



سُلْطَنَة عُومَان

المجلة القضائية

مجلة علمية متخصصة
نصف لسنوية
تُعنى بالفقه والقضاء

العدد الثاني

٢٠١١م

المحتويات

❖ قسم البحوث :

- (١) حكم توارث ذوي القرابة إن ماتوا ولم يعلم المتقدم وفاةً .
- (٢) المحررات الرسمية في قانون الإثبات العُماني «دراسة مقارنة بقانون الإثبات الإماراتي والمصري».
- (٣) الإثبات بالوسائل الإلكترونية «دراسة مقارنة» .
- (٤) الرقابة القضائية على أعمال وقرارات الضبط الإداري في سلطنة عُمان «دراسة مقارنة» .
- (٥) أصول صياغة الأحكام القضائية «الجزء الثاني» .
- (٦) التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة في الفقه الإسلامي مقارناً بقانون المعاملات الإلكترونية العُماني .

❖ قسم الأحكام القضائية المختارة :

- (١) دراسة حول الحكم الصادر عن دائرة المنازعات الإيجارية بمسقط في الدعوى المدنية رقم ٢٠١٠/٧٢١ .
- (٢) دراسة حول الطعن رقم ٢٠٠٩/٩٦٨م الدائر المدنية (أ) عليا، في الجلسة العلنية المنعقدة في يوم السبت ١٨/ربيع الثاني/١٤٣١هـ الموافق ٢٠١٠/٤/٣م



المجلة القضائية

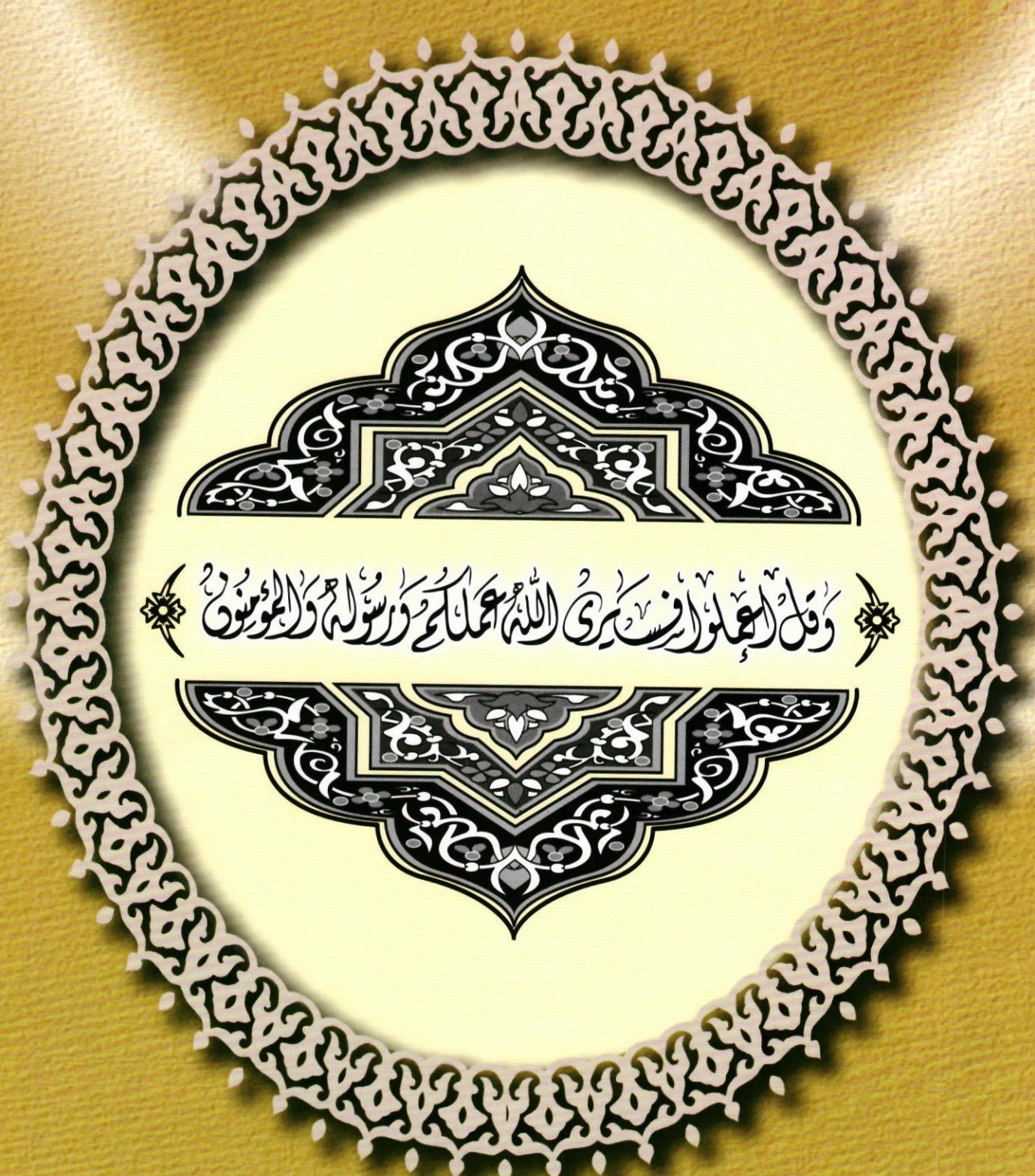
سلطنة عمان
وزارة العدل
المحكمة العليا - المكتب الفني

المجلة القضائية

مجلة علمية متخصصة
نصف سنوية
تُعنَى بالفقه والقضاء

يناير ٢٠١١ م

توجه المراسلات باسم المكتب الفني بالمحكمة العليا
قسم المجلة القضائية
سلطنة عمان - مسقط - الخوير
ت: ٢٤٦٩٧٢٨٠، ٢٤٦٩٧٢٩٧، فاكس: ٢٤٦٠٤٣١٢
ص.ب: ٢٥١٦، ر.ب: ١١٢
البريد الإلكتروني: mojsetb@hotmail.com



وَقُلْ لِّلْعَمَلِ أَثَرٌ وَإِنِّي أَرَى اللَّهَ عَمَّا كُنتُمْ وَرَسُولَهُ وَالْمُؤْمِنُونَ



حضرت حکیم ابی اللہ بنی السیاطی ق. ب. ب. بن سعید العظمی
رئیس المجلس الاسلامی الاعلیٰ لافغان



كلمة العدد



الإحسان فوق العدل

الحمد لله أمر بالعدل والإحسان ، والصلاة والسلام على رسولنا الكريم محمد إمام العادلين وسيد المحسنين وبعد...

فالعدل هو المساواة في المكافأة إن خيراً فخير وإن شراً فشر، وهو مبعث الارتياح في النفس لكل ما يدرأ الشعور بالظلم ، وقد اتخذ الميزان رمزاً له فيتحقق العدل بتساوي كفته ولا يكون ذلك إلا إذا كان الميزان مستقيماً فإذا مالت كفته كان الجور والظلم، وقد أشار القرآن الكريم إلى ذلك في قوله تعالى ﴿وَأَقِيمُوا الزُّنْنَ بِالْقِسْطِ وَلَا تُخْسِرُوا الْمِيزَانَ﴾ وأداة تحقيق العدل عمل القاضي حين يختصم إليه الطرفان وأدواته حكم الشرع والقانون ، وعلى القاضي أن يلتزم الحياد في إجراءاته وفي تطبيقه فالمعتدي يجب أن ينال العقوبة المقررة لاعتدائه عملاً بقوله تعالى ﴿وَأِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ﴾ والملتزم يتعين أن يفي بالتزامه ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ ويمتنع على القاضي أن يبدل في القاعدة الشرعية أو القانونية بل يلتزم تطبيقها فمتى أقيمت الحجة على المعتدي وجب تطبيق العقوبة المقررة لهذا الاعتداء ، كما يجب الإلزام بالوفاء متى أقيم الدليل على الالتزام وهنا يكون القاضي قد قضى بالعدل .

أما الإحسان فهو أن يقابل الخير بخير أكثر منه والشر بأقل منه وبذلك يكون الإحسان زائداً على العدل أو فوق العدل فيصبح بذلك خيراً مطلقاً وبه يتلطف العدل وتوثق الصلات بين الناس أو بين الحاكم والمحكوم على أساس من الألفة والمحبة فيتحقق التأخي بالتراخي ، وهو شعور متأصل في الطابع العربي بصفة عامة والعmani خاصة وقد عبر عنه حكيم العرب أكتثم بن صيفي بقوله (من تراخي تألف ومن تشدد نفر ، والشرف التفاضل) .

وإذا كانت غاية الشريعة أن يقوم المجتمع على أساس من التأخي والود والتراحم «مثل المؤمنين في توادهم وتراحمهم وتعاطفهم كمثل الجسد إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الأعضاء

بالسهر والحمى» فقد قرن الله سبحانه وتعالى الإحسان بالعدل وأمر بهما ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ﴾ على أساس أن يتحقق بالعدل غاياته وبالإحسان أهدافه من التأخي والود والتراحم وأورد القرآن الكريم تطبيقات للعدل كما أورد أخرى للإحسان في قوله تعالى ﴿وَأِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ﴾ وقوله ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ﴾ وقوله ﴿وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ﴾ وقوله ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا﴾ يقابلها من الإحسان قوله جلت قدرته ﴿وَأَنْ تَغْفُوا وَتَصْفَحُوا وَتَغْفِرُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ وكذلك قوله ﴿فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ﴾ ، كذلك في الالتزامات المدنية يقول تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ من قبيل العدل ، وفتح الباب للإحسان بقوله ﴿وَأِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنُظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾ ثم عظم الله ثواب المحسنين بل جعلهم محبتين مقربين محبين ﴿إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ﴾ .

وإذا كان ما شهدته البلاد في الشهر الماضي من أحداث أراد الله أن يجعل منها ابتلاء يرفع به أبناء هذه الأمة درجة ويحط بها عنهم خطيئته فإنه واذ مرت هذه الأحداث فإن علينا أن نأخذ منها عظة ونتعلم منها حكمة، وهنا تتصرف الأذهان وتتعلق القلوب إلى إحسان قائد هذه الأمة حضرة صاحب الجلالة السلطان قابوس بن سعيد المعظم - الذي لم يشأ أن تمر هذه الأحداث التي انقضت - لا أعادها الله - قبل أن يضرب مثلاً ويلقن درساً للمحسنين بمعالجته أعزه الله - لهذه الأحداث بكل أوجه الإحسان ، فكان إحسان جلالته - أيده الله - مبعث وُدٍّ، ومآجٍ لكل خطيئة وذنب ، وكان أثره في نفس المحسن إليهم ما هو أقطع لذنبهم من العقاب فتحقق بالإحسان ما لا يتحقق بالعدل ، فحقاً (الإحسان فوق العدل) .

د. إسحاق بن أحمد البوسعيدي

رئيس المحكمة العليا

رئيس اللجنة العلمية للمجلة القضائية



قسم المحوِّث



حكم توارث ذوي القرابة إن ماتوا ولم يعلم المتقدم وفاة

إعداد:

القاضي / سيف بن سعيد بن حمد العزري
رئيس المحكمة الابتدائية بالمصنعة



حكم توارث ذوي القرابة إن ماتوا ولم يعلم المتقدم وفاة

الحمد لله وصلى الله وسلم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه، وبعد:

المبحث الأول: توطئة:

المطلب الأول: الداعي للبحث:

عُرِضَتْ عَلَيَّ معاملةٌ طلب إعلام شرعي بإثبات وفاةٍ وحصر ورثةٍ لشخصٍ توفّي في حادث سير وتوفّيَتْ معه في ذلك الحادث ابنة له، ولم نتوصّل للعلم بالمقدّم منهما وفاةً من المتأخّر، رغم أخذ شهادة الشهود وإفادة الورثة ومخاطبة إدارة المستشفى الذي استقبلهما وقد فارقا الحياة، ومركز الشرطة الذي يقع في دائرته موقع الحادث، كما عرضت معاملة أخرى لإثبات وفاةٍ وحصر ورثةٍ لخمسة أقارب غرقوا في الأودية على إثر الأجواء المناخية التي تعرّضت لها السلطنة فيما سمي بإعصار جونو في شهر جمادى الأولى/١٤٢٨هـ - يونيو/٢٠٠٧م، فعُثِرَ على جثث أربعة منهم موتى ولم يعثر على الخامس، فكان واجباً عليّ البحث في حكم توريث بعضهم من بعض، مع يقيني بأنّ المسألة كثيراً ما تعرض على القضاء - لا سيّما في هذا العصر - بسبب كثرة الحوادث، سواء منها ما كان في حوادث السيارات أو الطائرات أو القطارات أو الحرائق أو الفيضانات أو الأودية أو الحروب وغيرها، فكان هذا البحث.

المطلب الثاني: ضوابط المسألة:

هناك مسألة شهيرة عند فقهاء الشريعة الإسلامية باسم الغرقى والهدمى^(١)، وضابطها كلّ من مات ممن يتوارثون ولم يعلم المتقدم منهم وفاةً من المتأخّر، فيندرج في حكم هذه المسألة كلّ واقعة دخلت في هذا الضابط واستكملت بعض القيود وهي:

١- أن لا يُعلم أنّهم ماتوا معاً في لحظة واحدة، فإن علم ذلك فلا توارث بينهم إجماعاً^(٢)؛ لأن من شرط التوريث كون الوارث حياً حين موت الآخر^(٣)، فإن علم أنّهما ماتا معاً فلا توارث؛ إذ لم يتحقق الشرط فينتفى المشروط.

٢- أن لا يعلم أنّ أحداً بعينه مات قبل صاحبه، فإن عُلم فإنّ المتأخّر وفاة يرث المتقدم إجماعاً^(٤)، وهذا ظاهر جليّ.

٣- أن لا يعلم أنّ أحداً مات قبل صاحبه ثمّ يُنسى أو تُجهل عينه، فإن كان كذلك فقليل: يعيّن بالقرعة، وقيل: يعمل باليقين ويوقف مع الشك حتى يتبيّن الأمر أو يصطلحوا، لأنّ العلم غير ميؤوس منه، وقيل: كما لو لم يعلم على اختلاف الأقوال في المسألة^(٥)، فهي من قبيل مسألة الغرقى والهدمى.

٤- أن لا يعيّن وقت وفاة بعضهم ويشك في الآخرين هل ماتوا قبله أو بعده؟، فإن كان كذلك ورث من شكّ في وقت موته من الآخر، وقيل: لا توارث^(٦)، وعلى ذكر بعضهم للمسألة فلا يبعد أن تكون من قبيل مسألة الغرقى والهدمى؛ إذ لم يعلم المتقدم وفاةً من المتأخّر، ولا يغني

(١) الغرقى: جمع غرق وغريق، فعيل بمعنى مفعول، وهما الراسب في الماء، وقيل الغرقى الراسب في الماء والغريق الميت فيه، وقال أبو عدنان الغرقى الذي قد غلبه الماء ولما يغرق فإذا غرق فهو الغريق، لسان العرب ج ١٠: ص ٢٨٣، وأما الهدمى فوجهه أن يكون جمع هديم بمعنى مهدوم عليه، والهدم مصدر هدم البناء، والهدم بالتحريك ما انهدم من جانب الحائط والبئر، المغرب في ترتيب المعرب ص ٥٤٨.

(٢) الحاوي الكبير ج ٨/ص ٨٧.

(٣) الكافي في فقه ابن حنبل ج ٢/ص ٥٤٨.

(٤) الحاوي الكبير ج ٨/ص ٨٧.

(٥) منهج الطالبين ج ١/ص ٦٧٢، تكملة المجموع ج ١٦/٦٧، روضة الطالبين ج ٨/٣٤، المبدع ج ٦/٢٢٧-٢٢٠، الإنصاف للمرداوي ج ٧/ص ٣٤٥-٤١٠، وينظر: المغني ج ٦/ص ٢٥٥-٢٥٧، المحرر في الفقه ج ١/ص ٤١٠، مطالب أولي النهى ج ٤/ص ٦٤٢-٦٤٥.

(٦) المبدع ج ٦/ص ٢٢٧-٢٢٠، الإنصاف للمرداوي ج ٧/ص ٣٤٥-٤١٠، وينظر: المغني ج ٦/ص ٢٥٥-٢٥٧، المحرر في الفقه ج ١/ص ٤١٠، مطالب أولي النهى ج ٤/ص ٦٤٢-٦٤٥.



علم وقت موت أحدهم شيئاً.

٥- أن لا يختلف الورثة، فإن اختلفوا خرجت عن كونها من هذه المسألة إلى دعوى، يتعامل معها بالقواعد العامة في الدعاوى^(١)، فإن لم تكن بيّنة أو كانت وتعارضت، فقول: لا يتوارثون، وقيل: يتوارثون، وقيل: يقرع بينهم^(٢).

٦- أن يُوجداً معاً ميتين، فإن وُجد أحدهما أولاً ثم وجد الآخر، فهنا نصّ بعض أهل العلم على عدم اندراجها في المسألة، جاء في جوابات الإمام السالمي ما نصّه: «إذا لم يُعلم أيهما مات قبل صاحبه ولم يوجد أحدهما ميتاً قبل الآخر بل وجداً معاً فهي مسألة الفرقى والهدمى، وإن علم أيهما مات أولاً أو وجد أحدهما ميتاً قبل الآخر خرجت عن كونها من مسائل الفرقى إلى الحال الذي علم في الصورة الأولى وإلى الحال الذي ظنّ في الصورة الثانية، وذلك إذا وجد أحدهما ميتاً قبل الآخر حكمنا بموته مع حكمنا بالحياة لأخيه الذي لم نجده بعد استصحاب الأصل المعلوم^(٣)»، وهذا القيد يرد عليه إشكال من حيث إن الأصل الذي يُستصحب وهو الحياة قد ضعف بوجوده ميتاً ولو كان وجوده بعد الآخر، فما دام الأمر كذلك، فهو لا يرقى لأن يتعارض مع قاعدتين: الأولى: أن لا ميراث بشكّ، وأن سبب استحقاق الميراث هو التحقق من حياة الوارث عند وفاة مورّثه، وهذا السبب لم يتحقق، الثانية: أن اليقين لا يزول بالشكّ، وقد تيقّنا من ميراث الأحياء من الموتى ومقدار حقّهم من الميراث،

وتوريثنا للمتوفّى معه من غير العلم بحياته عند وفاة الآخر هو إزالة لذلك اليقين بشكّ؛ فإما أن يُحجب الحيّ أو ينقص نصيبه غالباً بتوريث الميت، وسيرد تفصيل ذلك لاحقاً، فلماذا لوقيل بعدم الاعتداد بهذا القيد لكان أولى - حسب ما يظهر لي -، على أن الإمام السالمي نفسه - رحمه الله - قد أفتى في مسألة أخرى بعدم التوريث بينهما إلا إذا صحّ أن أحدهما مات بعد الآخر^(٤)، وقال في جواب له: «وضابطه أن لا ميراث لكل واحد من المقتولين من الآخر، بل ميراث كلّ منهما لورثته الأحياء؛ لأنّ الميت لم يُعلم استحقاقه الميراث من صاحبه»^(٥).

المبحث الثاني:

الأقوال في المسألة ونسبتها وأدلتها

وبعد أن وُجد التصوّر في الوقائع التي تدرج تحت مسألة الفرقى والهدمى والتي لا تدرج فلنُرخ العنان للقلم بأن يذكر الحكم: «إذ الحكم على الشيء فرع عن تصوّره».

اختلف أهل العلم في المسألة إلى أقوال:

المطلب الأول:

القول الأول ونسبته ودليله:

أنهم لا يتوارثون، نسب هذا القول إلى عامة الصحابة^(٦) ومنهم زيد بن ثابت^(٧) وأبو بكر الصديق^(٨)، وعمر بن الخطاب^(٩)، وابن عباس^(١٠)، وروي عن عمر بن عبد العزيز^(١١) وأبي

(١) المصنف ج ٢٩/ص ٣٢٤-٣٢٥.

(٢) المبدع ج ٦/ص ٢٢٧-٢٢٨، الإنصاف للمرداوي ج ٧/ص ٣٤٥-٤١٠، وينظر: المغني ج ٦/ص ٢٥٥-٢٥٧، المحرر في الفقه ج ١/ص ٤١٠، مطالب أولي النهى ج ٤/ص ٦٤٢-٦٤٥.

(٣) جوابات الإمام السالمي ج ٤/ص ١٨٦.

(٤) جوابات الإمام السالمي ج ٤/ص ١٥٨.

(٥) جوابات الإمام السالمي ج ٤/ص ١٥٩.

(٦) بدائع الصنائع ج ٤/ص ١٦٦.

(٧) سنن الدارمي ج ٢/ص ٤٧٣ برقم ٣٠٤٤، مصنف عبد الرزاق ج ١٠/ص ٢٩٧ برقم ١٩١٦٠ و ٢٩٨ برقم ١٩١٦٤.

(٨) مصنف عبد الرزاق ج ١٠/ص ٢٩٨ برقم ١٩١٦٥.

(٩) سنن البيهقي الكبرى ج ٦/ص ٢٢٢ برقم ١٢٠٣٠.

(١٠) المستدرک على الصحيحين ج ٤/ص ٣٨٤ برقم ٨٠١٠.

(١١) سنن الدارمي ج ٢/ص ٤٧٣ برقم ٣٠٤٥، سنن الدارقطني ج ٤/ص ٧٣، مصنف عبد الرزاق ج ١٠/ص ٢٩٧ برقم ١٩١٦١ و ١٩١٦٢، مصنف ابن

أبي شعبة ج ٦/ص ٢٧٥ برقم ٣١٣٤٩ و ٣١٣٥٠.



واستدلّ لهذا القول بالتالي:

- ١- ما نُسب إلى النبي صلى الله عليه وسلم من قول: لا ميراث بشك^(١١) استدللّ به في منح الجليل^(١٢).
- ٢- قول زيد: أمرني أبو بكر - رضي الله تعالى عنه - أن أقسم ميراث أهل اليمامة فلم أورث الأموات بعضهم من بعض^(١٣) وأمرني عمر - رضي الله تعالى عنه - أن أقسم ميراث من مات في طاعون عمواس فلم أورث من عمي موته^(١٤).
- ٣- قول خارجة عن زيد أنه ورث الأحياء من الأموات ولم يورث الموتى بعضهم من بعض وكان ذلك يوم الحرة^(١٥)، وأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم متوافرون فلم ينكره أحد^(١٦).
- ٤- أن أمّ كلثوم وابنتها زيد بن عمر بن الخطاب ماتا في يوم واحد فالتقت الصائحتان في الطريق فلم يرث كل واحد منهما من صاحبه^(١٧).
- ٥- أن أهل الحرة لم يتوارثوا وأن أهل صفين لم يتوارثوا^(١٨).

الزناد^(١) والزهري^(٢)، قال ابن قدامة: «وروي عن أبي بكر الصديق وزيد وابن عباس ومعاذ والحسن بن علي أنهم لم يورثوا بعضهم من بعض، وجعلوا ما لكل واحد للأحياء من ورثته، وبه قال عمر بن عبد العزيز وأبو الزناد والزهري والأوزاعي ومالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه ويروى ذلك عن عمر والحسن البصري وراشد بن سعد وحكيم بن عمير وعبد الرحمن بن عوف»^(٣)، ونسب هذا القول لجمهور الفقهاء^(٤)، فهو قول عند الإباضية^(٥)، وهو قول الحنفية^(٦) والمالكية^(٧)، والشافعية^(٨)، وهو وجه عند الحنابلة^(٩) ويحتمل أنه رواية عن أحمد قال ابن قدامة: «وروي عن أحمد ما يدل عليه فإنه قال في امرأة وابنها ماتا فقال زوجها: ماتت فورثتها ثم مات ابني فورثته، وقال أخوها: مات ابنها فورثته ثم ماتت فورثتها، حلف كل واحد منهما على إبطال دعوى صاحبه وكان ميراث الابن لأبيه وميراث المرأة لأخيها وزوجها نصفين، فجعل ميراث كل واحد منهما للأحياء من ورثته، فيحتمل أن يجعل هذا رواية عن أحمد في جميع مسائل الباب، ويحتمل أن يكون هذا قوله فيما إذا ادعى وارث كل ميت أن موروثه كان آخرهما موتاً»^(١٠).

- (١) سنن الدارقطني ج٤/ص٧٣.
- (٢) مصنف ابن أبي شيبة ج٦/ص٢٧٥ برقم ٣١٣٥٣.
- (٣) المغني ج٦/ص٢٥٥.
- (٤) المبسوط للسرخسي ج٣٠/ص٢٧.
- (٥) فهو الصحيح عند الإمام نور الدين السالمي (جوابات الإمام السالمي ج٤/ص١٥٨-١٦٠، ١٨٦-١٨٧)، وإليه ذهب الإمام محمد بن عبد الله الغليلي (الفتح الجليل من أجوبة أبي خليل ص٣٧٥-٣٧٦).
- (٦) المبسوط للسرخسي ج٣٠/ص٢٧، بدائع الصنائع ج٤/ص١٦٦، تحفة الملوك ج١/ص٢٦٣.
- (٧) التلقين ج٢/ص٥٥٩، منح الجليل ج٩/ص٦٩٦.
- (٨) الحاوي الكبير ج٨/ص٨٧، روضة الطالبين ج٨/ص٣٤، أسنى المطالب في شرح روض الطالب ج٣/ص١٧، مغني المحتاج ج٣/ص٢٦، تكملة المجموع الثانية ج١٦/ص٦٨.
- (٩) الإنصاف للمرداوي ج٧/ص٣٤٥.
- (١٠) المغني ج٦/ص٢٥٥.
- (١١) لم أجده حديثاً؛ لذا لا تخريج له، وسيأتي تفصيله لاحقاً - إن شاء الله -.
- (١٢) منح الجليل ج٩/ص٦٩٦.
- (١٣) سنن البيهقي الكبرى ج٦/ص٢٢٢ برقم ١٢٠٣٠.
- (١٤) سنن البيهقي الكبرى ج٦/ص٢٢٢ برقم ١٢٠٣١.
- (١٥) مصنف عبد الرزاق ج١٠/ص٢٩٨ برقم ١٩١٦٥.
- (١٦) منح الجليل ج٩/ص٦٩٦.
- (١٧) سنن الدارقطني ج٤/ص٧٤ برقم ١٩، سنن الدارمي ج٢/ص٤٧٣ برقم ٣٠٤٦.
- (١٨) سنن الدارمي ج٢/ص٤٧٣ برقم ٣٠٤٦.



٦- أن كل أمرين حادثين لا يعرف تاريخهما يجعل كأنهما وقعا معا^(١).

٧- أن سبب استحقاق كل واحد منهما ميراث صاحبه غير معلوم يقيناً، والاستحقاق ينبغي على السبب فما لم يتيقن السبب لا يثبت الاستحقاق؛ لأن في الفقه أصلاً كثيراً أن الاستحقاق بالشك لا يثبت، وبيانه أن سبب الاستحقاق بقاءه حياً بعد موت مورثه ولا يعلم هذا يقيناً وإنما نعرفه بطريق الظاهر واستصحاب الحال، لأن ما عرف ثبوته فالظاهر بقاءه، ولكن هذا البقاء لانعدام دليل المزيل لا لوجود المبقي، فإنما يعتبر في بقاء ما كان على ما كان لا في استحقاق ما لم يكن كحياة المفقود يجعل ثابتاً في نفي التوريث عنه ولا يجعل ثابتاً في استحقاق الميراث عن مورثه، وبهذا الطريق لا يرث كل واحد منهما من صاحبه ما يرثه عنه فكذلك سائر الأموال؛ وهذا لأن الإرث يثبت بسبب لا يحتمل التحريّ فإذا تعذر إثباته في البعض يتعذر إثباته في الكل، ولا وجه لاعتبار الأحوال هنا؛ لأن ذلك إنما يكون عند التيقن بسبب الاستحقاق وسبب الحرمان والتردد فيما بين الأشخاص كطلاق المتهم في إحدى نسائه إذا لم يدخل بهنّ، فإن سبب الإرث لبعضهن معلوم وهو النكاح وسبب الحرمان لبعضهن معلوم وهو عدم النكاح، فتعتبر الأحوال للتردد بينهن بعد التيقن بأصل السبب، ولا تيقن هنا بسبب الاستحقاق فلا معنى لاعتبار الأحوال، يوضحه أن المقضي له والمقضي عليه هنا مجهول، واعتبار الأحوال إنما يكون إذا كانت الجهالة في إحدى الجانبين، أما في جانب المقضي له أو في جانب المقضي عليه، فأما عند وقوع الجهالة فيهما لا يجوز القضاء أصلاً، ثم يجعل كأنهما ماتا جميعاً؛ ولا وجه لإثبات تاريخ بين المورثين من غير دليل^(٢).

٨- أن شرط التوريث حياة الوارث بعد موت الموروث،

وهو غير معلوم، ولا يثبت التوريث مع الشك في شرطه، ولأنه لم تعلم حياته حين موت مورثه فلم يرثه كالحمل إذا وضعته ميتاً، ولأن الأصل عدم التوريث فلا نثبت بالشك، ولأن توريث كل واحد منهما خطأ يقيناً لأنه لا يخلو من أن يكون موتهما معاً أو سبق أحدهما به، وتوريث السابق بالموت والميت معه خطأ يقيناً مخالف للإجماع، فكيف يعمل به؟، فإن قيل ففي قطع التوريث قطع توريث المسبوق بالموت وهو خطأ أيضاً قلنا هذا غير متيقن؛ لأنه يحتمل موتهما جميعاً فلا يكون فيهما مسبق^(٣).

٩- القياس على الحمل؛ وهو أنه إذا مات رجل وخلف امرأة حاملاً، فإنه إن خرج الحمل حياً ورث، لأننا تيقنا حياته عند موت مورثه، وإن خرج ميتاً لم يرث، لأننا لا نعلم حياته عند موت مورثه^(٤).

المطلب الثاني:

القول الثاني، ونسبته ودليله:

أنهم يتوارثون في تلاد مالهم (قديمه) دون طريقه (جديده)، أي ما ورثه أحدهم عن الميت معه، فيقدر أحدهما مات أولاً ويورث الآخر من تركته، ثم يقسم إرثه منها على ورثته الأحياء، ثم يصنع بالآخر وتركته كذلك، هذا القول حكاه الشعبي عن عمر^(٥) وحكاه ابن أبي ليلى عن عمر وعلي بأنهما قالوا في قوم غرقوا جميعاً لا يدري أيهم مات قبل كأنهم كانوا إخوة ثلاثة ماتوا جميعاً، لكل رجل منهم ألف درهم، وأهمهم حية، يرث هذا أمه وأخواه، ويرث هذا أمه وأخواه، فيكون للأم من كل رجل منهم سدس ما ترك وللإخوة ما بقي كلهم كذلك، ثم تعود الأم فترث سوى السدس الذي ورثت أول مرة من كل رجل مما ورث من أخيه الثلث^(٦)، وحكي مثل هذا الرأي بمثاله عن إبراهيم النخعي^(٧)، وحكي هذا القول عن

(١) بدائع الصنائع ج٤/ص١٦٦.

(٢) المبسوط للسرخسي ج٣٠/ص٢٨-٢٩، الكافي في فقه ابن حنبل ج٢/ص٥٤٨.

(٣) المغني ج٦/ص٢٥٦.

(٤) تكملة المجموع الثانية ج١٦/٦٨.

(٥) مصنف عبد الرزاق ج١٠/ص٢٩٥ برقم ١٩١٥١، وقد قرح فيها البيهقي في الكبرى بالانقطاع ينظر: سنن البيهقي الكبرى ج٦/ص٢٢٢ برقم ١٢٠٣١.

(٦) مصنف عبد الرزاق ج١٠/ص٢٩٥ برقم ١٩١٥٣.

(٧) مصنف عبد الرزاق ج١٠/ص٢٩٦ برقم ١٩١٥٦، مصنف ابن أبي شيبة ج٦/ص٢٧٥ برقم ٢١٣٥٢.



صاحبه، ففيما سوى ذلك يتمسك بالأصل فإن هذا أصل كثير في الفقه أن اليقين لا يزال بالشك كمن تيقن الطهارة وشك في الحدث أو عكس ذلك^(٧).

المطلب الثالث: القول الثالث، ونسبته:

أنهم يتوارثون، روي هذا القول عن عمر بن الخطاب فعن الشعبي أن بيتا في الشام وقع على قوم فورث عمر بعضهم من بعض^(٨)، وعن الشعبي كذلك قال: وقع الطاعون بالشام عام عمواس فجعل أهل البيت يموتون من آخرهم فكتب في ذلك إلى عمر فكتب عمر أن ورثوا بعضهم من بعض^(٩)، وروي عنه كذلك في قوم غرقوا^(١٠)، وروي عنه في طاعون الشام قريب من هذا فعن قبيصة بن ذؤيب أن طاعوناً وقع بالشام فكان أهل البيت يموتون جميعاً فكتب عمر أن يورث الأعلى من الأسفل وإذا لم يكونوا كذلك ورث هذا من ذا وهذا من ذا، قال سعيد: الأعلى من الأسفل كان الميت منهم يموت وقد وقعت يده على آخر إلى جنبه^(١١)، وروي عن علي بن أبي طالب مثله^(١٢)، وروي عن علي أنه ورث أخوين قتلا بصفين أحدهما من الآخر^(١٣) وروي عنه أن قوماً غرقوا في سفينة فورث بعضهم من بعض^(١٤)، وروي عن ابن

شريح^(١)، قال ابن قدامة: «وهو قول إياس بن عبد الله المزني وعطاء والحسن وحמיד الأعرج وعبد الله بن عتبة وابن أبي ليلى والحسن بن صالح وشريك ويحيى بن آدم وإسحاق وحكي ذلك عن ابن مسعود»^(٢). وهو قول جمهور الإباضية^(٣)، وجمهور الحنابلة^(٤).

واستدل لهذا القول بالتالي:

١- ما روي^(٥) عن إياس المزني أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن قوم وقع عليهم بيت فقال: يرث بعضهم بعضاً^(٦).

٢ أن سبب استحقاق كل واحد منهم ميراث صاحبه معلوم، وسبب الحرمان مشكوك فيه: لأن سبب الاستحقاق حياته بعد موت صاحبه، وقد عرفنا حياته بيقين، فيجب التمسك به حتى يأتي يقين آخر، وسبب الحرمان موته قبل موته، وذلك مشكوك فيه، فلا يثبت الحرمان بالشك إلا فيما ورث كل واحد منهما من صاحبه لأجل الضرورة: لأننا حين أعطينا أحدهما ميراث صاحبه فقد حكمنا بحياته فيما ورث من صاحبه ومن ضرورته الحكم بموت صاحبه قبله، ولكن الثابت بالضرورة لا يعدو موضع الضرورة، وإنما تحققت هذه الضرورة فيما ورث كل واحد منهما من

(١) مصنف ابن أبي شيبة ج٦/ص٢٧٤ برقم ٣١٣٣٩.

(٢) المغني ج٦/ص٢٥٥.

(٣) المصنف ج٢٩/ص٣٣٣. وقال: «لا أعلم في ذلك اختلافاً» أي بين الإباضية، الدعائم ج٢/ص٢٥ حيث قال نظماً:

وما لغريق من غريق وراثته أتت به من غريق آخر حين ودّعوا

ولكن له الميراث من صلب ماله كأنك تحييه وإن كان يخنع.

وهذا القول هو الأصح عند الإمام المحقق سعيد بن خلفان الخليلي، ينظر تمهيد قواعد الإيمان ج١٣/ص٥٨، وينظر: سلك الدرر ج٢/ص٣٢٣.

(٤) المغني ج٦/ص٢٥٥، المحرر في الفقه ج١/ص٤١٠، كشاف القناع ج٤/ص٤٧٤، كشف المخدرات ج٢/ص٥٦٧، مطالب أولي النهى ج٤/ص٦٤٢، منار السبيل ج٢/ص٨٤.

(٥) المبدع ج٦/ص٢٢٨، منار السبيل ج٢/ص٨٥، كشاف القناع ج٤/ص٤٧٤، مطالب أولي النهى ج٤/ص٦٤٢.

(٦) الظاهر أن هذا موقوف على أويس، لذا لا تخريج له مرفوعاً، وسيأتي تفصيله لاحقاً - إن شاء الله -.

(٧) المبسوط للسرخسي ج٣٠/ص٢٨.

(٨) سنن الدارمي ج٢/ص٤٧٤ برقم ٣٠٤٧، سنن سعيد بن منصور ج١/ص١٠٥ برقم ٢٢٩ و٢٣٠، مصنف ابن أبي شيبة ج٦/ص٢٧٥ برقم ٣١٣٤٤.

(٩) سنن سعيد بن منصور ج١/ص١٠٥ برقم ٢٣٢.

(١٠) مصنف ابن أبي شيبة ج٦/ص٢٧٤ برقم ٣١٣٤١.

(١١) مصنف ابن أبي شيبة ج٦/ص٢٧٥ برقم ٣١٣٤٦، وأعلها البيهقي في الكبرى بالانقطاع، ينظر: سنن البيهقي الكبرى ج٦/ص٢٢٢ برقم ١٢٠٣١.

(١٢) مصنف ابن أبي شيبة ج٦/ص٢٧٥ برقم ٣١٣٤٧.

(١٣) سنن الدارمي ج٢/ص٤٧٤ برقم ٣٠٤٨، مصنف عبد الرزاق ج١٠/ص٢٩٥ برقم ١٩١٥٢، مصنف ابن أبي شيبة ج٦/ص٢٧٥ برقم ٣١٣٤٥.

(١٤) سنن سعيد بن منصور ج١/ص١٠٥ برقم ٢٣١ ورقم ٢٣٢.



في مواطن من كتابه^(٧).

الثانية: ما روي^(٨) عن إياس المزني أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن قوم وقع عليهم بيت فقال: (يرث بعضهم بعضاً)، قال ابن قدامة: «والصحيح أن هذا إنما هو عن إياس نفسه وأنه هو المسؤول وليس برواية عن النبي صلى الله عليه وسلم هكذا رواه سعيد^(٩) في سننه وحكاها الإمام أحمد^(١٠) عنه^(١١)، أقول: وقد رواها عنه كذلك الدارقطني^(١٢) وابن أبي شيبه^(١٣) وعبد الرزاق^(١٤)، والظاهر كما قال ابن قدامة أنها موقوفة على إياس المزني؛ إذ ورد ذكرها مرفوعة في كتب الفقه الحنبلي، وأما في كتب الآثار فكان ذكرها على أنها موقوفة، فلعلّه سهو سري لمن استدلل به مرفوعاً، وتبعه عليه آخرون، ولعلّ سببه ذكر عبد الرزاق عند ذكر هذه الرواية موقوفة أن إياساً المزني كان من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم، وكذا ذكر الدارقطني أن له صحبة.

فلما كان الأمر كذلك فإنه يظهر أنه ليس من دليل في السنة يمكن الاستدلال به في هذه المسألة.

- الإجماع: كما أنه ليس هناك إجماع في المسألة، وإن أشار البعض إلى ما يشبه هذا، كصاحب منح الجليل عند ذكره قول خارجة بن زيد أنه ورث الأحياء من الأموات ولم يورث الموتى بعضهم من بعض، وكان ذلك يوم الحرة، قال: وأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم متوافرون فلم ينكره أحد^(١٥)، وذلك لأمرين:

مسعود^(١)، وحكي عن شريح^(٢) وعن عبدالله بن عتبة وكان قاضياً لابن الزبير^(٣)، وعن إبراهيم النخعي^(٤)، وروى هذا الإطلاق عن أحمد ابنه صالح^(٥).

المطلب الرابع: القول الرابع، ونسبته:

يُعطى كلّ وارث اليقين ويوقف المشكوك فيه حتى يتبين الأمر أو يصطلحوا، ونسبه في المغني إلى أبي ثور وشريح وطائفة من البصريين، ولكن قال: وقال الخبري هذا هو الحكم فيما إذا علم موت أحدهما قبل صاحبه^(٦).

المبحث الثاني: الرأي المختار:

- القرآن الكريم: عند النظر فيما استدلل به لكل فريق يتبين أنه لا دليل واضحاً في المسألة من القرآن الكريم.

- السنة النبوية: كما يتبين أن ما ذكر من السنة روايتان:

الأولى: (لا ميراث بشك)، وهذا اللفظ إنما ذكره حديثاً - مما اطلعت عليه من كتب الفقهاء - صاحب منح الجليل من المالكية، وبعد طول البحث في كتب السنة النبوية لم أعث على هذا اللفظ مرفوعاً ولا موقوفاً، فما لم تتبين صحته لا يمكن التعويل عليه، فلعلّها قاعدة ذكرها صاحب منح الجليل حديثاً سهواً، ومما يعضد هذا أن صاحب منح الجليل نفسه حكى هذا اللفظ على أنه قاعدة

(١) مصنف عبد الرزاق ج ١٠/ص ٢٩٧ برقم ١٩١٥٨.

(٢) سنن سعيد بن منصور ج ١/ص ١٠٥ برقم ٢٣٥، مصنف عبد الرزاق ج ١٠/ص ٢٩٦ برقم ١٩١٥٧.

(٣) مصنف ابن أبي شيبه ج ٦/ص ٢٧٤ برقم ٣١٣٤٠.

(٤) مصنف عبد الرزاق ج ١٠/ص ٢٩٦ برقم ١٩١٥٥.

(٥) مسائل الإمام أحمد رواية ابنه أبي الفضل صالح ج ٢/ص ٧.

(٦) المغني ج ٦/ص ٢٥٦.

(٧) منح الجليل ج ٢/ص ٣٠٦ و٤/ص ٢٢٤.

(٨) المبدع ج ٦/ص ٢٢٨، منار السبيل ج ٢/ص ٨٥، كشاف القناع ج ٤/ص ٤٧٤، مطالب أولي النهى ج ٤/ص ٦٤٣.

(٩) سنن سعيد بن منصور ج ١/ص ١٠٦ برقم ٢٣٤.

(١٠) ذكر حكاية أحمد عن إياس ذلك البيهقي في الكبرى ج ٦/ص ٢٢٢ في الأثر رقم ١٢٠٣٨.

(١١) المغني ج ٦/ص ٢٥٦.

(١٢) سنن الدارقطني ج ٤/ص ٧٤ برقم ٢٠ و٢١.

(١٣) مصنف ابن أبي شيبه ج ٦/ص ٢٧٤ برقم ٣١٣٣٨.

(١٤) مصنف عبد الرزاق ج ١٠/ص ٢٩٧ برقم ١٩١٥٩.

(١٥) منح الجليل ج ٩/ص ٦٩٦.



يتوارثون مات قبل صاحبه فلا يرث المتقدم وفاةً من المتأخر، وكذا الإجماع على أنه إن علم أنهم ماتوا في لحظة واحدة فلا توارث بينهم^(١).

٢- أن الأصل عدم التوريث بين الموتى، وهذا الأصل ظاهر أساسه: وهو راجع إلى الشرط السابق، فإن الأقرباء متوقّفون، فكيف يقال بتوريث بعضهم من بعض؟، فهل هو إلا ضرب من الاحتمال بأنه كان حياً عند موت الآخر، أمّا بالنسبة للقربة الأحياء فالأصل الميراث حتى يثبت خلافه لوجود مانع من قتل ونحوه.

٣- أن توريث كل واحد منهما خطأ يقيناً؛ لأنه لا يخلو من أن يكون موتهما معاً أو سبق أحدهما بالموت، وتوريث السابق بالموت والميت معه خطأ يقيناً مخالف للإجماع.

- إضافةً إلى ما ذكروا أضيف أن «اليقين لا يزول بالشك»، فاليقين هو ما يستحقّه الحيّ من الميت من الميراث، وتوريث غير معلومي وقت الوفاة بعضهم من بعضهم يلزم منه غالباً نقصان في ميراث الحيّ أو حرمان له من الميراث بشك، وهو احتمال كونه حياً عند وفاة الآخر، فلا يصح زوال ذلك اليقين بهذا الشك^(٢).

- وبجواب عن الدليل الثاني الذي استدللّ به أصحاب القول الثاني بالتوريث من تلاد المال، من أن اليقين لا يزول بالشك، واليقين عندهم هو سبب استحقاق كل واحد منهم من ميراث صاحبه وهو حياته، والشك سبب الحرمان وهو موته عند موت صاحبه، فلا يزول سبب استحقاقه بسبب حرمانه، يجاب عن هذا بأننا نسلّم كون اليقين لا يزول بالشك، ولكنا نقول إن ذلك اليقين وهو الحياة قد ضعف وإن ذلك الشك وهو موته عند موت صاحبه قد قوي، وذلك بوجوده ميتاً، فكونه حياً عند موت صاحبه احتمال ويحتمل العكس، فلم يبق اليقين على حاله ولا الشك على حاله، وعليه حسن إعمال القاعدة نفسها من جهة أخرى كما تقدّم.

- وعلى هذا يظهر لي أن القول بعدم التوريث أقوى نظراً.

الأول: أن ما ذكر صاحب منح الجليل وكذا ما ذكر غيره لا يعدو أن يكون وقائع، كان العمل فيها بقول في مسألة من مسائل الرأي التي يسع فيها الخلاف، فعلى تسليم أنه لم يكن هناك مخالف من الصحابة في تلك الوقائع لا يمكن أن يعدّ إجماعاً سكوتياً فيكون حجة؛ إذ إنها ما دامت من مسائل الرأي يسع المخالف لذلك القول السكوت، فهو ليس بمنكر فيلزمه التغيير، فلا يسوغ وجود إجماع سكوتي في مثل هذا.

الثاني: أن الخلاف في المسألة مشهور بين الصحابة - كما تقدّم ذكره -، فلا إجماع.

- قول الصحابي: وكلّ ما في المسألة من الأثر إنّما هي أقوال للصحابة - رضوان الله عليهم -، وقول الصحابي ليس بحجة، فهو نفسه مفتقر إلى الحجة لا سيّما عند وجود الخلاف بين الصحابة أنفسهم.

- النظر: فهذا كلّ لم يبق إلا النظر للحكم في هذه المسألة، وبعد إعمال النظر وإنعام الفكر ظهر لي أن القول بعدم التوريث هو الأقوى؛ للنظر الذي استدللّ به القائلون بهذا القول، وإجماله كالتالي:

١- أن شرط التوريث حياة الوارث عند موت الموروث، وعند عدم العلم بأيّهما المتقدم وفاةً لا يتحقق الشرط فينتفي المشروط، وهذا الشرط يمكن أن يؤخذ من مجموع آيات الميراث فعندما ذكر المولى - عز وجل - أحكام قسمة الميراث فإنما المراد قسمته على من هو حيّ من قرابة المتوقّى عند وفاته؛ إذ لم ترد ولا إشارة لاستحقاق قريب قد توفي قبل هذا المتوقّى لشيء من الميراث، فعلى سبيل المثال قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَتْ رَجُلٌ يُوْرُثُ كَلَّةً أَوْ أَمْرَةً وَلَهُ أُخٌ أَوْ أُخْتُ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ﴾ النساء: ١٢، فالمراد: وله أخ أو أخت أحياء عند وفاته، وهكذا في سائر آي الميراث، وهذا الشرط يبدو أنه كالمجمع عليه بدليل حكاية بعضهم الإجماع على أنه إن علم أن أحد ذوي القرابة ممن

(١) الحاوي الكبير ج٨/ص٨٧

(٢) قد كان هذا الاستدلال من بنيات فكري، ثم بعد أن سطّرت ما سطّرت هنا وجدت الإمام محمد بن عبد الله الخليلي (ينظر الفتح الجليل من أجوبة أبي خليل ص٢٧٦) يشير إلى هذا الاستدلال، ونصّ كلامه هو: «أما عليّ فإنه استبعد أن يكون موتها متحداً لا تقدّم ولا تأخر، وأنت تدري أن إدخال وارث ومزاحمته لوارث قد علم قطعاً أنه وارث بنفس هذا الاستبعاد فيه ما فيه»، فالحمد لله على توفيقه.



المبحث الثالث:

المسألة في القانون العماني:

أذكر لك - أخي القارئ الكريم - كيفية إجراء القسمة تفريعاً على الأقوال في المسألة، ولكنني سأقتصر في التفريع على القولين الأول والثاني؛ لأنهما الأكثر شهرة، والقول الثالث في إثباته قولاً في المسألة شك؛ كما سيأتي، مع ما يلزم فيه من الدور؛ إذ سيظل كل ميت يرث من الآخر إلى ما لا نهاية.

وذلك بإجراء القسمة على المثال الآتي:

توفي رجل (زيد) وابنه (سالم) في حادث سير، ولزيد ورثة وهم زوجة (سلمى) وأب (سعيد)، ولسالم أم (سلمى) وهي زوجة أبيه المتوفى معه، وجد (سعيد) وهو أبو أبيه المتوفى معه.

المطلب الأول:

على القول الأول بعدم التوريث:

نقسم تركة كل ميت على ورثته الأحياء فقط، بإجراء قسمة مستقلة لكل ميت:

المتوفى الأب (زيد)			المتوفى الابن (سالم)		
٤	زوجة (سلمى)	ربع	٣	أم (سلمى)	ثلث
١	أب (سعيد)	عاصب	١	جد (سعيد)	عاصب
٣	أب (سعيد)	عاصب	٢	جد (سعيد)	عاصب

المطلب الثاني:

على القول الثاني بالتوريث من تلاد المال:

نتبع في ذلك الخطوات التالية:

١- نقدر موت أحدهم أولاً فنقسم تركته على ورثته ومن مات معه، فنجري قسمة شاملة لكل ورثته الأحياء ومن مات معه .

٢- نجري قسمة لكل من مات معه شاملة ورثته الأحياء دون الأموات .

٣- ثم ننظر بين مسائل من مات مع من قدرنا وفاته

اعتمد قانون الأحوال الشخصية القول بأن لا توارث بين من ماتوا ولم يُعلم أيهم المتقدم من المتأخر، فقد نصت المادة (٢٣٧) منه على أنه «يشترط لاستحقاق الإرث: موت الموروث حقيقة أو حكماً، وحياة وارثه حقيقة أو تقديرًا، والعلم بجهة الإرث»، ففي هذه المادة اشتراط حياة الوارث حقيقة أو حكماً، وهو ما لم يُعلم في المسألة، بل كان ذلك الاتجاه نصاً صريحاً في القانون، فقد نصت المادة (٢٤٠) منه على أنه «إذا مات اثنان أو أكثر وكان بينهم توارث، ولم يُعرف أيهم مات أولاً فلا استحقاق لأحدهم في تركة الآخر»، وقد سعيت من أجل إيراد شيء من المبادئ القضائية حول المسألة فلم أجد.

المبحث الرابع:

مسائل متعلقة:

الأولى: الغرقى هل يحجبون؟ قال في المصتف:

«اختلف في الغرقى: فقال من قال يحجبون، وقال من قال : لا يحجبون»^(١).

الثانية: لا تقبل إلا شهادة الثقات العدول في تعيين موت المتقدم وفاة من المتأخر: قال في بيان الشرع: «إذا قُتل رجل وولده في ليلة واحدة ولم يعرف أيهما قتل قبل الآخر وخلفاً مالا وورثة، فحكمهما حكم الهدمى والغرقى ويورث كل واحد منهما من صلب مال الآخر^(٢) وإن شهد جماعة ممن لا يقبل قولهم أن أحدهما قتل قبل أحدهما، ولا يقبل فيه إلا شهادة الثقات العدول، وليس للحاكم أن يحكم بالشهرة ولا بعلمه وإنما يحكم بما صح معه بالبينة العادلة»^(٣).

المبحث الخامس:

كيفية إجراء القسمة تطبيقاً للمسألة:

بعد أن اتضحت الأقوال في المسألة والأقوى منها،

(١) المصنف ج ٢٩/ ص ٢٣٦، وعلى القول بعدم الحجب الإمام السالمي، ينظر جوابات الإمام السالمي ج ٤/ ص ١٥٩.

(٢) وهذا كما هو ظاهر مبني على القول بالتوارث من تلاد المال.

(٣) بيان الشرع ج ٣٢/ ص ٤١، وينظر المصنف ج ٢٩/ ص ٣٣٤.



أولاً: نقدر موت الأب (زيد) أولاً:

١- نجري قسمة لميراث الأب (زيد) تشمل من مات معه وورثته الأحياء:

٢٤	المتوفى: الأب (زيد)	
٤	أب (سعيد)	سدس
٣	زوجة (سلمى)	ثمن
١٧	ابن (سالم) (متوفى معه)	عاصب

٢- ثم نجري قسمة لمن مات مع الأب (زيد) وهو الابن (سالم) تشمل ورثته الأحياء:

٣	المتوفى: الابن (سالم)	
٢	جد (سعيد)	عاصب
١	أم (سلمى)	ثلث

٣- ثم ننظر بين مسألة من مات مع الأب (زيد) وهو الابن (سالم) وسهامه من مسألة الأب:

فمسألة الابن (سالم) من (٣)، وسهامه من مسألة الأب (زيد) (١٧) فتجد أن بينهما تبايناً فتأخذ كامل المسألة وهو (٣)، وهو ما يسمى بالمتبّات.

٤- ثم نجعل المتبّات فوق مسألة الأب (زيد) على أنه جزء السهم، فنضرب كامل المسألة في المتبّات ويكون الناتج هو الجامعة، فمن كان له شيء من مسألة الأب (زيد) أخذ مضروراً في (٣).

٢٤ (كامل مسألة الأب زيد) $\times$ ٣ (المتبّات) = ٧٢ (الجامعة)

فلأب (سعيد): ٤ (نصيبه من ميراث الأب زيد) $\times$ ٣ (المتبّات) = ١٢

أولاً وسهامهم من مسألته بالنسب الأربع^(١) فإن كان بينها توافق أخذنا وفق المسألة فقط، وإن كان بينها تباين أخذنا كامل المسألة، والنتيجة تسمّى المتبّات^(٢).

٤- ثم ننظر بين المتبّات في مسائل من مات مع من قدّمنا وفاته أولاً بالنسب الأربع فإن كان بينها توافق أخذنا وفق أحدهما وضربناه في كامل الآخر، وإن كان بينهما تداخل فنكتفي بالأكبر، وإن كان بينها تماثل أكتفينا بأحدهما، وإن كان بينها تباين ضربنا أحدهما في الآخر.

٥- ثم نجعل الناتج من النظر بين المتبّات فوق مسألة من قدّمنا وفاته أولاً على أنه جزء السهم^(٣) فنضرب كامل المسألة فيه وتكون النتيجة هي الجامعة^(٤).

٦- ثم نحدد نصيب كل وارث من ورثة الميت الذي قدرنا وفاته أولاً سواء الأحياء والأموات وذلك بأن يأخذ نصيبه مضروباً في الناتج الذي وضعناه على أنه جزء السهم.

٧- ثم نقسم ما حدّد لكل ميت على مسألته، والناتج يكون جزء السهم يوضع على مسألة الميت، نصيب الميت % مسألته = الناتج، ونضرب الناتج في مسألته ثم نحدد نصيب كل وارث.

٨- ثم نجمع لكل وارث حي نصيبه من جميع المسائل التي له فيها نصيب.

وبهذا يظهر نصيب الورثة الأحياء، من كلّ ميّت ومما ورثه كلّ ميّت من الآخر من ماله القديم دون ما ورثه بعد وفاته، وعليه نعطف العنان على التطبيق للخطوات على المثال السلف ذكره:

(١) النسب الأربع هي:

التماثل: أن يكون العددان متساويين، مثل: ١٢ و ١٢

التداخل: أن يقبل العدد الأكبر القسمة على الأصغر بدون باقٍ، مثل: ٤ و ٢

التوافق: أن يكون للعددین عدد ثالث غير الواحد يقبلان القسمة عليه بدون باقٍ، مثل: ٤ و ٦

التباين: أن لا يكونان متساويين، وليس بينهما نسبة من النسب الثلاث السابقة، مثل: ٤ و ٣

(٢) فالمتبّات هو: نتيجة النظر بين أصل مسألة من مات وبين سهمه من تركه من قدرّت وفاته أولاً.

(٣) جزء السهم هو: أصغر عدد لو ضرب في الأصل أو العول كان حاصل الضرب قابلاً للقسمة على كلّ الورثة من غير كسر.

(٤) الجامعة: هي أصل المسألة الجديد الناتج من ضرب نتيجة النظر بين المتبّات في أصل مسألة من قدرّت وفاته أولاً أو عولها.



إليه في الاستدلال عند ذكر الرأي المختار في المطلب الثاني، ولمزيد التوضيح إليك - أخي القاري - الجدولين التاليين:

الورثة الأحياء	نصيبه من تركة الأب (زيد) على القول الأول	نصيبه من تركة الأب (زيد) على القول الثاني
	بالتقريب في المائة لبيان الفارق فقط	
سلمى	٪٣٦,١	٪٢٥
سعيد	٪٦٣,٩	٪٧٥

الورثة الأحياء	نصيبه من تركة الابن (سالم) على القول الأول	نصيبه من تركة الابن (سالم) على القول الثاني
	بالتقريب في المائة لبيان الفارق فقط	
سلمى	٪٥٠	٪٣٣,٣
سعيد	٪٥٠	٪٦٦,٧

٢- أنه في حال ما إذا كان المتوفون أكثر من اثنين، يلزم إعمال الخطوة رقم (٤) من الخطوات المبينة في المطلب الثاني على القول بالتوريث من تلاد المال، وفي المثال المذكور متوفيان اثنان فقط فلم نجرِ الخطوة المذكورة.

وأخيراً لمزيد من الأمثلة والتوضيح ولمزيد من الممارسة العملية لتطبيق المسألة يمكن الرجوع لعدد من المراجع^(١) التي ذكرت أمثلة وأجرت القسمة فيها.

المبحث السادس: ملاحظات:

١- ذكرت الأقوال عن أصحابها كما رُويت دون تحقيق لها من حيث أسانيدھا ولا من حيث متونها بحمل مطلقها على مقيدها، فقد رُويت أقوال عن أشخاص مطلقة بالتوريث، ورويت بالتوريث من تلاد المال؛ إذ التحقيق في ذلك لا يغني شيئاً، ما دام قد تبين وجود الخلاف في المسألة منذ عهد الصحابة - رضوان الله عليهم -.

٢- ذكر غالب من وجدت القول بعدم التوريث والقول بالتوريث من تلاد المال فقط، فهل يوجد القول بالتوريث مطلقاً؟، ذكر البعض - ومنهم المحقق الخليلي - الأقوال

وللزوجة (سلمى): $3 \times 3 = 9$ ، وللابن (سالم): $17 \times 51 = 867$

٥- ثم نقسم نصيب الابن (سالم) على كامل مسألتة، والنتيجة يكون جزء السهم لكل المسألة، فمن له شيء في مسألتة أخذه مضروباً في الناتج:

٥١ (نصيب الابن سالم من تركة أبيه زيد) 2% (كامل مسألة الابن سالم) $17 =$ (جزء السهم)

فللأم (سلمى): ١ (نصيبها من تركة الابن) $17 \times$ (جزء السهم) $17 =$

وللجد (سعيد): $17 \times 2 = 34$

٦- ثم نجمع لكل وارث حي نصيبه من المسألتين:

فلسعيد: ١٢ (نصيبه من ميراث ابنه زيد) $34 +$ (نصيبه من ميراث حفيده سالم) $46 =$

ولسلمى: ٩ (نصيبها من ميراث زوجها زيد) $17 +$ (نصيبها من ميراث ابنها سالم) $26 =$

ثانياً: ثم نقدر موت الابن (سالم) أولاً:

نتتبع الخطوات الست المذكورة، وبتتبعها نحصل على الناتج التالي:

لسعيد: ٦ (نصيبه من ميراث ابنه زيد)، وليس له من ميراث حفيده سالم؛ لكونه محجوباً بوجود الأب زيد.

ولسلمى: ٤ (نصيبها من ميراث ابنها سالم) $2 +$ (نصيبها من ميراث زوجها زيد) $6 =$

المطلب الثالث:

ملاحظات حول كيفية القسمة:

١- بالتأمل في القسمة السابقة على القولين يظهر جلياً تغير نصيب الورثة الأحياء بإدخال وارث متوفى لم يُعلم وقت وفاته عليهم، وهذا ما يوضح ما سبق الإشارة

(١) المصنف ج٢٩ / ص٣٣٦-٣٣٧، منهج الطالبين ج١٠ / ص٢٧٥-٢٨٠، المبسوط للسرخسي ج٣٠ / ص٢٩، الحاوي الكبير ج٨ / ص٨٨، المغني ج٦ / ص٢٥٦ و٢٥٧.



التحقيق في الحوادث، وذلك بتدوين كل ما قد يفيد في الموضوع.

المراجع:

١- أسنى المطالب في شرح روض الطالب، تأليف: زكريا الأنصاري.

٢- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تأليف: علي بن سليمان المرداوي أبو الحسن، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار النشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت.

٣- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تأليف: علاء الدين الكاساني، دار النشر: دار الكتاب العربي - بيروت - ١٩٨٢، الطبعة: الثانية.

٤- تحفة الملوك (في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان)، تأليف: محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، تحقيق: د. عبد الله نذير أحمد، دار النشر: دار البشائر الإسلامية - بيروت - ١٤١٧، الطبعة: الأولى.

٥- تكملة المجموع الثانية، تأليف: محمد بن نجيب، ط: دار الفكر.

٦- التلقين في الفقه المالكي، تأليف: عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي المالكي أبو محمد، تحقيق: محمد ثالث سعيد الغاني، دار النشر: المكتبة التجارية - مكة المكرمة - ١٤١٥، الطبعة: الأولى.

٧- تمهيد قواعد الإيمان وتقييد شوارد مسائل الأحكام والأديان، من جوابات الإمام أبي محمد سعيد بن خلفان بن أحمد الخليلي، ط: وزارة التراث القومي والثقافة ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.

٨- جوابات الإمام السالمي، للإمام نور الدين عبد الله بن حميد السالمي، ط: الأولى ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م.

٩- الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو

الثلاثة، فقد قال: «وغير خاف عليك ما في الفرقى والهدمى من الأقوال، فهي ثلاثة... وقيل: إن أكثر القول توريث كل واحد من الآخر كأنه حي، وأصح ما فيه عندي تقديره حياً في حال وميتاً في حال؛ لما فيه من الشبهة والإشكال فُدِّر وارثاً وغير وارث، ولا يبعد من الصواب قولهم الثالث: لا يرث ميت من ميت»^(١)، وعلى هذا النهج مضيت، لا سيما مع وجود الحكاية بالتوريث على إطلاقه، فأثبته كما وجدته.

خاتمة

بعد أن شَرَّقَ القلم وغرَّبَ في ميدان المسألة الرَّحِب، أخلُص إلى النتائج التالية:

- ١- المسألة كثيرة الوقوع في هذا العصر.
- ٢- وضابطها: موت من يتوارثون دون العلم بالمتقدم وفاةً من المتأخر.
- ٣- وهي من مسائل الرأي التي يسع فيها الخلاف، فهو قديم منذ عهد الصحابة - رضوان الله تعالى عليهم -.
- ٤- الأقوال في المسألة هي التوريث، والتوريث من تلاد المال، وعدم التوريث، وإعطاء كل وارث اليقين مع الوقف في المشكوك فيه حتى يتبين الأمر أو يصطلحوا.
- ٥- القول الأقوى في المسألة هو القول بعدم التوريث، وعلى هذا جرى قانون الأحوال الشخصية العماني.

