



المجلة القضائية

مجلة عليّ مخصّصة

نصف سنويّة

تُعنى بالفقه والقضاء

العدد الخامس ٢٠١٦م

توجه المراسلات باسم المكتب الفني بالمحكمة العليا

قسم المجلة القضائية

سلطنة عمان - مسقط - الغبرة

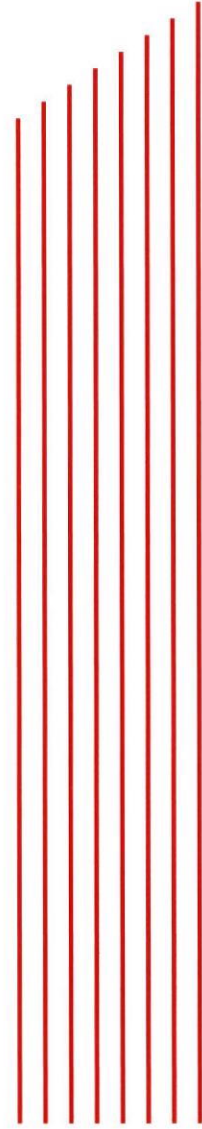
ت : ٢٤٢٣٣٥٥٩ - ٢٤٢٣٣٥٢ فاكس : ٢٤٢٣٣٥٣٠

ص.ب : ٢٥١٦، ر.ب : ١١٢

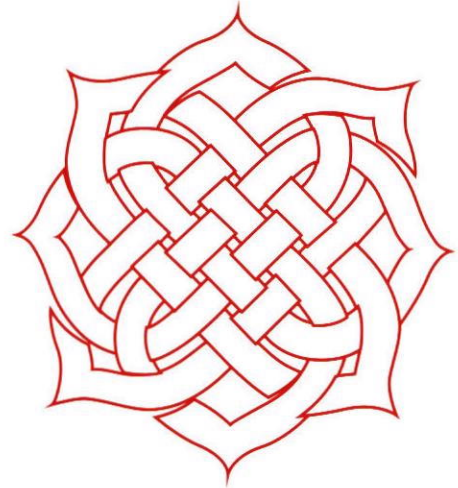
البريد الإلكتروني : mojsctb@hotmail.com



حضرة صاحب الجلالة السلطان قابوس بن سعيد المعظم - حفظه الله ورعاه



كلمة العدد





بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله الذي جعل

الإنسان خليفة في الأرض، ليقوم العدل والحق، والصلاة

والسلام على سيدنا محمد رسول الله، وعلى آله وصحبه والتابعين، ومن سار

على دربهم إلى يوم الدين وبعد.

ففي البدء كانت الكلمة، وأرض عمان كانت وما زالت أرض الشمس والتاريخ والحضارة والحرية والعدل، حيث يعيش الإنسان من أجل الحق سعياً إليه وعملاً به متخطياً كل الحدود والحواجز، في ضوء العقول النيرة لتلقي المعرفة ومد الجسور بين الأمم، على أساس التسامح والمحبة دون طغيان أو إلغاء من أي طرف لأي طرف، ودون أن ننسى الحفاظ على القيم والأخلاق الرفيعة الحميدة، وعلى كل ما يتصل بأصول العقيدة وشريعتنا الغراء التي جاءت رحمة للعالمين، وهدفنا واضح جداً وهو الاستفادة من كل أسباب التقدم والحضارة، وكل الوسائل المؤدية إليها دون إفراط أو تفريط، مع الاحترام لكل الشرائع، دون تعد أو تعسف بما يخدم مسيرة التنمية الشاملة التي هدفها بناء الإنسان والحفاظ على كرامته، وإن من يبني الإنسان يبني الوطن الحر السليم، وهذا ما يعمل من أجله دائماً قائد البلاد حضرة صاحب الجلالة السلطان قابوس بن سعيد حفظه الله ورعاه.

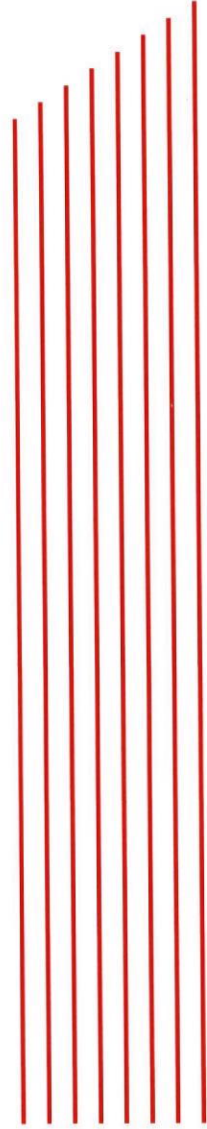
نضع بين أيديكم عدداً جديداً من المجلة القضائية لهدفين: إذ يرمي الأول إلى تزويد المهتمين والمختصين ولا سيما قضاة المحاكم ببعض الأبحاث والأحكام والأفكار ذات الصلة بعملهم توضيحاً وتنويراً، أما الثاني فهو التحفيز على الكتابة في كل ما يتعلق بالعدل والشرعية والقانون والضمير والحكمة والرحمة، وكل ما يؤدي إلى تعزيز تلك العدالة في نفوس الناس وضمانهم، وصولاً إلى قول رسول كسرى في الخليفة العادل عمر بن الخطاب (رضي الله عنه): «حَكَمْتَ فَعَدَلْتَ فَأَمَنْتَ فَأَمِنَتْ فَنَمَتْ يَا عُمَرُ».

نسأل الله التوفيق في القول والعمل وأن يلهمنا الرشاد والسداد،،

د. عبدالله بن راشد السيابي

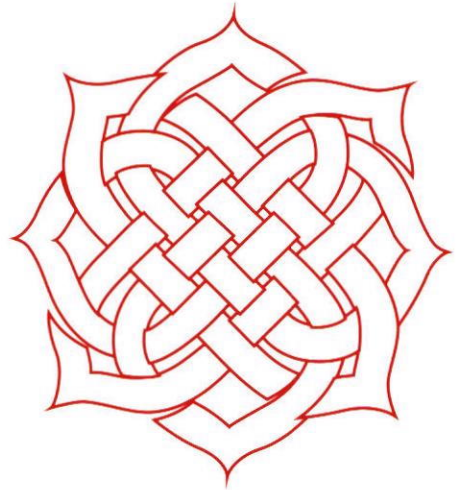
نائب رئيس المحكمة العليا

رئيس المكتب الفني



شخصية العدد

الشيخ العلامة موسى بن علي بن عزرة
(أبو علي البكري الإزكوي)





الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد :
فإن السجل القضائي في عمان حافل بشخصيات مهمة، كتب التاريخ أوارها بكل فخر واعتزاز، حيث ضرب أولئك القضاة العلماء أروع الأمثلة عدلاً ونزاهة وفضلاً، فسارت الركبان بحديثهم الشائق ، وتعطرت المجالس بذكرهم الفائق ، فلذا نكتب عنهم لجيلنا الحاضر ليكونوا لهم مشاعل هدى في مسيرتهم القضائية ، ومصايح دجى في خطواتهم الحياتية ، ومن بين أولئك القضاة البارزين الشيخ العلامة موسى بن علي بن عزرة : أبو علي البكري الإزكوي

(و : ليلة ١٠ جمادى الآخرة ١٧٧هـ / ٢٢ سبتمبر ٧٩٣ م - ٨ ربيع الأول ٢٣١هـ / ١٢ نوفمبر ٨٤٥ م)
علامة فقيه ، وقاض نزيه ، وشيخ المسلمين في وقته ، عاش في الثلث الأخير من القرن الثاني والثلث الأول من القرن الثالث الهجري .

نشأ في وطنه إزكي في أسرة عُرِفَتْ بالصلاح والعلم والقيادة والشرف .

ومن هذه الأسرة العلمية :

- جدّه لأبيه عزرة

قال عنه الشيخ الأديب خلفان بن محمد الرواحي في قصيدته عن علماء إزكي :

وعزرة من علا شأناً وعزبه

قوم مكاناً فهل عز يدانينا

- والده علي بن عزرة

قال عنه الشيخ العلامة محمد بن سالم الرقيشي عندما ذكر علماء إزكي أيضاً :

وعلي بن عزرة بحر علم

كم غريق ببحره الزخار

- جدّه لأمّه الشيخ موسى بن أبي جابر أحد حملة العلم من البصرة إلى عمان ، وهو من تلاميذ الإمام الربيع بن حبيب .

- أخوه الأزهر بن علي ، وكان قاضياً ، وله مسائل في كتب الأثر .

- أخوه محمد بن علي ، كان قاضياً أيضاً ، ويعدّ من

الأعلام البارزين في عصره .

- ابنه موسى بن موسى ، وكان قاضياً .

- ابنه محمد بن موسى ، كان ممن حضر بيعة الإمام عزان بن تميم .

أخذ الشيخ موسى العلم عن والده الشيخ علي بن عزرة ، والشيخين هاشم بن غيلان ، ومسعدة بن تميم ، وغيرهم . وأخذ عنه العلم جملة كبيرة من التلاميذ الذين صاروا بعد ذلك قادة وقضاة ، فمن أخذ عنه المشائخ : محمد بن محبوب ، وأبو مروان سليمان بن الحكم ، وهاشم بن الجهم ، وغيرهم .

عاصر من العلماء : سليمان بن عثمان ، وأخاه الأزهر بن علي ، وغيرهما ، ومن الأئمة : محمد بن أبي عفان اليحمدي (بويغ عام ١٧٧هـ) ، فالوارث بن كعب الخروصي (بويغ في ذي القعدة ١٧٩هـ) ، ففسان بن عبدالله اليحمدي (بويغ ١٩٢هـ) ، فعبداً الملك بن حميد العلوي (بويغ : ٢٢٦- ٢٠٧هـ) ، فالهنا بن جيفر اليحمدي (بويغ : ٢٢٦هـ) ، ومات في زمانه .

كان العلامة موسى بن علي شيخ المسلمين في زمانه ، وصاحب الحل والعقد ، وكان الأئمة والعلماء يرجعون إلى رأيه .

تولى القضاء للإمام عبداً الملك بن حميد والمهنا بن جيفر .

كانت له عدة أسفار خارج عمان ، من ذلك سفره إلى البصرة ، وسفره إلى حضرموت .

ترك مجموعة من الآثار العلمية منها :

١ . جامع موسى بن علي : مفقود .

٢ . كتاب موسى بن علي إلى الإمام : بدأه بتوجيه بعض النصائح إليه ، منها : تقوى الله ، والقيام بأمر الله ، ثم أخذ يثني على ولاته المعينين له ، وينصحه بأن يكون رجاله من الثقات الأمناء ، وذكر أن سبب إرساله الكتاب هو مجيء رجل غير ثقة إليه من قبل الإمام .

وقد أورد الإمام السالمي الكتاب في تحفته ضمن سيرة عبداً الملك بن حميد .

٣ . سيرة : كتبها لما جاء أحد الأمراء إلى عمان ، ونزل في بعض الجهات ، فاختلف أشياخ المسلمين في تلك الجهة في



سيما علم الفقه ، فإن اجتهاداته فيه تدل على رسوخ قدمه وقدرته على استنباط المسائل من أدلتها اه
وقال عنه الشيخ العلامة ابن النظر في لاميته :

«وأين في الناس كموسى بن علي»

وقال الشيخ أبو إسحاق اطفيش : «هو شيخ الإسلام يومئذ، ومرجع الفتوى في الإمامة ، ورأس أهل الحل والعقد ، والذي يرجع إليه أهل المشورة في أمر الإسلام من بيعة وخلع.»

هكذا كانوا في حياتهم مرجعا في العلم ، وملاذا في الحكم، وقدوة في العمل ، وطيب ذكر في العاقبة ، رحم الله تلك الأبدان ، وأسكنها فسيح الجنان ، ورزقنا حسن الختام ، وكتب لنا السداد والتوفيق والتيسير .

كيفية التعامل معه ، فوجههم الشيخ موسى ، ونصحهم بعدم الاختلاف والنزاع ، وتوجد السيرة ضمن سير علماء المسلمين .

٤. كتاب موسى بن علي إلى أبي مروان .

٥. مسائل محمد بن محبوب ، أجاب عليها موسى بن علي.

٦. مسائل عن أبي علي .

٧. مسائل متفرقة في كتب الأثر .

وقد أشار إلى مكانة أبي علي الكثير من العلماء ، من ذلك قول العلامة أبي قحطان خالد بن قحطان عنه : «كان في عصره مقدما على أهل العلم» ، وقال عنه سماحة الشيخ العلامة أحمد بن حمد الخليلي : « وموسى بن علي أيضا لا يُشَقَّ له غبار في ميدان العلم ، فله اجتهادات كثيرة ، وهي تدل على علو كعبه في شتى فنون العلم ، ولا

د. عبدالله بن راشد السيابي

نائب رئيس المحكمة العليا

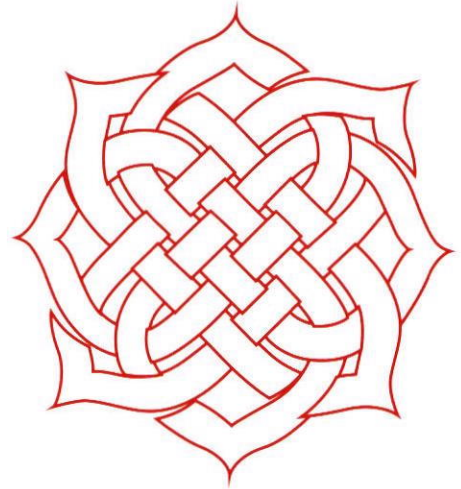
رئيس المكتب الفني

المصادر :

- ابن مداد : سيرة ٣٠ ، ٤١
- ابن رزيق : حميد بن محمد ، الصحيفة العدنانية ص ٥٥
- السامي : عبدالله بن حميد ، اللمعة المرضية ص ٢٤
- البطاشي : سيف بن حمود ، إتحاف الأعيان ١/ ٢٣٨ - ٢٤٩
- بدوي وآخرون : دليل أعلام عمان ص ١٥٥ - ١٥٦
- المعولي : محمد بن سليمان ، السيرة الذاتية لموسى بن علي ، بحث تخرج بمعهد العلوم الشرعية للعام ١٤٢٣ - ١٤٢٤ هـ / ٢٠٠٢ - ٢٠٠٣ م.



قسم البحوث





العربون
في قانون المعاملات المدنية العماني
رقم ٢٩ / ٢٠١٣ م

دراسة تأصيلية مقارنة على ضوء الفقه والقانون

د أحمد الصادق البشير

رئيس قسم الفقه وأصوله - كلية العلوم الشرعية - مسقط

أستاذ مشارك - كلية الشريعة - جامعة القرآن الكريم والعلوم الإسلامية





المبحث الأول

تعريف العربون، ونصه في القانون العماني مع شرحه

إن بيان معنى العربون له أهمية خاصة؛ وذلك لأن له صوراً كثيرة عند الفقهاء، بعضها ممنوع وبعضها جائز، كما أن حقيقته قد تتداخل مع الثمن المقسط، إذا كان البيع نهائياً؛ لذا سأورد كل معانيه التي ذكرها الفقهاء، وذلك بعد بيان أصله اللغوي، ثم أبين معناه عند شرح القانون، وما ورد بشأنه في نصوص القوانين؛ ليأتي بيانه في القانون العماني وبيان أصله عن تصور واضح.

المطلب الأول: تعريف العربون لغة واصطلاحاً

١- تعريف العربون لغة: لفظ العربون ورد في معاجم اللغة بلغات مختلفة منها^(١):

(الْعُرْبُونُ) بوزن العُرْجُونِ و (الْعُرْبُونُ) بفتحين و (الْعُرْبَانُ)، وقد تُبدلُ عَيْنُهُنَّ هَمْزَةً الْأَرْبُونُ، وَالْأَرْبُونُ الْأَرْبَانُ، وقد تحذف الهمزة فيقال فيه الرُّبُونُ كأنه من رَبَّنْ، كما جاء في تاج العروس، وفيه -أيضاً- أن هنالك لغة أخرى وهي الْعُرْبُونُ، بفتح فسكون فضم، يقول عنها -صاحب تاج العروس-^(٢): (وهي لغة عامية).

وأصله في اللغة قيل من: عربن بمعنى أعطى وقيل من التعريب الذي هو البيان؛ لأنه بيان للبيع، وقيل: الْأَرْبُونُ مشتق من الأربة وهو العقدة؛ لأنه به يكون انعقاد البيع. وجاء في لسان العرب: أنه سمي بذلك لأن فيه إغراباً لعقد البيع، أي إصلاحاً وإزالة فساد؛ لئلا يملكه غيره باشرائه^(٣).

٢- تعريف العربون اصطلاحاً

بالنظر في تعريفات معظم فقهاء المذاهب (الإباضي، والمالكي، والشافعي، والحنبلي)، يمكن حصرها في اتجاهين: اتجاه عام، وعليه جمهورهم، حيث ذكر صورة للعربون وحكم عليها بعدم الجواز كما سيتبين لنا لاحقاً،

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً.

مقدمة:

من المعاملات المنتشرة بين الناس - خاصة عقدي البيع والإجارة - دفع عربون عند التعاقد، وهو مبلغ من المال يدفعه المشتري أو المستأجر - غالباً - مقدماً عند التعاقد، وذلك بصيغ مختلفة، وقد اختلف الفقهاء، والقانونيون في تحديد حقيقته، وما يقصد منه، كما اختلف الفقهاء في حكمه، حيث ذهب جمهور الفقهاء إلى القول بتحريمه وفقاً لصيغته المشهورة، وهي أن يدفع المشتري أو المستأجر مبلغاً مقدماً ليكون جزءاً من الثمن أو الأجرة إذا أكمل البيع أو الإجارة وإذا لم يكمل لا يرجعه ممن دفع إليه، كما اختلفت القوانين الحديثة في تحديد ما يدل عليه العربون وذلك إلى مذهبين، مع اعتدادها بما تحدده إرادة الأطراف في ذلك.

وقد جاء قانون المعاملات العماني لسنة ٢٠١٣م بحكم يجيز دفع العربون ويحدد له دلالة معينة عند عدم وجود اتفاق بين الطرفين على تحديد دلالته، وعدم وجود عرف في ذلك، ولأهمية الموضوع، والحاجة إلى معرفة الأصل الشرعي لنص القانون العماني، ومصدره القانوني؛ رأيت أن أتناول هذا الموضوع بدراسة تشرح النص الوارد في ذلك، وتبين ما كان عليه العمل في التطبيق القضائي العماني قبل ورود النص، مع التحليل والمقارنة، كما تعرف الدراسة بموقف فقهاء المسلمين من العربون وذلك بعد بيان حقيقته في اللغة والاصطلاح، ثم بيان الأصل الفقهي الذي استمد منه القانون العماني أحكام العربون، وكذلك بيان الأصل القانوني وفقاً لموقف القوانين من العربون، وسيكون تناول الموضوع في مبحثين: الأول: يتناول تعريف العربون، ونصه في القانون العماني مع شرحه والثاني: الأصل الفقهي والقانوني للعربون في قانون المعاملات العماني والخاتمة.

(١) - لسان العرب لابن منظور (١٣/ ٢٨٤)، تاج العروس للزبيدي (٣/ ٣٥٠)

الصباح تاج اللغة وصحاح العربية (٥/ ٢٠٧٠).

(٢) - تاج العروس للزبيدي (٣/ ٣٥٠)

(٣) - انظر تاج العروس للزبيدي (٣/ ٣٥١)، لسان العرب لابن منظور (١٣/ ٢٨٤)



واتجاه خاص؛ وعليه بعضهم، فقد ذكر صوراً للعربون حكم عليها جميع الفقهاء بالجواز كما سيتضح لاحقاً، وسأتناول بيان التعريف من خلال هذين الاتجاهين: أولاً: تعريف العربون بالمعنى العام والمتضمن للصورة الممنوعة عند الجمهور:

وفيما يلي أنقل بعضاً من التعريفات التي تضمنت بيان هذه الصورة في كتب المذاهب، فمن ذلك:

جاء في متن النيل - في الفقه الإباضي - هو: (دفع بعض الثمن لبائع يكون بيده لوقت، فإن رجع فيه فذلك، وإلا لم يرتجعه منه)^(٤)، وفي شرح الإمام القطب مثل له بقول القائل: أجيتك بعد لأشتري منك هذا بكذا أو لأكتريه منك بكذا، أو لأتفق معك على كذا كراء أو شراء، وقال: سماه ثمناً؛ لأنه يعتبر أن يكون بعد ذلك من الثمن إذا وقع البيع، وكذلك تسمية مشتر وبائع باعتبار ما يكون بقصد إعطاء الخيار في أن يتفقا عليه فيكون العربون ثمناً، أو أن يرجع المشتري فلا يسترد ما دفعه.

كما جاء في الفقه المالكي أن العربون على وجهين، والصورة الممنوعة منه هي^(٥): (أن يشتري سلعة بثمن معلوم أو يكتري دابة بأجرة معلومة ويعطيه مبلغاً على أنه إن رضي المشتري كان المبلغ من الثمن أو الأجرة وإن كره لم يعد إليه).

وفي الفقه الشافعي صورته^(٦): (أن يشتري سلعة من غيره ويدفع إليه دراهم على أنه إن أخذ السلعة فهي من الثمن وإلا فهي هبة للمدفع إليه)، وقد يكون في الإجارة. وعند الحنابلة له صورتان^(٧): الأولى منها: (أن يشتري

السلعة فيدفع إلى البائع درهماً أو غيره على أنه إن أخذ السلعة احتسب به من الثمن، وإن لم يأخذها فذلك للبائع).

والخلاصة من هذه التعريفات: أن العربون يقوم على ثلاثة عناصر رئيسة وهي:

- دفع مبلغ مقدم من المشتري أو المستأجر عند العقد، وبعضهم كالإباضية يرون أنه يدفع عند إرادة العقد، أي قبل التعاقد.
- أن يكون المبلغ مع البائع أو المؤجر لوقت محدد عند بعضهم والآخر لا يحددون له وقتاً محدداً وهم جمهورهم.
- يعتبر المبلغ جزءاً من الثمن إذا تم البيع، وإذا لم يتم لا يرد إلى صاحبه المشتري.

ثانياً: التعريفات المتضمنة للصور الجائزة للعربون عند الفقهاء:

أورد بعض الفقهاء صوراً أخرى للعربون وحكموا بجوازها فمن ذلك الصورة التي أوردتها المالكية، وهي^(٨): (أن يعطيه على أن يحسب من الثمن إذا أمضى البيع ويرد إذا كره)، وكذلك الصورة التي وردت عند بعض الحنابلة، وهي^(٩): (أن يدفع إليه قبل البيع درهماً ويقول لا تبع هذه السلع لغيري وإن لم أشتريها منك فهذا الدرهم لك)، وفي هذه الصورة المشتري يحجز السلعة، مقابل مبلغ العربون، وقد قال الشافعية بجواز هذه الصورة إن لم يتلفظا بشرط العربون في عقد البيع، كما جاء في كتاب المجموع^(١٠).

القاهرة، (١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م) (٤/ ١٧٥)، كشف القناع عن متن الإقناع،

منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، الناشر: دار الكتب العلمية (٣/ ١٩٥)

(٨) شرح التلطين في الفقه المالكي للمازري (٢/ ١٥٣)، الكافي في فقه أهل المدينة،

أبو عمر يوسف بن عبد البر، المحقق: محمد أحمد ولد ماديك، مكتبة الرياض

الحديثة، الرياض، الطبعة: الثانية، ١٤٠٠هـ/ ١٩٨٠م (٢/ ٧٤١)، حاشية

الصاوي على الشرح الصغير للصاوي (٣/ ١٠٠)

(٩) المغني لابن قدامة (٤/ ١٧٥)، كشف القناع عن متن الإقناع، للبهوتي (٣/

١٩٥)

(١٠) المجموع شرح المذهب، محيي الدين يحيى بن شرف النووي، الناشر: دار

الفكر (٩/ ٣٣٥)، ووردت في كتاب الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي

(٦/ ٣٨) صورة أخرى وهي أن لا يشترط العربون في العقد، وإنما يطالب

البائع بقسط من الثمن بعد تمام العقد، هذه الصورة لا أرى فيها إشكالا؛ لأن

العقد قد تم والبائع يطلب جزءاً من الثمن وهو حقه، ولا يجوز لأي من الطرفين

العدول عن العقد دون موافقة الآخر، وما يدفع هو جزء من الثمن.

(٤) شرح النيل، للقطب أطفيش، الناشر: دار الفتح، بيروت، ودار التراث العربي، ليبيا، الطبعة الثانية، ١٣٩٢هـ / ١٩٧٢م، (٨/ ١٥٠)

(٥) شرح التلطين أبو عبد الله محمد بن علي المازري، تحقيق: الشيخ محمد المختار السلاوي الناشر: دار الغرب الإسلامي، ط. الأولى، ٢٠٠٨م، (٢/ ١٥٣)، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، أحمد بن محمد، الشهير بالصاوي، الناشر: دار المعارف، (٣/ ١٠٠).

(٦) فتح العزيز بشرح الوجيز عبد الكريم بن محمد الرفاعي القزويني، الناشر: دار الفكر (٨/ ٢٢٨)، روضة الطالبين محيي الدين يحيى بن شرف النووي، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت - ط. الثالثة، ١٤١٢هـ / ١٩٩١م (٣/ ٣٩٩)، مغني المحتاج، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م، (٢/ ٣٩٥) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج شمس الدين محمد شهاب الدين الرملي، دار الفكر، بيروت، الطبعة: ط. أخيرة - ١٤٠٤هـ / ١٩٨٤م (٣/ ٤٧٦)

(٧) المغني لموفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، الناشر: مكتبة



وعليه فإن الصورة التي يقول جمهور الفقهاء بحرمتها هي التي يدفع فيها المشتري أو المستأجر مبلغاً، بحيث يعتبر المبلغ جزءاً من الثمن أو الأجرة إذا تم البيع أو الإجارة، وإن لم يتم العقد لا يردده.

المطلب الثاني:

نص العربون في القانون العماني ٢٠١٣ م وشرحه ، والتطبيق القضائي.

أولاً: نص العربون: نظم المشرع العماني العربون في المادة (٨٤) من قانون المعاملات العماني ٢٠١٣ م، ونصها: (يعتبر دفع العربون دليلاً على أن العقد أصبح باتاً لا يجوز العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق أو العرف بغير ذلك).

ثانياً: شرح النص :

هذا النص لم يعرف العربون، أو يرسم صورته، وإنما بين الدلالة التي يفسر بها العربون، فقد اعتبر النص دفع العربون دليلاً على تأكيد لزوم العقد بين الطرفين، وأنه قد أصبح نهائياً، وعليه فإن المبلغ الذي يدفع مقدماً كعربون يعد جزءاً من الثمن في عقد البيع، أو الأجرة في الإجارة.

وهذه المادة تعتبر من المواد المكملية أو المفسرة كما هو واضح من سياقها وليست أمرة، وعليه فلا يؤخذ بها إذا تبين أن إرادة المتعاقدين قد اتجهت صراحة أو ضمناً إلى ما يخالف نصها، حيث يجوز للأطراف الاتفاق على ما يخالف حكمها، وذلك بأن يتفقا على أن يكون الغرض من العربون العدول عن العقد، سواء مع الاتفاق على كيفية رد المبلغ، أو دون الاتفاق على كيفية معينة لرد المبلغ، أيضاً فإن الدلالة التي وردت في النص لا يؤخذ بها إذا كان هنالك عرف يخالف هذا النص ويحكم التعامل المعني، أما إذا لم يكن هنالك اتفاق أو عرف، فيؤخذ بحكم النص، ولا يجوز لأي من الطرفين العدول عن العقد، ولو مع استعداده لدفع العربون^(١١).

فالنص قد أقام قرينة قانونية تحدد دلالة دفع العربون،

وهي البت، والتأكيد على العقد - كما بينا سابقاً - ليصبح العقد نهائياً وملزماً، تسرى عليه أحكام العقود الملزمة للجانبين حيث لا يجوز أن يستقل أحد الطرفين بالرجوع عن العقد والعدول عنه، وإلا كان مخلاً بتنفيذ التزامه وجاز للطرف الآخر مطالبته بتنفيذ العقد، والتعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء الإخلال، وقد ذكر السنهوري في الوسيط أحكام العقد إذا تبين أن دلالة العربون هي البت، حيث قال: (فلا يجوز لأحد منهما العدول عن العقد، ولكل منهما مطالبة الآخر بتنفيذه، ويعتبر العربون تنفيذاً جزئياً يجب استكمالها، ويجري على العقد الذي أبرم القواعد العامة التي تجري على سائر العقود من جواز المطالبة بالتنفيذ العيني، أو بالتعويض أو بالفسخ، وإذا فسخ العقد وترتب على الفسخ تعويض، فليس من الضروري أن يقدر التعويض بقدر العربون، فقد يكون أكثر أو أقل بحسب جسامته الضرر^(١٢).

وخلاصة ما سبق هو: أن هذه المادة قد تضمنت جواز العربون، وقد أقامت قرينة قانونية للدلالة على المقصود منه لكنها قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس، حيث يجوز لأحد الطرفين إقامة الدليل على أن إرادتهما قد اتجهت إلى خلاف ما جاء في نص المادة، فإذا ثبت للمحكمة أن إرادة الطرفين قد اتجهت إلى ما يخالف النص، فإنها لا تعتبر أن العربون قد دفع للبت، وإنما تأخذ بما اتجهت إليه إرادة الطرفين، والتي غالباً ما تكون قد قصدت العدول، وعليه يجوز العدول عن العقد وفقاً لما اتفقا عليه، أو وفقاً لما استقر في العرف.

ثالثاً: التطبيق القضائي العماني قبل صدور قانون ٢٠١٣ م

بالنظر إلى السوابق المنشورة حتى عام ٢٠١٠ م، والتي أصدرها المكتب الفني في المحكمة العمانية العليا، يظهر لي أن التطبيق القضائي قبل صدور قانون ٢٠١٣ م قد فرق بين المبلغ الذي يدفع مقدماً في البيع النهائي، واعتبرته

(١٢) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، عبد الرازق أحمد السنهوري، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان ج ١ ص ٢٦٤

(١١) الوجيز في مصادر الإلتزام في قانون المعاملات العماني، أ.د محمد إبراهيم بندراوي، الطبعة الأولى (١٤٣٥-٢٠١٤ م) - دار النهضة العربية، ص ١٠٢



المبحث الثاني

الأصل الفقهي والقانوني للعربون في قانون المعاملات العماني

المطلب الأول: الأصل الفقهي للعربون في قانون المعاملات العماني:

بعد أن بينا ما ورد بشأن العربون في القانون العماني، نبين فيما يلي أصله الفقهي وفقاً لما ورد عن فقهاء المذاهب المعتمدة وسأبدأ ببيان حكمه وأقوال الفقهاء فيه وأدلتهم باختصار، ثم أبين ما أخذ به القانون العماني:

الفرع الأول: حكم العربون في الفقه الإسلامي:

بيان حكم العربون في الفقه الإسلامي يتطلب بيان صورته عند الفقهاء: لأن الحكم على الشيء فرع عن تصوره، وقد ذكر الفقهاء له صوراً كثيرة، حصرناها سابقاً في اتجاهين، وعليه سأبين حكم العربون من خلال هذين الاتجاهين.

أولاً: الصور التي قال الفقهاء بجوازها: منها: دفع المبلغ مقدماً على أنه إذا تم العقد حسب من الثمن وإذا لم يتم العقد رد المبلغ لصاحبه^(١٧)، هذه الصورة جائزة عند جماهير الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة وذلك إذا لم يشترط أخذ البائع العربون في حالة الرد، قال الصاوي: «فإن أعطاه على أنه إن كره البيع أخذه وإن أحبه حسبه من الثمن جاز»، وقال الباجي: «وأما العُربان الذي لم ينه عنه فهو أن يتأتى منه ثوباً أو غيره بالخيار فيدفع إليه بعض الثمن محتوماً عليه إن كان مما لا يعرف بعينه على أنه إن رضي البيع كان من الثمن وإن كره رجع إليه ذلك؛ لأنه ليس فيه خطر يمنع صحته، وإنما فيه تعيين للثمن أو بعضه»، ويرى^(١٨) د. رفيق يونس المصري أن هذه الصورة التي ذكرها المالكية لا تعد عربوناً؛ لأنها جائزة، وأرى أن جوازها لا ينفي عنها صفتها كعربون؛ خاصة وأن المالكية قد أوردوها كصورة من صور العربون، أما الحنفية فقد ذهبوا إلى فساد عقد البيع إن تم بهذه الصورة.

ج ٤/ ص ٨٦

(١٧) شرح التلخين في الفقه المالكي للمازري (١٥٣/٢)

(١٨) بحوث في فقه المعاملات المالية، د. رفيق يونس المصري، دار المكتبي سوريا

دمشق، الطبعة الأولى (١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠)، ص ٦٨

بعض المحاكم جزءاً من الثمن، يرد إذا فسخ العقد، والمبلغ الذي يدفع مقدماً قبل البيع النهائي واعتبرته عربوناً، أي لا يرد إذا رجع الدافع عن إكمال العقد أي أن دلالة العربون في البيع غير النهائي دلالة عدول، وأنقل بعضاً مما جاء في هذه الأحكام، فمن ذلك الطعن رقم ٤٣ لسنة ٢٠٠٩م، والذي أوردت فيه المحكمة العليا، الدائرة المدنية التالي^(١٣): (إذا فسخ البيع وتبين أنه بيع نهائي وليس بيع عربون، فإنه يرد جزء الثمن الذي دفع باعتبار أن البيع نهائي وأن الذي دفع جزء من الثمن وليس عربوناً)، واضح من هذا الحكم، أن الحكم فرق بين البيع النهائي وبيع العربون، والمبلغ الذي دفع مقدماً في البيع النهائي يعد جزءاً من الثمن ويؤيد إذا فسخ العقد، ومفهوم المخالفة أن العربون يدفع قبل البيع النهائي، ولا يكون جزءاً من الثمن ولا يرد.

وكذلك الطعن رقم ٦٥ / ٢٠١٠م الدائرة المدنية^(١٤)، والذي ذهب فيه المحكمة إلى أنه لا يجوز للبائع الذي استلم جزءاً من الثمن مقدماً التمسك به باعتباره عربوناً؛ لأن البيع نهائي، فالحكم لم يجز للبائع التمسك بقسط الثمن الذي دفع مقدماً باعتباره عربوناً، معللاً لذلك بأن البيع نهائي، والذي يدفع فيه مقدماً يعد جزءاً من الثمن وليس عربوناً، والمفهوم أن الذي يدفع في البيع الابتدائي يسمى عربوناً ولا يرد.

والتفريق بين المقدم في البيع النهائي والذي يفيد دلالة البت أي يعتبر جزءاً من الثمن، والبيع الابتدائي والذي يعد عربوناً هو ما سار عليه القضاء المصري، وفقاً للاستقراء الذي أجراه د. أنور، على أحكام المحاكم المصرية وخلص منه إلى: أن الظاهر هو أن العربون إذا دفع في عقد بيع ابتدائي كان دليلاً على جواز العدول، وإذا دفع في عقد بيع نهائي كان دليلاً على أن العقد أصبح باتاً^(١٥)، ويرى السنهوري أن العربون أكثر ما يقع في العقد الابتدائي^(١٦).

(١٣) مجموعة المبادئ والقواعد القانونية التي قررتها المحكمة العليا (٢٠٠١ -

٢٠١٠م) الدائرة المدنية ١/١٠ (م) ٣٤٦، الطعن رقم ٤٣ لسنة ٢٠٠٩م.

(١٤) الدائرة المدنية ج السنة القضائية ١١ / ٣٢٢، الطعن رقم ٦٥ / ٢٠١٠م.

(١٥) مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني دراسة مقارنة، د. أنور سلطان،

دار الثقافة الأردن - ٢٠٠٧م، ص ٦٥

(١٦) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، عبد الرازق أحمد السنهوري،



العربون غير جائز ويجب رده^(٢٥)، وأجازه إذا كان جزءاً من الثمن، ولا يستحقه البائع إلا بدفعه العين المبيعة إلى المشتري، وقد استدلووا على مذهبه بأدلة منها:

أ - قوله تعالى ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ البقرة: ١٨٨، فالذي يأخذ العربون ولا يرده عند عدم اتمام البيع، يعد آكلًا للمال بالباطل؛ لأنه قد أخذه دون مقابل، وقد نوقش ذلك بأنه ليس من أكل أموال الناس بالباطل؛ لأنه كان في مقابل حبس السلعة وعوضاً عن حرمان صاحبها من فرصة عرضها للبيع لتحصيل بيع ناجز، بسعر ربما كان أفضل من هذا البيع .

ب. حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عليه السلام أن رسول الله ﷺ : « نهى عن بيع العُربان »، رواه مالك في الموطأ عن الثقة، ودلالة الحديث واضحة في النهي عن بيع العربان، وقد تكلم في إسناد هذا الحديث المحدثون^(٢٦)، وحكم عامتهم بضعفه، وقيل إن الحديث قد ورد بطرق يقوي بعضها بعضاً^(٢٧)، واستدلوا بما رواه ابن أبي شيبة في مصنفه من طريق ابن جريج عن عطاء وعن ابن طاوس عن أبيه : (أنهما كرها العربان في البيع)^(٢٨).

وذكر الحنابلة والشافعية صورة جائزة أخرى وهي أن يدفع مبلغاً قبل التعاقد بقصد حجز السلعة، فإن لم يشترها فالمبلغ للبائع، وهذه الصورة صحيحة عندهم؛ لأن البيع خلا من الشرط المفسد، واشترط الشافعية لصحتها أن لا يتلفظ بالعربون عند العقد^(٢٩).

ثانياً: الصورة المشهورة للعربون عند الفقهاء هي^(٣٠): أن يشتري سلعة بثمن معلوم أو يستأجر بأجرة معلومة ويدفع مبلغاً مقدماً على أنه إن تم البيع كان ذلك المبلغ من الثمن أو الأجرة وإن كره لم يعد إليه، هذه الصورة هي الصورة الرئيسة للعربون عند الفقهاء، وإذا أطلق العربون في الفقه ينصرف إليها، وقد ذهب الجمهور^(٣١) من: الإباضية، والحنفية، والمالكية، والشافعية، ورواية عن الحنابلة، وهو قول أبي الخطاب منهم، وإسحاق بن راهويه، ويروى عن ابن عباس عليه السلام والحسن، وظاهر كلام ابن حزم الظاهري، ذهبوا جميعاً إلى القول بعدم جواز هذه الصورة، وسأنقل بعضاً من نصوصهم في ذلك: جاء في كتاب شرح النيل: (و هذا البيع، لا يجوز ولو أتى المشتري له بالثمن الباقي؛ لأنه عقد لا يحل ولازم البائع أن يرد له ذلك البعض)^(٣٢)، وفي الكافي في فقه أهل المدينة: (ومما نهى عنه بيع العربان وذلك أن يشتري الرجل السلعة ويعطي البائع من ثمنها بعضه قل أو أكثر عرباناً على أنه إن رضي ما اشترى أخذه وإن لم يرضه فالعربان للبائع فهذا لا يجوز والعربان مردود إلى صاحبه لأنه من أكل أموال الناس بالباطل)^(٣٣)، وفي المجموع شرح المذهب: (وهو أن يشتري شيئاً ويعطي البائع درهماً أو دراهم ويقول إن تم البيع بيننا فهو من الثمن وإلا فهو هبة لك قال أصحابنا: إن قال هذا الشرط في نفس العقد فالبيع باطل وإن قاله قبله ولم يتلفظ به حالة العقد فهو بيع صحيح)^(٣٤)، وفي كتاب الفتاوى، للشيخ: الخليلي، بيع

(٢٥) الفتاوى، للشيخ / أحمد بن حمد الخليلي، سلطنة عمان وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، (١٤٣٤هـ - ٢٠١٣م)، ص ٨٧.

(٢٦) فيض القدير شرح الجامع الصغير، زين الدين محمد الشهير بعبد الرؤوف المناوي، المكتبة التجارية الكبرى - مصر، الطبعة: الأولى، ١٣٥٦ (٢٣٢٢/٦)، وجاء في نيل الأوطار، محمد بن علي الشوكاني، تحقيق: عصام الدين الصباطي، دار الحديث، مصر، الطبعة: الأولى، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م (١٨٢/٥) قال: (الحديث منقطع: لأنه من رواية مالك أنه بلغه عن عمرو بن شعيب ولم يدركه، فبينهما راو لم يسم، وسماه ابن ماجه فقال: عن مالك عن عبد الله بن عامر الأسلمي وعبد الله لا يحتج بحديثه، وفي إسناد ابن ماجه هذا أيضاً حبيب كاتب الإمام مالك وهو ضعيف لا يحتج به، وقد قيل: إن الرجل الذي لم يسم هو ابن لهيعة، ذكر ذلك ابن عدي وهو أيضاً ضعيف، ورواه الدارقطني والخطيب عن مالك عن عمرو بن الحارث عن عمرو بن شعيب وفي إسنادهما الهيثم بن اليمان، وقد ضعفه الأزدي. وقال أبو حاتم: صدوق، ورواه البيهقي موصولاً من غير طريق مالك)

(٢٧) نيل الأوطار، للشوكاني (١٨٢/٥)، وانظر الاستذكار أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر، تحقيق: سالم محمد عطا، وآخر، دار الكتب العلمية - بيروت، ط، الأولى، ١٤٢١ - ٢٠٠٠ (٢٦٤/٦)، وجاء في شرح الزرقاني على الموطأ محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الثقافة الدينية - القاهرة، ط: الأولى، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م، (٣/٣٨٠) أخرجه الإمام أحمد وأبو داود وابن ماجه من طريق مالك به، ومن قال: حديث منقطع أو ضعيف، لا يلتصق إليه).

(٢٨) مصنف ابن أبي شيبة أبو بكر بن أبي شيبة، المحقق: كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد - الرياض، الطبعة: الأولى، ١٤٠٩ (٧/٥).

(١٩) المجموع شرح المذهب، للنووي (٢٣٥/٩).

(٢٠) شرح التلطين في الفقه المالكي، للمازري ١٥٣/٢.

(٢١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، دار الحديث - القاهرة، النشر: ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م (١٨٠/٣).

(٢٢) شرح النيل للقطب أطفيش، (١٥٠/٨).

(٢٣) الكافي في فقه أهل المدينة، لابن عبد البر (٧٤١/٢).

(٢٤) المجموع شرح المذهب، للنووي (٢٣٥/٩).



ترد عليه احتمالات كثيرة من جهة دلالة منها: أنه قد يحمل على أن نافعاً اشترط أن يكون له العقار بالمبلغ الذي دفع إن لم يرض عمر- وقد ذكر ذلك ابن بطال في شرحه-، وقد يحمل على أنه قد يكون دفعه قبل التعاقد لحجز العقار، فإن رضي عمر فالمبلغ الذي دفع يعد جزءاً من الثمن، وإن لم يرض فالمبلغ لصفوان ولم يشترط في العقد، وبوجود الاحتمال يسقط الاستدلال كما هو معروف عند الفقهاء^(٣٤).

ج - كما استدلو بأن العربون إنما هو عوض عن الانتظار بالبيع، وتوقيف السلعة حتى يختار المشتري، وفي ذلك تفويت فرصة بيعها بعقد ناجز، وبسعر قد يكون أفضل مما باعها به بطريق بيع العربون، ورد على ذلك بأنه: لا يصح أن يجعل العربون عوضاً عن الانتظار وتأخير البيع من أجله، لوجهين: الأول: - لأنه لو كان عوضاً عن ذلك لما جاز أن يجعل من الثمن في حالة الشراء، والثاني: - لأن الانتظار بالبيع لا تجوز المعاوضة عنه، ولو جازت لوجب أن يكون العوض معلوم المقدار، كما في الإجارة، وقد ذهب بعض المعاصرين إلى القول بجواز أخذ مبلغ مقابل حق الخيار، ويرى أن الخيار له حصة من الثمن، فقد يأخذه البائع جراء نكول المشتري، ويعتبر في هذه الحالة غرامة مالية^(٣٥).

وأختم هذه المسألة ببيان رأي مجمع الفقه الإسلامي^(٣٦) في قراره رقم ٧٦ / ٣ / د ٨ بشأن بيع العربون-، والذي بين فيه أولاً المراد ببيع العربون وهو: بيع السلعة مع دفع المشتري مبلغاً من المال إلى البائع على أنه إن أخذ السلعة احتسب المبلغ من الثمن، وإن تركها فالمبلغ للبائع، ويجري مجرى البيع الإجارة؛ لأنها بيع المنافع، وذكر بعض البيوع

ج. كما استدلو على بطلانه بما يلي: ١- بأن فيه شرطين مفسدين - شرط الهبة وشرط رد البيع - بتقدير أن لا يرضى، ونوقش هذا القول: بأنهما شرطان لمصلحة العقد، وليسا منافيين له. ٢- لاشتماله على الغرر، وقد نهى النبي ﷺ عن (بيع الغرر)، وصورة الغرر فيه متحققة في ترده بين اكتمال العقد، وعدم اكتماله فيخسر المشتري أو المستأجر المبلغ الذي دفعه، ٣- ولأنه بمنزلة الخيار المجهول؛ لأن خيار الرد يشترط من غير ذكر مدة، فمتى رد السلعة قبلها البائع، ولا يرد العربون لصاحبه. وذهب بعض الفقهاء إلى القول بجواز هذه الصورة، وهم الإمام أحمد في رواية الميموني، وعامة أصحابه، وروي عن عمر وابنه ونافع بن عبد الحارث^(٣٧) وزيد بن أسلم، وابن سيرين والحسن ومجاهد، رحمهم الله، واستدلو لمذهبهم بما يلي^(٣٨):

أ - بما رواه ابن أبي شيبه، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ: «أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَحْلَى الْعَرَبَانَ فِي الْبَيْعِ»^(٣٩)، فالحديث إذا ثبت واضح الدلالة على الحلية، بيد أنه قد تكلم فيه أهل الحديث، فقد قال عنه ابن عبد البر: «وهذا لا يعرف عن النبي ﷺ من وجه يصح وإنما ذكره عبد الرزاق عن الأسلمي عن زيد بن أسلم مراسلاً، وهذا ومثله ليس بحجة»^(٤٠)، وقال الحافظ ابن حجر: «وَهَذَا ضَعِيفٌ، مَعَ إِرْسَالِهِ»^(٤١).

ب - بفعل عمر^(٤٢): جاء في صحيح البخاري: (اشترى نافع بن عبد الحارث داراً للسنج بمكة من صفوان بن أمية على أن عمر إن رضي فالبائع بيعه وإن لم يرض عمر فلصفوان أربع مائة دينار)^(٤٣)، وجه الدلالة: أن عمر ﷺ قد أجاز تصرف نافع بن عبد الحارث ﷺ بأشترط الخيار لعمر إن رضي فالبائع له، وإلا فالمبلغ الذي دفع لا يرد ويكون عربوناً لصفوان، وفعل عمر حجة، ولم يوجد له مخالف من الصحابة، وقد يجاب عنه بأن هذا الاثر

(٣٤) انظر في ذلك شرح صحيح البخاري لابن بطال أبو الحسن علي بن خلف،

تحقيق: ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد، الرياض، ط: الثانية، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م (٥٤٣ / ٦)، فتح الباري لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني، دار المعرفة - بيروت، ١٣٧٩، رقم كتيه وأبوابه: محمد فؤاد عبد الباقي، قام بإخراجه وصححه: محب الدين الخطيب، (٧٦ / ٥)

(٣٥) بحوث في فقه المعاملات المالية، د رفيق يونس المصري ص ٧٤
(٣٦) مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الثامن ببندر سيرى باجوان، بروناي دار السلام من ١ إلى ٧ محرم ١٤١٤ هـ الموافق ٢١ - ٢٧ يونيو ١٩٩٣م. كما أجازته عدد من المعاصرين منهم د. وهبة الزحيلي في كتابه بيع العربون، دار المكتبي، دمشق سوريا (١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م) ص ٧.

(٢٩) المغني لابن قدامة (١٧٥ / ٤)

(٣٠) مصنف ابن أبي شيبه (٧ / ٥)

(٣١) الاستذكار، لابن عبد البر (٢٦٤ / ٦)

(٣٢) التلخيص الحبير، أبو الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، دار الكتب

العلمية، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ - ١٩٨٩م (٤٥ / ٣)

(٣٣) صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل البخاري المحقق: محمد زهير بن ناصر، دار طوق النجاة، الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ (١٢٣ / ٣)



حق العدول عن العقد، ولا يرد المبلغ الذي دفع لصاحبه - أو يضاف إلى ذلك أن العدول إذا كان ممن دفع إليه أن يرد ضعفه - فهذه الصورة قد منعها جمهور الفقهاء من الاباضية والحنفية والمالكية والشافعية، وأجازها الحنابلة.

وبناء على ما سبق يتبين أن المشرع قد أخذ بكل صور العربون التي ذكرها الفقهاء، فالصورة المنصوص عليها ليس فيها محذور شرعي، والذي يظهر من أقوال الفقهاء القول بجوازها، ويرى د. لاشين أن حقيقة العربون عند من يقول بجوازه في الفقه الإسلامي هو لتأكيد العقد، وذلك بالبدء في تنفيذه بدفع العربون^(٣٧)، وقد ذهب البعض إلى خلاف ذلك فقد ذكر: (أن الفقه الإسلامي لم يورد اعتبار العربون دلالة على تنفيذ العقد - أي اعتبار العربون جزءاً من الثمن - على اعتبار أن العقد ينعقد بهذه الصورة)^(٣٨) والذي أراد أن ذلك قد ورد في الصورة التي أوردها المالكية .

أما الصورة الثانية والتي ترك فيها نص القانون العماني الأمر للعرف أو اتفاق الطرفين، فإن فيها تفصيلاً يتوقف على كيفية العدول:

فإذا كان الاتفاق أو العرف يقضي بالعدول على أن يرد المبلغ المدفوع عند العدول فهذا جائز على مقتضى مذاهب العلماء وقد صرح به بعضهم.

أما إذا كان الاتفاق أو العرف يقضي بالعدول على أن يكون المبلغ المدفوع نظير العدول، فالجمهور يذهبون إلى عدم جواز ذلك، خلافاً للإمام أحمد، وهو ما ذهب إليه مجمع الفقه الإسلامي في قراره بشأن العربون.

المطلب الثاني: تعريف العربون في القانون والتأصيل القانوني للنص العماني

الفرع الأول: - تعريف العربون في القانون ودلالته أولاً : تعريفه

لم يورد القانونيون تعريفاً محدداً له، وإنما رسموا

(٣٧) مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية - جامعة الكويت، بحث د. لاشين محمد يونس الغاياني، السنة العاشرة - العدد السادس والعشرون - ربيع الأول ١٤١٦، أغسطس ١٩٩٥ م (ص ١١٩).

(٣٨) عقد البيع في ضوء قانون المعاملات المدنية الاماراتي، د. جاسم علي سالم الشامسي، مطبوعات جامعة الامارات (٤٢) (١٤١٨ هـ - ١٩٩٨ م، ص ١٢٢)

المستثناء من ذلك، ثم قال في الفقرة الثانية: ٢- يجوز بيع العربون إذا قيدت فترة الانتظار بزمان محدود، ويحتسب العربون جزءاً من الثمن إذا تم الشراء، ويكون من حق البائع إذا عدل المشتري عن الشراء.

