



المعهد العالي للقضاء
HIGHER JUDICIAL INSTITUTE

مجلة الدراسات الفقهية والقانونية

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

فیه هذا العدد:

- نحو رقابة علمية دستورية القوانين في سلطنة عُمان (دراسة مقارنة)
الدكتور/ سالم بن راشد بن خميس العلوي
- الدليل الإلكتروني أمام القضاء الإداري المصري والسعودي
الدكتور/ مصطفى السيد محمد دبوس
- الضمانات التشريعية للاستثمار الأجنبي المباشر ضد المخاطر غير التجارية (دراسة وصفية تحليلية لقانون استثمار رأس المال الأجنبي العماني الجديد)
الدكتور/ سالم بن سلام بن حميد الفليتي
- امتداد أثر اتفاق التحكيم إلى الغير (دراسة في قانون التحكيم العماني)
الدكتور/ هلال بن محمد بن سليمان العلوي
- عقوبة العمل للمنفعة العامة كبديل للحبس قصير المدة في التشريع الفلسطيني والقانون المصري (دراسة تحليلية مقارنة)
الدكتور/ نزار حمدي إبراهيم قشقة
- الحماية الجنائية للحرية الدينية
الدكتور/ محمد السعيد عبد الشفيق القزعة
- الحماية الإجرائية للطفل في مسائل الأحوال الشخصية (دراسة تحليلية مقارنة في القانون المصري والعماني)
الدكتور/ محمد يحيى أحمد عطية



مجلة الدراسات الفقهية والقانونية

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

المراسلات

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

العنوان

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

أرقام الهواتف

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

الموقع الإلكتروني للمعهد:

www.hji.edu.om

ISSN

Print: 2706-882X
Online: 2789-3294

رئيس هيئة التحرير

الدكتور / نيهان بن راشد المعولي
عميد المعهد العالي للقضاء

مدير التحرير

الدكتور / أيمن مصطفى البقلي

هيئة التحرير

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

منسق التحرير

الدكتور/ يوسف بن خليفة الحراصي

التدقيق اللغوي

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

قواعد النشر في مجلة الدراسات الفقهية والقانونية

أولاً- مواصفات البحوث المقدمة للنشر:

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

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

ثانياً- إجراءات النشر:

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

محتويات العدد

الصفحة	الموضوع
	كلمة العدد
5	الدكتور/ نبهان بن راشد المعولي رئيس هيئة التحرير عميد المعهد العالي للقضاء
	البحوث والدراسات
6	نحو رقابة على دستورية القوانين في سلطنة عُمان (دراسة مقارنة) الدكتور/ سالم بن راشد بن خميس العلوي
84	الدليل الإلكتروني أمام القضاء الإداري المصري والسعودي الدكتور/ مصطفى السيد محمد دبوس
126	الضمانات التشريعية للاستثمار الأجنبي المباشر ضد المخاطر غير التجارية (دراسة وصفية تحليلية لقانون استثمار رأس المال الأجنبي العماني الجديد) الدكتور/ سالم بن سلام بن حميد الظليتي
182	امتداد أثر اتفاق التحكيم إلى الغير (دراسة في قانون التحكيم العماني) الدكتور/ هلال بن محمد بن سليمان العلوي
218	عقوبة العمل للمنفعة العامة كبديل للحبس قصير المدة في التشريع الفلسطيني والتشريع العماني (دراسة تحليلية مقارنة) الدكتور/ نزار حمدي إبراهيم قشطة
246	الحماية الجنائية للحرية الدينية الدكتور/ محمد السعيد عبد الشفيق القزعة
286	الحماية الإجرائية للطفل في مسائل الأحوال الشخصية (دراسة تحليلية مقارنة في القانون المصري والعماني) الدكتور/ محمد يحيى أحمد عطية

* 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 واهب النعم، ذي الطَّول والكرم، والصلاة والسلام على مسك الختام، وسيد الأنام محمد بن عبد الله عليه أفضل الصلاة، وأزكى السلام.

لا شك أن من أهداف المجلات القانونية متابعة النشاطات القانونية المجتمعية، التي تهدف إلى معالجة القضايا الإنسانية المعاصرة في إطار قانون يَحْتَكِمُ إليه الجميع؛ وهذا الذي تحرص عليه مجلة الدراسات الفقهية والقانونية؛ من خلال اهتمامها بالبحوث المختصة بقضايا المجتمع، وهي بذلك أيضاً تحقق مرغوباً اجتماعياً لدى المثلة القانونية المثقفة التي تتطلع إلى إبراز إسهاماتهم المتخصصة، ونشر بحوثهم في المجالات الفقهية والقانونية، وتمكين هذه المثلة المهمة في القانون من اكتساب المهارات العلمية البحثية بنشر بحوثهم المتميزة في المجلة؛ مما يخلق جواً من التعاون بين الباحثين، وتحقيق أهداف المجلة ورسالتها القانونية الفقهية.

وفي هذا العدد تطالعنا مجموعة من الأبحاث عددها (٧) هي نتاج فكر وعقول مختصين في المجالات الفقهية والقانونية، تزينت بها المجلة في هذا العدد، فلكل المشاركين الباحثين الشكر الجزيل، والاحترام والتقدير على مشاركاتهم المعطاءة.
والحمد لله رب العالمين...

والله الموفق والمستعان،،،

د. نبهان بن راشد المعولي

رئيس هيئة التحرير

عميد المعهد العالي للقضاء



نحو رقابة على دستورية القوانين في سلطنة عُمان (دراسة مقارنة)

الدكتور/ سالم بن راشد بن خميس العلوي *

الملخص:

جاء تناول هذا الموضوع الهام من واقع الحاجة إلى وجود جهة قضائية تعنى برقابة دستورية القوانين والمراسيم والإجراءات التي لها قوة القانون، وذلك على غرار الكثير من الدول التي عرفت هذا النوع من الرقابة، ولقد أنطلق الباحث لدراسته لهذا الموضوع من نص المادة (٨٥) من النظام الأساسي للدولة الصادر عام (٢٠٢١م)، ومثله النظام الأساسي للدولة السابق التي أسست لهذه الرقابة، وجاء قانون السلطة القضائية ليؤكد على هذا، ومسنداً النظر في هذا الموضوع إلى الهيئة المعنية بالفصل في تنازع الاختصاص، وتعارض الأحكام المنصوص عليها في المادة العاشرة منه.

لقد تضمن البحث ثلاثة فصول، مسبقة بفصل تمهيدي، درسنا خلالها مبدأ الفصل بين السلطات، وأهميته، ومظاهره، ثم الرقابة على دستورية القوانين من حيث المفهوم، والنوع، مع استعراض الرقابة السياسية ونموذجها المجلس الدستوري الفرنسي، والرقابة القضائية ومثالها المحكمة الاتحادية الأمريكية، والمحكمة الدستورية المصرية، وتقدير كل من الرقابتين، كما تم عرض وضع الرقابة القضائية على دستورية القوانين في دول مجلس التعاون الخليجي، والتي ظهر بأنها عرفت هذا النوع من الرقابة وأقامت محاكم دستورية في كل من البحرين والكويت وقطر، والمحكمة الاتحادية العليا في الإمارات، في حين لم تعرف هذا المملكة العربية السعودية.

بيد أن الرقابة في سلطنة عُمان وهي بيت القصيد من هذا البحث، فقد تم استعراض الرقابة القانونية والنيابية على صحة مشروعات القوانين والإجراءات التي لها قوة القانون والمراسيم، ومشروعات الاتفاقيات والمعاهدات التي تريد السلطنة الدخول فيها، وذلك من خلال المراجعة التي تقوم بها وزارة العدل والشؤون القانونية، وكذلك مجلس عُمان بمجلسيه الشورى والدولة، كما تم استعراض واقع الرقابة القضائية وفق النصوص الحالية، فلا يمكن القول بأن عندنا رقابة دستورية القوانين بنوعها، ومن هنا جاء المقترح بالتعديل في إنشاء المحكمة الدستورية تنفيذاً لنص المادة (٨٥) من النظام الأساسي للدولة، وهو المطالب الذي ينشده الجميع، على أن تعنى بالفصل في مدى تطابق القوانين والإجراءات التي لها قوة القانون والمراسيم مع النظام الأساسي للدولة لضمان عدم مخالفتها لأحكامه، على أن تأخذ بما عليه الحال في النظم الرقابية المقارنة، بأن تكون رقابة سابقة على صدور التشريع ولأحقه على العمل به من ناحية، وأن تكون رقابة مباشرة، ورقابة عن طريق الدفع الفرعي من ناحية أخرى، ورقابة تأخذ بالطريق من ناحية ثالثة، على أن يسمع للأفراد والهيئات العامة سلوك طريق الرقابة اللاحقة على السواء.

الكلمات المفتاحية: النظام الأساسي للدولة - الرقابة على دستورية القوانين - الرقابة السياسية - الرقابة القضائية - المحكمة الدستورية.

* أستاذ القانون العام المشارك - أكاديمية السلطان قابوس لعلوم الشرطة.



Towards an Oversight of the Constitutionality of Laws In the Sultanate of Oman (A Comparative Study)

Dr. Salim Rashid Khamees Al-Alawi*

Abstract:

The research dealt with an important topic that stems from the real need for a judicial body concerned with monitoring the constitutionality of laws, decrees and procedures which have the power of law, similar to many countries that knew this type of control. In fact, the research is based on Article (85) of the Omani constitution issued in 2021, which established this oversight, and the Judicial Authority Act came to confirm this by assigning consideration of this matter to a committee concerned with settling disputes of jurisdiction, and contradiction of provisions stipulated in Article (10) of it. The research included three chapters, preceded by an introductory chapter, during which we studied the principle of separation of powers, its importance, and manifestations, and then the oversight over the constitutionality of laws in terms of definition and type, with a review of political oversight and its model, the French Constitutional Council, and judicial oversight, for example, the US Federal Court, and the Egyptian Constitutional Court, with assessing each of the two oversights. Moreover, the status of judicial oversight on the constitutionality of laws in the Gulf Cooperation Council countries was presented, which appeared to have known this type of oversight and set up constitutional courts in Bahrain, Kuwait, Qatar, and the Federal Supreme Court in the Emirates, but none in Saudi Arabia. However, constitutional oversight in Oman is the bottom line of this research. The legal and parliamentary oversight on the validity of draft laws, decrees that have the power of law and draft treaties that the Sultanate wants to enter into, is currently carried out by the Ministry of Justice and Legal Affairs, as well as the Council of Oman with its Shura and State Councils. The research also reviewed the reality of judicial oversight under the current texts, and therefore it cannot be said that we have both types of oversight on the constitutionality of laws. Hence, the proposal offered by this research is the establishment of the Constitutional Court in implementation of Article (85) of the Basic Law, which is also the demand that the public seeks, provided that it is concerned with determining the extent to which laws are compatible with the Basic Law, to ensure that they do not contradict its provisions. In this regard, it is useful to learn from the comparative law, which applies oversight before the issuance of the legislation and after its implementation on the one hand, and direct oversight or by secondary appeal on the other hand, provided that individuals and public bodies should be allowed to take either path alike.

Keywords: The Basic Law of Statute of Oman - Oversight of the Constitutionality of Laws - Political Oversight - Judicial Oversight - Constitutional Court.

*Associate Professor, Sultan Qaboos Academy for Police Sciences.

المقدمة

تتمتع القواعد الدستورية بقيمة قانونية عليا ، فهي تسمو وتعلو على جميع القواعد القانونية الأخرى في الدولة، وبذلك، تعد القواعد الدستورية هي القانون الأعلى والأسمى سواء كأن دستور هذه الدولة مكتوباً أو عرفياً^(١)، وبالتالي، فإن سمو القواعد الدستورية وعلوها يعد إحدى الخصائص الرئيسية المتميزة لدولة القانون، فالدستور يشكل إحدى أهم ركائز هذه الدولة، وبالبناء على ذلك، فإنه يتوجب على السلطة العامة التي أنشأها الدستور وحدد اختصاصاتها الدستورية، أن تحترم نصوصه ومبادئه وذلك لماله من سمو وعلو، إلا أن هذا لا يحدث إلا بوجود رقابة عليا على القوانين واللوائح لضمان التزامها بأحكام ونصوص الدستور، وعدم مخالفتها، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، يجب أن تتوفر للجهة الرقابية سلطة توقيع جزاء الإلغاء لتشريعات التي صدرت مخالفة للدستور، أو الامتناع عن تطبيقها^(٢).

تفريعاً على ذلك، نجد أن معظم الدول ذات الدساتير الجامدة، وبهدف كفالة احترام مبدأ الدستور، تعمل على إيجاد وسيلة أو تنظيم نوع من الرقابة على ما يصدر عن السلطات العامة فيها، وعلى الأخص السلطة التشريعية من قوانين للتحقق من مدى مطابقتها واحترام لما نص عليه دستورها من قواعد وأحكام، وتذهب الدول في مجال الرقابة على دستورية القوانين مشارب مختلفة، فمنها من يعهد بهذه المهمة إلى هيئة سياسية، ومنها من أسند هذه الرقابة إلى جهة قضائية^(٣).

أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى تلمس الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ظل دساتير دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، ومدى أخذها بالضوابط المعمول بها في النظم المقارنة، وعلى الأخص ما يلي:

(١) الدكتور/ عبدالغني بسيوني عبدالله، النظم السياسية والقانون الدستوري، عام ١٩٩٧م، الناشر منشآت المعارف الإسكندرية عام ١٩٩٧م، ص ٤٠٢.

(٢) الدكتور/ محمد رفعت عبدالوهاب، مرجع سابق، ص ١٣٣.

(٣) تقتصر رقابة دستورية القوانين على الدول ذات الدساتير الجامدة دون تلك التي تأخذ بالدساتير المرنة أو العرفية، وذلك للمبررات المقدمة والخاصة بإجراءات تعديل الدستور الجامد عن الدستور المرن أو العرفي.

- أ. الاستفادة من التجارب الدولية المقارنة تجربة فرنسا في الرقابة السياسية، والولايات المتحدة الأمريكية في الرقابة القضائية، وبعض الدول العربية التي أخذت بها كجمهورية مصر العربية، والجمهورية الجزائرية.
- ب. استعراض تجربة دول مجلس التعاون الخليجي في شأن الرقابة القضائية، ومدى أخذها بذات الشروط والضوابط المطبقة في الدول المقارنة.
- ج. الوقوف على الاختلاف بين دساتير دول المجلس في تطبيق الرقابة على دستورية القوانين واللوائح.
- د. تقديم نموذج صالح كمشروع لقانون تنظيم الرقابة الدستورية في سلطنة عُمان مستفادا من النظم القضائية المقارنة.

أهمية البحث:

- تأتي أهمية البحث من الرغبة في الوقوف على الحقائق التالية:-
1. تتمتع النظم المقارنة بتجربة عميقة في مجال الرقابة القضائية على دستورية القوانين، هذه التجربة وصلت إليها بعد العديد من الدراسات والآراء التي قدمها الفقه، وابتدعها القضاء لصون الحقوق والحريات، وبالتالي، فإن الوقوف على ما عليه الحال في النظم المقارنة يشكل أهمية بالغة للنظم القانونية والقضائية لدول الخليج العربية.
 2. تعد النظم القانونية والقضائية لدول الخليج العربية حديثة في هذا المجال، فهي إلى وقت قريب ليس لديها دساتير مدونه، وإنما تطبق الأحكام العامة للشريعة الإسلامية، ولذلك فإن تجربتها في الرقابة القضائية بسيطة، وفي بعض الدول معدومة، ولذلك، فإن هذا البحث يحاول تقديم تصور لنموذج الرقابة المناسبة لسلطنة عُمان.

مشكلة البحث:

تدور المشكلة حول الإجابة عن الآتي:

- 1- تجارب النظم الدستورية والقانونية المقارنة، وبيان ما لها وما عليها، وتوظيف هذه المقارنة في استظهار ما عليه الواقع في دساتير وقوانين دول المجلس، وتقديم تصور مناسب لهذه الرقابة في سلطنة عُمان.
- 2- مدى أخذ دساتير دول مجلس التعاون الخليجي والقوانين النافذة فيها بالرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، وفي سلطنة عُمان على وجه الخصوص.

٣- فيما إذا كانت النصوص الحالية تحقق متطلبات سمو الدساتير وتكفل لها الاحترام الواجب، وتشكل ضماناً لحقوق الأفراد في عدم الإضرار من قانون أو لائحة تتضمن نصوصاً أو أحكاماً تخالف الدستور النافذ في الدولة.

منهاج البحث:

نظراً لطبيعة البحث، فإن المنهج الذي سوف نعتمده هو الوصفي التحليلي، المقارن، وذلك باستعراض النصوص الدستورية والقانونية الحاكمة للرقابة الدستورية، وتحليلها، وبيان الوجه المشرق فيها، والمثالب التي تعتري الرقابة، ومقارنة ذلك بما عليه الرقابة القضائية في النظم الدستورية والقضائية للدول التي تعتنق الرقابة كفرنسا، والولايات المتحدة الأمريكية، ومصر.

خطة البحث:

سوف نقسم دراستنا إلى ثلاثة مباحث، مسبوقة بمبحث تمهيدي، ندرس فيه: مبدأ سمو الدساتير، ونخصص المبحث الأول: لرقابة دستورية القوانين في النظم المقارنة، والمبحث الثاني: دستورية القوانين في دول مجلس التعاون لدول الخليج العربي، والمبحث الثالث: لرقابة دستورية القوانين في سلطنة عُمان.

المبحث التمهيدي مبدأ سمو الدساتير

تمهيد وتقسيم:

الدستور يعلو على ما عداه من قواعد تشريعية، وذلك لما يتضمن عليه من قواعد وأحكام موضوعية بحسبانة القانون الأساس، وتحدد بمقتضاه النظام القانوني في الدولة، ويبين السلطات العامة فيها، والعلاقة القائمة بينها، والاختصاصات المحددة لكل سلطة، وبالتالي، يتوجب على سلطات الدولة احترامها، وعدم مخالفتها، ونجد هذا في سمو الموضوعي للدستور، وهذا سمو يتحقق لكل الدساتير العرفية أو المكتوبة، والمرنة، أو الجامدة.

في حين، يتمثل سمو الشكلي للدستور فيما يتضمنه من قواعد تبين طريقة أو إجراءات وضعه، وهي تختلف عن تلك المقررة لوضع أو تعديل القوانين العادية، وهذا سمو لا يتحقق إلا للدساتير المكتوبة الجامدة، بمعنى أن مناط سمو الشكلي هو

الشكل والإجراءات التي توضع بها القواعد الدستورية، وهذا السمو دائماً نسبياً، يختلف طبقاً للأنظمة الدستورية في كل دولة، باختلاف الإجراءات التي يوضع بها أو يعدل بموجبها الدستور^(٤).

تقريباً على ذلك، فإن السمو الموضوعي يتحقق لكافة الدساتير، أما السمو الشكلي فهو مقصور على الدساتير المكتوبة الجامدة منها فحسب، ومن هنا، ندعو الحاجة إلى بيان مضمون كل من السمو الموضوعي، والسمو الشكلي، والنتائج المترتبة على ذلك، من خلال مطلبين، نخصص المطلب الأول، للسمو الموضوعي، والمطلب الثاني، للسمو الشكلي.

المطلب الأول

السمو الموضوعي للدستور

يقصد بالسمو الموضوعي للدستور تمتعه بمركز الصدارة في النظام القانوني للدولة، ويعود السمو أو العلو للدستور إلى طبيعة الموضوعات فيه، بحسبانه هو من يبيّن فلسفة أو إيديولوجية الدولة^(٥)، وطبيعة نظام الحكم فيها^(٦)، وحقوق وحرّيات المواطنين والضمانات السياسية والقانونية التي تكفلها.

ومما لا شك فيه، أن القواعد التي يتضمنها الدستور على الوجه المتقدم، يجب أن تكون أسمى وأعلى القواعد القانونية في الدولة على الإطلاق، وبالتالي، فإن فروع القانون العام والخاص تستمد أساسها من مبادئ الدستور، هذا فضلاً عن كون السلطات العامة هي الأخرى يعتمد أساس وجودها، ونطاق اختصاصها منه كذلك، وهو ما أكده القضاء في أحكامه، بالقول "حيث إن الدستور هو القانون الأساسي الأعلى الذي يرسى القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم، ويحدد السلطات العامة،

(٤) الدكتور، إبراهيم عبدالعزيز شيجا، مرجع سابق، ص ١٠١.

(٥) من حيث كونها ديمقراطية تضمن سيادة الشعب ومبدأ الفصل بين السلطات من ناحية، ومن ناحية أخرى، أنها تؤمن بالاقتصاد الحر، والاقتصاد الاشتراكي.

(٦) من حيث بيان شكل الدولة بسيطة، ملكية أم جمهورية.



ويرسم لها وظائفها، ويضع الحدود والقيود الضابطة لنشاطها ، ويقرر الحقوق الخاصة والحقوق العامة، وتترتب الضمانات الأساسية لحامليها... إلخ^(٧).
لذا ندرس ذلك ببيان مضمون السمو الموضوعي من ناحية، والنتائج المترتبة على السمو الموضوعي من ناحية أخرى.

الفرع الأول

مضمون السمو الموضوعي للدستور

يتعلق السمو الموضوعي للدستور بمضمون القاعدة وطبيعتها، فالقواعد التي تنظم موضوعات دستورية تتصل بأسس الدولة، ونظام الحكم فيها، وتحدد الأيديولوجية التي يعتنقها النظام السياسي في الدولة، وهي قواعد دستورية تعلق على كافة القواعد الدستورية المعمول بها في الدولة^(٨).

ومما لا شك فيه، أن السمو الموضوعي للقاعدة الدستورية يرتبط بالمعيار الموضوعي في تعريف القانون الدستوري، وبالتالي، فإن هذا السمو يثبت لكافة القواعد القانونية الدستورية المتعلقة بتنظيم السلطات العامة في الدولة، ولا يختلف في كون هذه القاعدة جاءت في دستور مكتوب أو وردت في دستور عرفي، أي أن السمو الموضوعي بهذا المفهوم للقاعدة الدستورية يثبت لهذه القواعد بموجب مضمونها الدستوري فحسب^(٩).

تفريعاً على ذلك، فإن السمو الموضوعي للدستور يبتدى في مظهرين أساسيين، هما إنشاء السلطات العامة في الدولة، وتحديد اختصاصاتها، أما الثاني، بيان الفكرة القانونية السائدة في الدولة^(١٠).

(٧) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية، جلسة ١٩/٥/١٩٩٠م، القضية رقم (٣٧) لسنة (٩) قضائية دستورية، الموسوعة الدستورية الشاملة، المحامي/ حسام محفوظ، ص: ٥٣١، ص ٥٣٢.

(٨) الدكتور/ إبراهيم عبدالعزيز شبحا، مرجع سابق، ص ١٠٢، الدكتور/ جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص ١١٣، الدكتور/ على خطار شنطاوي، مرجع سابق، ص ٢٦٩.

(٩) الدكتور/ جابر جاد مضار، مرجع سابق، ص ٢٦٩.

(١٠) الدكتور/ إبراهيم عبدالعزيز شبحا، مرجع سابق، ص: ١٠٢، الدكتور/ حمدي عطية مصطفى، مرجع سابق، ص ٣١٥، ص ٣١٦، الدكتور/ ثروة بدوي، مرجع سابق، ص ٧٩، ص ٨٠، الدكتور/ عبدالغني بسيوني عبدالله، النظم السياسية والقانون الدستوري، مرجع سابق، ص ٤٠٥.

المظهر الأول

إنشاء السلطات العامة في الدولة وتحديد اختصاصاتها

لا نمل التأكيد أن الدستور هو من ينشئ السلطات والهيئات الحاكمة في الدولة، كما يرسم اختصاصات كل سلطة، لذلك نجد البرلمان بوصفه سلطة تشريعية تضع القوانين، وتتبثق سلطته وشرعيته واختصاصاته من الدستور، وكذلك الحال بالنسبة للسلطة التنفيذية، وهي تصدر المراسيم واللوائح والقرارات الفردية وتستمد اختصاصها هذا، وشرعيته من الدستور، وأخيراً لا يختلف الحال للسلطة القضائية التي تؤسس الأحكام التي تصدرها باسم رئيس الدولة، تستمد ذلك من نصوص الدستور.

ومتى كان ذلك كذلك، وكأن الدستور هو الذي من أنشأ السلطات العامة، وحدد لها اختصاصاتها، ويحكم العلاقة القائمة بينها، توجب على تلك السلطات أن تخضع لأحكام الدستور خضوعاً تاماً، وأن تلتزم بمراعاتها في كل التصرفات التي تصدر عنها سواء تلك التي تنظم العلاقة فيما بينها، أو ما تعلق منها بعلاقتها مع أفراد المجتمع، آية ذلك لما للدستور من سمو وعلو عليها، والقول بغير ذلك، أي خروج هذه السلطات على أحكام ونصوص الدستور يعني إهدار الأساس الذي قام عليه من ناحية، والمرتكز القانوني التي تسند إليه ظهرها في كافة تصرفاتها اليومية من ناحية أخرى.

المظهر الثاني

تحديد الفكرة القانونية السائدة في الدولة

يتجلى سمو الموضوعي للدستور بالإضافة إلى تحديد الهيئات أو السلطات، واختصاصاتها في بيان الفكرة القانونية التي تسود الدولة، والتي تمثل الإطار القانوني التام لكافة أوجه النشاط القانوني الأخرى في الدولة، بمعنى أن الدستور بجانب ما تقدم هو من يحدد الإطار الفلسفي الذي تمارس فيه السلطة، وذلك عن طريق تحديد الاتجاهات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية العامة التي يلزم أن تعمل في إطارها مختلف مظاهر الأنشطة في الدولة سواء تلك المتعلقة بالحكومة أو الخاصة بالأفراد^(١١).

(١١) الدكتور/ حمدي عطية مصطفى، مرجع سابق، ص ٣١٦.

وينبني على تحديد الفكرة القانونية التي تسود الدولة أن تكون القواعد الدستورية التي تنظم الموضوعات المتصلة بنظام الحكم، أسمى وأعلى القواعد القانونية على الإطلاق^(١٢)، هذا من ناحية، يجب على الحكومة الالتزام بما ينص عليه الدستور في هذا الخصوص من ناحية ثانية، ومن ناحية ثالثة، عليها التقيد بالفلسفة أو الأيدولوجية إلى يتبناها الدستور كأساس لوجودها، ومن جهة رابعة، يقع باطلاً كل تصرف أو نشاط تقوم به بالمخالفة للفلسفة أو المبادئ التي نص عليها الدستور^(١٣)، بيد أن، بعض الفقه لا يرى التكرار لكل فرد أو اتجاه يخالف الأمر أو الأيدولوجية التي يعتمدها الدستور فالدساتير في النظم الديمقراطية لا تحظر الاتجاهات والآراء المخالفة لما سطرته في نصوصها من فلسفة أو مبادئ عامة، إلا أن هذا الخروج على أحكام الدستور لا يضيء عليها الصفة الرسمية إلا من خلال سلوك الطريق الذي رسمه الدستور، بالإجراءات التي حددها^(١٤).

الفرع الثاني

النتائج المترتبة على سمو الموضوعي للدساتير

يترتب على سمو الموضوعي للدستور نتيجتا الأولى، تأكيد مبدأ المشروعية، والثانية، عدم جواز التفويض في الاختصاصات التي حددها الدستور^(١٥)، وسوف نتناول ذلك تالياً.

أولاً- تأكيد أو تدعيم مبدأ المشروعية:

مبدأ المشروعية أو سيادة القانون، هو خضوع الكافة حكام ومحكومين لأحكام القانون، ومبدأ سمو الدساتير يعمل على تدعيم وتأكيد مبدأ المشروعية، وهنا لا يقتصر المبدأ على الخضوع للقانون العادي أو اللوائح أو القرارات فحسب، بل يتسع هذا المبدأ ليشمل الخضوع لأحكام ومبادئ الدستور في المرتبة الأولى، وبالتالي، فإن سمو الموضوعي للدستور، بحسبانه القانون الأعلى في الدولة يؤدي إلى ضرورة احترام

(١٢) الدكتور/ علي خنجر شنطاوي، مرجع سابق، ص ٢٧٠.

(١٣) الدكتور/ عبدالغني بسيوني عبدالله، القانون الدستوري، مرجع سابق، ص ١٧٨.

(١٤) الدكتور/ أنور سلان، الديمقراطية بين الفكر العربي والفكر الاشتراكي، القاهرة، ١٩٧١م، ص ٣ وما بعدها، الدكتور/ ثروة بدوي، مرجع سابق، ص ٧٩، ص ٨٠.

(١٥) الدكتور/ ثروة بدوي، مرجع سابق، ص ٨٠، الدكتور/ إبراهيم عبد العزيز شيجا، مرجع سابق، ص: ٩٠، الدكتور عبدالغني بسيوني عبدالله، مرجع سابق، ص ١٧٩.

الحكام والمحكومين للقانون، وأن أي تصرف يتم بالمخالفة لهذا القانون يوجب البطلان، ويكون مجرداً من أي أثر قانوني^(١٦)، لعدم توافر السند الشرعي له.

ثانياً- عدم جواز التفويض في الاختصاصات التي منحها القانون:

قدمنا القول، بأن الدستور هو من ينشئ الهيئات والسلطات العامة في الدولة، وهو من يحدد اختصاص كل سلطة أو هيئة مراعيًا في ذلك أهميتها وقدرتها بالنظر إلى طريقة تكوينها، وبالتالي، فإن سمو الدستور وعلوه يقتضي أن تمارس كل سلطة عامة اختصاصها بنفسها، وبذلك يمتنع عليها أن تفوض سلطة عامة أخرى في ممارسة بعض اختصاصها الدستوري إلا بموجب نص صريح وواضح يمنحها هذه المكنة وارد في صلب الدستور ذاته، آية ذلك، أن السلطة أو الهيئة التي أسند لها الدستور الاختصاص لا تملك التفويض فيه، وإنما يقتصر حقها في ممارسته فحسب^(١٧)، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، أن التفويض - فيما لو حصل - يمثل تعديلاً لأحكام الدستور الخاصة بتوزيع الاختصاصات بين السلطات العامة، بغير الطريقة التي رسمها الدستور، وبالتالي، تقع مخالفة للأوضاع والإجراءات المتطلبية للتعديل، ومن غير السلطة التي تملك حق التعديل.

المطلب الثاني

السمو الشكلي للدستور

إذا كان سمو الموضوعي يتحقق للقاعدة الدستورية بالنظر إلى مضمونها ومحتواها، فإن سمو الشكلي يثبت للدستور من حيث الشكل والإجراءات التي يوضع بها، وتلك التي تتبع لتعديله، وينبني على ذلك، أن سمو الموضوعي يتوافر للدساتير كافة سواء أكانت جامدة أو مرنة، مكتوبة أو غير مدونة (عرفية)، في حين أن سمو الشكلي لا يكون إلا للدساتير الجامدة دون غيرها - كما تقدم - تلك الدساتير التي تتطلب

(١٦) الدكتور / عبدالحميد متولي، مرجع سابق، ص ١٩٤، ص ١٩٥.

(١٧) الدكتور / عبدالغني بسيوني عبدالله، مرجع سابق، ص ١٨٠.

إجراءات خاصة لوضعها وتعديلها، وتختلف عن تلك التي توضع أو تعدل بها القوانين العادية، ولقد رتب الفقه الدستوري عدداً من النتائج على السمو الشكلي للدساتير^(١٨).
أولاً- مضمون السمو الشكلي للدساتير:

يقوم السمو الشكلي للدستور على شكل القاعدة وإجراءاتها والتي تتطلب إجراءات وشروطاً خاصة لوضعها أو تعديلها تختلف حسب نوعي السمو، فالسمو الموضوعي يتوافر لكافة الدساتير، بينما السمو الشكلي لا يتحقق إلا بالنسبة للدساتير المكتوبة الجامدة دون غيرها^(١٩)، وذلك لأن الدساتير الجامدة تختلف عن الدساتير المرنة في عدم إمكانية تعديلها إلا بسلوك أوضاع وإجراءات خاصة مختلفة عن تلك المتبعة لتعديل القوانين العادية الصادرة عن طريق البرلمان (السلطة التشريعية).

وينبغي على ذلك، أن جمود الدستور هو الذي يمنح القواعد الدستورية مرتبة أسمى، ووضعاً أعلى في سلم تدرج القواعد القانونية النافذة، بمعنى أن إضفاء صفة الجمود على الدساتير تسمو بقدرها، وتجعلها القوانين العليا في الدولة بلا منازع^(٢٠)، كما ترتب عدداً من النتائج التي رصدها الفقه الدستوري^(٢١).

ثانياً- النتائج المترتبة على السمو الشكلي للدساتير:

درسنا المقصود بالسمو الشكلي للدستور واحتلاله المرتبة العليا بين التشريعات التي تسود الدولة، وبالتالي، لا يجوز للقواعد العادية مخالفة القواعد الدستورية، فمن الناحية الموضوعية - كما رأينا- أن القواعد الدستورية تحدد الإطار القانوني للدولة، أما ما عداها من قواعد فهي تهتم بموضوعات أقل خطورة من تلك التي تعالجها القواعد الدستورية كالقواعد الواردة في قانون الجزاء والقانون المدني والقانون التجاري، والقانون، والقانون الإداري ... إلخ هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى، فإن القواعد الدستورية تختلف كذلك من حيث الشكل (في ظل الدستور الجامد) عن القواعد العادية من حيث وضعها وتعديلها، وذلك بتطلب الأولى قواعد وإجراءات خاصة أكثر تعقيداً عن تلك

(١٨) الدكتور/ عبدالغني بسيوني عبدالله، النظم السياسية والقانون الدستوري، مرجع سابق، ص ٤٠٧ وما بعدها، الدكتور / ثروة بدوي، مرجع سابق، ص ٨١ وما بعدها، الدكتور/ إبراهيم عبدالعزيز شيجا، مرجع سابق، ص ١٠٦.

(١٩) الدكتور/ نعمان أحمد الخطيب، مرجع سابق، ص ٥٣٧، ص ٥٣٨.

(٢٠) الدكتور/ إبراهيم عبدالعزيز شيجا، مرجع سابق، ص ١٠٦.

(٢١) الدكتور/ حمدي عطية مصطفى، مرجع سابق، ص ٣٢٣، الدكتور/ نعمان أحمد الخطيب، مرجع سابق، ص ٥٤، الدكتور/ إبراهيم عبدالعزيز شيجا، مرجع سابق، ص ١٠٨ وما بعدها.

التي يتم أتباعها في شأن وضع وتعديل القواعد العادية^(٢٢)، وتتمثل أهم نتائج النقرقة بين القانون الدستوري والقوانين العادية^(٢٣)، فيما يلي:

١ - ثبات القواعد الدستورية واستقرارها.

قدمنا، بأن وضع القوانين الدستورية وتعديلها يتم وفق إجراءات خاصة تتسم بالشدة والتعقيد، وذلك من خلال وضع أو تعديل القوانين العادية، وبالتالي، يؤدي ذلك إلى حتمية ثباتها، واستقرارها، أية ذلك أن صياغة القواعد الدستورية تتميز بعمومية واضحة، وشمول أكبر، وذلك لتكون قابلة للتطبيق لأطول فترة ممكنة، بمعنى أن عمومية وتجريد أحكام القاعدة الدستورية يجعلها تستوعب الكثير من التغيرات السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي تسود في الحياة العامة في الدولة^(٢٤).

بيد أن ثبات واستقرار القواعد الدستورية - على الوجه المتقدم - إنما هو استقرار نسبي وليس مطلق، وإلا كنا أمام دستور جامد لا يستجيب لمتطلبات العصر من تطورات وتغيرات في مجالات مختلفة، ومن هنا، فإن ثبات القاعدة الدستورية لا يعني بأي حال استحالة تعديلها، بل تقرر إجراء تعديل عليها أخذاً بمبدأ سيادة الأمة وحققها الثابت في تعديل دستورها، وذلك لمواكبة التطورات السياسة والاقتصادية والاجتماعية التي تحدث في المجتمع، وأن يكون هذا التعديل بعد إتباع إجراءات خاصة تضمن عدم العبث بالدستور، وتحميه من الاستبداد^(٢٥).

٢ - وجوب تعديل القواعد الدستورية بقواعد دستورية مماثلة.

تلقي هذه النتيجة سندها في سمو القواعد الدستورية وعلوها على ما عداها من قواعد قانونية أخرى في الدولة، وبالتالي، فإن هذا سمو مقتضاه ألا يتم تعديل القواعد الدستورية أو إلغائها، بأداة قانونية أدنى منها، فالقانون العادي لا يمكن أن يلغي أو يعدل مادة دستورية واردة في دستور أوفي أية وثيقة دستورية مكتوبة^(٢٦).

(٢٢) الدكتور/ إبراهيم عبدالعزيز شيما، مرجع سابق، ص ١٠٨.

(٢٣) الدكتور/ صلاح كمال رحيم، مرجع سابق، ص ١٣٤، الدكتور/ حسن مصطفى البحري، مرجع سابق، مرجع سابق، ص " ١٨٢، الدكتور محمد كامل ليلي، مرجع سابق، ص ١٤٧.

(٢٤) الدكتور/ علي خطأ شطناوي، مرجع سابق، ص ٢٧٤.

(٢٥) الدكتور/ محمد كامل ليلي، مرجع سابق، ص ١٤٨.

(٢٦) هذه النتيجة تتحقق في الأحوال الاعتيادية أما في الظروف غير العادية كاندلاع الثورات أو وقوع انقلاب، يتم إلغاء الدستور فعلياً.

٣- وجود توافق القوانين العادية مع القواعد الدستورية.

تنبثق هذه الخاصية من مبدأ سمو الدستور واحتلاله القاعدة القانونية العليا في السلم الهرمي لتدرج القواعد القانونية الذي يقضي بعدم جواز مخالفة القاعدة الدنيا للقاعدة العليا في السلم، والقول بغير ذلك يفقد مبدأ سمو الدساتير أهميته القانونية^(٢٧).
ويترتب على علو القواعد الدستورية على القوانين العادية، أن تأتي هذه الأخيرة متوافقة وغير متعارضة مع أحكام الدستور وبالتالي، يجب أن تصدر القوانين العادية من السلطة التشريعية (البرلمان) في نطاق الأحكام التي تتضمنها القوانين الدستورية من قواعد وأحكام، وأن خروجها على هذه القواعد والأحكام يصم القوانين الصادرة عنها في هذا المجال بعدم الدستورية وباطلة، ولقد حرصت بعض الدساتير على النص في متنها على تقرير البطلان في هذه الحالة^(٢٨).

المبحث الأول

الرقابة على دستورية القوانين في النظم المقارنة

تمهيد وتقسيم:

من المبادئ الأساسية في الدول ذات الدساتير الجامدة، وجوب التزام القواعد القانونية، بالقواعد الدستورية السارية، بحسبان أن الدستور - كما تقدم - يمثل القاعدة القانونية الأساسية التي تسمو على سائر القواعد الأخرى، وبالتالي، يمثل المرتبة العليا لما له من أهمية سياسية بحكم تنظيمه لكافة السلطات العليا في الدولة، وتحديد معالم النظام القانوني، ويترتب على هذا بحكم اللزوم، عدم جواز إصدار قوانين مخالفة له، وضرورة العمل بمبدأ الرقابة على وجوب مطابقة القوانين للدستور، عملاً بمبدأ الشرعية الذي تضار من أي اعتداء عليه، أو المساس بمضمونه، بمعنى أن عدم وجود رقابة يجعل من مبدأ سمو الدساتير مجرداً من أي مضمون أو فاعلية معتبرة^(٢٩).

وإذا كانت الرقابة على القوانين العادية بهدف ضمان احترامها للدستور، وعدم مخالفتها لأحكامه من أنجح الوسائل التي تكفل نفاذ القاعدة الدستورية وتطبيقها بطريقة

(٢٧) الدكتور/ نعمان أحمد الخطيب، مرجع سابق، ص ٥٤٠.

(٢٨) يرجى جانب من الفقه أن تقرير البطلان هنا لا يحتاج لمثل هكذا نص، بل هو أمر يتقرر ضمناً كنتيجة منطقية لفكرة جمود الدستور، الدكتور/ إبراهيم عبدالعزيز شيجا، مرجع سابق، ص ١٠٨.

(٢٩) الدكتور/ حمدي عطية مصطفى، مرجع سابق، ص ٣٣٢.

سلمية، فإن السؤال يثور، ما المقصود بالرقابة على دستورية القوانين من ناحية، وإلى متى تترد نشأة هذه الرقابة من ناحية ثانية، وما هي المبررات التي تساق لأهمية الرقابة على دستورية القوانين، وما يقال بشأن الاعتراض عليها، من ناحية ثالثة، وماذا عن تنظيم الرقابة على دستورية القوانين التي تقسم إلى رقابة سياسية، وأخرى قضائية من جهة، وتقدير الرقابة على دستورية القوانين من جهة أخرى؟

المطلب الأول

الرقابة على دستورية القوانين (المفهوم والنشأة)

أولاً- مفهوم الرقابة:

الرقابة على دستورية القوانين يقصد بها التحقق من مخالفة القوانين للدستور، تمهيداً لعدم إصدارها إذا لم تكن صدرت، أو لإلغائها أو الامتناع عن تطبيقها إذا صدرت^(٣٠)، بمعنى أن الرقابة الدستورية تقضي بالتزام كافة السلطات والهيئات في الدولة ومن بينها السلطة التشريعية بقواعد وأحكام الدستور، وعدم جواز صدور قانون يتعارض كلياً أو جزئياً مع أحكام، ومبادئ ونصوص الدستور.

تقريباً على ذلك، فإن مخالفة القوانين العادية لإحكام الدستور لا تثور في دول الدساتير المكتوبة الجامدة، فهذه الأخيرة تسمو أحكامها، ونصوصها على نصوص القوانين العادية التي يجب ألا تأتي مخالفة للقاعدة الدستورية، وفي هذا تقول المحكمة الدستورية العليا في مصر أن " الرقابة على الشرعية الدستورية تفترض دستوراً جامداً تنصدر أحكامه القواعد القانونية الأدنى مرتبة منها وتعلوها"^(٣١).

بيد أن الرقابة على دستورية القوانين تقتصر على الدساتير المكتوبة الجامدة ولا تشمل الدساتير المرنة أو العرفية، آية ذلك، أن هذه الدساتير لا تضع قواعد أو إجراءات خاصة تختلف عن تلك المتبعة في شأن القوانين العادية، ومن هنا، نجد أن السلطة المختصة (البرلمان) بمقدوره أن يعدل القواعد الدستورية المرنة أو العرفية باتباع، تلك القواعد والإجراءات التي تتبع لتعديل القوانين العادية.

(٣٠) الدكتور/ ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص ١٩.

(٣١) حكمها في جلسة: ١٤/١/١٩٩٤م، القضية رقم (٧١)، السنة (١٤) ق.د. المجموعة، ج ٦، قاعدة،

(٣٢) ص ٤٦، مشار إليه لدى الدكتور/ حمدي عطية مصطفى، مرجع سابق، ص ٣٣٤.

بقي أن نقول، أن المقصود بالرقابة الدستورية على مخالفة القوانين للدستور هي تلك الرقابة التي تخص الموضوع لا الشكل، فالقانون المخالف للدستور من الناحية الشكلية، لا يوصف بأنه قانوناً بالمعنى الصحيح^(٣٢)، ويحصل هذا متى خرجت السلطة التشريعية عن القواعد والإجراءات المنصوص عليها في الدستور، لسن القوانين العادية أو التصديق عليها، أو إصدارها أو نشرها.

ثانياً- تاريخ الرقابة على دستورية القوانين:

يرجع الفقه الدستوري نشأة الرقابة على دستورية القوانين إلى الولايات المتحدة الأمريكية، بحسبانها أسبق الدول إلى الأخذ بالرقابة على دستورية القوانين، وقد تقرر هذا الحق عن القضاء وتأييد الفقه له، علماً بأن الدستور الأمريكي لم يتضمن على أية نصوص تعطي المحاكم الرقابة على دستورية القوانين^(٣٣).

ولقد مرت الرقابة على دستورية القوانين بمراحل في بلد المنشأ، وكان أهم بروز لها بعد قيام الاتحاد الأمريكي عام ١٧٨٩م، وإنشاء المحكمة الاتحادية العليا التي قررت حق القاضي في عدم تطبيق القانون متى رأى أنه مخالف للدستور^(٣٤)، ثم استمرت هذه المحكمة، وسائر المحاكم الأمريكية في إقرار وتوسيع الرقابة على دستورية القوانين، متخذةً من التطورات المتلاحقة على الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية مرتكزاً لها.

بيد أن رقابة دستورية القوانين لم تقف عند المحاكم الأمريكية، بل أخذت بهذا المبدأ محاكم بعض الدول مقررّة حق القضاء في الرقابة على دستورية القوانين، من ذلك محاكم بعض الدول الأوروبية، والنرويج، واليونان، ورومانيا، في حين عملت بعض الدول على النص صراحةً في الوثائق الدستورية على حق القضاء في رقابة دستورية القوانين من ذلك الدستور السويسري لعام (١٨٧٤م)، ودستور النمسا لعام (١٩٢٠م)، ودستور تركيا لعام (١٩٦١م)، ودستور دولة الكويت لعام (١٩٦٢م).

(٣٢) الدكتور/ حمدي عطية مصطفى، مرجع سابق، ص ٣٣٥.

(٣٣) الدكتور/ رمزي طه الشاعر، مرجع سابق، ص ٢٣٥.

(٣٤) كان ذلك بمناسبة قضية تعيين بعض القضاة، وإلغاء تعيين بعضهم من قبل وزير الداخلية، أنظر تفاصيل ذلك للدكتور/ حمدي عطية مصطفى، مرجع سابق، ص ٣٣٧، ص ٣٣٨.

ثالثاً- مبررات الرقابة على دستورية القوانين:

إن ثمة دواعي ومبررات للأخذ بالرقابة على دستورية القوانين، ومن ضمنها، أن السماح للقضاء برقابة دستورية القوانين، تأكيد وضمان لمبدأ المحافظة على مشروعية أعمال الدولة وتصرفاتها من الإلغاء، وذلك قبل صدورها، مستندة إلى نص غير دستوري، كما أن العمل التشريعي العادي الصادر بالمخالفة لنصوص وأحكام الدستور لا يمكن وصفه قانوناً، وبالتالي يتحتم على القاضي الامتناع عن تطبيقه، ويكون عليه وقف تنفيذه، وذلك بدعوى أنه يعد تجاوزاً أو خروجاً عن الحدود المرسومة في الدستور الذي جاء من قبل سلطة أعلى من السلطة التي قامت بإصدار العمل القانوني المخالف للقاعدة الدستورية^(٣٥).

بيد أن هناك جانباً من الفقه يرفض الاعتراف بالرقابة على دستورية القوانين، ويدعم هذا الفقه رفضه إلى الخوف من عدوان القضاء وهيمنتهم على البرلمان، وذلك بجانب وجود نصوص تمنع القضاء من التدخل في أعمال البرلمان، كما يرون أن التطبيق الحرفي والمطلق لمبدأ الفصل بين السلطات يحتم منع القضاء من التدخل في بحث دستورية القوانين، وبالتالي، فإن ممارسة القضاء لهذه الرقابة يعد خروجاً عن وظيفته ليمارس أعمالاً سياسية ليست من اختصاصه^(٣٦).

المطلب الثاني

الرقابة السياسية على دستورية القوانين

يعد الدستور القانون الأساسي في الدولة لما يتميز به من سمو شكلي وموضوعي -كما تقدم- ونظراً لطبيعة الدستور كأعلى قاعدة دستورية في الدولة لا بد من أن يكون المرجعية الأولى لمختلف القوانين المتفرعة عنه، ولضمان هذا الارتباط كأن لا بد من وجود رقابة دستورية تحافظ على احترام الدستور، وتمنع العبث بأحكامه. والرقابة على دستورية القوانين المقصودة هنا، هي التأكد من مدى مطابقتة القوانين بمختلف أنواعها، قوانين أساسية أو قوانين عادية، أو لوائح أو قرارات للدستور بحسبانه الوثيقة الدستورية العليا، والمرجع لكافة القوانين في الدولة.

^(٣٥) الدكتور/ مصطفى عفيفي، الوجيز في القانون الدستوري، ٢٠٧، مرجع سابق: ٩٦.

^(٣٦) انظر الآراء المعارضة للرقابة وتلك المؤيدة لها لدى الدكتور/ حمدي عطية مصطفى، مرجع سابق، ص ٣٤٠ وما بعدها.

الفرع الأول

المقصود بالرقابة السياسية على دستورية القوانين

يقصد بالرقابة السياسية تلك التي تمارس قبل صدور القانون، ثم تحول دون صدوره متى خالف نصاً في الدستور، فهي رقابة سابقة أو رقابة وقائية، وعادة ما يعهد بهذه الرقابة إلى هيئة ذات صفة سياسية يتم اختيار أعضائها عن طريق السلطة القضائية أو بالاشتراك مع السلطة التنفيذية، وتتولى هذه الهيئة استظهار موافقة أو مخالفة القوانين لأحكام الدستور^(٣٧).

كما قد تكون الرقابة لاحقه على صدور القانون، ويسوق الفقه مثلاً على الرقابة السابقة ما قرره دستور فرنسا الصادر عام (١٩٥٨م)^(٣٨)، أما بالنسبة للرقابة اللاحقة على صدور القانون فهو دستور ألمانيا لعام (١٩٦٨م)^(٣٩)، وهذه الهيئة التي تتولى الرقابة اللاحقة تختلف باختلاف الطريق الذي يرسمه الدستور لتقرير هذه الرقابة، فقد يكون اختيار أعضاء الهيئة عن طريق الانتخاب او يتم ذلك بالتعيين أو يجمع بين الانتخاب والتعيين، وفي حالة التعيين قد تكون أغليبيتهم من البرلمان، وقد يكونا تابعين للسلطة التنفيذية.

ومن التجارب التي يقدمها الفقه كنموذج للرقابة السياسية على دستورية القوانين التجربة الفرنسية على مدى تاريخها الطويل منذ اندلاع الثورة الفرنسية عام (١٧٩٥م) حينما حاول الفقيه "سيس" إقناع واضعي دستور السنة الثانية على تبني اقتراحه باستحداث هيئة سياسية "هيئة المحلفين الدستورية" التي يعهد إليها إلغاء القوانين التي تخالف أحكام الدستور.

وخلال الفترة الممتدة من عام (١٧٩٥م) وحتى صدور دستور الجمهورية الخامسة، وإنشاء المجلس الدستوري عام (١٩٥٨م)، تضمنت الدساتير الفرنسية تنظيمياً للرقابة السياسية لدستورية القوانين، كمجلس الشيوخ الذي جاء بموجب دستور عام (١٨٥٢م)، واللجنة الدستورية المشكلة وفقاً لدستور عام (١٩٤٦م)^(٤٠)، إلا أن التنظيم الذي جاء به

(٣٧) الدكتور/ فؤاد العطاء، مرجع سابق، ص ١٩٧.

(٣٨) عرفت فرنسا الرقابة اللاحقة بموجب التعديل الدستوري رقم (٢٣)، الذي حصل عام ٢٠٠٨م، والذي دخل حيز التنفيذ عام ٢٠١٠م.

(٣٩) الدكتور/ حمدي عطية مصطفى، مرجع سابق، ص ٣٥٣، ص ٣٥٤.

(٤٠) تفاصيل أكثر للدكتور/ حسن مصطفى البحري، مرجع سابق، ص ١٨٧ وما بعدها.

دستور عام (١٩٥٨م) لا زال باقيا إلى يومنا، وبجانب فرنسا أخذت بعض الدول بالرقابة السياسية على دستورية القوانين، وعلى الأخص الدول ذات الأيديولوجية الاشتراكية، ومن الدول العربية الجمهورية العربية السورية في دستور عام (١٩٥٠م)^(٤١)، وكذلك الدستور المغربي لسنة (١٩٧٤م)^(٤٢)، والدستور الجزائري لعام (٢٠٢٠م)^(٤٣).

الفرع الثاني

تطبيقات على الرقابة السياسية على دستور القوانين

رأينا في معرض حديثنا عن تاريخ الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا بأنها بدأت بمقترح لأحد الفقهاء عند إعداد مشروع دستور عام (١٧٩٥م)، ثم توالى الدساتير الفرنسية التي قررت في متونها فرض رقابة على دستورية القوانين آخرها الدستور الحالي الصادر عام (١٩٥٨م)، الذي أسند هذه المهمة إلى هيئة خاصة أسماها "المجلس الدستوري" حدد تشكيله، واختصاصاته في المواد من (٥٦ وحتى ٦٣) منه، مع مراعاة التعديل الذي حدث عام (٢٠٠٨م)، الذي قرر الرقابة اللاحقة، ولذلك سوف نتناول، تشكيل المجلس الدستوري، واختصاصاته بنوعي الرقابة (السابقة، واللاحقة)، وحجية القرارات الصادرة من المجلس.

أولاً- تشكيل المجلس الدستوري الفرنسي:

يتألف المجلس وفقاً للمادة (٥٦) من الدستور الحالي من أعضاء دائمين وأعضاء مؤقتين.

١. الأعضاء لمدى الحياة، وهم رؤساء الجمهورية الفرنسية السابقين، فهؤلاء أعضاء في المجلس بحكم أو بقوة القانون، وهم في الوقت الحاضر ثلاثة، (جيكار، وشيراك، وساركوزي).

٢. الأعضاء المعينون، وهؤلاء يعينون لمدة (٩) تسع سنوات غير قابلة للتמיד.

(٤١) الدكتور/ حمدي عطية مصطفى، مرجع سابق، ص ٣٥٨.

(٤٢) الدكتور/ جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص ١٦٢.

(٤٣) نصت المادة (١٨٥) من دستور الجزائر لعام ٢٠٢٠م، على إنشاء المحكمة الدستورية، وحدد المادة (١٨٦) تشكيلها، وهو تشكيل يغلب عليه العناصر غير القضائية.

ويأتي الأعضاء المعينون بالاختيار المطلق من قبل كل من رئيس الجمهورية، ورئيس الجمعية الوطنية، ورئيس مجلس الشيوخ، بحيث يقوم كل واحد من الذين تقدم ذكرهم باختيار عدد (٣) أشخاص يتم تسميتهم أعضاء في المجلس الدستوري، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى يتم تجديد ثلث الأعضاء المعينين كل ثلاث سنوات. علماً بأن، رئيس المجلس الدستوري يتم تعيينه من قبل رئيس الدولة "الجمهورية". وعادة ما يكون من الأعضاء الثلاثة الذين يختارهم الرئيس لعضوية المجلس، ومما يتميز به رئيس المجلس الدستوري صوت مرجح في حالة تساوي الأصوات في المجلس.

ثانياً- اختصاصات المجلس الدستوري الفرنسي:

المطالع للنصوص الدستورية لدستور عام (١٩٥٨م) (المعدل) يجد أنه أسند عدداً من الاختصاصات للمجلس الدستوري، وردت في مواد متناثرة في الدستور، يجمعها إطار السهر على احترام مبادئ الدستور، وضمان سير السلطات العامة في أداء وظائفها بانتظام واطراد، وهي اختصاصات عامة، وأخرى متعلقة برقابة المجلس لدستورية القوانين، وهذه الأخيرة تنقسم إلى حالات يجب ممارسة المجلس صلاحيته قبلها، وأخرى له الخيار بالتدخل فيها من عدمه، كما تنقسم إلى رقابة سابقة وأخرى لاحقة.

١- اختصاصات المجلس بالرقابة السابقة:

تتعدى اختصاصات المجلس رقابة دستورية القوانين إلى العديد من الاختصاصات التي أسندت له بموجب أحكام الدستور الحالي لعام (١٩٥٨م)، كرقابة مشروعية انتخاب رئيس الجمهورية، وفحص الاعتراضات عليها، وإعلان نتائج الاقتراع المادة (٥٨)، وكذلك مشروعية انتخاب أعضاء الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ، المادة (٥٩)، ورقابة مشروعية عمليات الاستفتاء، وإعلان النتائج المادة (٦٠) من الدستور، وهناك العديد من الاختصاصات غير تلك المتعلقة بالرقابة على الانتخابات أو الاستفتاءات، كالإشراف على رئاسة الجمهورية فيما يخص لجوء الرئيس إلى تحريك إجراءات استخدام المادة (١٦) من الدستور الخاصة بالظروف الاستثنائية، وسلطات الأزمات، والإجراءات الصادرة بناءً على مشروعية إعلان هذه الحالة، كما يراقب المجلس مدى دستورية اللوائح الداخلية للمجالس النيابية أو البرلمان، وأخيراً قد يطلب

من المجلس إصدار قرار لإعلان خلو منصب رئيس الجمهورية او قيام مانع يحول دون ممارسة صاحبه لاختصاصاته الرئاسية.

٢- اختصاصات المجلس بالرقابة السابقة:

عرف الدستور الفرنسي الحالي نوعين من الرقابة السابقة، رقابة وجوبية يلزم المجلس بممارستها، ورقابة جوازيه يعود التدخل فيها إلى المجلس وحده.

أ- الرقابة الوجوبية لدستورية القوانين.

تتجلى الرقابة في هذه الحالة في ضرورة عرض القوانين العضوية قبل وضعها موضع التنفيذ، على المجلس الدستوري لتقرير مدى مطابقتها للدستور وكذلك الأنظمة الداخلية لمجلسي البرلمان -الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ- وفي هذا قررت المادة (٦١) الفقرة الأولى منها على أنه "يجب عرض القوانين الأساسية قبل إصدارها، ومشروعات القوانين المنصوص عليها في المادة (١١) من الدستور قبل طرحها للاستفتاء على الشعب، والقواعد الإجرائية لمجلس البرلمان قبل تطبيقهما، على المجلس الدستوري أن يفصل في مدى مطابقتها للدستور".

ولقد بينت المادة (١١) من الدستور في فقرتها الأولى تلك القوانين التي بقولها: (يجوز لرئيس الجمهورية بناءً على اقتراح من الحكومة خلال انعقاد جلسة البرلمان، أو بناءً على طلب مشترك من مجلسي البرلمان تم نشره في الجريدة الرسمية، أن يعرض للاستفتاء الشعبي أي قانون حكومي يتضمن تنظيم السلطات العامة أو الإصلاحات المتعلقة بالسياسة الاقتصادية أو الاجتماعية أو ذات علاقة بالخدمات العامة التي تساهم في ذلك، أو تهدف إلى التفويض بالتصديق على معاهدة والتي على الرغم من عدم تعارضها مع الدستور، قد تؤثر على سير عمل المؤسسات).

ويتضح من قراءة النصين المتقدمين، المادة (٦١، ١١) من الدستور، وبدلالة المادة (٤٦) الفقرة الأولى من ذات الدستور، بأن هناك ثلاثة طوائف من المشروعات الخاصة بالقوانين التي يوجب الدستور عرضها على المجلس الدستوري قبل إصدارها، دون أن يكون هناك أي طلب أو طعن منه، وذلك بهدف التأكد من مطابقتها لنصوص الدستور، وهي:

أ. القوانين الأساسية، وهي القوانين التي تصدر عن طريق البرلمان.

ب. مشروعات القوانين المنصوص عليها في المادة (١١) من الدستور المتعلقة بتنظيم السلطات العامة أو الإصلاحات المتعلقة بالجوانب السياسية أو الاقتصادية

أو الاجتماعية ذات الصلة بالأمة أو بالخدمات العامة، وتلك الخاصة بالتصديق على المعاهدات.

ج. القواعد الإجرائية الخاصة بمجلسي البرلمان قبل تطبيقها.

ب- الرقابة الجوازية لدستورية القوانين.

هذا النوع من الرقابة أقرتها الفقرة الثانية من المادة (٦١) من الدستور بقولها: "وللغاية نفسها - مراقبة دستورية القوانين - قد تحال قوانين البرلمان إلى المجلس الدستوري، قبل إصدارها من قبل رئيس الجمهورية، أو رئيس الوزراء أو رئيس الجمعية الوطنية أو رئيس مجلس الشيوخ، أو ستين من أعضاء الجمعية الوطنية أو ستين من أعضاء مجلس الشيوخ".

مما يفهم من النص المتقدم، أن الإحالة إلى المجلس الدستوري يبقى أمراً جوازي للسلطات المشار إليها، وهي رئيس الجمهورية، أو الوزير الأول (رئيس الوزراء)، أو رئيس الجمعية الوطنية أو رئيس مجلس الشيوخ، أو لعدد (٦٠) من أعضاء كل من مجلسي البرلمان، وبالتالي، يمتنع على المجلس الدستوري مباشرة رقابته على قوانين البرلمان - فيما عدا ما نص عليها في الفقرة الأولى من المادة (٦١) من الدستور - هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، وحتى عام (٢٠١٠م)، لا يجوز للأفراد اللجوء إلى المجلس الدستوري للمطالبة بالتدخل لمنع صدور قانون من البرلمان مما وصف البعض هذه الرقابة - رقابة دستورية القوانين - في فرنسا بأنها غير كافية، ولا تحقق الغاية المنشودة منها^(٤٤)، إلا أن الحال تغير بعد التعديل الدستوري الأخير لعام (٢٠٠٨م).

ج- صلاحية المجلس فيما يخص الرقابة السابقة بنوعها:

أعطت المادة (٦١) من الدستور في فقرتها الثالثة المجلس مهلة شهر واحد للفصل فيما يحال إليه من مشروعات سواءً بدستوريتها أو عدم مطابقتها لنصوص الدستور، وإجازة ذات الفقرة تقليص المدة إلى (٨) ثمانية أيام بناءً على طلب الحكومة في الحالات المستعجلة هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، يترتب على طلب الطعن بعدم

^(٤٤) الدكتور/ على خطار شطناوي، مرجع ساق، ص ٣٨٩، وفي نفس الوقت يرى أن التعديل الذي أجري عام ١٩٧٤م على ذات النص، والذي سمح لعدد (٦٠) عضواً من كل المجلسين للبرلمان بطلب مراجعة دستورية بعض مشروعات القوانين قبل إصدارها يمثل حماية لحقوق الأفراد العاديين بطريقة غير مباشرة وذلك من خلال ممثليهم في البرلمان.

دستورية القانون إلى المجلس الدستوري وقف إصدار القانون، ومن ناحية ثالثة، أن قرار المجلس الصادر في القانون محل الطعن بعدم الدستورية أمام المجلس الدستوري غير قابل لأي طعن وملزم للسلطات العامة ولكافة السلطات الإدارية والمحاكم^(٤٥).

٣. اختصاصات المجلس بالرقابة اللاحقة:

عرفت فرنسا هذا النوع من الرقابة بعد فوز الرئيس الفرنسي (نيكولا ساركوزي) الذي بادر فور وصوله إلى سدة الحكم في فرنسا عام (٢٠٠٨م)، بتشكيل فريق من المختصين لتقديم تعديلات على دستور عام (١٩٥٨م)، وقد وافقت الجمعية الوطنية وبعدها مجلس الشيوخ على ذلك، مما مهد إلى اجتماع المجلسين وإقرار التعديل (٢٣) للدستور الحالي، وذلك في ٢٣ تموز (٢٠٠٨م)، بإضافة فقرة جديدة إلى المادة (٦١) من الدستور، التي دخلت حيز التنفيذ بعد صدور القانون التنظيمي في ١٠ ديسمبر (٢٠٠٩م)، وبذلك أقر الحق في الطعن بدستورية النصوص التشريعية أمام القضاء مباشرة.

وبإقرار تعديل (٢٠٠٨م)، أصبح المجلس الدستوري يمارس نوعين من الرقابة هما: الرقابة السابقة على صدور القانون، واللاحقة على صدوره، إلا أن تطبيق الرقابة اللاحقة لم يدخل حيز التنفيذ إلا في الأول من آذار (٢٠١٠م)، ويقضي نص التعديل الدستوري لعام (٢٠٠٨م)، بأنه: "عند مناسبة النظر في دعوى مقامة أمام القضاء، ودفع أحد أطراف الدعوى بأن حكماً تشريعياً ينتهك الحقوق والحريات التي كفلها الدستور، يستطيع المجلس الدستوري النظر في هذه المسألة بناء على إحالتها إليه من مجلس الدولة أو محكمة النقض اللذان يتخذان قرارهما خلال فترة محددة، ويحدد بقانون تنظيمي شروط تطبيق هذه المادة"^(٤٦).

وبدراسة نص المادة (٦١) الفقرة (١) من الدستور، نجد أنها تحمل ثلاثة أسس حافظ عليها المشرع بشأن الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا^(٤٧)، وهي:

^(٤٥) المادة (٦٢) الفقرة الثانية من الدستور التي تنص على أن قرارات المجلس الدستوري غير قابلة لأي طعن، وهي ملزمة للسلطات العامة ولجميع السلطات الإدارية والمحاكم.

^(٤٦) وفعلاً صدر القانون التنظيمي في ١٠ ديسمبر ٢٠٠٩م، الذي دخل حيز التنفيذ في الأول من آذار ٢٠١٠م.

^(٤٧) بينة حكيم، مقال بعنوان الرقابة السياسية على دستورية القوانين، المجلس الدستوري الفرنسي نموذجاً، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، مجلد (٥)، العدد (٢)، ٢٠٢٠م، ص ١٠٧، ==

١. أعطى النص الجديد الأفراد حق الطعن في دستورية نص قانوني بمناسبة دعوى في نزاع منظور أمام المحكمة المختصة متى كأن هذا النص المخالف ينتهك الحقوق والحريات التي كفلها الدستور.

٢. تكون إحالة الدعوى من قبل مجلس الدولة متى كانت الدعوى منظورة أمام المحاكم الإدارية، ومن قبل محكمة النقض إذا كانت القضية معروضة على محاكم القضاء العادي، ولهما (مجلس الدولة أو محكمة النقض) تقرير الإحالة إلى المجلس الدستوري من عدمه.

٣. لقد احتفظ المجلس الدستوري باختصاصاته في كونه الجهة الوحيدة التي تفصل في دستورية القوانين سواء عن طريق الرقابة السابقة التي يختص بها طبقاً لدستور عام (١٩٥٨م)، أو بأسلوب الرقابة اللاحقة التي يضطلع بها وفقاً للتعديل الدستوري لعام (٢٠٠٨م).

وفي شأن آلية الرقابة اللاحقة طبقاً للقانون التنظيمي لعام (٢٠٠٩م)، أن الطعن في الأحكام أمام القضاء بمختلف محاكمه (ابتدائية، أو استئنافية، أو نقض)، سواء أكانت محاكم عادية تابعة لمحكمة النقض، أو محاكم إدارية تتبع مجلس الدولة، والنص الذي يدفع بعدم دستوريته يجب أن يكون صادراً عن البرلمان بمجلسيه (الجمعية الوطنية، ومجلس الشيوخ)^(٤٨).

بيد أن النصوص (التشريعات) التي تكون محلاً للطعن فيها أمام المجلس الدستوري، تلك التي تمثل انتهاكاً للحقوق والحريات التي كفلها الدستور، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، يجب أن يكون الطعن بعدم الدستورية المقدم للمحكمة مكتوباً ومسبباً، ومنفصلاً عن إجراءات الدعوى الأخرى.

ويوجب قانون عام (٢٠٠٩م)، على قاضي الموضوع أن ينظر في الطلب دون تأخير، معلناً أولويته على بقية إجراءات الدعوى، ومتى توصل إلى أنه مقبولاً ومستوفياً

== سعد غازي طالب، وكربل رفاه كريم رزوقي، المجلد (١)، العدد (١)، عام ٢٠٢٠م، جامعة بابل، كلية القانون، العراق، ص ٢٠٠.

(٤٨) وتصنيف التشريعات الصادرة عن البرلمان إلى: قوانين عادية، وقوانين تنظيمية، وقرارات يصدرها رئيس الجمهورية، ويصدق عليها البرلمان، وبالتالي تخرج من مجال الطعن القرارات الرئيسية التي تستلزم مصادقة البرلمان عليها والمراسيم، والأوامر والقرارات الفردية الصادرة عن السلطة التنفيذية، والتي تخضع لرقابة القضاء الإداري (مجلس الدولة الفرنسي).

للشروط التي طلبها القانون المشار إليه، أحال طلب الطعن إلى محكمة النقض أو مجلس الدولة حسب تبعية المحكمة التي تنظر طلب الفصل بدستورية النص^(٤٩)، ومتى وصل طلب الطعن إلى محكمة النقض أو مجلس الدولة حسب الاختصاص، يخضع الطعن للدراسة والتمحيص في مدة أقصاها (٣) أشهر منذ استلام الطعن، وفي هذه الحالة يجب أن تنتهي الجهة القضائية المختصة (محكمة النقض، مجلس الدولة) إلى تقرير الإحالة إلى المجلس الدستوري أو رفض طلب الطعن.

ويعتبر القرار الصادر بالفصل في الطعن في الإحالة من عدمها، قراراً نهائياً غير قابل للطعن أمام أية جهة أخرى، وهنا يظهر لنا الدور الجديد الذي عهد به القانون التنظيمي لعام (٢٠٠٩م)، بشأن دستورية القوانين للمحاكم القضائية، ولذلك نجد البعض يصف الرقابة في فرنسا بأنها لم تعد رقابة سياسية بل أصبحت تميل إلى النموذج الأوروبي الذي يجمع بين الرقابة السابقة والرقابة اللاحقة بغض النظر عن الجهة التي تنظر الطعن الدستوري^(٥٠).

ويأتي دور المجلس الدستوري في الرقابة اللاحقة على دستورية النصوص (التشريعات)، بعد دخول الطعن في حوزة المجلس حيث أوجب قانون عام ٢٠٠٩م، على المجلس الفصل في الطعن المعروض عليه في غضون ثلاثة أشهر، يتم خلالها تبادل الإخطارات والمذكرات إلكترونياً، وفور الوصول إلى قناعة لدى المجلس تعقد جلسة استماع عامة، يتاح للمحامين تقديم مرافعاتهم الشفوية، وبعدها يصدر المجلس حكمه في الطعن المعروض عليه^(٥١)، بدستورية النص المطعون فيه، أو بعدم دستوريته.

(٤٩) متى وجد أنه غير مستوفي للشروط قضى بعدم الإحالة سواء إلى محكمة النقض، أو مجلس الدولة، ويخضع قراره هذا للطعن فيه أمام المحكمة العليا (النقض أو مجلس الدولة حسب الأحوال).

(٥٠) بنية حكيم، المقال السابق، ص ١١٠.

(٥١) تضمن قانون عام ٢٠٠٩م، ثلاثة معايير يعتمدها المجلس الدستوري خلال دراسته للنص التشريعي محل الطعن، وهي:

أ- أن يكون النص التشريعي المطعون فيه ينطق على النزاع بين الطرفين، أو الإجراءات القضائية، أو كونه ركن أساسي في المحاكمة.

ب- ألا يكون النص التشريعي قد سبق نظره من قبل المجلس الدستوري، وقضى بدستوريته، ويستثنى من ذلك متى استجدت ظروف جديدة على الواقعة.

ج- أن يكون الطعن المرفوع للمجلس ذو طبيعة جدية.

يكون للحكم الصادر من المجلس الدستوري الحجية المطلقة قبل الكافة، سواء السلطات الرسمية، أو الأفراد، أو المحاكم القضائية، وبالتالي، متى قضي المجلس بعدم دستورية نص تشريعي، فإنه يقرر إلغائه وزوال آثاره من النظام القانوني الفرنسي، أما إذا انتهى المجلس إلى دستورية النص المطعون فيه، توجب على قاضي الموضوع تطبيقه إلا إذا وجد أنه لا يتفق مع قوانين الاتحاد الأوروبي أو المعاهدات الدولية التي تكون فرنسا طرفاً فيها، فالمجلس يمارس اختصاصه في فحص ملاءمة القوانين للمعاهدات.

الفرع الثالث

تقدير الرقابة السياسية لدستورية القوانين

تناولنا في معرض دراستنا للرقابة السياسية على دستورية القوانين أنها تمارس من قبل جهة غير قضائية، ومثالها التقليدي المجلس الدستوري الفرنسي المنشأ بموجب دستور عام (١٩٥٨م)، والذي أنحصر اختصاصه في الفترة السابقة على عام (٢٠١٠م)، في الرقابة السابقة فحسب، كما أن اختصاصاته مقتصرة على ما يحال إليه من مشروعات القوانين من السلطات الرسمية، دون أن يكون للأفراد حق الطعن بعدم الدستورية أمامه، مما شكل ذلك نقداً قوياً في بلد ينادي بحماية الحقوق والحريات الفردية، إلا أن هذا النقد أصبح من الماضي بعد التعديل الدستوري رقم (٢٣) لعام (٢٠٠٨م)، الذي أعطي الأفراد حق الطعن بالأحكام التشريعية أمام القضاء، وبذلك وصفت فرنسا بعد هذا التعديل بأنها أقرب إلى النموذج الأوروبي، الذي يمارس فيه القاضي دور نقل الطعن إلى هيئة دستورية مختصة^(٥٢)، وهو يخالف النموذج الأمريكي الذي يمارس القضاء فيه الرقابة بشكل مباشر.

من الجدير بالذكر أن ممارسة الدور الجديد للمجلس الدستوري الفرنسي للرقابة اللاحقة بجانب الرقابة السابقة، يكون ذلك أقرب إلى الرقابة القضائية منها إلى الرقابة السياسية، ويعزى ذلك إلى الجهة التي تتولى إحالة طلب الطعن في القانون المخالف

(٥٢) إلا أن هذا لا يعني أن القاضي لا يمارس دوره في ممارسة الرقابة الدستورية، بل على العكس له دور هام ومؤثر حيث باتت محكمة النقض ومجلس الدولة يمارس دور المجلس الدستوري من خلال ممارسة صلاحية رفض إحالة القانون المطعون فيه إلى المجلس الدستوري، وقراراتهما في هذا الشأن نهائية وغير قابلة للطعن.

للدستور، فقد بات الأمر غير مقصور على السلطات الرسمية، و(٦٠) عضواً من كل من مجلس البرلمان (الجمعية الوطنية، ومجلس الشيوخ)، بل أفسح تعديل عام (٢٠٠٨م) المجال واسعاً للأفراد لممارسة الطعن أمام القضاء، هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى، فإن وصف أعضاء المجلس الدستوري بالسياسيين لا يغير من طبيعة العمل الذي يمارسه المجلس والإجراءات المتبعة أمامه، وهي ذات صبغة قضائية، ولذلك نجدهم يسمون "بالقضاة الدستوريين"، ولقد جرى العمل في فرنسا على أن يكونوا من حملة المؤهلات القانونية العالية، ومن ذوي الخبرات القانونية المتراكمة، ويظهر ذلك من التشكيلة التي عليها المجلس اليوم^(٥٣)، وبذلك، فإن تصنيف الرقابة في فرنسا بأنها رقابة سياسية يجانب الواقع الذي عليه الأمر في الوقت الحاضر.

ومما بات من الأهمية بيانه، أن التعديل الذي تم عام (٢٠٠٨م)، والذي أتاح الرقابة اللاحقة على دستورية التشريعات التي صدرت، إنما طال ثلاثة مجالات ذات أهمية في نطاق الرقابة على الدستورية، هي مجال التشريعات موضوع الرقابة، ودور القضاء الفرنسي في ممارسة هذه الرقابة، وأخيراً ضمان حقوق الأفراد في مباشرة الطعن في دستورية نص وارد في قانون معين^(٥٤).

فمن حيث التشريعات محل الرقابة، فإن تعديل عام (٢٠٠٨م)، أفسح المجال أمام الرقابة اللاحقة من قبل الأفراد، وبذلك لم يقتصر أمر الطعن على مشروعات القوانين على السلطات الرسمية فحسب، بل أتاح الطعن على القوانين من قبل الأفراد، أما من حيث دور القضاء الفرنسي (العادي والإداري) فقد تعزز دوره، بحيث أصبح له صلاحية فرض رقابة على دستورية القوانين من خلال بحثه لجدية الطعون من عدمها، والتوصل إلى رأي نهائي غير قابل للطعن أمام أية جهة قضائية، سواء بالإحالة إلى المجلس الدستوري من عدمه.

وأخيراً وليس آخراً، أضحى الأفراد في النظام الفرنسي بموجب تعديل عام (٢٠٠٨م)، أصحاب حق من خلال الضمانات التي وفرها القانون بالحيلولة دون انتهاك حقوقهم

^(٥٣) بمراجعة تشكيل المجلس الدستوري الفرنسي الحالي، يظهر لنا وجود ثلاثة رؤساء سابقين لفرنسا هم: جيكار، وشيرك، وساركوزي، أما الأعضاء الآخرون، فهم لديهم خبرات قانونية، وهم: عدد (٢) قضاة، عدد (٢) مستشارين قانونيين، عدد (٢) من السياسيين يحملون شهادات أكاديمية في القانون، عدد (١) من حملة الدكتوراه في القانون العام، عدد (١) موظفة تحمل درجة الماجستير في القانون.

^(٥٤) بنية حكيم، المقال السابق، ص ١٠٩.



وحرياتهم والحفاظ عليها، وذلك بأن أتاح السبيل لهم بالطعن مباشرة أمام القضاء في النصوص أو الأحكام القانونية التي يعتقدون بأنها تمثل اعتداء على حقوقهم أو حرياتهم التي يكفلها لهم الدستور.

المطلب الثالث

الرقابة القضائية على دستورية القوانين

درسنا الرقابة السياسية لدستورية القوانين، وعرفنا بأنها تسند عادة إلى هيئة سياسية كالنموذج الفرنسي المتمثل في المجلس الدستوري، كما بينا ما لها وما عليها، وجاء دور بيان الرقابة القضائية لدستورية القوانين، وهي الرقابة الحقيقية، كما يراها الفقه.

تعهد بعض الدساتير إلى القضاء للقيام بمهمة فحص القوانين للتحقق من عدم مخالفتها لأحكام الدستور، وهذه الرقابة تعد الأكثر شيوعاً في العالم، وذلك بأن تسند هذه المهمة إلى الجهاز القضائي الذي يفصل بحكم يصدره بمدى توافق أو عدم توافق تشريع معين مع الدستور، أو الرقابة عن طريق الدفع الفرعي بعدم دستورية القانون المطعون عليه أو عن طريق الامتناع عن تطبيق هذا القانون^(٥٥).

كما أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين، قد تكون رقابة لا مركزية تمارسها المحاكم على اختلاف درجاتها، كما قد تكون مركزية تقتصر ممارستها على محكمة محددة، يبين الدستور تشكيلها، واختصاصاتها، والإجراءات المتبعة أحكامها، والآثار التي تترتب على أحكامها^(٥٦).

ولقد رصد الفقه الدستوري عدداً من مميزات الرقابة القضائية على دستورية القوانين بالقياس مع الرقابة السياسية على ذات الموضوع، والمتقدم بيانها، من أهم المميزات، ما يلي:

١- أن الرقابة القضائية تنفق، ومشكلة رقابة دستورية القوانين، بمعنى أن هذه الرقابة لا تتعلق بمدى ملاءمة القانون للظروف الاجتماعية والاقتصادية، وإنما تتعلق بمدى مطابقة القانون أو عدم مطابقته لنصوص ومبادئ الدستور، فهذا الأخير هو

(٥٥) الدكتور/ فؤاد العطار، مرجع سابق، ص ٢٠١ وما بعدها، الدكتور/ عبد الغني بسيوني عبد الله، مرجع سابق، ص ١٩٨ وما بعدها، الدكتور/ جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص ١٦٩ وما بعدها.
(٥٦) الدكتور/ حمدي عطية مصطفى، مرجع سابق، ص ٣٨٢.

القانون الأعلى، وبالتالي، فإن القضاة هم الأقر على الفصل في المشكلة القانونية، بحكم تأهيلهم وخبرتهم في تفسير القوانين وتطبيقها^(٥٧).

٢- تتوفر للقضاة الحيطة والاستقلال بحكم كفالة القانون لهم هذه الضمانة، في حين لا يتوافر هذا في الهيئة التي تتولى الرقابة السياسية لدستورية القوانين، وذلك لطبيعة تشكيلها التي عادة ما تكون بالتعيين، وهما ستكون متأثرة ومنحازة لمن عينها^(٥٨).

٣- يتبع القضاء في فصله للمشكلة القانونية المعروضة عليه إجراءات قضائية عادله، مما يبعث الثقة والاطمئنان لأحكامه وقراراته، كأعلانية الجلسات، وحق الدفاع، وتسبب الأحكام، وبالتالي، فهو ضمانه مهمة لفرض الرقابة الدستورية^(٥٩).
وتتنوع الرقابة القضائية بين الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية، ورقابة عن طريق الدفع الفرعي، ورقابة تأخذ بالمزج بين الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية والدفع الفرعي وجودها يوف تخصص ككل منها فرعاً مستقلاً.

الفرع الأول

الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية

تقتضي دراسة هذا العنوان بيان المقصود بالدعوى الأصلية، وأثر الحكم الصادر فيها، ومدى حق الأفراد في رفعها، وأخيراً الهيئات المختصة بالفصل فيها.

١. المقصود بالدعوى الأصلية:

يقصد بالدعوى الأصلية الدعوى التي يرفعها صاحب الشأن المتضرر من قانون ما بالطعن فيه مباشرة أمام المحكمة المختصة ابتداءً واستقلالاً عن أي نزاع آخر، ويطلب فيه الحكم بإلغاء القانون لمخالفته لأحكام الدستور^(٦٠)، دون أن ينتظر تطبيق القانون

^(٥٧) الدكتور/ محمد رفعت عبدالوهاب، القضاء الدستوري، "رقابة الدستورية" طبعة ٢٠١٢م، ص ٢٦١.

^(٥٨) الدكتور/ رمزي طه الشاعر، مرجع سابق، ص ٢٥٦.

^(٥٩) الدكتور/ عبدالغني بسيوني عبدالله، النظم السياسية والقانون الدستوري، مرجع سابق، ص ٤١٩.

^(٦٠) الدكتور/ فؤاد العطار، مرجع سابق، ص ٢٠٣.

عليه في دعوى من الدعاوى القضائية^(٦١)، فإذا ثبت للمحكمة المختصة بعد فحصها للقانون المطعون فيه، أنه مخالف للدستور قضت ببطلان هذا القانون وإلغائه. عليه، فإن الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية وسيلة هجومية تتعلق بمهاجمة القانون، والطعن فيه بطريق مباشر، أي استقلالاً عن أي نزاع آخر، ويسعى من خلالها صاحب الشأن مع المحكمة المختصة إلى إلغاء القانون لمخالفته الدستور ولذلك تسمى هذه الرقابة كذلك "برقابة الإلغاء"، فهذه الدعوى من الحقوق التي تثبت للشخص من الدستور مباشرة.

٢. أثر الحكم الصادر في الدعوى:

أن الحكم الصادر في دعوى إلغاء القانون المخالف للدستور يكون ذو حجية عامة ومطلقة، بمعنى أنه يسري في مواجهة كافة، وبالتالي، يعتبر القانون المحكوم بإلغائه كأن لم يكن سواء من تاريخ صدوره أو بالنسبة إلى المستقبل^(٦٢)، وبصفة نهائية، ويستتبع هذا عدم جواز إثارة هذا النزاع مرة أخرى أمام القضاء، مما يحول دون تضارب الأحكام في شأن دستورية هذا القانون^(٦٣).

٣. الدعوى الأصلية قد تكون سابقة أو لاحقة على صدور القانون:

إذا كان ذلك كذلك، وكانت الرقابة السياسية سابقة على صدور القانون، فإن الرقابة القضائية على دستورية القوانين تكون في الغالب لاحقة على صدور القانون، إلا أن رقابة الإلغاء قد تكون سابقة على صدور القانون، فقد تباشر على مشروعات القوانين، كما تباشر على القوانين السارية بعد صدورها^(٦٤)، ومن الدول التي أخذت بالرقابة السابقة على صدور القانون إيرلندا الحرة في دستورها لعام (١٩٣٧م)، والإكوادور في دستورها لعام (١٩٢٩م).

٤. حق الأفراد في رفع الدعوى الأصلية:

تتباين دساتير الدول بشأن حق الأفراد العاديين في الطعن بعدم دستورية القوانين، ولذلك نجد بعض الدول تقصر هذا الحق على بعض الهيئات فقط، كالدستور السويسري لعام ١٩٥٠م، ودستور النمسا لعام (١٩٤٥م)، في حين نجد بعض الدول

(٦١) الدكتور/ عبدالغني بسيوني عبدالله، النظم السياسية والقانون الدستوري، مرجع سابق، ص ٤٢٠.

(٦٢) الدكتور/ حسن مصطفى البحري، مرجع سابق، ص ١٩٧.

(٦٣) الدكتور/ فؤاد العطار، مرجع سابق، ص ٢٠٤.

(٦٤) الدكتور/ ثروة بدوي، مرجع سابق، ص ١٠٩.

تتيح للأفراد الطعن بعدم الدستورية، وهي الغالبية، بحيث تسمح لهم بالطعن شريطة توافر شروط دعوى عدم الدستورية فيهم، ومن أهم هذه الشروط، شرط المصلحة^(٦٥).

٥. الهيئات المختصة بالفصل في الدعوى الأصلية:

مما يجب التأكيد عليه، أنه نظراً لأهمية النتائج المترتبة على الدعوى الأصلية، فإن الفقه يرى عدم صحة تركها من اختصاص أي قاض في الدولة، بذلك نجد أن الدول التي تعتقد هذا النوع من الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية تجعلها من اختصاص محكمة واحدة مختصة هي المحكمة العليا في التنظيم القضائي في الدولة، أو محكمة خاصة يطلق عليها المحكمة الدستورية.

ومن هنا، نجد الدولة تسلك أحد الطريقتين، أولهما، عقد الاختصاص للمحكمة العليا التي تمارس مهمة الرقابة على دستورية القوانين بجانب مهامها الأخرى في المنازعات المدنية، والتجارية، والجزائية.... الخ- ومن أمثلة الدساتير التي أخذت بهذا الأسلوب الدستور السويسري لعام (١٨٧٤م)، والدستور السوداني لعام (١٩٧٣م)، ودستور دولة الإمارات العربية المتحدة (١٩٩٦م) ثانيهما، عقد الاختصاص بالرقابة القضائية على دستورية القوانين لمحكمة دستورية يتم إنشائها لهذه الغاية، وهو الغالب، ومن الدساتير التي تعتقد هذا دستور ألمانيا لعام (١٩٤٩م)، ودستور تركيا لعام ١٩٦١م، ودستور دولة الكويت لعام ١٩٦٢م، ودستور مملكة البحرين لعام ٢٠٠١م، ودستور مصر لعام (١٩٧١م).

الفرع الثاني

الرقابة عن طريق الدفع الفرعي

سوف نتناول تحت هذا العنوان مفهوم الدعوى عن طريق الدفع الفرعي، وتاريخ ظهورها، والخصائص التي تميزها عن الدعوى الأصلية وأخيراً التطبيقات على الدفع الفرعي.

أولاً- الدفع الفرعي المفهوم والنشأة والخصائص:

الدعوى الأصلية لإلغاء القانون لمخالفة الدستور، تتضمن هجوماً مباشراً على القانون محل الطعن بدعوى مخالفته للدستور هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، تؤدي

(٦٥) الدكتور/ على خطار شنطاوي، مرجع سابق، ص ٣٩٩.

بطريق مباشر إلى طرح النزاع على المحكمة العليا أو المحكمة الدستورية حسب الأحوال للفصل فيه، في حين أن الرقابة عن طريق الدفع الفرعي يعد طريقاً غير مباشر، ولا يعد هجوماً على القانون المدعى بعدم دستوريته، بل يتوجب على صاحب الشأن الانتظار إلى وقت تطبيق القانون في مواجهته، عندها حق له أن ينازع في صحة هذا التطبيق أمام القضاء، وذلك بالدفع بعدم دستورية القانون^(٦٦).

وفي هذه الحالة -حالة الدفع- يتصدى القاضي لفحص دستورية القانون المدفوع بعدم دستوريته، فإذا تبين له عدم صحة الدفع، فإنه لا يلتفت إليه ويحكم في النزاع وفقاً لحكم القانون، أما إذا تأكد من صحة الدفع مخالفة القانون لأحكام الدستور كأن عليه أن يمتنع عن تطبيقه، ويفصل في الدعوى على هذا الأساس^(٦٧).

وإذا كانت الرقابة عن طريق الدفع على النحو المتقدم، فإن ظهورها كأن أسبق من ظهور الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية، ويقدم الفقه نموذجاً على ذلك القضاء الأمريكي الذي عرف هذا النوع من الرقابة عام (١٧٨٩م)، عن طريق المحكمة العليا، والتي عهد إليها العديد من الاختصاصات، من بينها الرقابة الدستورية، وتشاركها في ذلك بقية محاكم الدولة لاعتناق النظام الأمريكي اللامركزية في الرقابة الدستورية، كما يقدم الفقه النموذج المصري من خلال تنظيم الرقابة القضائية على دستورية القوانين طبقاً للقانون رقم ٨١ لسنة (١٩٦٩م)^(٦٨).

ومما يجدر ذكره، أن الرقابة عن طريق الدفع لبطر رقابة القضاء على دستورية القوانين، تمتاز ببعض الخصائص التي تميزها عن الرقابة القضائية عن طريق الدعوى الأصلية، ومن أهمها ما يلي^(٦٩):

١- تمارس الرقابة عن طريق الدفع من قبل كافة المحاكم القضائية في الدولة، وبالتالي، يمكن إثارة هذا الدفع أمام جميع المحاكم في الدولة سواء القضاء العادي، أو القضاء الإداري، أو القضاء الاستثنائي أو الخاص.

(٦٦) الدكتور/ جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص: ١٧٦، الدكتور/ على خطار شطناوي، مرجع سابق، ص ٣٠٢ وما بعدها.

(٦٧) الدكتور/ فؤاد العطار، مرجع سابق، ص ٢٠٦، الدكتور/ عبدالغني سيوني عبدالله، مرجع سابق، ص ٢٠٣.

(٦٨) الدكتور/ جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص ١٧٧.

(٦٩) الدكتور/ عبدالغني بسيوني عبدالله، مرجع سابق، ص ٢٠٤، الدكتور/ فؤاد العطار، مرجع سابق، ص ٢٠٦.

٢- ممارسة الرقابة عن طريق الدفع لا يحتاج إلى نص قانوني لتقريره، وذلك لاتصاله بطبيعة عمل القاضي، مع وجوب مراعاة أن لا يكون الدستور قد عهد بمهمة رقابة دستورية القوانين إلى محكمة معينة.

٣- الدفع بعدم الدستورية لا يتعلق بالنظام العام، وبالتالي لا يمكن للمحكمة أن تتصدى له من ذات نفسها، بل أوجب القانون أن يكون بناء على دفع أحد الخصوم في دعوى قائمة أو منظورة أمام المحكمة.

٤- تقتصر صلاحية المحكمة في الرقابة على دستورية القوانين عن طريق الدفع بالامتناع عن تطبيق القانون المخالف للدستور على النزاع المعروض أمامها متى ظهر لها بعد البحث أن هذا القانون مخالفاً للدستور، ومن هنا يطلق على هذا النوع من الرقابة "الرقابة عن طريق الامتناع" للدلالة على الصلاحية المحدودة للمحكمة.

٥- يترتب على ما تقدم، أنه لا يتمتع الحكم القضائي الصادر في الدعوى بالامتناع عن تطبيق القانون لمخالفة الدستور، بحجية مطلقة بل بحجية نسبية تقتصر آثاره على الخصم في هذه الدعوى فقط، وبالتالي، لا يمكن الاحتجاج به أمام المحاكم الأخرى، كما أنه لا يقيد المحكمة التي أصدرته متى عرضت عليها قضية أخرى، فهي لا تتقيد بالرأي السابق الذي انتهت إليه بعدم دستورية القانون، ولذلك يجوز أن تطبقه على دعوى أخرى متى توصلت إلى أنه قانون دستوري حتى ولو أتحد الخصوم في الدعويين^(٧٠).

ثانياً- التطبيقات على الرقابة القضائية على دستورية القوانين عن طريق الدفع:

تعتبر الولايات المتحدة الأمريكية أول دولة طبقت أسلوب الرقابة القضائية على الدستورية بأسلوب الدفع الفرعي، ويعود ذلك إلى عام ١٨٠٣م في الحكم الشهير الذي أصدره القاضي (جون مارشال) رئيس المحكمة العليا، والذي أكد فيه دور القاضي في ممارسة الرقابة على سلامة الدستور باحترامه وتفضيله على القانون عند تعارضهما، وذلك بالامتناع عن تطبيقه للقانون^(٧١)، فالولايات المتحدة الأمريكية هي منشأ أسلوب

(٧٠) الدكتور/ عبدالغني بسيوني، النظم السياسية والقانون الدستوري، مرجع سابق، ص ٤٢٤، الدكتور/ محمد كامل ليلي، مرجع سابق، ص ١٦٩.

(٧١) الدكتور/ عمر العبد الله، الرقابة على دستورية القوانين "دراسة مقارنة" مقال منشور في مجلة جامعة دمشق، المجلد السابع عشر، العدد الثاني، عام ٢٠٠١م، ص ١٣ وما بعدها، الدكتور/ سعودي نسيم، دور المحكمة العليا الأمريكية في مجال الرقابة الدستورية، مقال منشور في مجلة القانون==

الدفع الفرعي في رقابة الدستورية على القوانين، وهو الأسلوب الشائع فيها، إلا أنه ليس الوحيد في مجال الرقابة على دستورية القوانين، بل يوجد بجانبه أسلوب الأمر القضائي، وأسلوب الحكم التقريري، وقبل التعرض لهذه الأساليب، يكون من المناسب التعرض لتشكيل المحكمة العليا الأمريكية، وطريقة تعيين قضااتها، والضمانات المقررة لهم.

١. تشكيل المحكمة العليا الأمريكية وضمانة أعضائها:

خلا الدستور الأمريكي الصادر سنة (١٧٨٩م) من تحديد عدد القضاة الذين تتشكل منهم المحكمة العليا، بل ترك ذلك للسلطة التشريعية (الكونجرس)، ومن هنا نجد، أن العدد يتغير طبقاً للاتجاهات السياسية، إلا أنه أضحى مستقراً الآن على عدد (٩) أعضاء يمثلون الأمة الأمريكية يراعي في اختيارهم إيجاد توازن عرقي وديني، ولديهم أو بعضهم ثقافة سياسية.

ويتم تعيين قضاة المحكمة، باقتراح يقدمه رئيس الولايات المتحدة الأمريكية إلى البرلمان (مجلس الشيوخ) الذي يقوم بالتصويت على المرشح لعضوية المحكمة، ومتى حصل العضو على أغلبية الأصوات عد مصادقاً على عضويته.

كما أن تعيين رئيس المحكمة يتم عن طريق الرئيس سواء من أعضاء المحكمة أو من خارج المحكمة، ويتمتع رئيس المحكمة العليا بمكانة مرموقة في الولايات المتحدة الأمريكية حيث يطلق عليه لقب القاضي الأعلى، فهو من يتولى مهمة تحليف رئيس الولايات المتحدة الأمريكية اليمين الدستورية إثر فوزه في الانتخابات، كما تعود إليه رئاسة مجلس الشيوخ عند ممارسته لمهامه الدستورية المتعلقة بمحاكمة رئيس الولايات المتحدة الأمريكية^(٧٢).

ونظراً للأهمية الكبيرة للمحكمة العليا الأمريكية، فقد أقر الدستور الحالي عدداً من الضمانات لأعضائها، كعدم القابلية للعزل من الوظيفة، وعدم جواز الانتقاص من مميزاتهم المادية والمعنوية، وحقهم في طلب التقاعد عند بلوغ سن السبعين.

==الدستوري والعلوم الإدارية، العدد الخامس، يناير ٢٠٢٠م، المركز الديمقراطي العربي، ص ١١ وما بعدها.

(٧٢) الدكتور/ سعودي نسيم، مرجع سابق، ص ١٨.

٢. صور الرقابة القضائية على دستورية القوانين:

عرفت الرقابة الدستورية أمام المحكمة العليا الأمريكية ثلاث طرق، هي: الرقابة عن طريق الدفع الفرعي، والرقابة عن طريق الأمر القضائي، وأخيراً الرقابة عن طريق الحكم التقريبي.

أ. الرقابة الدستورية عن طريق الدفع الفرعي:

يعتبر أسلوب الدفع بعدم الدستورية الأسلوب العادي والأكثر شيوعاً وأهمية في الرقابة القضائية في الولايات المتحدة الأمريكية، ورقابة الدستورية لا تثور في صورة دعوى أصلية مبتدئه ضد القانون، وإنما تثور في صورة دفع فرعي أثناء خصومة مدنية أو جنائية أو غيرها أمام إحدى المحاكم، ومتى ثبت لقاضي الموضوع أن القانون مخالف للدستور فهو لا يلغيه، وإنما يمتنع عن تطبيقه على هذا النزاع فقط، وبالتالي، يظل القانون قائماً، ويجوز لأي محكمة أخرى أن تطبقه في منازعة أخرى^(٧٣).

ومن أمثلة الدفع بعدم الدستورية أن يتم فصل طالب من الجامعة بسبب مخالفة لقانون تنظيم الجامعات، فيقوم هذا الطالب برفع دعوى إلغاء قرار الفصل، وهنا تقوم المحكمة المعروضة أمامها الدعوى بفحص وبحث دستورية القانون، ومتى ثبت لديها أن ذلك القانون غير دستوري، فإنها تمنع عن تطبيقه في الدعوى المنظورة أمامها، وتقوم بإلغاء قرار الفصل، إلا أنها لا تقوم بإلغاء ذلك القانون الذي يظل قائماً حتى تعديله أو إلغائه من قبل السلطة التشريعية المختصة بذلك^(٧٤).

علماً أن هذا الأسلوب -الدفع بعدم الدستورية- لم ينص عليه الدستور الأمريكي، كما لم تتضمنه التعديلات اللاحقة على هذا الدستور، وإنما تم تقريره من قبل المحكمة الاتحادية العليا كمبدأ قضائي سارت عليه المحاكم الأمريكية الأخرى، سواء المحاكم الفدرالية أو محاكم الولايات، وكأن أول حكم قضائي للمحكمة الاتحادية العليا الأمريكية، يرسي مبدأ الرقابة بأسلوب الدفع الفرعي، هو الحكم الشهير الذي أصدره رئيس المحكمة جون مارشال عام (١٨٠٣م)، في قضية "ماريوري ضد ماديسون"^(٧٥).

ومن الأمور ذات الأهمية، أن الولايات المتحدة الأمريكية تعتنق نظام السوابق القضائية، وبالتالي، فإن كل محكمة تتقيد بالحكم الذي سبق وأن أصدرته في موضوع

(٧٣) الدكتور/ حمدي عيطه مصطفى، مرجع سابق، ص ٣٩٩.

(٧٤) الدكتور/ عمر العبدالله، المقال السابق، ص ١٤.

(٧٥) الدكتور/ محمد رفعت عبدالوهاب، القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص ٢٦٨.

معين، كما أن المحاكم الأدنى درجة تتقيد بالأحكام الصادرة من المحكمة العليا، بمعنى أن الحكم الذي يصدر من المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية بعدم دستورية قانون معين أو الامتناع عن تطبيقه، يكون بحكم اللزوم ملزم عملاً، ويعد قانوناً لكافة المحاكم الأدنى، ولذلك رتب الفقه على هذا، أن هذا الحكم بمثابة إلغاء للقانون بالامتناع من المحكمة العليا^(٧٦).

بقي أن نقول، أن أسلوب الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين، هو إجراء مماثل لما هو معمول به في بعض الدول الأوروبية كإسبانيا، وألمانيا، إلا أن الآثار المترتبة على استعمال هذا الأسلوب تختلف، وذلك لاعتماد المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية على نظام السوابق القضائية - كما تقدم - في حين تعتمد الدول الأوروبية المشار إليها على التشريع كمصدر أولي وأساسي^(٧٧)، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، أنه على الرغم من لجوء المحاكم الأمريكية إلى هذا الأسلوب منذ فترة طويلة إلا أنه بات يفقد أهميته، ليفسح المجال لتطبيق أسلوب المنع القضائي، والحكم التقريري، وذلك لكون العيب الرئيسي للأسلوب الرفع هو أنه لا يمكن ممارسة هذا النوع من الرقابة إلا بعد تنفيذ وتطبيق القانون غير الدستوري، وعلى المدعي أن يتحمل الضرر الناجم عن تطبيقه إلى حين أن تقام الدعوى لرفع هذا الضرر بالامتناع عن تطبيق القانون^(٧٨).

ب. الرقابة عن طريق الأمر القضائي بالمنع:

الأمر القضائي هو إجراء يسمح للفرد بأن يهاجم القانون قبل تطبيقه في مواجهته اعتماداً على كونه غير دستوري، وبالتالي لمن يعتقد أنه قد يلحقه ضرراً من قانون معين أن يسعى أمام القضاء للمطالبة بإصدار أمر قضائي يوقف تنفيذه لعدم دستوريته، وهنا، يتوجب على المحكمة المختصة أن تتحقق من دستورية هذا القانون أو عدم دستوريته^(٧٩)، إذا ظهر للمحكمة بأن القانون مخالف للدستور، أصدرت أمراً قضائياً موجهاً إلى الموظف المختص بتنفيذ هذا القانون بالامتناع عن تنفيذه، وعلى

^(٧٦) الدكتور/ محمد رفعت عبدالوهاب، القانون الدستوري، مرجع سابق، ص ١٤٩.

^(٧٧) الدكتور/ سعودي نسيم، المقال السابق، ص ٢٣.

^(٧٨) الدكتور/ عبدالحميد متولي، مرجع سابق، ص ٥٥.

^(٧٩) الدكتور/ فؤاد العطار، مرجع سابق، ص ٢٠٦.

الموظف تنفيذ أمر المحكمة وإلا عد مرتكبا لجريمة احتقار المحكمة، ويتعرض للمسئولية الجزائية، هذا فضلاً عن التزامه بالتعويض^(٨٠).

ولقد بات مستقراً في الحياة الأمريكية أن الأمر القضائي يعد ضماناً مهماً من ضمانات حقوق الأفراد، وحمايتها في كافة المجالات السياسية والاقتصادية والمالية والفكرية والثقافية لتجنيب الفرد تشريعات مخالفة للدستور بما يتضمنه من حقوق وحرية هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإن نشأة هذا الأسلوب تعود إلى القضاء الأمريكي، وبالتالي، عدم وجود نص صريح ومباشر في الدستور يعطي القضاء هذا الحق، إلا أن بعض الشراح يرون أن السند الدستوري على المستوى الفدرالي نص المادة الثالثة، الفقرة (٢) من الدستور أما على مستوى الولايات يعود إلى قوانين وديساتير الولايات المتأثرة بالنظام القضائي الإنجليزي القائم على القانون العام، ومبادئ العدالة^(٨١).

ومما يجب بيانه، أن هذا الأسلوب من الرقابة على دستورية القوانين، قد أدى إلى تعطيل بعض القوانين بعد أن شاع استخدامه، مما دفع البرلمان (الكونجرس) الأمريكي عام ١٩١٠م إلى وضع بعض الضمانات في استعماله بحيث حصر إصداره على محكمة اتحادية خاصة تشكل من ثلاثة قضاة، مع إتاحة الطعن في الأحكام الصادرة منها أمام المحكمة الاتحادية العليا مباشرة^(٨٢).

ومما لا شك فيه، أن أسلوب الأمر القضائي هو أسلوب هجومي يقترب من طريقة الدعوى الأصلية بعدم الدستورية من جهة، ومن جهة أخرى، يعد هذا الأسلوب بأنه أسلوب وقائي يتيح لكل مواطن المبادرة بمنع الإخلال أو المساس بحقوقه من قبل قانون غير دستوري يؤثر عليه سلباً، وذلك قبل وقوع هذا الإخلال بالحق^(٨٣).

(٨٠) الدكتور/ عمر العبدالله، مرجع سابق، ص ١٥، الدكتور/ محمد كامل ليلي، مرجع أسبق، ص:

١٤١، الدكتور/ رمزي طه الشاعر، مرجع سابق، ص ٢٦٦.

(٨١) الدكتور/ أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري، القاهرة، ١٩٦٠م، ص ٢٧٩.

(٨٢) الدكتور/ حمدي عطية مصطفى، مرجع سابق، ص ٤٠٣.

(٨٣) الدكتور/ محمد رفعت عبدالوهاب، القانون الدستوري، مرجع أسبق، ص ١٥١.

ج. الرقابة عن طريق الحكم التقريري:

عرف النظام الأمريكي إلى جانب الدفع بعدم الدستورية، وأوامر المنع، طريقاً آخر للطعن في دستورية القوانين، وهو طريق اللجوء إلى القضاء عن طريق دعوى تقرير الحقوق أو ما يعرف في الولايات المتحدة الأمريكية "بالأحكام التقريرية"، ولقد طبقت محاكم الولايات هذا الأسلوب منذ عام (١٩١٨م)، إلا أنها امتنعت عن تطبيقه المحكمة الاتحادية العليا بحجة أنها لا تختص إلا بالنظر في المنازعات، بينما طلب إصدار حكم تقريري لا ينطوي على أية منازعة، إلا أن هذا الحال لم يستمر طويلاً، فقد أخذت به المحكمة ذاتها عام (١٩٣٣م)، ونظراً لأهمية هذا الأسلوب فقد أصدر الكونجرس الأمريكي قانون الأحكام التقريرية عام (١٩٣٤م)، الذي منح بموجبه المحاكم الاتحادية سلطة إصدار أحكام تقريرية في المسائل المتعلقة بدستورية القوانين^(٨٤).

ويقترض أسلوب الرقابة عن طريق الحكم التقريري أن يقوم الموظف المختص بتنفيذ قانون معين على أحد الأفراد، فيقوم هذا الشخص بالاعتراض على تنفيذه أمام الموظف بحجة عدم دستورية القانون المراد تنفيذه، ويستوجب ذلك الاعتراض أن يتوقف الموظف عن تنفيذ القانون، ويطلب من المعارض على التنفيذ أن يلجأ إلى القضاء للحصول على حكم تقريري في دستورية هذا القانون أو عدم دستوريته، وبناء على الحكم الصادر من المحكمة يحدد الموظف موقفه من القانون في أن يستمر في التنفيذ متى قضت المحكمة بدستورية القانون- أو يتوقف عن التنفيذ متى حكمت المحكمة بعدم دستوريته^(٨٥).