توصية:

أن تسعى وزارة العدل للتواصل مع الجهات المعنية من أجل بث الوعي في الموضوع بُغية اتخاذ الموظَّفين كلَّ في مجال اختصاصه الإجراءات بتقييد المعلومات التي قد تفيد المحاكم فيما لو عُرض عليها مثل هذا الموضوع، وأخصَّ هنا المستشفيات؛ وذلك بتدوين الوقت الدقيق للوفاة، وبتقييد أسماء وأرقام هواتف المسعفين للأشخاص من الحوادث عند وصولهم موتى للمستشفى، وكذلك شرطة عمان السلطانية عند الانتقال لإجراء

(١) تمهيد قواعد الإيمان ج ١٣/ ص ٨.



عبدالله بن سعيد بن خلفان الخليلي، دار النشر:
المطبعة العمومية بدمشق، ١٣٨٥هـ - ١٩٦٥م.

١٩- الكافي في فقه الإمام المبجل أحمد بن حنبل،
تأليف: عبد الله بن قدامة المقدسي أبو محمد، دار
النشر: المكتب الاسلامي - بيروت.

٢٠- الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، تأليف: أبو
بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي، تحقيق:
كمال يوسف الحوت، دار النشر: مكتبة الرشد -
الرياض - ١٤٠٩، الطبعة: الأولى.

٢١- كشف القناع عن متن الإقناع، تأليف: منصور بن
يونس بن إدريس البهوتي، تحقيق: هلال مصيلحي
مصطفى هلال، دار النشر: دار الفكر - بيروت -
١٤٠٢.

٢٢- كشف المخدرات والرياض المزهرات لشرح أخصر
المختصرات، تأليف: عبد الرحمن بن عبد الله
البعلي الحنبلي، تحقيق: قابله بأصله وثلاثة أصول
أخرى: محمد بن ناصر العجمي، دار النشر: دار
البشائر الإسلامية - لبنان/ بيروت - ١٤٢٣هـ -
٢٠٠٢م، الطبعة: الأولى

٢٣- المبدع في شرح المقنع، تأليف: إبراهيم بن محمد
بن عبد الله بن مفلح الحنبلي أبو إسحاق، دار النشر:
المكتب الإسلامي - بيروت ١٤٠٠

٢٤ المبسوط، تأليف: شمس الدين السرخسي، دار النشر:
دار المعرفة - بيروت

٢٥- المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل،
تأليف: عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن
تيمية الحراني، دار النشر: مكتبة المعارف -
الرياض - ١٤٠٤، الطبعة: الثانية.

٢٦- مسائل الإمام أحمد بن حنبل رواية ابن أبي الفضل
صالح، دار النشر: الدار العلمية - الهند - ١٤٠٨هـ -
١٩٨٨م.

٢٧- مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، تأليف:

شرح مختصر المزني، تأليف: علي بن محمد بن
حبيب الماوردي البصري الشافعي، تحقيق: الشيخ
علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود،
دار النشر: دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان -
١٤١٩هـ - ١٩٩٩م، الطبعة: الأولى.

١٠- الدعائم، نظم أبي بكر أحمد بن النضر، تحقيق
عبد المنعم عامر، ط: وزارة التراث القومي والثقافة

١١- دليل الطالب على مذهب الإمام المبجل أحمد بن
حنبل، تأليف: مرعي بن يوسف الحنبلي، دار النشر:
المكتب الإسلامي - بيروت - ١٣٨٩، الطبعة:
الثانية.

١٢- الروض المربع شرح زاد المستقنع، تأليف: منصور
بن يونس بن إدريس البهوتي، دار النشر: مكتبة
الرياض الحديثة - الرياض - ١٣٩٠.

١٣- روضة الطالبين، تأليف: أبو زكريا يحيى بن شرف
النووي، تحقيق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود
والشيخ علي محمد معوض، ط: دار عالم الكتب،
السعودية، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م

١٤- سلك الدرر الحاوي غرر الأثر، تأليف الشيخ خلفان
بن جميل السيابي، ط: وزارة التراث القومي
والثقافة، ط الثانية ١٤٠٩هـ - ١٩٨٨م.

١٥- سنن الدارقطني، تأليف: علي بن عمر أبو الحسن
الدارقطني البغدادي، تحقيق: السيد عبد الله هاشم
يمانى المدني، دار النشر: دار المعرفة - بيروت -
١٣٨٦ - ١٩٦٦.

١٦- سنن الدارمي، تأليف: عبد الله بن عبد الرحمن أبو
محمد الدارمي، تحقيق: فواز أحمد زمرلي، خالد
السبع العلمي، دار النشر: دار الكتاب العربي -
بيروت - ١٤٠٧، الطبعة: الأولى.

١٧- لسان العرب، تأليف: محمد بن مكرم بن منظور،
دار النشر: دار صادر - بيروت، الطبعة: الأولى.

١٨- الفتح الجليل من أجوبة أبي خليل، للإمام محمد بن



- ٢١- منار السبيل في شرح الدليل، تأليف: إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان، تحقيق: عصام القلعجي، دار النشر: مكتبة المعارف - الرياض - ١٤٠٥، الطبعة: الثانية.
- ٢٢- منح الجليل شرح على مختصر سيد خليل، تأليف: محمد عlish، دار النشر: دار الفكر - بيروت - ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م.
- ٢٣- منهج الطالبين وبلاغ الراغبين، تأليف: خميس بن سعيد بن علي بن مسعود الشقصي، ط: مكتبة مسقط، الأولى ١٤٢٧ هـ - ٢٠٠٦ م.
- مصطفى السيوطي الرحباني، دار النشر: المكتب الإسلامي - دمشق - ١٩٦١ م.
- ٢٨- المغرب في ترتيب المعرب، تأليف: أبو الفتح المطرزي، دار النشر: مكتبة الثقافة الدينية، - القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤٢٨ هـ - ٢٠٠٧ م.
- ٢٩- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تأليف: محمد الخطيب الشربيني، دار النشر: دار الفكر - بيروت.
- ٣٠- المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، تأليف: عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد، دار النشر: دار الفكر - بيروت - ١٤٠٥، الطبعة: الأولى.



الفهرس

المبحث الأول: توطئة

المطلب الأول: الداعي للبحث

المطلب الثاني: ضوابط المسألة

المبحث الثاني: الأقوال في المسألة ونسبتها وأدلتها

المطلب الأول: القول الأول ونسبته ودليله

المطلب الثاني: القول الثاني ونسبته ودليله

المطلب الثالث: القول الثالث ونسبته

المطلب الرابع: القول الرابع ونسبته

المبحث الثاني: الرأي المختار

المبحث الثالث: المسألة في القانون العماني

المبحث الرابع: مسائل متعلقة

المبحث الخامس: كيفية إجراء القسمة تطبيقاً للمسألة

المطلب الأول: على القول بعدم التوريث

المطلب الثاني: على القول بالتوريث من تلاد المال

المطلب الثالث: ملاحظات حول كيفية القسمة

المبحث السادس: ملاحظات

خاتمة

توصية

المراجع



(المحررات الرسمية)
في قانون الإثبات العماني
دراسة مقارنة بقانوني الإثبات الإماراتي والمصري

إعداد: القاضي / أحمد بن سليمان بن محمد البوصافي

رئيس المحكمة الابتدائية بسمد الشأن

٢٠٠٨/٥١٤٢٩م



بسم الله الرحمن الرحيم

خطة البحث

مقدمة

- مقدمة

- تمهيد

- المبحث الأول: تعريف المحرر الرسمي وشروطه .

المطلب الأول: تعريف المحرر الرسمي .

المطلب الثاني: شروط المحرر الرسمي .

الفرع الأول: صدور الورقة من موظف عام أو شخص

مكلف بخدمة عامة .

الفرع الثاني: سلطة واختصاص الموظف موضوعيا

وزمانيا ومكانيا .

الفرع الثالث: مراعاة الأوضاع التي قررها القانون .

الفرع الرابع: أن يكون ما تضمنه المحرر الرسمي غير

فاسد من أصله .

المطلب الثالث: جزاء تخلف أحد شروط المحرر

الرسمي .

- المبحث الثاني: حجية المحرر الرسمي .

المطلب الأول: حجية المحرر الرسمي من حيث

الموضوع .

المطلب الثاني: حجية المحرر الرسمي بين الطرفين .

المطلب الثالث: حجية المحرر الرسمي بالنسبة للغير .

المطلب الرابع: حجية المحرر الرسمي فيما يتعلق

بالصور المأخوذة منه .

المطلب الخامس: الطعن بالتزوير على المحرر

الرسمي ، وسلطة المحكمة في تقدير المحرر والبيانات

المستخرجة منه .

- الخاتمة .

الحمد لله ذي الجلال والإكرام ، والعزة التي لا ترام ،
الذي شرع من الأحكام ما يحقق السعادة للأنام ،
والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين وسراجا
للمهتدين ، فبلغ الرسالة وأدى الأمانة ، وجاهد في سبيل
ربه حتى أتاه اليقين ، وعلى كل من سار على دربه واقتفى
أثره إلى يوم الدين .

أما بعد ،،،

فقد سعت وزارة العدل جاهدة إلى حفز همم القضاة ،
لسبر أغوار قانون إثبات في المعاملات المدنية والتجارية
العماني رقم (٢٠٠٨/٦٨ م) وتفنيد مواده ، وتذليل
عقباته ، بتكليفهم البحث في مواضيعه ، وقد كان من
حسن الطالع أن من الله على بالتكليف في الكتابة في
موضوع (المحررات الرسمية) ، فحاولت جاهداً أن
أقارنه بقانوني الإثبات المصري والإماراتي قدر
الإستطاعة تتيماً للفائدة ، فأسأل الله أن أكون عند حسن
ظن الجميع ، وأن يجد القارئ ما منه يستفيد ، وأن
يجعلني ممن عن الحق لا يحيد ، إذ جاءت كتابته في ضيق
من الوقت ، وقلة من الزاد ، وبلادة في الذهن ، فمن وجد
خللاً فليصلحه ، ومن صادف عثرة فليقلها ، هذا وصلى
الله على سيدنا محمد وآله وصحبه أجمعين .

التمهيد

لقد جاءت الشريعة الإسلامية حاضرة على الكتابة
والتوثيق للمعاملات بين البشر ، وقد نطق بذلك دستورها
الخالد القرآن الكريم حيث جاءت الآية الكريمة ﴿يا أيها
الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه﴾^١
وجاء فيها أيضاً ﴿ولا تساموا أن تكتبوه صغيراً أو كبيراً
إلى أجله ذلكم أحسن عند الله وأقوم للشهادة وأدنى أن لا
ترتابوا﴾ ، وبناء على ذلك اختلف فقهاء الشريعة في حكم
وجوب الكتابة .



المحررات الرسمية بأنها (هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن ، وذلك طبقاً للأوضاع القانونية ، وفي حدود سلطته واختصاصه) ، وهو ذات التعريف الوارد في قانون الإثبات المصري رقم (١٩٦٨/٢٥) وتعديلاته في المادة رقم (١٠) ، وكذلك هو ذاته في المادة رقم (٧) من قانون الإثبات الإماراتي رقم (١٩٩٢/١٠) .

يتضح من خلال التعريف أن الورقة الرسمية يجب أن يتوافر فيها ثلاثة شروط هي: إثبات موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن ، وأن يكون ذلك في حدود سلطته واختصاصه وطبقاً للأوضاع القانونية ، وهناك شرط رابع ، كما سنتعرض لها لاحقاً بمشيئة الله تبارك وتعالى .

والناظر في التعريف يلاحظ أن عبارة (طبقاً للأوضاع القانونية) فيها نوع إبهام وإجمال ، بينما لو تأملنا عبارة القانون المدني الفرنسي والتي جاءت في المادة (١٣١٧) منه الناصة على أن (الورقة الرسمية هي التي تلقاها ، وفقاً للأوضاع الشكلية المطلوبة موظف عام له حق التوثيق في الجهة التي كتبت فيها الورقة) ^(١) نجد أنها أكثر إشارة إلى سبب إضفاء الرسمية على المحرر وهو ما يقوم به الموظف من إجراءات شكلية مطلوبة ليصبح المظهر الخارجي لها يوحى برسميتها ، فالمقصود كما سيتضح من عبارة الأوضاع القانونية هو إجراءات تحرير أو تدوين أو توثيق المحرر ، ومن وجهة نظرنا أن تكون العبارة بهذه الصيغة (وذلك طبقاً لأوضاع التوثيق القانونية) فهي أدق وأظهر في الدلالة على المراد .

كما يتضح من خلال التعريف أن ما جعل المشرع من قوة للورقة الرسمية في الإثبات إنما هو بسبب اتباع إجراءات معينة في تحريرها ، وصدورها عن موظف هو محل الثقة والحياد وفي بعض الأحيان يحلف اليمين القانونية كما هو الشأن في الكاتب بالعدل بنص المادة (٤) من قانون الكاتب بالعدل رقم (٢٠٠٣/٤٠) الصادر بتاريخ ٢٠٠٣/٥/١٣ م .

ولقد تنبّهت القوانين الوضعية لهذا الأمر وجعلت الأصل المتين في الإثبات الكتابة ، وقصرت الإثبات بالشهادة على حد معين من المعاملات ، فقد نصت المادة (٤١) من قانون الإثبات في الفقرة الأولى على أنه (في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على ألف ريال عماني أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز شهادة الشهود بإثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك) إلا أن المادة (٤٣) من ذات القانون استثنت بعض الحالات .

ولا شك في أن الكتابة هي قيد الحق وطرد للشك والأوهام وتثبيت لحفظ الشهود ، وتقوية لعلمهم ، وأنجع وسيلة لحفظ الحقوق ، وذلك لما يعتري الشهود من سهو أو نسيان أو خطأ أو فساد في الضمائر أو نحوه من العوامل مما لا يرد على الكتابة .

ثم إن القانون لم يجعل الكتابة مطلقة حجيتها في كل ورقة ، بل خص نوعاً من المستندات وجعل له شروطاً وضوابط حتى يرقى لدرجة لا يستطيع أحد أن ينال من سلامته شيئاً ، ولا يكدر من صفاء صحته قيد أنملة ، فجعل المحرر الرسمي محاطاً بسياج من الصفات والشكلية والأركان والشروط حتى يرقى لتلك الدرجة ، كما راعى في الوقت ذاته ما يحمي حقوق الآخرين فيما لو سعى البعض في جعل ما لهذا المحرر الرسمي من قوة في الإثبات ذريعة لمآربه ، فجعل جواز الطعن بغير التزوير في بعض الحالات كما سيتضح بإذن الله تعالى رعاية لهذا الجانب وإحفاقاً للعدالة .

وقد جاء البحث مقسماً وفق الخطة السالف إيرادها ، فنعسى أن نوفق ونسدد فنشر في المقصود المحدد .

المبحث الأول :

تعريف المحرر الرسمي وشروطه :

المطلب الأول : تعريف المحرر الرسمي :

عرفت المادة رقم (١٠) من قانون الإثبات العماني رقم (٢٠٠٨/٦٨) الصادر بتاريخ ٢٠٠٨/٥/١٧ م

(١) عبد الرزاق أحمد السنهوري / الوسيط في شرح القانون / منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت / ط ٣ / ٢٠٠٠ م / ج ٢ / ص ١١٣



السجل العقاري ، ومحضر الجلسة يعتبر محرراً رسمياً فيما حواه كذلك ومحاضر الشرطة والإدعاء العام ونحوها جميعها تعد محررات رسمية متى ما صدرت من موظف عام .

ومثال المكلفين بخدمة عامة أعضاء اللجنة المحلية في ادعاءات المواطنين فإنهم ليسوا مجبورين بصفة مستمرة وإن كانوا تصرف لهم مكافأة نهاية العام .

الفرع الثاني: الشرط الثاني: صدور الورقة في حدود سلطة واختصاص الموظف موضوعيا وزمانيا ومكانيا .

فيجب أن يكون الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة يصدر الورقة في حدود سلطته واختصاصه زمانا ومكانا وموضوعا ، فما يحزره خارجا عن ذلك تنحسر عنه صفة الرسمية .

أما الاختصاص الزماني فلا بد أن يكون الموظف قد حرر المحرر في فترة تعيينه ، فإن أوقف عن العمل أو تم عزله أو تم نقله فلا يصبح مختصا ولا يجوز له مباشرة عمله ، فأى محرر يصدره يعتبر باطلاً لفقدانه شرطا من شروط صحته .

إلا أنه وفي حال عدم علم الموظف بالعزل أو النقل أو الوقف وكان الغير من حسني النية لا يعلمون ذلك فإن الورقة الرسمية التي يحزرها الموظف في هذه الظروف تكون صحيحة رعاية للوضع الظاهر المصحوب بحسن النية . ويلحق بذلك ما إذا كان تعيين الموظف باطلا لمخالفته القانون أو صدوره عن سلطة غير شرعية وذلك مراعاة للوضع الظاهر وأخذا بنظرية الموظف الفعلي ، أي أن الموظف في هذه الحالة هو موظف في الواقع^(٢) .

وأما الاختصاص المكاني: فهو صدور المحرر في حدود المنطقة التي عين فيها ، ولا يتجاوزها ، فمن عين كاتباً بالعدل في نيابة سمد الشأن على سبيل المثال ليس له أن يقوم بمهمة الكاتب بالعدل في ولاية المضبيبي أو

كما يتضح أيضا أن ما يثبتته الموظف المختص في المحررات الرسمية نوعان من البيانات ، الأول : هو ما تم على يديه أي يثبت في الورقة الرسمية جميع الوقائع التي وقعت تحت بصره وبمشهد ومرأى منه ، كالقيام بتسليم ثمن مبيع أو جزء منه مثلاً. الثاني: ما تلقاه من ذوي الشأن من أقوال وبيانات وتقريرات في شأن التصرف القانوني الذي تشهد به الورقة ، والفرق بين النوعين له أهميته في المحرر فالأول له الحجية المطلقة ولا يجوز الطعن فيه إلا بالتزوير ، والثاني يجوز إثبات عدم صحته بالطرق العادية وهو مفاد المادة (١١) من قانون الإثبات العماني .

كما يظهر من التعريف أنه لا يشترط أن يقوم بكتابة المحررات بخطه ، بل يكفي تحريرها من قبله إضافة إلى أنه لا بد من توقيعها بإمضائه .

المطلب الثاني : شروط المحرر الرسمي

قد اتضح من خلال ما سبق في التعريف أنه يشترط في المحرر الرسمي ثلاثة شروط ، وهناك شرط رابع يستتبع من خلال بعض المبادئ الصادرة عن المحكمة العليا ، وسوف نتعرض لكل شرط في فرع مستقل .

الفرع الأول: الشرط الأول: صدور الورقة من موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة .

الموظف العام هو: كل شخص عينته الدولة للقيام بعمل من أعمالها ، سواء كان بأجرة أو بدونها (على صورة الدوام) والاستمرارية^(١) ، فإن كان الموظف من الحكومة على غير صفة الدوام والاستمرارية أصبح مكلفا بخدمة عامة وبالتالي هو أيضا يعتبر محرراً رسمياً .

فالقاضي محرر رسمي للأحكام ، والكاتب بالعدل محرر رسمي لما يصدره في حدود سلطته واختصاصه ، ومحضر الإعلان كذلك في ورقة الإعلان ، ومحضر التنفيذ كذلك فيما يدونه في محضره ، وكذلك محرر

(١) السنهوري ج ٣ ص ١١٥ ، مفلح عواد القضاة / الإثبات في المواد المدنية والتجارية / ص ٧٨ ، فضيلة القاضي هلال بن محمد الراشدي / المحرر الرسمي حجيته وشروطه طبعة المكتب الفني بالمحكمة العليا / ص ٧٤ بحث المحامي بهاء الدين باره / بالموقع الإلكتروني :

www.barasya.com/forum/showthread.php

(٢) السنهوري ج ٢ ص ١٢٢-١٢٣



ذلك من إجراءات وفق المواد (٧-١٥) من قانون الكاتب بالعدل.

الفرع الرابع : الشرط الرابع : ألا يكون ما تضمنه المحرر الرسمي فاسداً من أصله.

فإذا كان ما تضمنه المحرر الرسمي أمراً مخالفاً للقانون أو للقواعد العامة في الشريعة الإسلامية في ظل غياب القانون المدني فلا يعتد به ، وهذا ما اعتمدته المحكمة العليا في القرار رقم (٩) في الطعن رقم (٤٠/٢٠٠٤)^(١) ، حيث جاء فيه (لا يعتد بالسندات الرسمية في إثبات ما تضمنته إذا كان فاسداً من أصله) ومثال ذلك ما ورد به الطعن من أن الهبة إذا اختل أحد شروطها وهو القبض أصبحت باطلة رغم صدور سند الملكية باسم الموهوب له بناءً على صك الهبة ، فرغم صحة المحرر رسمياً من حيث الشروط الثلاثة السالف ذكرها إلا أن التصرف باطل من أصله فلا يعتد بالمحرر الذي يثبتته.

المطلب الثالث: جزاء تخلف أحد شروط المحرر الرسمي :

إذا ما اختل أحد شروط المحرر الرسمي المذكورة فإن جزاءه البطلان ، وقد مضى أنه إذا كان الموظف لا يعلم بالنقل أو العزل أو الوقف وكان ذوو الشأن من الغير حسني النية فإن المحرر يعتبر صحيحاً وكذلك إذا صدر عن الموظف الفعلي المشار إليه .

ونشير هنا إلى أنه إذا اختل الشرط الثالث وهو مراعاة الأوضاع التي نص عليها القانون ، فإنه يجب التفرقة بين أمرين وهما الإجراءات الجوهرية وغير الجوهرية فالأولى يترتب على عدم مراعاتها البطلان كاسم الموثق وتاريخ التوثيق وأصحاب الشأن وتوقيعاتهم ونحو ذلك ، والثانية غير الجوهرية لا يترتب عليها البطلان وذلك مثل ترك ترقيم الصفحات ، وعدم سداد الرسم المقرر مع بقائه ديناً للخزانة العامة ونحوه^(٢) .

إبراء أو محافظة مسقط ، إلا في حال صدور تكليف خاص بذلك فإنه حينئذ أصبح مختصاً مكانياً .

وأما الاختصاص الموضوعي: فهو اختصاص كل موظف عام أو مكلف بخدمة عامة بنوع المحررات التي يحبرها وموضوعاتها ، فليس له أن يحبر ما زاد على اختصاصه ، وما فعل من ذلك فهو باطل لمخالفته شرطاً من شروط صحته ، فالكاتب بالعدل مثلاً مختص بتحرير جملة من التصرفات والالتزامات كما أشارت إلى ذلك المادة (٦) من قانون الكاتب بالعدل حيث جاء فيها (يتولى الكاتب بالعدل تحرير العقود التي يختص بتحريرها وغيرها من المحررات والتصديق على التوقيعات وإثبات تاريخ المحررات العرفية على النحو المنصوص عليه في هذا القانون وإجراء أي معاملة أخرى ينص القانون على اختصاصه بها) إلا أن ذات القانون حظر عليه في المادة (١٦) عدة أمور فما زاوله من ذلك كان باطلاً ، مثال ذلك تحرير أو التصديق على التوقيعات في أي محرر متعلق بإنشاء حق عيني على عقار أو نقله أو تغييره أو تعديله أو زواله .

وتجدر الإشارة هنا أن لكل موظف عام أو مكلف بخدمة عامة قانونه الذي يخضع له في سبيل تطبيق الاختصاص الموضوعي فالقاضي وأمناء السر والمحضرون يحبرون وفق قانون الإجراءات المدنية والتجارية مثلاً ، وهكذا .

الفرع الثالث : الشرط الثالث : مراعاة الأوضاع التي قررها القانون :

يجب على الموظف المختص أن يراعي قواعد وإجراءات المحرر الرسمي وفق قانونه الذي ينظمه ، فالكاتب بالعدل مثلاً عليه أن يلتزم بقانونه ويحبر المحررات وفق ما تطلبه القانون ، فيتأكد من هوية ذوي الشأن بالوثائق الرسمية المثبتة لشخصيتهم وأن يتحقق من إمامهم بموضوع المحرر المراد تحريره ، ويأخذ بتوقيعاتهم وتوقيعات الشهود وتوقيعه هو شخصياً إلى غير

(١) مجموعة الأحكام الصادرة عن دائرة المحكمة الشرعية والدائرتين المدنيتين الأولى والثانية لسنة ٢٠٠٥ م ، ص ١٧

(٢) السنهوري ج ٢ ص ١٣٥-١٣٦ ، الراشدي ص ٨٠ ، مفلح ص ٨٦



حجية الورقة الرسمية الباطلة :

إذا بطلت الورقة الرسمية فلا قيمة لها البتة وبالتالي وجودها وعدمها سواء من حيث فقدان الرسمية ، إلا أنها يمكن أن تكون ورقة عرفية متى كان ذوو الشأن قد وقعوها بإمضاءاتهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم . وهو نص الفقرة الثانية من المادة (١٠) من قانون الإثبات العماني والمادة (١٠) من قانون الإثبات المصري ، والمادة (٧) من قانون الإثبات الإماراتي .

وهنا ننبه على أنه ليس بالضرورة إذا بطل المحرر الرسمي يبطل التصرف القانوني أو الالتزام أو ما تضمنته الورقة ، بل يظل مستقلاً فلربما يثبت بذات الورقة إذا ما أصبحت عرفية ، أو غيرها من طرق الإثبات إلا أنه إذا كانت صفة الرسمية شرطاً في التصرف كالهبة والرهن في القانون المصري المدني - إذ لم يصدر القانون المدني العماني بعد - فإن الورقة تفقد كامل حجيتها القانونية والتصرف كذلك ينعدم لعدم توافر الرسمية فيه.

المبحث الثاني:

حجية المحرر الرسمي

متى كان المظهر الخارجي للورقة ينبئ أنها ورقة رسمية اعتبرت كذلك إلى أن يثبت ذو المصلحة أن صفة الرسمية منحسرة عنها لبطلانها أو تزويرها ، ولا يكون ذلك إلا عن طريق الطعن بالتزوير ، إلا إذا جاز إثبات البطلان بطريق آخر^(١) .

المطلب الأول: حجية المحرر الرسمي من

حيث الأشخاص:

وتنص الفقرة الأولى من المادة (١١) من قانون الإثبات العماني على أن (المحررات الرسمية حجة على الكافة بما دون فيها من أمور قام بها محررها في حدود مهمته أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانوناً) وهو ذات النص في

المادة (١١) من القانون المصري ، والمادة (٨) من قانون الإثبات الإماراتي .

فالمحررات الرسمية حجة على الناس كافة بما دون فيها وذلك سواء بين المتعاقدين أنفسهم أو خلفهم العام أو الخاص أو الغير وهو ما أكدته المحكمة العليا في مبدئها الصادر في الطعن رقم (٢٠٠٧/١٥٦م) بتاريخ ٢٠٠٧/٦/١٧م حيث جاء فيه (وحيث التقرير الطبي الصادر من مستشفى يؤكد صحة قياس الضغط للمريض المطعون ضده علماً بأن التقرير الطبي يمكن الأخذ به دون استدعاء الطبيب الذي حرره لأنه تقرير رسمي)^(٢) .

المطلب الثاني: حجية المحرر الرسمي من حيث الموضوع :

بقراءة المادة (١١) كاملة مع الفقرة الثانية والناصية على (..أما ما ورد على لسان ذوي الشأن من بيانات أو إقرارات فيجوز إثبات عدم صحتها بالطرق العادية طبقاً للقواعد العامة) يتبين أن هذه الفقرة لم ترد في القانون المصري ولا القانون الإماراتي ، وحسنا فعل عندما أثبتها المشرع العماني . إلا أن قانون البيانات السوري نص في المادة السادسة منه عليها بعبارة (أما ما ورد على لسان ذوي الشأن فيعتبر صحيحاً حتى يقوم الدليل على ما يخالفه).

ومفاد هذا النص أن البيانات التي يحويها المحرر الرسمي نوعان :

الأول: هو ما أثبته الموظف العام المختص في حدود مهمته واقعا تحت بصره ومشاهدته كإثبات التاريخ والتوقييع والتأكد من هوية الأشخاص والشهود وإقرار الأطراف والوقائع التي تصدر منهم أمامه كتسليم الثمن أو تسليم منقول باليد ونحو ذلك فهذا تثبت له صفة الرسمية ولا يطعن فيه إلا بالتزوير .

(١) السنيهوري ج٢ ص ١٤٣

(٢) مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر المدنية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها للسنة القضائية السابعة / طبعة المكتب الفني بالمحكمة العليا / ص ٥٠٥



صحيح له وجهه في العدالة والحق وإلا لو قبلت أي دعوى في دحضه لصار كتحصيل حاصل وجوداً وعدمياً وسقطت إرادة السلطة المختصة التي أعطته القوة في ذلك وليس معناه أنه إذا تصرف أحد في ملك غيره بسند رسمي سقط حق الغير في ملكيته هذا ما لم يقل به أحد) .

وجاء فيه أيضاً (السند الرسمي الذي يكون حجة على الغير ولا يطمئن فيه إلا بالتزوير وهو إثبات الواقعة المدونة بها كونها ثبتت من متعاقديها وإثبات حضور شاهديها وكونها واقعة في المكان والزمان المبينين في السند أما كون ذلك صحيحاً مطابقاً للواقع أو لا فلا يجنبى الحق المطلق في إثبات ذلك بجميع طرق الإثبات ومنها شهادة الشهود وما دامت له مصلحة في ذلك ، من ذلك يتبين أن ذات الرسمية مقصورة على الوقائع التي تناولها الموظف الرسمي ببصره وسمعه كحضور من صدر لهم السند أمامه وصدر ذلك منهم على الوجه المبين في السند إلى غير ذلك أما ما عدا ذلك بكونهم مالكي مضمونه أو لغيرهم وكونهم ذا أهلية تامة أم لا وكون ما صدر في ذلك السند صحيحاً أو صورياً وما إلى ذلك فهو خارج عن معنى الرسمية إذ أن الموظف المختص وإن كان يفترض أنه أخذ جميع الاحتياطات فيما وكل إليه لا علم له فيما غاب عنه وإنما أصدر ذلك السند بناء على ما ظهر له والغيب لله وحده)^(٢) .

المطلب الثالث: حجية المحرر الرسمي فيما يتعلق بالصور المأخوذة منه :

المحرر الأصلي : هو الذي يحمل توقيعات ذوي الشأن والشهود والموظف المختص .

والصورة هي المأخوذة من هذا الأصل سواء خطأ (كالمدونة في السجل مثلاً) أو صورة ضوئية (شمسية) والقانون يسوي بينهما طالما كانت هذه الصورة رسمية أي مطابقة للأصل تماماً ويقوم بهذه المطابقة ويشهد عليها موظف رسمي مختص .

الثاني: هو ما ورد على لسان ذوي الشأن دون أن يقع تحت بصر الموظف من بيانات وإقرارات وإقرار البائع أنه قبض الثمن ونحوه ، فهذا النوع من البيانات يجوز إثبات عدم صحته بالطرق العامة المقررة قانوناً .

ومن هنا يجوز للمتعاقدين وخلفهما العام والخاص والغير إثبات صورية التصرف ما زال وارداً على لسان ذوي الشأن دون حاجة إلى الطعن بالتزوير ، كما أنه لا يجوز لهم الطعن على ما ورد من بيانات واقعة تحت بصر الموظف إلا الطعن بالتزوير فقط .

إلا أنه من الطرق العامة المقررة قانوناً أنه بين المتعاقدين لا يجوز إثبات ما ثبت بالكتابة إلا بالكتابة أو بمبدأ ثبوت بالكتابة مستكملاً بالبينة أو القرائن .

ثم إن الغير الذي يحتج عليه بالمحرر الرسمي هو الذي يحتج عليه بالتصرف القانوني .

والحاصل هنا أن ما ثبت في المحرر الرسمي تحت بصر الموظف المختص فلا يجوز الطعن فيه إلا بالتزوير وذلك أخذاً بالثقة في الموظف وعدم التشكيك في أمانته ، بينما ما ورد على لسان ذوي الشأن فلا شأن للموظف فيه ، وإنكاره لا يمس صدق وأمانة وثقة الموظف بشيء ، من أجل ذلك جاز إنكاره بغير طريق التزوير^(١) .

ويؤكد جميع ما سبق ما أرسته المحكمة العليا في المبدأ الصادر عنها في الطعن رقم (٤٦٧/٢٠٠٧م مدنية أولى عليا بتاريخ ٢٤/٥/٢٠٠٨م حيث جاء فيه (السند الرسمي وهو الذي صدر من موظف عام مخول له في إصداره بأمر عام الخ هو في ظاهره حجة على طرفيه وعلى غيرهما ممن شمله ذلك السند ولو لم يكن طرفاً في العقد ولا يتلقياً للحق كالوارث والمشتري ومن في حكمهما فإن حكمهما حكم من تلقياً عنه الحق فإذا باع شخص سرى ذلك على وارثه وإذا رهن ثم باع - على قول من أجاز بيع المرهون قبل فكه - سرى ذلك الرهن على المشتري وليس لأحد منهم أن يطعن فيه بدعوى الإبطال إلا بموجب

(١) السنيهوري ج ٢ ص ١٤٤ - ١٥٧ ، الراشدي ص ٨٢ - ٨٤ ، مفلح ص ٨٧ - ٩٢ ، الموقع الإلكتروني المشار إليه

(٢) مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر المدنية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها للسنة القضائية الثامنة / طبعة المكتب الفني بالمحكمة العليا/ ص ٢٣٠



المطلب الرابع : الطعن بالتزوير على المحرر الرسمي، وسلطة المحكمة في تقدير المحرر والبيانات المستخرجة منه :

إن المحرر الرسمي الذي يستكمل الشروط كما سلف يحوز الحجية لافتراض صحته ما زال المظهر الخارجي له سليماً من الكشط والتحشير وغيرهما من العيوب المادية التي تتيح الطعن بالتزوير .

كما أن عدم سلامة المظهر الخارجي للمحرر يخول للمحكمة اطراحه عملاً بنص المادة (٢٥) من قانون الإثبات الناصة على أنه (يجوز للمحكمة ولو لم يطعن أمامها بالتزوير أن تحكم برد أي محرر وبطلانه إذا ظهر لها بجلء من حالته أو من ظروف الدعوى أنه مزور ، ويجب عليها في هذه الحالة أن توضح الظروف والقرائن التي تبينت منها ذلك) وهو ذات النص بالقانون المصري بالمادة (٥٨) والقانون الإماراتي بالمادة (٢١) .

كما تنص المادة (٢٤) من القانون العماني على أنه (للمحكمة أن تقدر ما يترتب على الكشط والمحو والتحشير وغير ذلك من العيوب المادية في المحرر من إسقاط قيمته في الإثبات أو إنقاصها ، وإذا كانت صحة المحرر محل الشك في نظر المحكمة جاز لها - من تلقاء نفسها - أن تدعو الموظف الذي صدر عنه أو الشخص الذي حرره ليبيد ما يوضح حقيقة الأمر فيه) وهذا النص هو ذاته في القانون الإماراتي بالمادة رقم (٢٢) والقانون المصري بالمادة رقم (٢٨) . فالسلطة واسعة للمحكمة في أن تسقط حجية الدليل أو تنقصها ، وأن تناقش الموظف الذي حرره ليرتفع ما لديها من إشكال حول المحرر .

وقد سبق القول في الحالات التي لا يطعن فيها إلا بالتزوير ، ومتى يحق للمتاعدين وخلفهما العام والخاص والغير إثبات عدم صحة المحرر بالطرق المقررة قانوناً دون الطعن بالتزوير .

هذا وقد بين القانون طريق الطعن بالتزوير في الفرع

تنص المادة (١٢) من قانون الإثبات العماني على أنه (إذا كان أصل المحرر الرسمي موجوداً فإن صورته الرسمية خطية كانت أو ضوئية تكون حجة بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل ، وتعتبر الصورة مطابقة للأصل، فإذا نازع في ذلك أحد الطرفين وجب مراجعة الصورة على الأصل) . وهو ذات النص القانوني المصري بالمادة رقم (١٢) والقانون الإماراتي بالمادة رقم (٩) .

فإن الأصل أن الصورة الرسمية مطابقة لأصلها إلا إذا نازع في ذلك أحد الطرفين فعندئذ يجب مراجعتها على أصلها ، وتكون حجة في القدر الذي طابقت فيه الأصل فقط .

فإذا لم يوجد أصل المحرر الرسمي فإن القانون عالج هذه الحالة في المادة رقم (١٣) حيث جاء فيها (إذا لم يوجد أصل المحرر الرسمي كانت الصورة حجة في الحدود الآتية :

أ- تكون للصورة الرسمية الأصلية تنفيذية كانت أو غير تنفيذية حجة الأصل متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل .

ب - تكون للصور الرسمية المأخوذة من الصور الأصلية الحجية ذاتها ، ولكل من الطرفين أن يطلب مراجعتها على الصور الأصلية التي أخذت منها .

ج - لا يعتد بما يؤخذ من صور رسمية للصور المأخوذة من الصور الأصلية إلا على سبيل الاستئناس) . وهو ذات النص في القانون المصري بالمادة (١٣) والقانون الإماراتي بالمادة (١٠) .

والنص ظاهر الدلالة ، واضح المراد ، فإذا ظهر شك من خلال ظاهر المحرر الرسمي أو كانت الصورة الأصلية مفقودة ، أو أخذت الصورة الرسمية من صورة رسمية أخرى ، ففي هذه الحالات لا يعتد بها إلا على سبيل الاستئناس^(١) .

(١) السنهاوري ج ٢ ص ١٥٨-١٧٤ ، الراشدي ص ٨٦ ، مفلح ٩٢-٩٧ الموقع الإلكتروني المشار إليه .



٢- لا بد من أن يتوافر في المحرر الرسمي أربعة شروط هي صدوره من موظف عام أو مكلف بخدمة عامة ، وأن يكون في حدود سلطته واختصاصه ، إضافة إلى كونه مراعيًا للأوضاع التي نص عليها القانون ، وألا يكون ما تضمنه المحرر الرسمي فاسداً من أصله .

٣- للمحرر الرسمي حجية على الكافة فلا يطعن عليه إلا بالتزوير إلا في بعض الحالات .

٤- تفرد القانون العماني بين القانونين المصري والإماراتي بالنص في المادة (١١) على: (أما ما ورد على لسان ذوي الشأن من بيانات أو إقرارات فيجوز إثبات عدم صحتها بالطرق العادية طبقاً للقواعد العامة) .

٥- كما تفرد بينهما أيضاً بالنص في المادة رقم (١٤) على أنه (يكون للقاضي تقدير حجية ما يرد من بيانات في الشهادات والمستخرجات المنقولة عن المحررات الرسمية) .

وفي الختام أسأل الله الإخلاص والقبول إنه وليّ ذلك والقادر عليه وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

الثالث من الفصل الرابع في المواد من (٣٠) وحتى ٣٥ والمادة (٣٧) وإجراءات رفعه ، وفي طرقها تطويل للمقام تقصر هذه العجالة عن استيعابه .

فإذا صدر الحكم في التزوير سواء بصحة المحرر وخلوه من التزوير أو بتزويره فإنه يحوز حجية الأمر المقضي به ولو في غير الخصومة .

أما ما يستخرج من بيانات من المحرر الرسمي وتنقل عنه أو ما يرد من بيانات في الشهادات للقاضي السلطة الواسعة في تقدير حجيته وهذا عملاً بنص المادة رقم (١٤) - والتي تفرد بها قانون الإثبات العماني بين القانونين المصري والإماراتي - حيث جاء فيها (يكون للقاضي تقدير حجية ما يرد من بيانات في الشهادات والمستخرجات المنقولة عن المحررات الرسمية) .

الخاتمة

بعد أن طاف بنا اليراع في هذه الرحلة القصيرة هنا نقف لنستعيد بعض ما جفقه من ذهب مداده على لجين الصفحات :

١- الكتابة أفضل وأنجع وسيلة لإثبات الحقوق .



الإثبات بالوسائل الإلكترونية (دراسة مقارنة)

القاضي

د. حازم الصمادي



١. ما هي وسائل الإثبات الإلكترونية

قبل الحديث عن وسائل الإثبات الإلكترونية يجدر استعراض وسائل الإثبات العادية وهي :

١- الأدلة الكتابية

٢- الشهادة

٣- القرائن

٤- الإقرار

٥- اليمين

٦- المعاينة والخبرة

وما يعنينا لغايات هذه الدراسة هي الأدلة الكتابية ذلك أن وسائل الإثبات الإلكترونية هي وسائل كتابية ولكنها ليست مكتوبة على الورق وإنما موجودة في الفضاء الإلكتروني وقابلة للتفريغ على دعائم ورقية، ولكنها تنشأ في الفضاء الإلكتروني ويتم تداولها وتخزينها واستخراجها إلكترونياً. وبالتالي فإن مفهوم الأدلة الإلكترونية في الإثبات إنما ينحصر (حتى الآن على الأقل) بالأسناد الإلكترونية. وربما لن يكون اليوم الذي نرى فيه كافة وسائل الإثبات العادية تتحول أو أن تكون قابلة للتحويل إلى وسائل إلكترونية كأن تؤدي الشهادة إلكترونياً أو تعتمد قرائن إلكترونية في الإثبات أو أن تجري المعاينة والخبرة إلكترونياً فكل ذلك متصور من الناحية النظرية وإن لم يبدأ العمل به حتى الآن واقتصر

الامر على الأسناد الإلكترونية^(١).

وقبل الحديث عن الأسناد الإلكترونية فلا بد من الحديث الموجز عن الأسناد العادية في الإثبات. فالسندات العادية هي السندات التي تشتمل على توقيع من صدرت عنه أو على خاتمه أو بصمة إصبه وتكون حجة على من صدرت عنه^(٢). أما السندات الرسمية فهي تلك المحررات الصادرة عن الموظفين المختصين بحدود اختصاصهم وطبقاً للأوضاع القانونية دون أن يكلف مبرزها إثبات ما نص عليه وهي حجة على كافة ويعمل بها ما لم يثبت تزويرها^(٣). وكذلك تشمل السندات التي ينظمها أصحابها ويصدقها الموظفون الذين من اختصاصهم تصديقها طبقاً للقانون، وفي هذه الحالة ينحصر العمل بها في التاريخ والتوقيع فقط^(٤).

والحديث عن الوسائل الإلكترونية في الإثبات يقتضي بالضرورة الحديث عن الوسائل الإلكترونية في نقل البيانات والمستندات.

٢. أهم الوسائل الإلكترونية في نقل البيانات:

١- التلكس (Telex) : وهو من أقدم الوسائل التكنولوجية لنقل المعلومات وهو عبارة عن نص رسالة إلكترونية ترسل من نهاية طرفية وتسلم إلى أخرى وتقوم الآلة المستلمة بطبع الرسالة على ورقة يعمل جهاز التلكس على تحويل الحروف المكتوبة إلى نبضات كهربائية^(٥).

(١) في بعض الدول (مثل أمريكا وبريطانيا وكوريا الجنوبية) بدأ القضاء والنيابة العامة بالفعل اللجوء للوسائل الإلكترونية سواء في مرحلة التحقيق وجمع الأدلة والقرائن أو حفظها أو في مرحلة المحاكمة. فمثلاً يتم التصوير الرقمي لمسرح الجريمة واخذ العينات وتحليلها فوراً وإلكترونية وفي مسرح الجريمة وتخزين النتائج إلكترونياً، كما يتم سماع الشهود وجمع البيانات وتخزينها إلكترونياً إضافة لتصوير الوثائق وتبادلها إلكترونياً في جلسات المحاكمة فيما بين المحكمة والخصوم والمحامين ويتم استجواب الشهود ومناقشتهم إلكترونياً بمعنى وجود الشاهد في مكان منفصل بعيد عن قاعة المحاكمة أما حفاظاً على حياته أو منعا من تأثره النفسي أثناء الشهادة كحالة الشاهد الحدث أو المعاق عقلياً أو نفسياً وغيرها من وسائل جمع الأدلة والاستماع لها وحفظها إلكترونياً.

(٢) انظر المادة (١٠) من قانون البيانات الأردني رقم (٣٠) لسنة ١٩٥٢ الأردني وانظر المواد ١٥-١٩ من قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية العماني رقم ٢٠٠٨/٦٨.

(٣) انظر المادة (٦) من قانون البيانات الأردني وانظر المواد ١٠-١٤ من قانون الإثبات العماني.

(٤) انظر المادة () من قانون البيانات الأردني.

(٥) عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني، مكتبة دار الثقافة، عمان، ١٩٩٧، صفحة (٢٤).



ARPA لإرسال التعليمات إلى قواعد الصواريخ حتى لو تم تدمير جزء من شبكة الاتصالات ، وقد سمحت وزارة الدفاع الأمريكية باستخدامها لغايات البحث العلمي ثم بعد ذلك للجمهور منذ منتصف الثمانينات^(٩) . وبإمكان المشتركين على هذه الشبكة تبادل المعلومات وإبرام العقود والتخاطب والبحث عن مصادر المعلومات والتعارف فأصبحت الإنترنت اتحادا لشبكات الاتصال يغطي العالم بأسره . وهناك عدة طرق للاتصال عن طريق الإنترنت أهمها :-

أ- البريد الإلكتروني (mail Electronic) وهو عبارة عن نظام لإرسال الرسائل من جهاز حاسوب إلى آخر حيث يتم تحويل الرسالة المكتوبة إلى نبضات إلكترونية تنتقل إلى حاسوب آخر ، والذي يقوم بتحويل النبضات إلى كلمات ، فهي عبارة عن بريد إلكتروني بواسطته يمكن إرسال رسالة من مستخدم إلى آخر للإنترنت^(١٠) .

ب- الشبكة العنكبوتية الدولية (world wide web) (www) : وهي شبكة تتميز بسهولة الاستعمال حيث تستعمل نظام الكلمات المضيفة والتي تعتبر مفاتيح لمعلومات بداخلها فيكفي الضغط على إحدى هذه المفاتيح لتدخل إلى المواقع التي تريدها على الشبكة . وهناك بروتوكول نقل الملفات ويمكن من خلال هذه الشبكة نقل الملفات والبرامج من حاسوب إلى آخر وهي طريقة أسهل من طريق الأقراص أو الأشرطة الممغنطة .

وحاليا انحسر استعمال التلكس في المعاملات التجارية الى درجة كبيرة واصبح في كثير من الدول من الماضي.

٢- الفاكسميل : (Facsimile) وهو جهاز استنساخ بالهاتف يمكن به نقل الرسائل والمستندات المخطوطة باليد أو المطبوعة بكامل محتوياته وتسلمها عن طريق شبكة الهاتف المركزي أو عن طريق الأقمار الصناعية^(٦) .

٣- الهاتف المتفاعل : (Interactive Telephone) وتشبه هذه الوسيلة المتطورة الهاتف العادي إلا أنها تختلف عنه في أن المستخدم لهذا النوع من الهواتف يستطيع عن طريق استخدام أزرار الهاتف أن يبرم معاملات مصرفية بسيطة وهذا النوع من الهواتف يستعين بالحاسوب.

٤- نقل المعلومات بواسطة الشريط المغناطيسي : حيث يتم تبادل المعلومات عن طريق الشريط المغناطيسي (Magnetic strip)^(٧) ، المرتبط بين المتعاملين وهو طريقة ليست مأمونة تماما.

٥- الإنترنت (Internet)^(٨) وهي شبكة ضخمة مفتوحة لنقل المعلومات تربط الملايين من أجهزة الحاسوب عن طريق خط الهاتف، وقد بدأت هذه الخدمة في الستينات لوزارة الدفاع الأمريكية ضمن مشروع (Advanced Research Project Agency)

(٦) محمد تيمور عبد الحسيب ومحمود علم الدين ، الحاسبات الإلكترونية وتكنولوجيا الاتصال ، دار الشروق القاهرة ، الطبعة الأولى ، سنة ٢٠٠٠ ، صفحة ٨٠ .

(٧) انطون بطرس ، «حضارة الحاسوب والإنترنت» مجلة العربي ، ٢٠٠٠ ، صفحة ١٤٧ .

(٨) The library and information professional's guide» <http://www.law.indiana.edu/fclj/pubs/v51/no2/hoganmac.pdf>. Taken from.Geyene Tsenget AL. (١٩٩٦) , p.9. to the internet

وبالعربية أنظر : سوكر أنباك وجوها براكين ، ما هي الإنترنت ، ترجمة ونشر وتحرير مكتبة جرير ، بيروت ، الطبعة الأولى ١٩٩٨ ، صفحة ١١ ، وهذا ما يميز شبكة (Internet) باعتبارها شبكة مغلقة لذات المنشأة ، ويميزها أيضا عن شبكة (Intranet) باعتبارها شبكة مغلقة لذات المنشأة ، ويميزها أيضا عن شبكة (extranet) وهي شبكة مغلقة بين عدد محدد من المنشآت ، وما يميزها عن شبكات متخصصة مثل شبكة (EFT) وهي شبكة للتحويلات المالية الإلكترونية بين المصارف .

(٩) احمد سامي ريجان وخالد العامري ، الإنترنت أسرار الإبداع والتربح من الشبكة ، دار الفاروق ، القاهرة ، الطبعة ١٩٩٩ ، صفحة (١٠) .

(١٠) لمزيد من التفصيل انظر : زد. خالد ممدوح ، موجز في شرح حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات ، بحث منشور على الانترنت على <http://www.f-0.net/law/showthread.php?t=9647> كلية الحقوق - جامعة المنصورة.



تقنيا . فحتى يكون للإثبات الإلكتروني قوة قانونية فإنه لا بد أن تكون الوسائل الإلكترونية مأمونة، وكي يتحقق هذا الأمان فلا بد من الاستعانة بعناصر تكميلية على الصعيد التقني يكون من شأنها تدعيم الإثبات بالوسائل الإلكترونية وتخدم الإجراءات التقنية والفنية التي يمكن استخدامها في الوسائط الإلكترونية الحديثة في إقامة (شكلية إلكترونية جديدة) أي تخدم إنشاء وإقامة أسناد إلكترونية يكون لها ما للأسناد العادية من حجية في الإثبات. وفي واقع الأمر فإنه إذا جرى التقيد وتطبيق معايير الأمن العالية في الوسائل الإلكترونية فإنها تمنح مصداقية وقوة للمستندات الإلكترونية. واهم إجراءات الأمن للوسائل الإلكترونية هو اعتماد نظام معلوماتي موثوق، واستخدام وسائل التشفير والحماية ، وتعميم آلية مصادقة الشخص الثالث.

وحتى تكون للسندات الإلكترونية قوة معنوية ونفسية في الإثبات قبل أن يكون لها قوة قانونية فلا بد من أن تتوفر الضمانات اللازمة حول أمن النظام الإلكتروني الذي تمر من خلاله هذه المستندات بحيث يرتاح المتعاملون مع هذا النظام الإلكتروني ويطمئنون له ومن ثم فإن القضاة سوف يتقنون أيضا بهذا النظام الإلكتروني ومستخرجاته فيقبلون هذه المستخرجات ويثقون بها ويسبغون عليها صفة الشرعية في أحكامهم.

فالمسألة إذا تبادرت وتتركز على أمن النظام الإلكتروني فما دام هذا النظام آمناً لحد عال فإن المتعاملين سيقدمون على التعامل به ويثقون به وهو أمر يخضع للتطور التقني سواء في إرسال الرسائل الإلكترونية أو في تحويلها أو تخزينها أو استخراجها. فمثلا أصبح بالإمكان استعمال وسائط التخزين المعمرة والتي لا تقبل الاختراق وأصبح بالإمكان استخدام الاسطوانات الضوئية غير القابلة لإعادة النسخ. وأيضاً أصبح بالإمكان حالياً إيجاد أنظمة إلكترونية متطورة قابلة على جعل وسائط التخزين التي تحمل البيانات الإلكترونية تحدد عدد المرات التي يجري فيها الدخول إلى ذلك الوسيط الإلكتروني ومعاينة

وحتى يكون هناك وسائل إثبات إلكترونية قابلة للتطبيق العملي فإن ذلك يستعدي توافر جملة من الشروط بعضها تقني والآخر قانوني. ولكن الأهم منها هو بشري سواء من حيث الموارد البشرية أو الإيمان بهذه الوسائل الإلكترونية والثقة بها.

٣. أهم المتطلبات اللازمة لوجود المعاملات الإلكترونية وأجرائها عمليا^(١١) :-

١- وجود بنية تحتية للاتصالات ونظام معلوماتي متكامل يتلاءم مع نظام الاتصالات العالمية .

٢- وجود نظام بنكي متطور ينخرط في شبكات الاتصال ويقبل التعامل فيها ويقدم مستلزمات إنجاز المعاملات التجارية الإلكترونية مثل طرق الدفع الإلكترونية .

٣- توفر موارد بشرية قادرة على إدارة النظام الجديد للتعامل واقتناع رجال ومنظمات الأعمال بجذواه ، وهو ما يتطلب تغيرات جذرية في فكر وأساليب العمل والإدارة في الشركات والمؤسسات التي تستخدم تطبيقات التجارة الإلكترونية .

٤- توفر إطار قانوني تستجيب قواعده لمتطلبات التجارة الإلكترونية ولضبط معاملاتها ، ونذكر من بين هذه المتطلبات بصفة خاصة الاعتراف بالعقود الإلكترونية فيما يتعلق بأسلوب تحريرها وتوثيقها بالطرق الإلكترونية.

٥- توفر تقنيات تكفل سرية وأمن المعلومات من حيث سلامة بياناتها وصحة توثيقها بالتوقيع المصدق عليه، وتأمين وسائل الدفع الإلكتروني.

ولعل أهم هذه المتطلبات هو أمن النظام المعلوماتي المستخدم بالإضافة إلى التطور والتطوير التشريعي المطلوب والذي حصل فعليا في سبيل الوصول الى تطبيق واعتماد وسائل إثبات إلكترونية مقبولة قانونيا وموثوقة

(١١) لمزيد من التفصيل انظر دراسة مؤتمر الامم المتحدة للتجارة والتنمية (الاونكتاد) والتي تحمل عنوان الابعاد القانونية للتجارة الإلكترونية والصادرة في ١٩٩٩/٥/٤ صفحة ١٥ وما بعدها . وهي منشورة على موقع الاونكتاد على الانترنت وهو <http://www.Unctad.org>



وسلامتها والشكل الذي يجري تعريف المستعمل به وبكل عنصر سديد آخر^(١٢).

٤. مأمونية وسلامة الانظمة الالكترونية المستخدمة في نقل البيانات

ان وسائل الإثبات الإلكترونية في الواقع هي وسائل إثبات تعتمد التقنية الإلكترونية في إنشائها أو تحويلها ونقلها أو تخزينها أو استرجاعها أو استخراجها أي إنها تتمثل باستخدام وسائل الكترونية معترف بها للإثبات. وقد قبل المشرعون في العالم ووثقوا بالأنظمة الإلكترونية المستخدمة وقد اجريت في كثير من دول العالم تدخلات تشريعية تضمنت الاعتراف بالأسناد الإلكترونية اذا روعي امن النظم بشكل واضح دقيق.

وتنصب متطلبات امن رسائل البيانات الالكترونية في ثلاثة محاور رئيسة هي:

١- موثوقية الرسالة الالكترونية Authenticity of Electronic Message

٢- سلامة الرسالة الالكترونية من أي تزوير أو تعديل Integrity of Electronic Message

٣- سرية الرسالة الالكترونية Confidentiality of Electronic Message

وقد تبني المشرع الكندي في القانون المدني والمعمول به ايضا في مقاطعة كيبيك هذا النهج إذ نص صراحة على ضمانات لموثوقية النظام الإلكتروني حيث نصت المادة ٢٨٣٧ من هذا القانون على (حين تكون بيانات عائدة إلى عمل قانوني مدونة على قاعدة إلكترونية فان المستند الذي تنسخ هذه البيانات عليه تكون له حجية محتوى هذا العمل اذا كان مؤهلاً ويتوفر فيه قدر كاف من الضمانات الجدية تكفي للوثوق به. ومن اجل تقدير نوعية المستند يجب أن تأخذ المحكمة بالحسبان الظروف التي سجلت البيانات ونسخ المستند في ظلها).

بياناته. وتظهر أهمية هذا الإجراء في ضبط عدد المرات التي تم فيها الاطلاع على البيانات المخزنة وعدد مرات نسخ تلك البيانات أو محاولة نسخها وتاريخ كل محاولة. ويلاحظ حالياً أن الأنظمة الإلكترونية التي جرى تطويرها تسمح بتحديد دقيق لتاريخ ووقت إرسال واستلام المستندات الإلكترونية والأهم من ذلك هو التثبت من استلام المرسل إليه لتلك الرسائل الإلكترونية.

وفي الواقع العملي فان التعامل بالوسائل الإلكترونية يزداد يوماً بعد يوم ليس فقط لضرورتها بل أيضاً لسهولة التعامل بها ومزايا هذا التعامل وسرعته ودقته وقلة تكاليفه وبالتأكيد الدرجة العالية من مأمونيته. ولا يجوز ان نغفل ان التعامل بالمستندات الالكترونية تمليه الضرورة ايضا وبخاصة في مجال التجارة الدولية التي تتم بوسائل الكترونية من لحظة ابرام العقد الالكتروني ومن ثم فتح الاعتماد المستندي الالكتروني ولحين اجراء الدفع الالكتروني مروراً بأي تحويل او تظهير الكتروني لبوليصة الشحن وكذلك التوثيق والتوثق والمتابعة الالكترونية فيما بين المصارف فيما بينها كذلك فيما بين طالب فتح الاعتماد والمستفيد.

وتعتمد القوة الثبوتية للمستندات الإلكترونية على موثوقية النظام الإلكتروني المستخدم. وتحرص غالبية التشريعات التي تنظم الإثبات الإلكتروني على التركيز على هذه الناحية لكي تمنح البيانات الإلكترونية المزيد من القوة الثبوتية كما أن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري كانت قد أصدرت في عام ١٩٩٧ تقريراً يعرض إطاراً قانونياً جديداً للدول التي ترغب في إصدار تشريعات تسهل عقد الصفقات التجارية الإلكترونية. فقد نصت المادة الثامنة من هذا التقرير على مبدأ حجية البيانات الإلكترونية على النحو التالي (تمنح المعلومات المعروضة في شكل رسالة بيانات القوة الثبوتية المطلوبة. وعند تقييم القوة الثبوتية لرسالة البيانات يؤخذ في الاعتبار كل من موثوقية طريقة وضع رسالة البيانات أو تخزينها أو نقلها، وموثوقية طريقة حفظ المعلومات

(١٢) انظر النص الكامل لهذا التقرير في موقع الأمم المتحدة على شبكة الإنترنت : <http://www.un.or.at-unicitral>



منحه حجية في الاثبات حيث نصت المادة الثامنة من قانون المعاملات الالكترونية على:

عندما يوجب أي قانون حفظ مستند أو سجل أو معلومات أو بيانات لأي سبب، فإن ذلك يتحقق بحفظ ذلك المستند أو السجل أو المعلومات أو البيانات في شكل إلكتروني، إذا روعيت الشروط الآتية:-

أ. حفظ المستند أو السجل أو المعلومات أو البيانات إلكترونياً بالشكل الذي أنشئت أو أرسلت أو تسلمت به في الأصل، أو بشكل يمكن من إثبات أنه يمثل بدقة المستند أو السجل أو المعلومات أو البيانات التي أنشئت أو أرسلت أو تسلمت في الأصل.

ب. بقاء المستند أو السجل أو المعلومات أو البيانات محفوظة على نحو يتيح الوصول إليها واستخدامها والرجوع إليها لاحقاً .

ج. حفظ المستند أو السجل أو المعلومات أو البيانات بطريقة تمكن من التعرف على منشأ وجهة وصول الرسالة الإلكترونية وتاريخ ووقت إرسالها أو تسلمها.

وغالباً ما تنص العقود المبرمة إلكترونياً على قبول الإثبات بالوسائل الإلكترونية وعلى تحديد هذه الوسائل المقبولة كما يتضمن أي عقد إلكتروني نموذجي (standard terms contracts) والتي تنشر على المواقع الإلكترونية (web sites) للشركات التي تقدم خدماتها أو تباع سلعتها إلكترونياً على تحديد زمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني وعلى تحديد القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة ووسائل الإثبات المقبولة. وترد مثل هذه الاشتراطات عادة تحت عنوان (conditions and terms) وكل من يرغب بالتعاقد والحصول على السلعة أو الخدمة تشتترط عليه الشركة ابتداء ان يوافق على شروطها وحتى على المصطلحات القانونية التي تستخدمها وعلى تحديد معانيها وذلك بأن يرسل موافقته ابتداء على هذه الشروط، وهي اشتراطات واتفاقيات

وقد سار ايضا على هذا النهج في ضمان مأمونية عالية للمعاملات الإلكترونية المشرع التونسي إذ نص الفصل الخامس من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي^(١٣) لسنة ٢٠٠٠ على (يمكن لكل من يرغب في امضاء وثيقة إلكترونية إحداث إمضائه الإلكتروني بواسطة منظومة موثوق بها يتم ضبط مواصفاتها التقنية بقرار من الوزير المكلف بالاتصالات).

وعلى هذا النهج سار المشرع الأردني في قانون المعاملات الإلكترونية المؤقت رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١ بل انه جاء أكثر دقة وتفصيلاً فيما يتعلق بأمن النظام المستخدم، حيث نصت المادة ٨/أ منه على (يستمد السجل الإلكتروني أثره القانوني ويكون له صفة النسخة الاصلية اذا توفرت فيه مجتمعة الشروط التالية:-

١- أن تكون المعلومات الواردة في ذلك السجل قابلة للاحتفاظ بها وتخزينها بحيث يمكن، في أي وقت، الرجوع إليها .

٢- إمكانية الاحتفاظ بالسجل الإلكتروني بالشكل الذي تم به إنشاؤه أو إرساله أو تسلمه أو بأي شكل يسهل به إثبات دقة المعلومات التي وردت فيه عند إنشائه أو إرساله أو تسلمه.

٣- دلالة المعلومات الواردة في السجل على من ينشؤه أو يتسلمه وتاريخ ووقت إرساله أو تسليمه .

وهذا ايضا منهج المشرع العماني حيث نصت المادة السابعة من قانون المعاملات الالكترونية العماني على: «تنتج الرسالة الإلكترونية أثرها القانوني وتعتبر صحيحة وقابلة للتنفيذ شأنها في ذلك شأن الوثيقة المكتوبة إذا روعيت في إنشائها واعتمادها الشروط المنصوص عليها في هذا القانون واللوائح والقرارات الصادرة تنفيذاً لأحكامه».

وقد اشترطت المادة الثامنة من ذات القانون شروطاً محددة للاعتراف بمأمونية المستند الإلكتروني وبالتالي

(١٣) تعد الجمهورية التونسية اول دولة عربية اصدرت تشريعا يعترف بالتوقيع الالكتروني وبالاثبات الالكتروني.



التي ستجري بين الأطراف قيمة ثبوتية ملزمة وهو ينصب على الإثبات مثل آلية التعريف بالمتعاقدين والمصادقة على هوياتهم إضافة إلى اللجوء إلى أدوات ووسائل التشفير في حال وجودها أو إلى نظام مصادقة الشخص الثالث الموثوق به^(١٥). ولكن يلاحظ أن هذا النظام (التبادل الإلكتروني للبيانات) يطبق على نطاق محدود لعدة أسباب منها أنه لا بد من وجود علاقة تعاقدية ومعرفية وتجارية سابقة بين مستخدميه أي أنه يصلح للمنشآت التجارية وليس للتعامل المنفرد من قبل الأفراد ناهيك على أن هذا النظام يطبق في الشبكات المغلقة والمعروف أن كلفة إنشاء هذه الشبكات وإدامتها أعلى بكثير من كلفة إنشاء وإدامة شبكات الإنترنت المفتوحة. لذا فإن اتفاق التبادل الإلكتروني للبيانات ليس منتشراً بكثرة لأنه لا يلبي السرعة التي يتم بها إبرام العقود الإلكترونية بوجه عام.

