعاقب عليها بالمواد (٤٤، ٧٠، ٧٧) من القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٣م بشأن تنظيم الاتصالات دون أن يدلل تدليلاً سائعاً على حيازة أي متهم لها، كما دان الطاعنين الخامس ومن الثامن حتى العاشر ومن السادس عشر حتى الثالث والثلاثين بجريمة إذاعة أخبار وإشاعات كاذبة من شأنها تكدير الأمن العام المنصوص عليها بالمادة (٨٠) من قانون العقوبات دون أن يستظهر ما إذا كانت المواد الإعلامية المضبوطة قد تم تغيير الحقيقة فيها بمعرفة أي من الطاعنين سالف الذكر وجرى بثها، ومن ثم فإن الحكم يكون قاصراً في بيان الواقعة المستوجبة للعقوبة بياناً تتحقق به أركان الجرائم سالفة البيان، والظروف التي وقعت فيها، وفي بيان مؤدى أدلة الثبوت بياناً كافياً يبين فيه مدى تأييده للواقعة كما اقتنعت بها المحكمة فبات معيباً بما يوجب نقضه .

(الطعن رقم ٢١٨١٩ لسنة ٨٥ جلسة ٢٠١٥/١٢/٠٣) للمزيد متاح على الموقع التالي آخر زيارة بتاريخ ٢٠٢٠/٢/٧٢م

<http://niabaegypt.blogspot.com/2016/02/21819-85-20151203.html>

أساساً برسم السياسة العامة بالعمل في هدوء وصفاء، دون أن يزعجها في ذلك فضول الأفراد بطلب الاطلاع على ما تحت يدها من وثائق تعينها وتساعد على أداء ما هو منوط بها.

- **الأسرار المحمية بنصوص قانونية:** بالإضافة إلى الاستثناءات السابقة فضل المشرع إيراد صيغة عامة قصد منها التأكيد على أن ما أورده من استثناءات لا يخل بالحماية التي قد تكون مقررة لبعض الأسرار بنصوص خاصة سواء كانت سابقة على صدور قانون ١٧ يوليو ١٩٧٨م أو لاحقة على صدوره، وذلك تأسيساً على أن الخاص يقيّد العام حيث نجده يقرر في نهاية المادة السادسة: "وبصفة عامة الوثائق التي تتضمن المساس بالأسرار التي يحميها القانون".

"De façon générale aux secrets protégées par loi"

خلاصة القول: حرص المشرع الفرنسي على توطيد العلاقة بين الجمهور والإدارة، وفي محاولة منه أبان سبل الشفافية الإدارية في نطاق مقيد، ولكنه يشمل كافة طوائف الجمهور من أشخاص طبيعية ومعنوية، بل امتد تعامله مع الأجانب المقيمين بالدولة ليشملهم الحق في الاطلاع على الوثائق الإدارية، ونرى التوازن واضحاً في متطلبات السرية التي تفرضها المجالات المطلوب الاطلاع عليها وبين حاجة الأفراد إلى الحماية مما قد يكون قد تم تسجيله عنهم من بيانات، خاصة وأن أغلبية البيانات ذات طبيعة حساسة، كما لم يسمح المشرع الفرنسي للأفراد بالاطلاع المباشر على البطاقات التي تهم سلامة الدولة والدفاع والأمن العام.

ونجد المشرع الجنائي المصري^(٢٤)، كان يقضاً فوضع من القوانين ما يجرم إفشاء أسرار الوظيفة العامة والأسرار العسكرية التي تمس بمصالح وأمن الدولة العام، وهذا ما نحاول توضيحه في المبحث الثاني بدراسة موقف المشرعين (المصري والفرنسي) في هذا الشأن.

(٢٤) وضع قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧م عقوبات تتعلق بإفشاء أسرار المهنة، فنصت المادة (٣١٠) على "أن كل من كان من الأطباء أو الجراحين أو الصيادلة أو القوابل أو غيرهم، مودعاً إليه بمقتضى صناعته أو وظيفته سر خصوصي ائتمن عليه فأفشاه في غير الأحوال التي يلزمه القانون فيها بتبليغ ذلك، يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ٦ أشهر، أو بغرامة لا...

المبحث الثاني

الحماية الجنائية للأسرار المعلوماتية

حرص المشرع الفرنسي على تقديم حماية أكثر فاعلية لحياة الأفراد الخاصة، وحياتهم من الأخطار التي يمكن أن تتجم عن القيام بمعالجات لبياناتهم الشخصية أو الاسمية، وقصور القانون الجنائي بنصوصه التقليدية على تقديم هذه الحماية بصورة كافية، وانطلاقاً من أن المعلوماتية يجب أن تكون في خدمة كل مواطن، وأنه يجب ألا تحمل تعدياً على ذاتية وحقوق الإنسان، ولا على الحياة الخاصة والحريات الفردية والعامّة، وهو ما قرره المشرع الفرنسي في تجريم العديد من الأفعال التي تمثل خروجاً على أحكامه.

أما المشرع المصري قد اقتصر أمر حمايته على الجرائم الإلكترونية المعلوماتية التي تعرض البيانات والمعلومات الشخصية من استغلالها استغلالاً يسيء إلى أصحابها، وخاصة في ظل عدم كفاية النصوص التجريبية التقليدية المتعلقة بحماية خصوصيات الأفراد، وحرمة حياتهم الخاصة في مواجهة التهديدات والمخاطر المستحدثة لاستخدام تقنية المعلومات، وعليه نقوم بتقسيم هذا المبحث إلي مطلبين، الأول أتناول فيه موقف المشرع الفرنسي من جمع البيانات الشخصية ووضع العقوبات المناسبة لها، وفي المقابل في المطلب الثاني موقف نظيرة المشرع المصري من خلال عرض ما يتعلق بالجرائم المعلوماتية، وقد ظهر ذلك من خلال قانون رقم ١٧٥ مكافحة جرائم تقنية المعلومات المصري لسنة ٢٠١٨ م كالآتي:

المطلب الأول: موقف المشرع الفرنسي.