ويعد طريق الحكم التقريري الأحدث بين أساليب الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية، حيث إن المحكمة الاتحادية العليا أخذت به عام (١٩٣٣م)، كما تقدم، هذا من جانب، ومن جانب آخر، إن هذا الأسلوب يفضله الكثير من الفقهاء الأمريكيين على أسلوب الدفع الفرعي، والأمر القضائي بدعوى أنه يحقق الغرض المقصود من رقابة دستورية القوانين لكونه يمكن المحكمة المختصة من إعلان رأيها في دستورية القانون المعروض عليها دون الحاجة إلى إيجاد منازعة صورية كما هو الحال في الأسلوبين المتقدمين، يضاف إلى هذا، أن الحكم التقريري لا يشترط

(٨٤) عمر العبدالله، المقال السابق، ص ١٦، الدكتور/ رمزي طه الشاعر، مرجع السابق، ص ٢٦٨.

(٨٥) الدكتور/ فؤاد العطار، مرجع سابق، ص ٢١٠، الدكتور/ أحمد كمال أبو المجد، مرجع سابق، ص ٢٨٠، الدكتور/ نعمان أحمد الخطيب، مرجع سابق، ص ٥٧٧.

للقضاء به وقوع ضرر حال أو وشيك على الشخص طالب وقف القانون بتقرير عدم دستوريته.

٣. تقدير رقابة الدستورية في الولايات المتحدة الأمريكية:

درسنا تطور رقابة دستورية القوانين منذ عام (١٨١٣م) في الحكم الشهير المشار إليه، ثم توالى الأحكام مقرررة حق المحاكم في رقابة دستورية القوانين التي ترفع أمامها بعدم دستوريته، مما حدا بالمحاكم الأخرى إلى توسيع هذا الحق وتنويعه بحيث استعملت أسلوبين آخرين هما: الأمر القضائي، والحكم التقريبي على النحو المبين سلفاً، كما أن المحاكم توسعت في تفسير عبارة مخالفة القانون لتفرض رقابتها على الملاءمة، أي مدى ملاءمة أو عدم ملاءمة القانون لظروف البيئة الاجتماعية والسياسية، بمعنى البحث عن الحكمة التي تقف وراء إصدار القوانين، وهو ما يدخل في اختصاص الجهة التشريعية^(٨٦).

الفرع الثالث

الرقابة على دستورية القوانين بأسلوب الحزج

بين الدعوى الأصلية والدفع الفرعي

درسنا أسلوب الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية للحكم بعدم دستورية القانون المخالف للدستور عن طريق دعوى يرفعها صاحب الشأن أمام المحكمة المختصة التي سماها القانون ناعياً فيها القانون المخالف للدستور، طالبا إلغاءه، وتصدر المحكمة بعد دراسة الدعوى حكماً بإلغاء القانون المخالف من عدمه، ويعد حكمها هذا حجة للكافة، واعتبار القانون كان لم يكن من تاريخ صدوره أو على الأقل إلغاء آثاره للمستقبل، بحيث يضحى غير صالح للاستناد إليه^(٨٧)، وهذه الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية قد تكون سابقة على صدور القانون، كما قد يحصل أن تكون لاحقة على العمل به. كما عرضنا لأسلوب الرقابة عن طريق الدفع بعدم دستورية قانون معين لمخالفته للدستور، ففي هذا الأسلوب من الدعاوى، فإن الدعوى لا ترفع بصفة أصلية مباشرة لإلغاء القانون لعدم دستوريته، بل تظهر عدم دستورية القانون بطريقة فرعية أثناء نظر

(٨٦) الدكتور/ عمر العبدالله، مرجع سابق، ص ١٦.

(٨٧) الدكتور/ عبدالغني بيسوني عبدالله، النظم السياسية والقانون الدستوري، مرجع سابق، ص ٤٢٠.

دعوى أصلية معروضة أمام إحدى المحاكم سواء جزائية أو مدنية أو إدارية، وهناك قانون معين مطلوب تطبيقه على هذا النزاع، حينها يقوم الشخص الذي يراد تطبيق القانون عليه بالدفع بعدم دستورية هذا القانون، وعندها يتولى قاضي الموضوع بحث وفحص مدى جدية هذا الدفع، ومتى وجد أن الدفع كذلك، وأن القانون يخالف الدستور، حكم بإلغاء القانون غير الدستوري من ناحية، ومن ناحية أخرى، يظل القانون قائماً وموجوداً، وبالتالي، يمكن لمحكمة أخرى أن تطبقه في قضية أخرى إذا لم يدفع بعدم دستوريته أو متى ظهر لها أن القانون دستوري^(٨٨).

إذاً، وفقاً للأسلوبين السابقين، هناك دعوى أصلية توجه مباشرة إلى القانون المخالف للدستور تهدف إلى الحكم بعدم دستوريته، وبالتالي إلغائه، بحيث لا يبقى له أثر للمستقبل، كما أن الأسلوب الثاني هو الرقابة عن طريق الدفع الفرعي أسلوب دفاعي، يستهدف فقط استبعاد القانون غير الدستوري في دعوى ما، إلا أنه لا يسعى إلى إلغائه أو إعدامه من الوجود^(٨٩).

وبما أن ذلك كذلك، بالنسبة للرقابة على دستورية القوانين عن طريق الدعوى الأصلية، والرقابة عن طريق الدفع الفرعي، فإن السؤال الذي يثور هنا، هو ماذا يقصد بالأسلوب الثالث من الرقابة على دستورية القوانين، وهو المزج بين الأسلوبين السابقين؟ وما هي الدول التي تأخذ بهذا النوع من الرقابة؟ وأخيراً مدى تلافى هذا الأسلوب للعيوب التي ظهرت أو قيلت في شأن الدعوى الأصلية، والدفع الفرعي؟

أولاً- المقصود بأسلوب الرقابة عن طريق المزج بين الأسلوبين:

يحصل أن تكون هناك دعوى قضائية معروضة أمام القضاء مرتبطة بتطبيق قانون متنازع على دستوريته، ويقوم صاحب المصلحة أو السلطة العامة بتقديم دفع إلى المحكمة التي تنظر القضية موضوع القانون المشار إليه، وهنا تقوم المحكمة بوقف نظر الدعوى، وتحيل الطعن في دستورية القانون إلى المحكمة العليا، لتقول كلمتها سواءً بدستورية القانون أو بعدم دستوريته، ويجوز حكمها حجية مطلقة قبل الكافة، مع وجوب نشر الحكم القاضي بعدم الدستورية بالطريق ذاتها التي تنشر بها القوانين^(٩٠).

(٨٨) الدكتور/ رمزي طه الشاعر، مرجع سابق، ص ٢٦٤.

(٨٩) الدكتور/ محمد رفعت عبدالوهاب، مرجع سابق، ص ١٦١.

(٩٠) الدكتور/ حمدي عطيه مصطفى، مرجع سابق، ص ٤١١.

تأسياً على ذلك، يظهر لنا بأن أسلوب المزج للرقابة الدستورية يختلف عن الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية، فهذه الرقابة لا تثار مباشرة أمام المحكمة العليا، بل تكون عن طريق إحدى المحاكم التي أثير أمامها الطعن بعدم الدستورية، ويقتصر الحكم الصادر في الدعوى على منع المحاكم الأخرى من تطبيقه دون أن يمتد ذلك إلى إلغاء القانون المحكوم بعدم دستوريته.

كما يختلف أسلوب الرقابة عن طريق المزج عن طريق الرقابة بواسطة الدفع الفرعي، فالمحكمة التي يثار أمامها الدفع بعدم دستورية القانون المراد تطبيقه على الواقعة يقتصر دورها على تقرير مدى جدية الدفع من عدمه، ولا يتعداه إلى الفصل في مسألة الدستورية من عدمها، وبالتالي، متى رأت المحكمة جدية الدفع أوقفت الفصل في الدعوى، وحددت للخصوم أجلاً محدداً لرفع دعواهم أمام المحكمة المختصة بالفصل في دستورية القوانين.

ثانياً- التطبيقات القضائية على الرقابة القضائية على دستورية القوانين عن طريق المزج:

يقدم الفقه الدستوري النموذج المصري كمثال على الدول التي أخذت بأسلوب الرقابة القضائية على دستورية القوانين بأسلوب المزج بين الرقابة بأسلوب الدفع الفرعي، والرقابة بأسلوب الدعوى الأصلية، وتجسد ذلك في دستورها لسنة (١٩٧١م)، الذي نص في المادة (١٧٤) منه على المحكمة الدستورية العليا باعتبارها هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها، كما حددت المادة (١٧٥) اختصاصاتها بالرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح وتفسير النصوص القانونية، ولقد كرر دستور مصر لعام (٢٠١٤م)، ذات الأحكام في المواد من (١٩١ إلى ١٩٥) منه، لذا سوف ندرس تشكيل المحكمة، واختصاصاتها، فيما يتصل بالفصل في دستورية القوانين واللوائح، وحجية الأحكام الصادرة منها في هذا الشأن.

١. تشكيل المحكمة الدستورية العليا المصرية:

تشكل المحكمة الدستورية العليا من سبعة أعضاء بما فيهم رئيس المحكمة، ويفهم ذلك من نص المادة (١٩٣) من دستور عام ٢٠١٤م، التي نصت على أنه تؤلف المحكمة من رئيس وعدد كاف من نواب الرئيس، في حين حددت المادة (٣) من قانون المحكمة رقم ٤٨ لسنة (١٩٧٩م)، بأنها تؤلف من رئيس وعدد كاف من الأعضاء وتصدر أحكامها وقراراتها من سبعة أعضاء، ويتم اختيار رئيس المحكمة من قبل

الجمعية العامة للمحكمة من بين أقدم (٣) من نواب الرئيس، يصدر بتعيين رئيس المحكمة، ونواب الرئيس، والأعضاء قرار من رئيس الجمهورية.

٢. اختصاصات المحكمة الدستورية العليا:

حددت المادة (١٩٢) من دستور سنة (٢٠١٤م) الاختصاصات العامة للمحكمة فيما يتصل بالرقابة على دستورية القوانين واللوائح، وتفسير النصوص التشريعية، والفصل في المنازعات... الخ، كما بينت المادتان (٢٦،٢٥) من قانون المحكمة اختصاصاتها كذلك، وفيما يتصل باختصاصها في شأن الرقابة على دستورية القوانين واللوائح، إنما هي رقابة قانونية تباشرها بوصفها محكمة متخصصة، مهمتها البحث في مدى اتفاق القانون أو اللائحة مع أحكام الدستور بحسبانه القانون الأعلى في الدولة^(٩١).

وبالبناء على ذلك، فإن المحكمة تراجع القوانين الصادرة من البرلمان أو القوانين الصادرة من السلطة التنفيذية مع أحكام الدستور من الناحيتين الإجرائية والموضوعية، ومتى تحققت أن هذه القوانين تجاوزت أو خرجت عن أحكام الدستور، قضت بعدم دستورتها، والقوانين التي تخضع لرقابة المحكمة هي القوانين العادية الصادرة عن السلطة التشريعية - مجلس النواب - صاحب الاختصاص الأصيل بالتشريع، وكذلك تخضع للرقابة القرارات بالقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية في الفترة السابقة على انتخاب المجلس^(٩٢)، كما أن اللوائح الصادرة عن السلطة التشريعية تتأهلها هي الأخرى رقابة المحكمة الدستورية العليا.

٣. أساليب تحريك الرقابة أمام المحكمة الدستورية العليا:

ذكرنا أن رقابة دستورية القوانين في مصر أخذت بالأسلوب الثالث الذي يمزج بين الدفع الفرعي، والدعوى الأصلية، وبالعودة إلى قانون المحكمة الدستورية العليا، نجد أنه نظم ذلك في المادتين (٢٩،٢٧) منه، وذلك بأن أوجد ثلاث طرق لتحريك الرقابة هي: الإحالة، والدفع الفرعي، والتصدي.

(٩١) الدكتور/ حمدي على عمر، النظام الدستوري المصري وفقاً لدستور عام ٢٠١٤م، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠١٦م، ص ٢٠١١.

(٩٢) تفاصيل أكثر للدكتور/ حمدي عطيه مصطفى، مرجع سابق، ص ٤١٣ وما بعدها، الدكتور/ حمدي على عمر، مرجع سابق، ٢٠١٢م، ص ٢١١.

أ. الإحالة من محكمة الموضوع:

لقد أقرت هذا الطريق من طرق تحريك الرقابة أمام المحكمة الدستورية المادة (١/٢٩) من قانون المحكمة، بأن أعطت القاضي المعروض عليه النزاع متى ظهر له أن نص القانون المراد تطبيقه مخالف لنص دستوري أمتنع عن تطبيقه وأحال الأمر إلى المحكمة الدستورية العليا لتقول كلمتها في مسألة الدستورية بحكم تصدره في هذا الشأن، وبالتالي يجنب المشرع قاضي الموضوع من الفصل في النزاع طبقاً لقانون يعتقد بعدم دستورية من ناحية، ومن ناحية أخرى، أن هذه الإحالة تعالج الحالات التي لا يسعى فيها صاحب الشأن إلى الطعن في القانون أو اللائحة المخالفة للدستور لعدم درايته أو لإهمال منه^(٩٣).

ب. الدفع الفرعي بعدم الدستورية من قبل أحد الخصوم:

جمع المشرع المصري بين هذا الأسلوب والدعوى الأصلية، وفي شأن الدفع عده المشرع إحدى وسائل اتصال الدعوى بالمحكمة الدستورية، بأن أتاحت المادة (٢٩ / ب) من قانون المحكمة الدفع من قبل صاحب الشأن أمام المحكمة التي تنظر الدعوى بعدم دستورية قانون، أو لائحة، ومتى ظهر للمحكمة أن الدفع جدي، أجلت النظر في الدعوى، وحددت لصاحب الدفع أجلاً لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع دعوى أمام المحكمة الدستورية العليا.

ج. التصدي المباشر من المحكمة الدستورية العليا:

استكمالاً لمباشرة المحكمة الدستورية العليا لدورها الهام والخطير في فرض الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، فقد قررت المادة (٢٧) من قانون المحكمة، صلاحية المحكمة في التصدي التلقائي لعدم دستورية نص معروضاً على المحكمة أثناء ممارستها لاختصاصها، كما يجب أن يكون الفصل في دستورية النص لازماً للفصل في الدعوى المعروضة على المحكمة^(٩٤).

^(٩٣) الدكتور/ حمدي على عمر، مرجع سابق، ص ٢١٤، ص ٢٠١٥م.

^(٩٤) من الضوابط الخاصة بالتصدي ان تقوم المحكمة بإحالة الموضوع أولاً إلى هيئة مفوضي المحكمة لتحضيره واعداد تقرير عنه، وتعمل صلاحيتها للتصدي له بعد ذلك بالفصل هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، ليس بالضرورة أن تنتهي المحكمة إلى الحكم بعدم دستورية النص، بل قد تصل إلى قناعة بصحته، وتحكم بدستوريته، الدكتور/ حمدي على عمرن مرجع سابق، ص ٢١٧ .

٤. مدى حجية الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا:

لقد بات واضحاً طبقاً لنص المادة (١٩٥) من دستور عام (٢٠١٤م)، والمادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا لعام (١٩٧٩م)، بأن الأحكام والقرارات الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا في الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة والكافة، بمعنى أنها حجة على الجميع سواء المؤسسات أو الأفراد، هذا فضلاً عن إلزامها لجميع سلطات الدولة التشريعية والتنفيذية والقضائية.

الفرع الرابع

تقدير الرقابة القضائية على دستورية القوانين

درسنا الأساليب المختلفة للرقابة القضائية، وكانت أولها الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية التي ترفع على القانون أو اللائحة المخالفة للدستور أمام المحكمة المختصة سواء أكانت دستورية أو المحكمة العليا في القضاء العادي، ورأينا التطبيقات الواسعة لهذا الأسلوب في النظم القانونية المقارنة بحسبانها الدعوى التي تؤدي إلى الاستقرار في المعاملات القانونية، وذلك لكونها تحسم النزاع القائم بشأن القانون المطعون فيه مرة واحدة، وبشكل نهائي بحيث يغلق الباب في المستقبل أمام أية دعوى أخرى قد تثور بشأن الحالات الفردية التي يحكمها هذا القانون الذي قضى بدستوريته من عدمها^(٩٥).

أما الأسلوب الثاني، فهو الرقابة عن طريق الدفع الفرعي الذي يتمثل في وجود دعوى مرفوعة أمام القضاء، ثم يدفع أحد الخصوم بعدم دستورية القانون المطلوب تطبيقه على هذا النزاع، ثم يقوم القاضي بالتحقق من صحة الدفع، ومتى ظهر له أن هذا الدفع يقوم على أساس جدي، وأن القانون مخالف للدستور امتنع عن تطبيقه على النزاع المعروض أمامه، وتكون لهذا الحكم حجية نسبية، أي يقتصر على النزاع المعروض عليه، في حين يظل القانون نافذاً ومطبّقاً، ومن خلال التطبيق وجدنا أن أول ممارسة له كانت في الولايات المتحدة الأمريكية، التي عرفت بجانب الدفع الفرعي، أسلوبين آخرين هما: أسلوب الأمر القضائي، وأسلوب الحكم التقريري، إن هذا الأسلوب من الرقابة القضائية، يتسم بالبساطة والهدوء، كما أنه لا يؤدي إلى انتهاك مبدأ الفصل

(٩٥) الدكتور/ عبدالغني بسيوني عبدالله، النظم السياسية والقانون الدستوري، مرجع سابق، ص ٤٢١.

بين السلطات من قبل السلطة القضائية، فهذه الأخيرة لا تحكم بإلغاء القانون الصادر من السلطة التشريعية، وإنما تكتفي بالامتناع عن تطبيقه فقط. في حين أن الأسلوب الثالث للرقابة القضائية هو المزج بين الدعوى الأصلية والدفع الفرعي، ويتحقق هذا في طعن صاحب الحق أو السلطة العامة أثناء نظر دعوى أمام القضاء بعدم دستورية قانون يحكم النزاع المعروض على القضاء، وفي هذه الحالة تتولى المحكمة التي تنتظر الدعوى وقف سير الإجراءات القضائية وإحالة الطعن في دستورية القانون إلى المحكمة العليا، ويعد الحكم الصادر منها ذا حجية مطلقة على الكافة.

كأنت تلك هي الأساليب المختلفة للرقابة القضائية على دستورية القوانين بواسطة هيئة قضائية تتسم بالحيادة والاستقلال والتخصص، بحسبان أن القضاء سلطة مستقلة، وهو ما تحرص كافة الدساتير على النص عليه، هذا بالإضافة أن الرقابة القضائية تضمن حرية النقاضي، وحرية الدفاع، وعلانية الجلسات، وحصول الإجراءات في مواجهة الخصوم، وتسبب الأحكام، وتعدد درجات النقاضي، مما يبعث الثقة والطمأنينة في نفوس المتقاضين^(٩٦).

المبحث الثاني

رقابة دستورية القوانين في دول مجلس التعاون لدول الخليج العربي

تمهيد وتقسيم.

وقفنا في المبحث المتقدم على المقصود بسمو الدساتير من الناحيتين الشكلية والموضوعية، وكذلك الوسائل المتبعة لفرض احترام القواعد الدستورية، وهو ما يعرف بوسائل أو أساليب الرقابة السياسية، والرقابة القضائية على دستورية القوانين، وعرضنا لبعض التطبيقات من النظم الدستورية المقارنة، ونظراً لأهمية هذا الموضوع، رأينا دراسة هذا الموضوع من واقع النظم الدستورية في دول مجلس التعاون الخليجي. وستكون دراستنا لهذا المبحث مقسمة إلى ثلاثة مطالب، نخصص المطلب الأول: لسمو الدساتير في دول مجلس التعاون الخليجي، أما المطلب الثاني، نتناول فيه الرقابة

(٩٦) الدكتور/ محمد رفعت عبدالوهاب، القانون الدستوري، مرجع سابق، ص ١٤٤.

القضائية على دستورية القوانين في دول المجلس^(٩٧)، وأخيراً يلخص المطلب الثالث: مبدأ سمو الدساتير وكفالة أحرامها في ضوء الدراسة المتقدمة.

المطلب الأول

سمو الدساتير في دول مجلس التعاون الخليجي

مما لا شك فيه، أن مبدأ سمو الدساتير يضع القواعد والمبادئ التي تنظم سلطات الدولة، وتضمن حريات الأفراد، وبالتالي، يجب أن تسمو أحكام الدستور على قرارات السلطة التنفيذية من ناحية، كما يجب أن تعلوا أحكام الدستور على القوانين التي تصدر عن السلطة التشريعية من ناحية ثانية.

وتستمد القواعد الدستورية الدرجة العليا للالتزام من الموضوعات التي تنص على تنظيمها، والأحكام التي تعالجها، وهي ذات أهمية قصوى بالقياس مع الموضوعات المنظمة بموجب تشريعات وقواعد قانونية صادرة عن السلطات العامة في الدولة، يضاف إلى ذلك، أن القواعد الدستورية تتمتع دون غيرها بالسمو الشكلي والإجرائي المستمد من الجهة المصدرة لها، وما يتبع في إصدارها من إجراءات وقواعد لا تطبق عند إصدار غيرها من القواعد الأخرى^(٩٨).

تفريعاً على ذلك، فإن مبدأ سمو الدستور يعد من المبادئ الأساسية المسلم بها دون الحاجة إلى النص عليها في صلب الدستور، آية ذلك، أن سمو القواعد الدستورية يستند إلى مضمونها وما تحويه من مبادئ وأحكام وقواعد موضوعية، وهو ما يوصف بالسمو الموضوعي للدستور، وهذا النوع من سمو يتوافر لكافة الدساتير المدونة أو غير المدونة، الجامدة منها أو المرنة.

وإذا كان ذلك، هو شأن سمو الموضوعي للدستور متحقق لكافة الدساتير، فإن سمو الشكلي الذي تستمد منه القواعد الدستورية قوتها يتحقق من الشكل الذي تظهر فيه القواعد الدستورية، وذلك، متى تطلب الدستور إجراءات وأوضاعاً معينة سواء عند وضعه أو في حالة تعديله، وهذا سمو أي الشكلي لا يتحقق إلا للدساتير المكتوبة الجامدة.

(٩٧) لم يقر دساتير دول مجلس الرقابة السياسية التي عرفتها فرنسا وبعض الدول العربية كالجزائر في دستورها الحالي.

(٩٨) الدكتور/ ماجد راغب الحلو، النظم السياسية والقانون الدستوري، طبعة ٢٠٠٠م، ص ٤٣٣.

وبالتطبيق على دساتير دول المجلس، نجد بأنها تتمتع بالسمو الموضوعي، وذلك لعلو القواعد والأحكام التي تتضمنها على القواعد التي تحويها التشريعات والقوانين الصادرة من السلطة التشريعية من ناحية، كما تسمو على القرارات والأوامر الصادرة عن السلطة التنفيذية من ناحية أخرى، أما بالنسبة للسمو الشكلي لدساتير دول الخليج العربية، فإنها بلا شك يتحقق لها هذا السمو من ناحيتين، هي:

أولاً- كونها مدونة أي مكتوبة:

صدرت في وثيقة واحدة عرفت بالدستور كدستور دولة الإمارات العربية المتحدة الدائم لعام (١٩٩٦م)، ودستور مملكة البحرين لعام (٢٠٠٢م)، ودستور دولة قطر لعام (٢٠٢٠م)، ودستور الكويت لعام (١٩٦٢م) (المعدل)، كما سميت دساتير كل من سلطنة عُمان، والمملكة العربية السعودية بالنظم الأساسية، فقد صدر النظام الأساسي لسلطنة عُمان عام ١٩٩٦م، وعدل عام (٢٠١١م)، وصدر النظام الأساسي الحالي، عام (٢٠٢١م)، في حين صدر النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية عام (٢٠٠٧م).

ثانياً- دساتير تتطلب إجراءات خاصة لتعديلها:

لقد تباينت دساتير دول المجلس في شأن إجراءات وضعها وتعديلها من ناحية، ومن حيث جمود بعض أحكامها من ناحية أخرى، وبالتالي، يقتضي الحال إيراد ما عليه الحال في كل دستور على حدة.

١- دستور دولة الإمارات العربية المتحدة:

لقد نص دستور دولة الإمارات على آلية تعديل الدستور في المادة (١٤٤) منه، وهي آلية مخالفة لإقرار القوانين والتشريعات العادية، وذلك باشتراط موافقة ثلثي أصوات الأعضاء الحاضرين من المجلس الوطني الاتحادي^(٩٩)، كما نصت المادة على أن أحكام الدستور لها السيادة على دساتير الإمارات الأعضاء في الاتحاد، والقواعد الاتحادية، مما يعني أن الدستور في الإمارات لم يحظر تعديل كل أو بعض النصوص بصفة دائمة أو مؤقتة من ناحية، كما أنه نص على علو قواعده على القواعد التي وردت في الدساتير الخاصة بكل إمارة، وكذلك على القواعد الصادرة عن الاتحاد وهي التشريعات والقوانين واللوائح.

(٩٩) المادة (١٤٤) البند (ج).

٢- دستور مملكة البحرين:

صدر دستور مملكة البحرين الحالي عام (٢٠٠٢م)، وعُدل عام (٢٠١٢م)، الذي نص في المادة (١٢٠) منه، على الأحكام الخاصة بتعديل الدستور، وهذه الأحكام تنقسم إلى نوعين، إجراءات تعديل الدستور، وحظر تعديل بعض النصوص.

أ. بينت الفقرة الأولى، من المادة (١٢٠) من الدستور أن إجراءات تعديل أي حكم من أحكام الدستور يجب أن يوافق عليه أغلبية ثلثي الأعضاء الذين يتألف منهم كل من مجلس الشورى، ومجلس النواب، وأن يصدق عليه الملك، إذا لم يوافق أحد المجلسين على التعديل المقترح، اجتمع المجلس الوطني بحضور ثلثي أعضائه، لبحث مشروع التعديل، وفي هذه الحالة يشترط لإقرار التعديل موافقة ثلثي أعضاء المجلس.

ب. الخطر الدائم للتعديل، فقد نص على خطر تعديل المادة (٢) من الدستور، كما يحظر تعديل النظام الملكي، ومبدأ الحكم الوراثي في البحرين بأي حال من الأحوال، كما يحظر تعديل نظام المجلسين (مجلس الشورى، ومجلس النواب) ومبادئ الحرية والمساواة المنصوص عليها في الدستور.

ج. عدم جواز اقتراح تعديل صلاحيات الملك الواردة في الدستور خلال فترة النيابة عنه.

٣- دستور دولة قطر:

دستور دولة قطر الحالي صدر عام (٢٠١٢م)، وقد تضمن في المواد من (١٤٤) إلى (١٤٨) أحكام وضوابط خاصة بتعديل الدستور، وبمطالعة المواد المشار إليها، نجد ما يلي:

١. حظر تعديل الدستور بصفة مؤقتة، وهذا نصت عليه المادة (١٤٨) التي حظرت تعديل أحكام الدستور قبل مضي عشر سنوات من تاريخ العمل به، وهو حظر كامل لمواد الدستور، ولمدة عشر سنوات تنتهي عام (٢٠٣٠م)، أي حظر زمني لكافة نصوص الدستور.

٢. حظر تعديل بعض الأحكام بصفة دائمة، وهي الأحكام الخاصة بحكم الدولة، ووراثته، واختصاصات الأمير المنصوص عليها في الدستور خلال فترة النيابة عنه، والأحكام الخاصة بالحقوق والحرريات العامة إلا في الحدود التي يكون الغرض منها منح مزيد من الحقوق والضمانات لصالح المواطن.

٣. بينت المادة (١٤٤) من الدستور إجراءات تعديل النصوص الأخرى غير ذلك المحظور تعديلها، وذلك باقتراح من الأمير، ولثالث أعضاء مجلس الشورى لتعديل مادة أو أكثر، ومتى وافق المجلس بأغلبية أعضائه على التعديل، تولى المجلس مناقشة المواد المقترحة تعديلها، وبعد موافقة ثلثي أعضاء المجلس عليه توجب مصادقة الأمير عليه، ومن ثم نشره في الجريدة الرسمية.

٤- دستور دولة الكويت:

صدر دستور دولة الكويت الحالي عام (١٩٦٢م)، ولقد نظم أحكام تعديل النصوص تحت الباب الخامس، وعلى الأخص في المواد (١٧٤ و١٧٥ و١٧٦) منه، وبمطالعة هذه النصوص، نجد أن الأحكام المنظمة للتعديل قد فرقت بين ثلاث أحوال في هذا الشأن.

١. حظر التعديل بالنسبة للأحكام الخاصة بالنظام الأميري للكويت، ومبادئ الحرية والمساواة الواردة في الدستور، وذلك لعدم جواز اقتراح تنقيحها، وليستثنى من ذلك متى كأن التنقيح المقترح متعلق بلقب الإمارة، أو بإقرار مزيد من ضمانات الحرية والمساواة، وبالتالي يفهم أن كل صلاحيات واختصاصات الأمير ليست محلاً للمناقشة للتنقيح، باستثناء مسمى الإمارة أو بالمزيد من الحقوق والحرقات للأفراد.

٢. عدم جواز اقتراح تنقيح صلاحيات الأمير المنصوص عليها في الدستور وذلك خلال فترة تولي الحكم بالنيابة عنه شخص آخر، وهذا يؤكد حرص واضعي الدستور على أهمية استقرار أحكامه وعدم تعرضها للتعديل خلال الفترة الاستثنائية التي يتولى فيها النائب تصريف شؤون الدولة، وهو حظر جزئي دائم للنصوص المتعلقة بصلاحيات الأمير الدستورية.

٣. جواز تعديل نصوص الدستور^(١٠٠)، وفق ضوابط محددة، وذلك بأن يكون هذا الحق للأمير ولثالث أعضاء مجلس الأمة، وذلك بتعديل أو حذف حكم أو أكثر من أحكام الدستور أو بإضافة أحكام جديدة إليه.

٤. الحظر الزمني المؤقت لأحكام الدستور كاملة وذلك بعدم جواز التعديل قبل مضي (٥) سنوات على العمل به^(١٠١).

(١٠٠) باستثناء ما ورد في حكم المادتين (١٧٥ و١٥٧) المشار إليهما.

(١٠١) هذا الحظر ليس له محل الآن، حيث ن الدستور صادر عام ١٩٦٢م.

٥- النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية:

صدر النظام الأساسي للحكم بأمر ملكي رقم (٩٠) لسنة (١٩٩٢م)، وبمراجعة الأحكام التي اشتمل عليها هذا النظام والتي جاءت في (٨٣) مادة، تضمن أحكاماً عامة خاصة بالمبادئ العامة والحقوق والواجبات وسلطات الملك، والسلطات العامة للدولة، ولم يتضمن على نصوص تحظر تعديل كل أو بعض أحكامه سواء بصفة دائمة أو مؤقتة، في حين بينت المادة (٨٣) من النظام طريق تعديله بالنص على أنه: (لا يجري تعديل هذا النظام إلا بالطريقة التي تم بها إصداره). ويفهم من نص المادة (٨٣) أن المشرع في السعودية قد جعل تعديل النظام الأساسي بطريقة مخالفة عن تعديل النظم الأخرى، وبذلك يتوافر لهذا النظام السمو الشكلي على النظم العادية.

المطلب الثاني

الرقابة على دستورية القوانين في دول المجلس

يقصد بالرقابة على دستورية القوانين -كما قدمنا- التحقق من مخالفة القوانين للدستور تمهيداً لعدم إصدارها إذا لم تكن صدرت، أو لإلغائها أو الامتناع عن تطبيقها إذا صدرت، وهذا يعني، وجوب التزام كافة السلطات في الدولة، ومن بينها السلطة التشريعية بقواعد وأحكام الدستور، وبالتالي، عدم جواز إصدار قانون يتعارض كلياً أو جزئياً مع أحكام الدستور، ومبادئه ونصوصه.

ومما لا شك فيه، أن الرقابة على دستورية القوانين تقتصر على الدساتير المكتوبة الجامدة دون الدساتير المرنة أو العرفية، فهذه الأخيرة تكون إجراءات تعديلها مماثلة لتلك المتبعة في شأن تعديل القوانين العادية هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين إنما تنحصر على مخالفة القوانين للدستور من الناحية الموضوعية وليس الشكلية، فالقانون المخالف للدستور من حيث الشكل لا يوصف بأنه قانون، بل يعد خروج صارخ من قبل السلطة التشريعية بعدم مراعاتها للإجراءات المنصوص عليها لسن التشريعات العادية أو التصديق عليها، أو إصدارها أو نشرها.

وقدمنا، أن النظم الدستورية المقارنة عرفت نوعين من الرقابة، الرقابة السياسية ونموذجها المجلس الدستوري الفرنسي، والرقابة القضائية بطريق الدفع، وتطبيقه الولايات المتحدة الأمريكية، المحكمة الاتحادية العليا، والرقابة القضائية عن طريق المزج بين الدعوى الأصلية والدفع، ومثاله جمهورية مصر العربية المحكمة الدستورية العليا.

تفريعاً على ذلك، فإن دراستنا لهذا الموضوع سوف تتصب على الهيئات التي أسند لها مهمة الرقابة القضائية في ظل دساتير دول المجلس، ودورها في الرقابة على دستورية القوانين، وأخيراً حجية الأحكام التي تصدرها في مجال الرقابة. وبالعودة إلى دساتير دول المجلس، نجد أنها اتبعت الرقابة القضائية على دستورية القوانين، ولقد سلكت طريقتين في هذا المجال، فمن الدول من أسند مهمة الرقابة القضائية إلى محكمة مختصة، ومنها من عهد بمهمة الرقابة إلى هيئة أو دائرة في القضاء العادي.

الفرع الأول

الدول التي بها محاكم دستورية

تضمنت دساتير كل من مملكة البحرين، ودولة الكويت، ودولة قطر على إنشاء محاكم دستورية تعنى بالرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، كما صدرت تشكيلها واختصاصاتها، وطريق تحريك الدعاوى أمامها، وحجية الأحكام الصادرة منها، على أن تنظم القوانين هذه المحاكم، وضامناً قضاتها، وسبل اللجوء إليها، سواء من السلطات الرسمية أو الأفراد^(١٠٢).

وعلى ضوء النصوص الدستورية تم إنشاء المحكمة الدستورية في الكويت، بالقانون رقم (١٤) لسنة (١٩٧٣م) والمحكمة الدستورية في البحرين بالقانون رقم (٢٧) لسنة (٢٠٠٢م)، والقانون رقم (١٢) لسنة (٢٠٠٨م)، بإنشاء المحكمة الدستورية العليا القطرية، وبذلك وجدت جهات قضائية مستقلة تفصل في دستورية القوانين واللوائح.

(١٠٢) المادة (١٠٦) من دستور مملكة البحرين لعام ٢٠٠٢م، والمادة (١٦٣) من دستور دولة الكويت، والمادة (١٤٠) من دستور دولة قطر لسنة ٢٠٠٤م.

وفي سبيل تقديم ما عليه حال الرقابة القضائية على دستورية القوانين في النظم المشار إليها، سوف نكتفي ببيان القواعد العامة لهذه الرقابة، من حيث تشكيل المحكمة، واختصاصاتها، وطرق تحريك الدعاوى أمامها، وأخيراً الأحكام الصادرة عنها، وذلك بشكل عام دون الدخول في التفاصيل من ناحية، مع بيان الاختلاف أن وجد من ناحية أخرى.

أولاً- تشكيل الجهة القضائية:

تشكل المحكمة الدستورية من عناصر قضائية، من رئيس وعدد من الأعضاء يختلفون من دولة إلى أخرى، ففي دولة الكويت تشكل المحكمة من خمسة مستشارين يختارهم مجلس القضاء بالاقترح السري، كما يختار عضوين احتياطيين^(١٠٣)، أما في مملكة البحرين، فتكون المحكمة من رئيس وستة أعضاء، يتم تعيينهم بأمر ملكي^(١٠٤)، في حين تشكل المحكمة الدستورية العليا في دولة قطر من رئيس وعدد ستة أعضاء، يصدر بتعيينهم أمر أميري^(١٠٥).

ثانياً- اختصاصات الجهة القضائية:

تختص المحكمة الدستورية في الدول محل الدراسة البحرين، الكويت، قطر، بالرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح^(١٠٦)، وذلك بجانب اختصاصات أخرى متعلقة بالفصل في تنازع الاختصاص، أو تنازع الأحكام، وتفسير النصوص الدستورية والتشريعية، وهي اختصاصات درجت على تضمينها النظم الدستورية والقضائية الأخرى كجمهورية مصر العربية المتقدم دراسة نظامها.

ثالثاً- تحريك الدعوى أمام الجهة القضائية:

لقد تنوعت طرق تحريك الدعوى أمام المحكمة المختصة (المحكمة الدستورية) بين الدعوى الأصلية، والدفع الفرعي من ناحية، وبين رقابة لاحقة على صدور القوانين

(١٠٣) المادة (٢) من قانون المحكمة الدستورية المشار إليه.

(١٠٤) المادة (٣) من قانون المحكمة الدستورية المشار إليه.

(١٠٥) المادة (٢) من قانون المحكمة الدستورية العليا المشار إليه.

(١٠٦) المادة (١٢) من القانون القطري، والمادة (١٦) من القانون البحريني، والمادة (٦) من القانون الكويتي.

ورقابة سابقة على صدورها من ناحية ثانية، وأخيراً من حيث إتاحة الفرصة للأفراد العاديين من عدمه من ناحية ثانية.

١. من حيث الدعوى الأصلية والدفع الفرعي:

الأصل في النظم القضائية محل الدراسة أن رفع الدعوى يكون عن طريق الدفع الفرعي أمام المحكمة التي تنتظر دعوى معروضة أمامها، ومتى ظهر لها عدم دستورية نص في قانون أو لائحة لازم للفصل في النزاع أوقفت الدعوى وأحالت الأوراق إلى المحكمة الدستورية لتقول كلمتها في دستوريته، كما يجوز لأحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم، الدفع بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة ورأت المحكمة جدية الدفع، أوقفت نظر الدعوى، وحددت لمن تقدم بالدفع ميعاد لا يزيد على (٦٠) يوماً لرفع دعواه الدستورية أمام المحكمة الدستورية^(١٠٧).

في حين أجاز قانون المحكمة الدستورية في الكويت لمجلس الأمة أو مجلس الوزراء الطلب إلى المحكمة الدستورية الفصل في دستورية القوانين والمراسيم بقوانين أو اللوائح^(١٠٨)، ومثله قانون المحكمة الدستورية في مملكة البحرين الذي أعطى هذا الحق لرئيس مجلس الوزراء أو رئيس مجلس الشورى، أو رئيس مجلس النواب^(١٠٩)، كما أجاز قانون المحكمة الدستورية العليا في دولة قطر للمحكمة العليا التصدي من تلقاء نفسها للفصل في دستورية أي نص في قانون، أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها، متى كانت متصلة بالنزاع المطروح عليها^(١١٠).

٢. من حيث الرقابة اللاحقة والسابقة على صدور القوانين:

الناظر في النصوص المنظمة لرفع الدعوى الدستورية لمراجعة القوانين واللوائح لضمان توافقها مع الدستور، يجد أن الدول محل الدراسة نظمت الرقابة اللاحقة على صدور القوانين وهو المسلك الذي سلكته العديد من الدول، وإن كان منتقداً، بيد أن

^(١٠٧) المادة (١٣) من القانون القطري، المادة (٤) من القانون الكويتي، والمادة (١٨) من القانون البحريني.

^(١٠٨) المادة (٤) من البند رقم (١).

^(١٠٩) المادة (١٨) من البند رقم (١).

^(١١٠) المادة (١٤) من قانون المحكمة.

جمهورية فرنسا وكما قدمنا عرفت في بداية عهدها الرقابة السياسية السابقة على صدور القانون، ثم عرفت الرقابة اللاحقة عام (٢٠٠٨م).

وبالعودة إلى الدول الخليجية محل حديثنا، نجد مملكة البحرين هي التي عرفت الرقابة السابقة على دستورية مشاريع القوانين من خلال منح الملك الحق في أن يحيل إلى المحكمة الدستورية ما يراه من مشروعات القوانين قبل إصدارها، وذلك لتقرير مدى دستورتها^(١١١)، وذلك بجانب الرقابة السابقة المنصوص عليها في المادة (١٨).

٣. من حيث حق الأفراد في اللجوء إلى المحكمة الدستورية:

لقد كفلت النظم الدستورية والتشريعات حق الأفراد في اللجوء إلى المحكمة الدستورية عن طريق الدفع الفرعي من خلال المحكمة التي تنتظر النزاع، متى ظهر لصاحب المصلحة عدم دستورية نص في قانون أو لائحة، وعلى المحكمة متى تحققت من جدية الدفع أن توقف الدعوى، وتحيل الأشخاص إلى المحكمة الدستورية، وتحدد لهم أجلاً لا يزيد على ثلاثة أشهر لرفع دعواهم، وهو اتجاه محمود لم تصل إليه النظم المقارنة إلا في وقت متأخر من تاريخها الطويل في هذا المجال، بيد أن دولة الكويت ورغم سبق عهد إنشاء المحكمة الدستورية منذ عام (١٩٧٣م)، إلا أن المشرع لم يقر حق الأفراد في اللجوء إلى المحكمة إلا عام (٢٠١٤م).

رابعاً- أثر أو حجية الحكم الصادر من المحكمة الدستورية:

مما لا شك فيه أن المحكمة الدستورية تعد على رأس الهرم القضائي في الدولة، وبالتالي، ليس من سبيل إلى أن تكون حجية مطلقة للأحكام التي تصدرها، سواء تعلق الأمر بالأفراد، أو السلطات العامة، أو بجهات القضاء ذاتها، وهذا ما أكدته النظم القانونية للدول محل البحث (الكويت، قطر، البحرين)^(١١٢).

بمعنى أن القوانين أو اللائحة التي تحكم بعدم الدستورية يكون للحكم الصادر فيها أثر مباشر، ويمتنع العمل بالنص الذي حكم بعدم دستوريته من اليوم التالي لصدور الحكم، ما لم تحدد المحكمة تاريخاً لاحقاً لذلك، وينشر الحكم في الجريدة الرسمية.

^(١١١) المادة (١٧) نصت على أنه "للملك أن يحيل إلى المحكمة ما يراه من مشروعات القوانين قبل إصدارها، لتقدير مدى مطابقتها للدستور".

^(١١٢) المادة (٣١) من القانون البحريني، المادة (٦) من القانون الكويتي، والمادة (٢٨) من القانون القطري.

الفرع الثاني

الدول التي ليس لديها محاكم دستورية

قدمنا بأن كلاً من مملكة البحرين، ودولة قطر، ودولة الكويت لديها محاكم دستورية، تعنى بدراسة أو مراجعة القوانين واللوائح الصادرة، ومدى توافقها مع النصوص الدستورية، وهي رقابة لاحقة عدا مملكة البحرين التي عرفت الرقابة على مشروعات القوانين بإحالة من الأمير، وفقاً للتوضيح المتقدم، وجاء دور الدول التي لا توجد لديها محاكم خاصة بنظر المخالفات الدستورية أو دستورية القوانين واللوائح، وهي دولة الإمارات العربية المتحدة، وسلطنة عُمان، والمملكة العربية السعودية، ولعدم وجود تنظيم موحد لهذه الرقابة لدى هذه الدول، سوف نفرّد لكل نظام بنداً مستقلاً، نوضح من خلاله، الهيئة أو المحكمة التي أسندت لها هذه المهمة، وتشكيلها، واختصاصاتها في شأن الرقابة الدستورية، وأثر الأحكام التي تصدر منها في هذا الشأن.

أولاً- دولة الإمارات العربية المتحدة:

لقد أسند دستور دولة الإمارات العربية المتحدة مهمة رقابة دستورية القوانين واللوائح إلى المحكمة الاتحادية العليا، بموجب المادة (٩٩) من الدستور، في الفقرتين (الثانية والثالثة) على النحو الآتي:

١. بحث دستورية القوانين الاتحادية، إذا ما طعن من قبل إمارة أو أكثر لمخالفتها لدستور الاتحاد، وبحث دستورية التشريعات الصادرة عن إحدى الإمارات، إذا ما طعن فيها من قبل إحدى السلطات الاتحادية، لمخالفتها لدستور الاتحاد، أو للقوانين الاتحادية.

٢. بحث دستورية القوانين والتشريعات واللوائح عموماً، إذا ما أحيل إليها هذا الطلب من أية محكمة من محاكم البلاد أثناء دعوى منظورة أمامها، وعلى المحكمة المذكورة أن تلتزم بقرار المحكمة الاتحادية العليا الصادر بهذا الصدد. وبمطالعة تنظيم المحكمة الاتحادية العليا، من حيث التشكيل والاختصاصات وصحة الأحكام، فإننا نجد بأنها نظمتها المواد (٣ و٣٣ و٥٨ و٦٧)، فمن حيث التشكيل بينت المادة (٣) من قانون المحكمة بأنها تشكل من رئيسين وأربعة قضاة، يتم تعيينهم بمرسوم يصدر من رئيس الدولة بعد موافقة مجلس الوزراء، وبعد تصديق المجلس الأعلى للاتحاد^(١١٣)، وتكون للمواد الدستورية دائرة في المحكمة العليا^(١١٤).

(١١٣) المادتين (٣، ٧) من قانون المحكمة.

(١١٤) المادة (٩) من قانون المحكمة.

أما من حيث ولاية المحكمة والإجراءات الخاصة بتحريك الدعوى أمامها، وتنفيذاً للنص الدستوري، نظم قانون المحكمة اختصاصها في مسائل الرقابة على دستورية القوانين والتشريعات في المادة (٣٣) من القانون، في البنود أرقام (٢ و٣ و٤) وجاءت بذات الصياغة المنصوص عليها في الدستور، كما بينت المادة (٥٨) من قانون المحكمة الإجراءات الواجبة الاتباع أمامها بشأن طلبات مراجعة دستورية نص في قانون أو لائحة، ولذلك نجدها تمنح المحكمة التي تنظر الدعوى حق الإحالة إلى المحكمة العليا، كما أباحت للأفراد، (الخصوم) في الدعوى الطلب إلى المحكمة التي تنظر الدعوى الطعن في النص المخالف لحكم الدستور، ويتوجب على المحكمة في هذه الحالة وقف الدعوى وتحدد للطاعن أجلاً لرفع دعواه أمام المحكمة العليا الاتحادية^(١١٥).

وأخيراً نصت المادة (٦٧) من قانون المحكمة على الحجية المطلقة للأحكام، وذلك بالنص على كونها نهائية وملزمة للكافة، وغير قابلة للطعن فيها بأي طرق الطعن ما عدا الأحكام الغيابية.

ثانياً- المملكة العربية السعودية:

لقد خلى النظام الأساسي السعودي الخاص بالحكم من إنشاء محكمة دستورية تعنى بالفصل في دستورية الأنظمة، إلا أن الفقه الدستوري يرى ان هناك إشارة على هذا ووردت في نظام القضاء لعام (٢٠٠٧م) الذي نص في المادة (١١) منه: على أن للمحكمة العليا حق مراقبة سلامة تطبيق الشريعة الإسلامية وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض معها، وبذلك، فإنه يفهم من هذا النص أنه يحقق رقابة قضائية على دستورية الأنظمة التي تصدر من ولي الأمر، إلا أن هذا يبقى مبهم وغير صريح في ظل عدم وجود محكمة متخصصة يعود إليها الفصل في مدى تطابق الأنظمة مع النظام الأساسي^(١١٦).

^(١١٥) لم تحدد المادة (٥٨) الأجل الذي على صاحب الشأن رفع دعواه خلاله أمام المحكمة العليا الاتحادية.

^(١١٦) الدكتور/ أحمد بن عبدالله بن باز، النظام السياسي الدستوري للمملكة العربية السعودية، مكتبة الرشد، الطبعة الخامسة، ٢٠١٥م، ص ٢٣٩، ص ٢٤٠.

المطلب الثالث

تقدير سمو الدساتير والرقابة على دستورية القوانين في دول مجلس التعاون الخليجي

درسنا دساتير دول المجلس، وتوصلنا إلى أنها صرحت جميعها، وبدرجات متفاوتة على النص على سمو ورفعة النصوص الدستورية عن التشريعات العادية (القوانين/ الأنظمة/القرارات) والأوامر الصادرة من السلطتين التشريعية أو السلطة التنفيذية، وبذلك يتوافر سمو الموضوعي لجميع الدساتير لاشتمالها على قواعد وأحكام تسمو على التشريعات الأخرى، كما أن سمو الشكلي متوافر هو الآخر من خلال النصوص التي نصت على اتباع إجراءات خاصة لتعديل نصوص الدستور مختلف عن تلك المتبعة لتعديل القوانين العادية هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، حظر تعديل بعض النصوص الدستورية مما يضيف صفة الجمود على هذه الدساتير.

وإذا كان ذلك، بالنسبة لسمو الدساتير في دول الخليج، فإن الرقابة القضائية، وطبقاً للنصوص الدستورية والقانونية الحاكمة لهذا الموضوع، فإن الرقابة القضائية تم إسنادها إلى جهة قضائية مستقلة (المحكمة الدستورية/ العليا) في كل من قطر، والكويت، والبحرين، كما حددت القوانين الإجراءات المتبعة أمامها، مما يجعل هذه الرقابة فاعلة وحقيقية، وتتبع الأساليب المعروفة وهي، الإحالة، والدفع الفرعي، ولتصد أو الدعوى الأصلية، وهي أساليب تعتقها النظم المقارنة، أما بالنسبة لدولة الإمارات العربية المتحدة التي استندت هذه الرقابة إلى المحكمة الاتحادية العليا، الدائرة الدستورية، ونظم قانونها الإجراءات المتبعة أمامها، وهي إجراءات قضائية لا تختلف عن غيرها، بقي كل من المملكة العربية السعودية وسلطنة عُمان، فالأولى، لم تسند هذه المهمة إلى أية جهة قضائية أو إدارية وبالتالي، لا يمكن القول بأن هناك رقابة على دستورية القوانين (الأنظمة)، في المملكة، أما سلطنة عُمان التي أسندت هذه المهمة إلى هيئة تشكل في المحكمة العليا، ولعدم ممارسة هذه الهيئة لدورها، فإن لا يمكن القول، إن سلطنة عُمان تعرف الرقابة القضائية على دستورية القوانين.

عليه، ونظراً للأهمية الكبرى، للرقابة القضائية على دستورية القوانين للمبررات والحكمة التي عرفتها النظم المقارنة وعملت على الأخذ بها، فإنني أدعو المشرع كل من المملكة العربية السعودية، وسلطنة عُمان على إقرار هذه الرقابة في أقرب وقت ممكن، وذلك على غرار ما عليه دول مجلس الأخرى، وأخيراً أوجه الدعوى للمشرع في دولة الإمارات العربية المتحدة، إلى إنشاء محكمة دستورية تعنى بالفصل في دستورية القوانين، وذلك بمعزل عن القضاء العادي.

المبحث الرابع

رقابة دستورية القوانين والمراسيم في سلطنة عُمان

درسنا رقابة دستورية القوانين السياسية والقضائية في النظم المقارنة، كما عرفنا ما عليه الحال من رقابة دستورية القوانين في دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، وخلصنا إلى وجود جهات قضائية تتولى مهمة الرقابة القضائية، ومجالس سياسية تعنى بالرقابة السياسية ومثالها المجلس الدستوري الفرنسي.

وجاء دور معرفة ما عليه الحال في سلطنة عُمان التي أسس نظامها لهذه الرقابة بموجب المادة (٧٠) من النظام الأساسي للدولة لعام (١٩٩٦م)، وتؤكد هذا الأمر بموجب المادة (٨٥) من النظام الأساسي الحالي، ولإمادة اللثام عن هذا الموضوع الهام في المعالجة القضائية للمنازعات التي تثار في مدى دستورية القوانين والمراسيم السلطانية وعدم مخالفتها لإحكام النظام الأساسي للدولة، رأينا تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة: مطالب:

المطلب الأول: الوسائل الرقابية غير القضائية على دستورية القوانين والمراسيم.

المطلب الثاني: الرقابة القضائية على دستورية القوانين والمراسيم.

المطلب الثالث: نحو إنشاء محكمة دستورية للرقابة على دستورية القوانين والمراسيم.

المطلب الأول

الوسائل الرقابية غير القضائية على دستورية القوانين والمراسيم

نقصد بهذه الوسائل المراجعة والتتقح لمشروعات القوانين واللوائح قبل صدورها، وذلك بهدف عدم مخالفتها للوثيقة الدستورية، وأن يأتي القانون أو اللائحة متوافقة مع تلك الوثيقة، وطبقاً للمنظومة القانونية في سلطنة عُمان، فإن مراجعة مشروعات القوانين واللوائح تتم من قبل وزارة العدل والشؤون القانونية، والدوائر القانونية في الوحدات الحكومية والأجهزة الإدارية، والمجالس واللجان والهيئات والمؤسسات العامة، وذلك قبل عرضها على مجلس الوزراء، والجهة الأخرى المعنية بمراجعة مشروعات القوانين هو مجلس عُمان بمجلسيه الشورى والدولة .

الفرع الأول

مراجعة مشروعات القوانين والمراسيم والمعاهدات

من قبل وزارة العدل والشؤون القانونية

يرجع اهتمام السلطنة بالتوفيق بين القوانين النافذة واللوائح، ومشروعات القوانين والاتفاقيات واللوائح التي تعدها وحدات الجهاز الإداري للدولة إلى عام (١٩٧٥م)، وذلك بتضمين قانون تنظيم الجهاز الإداري للدولة رقم (٢٦) لسنة ١٩٧٥م، في المادة (٢٦) منه على إنشاء مديرية عامة بسمى "ديوان التشريع" تتبع مجلس الشؤون المالية، حيث أسند لهذا الديوان مهمة مساعد كافة وحدات الجهاز الإداري للدولة في إعداد مشروعات القوانين ثم مراجعتها بعد تحويلها إليه، وذلك قبل إصدارها^(١١٧).

أولاً- دور وزارة الشؤون القانونية:

استمر تحديث الجهة المعنية بمراجعة مشروعات القوانين واللوائح، وتبعيةها، حتى أفردت لها وزارة خاصة عام (١٩٩٤م)، بسمى "وزارة الشؤون القانونية" بموجب المرسوم السلطاني رقم (٢) لسنة (١٩٩٤م)، واعتماد اختصاصاتها بموجب المرسوم رقم (١٤) لعام (١٩٩٤م)، وبالاطلاع على تلك الاختصاصات يمكن إبراز ما يهم الرقابة على مشروعات القوانين واللوائح، ومن أهمها ما يلي:

١- العمل على تطوير القوانين والأنظمة لمواكبة النهضة التي تشهدها السلطنة والتنسيق في هذا الشأن مع الوزارات والجهات الحكومية المعنية.

٢- إعداد مشروعات المراسيم السلطانية والقوانين واللوائح، واتخاذ إجراءات إصدارها.

٣- مراجعة مشروعات المراسيم السلطانية والقوانين واللوائح والقرارات الوزارية المقدمة من الوزارات وكافة الوحدات الحكومية قبل إصدارها ونشرها في الجريدة الرسمية.

٤- دراسة ومراجعة مشروعات المعاهدات والاتفاقيات الدولية التي تعدها السلطنة وإبداء الرأي في طلبات الانضمام إلى الاتفاقيات والمعاهدات القائمة.

(١١٧) الدكتور/ سليمان بن سعود الجابري، السلطة العامة (مفهومها، أساسها، صورها) بين النظم القانونية القديمة والفكر السياسي الحديث/ رسالة دكتوراه، من جامعة عين شمس، عام ٢٠٠٦م، غير منشورة، ص ٣٦٥.



ثانياً - دور وزارة العدل الشؤون القانونية:

صدر النظام الأساسي للدولة في عام (١٩٩٦م)، أي بعد سنتين من إنشاء وزارة الشؤون القانونية، الذي أكد على أهمية هذا الدور في ضمان ملاءمة مشروعات القوانين والمراسيم واللوائح مع النظام الأساسي للدولة ، وذلك بالنص في المادة (٦٩) على أنه: "يحدد القانون اختصاصات الجهة التي تتولى إبداء الرأي القانوني للوزارات والجهات الحكومية الأخرى، وتقوم بصياغة مشروعات القوانين واللوائح والقرارات ومراجعتها، كما يبين كيفية تمثيل الدولة وسائر الهيئات والمؤسسات العامة أمام جهات القضاء"، وظلت الوزارة خلال الفترة من عام (١٩٩٤م) وحتى عام (٢٠٢٠م) تمارس الاختصاصات المتقدم ذكرها في شأن مراجعة ودراسة مشروعات القوانين والاتفاقيات الدولية واللوائح ومدى تطابقها مع أحكام النظام الأساسي للدولة، وعندما صدر النظام الأساسي للدولة الحالي أكد على هذا الدور لجهة الفتوى والتشريع في المادة (٨٧) منه، وفي عام (٢٠٢٠م)، تم دمج وزارة "العدل" ووزارة الشؤون القانونية في وزارة واحدة بموجب المرسوم السلطاني رقم (٨٨) لسنة (٢٠٢٠م) بسمى "وزارة العدل والشؤون القانونية"، وحددت اختصاصاتها في مجال مشروعات القوانين والمعاهدات واللوائح فيما يلي :

١. إعداد، ومراجعة مشروعات المراسيم السلطانية، واتخاذ إجراءات إصدارها.
٢. مراجعة مشروعات القوانين واللوائح والقرارات ذات الصبغة التشريعية التي تعدها وحدات الجهاز الإداري للدولة، وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة قبل إصدارها، ونشرها في الجريدة الرسمية.
٣. الفصل بقرار معتمد في المنازعات التي تنشأ بين وحدات الجهاز الإداري للدولة، وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة، أو بينها وبين الشركات المملوكة بالكامل للحكومة.
٤. مراجعة مشروعات الاتفاقيات الدولية، ومذكرات التفاهم التي تنوي السلطنة، أو إحدى وحدات الجهاز الإداري للدولة، وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة توقيعها، وإبداء الرأي القانوني في طلبات الانضمام إلى الاتفاقيات الدولية القائمة.

واضح من خلال النص الوارد في النظام الأساسي للدولة السابق والحالي، بأن مراجعة وتنقيح مشروعات القوانين والمراسيم واللوائح والقرارات ومشروعات الاتفاقيات

الدولية، ومذكرات التفاهم التي تنوي السلطنة أو إحدى وحدات الجهاز الإداري للدولة وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة توقيعها، قد عهد بها القانون إلى وزارة الشؤون القانونية، سابقاً ووزارة العدل والشؤون القانونية منذ عام (٢٠٢٠م)، التي تعمل على ضمان عدم مخالفة القوانين والمراسيم واللوائح والقرارات مع أحكام النظام الأساسي للدولة، وذلك متى أحيلت إليها المشروعات من قبل وحدات الجهاز الإداري للدولة وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة سواء هيئات أو مؤسسات عامة، أو من قبل مجلس الوزراء، وبالتالي، فإن هذا المسلك قد أثبت فعاليته خلال السنوات الماضية، ذلك من طلبات الفصل في عدم مطابقة نصوص واردة في قانون أو مرسوم أو لائحة أو قرار أمام القضاء العادي أو القضاء الإداري، إلا أن الحاجة تظل ملحة في إيجاد جهة قضاء مستقلة لنظر طلبات الطعن بعدم دستورية بعض القوانين والمراسيم، وهذا يتواءم مع اختصاصها بالنظر في مراجعة القوانين أو المراسيم والأوامر السامية متى رفعت أمامها^(١١٨).

الفرع الثاني

مراجعة القوانين والاتفاقيات من قبل مجلس عُمان

عرفت سلطنة عُمان والمجالس النيابية بإنشاء المجلس الاستشاري في عام (١٩٨١م)، ومن بعده مجلس الشورى في عام (١٩٨٤م)، وذلك بصلاحيات محددة، ثم ترسخ هذا النهج بصدور النظام الأساسي للدولة عام (١٩٩٦م)، الذي أوجد مجلس عُمان، بمجلسيه (الشورى والدولة)، وذلك في المادة (٥٨) منه، التي قضت بأنه: "ينكون مجلس عُمان من مجلس الشورى، ومجلس الدولة، يبين القانون اختصاصات كل منها ومدته، وأدوار انعقاده، ونظام عمله، كما يحدد عدد أعضائه، والشروط الواجب توافرها فيهم، وطريقة اختيارهم أو تعيينهم، وموجبات إعفائهم، وغير ذلك من الأحكام التنظيمية".

وتنفيذاً لهذا النص الدستوري صدر قانون مجلس عُمان بالمرسوم السلطاني رقم (٨٦) لسنة (١٩٩٧م)، ثم تلاه إجراء تعديل على النظام الأساسي للدولة في عام (٢٠١١م)، بموجب المرسوم السلطاني رقم (٩٩) لسنة (٢٠١١م)، ثم النظام الأساسي

^(١١٨) انظر: المادة (٦) من قانون محكمة القضاء الإداري رقم (٩١) لسنة ١٩٩٩م.

الحالي، الذي صدر تنفيذاً له قانون مجلس عُمان، ويتمثل دور مجلس عُمان، مجلس الشورى، ومجلس الدولة في مجال مراجعة مشروعات القوانين والاتفاقيات. أولاً- مراجعة مشروعات القوانين:

أوجبت المادة (٤٧) من قانون مجلس عُمان إحالة مشروعات القوانين التي تعدها الحكومة إلى مجلس عُمان لإقرارها أو تعديلها ثم رفعها مباشرة إلى جلالة السلطان للتصديق عليها وإصدارها، كما أعطى القانون المجلس اقتراح مشروعات القوانين وإحالتها إلى الحكومة لدراستها من خلال أجهزتها المختلفة ومنها الجهات القانونية، وزارة الشؤون القانونية والدوائر القانونية، في وحدات الجهاز الإداري للدولة، وعلى الحكومة بعد دراستها إعادتها إلى مجلس عُمان لإقرارها أو تعديلها ثم رفعها إلى السلطان^(١١٩).

كما بينت المادتان (٤٩،٥٠) من قانون مجلس عُمان إليه دراسة مشروعات القوانين من قبل مجلس الشورى، وذلك خلال (٣) أشهر، ثم إحالتها إلى مجلس الدولة الذي عليه دراستها خلال (٤٥) يوماً من تاريخ إحالتها إليه، وفي حالة عدم اتفاق بين المجلسين على مشروع القانون عليهما الاجتماع في جلسة مشتركة برئاسة مجلس الدولة لتدارس النصوص المختلف عليها، ثم التصويت على مشروع القانون، ويكون إصدار القرارات بالأغلبية المطلقة للأعضاء الحاضرين، ثم رفع مشروع القانون إلى السلطان من قبل رئيس مجلس الدولة مشفوعاً برأي كلا المجلسين^(١٢٠).

ثانياً- مراجعة مشروعات الاتفاقيات الاقتصادية والاجتماعية:

قررت المادة (٥٤) من قانون مجلس عُمان أنه على الحكومة إحالة مشروعات الاتفاقيات الاقتصادية والاجتماعية التي ترغب الحكومة إبرامها أو الانضمام إليها إلى مجلس الشورى، وذلك لإبداء رأيه فيها، على أن يقوم بعرض ما يتوصل إليه إلى مجلس الوزراء، مما يعني أن لمجلس الشورى دوراً مهماً لضمان عدم مخالفة الاتفاقيات

^(١١٩) المادة (٤٨) من قانون مجلس عمان المشار إليه.

^(١٢٠) بقيت أحكام مراجعة مشروعات القوانين المنصوص عليها في المواد (٥٨) مكرر (٣٥،٣٦،٣٧،٣٨) من النظام الأساسي على ما هي عليه بعد صدور النظام الأساسي للدولة لعام ٢٠٢٠م، والتي نص عليها في قانون مجلس عمان الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٧) لسنة ٢٠٢٠م، في المواد (٤٧،٤٨،٤٩).

التي تكون السلطنة طرفاً فيها للنظام الأساسي للدولة، والتي تكون لها قوة القانون بعد التوقيع عليها، وإصدار مرسوم التصديق عليها.

ثالثاً- أهمية مراجعة مجلس عُمان لمشروعات القوانين والاتفاقيات:

تصنف مراجعة مشروعات القوانين التي تعدها الحكومة من قبل مجلس عُمان وقبل رفعها إلى السلطان لإصدارها بمراسيم بأنها مراجعة سياسة سابقة وقائية على صدور القانون، وتعمل على منع صدوره متى خالف نص في الدستور، وتمارس هذه الرقابة عادة هيئة مستقلة عن السلطة التنفيذية، وتكون بأحد أسلوبين، فقد تكون بواسطة الأسئلة الأولية في البرلمان، وقد تسند الرقابة إلى هيئة سياسية يتم تشكيلها لهذه الغاية وهو الغالب^(١٢١)، وطبقاً للرقابة بالأسلوب الأول يعد البرلمان هو صاحب السلطة الفعلية من الناحية العملية، هذا النوع من الرقابة يمارس من قبل البرلمان نفسه، بمعنى أنها رقابة داخلية أو ذاتية، وهنا يستطيع رئيس البرلمان منع فتح النقاش حول مشروع القانون متى رأى أنه يبدو مخالفاً للدستور، كما يحق لأي عضو في البرلمان أن يطرح سؤالاً حول دستورية أية مادة في مشروع القانون، وهنا يتوجب على البرلمان أن يفصل في عدم الدستورية بتصويت خاص، ومتى انتهى البرلمان إلى عدم دستورية القانون، فإن هذا يعني توقف النقاش في القانون ورفضه^(١٢٢).

أما الأسلوب الآخر للرقابة السياسية فهو الرقابة بواسطة هيئة يتم تشكيلها لهذه الغاية، ويعتبر المجلس الدستوري الفرنسي النموذج الأبرز في هذا المجال^(١٢٣). مع التأكيد بأن المراجعة من قبل المجالس النيابية أشمل فهي تملك أجهزة قانونية وأخرى إدارية ذات خبرة في مجال التشريع، وهو ما عليه الحال في تشكيل مجلس الدولة في سلطنة عُمان الذي يضم نخبة من المختصين في مجالات القانون والسياسة والإدارة.

(١٢١) الدكتورة/ سعاد الشراوي، الدكتور/ عبدالله ناصف، أسس القانون الدستوري، وشرح النظام السياسي المعدي، دار النهضة العربية، ١٩٨٤م، ص ١٥٠-١٥١.
(١٢٢) الدكتور/ إياد سليمان البرديني، وسائل الرقابة الدستورية في لأنظمة الديمقراطية المعاصرة، مقال منشور في مجلة القانون الدستوري والعلوم الإدارية، العدد الرابع، ٢٠١٩م، المركز الديمقراطي العربي، ص ٢٠٤.

(١٢٣) مع الأخذ في الاعتبار أن الاحالة الواردة في قانون مجلس عمان لم يقتصر على مشروعات بمعيتها وإنما وردت عامة، وبالتالي فإن كل مشروعات القوانين تدخل تحت هذا الحكم، في حين حددت مشروعات الاتفاقيات في الاقتصادية والاجتماعية دون غيرها.



المطلب الثاني

الرقابة القضائية على دستورية القوانين والمراسيم

كان التنظيم القانوني محل اهتمام لدى حكومة جلالة السلطان قابوس -طيب الله ثراه- منذ عام (١٩٧٠م)، وكانت الشريعة الإسلامية هي المرجع للفصل فيما يثار من منازعات، ثم توالى صدور القوانين المنظمة للمعاملات المدنية، والقضايا الجزائية، فوجدت محكمة جزائية، ومحكمة للمنازعات التجارية، وظلت الشريعة الإسلامية الحاكمة للمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية والمدنية.

الفرع الأول

التطور التشريعي للرقابة القضائية

نظراً للتطور الذي شهدته السلطنة في كافة المجالات، اقتضى الأمر صدور النظام الأساسي للدولة بالمرسوم السلطاني رقم (١٠١) لسنة (١٩٩٦م)، الذي جاء بتقنين لما هو مطبق في الواقع في عُمان، ومؤكداً على المبادئ التي كانت تسير عليها الدولة، والتي تنطلق من الشريعة الإسلامية، وأعراف وتقاليد الأسرة الحاكمة، وما عليه حال المواطنين من قيم، ومعان تفرد بها الشعب العُماني كالاجتماع الذي يعقد في السبلة العُمانية، التي تعد ملتقى لأفراد الحي، ولاستقبال ضيوفهم، وإقامة أفراحهم، وأتراحهم، هذا فضلاً عن دور المسجد في النسيج العُماني الماضي والحاضر.

وتنفيذاً للنص الدستوري القاضي بأن تعمل الجهات المعنية على استصدار القوانين واللوائح اللازمة بما تقتضيه أحكام النظام الأساسي للدولة، فقد صدر قانون السلطة القضائية بالمرسوم السلطاني رقم (٩٠) لسنة (١٩٩٠م)، وقانون محكمة القضاء الإداري بالمرسوم السلطاني رقم (٩١) لسنة (١٩٩١م)، ثم قانون الادعاء العام بالمرسوم السلطاني رقم (٩٢) لسنة (١٩٩٩م)، والمرسوم السلطاني رقم (٩٣) لسنة (١٩٩٩م)، بتشكيل المجلس الأعلى للقضاء.

وجاء نص المادة (٨٥) من النظام الأساسي التي تقضي بأنه: "يعين القانون الجهة القضائية التي تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بمدى تطابق القوانين والإجراءات

التي لها قوة القانون، والمراسيم السلطانية، واللوائح مع النظام الأساسي للدولة، وعدم مخالفتها أحكامه، وبين صلاحياتها والإجراءات التي تتبع أمامها^(١٢٤).

ولقد تضمن قانون السلطة القضائية المشار إليه في المادة (١٠) منه، تشكيل هيئة للفصل في حالات تنازع الاختصاص السلبي والإيجابي، وتعيين الحكم الواجب التنفيذ في حالة تنازع الأحكام تختص بالفصل في حالات تنازع الاختصاص، وتنازع الأحكام مكونه من رئيس المحكمة العليا، وعدد (٥) من نوابه أو الأقدم فالأقدم من قضاة المحكمة، وينظم إليهم رئيس محكمة القضاء الإداري ونائبة وعدد (٣) من مستشاري المحكمة، كما أسندت المادة (١١) من ذات القانون أمر الفصل في المنازعات المتعلقة بمدى تطابق القوانين واللوائح مع النظام الأساسي للدولة وعدم مخالفتها لأحكامه، إلى ذات الهيئة المنصوص عليها في المادة (١٠) المشار إليها.

واستجابة للمادة (١١) من قانون السلطة القضائية بتنظيم الهيئة المنصوص عليها في هذه المادة بمرسوم سلطاني، جاء إصدار المرسوم السلطاني رقم (٨٨) لسنة (٢٠٠٨م)، في شأن هيئة تنازع الاختصاص والأحكام، حيث بين نظام عمل الهيئة والأمانة الفنية، والإجراءات المتبعة أمام الهيئة، وقوة الأحكام التي تصدرها الهيئة. في حين، هذا التنظيم لم يتناول ما يخص الفصل في مدى تطابق القوانين واللوائح مع النظام الأساسي للدولة وعدم مخالفتها لأحكامه، مما قد يعني ما يلي:

١- نظراً لأهمية الفصل في دستورية القوانين واللوائح فإن المشرع في السلطنة رأى تنظيمها بقانون خاص، وقد يتضمن إنشاء محكمة دستورية.

٢- لقلة الدعاوي التي ترفع بشأن الحكم في نص قانوني لتعارضه مع نصوص النظام الأساسي، وذلك لقيام الجهات الرقابية - السابق بيانها - بدورها الضامن لعدم وجود نصوص تشريعية أو لائحة مخالفة للنظام الأساسي للدولة.

ولقد أكد النظام الأساسي الحالي على أهمية وجود هيئة تعنى بالفصل في المنازعات ذات الصلة بمدى تطابق القوانين أو المراسيم واللوائح للنظام الأساسي للدولة وعدم مخالفتها لأحكامه، وبالتالي، فإن الحاجة لا زالت ملحة لإنشاء محكمة دستورية تعنى بهذا الجانب على غراء النظم المقارنة المتقدم ذكرها.

^(١٢٤) يقابله في النظام الأساسي للدولة السابق نص المادة (٧٠).



الفرع الثاني

سمو النظام الأساسي للدولة

قدمنا بأن الدساتير تسمو على القوانين العادية، وهناك سموً شكلياً للدساتير، وآخر سمو موضوعي، ويقصد بالسمو الشكلي بأن إجراءات وضع الدساتير أو تعديلها تختلف عن إجراءات وضع أو تعديل القوانين العادية، أما سمو الموضوعي فهو أن الدساتير عادة ما تتضمن على قواعد ومبادئ تسمو على تلك التي ترد في القوانين العادية، وبالتالي، فإن سمو الشكلي يقتصر على الدساتير المكتوبة دون العرفية من ناحية، وعلى الدساتير الجامدة دون المرنة من ناحية أخرى، أما سمو الموضوعي أو المادي فهو يتوافر لكافة الدساتير المكتوبة أو غير المكتوبة الجامدة أو المرنة.

والنظام الأساسي للدولة السابق والحالي إنما هو نظام تحقق له سمو الموضوعي من خلال الأحكام التي نص عليها، وهي المبادئ الموجهة للدولة، وتنظيم توارث العرش، والعلاقة الواجب قيامها بين السلطات العامة، والحقوق والحريات والواجبات التي تضمن عليها، وهي موضوعات لا ترد عادة في القوانين العادية ما لم تجد سنداً لها في الدستور، أما سمو الشكلي فهو متحقق كذلك من خلال آلية وضع النظام الأساسي للدولة، وطريقة إجراء التعديل عليه وهما مغايرتان لكيفية وضع القوانين العادية وتعديلها، وهذا ما نصت عليه المادة (٩٨) من النظام الأساسي الحالي: "لا يجري تعديل هذا النظام إلا بالطريقة ذاتها التي تم بها إصداره".

واضح من نص المادة (٩٨) من النظام الأساسي للدولة الحالي بأنه يعلو على كل القواعد القانونية في الدولة، فهو له علوً موضوعياً لعلو أحكامه على ما عداه من تشريعات، وبالتالي يجب لا تتضمن هذه الأخيرة نصوصاً أو أحكاماً تخالف تلك الواردة في الوثيقة الدستورية وهو ما نصت عليه المادة (٩٦) من النظام الأساسي للدولة بالقول إنه: "يجب أن تتطابق القوانين والإجراءات التي لها قوة القانون، والمراسيم السلطانية واللوائح مع أحكام النظام الأساسي للدولة^(١٢٥)، وإذا كان ذلك حكم سمو الموضوعي لأحكام النظام الأساسي للدولة، فإن سمو الشكلي متحقق بالاستناد إلى كونه يتسم بالجمود النسبي وليس المطلق أو الكلي، والذي يقتصر على طريقة وضعه وتعديله

^(١٢٥) كانت هذه المادة رقم (٧٩) في النظام الأساسي للدولة السابق.

دون أن يطل نصاً أو نصوصاً محددة منه، أو لمدة معينة، وفق المادة (٩٨) المشار إليها، ومن هنا، فإن إيجاد جهة قضائية تعنى بالفصل فيما يثار بشأن مخالفة القوانين أو الإجراءات التي لها قوة القانون، أو المراسيم السلطانية أو اللوائح أو عدم مطابقتها لأحكام النظام الأساسي للدولة أضحت حاجة ملحة.

الفرع الثالث

واقع الرقابة القضائية لدستورية القوانين والمراسيم

لقد تقرر الرقابة القضائية على دستورية القوانين والمراسيم منذ عام (١٩٩٦م)، ثم تأكدت بقانون السلطة القضائية في عام (١٩٩٩م)، في المادة (١١) منه، وعلى الرغم من صدور المرسوم السلطاني رقم (٨) لسنة (٢٠٠٨م)، بتنظيم هيئة تنازع الاختصاص والأحكام، الذي قصر هذا التنظيم على ما يخص تنازع الاختصاص والأحكام دون التطرق إلى تنظيم إجراءات الفصل في مدى مطابقة القوانين والإجراءات التي لها قوة القانون والمراسيم واللوائح للنظام الأساسي للدولة وعدم مخالفتها لأحكامه. إن تنفيذ النص الدستوري القاضي بإنشاء هيئة للفصل في مدى توافق القوانين والإجراءات التي لها قوة القانون والمراسيم السلطانية واللوائح وعدم مخالفتها لأحكام النظام الأساسي للدولة يثير العديد من التساؤلات التي يجب أن يكون عليها التنظيم المتوقع استحداثه للجهة التي سوف تسند إليها هذه المهمة، وهي على النحو الآتي:

١. نوع الرقابة القضائية اللاحقة على صدور القوانين أو المراسيم واللوائح أم سابقة ولاحقة أو سابقة فقط؟
٢. مضمون الرقابة القضائية هل ستكون رقابة امتناع أم إحالة أو دعوى التصدي أم الدفع الفرعي أم الجمع بين الدفع الفرعي والتصدي في ذات الوقت؟
٣. هل يقتصر رفع الدعوى أو الإحالة على الهيئات أو الجهات العامة كرئيس الدولة أو رئيس الوزراء أو مجلس معين أم يسمح للأفراد برفع الدعوى الفرعية؟



المطلب الثالث

نحو إنشاء محكمة دستورية

يقتضي هذا، بيان أهداف إنشاء المحكمة الدستورية، وفق التجارب المقارنة في معالجة رقابة دستورية القوانين سواء السابقة أو اللاحقة، وأخيراً مقترح بالاختصاصات والإجراءات أمام المحكمة الدستورية.

الفرع الأول

أهداف وثوابت إنشاء المحكمة الدستورية

يمكن إدراج الأهداف والثوابت التالية بالمحكمة المقترح إنشائها.

أولاً- أهداف إنشاء المحكمة الدستورية:

١. باتت الحاجة ماسة إلى ايجاد محكمة دستورية تعنى بالرقابة القضائية لدستورية القوانين والمراسيم في ظل وجود النص الدستوري للمادة (٨٥) من النظام الأساسي للدولة التي أوجدت الأساس لهذه المحكمة.
٢. عدم تنظيم هذا الموضوع ضمن المرسوم السلطاني رقم (٨٨) لسنة (٢٠٠٨م) الخاص بتنازع الاختصاص وتنازع الأحكام الذي أكد على إسناد هذه المهمة إلى الهيئة المعنية بذلك والمنصوص عليها في قانون السلطة القضائية، المادة (١٠) منه.
٣. إن تجربة الدول التي أخذت بالرقابة القضائية رائدة في حماية الحقوق والحريات التي كفلتها الدساتير من خلال مراجعة النصوص القانونية لضمان ملاءمتها للقواعد الدستورية وعدم مخالفتها لأحكامها، ولضمان أكبر قدر من حقوق وحريات الأفراد التي جاءت نتيجة مطالبات الشعوب وسعيها ونضالها لنيل حريتها، وبالتالي، فإن الرقابة القضائية أكبر ضامن لهذه المكاسب التي تحققت على مدى عقود من الزمان.
٤. التجربة العُمانية القضائية والقانونية قد وصلت مرحلة النضوج مما يؤهلها لتأسيس محكمة دستورية تعنى بمراقبة دستورية القوانين والمراسيم بما يكفل أن تأتي متفقة مع النظام الأساسي للدولة.

ثانياً- الثوابت التي يجب أن تسير عليها المحكمة:

١. التجربة القضائية المقارنة وعلى الأخص المحكمة الدستورية العليا في مصر، والمحكمة الدستورية في كل من دولة الكويت، ومملكة البحرين، ودولة قطر، أكبر شاهد على صحة المعالجة القضائية والدستورية لهذا الموضوع.
٢. المنظومة القانونية والقضائية في السلطنة أصبحت جاهزة لإنشاء محكمة دستورية مستقلة عن القضاء العادي أو الإداري، وذلك لتحقيق استقلال المحكمة عن أي تأثير من قبل القضاء، وكذلك بسط سلطتها القضائية على كل ما يثار أمامها من الهيئات العامة أو الأفراد العاديين، وذلك على غرار ما عليه حال المحاكم الدستورية في النظم المقارنة المشار إليها.
٣. نضوج التجربة التشريعية في سلطنة عُمان، ووضوح الية إعداد مشروعات القوانين والمراسيم ومراجعتها من قبل وزارة العدل الشؤون القانونية والإدارات القانونية في الوحدات الحكومية والأجهزة الإدارية والمجالس والهيئات المؤسسات العامة وفق التوضيح المتقدم ذكره، وكذلك الدور التشريعي لمجلس عُمان (الشورى، والدولة) في مراجعة مشروعات القوانين والاتفاقيات.
٤. تدعم الرقابة الدستورية للقوانين والمراسيم وتعاضد التجربة القضائية الرائدة، وتكمل جانباً مهماً من جوانب العمل القضائي الذي لا زال بحاجة إلى جهة تعنى بمراقبة دستورية القوانين والمراسيم وفرض الرقابة القضائية على صحتها.

الفرع الثاني

اختصاصات الجهة القضائية وفق المادة (٨٥)

وفق المادة (٨٥) من النظام الأساسي للدولة، فإن اختصاصات المحكمة (الجهة القضائية) الفصل في المنازعات المتعلقة بمدى تطابق القوانين والإجراءات التي لها قوة القانون، والمراسيم السلطانية واللوائح مع النظام الأساسي للدولة، وعدم مخالفتها لإحكامه.

أولاً- ما يدخل في اختصاص الجهة القضائية:

يقتصر دور الجهة القضائية على مراقبة دستورية القوانين والإجراءات التي لها قوة القانون، فهذه الإجراءات بمرتبة القانون، وبالتالي، تدخل في اختصاص المحكمة، وكذلك المراسيم السلطانية، فهي كذلك وفقاً للتدرج التشريعي في سلطنة عُمان تأتي في مرتبة القوانين، فهي أده إصدار النظام الأساسي، والقوانين، والتصديق على الاتفاقيات والمعاهدات التي تدخل السلطنة طرفاً فيها.

أما اللوائح ووفقاً لما جرى عليه العمل في سلطنة عُمان، فهناك نوعين من اللوائح، الأولى تصدر من السلطة التنفيذية وعادة ما تكون لوائح تنظيمية أو تنفيذية أو لوائح مستقلة، وهذه تكون بمستوى القرار من حيث المرتبة، وبالتالي تخضع لمراقبة محكمة القضاء الإداري، يحسبها قراراً إدارياً تنظيمياً أو لائحي، ولذلك تخرج من اختصاص الجهة المعنية بالفصل في الدستورية.

أما النوع الآخر، فهي اللوائح التي تصدر بموجب مراسيم سلطانية، وتتضمن أحكاماً على درجة من الأهمية، وعليه، فهذا النوع هو المقصود بخضوعه لرقابة الجهة المعنية برقابة الدستورية دون غيرها من اللوائح، والقول بغير هذا يقحم هذه الجهة في اختصاص محكمة القضاء الإداري.

بيد أنه تبقى حالة واحدة في شأن رقابة الدستورية للوائح، وهي متى صدرت اللائحة بالاستناد على نص في قانون غير دستوري، ففي هذه الحالة يجب ابتداء الفصل في عدم دستورية القانون أو النص الذي صدرت تبعاً له اللائحة، ومتى قضى بعدم دستوريته أنسحب ذلك على اللوائح التي صدرت تنفيذاً له.

ثانياً- ما يخرج عن اختصاص الجهة القضائية:

يضاف إلى الاختصاصات الواردة في المادة (٨٥) من النظام الأساسي للدولة، فإن هناك من الاختصاصات التي تعنى بها المحاكم الدستورية في الدول المقارنة منها

المحكمة الدستورية العليا المصرية التي أسندت إليها رقابة دستورية قرارات المنظمات والهيئات الدولية وأحكام المحاكم الأجنبية المطلوب تنفيذها في مواجهة الدولة^(١٢٦). كما تظطلع المحاكم الدستورية في النظم المقارنة وعلى الأخص في النظم العربية، بمسألة الفصل في تنازع الاختصاص، وتنازع الأحكام والتي جعلت وفق المادة (١٠) من قانون السلطة القضائية من اختصاص هيئة مستقلة، تم تنظيم عملها بالمرسوم السلطاني رقم (٨٨) لسنة (٢٠٠٨م) المشار إليه، هذا، ويسند إلى المحاكم الدستورية تفسير نصوص القوانين متى أثرت بمناسبة نزاع مفروض أمامها أو أمام المحاكم الأخرى.

الفرع الثالث

الاختصاصات والإجراءات المقترحة للمحكمة الدستورية

تختص المحكمة بالفصل في مدى تطابق القوانين والإجراءات التي لها قوة القانون، والمراسيم السلطانية مع النظام الأساسي للدولة وعدم مخالفتها لأحكامه وتتمثل آلية الطعن أمام المحكمة على النحو الآتي:

١. للسلطان، ومجلس الوزراء، ومجلس الدولة، ومجلس الشورى إحالة مشروع قانون أو إجراءات لها قوة القانون، أو مراسيم سلطانية إلى المحكمة الدستورية.
٢. للمحاكم على اختلاف درجاتها والهيئات ذات الاختصاص القضائي إذا تراءى لها أثناء نظرها إحدى الدعاوي عدم دستورية نص في قانون أو إجراءات لها قوة القانون أو مرسوم سلطاني لازم للفصل في النزاع، أو قفقت الدعوى وأحالت الأوراق إلى المحكمة الدستورية للفصل في المسألة الدستورية.
٣. للأفراد أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات القضائية ذات الاختصاص القضائي الدفع بعدم دستورية نص في قانون أو في إجراءات لها قوة القانون، أو مرسوم سلطاني، وظهر للمحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي أجلت نظر

(١٢٦) المادة (٢٧) مكرر من قانون المحكمة الدستورية العليا، مضافه بموجب القانون رقم (١٣٧) لسنة ٢٠٢١م.

الدعوى، وحددت لمن قدم الدفع ميعاداً لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية.

٤. للمحكمة الدستورية أن تقضي بعدم دستورية أي نص في قانون أو إجراءات لها قوة القانون، أو مرسوم سلطاني يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها ويتصل بالنزاع المعروض أمامها.

٥. للمحكمة الدستورية الرقابة على دستورية قرارات المنظمات والهيئات الدولية المطلوب تنفيذها في مواجهة الدولة.

الخاتمة

من دراستنا للرقابة على دستورية القوانين، خلصنا إلى أن الدستور له سمو وعلو على غيره من التشريعات في الدولة، ويأتي هذا من أهمية الأحكام التي يشتمل عليها عادة، والتي تنطلق منها كل التشريعات والإجراءات والنظم واللوائح والتي يحظر أن تخالف أحكامه، وهو ما يعرف بالسمو الموضوعي للدستور، وبجانب هذا يوجد سمو شكلي للدستور يتمثل في اختلاف طريقة وضعه وإجراءات تعديله عن التشريعات الأخرى بمختلف أنواعها.

كما ظهر لنا بأن رقابة دستورية القوانين عرفت النظم القانونية والقضائية المقارنة منذ فترة ليست بالقصيرة، وذلك بهدف توفير أكبر قدر من الاحترام والتقدير للوثيقة الدستورية من خلال منع مخالفتها لنصوص ترد في وثائق قانونية عادية، بما يحفظ لأحكامها القدسية والاستقرار، والاحترام في نفوس الشعوب التي تستقي منها حماية الحقوق والحريات التي حصلت عليها بعد طول كفاح.

هذا، وتنقسم رقابة دستورية القوانين إلى رقابة سياسية تتولاها هيئات سياسية تعنى بمراقبة مشروعات القوانين قبل إصدارها، ثم ألحق بها اختصاص الرقابة اللاحقة للقوانين بعد صدورها، والمثال الأبرز في هذا المجلس الدستوري الفرنسي، أما الرقابة الثانية والفاعلة، فهي الرقابة القضائية التي تنتوع من نظام قانوني لآخر، ولكن الأمر أصبح مستقراً على الإحالة المباشرة، والتصدي من قبل المحكمة المختصة بالفصل في

دستورية القوانين، وكذلك الإحالة من قبل المحاكم على مختلف درجاتها متى عرض عليها نزاع يحتاج الفصل فيه إلى النظر في دستورية نص يخص النزاع، والأمر كذلك متاحاً للأفراد متى اعتقدوا بأن هناك نصاً غير دستوري بمناسبة نزاع معروض على إحدى المحاكم.

ومن النظم القضائية التي تعرضنا لها في هذا البحث الولايات المتحدة الأمريكية (المحكمة الاتحادية العليا) والتي تعتق رقابة الامتتاع، والدفع الفرعي، وكذلك جمهورية مصر العربية (المحكمة الدستورية العليا) التي تعرف النظام المزدوج، بمعنى تأخذ بالدفع الفرعي، وكذلك التصدي، بجانب الإحالة من المحكمة المختصة بنظر النزاع لدستورية القوانين.

بيد أن دراستنا للرقابة القضائية ولدول مجلس التعاون لدول الخليج العربي، أظهرت اعتناق كل من دولة الكويت، ودولة قطر، ومملكة البحرين، لرقابة دستورية القوانين شبيه بما عرفته جمهورية مصر العربية من حيث أفراد محكمة دستورية لهذا الغرض، والإسناد لها بجملة من الاختصاصات بما فيها الفصل في دستورية القوانين والنظم، وذلك فيما عدا، كلاً من دولة الإمارات العربية المتحدة، التي أسندت هذه المهمة إلى دائرة في المحكمة الاتحادية العليا، وهي إحدى محاكم القضاء العادي، إلا أن اختصاصاتها جاءت مقارنة لاختصاص الدول الأخرى، يبقى المملكة العربية السعودية، التي لاتزال لم تنشئ محكمة مختصة بالرقابة على دستورية القوانين والأنظمة، كما لم توجد النص الدستوري الذي يؤسس لهذا ضمن نظام الحكم فيها.

أما سلطنة عُمان، وهي بيت القصيد من هذا البحث الهام والهادف، فقد وقفنا بأن النظام الأساسي قد أسس للرقابة القضائية في المادة (٨٥) منه، بأن أوجب أن تتولى مهمة الفصل في مدى مطابقة القوانين والإجراءات التي لها قوة القانون والمراسيم السلطانية واللوائح مع النظام الأساسي للدولة، وعدم مخالفتها لأحكامه إلى جهة قضائية بين القانون نظامها.

كما نص قانون السلطة القضائية في المادة (١١) منه التأكيد على هذا، وتكليف الهيئة المنصوص عليها في المادة (١٠) من ذات القانون بمباشرة صلاحية الفصل في

مدى تطابق القوانين والإجراءات التي لها قوة القانون والمراسيم السلطانية واللوائح مع النظام الأساسي للدولة، وعدم مخالفتها لأحكامه، إلا أن هذا النص لم يفعل إلى الآن. وعلى مستوى الرقابة الإدارية والنيابية فقد أسند النظام الأساسي للدولة رقابة مشروعات القوانين والمراسيم والاتفاقيات إلى وزارة العدل والشئون القانونية، وكذلك مجلس عُمان (مجلس الدولة، ومجلس الشورى)، مما يؤكد الدور الكبير والفاعل لهما على مستوى مشروعات القوانين والمراسيم والاتفاقيات التي تدخل السلطنة طرفاً فيها وذلك قبل توقيعها وإصدار مراسيم التصديق عليها.

نتائج البحث:

١. باتت النظم القضائية المقارنة مستقرة على أهمية الرقابة على دستورية القوانين والنظم قبل إصدارها أو بعد ذلك، ولهذا خصصت هيئات أو محاكم تعنى بمهمة الرقابة، المجلس الدستوري في فرنسا، المحكمة الاتحادية في الولايات المتحدة الأمريكية، المحكمة الدستورية العليا في جمهورية مصر العربية.
٢. عملت دول مجلس التعاون لدول الخليج العربي على شاكلة الدول المتقدمة في هذا المجال، لذلك نجدها تقرر الرقابة في دساتيرها، وتنشئ محاكم دستورية لها، وتحدد لها اختصاصاتها، في كل من دولة الكويت، ودولة قطر، ومملكة البحرين في حين أسندت دولة الإمارات العربية المتحدة هذه المهمة إلى المحكمة الاتحادية العليا، بينما لم تقرر المملكة العربية السعودية هذه الرقابة بعد.
٣. قطعت سلطنة عُمان شوطاً في التنظيم القانوني والقضائي، وأسست لذلك بموجب النظام الأساسي للدولة على أهمية أن تتولى هذه الرقابة جهة قضائية، إلا أنها إلى الآن لم يتم إنشاؤها رغم الأهمية لهذه المحكمة للأسباب التي ذكرناها في موضوعنا من هذا البحث، مما يقتضي الاستعجال في هذا الأمر.

التوصيات:

مما سبق دراسته، ولتفعيل الرقابة القضائية على دستورية القوانين في سلطنة عمان، فإن الباحث يوصي بالآتي:

١. إنشاء محكمة دستورية في سلطنة عمان مستقلة، تكون لها الشخصية الاعتبارية، وتتمتع بالاستقلال الإداري والمالي، يعهد إليها بالرقابة على دستورية القوانين والإجراءات التي لها قوة القانون، والمراسيم السلطانية، وفق الضوابط التالية:

أ. إتاحة الإحالة المباشرة لكل من السلطان، ومجلس الوزراء، ومجلس الدولة، ومجلس الشورى إذا تراءى لأي من هذه السلطات عرض مشروع قانون أو إجراءات لها قوة القانون أو مراسيم سلطانية على المحكمة لتقول كلمتها في مدى دستوريته.

ب. السماح للمحاكم بالإحالة، ولأفراد بالطعن أمام المحكمة.

ج. للمحكمة الدستورية أن تتصدى لأي نص وارد في قانون أو إجراءات لها قوة القانون أو مرسوم متى ظهر عدم دستوريته أثناء نظرها لدعوى معروضة عليها.

٢. الاستفادة من تجارب الدول الأخرى عند إعداد قانون المحكمة الدستورية، وعلى الأخص التجربة الفرنسية، والتجربة الأمريكية، والتجربة المصرية، وتجارب كل من دولة الكويت، ودولة قطر، ومملكة البحرين في تنظيم الرقابة على دستورية القوانين واللوائح.

٣. دعوة الباحثين والمهتمين إلى المبادرة بالكتابة في هذا الموضوع، وتقديم الحلول والمقترحات التي من شأنها المساهمة في إيجاد محكمة دستورية في سلطنة عمان يعهد إليها برقابة دستورية القوانين والإجراءات التي لها قوة القانون والمراسيم السلطانية مستفيدين في هذا من النظم القضائية المقارنة.

٤. دعوة مجلس الشورى إلى أخذ زمام المبادرة، وتقديم مشروع قانون بإنشاء محكمة دستورية في سلطنة عمان، وذلك انطلاقاً من اختصاصه باقتراح مشروعات القوانين وفق المادة (٧٢) من النظام الأساسي للدولة، والمادة (٤٨) من قانون مجلس عمان، ورفعها للحكومة ليصار إلى إقرارها بعد مراجعتها، مع تقديم المبررات والأسباب الداعية لأنشاء هذه المحكمة متخذين من التطورات التي شهدتها القضاء في سلطنة عمان مرتكزا لذلك.

٥. دعوة المجلس الأعلى للقضاء، ووزارة العدل والشئون القانونية إلى النظر في موضوع وجود محكمة لنظر دستورية القوانين والإجراءات التي لها قوة القانون والمراسيم السلطانية، وذلك استجابة للنص الدستوري.



المراجع

أولاً- المراجع العامة:

- الدكتور/ أحمد بن عبدالله بن باز، النظام السياسي الدستوري للمملكة العربية السعودية، مكتبة الرشد، الطبعة الخامسة.
- الدكتور/ أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والاقليم المصري.
- الدكتور/ إبراهيم عبدالعزيز، شيحا النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف الإسكندرية ٢٠١٦م.
- الدكتور/ ثروة بدوي، النظم السياسية، دار النهضة العربية، مصر.
- الدكتور/ جابر جاد نصار، الوسيط في القانون الدستوري، دار النهضة العربية، مصر، القاهرة.
- الدكتور/ حمدي عطية مصطفى:
- ✓ الوسيط في القانون الدستوري، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، ٢٠١٧م.
- ✓ الوجيز في النظم السياسية، مكتبة الوفاء القانوني، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠١٦م.
- الدكتور/ حسن مصطفى البحري، القانون الدستوري والنظم السياسية، الجامعة الافتراضية الفورية، بدون دار نشر.
- الدكتور/ حمدي على عمر، النظام الدستوري المصري وفقاً لدستور عام ٢٠١٤م، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠١٦م.
- الدكتور/ رمزي طه الشاعر، النظرية العامة القانون الدستوري، بدون دار نشر، الطبعة السادسة، ٢٠٢٠م.
- الدكتورة/ سعاد الشرقاوي، الدكتور/ عبدالله ناصف، أسس القانون الدستوري، وشرح النظام السياسي المعدي، دار النهضة العربية.
- الدكتور/ صلاح كمال رحيم، المبادئ العامة للنظام الأساسي، ونظم الحكم، مجمع البحوث والدراسات لأكاديمية نزوى، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦م.

- الدكتور / عبدالحميد متولي، القانون الدستوري والأنظمة السياسية، منشآت المعارف الإسكندرية، الطبعة الثانية، ١٩٦٣م.
 - الدكتور / عبدالغني بسيوني عبدالله:
 - ✓ النظم السياسية والقانون الدستوري، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية، عام ١٩٩٧م.
 - ✓ القانون الدستوري، الدار الجامعية، ١٩٨٦م.
 - الدكتور / على خطار شنتاوي، القانون الدستوري المقارن، مكتبة الرشيد، الطبعة الأولى.
 - الدكتور / فؤاد العطار، النظم السياسية والقانون الدستوري، دار النهضة العربية، بدون دار نشر.
 - الدكتور / ماجد راغب الحلو:
 - ✓ النظم السياسية والقانون الدستوري، طبعة ٢٠٠٠م.
 - ✓ القانون الدستوري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٣م.
 - الدكتور / محمد رفعت عبدالوهاب، القضاء الدستوري، " رقابة الدستورية" طبعة ٢٠١٢م.
 - الدكتور / محمد كامل ليلي، النظم السياسية الدولة والحكومة، دار الفكر العرب، القاهرة، بدون دار نشر.
 - الدكتور / مصطفى عفيفي، الوجيز في القانون الدستوري، ٢٠٠٧م.
 - الدكتور / نَعْمَانُ أحمد الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عُمان، ٢٠٠٨م.
- ثانياً- رسائل الماجستير والدكتوراه:**
- الدكتور / سليمان بن سعود الجابري، السلطة العامة (مفهومها، أساسها، صدورها) بين النظم القانونية القديمة والفكر السياسي الحديث/ رسالة دكتوراه، من جامعة عين شمس، عام ٢٠٠٦م.

ثالثاً- البحوث والدراسات:

- الدكتور/ إياد سليمان البرديني، وسائل الرقابة الدستورية لأنظمة الديمقراطية المعاصرة، مقال منشور في مجلة القانون الدستوري والعلوم الإدارية، العدد الرابع، ٢٠١٩م، المركز الديمقراطي العربي.
- ابينة حكيم، الرقابة السياسية على دستورية القوانين، المجلس الدستوري الفرنسي نموذجاً، مقال منشور في مجلة الدراسات والبحوث القانونية، مجلد (٥)، العدد (٢)، ٢٠٢٠م.
- الدكتور/ عمر العبد الله، الرقابة على دستورية القوانين "دراسة مقارنة" مقال منشور في مجلة جامعة دمشق، المجلد السابع عشر، العدد الثاني، عام ٢٠٠١م.
- الدكتور/ سعودي نسيم، دور المحكمة العليا الأمريكية في مجال الرقابة الدستورية، مقال منشور في مجلة القانون الدستوري والعلوم الإدارية، العدد الخامس، يناير ٢٠٢٠م، المركز الديمقراطي العربي.
- سعد غازي طالب، وكربل رفاه كريم رزوقي، المجلد (١)، العدد (١)، لعام ٢٠٢٠م، جامعة بابل، كلية القانون، العراق.

رابعاً- الموسوعات القضائية وأحكام المحاكم:

- حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية، جلسة ١٩٩٠/٥/١٩م، القضية رقم (٣٧) لسنة (٩) قضائية دستورية، الموسوعة الدستورية الشاملة، المحامي/ حسام محفوظ،
- حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية حكمها في جلسة: ١٩٩٤/١/١٤م، القضية رقم (٧١)، السنة (١٤) ق.د المجموعة، ج٦، قاعدة، (٣٢).

خامساً- الدساتير والتشريعات:

- الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨م المعدل.
- دستور الولايات المتحدة الأمريكية لعام ١٧٨١م المعدل.
- دستور جمهورية مصر العربية لعام ٢٠١٤م المعدل.
- دستور دولة الامارات العربية المتحدة الدائم لعام دستور مملكة البحرين لعام ٢٠٠٢م.

- دستور دولة الكويت لعام ١٩٦٢م المعدل.
- من دستور دولة قطر لسنة ٢٠١٢م. المعدل.
- النظام الأساسي رقم (١٠١) لسنة ١٩٩٦ المعدل.
- النظام الأساسي للدولة رقم (٦) لسنة ٢٠٢٠م.
- نظام الحكم في المملكة العربية السعودية لعام ١٩٩٢م.
- عرفت فرنسا الرقابة اللاحقة بموجب التعديل الدستوري رقم (٢٣)، الذي حصل عام ٢٠٠٨م، والذي دخل حيز التنفيذ عام ٢٠١٠م.
- دستور الجزائر لعام ٢٠٢٠م، ا
- القانون التنظيمي الفرنسي لعام ٢٠٠٩م، الذي دخل حيز التنفيذ في الأول من آذار ٢٠١٠م.
- قانون المحكمة الدستورية في دولة قطر.
- قانون المحكمة الدستورية في دولة الكويت.
- قانون المحكمة الدستورية في مملكة البحرين.
- قانون المحكمة العليا الاتحادية في دولة الإمارات العربية المتحدة.
- قانون محكمة القضاء الإداري لسنة ١٩٩٩م، المعدل.
- قانون مجلس عُمان لسنة ٢٠٢٠م.
- قانون السلطة القضائية لعام ١٩٩٠م.

الدليل الإلكتروني أمام القضاء الإداري المصري والسعودي

الدكتور/ مصطفى السيد محمد دبوس*

المخلص:

بالرغم من المزايا الهائلة التي تحققت وتتحقق كل يوم بفضل تقنية المعلومات على جميع الأصعدة وفي شتى ميادين الحياة المعاصرة، فإن هذه الثورة التكنولوجية المتنامية صاحبها في المقابل جملة من الانعكاسات السلبية الخطيرة نتيجة الاستخدام السيء للتكنولوجيا. حيث ترجع أهمية الدليل الإلكتروني من كونه أهم المسائل إثارة للنقاش والجدل، ومن المواضيع التي تحتل الصدارة في المجال القانوني، خصوصاً في الوقت الراهن، نتيجة للتطور العلمي وانتشار التقنية الرقمية.

إن ثورة التطور التقني للمعلوماتية والاتصالات هي سمة القرن الواحد والعشرين، هذه الثورة التي غيرت العالم وأدوات تفاعله وحركته في شتى المجالات، والتي بالنتيجة فرضت على العالم، والدول أن تغير أو تعدل في أدواتها الاقتصادية والقانونية النازمة لعملها وعمل وعلاقات الأفراد، وهذا التطور في المنظومة التي استقر عليها العمل القانوني، والتي أنتجت موروث اجتماعي وثقافي ونفسي، قد أجبر المشرع على أن يقوم بالتفاعل معه وذلك من خلال تطويره للأدوات القانونية النازمة لعمل وعلاقات الأفراد، ومن أولى المسائل التي تتبادر إلى الذهن، هي معرفة كيفية التعامل القانوني مع التقنيات الحديثة كأدوات للإثبات، والصعوبات القانونية التي يمكن أن يواجهها رجال القانون في هذا المجال، بالتالي فإن القاضي لا يمكنه من حيث المبدأ أن يرفض دليل الإثبات الإلكتروني وأن يفضل عليه دليل الإثبات الورقي انطلاقاً من الطبيعة المادية المكونة لكلا الدليلين، وقد تناولنا من خلال بحثنا التعرف على الدليل الإلكتروني وخصائصه وأنواعه والمزايا والعيوب من خلال المبحث الأول، كما تعرضنا لإثبات الدليل الإلكتروني وشروط الإثبات والحجية أمام القاضي الإداري من خلال المبحث الثاني.

الكلمات المفتاحية: الدليل الإلكتروني - إثبات - القضاء - الإداري - حجية.

*دكتوراه في القانون العام - كلية الحقوق - جامعة المنوفية.



The Electronic Guide before the Egyptian and Saudi Administrative Judicature

Dr. Mostafa Elsyed Mohammed Dabous*

Abstract:

Despite the massive advantages which have been being attained every day due to information technology in all levels and fields of contemporary life, the growing technological revolution has been accompanied by a combination of serious negative consequences as a result of the misuse of technology; where the importance of the electronic evidence has become the most important issue of debate and controversy and possesses the priority in the topics of the legal field, especially at the present time due to the scientific development and the spread of digital technology. The revolution of technological development of informatics and communications is a feature of the 21st century. This revolution changed the world and the tools of activism and movement in various fields. Consequently, the world and countries were forced to change or modify their economic and legal tools that regulating the work and relations of individuals.

This development in the legal system, which has produced a social, cultural and psychological heritage, has forced the legislator to interact with it through the development of legal tools regulating the work and relations of individuals. One of the first issues to come to mind is to know how to deal with modern technology as evidence and legal difficulties that can be faced by law men in this field. Thus, in principle, the judge cannot reject the electronic proof (Evidence Guide) and prefer the proof of paper evidence over it based on the material nature of both evidences. Through our research, we have identified the electronic evidence, characteristics, types, advantages and disadvantages through the first topic, as we have shown to prove the electronic evidence and the conditions of proof and evidence before the administrative judge through the second topic.

Keywords: Electronic Evidence – Proof – Judgment – Administrative – Authenticity.

*PhD in Public Law, Faculty of Law, Menoufia University.

المقدمة

العدالة الناجزة أصبحت مطلبًا جماهيريًا ملحا؛ بسبب بطء التقاضي الذي يعد نوعًا من الظلم، مع كثرة عدد القضايا التي تنتظرها المحاكم في الجلسة الواحدة.