٥. حجية الإثبات بالوسائل الإلكترونية^(١٦)؛

اعترفت كثير من دول العالم بحجية الإثبات بالوسائل الإلكترونية وأدخلتها في تشريعاتها وذلك بعد اشتراطها مأمونية هذه الوسائل. ففي بريطانيا فقد نص قانون الإثبات المدني (Civil Evidence Act 1995) والذي صدر في عام ١٩٩٥ ونفذ اعتباراً من حزيران ١٩٩٦ على جواز الإثبات بواسطة المستندات الإلكترونية لكن شريطة أن يعتمد وفق آلية خاصة وبقدر كاف من الفعالية بحيث يساهم في تكوين قناعة القاضي حيث نص الفصل الثالث عشر منه على تعريف المستند بقوله (المستند يشمل أي شيء فيه تسجيل لشرح أو وصف لأية معلومات) وقد عد هذا التعريف في حينه ثورة في مجال مفهوم المستندات لأنها لم تعد تقتصر على الأوراق وأصبحت تتسع لتشمل

صحيحه ونافذة ومعترف بها حول العالم وتشمل هذه الاتفاقات على وجه الخصوص الاتفاقات الموجودة على المواقع الإلكترونية للبنوك وشركات تقديم الخدمات وتوريد السلع وغيرها.

وتجدر الإشارة هنا إلى اتفاقات التبادل الإلكتروني للبيانات (Electronic Data Interchange EDI) وهو نظام لتحويل ونقل البيانات إلكترونياً بشكل رسائل نمطية بواسطة حاسبات إلكترونية تعمل بلغه مشتركة فيما بينها وموصولة بشبكة اتصالات إلكترونية عن بعد وهذا النظام الذي يمتاز بالسرعة والدقة والفعالية يهدف لتأمين خدمات التبادل الداخلي والخارجي للبيانات وخاصة بين البنوك والشركات المالية والتجارية وهناك نماذج عديدة لتنظيم التبادل الإلكتروني للبيانات من أهمها ذلك النموذج الموضوع من قبل لجنة القانون الدولي لدى الأمم المتحدة الصادر في عام ١٩٩٧ وأيضاً اتفاقية التبادل وفهرسة المصطلحات الإلكترونية الملحق بها الموضوعان من قبل غرفة التجارة الدولية ICC وذلك لإعطاء تفسير موحد للمصطلحات المستخدمة في مجال التجارة الإلكترونية^(١٤). وترعى الأمم المتحدة وضع لغات ومصطلحات تقنية نمطية في هذا المجال كلفة DIFACT للتبادل الإلكتروني.

وتوجد أيضاً شبكات للتحويل المالي أو النقدي بين البنوك تعرف بـ (Electronic Fund Transactions EFT) وكذلك توجد الشبكات المغلقة بين فروع الشركة أو الهيئة الواحدة والتي تعرف بـ (Entrant) وهناك أيضاً شبكات فائقة السرعة والتي تربط عدداً محدوداً من الشركات والهيئات والتي تعرف بـ (Extranet) وغيرها.

وبالنسبة للشق القانوني في اتفاقيات التبادل الإلكتروني للبيانات فإنه يمنح عمليات التبادل الإلكتروني

(١٤) انظر النص الكامل لهذه الاتفاقية <http://www1.usa1.com/ibnet-icchp.html>

(١٥) على الرغم من أن بعض القوانين التي تنظم المعاملات الإلكترونية تنص صراحة على جهات التوثيق (authentication) إلا أن وجودها الواقعي والعملي محدود جداً لعل السبب أن التعامل يتم مباشرة بين المتعاقدين سواء أكانوا مستهلكين مع شركات أو شركات فيما بينها ولا يتم اللجوء لطرف ثالث للتوثيق ويتم الدفع الإلكتروني من خلال البطاقات البلاستيكية والتي قد تكون بطاقات دائنة أو مدينة (Credit Cards and Debit Cards).

(١٦) لمزيد من التفصيل انظر وسيم شفيق الحجار، الإثبات الإلكتروني، مكتبة صادر، ٢٠٠٢.



مواصفاتها التقنية بقرار من الوزير المكلف بالاتصالات).

وفي مصر فقد نصت المادة العاشرة من مشروع قانون تنظيم احكام التجارة الالكترونية المصري (١٧) على (تتمتع المحررات الالكترونية بالحجية المقررة للمحررات والتوقيعات العرفية في قانون الاثبات وذلك في شأن ما يرد في هذه المحررات من حقوق والتزامات، وذلك بعد استيفائها الشروط والاوضاع المقررة في اللائحة التنفيذية).

أما في الأردن فإن المشرع الأردني ومنذ عام ١٩٩٧ قد اعترف بحجية الوسائل الإلكترونية في الإثبات في إطار الأوراق المالية وسوق الأسهم والسندات فقد نصت المادة ٢٤/ب من قانون الأوراق المالية المؤقت رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٧ على (تعتبر القيود المدونة في سجلات البورصة وحساباتها سواء أكانت مدونه يدويا أو إلكترونيا و أي وثائق صادرة عنها دليلا قانونيا على تداول الأوراق المالية المدونة فيها بتاريخ تلك السجلات أو الحسابات أو الوثائق ما لم يثبت عكس ذلك).

وقد جرى العمل في سوق الأوراق المالية على تطبيق أحكام هذا النص منذ عام ١٩٩٧ ومنذ ذلك التاريخ يتم التداول في سوق الأسهم والسندات بوسائل إلكترونية، كما أن الإيداع في مركز إيداع الأوراق المالية يتم أيضا بوسائل إلكترونية. علما أن وسطاء السوق المالية يرتبطون مع مركز الإيداع بشبكة مغلقة عالية الأمان والموثوقية بحيث تجري معاملات السوق المالية والإيداع إلكترونيا. ومنذ ذلك الحين ومع تنفيذ عشرات آلاف المعاملات العقود يوميا في سوق عمان المالية وفي مركز إيداع الأوراق المالية بوسائل إلكترونية فإنه لم يعرض على القضاء أي نزاع يتصل بمأمونية التعامل أو بالمنازعة حول الإثبات بوسائل إلكترونية^(١٨).

أي شيء يمكن أن يسجل عليه معلومات وبالتالي اصبح هذا المفهوم يتسع ليشمل ديسكات الكمبيوتر (Floppy Disks) والأشرطة الممغنطة المدمجة (CDs) بالإضافة إلى التخزين على أجهزة الكمبيوتر ذاتها (Hard Disks) وبالمطبع التخزين والحفظ على صفحات الويب (Web pages) وأي بيانات موجودة في الفضاء الإلكتروني (Cyber Space).

كما صدر في بريطانيا أيضا قانون الاتصالات الإلكترونية في ٢٥/٥/٢٠٠٠ (Electronic Communications Act 2000) وقد عني هذا القانون بتنظيم قطاع موردي خدمات الإنترنت بالإضافة إلى تنظيم وسائل وأدوات التشفير وكذلك التوقيع الإلكتروني.

وفي الولايات المتحدة الأمريكية فقد نص قانون الإثبات الفيدرالي (Federal Rules of Evidence) في المادة ١٠١ في الفقرة الأولى منها على أن التسجيلات الإلكترونية وكل شكل آخر يستخدم في جمع البيانات تعتبر بمثابة الصيغة الخطية. كما نصت الفقرة الثالثة من نفس المادة على أن تعتبر الصيغة الأصلية كل طباعة ورقية للتسجيلات الإلكترونية لكن بشرط أن تنقل عنها بشكل آمن .

أما في تونس فقد نص الفصل الأول من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي لسنة ٢٠٠٠ على (يجري على العقود الإلكترونية نظام العقود الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة ومفعولها القانوني وصحتها وقابليتها للتنفيذ في ما لا يتعارض وأحكام هذا القانون). كما نص الفصل الرابع من ذات القانون (يعتمد قانونا حفظ الوثيقة الإلكترونية كما يعتمد حفظ الوثيقة الكتابية). كما نص الفصل الخامس من ذات القانون على (يمكن لكل من يرغب في إمضاء وثيقة إلكترونية إحداث إمضائه الإلكتروني بواسطة منظومة موثوق بها يتم ضبط

(١٧) والذي لما يصدر او ينفذ بعد حتى مطلع عام ٢٠١٠.

(١٨) بالطبع هناك نزاعات تعرض على القضاء تتصل بالاسهم والسندات التي يتم تداولها إلكترونياً في السوق المالية ولكن لا يوجد دعاوى تتصل او تطعن بالاجراءات الالكترونية بما فيه البيع والشراء الالكتروني في السوق المالية والتوثيق الالكتروني في مركز ايداع الاوراق المالية.



الحاسوب الآلي لتسجيل البراءات وبياناتها وتكون البيانات والوثائق المستخرجة منه والمصدقة من المسجل حجة على الكافة) وقانون الرسوم الصناعية والنماذج الصناعية رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٠ فيه الفقرة الثالثة من المادة الثالثة منه والتي نصت على (يجوز استعمال الحاسوب الآلي لتسجيل الرسوم الصناعية والنماذج الصناعية والبيانات المتعلقة بها . وتكون البيانات والوثائق المستخرجة منه المصدقة من المسجل، حجة على الكافة ما لم يثبت صاحب الشأن عكسها . و تكرر هذا النص أيضا في الفقرة الثالثة من المادة الثالثة من قانون حماية التصميم لدوائر المتكاملة رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٠ . وذات النص أيضا تبنته الفقرة ج من المادة الرابعة من قانون حماية الأصناف النباتية الجديدة رقم ٢٤ لسنة ٢٠٠٠ . وكذلك نهج المشرع الأردني هذا النهج بالاعتراف بالوسائل الالكترونية في الإثبات في قانون مراقبة قانون أعمال التأمين لسنة ١٩٩٩ .

كما اعترف المشرع الاردني في قانون البيئات بحجية الاسناد الالكترونية في الاثبات وانزلها منزلة الاسناد وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ١٣ من قانون البيئات الاردني^(١٩) والتي نصت على:

أ. وتكون لرسائل الفاكس والتلكس والبريد الالكتروني^(٢٠) قوة السندات العادية في الاثبات .

ب. وتكون رسائل التلكس بالرقم السري المتفق عليه بين المرسل والمرسل اليه حجة على كل منهما .

ج. وتكون لمخرجات الحاسوب المصدقة او الموقعة قوة الاسناد العادية من حيث الاثبات ما لم يثبت من نسبت اليه انه لم يستخرجها او لم يكلف احدا باستخراجها.

ومع أن الباحث ومنذ عام ١٩٩٧ يتابع عن قرب التعامل في سوق عمان المالية والايداع في مركز إيداع الأوراق المالية وكذلك ما يصدر من تعليمات منظمة للعمل من قبل هيئة الأوراق المالية فلم يلحظ أي مطعن أو ثغرة في هذا التداول والتعامل الإلكتروني الذي يتم بوسائل إلكترونية بكل شفافية ودقة تدعو إلى تسجيل كل احترام وتقدير لهذه التجربة التي تتجذر بقوة وبدون ثغرات .

كما نص قانون المعاملات الالكترونية الاردني المؤقت رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١ في المادة ٧/أ منه على (يعتبر السجل الإلكتروني والعقد الإلكتروني والرسالة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني منتجا للآثار القانونية ذاتها المترتبة على الوثائق والمستندات الخطية والتوقيع الخطي بموجب أحكام التشريعات النافذة من حيث إلزامها لأطرافها أو صلاحيتها في الإثبات).

كما نص قانون البنوك الأردني رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٠ في المادة ٩٢ منه على (على الرغم مما ورد في أي تشريع آخر يجوز الإثبات في القضايا المصرفية بجميع طرق الإثبات بما في ذلك البيانات الالكترونية أو البيانات الصادرة عن أجهزة الحاسوب أو مراسلات أجهزة التلكس).

وهذا هو نهج المشرع الأردني في قوانين الملكية الفكرية بوجه عام بما فيه قانون العلامات التجارية رقم ٢٣ لسنة ١٩٥٢ المعدل بالقانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٩٩ والذي نص في الفقرة الثالثة من المادة الثالثة منه على (يجوز استعمال الحاسوب الآلي لتسجيل العلامات التجارية وبياناتها ، وتكون البيانات والوثائق المستخرجة منه ، المصدقة من المسجل ، حجة على الكافة) . وقانون براءات الاختراع رقم ٣٢ لسنة ١٩٩٩ الذي نص في المادة السابعة منه في الفقرة الثالثة منها على (يجوز استعمال

(١٩) والمعدل بموجب القانون المعدل رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٥.

(٢٠) هنا يلاحظ ان المشرع الاردني قصر الحجية فقط على رسائل البريد الالكتروني دن غيرها من الرسائل الالكترونية ولا مبرر لا قانوني ولا تقني لهذا الحصر غير المبرر وهي دعوة للمشرع الاردني العتيد كي لا يقصر الحجية فقط على رسائل البريد الالكتروني غيرها من وسائل التواصل الالكتروني ويكفي ان يضرب المشرع رسائل البريد الالكتروني على سبيل المثال لا على سبيل الحصر.



المحافظة على سلامة المعلومات.

ج. مدى إمكانية الاعتماد على مصدر المعلومات إذا كان معروفاً.

د. مدى إمكانية الاعتماد على الطريقة التي تم بها التحقق من هوية المنشئ إذا كانت ذات صلة.

هـ. أي عامل آخر ذي صلة».

يتضح مما تقدم ان القانون العماني يعترف بشكل صريح ومباشر بالتوقيع الإلكتروني وبالسند الإلكتروني، ويشترط اشتراطات واضحة ومحددة لهذا الاعتراف لضمان اعلى درجات الأمانة والسلامة للمستندات الإلكترونية.

وفي التطبيق العملي فان القضاة الإنجليز لديهم من الحرية لتقدير مدى موثوقية النظام الإلكتروني وأمنيته وبالتالي لديهم القدرة والأحقية على فحص مدى موثوقية هذه المستندات الإلكترونية المقدمة من الوجهة المنطقية والمعقولة حتى يقرر بالتالي قبولها من عدمه. كما أن القضاة الإنجليز يميلون إلى ترجيح القبول والوثوق بالمستندات الإلكترونية المخزنة بطرق أمنه وعلى قواعد معمرة وغير قابلة للتعب قدر الإمكان كما انهم يفضلون المستندات المخزنة حديثاً وعدد المرات التي تعرض فيها للنسخ^(٢١).

وأخيراً فان محكمة التمييز الأردنية كانت قد اعترفت ومنذ زمن طويل بصحة وحجية الشرط الوارد في العقد المبرم بين المصرف والعميل وأثبت القاعدة الذهبية بان البيئات من حق الخصوم وليس من النظام العام وبناء عليه فإن جواز الإثبات بكافة طرق الإثبات بما فيها الفاكس والتلكس والمايكرو فيلم هي وسائل مقبولة قانوناً في الإثبات^(٢٢). ولا يوجد حتى مطلع عام ٢٠١٠ نزاعات عرضت على محكمة التمييز الاردنية تتصل بالاثبات

اما القانون العماني فقد جاء واضحاً وصريحاً بالاعتراف بالاثبات الإلكتروني وبالتوقيع الإلكتروني فقد نصت المادة التاسعة من قانون المعاملات الإلكترونية على:

«إذا أوجب القانون كتابة أي مستند أو سجل أو معاملة أو معلومة أو بيان أو رتب نتائج معينة إذا لم يتم ذلك، فإن ورود أي من ذلك في شكل إلكتروني يجعله مستوفياً شرط الكتابة إذا روعيت الشروط المنصوص عليها في المادة السابقة».

اما المادة العاشرة من ذات القانون فقد نصت على:

«إذا أوجب القانون تقديم أصل رسالة أو سجل أو مستند ورتب نتائج معينة على عدم الالتزام بذلك فإن الرسالة الإلكترونية أو السجل الإلكتروني أو المستند الإلكتروني يعتبر أصلياً إذا استخدمت وسيلة تسمح بعرض المعلومات المراد تقديمها في شكل يمكن فهمه ويعتمد عليها فنياً للتحقق من سلامة المعلومات الواردة في أي من ذلك».

وكذلك فقد نصت المادة الحادية عشرة من ذات القانون على:

«عند تطبيق قواعد الإثبات في أية إجراءات قانونية لا يحول دون قبول الرسالة الإلكترونية أن تكون قد جاءت في غير شكلها الأصلي، إذا كانت الرسالة أفضل دليل يتوقع بدرجة مقبولة أن يحصل عليه الشخص الذي يقدمه. وتكون لهذه الرسالة حجية في الإثبات، مع مراعاة الآتي:

أ. مدى إمكانية الاعتماد على الطريقة التي تم بها تنفيذ واحدة أو أكثر من عمليات التنفيذ أو الإدخال أو الإنشاء أو المعالجة أو التخزين أو التقديم أو الإرسال.

ب. مدى إمكانية الاعتماد على الطريقة التي تمت بها

(٢١) Chris Reed Computer Law, London, Blackstone Press, 2000, Page 188

(٢٢) انظر تمييز حقوق رقم ٧٧/٤٩١ المنشور في مجلة نقابة المحامين صفحة ٧٣٠ لسنة ٧٧ وكذلك تمييز حقوق رقم ٩٣/٧١٠ المنشور في مجلة نقابة المحامين صفحة ٩٢٩ لسنة ٩٣ وكذلك تمييز حقوق رقم ٩٣/٦٢٨ المنشور في مجلة نقابة المحامين صفحة ٧٢٩ لسنة ٩٣



تخضع للإثبات بوسائل إلكترونية ومن أهمها^(٢٣) :-

- ١- إنشاء الوصية وتعديلها .
- ٢- إنشاء الوقف وتعديل شروطه .
- ٣- معاملات التصرف بالأموال غير المنقولة بما في ذلك الوكالات المتعلقة بها وسندات ملكيتها وإنشاء الحقوق العينية عليها باستثناء عقود الإيجار الخاصة بهذه الأموال .
- ٤- الوكالات والمعاملات المتعلقة بالأحوال الشخصية.
- ٥- الإشعارات المتعلقة بإلغاء أو فسخ عقود خدمات المياه والكهرباء والتأمين على الحياة .
- ٦- لوائح الدعاوى والمرافعات وإشعارات التبليغ القضائية وقرارات المحاكم .

بوسائل الكترونية حتى يمكن من خلالها التعرف على منهج القضاء الاردني في هذا المجال وهذا هو حال القضاء العماني حتى مطلع عام ٢٠١٠.

نخلص مما تقدم أن حجية الإثبات في الوسائل الالكترونية جائز قانونا في العديد من دول العالم بما فيها الدول العربية وهو في طريقه لكي يصبح أمرا مسلما به في كافة دول العالم سواء أكان ذلك بموجب اتفاق بين أطراف العلاقة العقدية أو بموجب تنظيم قانوني سواء أكان هذا التنظيم عاما في قانون المعاملات الإلكترونية أو موجها لحالات ومواضيع محدده كالتيجارة الالكترونية واعمال البنوك والتأمين والملكية الفكرية وغيرها. ولكن يجب أن تكون الوسائل الالكترونية المتبعة متميزة بالدقة والأمان الضروريين لتوفير ضمانات جديه وكافية سواء لإرسال الرسالة الالكترونية أو لتداولها أو لتخزينها أو لاستخراجها. ومع هذا وذاك فان هناك بعض المعاملات التي تأبى لأهميتها الخاصة أن تتم بوسائل إلكترونية أو

(٢٣) انظر على سبيل المثال قائمة بهذه المعاملات في المادة ٦ / أ من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني المؤقت رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١.



**الرقابة القضائية
على أعمال وقرارات الضبط الإداري
في سلطنة عمان
دراسة مقارنة**

الدكتور : سالم بن راشد العلوي
أستاذ القانون العام المساعد
أكاديمية السلطان قابوس لعلوم الشرطة



المقدمة :

فالضبط الإداري يهدف إلى الوقاية من ارتكاب الجريمة، فهو يوجد مع الوجود البشري، ولذلك عرف منذ القدم ، كما طبق في الدولة الإسلامية ، وعرفه الفقه الإسلامي بمعنى الحسبة ، عند الحديث عن الولايات الإسلامية ، وهو الأمر بالمعروف إذا ظهر تركه والنهي عن المنكر إذا ظهر فعله ^(٢) ، و يقوم بهذه المهمة في الدولة الإسلامية المحتسب الذي يقوم بأدوار تشمل المحافظة على النواحي الأدبية ، والدينية ، والعمرانية، والخلقية وغيرها من الأعمال التي تتماثل مع دور موظف البلدية، ورجل الشرطة، وموظف الشؤون الاجتماعية وغيرها من الوظائف التي يتمتع موظفوها بدور هام في الوقاية من الجرائم والحيلولة دون وقوع المخالفات ^(٣).

وفي المجال القانوني أو التنظيم الشرطي كان هدف الضبط الإداري إقرار النظام القائم بما يحقق غايات وأهداف الدولة ^(٤)، ثم تطور بتطور وظيفة الدولة بحيث أصبح هدفه بالإضافة إلى ذلك الوقاية من كل إخلال بالنظام العام أو بأحد عناصره وذلك بفرض قيود على حريات الأفراد .

ومن حيث أنواع الضبط الإداري فهناك ضبط تشريعي، وآخر ضبط عام ، وثالث ضبط خاص، كما تتعدد هيئات الضبط الإداري من جهة ، و تختلف هذه الهيئات من دولة إلى أخرى بالاستناد إلى النظام القانوني السائد في الدولة من جهة أخرى ، وفي سلطنة عمان ، وأغلب الدول العربية فإن الضبط الإداري العام قومي تمارسه السلطة المركزية على مستوى الدولة كلها، فقد جاء في النظام الأساسي للدولة بأن «الدولة وحدها هي التي تنشي القوات المسلحة وهيئات الأمن العام وأية قوات أخرى ، وهي جميعها ملك للأمة ومهمتها حماية الدولة وضمان سلامة أراضيها وكفالة الأمن والطمأنينة للمواطنين ...» ^(٥).

الحمد لله رب العالمين ، الرحمن الرحيم ، القائل في محكم كتابه : ﴿وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ﴾ ^(١) ، وأفضل صلاة وتسليم على النبي الهادي الأمين ، محمد ابن عبدالله ، صلى الله عليه وسلم ، وبعد ... فهذا البحث يأتي باكورة البحوث التي اعمل على نشرها في المجلة القضائية الفتية بهدف ازالة اللثام عن الأحكام الخاصة بتنظيم وظيفة الضبط الإداري والضبط القضائي في سلطنة عمان ، بحسبان أن الرقابة القضائية على أعمال الضبط من الأمور التي كفلها النظام الأساسي للدولة بإقراره في المادة (٨٠) منه ، بوجوب اتفاق القوانين واللوائح الصادرة من السلطات المختصة مع النظام الأساسي للدولة ، وإنشاء جهة للقيام بمراقبة أعمال وتصرفات جهة الإدارة ، وهي محكمة القضاء الإداري المنشأة بموجب المرسوم السلطاني رقم (٩١) لسنة ١٩٩٩م ، وما تبع ذلك من صدور تعديل لقانون المحكمة ، وإصدار اللائحة الداخلية .

فقد ترتب على اتصال وظيفة الضبط الإداري بالحريات العامة وجود علاقة وثيقة بينهما ، فالحريات الفردية مقيدة بحدود من أهمها تلك التي تفرضها مقتضيات الضبط الإداري ، وبما أن الضبط الإداري أضحى من وظائف الدولة ذات الطابع المهم ، لذلك عملت النظم القانونية على تقييد هذه الوظيفة بقيود تهدف إلى توفير ضمانات قانونية لممارسة الحريات الفردية ، وذلك من خلال إقرار القواعد الدستورية والقانونية التي تكفل هذه الحريات في مواجهة سلطة الضبط ، بما تتضمنه من أسس وضوابط تحكم سلامة الإجراءات الضبطية ، وصحة السند الدستوري والقانوني لإعمال وقرارات الضبط الإداري .

(١) سورة الذاريات الآية رقم (٥٦) .

(٢) الدكتور / عبد الرؤوف هاشم بسيوني ، نظرية الضبط الإداري في النظم الوضعية المعاصرة والشريعة الإسلامية ١٩٩٥م ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص: ٢١ ، ص: ٢٢ .

(٣) أنور الرفاعي ، النظم الإسلامية ٢٠٠١، دار الفكر ، دمشق ، ص: ١٢٤ .

(٤) الدكتور / حسني درويش عبد الحميد ، الفصل بين الضبط الإداري والضبط القضائي ، ١٩٨٦م ، مجلة المحاماة ، عدد مايو ويونيو ، ص: ٤٦س

(٥) الفقرة الثانية ، المادة ١٤ من النظام الأساسي للدولة .



الأمنية^(١) .

وتتعاظم الأهمية التي يكتسبها دور الضبطية الإدارية يوماً بعد آخر ، وذلك لبروز الوظيفة الوقائية للقانون الجنائي الحديث ، والاهتمام الدولي للحد من الجرائم ، فالضبط الإداري يستهدف غاية محددة ، هي حماية النظام العام ، وإذا كان ذلك كذلك ، فإن أهم أغراض الضبط الإداري تبرز في منع الجريمة قبل وقوعها من خلال حفظ الأمن ، والسكينة العامة ، والصحة العامة ، فالغرض الأساسي للضبط الإداري حماية النظام العام ، والحفاظ عليه ، والحيلولة دون اضطرابه أو اختلاله ، أو إعادته إلى حالته متى اختل ، وهو الغرض الأساسي للسلطات الإدارية المعنية بأنشطة أو إجراءات الضبط الإداري^(٢) .

ومن خلال هذا البحث سوف أحاول الإجابة على انه إذا كانت جميع إجراءات الضبط الإداري تخضع لمبدأ المشروعية حالها في ذلك سائر الأعمال الإدارية الصادرة عن جهة الإدارة^(٣) ، فإلى أي مدى تلتزم سلطة الضبط بقاعدة المشروعية للأعمال والقرارات التي تصدر عنها بمناسبة ممارستها لوظيفتها المتصلة بالضبط الإداري ؟ بمعنى هل تتقيد سلطة الضبط بمبدأ المشروعية ، وبالتالي لا تمارس سلطتها المتعلقة بالضبط إلا بالقدر الذي تجيزه تلك القاعدة ؟ أم انها تتحلل سلطة الضبط من قاعدة المشروعية وبالتالي تمارس وظيفتها خارج نطاق المشروعية ؟ ، وفي الحالتين المتقدمتين ما مدى الرقابة القضائية على أعمال وتصرفات سلطة الضبط في ضوء النظم المقارنة في كل من فرنسا ومصر ، وقضاء محكمة القضاء الإداري في سلطنة عمان ؟

وسوف يتبع هذا البحث بحث آخر يتناول مسؤولية الدولة عن أعمال وقرارات الضبط في ضوء التعديل الأخير لقانون محكمة القضاء الإداري الصادر بالمرسوم

كما تضمن قانون الشرطة رقم ٩٠/٣٥ في المادة (١١) منه على الدور الضبطي العام للشرطة حينما نص على أنه : «تختص شرطة عمان السلطانية بالمحافظة على النظام والأمن العام ، والآداب ، وحماية الأرواح والأموال ، والأعراض ، وكفالة الطمأنينة والسكينة في كافة المجالات ، والعمل على منع ارتكاب الجرائم وضبط ما يقع منها ، واتخاذ إجراءات التحري وجمع الاستدلالات» ، وعليه ، فإن الجهات المعنية بالضبط الإداري العام في المقام الأول هي تلك التي أوكل لها النظام الأساسي للدولة هذه المهمة وهي القوات المسلحة وهيئات الأمن العام .

إلا أن هذا لا يعني ، بأية حال ، انه لا توجد هناك جهات أسند لها المشرع دوراً وقائياً في مجال القوانين التي تطبقها ، فبعض القوانين تعترف بدور ضبطي لموظفيها ، ومن أمثلة هذه القوانين قانون بلدية مسقط ، وقانون البلديات الإقليمية ، وقانون حماية الثروة المائية ، وقانون حماية البيئة ومكافحة التلوث ، القانون الخاص بتنظيم مكتب صحار ، الخ من القوانين .

كما أن مأموري الضبط الإداري يمكن ردهم إلى مأمورو الضبط الإداري المنفذين ، كمنتسبي شرطة عمان السلطانية وغيرهم من موظفي الجهات الحكومية التي تعترف قوانينها لها بصلاحيات في مجال المحافظة على النظام العام بمدلولاته الثلاثة ، و سلطات الضبط الإداري ، التي تختص بوضع لوائح الضبط والقرارات الفردية اللازمة للمحافظة على النظام العام ، كرؤساء الوحدات الحكومية المعنية بالوقاية من الجرائم على اختلاف أنواعها ، ومن يليهم في الدرجة أو الرتبة من موظفيها المختصين بوضع لوائح الضبط أو القرارات الفردية المشار إليها ، والسلطات الرئاسية لمنتسبي شرطة عمان السلطانية والقوات المسلحة والجهات

(١) السلطات الرئاسية لمنتسبي شرطة عمان وفقاً للمادة الثالثة من قانون الشرطة رقم (٣٥ / ١٩٩٠م) : هم مساعدا المفتش العام ، ومدرء العموم ، وقادة شرطة المحافظات والمناطق ، وأمرو الوحدات ، ومديرو الإدارات التخصصية ، وضباط المراكز ، ورؤساء الأقسام ، والشعب .

(٢) الدكتور/ ماجد راغب الحلو ، القانون الإداري ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، مصر ، ص : ٣٩٩ ، والدكتور / شارع بن نايف الغويري ، الضبطية الجنائية في المملكة العربية السعودية ، مركز البحوث والدراسات ، كلية الملك فهد الأمنية ، ١٤٢٦هـ ، ٢٠٠٥م ، ص : ٣٠ .

(٣) فيما يتصل بالاستثناءات الواردة على مبدأ المشروعية انظر للمؤلف ، القضاء الإداري ، دراسة مقارنة ، الجزء الاول ، إصدار دار الثقافة العربية ، الأردن ، عمان ، سنة ٢٠٠٨م ، ص : وما بعدها .



في أغلب دول العالم يؤدون دورا مزدوجا الأول وقائي، والثاني قضائي، وتختلف صلاحيات رجال الشرطة في المجال القضائي من دولة إلى أخرى وفقا للقوانين الوطنية، بيد أن الشرطة في سلطنة عمان تمارس الدورين - الضبط الإداري والضبط القضائي - وإذا كان الدور الوقائي للشرطة لم يتغير، فإن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة للدور القضائي للشرطة حيث مر بمراحل عدة، انتهت فيها الأمر على قصر اختصاص الشرطة على القيام بدور الضبط القضائي، بجانب دورها الأصلي المتمثل في الضبط الإداري .

ومن ناحية أخرى، فإن مهمة الضبط الإداري لا تقتصر على رجال الشرطة حسب تعريفهم في قانون الشرطة (الضباط وأفراد الرتب الأخرى) بل يشاركون هذه المهمة العاملون المدنيون من شاغلي الدرجات المدنية ممن تتطلب الوظيفة المسندة إليهم المكافحة أو الوقاية من الجريمة، كما يوجد بعض الموظفين العموميين ممن اعترفت لهم القوانين بالدور القضائي، وذلك بجانب مالهم من دور في المجال الوقائي، كموظفي وزارة البلديات الإقليمية والبيئة، وموظفي بلدية مسقط، وموظفي وزارة الصحة، وموظفي وزارة الزراعة والثروة السمكية.... الخ كل في مجاله، وذلك سوف نعرفه من خلال بيان وسائل أو سلطات الضبط الإداري مطلب أول، وضوابط ممارسة سلطات الضبط الإداري ووسائله مطلب ثاني .

المطلب الأول

وسائل أو سلطات الضبط الإداري

تملك سلطات الضبط في سبيل تحقيق أغراض الضبط الإداري عدة وسائل تتمثل في إصدار أوامر ونواه فردية يلزم الأفراد بتنفيذها (القرارات الفردية) وإصدار اللوائح (لوائح الضبط) أو البوليس، وفرض الجزاءات الإدارية، وحق التنفيذ المباشر (القوة المادية)^(١)، وتمارس سلطات الضبط الإداري هذه

السلطاني رقم (٣) لسنة ٢٠٠٩م، الذي أناط بالمحكمة سلطة الفصل في كافة الخصومات الإدارية باستثناء ماورد النص عليه في المادة (٧) من ذات المرسوم، وبذلك سيدخل في اختصاص المحكمة الحكم بالتعويض عن الأضرار الناتجة عن القرارات الإدارية غير المشروعة التي قد تأتيتها الجهات الإدارية، وكذلك ما يترتب من تعويض عن الإخلال بالتزامات الإدارة في مجال العقود الإدارية، وأخيرا التعويض عن الأعمال أو التصرفات المادية غير المشروعة التي قد تقدم عليها جهة الإدارة .

وفي سبيل تحقيق أغراض هذا البحث سوف نحاول التمهيد لذلك ببيان أعمال وتصرفات أعمال الضبط الإداري في الأحوال الاعتيادية، ثم الرقابة القضائية الخارجية لأعمال وقرارات الضبط الإداري، وهو ما سوف ندرسه من خلال أهمية خضوع أعمال وقرارات الضبط الإداري لمبدأ المشروعية، وأخيرا الرقابة القضائية الداخلية لأعمال وقرارات الضبط الإداري في الظروف العادية وحدودها، لننتهي إلى خاتمة نلخص فيها حدود تلك الرقابة، وذلك في ثلاثة مباحث على النحو الآتي .:

المبحث الأول : أعمال أو تصرفات سلطات

الضبط الإداري

المبحث الثاني: خضوع أعمال وقرارات

الضبط الإداري لمبدأ المشروعية

المبحث الثالث : حدود الرقابة القضائية

على أعمال وقرارات الضبط الإداري في الظروف العادية.

المبحث الأول

أعمال أو تصرفات سلطات الضبط الإداري

تمهيد وتقسيم :

مأمورو الضبط الإداري، وعلى الأخص رجال الشرطة

(١) يجمع الفقه على تلك الوسائل، راجع لكل من الدكتور / سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري ١٩٩٢م، دار الفكر العربي، القاهرة، ص: ٥٧٧، والدكتورة/ سعاد الشرقاوي، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ص: ١٢، والدكتور / محمد فؤاد مهنا، القانون الإداري، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ١٩٧٣، ٦٣١



أحكامها، مبتغية من إصدارها تنظيم بعض أوجه نشاط الأفراد لحماية النظام العام، ومن أمثلتها لوائح المرور، واللوائح المتعلقة بمراقبة الأغذية والوقاية من الأمراض المعدية والوبية، واللوائح الخاصة بتنظيم المحال الخطرة، وتتخذ لوائح الضبط مظاهر وصور مختلفة، الحظر أو المنع، الترخيص أو الإذن، الإخطار أو الإشعار^(٥).

ثالثا : الجزاءات الإدارية الوقائية .

من بين الأساليب التي تتبعها سلطات الضبط الإداري لصيانة الأمن العام فرض الجزاء الإداري كتدبير وقائي للحيلولة دون حدوث الإخلال بالنظام العام، وهو تدبير يمس الحريات الفردية والمصالح المادية للأفراد، فهو لا ينطوي على العقاب بل غالبا ينال المصالح المادية والأدبية للشخص المخالف^(٦)، ومن أمثلة الجزاءات الإدارية التي تعمل سلطات الضبط الإداري على فرضها الاعتقال سواء في الظروف العادية أو الاستثنائية، أبعاد الأجانب عن إقليم الدولة لدواعي تتصل بصيانة النظام العام^(٧)، وسحب التراخيص التي تقوم بها سلطات الضبط الإداري لوقاية النظام العام^(٨).

رابعا : التنفيذ المباشر (القوة المادية)

هو حق الإدارة في تنفيذ قراراتها وأوامرها على الأفراد بالقوة الجبرية. إذا رفضوا تنفيذها اختيارا. ودون الحاجة إلى إذن مسبق من القضاء^(٩). فلجوء الإدارة إلى القوة المادية بهدف لمنع اختلال النظام العام وإجبار

الوسائل في إطار من المشروعية التي تفرض عليها بعض القيود .

اولا : إصدار أوامر وقرارات فردية.

قد تلجأ سلطات الضبط الإداري الى ممارسة الضبط عن طريق إصدار قرارات أو أوامر فردية، ويقصد بالأوامر والقرارات هي تلك التي تصدر عن الجهة الإدارية لشخص أو أشخاص معينين بأسمائهم أو بذواتهم وتكون مستندة على القوانين واللوائح المنظمة لهذا الجانب^(١)، كما يقصد بها : مجموعة القرارات الإدارية الفردية والذاتية التي تصدرها سلطات الضبط الإداري المختص بقصد المحافظة على النظام العام^(٢). وتصدر القرارات الفردية عادة في حالة قيام الأفراد بنشاط أو عمل يمثل إخلالا بالنظام العام أو يهدد بحدوث اضطرابات في الأمن العام، وتأخذ قرارات أو أوامر الضبط صورة مختلفة، فقد تتضمن أمراً بعمل شيء أو الامتناع عن القيام بعمل معين وأخيرا قد تأخذ صورة تراخيص موجهة للأفراد^(٣).

ثانيا : لوائح الضبط (البوليس)

يقصد بلوائح الضبط تلك القواعد العامة المجردة التي تضعها الجهة الإدارية بهدف المحافظة على النظام العام، بمدلولاته، الأمن العام، السكينة العامة، والصحة العامة، والآداب العامة^(٤)، فلوائح الضبط تعد من أبرز مظاهر سلطات الشرطة، لاشتمالها على قواعد عامة موضوعية، وجزاءات - في بعض الأحيان - لمن يخالف

(١) الدكتور / محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، ٢٠٠٢م، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ص ٢٤١، ٢٤٢

(٢) الدكتور / عمار عوايده، القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ١٩٩٠، ص ٤٠٧.

(٣) راجع تفاصيل أكثر للدكتور/ عاشور سليمان صالح شوايل، مسؤولية الدولة عن أعمال الضبط الإداري في القانون الليبي والمقارن، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ص: ١٢٦ وما بعدها .

(٤) الدكتور/ محمد أحمد فتح الباب، سلطات الضبط الإداري في مجال ممارسة حرية الاجتماعات العامة، دراسة مقارنه، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣، ص ٥٣.

(٥) للدكتور/ عاشور سليمان صالح شوايل، مرجع سابق، ص: ١٢٣ وما بعدها .

(٦) الدكتور / عادل السعيد أبو الخير، الضبط الإداري وحدوده، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٩٣م ص: ٣١٥.

(٧) المادة (٣١) من قانون اقامة الأجانب حددت الحالات التي يجوز فيها للمفتش العام للشرطة والجمارك ابعاد الأجانب من السلطنة .

(٨) كسحب تراخيص صدرت سابقا .

(٩) الدكتور / سعاد الشرقاوي، مرجع سابق، ص ٧٥



ثانيا : يجب ان يصدر العمل او القرار من سلطة الضبط المختصة بإصداره ، كما يتوجب أن يكون موضوع العمل أو القرار محددا ويتحقق ذلك بتوافر أوضاع واقعية تستلزم صدوره وإلا وقع باطلا .

ثالثا : يجب أن يصدر العمل أو قرار الضبط الاداري في نطاق الشرعية القانونية ، بمعنى يجب أن تكون تصرفات وقرارات سلطات الضبط موافقة لصريح القانون بمفهومه العام ، وهو ما سوف نتعرض له بالتفصيل في معرض حديثنا للرقابة القضائية لإعمال وقرارات الضبط الاداري .

المبحث الثاني

خضوع أعمال وقرارات الضبط الاداري لمبدأ المشروعية

تمهيد وتقسيم :

أضحى مبدأ المشروعية من المبادئ القانونية العامة الواجبة التطبيق في جميع النظم بغض النظر عن الاتجاهات السياسية والاقتصادية والاجتماعية ، وتخضع جميع السلطات في الدولة بصفة عامة للقانون بحيث تكون كل تصرفاتها في نطاق النظام القانوني المقرر في الدولة ، ويشمل النظام القانوني كل القواعد القانونية أيا كان مصدرها وشكلها مدونة أو غير مدونة (١) .

وإذا كان ذلك كذلك ، فإن سلطات الضبط الاداري يجب عليها ممارسة أعمالها ضمن المنظومة القانونية في الدولة ، وحيث إن القواعد القانونية تتدرج شكليا بالنظر إلى السلطة مصدرة القاعدة ، وموضوعيا بالاستناد إلى مضمون ومحتوى القاعدة القانونية ومداها ، حيث تأتي القواعد الدستورية «النظام الأساسي» أو التشريع الأساسي في قمة الهرم القانوني ، تتلوها القواعد القانونية أو التشريع العادي ، ثم التشريعات الفرعية «اللوائح أو القرارات» ، وهذا التدرج هو ما يطلق عليه «التدرج التشريعي» فإن السؤال الذي يثور ما هو مقتضى هذا

الأفراد على احترام أحكام القانون (١) ، ويعد التنفيذ المباشر من أكثر وسائل الضبط شدة وعنفا باعتباره يعتمد على وسائل القوة والقهر وتمثل اعتداء على حريات الافراد وحقوقهم ، وهنا لا تقوم سلطات الضبط بعمل قانوني بل بعمل مادي ، فهي تقوم باستخدام القوة الجبرية لحمل الافراد على الامتثال للوائح وقرارات الضبط بهدف حماية النظام العام .

ولخطورة استخدام القوة المادية أو التنفيذ المباشر لمساسه بحريات الافراد وحقوقهم فإنه لا بد من توافر شروط قبل استعماله ، وهي توافر حالة الضرورة ، وهي وجود خطر داهم يهدد النظام العام ويتعذر تداركه بالطرق القانونية العادية ، وجود نص في القانون أو اللوائح يبيح لسلطات الضبط استعمال حق التنفيذ المباشر أو وجد نص في قانون أو لائحة يجيز ذلك الا انه لا يقابله جزاء ، وان يكون الإجراء المراد تنفيذه مشروعا ، وان يتمتع الأفراد عن تنفيذه طوعية استجابة لطلب سلطة الضبط (٢) .

المطلب الثاني

ضوابط ممارسة سلطات الضبط الاداري لوسائل الضبط

وسائل الضبط بمختلف أنواعها يجب أن تركز على أسس تنطلق منها ، سواء كانت قرارات فردية أو تنظيمية (لوائح ضبط) أو جزاءات إدارية ، أو أعمال مادية تتمثل في التنفيذ الجبري ، وهذه القواعد متعلقة بالشرعية ، وهي :

أولا : يجب أن يكون لعمل أو قرار سلطات الضبط الاداري غاية محددة وهي منع الإخلال بالأمن ، أو المساس بالصحة أو السكينة العامة ، أو الآداب العامة ، أي أن رجل الضبط وهو يمارس مهامه الضبطية مقيد بما يهدف إليه المشرع ، وكذلك بما يراه القاضي موافقا لقصد المشرع .

(١) الدكتور / ماجد راغب الحلو ، مرجع سابق ، ص : ٤٠٧

(٢) الدكتور / سليمان محمد الطماوي ، الوجيز القانون الإداري ، مرجع سابق ، ص : ٦٩٣ ، الدكتور / ماجد راغب الحلو ، مرجع سابق ، ص : ٤٠٧ .

(٣) الدكتور / طعيمة الجرف ، مبدأ المشروعية وخضوع الإدارة العامة للقانون ، ص : ١٣ وما بعدها .



الأساسي» أو علوه ، وبذلك فهو يتضمن أسمى القواعد في النظام القانوني للسلطنة، ويترتب على هذا نتيجة مهمة مؤداها أن التشريع العادي «القانون» يجب ألا يخالف النظام الأساسي للدولة ، والحال كذلك بالنسبة إلى التشريعات الفرعية «اللوائح والقرارات» يجب ألا تخالف أحكام هذا الأخير ، وسيرا على هذا المسلك يجب على هذه الأخيرة «التشريعات الفرعية» احترام القانون وعدم مخالفته ، ولقد أكدت المادتان (٧٩ ، ٨٠) من النظام الأساسي على هذا بقولهما ، المادة (٧٩) : «يجب أن تتطابق القوانين والإجراءات التي لها قوة القانون مع أحكام النظام الأساسي للدولة» ، في حين نصت المادة (٨٠) على أنه : « لا يجوز لأية جهة في الدولة إصدار أنظمة أو لوائح أو قرارات أو تعليمات تخالف أحكام القوانين والمراسيم النافذة أو المعاهدات والاتفاقيات الدولية التي هي جزء من قانون البلاد».

تفريعا على ما تقدم يتوجب أن تكون القاعدة القانونية الأدنى متطابقة من حيث الشكل مع القاعدة التي تعلوها ، بمعنى أن تصدر عن السلطة التي حددتها القاعدة القانونية الأعلى وبالإجراءات المرسومة فيها ^(٢) ، وتطبيقا لهذا في التشريعات العمانية أن قانون الشرطة في المادة (١١) منه حدد اختصاصات شرطة عمان السلطانية ، كما بين في المادة (٢) من مرسوم الإصدار اختصاص المفتش العام للشرطة والجمارك بإصدار اللائحة التنفيذية للقانون، وبين في المادة (٣/ج) من ذات القانون المقصود بالسلطات الرئاسية لرجال الشرطة ، أما في المادة (١٠٢) منه فقد أجاز للمفتش العام للشرطة والجمارك تفويض بعض اختصاصاته المقررة بموجب هذا القانون إلى أحد مساعديه أو مديري الإدارات العامة أو آمري الوحدات ومن في حكمهم ^(٣) ،

(١) الدكتور / موسى مصطفى شحاتة ، إعداد القرار الإداري ، إصدار مركز البحوث والدراسات ، شرطة الشارقة ، ١٩٩٩م ، ص ٢٠ وما بعدها ، الدكتور/ عادل السعيد أبو الخير ، انعكاسات مبدأ المشروعية على أعمال الضبط الإداري ، مقال منشور في مجلة الأمن والقانون ، العدد الثاني ، يوليو ١٩٩٤م ، إصدار كلية شرطة دبي ، ص ٢٥٩ وما بعدها ، الدكتور / محمد محمد مصطفى ، حالة الطوارئ وسلطات الضبط الإداري ، دراسة مقارنة ، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق ، جامعة عين شمس ، ص : ٣٨٩.

(٢) الدكتور / ثروة بدوي ، تدرج القرارات الإدارية ومبدأ المشروعية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص ١٠.

(٣) نص المادة (١٠٢) من قانون الشرطة أعلاه على أنه : «للمفتش العام للشرطة أن يفوض بعض اختصاصاته المقررة بموجب هذا القانون إلى أحد مساعديه أو مديري الإدارات العامة أو آمري الوحدات ومن في حكمهم وفي جميع الأحوال لا يجوز التفويض في الحالات التي تدل النصوص على أنها من السلطات المقصورة على المفتش العام»

التدرج للقواعد القانونية ؟ وما هي النتائج المترتبة عليه ؟ وما هي دستورية الأعمال أو التصرفات المخالفة لها ؟

ولذلك سوف نبين في المطلب الأول التسلسل الهرمي للقواعد القانونية ونتائجها ، وفي المطلب الثاني ، خضوع أعمال وقرارات الضبط للرقابة الدستورية .

المطلب الأول

التسلسل الهرمي للقواعد القانونية ونتائجها

يقتضي تطبيق هذا المبدأ أن تراعي السلطة الإدارية «سلطة الضبط الإداري» أثناء قيامها بممارسة وظيفتها المتعلقة بالضبط الإداري ، وهي المحافظة على النظام العام بمدلولاته المختلفة بما يحمله من معاني ، عدم مخالفتها للقواعد القانونية الأعلى ، سواء تعلق الأمر بتعديل قاعدة قائمة أو إلغائها أو استبدالها بغيرها ، ومتى حصل هذا عد عملها مخالفا للقانون حريا بالإلغاء والتعويض عن الأضرار التي رتبها متى وجد مقتضى لذلك .

تأسيسا على المفهوم السابق لمقتضى تدرج القواعد القانونية ، فإن كل قاعدة من قواعد الضبط الإداري تقوم على أساس من التدرج ، وذلك من خلال تحديد القاعدة الأعلى شروط وضوابط القاعدة التي تليها في سلم تدرج القواعد القانونية ، مما يقتضي معه الحال وجوب تطابق قواعد الضبط الإداري الدنيا ، وقواعد الضبط الإداري العليا من الناحيتين : الشكلية والموضوعية ^(١) ، هذا فضلا عن وجوب اتصافها بالدستورية .

الفرع الأول : وجوب مطابقة أعمال وتصرفات الضبط الإداري من الناحية الشكلية .

يقف النظام الأساسي للدولة في السلطنة على قمة هذا التدرج ، الأمر الذي ينبني عليه «مبدأ سمو النظام



ويترتب على هذا من الناحية الشكلية ما يلي :

أ. قصر قانون الشرطة. القاعدة القانونية الأعلى من اللائحة . صلاحية إصدار اللوائح التنفيذية للقانون على المفتش العام للشرطة والجمارك ، ومن هنا لا يجوز أن يصدر هذا النوع من اللوائح من غير المفتش العام للشرطة والجمارك.

ب. بالاستناد إلى قانون الشرطة ، والقوانين الأخرى المعمول لشرطة عمان السلطانية تنفيذها ، أصدر المفتش العام للشرطة والجمارك العديد من القرارات واللوائح الضبطية كلائحة نسخ المفاتيح ، ولائحة النسخ الملون ، واللائحة التنفيذية لقانون المرور التي تضمنت على أحكام ضبطية ، وغيرها من اللوائح ، وحددت تلك اللوائح الإجراءات اللازمة للقيام بأعمال الضبط ، وبالتالي لا يجوز لسلطات الضبط الأدنى «موظفو الإدارة العامة للتحريات والتحقيقات الجنائية ، الإدارة العامة للمرور» الخروج على الإجراءات الواردة فيها .

الفرع الثاني : وجوب مطابقة أعمال وتصرفات الضبط الإداري من الناحية الموضوعية .

يقصد بالتطابق الموضوعي للقاعدة القانونية ، اتفاق الأحكام والنصوص الموضوعية أو المادية للقاعدة الضبطية الأدنى مع القاعدة الضبطية الأعلى منها في تدرج سلم القواعد القانونية ، وتطبيقاً لذلك يتوجب تطابق أحكام القرارات الضبطية الفردية الصادرة من سلطات الضبط الإداري مع لوائح الضبط الصادرة من سلطات الضبط الإداري الأعلى ، ومثاله ، وجوب تطابق القرارات التي يصدرها المدير العام للمرور لتنظيم جانب معين مع تلك القواعد الضبطية المنصوص عليها في اللائحة التنفيذية لقانون المرور.

وفي هذا ذهب القضاء الإداري بالقول إلى أن :
«القواعد التنظيمية العامة التي تصدر ممن يملكها

متسمة بطابع العمومية والتجريد تكون بمثابة اللائحة أو القاعدة القانونية الواجبة الاتباع في صدد ما صدرت بشأنه، فيلتزم بمراعاتها لا المرؤوسين وحدهم ، بل الرئيس هو نفسه كذلك في التطبيق على الحالات الفردية»^(١). وبالتالي يقع مخالفا كل قرار أو لائحة ضبط صدرت مخالفة لأحكام النظام الأساسي للدولة ، ويحق لذي الشأن اللجوء إلى القضاء للمطالبة بإلغاء قرار سلطة الضبط الإداري والمطالبة بالتعويض عنه إذا وجد مقتضى لذلك ، وفقا للمادة (٦) من قانون محكمة القضاء الإداري في السلطنة^(٢).

خلاصة القول انه يتعين خضوع أعمال الضبط الصادرة من سلطة دنيا لقاعدة الضبط العليا ، وذلك من حيث الشكل والمضمون ، ويكون ذلك أن يكون العمل صادر من السلطة التي حددتها القاعدة العليا ، وان يتبع في إصداره الإجراءات التي رسمتها ، و أن يكون متفقا في مضمونه مع القاعدة العليا ، كما يتوجب أن تكون تدابير الضبط الفردية تطبيقا لقاعدة عامة مجردة مقرة سلفا ، وأخيرا يتعين أن يكون التنفيذ الجبري أو المباشر مستندا على قاعدة عامه تجيزه ووفقا للضوابط المقررة لهذا الشأن .

المطلب الثاني

خضوع أعمال الضبط للرقابة الدستورية

بينت المادة (٨٠) من النظام الأساسي للدولة وجوب عدم مخالفة القوانين واللوائح الصادرة من السلطات المختصة مع النظام الأساسي^(٣) ، بحسبان أن دستورية القوانين واللوائح تمثل ضمانا مهمة للأفراد في مواجهة سلطات الضبط ، وبالتالي ، يتعين على سلطات الضبط ممارسة صلاحياتها في مجال الضبط في الحدود التي رسمها النظام الأساسي أو القوانين أو اللوائح أو القرارات النافذة عدم الخروج عليها .

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية ، ق رقم ١٥٩ ، لسنة ١٩٩٥/١١/١٥م ، مجموعة أحكام المحكمة ، سنة ١ ، ص ٤١ .

(٢) سوف نتناول الرقابة القضائية على أعمال وتصرفات الضبط الإداري في المبحث الثالث من هذا البحث

(٣) نصت المادة على أنه « لا يجوز لأية جهة في الدولة إصدار أنظمة أو لوائح أو قرارات أو تعليمات تخالف أحكام القوانين والمراسيم النافذة أو المعاهدات ، والاتفاقيات الدولية هي جزء من قانون البلاد » .



لسلطة الضبط وتقرير الامتيازات لها بهدف قيامها بواجبها على خير ما يرام ، الا ان هذا لا يجعلنا نتجاهل المخاطر التي قد تترتب على حقوق وحريات الافراد ، وبالتالي يجب اقامة التوازن الدقيق الذي يمكن سلطات الضبط من ممارسة دورها في حفظ الأمن والنظام ، ويعمل على حماية حقوق وحريات الافراد ، ولذلك جاء تقرير الرقابة القضائية على أعمال وقرارات الضبط الاداري تحقيقا لهذه كفاية .

تأسيسا على التمهيد المتقدم ، فالقضاء يحرص على أن يبسط رقابته الواسعة على ممارسات الضبط الاداري واجراءاته الضبطية نظرا لخطورة هذه الممارسة ، وما تنطوي عليه تلك الاجراءات من تقييد لحريات المواطنين والمقيمين على أرض الدولة ، وما قد تتضمنه من عدوان على حقوقهم ، بحسبان سلطة الضبط سلطة من سلطات الدولة ومظهر من مظاهر السلطة العامة .

ومن هنا لا يكتفي القضاء بالرقابة على المشروعية الخارجية لأعمال وقرارات الضبط الاداري المتمثلة في فحص العناصر الخارجية لقرار الضبط الاداري لمعرفة ما إذا كان قد صدر من سلطة الضبط المختصة بإصداره أو في الشكل المقرر له قانونا ، بل تطال الرقابة القضائية المشروعية الداخلية لأعمال وقرارات الضبط لضمان ملائمة أسلوب ووسائل سلطات الضبط مع سبب تدخلها ، والسبب في قرارات الضبط الاداري هو «حالة الإخلال أو التهديد بالإخلال بالنظام العام في احد عناصره المعروفة ، ويراقب القضاء الاداري في مجال الضبط . كما في غيره . صحة الوقائع ماديا ، ثم يبحث ما إذا كانت . بعد ثبوتها . تشكل إخلالا أو تهديدا للنظام العام ، غير القضاء الاداري . استثناء من قاعدة خضوع التكليف

ومن هنا نجد النظام الأساسي للدولة في المادة (٧٠) منه يقرر هذه الرقابة بالنص على أنه : « يعين القانون الجهة القضائية التي تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بمدى تطابق القوانين واللوائح مع النظام الأساسي للدولة وعدم مخالفتها لأحكامه ، ويبين صلاحياتها و الإجراءات التي تتبعها » ، وتنفيذا لهذا النص الدستوري عالج قانون السلطة القضائية في المادتين (١٠ ، ١١) تشكيل اللجنة المختصة بالنظر في دستورية القوانين واللوائح مع وجوب إصدار مرسوم سلطاني يبين صلاحياتها وإجراءات التقاضي أمامها^(١) ، وتنفيذا لذلك صدر المرسوم السلطاني رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٨ لتنظيم هذا الجانب .

ورغم الأهمية القصوى للتقيد بمبدأ المشروعية إلا انه لا يعني مصادرة النشاط الإداري لسلطات الضبط في جميع الأحوال بل انه يتلاءم ويتوافق مع حاجات سلطات الضبط في تحقيق أهدافها وغاياتها ، وعلى الأخص متى تعرضت لظروف إستثنائية ، ففي هذه الحالة الأخيرة لها أن تخرج على مبدأ المشروعية للإبقاء على الدولة ، كما يجيز القضاء عدم استناد أعمال الضبط لقاعدة أعلى تجيزها سواء أكانت تشريعا أم لائحة متى كان ذلك بقصد تحقيق متطلبات حفظ النظام العام^(٢) .

المبحث الثالث

حدود الرقابة القضائية على أعمال وقرارات الضبط الاداري

تمهيد وتقسيم :

بات من المسلم به لتحقيق النفع العام للمجتمع والحرص على أمنه واستقراره يتطلب إتاحة الوسائل

(١) نصت المادة (١٠) من القانون على انه : (تشكل بالمحكمة العليا عند الحاجة هيئة تتألف من رئيس المحكمة العليا وأقدم خمسة من نوابه، أو الأقدم فالأقدم من قضاة المحكمة، ينضم إليهم رئيس محكمة القضاء الإداري، ونائبة، وأقدم ثلاثة من مستشاري المحكمة، تختص بالفصل في حالات تنازع الاختصاص الايجابي والسلبي بين كل من المحاكم المنصوص عليها في هذا القانون ومحكمة القضاء الإداري وغيرها من المحاكم، كما تختص بتعيين الحكم الواجب التنفيذ في حالة تنازع الأحكام. ويرأس الهيئة رئيس المحكمة العليا، وفي حالة غيابه أو وجود مانع لديه يحل محله أقدم أعضائها، وتصدر أحكامها بأغلبية سبعة أعضاء على الأقل.) ، في حين تنص المادة (١١) من ذات القانون على انه: « تكون الهيئة المنصوص عليها في المادة (١٠) هي الجهة القضائية المختصة بالفصل في المنازعات المتعلقة بمدى تطابق القوانين واللوائح مع النظام الأساسي للدولة وعدم مخالفتها لإحكامه »

(٢) تفاصيل أكثر لدى الدكتور / محمد محمد مصطفى ، مرجع سابق ، ص: ٣٩٠.



محكمة القضاء الإداري.

الفرع الأول: الرقابة القضائية على السبب في النظم المقارنة

ولقد استقر القضاء في كل من فرنسا ومصر على بسط رقابته على الوجود المادي للوقائع، ومشروعية أو صحة هذه الوقائع المبررة للقرار الضبطي المتخذ، فإذا تبين للقضاء أن سلطات الضبط استندت في تبريرها لإصدار قرارها إلى وقائع غير موجودة أو وقائع غير صحيحة، فإنه يعد قابلاً للإلغاء، وذلك بحسبان هذا المستوى من الرقابة هو أول درجات الرقابة القضائية على سبب القرار الإداري، والحد الأدنى لهذه الرقابة.

الفصل الأول: الرقابة القضائية على السبب في النظم المقارنة

أولاً: مجلس الدولة الفرنسي ورقابة الوجود المادي للوقائع:

في فرنسا بدأ تطبيق الرقابة على الوجود المادي للوقائع في عام ١٩٠٧م في قضية monod، ثم تبع هذا الحكم العديد من الأحكام التي أنهت فيها المجلس إلى ممارسة رقابته على الوجود المادي للوقائع، بحيث يحكم بإلغاء القرار الإداري متى ثبت أن الإدارة قد استندت في إصداره إلى وقائع غير صحيحة من الناحية المادية^(٢)، وفي مجال قرارات الضبط الإداري فقد أخضعها لرقابته باستثناء تلك المتخذة تطبيقاً لنصوص القوانين الإستثنائية أو قوانين الاستعجال والضرورة^(٣)، إلا أن المجلس قد عدل عن مسلكه هذا عام ١٩٥٩م، وبدا يراقب جميع قرارات الضبط الإداري دون إستثناء ليتحقق من الوجود المادي للوقائع التي صدر بالإستناد إليها^(٤).

القانوني لرقابته. يقف أحياناً بهذه الرقابة عند حد الوجود المادي للوقائع، تاركاً للإدارة حرية إجراء عملية التكييف القانوني دون أن يفرض رقابته^(١)، الرقابة على الوجود المادي للوقائع، والتكييف القانوني الذي أضفته سلطات الضبط عليها، والرقابة على ملاءمة الاجراءات التي أتخذتها سلطات الضبط بصدد الواقعة، كما تتضمن الرقابة القضائية الرقابة على ركن الغاية لأعمال وقرارات الضبط الإداري.

المطلب الأول

ملائمة أسلوب ووسائل سلطات

الضبط مع سبب تدخلها

هناك ثلاثة مستويات للرقابة القضائية لركن السبب أولها، يمثل الحد الأدنى من الرقابة وتخضع له جميع القرارات الإدارية دون استثناء، وهي الرقابة على الوجود المادي للوقائع، وثانيها، الرقابة على الوجود القانوني للسبب، وذلك بالتأكد من الوصف القانوني الذي أضفته الإدارة على الوقائع، وتخضع لهذا النوع من الرقابة القرارات الإدارية في جميع الأحوال إلا في حالات استثنائية، والمستوى الثالث من الرقابة، هي الرقابة على أهمية وخطورة السبب، ومدى التناسب بينه وبين القرار المتخذ على أساسه، ولا تخضع القرارات الإدارية لهذا النوع من الرقابة إلا إستثناءً. وبهدف الإحاطة بأوجه الرقابة القضائية لملائمة أسلوب ووسائل سلطات الضبط الإداري مع سبب تدخلها، والمتمثلة في الرقابة على الوجود المادي للوقائع، ورقابة صحة التكييف القانوني للوقائع، وأخيراً رقابة الملائمة، على أن يكون الفرع الأول للرقابة القضائية على السبب في النظم المقارنة، والفرع الثاني للرقابة القضائية في ظل قانون

(١) الدكتور/ عزة على محجوب، الاعتقال الإداري ومدى خضوعه للرقابة القضائية في القانون المصري، دراسة تطبيقية، سنة ١٩٩٩م، ص: ١٣٩.

(٢) يراجع لتطور قضاء مجلس الدولة في فرنسا لكل من الدكتور / عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٦م، منشأة المعارف، الاسكندرية، ص: ٦٣٨ وما بعدها، الدكتور/ ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص: ٤٣٣.

(٣) الدكتور/ محمد محمد مصطفى، مرجع سابق، ص: ٤٠٠، وكذلك الدكتور/ محمد موسى محمد الفقي، حدود مبدأ المشروعية في ظل قانون الطوارئ، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، سنة ٢٠٠٣م، ص: ٤٤٩.

(٤) الدكتور/ محمد محمد مصطفى، مرجع سابق، ص: ٤٠٠، وكذلك الدكتور/ محمد موسى محمد الفقي، مرجع سابق، ص: ٤٥٢.