المطلب الثاني: موقف المشرع المصري.

المطلب الأول

موقف المشرع الفرنسي

وقد وردت نصوص التجريم في قانون ٦ يناير ١٩٧٨م بالمواد (٤١، ٤٢، ٤٣، ٤٤)، وكذلك في المرسوم رقم ٨١-١١٤٢ الصادر في ٢٣ ديسمبر ١٩٨١م^(٢٥)، إلا أنه بمناسبة صدور قانون العقوبات الجديد تم إدراج العديد من الجرائم التي كان ينص عليها قانون ٦ يناير ١٩٧٨م في صلب القانون الجنائي نفسه، حيث يتم تخصيص المواد من (١٦/٢٢٦) إلى (٢٤/٢٢٦) لهذا الغرض، واقتصرت المادة (٤١) من قانون ٦ يناير (١٩٧٨م) على مجرد الإحالة إليها.

وبالرجوع إلى المواد ١٦/٢٢٦ وما بعدها من قانون العقوبات الفرنسي الجديد نجد أن المشرع عاقب على ارتكاب الأفعال التالية:

١- إجراءات معالجة آلية للبيانات الشخصية دون اتخاذ الاحتياطات الضرورية لتأمين المحافظة عليها من التحويل والتلف وإطلاع القانون عليها ١٦/٢٢٦^(٢٦).

٢- إجراء معالجات للبيانات الشخصية دون اتخاذ الاحتياطات الضرورية لتأمين المحافظة عليها من التحويل والتلف والإطلاع عليها من غير المصرح لهم بذلك مادة ١٧/٢٢٦^(٢٧).

٣- جمع البيانات الشخصية بطريق الغش أو التدليس أو بأي طريقة أخرى غير مشروعة، أو إجراء معالجات تتعلق بشخص طبيعي بالرغم من اعتراض هذا الشخص وكان اعتراضه يستند إلى أسباب مشروعة مادة (١٨/٢٢٦)^(٢٨).

(25) J.O 25-26 déc. 1981, P.3511.

(٢٦) التي تقابلها المادة (٤١) من القانون قبل تعديلها، وقد جعل المشرع الفرنسي عقوبة هذه الجريمة الحبس ثلاث سنوات وغرامة (٣٠٠) ألف فرانك.

(٢٧) التي تقابلها المادة (٤٢) من القانون قبل تعديلها، وقد جعل المشرع الفرنسي عقوبة هذه الجريمة الحبس خمس سنوات وغرامة (٢) مليون فرانك.

(٢٨) تقابلها المادة (٤٢) من القانون قبل تعديلها، وقد جعل المشرع الفرنسي عقوبة هذه الجريمة الحبس خمس سنوات وغرامة (٢) مليون فرانك.

٤- إدخال أو الحفظ الآلي لبيانات شخصية دون موافقة صريحة من جانب صاحب الشأن تظهر بطريقة مباشرة أو غير مباشرة الأصل الجنسي أو الاتجاهات السياسية أو الفلسفية أو الدينية أو الانتماء النقابي أو أخلاقياته، وكذلك القيام بإدخال أو بحفظ آلي لبيانات شخصية تتعلق بالجرائم والعقوبات وإجراءات الأمن، وذلك في خارج الحالات المسموح بها قانوناً، مادة (١٩/٢٢٦)(٢٩).

٥- حفظ البيانات الشخصية تحت أي شكل بعد المدة المحددة في طلب الرأي أو الإبلاغ السابق على القيام بالمعالجة الآلية دون الحصول على موافقة اللجنة الوطنية للمعلوماتية والحريات للقيام بذلك، مادة (٢٠/٢٢٦)(٣٠).

٦- الانحراف عن الغاية من المعالجة المحددة في القانون أو القرار اللائحي المصرح بالقيام بها أو تلك المحددة في الإبلاغ السابق عنها، مادة (٢١/٢٢٦)(٣١).

٧- القيام عمداً دون تصريح من صاحب الشأن بنقل بيانات شخصية إلى شخص غير مختص بتلقي هذه البيانات التي يشكل إفشاؤها المساس باعتبار أو حرمة الحياة الخاصة لمن تعلق به هذه البيانات، مادة (٢٢/٢٢٦)(٣٢).

(٢٩) تقابلها المادة (٤٢) من القانون قبل تعديلها، وقد جعل المشرع ع الفرنسي عقوبة هذه الجريمة الحبس خمس سنوات وغرامة (٢) مليون فرانك.

(٣٠) تقابلها المادة (٤٢) من القانون قبل تعديلها، وقد جعل المشرع الفرنسي عقوبة هذه الجريمة الحبس ثلاث سنوات وغرامة (٣٠٠) ألف فرانك.

(٣١) تقابلها المادة (٤٤) من القانون قبل تعديلها، وقد جعل المشرع الفرنسي عقوبة هذه الجريمة الحبس خمس سنوات وغرامة (٢) مليون فرانك.

(٣٢) تقابلها المادة (٤٣) من القانون قبل تعديلها، يعاقب المشرع الفرنسي على هذه الجريمة بالحبس سنة و(١٠٠٠٠٠) فرانك غرامة، أما إذا كان الإفشاء نتيجة إهمال أو عدم احتياط أي بصورة غير عمدية فتكون العقوبة (٥٠٠٠٠) فرانك غرامة.

وقد اقتصر قانون ٦ يناير ١٩٧٨م على تجريم نوعان فقط من الأفعال:

- ❖ استخدام السجل القومي لقيّد الأفراد دون ترخيص بذلك بمقتضى مرسوم يصدر بعد أخذ رأي مجلس الدولة^(٣٣)، واستطلاع رأي لجنة الـ CNIL^(٣٤).
- ❖ إعاقة نشاط اللجنة الوطنية للمعلوماتية والحريات، سواء بالاعتراض على قيامها بالفحص في المكان نفسه أو برفض اطلاع أعضائها أو المستشارين الذين يعملون تحت إشرافها على الوثائق والمعلومات المفيدة لقيامهم بالمهمة المكلفين بها من قبل اللجنة أو إخفائها، أو القيام باطلاع اللجنة على بيانات غير مطابقة لمضمون التسجيل وقت تقديم الطلب.