وقد فتح الله سبحانه وتعالى على الإنسان، وزاده من التطور العلمي الذي ليس له مثيل، وليس هذا إلا قليلاً من كثير وما زال السر عند علام الغيوب، مصداقاً لقوله سبحانه وتعالى: "وَمَا أُوتِيتُمْ مِنَ الْعِلْمِ إِلَّا قَلِيلًا"^(١) صدق الله العظيم.

وبالرغم من المزايا الهائلة التي تحققت، وتحقق كل يوم بفضل تقنية المعلومات على جميع الأصعدة وفي شتى ميادين الحياة المعاصرة، فإن هذه الثورة التكنولوجية المتنامية صاحبته في المقابل جملة من الانعكاسات السلبية الخطيرة؛ نتيجة الاستخدام السيء للتكنولوجيا. ولئن كانت وسائل الإثبات القديمة في مجال الإدارة تتمثل في عناصر مادية مدونة في صورة مستندات حكومية، إلا أن التطور أكسب المستندات الحكومية العنصر الرقمي الإلكتروني.

وحيث إن المملكة وتحت القيادة الحكيمة استطاعت تطوير الخدمات المرفقية فيما يعرف بالإدارة الإلكترونية والتي نشهد بتطويرها، وحيث إن النزاع القائم في كنف جهة الإدارة هو بالتبعية يخضع لفقہ القانون العام، ويترتب على ذلك خضوع النزاع لنوع محدد هو القضاء الإداري، مما يثير البحث في حجية هذا الدليل أمام القضاء الإداري، حيث إنه يجب أن يخرج القاضي الإداري من الثوب التقليدي إلى الشبكة العنكبوتية المترامية الأطراف، وبناءً على ما سبق يجب أن يخوض البحث في الدليل الإلكتروني أمام القاضي الإداري، ونتناوله على النحو الآتي:

أهمية الموضوع:

- ترجع أهمية الدليل الإلكتروني إلى كونه أهم المسائل إثارة للنقاش والجدل، ومن المواضيع التي تحتل الصدارة في المجال القانوني، خصوصاً في الوقت الراهن؛ نتيجة للتطور العلمي، وانتشار التقنية الرقمية.
- وتتبع كذلك أهمية الدليل الإلكتروني في قدرته على تسهيل الأمور على القاضي الإداري، وتوفير الوقت والجهد.
- والملاحظ لدينا أن الكتابات القانونية في الدليل الإلكتروني أمام القاضي الإداري منعدمة.

(١) سورة الإسراء الآية ٨٥.

مشكلة البحث:

تكمن مشكلة البحث في الدليل الإلكتروني المقدم أمام القاضي الإداري، ومدى اعتبار هذا الدليل صالح للاعتماد عليه من الناحية التقنية والقانونية، ومدى تقبل هذا الدليل في المملكة العربية السعودية، وفي جمهورية مصر العربية.

تساؤلات البحث:

- مدى إمكانية القاضي الإداري التعامل مع الدليل الإلكتروني؟
- مدى جاهزية المحاكم للتعامل مع هذه التقنية الحديثة؟
- مدى سلطة القاضي الإداري في قبول أو رفض الدليل الإلكتروني؟
- مدى جاهزية القوانين للتعامل مع هذه التقنية الحديثة؟

أهداف البحث:

- يهدف البحث إلى التعرف إلى الدليل الإلكتروني وإظهار المزايا والعيوب.
- يهدف البحث إلى تقديم دراسة عن الدليل الإلكتروني أمام القاضي الإداري.

الخطة:

- المبحث الأول: ماهية الدليل الإلكتروني.
- المطلب الأول: المقصود بالدليل الإلكتروني.
- الفرع الأول: تعريف الدليل الإلكتروني.
- الفرع الثاني: خصائص الدليل الإلكتروني.
- الفرع الثالث: أنواع الدليل الإلكتروني.
- المطلب الثاني: مزايا وعيوب الدليل الإلكتروني.
- الفرع الأول: مزايا الدليل الإلكتروني.
- الفرع الثاني: عيوب الدليل الإلكتروني.
- المبحث الثاني: قناعة القاضي الإداري بالدليل الإلكتروني.
- المطلب الأول: عبء إثبات الدليل الإلكتروني.
- المطلب الثاني: حجية الدليل الإلكتروني في القضاء الإداري.

المبحث الأول

ماهية الدليل الإلكتروني

أصبحت وسائل الإثبات القديمة في مجال الإدارة، والمتمثلة في عناصر مادية مدونة في صورة مستندات حكومية لا تتماشى مع التطور الحديث، ولا تتناسب مع العدالة الناجزة التي أصبحت مطلبًا جماهيريًا ملحا؛ بسبب بطء التقاضي الذي يعد نوعًا من الظلم، مع كثرة عدد القضايا التي تنظرها المحاكم، الأمر الذي معه كان من الضروري للعقل البشري أن يبتكر الوسائل الحديثة من أجل التيسير على المتقاضين؛ لذا من خلال هذا المبحث نتعرف إلى ماهية الدليل الإلكتروني من خلال مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول: المقصود بالدليل الإلكتروني.

المطلب الثاني: مزايا وعيوب الدليل الإلكتروني.

المطلب الأول

المقصود بالدليل الإلكتروني

يلعب الدليل الإلكتروني الناتج عن الوسائل الإلكترونية الحديثة دورًا فاعلاً في توفير الخدمات والتعاملات بشكل ميسر، حيث ساعدت التقنية المتطورة للوسائل الإلكترونية في اختزال الدعامات الورقية على دعامة إلكترونية صغيرة، كذلك أدت الوسائل الإلكترونية الحديثة إلى تطوير تقديم الخدمات بشكل فاعل وبسيط، وتتولى بالدراسة والبحث التعرف إلى الدليل الإلكتروني، وبيان خصائصه من خلال ثلاثة فروع على النحو الآتي:

الفرع الأول: تعريف الدليل الإلكتروني.

الفرع الثاني: خصائص الدليل الإلكتروني.

الفرع الثالث: أنواع الدليل الإلكتروني.

الفرع الأول

تعريف الدليل الإلكتروني

تعددت التعريفات بشأن الدليل الإلكتروني، ونتولى من خلال هذا الفرع إيضاح تعريف الدليل لغة وفقهًا؛ ونظرًا لارتباط موضوع البحث بالتقنية الحديثة، فإننا نتعرض لمصطلح إلكتروني، ثم أخيرًا نعرّف الدليل الإلكتروني.

أولاً- الدليل لغة:

تعددت الآراء بشأن تعريف الدليل، وعلى العموم يمكن تعريفه من الناحية اللغوية بأنه: المرشد وما يتم به الإرشاد وما يستدل به، والدليل هو الدال أيضًا، والجمع أدلة ودلالات^(١)، وهو كذلك تأكيد الحق بالبيّنة، والبيّنة هي الدليل أو الحجة.

وورد في مختار الصحاح أن الدليل ما يستدل به، وقد دلّه على الطريق أي أرشده، يدلّه بالضم دلالة بفتح الدال وكسرهما ودلولة بالضم والفتح أعلي، ويقال أدل والاسم الدال بتشديد اللام، فلان يدل فلانًا أي يثبته^(٢).

ثانيًا- تعريف الدليل فقهًا:

وعرفه بعضهم الآخر بأنه: "الوسيلة التي يستعين بها القاضي للوصول إلى الحقيقة التي ينشدها"، والمقصود بالحقيقة هو كل ما يتعلق بالوقائع المعروضة على القاضي لإعمال حكم القانون عليها^(٣). وعرفه بعضهم الآخر بأنه: "الواقعة التي يستمد منها القاضي البرهان على إثبات اقتناعه بالحكم الذي ينتهي إليه"^(٤)، وأما الوسيلة فتطلق على ما يتوصل به إلى الشيء وهو عمل الدليل.

(١) يراجع جميل صليبا، المعجم الفلسفي، دار الكتاب اللبناني، الطبعة الأولى، بيروت، ١٩٧٠م، ص ٢٣.

(٢) د/ برهامي أبو بكر عزمي، الشرعية الإجرائية للأدلة العلمية، دراسة تحليلية لأعمال الخبرة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦م، ص ٨٩ وما بعدها.

(٣) د/ برهامي أبو بكر عزمي، الشرعية الإجرائية للأدلة العلمية، دراسة تحليلية لأعمال الخبرة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦م، ص ٨٩ وما بعدها، عبد الناصر محمد محمود فرغلي والدكتور محمد عبيد سيف المسماري، الإثبات الجنائي بالأدلة الرقمية من الناحيتين القانونية والغنية، بحث مقدم في المؤتمر العربي الأول لعلوم الأدلة الجنائية والطب الشرعي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض في الفترة ١٢-١٤/١١/٢٠١٧م، ص ١٠٧.

(٤) د/ مأمون سلامة، الإجراءات الجزائية في التشريع المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢م، ص ١٩١.

ثالثاً- مصطلح إلكتروني:

قبل أن نخوض في الدليل الإلكتروني، سوف نتعرض لمصطلح (الإلكترون) أو (الإلكترونية) فهي مصطلحات حديثة لم تكن معروفة في الماضي، ويشير هذا المصطلح إلى دعائم تقنية حديثة متطورة، يمكن أن تستخدم في شتى المجالات، منها وسائل الاتصالات، ومنها وسائل النقل، ووسائل الترفيه... إلخ، وأصبح الناس في عالمنا الحاضر يعتمدون على تلك الدعائم في شتى مناحي الحياة، كالبيع، والشراء، والتأجير، والسفر، والتعليم، والطب، والهندسة، وغيرها، فهي وسيلة يعتمد عليها الناس في تدبير حاجاتهم الضرورية وغير الضرورية^(١).

ولم يتعرض المشرع المصري في قانون (١٥) لسنة ٢٠٠٤م بشأن التوقيع الإلكتروني أو لائحته التنفيذية للمقصود باصطلاح إلكتروني، فذلك شيء مهم وضروري، فمن شأن تعريفه وإيضاحه تحديد الوسائل الإلكترونية المستخدمة في مجال التجارة الإلكترونية على وجه العموم والتوقيع الإلكتروني على وجه الخصوص، في حين هناك بعض التشريعات العربية عرّفت مصطلح إلكتروني، ومنها نظام التعاملات الإلكترونية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي ذي الرقم ١٨م في ٨/٣/٢٠١٤هـ، حيث عرف مصطلح إلكتروني في المادة (١) منه بأنه: "تقنية استعمال وسائل كهربائية، أو كهرومغناطيسية أو بصرية أو أي شكل آخر من وسائل التقنية المشابهة"^(٢).

رابعاً- تعريف الدليل الإلكتروني:

تعددت التعريفات بخصوص الدليل الإلكتروني وتباينت، فعرفه البعض بأنه: "هو الدليل المأخوذ من أجهزة الكمبيوتر، وهو يكون في شكل مجالات، أو نبضات مغناطيسية، أو كهربائية، ممكن تجميعها وتحليلها باستخدام برامج تطبيقات وتكنولوجيا، وهي مكون رقمي؛ لتقديم معلومات في أشكال

(١) د/ أحمد بن سليمان بن صالح الريش، الوسائل الإلكترونية ودورها في تبسيط إجراءات التقاضي، بحث منشور بالمؤتمر السنوي الخامس لجامعة الإسكندرية بعنوان العدالة بين الواقع والمأمول، مجلد ١، ص ٥.

(٢) د/ باسم فاضل، التعويض عن إساءة استعمال التوقيع الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٧م، ص ١٧.

متنوعة مثل النصوص المكتوبة أو الصور أو الأصوات أو الأشكال والرسوم؛ وذلك من أجل اعتماده أمام أجهزة إنفاذ وتطبيق القانون^(٨).

وعرفه بعضهم الآخر بأنه: "مجموعة المجالات أو النبضات المغناطيسية أو الكهربائية التي يمكن تجميعها وتحليلها باستخدام برامج وتطبيقات خاصة لتظهر في شكل صور أو تسجيلات صوتية أو مرئية"^(٩).

وعرفه غيرهم أيضًا بأنه: "أي معلومات ذات قيمة في الكشف عن الحقيقة سواء كانت مرسلة أو مخزنة في شكل رقمي"^(١٠).

ويرى آخرون بأنه: "هو أي معلومات مخزنة أو مرسلة في شكل ثنائي (Binary form) قد يعتمد عليها في المحكمة"^(١١).

أو أنه معلومات يقبلها المنطق والعقل ويعتمدها العلم، يتم الحصول عليها بإجراءات قانونية وعلمية بترجمة البيانات الحسابية المخزنة في أجهزة الحاسب الآلي وملحقاتها وشبكات الاتصال، ويمكن استخدامها في أي مرحلة من مراحل التحقيق أو المحاكمة؛ لإثبات حقيقة فعل أو أي شيء أو شخص له علاقة بجريمة أو جان أو مجني عليه^(١٢).

وكما أن الدليل الإلكتروني يقدم أمام القاضي الإداري؛ للتيسير عليه، ولسهولة إجراءات التقاضي بين المتقاضين، فإنه من الممكن أن يقدم أمام القاضي الجنائي^(١٣) للتيسير عليه في إثبات الجريمة.

(٨) د/ خالد ممدوح إبراهيم، الدليل الإلكتروني في جرائم المعلوماتية، بحث منشور على الموقع الإلكتروني، ص ١.

(٩) إكرام مختاري، الدليل في الجريمة الإلكترونية، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، المغرب، ٢٠١٥م.

(١٠) Carrie Morgan Witcomb, An Historical Perspective of digital Evidence, IJDE, 2002. Volume 1 issue 1. P.4.

(١١) SWGDE, Digital Evidence Standards and principles, 2000. Volume 2 number 2. P. 3.

(١٢) د/ محمد الأمين البشري، التحقيق في الجرائم المستحدثة، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الطبعة الأولى، الرياض، ٢٠٠٤م، ص ٢٣٤.

(١٣) وعرف البعض الدليل الإلكتروني من وجهة نظر القانون الجنائي بأنه: "الدليل الناتج عن استخدام الوسائل الإلكترونية في ارتكاب الأفعال غير المشروعة التي تقع على العمليات الإلكترونية أو الذي ينتج عن الجرائم التي تقع على العمليات في الوسائل الإلكترونية ذاتها، والذي يتميز في صورة بالطبيعة الفنية والعلمية تمثيلاً مع الطبيعة الفنية"==

ومن خلال التعريفات السابقة نجد أن مفهوم الدليل الإلكتروني يتسع ليشمل:

- البيانات التي تم تسجيلها أو حفظها عن طريق جهاز كمبيوتر أو جهاز مماثل آخر له، والتي يمكن لشخص أو نظام كمبيوتر أو نظام مماثل له قراءة هذه البيانات أو الاطلاع عليها، وتتضمن البيانات والنسخ المطبوعة ومخرجاتها^(١٤).

- أي معلومات إثباتية مخزنة أو منقولة على شكل رقمي، وقد تكون طرفاً في قضية أمام القاضي الإداري ينظر فيها المحكمة؛ لاستخدامها في المحاكمة^(١٥).

- الأجهزة الرقمية وشبكة خوادم لتخزين ونقل المعلومات في القيم المتوقعة مثل الصفر والأحاد^(١٦).
ويمكننا تعريف الدليل الإلكتروني من وجهة نظرنا الخاصة: "بأنه هو الوسيلة الفاعلة سواء كانت في شكل معلومات مخزنة أو مرسله للكشف عن الحقيقة، من خلال وسائل تقنية حديثة تواكب ظروف العصر، وسواء قدم هذا الدليل أمام القاضي الإداري أو أي قاضي آخر".

==الخاصة التي تتميز بها الجرائم التي يكون معداً لإثباتها"، د/علي محمود علي حمودة، الأدلة المتحصلة من الوسائل الإلكترونية في إطار نظرية الإثبات الجنائي، بحث منشور على منتدى المحامون، ص ٢٥.

(14) Digital evidence: any data that is recorded or preserved on any medium in or by a computer system or other similar device, that can be read or perceived by a person or a computer system or other similar device it includes a display, print out or the output of that data. David Nardoni Clssp, WnCe. Digital Evidence & Computer forensics. Firs/Response. Page 22

(15) Digital Evidenc: is any probative information sotred or transmitted in digital from that a party to a court case may use at trial. Sikipedia, the free ecnycolopedia. Digital evidence, en Wikipedia.org/wiki/digital_evidence. Page1.

(16) - Digital evidence: deigital devices and network servers store and transport information in discrhte values, as sero and ones. Gary Craig Kessler, Judes awareness, Understanding and application of digital evidence. Doctor thesesin computing thech, in Edu. Nova south eastern Univ. 2010. Page 17.

الفرع الثاني

خصائص الدليل الإلكتروني

لا شك أن هناك عدد من الخصائص التي تميز الدليل الإلكتروني عن غيره من الأدلة، نوردتها كالآتي:

- ١- إمكانية النسخ الإلكتروني للدليل، والتعامل مع النسخة كأنها أصل، والتأكد من أن النسخة التي استخدمت في التحقيق الإلكتروني عند الفحص لم تغير أو تعدل بعد مقارنتها بالأصل^(١٧)، فالدليل الإلكتروني ليس أقل مادية من الدليل المادي فحسب، بل يصل إلى درجة التخليقية في شكله وحجمه ومكان وجوده غير المعلن^(١٨).
- ٢- الدليل الإلكتروني ليس بديلاً مرئياً يمكن فهمه واستيعابه بمجرد قراءته، وهو يتمثل في بيانات ومعلومات غير مرئية.
- ٣- يستطيع المحققون باستخدام التطبيقات والبرامج المخصصة لهذا الغرض تحديد ما إذا كان الدليل الرقمي قد تم العبث به أو تعديله؛ وذلك لإمكانية مقارنته بالأصل^(١٩).
- ٤- الدليل الإلكتروني من الصعب محوه، مقارنة بالأدلة المادية، حيث إن عند مسح ملف أو إعادة تهيئة قرص (Formatting) توجد تقنيات تقوم باستعادة البيانات المحذوفة.
- ٥- الدليل الإلكتروني ناتج من جرائم مستحدثة^(٢٠).
- ٦- إمكانية احتواء الدليل الإلكتروني على سعة تخزينية عالية، فديسك أو فلاش صغير يمكنه تخزين آلاف الصفحات والصور الرقمية^(٢١).

(١٧) د/ خالد أحمد إبراهيم خليفة، قبول وإجازة الأدلة الإلكترونية لجرائم الحاسوب في الدعاوي، المجلة العلمية - جامعة الزعيم الأزهرى - السودان، ٢٠٠٩م، العدد ٦، ص ٥.

(١٨) د/ ممدوح حسن مانع، حجية الدليل الإلكتروني في الإثبات الجزائي لمجلة العالمية للتسويق الإسلامي - الهيئة العالمية للتسويق الإسلامي بلندن - بريطانيا، مجلد ٦ العدد ١، ٢٠١٧م، ص ٨.

(١٩) د/ خالد ممدوح إبراهيم، الجرائم المعلوماتية، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٩م، ص ٢٥.

(٢٠) د/ نبيلة هبة هروال، الجوانب الإجرائية لجرائم الانترنت، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الإسكندرية ٢٠٠٧م، ص ٢٠.

(٢١) د/ أسامة بن غانم العبيدي، الإثبات بالدليل الإلكتروني في الجرائم المعلوماتية مجلة جامعة الملك سعود - الحقوق والعلوم السياسية - السعودية مجلد ٢٥، العدد ١، ص ٥٨.

- ٧- الدليل الإلكتروني سيظل خاضعاً للتطور بتطور وسائل الحصول عليه، فكلما تطورت هذه الوسائل، تطور هو أيضاً.
- ٨- الدليل الإلكتروني متنوع؛ إذ إنه يشمل كافة أنواع وأشكال البيانات والمعلومات الممكن تداولها إلكترونياً، ويشمل هذا التنوع في البيانات الإلكترونية الرقمية مظاهر عدة، كأن يكون هذا المحتوى معلومات متنوعة قد تتضمن نصوصاً أو صوراً أو بيانات أو أصواتاً سمعية، فالعالم الرقمي عالم متجدد ومتطور ولا حدود له، ومن ثم فإن الدليل الإلكتروني هو الآخر دليل متنوع ومتطور^(٢٢).
- ٩- الأدلة الإلكترونية تتكون من بيانات ومعلومات ذات هيئة إلكترونية غير ملموسة لا تدرك بالحواس العادية، بل يتطلب إدراكها الاستعانة بأجهزة ومعدات وأدوات حاسوبية (software)^(٢٣)، هو يحتاج إلى بيئة تقنية يتكون فيها؛ كونه من طبيعة تقنية المعلومات.
- ١٠- الأدلة الإلكترونية يمكن استرجاعها بعد محوها، وإصلاحها بعد إتلافها، وإظهارها بعد إخفائها، مما يؤدي إلى صعوبة الخلاص منها، وهي خصيصة من أهم خصائص الدليل الإلكتروني بالمقارنة بالدليل التقليدي. فهناك العديد من البرامج الحاسوبية التي وظيفتها استعادة البيانات التي تم حذفها أو إلغاؤها.

الخلاصة: يتضح لنا مدى ضرورة اللجوء إلى الدليل الإلكتروني، والفرق بينه وبين الدليل التقليدي، حيث إن الأول يبيح إمكانية النسخ الإلكتروني للدليل والتعامل مع النسخة كأنها أصل، وصغر حجمه فقد تحويه فلاشه صغيره يمكن تخزين آلاف الصفحات والصور الرقمية عليها، كما يمكن استرجاع الدليل بعد محوه، وإصلاحه بعد إتلافه، وإظهاره بعد إخفائه، وهذه الخصائص ليست موجودة بالدليل التقليدي أو المادي، وهذا ما أدى إلي تطوير هذا الدليل والتعامل معه، والتعرف إليه، من أجل أن يتناسب مع العدالة الناجزة.

(٢٢) سليمان أحمد فضل، الواجهة التشريعية والأمنية للجرائم الناشئة عن استخدام شبكة المعلومات الدولية الإنترنت، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧م، ص ٢٥.

(٢٣) د. علي محمود علي حمودة، الأدلة المتحصلة من الوسائل الإلكترونية في إطار نظرية الإثبات الجنائي، بحث منشور على منتدى المحامون المحترمون، ص ٣٩.

الفرع الثالث

أنواع الدليل الإلكتروني

الدليل الإلكتروني له أنواع متعددة منها على سبيل المثال:

أولاً- الأدلة الورقية المستخرجة:

وهي الأوراق أو مستندات الناتجة عن استخدام الحاسب الآلي وشبكة الإنترنت، ومن تلك المستخرجات:

- السجلات التي تم إنشاؤها بواسطة الآلة تلقائياً وتعد هذه السجلات من مخرجات الآلة التي يسهم الإنسان في انشائها، مثل: سجلات الهواتف بأنواعها، وفواتير أجهزة الحاسب الآلي^(٢٤).
- السجلات التي جزء منها تم حفظه بالإدخال، وجزء تم انشاؤه بواسطة الآلة، ومن أمثلتها البيانات المدخلة للآلة، ويتم معالجتها من خلال برامج خاصة.

ثانياً- جهاز الحاسب الآلي:

يعد وجود جهاز الحاسب الآلي وفحصه فحصاً دقيقاً في غاية الأهمية، التنوع في الدليل الإلكتروني يعني بالضرورة أنه ليس هناك وسيلة واحدة للحصول عليه، وفي كل الأحوال يظل الدليل المستمد منه رقمياً، حتى وإن اتخذ شكلاً وهيئة أخرى، وفي هذه الحالة، فإن اعتراف القانون بهذا الشكل أو تلك الهيئة الأخرى يكون مؤسساً على طابع افتراضي مبناه ومفاده:

أهمية الدليل الإلكتروني ذاته وضروريته.

ومن الأجزاء التي تستخدم في تخزين البيانات والمعلومات في الحاسب الآلي:

١- أقراص الكارتريج (Cartridge Disks):

وهي أقراص تجمع بين خصائص القرص الصلب من حيث القدرة التخزينية الكبيرة، والقرص المرن من حيث إمكانية تغييره من مكانه بقرص آخر^(٢٥).

(٢٤) د. خالد ممدوح إبراهيم، الدليل الإلكتروني في جرائم المعلوماتية، ص ١٣.

(٢٥) د/ عبد الفتاح بيومي حجازي، الإثبات الجنائي في جرائم الكمبيوتر والإنترنت، القاهرة، دار

الكتب القانونية، ٢٠٠٧م، ص ٦٣.

٢- الأقراص المغناطيسية (Magnetic Disks):

وتعد الأقراص المغناطيسية من أفضل أنواع الوسائط (Mediums) والتي يمكن استخدامها في تخزين البيانات والمعلومات، وتتميز بإمكانياتها وقدراتها التخزينية العالية وسرعة تداول المعلومات التي تخزن عليها، ومن أهم الخصائص التي تميز الأقراص المغناطيسية إمكانية تعديل أي ملف مخزن عليها دون الحاجة إلى إنشاء ملف جديد^(٢٦).

٣- الأقراص الصلبة (Hard Disks):

وهي عبارة عن أقراص معدنية رقيقة ومغطاة بمادة ممغنطة، علمًا بأن طبقة التغطية المغناطيسية لهذه الأقراص تتم على سطح صلب مصنوع من سبائك الألمنيوم ومن هنا جاءت تسميتها بالأقراص الصلبة، والأقراص الصلبة هي من أكثر وحدات التخزين استخدامًا؛ لسرعتها وكفاءتها العالية، إضافة إلى قدراتها التخزينية العالية التي توفرها، وتكون عادة مركبة داخل حافظة جهاز الحاسب الآلي (Case) نظرًا لحجمها الكبير.

٤- الأقراص المرنة (Floppy Disks):

وتستخدم الأقراص المرنة لتخزين الملفات التي لا تحتاج حجم تخزين عالي؛ لأن قدرتها التخزينية منخفضة، وهي قابلة للتلف بشكل أسرع وأسهل من وسائل تخزين المعلومات الأخرى. ويمكن مسح البيانات من القرص وإعادة تخزينها مرات عدة دون أن يفقد القرص المرن كفاءته^(٢٧).

ثالثًا- الرسائل النصية (SMS) وقبولها أمام القضاء كدليل في الإثبات:

عرفت المادة الثانية فقرة (١) من التوجيه الأوربي للرسالة النصية بأنها: "معطيات أو بيانات إلكترونية تكون مرتبطة منطقيًا ببيانات إلكترونية أخرى يمكن استخدامها كوسيلة تتسم بالمصادقية والثقة فيما تحتويه من بيانات"^(٢٨).

^(٢٦) د/ أسامة بن غانم العبيدي، الإثبات بالدليل الإلكتروني في الجرائم المعلوماتية، مجلة جامعة الملك سعود - الحقوق والعلوم السياسية - السعودية، مجلد ٢٥، العدد ١، ص ٦٠.

^(٢٧) د/أسامة بن غانم العبيدي، الإثبات بالدليل الإلكتروني في الجرائم المعلوماتية، مرجع سابق، ص ٦١.

(28) "Data in electronic form which are attached to or logically associated with other electronic data and which serve as a method of authentication." EU Directive 93/1999.

وتتميز الرسالة النصية القصيرة (SMS) بالاختصار والوصول السريع إلى الغير. فمرسل الرسالة لا يأخذ في الاعتبار دائماً أن محتوى النص الذي يرسله سيرك أثر قابلاً للإثبات، حيث إن المستند الورقي -بمعناه التقليدي- يمكن أن يتلف بسهولة على خلاف الرسالة النصية التي تبقى محفوظة على موقع وبرنامج التواصل لدى كل من المرسل والمرسل إليه، ويمكن استخراجها حتى ولو تم حذفها من ذاكرة الهاتف بواسطة خبراء مختصين في مجال الذاكرة الإلكترونية الداخلية للجوال.

وعلاوة على ذلك فإنه في حالة إتلاف وسيلة التواصل نفسها، فإن ذلك لا يؤدي بالضرورة إلى اختفاء الرسائل النصية التي كان يحتويها. حيث إن مزودي الخدمة لهم الإمكانية في حفظ سجل للرسائل النصية التي تم تبادلها بواسطة الخادم التي تمر عبرها الرسائل، وبناء على ذلك فإن أطراف النزاع تتاح لهم وسائل إثبات شبه محمية وغير قابلة للإتلاف، ويمكن التعرف إلى الأطراف المتدخلة في عملية إرسال واستقبال الرسائل النصية المجمعة من خلال حكم محكمة القضاء الإداري المصري الذي قضى بأنه: "وحيث إنه وفي ضوء ما تقدم جميعه، فإنه لما كانت خدمة الرسائل النصية القصيرة الجماعية محل القرار المطعون فيه إنما تعني "تقديم خدمة لشركات أو هيئات لإرسال نص لمحتوى واحد إلى عدد من المستخدمين النهائيين بصورة جماعية خلال فترة زمنية محددة، وذلك باستخدام الرسائل النصية القصيرة الصادرة من شبكات المرخص لهم بتقديم خدمات التليفون المحمول داخل جمهورية مصر العربية"، كما أن خدمة الرسائل المجمعية إنما يحكم تنظيمها العلاقة بين أطراف أربعة، الطرف الأول: وهو شركات المحمول المرخص لها من الجهاز بتقديم خدمة أو أكثر من خدمات الاتصالات التي تستخدم شبكاتها لإرسال تلك الرسائل وتتصل بشبكة الشركات المرخص لها لإتمام عملية الإرسال، والطرف الثاني: وهو الشركات المرخص لها، وهي الشركات التي تتعاقد مع الشركات الراغبة في تقديم محتوى الرسائل، وتستقبل على شبكتها الرسائل، ثم ترسلها إلى شركات المحمول التي تنقلها إلى العميل النهائي، والطرف الثالث: وهو الشركة أو الجهة مالكة المحتوى، وهي الشركات أو الجهات الراغبة في إرسال الرسائل ذات المحتوى المتنوع كالصحف، أو قانون البث الفضائي أو غيرها، والتي تتعاقد على الخدمة مع الشركات المرخص لها، ثم الطرف الرابع وهو

العميل أو المستخدم النهائي وهو الشخص المستقبل للرسالة عن طريق الاشتراك في خدمة الرسائل المجمعة^(٢٩)

وقد طرحت الرسائل النصية أسئلة كثيرة أمام القضاء من حيث إمكانية قبولها كدليل في الإثبات، والشروط اللازمة لإمكانية تطبيقها من الجانب العملي. هذه الاسئلة كان القضاء قد فندها وقبلها كدليل في الإثبات ضمن شروط معينة، فقد قبلت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ ٢٣/٥/٢٠٠٧ ال (SMS) كدليل في الإثبات، ولكن بشرط أن يكون الحصول عليها قد تم بطريقة لا خداع فيها وبشرف.

فيما يتعلق بهوية كاتب أو مرسل الرسالة النصية: نستطيع من حيث المبدأ القول بأن الرسالة النصية تعتبر صادرة من قبل صاحب الخط الهاتفي إلا إذا ثبت غير ذلك، ذلك أن صاحب الخط هو الذي لجأ بداية إلى المشغل للخطوط الخلوية واقتنى أو ملك خط الهاتف الذي من خلاله تم إرسال الرسائل النصية موضوع البحث.

من ناحية أخرى، إن السهولة في استخدام التقنيات الحديثة قد حركت الفقه والقضاء للبحث عن وجود مبدأ حسن النية في الإثبات الإلكتروني، وقد طبق القضاء الفرنسي هذا المبدأ باشتراطه الحصول على الدليل في الإثبات الإلكتروني قد تم بشرف، وعلى اعتبار أن هذه الفكرة حديثة على مسامع البعض منا، سوف نصلها ببعض من أحكام القضاء الفرنسي ذات الصلة بالموضوع.

وقد جاء في حكم لمحكمة النقض الفرنسية الغرفة العمالية^(٣٠): "إذا كان لرب العمل الحق في إدارة ومراقبة نشاط العمال لديه خلال وقت العمل، فإن جميع التسييلات أياً كان سببها من صور أو حديث، فإنها تشكل دليلاً غير شرعي إلا إذا كان الحصول عليها قد تم بصورة شريفة". وفي حكم آخر أكدت المحكمة على ضرورة علم وقبول العمال لهذه الآلية في الرقابة^(٣١)، هذا فيما يتعلق بمفهوم الشرفية في الحصول على دليل الإثبات.

(٢٩) حكم محكمة القضاء الإداري - دائرة المنازعات الاقتصادية والاستثمار، الدائرة السابعة - الصادر في ٢٧/١١/٢٠١٠م.

(٣٠) Arrêt Néocel, D 1992, juris p 73. JCP n° data 003208, 20 nov. 1991.

(٣١) حكم محكمة النقض الفرنسي، الغرفة التجارية تاريخ ٢٥/٢/٢٠٠٣م، data 01-020931.

أما فيما يتعلق بموضوع البحث وقبول الرسائل النصية، فإننا نجد أن محكمة النقض الفرنسية⁽³²⁾ قد قالت بأنه: "إذا كان التسجيل في الملفات الهاتفية الخاصة قد أضرت بمن صدرت عنه، فإن هذه الإجراءات غير مقبولة أمام القضاء إذا كانت دون رضا ومعرفة هذا الطرف". ومن الجدير بالذكر أنه في هذا النوع من الرسائل فإن مرسل الرسالة لا يمكنه أن يتجاهل أنها قد تم تسجيلها لدى جهاز من أرسلت إليه الرسالة.

المثير في الأمر أنه إذا كان القضاء قد اشترط علم وقبول التسجيل للمحادثات الهاتفية، أي أن الحصول على تلك التسجيلات قد تم بصورة شرعية وشريفة لئتم اعتمادها كدليل في الإثبات؛ فإن الأمر مختلف فيما يتعلق بالرسائل النصية، إذ إن مرسل الرسالة النصية يعلم مسبقاً آلية العمل لهذه الرسائل، حيث يتم بطريقة آلية تسجيلها، ومن ثم إمكانية إبرازها كدليل في الإثبات خاصة أنها صدرت منه وبعلمه وإدراكه لآلية تسجيلها.

ذلك أن القضاء في مناسبة أخرى قدر أن الرسائل المسجلة على المجيب الآلي للهاتف لا يمكن أن تعد أنها تمت بطريقة غير شرعية؛ لأن من قام باستخدامها أو تسجيلها لا يمكنه أن يجهل بأن مضمون هذه الرسائل ستحفظ داخل الجهاز.

ومن جانب آخر، فإن قبول الرسائل النصية كدليل في الإثبات قد يختلف حسب نوعية الدعاوى المنظورة، فبعد نقاش فقهي وقضائي طويل في قبول الرسائل النصية كدليل في الإثبات في قضايا الأحوال الشخصية، فقد قبل القضاء الفرنسي الرسائل النصية كدليل في الإثبات في قضايا الطلاق، وذلك في حكمه الصادر بتاريخ ٢٠٠٩/٦/١٧م، حيث جاء في الحكم بأنه: "الرسالة النصية تشكل طريق في الإثبات للخطأ المسبب".

ثالثاً- البريد الإلكتروني كدليل إلكتروني:

تعريف البريد الإلكتروني:

عرفه البعض بأنه: "مجموع الرسائل المتبادلة ذاتها أيًا كان نوع نصوصها مكتوبة أو أغاني أو صور فيديو أو ملفات موسيقية أو غير ذلك من الملفات التي ترسل مع الرسالة في صورة

(32) jurisdata n° 06/43/206 ; JCP G, 2007, II, 10140.

ملحقات^(٣٣)، وعرفته اللجنة العامة للمصطلحات في فرنسا بانها "وثيقة معلوماتية يحررها أو يرسلها أو يطلع عليها المستخدم عن طريق الاتصال بشبكة معلومات"^(٣٤) وعرف أيضاً بأنه عبارة عن إرسال وتلقي رسائل إلكترونية عبر شبكة الإنترنت، أو عبر شبكات لاسلكية مثل الهاتف النقال^(٣٥). وقامت بعض التشريعات بتعريف البريد الإلكتروني كالقانون الفرنسي بشأن الثقة في الاقتصاد الرقمي في فرنسا الصادر في ٢٢ حزيران ٢٠٠٤م إذ عرفت المادة الأولى منه البريد الإلكتروني بأنه: "كل رسالة، أيًا كان من شكلها نصية أو صوتية أو مصحوبة بصور وأصوات يتم إرسالها عبر شبكة عامة للاتصالات، ويتم تخزينها على أحد خوادم هذه الشبكة أو المعدات الطرفية للمرسل إليه إذ يتمكن الأخير من استعادتها"^(٣٦).

مدى إمكانية اعتبار البريد الإلكتروني دليلاً إلكترونياً:

لاعتبار البريد الإلكتروني دليلاً إلكترونياً لابد من التأكد من هوية الشخص المرسل، وفي هذا المجال لابد من الإشارة إلى أن العنوان الإلكتروني للبريد الإلكتروني لا يمكن أن يكون دليلاً كافياً لإثبات هوية المرسل؛ لذلك لابد من إضافة ما يفيد ويؤكد هذه الجهة المرسله، سواء من خلال مركز الخدمات التقنية للاتصالات الذي يقوم بدور توزيع البريد الإلكتروني أو في مراحل متقدمة أسماء النطاق، ذلك أن هذه الجهات وقبل توزيعها للبريد الإلكتروني أو أسماء النطاق تتأكد من هوية المشترك أو صاحب البريد^(٣٧).

وبالنظر الى موقف القضاء من هذه الوسيلة في الاتصالات كدليل في الإثبات نجد أن محكمة الاستئناف في مدينة "Angers" قد قررت في حكمها بتاريخ ١٠/٠٦/٢٠٠٣م، أن البريد الإلكتروني يتشابه مع البريد العادي من حيث إن له من الحماية الشخصية بالدخول إليه عبر كلمة السر التي

^(٣٣) د/عبد الهادي فوزي العوضي، الجوانب القانونية للبريد الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧م، ص ١٢.

^(٣٤) Le journal officiel du 20 juin 2003.

^(٣٥) د/خضر مصباح الطيبي، التعليم الإلكتروني، ٢٠٠٨م، ص ١٢٣.

^(٣٦) أشار إليه د. عبد الهادي العوضي، مرجع سابق، ص ١٣.

^(٣٧) د/محمد عصام هزيمة، دليل الإثبات الإلكتروني وسلطة القاضي التقديرية، مرجع سابق، ص ٥.

تستعمل عادة فقط من قبل صاحب هذا البريد لحظة اتصاله بالشبكة، وأن صاحب كلمة المرور هو فقط من يمكنه الدخول إلى البريد الإلكتروني الخاص به، ومن ثم يمكن عده مسؤولاً عما يصدر من هذا البريد إلا إذا ثبت وجود الغش.

وبالدوافع نفسها بإمكانية الدخول إلى البريد الإلكتروني، يمكننا أن نعد التوقيع الإلكتروني من خلال تقنية تطبيقه والجهة المصدقة له، يدل -ولكن بشكل أكثر مصداقية- على الموقع، واعتبار الدليل الذي يحمله حجة في الإثبات، إلا أن الفارق هنا هو أن صدور التوقيع الإلكتروني يبقى أقوى من البريد الإلكتروني؛ كونه يمر بمراحل أكثر للدلالة على صاحبه، كونه يمر بشبكات اتصال مرخص لها للتأكد من هوية المستخدم.

ويكون للكتابة الإلكترونية ذات الحجية المقررة للإثبات في الكتابة العادية، إذا كان من الممكن قراءتها، وأن تدل بصورة واضحة على مضمون التصرف القانوني، بمعنى أن تكون مدونة بحروف أو رموز معروفة ومفهومة لدى الشخص الآخر.

ويجب أيضاً أن تكون الكتابة موجودة على دعامة إلكترونية تضمن لها الاستمرارية وإمكانية رجوع الأطراف إليها عند الضرورة، وهذا ما أكدته المادة (١/١٠) من قانون الأونسيتال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، عندما يشترط أن تكون المعلومة مكتوبة تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الاطلاع على المعلومات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها في الرجوع إليها لاحقاً، ويجب أخيراً أن تكون الكتابة خالية من التعديل والتعبير في مضمونها من أجل توفير الثقة والأمان للمتعاملين؛ للاعتماد عليه ومنحها الحجية القانونية^(٣٨).

(٣٨) د/يحيى يوسف، التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية، أطروحة ماجستير في القانون الخاص، نابلس - فلسطين، ٢٠٠٧م، ص ٧٢.



المطلب الثاني

مزايا وعيوب الدليل الإلكتروني

التكنولوجيا سلاح ذو حدين، فعلي الرغم من المزايا الهائلة التي تحققت، وتتحقق كل يوم بفضل تقنية المعلومات على جميع الأصعدة وفي شتى ميادين الحياة المعاصرة، فإن هذه الثورة التكنولوجية المتنامية صاحبها في المقابل جملة من الانعكاسات السلبية الخطيرة؛ نتيجة الانحراف عن الأغراض المتوخاة منها^(٣٩)، ونتولى بالدراسة والبحث دراسة مزايا وعيوب الدليل الإلكتروني من خلال فرعين:

الفرع الأول: مزايا الدليل الإلكتروني.

الفرع الثاني: عيوب الدليل الإلكتروني.

الفرع الأول

مزايا الدليل الإلكتروني

الدليل الإلكتروني يمتاز بالعديد من المزايا التي تجعل له مكانة متميزة عن وسائل الإثبات، وهي كالتالي:

١- سهولة الاطلاع على الدليل الإلكتروني:

فكل ما يحتاجه القاضي من أجل الاطلاع على جهاز كمبيوتر أو اللاب توب، ومن ثم فإن هذا النظام يحتاج إلى قاضٍ مدرب على استخدام التكنولوجيا الحديثة، وأصبح ذلك الأمر يسيرًا عما كانت عليه الحياة في الماضي بفضل تنفيذ القضاة بمعرفة وزارة العدل، وعلى عكس ذلك ففي بعض الأحيان قد يستحيل الحصول على الدليل التقليدي، وهذا الوضع يتماشى مع التقاضي الإلكتروني الذي يوفر سهولة الاطلاع على ملف الدعوى عن بعد، والقضاء على الأعمال الروتينية كالتحرك إلى أكثر من جهة لإبداع الصحيفة وقيدها وسداد الرسوم والإعلان، وسهولة الانتقال وتوفير الوقت، فلا حاجة إلى الانتقال إلى مقر المحكمة للاطلاع على قرار المحكمة أو الحكم الصادر في الدعوى ولا حاجة إلى السفر لحضور الجلسات، أو عند إرسالها إلى مكاتب الخبراء أو الطب الشرعي، ولتطبيق هذا

^(٣٩) د/ إكرام مختاري، الدليل في الجريمة الإلكترونية، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية

النوع من التقاضي لابد من تطوير النظام المعلوماتي لقاعدة بيانات قطاعات مرفق العدالة طبقاً لأحدث نظم البرمجة المعتمدة دولياً والقابلة للتطوير، واعتماد نظام المسح الضوئي للأرشفة الإلكترونية لجميع وثائق مرفق العدالة، وكذلك تهيئة أبنية المحاكم؛ لتحسن تطبيق النظام المعلوماتي المطور^(٤٠).

٢- يمتاز الدليل الإلكتروني بسهولة اقناع القاضي:

يخضع الدليل الإلكتروني الناتج عن البيئة الإلكترونية لمسألة التقدير من قبل القاضي كغيره من الأدلة القانونية، وإن كانت مسألة التقدير أمراً مهماً بالنسبة إلى القاضي^(٤١).
فالقاضي يستمد قناعته من أي دليل يطمئن إليه، دون أن يتقيد في تكوين قناعته بدليل معين، وخاصة القاضي الإداري؛ وذلك لأن جهة الإدارة هي غالباً الطرف القوي الذي يستطيع الإثبات. ووفقاً للأنظمة اللاتينية يتمتع القاضي بحرية مطلقة في شأن إثبات الوقائع المعروضة عليه، فلا يلزمه القانون بأدلة للاستناد إليها في تكوين قناعته، فله أن يبني هذه القناعة على أي دليل، وإن لم يكن منصوصاً عليه، بل إن المشرع في مثل هذا النظام لا يحصر أدلة الإثبات، وإنما يترك الباب مفتوحاً لجميع وسائل الإثبات، فكل الأدلة تتساوى قيمتها الإثباتية في نظر المشرع.

دور القاضي الإداري ليس دوراً سلبياً كدور القاضي المدني الذي يقتصر على الموازنة بين الأدلة التي يقدمها أطراف الدعوى، بل إن دوره إيجابي، إذ لا يقتصر دوره على الترجيح بين الأدلة فقط، وإنما يتعدى ذلك إلى تمحيصها، وذلك بكافة الطرق ليصل في الأخير إلى الاقتناع، فالقاضي في ضوء هذا المبدأ يقدر قيمة الأدلة بحرية، ولا يملى عليه المشرع أية أدلة يعمل بها على خلاف أخرى،

(٤٠) المستشار / محمد عصام الترساوي، مقال بعنوان "التقاضي الإلكتروني والعدالة الناجزة النظام القضائي الجديد يعمل على حماية المتهمين والشهود ومنع التلاعب"، منشور بجريدة الأهرام ٣ يوليو ٢٠١٥م.

(٤١) كما عرف البعض مبدأ الاقتناع على أنه: "تلك الحالة الذهنية أو النفسية أو ذلك المظهر الذي يوضح وصول القاضي باقتناعه لدرجة اليقين بحقيقة واقعة لم تحدث أمام بصره بصورة عامة"، عبد الله بن صالح بن رشيد الربيش، سلطة القاضي الجنائي في تقدير أدلة الإثبات بين الشريعة الإسلامية والقانون وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في قسم العدالة الجنائية، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض ١٤٢٣ - ١٤٢٤هـ، ص ٣٠.

فعلى القاضي البحث عن الأدلة اللازمة ثم يقدرها في حرية تامة، وللقاضي السلطة التقديرية في ترجيح دليل على آخر؛ وذلك للوصول إلى الحقيقة، وهو في ذلك يتمتع بمطلق الحرية في قبول الدليل أو رفضه، إذا لم يطمئن إليه، فالمشرع لا يتدخل في تحديد القيمة الإقناعية للدليل، فعلى الرغم من توفر شروط الصحة في الدليل إلا أن القاضي يملك أن يرده تحت مسوغ عدم الاقتناع؛ ولذلك فالقاضي في مثل هذا النظام يتمتع بدور إيجابي في مجال الإثبات في مقابل انحصار دور المشرع في نظام الإثبات المقيد.

٣- نقل الدليل من مكان إلى مكان:

وذلك بخلاف الدليل التقليدي، الذي قد يكون من الممكن أن يتكلف كثيراً من أجل النقل، وفي بعض الأحيان قد يستحيل الحصول على الدليل التقليدي، فقد يتلف هذا الدليل نتيجة تغير الجو، أو قد يكون شاهداً قد يمرض أو يتوفى.

٤- لا يستطيع أحد التنصل من الدليل الإلكتروني:

لأن الدليل الإلكتروني مثبت بتقنيات إلكترونية عالية صعب التدخل فيها من جانب البشر، إلى جانب ذلك هناك جهة محايدة من الصعب، بل من المستحيل الوصول إليها من أجل تغيير الدليل.

الفرع الثاني

عيوب الدليل الإلكتروني

١- الطبيعة غير المرئية للدليل الإلكتروني:

الدليل الإلكتروني ذو طبيعة غير مرئية، بعكس الدليل في الجريمة التقليدي يكون مرئياً^(٤٢)، مما يستطيع المحقق رؤية الدليل المادي وملامسته، فلا يوجد شك في أن إثبات الأمور المادية يكون في غاية السهولة؛ كونها من الجرائم التي تترك آثاراً ملحوظة يكون من السهل إثباتها، وهذا بخلاف إثبات الأمور المعنوية التي تتعلق بالمعالجة الآلية للبيانات^(٤٣)، حيث إن أغلب المعلومات والبيانات التي

^(٤٢) كالسلاح الناري أو الأداة الحادة المستعملة في القتل أو الضرب، أو المحرر ذاته الذي تم تزويره، أو النقود التي زيفت وأدوات تزيفها.

^(٤٣) يقصد بالبيانات مجموعة من الحقائق أو القياسات أو المعلومات التي تتخذ صورة أرقام أو حروف أو رموز أو أشكال خاصة، وتعبّر عن فكرة أو موضوعاً أو حدثاً أو هدفاً معيناً، لذا ==

تداول عبر الحاسبات الآلية، والتي من خلالها تتم عمليات التزييف والتزوير تكون في هيئة رموز ونبضات مخزنة على وسائط تخزين مغطاة بحيث لا يمكن للإنسان قراءتها أو إدراك إلا من خلال هذه الحاسبات الآلية، فالجرائم التي ترتكب على العمليات الإلكترونية بصفة عامة والتي تعتمد في موضوعها على التشفير^(٤٤)، والأكواد السرية والنبضات والأرقام والتخزين الإلكتروني، يصعب أن تخلف وراءها آثاراً مرئية قد تكشف عنها أو يستدل من خلالها على الجناة.

٢- إعاقَة الوصول إلى الدليل الإلكتروني^(٤٥):

وقد يقوم هؤلاء أيضاً بتشفير التعليمات باستخدام طرق وبرامج تشفير البيانات المتطورة، مما يجعل الوصول إليها في منتهى الصعوبة، أيضاً من الصعاب التي تطرح نجد أن

==توصف بأنها المادة الخام التي يتم تحويلها عن طريق الحاسوب لغرض استخراج معلومات معينة، وتسمى العلاقة بين المعلومات والبيانات بالدورة الاسترجاعية، إذ يتم تجميع أو تشغيل البيانات للحصول على المعلومات ثم تستخدم هذه المعلومات في إصدار قرارات تؤدي بدورها إلى مجموعة إضافية من البيانات التي يحصل تجميعها ومعالجتها مرة أخرى للحصول على معلومات إضافية يعتمد عليها في إصدار قرارات جديدة. انتصار نوري، أمن الكمبيوتر والقانون، دار الراتب الجامعية، بيروت، ١٩٩٤م، ص ٨١، د/ إكرام مختاري، الدليل في الجريمة الإلكترونية، مجلة المنارة للدراسات القانونية، مرجع سابق، ص ١٧.

^(٤٤) التشفير هو: "عملية تحويل المعلومات إلى رموز غير مفهومة بحيث لا يستطيع الأشخاص غير المرخص لهم من الاطلاع على هذه المعلومات أو فهمها، ويتم إعادة تحويل المعلومات إلى صيغتها الأصلية، وذلك باستخدام المفتاح المناسب لفك الشفرة". ونظام التشفير ليس جديداً، فقد استخدم الإنسان التشفير منذ نحو ألفي عام قبل الميلاد لحماية رسائله السرية وبلغ هذا الاستخدام ذروته في فترات الحروب خوفاً من وقوع الرسائل الحساسة في أيدي العدو، وقد قام "يوليوس قيصر"، بتطوير خوارزميته المعيارية المعروفة بشفرة قيصر، حيث كان يستخدم نصوصاً مشفرة لتأمين اتصالاته ومراسلاته مع قادة جيوشه، وكان يتم استخدام آلة للتشفير تسمى وبعد ظهور الحاسوب تم استخدامه في إجراء التشفير، وفك رموزه، وقد احتكرت الحكومات في فترة الستينات عملية التشفير. للمزيد من الاطلاع يراجع د/ محمد أمين الرومي، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧م، ص ٢٧ وما بعدها.

^(٤٥) إكرام مختاري، الدليل في الجريمة الإلكترونية، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، المغرب، ٢٠١٥م، ص ٢٠.

ملاحقة هؤلاء الجناة قد تتعلق ببيانات تكون مخزنة في داخل دولة أجنبية بواسطة شبكة الاتصال عن بعد؛ ولذلك فإنه قد يصعب ضبط مثل هذه الأدلة، لأن هذا الإجراء يتعارض مع مبدأ السيادة الذي تحرص عليه كل دولة، ولعل هذا الأمر يكشف لنا عن أهمية التعاون القضائي الدولي في مجال الإنابة القضائية خاصة في مجال الجرائم العابرة للقارات.

٣- صعوبة فهم الدليل المتحصل من الوسائل الإلكترونية:

لا شك في أن طبيعة الدليل تنعكس عليه، فالدليل الفني قد يكون مضمونه مسائل فنية لا يقوى على فهمها إلا الخبير المتخصص، بعكس الدليل القولي فإن كثيرًا ممن يتصلون به يسهل عليهم فهم مضمونه وإدراك حقيقته، وإذا كان الدليل الناتج عن الجرائم التي تقع على العمليات الإلكترونية قد يتحصل من عمليات فنية معقدة عن طريق التلاعب في نبضات وذبذبات إلكترونية وعمليات أخرى غير مرئية، فإن الوصول إليه وفهم مضمونه قد يكون في غاية الصعوبة؛ فالطبيعة غير المادية للبيانات المخزنة بالحاسب الآلي، والطبيعة المعنوية لوسائل نقل هذه البيانات تثير مشكلات عديدة في الإثبات الجنائي، ومثال ذلك أن إثبات التدليس أو التزوير الذي قد يقع على نظام المعالجة الآلية للمعطيات يتطلب تمكين.

المبحث الثاني

قناعة القاضي الإداري بالدليل الإلكتروني

يسود الإثبات الحر في ظل الأنظمة اللاتينية، ووفقًا لهذا النظام يتمتع القاضي بحرية مطلقة في شأن إثبات الوقائع المعروضة عليه، فلا يلزمه القانون بأدلة للاستناد إليها في تكوين قناعته، فله أن يبني هذه القناعة على أي دليل، وإن لم يكن منصوص عليه، فكل الأدلة تتساوى قيمتها الإثباتية في نظر المشرع، والقاضي هو الذي يختار من بين ما يُطرح عليه ما يراه صالحًا للوصول إلى الحقيقة، وهو في ذلك يتمتع بمطلق الحرية في قبول الدليل أو رفضه، إذا لم يطمئن إليه، فالمشرع لا يتدخل في تحديد القيمة الإقناعية للدليل، فعلى الرغم من توفر شروط الصحة في الدليل إلا أن القاضي يملك أن

يرده تحت مسوغ عدم الاقتناع؛ ولذلك فالقاضي في مثل هذا النظام يتمتع بدور إيجابي في مجال الإثبات في مقابل انحصار دور المشرع^(٤٦).

وعليه فإنه في مثل هذا النظام لا تثار مشكلة مشروعية الدليل الرقمي من حيث الوجود، على اعتبار أن المشرع لا يُعهد عنه سياسة النص على قائمة لأدلة الإثبات، ولذلك فمسألة قبول الدليل الرقمي لا ينال منها سوى مدى اقتناع القاضي به، إذا كان هذا النوع من الأدلة يمكن إخضاعه للتقدير القضائي، وهو ما ينقلنا إلى عبء الإثبات أمام القاضي الإداري، ثم حجية الدليل الإلكتروني في مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول: عبء إثبات الدليل الإلكتروني.

المطلب الثاني: حجية الدليل الإلكتروني في القضاء الإداري.

المطلب الأول

عبء إثبات الدليل الإلكتروني

أولاً- إثبات الدليل الإلكتروني أمام القاضي الإداري:

للإثبات أهمية خاصة بالنسبة إلى الحقوق والمراكز القانونية؛ إذ يعد بمنزلة إحياء لها، فمن الناحية العملية لا وجود لأي حق دون إثبات التصرف أو الواقعة المادية التي ينشأ عنها، والأحرى فالحق لا قيمة له إذا لم تتوفر وسيلة إثباته، هذه الوسيلة تكون حسب ما تم النص عليه في القانون وعلى مدعي الحق أن يثبت الاعتداء الواقع على حقه أو مركزه القانوني، ولذلك فكل من يلجأ إلى رفع دعوى قضائية، عليه أن يوضح بالأدلة موضوع الاعتداء، وعلى القاضي الإداري إذا ما تحققت لديه تلك الوقائع أن يسقط حكم القانون عليها، على اعتبار أن وسائل الإثبات تعمل على استقرار الحقوق والمراكز القانونية، فالقاضي يكون عقيدته من خلال عناصر الإثبات التي قدمت إليه طبقاً للقانون

(٤٦) د. هلاي عبد الإله أحمد، حجية المخرجات الكمبيوترية في المواد الجنائية، دراسة مقارنة، بدون

رقم طبعة أو دار نشر، ١٩٩٩م، ص ٤.

والإجراءات المنظمة لها^(٤٧)، ذلك أن مهمة القضاء تكمن في تطبيق القاعدة القانونية على الوقائع المطروحة عليها؛ لهذا لا يكفي أن يدعى أطراف الخصومة بواقعة، بل يجب عليهم إثباتها، فالقاضي الإداري يصدر قراره بناء على الوقائع المثارة أمامه.

وتقوم نظرية الإثبات التقليدية في القانون الإداري على أساس ظروف هذا القانون، وطبيعة الدعوى الإدارية التي تعد من دعاوى القانون العام، وتكون الإدارة دائماً طرفاً فيها، سواءً كمُدعية أو مُدعى عليها، وهذا يعني أن الإدارة (وهي تمثل المصلحة العامة أو هكذا يجب أن تكون) تجد نفسها وجهاً لوجه في مواجهة أفراد طبيعيين أو شخصيات اعتبارية، وهي في واقع الأمر مسؤولة عنهم ومن ثم وجب على المحاكم الإدارية عند نظر المنازعات أمامها وضع هذه الخاصية في الاعتبار، خاصةً عند تطبيق مبدأ مساواة الخصوم، وذلك من خلال ما يعرف بمبدأ حرية القاضي الإداري في الأخذ بوسائل الإثبات، والتي تبتناها القضاء المصري من خلال قرار محكمة النقض^(٤٨)، حيث قال: "وغني عن البيان أن واقعة البناء من الوقائع التي يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات القانونية بما فيها البنية والقرائن، ومن ثم يجوز إثباتها بغير ترخيص البناء. والقول بأن تلك القواعد الموضوعية والإجرائية يقتصر سريانها على الأماكن المرخص في إقامتها دون غيرها لا يتفق مع المنطق ويؤدي إلى مفارقات".

بناء على ما سبق يكون الأصل أن عبء الإثبات يقع على عاتق المدعي، إلا أن هذه القاعدة لا يستقيم العمل بها في المنازعات الإدارية، وخاصةً في نطاق الإدارة الإلكترونية وما ينتج عنها من دليل إلكتروني، ذلك أن النظام الإداري يقوم على مبدأ التنظيم اللائحي المسبق بإجراءات وخطوات معينة، ولأن الإدارة تحتفظ وفق مقتضيات نشاطها بجميع الوثائق والملفات والأوراق المتعلقة بأعمالها طبقاً للدستور^(٤٩)، ذلك ما أدى إلى بروز عدة عوامل مؤثرة في الخصومة الإدارية تدور حول امتيازات

(٤٧) د. سليمان الطماوي، قضاء الإلغاء، دار الفكر العربي، ١٩٦٧م، ص ٢٤٩. د. محمد الحافي:

الدور الإيجابي للقاضي الإداري والقاضي الجنائي في الإثبات، بحث مقدم، إلى الندوة بالمركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، ليبيا، ١٠/١٢/٢٠١٢م، ص ٤.

(٤٨) طعن رقم ٥٧١٨ لسنة ٦٤ ق جلسة ٢٣/١/٢٠٠٥م، موقع محكمة النقض المصرية.

(٤٩) دستور ٢٠١٤ مادة (٦٨): "المعلومات والبيانات والإحصاءات والوثائق الرسمية ملك للشعب، والإفصاح عنها من مصادرها المختلفة، حق تكفله الدولة لكل مواطن، وتلتزم الدولة بتوفيرها ==

الإدارة الطرف الدائم في الدعوى الإدارية، حيث تؤدي هذه العوامل إلى انشاء وضعية قانونية غير متوازنة بين أطراف الخصومة من جهة الإثبات^(٥٠).

وتلتزم مؤسسات الدولة بإيداع الوثائق الرسمية بعد الانتهاء من فترة العمل بها بدار الوثائق القومية، وحمايتها وتأمينها من الضياع أو التلف، وترميمها ورقمنتها، بجميع الوسائل والأدوات الحديثة، وفقاً للقانون.

وقد استقر القضاء المصري بأن الإثبات على المدعي في الخصومة الإدارية طبقاً لمقتضيات القاعدة الأصلية والتي تقضي بأن البينة على المدعي، إلا أن ذلك لا يستقيم في مجال المنازعة الإدارية مما يمكن معه القول إن القضاء الإداري نقل عبء الإثبات على جهة الإدارة^(٥١).

== 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".

(٥٠) د.عايدة الشام، خصوصية الإثبات في الخصومة الإدارية، دار الفتح، مصر، ٢٠٠٨م، ص ١٩ وما بعدها.

(٥١) المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ٤٠٣٣ لسنة ٣٧ قضائية بتاريخ ١٧/١/١٩٩٨م، "لئن كان عبء الإثبات يقع على عاتق المدعى استناداً إلى القاعدة الأصولية التي تقضي بأن البينة على من ادعى، إلا أن الأخذ بهذا الأصل على إطلاقه في مجال المنازعات الإدارية لا يستقيم مع واقع الحال وطبيعة النظام الإداري الذي يقوم على مبدأ التنظيم اللاتحي المسبق لإجراءات وخطوات العمل الإداري وتوزيع الاختصاص بين العاملين في إنجاز مهامه بصورة محددة وضرورة تنظيم حفظ الوثائق والمستندات للرجوع إليها سواء لضمان حقوق المواطنين والإدارة أو لتحديد المسؤولية ومن ثم تحتفظ الإدارة طبقاً لمقتضيات النظام العام الإداري بجميع الوثائق والملفات المتعلقة بالأعمال التي تقوم بها أو بصورة رسمية منها وهي الأوراق ذات الأمر الحاسم في المنازعة الإدارية - إنه بناء على ما قرره الدستور من خضوع الدولة للقانون وعدم تحصن أي عمل أو إجراء يصدر عن الجهات الإدارية من حصانة القضاء ومسئولية السلطة القضائية وبصفة خاصة مجلس الدولة عن تحقيق سيادة القانون ومباشرة الرقابة على مشروعية تصرفات وقرارات الجهات الإدارية فإنه يتعين على هذه الجهات أن تقدم لمحاكم مجلس الدولة سائر الأوراق والمستندات المتعلقة بموضوع النزاع والمفيدة في إظهار وجه الحق فيه إثباتاً ونفيّاً متى طُلب إليها ذلك - إذا نكلت تلك الجهة عن تقديم الأوراق المتعلقة بموضوع النزاع وكان المدعى يعتمد في تعييب قرارها على ما تضمنته المستندات التي تحتفظ بها وامتنعت ==

كذلك يعد نكول جهة الإدارة وتقاوعها بغير مسوغ عن إيداع تلك المستندات قرينة لصالح خصمها بصحة ما يدعيه، وأن أساس ذلك هو أن الإدارة هي التي تحتفظ بالمستندات الرسمية، ولا يجوز تعطيل الفصل في الدعاوى بسبب امتناع الإدارة عن إيداع المستندات المطلوبة، وظهور تلك المستندات في مرحلة الطعن يؤدي إلى إسقاط قرينة الصحة، وذلك بغض النظر عن المسؤولية الناشئة عن عدم إيداع الأوراق، ومؤدى ذلك اعتبار هذه القرينة مجرد قرينة مؤقتة تزول بتقديم المستندات^(٥٢).

ونحن نرى ضرورة إلزام جهة الإدارة ابتداءً بتقديم الأدلة الإلكترونية، وخاصة أن جهة الإدارة هي القيمة على تطوير خدماتها فيما يعرف بالإدارة الإلكترونية، بغية إصلاح الإدارة لليوب التي قد تنتج في بداية تقديم الخدمة العامة، وهذا يتسق مع مبدأ دوام سير الخدمات العامة بانتظام واطراد^(٥٣)، ويتفرع عن ذلك التطور واقع إلكتروني في قرارات جهة الإدارة، وكذلك توثيق أعمالها المادية سواء ما اتصل منها بالمواطن، أو ما اتصل منها بموظفيها العموميين، فجهة الإدارة في مجال الإدارة الإلكترونية طرف أقوى من كونها إدارة تقليدية فليس المواطن أمام الإدارة الإلكترونية مجرد طرف ضعيف يسعى القضاء لحمايته، بل هو طرف لا يملك سوى الإذعان للإدارة في تصرفاتها وفي الأسلوب التي تصيغ فيه هذا التصرف، ومن الأمثلة على ذلك بطاقات الرقم القومي التي أصبحت تدار من خلال شبكة إلكترونية، خدمات الحجز في قطاع خدمات النقل كالسكك الحديدية من خلال الموقع الإلكتروني للهيئة، وكذلك خدمات البصمة في إثبات حضور العاملين بالجهاز الإداري، وكذلك تواصل الإدارة مع موظفيها من خلال شبكات الإنترنت الداخلية.

== عن تقديمها انهارت قرينة الصحة التي تتمتع بها القرارات الإدارية - أثر ذلك: تقوم لصالح المدعى قرينة جديدة على صحة ادعاءاته أمام القضاء وسلامة ما قدمه من مستندات وألقت عبء الإثبات من جديد على عاتق الإدارة".

(٥٢) المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ٤٨٨٢ لسنة ٤٦ قضائية جلسة ٢٠/١٢/٢٠٠٣م.

(٥٣) د. مصطفى السيد دبوس، تثمين خدمات الدولة في إطار ما يقدمه المرفق العام من خدمات - "دراسة تحليلية"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، مصر، ٢٠١٧م، ص ٢٧.

ثانياً - شروط قبول الدليل الإلكتروني لإثبات أمام القاضي الإداري:

الشرط الأول - ارتباط الدليل الإلكتروني بالموقع وحده دون غيره، وكفايته للتعريف بشخص الموقع:

تضمنت المادة (٣) من قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٤م أنه: "يعدّ التوقيع الإلكتروني المصدّق، المدرج على وثيقة إلكترونية، مستجمعاً للشروط المطلوبة للحجية في الإثبات، وهي: ١- ارتباط التوقيع بالموقع وحده دون غيره، وكفايته للتعريف بشخص الموقع...".

وكذا نصت المادة (١/١٣١٦) مدني فرنسي على: "تمتع الكتابة الإلكترونية بالحجية ذاتها بشرط إمكانية تعيين الشخص الذي صدرت منه، وأن تعد وتحفظ في ظروف تحفظ طبيعتها وسلامتها".

"L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être du ment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établie et conserve dans les conditions de nature a en grandir l'intégrité".

فحتى يقوم الدليل الإلكتروني بوظيفته بالإثبات يلزم أن يكون دالاً على شخصية صاحبه ومميزاً له عن غيره من الأشخاص^(٥٤)، فمن أدله الإثبات المستند الإلكتروني في التعاملات التجارية، وطريقة التوقيع تحدد شخصية الموقع، ويكون ذلك باتخاذ التوقيع الإلكتروني شكل أرقام أو حروف مميزة لشخصية الموقع، فالتوقيع الإلكتروني عندما يصدر لشخص معين فلا يمكن أن يتم إصدار التوقيع نفسه لشخص آخر، لأنه يحدد شخصية صاحبه.

ويعد التوقيع على محتوى المستند الإلكتروني معبراً عن رضا والتزام صاحب التوقيع بمضمون الاتفاق على التحكيم في المنازعات الحاصلة نتيجة عقود التجارة الإلكترونية، ويكون كذلك من خلال استخدام المفتاح الخاص، والذي لا يملكه إلا صاحب التوقيع، بحيث لا يستطيع أحد الاطلاع عليه أو تعديله إلا من خلال الموقع وحده دون غيره؛ وذلك لتوفر صفة الأمان والثقة فيه، وعندما ينتهي الموقع من بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني تتجه إرادته إلى الالتزام بما تم التوقيع عليه، إذ إنه من المتعارف أن يجري التوقيع في آخر السند، فإذا كان السند مشتملاً على أوراق عدة، فيكفي التوقيع في نهاية الورقة الأخيرة منه، شرط ثبوت الاتصال الوثيق بين الأوراق^(٥٥).

(٥٤) د/ باسم فاضل، التعويض عن إساءة استعمال التوقيع الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٧م، ص ٧٨.

(٥٥) د/الياس ناصيف، العقد الإلكتروني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩م، ص ٢٤٨.

ويعد تحديد هوية الموقع الذي أبرم عقدًا معينًا أمرًا ضروريًا في مجال الإثبات، وخاصة في مجال الوفاء بالالتزامات العقدية، بهدف تحديد أهلية الموقع، فلا يتصور أن يتم منح شخص عديم الأهلية أو ناقصها توقيعًا إلكترونيًا باستثناء المميز المأذون له بالإتجار؛ لأن هذا الأمر ينبني عليه التزامات عديدة، فلا بد للموقع أن يكون أهلاً للقيام بهذا التوقيع حتى تتمكن جهة إصدار التوقيع الإلكتروني من منحه إياه^(٥٦).

ونجد أن التوقيع الإلكتروني على المستند الإلكتروني الذي يعد دليلاً بصورته المختلفة إذا تم إنشاؤه بصورة صحيحة، فإنه يعد من قبل العلامات المميزة والخاصة بالشخص وحده دون غيره، فالتوقيع بالقلم الإلكتروني أو التوقيع الرقمي وغيرها تتضمن علامات مميزة لشخص عن غيره، والذي يعني أن قيام أكثر من شخص باستعمال بعض أدوات إنشاء التوقيعات تمتلكها مؤسسة مثلاً، فإن تلك الأداة يجب أن تكون قادرة على تحديد هوية مستعمل واحد تحديداً لا لبس فيه في سياق كل توقيع إلكتروني على حدة.

وبناء على ما تقدم فإن القاضي الإداري لا يستطيع الاعتماد على المستند والفصل في الدعوى، إلا إذا تأكد يقينياً أن المستند المقدم إليه يخص أطراف النزاع، ويكون ذلك التأكد بكافة الطرق المتاحة أمامه للوصول إلى حقيقة المستند، سواء كانت طرق تقليدية أم إلكترونية، وله في ذلك الاستعانة بأهل الخبرة في هذا التخصص، إذا كان الأمر يستدعي ذلك.

الشرط الثاني - الحفاظ على الكتابة الإلكترونية بشكلها المجل:

استعمل المشرع الفرنسي للتعبير عن هذا الشرط لفظ "Intégrité"، وهو ما يعني مبدأ الكلية أو الدليل الكامل غير منقوص، والأصل أن المشرع الفرنسي قد استخدم هذا التعبير للمرة الأولى في قانون التوقيع الإلكتروني في عام ٢٠٠٠م.

نعتقد أن المقابل التقليدي لهذا الاستخدام فيما يتعلق في الإثبات، هي فكرة النسخة الأصلية للدليل الكتابي الورقي، فمن المعلوم أن إيجاد نسخ متطابقة تماماً في الدليل الإلكتروني ولأسباب تقنية يعد

^(٥٦) د/ محمد حسام محمود لطفي، استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣م، ص ١١.

أكثر سهولة منه في الأدلة الورقية، الأمر الذي دفع المشرع الفرنسي إلى إيجاد أو تطبيق القواعد التي تحد من إمكانية الغش أو الاحتيال.

التطبيق العملي للمبدأ: إن هذا الشرط الذي أورده المشرع كما يبدو لنا يتطلب أن تكون المعطيات والكتابة محل الدليل الكتابي كما هي لم يطرأ عليها أي تعديل سواء من خلال مراحل المعالجة البيانية أو الاستخدام.

إلا أن هذا الشرط قد يصطدم بإشكالية تقنية في المعالجة الرقمية لأنظمة الحاسوب، وذلك قد يكون مستقلاً عن إرادة المستخدم، مثال ذلك عندما يقوم برنامج الحاسوب نفسه بإعادة التشغيل أو إعادة تنصيب بعض الملفات التالفة بشكل آلي مبرمج مسبقاً لهذه الغاية، أو عندما يتم وصل الحاسوب المخزن عليه الدليل الكتابي بشبكة الإنترنت، ويقوم آلياً بتحديث برمجياته. كذلك الأمر بالنسبة إلى تحديث كل من الوقت والتاريخ، رغم أن هذه التحديثات قد لا تغير في الملفات المخزنة مسبقاً على الجهاز، إلا أننا نتساءل عن معارضة المبدأ أو الشرط المذكور مع آلية العمل التقني للبرمجيات؛ لذلك ولهذه الأسباب نجد أن المشرع الفرنسي قد أضاف فيما بعد أحد الشروط التي تتعلق بالدليل الإلكتروني، الأمر الذي أعاد للقاضي السلطة التقديرية في قناعته بوجود و استكمال الدليل لشروطه؛ وذلك من خلال ما يسمى مبدأ "Fiabilité" الذي تم استخدامه في المواد والقوانين اللاحقة و الذي عبر عنه معجم المصطلحات القانونية الفرنسي⁽⁵⁷⁾ بأنه الصفة الواضحة للثقة بالدليل⁽⁵⁸⁾.

الشرط الثالث - مبدأ الكمال وعدم النقصان في دليل الإثبات الإلكتروني:

إن هذا المبدأ وكما هو معروف ومعمول فيه في أدلة الإثبات الكتابية، والقائم على عدم جواز اجتزاء الدليل في الإثبات، فقد طبقت محكمة النقض الفرنسية هذا المبدأ ليس فقط على الأدلة الكتابية، وإنما أيضاً على الأدلة الأخرى كما هو الحال في الحكم القاضي بأنه " يجب تقييم ملف الفيديو كامل غير متقطع وبشكل مستمر دون أي عملية مونتاج له"⁽⁵⁹⁾.

(57) Le Nouveau Petit Robert, éd. Le Robert, 2007, voir « fiabilité ».

(58) Akodah AYEWOADAN, « La preuve des actes juridiques sous le prisme des contrats électroniques ». « Revue Lamy Droit de l'Immatériel, 2009, N 54.

(59) نقض فرنسي الغرفة الجزائرية تاريخ ٦/٤/١٩٩٤م منشور على الموقع القانوني الفرنسي www.legalis.net

إن خصوصية أعمال مثل هذا المبدأ في الأدلة الموجودة على الحوامل غير الورقية، إنما تأتي من خلال كون إمكانية ارتباط تلك الملفات بملفات أخرى منتجة في الادعاء ومرتبطة بالأجهزة التي منها تم استحضار الدليل محل البحث، الأمر الذي يسمح للقضاء بفحص هذه الارتباطات والحصول على الدليل كاملاً غير منقوص، ويعني هذا الشرط أهمية كبيرة أمام القاضي الإداري، وخاصة عندما نعلم أن الدليل الإلكتروني من السهل الزيادة عليه أو التقليل منه، أو قطع بعض مقاطع الفيديو وتركيبها مع فيديو آخر، فإذا ثبت للقاضي الإداري أن الدليل غير مكتمل، أو منقوص منه، فما عليه إلا أن يطرح هذا الدليل جانباً، ويعتمد على الأدلة المطروحة أمامه المتأكد منها، أو يحاول جاهداً معرفة الحقيقة من الدليل المقدم أمامه سواء بالاستعانة بأهل الخبرة أو غير ذلك، وحجته في ذلك حرية الإثبات أمام القاضي الإداري.

سلطة القاضي في تقدير الدليل الإلكتروني:

وجدنا فيما سبق أن المشرع الفرنسي في المادة ١٣١٦ قد حقق التوازن القانوني ما بين الكتابة الإلكترونية والكتابة الورقية، وكذلك فعل المشرع السعودي وفقاً لقواعد نظام التعاملات الإلكترونية السعودي، ومن ثم فإن القاضي لا يمكنه من حيث المبدأ أن يرفض دليل الإثبات الإلكتروني، وأن يفضل عليه دليل الإثبات الورقي انطلاقاً من الطبيعة المادية المكونة لكلا الدليلين.

وعليه فإننا نلاحظ أنه في حال حصول خلاف أو تعارض بين هذه الأدلة، فإن الدليل الكتابي يؤخذ كما هو سواء كان ورقي أو مثبت على حامل إلكتروني، ومن ثم فإن الفقه الغربي وجد أن التكييف والمقارنة يجب أن تتم بين الحامل الورقي أو الإلكتروني لكلا الدليلين، ففي حال عدم وجود اتفاق لدى الأطراف، فإن للقاضي الإداري الحق في تكييف وتفضيل وبكل الوسائل التي يراها مناسبة الدليل الأكثر إقناعاً له والأكثر إنتاجاً في الدعوى المنظورة أمامه، ولا بد من الإشارة في هذا المجال أنه عند مفاضلة الأدلة الكتابية يجب أن تكون من القوة الثبوتية نفسها، بمعنى أنه لا يمكن المفاضلة بين الدليل الكتابي الرسمي والدليل العادي سواءً أكان مكتوباً ورقياً أم على حامل إلكتروني.

وبرأينا الشخصي نعتقد أن حجية الكتابة الإلكترونية يمكن أن ترقى إلى حجية السند الرسمي، إذا كانت موقعة إلكترونياً، خاصةً وأن التوقيع لا يصدر إلا من صاحبه بعد تصديقه من الجهات المصدرة للتوقيع والمرخصة لها رسمياً، ومن هنا يمكننا القول إنه إذا كان السند الرسمي يأخذ حجتيه وقوته في

الإثبات من الموظف الرسمي الذي ينظمه، فإن الدليل الإلكتروني الموقع إلكترونياً والموثق من جهة رسمية يأخذ حجية وقوة السند الرسمي نفسها في الإثبات.

ومن جانب آخر، فإن قبول الرسائل النصية كدليل في الإثبات قد يختلف حسب نوعية الدعاوى المنظورة، فبعد نقاش فقهي وقضائي طويل في قبول الرسائل النصية كدليل في الإثبات في قضايا الأحوال الشخصية، قبل القضاء الفرنسي الرسائل النصية كدليل في الإثبات في قضايا الطلاق، وذلك في حكمه الصادر بتاريخ ١٧/٦/٢٠٠٩م، حيث جاء في الحكم بأنه: " الرسالة النصية تشكل طريق في الإثبات".

المطلب الثاني

حجية الدليل الإلكتروني في القضاء الإداري

مما لا شك فيه اتصال المستند الإلكتروني بمجموعة واسعة من النظم الإدارية والتجارية والمالية، الأمر الذي يمكن معه القول باتساع النطاق ليشمل كل من الدولة والفرد، وبناء على ذلك يمكن الإشارة إلى سمات لهذا الدليل الإلكتروني تؤثر في الحجية وهي على النحو الآتي^(١٠):

أولاً: أن المستند الإلكتروني يعد الأداة الرئيسة لتنفيذ فكرة الإدارة الإلكترونية التي يشاع تسميتها بالحكومة الإلكترونية؛ إذ إنها تقضي باستخدام نظم المعلومات الرقمية في إنجاز المعاملات الإدارية وتقديم الخدمات المرفقية، والتواصل مع المواطنين بمزيد من الإفصاح والشفافية، إذ عن طريق الحكومة الإلكترونية يتم التعامل مع الأجهزة الحكومية بسهولة ويسر من خلال الاتصال بالمواقع الخاصة بالوزارات والمؤسسات التابعة لها، فالشخص الطبيعي أو المعنوي يمكنه التعامل مع الضرائب والتعليم والمرور والبنوك. فقد ظهر ما يسمى بالسجلات الطبية الإلكترونية والتي تعنى بالاحتفاظ بسجلات طبية مسجلة إلكترونياً عن المرضى التي تسمح بتقديم الرعاية الطبية لهم في أي مكان من خلال الاطلاع على سجلاتهم المرضية التي تحتوي على معلومات كاملة عن المستوى الطبي المقدم

(١٠) عمار كريم كاظم، نارمان جميل نعمة، القوة القانونية للمستند الإلكتروني، مجلة كلية القانون، الكوفة، العدد السابع، ٢٠٠٧م، ص ١٧٧ وما بعدها.

إلى الحالة المرضية، وكذلك تدوين مستوى المرض الذي وصلت إليه الحالة، مما يؤدي بدوره إلى تقليل الأخطاء الطبية.

فضلاً عن ذلك نظر البعض إلى أن الحكومة الإلكترونية هي وسيلة لتعزيز الديمقراطية، فهي تمثل الجانب السياسي للثورة الرقمية الذي يحقق التواصل بين الأشخاص والإدارة؛ لذا فإن الصلة الوثيقة بين المستند الإلكتروني والحكومة الإلكترونية، تدفعنا إلى القول بأن أي تشريع بصدد حماية أحدهما يؤدي إلى حماية الآخر.

ثانياً: إن المستند الإلكتروني هو الأداة التي من خلالها تحقق التجارة الإلكترونية أهدافها، فعن طريق هذا المستند يمكن انجاز المعاملات وإبرام الصفقات والتصرفات القانونية بسهولة مما يؤدي إلى توفير النفقات، كما أن هذه المعاملات التجارية يتم أبرامها بوسيلة الكترونية دون حاجة إلى وسيط. ولا يوجد هيكل قانوني تنظيمي متقن يعنى بفكرة المستند الإلكتروني، إذ إن القوانين المقارنة قد لجأت إلى إصدار تشريعات خاصة تنظم صور للمستند الإلكتروني كالتوقيع الإلكتروني والسجل الإلكتروني والعقود الإلكترونية، وتتوقف حجية المستند الإلكتروني في الإثبات على القيمة التي يمنحها المشرع له، فإذا أقر النص القانوني هذه الحجية، يصبح المستند الإلكتروني مساوياً للمستند الورقي من حيث القيمة القانونية، لذا فقد لجأت القوانين التي نظمت هذه الفكرة إلى الاعتراف صراحة بحجية المستند الإلكتروني مع مساواته بالمستند الورقي كما في القانون السعودي والمصري.

حجية الدليل الإلكتروني وفقاً لقواعد النظام السعودي:

أشار نظام التعاملات الإلكترونية السعودي في المادة الخامسة منه صراحة على حجية التوقيع الإلكتروني، فنصت على أنه: "يكون للتعاملات والسجلات والتوقيعات الإلكترونية حجيتها الملزمة، ولا يجوز نفي صحتها أو قابليتها للتنفيذ ولا منع تنفيذها بسبب أنها تمت -كلياً أو جزئياً- بشكل إلكتروني بشرط أن تتم تلك التعاملات والسجلات والتوقيعات الإلكترونية بحسب الشروط المنصوص عليها في هذا النظام". وقد حددت المادة ١٠/١ من اللائحة التنفيذية للنظام الشروط الواجب توافرها في التوقيع الإلكتروني حتى يكون حجة، فنصت على أنه: "تتعقد حجية الدليل الإلكتروني، إذا تم الالتزام بالضوابط والشروط التالية^(٦١):"

(٦١) د/ باسم فاضل، التعويض عن إساءة استعمال التوقيع الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٧م، ص ٩٣.

١. أن يكون التوقيع مرتبطاً بشهادة تصديق رقمي صادرة من مقدم خدمات تصديق مرخص له من قبل الهيئة، أو بشهادة تصديق رقمي معتمدة من المركز.
٢. أن تكون شهادة التصديق المرتبطة بالتوقيع نافذة المفعول وقت إجراء التوقيع.
٣. الحفاظ على سلامة بيانات هوية الموقع، وتوافقها مع شهادة التصديق الرقمي.
٤. إذا تم التوقيع بالاشتراك مع منظومة بيانات إلكترونية لدى الموقع، فيشترط سلامة الارتباط المنطقي والفني بين منظومة التوقيع الإلكتروني، ومنظومة البيانات الإلكترونية، ومن ثم خلوهما من العيوب الفنية التي قد تؤثر في صحة انعقاد التوقيع وإرساله.
٥. توفر الحد الأدنى من البنية الفنية والإدارية، وكذلك الموارد ذات الصلة التي تتحقق بهما السيطرة على إجراءات التوقيع وضمان سرية البيانات حسب الشروط الفنية الواردة في إجراءات التصديق الرقمي الخاصة بمقدم خدمات التصديق.
٦. التزام الموقع بجميع الشروط الواردة في إجراءات التصديق الرقمي الخاصة بمقدم خدمات التصديق فيما يتعلق بإجراء التوقيع الإلكتروني، بما لا يتعارض مع الأنظمة واللوائح.

حجية الدليل الإلكتروني في القانون المصري:

نصت المادة (١٥) من قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٤م على أن: "للكتابة الإلكترونية والمحركات الإلكترونية، في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية، ذات الحجية المقرر للكتابة والمحركات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفقاً للضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون".

وإزاء اعتراف المشرع المصري بحجية الإثبات للكتابة الإلكترونية وللتوقيعات الإلكترونية، سواء كانت رسمية أم عرفية، فإن هذا يكمل المنظومة الإلكترونية في جمهورية مصر العربية، ويصبح للتوقيع الإلكتروني والمحركات الإلكترونية ذات الحجية الموجودة في قانون الإثبات، الشيء الذي يدعم استخدام التقنيات الحديثة والوسائل الإلكترونية ويسهل استخدامها من قبل الأفراد

والجهات الحكومية والخاصة، ويعد خطوة مهمة نحو تحقيق فكرة الحكومة الإلكترونية في جمهورية مصر العربية^(٦٢).

واستكمالاً لبيان الحجية اشترط المشرع المصري توفر الضوابط الفنية والتقنية الآتية؛ حتى تتحقق حجية الإثبات المقررة للكتابة الإلكترونية والمحركات الإلكترونية على النحو الآتي^(٦٣):

- أن يكون متاحاً فنياً تحديد وقت وتاريخ إنشاء الكتابة الإلكترونية أو المحركات الإلكترونية الرسمية أو العرفية.
- وأن يتم ذلك من خلال نظام حفظ إلكتروني مستقل وغير خاضع لسيطرة منشئ هذه الكتابة أو تلك المحركات، أو لسيطرة المعني بها.
- أن يكون متاحاً فنياً تحديد مصدر إنشاء الكتابة الإلكترونية أو المحركات الإلكترونية الرسمية أو العرفية ودرجة سيطرة منشئها على هذا المصدر وعلى الوسائط المستخدمة في إنشائها في حالة إنشاء وصدور الكتابة الإلكترونية أو المحركات الإلكترونية دون تدخل بشري (جزئي أو كلي)، فإن حجيتها تكون محققة، متى أمكن التحقق من وقت وتاريخ إنشائها، ومن عدم العبث هذه الكتابة أو تلك المحركات.

ولئن للقاضي سلطة في تقدير قيمة الدليل المطروح أمامه، وفي تحديد حجيته في الإثبات، وفي مراعاة توفر ما يتطلبه القانون من اشتراطات في المحرر والتأكد من أن الطريقة المتبعة في توقيعه هي طريقة مأمونة وجديرة بالثقة^(٦٤)، لذا ونحن في مجال المنازعة الإدارية، تكون جهة الإدارة مالكة لجميع البيانات ومن ثم ما تملكه من معلومات رقمية يصبح في قوة المحركات الرسمية طبقاً لنص المادة ١٥ من قانون التوقيع الإلكتروني سالف الذكر.

(٦٢) د/ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني، مرجع سابق، ص ١٩١.

(٦٣) د/ باسم فاضل، التعويض عن إساءة استعمال التوقيع الإلكتروني، مرجع سابق، ص ٨٦.

(٦٤) د/ ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٧م، ص ١٩٠.

حجية التوقيع الإلكتروني في ظل التشريع الفرنسي:

نادى الفقه الفرنسي بوجود تدخل تشريعي لتعديل قواعد الإثبات على نحو يسمح بأن يكون المحرر الإلكتروني دليل كتابي كامل له حجية في الإثبات، وقد استجاب المشرع الفرنسي وتدخل بتعديل مهم على القانون المدني تعلق بالإثبات؛ وذلك لتدخل المحررات الإلكترونية في نطاق أدلة الإثبات، وبالتالي تحظى بنفس القوة والحجية التي تتمتع بها المحررات الورقية أو التقليدية^(٦٥).

وهكذا كان صدور القانون رقم (٢٣٠/٢٠٠٠) الصادر في ١٣ مارس ٢٠٠٠م المتعلق بتعديل مهم شمل المادة (١٣١٦) من القانون المدني الفرنسي، إذ جاء فيها "يشمل الإثبات عن طريق الكتابة كل تدوين للحروف أو العلامات أو الأرقام أو أي رمز أو إشارة أخرى، ذات دلالة تعبيرية واضحة ومفهومة أيا كانت الدعامة التي تستخدم في إنشائها أو الوسيط الذي تنتقل عبره". وبهذا يكون المشرع الفرنسي قد وسع من مفهوم الكتابة المعدة للإثبات، لتشمل كل أنواعها، حيث كرس هنا مبدأين أساسيين:

المبدأ الأول: عدم التمييز بين الكتابة المعدة للإثبات بسبب الدعامة التي تتم عليها أو الوسيط الذي تتم خلاله، فسواء تمت الكتابة على وسيط ورقي أم عبر وسيط إلكتروني؛ فإن الأمر لا يجب أن ينال من قوتها في الإثبات.

المبدأ الثاني: المساواة الوظيفية، بمعنى الاعتراف للمحرر الإلكتروني حجية المحرر العرفي التقليدي ذاته، طالما أمكن من خلال التوقيع الذي يحمله تمييز الشخص الذي أصدره وتحديد هويته، وكان إنشائه وحفظه في ظروف وبطريقة جديرة بالحفاظ عليه من التحريف أو التعديل (مادة ١٣١٦م مدني فرنسي)^(٦٦).

ومن الجدير بالملاحظة في هذا الخصوص أن القضاء الفرنسي قد سبق المشرع في الاعتراف بقوة التوقيع الإلكتروني، ففي عام ١٩٨٩م في قضية كريديكاس Crédicas قررت الدائرة الأولى المدنية

^(٦٥) د/ باسم فاضل، التعويض عن إساءة استعمال التوقيع الإلكتروني، مرجع سابق، ص ٨٨.

^(٦٦) د/ عبد العزيز المرسي، مدى حجية المحرر الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص ١٠١.

بمحكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٨٩/١/٨م أن استعمال البطاقة ذات الذاكرة من حاملها مع استعمال كود سري لها يعدل التوقيع الإلكتروني مع اعترافها بقوة هذا التوقيع في الإثبات^(٦٧).

بالنسبة إلى المشرع الفرنسي فقد ساوى بين الكتابة الإلكترونية والكتابة التقليدية الصادرة على الورق، بحيث يتمتعان بالحجية والقوة نفسها في الإثبات، غير أن المشرع جعل الحجية الممنوحة للكتابة الإلكترونية متوقفة على شرطين:

يتمثل الأول في تحديد الموقع من خلال تحديد مصدر الكتابة، ويتمثل الثاني في إمكانية تدوين وحفظ هذه الكتابة الإلكترونية بشيء يدعو إلى الثقة والطمأنينة في استعمالها المادة (٣/١٣١٦) مدني فرنسي، إلى جانب هذه المادة التي شملها التعديل، نجد بعض المواد الأخرى، وكمثال عن ذلك المادة ١٣٢٦ والتي أدخل عليها المشرع الفرنسي تغييراً، فقد كانت المادة تتطلب بأن تكون الكتابة والتوقيع بخط اليد في التصرفات القانونية الملزمة من جانب واحد، وجاء التعديل فاكتفي المشرع بأن تكون الكتابة صادرة عن الشخص نفسه^(٦٨).

وبهذا يكون المشرع الفرنسي من خلال القانون رقم (٢٠٠٠/٢٣٠) والمتعلق بالحق في الإثبات وتكنولوجيا المعلومات والتوقيع الإلكتروني قد جعل المحررات الإلكترونية المتضمنة لتوقيع إلكتروني تتساوى مع المحررات الكتابية المختومة بتوقيع يدوي أو تقليدي، من حيث الحجية في الإثبات، وهو بذلك يستجيب للتوجيهات الأوروبية التي تسعى إلى ضرورة مسايرة التشريعات الوطنية لدول الأعضاء؛ وذلك حتى لا تكون هناك ثغرة بين الواقع والقانون^(٦٩).

⁽⁶⁷⁾ Cass. 1re ch. civ. du 8 novembre 1989, Bull. Civ. I, n° 342 ; JCP G 1990, II, 21576, note G. Virassamy ; RTDC com. 1990, p.78, obs. M. Cabrillacet B. Teysié ; D. 1990 somm., p.327, obs. J. HUET.
Cass. ch. com. du 2 décembre 1997, JCP E 1998, p. 178, note T. Bonneau ; JCP G, 1998 Act. P. 905, obs. P. Catalaet P.-Y. Gautier.

^(٦٨) د/ نور الدين الناصري، المعاملات والإثبات في مجال الاتصالات الحديثة، مرجع سابق، ص ٨٠.

^(٦٩) د/ باسم فاضل، التعويض عن إساءة استعمال التوقيع الإلكتروني، مرجع سابق، ص ٩٠.

الخاتمة

نتائج البحث:

- ١- لم يتعرض المشرع المصري في قانون ١٥ لسنة ٢٠٠٤م بشأن التوقيع الإلكتروني أو لائحته التنفيذية المقصود باصطلاح إلكتروني.
- ٢- تعرض نظام التعاملات الإلكترونية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي ذي الرقم ١٨/م في ١٤٢٨/٣/٨هـ لمصطلح إلكتروني في المادة (١) منه بأنه: "تقنية استعمال وسائل كهربائية، أو كهرومغناطيسية أو بصرية أو أي شكل آخر من وسائل التقنية المشابهة".
- ٣- يحتاج الدليل الإلكتروني إلى مهارات خاصة في التعامل؛ نظرًا لعدم إلمام معظم الأشخاص بالتعامل مع أجهزة الحاسوب، ومن بين تلك المهارات الخاصة إمكانية الاستخراج، وإعادة الاستخراج، واكتشاف التزوير.
- ٤- التنوع في الدليل الإلكتروني يعني بالضرورة أنه ليس هناك وسيلة واحدة للحصول عليها، حيث يمكن الحصول عليه من خلال الأدلة الورقية المستخرجة، وهي: الأوراق أو المستندات الناتجة عن استخدام الحاسب الآلي وشبكة الإنترنت أو من خلال جهاز الحاسب الآلي، ويكون ذلك بفحصه فحصًا دقيقًا.
- ٥- دور القاضي إيجابي؛ إذ لا يقتصر دوره على الترجيح بين الأدلة فقط، إنما يتعدى ذلك إلى تمحيصها وذلك بكافة الطرق ليصل في الأخير إلى الاقتناع، فالقاضي على ضوء هذا المبدأ يقدر قيمة الأدلة بحرية.
- ٦- عبء الإثبات في المنازعات الإدارية، وخاصة في نطاق الإدارة الإلكترونية يقع على عاتق الإدارة خلافًا للأصل العام، ذلك أن النظام الإداري يقوم على مبدأ التنظيم اللائحي المسبق لإجراءات وخطوات معينة.
- ٧- الدليل الإلكتروني يأخذ الحجية نفسها في الإثبات للدليل الورقي، إذا استوفى الشروط المذكورة في القانون في كل من التشريعين (المصري والسعودي) بخلاف المشرع الفرنسي الذي توسع في حجية الدليل الإلكتروني مانحًا إياها حجية المحررات المكتوبة.

٨- المشرع السعودي والمصري قد سائرا تطور العصر من أجل إثبات الدليل الإلكتروني.

التوصيات:

- ١- نوصي المشرع اعتبار نكول جهة الإدارة وتقاেসها بغير مسوغ عن إيداع المستندات قرينة لصالح خصمها بصحة ما يدعيه.
- ٢- نوصي المشرع بتقييد القاضي بالالتزام بالدليل الإلكتروني كأى دليل من أدلة الإثبات، إذا توفرت فيه الشروط المنصوص عليها في القانون، وأن يكون مفضلاً على الدليل التقليدي.
- ٣- نوصي المشرع بنقل عبء الإثبات إلى جانب الإدارة، فهي الطرف القوي الذي يستطيع الإثبات بسهولة ويسر.
- ٤- نوصي المشرع الإداري بعدم تقييد القاضي بشأن إثبات الوقائع المعروضة عليه، وأن يتمتع بحرية مطلقة في الإثبات على أى دليل.
- ٥- نوصي المشرع بإلغاء الشروط التي تقف عائقاً في حجية الدليل الإلكتروني، وهو ما اعتنقه المشرع المصري والسعودي.
- ٦- نوصي بتدريب القضاة ومعاونيهم، وعقد الدورات التدريبية لهم، من أجل الارتقاء بمستواهم للتعامل مع التطور التكنولوجي.
- ٧- تغيير عقيدة جهة الإدارة التي تنطوي على تحذير استخدام المحتوى الإلكتروني شريطة أن لا يخل بسرية العمل؛ إذ يعد ذلك تقويت فرصة على إقامة الحجية في المنازعة الإدارية.
- ٨- تطوير النظام الإداري الإلكتروني بما يواكب متطلبات الإثبات من خلال الأرشفة الرقمية.
- ٩- نوصي المشرع المصري بمسايرة التشريعات العربية في وضع تعريف لمصطلح "الإلكتروني" والفرقة بينه وبين مصطلح "الرقمي".

المراجع

- د/ أحمد بن سليمان بن صالح الربيش: الوسائل الإلكترونية ودورها في تبسيط إجراءات التقاضي، بحث منشور بالمؤتمر السنوي الخامس لجامعه الاسكندرية بعنوان العدالة بين الواقع والمأمول، مجلد ١.
- د/ أسامة بن غانم العبيدي: الإثبات بالدليل الإلكتروني في الجرائم المعلوماتية مجلة جامعة الملك سعود - الحقوق والعلوم السياسية - السعودية، مجلد ٢٥، العدد ١.
- د/ إكرام مختاري: الدليل في الجريمة الإلكترونية، مجلة المنارة للدراسات القانونية والادارية المغرب، ٢٠١٥م.
- د/ باسم فاضل: التعويض عن إساءة استعمال التوقيع الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٧م.
- د/ برهامي أبو بكر عزمي: الشرعية الإجرائية للأدلة العلمية، دراسة تحليلية لأعمال الخبرة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦م.
- جميل صليبا: المعجم الفلسفي، دار الكتاب اللبناني، الطبعة الأولى، بيروت، ١٩٧٠م.
- د/ خالد أحمد إبراهيم خليفة: قبول وإجازة الأدلة الإلكترونية لجرائم الحاسوب في الدعاوي، المجلة العلمية - جامعة الزعيم الأزهرى - السودان، ٢٠٠٩م، العدد ٦.
- د/ خالد ممدوح إبراهيم: الجرائم المعلوماتية. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٩م.
- د/ خالد ممدوح إبراهيم: الدليل الإلكتروني في جرائم المعلوماتية، بحث منشور على الموقع الإلكتروني.
- سليمان أحمد فضل: الواجهة التشريعية والأمنية للجرائم الناشئة عن استخدام شبكة المعلومات الدولية الإنترنت، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٧م.
- عبد الناصر محمد محمود فرغلي والدكتور محمد عبيد سيف المسماوي: الإثبات الجنائي بالأدلة الرقمية من الناحيتين القانونية والفنية، بحث مقدم في المؤتمر العربي الأول لعلوم الأدلة الجنائية والطب الشرعي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض في الفترة ١٢-١٤/١١/٢٠١٧م.
- د/علي محمود علي حمودة: الأدلة المتحصلة من الوسائل الإلكترونية في إطار نظرية الإثبات الجنائي، بحث منشور على منتدى المحامون.

- عبد الله بن صالح بن رشيد الربيش: سلطة القاضي الجنائي في تقدير أدلة الإثبات بين الشريعة الإسلامية والقانون، وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في قسم العدالة الجنائية، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض ١٤٢٣ - ١٤٢٤ هـ.
- د/عبد العزيز المرسي: مدى حجية المحرر الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية، بدون دار نشر، ٢٠٠٧ م.
- د/عمار كريم كاظم: نارمان جميل نعمة: القوة القانونية للمستند الإلكتروني، مجلة كلية القانون، الكوفة، العدد السابع، ٢٠٠٧ م.
- د/عايدة الشامي: خصوصية الإثبات في الخصومة الإدارية، دار الفتح، مصر، ٢٠٠٨ م.
- د/ مأمون سلامة: الإجراءات الجزائية في التشريع المصري، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٢ م.
- د/ محمد الأمين البشري: التحقيق في الجرائم المستحدثة، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الطبعة الأولى، الرياض ٢٠٠٤ م.
- د/ محمد أمين الرومي: النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى.
- مستشار/ محمد عصام الترساوي: مقال بعنوان "التقاضي الإلكتروني والعدالة الناجزة النظام القضائي الجديد يعمل على حماية المتهمين والشهود ومنع التلاعب"، منشور بجريدة الاهرام ٣ يوليو ٢٠١٥ م.
- د/ ممدوح حسن مانع : حجية الدليل الإلكتروني في الإثبات الجزائي لمجلة العالمية للتسويق الإسلامي - الهيئة العالمية للتسويق الإسلامي بلندن - بريطانيا مجلد ٦، العدد ١، ٢٠١٧ م.
- د/ محمد الحافي: الدور الإيجابي للقاضي الإداري والقاضي الجنائي في الإثبات، بحث مقدم، إلى الندوة بالمركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، ليبيا، ٢٠١٢/١٢/١٠ م.
- د / هلاي عبد الإله احمد: حجية المخرجات الكمبيوترية في المواد الجنائية، دراسة مقارنة، بدون رقم طبعة أو دار نشر، ١٩٩٩ م.

- د/ نبيلة هبة هروال: الجوانب الإجرائية لجرائم الانترنت، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى الإسكندرية، ٢٠٠٧م.
- د/يحيى يوسف: التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية، أطروحة ماجستير في القانون الخاص، نابلس - فلسطين، ٢٠٠٧م.
- د/عبدالفتاح حجازي: "النظام القانوني للتجارة الإلكترونية، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، ٢٠١٧.
- د/ثروت عبدالحميد: التوقيع الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٧م.

المراجع الأجنبية:

- Carrie Morgan Witcomb, An Historical Perspective of digital Evidence, IJDE, 2002. volume 1. issue 1. P.4.
- Carrie Morgan Witcomb, An Historical Perspective of digital Evidence, IJDE, 2002. volume 1 issue 1. P.4.
- SWGDE, Digital Evidence Standards and principles, 2000. volume 2 number 2. P.3.
- Digital Evidenc: is any probative information sotred or transmitted in digital from that a party to a court case may use at trial. Sikipedia, the free ecnycolopedia. Digital evidence, en Wikipedia.org/wiki/digital_evidance. Page1.
- Digital evidence: deigital devices and network servers store and transport information in dischrhete values, as sero and ones. Gary Craig Kessler, Judes awareness, Understanding and application of digital evidence. Doctor thesesin computing thech, in Edu. Nova south eastern Univ. 2010. Page 17.



الضمانات التشريعية للاستثمار الأجنبي المباشر

ضد المخاطر غير التجارية

(دراسة وصفية تحليلية لقانون استثمار رأس المال الأجنبي العماني الجديد)

الدكتور/ سالم بن سلام بن حميد الفليني*

الملخص:

يقر المشرع العماني في قانون استثمار رأس المال الأجنبي الجديد للمستثمر الأجنبي، العديد من الضمانات التشريعية ضد المخاطر غير التجارية، (non – Commercial Risks)، وسواء تعلق هذه المخاطر بملكية مشروعه الاستثماري، أو نشاطه، وهذه الضمانات التشريعية تعين المستثمر الأجنبي على تخطي المخاطر غير التجارية التي تواجه مشروعه، وتزيل ما كان يتردد في ذهنه أن قيامه بنشاط استثماري في السلطنة ينطوي على العديد من المخاطر غير التجارية التي ليس له يدأ فيها، ولم يكن قد وضعها في حسابه عند قيامه بالاستثمار.

تأتي هذه الورقة البحثية للوقوف على طبيعة وحقيقة هذه الضمانات من جانب، ومن جانب آخر تجيب على العديد من التساؤلات، منها:

١- هل هذه الضمانات بتنظيمها الحالي كافية لمواجهة هذه المخاطر وتداعياتها؟ أم يجب إعادة تنظيمها بشكل أكثر فاعلية عما هو عليه الآن؟

٢- إلى أي مدى استطاع المشرع وهو يقرر هذه الضمانات التوفيق بين ما تقتضيه المصلحة الوطنية للبلاد، ومصالح المستثمرين الأجانب؟

الكلمات المفتاحية: الضمانات التشريعية - المخاطر غير التجارية - الاستثمار الأجنبي المباشر - رأس المال المستثمر - المستثمر الأجنبي.

*أستاذ القانون التجاري والبحري المشارك - نائب العميد للشؤون الأكاديمية وخدمة المجتمع - كلية الزهراء للبنات - مسقط.



The Legislative Guarantees of Foreign Direct Investment (FDI) Against Non-commercial Risks (An Analytical Descriptive Study of the New Foreign Capital Investment Omani Law)

Dr. Salim Salam Humaid Al-Flaiti*

Abstract:

In the new Foreign Capital Investment Law, the Omani legislator provides the foreign investor with many legislative guarantees against non-commercial risks, whether they are related to the ownership of his investment project or his activity. Such legislative guarantees assist the foreign investor in overcoming non-commercial risks facing his project and removing any doubts in his mind that undertaking an investment activity in the Sultanate involves many non-commercial risks that he has no control over or considered when undertaking such investment.

This research paper seeks to focus on the nature and reality of such guarantees on one hand, and answer many questions on the other hand, including:

1-Are these guarantees, in their current arrangement, sufficient to face such risks and their repercussions? Or should they be re-arranged more effectively than they are now?

2-To what extent the legislator, while providing such guarantees, was able to reconcile what is required by the national interest of the Sultanate with the interests of foreign investors.

Keywords: Legislative Guarantees - Non-commercial Risks - Foreign Direct Investment - Invested Capital and Foreign Investor.

*Associate Professor of Commercial and Marine Law, Vice Dean for Academic Affairs and Community Service, Al Zahra College for Women, Muscat.

المقدمة

أولاً- موضوع البحث:

ظلت المنظومة التشريعية التي تحكم الاستثمار الأجنبي المباشر إلى وقت قريب ممثلة في قانون استثمار رأس المال الأجنبي، الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (١٠٢) لسنة ١٩٩٤م، والواقع أن نصوص هذا القانون رغم كفايتها ودقتها عند صدورها، ورغم التعديلات التي تمت في بعض أحكامها^(١)، إلا أنها أصبحت يعترتها النقص والقصور مع تطورات الحياة الاقتصادية، وباتت غير قادرة على توجيه دفعة الاقتصاد الوطني، وتعميق الاستثمار في القطاعات ذات القيمة المضافة العالمية^(٢).