ثانياً: القضاء الإداري في مصر ورقابة الوجود المادي للوقائع؛

بات القضاء الإداري في مصر مستقراً على حتمية رقابته للتثبت من توافر الوقائع التي أُسندت عليها الإدارة في إصدار قرارها ، ومتى تبين أنها أُسندت الى واقعات غير صحيحة حكمت المحكمة بإلغاء القرار ، لعدم قيامه على اساس قانوني وندل على ذلك ببعض الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري والمحكمة الإدارية العليا .

١. محكمة القضاء الإداري، سارت منذ إنشائها على شاكلة مجلس الدولة في فرنسا وذلك ببسط رقابتها على الوجود المادي للوقائع المبررة لإصدار الإدارة لقرارها ، وبالتالي درجت على إلغاء القرارات التي يتضح لها إستنادها على وقائع غير صحيحة لفقدانها أساسها القانوني ، وشملت رقابتها للوجود المادي للوقائع جميع ميادين النشاط الإداري ، سواء أكانت الإدارة تمارس نشاطها بسلطة مقيدة ، أم بسلطة تقديرية ^(١) . ولذلك فرضت رقابتها على الوجود المادي للوقائع - المتعلقة بقرارات الضبط المتصلة بحماية النظام العام ، وقرارات إبعاد الأجانب أو الترخيص بإقامتهم ، والقرارات الخاصة بالترخيص للمواطنين بالسفر الى الخارج ^(٢) .

٢. المحكمة الإدارية العليا، لم تسير محكمة القضاء الإداري قضاءها في التحقق من الوجود المادي للوقائع لإعمال وقرارات الضبط الإداري في أول عهدا ، ولذلك رفضت التحقق من الوجود المادي للوقائع التي يقوم عليها قرار منع السفر ^(٣) ، إلا أنها عدلت عن مسلكها هذا وبدأت في فرض رقابتها على الوجود المادي للوقائع التي تتذرع بها سلطات الضبط الإداري لإصدار قراراتها ، سواء تعلق ذلك بقرارات المنع من السفر ^(٤) ، وكذلك القرارات المتعلقة بإسقاط الجنسية ^(٥) . أما فيما يتعلق بقرارات إبعاد الأجانب أو الترخيص لهم بالسفر فإن قضاء المحكمة الإدارية العليا قد ترددت في فرض الرقابة على الوجود المادي للوقائع التي بني عليها القرار ^(٦) ، لتنتهي الى فرض رقابتها على التاكيد من الوجود المادي للوقائع التي قام عليها قرار الضبط .

الفصل الثاني : الرقابة القضائية على التكييف القانوني للوقائع

لا يكتفي القاضي الإداري برقابة الوجود المادي للوقائع المادية ، بل تشمل رقابته - بجانب ذلك - الوصف القانوني لهذه الوقائع ، أي الوقوف على الوصف القانوني الذي أسبغته سلطات الضبط الإداري على الوقائع التي استندت إليها في إصدار قرارها ، ومتى ظهر له خلؤها في تكييفها القانوني لهذه الوقائع يحكم بإلغاء القرار الضبطي لوجود عيب في سببه ^(٧) ، وعملية

(١) الدكتور / إسماعيل البدوي، القضاء الإداري ، دراسة مقارنة ، الجزء الرابع ، ١٩٩٩ م ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص: ١٨٦ .

(٢) من بين هذه الأحكام الحكم الصادر في القضية رقم ١٢٥٦ لسنة ٨ قضائية بتاريخ ٣٠ من يناير سنة ١٩٥٧ . مجموعة الأحكام السنة الحادية عشرة . ص: ١٩٢ ، والحكم الصادر بتاريخ ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٥٤ . في القضية رقم ١١٤٢ لسنة ٦ قضائية . مجموعة أحكام السنة التاسعة . ص: ٥٦ ، والحكم الصادر بتاريخ ٢١ مايو سنة ١٩٥٢ في القضية رقم ١٢١٥ لسنة ٥ قضائية . مجموعة أحكام السنة السابعة . ص: ١٢٨٠ ، والحكم في القضية رقم ٦٧٨ لسنة ٩ قضائية بجلسة ٢٧ من نوفمبر سنة ١٩٥٦ . مجموعة أحكام السنة الحادية عشرة . ص: ٦٥ ، والحكم الصادر بجلسة ٢٨ سنة ١٩٥٤ في القضية رقم ٣٥٥١ لسنة ٧ قضائية . مجموعة أحكام السنة التاسعة . ص: ١٩٢ .

(٣) الدكتور / محمد محمد مصطفى ، مرجع سابق ، ص: ٤٠٢ .

(٤) حكمها الصادر في ٢٧ فبراير ١٩٨٨ م الذي قررت فيه ان حرية التنقل من مكان الى اخر ومن جهة الى اخرى والسفر خارج البلاد مبدأ أصيل للمواطن وحق دستوري مقرر له ، لا يجوز المساس به دو مسوغ ولا الانتقاص منه بغير مقتضى ولا تقييده الا لصالح المجتمع وحماية وفي حدود التشريعات المنظمة لهذا الحق ، حكمها في الطعن رقم ٣٥٧ لسنة ٢٦ ق ، جلسة ٢٧ فبراير ١٩٨٢ م ، س ٢٧ ، ص: ٣٥٩ .

(٥) من ذلك حكمها في الطعن رقم ١٤٣٢ و ١٤٣٥ لسنة ٢٦ ق ، جلسة ١٥ / ١ / ١٩٨٢ م ، س ٢٨ ، ص: ٥٤٦ .

(٦) راجع منهج المحكمة الإدارية العليا في التعامل مع القرارات المتصلة بالأجانب لدى الدكتور / محمد موسى محمد الفقي ، مرجع سابق ، ص: ٤٦٩ وما بعدها .

(٧) الدكتور / عبد الغني بسيوني عبدالله ، مرجع سابق ، ص: ٦٤٢ ، الدكتور / نواف كنعان ، القضاء الإداري ، ٢٠٠٦ م ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، ٤٠٠ .



Gomel» عام ١٩٢٤م باكورة قضائية في هذا الشأن^(٤)، ومن ثم سحب تطبيق قضاؤه على سائر المنازعات التي عرضت عليه، سواء ما تعلق منها بمجال الوظيفة العامة، أو بمجال الصحافة والنشر والسينما، وهكذا بسط القضاء الفرنسي مظلة رقابته على غالبية المجالات بما فيها الضبط الإداري لرقابة التكيف القانوني حيث يعمل المجلس رقابته للتحقق من استنادها إلى وقائع تصلح قانوناً لتبريرها، بأن يكون من شأنها الإخلال بالنظام العام أو التهديد بالإخلال به، ومتى توافرت في الوقائع هذا الوصف القانوني، فإن المجلس يقرر أن الوقائع تصلح قانوناً لتبرير قرار الضبط الإداري^(٥)، وظهر ذلك واضحاً في رقابة المجلس لمدى توافر صفة الإباحية في المواد التي تنشرها الجرائد والمجلات، والرقابة على تكيف الأفلام السينمائية، ومدى منافاتها للأخلاق من عدمه، وغير ذلك من المجالات^(٦).

وإذا كان ذلك هو مسلك مجلس الدولة الفرنسي في الرقابة على التكيف القانوني للوقائع التي تستند إليها الإدارة في إصدار قراراتها الإدارية، فإن المجلس استثناء من قاعدة خضوع قرارات الضبط الإداري لرقابة التكيف القانوني قد أخرج بعض مجالات الضبط الإداري من هذه الرقابة مكتفياً بالرقابة على الوجود المادي للوقائع فحسب، تاركاً لسلطات الضبط حرية إجراء عملية التكيف القانوني للوقائع دون أن يفرض رقابته عليها، وتتحصر هذه الحالات في الآتي^(٧):

١. القرارات التي تتصل بسلامة الدولة والمحافظات على أمنها، والتي يطلق عليها تدابير الضبط العليا، وهي قرارات الضبط المتخذة تطبيقاً لنصوص القوانين

التكيف القانوني للوقائع، هي عملية قانونية، تتم وفقاً لقواعد القانون، يهدف القاضي من خلالها مراقبة تفسير الإدارة لإرادة المشرع، وبالتالي فإن دور القاضي عند بحثه عن مشروعية القرار الضبطي، لا ينطوي فقط على التثبت من الوجود المادي للوقائع، بل يشمل كذلك التحقق فيما إذا كانت تلك الوقائع تستحق أن توصف بأنها اضطراب أو تهديد باضطراب النظام العام^(٨)،

بيد أن القاضي الإداري يسلك في سبيل إنزال حكم القانون على الواقعة التي أستند إليها قرار الضبط - حال قيامها - أحد طريقين أو كلاهما، فقد يعتمد على تكيف الواقعة للوقوف على مدى تطابقها مع القانون، أو يعمل على معالجة القانون بالتفسير لمعرفة مدى إنطباقه على الواقعة، فإذا ثبت عدم صحة التكيف في الحالة الأولى، أو عدم تطابقه مع القانون في الحالة الثانية، كان القرار مشوباً بعيب يؤدي إلى إلغائه^(٩)، بمعنى أن القاضي الإداري بعد أن يتحقق من قيام الواقعة ينتقل البحث إلى صحة الوصف القانوني الذي أسبغته الإدارة على هذه الواقعة، وهو بذلك يضع بين الواقعة والقانون صلة، وقد يترك القضاء أمر التكيف لجهة الإدارة، وذلك متى اقترب التكيف من الملائمة فيستشعر الحرج من التضيق على الإدارة، ويظهر ذلك جلياً في مجال إجراءات الضبط الإداري المتعلقة بإقامة الأجانب وممارسة أنشطتهم في داخل البلاد^(١٠).

أولاً: القضاء الإداري الفرنسي والرقابة على التكيف القانوني للوقائع :

مارس القضاء الإداري في فرنسا رقابته على التكيف القانوني للوقائع، ويعد حكمه في قضية «جومل

(١) الدكتور/ محمد موسى محمد الفقي، مرجع سابق، ص: ٥٠٣.

(٢) الدكتور/ محمد السيد إبراهيم، الرقابة على الوقائع في القضاء الإداري، رسالة دكتوراه، ص: ٢٩.

(٣) محمد مصطفى حسن، السلطة التقديرية في القرارات الإدارية،، ١٩٧٤م، ص: ٢٥٤-٢٥٥.

(٤) وتلخص وقائع القضية في أن الإدارة رفضت منح الترخيص بالبناء لمواطن في ميدان «Beauveau» بحجة أن هذا الميدان من المناطق الأثرية ويجب الحفاظ عليه، ولكن مجلس الدولة ألغى هذا القرار بعد أن اتضح له أن هذا الميدان لا يدخل في المناطق الأثرية، مشار إليه لدى الدكتور / إسماعيل البدوي، مرجع سابق، ص: ٢٠١.

(٥) الدكتور / محمد محمد مصطفى، مرجع سابق، ص: ٤٠٨.

(٦) مشار إلى تلك الأحكام لدى الدكتور / سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص: ٣٢٨، ص: ٣٢٤.

(٧) الدكتور / محمد محمد مصطفى، مرجع سابق، ص: ٤٠٩ وما بعده، والدكتور / محمد موسى محمد الفقي، مرجع سابق، ص: ٥١٠.



واضح ، يفرض رقابته على قرارات وأعمال الضبط الإداري للتأكد من صحة تكييفها القانوني .

ثانياً: القضاء الإداري المصري والرقابة على التكييف القانوني للوقائع:

المطالع لأحكام القضاء الإداري في مصر سواء محكمة القضاء الإداري أو المحكمة الإدارية العليا ينتهي إلى أنه أستقر على فرض رقابته على صحة التكييف القانوني للوقائع الذي تسبغه جهة الإدارة على الوقائع شأنه في ذلك شأن مجلس الدولة في فرنسا ، حيث ذهب إلى أن : « .. القرار الإداري يكون مفتقداً لركن السبب إذا كانت النتيجة التي انتهت إليها الإدارة مستخلصة من أصول موجودة لا تنتجها أو كان تكييف الوقائع على فرض وجودها لا ينتج النتيجة التي يطلبها القانون »^(٤) . وبالنسبة إلى رقابة المجلس لقرارات الضبط الإداري نجده يخضع بعض القرارات لرقابته في حين يفرض مراقبة البعض الآخر .

أولاً : مجال فرض الرقابة على التكييف القانوني للوقائع ، فبعد تحقق القاضي الإداري من الوجود المادي للوقائع التي قام عليها قرار سلطة الضبط سنداً لقرارها ، يقوم برقابة التكييف القانوني للوقائع للتحقق من أنها تصلح قانوناً لتبرير القرار بأن يكون من شأنها الإخلال بالنظام العام أو التهديد بالإخلال به ، بوصف أن هذا هو مناط صحة وسلامة التكييف القانوني لهذه الوقائع في مجال الضبط الإداري^(٥) ، ويؤكد القضاء الإداري هذا المسلك في أحكامه التي تواترت على فرض هذا النوع من الرقابة على الكثير من القرارات الإدارية الصادرة في شأن الضبط الإداري ومن بينها ما تعلق بحالات الاشتباه^(٦) ، وتجارة السلاح والترخيص بحياته^(٧) ،

الاستثنائية أو قوانين الاستعجال والضرورة ، حيث أخضعها المجلس فقط ، وترك أمر حرية التكييف القانوني للوقائع لسلطات الضبط .

٢. قرارات الضبط العام المتعلقة بدخول وإقامة وإبعاد الأجانب ، حيث يرفض المجلس بسط رقابته على التكييف القانوني للوقائع التي تتذرع بها سلطات الضبط كمبرر لقرارها ، مكتفياً بالتحقق من الوجود المادي للأسباب التي قامت عليها ، وكذلك الحال فيما يتصل بحرية تنقل وسفر المواطنين حيث امتنع المجلس عن فرض رقابته على الوصف القانوني الذي تدعيه سلطات الضبط للوقائع التي تتذرع بها لهذه القرارات .

٣. القرارات التي تتسم بطابع فني ، فهذه القرارات تتسم بطابع علمي معقد يكون المجلس عاجزاً عن الفصل فيها ، ويحتاج إلى رأي فني متخصص لبيانها ، ولذلك أستبعدا من نطاق رقابته ، تاركاً أمر تقديرها أو تكييفها للإدارة ذاتها صاحبة الاختصاص الأصيل في هذا الشأن^(٨) .

بيد أن الفقه يجمع على أن مسلك مجلس الدولة الفرنسي لا يستند إلى اعتبارات قانونية كمرتكز لرفضه فرض رقابته على التكييف القانوني لقرارات الإدارة بما فيها قرارات سلطات الضبط ، وإنما هناك اعتبارات عملية تتلخص في أن المصلحة العليا للدولة تقتضي أن يترك للإدارة سلطة واسعة في تنظيم أمر الأجانب فيها ، ومن هنا ، فقد أبدع مجلس الدولة نظرية الخطأ البين^(٩) ، أو الخطأ الظاهر^(١٠) ، كاستثناء على مسلكه بشأن رفض الرقابة على التكييف القانوني للوقائع وذلك لفرض رقابته على تقدير الإدارة وعدم أشابته بخطأ واضح ، ومتى ثبت له أن تقدير الإدارة قد شابته خطأ ظاهراً أو

(١) من الفقه راجع لكل من الدكتور / سامي جمال الدين ، مرجع سابق ، ص: ٢٢٩. الدكتور / إسماعيل البدوي ، مرجع سابق ، ص: ١٩٩. الدكتور / لدكتور / عبد الغني بسيوني عبد الله ، مرجع سابق ، ص: ٦٤٣.

(٢) راجع تفاصيل ذلك لدى الدكتور / محمد محمد مصطفى ، مرجع سابق ، ص: ٤١٢ .

(٣) الدكتور / محمد موسى محمد الفقي ، مرجع سابق ، ص: ٥١٢ .

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٥٨٨ لسنة ٤٣ ق عليا ، ١٩٩٩ / ٥ / ٢٣ ، منشور لدى الدكتور / عبد العزيز خليفة ، مرجع سابق ، ٢٥٨ .

(٥) الدكتور / محمد موسى محمد الفقي ، مرجع سابق ، ص: ٥١٩ .

(٦) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٧٩٧ لسنة ٢٢ قضائية ، جلسة ١٩٧٨ / ٥ / ٢٧ م ، مجموعة (١٥) ، ص: ٦٠٩ .

(٧) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٧٥٠ لسنة ٢٨ قضائية ، جلسة ١٩٧٥ / ٣ / ٣٠ م ، مجموعة (٣٠) ، ص: ٨٦٩ .



على ملاءمة قرارات الضبط الإداري ، وانتقلنا إلى تطبيقات هذه الرقابة ، سنجد بأنها شملت كافة مجالات الأنشطة المتعلقة بالضبط الإداري، ومن بينها تلك المتمثلة في الرقابة على حرية العبادة^(٢)، وحرية التجارة^(٣)، والمحافظة على الصحة العامة^(٤)، وحرية النشر والصحافة^(٥).

ومن أحكام المحكمة الإدارية العليا في هذا الشأن الحكم الذي تحدد فيه أساس هذه الرقابة ، وحدودها ، بقولها: « ولئن كانت الإدارة تملك بالأصل حرية وزن مناسبات العمل وتقدير أهمية النتائج التي تترتب على الوقائع الثابتة قيامها إلا أنه حينما تختلط مناسبة العمل الإداري بمشروعيته ، ومتى كانت هذه المشروعية تتوقف على حسن تقدير الأمور خصوصا فيما يتعلق بالحرية العامة ، ويجب أن يكون تدخل الإدارة لأسباب جدية تبرره ، فالمناطق والحالات هذه في مشروعية القرار الذي تتخذه الإدارة هو أن يكون التصرف لازما لمواجهة حالات معينة من دفع خطر جسيم يهدد الأمن باعتبار هذا الإجراء هو الوسيلة الوحيدة لمنع هذا الخطر ، وللقضاء الإداري حق الرقابة على قيام هذا المسوغ أو عدم قيامه ، فإذا ثبتت جدية الأسباب التي تبرر هذا التدخل كان القرار بمنأجاة عن أي طعن ، إما إذا اتضح أن الأسباب لم تكن جدية ، ولم يكن فيها من الأهمية الحقيقية ما يسوغ التدخل لتقييد الحريات ، كان القرار باطلا»^(٦).

الواقعات المستندة إليها بالنسبة لحرية عقد الاجتماعات ، وحرية العبادة ، وحرية التجارة والصناعة ، وحرية النشر والصحافة^(١)، بيد أن المجلس وقف عند مسلكه فيما يتعلق بعدم رقابته لبعض قرارات الضبط لرقابة الملاءمة وهي تلك المتصلة بتنظيم نشاط وإقامة الأجانب ، والجمعيات والمطبوعات الأجنبية ، وقرارات الضبط المتعلقة بالمسائل الفنية ، والتي رفض فرض رقابة تكييفها القانوني كما سبق بيانه .

ثانيا : القضاء الإداري المصري ورقابة الملاءمة لقرارات الضبط الإداري .

سلك القضاء الإداري في مصر طريق قرينه الفرنسي منذ تأسيسه على إخضاع ملاءمة قرارات الضبط الإداري لرقابته ، والتحقق من سلامة وزن الإدارة وتقديرها لأهمية وخطورة الوقائع التي أستاذ عليها قرارها ، ومدى التناسب بين هذه الوقائع والنتائج التي رتبها عليها سلطة الضبط الإداري ، مبينا بعبارة واضحة جلية ، بأن ملائمة قرارات الضبط الإداري شرط لمشروعيتها ، لما تنطوي عليه من هذه القرارات من تقييد للحريات العامة ، وعليه ، وجب أن تقتصر على القدر الضروري اللازم للمحافظة على النظام العام فحسب ، وبالتالي ، لا يكون قرار الضبط مشروعاً إلا إذا كان لازماً^(٢).

وإذا نحينا جانبا التطور التاريخي للرقابة القضائية

(١) تفاصيل أكثر لدى الدكتور/ عاشور سليمان صالح ، مسئولية الدولة عن أعمال الضبط الإداري في القانون الليبي والمقارن ، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق ، مقدمة لكلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، بدون سنة ، ص: ٥٩٠ وما بعدها ، الدكتور/ محمد حسنين عبد العال ، الرقابة القضائية على قرارات الضبط الإداري ، الطبعة الثانية ، ١٩٩١م ، الناشر دار النهضة العربية ، ص: ٦٩ وما بعدها الدكتور/ إسماعيل البدوي ، مرجع سابق ، ص: ٢٠٩ الدكتور / طارق فتح الله خضر ، مرجع سابق ، ص: ٢٢٢.

(٢) الدكتور/ عاشور سليمان صالح ، مرجع سابق ، ص: ٥٩٣ وما بعدها ، الدكتور/ محمد حسنين عبد العال ، مرجع سابق ، ص: ٧٩ وما بعدها .
(٣) حكم محكمة القضاء الإداري ، في القضية رقم ٢٥٠ لسنة ١ قضائية ، الصادر في ٢٤/٢/١٩٤٨م ، مجموعة أحكام المحكمة ، المجموعة السنة الثانية ، ص: ٣٧٨.

(٤) حكم محكمة القضاء الإداري ، في القضية رقم ١٦٧ لسنة ٥ قضائية ، الصادر في ٢٢/١/١٩٥٢م ، مجموعة أحكام المحكمة ، المجموعة السنة السادسة ، ص: ٣٤٠.

(٥) حكم محكمة القضاء الإداري ، في القضية رقم ٦٥٧ لسنة ٢ قضائية ، الصادر في ١٦/٦/١٩٤٩م ، مجموعة أحكام المحكمة ، المجموعة السنة الثالثة ، ص: ١٠١٥.

(٦) حكم محكمة القضاء الإداري ، في القضية رقم ٥٨٧ لسنة ٥ قضائية ، الصادر في ٢٦/٦/١٩٥١م ، مجموعة أحكام المحكمة ، المجموعة السنة الخامسة ، ص: ١٠٩٩.

(٧) حكمها في ٢٨/١/١٩٧٨م ، مجموعة مبادئ المحكمة في (١٥) عاما ، ج ١ ، ص: ٧٢٥ ، ومثله حكمها في جلسة ٢٦/١١/١٩٨٣م ، مجموعة مبادئ السنة ٢٩ ، ص: ١١١ ، بند ١٧.



وحالات المنع من السفر^(١).

ثانيا : المجالات التي يمتنع عن فرض الرقابة القضائية للتكييف القانوني للوقائع فيها بالنسبة للقرارات المتعلقة بإقامة الأجانب وإبعادهم، وكذلك القرارات المتصلة بالمسائل الفنية والعلمية ، حيث يكفي بالتحقق من الوجود المادي للوقائع دون البحث في وصفها القانوني^(٢)، وفي هذا ذهب القضاء أن عملية تصحيح أوراق إجابة الطالب في الامتحان وتقدير الدرجة التي يستحقها هي من المسائل الفنية التي تستقل بها الجهة الإدارية بأجهزتها المتخصصة^(٣)، وفي شأن الرقابة على قرارات إبعاد الأجانب قضى بان نطاق رقابة القاضي على مشروعيتها يقتصر على التأكد من أن الأجنبي ارتكب ما نسبته إليه الإدارة من عدمه ، بمعنى أن تلك الرقابة لا تمتد لبحث ما إذا كان ما ارتكبه الأجنبي يمثل إخلالا بالأمن العام أو لا ، حيث يدخل هذا الوصف في سلطة الإدارة التقديرية ، التي لا تخضع في ممارستها لها لرقابة القضاء^(٤).

الفصل الثالث : الرقابة على تقدير أهمية الوقائع «الرقابة على الملائمة»

القاعدة أن القاضي الإداري يقف في رقابته على سبب القرار الإداري عند التأكد من الوجود المادي للوقائع التي استندت إليها الإدارة في إصدار قرارها ، بالإضافة إلى مراقبة الوصف القانوني الذي أضفته الإدارة عليها دون أن يمد رقابته إلى مراقبة تقدير أهمية الوقائع وتناسبها مع مضمون القرار ، بل تتولى جهة الإدارة وحدها بحث وتقدير ملائمة القرار للوقائع التي

دفعت إلى إصداره ، فهذا الأخير هو نطاق الملائمة والسلطة التقديرية لجهة الإدارة ، ولذلك نجد أن القضاء الإداري يؤكد هذا المبدأ بقوله : « .. وفقا لمبدأ الفصل بين السلطات ، ليس على القاضي أن يحل تقديره محل تقدير الجهة الإدارية عندما تتمتع بسلطة تقديرية واسعة متى خلا هذا التقدير من الانحراف بالسلطة»^(٥).

وإذا كان ذلك هو الأصل ، وان الإدارة تترخص في تقدير ملائمة القرار الإداري ، فإن المتتبع لإحكام القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر يجد أنها خالفت هذا المبدأ وأخذ القضاء يراقب ملائمة تقدير الإدارة للتصرف الذي اتخذته ، ومدى التناسب بين السبب والقرار ، ومن هنا بسط رقابته على ملائمة القرار في بعض الحالات^(٦)، والمتمثلة في الرقابة على مدى التناسب بين الوقائع المكونة للسبب ، ودرجة ، وأهمية ، وخطورة القرار ، وتنصب هذه الرقابة على قرارات الضبط الإداري ، حيث يراقب القضاء الإداري ملائمة الوقائع المكونة لسبب القرار الضبطي الذي يستهدف المحافظة على عناصر النظام العام .

أولا : القضاء الإداري الفرنسي ورقابة الملائمة لقرارات الضبط الإداري .

سلك القضاء الإداري في فرنسا رقابته على القرارات الإدارية المتعلقة بالحريات العامة، ويعد حكمه في قضية « بنجامين Benjamin » بشأن حرية المواطنين في عقد الاجتماعات باكورة قضائية في هذا المجال ، ومن ثم توالى أحكامه في مجال الضبط الإداري ، ومن ذلك رقابته للتناسب والملائمة بين القرارات الإدارية وبين

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢٥٧ لسنة ٢٦ قضائية ، جلسة ١٩٨٢/٢/٢٧ م ، مجموعة مبادئ المحكمة السنة (٢٧) ، ص : ٣٥٩ .

(٢) الدكتور / إسماعيل البدوي / مرجع سابق ، ص : ١٩٩ ، والدكتور / عبد العزيز خليفة ، مرجع سابق ، ص : ٢٥٨ وما بعدها ، الدكتور / عبد الفني بسيوني عبد الله ، مرجع سابق ، ص : ٦٤٦ .

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا ، في الطعن رقم ٩٠٣٣ ، لسنة ٤٧ ق ، جلسة ١٩٩٤/١/٢٥ م ، مشار إليه لدى الدكتور / عبد العزيز خليفة ، مرجع سابق ، ص : ٢٥٩ ، هامش رقم (٢) .

(٤) حكم محكمة القضاء الإداري في حكمها في قضية رقم ١٩١٢ لسنة ٤٥ ق ، جلسة ١٩٩١/٧/٤ م ، مشار إليه لدى الدكتور / عبد العزيز خليفة ، مرجع سابق ، ص : ٢٦٠ ، هامش (٢) .

(٥) حكم المحكمة الإدارية العليا ، الدائرة الثالثة ، الطعن رقم ٣٣١ لسنة ٤٢ ق ، جلسة ١٩٩٩/٢/٢ م ، مشار إليه لدى الدكتور / مصطفى ابوزيد فهمي ، والدكتور / ماجد راغب الحلو ، مرجع سابق ، ص : ٢٨٢ ، هامش رقم (١) .

(٦) الدكتور / طارق فتح الله خضر ، مرجع سابق ، ص : ٢٢٣ .



الفرع الثاني محكمة القضاء الإداري والرقابة على ركن السبب في القرار

عليه فقهاً وقضاء أن القرارات الإدارية التي تصدرها الجهة الإدارية تخضع لرقابة القضاء ، والمشروعية تجد حدها الطبيعي في قيام القرار المطعون فيه على نظرية مشروعية السبب وهو الحالة القانونية السابقة على إصداره ، والتي أدت بجهة الإدارة إلى استخدام سلطاتها في إصداره ...» (٢).

ولقد أخذت محكمة القضاء الإداري بالأصل الذي يقضي بأن القرار الإداري قائم على قرينة الصحة ، وإن جهة الإدارة لا تلزم بتسبب قراراتها مادام أن القانون لا يلزمها بذلك ، ومتى أفصحت الإدارة عن أسباب قرارها فإن هذه الأسباب تخضع لرقابة القاضي الإداري الذي عليه : « .. أن يحصها والتأكد مما إذا كانت النتيجة التي أنتهى إليها القرار مستمدة من أصول موجودة أو غير موجودة ، وما إذا كانت مستخلصة إستخلاصاً سائفاً من عدمه ، وما إذا كانت هذه الوقائع مادية أو قانونية تصلح سبباً قانونياً لإصداره ...» (٤).

وفي حكم آخر تقول المحكمة : « .. وحيث جرى القضاء الإداري على أنه ولئن كانت الإدارة غير ملزمة بتسبب قراراتها إلا أنها إذا كشفت عن الأسباب الواقعية لهذه القرارات وأستظهرتها المحكمة من ظروف الدعوى وجب على القاضي الإداري أن يبسط رقابة القانونية على تلك الأسباب ليستبين مدى صحتها » (٥) ، وفيما يتصل بالرقابة القضائية لأعمال وقرارات الضبط الإداري المتعلقة بتنظيم إقامة ، وإبعاد الأجانب ، وكذلك كفالة حرية تنقل المواطن والمنع من السفر ، وحرية ممارسة الأنشطة الاقتصادية فقد ذهب إلى فرض رقابتها على ركن السبب فيها.

يعد ركن السبب في القرار من الأركان التي لا يقوم بدونها ، وبالتالي فإن خلو القرار من سبب يبطل صدوره ، يعيبه ويصبح عرضة للحكم بإلغائه متى طعن فيه أمام المحكمة ، ولقد أكد قانون محكمة القضاء الإداري في المادة (٨) منه بأن أحد أسباب إلغاء القرار الإداري تخلف سببه ، مقرر في نفس الوقت اعتبار السبب مشروعاً إذا قام على اعتبارات أمنية ، بيد أن المحكمة درجت وقبل سريان هذا التعديل (١) على فرض رقابتها على ركن السبب في القرار في العديد من الأحكام الصادرة عنها ، على الرغم من قصر عمرها القضائي. إذا قورن بعمر كل من مجلس الدولة في فرنسا ، ومجلس الدولة في مصر . لتبسط بذلك رقابتها على هذا الجانب ، مع اعترافها بأن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية لتقدير مناسبة إصدار قراراتها الإدارية ، ولها في هذا الشأن مطلق الحرية في تقدير ظروف القرار ، ووزن الملابسات المحيطة به ، لتنتهي إلى ملاءمة إصداره من عدمه وفي هذا تقرر : « أنه على القضاء الإداري (وهو قضاء المشروعية القانونية والحرية الفردية) واجب التحري للبحث في مدى صحة القرار الإداري بأن يقوم على أسباب ووقائع صحيحة مستقاة من أصول ثابتة في الأوراق ، ومؤدية إلى النتيجة التي انتهت إليها الجهة الإدارية في قرارها بعدم تجديد إقامة المدعي ، والأنطوى القرار على مخالفة القانون لانعدام الأساس القانوني الذي يقوم عليه ..» (٢).

كما ذهب إلى القول : « .. ومن حيث أن من المستقر

- (١) صدر التعديل بالمرسوم السلطاني رقم (٣) لسنة ٢٠٠٩ في ٢٠ محرم ١٤٣٠هـ ، الموافق ١٧ يناير ٢٠٠٩ م ، ونشر بالجريدة الرسمية رقم (٨٨٠).
- (٢) حكمها في الدعوى الابتدائية ، رقم (٥٩) لسنة (٤) ق ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة في العامين القضائيين الثالث والرابع ، مرجع سابق ، ص : ٨٢٢.
- (٣) حكمها في الاستئناف رقم (١٦) لسنة (٥) ، جلسة ٢٤/١٢/٢٠٠٥ م مجموعة المبادئ القانونية للعامين الخامس والسادس مرجع سابق ، ص ٢٨٨.
- (٤) حكمها في الدعوى الابتدائية ، رقم (٤٢) لسنة (٥) ق ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة في العامين القضائيين الثالث والرابع ، مرجع سابق ، ص : ٧٣٢.
- (٥) حكمها في الاستئناف رقم (٢١) ، لسنة (٥) ق ، س ، جلسة ١٨ ، ٢ ، ٢٠٠٦ م مجموعة المبادئ القانونية ، مرجع سابق ، ص ٣٣٤.



الفصل الأول : القرارات المتعلقة بتحديد الإقامة أو المنع من السفر.

المطالع لأحكام المحكمة يجد بأنها تتناول بالرقابة ركن السبب في القرارات المتعلقة بتحديد الإقامة والمنع من السفر ، شأنها في ذلك القضاء الإداري المقارن ، وتمثل هذه الرقابة في التحقق من الوجود المادي للوقائع، والتأكد من التكييف القانوني السليم الذي تضيفه سلطات الضبط على الواقعة ، والرقابة على تناسب القرار المتخذ مع الوقائع.

أولاً : أهمية حرية التنقل وفرض رقابة المحكمة على قرارات المنع من السفر ، فقد أكدت المحكمة أن حرية التنقل تعتبر حقاً أصيلاً ودستورياً لكل مواطن تكفل الدولة له ممارسته بما لا يعطل جوهره ، فلا يجوز المساس به دون مسوغ ولا الانتقاص منه بغير مقتض ولا تقييده إلا لصالح المجتمع وحمايته ،... وان قرار المنع من السفر ككل قرار إداري يجب أن يقوم على سببه المبرر له قانوناً ، وان يستهدف تحقيق المصلحة العامة ، سلطة المنع من السفر ليست مطلقة بل تخضع لرقابة القضاء الإداري للتثبت من أن استخدامها إنما قد قصد منه تحقيق وجه المصلحة العامة^(١).

ثانياً : وجوب قيام قرار المنع من السفر على وقائع مادية ، وذلك بان يركز القرار على أفعال ارتكبتها الصادر بحقه المنع وتكون على درجة عالية من الخطورة كإقتراف الجرائم والأفعال المنافية لمكارم الأخلاق أو غيرها من الأفعال المجرمة في قوانين السلطنة أو في قوانين الدولة التي يتواجد فيها المواطن ، ولذلك ألغت قرار منع احد المواطنين من السفر بعد أن ثبت لها أن قرار المنع من السفر قام على أقوال مرسله ليس لها أصل في الأوراق^(٢).

ثالثاً : وجوب قيام قرار حجز جواز السفر على سند من القانون ، ولذلك قررت أن للجهة الإدارية سلطة تقديرية في حجز جواز سفر المواطن ، إلا أن على هذه السلطة تقع تحت رقابة القضاء ، فهي ليست سلطة مطلقة ، ولذلك يجب أن تكون الأفعال الداعية إلى الحجز مبررة ومتصلة باستعماله ، وان تكون على درجة عالية من الخطورة ناعته ذلك بأنه : « .. كإقتراف جرم يعاقب عليه القانون بتعريض الوثيقة المذكورة بأن تقع في يد الغير أو ما شابه ذلك ، أو أن يقترب فعلاً خارج السلطنة منافياً لمكارم الأخلاق ويسئ إساءة بالغة لسمعة السلطنة »^(٣)، ولذلك ألغت قرار حجز الجواز لعدم قيامه على سند يبرره من القانون أو الواقع .

الفصل الثاني : رقابة المحكمة لقرارات عدم تجديد الإقامة وإبعاد الأجانب .

تعرضت المحكمة خلال أعوامها القضائية السابقة لقرارات عدم تجديد الإقامة ، وقرارات إبعاد الأجانب من السلطنة ، لتقرر فرض رقابتها على الوجود المادي للوقائع التي تؤسس الإدارة قراراتها عليها ، وكذلك التحقق من صحة التكييف القانوني الذي أضفته الإدارة على الوقائع ، في حين تعترف بسلطة تقديرية واسعة للإدارة في ملاءمة إصدار قرارها المتصل بإقامة الأجانب أو إبعادهم من السلطنة.

أولاً : الاعتراف للجهة الإدارية بسلطة مطلقة في تقدير تجديد أو عدم تجديد إقامة الأجنبي ، أو مد مدة إقامته أو عدمها وإبعاد الأجنبي على أن يكون حدها في ذلك اتفاق قرارها مع الصالح العام ، معللة ذلك أن إقامة الأجانب في البلاد تقوم على مجرد التسامح الودي من جانب الدولة المتروكة تقديره لسلطتها ، استناداً إلى سيادتها على إقليمها وحققها في اتخاذ ما تراه لازماً من

(١) حكمها في الاستئناف رقم (٢٧) لسنة (٤) ق، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة في العامين القضائيين الخامس والسادس ، مرجع سابق، ص: ٣٠ ، ٣١.

(٢) حكمها في الدعوى الابتدائية ، رقم (٥٥) لسنة (٢) ق، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة في العامين القضائيين الثالث والرابع ، مرجع سابق، ص: ٤٢١.

(٣) حكمها في الدعوى الابتدائية ، رقم (٧٧) لسنة (٤) ق، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة في العامين القضائيين الخامس والسادس ، مرجع سابق، ص: ٦١٦.



إقامة الأجانب وإبعادهم من السلطنة على أسباب تبررها ، ولذلك يراقب القضاء التكيف القانوني الذي تسبغه الجهة الإدارية على الوقائع لتبرير قرار عدم تجديد الإقامة أو مدھا أو إبعاد الأجنبي من البلاد ، ومن ذلك حكم محكمة القضاء الإداري الذي تقول فيه : « دون الخوض في مسائل الملائمة التي تتمتع فيها الإدارة بجانب كبير من السلطة التقديرية ، وبذلك فإنه للمحكمة أن تفحصها إذا ما طعن فيها صاحب الشأن لتستبين مدى مطابقتها للقانون ، وبأن تكون الأسباب التي أخذت على أساسها قرار الإبعاد تقطع بخطورة الذي تقرر إبعاده على الأمن العام وسلامة الدولة في الداخل والخارج وحماية الاقتصاد الوطني ، وأن تستند هذه الأسباب الى أصول ثابتة في الأوراق تؤيدها وتقضي إليها للتأكد من قيام القرار على سببه الصحيح ... مؤكدة بأن تكون هذه الوقائع مستخلصة من أصول ثابتة في الأوراق ، ومن شأنها ان تجعل في بقائه على إقليم الدولة ما يزعزع الأمن فيها ، أو يهدد بخطر على النظام العام او الآداب (٤) » .

خامسا : تنال الرقابة القضائية لقرارات عدم تجديد الإقامة أو عدم مدھا أو إبعاد الأجنبي التحقق من ملاءمة إصدار الإدارة لقرارها ، فقد أبقت المحكمة هذه السلطة من أطلاقات الجهة الإدارية المختصة بتجديد الإقامة أو مدھا وإبعاد الأجنبي من البلاد ، بحسبان ذلك من الأمور المتروكة لتقديرها الواسع مع بقاء سلطة المحكمة - متى طعن إمامها فيها من صاحب الشأن - أن تتأكد من الوجود المادي للوقائع ، وقيامها على أسبابها المبررة لها ، وهو

الوسائل للمحافظة على كيانها ومصالح رعاياها وصيانة النظام العام والآداب فيها (١) .

ثانيا : تأكيد المحكمة على أن ممارسة الرقابة القضائية للمحكمة تكون في إطار من الموازنة الدقيقة ، وذلك متى تعلق الأمر بممارسة الرقابة على القرارات الإدارية خاصة في مجال الحريات العامة اقتصادية كانت أو اجتماعية أو أمنية ، والتي سيكون الاعتبار الأمني على رأس أولوياتها ، بحسبان أن تغليب المصلحة الأمنية هو هاجس الجميع فالأمن هو مظلة الجميع يحتمون بحماه ويستظلون بظله مواطنين وغير مواطنين ، وان حماية مصالح البلاد الأمنية ليست من واجبات الجهات الأمنية فحسب ، بل هي هدف تسعى لتحقيقه جميع سلطات الدولة ومن بينها القضاء ، بوصفه صاحب الدور الأكبر في إسباغ الشرعية القانونية على التصرفات الإدارية من خلال ابتداعه الحلول القانونية وفقا لتوازن مسؤول مع الاعتبار الأمنية (٢) .

ثالثا : خضوع قرارات عدم تجديد الإقامة او عدم مدھا او إبعاد الأجنبي لرقابة المحكمة للتأكد من الوجود المادي للوقائع التي قام عليها قرار الجهة الإدارية ، وفي هذا تقول المحكمة : .. إلا أنه يقيد جهة الإدارة بأن تكون الأسباب التي استندت إليها في قرار الإبعاد يؤيدها وقائع مادية صحيحة تخضع لرقابة القضاء الإداري الذي لا تكتمل رقابته الا بتأكده من قيام الوقائع المادية أو القانونية التي دفعت الإدارة لاتخاذ قرارها .. (٣) .

رابعا : ضرورة قيام قرارات الضبط في مجال تنظيم

(١) حكمها في الدعوى الابتدائية ، رقم (١٦٤) لسنة (٥) ق، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة في العامين القضائيين الخامس والسادس ، مرجع سابق، ص: ٧٨٦. وحكمها في الدعوى الابتدائية ، رقم (٢٢) لسنة (٦) ق، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة في العامين القضائيين الخامس والسادس ، مرجع سابق، ص: ٧٦٩. وحكمها في الدعوى الابتدائية ، رقم (٥٩) لسنة (٤) ق، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة في العامين القضائيين الثالث والرابع ، مرجع سابق، ص: ٨٣٣ .

(٢) حكمها في الدعوى الابتدائية ، رقم (١٦٤) لسنة (٥) ق، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة في العامين القضائيين الخامس والسادس ، مرجع سابق، ص: ٧٨٧. وحكمها في الدعوى الابتدائية ، رقم (٢٢) لسنة (٦) ق، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة في العامين القضائيين الخامس والسادس ، مرجع سابق، ص: ٧٦٩٨٦ .

(٣) حكمها في الدعوى الابتدائية ، رقم (١٦٤) لسنة (٥٤) ق، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة في العامين القضائيين الخامس والسادس ، مرجع سابق، ص: ٧٨٦ .

(٤) حكمها في الدعوى الابتدائية ، رقم (١٦٤) لسنة (٥٤) ق، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة في العامين القضائيين الخامس والسادس ، مرجع سابق، ص: ٧٨٧ .



تمارس حقها الدستوري في حماية الحقوق والحريات العامة من خلال فرض رقابتها على ملاءمة إصدار القرارات الإدارية ، وتلغي القرار كلما تبين لها عدم الملاءمة الظاهرة بين السبب والإجراء الذي أقدمت عليه الإدارية .

المطلب الثاني

الالتزام بقاعدة تخصيص الاهداف

الرقابة على ركن الغاية

لقرارات الضبط الاداري

أهداف الضبط الإداري سواء كان ضبطاً عاماً أو خاصاً هي أهداف مخصصة وليس للإدارة أن تخرج عليها أو تتخذ منها ستارا للتوصل إلى أهداف أخرى مشروعة أو غير مشروعة وإلا كان تصرفها مشوباً بغيب الانحراف ، وبالتالي لا يجوز استخدام أساليب الضبط الإداري في تحقيق أغراض اقتصادية أو اجتماعية بل تنقيد غاية الضبط الإداري بمفهوم حفظ النظام العام ، وتتمتع الهيئات القائمة عليه بسلطات تقديرية قد تتسع أحياناً في الظروف الاستثنائية مع خضوع هذه السلطات لرقابة القضاء للتأكد من عدم إساءة استعمال السلطة^(٤) ، وقد يقر الشرع غرضاً محدداً لممارسة سلطة الضبط وذلك كتحويل سلطة الضبط بعض الاختصاصات للوقاية من الأمراض الوبائية أو لمواجهة الفيضان أو إباحة استخدام السلاح لفض التجمهر أو التظاهر إذا ما تعرض الأمن العام للخطر ، وعليه فإذا خصص المشرع ذلك وجب على هيئات الضبط الالتزام بهذا الغرض طبقاً لقاعدة تخصيص الأهداف .

بجانب القاعدة العامة القاضي باستهداف القرارات الإدارية المصلحة العامة^(٥) ، يجب ان تهدف سلطات

مواصفته المحكمة القطع بخطورة المبعد عن البلاد على الأمن العام وسلامة الدولة من الداخل أو الخارج^(١) .

وبذلك يتضح بأن المحكمة تبسط رقابتها على ركن السبب من حيث الرقابة على الوجود المادي للوقائع ، والرقابة على الوصف القانوني الذي تضيفه الإدارة على الوقائع التي تستند إليها في إصدار قرارها ، وكذلك بسطت رقابتها على ملاءمة قرارات الضبط المتعلقة بالحريات العامة ، كحرية التنقل والسفر ، وفي مجال إقامة الأجانب والإبعاد ، ولذلك نجد المحكمة تتشدد في مبررات إصدار قرارات الضبط الإداري ، بحيث تتطلب أن تكون على درجة عالية من الخطورة ، بقولها بمناسبة قيام الإدارة بحجز جواز أحد المواطنين : « .. وأن كان لجهة الإدارة سلطة تقديرية في ذلك ، إلا أن هذه السلطة تقع تحت رقابة القضاء الإداري ، إذ أنها ليست مطلقة ، بل يجب أن تكون الأفعال الداعية إلى حجز هذا الجواز مبررة ومتصلة باستعماله ، وأن تكون على درجة عالية من الخطورة كاقتراف جرم يعاقب عليه القانون بتعريض الوثيقة المذكورة ، بأن تقع في يد الغير أو ما شابه ذلك ، أو أن يقترب فعلاً خارج السلطنة منافياً لمكارم الأخلاق ويسيء إساءة بالغة لسمعة السلطنة ، لتنتهي إلى أن استمرار الإدارة الاحتفاظ بجواز المدعي لا يقوم على سند من القانون أو الواقع ، مما يتعين معه القضاء بعدم صحة قرارها »^(٢) .

كما يجد المراجع لإحكام المحكمة بأنها تبسط رقابتها على كافة الأنشطة من بينها ممارسة الأنشطة الاقتصادية^(٣) ، بحيث تتطلب قيامها على أسباب تبرر صدورها ، ولذلك تسير في هذا الشأن مسلك القضاء الإداري في مصر على الوجه المتقدم بيانه ، وهي في هذا

(١) حكمها في الدعوى الابتدائية ، رقم (١٦٤) لسنة (٥٤) ق ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة في العامين القضائيين الخامس والسادس ، مرجع سابق ، ص: ٧٨٦ .

(٢) حكمها في الدعوى الابتدائية ، رقم (٧٧) لسنة (٤) ق ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة في العامين القضائيين الخامس والسادس ، مرجع سابق ، ص: ٦١٦ .

(٣) حكمها في الدعوى الابتدائية ، رقم (١٢) لسنة (٤) ق ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة في العامين القضائيين الخامس والسادس ، مرجع سابق ، ص: ٤٢ .

(٤) الدكتور/ عاشور سليمان شوايل ، مرجع سابق ، ص: ٦٠٤ ، الدكتور/ محمد محمد مصطفى ، مرجع سابق ، ص: ٣٩١ وما بعدها .

(٥) انظر للمؤلف ، القضاء الاداري ، الجزء الثاني ، دعوى الإلغاء ، مذكرة من منشورات مجمع البحوث والدراسات ، اكااديمية السلطان قابوس لعلوم الشرطة ، طبعة عام ٢٠٠٩ ، ص ٢٩٧ وما بعدها .



يكون قد فقد صفة كفرد من أفراد الإدارة ويصبح عمله مجرد إعتداء ماديا (٢).

وهناك من التطبيقات القضائية الشاهدة على إلغاء كل قرار إداري يثبت للقضاء أن مصدره قد قصد من إصداره مصلحة شخصية له أو لغيره ، من ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٢٢ يناير ١٩٧٥ والذي قضى فية بإلغاء قرار عمدة إحدى البلديات بمنع الباعة المتجولين من ممارسة تجارتهم إلا في السوق المخصص لهم في الميدان العام بالبلدة وفي صباح كل أسبوع فقط ، حيث تبين أن القرار كان يبغى حماية مصالح تجار المنطقة وليس الحفاظ على المرور والنظام داخل البلدة (٤) ، وكذلك حكم لمحكمة العدل العليا الأردنية ألغت بموجبه قراراً صادراً من لجنة التنظيم مقررة انه : « ... ان استهداف مصلحة خاصة وخدمة شخصية من اتخاذ القرارات هو أمر لا يمت الى الصالح العام بصلة ، بل يستهدف تحقيق غاية غير مشروعة وانحرافا سافرا بالسلطة عن غايات الصالح العام .. » (٥) . ومن القضاء المصري اخترنا حكم المحكمة الإدارية العليا الذي قضى بعدم مشروعية قرار صادر بإلغاء تراخيص ممنوحة لبعض الأفراد ، حيث تبين للمحكمة أن القرار انطوى على تمييز بعض الناس على حساب الآخر ولم يبع النظام العام ما كانت تدعي الادارة (٦) .

ثانياً : مخالفة قاعدة تخصيص الأهداف .

ومقتضى قاعدة تخصيص الأهداف أن المشرع كثيراً ما يلجأ الى تحديد هدف خاص أو غاية معينة للإدارة بجانب الهدف العام وهو تحقيق المصلحة العامة ، وبالتالي يجب علي الإدارة أن تستهدفها في قراراتها ، فإذا خالفت قراراتها ذلك الهدف أو تلك الغاية أضحت

الضبط الإداري بقراراتها تحقيق الأهداف الذاتية المخصصة التي عينها المشرع في المجالات المحددة لها (١) ، وتتمثل صور الانحراف بالاجراء الضبطي في إحدى صورتين :

اولاً : أن تستهدف سلطة الضبط الإداري تحقيق أهداف بعيدة عن الصالح العام

من ثوابت قاعدة المشروعية أن جميع القرارات الإدارية يجب أن تستهدف المصلحة العامة كغاية لها ، ولا تحيد عنها قيد أنملة ، فهذه القاعدة هي الحاكمة للقانون الإداري ، والتي يتم تطبيقها بدون نص ، وتلتزم بها الإدارة العامة في ممارستها لنشاطها الإداري ، ولذلك منح القانونون رجل الإدارة اختصاصات وسلطات واسعة من أجل تحقيق المصلحة العامة ، والتي يجب ان يكون بلوغها هدفه الاسمي من إصدار قراره ، ومن هنا كانت هذه الحالة خطيرة ، فالانحراف فيها مقصود ، ويتجسد في استغلال رجل الإدارة لسلطاته التقديرية لتحقيق أغراض لا تتصل بالصالح العام ، كاستعمال السلطة بقصد تحقيق نفع شخصي لمصدر القرار أو لغيره ، أو بهدف الانتقام أو الإضرار بالغير ، أو للتهرب من تنفيذ حكم قضائي ، وأخيراً بهدف تحقيق أغراض سياسية أو حزبية (٢) .

وفي مجال الضبط استخدام سلطات الضبط الإداري لتحقيق أغراض خاصة كاستهداف المصلحة الشخصية ، وذلك لتحقيق نفع شخصي أو الانتقام أو الكيد أو المحاباة أو التنكيل أو لتحقيق أغراض سياسية أو حزبية أو الى غير ذلك من الأهداف التي لا تتصل بوظيفة الضبط الإداري أو بالمصلحة العامة ، فرجل الضبط الإداري عندئذ يسعى إلى تحقيق نفع شخصي ، وبذلك

(١) الدكتور/ محمد أنس جعفر ، الوسيط في القانون الإداري ، القضاء الإداري ، ١٩٨٣م ، ص: ٣٢٦ .

(٢) هذه الحالة توجد في الدول القائمة على النظام الحزبي في الحكم والإدارة ، ولذلك رأينا الاكتفاء بالإشارة اليها دون تفصيلها لعدم وجود تطبيقات عليها في السلطنة ، ويمكن للمهتمين الرجوع الي بيانها في الكتب الفقهية والتطبيقات القضائية في كل من مصر وفرنسا .

(٣) الدكتور/ سليمان محمد الطماوي ، نظرية التعسف في استعمال السلطة « الانحراف بالسلطة » ، طبعة ١٩٨٧م ، ص: ٢٣٨ وما بعدها .

(٤) مشار اليه لدى الدكتور/ محمد محمد مصطفى ، مرجع سابق ، ص: ٣٩٤ .

(٥) قرارها رقم ٨٨/١٢٦ ، مجلة نقابة المحامين ، إصدار ١٩٩٠م ، مرجع سابق ، ص: ٥٣٣ .

(٦) حكمها في القضية رقم ١٣٦٢ لسنة ١٠ قضائية ، جلسة ١١/٢٦/١٩٦٦م ، مجموعة احكام المحكمة ، السنة (١٢) ، ص: ٢٨٢ .



روح التشريع او طبيعة الاختصاص المسند الى جهة الإدارة ، والذي يجب ان تعمل على تحقيقه ولا تتجاوز به الى غرض اخر ، وأخيرا فاذا لم يحدد المشرع هدفا خاصا للإدارة يتعين ان تحققه من قرارها ، يكون تحديد الهدف متروكا لتفسير القاضي ، واستخلاصه لمراد المشرع وقصده بكل الوسائل المتاحة لديه ، كالأعمال التحضيرية ، والمذكرات التفسيرية ، والمناقشات التي دارت عند إعداد القانون^(٣).

ولقد اعتنق مجلس الدولة في فرنسا قاعدة تخصيص الاهداف حيث درج على إلغاء قرارات الإدارة كلما ثبت له خروجها على هذه القاعدة^(٤)، كما لقيت ذات القاعدة تطبيقا واسعا لها لدى محكمة القضاء الاداري في مصر، ومن بعدها المحكمة الإدارية العليا^(٥)، ويمكن رد مخالفة قاعدة تخصيص الاهداف الى صورتين هما: الأولى ، خطأ فني يقع فيه الموظف بإصداره قراراً لتحقيق مصلحة عامة لم يسند إليه أمر تحقيقها ، والثانية ، أن يقدم الموظف على إصدار قرار لتحقيق مصلحة عامة مكلف بتحقيقها ، الا أنه يستخدم لتحقيقها وسائل غير تلك التي حددها المشرع له^(٦).

وفي مجال إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها في مجال الضبط الإداري ، تتمثل هذه الصورة إذا اتخذت الإدارة قرارها لتحقيق أغراض غير التي يقصدها المشرع من منحها لسلطة الضبط الإداري حتى ولو كانت هذه الأغراض تتصل بالصالح العام فسلطة الضبط الإداري تمارسها الإدارة من أجل تحقيق هدف

مشوبة بعبء إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها قابلة للإلغاء ، وفي هذا قضت محكمة القضاء الاداري في مصر بقولها بأن : « .. الانحراف في استعمال السلطة - كعبء يلحق القرار الاداري ويتميز بطبيعته عن غيره من العيوب التي تلحق القرارات الإدارية - لا يكون فقط حيث يصدر القرار لغايات شخصية ترمي الى الانتقام أو الى تحقيق نفع شخصي أو أغراض سياسية أو حزبية أو نحو ذلك ، بل يتحقق هذا العيب أيضا إذا صدر القرار مخالفا لروح القانون ، فالقانون في كثير من أعمال الإدارة لا يكتفي بتحقيق المصلحة العامة في نطاقها الواسع ، بل يخصص هدفا معينا يجعله نطاقا لعمل إداري معين . وفي هذه الحالة يجب الا يستهدف القرار الاداري المصلحة العامة فحسب ، بل أيضا الهدف الخاص الذي عينه القانون لهذا القرار ، عملا بقاعدة تخصيص الاهداف التي تقيد القرار الاداري بالغاية المخصصة التي رسمت له ، فاذا خرج القرار على هذه الغاية - ولو كان هدفه تحقيق المصلحة العامة ذاتها - كان مشوبا بعبء الانحراف ووقع باطلا^(١) » . كما ذهبت محكمة العدل العليا الأردنية الى انه : « .. وعن سبب الطعن الثالث وحاصله ان القرار المطعون فيه مخالف لمبدأ تخصيص الاهداف ، فإننا نجد أن المقصود بقاعدة تخصيص الاهداف هو استهداف القرار الإداري غاية غير التي حددها المشرع^(٢) » .

ويمكن معرفة الهدف المخصص من صراحة النص حينما يحدد المشرع هدفا خاصا لرجل الإدارة يجب تحقيقه من وراء إصدار قراره ، كما يمكن استخلاصه من

(١) حكمها في القضية رقم ٦٢٨٦ السنة الثامنة ، جلسة ٢٢ ابريل ١٩٥٦م ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة ، السنة العاشرة ، ص: ٢٩٩.

(٢) محكمة العدل العليا الأردنية في قرارها رقم ١٧ في القضية رقم ٩٤/١٢ ، مجلة نقابة المحامين ، تاريخ ٢٣/٢ / ١٩٩٤م ، مرجع سابق ، ص: ٥٩٤.

(٣) الدكتور / طيمع الجرف ، رقابة القضاء الاداري لإعمال القضاء ، قضاء الإلغاء ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، طبعة ١٩٨٤م ، ص: ٢٦٤.

(٤) من بين أحكام المجلس حكمه في قضية (Baron) ، الصادر في ١٦/١١/١٩٧١م ، مشار إليه لدى الدكتور / عادل السعيد ابو الخير ، الضبط الإداري وحدوده ، رسالة دكتوراه ، من جامعة القاهرة ، عام ١٩٩٣م ، ص: ٦٣٤ ، وكذلك حكمه في قضية (Schauartz) الصادر في ٣/١٠/١٩٨٠م ، مشار إليه لدى الدكتور / احمد عوده موسى ، قضاء الإلغاء في الأردن ، مرجع سابق ، ص: ٣٤٦.

(٥) اعتنقت محكمة القضاء الاداري في مصر منذ البداية قاعدة تخصيص الاهداف ، في حين ترددت المحكمة الإدارية العليا في الأخذ بذات القاعدة في بداية انشائها أ لا انها عدلت عن منهجها القديم وأصبحت تلغي كل قرار إداري يثبت لها خروجه على قاعدة تخصيص الاهداف ، وهو ما سوف نستشهد به عند دراستنا لتطبيقات القضاء لذلك .

(٦) الدكتور/ عبد العزيز خليفة ، مرجع سابق ، ص: ٣٧٤.



٣ أكتوبر ١٩٨٠ في القضية المعروفة باسم schwart حيث قضى بإلغاء قرار المحافظ بتقرير المنفعة العامة للأرض المملوكة للسيد schwartz وآخرين لإنشاء ملاهي وحمام سباحة، حيث تبين للمجلس مخالفة القرار الضبطي لقاعدة تخصيص الأهداف، فالقرار لم يهدف إلى تطهير المنطقة من الناحية الصحية وإنما إلى تطوير أنشطة الترفية بالبلدية^(٣)، ومن القضاء في مصر اخترنا حكم المحكمة الإدارية العليا الذي قضت بموجبه بعدم شرعية قرار ضبط يتعلق باغلاق سوق خاصه يوم الاثنين من كل اسبوع ليحقق رواج سوق مجلس قروي الوسطى الذي اصابه الركود^(٤).

والتدبير الضبطي قد يستهدف إلى رعاية المال العام مما يؤدي إلى تعطيل ممارسة الحريات العامة، وقد يستهدف لتحقيق أغراض مالية لتخفيف أعباء الإدارة المالية أو زيادة مواردها المالية، لذلك اقر مجلس الدولة الفرنسي بعدم مشروعية قرار العمدة بتحديد حركة المرور وتقليلها بقصد تخفيض المصروفات التي تقضيها صيانة الطرق العامة في الميزانية، بعدم مشروعية قرار العمدة بمنع البيع في البلدة بسيارات البضائع، حيث ثبت من الوقائع المعروضة على المحكمة أن العمدة كان يهدف إلى حماية التجارة المحلية وليس تأمين حركة المرور أو حماية الصحة العامة^(٥)، ولقد تشدد القضاء الإداري في بداية عهده في هذا الشأن، وذلك بإلغائه كل قرار يثبت له صدوره من سلطات الضبط الإداري مستهدفة منه زيادة مصادرها المالية، باعتباره مخالفة لقاعدة تخصيص الأهداف، وبالتالي عد انحرفا بالسلطة يستوجب إلغاء قرار الإدارة والحكم بالتعويض لمصلحة المتضرر متى وجد مقتضى لذلك، ومن بين الأحكام التي

خاص ومحدد وهو المحافظة على النظام العام بعنصرة المعروفة الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة، فإذا ما استخدمت هذه السلطات لتحقيق أغراض أخرى كانت قراراتها غير مشروعة للانحراف بالسلطة وذلك لخروجها عن أهدافها المحددة، بمعنى اساءة استعمال السلطة هنا تقع متى حدد المشرع الهدف المخصص لسلطات الضبط الإداري وهو المحافظة على النظام العام بعنصره الامن العام والصحة العامة وإقرار السكينة وذلك بجانب المحافظة على الآداب العامة^(١)، وبالتالي فإن خروج سلطات الضبط الإداري على تلك الاهداف يجيز للقضاء الإداري الحكم بإلغاء قرارها لانحرافه عن الهدف المخصص حتى ولو كانت قرارات سلطات الضبط الإداري لا تتنافى مع المصلحة العامة، فالأصل أن سلطات الضبط الإداري تعمل لتحقيق أغراض الضبط المتقدم ذكرها، فإن هي حادت عن ذلك كانت قراراتها موصومة بإساءة استعمال السلطة او الانحراف بها حرية بالإلغاء متى كانت محلاً للتقاضي، وذلك بغض النظر عما إذا كانت محققه لمصلحة عامه مادام انها ابتعدت عن تحقيق الهدف المخصص، ومن أمثلة استهداف سلطات الضبط الإداري الحصول على موارد لتغطية بعضاً من أوجه إنفاقها دون اللجوء الى الموازنة العامة للدولة، استحداث مصادر جديدة للإيراد او العمل على زيادة تحصيل القوائم منها فعلاً^(٢).

ومن تطبيقات القضاء الإداري في شأن انحراف سلطات الضبط الإداري عن قاعدة تخصيص الاهداف، حكم مجلس الدولة الذي ألقى بموجبه القرار الصادر في تحقيق غرض آخر من أغراض المصلحة العامة غير منوط بهيئة الضبط الإداري تحقيقه، ومن ذلك حكمه في

(١) من بين سلطات الضبط في السلطنة شرطة عمان السلطانية والتي حددت المادة (١١) من قانونها رقم (٣٥) لسنة ١٩٩٠م، سلطات الشرطة في مجال المحافظة على النظام العام بعنصريه المادي (الامن العام، والصحة العامة، والسكينة العامة) والعنصر المعنوي المتمثل في (الآداب العامة)، لمزيد من الإيضاح انظر للمؤلف النظام القانوني للضبطين الإداري والقضائي في السلطنة، مذكره لدورة تأهيل وتطوير المهارات لرتبة نقيب، طباعة ٢٠٠٧، من إصدارات أكاديمية السلطان قابوس لعلوم الشرطة.

(٢) الدكتور / عبد العزيز خليفة، مرجع سابق، ٣٩٧.

(٣) مشار اليه لدى الدكتور/ عاشور سليمان شوايل، مرجع سابق، ص: ٦٠٩

(٤) حكمها في الطعن رقم ٣٢٧ لسنة ١٧ق، جلسة ١٩٧٨/١/٢٨م، مجموعة حسن الفكهاني، ج ١، ص: ٨١٨، وحكمها في الطعن رقم ١٠٠٩ لسنة ٢٠ق، جلسة ١٩٨٠م / مشار اليه لدى الدكتور / محمد محمد مصطفى، مرجع سابق، ص: ٣٩٧، هامش رقم ٨١٢.