وقد أغلّ قانون ٦ يناير ١٩٧٨م المعاقبة على إعاقة ممارسة الأفراد لحقهم في الاطلاع والتصويب، وتداركاً لذلك -بناءً على اقتراح لجنة الـ CNIL- صدر مرسوم

^(٣٣) تقابلها المادة (٤٣) من القانون بعد تعديلها، بمقتضى قانون ١٦ ديسمبر ١٩٩٢م ويعاقب على هذه الجريمة بالحبس (٥) سنوات و(٢) مليون فرنك غرامة.

^(٣٤) اللجنة الوطنية للمعلوماتية والحريات، والتي شيدتها قانون ٦ يناير ١٩٧٨م، وقد عهد إليها بمهمة السهر على احترام تطبيق أحكامه وضمان تمتع الأفراد بما قرره من حقوق وعدم تعرضهم لأي إعاقة في ممارستها، كما يضمن الامتثال للوائح العامة لحماية البيانات (GDPR) وقانون حماية البيانات المعدل:

- يقدم المشورة والدعم للمسؤولين عن المشاريع الرقمية.
 - دعم مندوبي حماية البيانات (DPOs) المعيّنين من قبل الشركات والجمعيات والخدمات العامة.
 - يحل نتائج الابتكارات التكنولوجية على الخصوصية والحريات، ويقدم توصيات.
 - يجيز معالجة البيانات التي تقدم حساسية معينة.
 - لها سلطة رقابية وعقوبات إدارية.
- وأخيراً، تعمل في تعاون وثيق مع نظرائها الأوروبيين والدوليين.

رقم ١٨_١١٤٢ بتاريخ ٢٣ ديسمبر ١٩٨١م بشأن عقاب من يخالف بعض أحكام قانون ٦ يناير ١٩٧٨م بعقوبة المخالفة وذلك في الحالات الآتية^(٣٥):

- القيام بجمع بيانات شخصية مباشرة من أصحاب الشأن دون إعلامهم بالطبيعة الإلزامية أو الاختيارية لإجاباتهم والنتائج المترتبة عليها، أو بالجهة الموجه إليها هذه البيانات، وكذلك بما لهم من حق في الاطلاع وتصويب هذه البيانات فيما بعد.
- الاعتراض على أو إعاقة ممارسة صاحب الشأن لحقه في الاستعلام والاطلاع والتصويب سواء بعدم إجابته إلى طلبه أو بإخفاء البيانات المسجلة أو اطلاعه على بيانات غير مطابقة لما هو مسجل أو رفض تسليمه صورة من البيانات المسجلة بعد تصويبها.

- عدم القيام بإبلاغ الغير بما تم من تصويب للبيانات، وذلك في الأحوال التي تكون فيها البيانات الأولية قد تم إبلاغها إليهم.
- عدم قيام الجهة الحائزة للبطاقات من تلقاء نفسها بتصويب أو تصحيح البيانات المدرجة بها بالرغم من علمها بعدم صحتها.
- طلب أو تحصيل رسوم أعلى من تلك التي حددتها اللجنة للحصول على صورة من البيانات المسجلة، أو رفض رد ما تم تحصيله من رسوم في حالة ثبوت عدم دقة ما تم تسجيله.

مما تقدم نري مدي حرص المشرّع الفرنسي على حماية الأفراد إلا أنه مما يقلل من فاعلية الحماية الجنائية، أن المسؤولية الجنائية لا يمكن إثارتها في أغلب الفروض إلا في مواجهة موظف بعينه، ذلك أن المشرّع وإن كان في قانون العقوبات الجديد قد أقر

^(٣٥) <https://www.cnil.fr/fr/cnil-direct> لمزيد من التفاصيل عن العقوبات الواردة يجوز لـ CNIL معاقبة مراقب البيانات الذي لم يتخذ التدابير اللازمة للامتثال لقانون حماية البيانات، واعتباراً من ٢٥ مايو ٢٠١٨م، اللوائح العامة لحماية البيانات (RGPD). كما تتعلق مجموعة البيانات المقدمة بعدد العقوبات التي تفرضها هيئة CNIL المقيدة، والتي يتم إبلاغها كل عام منذ عام ٢٠١٤م (وتفصيلها حسب نوع القرار).

مبدأ إمكانية مساءلة الشخص المعنوي جنائياً؛ إلا أنه استبعد من هذا المجال الدولة، كما أنه قصر مسؤولية الأشخاص المحلية جنائياً على الأحوال التي ترتكب فيها الجريمة بمناسبة القيام بأنشطة من الممكن تفويض أو إنابة الغير في القيام بها من خلال اتفاقات أو إنابة المرفق العام.

وما زال موقف المشرع الفرنسي يبهزنا، حيث قدم مجلس الوزراء الفرنسي يوم الأربعاء، ٣٠ مارس / آذار ٢٠١٦م، مشروع قانون الشفافية ومكافحة الفساد وتحديث الحياة الاقتصادية^(٣٦)، ويهدف إلى تزويد فرنسا بالتشريعات، لتحسين منع وقمع الهجمات على النزاهة، إذا تخلت الحكومة في الوقت الحالي عن فكرة التسوية الجنائية للفساد.

فإن أحد الابتكارات الواردة في هذا القانون يكمن في إنشاء خدمة وطنية لمنع الفساد، هذه الخدمة التي حلت محل الخدمة المركزية للوقاية من الفساد، وكان لها أدوار متعددة، وباتت قادرة على تقديم توصيات إلى الإدارات العامة والشركات من أجل منع انتهاكات الاختراق بشكل أفضل، وباتت قادرة على تقييم فعالية الإجراءات المنفذة، كما تم تمكينها أيضاً من التحقيق، وتتكون سلطة البحث هذه من إرسال الوثائق وإمكانية التحقق من دقتها على الفور، فضلاً عن إمكانية التشاور بشكل سري مع أي شخص تكون مساعدته ضرورية^(٣٧).