وتحقيقاً للأهداف التي تسعى إليها السلطنة من خلال جذب الاستثمارات الأجنبية بما يتفق واستراتيجيات وأوليات رؤية عمان ٢٠٤٠، من خلال اقتصاد متنوع ومستدام، قائم على التقنية والمعرفة والابتكار، ذات أطر متكاملة وتنافسية وبما يحقق الاستفادة المالية، ويتواءم مع المتغيرات والتطورات العالمية^(٣)، قامت السلطنة مؤخراً بإصدار قانون يعنى بالاستثمار الأجنبي المباشر، يتماشى مع أفضل الممارسات والخبرات

(١) من أوجه النقص والقصور المصاحبة للقانون الملغى، عدم وجود التعريفات والمصطلحات القانونية ذات الصلة بالاستثمار الأجنبي، كما خلت نصوصه من الأحكام المتعلقة بالانتقال، أي عدم وجود ما يحفظ الحقوق المكتسبة، وحالات النزاع المحتملة بين المستثمر الأجنبي والسلطنة كدولة مضيفة للاستثمار، لمزيد من التفاصيل انظر د. سالم بن سلام بن حميد الفليتي، التنظيم القانوني للاستثمار الأجنبي المباشر في سلطنة عمان، مقال منشور في جريدة الوطن العمانية، الملحق الاقتصادي، زاوية القانون والناس، العدد (١٢٧٧٤)، تاريخ ٢٠١٨/٧/١١م، وأيضاً د. عبدالرحمن محمد النافع، السياسة التشريعية والقوانين المنظمة للاستثمار الأجنبي في سلطنة عمان، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٨م، ص ٦٢ وما يليها.

(٢) لمزيد من الايضاح في هذا الشأن راجع الوثيقة الرسمية لرؤية (Oman Vision ٢٠٤٠)، وتحديد التوجه الاستراتيجي حول التنوع الاقتصادي والاستدامة المالية، ص ٢٩، صحيفة أثر الإلكترونية العمانية، تاريخ ٢٠٢٠/١٢/٢٦م.

(٣) صدر القانون الجديد بموجب المرسوم السلطاني رقم (٥٠) لسنة ٢٠١٩م وقضت المادة (٤) منه، بإلغاء قانون استثمار رأس المال الأجنبي الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (١٠٢) لسنة ١٩٩٤م، كما قضت بإلغاء كل ما يخالف أحكامه أو يتعارض معها، ونصت المادة (٥) منه أن يتم العمل بالقانون الجديد بعد انقضاء ستة أشهر من تاريخ نشره.

العالمية في هذا الشأن، ويحقق مصلحة المستثمرين في آن واحد، حمل اسم "قانون استثمار رأس المال الأجنبي" حل محل القانون القديم^(٤).

وعلى الرغم من أن المشرع العماني في القانون الجديد يقر للمستثمر الأجنبي بالعديد من المزايا والحوافز والإعفاءات التي تعينه في مشروعه الاستثماري، إلا أن هذا الأخير ما زال يتردد في ذهنه أن قيامه بنشاط استثماري في بلد أجنبي ينطوي على العديد من المخاطر التي قد تصيب مشروعه وتغنيه، ومن ثم خسارة جميع أمواله. ويتعرض المستثمر الأجنبي في الدولة المضيفة للاستثمار بشكل عام إلى نوعين من المخاطر، مخاطر تجارية (Commercial Risks) وهي مخاطر محتملة يتوقعها المستثمر الأجنبي؛ على اعتبارها ظاهرة طبيعية غالباً ما تكون مصاحبة للأعمال التجارية بشكل عام، ويتوقف حدوثها على أوضاع السوق، وتبصر المستثمر وحصافته وقدرته في اتخاذ القرارات المتعلقة بالاستثمار، كما يتوقف حدوثها على مدى قدرة هذا الأخير التنبؤ المستقبلي لاتساع أو انكماش نشاط الاستثمار نفسه^(٥)، ومخاطر غير تجارية (non – Commercial Risks)، وهذه الأخيرة مخاطر ليس للمستثمر يدا فيها، ولم يكن قد وضعها في حسابه عند قيامه بالاستثمار، ومنها ما يصيب ملكية مشروعه الاستثماري، كخطر تأمين المشروع، أو خطر مصادرته، أو الحجز على أمواله، أو التحفظ عليها أو فرض الحراسة عليها، أو خطر نزع ملكية المشروع ذاته، أو خطر تقييد حرية المستثمر في نقل ملكية مشروعه الاستثماري أو التنازل عنه للغير أو تغيير شكله القانوني. ومنها ما يهدد نشاط المشروع الاستثماري كخطر عدم استقرار التشريعات في الدولة المضيفة، وخطر إفشاء أسرار ومعلومات المشروع الاستثماري، وخطر عدم المساواة بين المشروع الاستثماري الأجنبي والمشروع الوطني، وخطر وقف أو الغاء الموافقة أو الترخيص الصادر للمشروع الاستثماري، وأخيراً خطر تقييد حرية

(٤) لمزيد من التفاصيل انظر د. منصور فرج السعيد، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في ظل قانون الاستثمار الجديد، دراسة قانونية اقتصادية مقارنة، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مجلس النشر، السنة (٢٧)، العدد (٣)، سبتمبر، ٢٠٠٣م، ص ٣٠٥.

(٥) المرجع السابق، الموضع ذاته.

المستثمر الأجنبي في تحويل أمواله وأرباحه الخاصة بالمشروع الاستثماري خارج الدولة المضيفة^(٦).

من هنا قرر المشرع العماني في قانون استثمار رأس المال الأجنبي الجديد رقم (٥٠) لسنة ٢٠١٩ حماية المستثمر الأجنبي من المخاطر غير التجارية، وأفرد في نصوصه العديد من الضمانات التشريعية ضد تلك المخاطر، وسواء المخاطر التي قد تهدد ملكية المشروع الاستثماري، أو تهدد نشاطه، وهذه الضمانات يقصد بها الآليات والأدوات التي يكون موضوعها تعهد من قبل الدولة المضيفة بتوفير حقوق المستثمر الأجنبي في إطار مناخي استثماري قادر على حماية المشروع الاستثماري^(٧).

ثانياً- أهمية البحث:

يحقق اختيار موضوع البحث "الضمانات التشريعية للاستثمار الأجنبي المباشر ضد المخاطر غير التجارية" دراسة وصفية تحليلية لقانون استثمار رأس المال الأجنبي العماني الجديد" كعنوان لهذا البحث فائدة عملية تتمثل في أنه يهتم بدراسة وتحليل موضوعاً يعد من الموضوعات المهمة للسلطنة، على اعتباره من أهم محددات جودة وجاذبية المناخ الاستثماري، ويلعب دوراً محورياً لدى المستثمر الأجنبي في اتخاذ قراره باختيار السلطنة دولة مضيئة لاستثماراته دون دول أخرى.

وما يعظم أهمية البحث أنه يعالج موضوعاً في غاية الأهمية في أحد أحدث قوانين الاستثمارات الأجنبية، وهو قانون استثمار رأس المال الأجنبي رقم (٥٠) لسنة ٢٠١٩م، ولم يتناوله الفقه - بعد - بالشرح والتحليل بشكل كاف؛ ومن ثم يأتي اختيار

(٦) في هذا التعريف انظر، عبداللوي خديجة، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر وفرنسا، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة أبو بكر، بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٧/٢٠١٨م، ص ١٥٣.

(٧) د. زياد أحمد القرشي، حوافز وضمانات الاستثمار الأجنبي في المملكة العربية السعودية، دراسة تحليلية لقانون وسياسات الاستثمار في ضوء نظام الاستثمار والتزامات المملكة المنبثقة من اتفاقيات منظمة التجارة العالمية ذات الصلة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية والشرعية، جامعة المنصورة، المجلد الأول، العدد السابع والأربعون، أبريل ٢٠١٠م، ص ١٩٧.

موضوع هذه الورقة البحثية ليسهم في سد جزء من الفراغ الذي تعاني منه المكتبة القانونية العمانية.

ثالثاً- إشكاليات البحث:

جاءت هذه الورقة البحثية للوقوف على أهم الاشكالات التي يثيرها موضوع الدراسة ابتداء من ماهي الضمانات التشريعية التي يوفرها القانون الجديد للمستثمر الأجنبي؟ كما تثار إشكالية ثانية، تتعلق بمدى طبيعة وحقيقة هذه الضمانات التشريعية، وهل تعد كافية وكفيلة بجعل المناخ الاستثماري العماني أكثر جاذبية من جانب، ومن جانب آخر إلى أي مدى توافر هذه الضمانات الحماية القانونية للمستثمرين الأجانب، الذين يقفون على الجانب الآخر من المنظومة الاستثمارية بالسلطنة؟ كما تثار في هذه الدراسة اشكالية ثالثة، تتعلق إلى أي مدى استطاع المشرع العماني التوفيق بين ما تقتضيه المصلحة الوطنية للبلاد ومصلحة المستثمر الأجنبي، عند قيامه منح هذا الأخير الضمانات التشريعية ضد المخاطر غير التجارية؟

رابعاً- أهداف البحث:

يهدف البحث إلى بيان الضمانات التشريعية التي يوفرها القانون الجديد للمستثمر الأجنبي من جانب أول، والوقوف على طبيعة وحقيقة هذه الضمانات، وهل تعد كافية وكفيلة لخلق مناخ استثماري جاذب من جانب ثان، ومن جانب ثالث يهدف البحث إلى بيان إلى أي مدى استطاع المشرع العماني التوفيق بين ما تقتضيه المصلحة الوطنية للبلاد ومصلحة المستثمر الأجنبي وهو يقر هذه الضمانات.

خامساً- منهجية البحث:

سوف نتبع المنهج الوصفي التحليلي من خلال جمع المعلومات والحقائق عن موضوع البحث، وتحليل النصوص التي يتضمنها قانون استثمار رأس المال الأجنبي الجديد في حدود الموضوعات الداخلة في نطاق البحث؛ لمعرفة مدى وضوح أو غموض تلك النصوص، وتحديد مدى كفايتها وقدرتها في تحقيق مناخ استثماري جاذب لرؤوس الأموال الأجنبية؛ للوصول إلى نتائج وتوصيات قد تعين المعنيين في الواقع

العملي على تطويرها، إضافةً إلى مناقشة بعض نصوص القوانين الوطنية في هذا الشأن، مع الاستعانة - كلما لزم الأمر وأمكن - بآراء الفقهاء وأحكام القضاء.

سادساً- خطة البحث:

لتحقيق الأهداف المرجوة من البحث، ولإحاطة الكاملة بالضمانات التشريعية للاستثمار الأجنبي المباشر ضد المخاطر غير التجارية في سلطنة عمان، نفضل تقسيم هذا البحث إلى مبحثين يسبقهما مطلب تمهيدي، نبين في المطلب التمهيدي مفهوم الاستثمار الأجنبي، ونحيط في المبحث الأول بالضمانات التشريعية لحماية ملكية المشروع الاستثماري الأجنبي، ونخصص المبحث الثاني لبيان الضمانات التشريعية لحماية نشاط المشروع الاستثماري الأجنبي.

وترتيباً على ما سبق تكون خطة البحث على النحو التالي:

مطلب تمهيدي: مفهوم الاستثمار الأجنبي المباشر.

الفرع الأول: تعريف الاستثمار الأجنبي المباشر.

الفرع الثاني: تعريف رأس المال المستثمر الأجنبي.

الفرع الثالث: تعريف المستثمر الأجنبي.

المبحث الأول: الضمانات التشريعية المقررة لحماية ملكية المشروع الاستثماري الأجنبي.

المطلب الأول: ضمان عدم جواز تأميم المشروع الاستثماري الأجنبي.

المطلب الثاني: ضمان عدم جواز مصادرة المشروع الاستثماري الأجنبي.

المطلب الثالث: ضمان عدم جواز الحجز على أموال المشروع الاستثماري الأجنبي أو تجميدها أو التحفظ عليها أو فرض الحراسة عليها.

المطلب الرابع: ضمان عدم جواز نزع ملكية المشروع الاستثماري الأجنبي.

المطلب الخامس: ضمان حق المستثمر الأجنبي في نقل ملكية مشروعه الاستثماري الأجنبي، أو التنازل عنه أو تغيير شكله القانوني.

المبحث الثاني: الضمانات التشريعية لحماية نشاط المشروع الاستثماري الأجنبي.

المطلب الأول: ضمان الاستقرار التشريعي.

المطلب الثاني: ضمان عدم جواز افشاء سرية معلومات المشروع الاستثماري الأجنبي.

المطلب الثالث: ضمان المساواة بين المشروع الاستثماري الأجنبي والمشروع الاستثماري الوطني.

المطلب الرابع: ضمان عدم جواز وقف أو الغاء الموافقة أو التصريح الصادر للمشروع الاستثماري الأجنبي.

المطلب الخامس: ضمان حرية المستثمر الأجنبي في القيام بالتحويلات الخاصة بمشروعه الاستثماري الأجنبي.

مطلب تمهيدي

مفهوم الاستثمار الأجنبي المباشر

تمهيد وتقسيم:

تحديد مفهوم الاستثمار الأجنبي المباشر يهم ثلاثة أطراف، الطرف الأول: هي الدولة المصدرة لرأس المال (Capital Exporting Countries) التي يتبع لها المستثمر الأجنبي، والطرف الثاني: هي الدولة المستوردة لرأس المال (Capital Importing Countries)، ويطلق عليها أيضاً الدولة المضيفة للاستثمار، والطرف الثالث: هو المستثمر الأجنبي^(٨).

ولأجل الوقوف على مفهوم الاستثمار الأجنبي المباشر في ضوء قانون استثمار رأس المال الأجنبي الجديد، يتطلب منا تعريف الاستثمار الأجنبي المباشر، بعدها ننتقل إلى تعريف رأس المال المستثمر الأجنبي، وأخيراً تعريف المستثمر الأجنبي، وعليه نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع:

الفرع الأول: تعريف الاستثمار الأجنبي المباشر.

الفرع الثاني: تعريف رأس المال المستثمر الأجنبي.

الفرع الثالث: تعريف المستثمر الأجنبي.

(٨) انظر: محمد رحيم حسب الله الشمري، الضمانات القانونية لحماية ملكية المستثمر الأجنبي، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٨م، ص ٣٢. حيث يشير في مؤلفه أن من بين تقسيمات الاستثمار الأجنبي من تعتمد على المدة التي يستغرقها المشروع الاستثماري وهي إما أن تكون استثمارات قصيرة الأجل أو استثمارات طويلة الأجل.

الفرع الأول

تعريف الاستثمار الأجنبي المباشر

كثيرة هي أنواع الاستثمار الأجنبي، وهي تختلف - بطبيعة الحال - باختلاف المعيار الذي يستخدم في تصنيفها^(٩)، وتعد أكثر التقسيمات شيوعاً، التقسيمات التي تأخذ بالمعيار الخاص بأسلوب إدارة المشروع الاستثماري، حيث ينقسم بموجبها الاستثمار الأجنبي، إلى استثمار أجنبي مباشر Direct Foreign Investment واستثمار أجنبي غير مباشر^(١٠) Indirect Foreign Investment وسنقصر بيان الاستثمار الأجنبي المباشر على اعتبار أن الاستثمار الأجنبي غير المباشر خارج حدود نطاق الدراسة.

يعرف الاستثمار الأجنبي المباشر بأنه: "إقامة مشروعات مملوكة ملكية كاملة لمستثمرين أجنب، أو امتلاكهم نسبة من الحصص تمكنهم من السيطرة على إدارة المشروع أو المشاركة في إدارته"^(١١).

وفي تعريف آخر نجد أن المقصود بالاستثمار الأجنبي المباشر هو: "انتقال رؤوس الأموال الأجنبية مقترنة بعنصري التنظيم والإدارة إلى الدولة المضيفة، بحيث يترتب عليه إقامة مشروعات مملوكة ملكية كاملة لمستثمرين أجنب أو ملكية حصص تمكنهم من السيطرة على إدارة هذه المشروعات أو تعطيمهم حق المشاركة في هذه الإدارة"^(١٢).

^(٩) وهو عبارة عن "تمك الأفراد أو الهيئات أو الشركات بعض من الأوراق المالية دون ممارسة أي نوع من أنواع الرقابة أو المشاركة في تنظيم المشروع الاستثماري أو إدارته" انظر في هذا التعريف د. محمد بن سيف الهاشمي، التنظيم القانوني للاستثمار الأجنبي في سلطنة عمان، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مؤسسة بيت الغشام للصحافة والنشر والإعلان، مسقط، ٢٠١٩م، ص ٤١.

^(١٠) راجع أريج علي حسين فياض الجبير، دور التحكيم الدولي في فض منازعات الاستثمار الأجنبي، دراسة تطبيقية في سلطنة عمان، رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في الحقوق، جامعة السلطان قابوس، يناير ٢٠١٧م، ص ١٠.

^(١١) ميساء هشام السامرائي، التنظيم القانوني للاستثمار الأجنبي، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٨م، ص ١٩.

^(١٢) الجدير بالذكر أن هذه المنظمة، هي منظمة دولية مكونة من مجموعة من البلدان المتقدمة التي تقبل مبادئ الديمقراطية التمثيلية واقتصاد السوق الحر، نشأت في عام ١٩٤٨م عن منظمة==

أما منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية (OECD) تعرف الاستثمار الأجنبي المباشر "كل شخص طبيعي، كل مؤسسة عمومية أو خاصة وكل حكومة، كل مجموعة من الأشخاص الطبيعيين الذين لهم علاقة تربط بعضهم ببعض، كل مجموعة من المؤسسات لديها الشخصية المعنوية والمرتبطة في ما بينها، تعتبر مستثمراً أجنبياً إذا كان لديها مؤسسة للاستثمار المباشر، ويعني ذلك فرع أو شركة تابعة تقوم بعمليات استثمارية في بلد غير بلد إقامة المستثمر الأجنبي"^(١٣).

أما منظمة التجارة العالمية (World Trade Organization)^(١٤)، ترى أن الاستثمار الأجنبي يكون مباشراً عندما يمتلك المستثمر المقيم في بلد (البلد الأم) أصلاً، إنتاجاً في بلد آخر (البلد المضيف) بقصد إدارته^(١٥).

وعلى صعيد التشريعات الوطنية^(١٦)، عرفت المادة (١) من قانون تشجيع الاستثمار الكويتي رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٣م، الاستثمار الأجنبي المباشر بأنه: "الاستثمار الذي يتم من خلال توظيف المستثمر بمفرده أو بمشاركة مستثمر آخر،

==التعاون الاقتصادي الأوربي (أنفا)، من أهم أهدافها تحديد الممارسات الجيدة وتنسيق السياسات المحلية والدولية، لمزيد من التفاصيل راجع د. سالم بن سلام بن حميد الفليتي، حوكمة الشركات المساهمة العامة في سلطنة عمان، الطبعة الأولى دار أسامة للنشر والتوزيع، ٢٠١٠م، ص ٢١، هامش ٢٩.

(١٣) وقد تقدمت السلطنة رسمياً بطلب الانضمام لعضوية منظمة التجارة العالمية في أبريل ١٩٩٦م معلنة استعدادها بالالتزام باتفاقيات جولة أرجواي، واصبحت عضواً بالمنظمة اعتباراً من ١٠ أكتوبر ٢٠٠٠م، وهي العضو رقم (١٣٩)، المرجع السابق ص ٢٦، ص ٤٢.

(١٤) انظر: د. هناء عبدالغفار، الاستثمار الأجنبي المباشر والتجارة الدولية، الصين نموذج، الطبعة الأولى، بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠٢م، ص ١٤.

(١٥) انظر: في هذه التعريفات د. حازم صلاح الدين عبدالله حسن، الضمانات التشريعية للاستثمار الأجنبي المباشر ضد المخاطر غير التجارية في الوطن العربي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مجلس النشر، السنة ٤١، العدد ٣، سبتمبر ٢٠١٧م، ص ٢٠٠ وما يليها.

(١٦) بدلالة البنود التي تلت البند (و) من المادة (١) من القانون. وبالتالي فإن المشرع سلك في هذا القانون المسلك ذاته في القانون الملغى حيث لم يرد في هذا القانون تعريف للاستثمار الأجنبي المباشر، وكل ما ذكره انه اعتمد نمط إحصائي في تحديد نسب الأموال المستثمرة من الأجانب وشروط منح الترخيص للمشروع الاستثماري.

لرأس ماله بشكل مباشر في كيان استثماري داخل دولة الكويت ويرخص فيه طبقاً لأحكام هذا القانون".

في حين نظام الاستثمار السعودي رقم (م/١) لسنة ١٤٢١هـ عرف الاستثمار الأجنبي المباشر في المادة (١) منه بقوله "توظيف رأس المال الأجنبي في نشاط مرخص له بموجب هذا النظام".

وفي الأردن، صدر قانون الاستثمار المؤقت رقم (٦٨) لسنة ٢٠٠٣م، وعرفت المادة (٢) منه الاستثمار الأجنبي المباشر بأنه "أي نشاط اقتصادي صناعي أو زراعي أو تجاري تنطبق عليه أحكام هذا القانون والأنظمة والتعليمات الصادرة بمقتضاه".

والمطالعتنا لقانون استثمار رأس المال الأجنبي العماني الجديد نجده قد خلا من تعريف الاستثمار الأجنبي المباشر بشكل مستقل، حيث اكتفى بالنص في البند (و) من المادة (١) بالإشارة إليه وهو يعرف الاستثمار بشكل عام على أنه "استخدام رأس المال الأجنبي المباشر المستثمر لإنشاء مشروع استثماري أو توسعته أو تطويره أو تمويله أو إدارته أو تملكه"، ولعل ذلك يرجع إلى أن المشرع العماني حدد نطاق هذا القانون بالاستثمار الأجنبي المباشر دون الاستثمار غير المباشر^(١٧).

الفرع الثاني

تعريف رأس المال المستثمر الأجنبي

يمكن تعريف رأس المال المستثمر بأنه: "رأس المال - محلي أو أجنبي - المستثمر في المشروع، ويمثل العملة الأجنبية أو المحلية أو أي شكل من أشكال الأصول النقدية، والأصول والممتلكات المنقولة أو الخاصة بالمشروع، والممتلكات غير المنقولة بما في ذلك الأراضي والمباني وحقوق الملكية الفكرية أو أي حقوق معنوية كالتراخيص وبراءات الاختراع والعلامات التجارية والحقوق الأدبية الأخرى المسجلة في

(١٧) انظر: د. مسعود بن حميد المعمرى، المسؤولية الجزائية للمستثمر الأجنبي عن الأضرار التي يلحقها بالاقتصاد الوطني، بحث مقدم في المؤتمر العلمي الرابع، القانون والتحول الاقتصادي والاجتماعية، جامعة السلطان قابوس، كلية الحقوق، أبريل ٢٠١٨م، ص ٢٩٨.

الدولة متى كانت محمية بموجب اتفاقية دولية أو ثنائية تكون الدولة طرفاً فيها، وأرباح المشروع المعاد استثمارها^(١٨).

هناك طريقتان - متعارف عليهما - لتحديد رأس المال المستثمر، الأولى: تتحقق بوضع قائمة مفصلة لمفردات رأس المال التي تدخل في المشروع الاستثماري. والثانية: تتمثل في وضع معيارٍ عامٍ لما يعد أموالاً، أي جميع الأصول التي تدخل في المشروع الاستثماري ويكون لها قيمة مادية^(١٩).

وقد أخذ المشرع العماني بالطريقة الثانية في تحديد رأس المال الأجنبي بدلالة المادة (ط / ١) من قانون استثمار رأس المال الأجنبي، الذي يجري نصها بالآتي: "رأس المال الأجنبي المستثمر: جميع أنواع الأصول التي تدخل في المشروع الاستثماري أياً كان نوعها، وتكون لها قيمة مادية، سواء أكانت نقدية أم عينية أم معنوية".

ويحمد المشرع العماني أنه أخذ بالطريقة الثانية من خلال تبنيه معياراً عاماً في تحديد رأس المال الأجنبي المستثمر، وهو مسلك يتفق مع غالبية التشريعات الوطنية المعاصرة الحاكمة للاستثمارات الأجنبية هذا من جانب، ومن جانب آخر فإن المشرع العماني بتبنيه هذا المعيار الموضوعي يكون قد تفادى الإشكاليات العملية التي قد تنشأ من وضعه قائمة محددة لمفردات رأس المال لا تتناغم مع مفردات رأس المال مستقبلاً، ولا تلبّي التصورات الواقعية للأموال، وبالتالي فإن مصطلح رأس المال المستثمر بصياغته العامة يستوعب مشتملات الأصول التي تدخل في المشروع الاستثماري والمنصوص عليها في المادة (٤) من القانون وهي:

(١٨) انظر: د. منصور فرج السعيد، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في ظل قانون الاستثمار الأجنبي الجديد، دراسة قانونية اقتصادية مقارنة، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، السنة السابعة والعشرون، العدد الثالث، سبتمبر ٢٠٠٣م، ص ٢٧٢ وما يليها.

(١٩) من هذه الدول المملكة العربية السعودية حيث ضمنت نظامها الاستثماري في المادة (١) منه تعريف المستثمر الأجنبي بقولها: "بأن الشخص الطبيعي الذي لا يتمتع بالجنسية العربية السعودية أو الشخص الاعتباري الذي لا يتمتع جميع الشركاء فيه بالجنسية العربية السعودية"، ودولة الكويت حيث تنص المادة (١) من قانون الاستثمار الأجنبي على أن المستثمر الأجنبي الطبيعي هو: "الشخص الذي يحمل جنسية غير كويتية".

- أ- **الأموال المادية:** وتشمل بصفة خاصة النقود والأوراق المالية والتجارية، وسواء قام المستثمر الأجنبي بتحويلها من الخارج أو تحصل عليها من مصادر التمويل المحلي في السلطة كالبنوك وشركات التمويل وغيرها.
- ب- **الأموال العينية:** وتشمل بصفة خاصة الآلات والمعدات والتجهيزات وقطع الغيار ووسائل النقل المختلفة والمواد الأولية ومستلزمات الإنتاج ذات الصلة بالاستثمار، وسواء كانت هذه الأموال مجلوبة من الخارج أو كانت محلية التصنيع.
- ج- **الأموال المعنوية:** وتشمل بصفة خاصة حقوق الملكية الفكرية أو الصناعية والعلامات والأسماء التجارية، وبراءات الاختراع، والشهرة والأسرار التجارية والعمليات التقنية والتصاميم الهندسية والتكنولوجية.
- د- **الأموال السائلة:** وتشمل أرباح الاستثمار الأجنبي متى تم استخدامها في زيادة رأس المال أو توسعة مشاريع قائمة، أو في إقامة مشروعات جديدة.

الفرع الثالث

تعريف المستثمر الأجنبي

يعد تعريف المستثمر الأجنبي ذات أهمية لا يقل عن تعريف الاستثمار الأجنبي المباشر؛ لذا حرصت معظم الدول تضمين قوانينها الناظمة للاستثمار تعريفه من جانب، وتحديد جنسيته من جانب آخر^(٢٠).

وعلى مستوى سلطنة عمان، فقد حرصت على تضمين قانون استثمار رأس المال الأجنبي الجديد تعريف المستثمر الأجنبي في المادة (ح/١) بقولها: "المستثمر الأجنبي كل شخص طبيعي أو اعتباري غير عماني يؤسس مشروعاً استثمارياً في السلطنة"^(٢١).

^(٢٠) الجدير بالذكر أن قانون استثمار رأس المال الأجنبي الملغى قد خلا من تعريف المستثمر الأجنبي.

^(٢١) تنص المادة (٤٨) من قانون المعاملات المدنية العماني رقم (٢٩) لسنة ٢٠١٣م على أن الأشخاص الاعتبارية هي: ١- الدولة ووحدها بالشروط والأوضاع التي يحددها القانون. ٢- الهيئات والمؤسسات العامة التي يمنحها القانون شخصية اعتبارية. ٣- الأوقاف. ٤- الشركات التجارية والمدنية وفقاً لما يقرره القانون. ٥- المؤسسات الخاصة والجمعيات المنشأة وفقاً لأحكام القانون. ٦- كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال يمنحها القانون شخصية اعتبارية".

واستناداً ونص هذه المادة فإن المستثمر الأجنبي قد يكون شخصاً طبيعياً (Natural person) وقد يكون شخصاً اعتبارياً (Legal person)^(٢٢).

كما تعد مسألة تحديد جنسية المستثمر أمراً خاصاً تحدده التشريعات الداخلية لكل دولة مضافة للاستثمار، وتثبت الجنسية العمانية للشخص الطبيعي في خمس حالات جمعتها المادة (١١) من قانون الجنسية العمانية رقم (٣٨) لسنة ٢٠١٤، حيث يجري نصها بالآتي: "يعتبر عمانياً بصفة أصلية: ١- من ولد في عمان أو خارجها من أب عماني. ٢- من ولد في عمان أو خارجها من أم عمانية وكان أبوه عمانياً، وأصبح بلا جنسية. ٣- من ولد في عمان أو خارجها من أم أجنبية، وكان أبوه عمانياً بصفة أصلية، وأصبح بلا جنسية، شريطة أن يكون زواج أبويه قد تم بالموافقة المسبقة من الوزارة. ٤- من ولد في عمان أو خارجها من أم عمانية، ولم يثبت نسبه شرعاً لأب. ٥- من ولد في عمان من أبوين مجهولين"^(٢٣).

وعلى الرغم أن المشرع العماني لا يجيز الجمع بين الجنسية العمانية، وأي جنسية أخرى كأصل^(٢٤)، إلا أنه يؤخذ عليه أنه لم يعالج بنص صريح الحالة التي يسمح للشخص بمرسوم سلطاني - كاستثناء من هذا الأصل - تمتعه بجنسية أخرى بالإضافة إلى الجنسية العمانية، مما يعني تعدد جنسية المستثمر الشخص الطبيعي، ومع هذا نرى لو كان هناك مستثمر يحمل الجنسية العمانية وجنسية دولة أخرى فإنه لا يمكن له أن يستفيد من قانون الاستثمار العماني على اعتباره يظل عمانياً من وجهة

(٢٢) يلاحظ أن المشرع العماني يأخذ بصفة أصلية في منح الجنسية العمانية بمعيار حق الدم وذلك في أربع حالات تلافياً لمشكلة انعدام الجنسية ويأخذ بصفة استثنائية بمعيار حق الإقليم في حالة واحدة فقط لمن ولد في عمان من أبوين مجهولين. لمزيد من التفاصيل راجع د. سالم الفليتي، محاضرات في القانون الدولي الخاص، لطالبات قسم الحقوق، كلية الزهراء للبنات، مسقط، العام الأكاديمي، ٢٠١٦/٢٠١٧م، ص ٣ وما يليها.

(٢٣) تنص المادة (٥) من قانون الجنسية العماني على أنه: "لا يجوز الجمع بين الجنسية العمانية، وأي جنسية أخرى إلا بمرسوم سلطاني".

(٢٤) انظر: د. زياد أحمد القرشي، مرجع سابق، ص ٢٠٤.

نظر قانون الجنسية العمانية، والتزام السلطنة بمقتضى قانون استثمار رأس المال الأجنبي هو التزام قاصر فقط للمستثمر الأجنبي^(٢٥).

أما فيما يتعلق بجنسية المستثمر الاعتباري، فإن المشرع العماني يأخذ بمعيار دولة التأسيس كمعيار لتحديد جنسية الشخص الاعتباري؛ على اعتبار هذا المعيار يعد أكثر المعايير ثباتاً هذا من جانب، ويمكن تطبيقه بكل سهولة ويسر من جانب آخر^(٢٦).

ومع وجوب أن يتخذ الشخص الاعتباري السلطنة مركزاً رئيسياً له حتى يتمتع بالجنسية العمانية، وبالتالي فإن الشخص الاعتباري يكون شخصاً أجنبياً إذا ما تم تأسيسه خلاف ذلك^(٢٧).

وهذا ما أكدته المادة (١٢) من قانون الشركات التجارية رقم (١٨) لسنة (٢٠١٩م) التي تنص على أنه: "كل شركة تؤسس في السلطنة تكون عمانية الجنسية

^(٢٥) راجع المادة (١٢) من قانون الشركات التجارية العماني رقم (١٨) لسنة ٢٠١٩م، وانظر أيضاً د. محمد عبد الودود أبو عمر، الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر في إطار اتفاقيات الاستثمار الثنائية، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٧م، ص ٧٣ وما بعدها.

^(٢٦) وتظهر أهمية معرفة جنسية الشخص الاعتباري في تحديد القانون الواجب التطبيق عليه، لمزيد من التفصيل انظر د. سالم بن سلام بن حميد الفليتي، محاضرات في القانون التجاري، القسم الثاني، الشركات التجارية، لطالبات قسم العلوم الإدارية والمالية بكلية الزهراء للبنات، مسقط، العام الأكاديمي، ٢٠١٩ / ٢٠٢٠م، ص ٢٢.

^(٢٧) هناك معايير أخرى تبنتها بعض الدول لتحديد جنسية الشخص الاعتباري من هذه المعايير معيار دولة مركز الشخص الاعتباري ويقصد به: الدولة التي يقع فيها المركز الرئيسي للشخص الاعتباري، ومعيار المراقبة ويقصد به: أن جنسية الشخص الاعتباري تمنح على أساس جنسية الأشخاص الذين يملكون أغلبية رأس المال في الشركة أو على أساس الحصص الجوهريّة فيها، لمزيد من التفاصيل انظر:

UNCTAD Series on issues in international investment agreements, SCOPE AND DEFINITION UNITED NATIONS UNCTAD/ ITE/IIT/11 (vol 11) 1999. page 32.

وتتمتع بالمزايا التي يقرها القانون. ويجب أن تتخذ السلطنة مركزاً رئيسياً لها، ولها أن تتخذ فرعاً أو أكثر داخل السلطنة أو خارجها^(٢٨).

المبحث الأول

الضمانات التشريعية المقررة لحماية ملكية المشروع الاستثماري الأجنبي

تمهيد وتقسيم:

تجمع غالبية التشريعات الوطنية وسواء التشريعات الأساسية (الساتير)، أو التشريعات العادية (القوانين) أو التشريعات الفرعية (اللوائح) على تحريم الاعتداء على الملكية الخاصة وسواء أكان الاعتداء عليها من قبل الأفراد أو من جهة الدولة ذاتها^(٢٩)؛ لذا اهتمت القوانين الحاكمة للاستثمارات الأجنبية بمبدأ احترام ملكية المشروع الاستثماري الأجنبي، وقررت له الضمانات التشريعية التي تحمي ملكية مشروعة، ولم تسمح المساس بملكيتها إلا بسبب المنفعة العامة للدولة المضيفة وفي الأحوال المبينة في القانون وبمقابل تعويض عادل^(٣٠).

وسوف نتناول في هذا المبحث الضمانات التشريعية المقررة لحماية ملكية

المشروع الاستثماري الأجنبي، ونقسمه إلى خمسة مطالب:

المطلب الأول: ضمان عدم جواز تأميم المشروع الاستثماري الأجنبي.

المطلب الثاني: ضمان عدم جواز مصادرة المشروع الاستثماري الأجنبي.

المطلب الثالث: ضمان عدم جواز الحجز على أموال المشروع الاستثماري الأجنبي أو تجميدها أو التحفظ عليها أو فرض الحراسة عليها.

المطلب الرابع: ضمان عدم جواز نزع ملكية المشروع الاستثماري الأجنبي.

المطلب الخامس: ضمان حق المستثمر الأجنبي في نقل ملكية مشروعه الاستثماري أو التنازل عنه أو تغيير شكله القانوني.

(٢٨) فمثلاً ينص البند (٦) من المادة (١٤) من النظام الأساسي للدولة بأنه: "الملكية الخاصة مصونة، فلا يمنع أحد من التصرف في ملكه إلا في حدود القانون ولا ينزع عن أحد ملكه إلا بسبب المنفعة العامة وفي الأحوال المبينة في القانون ومقابل تعويض عادل".

(٢٩) راجع د. منصور فرج السعيد، مرجع سابق، ص ٣٠٧.

(٣٠) انظر: د. محمد بن سيف الهاشمي، مرجع سابق، ص ٧٩، هامش ١.



المطلب الأول

ضمان عدم جواز تأميم المشروع الاستثماري الأجنبي

تعددت تعريفات الفقهاء للتأميم (Nationalisation)، حيث عرفه بعض الفقهاء بأنه: "إجراء يتم بموجبه نقل وسائل الانتاج والتبادل من الملكية الخاصة إلى الملكية العامة بواسطة قرار يصدر عن السلطة العامة في الدولة بغرض استغلالها لصالح الشعب في مجموعه"^(٣١).

كما عرفه عدد ثان من الفقهاء بأنه "إجراء لنقل ملكية المشروعات الخاصة من الأشخاص الطبيعيين كانوا أو المعنويين إلى الشعب ممثلاً في الدولة مقابل تعويض عادل"^(٣٢).

كما عرفه جانب ثالث من الفقه بأنه: "عمل من أعمال السيادة تنتقل بمقتضاه وسائل الانتاج والتداول وممارسة أنشطة معينة من الأفراد والهيئات الخاصة إلى الدولة كي يتم استغلالها لخدمة المصلحة الجماعية"^(٣٣).

وفي السياق ذاته عرفت محكمة النقض المصرية التأميم على أنه: "الإجراء الذي يراد به نقل ملكية المشروعات الخاصة إلى ملكية الدولة لتصبح ملكاً للجماعة تحقيقاً لضرورات اجتماعية واقتصادية وذلك مقابل تعويض أصحاب هذه المشروعات عن الحقوق المؤممة"^(٣٤).

من خلال التعريفات السابقة نخلص إلى أنه يفترض في التأميم على ملكية مشروع الاستثمار الأجنبي توافر ثلاثة عناصر هي:

(٣١) راجع د. حازم صلاح الدين عبدالله حسن، مرجع سابق، ص ٢١٤.

(٣٢) محمد رحيم حسب الله الشمري، مرجع سابق، ص ٧٥.

(٣٣) د. هشام خالد، جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري، مزاياه وعيوبه، دراسة تفصيلية مقارنة في الأنظمة القانونية الأجلوسكسونية، واللاتينية والعربية والاتفاقيات الدولية ولوائح مؤسسات التحكيم التجاري الدولي، منشأة المعارف، دون سنة نشر، ص ١١٧.

(٣٤) لمزيد من التفصيل في هذه الجزئية، راجع د. حازم صلاح الدين عبدالله حسن، مرجع سابق، ص ٢١٥.

- ١- يرد التأميم على أموال خاصة عقارية كانت أم منقولة فلا يمكن تصور وروده على أموال عامة، وتنتقل ملكية هذه الأموال من المستثمر الأجنبي لتكون ملكاً للدولة.
- ٢- يهدف التأميم إلى تحقيق النفع العام وصالح المجتمع.
- ٣- التأميم يكون مقابل تعويض عادل.

ويعد التأميم حق للدولة المضيفة كمظهر من مظاهر سيادتها أكده القانون الدولي المعاصر، وسارت عليه بعض التشريعات الوطنية، كوسيلة لتحقيق مصالح الجماعة من جهة أولى، وأن يقترن بتعويض عادل للمستثمرين الأجانب دون تمييز في المعاملة فيما بينهم من جهة ثانية، وإلا تخالف الدولة المضيفة التزاماً تعاقدياً سبق إقراره^(٣٥).

وعلى الرغم من حق الدولة المضيفة للاستثمار، التأميم على المشروعات الأجنبية، وتضمن للمستثمر الأجنبي في حالة رغبتها في -استعمال هذا الحق -العديد من الوسائل والاجراءات المشروعة، إلا أنه مع ذلك يظل التأميم هاجساً مزعجاً يقلق المستثمر الأجنبي بصورة مستمرة يؤدي في نهاية المطاف الهروب بأمواله إلى دولة أخرى تمتلك مناخاً استثمارياً جيداً^(٣٦).

وعلى صعيد التشريعات الوطنية فيما يتعلق بمسألة التأميم، فقد اتخذت ثلاثة مسالك، مسلك أول، حظرت قوانينها التأميم على ملكية المستثمر الأجنبي حظراً مطلقاً كما هو الحال في قانوني الاستثمار المصري واليمني^(٣٧)، ومسلك ثان، حظرت قوانينها - كأصل - التأميم وإجازته في حالات محددة كاستثناء من هذا الأصل، كما هو الحال

(٣٥) محمد رحيم حسب الله الشمري، مرجع سابق، ص ٧٦.

(٣٦) تنص المادة (٨) من قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري رقم (٨) سنة ١٩٩٧م على أنه: "لا يجوز تأميم الشركات والمنشآت أو مصادرتها". وتنص المادة (١٤) من قانون الاستثمار اليمني رقم (١٥) لسنة ٢٠١٠م على أنه: "مع عدم الاخلال بما هو منصوص عليه في الفقرات الأخرى من هذه المادة لا يجوز للحكومة مصادرة أو تأميم أي مشروع أو أي من أصوله".

(٣٧) انظر المادة (١٢/ثالثاً/أ) من قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦م المعدل بالقانون رقم (٣) لسنة ٢٠١٠م والقانون رقم (٥٠) لسنة ٢٠١٥م ويجري نصها بالآتي: "يضمن هذا القانون للمستثمر ما يأتي: عدم المصادرة أو تأميم المشروع الاستثماري باستثناء ما يتم بحكم قضائي بات...".

في قانون الاستثمار العراقي^(٣٨)، ومسلك ثالث لم تتضمن قوانينها ما يفيد عدم جواز التأمين كما هو الحال في القانون الكويتي الجديد رقم (١٦) لسنة ٢٠١٣م^(٣٩). وبمطالعة المرسوم السلطاني رقم (٥٠) لسنة ٢٠١٩م، بشأن إصدار قانون استثمار رأس المال الأجنبي، نجده لم يتضمن نصاً صريحاً يحظر تأمين ملكية المشروع الاستثماري الأجنبي، وبالتالي فهو يسلك مسلك التشريعات التي لم تقرر للمستثمر الأجنبي ضماناً عدم جواز تأمين مشروع^(٤٠).

"وفي اعتقادنا أن المشرع العماني لم يضمن القانون الجديد عدم جواز تأمين المشروعات الأجنبية؛ على اعتبار أن حق التأمين يدخل ضمن نطاق عمل سيادة الدولة على أراضيها، يستتبع ذلك أن استعمال الدولة لهذا الحق يستلزم صدور قانون بالتأمين، تختص بتنظيمه وإجراءاته السلطة التشريعية وحدها دون سواها فهي التي تعين المشروع المؤمم وهي التي تحدد عناصره، وهي التي تحدد إجراءات تنفيذه، كما هي وحدها التي تحدد ضرورات تأمين المشروع مقابل تعويض عادل وسواء أكانت ضرورات اقتصادية أم سياسية أم اجتماعية، وهي بالتالي تحتفظ بهذا الحق لتحقيق المصلحة العامة من جانب، وتحد من استغلال رؤوس الأموال الأجنبية أو إساءة استخدامها في مجالات لا تحقق تنمية شاملة ولا عدالة اجتماعية ناجعة للدولة المضيفة من جانب آخر"^(٤١).

وما يخفف ذلك أن المشرع العماني قرر في المادة (١٤) من النظام الأساسي للدولة حماية الملكية الخاصة بقوله: "الملكية الخاصة مصونة، فلا يمنع أحد من التصرف في ملكه إلا في حدود القانون ولا ينزع عن أحد ملكه إلا بسبب المنفعة العامة

^(٣٨) على عكس مسلك المشرع الكويتي في القانون الملغى رقم (٨) لسنة ٢٠٠١م الذي نص على عدم جواز تأمين أي مشروع أجنبي حيث تنص المادة (٨) منه على أنه: "لا يجوز مصادرة أو تأمين أي مشروع أجنبي مرخص فيه طبقاً لأحكام هذا القانون...".

^(٣٩) وهو المسلك ذاته في قانون استثمار رأس المال الأجنبي الملغى رقم (١٠٢) لسنة ١٩٩٤م.

^(٤٠) انظر: د. سالم بن سلام بن حميد الفليتي، أثر اندماج الشركات على حقوق الدائنين، دراسة تحليلية مقارنة بين القانون العماني، المصري، الأردني، المجلة القانونية، جامعة القاهرة، فرع الخرطوم بالقاهرة، العدد الثامن، نوفمبر، ٢٠٢٠م.

^(٤١) انظر: د. نادية اسماعيل محمد الحلبي، المزايا والضمانات القانونية، للاستثمار الأجنبي، دار الكتب والدراسات العربية، الإسكندرية، ٢٠١٧م، ص ٣٠٣.

وفي الأحوال المبينة في القانون ومقابل تعويض عادل". ومع هذا نوصي المشرع العماني بإدراج نص في قانون استثمار رأس المال الأجنبي بعدم جواز تأميم المشروع الاستثماري إلا للمنفعة العامة وبقانون ومقابل تعويض عادل يقدر وقت تأميمه، ويتم دفعه دون تأخير.

المطلب الثاني

ضمان عدم جواز مصادرة المشروع الاستثماري الأجنبي

تعتبر المصادرة إحدى المخاطر غير التجارية التي تعوق أو تحد من جذب الاستثمارات الأجنبية إلى الدولة المضيفة للاستثمار وخاصة إذا تمت بطريقة تعسفية^(٤٢).

وتعرف المصادرة (Confiscation) بأنها: "إجراء تتخذه السلطة العامة في الدولة وتستولى بمقتضاه على ملكية كل أو بعض الأموال أو الحقوق المالية المملوكة لأحد الأشخاص، وذلك دون أداء أي مقابل"^(٤٣).

وتتميز المصادرة بأنها ذات طابع عقابي، تقع عندما تقوم الدولة المضيفة بأخذ ملكية المستثمر الأجنبي نتيجة ارتكابه جريمة يعاقب عليها القانون بالمصادرة، كما أنها تفرض دون مقابل أو تعويض^(٤٤).

والمصادرة من حيث مشروعيتها نوعان: مصادرة عامة وهي: نزع ملكية أموال المحكوم عليه جملة أو على الجزء الأكبر منها، ونقلها إلى ملكية الدولة المضيفة للاستثمار، وهي غير مشروعة على الصعيدين الدولي والداخلي، ومصادرة خاصة وهي: ترد على شيء بعينه أو على جزء من الذمة المالية للمستثمر، كأن تكون

(٤٢) انظر: هشام على صادق، الحماية القانونية للمال الأجنبي، مع إشارة خاصة للوسائل المقترحة لحماية الأموال العربية في الدول العربية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٢م، ص ٥، وما يليها.

(٤٣) انظر د. زياد أحمد القرشي، مرجع سابق، ص ٢٥٥.

(٤٤) انظر أريج علي حسين فياض الجبير، مرجع سابق، ص ١٥.

الأدوات المستعملة في الجريمة أو ما تحصل منه، وهي مصادرة مشروعة طالما صدرت وفقاً لحكم قضائي بات^(٤٥).

وتعتبر ضمانات عدم جواز مصادرة المشروع الاستثماري الأجنبي إحدى الضمانات التشريعية المقررة للمستثمر الأجنبي على اعتبارها تدور في نطاق المخاطر غير التجارية، ومع أن غالبية التشريعات العربية أقرت هذه الضمانة، إلا أنها اختلفت في تطبيقها وسلكت مسلكين، فبعض التشريعات حظرت المصادرة ولم تورد عليه استثناءات كالقانون السوداني واليميني والمصري^(٤٦)، والبعض الآخر أجازت المصادرة في حالة صدور حكم قضائي بات كالقانون العراقي والقانون السعودي^(٤٧).

وبمطالعة قانون استثمار رأس المال الأجنبي العماني، نجده بجلاء يحظر المصادرة كأصل ويجيزها فقط في حالة مخالفة المستثمر الأجنبي للقانون، ولا تكون إلا بحكم قضائي بات، وفي الأحوال التي حددها القانون، ونشيد في هذا الشأن بموقف المشرع العماني على اعتبار أن المصادرة هي إجراء عقابي تتخذه السلطنة كدولة مضيفة للاستثمار عندما يخالف المستثمر الأجنبي القانون، حماية للمصالح العام، وهذا ما أكدته المادة (٢٣) من القانون التي تنص على أنه: "لا يجوز مصادرة أي مشروع استثماري إلا بحكم قضائي..."^(٤٨).

^(٤٥) المادة (١/١٧) استثمار سوداني، والمادة (٨/أ) استثمار يمني، والمادة (٨) استثمار مصري.

^(٤٦) المادة (١٢) استثمار عراقي والمادة (١١) استثمار سعودي.

^(٤٧) الجدير بالذكر أن المشرع العماني أورد في قانون الجزاء رقم (٧) لسنة ٢٠١٨م، العديد من الجرائم التي تضر بالاقتصاد الوطني منها: الإضرار بنظام الائتمان (م/١٧٥)، الإضرار بالنظام النقدي، والسندات المالية (م/١٤٧)، تفصيلاً في هذه الجرائم وغيرها، راجع د. مسعود بن حميد المعمرى، مرجع سابق، ص ٣٠٦ وما يليها.

^(٤٨) انظر: د. عبدالتواب مبارك، الوجيز في التنفيذ الجبري وفقاً لقانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٩) لسنة ٢٠٠٢م وتعديلاته، الطبعة الأولى، دار النشر العلمي والتواصل، جامعة السلطان قابوس، مسقط، ٢٠١٦م، ص ١٢٢.

المطلب الثالث

ضمان عدم جواز الحجز على أموال المشروع الاستثماري الأجنبي أو تجميدها أو التحفظ عليها أو فرض الحراسة عليها

حظرت الفقرة (٢) من المادة (٢٣) من قانون استثمار رأس المال الأجنبي العماني الحجز على أموال المشروع الاستثماري الأجنبي أو تجميدها أو التحفظ عليها أو فرض الحراسة عليها إلا بحكم قضائي.

ويعتبر الحجز، أو التحفظ أو فرض الحراسة على أموال المشروع الاستثماري الأجنبي، من أخطر الإجراءات وأشدّها التي يتعرض لها المشروع في أقاليم الدول المضيفة للاستثمارات الأجنبية؛ لأنها تنتقص من حقوق الملكية الخاصة بصفة عامة وحقوق المستثمر الأجنبي بصفة خاصة.

وتعددت تعريفات الفقه للحجز، فمنهم من يعرفه بأنه: "وضع مال معين تحت يد القضاء لمنع صاحبه من القيام بأي عمل مادي أو قانوني يؤدي إلى إخراج هذا المال أو ثماره من الضمان العام للدائنين"^(٤٩).

والحجز نوعان: نوع يقتصر على مجرد التحفظ على المال، أي وضع المال تحت يد القضاء تقادياً لخطر عدم تمكن الدائن من استيفاء حقه خشية تهريب المدين لأمواله بإخفائها أو التصرف فيها، وهو ما يطلق عليه "الحجز التحفظي"، ونوع ثان، يهدف إلى وضع المال المحجوز أي المتحفظ عليه تمهيداً لبيعه وهو ما يسمى "بالحجز التنفيذي"^(٥٠)، أما فيما يتعلق بالحراسة (Sequester) فيقصد بها "وضع مال يقوم

^(٤٩) لمزيد من التفاصيل عن أنواع الحجز وطرقها، انظر الباب الثاني من قانون الاجراءات المدنية والتجارية رقم (٢٩) لسنة ٢٠٠٢م وتعديلاته، وتحديدًا من المادة (٣٦٦) وحتى المادة (٤١٠).
^(٥٠) انظر: د. عبدالرازق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المجلد الأول، العقود الواردة على العمل و المقاوله والوكالة والوديعة والحراسة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤م، ص ٧٣٩.

في شأنه نزاع أو يكون الحق فيه غير ثابت، ويتهده خطر عاجل، في يد أمين يتكفل بحفظه وإدارته ورده مع تقديم حساب عنه إلى من يثبت له الحق فيه^(٥١).
ويوضع المال تحت الحراسة إما بإتفاق الطرفين المتنازعين فتكون حراسة اتفاقية، وإما بحكم القضاء فتكون عندها حراسة قضائية.

ونخلص مما تقدم أن المشرع العماني في قانون استثمار رأس المال الأجنبي رقم (٥٠) لسنة ٢٠١٩ أضاف للمشروع الاستثماري الأجنبي بعدا اقتصادياً آخر^(٥٢)، من خلال منحه ضمانات عدم جواز الحجز على أموال المشروع، أو التحفظ عليها أو فرض الحراسة عليها إلا بحكم قضائي بات، وهذا هو الأصل، واستثناء من هذا الأصل يجوز وفي حالة واحدة فقط الحجز أو التحفظ أو فرض الحراسة على أموال المشروع الأجنبي متى كان مشغول بديون ضريبية مستحقة للدولة، وهو استثناء لا ينتقض من نطاق ومضمون هذه الضمانات التشريعية، وبالتالي يستلزم الأمر عدم التوسع في هذا الاستثناء تطبيقاً للقاعدة الأصولية أن الاستثناء لا يجوز التوسع فيه ولا القياس عليه.

وبالتالي فإن أي قرار - عدا الأحكام القضائية الباتة وعا القرارات الإدارية المتعلقة بالديون الضريبية المستحقة للدولة - تصدر بالحجز على أموال المشروع الاستثماري أو بتجميدها أو التحفظ عليها أو فرض الحراسة عليها يعد قراراً باطلاً بطلاناً مطلقاً لا يرتب أي أثر؛ لمخالفته قاعدة آمرة، وهذا كله تجسيدا للبند (٣) من المادة (١٤) من

(٥١) وهذا الأمر بخلاف قانون استثمار رأس المال الأجنبي الملغى، حيث لم يتضمن نصاً صريحاً لهذه الضمانات التشريعية المهمة.

(٥٢) تنص المادة (٤) من قانون تبسيط إجراءات التقاضي في شأن بعض المنازعات على أنه: "تختص الدائرة الابتدائية دون غيرها بالفصل في جميع المنازعات المنصوص عليها في المادة (١) من هذا القانون أيأ كانت قيمتها كما تختص بالأمر بالإجراءات الوقتية والتحفظية وبإصدار الأوامر على العرائض وأوامر الأداء في موعد أقصاه (٤٨) ثمان وأربعون ساعة من تاريخ تقديم الطلب." لمزيد من التفاصيل انظر د. عباس محمد طه الصديق التعليق على قانون تبسيط إجراءات التقاضي الصادر بالمرسوم السلطاني ٢٠٢٠/١٢٥م، جامعة السلطان قابوس، كلية الحقوق، ٢٠٢٠م، ص ٧.

النظام الأساسي للدولة والذي يجري نصه على أنه: "تشجع الدولة الاستثمار وتعمل على توفير الضمانات والتسهيلات اللازمة له".

وبمطالعة قانون تبسيط إجراءات التقاضي في شأن بعض المنازعات، الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (١٢٥) لسنة ٢٠٢٠م، نجده يولي المنازعات التجارية للمشروع الاستثماري الخاضع لقانون رأس المال الأجنبي اهتماماً ملحوظاً، بدلالة أن هذه المنازعات جاءت في مقدمة الدعاوى التي يتناولها هذه القانون، ومع هذا يؤخذ على المشرع العماني استناداً للمادة (٤) من القانون، انه منح الدائرة الابتدائية المستحدثة سلطة اصدار الأمر بالإجراءات الوقتية والتحفظية خلال ثمان وأربعون ساعة في جميع المنازعات المنصوص عليها في المادة (١) من القانون أياً كانت قيمتها، مما يعني أنه إلى حد ما يجرى المشروعات الاستثمارية الخاضعة لقانون استثمار رأس المال الأجنبي من ضمانات عدم جواز الحجز على أموال المشروع أو التحفظ عليها المقرر بموجب الفقرة (١) من المادة (٢٣) من قانون استثمار رأس المال الأجنبي الجديد^(٥٣).

عليه نوصي المشرع العماني التخلي عن موقفه هذا، وإعادة صياغة المادة (٤) من القانون بما ينسجم والفقرة (١) من المادة (٢٣) من قانون استثمار رأس المال الأجنبي الجديد. ونقترح الصياغة التالية: "تختص الدائرة الابتدائية دون غيرها بالفصل في جميع المنازعات المنصوص عليها في المادة (١) من هذا القانون أياً كانت قيمتها. كما تختص بالأمر بالإجراءات الوقتية والتحفظية وبإصدار الأوامر على العرائض، وأوامر الأداء في جميع المنازعات - عدا المنازعات التجارية للمشروع الاستثماري الخاضع لقانون استثمار رأس المال الأجنبي - في موعد اقصاه (٤٨) ثمان واربعون ساعة من تاريخ تقديم الطلب...".

(٥٣) المادة (٧٩٨) من قانون المعاملات المدنية العماني رقم (٢٩) لسنة ٢٠١٣م.

المطلب الرابع

ضمان عدم جواز نزع ملكية المشروع الاستثماري الأجنبي

حق الملكية هو: "سلطة المالك في أن يستعمل الشيء المملوك له وأن يستغله وأن يتصرف فيه بجميع التصرفات الجائزة شرعاً"^(٥٤).

ويأتي خطر نزع الملكية في مقدمة المخاطر غير التجارية التي يتعرض لها المستثمر الأجنبي، خاصة في الدول التي تنفق إلى الاستقرار بجوانبه الثلاثة، السياسي والاقتصادي والأمني على السواء^(٥٥).

ونزع الملكية هو إجراء بموجبه تجبر الإدارة شخصاً على التنازل لها عن ملكية عقارية لغرض المنفعة العامة، مقابل تعويض عادل^(٥٦).

وغالبية التشريعات تحظر الاعتداء على الملكية الخاصة، وسواء صدر الاعتداء من قبل الأفراد أو الدولة المضيفة؛ على اعتبار حق الملكية حق جامع مانع دائم لا يجوز الاعتداء عليه أو الانتقاص منه وسواء في استعماله أو التصرف فيه، طالما يدور هذا الاستعمال وذلك التصرف في دائرة الاستعمال والتصرفات الجائزة شرعاً وقانوناً^(٥٧)، إلا إذا كان بسبب المنفعة العامة ومقابل تعويض عادل. من هذه التشريعات قانون تشجيع الاستثمار الأردني رقم (١٧) لسنة ١٩٩٥م حيث تنص المادة (٢٥) منه على أنه: "لا يجوز نزع ملكية أي مشروع أو إخضاعه لأي إجراءات تؤدي إلى ذلك إلا باستملاكه لمقتضيات المصلحة العامة شريطة دفع التعويض العادل

(٥٤) انظر: محمد رحيم حسب الله الشمري، مرجع سابق، ص ٨٤.

(٥٥) وقد عرفته محكمة النقض المصرية بأنه: "حرمان مالك العقار من ملكه جبراً عنه للمنفعة العامة مقابل تعويضه عن ماله من الضرر بسبب هذا الحرمان" للمزيد راجع نقض مدين مصري في الطعن رقم (٣٨) للسنة الثالثة، بجلسة ١١/٢٣/١٩٣٣م، مشار إليه في بحث د. حازم صلاح الدين عبدالله حسن، مرجع سابق، ص ٢٠١٩، هامش ٦٦.

(٥٦) انظر: د. منصور فرج السعيد، مرجع سابق، ص ٣٠٧.

(٥٧) انظر: د. حازم صلاح الدين عبدالله حسن، مرجع سابق، ص ٢٢٢. ود. نادية اسماعيل محمد الجبلي، مرجع سابق، ص ٢٩٠ وما يليها.

للمستثمر، ويدفع التعويض للمستثمر غير الأردني في هذه الحالة بعملة قابلة للتحويل".
ومثله في قوانين الاستثمارات العربية حيث تنص المادة (١٧/١) من قانون الاستثمار
السوداني على أنه: "يتمتع المستثمر بالضمانات الآتية: أ- عدم تأميم أو مصادرة
مشروعه أو نزع ملكية عقارات مشروعه كلياً أو بعضها أو استثماراته للمنفعة العامة إلا
بقانون ومقابل تعويض عادل".

والأمر ذاته في تشريعات الاستثمار لدول مجلس التعاون الخليجي، ففي قانون
الاستثمار الكويتي الجديد رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٣. تنص المادة (١٩) منه على أنه:
"لا يجوز مصادرة أي كيان استثماري مرخص فيه طبقاً لأحكام هذا القانون، أو نزع
ملكيته إلا للمنفعة العامة طبقاً للقوانين المعمول بها ومقابل يعادل القيمة الاقتصادية
الحقيقية للمشروع المنزوعة ملكيته وقت نزع الملكية، وتقدر وفقاً للوضع الاقتصادي
السابق على أي تهديد بنزع الملكية، ويدفع التعويض المستحق فور اتخاذ القرار المشار
إليه".

كما ينص نظام الاستثمار السعودي في المادة (١١) منه على أنه: " لا يجوز
مصادرة الاستثمارات التابعة للمستثمر الأجنبي كلياً أو جزءاً إلا بحكم قضائي، كما لا
يجوز نزع ملكيتها كلياً أو جزءاً إلا للمصلحة العامة مقابل تعويض عادل وفقاً
للأنظمة." ويسلك قانون الاستثمار القطري المسلك ذاته، فتتص المادة (٨) منه على
أنه: "١- لا تخضع الاستثمارات الأجنبية، سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة لنزع
الملكية أو لأي إجراء ذي أثر مماثل، ما لم يكن ذلك للمنفعة العامة، وبطريقة غير
تمييزية، ولقاء تعويض سريع ومناسب وفقاً للإجراءات القانونية والمبادئ العامة
المنصوص عليها في الفقرة (٢) من هذه المادة. ٢- يكون التعويض معادلاً للقيمة
الاقتصادية الحقيقية للاستثمار المنزوع ملكيته وقت نزع الملكية أو الإعلان عنه،
ويقدر وفقاً لوضع اقتصادي عادي وسابق على أي تهديد بنزع الملكية، ويدفع التعويض
المستحق دون تأخير...".

وعلى مستوى التشريع العماني نجده بجلاء يقر - كأصل - ضمانات للمستثمر الأجنبي ويحظر نزع ملكية مشروعه الاستثماري بنصوص صريحة، ابتداء من النظام الأساسي للدولة، حيث تنص المادة (١٤) من البند (٦) منه على أنه: "الملكية الخاصة مصونة، فلا يمنع أحد من التصرف في ملكه إلا في حدود القانون، ولا ينزع عن أحد ملكه إلا بسبب المنفعة العامة وفي الأحوال المبينة في القانون، ومقابل تعويض عادل". ولم يكتف المشرع العماني بتقديم الضمانات التشريعية لحماية المشروع الاستثماري من إجراءات نزع ملكية المشروع بسبب المنفعة العامة من خلال وضع قواعد عامة تنظم تلك الضمانات بالنص عليها في النظام الأساسي للدولة بل أنه سعى إلى تأكيد إقرارها في نصوص قانون استثمار رأس المال الأجنبي الجديد بما يعزز حمايتها من خلال بيان نطاق حق الدولة في نزع ملكية المشروع، بحيث يكون بسبب النفع العام أي المصلحة العامة، وأن يتم ممارسة هذا الحق وفقاً للقانون، وأن يكون حق الدولة في نزع الملكية يقابله تعويض عادل للمستثمر يقدر وقت نزع الملكية، وأن يتم دفع قيمة التعويض المستحق دون تأخير. وهذا ما عبرت عنه المادة (٢٤) من القانون التي تنص على أنه: "لا يجوز نزع ملكية المشروع الاستثماري إلا للمنفعة العامة طبقاً لقانون نزع الملكية للمنفعة العامة، ومقابل تعويض عادل يقدر وقت نزع الملكية، ويجب دفع التعويض المستحق دون تأخير....".

ونخلص مما سبق أن المشرع العماني أحاط إجراء نزع ملكية المشروع الاستثمار الأجنبي بالعديد من الضمانات لحماية أموال المستثمر الأجنبي من جانب، والحد من تعسف أو تجاوز الإدارة في استخدام سلطتها عند قيامها بهذا الإجراء من منظور مبدأ سيادتها على إقليمها من جانب آخر. وبالتالي فإن ممارسة هذا الحق تتطلب توافر شروط ثلاثة هي^(٥٨):

^(٥٨) وهذا ما أشارت إليه القواعد الإرشادية بشأن معاملة الاستثمار الأجنبي المباشر المعدة من قبل

البنك الدولي لعام ١٩٩٣م، ولمزيد من التفصيل انظر:

World Bank "Legal Framework for the treatment of Foreign investment" (Vol.11:1992). The text is reproduced in 31 International Legal Materials, 1992, p. 1363. Guideline IV. Section 1.

١- شرط المصلحة العامة: فلكي يكون الإجراء التي تتخذها الدولة لنزع ملكية المشروع الاستثماري صحيحاً يجب أن يكون الباعث على اتخاذه تحقيق المصلحة العامة دون سواها فإن خرج الباعث عن هذا الإطار كان الإجراء فاسداً يستوجب بطلانه.

٢- شرط المساواة وعدم التمييز: أي أن يدور إجراء نزع الملكية في إطار مبدأ المعاملة الوطنية، فلا يجوز الاختلاف في المعاملة بين المواطنين والأجانب تجسيدا لمبدأ عدم التمييز.

٣- شرط التعويض: يتعين على الدولة المضيفة للاستثمار، الالتزام بتعويض المستثمر الأجنبي عندما تقوم بنزع ملكية مشروعه الاستثماري تجسيدا للفقرة الراجح في القانون الدولي المعاصر الذي يلزم الدولة بتعويض المستثمر الأجنبي بسبب اخلالها بالالتزام في حماية الحقوق المكتسبة للأجنبي، وحماية أمواله وممتلكاته. وهذا التعويض يجب أن يكون عادلاً كافياً تم تقديره على أساس القيمة السوقية العادلة عند وقت نزع الملكية ودون تأخير^(٥٩).

كما أن المشرع العماني استناداً ونص الفقرة الأخيرة من المادة (٢٤) من قانون استثمار رأس المال الأجنبي النافذ لا يجيز إنهاء عقدي الانتفاع والإيجار في حالة قيام الدولة بتخصيص الأراضي والعقارات للمشروع الاستثماري الأجنبي إلا في الأحوال المقررة في القانون أو بحكم قضائي. وقد عدت المادة (٢٣) من اللائحة التنفيذية لقانون استثمار رأس المال الأجنبي الصادرة بالقرار الوزاري رقم (٧٢) لسنة ٢٠٢٠م الحالات التي تجيز للجهة المختصة إنهاء عقدي الإيجار أو الانتفاع بالأراضي أو العقارات المخصصة للمشروع الاستثماري وذلك بعد موافقة السلطة المختصة ويجري

^(٥٩) يعد تخصيص الأراضي والعقارات اللازمة للمشروع الاستثماري بطريق الإيجار أو بمنح حق الانتفاع بها في مقدمة الحوافز التي تمنحها السلطنة للمستثمر الأجنبي خاصة إذا ما علمنا أن مدة الإيجار أو الانتفاع بالأراضي أو العقارات طويلة جداً، (٥٠) خمسين عاماً قابلة للتجديد. في هذا السياق راجع المادة (٣٠) من اللائحة التنفيذية لقانون استثمار رأس المال الأجنبي.

نصها بالآتي: "لا يجوز للجهة المختصة بالتأجير أو بمنح حق الانتفاع إنهاء عقدي الإيجار أو الانتفاع بالأراضي المخصصة للمشروع الاستثماري إلا بعد موافقة السلطة المختصة وتحقق إحدى الحالات الآتية:

- ١- امتناع المستثمر الأجنبي عن تسلم الأرض أو العقار خلال (٣٠) ثلاثين يوماً من تاريخ إخطاره بذلك.
- ٢- عدم البدء في إقامة المشروع الاستثماري أو تشغيله فعلياً خلال عام من تاريخ تسلم الأرض أو العقار والتراخيص اللازمة لهما.
- ٣- تغيير الغرض الذي من أجله تم تخصيص الأرض أو العقار دون موافقة السلطة المختصة أو الجهة المختصة بالتأجير أو بمنح حق الانتفاع.
- ٤- الامتناع عن سداد القيمة الإيجاري أو مقابل حق الانتفاع في المواعيد المقررة.
- ٥- مخالفة شروط عقدي الإيجار أو الانتفاع وعدم إزالة أسباب المخالفة بعد إخطار المستثمر الأجنبي بذلك. وفي جميع الأحوال يجب أن يكون قرار الإنهاء مسبباً، على أن يتم إخطار المستثمر الأجنبي به خلال مدة لا تزيد على (١٥) خمسة عشر يوماً من تاريخ صدوره^(٦٠).

المطلب الخامس

ضمان حق المستثمر الأجنبي في نقل ملكية مشروعه الاستثماري أو التنازل عنه أو تغيير شكله القانوني

تنص المادة (٢٧) من قانون استثمار رأس المال الأجنبي العماني على أنه: "يجوز للمستثمر الأجنبي - وفقاً للقوانين المعمول بها في السلطنة - نقل ملكية

^(٦٠) تنص المادة (١٨) من القانون على أنه: "يتمتع المشروع الاستثماري بجميع المزايا والحوافز والضمانات التي يتمتع بها المشروع الوطني وفقاً للقوانين المعمول بها في السلطنة، ويجوز بقرار من مجلس الوزراء بناء على توصية الوزير تقرير معاملة تفضيلية للمستثمر الأجنبي تطبيقاً لمبدأ المعاملة بالمثل. كما يجوز بقرار من مجلس الوزراء منح مجموعة مزايا إضافية لمشاريع الاستثمار الأجنبي التي تؤسس في المناطق الأقل نمواً في السلطنة".

المشروع الاستثماري كلياً أو جزئياً إلى مستثمر أجنبي آخر، أو عماني، أو التنازل عنه لشريكه في حالة المشاركة أو الاندماج، أو الاستحواذ، أو تغيير الشكل القانوني، وفي هذه الحالات تستمر معاملة المشروع الاستثماري طبقاً لأحكام هذا القانون، على أن يواصل المستثمر الجديد العمل في المشروع الاستثماري، ويحل محل المستثمر السابق في الحقوق والالتزامات...".

رجوعاً إلى المادة (٢٧) من هذا القانون، يفهم أن المشرع العماني يعامل المستثمر الأجنبي معاملة المواطن في مجال الحقوق والالتزامات المتعلقة بالاستثمار، وسواء أكان المستثمر الأجنبي شخصاً طبيعياً أو معنوياً، فالمشروع الاستثماري الأجنبي يتمتع بجميع الحوافز والمزايا التي يتمتع بها المشروع الوطني وفقاً للقوانين المعمول بها في السلطنة، وفوق ذلك يجوز تقرير معاملة تفضيله له تطبيقاً لمبدأ المعاملة بالمثل^(١١).

وبالتالي فإن المشرع العماني طبقاً للنص السابق يضمن للمستثمر الأجنبي نقل ملكية مشروعه الاستثماري كلياً أو جزئياً إلى مستثمر أجنبي آخر أو عماني مع مراعاة المادة (٦) من القانون ذاته. كما يجيز المشرع له التنازل عن حصته في حالة كان الأجنبي مساهماً في المشروع الاستثماري أي شريكاً للمتنازل له.

(١١) يعرف الاندماج (Merger) بأنه: "عقد بين شركتين أو أكثر يتم بمقتضاه إما ضم شركة أو أكثر في شركة واحدة، بحيث يؤدي هذا الضم إلى انقضاء الشركة المضمومة، بانتقال جميع حقوقها وديونها أصولاً وخصوماً إلى الشركة الضامة، أو أن يتم مزج شركتين أو أكثر لتكوين شركة جديدة تهدف إلى تجميع الجهود للاستفادة إلى أقصى حد ممكن من الاستثمارات اللازمة للمنافسة التجارية"، أما الاستحواذ (Acquisitions) فيعرف بأنه السيطرة المالية والأدوية لإحدى الشركات على النشاط التجاري لشركة أخرى وتحقق أما بشراء الأسهم كاملة أو شراء جزء كبير من هذه الأسهم بحيث تصبح الشركة المستحوذة مخولة قانونياً بتعيين مجلس الإدارة في الشركة المستحوذ عليها مما يعني التبعية الإدارية والمالية للشركة الأم وتعني هذه الأخيرة:

parent company means the enterprise holding at least so % of the capital of the company.

أما تغيير الشكل القانوني للمشروع الاستثماري فيعني: تحول المشروع الاستثماري من الشكل الذي اتخذته أول مرة عند تأسيسه إلى شكل قانوني آخر من غير أن تتقضي شخصيته الاعتبارية. انظر في هذه التعريفات د. سالم بن سلام بن حميد الفليتي، أثر اندماج الشركات على حقوق الدائنين، مرجع سابق، ص ١٧ وما يليها.

وفوق ذلك فإن المشرع العماني منح المستثمر الأجنبي مكنة نقل ملكية مشروعه الاستثماري إلى مستثمر أجنبي أو عماني في حالة الاندماج، أو الاستحواذ أو في حالة تغيير الشكل القانوني للمشروع الاستثماري^(٦٢).

وفي جميع هذه الحالات تستمر معاملة المشروع الاستثماري كما هي دون تأثير، ويحتفظ المشروع الاستثماري بشخصيته الاعتبارية، ويحل المستثمر الجديد (الخلف) محل المستثمر السابق (السلف) في جميع الحقوق والالتزامات، أي يخلفه خلافة عامة في كل ما للمشروع الاستثماري من حقوق وما عليه من التزامات^(٦٣).

المبحث الثاني

الضمانات التشريعية المقررة لحماية نشاط المشروع الاستثماري الأجنبي

تمهيد وتقسيم:

تسعى سلطنة عمان إلى جذب الاستثمار الأجنبي ونجدها تعمل على توفير مناخ استثماري محفز ومشجع للمستثمر الأجنبي، من خلال منحه جملة من الضمانات التشريعية من المخاطر غير التجارية، منها ما يخص ملكية المشروع الاستثماري ذاته والتي سبق وتناولناها شرحاً في المبحث الثاني من هذه الدراسة، ونستكمل في هذا المبحث الضمانات التشريعية ضد المخاطر غير التجارية التي تواجه نشاط المشروع الاستثماري الأجنبي، وسنتناولها تباعاً وبالترتيب الوارد في القانون، وعليه نقسم هذا المبحث إلى خمسة مطالب هي:

(٦٢) المرجع السابق، ص ٥٩.

(٦٣) حق الدولة في سن قوانين جديدة أو تعديل قوانينها النافذة، حق لا يمكن لأحد أن يتصور تخلي الدولة عنه؛ على اعتباره تجسيدا لمبدأ سيادة الدولة على إقليمها. انظر د. حازم صلاح الدين عبدالله حسن، مرجع سابق، ص ٢٢١.

- المطلب الأول: ضمان الاستقرار التشريعي.
- المطلب الثاني: ضمان عدم جواز إفشاء سرية معلومات المشروع الاستثماري الأجنبي.
- المطلب الثالث: ضمان المساواة بين المشروع الاستثماري الأجنبي والمشروع الوطني.
- المطلب الرابع: ضمان عدم جواز وقف أو إلغاء الموافقة أو الترخيص أو التصريح الصادر للمشروع الاستثماري الأجنبي.
- المطلب الخامس: ضمان حرية المستثمر الأجنبي القيام بالتحويلات الخاصة بالمشروعة الاستثماري الأجنبي.

المطلب الأول

ضمان الاستقرار التشريعي

تتعدد الضمانات التي تقرها قوانين الاستثمار في مختلف الدول؛ لاستقطاب رؤوس الأموال الأجنبية، إلا أن المستثمر الأجنبي يرى أن هذه الضمانات غير كافية خاصة وأن اكتمال العلاقة التعاقدية بينه وبين الدولة المضيفة تستغرق سنوات طويلة، قد تلجأ الدولة في أحيان إلى سن تشريعات جديدة نازمة للاستثمار الأجنبي أو تعديل تلك التشريعات، مما قد يؤدي إلى الانتقاص من تلك الضمانات الممنوحة للمشروعات الاستثمارية من جانب أو يؤدي إلى خلق أعباء جديدة تنقل كاهن المستثمر الأجنبي^(٦٤).

(٦٤) انظر: د. لعماري وليد، الاستقرار القانوني وأثره على الاستثمار الأجنبي، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، مايو ٢٠١٩م، ص ٧.

ويعرف الفقه الاستقرار التشريعي بأنه: "عمل يقتضي تحقيق اليقين في القوانين والتوازن بين استقرار القانون الحالي، وضرورة تطوير هذا القانون لمسايرة الأوضاع الجديدة، بما يضمن استقرار الحقوق والمراكز القانونية المكتسبة"^(٦٥).

ويعرفه آخرون بأنه: "تلك النصوص التشريعية الواردة في صلب قانون الدولة التي ستدخل طرفاً في عقد أو اتفاق دولي مع شخص أجنبي، بمقتضاه تتعهد الدولة في مواجهة هذا الأخير بالأخير ألا تعدل أو تلغي قانونها الذي هو واجب التطبيق على العقد"^(٦٦).

ويجد مبدأ الاستقرار التشريعي مرجعه - كما يرى بعض الفقه - في مبادئ ثلاثة، "مبدأ الحقوق المكتسبة"، ومبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"^(٦٧)، ومبدأ "عدم رجعية القوانين"^(٦٨)، وتدرك مختلف الدول أهمية استقرار التشريع وأنه عامل رئيسي في جذب الاستثمار الأجنبي؛ على اعتبار أن المستثمر يجعل ثبات التشريع واستقراره في مقدمة الضمانات التشريعية التي تقدمها الدولة المضيفة وإنها تتماشى مع مصالحه.

لذلك تحرص الدول - في تشريعاتها الناظمة للاستثمار - على طمأنة المستثمر الأجنبي باستقرار نظامها القانوني، بحيث لا تسري أحكام قوانينها إلا على ما يقع من

(٦٥) انظر: د. أحمد عبدالكريم سلامة، شروط الثبات التشريعية في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، الجمعية المصرية للقانون الدولي، المجلد الثالث والأربعون، ١٩٨٧م، ص ٧٠، مشار إليه في بحث د. حازم صلاح الدين عبدالله حسن، مرجع سابق، ص ٢٣١.

(٦٦) وفي هذه الشأن تقرر المحكمة العليا العمانية هذا المبدأ بقولها: "العقد شريعة المتعاقدين ويقوم مقام القانون في تنظيم العلاقة بين المتعاقدين، شرطه أن ينشأ العقد صحيحاً، عدم جواز نقضه أو تعديله إلا باتفاق طرفيه أو لأسباب قانونية، ليس للقاضي أن ينقض عقداً أو يعدله بدعوى ما تقتضيه العدالة. عدم قانونية الانحراف عن عبارات العقد الواضحة" مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر المدنية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها في الفترة من ٢٠٠٦/١٠/١م وحتى ٢٠٠٧/٦/٢١م، السنة القضائية السابعة، ص ١١٦٣ وما يليها.

(٦٧) ويقصد به عدم سريان القانون الجديد على ما تم قبل نفاذه من تصرفات ووقائع قانونية، بل تكون هذه التصرفات وتلك الوقائع محكومة بالقانون القديم. وهذا المبدأ - في حقيقته - يشكل ما يعرف باستقرار المراكز القانونية القائمة، على اعتبار أن الأصل هو "عدم رجعية القوانين" والاستثناء هو الرجعية وفي حدود ضيقة. لمزيد من التفصيل راجع د. سالم بن سلام بن حميد الفليتي، مفهوم ومظاهر الأمن القانوني في التشريع العماني، مقال منشور في جريدة الوطن العمانية، الملحق الاقتصادي، زاوية القانون والناس، العدد ١٣٠٢، بتاريخ ٢٠١٩/٥/٨م.

(٦٨) المرجع السابق، الموضوع ذاته.

تاريخ العمل بها، ولا يترتب عليها أي أثر فيما تم قبل هذا التاريخ، واستبعاد التعديلات اللاحقة التي قد تطرأ على هذه القوانين مستقبلاً وتؤدي إلى الانقصاص من الضمانات الممنوحة للمشروع الاستثماري الأجنبي الذي تم تكوينه في ظل القانون الملغى^(٦٩). وقد نص قانون الاستثمار العراقي في المادة (١٣) منه على أنه: "أي تعديل لهذا القانون لا يترتب عليه أي أثر رجعي يمس الضمانات والإعفاءات والحقوق المقررة بموجبه".

كما تم تقرير مبدأ الاستقرار القانوني في الجزائر بموجب نص قانوني في المادة (٣٩) من المرسوم التشريعي رقم ٩٣-١٢ والتي يجري نصها على أنه: "لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا المرسوم التشريعي إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة".

وعلى مستوى التشريع العماني، نجد أن المشرع يقرر ضمانات الاستقرار في القوانين ابتداءً من النظام الأساسي للدولة، حيث تنص المادة (٩٢) منه على أنه: "لا تسري أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبل هذا التاريخ، إلا إذا نص فيها على خلاف ذلك، ولا يشمل هذا الاستثناء القوانين الجزائية وقوانين الضرائب والرسوم"^(٧٠).

ويأتي المرسوم السلطاني رقم (٥٠) لسنة ٢٠١٩م بشأن إصدار قانون استثمار رأس المال الأجنبي ويجسد هذا المبدأ في المادة (٣) منه بقوله: "تستمر المزايا والحوافز والضمانات الممنوحة للمشروعات الاستثمارية القائمة وقت العمل بالقانون المرفق إلى أن تنتهي المدة الخاصة بها، وذلك وفقاً للقوانين والاتفاقيات المستمدة منها". وجاءت المادة (٢) من القانون ذاته لتؤكد على ذلك، حيث تنص على أنه: "لا تخل أحكام هذا

(٦٩) وهو المسلك ذاته في النظام الأساسي الملغى رقم (١٠١) لسنة ١٩٩٦م والمعدل برقم (٩٩) لسنة ٢٠١١م.

(٧٠) الجدير بالذكر أن قانون استثمار رأس المال الأجنبي الملغى خلا من هذا المبدأ، مكتفياً فقط بالنص على استمرار مشروعات الاستثمار القائمة وقت صدوره إلى نهاية مدة الترخيص بها، وذلك بدلالة المادة (٢) من المرسوم السلطاني رقم (١٠٢) لسنة ١٩٩٤م.

القانون بأحكام المرسوم السلطاني الخاص بالأحكام المنظمة للاستثمار الخليجي، وبالمراسيم السلطانية المتعلقة بالمنطقة الاقتصادية الخاصة بالدقم، والمؤسسة العامة للمناطق الصناعية، والمناطق الحرة".

من خلال النصوص السابقة يبين لنا أن المشرع العماني من جانب يقرر ضمانته استقرار وثبات القوانين الناظمة للاستثمار الأجنبي وبما يحفظ للمستثمر الأجنبي مركزه القانوني عند تعديل أو إلغاء تلك القوانين، ومن جانب آخر يؤكد المشرع العماني ضبط توازن المصالح بين مصلحة المستثمر الأجنبي من خلال حفظ حقوقه المكتسبة في ظل القانون السابق، ومصلحة الدولة المضيفة لهذا الاستثمار من خلال حق هذه الأخيرة في تعديل تشريعاتها الاستثمارية بما يحقق مصالحها العامة.

ومع هذا نوصي المشرع العماني بإعادة صياغة المادة (٣) من المرسوم السلطاني رقم (٥٠) لسنة ٢٠١٩م بما يحقق ديمومة مبدأ الاستقرار القانوني وبما يجسد نص المادة (٩٢) من النظام الأساسي للدولة بالمعنى الدقيق لها بدلا من الاكتفاء على استمرار المزايا والحوافز والضمانات الممنوحة للمشروعات الاستثمارية القائمة وقت العمل هذا من جانب، ومن جانب آخر فإن صياغة المادة (٣) من المرسوم لا تظمن إلى حد ما المستثمر الأجنبي الذي يؤسس مشروعه الاستثماري في ظل القانون الجديد، على اعتبار أن المادة المذكورة تحمي المراكز القانونية والحقوق المكتسبة فقط للمشروعات الاستثمارية السابقة على سريان القانون الجديد، وعليه نقترح على المشرع الصياغة التالية: "لا يسري في حق المستثمر الأجنبي المرخص له طبقاً لأحكام هذا القانون أي تعديل في هذه الأحكام تنتقص من مصالحه، ولا يترتب عليها أثر على المشروعات القائمة وقت العمل بهذا القانون"^(٧١).

(٧١) انظر: د. محمود عبدالرحمن محمد، نطاق الحق في الحياة الخاصة أو الخصوصية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر، مشار إليه في مؤلف د. عصام عبدالله جاب الله، الالتزام بالسرية في قانون العمل، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي، بيروت، ٢٠١٥م، ص ٢٦.

المطلب الثاني

ضمان عدم جواز إفشاء سرية معلومات المشروع الاستثماري الأجنبي

يعرف الالتزام بالسرية بأنه: "التزام يقع على عاتق شخص (الأمين) بعدم إفشاء الوقائع والمعلومات (الأسرار) التي تصل لعلمه بطريقة مباشرة من صاحبها (صاحب السر) أو بطريقة غير مباشرة بمناسبة ممارسة مهنته"^(٧٢).

وتسعى الدول المضيفة للاستثمار إلى الحفاظ على سرية كل ما يتعلق من معلومات عن الفرص الاستثمارية - قبل إعلانها - كما تسعى المشروعات الاستثمارية والشركات إلى الحفاظ على سرية معلوماتها وأسرارها وسواء أكانت هذه الأسرار تتعلق بالجوانب الفنية أو المالية، من خلال اتخاذ كافة التدابير التي تحمي هذه المعلومات وتلك الأسرار^(٧٣).

ولما كانت الدول المضيفة للاستثمار - تعهد إلى هيئاتها ومراكزها بتولي إعداد مشروعات فرص الاستثمار، وتمكين موظفيها المختصين بالاطلاع على هذه الفرص الاستثمارية من جهة، والاطلاع على جميع المعلومات والبيانات والأسرار المتعلقة بالمشروع الاستثماري ذاته من جهة أخرى، مما قد يعرض هؤلاء الموظفين إفشاء المعلومات الخاصة بالفرص الاستثمارية أو المعلومات الخاصة بالمشروع الاستثماري^(٧٤).

(٧٢) المرجع السابق، الموضوع ذاته.

(٧٣) راجع د. حازم صلاح الدين عبدالله حسن، مرجع سابق، ص ٢٢٦.

(٧٤) من هذه التشريعات، قانون الاستثمار الكويتي، في المادة (٢٣) منه والتي تنص على أنه "يتمتع المستثمر بمقتضى أحكام هذا القانون بمبادئ سرية المعلومات الفنية والاقتصادية والمالية الخاصة باستثماره وحفظ المبادرات وذلك طبقاً للقوانين واللوائح المعمول بها في البلاد...."، وقانون الاستثمار السوري حيث تنص المادة (١٠) منه على أنه: "تفاصيل البيانات والمعلومات الخاصة التي يقدمها المستثمرون بشأن مشاريعهم غير قابلة للنشر أو التداول". في حين لم تنص بعض التشريعات الدول على هذه الضمانة كما هو الحال في مصر والعراق والسودان.

وقد نصت بعض تشريعات الدول العربية على ضمانة عدم افشاء معلومات وأسرار المشروعات الاستثمارية تحفيزاً وطمأنة للمستثمر الأجنبي^(٧٥).

وبمطالعة قانون الاستثمار العماني الجديد يبين لنا بجلاء تام أن المشرع يقرر ضمانة عدم جواز افشاء المعلومات، سواء تعلقت هذه المعلومات أو البيانات بفرص الاستثمار غير المعلنة بعد، أو تعلقت بالمشروع الاستثماري ذاته وبجوانبه الثلاثة الفنية والاقتصادية والمالية - وحسناً فعل المشرع - على اعتبار ذلك يحقق مبادئ العدالة والمساواة والإنصاف، حيث تنص المادة (١٣) منه على أنه: "يحظر إفشاء أي معلومات تكون قد وصلت إلى علم الموظف بسبب أعمال وظيفته والتي تتعلق بالفرصة الاستثمارية أو بالجوانب الفنية أو الاقتصادية أو المالية لمشروع استثماري".

وإذا كانت المادة (٢٣) من القانون قد نصت على الجزاءات التي يمكن توقيعها على المستثمر الأجنبي في حالة مخالفته لأحكام هذا القانون، وبمعاقبته بغرامة لا تقل عن (١٠٠٠) ألف ريال عماني ولا تزيد عن (٥٠٠٠) خمسة آلاف ريال عماني في حالة قيامه بأي عمل من شأنه أن يحول دون تأدية الموظفين المخولين صفة الضبطية القضائية لأعمالهم^(٧٦)، في المقابل قرر المشرع ضمانة مهمة للمستثمر الأجنبي وذلك بالنص في المادة (٣٥) من القانون ذاته بمعاقبته كل من يفشي أي معلومات تكون قد وصلت إلى علمه بسبب وظيفته تتعلق بالجوانب الفنية أو الاقتصادية أو المالية للمشروع الاستثماري، ويجري نص هذه المادة على أنه: "يعاقب كل من أفشى أي معلومات قد وصلت إلى علمه بسبب أعمال وظيفته تتعلق بالفرص الاستثمارية أو

^(٧٥) تنص المادة (٢٣) من القانون على أنه: "يعاقب كل أجنبي يزاول أي نشاط استثماري بالمخالفة لأحكام هذا القانون بغرامة لا تقل عن (٢٠٠٠٠) عشرين ألف ريال عماني، ولا تزيد على (١٥٠٠٠٠) مائة وخمسين ألف ريال عماني، كما يعاقب كل عماني يشترك مع أجنبي في مشروع استثماري بالمخالفة لأحكام هذا القانون بالعقوبة ذاتها".

^(٧٦) انظر: د. نادية اسماعيل محمد الجليبي، مرجع سابق، ص ٣٠٨.

بالجوانب الفنية أو الاقتصادية أو المالية لمشروع استثماري تؤدي إلى تقويت تلك الفرصة، أو تؤثر تأثيراً مباشراً على المشروع الاستثماري بالسجن لمدة لا تقل عن (٦) ستة أشهر، ولا تزيد على (٣) ثلاث سنوات، وبغرامة لا تقل عن (٥٠٠٠) خمسة آلاف ريال عماني ولا تزيد على (٥٠) خمسين الف ريال عماني ، أو بإحدى هاتين العقوبتين، وذلك فيما عدا الأحوال التي يسمح فيها القانون بذلك، أو تنفيذاً لحكم أو أمر قضائي".

المطلب الثالث

ضمان المساواة بين المشروع الاستثماري الأجنبي والمشروع الاستثماري الوطني

يقصد بمبدأ المساواة: أن تساوي الدولة المضيقة المشروع الاستثماري الأجنبي بالمشروع الاستثماري الوطني دون تمييز، بحيث تكون هذه المعاملة منصفة وعادلة من حيث الحقوق والالتزامات، وسواء أكان المستثمر الأجنبي شخصاً طبيعياً أو معنوياً^(٧٧). ويعرفه آخرون بأنه: "قاعدة قانونية اتفاقية يتم تضمينها في نصوص اتفاقيات الاستثمار الثنائية التي تلزم الدولة المضيقة للاستثمار بمعاملة المستثمر الأجنبي ذات المعاملة التي يتمتع بها المستثمر الوطني"^(٧٨).

(77) Dozer, Rudolf & Stevens, (1995) Margarete, Bilateral Investment Treaties, Martinus Nijhoff Publishers, page 63.

(78) حيث أسس القانون الدولي العرفي حداً أدنى من المعاملة التي يستلزم منحها للمستثمر الأجنبي، مع بقاء المجال مفتوحاً أمام الدول لمنح مزايا وضمائم أكثر لمزيد من التفصيل انظر: NATIONAL TREATMENT, UNCATAD, Series on issues in international investment agreements, UNCTAD, Un, UNCTAD/11 (VOL/IV), UNITED NATIONS, NEW YORK, and Geneva, 1999 page 6.

ويجد مبدأ المساواة في المعاملة مصدره في القانون الدولي الذي يهدف إلى تحقيق المساواة العادلة والمنصفة بين المستثمر الوطني والمستثمر الأجنبي في اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات^(٧٩).

وتنص غالبية الدول في تشريعاتها على هذا المبدأ، وفوق ذلك فإن معظم الدول تفضل أن يتم النص عليه في الاتفاقيات الثنائية أو الدولية؛ لأجل توفير قدر كبير من الحماية لحقوق المستثمر الأجنبي نذكر منها:

ما نصت عليه المادة (١٢/أ) من قانون الاستثمار الأردني على أنه: "مع مراعاة أحكام أي تشريع آخر: ١- يحق لأي شخص غير أردني أن يستثمر في المملكة بالتملك أو بالمشاركة أو بالمساهمة وفقاً لأسس وشروط تحدد بمقتضى نظام يصدر لهذه الغاية، على أن تحدد بموجبه قطاعات الاستثمار أو فروعها والنسبة التي يحق للمستثمر غير الأردني المشاركة أو المساهمة في حدودها، وكذلك الحد الأدنى من رأس المال الأجنبي الذي يتوجب عليه توظيفه لهذه الغاية. ٢- في غير الحالات التي يشملها النظام المشار إليه في البند (١) من هذه الفقرة، يعامل المستثمر غير الأردني معاملة المستثمر الأردني".

وسلك المشرع السوداني مسلك المشرع الأردني حيث نصت المادة (٨) من قانون الاستثمار السوداني على أنه: "١- لأغراض هذا القانون لا يجوز التمييز بين المستثمر بسبب كونه محلياً أو عربياً أو أجنبياً أو بسبب كونه قطاعاً عاماً أو خاصاً أو قطاعاً تعاونياً أو مختلطاً. ٢- لا يجوز التمييز بين المشاريع المتماثلة التي تحددها اللوائح فيما يتعلق بمنح الميزات أو الضمانات".

^(٧٩) يعرف مبدأ المعاملة بالمثل بأنه: "وضع يتحقق عندما تضمن دولة ما أو تعد دولة أخرى، بمعاملة ممثلها أو مواطنيها أو تجارتها أو غير ذلك معاملة مساوية أو معادلة لتلك التي تضمنها لها الدولة الأخيرة أو تعدها بها" راجع د. ابراهيم أحمد ابراهيم، القانون الدولي الخاص، مركز الأبحاث وتنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢م، ص ٦٤.

وعلى مستوى التشريع العماني، تنص المادة (١٨) من قانون استثمار رأس المال الأجنبي الجديد على أنه: "يتمتع المشروع الاستثماري بجميع المزايا والحوافز والضمانات التي يتمتع بها المشروع الوطني وفقاً للقوانين المعمول بها في السلطنة، ويجوز بقرار من مجلس الوزراء بناء على توصية الوزير تقرير معاملة تفضيلية للمستثمر الأجنبي تطبيقاً لمبدأ المعاملة بالمثل. كما يجوز بقرار من مجلس الوزراء منح مجموعة مزايا إضافية لمشاريع الاستثمار الأجنبي التي تؤسس في المناطق الأقل نمواً في السلطنة".

نستنتج من هذا النص الآتي:

١- يقر المشرع العماني بأهمية المساواة في الحقوق والالتزامات، ويقرر المعاملة العادلة والمنصفة يتمتع المشروع الاستثماري الأجنبي بجميع المزايا والحوافز والضمانات التي يتمتع بها المشروع الاستثماري الوطني ووفقاً للقوانين النازمة في هذا الشأن.

٢- يجيز المشرع في أحيان تقرير معاملة تفضيلية للمستثمر الأجنبي تجسيداً لمبدأ المعاملة بالمثل؛ على اعتبار أن هذا المبدأ أحد الأدوات الفاعلة في تحقيق التوازن في العلاقات الدولية بشكل عام وفي مجالات الاستثمار بشكل خاص^(٨٠).

(٨٠) حيث تنص المادة (١٧) من اللائحة التنفيذية لقانون استثمار رأس المال الأجنبي الصادرة بالقرار الوزاري رقم (٧٢) لسنة ٢٠٠٢ على أنه: "يجوز بقرار من مجلس الوزراء منح المشروع الاستثماري الذي يؤسس في المناطق الأقل نمواً في السلطنة، المزايا الآتية: ١- الإعفاء من القيمة الإيجارية أو مقابل حق الانتفاع بالأراضي والعقارات اللازمة للمشروع الاستثماري لمدة لا تزيد على (٥) خمس سنوات من تاريخ التشغيل الفعلي للمشروع. ٢- الاستثناء من نسب التعمين المحددة لمدة (٢) سنتين من تاريخ التشغيل الفعلي للمشروع. ٣- الإعفاء من جميع الرسوم أو بعضها. ٤- أي مزايا أخرى يقرها مجلس الوزراء. وفي جميع الأحوال، يجب على المستثمر الأجنبي تقديم طلب الحصول على المزايا المشار إليها إلى السلطة المختصة وفقاً للنموذج المعد لذلك"، واستناداً للمادة (١٨) من اللائحة ذاتها يشترط لمنح المشروع الاستثماري أيّاً من المزايا المنصوص عليها في المادة (١٧) أن يكون المشروع تم تشغيله فعلياً، وأن يعتمد في تمويله على النقد الأجنبي المحول من الخارج مع وجوب توافر الشروط التالية: ١- أن تكون نسبة ٤٠% على الأقل من منتجات المشروع - إن وجدت - عمانية. ٢- قيام المشروع بتصدير ما لا يقل عن ٣٠% من إنتاجه الى خارج السلطنة. ٣- أن يسهم المشروع في نقل الخبرة والتكنولوجيا الحديثة والمعرفة إلى السلطنة.

٣- يمنح المشرع مشاريع الاستثمار الأجنبي التي تؤسس في المناطق الأقل نمواً في السلطنة مجموعة من المزايا والحوافز تفوق المزايا والحوافز الممنوحة للمشاريع الاستثمارية الأخرى^(٨١).

وفوق ذلك فإن المشرع العماني يقرر مبدأ المساواة حتى على مستوى المشاريع الاستثمارية الأجنبية ذاتها، كما هو الحال عند التزام بين المستثمرين الأجانب على المشروع الاستثماري المطروح من قبل السلطة المختصة، حيث تجري هذه الأخيرة المفاضلة بينهم مجموعة من المزايا والحوافز تفوق المزايا والحوافز الممنوحة للمشاريع الاستثمارية الأخرى^(٨٢).

المطلب الرابع

ضمان عدم جواز وقف أو إلغاء الموافقة أو الترخيص أو التصريح الصادر للمشروع الاستثماري الأجنبي

تنص المادة (٢٥) من قانون استثمار رأس المال الأجنبي العماني على أنه: "لا يجوز للجهات المختصة إلغاء الموافقة أو الترخيص أو التصريح الصادر للمشروع الاستثماري إلا بقرار مسبب بعد إنذار المستثمر الأجنبي كتابة بالمخالفة المنسوبة إليه، وسماع وجهة نظره، واعطائه مهلة لا تزيد على (٣٠) ثلاثين يوماً من تاريخ إنذاره، لإزالة أسباب المخالفة، وفي جميع الأحوال يجب أخذ رأي الوزارة قبل إلغاء الموافقة، أو الترخيص، أو التصريح".

كما تنص المادة (٢٨) من القانون ذاته على أنه: "تقوم الوزارة بإخطار المستثمر الأجنبي كتابة عند مخالفته لأي حكم من أحكام هذا القانون أو اللائحة والقرارات

(٨١) انظر: المادة (١٥/٣) والمادة (١٨) من اللائحة التنفيذية للقانون.

(٨٢) وهو: "إجراء شكلي يبين الحالة القانونية والواقعية التي دفعت رجل الإدارة إلى إصدار القرار الإداري"، انظر المستشار المساعد/ صالح بن محمد الجامودي، تسبب القرارات الإدارية، محكمة القضاء الإداري، مسقط، بدون سنة نشر.

الصادرة تنفيذاً له لتصحيح المخالفة خلال مدة لا تتجاوز (٣٠) ثلاثين يوماً من تاريخ تسلم الإخطار، ويجوز تمديد المدة المشار إليها لمدة مماثلة إذا وجدت أسباب لذلك". وتتص المادة (٢٩) من القانون ذاته بأنه: "في حالة عدم التزام المستثمر الأجنبي بتصحيح المخالفة في المدة المشار إليها في المادة (٢٨) من هذا القانون، توقع عليه أحد الجزاءات الآتية بحسب جسامته المخالفة: أ- الحرمان من كل الحوافز والمزايا أو بعضها المقررة في هذا القانون، ب- وقف النشاط لمدة لا تزيد على (٦) ستة أشهر. ج- إلغاء الترخيص نهائياً في حالة تكرار المخالفة، مع مراعاة أحكام المادة (٢٥) من هذا القانون. وتحدد اللائحة شروط واجراءات توقيع أي من تلك الجزاءات".

وتتص المادة (٣٩) من اللائحة التنفيذية للقانون على أنه: "يجب على السلطة المختصة في حالة مخالفة المستثمر الأجنبي أحكام القانون أو هذه اللائحة، إخطاره كتابة بالمخالفة لتصحيحها خلال (٣٠) ثلاثين يوماً من تاريخ إخطاره بذلك، ويجوز للسلطة المختصة تمديد هذه الفترة لمدة مماثلة. وفي حال عدم تصحيح المخالفة خلال المدة المشار إليها، يكون للسلطة المختصة وقف نشاط المستثمر الأجنبي لمدة لا تزيد على (٦) ستة أشهر، وإذا انقضت هذه المدة دون تصحيح المخالفة يكون للسلطة المختصة إلغاء الترخيص الاستثماري".

وتتص المادة (٤٠) من اللائحة ذاتها على أنه: "في حالة ارتكاب المستثمر الأجنبي ذات المخالفة أو أي مخالفة أخرى خلال (١) سنة من تاريخ إخطاره بالمخالفة الأولى، يكون للسلطة المختصة حرمانه من كل الحوافز أو المزايا المقررة قانوناً أو بعضها". وتتص المادة (٤١) من اللائحة بالآتي: يلغى الترخيص الاستثماري في أي من الحالات الآتية: ١- زوال الكيان القانوني للمؤسسة أو الشركة التي تقوم بالمشروع الاستثماري. ٢- عدم قيام المستثمر الأجنبي بمزاولة النشاط خلال (٢) سنتين من تاريخ تأسيس المؤسسة أو الشركة".

من خلال النصوص السابقة يبين لنا أن المشرع العماني يوفر ضمانات تشريعية للمستثمر الأجنبي، فلا يجيز - كأصل- وقف أو إلغاء الموافقة أو الترخيص أو

التصريح الصادر للمشروع الاستثماري مما يعني أنه يوفر الحماية التشريعية للمستثمر في الإبقاء على مشروعه، واستثناءً من هذا الأصل يجيز المشرع وقف أو إلغاء الموافقة أو الترخيص أو التصريح الصادر للمشروع في حالتين فقط لا يجوز القياس عليها أو التوسع في نطاقها، هما:

الحالة الأولى: يجيز المشرع وقف نشاط المستثمر الأجنبي عند مخالفته لأي حكم من أحكام القانون أو لائحته التنفيذية أو مخالفته للقرارات الصادرة تنفيذاً لهذا القانون، وذلك لمدة لا تتجاوز ستة أشهر، وذلك كله بعد إخطار المستثمر الأجنبي كتابةً بالمخالفة والطلب منه تصحيح هذه المخالفة خلال مدة لا تتجاوز ثلاثين يوماً من تاريخ تسلم الإخطار، ويجوز تمديد هذه المدة لمدة مماثلة متى وجدت أسباب لذلك.

الحالة الثانية: يجيز المشرع إلغاء الموافقة أو الترخيص أو التصريح الصادر للمشروع الاستثماري في حالة:

١- إذا خالف المستثمر الأجنبي لأي حكم من أحكام القانون أو لائحته التنفيذية أو القرارات الصادرة تنفيذاً له، وعلى ضوءه تم وقف مشروعه لمدة ستة أشهر، وانقضت هذه المدة ولم يقيم المستثمر بتصحيح المخالفة خلال تلك المدة، وهذا كله مرهون ابتداء بإنذار المستثمر بالخالفة كتابة وسماع وجهة نظره وإعطائه مهلة لا تزيد على ثلاثين يوماً من تاريخ الإنذار مع وجوب أن يكون قرار الإلغاء مسبباً (Reverso Context)^(٨٣).

(٨٣) اتساقاً والبند (١) من المادة (٤٠) من قانون الشركات التجارية رقم (١٨) لسنة ٢٠١٩م، والتي يجري نصها بالآتي: "مع مراعاة الأحكام الخاصة بكل شكل من أشكال الشركات، تحل الشركة للأسباب التي تنص عليها وثائق التأسيس، كما تحل للأسباب الآتية: ١- عدم مزاوله الشركة نشاطها من تاريخ تأسيسها أو توقفها عن مزاولته لأكثر من (٢) سنتين...".

٢- في حالة زوال الكيان القانوني للمؤسسة أو الشركة التي تقوم بالمشروع الاستثماري، أو عدم قيام المستثمر الأجنبي بمزاولة النشاط خلال سنتين من تاريخ تأسيس المؤسسة أو الشركة^(٨٤).

وإذا كان المشرع يجيز وفي حالتين وقف نشاط المستثمر الأجنبي أو الغاء الموافقة أو الترخيص أو التصريح استناداً للنصوص السابقة، فإنه يقرر ضمانه مهمة للمستثمر، حيث يجيز له التظلم أمام لجنة التظلمات من قرار الوقف أو الإلغاء - بحسب الأحوال - خلال ستين يوماً من تاريخ إخطاره بالقرار المتظلم منه، أو علمه به يقيناً، على أن تفصل اللجنة في التظلم بقرار مسبب خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تقديمه، ويجوز للجنة تمديد هذه المدة لمدة أخرى مماثلة ولمرة واحدة إذا كان التظلم غير صالح للبت فيه، ويكون قرار اللجنة نهائياً وملزماً للوزارة والجهات المختصة، كما يجوز للمستثمر المتظلم من القرار اللجوء إلى المحكمة المختصة للطعن على القرار^(٨٥).