(٥) الدكتور /محمد محمد مصطفى، مرجع سابق، ص: ٣٩٦.



القرارات لم تعد تشكل انحرافا في السلطة^(٥).

ولقد ظهر هذا التحول في اتجاه مجلسي الدولة في كل من فرنسا ومصر في قضائهما اللاحق، ومن بين أحكام الاول ذلك الصادر في ٢٩ يناير ١٩٣٢ م، الذي اعتبر ان مسعى الإدارة لتحقيق بعض الربح المالي مشروع « لان موازنة الميزانية البلدية من أغراض المصلحة العامة »^(٦)، ومن بين أحكام مجلس الدولة في مصر ما قضت به محكمة القضاء الاداري بقولها : ... بان الأسباب المالية التي دعت الى سحب الترخيص لامتناع المدين عن دفع الإتاوة تدخل ضمن المصلحة العامة، ومن ثم فان المجلس البلدي اذا استهدف من إلغائها ان يفيد ماليا، ليتسنى له إصلاح شوارع المدينة والتي تتأثر بعمل الشركات المرخص لها عملا مستمرا، وان نفقات إصلاحها تصل الى مبالغ كبيرة إنما تهدف هدفا مشروعاً، ليس ثمة من شك في ان موازنة الميزانية المحلية من أغراض المصلحة العامة^(٧).

ثالثا : حالة الانحراف بالإجراءات .

تتحقق هذه الحالة من صور إساءة استعمال السلطة متى استخدمت الإدارة عند ممارستها سلطاتها الإدارية إجراءات إدارية لا يجوز استعمالها من اجل تحقيق الهدف الذي تسعى اليه، أي تعمل سلطة الضبط الى استعمال اجراء بعينه تراه ايسر من الاجراء المحدد لها قانونا لانجاز هدف معين، ومن أمثلة هذه الصورة من صور مخالفة قاعدة تخصيص الاهداف متى لجأت الإدارة الى

قررت هذا الاتجاه حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية عيدان الثقاب عام ١٩٣٠ م،^(١) ومن أحكام مجلس الدولة في مصر حكم محكمة القضاء الاداري في عام ١٩٥٤ م، قضية امتناع قلم المرور عن تسليم رخصة سيارة لصاحبه بالرغم من استيفائه شروط استخراجها^(٢)، وحكم المحكمة الإدارية العليا عام ١٩٨٠ م بإلغاء قرار ضبط بإغلاق سوق يوم الاثنين من كل أسبوع، لتحقيق رواج لسوق عمومي^(٣).

كما سارت محكمة العدل العليا الأردنية على هذا النهج في أحكامها مقرررة إلغاء كل قرار يثبت سعي الإدارة الحصول من ورائه على عوائد مالية من ذلك حكمها الذي قضت فيه : « إلغاء قرار مدير سلطة المصادر الطبيعية القاضي بإلغاء تراخيص المقالع الرملية لأن بقاء منح هذه التراخيص يحقق مصلحة مالية لخزينة الدولة.... »^(٤).

الا انه، وبظهور مبادي سياسية واجتماعية جديدة تلت الحرب العالمية الاولى وما أعقبها من تحول من المذهب الفردي الى المذهب الجماعي، ومن تغير النظرة الى وظائف الدولة في الوقت الحاضر، وتوسيع فكرة الصالح العام على حساب الصالح الفردي، كل ذلك مهد لظهور مفهوم جديد للصالح العام، وما يتطلبه من زيادة موارد الدولة المالية، الأمر الذي دفع القضاء الاداري الى ان يخفف في أحكامه الحديثة من التشدد السابق، وذلك بإقرار مشروعية القرارات المخالفة للهدف المخصص في سبيل تحقيق أهداف الإدارة المالية بدعوى أن تلك

(١) حكم المجلس في عام ١٨٧٥ م مشار إليه لدى الدكتور / محسن خليل، مرجع سابق، ص: ١٨٣. الدكتور/ سليمان محمد الطماوي، القضاء الاداري، مرجع سابق، ص: ٨٨٦، هامش: (١).

(٢) حكمها في جلسة ١٤/٦/١٩٥٤ م، مجموعة السنة الثالثة، ص: ١٥٣٩، وذلك لكون قرار قلم المرور يهدف الى تمكين جهة حكومية اخرى من الحصول على مبالغ مالية مستحقة تطالب بها طالب الترخيص، حيث عدته المحكمة انحرافا في استعمال السلطة.

(٣) حكمها في الطعن رقم ١٠٩ لسنة ٢٢ ق، جلسة ١٦/٢/١٩٨٠ م، مجموعة نعيم، ص: ٥٠٥.

(٤) قرارها رقم ٧٩/٧٦، مجلة نقابة المحامين، مرجع سابق، ١٩٨٠ م، ص: ١٦١.

(٥) الدكتور/ محسن خليل، انحراف السلطة لمصلحة الإدارة المالية، مقال منشور بمجلة مجلس الدولة، السنة الخامسة، يناير ١٩٥٤ م، ص: ٤٣٨. الدكتور / سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق/ ص: ٩٠٢.

(٦) مشار إليه لدى الدكتور/ سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص: ٩٠٣، هامش رقم (١). ومن بين أحكامه قصر السير في طرق إحدى القرى على المركبات الخفيفة التي لا تزيد على حمل معين، وذلك لحماية الطريق من التلف، حكمه الصادر في ٢٩/١/١٩٣٢ م، وحكمه الصادر في ١/٦/١٩٣٣ م، مشار الى الحكمين لدى الدكتور/ محسن خليل، قضاء الإلغاء، مرجع سابق، ص: ١٨٩.

(٧) حكمها في القضية رقم ٦٣٥ لسنة ٧٧ ق، جلسة ٢٧/١٢/١٩٥٤ م، مجموعة أحكام السنة التاسعة، ص: ١٨٤.



وضع يدها منذ البداية بصفة دائمة ، وسبيل ذلك إنما هو بإصدار مرسوم خاص بنزع الملكية ، أما الاتجاه الى نظام الاستيلاء المؤقت فهو اتجاه غير سليم ، ويجافي ما أستهدفه الشارع من هذا النظام ، ومن ثم يكون قرار الإدارة في هذا الشأن مشوباً بالانحراف بالسلطة^(٤) .

وينطبق بشأن تشدد مجلسي الدولة في كل من فرنسا ومصر في بداية عهدهما في إلغاء قرارات الإدارة الصادرة بالاستيلاء المؤقت متى ثبت أن مقصدها تحقيق مبالغ مالية حتى ولو كان رائد الإدارة في ذلك والدافع إليه تحقيق المصلحة العامة شأنه في ذلك شأن إجراءات الضبط الإداري ، إلا أن هذا القضاء بدأ في التخفيف من قضائية السابق معترفاً للإدارة بإصدار قرارات تهدف من ورائها تحقيق مبالغ مالية شريطة أن يكون رائدها في هذا الاتجاه تحقيق الصالح العام^(٥) .

الخاتمة :

الرقابة القضائية لإعمال وقرارات الضبط الإداري أضحت الحارس الحقيقي لحقوق وحرريات الأفراد في الدول التي تعتق مبدأ المشروعية في ممارسة أجهزتها التنفيذية لمهام أعمالها ، والسلطنة . والحمد لله . عملت على تحقيق ذلك من خلال إصدار النظام الأساسي للدولة وما تضمن من التأكيد على حقوق وحرريات الأفراد في مختلف المجالات ، وتكفل ذلك بإنشاء محكمة القضاء الإداري وإصدار قانونها في عام ١٩٩٩م ، ومن ذلك التاريخ أصبحت المحكمة الرقيب على أعمال وتصرفات

أسلوب الاستيلاء المؤقت على العقار عن طريق إجراءات مبسطة عوضاً عن إجراءات نزع ملكية العقار المطولة والواجبة الإتيان للاستيلاء الدائم على العقار للمنفعة العامة ، وذلك بهدف تجنب الإجراءات الطويلة والمعقدة المقررة سلفاً لنزع الملكية ، وهي بالضرورة إجراءات تختلف عن تلك المتبعة في شأن الاستيلاء المؤقت ، ويرجع اعتناق الإدارة لهذا الطريق الرغبة في توفير مبالغ مالية ، فالاستيلاء لا يرتب على عاتق الإدارة مبالغ مالية فورية الدفع . كما هو الحال في نزع ملكية العقار . بل تلتزم بدفع قيمة الخسائر الناجمة عن هذا الاستيلاء فقط ، ويأتي دفعها بمثابة تعويض وغالباً ما يكون لاحقاً^{(١) (٢)} .

تفريعاً على ما تقدم ، نجد التطبيقات القضائية وفيرة في هذا الحقل ومن قضاء مجلس الدولة في فرنسا إلغاء قرار أصدرته إحدى المدن بالاستيلاء المؤقت على قطعة أرض لإنشاء ملعب محلي عليها ، واستند المجلس في إلغائه لهذا القرار أن الملعب المراد إنشائه له صفة الدوام ، وكان من المتعين على إدارة المدينة أن تلجأ إلى إجراءات نزع الملكية في حالة المعارضة للاستيلاء عليها ودياً^(٣) ، ومن القضاء الإداري في مصر حكم محكمة القضاء الإداري الذي تقول فيه : « .. حيث أن المشرع حرص على وصف الاستيلاء بأنه مؤقت تميزاً له عن نزع الملكية ، ومن حيث أن الحكومة أصدرت القرار المطعون فيه بالاستيلاء مؤقتاً على أرض المدعين تمهيداً لنزع الملكية على ما جاء في دفاعها ، فاتجاهها واضح بأن

(١) لدكتور / عبد العزيز خليفة ، مرجع سابق ، ص : ٤٠٥ ، الدكتور / نواف كنعان ، بحث بعنوان ، قرارات الاستملاك في التشريع والقضاء الأردني ، منشور في مجلة أبحاث اليرموك ، العدد ، ١٩٩٣م .

(٢) ، نظم المشرع في السلطنة أحكام نزع الملكية والاستيلاء المؤقت بموجب المرسوم السلطاني رقم (٧٨ / ٦٤) ، مبينا شروط نزع الملكية ، والإجراءات المتعلقة بانتقال ملكية العقار المنزوعة ملكيته ، وقواعد التعويض المقررة في هذا الشأن ، مؤكداً أن نزع الملكية لا يكون إلا بموجب مرسوم سلطاني ، ومقابل تعويض عادل يدفع لمن نزع ملكية عقاره أو لورثته أو لصاحب الحق على العقار ، في حين نظم المشرع أحكام الاستيلاء المؤقت على العقار في المادتين (١٣ ، ١٤) من ذات المرسوم ، واللتين يبينتا أن الاستيلاء في هذه الحالة يكون بموجب مرسوم أو بقرار وزاري إذا تطلبت الحالة ذلك ، شريطة أن يكون الاستيلاء بصفة مؤقتة لا تزيد على ثلاث سنوات بدون موافقة صاحب الشأن ، وذلك مقابل تعويض صاحبه عن الفترة التي تم الاستيلاء فيها على العقار تم نشر المرسوم في الجريدة الرسمية رقم () لعام ١٩٧٨م .

(٣) حكم المجلس في ١٩٧٦/٧/٢٦م ، مشار إليه لدى الدكتور / عبد العزيز خليفة ، مرجع سابق ، ص : ٤٠٦ ، هامش : (٢) .

(٤) محكمة القضاء الإداري ، قضية رقم ٣٣٦ لسنة ٤ ق ، جلسة ١٣/٦/١٩٥٠ ، مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الإداري ، السنة الرابعة ، ص : ٨٨١ .

(٥) راجع ما أوضحنا في أول من هذا الفرع .



تضفيه سلطات الضبط على الوقائع ، بل وتذهب إلى وزن الاعتبارات التي بني عليها سلطات الضبط الإداري لقرارها ، وبالتالي تلغي كل قرار يثبت لها عدم وجود التناسب بين الوقائع المسندة إلى من صدر في حقه القرار والإجراء المتخذ ، كما تراقب المحكمة غاية العمل أو القرار الضبطي ، وذلك لضمان عدم انحرافه عن الهدف العام أو الهدف المخصص لمجال الضبط الإداري .

وإذا كان ذلك كذلك ، فإن القضاء الإداري المقارن قد درج على إعطاء جهة الضبط المجال الواسع في ممارستها لسلطاتها في المجال الضبطي ، وذلك بالامتناع عن فرض رقابته على بعض القرارات المتعلقة بحماية النظام العام ، بحسبان أن بقاء الدولة رهن استقرار الأمن فيها ، وبالتالي يكتفي القضاء بالتحقق من الوجود المادي للوقائع دون البحث في صحة تكييف قرار الضبط أو ملاءمته للوقائع المنسوبة لمن صدر في مواجهته ، وذلك متى تعلق الأمر بإقامة الأجانب أو أبعادهم من البلاد ، وهذا فضلا عن مراعاة القضاء للظروف الاستثنائية التي قد تفرض على سلطات الضبط بعض الظروف مما يدعوها على الخروج على مبدأ الشرعية بهدف حماية النظام العام .

الجهات الإدارية غير المشروعة ، ولذلك فرضت رقابتها على القرارات الإدارية والأعمال المادية بما في ذلك سلطات الضبط الإداري بحسبان هذه الأخير تمارس وظيفة خطيرة تتعلق بالمساس بحقوق وحرريات الأفراد .

ومن واقع الدراسة التي تناولت الرقابة القضائية لأعمال وقرارات الضبط الإداري في كل من فرنسا ومصر توصلنا بأن القضاء الإداري المقارن يفرض رقابه قضائية خارجية على أعمال وقرارات الضبط الإداري تتناول الاختصاص والشكل الذي يجب أن يكون عليه القرار أو العمل المادي ، كما تنال الرقابة الداخلية لأعمال وقرارات الضبط الإداري القاضي الإداري أن العمل أو القرار قام على سبب مشروع ، وأنه يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة المتمثلة في هذا المجال في حماية النظام العام بعناصره المختلفة للحيلولة دون اختلاله أو إعادته إلى حالته متى اختل .

ولقد سارت محكمة القضاء الإداري على نهج القضاء المقارن ، ويظهر ذلك واضحا في قضائها الذي تعرضت فيه بالإلغاء لبعض قرارات الضبط الإداري المتعلقة بالمنع من السفر أو إلغاء الإقامة والإبعاد ، حيث بان بأنها تراقب الوجود المادي للوقائع التي يقوم عليها قرار الضبط ، وكذلك تراجع صحة التكييف القانوني الذي



قائمة المراجع العامة

أولا : المؤلفات :

لإعمال القضاء ، قضاء الإلغاء ، دار النهضة العربية ،
القاهرة ، طبعة ١٩٨٤م

١٠. الدكتور / عادل السعيد أبو الخير :

❖ الضبط الإداري وحدوده ، رسالة دكتوراه ، من
جامعة القاهرة ، عام ١٩٩٣

❖ انعكاسات مبدأ المشروعية على أعمال الضبط
الإداري ، مقال منشور في مجلة الأمن والقانون ، العدد
الثاني ، يوليو ١٩٩٤م ، إصدار كلية شرطة دبي .

١١. الدكتور/ عاشور سليمان صالح شوايل، مسؤولية
الدولة عن أعمال الضبط الإداري في القانون الليبي و
المقارن، رسالة دكتوراه كلية الحقوق بجامعة عين شمس.

١٢. الدكتور / عبد الرؤوف هاشم بسيوني ، نظرية
الضبط الإداري في النظم الوضعية المعاصرة والشرعية
الإسلامية ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٥، ص: ٢١، ٢٢.

١٣. الدكتور عزة على محجوب ، الاعتقال الإداري
ومدى خضوعه للرقابة القضائية في القانون المصري
، دراسة تطبيقية ، سنة ١٩٩٩

١٤. عمار عوايده ، القانون الإداري ، ديوان المطبوعات
الجامعية ، الجزائر ، ١٩٩٠

١٥. الدكتور / ماجد راغب الحلو ، القانون الإداري ،
دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، مصر ، ٢٠٠٦م.

١٦. الدكتور/ محسن خليل ، انحراف السلطة
لمصلحة الإدارة المالية ، مقال منشور بمجلة مجلس
الدولة ، السنة الخامسة ، يناير ١٩٥٤م

١٧. الدكتور / محمد رفعت عبد الوهاب ، مبادي
وأحكام القانون الإداري ، منشورات الحلبي الحقوقية ،
بيروت ، طبعة ٢٠٠٢.

١٨. الدكتور / محمد فؤاد مهنا ، القانون الإداري،
مؤسسة شباب الجامعة ، الإسكندرية، ١٩٧٣،

١. أنور الرافي ، النظم الإسلامية ، دار الفكر ، دمشق
، طبعة ٢٠٠١

٢. الدكتور / بكر القباني ، القانون الإداري ، دار
النهضة العربية ، مصر ، ١٩٨٥م.

٣. ثروت بدوي ، تدرج القرارات الإدارية ومبدأ
المشروعية ، دار النهضة العربية ، القاهرة

٤. الدكتور/ حسني درويش عبد الحميد ، الفصل بين
الضبط الإداري والضبط القضائي ، مجلة المحاماة ،
مايو ويونيو ١٩٨٦ ، العدد ٥ ، ٦.

٥. الدكتور/ سالم بن راشد العلوي:

❖ القضاء الإداري ، دراسة مقارنة ، الجزء الأول
، إصدار دار الثقافة العربية ، الأردن ، عمان ، سنة ٢٠٠٨م.

❖ القضاء الإداري ، الجزء الثاني ، دعوى الإلغاء ،
مذكرة من منشورات مجمع البحوث والدراسات ،
أكاديمية السلطان قابوس لعلوم الشرطة ، طبعة عام
٢٠٠٩

٦. الدكتور / سعاد الشرقاوي ، القانون الإداري ، دار
النهضة العربية ، القاهرة ، طبعة ١٩٩١

٧. الدكتور/ سليمان محمد الطماوي :

❖ نظرية التعسف في استعمال السلطة «الانحراف
بالسلطة» ، طبعة ١٩٨٧م

❖ القانون الإداري ، طبعة ١٩٩٢ ، دار الفكر العربي ،
القاهرة.

٨. الدكتور / شارع بن نايف الغويري، الضبطية
الجنائية في المملكة العربية السعودية ، مركز البحوث
والدراسات ، كلية الملك فهد الأمنية ، ٥١٤٢٦ ، ٢٠٠٥م.

٩. الدكتور / طعيمه الجرف ، رقابة القضاء الإداري



ثانيا : مجموعة الأحكام :

١. حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الطعن رقم ٦٧٤ لسنة ١٢ قضائية ، جلسة ١٩٦٧/٩/٢ .
٢. مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الادارى في العامين القضائيين الثالث والرابع ، إصدار المكتب الفني ،
٣. مجموعة المبادي القانونية التي قررتها محكمة القضاء الادارى في العامين القضائيين الثالث والرابع ، إصدار المكتب الفني
٤. حكم محكمة القضاء الإداري في السلطنة الدائرة الاستئنافية في جلسة ٢٠٠٤/٣/٢٠ ، مجموعة المبادي القانونية لعامي ٢٠٠٣/٢٠٠٤ .

ثالثا : التشريعات :

١. النظام الأساسي للدولة الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ١٠١ لسنة ١٩٩٦ م
٢. قانون الشرطة الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٣٥ لسنة ١٩٩٠ م
٣. قانون المرور الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٨ لسنة ١٩٩٢ .
٤. قانون محكمة القضاء الإداري رقم ٩١ لسنة ١٩٩٩ م.

١٩. الدكتور/ محمد أحمد فتح الباب، سلطات الضبط الإداري في مجال ممارسة حرية الاجتماعات العامة ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٩٣ .
٢٠. الدكتور/ محمد أنس جعفر ، الوسيط في القانون الإداري، القضاء الإداري، ١٩٨٣
٢١. الدكتور/ محمد السيد إبراهيم ، الرقابة على الوقائع في القضاء الإداري ، رسالة دكتوراه.
٢٢. الدكتور/ محمد حسنين عبد العال ، الرقابة القضائية على قرارات الضبط الإداري ، الطبعة الثانية ، ١٩٩١ م، الناشر دار النهضة العربية ،
٢٣. الدكتور /محمد محمد مصطفى ،حالة الطوارئ وسلطات الضبط الإداري دراسة مقارنة ،رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق ،جامعة عين شمس .
٢٤. الدكتور/ محمد موسى محمد الفقي ، حدود مبدأ المشروعية في ظل قانون الطوارئ ، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق ، جامعة عين شمس ، سنة ٢٠٠٣ م
٢٥. موسى مصطفى شحاتة ، إعداد القرار الإداري ، إصدار مركز البحوث والدراسات ، شرطة الشارقة، ١٩٩٩ م
٢٦. الدكتور / نواف كنعان ، بحث بعنوان ، قرارات الاستملاك في التشريع والقضاء الأردني ، منشور في مجلة أبحاث اليرموك ، العدد ، ١٩٩٣ م.



أصول صياغة الأحكام القضائية (الجزء الثاني)

نشر الجزء الأول من هذه الدراسة في العدد الأول من المجلة

تأليف

الدكتور أشرف توفيق شمس الدين *

أستاذ القانون الجنائي بكلية الحقوق بجامعة السلطان قابوس

❖ أستاذ القانون الجنائي بكلية الحقوق بجامعة السلطان قابوس. دكتوراه بمرتبة الشرف من جامعة القاهرة. عمل أستاذاً للقانون الجنائي بكلية الحقوق بجامعة حلوان بمصر ، وكلية القانون بجامعة قطر وجامعة الإمارات العربية المتحدة وبأكاديمية شرطة الكويت ، وأستاذاً باحثاً بكلية القانون بجامعة ماينتس بألمانيا ، عمل وكيلاً للنياابة العامة وقاضياً بمصر ، رئيساً لقسم القانون الجنائي ووكيلاً لكلية الحقوق بجامعة بنها بمصر ، حائز على جائزة الدولة في القانون الجنائي بمصر. له العديد من المؤلفات والبحوث.



المبحث الثاني الصياغة وأدب البلاغة فى لغة الأحكام القضائية

- الأدب ولغة القضاء : يجب أن تتصف لغة الأحكام بالوسطية ، فيتسنى للشخص العادى الإطلاع عليها وفهم المراد منها ، فالحكم هو عنوان الحقيقة التى يجب أن يعلمها الكافة وألا تكون وقفاً على من يستطيع أن يدرك اللغة التى كتبت بها. واللغة التى ترتفع إلى أقصى درجات البلاغة أو تهبط إلى أدنى درجات الفهم لا تعد ملائمة للغة الأحكام. فلغة الأحكام لا تهدف إلى نقل المشاعر أو إثارة الإعجاب . وإذا كانت البلاغة بصفة عامة هى «مطابقة الكلام لمقتضى الحال»^(١) ، فإن هذا المعنى يكون فى لغة القضاء لازماً. فحلاوة العبارة وطلاوة الكلام أمر مرغوب فيه فى لغة القضاء ، وإن لم يكن بالضرورة لازماً أو مطلوباً ، ولكن يجب ألا يطغى الأدب والبلاغة على أسباب الحكم فينأى بها عن الدقة فى التعبير والصلابة فى بناء العبارة ، واللذين يفوقان فى أهميتهما بكثير عنصرى التطريب والأدب فى لغة الأحكام. والقاضى يمكنه التوفيق بين ما توافر له من علم ، وبين ما تميز به من ملكة اللغة وبلاغة التعبير، دون أن يسمح للأخيرة أن تطغى على الأولى ، حتى لا تضعى دقة القانون بين بلاغة التعبير وفصاحة اللغة^(٢).

- الإطالة والإيجاز فى استخدام العبارات : ذكرنا أن القاضى يجب أن يصيغ حكمه على نحو يتجنب فيه الإجمال والتعميم ، ولكنه يجب عليه من ناحية أخرى أن يتجنب الإطالة بغير مقتضى. وإذا كان التزيد والإطالة فى أسباب الحكم ليسا من عيوب التسبب ، ومن ثم فلا يبطل الحكم بهما^(٣) ؛ فإن الاسترسال والتزيد فى لغة

الأحكام هما من عيوب اللغة ، ذلك أن حسن صياغة الحكم القضائى يفرض أن تكون اللغة التى يستعملها القاضى تتسم بعدم الإطالة والتزيد. وقد يؤدى التزيد فى بعض الحالات إلى بطلان الحكم ، وذلك إذا كشف مثلاً عن اختلال صورة الواقعة فى يقين المحكمة أو عدم إمامها بأدلتها أو وجود تناقض فى أسباب الحكم يفضى به إلى البطلان. وفى هذه الصور يمكن أن يفضى التزيد إلى بطلان الحكم. وضابط الإطالة أو الإيجاز أن على القاضى أن يبسط ما يرى أن إيضاح الحقيقة وفهم الحكم يقتضيه ، فعليه أن يؤكد ما يرى حاجته إلى التوكيد ، وعليه أن يجمل المعنى ، وأن يحذف من عبارته كل ما يظن أن قارئ الحكم يستطيع فهمه واستيعاب معناه من غير ذكر أو تفصيل^(٤). فمن الأمور التى يجب أن تتسم بها لغة القضاء الإيجاز والتركيز ، والإيجاز سمة من سمات البلاغة. والإيجاز يعنى التعبير عن الفكرة بأقل عدد من الكلمات بحيث إذا رفعت أو حذفت كلمة من الكلمات اختل المعنى. أما الكلام الذى يمكن أن يستقيم فى معناه ولو حذف نصفه ؛ فإنه يكون فيه الكثير من التزيد ومن الفضول الذى لا فائدة منه^(٥). فعلى القاضى وهو يحزر أسباب حكمه أن يتجنب الإطالة والإسهاب والتفاصيل المملة التى لا فائدة ترجى من ورائها ، وأن ينأى عن تكرار الأفكار وإيراد غير اللازم منها ، مما لا ضرورة لإيراده ، وأن يتحاشى الأمور البعيدة عن نطاق المناقشة والحوار. وعليه أن يعنى فقط بإيراد ما هو ضرورى ولازم للفصل فى الدعوى^(٦). وتطبيقاً لذلك فإنه يعد تزيداً قول الحكم بعد بيانه للنتيجة التى انتهى إليها الخبير المنتدب فى الدعوى إن التقرير قد أقيم على أسس صحيحة وأسباب مقبولة تؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها ، ومن ثم تطمئن إليه المحكمة وتأخذ به محمولاً على الأسباب التى بنى عليها وتلحقها بالحكم أسباباً لحكمها وقواماً

(١) الدكتور بدوى طبانة : معانى الكلام ، ص ٣٦.

(٢) الدكتور عبد الوهاب العشماوى : رقم ٢٩ ، ص ٢٩.

(٣) الأستاذ مجدى الجندى : ص ١٢٩.

(٤) الدكتور بدوى طبانة ، ص ٣٦.

(٥) الأستاذ أحمد فتحى مرسى : ص ١٩.

(٦) الدكتور عبد الوهاب العشماوى ، ص ٣٠ : الأستاذ زكى عريبي ، ص ١٨٢.



لقضائها وتعتبره دليلاً في الدعوى وتقضى على هدى منه. ذلك أن أخذ المحكمة بتقرير الخبير مؤداه بدهاء إلحاقه بأسباب الحكم واعتباره دليلاً في الدعوى^(١). ومن الأمثلة أيضاً أن تقضى المحكمة ببطلان صحيفة الدعوى لعدم توقيع محام عليها ، ثم تفرد في أسباب حكمها بحثاً مطولاً عن تصحيح الإجراء الباطل ، ومدى جواز تكملة الإجراء الناقص ومن الذى له الحق في ذلك^(٢) ، وذلك دون حاجة إلى هذه الإفاضة. أو أن تفصل المحكمة الخطوات والمراحل التي قطعها النزاع أمامها ؛ إذ تعد تزييداً لا طائل من ورائه ، وقد يضيع في غمارها أمام القاضى معالم الطريق إلى نقاط الدعوى الجوهرية وأنه يكفي أن يذكر ما هو ضروري للفصل في الدعوى^(٣).

ويجب على القاضى ألا يضمن حكمه عبارات قصد يبين منها أنها أعدت للنشر في الصحف أو أنه يرغب من ورائها أن يُحمد على قضائه وأن يثنى عليه ؛ إذ تعد تزييداً يعيب صياغة الحكم فضلاً عن مساسها بهيبة القضاء وكرامته^(٤). وإذا كان الحكم قد تعرض لواقعة الدعوى فقام بسردها وبين إجراءاتها ، فإنه يجدر به إذا أراد التعرض لهذه الوقائع ثانية ، أن يوجزها أو يكتفى بالإشارة إلى ما أسلف من تفصيل لها^(٥). ونشير في هذا الخصوص إلى أن السائد في بعض الأنظمة القضائية المقارنة مثل النظام الأنجلو سكسونى هو أسلوب الإطناب في الأحكام ، والمستقرى للغة التي يصيغ بها قضاة هذا النظام أحكامهم قد يجد فيها الكثير من التقارير الواقعية التي قد لا ترتبط بحكم اللزوم العقلى بالنتيجة

- الإيجاز في المنطوق يختلف عن الإيجاز في الأسباب؛

إذا كان الإيجاز مطلوباً في الأسباب ، فهو يبدو أكثر إلحاحاً في منطوق الحكم ، فهذا المنطوق يجب أن يعبر عن الحكم القاطع الحاسم ، ومن ثم يجب ألا يكون مشمولاً بأى زيادة أو إضافة فيه^(٨). ويصاغ عادة المنطوق بجملة واحدة تحتوى على أقل عدد ممكن من

(١) ولذلك قضت محكمة النقض : «أنه إذا كان الحكم قد استند إلى تقرير الخبير واتخذ منه أساساً للفصل في الدعوى ، فإن هذا التقرير يعتبر جزءاً من الحكم». نقض مدنى جلسة ٣ فبراير سنة ١٩٧٢ مجموعة أحكام محكمة النقض س ٢١ ، ص ٢٢١.

(٢) حكم محكمة الجيزة الابتدائية جلسة ١٨ إبريل سنة ١٩٩٢ ، الدائرة ٢٤ كلى ، في الدعوى رقم ٦٩٣ لسنة ٩٢ مدنى كلى الجيزة ، غير منشور.

(٣) نقض مدنى جلسة ٧ مارس سنة ١٩٧٩ مجموعة أحكام النقض ، س ٣٠ ، ١٤ ، ص ٧٥١ ، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض في خمسين عاماً ، مج ٣ ، رقم ١٩٨ ، ص ٢٢٧١.

(٤) الأستاذ زكى عريبي ، ص ١٨٢.

(٥) الدكتور عبد الوهاب العشماوى ، ص ٣٠.

(٦) من ذلك على سبيل المثال أن يذكر الحكم في معرض تقديره لقيمة التعويض عن إصابة خطأ نجم عنها عجز بساق المدعى أن :سمن شأن هذه الإصابة أن تمنعه عن مراقبة النساء أو التنزه مع كلبه المفضل أنظر تفصيلاً الدكتور محمد شتا أبو سعد: مرجع سابق ص ٣٨.

(٧) الدكتور محمد شتا أبو سعد : ص ٣٩.

(٨) الدكتور عبد الوهاب العشماوى ، رقم ٣٤ ، ص ٣٣.



وطلباتهم ، وأن يرد استقلالاً على كل قول أو حجة أو طلب آثاره ، ما دام قيام الحقيقة التي اقتنع بها وأورد دليلها فيه الرد الضمني المسقط لتلك الأقوال والحجج والطلبات^(٢) ، ولا هو ملزم بأن يأخذ في الاعتبار كل التحفظات التي أبدتها الخصوم متى كان قد تم الفصل فيها أو أقرها الحكم ضمناً. كما أن القاضى غير ملزم بإبداء الأسباب تجاه افتراضات نظرية بعيدة عن موضوع النزاع^(٣) . فالقاضى غير مكلف بأن يتناول فى حكمه كافة أوجه النزاع المطروح عليه المرئى منها أو غير المرئى. بل هو غير مكلف بالرد على دفاع لا يستند إلى أساس قانونى صحيح^(٤) أو كان دفاعاً غير جوهري^(٥) .

ويقع على المدعين والمحامين جزء من عيب الاستطراد الذى يعيب الأحكام ، ذلك أن مرافعة الدفاع ينبغى أن تتصف بالرزانة والاقتصار على الحجج والأسانيد المجدية فى الدعوى ، والمتصلة بها ، حتى لا يتشتت فكر القاضى ويضيع جهده فى ملاحقة حجج وطلبات لا صلة لها بالنزاع أو تخرج عن نطاقه. وهو ما يؤدى إلى أن يجد القاضى نفسه منساقاً إلى متابعة ما أورده الدفاع أو الادعاء من حجج تقضى به إلى التزيد فى حكمه^(٦) .

- تجنب استخدام المترادفات: يذهب الكثير من علماء اللغة إلى نقي الترادف بين الألفاظ ، ووجهتهم فى ذلك هى أن هناك فروقاً فى الدلالة بين ما يسمى بالمترادفات، وأن فى أحد المترادفين من المعانى ما ليس فى الآخر. وحتى لو سلمنا بوجود المترادفات فى اللغة الواحدة ، وأنها دليل الوفرة والثراء فيها ، فإن من شأن تقرير وجودها أن يجعل المعنى مشتركاً بين أكثر من لفظ ، فيعبر عن المعنى الواحد بألفاظ عدة. وهذا الاشتراك فى المعنى يصف هذه المترادفات بالنقص لعدم انفراد

الكلمات. وفى بعض الأحوال قد يصاغ المنطوق فى جملتين أو أكثر ، ويتحقق ذلك إذا اشتملت الدعوى على أكثر من طلب أو رفعت الدعوى بعدة تهم أو إذا كان الفصل فى مسألة شكلية يعد بياناً لازماً فى المنطوق ، ومثال ذلك الفصل فى قبول الطعن شكلاً أو الفصل فى الدفع بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى. ولا يؤثر تعدد الجمل فى المنطوق فى هذه الحالة على ما يتصف به من وحدة العبارة. والعبارة الواحدة فى المنطوق تؤدى إلى صلابة وتماسك بناء الحكم ، فهى تعد الخلاصة المنطقية للمقدمات الواردة فى الأسباب. وإيجاز عبارة المنطوق على هذا النحو يساعد القاضى على صياغة أحكامه وفقاً لمنهج لغوى منظم. ويجب أن تتصف لغة المنطوق بالحسم وسهولة الفهم والوضوح ، لأن المخاطب بها فى المقام الأول هم المتقاضون ، فيجب أن يكون بوسعهم فهمها وإعمال مقتضاها^(١) . فضلاً عن أن هؤلاء يتفاوتون فى الفهم والإدراك ، ما يوجب أن تكون فى مستوى فهم وإدراك الشخص العادى ، ذلك أن هذا الشخص قد لا يعنيه ما ورد فى الحكم من أسباب ، بقدر ما يعنيه ما انتهى إليه من قرار فى المنطوق.

- تقصى الحكم لكافة أسانيد وحجج الخصوم

يعد تزييداً يجب تجنبه: من عيوب الصياغة أن يستطرد الحكم فى الاستطراد أو إيراد ما لا ضرورة له من حجج وأسانيد. فالحجج والأسانيد التى يجب على الحكم إيرادها ؛ ليست العبارة فيها بعدتها وعددها ؛ وإنما العبارة بوزنها وقيمتها. فكثرة هذه الأسانيد قد تكون تزييداً يعيب الحكم فى بعض الصور. والقاضى وإن كان عليه أن يفصل فى جميع أوجه الطلبات المقدمة إليه ، وأن يتعرض لكل تهمة منسوبة إلى المتهم إثباتاً أو نفيّاً ؛ إلا أنه غير ملزم بتتبع الخصوم فى مختلف أقوالهم وحججهم

(١) الدكتور حسن السيد بسيونى: ص ٦٥.

(٢) نقض مدنى ١٧ يناير سنة ١٩٦٧ مجموعة أحكام محكمة النقض س ١٨، ص ١٢٠ ؛ نقض جلسة ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٤ ، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاماً ، المجلد الثالث ، رقم ٢٧٤ ، ص ٢٢٩٢ ؛ نقض ١٤ يونيو سنة ١٩٥٩ س ١٠ ، ص ٤٠٤ .

(٣) الدكتور عبد الوهاب العشماوى : رقم ٣١ ، ص ٣٠.

(٤) نقض جلسة ١٧ إبريل ١٩٩٥ ، الطعن رقم ١٣٥٥ ، لسنة ٨٥ ق، مجلة القضاة الفصلية ، السنة ٢٨ ، العدد الأول والثانى ، ١٩٩٦ ، ص ٥٩٧.

(٥) نقض ٦ يناير سنة ١٩٨١ ، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاماً ، المجلد الثالث ، رقم ٢٦٨ ، ص ٢٢٩١.

(٦) الدكتور عبد الوهاب العشماوى : رقم ٣٤ ، ص ٣٣.



القضائية^(٤)(٥).

- الإسهاب الذى يمكن التجاوز عنه يختلف

بحسب المحكمة التى تنظر الدعوى؛ من الجائز أن تحيل محكمة الاستئناف على حكم محكمة أول درجة فى صدد بيان الوقائع^(٦)، وأيضاً فإن المحكمة العليا تلجأ إلى الإحالة فى بيان الواقعة على الحكم المطعون فيه. فالوقائع ثابتة فى الأغلب من الأحوال؛ وإنما ما يتغير هو الفكر القانونى أو فهم المحكمة الأعلى درجة لحكم القانون. ومن هنا كانت تسمية المحكمة العليا بأنها محكمة قانون لا موضوع. وإذا كان بمقدور محكمة الاستئناف والمحكمة العليا أن تحيلاً فى شأن بيان الوقائع على الحكم المطعون فيه؛ فإن إسهابهما فى بيان الواقعة بأسباب حكمها دون ضرورة لذلك يعد إسهاباً فى غير موضع.

أما محكمة أول درجة فإنها إن أفاضت فى بيان الأسباب وأسهبّت فى سرد الواقعة فإنه يمكن أن نفرض الطرف عن هذه الإطالة، لأن حرص محكمة الموضوع على إيضاح الواقعة فى حكمها قد يؤدى بها إلى بعض الإطالة المتسامح فيها بخلاف ما إذا كانت هذه الإطالة قد أتت من محكمة ثانى درجة أو من المحكمة العليا^(٧).

أحدها بالمعنى وحده^(١). وسواء أكانت بين المترادفات فروق فى المعانى، أو أنها تشترك فى المعنى الواحد؛ فإنه يجب على القاضى أن يتجنب استخدام المترادفات؛ إذ تعد من العيوب الواضحة فى كثير من الأحكام، فبعض الأحكام إذا ذكر كلمة «الظلم» مثلاً، ذكر معها كلمة «الاستبداد»، وإذا ذكر «الرحمة» قرننها «بالشفقة وبالرأفة»^(٢). مثل هذه المترادفات إن صح استخدامها فى لغة المرافعة لتأكيد المعنى أو للتأثير فى نفس السامع؛ فإنه لا يجوز استخدامها فى لغة الأحكام^(٣). وتطبيقاً لذلك لا يجوز أن يتضمن الحكم القضائى عبارات مثل «أن الأصل فى كل تنظيم تشريعى أن يكون منطوياً على «تقسيم» أو «تصنيف» أو «تمييز». إذ تعد هذه المترادفات تزييداً لا طائل من ورائها. أو أن يقول الحكم فى معرض أخذه بتقرير خبير قدم فى الدعوى أنها تتخذ «سبباً لحكمها وقواماً لقضائها».

وإذا كان الإسهاب والاستطراد أمراً مقبولاً ومستساغاً فى مجالى مرافعة الاتهام والدفاع، وفى المذكرات التى يتبادلها الخصوم وتقدم إلى المحكمة؛ فإنه لا يكون مستساغاً فى اللغة التى تكتب بها الأحكام. فالإيجاز والاقتضاب وحصر التعبير فى كلمات واضحة وعبارات محددة هى الصفات التى يجب أن تتصف بها الأحكام

(١) الدكتور بدوى طبانة : ص ٣٧.

(٢) الأستاذ أحمد فتحى مرسى : ص ١٩.

(٣) الأستاذ أحمد فتحى مرسى : ص ١٩-٢٠.

(٤) الدكتور عبد الوهاب العشماوى : رقم ١٧، ص ١٩.

(٥) ولقد كان الإيجاز من أبرز سمات أحاديث رسول الله، وكان الإيجاز كذلك من أبرز صفات قرارات الخلفاء ورسائلهم إلى عمالهم فى العصور الأولى من الإسلام. وكانت رسائل الخلفاء فى العصر الأموى أو العصر العباسى عبارة عن كلمات قليلة جداً فيها كل المعانى، ومن أجمل ما يروى فى هذا الشأن رسالة للخليفة أبى جعفر المنصور (وهو ثانى خليفة عباسى) إلى أحد ولاته، وكانت قد كثرت الشكوى من هذا الوالى: «أما بعد: لقد كثرت شاكوك، وقل شاكروك، فإما اعتدلت وإما اعتزلت. ثلاث أو أربع كلمات فيها كل المعانى المقصودة، وهذا هو قمة الإيجاز. ولا ينكر أن الإيجاز ليس من الأمور السهلة، فهو يحتاج إلى كثير من الجهد، ويحتاج إلى كثير من الوقت. وقد سئل مرة أحد رؤساء الولايات المتحدة الأمريكية، وهو الرئيس ولسن وكان رئيساً للولايات المتحدة فى أوائل هذا القرن قيل له: كم يلزمك من الوقت لإعداد خطبة يستغرق إلّاؤها عشر دقائق، قال: «ثلاثة أيام»، قيل له: «فإن كانت هذه الخطبة يستغرق إلّاؤها نصف ساعة، قال «يوم واحد»، قيل فإن كان إلقاء هذه الخطبة يستغرق ساعتين، قال: «ألقها فى الحال». أنظر الأستاذ أحمد فتحى مرسى: محاضرات فى الأدب القضائى، ص ٢٠.

(٦) لا جناح على المحكمة الاستئنافية إذا هى أحالت فى ذكر وقائع الدعوى كلها أو بعضها إلى ما ورد بالحكم الابتدائى حتى فى حالة مخالفتها فى النهاية لوجهة نظر الحكم الابتدائى، ما دام التنافر منتهياً بين ما عولت عليه من الحكم الابتدائى من الوقائع الثابتة، وبين ما استخلصته من هذه الوقائع مخالفاً لما استخلصته منها محكمة الدرجة الأولى.

نقض جلسة ٢ نوفمبر سنة ١٩٣٦، مجموعة القواعد القانونية فى ربع قرن، ج ١، ص ٢٤٨، بند ٣٠١: نقض ١١ يناير سنة ١٩٧٩ مجموعة أحكام النقض س ٣٠، رقم ١٠، ص ٦٧.

(٧) الدكتور عبد الوهاب العشماوى : رقم ٢٣، ص ٢٢-٢٣.



صحيح من الواقع والقانون»^(٦). ذلك أن مثل هذه الكلمات المتزيدة من شأنها أن تزحم الحكم على حساب وضوحه وقوته ، بل وعلى حساب هيبة الحكم فى بعض الأحيان عندما يكون الأمر من قبيل تحصيل الحاصل^(٧).

- اتصاف لغة الأحكام بالحسم والجزم: يجب
أن تكتب الأحكام القضائية بلغة تتسم بالحزم والحسم ، وأن تأتى هذه الأحكام فى عبارات جامعة مانعة ، لا يأتىها شك ولا يتسرب إليها ريب. ويرجع هذا إلى ما تتحراه المحكمة من إتقان التعبير واختيار العبارة الصحيحة الواضحة الدالة على المعنى^(٨). وتطبيقاً لذلك لا يصح - فى تقديرنا - أن يذكر الحكم - فى معرض ثبوت التهمة فى حق المتهمين - أن هذه الأدلة «تحمل المحكمة على الاعتقاد» فى أنهم قتلوا المجنى عليهم^(٩). ذلك أن الأحكام تبنى على الجزم واليقين ، لا على الاعتقاد.

- عدم الإسراف فى استخدام الألفاظ الدالة على الظرف أو الحال:

يجب أن يقتصد القاضى فى استخدام الألفاظ الدالة على الظرف أو الحال ، مثال «دون شك» أو «دون ريب»، أو بعض الألفاظ والتعبيرات الدالة على التأكيد مثل «فعلاً» و «من المؤكد» أو «دون منازع» أو «لا تدع مجالاً للشك» و «بلا جدال» أو «بالقطع» أو «لا شبهة مطلقاً»^(١٠) ؛ إذ قد تنال هذه الألفاظ من الحيطة التى يجب توافرها فى كل قول أو

- الإحالة وحدودها: ذكرنا أن الحكم يمكنه أن يحيل فى شأن الوقائع على ما أورده حكم آخر ، سواء أصدر من ذات المحكمة أو من غيرها ، ولكن الإحالة يجب ألا تكون بغير ضوابط. فالإحالة قد تكون ضرورية فى بعض المواضع لتجنب التكرار ، ولكن الإكثار من الإحالة بصفة عامة قد يجعل الحكم غامضاً معقداً ، مما يقتضى الكثير من الجهد لفهمه. وقد تكون الإحالة ناقصة ، ويتحقق ذلك إذا لم يستوعب القاضى كل ما يريد الإحالة إليه^(١١). وتطبيقاً لذلك فإنه إذا أحال الحكم فى بيان دليل الإدانة إلى محضر ضبط الواقعة دون بيان مضمون أوجه الاستدلال به ؛ فإن هذه الإحالة تعد غير كافية للقضاء بالإدانة^(١٢).

- الجمل الطفيلية : على القاضى أن يتجنب الالتجاء إلى الجمل الطفيلية ، وما يعتبر منها بمثابة الحشو أو تحصيل الحاصل^(١٣). ومن أمثلة هذه الجمل القول بأن «الحكم المستأنف قد أصاب الحقيقة وحالفه الصواب» ، أو قول الحكم : «إن تقرير الخبير أقيم على أسس صحيحة وأسباب مقبولة». أو أن «الدعوى رفعت بصحيفة أعلنت وفق صحيح القانون» ، فى حين أن الأصل فى الإجراءات الصحة ، إلى أن يثبت خلاف ذلك . ومن الأمثلة أيضاً أن يقول الحكم : «إن مدار النزاع بين طرفى الخصومة يدور حول....»^(١٤) ، على الرغم من أن المدار لا يدور وإنما يدار فيه^(١٥) ، أو أن «الدفع أقيم على سند

(١) أنظر فى ضوابط الإحالة فى التقنين : الدكتور عبد الرزاق السنهورى : تنقيح القانون المدنى ، الكتاب الذهبى للمحاكم ، ج ٢ ، ص ١١٥ .

(٢) نقض ١٥ فبراير سنة ١٩٨٨ مجموعة أحكام محكمة النقض س ٣٩ ، رقم ٣٨ ، ص ٢٨٩ ؛ نقض ٢٥ فبراير سنة ١٩٨٨ مجموعة أحكام محكمة النقض س ٣٩ ، رقم ٤٩ ، ص ٣٤٧ .

(٣) الدكتور عبد الوهاب العشماوى : رقم ٣٣ ، ص ٣٢ .

(٤) نقض جلسة ٢٠ إبريل سنة ١٩٥٠ ، مجموعة القواعد القانونية فى خمسين عاماً ، المجلد الثالث ، رقم ٣٠٥ ، ص ٢٢٩٨ .

(٥) الدكتور عبد الوهاب العشماوى : هامش ص ٣٢ ، ويشير إلى حكم محكمة استئناف القاهرة الصادر بجلسته ١٩ ديسمبر سنة ١٩٦١ ، فى الاستئناف رقم ٣٤٥ لسنة ٧٦ ق تجارى .

(٦) محكمة المنصورة الابتدائية جلسة ١٥ إبريل سنة ١٩٩٢ ، الدائرة الرابعة كلى ، فى الدعوى رقم ٢٩٤٩ لسنة ٨٩ مدنى كلى المنصورة ، غير منشور .

(٧) الدكتور عبد الوهاب العشماوى : رقم ٣٣ ، ص ٣٢ .

(٨) الدكتور عبد الوهاب العشماوى : رقم ١٧ ، ص ١٩ .

(٩) محكمة جنايات الاسكندرية جلسة ١٦ مايو سنة ١٩٢١ ، القضية رقم ٤٣ لسنة ١٩٢١ اللبان ، النشرة القانونية للنياية العامة ، العددان التاسع والعاشر ، السنة الثالثة ، رقم ١٦٦ .

(١٠) محكمة جنايات مصر جلسة ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣١ ، القضية رقم ٧٦ لسنة ١٩٣١ باب الشعرية ، النشرة القانونية للنياية العامة ، العددان التاسع والعاشر ، السنة الثالثة ، رقم ١٦٥ .



كلمة دكتور^(٤). وقد يفرض استخدام لقب «السيد» نفسه ، وذلك عندما تعين المحكمة قاضياً من قضاتها باسمه لإجراء التحقيق أو المعاينة ، أو كما يحدث عندما تقوم المحكمة بتعيين قضاة التفليسة. وعلى الرغم من أن جانباً من الفقه أجاز في حالة تقديم مذكرة فى الدعوى أن يشير الحكم إلى اسم عضو الادعاء العام الذى قدمها^(٥). ولكن يبدو فى تقديرنا أنه لا يجوز الإشارة إلى اسم العضو الذى مثل الادعاء العام أو قدم مذكرة بصفته تلك إلا إذا كان هناك مقتضى لذلك : كأن يخالف أحد أعضاء الادعاء بمذكرته رأى مذكرة سابقة مقدمة من عضو آخر فى الدعوى مثلاً ؛ وعلة ذلك أن الادعاء العام وحدة لا تتجزأ ، وأن أثر العمل الذى يبشره أعضاؤها لا ينصرف إلى ذواتهم وأشخاصهم ؛ بل إلى الهيئة التى ينتمون إليها. وإذا أشار الحكم إلى شخص معنوى فلا يجب أن يذكر اسمه مختصراً ؛ وإنما يجب ذكره كاملاً^(٦).

- وحدة الأسلوب والتجانس فى لغة الأحكام:

يجب أن تتصف لغة الحكم بوحدة الأسلوب ، وهو ما يقتضى أن يكون الحكم قد كتب بأسلوب القاضى نفسه. وكثيراً من الأحكام القضائية تسرد وقائعها بنقلها نقلاً حرفياً من صحيفة الدعوى أو مذكرة الادعاء العام ، وكثيراً ما ينقلها الحكم بالفاظها وعباراتها وأحياناً بأخطائها.

وإذا عرض الحكم لدفاع الخصوم ، فإنه يقوم بنقل ما ورد بمذكرة الدفاع نقلاً حرفياً عن مذكراتهم. وإذا استشهد أحد الخصوم من أحد كتب الفقه ، نقل الحكم صفحات طويلة من هذا الكتاب دون أن يحاول اختصارها ، فباتى الحكم فى النهاية عبارة عن خليط غير متجانس من حيث الأسلوب ومفردات اللغة ومستواها ، وطريقة الكتابة ، بحيث يظن أن أكثر من شخص هو الذى حرر

عمل يصدر عن القضاء ، فالحقيقة مهما علا قدرها تكون قابلة للنقاش^(١).

- ألفاظ التفخيم والتبجيل والاحترام: لا يصح

أن يستخدم القاضى فى لغة الحكم ألفاظاً تدل على التفخيم أو تبجيل الخصوم ، ومثال ذلك أن يشير الحكم إلى أحد الخصوم فى الدعوى بعبارة «فخامة فلان» أو «سيادة فلان» أو العضو المحترم أو السيدة الفاضلة. فمثل هذه الكلمات تبدو غير مقبولة ولا سيما إذا كانت الدعوى المنظورة أمام القاضى جنائية ، فلا يجوز وصف أى من المتهمين بمثل هذه الألفاظ. ويبدو أنه من الأوفق أن يتجنب القاضى كافة عبارات التفخيم والتبجيل فى جميع أنواع الدعاوى ، وليست الجنائية فحسب^(٢). وعلة ذلك أن إطلاق مثل هذه الأوصاف على أحد الخصوم يبعث على الظن بعدم حيده القاضى وتأثره بشخص الخصوم ومدى ما يتمتعون به من سلطان ونفوذ ، فى حين أن الأصل أن الناس سواء أمام القانون مهما ارتفعت منزلتهم وعلت أقدارهم. وتطبيقاً لذلك فإنه إذا تعلق الأمر بأحد أشخاص السلطة التنفيذية ، فإن على الحكم أن يذكر الصفة الوظيفية له ، دون أن يتبعها بذكر أية عبارة تدل على التفخيم ، فلا يجب أن يقول الحكم «قرار السيد الوزير أو المحافظ» ؛ وإنما يكتفى بالقول «قرار الوزير أو المحافظ»^(٣).

ويجوز استخدام بعض ألفاظ التبجيل ، وذلك إذا كانت لازمة لتحديد شخصية الخصم كرتبته العسكرية مثلاً ، أو وصفه الدينى أو لقبه العلمى. مع ضرورة الالتزام بما تمليه قاعدة احترام الألقاب العلمية فلا يطلق الحكم صفة «دكتور» إلا على من يحمل هذا اللقب العلمى ، وعلى ذلك يصبح اللفظ الصحيح هو الطبيب أو الصيدلى أو البيطرى إلى آخر ذلك من المهن التى يطلق عليها خطأ

(١) Schroeder : p.131.

الدكتور عبد الوهاب العشماوى : رقم ١٨ ، ص ٢٠.

(٢) الدكتور عبد الوهاب العشماوى : رقم ١٩ ، ص ٢١.

(٣) Schroeder : p.132.

(٤) الدكتور عبد الوهاب العشماوى : رقم ١٩ ، ص ٢١.

(٥) الدكتور عبد الوهاب العشماوى : هامش ص ٢١.

(٦) ومن الأمور المألوفة أن يشار إلى الشركات التجارية بطريقة مختصرة بأن يذكر الحروف الأولى لها . Schroeder : p.132.



- تجنب الأخطاء النحوية : إن من شروط صحة الأحكام أن تكون كتابتها سليمة إملاء ونحواً ، فيجب على القاضى أن يتجنب فى حكمه الأخطاء النحوية^(٤) ؛ ذلك أن من شأن الجسيم منها أن يعيب أفكار كاتبها أو أن يحيطها بالغموض. ومن قبيل الأخطاء اللغوية استخدام كلمات لا تؤدي وظيفة ما أو استعمال كلمات فى غير مكانها ؛ ذلك أن كتابة كلمة فى غير مكانها قد يؤدي إلى عدم صحة الجملة بأكملها. كذلك فإن الترتيب غير الصحيح للجملة قد يثير السخرية فى بعض الأحيان ، وهو ما ينال من هيبة القضاء ورهيته^(٥).

«ولا يجوز القول بأن القاضى غير مسئول عن أخطاء اللغة ، فهو يأخذ أسباب حكمه من الأوراق المقدمة إليه ، وأن دوره يقتصر على أن ينزل عليها حكم القانون وما يقضى به. ولا يسوغ القول بأنه متى كانت عبارات الحكم دالة على قصد القاضى ، وما انتهى إليه من قضاء فإنه لا يعيب حكمه سوء التعبير أو ركاكة الأسلوب أو الأخطاء النحوية ؛ ذلك أن الحكم القضائى هو عنوان الحقيقة وهو الذى يفصل فى حقوق الأفراد ، وتفوق حجتيه حجية الأوراق الرسمية ، فيجب أن يسعى إلى الكمال ، الذى ينال منه خطأ اللغة وضعف الأسلوب وركاكة العبارة وسوؤها»^(٦). كما أن خلو أسباب الحكم من علامات الترقيم قد يفضى غموضاً على المعنى ، وتشابكاً فى الجمل يصعب معه فهم المقصود منها^(٧).

- وقار العبارة : الوقار هو الصفة التى يجب أن تتحلى بها البلاغة القضائية. فالوقار صفة من صفات القاضى ذاته ، ويجب أن يكون الحكم الصادر منه معبراً عن هذه الصفة. وتطبيقاً لذلك لا يجوز أن يتضمن الحكم ما يشير إلى «انزعاج» المحكمة ، ومثال ذلك أن تقول

الحكم^(١). ويبدو عدم التجانس فى لغة الأحكام أكثر وضوحاً فى الدعاوى المدنية ، ذلك أن دور القاضى فيها يوجب أن يتناول حجج الخصوم ودفاعهم وأن يقوم بسردها فى حكمه ، ثم يوازن بينها ويطبق حكم القانون على واقعة الدعوى ، وهو ما يقتضى من القاضى أن يعرض بدقة لدفاع الخصوم وأسائدهم. وهذا العيب فى لغة الأحكام يمكن تفاديه بأن يستوعب القاضى وقائع الدعوى استيعاباً كاملاً ، وأن يستوعب أيضاً دفاع الخصوم ، والآراء القانونية التى تثيرها الدعوى. ثم يعيد كتابة كل ذلك بأسلوبه وبلغته هو ، لا بأسلوب غيره ، وبذلك يمكن أن يتوافر التجانس والوحدة فى أسلوب الحكم ، فيكون الحكم كله بأسلوب واحد^(٢).

- اتصاف الحكم ومنطوقه بهدوء العبارة : يجب

أن يعبر الحكم عن هيبة القضاء ورهيته ، فتلاوة الحكم يلقى فى يقين السامعين شعوراً بهيبة القضاء ، والحكم لا ينتهى بمجرد تلاوته ؛ بل يتداوله الخصوم ووكلاؤهم ويمحصون أسبابه ويحللون عباراته ، وقد يطعن فيه فتداوله المحكمة التى تنظر الطعن فيه ، وقد يستشهد به الخصوم فى دعاوى مماثلة منظورة أمام المحاكم. كما أن الحكم القضائى يكون محلاً لدراسة الباحثين ، يستنبطون عباراته ويستخلصون اتجاهاته ، ومن ثم يجب أن يستخدم القاضى فى حكمه لغة تتسم بالجرس الهادئ والنغم الوقور ، ولا سيما فى المنطوق. وهذا الجرس يعنى عناية فى اختيار الألفاظ البسيطة الواضحة الدقيقة ، وفى الوقت ذاته يجب تجنب التكرار ، والحرص على الترابط والتناسق. والحفاظ على نغم هادئ للحكم يوجب على القاضى أن يتجنب الألفاظ الغليظة ، والتى قد تصدم آذان القارئ ، كما عليه أن يبعد عن المقاطع الكلامية المصحوبة بالصغير^(٣).

(١) الأستاذ أحمد فتحى مرسى : محاضرات فى الأدب القضائى ، ص ٢١.

(٢) الأستاذ أحمد فتحى مرسى : محاضرات فى الأدب القضائى ، ص ٢١.

(٣) الدكتور عبد الوهاب العشماوى : رقم ٢٢ ، ص ٢٤.

(٤) الدكتور عبد المنعم بركة: علامات الترقيم وإملاء الهمزة وأحكام العدد ، مجلة القضاة الفصلية ، س ٢٩ ، ١٤ ، يناير-يونيه ، ١٩٩٧ ، ص ١٠٩.

(٥) الدكتور عبد الوهاب العشماوى : رقم ٢٧ ، ص ٢٥.

(٦) الدكتور عبد الوهاب العشماوى : رقم ٢٧ ، ص ٢٦.

(٧) أنظر أمثلة على التعبد فى صياغة الأحكام القضائية : الأستاذ زكى عريبي ، ص ١٨٣.



تأثره بالعواطف ولا بمدى جسامة الواقعة المعروضة عليه . فالتقدير الموضوعي البعيد عن التأثير بموضوع الدعوى أو جسامة الفعل أو مرافعة الخصوم أو الرأي العام هو أمر يجب أن يتحلى به القاضى ، والحيدة عنه قد تجعل القاضى غير صالح للحكم فى الدعوى . ذلك أن التعاطف أو التنافر يفضيان إلى التحيز ، وهو أمر محظور يجب على القاضى أن ينأى عنه وهو يكون عقيدته ويصوغ حكمه . ومن أجل ذلك ينبغى على القاضى ألا يستخدم عبارات تحمل معنى المدح أو الذم . وبالإضافة إلى ما قد تؤدى إليه عبارات المدح والذم من دلالة التحيز لدى القاضى ؛ فإنها تمس قاعدة التقيد بحدود الدعوى . هذه القاعدة تفرض على القاضى أن يقتصر على نظر موضوع الدعوى ، وأن المعروف على القاضى ليس أشخاص الخصوم فى الدعوى ؛ وإنما سلوكهم وتصرفاتهم ، فالقاضى لا يصدر حكماً عاماً على شخص الخصم فى الدعوى ؛ وإنما هو ينظر سلوكاً إنسانياً له خصوصية محدودة بنطاق الدعوى لا تتعداها ، فلا يصح التورط فى إطراء الخصم أو ذمه .

وإذا كان من الجائز أن تتضمن المرافعة عبارات تحمل ذماً وقدحاً ، فإنه من المحظور أن تتضمن لغة الأحكام عبارات كهذه .

وتطبيقاً لذلك لا يصح أن يتضمن الحكم وصفاً للمتهم بأنه «أهان المجنى عليها بحركات لا تصدر إلا من رعاى الناس»^(٤) أو وصفه «بالسفاك»^(٥) أو أن «المتهم تجرد من المشاعر التى تفرضها الرجولة والشهامة وصون الأعراض»^(٦) . أو أن ما آتاه المتهم يدل على : «وحشية فى نفسه واستهتار بالحياة وقسوة لم يسمع بها.....

المحكمة «أنه مما يزعج خاطر» ، أو أن تقول فى معرض ردها على أحد الخصوم أنه : «لا داعى لهذا الخوف وهذا الانزعاج» ، أو أن «هذه النتيجة المدهشة...»^(١) ؛ لأن القضاء سدته الاطمئنان وأن ما يستخدمه من عبارات يجب أن تتسم بالوقار . ومما يتنافى مع هذا الوقار أن ترد فى الحكم عبارات المزاح والهذر ، بل إن مجرد الدعاية أمر لا يجوز أن يظهر فى لغة الأحكام . وربما أمكن أن يرد فى الحكم مسحة من سخرية ، ولكن فى صورة نادرة للغاية ، وحتى هذه المسحة ليس من السهل قبولها إلا إذا جاءت عابرة ، أو كانت غير مقصودة ، أو كانت معبرة عن معنى جاد قصدت إليه المحكمة^(٢) .

- أسلوب المدح والذم فى لغة الأحكام :

إذا كان على القاضى أن يتجنب العبارات الجارحة أو عبارات السخرية والدعاية ، فإن لغة الأحكام يجب أن تخلو من عبارات المدح والإطراء . وبالمثل فإن على القاضى يتجنب استخدام الجمل العدائية أو الهجومية ؛ ذلك أن هذه الجمل تعد جملاً غير لائقة فى لغة الأحكام . فلا يليق بالقاضى بعد أن تبين الحق فى جانب خصم من الخصمين أن يحمل على الخصم الآخر أن يصفه بما لا يجب أن يوصف به . لا شك فى أن مهمة القضاء فى بعض الأحيان الزجر والتأديب ، ولكن هذه المهمة لا تمتد بحال إلى النيل من الأشخاص وتجريحهم ، ، إذ يجب على الحكم أن يتحلى باعتدال فى العبارة يتفق مع وقار القضاء وهيبته^(٣) .

والمدح والإطراء وكذلك القدح والذم قد تدل على ميل القاضى وتأثره بما دار فى المرافعة وما حفلت به أوراق الدعوى ، وهو ما يتنافى مع حياد القاضى ووجوب عدم

(١) نقض ٨ يناير سنة ١٩٣٤ ، النشرة القانونية للنياية العامة ، السنة الرابعة ، العددان ٢ ، ١ ، ص ٢٨ وما بعدها .