كما قامت بمعاينة عرقلة ممارسة سلطات التحقيق من قبل الوكلاء المعتمدين بغرامة قدرها (٣٠٠٠٠) يورو، وهذه الخدمة لها سلطة إدارية مستقلة، وضعها تحت إشراف وزير العدل ووزير الموازنة.

(36) Projet de loi Sapin II : principales dispositions relatives à la lutte contre la corruption – Sébastien Fucini – 5 avril 2016 (V. égal. Dalloz actualité, 5 avr. 2016, obs. X. Delpech).

(37) Le 10 octobre dernier, le directeur de la nouvelle Agence Française anticorruption (« AFA ») signait ses premières lettres de mission désignant les entreprises qui feront l'objet d'un contrôle par l'AFA du respect de la mise en œuvre de leur programme anticorruption.

يمكن فرض عقوبات على فشل تنفيذ واحترام تدابير منع الفساد من قبل لجنة العقوبات لهذه الخدمة الجديدة، وينص القانون على أن تتكون هذه اللجنة من ثلاثة أعضاء مستقلين، يتم تعيينهم على التوالي من قبل الرئيس الأول لمحكمة النقض، ونائب رئيس مجلس الدولة، وأول رئيس لمحكمة المدققين، ويتم اختيارهم من بين الأعضاء، من تلك الولايات القضائية، يجوز للجنة، من بين أمور أخرى، أن تفرض، بعد الاستماع إلى الشخص المعني أو ممثله، غرامة مالية تصل إلى (٢٠٠٠٠٠) يورو للأشخاص الطبيعيين ومليون يورو للأشخاص الاعتباريين.

علاوة على ذلك، تنص المادة (٩) من قانون الشفافية ومكافحة الفساد وتحديث الحياة الاقتصادية على أن الأشخاص الاعتباريين المدانين بالفساد، أو استغلال النفوذ العام الرسمي الفرنسي أو أجنبي أو قاضي التحقيق، يتم تحديدها في المادة الجديدة: (١٣١-٣٩-٢) الالتزام بتقديم برنامج امتثال لمدة أقصاها خمس سنوات؛ لضمان وجود وتنفيذ تدابير الوقاية المذكورة سابقاً^(٣٨).

تضمن الخدمة الوطنية للوقاية من الفساد سير الإجراءات على نحو سلس، ووضع تنفيذه تحت سيطرة المدعي العام، فإذا اكتشف فشل من قبل الهيئات أو الممثلين لهذه الالتزامات بموجب هذه العقوبات فإنها تشكل جريمة بموجب المادة المستقبلية (٤٣٤-٤٣) من قانون العقوبات: حيث أن القادة أو ممثليهم يتم توقيع عقوبة السجن سنتين، وغرامة (٣٠٠٠٠) يورو، ويتم تغريم الأشخاص الاعتباريين عن المخالفة التي أدت إلى فرض الامتثال.

(38) Art. 9 Outils d'enquête. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que des outils d'enquête efficaces, tels que ceux qui sont utilisés dans les affaires de criminalité organisée ou d'autres formes graves de criminalité, soient mis à la disposition des personnes, des unités ou des services chargés des enquêtes ou des poursuites concernant les infractions visées aux articles 3 et 4.

ومن ثم فإن العقوبة التي تفرضها المادة (١٣١-٣٩-٢) شديدة للغاية؛ لأنها قد تؤدي في حالة عدم الامتثال للالتزامات الناشئة عنها إلى غرامات باهظة للغاية على الأشخاص الاعتباريين والسجن للأفراد.

وأخيراً، ينص القانون على تمديد قابلية تطبيق النصوص المتعلقة بالرشوة والتجارة الدولية ذات التأثير، كما يسعى القانون إلى تعديل القسمين ٢-٤٣٥ و ٤-٤٣٥ من قانون العقوبات لمعاقبة التداول النشط والسلب في نفوذ مسئول عمومي أجنبي، إذا سمحت القوانين بقمع فساد مسئول عمومي لدولة أجنبية بالإضافة إلى منظمة دولية، فإن القانون يعاقب فقط على القانون الذي يمارسه وكيل إحدى المنظمات الدولية العامة الفرنسية^(٣٩).

كما وضع القانون نهاية لهذا التناقض عن طريق قمع نفوذ أي مسئول عمومي أجنبي بالطريقة نفسها التي يعمل بها وكيل منظمة دولية عامة، كما هدف القانون إلى توسيع القانون الجنائي الفرنسي، بواسطة القانون حيث نص على جرائم الفساد واتصاله بالنفوذ الدولي، وجعل القانون الجنائي الفرنسي ينطبق على الجرائم التي ارتكبتها مواطن فرنسي أو شخص مقيم عادة في فرنسا، حالة التجريم وممارسة إجراءات احتكار من قبل النيابة العامة وضرورة الانسحاب رسمياً من سلطات البلد الذي ارتكبت فيه الجريمة تكون مفصلة استثناء للمادتين (١١٣-٦) و (١١٣-٨) من قانون العقوبات، وهذا الحكم ضروري، لأن الفساد الدولي، الذي قد ينطوي على سلطات البلد الذي ارتكب فيه، قد لا يكون موضوع إدانة رسمية.

في النهاية، هذا القانون يهدف إلى رفع مستوى فرنسا إلى مستوى المعايير الدولية لمكافحة الفساد، هو تقدم لا يمكن إنكاره فيما يتعلق بصيغة خدمة منع الفساد، فضلاً عن طبيعة ومقدار الجزاءات التي قد تفرضها لجنة الجزاءات.

(39) «Sapin II»: quels moyens pour quelle action, AJCT 2017. 124; E. Daoud et S.Sfoggia, Que doit-on attendre de la nouvelle Agence française anticorruption? RLDA, n° 125, 1^{er} avr. 2017.