^(٨٤) راجع المادتين (٣٠)، (٣١) من قانون استثمار رأس المال الأجنبي، كما جاء قانون تبسيط إجراءات التقاضي سابق الإشارة إليه، ليؤكد أهمية تبسيط إجراءات التقاضي فيما يتعلق بالمنازعات التجارية للمشروع الاستثماري خذ على ذلك مثال ما تنص عليه المادة (١) من القانون بالقول: "مع مراعاة أحكام قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية، وأحكام محكمة القضاء الإداري تسري أحكام هذا الفصل على الدعاوى المتعلقة بما يأتي: ١- المنازعات التجارية للمشروع الاستثماري الخاضع لقانون استثمار رأس المال الأجنبي...". والمادة (١٢) من القانون ذاته التي تنص على أنه: "استثناء من حكم المادة (١١) من هذا القانون، يجوز استئناف الأحكام الصادرة من الدائرة الابتدائية بصفة انتهائية في أي من الحالات الآتية: ٥...- إذا كان الحكم صادراً في دعوى غير مقدرة القيمة، تتعلق بمقاولات البناء أو مشروع استثماري خاضع لقانون استثمار رأس المال الأجنبي...".، والمادة (١٤) من القانون ذاته التي تنص على أنه: "مع عدم الإخلال بأحكام المادتين (٢٤٠) و(٢٤١) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية، تكون الأحكام الصادرة من الدائرة الاستئنافية المنصوص عليها في هذا القانون غير قابلة للطعن فيها أمام المحكمة العليا عدا الأحكام الصادرة في المنازعات التجارية للمشروع الاستثماري الخاضع لقانون استثمار رأس المال الأجنبي فيجوز الطعن فيها وفق الأحكام الواردة في قانون الإجراءات المدنية والتجارية إذا كانت قيمة الدعوى تتجاوز (١٥٠٠٠) مائة وخمسون ألف ريال عماني، وفي هذه الحالة يكون على المحكمة العليا إذا قضت بنقض الحكم المطعون فيه، أن تحكم في الدعوى، ولو كان الطعن لأول مرة".

^(٨٥) انظر: د. منصور فرج السعيد، مرجع سابق، ص ٣٢٦.

المطلب الخامس

ضمان حرية المستثمر الأجنبي القيام بالتحويلات الخاصة بمشروعه الاستثماري الأجنبي

يعتبر ضمان حرية تحويل الأموال الخاصة بالمشروع الاستثماري من أهم الضمانات المقدمة من البلدان المضيفة للاستثمار الأجنبي، وأهم الأدوات والإجراءات التحفيزية لاستقطاب رؤوس هذه الأموال؛ وذلك على الرغم من أن إعادة رؤوس الأموال وأرباحها إلى البلد المصدرة لهذه الأموال قد يؤدي إلى خروج النقد الأجنبي بكميات كبيرة، مما قد يحدث خلل في ميزانية الدولة المضيفة^(٨٦).

وقد نصت غالبية التشريعات العربية على ضمان حرية التحويلات المالية الخاصة بالمشروع الاستثماري وأرباحه، إلا أنها اتجهت في هذا الشأن وسلكت اتجاهات ثلاثة، تفسير ذلك، أن بعض التشريعات تنص وبشكل مطلق على جواز إعادة رأس المال المستورد من الخارج بما في ذلك الأرباح الناتجة عن المشروع الاستثماري^(٨٧) في حين نجد بعض التشريعات وإن كانت تجيز للمستثمر الأجنبي تحويل أمواله وأرباح مشروعه الاستثماري، إلا أنها في المقابل تضع بعض القيود على النحو الذي قد ينتقص من ضمان موجبات هذه الحرية^(٨٨)، وجانب ثالث من التشريعات تخلو من نصوص تعالج مسألة التحويلات الخاصة بالمشروع الاستثماري.

(٨٦) كما هو الحال في قانون الاستثمار الكويتي الجديد، حيث تنص المادة (٢٢) منه على أنه: "للمستثمر أن يحول إلى الخارج أرباحه أو رأسماله أو حصيلة تصرفه في حصصه أو نصيبه في الكيان الاستثماري أو التعويض المنصوص عليه في هذا القانون." وأيضاً قانون الاستثمار القطري، حيث تنص المادة (٩) منه على أنه: "للمستثمرين الأجانب حرية القيام بجميع التحويلات الخاصة باستثماراتهم من وإلى الخارج دون تأخير، وتشمل هذه التحويلات: أ- عائدات الاستثمار. ب- حصيلة بيع أو تصفية كل أو بعض الاستثمار. ج- حصيلة المبالغ الناتجة عن تسوية منازعات الاستثمار. د- التعويض المنصوص عليه في المادة (٨) من هذا القانون" مع ملاحظة أن التعويض المنصوص عليه في المادة (٨) هو التعويض مقابل نزع ملكية المشروع الاستثماري الأجنبي للمنفعة العامة.

(٨٧) كما هو الحال في قانون الاستثمار العراقي لسنة ١٩٧٠م، حيث أورد بياناً يحدد فيه أقصى نسبة من الأرباح الناتجة عن المشروع الاستثماري يسمح للأجنبي تحويلها إلى الخارج، انظر: د. منصور فرج السعيد، مرجع سابق، ص ٣٢٧.

(٨٨) كما هو الحال في قانون الاستثمار المصري، وأيضاً قانون استثمار رأس المال الأجنبي الملغى، راجع د. حازم صلاح الدين عبدالله حسن، مرجع سابق، ص ٢٣٠.

وبمطالعة قانون استثمار رأس المال الأجنبي العماني الجديد، نجده يقرر وينص صريح ضمان حرية المستثمر الأجنبي في القيام بجميع التحويلات الخاصة بالمشروع الاستثماري من وإلى خارج السلطنة وفي أي وقت يشاء، بدلالة المادة (٢٦) منه التي تنص بأنه: "مع مراعاة القوانين المعمول بها في السلطنة، للمستثمر الأجنبي حرية القيام بجميع التحويلات الخاصة بالمشروع الاستثماري من وإلى خارج السلطنة في أي وقت، وتشمل التحويلات الآتي:

أ- عائدات الاستثمار الأجنبي. ب- حصيلة بيع أو تصفية كل أو بعض المشروع الاستثماري. ج- حصيلة المبالغ الناتجة عن تسوية منازعات المشروع الاستثماري. د- التعويض الحاصل عليه نتيجة نزع ملكية المشروع الاستثماري للمنفعة العامة. هـ- قيمة أقساط القروض أو التمويل التي تحصل عليها المشروع الاستثماري من الخارج. و- أي تحويلات للاستيراد والتصدير مرتبطة بنشاط المشروع الاستثماري. ز- أي مستحقات خارجية لإيجار آليات أو عقود تقديم خدمات في إطار عمل المشروع".

الخاتمة

يحظى الاستثمار الأجنبي بشكل عام باهتمام ملحوظ من لدن المشرع العماني، ويظهر ذلك جلياً في كافة تشريعات الدولة، ابتداء من النظام الأساسي للدولة مروراً بالقوانين العادية وانتهاءً بالقوانين الفرعية ذات الصلة، كما يعكس قانون استثمار رأس المال الأجنبي الجديد - إلى حد كبير - رؤية واضحة ومتكاملة للسياسات الاقتصادية في السلطنة على وجه العموم ولسياسة الاستثمار الأجنبي على وجه الخصوص. كما أن القانون الجديد تم وضعه في قالب تشريعي يتناغم وسعي السلطنة إلى تحسين مناخها الاستثماري بما يتواءم والتطورات العالمية من جانب، وبما يعزز التنوع الاقتصادي القائم على أساس التقنية والمعرفة والابتكار من جانب آخر.

وقد سعت الدراسة إلى بيان الضمانات التشريعية للاستثمار الأجنبي المباشر ضد المخاطر غير التجارية؛ على اعتبارها مخاطر غير محتملة ولا يتوقف حدوثها على المستثمر الأجنبي فهذا الأخير ليس له يدا فيها، كما تهدف الدراسة إلى بيان أهمية هذه

الضمانات في جذب الاستثمارات الأجنبية المباشرة وخصوصاً النوعية منها، حيث سعت ابتداءً إلى تحديد مفهوم الاستثمار الأجنبي المباشر من خلال تعريفه، وبيان مكونات رأس المال المستثمر الأجنبي، وتعريف المستثمر الأجنبي، مروراً ببيان الضمانات التشريعية غير التجارية المقررة لحماية ملكية المشروع الاستثماري الأجنبي من خلال ضمان عدم جواز تأميم المشروع الاستثماري الأجنبي. وضمن عدم جواز مصادرة المشروع الاستثماري الأجنبي. وضمن عدم جواز الحجز على أموال المشروع الاستثماري الأجنبي أو تجميدها أو التحفظ عليها أو فرض الحراسة عليها. وضمن عدم جواز نزع ملكية المشروع الاستثماري الأجنبي. وضمن حق المستثمر الأجنبي في نقل ملكية مشروعه الاستثماري الأجنبي، أو التنازل عنه أو تغيير شكله القانوني، وصولاً إلى تعداد الضمانات التشريعية غير التجارية التي قررها المشرع العماني لحماية نشاط المشروع الاستثماري الأجنبي، حيث تناولت الدراسة بالوصف والتحليل ضمان الاستقرار التشريعي، وضمن عدم جواز افشاء سرية معلومات المشروع الاستثماري الأجنبي، وضمن المساواة بين المشروع الاستثماري الأجنبي والمشروع الوطني. وضمن عدم جواز وقف أو إلغاء الموافقة أو التصريح الصادر للمشروع الاستثماري الأجنبي. وضمن حرية المستثمر الأجنبي القيام بالتحويلات الخاصة بمشروعه الاستثماري الأجنبي.

وعليه قد خلصت الدراسة إلى عدة نتائج وتوصيات تتمثل في الآتي:

أولاً- النتائج:

على الرغم من اهتمام الفقه القانوني بموضوع الاستثمار الأجنبي، إلا أنهم اختلفوا في وضع تعريف جامع له، ومرد ذلك، اختلاف الأسس التي تختلف باختلاف زاوية الفقيه الذي ينظر إليه منها من جانب، كما أن الاستثمار الأجنبي -في حد ذاته - واقعة غير محددة تتطور وتتغير بتغير الظروف والأوضاع الاقتصادية على المستويين المحلي والدولي من جانب آخر. ويحمد المشرع العماني تبنيه معياراً موضوعياً عاماً في تحديد رأس المال المستثمر، حيث بتبنيه هذا المعيار يكون قد نقادى الإشكاليات

العملية التي قد تنشأ من وضعه قائمة محددة لمفردات رأس المال لا تتسع ومفرداته المستقبلية أو التصورات الواقعية لتلك الأموال، وهذا يعني أن مصطلح رأس المال المستثمر بصياغته القانونية الحالية يستوعب مشتلات الأصول للمشروع الاستثماري وسواء أكانت أموالاً مادية، أم عينية، أم معنوية، أم سائلة. كما يحمي المشرع العماني أنه تدارك في قانون استثمار رأس المال الأجنبي الجديد النقد الموجه للقانون الملغى فيما يتعلق بعدم تضمين هذا الأخير التعريفات والمصطلحات القانونية ذا الصلة بالاستثمار الأجنبي، حيث أفرد القانون الجديد فصلاً خاصاً للتعريفات والأحكام العامة، وهو الفصل الأول من المادة (١) وحتى المادة (١٧). وسلكت اللائحة التنفيذية للقانون المسلك ذاته، ابتداءً من المادة (١) وانتهاءً بالمادة (٥)، مما يعني تمكين ذات العلاقة الرجوع إلى المصطلحات عند الحاجة بكل يسر وسهولة.

تعد مسألة تحديد جنسية المستثمر أمراً خاصاً تحدده التشريعات الداخلية لكل دولة مضيفة للاستثمار، واستناداً للمادة (١١) من قانون الجنسية العمانية، تثبت الجنسية العمانية في خمس حالات عددها هذه المادة. وعلى الرغم من أن المشرع العماني لا يجيز استناداً والمادة (٥) من قانون الجنسية، الجمع بين الجنسية العمانية وأي جنسية أخرى - كأصل - ويسمح كاستثناء من هذا الأصل وبمرسوم سلطاني تمتع الشخص الواحد بجنسية أخرى إضافة إلى الجنسية العمانية، ومع هذا يؤخذ على المشرع أنه لم يعالج بنص صريح الحالة التي يكون فيها المستثمر متمتعاً بجنسية أخرى بالإضافة إلى الجنسية العمانية فهل يعتبر مستثمراً أجنبياً أم مستثمراً عمانياً؟

ويعد حق الدولة المضيفة للاستثمار، التأميم على المشروعات الأجنبية مظهر من مظاهر سيادتها على إقليمها، ومع هذا يجب على الدولة عدم التعسف في استعماله، وعلى هذا يظل التأميم هاجساً يزعج ويقلق المستثمر الأجنبي بصورة ملحوظة ومتكررة، ويؤخذ على المشرع العماني انه لم يضمن قانون استثمار رأس المال الأجنبي الجديد نصاً يحظر تأميم ملكية المشروع الاستثماري الأجنبي، وبالتالي فهو لم يقرر للمستثمر الأجنبي ضماناً عدم تأميم مشروعه الاستثماري مما قد يتردد المستثمر - إلى حد كبير - الاستثمار في السلطنة.

وقد تبين للباحث بجلاء تام أن المشرع العماني في القانون الجديد يحظر - كأصل - مصادرة المشروع الاستثماري، ويجيزها فقط في حالة مخالفة المستثمر الأجنبي للقانون. ولا تكون المصادرة إلا بموجب حكم قضائي بات، وفي الأحوال التي حددها القانون. وهنا نشيد بموقف المشرع في هذا الشأن على اعتبار أن المصادرة إجراء عقابي لا يجوز التوسع في استعماله. كما تبين للباحث أن المشرع العماني يضيف في القانون الجديد للمشروع الاستثماري الأجنبي بعداً اقتصادياً آخر، يتمثل في منحه ضماناً عدم جواز الحجز على أمواله أو التحفظ عليها، أو فرض الحراسة عليها، إلا بحكم قضائي بات وهذا هو الأصل، واستثناءً يجيز المشرع ذلك في حالة واحدة فقط متى كان المشروع الاستثماري الأجنبي مشغول بديون ضريبة مستحقة للدولة، في المقابل يؤخذ على المشرع العماني أنه واستناداً للمادة (٤) من قانون تبسيط إجراءات التقاضي في شأن بعض المنازعات، أنه جرد إلى حد ما المشروعات الاستثمارية الأجنبية من هذه الضمانة، عندما منح الدائرة المستحدثة سلطة إصدار الأمر بالإجراءات الوقتية والتحفظية على أموال المشروع الاستثماري.

ويبين للباحث أن المشرع العماني يقرر للمستثمر الأجنبي - كأصل - ضمان عدم جواز نزع ملكية مشروعه الاستثماري ابتداءً من النظام الأساسي للدولة، وانتهاءً بقانون استثمار رأس المال الأجنبي والقوانين ذات الصلة. واستثناءً من هذا الأصل يجيز نزع ملكية المشروع متى توافرت شروط ثلاثة: شرط المصلحة العامة، وشرط المساواة وعدم التمييز، وشرط التعويض العادل. كما يبين للباحث أن المشرع العماني يقرر للمستثمر الأجنبي ضمان الحق في نقل ملكية مشروعه الاستثماري كلياً أو جزئياً إلى مستثمر أجنبي آخر أو عماني، كما يجيز له التنازل عن حصته إلى أحد المساهمين، وفوق ذلك يضمن المشرع للمستثمر الأجنبي نقل ملكية مشروعه الاستثماري إلى مستثمر أجنبي أو عماني في حالة الاندماج أو الاستحواذ أو في حالة تغيير الشكل القانوني للمشروع الاستثماري، مع بقاء المعاملة دون تأثير.

ويبين للباحث أن المشرع العماني ابتداءً من النظام الأساسي للدولة وانتهاءً بقانون استثمار رأس المال الأجنبي والقوانين ذات الصلة، أنه يتبنى مبدأ استقرار التشريعات

بما يضبط توازن مصلحة الدولة في تعديل أو الغاء تشريعاتها الاستثمارية ومصلحة المستثمر الأجنبي في الحفاظ على مركزه القانوني عند تعديل أو الغاء تلك التشريعات. كما يبين له أن المشرع العماني يحظر على الموظف افتاء أية معلومات تكون قد وصلت إليه بسبب أعمال وظيفته تتعلق بالفرصة الاستثمارية للمشروع الاستثماري بجوانبه الثلاثة الفنية والاقتصادية والمالية، ويقرر معاقبته إذا أفشى أي من تلك المعلومات.

ويتضح للباحث أن المشرع العماني يأخذ بالمفهوم الموسع لمبدأ المساواة في الحقوق والالتزامات بين المستثمر الأجنبي والمستثمر العماني، ويقرر المعاملة العادلة والمنصفة بحيث يتمتع المشروع الاستثماري الأجنبي بجميع المزايا والحوافز والضمانات التي يتمتع بها المشروع الاستثماري الوطني، وفوق ذلك - وفي احيان - يجيز المشرع تقرير معاملة تفضيلية للمشروع الأجنبي من منطلق مبدأ المعاملة بالمثل. كما يتضح له أن المشرع العماني - كأصل - لا يجيز للجهات المختصة وقف أو الغاء الموافقة أو الترخيص أو التصريح الصادر للمشروع الاستثماري، واستثناءً من هذا الأصل يجيز ذلك في حالتين فقط، الحالة الأولى، إذا خالف المستثمر الأجنبي حكم من أحكام القانون أو اللائحة التنفيذية أو القرارات الصادرة تنفيذاً له. والحالة الثانية، عند زوال الكيان القانوني للمؤسسة أو الشركة التي تقوم بالمشروع الاستثماري، أو عند عدم قيام المستثمر الأجنبي بمزاولة النشاط خلال سنتين من تاريخ تأسيس المؤسسة أو الشركة. كما يتضح للباحث أن القانون الجديد يوفر للمستثمر الأجنبي وبنص صريح ضمان حرية القيام بجميع التحويلات الخاصة بمشروعه الاستثماري من وإلى خارج السلطنة وفي أي وقت يشاء، وسواء تعلقت التحويلات بعائدات الاستثمار، أو حصيلة بيع أو تصفية كل أو بعض المشروع الاستثماري، أو حصيلة المبالغ الناتجة عن تسوية منازعات المشروع، أو التعويض العادل الحاصل عليه نتيجة نزع ملكية مشروعه أو أي تحويلات أخرى مرتبطة بالمشروع الاستثماري.

ثانياً- التوصيات:

- ١- نوصي المشرع بإدراج نص في قانون استثمار رأس المال الأجنبي الجديد، يفيد اعتبار الشخص الطبيعي مستثمراً وطنياً متى كان يتمتع بالجنسية العمانية، حتى ولو كان يتمتع بالإضافة إلى الجنسية العمانية بجنسيات أخرى.
- ٢- نوصي المشرع العماني بإدراج نص في القانون الجديد، يقيد عدم جواز تأميم المشروع الاستثماري الأجنبي إلا لاعتبارات المصلحة العامة للدولة، وبقانون، وبمقابل تعويض عادل.
- ٣- نوصي المشرع العماني إعادة صياغة نص المادة (٤) من قانون تبسيط إجراءات التقاضي في شأن بعض المنازعات. ونقترح الصياغة التالية: "تختص الدائرة الابتدائية دون غيرها بالفصل في جميع المنازعات المنصوص عليها في المادة (١) من هذا القانون أياً كانت قيمتها. كما تختص بالأمر بالإجراءات الوقتية والتحفظية وبإصدار الأوامر على العرائض، وأوامر الأداء في جميع المنازعات - عدا المنازعات التجارية للمشروع الاستثماري الخاضع لقانون استثمار رأس المال الأجنبي - في موعد أقصاه (٤٨) ثمان وأربعون ساعة من تاريخ تقديم الطلب...".
- ٤- نوصي المشرع العماني إعادة صياغة نص المادة (٣) من المرسوم السلطاني رقم (٥٠) لسنة ٢٠١٩م، ونقترح الصياغة التالية: "لا يسري في حق المستثمر الأجنبي المرخص له طبقاً لأحكام هذا القانون أي تعديل في هذه الأحكام تنتقص من مصالحه، ولا يترتب عليها أثر على المشروعات القائمة وقت العمل بهذا القانون".
- ٥- نقترح على المشرع العماني تعديل اللائحة التنفيذية لقانون استثمار رأس المال الأجنبي الجديد بتعريف المقصود بالتعويض "العادل" ليشمل القيمة السوقية للمشروع الاستثماري الذي تنزع الدولة ملكيته وقت نزع الملكية؛ لينسجم مع ما استقر عليه العمل في القانون الدولي والاتفاقيات الدولية لحماية الاستثمارات الأجنبية.

قائمة المراجع

أولاً- المراجع باللغة العربية:

أ - الكتب العامة والمتخصصة:

- ١- د. ابراهيم أحمد ابراهيم، القانون الدولي الخاص، مركز الأجنب وتنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢م.
- ٢- د. سالم بن سلام بن حميد الفليتي:
 - حوكمة الشركات المساهمة العامة في سلطنة عمان، الطبعة الأولى، دار أسامة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠م.
 - محاضرات في القانون الدولي الخاص لطالبات قسم الحقوق، كلية الزهراء للبنات، مسقط، العام الأكاديمي، ٢٠١٦/٢٠١٧م.
 - محاضرات في القانون التجاري، القسم الثاني، الشركات التجارية لطالبات قسم العلوم الإدارية والمالية، كلية الزهراء للبنات، مسقط، العام الأكاديمي، ٢٠١٩/٢٠٢٠م.
- ٣- المستشار المساعد. صالح بن محمد الجامودي، تسبيب القرارات الإدارية، محكمة القضاء الإداري، مسقط، بدون سنة نشر.
- ٤- د. عباس محمد طه الصديق، التعليق على قانون تبسيط إجراءات التقاضي الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ١٢٥/٢٠٢٠م، جامعة السلطان قابوس، كلية الحقوق، ٢٠٢٠م.
- ٥- د. عبدالنواب مبارك، الوجيز في التنفيذ الجبري وفقاً لقانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٩) لسنة ٢٠٠٢م وتعديلاته، الطبعة الأولى، دار النشر العلمي والتواصل، جامعة السلطان قابوس، مسقط، ٢٠١٦م.
- ٦- د. عبد الرازق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المجلد الأول، العقود الواردة على العمل، المقاوله والوكالة والوديعة والحراسة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤م.
- ٧- د. عبدالرحمن النافع، السياسة التشريعية والقوانين المنظمة للاستثمار الأجنبي في سلطنة عمان، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٨م.

- ٨- د. عصام عبدالله جاب الله، الالتزام بالسرية في قانون العمل، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي، بيروت، ٢٠١٥م.
- ٩- محمد رحيم حسب الله الشمري، الضمانات القانونية لحماية ملكية المستثمر الأجنبي، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٨م.
- ١٠- د. محمد بن سيف الهاشمي، التنظيم القانوني للاستثمار الأجنبي في سلطنة عمان، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مؤسسة بيت الغشام للصحافة والنشر والاعلان، مسقط، ٢٠١٩م.
- ١١- د. محمد عبدالودود أبو عمر، الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر في إطار اتفاقيات الاستثمار الثنائية، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٧م.
- ١٢- مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر المدنية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها في الفترة من ١/١٠/٢٠٠٦م وحتى ٢١/٦/٢٠٠٧م، السنة القضائية السابعة، مسقط.
- ١٣- ميساء هشام السامراني، التنظيم القانوني للاستثمار الأجنبي، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية؛ بيروت، ٢٠١٨م.
- ١٤- د. نادية اسماعيل محمد الجليبي، المزايا والضمانات القانونية للاستثمار الأجنبي، دار الكتب والدراسات العربية، الاسكندرية، ٢٠١٧م.
- ١٥- د. هشام خالد، جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري، مزاياه وعيوبه، دراسة تفصيلية مقارنة في الأنظمة القانونية الأنجلوسكسونية واللاتينية والعربية والاتفاقيات الدولية ولوائح مؤسسات التحكيم التجاري الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون سنة نشر.
- ١٦- هشام علي صادق، الحماية القانونية للمال الأجنبي مع اشارة خاصة للوسائل المقترحة لحماية الأموال العربية في الدول العربية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٢م.
- ١٧- د. هناء عبدالغفار، الاستثمار الأجنبي المباشر والتجارة الدولية، الصين أنموذجاً، الطبعة الأولى، بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠٢م.

ب- الرسائل الجامعية:

- ١- أريج حسين فياض الجبير، دور التحكيم الدولي في فض منازعات الاستثمار الأجنبي، دراسة تطبيقية في سلطنة عمان، رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في الحقوق، جامعة السلطان قابوس، كلية الحقوق، ٢٠١٧م.
- ٢- بركان جقجيقة وعصماني ليزة، سياسة الجزائر في تشجيع الاستثمار الأجنبي في ظل القانون رقم ١٦-٠٩، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة ألكلي محند اولجاح، البويرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٦/٢٠١٧م.
- ٣- بوطي هاجر، الاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة تخرج ضمن متطلبات نيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة زيان عاشور بالجلفة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٧م.
- ٤- عبداللوي خديجة، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر وفرنسا، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة ابو بكر، بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٧ / ٢٠١٨م.
- ٥- د. لعماي وليد، الاستقرار القانوني وأثره على الاستقرار الأجنبي، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، مايو، ٢٠١٩م.
- ٦- ليام فلورة، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة ألكلي محند اولجاح، البويرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٧م.

ج- البحوث والمقالات القانونية:

- ١- د. حازم صلاح الدين عبدالله حسن، الضمانات التشريعية للاستثمار الأجنبي المباشر ضد المخاطر غير التجارية في الوطن العربي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مجلس النشر، السنة ٤١، العدد ٣، سبتمبر ٢٠١٧م.
- ٢- د. زياد أحمد القرشي، حوافز وضمانات الاستثمار الأجنبي في المملكة العربية السعودية، دراسة تحليلية لقانون وسياسات الاستثمار في ضوء نظام الاستثمار والتزامات المملكة المنبثقة من اتفاقيات منظمة التجارة العالمية ذات الصلة، مجلة

البحوث القانونية والاقتصادية والشرعية، جامعة المنصورة، المجلد الأول، العدد السابع والأربعون، أبريل ٢٠١٢م.

٣- د. سالم بن سلام بن حميد الفليتي:

- أثر اندماج الشركات على حقوق الدائنين، دراسة تحليلية مقارنة بين القانون العماني، المصري، الأردني، المجلة القانونية، جامعة القاهرة، فرع الخرطوم بالقاهرة، المجلد الثاني، العدد الثامن، نوفمبر ٢٠٢٠م.

- القيمة القانونية للمعاهدات الدولية في التشريع العماني، مقال منشور في جريدة الوطن العمانية، الملحق الاقتصادي، زاوية القانون والناس، العدد ١١٧٥٧، تاريخ ٢٠١٥/٩/٢م.

- التنظيم القانوني للاستثمار الأجنبي المباشر في سلطنة عمان، مقال منشور في جريدة الوطن العمانية، الملحق الاقتصادي، زاوية القانون والناس، العدد ١٢٧٧٤، تاريخ ٢٠١٨/٧/١١م.

- مفهوم ومظاهر الأمن القانوني في التشريع العماني، مقال منشور في جريدة الوطن العمانية، الملحق الاقتصادي، زاوية القانون والناس، العدد ١٣٠٢، تاريخ ٢٠١٩/٥/٨م.

٤- د. مسعود بن حميد المعمري، السؤلية الجزائية للمستثمر الأجنبي عن الأضرار التي يلحقها بالاقتصاد الوطني، بحث مقدم في المؤتمر العلمي الرابع، القانون والتحويلات الاقتصادية والاجتماعية، جامعة السلطان قابوس، كلية الحقوق، ابريل، ٢٠١٨م.

٥- د. منصور فرج السعيد النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في ظل قانون الاستثمار الجديد، دراسة قانونية اقتصادية مقارنة، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مجلس النشر، السنة السابعة والعشرون، العدد الثالث، سبتمبر ٢٠٠٣م.

د- القوانين واللوائح:

١- قانون الاستثمار الجزائري رقم ٩٣-١٢.

٢- قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني رقم (٢٩) لسنة ٢٠٠٢م.

٣- قانون الاستثمار الأردني رقم (٨٦) لسنة ٢٠٠٣م.

٤- قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦م.

- ٥- قانون الاستثمار اليمني رقم (١٥) لسنة ٢٠١٠م.
- ٦- قانون الاستثمار الكويتي رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٣م.
- ٧- قانون المعاملات المدنية العماني رقم (٢٩) لسنة ٢٠١٣م.
- ٨- قانون الجنسية العمانية رقم (٣٨) لسنة ٢٠١٤م.
- ٩- قانون الاستثمار المصري رقم (٧٢) لسنة ٢٠١٧م.
- ١٠- قانون الشركات التجارية العماني رقم (١٨) لسنة ٢٠١٩م.
- ١١- قانون استثمار رأس المال الأجنبي العماني رقم (٥٠) لسنة ٢٠١٩م.
- ١٢- نظام الاستثمار السعودي لعام ١٤٢١هـ.
- ١٣- قانون تبسيط إجراءات التقاضي في شأن بعض المنازعات رقم (١٢٥) لسنة ٢٠٢٠م.
- ١٤- اللائحة التنفيذية لقانون استثمار رأس المال الأجنبي رقم (٧٢) لسنة ٢٠٢٠م.
- ١٥- اللائحة التنظيمية لقانون تبسيط إجراءات التقاضي في شأن بعض المنازعات رقم (١٠٤) لسنة ٢٠٢١م.

ثانياً- المراجع باللغة الأجنبية:

- 1- Dozer, Rudolf & Stevens, (1995) Margarete, Bilateral Investment Treaties, Martinus Nijhoff Publishers.
- 2- NATIONAL TREATMENT, UNCATAD, Series on issues in international investment agreements, UNCTAD, Un, UNCTAD/11 (VOL/IV), UNITED NATIONS, NEW YORK, and Geneva, 1999 .
- 3- World Bank “Legal Framework for the treatment of Foreign investment” (Vol.11:1992). The text is reproduced in 31 International Legal Materials, 1992, p 1363. Guideline IV. Section 1.
- 4- UNCTAD Series on issues in international investment agreements, SCOPE AND DEFINITION UNITED NATIONS UNCTAD/ ITE/IIT/11 (vol 11) 1999.



امتداد أثر اتفاق التحكيم إلى الغير دراسة في قانون التحكيم العماني

الدكتور/ هلال بن محمد بن سليمان العلوي *

المخلص:

تناولت هذه الدراسة موضوع امتداد أثر اتفاق التحكيم إلى الغير - دراسة في قانون التحكيم العماني، باعتباره من الموضوعات التي لها جانب كبير من الأهمية العملية في المعاملات المدنية والتجارية، وقد بحثت الدراسة بيان مفهوم الغير بالنسبة إلى أثر اتفاق التحكيم، ومدى امتداد القوة الملزمة لاتفاق التحكيم إلى الغير، وذلك من خلال الوقوف على الأساس القانوني الذي يقوم عليه امتداد أثر اتفاق التحكيم إلى الغير، وبيان الحالات التي يمتد فيها أثر هذا الاتفاق إلى الغير، كما تناولت الدراسة الآثار المترتبة على ذلك، وقد تم مناقشة هذه المسائل بمنهج وصفي تحليلي وفقاً للقانون العماني. وقد خرجت الدراسة بعدد من النتائج والتوصيات، ومن أهم هذه النتائج أن امتداد أثر اتفاق التحكيم إلى أطرافه، باعتباره تصرفاً إرادياً، دون غيرهم لا يمثل سوى الأصل العام، إذ تمتد القوة الملزمة لاتفاق التحكيم إلى الغير في بعض الحالات طبقاً للقواعد العامة في التعاقد؛ ونظراً لعدم معالجة المشرع العماني لهذه المسألة في قانون التحكيم في المعاملات المدنية والتجارية، فقد أوصت الدراسة المشرع العماني بضرورة تقنين هذه المسألة في قانون التحكيم؛ نظراً لأهميتها العملية، ولتغطية هذا الموضوع فقد تم تقسيمه إلى مبحثين: تناول (المبحث الأول) مفهوم القوة الملزمة لاتفاق التحكيم، وتناول (المبحث الثاني) مدى امتداد القوة الملزمة لاتفاق التحكيم إلى الغير.

الكلمات المفتاحية: اتفاق التحكيم - القوة الملزمة للعقد - الغير - حوالة الحق - حوالة العقد - الوكالة.

* أستاذ القانون التجاري المساعد - رئيس قسم القانون - أكاديمية السلطان قابوس لعلوم الشرطة.



The Spillover Effect of Arbitration Agreement to Others A Study in Omani Arbitration Law

Dr. Hilal Mohammed Sulaiman Al-Alawi*

Abstract:

This study dealt with the spillover effect of arbitration agreement to others in Omani law, as it is one of the topics of great practical importance in civil and commercial transactions. Therefore, the study scrutinized the statement of the concept of third parties as to the effect of the arbitration agreement and the extent to which the binding force of the arbitration agreement extended to third parties. It also outlined the legal basis for the extension of the effect of the arbitration agreement to third parties, the indication of the cases in which the effect of the arbitration agreement was extended to third parties and the implications. These issues have been discussed in a descriptive and analytical manner in accordance with Omani law.

The study produced a number of findings and recommendations, the most important of which is that the extension of the effect of the arbitration agreement to the parties to the arbitration agreement, as voluntary conduct, is only the general origin, since in some cases the binding force of the arbitration agreement extends to third parties in accordance with the general rules of contract. Since the Omani legislature did not address this issue in the Civil and Commercial Transactions Arbitration Act, the study recommended that Omani legislators should codify this issue in the Arbitration Act because of its practical importance.

To cover the subject of the study, it was divided into two sections: The first: definition of the binding force of the arbitration agreement. The second: Extent to which the binding force of the arbitration agreement extends to third parties.

Keywords: Arbitration Agreement - Binding Force of Contract - Third Party - Right Transfer - Contract Transfer - Agency.

* Assistant Professor of Commercial Law - Head of Law Department - Sultan Qaboos Academy for Police Sciences.

المقدمة

يشهد العالم اليوم تطوراً مستمراً في مختلف مجالات الحياة، كما أنه يعيش تحولاً كبيراً في طبيعة الأنشطة التجارية والصناعية والاقتصادية، التي غدت أكثر تعقيداً وتخصصاً عما كانت عليه في الماضي، لذلك كان من الضروري مع وجود هذا التقدم التكنولوجي المتسارع الذي يعيشه عالم التجارة والاقتصاد إلى الاهتمام بالتحكيم التجاري كوسيلة لفض المنازعات التجارية، حيث يتسنى لهذه الوسيلة تحرير المنازعات من وطأة وقيود النظم القانونية المحلية، كما يلجأ إليها الخصوم لتفادي ما قد يلحق بالنظم القضائية الوطنية من مثالب، فضلاً عن اعتقاد الدول والشركات الغربية بعدم تمتع الأجهزة القضائية في البلدان النامية بالقدر الكافي من الاستقلالية في مواجهة السلطة السياسية حتى يتسنى لها القيام بالوظيفة القضائية بشكل مرضي.

وقد ازدهرت أهمية التحكيم في ظل العولمة التي تهدف إلى القضاء على العراقيل الإدارية والقانونية التي تفرضها الدول، كما أن سبب تطور التحكيم هو رغبة الأطراف في المعاملات التجارية في التحرر من القيود كافة التي تفرضها القوانين الوطنية، وتفادي البطء في إجراءات المحاكم العادية، فضلاً عن الحرية التي يتمتع بها الأطراف في مجال التحكيم كاختيار المحكمين، والقانون الذي يطبق على موضوع النزاع، ومكان ولغة التحكيم، والسرية التي يتصف بها الأخير. لذلك أصبح التحكيم الآن الوسيلة المهمة لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية^(١).

كما يقوم التحكيم على إرادة أطرافه، والتي بمقتضاها يمكن لأطراف الخصومة التحكيمية الاتفاق على طرح النزاع على أشخاص ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة،

(١) الدكتورة/ حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، دار الفكر العربي، الإسكندرية، ١٩٩٦م، ص ٧.

وبالتالي فإن إرادة الخصوم هي وحدها التي يستند عليها قيام التحكيم^(٢)، وإذا كان التحكيم في الأصل وليد إرادة الأطراف إلا أن الأحكام التي تصدر عنه شأنها شأن الأحكام القضائية من حيث أنها تحوز حجية الشيء المقضي فيه، وتكون واجبة النفاذ، وتبقى لها هذه الحجية طالما بقيت قائمة، ولو كانت قابلة للطعن بدعوى بطلان حكم التحكيم.

ويعد اتفاق التحكيم عقداً أياً كانت صورته، كما أن القاعدة العامة أن أثر العقد لا ينصرف إلا إلى المتعاقدين، سواءً تعاقدوا بأنفسهم أم بواسطة نائب، ما دام الأخير قد تعامل باسم الأصيل، فإذا لم يذكر اسم الأصيل، فإنه يلتزم بالعقد^(٣)، وقد ينصرف أثر العقد إلى من يقوم مقام طرفي العقد كالخلف العام، كالوارث مثلاً، والخلف الخاص كالمشتري والموهوب إليه، وقد نصت المادة (١٦٠) من قانون المعاملات المدنية العماني على أنه: (ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام)^(٤).

كما نصت المادة (١٦١) من القانون ذاته على أنه: (إذا أنشأ العقد حقوقاً والتزامات شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن تلك الحقوق والتزامات تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه).

(٢) الدكتور/ محمد عبد العزيز منسي، اتفاق التحكيم في منازعات التجارة الإلكترونية، مكتبة الفلاح، الكويت، ط١، ٢٠٠١م، ص١٢.

(٣) الدكتور/ أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مطبوعات الجامعة الأردنية، ط١، ٢٠٠٢م، ص١٧٣.

(٤) صدر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٩ لسنة ٢٠١٣م، بتاريخ ٦/٥/٢٠١٣م، ونشر في عدد الجريدة الرسمية العدد رقم (١٠١٢) الصادر في ١٢/٥/٢٠١٣م.

وتطبيقاً للقواعد القانونية السابقة، فإن اتفاق التحكيم تحكمه قاعدة نسبية آثار العقد، ويقصد بذلك أن اتفاق التحكيم لا يمتد إلى الغير وإنما يقتصر على أطرافه^(٥)، لذلك فإن القوة الملزمة لاتفاق التحكيم تقتصر على من كان طرفاً أو ممثلاً فيه، فهي لا تمتد أو تنتقل للغير إلا في بعض الحالات وعلى سبيل الاستثناء؛ ذلك أن قاعدة نسبية آثار اتفاق التحكيم بالنسبة إلى الغير تعد من نتائج نشأته الاتفاقية، وما تستلزمه من احترام مبدأ سلطان الإرادة^(٦).

وحيث أن اتفاق التحكيم يرد في شرط من شروط العقد الأصلي، أو بموجب مشاركة تحكيم في وثيقة ملحقة به، مبرم بين شخصين أو أكثر، فإن القوة الملزمة لهذا الاتفاق تسري في مواجهة الأشخاص أطراف العقد الأصلي، إلا أن ذلك لا يمثل سوى الأصل العام، إذ تنتقل القوة الملزمة لاتفاق التحكيم إلى الغير في بعض الحالات، وقد تمتد في مواجهته في حالات أخرى، كما أن الغير قد يجد نفسه ملزماً باتفاق التحكيم، كما هو الحال في شرط التحكيم المدرج في عقد الاشتراط لمصلحة الغير في حالة قبوله للحق المشترط لصالحه^(٧).

مشكلة البحث:

تتلخص مشكلة البحث حول مدى إلزام من لم يكن طرفاً في اتفاق التحكيم بمضمون هذا الاتفاق. كما تتفرع عن هذه الإشكالية الرئيسية إشكاليات قانونية أخرى وهي: مدى إلزام الأشخاص الذين لم يوقعوا على اتفاق التحكيم بأن يكونوا معنيين مباشرة بإجراءات التحكيم، أو بأن يدخلوا في تلك الإجراءات، بالإضافة إلى مدى إمكانية إدخال الغير أو

(٥) الدكتور/ محمد نور شحاتة، دراسة تحليلية وتطبيقية لمبدأ نسبية أثر التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٠، ٢٠٠٦م، ص ٥.

(٦) الدكتور/ محمد عبد الخالق الزعبي، شرح قانون التحكيم الأردني رقم (٣١) لسنة ٢٠١١م، دار اليراع، عمان، ١٠، ٢٠١١م، ص ١١٠.

(٧) الدكتور/ فايز عبدالله الكندري، مفهوم شرط التحكيم، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، القاهرة، العدد الثاني، السنة الثانية والأربعون، ص ٤٦.

قبول طلب إدخاله أو تدخله في خصومة التحكيم وفق التنظيم القانوني للإدخال المنصوص عليه في قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني رقم ٢٩ لسنة ٢٠٠٢م^(٨)، كما تثار إشكالية أخرى تتعلق بالقصور التشريعي المتعلق بتنظيم اتفاق التحكيم في قانون التحكيم العماني، حيث لم يعالج المشرع هذا الموضوع بنصوص قانونية صريحة، الأمر الذي يدفعنا للبحث في القواعد العامة الواردة في التشريع العماني، كقانون المعاملات المدنية وقانون الإجراءات المدنية والتجارية.

أهمية البحث:

يعتبر تحديد القوة الملزمة لاتفاق التحكيم، ومدى امتدادها إلى الغير، والآثار الناجمة عنها، ذو أهمية بالغة، في ظل قل الدراسات القانونية المتعلقة بالموضوع في ظل أحكام التشريع العماني، كما تأتي أهمية هذا البحث من خلال تسليط الضوء على الأساس القانوني لامتداد أثر اتفاق التحكيم إلى الغير، وبيان الآراء القانونية والتطبيقات القضائية بشأنه، وموقف المشرع العماني منها.

فروض البحث وتساؤلاته:

يفترض الباحث أن المشرع العماني أولى موضوع اتفاق التحكيم أهمية كبيرة، تتجلى في تنظيم أحكامه في قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية، إلا أن موضوع البحث يثير بعض التساؤلات وهي كالاتي:

- ١- ما مفهوم القوة الملزمة لاتفاق التحكيم؟
- ٢- ما مفهوم الغير في اتفاق التحكيم؟
- ٣- ما هو الأساس القانوني لامتداد أثر اتفاق التحكيم إلى الغير؟
- ٤- ما هي حالات امتداد أثر اتفاق التحكيم إلى الغير؟

(٨) صدر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٩ لسنة ٢٠٠٢م، بتاريخ ٦/٣/٢٠٠٢م، ونشر في عدد الجريدة الرسمية العدد رقم (٧١٥) الصادر في ١٧/٣/٢٠٠٢م. نظم المشرع العماني القواعد المتعلقة بالإدخال والتدخل في الدعوى في المواد (١١٧ - ١٢٢) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية.

- ٥- ما الآثار المترتبة على امتداد اتفاق التحكيم إلى الغير؟
- ٦- ما مدى كفاية القواعد القانونية في قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية لتنظيم مسألة امتداد أثر اتفاق التحكيم إلى الغير؟

أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى تسليط الضوء على النظام القانوني لامتداد أثر اتفاق التحكيم إلى الغير في ظل التشريع العماني، وبيان أوجه القصور التشريعي بشأن تنظيم هذا الموضوع، كما يتفرع عن هذا الهدف أهداف عدة تتمثل في الإجابة على أسئلة الدراسة السابق ذكرها.

منهج البحث:

اعتمدت الدراسة على المنهج الوصفي الذي يتناسب مع معطيات عناصر البحث، وذلك بالرجوع إلى المؤلفات والدراسات العلمية والرسائل الجامعية والبحوث المنشورة التي تخدم موضوع البحث، كما اعتمد الباحث على المنهج التحليلي وذلك بدراسة وتحليل النصوص القانونية المتعلقة بموضوع البحث في التشريع العماني للوقوف على مدى كفايتها في تنظيم موضوع البحث.

الدراسات السابقة:

- الدكتور/ أحمد بشير الشرايري: بطلان حكم التحكيم ومدى رقابة محكمة النقض عليه، ٢٠١١م^(٩): تناولت الدراسة الأحكام المتعلقة بأسباب بطلان حكم التحكيم، ومدى رقابة محكمة النقض على حكم محكمة البطلان، ولم تتطرق الدراسة إلى موضوع اتفاق التحكيم وأثره على الغير، وهو ما تختلف عنه دراستنا الحالية عن الدراسة المذكورة.

^(٩) الدكتور/ أحمد بشير الشرايري، بطلان حكم التحكيم ومدى رقابة محكمة النقض (التمييز) عليه، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١م.

- الدكتور/ مصلح أحمد الطراونة: الرقابة القضائية على الأحكام التحكيمية في القانون الأردني، ٢٠١٠م^(١٠): تناولت الدراسة الأحكام القانونية المتعلقة بحكم التحكيم وبيان طبيعته القانونية وشروط صحته وبطلانه، كما تناولت أيضاً طرق الرقابة على حكم التحكيم في القانون الأردني، ولم تتناول الدراسة امتداد أثر اتفاق التحكيم إلى الغير، وهذا ما يميز دراستنا الحالية في أنها ستبحث في هذا الموضوع.
- الدكتورة/ حفيظة السيد الحداد، الرقابة القضائية على أحكام التحكيم بين الازدواجية والوحدة، ٢٠٠٣م^(١١): تناولت الدراسة ازدواجية الرقابة القضائية على حكم التحكيم والآثار المترتبة عليه، كما تناولت الدراسة أيضاً وحدة الرقابة على حكم التحكيم ومدى صحة تنفيذ أحكام التحكيم التي قضي ببطلانها وفقاً لقانون دولة المقر، وتختلف دراستنا في كونها تبحث في مسألة امتداد أثر اتفاق التحكيم إلى الغير وفقاً للقانون العماني، وهو ما لم تتناوله الدراسة السابقة.
- الدكتور/ أحمد السيد صاوي، تنفيذ أحكام المحكمين طبقاً لقانون التحكيم المصري، بحث مقدم إلى مؤتمر التحكيم التجاري الدولي، ٢٠٠٠م^(١٢): تناولت الدراسة آلية تنفيذ أحكام المحكمين وفق قانون التحكيم المصري، وسلطة القضاء في الرقابة على تنفيذ أحكام المحكمين، وتختلف هذه الدراسة عن الدراسة السابقة في أنها تسلط الضوء على امتداد أثر اتفاق التحكيم إلى الغير وفقاً للقانون العماني.

^(١٠) الدكتور/ مصلح أحمد الطراونة، الرقابة القضائية على الأحكام التحكيمية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، ٢٠١٠م.

^(١١) الدكتورة/ حفيظة السيد الحداد، الرقابة القضائية على أحكام التحكيم بين الازدواجية والوحدة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٣م.

^(١٢) الدكتور/ أحمد السيد صاوي، تنفيذ أحكام المحكمين طبقاً لقانون التحكيم المصري، بحث مقدم إلى مؤتمر التحكيم التجاري الدولي، تحت إشراف مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، القاهرة بتاريخ ٢٨/١/٢٠٠٠م.

خطة الدراسة:

تتطلب الدراسة أن تكون في مقدمة ومبحثين وخاتمة، وهي على النحو الآتي:

- المقدمة.
- المبحث الأول: مفهوم القوة الملزمة لاتفاق التحكيم.
- المبحث الثاني: مدى امتداد القوة الملزمة لاتفاق التحكيم إلى الغير.
- الخاتمة: تتضمن النتائج والتوصيات المقترحة.
- قائمة المراجع.

المبحث الأول

مفهوم القوة الملزمة لاتفاق التحكيم

سوف نتناول في هذا المبحث التعريف بالقوة الملزمة لاتفاق التحكيم، ثم نبحت بعد ذلك أثر اتفاق التحكيم بالنسبة إلى المتعاقدين، كما سنبين مفهوم نسبية أثر اتفاق التحكيم، وذلك في ثلاثة مطالب على النحو الآتي:

المطلب الأول: تعريف القوة الملزمة لاتفاق التحكيم.

المطلب الثاني: أثر اتفاق التحكيم بالنسبة إلى المتعاقدين.

المطلب الثالث: مفهوم نسبية آثار اتفاق التحكيم.

المطلب الأول

تعريف القوة الملزمة لاتفاق التحكيم

يقصد بالقوة الملزمة لاتفاق التحكيم الرابطة الإلزامية التي ينشئها الاتفاق بين طرفيه، والتي توجب على كل منهما تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه، وهذه القوة الملزمة لا تخص سوى أطراف التحكيم، كما أنها لا تلزمهم إلا بمضمون الاتفاق، فإذا قام اتفاق التحكيم

صحيحاً بتوفر جميع أركانه وشروط صحته، فإنه يكتسب ما يسمى بالقوة الملزمة للعقد، أي أنه يصبح منتجاً لآثاره، فهو ملزم بكل ما جاء فيه^(١٣).

وقد يثور التساؤل عن الأشخاص الذين يلزمون فيه، أي الأشخاص الذين يخضعون لقوته الملزمة، وقد أجابت على ذلك المادة (١٥٥) من قانون المعاملات المدنية بالقول: (... وعلى كل متعاقد الوفاء بما أوجبه العقد عليه من التزامات)، فهذه المادة تقر ما يسمى بمبدأ نسبية آثار العقد، الذي يعني أن العقد ليس له أثر ملزم إلا بين طرفيه، فما يترتب على عقد معين لا يمكن أن يضر بالغير، كما لا يمكن، كأصل عام، أن ينفعهم.

وإذا كان اتفاق التحكيم ينتج آثاره في ذمة المتعاقدين، إلا أنه لا يقف عندهما، فهو يتعداهما إلى من يحل محلها في الحقوق التي ينظمها هذا العقد، ويقصد بذلك الخلف العام والخلف الخاص، كما أنه قد يؤثر بطريق غير مباشر في دائني طرفيه، وذلك من خلال تأثيره المباشر على الذمة المالية لكل متعاقد، وهي الضمان العام لدائنيه، ومع ذلك فإن آثار اتفاق التحكيم تقف عند هذا الحد ولا تتعداه إلى الغير، وهذا ما يسمى بعدم سرية آثار العقد على الغير^(١٤).

ولا تختلف القوة الملزمة لاتفاق التحكيم باعتباره عقداً، عن القوة الملزمة للعقود الأخرى عموماً، ولما كان الأثر الجوهري لهذا الاتفاق هو التزام طرفيه بعرض النزاع على التحكيم والامتناع عن اللجوء إلى قضاء الدولة، فإن مقتضى القوة الملزمة لاتفاق التحكيم هو التزام طرفي الاتفاق بأن يقوم كل منهما بالمساهمة في اتخاذ الإجراءات المتعلقة بالتحكيم، وامتناعهما عن عرض النزاع على القضاء المختص أصلاً بالنظر

(١٣) الدكتور/ فايز عبدالله الكندري، مرجع سابق، ص ٣٨.

(١٤) الدكتور/ منصور الصرايرة، النظام القانوني لأساسيات التحكيم، دورة تدريبية تخصصية في أساسيات التحكيم المنعقدة خلال الفترة من ٧-٩/٧/٢٠١٢م، عمان، ص ٤٤.

فيه، فإذا لم يلتزم أحد الأطراف بذلك، فإنه يكون بذلك قد أخل بالتزامه وبمبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات التعاقدية^(١٥).

وقد نصت المادة (٢٥) من اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥م الخاصة بتسوية المنازعات الاستثمارية بين الدول ورعايا الدول الأخرى على مقتضى التنفيذ العيني للإلزام الناشئ عن القوة الملزمة لاتفاق التحكيم بالقول: (إذا اتفق طرفي النزاع كتابة على إحالة أي خلافات قانونية تنشأ مباشرة على استثمار بين دولة متعاقدة وبين مواطن من دولة أخرى متعاقدة، إلى المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمار بطريق التحكيم أو باي طريق آخر)، وعلى ذلك فإن اتفاق التحكيم الذي ابرم صحيحاً يلزم طرفيه ولا يجوز لأي منهما الانسحاب منه إلى باتفاقهما معاً وإنهاء إجراءات التحكيم قبل صدور الحكم^(١٦).

أما بالنسبة إلى تحديد مفهوم القوة الملزمة لاتفاق التحكيم وجزاء الإخلال بها فإنه يكون من اختصاص القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، إذ إنه يحدد الجزاء أو الأثر المترتب على تقاعس أحد طرفي الاتفاق عن تنفيذ التزاماته ببدء إجراءات

^(١٥) الدكتور/ عيد محمد القصاص، حكم التحكيم: دراسة تحليلية في قانون التحكيم المصري والمقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ٢٠٠٣م، ص٧٠. انظر أيضاً: الدكتور/ يعقوب صرخوه، شروط صحة الحكم التحكيمي في التشريع الكويتي مقارنة بما ورد في اتفاقيات التحكيم الصادرة في رحاب الأمم المتحدة، مجلة الحقوق الصادرة عن جامعة الكويت، ص٢٣. نصت المادة (٢/١) من اتفاقية نيويورك على أنه: (يقصد بأحكام التحكيم ليس فقط الأحكام الصادرة من محكمين معينين للفصل في حالات محددة بل أيضاً الأحكام الصادرة من هيئات تحكيم دائمة يحتكم إليها الأطراف). اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٦ المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية، الصادرة عن هيئة الأمم المتحدة في ١٠/٦/١٩٥٨م.

^(١٦) الدكتور/ فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة، عمان، ٢٠١٨م، ص١٠٨.

التحكيم، ومحاولة الإفلات من ذلك الالتزام، وتحديد كيفية تنفيذه^(١٧)، ومن ثم فإن على الطرف المتقاعس تنفيذ التزاماته، وإلا كان للطرف الآخر اللجوء إلى القضاء لإجباره على ذلك، كما قد يحكم بتعويض الطرف الآخر عما لحقه من ضرر نتيجة إخلال الطرف الأول بالتزامه الناشئ عن اتفاق التحكيم^(١٨).

وقد عالج المشرع العماني جزاء الإخلال بالقوة الملزمة لاتفاق التحكيم، حيث أوصد الباب في وجه كل من يحاول إهدار قيمة اتفاق التحكيم، سواء بتهريبه من بدء الإجراءات أو المساهمة في تشكيل هيئة التحكيم، حيث نصت المادة (١٧) من قانون التحكيم في المعاملات المدنية والتجارية على أنه: (١- لطرفي التحكيم الاتفاق على اختيار المحكمين وعلى كيفية ووقت اختيارهم فإذا لم يتفقا اتبع ما يأتي:

أ- إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد تولى رئيس المحكمة التجارية اختياره بناء على طلب أحد الطرفين.

ب- إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين اختار كل طرف محكما ثم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث، فإذا لم يعين أحد الطرفين محكمه خلال الثلاثين يوما التالية لتسلمه طلبا بذلك من الطرف الآخر، أو إذا لم يتفق المحكمان المعينان على اختيار المحكم الثالث خلال الثلاثين يوما التالية لتاريخ تعيين ثانيهما تولى رئيس المحكمة التجارية اختياره بناء على طلب أحد الطرفين، ويكون للمحكم الذي اختاره المحكمان المعينان أو الذي اختاره رئيس المحكمة رئاسة هيئة التحكيم، وتسري هذه الأحكام في حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من ثلاثة محكمين.

^(١٧) راجع في هذا المعنى: حكم المحكمة التجارية العمانية، في الطعن رقم (٢٠٠٣/١٨٣)، جلسة ٢٠٠٤/١/٣١م، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحكمة في العام القضائي السادس عشر ٢٠٠٠/٩٩م، ص ٣٣٠.

^(١٨) الدكتور/ محمود مختار أحمد البربري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٤، ٢٠١٤م، ص ٨١.

٢- إذا خالف أحد الطرفين إجراءات اختيار المحكمين التي اتفقا عليها، أو لم يتفقا، أو لم يتفق المحكمان المعينان على أمر مما يلزم اتفاقهما عليه، أو إذا تخلف الغير عن أداء ما عهد به إليه في هذا الشأن، تولى رئيس المحكمة التجارية، بناء على طلب أحد الطرفين القيام بالإجراء أو بالعمل المطلوب ما لم ينص في الاتفاق على كيفية أخرى لإتمام هذا الإجراء أو العمل^(١٩).

المطلب الثاني

أثر اتفاق التحكيم بالنسبة إلى المتعاقدين

يُقصد بالمتعاقدين في اتفاق التحكيم "الأطراف التي أبرمت الاتفاق"، ولذلك فإن آثار هذا الاتفاق تنصرف إليهم، سواءً تم التعاقد أصالة أم عن طريق النيابة^(٢٠)، والمتعاقد في اتفاق التحكيم هو الشخص الذي يبرم الاتفاق باسمه ولحسابه، وحتى يكتسب هذه الصفة لا بد أن تتجه نية المتعاقدين إلى المساهمة في إبرام العقد وانصراف آثاره إليه، أما بالنسبة إلى من لم يكن طرفاً في اتفاق التحكيم أو لم يسهم فيه فيعد من الغير، وبالتالي لا تسري - حسب الأصل - أحكام هذا الاتفاق عليه^(٢١).

ومع ذلك اتجه جانب من الفقه القانوني نحو التوسع في مفهوم التعاقد، حيث اعد المتعاقد كل من أسهم في تنفيذ العقد باعتباره مستفيداً منه ولو لم يسهم في إبرامه، وذلك من أجل توسيع دائرة المسؤولية العقدية بعدم حصرها بطرفي العقد، ومدّها إلى كل متضرر يرتبط بأحد أطراف العقد برابطة عقدية، وذلك من خلال ما يسمى بالأسرة

^(١٩) صدر بالمرسوم السلطاني رقم ٤٧ لسنة ١٩٩٧م، ونشر في الجريدة الرسمية العدد رقم (٦٠٢)

الصادر في: ١/ يوليو/ ١٩٩٧م.

^(٢٠) الدكتورة/ منصور الصرايرة، مرجع سابق، ص ٤٥.

^(٢١) الدكتور/ فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص ١٣٢.

العقدية أو المجموعة العقدية التي تحدد مفهوم التعاقد استناداً إلى تسلسل العلاقات العقدية على محل واحد أو اجتماعها لتحقيق مصلحة مشتركة^(٢٢).

وتقوم فكرة الأسرة العقدية على أساس أن مجموعة العقود التي يجمع بينها وحدة المحل أو وحدة السبب، حتى ولو نشأ كل منها مستقلاً عن الآخر، يترتب على عدم تنفيذ أحد هذه العقود التأثير في تنفيذ الآخر، فإذا لم يصب الشخص بأضرار إلا بسبب كونه دائماً بالتزام تعاقدي مرتبط من الناحية الموضوعية بالالتزام التعاقدي الذي لم ينفذ، فإنه يتعين خضوع هذه العلاقة بينه وبين المسؤول عن عدم تنفيذ هذا الأخير لقواعد المسؤولية، وذلك على أساس أنه هذه القواعد لم تقرر للشخص لكونه متعاقداً ولكن باعتباره مستفيداً من التصرف القانوني^(٢٣).

واستناداً إلى هذا الاتجاه الذي يوسع من مفهوم التعاقد، فإنه لا يشترط لتطبيق قواعد المسؤولية العقدية ارتباط المضرور والمسؤول بالعقد مباشرة، وإنما يكفي أن يكون المضرور دائماً بالتزام متولد عن عقد مرتبط أو ناتج عن عقد المسؤول، وبذلك يشكل هذان العقدان مجموعة عقدية مترابطة لا يمكن الفصل بينهما.

وعلى الرغم من عدالة هذا الاتجاه إلا أنه يتضمن خروجاً عن المفهوم الحقيقي لطرفي العقد الذي يقتصر على المرتبطين برابطة عقدية مباشرة، أما بالنسبة إلى حماية غير المتعاقدين فيمكن تحقيقها من خلال بعض الوسائل القانونية وخصوصاً الدعوى غير المباشرة.

(٢٢) الدكتور/ أحمد عبد الدائم، شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، منشورات جامعة حلب، ط١،

٢٠١٠م، ص ١٦١.

(٢٣) الدكتور/ فايز الكندري، مرجع سابق، ص ٤٢.

المطلب الثالث

مفهوم نسبية آثار اتفاق التحكيم

يتمتع اتفاق التحكيم بقوة ملزمة من حيث موضوعه تتمثل في الحقوق والالتزامات التي يرتبها هذا الاتفاق، كما أن له قوة ملزمة أيضاً من حيث أشخاصه، إذ أن المتعاقدين يلتزمان باتفاق التحكيم الذي أبرماه دون غيرهما، وهو ما يعرف بنسبية أثر العقد، حيث ينتج أثره بالنسبة إلى عاقيه، لكن القانون يقرر انصراف آثار العقد إلى الخلف بشروط معينة، ويقصد بالخلف هو طول شخص محل آخر في علاقة قانونية تبقى عناصرها الموضوعية على ما كانت عليه قبل الانتقال، وهو نوعان: (عام وخاص) أما دائني المتعاقدين فهم يتأثرون بالعقد ولكن لا ينتقل إليهم آثاره^(٢٤).

الفرع الأول

أثر اتفاق التحكيم بالنسبة للخلف العام

الخلف العام هو الذي يخلف شخصاً آخر في كامل ذمته المالية، أو في جزء شائع منها، ويكون ذلك بالطبع في حالة الوفاة، فالخلف العام هو الوارث^(٢٥).

^(٢٤) قضت محكمة النقض المصرية في العديد من أحكامها أن مبدأ نسبية العقد يهيمن على قوته الملزمة بالنسبة إلى الأشخاص والموضوع بما يقضي أن أثر العقد يقتصر على طرفيه والخلف العام أو الخلف الخاص أو الدائنين، فلا تتصرف الحقوق الناشئة عنه أو الالتزامات المتولدة عنه إلا لعاقديه. نقض مدني ٣٤١١ لسنة ٦٥، جلسة ١٨/٩/١٩٩٦م، س٤٧، ع٢٤، ق٢١٣، ص١١٧٥. كما قضت ذات المحكمة في حكم آخر أن إرادة المتعاقدين هي التي توجد التحكيم وتحدد نطاقه من حيث المسائل التي يشملها والقانون الواجب التطبيق وتشكيل هيئة التحكيم وسلطاتها وإجراءاتها، ومتى تخلف الاتفاق امتنع القول بقيام التحكيم وهو ما يستتبع نسبية أثره فلا يحتج به إلا في مواجهة الذي ارتضاه وقبل خصومته. نقض مدني ٤٧٢٩ لسنة ٧٢، جلسة ٢٢/٦/٢٠٠٤، س٥٥، ق١١٧، ص٦٣٨.

^(٢٥) الدكتور/ عدنان إبراهيم سرحان، والدكتور/ نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، دار الثقافة، عمان، ط١، ٢٠٠٨م، ص٢٦٢.

والقاعدة هو انصراف أثر اتفاق التحكيم الذي يعقده السلف إلى الخلف العام، فالخلف العام حسب الأصل أنه يخلف السلف في ذمته المالية أو في حصة منها في كل ما تتناوله هذه الذمة من حقوق والتزامات، ولذلك تنصرف إليه آثار العقود التي عقدها السلف، سواء فيما ترتبه من حقوق أو ما ينتج عنها من التزامات، ومنها اتفاق التحكيم، كما أن قاعدة انصراف أثر اتفاق التحكيم الذي يعقده السلف إلى الخلف العام من شأنها جواز الاحتجاج على الخلف العام بالتصرف الحقيقي المعقود في حالة الصورية وبالتاريخ الذي يحمله العقد ولو لم يكن له تاريخ ثابت^(٢٦).

وقد قنن المشرع العماني أثر العقد إلى الخلف العام، حيث نصت المادة (١٦٠) من قانون المعاملات المدنية على أنه: (ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام).

أما بالنسبة إلى الاستثناءات الواردة على هذه القاعدة، فقد عالجتها المادة المذكورة آنفاً، ففيما يتعلق بديون التركة، ونظراً لأن المبدأ الذي قرره الشريعة الإسلامية بخصوص الميراث "الأ تركة إلا بعد سداد الدين"، فإن التزامات المورث تبقى في تركته وتؤدي منها بحيث لا ينتقل إلى الوارث إلا ما تبقى من حقوق التركة بعد وفاء الدين^(٢٧).

ومع ذلك لا يسري أثر العقد الذي يبرمه السلف في حق خلفه العام في الحالات الآتية:

١- إذا نص اتفاق التحكيم بين الطرفين المتعاقدين على ألا تمتد آثاره إلى الخلف العام، كما لو اتفقا على انتهاء اتفاق التحكيم في حال وفاة أحدهما، وقد أشار

^(٢٦) الدكتور/ مصطفى محمد الجمال، والدكتور/ عكاشة محمد عبدالعال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ١٩٩٨م، ص٤٤٥.

^(٢٧) الدكتور/ أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دار الثقافة، عمان، ط١، ٢٠٠٧م، ص١٨٣.

المشرع العماني إلى هذه المسألة في المادة (٤٨) من قانون التحكيم في المعاملات المدنية والتجارية بأنه: (١-تنتهي إجراءات التحكيم بصدور الحكم المنهي للخصومة كلها أو بصدور أمر بإنهاء إجراءات التحكيم وفقاً للفقرة الثانية من المادة (٤٥) من هذا القانون. كما تنتهي أيضاً بصدور قرار من هيئة التحكيم بإنهاء الإجراءات في الأحوال الآتية: أ-إذا اتفق الطرفان على إنهاء التحكيم).

٢- إذا كانت طبيعة الحق أو الالتزام محل اتفاق التحكيم تجعله غير قابل للانتقال للخلف العام، وهو الحال في كافة الالتزامات التي يراعى فيها شخصية العاقد، كالالتزامات التي تترتب على عقود المهندس أو المحامي فيما يتعلق بأعمال مهنته^(٢٨).

٣- إذا كان نص القانون يمنع انتقال العقد إلى الخلف العام، كالوكالة التي تتقضي بموت الموكل أو الوكيل، والشركة التي تتقضي بموت أحد الشركاء^(٢٩)، ومع ذلك فإن حق نقض الاشتراك لمصلحة الغير لا يكون للمشتراط، فلا ينتقل إلى خلفه^(٣٠). وقد يأخذ الخلف العام حكم الغير بالنسبة إلى تصرفات سلفه، فلا ينتقل إليه أثر التصرف القانوني الذي قام به المورث كما في الوصية، وهي تصرف قانوني يحصل بإرادة الموصي المنفردة التي تجاوزت حدود الثلث المسموح به قانوناً وشرعاً، وسبب هذا الاستثناء أن أحكام المراث من النظام العام، فلا يجوز للمورث الخروج عليها، ولذلك قرر المشرع عدم نفاذ الوصية في حق الورثة فيما زاد على ثلث التركة إلا إذا أقرها^{٣١}، وكذلك الحال بالنسبة إلى تصرفات السلف في مرض الموت ويكون مقصوداً بها التبرع، إذ يعتبر مضافاً إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية، فقد افترض

^(٢٨) الدكتور/ فايز الكندري، مرجع سابق، ص ٤٦.

^(٢٩) الدكتور/ أمجد محمد منصور، مرجع سابق، ص ١٨٧.

^(٣٠) بموجب المادة (٣/١٦٣) من قانون المعاملات المدنية العماني.

^(٣١) الدكتور/ عدنان إبراهيم سرحان، والدكتور/ نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص ٢٦٤.

المشرع العماني التبرع في التصرف الذي يثبت أنه صدر في مرض الموت ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك^(٣٢).

الفرع الثاني

أثر اتفاق التحكيم بالنسبة إلى خلف الخاص

الخلف الخاص هو الشخص الذي يخلف شخصاً في حق عيني على شيء معين أو في ملكية شيء معين كالمشتري سواء اشترى شيئاً مادياً كالعقار أم شيئاً معنوياً كحوالة الحق، وكذلك الموهوب له والموصي له بعين معينة بالذات، فالمشتري يعد خلفاً خاصاً للبائع؛ لأنه يخلفه في حقوقه على المبيع، والوصية قد تأخذ شيئاً محدداً أو جزءاً من المال، فهي في الحالة الثانية خلف عام، أما في الحالة الأولى فهي خلف خاص^(٣٣). وبذلك يختلف الخلف الخاص عن الدائن، فالخلف الخاص هو من يتلقى شيئاً، سواء كان هذا الشيء حقاً عينياً كالعقار، أم حقاً شخصياً كحوالة الحق، أما الدائن فهو من يترتب له حق شخصي كالدين في الذمة المالية للمدين، والعلاقة مديونية وليست علاقة خلف خاص بسلف^(٣٤).

والقاعدة هي عدم انصراف أثر اتفاق التحكيم الذي أبرمه السلف إلى الخلف الخاص، فالأصل أن الخلف الخاص على عكس الخلف العام لا تتصرف إليه آثار هذا الاتفاق، وخصوصاً إذا كان اتفاق التحكيم المبرم من السلف لا يتناول الحق الذي تلقاه عنه الخلف الخاص، فالناشر خلف خاص للمؤلف، ولكن لا شأن للنار باتفاق التحكيم الذي أبرمه المؤلف في غير ما يمس المصنف محل عقد النشر، أما إذا تناول اتفاق التحكيم المبرم من السلف هذا المصنف بالذات، كما لو اتفق مع المؤلف على التحكيم في أية مسألة تثور بشأن الأمور المالية

(٣٢) المادة (٣/٤٣٢) من قانون المعاملات المدنية العماني.

(٣٣) الدكتور/ أحمد عبد الدائم، مرجع سابق، ص ١٦٣.

(٣٤) الدكتور/ أنور سلطان، مرجع سابق، ص ١٨٩.

المتصلة بعقد النشر، فهنا يثور التساؤل عما إذا كان هذا الاتفاق سيؤثر في الخلف الخاص أم لا؟^(٣٥)

إذا كان اتفاق التحكيم الصادر من السلف إلى شخص آخر لاحقاً للعقد الصادر إلى الخلف الخاص، فالقاعدة أن اتفاقات السلف في شأن الحق الذي انتقل إلى الخلف الخاص لا يحتج بها في مواجهة هذا الأخير، إلا إذا كان لها تاريخ ثابت وسابق على تاريخ العقد الذي تلقى به الخلف الخاص حقه^(٣٥).

أما إذا كان اتفاق التحكيم المبرم من السلف يمس نفس الحق الذي تلقاه عنه الخلف الخاص، وكان هذا الاتفاق ثابت التاريخ وسابقاً على عقد الخلف الخاص، فإن المشرع العماني عالج هذا الموضوع في المادة (١٦١) من قانون المعاملات المدنية بالقول: (إذا أنشأ العقد حقوقاً والتزامات شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن تلك الحقوق والتزامات تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه).

لذلك، ومن أجل أن ينصرف أثر العقد إلى الخلف الخاص، فإنه لا بد من توفر شروط وهي كالاتي^(٣٦):

١- أن يكون عقد السلف سابقاً على عقد الخلف: حيث يجب أن يكون اتفاق التحكيم الذي أنشأ الحقوق التي يقع فيها الاستخلاف سابقاً في إبرامه على انتقال الشيء من السلف إلى الخلف، أما إذا كان لاحقاً فإن الخلف يعد من الغير بالنسبة إلى هذه العقود ولا يسري أثرها عليه.

٢- أن يكون الحق من مستلزمات الشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص: ويعد الحق من مستلزمات الشيء إذا كان مكماً له كعقود التأمين الوارد فيها

^(٣٥) الدكتور/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤م، ص ٥٤٢.

^(٣٦) الدكتور/ أحمد عبد الدائم، مرجع سابق، ص ١٦٥.

شرط التحكيم، فإذا عقد السلف تأميناً للعقار من الحريق ثم باعه؛ فإنه يحق لخلفه الخاص، أي المشتري، الاستفادة من عقد التأمين وما ورد به من شروط خاصة بالتحكيم، بشرط أن يدفع الأقساط المستحقة بعد الشراء.

٣- علم الخلف بالحقوق الناشئة عن عقود سلفه وقت انتقال الشيء إليه: ويقصد بالعلم هنا العلم الحقيقي بالحق، لا مجرد إمكانية العلم، ويستوي في الحكم مع العلم الحقيقي العلم المفترض من شهر العقود الصادرة من السلف، وقد تنتقل التزامات السلف إلى الخلف الخاص إذا كانت ناشئة عن عقود ملزمة لجانبيين عقدها السلف، ومنها اتفاق التحكيم؛ لأنها تقابل الحقوق التي انتقلت إلى الخلف الخاص بموجب هذه العقود^(٣٧).

الفرع الثاني

أثر اتفاق التحكيم بالنسبة للدائنين

لا يعد الدائن خلفاً عاماً كما أنه ليس خلفاً خاصاً، وبالتالي لا تتصرف فيه آثار العقود التي يبرمها المدين، فلا يخلفه في الحقوق المترتبة على العقد، ولا في الالتزامات أيضاً، وعلى الرغم من أن الدائنين لا تتصرف إليهم الحقوق والالتزامات الناشئة عن اتفاق التحكيم، إلا أنهم يتأثرون فيها، حيث إن أموال المدين - وفقاً لقاعدة النظام العام - ضامنة للوفاء بديون الدائنين^(٣٨).

^(٣٧) الدكتور/ فايز الكندري، مرجع سابق، ص ٤٨.

^(٣٨) الدكتور/ أمجد محمد منصور، مرجع سابق، ص ١٨٨.

المبحث الثاني

مدى امتداد القوة الملزمة لاتفاق التحكيم إلى الغير

يعد اتفاق التحكيم كأى تصرف إرادي، سواء ورد في صورة شرط أم مشاركة، لا تتصرف آثاره إلا على طرفيه دون الغير، طبقاً لمبدأ نسبية أثر الاتفاق، لذلك لا بد من بيان العلاقة ما بين استقلال شرط التحكيم والقوة الملزمة للعقد الأصلي، فشرط التحكيم يرد عادة كبند في العقد الأصلي، وإن كان يتمتع باستقلال عنه. ويقصد باستقلال شرط التحكيم أمران؛ الأول: أنه إذا كان الشرط باطلاً فإن هذا يجب ألا يؤثر في العقد الذي يتضمنه، والثاني: أنه إذا كان العقد نفسه باطلاً أو تم فسخه، فهذا لا يؤثر في اتفاق التحكيم نفسه، ولكن اتفاق التحكيم بوصفه تصرف إجرائي يرمي إلى تسوية المنازعات التي قد تنشأ عن العقد الأصلي يتسم بالتبعية.

وللوقوف على موضوع امتداد القوة الملزمة لاتفاق التحكيم إلى الغير، سوف نقسم هذا المبحث إلى المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: الأساس القانوني لامتداد أثر اتفاق التحكيم إلى الغير.

المطلب الثاني: حالات امتداد اتفاق التحكيم إلى الغير.

المطلب الثالث: الآثار الناجمة على امتداد أثر التحكيم إلى الغير.

المطلب الأول

الأساس القانوني لامتداد أثر اتفاق التحكيم إلى الغير

ورد مصطلح الغير في القانون الروماني ويراد به الأجنبي، والغير في القانون الفرنسي هو من لا ينفعه العقد ولا يضره، وهو من المصطلحات المرنة غير الثابتة، والغير في اتفاق التحكيم كل شخص ليس طرفاً في الاتفاق ولا خلف عام أو خلف

خاص لأحد أطرافه، كما يقصد بالغير في إجراء التحكيم كل شخص طبيعي أو شخص معنوي لم يوقع على الاتفاق^(٣٩).

وذكرت محكمة النقض المصرية أن النطاق الشخصي لخصومة التحكيم يتحدد بأطراف الاتفاق على التحكيم، والغير هو من ليس طرفاً في اتفاق التحكيم^(٤٠). ومعيار التمييز بين الطرف والغير يعتمد على معيارين، الأول شكلي ومقتضاه أن من وقع الاتفاق وقام بتبادل الرسائل والبرقيات وغيرها من وسائل الاتصال المكتوبة فيعد طرفاً، ويشترط هنا أن يتم التعبير عن الإرادة صراحة بالكتابة ولا يعتد بالتعبير الضمني، وفي هذا قضت محكمة النقض المصرية أن الاتفاق على التحكيم لا يفترض ويلزم أن يعبر بوضوح عن انصراف إرادة الخصوم إلى إتباع هذا الطريق^(٤١)، والمعيار الثاني موضوعي وفيه يعد طرفاً كل من كان ممثلاً في الاتفاق، وكل من لم يكن طرفاً في الاتفاق وفقاً للمعيارين السابقين فهو من الغير^(٤٢).

إن تأسيس امتداد اتفاق التحكيم إلى الغير بانتقال العقد الذي ورد به الشرط إليه أو بانتقال الالتزامات المتولدة عنه يتفق مع القاعدة القانونية التي تنص على أن: "الفرع يتبع الأصل" أو أن "الملحقات تتبع الأصل"، والملحقات هي الحقوق والالتزامات التابعة للأصل، أي الحق المنقول إلى الغير أو الحق المستخلف فيه، وتكون ملحقة به لكي يستطيع صاحب الحق بمجموع هذه الحقوق والالتزامات من أن يستعمل حقه في

^(٣٩) نقض تجاري ٧٥٩٥ لسنة ٨١، جلسة ٢٠١٤/٢/١٣م، متاح على موقع المحكمة.

^(٤٠) الدكتورة/ سميحة مصطفى القليوبي، اتفاق التحكيم، بحث مقدم إلى ندوة التحكيم في عقود الأشغال والمقاولات، الشارقة، دولة الامارات العربية المتحدة، الفترة من ٤-٧ ديسمبر ٢٠٠٥م، برعاية جامعة الدول العربية "المنظمة العربية للتنمية الإدارية" والجمعية العربية للقانون والتحكيم "غرفة التحكيم العربية".

^(٤١) نقض مدني ٦٠٧ لسنة ٦٣، جلسة ٢٠٠٧/٣/٢٧م، س ٥٨، ق ٥١، ص ٢٩٥.

^(٤٢) الدكتور/ محمد نور شحاتة، مرجع سابق، ص ١٣.

الغرض المقصود من وجود الحق في حيازته^(٤٣)، فشرط التحكيم، من وجهة نظر الباحث، يعد ملحقاتاً للحق الأصلي وفرعاً لا يمكن أن ينفصل عنه، فإذا انتقل الحق إلى الغير انتقل إليه شرط التحكيم.

كما أن القول بتبعية شرط التحكيم للعقد الأصلي الذي ورد به أو للالتزامات الناشئة عنه لا يتعارض مع اعتباره عقداً مستقلاً عن العقد الذي ورد به، فتقرير استقلال شرط التحكيم باعتباره عقداً منفصلاً عن العقد الأصلي لا يمنع دون انتقاله إلى الغير، كما أن تقرير قاعدة استقلال شرط التحكيم من جانب القضاء والفقهاء لم يكن إلا لغرض تجنب شرط التحكيم العيوب التي قد تشوب العقد الأصلي الذي ورد به، والتي من شأنها أن تصيبه بالبطلان، فبطلان العقد الأصلي، وكذلك الحال في حالة فسخ العقد، ليس من شأنه أن يبطل شرط التحكيم الوارد به^(٤٤).

وهذا الحكم لم يكن ليتقرر لولا إضفاء القضاء والفقهاء الاستقلالية لشرط التحكيم كعقد قائم بذاته، ومنفصل عن العقد الذي تضمنه، فشرط التحكيم هو عقد مستقل عن العقد الأصلي ومنفصل عنه لما له من محل مختلف عن الأول، فهو عقد إجرائي، بيد أنه على علاقة بالعقد الأصلي، فالشرط يكون متوقفاً عليه، فمصيره بذلك يكون متوقفاً تبعاً على مصير العقد الأصليين إذ ينبغي انتقاله أو امتداده بانتقال هذا العقد أو بانتقال الالتزامات الناشئة عنه، فاستقلالية شرط التحكيم تعني أن الشرط هو عقد قانوني مستقل عن العقد الأصلي المندمج به مادياً، الأمر الذي يبرر إخضاعه لنظام قانوني مختلف عن النظام القانوني للعقد الأصلي من حيث قيامه وصحته^(٤٥).

ولقد استقر القضاء الفرنسي على إمكانية انتقال القوة الملزمة لاتفاق التحكيم إلى الغير، وذلك نظراً للطابع التبعية لشرط التحكيم للعقد الذي ورد به، فالأساس القانوني

^(٤٣) الدكتور/ رضا وهدان، انتقال آثار العقود إلى الخلف الخاص، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط ١، ١٩٩٩م، ص ٢٠٢.

^(٤٤) الدكتور/ رضا وهدان، مرجع سابق، ص ٢٠٣.

^(٤٥) الدكتور/ فايز الكندري، مرجع سابق، ص ١٧٢.

لامتداد اتفاق التحكيم إلى شخص لم يوقع العقد الذي ورد به ولم يكن ممثلاً فيه عند القضاء الفرنسي يكمن في تبعيته للعقد الذي ورد به، إذ ينتقل بانتقال هذا العقد، أو بانتقال الالتزام الذي أنشأه^(٤٦).

كما يتفق الفقه الفرنسي أيضاً مع موقف قضائه، فهو يذهب إلى إمكانية امتداد اتفاق التحكيم إلى الغير تبعاً لانتقال العقد الذي ورد به، أو الالتزامات التي أنشأها، فالشرط ملحق بالعقد أو الالتزام أو تابع أساسي لهما، كما أن مصير شرط التحكيم يكون متوقفاً على مصير العقد الأصلي، وحتى يتسنى تأمين قيام شرط التحكيم بوظيفته في خدمة العقد الذي ورد بهن فإنه يجب انتقاله تبعاً لانتقال العقد الأصلي أو الالتزامات التي أنشأها هذا العقد^(٤٧).

المطلب الثاني

حالات امتداد اتفاق التحكيم إلى الغير

استقر الفقه القانوني والقضاء على وجود حالات يمتد فيها اتفاق التحكيم إلى الغير، استثناء على الأصل العام بقصر آثار الاتفاق على طرفيه والخلف العام والخلف الخاص، وتتمثل تلك الحالات في الآتي:

١- **المستفيد من الاشتراط لمصلحة الغير:** نظمت المواد من (١٦٣ - ١٦٤) من قانون المعاملات المدنية العماني الأحكام القانونية المتعلقة بالاشتراط لمصلحة الغير، وهو ما يعد استثناءً من المبدأ العام الذي يجعل العقود لا تؤثر لا نفعاً ولا ضرراً في مصالح الغير؛ ذلك أن هذا الاستثناء يضعنا أمام عقد يبرم بين شخصين ويستفيد منه شخص ثالث لم يكن طرفاً في العقد لا اصالة ولا نيابة، وهو ليس بخلف عام ولا

(٤٦) الدكتور/ محمد نور شحاتة، مرجع سابق، ص ٧٨.

(٤٧) الدكتور/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص ٧٨.

خلف خاص للطرفين المتعاقدين، ويترتب على هذا الاشتراط أن يكتسب الغير حقاً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه^(٤٨).

ويعد نظام الاشتراط خروجاً على مبدأ نسبية آثار العقود، حيث يقتضي هذا المبدأ أن آثار العقود لا تنصرف لا لأطرافها، وطرف العقد في المفهوم السائد، والذي عبرت عنه نصوص القانون هو من عقد العقد، أو على الأقل من عقد العقد باسمه وبالنيابة عنه^(٤٩).

وفيما يتعلق بالاشتراط لمصلحة الغير في مجال امتداد أثر اتفاق التحكيم إلى الغير، فمن المسلم به أن الاشتراط لمصلحة الغير يمكن أن يرتب حقوقاً للغير دون أن يرتب عليه أي التزام، لذلك فإن شرط التحكيم في اتفاق يتضمن اشتراطاً لمصلحة الغير، ولكن يمكن للغير أن يستفيد منه، وتطبيقاً لذلك فإن لذي المصلحة في الاتفاق أعمال شرط التحكيم في عقد يتضمن اشتراطاً لمصلحة الغير للمطالبة بحقوق الغير، فإذا صدر الحكم فإن للغير المشتراط لصالحه أن يستفيد من هذا الحكم الصادر لصالحه. ومن جانب آخر يمكن للغير المشتراط لصالحه في اتفاق يتضمن اشتراطاً لمصلحة الغير أن يعلن عن إرادته صراحة بقبول هذا الشرط، وحينئذ يصبح طرفاً في الاتفاق على التحكيم، وله أن يطلب إعماله لصالحه، كما يمكن أن يكون طرفاً في خصومة التحكيم، سواء بأن يطلب بدءها، أو بأن يتدخل في خصومة التحكيم التي بدأت من أحد طرفي الاتفاق^(٥٠)، وقد استنتج الفقه إمكانية اشتراط شرط التحكيم لمصلحة الغير (المستفيد)، وعلى هذا الأساس يجوز للغير المستفيد من الشرط المذكور أن يتمسك بالشرط دون الالتزام به^(٥١).

^(٤٨) المادة (١/١٦٣) من قانون المعاملات المدنية العماني.

^(٤٩) الدكتور/ أمجد محمد منصور، مرجع سابق، ص ١٨٦.

^(٥٠) الدكتور/ فوزي سامي، مرجع سابق، ص ٢٢٦.

^(٥١) الدكتور/ أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط٥،

٢- اندماج الشركات: الاندماج هو اتفاق يترتب اتحاد شركتان قائمتان على الأقل في شركة واحدة تكون لها شخصية معنوية جديدة بعد اتخاذ إجراءات التأسيس، أو أن تبتلع شركة تسمى الشركة الدامجة شركة أخرى تسمى المندمجة، والاندماج بذلك له صورتان: الأولى بطريق المزج وترتب نشوء شركة جديدة تخلف الشركات المندمجة، والثانية بطريق الضم وفيه تندمج شركة في شركة قائمة فعلاً، فتتقضي الشركة المندمجة لمصلحة الشركة الدامجة التي تبتلعها^(٥٢)، وقد نظم المشرع العماني طرق اندماج الشركات في المادة (٣٣) من قانون الشركات التجارية رقم ١٨ لسنة ٢٠١٩م. ويترتب على الاندماج انقضاء الشركة المندمجة في حالة الاندماج بالضم، أو انقضاء الشركات المندمجة في حالة الاندماج بالمزج، وفي كلا الحالتين تخلف الشركة الناتجة عن الاندماج خلافة عامة للشركات المنقضية بالاندماج فتخلفها فيما لها من حقوق وما عليها من التزامات، فإذا أبرمت إحدى الشركات اتفاق تحكيم ثم انقضت بالاندماج فإن الشركة الجديدة الناتجة عن الاندماج أو الشركة الدامجة تحل محلها في آثار اتفاق التحكيم^(٥٣).

وهذه الحالة اعتبرها البعض ليست استثناء على مبدأ نسبية اتفاق التحكيم باعتبار أن الشركة الدامجة أو الشركة الناتجة عن الاندماج تعد من الخلف العام، وبالتالي ليست من الغير، بل هي تطبيق للمبدأ ولا تعد من حالات امتداد اتفاق التحكيم للغير^(٥٤).

٣- العقد الجماعي: هو العقد الذي يتم توقيعه بين مجموعة من الأفراد بصفتهم الجماعية، وبين فرد أو مجموعة من الأفراد مثل عقد العمل الجماعي التي توقعه نقابة

^(٥٢) الدكتور/ محسن شفيق، الوسيط في القانون التجاري، الجزء الأول، دار الثقافة للنشر، الإسكندرية، ط١، ١٩٥١م، ص٦٣٧.

^(٥٣) الدكتور/ كمال طه، القانون التجاري "الشركات التجارية"، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، ١٩٩٦م، ص٣٤١.

^(٥٤) الدكتور/ أحمد محمد محرز، الوسيط في القانون التجاري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط٢، ٢٠٠٤م، ص٥٩٦.

العمال مع صاحب العمل، فهذه الاتفاقات الجماعية ينصرف أثرها إلى الجميع سواء من وقع عليها من العمال ومن لم يوقع عليها^(٥٥).

٤- **المجموع العقدي**: هي مجموعة عقود مرتبطة معاً بهدف تحقيق عملية واحدة، وتعتمد فكرة المجموع العقدي على وحدة المحل أو وحدة السبب، فتشكل هذه العقود عملية اقتصادية واحدة وتهدف لتحقيق هدف مشترك، مثل اتفاق الكونسورتيوم (consortium) والمشروع المشترك، وعقود المقاولات من الباطن بهدف إنجاز مشروع مشترك، فهذه العقود مرتبطة معاً لتنفيذ مشروع واحد، فإذا وجد اتفاق تحكيم في أحد تلك العقود دون بقية العقود المرتبطة بإنجاز مشروع معين امتد أثر اتفاق التحكيم إلى باقي العقود المرتبطة بالمشروع^(٥٦).

٥- **مجموعة الشركات**: هي عدد من الشركات الخاضعة لسلطة الرقابة والتوجيه التي تمارسها إحداهما وتسمى بالشركة المسيطرة أو الشركة الأم، وتسمى الشركات الخاضعة بالشركات التابعة أو الوليدة، وهي أداة قانونية لتنظيم المشروع الرامي للتوسع^(٥٧)؛ وتتميز مجموعة الشركات بأنها تخضع لقرار اقتصادي واحد وفي الوقت نفسه تتمتع كل شركة بالمجموعة باستقلالية عن باقي شركات المجموعة، ووفقاً لقاعدة الاستقلالية فإن أي اتفاق تحكيم أو غيره من العقود تبرمه إحدى شركات المجموعة لا يلزم باقي شركات المجموعة.

إلا أنه نظراً لوجود ارتباط بين شركات المجموعة يؤدي إلى الاختلاط لدى الغير وتداخل بعض شركات المجموعة في تنفيذ المشروعات والعقود التي تبرمها إحداهما، وهو الأمر الذي أثار خلاف لدى التوجه القانوني حول مدى إمكانية امتداد اتفاق التحكيم لباقي شركات المجموعة و التي لم توقع على الاتفاق ولكن اشتركت بصورة ما في مراحل تنفيذ العقد، فذهب البعض إلى عدم سريان امتداد شرط التحكيم لباقي

^(٥٥) الدكتورة/ سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص ٢٣.

^(٥٦) الدكتور/ فايز الكندري، مرجع سابق، ص ٦٩.

^(٥٧) الدكتور/ علي سيد قاسم: مرجع سابق، ص ٧٠.

شركات المجموعة استناداً لمبدأ سلطان الإرادة واستقلالية كل شركة عن الأخرى^(٥٨)، بينما ذهب التوجه القانوني الغالب والقضاء إلى امتداد شرط التحكيم لباقي شركات المجموعة طالما تدخلت في تنفيذ العقد أو كانت بحكم مراكزها ونشاطها مفترض فيها العلم بوجود شرط التحكيم ونطاقه^(٥٩).

وفي هذا الشأن قضت محكمة النقض المصرية أن كون أحد أطراف خصومة التحكيم شركة ضمن مجموعة شركات لا يعد دليلاً على التزامها بالعقود التي تبرمها شركة أخرى داخل المجموعة ما لم يثبت أنها تدخلت في تنفيذها أو تسببت في وقوع خلط بشأن الملتزم به على نحو تختلط فيه إرادتها مع إرادة الشركة الأخرى، ولما كانت الشركة لم تكن طرفاً في الاتفاق ولم تتدخل في تنفيذه فلا يجوز إلزامها بشرط التحكيم أو قبول إدخالها في خصومته^(٦٠).

٦- المرسل إليه في عقد النقل: الأصل أن المرسل إليه ليس طرفاً في عقد النقل أو سند الشحن، ولكن إذا تضمن سند الشحن لشروط التحكيم فيعد هنا طرفاً في العقد، وأقرت محكمة النقض المصرية امتداد أثر اتفاق التحكيم في حق المرسل إليه على أساس وجود ارتباط بين العقد الأصلي الذي هو في الوقت ذاته محل اتفاق التحكيم^(٦١).

^(٥٨) الدكتور/ محمود عمر، إشكالية امتداد شرط التحكيم بالتطبيق على قضية هضبة الأهرامات "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ١، ٢٠٠٦م، ص ٢٩.

^(٥٩) الدكتور/ علي سيد قاسم: مرجع سابق، ص ٨١.

^(٦٠) نقض مدني ٤٧٢٩ لسنة ٧٢، جلسة ٢٢/٦/٢٠٠٤م، س ٥٥، ق ١١٧، ص ٦٣٨.

^(٦١) نقض ٤٥٣ لسنة ٤٢، جلسة ٩/٢/١٩٨١م، مشار إليه لدى الدكتورة/ سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص ٢٦. انظر أيضاً الدكتور/ محمد نور شحاتة، مرجع سابق، ص ٨٢.

المطلب الثالث

الآثار الناجمة على امتداد أثر التحكيم إلى الغير

يترتب على امتداد اتفاق التحكيم للغير، أن يصبح كلاً من الغير وأطراف الاتفاق في مركز سواء، وما يحق لطرفي الاتفاق يحق للغير، ويرتب اتفاق التحكيم لكلاهما أضرار، أحدهما سلبي في حرمان اللجوء للقضاء بصدد موضوع التحكيم، وثانيهما إيجابي بفض المنازعة بطريق التحكيم^(١٢)، ونوضح كلا الأثرين بالنسبة للغير فيما يلي:

١- حرمان الغير من اللجوء للقضاء:

يترتب على امتداد اتفاق التحكيم للغير التزام سلبي على عاتق الغير بالامتناع عن اللجوء للقضاء بغية الفصل في النزاع محل اتفاق التحكيم، ويسري هذا الالتزام السلبي على الغير مثله في ذلك مثل طرفي الاتفاق، ويعد هذا الالتزام إرادياً، سواء أكانت إرادة طرفي الاتفاق صريحة أم إرادة ضمنية للغير، ووفقاً للالتزام الإرادي يجب على الطرفين والغير عدم رفع النزاع إلى القضاء لسبق الاتفاق على اللجوء للتحكيم^(١٣).

وفي هذا قضت محكمة النقض المصرية أنه: "وفقاً للنص الوارد بالعقد المبرم بين طرفي التداعي والمقرر أن أي خلاف بين الطرفين فيما يتعلق بتنفيذ أو تطبيق أو تفسير بنود وشروط هذا العقد ولا يتم تسويته ودياً يتم طرحه على التحكيم طبقاً لقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس ويكون مكان التحكيم في القاهرة مما يدل على ارتضاء الأطراف لإخضاع التحكيم لقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس، الأمر الذي من شأنه حجب أحكام القانون المصري إلا فيما يتعلق بالنظام العام"^(١٤)، كما قضت أيضاً: "أن اتفاق الأطراف على حل أي خلاف يتم عن طريق التحكيم في مدينة لوجانو بسويسرا وطبقاً لقواعد التسوية والتحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية، ولم يرد بالأوراق ما يدل

(١٢) د. زياد القرشي: مرجع سابق، ص ٣٦٠ & أ. خالد الدخيل: مرجع سابق، ص ٥٧.

(١٣) الدكتور/ مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ٢، ١٩٩٩م، ص ١٥٣.

(١٤) نقض مدني ٧٣٠٧ لسنة ٧٦، جلسة ٢٠٠٧/٢/٨م، س ٥٨، ق ٢٠، ص ١١٢.

على تطبيق أحكام القانون المصري بما لا يجوز معه طرح النزاع على المحاكم المصرية^(٦٥).

٢- حق الغير في اللجوء لهيئة التحكيم:

يحق للغير مثله في ذلك مثل طرفي الاتفاق اللجوء لهيئة التحكيم لفض النزاع الناشئ أو المحتمل نشوئه في المستقبل، وفقاً للأثر الإيجابي لامتداد اتفاق التحكيم، ويترتب على اللجوء للتحكيم ضرورة إتباع إجراءات التحكيم وفقاً للاتفاق، والاعتداد بالحكم الصادر فيه وكأنه صادر من محكمة مختصة أصلاً بنظر النزاع^(٦٦).

الخاتمة

تناولنا في هذا البحث امتداد أثر اتفاق التحكيم إلى الغير "دراسة في قانون التحكيم العماني"، وقد قسمنا البحث إلى مبحثين، عرضنا في المبحث الأول مفهوم القوة الملزمة لاتفاق التحكيم، وتناولنا خلاله في المطلب الأول تعريف القوة الملزمة لاتفاق التحكيم، وفي المطلب الثاني أثر اتفاق التحكيم بالنسبة إلى متعاقدين، وفي المطلب الثالث مفهوم نسبية آثار اتفاق التحكيم، ثم تناولنا في المبحث الثاني مدى امتداد القوة الملزمة لاتفاق التحكيم إلى الغير، تناولنا في المطلب الأول منه الأساس القانوني لامتداد أثر اتفاق التحكيم إلى الغير، ثم عرضنا في المطلب الثاني حالات امتداد اتفاق التحكيم إلى الغير، ثم تناولنا في المطلب الثالث الآثار الناجمة على امتداد أثر التحكيم إلى الغير، وفي ختام هذا البحث خلص الباحث إلى عدد من النتائج والتوصيات، وهي على النحو الآتي:

(٦٥) نقض تجاري ١٠٤٢ لسنة ٧٣، جلسة ٢٨/٣/٢٠١١م.

(٦٦) الدكتور/ أشرف محمد خليل، التحكيم في المنازعات الإدارية وآثارها القانونية، دار الفكر الجامعي، القاهرة، ط١، ٢٠١٠م، ص٢٢٧.

أولاً- النتائج:

- ١- تقتضي قاعدة نسبية اتفاق التحكيم سريان الاتفاق على الأطراف الموقعة عليه والخلف العام والخلف الخاص.
- ٢- لم يعالج المشرع العماني مسألة امتداد أثر اتفاق التحكيم إلى الغير، وإنما تركها للقواعد العامة.
- ٣- ان انصراف أثر اتفاق التحكيم باعتباره تصرفاً إرادياً إلى أطرافه دون غيرهم لا يمثل سوى الأصل العام، إذ قد تنتقل القوة الملزمة لاتفاق التحكيم إلى الغير في بعض الحالات طبقاً للقواعد العامة للتعاقد.
- ٤- ينصرف أثر اتفاق التحكيم إلى الغير متى توافرت الشروط الموضوعية والشروط الشكلية اللازمة لصحة هذا الاتفاق.
- ٥- إن اتفاق التحكيم تمتد آثاره إلى الغير ممن لم يوقع على الاتفاق في حالات محددة، شملت حالة اندماج الشركات والعقد الجماعي والمجموع العقدي، ومجموعة الشركات، والمرسل إليه في عقد النقل.
- ٦- يتمتع أطراف اتفاق التحكيم والغير بمركز قانوني واحد على حد سواء، وبالتالي يسري على الغير ما يسري على أطراف الاتفاق، فيكون من حقهم اللجوء لهيئة التحكيم، كما يتمتع عليهم ما يتمتع على أطراف الاتفاق من اللجوء للقضاء للفصل في النزاع المنصوص على فضه بالتحكيم.

ثانياً- التوصيات:

من خلال ما تم التوصل إليه من نتائج في هذه البحث، فإن الباحث يضع بعض التوصيات والمقترحات التي يأمل من المشرع العماني الأخذ بها، وهي على النحو الآتي:

- ١- يوصي الباحث المشرع العماني بتنظيم مسألة انصراف القوة الملزمة لاتفاق التحكيم إلى الغير في قانون التحكيم العماني، وذلك بما ينسجم مع الطبيعة الخاصة لقضاء التحكيم.

- ٢- يهيب الباحث بالمشرع العماني النص صراحة على الطبيعة القانونية للدفع بشرط التحكيم في قانون التحكيم؛ باعتباره الأساس القانوني لامتداد اتفاق التحكيم إلى الغير، ونقترح أن يعد الدفع بشرط التحكيم من قبيل الدفع بدم القبول.
- ٣- يوصي الباحث بتدخل المشرع العماني في تقنين مبدأ نسبية آثار اتفاق التحكيم بالنسبة إلى الغير، باعتباره من نتائج نشأته الاتفاقية، واحتراماً لمبدأ سلطان الإرادة.
- ٤- يوصي الباحث بالمشرع العماني معالجة الآثار الناجمة عن امتداد اتفاق التحكيم إلى الغير، لا أن يتركها للقواعد العامة في قانون التحكيم.

المراجع

أولاً- الكتب العامة والمتخصصة:

- إبراهيم رضوان الجعيري، بطلان حكم المحكم، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، ط١، ٢٠٠٩.
- أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مطبوعات الجامعة الأردنية، ط١، ٢٠٠٢م.
- أحمد بشير الشرايري، بطلان حكم التحكيم ومدى رقابة محكمة النقض (التمييز) عليه، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١م.
- أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ٢٠٠٢م.
- أحمد بشير الشرايري، بطلان حكم المحكم ومدى رقابة محكمة النقض (التمييز) عليه، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، ط١، ٢٠١١م.
- أحمد رشاد محمود سلام، البنیان الفني لحكم التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠م.

- أحمد عبد الحميد عيوش، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ١٩٩٠م.
- أحمد محمد حشيش، القوة التنفيذية لحكم التحكيم: تمييزها . مفترضها . عناصرها . وقفها . انقضاؤها، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ٢٠١٣م.
- أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١م.
- أحمد محمد محرز، الوسيط في القانون التجاري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط٢، ٢٠٠٤م.
- أحمد ناجي الصلاحي، النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي، مركز الدراسات والبحوث، صنعاء، ط١، ١٩٩٤م.
- أحمد هندي، تنفيذ أحكام المحكمين، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط١، ٢٠٠١م.
- أشرف محمد خليل، التحكيم في المنازعات الإدارية وآثارها القانونية، دار الفكر الجامعي، القاهرة، ط١، ٢٠١٠م.
- جمال عمران أغنيه الورفلي، تنفيذ أحكام التحكيم التجاري الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ٢٠٠٩م.
- السيد المراكبي، التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي ومدى تأثيره بسيادة الدولة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ٢٠٠١م.
- جورج شفيق ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٢، ٢٠٠٥م.
- حفيظة السيد الحداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط١، ٢٠٠٨م.

- حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، دار الفكر العربي، الإسكندرية، ١٩٩٦م.
- حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط١، ٢٠٠٧م.
- خالد أحمد حسن، بطلان حكم التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ٢٠١٠م.
- عاشور مبروك، التحكيم: المبادئ التي تحكم خصومة التحكيم . نشأة خصومة التحكيم وسريانها في مواجهة أطرافها . سير خصومة التحكيم . إنقضاء خصومة التحكيم . القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (الأونيسترال) مع ملاحق لنظم التحكيم العربية المختلفة، دار الفكر والقانون، المنصورة، ط١، ٢٠١٠م.
- عاطف شهاب، اتفاق التحكيم التجاري الدولي والاختصاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٣، ٢٠٠٤م.
- عبد الله عيسى علي الرمح، حكم التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط١، ٢٠٠٩م.
- علي بركات، الرقابة على دستورية نصوص التحكيم: دراسة تحليلية لموقف المحكمة الدستورية العليا من النصوص المنظمة للتحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ٢٠٠٣م.
- علي سالم ابراهيم، ولاية القضاء على التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ١٩٩٧م.
- عيد محمد القصاص، حكم التحكيم: دراسة تحليلية في قانون التحكيم المصري والمقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ٢٠٠٣م.
- فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي . دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي كما جاءت في القواعد والاتفاقيات الدولية والاقليمية والعربية مع

إشارة إلى أحكام التحكيم في التشريعات العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ١، ٢٠٠٧م.

- محمد نور شحاتة، دراسة تحليلية وتطبيقية لمبدأ نسبية أثر التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ١، ٢٠٠٦م.
- محمود عمر، إشكالية امتداد شرط التحكيم بالتطبيق على قضية هضبة الأهرامات "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ١، ٢٠٠٦م.
- محمد عبد العزيز منسي، اتفاق التحكيم في منازعات التجارة الإلكترونية، مكتبة الفلاح، الكويت، ط ١، ٢٠٠١م.
- محمد عبد الخالق الزعبي، شرح قانون التحكيم الأردني رقم (٣١) لسنة ٢٠١١م، دار اليراع، عمان، ط ١، ٢٠١١م.
- مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ٢، ١٩٩٩م.
- مصطفى محمد الجمال، والدكتور/ عكاشة محمد عبدالعال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ١، ١٩٩٨م.

ثانياً- الرسائل الجامعية والبحوث:

- أحمد السيد صاوي، تنفيذ أحكام المحكمين طبقاً لقانون التحكيم المصري، بحث مقدم إلى مؤتمر التحكيم التجاري الدولي، تحت إشراف مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي، القاهرة بتاريخ ٢٨/١/٢٠٠٠م.
- أمين محمد بدر، الصلح الواقي من التدليس في التشريع المصري، رسالة دكتوراه، جامعة فؤاد الأول، مطبعة جامعة فؤاد الأول، ١٩٤٥م.
- عبد الكريم سالم العلوان، ضمان عيوب المبيع الخفية، دراسة مقارنة بين القانون الأردني والقانون المصري، رسالة ماجستير، جامعة الدول العربية، ٢٠٠٢م.

- محمود عبد الحكيم رمضان، التزام البائع بضمان العيوب الخفية في المبيع - دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق، جامعة المنصورة، ١٩٩٤م.
- ممدوح محمد علي، أحكام العلم بالمبيع في ضوء تقدم وسائل التكنولوجيا المعاصرة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٣م.
- وليد محمد بخيت الوزان، إبراء مسؤولية البائع من ضمان العيب الخفي في عقد البيع، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١١م.
- سميحة مصطفى القليوبي، اتفاق التحكيم، بحث مقدم إلى ندوة التحكيم في عقود الأشغال والمقاولات، الشارقة، دولة الامارات العربية المتحدة، برعاية جامعة الدول العربية "المنظمة العربية للتنمية الإدارية" والجمعية العربية للقانون والتحكيم "غرفة التحكيم العربية"، ٢٠٠٥م.
- فايز عبدالله الكندري، مفهوم شرط التحكيم، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، القاهرة، العدد الثاني، السنة الثانية والأربعون.
- منصور مصطفى، تحديد فكرة العيب الموجب للضمان في عقدي البيع والإيجار، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، العدد الثاني، السنة الأولى، ١٩٥٩م.

ثالثاً- القوانين:

- قانون المعاملات المدنية رقم ٢٩ لسنة ٢٠١٣م.
- قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية رقم ٦٨ لسنة ٢٠٠٨م.
- قانون الإجراءات المدنية والتجارية رقم ٢٩ لسنة ٢٠٠٢م.
- قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية رقم ٤٧ لسنة ١٩٩٧م.
- قانون التحكيم المصري المدنية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م.