(٢) الدكتور عبد الوهاب العشماوى : رقم ٣٥ ، ص ٣٣ .

(٣) الأستاذ زكى عريبي ، ص ١٨٢ .

(٤) المحكمة العسكرية العليا المصرية جلسة ١٥ أكتوبر سنة ١٩٨٧ ، الدائرة الخامسة ، القضية رقم ٢٨٩ لسنة ١٩٨٦ جنايات عسكرية شمال القاهرة .

(٥) محكمة جنايات قنا جلسة ٢٠ مارس سنة ١٩٣٠ ، القضية رقم ٨٧٥ لسنة ١٩٢٩ قوص ، النشرة القانونية للنياية العامة ، العددان التاسع والعاشر ، السنة الثالثة ، رقم ١٦٠ .

(٦) المحكمة العسكرية العليا جلسة ١٥ أكتوبر سنة ١٩٨٧ سالف الذكر



قانونياً أبداه ، فيجب أن يكون رائده أنه يناقش زميلاً له فى السعى وراء الحقيقة ، فيكون من غير الجائز أن يسفه رأيه أو أن يقلل من شأنه. وتطبيقاً لذلك فإنه إذا دفع دفاع المتهم بأنه لا تتوافر له ملكاته العقلية كاملة وحاول بذلك نفى مسئوليته عن الفعل المنسوب إليه ، فإنه لا يليق بالحكم فى معرض رده على ذلك بقوله إن هذا الدفاع «من لغو القول ولا تلتفت إليه المحكمة»^(٥).

- تجنب عبارات المبالغة : يجب على القاضى أن يتجنب عبارات المبالغة عند الإشارة إلى وقائع الدعوى^(٦) ، فالمبالغة إن كانت مقبولة فى المرافعة إلا أنها لا يمكن قبولها فى الحكم القضائى^(٧). ومن أمثلة ذلك أن يصف الحكم ما صدر عن المدعى عليه بأنه : «ما لا عين رأت ولا أذن سمعت ولا خطر على قلب بشر»^(٨). ومن الأمثلة كذلك أن يذكر الحكم بأسبابه فى قضية تعويض عن أفعال التعذيب أنها «أفعال يعجز الشيطان عن أن يأتى بمثلها إن أراد فعلها ، إما لعدم مقدرته أو لتوافر قسط من الرحمة لديه افتقده هؤلاء الزبانية تلك الفضائع التى تتضاءل أمامها ما ترامى لأسماعنا من أفعال النازية»^(٩). أو وصف جريمة القتل التى ارتكبتها المتهم بأنها «من أفظع ما عرف فى تاريخ الإجرام»^(١٠) ، لأنه ليس من الدقيق الجزم بأنه لم يحدث أفظع من هذه

فالقصاص هو الجزاء العادل لهذا الجانى العتيد والوحش الخطر»^(١). أو أن المتهم «غوى عاطل لا نفع منه ولا خير فيه»^(٢).

وإذا كان على القاضى أن يتجنب مدح أو ذم الخصوم ؛ فإنه يمتنع عليه من باب أولى تناول غير الخصوم كالشهود أو غيرهم بإطراء أو قدح ؛ ذلك أن هذا المدح أو الذم يعد أمراً بعيداً عن النزاع ولا يقتضيه الفصل فى الدعوى عادة^(٣). ويستثنى من هذه القاعدة أن يكون مدح أحد الخصوم فى الحكم قد قصد به إيراد صفة من صفاته استندت إليها المحكمة فى حكمها وعولت عليها ؛ إذ يخرج المدح فى هذه الحالة عن معناه المتعارف ليصبح مجرد تقرير لازم لواقع قائم. وتطبيقاً لذلك لا يعد من قبيل المدح والإطراء أن تشير المحكمة فى أسباب حكمها إلى ما أجمع عليه الشهود من أن المدعى عليه لم يعرف عنه إلا الورع والتقوى ، أو أن تصف الشاهد بأنه صادق فى قوله وأنها ترتاح إلى شهادته دون غيره من الشهود ، فهى فى ذلك إنما تعبر عن عقيدتها دون أن تقصد إلى مدح شاهد أو القدح فى حق آخر^(٤).

-أدب الحوار والجدل والمناقشة : ومما يتصل

بأدب العبارة أن يتجنب القاضى تسفيه أى رأى حتى ولو كان رأياً غير صحيح ، فإذا ما ناقش دفاعاً لمحام أو رأياً

(١) محكمة جنايات قنا جلسة ٢٠ مارس سنة ١٩٣٠ ، القضية رقم ٨٧٥ لسنة ١٩٢٩ قوص ، النشرة القانونية للنيابة العامة ، العددان التاسع والعاشر ، السنة الثالثة ، ص ١٦٠ .

(٢) محكمة جنايات قنا جلسة ٢٠ مارس سنة ١٩٣٠ ، القضية رقم ٤٥ لسنة ١٩٢٩ الدر ، النشرة القانونية للنيابة العامة ، العددان التاسع والعاشر ، السنة الثالثة ، رقم ١٦١ .

(٣) الدكتور عبد الوهاب العشماوى : رقم ٣٧ ، ص ٣٧ .

(٤) الدكتور عبد الوهاب العشماوى : رقم ٣٧ ، ص ٣٧ .

(٥) الأستاذ زكى عريبي ، ص ١٨٢ .

(٦) الدكتور عز الدين عبد الله : ص ٢٤ .

(٧) على سبيل المثال يمكن أن تتضمن المرافعة القول : « بأن البشرية لم تعرف فى تاريخها الطويل ولن تعرف فى قابل أيامها على هذه الأرض رجلاً كهذا الرجل » .

مرافعة الأستاذ محمد وجدى عبد الصمد ممثلاً للنيابة العامة فى القضية رقم ٥٨٦٨ لسنة ١٩٥٥ جنح الأزبكية ، والتى عرفت باسم قضية التنويم المغناطيسى والعلاج النفسى ، مجلة القضاة الفصلية ، السنة ٢٢ ، العدد الأول ، ١٩٨٩ ، ص ٢٥٨ وما بعدها .

(٨) محكمة القيم جلسة ١٨ فبراير سنة ١٩٨٣ ، فى القضية رقم ١٢ حراسات ، مشار إليه لدى الدكتور عبد الوهاب العشماوى : هامش ص ٣٧ .

(٩) محكمة جنوب القاهرة ، جلسة ٢٨ فبراير سنة ١٩٨٧ ، الدائرة ٣٥ تعويضات ، الدعوى رقم ٧٦٢٧ لسنة ١٩٨٦ مدنى كلى جنوب القاهرة ، غير منشور .

(١٠) محكمة جنايات أسيوط جلسة ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ ، فى القضية رقم ٧٩٨ البليتا سنة ١٩٢٩ ، النشرة القانونية للنيابة العامة ، العددان التاسع والعاشر ، السنة الثالثة ، رقم ١٥٩ .



وقد أظهرت الدراسة أن استخلاص القواعد التي يجب أن تتصف بها لغة الأحكام ليس أمراً ميسوراً فلا توجد قواعد مطلقة تحدد ضوابط صياغة الأحكام ، والأمراً مرده في كثير من الأحيان إلى الذوق القضائي والحس اللغوي. وأنه إذا كان جهد الفقه والقضاء قد انصرف إلى وضع ضوابط تتصل بتسبب الحكم ، فإن هذه الضوابط لا شأن لها بلغة الحكم ذاته ؛ إلا في بعض النقاط التي يلتقي فيها عيب التسبب مع عيب استخدام اللغة.

وقد أبانت الدراسة أن مهمة القاضي لا تنتهي بالوصول إلى رأى فاصل في الدعوى المطروحة أمامه ، إذ عليه بعد ذلك أن يؤيد حكمه بقلمه ، فلا قيمة للفكر الذي ينتهي إليه القاضي بدون لغة يعبر بها عن هذا الفكر ، فباللغة ينتقل يقين القاضي من دائرة الاقتناع الداخلي إلى الفكر المحسوس الذي يمكن إدراكه والوقوف عليه ، وأن الاهتداء إلى القرار الصائب ، يكون غالباً أسهل من الاهتداء إلى صياغة حيثياته في صورة سليمة.

وقد قسمت الدراسة القواعد الخاصة التي يجب أن يلتزم بها القاضي عند تحرير حكمه إلى طائفتين من القواعد : الأولى تتصل بالشروط التي يجب توافرها من حيث اختيار ألفاظ اللغة ومفرداتها ، والثانية من حيث أسلوب صياغة العبارة.

ومن حيث شروط اختيار ألفاظ اللغة ومفرداتها فقد دلت الدراسة على أن لغة الأحكام يجب أن تتسم بالوضوح وحسن اختيار العبارات المناسبة ، باختيار القاضي الألفاظ الدالة على المعنى الذي يقصده ، وهذا يقتضى ألا يكون غيره أقدر منه على تأدية ذلك المعنى.

وقد خلصت الدراسة إلى أن لغة الوقائع والإسناد تختلف عن لغة التكييف القانوني: فإذا كان القاضي في مقام إيراد الواقعة ، فيجب أن يبعد عن ذكر التعبيرات القانونية ، وأن يستخدم لغة عادية تتسم بالإيجاز

الجريمة في الماضي أو أنه لن يقع أفدح منها في المستقبل^(١). أو القول بأن : «جنايات المتهم قد تحولت بها داره إلى مجزرة آدمية ترتعد من رؤيتها الفرائص التي تدل على وحشية في نفسه واستهتار بالحياة وقسوة لم يسمع بها»^(٢).

وقد أرست محكمة النقض المصرية مبدأ رسمت به حدود لغة النقد التي يجب أن يقف عندها القاضي وألا يتخطاها : فلقد قضت أن : «..... وبما أن ما ذهب إليه الحكم المطعون فيه من أن العرف جرى على المساجلة بالعبارات الحماسية والأساليب التخيلية وألفاظ التهويل والمبالغة والتحذير والترهيب لمجرد التأثير على النفس وحملها على التصديق في الشئون التي ليس من المستطاع حمل المناظر على تصديقها بالطرق البرهانية الهادئة. فإن هذا الرأي لا تجيزه محكمة النقض ، بل إنها تصرح بأن فيه خطراً على كرامة الناس وطمأنينتهم وتشجيعاً للبداءة ودنس الشتائم. والحقيقة ليست بنت التهويل والتشهير والمبالغة والترهيب ، بل بنت البحث الهادئ والجدل الكريم . وإذا كان لحسن الهيئة مظهر ناطق فإنه الأدب في المناظرة والصدق في المساجلة ...»^(٣).

خاتمة الدراسة

خلصت الدراسة إلى أن اللغة التي تستخدم في مجال القانون ليست واحدة ؛ بل إن لها فروعاً متعددة: فاللغة التي تستخدم في مجال التشريع تختلف عن اللغة التي تستخدم في مجال المرافعة ، وعن هذه وتلك تختلف لغة القضاء. وأنه على الرغم من الخصائص العامة التي تشترك فيها كافة لغات القانون وأهمها الدقة والبساطة والوضوح ؛ فإن كلاً منها ينفرد بخصائص معينة تجعل من استخدام أي منها في خارج النطاق الذي وضعت له أمراً غير مقبول.

(١) الدكتور عبد الوهاب العشماوى : هامش ص ٣٧.

(٢) محكمة جنايات قنا جلسة ٢٠ مارس سنة ١٩٣٠ ، القضية رقم ٨٧٥ لسنة ١٩٢٩ قوص ، النشرة القانونية للنياحة العامة ، العددان التاسع والعاشر ، السنة الثالثة ، رقم ١٦٠.

(٣) الأستاذ زكى عريبي : ص ١٨٩.



وقد أظهرت الدراسة أنه يجب أن يحرص الحكم على ألا يتضمن الإشارة إلى حجج أو أسانيد قانونية ينقلها عن مرجع قانوني ، حتى ولو كانت باللغة العربية ، ذلك أن ما يكتبه الفقيه في مرجعه يرد عليه الجدل والنقاش والخلاف ، بل وقد يعدل عن رأيه ، وهى أمور ينبغى أن ينأى عنها حكم القضاء. أما المذكرات التى تقدم إلى المحكمة فيجوز أن تحوى إشارة إلى مراجع فقهية وأحكام قضائية ، لأنها حتى ولو كانت مقدمة من الادعاء العام فهى تعبر عن وجهة نظر مقدمها ، ولا تعد عنواناً للحقيقة التى لا تقبل جدالاً.

وإذا كان من الجائز أن يشير القاضى فى أسباب حكمه إلى ما استقرت عليه المحكمة العليا من تفسير نص على نحو معين ؛ فإن ذلك مشروط بأن تكون هناك ضرورة لإيراد هذه الأحكام ، فلا يكون لائقاً فى لغة الأحكام أن يعتمد القاضى إلى الإشارة إلى أحكام المحكمة العليا بمناسبة أو بغير مناسبة ، ويجب على القاضى عند إشارته لحكم قضت به المحكمة العليا ألا يقدم هذا القضاء على التشريع.

وأظهرت الدراسة أن لغة الأحكام يجب أن تتصف بالوسطية ، فيتسنى للشخص العادى الإطلاع عليها وفهم المراد منها. وأن حسن الصياغة تفترض أن تكون اللغة التى يستعملها القاضى تتسم بعدم الإطالة والتزيد. وأنه إذا كان الإيجاز مطلوباً فى الأسباب ، فهو أكثر إلحاحاً فى منطوق الحكم ، فهذا المنطوق يجب أن يعبر عن الحكم القاطع الحاسم ، ومن ثم يجب ألا يكون مشمولاً بأى زيادة أو إضافة فيه. فيجب أن تتصف لغة المنطوق بالحسم وسهولة الفهم والوضوح .

وقد دلت الدراسة أن من عيوب الصياغة استطراد الحكم أو إirاده ما لا ضرورة له من حجج وأسانيد. فالقاضى غير ملزم بتتبع الخصوم فى مختلف أقوالهم وحججهم وطلباتهم.

وقد أظهرت الدراسة أن الإيجاز والاقتضاب وحصر التعبير فى كلمات واضحة وعبارات محددة دون اسهاب أو استطراد هى الصفات التى يجب أن تتصف بها الأحكام

والبساطة والوضوح ، ذلك أن إطلاق القاضى وصفاً قانونياً على الواقعة ، يعنى أنه انتهى إلى نتيجة ؛ بينما لم يكن قد تناول المقدمات بعد. أما فى الجزء الخاص فى الإسناد وتكييف الوقائع والأدلة عليها ، فيجب على القاضى أن يستخدم لغة فنية اصطلاحية ، فكل لفظ له دلالة القانونية التى يجب تحرى الدقة فى إيرادها.

ويجب أن يكون الحكم قد كتب بلغة مقروءة يمكن الوقوف على معنى عباراتها وألا يكتنفها الغموض. وأنه إذا تناول القاضى نصاً قانونياً ، سواء بتفسير معناه أو باستخلاص مضمونه ، فيجب عليه أن يقدم لذلك باستخدام العبارات التى تقيد ذلك. وأن يذكر بأسباب حكمه كيفية التوصل إلى قصد الشارع بإتباع قواعد التفسير المختلفة.

ويجب على القاضى أثناء تحرير حكمه أن يحرص على نقاء الألفاظ التى يستخدمها ؛ فيجب أن يتجنب العبارات المعقدة الألفاظ المهجورة لعدم استخدامها وأن يتجنب استخدام بعض الألفاظ الجديدة أو المبتكرة. وإذا كان هناك بعض الألفاظ المبتكرة ذات أصل أجنبى ، فعلى القاضى أن يستخدم بديلها فى اللغة العربية ؛ أما إن لم يكن لها بديل ، فيجوز فى هذه الحالة الإبقاء على أصلها الأجنبى مع تعريبها بتغيير صيغتها بما يناسب العربية.

ولا يجوز أن يتضمن الحكم القضائى فى أسبابه عبارات تفتح مجالاً للاستنتاج أو التأويل أو الاستيضاح. كما على القاضى أن يتجنب استخدام الجمل المعقدة أو المتشابهة التى تؤدى إلى صعوبة التوصل إلى المعنى. وأنه على القاضى أن يتجنب الخلط بين معانى الألفاظ ، وألا يتابع أطراف الدعوى فى هذا الخلط. وأن يستخدم التعبيرات التى يكون لها معنى اصطلاحى استخداماً صحيحاً ؛ ذلك أن من شأن استخدام هذه التعبيرات أن يتجنب القاضى الاستفاضة فى شرح معناها ، وهو ما يؤدى إلى الإيجاز والحسم. وأنه إذا كان للفظ الواحد أكثر من معنى اصطلاحى ، وجب على القاضى أن يتحرز فى استخدام هذا اللفظ بأن يقصر استخدامه على المعنى الذى يتوافق مع الدعوى المطروحة عليه.



ومستواها وطريقة الكتابة.

ومن شروط صحة الأحكام أن تكون كتابتها سليمة إملاء ونحواً ، فيجب على القاضى أن يتجنب فى حكمه الأخطاء النحوية ؛ ذلك أن من شأن الجسيم منها أن يعيب أفكار كاتبها أو أن يحيطها بالغموض. ومن قبيل الأخطاء اللغوية استخدام كلمات لا تؤدى وظيفة ما أو استعمال كلمات فى غير مكانها.

وعلى القاضى أن يتجنب العبارات الجارحة أو عبارات السخرية والدعابة ، فإن لغة الأحكام يجب أن تخلو من عبارات المدح والإطراء. وبالمثل فإن على القاضى تجنب استخدام الجمل العدائية أو الهجومية ؛ ذلك أن هذه الجمل تعد جملاً غير لائقة فى لغة الأحكام.

ومما يتصل بأدب العبارة أن يتجنب القاضى تسفيه أى رأى حتى ولو كان رأياً غير صحيح.

ويجب على القاضى أن يتجنب عبارات المبالغة عند الإشارة إلى وقائع الدعوى ، فالمبالغة إن كانت مقبولة فى المرافعة إلا أنها لا يمكن قبولها فى الحكم القضائى.

القضائية. وأن الإسهاب الذى يمكن التجاوز عنه يختلف بحسب المحكمة التى تنظر الدعوى ، فيجوز أن تفيض محكمة أول درجة فى بيان الأسباب ؛ بخلاف محكمة ثانية درجة أو المحكمة العليا.

وإذا كان بمقدور الحكم أن يحيل فى شأن الوقائع على ما أورده حكم آخر لتجنب التكرار ، فإن الإكثار من الإحالة بصفة عامة قد يجعل الحكم غامضاً معقداً ، مما يقتضى الكثير من الجهد لفهمه.

وعلى القاضى أن يتجنب الالتجاء إلى الجمل الطفيلية ، وما يعتبر منها بمثابة الحشو أو تحصيل الحاصل. وعليه أن يقتصد فى استخدام الألفاظ الدالة على الظرف أو الحال أو التأكيد. كما أن عليه أن يتجنب استخدام المترادفات. ولا يجوز له أن يستخدم ألفاظاً تدل على التفخيم أو تبجيل الخصوم.

وأبانت الدراسة أن لغة الحكم يجب أن تتصف بوحدة الأسلوب ، لا أن يكتفى القاضى بسرد وقائعها بنقلها نقلاً حرفياً من صحيفة الدعوى أو مذكرة الادعاء العام بألفاظها وعباراتها ، فيأتى الحكم فى النهاية عبارة عن خليط غير متجانس من حيث الأسلوب ومفردات اللغة



التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة في الفقه الاسلامي مقارنا بقانون المعاملات الالكترونية العماني

مقدم البحث :

د- الهادي أحمد الهادي

معهد العلوم الشرعية

سلطنة عمان



مقدمة :

يعقدها على نفسه ملتزماً بأداء أمر ما أو الامتناع عنه أو ابراء للغير من حق مستحق له أو نحو ذلك مما لا يحتاج الى قبول من طرف آخر. ولقد اشتملت مؤلفات العلماء على مباحث غاية في الدقة والتفصيل تناولت فيما تناولت الارادة العقدية وعناصرها وحدود سلطانها وكيفية التعبير عنها وغير ذلك مما يتعلق بالتعاقد.

ومما تناوله العلماء بالبحث كفيات التعاقد ووسائله والتي يتم من خلالها التعبير الواضح عن ارادة التعاقد والربط بين ارادتي المتعاقدين ونحو ذلك مما تقتضيه لوازم العقد وشروطه. ولقد اشتمل هذا تناول على بحث هذه الكيفيات والوسائل من نواح عدة سواء من ناحية تعبيرها عن ارادة التعاقد نفسها من لفظ وكتابة ونحوهما أو من ناحية الوسيلة المستخدمة في الربط بين الايجاب والقبول المعبرين عن ارادة التعاقد من تخاطب مباشر أو رسالة مكتوبة أو نحوهما أو من ناحية صورة التعاقد من تعاقد حضوري أو غيابي.

على أن من بين الوسائل المستخدمة ما نشأ حديثاً مما لم يكن مستخدماً أو معروفاً لدى العلماء المتقدمين. وهو ما تمس معه الحاجة الى البحث في صلاحية هذه الوسائل وقدرتها على الاستجابة للمتطلبات والشروط التي اعتمدها الفقهاء ومدى صحة وسلامة التعاقد من خلالها.

بيد أنه وعلى الرغم من كونها وسائل حديثة لم يتطرق لها الفقهاء المتقدمون سلفاً إلا أنه يتسنى القول بإمكانية النظر فيها وتقييمها من خلال قياسها على ما ألفوه وارتضوه من وسائل ذات أرضية مشتركة وشبه مقدر والابتناء أيضاً على ما أرسوه من قواعد ضابطة للتعاقد بشكل عام، وعلى التعاقد الغيابي بشكل خاص نظراً لكون التعاقد فيها يتم بين متباعدين، الى غير ذلك مما ييسر البحث والاستنباط ويؤمن سلامة النتائج المستخلصة. وهذا ما يتطلب دون شك التعرض لهذه الجوانب والنظر فيما قد يرد من اشكالات، وهو ما سأقوم به باذن الله تعالى خلال هذا البحث استناداً الى ما ذكرته من تنزيل على تلك الضوابط والقواعد وقياساً على فتاوى وتطبيقات الفقهاء في المذاهب المختلفة وتأسيساً على ما يتيسر لي

تناول الفقه الاسلامي كما تناولت القوانين مسألة الالتزام العقدي بجوانبه المختلفة. ومن بين ما حرص كل من الفقه والقانون على تناوله وتوضيحه وسائل التعاقد تمييزاً بين ما يجوز التعاقد به وما لا يجوز أو توضيحاً لما يعتري بعض هذه الوسائل من ضعف أو معالجة لما قد يقترن بها من اشكالات.

وهذا البحث يهدف الى استقراء موقف كل من الفقه الاسلامي وقانون المعاملات الالكترونية العماني من التعاقد بالوسائل الحديثة من هاتف وحاسب آلي (كمبيوتر) ونحوهما من الوسائل المعاصرة لما تتطلبه حاجات التعامل بها من معرفة مدى صحة العقود المنعقدة بوساطتها. ومن ثم يتضمن البحث بياناً لموقف كل من الفقه الاسلامي والقانون المذكور من ذلك ومقارنة بينهما لاستجلاء أوجه الاتفاق وأوجه الاختلاف إن كان.

ولقد قمت بتقسيمه الى فصلين :

الفصل الأول : وتضمن التعريف بالعقد وبيان أركانه ولوازمه. وينقسم هذا الفصل الى مبحثين، الأول في بيان معنى العقد وأركانه والثاني في شروط الارتباط بين الايجاب والقبول ومتعلقاته حيث يقتضى تعلق البحث المباشر بصيغة التعاقد المشتملة عليهما افراد مبحث خاص لهذه الشروط.

الفصل الثاني : واشتمل على التعريف بوسائل الاتصال الحديثة وحكم التعاقد بها. وقد قسمته الى ثلاثة مباحث، الأول في بيان المراد بوسائل الاتصال الحديثة وأنواعها، والثاني في حكم التعاقد بها في الفقه الاسلامي، والثالث في حكم التعاقد بها في قانون المعاملات الالكترونية العماني.

تمهيد :

يعد من بين القضايا الهامة التي تناولها العلماء بالبحث والتفصيل قضية الالتزام العقدي بنوعيه ما يكون متبادلاً بين طرفين من بيع وزواج ونحوهما وما يكون من جهة واحدة من نحو الزام الفرد نفسه بأمر ما من يمين



المطلب الأول - التعريف بالعقد :

العقد فى اللغة : من معانى العقد فى اللغة الربط والشد والاحكام والتوثيق والعهد .

جاء فى المصباح المنير (عقد الحبل أو البيع أو العهد فانهقد . ويقال عقد النية والعزم على شئ وعقد اليمين أى ربط بين الارادة وتنفيذ ما التزم به)^(١).
العقد فى الاصطلاح الفقهى واطلاقاته : عرف العلماء العقد بتعريفات مختلفة تدور حول معنى الربط بين اليجاب والقبول ربطا ينتج عنه أثر شرعى . ومن هذه التعريفات تعريفه بأنه الربط بين كلامين أو ما يقوم مقامهما صادرين من طرفين على وجه يترتب عليه أثره الشرعى . وهذا كما هو واضح تعريف للعقد الذى يكون الالتزام فيه متبادلا بين طرفين .

ويلاحظ فى التعريف المذكور أنه ينحو نحو موضوعيا يجعل الارتباط الذى ينقذ به العقد هو الارتباط بين اليجاب والقبول المعبرين عن الارادتين لا الارتباط بين الارادتين نفسيهما . وهذا المنحى الذى جرى عليه الفقهاء يرجع الى ملاحظتهم لضرورات استقرار التعامل والذى يقتضى اعتماد الارادة الظاهرة المعبر عنها باليجاب والقبول اذ الارادة الحقيقية أمر باطن خفى لا يتيسر التحقق منه ومن ثم لا يمكن التحويل عليه بمجرد وبمعزل عن تعبير خارجى ظاهر يدل عليه .

ويطلق بعض الفقهاء كلمة عقد أيضا على ما يكون الالتزام فيه من طرف واحد ، وهو معنى عام للعقد . وعلى هذا فان كلمة عقد تطلق على معنيين ، معنى خاص ضيق وهو ما يكون الالتزام فيه صادرا من طرفين متبادلا بينهما كما فى عقد الزواج والبيع ونحوهما ، ومعنى عام واسع يشمل أيضا ما يكون الالتزام فيه صادرا من طرف واحد كما فى اليمين والطلاق ونحوهما . على ان اطلاق كلمة عقد على ما يكون الالتزام فيه من طرف واحد وهو الموجب تجوز مرده أن ثمة معنى جامع بين الصورتين هو ما يحدث من ارتباط بالمعنى العام للارتباط . وهذا اذ

من فهم لمقاصد الشرع وغاياته . فمعرفة ما انتهى اليه أولئك الفقهاء بشأن مشروعية التعاقد بصورتيه الحضورية والغياية مثلا يمكن اعتبارها من الأمور ذات الصلة الواضحة بموضوع البحث . ومن ثم يصبح البت فيما ان كان التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة يدخل ضمن التعاقد الحضورى أو ضمن الغيايى أمرا هاما يتناسب أن يخصص له حيز مقدر من البحث . وفضلا عن ذلك فان الاتصال الذى اشترت اليه بين اليجاب والقبول ومن ثم الارتباط بينهما قد يبدو غير متحقق تماما بصورته المطلوبة فى حالة التعاقد الغيايى والذى لا يكون المتعاقدان موجودين فيه فى مكان واحد . وذلك أن العناصر المطلوبة أصلا لغرض تحقق الاتصال لا تبدو متوفرة بما يكفى . وهو ما يطرح تساؤلا عن مدى تحقق شرط الاتصال فى التعاقد بالوسائل محل البحث والتى لا يتوفر فيها الحضور المكانى للعاقدين .

ان عدم تحقق الوحدة المكانية للمتعاقدين أثناء تعاقدتهما يطرح تساؤلا أيضا عما اذا كان مجلس عقدهما محققا للعناصر المطلوبة للاتصال بالقدر الذى يحققه مجلس العقد الحضورى ، اذ كيف يتسنى لكل طرف التحقق من شخص الطرف الآخر والاطمئنان الى أنه المعنى بالتعاقد . وهذا اشكال يحتاج الى نظر ومعالجة وان تفاوتت درجة هذا الاحتمال من وسيلة الى أخرى .

وأخلص مما سبق الى أهمية اندراج هذه المسائل ومثلها فى البحث بحيث تكون النتائج المستخلصة ناهضة فى نهاية الأمر على أساس علمى وبحثى متين يأخذ فى الاعتبار فضلا عن نصوص الشرع وأحكامه المتعلقة بالتعاقد قواعده وضوابطه ومقاصده المعتمدة . ولعله من المناسب أيضا أن يتضمن البحث بعض مسائل العقد الأخرى تعريفا به وبياننا لعناصره وغير ذلك مما يساعد فى استيعاب الموضوع وفهم جوانبه المختلفة .

الفصل الأول - العقد وأركانه ولوازمه :

المبحث الأول - التعريف بالعقد وبيان أركانه :

(١) المصباح المنير ص ٤٥ .



التعبير الخارجى الذى يصدر عن كل من المتعاقدين معبرا عن ارادة التعاقد، ويشمل ذلك التعبير باللفظ والكتابة والاشارة والتعاطى، على أنه مما ينبغى ملاحظته أن هذه الكيفيات المذكورة تتفاوت من حيث درجة دلالتها على ارادة التعاقد، فبعضها موضع تفصيل واختلاف فى صلاحيتها من حيث الأصل أو بالنسبة لبعض العقود، وقد مر أن الفقه الاسلامى يؤسس نشوء العقد على حصول الارتباط بين الايجاب والقبول لا بين الارادتين وان كان مقصوده فى الواقع هو هاتين الارادتين وان مرد ذلك خفاء الارادة الباطنة مما يجعل التعويل عليها ضربا من التخمين والظن لا يتماشى مع ضرورات استقرار الأحكام الدنيوية والى تنبى على الظاهر، ولأنه لا يتناسب منطقا أن يلزم المرء الا بما التزم به فعلا وحقيقة وهو ما يتعرف عليه من خلال افصاحه عن ارادته بوسيلة خارجية ظاهرة.

المطلب الثانى - الايجاب والقبول : الايجاب لغة مصدر أوجب أى ألزم^(٢) ويراد به اصطلاحا ما يصدر من المتعاقد معبرا عن ارادة التعاقد موجها الى الطرف لآخر. ويراد بالقبول ما يصدر من الطرف الموجه اليه الايجاب ردا على الموجب يعبر فيه عن قبوله ورضاه بما أوجبه.

غير أن ثمة اختلافات فى بعض المسائل المتعلقة بالايجاب والقبول منها أن الايجاب عند فقهاء الحنفية هو ما يصدر أولا والقبول ما يصدر ردا عليه، فالايجاب فى البيع مثلا ما يصدر من اى منهما معبرا عن ارادة التعاقد والقبول ما يصدر من الثانى معبرا عن قبوله، أما جمهور الفقهاء فيذهب الى أن الايجاب ما يصدر من المملك والقبول ما يصدر من المملك بصرف النظر عن من بدأ منهما، فالايجاب فى البيع مثلا ما يصدر من البائع لأنه فى موقع المملك للمبيع بينما القبول ما يصدر من المشتري اذ هو المملك له، بيد أنه اختلاف لا أثر له يذكر فى الانعقاد وعناصره ومقتضياته.

تتوقف عليها حقيقته ثلاثة وهى فى الحقيقة خمسة، عاقد من بائع ومشتري ومعقود عليه من ثمن ومثمن والثالث صيغة^(١) وفى (جوهر النظام):

وخمسة أركانه عند الشراء

العقد والبائع الذى اشترى

والرابع المبيع ثم الثمن - خامسها وذاك شرط بين^(٢)

أما فقهاء الحنفية فأركان العقد عندهم هى الصيغة فحسب، ولا تدخل بقية العناصر فى الأركان وانما هى شروط لازمة لتحقيق ركن الصيغة اذ لا يتصور وجودها دون عاقد ومحل.

ويرجع الاختلاف بين الحنفية وجمهور الفقهاء الى تمسك الحنفية بمنطوق تعريف الركن، اذ ركن الشئ هو ما يكون جزءا من حقيقته ولا يقوم الا به، بخلاف الشرط الذى يكوم خارجا عنه وان توقفت عليه صحته ونحوها، والصيغة هى التى ينطبق عليها تعريف الركن انطباقا تاما، أما الجمهور فاكثفوا بكون العناصر الأخرى من عاقدين وبدلين عمادا للعقد لا يقوم الا بهما فى اطلاق وصف الركن عليهما.

وفى تقديرى - وكما أشار الى ذلك أيضا بعض الباحثين - أن منهج الجمهور أوفق من الناحية العملية بينما منهج الحنفية أدق من الناحية النظرية.

المبحث الثانى - الصيغة وشروط الارتباط بين الايجاب والقبول :

يقتضى كون الصيغة هى الركن المتفق على ركنيته عند الفقهاء وكونها تتعلق بشكل مباشر بموضوع البحث لصلتها الواضحة بقضية الاتصال بين طرفى العقد التعريف بها وبيان شروط الاتصال والارتباط الذى يتم بين شقيها الايجاب والقبول والذى ينتج عنه العقد.

المطلب الأول - المراد بالصيغة : الصيغة هى

(١) الشرح الصغير بهامش بلغة السالك ج ٢، ص ٣.

(٢) جوهر النظام لنور الدين السالمى ج ٢، ص ٣٨٢.

(٣) لسان العرب لابن منظور ج ١، ص ١٩٣.



ومع اختلاف مفهوم التعريف القانوني من حيث ابتناؤه للعقد المبرم على توافق ارادتي الطرفين وهو معنى ذاتي معول على الارادة نفسها خلافا للمفهوم الفقهي والذي يبتنى فيه على ارتباط الايجاب بالقبول وهو معنى موضوعي معول على الارادة الخارجية الظاهرة الا أنه يتفق من حيث اطلاقه لكلمة عقد مع الرأي الفقهي الذي يقصرها على ما يكون الالتزام فيه صادرا من طرفين.

وفي تقديرى أن النظر الفقهي الذي يبنى الانعقاد على الارادة الظاهرة أدق ، اذ الارادة الباطنة أمر خفى لا يمكن التعويل عليه الا من خلال تعبير خارجي دال عليه وهو ما اتفقت معه بعض التعريفات القانونية فقد ورد في (مصادر وأحكام الالتزام) أن المادة ٧٣ من القانون العراقي عرفت العقد بأنه ارتباط الايجاب الصادر من أحد العاقدین بقبول الآخر على وجه يظهر أثره في المعقود عليه.^(٦)

المطلب الثاني- أركان العقد : وأعنى بذلك هنا العقد بمعناه الخاص وهو ما يكون بين طرفين اذ اطلاقه على هذا المعنى هو ما ارتأيته كما أن موضوع البحث يتعلق به وأركانه عند جمهور الفقهاء هي الصيغة (الايجاب والقبول) والعاقدان والبدلان. ويلاحظ أن هذا التوصيف بالنسبة للعقود بشكل عام اذ منها ما لا يشمل على بدلين مثل الهبة والتي تشمل على بدل واحد، كما ان منها ما يشمل على عناصر اضافية خاصة به اعتبرها بعض الفقهاء أركاناً مثل عقد الزواج الذي عد البعض من أركانه الولي أو غيره. وبعض الفقهاء يعد الصيغة المشتملة على الايجاب والقبول او العاقدین أو البدلين ركناً واحداً مما قد يعتد معه الاختلاف في عدها، مع أن الواقع أنه اختلاف لفظي لا أثر يذكر له. جاء (في الشرح الصغير بهامش بلغة السالك) (وأركانه- البيع- التي

المتعاقد في حالة المعنى الخاص ربط ارادته بارادة الطرف الآخر كما أن الملتزم في حالة المعنى العام عاهد نفسه والزمها وربطها بما التزم به. وعلى كل فيبدو أن الاطلاق الأول المقتصر على المعنى الخاص مشتق من الربط والتوثيق بينما الاطلاق الثاني مشتق من معنى العهد والعزم ، والمعنيان واردان في اللغة كما مر^(١)

استخدام المعنى الأول : من ذلك ما جاء في درر الحكام (والمراد بالعقد الحاصل بالمصدر وهو ارتباط اجزاء التصرف الشرعي ، بل الاجزاء المرتبطة نحو زوجت وتزوجت وكذا بعت واشترت)^(٢)

استخدام المعنى الثاني : جاء في أحكام القرآن للشيخ الجصاص (فيسمى البيع والنكاح والاجارة وسائر عقود المعاوضات عقداً لأن كل واحد منهما ألزم نفسه التمام عليه والوفاء به .

وسمى اليمين على المستقبل عقداً لأن الحالف قد ألزم نفسه الوفاء بما حلف عليه من فعل أو ترك^(٣)

وفي تقديرى أن الاختصار على اطلاق كلمة عقد على ما يكون الالتزام فيه صادرا من طرفين واطلاق كلمة التزام على ما يكون الالتزام فيه صادرا من طرف واحد وهو المفهوم الشائع حالياً عند العلماء والباحثين أوفق وأدق في تحديد المعنى.

التعريف القانوني للعقد : عرفت العديد من القوانين العقد بما يعنى أنه يبنى على توافق ارادتين. فقد عرفه الدكتور السنهاوري بأنه توافق ارادتين على احداث أثر قانوني سواء كان هذا الأثر هو انشاء التزام أو نقله أو تعديله أو انهاؤه^(٤) وجاء في (مصادر وأحكام الالتزام) أنه توافق بين ارادتين على انشاء علاقات ملزمة^(٥)

(١) أنظر أحكام المعاملات الشرعية للشيخ على الخفيف

(٢) درر الحكام ج١، ص ٣٢٦ .

(٣) أحكام القرآن للجصاص ج٢، ص ٢٩٤ .

(٤) الوسيط للسنهاوري ج١، ص ١١٨ .

(٥) مصادر وأحكام الإلتزام ص ٣٨ .

(٦) نفس المصدر ص ٣٨ .



عامة أخروية ودينية. على أن تخلف دورها في مجال الأحكام الدنيوية عن موقعه الحقيقي والمتقدم بحيث ترتب هذه الأحكام على الإرادة الظاهرة دونها إنما يعود إلى صعوبة التحقق منها لا إلى كونها تابعة للإرادة الظاهرة واعتبار الأخيرة أصلاً متبوعاً.

جاء في إعانة الطالبين (والرضا وهو خفي إذ هو معنى قائم بالقلب فلا اطلاع عليه فاشتراط لفظ يدل عليه) (٢)

هذا وهنالك تفصيلات عديدة تتعلق بالإيجاب والقبول لا يتسع المجال للتعرض لها. ومن ذلك ما اتفق عليه الفقهاء من تفضيل استخدام صيغة الماضي على غيرها من مضارع ونحوه بحسبانها الأكثر تعبيراً عن إرادة التعاقد وقيامها بصورة جازمة لا احتمال فيها.

المطلب الثالث - شروط الارتباط بين الإيجاب والقبول : وتعد هذه الشروط بمثابة العناصر اللازمة لنشوء العقد وسلامة مكوناته من صيغة وعاقدين وبدلين. وسنرى أن هذه الشروط أو جلها ذات صلة واضحة بموضوع البحث مما يجعل من التعرف عليها وفهم المقصد من اشتراطها أمراً هاماً.

وهذه الشروط كما يلي :

الشرط الأول - أن يكون كل من الإيجاب والقبول معبراً عن إرادة معتبرة :

وهذا الشرط يقتضى أمرين : الأمر الأول : وضوح دلالة كل منهما على الإرادة الحقيقية. وقد اشترت فيما سبق إلى التفاوت في كيفية التعبير عن الإرادة من لفظ وكتابة وغيرهما وفي الصيغة من ماض ومضارع ونحوهما من حيث دلالة كل من ذلك على إرادة التعاقد وما جرى من تفصيلات للعلماء بشأن ذلك. والأمر الثاني : كون إرادة كل من الموجب والقابل إرادة معتبرة. وهذا يتعلق بالعاقدين حيث يلزم أن يكون كل منهما أهلاً للتعاقد والا لم يتم ارتباط بين الإيجاب والقبول ولم ينعقد

وفى اعتقادي أن رأى الحنفية أقرب للقبول إذ إن من المناسب أن يكون الموجب هو من يبادر باظهار إرادة التعاقد والقابل هو من يستجيب لهذه المبادرة بالقبول. ورأى الحنفية يوافق ما جاء في العديد من التعريفات القانونية للإيجاب والقبول. فقد جاء مثلاً أنه التعبير البات المنجز الصادر من أحد العاقدين والموجه إلى الطرف الآخر. (١)

الإيجاب والقبول يشكلان الإرادة الظاهرة للمتعاقدين: يشكل الإيجاب والقبول التعبير الخارجي الدال على إرادة التعاقد وهو ما يسمى أيضاً بالإرادة الظاهرة. فالإرادة الظاهرة إذا هي التعبير الخارجي عن الإرادة الحقيقية الباطنة والمستكنة في النفس. ولأنها كذلك فقد تطلب هذا كونها واضحة الدلالة عليها. هذا ويبدو أن التعبير بعبارة الإرادة الباطنة والظاهرة هو تعبير قانوني المنشأ استخدمه أيضاً المعاصرون من العلماء والباحثين في مجال الفقه الإسلامي. أما الفقهاء المتقدمون فقد عبروا عن الإرادة الحقيقية بالرضا ونحو ذلك كما عبروا عن الإرادة الظاهرة بالصيغة والمظنة.

والفقه الإسلامي بشكل عام اعتمد الظاهر في ترتيبه لأحكامه الدنيوية. وبذلك فهو ينزع نزعة موضوعية تعتمد ظاهر الأقوال والأفعال دون النيات الباطنة. وذلك نظراً لخفاء ما في الباطن وما يؤدي إليه ابتناء الحكم عليه من اضطراب في الأحكام. على أن هذه النزعة الموضوعية ليست مغالى فيها. فاستقراء ما جرى عليه الفقهاء بشأن الإرادتين الباطنة والظاهرة يظهر تقديرهم التام لدور الإرادة الباطنة الأصيل وأهميته بحسبان أن الالتزام إنما يراد له أن يؤسس على الرضا وأن الإرادة الظاهرة هي المعبر إليها. والأدلة على اعتماد الظاهر سواء بالنسبة للحكم الدنيوي بشكل عام أو بالنسبة للتعاقد والالتزام خاصة لا تحصى إلا أنه لا يتسع المجال لسردها. والواقع أن تحري موقف الفقهاء من الإرادتين الباطنة والظاهرة ينتهي دون شك إلى الاقتناع باقترانهم من الناحية النظرية بدور الإرادة الباطنة الجوهرية في مجال الأحكام

(١) مصادر وأحكام الالتزام ص ٨٦.

(٢) إعانة الطالبين ج ٣، ص ٤.



الثاني بمجرد صدور القبول وتبقى الحاجة فقط لاثبات انعقاده. ولعل أثر هذا الاختلاف يبدو أكثر ظهوراً في حالة التعاقد الغياي بالرسالة المكتوبة ونحوها. فإن العقد بناء على الرأي الأول لا ينعقد إلا بعد وصول القبول إلى الموجب وقد يستغرق وصوله وقتاً، بينما ينشأ العقد على الرأي الثاني بمجرد كتابة القابل للقبول في مجلس قراءته للرسالة المتضمنة للإيجاب.

اعتراض بعض الباحثين على ابتناء الانعقاد على مجرد القبول :

يرى بعض العلماء أن القول بانعقاد العقد بمجرد قبول القابل قد يؤدي في بعض الحالات إلى حدوث بعض الإشكالات ، وهو ما يظهر مثلاً في حالة التعاقد الغياي . يقول الشيخ على الخفيف تعليقا على ما قد يفهم من عبارات بعض الفقهاء التي يظهر من إطلاقها أن العقد في حالة الرسالة المكتوبة ونحوها ينعقد بمجرد قراءة الطرف المرسل إليه للرسالة وقبوله في مجلس قراءته لها (أما بالنسبة إلى علم الموجب بما صدر من القبول فهذا محل نظر . فإن إطلاق عباراتهم يدل على أن العقد يتم بمجرد صدور القبول من المرسل إليه وإن لم يعلم به الموجب . فإذا تأخر إبلاغه بالقبول زمناً فإلى أية مدة يكون الموجب في جهالة من أمره . ذلك ما قد يجر إلى النزاع بين الطرفين لأن الموجب قد يتعاقد مع ثالث لعدم علمه بالقبول الصادر من المرسل إليه ومضى زمن طويل على إيجابه فيتنازعان بسبب ذلك . فهلا اشترطوا إعلام الموجب بالقبول في مدة معينة إذا مضت دون إعلام بطل العقد)^(١)

على أن الملاحظ هنا أن الشيخ الخفيف يقر ضمناً بصحة ربط نشوء العقد بمجرد قبول المرسل إليه ، وذلك أنه يذهب إلى إبطال العقد في حالة عدم وصول القبول حتى مدة متطاولة ولا يخفى أن الإبطال لا يقع إلا على عقد ناشئ صحيح .

والاختلاف المذكور حول ما إن كان العقد ينقذ بمجرد صدور القبول أم لا نجده مبسوطاً أيضاً في ما

عقد . فارادة المجنون والصبي غير المميز مثلاً غير معتبرة ، ومن ثم لا يعول على إيجابهما ولا قبولهما . وقد تطلب الشرط المذكور هذين الأمرين إذ لا غنى عن توفرهما في وقت واحد . ذلك أنه لا فائدة من وضوح التعبير طالما أن الإرادة المعبر عنها غير معتبرة ، ولا فائدة من وجود الإرادة المعتبرة طالما لم يعبر عنها بشكل واضح يدل على وجودها .

الشرط الثاني- اتحاد موضوع التعاقد :

والمقصود بذلك أن يكون محل التعاقد ومحوره واحداً . فإذا عرض البائع مثلاً على المشتري بيع سيارته بمبلغ ألف ريال عماني فإنه يلزم حتى يرتبط الإيجاب بالقبول وينشأ العقد أن يقبل المشتري السيارة نفسها بالثمن نفسه . فإن قبل بخمسمائة مثلاً أو بألف ريال قطري أو قبل سيارة أخرى للبائع لم يتم ارتباط بينهما . وللفقهاء تفصيل في هذه المسألة من مثل اختلافهم حول ما إن كانت مخالفة القبول للإيجاب لمصلحة الموجب تمنع الارتباط أيضاً أم لا ، إلى غير ذلك من التفصيلات التي لا يتسع المجال لذكرها .

الشرط الثالث- الاتصال بين الإيجاب والقبول :

والمقصود بذلك أن يعلم كل من الموجب والقابل بما صدر من الآخر ويفهمه . فإذا قال البائع للمشتري بعثك سيارتي بألف ريال عماني فإن قبول المشتري لا يكون له أثر إلا إذا صدر بناء على علمه بالإيجاب وفهمه له . فإن جاء مصادفة وليس رداً مقصوداً على الإيجاب لم ينشأ العقد لعدم حصول الارتباط بين الإيجاب والقبول . وبعض الفقهاء يذهب إلى أنه يلزم أيضاً لنشوء العقد أن يعلم الموجب بقبول الآخر خلافاً لمن ذهب إلى أن ذلك ليس لازماً وأن العقد ينقذ بمجرد صدور القبول . فعلم الموجب بصدور القبول على هذا الرأي الأخير إنما يتطلب لاثبات انعقاد العقد لا لإنشائه بدءاً . ولا شك أن اختلاف الرأي حول اشتراط علم الموجب بالقبول أو عدمه مؤثر في تحديد لحظة الانعقاد ، إذ ينعقد العقد على الرأي الأول بعد علم الموجب بالقبول بينما ينعقد على الرأي

(١) هامش أحكام المعاملات الشرعية ص ١٨٩ .



فى بعض العقود ، الى غير ذلك مما قد يرد عليه ولعله لا يخفى أن هذا الذى أشرت اليه من وجود العديد من الاشكالات المتعلقة بشرط الاتصال المذكور فى حالة التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة يجعل هذا الشرط ومتعلقاته العناصر الأكثر أهمية فى هذه الدراسة والأولى بالتفصيل والتوسع .

الشرط الرابع - عدم رجوع الموجب عن ايجابه قبل قبول الآخر :

وهذا لأنه برجع الموجب عن الايجاب لا يصادف القبول ان صدر ايجابا ولا يتأتى من ثم حصول الارتباط بينهما بداهة . وحق الموجب فى الرجوع عن ايجابه هو مذهب أكثر العلماء .

جاء فى (شرح النيل) (وأما خيار التروى وهو الذى فى حين التباعد قبل العقد وهو لهما)^(٢)

وفى (البناية شرح الهداية) (للبايع أو المشتري أن يرجع قبل قبول الآخر)^(٣)

على أنه يفهم من عبارات بعض الفقهاء أنهم يمنعون رجوع الموجب عن ايجابه .

جاء فى (مواهب الجليل) (والذى يتأتى على المذهب أن من أوجب البيع لصاحبه من المتبايعين لزمه ان أجابه صاحبه فى المجلس بالقبول)^(٤)

الشرط الخامس - مشروعية محل العقد والعلم به :

فيشترط فى المعقود عليه وفى بدله المقابل له أن يكونا مشروعين . واشترط الفقهاء كذلك فيهما ألا يكونا مجهولين جهالة مؤدية الى التنازع واكل المال بالباطل . ومن الجهالة كونهما على خطر الوجود والعدم ، وكونهما غير مقدورى التسليم .

طرحه القانونيون من آراء فى هذا الصدد . وقد تعددت النظريات التى طرحت ، فشملت ما يسمى بنظرية اعلان القبول ونظرية تصديره ونظرية استلامه . وبمعنى آخر فان هناك عدة آراء بالنسبة للحظة التى ينشأ فيها العقد بعد أن يصدر القبول . جاء فى (مصادر وأحكام الالتزام) (وتثور فى هذا الصدد مشكلة الوقت الذى يتم فيه انعقاد العقد . فهل ينعقد العقد فى الزمان والمكان اللذين يصدر فيهما القبول أى مكان وجود القابل أم هل ينعقد فى الوقت الذى يعلم فيه الموجب بالقبول وبالتالى فى مكان وجوده . تعددت النظريات فى هذا الصدد ، فمنها ما يعتد باعلان القبول أو اصداره ، ومنها ما يعتد بمذهب تصدير القبول الى الموجب ، ومنها ما يعتد باستلام القبول ، ومنها ما يعتد بالعلم بالقبول المشرع المصرى قد حدد موقفه فى هذا الصدد حيث اعتد بنظرية العلم بالقبول)^(١)

هذا ويتعلق بهذا الشرط المذكور وهو اتصال الايجاب بالقبول مسائل أخرى ذات صلة بموضوع البحث من مثل مجلس العقد وخياره والتعاقد الغيابى والتى سأعرض لها ان شاء الله . وهذا لأن التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة قد يبدو كما أسلفت كما أنه تعتوره بعض الاشكالات بالنظر الى عدم وضوح لوازم الاتصال المذكور بالشكل الكافى والمطلوب كما هو فى حالة التعاقد المباشر فى حالة الحضور المعروفة ، وهو ما يحتاج الى بحث ودراسة متأنية . فالتعاقد بالعديد من هذه الوسائل الحديثة أقرب فى واقع الأمر الى التعاقد الغيابى . والتعاقد الغيابى هو من جهة محل اختلاف العلماء حيث لا يجيزه بعضهم . وهو من جهة أخرى يحتاج الى التحقق من سلامة بعض جوانبه ومدى استجابتها للوازم الانعقاد مثل مجلس العقد فيها وخياره ومثل حصول العلم الجازم لكل من طرفى التعاقد بشخص من يتعاقد معه وكونه هو المعنى بالتعاقد . وهو من جهة ثالثة لا يتأتى استخدامه

(١) مصادر وأحكام الالتزام ص ١٠٦ .

(٢) شرح النيل لمحمد أطفيش ج ٨ ، ص ٢١٢ .

(٣) البناية شرح الهداية ج ٧ ، ص ١٦ .

(٤) مواهب الجليل ج ٤ ، ص ٢٤٠ .



المطلب الرابع- مجلس العقد وخياره :

مجلس العقد :

انعقد العقد^١ ومن ثم يكون اتحاد المجلس مقتضيا أن يتم القبول خلال انعقاد المجلس ، فإن تفرقا قبل القبول اعتبر ذلك انفضاضا للمجلس وانقضاء للإيجاب^٢.

جاء في (حاشية الدسوقي) (لا يضر في البيع الفصل بين الإيجاب والقبول إلا أن يخرجنا عن البيع لغيره عرفا)^(٢) وفي (بدائع الصنائع) (لو أوجب أحدهما البيع فقام الآخر عن المجلس قبل القبول أو انشغل بعمل آخر يوجب اختلاف المجلس ثم قبل لا ينعقد)^(٣)

ومما لا شك فيه أن للفقهاء مزيد تفصيل في موضوع مجلس العقد واتحاده وانفضاضه لا يتسع المجال لإيراده^٤ على أن الاتجاه العام لهم هو اعتماد محل صدور الإيجاب حيزا زمانيا ومكانيا لانعقاد المجلس واعتبار انفضاضه حقيقة أو حكما انقضاء له ، وإن كان ثمة تفاوت بينهم في التفصيلات المتعلقة بذلك^٥ ومما اختلفوا فيه بشأن اتحاد المجلس وانفضاضه ما أن ألزم الموجب نفسه بالبقاء على إيجابه إلى وقت يتجاوز الحيز المقرر للمجلس^٦ فذهب بعضهم إلى إلزامه بما التزمه بينما ذهب غيرهم إلى أنه لا يلزم به بالرغم من إلزامه به اختيارا فيكون في حل من إيجابه عند انفضاض المجلس بحسبان أن المقرر هو انقضاء المجلس والإيجاب بالانفضاض^(٤)

خيار المجلس :

وهو عبارة عن حق كل من المتعاقدين في فسخ العقد بعد انعقاده أو امضائه طالما ظل المجلس منعقدا^٧ وأصل مشروعية خيار المجلس ترجع إلى بعض الأحاديث النبوية الشريفة من مثل قوله صلى الله عليه وسلم (المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا)^(٥) غير أن الفقهاء اختلفوا في تفسير واستنباط مدلول هذه الأحاديث^٨ فمنهم من تمسك بظاهرها وهو ثبوت الخيار لكل من طرفي العقد ما

ويراد بمجلس العقد الحيز الزماني والمكاني الذي يصدر فيه الإيجاب من الموجب موجهة إلى الآخر^٩ ويراد باتحاده أن يتم القبول في إطاره وقبل انفضاضه^{١٠} والحكمة من اشتراط اتحاد مجلس العقد هي أن تراخي القبول عن الإيجاب دون تقييده بحد معلوم مؤد إلى تقييد الموجب بإيجابه وابقائه ملتزما به بلا حد ، وهو ضرر بين به خاصة وأنه قد يفاجأ بالقبول بعد مرور مدة طويلة وبعد تراجع ارادة التعاقد لديه^{١١} فكان لابد من وضع حد زمني مناسب يصبح الموجب بعده في حل من إيجابه^{١٢} ولئن كان بقاء الموجب على إيجابه دون حد ضرر وخرج بين فان اعلانه التراجع عن إيجابه قد يوقعه في حرج التراجع والتصل والذي من المناسب صيانتها منه^{١٣} فكان مطلب مجلس العقد واشتراط اتحاده لانعقاد العقد هو الأنسب لجريان التعامل بين أطراف التعاقد دون حرج أو ضرر^{١٤}.

جاء في (البناية شرح الهداية) (٠٠٠ لأن المجلس جامع المتفرقات ٠٠٠ فاعتبرت ساعاته أي ساعات المجلس ساعة واحدة ٠٠٠ دفعا للعسر أي لأجل دفع العسر عن البايع والمشتري جميعا^{١٥} أما عن المشتري فلأن في إبطاله قبل انقضاء المجلس عسرا له^{١٦} وأما عن البايع فلأن في إبقائه فيما وراء المجلس عسرا له في التوقف)^(١)

وقد قدر الفقهاء أن الفترة الزمانية المناسبة لانعقاد المجلس وتمكين الطرف الآخر من القبول والتي لا يترتب عليها اضرار أو تقييد لأي من طرفي العقد هي الفترة التي تلي صدور الإيجاب وتنتهي عند افتراقهما تفرقا حقيقيا محسوسا بأبدا انهما أو حكما باعراضهما عن التعاقد وانشغالهما عنه ، فإن تم خلال هذه الفترة وقبل الافتراق

(١) البناية شرح الهداية ج٧، ص١٦ .

(٢) حاشية الدسوقي ج٢، ص٥ .

(٣) بدائع الصنائع ج٥، ص١٣٧ .

(٤) أنظر أحكام المعاملات الشرعية ص١٩٠ .

(٥) صحيح البخاري، كتاب البيوع، ج٣، ص٢٣ .



هذا ولعله لا تخفى العلاقة بين خيار المجلس وما يتصل به من مسائل من مثل تحديد مدته وكيفية انقضائه وبين موضوع البحث. وهذا إذ أن تصور جريان خيار المجلس في العديد من صور التعاقد بالوسائل الحديثة - والتي تصنف ضمن التعاقد الغيابي - وتحقق طرفي العقد من وقوعه مع وجودهما في مكانين مختلفين تكتنفه الكثير من التساؤلات. إذ كيف يتسنى لكل طرف العلم بمفارقة الآخر للمجلس من عدمها في حالة التخاطب غير المباشر بالكتابة مثلا ، وكيف تتصور ممارسة الموجب لحق الخيار بينما المجلس منعقد بعيدا عنه .

التعاقد بين غائبين :

والمراد بذلك التعاقد الذي لا يكون المتعاقدان مجتمعين فيه في مكان واحد أثناء التعاقد. ومن ذلك التعاقد بالرسالة المكتوبة والتعاقد من خلال شخص يرسله الموجب لابلغ الآخر بالاجاب. فالوحدة المكانية بين المتعاقدين منعدمة في مثل هذه الحالات ، إذ ينعقد مجلس العقد فيها عند قراءة الرسالة أو ابلغ المرسل للمرسل اليه بها ، فيكون من ثم منعقدا في غياب الموجب. ويذهب الكثير من الفقهاء الى صحة التعاقد الغيابي مع اختلاف صورة مجلس الانعقاد فيه عن صورته المعروفة والتي تضم كلا المتعاقدين في وقت واحد. فبالرغم من كون مقتضيات الاتصال من ايجاب وقبول تستلزم انعقاد المجلس في حضور المتعاقدين معا الا أن ثمة اعتبارات قضت بالاكفاء بانعقاد المجلس في مثل هذه الحالات المذكورة عند وصول الايجاب الى علم المرسل اليه وفي غياب المرسل هي مراعاة مصالح الناس والتيسير عليهم ورفع الحرج والمشقة عنهم . وهذا لأن ربط انعقاد مجلس العقد بحضور العاقدين معا بصورة مطلقة مؤد دون شك الى تضيق دائرة التعاقد والتعامل النافع وهو ما لا ينسجم ومقصد الشرع الكريم الى التخفيف والتيسير. فحضور المتعاقدين في مكان واحد تكتنفه دون شك في عديد من الحالات صعوبات جمة وربما يكون متعذرا .

جاء في (روضة الطالبين) للشيخ النووي في معرض الحديث عن انعقاد البيع بالرسالة المكتوبة (واختار

لم يفترقا بأبدانهما . ومنمن ذهب الى ذلك الشافعية والحنابلة . ومنهم من ذهب الى تأويل هذه الأحاديث بتأويلات عديدة تصرف عنها المفهوم الظاهري لها الى مفهوم آخر يقضى بصيرورة العقد لازما عند صدور القبول وانتهاء التعاقد ولو لم يحدث افتراق بالأبدان . ومنمن ذهب الى ذلك الاباضية والمالكية .

على أن خيار المجلس عند القائلين به لا يجرى في العقود كافة ، إذ ثمة عقود لا يتسق جريانه مع طبيعتها ، ومن ثم فهي ليست مقصودة عندهم بما تقرره تلك الأحاديث المشار اليها . ومن ذلك عقد الزواج والذي يلزم بمجرد انعقاد العقد .

مدة خيار المجلس :

والمراد بها الحيز الزمني الذي يكون للمتعاقدين فيه الاختيار بين امضاء العقد أو فسخه بحيث ينتهي الخيار ويصبح العقد لازما بانقضائها. وتبدأ هذه الفترة الزمنية بانعقاد العقد ، الا ان للفقهاء عدة اتجاهات بالنسبة لوقت انتهائها .

الاتجاه الأول : ويربط هذا الاتجاه الانقضاء بالتفرق

البدني ، حتى لو ظل المتعاقدان في مجلس العقد ولم يفترقا بأبدانهما فان الخيار يبقى قائما مهما طال مدة مكوثهما معا . وهو اتجاه القائلين بالتعاطي مع الأحاديث المثبتة لخيار المجلس بمقتضى ظاهرها وهو بقاء الخيار الى حين التفرق البدني .

ففي (الحاوي الكبير) (فأما اذا قاما جميعا عن مجلس تباعيهما ومشيا مجتمعين ولم يتفرقا بأبدانهما فهما على خيارهما وان طال الزمن)^(١)

الاتجاه الثاني : ويذهب الى لزوم العقد بمجرد انتهاء

التعاقد والانشغال عنه بغيره . وينص بعض الفقهاء على أن الافتراق المراد هو افتراق الصفقة .

جاء في (شرح النيل) في معرض الحديث عن الخيار في البيع (معناه أنهما بالخيار ما لم يفترقا بالصفقة وهي عقد البيع باللسان سمي صفقة لأنه يضرب أحدهما يده على يد الآخر عند وجوب البيع)^(٢)

(١) الحاوي الكبير ج ٥ ، ص ٤٤ .

(٢) شرح النيل ج ٨ ، ص ٢١٢ .



وجهة نظرى تتفق وما ارتآه جمهور العلماء وهو صحة التعاقد الغيابى .

ان هذا الاختلاف بين الفقهاء حول صحة التعاقد الغيابى يظهر أيضا الحاجة الى البحث فى مدى صحة التعاقد بالوسائل الحديثة والتي تدخل العديد من صورها ضمن التعاقد الغيابى .

هذا ومما يلاحظ أن ثمة عقوداً لا يصح فيه التعاقد الغيابى اتفاقاً ، اللهم الا بعض الحالات المحدودة التى استثناهـا البعض تقديرًا لحاجات الناس وضروراتهم الماسة . فعقد الزواج مثلاً مما لا يجرى فيه التعاقد الغيابى الا ما جاء فى بعض الفتاوى استثناءً . ومنع التعاقد بين غائبين فى عقد الزواج ونحوه يرجع الى طبيعة هذه العقود وخطورة أمرها حيث تقتضى أهميتها البالغة التناهى فى التحقق من حصول الارتباط الفعلى بين ارادتى الطرفين أو يرجع الى كون هذه العقود مما يشترط فيه الاشهاد والذى تصاحبه دون شك اشكالات وصعوبات فى حالة التعاقد الغيابى أو غير ذلك من الأسباب .