الفرع الثاني: التأصيل الفقهي للنص القانوني الوارد في العربون:

لبيان الأصل الفقهي لنص العربون في قانون المعاملات المدنية العماني أبداً أولاً ببيان صورة العربون التي تظهر من النص القانوني ثم أبين أصله الفقهي:

أولاً: النص لم يعرف العربون كما بينا سابقاً، ولكن يفهم منه أن للعربون صورتين: الأولى: صورة نصية، افترضها المشرع وهي اعتباره جزءاً من الثمن دفع مقدماً ليؤكد إلزامية العقد، أما الصورة الثانية: فهي اتفاقية أو عرفية، أي تثبت بالاتفاق أو العرف وهي غير الأولى والغالب فيها أن تكون للدلالة على حق المتعاقد في الرجوع بمعنى أن حقيقة العربون هي دفع مبلغ بقصد أن يكون للشخص خيار العدول عن العقد.

ثانياً: بالنظر إلى الصورة الأولى والتي افترضها المشرع، وعد فيها العربون جزءاً مقدماً من الثمن، بحيث يفيد دفعه البتة أي الإلزام، فالذي يظهر من أقوال الفقهاء أن العربون جائز وفقاً لهذه الصورة: لأنه يعتبر قسطاً مقدماً من الثمن، ودفع قسط مقدم من الثمن لتأكيد بت العقد ليس فيه محذور.

ثالثاً: أما بالنظر للصورة الثانية، والتي يقصد بها غالباً دفع العربون ليكون مقابل الحق في خيار العدول للطرفين أو لطرف واحد، هذه الصورة يتصور أن تتفرع عنها صورتان هما:

١- إما أن يدفع المبلغ ليعطي المشتري الحق في إمضاء العقد أو فسخه، فإذا أمضى العقد احتسب من الثمن، وإلا رد المبلغ لصاحبه، هذه الصورة أوردها المالكية، وهي جائزة عند جماهير الفقهاء عدا الأحناف كما ذكرنا سابقاً؛ لأنها لا تدخل في صورة العربون الممنوعة، وليست من باب أكل أموال الناس بالباطل، فالمبلغ يرد إذا لم يعض المشتري العقد.

٢- أما إذا دفع المبلغ للبائع على أن يكون للمشتري أو لهما



صورته ، وبينوا دلالاته القانونية، فحقيقة العربون عندهم هو مبلغ يدفع مقدماً عند التعاقد يحمل دلالة معينة^(٣٩)، وأنقل بعضاً مما أورده في ذلك:

فمن ذلك ما جاء عن شيخ شراح القانون د. السنهوري، والذي رسم صورة العربون في كتابه الوسيط بقوله: (يتفق أحياناً أن يدفع أحد المتعاقدين للآخر عند إبرام العقد مبلغاً من المال - يكون عادة من النقد- يسمى العربون، وأكثر ما يكون ذلك في عقد البيع والإيجار، فيدفع المشتري للبائع أو المستأجر للمؤجر جزءاً من الثمن أو الأجرة، ويكون غرض المتعاقدين من ذلك إما حفظ الحق لكل منهما في العدول عن العقد بأن يدفع من يريد العدول قدر هذا العربون للطرف الآخر، وإما تأكيد العقد والبت فيه عن طريق البدء في تنفيذه بدفع العربون)^(٤٠)، وعرف في الوجيز في مصادر الالتزام بأنه: (مقدار من المال يدفعه أحد المتعاقدين إلى المتعاقد الآخر وقت إبرام العقد، إما للدلالة على تأكيد العقد، أو للدلالة على العدول عن العقد)^(٤١)، ثم قال دفع العربون يجب أن يتم فعلاً ولا يكفي الاتفاق عليه، وقد عرفه كثير منهم بذلك^(٤٢)، وعرفه بعضهم بالتعريف المشهور في الفقه الإسلامي وهو أنه: (مبلغ من المال يقوم المشتري بدفعه للبائع على أنه إذا أخذ السلعة احتسب من الثمن، وإن لم يأخذ فهو للبائع)^(٤٣).

ويرى السنهوري أن العربون أكثر ما يقع في العقد الابتدائي وصورته: أن يبرم المتعاقدان عقداً ابتدائياً، ويحددان ميعداً لإبرام العقد النهائي، ويحددان في البيع الابتدائي عربوناً يدفعه المشتري للبائع، فإذا امتنع المشتري عن إبرام العقد النهائي، خسر العربون الذي

دفعه، وسقط البيع الابتدائي، وإذا امتنع البائع عن إبرام البيع النهائي، رد ضعف العربون للمشتري، وسقط البيع الابتدائي^(٤٤).

ثانياً: دلالة العربون:

لم تضع القوانين تعريفاً محدداً للعربون، وإنما بينت دلالاته، وقد جاءت النصوص بصيغة مكملة، أو مفسرة لإرادة الطرفين بمعنى أنها أجازت للأطراف أن يتفقوا على خلاف ما جاء فيها، هذا وقد حددت القوانين دالتين للعربون، وهما: دلالة البت، والتي تعني: أن القصد من دفع العربون هو تأكيد جدية أطراف التعاقد، وأن المبلغ الذي دفع مقدماً يحسب كجزء من الثمن.

والثانية: دلالة العدول: وهي تفيد أن القصد من دفع العربون إعطاء الخيار للدافع في العدول عن العقد، أو يعطي الطرفين الحق في العدول عن العقد، بحيث يكون العربون مقابل الحق في العدول، وقد اختلفت القوانين في الأخذ بأي من الدالتين، حيث انقسمت إلى اتجاهين^(٤٥): الأول: يرى أن دلالة العربون دلالة عدول، وأن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عن الصفقة ونقض العقد، ومن القوانين التي أخذت بذلك القانون المدني الأردني (١٩٩٦م)، والذي نص في المادة (١/١٠٧) منه على أن دلالة العربون دلالة عدول، وهي قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس، وقد أخذ بذلك أيضاً التقنين المدني المصري الجديد -المادة ١٠٣-، والتي اعتبرت أن الأصل في دفع العربون أن تكون له دلالة جواز العدول عن البيع، إلا إذا اتفق الطرفان صراحة أو ضمناً على أن دفع العربون معناه البت والتأكيد والبدء في تنفيذ العقد، وهو اتجاه القانون الفرنسي، والكويتي.

والثاني: يرى أن دلالة العربون دلالة بت، وأن القصد من دفع العربون التأكيد على أن العقد قد تم نهائياً، وأن القصد من دفعه هو ضمان تنفيذه، ومن القوانين

(٣٩) النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزام د أمجد محمد منصور ، دار

الثقافة الاردن ، الطبعة الأولى ٢٠٠٧م ، ص ٨٨

(٤٠) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، د. عبد الرازق السنهوري ، ج ١/ ص ٢٦٠

(٤١) الوجيز في مصادر الالتزام في قانون المعاملات العماني ، أ.د محمد ابراهيم بندراوي ، ص ٩٨

(٤٢) مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني دراسة مقارنة ، د أنور سلطان ، ص ٦٥

(٤٣) عقد البيع دراسة مقارنة في القانون المدني والفقه الإسلامي ، د عبدالرازق حسن فرج ، دار الفكر العربي ص ٦١

(٤٤) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، عبد الرازق أحمد السنهوري ، ج ٤/ ص ٨٦

(٤٥) مصادر الحق في الفقه الإسلامي، د. عبد الرازق السنهوري ، المجلد الأول/ الجزء ٢، ص ٦٤، الوجيز في مصادر الالتزام في قانون المعاملات العماني ، أ.د محمد ابراهيم بندراوي ، ص ٩٩، النظرية العامة للالتزامات ، أمجد محمد منصور ، ص ٨٩



التي أخذت بذلك قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات (قانون رقم ٥/ لسنة ١٩٨٥) فقد نصت المادة (١٤٨) منه على التالي: ١- يعتبر دفع العربون دليلاً على أن العقد أصبح باتاً لا يجوز العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق أو العرف بغير ذلك، فإذا اتفق المتعاقدان على أن العربون جزاء للعدول عن العقد كان لكل منهما حق العدول فإذا عدل من دفع العربون فقده، وإذا عدل من قبضه رده ومثله)، وقد أخذ بهذه الدلالة القانوني العراقي، والألماني، والسويسري، والقانون العماني الحالي كما سنبين.

وأى دلالة أخذ بها القانون- أي قانون- قابلة لإثبات العكس، يقول السنهوري في الوسيط: (وغني عن البيان أن كلتا الداللتين، قابلة لإثبات العكس، فإذا تبين من اتفاق المتعاقدين أو من ظروف التعاقد أن المقصود من العربون هو غير ما يؤخذ من دلالاته المفروضة وجب الوقوف عند ما أراده المتعاقدان)^(٤٦).

الفرع الثاني: التأصيل القانوني للعربون في قانون المعاملات العماني:

باستصحاب اتجاهات القوانين في الأخذ بالعربون، وبالنظر إلى ما جاء في المادة (٨٤) من قانون المعاملات المدنية العماني، والتي نصها: (يعتبر دفع العربون دليلاً على أن العقد أصبح باتاً لا يجوز العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق أو العرف بغير ذلك)^(٤٧)، يتبين ما يلي:

١- أن المشرع قد أخذ باتجاه القوانين التي أخذت بدلالة البت، وجاء النص بقرينة مفادها أن تقديم العربون دليل على جدية الأطراف في إكمال العقد، وهي قرينة قابلة لإثبات العكس، وذلك إذا اتفق الأطراف أو قضى العرف بخلاف ما جاء به النص، ومن ذلك أن يتفق الأطراف على أن يكون القصد من العربون العدول عن العقد.

٢- أن المشرع لم ينظم دلالة العدول التي يمكن للأطراف الاتفاق عليها، أو التي يمكن أن تنشأ بالعرف، علماً بأن بعضاً من القوانين التي أخذت بدلالة البت قد نظمت أحكام العدول، ومن ذلك قانون المعاملات المدنية لدولة

الامارات (قانون رقم ٥/ لسنة ١٩٨٥) فقد نص في المادة (١٤٨) على أنه: ١- يعتبر دفع العربون دليلاً على أن العقد أصبح باتاً لا يجوز العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق أو العرف بغير ذلك. ٢- فإذا اتفق المتعاقدان على أن العربون جزاء للعدول عن العقد كان لكل منهما حق العدول فإذا عدل من دفع العربون فقده، وإذا عدل من قبضه رده ومثله)، وذلك لأن دلالة العدول لها عدة صور: فقد يتفقا على أن المشتري له الحق في العدول عن العقد دون أن يتفقا على ما يترتب على المبلغ المدفوع من أحكام في حالة رجوع البائع، أو إكمال العقد، ولذلك تثور عدة تساؤلات منها: هل يفقد المشتري المبلغ كله إذا اختار الرجوع عن العقد؟ وما الحكم بالنسبة للطرف الآخر، هل العقد ملزم له؟ أم له الحق في الرجوع؟ وما الحكم الذي يترتب إذا كان الرجوع من البائع الذي استلم العربون؟ فالأولى النص على هذه المسائل وعدم تركها للأعراف والتي قد تتباين حولها.

٣- كما أن هنالك مسألة مهمة لم يتطرق لها النص، وهي مسألة مدة الخيار عند الاتفاق على خيار العدول، فهل يقضى بالعرف في ذلك، حتى لا تكون المدة مجهولة؟ أم كيف تحدد؟ علماً بأن مجمع الفقه الإسلامي عندما قرر إجازة العربون اشترط أن تكون مدة الخيار معلومة.

الخاتمة:

وفي ختام هذا البحث أخص أهم النتائج التي خلص إليها في النقاط التالية:

أن للعربون صوراً متعددة المشهورة منها- الصورة الممنوعة عند الجمهور-: أن يدفع المشتري أو المستأجر مبلغاً، بحيث يعتبر المبلغ جزءاً من الثمن أو الأجرة إذا تم البيع أو الإجارة، وإن لم يتم العقد لا يُرد إلى صاحبه، وهذه الصورة قد قال جمهور الفقهاء بحرمتها.

من الصور الجائزة للعربون عند الجمهور: دفع مبلغ على أن يُرد لصاحبه إذا عدل عن إكمال العقد، أو دفع مبلغ لحجز السلعة قبل التعاقد النهائي.

لم يعرف نص القانون العربون، أو يرسم صورته، وإنما بين الدلالة التي يفسر بها العربون، فقد اعتبر النص دفع العربون دليلاً على تأكيد لزوم العقد بين الطرفين،

(٤٦) الوسيط، للسنهوري، ج ١/ ص ٢٦٠

(٤٧) قانون المعاملات المدنية العماني ٢٠١٣م



لم يورد القانونيون تعريفاً للعربون، وإنما رسموا صورته، وركزوا في ذلك على بيان دلالة القانونية، فحقيقة العربون عندهم هو مبلغ يدفع مقدماً عند التعاقد يحمل دلالة معينة : إما دلالة بت أو دلالة عدول.

أخذ المشرع العماني باتجاه القوانين التي أخذت بدلالة البت، ووضع قرينة قابلة لإثبات العكس مفترضة بين العاقلين، إلا أنه لم ينظم أحكام العدول التي يمكن للأطراف الاتفاق عليها، كما أنه لم يحدد مدة للخيار، والأولى وفقاً لما ذكرنا من أقوال الفقهاء وما ذهب إليه مجمع الفقه الإسلامي أن تنظم أحكام العدول، وأن ينص على تحديد مدة خيار العدول.

والحمد لله رب العالمين

بيد أن النص من النصوص المكمل - بدلالة ألفاظه - فلا يؤخذ به إذا تبين أن إرادة المتعاقدين قد اتجهت صراحة أو ضمناً إلى ما يخالفه، كما لا يؤخذ به إذا كان هنالك عرف يخالفه .

يظهر من خلال الرجوع إلى بعض التطبيقات القضائية العمانية قبل صدور قانون ٢٠١٣م أن المحاكم كانت تفرق بين البيع النهائي والبيع الابتدائي في المقدم المدفوع، حيث تعتبر ما دفع مقدماً في البيع النهائي جزءاً من الثمن، يجوز رده عند الرجوع عن العقد، وما دفع في البيع الابتدائي يعد عربوناً لا يجوز رده عند الرجوع عن العقد. اتضح لي بعد النظر في النص القانوني، وأقوال الفقهاء في العربون وفقاً لصوره، أن المشرع قد ضمن النص كل صور العربون التي وردت عند الفقهاء، الممنوعة منها والجائزة، فالصورة التي نص عليها صراحة لا محذور فيها، وهي جائزة على مقتضى أقوال الفقهاء وأدلته.

أما الصورة الثانية والتي ترك فيها الأمر للعرف أو اتفاق الطرفين، فإن فيها تفصيلاً يتوقف على كيفية العدول: ١- إذا كان الاتفاق أو العرف يقضي بالعدول على أن يرد المبلغ المدفوع عند العدول فهذا جائز على مقتضى مذاهب العلماء وقد صرح به بعضهم، ٢- أما إذا كان الاتفاق أو العرف يقضي بالعدول على أن يكون المبلغ المدفوع نظير العدول، فالجمهور يذهبون إلى عدم جواز ذلك، خلافاً للإمام أحمد، وما ذهب إليه مجمع الفقه الإسلامي في قراره بشأن العربون.





المصادر والمراجع:

- الاستذكار / أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر القرطبي (ت: ٤٦٣هـ)، تحقيق: سالم محمد عطا، وآخر، دار الكتب العلمية - بيروت، ط: الأولى، ١٤٢١ - ٢٠٠٠
- بحوث في فقه المعاملات المالية، د رفيق يونس المصري، دار المكتبي سوريا دمشق، الطبعة الأولى (١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠)
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (ت: ٥٩٥هـ)، دار الحديث - القاهرة، النشر: ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م
- بيع العربون / د. وهبة الزحيلي، دار المكتبي، دمشق سوريا (١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م)
- تاج العروس / محمد بن محمد بن عبد الرزاق، الملقب بمرتضى، الزبيدي (ت: ١٢٠٥هـ)
- مجموعة من المحققين، الناشر: دار الهداية.
- التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، أبو الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت: ٨٥٢هـ) دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ. ١٩٨٩م.
- حاشية الصاوي على الشرح الصغير، أبو العباس أحمد بن محمد، الشهير بالصاوي (المتوفى: ١٢٤١هـ)، الناشر: دار المعارف
- روضة الطالبين وعمدة المفتين / محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت: ٦٧٦هـ)، تحقيق: زهير الشاويش، المكتبة الإسلامية، بيروت - ط: الثالثة، ١٤١٢هـ / ١٩٩١م.
- شرح صحيح البخاري لابن بطلال أبو الحسن علي بن خلف (ت: ٤٤٩هـ) تحقيق: ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد، الرياض، ط: الثانية، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م.
- شرح التلقين أبو عبد الله محمد بن علي بن عمر التميمي المازري (ت: ٥٣٦هـ) تحقيق: الشيخ محمد المختار السلاوي الناشر: دار الغرب الإسلامي، ط: الأولى، ٢٠٠٨م
- شرح النيل للقطب اطفيش، الناشر: دار الفتح، بيروت. ودار التراث العربي، ليبيا. ومكتبة الإرشاد، جدة. ، الطبعة الثانية، ١٣٩٢هـ / ١٩٧٢م .
- شرح الزرقاني على الموطأ محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الثقافة الدينية - القاهرة، ط: الأولى، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.
- الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري (ت: ٣٩٣هـ)
- تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين - بيروت ط: الرابعة ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧م.
- صحيح البخاري (الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه) محمد بن إسماعيل البخاري المحقق: محمد زهير بن ناصر، دار طوق النجاة، الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ.
- عقد البيع دراسة مقارنة في القانون المدني والفقه الإسلامي، د عبد الرزاق حسن فرج، دار الفكر العربي .
- عقد البيع في ضوء قانون المعاملات المدنية الاماراتي، د. جاسم علي سالم الشامسي، مطبوعات جامعة الامارات (٤٢) (١٤١٨هـ - ١٩٩٨م).
- فتح العزيز بشرح الوجيز عبد الكريم بن محمد الرافعي القزويني (المتوفى: ٦٢٣هـ)
- الناشر: دار الفكر.
- فتح الباري لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني، دار المعرفة - بيروت، ١٣٧٩، رقم كتبه وأبوابه: محمد فؤاد عبد الباقي، قام بإخراجه وصححه: محب الدين الخطيب، عليه تعليقات العلامة: عبد العزيز بن باز.
- فيض القدير شرح الجامع الصغير، زين الدين محمد الشهير بعبد الرؤوف المناوي (المتوفى: ١٠٣١هـ)، المكتبة التجارية الكبرى - مصر، الطبعة: الأولى، ١٣٥٦.
- قانون المعاملات المدنية العماني ٢٠١٣م



- الكافي في فقه أهل المدينة أبو عمر يوسف بن عبد البر (ت: ٤٦٣هـ) المحقق: محمد أحمد ولد ماديك، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، الطبعة: الثانية، ١٤٠٠هـ/ ١٩٨٠م.
- كتاب الفتاوى، لسماحة الشيخ / أحمد بن حمد الخليلي، الكتاب الثالث، سلطنة عمان وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، (١٤٣٤هـ - ٢٠١٣م).
- كشف القناع عن متن الإقناع منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي (المتوفى: ١٠٥١هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية.
- لسان العرب، محمد بن مكرم، جمال الدين ابن منظور (ت: ٧١١هـ)، دار صادر - بيروت، الطبعة: الثالثة - ١٤١٤هـ.
- المجموع شرح المذهب أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: ٦٧٦هـ)، الناشر: دار الفكر
- مجموعة المبادئ والقواعد القانونية التي قررتها المحكمة العليا (٢٠٠١ - ٢٠١٠م) الدائرة المدنية المحكمة العليا، المكتب الفني.
- مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية - جامعة الكويت، السنة العاشرة - العدد السادس والعشرون - ربيع الاول ١٤١٦، أغسطس ١٩٩٥م، بحث د. لاشين محمد يونس الغاياتي.
- مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الثامن ببندر سيري باجوان، بروناي دار السلام من ١ إلى ٧ محرم ١٤١٤هـ الموافق ٢١ - ٢٧ يونيو ١٩٩٣م.
- مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، د. عبد الرازق السنهوري، دار إحياء التراث العربي بيروت، الطبعة الأولى (١٩٩٧م).
- مصادر الإلتزام في القانون المدني الاردني دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دأنور سلطان، دار الثقافة الأردن - ٢٠٠٧م
- مصنف ابن أبي شيبة أبو بكر بن أبي شيبة، (المتوفى: ٢٣٥هـ) المحقق: كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد - الرياض، الطبعة: الأولى، ١٤٠٩
- المغني لموفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة (المتوفى: ٦٢٠هـ)، الناشر: مكتبة القاهرة، تاريخ النشر: ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م.
- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني (المتوفى: ٩٧٧هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.
- النظرية العامة للالتزامات - مصادر الإلتزام د أمجد محمد منصور، دار الثقافة الاردن، الطبعة الأولى ٢٠٠٧م
- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج شمس الدين محمد بن أبي العباس شهاب الدين الرملي (المتوفى: ١٠٠٤هـ)، دار الفكر، بيروت، الطبعة: ط الأخيرة - ١٤٠٤هـ/ ١٩٨٤م
- نيل الأوطار محمد بن علي الشوكاني اليمني (المتوفى: ١٢٥٠هـ)، تحقيق: عصام الدين الصبابطي، دار الحديث، مصر، الطبعة: الأولى، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.
- الوجيز في مصادر الإلتزام في قانون المعاملات العماني، أ.د محمد ابراهيم بندراوي الطبعة الأولى (١٤٣٥-٢٠١٤م) - دار النهضة العربية .
- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، عبد الرازق أحمد السنهوري، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان.





الخبرة الفنية أمام المحاكم العمانية رؤية عملية

إعداد

عبد المنصف اسماعيل محمود

قاضي محكمة استئناف

عضو التفتيش القضائي





تقديم : -

الخبرة كأحد وسائل الإثبات : -

إن الحق مجرداً من الإثبات يصبح هو والعدم سواء ، فالحق يتجرد من كل قيمة إذا لم يقيم الدليل عليه ^(١) و القاعدة العامة تقول: لا دعوى بغير دليل فحيث لا حق لا إثبات ، فدور الإثبات في مجال القضاء في الخصومات وبالتالي في تحقيق العدالة بين أفراد المجتمع وأشخاصه، دور لا تكتمل أدوات العدالة إلا به ولا تتحقق لقواعد القانون الموضوعية والشكلية فعاليتها إلا عن طريقه. وقد كان لفكرة الإثبات القضائي كوسيلة لفض الخصومات وتحقيق العدالة دور كبير في النظم القانونية على مر التاريخ ، فالحق والدليل عليه مرتبطان مع بعضهما وجوداً وعدماً أي لا نشوء لحق متنازع عليه إذا لم يكن لهذا الحق الدليل الكافي لوجوده ولن يحظى هذا الحق بالحماية القانونية، ويحرم بالتالي صاحبه من المزايا والسلطات التي يخولها له القانون إذا ما أعوزه الدليل عليه .

ومن ثم كان قانون الإثبات في الصدارة بالنسبة لباقي فروع القانون ^(٢) ، وكانت أحكامه من الموضوعات باللغة الأهمية والتي لا يستطيع أي قاض الاستغناء عنها والإحاطة بها والإلمام بقواعد الإثبات وطرقه وكل ما يتصل به لأنه هو المفرق بين الحق والباطل والحاجز الحقيقي بينهما والمانع من استمرار الدعاوى الكيدية الكاذبة .

والإثبات من الناحية القانونية وحسبما عرفه الفقهاء هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية متنازع عليها يؤكدتها أحد أطراف الخصومة وينكرها الطرف الآخر .

وتتفق معظم التشريعات على أن طرق الإثبات هي الكتابة والإقرار واليمين والشهادة والقرائن ، والمعينة والخبرة التي تأذن بها المحكمة ونظراً لأهمية الوسيلة الأخيرة - الخبرة - في كافة النظم القانونية ومن بينها النظام العماني فسوف نتناولها في هذا البحث المختصر بشيء من الدراسة ، وما نتجناه من ذلك في النهاية هو الوقوف على ما يكتنف أعمال الخبرة في النظام القضائي العماني

من مشكلات والرؤية لكيفية التغلب على تلك المشكلات بحيث تؤدي أعمال الخبرة على النحو المطلوب وبحيث يؤدي ذلك في نهاية المطاف إلى تحقيق العدالة والتي هي جوهر رسالة القاضي وغاية القضاء ولكي نصل إلى هذا المنتهى لا بد لنا من تعريف للخبرة :

فالخبرة لغة مأخوذة من الخبر أي النبأ فيقال أخبار وأخبار ورجل خبير وخبير أي عالم بالشئ وأخبره أي أنبأه بما عنده ومنها الاختبار والتخبر ^(٣) ومعنى خبر في مختار الصحاح خبر : الخبر واحد الأخبار وأخبره بكذا وخبره والاستخبار السؤال عن الخبر وكذا التَّخَبُّرُ والمُخْبِرُ بوزن المصدر ضد المنظر وخبر الأمر علمه وبابه نصر والاسم الخبر بالضم وهو العلم بالشئ والخبير العالم ^(٤) .

والخبير اسم من أسماء الله الحسنى ورد في القرآن الكريم ٤٧ مرة وقد قال تعالى: ﴿الرَّحْمَنُ فَاسْأَلْ بِهِ خَبِيرًا﴾ (الآية ٥٩ سورة الفرقان) ^(٥) اسأل عنه خبيراً يخبر به ، فالخبرة لغة هي العلم بالشئ والخبير هو العالم .

والخبرة اصطلاحاً إجراء يعهد به القاضي إلى شخص مختص يسمى الخبير بمهمة محددة، تتعلق بواقعة أو وقائع مادية يستلزم بحثها أو تقديرها إبداء الرأي فيها علماً أو فنا لا يتوافر في الشخص العادي ليقدم له بياناً أو رأياً فنيا لا يستطيع القاضي الوصول إليه وحده .

ويعرفها البعض بأنها تدبير إجرائي يلجأ إليه القاضي في كل أمر يستلزم معرفة ضرورية بالوقائع ذات الطبيعة المركبة يعهد بموجبه القاضي لشخص أو أكثر من الاختصاصيين لبحث المسألة الفنية المعروضة والتي تكون من طبيعة فنية صرفة تدخل في اختصاصهم ^(٦) .

وذهب البعض إلى أن الخبرة هي تحقيق قضائي اختياري طارئ في مسائل فنية تعتبر من الوقائع في موضوع نزاع معروض على القضاء للبت فيه ^(٧) .

ويمكن أن نعرفها بأنها استشارة فنية في أمور معينة تحتاج إلى دراية خاصة قد لا تتوافر لدى القاضي أو المحقق فكلهما لا يمكن بحال أن تتوافر لديه الدراية والإحاطة بكافة الأمور الفنية التي يستلزمها تحقيق الدعوى أو الفصل فيها ومن ثم كانت الحاجة إلى



الفصل الأول : الخبرة في النظام القضائي العماني

نتناول هذا الفصل في مطلبين :

المطلب الأول : - الخبرة في التشريع العماني

المطلب الثاني : - الخبرة في تطبيقات المحاكم العمانية

المطلب الأول : - الخبرة في التشريع العماني

نظرا لما تمثله الخبرة من أهمية كوسيلة من وسائل الإثبات التي لا غناء عنها فقد عنى المشرع العماني شأن معظم التشريعات حيث أورد أحكامها في أكثر من موضع فقد تناول قانون الإثبات أحكام الخبرة في باب كامل هو الباب الثامن وخصها بنحو خمس وعشرين مادة كما أفرد قانون الإجراءات الجزائية لتنظيم أعمال الخبرة أمام الادعاء العام البند الرابع من الفصل الرابع من الباب الثاني منه الخاص بالتحقيق الابتدائي وتناول ندب الخبراء في خمس مواد ثم تناولها مرة أخرى في الفصل الرابع من الباب الثالث الخاص بإجراءات المحاكمة في المادة مائتين كما صدرت لائحة تنظيم أعمال الخبرة أمام المحاكم من معالي وزير العدل والتي تكفلت بتنظيم بعض الأحكام الخاصة بعمل الخبراء ونعرض لهذه الأحكام في تلك المواضع بشئ من التفصيل ومن ثم نتناول في هذا المطلب أحكام الخبرة في قانون الإثبات ثم في الإجراءات الجزائية العماني ثم في لائحة تنظيم أعمال الخبرة أمام المحاكم .

المبحث الأول : - الخبرة في قانون الإثبات

تناول الباب الثامن من قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٦٨ / ٢٠٠٨ وذلك في المواد من ٨٢ وحتى ١٠٦ موضوع الخبرة ونعرض لأحكام هذه المواد في عجالة بقدر ما يقتضيه المقام مع الإشارة إلى أنه ولما كان قانون الإثبات يعد القانون العام في هذا المقام باعتبار أنه تكفل بتفصيل أحكام الخبرة فإننا في هذا المبحث سنتناول الكثير من التفاصيل .

أولا : - انتداب الخبير

١ - أجاز المشرع للمحكمة عند الاقتضاء سواء من تلقاء

الاستعانة بأشخاص ذوي خبرة في أمور بعينها جرى العمل على تسميتهم خبراء للوقوف على أمور يعجز القاضي أو المحقق عن الوقوف عليها .

حاصل ما تقدم أن الخبرة هي وسيلة من وسائل الإثبات الغاية منها الوقوف على بعض الأدلة وتحديد مدلول كل منها من خلال الاستعانة بالمعلومات والخبرات العلمية والفنية .

وهي : تختلف عن الشهادة بحسبان أن الشاهد إذ يدلي بما توافر لديه من معلومات فإنه يؤدي ذلك دون أن يكون له رأى بما يدلى به ودون أن يكون له سلطة في تقدير ما يدلى به من أقوال أو معلومات أما الخبير فتكون له سلطة تقدير ما يصل إليه من معلومات إذ مهمة الخبير إبداء الرأي الفني في مسألة ذات طبيعة فنية تتطلب إدراكا خاصا ودراية معينة ثم استخلاصا للنتيجة ينتهي إليها من خلال معلوماته وخبراته الفنية .

وينبغي على ما تقدم من اختلاف بين مهمة الخبير والشاهد أن الخبير يمكن في بعض الأحوال أن يستبدل بخبير آخر لأداء المهمة ذاتها أو لاستكمالها إلا أن الشاهد لا يمكن استبداله بآخر أو الاستعاضة عنه بغيره ذلك أن دوره في الإثبات يقتصر عليه دون غيره .

وترتبا على ما تقدم فإنه يمكن القول أن :

- الخبرة هي وسيلة إثبات من نوع خاص تتعلق بإثبات أمر فني في الدعوى المدنية أو الجزائية يحتاج معرفة ودراية لا تتوافر للقاضي أو المحقق
- أعمال الخبرة مع تطور الأوضاع وتعدد المشكلات أضحت من الأهمية بمكان وأضحى عمل الخبير من ثم على درجة من الخطورة والأهمية بحيث يمكن القول إنه في كثير من الحالات هو العين التي يرى بها القاضي .

وبعد هذه المقدمة ندخل إلى موضوع البحث ونقسمه إلى فصلين

الفصل الأول : الخبرة في النظام القضائي العماني .

الفصل الثاني : المشكلات العملية في أعمال الخبرة والحلول المقترحة .



المندوب فيها وجواز الإذن بتسليمه ملف الدعوى من المحكمة أو تسليمه أحد مستندات الدعوى إن كانت المأمورية منصبة على ذلك المستند كالمضاهاة بمعرفة أحد خبراء المختبر ، وتسليمه صورة من الحكم الصادر بنبذه .

٢ - اعتذار الخبير عن عدم أداء المأمورية : -

أتاح القانون للخبير أن يطلب من المحكمة إعفاءه من المهمة المكلف بها خلال خمسة أيام من تسلمه صورة حكم ندبه إذا كانت هناك أسباب تقبلها المحكمة والأمر في هذا متروك لسلطة المحكمة التقديرية وأجاز الحكم على الخبير بالمصروفات التي تسبب في انفاقها بلا مقتضيات وبالتعويضات إن كان لها محل إذا لم يؤد المهمة الموكلة إليه .

ثالثا : - رد الخبير :-

أجاز القانون للخصوم رد الخبير إن رأوا لذلك مقتضى وبين الحالات التي يجوز فيها رد الخبير .

١ - الحالات التي يجوز فيها رد الخبير : -

تدور هذه الحالات حول وجود صلة قرابة أو مصاهرة مع أحد الخصوم في الدعوى المندوب فيها حتى الدرجة الرابعة أو وجود خصومة قائمة مع أحد الخصوم أو مع زوجه إلا إذا أقيمت هذه الخصومة بعد ندب الخبير بقصد رده فحينئذ لا تصلح سببا للرد ، ومن هذه الحالات كذلك وجود وكالة أو نيابة قانونية - وصي أو قيم - أو وجود صلة قرابة أو مصاهرة حتى الدرجة الرابعة مع الوصي أو القيم عليه أو رئيس مجلس الإدارة أو مدير الشركة المختصة في الدعوى أو كانت له أو لزوج أو أحد أقاربه أو أصهاره أو من كان وصيا عليه أو قيما مصلحة في الدعوى أو كانت هناك علاقة عمل بينه وبين أحد الخصوم أو اعتاد مؤاكلته أو مساكنته أو كان قد تلقى منه هدايا أو كانت بينهما مودة أو عداوة يغلب معها عدم حياده في أداء مهمته .

٢ - إجراءات رد الخبير : -

حدد القانون الإجراءات الواجب اتخاذها لرد الخبير فجعل التقرير به ونظره أمام المحكمة المختصة بنظر الدعوى المنتدب فيها الخبير على أن يكون طلب الرد

نفسه أو بناء على طلب الخصوم الاستعانة بأهل الخبرة لإبداء الرأي في مسائل فنية أو متخصصة لا تشملها معارف القاضي العامة أو الوقائع المادية التي يشق على القاضي الوصول إليها كمعايينة أرض أو مبنى أو تقدير قيمة عقار فأجاز للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم أن تستعين بأهل الخبرة لتحقيق واقعة معينة في الدعوى أو لإبداء رأي فني في مسألة مطروحة على المحكمة لا تستطيع البت فيها ، وللمحكمة أن تندب خبيرا أو ثلاثة ولا يصح ندب خبيرين لعدم إمكانية الترجيح بينهما عند اختلافهما في الرأي ^(٨) والمحكمة تتمتع بحرية تامة في تقدير الحاجة لندب الخبير من عدمه وكذا في الاستجابة لطلب الخصوم في هذا الشأن غير أنها حال رفضها طلب الخصوم بندب الخبير يتعين عليها تسبب ذلك ^(٩) .

٢ - البيانات الواجب توافرها في حكم ندب الخبير

أوجب القانون على المحكمة أن تضمن حكمها بندب الخبير بيان المهمة المكلف بها الخبير بيانا دقيقا وتحديد الأمانة التي يتعين إيداعها لحساب مصروفات الخبير وتحديد الخصم المكلف بإيداعها والأجل المحدد لذلك وحق المحكمة في تقرير سقوط حق الخصم الذي لم يؤد الأمانة في التمسك بحكم تعيين الخبير ما لم يبد عذرا مقبولا وأوجب المشرع كذلك على المحكمة تحديد الأجل الذي يتعين فيه إيداع التقرير حثا للخبير على سرعة إنجاز مهمته ^(١٠) .

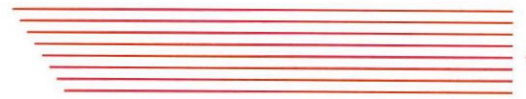
٣ - حق الخصوم في اختيار الخبير

نظم المشرع كيفية ندب الخبراء وحق الخصوم في اختيار الخبير سواء حددده الخصوم بشخصه أو حددوا الجهة التي يندب منها دون تحديد اسم بعينه أو ندب المحكمة غيره في حالة عدم الاتفاق على خبير بعينه على أن يكون الخبير الذي تعينه المحكمة في هذه الحالة من الخبراء المقبولين أمام المحاكم ما لم تقض الظروف بخلاف ذلك وحينئذ على المحكمة تعليل ذلك .

ثانيا : مباشرة الخبير مأموريته :-

١ - مطالعة الخبير أوراق الدعوى : -

بين القانون كيفية مطالعة الخبير لأوراق الدعوى



يورد جزاء على الموظف المختص الذي يمتنع عن معاونة الخبير إلا أننا نرى أنه إعمالاً للقواعد العامة يجوز رفع الأمر للمحكمة الجزائية بتهمة الامتناع عن تنفيذ القانون .

خامساً : - إعداد التقرير

١ - مضمون التقرير : -

بين القانون كيفية إعداد التقرير وأوجب تضمينه كل دقائق العمل الذي باشره الخبير وأوجب اشتماله على محضر الأعمال المثبت به حضور الخصوم وأقوالهم وما قدموه من مستندات وما أبدوه من ملاحظات وما قام به الخبير من مناقشات وأعمال ومعاينات ودفاع الخصوم وبيان مستنداتهم وأقوال الشهود وأوجب كذلك بيان النتيجة التي خلص إليها الخبير وما استند إليه من مستندات .

٢ - إيداع التقرير : -

أوجب القانون على الخبير إيداع التقرير موقعا منه أمانة سر المحكمة مرفقا به الأوراق المسلمة إليه ومحاضر أعماله ونتيجة ما خلص إليه من بحثه في حدود المهمة التي كلف بها والتي يجب أن يكون قد التزم بها ذلك أن خروجه عنها مما يصيب كيان التقرير من الناحية الموضوعية دون الشكلية ومن المتصور أن يكون التقرير صحيحا في شق منه باطلا في شق آخر أو صحيحا بالنسبة لبعض الخصوم دون البعض الآخر^(١١) .

٣ - تخلف الخبير عن إيداع التقرير في الميعاد : -

بين القانون كذلك ضرورة إيداع الخبير مذكرة مبينا بها ما قام به من أعمال حال عدم تمكنه من القيام بمأموريته في الميعاد المحدد وموضحا بها الأسباب التي حالت دون إتمام المأمورية وأجاز للمحكمة تأجيل الدعوى ومنحه فرصة لإتمام مأموريته أو تغريمه مع إعطائه الأجل لاستكمال عمله إن وجدت أن تأخره غير مبرر كما يجوز لها في هذه الحالة استبدال الخبير مع إلزامه برد الأمانة إن كان قد قبضها ويكون حكمها حينئذ نهائيا كل ذلك دون إخلال بالجزاءات التأديبية والتعويضات إن كان لها وجه .

خلال أسبوع من الحكم بتعيين الخبير إذا كان الحكم قد صدر في حضور الخصوم أو في الأسبوع التالي لإعلان الحكم إذا كان قد صدر في غيبته أما إذا كانت أسباب الرد قد طرأت بعد ذلك أو قدم الخصم الدليل على عدم علمه بأسباب الرد فإن حقه في طلب الرد لا يسقط ويظل قائما بعد الموعد السالف البيان وأشار إلى عدم قبول طلب رد الخبير المعين بناء على طلب الخصوم إلا إذا جد سبب الرد بعد تعيينه .

٣ - الحكم في طلب الرد : -

أشار القانون إلى كيفية الحكم في طلب الرد وحث على ضرورة إصداره على وجه السرعة حتى لا يترتب على تأخير الفصل فيه تعطيل الفصل في الدعوى واعتبر الحكم الصادر في طلب الرد نهائيا وأجاز للمحكمة تغريم طالبيه .

رابعا : - كيفية مباشرة الخبير لمأموريته : -

دعوة الخصوم للاجتماع مع الخبير وسماع أقوالهم : - بين القانون منهج الخبير في أداء مأموريته وحثه على سرعة البدء فيها في موعد لا يجاوز خمسة عشر يوما من تكليفه وأوجب عليه دعوة الخصوم بكتب مسجلة قبل الموعد الذي يحدده بسبعة أيام على الأقل أو ثلاثة أيام في حالة الاستعجال شريطة دعوة الخصوم بموجب إشارة برقية سريعة والا كان عمله باطلا ، وإذا ما تخلف الخصوم عن الحضور بعد دعوتهم على الوجه الصحيح فقد أجاز القانون للخبير مباشرة أعماله في غيبتهم ، وبين أيضا ضرورة الاجتماع بالخصوم وسماع أقوالهم وملاحظاتهم ومن يحضرون من شهود دون تحليفهم اليمين ، وأجاز للخبير أن يطلب من المحكمة توقيع الجزاءات المبينة بالمادة ١٠١ من قانون الإجراءات المدنية والتجارية وهي الغرامة ووقف الدعوى حسبما يقتضيه الحال إزاء تخلف الخصوم عن الحضور أمام الخبير أو تخلفهم عن تقديم مستنداتهم .

٢ - سلطة الخبير في مطالعة الأوراق والمستندات : -

وأوجب القانون على الوزارات ووحدات الجهاز الإداري والشركات والجمعيات والمؤسسات تمكين الخبراء من مطالعة ما يلزم من مستندات وإن كان القانون لم



٤ - مناقشة الخبير : -

أعطى القانون الحق للمحكمة في استدعاء الخبير ومناقشته إن رأت لذلك مقتضى وحققها كذلك في إعادة المأمورية لذات الخبير أو لغيره وكذا سلطة المحكمة في تعيين خبير لإبداء رأيه شفاهة ودون تقديم تقرير وإثبات ذلك بمحضر الجلسة .

سادسا : النتائج المترتبة على عمل الخبير : -

ينتهي الخبير من أعماله وأبحاثه إلى إعداد تقرير ولما لهذا التقرير من أهمية كدليل من أدلة الإثبات في الدعوى لا بد من بيان سلطة المحكمة تجاه ما خلص إليه الخبير من نتيجة على النحو التالي :-

لم يلزم القانون المحكمة بالتقيد بتقرير الخبير بل إن المحكمة يكون لها مطلق التقدير في هذه الحالة ولها أن تقضي بخلاف ما أبداه الخبير وما انتهى إليه إذا استبان لها أن استنتاجات الخبير غير صحيحة أو غير مطابقة للواقع أو مناقضة للمستندات المقدمة من الخصوم .

كما أجاز القانون للمحكمة الأخذ ببعض ما تضمنه التقرير من آراء وطرح البعض الآخر وأجاز لها الأخذ برأي من تطمئن إليه من أهل الخبرة مع بيان أسباب اطمئنانها حال مخالفة التقرير الذي أخذت به تقريراً آخر وحقها في سماع مناقشات الخصوم في شأن التقارير الأخرى المقدمة وأتاح لها تكليف أهل الخبرة باستكمال المأمورية .

٣ - كما أن للمحكمة استدعاء الخبير ومناقشته ولها أن تعيد المأمورية إليه ولها ندب غيره عند الاقتضاء .

٤ - للمحكمة أن تبطل عمل الخبير لمخالفته القانون مع الأخذ في الاعتبار أن البطلان في هذه الحالة نسبي تحكم به المحكمة بناء على طلب الخصوم بحسبان أن البطلان هنا غير متعلق بالنظام العام .

سابعاً : - أتعاب الخبير

نظم القانون أخيراً تقدير أتعاب الخبير بعد صدور الحكم والتظلم من أمر تقدير تلك الأتعاب وأجاز ذلك للخبير والخصوم وبين كيفيته .

المبحث الثاني : الخبرة في قانون الإجراءات الجزائية العماني (١٢)

تناولت المواد من ١١٦ إلى ١٢٠ من قانون الإجراءات الجزائية والتي تضمنها البند رابعا من الفصل الرابع من الباب الثاني والخاص بالتحقيق الابتدائي موضوع ندب الخبراء كما تناولت المادة ٢٠٠ من ذات القانون والتي وردت في الفصل الرابع من الباب الثالث والخاص بالمحاكمة صلاحية المحكمة الجزائية في الاستعانة بخبير وعليه فإن الاستعانة بالخبير جائز في مرحلتي التحقيق والمحاكمة وعليه فسنعرض لكل من المرحلتين .

أولاً : - الاستعانة بالخبير في مرحلة التحقيق : -

أوردت المواد من ١١٦ إلى ١٢٠ من قانون الإجراءات الجزائية والتي تضمنها البند رابعا من الفصل الرابع من الباب الثاني والخاص بالتحقيق الابتدائي أحكاماً تفصيلية في شأن الاستعانة بالخبراء في مرحلة التحقيق الابتدائي ونظمت الإجراءات التي يسير عليها الخبراء في أداء مأموريتهم على النحو التالي :-

١ - أجاز القانون لعضو الادعاء العام ندب طبيب أو غيره من الخبراء لإثبات حالة من الحالات إن كان لذلك مقتضى لتقديم تقرير بشأن المهمة المكلف بها وهذا الندب لا يعتبر ندبا لإجراء من إجراءات التحقيق الذي يخوله القانون لسلطة التحقيق وإنما هو إجراء القصد منه الاستعانة بأهل الخبرة في أمر فني أو مسألة علمية قد لا تشملها معارف المحقق يمكن أن تكون طبية كتوقيع الكشف الطبي لتحديد أمر ما أو هندسية ك معاينة بناء أو فحص مركبة أو نحو ذلك من الأمور الفنية البحتة التي يعجز المحقق عن الإحاطة بها ويتعين أن تكون المأمورية الموكلة للخبير محددة على نحو لا لبس فيه وأجازت لعضو الادعاء الحضور وقت مباشرة الخبير مهمته وفي هذه الحالة فإن على عضو الادعاء إثبات حضوره وقت الإجراء كجزء من الإجراءات الواجب تدوينها ويمكن أن تكون المهمة الموكلة للخبير تشريح جثة أو استخراجها بعد الدفن وأناط القانون بالمدعى العام أو من يقوم مقامه طلب ذلك التشريح أو الاستخراج بعد الدفن .



علاقة عمل بينه وبين أحد المتهمين أو اعتاد مؤاكلته أو مساكنته أو كان قد تلقى منه هدايا أو كانت بينهما مودة أو عداوة يغلب معها عدم حياده في أداء مهمته .
وبين القانون إجراءات رد الخبير فأوجب على طالبه أن يقدم الطلب لعضو الادعاء مبينا به أسباب الرد ورتب على تقديم طلب الرد توقف الخبير عن السير في أداء مأموريته وأوجب القانون على عضو الادعاء الفصل في طلب الرد خلال سبعة أيام من تاريخ تقديمه .

ثانيا : - الخبرة في مرحلة المحاكمة :-

١ - أجاز المشرع في المادة ٢٠٠ من قانون الإجراءات الجزائية - والتي وردت في الفصل الرابع من الباب الثالث والخاص بالمحاكمة - للقاضي في مرحلة المحاكمة عند الاقتضاء سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصوم الاستعانة بأهل الخبرة لإبداء الرأي في مسائل فنية أو متخصصة لا تشملها معارف القاضي العامة أو الوقائع المادية التي يشق على القاضي الوصول إليها فأجاز للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم أن تستعين بأهل الخبرة لتحقيق واقعة معينة في الدعوى أو لإبداء رأي فني في مسألة مطروحة على المحكمة لا تستطيع البت فيه ، وللمحكمة أن تندب خبيرا أو ثلاثة ولا يصح ندب خبيرين لعدم إمكانية الترجيح بينهما عند اختلافهما في الرأي والمحكمة تتمتع بحرية تامة في تقدير الحاجة لندب الخبير من عدمه وكذا في الاستجابة لطلب الخصوم في هذا الشأن غير أنها حال رفضها طلب الخصوم بندب الخبير تعين عليها تسبب ذلك .

٢ - نظرا لأن قانون الإجراءات الجزائية لا يعرف أسلوب إصدار أحكام خاصة بالإثبات بشأن قانون الإجراءات المدنية والتجارية فإن المحكمة تصدر أمرا بتعيين الخبير وتحدد فيه المهمة التي توكلها للخبير وتحدد فيه المكلف بسداد الأمانة سواء المتهم أو المدعي بالحق المدني .

٣ - لم تحدد المادة ٢٠٠ من قانون الإجراءات الجزائية أنفة البيان قواعد ندب الخبير أو قواعد أداء الخبير لمأموريته ونرى أن القواعد الواردة في المواد من ١١٦ إلى ١٢٠ من قانون الإجراءات الجزائية والتي تضمنها البند رابعا من الفصل الرابع من الباب الثاني والخاص

٢ - بين القانون كيفية مباشرة الخبير للمهمة المكلف فأوجب أن يكون ذلك تحت إشراف الادعاء العام وبتوجيه منه أو جب عليه الرجوع لعضو الادعاء المحقق إلا أن يكون الإجراء ضروريا أو عاجلا فحينئذ يجوز له القيام به ثم الرجوع لعضو الادعاء المحقق ، وأوجب على الأخير إذا كان الخبير من غير المقيد في الجدول أن يقوم بتحليفه اليمين بأن يؤدي عمله بالذمة والصدق أما إذا كان الخبير مقيدا في الجدول أو من خبراء الدائرة فلا حاجة لتحليفه اليمين .

٣ - أوجب القانون على الخبير أن يقدم تقريره لعضو الادعاء في الموعد الذي يحدده ويجب أن يكون التقرير مكتوبا متضمنا كل دقائق العمل الذي باشره ، ويتعين أن يبين الخبير الأعمال التي قام بها على وجه مفصل والمستندات المقدمة إليه وما دار من مناقشات مع المتهم أو غيره وخلاصة ما انتهى إليه البحث وأتاح القانون كذلك لعضو الادعاء استبدال الخبير عند الضرورة إذا رأى أنه لم يؤد المأمورية على النحو المرجو كما أنه لعضو الادعاء ندب ثلاثة خبراء إذا اقتضى الأمر ذلك ، وأتاح القانون للمتهم الاستعانة بخبير استشاري على نفقته الخاصة وللأخير الاطلاع على ما انتهى إليه الخبير السابق ندبه من قبل الادعاء وما قدم إليه من مستندات وما أجراه من أبحاث ومناقشات كل ذلك شريطة ألا يترتب عليه تأخير إجراءات التحقيق ومرجع الأمر في الأخذ بتقرير الاستشاري لسلطة المحقق التقديرية دون معقب عليه في ذلك .

٤ - أجاز القانون للخصوم رد الخبير إن رأوا لذلك مقتضى ولم يبين قانون الإجراءات الجزائية الحالات التي يجوز فيها رد الخبير تاركا الأمر لتقدير عضو الادعاء المحقق ونرى أنه وطبقا للقواعد العامة تدور حول وجود صلة قرابة أو مصاهرة للخبير مع أحد الخصوم في الدعوى الجزائية المندوب فيها حتى الدرجة الرابعة أو وجود خصومة قائمة مع أحد الخصوم أو مع زوجه ، ومن هذه الحالات كذلك وجود وكالة أو نيابة قانونية عن المتهم أو كانت له أو لزوج أو أحد أقاربه أو أصهاره أو من كان وصيا عليه أو قريبا مصلحة في الدعوى أو كانت هناك





وترقيتهم ونقلهم دائرة شئون الخبراء التي يرأسها وكيل الوزارة وتضم في عضويتها رئيس الإدارة العامة للمحاكم ومدير دائرة شئون الخبراء وتختص هذه الدائرة كذلك بالتصريح بإنشاء مكاتب الخبرة وقد بينت اللائحة كيفية أداء هؤلاء الخبراء اليمين أمام إحدى دوائر محكمة الاستئناف قبل مزاولتهم أعمالهم وقد حظرت اللائحة على هؤلاء الجمع بين وظيفتهم وأي عمل آخر لا يتفق وكرامته واستقلاله في عمله كما حظرت عليهم تقديم تقارير استشارية للغير أو أن يكون حارسا قضائيا أو مديرا لتفليسة كما لا يجوز لهم القيام بالتحكيم دون إذن من لجنة شئون الخبراء وهذه الفئة من الخبراء لا تؤول إليهم ما تقرره المحكمة من مبالغ كأتعاب خبرة حيث تؤول تلك المبالغ للخزانة العامة باعتبار أن هؤلاء الخبراء من العاملين في الدولة ويتقاضون منها رواتبهم.