عقوبة العمل للمنفعة العامة كبديل للحبس قصير المدة في التشريع الفلسطيني والتشريع العماني (دراسة تحليلية مقارنة)

الدكتور/ نزار حمدي إبراهيم قشطة*

المخلص:

لقد اهتمت السياسة الجنائية الحديثة في أغلب التشريعات المعاصرة إلى استحداث بدائل للعقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة، لما لها من آثار سلبية، ومن أهم هذه البدائل العمل للمنفعة العامة؛ حيث نص عليها المشرع الفلسطيني في المادة (٣٩٩) من قانون الإجراءات الجزائية، ونظمها المشرع العماني في المادة (٥٧) من قانون الجزاء العماني، وكذلك في المادة (٣٢٦) من قانون الإجراءات الجزائية التي نظمت العمل للمنفعة العامة كبديل عن الإكراه البدني، ومن خلال التطرق للتنظيم القانوني للعمل من أجل المنفعة العامة حاولنا الإجابة على الإشكالية الرئيسة للبحث والتي تتمحور حول " هل وفق المشرع الفلسطيني المشرع العماني في تطبيق وتنظيم العمل للمنفعة العامة باعتبارها أداة ووسيلة ناجعة تحقق إعادة تأهيل المحكوم عليه؟ واتخذنا للإجابة عليها المنهج الوصفي التحليلي والمنهج المقارن، كما توصلنا للعديد من النتائج أهمها جعل المشرع العماني العمل للخدمة العامة بدلاً عن الإكراه البدني ولم يجعله بديلاً عن العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة، كما توصلنا لتوصيات عديدة أهمها إضافة مادة في قانون الإجراءات الجزائية العماني تسمح بإمكانية تطبيق العمل للمنفعة العامة كبديل عن العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة، وعدم الاكتفاء بها كبديل عن الإكراه البدني.

الكلمات المفتاحية: العمل - المنفعة العامة - الخدمة العامة - الإكراه البدني - عقوبات سالبة للحرية.

*رئيس قسم القانون العام في كلية الحقوق - جامعة الشرقية - سلطنة عمان.



Punishment for Working for the Public Interest as an Alternative to Short-Term Imprisonment in Palestinian and Omani Legislation (Comparative Analytical Study)

Dr. Nizar Hamdi Ibrahim Qeshta*

Abstract:

The modern criminal policy in most of the contemporary legislations has focused on creating alternatives to short-term freedom-depriving penalties because of their negative effects. The most important of these alternatives is to work for the public benefit, as stipulated by the Palestinian legislator in Article (399) of the Code of Criminal Procedure, and regulated by the Omani legislator. In Article 57 of the Omani Penal Code. As well as in Article 326 of the Code of Criminal Procedure that regulates work for the public benefit as an alternative to physical coercion, by addressing the legal organization of work for the public benefit. We tried to answer the main problem of the research, which revolves around “Did the Palestinian legislator and the Omani legislator agree in applying and organizing work for the public benefit as an effective tool and means to achieve the rehabilitation of the convict. In addition, we took the descriptive analytical approach and the comparative method to answer them. We reached many results, the most important one is that the Omani legislator made public service work an alternative to physical coercion and did not make it a substitute for physical coercion about short-term freedom-depriving penalties. Finally, we reached several recommendations, mainly adding an article in the Omani Code of Criminal Procedure that allows the possibility of applying work for the public interest is an alternative to short-term freedom-depriving punishments and it is not enough to do so as an alternative to physical coercion.

Keywords: Work - Public Benefit - Public Service - Physical Coercion – Liberty - Depriving Penalties.

*Head of the Public Law Department at the Faculty of Law, A'Sharqiyah University, Sultanate of Oman.

المقدمة

تتجه السياسة الجزائية الحديثة إلى الابتعاد عن الأسلوب التقليدي لتطبيق العقوبة، والمعتمد على العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة؛ لما لها من سلبيات: أهمها عدم فعاليتها في إصلاح الجاني وتأهيله، واعتبارها السبب الأقوى في اكتظاظ السجون، الأمر الذي يؤدي إلى عدم تحقيق أهداف العقوبة، والذي يمنع تطبيق أي برنامج إصلاحي متكامل يستفيد منه نزلاء السجن؛ لذلك اتجهت السياسة الجنائية في التشريعات المعاصرة كالقانون الفرنسي والجزائري و الفلسطيني، إلى استحداث عقوبات بديلة، تحد من اكتظاظ السجون وتحقق أغراض العقوبة^(١)، والتي من أهمها عقوبة العمل للمنفعة العامة، حيث تعد من أبرز البدائل العقابية التي اهتمت بها السياسة الجنائية الحديثة.

كما استحدثت المشرع العماني عقوبة "التكليف بأداء خدمة عامة"، في قانون الجزاء الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠١٨/٧)، والذي اعدتها ضمن العقوبات التكميلية تماشياً مع مواكبة الأنظمة العقابية الحديثة والمعايير الدولية المتعلقة بمقاصد العقوبة والتمثلة في الإصلاح وإعادة التأهيل.

أهمية البحث:

ترجع أهمية البحث إلى أن نظام العمل للمنفعة العامة يحقق مزايا عديدة تهم الفرد والمجتمع على حد سواء، حيث إنه يجنب الشخص الاختلاط في السجون مع المجرمين الخطرين، فضلاً عما يحققه هذا النظام من إعادة تأهيل للشخص وإعادة إدماج مرة أخرى داخل المجتمع^(٢).

لذلك اتجهت التشريعات المعاصرة إلى تبني هذا النظام، ومنها المشرع الفلسطيني^(٣) الذي نص في المادة (٣٩٩) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم ٣ لسنة

(١) د. نزار حمدي قشطة، د. عفيف أبو كلوب، العقوبات البديلة بين الشريعة والقانون، بحث مقدم لمؤتمر المجلس الأعلى للقضاء، بعنوان "المناخ القضائي الداعم للعدالة الناجزة"، غزة - فلسطين، بتاريخ ٢٦-١١-٢٠١٥م، منشور في مجلة المؤتمر، ص: ١.

(٢) للمزيد راجع د. عائشة حسين المنصوري، بدائل العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة، دار النهضة العربية، ٢٠١٦م، ص: ١٠٧.

(٣) كما حظيت هذه العقوبة باهتمام كبير في العديد من المؤتمرات الدولية والتي من أهمها المؤتمر الثاني للأمم المتحدة الذي عقد في لندن عام ١٩٦٠م، والمؤتمر الدولي المتعلق بموضوع خدمة المجتمع كجزاء جنائي، الذي عقد في سويسرا بتاريخ ١٦-٩-١٩٩١م، للمزيد من التفصيل حول ==

٢٠٠١م، "لكل محكوم عليه بالحبس لمدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر أن يطلب من النيابة العامة تشغيله خارج مركز الإصلاح والتأهيل (السجن) بدلاً من تنفيذ عقوبة الحبس عليه، ما لم ينص الحكم على حرمانه من هذا الخيار"، كما نص عليه القانون المصري بموجب الفقرة الثانية من المادة (١٨) من قانون العقوبات^(٤).

أما المشرع العماني فقد نص في المادة (٥٧) من قانون الجزاء العماني رقم ٧ لسنة ٢٠١٨م باعتبار العمل للمنفعة العامة عقوبة تكميلية^(٥)، وليست ضمن العقوبات البديلة، ودون أن يجعل تطبيقها بطلب من المحكوم عليه.

أهداف البحث:

- ✓ يهدف البحث إلى التعرف على التنظيم القانوني للعمل من أجل المنفعة العامة سواء كان في التشريع العماني أم في التشريع الفلسطيني، ومدى فعاليته.
- ✓ معرفة شروط تطبيق العمل من أجل المنفعة العامة.
- ✓ محاولة تقييم نظام العمل من أجل المنفعة العامة من خلال استعراض مزاياه وعيوبه.

إشكالية البحث:

تتمحور إشكالية البحث حول سؤال رئيسي، وهو هل وفق المشرع الفلسطيني المشرع العماني في تطبيق وتنظيم عقوبة العمل للمنفعة العامة باعتبارها أداة ووسيلة ناجعة تحقق إعادة تأهيل المحكوم عليه واندماجه من جديد عضواً صالحاً في مجتمعه؟ ويتفرع عن هذه الإشكالية عدة تساؤلات فرعية أهمها، ما هي شروط تطبيق العمل للمنفعة العامة؟ وما هي الإجراءات المتبعة لتطبيقه التي رسمها المشرع؟ وهل هناك آثار مترتبة على تطبيقه؟ وهل حدد المشرعين مدداً معينة لتطبيق العمل للمنفعة العامة؟ أو

== هذه المؤتمرات راجع د. رفعت رشوان، بدائل العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة، بحث مقدم لندوة العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة، منشور بكتاب الندوة، وزارة الداخلية، الإمارات العربية المتحدة، يونيو ٢٠١١م.

(٤) الفقرة ٢ من المادة (١٨) من قانون العقوبات المصري المستبدلة بالقانون رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٤م، التي جاء فيها: "لكل محكوم عليه بالحبس البسيط لمدة لا تتجاوز الثلاثة شهور أن يطلب بدل من تنفيذ عقوبة الحبس عليه تشغيله خارج السجن (طبقاً للقيود الواردة بقانون الإجراءات الجنائية) إلا إذا نص الحكم على حرمانه من هذا الخيار".

(٥) نصت المادة (٥٧) من قانون الجزاء العماني رقم ٧ لسنة ٢٠١٨م على أن (العقوبات التبعية والتكميلية هي: ا.ب.ج.....ك-التكليف بأداء خدمة عامة.

أعمال معينة يجوز للمحكمة تكليف المحكوم عليه بأدائها؟ وما هو دور رضى المجني عليه وقبوله لتنفيذ هذه العقوبة؟

منهج البحث:

تسعى هذه الدراسة إلى وصف وتحليل نظام العمل للمنفعة العامة، لذلك سوف نعتمد على المنهج الوصفي التحليلي لوصف وتحليل النصوص القانونية التي تنظم العمل للمنفعة العامة، سواء كانت في القوانين الجزائية الموضوعية، أو الإجرائية، أو في قوانين السجون، كما تتطلب منا الاعتماد على المنهج المقارن، من خلال استعراض التجارب المقارنة في تطبيق هذا النظام سواء كانت في القانون الفلسطيني أو القانون العماني أو القانون الفرنسي والقانون الجزائري.

خطة البحث:

لقد اقتضت طبيعة البحث تقسيمة إلى مبحثين:

المبحث الأول: ماهية العمل للمنفعة العامة والحبس قصير المدة.

المطلب الأول: مفهوم العمل للمنفعة العامة والحبس قصير المدة.

المطلب الثاني: شروط تطبيق العمل للمنفعة العامة.

المبحث الثاني: التنظيم القانوني للعمل من أجل المنفعة العامة.

المطلب الأول: التحديد التشريعي لقواعد تنفيذ العمل للمنفعة العام.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على تطبيق العمل للمنفعة العامة.

خاتمة البحث:

- نتائج البحث.

- توصيات البحث.

المبحث الأول

ماهية العمل للمنفعة العامة

يعد نظام العمل للمنفعة العامة من أهم الأنظمة الإجرائية الجنائية الحديثة، والتي تهدف إلى تحقيق إعادة تأهيل وإصلاح المحكوم عليه، ويرجع الفقه أصل هذه الفكرة إلى الفقيه "بكاريا"، الذي يرى "أنسب عقوبة للمذنب هي تلك التي تضع عمله في خدمة المجتمع

لإصلاح الاستبداد الذي مارسه لخرق العقد الاجتماعي^(٦)، لذلك سوف نتطرق في البداية إلى تعريف هذا النظام، ثم نتطرق لتوضيح أهم الخصائص التي يتميز بها في المطلب الأول، ثم بعد ذلك نناقش أهم الشروط التي يجب توفرها لتطبيق نظام العمل للمنفعة العامة في المطلب الثاني.

المطلب الأول

مفهوم العمل للمنفعة العامة

يتطلب منا هذا المقام أن نتطرق إلى تعريف العمل للمنفعة العامة في الفرع الأول، ونتطرق لتعريف الحبس قصير المدة في الفرع الثاني، على أن نوضح أهم الخصائص التي يتميز بها هذا النظام في الفرع الثالث، ثم نتعرض في الفرع الرابع لطرق تطبيق العمل للمنفعة العامة في التشريعات المختلفة.

الفرع الأول

تعريف العمل للمنفعة العامة

لم يعرف المشرع العماني العمل للمنفعة العامة، ولكن المشرع الفلسطيني عرفها في المادة (٥٥) من مشروع قانون العقوبات الفلسطيني بأنها: "إلزام المحكوم عليه بالقيام بأعمال معينة لخدمة المجتمع بدون مقابل خلال المدة التي تقررها المحكمة في الحدود المنصوص عليها قانوناً"^(٧).

من جانب آخر يعرفها بعض الفقه بأنها: "إلزام الشخص المحكوم عليه أو المسلوب حريته بالقيام بأعمال معينة لخدمة المجتمع بدون مقابل، خلال المدة التي تقررها المحكمة أو النيابة العامة، وذلك في الحدود التي يقرها القانون"^(٨).

بينما يعرفه البعض الآخر بأنه: "عقوبة قوامها إلزام المحكوم عليه بعمل مفيد لصالح هيئة أو مؤسسة أو جمعية عامة وبصورة مجانية، وذلك خلال مدة محددة قانوناً تقررها

(٦) د. لطيفة المهدي، الشرعية في تنفيذ العقوبة السالبة للحرية، الشركة الشرقية، الرباط، ٢٠٠٥م، ص: ٨٦.

(٧) مشروع قانون العقوبات الفلسطيني لعام ٢٠١١م، والذي لم يقر إلى حد كتابة هذا البحث.

(٨) د. شريف سيد كامل، بدائل الحبس قصير المدة في التشريع الجنائي الحديث، دورية الفكر الشرطي، شرطة الشارقة، الإمارات، أكتوبر، ٢٠٠٠م، العدد التاسع، الإصدار الثالث، ص: ٢٦٨.

المحكمة"، ويعرفه آخرون وبحق بأنه "عقوبة بديلة عن عقوبة الحبس، بمقتضاها يمكن للقاضي في إطار سلطته التقديرية في تفريد العقوبة بعد النطق بالعقوبة الأصلية أن يعرض على المحكوم عليه وبموافقته ووفقاً للقانون أداء أعمال محددة لصالح المجتمع لمدة زمنية محددة"^(٩).

بناء على التعريفات السابقة يمكن إبداء الملاحظات الآتية:

أولاً: يعد العمل للمنفعة العامة من أهم الأساليب الحديثة للمعاملة العقابية خارج المؤسسات السجنية والتي تحول دون دخول المحكوم عليه إلى السجن^(١٠).

ثانياً: إن العمل للمنفعة العامة باعتباره نظاماً عقابياً يخضع إلى المبادئ العامة التي تحكم العقوبة، كمبدأ الشرعية، ومبدأ القضائية، ومبدأ الشخصية، ومبدأ المساواة في العقوبة^(١١).

ثالثاً: يكون العمل للمنفعة العامة لصالح الدولة أو غيرها من أشخاص القانون العام، أو الأشخاص المعنوية الخاصة التي تقوم بأعمال ذات نفع عام.

رابعاً: يكون العمل دون أجر وذو طابع رضائي، حيث يشترط قبول المحكوم عليه به^(١٢).

الفرع الثاني

تعريف الحبس قصير المدة

لم تهتم القوانين الوضعية في تحديد مفهوم العقوبة السجنية قصيرة المدة، وإنما اهتم بتحديد فقهاء علم العقاب، والذين اختلفوا في تحديد المقصود بالحبس قصير المدة،

(٩) د. رامي متولي القاضي، عقوبة العمل للمنفعة العامة في التشريع الجنائي المقارن، دار النهضة العربية، ٢٠١٢م، ص: ١٦.

(١٠) الجدير بالذكر أن المشرع الفلسطيني تناول العمل العقابي في قانون رقم (٦) لسنة ١٩٩٨م بشأن مراكز الإصلاح والتأهيل "السجون"، وكذلك قانون السجون العماني في الفصل الثالث في المواد (١٥-٢١) والذي يختلف عن العمل الإصلاحي أو العمل للمنفعة العامة الذي نحن بصدد دراسته، حيث أن العمل العقابي المنظم وفق قوانين السجون، لا يعد بديل عن عقوبة السجن ولكنه يستهدف تحقيق إصلاح وعقاب الشخص داخل السجن، وإعادة تأهيله وتعليمه لمهنة معينة ليستفيد منها عند خروجه من السجن، أما العمل للمنفعة العامة فهو بديل عن عقوبة الحبس.

(١١) الحسين زين الاسم، إشكالية العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة والبدائل المقترحة، رسالة ماجستير، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة، المغرب، ٢٠٠٥-٢٠٠٦م، ص: ٧٩.

(١٢) د. رفعت رشوان، العمل للنفع العام بين مقتضيات السياسة العقابية الحديثة واعتبارات حقوق الإنسان، دار النهضة العربية، ٢٠١٢م، ص: ١٩-٢٠.

فمنهم من يرى بأنها العقوبة التي لا تتجاوز ثلاث أشهر، ويرى فريق آخر بأنها العقوبة التي لا تتجاوز ستة أشهر، وفريق ثالث يرى بأنها العقوبة التي لا تتعدى سنة، ونرى أن المدة التي يمكن الاعتماد عليها لتحديد المقصود بالحبس قصير المدة هي التي لا تتعدى سنة، لاعتبار أن مدة العقوبة تحقق الردع العام، ولكنها غير كافية لتحقيق برامج الإصلاح المطبقة داخل مراكز الإصلاح والتأهيل، كما أن العقوبات التي لا تزيد عن سنة تطبق على الجرائم الأقل خطورة والتي يمكن تطبيق عقوبة العمل للمنفعة العامة عليها.

الفرع الثالث

خصائص عقوبة العمل للمنفعة العامة

في البداية كما قلنا سابقاً تشترك عقوبة العمل للمنفعة العامة مع العقوبات الأخرى بالمبادئ التي تحكم جميع العقوبات، وهي مبدأ الشرعية ومبدأ القضاية، ومبدأ المساواة، ومبدأ الشخصية، إلا أن عقوبة العمل للمنفعة العامة تتميز بعدة خصائص تميزها عن غيرها من العقوبات وهي كالآتي:

أولاً- فحص شخصية المحكوم عليه بالعمل للمنفعة العامة:

يتطلب تطبيق العمل للمنفعة العامة إجراء فحص اجتماعي شامل يسبق استفادة المحكوم عليه من نظام العمل للمنفعة العامة، للتعرف على شخصيته وظروفه العائلية وطبيعة وظروف ارتكابه للجريمة، كما يهدف للتأكد من أن المحكوم عليه قادر من الناحية العقلية والسلوكية على القيام بعقوبة العمل للمنفعة العامة دون أن يسبب ضرراً للمجتمع^(١٣).

فضلاً عن تمكين القاضي من اختيار العمل الأكثر ملائمة لشخصية المحكوم عليه وظروفه الاجتماعية، والأكثر قدرة وفعالية على إعادة تأهيله، ويبرر بعض الفقه ذلك بأن القاضي يجب عليه مراعاة ضرورات الأمن والسلامة، وحفظ التوازن بين حقوق المجتمع وحقوق الأفراد^(١٤).

ولكننا نجد أن المشرع العماني لم يشترط ألا يكون المحكوم عليه ذو سوابق قضائية، ولم يحدد نطاق تطبيق عقوبة العمل للمنفعة العامة، وماهية الجرائم التي يمكن من خلالها

(١٣) عماني سمية، عقوبة العمل للنفع العام، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في جامعة العقيد أكلي محند بولحاج، الجزائر، ٢٠١٤-٢٠١٥م، ص: ١٦.

(١٤) د. رامي متولي القاضي، مرجع سابق، ص: ٢٥.

تطبيقها، الأمر الذي يخالف قواعد وأسس تطبيق العمل للمنفعة العامة التي يفترض أن تطبق على الشخص الذي ليس له سوابق قضائية، وألا تطبق إلا على الجرائم قليلة الخطورة، ويمكن القول إن جوهر عقوبة العمل للمنفعة العامة لا تستهدف فقط تجنب مساوئ العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة إنما تعزيز شعور المحكوم عليه بالتضامن الاجتماعي، مما يجعلها عقوبة ذات طابع وقائي وتأهيلي.

ثانياً- رضاء المحكوم عليه على الخضوع لعقوبة العمل للمنفعة العامة:

من المسلم به أن لتطبيق نظام العمل للمنفعة العامة بالطريقة السليمة الفعالة يجب حضور المحكوم عليه لجلسة الحكم، وموافقته على الخضوع لهذا النظام، وترجع الحكمة من وراء ذلك أن تنفيذ العمل يفترض دون شك حدًا أدنى من التعاون من قبل المحكوم عليه مع السلطات المختصة بالإشراف عليه، وهذا التعاون لن يتوفر إلا برضاء المحكوم عليه، كما يمثل هذا الرضاء دليلاً لوفاء المحكوم عليه بإخلاصه للالتزامات المفروضة عليه^(١٥)، وهذا ما أكد عليه المشرع الفلسطيني في المادة (٣٩٩) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، والتي جاء فيها: "لكل محكوم عليه بالحبس لمدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر أن يطلب من النيابة العامة تشغيله خارج مركز الإصلاح والتأهيل (السجن) بدلاً من تنفيذ عقوبة الحبس عليه، ما لم ينص الحكم على حرمانه من هذا الخيار".

أما المشرع العماني فلم يضع اختيار المحكوم عليه ورضائه كشرط لتنفيذ العمل للمنفعة العامة، بل جعلها إحدى صور العقوبات التكميلية أو التبعية، دون أن يحددها بمدة معينة أو أن يجعلها مرتبطة برضاء المحكوم عليه.

الجدير بالذكر أن الشريعة الإسلامية قد تبنت مبدأ العمل للمنفعة العامة، ومن أشهر الأدلة على ذلك ما قام به الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم، مع بعض أسرى المشركين في غزوة بدر، حيث طلب منهم تعليم أبناء المسلمين الكتابة بدلاً من دفع الفدية المالية^(١٦).

(١٥) كما أن اشتراط موافقة المحكوم عليه على العمل يعد متطلب قانوني، بموجب المادة الرابعة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان التي تمنع الأعمال الجبرية والشاقة، للمزيد راجع د. صفاء أوتاني، العمل للمنفعة العامة في السياسة العقابية المعاصرة، دراسة مقارنة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد (٢٥) العدد الثاني، ٢٠٠٩م، ص: ٤٣٩، د. رامي متولي، مرجع سابق، ص: ٢٦.

(١٦) للمزيد راجع موقع ويكيبيديا على الرابط الآتي:

الفرع الرابع

طرق تطبيق العمل للمنفعة العامة في التشريعات المختلفة

تختلف طرق تطبيق العمل للمنفعة العامة من تشريع إلى آخر، فمنها من يتعامل معها باعتبارها عقوبة أصلية، ومنها من يتعامل معها باعتبارها عقوبة تكميلية أو تبعية. أولاً- العمل للمنفعة العامة كعقوبة أصلية:

العقوبة الأصلية هي "العقوبات التي قررها القانون للجرائم، ويجب الحكم بواحدة منها أو أكثر وتكون كافية لتحقيق الهدف من العقاب"^(١٧)، وهذه العقوبات لا تطبق إلا إذا نطق بها القاضي في حكمه وحدد مقدراتها، والعقوبات الأصلية في القانون العماني هي الإعدام والسجن والغرامة^(١٨).

حيث تتعامل بعض التشريعات مع العمل للمنفعة العامة كعقوبة أصلية في بعض الجرائم، ومنها المشرع الجزائري في المادة (٥) مكرر ١ إلى (٥) مكرر ٦، حيث صنفها ضمن العقوبات الأصلية بجانب الإعدام والسجن والغرامة. ثانياً- العمل للمنفعة العامة كعقوبة تكميلية أو تبعية:

لقد عرف المشرع العماني العقوبة التبعية والتكميلية في المادة (٥٦) من قانون الجزاء والتي جاء فيها: "تعد العقوبة تبعية إذا كان القانون يقضي بها كأثر حتمي للحكم بالعقوبة الأصلية، وتعد تكميلية إذا كان توقيعها متوقفاً على نطق القاضي بها إذا أجاز القانون له توقيعها"^(١٩)؟ ومن التشريعات التي طبقت العمل للمنفعة العامة كعقوبة تكميلية هو المشرع الفرنسي حسب المادة (٨/١٣١)، من قانون العقوبات الفرنسي، وبالاستناد إلى المادة (٣/١٣١) من القانون ذاته^(١٩).

وهنا نتساءل حول موقف المشرعين الفلسطيني والعماني في طريقة تطبيق العمل للمنفعة العامة؟

https://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%BA%D8%B2%D9%88%D8%A9_%D8%A8%D8%AF%D8%B1

بتاريخ ٢٠٢٢/١٠/٢٠م.

(١٧) د. عادل العاني، شرح قانون الجزاء العماني، القسم العام، الأجيال، ٢٠١٨، ص: ٣٧٨.

(١٨) بناء على المادة (٥٣) من قانون الجزاء العماني.

(١٩) أ. علي نبيل صبيح، العمل للمنفعة العامة كعقوبة بديلة في القانون الجزائري الفلسطيني، رسالة

ماجستير، جامعة النجاح، ٢٠١٧م، ص: ٤١.

لقد تعامل المشرّع العماني مع العمل للمنفعة العامة كعقوبة تكميلية، فقد أورد العمل للخدمة العامة في المادة (٥٧) من قانون الجزاء ضمن العقوبات التبعية والتكميلية، كما نص في المادة (٦١) من القانون نفسه على: "فيما عدا الحالات التي ينص فيها القانون على عقوبات تبعية أو تكميلية، يجوز للمحكمة عند الحكم بالإدانة في جناية أو جنحة أن تحكم بوحدة أو أكثر من العقوبات الواردة في المادة (٥٧) من هذا القانون؟" ومن خلال اطلاعنا على المواد المتعلقة بالعقوبات التبعية والتكميلية نجد أن المشرّع لم يقرر العقوبة التبعية إلا بحالتين، الأولى هي حالة الحكم بإبعاد الأجنبي في حالة الحكم عليه بجناية، والثانية في حالة الحكم بجناية فإنه يستتبع حرمان المحكوم عليه من الحقوق والمزايا المنصوص عليها في المادة (٥٨)، أما العمل للخدمة العامة فلا يمكن تطبيقها إلا إذا حكم القاضي بها، وبالتالي يمكن اعتبارها ضمن العقوبات التكميلية التي لا يجوز الحكم بها منفردة، وبالتالي لم يتعامل معها المشرّع العماني باعتبارها من التدابير البديلة للعقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة.

وهنا يمكن أن نقول أن المشرّع العماني لم يوفق في هذا التنظيم باعتباره يخالف فلسفة العمل للمنفعة العامة، والتي تستهدف تجنيب المحكوم عليه مساوئ العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة، كما ينطوي على تناقض ما بين تكييف قانون الجزاء للعمل للمنفعة العامة وما بين قانون مساءلة الأحداث، الذي نص في المادة (٢٠) على: "الإلزام بواجبات معينة" كتدبير من تدابير الإصلاح، والذي يستنتج منه أن المشرّع لم يعد الإلزام عقوبة بل من قبيل التدابير الاحترازية، الأمر الذي يطعن بالإخلال بمبدأ العدل والمساواة بين الجناة، رغم اختلاف السن بين الأحداث والبالغين^(٢٠).

أما المشرّع الفلسطيني فقد نص في المادة (٣٩٩) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني على: "لكل محكوم عليه بالحبس لمدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر أن يطلب من النيابة العامة تشغيله خارج مركز الإصلاح والتأهيل (السجن) بدلاً من تنفيذ عقوبة الحبس عليه، ما لم ينص الحكم على حرمانه من هذا الخيار.

التي نستنتج منها أن المشرّع الفلسطيني لم يتعامل مع العمل للمنفعة العامة باعتبارها عقوبة، سواء كانت أصلية أم تبعية، بل هي عقوبة بديلة للعقوبة الأصلية، وقد أحسن

(٢٠) د. خالد الشعيبي، دراسات معمقة في القانون الجزائي العماني، دار وائل للنشر، ٢٠٢٢م، ص: ٢٣٧ وما بعدها.

المشرّع الفلسطيني في ذلك النهج، ولم يعدها عقوبة تكميلية كما فعل المشرّع العماني، كما تكون متوقفة على رضاء وموافقة المحكوم عليه عن طريق تقديم طلب من المحكوم عليه إلى الادعاء العام لتشغيله خارج المؤسسة العقابية بدلاً من تنفيذ العقوبة عليه.

المطلب الثاني

شروط تطبيق عقوبة العمل للمنفعة العامة

إن شروط تطبيق عقوبة العمل للمنفعة العامة تختلف من تشريع لآخر، لكنها تعتمد على أسس متشابهة، وهي شروط مرتبطة بالجريمة نفسها (الفرع الأول)، وشروط متعلقة بشخص المحكوم عليه (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الشروط المرتبطة بالجريمة

غالباً ما تطبق عقوبة العمل للمنفعة العامة في جرائم الجرح دون الجنايات على اعتبار أن عقوبتها تكون أخف من عقوبة الجناية ومرتبطة بالجرائم قليلة الخطورة، إلا أن مدة العقوبة تختلف من تشريع لآخر، حيث نجد أن المشرّع الفلسطيني قد تبني نظام العمل للمنفعة العامة كعقوبة بديلة على المخالفات والجرح التي لا تتجاوز العقوبة المحكوم بها ثلاث أشهر^(٢١).

موقف القانون الفلسطيني:

نجد أن المشرّع الفلسطيني قد استبعد كل العقوبات الأصلية في مواد الجنايات عند تطبيق عقوبة العمل للمنفعة العامة، باعتبارها تتجاوز ثلاثة سنوات، كما استبعد الجرح المحكوم فيها بأكثر من ثلاث أشهر، وذلك على عكس المشرّع الفرنسي الذي يطبق هذه العقوبة على الجرح المعاقب عليها بالحبس مهما كانت المدة، وذلك مستنتج من المواد (١/١٣١ و ٢٢/١٣١ وحتى ٢٤/١٣١) من قانون العقوبات الفرنسي^(٢٢)، كما أجاز

(٢١) هذا ما أكد عليه المشرّع في المادة (٣٩٩) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، والتي جاء فيها: "لكل محكوم عليه بالحبس لمدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر أن يطلب من النيابة العامة تشغيله خارج مركز الإصلاح والتأهيل (السجن) بدلاً من تنفيذ عقوبة الحبس عليه، ما لم ينص الحكم على حرمانه من هذا الخيار".

(٢٢) عماني سمية، عقوبة العمل للنفع العام، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص: ٤٧.

تطبيقه في إطار وقف التنفيذ في جرائم الجنايات والجرح، بشرط عدم تجاوز العقوبة المقررة للجريمة عن خمس سنوات.

موقف المشرع العماني:

موقف المشرع العماني نجد أنه لم يتبن العمل للمنفعة العامة كبديل للعقوبة السجنية ولم يربط تطبيقها بمدة زمنية معينة، بل جعلها من العقوبات التكميلية، والتي يمكن للقاضي أن يطبقها على الجرائم دون أهمية لنوعية العقوبات المطبقة عليها، سواء كانت جنائية أم جنحة، الأمر الذي يدفعنا بالقول بأن المشرع العماني قد جانب الصواب، باعتبار أن العمل للمنفعة العامة يجب أن يطبق على الجرائم قليلة الخطورة والتي لا تزيد عن سنة على الأكثر.

ولكن حسب بعض الأحكام القضائية نجد أنها تطبق في الجرائم قليلة الخطورة ولا تدخل ضمن خانة الجرح، حيث قضت المحكمة الابتدائية في صلالة بالحكم على متهمين قاما بحركات استعراضية في الطريق وفي غير الأماكن المخصص لها بالسجن، وكذلك بتكليفهم أداء الخدمة الاجتماعية بأعمال التشجير وما يرتبط بها من أعمال بالمرافق العامة، حيث كان عقوبة الفعل المرتكب لا يتعدى ثلاث أشهر، أو الغرامة التي لا تزيد عن ٥٠٠ ريال عماني^(٢٣).

(٢٣) وتتلخص القضية في: ولما كان ما سبق فإنه وفي مجال التكييف القانوني فالواقعة وعلى النحو الوارد بالأوراق تشكل في مواجهة المتهم جنحة (القيام بحركات استعراضية على الطريق وفي غير المكان المخصص لذلك) المؤثمة بنص المادة (٥/٤٩) من قانون المرور. إذ نصت المادة (٥/٤٩) من قانون المرور: "...، يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على (٣) ثلاثة أشهر، وبغرامة لا تزيد على (٥٠٠) خمسمائة ريال عماني، أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من ارتكب أيًا من الأفعال الآتية: ١- مخالفة أحكام المواد (٢، ٣، ١١، ١٤، ٢١، ٢٧، ٤٠، ٤١) من هذا القانون، ...، ٥- القيام بأي عمل استعراضية بالمركبة في الطريق، أو في الأماكن غير المخصصة لذلك، ...". وبعد الاطلاع على أوراق الدعوى كافة وما تم فيها من تحقيقات وبعد سماع المرافعة فإن الاتهام ثابت قبل المتهم، "أخذاً" باعتراه الصريح أمام مجلس القضاء بأن قام بالسباق بتهور في أتين وأخذاً باعتراه بعد مواجهته بالمقطع المرئي المفرغ والذي يظهر فيه وهو يقوم بالاستعراض بالمركبة في غير الأماكن المخصصة لذلك، كما تحقق ركن الجريمة، "المادي" المتمثل في قيامه بحركات استعراضية على الطريق وفي غير المكان المخصص لذلك، "والمعنوي" بشقبة العلم والإرادة المتمثلان في انصراف إرادته الحرة إلى اقتراف الجرم، الأمر الذي يتحقق معه مقارفة المتهم للجرم لما تعاضد من أدلة وأسباب اطمأنت إليها المحكمة فاستقر في قناعتها ووجدانها صحة ما أسند للمتهم، وتضمن إلى إدانته ومعاقبته بنص مادة الإحالة وفق ما سيفصح عنه منطوق الحكم.

من جهة أخرى تضع بعض التشريعات حدوداً زمنية لتنفيذ العمل للمنفعة العامة، فالمشرّع الفرنسي على سبيل المثال جعل مدة تنفيذ عقوبة العمل للمنفعة العامة ١٨ شهراً، ونص المشرّع الجزائري على المدة نفسها^(٢٤)، أما المشرّع الفلسطيني فلم يحدد مدة لتنفيذ عقوبة العمل للمنفعة العامة، وكذلك المشرّع العماني الذي جعل تنفيذ العمل للخدمة العامة خاضع للسلطة التقديرية للقاضي سواء تعلق الأمر بالتطبيق أو بتحديد مدة تنفيذ العمل للخدمة العامة.

الفرع الثاني

الشروط المرتبطة بشخص المحكوم عليه

أولاً- أن يكون المحكوم عليه من الأشخاص الطبيعيين:

من المنطوق أن تطبيق النظام يقتصر فقط على الأشخاص الطبيعيين، دون الأشخاص المعنويين؛ لتحقيق الغاية منه، وتتجه بعض التشريعات إلى اشتراط أن يكون المحكوم عليه ليس لديه سوابق قضائية، وأن يكون عمر المحكوم عليه لا يقل عن ١٦ عاماً

==كما تقضي المحكمة بعقوبة تبعية بحق المتهم (تكليفه بأداء خدمة اجتماعية) لإدانته بعقوبة أصلية بحكمها، ذلك أن العقوبات الأصلية الملحق بها هذه العقوبة التبعية لا تحمل معها عقوبات تبعية أخرى بنص القانون؛ وعليه فالقانون يقضي بها كأثر حتمي بعد الحكم عليهم بالعقوبة الأصلية، على أن تكون العقوبة التبعية (القيام بأعمال التشجير وما يرتبط بها من أعمال بالمرافق العامة) بولاية صلالة بالتنسيق مع بلدية ظفار وشرطة عمان السلطانية للإشراف على تنفيذ العقوبة، مع مصادرة المركبة، عملاً بنص المادة (٥٦) و نص المادة (٥٧) من قانون الجزاء العماني.

وكما تقضي بإبعاد المتهم لمدة ثلاث سنوات لإدانته بجنحة القيام بحركات استعراضية على الطريق وفي غير المكان المخصصة لذلك، عملاً بنص المادة (٦٠) من قانون الجزاء، وكما تقضي بإلزامه بالمصاريف لإدانته بحكمها وذلك وفقاً لما سيرد بمنطوق الحكم، عملاً بنص المادة (٢٢٥) من قانون الإجراءات الجزائية.

{لهذه الأسباب} حكمت المحكمة حضورياً بإدانة المتهم، بجنحة "القيام بحركات استعراضية على الطريق وفي غير المكان المخصص لذلك"، وقضت بمعاقبته عنها بالسجن ثلاثة أشهر والغرامة خمسمائة ريال عماني، ومصادرة المركبة، وتكليفه بأداء خدمة اجتماعية (القيام بأعمال التشجير والتعشيب وما يرتبط بها من أعمال بالمرافق العامة) أربع ساعات يومياً لمدة شهر، وإبعاده من البلاد لمدة ثلاث سنوات، مع إلزامه بالمصاريف.

حكم صادر عن المحكمة الابتدائية في صلالة، بتاريخ ٢٠١٨/٧/١٧م، رقم ٢٠١٨/٨٣٨، غير منشور.
(٢٤) د. عبد الرؤوف حنان، العمل للنفع العام كبديل عن عقوبة السجن، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خضير، الجزائر، ٢٠١٣م، ص: ٨٠.

كالمشرّع الجزائري^(٢٥)، لكننا نجد اتجاهاً آخر وهو تطبيق النظام على المجرمين قليلي الخطورة دون اشتراطه لوجود أو عدم وجود سوابق قضائية للمحكوم عليه، وهذا ما تبناه المشرّع الفلسطيني، استنتاجاً من اشتراطه في العقوبة المقررة للجريمة ألا تتجاوز ثلاث أشهر، وهي عقوبة مقررة لجرائم قليلة الخطورة، وكذلك المشرّع الفرنسي الذي يطبقه على المجرمين المبتدئين بغض النظر عن الماضي الإجرامي للمحكوم عليه^(٢٦).

أما المشرّع العماني فلم يشترط صراحة أن يكون المحكوم عليه ليس لديه سوابق لتنفيذ العمل للخدمة العامة، ولكن من خلال الواقع العملي وبعض الأحكام القضائية نستنتج أنها تطبق فقط كعقوبة تكميلية أو تبعية على الجرائم قليلة الخطورة والتي تدخل ضمن خانة الجرح والتي لا تزيد عن ثلاثة أشهر حبس.

ثانياً- حضور المحكوم عليه لجلسة المحاكمة وقبوله الخضوع للنظام:

يرى بعض الفقهاء ضرورة موافقة الشخص على تنفيذ عقوبة العمل للمنفعة العامة، لضمان حسن تنفيذها، وتعاون المحكوم عليه مع الجهة التي ستوجهه المحكمة للعمل لديها؛ لهذا قامت بعض التشريعات كالقانون الفرنسي باشتراط موافقة المحكوم عليه على تطبيق ذلك النظام؛ لكي يحقق الأثر المرجو من هذه العقوبة^(٢٧)، وتجدر الإشارة إلى أن المحكوم عليه لا يمكنه تفويض محامية كتابة لقبول هذه العقوبة، وبالتالي تطبيقها لا يكون إلا بحضور المحكوم عليه شخصياً^(٢٨)، مع ضرورة أن يكون رضاه صريحاً وواضحاً، دون إمكانية الاعتماد على سكوته كقرينة على قبوله لتنفيذ عقوبة العمل للمنفعة العامة.

في نفس السياق نجد أن المشرّع العماني لم يجعل موافقة المحكوم عليه شرط لتطبيق العمل للخدمة العامة، بل هي خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي عند الحكم بالعقوبة التكميلية، بل على العكس فإذا رفض المحكوم عليه تنفيذ العمل للخدمة العامة فيمكن معاقبته بالسجن لمدة لا تزيد عن شهر بناء على المادة (٦٢) من قانون الجزاء^(٢٩)، وهذا

(٢٥) المادة (٥٣) مكرر ٤ من قانون العقوبات الجزائري، الصادر عام ٢٠١٢م.

(٢٦) د. رامي متولي، مرجع سابق، ص: ٦٣.

(٢٧) د. عبد الرحمن طريمان، التعزيز بالعمل للنفع العام، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، جامعة

نايف للعلوم الأمنية، ٢٠١٣م، ص: ١١٥، ١١٦.

(٢٨) د. رامي متولي، مرجع سابق، ص: ٦٥.

(٢٩) التي جاء فيها: "إذا خالف المحكوم عليه الأحكام والأوامر الصادرة تطبيقاً للمادتين (٥٧، ٥٨) من هذا القانون جاز للمحكمة إصدار أمر بسجنه مدة لا تزيد على شهر".

ناجم عن طريقة تعامل المشرِّع العماني مع العمل للخدمة العامة، حيث أعدها عقوبة تبعية أو تكميلية وليس عقوبة أصلية بديله عن عقوبة السجن. أما المشرِّع الفلسطيني فنجد أنه اشترط موافقة المحكوم عليه على العمل للمنفعة العامة، بناء على ضرورة وجود طلب صريح وواضح من المحكوم عليه يقدم للدعاء يطلب فيه المحكوم عليه استبدال عقوبة السجن بعقوبة العمل للمنفعة العامة، والذي يعبر عن رضا المحكوم عليه بتنفيذ تلك العقوبة^(٣٠).

المبحث الثاني

التنظيم القانوني للعمل من أجل المنفعة العامة

يتمثل التنظيم القانوني في مناقشة إجراءات تطبيق العمل للمنفعة العامة، عن طريق التحديد التشريعي لقواعد تطبيق العمل للمنفعة العامة، بعد التأكد من توفر شروط تطبيق العقوبة في المطلب الأول، ثم التطرق لأهم الآثار المترتبة على تطبيق عقوبة العمل للمنفعة العامة في المطلب الثاني.

المطلب الأول

التحديد التشريعي لقواعد تنفيذ العمل للمنفعة العامة

تتلخص أهم الإجراءات المتبعة لتنفيذ عقوبة العمل للمنفعة العامة، وتحديدها تشريعياً فيما يأتي:

الفرع الأول

تحديد الجهة المصدرة لعقوبة العمل للمنفعة العامة:

في البداية وكما أوضحنا سابقاً تشترط أغلب التشريعات موافقة المحكوم عليه على تطبيق نظام العمل للمنفعة العامة؛ لذلك تطلب القانون حضور المحكوم عليه أثناء جلسة النطق بالحكم، حيث يعرض القاضي على المحكوم عليه استبدال عقوبة الحبس بعقوبة

(٣٠) استناداً للمادة (٣٩٩) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني.

العمل للمنفعة العامة، بعد أن يصبح الحكم الأصلي نهائياً، على أن يقوم القاضي بتتبيه المحكوم عليه بحقه في رفض تنفيذ عقوبة العمل للمنفعة العامة^(٣١).

لكننا نجد أن الأمر مختلف جداً في التشريع الفلسطيني، حيث أنه أعطى للمحكوم عليه وليس للقاضي، الذي حُكم عليه بالحبس لمدة لا تتجاوز ثلاث شهور الحق في أن يطلب بدلاً من تنفيذ عقوبة الحبس تشغيله خارج السجن للمنفعة العامة إلا إذا حرم من ذلك في الحكم^(٣٢)، كما نستنتج أن الجهة التي تقر هذا البديل هي النيابة العامة وليس قضاء الحكم، وهذا ما يدعونا للقول بأن هذه النظام غير دستوري؛ لأنه يتعارض مع نص المادة (١٥) من القانون الأساسي الفلسطيني للعام ٢٠٠٣م، التي نصت على أنه: "...ولا توقع عقوبة إلا بحكم قضائي..."، كما تتعارض مع نص المادة (٣٩٣) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني التي جاء فيها لا يجوز توقيع العقوبات المقررة بالقانون لأية جريمة، إلا بمقتضى حكم صادر من محكمة مختصة.

ومن خلال تلك النصوص نجد أن عقوبة العمل للمنفعة العامة لا تتسم ولا تحترم مبدأ قضائية العقوبة، فالحكم يصدر بعقوبة الحبس وبعد ذلك يحق للمحكوم عليه أن يطلب من النيابة العامة استبدال عقوبة الحبس بالعمل للمنفعة العامة، دون الحاجة للرجوع إلى الحكم القضائي طالما أنه لا يمنع صراحة هذا الخيار.

ومن ناحية أخرى نرى أن موقف المشرع الفلسطيني في تعامله مع نظام العمل للمنفعة العامة يتعارض مع مبدأ "التفريد القضائي للعقوبة"، والتي تمنح القاضي الحق في استبدال نوع العقوبة حسب شخصية الجاني وخطورته الإجرامية، حيث إنه منح النيابة العامة الحق في الموافقة على اختيار عقوبة العمل للمنفعة العامة بدلاً للحبس دون أن يكون لقضاء الحكم أي تدخل في اختيار ذلك النظام.

أما المشرع العماني فكما أوضحنا سابقاً لم يتعامل مع العمل للخدمة العامة كعقوبة بديلة للسجن، بل هو منظم ضمن العقوبات التكميلية، والتي تخضع للسلطة التقديرية

(٣١) أ. أمحمدي بوزينة، بدائل العقوبات السالبة للحرية في التشريع الجزائري، مجلة الفقه والقانون، العدد ٣٦، الجزائر، ٢٠١٥م، ص: ٣٦.

(٣٢) حيث جاء في المادة (٣٩٩) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، والتي جاء فيها " لكل محكوم عليه بالحبس لمدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر أن يطلب من النيابة العامة تشغيله خارج مركز الإصلاح والتأهيل (السجن) بدلاً من تنفيذ عقوبة الحبس عليه، ما لم ينص الحكم على حرمانه من هذا الخيار".

للقاضي دون أن يقف تنفيذها على موافقة ورضاء المحكوم عليه، وفي حالة عدم امتثاله لتنفيذ العمل للمنفعة العامة يمكن معاقبته بالسجن لمدة لا تزيد عن شهر بناء على المادة (٦٢) من قانون الجزاء العماني.

الفرع الثاني

تحديد كيفية تنفيذ العمل للمنفعة العامة

يجب على قاضي المحكمة في البداية أن ينطق بعقوبة الحبس الأصلية، ثم بعد ذلك يستبدلها بعقوبة العمل للمنفعة العامة؛ أي بعد الانتهاء من إجراءات المحاكمة والمداولة وتقرير العقوبة الأصلية مع توفر شروط الحكم بعقوبة العمل للمنفعة العامة^(٣٣)، وتظهر أهمية ذكر العقوبة الأصلية في حالة ما إذا أخل المحكوم عليه بشروط تنفيذ عقوبة العمل للمنفعة العامة فتطبق عليه عقوبة السجن المنصوص عليها في الحكم^(٣٤).

وهذا على عكس ما قرره المشرع الفلسطيني الذي منح النيابة العامة سلطة الموافقة على استبدال عقوبة الحبس بالعمل للمنفعة العامة بعد إصدار الحكم بعقوبة الحبس، مع ضرورة ألا تزيد العقوبة عن ثلاثة أشهر، مع التأكيد على ضرورة أن يكون الحكم نهائياً غير قابل للطعن بالطرق العادية^(٣٥).

تجدر الإشارة أن بعض التشريعات المعاصرة كالقانون الفرنسي والقانون الجزائري تمنح قاضي تطبيق العقوبة الإشراف على تنفيذ عقوبة العمل للمنفعة العامة؛ حيث يحدد طريقة تنفيذ العمل للمنفعة العامة، كما يحدد الجهة التي يعمل لمصلحتها، وطبيعة العمل وأوقاته^(٣٦)، وإذا كان المحكوم عليه قاصر فإنه يخضع لقاضي محكمة الطفل أو قاضي الأحداث وليس لقاضي تطبيق العقوبة.

الجدير بالذكر أن المشرع العماني يسمح بتشغيل المحكوم عليه للمنفعة العامة كبديل للإكراه البدني، باعتباره وسيلة لتحصيل الغرامة والتعويضات التي يتمتع المحكوم عليه عن دفعها، وفي حالة إخلاله بنظام تشغيل المحكوم عليه ينفذ بحقه الحكم بالإكراه البدني،

(٣٣) عماني سمية، مرجع سابق، ص: ٥١.

(٣٤) أ. عبد الرؤوف حنان، العمل للنفع العام كبديل عن عقوبة الحبس، رسالة ماجستير، كلية الحقوق

والعلوم السياسية، جامعة سكرة، ٢٠١٤م، ص: ٨٤.

(٣٥) نفس الاتجاه تبناه المشرع المصري في المادة (٥٢٠) من قانون الإجراءات الجزائية المصري.

(٣٦) المادة (٣١-٣٦) من قانون العقوبات الفرنسي.

حيث نصت المادة (٣٢٦) من قانون الإجراءات الجزائية العماني على إمكانية أن يطلب المحكوم عليه في أي وقت من الادعاء العام قبل صدور الأمر بالإكراه البدني أن يستبدله بالعمل في إحدى وحدات الجهاز الإداري للدولة مدة مساوية لمدة الإكراه، مع اشتراط المادة ألا تزيد مدة العمل اليومية على سبع ساعات، وتحديد الأعمال التي يجوز للمحكوم عليها القيام بها بقرار من المدعي العام^(٣٧).

وقد يدعي البعض بأن المشرع العماني لم يبين نطاق تطبيق عقوبة العمل للمنفعة العامة باعتباره يخول القضاء في تحديد مدى ملاءمة المتهم للاستفادة من هذه العقوبة، ولكننا نرى بأن التسليم بالسلطة التقديرية للقاضي لا يكون على إطلاقه، بل ينبغي أن تكون وفق ضوابط معينة محددة سلفاً.

الفرع الثالث

تحديد مدة تنفيذ عقوبة العمل للمنفعة العامة

تتجه أغلب التشريعات الجنائية الحديثة إلى تحديد مدة العمل للمنفعة العامة من خلال وضع حدين أدنى وأقصى للعمل، تطبيقاً لمبدأ أن تكون العقوبة محددة، حماية للحريات الفردية، ومن ضمن هذه التشريعات القانون الفرنسي الذي حدد مدة ساعات العمل ما بين عشرين ساعة كحد أدنى و ٢١٠ ساعة كحد أقصى، خلال مدة لا تتجاوز (١٨) شهراً^(٣٨)، كما نجد المشرع الجزائري ميز في تحديد ساعات العمل بين البالغين والمحددة ما بين ٤٠ ساعة إلى ٦٠٠ ساعة، والقاشرين والمحددة ما بين ٢٠ ساعة إلى ٣٠٠ ساعة^(٣٩).

^(٣٧) التي جاء فيها: "للمحكوم عليه أن يطلب في أي وقت من الادعاء العام قبل صدور الأمر بالإكراه البدني إبداله بعمل يدوي أو صناعي بلا مقابل في إحدى وحدات الجهاز الإداري للدولة مدة مساوية لمدة الإكراه التي كان يجب التنفيذ بها، وتحدد الأعمال التي يجوز تشغيل المحكوم عليه فيها بقرار من المدعي العام، ويراعى ألا تزيد مدة العمل على سبع ساعات يومياً. وإذا تغيب المحكوم عليه عن شغله دون عذر مقبول أو لم يقم به على الوجه المرضي نفذ عليه الحكم بالإكراه البدني".

^(٣٨) د. شريف سيد كامل، بدائل الحبس قصيرة المدة في التشريع الجنائي الحديث، دورية الفكر الشرطي، الشارقة، ٢٠٠٠م، العدد التاسع، الإصدار الثالث، ص: ٢٧٢.

^(٣٩) المادة الخامسة مكرر ١ من قانون العقوبات الجزائري، ٢٠٠٦.

أما موقف المشرّع الفلسطيني وبناء على المادة (٣٩٩) من قانون الإجراءات الجزائية، يتضح أن مدة تنفيذ عقوبة العمل للمنفعة العامة هي نفسها مدة تنفيذ العقوبة السالبة للحرية والمتمثلة في الحبس لمدة لا تتجاوز ثلاث أشهر، الأمر الذي يميز النص الفلسطيني عن النص الفرنسي، باعتبار هذا الأخير قد منح القاضي سلطة واسعة في تحديد ساعات العمل ومدة تنفيذه بناء على ظروف كل حالة دون التقيد بمدة العقوبة السالبة للحرية.

أما المشرّع العماني فقد جعل مدة تنفيذ العمل للمنفعة العامة خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي باعتبارها عقوبة تكميلية في قانون الجزاء، أما عندما نظمها في المادة (٣٢٦) من قانون الإجراءات الجزائية باعتباره بديلاً عن الإكراه البدني، فقد جعل لها حداً أقصى بمدة لا تزيد عن مدة الإكراه البدني.

في الحقيقة نرى أن مسلك المشرّع العماني قد جانب الصواب، باعتبار أن العقوبات كما اسلفنا يجب أن تكون محددة كماً ومقداراً تجسداً لمبدأ الشرعية، ومن ثم يجب أن يكون تطبيق عقوبة العمل للمنفعة العامة في حدود النص التشريعي، الأمر الذي يدفعنا إلى التشكيك في الأساس القانوني الذي استندت عليه المحاكم العمانية في الحكم بعقوبة العمل للمنفعة العامة؛ حيث المتنبع لتلك الأحكام يجد أنها تتفاوت في المدد المحكوم فيها بعقوبة العمل للمنفعة العامة بسبب إدراك المحكمة بغياب النص القانوني المحدد لمدة العقوبة، الأمر الذي يخالف مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات المجسد في المادة الثالثة من قانون الجزاء العماني.

لذلك نناشد المشرّع العماني معالجة الفراغ التشريعي بشأن مدة عقوبة العمل للمنفعة العامة، وذلك منعاً لأي تعسف أثناء تطبيق تلك العقوبة، تماشياً مع ما قامت به التشريعات المقارنة.

ويثار تساؤل مهم وهو: مدى امكانية وقف أو تأجيل عقوبة العمل للمنفعة العامة؟ لقد أجاب على ذلك المشرّع الفرنسي والذي أجاز أن يوقف مؤقتاً لاعتبارات ذات طابع طبي أو عائلي أو اجتماعي^(٤٠)، بينما نجد أن المشرّع الفلسطيني قام بتنظيم الأحكام الخاصة بتأجيل تنفيذ العقوبة السالبة للحرية في الباب الأول من الكتاب الرابع بعنوان الأحكام الواجبة التنفيذ، في المواد (٤٠٦، ٤٠٥، ٤٠٤، ٤٠٣، ٤٠٣، ٤٠٢)، والتي يستنتج

(٤٠) المادة (١٣١-٢٢) من قانون العقوبات الفرنسي.

منها أنه يمكن تأجيل تطبيق عقوبة العمل للمنفعة العامة انطلاقاً من فلسفة العقوبة نفسها؛ لأنها تهدف إلى الإصلاح والتأهيل، والذي لا يمكن تحقيقه في حالات معينة تستوجب تأجيل تنفيذ العقوبة، ومثال ذلك تأجيل العمل للمنفعة العامة على الحامل، ويمكن كذلك حفاظاً على كيان الأسرة تأجيل تنفيذ عقوبة العمل للمنفعة العامة، إذا كانت مقررة على الرجل وزوجته في وقت واحد^(٤١)، كما أنه إذا كان المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية مصاباً بمرض يهدد حياته أو يعرض التنفيذ لحياته للخطر جاز تأجيل تنفيذ العقوبة عليه^(٤٢)، أو إذا أصيب المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية بجنون، فعلى النيابة العامة أن تأمر بوضعه في أحد المحال المعدة للأمراض العقلية حتى يشفى، وفي هذه الحالة تخصم المدة التي يقضيها في هذا المحل من العقوبة المحكوم بها^(٤٣).

وينادي بعض الفقه إلى خصم مدة الحبس الاحتياطي من مدة عقوبة العمل للمنفعة العامة، تطبيقاً للقواعد العامة في قانون الإجراءات الجزائية، بحيث يقضي المحكوم عليه مدة عقوبة الحبس مخصوماً منها مدة الحبس الاحتياطي، وما دام عقوبة العمل للمنفعة العامة هي عقوبة بديلة لعقوبة الحبس، فإنه يتم احتساب مدة العمل للمنفعة العامة بعد خصم مدة الحبس الاحتياطي^(٤٤).

الفرع الرابع

تحديد الجهات المستقبلية للمحكوم عليه وطبيعة الأعمال

محل عقوبة العمل للمنفعة العامة

تحدد بعض التشريعات الجنائية الجهات التي ينفذ لصالحها عقوبة العمل للمنفعة العامة في الأشخاص المعنوية العامة كالقانون الفرنسي والمصري، وتضيف بعض القوانين

(٤١) د. وهذا ما نصت عليه المادة (٤٠٥) المذكورة اعلاه والتي جاء فيها: "إذا كان محكوماً على رجل وزوجته بالحبس مدة لا تزيد على سنة، ولو عن جرائم مختلفة ولم يكونا مسجونين من قبل جاز تأجيل تنفيذ العقوبة على أحدهما حتى يفرج عن الآخر، إذا كانا يكفلان صغيراً لم يتجاوز خمس عشرة سنة كاملة، وكان لهما محل إقامة معروف في فلسطين".

(٤٢) المادة (٤٠٣) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني.

(٤٣) المادة (٤٠٤) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني.

(٤٤) د. رامي متولي، مرجع سابق، ص: ٨٧، ٨٨.

الجمعيات التي تقوم بأعمال ذات منفعة عامة والتي لا تهدف للربح، كما هو الحال في القانون الفرنسي في المادة (١٣١-١٧-و-١٨)^(٤٥).

كما تختلف طبيعة الأعمال محل عقوبة العمل للمنفعة العامة من تشريع لآخر؛ حيث يخضع أولاً لتقدير الإدارة المشرفة على تنفيذ العقوبة، كقاضي تطبيق العقوبة في القانون الفرنسي والجزائري، وغالباً يتجه الفقه إلى تصنيف الأعمال المقترحة في عقوبة العمل للمنفعة العامة إلى قسمين، الأول منه ذات بُعد تربوي، مثل التدريب على أعمال الإسعافات الأولية، أما القسم الثاني فهو ذات بُعد اجتماعي، يسعى إلى تعزيز خدمة المجتمع والمصلحة العامة^(٤٦).

مع تفضيلنا أن يكون العمل المكلف به المحكوم عليه يتناسب مع الجريمة المرتكبة؛ أي أن يكون الجزاء من جنس الفعل، كما في القرار الصادر عن حكام دبي يقضي بأن ينظف ثلاثة أشخاص حديقة الحيوانات في المدينة لمدة أربع ساعات يومياً طوال ثلاثة أشهر، عقاباً لهم على قيامهم بقتل قطة وتم نشر الفيديو على مواقع التواصل الاجتماعي^(٤٧).

الجدير بالذكر أن المشرعين العماني والقطري لم يحددوا المجالات أو الأعمال التي يجوز تكليف المحكوم عليه بأدائها، إلا أن المحاكم العمانية قد اجتهدت في تكليف المحكوم عليهم بأداء أعمال مختلفة، "فقد قضت المحكمة الابتدائية في بركاء على أحد المتهمين بجنحة حيازة مواد مخدرة بقصد التعاطي، وبنحبة تعاطي مواد مخدرة، بالسجن ستة أشهر ومصادرة المخدرات المضبوطة، مع تكليف المتهم بأداء خدمة عامة تتمثل في تقليم أشجار الزينة مدة العقوبة"^(٤٨).

في الحقيقة نرى بأن هذه الأحكام قد تصطدم بمبدأ الشرعية باعتبارها لم تعتمد على النص التشريعي والذي من المفترض أن يحدد الأعمال التي يجوز فيها تطبيق العمل للمنفعة العامة، تقادياً لتعسف القاضي في تطبيق سلطته التقديرية عند اختيار الأعمال

(٤٥) د. أحمد شوقي أبو خطوة، نظام المعاملة خارج المؤسسات العقابية، مجلة مركز بحوث الشرطة، العدد ١٩، يناير ٢٠٠١، ص: ٩٥.

(٤٦) د. رامي متولي، مرجع سابق، ص: ٨١ وما بعدها.

(٤٧) للمزيد راجع الرابط التالي:

<https://www.bbc.com/arabic/middleeast-39283550>، بتاريخ ١٢/١١/٢٠٢٢م.

(٤٨) المحكمة الابتدائية، بركاء، الدائرة الجزائية، رقم الحكم ٥٨٧/٢٠١٨، جلسة ١٩/١١/٢٠١٨م، جاء ذكره في د. خالد الشعيبي، مرجع سابق، ص: ٢٤٧.

المخصصة للمنفعة العامة التي يقوم بها المحكوم عليه، لذلك نناشد المشرع العماني على القيام بتحديد الأعمال التي تصلح لتطبيق عقوبة العمل للمنفعة العامة، ومن ثم يترك للقاضي سلطة اختيار العمل الملائم للمحكوم عليه حسب مقتضيات الفعل المرتكب والظروف الشخصية للمحكوم عليه.

الفرع الخامس

انتهاء عقوبة العمل للمنفعة العامة

تنتهي عقوبة العمل للمنفعة العامة بالطريقة الطبيعية وهي تنفيذ المحكوم عليه لجميع الالتزامات الملقاة على عاتقه دون أي إخلال منه، كما يمكن أن تنتهي بطريقة أخرى وهي في حالة إخلال المحكوم عليه بالشروط المتعلقة بتطبيق العمل للمنفعة العامة، كأن يمتنع عن الحضور، أو أن يرفض العمل، أو يرتكب جريمة أثناء قيامه بالعمل؛ حيث يترتب على ذلك تطبيق عقوبة الحبس الأصلية عليه وحرمانه من الاستفادة من تطبيق نظام العمل للمنفعة العامة^(٤٩).

وفي التشريع العماني نجد أنه جعل العمل للخدمة العامة عقوبة تكميلية ولم يعتبرها عقوبة أصلية بديلة لعقوبة الحبس، وفي حالة عدم تنفيذ المحكوم عليه لقرار المحكمة القاضي بالعمل للمنفعة العامة كعقوبة تكميلية، يمكن معاقبته بالسجن لمدة لا تزيد عن شهر^(٥٠)، أما في حالة تغيب دون عذر مقبول عن العمل للمنفعة العامة البديل عن الإكراه البدني، ينفذ عليه الحكم بالإكراه البدني.

^(٤٩) شينون خالد، العمل للنفع العام كعقوبة بديلة عن العقوبة السالبة للحرية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ٢٠٠٩-٢٠١٠م، ص: ١١١، ١١٢.

^(٥٠) ذلك حسب المادة (٦٢) من قانون الجزاء العماني التي جاء فيها: "إذا خالف المحكوم عليه الأحكام والأوامر الصادرة تطبيقاً للمادتين (٥٧، ٥٨) من هذا القانون جاز للمحكمة إصدار أمر بسجنه مدة لا تزيد على شهر".

المطلب الثاني

الآثار المترتبة على تطبيق العمل للمنفعة العامة

تختلف الآثار المترتبة على تطبيق العمل للمنفعة العامة حسب التزام المحكوم عليه بشروط تطبيق نظام العمل للمنفعة العامة، أم أخل بها؛ لذلك سوف نوضح تلك الآثار حسب كل حالة على حدة.

الفرع الأول

الآثار القانونية المترتبة على إتمام العمل

من حيث الأصل يؤدي إنجاز المحكوم عليه لساعات العمل للمنفعة العامة المقررة من طرف القاضي، دون الإخلال بأي التزام مترتب عليه، إلى إتمام تنفيذه لعقوبة العمل للمنفعة العامة، وبالتالي تنتهي عقوبة السجن الأصلية، ويحق له وفق شروط معينة ومدد مختلفة أن يطلب رد الاعتبار.

أما في حالة تنفيذ العمل للمنفعة العامة باعتبارها بديل عن الإكراه البدني وفقاً للمشرع العماني، فإنها تؤدي إلى إبراء ذمة المحكوم عليه من الغرامة والتعويضات والمصروفات المحكوم عليه بها^(٥١).

الفرع الثاني

الآثار المترتبة على عدم تنفيذ العمل

من البديهي أن عدم التزام المحكوم عليه بتنفيذ العمل والإخلال به، يقتضي أن يعاقب وأن تعدل عقوبة العمل للمنفعة العامة إلى عقوبة السجن أو الغرامة، ولكن لم نجد أن المشرع الفلسطيني قد تناول تلك الآثار بالتوضيح اللازم، عكس المشرع الفرنسي الذي قام بنقصيل كل تلك الآثار، حيث رتب على إخلال المحكوم عليه بالالتزامات المترتبة عليه أن يعدل العقوبة لتصبح عقوبة السجن أو الغرامة^(٥٢)، ويجوز لقاضي تطبيق العقوبة أن يقرر تغيير العقوبة دون السير في إجراءات قضائية جديدة.

(٥١) بناء على المادة (٣٢٥) من قانون الإجراءات الجزائية العماني.

(٥٢) المادة ٩-١٣١، من قانون العقوبات الفرنسي.

كما نص المشرّع الفرنسي على معاقبة المحكوم عليه بعقوبة العمل للمنفعة العامة في حال انتهاكه للالتزامات المفروضة عليه، أن يعاقب بالحبس لمدة سنتين وغرامة تقدر ٣٠٠٠٠ يورو، إضافة إلى عقوبة المنع من الحقوق المدنية^(٥٣).

وتجدر الإشارة إلى أن المادة (٧٣٣-١) من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي، أجازت لقاضي تطبيق العقوبة من تلقاء نفسه أو بناء على طلب المحكوم عليه أو طلب المدعي العام أن يأمر بقرار مسبب بإبدال عقوبة العمل للمنفعة العامة بعقوبة الغرامة اليومية، كما تخضع مسألة إبدال ساعات العمل بعقوبة الغرامة من حيث تحديد عدد وقيمة الغرامة اليومية لتقدير قاضي تطبيق العقوبة^(٥٤).

أما المشرّع العماني فقد جعل تنفيذ العمل للخدمة العامة إجبارياً على المحكوم عليه في حاله قرر القاضي ذلك، وفي حالة عدم احترامه لتنفيذ العمل للخدمة العامة يمكن معاقبته بالسجن لمدة لا تزيد عن شهر، والذي نرى فيه أنه لا يتلاءم مع الغاية من تطبيق عقوبة العمل للمنفعة العامة التي تركز على إصلاح ضرر الجريمة وتقديم خدمة للمجتمع بما يؤدي إلى تقويم سلوك المحكوم عليه، كما يمكن أن تكون عقوبة العمل للمنفعة العامة المحكوم بها تتجاوز الشهر، وبالتالي قد تكون عقوبة السجن لمدة شهر بمنزلة مهرب للمحكوم عليه في تنفيذ عقوبة العمل

للمنفعة العامة، وفي تقديرنا لموقف التشريعين العماني والفلسطيني من نظام العمل للمنفعة العامة، نجده لم يواكب التشريعات الحديثة في التوسع بتطبيق ذلك النظام، كما هو مطبق في القانون الفرنسي، من خلال النص على إمكانية استبدال عقوبة الحبس التي لا تزيد عن عام بعقوبة العمل للمنفعة العامة، مع ضرورة وضع قواعد تشريعية واضحة لتنظيم تلك العقوبة، متعلقة بتحديد ساعات العمل، والنص على ضرورة أن يقرر عقوبة العمل للمنفعة العامة للقاضي، وليس للنيابة العامة، كما عليه أن يحدد الآثار المترتبة على تنفيذ أو عدم تنفيذ المحكوم عليه للالتزامات الملقاة عليه.

الخاتمة

إن الاتجاه العام في السياسة الجنائية الحديثة هو تبني العقوبات البديلة للعقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة، ومن أهمها العمل للمنفعة العامة؛ لأنها تهدف بالأساس إلى إدماج المحكوم عليه داخل المجتمع والابتعاد عن الآثار السلبية الكثيرة للعقوبة السالبة للحرية

^(٥٣) المادة (٤٣٤-٤٢)، للمزيد انظر بالتفصيل د. رامي متولي القاضي، مرجع سابق، ص: ٩٩ وما بعدها.

^(٥٤) د. رامي متولي المرجع السابق، ص: ١٠٠.

قصيرة المدة، مما دفع بالمشرّع الفلسطيني إلى النص على نظام العمل للمنفعة العامة كبديل لعقوبة السجن المحكوم بها والتي لا تزيد عن ثلاث أشهر، كما تبناه المشرّع العماني وجعل العمل للخدمة العامة عقوبة تكميلية وليس عقوبة بديلة للعقوبة الأصلية.

نتائج البحث:

توصلت الدراسة لبعض النتائج أهمها:

- تعد عقوبة العمل للمنفعة العامة من أهم العقوبات البديلة للسجن؛ لذا فهي مطبقة في أغلب التشريعات الوطنية.
- جعل المشرّع العماني العمل للخدمة العامة بديل عن الإكراه البدني ولم يجعله بديلاً عن العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة.
- تعامل المشرّع العماني مع العمل للخدمة العامة باعتباره عقوبة تكميلية، وليس كعقوبة بديلة للعقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة، دون أن يحدد نطاق تطبيقها ولا مجال تنفيذها والمدة المحددة لها.
- يشترط لتطبيق العمل للمنفعة العامة في التشريع الفلسطيني أن يقدم المحكوم عليه طلب للدعاء العام لاستبدال عقوبة السجن بالعمل في إحدى مؤسسات الدولة في الجرائم التي لا تتجاوز عقوبتها ثلاث أشهر.
- تحقق عقوبة العمل للمنفعة العامة مصلحة الفرد بإعادة إدماج داخل المجتمع وعدم اختلاطه بالمجرمين داخل السجون، وتحقيق مصلحة المجتمع من خلال التقليل من تكاليف عقوبة السجن.

توصيات البحث:

في ضوء النتائج التي توصلت إليها الدراسة نقترح التوصيات التالية:

- ضرورة تعديل نص المادة (٣٩٩) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، والمادة (٥٧/ك) من قانون الجزاء العماني، لتسمح بأن يشرف القضاء على تطبيق نظام العمل للمنفعة العامة، وليس النيابة العامة، كما يجب أن يسمح التعديل بتطبيق النظام على العقوبات التي تصل إلى سنة حبس ولا يقتصر على تطبيقه على العقوبات التي لا تزيد عن ثلاث أشهر، لتوسيع نطاق تطبيقه والمقتصر على الجرائم قليلة الخطورة، متى رأت المحكمة من أخلاق المحكوم عليه أو ماضيه أو سنه أو الظروف التي ارتكبت بها الجريمة ما يبعث على الاعتقاد بأنه لن يعود إلى ارتكاب الجريمة.
- إضافة مادة في قانون الإجراءات الجزائية العماني تسمح بإمكانية تطبيق العمل للمنفعة العامة كبديل عن العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة، وعدم الاكتفاء بها كبديل عن الإكراه البدني.

- الحرص على عدم نزع الطابع العقابي على العمل للمنفعة العامة، والإبقاء عليه تحت رقابة القضاء، بهدف إعادة النظر فيه وإبداله بعقوبة أخرى، إذا لم يلتزم المحكوم عليه بشروط تطبيق النظام.
- نناشد المشرعين الفلسطيني والعُماني على التدخل ليضعا تنظيمًا متكاملًا لعقوبة العمل للمنفعة العامة كبديل للعقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة، ويترك للقاضي سلطة الحكم بها تطبيقاً لمبدأ التفريد القضائي، بما يحدد الأعمال العامة التي يمكن التكليف بأدائها، وكذلك تحديد مدة عقوبة التكليف، والجهة التي تتولى الرقابة والإشراف على تنفيذ عقوبة العمل للمنفعة العامة.
- نهيب بالمشرعين الفلسطيني والعُماني إيجاد نظام متكامل ينشأ بمقتضاه مؤسسة قاضي تطبيق العقوبة وتكون له الصلاحية في استبدال العقوبة السجنية بالعقوبات البديلة ومنها العمل للمنفعة العامة.
- الاستفادة من التجربة الفرنسية في مجال العقوبات البديلة، مع مراعاة الظروف الاجتماعية والقانونية السائدة في المجتمع الفلسطيني والعُماني.
- إن نجاح عقوبة العمل للمنفعة العامة مرهون بمدى تقبل المجتمع له؛ لأن نجاحه يتطلب تضافر وتعاون جميع فئات المجتمع، من أفراد وقضاء ونيابة عامة وإعلام، كما تتطلب وجود الإطار التشريعي المحدد لتنفيذه، والإخصائيين الاجتماعيين الذي يمكن الاعتماد عليهم في إجراء التحقيقات الاجتماعية اللازمة، وتقديمها للقاضي لمساعدته في تقرير مدى ملائمة العمل المقرر للمحكوم عليه.

المراجع

أولاً- الكتب:

- الحسين زين الاسم، إشكالية العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة والبدائل المقترحة، رسالة ماجستير، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة، المغرب، ٢٠٠٥-٢٠٠٦م.
- د. رامي متولي القاضي، عقوبة العمل للمنفعة العامة في التشريع الجنائي المقارن، دار النهضة العربية، ٢٠١٢م.
- د. رفعت رشوان، العمل للنفع العام بين مقتضيات السياسة العقابية الحديثة واعتبارات حقوق الإنسان، دار النهضة العربية، ٢٠١٢م.
- شينون خالد، العمل للنفع العام كعقوبة بديلة عن العقوبة السالبة للحرية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ٢٠٠٩-٢٠١٠م.

- عماني سمية، عقوبة العمل للنفع العام، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في جامعة العقيد أكلي محند بولحاج، الجزائر، ٢٠١٤-٢٠١٥م.
- د. عادل العاني، شرح قانون الجزاء العماني، القسم العام، الأجيال، ٢٠٢٠م.
- أ علي نبيل صديح، العمل للمنفعة العامة كعقوبة بديلة في القانون الجزائري الفلسطيني، رسالة ماجستير، جامعة النجاح، ٢٠١٧م.
- أ عبد الرؤوف حنان العمل للنفع العام كبديل عن عقوبة الحبس، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، ٢٠١٤م.
- د. لطيفة المهدي، الشرعية في تنفيذ العقوبة السالبة للحرية، الشركة الشرقية، الرباط، ٢٠٠٥م.

ثانياً- الأبحاث:

- أحمد شوقي أبو خطوة، نظام المعاملة خارج المؤسسات العقابية، مجلة مركز بحوث الشرطة، العدد ١٩، يناير ٢٠٠١م.
- د. رفعت رشوان، بدائل العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة، بحث مقدم لندوة العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة، منشور بكتاب الندوة، وزارة الداخلية، الإمارات العربية المتحدة، يونيو، ٢٠١١م.
- د. شريف سيد كامل، بدائل الحبس قصير المدة في التشريع الجنائي الحديث، دورية الفكر الشرطي، شرطة الشارقة، الإمارات، أكتوبر، ٢٠٠٠م، العدد التاسع، الإصدار الثالث.
- د. صفاء أوتاني، العمل للمنفعة العامة في السياسة العقابية المعاصرة، دراسة مقارنة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد (٢٥) العدد الثاني، ٢٠٠٩م.
- د عائشة حسين المنصوري، بدائل العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة، دار النهضة العربية، ٢٠١٦م.
- د. عبد الرحمن طريمان، التعزيز بالعمل للنفع العام، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف للعلوم الأمنية، ٢٠١٣م.
- د. نزار حمدي قشطة، د. عفيف أبو كلوب، العقوبات البديلة بين الشريعة والقانون، بحث مقدم لمؤتمر المجلس الأعلى للقضاء، المناخ القضائي الداعم للعدالة الناجزة الذي عقد في غزة بتاريخ ٢٦-١١-٢٠١٥م، مجلة المؤتمر.

الحماية الجنائية للحرية الدينية

الدكتور/ محمد السعيد عبد الشفيح القزعة*

الملخص:

تُعد الحرية الدينية من أهم ما يتمتع به الإنسان، وهناك تلازماً بين فكرة الحرية الدينية وبين فكرة حمايتها، حيث نعى بالحماية إيجاد وسائل فعالة لممارسة الحرية الدينية كواقع عملي؛ وتشمل الحرية الدينية حرية العقيدة، وحرية ممارسة الشعائر الدينية، ويهدف البحث إلى بيان مفهومها وموقف النظم القانونية منها باعتبارها من أهم الحريات التي يتمتع بها الإنسان، وكذلك بيان بعض الجرائم الواقعة على الحرية الدينية وموقف المشرع الجنائي منها.

الكلمات المفتاحية: الحماية الجنائية - الحرية الدينية - العقيدة الدينية - الشعائر الدينية - الأديان.

*دكتوراه في القانون الجنائي.



Criminal Protection of Religious Liberty

Dr. Mohamed Elsaid Abdulshafie Elkozaa*

Abstract:

Religious Liberty is considered one of main things that a human can have. There is great connection between the idea of Religious Liberty and its protection.

By this protection, we mean to find different solutions or effective means to deal with Religious Liberty as a work act.

Otherwise, the Religious Liberty contains many kinds of liberties like; Dogma Liberty, the freedom to do different Religious Rituals according to places and times. This research aims to highlight its concept and the situation of legal systems as it may be one of the most important kinds of liberties that a person can own. In addition, to show some crimes that take place against Religious Liberty and what will the lawgiver think about it?

Keywords: Criminal Protection - Religious Liberty - Religious Dogma - Religious Rituals - Religions.

*PhD in Criminal Law.

المقدمة

احتل الحديث عن الحرية الدينية، مكانًا عليًا في الواقع الاجتماعي والقانوني؛ لأن الحرية هي أعز ما يملك الإنسان، وهي من مظاهر نعم الله عز وجل على خلقه، وانعكست تلك الأهمية البالغة للحرية على الواقع القانوني، حيث كرست الإعلانات والمواثيق الدولية فضلاً عن التشريعات الداخلية حماية الحريات بصفة عامة والحرية الدينية بصفة خاصة، ونظرًا لانتساع موضوع الحريات العامة فقد أثرتنا أن نختار الحرية الدينية؛ لتكون موضوع هذا البحث، يرجع ذلك إلى الأهمية الكبيرة للحرية الدينية في حياة الأمم والشعوب ولارتباطها اللصيق بشخص الإنسان، ومما يعلي من صرح الحرية الدينية ويبرز أهميتها البالغة أن الإنسان يستطيع أن يصبر على الحرمان من بعض حقوقه كالحرية السياسية، ولكن أبدًا لا يطيق أن يحرم من حريته الدينية؛ لذلك ومنذ فجر الخليفة لم يوجد الإنسان بلا، وعلى ذلك يمكن القول بأن نشأة الدين لم تتأخر عن نشأة الجماعة الإنسانية.

ويبرز هنا الأهمية البالغة للدين والحرية الدينية في حياة الإنسان -وكيف لا-؛ فالدين هو مصدر العواطف النبيلة والمشاعر الطيبة، فما من فضيلة إلا وتصدر عنه، ولا صالحه إلا وترد إليه^(١)؛ لأن أمة بلا عقيدة هي أمة كتبت على نفسها الفناء أو الذوبان في عقائد الأمم الأخرى بما يعني مسح شخصيتها^(٢)؛ ولأن الحرية الدينية قوامها ركيزتان أساسيتان هما: حرية الاعتقاد وحرية ممارسة الشعائر الدينية وهما المظهران المعبران عن الحرية الدينية، فحرية الاعتقاد هي حق الإنسان في اختيار عقيدته الدينية، فلا يكون لغيره سلطان عليه فيما يعتقد، بل له أن يعتقد ما يشاء في حدود ما تبيحه حرية الاعتقاد^(٣).

(١) الشيخ، سيد سابق، العقائد الإسلامية، دار الكتب الحديثة، القاهرة، ١٩٧٦م، ص ١٤.

(٢) د. أحمد رشاد طاحون، حرية العقيدة في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٨م، ص ٢.

(٣) الشيخ/ محمد الغزالي، حقوق الإنسان بين تعاليم الإسلام وإعلان الأمم المتحدة، الطبعة الخامسة، دار الدعوة، ٢٠٠٢م، ص ١٧٤.

إشكالية البحث:

يبرز الواقع إلى وجود العديد من الإشكالات بسبب حرية العقيدة وحرية ممارسة الشعائر الدينية والخلط الذي يحدث بينهما، فحرية العقيدة تحرص كافة النصوص القانونية على جعلها مطلقة، وما بين حرية الاعتقاد المطلقة وبين المظاهر الخارجي المعبر عن العقيدة وهي ممارسة الشعائر الدينية تطفو العديد من المشكلات إلى السطح، فليس لكل من اعتقد اعتقاداً دينياً معيناً الحق في أن يمارس شعائره الدينية فما هي الضوابط القانونية لممارسة الشعائر الدينية؟ وما هي الطوائف الدينية المسموح لها بممارسة شعائرها علناً؟ وحتى يمكننا القول إن هناك حرية دينية فلا يتوقف الأمر عند حرية الاعتقاد، فحرية الاعتقاد مطلقة وذلك كما جاء بالدستور المصري الجديد (٢٠١٤م) في المادة (٦٤-١) التي جاء فيها: "حرية الاعتقاد مطلقة"، فلكل إنسان أن يؤمن بما يشاء من الأديان والعقائد التي يطمئن إليها ضميره، وتسكن إليها نفسه، ولا سلطان لأحد عليه في ذلك.

أما الدستور العُماني أورد في المادة (٣٥) أن: "حرية الرأي والتعبير عنه بالقول والكتابة وسائر وسائل التعبير مكفولة في حدود القانون"، ولم يرد نص في الدستور العُماني يتعلق بحرية العقيدة الدينية، وإنما أنت المادة بتعبير حرية الرأي والتعبير عنه، وفي تصورنا أن المشرع الدستوري العُماني قصد على الأرجح بحرية الرأي في تلك المادة حرية العقيدة؛ لأن الاعتقاد الديني في النهاية هو رأي، كما أن هذه المادة جاءت في أثر المادة (٣٤) المتعلقة بحرية القيام بالشعائر الدينية.

ويلزم بجانب حرية الاعتقاد حرية أخرى وهي ممارسة الشعائر الدينية، فاعتقاد من غير ممارسة للشعائر الدينية يعد لاهوت فكري وليس من الدين في شيء، فممارسة الشعائر الدينية هي المظهر الخارجي المعبر عن الدين أو يمكن القول هي الوجه الآخر لحرية العقيدة.

لذلك جاء في الفقرة الثانية من المادة (٦٤-٢) من الدستور المصري: "حرية ممارسة الشعائر الدينية وإقامة دور العبادة لأصحاب الأديان السماوية، حق ينظمه القانون"، وأكد

المشرّع العُماني في المادة (٣٤) من الدستور بأن: "حرية القيام بالشعائر الدينية طبقاً للعادات المرعية مصونة، على ألا يخل ذلك بالنظام العام، أو ينافي الآداب".

أهمية البحث:

تتجلى أهمية الموضوع من خلال بيان الحماية الجنائية للحرية الدينية، والتي تتنوع ما بين حماية دستورية وردت في الدساتير، والتي أكدت على حرص المشرّع الدستوري العُماني والمصري على كفالة حرية الاعتقاد، فهي لديه مطلقة، وأما ممارسة الشعائر الدينية فهي مكفولة بحكم القانون شريطة ألا تخالف النظام العام والآداب، وأن تكون فقط لأصحاب الأديان السماوية؛ لأنهم وحدهم المسموح لهم بممارسة شعائرهم الدينية علناً، وحماية تشريعية وردة داخل التشريعات الجنائية، فدائماً ما كانت حماية الحرية الدينية محل اهتمام المشرّع الجنائي، حيث أحاط تلك الحرية بسياج من الأمان.

وتتضح أهمية الموضوع من خلال بيان الحماية الجنائية للحرية الدينية، فهذه القانون بصفة عامة والجنائي بصفة خاصة هو حماية المصالح الاجتماعية سواء كانت من المصالح التي تمس كيان الدولة أم المجتمع أم حقوق وحرقات الأفراد، والمشرّع الجنائي لم يتوانى عن حماية الحقوق والحرقات الأساسية وبصفة خاصة الحرية الدينية، وذلك من خلال ما قرره من حماية للحرية الدينية في الباب الحادي عشر من الكتاب الثاني من قانون العقوبات المصري المسمى ب: "الجرائم المتعلقة الأديان ومكافحة التمييز" ويبرز هذا مدى حرص المشرّع المصري على كفالة حرية الاعتقاد وحرية ممارسة الشعائر الدينية، وكذلك وما قرره المشرّع العُماني في الباب الثامن من قانون الجزاء ٢٠١٨/٧ الخاص بالجرائم التي تمس الدين والأسرة والمجتمع.

خطة البحث

المبحث الأول: تعريف الحرية الدينية وحمايتها في النظم القانونية.

- المطلب الأول: تعريف الحرية الدينية.
- المطلب الثاني: حماية الحرية الدينية في النظم القانونية.

المبحث الثاني: الحماية الجنائية لحرية العقيدة.

- **المطلب الأول: العدوان على حرية الاعتقاد الديني**
- **المطلب الثاني: جريمة التمييز بسبب العقيدة الدينية**
- **المبحث الثالث: الحماية الجنائية لممارسة الشعائر الدينية**
- **المطلب الأول: حماية القيام بالشعائر الدينية**
- **المطلب الثاني: العدوان على أماكن ممارسة الشعائر الدينية**

المبحث الأول

تعريف الحرية الدينية ومصدرها في النظم القانونية

تكتسب الحرية الدينية بفرعيها (حرية العقيدة وحرية ممارسة الشعائر الدينية) أهمية كبيرة، فتكاد لا توجد دولة في العالم على اختلاف أنظمتها السياسية أو طريقة الحكم فيها لا تقر هذه الحرية وتحافظ عليها، وتوفر لها كثيراً من الضمانات؛ ويرجع ذلك إلى الأهمية التي تحتلها الحرية الدينية بين سائر الحريات الأخرى.

المطلب الأول

تعريف الحرية الدينية

لبيان مفهوم الحرية الدينية، لابد من التطرق إلى المعنى اللغوي والاصطلاحي للحرية الدينية، ثم بيان مدلول الحرية الدينية في القانون باعتبارها واحدة من أهم الحريات العامة التي يتكفل القانون بحفظها وصيانتها.

الحرية في اللغة:

الحرية في اللغة هي مصدر صناعي من لفظ الحر، وهذا اللفظ مشتق من المادة (حرر) والحر بالضم ما خالص من الاختلاط بغيره، والحر من الرجال خلاف العبد؛ لأنه خالص من الرق وجمعه أحرار، والحرّة ضد الأمة^(٤).

الحرية في الاصطلاح:

هناك ثمة ترابط بين المعنى اللغوي والاصطلاحي للحرية، فلم يعرف الفقهاء الحرية في الاصطلاح تعريفاً يخرج عن تعريفها في اللغة، إلا أن هناك من ذهب إلى تعريفها بأنها خلوص الإنسان من ضيق الحجر، وتمتعه بكل حق إنساني قضى به المشرع^(٥). ويفهم من ذلك أن الحرية ذات مدلول نسبي وليس مطلقاً فهي مقيدة بالأعراف والتقاليد والنظام العام، فهي ذات معناً إنساني بمعنى سيطرة الإنسان على نفسه، وضبطها من الاعتداء على حق الشخص نفسه، أو العدوان على حقوق الآخرين وحرّياتهم، فالحرية هي ما يميز الإنسان عن غيره ويتمكن بها من ممارسة أفعاله وأقواله وتصرفاته بإدارة واختيار من غير قسر ولا إكراه ولكن ضمن حدود معينة^(٦).

الحرية في القانون:

يختلف مفهوم الحرية في القانون الوضعي من فترة إلى أخرى ومن مكان إلى آخر، فالفرد يعد نفسه حراً، طالما تطبق عليه قاعدة عامة، وضعت للمجتمع فهو يرى نفسه

(٤) لسان العرب، لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الأفرقي، دار الفكر، بيروت، ج ٥، بدون تاريخ نشر، ص ٢٥٣، مختار الصحاح، للإمام محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مكتبة لبنان، بيروت، ١٩٩٥م، ص ١٦٧.

(٥) الشيخ/ حسن منصور، الدين الإسلامي، مطبعة دار الكتب المصرية، القاهرة، ١٣٥١هـ - ١٩٣٢م، ج ٢، ص ١٠٨.

(٦) د. نبيل قرقور، حقوق الإنسان بين المفهوم الغربي والإسلامي، دراسة في حرية العقيدة، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٠م، ص ٣١.

حرّاً، بغض النظر عما إذا كانت هذه القاعدة استبدادية أم لا^(٧)، وعرفت بأنها مجموعة الوسائل التي تسمح للفرد أن يقود حياته الخاصة، ويسهم في الحياة الاجتماعية للبلاد^(٨)، وجاء في تعريفها: قدرة الفرد على توجيه إرادته الوجهة التي يردّها، سواء ارتكاب فعل أو الامتناع عنه^(٩).

مفهوم الحرية الدينية:

الحرية الدينية هي: أحد أهم أنواع الحريات العامة، وتشمل حرية العقيدة، وحرية ممارسة الشعائر الدينية وتلك الحرية لا بد من تنظيمها ووضع ضوابط معينة لممارستها؛ لأنه لا حرية مطلقة وإنما هي نسبية، فحرية الإنسان تنتهي عند بداية حريات الآخرين؛ لذلك فإن كانت حرية الاعتقاد مكفولة بمقتضى الدستور إلا أن هذا لا يبيح لمن يجادل في أصول دين من الأديان أن يمتنح حرمة أو يحط من قدره أو يزدريه عن عمد منه^(١٠) وقد أكدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان على أن الحرية الدينية تشكل أحد أركان المجتمع الديمقراطي، وحرى بكل الدول أن تستमित في الدفاع عنها^(١١)، وتبرز أهمية هذه الحرية في البعد الديني لها، بأنها إحدى العناصر الجوهرية لتحديد هوية أصحاب العقائد وبيان تصورها للحياة كما لها قيمتها أيضاً حتى بالنسبة إلى الملحدون واللادينين^(١٢)، ويمكن

(٧) د. محمد سليم الغزوي، الحريات العامة في الإسلام مع المقارنة بالمبادئ الدستورية، مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية، ص ٢٩؛ بدون طبعة وتاريخ نشر.

(٨) د. مصطفى أبو زيد فهمي، مبادئ الأنظمة السياسية، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٤م، ص ٢٩٢.

(٩) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة الخامسة عشرة، دار النهضة العربية، ١٩٨٨م، ص ١٦٤.

(١٠) طعن جنائي رقم ٦٥٣ س ١١ق، جلسة ١٩٤١/١/٢٧م، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض في خمسين عام، ج ١، ص ٨٢٧.

(١١) HAGUENAU (C) CE, Ass, 14 Avril, 1995, Koen (M), Consistoire central israélite de France et autres, RDP, N3, 1996. P.880.

(١٢) WACHSMANN (P.), libertés publiques, Dalloz, 1996. P.880.

تعريف الحرية الدينية بأنها حرية الفرد في اختيار الدين الذي يراه ملائماً سواء كان سماوياً أو غير سماوي أو عدم اعتناق أي دين، وحرية الفرد في تغيير ديانته بلا قيد^(١٣) . وفي تقديرنا لا أتفق مع هذا التعريف فيما يتعلق بحرية الفرد تغيير ديانته بلا قيد؛ وذلك لتعارضها مع أحكام الشريعة الإسلامية، وأن هذا التعريف جاء منسجماً مع ما قرره أحكام المادة الثامنة عشرة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في ١٠ ديسمبر ١٩٤٨م والتي جاء فيها: لكل شخص الحق في حرية التفكير والدين والضمير، ويشمل هذا الحق حرية تغيير ديانته عقيدته... " وهذا ما قرره أيضاً الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان الصادرة في ٤ نوفمبر ١٩٥٠م بروما والتي جاء في المادة التاسعة منها: "يحق لكل فرد اعتناق المذهب الذي يميل إليه وبالتزام العقيدة التي يؤمن بها أو بالعدول عنها بكل حرية إلى غيرها...^(١٤) " .

وتعرف أيضاً بأنها: "حرية المناقشات الدينية، وحرية الدعوة إلى الأديان السماوية وتعليمها للآخرين والذين آمنوا بها وحرية الاجتماع، لبيان تعاليم هذه الأديان وكذا الاجتماع لممارسة شعائرها ولممارسة معتقي الأديان السماوية الأخرى لشعائرتهم الدينية^(١٥) .

(١٣) د. إسماعيل البدوي، دعائم الحكم في بشرية الإسلام والنظم دستورية المعاصرة، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨١م، ص ١٣٤٢ .

(١٤) د. محمد أمين الميداني، النظام الأوروبي لحماية حقوق الإنسان، دار البشير، عمان، ١٩٨٩م، ص ٤٦ .

(١٥) د. محمود حلمي، نظام الحكم الإسلامي مقارنة بالنظم المعاصرة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١م، ص ١٧١ وما بعدها .

المطلب الثاني

حماية الحرية الدينية في النظم القانونية

غنى عن البيان ما تحتله الحرية الدينية من أهمية بالغة، لدى عموم البشر رغم اختلاف مآربهم في العقائد؛ لذلك أكدت العديد من المواثيق الدولية على وجوب احترام الحرية الدينية للأفراد باعتبارها من الحريات الأساسية التي يجب كفالتها وفيما يلي بيان ذلك من خلال:

• الحرية الدينية في المواثيق الدولية:

أولاً- الحريات الدينية في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان^(١٦) :

قررت المادة (١٨) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بأنه: "لكل شخص الحق في التفكير والضمير والدين، ويشمل هذا الحق حريته في تغيير ديانته أو عقيدته، وحرية الإعراب عنها بالتعليم والممارسة وإقامة الشعائر الدينية ومراعاتها سواء أكان ذلك سرّاً أم مع الجماعة).

ثانياً- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية^(١٧) :

سار العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية على خطى الإعلان العالمي لحقوق الإنسان فقررت المادة (١٨) منه أنه:

١- لكل فرد الحق في حرية الفكر والضمير والديانة، ويشمل هذا الحق حريته في الانتماء إلى أحد الأديان أو العقائد باختياره، وأن يعبر منفرداً أو مع آخرين بشكل علني أو غير علني، عن ديانته أو عقيدته سواء أكان ذلك عن طريق العبادة أم التقليد أم الممارسة أم التعليم

٢- لا يجوز إخضاع أحد لإكراه من شأنه أن يعطل حريته في الانتماء إلى أحد الأديان أو العقائد التي يختارها.

(١٦) الصادر في ١٠/١٢/١٩٨٤م.

(١٧) صادقت الجمعية العامة للأمم المتحدة على العهد ١٦/١٢/١٩٦٦م وأصبح نافذاً اعتباراً من ٢٣/٣/١٩٧٦م.

٣- تخضع حرية الفرد في التعبير عن ديانته أو معتقداته فقط للقيود المنصوص عليها في القانون، والتي تستوجبها السلامة العامة، أو النظام العام، أو الصحة العامة، أو الأخلاق، أو حقوق الآخرين وحياتهم الأساسية.

٤- تتعهد الدول الأطراف في هذا العهد باحترام حرية الآباء والأمهات والأوصياء القانونيين عند إمكانية تطبيق ذلك في تأمين التعليم الديني أو الأخلاقي لأطفالهم تمشياً مع معتقداتهم الخاصة^(١٨).

ثالثاً- إعلان القضاء على جميع أشكال التعصب والتمييز القائمين على أساس الدين والمعتقد^(١٩):

جاء هذا الإعلان ليؤكد المبادئ التي قررتها الإعلانات السابقة عليه، وإن كان أكثر تفصيلاً فيما يتعلق بالحرية الدينية حيث تضمن:

١- لكل إنسان الحق في حرية التفكير والوجدان والدين، ويشمل هذا الحق حرية الإيمان بدين أو بأي معتقد يختاره، وحرية إظهار دينه أو معتقده عن طريق العبادة وإقامة الشعائر الدينية والممارسة والتعليم سواء بمفرده أم مع جماعة سراً أو جهراً.

٢- لا يجوز تعريض أحد لقسر يحد من حريته في أن يكون له دين أو معتقد يختاره.

٣- لا يجوز إخضاع حرية المرء في إظهار دينه أو معتقداته إلا لما قد يفرضه القانون من حدود تكون ضرورية لحماية الأمن العام أو النظام العام أو الصحة العامة أو الأخلاق العامة أو حقوق الآخرين وحياتهم الأساسية، وفي مصطلح هذا الإعلان تعنى عبارة التعصب والتمييز القائمين على أساس الدين أو المعتقد أي ميزة أو استثناء أو تقييد أو تفضيل يقوم على أساس الدين والمعتقد؛ ويكون غرضها أو أثرها تعطيل أو انتقاص الاعتراف بحقوق الإنسان وحياته الأساسية^(٢٠).

(١٨) المادة (١٨) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة ١٩٦٦م.

(١٩) نشرت الجمعية العامة للأمم المتحدة هذا الإعلان ١٩٨١/١١/٢٥م.

(٢٠) د. محمود شريف بسيوني، الوثائق الدولية المعنية بحقوق الإنسان، المجلد الأول، الوثائق العالمية، الطبعة الأولى، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٣م، ص ٤١٧.

يتبين من النصوص السابقة أن الاتفاقيات الدولية قررت الحرية الدينية لكل الناس بصورة مطلقة، ويرجع ذلك إلى تأثير واضعي تلك النصوص القانونية الدولية بالفكر العلماني (اللا ديني)، فقد أراد واضعو تلك النصوص إبراز المفهوم العلماني وتعميمه على الساحة الدولية من خلال الاتفاقيات الدولية.

• حماية الحرية الدينية في التشريعات الداخلية:

أولاً- الحماية الدستورية للحرية الدينية:

ليبيان الأساس الدستوري للحرية الدينية، فلا بد من البحث عن هذا الأساس في النصوص الدستورية المقارنة؛ للتعرف إلى مدى إقرار تلك الحرية في الدساتير، ففي فرنسا قررت المادة (١٠) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي^(٢١) بأنه: " لا يجب أن يُضار أحد في أرائه حتى الدينية منها، شريطة ألا يترتب على الجهر بها الإخلال بالنظام العام المنصوص عليه في القانون".

كما جاء في المادة الأولى من الدستور الفرنسي الحالي^(٢٢) أن: "الجمهورية تحترم كافة المعتقدات الدينية لعل هذا ما دفع المجلس الدستوري إلى اعتبار حرية العقيدة مبدأً أساسياً من المبادئ التي تعترف بها قوانين الجمهورية، وحماية هذه الحرية والعقاب الواجب التطبيق في حالة انتهاكها يقتضي فرض التزام بعدم التدخل من جانب السلطة في هذه الحرية، بمعنى أنه يجب على السلطة العامة أن تلتزم واجب الحيطة القريب لمبدأ العلمانية المنصوص عليه في الدستور^(٢٣) .

أما بخصوص الدستور الأمريكي^(٢٤) الذي قرر التعديل الأول فيه عام (١٧٩١م) بأنه (لا يجوز للكونجرس أن يُصدر أي قانون خاص بإقرار دين من الأديان أو منع حرية ممارسته)، ويؤكد " توماس ايمرسون " أن جوهر هذا التعديل يقرر أن كبت العقيدة

(٢١) الصادر ١٧٨٩.

(٢٢) الصادر في ٤ / ١٠ / ١٩٥٨.

(23) Favoreu(L), Gaia(P), Ghevontion(R), Mestre(J.L), Pfersmann(P..) Roux (A), Scoffoni(G), Droit constitutionnel,3ed , Dalloz, 2000, P.859.

(٢٤) الصادر في ١٧٨٧م.

أو الرأي أو أي مظهر آخر من مظاهر التعبير إهانة لكرامة الإنسان وإنكار لطبيعته الجوهرية⁽²⁵⁾.

أما بالنسبة إلى التشريعات العربية فلم تتخلف عن نظيراتها الغربية في كفالة الحرية الدينية، بل أكدت تلك الحرية داخل نصوصها الدستورية، فقد كفل الدستور العُماني الحرية الدينية من خلال إقراره "حرية القيام بالشعائر الدينية طبقاً للعادات المرعية على ألا يخل ذلك بالنظام العام، أو ينافي في الآداب العامة" (المادة ٣٤ من الدستور العماني)، وقد جاء النص موقفاً إلى حد كبير؛ وذلك لأن المشرع العماني قيد ممارسة الشعائر الدينية بالعادات المرعية في السلطنة وبالنظام العام والآداب؛ لحماية المجتمع من الأفكار الضالة والمبادئ الهدامة التي تستتر بستار ديني ظاهره فيه الرحمة وباطنه يأتي من قبله الخراب. وإذا توجهنا لتقاء المشرع المصري، نجد حرص الدساتير المتتابعة منذ إقرار الدستور الأول ١٩٢٣م وانتهاء بدستور ٢٠١٤م مروراً بكل الدساتير الصادرة في ١٩٥٦م و١٩٦٤م ودستور ١٩٧١م، ثم دستور ٢٠١٢م وأخيراً دستور ٢٠١٤م على كفالة الحرية الدينية وذلك على النحو التالي:

- حيث قررت المادة (١٢) من دستور ١٩٢٣م بأن حرية الاعتقاد مطلقة، وقررت المادة (١٣) من الدستور ذاته حماية حق الإنسان في ممارسة الشعائر الدينية التي جاء فيها (تحمي الدولة حرية القيام بشعائر الأديان والعقائد طبقاً للعادات المرعية في الديار المصرية على ألا يخل ذلك بالنظام العام ولا ينافي الآداب).
- وكفل الدستور المصري لعام ١٩٥٦م حماية حق الإنسان في الحرية الدينية في المادة (٤٣) التي قررت أنه: (حرية الاعتقاد مطلقة، وتحمي الدولة حرية القيام بشعائر الأديان والعقائد طبقاً للعادات المرعية في مصر على ألا يخل ذلك بالنظام العام أو ينافي الآداب)، في حين أغفل الدستور المؤقت لعام ١٩٥٨م النص صراحة على الحرية الدينية، لكنه قرر في المادة (١٠) أن الحريات العامة مكفولة في حدود القانون.

(25) Thomas Emerson, The system of freedom of expression, random House, 1970, P.6.

- وقرر الدستور المصري لعام ١٩٦٤م حماية حق الإنسان في حرية العقيدة والعبادة في المادة (٣٤) التي جاء فيها (أن حرية الاعتقاد مطلقة وتحمي الدولة حرية القيام بشعائر الأديان والعقائد طبقاً للعادات المرعية على ألا يخل ذلك بالنظام العام والآداب).
- أما دستور ١٩٧١م فقد كفل حماية حق الإنسان في حرية العقيدة والعبادة دون تقييدها بشرط عدم الإخلال بالنظام العام وعدم منافاة الآداب، كما في الدساتير المصرية السابقة حيث قررت المادة (٤٦) أن تكفل الدولة حرية العقيدة وحرية ممارسة الشعائر الدينية^(٢٦) ويُحمد للمشرع المصري في هذا الدستور أنه قرر وضع آلية فاعلة لرعاية الحرية الدينية؛ لعدده التربية الدينية مادة أساسية في مناهج التعليم العام كما جاء في المادة (١٩) من دستور ١٩٧١م الأمر الذي يؤكد حرص المشرع على عدم ترك حرية العقيدة عملاً للأهواء.

وقررت المادة (٤٣) من دستور ٢٠١٢م بأن: (حرية الاعتقاد مصونة وتكفل الدولة حرية ممارسة الشعائر الدينية وإقامة دور العبادة للأديان السماوية على النحو الذي ينظمه القانون)^(٢٧).

بينما قرر المشرع في المادة (٦٤) من دستور ٢٠١٤م بأن: "حرية الاعتقاد مطلقة وحرية ممارسة الشعائر الدينية وإقامة دور العبادة لأصحاب الأديان السماوية حق ينظمه القانون".

يتبين من خلال النصوص السابقة، وعلى الرغم من تباين الظروف والأوضاع السياسية التي صدرت فيها الدساتير المصرية المتعاقبة، أنها جميعاً تشترك في بعض الملامح العامة التي يمكن أن تعطي انطباعاً حول اتفاق الجمعيات التأسيسية بشكل متطابق رغم اختلاف انتماءاتها الفكرية على نظرتها لحرية الاعتقاد، فقد اتفقت جميع الدساتير على أن حرية الاعتقاد مطلقة، ولكنها فرقت بين حرية الاعتقاد وحرية ممارسة شعائر الأديان

(٢٦) د. حمدي عطية عامر، حماية حقوق الإنسان وحياته الأساسية في القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٠م، ص ٤٢٩.

(٢٧) دستور مصر ٢٠١٢م، الجريدة الرسمية - العدد ٥١ مكرر الصادر ٢٥ ديسمبر ٢٠١٢م.

أو العقائد التي ربطتها بضرورة مطابقتها للعادات المرعية في الديار المصرية وعدم إخلالها بالنظام والآداب^(٢٨)، ولم يشذ المشرع العُماني عند ذلك التوجه من إباحة حرية الاعتقاد بشكل مطلق، وجعل حرية ممارسة الشعائر الدينية مصونة بشرط ألا تخالف النظام العام والآداب العامة.

ثانياً- الحرية الدينية في القوانين العقابية:

تمتاز القوانين العقابية عما سبقها من ضمانات دولية ودستورية، بأنها تتدخل في التفاصيل الدقيقة للحرية الدينية للأفراد، مما يسهل معه حماية هذه الحرية عن طريق إتباع الإجراءات التي رسمها المشرع، وفي إطار حرص المشرع فقد أحاط الحرية الدينية بسياج من العقوبات التي تطبق على كل من يعتدي عليها.

ففي فرنسا قرر قانون ١٩٠٥م الخاص بفصل الكنائس عن الدولة جنحة التعدي على الاعتقاد الديني حيث تعاقب المادة (٣١) من هذا القانون كل من أجبر أحد الأفراد على ممارسة عبادة من العبادات أو منعه من ممارستها بطريقة الاعتداء المادي أو العنف، أو التهديد أو التخويف بشأن وظيفته أو الإضرار به في شخصه وأسرته أو ثروته، ومن منظور أكثر اتساعاً فقد تأكد احترام حرية الاعتقاد من خلال الاعتراف بعدم المشروعية لكل محاولة من قبل الدولة للتمييز بين المواطنين على أساس المعتقدات والإضرار بالشخص استناداً إلى آرائه الدينية^(٢٩).

وإذا توجهنا تلقاء المشرع العُماني، نجد أنه: جاء في الفصل الأول من الباب الثامن من قانون الجزاء العماني الجديد في المادة (٢٦٩) بأنه: "يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد على (١٠) عشر سنوات كل من ارتكب فعلاً من الأفعال الآتية: أ-التطاول على الذات الإلهية، أو الإساءة إليها، باللفظ أو الكتابة أو الرسم أو الإيحاء، أو بأي وسيلة أخرى.

^(٢٨) أ/ نجاد البرعي، حرية العقيدة في النظام الدستوري المصري النصوص والتطبيقات، إصدار المجموعة المتحدة، ٢٠٠٦، ص ١٣٠.

^(٢٩) Robet (J.), et autres, Droit et libertés, Fondamentaux, 4 ed, Dallox, 1997, p. 247.