الفصل الثانى

التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة

المبحث الأول

التعريف بوسائل الاتصال الحديثة وأنواعها :

المطلب الأول - المراد بالوسائل الحديثة :

وأقصد بوسائل الاتصال الحديثة الوسائل المعاصرة المستخدمة والتي لم تكن معروفة لدى السابقين ، وليس المقصود بذلك كل ما يستخدم حالياً والا فان من الوسائل التى عرفت سابقاً ما يتعامل به الآن مثل الرسالة المكتوبة ونحوها . ويلاحظ الناظر لفتاوى العلماء بشأن كفيات التعاقد ووسائله أن الاتجاه العام لهم هو ضبط وسائله وكيفياته بشروط ولوازم وقواعد تحكم عملية

الغزالى فى الفتاوى أنه ينعقد . قال اذا قبل المكتوب اليه ثبت له خيار المجلس ما دام فى مجلس القبول ويتمادى خيار الكاتب اليه أيضا الى أن ينقطع خيار المكتوب اليه . حتى لو علم أنه رجع عن الايجاب قبل مفارقة المكتوب اليه مجلسه صح رجوعه ولم ينعقد البيع^(١) وجاء أيضا (لو قال بعث دارى لفلان وهو غائب فلما بلغه الخبر قال قبلت انعقد البيع)^(٢)

ودون شك ان هذه الصور تكتنفها بعض الاشكالات مثل صعوبة علم كل منهما بما يبدر من الآخر من اختيار للفسخ قبل مفارقة للمجلس أو مفارقة له قبل الفسخ أو غير ذلك ، ومع هذا فان اعتبارات التيسير وتوسيع دائرة التعاقد قضت بتجويزها برغم ما يعتورها من اشكالات .

بيد أن من الفقهاء من تحفظ فى اجازة التعاقد الغيابى بسبب هذه الاشكالات التى تعتريه ، وسواء كانت متعلقة بموضوع الاتصال بين الايجاب والقبول وما يستلزمه هذا الاتصال من وحدة لمجلس العقد تتحقق من خلال حضور طرفى العقد اثناء التعاقد أو كانت متعلقة بضرورة تحقق كل طرف من شخص الآخر أو غير ذلك .

جاء فى (الايضاح) (وكذا ان باع لغائب أو طفل أو لمجنون فالبيع غير جائز على هذا القول . وعلى القول الاول موقوف الى وقت بلوغ الطفل وقدم الغائب وافاقه المجنون)^(٣) وفى (شرح النيل) (ويوقف بيع أو غيره من العقود ان وقع لغائب أو طفل أو مجنون ، وقيل يبطل)^(٤)

ولئن كان هؤلاء الفقهاء بذلك قد غلبوا هذا الاعتبار فانه لا يعنى بحال تجاهلهم للاعتبار الآخر وهو مراعاة مصالح الناس والتيسير عليهم . فالواقع أنهم اعتبروا أن التغلب على ما قد ينشأ من صعوبات ومشقات تكتنف حضور المتعاقدين فى مجلس واحد يتأتى من خلال انابة الغير فى التعاقد بحيث لا تكون ثمة حاجة للتعاقد الغيابى الذى لا يضم المتعاقدين فى مجلس واحد . وهى وجهة نظر لها مؤيداتها أيضا ، وان كانت

(١) روضة الطالبين للنووي ج٣ ، ص ٣٤١ .

(٢) المرجع نفسه .

(٣) الإيضاح للشماطى ج٥ ، ص ٦١ .

(٤) شرح النيل ج٨ ، ص ٢٢٢ .



والقبول الى علم من وجه اليه الى وسائل كتابية وسماعية ووسائل تجمع بين الكتابة والاسماع والتمكين من المشاهدة.

النوع الأول - الوسائل الكتابية : ومن الوسائل الكتابية الفاكس والتلكس والبريد الالكتروني والهاتف النقال. ويتصور في مثل هذه الوسائل أن يتم الاتصال بين طرفي العقد مباشرة من خلال التخاطب المباشر وقيام المرسل اليه بالرد الفوري على الآخر الذي يكون حاضرا منتظرا للرد ، كما يتصور أن يتم بطريقة غير مباشرة من خلال التخاطب غير المباشر الذي لا يكون المرسل فيه منتظرا للرد الفوري كما لا يقوم المرسل اليه بقراءة الرسالة حال وصولها بالضرورة.

النوع الثاني - الوسائل السماعية : ومن هذه الوسائل الهاتف النقال وجهاز الانترنت وشريط التسجيل الصوتي. ويتصور في هذه الوسائل أن يكون التخاطب فيها مباشرة كما يتصور أن يكون غير مباشر من خلال سماع التسجيل الصوتي في وقت لاحق.

النوع الثالث - وسائل تجمع بين القراءة والسمع والمشاهدة : وفيها يتمكن المتعاقدان من خلال آلياتها المتطورة من مشاهدة الطرف الآخر فضلا عن سماعه وقراءة ما يكتبه. ويتصور كذلك فيها أن يكون التخاطب مباشرة كما يتصور ان يكون غير مباشر. ومن هذه الوسائل الانترنت المجهز بآلة تصوير والهاتف الذي يجمع بين السمع والرؤية.

المبحث الثاني - موقف الفقه الاسلامي من التعاقد بالوسائل الحديثة :

المطلب الأول - الوسائل الكتابية : وهي كما مر قد تكون مباشرة وقد تكون غير مباشرة.

الصورة الأولى - التخاطب المباشر : ويكون المتعاقدان عادة على اتفاق على التخاطب الفوري المتبادل. فيكتب الموجب ايجابه على الجهاز المستخدم

التعاقد وتضمن جريانها ضمن مقصود الشرع من ابتناء العقود والالتزامات على الرضا الحقيقي والارادة الحرة المعبرة. على أنه يلاحظ أيضا - كما تقدم - مراعاة هؤلاء العلماء لضرورات التيسير ورفع ما قد ينشأ من صعوبات ومشقات ، وذلك من خلال توسيع دائرة هذه الوسائل ما أمكن ودون الاخلال بمقتضيات الضبط المذكورة. ومما يعد من مؤشرات هذا الاتجاه ما ذكره بعض العلماء من أن ما يدل على الرضا عرفا يتم به الانعقاد. وهو ما يعبر عن مرونة واضحة في قبول مختلف أشكال التعاقد وكيفية في حدود الضوابط المتفق عليها ودون توسع محل.

جاء في (حاشية ابن عابدين) (والحاصل أن المطلوب في انعقاد العقد ما يدل على الرضا عرفا) (١)

وفي (المغني) (ان الله أحل البيع ولم يبين كيفيته فوجب الرجوع فيه الى العرف) (٢)

وبلا شك فإن الاحتكام الى اطارعام مرن مثل العرف في تقرير مشروعية الوسائل والكيفيات المستخدمة في التعاقد يجعل من المعقول بداهة قبول التعاقد بمثل وسائل الاتصال الحديثة اذا ما توفرت لها الشروط والضوابط المتطلبة.

غير أن ثمة اشكالات أو تساؤلات تطرح على بساط البحث حول مشروعية استخدام هذه الوسائل. ذلك أن العناصر والشروط التي حددها الفقهاء للانعقاد قد لا تتوفر بصورة واضحة في هذه الوسائل أو في بعضها. ومن ذلك الاتصال المطلوب بين كل من الايجاب والقبول وما يتفرع منه من لوازم وعناصر آخر يمثل وحدة مجلس العقد وغير ذلك مما سبق الإشارة اليه. وعلى هذا الأساس المذكور فإن تحديد صلاحية كل وسيلة من هذه الوسائل المعنية أو عدم صلاحيتها يتطلب نظرا متمعنا في مدى انطوائها على تلك العناصر واللوازم المتطلبة. وهو ما سأقوم به ان شاء الله عند استعراضى لكل وسيلة منها.

المطلب الثاني - أنواع الوسائل الحديثة : ويمكن تقسيمها من حيث طبيعتها وكيفية وصول كل من الايجاب

(١) حاشية ابن عابدين ج ٣، ص ٤.

(٢) المغني ج ٤، ص ٤.



ذات الصلة. وذلك أن مجلس العقد الذى عناه الفقهاء أصلا وارتضوه وعاء جامعا للإيجاب والقبول رابطا بينهما هو المجلس الذى يجمع بين طرفى التعاقد فى وقت واحد. ولئن كان المجلس فى التعاقد الحضورى المعروف لديهم يجمع بين وحدة الزمان ووحدة المكان فإن الظن أنهم لا يشترطون بالضرورة وحدة المكان متى ما توفرت وحدة الزمان، اذ هى كافية فى تحقيق معنى الاتصال والارتباط المطلوبين. ولعل بعض الفتاوى التى تجيز التعاقد بين متباعدين شاهد على أن ذلك هو مقصدهم. ومن جهة أخرى فإن مما يدل على أن وحدة المكان ليست أمرا لازما باطلاق لسلامة التعاقد أن التعاقد الغيابى مشروع عند أكثرهم مع كون المجلس فيه لا يجمع بين المتعاقدين جمعا حقيقيا وان جمع بينهما حكما من خلال جمعه لإيجاب الأول وقبول الثانى. وخلاصة الأمر أنه لا اشكال بالنسبة لانعقاد مجلس العقد فى حالة التعاقد المباشر والفورى عبر الرسائل الالكترونية. فالتعاقد أشبه بالتعاقد الحضورى، والوحدة الزمانية متحققة فعلا، والوحدة المكانية فضلا عن كونها ليست لازمة بالضرورة حسبما انتهت اليه وأوضحته من أن هذا هو الظن بما قصده الفقهاء فأنها وبالتأمل متحققة حقيقة وان بدت صورة غير متحققة.

خيار المجلس : لئن كان من الواضح عدم وجود اشكال متعلق بمجلس العقد يعترى التعاقد المشار اليه نظرا لتوفر مجلس العقد بشكله المطلوب كما مر فإن الأمر ليس واضحا بذات القدر بالنسبة لخيار المجلس والذى يتيح لكل من طرفى التعاقد اختيار الفسخ بعد انعقاد العقد ما دام المجلس قائما. ومشروعية خيار المجلس وحق كل من المتعاقدين فى الفسخ ما لم يتفرقا بأبدانهما هو قول العديد من العلماء كما مر. وما ذهب اليه هؤلاء العلماء من كون الحد الذى ينتهى عنده الخيار المذكور هو التفرق البدنى يطرح تساؤلا عن صلاحية التعاقد عبر الرسائل الالكترونية لتحقيق معنى التفرق البدنى المشار اليه. فالواقع أن وجود شخص المتعاقدين فى مكانين مختلفين يجعل من العسير تصور الانطباق التام بين صورة التفرق فى حالتى اتحاد المكان واختلافه. بيد أنه

من انترنت أو هاتف نقال أو نحوهما ويرسله الى الآخر منتظرا منه الرد الفورى. ولا شك أنه لا يتوفر لمثل هذه الصورة من صور التعاقد مما عرف عند الفقهاء المتقدمين ما يمكن أن يقاس عليه، اذ إن هذه الوسائل الناقلة للرسائل الالكترونية ونحوها هى وسائل حديثة النشأة. وأما ما عرف عند أولئك الفقهاء من مثل الرسائل المكتوبة فهى أشبه بالتخاطب الكتابى غير المباشر ولا يتأتى قياس التخاطب المباشر عليه. بيد أنه يتسنى الحكم عليها من خلال النظر فى مدى استجابتها لمتطلبات التعاقد وعناصره التى سبق الإشارة إليها. وهو ما يتطلب النظر فى طبيعة التعاقد بها من حيث الحاقه بالتعاقد الحضورى أو الحاقه بالتعاقد الغيابى، والنظر أيضا فى مجلس العقد فيه وإمكانية تحقق اتحاده وممارسة خياره. وهى الامور التى تشكل فى جملتها وبما يتفرع منها لوازم العقد وعناصره المطلوبة.

صفة التعاقد : فى تقديرى أنه بالنظر المتمعن فيما يجرى بين المتعاقدين من تخاطب كتابى مباشر عبر الرسائل الالكترونية يمكن القول أن ما يتم بينهما من تعاقد فورى أشبه بالتعاقد بين حاضرين. فما يتم عبر هذه الرسائل المتبادلة بينهما فى زمان واحد هو تعاقد حضورى فى جوهره وحقيقته المجردة وان بدا غاييا فى صورته وشكله المنظور. وذلك أنه وبالرغم من بعد المسافة بينهما ووجودهما أثناء التعاقد فى مكانين مختلفين إلا أن هذه المباشرة والفورية فى تبادل الإيجاب والقبول تشبه الى حد كبير ما يتم بين حاضرين. ولا معنى ذلك المطابقة التامة بين الأمرين اذ تبقى بعض الفروق بينهما فى بعض الجوانب من مثل ما يتعلق بتحقيق الجزم بشخص الآخر وكونه المعنى بالتعاقد. فذلك ومثله دون شك اشكال مطروح، وسأقوم بالتعرض له فى موضع خاص من البحث الا أنه لا يلغى بحال الشبه البين الذى أشرت اليه بينهما.

مجلس العقد : واذا خلصت الى أن التعاقد المباشر والفورى عبر الرسائل الالكترونية أشبه بالتعاقد الحضورى فإنه لا يكون ثمة اشكال بالنسبة لانعقاد مجلس العقد على النحو المطلوب المحقق للضوابط الشرعية



الصورة الثانية - التخاطب غير المباشر :

صفة التعاقد : يتضح بالنظر الى الكيفية التي يتم بها التعاقد في الصورة المذكورة أنه أشبه بما عرف عند الفقهاء بالكتاب المرسل عبر شخص يحمله الى المرسل اليه أو عبر وسيلة أخرى والذي يدخل ضمن التعاقد الغيايى الذى أجازه أكثر الفقهاء . ومن ثم يمكن القول بجوازه قياسا عليه .

واعتبار الرسالة الالكترونية بمثابة الرسالة المكتوبة هو ما جرى عليه أيضا قانون المعاملات الالكترونية العماني حسبما يفهم من منطوق بعض مواد . فقد جاء في المادة (٧) (تنج الرسالة الالكترونية اثرها وتعتبر صحيحة وقابلة للتنفيذ شأنها في ذلك شأن الوثيقة المكتوبة اذا روعيت في انشائها واعتمادها الشروط المنصوص عليها في هذا القانون واللوائح والقرارات الصادرة تنفيذا لأحكامه) . وسيأتى لاحقا مبحث خاص بما جاء في هذا القانون بشأن التعاقد بالوسائل الالكترونية .

مجلس العقد : أشار بعض المجيزين للتعاقد بالرسالة المكتوبة الى أن انعقاد مجلس العقد يكون عند فض المرسل اليه الرسالة وقراءته لها وينتهى بتركه لها وانشغاله عنها ، فان أعاد فتحها وقراءتها مرة أخرى انعقد مجلس جديد . ولعله من الواضح أنه يتسنى القياس على ذلك واعتبار أن مجلس العقد ينعقد بفتح الرسالة المرسلة عبر البريد الالكتروني أو الهاتف النقال أو نحوهما وقراءتها من جانب المرسل اليه وينتهى بانصرافه عنها بوجه من الوجوه ، كما ان فتح الجهاز مرة أخرى وقراءة الرسالة ينشأ معه مجلس جديد .

خيار المجلس : لقد مر ان صورة التعاقد بالرسالة الالكترونية يدخل ضمن التعاقد الكتابي ، ومر أيضا أن من العلماء من أثبت لكل من طرفى العقد الحق في الاختيار بين فسخ العقد وامضائه بعد انعقاده ما لم يفترقا بأبدانهما ، وما قد يطرح من تساؤل حول آلية التفرق البدنى في حالة التعاقد الغيايى . ويبدو مما جرى عليه الفقهاء بشأن التعاقد بالرسالة المكتوبة أنه لا اشكال بالنسبة لخيار المجلس عند القائلين به . فمع أن صورة

في تقديرى يمكن القول أن انهاء التخاطب المتبادل الجارى بين المتعاقدين بعد فراغهما من ابرام العقد باغلاق وسيلة الاتصال أو بالانصراف الى شأن آخر لا صلة له بالتعاقد يمكن أن يقوم مقام التفرق البدنى والذي هو الأصل في التفرق على ما ارتآه هؤلاء العلماء . وهذا ما يقتضيه النظر الناهض على مراعاة مصالح الناس وتيسير ما يجرى بينهم من تعامل نافع مشروع من خلال توسيع وسائله وأساليبه والمرتكز على ملاحظة مقاصد الشارع الكريم . وهو رأى مسنود بما جرى عليه العلماء من مراعاة مقاصد الشرع وابتناء فتاواهم على ملاحظة لها ، اضافة الى تطبيقاتاتهم في هذا الخصوص . فقد اکتفوا في العديد من أشكال التعاقد بمثل هذه الصورة من التفرق الذى يضع حدا للخيار ولم يقفوا عند حرفية معنى التفرق البدنى . ومن ذلك صورة التعاقد بالرسائل المكتوبة والتي لا يخفى أنه لا يتحقق فيها معنى التفرق البدنى نظرا لاختلاف مكان العاقدین . وفضلا عن ذلك فان بعض الفتاوى يمكن أن يستنبط منها اقرار هؤلاء الفقهاء بسلامة التعاقد مع عدم وضوح معنى التفرق البدنى فيه وضوحا تاما .

ومن ذلك ما جاء في (مغنى المحتاج) (ولو تناديا من بعد ثبت لهما الخيار . . . ما لم يفارق أحدهم مكانه)^(١) وذلك أن التفرق البدنى في الحالة المذكورة لا يمكن التحقق منه على الأقل . اللهم الا أن يقال أن التباعد المراد هنا هو تباعد محدود للغاية بحيث يشاهدان بعضهما .

ولا شك أن الذى حدا بالفقهاء الى الاكتفاء بما يقوم مقام التفرق البدنى في مثل حالة التعاقد بالرسالة المكتوبة ونحوها أو الى التفاضى عن اشكال عدم العلم بوقوع التفرق من جانب الطرف المرسل هو مراعاتهم لضرورات التيسير ودفع المشقة عن الناس . وليس من شك أيضا أن اشتراط حدوث التفرق البدنى بشكل صارم متمسك بصورته المعروفة واشتراط علم الطرف الآخر بوقوعه تنشأ عنه اشكالات عديدة وتمتنع بسببه جملة مقدرة من صور التعاقد وكيفياته ويكون من ثم ضربا من التضييق ، وهو أمر بعيد عن منهج الفقهاء .

(١) مغنى المحتاج ج ٢ ، ص ٤٥ .



الاتصال القائم أو بانشغالهما وانصرافهما عن موضوع التعاقد. ويعد حينئذ إغلاق الأجهزة فضا حقيقيا للمجلس بينما يعد الانشغال والانصراف عن موضوع التعاقد فضا حكما له.

خيار المجلس : لا اشكال أيضا يعثور خيار المجلس في الصورة المذكورة. فالتفرق البدني الذي عد فيصلا بين قيام حق الفسخ بمقتضى خيار المجلس وانقضائه يمكن أن يستعاض عنه بانتهاء الاتصال أو بالانصراف عن التعاقد.

الصورة الثانية - التخاطب غير المباشر : وفيها يتم ايصال الايجاب والقبول عبر تسجيل صوتي مرسل عبر الأثير أو بواسطة أجهزة تسجيل محمولة. ويقوم كل طرف من طرفي التعاقد بسماع الرسالة الصوتية المرسلة اليه في الوقت الذي يختاره. والواضح ان هذه الصورة أشبه بصورة التعاقد بالرسالة المكتوبة من حيث ما تتضمنه من فاصل زمني ومكاني يفصل بين المتعاقدين. ولا فرق بين الصورتين الا من حيث مكونات الرسالة من صوت وكتابة. وبناء على ذلك فانه يمكن القول أن الحكم في الصورتين واحد. وقد سبق بيان صحة التعاقد بالرسائل المكتوبة عند معظم الفقهاء وأن مجلس العقد فيها ينعقد فور فتح الرسالة وقراءتها وأن خيار المجلس متأت فيها أيضا.

المطلب الثالث - التعاقد بوسائل تجمع بين السماع والقراءة والمشاهدة : ومن ذلك التعاقد باستخدام جهاز حاسب آلي موصل بشبكة المعلومات (الانترنت) ملحقة به أجهزة تصوير بحيث يتمكن المتعاقدان من مشاهدة بعضهما فضلا عن التحدث والكتابة. والذي لا شك فيه أن هذه الصورة هي أقرب الوسائل شيها بالتعاقد الحضوري المعهود مقارنة مع بالصور السليقة. وذلك أن رؤية كل من طرفي العقد للآخر ومخاطبته مباشرة يجعل ذلك بمثابة التعاقد بين طرفين حاضرين في زمان ومكان واحد. ولئن كان الرأي بالنسبة للصور التي سبق الحديث عنها هو جواز التعاقد بها وأن ما يطرح من تساؤلات وما قد يرد من اشكالات لا

التفرق البدني المتطلب لانتهاء الخيار لا تكون متحققة تماما بصورتها المعهودة بسبب عدم وجود المتعاقدين في مكان واحد الا أن ذلك لم يمنع من اجازتهم لمثل ذلك التعاقد. وبمعنى آخر فانه يبدو انهم اعتبروا أن الانصراف عن موضوع التعاقد يقوم مقام التفرق البدني. وبالنسبة للتعاقد بالرسائل الالكترونية فانه يتسنى القياس على ما جرى عليه الفقهاء في الرسائل المكتوبة، اذ الصورتان متشابهتان ولا تختلفان الا في آلية الكتابة وآلية الارسال. وهو أمر لا علاقة له بلوازم العقد وشروطه ولا يمنع كون الحكم فيهما واحدا.

المطلب الثاني - الوسائل السماعية : وتشتمل أيضا على صورتين

الصورة الأولى - التخاطب المباشر : ويقوم المتعاقدان فيه بفتح جهاز التخاطب في وقت واحد متفق عليه وتبادل الحديث المعبر عن ارادة التعاقد.

صفة التعاقد : لئن كان المتعاقدان في الصورة المذكورة متباعدين عن بعضهما من حيث المكان فانهما من حيث الزمان يتعاقدان في زمان واحد مما يجعل تعاقدتهما أشبه بالتعاقد الحضوري المعهود. وقد مر ما ارتأيته من كون التعاقد المباشر عبر الرسائل الالكترونية هو بالتأمل تعاقد حضوري حقيقة غيابي شكلا وصورة. ولعل هذه الصورة أقرب الصور شيها ببعض ما ورد في كتب الفقه مما أشار الى جوازه بعض العلماء. ومن ذلك ما جاء في (المجموع) (ولوتناديا وهما متباعدين وتبايعا صح البيع بلا خلاف)^(١)

مجلس العقد : واذا خلصت الى أن التخاطب الفوري المباشر يمثل هذه الوسائل السماعية أشبه بالتعاقد بين حاضرين فانه لا يكون ثمة اشكال بالنسبة الى انعقاد مجلس العقد اذ أن سماع كل منهما لما يصدر من الآخر وفهمه له ضمن حيز زمني واحد يجعلهم في مجلس واحد من الناحية الفعلية. وهو مجلس ينعقد عند فتحهما لأجهزة التخاطب وصدر الايجاب من الموجب وسماع الطرف الآخر له، وينتهي باغلاقهما لهذه الأجهزة وانتهاء

(١) المجموع شرح المذهب للنووي ج٩، ص١٧١.



الا أن القول بتأثيره على مشروعية التعاقد وصحته قد لا يكون دقيقاً . فالأمران - مشروعية التعاقد وضرورات انتفاء احتمال التزوير - منفصلان ولا جامع بينهما بالضرورة في مجال تقييم العقد المبرم من حيث سلامته وصحته . وهذا هو الاتجاه العام الذي جرى عليه المجمع الفقهي الاسلامي حيث صدرت توصياته مصححة للتعاقد الذي تعتريه شبهة التزوير اكتفاء بتوفر عناصر نشوئه وشروطه المعروفة وفصلاً بين الأمرين، منبهة في ذات الوقت الى ضرورة معالجة الاشكال المذكور معالجة مستقلة بالوسائل المتاحة . وتعبير آخر فانها اعتبرت العقد صحيحاً من حيث انطواؤه على مقوماته وتوفر عناصره ولوازمه المتطلبية وأن الوصف الذي اقترن به وهو احتمال التزوير شأن آخر لا علاقة له بصحة التعاقد وان كان من المهم والضروري معالجته .

ومع اننى أعتقد أن احتمال التزوير اشكال ظاهر يجعل من القول بتأثيره على صحة التعاقد أمراً مقبولاً أيضاً الا أن الفصل بين الأمرين واعتماد صحة التعاقد من ثم يبقى في نظري هو الأقرب للقبول والأكثر عملية خاصة وأن مقررات مجمع الفقه الاسلامي تذهب الى ذلك مع ما هو معروف من أنها تصدر من مؤسسة فقهية تضم نخبة من العلماء وذوى الشأن في مجال الاستنباط الفقهي ومعرفة أسرار التشريع . على اننى أرى أن وجود الاشكال المذكور مدعاة دون شك الى ضرورة عمل كل ما يلزم للتأكد من شخص الطرف الآخر في التعاقد وضرورة التنبيه الى ذلك خاصة وأن هذه الوسائل محل البحث فيها من الامكانات الفنية ما ييسر القيام بمثل هذه الاحتياطات . ولا شك أن الحاجة لهذا الاحتياط تكون أكثر تطلباً عند ابرام العقود والصفقات الأكثر حجماً وأهمية .

ثانياً - أن ثمة صوراً للتعاقد تنطوى على ذات القدر أو ربما قدر أكبر من احتمالات التزوير أجازها الكثير من الفقهاء . ومن ذلك التعاقد من خلال الرسالة المكتوبة وهو تعاقد غيايى ، فان علم كل من الطرفين بصدور ما وصل اليه من ايجاب أو قبول من الشخص المعنى نفسه ليس جازماً بالضرورة .

يرقى الى منعها فان التعاقد بمثل هذه الصورة التى تتوفر فيها لكل من المتعاقدين معاينة ما يجرى بينهما رؤية وسماعاً ينبغى أن يكون جائزاً من باب الأولى . فصفة التعاقد فيها أقرب شبهها بالتعاقد الحضورى ، ومجلس العقد فيها أيسر تأتياً وتصوراً ، وخيار المجلس فيها لا يعسر تصويره ووقوعه بالشكل المطلوب . وهذا لأن رؤية كل منهما للآخر تمكنه من معرفة بقائه فى المجلس أو مفارقتها له . وفضلاً عن ذلك فان ما يعتور الصور السابقة من اشكال عدم تحقق كل طرف من شخص الآخر واحتمال وقوع التزوير والخداع لا يكون وارداً فى هذه الصورة الجامعة للسمع والمشاهدة وفورية التخاطب . والخلاصة أن التعاقد بهذه الوسيلة فيما أرى تعاقد صحيح ، وأنه اقرب شبهها بالتعاقد الحضورى المعهود والذي ارتضاه كافة العلماء أصلاً للتعاقد .

ولعله من الواضح أن التعاقد بمثل هذه الوسائل الممكنة من السمع والرؤية معا يكون فى أغلب الحال من خلال التعاقد المباشر، الا أن ذلك لا يمنع بالطبع استخدامهما فى تعاقد غير مباشر بحيث يفتح الطرف الآخر الرسالة المسجلة المرسله اليه فى وقت لاحق .

اشكال احتمال التزوير والرد عليه :

تبين مما سقته سابقاً أن التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة فى صورته المختلفة التى أشرت اليها هو تعاقد صحيح توفرت له مقومات التعاقد وعناصره وأن ما قد يطرح من اشكالات لا يرقى الى التأثير على صحته . غير أن ثمة اشكالاتاً يبقى جديراً بالمناقشة هو ما قد يعتري مثل هذا التعاقد من احتمالات التزوير والغش بسبب عدم وجود المتعاقدين فى مكان واحد وما يثور بسببها من تساؤلات بشأن الاطمئنان الى انتفاء التزوير والغش فان درجتها تتفاوت من وسيلة الى أخرى بحيث تقل فى حالة التعاقد الفورى المباشر ويصير منعداً تقريباً فى صورة التعاقد الذى يتوفر فيه للمتعاقدين المشاهدة أيضاً . بيد أن وجود هذه الاحتمالات على اختلاف درجاتها لا ينبغى فى نظري أن يكون مدعاة لمنع استخدام هذه الوسائل محل البحث فى التعاقد . وذلك للآتى :

أولاً : احتمال التزوير وان كان يشكل هاجساً واضحاً

ثالثاً : هناك فتاوى للفقهاء كما مر يمكن القياس



بمثل هذه الوسائل . وفي مقدمة هذه العقود المستثناة عقد الزواج نظرا لما يحتاجه من شهود ، اذ تعد الشهادة من ضمن عناصر نشوئه صحيحا . ولا يخفى أن الشهادة في حالة العقود التي لا تتوفر فيها الوحدة المكانية للمتعاقدين لا تيسر ولا تتأتى بالصورة المطلوبة . وهذا لأن الشهادة تتطلب رؤية الشهود لما يشهدون عليه وتحققهما منه ، وهو ما لا يتوفر في التعاقد الذي لا يكون المتعاقدان فيه في مكان واحد لتعذر رؤية المتعاقدين معا وسماع ما يصدر منهما أثناء التعاقد . وقد يضاف الى ذلك أهمية أمر الزواج وخطورة شأنه وضرورة الاحتياط فيه الى أقصى مدى ممكن مما يلزم معه توفر كافة عناصر الانعقاد والصحة فيه بالشكل القاطع .

غير أن الوسائل التي تتوفر فيها المشاهدة والسماع والتخاطب المباشر في وقت واحد قد يحتمل القول بجواز انعقاد الزواج بها حيث يتوفر للشهود فيها رؤية المتعاقدين وسماع ما يصدر منهما ، وهو ما ارتآه بعض الباحثين . كما أن بعض الفقهاء أجازوا في بعض الظروف الاستثنائية عقد الزواج مع عدم اتحاد مجلس العقد^(٢)

غير أنني أرى أن الأفضل أن يلتزم بأجراء عقد الزواج بكيفيته المعهودة وهي حضور المتعاقدين والشهود في مكان وزمان واحد وأن يتجنب عقده بمثل هذه الوسائل الحديثة من حاسب آلي وتلفون نقال ونحوهما . وهذا دون شك أدعى الى صيانة هذا العقد الهام والذي تترتب على عدم سلامته مفسد لا تحصى تمس ماساسا مباشرا وخطيرا بالمجتمع وتماسكه .

ومما لا تستخدم في عقده أيضا الوسائل المذكورة عقد الصرف لأنه يشترط فيه التقابض في المجلس وهو ما لا يتأتى في حالة عقده بها لانتهاء الوحدة المكانية كما هو ظاهر .

مقررات مجمع الفقه الاسلامي : تضمنت توصيات مجمع الفقه الاسلامي في دورته التاسعة النص على جواز التعاقد بوسائل الاتصال محل البحث مشيرة الى حكم بعض المتعلقات الأخرى . فقد جاء فيها ما يلي:

أولا : اذا تم التعاقد بين غائبين لا يجمعهما مكان

عليها أجازوا فيها التعاقد بين متبايعين . وهو ما قد يفهم منه فصلهم بين صحة التعاقد وبين ضرورات انتفاء التزوير . اللهم الا أن يقال أن تلك الفتاوى انما صدرت في معرض الحديث عن التعاقد بين متبايعين علم كل منهما بشخص الآخر مسبقا قبل شروعه في التعاقد . ومن هذه الفتاوى ما جاء في (مغنى المحتاج) (لوتاديا بالبيع من بعد ثبت لهما الخيار)^(١) وما جاء في (المجموع) (لو قال بعث داري لفلان وهو غائب ، فلما بلغه الخبر قال قبلت انعقد البيع)^(٢)

بيد أن فصل هؤلاء العلماء بين الأمرين المذكورين يبدو أكثر وضوحا اذا ما نظرنا الى اجازتهم للتعاقد عبر الرسالة المكتوبة ، وهو تعاقد غيابي لا يتوفر فيه للمتعاقد الجزم بكون أن ما وصل اليه من ايجاب أو قبول صادرا بالفعل من الشخص الذي عناه بالتعاقد . فان اجازتهم لمثل هذه الصورة انما يدل على اقرارهم بكون معالجة احتمال التزوير يتم بمعزل عن تقييم العقد نفسه من حيث مشروعيته . وهم في ذلك بلا شك مستندون الى كون المتعاقد يقوم عادة بما يتطلبه التحقق من شخص الطرف الآخر .

رابعا : أن القول بمنع التعاقد بالوسائل الحديثة لمجرد قيام احتمالات التزوير على ضعفه مؤد الى تضيق دائرة التعاقد ووسائله ، وهو ما لا ينسجم مع مقصد الشرع الى مراعاة مصالح الناس واتاحة فرص التعاقد والتعامل النافع قدر المستطاع .

مشروعية التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة لا تشمل كافة العقود :

وقد فرغت من بيان موقف الفقه الاسلامي من التعاقد بهذه الوسائل محل البحث من حاسب آلي (انترنت) وهاتف ونحوهما والذي هو الجواز حسبما سقته من استدلالات وخلاصات فانه لا بد من الاشارة الى أن هذا الحكم لا يشمل كافة العقود . فثمة عقود لا يتناسب معها التعاقد بهذه الوسائل نظرا لعظم شأنها وخطورة ما يترتب عليها أو الى خصوصية فيها تقضى بمنع ابرامها

(١) مغني المحتاج ج ٣، ص ٤٥ .

(٢) المجموع ج ٩، ص ٢٥٩ .

(٣) انظر الثمر الداني ص ٤٣٧ .



قانون المعاملات الالكترونية العماني :

المطلب الأول- الأهداف والغايات الأساس من اصدار القانون :

ان المتصفح لما ورد في المادة (٢) من الفصل الأول من قانون المعاملات الالكترونية العماني الصادر بناء على المرسوم السلطاني رقم ٢٠٠٨/٦٩ الصادر في مايو ٢٠٠٨م والتي تناولت أهداف القانون يلحظ بوضوح اثباته لمشروعية التعاقد والتعامل بوسائل الاتصال الالكترونية ولأهمية دورها في تيسير التعامل في ظل معطيات العصر وتسارع ايقاعه وهو ملحظ قصدت الاشارة اليه - مع كون العديد من مواده والتي سأوردها فيما بعد تثبت هذه المشروعية نصا - لما يعنيه ذلك من اهتمام ظاهر بارساء قواعد هذا التعامل وبسطه وتشجيع التعامل به استجابة لمتطلبات الواقع المعاش .

فقد جاء في المادة المشار اليها ما يلي : يهدف هذا القانون الى :

١- تسهيل المعاملات الالكترونية بواسطة رسائل أو سجلات الكترونية يعتمد عليها .

٢- ازالة أى عوائق او تحديات امام المعاملات الالكترونية والتي تنتج عن الغموض المتعلق بمتطلبات الكتابة والتوقيع ، وتعزيز تطور البنية الاساسية القانونية لتطبيق التعاملات الالكترونية بصورة مضمونة .

٣- تسهيل نقل المستندات الالكترونية والتعديلات اللاحقة .

٤- التقليل من حالات تزوير المراسلات الالكترونية والتعديلات اللاحقة ومن فرص الاحتيال في المعاملات الالكترونية .

٥- ارساء مبادئ موحدة للقواعد واللوائح والمعايير المتعلقة بتوثيق وسلامة المراسلات والسجلات الالكترونية .

٦- تعزيز ثقة الجمهور في سلامة وصحة المعاملات والمراسلات والسجلات الالكترونية .

واحد ولا يرى احدهما الآخر معاينة ولا يسمع كلامه وكانت وسيلة الاتصال بينهم الكتابة أو الرسالة أو السفارة ، وينطبق ذلك على البريد والتلكس والفاكس وشاشات الحاسب الآلى (الحاسوب) ففي هذه الحالة ينعقد العقد عند وصول الايجاب الى الموجه اليه وقبوله .

ثانيا : اذا تم التعاقد بين طرفين في وقت واحد وهما في مكانين متباعدين وينطبق هذا على الهاتف واللاسلكى فان التعاقد بينهما يعتبر تعاقدًا بين حاضرين . وتطبق في هذه الحالة الأحكام الأصلية المقررة لدى الفقهاء المشار اليها في الديباجة .

ثالثا : اذا أصدر العارض بهذه الوسائل ايجابا محدد المدة يكون ملزما بالبقاء على ايجابه خلال تلك المدة وليس له الرجوع عنه .

رابعا : ان القواعد السابقة لا تشمل النكاح لاشتراط الاشهاد فيه ولا الصرف لاشتراط التقابض ولا السلم لاشتراط تعجيل المال .

خامسا : ما يتعلق باحتمال التزيف أو التزوير أو الغلط يرجع فيه الى القواعد العامة للاثبات .

ويلاحظ أن هذه التوصيات القضائية بجواز التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة من هاتف وتلكس ونحوهما تضمنت أيضا الاشارة الى اعتبار التعاقد في الصور التي يكون التخاطب فيها مباشرا بمثابة التعاقد الحضورى ، وعلى كون الايجاب الذى يجئ محدد المدة يكون ملزما للموجب . أما بالنسبة لاشكال احتمال التزوير فقد اعتبرت التوصيات المذكورة أن ذلك شأن منفصل عن أمر مشروعية وصحة التعاقد وانه من الممكن علاجه بالوسائل المعروفة والموضوعة لذلك في الشرع .

المبحث الثالث - التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة في القانون :

وقد اكتفيت بمقارنة ما جرى عليه الفقه الاسلامى بما جاء في القانون العماني بشكل خاص ، وقد توفر لى الاطلاع عليه وما تضمنه من مواد .



فأرى أنه بالنسبة للموجب لا يتعارض مع ما يستخلص من منظور فقهي إذ البرمجة المسبقة من جانب المتعاقد تعد ترجمة لارادته التعاقدية طالما تمت باختياره . وأما بالنسبة للمرسل اليه الايجاب فانه يحتاج قطعاً الى فهم مضمون الايجاب ثم اصدار القبول تأسيساً على ذلك . وهذا لأن المتفق عليه هو أن من شروط ارتباط الايجاب والقبول علم القابل بالايجاب وفهمه له . وبحسب الآلية التي تصورتها وهي برمجة كل من الموجب للايجاب والقابل للقبول مسبقاً ابتناء على اتفاق مبدئي سابق فانه يبقى السؤال وهو كيف يتسنى للقابل القبول دون التحقق من الايجاب لحظة قبوله . بيد اننى أعتقد أن واضع القانون لابد أنه لاحظ هذه الاشكالية وأن البرمجة المذكورة فى المادة تتضمن ما يعالجها ، أو أن الآلية المقصودة هي خلاف ما تصورتها .

المطلب الثالث- أحكام واجراءات متعلقة بالتعاقد : نصت بعض المواد على بعض الأحكام والاجراءات الهامة التى تضبط عملية التعاقد بالرسائل الالكترونية ضمن القواعد المراعاة فى التعاقد ، أو تحول دون حدوث اللبس أو التزوير المتعمد .

المادة (١٧- البندين أ وب): ما لم يتفق المنشئ والمرسل اليه على خلاف ذلك :

أ- تعتبر الرسالة الالكترونية قد أرسلت عندما تدخل نظاماً للمعلومات خارج سيطرة المنشئ أو الشخص الذى أرسل الرسالة نيابة عنه .

ب- يتحدد وقت تسلم الرسالة الالكترونية على النحو الآتى:

١- إذا عين المرسل اليه لغرض تسلم الرسالة الالكترونية يتم التسلم فى الوقت الذى تدخل فيه الرسالة الالكترونية نظام المعلومات المعين . وإذا أرسلت الرسالة الالكترونية الى نظام معلومات تابع للمرسل اليه بخلاف نظام المعلومات المعين لتسلم الرسالة الالكترونية يتحدد وقت التسليم فى الوقت الذى يتم فيها استخراج الرسالة الالكترونية بواسطة المرسل اليه .

٧- تطوير المعاملات الالكترونية على الصعيد الوطنى وكذلك الخليجى والعربى وذلك عن طريق استخدام التوقيع الالكترونى .

ومما لا شك فيه أن تيسير التعامل المذكور والتشجيع عليه وازالة عوائقه واشكالاته وصونه من المحاذير يعكس هذا الاهتمام الذى أشرت اليه .

هذا وقد تناول القانون المذكور فى (٥٤) مادة هي مجموع ما تضمنه من مواد مختلف جوانب ومتعلقات التعاقد والتعامل الالكترونى أكتفى بإيراد أهمها بالنظر الى موضوع البحث .

المطلب الثانى- حكم التعاقد وآلياته :

المادة (٧) : تنتج الرسالة الالكترونية أثرها القانونى وتعتبر صحيحة وقابلة للتنفيذ شأنها فى ذلك شأن الوثيقة المكتوبة اذا روعيت فى انشائها واعتمادها الشروط المنصوص عليها فى هذا القانون واللوائح والقرارات الصادرة تنفيذاً لأحكامه .

المادة (١٣) : ١- يجوز ان يتم التعاقد بين وسائط الكترونية آلية متضمنة نظامى معلومات الكترونية أو أكثر تكون معدة ومبرمجة مسبقاً للقيام بمثل هذه المهام ويكون التعاقد صحيحاً وناظراً على الرغم من عدم التدخل الشخصى أو المباشر لأى شخص طبيعى فى عملية ابرام العقد .

٢- يجوز ابرام عقد بين نظام معلومات آلى مملوك لشخص طبيعى أو معنوى وبين شخص طبيعى أو معنوى اذا كان الاخير يعلم أو كان ينبغى عليه أن يعلم أن ذلك النظام سيتولى مهمة ابرام العقد . ويكون للعقود الالكترونية ذات الآثار القانونية المتعلقة بالعقود التى تبرم بالأساليب العادية من حيث الاثبات والصحة القانونية والقابلية للتنفيذ وغير ذلك من الأحكام .

وما جاء فى المادة (٧) كما هو واضح يتفق مع ما استخلصته من صحة التعاقد بالوسائل الحديثة من تلفون وفاكس وحاسب آلى . أما ما نصت عليه المادة (١٣)



٢- اذا لم يعين المرسل اليه نظام معلومات يتم تسلم الرسالة الالكترونية عندما تدخل نظام معلومات تابع للمرسل اليه.

وتوضح هذه المادة أموراً إجرائية هامة تتعلق باعتماد الإيجاب الصادر ونسبته الى المرسل وبتحديد الوقت الذي يعتبر أنه صدر فيه ووجه الى الطرف الآخر والوقت الذي يعتبر أنه وصل فيه الى المرسل اليه .وهى أمور لازمة للتحقق من وجود الإيجاب وصدوره من المرسل ووصوله الى المرسل اليه حيث تقتضى شروط العقد وضوابطه توفر هذه العناصر وغيرها .ولا شك أن اعتبار وصول الرسالة يترتب عليه أن قبول الطرف الآخر للإيجاب المرسل ينقذ معه العقد مما يجعل من اعتماد وصوله من جانب الموجب للمرسل اليه أمراً ذا بال .وقد رأينا أن الفقهاء يشترطون لانعقاد العقد صدور الإيجاب من الموجب ووصوله الى القابل .وفى تقديرى أنه قد يفهم أيضاً من النص على الظرف الذى تعتبر فيه الرسالة قد وصلت الى المرسل اليه أن الإيجاب يكون ملزماً للموجب بوصوله للقابل .ويؤيد هذا ما جاء فى المادة (١٦) فى البند الثانى منها ونصه :اذا طلب المنشئ اقراراً بتسليم الرسالة الالكترونية ولكنه لم يذكر أن الرسالة الالكترونية مشروطة بتسليم الاقرار خلال الوقت المحدد أو المتفق عليه أو اذا لم يتم تحديد وقت محدد أو متفق عليه فان للمنشئ ان يوجه الى المرسل اليه اخطاراً يذكر فيه عدم تلقى الاقرار بتسليم الرسالة الالكترونية ويحدد وقتاً معقولاً يتعين فى غرضه تسلم الاقرار .فاذا لم يتم تسلم الاقرار خلال الوقت المحدد أو المتفق عليه جاز للمنشئ بعد توجيه اخطار الى المرسل اليه أن يعامل الرسالة الالكترونية كأنها لم ترسل .فما جاء فى نهاية النص المذكور وهو أن المرسل يكون فى حل من رسالته فى حالة عدم تسلم الاقرار يفهم منه أنه يكون ملزماً فى حالة تسلمه .وعلى كل فان الزام الموجب بإيجابه هو رأى لبعض الفقهاء كما مر .وقد رأينا فيما جاء فى توصيات المجمع الفقهي أن الإيجاب يكون ملزماً للموجب اذا كان محدد المدة .

المطلب الرابع- حماية المعاملات الالكترونية وصيانتها : خصص القانون لسلامة التعامل الالكترونى وحمايته من التزوير ومعالجة ما قد يقع من اشكالات مواد عديدة .وهذا لما قد يعترى هذا التعامل من احتمالات التزوير والغش بسبب عدم وجود المتعاقدين فى مكان واحد .واذكر هنا طرفاً من هذه المواد .

المادة (١٨) : يستخدم التشفير كوسيلة لحماية المعاملات الالكترونية بهدف المحافظة على سرية المعلومات او البيانات التى تحويها الرسالة الالكترونية والتحقق من شخصية المنشئ ومنع الغير من التقاط المعلومات أو الرسائل الالكترونية بغرض منع وصولها الى المرسل اليه أو تشويهها .

هذا وقد سبق أن بينت أن التعاقد بالوسائل الحديثة مثل الهاتف ونحوه يعتوره فى بعض حالاته اشكال التزوير إذ أن عدم تحقق الوحدة المكانية من شأنه أن يحول دون جزم كل طرف بشخص الطرف الآخر إلا أننى رجحت ألا يشكل ذلك مانعاً من القول بصحة التعاقد إذ ينبغى الفصل بين مشروعية التعاقد واجراءات صيانتها من احتمال التزوير .وقد أوردت حينها رأى مجمع الفقه الاسلامى والذى ذهب الى الفصل بين الأمرين وأوصى باتخاذ السبل والاجراءات الكفيلة بمنع حدوثه .ولعله من الواضح أن هذا هو نفسه مسلك القانون حيث يؤخذ من مفهوم المادة المشار إليها أن العقد ينشأ صحيحاً وأن ثمة اجراءات قانونية متخذة لصيانتها من التزوير وللتحقق من شخص الطرف المتعامل .بل يمكن القول أن القانون أفسح حيزاً مقدراً لهذا الموضوع حيث تناوله فى العديد من موادها اشارة لاحتمال التزوير وتوضيحاً لوسائل مكافحته ومعاقبة عليه كما سيتضح من خلال بعض المواد التى استعرضناها .

المادة (١٩) : تستخدم احدى الطرق الآتية لحماية نظام المعلومات :

أ- التشفير بطريق المفتاح العام



نص قانون المعاملات الالكترونية على أن ثمة عقود
وتعاملات لا يجرى فيها التعامل الالكتروني.

فقد تضمنت المادة (٣) ما يلي:
ولا يسرى هذا القانون على ما يلي :

أ- المعاملات والامور المتعلقة بقانون الأحوال
الشخصية كالزواج والطلاق والوصايا والهبات.

ولا شك أن المذكرات والاصدارات التفسيرية للقانون
تكون موضحة لأسباب الاستثناء والتي قد ترجع في غالب
الأمر الى خصوصية هذه العقود والمسائل بحيث لا
يتناسب معها التعاقد من خلال الوسائل الالكترونية. وقد
سبق أن بينت الاستثناء الوارد في الفقه الاسلامي بشأن
بعض العقود والالتزامات والتي أستثيت بسبب خصوصية
طبيعتها أو لحاجتها للشهادة التي تتطلب حضور الشهود
في مكان واحد أو نحو ذلك ومنها عقد الزواج ، كما أشرت
الى توصيات مجمع الفقه الاسلامي باستثناءها. وهذا
يعنى أن القانون لاحظ أيضا الطبيعة المختلفة لما يجرى
من تعاملات مما يقتضى استبعاد ما لا يتناسب معه
الاستخدام الالكتروني. ويمكن القول أن القانون يتفق من
حيث المبدأ مع ما جرى عليه الفقهاء وهو أن استخدام
مثل هذه الوسائل الحديثة لا يشمل كل العقود
والتعاملات.

ب- الجدران النارية

ج - مرشحات المعلومات

د - مجموعة الوسائل المتعلقة بمنع الانكار

ها - تقنيات تشفير المعطيات والملفات

و - اجراءات حماية نسخ الحفظ الاحتياطية

ز - البرامج المضادة للديدان والفيروسات

ح - أية طريقة أخرى تجيزها السلطة المختصة

**حماية المعاملات الالكترونية من خلال فرض
عقوبات:**

فضلا عن الاجراءات الحمائية المانعة لوقوع التزوير
من مثل التشفير ونحوه مما جاء ذكره فقد تضمن القانون
النص على العقوبات المترتبة على التزوير والغش .

**فالمادة (٥٢) تنص على المعاقبة بعقوبتي الحبس
والغرامة أو باحدهما على الأفعال التي من شأنها أن
تؤدي الى التزوير أوالتعدي أو نحوهما. ومما نص على
عقوبته القيام بطريقة غير مشروعة بكشف مفاتيح لفض
التشفير أو استخدام أداة انشاء توقيع متعلقة بتوقيع
شخص آخر بطريقة غير مشروعة .**

المطلب الخامس - استثناء بعض العقود

والالتزامات من دائرة التعامل الالكتروني :



ملخص البحث :

تناولت في الفصل الأول التعريف بالعقد وأركانه ولوازمه. وقد خلصت الى أن العقد بمعناه الخاص في منظور الفقهاء يعنى الربط بين الإيجاب والقبول الصادرين من طرفين والمعبر عنهما باللفظ أو ما يقوم مقامه من كتابة وغيرها بحيث يترتب على ذلك الربط أثر شرعى ، وأن تعريف القانون يتفق في جملته ومعناه العام مع هذا المفهوم الشرعى. وأما عناصره الأساس فهى الصيغة والمتعاقدان والبدلان - ان كانا - ويعدها البعض أركاناً له بينما جرى البعض على اعتبار أن الصيغة هى ركنه فحسب وأن ما عداها انما يعد شروطاً ولوازم لا أركان ، وقد أوضحت أن هذا الاختلاف هو اختلاف لفظى لا أثر له يذكر .

ونظراً لارتباط البحث بشكل أخص بالإيجاب والقبول اللذين يتم من خلالهما الاتصال بين التعاقدين فقد اقتضى ذلك التعرف على الشروط العامة المتطلبة للارتباط بينهما. ومما لا شك فيه أنه بدون هذا الارتباط لا ينقذ العقد .

وقد خلصت الى أن هذه الشروط كالاتى :

الشرط الأول : أن يكون كل من الإيجاب والقبول معبراً عن ارادة معتبرة .

الشرط الثانى : اتحاد موضوع التعاقد .

الشرط الثالث : الاتصال بين الإيجاب والقبول من خلال علم كل طرف بما صدر من الآخر واتحاد مجلس العقد .

الشرط الرابع : بقاء الموجب على إيجابه الى صدور القبول .

الشرط الخامس : مشروعية محل التعاقد والعلم به .

وقد اقتضى الحديث عن الارتباط بين الإيجاب والقبول التعرف أيضاً على مجلس العقد وخياره . وقد تبين أن مجلس العقد هو المجلس الذى يصدر فيه الإيجاب أى الحيز الزمانى والمكانى لصدوره ، وأن القبول لا يكون له أثر فى انشاء العقد الا اذا صدر فيه . كما تبين أن بعض العلماء يذهب الى أن خيار المجلس يقضى بعدم لزوم العقد الا بعد تفرق المتعاقدين بأبدائهما بالنسبة للعقود التى يجرى فيها ، الأمر الذى يشكل بعض الصعوبات العملية بالنظر الى ادراك كل طرف لوقوع هذا التفرق من عدمه فى التعاقد بين متبايعين كما فى حالة التعاقد بهذه الوسائل محل البحث . وقد انتهت الى أن هذه الصعوبات لا ترقى الى منع التعاقد بين المتبايعين . وقد سقت فى الاستدلال لما انتهت اليه ما توفر لى من حجج فضلاً عن الاستدلال لمشروعية التعاقد بين المتبايعين عن بعضهم (التعاقد الغيابى)

وفى الفصل الثانى أوضحت المراد بوسائل الاتصال الحديثة - ومنها الحاسب الآلى (الانترنت) والهاتف والتلكس - وانقسامها الى وسائل كتابية وسماعية وجامعة بين الكتابة والسمع والمشاهدة . كما أشرت الى أن التخاطب عبرها قد يقع مباشرة وقد يكون غير مباشر .

وقد انتهت بناء على ما توفر لى من أدلة وشواهد الى أن كلا من الفقه الإسلامى والقانون يجوز التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة ، وخلصت ازاء ذلك الى الآتى :

- ١- مشروعية التعاقد بهذه الوسائل فى الفقه والقانون .
- ٢- أن هذه المشروعية لا تشمل كافة العقود اذ أن ثمة عقوداً يمتنع فيها ذلك استثناء لأسباب اشترت اليها .
- ٣- اقرار مشروعية التعاقد بهذه الوسائل يتناغم مع مراعاة حاجات الناس ومصالحهم .

والله الموفق



قسم

الأحكام القضائية المختارة



دراسة حول

**الحكم الصادر عن دائرة المنازعات الإيجارية
بمسقط في الدعوى المدنية رقم ٧٢١/٢٠١٠**



دراسة حول

الحكم الصادر عن دائرة المنازعات

الإيجارية بمسقط في الدعوى

المدنية رقم ٢٠١٠/٧٢١

الحكم

بعد سماع المرافعة والإطلاع على الأوراق

تتحصل واقعات الدعوى على النحو اللازم لحمل هذا القضاء - في أن المدعي كان قد أقامها بصحيفة أودعها أمانة سر هذه المحكمة وأعلنت قانوناً طلب في ختامها القضاء بالزام المدعى عليها أن تؤدي إليه مبلغ - /٢٤٠٠٠ ر.ع أربعة وعشرين ألف ريال قيمة الأجرة السنوية المتعلقة بالعقار الذي يملكه المدعي والمؤجر منه للمدعى عليها والمبين الحدود والمعالم بالعقد والصحيفة.

وقال المدعى شرحاً لدعواه إنه أجّر للمدعى عليها العقار السكني المشار إليه بموجب العقد المسجل بالبلدية تحت رقم (.....) لمدة سنة تبدأ من وتنتهي في بأجرة مقدارها.... شهريا تدفع مقدماً بداية كل سنة وإذ لم يخطر المستأجر المؤجر برغبته إنهاء العقد فإنه يكون قد تجدد تلقائياً لمدة أخرى مساوية للمدة السابقة وأضاف المدعي القول أن المدعى عليها قعدت عن الوفاء بالأجرة الأمر الذي حدا بالمدعي إلى إقامة دعواه.

وحيث شفع المدعي دعواه بصورة العقد المبرم بين الخصمين.

وحيث تدوول نظر الدعوى على النحو الموضح بمحاضر الجلسات حيث مثلت المدعى عليها بوكيل محام قدم مذكرة قال فيها إنه تم إخطار المؤجر بعدم الرغبة في تجديد العقد قبل نهاية المدة السارية بثلاثة أشهر وذلك بتاريخ وسلمت هذه الرسالة بطريق البريد الإلكتروني وتم تأكيد الرسالة في وقام المدعي بمخاطبة المدعى عليها عن طريق البريد

الإلكتروني وطلب إعادة إرسال الرسائل في غضون شهر فتم ذلك ، وقدمت المدعى عليها صور هذه المكاتبات والإخطارات الإلكترونية مسحوبة على دعاءات ورقية والمحكمة أرجأت النطق بالحكم لجلسة اليوم.

وحيث إن المقرر بنص المادتين ٧،٤ من قانون المعاملات الإلكترونية الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٠٠٨/٦٩م، أن تطبق أحكام هذا القانون على المعاملات التي تتم بين الأطراف الذين اتفقوا على إجراء معاملاتهم بوسائل الكترونية ويجوز استنتاج موافقة الشخص على ذلك من سلوكه ، وتنتج الرسالة الإلكترونية أثرها القانوني وتعتبر صحيحة وقابلة للتنفيذ شأنها في ذلك شأن الوثيقة المكتوبة إذا روعيت في إنشائها واعتمادها الشروط المنصوص عليها في هذا القانون واللوائح والقرارات الصادرة تنفيذا لأحكامه.

وحيث كان ذلك وكان الثابت للمحكمة مما تأخذ من سلوك المدعي المتمثل في طلب الرسائل المتعلقة بالإخطار عن طريق الرسائل الإلكترونية- تأخذ منه موافقته على إجراء معاملاته مع المدعى عليها بوسائل الكترونية ، وإذ كانت المدعى عليها قد أرسلت رسالة الكترونية إلى المدعي تخطره فيها برغبتها عدم تجديد العقد والرسالة مؤرخة ومن ثم تقضي المحكمة بثبوت قيام المدعى عليها بإخطار المدعي بالرغبة في عدم تجديد العقد قبل نهاية المدة السارية بثلاثة أشهر وتقضي في الدعوى على هذا الأساس.

وحيث إن مؤدى نص المادة (٦) مكررا (١) المضافة - بالمرسوم السلطاني رقم ٢٠٠٨/٧٢- للأحكام المنظمة للعلاقة بين ملاك ومستأجري المساكن والمحال التجارية والصناعية الصادرة بالمرسوم السلطاني رقم ٨٩/٦ أن يسري العقد إلى نهاية المدة المتفق عليها بين طرفيه ويتجدد تلقائياً - خلال المدة التي لايجوز فيها للمؤجر طلب الإخلاء - ما لم يخطر المستأجر المؤجر كتابة برغبته في إخلاء المحل المؤجر قبل نهاية مدة العقد بثلاثة أشهر على الأقل.

وحيث إنه وبإنزال ما تقدم على واقعات الدعوى



أن نلمس ونرى حاجة مجتمعنا المتنامية إلى إحداث تغيير وتبديل في التشريعات القائمة ، بقدر ما يشهده هذا المجتمع من تطوير وتحديث يسبق الزمن ، وإذ صدر المرسوم السلطاني السامي رقم ٢٠١٠/١٠٧ بتعديل الأحكام المنظمة للعلاقة بين ملاك ومستأجري المساكن والمحال التجارية والصناعية الصادرة بالمرسوم السلطاني رقم ٨٩/٦ ومن قبل كان المرسوم السلطاني رقم ٢٠٠٨/٦٩م قد أصدر قانون المعاملات الإلكترونية وعليه وترسما للخطى الأولى التي اختطتها المجلة فإن التعليق على الحكم الذي طبق بعض هذه الأحكام يقودنا إلى تسليط الضوء على الأحكام المستخلصة مما استحدثته بما يخدم أهداف المجلة القضائية على نحو ما يقتضيه المقام وعليه سيتناول التعليق حجية الرسالة الإلكترونية وفق الأحكام التي استحدثها قانون المعاملات الإلكترونية المشار إليه كمدخل عام لدراسة حجية الرسالة الإلكترونية في إثبات الإخطار بعدم الرغبة في تجديد عقد الإيجار ثم نتبع ذلك بإيجاز الأحكام التي استحدثها المرسوم السلطاني رقم ٢٠١٠/١٠٧ المشار إليه في نقاط تسلط الضوء على المشكلات التي تثور في التطبيق على النحو التالي:

أولاً: حجية الرسالة الإلكترونية بصفة عامة في الإثبات:

لم يعط قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية الورقة العرفية حجية في الإثبات إذا لم تشمل على توقيع من صدرت عنه فلا تعد مستنداً. وإن أمكن اعتبارها بمثابة مبدأ الثبوت بالكتابة. إلا أن قانون المعاملات الإلكترونية قد أعطى الرسالة عبر شبكات المعلومات كالانترنت والرسائل المتبادلة عبر الشبكات الخاصة (الانترانت) (اكسترانت) والبريد الإلكتروني وغيرها حجية في الإثبات. إذ أن طبيعتها تتأبى على التوقيع العادي. وحتى لو لم تكن مقترنة بتوقيع الكتروني فنص في المادة (١١) على أنه عند تطبيق قواعد الإثبات في أية إجراءات قانونية لا يحول دون قبول الرسالة الإلكترونية أن تكون قد جاءت في غير شكلها الأصلي، إذا كانت الرسالة أفضل دليل يتوقع بدرجة مقبولة أن يحصل

المطروحة. وكان الثابت بالأوراق على ما يؤخذ من التجديد الدوري للعقد المسجل بالبلدية تحت رقم (.....) أن العقد المبرم بين الخصمين بدأ في وينتهي في وإذ ثبت قيام المستأجر بإخطار المؤجر كتابة برغبته في إخلاء المحل المؤجر قبل انتهاء مدة العقد بما يزيد عن ثلاثة أشهر وهو ما ينتهي معه العقد بنهاية مدته ويكون طلب تجدد تلقائياً على غير أساس من الواقع أو القانون ترفضه المحكمة وطلب الأجرة تباعاً.

وحيث إنه وعن المصروفات فالمحكمة تلزم بها المدعي لخسرانه الدعوى عملاً بالمادة (١٨٢) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية.

« فلهذه الأسباب »

الدراسة

تفردت المجلة القضائية منذ انطلاق عددها الأول بخصوصية ميزتها عن نظيراتها في شأن قسم الأحكام القضائية والتعليق عليها ؛ هذا النهج المتميز لا يعبأ فقط باستخلاص المبادئ القانونية التي أرساها الحكم في شأن تفسيره للنص القانوني أو تأويله لأحكامه . كنهج المجالات القضائية النظرية . وإنما يعنى بتسليط الضوء على المسائل القانونية التي أثرت في الحكم بخلفياتها التي لا تسعها الأسباب إيماناً من المجلة بأن لغة الأحكام تتميز عن لغة الشرح والتعليق ، وأن مدار بلوغ الغاية المرجوة من هذا القسم من المجلة وعنوان نجاحه لا يكمن فقط في بيانه لصياغة الأحكام وتوحيه التركيز على فكر التفسير الصحيح لنصوص القانون وكيفية تطبيقه ، وإنما يكمن أيضاً في تسخير تلك الصياغة وذلكم الفكر وتوظيفه بما يتفق وإرادة المشرع وشرعته المحكمة ، وإذا كان القانون يستهدف العدل والخير في تنظيمه لسلوك الأشخاص ومعاملاتهم ، وبوصفه ظاهرة اجتماعية فإنه يخضع للتطور والتغيير شأن سائر الظواهر الاجتماعية فهو يتطور بتطور المجتمع ويتغير بتغير الظروف ، فإنه كلما جدّ من العوامل الاجتماعية والاقتصادية ما يؤثر في المجتمع تعين على القانون أن يستجيب ؛ ولهذا فلا غرو



القانون - وقع عليه هو عبء إثبات ما يدعيه.

٦. على من ينازع في حجية رسالة إلكترونية سبق وأن أقر بتسلمها بموجب إقرار تسليم إثبات ما يدعيه.

٧. يقبل في إثبات المواد التجارية الرسائل الإلكترونية حتى ولو لم يراع فيها الاشتراطات المنصوص عليها في القانون كما تقبل مثل هذه الرسائل في إثبات المواد المدنية التي لا تزيد على ألف ريال عماني.

٨. للرسالة الإلكترونية حجية في إثبات التصرفات القانونية التي تزيد على ألف ريال عماني حتى ولو لم يراع في إنشائها واعتمادها الشروط المنصوص عليها في القانون والقرارات المنفذة إذا وجد مانع أدبي من الحصول على الدليل المكتوب وفي حالة فقد السند الكتابي أو الإلكتروني وكذلك حالة وجود مبدأ ثبوت بالكتابة.

أعطى المشرع العماني للرسالة الإلكترونية التي لم يراع في إنشائها واعتمادها الشروط المحددة في القانون - الغير موثقة - أعطاها قدراً من الحجية ومنح القاضي قدراً كبيراً من صلاحيات تقدير هذه الحجية.