ب- خبراء الجدول : وهم المقيدون بجدول الخبراء المنشأ بالوزارة من أصحاب التخصصات المختلفة الذين توافرت فيهم الشروط اللازمة من حيث الأهلية والجنسية العمانية وحسن السيرة والحصول علي مؤهل جامعي في مجال التخصص وكونه مرخصا له بمزاولة المهنة ومن غير العاملين في الحكومة ، وقد نظم الفصل الثالث من اللائحة أعمال هذه الفئة بدءا من كيفية قيدهم والشروط الواجب توافرها فيهم وآلية قيد هؤلاء عن طريق إعلان لجنة شئون الخبراء فتح باب القيد وتقديم من يرغب للقيد ممن تتوافر فيهم الشروط حيث تقوم اللجنة المذكورة بدراسة الطلبات والتأكد من استيفاء المتقدم للشروط حيث توصي بتعيين من توافرت فيهم الشروط ويصدر بتعيينهم قرار من وزير العدل بناء على توصية اللجنة المذكورة، وبعدها يقوم بأداء اليمين من يتم قيده وذلك أمام محكمة الاستئناف التي يحددها وزير العدل ويجب إخطار المحاكم والادعاء العام بقرار قيد الخبراء ، وأوجب اللائحة على اللجنة استبعاد من يفقد أحد شروط القيد، وأتاحت للمستبعدين التظلم من ذلك القرار لوزير العدل والذي يصدر قرارا نهائيا في هذا الشأن وأناطت اللائحة بالدائرة متابعة أعمال

بالتحقيق الابتدائي والسالف الإشارة إليها تسري على ندب الخبرة في مرحلة المحاكمة ومن ثم تسري نفس القواعد والأحكام السالف الإشارة إليها على ندب الخبير من المحكمة من حيث جواز ندبه ومباشرته لمأموريته ورده واستبداله وإيداعه للتقرير وسائر مراحل مباشرة المأمورية .

٤ - من نافلة القول لمحكمة الموضوع كامل الحرية في الأخذ بتقرير الخبير أو طرحه ولها الأخذ بتقرير الخبير المقدم في دعوى أخرى متى اطمأنت إليه ووجدت فيه ما يقنعها ذلك أن الأمر مرجعه سلطة المحكمة في وزن الدليل .

٥ - للخصوم أمام المحكمة الحق في تقديم تقرير استشاري من أحد الخبراء في المسألة ذاتها وللمحكمة السلطة التقديرية في الأخذ به أو إطراره .

٦ - أوجب القانون على المحكمة إذا كان الخبير من غير خبراء الجدول تحليفه اليمين أن يؤدي مهمته بالصدق والذمة .

المبحث الثالث : أعمال الخبرة في لائحة تنظيم أعمال الخبرة أمام المحاكم (١٣)

قبل صدور قانون الإثبات بالمرسوم السلطاني رقم ٦٨ / ٢٠٠٨ صدر القرار الوزاري رقم ٢٠٠٢/٧٧ بإصدار لائحة تنظيم أعمال الخبرة أمام المحاكم في ٢٠٠٢/٤/٧ من معالي وزير العدل استنادا إلى المرسوم السلطاني ٢٠٠٠/٤٧ بتحديد اختصاصات وزارة العدل واعتماد هيكلها التنظيمي والتي تناولت بشئ من التفصيل أحكام تنظيم أعمال الخبرة وبعد صدور قانون الإثبات صدر القرار الوزاري رقم ٥٦٢ / ٢٠٠٩ بتعديل بعض أحكام لائحة تنظيم أعمال الخبرة أمام المحاكم وقد تضمنت اللائحة تنظيم أعمال الخبرة الأحكام الآتية :

أناطت اللائحة أعمال الخبرة بثلاث فئات من الخبراء هم :-

أ - خبراء الدائرة : وهم خبراء دائرة الخبراء في وزارة العدل وهم المعينون للقيام بأعمال الخبرة في المجالات المختلفة بقصد تقديم الخبرة التي تطلبها المحاكم في الدعاوى المعروضة عليها وهؤلاء تختص بتعيينهم



الحكم في الدعوى للخبير إذ الخبير يساعد المحكمة في مهمتها ولا يكسب الأطراف حقا وانما المحكمة هي التي تكسب الأطراف حقا ولا يجوز للخبير أن يناقش المسائل القانونية التي هي من اختصاص القاضي

الطعن ٢٠١ / ٢٠٥ مدني أولي عليا جلسة ١٩ / ٣ / ٢٠٠٦ يبين هذا المبدأ تعريف الخبرة وأهميتها ومتى تلجأ إليها المحكمة وسلطتها في ذلك وحدود وصلاحيات الخبير وعدم جواز خوضه في الأمور القانونية التي تختص بها المحكمة دون سواها على هدي ما سلف بيانه .

وأن : - الخبرة وسيلة فنية تستعين بها المحكمة للفصل في النزاع وأن تعيين الخبير في الدعوى رخصة من الرخص المخولة لمحكمة الموضوع ولا معقب عليها في ذلك.

الطعن رقم ١٣٥ عمالي عليا جلسة ٥ / ٤ / ٢٠١٠ يبين هذا المبدأ سلطة المحكمة في ندب الخبير بحسبان ذلك من إطلاقات سلطتها بغير معقب عليها

وأنه : لا تثريب على محكمة الموضوع إن هي أخذت بالنتيجة التي توصل إليها الخبير واعتمدته في تقريرها إلا أن ذلك مشروط بأنه في حالة تعارض الدلالات والمعاني المستمدة من المستندات ألا يرجح الخبير إحداها على الأخرى ١٠٠ الطعنان ٣٨٢، ٣٨٣ / ٢٠٠٧

تبين هذه القاعدة أخذ المحكمة بتقرير الخبير في حالة تعارض المستندات شريطة ألا يرجح الخبير دلالة أو مستند على آخر

بعض أحكام الدائرة الجزائية : - (١٥)

تفنيذ المحكمة لرأي الخبير الفني وجوب استناده إلي أسباب فنية تحمله الطعنان ٣١ ، ٩٠ جزائي عليا جلسة ١٧ / ٤ / ٢٠٠٧

ومؤدى هذه القاعدة أن عدم الأخذ بالرأي الفني يجب أن يستند إلى أسباب كافية لحمله

وأن : - تقدير آراء الخبراء والفصل فيما يوجه الى تقاريرهم من مطاعن مرجعه الى محكمة الموضوع ولها كامل الحرية في تقديرها

الطعنان ٣٨٩ و ٣٩٠ / ٢٠١٠ جزائي عليا ترسخ هذه القاعدة لسلطة المحكمة في الأخذ بتقرير الخبير أو طرحه وأن تقرير الخبير لا يقيد المحكمة

هؤلاء الخبراء وإنشاء ملف لكل منهم تودع به صورة من التقارير ومحاضر الأعمال المقدمة منه وما يصدر ضده من أحكام وما يوقع عليه من جزاءات .

ج - خبراء الجهات الحكومية :

وهؤلاء تناول أحكام عملهم الفصل الرابع من اللائحة وهذه الطائفة من الخبراء هم موظفون تسميهم الجهة الحكومية التي تطلب منها المحكمة ندب خبير من بين موظفيها ممن تتوافر فيهم الخبرة الكافية للقيام بالمهمة التي تحددها المحكمة في نزاع مطروح عليها على أن يؤدى الخبير المنتدب اليمين أمامها قبل البدء في مباشرة المهمة المكلف بها ولخبير الجهة الحق في أن يتقاضى الأمانة التي تحددها المحكمة بحسبان أن ما يؤديه من أعمال خبرة ليس من بين واجباته الوظيفية .

٣ - وقد نظمت اللائحة مسألة الخبراء سواء خبراء الجدول أو الدائرة وتناولت كذلك كيفية مسألة خبراء الجدول والدائرة وأناطت ذلك بمجلس المسائلة والمشكل من رئيس الإدارة العامة للتفتيش القضائي رئيسا وعضوية رئيس الإدارة العامة للمحاكم ومدير الدائرة أو أحد خبراء الدائرة والذي يحدده الوزير وبينت اللائحة كيفية رفع دعوى المسائلة وذلك بناء على قرار وزير العدل والذي يجب أن يشتمل على التهمة المسندة للخبير وأدلتها . وبينت اللائحة كذلك إجراءات المحاكمة ونظر جلساتها وحتى الحكم فيها . وحددت الجزاءات التي توقع على الخبير وهي التنبيه واللوم والوقف عن العمل مدة لا تجاوز ثلاث سنوات وشطب الخبير من الجدول .

المبحث الرابع : الخبرة في أحكام المحكمة العليا : -

زخرت أحكام المحكمة العليا بالمبادئ التي تناولت موضوع الخبرة والخبراء بحسبانها وسيلة على درجة كبيرة من الأهمية في الإثبات سواء من الدوائر المدنية أو الجزائية. أولا - بعض أحكام الدوائر المدنية والتجارية والعمالية : - (١٤)

الخبرة طريقة فنية تلجأ إليها المحكمة عندما تحتاج إلى بيان وضبط أمور فنية تساعد على البت في النزاع وتندب لذلك خبيراً مختصاً قادراً على إنجاز المأمورية التي تكلفه بها وتحدد له صلاحياته دون أن تتنازل عن





وأن : - الطعن بالتزوير من وسائل الدفاع التي تخضع لتقدير محكمة الموضوع بوصفها الخبير الأعلى أثره عدم التزامها بطلب الاستعانة بخبير شرطه أن تستخلص من وقائع الدعوى ما يسوغ عدم الحاجة إليه بأن تكون المسألة المطروحة ليست من المسائل الفنية البحتة التي لا تستطيع المحكمة بنفسها أن تشق طريقها لإبداء رأي فيها الطعن ١٧٩ / ٢٠٠٨ م جزائي عليا جلسة ٢١ / ١٠ / ٢٠٠٨ تبين هذه القاعدة أن المحكمة هي الخبير الأعلى في الدعوى وأنها غير ملزمة بإجابة الخصم إلى طلب ندب الخبير

وأن : عمل الخبير عنصر من عناصر الإثبات في الدعوى يخضع لتقدير محكمة الموضوع أثره عدم التزامها بندب خبير آخر في الدعوى طالما وجدت في التقرير ما يكفي لتكوين عقيدتها .. الأخذ بنتيجة التقرير يفيد إطراح المحكمة للمطاعن الموجهة إليه .

الطعن ٣٦٥ / ٢٠٠٨ م جزائي عليا جلسة ١٦ / ١٢ / ٢٠٠٨ توضح هذه القاعدة أن المحكمة ليست ملزمة بإجابة الخصم لطلب ندب خبير ثان في الدعوى طالما وجدت في التقرير ما يكفي لتكوين قناعتها وأن أخذها بنتيجة التقرير مفاده طرح ما وجه إليه من مطاعن

وأن : - العدول عن قرار ندب خبير شرطه بيان موجهه ...

الطعن ٢٥٤ / ٢٠٠٨ م جزائي عليا جلسة ٢٤ / ١١ / ٢٠٠٨ يضع هذا الحكم قاعدة هامة هي أنه إذا رأت المحكمة العدول عن قرار سبق أن اتخذته بندب خبير فإن عليها أن تعلق وتبين سبب عدولها

وهكذا فإن موضوع الخبرة وما يتعلق به ويلابسه وعلى قدر أهميته قد تواترت فيه أحكام المحكمة العليا بدواثرها المختلفة ومن قبلها محاكم الاستئناف والمحاكم الابتدائية وتعددت بما لا يمكن حصرها في هذا الموضوع وما سقناه هو أمثلة قليلة بل هو غيض من فيض بقدر ما يتسع له المقام هنا .

الفصل الثاني :- المشكلات العملية في عمل الخبراء والحلول المقترحة لمواجهتها.

رغم هذه المنظومة التشريعية والقضائية السالف

عرضها والتي تنظم أعمال الخبرة كأداة مساعدة في العمل القضائي إلا أن الواقع العملي في المحاكم أكد بما لا يدع مجالا للشك أن ثم الكثير من المشكلات التي واكبت أعمال الخبراء والتي ترتب عليها في كثير من الأحيان تعطيل الفصل في الدعوى ولعل أهم سبب يرجع إليه طول أمد التقاضي في الدعوى المدنية والتجارية على وجه الخصوص هو تقارير الخبراء وما يلابسها من طول انتظار وتأجيل الدعوى مرارا وتكرارا لإعدادها وما يحدث كثيرا من اعتراض عليها ثم إعادة الدعوى مرة أخرى للخبراء لندب الخبير ذاته أو غيره عند الاقتضاء وما يستغرقه ذلك كله من وقت قد يمتد لسنوات وهوما يؤدي إلى بطء العدالة ومن ثم الاختلال بميزانها بحسبان أن العدل البطيء ظلم بين .. ولما كانت الغاية من هذا البحث هي إيجاد الحلول لهذه المشكلات وصولا لعدالة ناجزة بحسبان أن ذلك هو جوهر رسالة القضاء ومن ثم نتناول أولا عرضا لبعض المشكلات التي عايشناها ولمسناها من خلال العمل بمحاكم السلطنة وبعدها نطرح تصوراتنا للتغلب على تلك المشكلات .

المطلب الأول : بعض المشكلات في أعمال الخبراء :

المبحث الأول : - أمانات الخبراء .

١ - لا جدال في أن حق الأفراد في التقاضي حق أصيل للإنسان في أي مكان وهو عماد الحريات جميعا، إذ بدونها يستحيل على الناس أن يأمنوا على تلك الحريات أو يردوا الاعتداء عنها ، ونظام الحكم لا يمكن أن يعتبر رشيدا إلا إذا كفل للأفراد حق اللجوء إلى القضاء . وحاجة الأفراد إلى هذا الحق هي حاجة مستمرة ومتزايدة ، ومن ثم ينبغي أن يبقى باب القضاء مفتوحا أمام الأفراد ليعرضوا عليه أمرهم ويطلبوا إليه إنصافهم من ظلم يعتقدون وقوعه عليهم دون عنت أو مشقة ولا جدال في أن كفالة حق الأفراد في التقاضي يبعث في نفوسهم الرضا والإحساس بالأطمئنان والإيمان بالعدل، وأن حرمانهم من هذا الحق يبعث في نفوسهم الاستياء والإحساس بالقلق والشعور بالظلم . ومن هذا المنطلق فإن النظام الأساسي للبلاد الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ١٠١ / ١٩٩٦ والمعدل بالمرسوم السلطاني رقم ٩٩ / ٢٠١١ قد أكد



أن هناك خبرات في تخصصات معينة غير موجودة بالمرة وأن ثم تخصصات يوجد لها ربما خبير واحد أو اثنان من الخبراء وربما كان ذلك راجعا الى أن الوقوف على متطلبات العمل بالمحاكم، والتنسيق في هذا الخصوص مع دائرة الخبراء يحتاج مزيدا من الاهتمام ومزيدا من الدراسة العملية بحيث يتم سد أوجه النقص أولا بأول.

٢- تلاحظ أن غالبية الخبراء يتركزون في العاصمة مسقط وأن كثيرا من الولايات لا توجد بها مكاتب خبرة وإن وجدت فلا تكون في كافة التخصصات وهذا ينبني عليه ندب بعض الخبراء من العاصمة مسقط للانتقال لمحافظة أو ولايات تبعد عن العاصمة مئات الأميال وهو ما يزيد من كلفة الخدمة ومن ثم إرهاق المتقاضين سيما إن كانت المنازعة قليلة القيمة وفي هذه الحالة إما أن يتحمل الخبير هذه المشقة وتلك التبعة أو أن يتحمل المتقاضي كلفة انتقال الخبير وربما إقامته وأما أن يمتنع عن أداء الأمانة وحينئذ يسقط حقه في التمسك بحكم ندب الخبير ومن ثم عدم القيام بالمأمورية والحكم في الدعوى بحالتها في ضوء المستندات والتي قد تكون غير كافية وهو ما يحول دون تحقيق العدالة المنشودة .

٣ - أنه في بعض القضايا ذات الحساسية بالنظر لحثية أطرافها أو أهمية موضوع النزاع فيها فإن المحكمة قد تواجه اعتذارا من كثير من الخبراء ونظرا لقلّة عدد الخبراء فإن المحكمة لا يكون أمامها في هذه الحالة سوى ندب أحد خبراء الجهة وهو ما يواجه باعتراضات من الخصوم خاصة إذا كانت الجهة المندوب منها الخبير لها صلة بالدعوى ففي بعض الحالات - خاصة في القضايا الجزائية - قد تكون الدعوى أساسها تقرير من إحدى الجهات الرقابية ولدى نظر الدعوى استلزم الأمر استيضاح بعض الأمور الفنية ومن ثم ندب خبير وربما لا يكون أمام المحكمة سوى ندب خبير من ذات الجهة لتحقيق دفاع الخصوم وهو ما قد يواجه باعتراض من الخصوم مظنة مسايرة الخبير المنتدب لزميله الذي ضبط المخالفة .

المبحث الثالث : - ضمانات الخبير أثناء أداء مأموريته : -

على ذلك في المادة / ٢٥ منه والتي جرت علي أن التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة ... وتكفل الدولة تقريب جهات القضاء من المتقاضين وسرعة الفصل في القضايا ومن ثم فإن أية عقبة تقف في سبيل الوصول الى هذا الحق تكون بمثابة إخلال بهذا الحق الأصيل .^(١٦)

٢- تلاحظ من خلال العمل وفي حالات ليست بالقليلة أن أمانات الخبراء التي تقررها المحاكم تشكل عبئا على كثير من المتقاضين خاصة وأن غالبية من يمارسون أعمال الخبرة هم خبراء الجداول والذين يستفيدون مقابل جهدهم من هذه الأمانات باعتبار أنهم من غير العاملين في الدولة ويعتمدون على هذه الأمانات كمصدر لدخلهم وتزداد المشكلة صعوبة حين لا يرتضي الخبير الأمانة المقدرة ويتوقف عن أداء المهمة المكلف بها طالبا زيادة مبلغ الأمانة وما قد يلابس ذلك من مشكلات بين هيئات القضاء والخبراء جراء امتناع الأخيرين عن أداء المأمورية لعدم قبولهم بمبلغ الأمانة المقدرة من قبل المحكمة فضلا عن أن الأمانة التي يطلبها الخبراء قد تصل أحيانا إلى آلاف الريالات بما يعجز الخصوم عن سدادها في حالات كثيرة وبما يترتب عليه فضلا عن إعانات الخصوم تعطيل الفصل في القضايا .

المبحث الثاني : ندرة عدد الخبراء في بعض التخصصات.

وهذه المشكلة تتجلى في صور ثلاثة : -

١ - تلاحظ من خلال العمل أن ثم عجزا في بعض تخصصات الخبرة ومرجع ذلك إلى أن التطور السريع الذي يشهده العالم بصفة عامة والسلطنة بصفة خاصة والذي أفرز نوعيات من القضايا لم تكن موجودة من قبل منها ما يتعلق بأمور عالية التقنية أو أمور متعلقة بالبيئة أو الجيولوجيا أو بعض المسائل الكيميائية الدقيقة أو التقنية أو العمليات المصرفية وغير ذلك من المسائل التي واكبت التطور والتي تستلزم خبرات فنية وتقنية على درجة عالية من التخصص ولما كان غالب من يضطلعون بأعمال الخبرة من خبراء الجداول وهؤلاء أحيانا قد لا يراعى في قيدهم بجدول الخبراء ما يحتاج اليه العمل في المحاكم بل إن الواقع العملي كشف وبحق



الواجب مراعاتها في الإعلان ومناقشة الخصوم وسماع الشهود وغير ذلك من الإجراءات السالف الإشارة إليها كما أن البعض منهم لا يعرف الحدود التي يجب عليه الوقوف عندها في أداء مأموريته والأمور القانونية التي يحرم عليه الخوض فيها وابداء الرأي بشأنها فتجده متجاوزا حدود مأموريته متعرضا لمسائل قانونية ليست من اختصاصه مدليا فيها برأيه بالمخالفة للقانون .

٢ - من حيث الخبرة الفنية : - فقد لوحظ في أحيان كثيرة أن بعض الخبراء ليسوا على درجة كافية من الخبرة ولعل ذلك يرجع أحيانا إلى عدم التدريب الكافي للخبير وأحيانا لعدم التخصص فنظرا لقلة عدد الخبراء في بعض التخصصات قد يتم ندب بعض الخبراء غير المختصين فمثلا قد يندب خبير محاسبي لبحث أمر يتعلق بأمر من أمور الموارد البشرية وقد يندب خبير كيميائي لبحث مسألة جيولوجية لعدم وجود متخصصين في بعض التخصصات وربما تكون قلة الخبرة الفنية راجعة لحدثة عهد الخبير المنتدب مع صعوبة الأمور وتعقدها بما يفوق إمكانيات الخبير المنتدب فضلا عن عدم وجود آلية لتوزيع القضايا على الخبراء تكفل توزيع القضايا ذات الأهمية للخبراء الأكثر دراية وخبرة بحيث يستطيع أداء المأمورية على النحو الأمثل وعدم تصنيف الخبراء بحسب الخبرة والمؤهلات العلمية ووضع ترتيب للخبراء بحسب التخصص والكفاءة بحيث يكفل هذا أو ذاك إسناد القضية المناسبة للخبير المناسب الذي يستطيع مباشرة المأمورية .

المبحث الخامس : تعدد جهات الخبرة : -

من الملاحظ أن جهات الخبرة لا ينتظمها كيان واحد ولا تنظيم قانوني موحد فهناك الخبراء السالف ذكرهم والذين يتبعون أكثر من جهة وهناك نوع آخر من الخبراء تابعون للشرطة كخبراء المختبر الجنائي المختصين بأبحاث التزييف والتزوير وهناك الأطباء المختصون بتشريح الجثث وتوقيع الكشف الطبي على المصابين في وقائع جنائية وكل نوع من هؤلاء يتبع جهة معينة ويحكمه قانون تلك الجهة دون ارتباط بجهات الخبرة الأخرى وما من شك في أن غياب هذا الترابط بين هذه

١ - إن قانون الإثبات ولائحة تنظيم أعمال الخبرة لم يتضمن كل منهما من الضمانات ما يكفل للخبير القيام بعمله باطمئنان واستقلال وحيدة وتجرد - ولم يتضمن ما يكفل للخبير أداء عمله بسهولة ويسر سواء في دور المحاكم أو في بعض الجهات الحكومية وغير الحكومية التي تستدعيه الحاجة للانتقال إليها .

٢ - إن تقاضي الخبير لأمانات الخبراء التي يدفعها الخصوم بالنسبة لخبراء الجداول وخبراء الجهة كما هو الحال في الوضع الراهن من شأنه أن يجعل استقلال هؤلاء على المحك - كما وأن القانون واللائحة لم ينظم أي منها كيفية التحقيق مع الخبير إذا ما (وقعت من مخالفة) والجهة التي تتولى التحقيق كما أن أعمال الخبراء في الوضع الراهن لا تخضع للتفتيش والرقابة بالقدر اللازم .

المبحث الرابع : نقص الخبرة لدى بعض الخبراء :-

١ - من حيث الخبرة القانونية : - فقد لوحظ أن هناك العديد من الخبراء ممن ينقصهم الإلمام الكافي بالأصول القانونية الواجب مراعاتها أثناء مباشرتهم لأعمالهم والتي وردت في قانون الإثبات ولائحة تنظيم أعمال الخبرة أمام المحاكم ويعوزهم التدريب اللازم قبل مباشرة العمل للوقوف على حدود صلاحيات الخبير والمكنات التي أعطاها القانون إياها ولعل هذه الصورة تتجلى فيما يتذرعه الخبراء أحيانا من أن الخصوم لا يتعاونون معهم في أداء مأموريتهم ويتخلفون عن الحضور بعد دعوتهم للقاء الخبير وذلك لسماع أقوالهم وتقديم ما لديهم من مستندات برغم أن المادة ٩٤ من قانون الإثبات قد أجازت للخبير في مثل هذه الحالة رفع الأمر إلى المحكمة والتي أجاز لها القانون وإعمالا لحكم المادة ١٠١ من قانون الإجراءات المدنية والتجارية تغريم المتسبب في تأخير الفصل في الدعوى وأجازت كذلك الحكم بوقف الدعوى إذا ما كان ذلك راجعا لفعل المدعي كما أن هناك من الخبراء من يجهل الإجراءات التي يتعين اتباعها أثناء العمل والعيوب التي من شأنها أن تعيب تقريره، وتحبط عمله ابتداء من مطالعة الحكم الصادر بنبذه وخطار الخصوم ودعوتهم لمقابلته ووسيلة إعلانهم والمواعيد



قواعد وشروط اختيارهم وفقا لحاجة العمل وتدريبهم فيما يخص الجانب القانوني من عملهم وموالاته المتابعة والتدريب حتى مع استمرار تبعيتهم إداريا لوزارة العدل كما هو الحال في الوقت الراهن ولعل الأنظمة المقارنة في أغلب الدول العربية قد أخذت بذلك ففي مصر مثلا يشرف على عمل الخبراء أحد كبار القضاة الذين يندبهم مجلس القضاء الأعلى للعمل مساعدا لوزير العدل للخبراء والطب الشرعي يساعده في ذلك عدد كاف من القضاة وفي الكويت هناك مجلس شئون الخبراء المشار إليه في المادة ٢٦ من القانون ٤٠ لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون تنظيم الخبرة والذي يرأسه رئيس محكمة الاستئناف ويضم في عضويته رئيس المحكمة الكلية وأحد المفتشين القضائيين وقد أثبتت هذه التجارب نجاحها وأدت بلا شك إلى حسن سير عمل الخبراء .

ثانياً : - زيادة أعداد خبراء الدائرة : -

نظرا للمشكلات السالف عرضها جراء كون خبراء الجداول هم النسبة الغالبة في القيام بأعمال الخبرة وما يترتب على ذلك من مشكلات على النحو السالف عرضه الامر الذي يقتضي زيادة أعداد خبراء الدائرة وجعلهم الركيزة الأساسية في عمل الخبراء باعتبار أن هؤلاء بحكم كونهم موظفين حكوميين يتقاضون رواتبهم من خزانة الدولة بما يحل مشكلة أمانات الخبراء وما يثور بشأن المبالغة فيها وما يترتب على ذلك من إرهاق المتقاضين بما ينال الحق في التقاضي وينال من مصداقيته فضلا كونهم تابعين لوزارة العدل ومن ثم تتوافر لهم من الظروف والضمانات ما يجعلهم أكثر استقلالا في عملهم فضلا عن وجود إشراف ورقابة على عملهم من جانب وزارة العدل بما يؤدي بالضرورة إلى انضباطهم وحسن سير العمل فضلا عن وضع الآليات اللازمة لحسن توزيع العمل بينهم بحسب خبراتهم ومن ثم فإنه من الضروري العمل على زيادة أعداد خبراء الدائرة زيادة مناسبة وبحيث يكون الالتجاء لمن سواهم استثناء عند الضرورة ويتعين الوصول بأعداد هؤلاء الخبراء للقدر الذي يكفى واحتياجات العمل مع مراعاة اختيارهم وفقا لحاجة العمل بحسب المطلوب منهم في كل تخصص ويمكن

الجهات وعدم انتظامها في كيان واحد تحكمه قواعد قانونية موحدة ويكون تابعا لجهة واحدة هي الجهة القضائية ويكون لها جميعا نظام عمل موحد ما من شك في أن ذلك يؤدي إلى مشكلات عملية أبرزها أن عدم تبعية الخبراء لجهة واحدة وتبعيتهم لجهات حكومية أو غير حكومية مختلفة يمكن أن تكون طرفا في خصومات قضائية مطروحة على المحاكم بما يمكن أن ينال من استقلال هؤلاء الخبراء فضلا عن أن ذلك يجعل أداء جهات الخبرة غير متسق من ناحية وتكتنفه صعوبات وعراقيل من جهة أخرى كتراخي بعض الجهات في تنفيذ ما تطلبه المحاكم من أعمال خبرة بل إن بعض الجهات قد تمتنع عن القيام بما هو مطلوب منها من أعمال خبرة لتعارض ذلك مع منظومة العمل بتلك الجهات كما قد تواجه المحاكم صعوبة استدعاء خبراء تلك الجهات أحيانا لمناقشتهم فيما أبدوه من آراء فنية .. وغير ذلك كثير من المشكلات العملية التي تصادف عمل المحاكم .

المطلب الثاني : الحلول المقترحة والتوصيات للتغلب على المشكلات :

ولحل هذه المعضلات السالف عرضها التي تعترض المحاكم فيما يتعلق بأعمال الخبرة والسالف الإشارة لبعضها فإنه يقترح :

أولا : - التنسيق الكامل بين دائرة الخبراء وجهة القضاء :-

لما كانت الغاية من وجود الخبراء هي معاونة جهة القضاء فيما تحتاج إليه من خبرة فنية وكانت الأخيرة هي الأكثر إماما وإحاطة بالعمل الفني للخبراء وما يكتنفه من صعوبات ويحيط به من مشكلات وكانت هي الأدرى بما تحتاج إليه من خبرات ونوع كل منها كل ذلك يقتضي أن يكون هناك جانب من الإشراف القضائي على أعمال الخبراء فيما يتعلق بالجانب الفني من عملهم والمتصل بالعمل القضائي وأن يكون ثم تنسيق مباشر يتولاه من يندبه مجلس الشئون الادارية للقضاء من القضاة بحسبان أن عمل الخبراء وثيق الصلة بالعمل القضائي بما يتعين معه أن يكون هناك إشراف على العمل الفني لهؤلاء الخبراء وتنسيق فيما يتعلق بوضع





مبلغ الأمانة مرتبطا بنوع القضية ودرجة الخبير ، ويتعين من خلال اللائحة الجديدة سد أوجه النقص التي كشف عنها العمل ويمكن أن يتم ذلك بعد الوقوف على ملاحظات القضاة وأعضاء الادعاء وسماع رأى الخبراء للوصول إلى منظومة مثلى تكفل أداء متميزا لأعمال الخبراء .

رابعا : - ضرورة إخضاع الخبراء لدورات تخصصية سواء فيما يتعلق بالأصول القانونية الواجب مراعاتها أثناء العمل للوقوف على حدود صلاحيات الخبير والعيوب التي من شأنها أن تعيب تقريره والإجراءات التي رسمها قانون الاثبات وكذا لائحة تنظيم أعمال الخبرة أمام المحاكم بشأن مباشرة أعمال الخبرة فضلا عن إخضاعهم لدورات علمية تتعلق بمنهجية إعداد التقرير لتقديمه إلى المحكمة وبيان ما يتوجب أن يتضمنه التقرير وأصول صياغته . على أن يتولى هذا الجانب المعهد العالي للقضاء ويعهد به لقضاة أكفاء ، وكذلك إخضاعهم للتدريب في النواحي الفنية والتقنية كل في تخصصه في الجامعات والمعاهد والمراكز البحثية المتخصصة في الداخل والخارج والوقوف على تجارب الدول الأخرى في هذه المجالات وتوفير الدعم اللازم للارتقاء بالمكانة العلمية للخبراء ، من خلال برامج تدريب داخلية وخارجية فضلا عن مواءمة تقييم الخبراء للوقوف على مدى متابعتهم للمستجدات الفنية والعلمية كل في تخصصه .

خامسا : - العمل على جمع شتات جهات الخبرة ما من شك في أن تبعية الخبراء لأكثر من جهة شأنه تعقيد العمل وخلق الكثير من المشكلات على هدي ما سلف بيانه وهو ما يستلزم جمع شتات جهات الخبرة من خبراء حسابيين وهنسيين وزراعيين وغير ذلك ، وأطباء وخبراء التزييف والتزوير وغيرهم تحت راية واحدة وفي إطار منظومة واحدة تتبع وزارة العدل ويشترك في الإشراف عليها عناصر قضائية بحيث تضمن للخبراء أداء عملهم باستقلال وحيدة وتجرد وتجعل عمل الخبرة ميسرا وناجزا تحت مظلة القضاء .

سادسا : - العمل على إنشاء مكاتب خبرة يكون مقرها المحاكم تضم عددا قليلا من الخبراء تكون مهمتهم

للوصول إلى زيادة أعداد الخبراء من هذا النوع فتح الباب لمن يرغب من خبراء الجداول للانضمام لخبراء الدائرة ، وكذا إتاحة الفرصة للمتقاعدين من أصحاب الخبرات للعمل كخبراء متى توافرت فيهم الشروط اللازمة ولو بطريق التعاقد ويمكن كذلك الاستعانة ببعض خبراء الجهة عن طريق الندب لمدة محددة فضلا عن فتح الباب أمام كل من تتوافر فيه الشروط اللازمة .

وربما يأتي من يقول بصعوبة تنفيذ ذلك بسبب الموارد المالية وهذا مردود عليه بأنه يمكن توفير الجزء الأكبر من رواتب هؤلاء وأولئك إن لم يكن كل الرواتب من حصيلة أمانات الخبراء القضائية التي يؤديها الخصوم والتي يتعين أن تكون مناسبة بحيث لا تعضل الخصوم وفي هذه الحالة سيكون أداء عمل الخبرة من خلال منظومة حكومية تضمن للخبراء رواتبهم وتوفر لهم الضمانات اللازمة لأداء عملهم في أمن وطمأنينة واستقلال وفي تقديرنا أنه لا صلاح لمنظومة الخبراء بغير هذا السبيل .

ثالثا : - استبدال لائحة تنظيم أعمال الخبرة أمام المحاكم بقانون متكامل ينظم أعمال الخبرة أمام المحاكم بحيث ينظم كافة شئون الخبراء بدءا من وضع شروط منضبطة لتعيينهم ثم إجراءات تعيينهم وتدريبهم تدريباً كافياً قبل مباشرة عملهم سواء من الناحية القانونية أو من الناحية الفنية كل بحسب تخصصه وبيان الجهة التي تتولى ذلك وكيفية مباشرة أعمالهم والصلاحيات التي تسهل لهم مباشرتهم لعملهم وعلاقتهم بجهات القضاء والتحقيق وواجباتهم وحقوقهم والضمانات القانونية اللازم توافرها للخبراء للقيام بأعمالهم بحيدة ونزاهة وتحديد الجهة التي تتولى التحقيق مع الخبراء فيما ينسب إليهم .

ومن الأهمية بمكان أن تتضمن اللائحة تصنيف الخبراء في كل تخصص إلى عدة فئات - ولتكن الدرجة الأولى والدرجة الثانية والدرجة الثالثة - بحسب المؤهلات العلمية وسنوات الخبرة العملية بحيث يكون إسناد المأموريات بحسب أهميتها ودقتها إلى أحد الخبراء من الفئة التي تتناسب وطبيعة المأمورية فضلا عن جعل



الهوامش :-

١. التعليق على قانون الإثبات المصري المستشار عز الدين الدناصوري ، الاستاذ حامد عكاز الطبعة التاسعة « نادي القضاة » ص ٧ .
٢. المرجع السابق ص ٧
٣. القاموس المحيط فصل الخاء ص ٤٨٨ مؤسسة الرسالة بيروت
٤. مختار الصحاح ترتيب وضبط حمزة فتح الله ص ١٦٨ مؤسسة الرسالة بيروت طبعة ١٩٨٥ م .
٥. القرآن العظيم .
٦. طوني موسى القاموس القانوني في المواد المدنية والجزائية طبعة ١٩٨٣ م مشار إليه في كتاب الخبرة الفنية أمام القضاء دراسة مقارنة د / محمد واصل والقاضي حسين الهالائي من إصدارات المكتب الفني للمحكمة العليا ٢٠٠٤ ص ٢٢ .
٧. د. عبد الحميد العشماوي قواعد المرافعات في التشريع المصري طبعة ١٩٥٧ ص ١٩٢ .
٨. د. نبيل ابراهيم سعد ، د. همام محمد محمود زهران اصول الاثبات في المواد المدنية والتجارية ص ٣٥٤ دار الجامعة الجديدة للنشر الاسكندرية طبعة ٢٠٠١
٩. الاثبات محمد عبد اللطيف ج ٢ ص ٧٣٦ مشار إليه في الدناصوري ص ١٢٢٦
١٠. مستشار / يحيى اسماعيل المرشد في الاثبات ص ١١٨٠ وما بعدها .
١١. التعليق على نصوص قانون الاثبات د. احمد ابو الوفا ص ٣٤٢
١٢. قانون الاجراءات الجزائية العماني الصادر بالرسوم السلطاني ٩٩/٩٧
١٣. لائحة تنظيم الخبرة امام المحاكم الصادرة بالقرار الوزاري ٢٠٠٢/٧٧ والمعدلة وبالقرار ٢٠٠٩/٥٦٢
١٤. مجموعة المبادئ والقواعد القانونية التي قررتها المحكمة العليا في الفترة من ٢٠٠١ في ٢٠١٠ « الدوائر المدنية » من ص ٢٤٦ - ٢٤٩
١٥. مجموعة المبادئ والقواعد التي قررتها المحكمة العليا في الفترة من ٢٠٠١ في ٢٠١٠ الدائرة الجزائية ص ٢٨٢

انجاز المأموريات البسيطة التي لا تحتاج الى جهد كبير من الخبراء كالمسائل الحسابية والتي يمكن انجازها داخل المحكمة دون عناء وفي وقت يسير .

سابعا :- وفيما يخص العنصر القضائي ولما كان الموضوع وثيق الصلة بهم فإنه لا بد من وضعهم في الاعتبار إذ يتعين عقد الدورات التدريبية للقضاة خاصة المعينين حديثا في مسائل الإثبات سواء من الناحية القانونية أو الناحية العلمية بحيث يكون لديهم إلمام ببعض المسائل العلمية والفنية بحيث يمكنهم ممارسة أعمالهم بمهنية تمكنهم من تحديد الأمور الفنية التي يجب بحثها بمعرفة الخبراء وبما يمكنهم من بسط رقابتهم على تقارير الخبراء ومناقشتهم فيما خلصوا إليه من نتائج عند الاقتضاء وبحيث يكون ندب الخبراء قاصرا على الأمور الفنية الدقيقة التي تخرج عن دراية القاضي.

خاتمة

وختاماً فهذه اطلالة سريعة على عمل الخبراء وأهميته في العمل القضائي عامة وفي النظام القضائي العماني خاصة وما يكتنفه من مشكلات نعتقد أنها لا تستعصى على الحل إذا ما أخذت المقترحات المطروحة للدراسة ثم التنفيذ بل إن التغلب على تلك المشكلات من السهولة بمكان.. خاصة وأن الأرض ما تزال بكر صالحة لأن تؤتي أفضل الثمر حفظ الله أوطاننا وقضاءنا



١٦. النظام الاساسي للدولة الصادر بالمرسوم السلطاني
١٩٩٦/١٠١
١١. التعليق على قانون الاثبات المصري المستشار
الناصري وأ. عكاز طبعة نادي قضاة مصر
١٢. قواعد المرافعات في التشريع المصري د. عبدالحميد
العشماوي
١٣. الإثبات في المواد المدنية والتجارية د نبيل سعد
الإسكندرية منشأة المعارف طبعة ٢٠٠٠
١٤. قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية الصادر
بالمرسوم السلطاني ٦٨ / ٢٠٠٨
١٥. قانون الاجراءات الجزائية العماني الصادر بالمرسوم
السلطاني ٩٧ / ٩٩
١٦. لائحة تنظيم أعمال الخبرة الصادرة بالقرار الوزاري
رقم ٧٧ / ٢٠٠٢ المعدلة بالقرار الوزاري رقم ٥٦٢ /
٢٠٠٩
١٧. مجموعة المبادئ والقواعد القانونية التي قررتها
المحكمة العليا في الفترة من ٢٠٠١ وحتى ٢٠١٠
الدوائر المدنية الصادرة عن المكتب الفني للمحكمة
العليا
١٨. مجموعة المبادئ والقواعد القانونية التي قررتها
المحكمة العليا في الفترة من ٢٠٠١ وحتى ٢٠١٠
الدائرة الجزائية الصادرة عن المكتب الفني للمحكمة
العليا
١٩. أحكام النظام الأساسي لسلطنة عمان الصادر
بالمرسوم السلطاني ١٠١ / ٩٦ والمعدل بالمرسوم
السلطاني ٩٩ / ٢٠١١
١. معجم مختار الصحاح ص ٧٦
٢. القرآن العظيم
٣. القاموس المحيط
٤. مختار الصحاح
٥. القاموس القانوني للخبرة في المواد المدنية والجزائية
طوني موسي مشار إليه في كتاب الخبرة الفنية
أمام القضاء دراسة مقارنة للدكتور محمد واصل
، والقاضي حسين الهاللي
٦. الخبرة الفنية أمام القضاء دراسة مقارنة للدكتور
محمد واصل والقاضي حسين الهاللي الصادر عن
المكتب الفني للمحكمة العليا سنة ٢٠٠٤
٧. الوسيط في شرح قانون الاثبات العماني د. أسامة
روبي عبدالعزيز الروبي دار النهضة العربية ط
٢٠٠٩
٨. الاثبات في المواد المدنية والتجارية د أحمد أبو الوفا
منشأة المعارف طبعة ١٩٨٠
٩. المرشد في الاثبات - للمستشار يحي إسماعيل طبعة
نادي قضاة مصر
١٠. قانون الاثبات العماني القاضي أحمد محمود
عبدالرحمن



حالات مسؤولية الناقل البحري للبضائع

دراسة مقارنة

بين الاتفاقيات الدولية والقانون البحري في سلطنة عمان والمملكة المغربية

إعداد

القاضي / بدر بن عبد الله بن راشد الرحبي

رئيس محكمة مسقط الابتدائية



ببروتوكول فيسبي، ثم عدلت أيضا عام ١٩٧٩م والمعروف ببروتوكول حقوق السحب الخاصة.

ولما كانت اتفاقية بروكسل ١٩٢٤ لم تكن لتحقيق للشاحنين الأمل المنشود الذي كانوا يأملونه من المجتمع الدولي في مواجهة تسلط الناقلين، إضافة إلى عجز هذه الاتفاقية عن مجاراة التطور الاقتصادي للنقل البحري واستغلال السفن، كما أن بعض الدول لم تنضم إليها بسبب تحفظها على الاتفاقية، والتي تنظر إليها أنها جاءت في جانب الناقلين على حساب الشاحنين، كان لابد من إيجاد البديل الذي يحقق تلك الأهداف بما يسهل التجارة الدولية والاستثمار في هذا المجال، والذي يحتاج إلى وجود غطاء قانوني دولي يوازن بين مصالح الأطراف.

وبناء على تلك المعطيات تكفلت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بدراسة هذا الوضع وأثمر عن اعتماد اتفاقية الأمم المتحدة لنقل البضائع عن طريق البحر لسنة ١٩٧٨، والتي وقعت في ٣١/٧/١٩٧٨م بمدينة هامبورج بألمانيا الاتحادية وأطلق عليها قواعد هامبورج ١٩٧٨، والتي دخلت حيز التنفيذ في ١/١١/١٩٩٢م.

وقد حاولت هذه الاتفاقية تلافي ما وجه من انتقادات لاتفاقية بروكسل، وفتحت المجال لتطبيق موحد لهذا العقد تماشيا مع التطورات التي شهدتها قطاع النقل البحري والانتشار الواسع للنقل بالحاويات، وظهور السفن العملاقة المتخصصة لهذا النوع من النقل، ولهذا نظمت الاتفاقية النقل على سطح السفينة ونقل الحيوانات الحية خلافا لاتفاقية بروكسل، كما أنها وسعت من نطاق تطبيقها الزمني فأصبح من الاستلام في الميناء وحتى التفريغ في الميناء بدلا من الشحن والتفريغ الذي أخذت به اتفاقية بروكسل، وهو ما يعد تطورا ملموسا شهدته قطاع النقل البحري.

وقد أسفر عن توقيع هذه الاتفاقية انقسام دولي، بين اتفاقية بروكسل واتفاقية هامبورج كما انسحبت بعض الدول من اتفاقية بروكسل وانضمت إلى اتفاقية هامبورج، بينما بقيت بعض الدول في منأى عن هاتين الاتفاقيتين، وهو ما ساعد على اختلاف النظم القانونية

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين سيدنا ونبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد

يكتسب النقل البحري للبضائع دورا مهما في حركة التبادل التجاري بين مختلف الدول ويساهم في الاقتصاد العالمي بشكل فعال، وتكتسب مسؤولية الناقل البحري أهمية قصوى في موضوع النقل البحري لما تتعرض له الرحلة البحرية من مخاطر كبيرة قد تؤدي إلى الإضرار بالبضائع المشحونة، الأمر الذي يؤدي إلى البحث في حالات قيام مسؤولية الناقل البحري ومدى مسؤوليته عن تلك الأضرار فالشاحن يهدف من عقد النقل للبضائع إلى وصول بضاعته إلى المكان المتفق عليه كما سلمها للناقل البحري وفي الوقت المحدد، وعلى الناقل أن يقوم بتنفيذ التزامه التعاقدي في عقد النقل تفاديا لهذه الأضرار.

وقد تسارع التوجه الدولي نحو تنظيم مسؤولية الناقل البحري باعتباره نقلا دوليا من خلال اتفاقيات دولية متعددة أولها «المعاهدة الدولية الخاصة بتوحيد بعض القواعد القانونية المتعلقة بسندات الشحن» والتي تم التوقيع عليها في بروكسل ببلجيكا في ٢٥/٨/١٩٢٤، وهي التي تعرف باتفاقية بروكسل ١٩٢٤، والتي تعد أول انجاز دولي يحقق في ميدان النقل البحري على المستوى الدولي، وتسارعت الدول المختلفة في الانضمام إليها، وقد دخلت هذه الاتفاقية حيز التنفيذ في يونيو ١٩٣٣م.

وجاءت هذه الاتفاقية لوضع حد للنزاع القائم بين الناقلين والشاحنين بسبب انتشار ظاهرة شروط الإهمال التي اعتاد الناقلون على إدراجها في سندات الشحن، وعانى منها الشاحنون، فكان من الواجب وضع حد لهذه الظاهرة، فجاءت هذه الاتفاقية لتوازن بين مصالح أطراف عقد النقل البحري، فكانت اللجنة الأولى على المستوى الدولي والتي أفرزت نوعا من الاستقرار النسبي للنقل البحري.

إلا أن التطبيق العملي لهذه الاتفاقية أفرز عدة إشكالات، الأمر الذي دعا إلى تعديلها بما يتناسب وواقع النقل البحري، فقد عدلت ببروتوكول ١٩٦٨، وهو ما يعرف



الأمر الذي يحقق مصلحة الشاحنين والمرسل إليهم في زيادة صور المسؤولية الموجبة للتعويض وفقا للأحكام الآمرة التي جاءت لحماية الشاحنين والمرسل إليهم باعتبارها الحد الأدنى من الحقوق التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وهو الذي سارت عليه اتفاقية روتردام ٢٠٠٨م أيضا في المادة السابعة عشرة الفقرة (١)^(٣)، وأخذ به كل من القانون البحري المغربي لسنة ١٩٩٩م والقانون البحري العماني لسنة ١٩٨١م، وقانون التجارة البحري المصري لسنة ١٩٩٠م.

وإذا كانت اتفاقية هامبورج وروتterdam قد جمعتا صور المسؤولية معا فإن القوانين محل الدراسة قد فصلت حالة الهلاك والتلف عن حالة التأخير حيث نص القانون البحري المغربي على الهلاك والحوار (التلف) في الفصل (٢٢١) وإلى التأخير في الفصل (٢١٧)^(٤)، كما أورد القانون البحري العماني الهلاك والتلف في المواد (٢٥١ + ٢٥٢/١) والتأخير في المادة (٣/٢٥٢)^(٥)، وهو الذي سار عليه القانون المصري أيضا حيث جاء الهلاك والتلف في المادة ٢٢٧ الفقرة الأولى من قانون التجارة البحرية والتأخير في المادة ٢٤٠ الفقرة الأولى من ذات القانون^(٦). ومن خلال هذه النصوص يتبين لنا أن هناك ثلاث حالات تقوم فيها مسؤولية الناقل البحري للبضائع نتيجة إخلاله بالتزامه العقدي، وتتمثل في هلاك البضاعة، وتلفها، والتأخير في تسليمها، وسنفضل الحديث عنها من خلال المباحث التالية:

المطبقة في ميدان النقل البحري، وهذا ما دعا المجتمع الدولي في أقل من عشرين عاما من دخول اتفاقية هامبورج حيز التنفيذ إلى إعادة النظر مرة أخرى في توحيد الأحكام الخاصة بهذا القطاع، وساهم في ذلك التطور الكبير الذي شهده العالم بصفة عامة والنقل البحري بصفة خاصة ودخول ما يسمى بالنقل بالحاويات والنقل متعدد الوسائط إضافة إلى التكنولوجيا الحديثة، وهذه الأسباب جميعها دعت إلى بلورة اتفاقية جديدة توحد الانقسام السابق، وتلغى الإشكاليات التي ظهرت من خلال تطبيق الاتفاقيتين السابقتين وتواكب التطور الذي شهده النقل البحري والتجارة الدولية، لهذا أعدت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي مشروع اتفاقية جديدة للنقل الدولي للبضائع عن طريق البحر، وعرض على الجمعية العامة للأمم المتحدة والتي أقرت هذا المشروع في ١١/١٢/٢٠٠٨م وأطلق عليها «اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كليا أو جزئيا» والتي أوصت بتنظيم حفل فتح باب التوقيع على هذه الاتفاقية في ٢٣/٩/٢٠٠٩م في روتردام بهولندا وأوصت بأن يطلق عليها «قواعد روتردام». وهذه الاتفاقية -والتي لم تدخل حيز التنفيذ بعد - تعد ثورة في مجال النقل البحري، وجاءت مواكبة للتقدم التقني الذي يشهده العالم، حيث أقرت نظام السندات الالكترونية (وثائق النقل الالكترونية)، وهي بحق من أهم التطورات التي استحدثتها اتفاقية روتردام في النقل البحري.

وقد تناولت التشريعات البحرية تحديد حالات قيام مسؤولية الناقل البحري للبضائع الناتجة عن هذا الإخلال العقدي، وإذا كانت اتفاقية بروكسل ١٩٢٤م اقتصرت على حالتي الهلاك والتلف^(١)، فإن اتفاقية هامبورج ١٩٧٨م قد وسعت من حالات هذه المسؤولية في المادة الخامسة منها لتشمل المسؤولية عن التأخير في تسليم البضاعة بالإضافة إلى حالتي الهلاك والتلف^(٢)،

(١) نصت المادة الرابعة منها الفقرة أولا وثانيا وثالثا على أنه «لا يسأل الناقل أو السفينة عن الهلاك أو التلف... ولم تتناول التأخير صراحة».

(٢) نصت المادة الخامسة الفقرة ١ على أنه «يسأل الناقل عن الخسارة الناتجة عن

هالك البضائع أو تلفها وكذلك الناتجة عن التأخير في التسليم».

(٢) والتي تنص على أنه «يكون الناقل مسؤولا عن هلاك البضائع أو تلفها وكذلك التأخير في التسليم».

(٤) نص الفصل ٢٢١ على أنه «يبقى مؤجر السفينة مسؤولا عن هلاك أو عوار يصيب البضائع ما دامت تحت حراسته ما لم يثبت وجود قوة قاهرة»، ونص الفصل ٢١٧ على أنه «إن الطرف الذي يتسبب في توقف السفينة أو تأخرها عن الإقلاع أو خلال السفر أو في مكان التفريغ يكون ملزما بأداء تعويض للطرف الآخر».

(٥) نصت المادة ٢٥١ الفقرة ١ والمادة ٢٥٢ الفقرة ١ على أنه «لا يسأل الناقل عن هلاك البضائع أو تلفها...» ونصت المادة ٢٥٢ الفقرة ٣ على أنه «يسأل الناقل عن التأخير في تسليم البضائع...».

(٦) نصت المادة ٢٢٧ الفقرة ١ على أنه «يضمن الناقل هلاك البضائع وتلفها...» ونصت الفقرة الأولى من المادة ٢٤٠ على أنه «يسأل الناقل عن التأخير في التسليم...».



المبحث الأول : هلاك البضاعة.

المبحث الثاني: تلف البضاعة.

المبحث الثالث: التأخير في تسليم البضاعة.