المطلب الثاني موقف المشرع المصري

وفي المقابل نرى رغبة المشرع المصري حيثة نحو إصدار قانون يتعلق بالجرائم المعلوماتية وقد ظهر ذلك من خلال قانون رقم ١٧٥ مكافحة جرائم تقنية المعلومات المصري لسنة ٢٠١٨م والمعد من وزارة الاتصالات المصرية^(٤٠).

وهناك عدة نقاط مهمة يسعى القانون الجديد الذي وافق عليه مجلس النواب في جلسته العامة على مشروع قانون مقدم من الحكومة بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات، وتضمن القانون (٤٥) مادة تناولت المادة الأولى منه التعريفات لتحديد المقصود من بعض الألفاظ والعبارات، وحدد القانون التزامات وواجبات مقدم الخدمة وهي:

- ١- حفظ وتخزين سجل النظام المعلوماتي أو أي وسيلة لتقنية المعلومات لمدة ١٨٠ يوماً متصلة.
- ٢- مكافحة الاستخدام غير المشروع للحاسبات وشبكات المعلومات وتقنيات المعلومات، وما يرتبط بها من جرائم، مع التزام الدقة في تحديد الأفعال المعاقب عليها، وتجنب التعبيرات الغامضة بوضع تعريفات دقيقة لها، وتحديد عناصر الأفعال المجرمة بكثير من العناية، ومع مراعاة الاعتبارات الشخصية للمجني عليهم، والاعتبارات المتعلقة بالمصلحة العامة وحماية الأمن والاقتصاد القوميين.
- ٣- ضبط الأحكام الخاصة بجمع الأدلة الإلكترونية وتحديد حجيتها في الإثبات.
- ٤- وضع القواعد والأحكام والتدابير اللازم إتباعها من قبل مقدمي الخدمة؛ لتأمين خدمة تزويد المستخدمين بخدمات التواصل بواسطة تقنيات المعلومات، وتحديد التزاماتهم في هذا الشأن.

(٤٠) الجريدة الرسمية: العدد ٣٢ مكرر (ج) - السنة الحادية والستون ٣ ذي الحجة سنة ١٤٣٩هـ، الموافق ١٤ أغسطس سنة ٢٠١٨م، قانون رقم ١٧٥ لسنة ٢٠١٨م في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات.

٥- حماية البيانات والمعلومات الحكومية، والأنظمة والشبكات المعلوماتية الخاصة بالدولة، أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة، من الاعتراض أو الاختراق، أو العبث بها، أو إتلافها أو تعطيلها بأي صورة كانت.

٦- حماية البيانات والمعلومات الشخصية، من استغلالها استغلالاً يسيء إلى أصحابها، وخاصة في ظل عدم كفاية النصوص التجريبية التقليدية المتعلقة بحماية خصوصيات الأفراد، وحرمة حياتهم الخاصة في مواجهة التهديدات والمخاطر المستحدثة لاستخدام تقنية المعلومات.

٧- وضع تنظيم إجرائي دقيق ينظم إجراءات الضبط والتحقيق والمحاكمة المتعلقة بتلك الجرائم، بالإضافة إلى تحديد حالات التصالح وإجراءاته، وتنظيم عمل الخبراء المتخصصين العاملين في مجال مكافحة جرائم تقنية المعلومات، والقرارات والأوامر الجنائية المتعلقة بتنفيذ أحكام القانون^(٤١).

وتتمثل البيانات الواجب حفظها وتخزينها لحماية المستخدم في ما يأتي:

أ- البيانات التي تمكن المستخدم من التعرف إلى مستخدم الخدمة.
ب- البيانات المتعلقة بمحتوى ومضمون النظام المعلوماتي المتعامل فيه، متى كانت تحت سيطرته.

ج- البيانات المتعلقة بحركة الاتصال.

د- البيانات المتعلقة بالأجهزة الطرفية للاتصال.

هـ- أي بيانات أخرى يصدر بتحديددها قرار من مجلس إدارة الجهاز.

وتتضمن التزامات وواجبات مقدم الخدمة، كذلك المحافظة على سرية البيانات التي تم حفظها، وعدم إفشائها بغير أمر مسبب من إحدى الجهات القضائية المختصة، ويشمل ذلك البيانات الشخصية لأي من مستخدمي خدمته.

(٤١) د. عبدالرؤف مهدي: شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة،

طبعة ٢٠١٦م، ص ١٧.

ومن أهم الالتزامات والواجبات، ومع مراعاة حرمة الحياة الخاصة التي يكفلها الدستور، يلتزم مقدمو الخدمة، والتابعون لهم أن يوفرُوا أثناء طلب جهات الأمن القومي ووفقاً لاحتياجاتها كافة الإمكانيات الفنية، التي تتيح لتلك الجهات ممارسة اختصاصاتها وفقاً للقانون، وأن يلتزم مقدمو خدمات تقنية المعلومات ووكلاؤهم وموزعوهم التابعون لهم المنوط بهم تسويق تلك الخدمات بالحصول على بيانات المستخدمين، ويحظر على غير هؤلاء القيام بذلك^(٤٢).

أولاً- تجريم الإخلال بسير النظام - تجريم إتلاف البيانات أو العبث بها:

تضمن القانون المصري لسنة ٢٠١٨م هذا التجريم في المادة (١٧) "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنتين، وبغرامة لا تقل عن مائة ألف جنيه، ولا تجاوز خمسمائة ألف جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من أتلف أو عطل أو عدل مسار أو ألغى كلياً أو جزئياً متعمداً دون وجه حق البرامج والبيانات أو المعلومات المخزنة، أو المعالجة، أو المولدة أو المخلقة على أي نظام معلوماتي وما في حكمه، أيًا كانت الوسيلة التي استخدمت في الجريمة".