ب-الإساءة إلى القرآن الكريم، أو تحريفه، أو تدنيسه.
 ج-الإساءة إلى الدين الإسلامي أو إحدى شعائره، أو سب أحد الأديان السماوية.
 د-التناول على أحد الأنبياء أو الإساءة إليه باللفظ أو الكتابة أو الرسم أو الإيماء أو بأي طريقة أخرى.

هـ-تخريب أو تدنيس مبانٍ أو شيء من محتوياتها، إذا كانت معدة لإقامة شعائر دينية للدين الإسلامي أو لأحد الأديان السماوية الأخرى".

أما فيما يتعلق بقانون العقوبات المصري؛ فقد أضفي المشرع حمايته للدين وممارسة شعائره بإفراده باباً للجنح المتعلقة بالأديان ومكافحة التمييز.

حيث قررت المادة (١٦٠) من قانون العقوبات المصري أنه: "يعاقب بالحبس وبغرامة لا تقل عن مائة جنيه ولا تزيد على خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين: أولاً: كل من شوش على إقامة شعائر ملة أو احتفال ديني خاص بها أو عطفاً بالعنف أو التهديد.

ثانياً: كل من خرب أو كسر أو أتلّف، أو دنس مبانٍ معدة لإقامة شعائر دين معين أو رموزاً أو أشياء أخرى لها حرمة عند أبناء ملة أو فريق من الناس.

ثالثاً: وتكون العقوبة السجن الذي لا تزيد مدته على خمس سنوات، إذا ارتكبت أي من الجرائم المنصوص عليها في المادة (١٦٠) تنفيذاً لغرض إرهابي"^(٣٠).

وتقرر المادة (١٦١) عقوبات: "يعاقب بتلك العقوبات على كل تعد يقع بإحدى الطرق المبينة بالمادة (١٧١) على أحد الأديان التي تؤدي شعائرها علناً، ويقع تحت أحكام هذه المادة:

أولاً: طبع أو نشر كتاب مقدس في نظر أهل دين من الأديان التي تؤدي شعائرها علناً إذا حرف عمداً نص هذا الكتاب تحريف يغير معناه.

(٣٠) أضيفت بموجب القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٩٢م بتعديل بعض نصوص قانون العقوبات وقوانين أخرى.

ثانياً: تقليد احتفال ديني في مكان عمومي أو مجتمع عمومي بقصد السخرية منه أو ليتفرج عليه الجمهور".

ويلاحظ أن المشرّع العُماني في قانون الجزاء الجديد قد شدد العقوبة في تلك الجرائم، حيث جعل العقوبة هي السجن في حين أن النص السابق في المادة (٢٠٩) منه كان يعاقب بالسجن من عشرة أيام إلى ثلاث سنوات أو غرامة من خمس ريالاً إلى خمسمائة كل من:

١- جذف علانية على العزة الإلهية أو الأنبياء العظام.

٢- تطاول بصورة علانية أو بالنشر على الأديان السماوية والمعتقدات الدينية بقصد تحقيرها.

٣- ارتكب فعلاً يخل بالهدوء الواجب لاجتماع، وفقاً للقانون لإقامة الشعائر الدينية...."، فالعقوبة في النص السابق كانت اختيارية بين السجن من عشرة أيام إلى ثلاث سنوات أو الغرامة من خمسة ريالاً إلى خمسمائة، فحين أوجب النص الحالي عقوبة السجن الذي لا يقل عن ٣ سنوات ولا يزيد على ١٠ سنوات، ومن مظاهر التشديد في العقوبة هو رفع الحد الأدنى لعقوبة السجن من عشرة أيام في النص القديم إلى ثلاث سنوات في النص الحالي.

ومن جانبنا نتفق مع ما ذهب إليه المشرّع العُماني في تشديده العقاب على مرتكبي تلك الجرائم لخطورتها، وأهمية المصلحة محل الحماية وهي الأديان، ولما قد ينجم عن تلك الجرائم من ميلاد فتنة طائفية تعصف بمجتمعات؛ لذلك كان لا بد من رفع العقوبة لتحقيق الردع العام والخاص، ويجدر بالمشرّع المصري أن يحذو حذو نظيره العُماني في تشديد العقاب في الجرائم التي تمس الأديان؛ لأن ضالة العقوبة تدفع إلى التجرؤ لارتكاب مثل تلك الجرائم.

المبحث الثاني

الحماية الجنائية لحرية العقيدة الدينية

أسهم القانون الجنائي بشكل واسع في الحد من المساس بحريات الشعب، فهو أوثق القوانين صلة بحسن سير العدالة وتحقيق مبدأ سيادة القانون، لأنه يتضمن المبادئ الأساسية والقواعد الرئيسية التي تشكل الضمانات المحيطة بالحقوق والحريات الفردية^(٣١)؛ لأن السياسة الجنائية ما هي إلا انعكاسات لحاجة الجماعة ومصالحها المختلفة، لذا فإن تدخل المشرع الجنائي بالتجريم إنما يهدف إلى حماية المصالح الجوهرية للجماعة، وهذه المصالح المراد حمايتها هي التي على هديها تتخذ العلة التشريعية من القواعد الجنائية التجريم^(٣٢).

ومن بين أهم الحريات العامة التي حرصت القوانين العقابية على كفالتها هي حرية العقيدة الدينية.

المطلب الأول

العدوان على حرية الاعتقاد الديني

وضعت معظم التشريعات الجنائية سياجاً من الأمان على حرية العقيدة من بين هذه التشريعات:

- قانون العقوبات الفرنسي: ^(٣٣) فقد قررت المادة (١٣٨) من هذا القانون العقاب على إكراه شخص:

١- القيام بشعائر دينه أو منعه من ذلك.

^(٣١) د. محمد على سالم الحلبي، ضمانات الحرية الشخصية أثناء التحري والاستدلال، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٨٠م، ص ٣.

^(٣٢) د. مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات القسم الخاص، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، دار الفكر، القاهرة، دون طبعة، ص ١.

^(٣٣) الصادر في ١٩٩٤م.

٢- تعطيل إقامة الشعائر الدينية بالتشويش.
٣- إهانة رجال الدين بالقول أو الإشارة والتعدي عليهم بالضرب في أثناء تأدية وظائفهم.

وعقب صدور القانون الخاص بفصل الكنائس عن الدولة قرر إلغاء المواد سالفة الذكر، وتم استبدالها في القانون نفسه بنصين هما:

١- يعاقب كل من يحمل شخصاً بالإكراه أو التهديد على القيام أو الامتناع عن القيام بشعائر دين ما.

٢- يعاقب على تعطيل إقامة شعائر دين ما^(٣٤).

وقرر قانون ٢٩ يوليو ١٨٨١م الخاص بحرية النشر الحماية الجنائية لحرية الاعتقاد الديني عبر إقراره عقوبة الحبس والغرامة لكل من ارتكب جريمة سب ضد شخص أو مجموعة من الأشخاص بسبب دينهم، حيث قررت المادة (٣/٣٣) يعاقب بعقوبة الحبس ستة أشهر وغرامة ٢٢٥٠٠ يورو ضد كل من ارتكب جريمة سب ضد شخص، أو مجموعة من الأشخاص بسبب دينهم أو انتماؤهم من عدمه لعرق، أو وطن أو عنصر أو دين محدد^(٣٥).

ويمكن أن نصل إلى نتيجة مفادها أن التشريع الجنائي الفرنسي كفل حرية العقيدة عبر إقراره حرية الأشخاص في اعتناق الدين والعقيدة التي يريدونها ودون إكراه أو قسر في ذلك، أو عدم اعتناق أي عقيدة أو دين دون أن يترتب على ذلك أي تمييز بل قام بتجريم التمييز الذي يقوم على أساس الدين أو العقيدة.

^(٣٤) د. أحمد عبد الحميد الرفاعي، المسؤولية الجنائية الدولية للمساس بالمعتقدات والمقدسات الدينية،

الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧م، ص ٧٦، ٧٧.

(35) TG, Paris 17ch.Corr, 22 mars 2007, JCP, éd.G.2007, n19, note E. DERIEUX.

- قانون العقوبات الألماني^(٣٦):

راعى قانون العقوبات الألماني الربط بين تجريم الإساءة إلى الدين والأمن العام والسلم العام فقررت المادة (١٦٦) من قانون العقوبات الألماني على أن سب العقيدة الدينية أو الفلسفية لا يقع تحت طائل العقاب إلا إذا كان يؤدي إلى زعزعة السلم العام، وأكدت على ذلك أحكام المحكمة الدستورية الألمانية التي رفضت منح أية أولوية لحماية طائفة معينة تحتل مركز الأغلبية في المجتمع الألماني، وتسهم في ثقافته، واستخلصت من الحرية الدينية مبدأ حياد الدولة تجاه الأديان الأخرى حيث قضت في ١٦ مايو ١٩٩٥م بعدم دستورية قرار وضع صورة صلب المسيح بفصول مدرسة من أجل حماية من لا يعتنقون المسيحية^(٣٧).

- قانون الجزاء العماني:

حرص قانون الجزاء العماني الجديد ٢٠١٨/٧ على حماية الاعتقاد الديني عبر إقراره عقوبة السجن الوجوبي لكل من يتعدى على حرية الاعتقاد الديني، ومن مظاهر العدوان على تلك الحرية ما قرره المادة (٢٦٩) عليه حيث جاء فيها: "يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد على (١٠) عشر سنوات كل من ارتكب فعلاً من الأفعال الآتية:

- أ-التطاول على الذات الإلهية، أو الإساءة إليها باللفظ، الكتابة أو الرسم أو الإيماء، أو بأي وسيلة أخرى
- ب-الإساءة إلى القرآن الكريم أو تحريفه أو تدنيته.
- 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 وسيلة أخرى

(٣٦) الصادر ١٩٢٨م.

(٣٧) د. ناصر أحمد بخيت، حق الإنسان في اختيار عقيدته الدينية وممارسته وشعائرها ودور الشرطة في حماية هذا الحق، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ٢٠١١م، ص ١٨١.

والنظر إلى الصور التجريبية التي أوردتها نص المادة سالفه الذكر، يجد أنها جاءت بصورة أكثر تفصيلاً عن نظرتها في التشريع المصري، وهذا يؤكد بصورة جلية حرص المشرع العماني على تكريس الحماية الجنائية لحرية الاعتقاد الديني.

- قانون العقوبات المصري:

أما عن موقف المشرع الجنائي المصري من حماية حرية الاعتقاد فمن الاطلاع على قانون العقوبات المصري نجد أنه أولى أهمية خاصة لحرية الاعتقاد الديني، حينما أفرد الباب الحادي عشر من الكتاب الثاني بقانون العقوبات تحت عنوان (الجنح المتعلقة بالأديان ومكافحة التمييز) حيث قررت المادة (١٦١) من قانون العقوبات المصري أنه: "يعاقب بذات العقوبات المنصوص عليها في المادة (١٦٠) كل تعد بإحدى الطرق المبنية بالمادة (١٧١) عقوبات مصري على أحد الأديان التي تؤدي شعائرها علناً، ويقع تحت أحكام هذه المادة طبع أو نشر كتاب مقدس في نظر أهل دين من الأديان التي تؤدي شعائرها علناً، إذا حرف عمداً نص هذا الكتاب تحريفاً بغير معناه ثانياً تقليد احتفال ديني في مكان عمومي أو مجتمع عمومي بقصد السخرية".

وذهب رأي في الفقه القانوني إلى أن المقصود بالحماية في هذا النص هو حماية النظام العام لا الأديان نفسها، ولا الطوائف التي تنتمي إليها، فإن الشعور الديني لعمقه وتعمقه لا يسهل رده إذا هيج وأثير لدى الجماعات وإثارته تعرض الأمن والنظام لأفدح الإخطار^(٣٨)، ولم يشذ القضاء المصري عن موقف المشرع فقرر حماية الحرية الاعتقاد الديني وإنزال العقاب على كل من تعد بالسب على أديان الآخرين أو قام بالتعدي على رموزهم الدينية، فقضت محكمة النقض: (حيث إن الحكم المطعون فيه أوضح ما يؤدي إلى توفر هذا الركن، إذ أثبت أن الطاعن تناول الترويج لأفكار متطرفة زاعماً أنها أحكام شرعية مبنها وجوب سب المسيحيين والاعتداء عليهم بالقول رداً على ما نسب لبعض أقباط المهجر من إنتاج فيلم مسيء للرسول - صل الله عليه وسلم - إذ أورد بتصريحه

(٣٨) أ / محمد عبد الله بك، في جرائم النشر، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥١م، ص

سب من سبنا هو واجب شرعي واستطرد مقرأً بتمزيقه الإنجيل باعتباره الكتاب المقدس للمسيحيين، كما استعمل ألفاظ مشينة نحو مقدسات الدين المسيحي ومعتقداته مصرحاً هذه المرة مزقت كتابهم والمرة المقبلة سأحضر حفيدي الصغير لكي يتبول عليه أمام الكاتدرائية، إن لم يرتدعوا، كما وجه دعوات تحريضية وإثارية ضد الطوائف المسيحية.... فإذا ما عاقبته على ما ارتكبه، تكون قد طبقت القانون تطبيقاً سليماً، فضلاً عن أنه وإن كانت حرية الاعتقاد مكفولة بمقتضى الدستور إلا أن هذا لا يبيح لمن يجادل في أصول دين من الأديان أن يمتهن حرمة أو يحط من قدره أو يزدريه عن عمد منه، فإذا ما تبين أنه كان ينبغي بالجدل الذي أثاره المساس بحرمة الدين والسخرية منه، فليس له أن يحتمي بحرية الاعتقاد، لما كان ذلك، وكان باقي ما يثيره الطاعن بأسباب طعنه شأنه كونه أستاذاً أكاديمياً متخصصاً في علم مقارنة الأديان وله مؤلفات سجلت بمكتبة الكونجرس الأمريكية وخوض في أمر توقيع عقوبة الحبس قانوناً بوصفه صحفياً وإعلامياً، أمر لا يتصل بقضاء الحكم، ومن ثم فإن معناه في هذا الخصوص يضحى غير مقبول؛ لما كان ما تقدم، فإن الطعن برمته يكون على غير أساس متعيناً عدم قبوله موضوعاً، ويضحى طلب وقف تنفيذ الحكم المطعون فيه لحين الفصل في الطعن غير ذي موضوع (٣٩).

المطلب الثاني

جريمة التمييز بسبب العقيدة الدينية

• النص القانوني:

قررت المادة (١٦١) مكرر من قانون العقوبات المصري بأنه: "يعاقب بالحبس وبغرامة لا تقل عن ثلاثين ألف جنيه ولا تجاوز خمسين ألف جنيه أو بإحدى العقوبتين، كل من أحدث التمييز بين الأفراد أو ضد طائفة من طوائف الناس، وتكون العقوبة بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر والغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تجاوز مائة ألف جنيه

(٣٩) نقض جنائي، الطعن رقم ٢١٦٠٢ لسنة ٨٤ ق، نقض جنائي، جلسة ٢٢ مارس ٢٠١٥م.

أو إحدى هاتين العقوبتين، إذا ارتكبت الجريمة المشار إليها في الفقرة الأولى من هذه المادة من موظف عام أو مستخدم عمومي أو أي إنسان مكلف بخدمة عامة".

ويُعد هذا النص مستحدثاً بالمرسوم بقانون رقم (١٢٦) لسنة ٢٠١١م ليتضمن تجريم أي فعل من شأنه التمييز بين الأفراد أو ضد طائفة من طوائف الناس، بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة ويترتب على هذا التمييز إهدار مبدأ تكافؤ الفرص أو العدالة الاجتماعية أو تكدير السلم العام^(٤٠).

وفي فرنسا يمثل التمييز بسبب الدين جريمة، حيث قررت المادة (٢/٢٢٥) من التقنين العقابي، العقاب على رفض تقديم خدمة أو رفض التشغيل، وعلى هذا الحال فإن تمييز أي شخص على أساس الاعتبار الديني هو مناط التجريم في هذه الحالة؛ لذلك قضي بإدانة طبيب أسنان مسلم أعلن عن حاجته لطبيبه أسنان لمعاونته، وجاء إعلان الوظيفة على النحو الآتي: (طبيب أسنان فرنسي يبحث عن طبيبة أسنان مسلمة ومتخرجة حديثاً لمعاونته في العمل)، ومن الواضح أن هذا العرض للعمل مقيداً فقط بصفة المرشح للعمل وهو أن يكون مسلم، وهو ما ينطوي على طابع التمييز إذ إن الإعلان يستبعد أي معاون آخر في مجال طب الأسنان، متى انتمي إلى ديانة أخرى، وقد أخذ المشرع على عاتقه تجريم التمييز والتحريض عليه بحسب المادة (٢٤) فقرة (٦) من القانون الصادر ٩ يوليو ١٨٨١م الخاص بحرية النشر، ومع العلم أن هذه الفقرة أضيفت إلى المادة المذكورة بالقانون الصادر في الأول من يوليو ١٩٧٢م كما أضيفت فقرة أخرى إلى المادة (٢٣)، وهي تتعلق بالتحريض على التمييز أو الكراهية أو العنف وذلك حيال شخص أو مجموعة أشخاص بسبب انتمائهم أو عدم انتمائهم لدين محدد^(٤١).

(٤٠) د. خالد مصطفى فهمي، الحماية القانونية للمعتقدات وممارسة الشعائر الدينية وعدم التمييز في إطار الاتفاقيات الدولية والقانون الوضعي والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٢م، ص ١٥٩، ١٦٠.

(٤١) Pradel (J.): L'appréhension du fait religieux par le juge pénal. Crimen (1), 2010, P.29.

ويجد هذا النص مصدره في المادة الثانية من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان التي قررت أن لكل إنسان حق التمتع بالحقوق والحريات الواردة في هذا الإعلان كافة، دون تمييز بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو الدين أو الرأي.....) كما جاء في الإعلان الصادر عن الأمم المتحدة للقضاء على جميع أشكال التعصب والتمييز القائمين على أساس الدين أو المعتقد، وعلى جميع الدول الأعضاء اتخاذ تدابير مشتركة ومستقلة بالتعاون مع المنظمة لتعزيز وتشجيع الاحترام العالمي الفاعل لحقوق الإنسان والحريات الأساسية للجميع دون تمييز بسبب العرق أو الجنس أو اللغة أو الدين.

• علة التجريم:

تتمثل علة التجريم في أهمية المساواة بين المواطنين في الحقوق والحريات، باعتباره من أهم المبادئ الدستورية المنصوص عليها في جميع الدساتير، حيث يأتي النص دائماً داخل الدساتير بأن المواطنين جميعاً سواء في الحقوق والالتزامات دون تمييز لطائفة على أخرى لدين أو لغة أو أصل، وإبان ثورة ٢٥ يناير ٢٠١١م ومع ظهور بعض التصرفات غير المسؤولة من البعض التي استهدفت إشعال فتيل أزمة بين المسلمين والأقباط، كان حربياً بالمجلس العسكري القائم على إدارة شؤون البلاد استحداث تلك المادة التي حظرت التمييز بين الأفراد أو ضد طائفة من طوائف الناس وخاصة حين يكون التمييز مستنداً إلى دين أو عقيدة من أجل الحفاظ على السلام الاجتماعي في ربوع الوطن.

• السلوك الإجرامي:

يتمثل السلوك الاجرامي في الإخلال بمبدأ المساواة بالتمييز بين الأفراد والطوائف بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة، وأن يترتب على هذا التمييز إهدار لمبدأ تكافؤ الفرص أو العدالة الاجتماعية أو تكدير السلم العام، فالحرية هنا تتطلب عنصرين **الأول:** القيام بعمل أو الامتناع عن عمل يكون من شأنه إحداث تمييز بالشكل الوارد بالنص.

الثاني: أن يترتب على هذا التمييز إهدار لمبدأ تكافؤ الفرص أو العدالة الاجتماعية أو تكدير للسلم العام، وقد قرر المشرع التشديد، إذا ارتكب الفعل من موظف عام أو مستخدم عمومي أو أي إنسان مكلف بخدمة عامة، وقصد بهذا الأمر هو نزاهة الوظيفة العامة والإبقاء على الثقة فيها ونقاء العلاقة بين المواطنين والدولة^(٤٢).

• الركن المعنوي:

الأصل في الجرائم أن تكون عمدية أما الجرائم غير العمدية فهي صورة استثنائية لا تقرر في القانون إلا بنص لحماية بعض المصالح التي يرى المشرع جدارتها بالحماية الجنائية^(٤٣)، وعلى ذلك لا يكفي أن تكون هناك واقعة مطابقة للنموذج التشريعي أن تكون غير مشروعة، بل يلزم أن تكون ارتكبت بإرادة حرة واعية واشتملت على العناصر التي تجعلها محل اللوم المشرع^(٤٤)، ويتعين أن يتوفر في تلك الجريمة القصد الجنائي العام المتمثل في العلم والإرادة؛ لأنها من الجرائم العمدية، ويتحقق العلم بإحاطة المتهم بالوقائع والقانون المطبق عليها، وأما الإرادة فهي أن تتجه نية المتهم إلى ارتكاب الجريمة عن وعي وإدراك كاملين، ويجب أن يكون من خلال إرادة واعية ومدركة لحقيقة كل فعل يرتكبه^(٤٥).

• العقوبة:

قررت المادة (١٦١ مكرر) بأنه: "يعاقب بالحبس وبغرامة لا تقل عن ثلاثين ألف جنيه ولا تجاوز خمسين ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من أحدث التمييز بين الأفراد أو ضد طائفة من طوائف الناس، وتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل لا عن ثلاثة أشهر والغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تجاوز مائة ألف جنيه أو إحدى هاتين

(٤٢) د. خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص ١٦٠.

(٤٣) د. مدحت محمد عبد العزيز إبراهيم، قانون العقوبات القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٤م، بدون رقم طبعة، ص ٩٣.

(٤٤) د. مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي، ١٩٨٣م، ص ١١.

(٤٥) د. خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص ١٦١.

العقوبتين، إذا ارتكبت الجريمة المشار إليها في الفقرة الأولى من هذه المادة من موظف عام أو مستخدم عمومي أو أي إنسان مكلف بخدمة عامة، والحبس وفقاً لما قرره المادة (١٨) من قانون العقوبات المصري هو وضع المحكوم عليه أحد السجون المركزية أو العمومية المدة المحكوم بها عليه، ولا يجوز أن تنقص هذه المدة عن أربع وعشرين ساعة ولا تزيد على ثلاث سنوات، إلا في الأحوال الخصوصية.

المبحث الثالث

الحماية الجنائية لممارسة الشعائر الدينية

تُعد ممارسة الشعائر الدينية هي الوجه الآخر لحرية الاعتقاد، لذلك وجدت الكثير من النصوص القانونية التي تؤكد على حق الإنسان في ممارسة شعائره الدينية لأنها المكمل والمتممة لحرية الاعتقاد فلا يمكن عزل أحدهما عن الآخر؛ لأن الحرية الدينية تقوم على ركيزتين أولاهما: الاعتقاد، وثانيهما: ممارسة الشعائر الدينية، وفيما يتعلق بالحماية الجنائية لممارسة الشعائر الدينية، فسوف نقسمها إلى حماية ممارسة الشعائر الدينية نفسها وحماية لأماكن ممارسة الشعائر الدينية من العدوان عليها.

المطلب الأول

حماية القيام بالشعائر الدينية

• النص القانوني:

قررت المادة (١٦٠) من قانون العقوبات المصري بأنه: "يعاقب بالحبس وبغرامة لا تقل عن مائة جنيه ولا تزيد على خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من شوش على إقامة شعائر ملة أو احتفال ديني خاص بها أو عطلها بالعنف أو التهديد، وتكون العقوبة السجن الذي لا تزيد مدته على خمس سنوات، إذا ارتكبت أي من الجرائم المنصوص عليها تنفيذاً لغرض إرهابي".

أ- التشويش على إقامة الشعائر الدينية:

التشويش لغة هو التخبط وقيل (شوش عليه الأمر اختلط والتبس) ^(٤٦) أما التشويش على ممارسة الشعائر الدينية هو ضجيج أو أصوات مرتفعة سواء منتظمة أم غير منتظمة سواء صادرة من أشخاص أم تردد بواسطة أجهزة تسجيل أو مكبرات صوت، وتؤدي إلى زوال الهدوء المعهود الواجب توفره عند إقامة الشعائر الدينية وممارستها والاستمتاع بها حتى يتحقق صفاء النفس ^(٤٧)، بيد أن المشرع المصري لم يتضمن تعريفاً للتشويش، وحسناً ما فعله المشرع من عدم تحديده تعريفاً للتشويش أو عدم تحديده صورته، وترك الأمر لقاضي الموضوع يستخلصه بناءً على سلطته التقديرية، ومرد ذلك إلى صعوبة حصر صور التشويش مع التطور التكنولوجي والتقني الذي قد ينتج أدوات يؤدي استعمالها إلى التشويش على الشعائر الدينية وصعوبة حصر ذلك في نص ^(٤٨).

ولم يتضمن قانون الجزاء العُماني الجديد ٢٠١٨/٧ م نصاً جنائياً للتشويش على ممارسة الشعائر الدينية وما ينطوي عليه هذا العمل من خطورة وأذي يلحق القائمين بممارسة الشعائر وأن كان نص المادة (٢٦٩) فقرة (هـ) تضمن الإساءة إلى الدين الإسلامي أو إحدى شعائره، إلا أن هذا لا يغني عن نص صريح يضمن حرية أداء الشعائر الدينية في جو من الهدوء الوقار اللازم لأدائها، والتشويش على الشعائر الدينية جريمة يجب أن يتوفر فيها الركن المادي والمعنوي مثلها مثل أي جريمة يعاقب عليها القانون.

• الركن المادي:

يتكون الركن المادي في التشويش من سلوك يتمثل بإحداث جلبة وضوضاء تخل بصفاء النفوس الخاشعة، وتبدد تركيزها في التعبد لله، ويعد هذا التشويش سلوكاً مادياً ذو مضمون نفسي، وهو طرق النفوس المتعبدة بأصوات مرتفعة أو القيام بالطبل أو

^(٤٦) المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، القاهرة، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم، ١٩٩٧ م، ص ٣٥.

^(٤٧) د. رمسيس بهنام، قانون العقوبات، القسم الخاص، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون سنة نشر، ص ٦٣٦.

^(٤٨) د. محمد السعيد عبد الفتاح، الحماية الجنائية لحرية العقيدة والعبادة، دراسة تأصيلية تحليلية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥ م، ص ٥٧.

الزمر^(٤٩)، ويتصور صدور التشويش عن طريق فرد واحد فقط أو بواسطة جماعة، حيث لا يمنع أن يصدر الضجيج عن شخص واحد بواسطة مكبر الصوت، أو عن طريق رفع الصوت بألفاظ وأقوال تؤدي إلى تعكير الهدوء، ويمكن أن يكون عن طريق جمع من الأفراد يصدرون أصوات تؤدي لمثل هذا الضجيج وتزيل الهدوء لحظة ممارسة الشعائر الدينية والاحتفالات، كما يمكن أن تكون بأصوات مرتفعة بواسطة الغم كالغناء والصوت المرتفع أو الصياح ومن المتصور أن تكون بواسطة آلات كالآلات الموسيقية والدفوف أو أي آلة يصدر عنها صوت مرتفع، ويتصور أن تكون هذه الأصوات مسجلة على اسطوانات لحظة إقامة الشعائر أو ممارستها أو لحظة الاحتفال الديني بقصد زوال الهدوء، ويمكن أن نخلص إلى أن التشويش: هو سلوك مادي يتحقق بإصدار أصوات مرتفعة تؤدي إلى الصخب والضجيج، يترتب عليه زوال الهدوء وطمأنينة النفس الواجب توفرهما في إقامة الشعائر الدينية بخشوع^(٥٠)، ولا يشترط في التشويش أن يترتب عليه تعطيل إقامة الشعائر أو الاحتفالات الدينية بالفعل، بل يكفي حصول تشويش من شأنه المساس بالهيبة والاعتبار الواجبين نحو الشعائر والاحتفالات الدينية^(٥١).

• الركن المعنوي:

جريمة التشويش على ممارسة الشعائر الدينية، جريمة عمدية لا يكفي لتكوينها حصول تشويش أو تعطيل مادي له أثر سيء على إقامة الشعائر الدينية، بل يشترط أن يكون الجاني قد أقدم على التشويش بقصد ارتكاب الجريمة على الصورة التي عينها القانون، ولا يفهم من ذلك لزوم أن يكون الجاني قد قصد مباشرة التشويش على إقامة الشعائر

(٤٩) د. عبد الحميد الشورابي، عاطف الشورابي، عمر الشورابي، التعليق على قانون العقوبات، طبعة خاصة نقابة المحامين، ج ٣، ص ٧٠٧، و د رمسيس بهنام، بعض الجرائم المنصوص عليها في المدونة العقابية، منشأة المعارف الإسكندرية، ١٩٩٩م، ص ٩٣٠.

(٥٠) د. محمد السعيد عبد الفتاح، الجرائم المتعلقة بالأديان في قانون العقوبات المصري، مجلة كلية الشريعة والقانون، تفهنا الأشراف، العدد الرابع، ج ٢، ٢٠٠٤م، ص ١٢٤٥.

(٥١) م /صبري الراعي، أ/ رضا السيد عبد العاطي، الشرح والتعليق على قانون العقوبات، المجلد الأول، طبعة خاصة بنقابة المحامين، بدون تاريخ نشر، ص ٦٣٧.

الدينية، بل تتحقق الجريمة، إذا ارتكب الفعل المادي عن عمد وهو يعلم أن فعله من شأنه إحداث هذا الأمر، فتطبق عقوبة المادة على من يقع منه تشويش في مسجد أو كنيسة بسبب شجار فيؤدي ذلك إلى حدوث اضطراب يضطر معه الإمام أو الكاهن إلى قطع الصلاة^(٥٢).

ولكن لا تتحقق الجريمة إذا جاء جمهور من المحتفلين بزواج أحد الأشخاص وأحدثوا في مكان إبرام هذا الزواج ضجيجًا كالطبول والناي على مقربة من دار للعبادة تقام فيها الشعائر الدينية دون علم منهم بوجود هذه الدار وبما فيها من شعائر، فلا تتوفر الجريمة لتخلف عنصر العلم اللازم لقيام القصد الجنائي، ولكن إذا نبه على أولئك الأشخاص بالكف عن إحداث الضجيج لوجود دار للعبادة قريبة تجرى بها الشعائر، واستمروا في الضجيج رغم التنبيه توفرت الجريمة في حقهم^(٥٣).

• عقوبة التشويش:

إذا توفرت في جريمة التشويش ركنها المادي والمعنوي فيعاقب قانون العقوبات المصري مرتكبها بالحبس والغرامة التي لا تقل عن مائة جنيه ولا تزيد على خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين المادة (١٦٠/١ عقوبات).

ب- تعطيل ممارسة الشعائر الدينية:

تحتاج ممارسة الشعائر الدينية إلى قدر كبير من الطمأنينة والخشوع المصاحب لأدائها، وذلك لتحقيق أكبر قدر من الاستفادة بممارسة الشعيرة الدينية، إذ إن الخشوع ضرورة لممارسة أي من الشعائر الدينية في أي من الأديان، إلا أنه قد تحدثت بعض الأمور التي من شأنها تعكير صفو الممارسة لتلك الشعائر الدينية ومن قبيل ذلك تعطيل ممارسة الشعائر الدينية بالعنف والتهديد.

(٥٢) أ/ جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، الطبعة الأولى، طبعة الاعتماد، القاهرة، ج ٣، ١٩٣٦م، ص ٧٤٥.

(٥٣) د. رمسيس بهنام، بعض الجرائم المنصوص عليها في المدونة العقابية، مرجع سابق، ص ٢٩٤.

• الركن المادي:

يتخذ الركن المادي في جريمة تعطيل ممارسة الشعائر الدينية إحدى صورتين:

- التعطيل بالعنف:

هو عبارة عن تسخير للطاقة المادية لدى إنسان، بغية المساس بحق يحميه القانون للمجني عليه، بهدف تحقيق غاية معينة يسعى الجاني لتحقيقها، فلا يتصور العنف بدون قوة واستطالة للأفعال المادية للقائم بأداء الشعائر الدينية أو الاحتفال الديني، فالعنف دائماً مصحوب بسلوك مادي خارجي يستطيل لجسم المجني عليه^(٥٤)، ولعل المثل الأبرز لهذا ما حدث في مسجد الروضة بالعريش بجمهورية مصر العربية، وما قام به بعض عديمي الضمير من قتل وترويع الأمنيين القائمين بأداء صلاة الجمعة، وإطلاق الأعباء النارية عليهم داخل المسجد، مما أدى إلى استشهاد أكثر من ثلاثمائة نفس وإصابة العشرات وعطل ممارستهم لشعائرهم الدينية، كذلك من صور تعطيل الشعائر الدينية بالعنف صورة قذف المصلين بالطوب والانهيال عليهم ضرباً بالعصي.

- التعطيل بالتهديد:

التهديد هو ضغط موجه لإرادة شخص لتوجيهها إلى سلوك معين، ويتصور أن ينصب التهديد على الشخص القائم بالشعائر الدينية أو على ماله أو على عزيز لديه، وذلك بتوعده بضرر أو أذى أن لم يفعل ما يطلب منه^(٥٥)، والوعيد على عكس الوعد فبينما يكون الوعد بتمنيه الفرد بشيء في صالحه أو يجلب له مصلحة يكون الوعيد بتهديده بإلحاق أذى به باستخدام العنف والقوة^(٥٦)، ومن صور تعطيل ممارسة الشعائر بالتهديد إنذار المصلين بإطلاق النار عليهم، إذا لم يتفرقوا وهو سلوك مادي ذو مضمون نفسي،

(٥٤) د. محمد السعيد عبد الفتاح، الحماية الجنائية لحرية العقيدة والعبادة، مرجع سابق، ص ٦١.

(٥٥) د. إبراهيم كمال إبراهيم محمد، ضوابط الحرية الدينية دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية و التشريعات الوضعية، الطبعة الأولى، دار الكتب و الدراسات العربية، الإسكندرية، ٢٠١٦م، ص ١٢٦.

(٥٦) د. محمد السعيد عبد الفتاح، أثر الإكراه على الإرادة في المواد الجنائية، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ٢٠٠٢م، ص ٢١٣ وما بعدها.

أو التهديد بختف نويهم أو الاعتداء عليهم، إذا أقاموا احتقالاتاً دينياً معيناً، أو تهديد عامل بالسعي لإقصائه من عمله، إذا قام بالصلاة أو ممارسة الشعائر الدينية، ومن ثم فأى ضغط معنوي يوجه لأصحاب ملة معينة أو دين معين لصرفهم عن ممارسة شعائر تلك الملة أو الدين واحتقالاته هو تعطيل لتلك الشعائر، وهو المقصود في نص المادة (١٦٠ عقوبات) ويعد سلوكاً مادياً ذا مضمون نفسي^(٥٧).

• الركن المعنوي:

يقوم الركن المعنوي على عنصرى العلم والإرادة، فلا بد أن يتوفر لدى الجاني العلم بأن سلوك التعطيل سواء كان بالعنف أم التهديد، سيكون من شأنه صرف جموع الناس عن ممارسة شعائرهم الدينية، وأن تتجه إرادته نحو ذلك أي قصد تعطيل ممارسة الشعائر الدينية أو الاحتفال الديني، فبذلك تكون الجريمة متوفرة في حق مرتكبها، ويشترط أن يكون الجاني أقدم على تعطيل ممارسة الشعائر الدينية بقصد ارتكاب الجريمة على الصورة التي عينها القانون، وهذه الجريمة عمدية، لأنه لا يتصور أن يكون السلوك الإجرامي العنف أو التهديد ويدعى عدم العلم وعدم إرادة النتيجة.

• العقوبة:

إذا ثبت في حق المتهم قيامه بتعطيل شعائر ملة أو احتفال ديني وكان القصد الجنائي متوفرة لديه عوقب طبقاً للمادة (١/١٦٠ عقوبات مصري) بالحبس وبغرامة لا تقل عن مائة جنيه ولا تزيد على خمسمائة جنيه أو إحدى هاتين العقوبتين، وتكون العقوبة السجن الذي لا تزيد مدته عن خمس سنوات، إذا ارتكب أي من الجرائم المنصوص عليها في المادة (١٦٠) تنفيذاً لغرض إرهابي، فقد جعل المشرع الغرض الإرهابي سبباً للتشديد ومرد ذلك إلى إلقاء الرعب بين الناس وترويعهم، فارتكاب جرائم العدوان على حرمة الدين ومقدساته، إذا ارتكبت بغرض إرهابي وجب التشديد^(٥٨)، ويجدر بالمشرع المصري تشديد

(٥٧) د. رمسيس بهنام، قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص ٦٣٦.

(٥٨) د. محمد السعيد عبد الفتاح، الجرائم المتعلقة بالأديان في قانون العقوبات المصري، مرجع سابق،

العقاب على تلك الجرائم بما يتناسب مع جسامة الجرم المرتكب، ولتحقيق الردع توصلنا لتطبيق حازم لأحكام قانون القانون العقوبات، ويتعين علي المشرع العماني إدراج نص صريح داخل قانون الجزاء يقرر جزءاً جنائياً على التشويش وتعطيل ممارسة الشعائر الدينية بما يضمن كفالة أداء الشعائر الدينية في الهدوء والوقار اللازمين لها.

المطلب الثاني

العدوان على أماكن ممارسة الشعائر الدينية

أماكن ممارسة الشعائر الدينية: هي الأماكن المخصصة من قبل أصحاب كل دين لأداء شعائرهم الدينية، وهي تختلف حسب كل ديانة فاليهود يتعبدون في المعابد، والمسيحيون في الكنائس، والمسلمون في المساجد، ومن ثم تتسم دور العبادة بقدر كبير من التوقير والاحترام لدى المؤمنين بالأديان عامة، والسماوية خاصة، لذلك حرص المشرع على توفير أكبر قدر من الاحترام تجاه دور العبادة، وذلك عبر إقراره عقوبة الحبس أو الغرامة لكل من خرب أو كسر أو دنس مباني معدة لإقامة الشعائر الدينية.

• النص القانوني:

قررت المادة (٢/١٦٠) من قانون العقوبات المصري بأنه: "يعاقب بالحبس وبغرامة لا تقل عن مائة جنيه ولا تزيد على خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين.... -ثانياً: كل من خرب أو كسر أو أتلّف أو دنس مبانٍ معدة لإقامة الشعائر الدينية، أو رموزاً أو أشياء أخرى لها حرمة عند أبناء ملة أو فريق من الناس"، في حين قررت المادة (٢٦٩) من قانون الجزاء العماني بأنه: "يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن (٣) ثلاث سنوات ولا تزيد على (١٠) عشر سنوات كل من ارتكب فعلاً من الأفعال الآتية: "هـ- تخريب أو تدنيس مبانٍ أو شيء من محتوياتهم إذا كانت معدة لإقامة شعائر الدين الإسلامي أو لأحد الأديان السماوية الأخرى"، ويلاحظ أن المشرع العقابي المصري قد توسع بالنسبة إلى صور التجريم التي تطل دور العبادة عن نظيره العماني، إذ قرر المشرع المصري

العقاب على الكسر والإتلاف لدور العبادة أو محتوياتها كصور من السلوك الإجرامي التي لم يوردها المشرّع العماني.

• علة التجريم:

تكمن علة التجريم في ضرورة تطهير أماكن العبادة باعتبارها الأماكن المخصصة لأداء الشعائر الدينية التي ينبغي أن تؤدي دون إزعاج أو إضرار للقائمين بها؛ لأن في ذلك مساس بقيمة دينية لدى أصحاب كل دين؛ لأن رعاية محل العبادة من شأنه توفير جو من التوقير للمكان وإضفاء قدسية عليه واحترام حرمانته، والسلوك المجرم في هذه الجريمة المقصود به كل ما من شأنه التقليل منه وإضفاء شعور بالمهانة والاستهزاء لدور العبادة وروادها ومن شأن ذلك إثارة الفتن والمفاسد بين الناس، وإشعال نار الغضب التي تسيء للمجتمع بأكمله فهذا التخريب وغيره من صور تجريرية لن يكن من شأنه منح فائدة للفاعل بقدر ضررها بالمجتمع^(٥٩)، كما أن الاعتداءات على أماكن ممارسة الشعائر الدينية من أخطر الجرائم وأشدها فتكاً بالمجتمع، حيث إن تلك الأماكن تمثل أهمية كبير لدى عامة المؤمنين بالأديان السماوية، وهي على الدوام محل تقدير وإجلال من معظم الناس، وليس من المتصور حدوث تلك الاعتداءات بدون عقوبة لمن يقوم بتلك الأفعال النكراء، ومنهج المشرّع العقابي المصري والعماني في تجريم كل مساس يطال دور العبادة متنسقاً مع المنهج القرآني الذي قال تعالى فيه: (وَمَنْ أَظْلَمُ مِمَّنْ مَنَعَ مَسَاجِدَ اللَّهِ أَنْ يُذَكَّرَ فِيهَا اسْمُهُ وَسَعَىٰ فِي خَرَابِهَا)^(٦٠) من هنا كان لزاماً على المشرّع إقرار عقوبة رادعة لكل من تسول له نفسه ارتكاب تلك الجريمة.

• الركن المادي:

يتمثل الركن المادي في تلك الجريمة في كل من التخريب أو الكسر أو الإتلاف أو تدنيس مبانٍ معدة لإقامة شعائر أو رموز أو أشياء أخرى ذات حرمة، وهذا سلوك مادي

(٥٩) د. خالد مصطفى فهمي، الحماية القانونية للمعتقدات وممارسة الشعائر الدينية، مرجع سابق، ص ١٣٢.

(٦٠) سورة البقرة، الآية ١١٤.

يتمثل في التخريب كما في تحطيم الأبواب وخلع النوافذ الخاصة بدار ما من دور العبادة، وفي الكسر كما في كسر زجاج نوافذها، وفي الإتلاف كما في تشويه حوائط الدار وعليها من صور زيتية أو نقوش، وفي التدنيس كما في قذف القمامة أو رشاش من الحبر على المباني، أما الرموز فمن قبلها التماثيل وهي عرضة للتخريب أو الكسر أو الإتلاف أو التدنيس والأشياء الأخرى ذات الحرمة، ومن قبيلها السجاجيد القائمة في حجرات الدار أو أردية رجال الدين^(٦١).

والإتلاف هو كل فعل يقع على دار العبادة يكون من شأنه تعطيل الاستفادة به أو جعله غير صالح للاستعمال، وكل ما اشترطه القانون (هو مجرد تخريب المال)، فلا يتحتم أن يكون الإتلاف تاماً، بل يصح أن يكون جزئياً على أنه في الإتلاف الجزئي يجب أن يكون من شأنه جعل الشيء غير صالح للاستعمال أو تعطيله وهو أمر يرجع تقديره لقاضي الموضوع^(٦٢).

وعبر الشارع عن الإتلاف بقوله: من خرب أو كسر أو أتلف وقد أراد المشرع باستعمال هذه الألفاظ أن ينال العقاب كل أفعال الإتلاف الجسيم وغير الجسيم، فليس من اللازم أن يكون البناء أو الشيء الديني قد خرب بأكمله أو أصابه ضرر كبير، بل يكفي أن يكون لحق به عيب أو عطب، وحسناً فعل المشرع المصري من عدم تحديده وسيلة معينة يحصل بها فعل التخريب أو الإتلاف، فالتدنيس كل فعل من شأنه الإخلال بواجب الاحترام والتقدير نحو المباني المعدة لإقامة الشعائر الدينية، وهذا الفعل يجب أن يكون عملاً مادياً كالقاء الطين أو القاذورات على شيء من تلك الأشياء أو قلبه على الأرض أو وطأه بالأقدام ولا تدخل الإهانة بالقول أو الإشارة في حكم المادة، وإنما يجوز أن تدخل في حكمها الإهانة بالكتابة، إذا ألصق المكتوب الذي يتضمن الإهانة على البناء أو الشيء الديني أو سطرت عباراته أو نقشت على أحجار البناء الشيء نفسه^(٦٣).

(٦١) د. عبد الحميد الشواربي، التعليق على قانون العقوبات، مرجع سابق، ص ٧٠٧، ٧٠٨.

(٦٢) مستشار/معض عبد التواب، الوسيط في شرح جرائم التخريب و الإتلاف والحرائق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ١٩٨٩م، ص ١٨.

(٦٣) أ / جندي عبدالملك بك، الموسوعة الجنائية، مرجع سابق، ص ٧٤٧.

وأشترط المشرِّع الجنائي في كل من فعل التخريب أو الكسر أو الإلتلاف أو التدنيس، أن تأتي تلك الأفعال على مباني معدة لإقامة شعائر دينية، وتلك المباني هي المساجد والكنائس والمعابد، إذ إن تلك الأماكن هي دور العبادة لأصحاب الأديان السماوية التي لها الحق في أداء شعائرها علناً في الدولة المصرية وسلطة عُمان.

• الركن المعنوي:

إتلاف وتخريب وتدنيس دور العبادة من الجرائم العمدية التي تتطلب القصد الجنائي العام القائم على العلم والإرادة، فلا بد من انصراف نية الجاني إلى ارتكاب فعل التخريب أو الإلتلاف أو الكسر أو التدنيس مع علمه بطبيعة المكان القائم بالاعتداء عليه من حيث كونه معداً لإقامة شعائر دينية، مع إرادة الفعل وإرادة النتيجة، فإذا انتقت عناصر القصد الجنائي انتقت صفة العمدية عن الفعل، واستقرت أحكام محكمة النقض على أن القصد الجنائي في عموم جرائم التخريب والإلتلاف العمدية يتحقق بمجرد تعمد الإلتلاف^(٦٤).

• العقوبة:

قرر المشرِّع المصري في المادة (٢/١٦٠) من قانون العقوبات بأنه: "يعاقب بالحبس وبغرامة لا تقل عن مائة جنيه ولا تزيد على خمسمائة جنيه أو إحدى هاتين العقوبتين، وتكون العقوبة السجن الذي لا تزيد مدته على خمس سنوات، إذا ارتكبت الجريمة المشار إليها تنفيذاً لغرض إرهابي".

وقرر المشرِّع العماني في المادة (٢٩٦/هـ) من قانون الجزاء بأنه: "يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن (٣) سنوات، ولا تزيد على (١٠) عشر سنوات كل من ارتكب فعلاً من الأفعال الآتية:

تخريب أو تدنيس من محتوياتها، إذا كانت معدة لإقامة شعائر دينية للدين الإسلامي أو من الأديان السماوية الأخرى"، وحسناً ما فعله المشرِّع العُماني من تشديده العقاب في

(٦٤) الطبعة ١١١٠ س ٣ ق، نقض جنائي، مجلد ٢٧، فبراير ١٩٣٣م، الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية، حسن الفكهاني، عبد المنعم حسن، الدار العربية للموسوعات، القاهرة، ج ١، ١٩٨١م، ص ٢٦.

كل تلك الجرائم؛ لأنها تتم عن نفس إجرامية خطيرة لا تراعي حرمة دور العبادة وتدعو المشرّع المصري أن يحدو حدو نظيره العماني في تشديد العقوبة على مرتكبي تلك الجريمة النكراء.

• تقييم العقوبة:

نرى أن العقوبة المنصوص عليها في المادة (١٦٠) من قانون العقوبات المصري) بشأن أفعال التخريب أو الكسر أو الإتلاف أو التدنيس بدور العبادة أو أي من الرموز الدينية غير رادعة وغير متناسبة تماماً مع جسامة الجرم المرتكب بحق دور العبادة وأماكن ممارسة الشعائر الدينية، تلك الأماكن التي لها أهمية عظيمة لدى الخالق - سبحانه وتعالى - فقال: " وَمَنْ أَظْلَمُ مِمَّنْ مَنَعَ مَسَاجِدَ اللَّهِ أَنْ يُذْكَرَ فِيهَا اسْمُهُ وَسَعَى فِي خَرَابِهَا أُولَئِكَ مَا كَانَ لَهُمْ أَنْ يَدْخُلُوهَا إِلَّا خَائِفِينَ لَهُمْ فِي الدُّنْيَا خِزْيٌ وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ^(٦٥) ".

نحن نجد أن المشرّع العقابي عاقب بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات كل من خرب عمداً مبان أو أملاكاً عامة أو مخصصة لمصالح حكومية، فكان الأولى برعاية وعناية المشرّع الأماكن الدينية التي لا تقل أهمية أبداً عن الأملاك العامة.

الخاتمة

يطيب لنا بعد أن انتهينا من بحث الحماية الجنائية للحرية الدينية، أن نوجز ما استعرضناه في هذا البحث، تناولنا تعريف الحرية في اللغة والاصطلاح والقانون، وكذلك تعرضنا لمفهوم الحرية الدينية وبيان مصدرها في النظم القانونية من خلال المواثيق الدولية وكذا التشريعات الداخلية التي بدورها انقسمت إلى حماية دستورية وحماية تشريعية، وتناولنا في المبحث الثاني الحماية الجنائية لحرية العقيدة من خلال بيان جرائم العدوان على حرية الاعتقاد الديني وجرائم التمييز بسبب العقيدة والدين، وفي المبحث الثالث أوضحنا الحماية الجنائية لأماكن ممارسة الشعائر الدينية.

(٦٥) سورة البقرة، الآية ١١٤.

أولاً: النتائج:

- الحرية الدينية في النظم القانونية المعاصرة مكفولة بموجب الدساتير والقوانين الوطنية بالإضافة إلى إقرارها في المواثيق العالمية كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية وكذا الإعلان العالمي للقضاء على جميع أشكال التعصب والتمييز القائمين على أساس الدين.
- قرر المشرّع العقابي المصري حمايته للحرية الدينية من خلال إفراده باباً مستقلاً للجنح المتعلقة بالأديان (الباب الحادي عشر من الكتاب الثاني من قانون العقوبات المصري) ويهدف من خلاله المشرّع إلى حماية للحرية الدينية من كل عدوان يقع عليها، وكذلك المشرّع العُماني قرر حمايته للحرية الدينية، وذلك من خلال إقراره الباب الثامن من قانون الجزاء للجرائم التي تمس الأسرة والمجتمع.
- إقرار المشرّع العقابي حمايته للحرية الدينية لا يقتصر على أهميتها البالغة في حياة البشر، بل لأنها ضرورة اجتماعية وإنسانية لازمة لاستقرار المجتمعات وقيامها خصوصاً، وأن أي مساس بتلك الحرية قد يحدث أضرار فادحة بالنظام العام والأمن العام للذات الحفاظ عليهما مما مبتغى أي نظام قانوني.
- تتعدد وتتوغل الجرائم الواقعة على الحرية الدينية وتختلف تبعاً لاختلاف السلوك الإجرامي في كل جريمة وأيضاً محل الجريمة فهناك جرائم تطال الأماكن المقدسة، وأخرى تقع على حرية الاعتقاد الديني.
- جريمة التشويش أو تعطيل ممارسة الشعائر يترتب عليها جزاءً جنائياً متى ارتكبت بقصد صرف أصحاب دين أو ملة عن القيام بأداء شعائرهم الدينية، ويعد ذلك طبيعياً لما تتطلبه أداء الشعائر الدينية من جو عام من الهدوء والسكينة وهذا لا يتأتى مع حدوث تلك الصور من التشويش أو التعطيل.
- انتهاك حرمة المقدسات الدينية يتضمن العدوان على أماكن ممارسة الشعائر الدينية، وينتج ذلك عن فعل التخريب أو الكسر أو التدنيس لمباني معدة لإقامة الشعائر الدينية كالمساجد والكنائس والمعابد وغيرها من دور العبادة.

ثانياً: التوصيات:

- بالإمكان أن يحمل مجموع ما ورد من توصيات كالاتي:
- ندعو المشرّع المصري ابتداءً إلى تشديد العقوبة المترتبة على الجرائم الماسة بالحرية الدينية لعدم تناسبها مع المصلحة محل الحماية لتتضمن عقوبة رادعة تنقق مع جسامه الجرم المرتكب في تلك الجرائم.
 - إقرار عقوبة الجنائيات لكل تعد يقع على الحرية الدينية، وإعادة صياغة تشريعية تتضمن تغيير مسمى الباب الحادي عشر إلى (الجنائيات التي تمس الأديان ومكافحة التمييز)، ومن شأن هذه التسمية ضبط الصياغة اللغوية لهذا الباب، إذ إن الأديان هي محل الاعتداء وليست الجرائم متعلقة بها كما يظهر من خلال النص الحالي.
 - يتعين على المشرّع العُماني إدراج نص للعقاب على تشويش وتعطيل الشعائر الدينية، بما يكفل ممارسة الشعائر الدينية في جو من الهدوء والوقار اللازم لأدائها.
 - وهدياً بالآثار المترتبة على الجرائم الماسة بالحرية الدينية، ندعو المجتمع الدولي إلى ضرورة الالتفات إلى الحرية الدينية وتكريس حمايتها عبر المواثيق الدولية التي تلزم من خلالها الدول باحترام تلك الحرية، أما على الصعيد الداخلي ندعو إلى خلق الأجواء الملائمة لإرساء قيم التسامح الديني بين المواطنين، وذلك عبر تبني استراتيجية تربوية هادفة إلى الحد من النزعات الطائفية والقضاء على كافة أشكال العداء الديني بين الطوائف الدينية المختلفة للحفاظ على لحمة الوطن الواحد.
 - ضرورة إنشاء هيئة وطنية لحماية الحرية الدينية يكون دورها ملاحقة جرائم العدوان على الحرية الدينية، ولها صفة الضبطية القضائية، وتشارك النيابة العامة الحق في تحريك الدعوى الجنائية عن الجرائم الواقعة على الحرية الدينية.



المراجع

المعاجم اللغوية:

- ١) لسان العرب، لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي، دار الفكر، بيروت، ج ٥، بدون تاريخ نشر.
- ٢) مختار الصحاح، للإمام محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مكتبة لبنان، بيروت، ١٩٩٥ م.
- ٣) المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، القاهرة، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم، ١٩٩٧ م.

كتب عامة:

- ١) الشيخ/ حسن منصور، الدين الإسلامي، مطبعة دار الكتب المصرية، القاهرة، ١٣٥١ هـ - ١٩٣٢ م، ج ٢.
- ٢) الشيخ/ سيد سابق، العقائد الإسلامية، دار الكتب الحديثة، القاهرة، ١٩٧٦ م.
- ٣) الشيخ/ محمد الغزالي، حقوق الإنسان بين تعاليم الإسلام وإعلان الأمم المتحدة، الطبعة الخامسة، دار الدعوة، ٢٠٠٢ م.

المصادر القانونية العامة:

- ١) د. إسماعيل البدوي، دعائم الحكم في بشرية الإسلام والنظم دستورية المعاصرة، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨١ م.
- ٢) أ/ جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، الطبعة الأولى، طبعة الاعتماد، القاهرة، ١٩٣٦ م.
- ٣) د. حمدي عطية عامر، حماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية في القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٠ م.
- ١) د. رمسيس بهنام، بعض الجرائم المنصوص عليها في المدونة العقابية، منشأة المعارف الإسكندرية، ١٩٩٩ م.

- ٢) د. رمسيس بهنام، قانون العقوبات، القسم الخاص، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون سنة نشر.
- ٣) م/ صبري الراعي، رضا السيد عبدالعاطي، الشرح والتعليق على قانون العقوبات، المجلد الأول، طبعة خاصة بنقابة المحامين، بدون تاريخ نشر.
- ٤) د. عبد الحميد الشورابي، عاطف الشورابي، عمر الشورابي، التعليق على قانون العقوبات، طبعة خاصة نقابة المحامين، ج ٣.
- ٥) د. مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات القسم الخاص، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، دار الفكر، القاهرة، دون طبعة.
- ٦) قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي، ١٩٨٣م.
- ٧) د. محمد أمين الميداني، النظام الأوروبي لحماية حقوق الإنسان، دار البشير، عمان، ١٩٨٩م.
- ٨) د. محمد سليم الغزوي، الحريات العامة في الإسلام مع المقارنة بالمبادئ الدستورية، مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية، بدون طبعة وتاريخ نشر.
- ٩) د. محمود حلمي، نظام الحكم الإسلامي مقارنة بالنظم المعاصرة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١م.
- ١٠) د. محمود شريف بسيوني، الوثائق الدولية المعنية بحقوق الإنسان، المجلد الأول، الوثائق العالمية، الطبعة الأولى، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٣م.
- ١١) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة الخامسة عشرة، دار النهضة العربية، ١٩٨٨م.
- ١٢) د. مدحت محمد عبد العزيز إبراهيم، قانون العقوبات القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٤، بدون رقم طبعة.
- ١٣) د. مصطفى أبو زيد فهمي، مبادئ الأنظمة السياسية، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٤م.

- ١٤) م/ معوض عبد التواب، الوسيط في شرح جرائم التخريب والإتلاف والحرائق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ١٩٨٩م.
- ١٥) الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية، حسن الفكهاني، عبد المنعم حسن، الدار العربية للموسوعات، القاهرة، ج ١، ١٩٨١م.

المصادر 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، ٢٠١٦م.
- ٢) د. أحمد عبد الحميد الرفاعي، المسؤولية الجنائية الدولية للمساس بالمعتقدات والمقدسات الدينية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧م.
- ٣) د. خالد مصطفى فهمي، الحماية القانونية للمعتقدات وممارسة الشعائر الدينية وعدم التمييز في إطار الاتفاقيات الدولية والقانون الوضعي والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٢م.
- ٤) د. محمد السعيد عبد الفتاح، الحماية الجنائية لحرية العقيدة والعبادة، دراسة تأصيلية تحليلية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥م.
- ٥) الجرائم المتعلقة بالأديان في قانون العقوبات المصري، مجلة كلية الشريعة والقانون، تفهنا الأشراف، العدد الرابع، ج ٢، ٢٠٠٤م.
- ٦) د. محمد عبد الله بك، في جرائم النشر، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥١م.
- ٧) د. نبيل قرقور، حقوق الإنسان بين المفهوم الغربي والإسلامي، دراسة في حرية العقيدة، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٠م.
- ٨) أ/ نجاد البرعي، حرية العقيدة في النظام الدستوري المصري النصوص والتطبيقات، إصدار المجموعة المتحدة، ٢٠٠٦م.

رسائل علمية:

- ١) د. أحمد رشاد طاحون، حرية العقيدة في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٨م.
- ٢) د. محمد على سالم الحليبي، ضمانات الحرية الشخصية أثناء التحري والاستدلال، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٨٠م.
- ٣) د. ناصر أحمد بخيت، حق الإنسان في اختيار عقيدته الدينية وممارسته وشعائرها ودور الشرطة في حماية هذا الحق، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ٢٠١١م.

المراجع الإنجليزية:

- 1) Thomas Emerson, The system of freedom of expression, random House, 1970.

المراجع الفرنسية:

- 1) Favoreu(L), Gaia(P), Ghevontion(R), Mestre(J.L), Pfersmann(P.), Roux (A), Scoffoni(G), Droit constitutionnel, 3ed, Dalloz, 2000.
- 2) HAGUENAU (C) CE, Ass, 14 Avril, 1995, Koen (M), Consistoire central israélite de France et autres, RDP, N3, 1996 .
- 3) Pradel (J) L'appréhension du fait religieux par le juge Pénal. Crimen(1), 2010.
- 4) Robet (J.), et autres, Droit et libertés fondamentaux, 4 ed, Dalloz, 1997.
- 5) TG, Paris 17ch.Corr, 22 mars 2007, JCP, éd. G., 2007, n19, note, E. DERIEUX.
- 6) wachsmann (p), Libertés publiques, Dalloz, 1996.

الحماية الإجرائية للطفل في مسائل الأحوال الشخصية (دراسة تحليلية مقارنة في القانون المصري والعُماني)

الدكتور/ محمد يحيى أحمد عطية*

المخلص:

حرصت مختلف دول العالم على كفالة حقوق الأطفال والالتزام بضمان تطبيقها في أرض الواقع من قبل قضائها الوطني، إدراكاً منها بضرورتها لحماية حاضرها ومستقبلها. وتم بلورة ذلك بعقد العديد من الاتفاقيات الدولية ذات الصلة بتنظيم حقوق الأطفال. وقد أدركت دولنا العربية أهمية ذلك أيضاً وبدأت في إصدار تشريعات خاصة بالطفولة تتسجم مع ما ورد بالمواثيق الدولية ذات الصلة.

في لقاء الضوء على بعض مظاهر الحماية الإجرائية لحقوق الطفل لاسيما في المسائل المتعلقة بأحواله الشخصية، باعتبارها تمثل تجسيدا عمليا للقواعد الموضوعية المختلفة التي كفلت هذه الحقوق وقررتها، كي يتسنى معرفة مدى الانسجام والتوافق بين هذه القواعد النظرية من ناحية، وبين الواقع العملي المعاش والمنظور من ناحية أخرى، وبيان الدور الفعال والبارز للقواعد القانونية الإجرائية في كفالة وضمان نفاذ تلك القواعد الموضوعية، ومما لا يخفى ما يلعبه القضاء المدني من دور بارز ومحوري في هذا الجانب، بوصفه حامي حمى الحقوق والحريات في المجتمع. في كون القواعد الحمائية لحقوق الطفل المتعلقة بأحواله الشخصية كثيرة ومتناثرة في قوانين متعددة، الأمر الذي معه كانت الحاجة ماسة إلى جمع شتاتها في إطار يحقق وحدتها ويمكن من معرفتها وتطبيقها بسهولة ويسر من الجهات المعنية بذلك، وهو ما حاولت عمله في هذه الورقة البحثية.

وسأجعل دراستي منصبية بصفة أساسية على القواعد الإجرائية الحمائية لحقوق الطفل في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية، وفقا لما قررته التشريعات العُمانية والمصرية في هذا الشأن مع ما يتعلق بذلك من تشريعات ومواثيق إقليمية ودولية. قمت فيه باستعراض التشريعات ذات الصلة وسبر أغوارها وتحليل مضامينها، لبيان ما بينها من أوجه اتفاق أو اختلاف في ضوء المواثيق الدولية والإقليمية على حد سواء.

الكلمات المفتاحية: الحماية الإجرائية - دعاوى الطفل - مسائل الأحوال الشخصية - المحكمة المختصة - تشريعات حقوق الطفل والمواثيق الدولية.

*أستاذ قانون المرافعات المدنية المساعد بكلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر (فرع دمنهور).



Procedural Protection of the Child in Personal Status Matters Comparative Analytical Study in Egyptian and Omani Law

Dr. Mohammed Yahya Ahmed Attia*

Abstract:

Various countries of the world have been keen to guarantee children's rights and are committed to ensuring their implementation on the ground by their national judiciary, recognizing their necessity to protect their present and future. This was crystallized by concluding several international conventions related to regulating children's rights. Our Arab countries have also realized the importance of this and have begun to issue special legislations for childhood in line with what is stated in the relevant international charters.

In shedding light on some aspects of procedural protection of the rights of the child, especially in matters related to his personal status, as it represents a practical embodiment of the various objective rules that guaranteed and decided these rights, in order to know the extent of harmony and compatibility between these theoretical rules on the one hand, and the practical reality of the lived and the perspective on the one hand. Others, and an explanation of the effective and prominent role of the procedural legal rules in ensuring and ensuring the enforcement of these objective rules, and what is not hidden from the prominent and pivotal role played by the civil judiciary in this aspect, as the protector of rights and freedoms in society.

In the fact that the protective rules for the rights of the child related to his personal status are many and scattered in multiple laws, which with it was an urgent need to collect their scattered within a framework that achieves its unity and enables it to be known and applied easily and easily by the concerned authorities, which is what I tried to do in this research paper.

I will focus my study mainly on the procedural rules of protection for the rights of the child in matters related to personal status, in accordance with what was decided by the Omani and Egyptian legislations in this regard with the relevant regional and international legislation and charters.

It followed a comparative analytical approach; In it, I reviewed the relevant legislation, explored its depths and analyzed its contents, to show the areas of agreement or disagreement between them in the light of both international and regional charters.

Keywords: Procedural Protection - Child Claims - Personal Status Issues - The Competent Court - Child Rights Legislation and International Covenants.

*Assistant Professor of Civil Procedures Law at the College of Sharia and Law, Al-Azhar University, Damanhour Branch.

المقدمة

إن أطفال اليوم هم رجال الغد؛ الذين يحملون راية الجد والاجتهاد من أسلافهم ويأخذون على عاتقهم نهضة أمتهم وتقدمها ورفقها في مختلف المجالات، وعلى كافة الأصعدة، متى تم تنشئتهم تنشئة صالحة، في بيئة توفرت لهم فيها كافة المقومات والعوامل اللازمة لبناء شخصيتهم وفكرهم ومعارفهم التي سينطلقون منها إلى ميادين العمل والعطاء في مختلف المجالات لخدمة أمتهم وأوطانهم بل والانسانية جمعاء.

ومن هذا المنطلق؛ فقد حرصت مختلف دول العالم على كفالة حقوق الأطفال والالتزام بضمان تطبيقها في أرض الواقع من قبل قضائها الوطني، إدراكا منها بضرورتها لحماية حاضرها ومستقبلها، وبُذلت في سبيل ذلك جهود دولية متعددة، تم بلورتها بالعديد من الاتفاقيات الدولية ذات الصلة بتنظيم حقوق الأطفال، وتكليف الدول بضرورة مراعاتها في تشريعاتها الوطنية وعلى المستوى الإقليمي أيضا، وقد أدركت دولنا العربية أهمية ذلك أيضا وبدأت في إصدار تشريعات خاصة بالطفولة تتسجم مع ما ورد بالمواثيق الدولية ذات الصلة، وهو ما سنبينه في هذه الورقة البحثية إن شاء الله.

أهمية وإشكالية الدراسة:

وتبدو أهمية الدراسة جلية في إلقاء الضوء على بعض مظاهر الحماية الإجرائية لحقوق الطفل ولاسيما في المسائل المتعلقة بأحواله الشخصية، باعتبارها تمثل تجسيدا عمليا للقواعد الموضوعية المختلفة التي كفلت هذه الحقوق وقررتها، كي يتسنى معرفة مدى الانسجام والتوافق بين هذه القواعد النظرية من ناحية، وبين الواقع العملي المعاش والمنظور من ناحية أخرى، وبيان الدور الفعال والبارز للقواعد القانونية الإجرائية في كفالة وضمان نفاذ تلك القواعد الموضوعية، ومما لا يخفى ما يلعبه القضاء المدني من دور بارز ومحوري في هذا الجانب، بوصفه حامي حمى الحقوق والحريات في المجتمع.

وتبدو إشكالية الدراسة: في كون القواعد الحماية لحقوق الطفل المتعلقة بأحواله الشخصية كثيرة ومتناثرة في قوانين متعددة؛ مما جعل الحاجة ماسة إلى جمع شتاتها في إطار يحقق وحدتها ويُمكّن من معرفتها وتطبيقها بسهولة ويسر من الجهات المعنية بذلك، وهو ما حاولت عمله في هذه الورقة البحثية.

حدود الدراسة ونطاقها:

وسأجعل دراستي منصبة بصفة أساسية على القواعد الإجرائية الحمائية لحقوق الطفل في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية، وفقاً لما قررته التشريعات العمانية والمصرية في هذا الشأن مع ما يتعلق بذلك من تشريعات ومواثيق إقليمية ودولية منهجية الدراسة. وسأتبع منهجاً تحليلياً مقارناً؛ أقوم فيه باستعراض التشريعات ذات الصلة وسبر أغوارها وتحليل مضامينها؛ لبيان ما بينها من أوجه اتفاق أو اختلاف في ضوء المواثيق الدولية والإقليمية على حد سواء.

خطة الدراسة:

وفي سبيل ذلك سأقسم دراستي في هذا الموضوع إلى مبحثين: أما المبحث الأول: فأعرض فيه للحماية الإجرائية المدنية لحقوق الطفل في المسائل المتعلقة بأحواله الشخصية. وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الطفل وكفالة حق التقاضي.

المطلب الثاني: دعاوى الطفل في مسائل الأحوال الشخصية.

المبحث الثاني: فيتناول تحديد المحكمة المختصة بنظر دعاوى الطفل في القانون المصري والعُماني.

المطلب الأول: المحكمة المختصة بنظر دعاوى الطفل في القانون المصري.

المطلب الثاني: فنحدد فيه المحكمة المختصة في القانون العماني.

المبحث الأول

مظاهر الحماية الإجرائية لحقوق الطفل في مسائل الأحوال الشخصية

ولكي نتعرف على مظاهر هذه الحماية؛ تعين أن نتعرف على مدى تمتع الطفل القاصر بأهلية التقاضي من عدمه في مطلب أول. ثم نتعرف على بعض صور دعاوى الطفل في نطاق الأحوال الشخصية في المطلب الثاني. وذلك وفق الترتيب التالي:



المطلب الأول

الطفل وكفالة حق التقاضي

إذا كانت المواثيق الدولية والإقليمية والتشريعات الوطنية قد أقرت بالعديد من الحقوق الموضوعية للأطفال؛ بوصفهم شباب ورجالات المستقبل، وأساس نهضة وتقدم أي مجتمع؛ إلا أنها تضحى حبراً على ورق، ما لم تجد قضاء مستقلاً وحيادياً، يقوم على ضمان رعايتها وحسن تطبيقها ورد أي عدوان قد يقع عليها من أي أحد كائناً من كان: سلطة أو جهة أو فرداً^(١).

وانطلاقاً من هذا الأساس؛ كان من الأهمية بمكان كفالة حق التقاضي للطفل القاصر^(٢) نكراً كان أم أنثى، والاعتراف له بالصفة الموضوعية في رفع الدعاوى التي تحمي حقوقه كافة أياً كان القانون الذي منحه إياها؛ إذا ما اعتدي عليها أو هُدد بالاعتداء عليها، ليس هذا فقط ولكن أيضاً، الاعتراف له بالأهلية الإجرائية في مباشرة إجراءاتها أمام القضاء بشكل صحيح لئلا توصم بالبطلان^(٣)؛ حتى تكون الحماية متحققة بعنصرها

^(١) وقد نصت المادة (١٩) من عهد حقوق الطفل في الإسلام على تمتع الطفل بالعدالة. وكذلك الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ١٩٤٨م، والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية ١٩٦٦م. ^(٢) وقد نص النظام الأساسي في سلطنة عمان، الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٦ لسنة ٢٠٢١م، والمنشور بالجريدة الرسمية ملحق خاص رقم (١٣٧٤) - في المادة (٢١) منه على: مبدأ المساواة بين المواطنين جميعاً بدون أي تمييز بينهم لأي سبب كان، وأردف في مادته رقم (٣٠) قائلاً بأن: حق التقاضي مكفول للناس كافة، كما نص أيضاً الدستور المصري الصادر في العام ٢٠١٤م والمنشور بالجريدة الرسمية العدد ٣ مكرر (أ) بتاريخ ١٨/يناير ٢٠١٤م، في مادته السابعة والتسعون على كفالة هذا الحق للجميع، وكذلك كفالة حقهم في الدفاع بالأصلالة أو بالوكالة طبقاً للمادة (٩٨) منه، كما كفل المساواة بين المواطنين جميعاً في المادة الثالثة والخمسون، ولا شك أن الطفل داخل في هذا العموم، ومعلوم أن مباشرة هذا الحق العام قد يتبلور في شكل الدعوى القضائية أو في شكل العريضة وفقاً للقواعد والشروط والإجراءات التي نظمها القوانين الإجرائية في هذا الشأن، واهتم المشرع الدستوري المصري بالطفولة وأفرد لها نصاً خاصاً بها هو نص المادة (٨٠)، ووضع فيها تعريفاً للطفل بأنه: كل من لم يبلغ الثامنة عشرة من عمره، ومن الجدير بالذكر أنه قد تم إجراء بعض التعديلات على دستور ٢٠١٤م في العام ٢٠١٩م.

^(٣) للمزيد حول التمييز بين الصفة الإجرائية والصفة في الدعوى، راجع: هبة حنا الباشا: الصفة في الدعوى المدنية، رسالة ماجستير كلية الحقوق الجامعة اللبنانية ٢٠١٩م. د. أحمد سيد محمود: شرح قانون الإجراءات المدنية العماني وفقاً لأحدث التعديلات، الجزء الأول، دار الكتاب الجامعي ٢٠١٤م، ص ٨٣ وما بعدها.

الموضوعي والإجرائي في نفس الوقت، وباعتبار ذلك يمثل في حقيقة الأمر مصلحة فضلى للطفل، ولا سيما بشأن الدعاوى التي ترفع منه لحماية حقوقه المختلفة التي كفلتها له القوانين الوطنية^(٤) والمواثيق العالمية لحقوق الإنسان - الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهدين الدوليين الخاصين بحقوق الإنسان - أن لكل إنسان حق التمتع بجميع الحقوق والحريات الواردة فيها، دون أي نوع من أنواع التمييز؛ ولا شك أن من بين أهم تلك الحقوق على وجه الاطلاق الحق في التقاضي والحصول على محاكمات عادلة تُكفل له فيها كافة الضمانات القانونية^(٥).

كما كفلت له اتفاقية حقوق الطفل هذا الحق؛ عندما قررت جملة من الإجراءات اللازمة وتحديداً (في المواد ٣، ٤، ٥) لتحقيق المصلحة الفضلى للطفل سواء على مستوى

^(٤) سواء تلك المتعلقة بحقوقه المدنية، أو التجارية، أو العمالية، أو بأحواله الشخصية، أو غيرها من الحقوق التي قررتها القوانين الأخرى وفي مقدمتها قوانين حماية الطفولة. إذ إن مجرد تقرير الحقوق والمراكز القانونية لا يجدي نفعاً ما لم يكن هنالك تفعيلٌ حقيقيٌ لهذه الحقوق من خلال كفالة حمايتها بوسيلة الدعوى أو العريضة ومباشرتها أمام القضاء، حتى ولو لم يكن الطفل متمتعاً بالأهلية المدنية الكاملة أو ما يعرف بأهلية التقاضي أو تتوفر له الصفة الإجرائية كشرط لازم لصحة الإجراءات القضائية، ولذا أقتراح الاكتفاء بأن يكون الطفل القاصر مميزاً لممارسة تلك الدعاوى بنفسه أمام القضاء باعتبارها تصرفاً نافعاً له نفعاً محضاً، دون استلزام تمثيله من خلال وليه أو وصيه لصحة الإجراءات، وقياساً على التصرفات الصادرة منه في حقوقه المالية حسبما نصت عليه المادة (٩٣) من قانون المعاملات المدنية العُماني: والتي اعتبرت تلك التصرفات صحيحة متى كانت نافعة له نفعاً محضاً أو باطلة بطلاناً مطلقاً متى كانت ضارة به ضرراً محضاً أو قابلة للإبطال لمصلحة الصغير القاصر المميز، ولا مانع من تطبيق ذلك هنا أيضاً في مجال الحق الإجرائي للصغير المميز، باعتبار أن هذا الحق وكفالة ممارسته دون قيود بالنسبة له هو ما يجعل للقوانين الموضوعية فاعلية حقيقية وتجسيدا على أرض الواقع من خلال كفالة تطبيقها قضائياً عند حدوث أي اعتداءات عليها أو التهديد به، وأما الدعاوى التي ترفع في مواجهته من قبل الغير فلا بأس من التحول لمصلحة الصغير القاصر، واستلزام تمثيله من خلال وليه أو وصيه باختصاصه فيها وجوباً، بل وإقامة الدعوى في مواجهته بصفته هذه، وإلا كان الحكم الصادر فيها باطلاً لصدوره في مواجهة خصم لم يكن ممثلاً تمثيلاً صحيحاً في الدعوى. ويمكن الطعن فيه بطريق الطعن المناسب بحسب الأحوال.

^(٥) راجع نص المادة (العاشرة) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر ١٩٤٨م، وكذا راجع نص المادة (١٢) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الصادر عام ١٩٦٦م.

مؤسسات الرعاية الاجتماعية العامة أو الخاصة، أو على نطاق الاجراءات القضائية وفي المحاكم أو أمام السلطات الإدارية أو الهيئات التشريعية المختصة^(٦)، ونعلم أن نصوص هذه الاتفاقية ذات طبيعة إلزامية للدول المصدقة عليها كـمصر^(٧) وسلطنة عمان^(٨). ولكن طبقاً للقوانين الإجرائية لا تثبت الصفة الإجرائية^(٩) إلا لمن بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية^(١٠)، أما قبل ذلك فلا تثبت إلا لممثله القانوني - ولياً أو وصياً أو غير ذلك - بحسب الأحوال^(١١)، فإذا لم يكن له من يمثله، أو كان هناك وجه لمباشرة إجراءات التقاضي بالمخالفة لرأى ممثلة أو في مواجهته، عينت المحكمة له وصي خصومة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب النيابة العامة أو الغير، ويكون موطن هذا الأخير هو المعول عليه في الدعاوى التي يتم رفعها على القاصر^(١٢).

(٦) عائدة فؤاد النبلاوي: قراءة سيكولوجية في اتفاقية حقوق الطفل محاولة للاقتراب من واقع الطفل العماني، بحث منشور بمجلة كلية الآداب والعلوم الاجتماعية، جامعة السلطان قابوس، ص ٦٧.
(٧) وقد نصت المادة (١) من قانون الطفل المصري ١٢ / ١٩٩٦، والمعدل بالقانون ١٢٦ / ٢٠٠٨ على ذلك.

(٨) انضمت سلطنة عمان إلى اتفاقية حقوق الطفل في ١٩٩٦م بموجب المرسوم السلطاني رقم ٤٥ / ٩٦. ودخلت بذلك حيز التنفيذ في ٨ يناير ١٩٩٧م، وقدمت تقريرها الأول في ٥ يوليو ١٩٩٩م.
(٩) للمزيد حول مفهوم الصفة الإجرائية في التقاضي: د. محمود السيد التحوي: حضور صاحب الصفة الإجرائية في الدعوى القضائية، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ٢٠٠٣م، ص ٤٥٠. د. أحمد مسلم: أصول المرافعات المدنية والتجارية، طبعة ١٩٧١م، ص ٣٣٨، بند ٣٠٢. د. وجدي راغب فهمي: مبادئ القضاء المدني، طبعة ١٩٨٦م، ص ٩٣ وما بعدها، وقارن: العشماويان: قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، الجزء الأول، ١٩٥٧م، رقم ٤٦٢، ص ٥٨٩.

(١٠) طبقاً لنص الفقرة الثانية من المادة ٤١ معاملات مدنية عماني يبلغ سن الرشد من أتم الثامنة عشرة من عمره متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه، وكذلك بحسب نصوص قانون الأحوال الشخصية، ووفقاً لقانون الطفل العماني، أما في القانون المصري فيكون ببلوغ الشخص إحدى وعشرين سنة دون مانع أو عارض من عوارض الأهلية. طبقاً للمادة ٤٤ / ٢ من القانون المدني.

(١١) للمزيد حول الصفة في الدعوى والتمييز بين أنواعها المختلفة. د. أحمد سيد أحمد محمود: شرح قانون الإجراءات المدنية العماني، ج ١، دار الكتاب الجامعي، ٢٠١٤م، ص ٧٧-٨٥.

(١٢) راجع المادة (١ / ٣٩) من قانون المعاملات المدنية العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٩ / ٢٠١٣ والمنشور بالجريدة الرسمية العدد (١٠١٢) السنة الثانية والأربعون؛ حيث جاء فيها: ١- موطن القاصر أو المحجور عليه أو المفقود أو الغائب هو موطن من ينوب عنه قانوناً، وفي فقرتها الثانية أجازت أن يكون للقاصر المأذون له ومن في حكمه ممن بلغ خمسة عشر عاماً أن يتخذ موطناً خاصاً بشأن الأعمال والتصرفات التي يعتبره القانون أهلاً لمباشرتها.

ولكن المشرع المصري - ونزولاً على التزاماته بموجب هذه الاتفاقية الدولية - وتحديداً في البند (ج) من المادة الثالثة من قانون الطفل قرر: "حق الطفل... والاستماع إليه في جميع المسائل المتعلقة به، بما فيها الإجراءات القضائية والإدارية، وفقاً للإجراءات التي يحددها القانون، وتكون لحماية الطفل ومصالحه الفضلى الأولوية في جميع القرارات والإجراءات المتعلقة بالطفولة أيّاً كانت الجهة التي تصدرها أو تباشرها". وفي ذات السياق؛ وبموجب القانون ١ لسنة ٢٠٠٠م، قد اعترف للقاصر الذي أتم الخامسة عشرة سنة ميلادية كاملة، متمتعاً بقواه العقلية بأهلية التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية للولاية على النفس^(١٣) كما اعترف للنيابة العامة بالحق في رفع دعوى الحسبة في مسائل الأحوال الشخصية بناء على شكوى أو طلب طبقاً للقانون رقم (٣) لسنة ١٩٩٦م بتنظيم إجراءات دعوى الحسبة.

واعترف لنيابة الأسرة طبقاً للقانون ٢٠٠٤/١٠، بالحق في رفع أية دعاوى تتعلق بالأحوال الشخصية متى كانت المسألة متعلقة بالنظام العام كدعوى إثبات نسب طفل^(١٤)، بل وأوجب عليها التدخل في الدعاوى والطعون التي تختص بها محكمة الأسرة بدرجتها وإلا كان الحكم باطلاً^(١٥)، كما لم يكتف بأن تبدي رأيها في مذكرة مكتوبة لتكون ممثلة في الدعوى طبقاً للمادة ١/٩١ مرافعات، وإنما ألزمها بالحضور في جلسات المحاكمة مراعاة لمصلحة الصغير، وإلا كان الحكم باطلاً طبقاً للمادة (٣/٤) أسرة.

^(١٣) راجع نص المادة (٢) من هذا القانون المذكور، ومن الجدير بالذكر أن سن الرشد القانوني طبقاً للقانون المدني المصري هو بلوغ إحدى وعشرين سنة ميلادية، وبالتالي فإن الاعتراف بالأهلية في التقاضي لمن بلغ الخامسة عشرة يمثل نقلة نوعية في سبيل حماية حقوق الطفل القاصر والدفاع عن مصالحه المكفولة له بموجب التشريعات المختلفة والمواثيق الدولية ذات الصلة وفي مقدمتها اتفاقية حقوق الطفل.

^(١٤) المادة (١/٦) من القانون ٢٠٠٠/١ بتنظيم بعض إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية.
^(١٥) المادة (٢/٦) من القانون ٢٠٠٠/١، والمادة (٢/٤) من القانون ٢٠٠٤/١٠ الصادر بإنشاء محاكم الأسرة، والمنشور بالجريدة الرسمية العدد ١٢ تابع (أ) بتاريخ ١٨ مارس ٢٠٠٤م، والمعدل بالقانون ٢١٥ لسنة ٢٠١٧م، الجريدة الرسمية العدد ٥١ مكرر (أ) بتاريخ ٢٥ ديسمبر ٢٠١٧م.

أما الطفل عديم الأهلية أو ناقصها؛ فينوب عنه ممثلة القانوني، كذلك فإنه اعترف أيضاً للطفل القاصر؛ والذي بلغ ثماني عشرة سنة والمأذون له في تسلم أمواله لإدارتها، بالأهلية المدنية الكاملة طبقاً لنص المادة (١١٢) مدني^(١٦)، وذلك بخصوص التصرفات التي يبرمها في حدود الإذن الممنوح له بذلك، وفي التقاضي فيه.

وهو ما قرره المشرع العماني أيضاً مع تخفيض السن إلى خمس عشرة سنة^(١٧)، ليس هذا فقط؛ وإنما قرر له كذلك بصريح نص المادة (٧٦) من قانون الطفل الحق في رفع كافة دعاوى التعويض المدني عن الأفعال أو الجرائم المرتكبة في حقه والتي تمثل انتهاكاً لحقوقه الواردة في القانون المذكور^(١٨).

كما قرر المشرع العماني في السياق ذاته - بموجب نص المادة (٢٩٨) إجراءات مدنية - للطفل المشمول بالولاية وللدعاء العام؛ حق الطعن في الأحكام الصادرة بسلب الولاية أو وقفها أو بالحد منها أو بردها. ولا شك أن الطعن حق إجرائي خاص كالدعوى

^(١٦) والتي نصت على أنه: "إذا بلغ الصبي المميز الثامنة عشرة من عمره وأذن له في تسلم أمواله لإدارتها، أو تسلمها بحكم القانون كانت أعمال الإدارة الصادرة منه صحيحة في الحدود التي رسمها القانون".

^(١٧) راجع نص المادة (٩٤) من قانون المعاملات المدنية ٢٩/٢٠١٣، والتي أثبتت للصغير المأذون له الأهلية كالبالغ سن الرشد سواء بسواء، وأهلية التقاضي تثبت لمن بلغ سن الرشد (٢١) ميلادية طبقاً للقانون المدني المصري، وإتمام الثامنة عشر وفقاً للمرسوم السلطاني ٣٢/١٩٩٧ بإصدار قانون الأحوال الشخصية العماني، حيث نصت المادة السابعة منه على أن: "تكمل أهلية الزواج بالعقل، وإتمام الثامنة عشرة من العمر". وقد نشر هذا المرسوم في عدد الجريدة الرسمية رقم (٦٠١) الصادر في ١٥ / ٦ / ١٩٩٧م. وسبق ذكر النصوص ذات الصلة في قانون المعاملات المدنية.

أي أن من بلغ سن الرشد يكون متمتعاً بالصفتين الموضوعية كشرط لقبول الدعوى والاجرائية كشرط لصحة مباشرة الإجراءات فيها. وقد قرر قانون التجارة المصري في المادة (١١ / ٢٠١) أن يكون أهلاً لمزاولة التجارة الذي أكمل الثامنة عشر، وذلك بعد الحصول على إذن من المحكمة المختصة، وتكون للقاصر المأذون له في الاتجار الأهلية الكاملة للقيام بجميع التصرفات القانونية التي تقتضيها تجارته، وهذا يعني الاعتراف له بالحق في التقاضي بشأنها لاكتتمال أهليته. م ٩٤ معاملات مدنية عماني.

^(١٨) ويلاحظ أن قانون مساءلة الأحداث العماني لم يجز قبول الادعاء مدنياً على الطفل الحدث أمام محكمة الأحداث. طبقاً لنص المادة (٣٦) من قانون مساءلة الأحداث، والتي قضت بأنه: "لا تقبل الدعوى المدنية أمام محكمة الأحداث".

سواء بسواء؛ ولذا كان من الأهمية بمكان الاعتراف للطفل القاصر بالحق الكامل في التقاضي وبالأهلية الإجرائية في مباشرة كافة الدعاوى الناشئة عن انتهاك حقوقه القانونية أيًا كانت التشريعات التي كفلتها له كنوع من الحماية الإجرائية اللازمة لضمانها وفعاليتها وعدم الاعتداء عليها، وبالتالي تحقيق الغرض المقصود من وراء تقريرها، وإلا أصبحت عديمة الجدوى وتضحى حبراً على ورق^(١٩)، وهذا ما يدعونا لمعرفة بعض صور الحماية

(١٩) وهذا لا يتنافى إطلاقاً مع إمكانية الاستعانة بولي له أو بوصيه في تلك الدعاوى، بل ووجوب اختصاصه وإدخاله فيها سواء في تلك المرفوعة من الطفل القاصر أو في مواجهته تحقيقاً لمصلحة العدالة من ناحية وللمساعدة في إظهار وجه الحق فيها من ناحية أخرى؛ وهو أمر تملكه المحكمة من تلقاء نفسها إعمالاً لمقتضى نص المادة (١١٨) من قانون الإجراءات المدنية العماني، كما يمكن للولي أو الوصي كذلك التدخل في الدعاوى المتعلقة بالطفل القاصر وفقاً لنص المادة (١٢١) من ذات القانون. ويجوز للمحكمة أيضاً أن تنتدب له محامياً أو وكيلاً بالخصومة - وهو ما يعرف بالتمثيل الفني في الخصومة - تمييزاً له عن التمثيل الإجرائي للخصم من قبل - الولي أو الوصي أو القيم - ليرافع نيابة عنه مراعاة لمصلحة الطفل القاصر الفضلى، بل أرى وجوبية ذلك على المحكمة المختصة تحقيقاً لتلك المصلحة، واتساقاً مع ما قرره المواثيق الدولية والإقليمية والقوانين المعنية بحماية الطفولة مما سبق ذكره في هذا الشأن.

للمزيد حول مفهوم الصفة كشرط لقبول الدعوى: د. الشحات الحديدي: ماهية الصفة ودورها في النطاق الإجرائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦م، ص ٣٥، د. أحمد سيد محمود: شرح قانون الإجراءات المدنية العماني، ص ١٨٧ وما بعدها، د. عبد الحكيم عباس قرني عكاشة: الصفة في العمل الإجرائي، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة بني سويف، ١٩٩٥، ص ٤٠، د. سيد أحمد محمود: أصول التقاضي، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٩، ص ٢١٧. ويمكن توضيح الفرق بين هذين النوعين من التمثيل في كون: الإجرائي يقوم فيه شخص بمباشرة إجراءات الخصومة باسم ولحساب شخص آخر (الأصيل) نظراً لعدم تمتع هذا الأخير بأهلية التقاضي نظراً لانعدام أو نقص أهليته، وهي تكون بحكم القانون كما هو الحال بالنسبة للولي أو ممثل الشخص الاعتباري، أو تثبت قضاء بحكم كما هو الحال بالنسبة للوصي عن القاصر أو القيم عن المحجور عليه لجنون، أو عته، أو سفه، أو غفلة، وقد يكون اتفاقياً كما هو الحال بالنسبة للوكيل. وهذا التمثيل أو ما يعبر عنه بـ (الصفة الإجرائية أو الأهلية الإجرائية) يعد شرطاً لصحة الإجراءات وليس لقبول الدعوى، كما أن تخلفه في أثناء نظر الخصومة يؤدي لانقطاعها ما لم تكن قد تهيأت للحكم في موضوعها وفقاً لما نصت عليه المادة (١٢٩) وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية. أما التمثيل الفني: فيكون من خلال الاستعانة بمحام له قدرة على فهم القانون وتوظيفه بالشكل الصحيح، وعرض طلبات الخصوم ودفعهم وفق صحيح القانون بما يؤدي لتحقيق مصلحة موكله، ولو كان هذا الأخير متمتعاً بالأهلية القانونية الكاملة. م ٧٥ إجراءات مدنية، كما يجوز لذوي الشأن أن ينيبوا عنهم في الحضور والمرافعة أمام المحاكم أزواجهم أو قريباً أو صهراً حتى الدرجة الرابعة م ٤ من قانون المحاماة العماني الصادر بالمرسوم السلطاني ١٠٨ / ١٩٩٦ وتعديلاته. مع ضرورة مراعاة ما نصت عليه المادة (٣١) من هذا القانون، والتي قيدت حق رفع الدعوى

الإجرائية للطفل في مسائل الأحوال الشخصية في التشريعين المصري والعماني؛ وذلك في المطلب الثاني:

المطلب الثاني

دعاوى الطفل في مسائل الأحوال الشخصية

وسأعرض في هذا المطلب لعدد من الدعاوى القضائية التي تعتبر نموذجاً للحماية الإجرائية المدنية لحقوق الطفل في مسائل الأحوال الشخصية^(٢٠)؛ وبالقدر الذي يتناسب وطبيعة هذه الدراسة.

بالنسبة للشركات والمؤسسات التجارية التي تزيد قيمتها عن خمسة آلاف ريال عماني إلا من قبل محام، وكذلك الحال بالنسبة للأفراد في الدعاوى المدنية والتجارية والضريبية التي تجاوز قيمتها خمسة عشر ألف ريال عماني. كما لا يجوز كذلك رفع الطعون وتوقيعها والحضور والمرافعة أمام المحكمة العليا إلا من محام مقبول للمرافعة أمامها؛ إذ التمثيل الفني اختياريًا لصاحب الشأن كأصل، ما لم ينص القانون على ضرورة الاستعانة بمحام لتوقيع صفح الطعون والحضور والمرافعة كما هو الحال أمام المحكمة العليا أو النقض؛ وإلا ترتب على ذلك البطلان الإجرائي المطلق لتخلف ذلك، كما قد يستلزم الأمر أن يكون المحامي لديه توكيلاً خاصاً لتوجيهه يميناً حاسمة أو الإقرار بالحق المتنازع عليه أو النزول عنه، وذلك وفقاً لما قرره المادة (٧٨) إجراءات، كما لا يجوز له كذلك أن ينيب عنه غيره في ذلك ولا سيما إذا كان هنالك في وكالته بالخصوص ما يمنعه من القيام بذلك وفقاً لمقتضيات نص المادة (٨٠) إجراءات مدنية. أضف إلى ما سبق تأييداً لرأينا السابق ما قرره الدساتير والقوانين الإجرائية في هذا الشأن من أن حق التقاضي مكفول للناس كافة، كما قررت كذلك احترام الحق في الدفاع والمواجهة سواء مارسه الشخص المتقاضى بالأصالة عن نفسه أو بالوكالة عن غيره. ووفقاً لقانون الطفل العماني وتحديداً بموجب نص المادة الثالثة منه: لا تخل أحكام هذا القانون بأي حماية أفضل للطفل يكفلها قانون آخر، كما لا تخل بحق ولي الأمر في التوجيه والإرشاد بطرق تتفق وقدرات الطفل المتطورة لدى ممارسته حقوقه المنصوص عليها في هذا القانون، وذلك في إطار المعتقدات الدينية والعرف الاجتماعي السائد. وللمزيد حول التدخل في الدعوى وآثاره د. رمضان إبراهيم عبد الكريم علام: التدخل في الدعوى المدنية أمام القضاء - حالاته وآثاره، قواعده وأحكامه - دراسة مقارنة بين قانون المرافعات المصري وقانون الإجراءات المدنية العماني، نشر دار الكتاب الجامعي ٢٠١٨م، ص ٢٥ - ١٣٠. د. أحمد سيد محمود: شرح قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني، الجزء الأول، دار الكتاب الجامعي، ٢٠١٤م، ص ١٧٨ - ١٨٦.

(٢٠) راجع نص المادة (٧) من قانون الطفل المصري.

أولاً-دعوى النفقة الموضوعية^(٢١): لما كانت حاجة الطفل للمال الذي يعتبر عصب الحياة وقوامها أمراً لا شك فيه؛ فقد أوجبها الشرع على الأب قال عز من قائل: "وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف..^(٢٢)" وفي هذا تقول المحكمة العليا: إن نفقة

^(٢١) وقد نص قانون الأحوال الشخصية العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٣٢ / ١٩٩٧ وتعديلاته والمنشور في عدد الجريدة الرسمية رقم (٦٠١) الصادر في ١٥ / ٦ / ١٩٩٧م على حق النفقة للأولاد والأبناء وغيرهم والتي تشمل الطعام، والكسوة، والمسكن، والتطبيب، وكل ما به مقومات حياة الإنسان، حسب العرف. وذلك في الباب الخامس منه راجع: المواد أرقام (٤٢-٤٣-٤٤-٤٥-٤٦) منه. وكذا نصت المادة (٦٠) منه على أن: أنفقة الولد الصغير الذي لا مال له على أبيه، حتى تتزوج الفتاة، ويصل الفتى إلى الحد الذي يكتسب فيه أمثاله، ما لم يكن طالب علم يواصل دراسته بنجاح معتاد. ب- نفقة الولد الكبير، العاجز عن الكسب لعاهة أو غيرها على أبيه، إذا لم يكن له مال يمكن الإنفاق منه. ج- تعود نفقة الأنثى على أبيها أو من تجب عليه نفقتها غيره إذا طلقت أو مات عنها زوجها ما لم يكن لها مال. د- إذا كان مال الولد لا يفي بنفقته، ألزم أبوه بما يكملها ضمن الشروط السابقة. كما نصت المادة (٦١) على أنه: تجب على الأب تكاليف إرضاع ولده إذا تعذر على الأم إرضاعه ويعتبر ذلك من قبيل النفقة. وقررت المادة (٦٢) في حالة عدم وجود الولي القادر على الإنفاق تجب نفقة الولد على أمه الموسرة إذا فقد الأب ولا مال له، أو عجز عن الإنفاق. للمزيد حول هذا القانون وتعديلاته: د. محمد أحمد شحاته: شرح قانون الأحوال الشخصية لسلطنة عمان بموجب المرسوم ٣٢ / ١٩٩٧ وتعديلاته، دلالة التقنين بين النص والفقهاء الإسلامي وأحكام القضاء، المكتب الجامعي الحديث ٢٠١٩، د. أحمد نصر الجندي: شرح قانون الأحوال الشخصية في سلطنة عمان، دار الكتب القانونية ٢٠١٠م، وراجع كذلك نص المادة ١٨ مكرراً ثانياً من قانون الأحوال الشخصية المصري رقم ٢٥ / ١٩٢٠ معدلاً بالقانون ٢٥ / ١٩٢٥، وبالقانون ١٠٠ / ١٩٨٥ وبالقانون ١ / ٢٠٠٠ وتعديلاته. بالقانون ٩١ / ٢٠٠٠، ١٠ / ٢٠٠٤ بشأن محاكم الأسرة، وبالقانون ٤ لسنة ٢٠٠٥، وبالقانون ١٤٠ لسنة ٢٠١٧م، وعدل أخيراً بالقانون رقم ١٧٦ لسنة ٢٠٢٠، وهناك مشروع تعديل له مقدم من مشيخة الأزهر ولا زال في طور الصدور، وفي السياق ذاته قرر المشرع في- قانون الجزاء العُماني الجديد الصادر بالمرسوم السلطاني ٧ لسنة ٢٠١٨م - عقوبات على كل من ترك ولداً له في الاحتياج أو رفض الإنفاق عليه بعد صدور حكم بإلزامه بالنفقة إذ نصت المادة (٢٨٠) منه على ذلك. وراجع كذلك: نص المادة (٢٧٨)، والمادة (٢٧٩) من القانون سالف الذكر، وفي السياق نفسه: قرر قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧م، بعد تعديله بالقانون رقم ٦ لسنة ٢٠٢٠م، والمنشور بالجريدة الرسمية العدد رقم (٥) مكرر بتاريخ ٢ فبراير ٢٠٢٠م، عقوبة الحبس سنة في حالة الامتناع عن سداد "النفقات واجبة النفاذ" شريطة تقديم شكوى بذلك من صاحب الشأن، مع مراعاة الإعذار والتنبية.

^(٢٢) سورة البقرة الآية رقم (٢٣٣).

المحضون الواجبة على أبيه هي حق خالص للمحضون؛ ومؤدى ذلك: أنه لا يصح للحاضن التنازل عنها لأنه لا يملك ذلك الحق، وفاقد الشيء لا يعطيه^(٢٣)؛ ولأن بقاء الأسرة دون مال أو نفقة يؤدي حتماً إلى ضياعها وانهايارها؛ ولذا وجدنا المشرع العماني في قانون الأحوال الشخصية قد أفرد لها فصلاً خاصاً حدد فيه مشتملاتها؛ وعلى من تجب، ولمن تجب؛ إذ نصت المادة (٤٤) منه على أن النفقة تشمل الطعام والكسوة والمسكن والتطبيب أو العلاج وكل ما به مقومات حياة الإنسان حسب العرف. كما قررت المادة (٤٥) منه كيفية وطرق تقديرها من قبل القضاء وضرورة أن يراعي سعة المنفق وحال المنفق عليه والوضع الاقتصادي زماناً ومكاناً^(٢٤)، كما أعطت المادة (٤٧) النفقة امتيازاً على سائر الديون؛ وذلك لأهمية النفقة وكونها تمس كيان الأسرة.

وهذا ما قرره المشرع المصري أيضاً في قانون الأحوال الشخصية بموجب نص المادة ١٨ مكرر ثانياً من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩م قائلاً: "إذا لم يكن للصغير مال فنفقته على أبيه، وتستمر نفقة الأولاد على أبيهم إلى أن تتزوج البنت أو تكسب ما يكفي نفقتها والى أن يتم الابن الخامسة عشر من عمره قادراً على الكسب المناسب، فإن أتمها عاجزاً عن الكسب لآفة بدنية أو عقلية أو بسبب طلب العلم الملائم لأمثاله ولاستعداده، أو بسبب عدم تيسر هذا الكسب استمرت نفقته على أبيه. ويلتزم الأب بنفقة أولاده وتوفير المسكن

(٢٣) انظر: حكم المحكمة العليا - الدائرة الشرعية - جلسة يوم السبت الموافق ٢٥/٢٥/٢٠١٢م، في الطعن رقم ١٢٢/٢٠١١، المبدأ رقم ١٣، مجموعة المبادئ الصادرة عن الدوائر المدنية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، في الفترة من ١/١٠/٢٠١١م وحتى ٣٠/٦/٢٠١٢م، السنة القضائية رقم (١٢)، ص ٥٥ وما بعدها.

(٢٤) وبالإضافة إلى الحكم المذكور في الإشارة المتقدمة انظر أيضاً: حكمها الصادر بجلسته ١٩/١١/٢٠١١م، في الطعن رقم ١٣١/٢٠١٠، المبدأ رقم (٦) مجموعة الأحكام والمبادئ المستخلصة منها في الفترة من ١/١٠/٢٠١١م وحتى ٣٠/٦/٢٠١٢م، السنة القضائية ١٢، ص ١٨ وما بعدها، وخلصت فيه المحكمة إلى أن تقدير قيمة النفقة بالنظر إلى حالة المنفق والمنفق عليه تعتبر من مسائل الواقع التي تستقل بتقديرها محكمة الموضوع دونما رقابة عليها في ذلك من العليا ما دامت قد بنت قضائها فيها على أسباب سائغة تكفي لحمله ولها أصل ثابت في الأوراق ولم تخرج في تقديرها عن المألوف في مثل هذه الظروف.

لهم بقدر يساره وبما يكفل للأولاد العيش في المستوى اللائق بأمثالهم. وتستحق نفقة الأولاد على أبيهم من تاريخ امتناعه عن الإنفاق عليهم".

ولم يقف الأمر عند هذا الحد؛ ولكن أيضاً وتحقيقاً للحماية الإجرائية للنفقة؛ لم يُجز المشرّعان العُماني والمصري^(٢٥) توقيع الحجز عليها لعدم تفويت المصلحة من تقريرها، بل وجعلها كذلك من الديون الممتازة على سائر الديون الأخرى؛ حيث يفهم مما ورد النص عليه في الفقرة (ز) من المادة (٣٦٦) إجراءات مدنية عماني^(٢٦) جواز الحجز على الأجور والرواتب في حدود الربع، استثناءً؛ وذلك وفاء لدين نفقة مقررة أو لدين مستحق للحكومة، وعند التزاحم تكون الأولوية لدين النفقة^(٢٧)، كذلك لم يُجز - طبقاً للفقرة (ج) من المادة سالفة الذكر - الحجز على ما يلزم المدين أو المحكوم عليه وأسرته من ثياب وفراش وغذاء لمدة شهر، حفاظاً على كيان الأسرة والتي تضم في مفهومها أصول المدين وفروعه من الآباء وإن علوا والأبناء وإن نزلوا^(٢٨).

وهو الأمر نفسه الذي قرره في الفقرة (ب) من المادة سالفة الذكر عندما قرر عدم جواز الحجز على المنزل الذي يسكنه المدين مع أسرته متى كان متناسباً مع حالته، وفي

(٢٥) راجع نصوص المواد (٣٠٥، ٣٠٦، ٣٠٧، ٣٠٨، ٣٠٩) من قانون المرافعات المصري ١٣ لسنة ١٩٦٨م معدلاً بالقانون ٧٦ لسنة ٢٠٠٧م. وبالقانون ٢٠٢٠/١٩١، وقد نشر هذا التعديل الأخير بالجريدة الرسمية العدد ٣٦ مكرر [[ب]] بتاريخ ٥ سبتمبر ٢٠٢٠م.

(٢٦) الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٠٠٢/٢٩ وتعديلاته. وراجع: نص المادة (٣٠٩) مرافعات مصري.

(٢٧) وتشمل النفقة المقررة في التشريعات العمانية الزوجة والأولاد والأبوين الذين لا مال لهما والقريب الذي لا مال له وفقاً للشروط التي قررها القانون في ذلك. وتشمل النفقة الغذاء والكسوة والمسكن ومصاريف العلاج وغير ذلك مما يقضى به الشرع طبقاً لنص المادة (١) من القانون ٢٤ لسنة ١٩٢٠م.

(٢٨) راجع نص المادة (٣٠٥) مرافعات مصري والتي حظرت الحجز على ما يلزم المدين وأسرته من الثياب والفراش والغذاء لمدة شهر، ويلاحظ أن الفقرة (ج) من المادة (٣٦٦) إجراءات مدنية عماني لم تشر إلى الغذاء اللازم لمعيشة المدين وأسرته لمدة شهر رغم كونه لا يقل أهمية عن الثياب والفراش إن لم يزد. ويقصد بالأسرة: زوجة المدين وأقاربه وأصهاره على عمود النسب الذين يقيمون معه في معيشة واحدة. للمزيد من التفصيلات راجع مؤلفنا: أصول التنفيذ الجبري في قانون المرافعات المصري معدلاً بالقانون ٧٦ لسنة ٢٠٠٧م، ص ١٥٦-١٥٩.

حالة وفاته قبل الوفاء بالدين المحجوز من أجله، منع مباشرة إجراءات التنفيذ على المنزل المخصص لسكنى عائلته الملزم شرعاً بالإنفاق عليهم وفي مقدمتهم بطبيعة الحال أصوله وفروعه من الأبناء القصر بصفة خاصة^(٢٩).

ولم ينص المشرع المصري على منع الحجز على المنزل الذي يسكنه المدين مع أسرته، رغم كونه أكثر أهمية من الثياب والفرش، ولذا أدعوه لتبني المنع حماية لأسرة المدين وفي المقدمة منهم أطفاله القصر حفاظاً على حالتهم النفسية والاجتماعية وكحماية قانونية إجرائية لحقهم في الحياة الكريمة التي كفلتها لهم قوانين الطفل والمواثيق الدولية والإقليمية ذات الصلة.

ولكنه قرر في الوقت نفسه؛ وفقاً للقانون ١ لسنة ٢٠٠٠م بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية وتعديلاته^(٣٠)، وتحديداً بموجب المادة (٧٦) منه استثناء على ما تقرره القوانين في شأن قواعد الحجز على المرتبات أو الأجور أو المعاشات وما في حكمها، يكون الحد الأقصى لما يجوز الحجز عليه منها وفاء لدين نفقة أو أجر أو ما في حكمها للزوجة، أو المطلقة، أو الأولاد، أو الوالدين، لا يزيد على ٥٠%.