المبحث الأول: هلاك البضاعة

يقصد بالهلاك لغة الموت يقال هلك فلان هلاكا وهلوكا ومهلكا وتهلكة: مات^(٧).

أما اصطلاحا فيقصد به زوال مادة الشيء أو الفناء^(٨). فالهلاك هو الفناء أو الاختفاء الكلي أو الجزئي للبضاعة بحيث يكون من المتعذر على الناقل تسليم البضاعة إلى المرسل إليه كاملة من حيث عددها أو وزنها أو كميتها، فالهلاك سواء كان كلياً أو جزئياً ينصب على كمية البضاعة في حين يكون التلف منصبا على نوعية البضاعة^(٩).

ويترتب على ذلك أن الناقل البحري قد أخل بالتزامه وتحقق معه حالة من حالات المسؤولية؛ لأنه ملزم بتسليم البضاعة كاملة وسليمة وفق بيانات سند الشحن إلى المرسل إليه في ميناء الوصول تنفيذا للعقد، إلا أنه ويتعذر تسليمها كاملة، أو جزء منها يكون مخلا بالعقد. وسبب الهلاك قد يكون معلوما كسقوط البضاعة في البحر مثلاً أو سرقتها، وقد يكون غير معلوم كما في حالة وصول السفينة ولا يجد الناقل البضاعة ليسلمها إلى المرسل إليه، وهو ما يعرف بالفقدان أو الضياع.

ويأخذ الفقدان أو الضياع حكم الهلاك^(١٠)، ويقصد به الحالة التي لا يمكن فيها للناقل البحري أن يعيد الشيء

لاختفائه دون أن يترك أثراً^(١١)، ولا يستطيع الناقل معرفة ما حصل للبضاعة مما يضطر إلى عدم تسليمها لصاحبها، ولذا تعتبر في حكم الهالكه وهو ما يطلق عليه بالهلاك الحكمي، كما أن هلاك البضاعة قد يكون هلاكا كلياً أو جزئياً وسنعرض هذا الموضوع من خلال المطالب التالية.

الهلاك الكلي.

الهلاك الجزئي.

الهلاك الحكمي.

المطلب الأول: الهلاك الكلي

يقصد بالهلاك الكلي عدم وصول البضاعة كلها^(١٢)، فيتعذر تسليمها إلى المرسل إليه لعدم وصولها في ميناء التفريغ، وذلك بسبب سقوطها في البحر أو سرقتها أو احتراقها أو فقدانها أثناء الرحلة البحرية أو لأي سبب كان^(١٣).

والعبرة بالتسليم الحقيقي فلو سلمت البضاعة لغير صاحبها فنكون أمام هلاك كلي لتعذر تسليمها إلى صاحبها الأصلي، كما أن التأخير في وصول السفينة إلى الميناء أو عدم شحن البضاعة المقصودة في العقد لا يتحقق معه الهلاك الكلي؛ لأن البضاعة ستصل لا محالة، وهذا لا يمنع من طلب التعويض عن التأخير^(١٤).

ويمكن للشاحن أو المرسل إليه إثبات الهلاك الكلي بتقديم سند الشحن الذي يثبت استلام الناقل للبضاعة لنقلها.

المطلب الثاني: الهلاك الجزئي

إذا كان الهلاك الكلي يأتي على كامل البضاعة فإن الهلاك الجزئي يرد على جزء منها مع وجود الجزء الآخر، والذي يمكن تسليمه إلى المرسل إليه، وهذا الهلاك قد يكون عادياً معتاداً عليه بسبب طبيعة البضاعة وطول

(٧) المعجم الوسيط المكتبة الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع: تركيا- الطبعة الثانية ١٩٧٢ - ص ٩٩١.

(٨) عائشة فضيل: مسؤولية الناقل الجوي في نقل الركاب والبضائع- مطبعة الجديدة: الدار البيضاء- الطبعة الأولى ٢٠١٤- ص ٢٠٨.

(٩) عمر فؤاد عمر: إعفاء الناقل البحري من المسؤولية: دراسة مقارنة في عقد النقل البحري للبضائع - دار النهضة العربية- القاهرة- الطبعة الأولى ٢٠٠٠- ص ٣٢، محمد بهجت قايد: مسؤولية الناقل البحري في اتفاقية هامبورج - دار النهضة العربية القاهرة - طبعة ١٩٩٢- ص ٥٠، محمد بهجت قايد: الوسيط في شرح قانون التجارة البحرية - دار النهضة العربية: القاهرة- الطبعة الأولى ٢٠٠٤- ٢٠٠٥ - ص ١٢١.

(١٠) نبات خديجة: مسؤولية الناقل البحري للبضائع في ظل قواعد روتردام- دراسة لنيل شهادة الماجستير من جامعة محمد بوقرة يومرداس كلية الحقوق بؤدواو الجزائر سنة ٢٠١٢-٢٠١٣ م- ص ٤٨.

(١١) عائشة فضيل- مرجع سابق- ص ٢٠٩.

(١٢) بطراني نجا: القانون البحري الجزء الأول دار النشر الشرقية: وجدة - طبعة ١٩٩٣- ص ٢٧٦.

(١٣) المختار بكور - الوجيز في القانون البحري - ص ١٠٨، - محمد التغويني - القانون البحري (الجزء الثاني النقل البحري) - ص ٢٢٨.

(١٤) بلعيد عبد الرحمن: توزيع مسؤولية نقل البضائع بحراً في ضوء قانون التجارة البحرية المغربي- رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه من جامعة الحسن الثاني بالدار البيضاء - السنة الجامعية ١٩٨١-١٩٨٢ - ص ١٥٧.



البضاعة المنقولة»^(١٧).

وقضت محكمة الاستئناف بالدار البيضاء بأنه «وبخصوص الدفع المتعلق بشرط ما يقال أنه كائن فإن التحفظ لا يعفي الناقل من المسؤولية بصفة مطلقة إذ يمكن للمرسل إليه أن يثبت وزن البضاعة بكل الطرق القانونية المتاحة بما فيها فاتورة شراء البضاعة كما هو الحال في النازلة»^(١٨).

فبينت المحكمة أن تحفظ الناقل في سند الشحن فيما يتعلق بوزن البضاعة لا يعفيه من المسؤولية ويستطيع الناقل إثبات وزن البضاعة الحقيقي عند الشحن بكافة طرق الإثبات ومن بينها فاتورة الشراء.

أما في حالة النقل بالحاويات فلا يسأل الناقل عن أي هلاك للبضاعة (نقص في البضاعة) إذا كانت الحاوية مختومة بالرصااص منذ استلامها وحتى تسليمها إلا إذا أثبت الشاحن أن الخصااص كان بفعل الناقل؛ لأن دوره الفعلي يتمثل في نقل الحاوية وتسليمها في ميناء الوصول بالحالة التي استلمها، ولا تكفي فاتورة الشراء لإثبات ذلك ما دامت الحاوية سلمت مختومة بالرصااص كما استلمها الناقل البحري، وهو ما استقر عليه العمل القضائي بالمغرب، فقد قضت محكمة النقض المغربية بأنه «وفي النازلة فالمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما ثبت لها أن وثيقتي الشحن تتضمنان تحفظ الناقل البحري بشأن محتوى الحاوية التي سلمت له وهي مختومة بالرصااص إذ ضمنها ما يقال كائن أُلغيت وعن صواب الحكم الابتدائي القاضي بتحميل الناقل البحري مسؤولية الخصااص الحاصل بالبضاعة معللة ذلك بقولها: «إنه خلافا لما ذهب إليه الحكم الابتدائي فإن الناقل البحري قد تحفظ بخصوص محتوى الحاوية التي سلمت له مختومة بالرصااص والتي لم يعاين محتواها عن الشحن، وذلك بإدراجه شرط ما يقال كائن الذي يعني أن الوزن والكمية مجهولين وعلى المرسل إليه

الرحلة وهو ما يعرف بعجز الطريق، وقد يكون هلاكا غير عادي ولكل واحد منهما حكمه الخاص وسنتناول تعريف كل منهما في نقطة مستقلة.

الفرع الأول: الهلاك الجزئي غير المعتاد

يقصد بالهلاك الجزئي تعذر تسليم جزء من البضاعة دون الجزء الآخر بسبب غير معتاد بحيث تصل البضاعة ناقصة في كميتها أو وزنها أو عددها^(١٩).

ويثبت الهلاك الجزئي من خلال مقارنة وزن البضاعة أو عددها المذكور في سند الشحن بما تم تسليمه إلى صاحبها، والنقص الحاصل في ذلك يعتبر هلاكا جزئيا.

وإذا كان سند الشحن هو المرجع لمعرفة حصول الهلاك الجزئي الذي يسأل عنه الناقل فإنه واستثناء من تلك القاعدة لا يسأل الناقل عن الهلاك الجزئي للبضاعة إذا تضمن سند الشحن تحفظات من جانب الناقل بشأن وزن البضاعة أو عددها، وفي هذه الحالة يجب على الشاحن أو المرسل إليه إثبات صحة تلك البيانات التي أدلى بها في سند الشحن ولو عن طريق فاتورة الشراء مثلا فإن استطاع ذلك وظهر وجود نقص غير معتاد في البضاعة فيسأل عنه الناقل البحري^(٢٠).

وقضت محكمة النقض المغربية بأنه «لكن حيث إنه بمقتضى الفصل ٢٦٥ من ق ت ب فإن إدراج الشروط المعبر عنها بعبارات (الذي يقول إنها) أو (الوزن والنوع والمضمون مجهولة) أو غيرها من العبارات المماثلة لا يكون له من أثر سوى وضع عبء إثبات النقص الحاصل في البضائع على عاتق المرسل إليه أو المتلقي» وهو ما يفيد أن الناقل البحري غير ملزم بالتأكد من البضاعة وكميتها وزنها، وأن بإمكانه إدراج بعض التحفظات ضمن سند الشحن كشرط «ما يقال كائن» وفي هذه الحالة تتعطل قرينة الخطأ المفترض ويلزم المرسل إليه أو الشاحن بإثبات مسؤولية الناقل عن النقص الحاصل في

(١٥) محمد التقديوني - مرجع سابق - ص ٢٢٩، شريف محمد غنام: القانون

التجاري البحري الاتحادي مقارنة بالاتفاقيات الدولية من بروكسل ١٩٢٤

حتى روتردام ٢٠٠٨م - أكاديمية شرطة دبي - الطبعة الأولى ٢٠١٤م - ص ٣٤٤

(١٦) بنونة يونس: مسؤولية الناقل البحري على ضوء القانون المغربي دراسة مقارنة

مع اتفاقية هامبورج لسنة ١٩٨٧ - الطبعة السريعة ١٩٩٣ - ص ٥٧، عادل

المقادي: القانون البحري وفقا للقانون البحري العماني رقم (١٩٨١/٣٥) -

المكتب الجامعي الحديث: الاسكندرية - ٢٠٠٩ - ص ١٤٢

(١٧) حكم محكمة النقض، قرار رقم ١/٤٥٣، الصادر بتاريخ ٢٥/٩/٢٠١٤ في

الملف التجاري رقم ٢٠١٣/١/٣/٨٧٧، غير منشور.

(١٨) حكم محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء قرار رقم ٢٠٠٩/٥٢٨،

الصادر بتاريخ ٢٧/١/٢٠٠٩ في الملف رقم ٩/٢٠٠٨/٣٠٤٠ بمحكمة

الاستئناف، غير منشور.





بينما ذهب رأي آخر إلى اعتباره هلاكاً كلياً للبضاعة؛ لأن موضوع النقل هو البضاعة الموجودة داخل الحاوية أو البراميل وليس الغطاء الخارجي، وطالما لم يصل المقصود إلى ميناء التفريغ فنكون أمام انعدام التسليم الذي يتحقق معه الهلاك الكلي.

وذهب فريق آخر يؤيده فريد الحاتمي^(٢٣) إلى التفريق بين ما إذا كانت الحاوية مملوكة للشاحن وتصل فارغة فتعتبر هلاكاً جزئياً لأنه توصل إلى شيء من البضاعة وهو الحاوية وهلك الباقي وهو البضاعة، أما إذا كانت الحاوية مملوكة للناقل أو الغير فنكون أمام هلاك كلي لأن المرسل إليه لم يصله شيء من البضاعة المقصودة.

وهذا الرأي الأخير هو الذي نؤيده وهو الذي سار عليه القضاء العماني فقد قضت المحكمة التجارية: «وإذا لم تكن الحاوية مملوكة للناقل أو مقدمة منه وهلك أو تلفت اعتبرت طرداً أو وحدة مستقلة...»^(٢٤)، فاعتبرت المحكمة أن الحاوية غير المملوكة للناقل تعتبر طرداً ما يعني أنها جزء من البضاعة، يستحق عليها التعويض وهذا يعني أنها تعد من البضاعة.

الفرع الثاني: عجز الطريق

يقصد بعجز الطريق النقص المعتاد الذي يلحق البضاعة أثناء عملية الشحن أو النقل أو التفريغ بسبب طبيعتها^(٢٥).

وعرفه القضاء كما جاء في حكم محكمة النقض المغربية: إن المقصود به هو النقص الطبيعي الذي يلحق حجم أو وزن البضاعة أثناء نقلها ولا ينشأ فقط من العوامل الجوية أو الظروف المحيطة بعملية النقل وإنما أيضاً من طبيعة البضاعة^(٢٦).

كما عرفته محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء بأنه: «إن نظرية عجز الطريق تجد مجال تطبيقها بالنسبة للحمولة التي تتعرض بطبيعتها لنقص في

أن يثبت أن الخصاص كان بفعل الناقل لا الشاحن، وأن إفراغ الحاوية وهي مختومة بالرصاص يفترض معه أن الشاحن هو الذي لم يتم شحن ١٨ باليطة بكاملها كما ورد بوثيقة الشحن... وأن المرسل إليها كان عليها إثبات أن ما تم شحنه هو فعلاً ١٨ باليطة وأن عدم إفراغ ١١ باليطة يعود إلى خطأ الربان الشيء الذي لم تثبته...» وتعليلها المذكور يسائر مقتضيات الفصل ٢٦٥ من ق ت ب، وفيه استبعاد ضمني لفاتورة البيع ما دام المرسل لها لم تستطع إثبات شحن كل البضاعة داخل الحاوية فجاء قرارها غير خارق لأي مقتضى ومعللاً تعليلاً سليماً ومرتكزاً على أساس^(٢٧).

وقضت محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء: «... وأن الدفع بكون الناقل البحري يعفى من أية مسؤولية عن تسليمه الحاوية وهي مختومة بالرصاص إنما يثار عند وجود خصاص وليس عوار»^(٢٨).

وقد تصل الحاويات إلى المرسل إليه ويجدها فارغة وكذا الأمر بالنسبة للبراميل قد تصل فارغة من السوائل فهل يعتبر هلاكاً كلياً أم جزئياً؟

وفي حالة وصول الحاوية فارغة إلى المرسل إليه هل يعتبر ذلك من الهلاك الكلي أو الهلاك الجزئي، وهو ما ينطبق على البراميل متى ما وصلت فارغة من السوائل^(٢٩).

اختلف الفقه في تكييف هذا الضرر^(٣٠) بين من اعتبر هذه الحالة من قبيل الهلاك الجزئي للبضاعة؛ لأنه وصل جزء منها وهو الحاوية أو البراميل، وبإمكان المرسل إليه التحقق من الضرر اللاحق بالبضاعة، وطالما تحقق وصول جزء فلا يعتبر هلاكاً كلياً.

(١٩) حكم محكمة النقض، قرار رقم ١/٤٥٣، الصادر بتاريخ ٢٠١٤/٩/٢٥ في الملف التجاري رقم ٢٠١٣/١/٣/٨٧٧، غير منشور.

(٢٠) حكم محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء قرار رقم (٢٠١١/٣٣١) صادر من بتاريخ ٢٠١١/١/٢٥ في الاستئناف رقم (٩/٢٠١٠/١١٩٩) منشور في: المصطفى شنيص وأنس أبو خصيب: العمل القضائي المغربي في المنازعات البحرية - النجاح الجديدة: الدار البيضاء ٢٠١٣ - ص ١٣٩.

(٢١) ويظهر أهمية الخلاف فيما يتعلق بتوجيه الإخطار ففي الهلاك الكلي لا يحتاج إلى ذلك بخلاف الهلاك الجزئي والذي يأخذ حكم التلف فلا بد فيه من توجيه الإخطار.

(٢٢) ينظر الخلاف في: فريد الحاتمي: النقل البحري للبضائع على ضوء التشريع المغربي - رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص بجامعة الحسن الثاني بالدار البيضاء - ١٩٨٢ - ١٩٨٣ - ص ٢٧٩ - ٢٨٠.

(٢٣) فريد الحاتمي - مرجع سابق - ص ٢٨٠.

(٢٤) المحكمة التجارية، جلسة ١٩٩٦/١٢/٢١ في الدعوى رقم ٩٦/٤٨٠ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحكمة في عامها الثالث عشر (١٩٩٦-١٩٩٧) ص ٤٤٧.

(٢٥) بنونة بونس - مرجع سابق - ص ٥٨.

(٢٦) قرار رقم ٥٧٧ صادر من محكمة النقض المغربية بتاريخ ٢٠١٢/٥/٢٤ م في الملف التجاري رقم (٢٠١١/١/٣/٤٠٣) غير منشور.



في حالات الإغفاء من المسؤولية.

الفرع الثالث: الهلاك الحكمي

الهلاك الذي يصيب البضاعة ويتعذر معه التسليم كلياً أو جزئياً قد يكون فعلياً وقد يكون حكماً، فالهلاك لا يكون فقط في الحالة التي تهلك فيها البضاعة حقيقة وإنما في جميع الأحوال التي لا يمكن معرفة مصير البضاعة مما يتعذر معه التسليم، ويكون الهلاك فعلياً أو حقيقياً عندما يتم التيقن من وقوع الضرر بالبضاعة ومعرفة السبب كالسرقة أو الغرق أو الاحتراق مما يتعذر معه تسليم البضاعة إلى مالكها تسليمياً حقيقياً^(٣٢)، أما إذا وصلت السفينة إلى ميناء التفريغ ولا توجد فيها البضاعة ولا يعرف مصيرها ففي هذه الحالة لا يمكن الانتظار طويلاً للتحقق من مصيرها، وإنما تعد هالكة حكماً، ويختلف الهلاك الفعلي عن الهلاك الحكمي في أن الأول يعتبر هالكا في الواقع والقانون، بينما يعتبر الثاني هالكا بحكم القانون مع أنه ليس كذلك في الواقع^(٣٣)، فيفترض فيه هلاك البضاعة بعد مضي فترة زمنية من تاريخ التسليم المحدد أو المتعارف عليه.

ولم تتعرض كل من اتفاقية بروكسل ١٩٢٤م واتفاقية روتردام ٢٠٠٨م للهلاك الحكمي، خلافاً لاتفاقية هامبورج ١٩٧٨م والتي نصت عليه صراحة في المادة (٣/٥)^(٣٤) واعتبرت البضاعة هالكة حكماً إذا لم يتم تسليمها خلال ستين يوماً من انتهاء الوقت الذي كان يجب فيه التسليم، ويحق للمرسل إليه المطالبة بالتعويض على أساس الهلاك الحكمي الكلي للبضاعة دون انتظار لمعرفة

(٣٢) يرى البعض أن سرقة البضاعة أو الاستيلاء عليها بالقرصنة لا يعد هلاكاً فعلياً وإنما هلاك حكماً، على اعتبار أن البضاعة موجودة من الناحية المادية لكنها لا تصل إلى حيازة من له الحق في استلامها، وهذا الاعتبار إنما هو بالنظر إلى حقيقة البضاعة فهي معلومة الوجود، أما الاعتبار السابق فيالنظر إلى معرفة سبب الهلاك فتكون في مثل هذه الحالة متيقن هلاكها بالسرقة ونحوها فيكون هلاكها حقيقياً ولو كانت موجودة عند غير مالكها الحقيقي فوجودها لا يفيد مالكها شيئاً فهو كالعدم. ينظر: شريف محمد غنام - مرجع سابق - ص ٢٤٦.

(٣٣) المختار عطار: قانون الالتزامات والعقود مصادر الالتزام - مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء - الطبعة الثانية ١٩٩٢ - ص ١٥٧.

(٣٤) نصت المادة على أنه «للشخص الذي له الحق في المطالبة بالتعويض عن هلاك البضائع أن يعتبر البضائع هالكة إذا لم يتم تسليمها على الوجه الذي تقتضيه المادة ٤ في خلال ستين يوماً متصلة تلي انتهاء الوقت المحدد للتسليم على الوجه المبين في الفقرة ٢ من هذه المادة».

حجمها أو وزنها بسبب تبخرها نتيجة مختلف العوامل الجوية وباقي الظروف الأخرى التي تصاحب عملية النقل^(٣٥).

فعجز الطريق هو النقص الذي يلحق البضاعة في حجمها أو وزنها أثناء نقلها بسبب طبيعة البضاعة، كجفاف اللحوم والحبوب والفواكه، أو تبخر السوائل أو تسرب الخليط.

ويعد عجز الطريق من قبيل العيب الذاتي للبضاعة؛ لأنه ينشأ عن طبيعة البضاعة والظروف الجوية التي تصاحب عملية النقل فضلاً عن الآلات المستخدمة في عملية الشحن والتفريغ، والتي لا يمكن التحرز من حصوله حتى من قبل الشاحن نفسه، ولذا عد من حالات الإغفاء من المسؤولية، فلا يسأل عنه الناقل البحري.

وقد نصت عليه التشريعات المختلفة، فقد نصت عليه اتفاقية بروكسل ١٩٢٤ في المادة الرابعة الفقرة ثانياً البند (م)^(٣٦)، واتفاقية روتردام في المادة ١٧ الفقرة الثالثة في البند (ي)^(٣٧)، باعتباره أحد حالات الإغفاء من المسؤولية، وهو الذي تبناه القانون العماني في المادة (٢٥٢/ن)^(٣٨)، أما اتفاقية هامبورج والقانون البحري المغربي فلم ينصا عليه لأنه لا يعدو أن يكون مجرد تطبيق للمبادئ العامة التي تطبق ولو دون نص^(٣٩)، وسيأتي تفصيل الحديث عنه

(٣٥) قرار رقم ٢٠٠١/٢٢٤٠ الصادر بتاريخ ٢٠٠١/١١/١م في الملف رقم ٩٠٦/٢٠٠١/٩، غير منشور.

(٣٦) والتي تنص على أنه: «ثانياً: لا يسأل الناقل أو السفينة عن الهلاك أو التلف الناتج أو الناشئ عن (م) العجز في الحجم أو الوزن أو أي هلاك أو تلف ناتج عن عيب خفي أو من طبيعة البضاعة الخاصة أو عيب خاص بها».

(٣٧) والتي تنص على أنه: «٣- يعفى الناقل أيضاً من كامل مسؤوليته التي تقتضي بها الفقرة ١ من هذه المادة أو جزء منها إذا أثبت بدلاً من إثبات عدم ارتكاب خطأ حسبما تنص عليه الفقرة ٢ من هذه المادة أن واحداً أو أكثر من الأحداث أو الظروف التالية قد تسبب أو أسهم في الهلاك أو التلف أو التأخر: (ي) حدوث فقد في الحجم أو الوزن أو أي شكل آخر من الهلاك أو التلف من جراء خلل أو سمة أو عيب متأصل في البضائع».

(٣٨) والتي تنص على أنه: «ثانياً: لا يسأل الناقل عن هلاك البضائع أو تلفها الناشئ عن واحد أو أكثر من الأسباب الآتية: (ن) العجز في الحجم أو الوزن أو أي عجز آخر ناتج عن عيب خلل متأصل في البضائع أو عن طبيعة مستواها أو عن عيب فيها».

(٣٩) بلعبد عبد الرحمن - مرجع سابق - ١٦٤. وقد نصت المادة ٤٦١ من مدونة التجارة المغربية على أنه: «إذا كانت الأشياء مما تتعرض عادة بطبيعتها لنقص في الوزن أو الحجم بمجرد نقلها فلا يسأل الناقل إلا بقدر النقص الذي يزيد عما جرى العرف بالتسامح فيه».





مصيرها، وهذا ما سار عليه القانون البحري المصري في المادة ٢٢٨.

أما القانون البحري في كل من المغرب وسلطنة عمان فلم يتناول الهلاك الحكمي، وتم تداركه في المشروع البحري المغربي لعام ٢٠٠٧ في المادة (٥٥٩) وحددت المدة بستين يوماً أخذاً باتفاقية هامبورج، ونظراً لانضمام المغرب إلى اتفاقية هامبورج فإنه لا إشكال في ذلك فيما يتعلق بالنقل ذات الطابع الدولي؛ لأن الاتفاقية نصت عليه ويخضع لأحكامها، ولا شك أن النص على ذلك يحقق مصلحة الشاحنين فمدة الستين يوماً كافية لاعتبار البضاعة هالكة.

وعلى الشاحن أو المرسل إليه أن يثبت مضي مدة ستين يوماً من الوقت المحدد للتسليم أو الوقت المعقول لتسليم البضاعة في حالة عدم الاتفاق على تاريخ التسليم، ويتم ذلك من خلال سند الشحن، ليستفيد من قرينة هلاك البضاعة الحكمي، فمضي ستين يوماً من انقضاء ميعاد التسليم وفقاً لاتفاقية هامبورج والقانون المصري قرينة بسيطة على هلاك البضاعة، ويستطيع الناقل إثبات عكس ذلك بأن البضاعة لم تهلك وإنما تأخر وصولها.

وهذه المدة في اتفاقية هامبورج والقانون البحري المصري متصلة لا أثر للإجازات الرسمية فيها، ولا يرد عليها أي وقف أو انقطاع، وليس للقضاء سلطة تقديرية في تقديرها فلا يجوز للمحكمة اعتبار البضاعة هالكة قبل مضي تلك المدة كما لا يجوز لها استلزام مدة أطول لاعتبارها كذلك^(٣٥).

وإذا كانت اتفاقية هامبورج تناولت الهلاك الحكمي وحددته بمضي ستين يوماً إلا أنها لم تتعرض لبيان الحالة التي تصل فيها البضاعة سليمة بقيمتها الحقيقية بعد اعتبارها هالكة حكماً واقتضاء صاحبها التعويض المقرر، وهي حالة يمكن حصولها.

يرى عبد الرحمن ذياب عقل أن نص المادة (٣/٥) من

اتفاقية هامبورج لم يضع الحلول في حالة ظهور البضاعة بعد إعمال قرينة الهلاك الحكمي: هل يحق للشاحن المطالبة بالبضاعة مع رد ما تقاضاه من تعويض وهل يحق له المطالبة بالتعويض عن التأخير في حالة استلامه البضاعة، وهل يحق للناقل أن يرفض تسليم البضاعة، ويرى أن مفهوم النص والغاية منه تؤكد بما لا يدع مجالاً لشك في أن من حق الشاحن أو المرسل إليه المطالبة باسترداد البضائع بعد إعمال قرينة الهلاك الحكمي شريطة أن يرد ما قبضه من تعويض منعا للإثراء بلا سبب، ولا يحق للناقل أن يرفض ذلك لأن تسليم البضاعة هو الأصل في العلاقة بين الطرفين لا سيما وأن الشاحن يرد ما قبضه من تعويض متى ما طالب بالبضاعة، ومتى ما تم ذلك فإنه ليس ما يمنع من حقه في المطالبة بالتعويض عن التأخير في تسليم البضاعة لأن التأخير يشكل صورة مستقلة قائمة بذاتها^(٣٦).

المبحث الثاني: تلف البضاعة

قد تصل البضاعة إلى ميناء التفريغ على غير الحالة كانت عليها عند الشحن، مما يعد إخلالاً بالعقد من قبل الناقل البحري الذي تسلم البضاعة، وهو ما يعرف بتلف البضاعة أو العوار، وسنتناول هذا الموضوع على النحو الآتي:

تعريف التلف أو العوار .

الفرق بين الهلاك والتلف .

بعض الحالات المختلف في اعتبارها تلفاً أو هلاكاً.

المطلب الأول: تعريف التلف أو العوار

العوار لغة العيب والخرق والشق في الثوب^(٣٧).

أما التلف لغة فهو هلك وعطب^(٣٨).

ويقصد به في ميدان النقل وصول البضاعة كاملة لكنها معيبة سواء كان العيب كاملاً أو في جزء منها^(٣٩).

وعرفه البعض بأنه العيب الذي يصيب البضاعة دون

(٣٥) كمال حمدي: مسؤولية الناقل البحري للبضائع في قانون التجارة البحرية رقم ٨ لسنة ١٩٩٠: دراسة مقارنة مع اتفاقية هامبورج - منشأة المعارف: الاسكندرية - الطبعة الثانية ٢٠٠٣ - ص ٤٩، عبد الرحمن ذياب عقل - الأحكام القانونية لمسؤولية الناقل البحري في قانون التجارة البحرية الأردني واتفاقية هامبورج - منشورات الجامعة الأردنية - ٢٠٠٠ - ص ١٧٣.

(٣٦) عبد الرحمن ذياب عقل - مرجع سابق - ص ١٧٤ - ١٧٥.

(٣٧) ابن منظور - لسان العرب - مادة تلف ص ٦٣٦.

(٣٨) لسان العرب - مرجع سابق - ص ٨٧.

(٣٩) بطراني نجاة - مرجع سابق - ص ٢٧٦.



الشحن بخصوص حالة البضاعة عند شحنها لعدم وجود الوقت الكافي لديه للتحقق من حالتها، ففي هذه الحالة تقوم قرينة على أن التلف قد حصل قبل استلام البضاعة عند الشحن، ولا يسأل الناقل عن التلف إلا إذا أثبت المرسل إليه أو الشاحن أن البضاعة تم شحنها بحالة جيدة، أو أن الضرر كان بسبب خطأ من الناقل ولا عبء بالتحفظات الواردة في خطاب الضمان في مواجهة المرسل إليه لأنه من الغير^(٤٤).

فإذا أثبت الشاحن أن الضرر وعلى الرغم من هذه التحفظات كان بسبب الناقل البحري فيسأل عن الضرر، وقد قضت محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء بأنه: « وحيث إنه خلافا لدفع المستأنف فإنه ولئن كان قد اتخذ تحفظاته بخصوص الحالة السيئة للبضاعة التي تم شحنها على ظهر الباخرة فإن تقرير المعاينة الحضورية المنجز على الرصيف وبحضور الناقل أيضا أفادت بأن ٣٩ بوبينة تضررت بفعل مياه البحر وأن التحليل المجري على ٣٩ بوبينة المبللة بواسطة مادة نيترات المنجزة من طرف الخبير بنجلون أكد أن الببل الموجود على ٣٩ بوبينة يعود لماء البحر وليس المياه العذبة، وذلك على خلاف ما تمسك به الناقل في أجوبته بعد النقص، وعليه فإنه على الناقل ورغم تحفظه على الأضرار التي لوحظت على البضاعة أن يتخذ الاحتياطات اللازمة إلى غاية تسليم البضاعة إلى المرسل إليه وذلك تفاديا لتفاقم الأضرار بفعل الببل داخل العنابر، وحيث إنه تأسيسا على ما ذكر أعلاه فإن الناقل البحري ولئن كان قد تحفظ بخصوص البوبيينات موضوع وثيقة النقل فإن الخبرة المنجزة من طرف الخبير....أكدت أن البضاعة تضررت أيضا بفعل مياه البحر الذي عوين عليها داخل عنبر السفينة رقم ١ الأمر الذي يستشف منه أن الضرر تفاقم أيضا أثناء تواجدها بعهد الناقل الذي كان عليه أن يكون حريصا بالحفاظ على سلامة البضاعة حتى لا تتسرب مياه البحر لها، وذلك تفاديا لعدم تفاقم هذه الأضرار

أن يفقد شيئا منها مما يؤثر على قيمتها السوقية^(٤٥)، كالخدش والتمزيق في الثوب والورق، والكسر في الأشياء القابلة لذلك، والتأكسد والببل والرطوبة ونحوها^(٤٦).

فالبضاعة تسلم إلى صاحبها في ميناء التفريغ كاملة لكنها تكون في حالة أسوأ من الحالة التي سلمت بها في ميناء الشحن، بحيث تكون غير صالحة للاستعمال الذي أعدت له ولو كانت صالحة لاستعمال آخر كتلف الحبوب بسبب سقوط الأمطار وتعفن اللحوم والفواكه بسبب تعطل أجهزة التبريد^(٤٧)، فالتلف ينصرف إلى حالة البضاعة وطبيعتها، بخلاف الهلاك الذي يتعلق بنقص في الكمية أو العدد، والتلف قد يكون كلياً يصيب البضاعة كاملة، وقد يكون جزئياً يصيب جزء منها دون الجزء الآخر، فيسأل الناقل عن الجزء المتضرر فقط.

ويثبت التلف بسند الشحن الذي يجب أن يبين حالة البضاعة عند استلامها في ميناء الشحن ومقارنة تلك البيانات بحالة البضاعة في ميناء التفريغ، ولا يعتد بأي ورقة أخرى غير سند الشحن في إثبات حالة البضاعة عند الشحن وهو ما أكدته المحكمة التجارية بسلطنة عمان في حكمها والذي جاء فيه: «...ومفادها أن سند الشحن يقوم دليلاً على إثبات عقد النقل وعلى إثبات عملية الشحن ذاتها وإثبات الحالة التي كانت عليها البضاعة عند الشحن، ولا يعتد بأي ورقة أخرى في إثبات عملية الشحن وفي إثبات الحالة التي كانت عليها البضاعة وقت الشحن خلاف سند الشحن ولو كانت هذه الورقة أمر شحن صادر من ربان السفينة طالما أن الشاحن لم يوقع عليها^(٤٨)».

وقد يلجأ الناقل إلى إدراج بعض التحفظات في سند

(٤٠) بنونة يونس - مرجع سابق - ص ٦١، بولنوار محمد: المسؤولية المدنية للناقل البحري للبضائع على ضوء التشريع المغربي (رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة من جامعة القاضي عياض كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش، شعبة القانون الخاص وحدة التكوين والبحث في القانون المدني، سنة ٢٠٠٢-٢٠٠٣) - ص ١٢١.

(٤١) بلمكيد عبد الرحمن - مرجع سابق - ص ١٦٨.

(٤٢) محمد بهجت قايد: الوسيط في شرح قانون التجارة البحرية - مرجع سابق - ص ١٢٣.

(٤٣) المحكمة التجارية، جلسة ١٩٩٦/١٢/١٠ في الدعوى رقم ٩٦/٦٢٤، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحكمة في عامها الثالث عشر (١٩٩٦-١٩٩٧) ص ٤١١.

(٤٤) محمود الشرقاوي: القانون البحري - دار النهضة العربية: القاهرة - ٢٠٠٨ - ص ٢٧٣، فايز نعيم رضوان: القانون البحري في دولة الإمارات العربية المتحدة - أكاديمية شرطة دبي - الطبعة الثانية ٢٠٠٥ - ص ٣٠٥.



والمتمثلة في الصدا الذي أصابها وهو الشيء الذي لم يقدّم به وتبقى مسؤوليته قائمة»^(٤٥).

وقد جرى العرف على التسامح في التلف اليسير أو النافه الذي يصيب بعض البضائع وخاصة المنقولة دون أغلفة أو التي تتعرض لذلك بطبيعتها كتمزق أطراف لفائف الورق والصحف التي تنقل، وتقدير ذلك خاضع لسلطة قاضي الموضوع في ضوء تقارير الخبراء وما جرى به العمل وهو يخضع في إثباته لمختلف وسائل الإثبات باعتباره واقعة مادية^(٤٦).

وأكدت ذلك المحكمة التجارية بسلطنة عمان في ردها على بعض الدفوع المثارة والتي قضت: «...أما ما جاء برسالة مؤسسة خدمات الموانئ المشار إليها من أن الكثير من الطرود بها صداً وخدوش فإن ذلك لا يعد تلفاً يسأل عنه الناقل البحري؛ إذ إن طبيعة البضائع وطريقة تغليفها على النحو الذي وصفت به في تقرير توبلس وهاردنج لا تحول دون إصابتها ببعض الصدا أو الخدوش، أي إن ذلك كان نتيجة عدم كفاية التغليف أو نتيجة التغليف الذي يتفق مع طبيعة البضاعة وهو ما لا يترتب مسؤولية الناقل البحري عملاً بالمادة (٢٥٢/١-س) بحري»^(٤٧).

المطلب الثاني: الفرق بين الهلاك والتلف

يتضح لنا من خلال تعريف كل من الهلاك والتلف أن العبرة في التفرقة بين الهلاك والتلف بواقعة التسليم، فإذا حصل تسليم للبضاعة بغض النظر عن حالتها فلا مجال للحديث عن الهلاك، ولو كان التلف كلياً؛ لأن التسليم قد تم، بخلاف الهلاك الذي لا يتم فيه تسليم البضاعة أو جزء منها، فالعبرة بالتسليم من عدمه، وإذا أثر التلف أو العوار على البضاعة كلها بحيث لم تعد صالحة للاستعمال فإنه يعتبر تلفاً كلياً وليس هلاكاً كلياً ولو كان العيب من الجسامة ما يجعل البضاعة غير

صالحة للاستعمال على حالتها الطبيعية^(٤٨).

وذهب رأي في الفقه إلى أن تلف جزء من البضاعة بحيث لا يصلح الباقي للاستعمال يعتبر هلاكاً كلياً للبضاعة وليس تلفاً على أساس انعدام الفائدة تماماً من كل البضاعة وهو ما يوازي الهلاك الكلي فيأخذ نفس الحكم^(٤٩).

والذي يتفق مع ما سبق بيانه من التفرقة بين الهلاك والتلف وهو واقعة التسليم نرى أن هذه الحالة تعتبر تلفاً وليس هلاكاً كلياً، بغض النظر عن جسامة العيب الذي جعلها غير صالحة للاستعمال؛ لأنه متى ما تم تسليم للبضاعة فلا مجال للحديث عن الهلاك الكلي.

ويظهر أثر ذلك فيما يتعلق بالإخطار بالتلف، فيجب توجيه الإخطار بالتلف ويبدأ منه سريان مدة التقادم، أما الهلاك الكلي فلا توجد واقعة تسليم أصلاً ليطالب بالإخطار، أما الهلاك الجزئي فإنه يأخذ حكم التلف فيما يتعلق بالإخطار.

وقد يجتمع الهلاك الجزئي مع التلف كما لو سلم جزء من البضاعة بحالة معيبة دون الجزء الآخر، فيكون هلاكاً جزئياً للبضاعة التي لم تسلم أصلاً وتلفاً بالنسبة للبضاعة التي تم تسليمها.

المبحث الثالث: التأخير في تسليم البضاعة

لم تتناول اتفاقية بروكسل ١٩٢٤ ولا بروتوكولات تعديلها التأخير من ضمن صور الضرر، وهذا ما جعل الفقه يختلف حول مدى تطبيق أحكام الاتفاقية على التأخير^(٥٠).

ذهب رأي إلى أنه لا يوجد في اتفاقية بروكسل ١٩٢٤ ولا بروتوكول ١٩٦٨ نصوص تتعلق بالتأخير في نقل البضائع ولا بالضرر الاقتصادي الناتج عن التأخير، وتركت هذا الأمر للقواعد العامة، فلا تسري أحكام هذه الاتفاقية

(٤٨) يؤيد: بلعكيد عبد الرحمن - مرجع سابق - ص ١٦٨، كمال حمدي: مسؤولية

الناقل البحري للبضائع - مرجع سابق - ص ٤٦-٤٧.

(٤٩) علي جمال الدين عوض: النقل البحري للبضائع - مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي ١٩٩٢ - ص ٥٣١ - محمد بهجت قايد: مسؤولية الناقل البحري للبضائع - مرجع سابق - ص ٥٠.

(٥٠) ينظر الخلاف في ذلك وأدلة كل فريق في: حلو عبد الرحمن أبو حلو: التأخير في تسليم البضائع في عقد النقل البحري دراسة مقارنة - بحث منشور في مجلة المنارة المجلد ١٣ العدد ٨-٢٠٠٧م - ص ١١٥.

(٤٥) قرار رقم ٢٠١٢/٣٦٣ صادر من محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء بتاريخ ٢٠١٢/١/١٩م في الملف رقم ٩/٢٠١١/١٥٥٦ منشور في: العمل القضائي المغربي في المنازعات البحرية - مرجع سابق - ص ١٣٠.

(٤٦) بلعكيد عبد الرحمن - مرجع سابق - ص ١٦٨، لطيف جبر كومانتي: مسؤولية الناقل البحري - دار الثقافة للنشر والتوزيع - الطبعة الأولى ٢٠٠١ - ص ٩٣.

(٤٧) المحكمة التجارية (الاستئناف) جلسة ١٩٩٥/٤/١٧ في الاستئناف رقم ٩٤/٩٦، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحكمة في عامها الحادي عشر (١٩٩٤-١٩٩٥) ص ١٦٥-١٨٦.



على التأخير^(٥١).

على التأخير في المادة ٥٥٩. فما هو المراد بالتأخير؟ ومتى تتحقق معه المسؤولية؟ وما أثر اشتراط الناقل تحديد موعد المغادرة على عقد النقل البحري؟.

المطلب الأول: تعريف التأخير

بينت المادة (٢/٥) من اتفاقية هامبورج لسنة ١٩٧٨ الحالة التي تعد تأخيرا في تسليم البضاعة بقولها: «يقع التأخير في التسليم عندما لا تسلم البضاعة في ميناء التفريغ المنصوص عليه في عقد النقل في حدود المهلة المتفق عليه صراحة، أو في حالة عدم وجود الاتفاق في حدود المهلة التي يكون من المعقول تطلب إتمام التسليم خلالها من ناقل يقظ مع مراعاة ظروف الحالة».

ونصت المادة ٢١ من اتفاقية روتردام على أنه: «يحدث التأخير في التسليم عندما لا تسلم البضائع في مكان المقصد المنصوص عليه في عقد النقل في غضون الفترة المتفق عليها»، أما في حالة عدم الاتفاق على وقت للتسليم فبينت المادة ٤٣ منها أنه «عند وصول البضائع إلى مقصدها يجب على المرسل إليه الذي يطالب بتسليم البضائع إليه بمقتضى عقد النقل أن يقبل تسلم البضائع في الوقت أو الفترة الزمنية والمكان المتفق عليهما في عقد النقل، أو في حال عدم وجود اتفاق من ذلك القبيل في الوقت والمكان اللذين يمكن بصورة معقولة توقع التسليم فيهما مع مراعاة أحكام العقد أو العادات أو الأعراف أو الممارسات المتبعة في المهنة وظروف النقل».

واكتفى كل من القانون البحري المغربي والقانون البحري العماني باعتبار التأخير حالة من حالات قيام المسؤولية دون أن يبين متى يعد الناقل متأخرا في تسليم البضاعة، أما القانون المصري فبين ذلك أخذا باتفاقية هامبورج في هذا الشأن ونص في المادة ٢٤٠ الفقرة ٢ منه على أنه «ويعتبر الناقل قد تأخر في التسليم إذا لم يسلم البضائع في الميعاد المتفق عليه، أو في الميعاد الذي يسلمها فيه الناقل العادي في الظروف المماثلة إذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق».

ويعرف الفقه التأخير في عقد النقل بأنه عدم تمكن الناقل من تسليم البضاعة في الميعاد المتفق عليه في عقد

وذهب رأي آخر إلى أن اتفاقية بروكسل تنطبق على التأخير وعلى الضرر الاقتصادي الناتج عنه، وأسس هذا الرأي على أن الاتفاقية عادة ما تستعمل عبارة الهلاك اللاحق بالبضاعة أو ما يتعلق بها (المادة ٧ والمادة ٨/٣ من الاتفاقية) فتشمل هذه العبارة الأخيرة الضرر الاقتصادي الناتج عن التأخير^(٥٢).

ونرى أن الاتفاقية لا تنطبق على التأخير لعدم شمولها بالنص كما هو الحال في الهلاك والتلف، ولا يمكن تحميل النصوص أكثر مما تحتمل، وعليه تخضع هذه الحالة للأحكام العامة ولا يسري عليها أحكام اتفاقية بروكسل. ونتيجة لذلك تداركت اتفاقية هامبورج ١٩٧٨ ذلك الخلاف ونصت صراحة على اعتبار التأخير من ضمن الحالات التي تخضع لأحكام الاتفاقية، وهو الذي سارت عليه اتفاقية روتردام ٢٠٠٨م أيضا في المادة السابعة عشرة الفقرة ١.

وبالنسبة للقوانين فقد نص القانون البحري العماني على هذه الحالة صراحة في المادة (٣/٢٥٢)، كما نص عليها القانون البحري المصري في المادة (٢٢٨)، كما سبق بيانه.

أما القانون المغربي فقد تناولها بطريقة مبهمة في الفصل (٢١٧) والذي جاء فيه «إن الطرف الذي يتسبب في توقف السفينة أو تأخرها عن الإقلاع أو خلال السفر أو في مكان التفريغ يكون ملزما بأداء تعويض للطرف الآخر»، وهذا الفصل وإن ورد في إيجاز السفينة فإنه ينطبق على نقل البضائع، وقد تجاوز مشروع القانون البحري المغربي لسنة ٢٠٠٧م هذا الغموض ونص صراحة

(٥١) يؤيد هذا الرأي: كمال حمدي: القانون البحري - منشأة المعارف: الاسكندرية - ١٩٩٧ - ص ٧٠٠، بسام عاطف المهنا: معاهدة بروكسل وتعديلاتها - منشورات الحلبي الحقوقية بيروت - الطبعة الأولى ٢٠٠٦ - ص ١٧٦، حلو عبد الرحمن أبو حلو - مرجع سابق - ص ١١٥، طالب حسن موسى: القانون البحري - دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن - الطبعة الثالثة ٢٠١٢ - ص ١٧٤.

(٥٢) يؤيد هذا الرأي: محمود سمير الشرقاوي - مرجع سابق - ص ٤٢٦، عبد الرحمن سليم - شروط الإعفاء من المسؤولية طبقا لمعاهدة سندات الشحن - ص ٢٢٦، مصطفى البنداري سيد أحمد: انحراف الناقل في القانون البحري «ماهيته وآثاره» - رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق: جامعة المنصورة ١٩٩٣ - ص ٢٢٨.



الاتفاق»، ويقصد بالناقل العادي في الظروف المماثلة الناقل المتوسط الحرص غير الغافل وشديد اليقظة، وهو معيار موضوعي عام وليس معياراً شخصياً، ويدخل في سلطة قاضي الموضوع التقديرية غير خاضع لرقابة محكمة النقض متى ما بني على أسباب سائغة^(٥٧).

ومع أن القانون البحري العماني لم يتناول هذه الحالة إلا أن القضاء يأخذ به تطبيقاً للقواعد العامة، فقد قضت المحكمة التجارية بسلطنة عمان بأنه «... ويعتبر الناقل متأخراً في التسليم إذا لم يسلم في الميعاد المتفق عليه في سند الشحن أو الميعاد المناسب بالنظر إلى الناقل العادي في الظروف المماثلة في حالة عدم الاتفاق»^(٥٨).

ويقع عبء إثبات هذه المدة في حالة عدم الاتفاق على موعد للتسليم على عاتق المدعي (المرسل إليه أو الشاحن) بأن المدة المعقولة للناقل العادي قد انتهت وقد ينازع الناقل في ذلك بتقديم الدليل على أن المدة لم تنته^(٥٩)، ويخضع تقدير ذلك لسلطة قاضي الموضوع.

ويعد هذا التأخير دليلاً على إخلال الناقل بالتزامه العقدي لعدم تمكنه من تسليم البضاعة في الوقت المتفق عليه ولذا عدت هذه الحالة من حالات قيام المسؤولية في النقل البحري.

ويفترض الفقه في التأخير أن تصل البضاعة بعد الميعاد كاملة وبحالة سليمة^(٦٠)، أما إذا لم تصل فيعتبر هالكا حكماً بمضي ستين يوماً كما في اتفاقية هامبورج^(٦١) كما سبق بيانه، فلا يمكن أن يبقى المرسل إليه منتظراً فترة طويلة.

أما إذا وصلت البضاعة بعد الموعد ناقصة (هالك جزئي) أو بها تلف سواء كان ذلك بسبب التأخير أو بغيره فيجتمع الضرران^(٦٢).

النقل البحري أو في الميعاد المحدد بنهاية الوقت الذي يستغرقه الناقل العادي إذا لم يكن هناك اتفاق على وقت لتسليم البضاعة^(٥٣).

فيتحقق التأخير عندما لا يصل الشيء في الوقت المحدد في عقد النقل وفي حالة عدم تحديده ففي الوقت الذي يتحدد بمقتضى العرف التجاري^(٥٤).

على ضوء ذلك يمكن أن يكون المفهوم العام للتأخير محدداً مثل الوصول المتأخر جداً، أو الوصول بعد الفترة المحددة، وعلى ضوء ذلك يمكن تعريف التأخير بأنه تجاوز الوقت، أو الوصول بعد مضي الفترة المحددة^(٥٥).

ولا يوجد أي إشكال في حالة الاتفاق على ميعاد لتسليم البضائع؛ لأن التأخير يتحقق في حالة عدم تسليم البضاعة في ذلك الموعد ويكون الناقل مخلاً بالتزامه المنصوص عليه في العقد، ويثبت ذلك عن طريق سند الشحن المبين فيه تاريخ التسليم ومقارنته بتاريخ التسليم الفعلي، أو مجرد حلول الموعد.

أما في حالة عدم الاتفاق على موعد فإن اتفاقية هامبورج عالت ذلك في المادة (٢/٥) بنصها على أنه: «... أو في حالة عدم وجود الاتفاق في حدود المهلة التي يكون من المعقول تطلب إتمام التسليم خلالها من ناقل يقظ مع مراعاة ظروف الحالة»، وهذا يعني أن الاتفاقية أعطت سلطة تقديرية للقضاء لتقدير تلك المدة المعقولة مراعاة لظروف الحالة، وهو الذي سارت عليه اتفاقية روتردام فبينت الاتفاقية أنه في حالة عدم تحديد الوقت في العقد فإنه يؤخذ بالفترة المعقولة ويعود تقدير ذلك للمحكمة على أساس الناقل العادي مع مراعاة أحكام العقد أو العادات أو الأعراف أو الممارسات المتبعة في المهنة وظروف النقل^(٥٦).

أما القانون المصري فنص المادة ٢٤٠ من القانون البحري كما بينا هو «...أو في الميعاد الذي يسلمها فيه الناقل العادي في الظروف المماثلة إذا لم يوجد مثل هذا

(٥٧) كمال حمدي: القانون البحري - مرجع سابق - ص ٥٧٥.

(٥٨) الحكم الصادر عن المحكمة التجارية في الدعوى رقم ٩٧/٢٥٠ ج. جلسة ١٩٩٨/١٠/١. مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحكمة في عامها القضائي الخامس عشر، ص ٥٤٧.

(٥٩) كمال حمدي: مسؤولية الناقل البحري - مرجع سابق - ص ٤٩.

(٦٠) كمال حمدي: مسؤولية الناقل البحري - مرجع سابق - ص ٤٨.

(٦١) سبق بيان ذلك في الهالك الحكمي.

(٦٢) نظمت اتفاقية هامبورج في المادة ٦ الفقرة الأولى/ج الحد الأعلى للتعويض في حالة اجتماع الهالك الجزئي أو التلف مع التأخير، كما نظمته أيضاً المادة

(٥٣) عادل المقدادي - مرجع سابق - ص ١٤٤.

(٥٤) طالب حسن موسى - مرجع سابق - ص ١٧٣.

(٥٥) حلو عبد الرحمن أبو حلو - مرجع سابق - ص ١٠٦.