وبناء عليه فإن تلك الجريمة تتشكل من ركن مادي وركن معنوي، يتمثل الركن المادي في الإعاقة أو الإخلال بنظام المعلومات، ويتمثل الركن المعنوي في القصد الجنائي.

ثانياً- تجريم انتهاك سرية المراسلات الإلكترونية:

الحماية الجنائية للمراسلات الخاصة بوجه عام:

يكفل الدستور المصري حرمة المراسلات باعتبارها من مكونات الحياة الخاصة، وأولي لها عناية خاصة إذ تطلب شروطاً خاصة للاطلاع عليها. فتتص المادة (٤٥) من الدستور المصري على أنه: "لحياة المواطنين حرمة خاصة يحميها القانون، وللمراسلات البريدية والمحادثات التليفونية، وغيرها من وسائل الاتصال حرمتها وسريتها

(٤٢) بحث لنا محكم ومنشور بعنوان: "السياسة الجنائية لمواجهة الجرائم المرتكبة عبر وسائل الإعلام الإلكترونية" منشور بالمؤتمر العلمي الدولي الرابع، بعنوان الإعلام والتحديات الراهنة للواقع العربي، المجلد رقم (٣) - نوفمبر ٢٠١٩م، المعهد الكندي، القاهرة، ص ٤١٢.

مكفولة ولا تجوز مصادرتها أو الاطلاع عليها أو رقابتها إلا بأمر قضائي مسبب ولمدة محددة وفقاً لأحكام القانون"، على عكس ذلك فرض المشرع السعودي في المادة السابعة عشر الخاصة بقانون بمكافحة جرائم المعلومات الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم ١٧ لعام ١٤٢٨هـ، قد فرض رقابة على سائر وسائل الاتصال كالبريد الإلكتروني وتطبيقات التواصل الاجتماعي والمدونات والمواقع الإلكترونية، وذلك من خلال الصلاحيات الاستثنائية التي منحها وزير الداخلية أو من يفوضه، وذلك بهدف مواجهة خطر الذين يستخدمون الفضاء الإلكتروني لارتكاب أفعالهم الإجرامية.

وقد كفل قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات رقم ١٧٥ لسنة ٢٠١٨م المصري، سرية المراسلات الإلكترونية (الإيميل) عندما نص على تجريم صور مختلفة لتلك المراسلات، منها:

- النقاط المراسلات في أثناء إرسالها.
- التجسس عليها ومعرفة محتواها.
- تعطيل تلك المراسلات، فلا يستطيع صاحب الإيميل استخدامه، كأن يرسل المتهم العديد من الإيميلات لصاحب الإيميل، حيث يمتلئ فلا يستطيع استخدامه.
- حرمان صاحب الإيميل من استخدامه كأن يستطيع معرفة كلمة السر (الباسورد)، ومن ثم يملك استخدامه بدلاً من صاحبه ويحرم هذا الأخير من استخدامه.
- إبطاء سير عمل الإيميل.

فتنص المادة (١٨): "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن شهر، وبغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تجاوز مائة ألف جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من أطفأ أو عطل أو أبطأ أو اخترق بريداً إلكترونياً أو موقعاً أو حساباً خاصاً بأحد الناس، فإذا وقعت الجريمة على بريد إلكتروني أو موقع أو حساب خاص بأحد الأشخاص الاعتبارية الخاصة، تكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر وبغرامة لا تقل عن مائة ألف جنيه ولا تجاوز مائتي ألف جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين".

نرى أن المشرع المصري قد كفل الحماية الجنائية والدستورية، للحياة الخاصة في حماية البيانات أو المعلومات الإلكترونية المتعلقة بالمستخدمين، أو المواطنين

المعرضين لانتهاك حرمة حياتهم الخاصة، وهذا ما أود إيضاحه، فالمشرّع الفرنسي قد عمد إلى عدة لجان مهمتها السهر على حماية المواطن الفرنسي، بل الأجنبي وكفل لهم حق الاطلاع على بياناتهم الشخصية وبعض البيانات الرسمية في حدود القانون المتاح لذلك.

ولما لا يحذوا المشرّع المصري حذو المشرّع الفرنسي، فقد حرص المشرّع الفرنسي على تشكيل لجنة بصورة تحقق لها الاستقلال فهي تتكون من سبعة عشر عضواً يتم اختيارهم لمدة خمس سنوات، أو لمدة نيابتهم، وذلك بالنسبة إلى الأعضاء البرلمانيين، وذلك على النحو الآتي^(٤٣):

عضوان من الجمعية الوطنية وآخران من مجلس الشيوخ يتم اختيارهم بواسطة كل مجلس، ستة مستشارين من مجلس الدولة ومحكمة النقض ومحكمة المحاسبات بواقع اثنين من كل جهة يتم اختيارهم من جانب الجمعية العامة لكل منهم، عضوان من المجلس الاقتصادي والاجتماعي يقوم هذا الأخير باختيارهم، شخصيتان كفاء أو متخصصتان في مجال تطبيق المعلوماتية أو المعالجة الإلكترونية، يتم اختيارهم بمقتضى مرسوم يصدر من رئيس الوزراء احدهما بناء على اقتراح رئيس الجمعية الوطنية، والآخر بناء على اقتراح رئيس مجلس الشيوخ، ثلاث شخصيات يتم اختيارهم بمقتضى مرسوم يصدر من رئيس الجمهورية بعد استطلاع رأي مجلس الدولة.

ويتأكد استقلال اللجنة فيما منحها المشرّع من ضمانات في ممارستها لنشاطها، فهي بالرغم من كونها سلطة إدارية، ومن ثم تعد جزءاً من السلطة التنفيذية أي داخله ضمن التنظيم الإداري للدولة إلا أن المشرّع لم يخضعها لأي صورة من صور السلطة الرئاسية، وكذلك لأي مظهر من مظاهر الوصاية الإدارية، فهي لا تدخل ضمن الهيكل التنظيمي لأي وزارة أو إدارة كما أن مندوب الحكومة، الذي يمثل رئيس الوزراء ويشارك في اجتماعاتها ليس له صوت معدود عند التصويت.