ثانياً: حجية الرسالة الإلكترونية في إثبات الإخطار بعدم الرغبة في تجديد عقد الإيجار؛

انتهينا إلى أن المشرع العماني أعطى للرسالة الإلكترونية حجية في الإثبات - إذا روعي في إنشائها واعتمادها الشروط المنصوص عليها في القانون والقرارات المنفذة ومن ثم تكون الرسالة الإلكترونية حجة في إثبات حصول الإخطار المكتوب في الحالات و بالقدر المار ذكره في حال اشتراط أن يكون الإخطار كتابياً ،

ومن باب أولى يكون للرسالة الإلكترونية ذات الحجية في الحالات التي لا يشترط فيها القانون أن يكون الإخطار كتابياً .

ويراعى أن الأحكام المنظمة للعلاقة بين ملاك ومستأجري المساكن والمحال التجارية والصناعية مايزت بين إخطار المؤجر للمستأجر، وبين إخطار المستأجر للمؤجر إذ اشترطت المادة (٦) مكرر (١) أن يكون إخطار المستأجر للمؤجر بعدم الرغبة في تجديد

عليه الشخص الذي يقدمه وعلى هدي من أحكام قانون المعاملات الإلكترونية تكون لهذه الرسالة حجية في الإثبات على التفصيل الآتي:

١. الأصل العام أن قواعد الإثبات غير متعلقة بالنظام العام وعليه يجوز للأطراف الاتفاق على اعتبار الرسالة الإلكترونية وسيلة إثبات مقبولة في تعاملاتهم والعكس بالعكس سواء روعيت الشروط المنصوص عليها قانوناً أو لم تراعى وقد أكد قانون المعاملات الإلكترونية على هذا الأصل العام في المادة الرابعة منه.

٢. أعطى المشرع العماني للرسالة الإلكترونية حجية في الإثبات - إذا روعي في إنشائها واعتمادها الشروط المنصوص عليها في القانون والقرارات المنفذة - ويملك القاضي تقدير الدليل المستمد منها في حال المنازعة بمراعاة الآتي :

❖ مدة إمكانية الاعتماد على الطريقة التي تم بها المحافظة على سلامة المعلومة.

❖ مدى إمكانية الاعتماد على مصدر المعلومات إذا كان معروفاً.

❖ مدة إمكانية الاعتماد على الطريقة التي تم بها التحقق من هوية المنشئ إذا كانت ذات صلة

❖ أي عامل آخر ذو صلة.

٣. للرسالة الإلكترونية المقترنة بتوقيع الكتروني حجية كاملة في الإثبات شأنها شأن الورقة الموقعة من صاحبها بالتوقيع العادي.

٤. للرسالة الإلكترونية المقترنة بإقرار تسلمها حجية كاملة في الإثبات شأنها شأن الورقة الموقعة من صاحبها بالتوقيع العادي.

٥. إذا نازع الخصم في حجية الدليل المستمد من الرسالة الإلكترونية وقع على خصمه عب إثبات أن الرسالة محمية أو غير مستوفية للشروط ويتعين على القاضي أن ينظر في مدى الحجية المستمدة من الورقة بالنظر إلى الظروف والملابسات المنوّه عنها في البند (٢) ، أما إذا نازع الخصم في حجية الرسالة الإلكترونية المقترنة بتوقيع الكتروني مستوفٍ الشروط الواردة في



١٢. النص في البند (أ) من المادة (٧) على أنه «...ولا يحكم بالإخلاء إذا قام المستأجر قبل الفصل في النزاع بأداء الأجرة المستحقة مع كافة ما تحمله المؤجر من مصروفات التقاضي» وهو ما يعرف اصطلاحاً بتوقي الإخلاء بسداد الأجرة وكافة ما أنفق المؤجر من مصروفات التقاضي ؛ ليس مؤداه رفض دعوى المؤجر أو عدم قبولها ومن ثم فإن من الخطأ القضاء برفض دعوى الإخلاء في حالة التوقي والصحيح القضاء بإثبات وفاء المستأجر للأجرة والمصروفات فإذا حصل التوقي أمام محكمة الاستئناف فإنها تقضي بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء مجدداً بإثبات وفاء المستأجر للأجرة المتأخرة والمصروفات .

١٣. التكرار يثبت من عدم الوفاء بالأجرة حتى تقام دعوى الإخلاء فيتوقى المستأجر بالسداد قبل إقفال باب المرافعة أيّاً ما كان الحكم الصادر في الدعوى سواء برفض طلب الإخلاء أو إثبات التأخر أو إثبات الصلح على اعتبار الدعوى سابقة تأخر في الوفاء بالأجرة ، أما تأخير الوفاء بالأجرة كالذي يثبت من تاريخ إيداعها في حساب المؤجر أو من تاريخ إيصال السداد فلا يعد تكراراً .

١٤. يتعين التفرقة بين سبب الدعوى ، والسند القانوني فيها فسبب الدعوى هو الواقعة القانونية التي يتولد عنها موضوع الدعوى أو المصدر القانوني للحق المدعى به ، وبعبارة أخرى هو المحرك والمنشئ للدعوى ومصدر صاحب الحق سواء أكان عقداً أو عملاً غير مشروع أو غيره ، أما السند القانوني فهو ما عسى أن يحتج به الخصم من الأسانيد القانونية أو ما يعبر عنه بالوسيلة القانونية ، وبيان السند القانوني للدعوى ليس شرطاً لازماً لقبولها ولا هو ملزم للمحكمة إذ المحكمة مقيدة فقط بسبب الدعوى والطلبات فيها أما الأساس القانوني فمن عملها وحدها ؛ وفي دعوى الإخلاء فإن «سبب الدعوى هو العقد والطلبات فيها الإخلاء ، والسند القانوني هو ما اصطلح على تسميته بسبب الإخلاء» وهي الحالات المنصوص عليها في المادة السابعة من الأحكام المنظمة للعلاقة بين الملاك والمستأجرين أو ما عسى أن يكون من نص خاص في العقد ، ويترتب على ذلك :

أ. إن ذكر سبب الإخلاء - السند القانوني للدعوى - ليس شرطاً لقبول دعوى الإخلاء فيكفي المؤجر أن يثبت في

أيضاً ما انتهى إليه الرأي السائد فيه إلى أنه الشرط الوحيد لقبول الدعوى ؛ ومن ثم فلا يشترط أن يقع اعتداء على الحق المدعى به على نحو يحرم صاحبه من منافعه وإنما يكفي أن يكون هذا الحق معرضاً للاعتداء تعرضاً ملجئاً لصاحب الحق أن يلوذ بحماية القضاء فيكون الغرض من الدعوى حماية هذا الحق أو المركز بتقريره عند النزاع فيه أو رفع العدوان عليه ، أو تعويض ما لحق به من ضرر من جراء ذلك طالما يستند إلى مركز قانوني يحميه القانون بغض النظر عن المصلحة الاقتصادية للمدعي وهذا الذي استقرت عليه أحكام القضاء إذ انتهت إلى أنه (إذا كانت المصلحة في الدعوى لا تهدف إلى حماية الحق واقتضائه فحسب بل قد يقصد بها مجرد استيثاق المدعي لحقه بحيث لا يلزم أن يثبت الحق له حتى تقبل دعواه ، بل يكفي أن تكون له شبهة حق حتى تكون دعواه جديرة بالعرض أمام القضاء ، وهذا هو ما بنى عليه الشارع الحكيم تنظيمه القانوني كإجازته في المادة (٣٦) من قانون الإثبات لمن يخشى الاحتجاج عليه بورقة مزورة أن يختصم من بيده تلك الورقة ومن يستفيد منها لسماع الحكم بتزويرها وذلك قبل أن يتمسك بالورقة في مواجهته وكذلك ما أورده المادتان (٢٧ ، ٥٣) من تنظيم مماثل ، ومن ثم تضبط مسألة قبول دعوى الإخلاء في هذا السياق فتعد مقبولة متى كان المؤجر أو المستأجر في مركز يحميه القانون القصد منه إستيثاق أيهما لحقه ، وعليه فإذا أخطر المؤجر المستأجر برغبته عدم تجديد العقد فرد المستأجر بعدم عزمه على الإخلاء في نهاية العقد لأسباب عندة أيّاً كانت فإن دعوى المؤجر بطلب الإخلاء في تاريخ نهاية العقد تكون مقبولة حتى ولو لم يكن هذا التاريخ قد حل بعد ، أما إذا لم يفصح المستأجر عن نيته فإن دعوى المؤجر بطلب الإخلاء تكون غير مقبولة متى كان العقد سارياً لإقامتها قبل أو أن تحقق المصلحة فيها ، مع مراعاة أنه إذا تحققت المصلحة بعد رفع الدعوى صحت الإجراءات من بدايتها . وكذلك دعوى المستأجر أو المؤجر بتجديد العقد إذا أقيمت قبل انتهاء العقد الساري سواء أقامها المؤجر توقياً للغرامات التي تفرضها البلدية على التأخر في تسجيل العقد ، أو أقامها المستأجر توقياً لحاجته إلى التجديد لزوم تجديد تراخيص النشاط أو خلافه ؛ فإذا أفصح المتعاقد عن نيته عدم تجديد العقد كان للمتعاقد الآخر إقامة الدعوى قبل انتهاء العقد الساري .



الدوري له ليس شرطاً لسماع دعوى العلاقة الإيجارية فإنه - وحتى تضبط مسألة انتظام سداد رسوم تسجيل العقد - يقترح تفضل مجلس الوزراء الموقر بالنظر نحو تعديل نص المادة الرابعة من الأحكام المنظمة للعلاقة بين ملاك ومستأجري المساكن والمحال التجارية والصناعية بإضافة فقرة ثانية نصها «وتقضي المحكمة التي رفعت إليها دعوى المنازعة الإيجارية من تلقاء ذاتها بإلزام المؤجر بسداد رسوم تسجيل العقد وغرامات التأخير وتحدد بدء العلاقة ونهايتها ، ولا يجوز تسليم الصيغة التنفيذية إلا بعد تقديم ما يفيد السداد»

هذا وإذ سادت في المجتمع ثقافة تأقيت عقد الإيجار بسنة واحدة وكان ذلك مرده إجحام المؤجر عن التفاوض على تحديد عقد الإيجار بمدة تزيد على السنة تجنباً لسداد رسوم التسجيل على كامل مدة العقد - حسب قرارات البلدية - وهو ما يؤثر على استقرار الأوضاع خاصة في المحال التجارية والصناعية التي يضطر فيها المستأجر إلى تأجير محل لمدة سنة واحدة وينفق على تجهيزه أضعاف الأجرة فإنه وتشجيعاً للمؤجر على التفاوض بشأن المدة التي قد تكون لازمة لتحقيق الغرض من الإجارة والتي لا يجد المستأجر بنهايتها مضارة في ترك المحل المؤجر فإنه يقترح تعديل الأمر البلدي الخاص برسوم تسجيل العقود بما يسمح بتقسيط الرسوم على أقساط سنوية بالنسبة للعقود التي تزيد مدتها على السنة حتى تسود ثقافة تحديد مدة عقد الإيجار بالمدة التي تكفي المستأجر لتحقيق الغرض من الإجارة، مع مراعاة آلية ضمان الالتزام بسداد الأقساط في مواعيد استحقاقها كاشتراط تقديم شيكات ضمان، أو اشتراط تقديم سند سداد القسط عند تجديد الترخيص البلدي أو خلافه.

تم بحمد الله وتوفيقه،،،

أعد الدراسة

فضيلة القاضي / عثمان مكرم توفيق

عضو المكتب الفني بالمحكمة العليا

وقائع الدعوى أن المستأجر لم يدفع أجرة عن مدة ما حتى يقوم في الدعوى سبب عدم الوفاء بالأجرة ،أو أن يثبت في هذه الوقائع تاريخ بداية العلاقة الإيجارية وقيامه بإخطار المستأجر بعدم رغبته تجديد العقد حتى يقوم في الدعوى سبب انتهاء العقد بنهاية مدته.

ب - إن المحكمة لا تتقيد إلا بالطلبات في الدعوى أما السند القانوني فهو من عملها وحدها سواء أذكر الخصم سبباً أو لم يذكر فتبوت بدء العلاقة الإيجارية قبل ثلاث سنوات وحصول الإخطار (كافٍ للحكم) بالإخلاء بسبب انتهاء العقد نهاية مدته حتى ولو ذكر المؤجر سبباً آخر ما دام طلبه في النهاية الإخلاء .

ج - إذا كان الطلب في الدعوى هو الإخلاء فإن المحكمة عليها أن تبحث السند القانوني الذي ينطبق على ما ثبت لديها من وقائع فإذا رأت محكمة أول درجة إجابة المدعي إلى طلبه « الإخلاء » على سند من عدم سداد الأجرة أو التكرار أو خلافه فإن الذوق القضائي يتأبى عليها أن تبحث باقي الأسانيد القانونية التي أوردها الخصم ما دامت قد أجابته إلى طلبه أما إذا كانت الأسانيد التي أوردها المؤجر متعددة وكلها غير صحيح وجب عليها بحثها جميعاً والرد عليها .

د - إذا ألغت محكمة الاستئناف حكم محكمة أول درجة الذي أجاب الخصم إلى طلبه الإخلاء بناءً على سند ما وجب عليها أن تتصدى لبحث الأسانيد الأخرى التي أثيرت في الأوراق فإذا كان الطلب هو الإخلاء لانتهاء العقد بنهاية مدته والأجرة عن سنة سابقة ورأت محكمة الاستئناف خطأ محكمة أول درجة في الإخلاء بسبب انتهاء مدة العقد ، وجب عليها أن تتصدى لسبب التأخر في الوفاء بالأجرة الذي قام في الدعوى حتى ولو لم يذكر ذلك الخصم صراحة إذ طلب الأجرة المتأخرة يطرح على المحكمة سبب عدم الوفاء بالأجرة ولو لم يطلبه المدعي ما دام المدعي يطلب الإخلاء ، ويترتب على ذلك أنه من غير المتصور القضاء في أي درجة برفض طلب الإخلاء والزام المستأجر بالأجرة المتأخرة.

وأخيراً وبالنظر إلى ما استقر عليه قضاء المحكمة العليا من أن تسجيل العقد وسداد الرسوم والتجديد



مواجهة المستأجر خير إخطار بهذه الرغبة .

٧. أصبح الإخلاء لتكرار التأخر في سداد الأجرة دون عذر مقبول ، وجوباً بعد أن كان جوازياً للمحكمة .

٨. يجوز للمؤجر أن يطلب من المستأجر إخلاء المحل المؤجر متى مضت ثلاث سنوات على التاريخ الذي افتتحت به العلاقة الإيجارية إذا كان المحل مؤجراً لغرض سكني وخمس سنوات إذا كان مؤجراً لغرض تجاري أو مهني أو صناعي شريطة إخطار المستأجر بذلك قبل نهاية المدة السارية بثلاثة أشهر على الأقل.

٩. يتعين على المؤجر إثبات حاجته لشغل المحل بنفسه بكافة طرق الإثبات الشرعية ويجوز للمؤجر أن يطلب من المستأجر إخلاء المحل المؤجر إذا احتاج إلى شغل المكان المؤجر لغرض سكني بنفسه أو بأحد أقاربه من الدرجتين الأولى والثانية (الزوج ، والأب والأم والأبناء والأخوة والأخوات) وكذلك إذا احتاج إلى شغل المكان المؤجر لغرض تجاري أو صناعي أو مهني بنفسه أو بزوجه أو بأحد أقاربه من الدرجة الأولى (الأب والأم والأبناء) .

١٠. تشترط البلدية لإصدار الترخيص النهائي بالهدم أو إعادة البناء إخلاء العقار من قاطنيه وقطع الخدمات عنه ، وتصدر تصريحاً يعدهُ سنداً لطلب الإخلاء في مفهوم نص الفقرة (هـ) من المادة السابعة من الأحكام المنظمة للعلاقة بين ملاك ومستأجري المساكن والمحال التجارية والصناعية ، إذ القول باشتراط الحصول على الترخيص النهائي بالهدم أو إعادة البناء قبل الحكم بالإخلاء يؤدي حتماً إلى إفراغ النص من مضمونه ويجعله مجرد فرض نظري غير قابل للتطبيق فلا يمكن لجهة البلدية أن تمنح الترخيص النهائي بالهدم إلا بعد ثبوت تمام إخلاء العقار من قاطنيه وقطع الخدمات .

١١. لما كان يشترط لقبول الخصومة أمام القضاء قيام نزاع بين أطرافها على الحق موضوع التقاضي حتى تعود على المدعي منفعة أو فائدة من اختصاص المدعي عليه للحكم بطلباته مما وصفته المادة الثالثة من قانون الإجراءات المدنية والتجارية ، وهو ما يعبر عنه فقه القانون بشرط المصلحة الجامع لشرط الصفة وهو

العقد كتابة ، بينما لم تشترط المادة (٦) مكرر أن يكون إخطار المؤجر للمستأجر كتابة وعليه فإنه يصح في القانون إخطار المؤجر للمستأجر بعدم الرغبة في تجديد العقد شفاهة ويثبت حصوله بكافة طرق الإثبات الشرعية.

ثالثاً: الأحكام المستحدثة بالمرسوم السلطاني رقم ٢٠١٠/١٠٧ وما اختلف في التطبيق:

١- تسري أحكام المرسوم السلطاني رقم ٢٠١٠/١٠٧ على جميع العقود القائمة في تاريخ العمل به (المحدد بيوم ٢٠٠٨/٦/٢) كما تسري أحكامه على العقود التي تبرم بعد هذا التاريخ.

٢. تتحدد الرسوم في دعاوى الإيجارات بالنظر إلى الغرض من الإجارة دون اعتداد بصفة طرفي العقد فتُحصل رسوم دعوى تجارية إذا كان الغرض من الإجارة تجارياً .

٣. مع مراعاة أحكام قانون الإثبات تسمع دعوى العلاقة الإيجارية ولو لم يكن عقد الإيجار مسجلاً أو مجدداً إذ عدم تسجيل العقد لا يربط عدم سماع الدعوى .

٤. يراعى قبل الفصل في الاستئناف التحقق من توافر الصفة والمصلحة في الطعن ، إذ تنفيذ الحكم الصادر بالإخلاء وإعادة تأجير العين ينتفي معه مصلحة المحكوم عليه في إلغاء الحكم الصادر بالإخلاء .

٥. النص في العقد على أن (مدة الإجارة سنة واحدة) ليس مؤداه اتفاق على خلاف الحكم الوارد بالمادة (٦) مكرراً ، وإنما الاتفاق على خلاف ذلك شرطه أن يرد حكم صريح في العقد على أنه يجوز للمؤجر طلب الإخلاء قبل مضي ثلاث سنوات من تاريخ بدء العقد إذا كان المحل مؤجراً لغرض سكني وخمس سنوات إذا كان مؤجراً لغرض تجاري أو صناعي.

٦. لم يحدد القانون شكلاً ولا طريقة لإخطار المؤجر للمستأجر بالرغبة في عدم تجديد العقد ومن ثم يصح متى وصل إلى علم صاحب الشأن بأي طريق ، وتعتبر دعوى الإخلاء السابقة التي انعقدت فيها الخصومة انعقاداً صحيحاً وأعلن فيها المؤجر طلبه الإخلاء في



دراسة حول

الطعن رقم ٩٦٨/٢٠٠٩م الدائرة المدنية (أ)، في
الجلسة العلنية المنعقدة في يوم السبت ١٨/ربيع
الثاني/١٤٣١هـ الموافق ٣/٤/٢٠١٠م



**الطعن رقم ٩٦٨ / ٢٠٠٩ م الدائرة
المدنية (أ) عليا في الجلسة العلنية
المنعقدة في يوم السبت ١٨ / ربيع
الثاني / ١٤٣١ هـ الموافق
٣ / ٤ / ٢٠١٠ م**

الوقائع :-

تتحصل وقائع الدعوى على ما يبين من الحكم المطعون فيه ومن سائر الأوراق في أن الطاعنة تعرضت لحادث سير في ١٦ / ٩ / ٢٠٠٨ م في فتجا فنقلت على أثر الحادث إلى مستشفى سمائل ثم في نفس اليوم نقلت إلى مستشفى خولة ، حيث إنها أصيبت على أثره بكسر في التجويف الحقافي الأيسر للعمود الأمامي والعمود السفلي من الجانبين مع كسر في شظايا المفصل أدخلت إلى قسم الجراحة العامة - قسم العظام . وتم إجراء عملية سحب للأطراف السفلية ، وأصيبت بتموه بسيط في الكلية اليسرى وبنسبة عجز قدرها (٥٠٪) خمسون بالمائة ، تسبب في الحادث قائد سيارة مؤمنة لدى المطعون ضدها وترتيباً على ما سبق تقدمت الطاعنة بدعوى ضد المطعون ضدها كونها كفيفة بالأضرار الناتجة عن الحادث حالة محل المتسبب مطالبة بإلزامها بدفع مبلغ من المال قدره (٢٠٠٠٠ ر.ع) عشرون ألف ريال عُمانى عن الأضرار المادية و (٢٠٠٠٠ ر.ع) عشرون ألف ريال عُمانى عن الأضرار المعنوية وإلزامها المصاريف وأتعاب المحاماة وذلك بالمحكمة الابتدائية بمسقط الدائرة المدنية مشكلة من ثلاثة قضاة فحكمت المحكمة بتعويض مقداره (٢٥٠٠ ر.ع) ألفان وخمسمائة ريال عن الضرر المادي و (٥٠٠ ر.ع) خمسمائة ريال عن الضرر المعنوي والمصروفات و (١٠٠ ر.ع) مائة ريال عُمانى أتعاب محاماة .

فلم ترض المدعية بالحكم واستأنفته لدى محكمة الاستئناف بمسقط فأصدرت حكمها المائل الناص بقبول الاستئناف شكلاً ورفضه موضوعاً وإلزام رافعته مصاريفه.

فلم ترض الطاعنة بالحكم مرة أخرى وقررت الطعن عليه بالنقض لدى المحكمة العليا .

بتاريخ ٢٥ / ٩ / ١٤٣٠ هـ الموافق ١٥ / ٩ / ٢٠٠٩ م تم التقرير عليه بالطعن بصحيفة موقعة من محام مقبول للترافع مستوفية لأوضاعها الشكلية أودعت أمانة سر المحكمة العليا بنفس التاريخ وتم إعلان المطعون ضدها بصحيفة الطعن فردت عليها بمذكرة عقت عليها الطاعنة .

أقيم الطعن على سبب واحد تنعى به الطاعنة على الحكم المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون وتأويله والمخالفة لصحيحه على سند من القول : إن الحكم المطعون فيه استند على الحكم الابتدائي والذي استند في قضاؤه على أن نسبة العجز (٥٠٪) خمسون بالمائة فتكون نسبة التعويض (٥٠٪) خمسين بالمائة من الدية (٢٥٠٠ ر.ع) ألفين وخمسمائة ريال عُمانى (٥٠٠ ر.ع) وخمسمائة ريال عُمانى تعويضاً أدبياً فيكون المجموع (٣٠٠٠ ر.ع) ثلاثة آلاف ريال عُمانى .

ولما كانت الطاعنة من الغير أي طرفاً ثالثاً فلا ينطبق عليها ملحق الحوادث الشخصية ويبدو أن المحكمة التبس عليها الأمر أو لم تحط بواقعات الدعوى فظنت أن الطاعنة ينطبق عليها ملحق الحوادث الشخصية ، أما والحالة أن الطاعنة طرف ثالث فمن المسلم به أن الطرف الثالث لا يوجد حدٌ أعلى لتعويضه ، وأن الطاعنة ربة بيت وأم وزوجة وقد ترتب على إصابته نسبة عجز (٥٠٪) خمسين بالمائة في أماكن حساسة جداً تمنعها من نشاطها الطبيعي ودورها الحقيقي في أسرته وقد سقط الحكم المطعون فيه في خطأ فاحش مما يتعين نقضه ، وأن الأمر الأهم أن المرسوم السلطاني رقم ١١٨ / ٢٠٠٨ م الذي رفع الدية إلى خمسة عشر ألف ريال عُمانى هو القانون الواجب التطبيق حيث نص على أن يطبق اعتباراً من ١ / ١٢ / ٢٠٠٨ م مع العلم أن تداول الدعوى والحكم صدر في ظله وأن الحكم المطعون فيه لم يحصر عناصر الضرر، ولذا فقد خالف القواعد الشرعية لعدم حصره عناصر الضرر وتحديد التعويض لكل عنصر.

وحيث إن إصابة الطاعنة بكسر في التجويف الحقافي الأيسر للعمود الأمامي والعمود السفلي على الجانبين ترتب على كسورها قعودها عن المشي بصورة طبيعية إلا بواسطة



رقم ٢٠٠٨/١١٨ م فهذا غير سديد إذ العبرة بيوم نشوء الحق أو وقوع الفعل الضار لا بيوم الحكم وهذا ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة وما ذكره من تقدير للتعويض ومسميات بعض الجروح والإصابات فذلك غير سديد إذ لم يأت بذلك كتاب ولا سنة ولا إجماع ولا قضاء صحيح ولعله قصر فهمه عن التعبير أو لم يطلع على أحكام الديات والأروش فكتب ما أملت عليه قريحته فلذا وجب الإعراض عن ذلك .

ولما كان الموضوع صالحاً للفصل فيه وإعمالاً للمادة (٤/٢٦٠) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية فإن المحكمة تقضي في موضوع الدعوى لصلاحيه الفصل فيها ولما كانت الطاعة قد أُصيبت بأربعة كسور : كسر في التجويف الحقافي الأيسر للعمود الأمامي ، والعمود السفلي من الجانبين وكسر في شظايا المفصل وحسبما يظهر من التقارير أنها كسور منقطة فلكل كسر (٧٥٠ ر.ع) سبعمائة وخمسون ريالاً بما مجموعة (٣٠٠٠ ر.ع) ثلاثة آلاف ريال ، كما أُصيبت بتموه في الكلية اليسرى وأُجريت لها عملية سحب للأطراف السفلية نتيجة الكسور سائلة الذكر ووجود سائل بسيط جداً في جراب المثانة معقد جزئياً ومتحرك جهة اليمين وجدار سميك سائل بحجم ١,٢ سم وتورم دموي في الحوض جهة اليسار يحيط بالمبيض وقد استمرت في المعاناة بالمستشفى من تاريخ الحادث ٢٠٠٨/٩/١٦ م وحتى ٢٠٠٨/١٠/٢٦ م ومنها خرجت من المستشفى دون أي مضاعفات ويقدر لها لجميع ذلك حكومة عدل مقدارها (٢٠٠٠ ر.ع) ألفا ريال عُُماني يصير جميع مالها من أروش وحكومة عدل (٥٠٠٠ ر.ع) خمسة آلاف ريال عُُماني تقضي بها هذه المحكمة في موضوع الاستئناف رقم ٢٠٠٩/١٣٤٨ م مع إلزام المطعون ضدها المصاريف وترد الكفالة للطاعة .

فلهذه الأسباب :

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً ، وفي الموضوع بنقض الحكم المطعون فيه والقضاء في موضوع الاستئناف ٢٠٠٩/١٣٤٨ م بتعديل الحكم الابتدائي وذلك برفع مبلغ التعويض إلى (٥٠٠٠ ر.ع) خمسة آلاف ريال عُُماني وإلزام المطعون ضدها المصاريف وترد الكفالة للطاعة .

كرسي متحرك أو عكاز وتسمى جائفة ولها نصف الدية (٧٥٠٠ ر.ع) سبعة آلاف وخمسمائة ريال عُُماني زائد اعتبارها منقطة فتأخذ مأخذ الركبة ربع الدية (٣٧٥٠ ر.ع) ثلاثة آلاف وسبعمائة وخمسين ريالاً عُُمانياً وكسر في عظام العانة أدى إلى فقدان القدرة على القيام بواجباتها كزوجة وفقدت المتعة فيما أحلها الله لها وتعتبر نافذة ويقدر لها ثلث الدية (٥٠٠٠ ر.ع) خمسة آلاف ريال عُُماني وكسر في شظايا المفصل (٢٠٠٠ ر.ع) ألفي ريال عُُماني وتموه في الكلية اليسرى (٢٠٠٠ ر.ع) ألفي ريال عُُماني والجروح والإصابات بالبطن ويقدر لها ربع الدية . وذلك حسب تعبيره . وانتهى إلى المطالبة بنقض الحكم والتصدي للموضوع والقضاء بطلبات الطاعة ، واحتياطياً إعادة الدعوى لمحكمة الاستئناف لنظرها بهيئة مغايرة .

كما انتهت المطعون ضدها في طعنها إلى القول بصحة الحكم وعدم مخالفته للقانون والمطالبة برفض الطعن .

المحكمة :

الطعن مقبول شكلاً لاستيفائه أوضاعه الشكلية المعتمدة قانوناً ومن حيث الموضوع فإن النعي على الحكم المطعون فيه بما ذكره محامي الطاعة سديد من وجه واحد وهو كون الحكم الطعين اعتمد في قضائه على نسبة العجز ولم يقدر التعويض الجابر للضرر تقديراً سالماً متفقاً وعناصر الضرر بل اعتمد على نسبة العجز وقدر التعويض تبعاً لها وهذا لا ينطبق على مثل هذه الحالة الماثلة إذ الاعتماد على نسبة العجز فحسب لا يكون إلا في حالة واحدة فقط وهو ما يسمى بالتأمين الاختياري . ملحق الحوادث . أما ما عداه فالتعويض على حسب الأضرار الناتجة عن الفعل الضار وذلك بعد التحقق من جميع عناصر الضرر وما آلت إليه حالة المضرور بعد الضرر من فوات منفعة أو حدوث مضرة وأن يكون حسب قواعد الديات والأروش سواءً أكان ينطبق على ذلك القرار السلطاني رقم ١٩٨٣/٢ م أم المرسوم السلطاني رقم ٢٠٠٨/١١٨ م كل في محله .

ولما كان الحكم الطعين قد خالف هذا النظر فقد تعين نقضه لهذا السبب الوحيد فقط . أما ما ذكره الطاعن من أن واقعة هذه الدعوى ينطبق عليها المرسوم السلطاني



دراسة حول التعويض عن الضرر الناتج عن حوادث المرور

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى
آله وصحبه وسلم أجمعين.

أما بعد :

فإن من المبادئ الثابتة والقواعد المستقرة أن
المتسبب في إلحاق ضرر بالغير ملزم بتعويضه بما يجبر
ذلك الضرر. فالمتسبب في إلحاق الضرر بالغير يلزمه
جبره ولو لم يكن متعمداً^(١)، ولا شك فإن حوادث المرور
التي تقع بشكل شبه يومي وتلحق الضرر بالآخرين تعد من
أكثر الدعاوى التي ترفع إلى المحاكم للمطالبة
بالتعويضات. وتتنظر دعوى التعويض أمام الدائرة
الجزائية تبعا للدعوى العمومية، أو أمام الدائرة المدنية
مستقلة عن الدعوى العمومية.

وتقدير التعويض يقتصر على الضرر المادي فقط دون
التعويض المعنوي عملا بالمادة الثالثة من المرسوم
السلطاني رقم ٢٠٠٨/١١٨م، والتي نصها: « تكون الديات
والأروش المشار إليها جابرة لجميع الأضرار المادية
والمعنوية».

وينبغي التنويه أن الدعوى التي يقدمها الأطراف
للمطالبة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن حوادث
المركبات تنقسم إلى قسمين من حيث الأساس القانوني
الذي ينشأ عنه حق المطالبة، فإن كانت المطالبة تستند
على المسؤولية التقصيرية، فإنه يحكمه المرسوم
السلطاني رقم ٢٠٠٨/١١٨م، أما إن كانت المطالبة
بالتعويض مستندة عقد التأمين، فلا ينطبق عليها
المرسوم السلطاني رقم ٢٠٠٨/١١٨م وإنما يحكمها
قانون ملحق الحوادث، وعدم التمييز بين الحالتين يكون
سببا لنقض الحكم، كما هو الحال في هذا الحكم محل

التعليق. وتبين المحكمة العليا الفرق بينهما بقولها:
«ملحق الحوادث الشخصية يغطي ما ينتج عن حوادث
المرور من وفاة أو إصابات بدنية لمالك المركبة وقائدها
وأسرتيهما في الحدود المتفق عليها وطبقاً للقواعد العامة
المحددة في ملحق الحوادث الشخصية وبالتالي هذا
النوع من التأمين يحكمه مبدأ رئيس هو انعدام صفة
التعويض، ذلك أن التأمين بموجب ملحق الحوادث
الشخصية ليس بعقد تعويض عن الأضرار بحيث يتوقف
على وجودها ويقاس بمقدارها بل المقصود منه أن
يتقاضى المؤمن له أو من في حكمه مبلغ التأمين إذا
تحقق الخطر المؤمن منه ويترتب على هذا الحكم
الالتزام بالمبلغ المحدد في ذلك الملحق بصرف النظر
عن مدى الضرر الذي أصاب المؤمن له أو من في
حكمه^(٢).

وتقول في حكم آخر: -خضوع الشخص المؤمن لملحق
الحوادث الشخصية المرفق بقانون تأمين المركبات هو
خضوع لعقد خاص يسوده مبدأ رئيس هو انعدام صفة
التعويض، ومؤدى ذلك أن التأمين على الأشخاص ليس
بعقد تعويض ولا يقصد منه التعويض عن ضرر بمعنى أن
طرفي العقد لم يقصدا أن يجعلوا مبلغ التأمين هو
التعويض عن الضرر بحيث يتوقف على وجوده ويقاس
بمقداره بل يقصد منه أن يتقاضى المؤمن له مبلغ
التأمين إذا تحقق الخطر المؤمن منه، ويترتب على ذلك
التزام المؤمن بالمبلغ الذي يذكر في وثيقة التأمين
بصرف النظر عن الضرر الذي أصاب المؤمن له^(٣).

أما التعويض وفقاً للمسؤولية التقصيرية، وهو الذي
يشمله التأمين المصطلح عليه (بتأمين طرف ثالث) فلا
يحدد بمبلغ معين أو يقف عند سقف الدية الكبرى
فالحادث يمكن أن يتسبب في عدة ديات في جسم واحد
ويجوز للمحكمة أن تقضي بعدد من الديات حسب الضرر
الذي لحق بالمضرور، والدية الكبرى هي ضابط تقدير
الأروش بمعنى أنها تقدر من منطلق الدية، إلا إن الأروش

(١) الطعن رقم ٢٠٠٧/٣٠٢ م مدنية أولى، جلسة السبت الموافق ٢٠٠٨/١/٥ م

(٢) الطعن رقم ٢٠٠٧/٦٢ م مدني أولى عليا، جلسة يوم السبت الموافق ٢٠٠٧/٥/٥ م

(٣) الطعن مدني رقم ٢٠٠٥/٨٧ م، جلسة يوم السبت الموافق ٢٠٠٥/١٢/١٧ م



تحديد هذه الإصابات ولا تكفي الإشارة العابرة إلى عددها، ولما كانت الإصابات هي عناصر الضرر فإن عدم بيانها بياناً كافياً يعتبر قصوراً في التسبب يعيب الحكم ذلك أن عناصر الضرر من مسائل القانون التي تخضع لرقابة المحكمة العليا^(٢).

والإصابات البدنية تنقسم إلى قسمين من حيث تمكن المحكمة من معرفة وصفها : فمنها الإصابات الظاهرة التي لا تحتاج معها المحكمة للاستعانة بخبير وذلك كحالة الوفاة أو فقد عضو كاليد والرجل والعين إلى غير ذلك .

ومنها إصابات تستلزم الاستعانة بخبير وهي الجهة الطبية مثل وصف الإصابة بأنها جائفة أو أمة أو دامغة إلى غير ذلك وكذلك إذا أدت الإصابة إلى عجز جزئي فإن تحديد العجز يتطلب إلى خبرة لتحديد نسبته . و تكمن أهمية نسبة العجز في مساعدة المحكمة في تقدير التعويض كعنصر من عناصر تقديره ، شأنه في ذلك شأن أي دليل في الدعوى وعدم تقديم التقرير للمحكمة لا يحول دائماً بين المحكمة وتقدير التعويض إن استغنت المحكمة عنه بدليل آخر^(٤).

ونسبة العجز الكلية التي ترد في التقارير الطبية، لا يصلح اعتمادها مستقلة في تقدير التعويض ، لأن التقدير لا يقتصر على نسبة العجز بل يعتمد كذلك على الإصابات من جروح أو كسور ولولم يكن هنالك عجز ، ومن جهة ثانية فإن التعويض عن نسبة العجز تحسب من دية العضو المصاب ، فإن كان العضو المصاب فرداً حسبت نسبة العجز من الدية كاملة، وإن كان زوجياً حسبت من نصف الدية، وإن كان عشرين حسبت من عشر الدية. كما أن نسبة العجز تتفاوت من إصابة إلى أخرى، وبهذا يتبين جلياً أن تحديد نسبة العجز الكلي دون تفصيل ما سببته كل إصابة من عجز على أفراد غير صحيح، وتنص المحكمة العليا على هذا الأمر بقولها: « وعلى القاضي أن يتحقق في

لا تنقيد بالدية الكبرى كمقدار أقصى في حالة الجناية على ما دون النفس أي في حالة الإصابات البدنية التي لا تقضي إلى الوفاة إذ قد تفوق الأرواح الدية الكبرى^(١).

والملزم بدفع التعويض في حوادث المركبات هو المتسبب في الحادث، وشركة التأمين تحل محله بسداد جميع ما يحكم به القضاء من تعويض، واستثناء من القواعد العامة، فللمضرور أن يرفع الدعوى مباشرة ضد شركة التأمين.

والذي يعنيها في هذه الدراسة هو التعويض وفق المسؤولية التقصيرية، وما يغطيها تأمين الطرف الثالث، وذلك بتطبيق المرسوم السلطاني رقم ٢٠٠٨/١١٨م، مستعنيين بما أرسته الدائرة المدنية بالمحكمة العليا من مبادئ، ليسهل تطبيقه على جميع الدعاوى المعروضة على المحاكم. ويكون عرضنا للموضوع من خلال محورين:

المحور الأول: أنواع الإصابات وتحديد ديتها أو أرشها.

تقدير التعويض خاضع لسلطة قاضي الموضوع، إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة، بل مقيدة بأمرين اثنين :

أولهما: يقدر التعويض بالنظر إلى عدد الإصابات وحجمها، وهو ما يعبر عنه بعناصر الضرر، فيجب على محكمة الموضوع أن تعين عناصر الضرر التي تدخل في حساب التعويض وتبين ذلك تبيناً واضحاً يسوغ معه الحكم وتنفي معه الجهالة ولا يغير من ذلك كون تقدير الضرر وتحديد التعويض الجابر له من مسائل الواقع التي تختص بها محكمة الموضوع ذلك أن التعويض يكون بقدر الضرر جسامة وضعفاً وأن يكون على أسباب سائغة لها أصلها الثابت الكافي لحمل الحكم على الوجه الصحيح^(٢).

فالتقدير السليم للتعويض يعتمد اعتماداً كلياً على

(١) الطعن رقم ٢٠٠٧/٢٠٨ مدنية أولى عليا، جلسة السبت الموافق ٢٠٠٧/١١/٣

(٢) الطعن رقم ٢٠٠٥/٢٧١ مدني ثانية عليا، جلسة يوم السبت الموافق ٢٠٠٦/١/٢١م

(٣) الطعن رقم ٢٠٠٥/٢٣٢ مدني ثانية عليا، جلسة يوم السبت الموافق ٢٠٠٦/١/٢١م.

(٤) الطعن رقم ٢٠٠٧/١٤٢ مدنية أولى عليا، جلسة السبت الموافق ٢٠٠٧/١٠/٢٠



الفقرة الثانية من المادة الثانية من هذا المرسوم « وذلك دون الإخلال بالحق في الديات أو الأروش في الحالات غير الواردة في هذا الملحق..

ومعيار تقدير التعويض وفقاً لقواعد الشريعة الإسلامية هي قواعد موضوعية فالتعويض الذي بموجبها يكون دائماً وفي جميع الأحوال بالقدر الذي يزيل الضرر - عملاً بالقاعدة الفقهية الضرر يزال - وجبر ما فات من مصلحة مشروعة دون إثراء للمضرور بسبب الإصابة^(٢).

وتقتضي هذه القواعد بأن تلف النفس الدية الكاملة ، والأعضاء جميعاً تتبع النفس فلا يكون لها أرش إذا تلفت معها ، وإن في إتلاف عضو واحد في جسم الإنسان ليس له مثل الدية الكاملة ، وما فيه شيئاً ففي كل واحد منهما نصف الدية ، وفي ما فيه أربعة في ذهاب جميع أفراد الدية ، وفي الواحد منها ربع الدية ، كما تجب الدية أيضاً في ذهاب منافع الأعضاء أو المساس بجمال الفطرة ، وعلى ضوء هذه القواعد يتحدد عدد الديات أو الأروش مما لا يجوز معه تحديدها تحديداً جزافاً ، إنما يجب استقصاء عدد الإصابات والجروح التي فيها دية أو أرش مقدر شرعاً ، ومجموعها يحدد عدد الديات والأروش المستحقة^(٤).

ويمكن تلخيص الإصابات بأسلوب مختصر ومبسط حسب ما نص عليه القانون وما ذكره فقهاء الشريعة مما هو متوافق مع المرسوم رقم ٢٠٠٨/١١٨ م، باعتباره القانون الواجب التطبيق حالياً، وذلك كالآتي:

الإصابة قد تؤدي إلى وفاة أو فقد عضو من أعضاء الجسد أو منفعة من منافعه أو إصابة تؤثر فيه من غير فقد عضو أو فقد منفعته، ولا شك فإنه في حالة الوفاة تجب الدية كاملة، ومقدارها خمسة عشر ألفاً، أما في حالة فقد العضو أو منفعته أو إصابته فتقدر من منطلق الدية (خمس عشرة ألفاً) كما هو موضح في الجدول التالي:

فحص تقدير نسبة العجز هل هي في كل الأعضاء المصابة بالحادث أو في عضو واحد فقط ؟ أو سرى هذا العجز في جميع جسم المصاب ؟ فعند ذلك يجري قضاؤه وفق ما صحّ من نسبة عجزية في المصاب بما يستحقه من تعويض شرعاً، وإذا أغفل عن هذا التفصيل فإنه يكون مشوباً بالقصور في تسبب قضاؤه^(١).

كما استقر قضاء المحكمة العليا على أن التقرير الطبي الذي يصدر عن لجنة طبية لا يعدو أن يكون تقرير خبرة فنية في مجال من المجالات العلمية وما يدلي به المختصون مجرد رأي في بعض النظريات العلمية يبين طبيعة الأمراض وعلاقتها بالإصابات ونوعها والأداة التي أحدثتها وأثر هذه الإصابات على سلامة الجسم أو أي عضو من أعضائه ونسبة العجز الناتجة عن الإصابة في كل عضو من أعضاء الجسم إن وجدت وهذه أمور تخضع للنقاش ولا يجوز إضفاء الحجية المطلقة عليها وتحسينها من أي مطعن فيها فيكون قبولها أو رفضها رهيناً بوضوحها أو غموضها ، وفي حالة عدم وضوحها على المحاكم أن تستجلي غموضها باستدعاء من حررها لمناقشته حول ما احتوته لتحديد مدى حجيتها. لبيان دقة الإصابات التي لحقت بالمجني عليه حتى تتمكن المحكمة من تقدير الديات والأروش تقديرًا يتفق مع إرادة الشارع وتحقيق قصده^(٢).

وثانيهما: أن يتقيد بالتعويض عن كل إصابة وفق ما هو مقرر في الشريعة الإسلامية، ولقد أحال القرار السلطاني ٨٣/٢م في تقدير الأروش إلى القواعد الشرعية، فنص في المادة الثانية «تقدر الأروش في الجروح والإصابات بحسابها من منطلق الدية الكبرى وفقاً للقواعد الشرعية»، بينما جاء المرسوم السلطاني رقم ٢٠٠٨/١١٨ م مفصلاً لها إلا أنه لم يستوعب جميع الإصابات والمصطلحات الشرعية لها . ولهذا نصت

(١) الطعن مدني رقم ٢٠٠٣/١٢١ م ، جلسة السبب الموافق ٢٠٠٤/٥/٢٢ م ، الطعن رقم ٢٠٠٧/٢٠٨ مدنية أولى عليا، جلسة السبب الموافق ٢٠٠٧/١١/٣

(٢) الطعن رقم ٢٠٠٦/٩٦ م مدني ثانية عليا ، جلسة يوم السبب الموافق ٢٠٠٦/٦/٣ م

(٣) الطعن رقم ٢٠٠٦/٣٥٦ م مدني أولى عليا، جلسة يوم السبب الموافق ٢٠٠٧/٤/١٤ م

(٤) الطعن رقم ٢٠٠٦/١٨٢ م مدني أولى عليا، جلسة يوم السبب الموافق ٢٠٠٦/١١/١٨ م . الطعن رقم ٢٠٠٦/٩٦ م مدني ثانية عليا، جلسة يوم السبب الموافق ٢٠٠٦/٦/٣ م



م	وصف الإصابة	ديتها
١	الوفاة	(١٥٠٠٠) ألف
٢	فقد عضو فردي مما ليس في الجسم له مثيل كالأنف واللسان والذكر	(١٥٠٠٠) ألف
٣	فقد عضو زوجي مما له مثيل كالعينين والأذنين والساقين واليدين	لكل عضو نصف الدية (٧٥٠٠) ، إلا إذا ترتب على فقده فقد وظيفة العضو الآخر أو كان العضو الآخر غير موجود عند الإصابة فله الدية كاملة (١٥٠٠٠) .
٤	فقد عضو رباعي كأشفار العينين (جفونها) وأهداب العينين	لكل عضو ربع الدية (٣٧٥٠) ريالاً
٥	فقد عضو عشري مثل أصابع اليدين والرجلين .	لكل أصبع عشر الدية (١٥٠٠) ريال
٦	فقد مفصل من مفاصل الأصبع	ثلث دية الأصبع (٥٠٠) ريال، إلا الإبهام فلها نصف ديتها (٧٥٠) ريالاً
٧	قلع ظفر يد أو رجل	لها من الدية ١٠٠/١ إن نبت على شين (١٥٠) ريالاً، ونصف هذه إن نبت على غير شين (٧٥) ريالاً
٨	ما يزيد على ذلك كالأستنان	لكل سن نصف عشر الدية ، (٧٥٠) ريالاً
٩	الجنين إن سقط حياً ثم مات	الدية كاملة (١٥٠٠٠) ريال
١٠	الجنين إن سقط ميتاً	نصف عشر الدية ، (٧٥٠) ريالاً
١١	فقد منفعة من منافع الجسم، كالسمع والبصر والإنجاب	الدية كاملة (١٥٠٠٠) ألفاً
١٢	الضربة المؤثرة التي دون الخدش.	(٣٠) ريالاً
١٣	(الغمية): الغيبوبة إذا قام سالماً دون أن يمضي عليه وقت صلاة فتفوته فإن ديته عن كل صلاة تمضي عليه خمسُ ثلث الدية الكبرى. الطعن رقم ٢٠٠٥/٧٤م، جلسة يوم السبت الموافق ١٧/١٢/٢٠٠٥م	لها ١٠٠/١ من الدية (١٥٠) ريالاً، ولكل وقت صلاة تمضي وهو في حال غيبوبة خمس ثلث الدية (١٠٠٠) ريال حتى تكتمل الدية الكبرى ثم لا يزداد

(١) دية المغمى عليه إذا قام سالماً دون أن يمضي عليه وقت صلاة فتفوته فإن ديته عن كل صلاة تمضي عليه خمسُ ثلث الدية الكبرى. الطعن رقم ٢٠٠٥/٧٤م، جلسة يوم السبت الموافق ١٧/١٢/٢٠٠٥م



م	وصف الإصابة	ديتها
١٤	(الدامية): ما قطعت الجلد ولم تؤثر في اللحم .	لها ١٠٠/١ من الدية (١٥٠) ريالاً
١٥	(الباضعة): ما شقت الجلد ووصلت اللحم وأثرت فيه	لها ١٠٠/٢ من الدية (٣٠٠) ريالاً
١٦	(المتلاحمة): ما جاوزت الباضعة وأمضت في اللحم	لها ١٠٠/٣ من الدية ، (٤٥٠) ريالاً
١٧	(السمحاق): ما جاوزت اللحم وأظهرت القشرة التي بين اللحم والعظم ولم تقطعها	لها ١٠٠/٤ من الدية ، (٦٠٠) ريال
١٨	(الموضحة): ما أظهرت العظم ولم تكسره	لها ١٠٠/٥ من الدية ، (٧٥٠) ريالاً
١٩	(الهاشمة): ما هشمت العظم ولم تنقله	لها ١٠٠/١٠ من الدية ، (١٥٠٠) ريال
٢٠	(المنقلة): ما كسرت العظم ونقلته عن محله	لها من الدية ١٠٠/١٥ ، (٢٢٥٠) ريالاً
٢١	الخلع (الفلت) وهو تحول المفصل عن موضعه..	فقليل: له ثلث دية ذلك العضو، فالخلع في اليد ديته (٢٥٠٠) ريال، وقيل: خمس ديته، وقيل: حكومة عدلين
٢٢	(الجائفة): ما نفذت إلى التجويف الصدري أو البطن وما في حكمها	ثلث الدية (٥٠٠٠) ريال ، فإذا خرجت من الجهة الثانية فلها جائفتان : ثلثا الدية (١٠٠٠٠) ريال
٢٣	(النافذة): الإصابة التي دخلت عضواً غير مجوف وخرجت من الجانب الآخر	لها ثلث الدية (٥٠٠٠) ريال
٢٤	(الدامغة): ما وصلت إلى الدماغ	لها ثلث الدية، (٥٠٠٠) ريال
٢٥	(الآمة): ما وصلت إلى أم الدماغ	لها: ثلث الدية، (٥٠٠٠) ريال

ثانياً: إذا فقد عضو من أعضاء الجسد تعتبر الدية المقدرة شاملة له ولمنفعته ولا يستحق دية عن فقدته وأخرى عن منفعته.

ثالثاً: إذا كسر العظم وجبر ولم يؤثر على منافع العضو فله دية الكسر، والمتأمل في الأحاديث النبوية التي جاءت بصيغة العموم أن للمنقلة خمسة عشر بغيراً والتي تشمل الإصابة في أي موضع في الجسد ولم يوجد لها مخصص يحدد ديتها فإنه يتبين له أن الأرجح لكل كسر

المحور الثاني: الضوابط في تحديد التعويض:

أولاً: الديات والأروش المقدرة للتعويض عن الإصابة جابرة لجميع الأضرار المادية والمعنوية استناداً إلى المادة الثالثة من المرسوم (٢٠٠٨/١١٨م) والتي نصت «تكون الديات والأروش المشار إليها جابرة لجميع الأضرار المادية والمعنوية».



سابعاً: إذا جمعت الإصابة الواحدة عدة صفات، بأن صح وصفها أنها باضعة ومتلاحمة وموضحة وهاشمة، كأن يضرب شخص آخر فتخترق الضربة الجلد واللحم وتوضح العظم وتكسره فإن هذه الإصابة تعطى دية الهاشمة فقط لأنها الأكبر.

ثامناً: إذا أحدثت الإصابة كسراً وتطلب علاجه عملية جراحية يشق معها اللحم للوصول للعظم لتجبيره فإن تلك الجراحة تعطى دية الموضحة، وفي هذا تقول المحكمة العليا في بعض أحكامها: -ولما كان المقرر في قضاء هذه المحكمة أن التعويض لا يقتصر على الإصابات وإنما يمتد ليشمل كافة العمليات الجراحية المرتبطة بالإصابات وكذا الآثار التي تترتب على هذه الإصابات وكانت الإصابات التي لحقت بالطاعن والمبينة بالمستند الطبي المؤرخ ٣٠ يوليو ٢٠٠٧م تتجاوز في تقريرها ما اعتمد عليه الحكم في تقدير التعويض إذ هي خلع مرتد مع كسر ملتئم في مفصل الكتف الأيسر مع تحديد واضح في حركة مفصل الكتف وكسر في نهاية عظم الكوع الأيسر متأخر الالتئام مثبت بواسطة أسلاك حديدية مع تحدد في حركة الساعد الأيسر بالإضافة إلى وجود ضرر في الأعصاب المحركة لعضلات الكتف نتيجة تأثر أعصاب الحزمة الذراعية، فإن المصاب يستحق تعويضاً عن كافة الإصابات سواءً نتجت عن الحادث مباشرة أو ترتبت على الإصابات من آثار أو اقتضى التطبيب تسببها مثل العمليات الجراحية وتثبيت الأسلاك والصفائح المعدنية بجسم المصاب وغيرها كما وأن عدم النص على بعض الإصابات لا يعني عدم التعويض عنها إذ تخضع في هذه الحال لقياسها بالإصابات الأخرى أو لتقدير المحكمة وهذا ما يسمى بحكومة العدل^(١).

تاسعاً: يجب التفريق بين العجز المؤقت والعجز الدائم، إذ إن كل إصابة عند وقوعها ترتب عجزاً تعيق العضو عن وظيفته، إلا أن هذه الإعاقة قد تختفي بعد العلاج ويعود العضو إلى حالته الطبيعية قبل الإصابة، وقد تستمر فتصبح إعاقة دائمة مصاحبة للعضو. والمراد بالعجز الذي يستحق معه المصاب التعويض هو العجز

منقل وفي أي موضع من الجسم ١٥/١٠٠ من الدية الكبرى، وفي حالة جبره سالماً ولم يؤثر على منفعة العضو فليس له أكثر من دية المنقلة، أما إذا لم يجبر سالماً وأثر في منفعة العضو أي ترك عجزاً نسبياً فإن له دية أخرى تقاس بنسبة العجز من دية ذلك العضو وليس من الدية الكبرى، لأنه من المقرر شرعاً أن فوات المنفعة لها دية مقدرة من دية ذلك العضو. وهو ما نص عليه المرسوم السلطاني ١١٨/٢٠٠٨م في المادة الأولى « وفي جميع الأحوال يعتبر فقد منفعة العضو في حكم فقده».

وعليه فلا مانع من أن يحكم للمصاب بدية الكسر وبقيمة ما فقد من منفعته محسوبة من دية ذلك العضو. وهذا لا يتعارض مع قاعدة (عدم الجمع بين دية العضو ومنفعته) لأن تطبيق هذه القاعدة في حالة بتر العضو فمن بترت يده فلا يجمع بين ديتها ودية منفعتها، وما قيل في الكسر ينطبق على سائر الإصابات فقد يؤثر الجرح نسبة عجز في العضو فله أرش الجرح ونسبة العجز.

رابعاً: إذا فقدت منفعة العضو ولم يفقد العضو بذاته فله دية تلك المنفعة بقيمة دية ذلك العضو، فمن فقد بصر أحد عينيه مع بقاء العين، أو أثرت الإصابة في ضعف الذاكرة أو فقد النوم أو ضعف الإنجاب أو تضرر في العضلات، فتحسب دية المنافع بحسب دية العضو.

خامساً: قد يستحق المصاب أكثر من دية وذلك إذا تعدد فقد الأعضاء والمنافع، فمن فقد بصره وقطعت أنفه ويده مثلاً استحق ديتين ونصف.

سادساً: يجب احتساب كل جرح أو كسر على حده في الجسم فلكل جرح أو كسر أرشه وديته المستقلة، وتحسب دية الجرح والكسر من الدية الكبرى وليس من دية العضو، فمن أصيب في إحدى يديه بثلاثة إصابات وصفة الأولى بأنها باضعة، والثانية موضحة، والثالثة هاشمة، استحق دية هذه الإصابات جميعاً، وإن نتج عن تلك الجروح أو الكسور عجز في ذلك العضو فإن تقدير التعويض يحسب بنسبة العجز من دية العضو وليس من الدية الكبرى.



ومع ذلك فهي لا تدخل في تقدير التعويض ما لم تتحقق فعلاً ، على أنها توضع في الاعتبار عند تقدير مدى جسامته الإصابة وخطورتها»^(٢) .

الخلاصة : إن تقدير التعويض يعتمد على أمرين اثنين: الأول: على وصف نوع الإصابة وعددها وحجمها وموضعها في الجسم وما تركت من عجز دائم، وبما أن هذا الوصف من اختصاص اللجنة الطبية فإن عدم فهم اللجنة الطبية للعناصر التي يجب توافرها في التقرير سبب من الأسباب الرئيسية التي تشكل عائقاً للوصول إلى التعويض الصحيح، إذ يلاحظ أن معظم التقارير يرد بها وصف الجروح والكسور بصفة إجمالية، دون بيان عددها وحجمها وموضعها في الجسم، كما أنه لا يكاد يخلو تقرير إلا وهو مشمول بنسبة العجز مع أن العجز الذي يوجب التعويض هو العجز الدائم فقط، ومع هذا كله ترد نسبة العجز بصورة إجمالية، والمفترض أن تفصل نسبة العجز لكل عضو على حدة إن وجدت.

ثانياً : على تكييف تلك الإصابات التي ترد بالتقرير وتحديد ما تستحقه من تعويض، وهذا ما تقوم به المحاكم وفقاً لما نص عليه المرسوم السلطاني ٢٠٠٨/١١٨م، وما اعتمد في الفقه الإسلامي .

أعد الدراسة

فضيلة القاضي

د. هلال بن محمد بن ناصر الراشدي

عضو المكتب الفني بالمحكمة العليا

الدائم وليس العجز المؤقت، وحدد الفقهاء فترة زمنية وهي سنة كاملة فإن شفي المصاب خلالها اعتبر عجزه مؤقتاً، وإن مضت اعتبر عجزاً دائماً واستحق التعويض. وعليه فإن المفترض أن لا يحكم بالتعويض إلا بعد شفاء المصاب أو مضي سنة وذلك للفرقة بين العجز الدائم والمؤقت، إلا أنه مراعاة لحاجة المصاب إلى التعويض فإن للمحكمة أن تحكم بالتعويض عن الإصابات، وتأخر الفصل فيما أثرت تلك الإصابات من عجز فترفع بدعوى مستقلة، ولا يتنافى هذا مع حجية الأحكام فالحكم الأول تناول الإصابات والثاني العجز، وهكذا في حالة تضاعف وتفاقم الضرر، وفي هذا المعنى تقول المحكمة العليا: ولئن كان تفاقم الضرر اللاحق للحكم الجنائي الذي قضى بالتعويض عن الإصابات يكون سبباً جديداً ومحلاً لدعوى جديدة فإن ذلك مشروط بألا يكون الضرر المدعى به لاحقاً تحت نظر الحكم الجنائي لأن الأخير يكون في هذه الحالة قد حاز حجية الأمر المقضي فيه^(١) .

عاشراً : الإصابات منها ما هو محقق ومنها ما هو متوقع في المستقبل، فالإصابات المحققة يعوض عنها، أما الإصابات المتوقعة فلا تصح محلاً للتعويض إلا بعد وقوعها ولكن يراعى حجمها وأثرها عند التقدير، ومن مبادئ المحكمة العليا في هذا قولها: «جاء بالتقرير الطبي أنه ترتب على هذه الإصابة أن عولج المصاب جراحياً بمعنى إجراء عملية جراحية أو أكثر بالرأس كما جاء أيضاً بأن المصاب ما زال يعاني من صداع شديد وأنه معرض في المستقبل للإصابة بالصرع. وهذه ليست مجرد تنبؤات مستقبلية كما ذكرت الطاعنة وإنما هي إفادة علمية مبنية على أساس من واقع الإصابة في الرأس

(١) الطعن رقم ٢٠٠٧/١٤٣ مدنية أولى عليا، جلسة السبت الموافق ٢٠٠٧/١٠/٢٠

(٢) الطعن رقم ٢٠٠٨/٢٣٠ مدنية أولى عليا، جلسة السبت الموافق ٢٠٠٨/١٠/٢٥م



ضوابط النشر في المجلة القضائية

- ١- لغة المجلة هي اللغة العربية الفصحى مع وجوب الالتزام بصفة عامة بتقديم نشر الأبحاث في صياغتها اللغوية مع مراعاة عناصر التشويق والسلاسة والوضوح وسلامة اللغة بحيث تجذب القارئ غير المختص.
 - ٢- يستهدف ترجمة بعض الأحكام أو البحوث الأجنبية إلى اللغة العربية في الأعداد اللاحقة.
 - ٣- محتويات المجلة يتم ترتيبها وفقاً لاعتبارات فنية، أما ترتيب البحوث المزمع نشرها في عدد واحد يكون بعد العرض على اللجنة العلمية للمجلة.
 - ٤- الحرص على استقطاب اساتذة الفقه والقانون بالمؤسسات العلمية العاملة بالسلطنة للإسهام بالكتابة في المجلة.
 - ٥- مراعاة إثراء ساحة الفكر القانوني والقضائي بالجديد والمتميز من البحوث والدراسات.
 - ٦- متابعة حركة البحث في مجالات الشريعة والقانون والتعريف بأبرز إنتاجها وبالمستحدثات القانونية والقضائية.
 - ٧- لا تلتزم المجلة برد الأبحاث التي لا يتم نشرها.
 - ٨- البحوث المقدمة من غير المكتب الفني يراعى بشأنها الآتي :
 - يقدم أصل البحث مع صورة منه مطبوعاً ومرفقاً بالتسلسل ويرفق بالبحث ملخص لموضوعه في صفحة واحدة بحيث لا يزيد على ٢٠٠ كلمة.
 - ألا تزيد صفحات البحث المزمع نشر عن ٣٠ صفحة بما فيها الرسوم والجداول التوضيحية والمراجع والملخص، والا تنقص عن ٥ صفحات بمقاس ٢٨X ٢٢ سم وعلى وجه واحد ، وبمسافتين أو ثلاث قدر الإمكان.
 - يذيل البحث بخاتمة تعرض أهم النتائج التي توصل إليها الباحث.
 - تذكر مصادر البحث كاملة وفقاً لترتيب ورودها في البحث على أن تشمل صاحب المرجع، عنوان البحث، بلد النشر، دار النشر، سنة النشر، رقم الصفحة أو الصفحات التي وردت بها المعلومة في المصدر . مع فصل قائمة المراجع الأجنبية عن العربية.
 - مراعاة ذكر رقم الآية واسم السورة عند الاستشهاد بالقرآن الكريم. وكذلك مصاحبة الحديث النبوي بالسند والدرجة (صحيح - حسن - ضعيف) مع ذكر المصدر.
 - يراعى فيما ينشر من بحوث تحقيق الشروط الواجب توافرها في البحث العلمي والالتزام بالأصول المتعارف عليها، وألا يكون قد سبق نشرها ، أو عرضها في ندوة أو مؤتمر وعلى سبيل الاستثناء يجوز نشر بعض من هذه البحوث متى كانت تعالج مسائل ينبغي التركيز عليها لدعم مسيرة القضاء.
- يرفق مع البحث :
- خطاب موقع من الباحث / الباحثين موجه إلى رئيس المكتب الفني بطلب نشر البحث.
 - تعريف علمي عن الباحث / الباحثين لا يتجاوز ثلاثة أسطر وذلك لتعريف القارئ بالباحث.
 - تعريف بتخصصه الدقيق مع ذكر عنوان رسالة الماجستير أو الدكتوراه.
 - قائمة بأهم الكتب والبحوث التي نشرت له.
 - عنوان الباحث الحالي ، والثابت - كاملين - ورقم الهاتف مع إشعار المجلة بأي تغيير يطرأ لاحقاً.