(٥٦) وجدي حاطوم: النقل البحري في ضوء القانون والمعاهدات الدولية - المؤسسة الحديثة للكتاب: لبنان - الطبعة الأولى ٢٠١١ - ص ٣٦٥-٣٦٦.



المغادرة وموعد الوصول المتوقع إلا أنه قد يلجأ أحيانا إلى إدراج شرط في سند الشحن يمنحه الحرية في تحديد ميعاد المغادرة والزمن الذي تستغرقه الرحلة البحرية ما يؤثر على ميعاد التسليم، فما حكم هذا الشرط في القانون؟

يرى بعض الفقهاء أن هذا الشرط من قبيل الإعفاء من المسؤولية ويكون باطلا عملا بالفصل (١٦٤) من القانون البحري المغربي والمادة (٢٥٧) من القانون البحري العماني، لأنه يسمح للناقل أن يعفي نفسه عن مسؤولية التأخير^(٦٤).

بينما يرى آخرون أن هذا الشرط صحيح، ومع ذلك يستطيع المرسل إليه إثبات أن سبب التأخير راجع إلى خطأ من الناقل ليدفع ذلك الشرط^(٦٥).

والذي يتبين لنا أولا أنه في حالة تحديد وقت التسليم فيتحقق التأخير بمجرد عدم التسليم في الوقت بغض النظر عن هذا الشرط، وفي حالة عدم تحديد وقت التسليم فإن هذا يعني عدم تحديد تاريخ الانطلاق لمعرفة المدة المعقولة التي يحتاج إليها الناقل العادي فهل تحسب من تاريخ الانطلاق الفعلي ويكون هذا الشرط صحيحا، أم أن هذا الشرط باطل؟

بالنسبة لاتفاقية هامبورج والقانون المغربي فقد جاء النص عاما على بطلان كل شرط تكون غايته المباشرة أو غير المباشرة الإعفاء من المسؤولية، وهذا الشرط الذي أدرجه الناقل في حقيقته إعفاء من المسؤولية عن التأخير فيعتبر بناء على ذلك باطلا.

أما بالنسبة للقانون العماني فإن المادة (٢٥٧) نصت على أنه: «يعتبر باطلا كل شرط في سند الشحن أو في أي وثيقة أخرى مماثلة يكون من شأنه إعفاء الناقل من المسؤولية عن هلاك البضائع أو تلفها الناشئ عن الخطأ أو التقصير في أداء الالتزامات المنصوص عليها في هذا الفصل أو يتضمن تخفيف هذه المسؤولية». والبيان أن البطلان منحصر في الهلاك والتلف ولم

وقد قضت محكمة الاستئناف بالدار البيضاء بمسؤولية الناقل عن الضرر الناتج عن التأخير عملا باتفاقية هامبورج وقضت بأنه «وحيث أنه بخصوص الدفع الذي مفاده أن البضاعة كانت بداخل حاوية مختومة وعرفت مسافنة فالثابت من خلال الخبرات المنجزة أن البضاعة فعلا نقلت داخل حاويتين مختومتين من ٠٥/١/٦ إلى تاريخ وصولها ٢٧/١/٢٠٠٥.

وأنه باستقراء المدة الزمنية يتضح أن بقاء البضاعة بميناء الجزيرة الخضراء مدة عشرين يوما دون تبرير من طرف الناقل الذي كانت تحت عهده وهو ربان الباخرة مرسك كورنوليس ساهم بشكل واضح في تضرر البضاعة خاصة وأن وثيقة الشحن كانت تشير إلى أن الأمر يتعلق ببطاطس، إلا أنه اعتبارا لكون هذا النوع من البضاعة تم شحنه داخل حاويتين مختومتين لا تتوفران على شروط التهوية أو التبريد ساهم بدوره في تفاقم الضرر الشيء الذي ارتأت معه المحكمة تحميل الناقل ربان الباخرة مرسك نصف المسؤولية فقط ورفض الطلب في مواجهة ربان الباخرة توبقال لكون هذا الأخير اقتصر دوره فقط على نقل البضاعة مدة يوم واحد كما هو ثابت من خلال تقرير الخبرة ولم يثبت أي خطأ في حقه»^(٦٦).

وإذا كان التأخير يتحقق إذا لم تسلم البضاعة في المكان والوقت المحددين في العقد أو في الميعاد المعقول الذي يحتاجه الناقل العادي للتسليم في حالة عدم التحديد، إلا أن ذلك مرهون بتحديد وقت انطلاق الرحلة، وقد يحتفظ الناقل بحقه في تحديد تاريخ انطلاقها مما يؤثر على ميعاد الوصول فما أثر ذلك على التأخير؟ هذا ما سنعرضه في المطلب التالي.

المطلب الثاني: أثر اشتراط الناقل تحديد ميعاد المغادرة على المسؤولية عن التأخير

يرتبط التأخير بميعاد وصول البضاعة ميناء التفريغ، وهذا الميعاد له علاقة مباشرة ببداية انطلاق السفينة ومغادرتها ميناء الشحن، والأصل أن الناقل يحدد موعد

(٦٤) بنونة بونس - مرجع سابق - ص ٦٣، عادل المقدادي - مرجع سابق - ص ١٤٦.
(٦٥) فايز نعيم رضوان - مرجع سابق - ص ٣٠٦، شريف محمد غنام - مرجع سابق - ص ٣٥٦.

٦٠ من اتفاقية روتردام.
(٦٣) قرار رقم ٠٩/٩٩٥ الصادر بتاريخ ٢٠٠٩/٠٢/١٧ في الاستئناف رقم ٩/٢٠٠٧/٥٦١٠ غير منشور.



الأضرار التي أصابته من جراء ذلك، فالتأخير ليس ضررا بذاته، وإنما الضرر في النتائج التي تترتب عليه، بخلاف الهلاك والتلف والتي تعد أضرارا بذاتها فمن المنطقي تطلب إثبات الضرر في حالة التأخير لأنه لا مسؤولية بدون ضرر^(٦٩).

وهذا الرأي هو الذي أخذ به القضاء المغربي فقد قضت محكمة النقض بأنه: «لكن حيث إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لم تعتبر التأخير في التسليم كاف في حد ذاته لإثبات مسؤولية الناقل كما جاء في الوسيلة، وإنما عللت موقفها «بأن المرسل أثبت كون البضاعة تضررت بسبب العطل الذي لحق السفينة في عرض البحر، ولم يبادر الناقل لإصلاح هذا العطب إلا بعد مرور ستة أيام الأمر الذي ترتب عليه تعضن الحلزون الذي ظل بشاحنات المرسل عرضة للضياع والتلف، فضلا عن أن العطب الذي لحقها وأدى لتوقفها في عرض البحر هو السبب المباشر في تعطيل أجهزة تبريد الشاحنات، مما يبقى معه الناقل مسؤولا عن الأضرار اللاحقة بالحمولة وهي في عهده وحراسته عملا بالمادة الرابعة من اتفاقية هامبورج» وهو تعليل فضلا عن أنه غير منتقد فهو أبرز أن التأخير في تسليم البضاعة ليس في حد ذاته هو السبب لإثبات مسؤولية الناقل حتى تكون هناك ضرورة لوجود اتفاق لتحديد مدة النقل وأبان عن مصدر الضرر، وبذلك لم يخرق قرارها أي مقتضى وجاء معللا ومرتكزا على أساس قانوني والوسيلة على غير أساس^(٧٠).

وبالاطلاع على النصوص القانونية نجد أن هناك فرقا في الصياغة يترتب عليه توجيه الخلاف السابق، حيث

يتناول التأخير فيبقى هذا الشرط صحيحا لعدم شموله بالنص^(٦٦).

وهذا ما ينطبق على القانون البحري المصري والذي نص في المادة (٢٣٦) منه على أنه «يقع باطلا كل اتفاق يتم قبل الحادث الذي نشأ عنه الضرر ويكون موضوعه أحد الأمور الآتية:

(أ) إعفاء الناقل من المسؤولية عن هلاك البضائع أو تلفها».

فعلى الرغم من أن القانون لم ينص صراحة على التأخير إلا أن جانباً من الفقه يرى سريان حكمها على التأخير فيبطل كل شرط يعفي أو يخفف من المسؤولية أيضا^(٦٧).

وإذا كان المفترض أن تسلم البضاعة كاملة وسليمة بعد الميعاد المتفق عليه أو في الميعاد المناسب بالنسبة للناقل المتوسط فما هو الضرر الذي يسأل عنه الناقل تبعا لذلك؟

المطلب الثالث: نطاق المسؤولية عن التأخير

اختلف الفقه في التأخير هل يستحق المرسل إليه التعويض بمجرد التأخير مباشرة أم أن التعويض مرهون بحصول ضرر مترتب على التأخير؟

ذهب رأي في الفقه إلى أن مجرد التأخير يكفي لمساءلة الناقل ما لم يثبت ما يعفيه من المسؤولية، ومتى أثبت المرسل إليه حصول التأخير وهو بالنسبة إليه بسيط يفترض وقوع الضرر، ويمكن للناقل فضلا عن دفع مسؤوليته أن ينازع في حصول الضرر^(٦٨).

وذهب الأكثر إلى أن الناقل يسأل عن الأضرار الناتجة بسبب التأخير في التسليم، وعلى المرسل إليه فضلا عن إثبات التأخير - والذي كما سبق يكون بسيطا بمجرد تقديم سند الشحن المثبت لاستلام البضاعة وعدم وصولها في الوقت المحدد أو المعقول - أن يثبت أيضا

(٦٩) بلعكيد عبد الرحمن - مرجع سابق - ص ١٧٣، كمال حمدي - مرجع سابق ص ٤٨، محسن شفيق: الجديد في القواعد الدولية الخاصة بنقل البضائع بالبحر (اتفاقية هامبورج) دار النهضة العربية - ص ٦٩، محمد عبد الفتاح ترك: عقد النقل البحري - دار الجامعة الجديدة للنشر: الاسكندرية - ٢٠٠٥ - ص ٣٥٠، طالب حسن موسى - مرجع سابق - ص ١٧٣، مصطفى البنداري - مرجع سابق ص ٢٢٦ هامش ٢، ولزيد من الايضاح ينظر: حلو عبد الرحمن أبو حلو - مرجع سابق - ص ١٢٨، شريف محمد غنام - مرجع سابق - ص ٣٥٥ - ٣٥٦.

(٧٠) قرار رقم ٢٠، الصادر بتاريخ ٢٠٠٥/١/٥ في الملف التجاري رقم ٢٠٠٢/١٣/١٥٠٢، منشور في: قرارات الغرفة التجارية، منشورات المجلس الأعلى ٢٠٠٢ - «إصدار خاص بمناسبة الذكرى الخمسين لإحداث المجلس الأعلى» ص ١٢٥.

(٦٦) ومع ذلك فإن بعض الفقهاء يرى - وفقا للقانون العماني - أن التأخير من بين الحالات التي لا يجوز فيها إيراد شرط يسمح للناقل بإعفائه من المسؤولية، ينظر: عادل المقدادي - مرجع سابق - ص ١٤٦.

(٦٧) محمود سمير الشرفاوي - مرجع سابق - ص ٣٨٠ - ٣٨١، كمال حمدي: مسؤولية الناقل البحري للبضائع - مرجع سابق - ص ١٠٩.

(٦٨) نقل هذا الرأي شريف محمد غنام - مرجع سابق - ص ٣٥٥.



الخاتمة

من خلال ما سبق بيانه نخلص أن التشريعات الحديثة عدت الهلاك والتلف والتأخير حالات تقوم فيها مسؤولية الناقل البحري للبضائع، ووضعت لها أحكاماً خاصة نظمتهها الاتفاقيات الدولية فضلاً عن القوانين الوطنية. فالناقل البحري يسأل عن هلاك البضاعة سواء كان هلاك كلياً أو جزئياً، كما أنه يسأل عن فقد البضاعة وضياعها وهو ما يعرف بالهلاك الحكمي والذي لا يعرف فيه مصير البضاعة.

ولا يسأل الناقل البحري عن النقص الناتج بسبب طبيعة البضاعة وهو ما يعرف بعجز الطريق، والذي يكون بنسبة معينة وفي البضائع التي تقبل النقص بسبب طبيعتها أو ظروف نقلها أو الظروف الجوية، ولا يكون في كل البضائع، والخبرة هي التي تحدد ذلك.

كما يسأل الناقل البحري أيضاً عن التلف الذي يصيب البضاعة كلها أو جزء منها، ويعرف ذلك من خلال البيانات المثبتة في سند الشحن ومقارنتها بحالة البضاعة عند التسليم.

كما يسأل الناقل البحري أيضاً عن التأخير في تسليم البضاعة والذي يتجاوز فيه التسليم الوقت المحدد للتسليم أو الوقت الذي يجب فيه التسليم وفقاً لظروف الناقل العادي، ولا يكفي التأخير بذاته لتتحقق معه مسؤولية الناقل فلا بد من إثبات الضرر الناتج عن التأخير، ومتى تحقق التأخير فإنه يفترض معه خطأ الناقل ويقع على المرسل إليه عبء إثبات الضرر الذي لحقه من جراء ذلك.

نصت اتفاقية هامبورج في المادة (١/٥) على أنه «يسأل الناقل عن الخسارة الناتجة عن هلاك البضاعة أو تلفها وكذلك الناتجة عن التأخير في التسليم...» وهو نص صريح على أن مسؤولية الناقل تكون عن الأضرار المترتبة على التأخير، وليس عن ذات التأخير.

أما في القانون البحري العماني^(٧١) والقانون البحري المصري^(٧٢) فقد نصا على أنه «يسأل الناقل عن التأخير في تسليم البضائع...» ويفهم منه أن المسؤولية تقوم بمجرد التأخير فلم تربطها بالخسارة الناتجة عن التأخير.

والذي يراه الباحث أن مجرد التأخير لا تتحقق معه مسؤولية الناقل فلا بد من إثبات الضرر الناتج عن التأخير، ومتى تحقق التأخير فإنه يفترض معه خطأ الناقل ولا يكلف المرسل إليه بإثبات سبب التأخير لكنه مكلف بإثبات الضرر الذي لحقه من جراء ذلك، ومتى أثبتته قامت مسؤولية الناقل عن ذلك الضرر ما لم يثبت أحد أسباب الإعفاء من المسؤولية.

وتقدير الضرر الناتج عن التأخير في تسليم البضاعة المنقولة يعدّ مشكلة صعبة، ولا تكمن هذه الصعوبة في الخسائر التي تلحق البضائع نتيجة التلف، والذي يقصد به عوار البضاعة، أو عطبها مما يؤثر على قيمتها في السوق ففي هذه الحالة يسأل الناقل عن هذا الضرر بصفته تلفاً، وإنما تكمن الصعوبة حول تقدير الضرر الاقتصادي نتيجة ذلك التأخير، مما يصعب معه تقييم الخسائر، ومع ذلك يمكن تحديد الضرر الاقتصادي بأنه ما يلحق بالمرسل إليه من خسارة مالية رغم تسليم البضاعة خالية من كل عوار، أو الخسارة التي يتعرض لها على أثر انخفاض قيمة البضاعة المسلمة في السوق، مقارنة مع سعرها لو سلمت إليه في موعدها، أو الخسارة التي يتعرض لها نتيجة تسلمه البضاعة متأخرة عن موعدها، مما يصعب معه تصريفها أو بيعها، ومثال ذلك البضائع التي تستورد في معرض أو لمناسبة معينة وتصل متأخرة^(٧٣).

(٧١) المادة ٣/٢٥٢.

(٧٢) المادة ١/٢٤٠.

(٧٣) محسن شفيق - مرجع سابق - ص ٦٩، حلو عبد الرحمن أبو حلو - مرجع

سابق - ص ١٢٨.



المصادر والمراجع:

- طالب حسن موسى: القانون البحري- دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن - الطبعة الثالثة ٢٠١٢.
- عائشة فضيل: مسؤولية الناقل الجوي في نقل الركاب والبضائع- مطبعة الجديدة: الدار البيضاء- الطبعة الأولى ٢٠١٤ .
- عادل المقدادي: القانون البحري وفقا للقانون البحري العماني رقم (١٩٨١/٣٥)- المكتب الجامعي الحديث: الاسكندرية- ٢٠٠٩ .
- عبد الرحمن ذياب عقل- الأحكام القانونية لمسؤولية الناقل البحري في قانون التجارة البحرية الأردني واتفاقية هامبورج - منشورات الجامعة الأردنية- ٢٠٠٠ .
- عبد الرحمن سليم - شروط الإعفاء من المسؤولية طبقا لمعاهدة سندات الشحن .
- علي جمال الدين عوض: النقل البحري للبضائع - مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي ١٩٩٢ .
- عمر فؤاد عمر: إعفاء الناقل البحري من المسؤولية: دراسة مقارنة في عقد النقل البحري للبضائع - دار النهضة العربية- القاهرة- الطبعة الأولى ٢٠٠٠ .
- فايز نعيم رضوان: القانون البحري في دولة الإمارات العربية المتحدة -أكاديمية شرطة دبي- الطبعة الثانية ٢٠٠٥ .
- فريد الحاتمي: النقل البحري للبضائع على ضوء التشريع المغربي- رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص بجامعة الحسن الثاني بالدار البيضاء- ١٩٨٢-١٩٨٣ .
- كمال حمدي: مسؤولية الناقل البحري للبضائع في قانون التجارة البحرية رقم ٨ لسنة ١٩٩٠: دراسة مقارنة مع اتفاقية هامبورج- منشأة المعارف: الاسكندرية- الطبعة الثانية ٢٠٠٣ .
- كمال حمدي: القانون البحري- منشأة المعارف: الاسكندرية- ١٩٩٧ .
- لطيف جبر كوماني: مسؤولية الناقل البحري- دار الثقافة للنشر والتوزيع- الطبعة الأولى ٢٠٠١ .
- المختار بكور -الوجيز في القانون البحري- شركة بابل للطباعة والنشر والتوزيع - الرباط ١٩٩٧ .
- المختار عطار: قانون الالتزامات والعقود مصادر الالتزام - مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء - الطبعة الثانية ١٩٩٢ .
- المصطفى شنضيف وأنس أبو خصب: العمل القضائي المغربي في المنازعات البحرية -النجاح الجديدة: الدار البيضاء ٢٠١٣ .
- بطراني نجاة: القانون البحري الجزء الأول دار النشر الشرقية: وجدة - طبعة ١٩٩٣ .
- بسام عاطف المهتار : معاهدة بروكسل وتعديلاتها - منشورات الحلبي الحقوقية بيروت- الطبعة الأولى ٢٠٠٦ .
- بلعيد عبد الرحمن : توزيع مسؤولية نقل البضائع بحرا في ضوء قانون التجارة البحرية المغربي- رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراة من جامعة الحسن الثاني بالدار البيضاء - السنة الجامعية ١٩٨١- ١٩٨٢ .
- بنونة يونس: مسؤولية الناقل البحري على ضوء القانون المغربي دراسة مقارنة مع اتفاقية هامبورج لسنة ١٩٨٧- المطبعة السريعة ١٩٩٣ .
- بولنوار محمد: المسؤولية المدنية للناقل البحري للبضائع على ضوء التشريع المغربي (رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة من جامعة القاضي عياض كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش، شعبة القانون الخاص وحدة التكوين والبحث في القانون المدني، سنة ٢٠٠٢-٢٠٠٣ .
- حلو عبد الرحمن أبو حلو: التأخير في تسليم البضائع في عقد النقل البحري دراسة مقارنة- بحث منشور في مجلة المنارة المجلد ١٣ العدد ٨- ٢٠٠٧م .
- شريف محمد غنام: القانون التجاري البحري الاتحادي مقارنة بالاتفاقيات الدولية من بروكسل ١٩٢٤ حتى روتردام ٢٠٠٨م - أكاديمية شرطة دبي- الطبعة الأولى ٢٠١٤م .



القانون البحري «ماهيته وآثاره» - رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراة في الحقوق: جامعة المنصورة ١٩٩٣.

- نبات خديجة: مسؤولية الناقل البحري للبضائع في ظل قواعد روتردام- دراسة لنيل شهادة الماجستير من جامعة امحمد بو قرّة بومرداس كلية الحقوق بودواو الجزائر سنة ٢٠١٢-٢٠١٣ م.
- وجدي حاطوم: النقل البحري في ضوء القانون والمعاهدات الدولية- المؤسسة الحديثة للكتاب: لبنان- الطبعة الأولى ٢٠١١.

المعاجم اللغوية :

- المعجم الوسيط - المكتبة الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع: تركيا- الطبعة الثانية ١٩٧٢ .
- ابن منظور- لسان العرب.

- محسن شفيق: الجديد في القواعد الدولية الخاصة بنقل البضائع بالبحر (اتفاقية هامبورج) دار النهضة العربية .
- محمد التغويني: القانون البحري (الجزء الثاني النقل البحري).
- محمد بهجت قايد: مسؤولية الناقل البحري في اتفاقية هامبورج - دار النهضة العربية القاهرة - طبعة ١٩٩٢.
- محمد بهجت قايد: الوسيط في شرح قانون التجارة البحرية - دار النهضة العربية: القاهرة- الطبعة الأولى ٢٠٠٤-٢٠٠٥.
- محمد عبد الفتاح ترك: عقد النقل البحري- دار الجامعة الجديدة للنشر: الاسكندرية ٢٠٠٥ .
- محمود سمير الشرقاوي: القانون البحري- دار النهضة العربية: القاهرة - ٢٠٠٨ .
- مصطفى البنداري سيد أحمد: انحراف الناقل في





**ضوابط تسبيب الأحكام والقرارات القضائية
وفقاً لأحكام قانون الإجراءات المدنية
والتجارية العماني**

إعداد

رفيق عبده فريج حامد

قاضي بمحكمة مسقط الابتدائية

عضو المكتب الفني بالمحكمة العليا





مقدمة

يقصد بالتسبيب أن يتضمن الحكم أو القرار المبررات الضرورية والكافية التي تبرر صدوره وبحيث تعبر عن العملية العقلية التي وصل بها القاضي الى النتيجة التي انتهى اليها.

وقد نص المشرع العماني بالمادة ١٧٢ من قانون الإجراءات المدنية والتجارية الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٩ لسنة ٢٠٠٢ على وجوب أن يشتمل الحكم على مجمل لوقائع الدعوى وطلبات الخصوم وخلاصة موجزه لدفعهم ودفاعهم الجوهرى وأن القصور في اسباب الحكم الواقعية تؤدي إلى بطلان الحكم ومن هنا جاءت اهمية تسبيب الأحكام بشكل صحيح ومنضبط.

ومن ثم فإن تسبيب عمل القاضي يعتبر سمة تميز هذا العمل عن غيره من أعمال السلطات، وقد يحتل أهمية بالغة في العمل القضائي إذ هو فضلاً عن أنه وسيلة أساسية لضمان حيده القاضي واحترام حقوق الدفاع، فهو حماية للقاضي نفسه مما قد يندفع اليه العقل أو النفس أو يدفع إليه الضغط^(١)

فالتسبيب هو عماد اقتناع الرأي العام بعدالة القضاء وهو الركيزة الأساسية النهائية لحماية استقلاله.

كما أن للتسبيب دوراً فنياً من حيث تمكين المحكمة العليا من إعمال رقابتها على الحكم - وتمكين الخصوم من الوقوف على ما شاب الحكم من عيوب، وإثراء الفكر القانوني بصفة عامة، فإن رقابة المحكمة العليا للأحكام وفقاً للحدود المبينة قانوناً لا تتحقق إلا اذا كانت الأحكام مسببة تسببياً واضحاً كافياً إذ غير ذلك يستطيع القاضي أن يُجهل طريق هذه الرقابة على المحكمة العليا بأن يكفي بذكر اسباب مجملة أو غامضة أو ناقصة أو اسباب مخلوط فيها بين ما يشغل هو بتحقيقه والحكم فيه وبين ما تراقبه المحكمة العليا من ناحية القانون لذلك كان واجبا على القاضي أن يبين في حكمه موضوع الدعوى وطلبات الخصوم وسند كل منهم وأن يذكر ما استخلص ثبوته من الوقائع وطريق هذا الاثبات والقواعد القانونية التي قام بتطبيقها، فإذا هو قصر في ذلك كان حكمه باطلاً وتعين نقضه.

والمشرع أراد من وجوب اشتمال الأحكام على الأسباب التي بنيت عليها أن يحمل الحكم باعتباره عنوان الحقيقة على آيات صحته وضمانات بلوغه الغاية المقصودة منه وذلك عن طريق التحقق من الاطلاع على أوراق الدعوى وما قدم فيها من مستندات واتصال علمه بما أبداه الخصوم فيها من طلبات ودفع ودفاع.

ومن أنه استخلص الوقائع الصحيحة في الدعوى من واقع أوراقها والأدلة المقدمة فيها أو من واقع إثبات جائز قانوناً وتم صحيحاً في مواجهة الخصوم وذلك لإمكان الوصول على أن الحكم قد حصل فهم الواقع في الدعوى ثم كيف هذا الفهم ثم طبق القانون على حاصل هذا التكيف تطبيقاً صحيحاً وقد رتب القانون البطلان على مخالفة ذلك أو إغفاله كما لو أقام الحكم قضاءه على واقعة لا سند لها في الأوراق أو تخالف الثابت فيها ومن ثم فإننا نتناول في بحثنا هذا أعمال القضاة التي يلزم تسبيبها وعيوب تسبيب تلك الأعمال وذلك في مطلبين.

المطلب الاول: أعمال القضاة التي يلزم تسبيبها.

تختلف أعمال القضاء من حيث لزوم تسبيبها ومن حيث مدى هذا التسبيب إذ تختلف الأحكام القضائية عن الأعمال الولائية عن الأعمال اللازمة لتسيير الخصومة كما تختلف الأحكام القطعية عن احكام الإثبات الأمر الذي يستلزم التعرض لكل من هذه الحالات وبيان الأحكام الواجب تسبيبها والأخرى التي لا يلزم تسبيبها على النحو التالي:-

الفرع الاول: الاحكام القطعية :-

يقصد بالأحكام بصفة عامة: في مقام التسبيب. الأحكام التي تصدر من جهة قضائية في خصومة بما لها من سلطة قضائية رفعت إليها لتفصل فيها وفقاً للمبادئ القانونية ومن ثم يخرج عن نطاق البحث في التسبيب القرارات والأوامر التي تصدر من جهة قضائية بما لها من سلطة ولائية بحته^(٢)

ويقصد بالحكم القطعي:-

الحكم الذي تحسم به المحكمة النزاع بين الخصوم في شأن



الفرع الثالث: الحكم الوقتي: -

هو الذي يصدر بإجراء وقتي توفيراً لحماية عاجلة ودفعاً لخطر داهم لا يتحمل دفعة إجراءات التقاضي العادية ويدخل في مدلوله في هذا النطاق الحكم المستعجل^(٥) وبغض النظر عن الخلاف القائم حول ما إذا كانت الأحكام الوقتية تعتبر أحكاماً قطعية من عدمه فإنها تدخل في مدلول المقصود بالأحكام فتكون واجبة التسبب ولا يستثنى من ذلك سوى الحالات التي تتمتع فيها المحكمة بسلطة تقديرية مطلقة - كالحكم الصادر من المحكمة العليا بوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه أمامها - والحكم الصادر من الاستئناف بطلب وقف النفاذ المعجل - وبتقدير نفقة وقتيه - والحكم في شأن الغرامة التهديدية.

الفرع الرابع: احكام الاثبات: -

يختلف الموقف إزاء تسبب أحكام الإثبات بحسب ما إذا كان الحكم صادراً باتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات أو بفرض طلب اتخاذ هذا الإجراء أو بالعدول عن اتخاذه أو بفرض نتيجة الإثبات أولاً: الأحكام الصادرة باتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات. هذه الأحكام لا يلزم تسببها ما لم تتضمن قضاءاً قطعياً وعلة ذلك أن مجرد النطق بالحكم الصادر باتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات يفصح في ذاته عن سبب إصداره لأنه لا يقبل الطعن المباشر على استقلال كما تمتلك المحكمة التي أصدرته العدول عنه بشروط بيان سبب العدول كما تملك المحكمة عدم الأخذ بنتيجة الإجراء.

ولكن يشترط لعدم تسبب تلك الأحكام ألا يتضمن منطوق أو أسباب الحكم قضاءً قطعياً سواء في شق من النزاع أو في مسألة إجرائية كاختصاص المحكمة أو قبول صفات الخصوم، ويستوى أن يكون هذا القضاء القطعي صريحاً أو ضمناً إذ إن الحكم في هذه الحالة يعتبر متضمناً قضاءً مزدوجاً احتوى في منطوقه على الأمر باتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات وفي أسبابه على قضاءً قطعياً مما يستوجب تسبب هذا القضاء الأخير - كما لو قضت المحكمة بندب خبير في الدعوى لتقدير قيمة الربيع وحسنت في أسباب حكمها النزاع حول الملكية، أو مدى

كل أو بعض طلباتهم الموضوعية أو دفعوهم الشكلية على نحو تنتهي به ولاية المحكمة بالنسبة إلى ما فصلت فيه^(٣) وقد عرفت المحكمة العليا الحكم القطعي بقولها الحكم القطعي هو الذي يفصل فصلاً ينهي الخصومة لا رجوع فيه من جانب المحكمة التي أصدرته سواء كان موضوعياً أم فرعياً^(٤)

ويستوي أن يكون الحكم منهيًا للخصومة كلها مثال أن يكون الحكم الصادر بصحة الورقة المطعون عليها بالتزوير أو ببطلانها صادراً من محكمة الموضوع أو من محكمة مستعجلة وسواء فصل في طلب أصلي أو طلب عارض أو احتياطي، كما يستوي أن يكون قضاؤه فيما فصل فيه قد ورد في منطوقه أم ورد في أسبابه المرتبطة بهذا المنطوق.

كالشأن فيما يرد من أسباب الحكم الصادر باتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات من حسم الخلافات بين الطرفين حول جواز اتخاذ هذا الإجراء

والأحكام القطعية لا يجوز العدول عنها من ذات المحكمة التي أصدرتها ولو كانت باطلة أو مبنية على إجراء باطل. ومفاد ذلك أن قضاء المحكمة بقبول الاستئناف شكلاً واعتباره قضاءً ضمناً بجواز الاستئناف يمتنع معه العودة إلى إثارة مسألة جواز الاستئناف من عدمه أمامها وبالنظر إلى أن الحكم القطعي يعتبر النموذج الأمثل للعمل القضائي بمعناه الفني فإنه يكون واجب التسبب في جميع الأحوال ويخضع في هذا الصدد إلى كافة القواعد الخاصة بالتسبب.

الفرع الثاني: احكام المحكمين: -

قد أوجب القانون أن يكون حكم المحكمين مسبباً، إلا أنه يوجد حالتان يجوز فيهما عدم التسبب: -

أولاً: - حالة اتفاق الطرفين على عدم التسبب. ثانياً: - إذا كان القانون الواجب التطبيق في التحكيم لا يشترط التسبب.

ولكن يجب أن يشمل حكم المحكمين في جميع الأحوال على البيانات المتعلقة بالخصوم والمحكمين وصورة من اتفاق التحكيم وملخصاً لطلبات وأقوال ومستندات الخصوم ومنطوق الحكم وتاريخ ومكان إصداره





الفرع الخامس - الأعمال الولائية :-

لا يلزم تسبب الأمر على عريضة إلا إذا كان مخالفاً لأمر سابق فعندئذ يجب ذكر الأسباب التي اقتضت إصدار الأمر الجديد وإلا كان باطلاً ويلاحظ أنه وإن كان المشرع قد أعفى القاضي من تسبب الأمر الذي لم يصدر على خلاف أمر سابق إلا أن ذلك لا يمنع القاضي من تسبب أمره^(٨)

أما الأمر الصادر على خلاف أمر سابق فيلزم تسببه سواء صدر الأمر السابق من القاضي نفسه أو من غيره وسواء علم به القاضي أو لم يعلم

الفرع السادس - الأحكام والقرارات المتعلقة بسير الخصومة :-

أولاً: قفل باب المرافعة في الدعوى وفتحها: لا تلتزم المحكمة ببيان أسباب قرارها بقفل باب المرافعة في الدعوى سواء صدر القرار صريحاً أو ضمناً بتحديد جلسة للنطق بالحكم دون التصريح بمذكرات كما لا يلزم تسبب قرار المحكمة برفض طلب أحد الخصوم بفتح باب المرافعة لأن الاستجابة لهذا الطلب يخضع لمطلق سلطة المحكمة، أما قرار فتح باب المرافعة بعد قفله فيجب على المحكمة أن تبين في محضر الجلسة سبب قرارها بفتح باب المرافعة إعمالاً لمقتضى المادة ١٦٨ من قانون الإجراءات المدنية والتجارية

الفرع السابع: إحالة الدعوى الى محكمة أخرى :-

لا يلزم تسبب القرار الصادر بالإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى لوجود نفس النزاع أمامها أما إذا كانت الإحالة للارتباط فإن القرار يلزمه التسبب لأن تقرير الارتباط الذي يقتضي الخروج على القواعد المألوفة بالاختصاص يستوجب تسببه.

الفرع الثامن: وقف الدعوى :-

أولاً: الوقف التعليقي: يستوجب التسبب إذ أنه حكم قطعي يحوز حجية الأمر المقضي ولا يجوز العدول عنه. ثانياً: الوقف الجزائي: يرى البعض عدم لزوم تسبب الحكم استناداً إلى أن سلطة المحكمة في هذا الشأن مطلقة إذ تملك الحكم به ولو اعترض عليه المدعى عليه ولكن نظراً لأن المشرع أوجب الحكم باعتبار الدعوى كأن لم

استحقاق الربيع المطالب به - أو قضت ببطلان تقرير الخبير المقدم في الدعوى وقضت في المنطوق بنذب خبير آخر- وفي هذه الحالة يخضع الحكم للتسبب ومن ثم فإن خلا من التسبب الصحيح وقع باطلاً.^(٩)

أما الأحكام الصادرة من قاضي الأمور المستعجلة بإثبات الحالة أو سماع شاهد فهي واجبة التسبب إذ إنها تقيد القاضي الذي أصدرها وتلزم الخصوم في الدعوى.

ثانياً- الأحكام الصادرة برفض اتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات: يلزم تسبب هذه الأحكام متى أبدى طلب اتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات بصورة صريحة واضحة جازمة وإلا كان مخلاً بحق الدفاع.^(١٠)

فإنه من المقرر قانوناً أن محكمة الموضوع غير ملزمة بإجابة الخصوم إلى ما يطلبونه بإحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات ما يجوز إثباته بشهادة الشهود إلا أنها ملزمة إذا رفضت هذا الطلب أن تبين في حكمها ما يسوغ رفضه

فإذا تمسكت المدعية بقيامها على نفقتها الخاصة بإتمام أعمال البناء في العقار - وطلبت نذب خبير في الدعوى لإثبات ذلك فإذا التفت الحكم عن إجابة هذا الطلب على سند من قوله إنه لم يثبت من الأوراق أن المدعية أقامت بمصروفات من عندها إضافات بذلك العقار وهو مالا يوجه طلب المدعية نذب خبير باعتباره الوسيلة الوحيدة لها في الإثبات فإنه يكون إخلالاً بحق الدفاع مشوباً بالقصور

ثالثاً - العدول عن اتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات للمحكمة العدول عن تنفيذ ما أمرت به من إجراءات الإثبات ولا يلزم في هذه الحالة صدور حكم بذلك وإنما يكفي أن تبين أسباب العدول في محضر الجلسة وذلك حتى لا يلزم القاضي بتنفيذ إجراء لم يعد يرى ضرورة له ولا يترتب ثمة ببطلان عن عدم بيان أسباب العدول بمحضر الجلسة.

فإن للمحكمة عدم الأخذ بنتيجة الإجراء الذي أمرت به بشرط أن تبين أسباب ذلك بالحكم. فإن للمحكمة من بعد توجيه اليمين المتممة مطلق الخيار في أن تقضي على أساس اليمين التي ادت أو على أساس عناصر إثبات أخرى اجتمعت لها قبل أو بعد حلف اليمين.



تكن جزاء عدم تعجيل السير فيها بعد الوقف خلال المدة القانونية أو جزاء عدم تنفيذ قرار المحكمة وهو جزاء خطير يوجب أن تتضمن أسباب الحكم بالوقف الجزائي تحديد ما أمرت به المحكمة ولم يقم المدعي بتنفيذه ثالثاً: الوقف الاتفاقي: الحكم الصادر بالوقف الاتفاقي لا يلزم تسببيه إذ أنه صادر استجابة لأمر متروك لمطلق تقدير ذوي الشأن ومن ثم لا يقبل الطعن فيه، أما الحكم بطلب رفض الوقف الاتفاقي فيجب تسببيه إذ أنه حكم قطعي

الفرع التاسع: ترك الخصومة :-

يجب تسبیب الحكم الصادر بترك الخصومة لبيان مدى توافر شروط الاعتداد به أو الاستجابة إليه، وهناك فرق بين الترك والنزول عن إجراء من إجراءات الدعوى أو ورقة من ورقها

فبالنسبة للنزول فإنه ينتج آثاره بمجرد اعلان صاحب الشأن عن إرادته في النزول ولا يلزم صدور حكم بذلك أما الترك فلا يقع إلا بحكم

الفرع العاشر: انقطاع سير الخصومة :-

يقع انقطاع سير الخصومة بقوة القانون ويترتب عليه وقف جميع المواعيد وبطلان جميع الإجراءات التي تحصل أثناء الانقطاع، وتترتب هذه الآثار كلها ولو لم يصدر حكم بالانقطاع ومن ثم فإن الحكم بالانقطاع لا يعدو أن يكون تقريراً لحكم القانون ومن ثم لا يلزم تسببيه

الفرع الحادي عشر: سقوط الخصومة وانقضائها :-

يرى البعض عدم لزوم تسبیب أحكام سقوط الخصومة وانقضائها لأن أثر السقوط يترتب بقوة القانون بمرور سنة على آخر إجراء صحيح من إجراءات التقاضي متى تمسك بذلك صاحب الشأن دون أن يكون للقاضي سلطة تقديره

ولكن هناك من يرى ضرورة تسبیب الحكم بسقوط وانقضاء الخصومة لكون الأمر لا يقتصر على ان المحكمة لا تملك سلطة تقديرية عند توافر شروطها وإنما يسبق ذلك قياس مدى توافر هذه الشروط بحيث إذا لم تتوافر

امتنع القضاء بالسقوط أو الانقضاء

الفرع الثاني عشر: شطب الدعوى :-

القرار بشطب الدعوى لا يلزم التسبیب لكونه قرار بما يخرج من نطاق تسبیب الاحكام. ^(٩)

الفرع الثالث عشر: الحكم في المصاريف :-

لا يلزم تسبیب الحكم بالزام خاسر الدعوى بالمصاريف لأنه يفصح بذاته عن اسبابه ولا يلزم أيضاً تسبیب الحكم بتجزئة المصاريف وتضامن المحكوم عليهم المتعديين في المصاريف متى كان قد قضى عليهم بالتضامن في الالتزام. ولكن يتعين تسبیب الحكم الذي يقضي بالمصاريف كلها أو بعضها على من كسب الدعوى أو يقضي بالزام غير الخصوم بالمصاريف كالمحضر أو أمانة السر.

المطلب الثاني: عيوب التسبیب

القاعدة التي تهيمن على سلامة التسبیب أن يشمل الحكم بذاته ما يطمئن المطلع عليه على أن المحكمة قد أحاطت بوقائع الدعوى وأوراقها وطلبات الخصوم فيها ودفاعهم ودفعوهم ومحصل الأدلة التي قدمت إليها وحصلت من ذلك كله تحصيلاً سائفاً النتيجة التي بنت عليها قضاءها إذا إنه يجب أن تكون الأحكام مبنية على أسباب واضحة جلية كافية لحمل الدليل على أن القاضي بحث النزاع المطروح أمامه بحثاً وافياً دقيقاً وعلى أنه فيما قضى به كان مجرياً لأحكام القانون.

ومن عيوب التسبیب :-

الفرع الأول: الخطأ في الإسناد

ويتحقق في أن تشير أسباب الحكم إلى استناده في ثبوت أو نفي واقعة معينة إلى مصدر محدد من الأوراق مع خلو هذا المصدر مما أشارت إليه أسباب الحكم.

فالأصل أن يبين الدليل الذي استقى منه النتيجة التي خلص إليها ويشترط أن يكون لهذا الدليل مصدر من الأوراق إلا أنه لا يلتزم بأن يورد في أسبابه تحديد هذا المصدر ويكون على من يدعي خطأ الحكم في الإسناد أن يقدم دليلاً

وتطبيقاً لذلك: فإذا كانت المحكمة قد قررت أمراً استناداً إلى اعتراف قالت إنه ثابت في إحدى المذكرات فلا عليها



إذ لم تعين في أسباب حكمها المذكورة التي تضمنت ذلك الاعتراف. ومن يزعم أن الاعتراف غير موجود أو مخالف لمأخذه فليدلل بدليله فإذا هو لم يفعل فإن دعواه لا يكون لها سند

الفرع الثاني: مخالفة الثابت بالأوراق

ويتحقق ذلك العيب بتحريف الحكم للثابت ماديا بالأوراق أو تحصيله منها ما يخالف الثابت فيها ببناء قضائه على واقعة استخلصها من مصدر لا وجود له، أو موجود ولكنه متناقض لما أثبتته أو غير مناقض لكن يستحيل عقلا استخلاص الواقعة منه

وتطبيقا لذلك، فإن الحكم يكون مخالفا للثابت بالأوراق إذا كان اقام قضاءه على أن المدعي لم يتمسك ببطلان العقد الذي اتخذه سندا لقضائه رغم ثبوت تمسكه بذلك بمذكراته

وبإقامة قضائه برفض ثبوت دعوى الملكية على ما ثبت له من شهادة شاهدي المدعى عليه وأن المدعي لم يحضر شهود النفي في حين أن الثابت أن المحكمة استمعت لشهود المدعي

الفرع الثالث: التناقض: -

ويقصد به ما يتماهى به الأسباب ويعارض بعضها بعضاً بحيث لا يبقى بعدها ما يمكن حمل الحكم عليه وقد يقع التناقض بين الأسباب مع بعضها وهي الصورة الشائعة وقد يقع بين الأسباب والمنطوق وقد يقع التناقض بين أجزاء المنطوق

وفي ذلك تقول المحكمة العليا التناقض الذي يعيب الحكم هو الذي لا يمكن معه الفهم على أي أساس قام قضاء المنطوق أو تتماهى به الأسباب حتى لا يبقى منها ما يمكن حمل الحكم عليه^(١٠)

ويشترط لاعتبار التناقض مؤدياً لانعدام التسبب توافر خمسة شروط: -

أولاً: أن يقع التناقض بين ما يعد سبباً بالمعنى الفني وبين سبب آخر أو بينه وبين المنطوق أما ما يرد ذكره في الأسباب بصورة عابرة أو سرده لدفاع الخصوم أو نتيجة مجرد خطأ مادي فإنه لا يعد تناقضاً يعيب الحكم.

ثانياً: أن يكون التناقض مؤكداً فالعبارات التي توهم

بوجود التناقض لا أثر لها في تعيب الحكم بالتناقض. ثالثاً: أن يكون التناقض بين الأسباب الضرورية للحكم فلا تأثير لما يرد في الأسباب الزائدة.

رابعاً: أن ينصب التناقض على الأسباب الواقعية فلا تأثير للتناقض بين الأسباب القانونية أو بينها وبين الأسباب الواقعية إذ تملك المحكمة العليا أن تستبدل السبب القانوني الصحيح بالسبب القانوني الخاطئ.

خامساً: أن يكون الحكم الذي يقع فيه التناقض حكماً قطعياً فلا أثر لما يقع في أسباب الحكم التمهيدي طالما لم يفصل في إحدى نقاط النزاع.^(١١) ومثال التناقض بين

أسباب الحكم وبعضها، يقع إذا أقام الحكم قضاءه على أساسين متعارضين^(١٢) فيما بينهما فتكييف الحكم علاقة الطرفين بأنها علاقة عمل ومع ذلك أحال إلى أسباب قضاء سابق في الدعوى ذاتها قضى بتكييف العلاقة بأنها وكالة ويتحقق التناقض في الأسباب إذا اعتمد الحكم على دليلين يستحيل الجمع بينهما فإذا استند الحكم لقضائه برد وبطلان السند المطعون عليه بالتزوير إلى ما ورد بتقرير الخبيرين المتقدمين في الدعوى رغم اختلافهما في تحديد مواطن التزوير وطريقة حصوله دون أن يبين كيف واءمت بينهما مع استحالة الجمع بينهما فإن الحكم يكون قاصراً للبيان

والتناقض الذي يفسد الحكم هو التناقض الذي يقع في ذات الحكم وليس مع حكم آخر أصدرته ذات المحكمة في نزاع مماثل بين خصوم آخرين.

والتناقض بين الأسباب والمنطوق يفسد الحكم بشرط أن يكون التناقض كاملاً ولا يكون علاجه ممكناً، ومتى تعارضت الأسباب مع المنطوق فالعبرة بالمنطوق وحده ويكون الحكم في هذه الحالة غير محمول على أسبابه وقائماً على غير أساس

فيكون هناك تعارض بين أسباب الحكم ومنطوقه متى كان مؤدي أسبابه إن التسليم لا يكون مفرزاً ومع ذلك قضى بالمنطوق بالتسليم وفقاً لصحيفة تعديل الطلبات التي تضمنت بياناً بالأنصبة مفرزة وإذا وقع تعارض بين أسباب الحكم وبين محضر الجلسة فتكون العبرة بما أثبتته الحكم



الفرع الرابع: الفساد في الاستدلال

ويقصد بهذه العيب ألا يكون استدلال الحكم بالأدلة التي استند إليها مؤدياً إلى النتيجة التي استخلصها منها، إذ لا يكفي أن تكون الأدلة التي استخلصها منها واستند إليها الحكم مما يجوز الاستناد إليها قانوناً فقط وإنما يتعين فوق ذلك أن يكون استدلاله بها مؤدياً للنتيجة التي استخلصها منها وفي ذلك تقول المحكمة العليا شائبة الاستدلال بتحقيق بإسناد المحكمة في حكمها على أدلة غير صالحة للإقناع أو عدم فهم عناصر الواقعة التي ثبت لديها أو وقوع تناقض فيها. (١٢)

وتطبقاً لذلك يكون الحكم مشوباً بعيب الفساد إذا ما استدال على التعسف في توجيه اليمين الحاسمة لمجرد التمسك بها بعد رفض الادعاء بالتزوير أو إذا ما أقام قضاءه بأن العقد المتنازع عليه يخفي وصية إلى ما استخلصه من أقوال الشهود رغم خلوها مما يفيد قصد التبرع وإضافة التملك إلى ما بعد الموت

الفرع الخامس: القصور في التسبب

هناك فرق بين انعدام الأسباب والقصور في التسبب. فانعدام الأسباب، يعني خلو الحكم من الأسباب سواء كان:-

انعداماً كلياً: بأن يكون خالياً تماماً من الأسباب بالنسبة إلى جميع عناصر الدعوى كالشأن فيما لو قضت محكمة الاستئناف بتأييد الحكم المستأنف وفاتها أن تذكر في مسودتها إنها أخذت في ذلك بأسباب الحكم المستأنف، أو إذا ما قضت الأسباب على نحو أدى إلى تماحي الأسباب بحيث لا يبقى بعدها ما يمكن حمل الحكم عليه.

أو انعداماً جزئياً: وذلك بعدم الرد على بعض الطلبات. وقصور التسبب يعني عدم كفاية الأسباب حيث لا يخلو الحكم من الأسباب كلياً أو جزئياً ولكن الأسباب التي يسوقها تكون معيبة. (١٣)

ويعبر عن القصور في التسبب بانعدام الأساس القانوني للحكم ويقصد بهذا التعبير أن مدونات الحكم لا تعين على القطع بوجود المخالفة محل النص كما لا تعين القطع بانتفاء احتمال وجودها ومن ثم تعجز المحكمة العليا من ضبطها والقول بوقوع تلك المخالفة أو عدم

وقوعها على وجه اليقين. (١٤)

وهناك معايير لعيب قصور التسبب أو انعدام الأساس القانوني للحكم وهي:-

أولاً: أن تكون أسباب الحكم مما يعجز المحكمة العليا عن مراقبة صحة تطبيقه للقانون.

فيجب أن يكون الحكم مبنيًا على أسباب واضحة جلية وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان يحمل بذاته ما يطمئن المطلع عليه إلى أن المحكمة قد محصت الأدلة والمستندات المقدمة إليها وموازنة بعضها البعض الآخر وترجيح ما تطمئن إلى ترجيحه بما ينبئ عن بحث ودراسة أوراق الدعوى عن بصر وبصيرة حتى تتوافر الرقابة على عمل القاضي والفحص من حسن استيعابه لوقائع النزاع ودفاع أطرافه فإذا كان الحكم قد اكتفى للتدليل على استحقاق رسم الدمغة على صور أوامر التوريد بأن الشركة قد احتفظت بهذه الصور ممضاة، دون أن يبين الحكم ما إذا كانت هذه الصور ممضاة من المتعاقد الآخر وتصل للاحتجاج عليه أمام القضاء حتى يستحق عليها الرسم فإن الحكم يكون قد عابه قصور في التسبب يبطله وفي ذلك تقول المحكمة العليا يجب أن يشتمل الحكم على أسبابه التي بني عليها القصور في الأسباب يؤدي إلى البطلان (١٥)

ثانياً. تجهيل الحكم لأساسه القانوني.

فإذا كان الحكم لم يبين سنده القانوني لما قضى به أو لم يورد النصوص القانونية التي طبقها على واقعة الدعوى فإنه يكون باطلاً بطلاناً جوهرياً

ثالثاً. انعدام الأسباب بالنسبة إلى بعض قضاء الحكم.

فإذا قضت المحكمة ضمناً برفض دفع هام كعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها أو برفض وجه دفاع جوهري وكأن الحكم لا يشتمل في أسبابه على ما يمكن حمل هذا القضاء الضمني عليه فإن هذا الحكم يكون قاصر الأسباب ويتعين نقضه

رابعاً. عدم بيان البيئة التي استند إليها الحكم والحقيقة التي استخلصها منها

فإذا كان الحكم قد اكتفى في بيان خطأ المضرور بعبارة مجملة تتضمن أنه لم يكن حريصاً في سيره دون أن



الطاعن ووجه المسؤولية فإنه لا يبطله عدم ذكر مواد القانون التي طبقها على الواقعة متى كان النص الواجب الإنزال مفهوماً من الوقائع التي أوردها كما لا يعيب الحكم ما يقع من خطأ في القانون وما يرد فيه من تقريرات قانونية خاطئة متى كان ذلك لا يؤثر في نتيجته الصحيحة.

كما لا يفسده عدم الرد على دفاع قانوني للخصوم أو الخطأ فيما استطرده اليه تزييدا

الفرع السادس: الإخلال بحق الدفاع

إن احترام حق الدفاع يشكل المبدأ الرئيسي الذي تدور حوله سائر المبادئ الإجرائية الأخرى حيث تتفرع عنه مجموعة من أهم هذه المبادئ كمبدأ المواجهة وحياد القاضي وحرية الدفاع وحق الإثبات وعلائية الجلسات^(١٧) ويستلزم احترام حق الدفاع أن يعرض القاضي في حكمه بالإيراد والرد السائغ لطلبات الخصوم وأوجه دفاعهم ودفعهم.

والمقصود بالطلبات هي الطلبات الختامية التي صمم عليها ذوو الشأن دن الاعتداد بما سبقها من طلبات عدل عنها صاحبها

والعبرة في تحديد الطلبات هي بما يطلب الحكم به فلا يدخل فيها ما اشارت اليه صحيفة الدعوى او مذكرة الدفاع دون أن يطلب من المحكمة الحكم به

فإذا كانت صحيفة الدعوى قد اشارت إلى أن مسؤولية المدعى عليهما تضامنية إلا انها لم تطلب الحكم عليهما بالتضامن فإن الحكم الذي يقضي بالتضامن يكون مخالفاً للقانون مخطئاً في تطبيقه.