(٤٣) د. محمد عبد الواحد الجميلي: من السرية إلى الشفافية الإدارية، مرجع سابق ذكره، ص ٧٦ وما

بعدها.

فأعضاء اللجنة وفقاً لنص القانون لا يتلقون أي أوامر أو تعليقات من أي سلطة^(٤٤)، هذا فضلاً عن تمتعهم بعدم القابلية للعزل، طوال فترة عضويتهم وذلك بطبيعة الحال ما لم يقدم العضو استقالته قبل ذلك^(٤٥).

قدمنا أن المشرّع في سبيل حماية ما وضعه من تنظيم يهدف إلى حماية حياة الأفراد الخاصة وحياتهم قرر إنشاء لجنة ال CNIL جاعلاً مهمتها الأساسية تتمثل في السهر على احترام أحكامه.

وتحقيقاً لذلك منحها المشرّع سلطات واسعة، سواء قبل القيام بمعالجة للبيانات الاسمية أم بعد القيام بها، لا تقف عند حد المشورة والتوصية أو إبداء الرأي، وإنما جعل من مشاركتها في إصدار القرارات المتعلقة بها أمراً وجوبياً بل منحها سلطة الانفراد بإصدار بعضاً من هذه القرارات، هذا فضلاً عن دورها في مراقبة عدم تعرض الأفراد لأي إعاقة في ممارسة حقوقهم التي منحهم إياها القانون، وكذلك القيام بدور الوسيط بالنسبة إلى الاطلاع على بعض البطاقات.

الخاتمة

إذا كان مبدأ المشروعية هو المبدأ الذي يحكم أعمال الدولة الحديثة، فإن الشفافية أصبحت إحدى المقومات الأساسية للحكم الرشيد وشرط ضروري للتنمية المستدامة، لذلك فإن الاتجاهات الحديثة في الإدارة تنظر إلى السرية في أعمال سلطات الدولة وبخاصة الإدارية، على أنها استثناء محدود وموقوت قابل للانتقاص يوماً بعد يوم لصالح الشفافية، وذلك بعد أن نتج عن السرية العديد من المساوئ، منها تعثر التنمية، وانتشار الفساد الإداري، وضعف الرقابة على أعمال الإدارة وإهدار المال العام وانتهاك حقوق الأفراد كما رأينا المشرّع الفرنسي الذي حرص كل الحرص عليها.

(٤٤) مادة ١٣ من قانون ٦ يناير ١٩٧٨م.

(٤٥) مادة ٨ الفقرة الأخيرة من القانون المشار إليه.

فلا عجب إن قلبت تلك الاتجاهات الآية لتصبح العلانية هي القاعدة والسرية هي الاستثناء، ومما عزز ذلك أي العزوف عن السرية، ما شهده العالم من ثورة تقنية المعلومات الهائلة والتطورات العلمية المذهلة في شتي المجالات، وبخاصة في حقل الاتصالات وفي أساليب جمع وتخزين وتنظيم المعلومات، فضلاً عن الانفتاح الإداري والحكومي على الأفراد؛ إذ أصبح المبدأ الذي يحكم العلاقة بين الدولة والأفراد.

لقد كان لهذه التطورات وغيرها آثارها المهمة على أعمال السلطة الإدارية، فقد أضافت من الالتزامات الوظيفية على عاتق العاملين في الإدارة العامة، من أهمها مراعاة مبدأ الشفافية في العمل الإداري، وضمان حق الأفراد والجهات الإدارية في الحصول على ما يريدون من معلومات وحق في الاطلاع عليها، البحث تناول الحق في الاطلاع على الوثائق الإدارية في التشريع الفرنسي لتوضح دور المشرع الفرنسي في تبنيه مبدأ الشفافية الإدارية وكسر حاجز الظلام بينها وبين الجمهور الفرنسي (المواطن الفرنسي والأجنبي)، ولغياب هذا الدور في التشريع المصري لا يوجد سوى الحق الدستوري لحماية حرمة الحياة الخاصة، وقانون العقوبات المصري رقم ١٧٥ لسنة (٢٠١٨م) مكافحة جرائم تقنية المعلومات، وهذه هي خطوة جيدة نحو الحماية المعلوماتية في التشريع المصري؛ لتكون خطوة سابقة للاعتراف بتطبيق قانون حماية الاطلاع على الوثائق الإدارية.

يوجد فرق ونطاق مكاني وزماني بين مفهوم الحق في الاطلاع على الوثائق الإدارية، ومفهوم حرمة الحياة الخاصة، ومن أهم ما يبرز الاختلاف بينهم حرص المشرع الفرنسي على حماية الحق في الاطلاع على الوثائق الإدارية وجعله حق مكفول للفرنسيين والأجانب، وليس لجهة الإدارة أن تسأل الطالب في الاطلاع على الوثائق عن الغاية التي يهدف إليها من وراء حصوله على الوثائق المطلوب الاطلاع عليها، ولا حتى فيما سوف يتم استخدامها، أما المشرع المصري فهو حديث العهد بهذا الحق في الاطلاع على الوثائق الإدارية، حيث سمح المشرع المصري بالتعاقد إلكترونياً، ويعتبر في هذه إمكانية الوصول للوثائق الإدارية بشأن التعاقدات العامة دون أي معاناة

مما يعد اتجاه نحو الشفافية وإعلان كافة الوثائق والقرارات المتعلقة بالعقود الإدارية التي تبرمها علي بوابة التعاقدات العامة الإلكترونية.

أما حذره نحو حماية حرمة الحياة الخاصة، فهو حق مكفول بالدستور، والحماية الجنائية للبيانات والمعلومات الالكترونية، وهو ما نحاول به تسليط الضوء للمشروع المصري، والأجهزة الرقابية والإدارية لتكون نقطة الالتقاء بينه وبين الأشخاص، والتي لن تتضح إلا بالاعتراف بحقوق الأشخاص في حقهم بالاطلاع على الوثائق الإدارية التي لا تمس مصالح الدولة العليا، وأن تكون هناك بيانات ووثائق ليست مقتصرة على أصحاب القرار كنوع من الشفافية ومكافحة الفساد الإداري.