وقرر في المادة (٧٧) منه أولوية دين النفقة على سائر الديون، وكذا لا يترتب على رفع الإشكال في تنفيذ أحكام النفقة وقف تنفيذها طبقاً للمادة (٧٨) من هذا القانون، كما

^(٢٩) وهذا الحظر ليس مطلقاً إذ لا يسري في مواجهة الديون الممتازة كما لو كان المنزل مرهوناً رهناً تأمينياً، أو كان مقرراً عليه حق امتياز بالثمن في حالة عدم الوفاء به. ولا شك أن المشرع بتقريره لهذا المنع كأصل عام أراد حماية أبناء المدين المحكوم عليه أو المنفذ ضده من التشريد والضياع عندما يتم طردهم إلى الشارع في ظروف استثنائية تتعرض لها الأسرة ممثلة في المدين الملزم بالنفقة عليهم شرعاً. وهذا مسلك حسن من المشرع، يدل على نيته الصادقة في توفير الحماية الاجرائية من منظور اجتماعي وقانوني ونفسي للأسرة؛ حفاظاً على نواة المجتمع الأولى وقاطرة المستقبل، وهم: الأبناء والأطفال القصر ممن وضعتهم الظروف في هذا الموقف بالغ الصعوبة والخطورة معاً.

^(٣٠) وقد وردت عليه العديد من التعديلات كما سلف وبيننا فيما سبق، وهو قانون إجرائي خاص بمسائل الأحوال الشخصية في شأن المسائل التي نظمها، أما ما لم يرد فيه نص فتطبق عليها قواعد قانون المرافعات بوصفها الشريعة العامة للإجراءات. وهو ما يستفاد من نص المادة الأولى من مواد الإصدار وكذا نصوص المواد (٥٦، ٥٧) من مواد القانون.

نصت المادة ٧٦ مكرر منه في فقرتها الأولى على: إمكانية حبس المدين بدين النفقة القادر على الدفع مدة لا تزيد على ثلاثين يوماً. وجدير بالذكر أنه قد تم تشديد العقوبة لتصل إلى الحبس عام مع الحرمان من الخدمات الحكومية بموجب التعديل الأخير لقانون العقوبات المصري القانون ٦ لسنة ٢٠٢٠م^(٣١).

دعاوى النفقة المستعجلة^(٣٢): وتعزيراً لأهمية النفقة ودورها في تحقيق مصلحة الطفل كفلت التشريعات الإجرائية سرعة وصول هذا الحق إلى أصحابه، حيث نصت المادة (٢٨٤) إجراءات مدنية على أنه: للمحكمة أثناء سير الدعوى أن تصدر أحكاماً مؤقتة بشأن تقدير نفقة وقتية أو تعديل قيمة نفقة مقررة سلفاً، ولا يجوز الطعن في هذه الأحكام إلا مع صدور الحكم المنهي للخصومة برمتها^(٣٣)، وهو نفس ما نصت عليه الفقرة الرابعة من المادة العاشرة من قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المصري^(٣٤)، كما تتمتع الأحكام الصادرة في هذه الدعاوى بالنفذ المعجل بقوة

(٣١) المنشور بالجريدة الرسمية العدد ٥ مكرر الصادر بتاريخ ٢-٢-٢٠٢٠م.

(٣٢) وقد أعطى المشرع المصري لنيابة شؤون الأسرة سلطة إصدار أوامر وقتية مسببة واجبة النفاذ بتقدير نفقة وقتية لعديم الأهلية أو ناقصها أو للغائب من أموال مستحق النفقة إلى حين صدور الحكم بتقديرها طبقاً لما قرره المادة (٤/٢٦) من القانون ٢٠٠٠/١. ولهذه النيابة أيضاً طبقاً لنص المادة (٤٧) من القانون (٢٠٠٠/١) أن تصرح للنائب عن عديم الأهلية أو ناقصها أو عن الغائب بالصرف من الأموال السائلة لأي من هؤلاء دون الرجوع إلى المحكمة بما لا يجاوز مبلغ ألف جنيه ويجوز زيادته إلى ثلاثة آلاف جنيه بقرار من المحامي العام المختص؛ وذلك لمرة واحدة كل ستة أشهر.

(٣٣) وهو ما قرره أيضاً الفقرة الخامسة والأخيرة من المادة العاشرة من قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المصري (١) لسنة ٢٠٠٠م.

(٣٤) القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠م وتعديلاته.

القانون وبغير كفالة حسبما قرره الفقرة/أ من المادة (٣٤٦) إجراءات مدنية^(٣٥)، وهو ذات ما قرره المشرع المصري طبقاً لنص المادة ٢٨٨ مرافعات^(٣٦).

كما أعطى المشرع المصري لنيابة شؤون الأسرة سلطة إصدار أوامر وقتية مسببة واجبة النفاذ بتقدير نفقة وقتية لعديم الأهلية أو ناقصها أو للغائب من أموال مستحق النفقة إلى حين صدور الحكم بتقديرها طبقاً لما قرره المادة ٤/٢٦ من القانون ٢٠٠٠/١. ولهذه النيابة أيضاً طبقاً لنص المادة ٤٧ من القانون (٢٠٠٠/١) معدلة بالقانون رقم ١٧٦ لسنة ٢٠٢٠م أن تصرح للنائب عن عديم الأهلية أو ناقصها أو عن الغائب بالصرف من الأموال السائلة لأي من هؤلاء دون الرجوع إلى المحكمة بما لا يجاوز مبلغ عشرة آلاف جنيه، ويجوز زيادته إلى عشرين بقرار من المحامي العام المختص؛ وذلك لمرة واحدة كل ثلاثة أشهر؛ وذلك في غير حالات الضرورة القصوى كالحوادث والحالات المرضية التي لا تحتتم تأخيراً حيث يمكنه زيادة هذا المبلغ وفق ما تقتضيه الظروف والملابسات المحيطة بتلك الوقائع. ولكن يتوجب على النائب عن الطفل عديم الأهلية أو ناقصها المصرح له بالصرف أن يقدم كافة الأوراق والمستندات الدالة عليه قبل تقديمه لأية طلبات صرف أخرى.

وجعل الأحكام الصادرة في دعاوى النفقة وأجرة الحضانة والرضاع والمسكن أو تلك الصادرة بتسليم الصغير أو رؤيته نافذة نفاذاً معجلاً قانونياً وبغير كفالة طبقاً لنص المادة (٢٨٢) إجراءات مدنية^(٣٧)؛ وذلك لأن طبيعة هذه الأحكام لا تحتتم التأخير؛ نظراً لما

^(٣٥) والتي نصت على أن النفاذ المعجل واجب بقوة القانون في الأحوال الآتية: أ-الأحكام الصادرة في المواد المستعجلة أياً كانت المحكمة التي أصدرتها وأياً كان نوع المادة التي صدر فيها مدنية أو تجارية أو شرعية... الخ. للمزيد راجع: د. على أبو عطية هيكل: أصول التنفيذ الجبري في قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية ٢٠١٢م، ص٦٧، ٦٨، د. أحمد سيد محمود: أصول التنفيذ الجبري في قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية والأحكام القضائية والآراء الفقهية، دار الكتاب الجامعي، الطبعة الأولى ٢٠١٥، ص ١٦٠ وما بعدها.

^(٣٦) والتي نصت على أن النفاذ المعجل يكون واجباً بقوة القانون في الحالات الآتية: الأحكام الصادرة في المسائل المستعجلة أياً كانت المحكمة التي أصدرتها... الخ.

^(٣٧) أجازت الفقرة الأخيرة من المادة (١٠) من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠م للمحكمة أثناء سير الدعوى أن تصدر أحكاماً مؤقتة في المسائل الآتية: (١) الدعاوى المتعلقة بشأن الرؤية (٢) إصدار حكم مؤقت

يترتب على ذلك من فوات المصلحة القانونية للطفل القاصر والمراد حمايتها، حتى لا تتضرر ضرراً قد لا يمكن تدارك آثاره ونتائج بشكل تام؛ ولا يترتب على الإشكال في تنفيذ حكم النفقة وقف إجراءات التنفيذ.

بينما وجدنا المشرع المصري قد نص في المادة (٦٥) من قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، على شمولها بالإنفاذ المعجل قانوناً، ولكنه جعلها من بين حالات الإنفاذ المعجل القضائي طبقاً لما قرره المادة (٢٩٠) مرافعات، وقد يبدو للبعض؛ أن هنالك ثمة تعارض بين النصين على غير الحقيقة؛ لكون نصوص قانون المرافعات عامة والقانون ٢٠٠٠/١ سالف الذكر خاص، فتحمل النصوص العامة على النصوص الخاصة.

وأعتقد ترسيخاً وتأكيداً على حماية تلك الحقوق ومراعاة للمصلحة الفضلى لضرورة الاعتراف للطفل القاصر المميز - وبالأولى المأذون له في الإدارة طبقاً للقانون - بالأهلية الإجرائية الكاملة في مباشرة كافة إجراءات التنفيذ الجبري بخصوص الأحكام الصادرة لمصلحته في مواجهة الغير بوصفها عملاً نافعاً له نفعاً محضاً من ناحية، وتفعيلاً عملياً تطبيقاً لهذه الحماية كغاية لحقهم في التقاضي ونزولاً على مقتضيات العدالة الناجزة من ناحية أخرى^(٣٨).

بمقتضى نفقة وقتية أو زيادتها أو نقصها. وأوضحت هذه الفقرة أن الأحكام المؤقتة التي تصدر أثناء سير الدعوى تكون واجبة الإنفاذ، ولا يجوز الطعن عليها بأي وجه من أوجه الطعون إلا بعد صدور حكم نهائي في الدعوى، وذلك استثناء من حكم المادة (٢/٢١٢) من قانون المرافعات المدنية والتجارية.^(٣٨) وقد منح بعض الفقه الحق للقاصر في مباشرة إجراءات التنفيذ فقط حيث كان مأذوناً له في الإدارة وفقاً للقانون استناداً للمادتين (٩٣، ٩٤) معاملات مدنية، وذلك اكتفاء بأهلية الإدارة فقط دون التصرف، أما ناقصو الأهلية من غير المأذونين بالإدارة، فلا يجوز لهم ذلك إلا من خلال ممثلهم فقط - قانوناً كالولي أو قضاء كالوصي والقيم - وإلا كان التنفيذ باطلاً. د. أحمد سيد محمود: أصول التنفيذ، مرجع سابق، ص ٧٩، وفي الحقيقة أتفق معه حالة انعدام الأهلية فقط دون نقصانها ولا أرى مانعاً من وجوب اختصاص ممثله في هذه الإجراءات سواء تلك المتخذة منه كطالب تنفيذ أو تلك المتخذة في مواجهته كمنفذ ضده بحسب الأحوال. أما عديم الأهلية كالصبي غير المميز والمجنون ومن في حكمه فلا مناص من أن تكون كافة الإجراءات من جانب ممثلهم لانعدام إرادتهم بالكلية وإلا كانت باطلة بطلاناً مطلقاً ينحدر بها إلى درجة الانعدام.

ثانياً- دعاوى الطفل القاصر المتعلقة بمسائل الولاية على النفس والمال^(٣٩): في البداية يتعين القول بأن المشرع قد أسند في قانون الأحوال الشخصية ولاية النفس للأب، ثم للعاصب بنفسه على ترتيب الإرث نزولاً على نص المادة (١٥٩) أحوال شخصية عماني، بينما قصرها في المال على الأب وفقاً لما قرره المادة (١٦٠) منه؛ وذلك في حالة وجوده، وإلا عين القاضي وصياً خاصاً أو مؤقتاً حسبما تقتضيه مصلحة القاصر^(٤٠)، وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة العليا؛ بأن كون الولاية على المال للأب لازمه ومقتضاه، ثبوت الصفة للأب في التدخل لمصلحة أولاده القاصرين، دونما استلزام حصوله على إذن بذلك من الأم، حتى ولو كانت هي المتبرعة بالمال للأولاد^(٤١).

وانطلاقاً مما سبق؛ تكون الولاية التعليمية على الطفل من حق الأم، طالما نشأ نزاع قضائي دون الحاجة إلى وقوع طلاق؛ حيث نصت المادة (٥٤) من قانون الطفل المصري رقم ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨م على أنه: "تكون الولاية التعليمية على الطفل للحاضن وعند الخلاف على ما يحقق مصلحة الطفل الفضلى يرفع أياً من ذوي الشأن، الأمر إلى رئيس محكمة الأسرة بصفته قاضياً للأمر الوقتية ليصدر قراره بأمرٍ على عريضة دون المساس بحق الحاضن في الولاية التعليمية"، وفي حالة الطلاق فقد صدر القرار رقم (١) لسنة ٢٠٠٨م، والصادر من وزارة التربية والتعليم، بإلزام الأب بتحويل نجله إلى أقرب مدرسة لمسكن الأم الحاضنة طالما أن التلميذ ما زال في سن الحضانة.

وقد منح القانون للمحكمة المختصة سلطة سلب الولاية أو وقفها أو الحد منها أو ردها؛ وذلك متى تبين لها عدم قيام الولي بواجباته تجاه القاصر، أو لأنه لم يراع مصلحة التي

^(٣٩) راجع نص المادة (١٥٨) أحوال شخصيه والتي بيّنت إن الولاية على النفس تعني: "العناية بكل ما له علاقة بشخص القاصر، بينما الولاية على المال يقصد بها: "العناية بكل ما له علاقة بمال القاصر". كما نصت المادة (٤٣) من قانون الطفل ٢٠١٤/٢٢ على أنه: للطفل الحق في رعاية أمواله وتنميتها، وتقع مسؤولية ذلك على عاتق وليّ الأمر وفقاً لأحكام قانون الأحوال الشخصية.

^(٤٠) راجع: نص المادة (١٧١) أحوال شخصية، وكذلك راجع: نص المادة (١٧٢) من القانون المذكور والتي حددت بدورها الشروط اللازم توفرها في الوصي لضمان مصلحة القاصر.

^(٤١) راجع حكمها الصادر من الدائرة المدنية (أ) بجلسة الأحد الموافق ١٠/٣/٢٠١١م، في الطعن رقم ٢٠١١/٢١٨، مجموعة الأحكام والمبادئ المستخلصة منها، المبدأ رقم ٢٤، ص ١٠٦ وما بعدها.

نُصب لأجلها. وهذا ما قررته المادة ١٢ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠م^(٤٢)، وهذه الأحكام يجوز للمحكمة أن تشملها بالنفاذ المعجل بغير كفالة وفقاً للفقرة الثانية من المادة (٢٨٢) إجراءات مدنية، والمادة (٢٩٠) مرافعات مصري، كما أسندت المادة (١٥) من قانون تنظيم التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المصري؛ للمحكمة التي يقع بدائرتها موطن الولي أو القاصر أن تنظر في دعاوى سلب الولاية، وهو ما نصت عليه أيضاً المادة (٢٩٠) إجراءات مدنية^(٤٣).

ولم يقف الأمر عند هذا الحد؛ وإنما منحها أيضاً سلطة اتخاذ مجموعة من الإجراءات التحفظية التي قد تراها لازمة لحماية مصلحة الصغير المشمول بالولاية، كأن تنتدب الادعاء العام أو من تراه من الجهات المعنية الأخرى للتحقيق فيما نُسب للولي من مخالفات أو أوجه قصور، بالإضافة إلى التحري عن حالة أسرة المشمول بالولاية، ومعرفة سيرة أقربائه، وموافاة المحكمة بالنتيجة^(٤٤).

وللمحكمة كذلك - طبقاً لما قررته المادة (٢٩١) إجراءات مدنية - بعد الاطلاع على التقرير المنصوص عليه في المادة السابقة؛ أن تأمر بتسليم المشمول بالولاية مؤقتاً لأمين؛ حفظاً للقاصر وصيانة لحقوقه، ولها أن تقرر منع الولي مؤقتاً من مباشرة كل أو بعض حقوقه، وأن تتخذ كل ما تراه محققاً لمصلحة الصغير. كما منح القانون الإجرائي لأقارب الصغير المشمول بالولاية ممن لم يسبق سلب ولايتهم؛ الحق في إبداء ما يروونه من

(٤٢) راجع المواد (١٢، ٤٠، ٤١) من هذا القانون.

(٤٣) حيث نصت على أنه: ينعقد الاختصاص بنظر دعوى سلب الولاية للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن الولي المطلوب الحكم بسلب ولايته أو وقفها أو الحد منها أو ردها. راجع في ذلك: د. محمد عبدالله سالم الهاشمي: الموجز في قانون الإجراءات المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، ٢٠١١م، ص ٢٤٣ وما بعدها. وفي حالة قضاء المحكمة بسلب الولاية أو وقفها أو الحد منها تقوم - طبقاً لما نصت عليه المادة (٢٩٤) إجراءات مدنية - بإسنادها إلى من يلي المحكوم عليه بالتتابع، وفقاً لقانون الأحوال الشخصية أو لقانون بلد المشمول بالولاية بحسب الأحوال، وفي حالة امتناعه أو عدم صلاحيته للقيام بمهامها كان للمحكمة الحق في إسناد تلك المهمة لأي شخص آخر ترى فيه القدرة والصلاحية للقيام بأعبائها ومسئولياتها مراعاة وحفاظاً على مصلحة الصغير.

(٤٤) راجع في ذلك أيضاً: نصوص المواد (١٢، ٣٣، ٣٤، ٣٥، ٣٦، ٣٨، ٣٩) من قانون تنظيم أوضاع التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية رقم ١ لسنة ٢٠٠٠م وتعديلاته.

ملاحظات في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، وذلك طبقاً لنص المادة (٢٩٣) إجراءات مدنية، وفي سياق متصل قررت المادة (٢٩٥) الحق لمن تتوفر فيهم شروط الولاية ولم يسبق الحكم في مواجهتهم؛ في الاعتراض على شخص الولي الذي أقيم، أو على القرار الصادر بتسليم المشمول بالولاية؛ وذلك بطلب يقدم إلى المحكمة التي أصدرته خلال ثلاثة أشهر من تاريخ صدوره.

وفي ذات الاتجاه أسند القانون الاجرائي للمحاكم المختصة؛ القيام بما يجب نحو رعاية مصالح القُصّر ومن في حكمهم؛ والتحفظ على أموالهم والإشراف على إدارتها، وفقاً لأحكام القانون. حيث نصت المادة (٣٠٠) إجراءات مدنية؛ على منح المحكمة هذه السلطة، ولها في سبيل ذلك؛ الاستعانة بمن ترى من معاونين لها في هذا الشأن، وتكون لهم صفة مأموري الضبط القضائي في حدود الأعمال المنوطة بهم. وجدير بالذكر أنه توجد في كل محكمة قسم يختص بشؤون التركات يتبع أمانة سر المحكمة، ويشرف عليه القاضي المختص بالتركات، وتناط بهذا القسم مهمة متابعة أموال القاصرين والتحفظ عليها، ومحاسبة الأوصياء على القُصّر وتحويل الأموال الفائضة عن الحاجة إلى المديرية العامة لاستثمار أموال الأيتام والقصر بوزارة العدل، ويتم في المديرية استثمار الأموال المودعة لصالح الأيتام والقصر.

ثالثاً- دعاوى الحضانة وتسليم الصغير ورؤيته^(٤٥): ويقصد بها تلك الدعاوى التي تنصبُّ على المطالبة بحضانة الصغير وضمه وتسليمه ورؤيته لمن له الحق في ذلك طبقاً للقانون، وقد عرف قانون الأحوال الشخصية العماني^(٤٦) الحضانة في المادة رقم

(٤٥) وجدير بالذكر أن المشرع المصري قد منح نيابة شؤون الأسرة؛ سلطة إصدار قرارات وقتية مسببة واجبة النفاذ في خصوص تسليم الصغير لمن له الحق في حضانته لحين الفصل في النزاع من محكمة الأسرة. م ٧٠ من القانون ١/٢٠٠٠.

(٤٦) الصادر بتاريخ ١٥/٦/١٩٩٧م وذلك بالمرسوم السلطاني رقم ٣٢ لسنة ١٩٩٧م، والمنشور بالجريدة الرسمية العدد رقم ٦٠١.

(١٢٥) بأنها: "حفظ الولد وتربيته ورعايته بما لا يتعارض مع حق الولي في الولاية على النفس"^(٤٧).

وتطبيقاً لذلك قررت المحكمة العليا في حكم حديث لها: بأن حق المحضون مقدم على حق الحاضن، وأن سلطة محكمة الموضوع في تقدير هذه المصلحة لا تخضع فيها لرقابتها متى بنت قضاءها على أسباب سائغة تكفي لحمله^(٤٨) وهي حق للطفل، وفي ذات الوقت التزام على أبويه كليهما ما دامت العلاقة الزوجية قائمة بينهما، وفي حالة انحلال عقدة النكاح بالطلاق أو وفاة أحد الأبوين أو كلاهما، أو في حالة عدم قدرتهما على أداء واجب رعاية الأبناء^(٤٩).

في مثل هذه الحالات المتقدمة؛ تبدو الحاجة ملحة لتحديد من له الحق في الحضانة، باعتبارها دعامة أساسية لحفظ الطفل ورعايته على كل الأصعدة والمستويات أخلاقياً وصحياً وتعليمياً... الخ، وقد منح القانون والقضاء سلطة تقديرية في تحديد من له الحق في حضانة الطفل إعمالاً للقانون من ناحية، وإعمالاً لمصلحة الطفل الراجحة عند القاضي حسب ظروف كل حالة على حدة من ناحية أخرى^(٥٠)، وتنتهي ببلوغ الصغير أو الصغيرة

^(٤٧) للمزيد راجع في ذلك: د. محمد عبد المالك مصطفى: الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية وفقاً للقانون العماني، دار الكتاب الجامعي، الجمهورية اللبنانية - الإمارات العربية المتحدة، طبعة ٢٠١٤م، ص ١٤٨.

^(٤٨) حكم المحكمة العليا - الدائرة الشرعية - جلسة السبت الموافق ٢٨/١/٢٠١٢م، في الطعن رقم ١٠٨م ٢٠١١م، مجموعة الأحكام والمبادئ سالف الذكر، س. ق (١٢) المبدأ ١٠، ص ٣٩ وما بعدها. وجاء فيه: أن أي صلح أو تنازل من جانب الحاضن لا قيمة له إذا كان يخالف مصلحة المحضون؛ لأن مصلحة هذا الأخير أقوى من مصلحة الحاضن.

^(٤٩) وفي هذا المعنى انظر: حكم الدستورية العليا الصادر بجلسته ١٣/٥/١٩٩٣م، في القضية الدستورية رقم (٧) لسنة (٨) دستورية، وخلاصته أن غاية الحضانة ومقصدها يكمن في رعاية الصغير والقيام على مصالحه والمحافظة عليه.

^(٥٠) راجع في ذلك ما قرره المادة (٢٠) من قانون الأحوال الشخصية المصري ٢٥ لسنة ١٩٢٩م معدلاً بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥م، وللنيابة العامة طبقاً لنص المادة ٧٠ من القانون ٢٠٠٠/١م حتى عرضت عليها منازعة بشأن حضانة صغير في سن حضانة النساء، أو طلبت حضانة مؤقتاً ممن يرجع الحكم لها بذلك أن تصدر بعد إجراء التحقيق المناسب قراراً مسبباً بتسليم الصغير إلى من تتحقق مصلحته معه.

سن الخامسة عشر طبقاً للقانون رقم ٤ لسنة ٢٠٠٥م^(٥١)، وللمحكمة مطلق الصلاحيات في عدم الالتزام بالترتيب المنصوص عليه في المادة (١٣٠) من قانون الأحوال الشخصية متى كانت مصلحة المحضون تتعارض مع ذلك^(٥٢).

ويكون للأحكام الصادرة بتسليم الصغير لمن هو أقدر على رعايته وحفظه؛ أو تلك الصادرة برؤيته^(٥٣)، قوة تنفيذية معجلة وبغير كفالة طبقاً لنص المادة (٢٨٢) إجراءات

^(٥١) وفي هذا المعنى تقول محكمة النقض المصرية: إن الحضانة التي تخول للحاضنة مع من تحتضنهم الحق في شغل مسكن الزوجية دون الزوج المطلق، تسقط ببلوغ الصغير سن الخامسة عشر. انظر: حكمها الصادر بجلسة ١٠/١٠/٢٠١٢م، في الطعن رقم ٦٧٢ لسنة ٧٥ قضائية، وفي نفس المعنى حكمها الصادر بجلسة ١٦/١٠/٢٠٠٦م، في الطعن رقم ٤٥٧ لسنة ٧٥ قضائية. وجدير بالذكر أن سن الحضانة قد تم رفعه من عشر سنوات إلى خمسة عشر وذلك بموجب القانون رقم ٤ لسنة ٢٠٠٥م والصادر بتاريخ ٧ مارس ٢٠٠٥م، والمنشور بالجريدة الرسمية العدد ٩ مكرر بتاريخ ٨/٣/٢٠٠٥م، والذي بموجبه تم تعديل نص الفقرة الأولى من المادة (٢٠) من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩م، على النحو سالف الذكر، وبعد بلوغ الصغير هذه السن يخيره القاضي في البقاء بيد الحاضنة دون أجر حضانة حتى يبلغ الولد سن الرشد والبنات حتى تتزوج. وأما في القانون العماني فنجد المشرع قد حدد سن الحضانة على النحو التالي: إذا كان المحضون ذكراً فتستمر حضانته حتى تمام السابعة من عمره، وأما لو كان بنتاً فتستمر حضانته حتى تبلغ ما لم ير القاضي أن مصلحة المحضون تقتضي خلاف ذلك. راجع: نص المادة (١٢٩) من قانون الأحوال الشخصية العماني.

^(٥٢) راجع نص المادة (١٣٠) من قانون الأحوال الشخصية العماني وكذا نص المادة (١٣٢) منه، والمادة (١٣٣) من ذات القانون. راجع: د. محمد عبد المالك: الأحوال الشخصية وفقاً للقانون العماني، مرجع سابق، ص ١٤٩، ١٥٠.

^(٥٣) وقد صدر القرار الوزاري رقم ٢٠٠٦/٢٧١ بتحديد الأماكن التي يتم فيها رؤية الصغير وتسليمه، والمعدل بالقرار الوزاري رقم ٢٠١٧/٢٦ والمنشور بالجريدة الرسمية العدد رقم ١١٨٠، وبموجب هذين القرارين تتحدد أماكن الرؤية فيما يأتي: ١- في الأزمنة والأمكنة المتفق عليها بين الطرفين، أو المحددة بقرار المحكمة عند عدم الاتفاق، وفي حالة عدم الاتفاق أو التحديد القضائي تتم الرؤية في جمعيات المرأة العمانية متى كان الحكم صادراً لصالح المرأة. أو منزل أحد أصول الحاضن أو المحكوم لصالحه. أو الأماكن التي يتم تخصيصها لهذا الغرض بمكاتب الولاية، أو الأماكن التي يتم تخصيصها لذلك داخل مباني المحكمة، أو الأماكن التي تمت إضافتها بموجب المرسوم ٢٠١٧/٢٦ وهي: -الأماكن التي تخصص لذلك بمباني لجان التوفيق والمصالحة، يصدر بتحديدتها قرار من وكيل وزارة العدل. -أماكن تخصص لذلك الغرض بمباني دائرة الحماية الأسرية، ودوائر وأقسام يصدر بتحديدتها قرار من وكيل وزارة التنمية الأسرية التابعة لوزارة التنمية الاجتماعية.

مدنية^(٥٤)، وقد نظم قانون الأحوال الشخصية المصري رؤية الصغير بموجب المادة (٢٠/٣/٤)^(٥٥) وتأكيدياً على الحماية الإجرائية للطفل نص القانون ٢٠٠٠/١ بشأن تنظيم إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية وتحديداً في المادة (٦٥) بشمول الأحكام الصادرة بتسليم الصغير ورؤيته بالنفاذ المعجل قانوناً وبغير كفالة.

ليس هذا فقط؛ وإنما نص القانون كذلك (م٦٦) على: جواز تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بضم الصغير وحفظه وتسليمه جبراً، ويتبع في تنفيذ الأحكام الصادرة في هذا الشأن ما ينص عليه القانون من إجراءات، مع وجوب مراعاة أن تتم إجراءات التنفيذ ودخول المنازل وفق ما يأمر به قاضى التنفيذ، كما يجوز إعادة التنفيذ مرات أخرى بذات السند التنفيذي كلما اقتضى الأمر ذلك.

وإمعاناً من المشرع الإجرائي في الحماية؛ قرر كذلك المادة (٦٧) لزوم أن يتم تنفيذ الأحكام الصادرة بالرؤية في الأماكن المخصصة لذلك^(٥٦)، مالم يتفق ذوو الشأن على

(٥٤) راجع: د. سالم بن حميد الصوافي - محمد بن سيف السعدي وآخرين: موسوعة الشرح والتعليق على القوانين العمانية، ٢، قانون الاجراءات المدنية والتجارية، مركز الغندور العلمي القاهرة ٢٠١٧م، ص٢٢٠.

(٥٥) وقد نصت فقرتها الثانية على أنه: ولكل من الأبوين الحق في رؤية الصغير أو الصغيرة وللأجداد مثل ذلك عند عدم وجود الأبوين، بينما نصت الفقرة الثالثة منها على: وإذا تعذر تنظيم الرؤية اتفاقاً نظمها القاضي على أن تتم في مكان لا يضر بالصغير أو الصغيرة أو الصغيرة نفسياً. وجاءت الفقرة الرابعة لتقرر: ولا ينفذ حكم الرؤية قهراً، ولكن إذا امتنع عن بيده الصغير عن تنفيذ الحكم لغير عذر أنذره القاضي فإن تكرر ذلك جاز للقاضي بحكم واجب النفاذ نقل الحضانة مؤقتاً إلى من يليه من أصحاب الحق فيها لمدة يقدرها.

(٥٦) وقد صدر قرار وزير العدل المصري رقم ١٠٨٧ لسنة ٢٠٠٠م في ٦/٣/٢٠٠٠م، والخاص بتحديد أماكن رؤية الصغير وتنفيذ الأحكام الخاصة بتسليمه إلى صاحب الحق فيه، ونصت المادة الرابعة منه على أنه: في حالة عدم اتفاق الحاضن أو من بيده الصغير والصادر لصالحه الحكم على المكان الذي يتم فيه رؤية الصغير، يكون للمحكمة أن تنتقى من الأماكن التالية للرؤية وفقاً للحالة المعروضة عليها وبما يتناسب -قدر الإمكان- وظروف أطراف الخصومة، مع مراعاة ان يتوافر في المكان ما يشيع الطمأنينة في نفس الصغير ولا يكبد أطراف الخصومة مشقة لا تحتمل. وتتمثل في: ١- أحد النوادي الرياضية أو الاجتماعية، ٢- أحد مراكز رعاية الشباب، ٣- إحدى دور رعاية الأمومة والطفولة التي يتوافر فيها حدائق، ٤- إحدى الحدائق العامة. ووفقاً للمادة الخامسة من هذا القرار: يجب ألا تقل مدة الرؤية عن ثلاث ساعات أسبوعياً فيما بين الساعة التاسعة صباحاً والسابعة مساءً، ويراعى قدر الإمكان أن يكون ذلك خلال العطلات الرسمية وبما لا يتعارض ومواعيد انتظام الصغير في دور التعليم.

تحديد أماكن غيرها، شريطة أن يتوافر فيها عموماً الصلاحية لذلك، بهدف إشاعة جو من التفاؤل والطمأنينة في نفس الصغير^(٥٧).

كما أن المشرع العُماني تأكيداً منه على تحقيق وكفالة الحماية الإجرائية للأطفال القصر والعناية بهم؛ قرر بموجب نصه في المادة (٤٢٤/أ) إجراءات مدنية؛ منع إصدار أوامر بحبس المدين المحكوم عليه؛ إذا لم يكن قد بلغ ثماني عشرة سنة؛ أو كان له ولد لم يبلغ الثانية عشرة من عمره؛ شريطة أن يكون زوج المحكوم عليه متوفى أو محبوساً لأي سبب، بحسب الفقرة (ب) من المادة سالفة الذكر. ويستعين القضاء في أداء هذا الدور الملقى على عاتقه بالباحثين الاجتماعيين والملحقين بالعمل في نيابات الأحوال الشخصية أو بالمحاكم^(٥٨).

^(٥٧) راجع نص المادة (٦٧) من هذا القانون، وكذا راجع نص المادة (٦٩) منه، والتي قضت بأن: تنفيذ هذه الأحكام إنما يتم من خلال المحضرين أو جهة الإدارة ويصدر وزير العدل قراراً بإجراءات تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير، أو ضمه أو رؤيته أو سكنه ومن يناط به ذلك. وقد صدر نزولاً على حكم هذه المادة قرار وزير العدل رقم ١٠٨٧ لسنة ٢٠٠٠م سالف الذكر، وطبقاً للمادة الثانية منه: يجرى تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير أو ضمه أو رؤيته أو سكنه بمعرفة المحضر المختص بالمحكمة، فإن حدثت مقاومة أو امتناع وعدم استجابة للنصح والإرشاد، يرفع الأمر لقاضي التنفيذ ليأمر بالتنفيذ بالاستعانة بجهة الإدارة بالقوة الجبرية إن لزم الأمر، ويحرر الأخصائي الاجتماعي مذكرة تتضمن ملاحظاته ترفق بأوراق التنفيذ.

^(٥٨) راجع في ذلك: قرار وزير العدل رقم ١٠٨٩ لسنة ٢٠٠٠ بقواعد وإجراءات أعمال الإخصائين الاجتماعيين الملحقين بالمحاكم الابتدائية، وطبقاً لنص المادة (١) منه: ينشأ بمقر كل محكمة مكتب للأخصائين الاجتماعيين يخضع للإشراف المباشر لرئيسها. ولرئيس المحكمة الابتدائية إنشاء مكاتب فرعية بمقار المحاكم الجزئية ويسند الإشراف على أعمالها لقاضي المحكمة الجزئية. وكذا قرار وزير العدل رقم ١٠٨٦ لسنة ٢٠٠٠م، بالمعاونين الملحقين للعمل بنيابات الأحوال الشخصية ومنحهم صفة الضبطية القضائية. طبقاً لنص المادة (١) منه. وراجع كذلك نص المادة السابعة من القرار الوزاري رقم ١٠٨٧ لسنة ٢٠٠٠م بتحديد أماكن تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بالرؤية والتي نصت على: لأي من أطراف السند التنفيذي أن يستعين بالأخصائي الاجتماعي المنتدب للعمل بدائرة المحكمة التي أصدرت حكم الرؤية لإثبات نكول الطرف الآخر عن التنفيذ في المواعيد والأماكن المحددة بالحكم، ويرفع الأخصائي الاجتماعي تقريراً للمحكمة بذلك إذا ما أقام دعوى في هذا الخصوص.

المبحث الثاني

الاختصاص بنظر دعاوى الطفل في قضايا الأحوال الشخصية

في البداية ننوه إلى أن كافة الدعاوى المدنية المتعلقة بالطفل القاصر تخضع للقواعد العامة الواردة في قانون المرافعات المدنية والتجارية في المواد ٦٣ وما بعدها، وأما في المسائل المتعلقة بأحواله الشخصية؛ فقد أصدر المشرع المصري القانون ٢٠٠٠/١ بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية وتعديلاته، وجعل هذا القانون هو المعول عليه بصفة أساسية بخصوص القواعد الإجرائية التي نظمها وقررها في هذا الشأن^(٥٩) ثم أعقب ذلك بإصداره للقانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤م، بإنشاء محاكم الأسرة^(٦٠)، معدلاً بالقانون ٢١٥ لسنة ٢٠١٧م^(٦١) حتى يكون الاختصاص بنظر كافة

^(٥٩) وقد نصت المادة الأولى من مواد الإصدار على أنه: تسري أحكام القانون المرافق على إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية والوقف ويطبق فيما لم يرد بشأنه نص خاص فيه أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية وأحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية وأحكام القانون المدني في شأن إدارة وتصفية التركات.

^(٦٠) ونُشر هذا القانون بالجريدة الرسمية في ٢٠٠٤/٣/١٨م على أن يُعمل به اعتباراً من ٢٠٠٤/١٠/١م. ونصت المادة (١) منه على أنه: تُنشأ بدائرة اختصاص كل محكمة جزئية محكمة للأسرة، يكون تعيين مقرها، بقرار من وزير العدل وتُنشأ في دائرة اختصاص كل محكمة من محاكم الاستئناف، دوائر استئنافية متخصصة، لنظر طعون الاستئناف التي ترفع إليها في الأحوال التي يجيزها القانون عن الأحكام والقرارات الصادرة من محاكم الأسرة. وتتعدّد هذه الدوائر الاستئنافية في دوائر اختصاص المحاكم الابتدائية، ويجوز أن تتعدّد محاكم الأسرة، أو دوائرها الاستئنافية - عند الضرورة - في أي مكان في دائرة اختصاصها أو خارج هذه الدائرة، وذلك بقرار يصدر من وزير العدل بناء على طلب رئيس المحكمة الابتدائية أو رئيس محكمة الاستئناف، بحسب الأحوال، وقد صدرت العديد من القرارات ذات الصلة بتنفيذ هذا القانون وهي: ١. القرار رقم ٢٧٢١ لسنة ٢٠٠٤م بشأن قواعد وإجراءات تحصيل وتوريد مبالغ الاشتراك في نظام تأمين الأسرة. ٢. القرار رقم ٢٧٢٢ لسنة ٢٠٠٤م بشأن قواعد وإجراءات تنفيذ الأحكام الصادرة بالنفقات والأجور وما في حكمها. ٣. القرار رقم ٢٧٢٣ لسنة ٢٠٠٤م بشأن إنشاء الإدارة العامة لمكاتب تسوية المنازعات الأسرية. ٤. القرار رقم ٢٧٢٤ لسنة ٢٠٠٤م بشأن قواعد وإجراءات اختيار الأخصائيين القانونيين والاجتماعيين والنفسيين لعضوية مكاتب تسوية المنازعات الأسرية.

^(٦١) والمنتشور بالجريدة الرسمية العدد ٥١ مكرر (أ) ٢٥ / ١٢ / ٢٠١٧م. حيث أضيفت بموجبه فقرة أخيره إلى المادة الحادية عشر من القانون مؤداها أنه: إذا تعلقّت الدعوى بإثبات النسب وجب على الأخصائي الاجتماعي أن يضمن تقريره ما إذا كان الصغير خاضعاً من عدمه لنظام الأسر البديلة التابع لوزارة التضامن الاجتماعي.

المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية والتمتصه بحقوق الأطفال والأسرة أمام محكمة واحدة، جمعاً لشتاتها^(٦٢).

وذلك على عكس المشرع العماني، والذي نظم كافة دعاوى وإجراءاتها في القواعد من ٦٤ وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية، مع تخصيص الباب الرابع عشر منه لتنظيم قواعد وإجراءات المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية، كما أنه لم يعم بإنشاء محكمة متخصصة بقضايا الطفل والأسرة، وإنما جعل الاختصاص بنظرها للمحكمة الابتدائية مشكلة من قاض واحد، وهو ما سنوضحه في حينه؛ ولذا سيكون تركيزنا في هذه الورقة على معرفة القواعد والإجراءات المتعلقة بدعاوى الطفل القاصر في مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة به، وهذا ما سنوضحه تباعاً فيما يأتي:

^(٦٢) كما حرص المشرع المصري على أن تتشكل هذه المحاكم -بحسب المادة الثانية من القانون- من ثلاثة قضاة أحدهما بدرجة رئيس بالمحاكم الابتدائية، ويعاونهم في ذلك خبيران أحدهما من الأخصائيين الاجتماعيين والآخر من الأخصائيين النفسيين، وجعل حضور هؤلاء جلسات المحاكمة وجوبياً وذلك في الدعاوى المنصوص عليها بالمادة (١١) من هذا القانون وهي دعاوى الطلاق والتطليق والتفريق الجسماني والفسخ وبطلان الزواج وحضانة الصغير ومسكن حضانته وحفظه ورؤيته وضمه والانتقال به وكذلك في دعاوى النسب والطاعة، أو أن يكون حضورهما أو تمثيلهما جوازياً؛ وذلك في غير الأحوال السابقة، متى رأت محكمة الأسرة ضرورة حضورهما أو الاستعانة بهما. راجع: المذكرة الإيضاحية للقانون ١٠ لسنة ٢٠٠٤م بشأن المادة الثانية منه، ويلاحظ أن الدوائر الاستئنافية لمحكمة الأسرة لا يتعين عليها كما هو الحال أمام أول درجة الاستعانة بخبيرين أحدهما على الأقل من النساء، وإنما الأمر جوازياً للمحكمة متى ارتأت حاجة لذلك. كما يلاحظ أيضاً أن الحكم الذي أتت به هذه الفقرة هو ذات الحكم الذي أتت به المادة (٤) من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠م والتي نصت على أن للمحكمة أن: تندب أخصائياً اجتماعياً أو أكثر لتقديم تقرير عن الحالة المعروضة عليها أو عن مسألة فيها وتحدد أجلاً لتقديم التقرير لا يزيد على أسبوعين، وأن يتم الندب من قوائم الأخصائيين الاجتماعيين التي يصدر بها قرار من وزير العدل بناء على ترشيح وزير التأمينات والشؤون الاجتماعية. راجع: المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠م.

المطلب الأول

الحكمة المختصة في القانون المصري

وسأبين الاختصاص النوعي؛ ثم الاختصاص المحلي بتلك المنازعات، وفق الترتيب التالي: -

أولاً- الاختصاص النوعي لمحكمة الأسرة^(٦٣): حددت المادة الثالثة من القانون ١٠ لسنة ٢٠٠٤م اختصاص هذه المحكمة بالنظر دون غيرها في كافة مسائل الأحوال الشخصية التي كان ينعقد الاختصاص بنظرها للمحاكم الابتدائية والجزئية طبقاً للقانون ١/٢٠٠٠، وهذا يشمل كافة الدعاوى سواء تعلقت بمسائل الولاية على النفس؛ كالدعاوى المتعلقة بحضانة الصغير وحفظه ورؤيته وضمه والانتقال به، والدعاوى المتعلقة بالنفقات وما في حكمها من الأجور والمصروفات بجميع أنواعها، والإذن بزواج القاصر...إلخ، أو كانت من المسائل المتعلقة بالولاية على المال؛ كدعاوى المطالبة بتثبيت الوصي المختار أو تعيين الوصي والمشرف، والفصل في الدعاوى المتعلقة باستمرار الولاية أو الوصاية إلى ما بعد سن الحادية والعشرين، والإذن للقاصر بتسليم أمواله لإدارتها وفقاً لأحكام القانون...إلخ^(٦٤).

ويسري أمامها في شأن صفح الدعاوى التي كانت تختص بها المحاكم الجزئية، وكذا يسري في شأن الاعفاء من الرسوم القضائية جميع دعاوى النفقات وما في حكمها شاملة دعاوى الحبس لامتناع المحكوم عليه عن تنفيذ الأحكام الصادرة بها طبقاً لنص المادة الثالثة من هذا القانون، واستثناء من أحكام الفقرة الأولى يختص رئيس محكمة الأسرة

(٦٣) مصر هي أول دولة عربية أنشأت محاكم للأسرة كنوع من القضاء المتخصص في هذا الشأن؛ حرصاً على كيان الأسرة ولم شملها وجمع شتات المسائل المتعلقة بها أمام محكمة واحدة. راجع في ذلك: د. عيد محمد القصاص: محكمة الأسرة، دار النهضة العربية ٢٠٠٤م، د. أحمد نصر الجندي: محكمة الأسرة واختصاصاتها، دار الكتب ٢٠٠٥م، د. سحر يوسف عبد الستار: محكمة الأسرة، دار النهضة العربية ٢٠٠٥م، "تقرير المنتدى السنوي الثاني للسياسات الأسرية" عشرة أعوام على إصدار قانون الأسرة في قطر: التجربة والتطلعات بعنوان: "تطوير محاكم الأسرة في الدول العربية"، والصادر عن معهد الدوحة الدولي للأسرة يونيو ٢٠١٧م.

(٦٤) وهذا كله داخل في نطاق الاختصاص النوعي لمحكمة الأسرة طبقاً للمادة الثالثة من قانون إنشائها.

بإصدار شهادات الوفاة والوراثة؛ كما يختص دون غيره بمقتضى سلطته الولائية بإصدار الأوامر والقرارات المتعلقة بكافة المسائل المنصوص عليها في المادة الأولى من مواد إصدار القانون ١ لسنة ٢٠٠٠م^(٦٥) والتي اضحت من اختصاص محكمة الأسرة. وإمعاناً من المشرع المصري ورغبةً منه في تحقيق الحماية الإجرائية المنشودة للطفل القاصر في مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة به قرر الآتي:

أ- الإعفاء من ضرورة توقيع محامي على صحف الدعاوى المرفوعة أمام محكمة الأسرة. وهذا يشكل استثناءً على ما قرره قانون المحاماة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣م وتعديلاته؛ إذ نصت على ذلك الفقرة الأولى من المادة الثالثة من القانون رقم ١ لسنة

^(٦٥) ويختص قاضى الأمور الوقتية بمحكمة الأسرة دون غيره بإصدار أمر على عريضة في مسائل الأحوال الشخصية الآتية: التظلم من امتناع الموثق عن توثيق عقد الزواج أو عدم إعطاء شهادة مثبتة للامتناع سواء للمصريين أو الأجانب. ومد ميعاد جرد التركة بقدر ما يلزم لإتمام الجرد إذا كان القانون الواجب التطبيق حدد ميعاداً له. واتخاذ ما يراه لازماً من الإجراءات التحفظية أو الوقتية على التركات التي لا يوجد فيها عديم أهلية أو ناقصها أو غائب، والإذن للنيابة العامة في نقل النقود والأوراق المالية والمستندات والمصوغات وغيرها مما يخشى عليه من أموال عديمي الأهلية أو ناقصيها أو الغائبين إلى خزانة أحد المصارف أو الى مكان أمين. المنازعات وإصدار إذن السفر إلى الخارج بعد سماع أقوال ذوي الشأن لمعرفة المزيد حول محكمة الأسرة واختصاصاتها راجع في ذلك: حسن عبد الحليم عناية: التعليق على نصوص القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤م بإصدار قانون إنشاء محاكم الأسرة، الطبعة الخامسة ٢٠٠٩م، دار مصر للإصدارات القانونية الأهرام بالجيزة.

٢٠٠٠م^(٦٦)، وترفع بذات الإجراءات المعتادة المقررة في المادة (٦٥) من قانون المرافعات^(٦٧).

ب- وحرصاً على مصلحة المتقاضين القُصّر؛ قام المشرع أيضاً بإعفاء الدعاوى التي تختص بها محكمة الأسرة من الرسوم القضائية. إذ نصت صراحة على ذلك المادة الثالثة من قانون محكمة الأسرة رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤م في فقرتها الثانية^(٦٨)، كما نصت عليه أيضاً المادة الثالثة من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠م بشأن تنظيم أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية في فقرتها الثانية^(٦٩)، وبالتالي يكون الإعفاء شاملاً لدعاوى النفقات بصفة عامة وما في حكمها، وكذلك لدعاوى الحبس لامتناع

^(٦٦) وجاء نصها: لا يلزم توقيع محام على صفح دعاوى الأحوال الشخصية أمام المحكمة الجزئية، فإذا رفعت الدعوى بغير توقيع محام على صحتها كان للمحكمة عند الضرورة أن تندب محامياً للدفاع عن المدعي، ويحدد الحكم الصادر في الدعوى أتعاباً للمحامي المنتدب، وذلك دون إخلال بالالتزام مجالس النقابات الفرعية بتقديم المساعدات القضائية على النحو المنصوص عليه في القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣م بشأن إصدار قانون المحاماة. للمزيد من التفاصيل حول هذا القانون راجع: د. محمد الشحات الجندي: قراءة في قانون إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، دار النهضة العربية ٢٠٠٢م، د. محمود يونس: تيسير إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، دار النهضة العربية ٢٠٠١م، د. يوسف محمد قاسم: الجديد في القانون (١) لسنة ٢٠٠٠-٢٠٠٢، طبعة المجلس الأعلى للثقافة. د. أحمد خليل: خصوصيات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٠م.

^(٦٧) راجع: نص المادة (١٦) من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠م على أنه: "ترفع الدعوى في مسائل الولاية على النفس بالطريق المعتاد لرفع الدعوى المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية"، أي بصحيفة يتم تحريرها واستيفاء كامل البيانات اللازمة لصحتها، ثم إيداعها أمانة سر محكمة الأسرة المختصة وقيدها في السجل المعد لذلك، وتحديد جلسة لنظرها، وأخيراً إعلان صحيفتها للطرف الآخر طبقاً لقواعد الإعلان المقررة قانوناً حتى تتعقد الخصومة فيها بين أطرافها.

^(٦٨) ونصها كالتالي: "ويسرى أمام محكمة الأسرة في شأن وفي شأن إعفاء دعاوى النفقات وما في حكمها شاملة دعاوى الحبس لامتناع المحكوم عليه عن تنفيذ الأحكام الصادرة بها أحكام المادة (٣) من القانون ذاته".

^(٦٩) وهذا نصها: "وتعفى دعاوى النفقات وما في حكمها من الأجور والمصروفات بجميع أنواعها من كافة الرسوم القضائية في كل مراحل التقاضي". راجع في هذا المعنى: المنكرة الإيضاحية لمشروع القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠م في هذا الشأن.

المحكوم عليه عن تنفيذ الأحكام الصادر ضده بأداء النفقة، وذلك في جميع مراحل التقاضي أي أمام محكمة الأسرة ودوائرها الاستئنافية، وذلك تيسيراً على المتقاضين وتخفيفاً عنهم.

ج- إنشاء نيابة متخصصة لشؤون الأسرة^(٧٠): وذلك بمقتضى المادة الرابعة من القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤م مهمتها التدخل وجوباً وحضور الجلسات وإبداء الرأي^(٧١) في كافة الدعاوى التي تختص بها محكمة الأسرة ودوائرها الاستئنافية، وإلا كان الحكم باطلاً^(٧٢)، كما تتولى كذلك الإشراف على أقلام كتاب محاكم الأسرة ودوائرها الاستئنافية عند قيد الدعاوى والطعون التي تختص بنظرها، واستيفاء كافة مستنداتها ومذكراتها طبقاً للمادة (٦٥) من قانون المرافعات المدنية والتجارية.

(٧٠) وهذا ما نصت عليه المادة الرابعة من قانون محاكم الأسرة.
 (٧١) وتنص المادة (٩١) من قانون المرافعات على أنه: "تعتبر النيابة ممثلة في الدعوى متى قدمت مذكرة برأيها فيها ولا يتعين حضورها إلا إذا نص القانون على ذلك".
 (٧٢) انظر: في هذا المعنى: نقض جلسة ١٦/٤/١٩٨٩م، في الطعن رقم ٣٨٢ لسنة ٥٦ قضائية، وكذا نقض ٢٨/١١/١٩٧٩م طعن ٢٩٦ لسنة ٤٩ قضائية، ونقض ٢٣/١/١٩٩١م، طعن رقم ١٩٨ لسنة ٥٥ قضائية، وجاء في حكم لها: من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن مفاد نص المادة الأولى من القانون رقم ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ في شأن بعض الإجراءات في قضايا الأحوال الشخصية والوقف والمادة (٣/٨٨) من قانون المرافعات أن تدخل النيابة في قضايا الوقف لا يكون وجوبياً إلا إذا كان النزاع متعلقاً بأصل الوقف أو بصحته أو بالاستحقاق فيه أو بتفسير شروطه أو بالولاية عليه مما كانت تختص به المحاكم الشرعية أما في غير ذلك، فإن تدخلها يكون جوازياً على ما جرى به نص المادة (٢/٨٩) من قانون المرافعات. (نقض جلسة ٢١/٣/١٩٨٥م، طعن ٩٣١ لسنة ٥١ قضائية) أما حين ينص القانون على ضرورة حضور النيابة فيتعين حضورها ولا يكفي تقديم مذكرة برأيها، مثال ذلك ما نصت عليه المادة (٨٧١) من قانون المرافعات المدنية من ضرورة حضور أحد أعضاء النيابة العامة عند نظر دعاوى الأحوال الشخصية فالشكل المطلوب المحقق لكل ما قصده المشرع من تدخل النيابة هو أن تقدم مذكرة برأيها، وبعدئذ لا يعنيه حضور عضو النيابة ما لم ينص على ذلك كما لا يعنيه ذكر اسمه في صلب الحكم أو الخطأ في هذا الاسم ما دام رأى النيابة ثابتاً بالحكم. انظر: د. أحمد مليجي: التعليق على قانون المرافعات، الجزء الثاني، ص ٢٣. ولا يخفى كذلك ما قرره المشرع في المادة (٨٩) من قانون المرافعات من منح النيابة العامة سلطة التدخل جوازياً في كافة المنازعات المتعلقة بعديمي الأهلية وناقصيها والغائبين والمفقودين. الخ.

وهذا يدل دلالة واضحة؛ على مدى الحرص على مصالح الأطفال في منازعات الأحوال الشخصية، من خلال استلزام تدخل النيابة في هذه المنازعات، بوصفها الحامية والمدافعة عن مصالح المجتمع في كافة القضايا التي تمس بأمنه وأمانه واستقراره، ولا شك أن حماية حقوق الأطفال ورعايتهم -من عديمي الأهلية وناقصيها- تمثل مصلحة عليا للمجتمع، ولم لا؟ وهم شباب الغد ورجال المستقبل الذين يحملون على عاتقهم نهضته وتقدمه واستقراره.

د- إنشاء مكتب تسوية المنازعات الأسرية، وذلك بموجب نص المادة الخامسة من قانون محاكم الأسرة^(٧٣) وكان المشرع قد أسند مسألة تسوية المنازعات الأسرية إلى النيابة العامة لتقوم بدور مكاتب التسوية في عرض الصلح وانقضاء الدعاوى به؛ إلا أن المشرع عند إصداره لمواد القانون ٢٠٠٤/١٠ قد فضّل مكاتب تسوية المنازعات على النحو الوارد بالمادة الخامسة سالفة الذكر^(٧٤)، وأوجب المشرع كقاعدة؛ تقديم طلب لتسوية المنازعات الأسرية عليها قبل رفعها أمام المحكمة وإلا كانت غير مقبولة^(٧٥).

ولكن طبقاً لنص المادة السادسة من هذا القانون تم استثناء بعض المنازعات كتلك ذات الطبيعة المستعجلة، ومنازعات التنفيذ، والمنازعات التي لا يجوز فيها الصلح، وتلك المتعلقة بالأوامر الوقتية طبقاً لنظام الأوامر على العرائض^(٧٦)، وقد أعفى المشرع بمقتضى

(٧٣) أنشأ المشرع بمقتضى المادة (٥) بدائرة كل محكمة جزئية مكتب أو أكثر لتسوية المنازعات الأسرية يشكل من: ١- رئيس من ذوي الخبرة من القانونيين أو من غيرهم من المتخصصين في شؤون الأسرة. ٢- أخصائيين قانونيين يصدر بقواعد اختيارهم قرار من وزير العدل. ٣- أخصائيين اجتماعيين يصدر بقواعد اختيارهم قرار من وزير العدل بعد التشاور مع وزير الشؤون الاجتماعية. ٤- أخصائيين نفسيين يصدر بقواعد اختيارهم قرار من وزير العدل بعد التشاور مع وزير الصحة.

(٧٤) راجع: المذكرة الإيضاحية للقانون ٢٠٠٤/١٠ بشأن هذا النص. (٧٥) وهذا ما قضت به المادة التاسعة من القانون ٢٠٠٤/١٠. نشر بالجريدة الرسمية - العدد ١٢ تابع (أ) الصادر في ٢٠٠٤/٣/١٨ م.

(٧٦) وذلك لأن طبيعة المنازعات هذه لا تتسجم وطبيعة الدور الذي لأجله تم إنشاء هذه المكاتب، فمن ناحية طبيعة الاستعجال تجعل المنازعة لا تحتمل التأخير نظراً لفوات الوقت، وما يترتب عليه من زوال المعالم أو ضياع المصلحة المطلوب حمايتها، ولذا تم تنظيم هذه المنازعات بموجب نص المادة (٤٥) مرافعات بما يتناسب معها من إجراءات ومواعيد وقواعد خاصة بها. وأما بخصوص المنازعات ==

الفقرة الثانية من المادة (٧) الطلبات التي تقدم إلى مكاتب تسوية المنازعات الأسرية من الرسوم القضائية، وذلك تيسيراً وتخفيفاً عن المتقاضين وتدعيماً لمقصده الرئيسي في حمايتهم وتمكينهم من الذود عن مصالحهم.

ثانياً- الاختصاص المحلي لمحكمة الأسرة^(٧٧): حيث ينعقد الاختصاص محلياً بنظرها للمحكمة التي ترفع إليها أول دعوى من أحد الزوجين؛ وبالتالي فإن كافة الدعاوى والمنازعات التي ترفع بعد ذلك من أيهما، أو تكون متعلقة أو مترتبة على الزواج أو الطلاق أو التطليق أو التفريق الجسماني أو الفسخ، وكذلك دعاوى النفقات أو الأجور وما في حكمها سواء للزوجة أو الأولاد أو الأقارب، ودعاوى الحبس لامتناع المحكوم عليه عن تنفيذ الأحكام الصادرة به، وحضانة الصغير وحفظه ورؤيته وضمه والانتقال به ومسكن حضانتها، وجميع دعاوى الأحوال الشخصية.

==التنفيذية؛ فلأن المشرع بموجب المادة (١٥) من هذا القانون قد أنشأ إدارة خاصة لتنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة من محاكم الأسرة ودوائرها الاستئنافية وزودها بعدد كاف من محضري التنفيذ المؤهلين، وجعل الإشراف عليها لقاضي تنفيذ تختاره الجمعية العمومية للمحكمة الابتدائية من بين قضاة محكمة الأسرة في دائرة تلك المحكمة، وأما بشأن الأوامر الوقتية فنظراً لطبيعتها الوقتية ولكونها تقتضي الفصل فيها على وجه السرعة، وقد ورد التنظيم العام لها في قانون المرافعات، ولكن ما يتعلق بتلك الأوامر الخاصة بمحاكم الأسرة فتعتبر قواعد خاصة واجبة التطبيق. وأخيراً؛ استثنى المشرع الدعاوى التي لا يجوز فيها الصلح من شرط تقديم طلب لتسوية النزاع فيها نظر لطبيعتها، وعدم قابليتها للصلح ولعدم إضاعة الوقت أمام هذه المكاتب دون جدوى، لا سيما وأن دورها الرئيسي ينحصر في تسوية المنازعات صلحاً.

(٧٧) المادة (١٢) من القانون ١٠ لسنة ٢٠٠٤م.

وذلك مع مراعاة ما قضت به المادة العاشرة في فقرتها الرابعة والخامسة من القانون لسنة ٢٠٠٠م^(٧٨) وتتحدد المحكمة المختصة محلياً بنظر أول دعوى ترفع إليها وفقاً للأسس والمعايير التي نصت عليها المادة (١٥) من القانون سالف الذكر^(٧٩).

وأعتقد أن الاختصاص المحلي لمحاكم الأسرة يُعد من النظام العام. الذي لا تجوز مخالفته؛ وذلك لكون هذا الاختصاص وثيق الصلة باختصاصها الوظيفي والنوعي الذي أنشأت هذه المحكمة من أجله.

^(٧٨) الفقرة الرابعة تقول: وللمحكمة أثناء سير الدعوى أن تصدر أحكاماً مؤقتة واجبة النفاذ بشأن الرؤية أو تقرير نفقة وقتية أو تعديل ما عساها تكون قد قررته من نفقة بالزيادة أو النقصان، وأما الفقرة الخامسة فتقول: ولا يجوز الطعن على تلك الأحكام المؤقتة التي تصدر أثناء سير هذه الدعوى إلا بصدر الحكم النهائي فيها. ويلاحظ في هذا الشأن أن القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠م قد نظم بعض الاختصاصات التي تختص بها محكمة الأسرة منها ما ورد بالفقرة الثالثة من المادة (٣/١٠) من هذا القانون والتي نصت على أنه: "ويكون للمحكمة الابتدائية المختصة محلياً بنظر دعوى الطلاق أو التظليق أو التفريق الجسماني - دون غيرها - الحكم ابتدائياً في دعاوى النفقات أو الأجور وما في حكمها سواء للزوجة أو الأولاد أو الأقارب وحضانة الصغير وحفظه ورؤيته والانتقال به ومسكن حضانته"، راجع: المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠م بشأن المادة (١٠) منه، كذلك ما جاء بالمذكرة الإيضاحية لمشروع القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤م.

^(٧٩) وذلك على النحو التالي: - (١) تختص محكمة موطن المدعى أو المدعى عليه على حد سواء بنظر الدعوى المرفوعة من الأولاد أو الزوجة أو الوالدين أو الحاضنة حسب الأحوال في المواد الآتية: أ- النفقات والأجور وما في حكمها. ب- الحضانة والرؤية والمسائل المتعلقة بهما. ج- المهر والجهاز والدوطة والشبكة وما في حكمها. د- التظليق والخلع والإبراء والفرقة بين الزوجين بجميع أسبابها الشرعية. (٢) تختص المحكمة التي يقع في دائرتها آخر موطن للمتوفى في مصر بتحقيق إثبات الوراثة والوصايا وتصفية التركات. فإذا لم يكن للمتوفى موطن في مصر يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع بدائرتها أحد أعيان التركة. (٣) تختص المحكمة التي يقع في دائرتها آخر موطن للمتوفى أو القاصر بمواد الولاية ومواد الوصاية. (٤) تختص المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المطلوب الحجر عليه أو مساعدته قضائياً بمواد الحجر والمساعدة القضائية. (٥) تختص المحكمة التي يقع في دائرتها آخر موطن للغائب بمواد الغيبة. (٦) إذا لم يكن لأحد من المذكورين في البنود ٣، ٤، ٥ موطن في مصر ينعقد الاختصاص لمحكمة موطن الطالب أو المحكمة التي يوجد بدائرتها المال المطلوب حمايته. (٧) فيما عدا قسمة أعيان الأوقاف المنتهية يكون الاختصاص بنظر منازعات الوقف وشروطه والاستحقاق فيه والتصرفات الواردة عليه للمحكمة الكائن بدائرتها أعيانه أو الأكبر قيمة إذا تعددت أو المحكمة الكائن بدائرتها موطن ناظر الوقف أو المدعى عليه.

وبناء عليه؛ إذا رفعت دعوى بالنفقة الزوجية وللصغار أمام محكمة الأسرة المختصة محلياً ثم رفعت دعوى أخرى بالرؤية مثلاً أمام محكمة أخرى، وجب على هذه الأخيرة أن تقضي ولو من تلقاء نفسها؛ بعدم الاختصاص والإحالة إلى المحكمة المختصة بدعوى النفقة، ويعد ذلك إعمالاً أيضاً لنص المادة (١١٠) من قانون المرافعات، ومن أجل ذلك يلتزم قلم كتاب المحكمة، لدى رفع أول دعوى أمامها القيام بإنشاء ملف للأسرة؛ تودع فيه أوراق هذه الدعوى، وأوراق جميع الدعاوى الأخرى التي قد ترفع بعد ذلك وتكون متعلقة بذات الأسرة. وأما في سلطنة عمان؛ فسأبين هذا الاختصاص في المطلب الثاني:

المطلب الثاني

الاختصاص بنظر دعاوى الطفل في القانون العماني

أولاً- الاختصاص النوعي: أسند المشرع العماني للمحكمة الابتدائية المشكلة من قاض واحد؛ الاختصاص نوعياً بكافة المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية سواء ما تعلق منها بالولاية على نفس الصغير أو على أمواله، وهذا ما قرره المادة (٢٧٣) من قانون الاجراءات المدنية^(٨٠) كدعاوى النفقات^(٨١)، وحضانة الصغير وتسليمه لمن له الحق في ذلك قانوناً، ودعاوى الرؤية، ودعاوى النسب، ودعاوى الوصاية والولاية، وإثبات سن الرشد

^(٨٠) "تختص المحكمة الابتدائية مشكلة من قاض واحد الكائن بدائرتها موطن المدعى عليه بنظر سائر مسائل الأحوال الشخصية فإن لم يكن له موطن ولا محل إقامة في السلطنة تختص المحكمة التي يقع بدائرتها موطن المدعي أو محل إقامته". راجع: د. محمد الهاشمي: الموجز في قانون الاجراءات المدنية، مرجع سابق، ص ٢٣٥ وما بعدها، ومن الجدير بالذكر وجود عدد خمسة وأربعين محكمة ابتدائية في السلطنة، وثلاث عشرة محكمة استئناف حتى تاريخه، وهناك المحكمة العليا كمحكمة واحدة مقرها مسقط، وهناك محكمة القضاء الإداري، فضلاً عن القضاء المتخصص كالعسكري، وهيئة حل النزاع بالمحكمة العليا.

^(٨١) وقد نصت المادة (٢٨) من قانون الطفل ٢٠١٤/٢٢ على أنه: "وتكفل الدولة وفاء الوالدين أو الوصي بالتزامهم بالإنفاق على الطفل من خلال تحصيل نفقة الطفل من أي منهم عند الاقتضاء وفقاً لأحكام قانون الأحوال الشخصية، ومن خلال برامج الدعم وتقديم المساعدات المالية لهم".

وغيرها من المسائل الأخرى ذات الصلة الداخلة في مسائل الأحوال الشخصية^(٨٢)، وتخضع من حيث قواعدها وإجراءاتها للنصوص والأحكام الواردة في الباب الرابع عشر والمتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية في المرسوم رقم ٢٩/٢٠٠٢ وتعديلاته؛ وفيما عدا ذلك تخضع للقواعد العامة^(٨٣)، ولذا يلزم التنويه إلى الآتي:

١- عدم لزوم توقيع محام على صفح الدعاوى المتعلقة بالأحوال الشخصية. بل وأجاز للأطراف الحضور والترافع بأنفسهم متى كانوا يحسنون ذلك. بهدف مراعاة هذا الطرف الضعيف -الطفل أو الصغير القاصر- والتخفيف عنه، وتمكينه من ولوج باب القضاء دونما أية معوقات أو أعباء من أي نوع قد تحول دون ذلك^(٨٤).

٢- لما كانت السلطنة قد انضمت إلى اتفاقية حقوق الطفل وصدقت عليها بما جعلها قانوناً من قوانينها الداخلية^(٨٥)؛ كان عليها أن تقوم بجعل تدخل الادعاء العام في

(٨٢) عدا دعاوى العزل التي أصبحت من اختصاص الدائرة الشرعية بالمحكمة العليا وذلك بموجب المرسوم السلطاني ٥٥ لسنة ٢٠١٠م. راجع: د. سالم الصوافي - محمد السعدي: موسوعة الشرح والتعليق، مرجع سابق، ص ٢١٤-٢١٥.

(٨٣) وتحديداً المواد (٦٤، ٦٥، ٦٦، ٦٧، ٦٨)، للمزيد: د. أحمد سيد أحمد محمود: شرح قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني، الجزء الأول - التقاضي بقضية، دار الكتاب الجامعي، الإمارات العربية المتحدة، ٢٠١٤م، ص ٢٥٩ وما بعدها.

(٨٤) وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٢٧٢ إجراءات مدنية. وإن كان ذلك قاصراً على الدعاوى المرفوعة أمام المحاكم الابتدائية دون الاستئناف والأوفق أن يشمل الاستثناء كليهما معاً. د. محمد الهاشمي: الموجز في قانون الاجراءات المدنية، سابق، ص ٢٣٤-٢٣٥.

(٨٥) انضمت سلطنة عُمان إلى اتفاقية حقوق الطفل في ٩/ديسمبر ١٩٩٦م بموجب المرسوم السلطاني رقم (٩٦/٥٤)، ودخلت بذلك حيز التنفيذ في ٨/يناير ١٩٩٧م، كما انضمت السلطنة إلى البروتوكولين الاختياريين الملحقين بالاتفاقية، الأول المتعلق باشتراك الأطفال في النزاعات المسلحة، والثاني المتعلق ببيع الأطفال وبيعاء الأطفال واستغلال الأطفال في المواد الإباحية، بتاريخ ١٧/سبتمبر ٢٠٠٤م، وذلك بموجب المرسوم السلطاني رقم (٢٠٠٤/٤١)، ودخل البروتوكولان حيز التنفيذ في ١٧/أكتوبر ٢٠٠٤م. كما تجدر الإشارة أيضاً إلى أن السلطنة قدمت في ٩/يناير ٢٠١١م إشعاراً إلى الأمين العام للأمم المتحدة بسحب تحفظها العام وتحفظاتها على المواد (٧) و(٩) و(٢١) و(٣٠) من الاتفاقية عدا التحفظ الوارد على الفقرة (١) من المادة (١٤) من الاتفاقية التي تمنح الطفل الحق في اختيار ديانته، وذلك بموجب المرسوم السلطاني رقم ٢٠١١/٨٦ بسحب بعض تحفظات السلطنة على اتفاقية حقوق الطفل.

قضايا الطفولة وجوباً وليس فقط جوازيماً بموجب المادة (٩١/أ) إجراءات مدنية، أو يكون الأمر مرجعه إلى سلطة المحكمة وتقديرها بإرسالها ملف القضية إلى الادعاء لوجود مسألة متعلقة بالنظام العام والآداب بحسب المادة (٩٢) إجراءات مدنية^(٨٦)، وأعتقد أن حقوق الطفل القاصر الفضلى تستوجب الرعاية والمحافظة عليها من خلال التدخل وجوباً في الدعاوى المتعلقة به، بوصفها مصلحة وقيمة عليا للمجتمع والدولة^(٨٧).

٣- أن المشرع العماني حرصاً منه على تقصير أمد التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بالطفل القاصر؛ ولأجل أن يكفل له سرعة الحصول على حقوقه دون تأخير فقد قام بتقصير المواعيد الإجرائية المتعلقة بالطعون في الأحكام الصادرة فيها؛ حيث جعل ميعاد الطعن فيها بالاستئناف خمسة عشر يوماً طبقاً لنص المادة (٢٧٧) إجراءات مدنية، وليس ثلاثين يوماً كما هو الحال في الدعاوى المدنية والتجارية^(٨٨).

ولم يقف الأمر عند ذلك؛ وإنما أجاز له بموجب نص المادة (٢٧٨) إجراءات؛ إيداع صحيفة الاستئناف أمانة سر المحكمة التي أصدرت الحكم تيسيراً عليه ومراعاة لظروفه. بينما استلزم أن يتم هذا الإيداع لدى المحكمة المرفوع إليها الاستئناف متى كان الحكم صادراً في مادة مدنية أو تجارية بحسب نص المادة (٢١٩) إجراءات مدنية^(٨٩)، وفي

^(٨٦) للمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع: د. رمضان عبد الكريم علام: التدخل في الدعوى المدنية أمام القضاء، حالاته وآثاره - قواعده وأحكامه - دراسة مقارنة بين قانون المرافعات المصري وقانون الإجراءات المدنية العماني، دار الكتاب الجامعي، الإمارات العربية المتحدة - الجمهورية اللبنانية، طبعة ٢٠١٨م، ص ٤٩-٥٧.

^(٨٧) وهذا ما نصت عليه المادة (١/ج) والمادة (١/٢) من قانون الطفل وقد سبق ذكر نص الفقرة (ج) من المادة الأولى وجاء في المادة الثانية ما نصه: "لا تخل أحكام هذا القانون بأي حماية أفضل للطفل يكفلها قانون آخر".

^(٨٨) المادة ٢١٤ إجراءات مدنية وبحسبانها يكون الميعاد ثلاثين يوماً في المواد المدنية والتجارية، وخمسة عشر يوماً في المواد المستعجلة، وإذا كان الطعن من الادعاء العام تكون مدته خمسين يوماً.
^(٨٩) راجع: د. محمد الهاشمي: الموجز في قانون الاجراءات المدنية، سابق، ص ٢٥٠-٢٥٤، وراجع أيضاً: موسوعة الشرح والتعليق على القوانين العمانية، مرجع سابق، ص ١٧٢.

ذات الاتجاه؛ جعل ميعاد الالتماس كطريق طعن غير عادي، متى تحقق سببه، طبقاً للحالات الحصرية الواردة في المادة (٢٣٢) إجراءات مدنية، مدته عشرة أيام فقط، وفقاً لنص المادة (٢٧٩) إجراءات مدنية^(٩٠).

ومما يجدر التنويه إليه في هذا الصدد إمكانية تطبيق إجراءات التقاضي الرقمي باستخدام وسائل التقنية والاتصالات الحديثة في كافة الدعاوى والإجراءات والطعون المتعلقة بالطفل، وفقاً لرؤية السلطنة في التحول نحو ميكنة إجراءات التقاضي، والذي ترجمته مؤخراً بإصدارها لقانون تيسير إجراءات التقاضي في بعض المنازعات والصادر بالمرسوم السلطاني ٢٠٢٠/١٢٥ ولائحته التنظيمية الصادرة بالقرار رقم ١٠٤/٢٠٢١م^(٩١).

حيث نصت المادة الخامسة من القانون في فقرتها الثانية على أنه: "ويسري حكم هذه المادة على سائر الدعاوى الأخرى غير المنصوص عليها في هذا الفصل وعلى الطعن في الأحكام الصادرة فيها". وعلى مثل هذا أيضاً نصت الفقرة الثانية من المادة (١٨) من ذات القانون، وهي تشير إلى استخدام الوسائل الحديثة في الإعلان والتقاضي والتنفيذ ومختلف الإجراءات القضائية الأخرى. كما نصت على ذلك أيضاً وأكدت عليه اللائحة التنظيمية للقانون^(٩٢).

٤- كما تجب الإشارة إلى أن المشرع العماني قد أنشأ لجانا لحماية الطفل^(٩٣)، ومنحها الحق في تلقي أية شكاوى أو بلاغات تتعلق بوجود أي خروقات أو انتهاكات لحقوق

(٩٠) د. سالم الصوافي - محمد السعدي: موسوعة الشرح والتعليق، مرجع سابق، ص ٢١٨.

(٩١) وقد نشر هذا المرسوم السلطاني بالجريدة الرسمية العدد رقم (١٣٦٧) ٢٠٢٠م، بينما نشرت اللائحة التنظيمية له في العدد رقم (١٣٨١) ٢٠٢١م.

(٩٢) راجع نص المادة (١٨) من اللائحة.

(٩٣) المادة (٦٠) من قانون الطفل ووفقاً للفقرة الأخيرة منها يتمتع أعضاء هذه اللجان بالضبطية القضائية في خصوص الأعمال المنوطة بهم.

الطفل المقررة بموجب القانون رقم ٢٢/٢٠١٤م^(٩٤)، ولائحته التنظيمية^(٩٥)، كما كفل المشرع أيضاً؛ لكل شخص الحق في إبلاغ جهات الاختصاص عن أية واقعة تشكل انتهاكاً لأي حق من حقوقه^(٩٦)، وأوجب على هذه اللجان اتخاذ كافة التدابير اللازمة لحماية المبلغ، وعدم الإفصاح عن هويته.

وإن كنت أقترح على المشرع أن يجعل لهم الحق في رفع دعاوى الطفل، وليس فقط مجرد الإبلاغ عن الانتهاكات فقط، وأعتقد أن ذلك ممكنٌ بسلوك دعوى الحسبة^(٩٧)، دفاعاً

^(٩٤) والمنشور بالجريدة الرسمية العدد ١٠٥٨. وأحكامه مستقاة من اتفاقية حقوق الطفل. وراجع تحديداً نص المادة ٦١ منه.

^(٩٥) الصادرة بقرار وزارة الشؤون الاجتماعية العمانية رقم ١٢٥ / ٢٠١٩.

^(٩٦) راجع نص المادة (٦٢) من قانون الطفل العماني. بل منح المشرع للأطباء والمعلمين ومن على شاكلتهم ممن لهم بحكم عملهم أو مهنتهم اتصال بالطفل؛ الحق في القيام بإبلاغ تلك اللجان بأية انتهاكات لحقوق الطفل طبقاً لنص المادة (٦٣) من القانون المذكور. وهذا يؤكد مدى حرص المشرع على توفير الحماية القانونية الموضوعية منها والإجرائية لحقوق الطفل، ولذا أستطيع القول بأن المشرع بهذا المسلك اعترف لهؤلاء بالصفة القانونية في تحريك الإجراءات اللازمة لحماية الطفل بإبلاغ الجهات الإدارية المختصة أو حتى الجهات القضائية للقيام بواجباتها في هذا الشأن إعلاء لمصلحة الطفل الفضلى.

^(٩٧) ولا زالت دعاوى الحسبة جائزة ومقبولة في النظام العماني، ويجوز للأفراد استعمالها دفاعاً عن حقوق الله الخالصة أو ما كان حق الله فيه غالباً. وذلك استناداً إلى أن الشريعة الإسلامية - وفقاً للنظام الأساسي - هي أساس التشريع في السلطنة. وتطبيقاً لذلك انظر: عليا شرعي جلسة ٢١ مايو ٢٠٠٦، في الطعن رقم ٨٢/٢٠٠٦، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة المدنية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، س. ق ٦، ص ١٦٩. وفي القانون المصري تم قصر دعاوى الحسبة على مسائل الأحوال الشخصية فقط دون غيرها؛ باعتبار أنها تنطبق عليها أحكام الشريعة الإسلامية؛ وبحسب نص المادة الأولى من قانون الحسبة المصري رقم ٣ لسنة ١٩٩٦م. والصادر بتاريخ ٢٩/١/١٩٩٦م بتنظيم إجراءات رفع ومباشرة دعوى الحسبة في مسائل الأحوال الشخصية. ولمعرفة المزيد حول هذا القانون راجع تفصيلاً: الديناصورى وعكاز: شرح القانون ٣ لسنة ١٩٩٦، طبعة ١٩٩٧م. ومنذ هذا التاريخ أصبحت النيابة العامة دون غيرها هي صاحبة الاختصاص الأصلي في تحريك دعوى الحسبة في مسائل الأحوال الشخصية، ومن ثم لا يجوز لغيرها رفع هذه الدعوى، وإذا ما أراد شخص رفعها فعلياً أن يتقدم بشكوى أو طلب للنيابة العامة مبيناً فيه موضوع هذا الطلب والأسباب التي استند إليها والمستندات التي تؤيده. وفي ضوء ذلك تصدر قرارها إما برفعها أو بحفظها، ويجوز لمقدم البلاغ أو الشكوى التظلم منه إلى النائب العام، والذي يكون من حقه إلغاء قرار النيابة السابق خلال ==

عن المصلحة العليا للمجتمع، والمتمثلة في الحفاظ على حاضره ومستقبله وأساس نهضته،
ألا وهم الأطفال الذين يتم تنشئتهم وإعدادهم الإعداد الأمثل ليتحملوا مسئولية أوطانهم
والدفاع عنها في كافة الميادين سلباً وحرباً.

وفي ذات السياق؛ لا مانع من منح الادعاء العام^(٩٨) الحق في رفع دعاوى الطفل
أيضاً بحكم كونه حامي مصالح المجتمع والمدافع عنها، ونزولاً على مقتضيات مراعاة
المصلحة الفضلى لهم طبقاً للمواثيق والتشريعات الإقليمية والدولية، فضلاً عن اتخاذ
القرارات الأخرى ذات الصلة بحماية الطفل كإيداعه بدار الرعاية المؤقتة، وذلك بناء على
توصية تقدم إليه من مندوب حماية الطفل^(٩٩) مع إمكانية أن تتم إعادة الطفل المودع
بالدار إلى ولي الأمر بعد زوال أسباب الإيداع وآثاره، وبعد تعهد ولي الأمر كتابةً برعايته.
ومن أجل ضمان تطبيق واحترام ما ورد من حقوق في هذا القانون؛ كان لزاماً أن يكون
هنالك جزاءات رادعة لمن يقترف عملاً يمثل جريمة في حق الأطفال، كما أنشأ محكمة
للأحداث^(١٠٠)، فضلاً عن تقرير مسؤوليته المدنية بالتعويض وجبر كافة الأضرار المادية

== ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره. المادة الثانية من القانون ٣ لسنة ١٩٩٦م. ويكون قراره نهائياً غير
قابل للطعن عليه. وبالتالي عندما تقوم النيابة برفع هذه الدعوى فإنها تفعل ذلك بصفقتها حامية للمصلحة
العامة للمجتمع والمدافعة عنها، وليس بصفقتها الشخصية. كما يكون للنيابة الحق في رفع الدعاوى
الأخرى التي منحها القانون الحق في رفعها ابتداءً أو أوجب عليها التدخل فيها أو أجاز لها التدخل في
رفعها.

^(٩٨) راجع في ذلك نصي المادتين (٦٤، ٦٥) من قانون الطفل العماني.
^(٩٩) وهو الموظف الذي يعين لمتابعة الأطفال المعرضين للعنف أو الاستغلال أو الإساءة والتدخل
لحمايتهم.

^(١٠٠) راجع في اختصاصات هذا القضاء ودوره: بدر بن خميس بن سعيد الزبيدي: اختصاص قضاء
الأحداث في القانون العماني على ضوء الشريعة الإسلامية، بحث مقدم للمؤتمر الدولي الأول "العلوم
الشرعية تحديات الواقع وآفاق المستقبل"، كلية العلوم الشرعية ديسمبر ٢٠١٨ م. وراجع كذلك: د. راشد
أحمد البلوشي - خالد أحمد الشعبي: التدابير الاحترازية في التشريع الجزائري العماني بين النظرية
والتطبيق، بحث منشور بمجلة الآداب والعلوم الاجتماعية، جامعة السلطان قابوس، العدد الثالث
٢٠١٢م.

والمعنوية التي ترتبت على ذلك، وبالقدر الذي يتناسب وجسامتها وخطورتها، ليس على الطفل فحسب ولكن على المجتمع ككل^(١٠١).

ولكنني مع ذلك؛ أقتراح على المشرع الاجرائي العماني؛ أن يقوم بتعديل نص المادة (٢٨٠) إجراءات مدنية، والتي تُحمّل من رُفض طلبه أياً كان؛ بمصاريف الاجراءات وأتعاب الخبراء، كما منحت المحكمة سلطة إلزام القاصر أو من في حكمه بتلك المصاريف والأتعاب كلياً أو جزئياً في الدعاوى المتعلقة بالولاية على المال وتصفية التركات، وكان من الأولى مراعاة للمصلحة الفضلى للطفل القاصر؛ إعفاءه من كافة الأعباء المالية المتعلقة بالدفاع عن حقوقه التي كفلتها له قوانين الأحوال الشخصية وقوانين الطفل والمواثيق الإقليمية والدولية ذات الصلة.

كما أطلبه كذلك؛ بإعفاء دعاوى الأحوال الشخصية عموماً والمتعلقة بالأطفال القصر خصوصاً من الرسوم القضائية، المقررة بموجب المادة الثانية من القرار الوزاري رقم ١٨٩ لسنة ٢٠١٧م^(١٠٢) باعتبارها قد تمثل عائقاً يحول بين الطفل والمحافظة على حقوقه التي كفلتها له القوانين الموضوعية المختلفة؛ وبما يتعارض وما تبناه المشرع نفسه من فلسفة أن المصلحة الفضلى للطفل الصغير أو القاصر لها الأولوية في المحافظة عليها وتقديمها على غيرها عند التعارض^(١٠٣).

(١٠١) راجع المواد (٦٦-٧٦) من قانون الطفل والتي قررت المسؤولية الجنائية (٦٦-٧٥) والمدنية (م ٧٦) معاً عن الاخلال ببنود هذا القانون.

(١٠٢) وجاء نصها: تحدد رسوم دعاوى الأحوال الشخصية بواقع (٥) خمسة ريالاً عمانية، فيما عدا دعاوى التركات، فيحدد الرسم فيها على النحو الآتي: ١- ٢ % من قيمة دعوى المطالبة، وبعد أدنى قدره (١٠) عشرة ريالاً عمانية، وبعد أقصى قدره (٣٠) ثلاثون ريالاً عمانياً، أمام المحاكم الابتدائية. ٢- ٢ % من قيمة دعوى المطالبة، وبعد أدنى قدره (١٠) عشرة ريالاً عمانية، وبعد أقصى قدره (٥٠) خمسون ريالاً عمانياً، أمام محاكم الاستئناف. وهذا القرار الوزاري منشور بالجريدة الرسمية العدد رقم (١٢١٢).

(١٠٣) وهذا ما نصت عليه صراحة الفقرة (ج) من المادة الثانية من قانون الطفل العماني حيث جاء نصها: الحق في إيلاء مصالحه الفضلى الأولوية في كافة القرارات والإجراءات التي تتخذ بشأنه، سواء من قبل وحدات الجهاز الإداري للدولة، أم الجهات القضائية، أم الجهات المنوط بها رعايته.

ثانياً- الاختصاص المحلي:

أورد المشرع العماني عدة استثناءات على القاعدة العامة التي يتحدد على أساسها هذا الاختصاص^(١٠٤) وبيانها كالتالي:

أ- دعاوى الولاية على النفس^(١٠٥) وترفع سواء كانت بسلب الولاية أو بوقفها أو بالحد منها أو ردها؛ أمام المحكمة التي يقع بدائرتها موطن الولي أو محل إقامته إذا لم يكن له موطنٌ معروفٌ؛ وذلك طبقاً للفقرة الأولى من المادة (٢٩٠) إجراءات مدنية^(١٠٦).

ب- وفي خصوص دعاوى الولاية على المال. فقد عقد الاختصاص بنظرها محلياً وفق الآتي:

أما في مواد الولاية. يكون الاختصاص محلياً لمحكمة موطن الولي أو القاصر ومن في حكمه، وفي مواد الوصاية للمحكمة التي يقع بدائرتها آخر موطن للمتوفى أو القاصر أو من في حكمه. وفي دعاوى الحجر أو المساعدة القضائية يكون للمحكمة الواقع بدائرتها موطن المطلوب الحجر عليه أو مساعدته. وأما دعاوى الغيبة، فيكون للمحكمة التي يقع بدائرتها آخر موطن للغائب^(١٠٧)، وفي حال عدم وجود موطن لواحد من هؤلاء؛ ينعقد الاختصاص محلياً للمحكمة الواقع بدائرتها موطن المدعي، أو المحكمة التي يقع بدائرتها المال المطلوب حمايته.

^(١٠٤) وهي محكمة موطن المدعى عليه - العام أو الخاص أو المختار - وفي حالة تعدد المدعى عليهم ينعقد لمحكمة موطن أحدهم (م ٤٤ إجراءات مدنية). د. أحمد سيد أحمد محمود: شرح قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني، الجزء الأول - التقاضي بقضية، دار الكتاب الجامعي، الإمارات العربية المتحدة، ٢٠١٤م، ص ٢٥٠، ٢٥١.

^(١٠٥) وهي تلك المتصلة بمدى القدرة على التصرفات المتعلقة بنفسه كمسائل الحفظ والتأديب والتعليم والرعاية وغيرها. د. محمد الهاشمي: الموجز في قانون الإجراءات المدنية، سابق، ص ٢٤٢.

^(١٠٦) وقد منحت هذه المادة المحكمة سلطة الاستعانة بالادعاء العام أو غيره؛ للتحقيق فيما نسب للولي من أوجه قصور في الحفظ والرعاية الواجبة للطفل القاصر المشمول بولايته، وكتابة تقرير بنتيجة ذلك وموافاة المحكمة به. المرجع السابق، ص ٢٤٢ وما بعدها.

^(١٠٧) ويقصد بالغائب: ذلك الشخص الذي لا يُعرف له موطناً أو محل إقامة، وأما المفقود فهو من لا تعرف له -فضلاً عما تقدم- حياته أو موته. د. محمد الهاشمي: الموجز في قانون الإجراءات المدنية، سابق، ص ٢٤٣.

وفي دعاوى النفقات وحضانة الصغير وحفظه ورؤيته وغيرها. مما ورد النص عليه في المادة (٢٨٤) إجراءات مدنية؛ فينעד الاختصاص محلياً بنظرها لمحكمة موطن المدعى عليه أو لمحكمة موطن المدعي^(١٠٨) وتبدو حكمة الخروج على القاعدة العامة في الاختصاص المحلي؛ في الحرص على توفير أكبر قدر من الحماية الإجرائية للطرف الضعيف المقامة عليه الدعوى، حتى لا يتكبد عناء الخصومة من ناحية، ومشقة الانتقال والجهد والنفقات من ناحية أخرى. وهذا بطبيعة الحال مظهر من مظاهر الحماية الإجرائية للطفل القاصر في خصوص الدعاوى المتعلقة به.

الخاتمة

بعدما انتهينا بفضل الله وتوفيقه من هذه الورقة البحثية؛ حول الحماية الإجرائية للطفل في مسائل الأحوال الشخصية وفقاً لما قرره التشريعات في كل من مصر وسلطنة عمان، لم يبق لنا سوى أن نضع بين أيديكم أهم ما توصلنا إليه من نتائج واقتراحات في هذا الشأن. فأقول وبالله التوفيق: -

أولاً- إن الاهتمام بالطفل على كافة المستويات ومختلف الأصعدة مرجعه الحرص على سلامة تكوينه، وتنشئته تنشئة صالحة تمكنه من أن يكون باني نهضة مجتمعه وأمتة والعبور بهما نحو بر الأمان؛ ولذا اهتمت كافة المواثيق الدولية المعنية بحقوق الإنسان عموماً وبحقوق الطفل خصوصاً في تقرير كافة ما يلزم له من حقوق تكفل له الحياة الكريمة في مختلف المجالات الاجتماعية، والاقتصادية والثقافية والقضائية.

ثانياً- انطلاقاً من هذا الأساس؛ اعتنت التشريعات في كل من سلطنة عمان ومصر في تحديد سن الطفل الذي يتمتع بهذه الحقوق، وقد توافقت فيما قرره مع التشريعات العالمية والمواثيق الدولية وبخاصة اتفاقية حقوق الطفل، والتي حددت هذه السن من لحظة الميلاد وحتى تمام ثماني عشرة سنة ميلادية كاملة.

(١٠٨) د. أحمد سيد أحمد محمود: شرح قانون الاجراءات المدنية والتجارية العماني، الجزء الأول - التقاضي بقضية، دار الكتاب الجامعي، الإمارات العربية المتحدة، ٢٠١٤م، ص ٢٥٢ وما بعدها.

ثالثاً- ولما كانت الحقوق والمراكز القانونية تحتاج إلى وسيلة لحمايتها في حالة الاعتداء عليها أو التهديد به، وإلا أضحت حبراً على ورق أو بالأحرى لا تساوي قيمة الحبر الذي كتبت به والأوراق التي سطرت عليها. حاولنا في هذه الورقة البحثية إلقاء الضوء على مظاهر الحماية الإجرائية المدنية للطفل من خلال الاعتراف له بالحق في التقاضي طبقاً للقواعد الدستورية العامة، أو في ضوء التشريعات المتعلقة بالأحوال الشخصية، أو حتى في ضوء التشريعات المعنية بالطفولة، وعرضنا في ضوء ذلك لدعاوى نفقة الصغير وحضانتها وتسليمه وحفظه ورؤيته، وسائر الدعاوى الأخرى المتعلقة بمسائل الولاية على النفس أو المال.

رابعاً- تأكيداً وحرصاً على مصلحة الطفل الصغير أو القاصر؛ قرر المشرع -لأحكام والقرارات الصادرة في المنازعات ذات الصلة بشأن من شؤونه- حماية تنفيذية معجلة قانوناً أو قضاءً بحسب الأحوال حتى ولو كانت قابلة للطعن. ليس هذا فحسب، ولكن أيضاً وتيسيراً عليهم جعل تنفيذ هذه الأحكام يتم إما بواسطة قلم المحضرين أو جهة الإدارة بحسب الأحوال.

وكذلك حرص على تقصير المواعيد الإجرائية؛ حتى لا يطول أمد النزاع بشكل ينطوي على إضرار بالطفل القاصر صاحب الحق المطلوب حمايته. كذلك تم إنشاء العديد من الجهات المعنية بحماية حقوق الطفل سواء بموجب نصوص قانون الطفل أو قوانين الأحوال الشخصية أو محاكم الأسرة.

خامساً- ومع ذلك فإني أقترح على المشرعين في كل من سلطنة عمان ومصر ما يلي:

- ١- ضرورة الاعتراف للطفل القاصر -ولو لم يكن مآدونا له في إدارة أمواله- بالصفة القانونية الكاملة في مباشرة كافة الإجراءات والدعاوى والطعون القضائية وتنفيذ كافة الأحكام الصادرة لمصلحته فيها، وذلك حفاظاً على حقوقه المكفولة له بموجب التشريعات المختلفة في السلطنة ومصر ما دام مميزاً وقادراً على مباشرتها بنفسه، أو من خلال وكيله في الخصومة وهو ما يعرف بالتمثيل الفني.
- ٢- كما أنبه المشرع العماني إلى أهمية تعديل نص المادة (٢٨٠) إجراءات مدنية، والتي تُحمّل من رُفض طلبه أيّاً كان؛ بمصاريف الإجراءات وأتعاب الخبراء،

ومنح المحكمة سلطة إلزام القاصر أو من في حكمه بتلك المصاريف والأتعاب كلياً أو جزئياً في الدعاوى المتعلقة بالولاية على المال وتصفية التركات، وكان من الأولى مراعاة للمصلحة الفضلى للطفل القاصر، وكفالة لحقه في التقاضي -المكفول دستورياً وقانونياً- إعفائه منها، وتبعاً لذلك تعديل المادة الثانية من القرار الوزاري رقم ١٨٩ لسنة ٢٠١٧م.

٣- كما أذعه إلى جمع شتات المسائل الإجرائية المتعلقة بالطفل القاصر أو عديم الأهلية في قانون واحد على غرار ما فعله المشرع المصري بإصدار القانون ٢٠٠٠/١ بتنظيم أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية وتعديلاته، ليس هذا فقط، ولكن أيضاً إنشاء دائرة قضائية متخصصة بقضايا الطفولة يكون لها دون غيرها اختصاص نوعي على غرار محاكم الأسرة في مصر المنشأة بموجب القانون ٢٠٠٤/١٠.

٤- وفي الجهة المقابلة فإنني أدعو السلطة التشريعية في مصر إلى إسراع الخطى نحو تعديل قانون الأحوال الشخصية، ولاسيما في مسائل الرؤية، والحضانة، والولاية التعليمية، وغيرها من المسائل الأخرى ذات الصلة، وبما ينسجم وما طرأ من مستجدات في المجتمع، ولاسيما أن مشروع التعديل بين يديها منذ فترة. والعمل على إنشاء شرطة متخصصة لمحاكم الأسرة، تكون معنية في المقام الأول بتنفيذ أحكام الحضانة، والرؤية، والنفقات وغيرها، بما يحول دون الانتكاف عليها وعدم تنفيذها في الواقع العملي.

٥- تفعيل دور مكاتب التسوية الأسرية بمحاكم الأسرة، ومنحها سلطة تمكنها من تحقيق دورها على النحو المطلوب، وإلا صارت سبباً لبطء إجراءات التقاضي والذي تعاني منه المحاكم بصفة عامة، وقضاء الأسرة بصفة خاصة.

٦- أضف إلى ذلك ضرورة القيام بتوحيد كافة إجراءات التقاضي المتعلقة بالأحوال الشخصية للطفل والأسرة في قانون واحد وهو القانون الإجرائي لمحكمة الأسرة والطفل. كما أذعه كذلك بالاكتماء بتشكيل محكمة الأسرة من قاض واحد، بدلاً عن ثلاثة؛ حتى يتسنى توفير عدد أكبر من القضاة لمواجهة العدد الكبير من

القضايا وإنجازها؛ تحقيقاً للعدالة من ناحية وقضاء على ظاهرة البطء في التقاضي من ناحية أخرى مع ضرورة اعترافه بالأهلية الإجرائية للطفل القاصر ناقص الأهلية على وجه الخصوص لحماية حقوقه التي كفلتها له التشريعات المختلفة وقوانين الطفل والمواثيق الدولية، وجعل التدخل فيها وجوبياً من جانب النيابة أو الادعاء العام.

٧- ومنح كافة الجهات المعنية بحماية الطفولة (الصفة غير العادية) فضلاً عن الأفراد (حسبة) من خلال الشكوى إلى النيابة العامة لتحريك تلك الدعاوى ورفعها ابتداءً في مواجهة كل من ينتهك هذه الحقوق أو يعتدي عليها، والتدخل في المنازعات القائمة ذات الصلة، إذ بدون هذه الفعالية والحماية الإجرائية تفقد القوانين الموضوعية ذات الصلة أية قيمة أو جدوى حقيقية من ورائها.

المراجع

- أحمد خليل: خصوصيات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٠م.
- أحمد سيد أحمد محمود: شرح قانون الاجراءات المدنية والتجارية العماني، الجزء الأول - التقاضي بقضية، دار الكتاب الجامعي، الإمارات العربية المتحدة ٢٠١٤م.
- د. أحمد سيد محمود: أصول التنفيذ الجبري في قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية والأحكام القضائية والآراء الفقهية، دار الكتاب الجامعي، الطبعة الأولى، ٢٠١٥م.
- أحمد نصر الجندي: محكمة الأسرة واختصاصاتها، دار الكتب، ٢٠٠٥م.
- أحمد نصر الجندي: شرح قانون الأحوال الشخصية في سلطنة عمان، دار الكتب القانونية، ٢٠١٠م.

- بدر بن خميس بن سعيد اليزيدي: اختصاص قضاء الأحداث في القانون العماني على ضوء الشريعة الإسلامية، بحث مقدم للمؤتمر الدولي الأول "العلوم الشرعية تحديات الواقع وآفاق المستقبل"، كلية العلوم الشرعية، ديسمبر، ٢٠١٨م.
- خليل فاروق: الطفل العربي في ظل الاتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق الطفل، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بآبن عكنون، جامعة الجزائر - بن يوسف بن خده، ٢٠٠٦ - ٢٠٠٧م.
- الديناصوري وعكاز: شرح القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٦، طبعة ١٩٩٧م.
- راشد أحمد البلوشي - خالد أحمد الشعبي: التدابير الاحترازية في التشريع الجزائري العماني بين النظرية والتطبيق، بحث منشور بمجلة الآداب والعلوم الاجتماعية، جامعة السلطان قابوس، العدد الثالث، ٢٠١٢م.
- رمضان عبد الكريم علام: التدخل في الدعوى المدنية أمام القضاء، حالاته وآثاره - قواعده وأحكامه - دراسة مقارنة بين قانون المرافعات المصري وقانون الإجراءات المدنية العماني، دار الكتاب الجامعي، الإمارات العربية المتحدة - الجمهورية اللبنانية، طبعة ٢٠١٨م.
- سيد أحمد محمود: أصول التقاضي، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٩م.
- سالم حميد الصوافي - محمد بن سيف السعدي وآخرين: موسوعة الشرح والتعليق على القوانين العمانية، ٢، قانون الإجراءات المدنية والتجارية، مركز الغندور العلمي، القاهرة، ٢٠١٧م.
- سحر يوسف عبد الستار: محكمة الأسرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥م.
- الشحات الحديدي: ماهية الصفة ودورها في النطاق الإجرائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦م.
- طالب ياسين: حقوق الطفل والآليات الدولية لحمايتها زمن النزاعات المسلحة، مقال منشور في مجلة جيل حقوق الإنسان، العدد ٢٢.

- عايدة فؤاد النبلاوي: قراءة سيكولوجية في اتفاقية حقوق الطفل محاولة للاقتراب من واقع الطفل العماني، بحث منشور بمجلة كلية الآداب والعلوم الاجتماعية، جامعة السلطان قابوس.
- عبد الحكيم عباس قرني عكاشة: الصفة في العمل الإجرائي، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة بني سويف، ١٩٩٥م.
- عبدالله لحد - جوزيف مغيزل: حقوق الانسان الشخصية والسياسة، بيروت، منشورات عويدات، سنة ١٩٨٥، غسان خليل: حقوق الطفل التطور التاريخي منذ بدايات القرن العشرين، بيروت، سنة ٢٠٠٠.
- على أبو عطية هيكل: أصول التنفيذ الجبري في قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية، ٢٠١٢م.
- عيد محمد القصاص: محكمة الأسرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤م.
- قادري عبد العزيز: حقوق الإنسان في القانون الدولي والعلاقات الدولية المحتويات والآليات، الجزائر: دار هومة، ٢٠٠٢م.
- محمد أحمد شحاته: شرح قانون الأحوال الشخصية لسلطنة عمان ١٩٩٧/٣٢ وتعديلاته، المكتب الجامعي الحديث، ٢٠١٩م.
- محمد الشحات الجندي: قراءة في قانون إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢م.
- محمد المجذوب: الإنسان العربي وحقوق الإنسان، بحث منشور بمجلة الفكر العربي، بيروت، معهد الإنماء العربي، العدد رقم ٦٥، في العام ١٩٩١م.
- محمد عبده الزغير وعبلة إبراهيم: دراسة تحليلية نقدية لميثاق حقوق الطفل العربي، أبحاث مؤتمر اتحاد المحامين العرب، ١٩٩٧م.
- محمد عبد المالك مصطفى: الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية وفقاً للقانون العماني، دار الكتاب الجامعي، الجمهورية اللبنانية - الإمارات العربية المتحدة، طبعة ٢٠١٤م.

- محمد يحيى أحمد عطية: العيب الإجرائي وأثره على صحة الحكم في الخصومة، بحث محكم منشور بجمعية كلية الدراسات الإسلامية والعربية للنبات بالإسكندرية، ٢٠١٨م.
- محمود السيد التحيوي: حضور صاحب الصفة الإجرائية في الدعوى القضائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٣م.
- محمود يونس: تيسير إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، دار النهضة العربية، ٢٠٠١م.
- مفيد شهاب: حقوق الإنسان في عصر التنظيم الدولي، القاهرة، مركز اتحاد المحامين العرب للبحوث والدراسات القانونية، ١٩٨٩م.
- هبه حنا الباشا: الصفة في الدعوى المدنية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق - الجامعة اللبنانية، ٢٠١٩م.
- يوسف محمد قاسم: الجديد في القانون (١) لسنة ٢٠٠٠-٢٠٠٢، طبعة المجلس الأعلى للثقافة.

الاتفاقيات والمواثيق الدولية والإقليمية:

- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر بتاريخ ١٠/١٢/١٩٤٨م.
- الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل اعتمدت بموجب قرار الجمعية العامة ٢٥/٤٤ المؤرخ في ٢٠ / نوفمبر ١٩٨٩م، تاريخ بدء النفاذ: ٢ سبتمبر ١٩٩٠م.
- الميثاق الإفريقي لحقوق ورفاهة الطفل، ديسمبر ١٩٩٣م.
- ميثاق حقوق الطفل العربي، وقد تم إقراره من مجلس وزراء الشؤون الاجتماعية العرب في دورته الرابعة، والتي انعقدت في تونس في الفترة من ٤-٦ ديسمبر ١٩٨٣م.
- إعلان القاهرة لحقوق الإنسان في الإسلام الذي أقره المؤتمر الإسلامي التاسع عشر لوزراء الخارجية بالقرار رقم ١٩/٤٩-س (١٩٩٠م).
- إعلان حقوق الطفل ورعايته في الإسلام الذي أقره مؤتمر القمة الإسلامية السابع بالقرار رقم ٧/١٦-ث (ق. أ) (١٩٩٤م).

القوانين والتشريعات الوطنية:

- قانون الطفل العماني الصادر بتاريخ ١٩ مايو ٢٠١٤م، بموجب المرسوم السلطاني رقم ٢٢ لسنة ٢٠١٤م، والمنشور بالجريدة الرسمية العدد رقم ١٠٨٩ ولائحته التنفيذية الصادرة بالقرار الوزاري رقم ٢٠١٩/١٢٥.
- قانون الأحوال الشخصية العماني الصادر بالمرسوم السلطاني ٣٢ لسنة ١٩٩٧م وتعديلاته.
- قانون الطفل المصري رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦م، والمنشور بالجريدة الرسمية العدد (١٣) تابع في ٢٨ مارس سنة ١٩٩٦م، والمعدل بالقانون ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨م، والمنشور بالجريدة الرسمية العدد ٢٤ مكرراً بتاريخ ١٥ يونيو ٢٠٠٨م، والعدد ٢٨ بتاريخ ١٠ يولييه ٢٠٠٨م.
- قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٠٠٢/٢٩ وتعديلاته.
- قانون المرافعات المصري ١٣ لسنة ١٩٦٨م وتعديلاته.
- قانون الأحوال الشخصية المصري وتعديلاته.
- القانون ٢٠٠٠/١ بتنظيم بعض إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية وتعديلاته.
- القانون ٢٠٠٤/١٠ الصادر بإنشاء محاكم الأسرة وتعديلاته.

مصادر أخرى:

- Edward Mc Whinney, les Nations unis et la Formation du droit, relativisme culturel et idéologique et Formation du Droit international pour une époque de transition, Paris : Bedonne, U..N.E.S.C.O, 1986.





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:

- **Towards an Oversight of the Constitutionality of Laws In the Sultanate of Oman (A Comparative Study)**
Dr. Salim Rashid Khamees Al-Alawi
- **The Electronic Guide before the Egyptian and Saudi Administrative Judicature**
Dr. Mostafa Elsyed Mohammed Dabous
- **The Legislative Guarantees of Foreign Direct Investment (FDI) Against Non-commercial Risks (An Analytical Descriptive Study of the New Foreign Capital Investment Omani Law)**
Dr. Salim Salam Humaid Al-Flaiti
- **The Spillover Effect of Arbitration Agreement to Others (A Study in Omani Arbitration Law)**
Dr. Hilal Mohammed Sulaiman Al-Alawi
- **Punishment for Working for the Public Interest as an Alternative to Short-Term Imprisonment in Palestinian and Omani Legislation (Comparative Analytical Study)**
Dr. Nizar Hamdi Ibrahim Qeshta
- **Criminal Protection of Religious Liberty**
Dr. Mohamed Elsaid Abdulshafie Elkozaa
- **Procedural Protection of the Child in Personal Status Matters (Comparative Analytical Study in Egyptian and Omani Law)**
Dr. Mohammed Yahya Ahmed Attia