ويتعين أن تبدى الطلبات كتابة أو شفاهة، ويتعين الالتزام بالرد عليها بالحكم وأن يكون الطلب قد قدم بالشكل الذي تطلبه القانون والا فإنه لا يعيب المحكمة عدم الالتفات إليه، كأن يبدى الطلب بعد غلق باب المرافعة أو يبدى الطلب العارض بغير الطريق الذي رسمه القانون. ويشترط في الطلب أو الدفاع الذي يعيب الحكم عدم الرد عليه توافر اربعة شروط: -

اولاً: أن يبدى على نحو جازم وصريح يقرع سمع المحكمة. مما يدل على تصميم صاحبه عليه فإذا اقتصر طلب

يكشف عن مظاهر عدم الحرص وعن الأعمال التي وقعت منه واعتبرها الحكم عدم حرص منه ودون أن يبين المصدر الذي استمد منه هذه الصورة أو يقيم الدليل عليها فإنه يكون مشوباً بالقصور.

خامساً، ألا يكون للأسباب مأخذ صحيح بالأوراق فمتى تبين أن المستأجر دفع دعوى مطالبته بالأجرة بأن الأرض المطالب بأجرتها ليست الأرض التي تم التعاقد عليها لاختلاف موقعها وحدودها عن موقع وحدود الأرض المتعاقد عليها فإنه يتعين على محكمة الموضوع أن تقوم بتحقيق هذا الدفع لما يترتب عليه من تغير وجه الرأي في الدعوى والحكم من بعده، فإذا كانت المحكمة قد التفت عنه ولم تتناوله في أسبابها بالرد عليه فإن في ذلك ما يعيب حكمها بالقصور.

سادساً، إذا كانت الأسباب لا تنطبق على مقطع النزاع وتدور حول نقطة غير جوهرية.

فإذا كان الحكم قد أغفل تمسك المؤجر بانتهاء العلاقة الإيجارية لانتهاء الإقامة المصرح بها للمستأجر الأجنبي بالبلاد أو إذا قضى بعدم جواز إثبات الصورية بغير الكتابة فيما بين طرفي العقد دون الرد على ما تمسك به صاحب الشأن من وجود مانع ادبي

سابعاً، اقتصار الحكم على الأسباب الواقعية دون الأسباب القانونية.

فالأصل أن يشتمل الحكم على أسباب صحيحة وكافية من الناحية الواقعية والقانونية معاً - ومتى كانت أسبابه الواقعية سليمة وكافية بما يمكن المحكمة العليا من مراقبه تطبيق صحة القانون وكان الحكم كان انتهى في ظل هذه الأسباب الواقعية إلى نتيجة صحيحة قانوناً فإنه لا يعيب الحكم أن يكون قد أغفل بيان النص القانوني الذي طبقه إذ يكون للمحكمة العليا التصدي لاستكمال ما نقص الحكم من بيان النص القانوني الواجب التطبيق.

وفي ذلك تقول المحكمة العليا إغفال الحكم ذكر المواد القانونية التي بني عليها لا يرتب البطلان متى كانت المواد الواجب إعمالها مفهومة من الوقائع التي أوردها فمتى كان الحكم قد بين أساس التعويض المقضي به على



العليا من إعمال رقابتها على الحكم وأنه فضلا عن ذلك يبرز مدى معرفة القاضي - والمامه بوقائع القضية وظروفها وملابساتها، ومدى اطلاعه على المستندات والوثائق والمذكرات المقدمة من الخصوم وفحصه لها والقيام بالموازنة والترجيح بين أدلة الإثبات والنفي والتسبب يبرز مدى اتفاق الحكم مع وقائع الدعوى. واتساقه مع الأدلة التي يستند إليها القاضي في حكمه ويزيل عن القاضي تهمة هوى النفس والقضاء بدون علم فهو درع لسمعة ونزاهة القاضي وسدا منيع لدراء الشبهة عنه وهو السبيل الأمثل لإقناع الخصوم بعدالة الأحكام الصادرة ضدهم. واطمئنانهم لذلك ويوفر سهولة الرقابة على أداء القاضي للارتقاء بعمله، ومن ثم ترسيخ العدالة ونشر ظلالها على الجميع، ويدفع القاضي لمزيد من الحرص والدقة للبحث عن تسبب الحكم ليكون مبنيا على أسباب سائغة مستنبطة من أدلة صحيحة. كما انه يوفر ضمانا لحق الدفاع واستئناف الحكم، فيستطيع ان يرد على تلك الأسباب، ويكون الطعن مسببا طبقا لما يظهر من خلل في تسبب الحكم. وبرغم أهمية التسبب إلا انه من الملاحظ أن بعض الأحكام القضائية لا يعتنى فيها بهذا الجانب فلا يتم الرد على أدلة الخصوم التي استند إليها ويقفز مباشرة إلى النطق بالحكم دون تسببه تسببا سائغا ينهض موجبا للنطق بذلك الحكم.، وهذا ما يحتاج إلى تداركه.

ومن ثم نخلص إلى ما يلي: -

أولاً: - أنه يتعين على القاضي العناية بتسبب أحكامه بحيث تستكمل شروط صحتها ولا تكون عرضة للنقض والإلغاء وعليه الالتزام في صياغة الأسباب بالإيجاز في الألفاظ والكلمات، مقتصدًا في السياق من غير تطويل مُمل، ولا تقصير مُخل، مختارًا من الألفاظ والأساليب ما يصور الواقع على حاله من غير مبالغة، ولا تهوين. وأن يقوم بتنقيح الوقائع بذكر المؤثر منها، وما اتفق عليه الخصمان، وما اختلفا فيه من الوقائع المؤثرة، والرد على الوقائع والدفع غير المؤثرة مما يخشى اللبس بالسكوت عنها، وبيان عدم تأثيرها، وردها.

الخصم على حضور خصمه شخصيا لتوجيه اليمين الحاسمة إليه واستجوابه فإن ذلك لا يعتبر طلبا جازما بتوجيه اليمين أو الاستجواب
ثانيا: أن يكون الطلب جوهريا ومنتجا ومؤثرا في الدعوى ويكون كذلك إذا كان مما يغير وجه الراي في الدعوى. ومفاد ذلك ان اغفال الحكم ذكر وجه الدفاع الذي أبداه الخصم لا يترتب عليه بطلان الحكم إلا إذا كان الدفاع جوهريا ومؤثرا في النتيجة التي انتهى إليها الحكم بمعنى أن المحكمة لو كانت قد بحثته لجاز أن تتغير به هذه النتيجة إذ يعتبر عدم بحث مثل هذا الدفاع قصورا في اسباب الحكم الواقعية بما يترتب عليها البطلان
ثالثا: أن يكون صاحب الشأن قدم دليلا على الطلب أو الدفاع أو طلب تحقيقه، فلمحكمة الموضوع أن تلتفت عن الدفاع الذي لم يطرح عليها دليله

رابعا: أن يكون قائما على سند صحيح من القانون فلا يعيب الحكم عدم تمسك الخصم بتسجيل صوتي لحديث خصمه دون رضاه أو إذن من قاضي التحقيق ويلاحظ هنا، أن محكمة الموضوع غير ملزمة بتكليف الخصوم بتقديم الدليل على دفاعهم أو لفت نظرهم إلى هذا الدفاع.

ويترتب على إغفال الحكم الرد على الطلب أو الدفاع الذي تتوافر فيه الشروط السالفة بطلان الحكم ولكن يشترط لذلك ان يكون المتمسك بالبطلان هو صاحب الطلب أو الدفاع.

وفي ذلك تقول المحكمة العليا إغفال الحكم بحث دفاع أبداه الخصم مؤداه قصور في اسباب الحكم أثره البطلان شرطه أن يكون الدفاع جوهرياً ومؤثراً في نتيجة الحكم^(١٨)

نتائج البحث

بعد ان استعرضنا الأحكام والقرارات القضائية واجبة التسبب والعيوب التي تشوب تسببها وخلصنا الى أنه لتسبب الاحكام أهمية قصوى في القضاء والتقاضي إذ أنه يبعث الطمأنينة في نفوس المتقاضين بحسبانه أساس اقتناعهم بعدالة الحكم كما أنه يحمي القاضي مصدر الحكم من الميل والهوى أو عدم الحيادة ويمكن المحكمة





الخاتمة

وختاماً فإنه مما لا شك فيه ولا مرأى معه أن موضوع تسبیب الأحكام يعد في الصدارة من المواضيع التي تمس صميم العمل القضائي وقد طوفنا عليه سريعاً بقدر ما تتيحه هذه المساحة وان كان الموضوع لأهميته وخطورته يحتاج إلى مزيد من الشرح والبسط بل انه يحتاج إلى مؤلفات تستغرقه وتلم بجوانبه وانتهينا الى نتائج عمليه نعتقد أنه إذا تم الاخذ بها وتطبيقها فإن ذلك سيؤدي حتماً إلى الارتقاء بالعمل القضائي في هذا البلد العريق الذي نتمنى له الخير والرقى والتقدم.

ولا يستطرد القاضي في الرد على كل وصف غير مؤثر؛ لمشقة ذلك وطوله، وأن يذكر صفة ثبوت الوقائع المؤثرة مما اختلف الخصمان فيه، مبيناً طرق الحكم التي ثبتت بها، من شهادة أو يمين أو نكول، أو غيرها من كل دليل استدل به على ثبوت الواقعة أو نفيها، ويبين ملخص الطريق الذي ثبتت به، ووجه الدلالة منه، وتعديل الشهود، وجرحهم وسببه، ويبين رد البينات عند ردها وسببه، أو يشير إلى عدم إثبات المدعي لما يدعيه إذا لم يحضر بينة ولم يعترف الخصم له وفي ذلك تقول المحكمة العليا يجب أن يشتمل الحكم علي مجمل وقائع الدعوى و على طلبات الخصوم والمجمل من دفاعهم بما يحقق الغاية من تسبيبه و قيامه على دعامة مستقلة كافية لحمل قضائه

ثانياً: - أنه يتعين على المختصين ببرامج تدريب القضاة إيلاء موضوع تسبیب الأحكام الأهمية البالغة باعتباره قوام عمل القاضي بحيث تشمل هذه البرامج جميع القضاة خاصة قضاة المحاكم الابتدائية وأن يسند التدريب الى المتميزين من القضاة اصحاب الخبرة والدراية

ثالثاً: - يتعين عقد لقاءات مكثفة بين قضاة المحكمة العليا وبين قضاة محاكم الاستئناف والمحاكم الابتدائية للوقوف على الأخطاء الشائعة والتي يكثر الوقوع فيها والتي تعيب الاحكام ويترتب عليها نقض الأحكام لعيوب في التسبیب

رابعاً: - يتعين على ادارة التفتيش القضائي جمع المآخذ التي تعن من خلال التفتيش على أعمال القضاة والتي تعد عيوباً في التسبیب ينبنى عليها نقض الأحكام

خامساً: - يتعين على القائمين على المعهد العالي للقضاء والذي يعنى بتدريب القضاة عند بداية تعيينهم تسليط الضوء على موضوع تسبیب الأحكام وعيوب التسبیب واسناد ذلك للقضاة ذوي الخبرة بحسبان ان تسبیب الاحكام من أهم العوامل التي من شأنها الارتقاء بالأحكام القضائية وصولاً لتحقيق العدالة المنشودة



الهوامش

١. يراجع في ذلك عزمي في التسبب ص ١٤-٢٠٥ وما بعدها - أبو الوفا في الأحكام بند ٦٥ وما بعده
٢. راجع أبو الوفا في الأحكام هامش بند ١٦ والمقصود
٣. يرجع في ذلك والي بند ٣٣٠ - عزمي في التسبب ص ٩١
٤. الطعن رقم ١٨-٢٠٠٦ م شرعي عليا جلسة ١٣-٢٠٠٧ م
٥. عزمي ص ٩٣٠ - وجدي راغب في بحثه عن فكرة عامة للقضاء الوقتي المنشور للمجلة القانونية والاقتصادية س ٢٥ يناير سنة ١٩٧٢ ص ٢٣٠-٢٣٣-أبو الوفا في الأحكام.
٦. أبو الوفا من الأحكام بند ٦٩ مكرر - والي بند ٢٩٤ - سيف بند ٤٧٨ عزمي في التسبب ص ١٢٨ - راغب في الخصومة ص ٣٢٨
٧. راجع في ذلك والي بند ٢٩٤ - راغب ص ٣٢٧ عزمي في التسبب ص ١٤٢ الدناصور في التعليق عي قانون الإثبات
٨. عزمي ص ١٢٢ - جميعي ص ٢٧٧
٩. أبو الوفا في الأحكام البند ١٧٧ - عزمي من التسبب ص ١٦٩
١٠. الطعن رقم ٤٢٤ لسنة ٢٠٠٧ تجاري عليا جلسة ١٣ / ٢٠٠٧ / ٦
١١. عزمي في التسبب ص ٣٢٠ وما بعدها
١٢. أبو الوفا في الأحكام بند ١٢١
١٣. طعن رقم ٢٥٨ لسنة ٢٠٠٩ تجاري عليا جلسة ٢٠١٠/٤/٧
١٤. يراجع في تفصيل ذلك عزمي في التسبب ص ١٩٨ وما بعدها الصاوي بند ١٠٠
١٥. حامد فهمي - محمد حامد فهمي في النقد في المواد التجارية والمدنية طبعة ١٩٣٧ بند ١٩٩
١٦. طعن رقم ٢٣٢/٢٠٠٩ تجاري عليا جلسة ٢٠١٠/٢/١٢
١٧. عزمي في التسبب ص ٢٠٥
١٨. الطعن رقم ٣٨-٢٠٠٧ عمالي عليا جلسة ٢٥/٧/٢٠٠٧

المصادر والمراجع

- المستشار: أنور طلبه - شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية - ج ٢-١ ط ١ - المركز القومي لإصدارات القانونية - ٢٠٠٩
- د: أحمد السيد صاوي - الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية - ٢٠٠٨
- د: أحمد أبو الوفا - نظرية الأحكام في قانون المرافعات - منشأة دار المعارف بالإسكندرية - ٢٠٠٠
- د: - أحمد مليجي - قانون المرافعات - ج ٣-٢ ط ٨ - المركز القومي للإصدارات القانونية - ٢٠١٠
- د: أحمد هندي - قانون المرافعات المدنية والتجارية - دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية - ١٩٩٥
- د: أمينة مصطفى النمر - قوانين المرافعات - منشأة دار المعارف بالإسكندرية - بلا سنة طبع
- د: - رؤوف عبید - ضوابط تسبب الأحكام الجنائية - مطبعة نهضة مصر ١٩٥٦
- د: عبد الحميد الشواربي - أوجه الطعن بالنقض في تسبب الأحكام المدنية والجنائية - منشأة دار المعارف - الإسكندرية - ٢٠٠٤
- د: - عبد الحكم فوده - اسباب صحيفة الاستئناف - منشأة المعارف - الإسكندرية - ٢٠٠٥
- المستشار: عز الدين الدناصورى، ود: عبد الحميد الشواربي طريق الطعن في الأحكام المدنية - ط ٢ - ٢٠٠٦
- د: فتحي والي - الوسيط في قانون القضاء المدني - مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي - ٢٠٠٨
- المستشار: - مصطفى مجدي هرجه - قانون المرافعات المدنية والتجارية في ضوء الفقه والقضاء - ج ٢ - المجلد الثاني - القاهرة - بلا سنة طبع
- قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٩ لسنة ٢٠٠٢



سلطة القاضي الجزائية في الاقتناع بالدليل الإلكتروني

إعداد

د. سالم بن سليمان بن هلال الحوسني
مدير لجنة التوفيق والمصالحة في ولاية صحم





مقدمة البحث:

المستمدة من الحاسوب، خاصة إذا كان بالإمكان التلاعب فيها بسهولة، كما أن الأمر يختلف من دولة إلى أخرى بحسب النظام القضائي المتبع وللتقييم والتقدير الحر للأدلة يستطيع بموجبها القاضي أن يأخذ بجميع أنواع الأدلة بما فيها سجلات الحاسوب.

أولاً: - مبدأ حرية الإثبات الجنائي:

تعد حرية الإثبات إحدى الخصائص النظرية للإثبات في المسائل الجنائية، وذلك على عكس المسائل المدنية، حيث يحدد القانون في الأولى وسائل الإثبات، وقواعد قبولها وقوتها، ومرجع الاختلاف هو أن الإثبات المدني ينصب في الغالب على أعمال قانونية.

بينما يتعلق الإثبات الجنائي بوقائع مادية ونفسية، والإثبات بصفة عامة يعني إقامة الدليل على وقوع الجريمة وعلى نسبتها إلى المتهم.

وفيما يتعلق بإجراءات المحاكمة في جرائم الحاسب الآلي فإن الخبراء يرون ضرورة ترتيب الوقائع والأحداث من قبل سلطات الضبط والتحقيق الجنائي، أمام المحكمة بصورة مبسطة تسهل للمحكمة وكذلك للجمهور فهم ما يدور من وقائع في مثل هذه القضايا، وحتى يتحقق مبدأ الاقتناع لدى القاضي الجنائي، وسواء كان ذلك بالإدانة أو البراءة، وأن مجرى الأحداث يتم ترتيبه من واقع خبرة مأموري الضبط القضائي أو سلطات التحقيق الابتدائي والخبراء الذين تولوا جمع الاستدلالات والتحقيق في الجريمة المعروضة أمام المحكمة^(١)، كما يجب مراعاة ضرورة مشروعية الدليل المترتب على أعمال الخبرة، وذلك أن هذه الأعمال تهدف أولاً وأخيراً إلى الفصل في مسألة فنية أو علمية لا دراية لسلطة التحقيق أو المحكمة بها، وهذا لا يخل بقاعدة أن المحكمة هي الخبير الأعلى في الدعوى، إلا أن المحكمة ومن باب أولى سلطات التحقيق - فيما لو رأت التقرير بأي وجه لإقامة الدعوى الجنائية - فعليها أن تميز الدليل العلمي المستمد من أعمال الخبير بدليل علمي آخر، حتى لا تهدر دليلاً ذا

في ضوء تقدير القاضي الجزائي للأدلة والقرائن المتصلة من وقائع الدعاوي الماثلة بين يديه يأتي الدليل الإلكتروني في سلم الأولويات في العصر الحديث، المتسربل بالأنظمة والبرامج المعلوماتية في مسافات متعددة، ففي الشبكة المعلوماتية تتصاعد اهتمامات الشركات، وتتنافس في خلق مستجدات تسهل على الباحثين تصيد المعلومات، كما أنها تعمل في ذات الوقت في إنشاء برامج للكشف عن مصادر خروقات التشفير؛ وذلك تحسبها للجرائم المعلوماتية المتصلة من استخدامات بعض المغرضين، أو أولئك المهكرز المتسورين علي خصوصيات الناس. وتبعا لذلك كله فلا بد للمقننين أن يبسطوا أيديهم لوضع الحلول المناسبة، والوسائل الرادعة لهذه الاختراقات، وهذا الجرائم المنبثقة عن تسور خصوصيات الآخرين عبر الشبكة المعلوماتية، التي حظيت بحضور واسع النطاق في ساحة الخدمات، والميادين العلمية والثقافية.

وقد جاءت هذه الدراسة لتضع اليد على الجرح، وتتناغم مع معطيات العصر الحديث، وذلك في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: حجية الدليل الإلكتروني في الإثبات الجنائي.

المطلب الثاني: مفهوم مبدأ الإقناع القضائي، وقيمة الدليل الإلكتروني في الإثبات.

المطلب الثالث: الصعوبات المتعلقة بإثبات الدليل الإلكتروني.

المطلب الأول: - حجية الدليل الإلكتروني في الإثبات الجنائي.

يعد إثبات الجرائم المعلوماتية أكثر الأمور صعوبة، بل وحتى إن اكتشفت فإن إثباتها من الصعوبة بمكان؛ وذلك لكونها لا تترك أثراً، وفي غالب الأحيان لا تكتشف الجريمة إلا بمحض الصدفة، وعندما تكتشف لا يتم التبليغ إلا عن نسبة قليلة منها، وما يطرح أمام القضاء لا يترك أثراً كتابياً؛ لأن المعلومات تنتقل بالنبضات الإلكترونية، كما أن الجاني لديه إمكانية كبيرة لإتلاف الأدلة.

بالإضافة إلى كل هذا تثار مسألة مدى قبول الأدلة

(١) محمد الأمين البشري: محمد الأمين البشري: التحقيق في الجرائم المستحدثة، الطبعة الأولى، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ٢٠٠٤، ص ٦٠.



قيمة في الإثبات^(٢).

إن تقديم الشهادة في جرائم الحاسب الآلي والإنترنت يجب تقديمها وفقاً لضوابط محددة، وذلك لأن أقوال الشهود في جرائم الحاسب الآلي والإنترنت من أكثر الأدلة حرجاً، وسواء كان ذلك لصالح الاتهام أو الدفاع، وهذه الضوابط تخضع لمثل الاتهام الادعاء العام «النيابة العامة» وهي^(٣):

حصر الشهادة في النقاط التي يجب إثباتها أمام المحكمة. وضع أسئلة نموذجية وإجابات محددة لها من قبل الشاهد.

تحديد الشهود الذين سوف توجه إليهم الأسئلة.

ترتيب الأسئلة حسب ترتيب الوقائع.

السيطرة على شهود الاتهام «أي شهود الإثبات» منعا لانفلاتهم.

وتبقى حرية الإثبات الأساس التي على ضوئها يعمل القاضي الجنائي حكمه سواء في الأخذ أو عدم الأخذ بوسائل الإثبات، فليس هناك من شك في أن وصول القاضي الجنائي إلى حكم يعبر عن الحقيقة في الواقعة المطروحة عليه ليس بالأمر الهين؛ لأن الجريمة واقعة تنتمي إلى الماضي، وليس في وسع القاضي أن يطلع عليها بنفسه ويتعرف على حقيقتها^(٤).

وبهذا يستلزم أن يستعين القاضي بوسائل تعيد أمامه رواية وتفاصيل حقيقة ما حدث، وهذا الوسائل هي الأساس في المسائل الجنائية، إذ بها وحدها يتمكن القاضي من كشف الحقيقة في الدعوى المطروحة عليه.

(٢) بيومي حجازي: الدليل الجنائي والتزوير في جرائم الكمبيوتر والإنترنت، دراسة متعمقة في جرائم الحاسب الآلي والإنترنت، دار الكتب القانونية، مصر، المحلة الكبرى، ٢٠٠٢م، ص ٩٥.

(٣) محمد الأمين البشري: التحقيق في الجرائم المستحدثة، المرجع السابق، ص ٦١.

(٤) المادة (٨٠) قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية العماني: «للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم أن تقرر الانتقال لمعاينة المتنازع فيه أو تدب لذلك أحد الخصوم الانتقال لمعاينة المتنازع فيه أو تدب لذلك أحد قضاها، وتعين في قرارها تاريخ ومكان المعاينة، وتحرر المحكمة أو القاضي المنتدب محضراً يبين فيه جميع الأعمال المتعلقة بالمعاينة ولا كان عملها باطلاً.

وللمحكمة أو لمن تدبه من قضاها في حال الانتقال تعيين خبير للاستعانة به في المعاينة، ولها وللقاضى المنتدب سماع من ترى سماعه من الشهود، وتكون دعوة هؤلاء للحضور بطلب ولو شفويًا من أمين السر».

والتشريعات الجنائية قد نصت على هذا المبدأ في نصوصها القانونية، فمثلاً نص المشرع العماني في المادة (٨٢) ق. ث. م. م. ت العماني على أنه: «للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم أن تستعين بأهل الخبرة لتحقيق واقعة معينة في الدعوى أو إبداء رأيهم فيما يطرح فيها من مسائل فنية أو متخصصة دون المسائل القانونية».

ومثل هذا المبدأ أقره المشرع الفرنسي في المادة (٤٢٧) من القانون الجنائي الفرنسي، حيث نص بأن للقاضي أن يبنى قناعته الخاصة على الإدانة أو البراءة وفقاً للأدلة المعروضة أمامه، والتي اشترط المشرع أن يتم عرضها شفاهة أو كتابة داخل الجلسات وليس خارجها، وله الحق في تقييمها وتكييفها، وبهذا فإن للقاضي حرية في تقدير عناصر الإثبات التي يستند منها اقتناعه.

فمبدأ حرية القاضي في الاقتناع يعني أن يقدر القاضي بكامل حريته قيمة الأدلة المعروضة عليه تقديرًا منطقيًا ومسببًا، فإذا كان القاضي حرًا في أن يستند عقيدته من أي مصدر يطمئن إليه، فإنه يتعين أن يكون له أصل في الأوراق واليه المرجع في تقدير الدليل الناجم من الدعوى دون أن يملّي عليه المشرع حجية معينة أو يلزمه باتباع وسائل محددة للكشف عن الحقيقة كقاعدة عامة^(٥).

ووفقاً لمبدأ حرية القاضي في تكوين اقتناعه، لا يلزم أن يكون الدليل الذي يستند إليه القاضي صريحاً ومباشراً في الدلالة على ما يستخلصه منه، بل له أن يركن في تكوين عقيدته عن الصورة الصحيحة لواقعة الدعوى واستظهار الحقائق القانونية المتصلة بها إلى ما يستخلصه من العناصر المطروحة بطريق الاستنتاج والاستقراء وكافة المكنات العقلية الممكنة، فلا يعيب الحكم لاستناده على دليل غير مباشر، وأن ما يتم إثباته للقاضي هو اكتمال الركن المادي للجريمة كوسيلة إثبات للإدانة بحيث تكون هذه الوسائل مشروعة، فإذا كانت غير مشروعة فلا يجوز الاستناد إلى الدليل ولو وجدت معه أدلة أخرى صحيحة^(٦).

(٥) عبد الحميد الشواربي: ضمانات المتهم في مرحلة التحقيق الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٦، ص ١٥.

(٦) عبد الحميد الشواربي: ضمانات المتهم في مرحلة التحقيق الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٦م، ص ١٦.



ويقع عبء الإثبات في المسائل الجنائية على عاتق المدعي^(٧) المتمثل في سلطة الاتهام وبالتبعية على المدعي المدني، بعكس القاعدة السائدة المدنية وهي المساواة المطلقة بين طرفي الخصومة، بمعنى يتقاسمان عبء الإثبات فيما بينهما بذات الوسائل المحددة في القانون. وبهذا يتضح أن على المدعي في المسائل الجنائية إثبات عناصر الجريمة، وتحقق الضرر ورابطة السببية التي تربط الضرر بسلوك المتهم، وهنا يجب على الادعاء العام أن يثبت كل العناصر المكونة للجريمة، سواء كان الركن المادي - القصد الجنائي العام أو الركن المعنوي - القصد الجنائي الخاص.

فبالنسبة لإثبات الركن المادي، يتعين على سلطة الاتهام والمدعي المدني إثبات هذا الركن وطبيعة الجريمة، أما بالنسبة لإثبات الركن المعنوي فلا يكفي إدانة المتهم بمجرد إثبات الفعل والامتناع من جانبه، إنما يجب بالإضافة إلى ذلك إثبات أن هذا الفعل أو الامتناع كان بمحض إرادته، فالعمد والقصد يعني العلم بارتكاب فعل، والفعل والامتناع من جانبه، إنما يجب بالإضافة إلى ذلك إثبات أن هذا الفعل أو الامتناع كان بمحض إرادته، فالعمد والقصد يعني العلم بارتكاب فعل إجرامي.

ثانياً: - حجية الوسائل الحديثة في الإثبات:

تتلخص الصعوبات الأساسية في إثبات جرائم المعلومات بصرف النظر عن البعد العابر للحدود في جانبين:

١- يتمثل في اللامادية الآثار والمعالم التي يمكن الاستدلال من خلالها على وقوع جريمة مادية ونسبتها إلى شخص أو أشخاص محددين^(٨)، فالمعطيات المتداولة من صوت وصورة وكتابة ومواد فيديو، سواء اتخذت

(٧) المادة (١) من قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية العماني: «على المدعي إثبات الالتزام وعلى المدعي عليه إثبات التخلّص منه».

(٨) المادة (٨١) من قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية العماني: «يجوز لمن يخشى ضياع معالم واقعة يحتمل أن تصبح محل نزاع أمام القضاء أن يطلب في موجهة ذوي الشأن وبالطرق المعتادة من قاضي الأمور المستعجلة الانتقال للمعينة، وتراعى في هذه الحالة الأحكام المبينة في المادة رقم (٨٠) من نفس القانون».

ويجوز لقاضي الأمور المستعجلة في هذه الحالة أن يندب أحد الخبراء للانتقال والمعينة وسماع الشهود بغير يمين، وفي هذه الحالة يكون على القاضي أن يعين جلسة لسماع ملاحظات الخصوم على تقرير الخبير وأعماله، وتتبع الأحكام المنظمة لأعمال الخبرة أمام المحاكم».

شكل تجميع للمعطيات أو برامج الحاسوب تتجسد كلها في أنظمة التشغيل في شكل إلكتروني يتجسد في وحدات حسابية^(٩).

٢- يتجسد في مشكلة الولوج إلى بعض المعلومات المحفوظة تحت رقم أو رمز سري أو المشفرة كلياً، فهذه المشاكل وغيرها هي التي كانت سبباً في توجه التشريعات إلى إصدار نصوص قانونية خاصة تعمل على قبول حجية الوسائل الحديثة في الإثبات، لكون الوسائل التقليدية لا تكفي لإثبات الجرائم التي ترتكب بالوسائل الإلكترونية. وهذا يدفعنا إلى التساؤل حول حجية الوسائل الحديثة في الإثبات؛ نظراً لما لها من طبيعة خاصة؟ وللإجابة على هذا التساؤل لا بد من التمييز بين المواد المدنية والمواد الجنائية، ففي الإثبات المدني بدأت بعض التشريعات في الاعتراف بالسندات الإلكترونية، وهو ما ذكره المشرع العماني بالمادة رقم (٢) من قانون المعاملات الإلكترونية العماني والتي من خلال نصها يهدف هذا القانون إلى: تسهيل المعاملات الإلكترونية بواسطة رسائل أو سجلات إلكترونية يعتمد عليها.

(٢) إزالة أية عوائق أو تحديات أمام المعاملات الإلكترونية والتي تنتج عن الغموض المتعلق بمتطلبات الكتابة والتوقيع، وتعزيز تطور البنية القانونية لتطبيق المعاملات الإلكترونية بصورة مضمونة.

(٣) تسهيل نقل المستندات الإلكترونية والتعديلات اللاحقة.

التقليل من حالات تزوير المراسلات الإلكترونية والتعديلات اللاحقة ومن فرص الاحتيال في المعاملات الإلكترونية.

إرساء مبادئ موحدة للقواعد واللوائح والمعايير المتعلقة بتوثيق وسلامة المراسلات والسجلات الإلكترونية.

تعزيز ثقة الجمهور في سلامة وصحة المعاملات والمراسلات والسجلات الإلكترونية.

تطوير المعاملات الإلكترونية على الصعيد الوطني والخليجي والعربي وذلك عن طريق استخدام التوقيع الإلكتروني.

(٩) أحمد آيت الطالب: تقنيات البحث وإجراءات المسطرة المتبعة بجرائم الإنترنت والمعلومات - مقال بمجلة الملف - عدد ٩، نوفمبر ٢٠٠٠م، ص ٢٣.



ثالثاً: - حجية الإثبات بالكتابة

تتمتع الوثيقة المحررة على دعامة إلكترونية «بنفس قوة الإثبات التي تتمتع بها الوثيقة المحررة على الورق»، تقبل الوثيقة المحررة بشكل إلكتروني كإثبات شأنها في ذلك شأن الوثيقة المحررة على الورق، شريطة أن يكون بالإمكان التعرف، بصفة قانونية، على الشخص الذي صدرت عنه وأن تكون معدة ومحفوظة وفق شروط من شأنها ضمان إتمامها^(١٠).

ومن بين هذه التشريعات التي واكبت هذا التطور نجد القانون الفرنسي رقم ٢٣٠ الذي صدر في ١٣ مارس ٢٠٠٠، والذي عدل نص المادة ١٣١٦ من القانون المدني حيث أخذ في الاعتبار التطور الذي لحق بالسندات ومن ثم أصبح يعتد بالسندات والتوقيع الإلكتروني، ولقد نصت المادة ١٣١٦ من القانون المدني الفرنسي بعد تعديله بالقانون ٢٣٠ الصادر في ١٣ مارس ٢٠٠٠ كآلاتي: «الأدلة الكتابية هي الأدلة التي تتخذ شكلاً كتابياً، سواء كانت من حروف وأرقام أو على شكل إشارات».

وذلك على النحو التالي:

١- السندات الإلكترونية تقبل كدليل كامل في الإثبات وتتمتع بذات حجية الأدلة الكتابية الورقية وذلك إذا ما حررها الشخص الذي صدر منه السند قانوناً وأن يكون السند الإلكتروني متضمناً لكامل السند الأصلي.

٢- إذا لم يحدد القانون شروط السند الإلكتروني أو لم يتفق الأطراف على ذلك، فالقانون يفصل في النزاعات المتعلقة به بكافة طرق الإثبات أيًا كان مصدر السند.

٣- تتمتع السندات الإلكترونية بحجية الأدلة الكتابية. نستطيع أن نقول أنه بهذا التدخل التشريعي قد حسم مسألة قبول مخرجات الحاسب الآلي لقواعد الإثبات في المسائل المدنية، ولم يبق سوى تقدير حجية الوسائل الحديثة في الإثبات الجنائي، فإذا كان عدم اقتناع قاضي الموضوع بالدليل المعلوماتي يرجع إلى الطبيعة الخاصة لهذا الأخير، فهل تعزيز هذا الدليل بدليل علمي سينتج

(١٠) المادة (٦) من قانون الكاتب العدل العماني: «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».

اقتناع لدى قاضي الموضوع بالقبول به، أم أن (الدليل العلمي) يحتاج هو نفسه إلى قناة جديدة من قاضي الموضوع؟

هذا ما سنحاول أن نجيب عليه فيما يلي:

أ - حجية الدليل المعلوماتي في الإثبات الجنائي:

الدليل الجنائي قد يكون دليل مادي يتكون من أشياء مادية تدرك بالحواس، دون أن يضاف إليها دليل آخر - دليل علمي - لإثبات الواقعة التي يثور الخلاف في تحديد وإدراك معناها^(١١)، وهي قد تكون بخط اليد أو الآلة الكتابية أو الطبع أو النسخ أو الصور أو تسجيل الأصوات أو الرموز، وهذا الدليل يجب أن يكون مناسباً لإثبات الواقعة، وأن يكون حقيقياً في ذاته بمعنى أن يكون المستند حقيقياً وغير مزور^(١٢).

ومن المعروف أنه يسيطر على الإثبات الجنائي مبدأ حرية القاضي في الاقتناع، فالقاضي الجنائي يستطيع أن يستمد عقيدته من أي دليل يرتاح إليه وجدانه.

أي أن القاضي الجنائي غير مقيد بدليل معين، فهو يستقي اقتناعه من أي دليل يطرح أمامه، وهذه الحرية التي يتمتع بها القاضي الجنائي ليست مقررّة، لكي تتسع سلطته من حيث الإدانة أو البراءة وإنما هي مقررّة له بالنظر إلى صعوبة الحصول على الدليل في المواد الجنائية.

وبالنظر إلى الطبيعة الخاصة التي تتميز بها الأدلة المتحصلة من الوسائل الإلكترونية وما قد يصاحب الحصول عليها من خطوة معقدة، لهذا السبب ذهبت التشريعات المقارنة إلى قبول مصادر المعلومات الخاصة بالحاسب الآلي أو المتحصل عليها من أنظمة مثل مخرجات نظام المعالجة الآلية للبيانات والبيانات المكتوبة

(١١) الدليل الجنائي هو: «معنى يدرك من مضمون واقعة تؤدي إلى ثبوت الإدانة أو ثبوت البراءة، ويتم ذلك باستخدام الأسلوب العقلي وإعمال المنطق في وزن وتقدير تلك الواقعة، ليصبح المعنى المستمد منها أكثر دقة في الدلالة على الإدانة أو البراءة»، انظر: عبد الفتاح بيومي حجازي: الدليل الجنائي والتزوير في جرائم الكمبيوتر والإنترنت - دراسة متعمقة في جرائم الحاسب الآلي والإنترنت، دار الكتب القانونية، مصر، المحلة الكبرى، ٢٠٠٢، ص ١٥ وما بعدها.

(١٢) رمزي رياض عوض: مشروعية الدليل الجنائي في مرحلة المحاكمة، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٧، ص ١٥.



على شاشة، والبيانات المسجلة على دعائم ممغنطة والمخزنة داخل نظام المعالجة كأدلة يقوم عليها الإثبات الجنائي.

وهذه الأدلة المتحصلة من الوسائل الإلكترونية تخضع للسلطة التقديرية للمحكمة حيث يعول عليها في الحكم الذي ينتهي إليه عند اقتناعه، بمعنى آخر أن للقاضي الأخذ بهذه الأوراق التي تستخرج من الكمبيوتر ما دام يقينه قد اطمأن إلى صحة هذه المحررات المكتوبة، بيد أن حصول أحد الخصوم عليها والتمسك بها في مواجهة الخصم الآخر قد يضعف من القوة الثبوتية لمخرجات الكمبيوتر.

فالقاضي يتحرز في تكوين عقيدته؛ لأن الراجح هو أن الأحكام الجنائية تُبنى على الجزم واليقين وليس على الظن والاحتمال^(١٣).

ب - حجية الدليل العلمي:

يقصد بالدليل العلمي النتيجة التي تسفر عنها التجارب العلمية والمعملية لتعزيز دليل سبق تقديمه سواء لإثبات أو لنفي الواقعة التي يثار الشك بشأنها، وبطبيعة الحال فإن إجراء هذه التجارب والوسائل لا تكون سوى من مختص فني، وهو بهذه المثابة لا يعدو إلا أن يكون رأياً فنياً^(١٤).

وهذا الدليل العلمي يعد شكلاً استثنائياً للأدلة المقدمة في الدعوى الجنائية، ويكون مطلوباً بناء على رغبة القاضي أو أحد الخصوم في الدعوى^(١٥).

والوسائل العلمية في أغلب حالاتها ليست دليلاً مستقلاً في ذاتها وإنما هي قرائن^(١٦)، ومؤدى ذلك أنها لا تصلح في ذاتها كدليل وحيد في الإثبات الجنائي.

فالفقه الفرنسي تناول حجية هذه المخرجات في المواد

الجنائية ضمن مسألة قبول الأدلة المتحصلة عن الأدلة أو ما يسمى بالأدلة العلمية والتي يجب ألا تقبل كطريق إثبات إلا إذا توافرت الشروط المقررة لذلك وهذا ما أكد عليه المشرع العماني للأحكام المتعلقة بالشهادات وخدمات التصديق بالمادتين (٣٣) و(٣٤) قانون المعاملات الإلكترونية العماني نص المادة (٣٣): «يجب أن تبين الشهادة:

أ - هوية مقدم خدمات التصديق.

ب - أن الموقع يسيطر في الوقت المعني على أداة إنشاء التوقيع المشار إليها في الشهادة.

ج - أن أداة إنشاء التوقيع كانت صحيحة وصالحة في تاريخ إصدار الشهادة.

د - أية قيود على النطاق أو القيمة التي يجوز استخدام الشهادة فيها.

هـ - أية قيود على نطاق أو مدى المسؤولية التي يقبلها مقدم خدمات التصديق تجاه أي شخص.

و - أية بيانات أخرى تحددها السلطة المختصة.

والمادة (٣٤) من نفس القانون تنص: يجب على مقدم خدمات التصديق أن يكون حاصلاً على ترخيص بذلك من السلطة المختصة ويلتزم بما يأتي:

أ - أن يتصرف وفقاً للبيانات التي يقدمها فيما يتعلق بممارساته.

ب - أن يتحقق من دقة واكتمال كل البيانات الجوهرية التي تضمنتها الشهادة أثناء مدة سريانها.

ج - أن يوفر وسائل يكون من الممكن الوصول إليها وتمكين الطرف الذي يعتمد على خدماته من التأكد مما يلي:

١ - هوية مقدم خدمات التصديق.

٢ - أن الشخص المعينة هويته في الشهادة لديه السيطرة في الوقت المعني على أداة التوقيع المشار إليها في الشهادة.

٣ - الطريقة المستخدمة في تعيين هوية الموقع.

٤ - وجود أية قيود على الغرض أو القيمة التي يجوز أن تستخدم أداة التوقيع أو الشهادة من أجلها.

٥ - صحة أداة التوقيع وعدم تعرضها لما يثير الشبهة.

٦ - الوسيلة المناسبة للإبلاغ عن الإلغاء.

(١٣) شيماء عبد الغني محمد عطا الله: الحماية الجنائية للتعاملات

الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٧، ص ٢٨٥.

(١٤) رمزي رياض عوض: مشروعية الدليل الجنائي في مرحلة المحاكمة،

دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٧، ص ٣٢٣.

(١٥) بيومي حجازي: الدليل الجنائي والتزوير في جرائم الكمبيوتر

والإنترنت، دراسة متعمقة في جرائم الحاسب الآلي والإنترنت، دار الكتب

القانونية، مصر، المحلة الكبرى، ٢٠٠٢، ص ٥٠.

(١٦) محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجزائية، دار النهضة

العربية، الطبعة الثانية، ١٩٨٨، ص ٤٧٥.



د - أن يوفر للموقع وسيلة تمكنه من الإبلاغ في حالة تعرض أداة إنشاء التوقيع للإخلال، وأن يتضمن توفير خدمة لإلغاء التوقيع يمكن استخدامها في الوقت المناسب. هـ - أن يستخدم في أداء خدماته نظامًا وإجراءات وموارد بشرية جديرة بالثقة مع الأخذ في الاعتبار العوامل الآتية:

١- الموارد المالية والبشرية.

٢- أجهزة وبرامج أنظمة حاسب آلي موثوق بها.

٣- إجراءات الشهادات وطلبات الحصول على الشهادات والاحتفاظ بالسجلات.

٤- توفير المعلومات الخاصة بالموقعين المعرفين في الشهادات وتوفير المعلومات للأطراف الذين يحتمل أن يعتمدوا على خدمات التصديق.

٥- انتظام ومدى تدقيق الحسابات بواسطة جهة مستقلة. ويثير قبول الأدلة المتحصلة من الوسائل الإلكترونية مشكلات عديدة في ظل القواعد الأنجلوسكسونية للإثبات الجنائي، التي تعتق كمبدأ أساسي الإثبات بالشهادة، ولذلك فإن قبول المستندات المطبوعة لمخرجات الوسائل الإلكترونية والتي هي عبارة عن إشارات إلكترونية ونبضات ممغنطة يطرح مشكلة أمام القضاء في هذا النظام، إذ لا يمكن للدعاء العام أو القاضي من مناظرة الأدلة المتولدة منها ووضع أيديهم عليها، وهذا يجعلها أدلة ثانوية وليست أصلية.

ويتضح لنا أنه لو تم التسليم بالقواعد التقليدية في الإثبات في شأن أهمية الدليل العلمي في الجريمة المعلوماتية وعدم اعتماده وحده كدليل في الإثبات بوصفه قرينة ما لم تؤازره أدلة أخرى فسوف يؤدي ذلك إلى إفلات الجناة في هذه القضايا، سيما وإزاء عدم وجود محققين بالدعاء العام فنيين مدربين من رجال أجهزة العدالة والخبراء في مجال الأنظمة المعلوماتية لضبط هذه الجرائم تحت إشراف أجهزة العدالة وتحت إشرافهم حين مشاركتهم في المعاينة والضبط وفحص الأدوات وتحليل الأجهزة والتوصل للمعلومات، فلا مانع من أن تتحرر هذه الإجراءات من القيود التقليدية المعروفة في التشريعات الجنائية الإجرائية شرط عدم الإخلال

بالمشروعية الموضوعية أو الإجرائية، وشرط عدم الإخلال بحقوق المواطن الدستورية.

المطلب الثاني: - مفهوم مبدأ الإقناع القضائي، وقيمة الدليل الإلكتروني في الإثبات.

يخضع الدليل الإلكتروني للمبدأ العام في الإثبات الجنائي وهو حرية القاضي الجنائي في الإقناع (Lintima conviction)، وحرية في هذا المقام بالغة السعة، فهو وحده الذي يقدر قيمة الدليل الإلكتروني بحسب ما تحدثه من أثر في وجدانه من ارتياح واطمئنان، ومع ذلك فقد تعاظم دور الإثبات العلمي مع ظهور الدليل الإلكتروني المطلوب للإثبات في الجرائم الإلكترونية، مما جعل القاضي يضطر للتعامل مع هذا النوع المستحدث من الأدلة الضرورية لكشف أنماط جديدة من الجرائم في مقابل نقص الثقافة المعلوماتية، ومما يزيد من نسبة هذا الاضطراب المشكلات التي يثيرها هذا الدليل مما تؤدي إلى إنقاص قيمته ونسبة الاستناد عليه في إثبات الجرائم الإلكترونية، وعلى ذلك يمكن أن نوضح بعض النقاط الآتية: -

الفرع الأول: الطبيعة العلمية للدليل الإلكتروني وأثرها على إقناع القاضي:

يقضي الحديث عن الطبيعة العلمية للدليل الإلكتروني وأثرها على إقناع القاضي الجنائي، بيان مضمون مبدأ الإقناع القضائي وما يعينه في مجال الإثبات الجنائي، ثم بيان قيمة الدليل الإلكتروني في الإثبات الجنائي وهل الدليل الإلكتروني يعد تطبيقاً من تطبيقات الدليل العلمي، يتعين علينا أن نتناوله بالدراسة بالإضافة إلى مدى تأثير القاضي الجنائي به، كي يسلم ويبني إقناعه بالدليل الإلكتروني على أساس أن أمره محسوم علمياً، وهذا ما سيتم تناوله على النحو الآتي:

أولاً: - مفهوم مبدأ الإقناع القضائي^(١٧):

يعد مبدأ الإقناع القضائي أحد أهم المبادئ التي تقوم عليها نظرية الإثبات في المواد الجنائية، وعنه

(١٧) محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجزائية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية ١٩٨٨م، ص ٧٧٤.



الدعوى، ولا يشترط أن يكون الدليل صريحا في الدلالة بذاته على الواقعة المراد إثباتها^(٢٢).

ب - نطاق تطبيق مبدأ الإقتناع القضائي: لقد ثار خلاف حول المجال الحقيقي لتطبيق مبدأ الإقتناع القضائي، سواء من حيث طبيعة القضاء، أو من حيث مراحل الدعوى الجنائية.

فبالنسبة للأولى: يمتد تطبيق مبدأ الإقتناع القضائي إلى كافة أنواع المحاكم، سواء كانت محاكم الجنايات أم الجنح أم المخالفات.

أما بالنسبة للثانية: فإن مبدأ الإقتناع القضائي شرع أصلا لكي يطبق أمام قضاة الحكم، إلا أن ذلك لا يعني أبدا أن نطاق تطبيقه مقصور على هذه المرحلة، بل هو يمتد كذلك ليشمل مرحلة التحقيق الابتدائي^(٢٣)، حيث إن هذا المبدأ يطبق أيضا أمام قضاة التحقيق والإحالة، فهم يقدرّون مدى كفاية الأدلة أو عدم كفايتها للاثهام، دون الخضوع لقواعد معينة ولا لرقابة محكمة النقض ولكن يخضعون في ذلك لضمايرهم واقتناعهم الذاتي فحسب.

أما قضاة الحكم فهم يقدرّون الأدلة من حيث كفايتها أو عدم كفايتها للحكم بالإدانة، وهي قاعدة الشك يفسر لصالح المتهم، وهذا ما أكدته المحكمة العليا العمانية «محكمة النقض» بإحدى جلساتها: «يجب تمحيص أدلة الإثبات في حال الحكم بالبراءة، أثره الشك يفسر لصالح المتهم»^(٢٤).

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن المقصود من كفاية الأدلة في قضاء الإحالة أنها تسمح بتقديم المتهم للمحاكمة مع رجحان الحكم بإدانتته وهو المعنى الذي يتفق ووضعية ذلك القضاء كمرحلة من مراحل الدعوى الجنائية^(٢٥).

وبذلك يمكن القول حسب بأن الأولى تطبيق مبدأ الإقتناع القضائي في مرحلة التحقيق المرحلة الأولى للمحاكمة الجنائية تسعى إلى ترجيح الظن.

أما الثانية مبدأ الإقتناع القضائي شرع أصلا لكي يطبق أمام قضاة الحكم تسعى إلى تأكيد اليقين، ويترتب على ذلك نتيجة هامة، وهي أن الشك في مرحلة الاتهام يفسر ضد مصلحة المتهم، بينما يكون في صالحة في مرحلة الحكم، وهذا ما أكدت عليه أحكام المحكمة العليا العمانية في مبادئها التي تم ذكرها أعلاه.

ثانياً: قوة وقيمة الدليل الإلكتروني:

ينبغي علينا الإشارة إلى أن الدليل الإلكتروني لا يحظى أمام القاضي الجنائي بقوة حاسمة في الإثبات، وإنما هو مجرد دليل لا تختلف قيمته ولا تزيد جرحته عن سواء، وهذا أثر من آثار حرية القاضي الجنائي في الإقتناع، وعلى هذا الأساس يصح للقاضي أن يؤسس اقتناعه على الدليل الإلكتروني كما يهدره تبعاً لاطمئنانه، ولا يجوز مطالبة القاضي أو إلزامه بالإقتناع بالدليل الإلكتروني ولو لم تكن في الدعوى أدلة سواء^(٢٦).

وتجدر الإشارة إلى أن الفقه الفرنسي تناول حجية مخرجات الكمبيوتر في المواد الجنائية ضمن مسألة قبول الأدلة المتحصلة عن الآلة أو ما يسمى بالأدلة العلمية، سواء كانت بيانات مكتوبة أو صوراً، وتطبيقاً لذلك قضي

(٢٢) الطعن رقم ٢٤٠/٢٠٠٨م، جزائي عليا، جلسة الثلاثاء ٢٠/١/٢٠٠٩م، مجموعة أحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية العليا والمبادئ المستخلصة منها في الفترة من ١/١٠/٢٠٠٨م وحتى ٣٠/٦/٢٠٠٩م، السنة القضائية التاسعة، المحكمة العليا، المكتب الفني، مسقط، ص ٧٢١.

(٢٣) يستخلص ذلك ضمناً من أحكام المادة (٢/١٦٢) من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، إذ تنص: «... يمحس قاضي التحقيق الأدلة وما كان يوجد ضد المتهم دلائل مكونة من جرائم العقوبات»، وكذلك من أحكام المادة (١/١٦٣) من نفس القانون حيث تنص على أنه: «إذا رأى قاضي التحقيق أن الوقائع لا تكون جنائية أو جنحة أو مخالفة أو أنه لا يوجد دلائل كافية ضد المتهم أو كان مقترب الجريمة ما يزال مجهولاً أصدر أمر بأن لا وجه لمتابعة المتهم...».

(٢٤) الطعن رقم ٢٦٧/٢٠٠٩م، جزائي عليا، جلسة الثلاثاء ١٣/١٠/٢٠٠٩م، انظر / مجموعة أحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية العليا والمبادئ المستخلصة منها في الفترة من ١/١٠/٢٠٠٩م وحتى ٣٠/٦/٢٠١٠م، السنة القضائية العاشرة، المحكمة العليا، المكتب الفني، مسقط، ص ٤٤٣.