النتائج والتوصيات

أولاً- النتائج:

- اعتراف المشرع الفرنسي للأفراد في الحق على الاطلاع أو المعرفة بل إلزام جهة الإدارة بالمواجهة في بعض القرارات وتمكين أصحاب الشأن من الإحاطة بمشروع القرار المزمع اتخاذه وإبداء ملاحظاته.
- خلو التشريع المصري من نص يقر للأفراد الحق في الاطلاع على الوثائق الإدارية بشكل مطلق، ماعداً نص الاطلاع على تقرير كفاية الموظف على تقرير الكفاءة السنوي.
- قصور القانون الجنائي المصري بنصوصه التقليدية على تقديم الحماية الجنائية للأفراد في حفظ بياناتهم الشخصية بصورة كافية.

ثانياً- التوصيات:

- تبني المشرع المصري لنص قانوني يعزز للأفراد الحق في الاطلاع على الوثائق الإدارية الاسمية بشكل مطلق.
- تعزيز مبدأ الشفافية والعدالة والمساءلة فيما يتعلق بحقوق المواطن والموظف.
- توفير الضمانات القانونية التي تحمي الموظف في تنفيذ تلك الالتزامات وممارسته لتلك الحقوق وتحمي تعرضه للعقوبة بخاصة وجود بعض القوانين التي توسع من نطاق السرية إلى حد كبير منها حماية أسرار ووثائق الدولة.

قائمة المختصرات

- CADA: Le Droit d' accès aux documents administratifs.
- CNIL: Commission Nationale Informations & Libertés.
- R.E. D. I: Revue Égyptienne de Droit International.
- R.A.D.I: Recueil de L'Académie de Droit International.
- OP.CIT: Ouvrage précédemment cité .
- P.U. F : Presse Universitaire de France .

قائمة المراجع

أولاً- مراجع باللغة العربية:

أ- مراجع عامة:

- د/ عبدالرؤف مهدي: شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة ٢٠١٦م.

ب- مراجع متخصصة:

- د/محمد عبد الواحد الجميلي: من السرية إلى الشفافية الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣م.

ج- دوريات ومؤتمرات علمية:

- د/ مروى السيد السيد الحساوي: "السياسة الجنائية لمواجهة الجرائم المرتكبة عبر وسائل الإعلام الالكترونية" منشور بالمؤتمر العلمي الدولي الرابع، بعنوان الإعلام والتحديات الراهنة للواقع العربي، المجلد رقم (٣) - نوفمبر ٢٠١٩م، المعهد الكندي، القاهرة.

ثانياً- مراجع باللغة الفرنسية:

I- Ouvrages Généraux:

- vedel G., Delvolvé P- Droit administratif T.I, éd 1990, PUF .
- Long M. et autres. Les grands arrêts de la Jurisprudence administrative, 11, éd, 1996, Dalloz.
- M. Janas, B. Lavielle, X. Lameyre, Le guide des *peines*, 5^e éd, «Guides Dalloz», 2012.

II- Ouvrage Speciaux:

- Projet de loi Sapin II: principales dispositions relatives' à la lutte contre la corruption – Sébastien Fucini – 5 avril 2016
- (V. égal. Dalloz actualité, 5 avr. 2016, obs. X. Delpech).
- «Sapin II»: quels moyens pour quelle action, AJCT 2017.
- E. Daoud et S.Sfoggia, Que doit-on attendre de la nouvelle Agence française anticorruption? RLDA, n° 125, 1^{er} avr. 2017).

III- Articles:

- Chapus R. Droit administratif général.T.I., éd, 1995.
- Chevallier J., Le mythe de la transparence administrative, in information et transparence administratives, collectif univ.de rech, Adm.Et polit. De Picardie "CURAPP", PUF, 1998.
- Lemasurier J.-Vers une démocratie administrative: Du refus d'informer au droit d'être informé, RDP, 1980, P.1255.

IV- Codes:

- Code de procedure pénale, éd 1993-1997, Dalloz.
- Code pénale éd 1993-1994, Dalloz.
- Code administratif éd .1994, Dalloz.
- Code des procedures contentieuses de Droit public, commenté et annoté par Huglo Ch, Lepage C., éd 1994, litec.

ثالثاً- مواقع الإنترنت:

- <http://niabaegypt.blogspot.com/2016/02/21819-85-20151203.html>
- <https://www.cnil.fr/fr/cnil-direct>
- <http://onelink.to/ppo.gov>









المعهد العالي للقضاء
HIGHER JUDICIAL INSTITUTE

Journal Of Jurisprudence And Legal Studies

Specialized & Refereed Scientific Journal (Quarterly)
Issued by the Higher Judicial Institute
Sultanate of Oman

In This Issue:

- **The Concept of Juvenile and its Relationship to Criminal Responsibility in Islamic Jurisprudence and Law**
Dr. Rashid Nasser Mohammed Al-Mushafri
- **The Electronic Contract between Bargaining and Acquiescence (A Comparative Analytical Study)**
Dr. Tariq Juma Al Sayyed Rashid
Abdulla Affas Mohamed Almarri
- **Fault Liability for Processing Personal Data In the Digital Environment (Comparative Study)**
Dr. Bassem Mohamed Fadel Madbouly
- **The Legal Impact of Rendering the Judicial Judgment without Mentioning the Governing Rules of its Issuance (An Analysis and Comparison Study Between the Egyptian and Omani Law)**
Dr. Abdallah Abdelhay Elsayey Mohammed
- **Legal Controls to Practice Religious Rites**
DR. Mohamed Elsaid Abdulshafie Elkozaa
- **Criminal Protection for the Right to Access Documents Management**
DR. Marwa Elsayed Elsayed Elhasawy