(٢٥) نقض ٢٥ أبريل سنة ١٩٦٧، مجموعة أحكام النقض، س ١٨، رقم ١٣، ص ٥٦٩، مشار إليه لدى: عائشة بن قارة مصطفى: حجية الدليل الإلكتروني في مجال الإثبات الجنائي في القانون الجزائري والقانون المقارن، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ولم يذكر سنة النشر، ص ٢٤٥.

(٢٦) الطعن رقم ٤٨٥، ٤٨٩، ٤٩٠، ٤٩١، ٤٩٢، ٤٩٣، ٤٩٤، ٤٩٦، ٤٨٧، ٤٨٨، ٢٠٠٩م، جزائي عليا، جلسة الثلاثاء ٦/٤/٢٠٠٩م، من المقرر أن عدم تحديد مصدر الدليل أو الخطأ فيه لا يؤثر في سلامة استدلال الحكم بهذا الدليل طالما أن له مأخذاً من أوراق الدعوى، انظر / مجموعة أحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية العليا والمبادئ المستخلصة منها في الفترة من ١/١٠/٢٠٠٨م وحتى ٣٠/٦/٢٠٠٩م، السنة القضائية التاسعة، المحكمة العليا، المكتب الفني، مسقط.



تتفرع معظم القواعد التي تحكم هذا الإثبات.

وعلى ذلك نوضح التعريف بهذا المبدأ ونبين الأساس القانوني الذي يقوم عليه في مختلف التشريعات المقارنة، ثم نحدد نطاق تطبيقه، وما إذا كان يقتصر على مرحلة المحاكمة باعتبارها المرحلة المقررة للفصل في الدعوى، أو أنه يمتد ليشمل المرحلة السابقة عليها كذلك، أي مرحلة التحقيق الابتدائي، استناداً إلى أن كل مرحلة إنما تفترض تقديرًا معيناً لعناصر الإثبات.

أ - تعريف مبدأ الإقناع القضائي^(١٨): وهي حالة ذهنية ذاتية تستنتج من الوقائع المعروضة على بساط البحث عن احتمالات ذات درجة عالية من التأكيد، الذي تصل إليه نتيجة استبعاد الشك بطريقة قاطعة. وتعددت الآراء^(١٩) فيما يتعلق: بيان مدلول الإقناع القضائي، إلا أنها تنتهي إلى معنى واحد وهو: أن للقاضي أن يستمد عقيدته من أي دليل يطمئن إليه، سواء من تلك الأدلة التي طرحت عليه من قبل الادعاء العام أو الخصوم، أو التي يرى بنفسه تقديمها، ليكون منها قناعته في الحكم، وهذه الحرية التي يتمتع بها القاضي الجنائي غير مقررة بهدف توسيع سلطته من حيث الإدانة أو البراءة، وإنما هي مقررة له بالنظر إلى صعوبة الحصول على الدليل في المواد الجنائية.

وقد أقرت معظم التشريعات الحديثة هذا المبدأ^(٢٠)، حيث

(١٨) يعرف الإقناع لغة على أنه: الاطمئنان إلى فكرة ما، أي قبولها، فقد جاء في لسان العرب تحت مادة «قنع» قنع بنفسه قنعا وقناعة بمعنى رضى، وفي القاموس المحيط: والقناعة: الرضى، وفي مختار الصحاح والقناعة الرضا بالقسم، «وقنوع وأقنعه الشيء أي أرضاه، وورد في المعجم الوجيز: يقال اقنع، قنع، واقنع بالفكرة أو الرأي أي قبله واطمئن إليه، انظر على الترتيب: ابن منظور، لسان العرب الجزء الثامن، دار صادر بيروت، ص ٢٩٧، القاموس المحيط، الجزء الأول، الطبعة الأولى، المكتبة العلمية، بيروت، ١٩٨١، ص ١٣٥، مختار الصحاح، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، ١٩٩٥، ص ٢٣١، المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم، ١٩٩٠، ص ٥١٨.

(١٩) انظر / محمود مصطفى: شرح قانون الإجراءات الجنائية، مطبعة دار النشر الثقافة، الطبعة الثانية، القاهرة، ١٩٥٣، ص ٩٥.

(٢٠) لم يقتصر تطبيق مبدأ الإقناع القضائي على التشريعات اللاتينية فحسب، بل يمتد حتى بالنسبة للتشريعات الأنجلو أمريكية مع اختلاف طفيف في الصياغة، فهي لا تعرف تعبير الإقناع القضائي، وإنما تستخدم بدلا منه تعبير ثبوت الإدانة بعيدا عن أي شك معقول (Proof beyond a reasonable doubt Spencer (John) . La prevue en procedure

نص عليه المشرع الفرنسي لأول مرة في المادة (٣٤٢) من قانون التحقيقات الجنائية، وذلك من خلال التعليمات التي تلقى على المحلفين قبل دخولهم للمداولة، وإذا كان هذا النص قد ألغي بمقتضى قانون ٢٥ نوفمبر ١٩٤١، إلا أن تطبيقه لم يختلف؛ لأن هذه المادة نقلت حرفيا في المادة (٣٥٣) من قانون الإجراءات الحالي الصادر في ١٩٥٨، التي تنص على ما يلي: «لا يطلب القانون من القضاة حسابا بالأدلة التي اقتنعوا بها، ولا يفرض قاعدة خاصة تتعلق بتمام وكفاية دليل ما، وإنما يفرض عليهم أن يتساءلوا في صمت وتدبر، وأن يبحثوا في صدق ضمائرهم أي تأثير قد أحدثته الأدلة الراجعة ضد المتهم ووسائل دفاعه...»^(٢١). وقد ورد المبدأ ذاته في المادة (٢١٥) من قانون الإجراءات الجزائية العماني، التي نصت على أن: «يحكم القاضي في الدعوى حسب القناعة التي تكونت لديه بكامل حريته، ومع ذلك لا يجوز له أن يبني حكمه على أي دليل لم يطرح على الخصوم أمامه في الجلسة أو على معلوماته الشخصية».

وكذلك المادة (٢١٢) من ذات القانون والتي تنص: «للقاضي أن يصحح ولو من تلقاء نفسه كل إجراء يتبين له بطلانه»، وهي تشير بجلاء إلى الدور الإيجابي للقاضي الجنائي، وعدم اقتصاره على ما يقدمه له الخصوم، وذلك من أجل وصوله إلى الحقيقة الفعلية في الدعوى.

وإذا حضر المتهم في الجلسة بنفسه، أو بواسطة وكيل عنه فليس^{٢٢} أن يتمسك ببطلان ورقة التكاليف بالحضور، وإنما يكون له طلب تصحيح التكاليف واستيفاء أي نقص فيه، وإعطائه ميعادا لتقديم دفاعه قبل البدء في سماع الدعوى، وعلى المحكمة إجابته إلى طلبه.

وفي ذلك تقول المحكمة العليا بالسلطنة: مبدأ الإقناع القضائي في الإثبات الجنائي، ماهيته في الأدلة التي تمت مناقشتها بمجلس القضاء وهي محل الاعتبار، ولا يشترط أن ينبئ كل دليل عن كل جزئية من جزئيات

١٠١ . P . ١٩٩٢ . penaledroitenglais . R . I . P
Stefani (Gaston) . preuve in Dalloz () (٢١)
repertoire de droitpensl . et de procedure
٥ . P . ١٩٦٦ . penal . tome v



والذي نؤكد عليه أن الدليل الإلكتروني تطبيق من تطبيقات الدليل العلمي، وذلك بما يتميز به من موضوعية وحياد وكفاءة، مما يجعل اقتناع القاضي الجنائي أكثر جزمًا و يقينًا، حيث يساعده على التقليل من الأخطاء القضائية، والاقتراب إلى العدالة بخطوات أوسع، والتوصل إلى درجة أكبر نحو الحقيقة، وتلك السمات التي ربما تدفع البعض إلى الاعتقاد بأنه بمقدار اتساع مساحة الأدلة العلمية، ومن بينها الدليل الإلكتروني بمقدار ما يكون انكماش وتضاؤل دور القاضي الجنائي في التقدير، أمام نقص الثقافة الفنية للقاضي، وبالتالي فإن مهمته تصبح شبه آلية، حيث يكون الدور الأكبر للخبير الذي يسيطر على العملية الإثباتية، ولا يكون للقاضي سوى الإذعان لرأي الخبير، دون أي تقدير من جانبه.

وحقيقة أن المشكلة التي تثار هنا ليست على درجة كبيرة من الأهمية، خاصة إذا قلنا بأن نظام الإثبات السائد يقوم على التوازن بين الإثبات العلمي والإقتناع القضائي، بحيث يعمل بالإثبات العلمي في إطار مبدأ الاقتناع القضائي، ويمكن النظر إلى هذه المشكلة وتحليلها على ضوء بيان دور الخبير في الدعوى الجنائية من جهة، ثم تقدير القاضي للدليل العلمي من جهة أخرى.

ثالثًا: تقدير القضاء للدليل العلمي:

يخضع الدليل العلمي - كما سبق - إلى تقدير القاضي الجنائي وبالتالي اقتناعه، وفي هذا الخصوص ينبغي أن نميز بين أمرين^(٣١):

١ - القيمة العلمية القاطعة للدليل:

وهذا ما نصت عليه المادة (٦٠) من قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية العماني: «الإقرار القضائي حجة قاطعة على المقر وقاصرة عليه وملزمة للقاضي، ولا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا انصب على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتما وجود

في فرنسا بخصوص قوة المحررات الصادرة عن نظم المعلومات الحديثة في الإثبات بأنه إذا كانت التسجيلات الممغنطة لها قيمة الدلائل فيمكن الاطمئنان إليها، ويمكن أن تكون صالحة في الإثبات أما القضاء الجنائي^(٣٧). وفي حكم آخر قررت محكمة النقض الفرنسية بأنه إذا اطمأنت محكمة الموضوع وفقا لاقتناعها الذاتي والقواعد العامة إلى ما استندت إليه النيابة من قرائن بشأن خطأ سائق سيارة منسوب إليه تجاوز السرعة، وقد ثبت ذلك من خلال جهاز آلي التقط صورة السيارة المتجاوزة للسرعة، دون أن يكون السائق قد سُئل فإنها لا تكون ملزمة بتحديد ما استندت إليه من عناصر الواقعة في تبرير اقتناعها^(٣٨).

ومن الجدير بالذكر أن أغلب التشريعات ذات الأصل اللاتيني وإن كانت تتفق حول قبول الدليل الإلكتروني استناداً إلى قاعدة الإقتناع الحر للقاضي الجنائي إلا أنها تختلف في طريقة تقديم هذا الدليل أمام المحكمة، حيث تشترط بعض التشريعات كالقانون اليوناني في المادة (٣٢٤) من التقنين الإجرائي^(٣٩)، والياباني والسويسري والنمساوي، قواعد معينة في هذا الخصوص، كأن يكون الدليل الإلكتروني مقروءاً سوى أكان مطبوعاً على ورق بعد خروجه من الجهاز، أو كان مقروءاً على شاشة جهاز كمبيوتر ذاته^(٣٠).

Crim 24 avril 1987. Bull. n 173. cite (٣٧) par Francillon (Jacques). Les crimes informatiques et d'autre crims le domaine de La technologie informatique en France . revue international du droit penal. 1993 .p. 308 et s

(٣٨) مشار إليه عند/ هشام محمد فريد رستم: الجوانب الإجرائية للجرائم المعلوماتية، دراسة مقارنة، مكتبة الآلات الحديثة، بأسبوط، ١٩٩٤، ص ١٥٦. (٣٩) حيث تشترط المادة (٣٢٤) من التقنين الإجرائي اليوناني قراءة المستندات والوثائق التي استخدمت كأدلة أثناء التحقيقات، مع العلم أنه يسود مبدأ حرية قبول الأدلة وحرية تقييمها من طرف القاضي الجنائي (المادة ١٧٧ - ١٧٩ إجراءات يوناني).

(٣٠) ويجب التنويه بأن التسجيل الإلكتروني مغناطيسي (Electro - magnetique) لا يصلح كدليل يستند منه القاضي اقتناعه بسبب منه القاضي اقتناعه بسبب أنه غير مرئي في حد ذاته، لدى يتم تحويلها إلى شكل مرئي مقروء عن طريق طباعتها، ومن ثم قابليتها للتقدير، انظر/ هشام محمد فريد رستم: الجوانب الإجرائية للجرائم المعلوماتية، دراسة مقارنة، مكتبة الآلات الحديثة، بأسبوط، ١٩٩٤، ص ١٥٩.

(٣١) أحمد أبو القاسم: الدليل الجنائي المادي ودوره في إثبات جرائم الحدود والقصاص، بحث منشور في المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب بالرياض، ١٩٩٣، ص ٣٠٧، وانظر أيضاً/ هلال عبد الله: حجية المخرجات الكمبيوترية في المواد الجنائية - دراسة مقارنة - الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص ٤٦.



الوقائع الأخرى..

٢- الظروف والملابسات التي وجد فيها الدليل:

وهذا ما نصت عليه المادة (٥٩) من قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية العماني: «يشترط في صحة الإقرار أن يكون للمقر أهلية التصرف وغير محجور عليه فيما أقر به».

فتقدير القاضي لا يتناول الأمر الأول؛ وذلك لأن قيمة الدليل تقوم على أسس علمية دقيقة، وبالتالي لا حرية للقاضي في مناقشة الحقائق العلمية الثابتة^(٣٢).

أما الظروف والملابسات التي وجد فيها الدليل، فإنها تدخل في نطاق تقديره الذاتي^(٣٣)، فهي من صميم وظيفته القضائية، بحيث يكون في مقدوره أن يطرح مثل هذا الدليل - رغم قطعته - إذا تبين بأنه لا يتفق مع ظروف الواقعة وملابساتها، حيث تولد الشبهة لدى القاضي ومن ثم يقضي في إطار تفسير الشك لصالح المتهم.

ذلك أن مجرد توافر الدليل العلمي لا يعني أن القاضي ملزم بالحكم بموجبه مباشرة، سواء بالإدانة أو البراءة، دون بحث الظروف والملابسات، فالدليل العلمي ليس آلية معدة لتقرير اقتناع القاضي بخصوص مسألة غير مؤكدة، بل هو دليل إثبات قائم على أساس من العلم والمعرفة، وللقاضي النظر فيه على ضوء الظروف

(٣٢) أصبح للبصمة الوراثية (D . N . A) نتائج قاطعة في تحديد الهوية، فعلى سبيل المثال، إذا أثبت فحص الحمض النووي استحالة أن يكون الطفل (س) ابناً للآب (أ) التي تدعي الأم (ب) نسبه إليه فما على القاضي سوى التسليم لهذه النتيجة دون مناقشة كيف تم التوصل إلى هذه النتيجة من الناحية العلمية، ونتيجة لذلك أصبحت بعض التشريعات مثل القانون الفرنسي، القانون الألماني، والقانون الإيرلندي تستخدم البصمة الوراثية في التعرف على شخصية الجناة، وذلك بضمانات تحمي السلامة الجسدية وحرمة الحياة الخاصة للمتهم، لمزيد من التفصيل انظر / جميل عبد الباقي الصغير: الجوانب الإجرائية للجرائم المتعلقة بالإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة ٢٠٠١، ص ٥٩.

وانظر أيضاً/ محمد أحمد غانم: الجوانب القانونية والشرعية للإثبات الجنائي بالشفرة الوراثية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٨، ص ٢٩ وما بعدها.

(٣٣) المادة (٥٨) من قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية العماني: «الإقرار القضائي هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة، أما الإقرار غير القضائي فهو إثبات الخصم بواقعة قانونية في غير مجلس القضاء أو في غير الدعوى المتعلقة بالواقعة المقر بها، تتبع في إثباته القواعد العامة المتعلقة بالإثبات».

والملابسات المحيطة.

وهذا ما أكدت عليه المحكمة العليا العمانية «محكمة النقض» بقولها: استخلاص الدعوى من وقائعها وتكييفها التكييف القانوني وتقدير الدليل فيها مما تستقل به محكمة الموضوع، والأدلة في المواد الجزائية مساندة بعضها، ومنها مجمعة تتكون منها عقيدة المحكمة، وأثره في ذلك لا يلزم في الأدلة التي بني عليها الحكم أن ينبئ كل دليل منها ويقطع في كل جزئية من جزئيات الدعوى ولا ينظر إلى دليل بعينه على حدة وللمحكمة كامل الحرية في أن تستمد اقتناعها من أي دليل له مأخذ من الأوراق ولا يصح مطالبتها بالأخذ بدليل دون الآخر^(٣٤).

وعلى ذلك فإننا لا نذهب مع الاتجاهات الفقهية القائلة بأن نظام الأدلة العلمية سيكون نظام المستقبل وسيحل الخبير في القضاء، فيكون الدور له وليس للقاضي، فيجعل رأي الخبير هو الحاسم لاقتناع القاضي، لكننا نقول: إن التطور العلمي في مجال الآلة لا يتعارض مع سلطة القاضي الجنائي في تقديرها، بل إن هذه الأدلة ستكفل للقاضي وسائل فعالة في كشف الحقيقة، وأن سلطة القاضي الجنائي في تقدير الدليل بما في ذلك الدليل الإلكتروني يحكمه مبدأ الاقتناع القضائي وأن هذا المبدأ يؤدي إلى نتيجتين هما:

١- حرية القاضي في قبول الأدلة: حيث إن المشرع حسم هذه المسألة بتحديد النموذج القانوني للدليل الخاضع لتقدير القاضي، فمتى ما توافرت شروط هذا النموذج طبقاً لمبدأ الشرعية الإجرائية، وجب على القاضي إخضاعه لعملية تقديره.

٢- حرية القاضي في تقدير الأدلة: هذه مسألة تتعلق بقيمة الدليل لإثبات الحقيقة، وهي مسألة موضوعية محضة، وللقاضي أن يمارس سلطته التقديرية فيها، بل هي المجال الطبيعي لهذا السلطة، حيث إنها تتعلق بقيمة الدليل في الإثبات وصولاً للحقيقة.

(٣٤) الطعان رقم ٢/أ/٢٠٠٨م، جزائي عليا جلسة ٢٤/٢/٢٠٠٩م، مجموعة أحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية العليا والمبادئ المستخلصة منها في الفترة من ١/١٠/٢٠٠٨م وحتى ٢٠/٦/٢٠٠٩م، السنة القضائية التاسعة، المكتب الفني، المحكمة العليا، مسقط، ص ٧٢١.



غير أن مبدأ الإقناع لدى القاضي إذا كان يخول القاضي الجنائي حرية واسعة في البحث عن الأدلة (الدليل الإلكتروني) وتقديرها، فهي حرية ليست مطلقة، وإنما هي حرية محكومة بضوابط وقيود معينة، الغرض منها أن تمارس تلك الحرية في إطارها الصحيح، بما يضمن الوصول إلى الحقيقة الفعلية في الدعوى، ودون ضياع حقوق وحرّيات الأشخاص والافتراء عليها.

المطلب الثالث: - صعوبات إثبات الدليل الإلكتروني.

إن التطور العلمي قد انعكس أثره على القانون الجنائي على اعتبار أن هذا القانون قد يعجز عن استيعاب جرائم الأموال في الأنظمة المعلوماتية، خاصة فيما يتعلق بالإثبات الجنائي، وهو ما يتعين معه تغيير النظرة إليه حتى يتسنى له ملازمة الحقيقة العلمية^(٣٥).

وعليه فإن إثبات الجريمة سيتأثر بطبيعتها التي تعتمد أساساً على الوسائل العلمية المتطورة، وهو ما سيجعل حتماً اكتشافها أمراً صعباً، وتتجلى مظاهر الصعوبة في تجليات عدة، نجلها كالآتي:

أولاً: - غياب الدليل المرنّ:

لعل خفاء الدليل، وعدم ظهوره في جرائم الأموال في الأنظمة المعلوماتية، يجد سنده في أن هذه الجريمة قائمة على معلومة يتم سرقتها أو الاحتيال عن طريقها أو الغش بها أو تزويرها.

وبمعنى آخر أن هذه المعلومة هي الوسيلة لاقتراء الجريمة، والتي تخلق أثاراً مادية فيما بعد، مثل التوصل إلى رقم بطاقة ائتمان خاصة بأحد الأشخاص، ومعرفة الصراف الآلي وسرقة ماله من حسابه المودع في البنك^(٣٦).

إن جرائم الأموال في الأنظمة المعلوماتية سواء وقعت على عملية التجارة المعلوماتية أو على باقي العمليات الائتمانية، يكون محلها في غالب الأحيان جوانب معنوية

تتعلق بالمعالجة الآلية للمعلومات، ومن ثم يصعب إثباتها؛ لأنّ المحل الذي وقعت عليه ذو طبيعة معنوية، وهذا على خلاف إثبات الأمور المادية التي تترك آثار ملحوظة يكون سهلاً وميسوراً إدراكها، وعلة صعوبة إثبات الأمور المعنوية يرجع إلى أن الجاني لا يترك وراءه أي أثر يدل عليه أو يكشف عنه، بحسبان أن أغلب المعلومات والبيانات التي تتداول عبر الحسابات الآلية التي من خلالها تتم عمليات السرقة الإلكترونية تكون في هيئة رموز ونبضات مخزنة على وسائط تخزين ممغنطة، بحيث لا يمكن للإنسان قراءتها أو إدراكها إلا من خلال هذه الحسابات الآلية^(٣٧).

وعليه فجريمة السرقة المعلوماتية تعتمد في موضوعها أساساً على التشفير^(٣٨) والأرقام ويصعب أن تخلف وراءها آثاراً مرئية قد تكشف عن الجناة، أو على الأقل تسهل اكتشافهم، ولذلك تلقى الطبيعة غير المرئية بظلالها على الهيئات المختصة التي تتعامل مع هذه الجريمة، وبناء على ذلك تتضاءل قدرتهم على فحص واختبار البيانات المشكوك فيها، ومن ثم يستحيل عليهم الوصول إلى الحيازة؛ لأنّ الجهات المختصة بالتحري والتحقيق اعتادت على جمع الأدلة التقليدية ذات الطبيعة المادية، وبالمقابل يصعب الأمر في مجال الإلكترونيات؛ لأنّ المتحري الجنائي لا يستطيع تطبيق إجراءات الإثبات التقليدية على المعلومات المعنوية^(٣٩).

(٣٧) المادة (٢٠) قانون المعاملات الإلكترونية العماني: «باستثناء مفاتيح التشفير التي يحددها مجلس الأمن الوطني، يجوز للموظف الذي تحدده السلطة المختصة أن يطلب من صاحب أي مفتاح تشفير تمكينه من فحص المعلومات الضرورية المتعلقة بذلك المفتاح ويجب على صاحب ذلك المفتاح تسليمه إلى الموظف».

(٣٨) المادة (١٨) قانون المعاملات الإلكترونية العماني: «يستخدم التشفير كوسيلة لحماية المعاملات الإلكترونية بهدف المحافظة على سرية المعلومات أو البيانات التي تحويها الرسالة الإلكترونية، والتحقق من شخصية المنشئ، ومنع الغير من التقاط المعلومات أو الرسائل الإلكترونية بغرض منع وصولها إلى المرسل إليه أو تشويهها».

(٣٩) محمد محي الدين عوض: «المشكلات السياسية الجنائية المعاصرة» مؤتمر الجمعية المصرية للقانون الجنائي، (دون ذكر باقي البيانات)، ص ٣٦٨.

(٣٥) محمد محي الدين عوض: «مشكلات السياسة الجنائية المعاصرة» مؤتمر الجمعية المصرية للقانون الجنائي، (دون ذكر باقي البيانات)، ص ٣٦٩.

(٣٦) بيومي حجازي: الدليل الجنائي والتزوير في جرائم الكمبيوتر والإنترنت - دراسة متعمقة في جرائم الحاسب الآلي والإنترنت، دار الكتب القانونية، مصر، المحلة الكبرى، ٢٠٠٢، ص ٣٤.



ثانيًا- سهولة إخفاء الدليل^(٤١):

تتوفر لدى المجرم لجرائم الأموال في الأنظمة المعلوماتية أو في معظمهم مجموعة من الخصائص والسمات تميزهم عن غيرهم من المتورطين في أشكال الانحراف والجرائم الأخرى، وهذه الخصائص ترتبط بالسن والتكوين والمعارف والعمل، وارتفاع مستوى الذكاء لديهم^(٤٢)، فنتيجة لذلك يتمكن هؤلاء في معظم الأحيان من إخفاء الأفعال غير المشروعة التي يرتكبونها، التي تتمثل في السرقة أشكالها وأنواعها، ويعتمد الجناة في ذلك على التلاعب غير المرئي في النبضات أو الذبذبات الإلكترونية التي يتم تسجيل البيانات عن طريقها^(٤٣).

ويظهر على المستوى العملي أن مرتكبي الجريمة يلجؤون الى وسائل عدة: لإخفاء الأدلة التي تساعد على كشف الجريمة، وتتمثل في نسخ الملفات المتحصل عليها أو تخريب الأنظمة المعلوماتية قصد تمويه السلطات المختصة. وقد يدخلون بيانات غير معتمدة في نظام الحاسب، أو يعدلون

(٤٠) المادة (٥٠) و(٥١) قانون المعاملات الإلكترونية العماني نص المادة (٥٠):

«يجوز للحكومة أن تقوم بالمهام التالية باستخدام السجلات والتوقيعات الإلكترونية:

أ- قبول إيداع أو تقديم أو إنشاء أو حفظ مستندات.

ب- إصدار أي إذن أو ترخيص أو قرار أو موافقة.

ج- قبول الرسوم أو أية مدفوعات.

د- طرح المناقصات وتسليم العطاءات المتعلقة بالمشتريات الحكومية.

ونصت المادة (٥١): «يجوز للحكومة إذا قررت تنفيذ أي من المهام المذكورة في المادة السابقة إلكترونياً أن تحدد:

الطريقة أو الشكل الذي يتم بواسطته إنشاء أو إيداع أو حفظ أو تقديم أو إصدار تلك السجلات.

الطريقة والشكل والكيفية والإجراءات التي يتم بها طرح المناقصات وتسليم العطاءات وإنجاز المشتريات الحكومية.

نوع التوقيع الإلكتروني المطلوب بما في ذلك اشتراط أن يستخدم المرسل توقيعاً إلكترونياً محمياً آخر.

الطريقة والشكل الذين يتم بهما تثبيت ذلك التوقيع الإلكتروني على السجل والمعار الذي يجب أن يستوفيه مقدم خدمات التصديق الذي تقدم إليه السجلات للإيداع أو الحفظ.

عمليات وإجراءات الرقابة المناسبة للتحقيق من سلامة وأمن وسرية السجلات الإلكترونية أو المدفوعات أو الرسوم.

آية مواصفات أو شروط أو أحكام أخرى لإرسال المستندات الورقية، إذا كان ذلك مطلوباً فيما يتعلق بالسجلات الإلكترونية الخاصة بالمدفوعات والرسوم.

(٤١) هشام محمد فريد رستم: قانون العقوبات ومخاطر تقنية المعلومات، مكتبة الآلات الحديثة، أسبوط، طبعة ١٩٩٤، ص ٤٢ وما بعدها.

(٤٢) هشام محمد فريد رستم: الجوانب الإجرائية للجرائم المعلوماتية، دراسة مقارنة، مكتبة الآلات الحديثة، أسبوط، ١٩٩٤، ص ١٦.

برامجه، أو يحرفون البيانات المخزنة بداخله دون أن يتخلف من وراء ذلك ما يشير إلى حدوث هذا الإدخال أو التعديل^(٤٤).

كما أن سهولة محو الدليل في زمن قصير تعد من أهم الصعوبات التي تعترض العملية الإثباتية في مجال الجريمة المعلوماتية، ذلك أنه يمكن محو أدلة الإدانة أو تدميرها في وقت متناهي القصر، وخاصة في حالة تفتيش الشيكات أو عمليات اعتراض الاتصال^(٤٥).

بحيث لا تتمكن السلطات المعنية من كشف جرائمه إذا ما علمت بها، وحتى في هذه الحالة الأخيرة فإنه يستهدف بالمحو السريع منع السلطات من إقامة الدليل ضده، وتزداد الصعوبة عندما يساهم المجني عليهم بدورهم في عدم كشف هذه الجريمة وذلك عندما يحجمون عن تقديم الدليل الذي بحوزتهم، وقصدهم من ذلك هو استقرار المعاملات الاقتصادية بالنسبة لهم أو رغبتهم في إخفاء الأسلوب الذي تمت به الجريمة لكي لا يتم تقليدها من مجرمين آخرين^(٤٦).

وعليه فما تم التطرق إليه قد يجد سنده فيما تلجأ إليه بعض المؤسسات المالية كالبانوك ومؤسسات الادخار وشركات الأقراص والسمسرة، حيث يخشى القائمون على إدارتها من شيوع الجرائم التي تقع داخلها، وهو ما يوتر في ثقة المتعاملين معها، وما يؤدي إلى انصرافهم

(٤٣) هشام محمد فريد رستم: الجوانب الإجرائية للجرائم المعلوماتية، دراسة مقارنة، مكتبة الآلات الحديثة، أسبوط، ١٩٩٤، ص ٢٠.

(٤٤) جميل عبد الباقي الصغير: الجوانب الإجرائية للجرائم المتعلقة بالإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة ٢٠٠١، ص ٦.

(٤٥) المادة (٥٣) من قانون المعاملات الإلكترونية العماني: «مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون الجزاء العماني أو أي قانون آخر يعاقب بالسجن لمدة لا تتجاوز سنة واحدة وبغرامة لا تتجاوز (١٥٠٠ / ٠٠٠) ألف وخمسمائة ريال عماني أو بإحدى هاتين العقوبتين:

١- كل من صنع أو حاز أو حصل على نظام معلومات أو برنامج لإنشاء توقيع إلكتروني دون موافقة صاحب ذلك التوقيع صراحة.

٢- كل صاحب مفتاح تشفير رفض تسليمه للموظف الذي تحدده السلطة المختصة بعد الإفصاح عن هويته.

٣- كل مقدم خدمات تصديق أو أحد العاملين لديه رفض تقديم تسهيلات للسلطة المختصة أو لأي من موظفيها للقيام بالرقابة أو الإشراف أو التفتيش على أي نظام حاسب آلي أو جهاز بيانات أو مواد أخرى متصلة بنظام الحاسب الآلي بمقر مقدم خدمات التصديق.



مخطط له، كما أن الجناة عند ارتكابهم لذلك يحيطون أنفسهم بتدابير أمنية ووقائية متطورة تزيد من صعوبة كشفهم، وكمثال لذلك نجدهم يستخدمون كلمات التشفير والأرقام السرية لتمكينهم من إخفاء الأدلة، أو يحولون مجموعة من التعليمات إلى رموز لا يمكن لغيرهم أن يفهم المقصود منها.

كما قد يصطدم الوصول إلى الدليل المعلوماتي بإشكال إجرائي يتمثل أساساً في مدى سريان القيود الخاصة بضبط الأوراق على ضبط محتوى نظام المعالجة الآلية للبيانات، والمحمي فنياً في مواجهة الاطلاع غير المسموح به.

كما يلاحظ أن ملاحقة جرائم الأموال في الأنظمة المعلوماتية قد ترتبط ببيانات مخزنة داخل دولة أخرى بواسطة شبكة الاتصال عن بعد، وهكذا يصعب ضبط هذه الأدلة؛ لأن هذا الإجراء يتعارض من أهم مبادئ القانون الدولي ألا وهو مبدأ السيادة الذي تحرص عليه كل دولة، وعليه وللتغلب على هذه المشاكل يجب تفعيل التعاون القضائي الدولي في مجال الإنابة القضائية، خاصة في مجال الجرائم العابرة للقارات، والتي تعتبر جرائم الأموال في الأنظمة المعلوماتية إحدى أهم تجلياتها.

رابعاً:- صعوبة فهم الدليل^(٤٨)؛

لا جدال في أن الطبيعة الخاصة للجرائم المعلوماتية تنعكس أساساً على مضمون الدليل، الذي يتشكل في مضمونه في مسائل فنية لا يفهمها إلا المتخصصون في ذلك على خلاف باقي وسائل الإثبات التقليدية المستعملة في القانون الجنائي، حيث يسهل فهم مضمونها وإدراك حقيقتها، ومن هنا تكمن صعوبة فهم الدليل الذي قد

عنها، مما يصيب هذه المؤسسات المالية بأضرار جسيمة تزيد بكثير عما خسرت من جراء ارتكاب جريمة من جرائم الأموال في الأنظمة المعلوماتية^(٤٩).

ونرى أن التسليم بهذا الرأي على إطلاقه يبقى محل نظر؛ لأن الجريمة قد يترتب عليها نتائج تكون في منتهى الخطورة، فهي تزيد من ارتفاع معدلها، مما يعوق رسم السياسة الجنائية السليمة لمواجهة الظاهرة الإجرامية المستجدة، واختيار أفضل الوسائل لمكافحةها، والطرق السليمة للوقاية منها قبل وقوعها لتفادي الخسائر التي تنتج من خلال وقوعها، وكذلك توضيح العقاب والنتيجة الجرمية للذي تسول له نفسه لارتكاب مثل هذه الجرائم، وذلك من خلال وسائل الإعلام لبث الثقافة القانونية لدى أفراد المجتمع ليصبح مجتمع منتج يعتمد على أفرادها لمواكبة الدول المتقدمة.

ولذلك اقترح في الولايات المتحدة الأمريكية أن تفرض النصوص المتعلقة بجرائم الحاسبات بصفة عامة وجرائم الأموال في الأنظمة المعلوماتية بصفة خاصة التزام على عاتق تابعي الجهة المجني عليها بالإبلاغ عن الجرائم التي تحدث داخل هذه المؤسسات ويتحقق علمه بها^(٤٧).

وهذا ما نقترحه ونؤكد عليه لاقتباس هذه النصوص ليتم تطبيقها في تشريعاتنا العربية وهي فرض جزاء أو التزام على الجهة التي لم تقم بتبليغ مثل هذه الجرائم.

ثالثاً- إعاقة الوصول إلى الدليل:

يقتضي ارتكاب الجريمة المعلوماتية من طرف المجرم استخدام وسائل فنية وعقلية كبيرة من أجل إنجاح أي

(٤٦) أصدرت المحكمة الابتدائية بمسقط، بسلطنة عمان بجلستها المتعددة صباح يوم الأربعاء الموافق ٢٠١٢/٥/٣٠ م حكماً قضى بإدانة المتهم بجنحة الدخول عمداً في نظام معلوماتي ملحقاً ضرراً بالمستفيدين أثناء تأديته لعمله، وقضت بسجنه لمدة سنة وتغريمه ألف ريال عماني، تخلص الواقعة في ورود معلومات إلى إدارة التحريات والتحقيقات الجنائية بشرطة عمان السلطانية من أحد البنوك العاملة في السلطنة عن تمكن شخص مجهول من الدخول إلى أنظمة البنك وتحويل مبالغ من حساباتهم الشخصية، بعد الانتهاء من التحقيق في الدعوى واستجواب المتهم من قبل عضو الادعاء العام، أحيل إلى المحكمة المختصة التي أصدرت الحكم أعلاه، للمزيد انظر / جريدة الوطن، الصادرة الأحد ٢٠ من رجب ١٤٣٣ هـ الموافق ١٠ من يونيو ٢٠١٢ م، مسقط، العدد (١٠٥٣٦).

(٤٧) جميل عبد الباقي الصغير: الجوانب الإجرائية للجرائم المتعلقة بالإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة ٢٠٠١، ص ٦.

(٤٨) سلطة محكمة الموضوع في استخلاص الوقائع، مبدأ المحكمة العليا بسلطنة عمان بالظعن رقم ٢٠٠٨/١٦٤ جزائي عليا جلسة ٢٠٠٨/١٠/٢١ م: «استخلاص الدعوى في الواقعة وتكييفها التكييف القانوني وتقدير الدليل فيها، مما تستقل به محكمة الموضوع، شرطه إقامة قضاءها على أسباب سائغة لها أصلها الثابت بالأوراق وقادرة على حمله، واقتناع المحكمة بثبوت الجريمة تستمد من أي دليل تلمس إليه»، انظر / مجموعة أحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية العليا والمبادئ المستخلصة منها في الفترة من ٢٠٠٨/١٠/١ م وحتى ٢٠٠٩/٦/٣٠ م، السنة القضائية التاسعة، المكتب الفني، المحكمة العليا، مسقط، ص ٧٢٠.



حق التصرف فيها»^(٥٠).

وتزداد الصعوبة في إثبات الجريمة في تلك الحالات التي يتصل فيها الحاسب الآلي بشبكة الاتصالات العالمية، ففي مثل هذه الحالات يحتاج فهم الدليل إلى خبرة فنية^(٥١) ومقدرة على معالجة المعلومات والبيانات بصورة يمكن معها تحديد مكان وجوده، واختيار أفضل السبل لضبطه. ولكن من وجهه نظري يمكن التغلب على هذه الصعوبات والإشكالات التي يثيرها الدليل المتكون في مضمونه من وسائل فنية، وذلك من واقع تفعيل دور المختبر الجنائي الرقمي بالسلطنة وبتدريب الجهات المختصة في البحث التمهيدي والتحقيق وكذلك أثناء نظر الدعوى العمومية، وكذا فهم الطبيعة التي تقع عليها الجرائم الإلكترونية بصفة عامة والعمل على الإلمام بمكونات الحاسب الآلية.

وأيضاً المشرع العماني قد صور التصدي لهذا النوع من الجرائم في الركن المادي لهذه الجريمة بأنه يتمثل في استخدام الجاني لشبكة الإنترنت، أو إحدى وسائل تقنية المعلومات في القيام بأحد الأفعال التالية: إنتاج أو بيع أو شراء أو استيراد أو توزيع أو عرض أو إتاحة أي وسيلة تكون مصممة أو مكيّفة لغرض ارتكاب إحدى جرائم تقنية المعلومات المنصوص عليها في القانون، وهذه الوسيلة قد تكون برمجية أو أداة أو جهازاً للمواقع الإلكترونية.

وأيضاً نجد أن المشرع العماني لم يقتصر على تجريم الأفعال السابقة، بل أيضاً جرم بعض الأفعال وهي:-

- ١- الحيازة لتلك الأدوات، متى ما كان بقصد استخدامها في ارتكاب إحدى جرائم تقنية المعلومات.
- ٢- أن هذه الجريمة من الجرائم العمدية التي تتحقق بتوفر القصد الجنائي.

(٥٠) عبد الله حسين علي محمود: سرقة المعلومات المخزنة في الحاسب الآلي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٣٤٩.

(٥١) المادة (٨٣) من قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية العماني: «يجب تضمين الحكم الصادر بالاستعانة بخبير بيان المهمة المكلف بها، والأمانة التي يجب إيداعها لحساب مصروفاته، والخصم الذي يكلف بإيداع هذه الأمانة، والأجل الذي يجب فيه الإيداع، والأجل المحدد لإيداع تقرير الخبير، وتاريخ الجلسة التي تؤجل إليها الدعوى للمرافقة في حالة إيداع الإبانة، وجلسة أخرى أقرب لنظرها في حالة عدم إيداعها».

يؤدي إلى الكشف عن الجريمة في النظام المعلوماتي^(٥٢).

فالطبيعة المعنوية لوسائل نقل هذه البيانات تثير مشكلات عديدة في الإثبات الجنائي، ومثال ذلك أن إثبات السرقة مثلاً الذي يتم عن طريق نظام المعالجة الآلية للمعلومات يتطلب تمكين ضباط الشرطة القضائية، أو الادعاء العام «قاضي التحقيق» من جمع المعطيات الضرورية التي تساعد على إجراءات التحريات والتحقق من صحتها، وأيضاً للتأكد من وقوع الجريمة من عدمه. ومثل هذا الأمر يصطدم في غالب الأحيان مع التكوين القانوني الصريح لضباط الشرطة القضائية، وكذا عدم قدرتهم على فك رموز وخبايا محتوى نظام المعالجة الآلية، وذلك لسببين:

١- يتمثل في أن الأساليب التي بمقتضاها تم تقرير هذا الحكم بالنسبة للأوراق المختومة يتوافر أيضاً بالنسبة لمحتوى نظام المعالجة الآلية للبيانات، ذلك أن حظر اطلاع أعوان الشرطة القضائية على هذه الأوراق إنما هو لضمانة أن إخفائها يضيف عليها مزيداً من السرية ويفصح عن رغبة صاحبها في عدم اطلاع الغير على مضمونها.

٢- يرتبط بأن القياس على المادة السالفة الذكر التي تصنع قاعدة عامة لضمان الأسرار التي تحتويها سائر الأوراق وغيرها، يؤكد على سرية هذه المادة على جميع الوسائل المستحدثة، ومنها النظم المعلوماتية والحاسبات الآلية.

ويتبين أن قانون الإجراءات الجنائية الألماني ينص طبقاً للمادة (١١٠) منه على أنه: «تقتصر سلطة الاطلاع على مخرجات الحاسب وغيرها من دعائم على المدعي العام وحده، ولا يكون لضباط الشرطة حق الاطلاع على البيانات عن طريق تشغيل البرامج أو الاطلاع على ملفات البيانات المخزنة داخل الحساب بغير إذن ممن له

(٤٩) الفصل (١٤٢) ق. ج المغربي: «يتعين على القاضي أن يطبق على المؤاخذ عقوبة مخففة أو مشددة، حسب الأحوال كلما ثبت لديه واحد أو أكثر من الأعدار القانونية المخففة للعقوبة أو واحد أو أكثر من الظروف المشددة المقررة في القانون. ويتعين عليه أن يحكم بالإعفاء عندما يقوم الدليل على أنه يوجد، لصالح المتهم، عذر مانع من العقاب مقرر في القانون. وللقاضي أن يمنح المؤاخذ التمتع بظروف التخفيف، طبق الشروط المقررة في الفصول ١٤٦ إلى ١٥١، ما لم يوجد نص خاص في القانون يمنع ذلك».





٣- استخدام الشبكة المعلوماتية أو إحدى وسائل تقنية المعلومات بطرق مخالفة للقانون الدولي؛ من شأنه أن يساهم وبشكل كبير في ارتكاب تلك الجرائم.

ونرى أن امتداد صعوبة إثبات جرائم الأموال في الأنظمة المعلوماتية إلى إجراءات الحصول على هذه الأدلة، فإذا كان من السهل على الجهات المختصة أن تتحرى عن الجريمة التقليدية بالمشاهدة والتتبع وجمع الأدلة إلا أن ذلك يصعب في حالة جرائم الأموال في الأنظمة المعلوماتية، ومن ثم يكون ضباط الشرطة القضائية أمام معوقات عدة تعترض الحصول على الأدلة، خاصة عندما يكون الحاسب الآلي متصلاً بحاسبات أخرى خارج الدولة، ويكون تفتيش هذه الحاسبات ضرورياً لحجية الأدلة التي تثبت هذه الجريمة.

وقد يكون مصدر هذه الصعوبة أن أجهزة الحاسب الآلي، وحسب نظمها لا يمكن فيها أن تتبع الطريق العكسي لما يخرج منها، بمعنى لو طبعت ورقة تحتوي على بيانات مخزنة من جهاز الحاسب الآلي، فلا يمكن معرفة من قام بطباعتها، وغرض الطباعة إلى خلافه، وحتى لو وجدت هذه الخاصية فإنه يتعين على من يقوم بالتحليل أن يكون متخصصاً، وعلى مستوى عالٍ من التدريب والتقنية في علوم الحاسب الآلي، وهو ما لا يتوافر لدى رجل الأمن العادي أو المحقق العادي.

وإذا كانت بعض الدول الغربية قد نظمت هذه المسألة فإن التشريعات العربية لا زالت متأخرة في مواجهة جرائم نظم المعلومات المستحدثة، ومنها المشرع العماني فإن ما تفرزه ثورة المعلومات، لا يمكن أن توفر النصوص العقابية أي حماية لها، وما نجده من نصوص تشريعية حالية يحتاج إلى تحديثها نظراً لتطور جرائم نظم المعلومات مع تطور التكنولوجيا الحديثة.

وما نجده في السلطنة من دور فعال لهيئة تقنية المعلومات^(٥٢) في المساعدة لكشف جرائم تقنية المعلومات

(٥٢) هيئة تقنية المعلومات أنشأت بموجب المرسوم السلطاني رقم (٥٢/٢٠٠٦) والصادر بتاريخ ٣١ مايو ٢٠٠٦م ككيان مستقل يتمتع بالشخصية الاعتبارية والاستقلال المالي والإداري، أنيطت بها مسئولية تنفيذ استراتيجية مجتمع عُمان الرقمي، إذ تقوم بتنفيذ مشاريع البنية الأساسية والإشراف على جميع المشاريع ذات العلاقة بعمان الرقمية.

وتعاونها مع الادعاء العام والمحاكم على اختلاف درجاتها في تتبع الجناة، الذين يقومون باستخدام وسائل تقنية المعلومات في سبيل ارتكاب جرائمهم، ومثال ذلك استخدام الهواتف النقالة في التعدي على الآخرين بالسب والقذف وإرسال رسائل عبر مواقع التواصل الاجتماعي (الفيس بوك - التويتر - الواتس أب) أو الدخول إلى البنوك عبر الهواتف المرتبطة بالدفع، ومعادلة كشف حسابات العملاء وتحديد أرقام حساباتهم لدى تلك البنوك.

ودور هيئة تقنية المعلومات بالسلطنة دور فعال في الوقت الحالي، والأمل معقود في تطويره مستقبلاً للتصدي لجرائم نظم المعلومات والوقاية منها وكشفها قبل وقوعها، وكذلك لوضع سياسات وخطط مستقبلية؛ لحماية الأنظمة المعمول بها بالسلطنة سواء بالوحدات الحكومية والخاصة، والتطلع إلى مواكبة الدول المتقدمة في هذا المجال.

وتعمل الهيئة جنباً إلى جنب مع فئات المجتمع المختلفة لتنفيذ استراتيجية مجتمع عُمان الرقمي^(٥٣)، كما أنها

(٥٣) من أهم الجهود التي قامت بها هيئة تقنية المعلومات في مجال مكافحة جرائم الإنترنت القيام بإعداد مشروع قانون للمعاملات والتجارة الإلكترونية يواكب التطورات التقنية الحديثة ويمهد الطريق أمام التعاملات الإلكترونية، والافتتاح على التجارة العالمية اتساقاً مع أسلوب العصر، ويتكون هذا المشروع من عشرة فصول اشتملت على ست وتسعين مادة، ومن أهم المواد التي وردت بهذا المشروع تلك الخاصة بجرائم الحاسب الآلي وهي:

المادة (٧٦): تعاقب على الدخول بدون ترخيص إلى برنامج أو بيانات محفوظة في الحاسب الآلي بالحبس لمدة تمتد إلى سنتين أو الغرامة حتى ٣٠٠٠ ريال عماني.

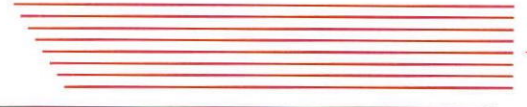
المادة (٧٧): تعاقب على الدخول غير المشروع إلى الحاسب الآلي بقصد ارتكاب جريمة أو تسهيل ذلك بذات العقوبة الواردة في (المادة ٧٦).

المادة (٧٨): تعاقب بالحبس حتى سنتين والغرامة ٥٠٠٠ ريال عماني كل من يسبب تعديلاً غير مرخص في محتويات الحاسب الآلي وبذلك يضعف فاعلية ذلك الحاسب الآلي أو يمنع أو يعوق الدخول إلى البرنامج أو البيانات أو يضعف فاعلية البرنامج أو الاعتماد على البيانات.

المادة (٧٩): تعاقب كل من يخترق جهاز الحاسب الآلي أو منظومة حاسبات آلية أو موقع على الإنترنت أو شبكة الإنترنت ويترتب على فعله تعطيل الأنظمة أو إتلاف البرامج ومحتوياتها أو سرقة المعلومات أو استخدامها في أغراض غير مشروعة أو إدخال معلومات وهمية وغير صحيحة بالحبس حتى خمس سنوات أو غرامة تصل إلى ٦٠٠٠ ريال عماني وفي حالة العود يعاقب بالعقوبتين معاً.

المادة (٨٠): تعاقب من يتسبب في إتلاف حاسبات آلية عمداً بالحبس حتى خمس سنوات والغرامة حتى ٦٠٠٠ ريال عماني.

المادة (٨٢): تعتبر الشخص قد دخل إلى البرنامج أو البيانات إذا استطاع أن يغير أو يشطب البرنامج أو البيانات أو ينسخها أو يحولها إلى أي وسيلة تخزين أخرى أو يستعملها أو يخرجها من الحاسب الآلي الذي حفظت فيه.



بشكل عام وإبراز دور التشريعات العربية بهذا الشأن.

٣- تكثيف الاهتمام التربوي للنشء من قبل مؤسسات المجتمع وبخاصة المؤسسات التعليمية وذلك بتوعيتهم بالمخاطر الأمنية لشبكة الإنترنت وتوضيح العقوبات التي توقع على مرتكبي تلك الجرائم.

٤- الدعوة إلى إنشاء قسم خاص لدراسة قانون تقنية المعلومات بكلية الحقوق بالجامعات العربية وحث الدارسين والباحثين على التعمق والإكثار من البحث في هذا النوع من الجرائم.

ج- على الصعيد المحلي:

دعوة المختصين في سلطنة عُمان إلى:

- ١- إنشاء وحدة تحقيقات خاصة في سلطنة عمان تتولى مهمة التحقيق في جرائم نظم المعلومات ومنها الجرائم المتعلقة بالإنترنت والتجارة الإلكترونية، والاهتمام بتدريب وتأهيل كوادرها بصورة مستمرة.
 - ٢- إيجاد قضاء متخصص مدرب للنظر في جرائم نظم المعلومات ومن بينها الجرائم المتعلقة بالإنترنت والتجارة الإلكترونية، وذلك لصعوبة كشف هذه الجرائم وإثباتها والتحقيق فيها وحاجتها إلى معطيات خاصة قد لا تتوافر في القضاء العادي.
 - ٣- وضع سياسة أمنية محكمة لأجل المحافظة على أمن وسلامة وسرية المعلومات وتشديد العقاب عند تطبيق القواعد العامة لعدم وجود نص خاص بمكافحة جرائم نظم المعلومات.
- وفي الختام، سائلين المولى عز وجل أن يكون هذا البحث لبنة في بناء هذا الوطن، وأن يكون دافعا لمزيد من البحث في هذا الموضوع.

تعمل على تنسيق مبادراتها بين جميع الفئات الرئيسية لعمان الرقمية والتي تمثل الوحدات الحكومية، وقطاع الأعمال والأفراد، وذلك لتحقيق المصالح الرئيسية للمجتمع من خلال الخدمات الإلكترونية المتميزة، كما تعمل الهيئة كمركز كفاءة لأفضل التطبيقات للإدارة الإلكترونية وتسخير تقنيات المعلومات والاتصال لتوفير خدمات فاعلة، وتحقيق التكامل بين العمليات، ورفع كفاءة منافذ توصيل الخدمات الإلكترونية، وتمارس الهيئة وظائفها الرئيسية من خلال مكاتبها المتخصصة.

نتائج وتوصيات البحث

أ- على الصعيد الدولي:

- ١- الدعوة إلى صدور قانون دولي موحد خاص بشبكة الإنترنت يعني بتنظيم الإنترنت والخدمات والمعلومات فيها، يكون في إطار منظمة الأمم المتحدة.
- ٢- لما كانت جرائم الأموال في الأنظمة المعلوماتية لا تعترف بالحدود بين الدول فإن الأمر يقتضي اتخاذ التدابير اللازمة لحل مشكلات الاختصاص القانوني والقضائي التي تثيرها الجرائم المتعلقة بشبكة الإنترنت.
- ٣- ضرورة تعزيز التعاون والتنسيق الدولي بين الدول مع بعضها البعض وبخاصة الإنترنت سواء في مجال المساعدات القضائية المتبادلة وتسليم المجرمين ومجال التدريب، والعمل على دراسة ومتابعة المستجدات في هذا المجال على الساحة العالمية.

ب- على الصعيد العربي:

- ١- وضع تشريع عربي نموذجي للإنترنت يمكن الاستئناس به عند وضع التشريعات الخاصة بكل دولة ويمكن لجامعة الدول العربية أن تضع هذا التشريع النموذجي بحيث يشمل على جرائم نظم المعلومات بشقيها الموضوعي والإجرائي.
- ٢- دعوة وسائل الإعلام لإبراز الدور الهام لمكافحة الجرائم المتعلقة بشبكة الإنترنت وجرائم نظم المعلومات

المادة (٨٣): تعتبر تعديل محتويات البرنامج قد أجرى إذا تم عن طريق تشغيل وظيفة للحاسب الآلي، تعديل أو شطب البرنامج أو البيانات أو إضافة أي برنامج أو بيانات إلى محتوياته.

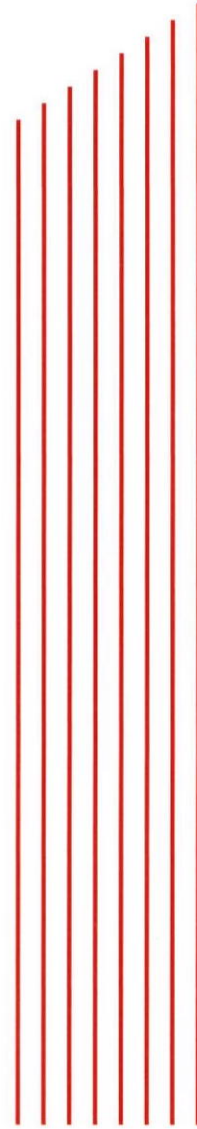


المصادر والمراجع

- ابن منظور، لسان العرب الجزء الثامن، دار صادر بيروت.
- أحمد أبو القاسم: الدليل الجنائي المادي ودوره في إثبات جرائم الحدود والقصاص، بحث منشور في المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب بالرياض، ١٩٩٣.
- أحمد آيت الطالب: تقنيات البحث وإجراءات المسطرة المتبعة بجرائم الإنترنت والعلوميات - مقال بمجلة الملف - عدد ٩٨، نوفمبر ٢٠٠٠م.
- بيومي حجازي: الدليل الجنائي والتزوير في جرائم الكمبيوتر والإنترنت - دراسة متعمقة في جرائم الحاسب الآلي والإنترنت، دار الكتب القانونية، مصر، المحلة الكبرى، ٢٠٠٢، ص ٣٤.
- جريدة الوطن، الصادرة الأحد ٢٠ من رجب ١٤٣٣ هـ الموافق ١٠ من يونيو ٢٠١٢م، مسقط، العدد (١٠٥٣).
- جميل عبد الباقي الصغير: الجوانب الإجرائية للجرائم المتعلقة بالإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة ٢٠٠١.
- رمزي رياض عوض: مشروعية الدليل الجنائي في مرحلة المحاكمة، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٧.
- شيماء عبد الغني محمد عطا الله: الحماية الجنائية التعاملات الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٧.
- عائشة بن قارة مصطفى: حجية الدليل الإلكتروني في مجال الإثبات الجنائي في القانون الجزائري والقانون المقارن، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ولم يذكر سنة النشر.
- عبد الحميد الشواربي: ضمانات المتهم في مرحلة التحقيق الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٦.
- عبد الفتاح بيومي حجازي: الدليل الجنائي والتزوير في جرائم الكمبيوتر والإنترنت - دراسة متعمقة في جرائم الحاسب الآلي والإنترنت، دار الكتب القانونية، مصر، المحلة الكبرى، ٢٠٠٢.
- عبد الله حسين علي محمود: سرقة المعلومات المخزنة في الحاسب الآلي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.
- القاموس المحيط، الجزء الأول، الطبعة الأولى، المكتبة العلمية، بيروت، ١٩٨١.
- مجموعة أحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية العليا والمبادئ المستخلصة منها في الفترة من ١/١٠/٢٠٠٩م وحتى ٣٠/٦/٢٠١٠م، السنة القضائية العاشرة، المحكمة العليا، المكتب الفني، مسقط.
- مجموعة أحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية العليا والمبادئ المستخلصة منها في الفترة من ١/١٠/٢٠٠٨م وحتى ٣٠/٦/٢٠٠٩م، السنة القضائية التاسعة، المكتب الفني، المحكمة العليا، مسقط.
- محمد أحمد غانم: الجوانب القانونية والشرعية للإثبات الجنائي بالشفرة الوراثية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٨.
- محمد الأمين البشري: محمد الأمين البشري: التحقيق في الجرائم المستحدثة، الطبعة الأولى، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ٢٠٠٤.
- محمد محي الدين عوض: «المشكلات السياسية الجنائية المعاصرة» مؤتمر الجمعية المصرية للقانون الجنائي، (دون ذكر باقي البيانات).
- محمد محي الدين عوض: «مشكلات السياسة الجنائية المعاصرة» مؤتمر الجمعية المصرية للقانون الجنائي، (دون ذكر باقي البيانات).
- محمود مصطفى: شرح قانون الإجراءات الجنائية، مطبعة دار النشر الثقافية، الطبعة الثانية، القاهرة، ١٩٥٣.
- محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجزائية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ١٩٨٨.
- مختار الصحاح، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، ١٩٩٥، ص ٢٣١. المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم، ١٩٩٠.
- هشام محمد فريد رستم: الجوانب الإجرائية للجرائم المعلوماتية، دراسة مقارنة، مكتبة الآلات الحديثة، بأسسوط، ١٩٩٤.



- هشام محمد فريد رستم: قانون العقوبات ومخاطر تقنية المعلومات، مكتبة الآلات الحديثة، أسيوط، طبعة ١٩٩٤.
- هلائي عبد الله: حجية المخرجات الكمبيوترية في المواد الجنائية- دراسة مقارنة- الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ١٩٩٧.
- Crim 24 avril 1987, Bull. n 173. cite par Francillon (Jacques), Les crimes informatiques et d'autre crims le domaine de La technologie informatique en France , revue international du droit penal. 1993 ,p. 308 et s.
- Stefani (Gaston), preuve in Dalloz repertoire de droit pensl , et de procedure penal , tome v , 1969, P. 5.



التعليق على الأحكام





تعليق على قرار قضائي
عقوبة - تقدير - تخفيف

الهيئة العامة لتوحيد المبادئ - المحكمة العليا
الطعن رقم ٢٠٠٧/١

د. محمد محمد واصل

قاضي استئناف

عضو المكتب الفني بالمحكمة العليا



مقدمة

التخفيض تفصيلاً بل يكفي أن يشار فيه إلى أن المحكمة قد رأت واستشعرت ما يوجب تطبيق الرأفة والتخفيف على المحكوم عليه - كما هو الحال في الدعوى المطروحة .. لما كان ذلك وكانت أسباب التخفيف - وفقاً للقواعد العامة - هي حالات أو ظروف خاصة تتعلق بالجريمة ذاتها أو بشخص مرتكبها تؤدي عند تطبيقها إلى ضرورة استبدال العقوبة المقررة للجريمة قانوناً بعقوبة أخف منها نوعاً أو مقداراً فلا يعد من قبيل التخفيف نزول القاضي إلى الحد الأدنى للعقوبة أو ما يقرب منها وإنما تخفيف العقوبة بالمعنى الحقيقي يقصد به إما النزول عن حدها الأدنى أو إحلال عقوبة أخرى محلها أخف منها .

لما كان ذلك ، وكانت عقوبة الجناية المنصوص عليها في المادة ٤٤ / ١ ، ٤ من قانون مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية والتي أُدين المطعون ضدهما بموجبها هي عشر سنوات في حدها الأدنى ولم يحدد المشرع سقفاً أعلى لتلك العقوبة .

ولما كانت المادة ٣٩ من قانون الجزاء في فقرتها الأولى قد نصت على أن: ١. العقوبات الإرهابية هي الإعدام، أو السجن المطلق، أو السجن المؤقت من ثلاث إلى خمس عشرة سنة. ومن ثم فإن هذه الجريمة موضوع الطعن المعروض عقوبتها السجن المؤقت الذي لا يقل عن عشر سنوات ولا يجاوز خمس عشرة سنة.

ولما كان ذلك ، وكانت المحكمة قد أعملت ظرفاً مخفضة حسبما ورد بأسباب حكمها المطعون فيه وإن لم تورد المادة التي استندت إليها لتخفيف العقوبة فإن مفاد ذلك أنها أعملت نص المادة ١١١ من قانون الجزاء التي وضعت للقاضي حدوداً للتخفيف حيث جرى نصها على أنه: «إذا وجدت في قضية أسباب مخفضة يحكم القاضي على الفاعل في الجناية: بدلاً من الإعدام بالسجن المطلق أو بالسجن المؤقت من سبع سنوات إلى خمس عشرة سنة. بدلاً من السجن المطلق بالسجن المؤقت من خمس سنوات إلى عشر.

بتخفيض كل عقوبة إرهابية أخرى إلى نصفها ، أو ما خلا حالة التكرار، بإنزالها إلى السجن سنة واحدة ، إذا كان الحد الأدنى للعقوبة لا يجاوز الثلاث سنوات».

أصدرت الهيئة العامة لتوحيد المبادئ بالمحكمة العليا برئاسة فضيلة الشيخ/د. إسحاق بن أحمد البوسعيدي . رئيس المحكمة العليا . وعضوية كل من أصحاب الفضيلة القضاة نواب رئيس المحكمة العليا: صالح بن حمد الراشدي وخليفة بن محمد الحضرمي وأصحاب الفضيلة القضاة: علي بن سالم النعماني وعبدالله بن محمد الكعبي والسيد القاضي خليفة بن سعيد البوسعيدي، وحمود بن عبدالله الراشدي، وحميد بن عبدالله الجامعي وسليمان بن عبدالله اللويهي وسالم بن راشد القلهاتي وسالم بن محمد البراشدي قرارها في الطعن رقم ٢٠٠٧/١ في الجلسة العلنية المنعقدة يوم الثلاثاء الموافق ٢٠٠٧/٥/٢٢ والمتضمن من حيث النتيجة البت في مسألة تقدير العقوبة وكيفية استعمال أسباب تخفيفها . لذلك سنعرض للوقائع وللمبدأ الذي قرره الهيئة العامة لتوحيد المبادئ ، وللقيمة القانونية والاجتماعية للقرار المذكور وفق الآتي (١):

أولاً - الوقائع :

تتلخص الوقائع في أنه كان قد صدر من الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا عدة قرارات في الطعون أرقام ٨١، ٨٢، ٢٠٠٣/٧٤، ٢٠٠٤/٧٤، ٢٠٠٥/٢٨٤، ٢٠٠٦/٥٠٧ والتي أقرت فيها مبدأ اعتماد الحد الأعلى للعقوبة المقررة في القانون عند إعمال الفقرة الثالثة من المادة رقم (١١١) من قانون الجزاء، وإن الدائرة الجزائية التي تنظر في الطعن الحالي ترغب بالرجوع عن المبدأ المذكور وإقرار الحد الأدنى للعقوبة ، ولذلك تم عرض الأمر على الهيئة العامة لتوحيد المبادئ لإقرار المبدأ المناسب.

ثانياً - حيثيات قرار الهيئة العامة:

المقرر في قضاء المحكمة العليا أن تقدير العقوبة وإعمال الظروف التي تراها المحكمة مشددة أو مخفضة يدخل في سلطاتها التقديرية، ولا يلزم أن يصرح الحكم بموجبات

(١) لمزيد من المعلومات راجع الأستاذ جـام كـاربونيه - التعليق على القرار القضائي - جامعة باريس الثانية للقانون والاقتصاد ز دالور - مكتبة جامعة الملك سعود تحت رقم 380445 - العهدة 81180



إن تقدير العقوبة وأعمال الظروف التي تراها المحكمة مشددة أو مخففة يدخل في سلطتها التقديرية، ولا يلزم أن يصرح الحكم بموجبات التخفيض تفصيلاً بل يكفي أن يشار فيه إلى أن المحكمة قد رأت واستشعرت ما يوجب تطبيق الرأفة والتخفيف على المحكوم عليه.

أسباب التخفيف وفقاً للقواعد العامة هي حالات أو ظروف خاصة تتعلق بالجريمة ذاتها أو بشخص مرتكبها تؤدي عند تطبيقها إلى ضرورة استبدال العقوبة المقررة للجريمة قانوناً بعقوبة أخف منها نوعاً أو مقداراً فلا يعد من قبيل التخفيف نزول القاضي إلى الحد الأدنى للعقوبة أو ما يقرب منها.

إن تخفيف العقوبة بالمعنى الحقيقي يقصد به إما النزول بها عن حدها الأدنى أو إحلال عقوبة أخرى محلها أخف منها.

يستفاد من نص الفقرة الثالثة من المادة ١١١ من قانون الجزاء أنها تتعلق بالعقوبات الإرهابية المؤقتة التي لا يقل السجن فيها عن ثلاث سنوات - أو عن أي حد أدنى آخر يجاوز الثلاث سنوات - ولا يجاوز الخمس عشرة سنة وأنه في حالة التخفيف فيها ينظر إلى الحد الأدنى للعقوبة المقررة، فإن كان لا يجاوز الثلاث سنوات فللقاضي في حالة التخفيف أن ينزل إلى النصف، كما له أن ينزل إلى السجن سنة واحدة بشرط ألا يكون المتهم مكرراً، وإن كان الحد الأدنى للعقوبة المقررة يجاوز الثلاث سنوات.

بمفهوم المخالفة - فللقاضي أن ينزل بالعقوبة في حالة التخفيف إلى نصف الحد الأدنى لتلك العقوبة فقط، والقول بغير ذلك، يجعل المحكوم عليه بعقوبة الإعدام أو بعقوبة السجن المطلق - وهما أكثر قسوة وصرامة - في حالة التخفيف أحسن حالاً من المحكوم عليه بعقوبة السجن المؤقت - وهي أخف وطأة من العقوبتين السالفتين الذكر - إذا نظرنا إلى حدها الأعلى في حالة التخفيف كما يجعل الحكم بالعقوبة الأصلية في تلك العقوبة الإرهابية المؤقتة المنصوص عليها قانوناً إذا كان حدها الأعلى خمس عشرة سنة وحدها الأدنى لا يجاوز نصف حدها الأعلى، كعقوبة جناية هتك العرض المؤثمة بالمادة (٢١٨) من قانون الجزاء والمعاقب عليها بالسجن من خمس سنوات

ويستفاد من نص الفقرة الثالثة من المادة السالفة البيان أنها تتعلق بالعقوبات الإرهابية المؤقتة التي لا يقل السجن فيها عن ثلاث سنوات - أو عن أي حد أدنى آخر يجاوز الثلاث سنوات - ولا يجاوز الخمس عشرة سنة وأنه في حالة التخفيف فيها ينظر إلى الحد الأدنى للعقوبة المقررة، فإن كان لا يجاوز الثلاث سنوات فللقاضي في حالة التخفيف أن ينزل إلى النصف، كما له أن ينزل إلى السجن سنة واحدة بشرط ألا يكون المتهم مكرراً. وإن كان الحد الأدنى للعقوبة المقررة يجاوز الثلاث سنوات - وذلك بمفهوم المخالفة - فللقاضي أن ينزل بالعقوبة في حالة التخفيف إلى نصف الحد الأدنى لتلك العقوبة فقط، والقول بغير ذلك، يجعل المحكوم عليه بعقوبة الإعدام أو بعقوبة السجن المطلق - وهما أكثر قسوة وصرامة - في حالة التخفيف أحسن حالاً من المحكوم عليه بعقوبة السجن المؤقت - وهي أخف وطأة من العقوبتين السالفتين الذكر - إذا نظرنا إلى حدها الأعلى في حالة التخفيف كما يجعل الحكم بالعقوبة الأصلية في تلك العقوبة الإرهابية المؤقتة المنصوص عليها قانوناً إذا كان حدها الأعلى خمس عشرة سنة وحدها الأدنى لا يجاوز نصف حدها الأعلى، كعقوبة جناية هتك العرض المؤثمة بالمادة (٢١٨) من قانون الجزاء والمعاقب عليها بالسجن من خمس سنوات إلى خمس عشرة سنة فإن توقيع العقوبة الأصلية في حدها الأدنى يكون أصح للمحكوم عليه من أعمال أسباب التخفيف في حقه وهو ما يتعارض مع ما قصد إليه المشرع في حال أعمال قواعد التخفيف.

لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر وقضى بسجن المطعون ضدهما لمدة خمس سنوات وهي نصف الحد الأدنى للعقوبة المقررة للجريمة المسندة إلى كل منهما والمعاقب عليها بالمادة ١/٤٤، ٤ من قانون مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية، فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون ويكون مانع الطاعن في ذلك الشأن غير صحيح.

ثالثاً- المبادئ التي قررتها الهيئة العامة:

فمن مراجعة حيثيات أو أسباب قرار الهيئة العامة لتوحيد المبادئ نرى أنها قررت الآتي :





إلى خمس عشرة سنة فإن توقيع العقوبة الأصلية في حدها الأدنى يكون أصلح للمحكوم عليه من إعمال أسباب التخفيف في حقه وهو ما يتعارض مع ما قصد إليه المشرع في حال إعمال قواعد التخفيف.

نخلص مما تقدم إلى أن تحديد العقوبة المقررة لكل جريمة هو الذي عليه القانون لأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني، وإن القاضي هو الذي يقدر العقوبة وفقاً لمبدأ تفريد العقاب والذي يقضي بأن تكون العقوبة مناسبة وملائمة بعد الأخذ بالحسبان الظروف الموضوعية لكل جريمة والظروف الشخصية لكل مجرم وإن هذا يدخل في سلطة القاضي التقديرية.

عندما يقوم القاضي بتقدير العقوبة وفقاً للنص القانوني بين حديها الأعلى والأدنى فهو لا يستعمل أسباب تخفيف تقديرية بل هو يقدر العقوبة التي يستحقها المجرم أخذاً بالحسبان ظروف الجريمة وله مطلق الصلاحية في ذلك، ولا يجوز إلزامه بفرض الحد الأعلى للعقوبة أو الحد الأدنى لها لأنه يستعمل صلاحياته القانونية لأن القانون نص على العقوبة بين حدين أدنى وأعلى وعندما يقوم يقوم بذلك لا يحتاج حكمه إلى تعليل أو تبرير.

أما استعمال أسباب التخفيف التقديرية فهو يعني النزول بالعقوبة عن الحد الأدنى المقرر لها بالقانون أو استبدال العقوبة بتدبير آخر وفق لما تم النص عليه في المادة ١١١ من قانون الجزاء وفق الآتي:

رابعاً- القيمة القانونية لقرار الهيئة العامة لتوحيد المبادئ:

حسم قرار الهيئة العام لتوحيد المبادئ الجدل- الذي كان قائماً على صعيد التطبيق العملي - بين المحاكم في كيفية تقدير القاضي للعقوبة عندما تكون محددة بين حدين أعلى وأدنى إذ كانت تذهب بعض المحاكم إلى الحكم بالحد الأعلى للعقوبة، وبعضها الآخر كان يحكم بالحد الأدنى. كما كان بعض القضاة يحكمون بالحد الأعلى ثم يطبقون فكرة أسباب التخفيف التقديرية فينزلون بها من الحد الأعلى إلى دون ذلك، دون وجود ضابط يحكم عملهم في هذا الأمر.

لقد وضعت الهيئة العامة مبدأً أزال الغموض والالتهام

في كيفية تطبيق النصوص الجزائية في مسألة تقدير العقوبة وكيفية استعمال أسباب التخفيف التقديرية لتقول إن فرض العقوبة على الجريمة المرتكبة يكون بين حديها الأعلى والأدنى هو من مطلق صلاحيات قاضي الموضوع وهذا أمر يتفق مع مبدأ تفريد العقاب الذي يقضي بفرض العقوبة التي تلائم الظروف الموضوعية لكل جريمة والظروف الشخصية لكل مجرم ولذلك وضع المشرع حدين للعقوبة حداً أعلى وحداً أدنى دون فرض حد معين على القاضي أن يلتزم به.

أما أسباب التخفيف التقديرية فهي سلطة استثنائية معطاة للقاضي يستعملها عند وجود أسباب يراها في ضوء كل قضية على حدة ويكون من شأن استعمال هذه السلطة النزول بالعقوبة عن الحد الأدنى المحدد لها في القانون أو استبدال العقوبة بتدبير آخر ويكون ذلك لأسباب سائغة تحمل ماتقوم عليه في ملف الدعوى وسلطته في هذا الشأن ليست مطلقة بل تحتاج إلى تعليل وهي تخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا.

كما لا يجوز للقاضي استعمال أسباب التخفيف التقديرية عند وجود نص خاص قانوني يمنع من ذلك، وكذلك الأمر في حال تكرار الجرائم لأن التكرار يعد سبباً مشدداً للعقوبات وفقاً للقواعد العامة.

لذا، فإن المبادئ التي قررتها الهيئة العامة ذات أثر مهم من الناحيتين النظرية والعملية لإرسائه البعد التفسيري والنهج العملي في كيفية إعمال النصوص القانونية الجزائية وخاصة تلك المتعلقة بتقدير العقوبة،

وكيفية استعمال أسباب التخفيف في تقديرها.

خامساً- البعد الاجتماعي لقرار الهيئة العامة:

يتجلى البعد الاجتماعي للمبادئ التي قررتها الهيئة العامة في المحكمة العليا في عدالة تطبيق النصوص التشريعية، وذلك من خلال وحدة التفسير والتطبيق على الجميع وفقاً لحق المساواة أمام القانون وأمام القضاء، فإن الاختلاف في نهج التفسير والتطبيق يؤدي إلى إنكار العدالة وهذا يناقض النظام الأساسي للدولة والغاية من العدالة التي يتساوى أمامها جميع الأشخاص دون النظر إلى وجوههم وأسمائهم.



القبول بها دائماً لأن حكم النص الأصلي قد يكون على سبيل المثال ولحكمة خاصة، ولا يتوافر عكسها في مفهوم المخالفة، ولا يصح الأخذ بها ويقال فيها إنها وسيلة غشاشة (٢).

كما أن فقهاء الشريعة الإسلامية منقسمون في جواز الأخذ بالتفسير بمفهوم المخالفة، ولكل منهما حجه ومبرراته، وإن القائلين به يضعون شروطاً لإعماله، وفي جميع الأحوال فإنه إذا لم يقدّم الدليل على أن النص محل التفسير لم يرد على سبيل المثال أو التخصيص، ولا يوجد نص صريح يخالف التفسير بمفهوم المخالفة فإن هذا الطريق يجب أن يبقى سالماً لفائدته العملية الكبيرة في ساحات الميدان العملي وتطبيقات المحاكم في الاجتهاد القضائي (٣).

فحسنا فعلت الهيئة العامة في إقرار مبدأ قانوني مهم على صعيد التطبيق العملي في محاكم السلطنة انطلاقاً من وحدة التفسير في التطبيق للنصوص القانونية انطلاقاً من مدارس معتمدة في التفسير بهدف تحقيق العدالة والمساواة أمام القانون.

فالعدالة تعني عدم الانحياز في محاكمة أي إنسان لأي أمر، وهي رؤية إنسانية للمحيط الذي يعيش فيه كل فرد من خلال قانون وضعي ينظم كل جوانب المجتمع، والعدالة عكس الظلم والجور والتطرف، وتهدف إلى الإنصاف والمساواة والتوازن وعدم التعدي وحماية المصالح الفردية والعامة وهي مفهوم أخلاقي يقوم على الحق والأخلاق، والعقلانية، والدين.

فنظريات العدالة لا تختلف اختلافاً كبيراً من مجتمع إلى آخر ولكن تطبيق مفاهيمها يختلف وعند اختلاف المفاهيم لا يمكن أن تتواجد العدالة فالعدالة هي القوانين الطبيعية التي وجدت مع وجود الكون وتحقيقها فيما يتعلق بالبشر يرتبط بمدى إدراكهم وفهمهم للرسالات السماوية التي توضح ما أراد منهم خالقهم.

فإن العدالة سبب تعايش الفقير والثري في مجتمع واحد وهي حق يتمتعان به، وليس بالضرورة لتحقيقها في المجتمع أن يطبق القوانين الموجودة في المحاكم لأنها من صنع البشر وتخدم مصالح الأقوى ومصلحة من يضعها. فالقانون يختلف عن العدالة لأن العدالة هي القانون الإلهي أما القانون فهو من صنع البشر وقد ينسجم مع العدالة وقد لا ينسجم معها.

لذا، تعد العدالة في تفسير القانون وتطبيقه قاعدة اجتماعية أساسية لاستمرار حياة البشر مع بعضهم البعض، فالعدالة محور أساسي في الأخلاق وفي القانون وفي الفلسفة الاجتماعية.

سابعاً - الرأي والنتيجة:

توسعت الهيئة العامة في التفسير من بيان الغموض والإبهام إلى إكمال النص الوارد في المادة ١١١ من قانون الجزاء العماني عندما ذهبت إلى القول أن استعمال أسباب التخفيف التقديرية يكون خارج حدود النص وذلك بإنزال العقوبة إلى دون الحد الأدنى الوارد في النص أو باستبدال العقوبة إلى تدبير غير وارد في حدود النص وهذا يدخل في باب الاجتهاد المتطور.

لقد سلكت الهيئة العامة في الاجتهاد تعبير مفهوم المخالفة وعلى الرغم من وجود تطبيقات كثيرة للتفسير بمفهوم المخالفة إلا أن هذا له نتائج خطيرة، لا يمكن

(٢) د. سليمان مرقس- المدخل للعلوم القانونية - الوافي في شرح القانون المدني- الطبعة السادسة - منشورات صادر- بيروت- لبنان- 1987.

(٣) لمزيد من المعلومات راجع د. محمد صبري السعدي- تفسير النصوص القانونية في القانون والشريعة الإسلامية (النظرية العامة وتطبيقاتها في الفقهاء الوضعي والإسلامي)- الطبعة الأولى- دار النهضة العربية - القاهرة 1979.



تعليق على حكم في الطعن رقم ٢٨٠ / ٢٠١٠ تجاري

د. أحمد بن سليمان بن محمد البوصايف
رئيس المحكمة الابتدائية ببغداد
عضو المكتب الفني بالمحكمة العليا



أصدرت المحكمة العليا

المشكلة من فضيلة القاضي/ خليفة بن محمد بن عبدالله
الحضرمي/ نائب رئيس المحكمة
وعضوية كل من أصحاب الفضيلة القضاة: .

د. محمد صالح علي سيد أحمد

عمر ميرغني المنّا

يحيى محمد عبدالقادر

كمال أمين عبد النبي

وبحضور/ محفوظ بن علي المعشري/ أميناً للسر

في الجلسة العلنية المنعقدة يوم الأربعاء ٢٣/ جمادى

الأولى/ ١٤٣٢هـ الموافق ٢٧/٤/٢٠١١م

الحكم التالي: .

في الطعن رقم ٢٨٠/٢٠١٠م الدائرة التجارية ، ورقم

١٤٣/٢٠١٠م (استئناف مسقط)

المقدم من الطاعنة: .

.....

ضد: .

.....

الوقائع: .

بعد الاطلاع على الحكم المطعون فيه وسائر أوراق الطعن
وبعد المداولة وسماع التقرير الذي أعده القاضي المقرر
وبعد المداولة.

حيث إن الوقائع حسبما يبين من الحكم المطعون فيه
وسائر أوراق الطعن ، تتلخص في أن المدعية - المطعون
ضدها - أقامت دعواها ضد المدعى عليها - الطاعنة
- بصحيفة دعوى أودعت أمانة سر المحكمة الابتدائية
بتاريخ ٥/٧/٢٠٠٩م طالبة في ختامها الحكم بالأمر بتنفيذ
حكم التحكيم الصادر بتاريخ ٢٤/١٠/٢٠٠٨م وإلزام المدعى
عليها بالمصاريف ، وقالت بياناً لها : في عام ١٩٨٠ أبرمت
المدعية اتفاقية امتياز بموجبها منحت المدعى عليها
رخصة حصريّة لتصنيع وتعبئة وتغليف منتجات المدعية
(سن توب) وارتكبت المدعى عليها مخالفات جسيمة مما
استوجب إلزامها بالتعويض واستناداً لتلك الاتفاقية
تحال أية نزاعات للتحكيم في كوينهاجن بالدنمارك
وحضر الطرفان جلسات التحكيم وفي ٢٤/١٠/٢٠٠٨م

أصدرت هيئة التحكيم حكمها النهائي وقضى بإلزام
المدعى عليها بجميع المبالغ الواردة في قرار هيئة التحكيم
في موعد لا يتجاوز ٧/١١/٢٠٠٨م إلا أنها فشلت في تنفيذ
الحكم وأن المدعى عليها على علم بالحكم وأعلنت به بعد
صدوره مباشرة وقبلت به بإقرار رئيس مجلس إدارتها
في صفحة بموقع سوق مسقط للأوراق المالية بتاريخ
٢٥/١١/٢٠٠٨م وأن المدعية استوفت جميع متطلبات
المادتين ٤٧ و ٥٦ من قانون التحكيم في المنازعات المدنية
وال تجارية وعليه أقامت الدعوى وقدمت سنداً لدعواها :

- أصل حكم التحكيم الصادر بتاريخ ٢٤/١٠/٢٠٠٨م.

- ترجمة حكم التحكيم للغة العربية.

- صورة من محضر إيداع حكم تحكيم رقم ١/٢٠٠٩م.

- صورة من صفحة في موقع سوق مسقط للأوراق المالية
بتاريخ ٢٥/١١/٢٠٠٨م.

- صورة من امتياز سن توب.

وحيث تم تداول الدعوى بالجلسات أمام محكمة أول
درجة ، وبتاريخ ٩/١/٢٠١٠م حكمت المحكمة الابتدائية
في الدعوى التجارية رقم ١٠٦٤/٢٠٠٩م برفضها وإلزام
المدعية بالمصاريف .

وحيث إن الحكم المذكور لم يجد قبولا لدى المدعية
فطعنّت فيه بالاستئناف لدى محكمة الاستئناف بمسقط
بموجب صحيفة أودعتها أمانة سر المحكمة طلبت في
ختامها قبول الاستئناف شكلاً ، وفي الموضوع بإلغاء
الحكم المستأنف والقضاء من جديد بالأمر بتنفيذ حكم
التحكيم الصادر بتاريخ ٢٤/ أكتوبر ٢٠٠٨م الذي كان قد
ألزم المستأنف ضدها بأن تؤدي للمستأنفة ما مجموعه
(١٥,٩٠٩,٢٠٧ ر.ع) كرونة دنماركية ، أي ما يعادل
(١,٠٤١,١١٣,٤٢٠ ر.ع) مليوناً وواحداً وأربعين ألفاً ومائة
وثلاثة عشر ريالاً عُمانياً وأربعمئة وعشرين بيسة وإلزام
المستأنف ضدها بالمصاريف وأتعاب المحاماة.

وحيث قدّم وكيل المستأنف ضدها مذكرة طلب في ختامها
رفض الاستئناف وإلزام المستأنفة الرسوم والمصاريف
وأتعاب المحاماة .

وحيث تداولت الدعوى بالجلسات أمام محكمة الاستئناف
بحضور طرفيها ، وقررت المحكمة حجزها للحكم



الوجه الأول : مخالفة قواعد الإثبات المنصوص عليها في قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية.

وفي بيان ذلك تقول الطاعنة إن الحكم المطعون فيه قد أسس قضاءه استناداً على اتفاقية الأمم المتحدة للاعتراف باتفاقية التحكيم وتنفيذها واستند الحكم على بيانات تخالف قواعد الإثبات المنصوص عليها في قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية ، فقد نصت المادة (١٥) من قانون الإثبات على أنه : ((ولا حجية لصور المحررات العرفية في الإثبات إلا بمقدار ما تهدي إلى الأصل ..)) وفي هذا الصدد لم تقدم المطعون ضدها أي بيينة أصلية ومقبولة تثبت أن مملكة الدنمارك هي عضو موقع في اتفاقية الأمم المتحدة للاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وإنفاذها ، فكل ما قدمته المطعون ضدها في المستند رقم (٧) هو مستخرج من شبكة المعلومات الدولية مذكور فيه بعض أسماء الدول الأعضاء في الاتفاقية دون أن يحمل ذلك المستخرج أي توقيع أو توثيق يدل على مصدره ، وما ذهب إليه الحكم المطعون فيه من إثبات عضوية الدنمارك في اتفاقية الأمم المتحدة لا يسنده أي دليل صحيح مقبول ، والمستند الذي اعتبره الحكم المطعون فيه أساساً لقضائه لم يرق حتى إلى درجة اعتباره محرراً عرفياً لخلوه تماماً من أي توقيع أو توثيق، كما أنه غير مقبول كبيينة باعتباره معاملة إلكترونية كون ذلك يخالف أحكام قانون المعاملات الإلكترونية الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٠٠٨/٦٩ وعلى وجه الخصوص المواد (٤) و (٧) و (١١) وبالتالي يكون الحكم المطعون فيه قد خالف قانون الإثبات وقبل مستنداً غير مقبول كبيينة وأسس عليه قضاءه كما خالف قانون المعاملات الإلكترونية الأمر الذي يتعين معه نقضه .

ب - وفي بيان الوجه الثاني : مخالفة أحكام القانون العماني التي تعود إلى النظام العام والمنصوص عليها في المادة ٣٥٢ من قانون الإجراءات المدنية والتجارية .

تقول الطاعنة إن الحكم المطعون فيه أخطأ في عدم تطبيق القواعد الآمرة المنصوص عليها في المواد ٣٥٢ و ٣٥٣ من قانون الإجراءات المدنية والتجارية وهاتان المادتان لا بد من استيفائهما في حالة تطبيق أحكام اتفاقية

لجلسة ٢٠١٠/٤/٥ ثم وقع مد النطق بالحكم لجلسة ٢٠١٠/٤/١٩ لإتمام المداولة ، و بجلسة ٢٠١٠/٤/١٩ أصدرت محكمة الاستئناف حكمها الذي قضى بقبول الاستئناف شكلاً وفي الموضوع بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء مجدداً بالأمر بتنفيذ حكم التحكيم الصادر بتاريخ ٢٤ أكتوبر ٢٠٠٨ م من المستأنفة والمستأنف ضدها والمودع برقم ١٠ لسنة ٢٠٠٩ م بمحكمة استئناف مسقط - الدائرة التجارية - على أن يكون تنفيذه حسب منطوقه بالعملة الدنماركية أو ما يعادلها بالريال العماني وفق سعر الصرف المحدد من البنك المركزي العماني ، وألزم المستأنف ضدها المصاريف عن درجتي التقاضي وألف ريال عماني مقابل أتعاب المحاماة .

وحيث لم ترض الطاعنة بالحكم الصادر أمام محكمة الاستئناف قطعنت فيه بالنقض أمام المحكمة العليا بالطعن المائل بموجب صحيفة طعن أودعتها أمانة سر المحكمة العليا بتاريخ ٢٠١٠/٥/١٩ م موقعة باسم المحامي المخول للترافع أمام المحكمة العليا وقدم سند وكالته وما يفيد سداد الكفالة والرسوم المقررين .

وقد أعلنت المطعون ضدها بصحيفة الطعن فردت عليها بمذكرة طالبت فيها برفض الطعن وتحميل رافعه المصاريف وأتعاب المحاماة وتأييد الحكم المستأنف ومصادرة الكفالة ، ثم عقب الطاعنة على مذكرة المطعون ضدها بمذكرة تمسكت فيها بأسباب طعنها وعلى طلباتها التي وردت بصحيفة طعنها ، ثم عقب المطعون ضدها على رد الطاعنة وكررت رفضها للطعن وتأييد الحكم المطعون فيه وتحميل رافعه المصروفات وأتعاب المحاماة ومصادرة الكفالة .

وحيث تنعى الطاعنة على الحكم المطعون فيه بسببين أولهما من أربعة وجوه .. والسبب الأول هو مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه وثانيهما بطلان الحكم المطعون فيه لاستحالة تنفيذ منطوقه ..

وفي بيان السبب الأول تقول الطاعنة إن الحكم المطعون فيه خالف القانون وأخطأ في تطبيقه من عدة وجوه بيانها كالاتي :





وقواعد النظام العام في السلطنة.

ج - الوجه الثالث : مخالفة أحكام المرسوم السلطاني رقم ١٩٩٨/٣٦ ، وفي بيان هذا الوجه تقول الطاعنة إن الحكم المطعون فيه أخطأ في تطبيق أحكام المرسوم السلطاني رقم ٩٨/٣٦ الذي بموجبه انضمت سلطنة عُمان إلى اتفاقية الأمم المتحدة لعام ١٩٥٨ ، فموجب ذلك المرسوم ومع مراعاة دفاع الطاعنة المتقدم بأن الاتفاقية غير ذاتية التنفيذ ، فإن شروط تنفيذ الأحكام المنصوص عليها في الاتفاقية لم تستوف من قبل المطعون ضدها ، وتلك الشروط هي :-

١- يجب على من يطلب تنفيذ حكم تحكيم أجنبي في دولة عضو في الاتفاقية أن يقدم أصل حكم التحكيم الأجنبي من اللغة التي صدر بها موثقاً ومعتمداً من موظف حكومي رسمي في الدولة التي صدر فيها .

٢- يجب على من يطلب تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي في دولة عضو أن يقدم ترجمة لحكم التحكيم إلى لغة الدولة المطلوب التنفيذ فيها على أن تكون الترجمة معتمدة من موظف حكومي رسمي من الدولة التي صدر فيها التحكيم، والمطلوب أن يوثق الموظف الحكومي الرسمي الدنماركي ترجمة حكم التحكيم وليس فقط توقيع من وثق الترجمة ، والمطعون ضدها لم تفعل أيًا من الاثنين .

٣- يجب على من يطلب تنفيذ حكم تحكيم أجنبي في دولة عضو أن يثبت القانون الأجنبي للدولة التي صدر فيها الحكم على أن يكون ذلك بالوسائل القانونية المعروفة لإثبات القانون الأجنبي أمام المحاكم والتي يجب أن تعتمد من موظف حكومي رسمي في الدولة التي صدر فيها الحكم ومن سفارة الدولة المطلوب التنفيذ فيها، لكي تتحقق المحكمة في بلد التنفيذ من توفر قاعدة المعاملة بالمثل ، لكونها قاعدة تتعلق بالنظام العام .

والمطعون ضدها لم تستوف أيًا من تلك الشروط ولهذا يتعين نقض الحكم المطعون فيه لكونه قد خالف القانون بأمره تنفيذ حكم تحكيم أجنبي بالمخالفة لقواعد تنفيذ الأحكام المنصوص عليها في اتفاقية الأمم المتحدة على افتراض ثبوت أن مملكة الدنمارك هي عضو موقع في الاتفاقية (الأمر الذي ننكره) .

الأمم المتحدة قبل الأمر بتنفيذ حكم أجنبي ، وحيث إن قانون الإجراءات المدنية والتجارية لاحق من حيث تاريخ إصداره على انضمام سلطنة عُمان لاتفاقية الأمم المتحدة فهو الأول بالتطبيق في حالة اختلاف التفسير ولأنه كذلك يعتبر تشريعاً وطنياً لما تعاقبت عليه سلطنة عمان في الاتفاقية الدولية ، والشروط الواردة في المادتين المذكورتين السالف ذكرهما هي :

١- التحقق من الشروط المقررة في قانون البلد الأجنبي لتنفيذ الأحكام الصادرة في السلطنة وتنفيذ نفس تلك الشروط الواردة في قانون الدنمارك على الدعوى الحالية.

٢- أن يكون حكم التحكيم الأجنبي المطلوب تنفيذه صادراً من جهة قضائية مختصة وفقاً لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المقرر في البلد الأجنبي (أي مملكة الدنمارك) وأن يكون قد أصبح نهائياً وفقاً لقانون الدنمارك ، وأن يثبت طالب التنفيذ أن الحكم لم يصدر بناء على غش.

٣- أن يكون الخصوم في الدعوى التي صدر فيها الحكم المراد تنفيذه قد كلفوا بالحضور وتمثلوا تمثيلاً صحيحاً.

٤- أن لا يتضمن حكم التحكيم الأجنبي طلباً أساسه الإخلال بقانون من القوانين المعمول بها في السلطنة .

٥- ألا يتعارض حكم التحكيم الأجنبي مع حكم أو أمر سبق صدوره من محكمة بالسلطنة، وأن لا يخالف النظام العام أو الآداب.

٦- أن يثبت طالب التنفيذ أن البلد الأجنبي (أي مملكة الدنمارك) تقبل تنفيذ أحكام المحاكم العُمانية في أراضيها. ولا يوجد في ملف الدعوى أي مستند أو بيّنة تثبت تحقق أي من تلك الشروط ومعلوم أن المادة (١) من قانون الإثبات تفيد أن عبء إثبات تحقق تلك الشروط يقع على عاتق المطعون ضدها.

كما خالف حكم التحكيم الحكم الوطني النهائي الصادر في الدعوى الابتدائية رقم ٧٩٧/٢٠٠٩م الذي قضى بعدم ثبوت حق المطعون ضدها في تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي. بناء عليه تعين نقض الحكم المطعون فيه لمخالفته المادتين (٣٥٢ و ٣٥٣) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية



شكلاً ووقف تنفيذ الحكم المطعون فيه إلى حين البت في الطعن ونقض الحكم المطعون فيه ، وأصلياً : التصدي لموضوع الاستئناف التجاري رقم ٢٠١٠/١٤٣م بقبوله شكلاً وفي الموضوع برفضه وإلزام رافعته بالمصاريف عن الدرجتين وأتعاب المحاماة .

واحتياطياً : إعادة الدعوى إلى محكمة الاستئناف بمسقط الدائرة التجارية لتحكم فيها من جديد بهيئة مغايرة وإلزام المطعون ضدها في الحالتين بالمصاريف ورد الكفالة إلى الطاعنة .

المحكمة :

حيث إن الطعن قد استوفى سائر أوضاعه القانونية الشكلية فإنه يكون مقبولاً شكلاً .

أما من حيث الموضوع فإن النعي على الحكم المطعون فيه بسببيه السالف ذكرهما غير سديد .

ذلك أن المادة (٣٥٢) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية قد نصت على الآتي :

مادة (٣٥٢) : الأحكام والأوامر الصادرة في بلد أجنبي، يجوز الأمر بتنفيذها في سلطنة عُمان بذات الشروط المقررة في قانون ذلك البلد لتنفيذ الأحكام والأوامر الصادرة في السلطنة .

يطلب الأمر بالتنفيذ أمام المحكمة الابتدائية مشكّلة من ثلاثة قضاة التي يراد التنفيذ في دائرتها بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى ، ولا يجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق مما يأتي :

أ - إن الحكم أو الأمر الصادر من جهة قضائية مختصة قد صدر وفقاً لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المقرر في قانون البلد الذي صدر فيه ، وأنه أصبح نهائياً وفقاً لذلك القانون ، وأنه لم يصدر بناء على غش .

ب - أن الخصوم في الدعوى التي صدر فيها الحكم الأجنبي قد كلفوا بالحضور ومثلوا تمثيلاً صحيحاً .

ج - أن الحكم أو الأمر لم يتضمن طلباً أساسه الإخلال بقانون من القوانين المعمول بها في السلطنة .

د - أنه لا يتعارض مع حكم أو أمر سبق صدوره من محكمة بالسلطنة ولا يتضمن ما يخالف النظام العام أو الآداب .

د / الوجه الرابع : مخالفة المادة (٢٢٥) من قانون المعاملات المدنية والتجارية : خالف الحكم المطعون فيه نص المادة (٢٢٥) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية التي تحظر قبول طلبات جديدة في الاستئناف .. حيث قبل طلبات جديدة وقضى بها وهي طلبات الحكم أمام الاستئناف بمبلغ (١٥,٩٠٩,٢٠٧ ع.ر) كرونة دنماركية ، وهذا الطلب لم يكن وارداً ضمن الطلبات المقدمة أمام المحكمة الابتدائية ، وكذلك طلب أتعاب المحاماة وهذا لم يكن ضمن الطلبات المقدمة أمام المحكمة الابتدائية، وقد صدر حكم الاستئناف وفق منطوقه بهذه الطلبات الجديدة .

وحيث تنعى الطاعنة على الحكم المطعون فيه بالسبب الثاني وهو بطلان الحكم المطعون فيه لاستحالة تنفيذ منطوقه .

وفي بيان هذا السبب تقول الطاعنة إن منطوق الحكم المطعون فيه جاء مجاهلاً مخالفاً للقانون غير قابل للتنفيذ للأسباب التالية :

١- أمر الحكم بالمنطوق بتنفيذ حكم التحكيم المودع برقم ٢٠٠٩/١٠م دون تحديد المبلغ الذي يجب أن ينفذ به مع العلم أن حكم التحكيم غير مرفق به أية ترجمة صحيحة تمكن قاضي التنفيذ من معرفة المبلغ الذي يجب التنفيذ به ، خاصة وإن حكم التحكيم قد نصّ على حساب فوائد بطريقة يجب فيها اتباع خطوات معينة نصّ عليها القانون الدنماركي يتعدل بموجبه سعر الفائدة بصفة دورية الأمر الذي يقتضي استصدار حكم جديد بحساب المبلغ المطلوب التنفيذ به .

٢- أمر الحكم المطعون فيه بإمكانية تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي بالريال العُماني وفق سعر الصرف المحدد في البنك المركزي العُماني مع العلم أنه لا يوجد سعر صرف بين الريال العُماني والعملة الدنماركية ، وبالتالي يستحيل تنفيذ الحكم ، وأسعار العملات تتغير كل يوم وساعة لذلك يتضح إن منطوق الحكم المطعون فيه مجهل وغير قابل للتنفيذ الأمر الذي يجعل الحكم المطعون فيه باطلاً بطلاناً مطلقاً لمخالفته لقواعد إصدار الأحكام. وحيث تختتم الطاعنة صحيفتها بطلب قبول الطعن





لعلاقة قانونية محددة ، تعاقدية أو غير تعاقدية تتصل بموضوع يمكن تسويته عن طريق التحكيم)) .

كما أن المادة (١٨) من قانون الوكالات التجارية العُماني كما قالت محكمة الموضوع بحق تجويز اللجوء إلى التحكيم: والبيّن من اتفاقية الوكالة موضوع الدعوى (مستند رقم ٩) أن الطاعنة والمطعون ضدها قد اتفقا على اللجوء إلى التحكيم .

كما ورد في المادة الثالثة من اتفاقية الأمم المتحدة لسنة ١٩٥٨ التي سلفت الإشارة إليها أن ((على كل دولة متعاقدة أن تعترف بقرارات التحكيم كقرارات ملزمة وأن تقوم بتنفيذها وفقاً للقواعد الإجراءات المتبعة في الإقليم الذي يحتج فيه بالقرار طبقاً للشروط الواردة في المواد التالية ، ولا تفرض على الاعتراف بقرارات التحكيم التي تنطبق عليها هذه الاتفاقية أو على تنفيذها شروطاً أكثر تشدداً بكثير أو رسماً أو أعباءً أعلى بكثير مما يفرض على الاعتراف بقرارات التحكيم المحلية أو على تنفيذها ...)) .

كما جاء في المادة الرابعة من الاتفاقية المذكورة :

” ١ - للحصول على الاعتراف والتنفيذ المذكورين في المادة السابقة يقوم الطرف الذي يطلب الاعتراف والتنفيذ وقت تقديم الطلب ، بتقديم ما يلي :

أ - القرار الأصلي مصدقاً عليه حسب الأصول المتبعة أو نسخة منه معتمدة حسب الأصول .

ب - الاتفاق الأصلي المشار إليه في المادة الثانية أو صورة منه معتمدة حسب الأصول .

٢ - متى كان الحكم المذكور أو الاتفاق المذكور بلغة خلاف اللغة الرسمية للبلد الذي يحتج فيه بالقرار ، وجب على الطرف الذي يطلب الاعتراف بالقرار وتنفيذه أن يقدم ترجمة لهاتين الوثيقتين بهذه اللغة ، ويجب أن تكون الترجمة معتمدة من موظف رسمي أو مترجم محلف أو ممثل دبلوماسي أو قنصلي .

وحيث باطلاع هذه المحكمة على مستندات الطعن العديدة المرفقة تبين لهذه المحكمة أن المستأنفة أمام محكمة الاستئناف - المطعون ضدها الآن - شركة كوردفور آيه أس قد استوفت حقاً متطلبات الحصول على الاعتراف والتنفيذ المذكورين في المادة الثالثة من اتفاقية

هـ - أن البلد الذي صدر فيه الحكم المراد تنفيذه يقبل تنفيذ أحكام المحاكم العُمانية في أراضيه .

وحيث جاء نص المادة (٣٥٣) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية على النحو التالي :

((يسرى حكم المادة السابقة على أحكام المحكمين الصادرة في بلد أجنبي ، ويجب أن يكون في حكم المحكمين صادراً في مسألة يجوز التحكيم فيها طبقاً للقانون العُماني ، وقابلاً للتنفيذ في البلد الذي صدر فيه)) .

وحيث جاءت المادة (٣٥٥) من ذات قانون الإجراءات المدنية والتجارية تنص على أنه : ((لا تخل القواعد المنصوص عليها في المواد السابقة بأحكام المعاهدات بين سلطنة عُمان وغيرها من الدول في هذا الشأن)) .

وحيث تبين لهذه المحكمة ، بناء على النص الوارد في المادة (٣٥٥) السالف الإشارة إليها أنه من المتعين الاعتراف بالقرارات والأحكام الأجنبية وتنفيذها في السلطنة ، لكون السلطنة عضواً منضماً إلى اتفاقية الأمم المتحدة لعام ١٩٥٨م وفقاً للمرسوم السلطاني رقم ١٩٨٥/٣٦ الخاص بانضمام سلطنة عُمان إلى اتفاقية الأمم المتحدة لعام ١٩٥٨م بشأن الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها ، كما أن دولة الدنمارك عضو منضم إلى الاتفاقية المذكورة حسب الوارد بالمستند رقم (٨) المرفق بأوراق الطعن وهو مستند صادر عن الأمم المتحدة يؤكد انضمام الدولتين المذكورتين للاتفاقية المذكورة .

وقد جاءت المادة الأولى (فقرة ١) من الاتفاقية المذكورة تنص على أنه : ((لا تنطبق هذه الاتفاقية على الاعتراف بقرارات التحكيم وتنفيذها متى صدرت هذه القرارات في أراضي دولة خلاف الدولة التي يطلب الاعتراف بهذه القرارات وتنفيذها فيها ، ومتى كانت ناشئة عن خلافات بين أشخاص طبيعيين أو اعتباريين ، وتنطبق أيضاً على قرارات التحكيم التي لا تعتبر قرارات محلية في الدولة التي يطلب فيها الاعتراف بهذه القرارات وتنفيذها)) .

وجاءت المادة الثانية من الاتفاقية المذكورة فقرة (١) تقول: ((تعترف كل دولة متعاقدة بأي اتفاق مكتوب يتعهد فيه الطرفان بأن يحيلوا إلى التحكيم جميع الخلافات أو أية خلافات نشأت أو قد تنشأ بينهما بالنسبة



بطلباتها والمتمثلة بإصدار أو تنفيذ حكم التحكيم الصادر بتاريخ ٢٤ أكتوبر ٢٠٠٨م الذي كان قد ألزم المستأنف ضدها بأن تؤدي للمستأنفة ما مجموعه (١٥,٩٠٩,٢٠٧) كرونة دنماركية أي ما يعادل (١,٠٤١,١١٣,٤٢٠ ر.ع) مليوناً وواحد وأربعين ألفاً ومائة وثلاثة عشر ريالاً عُمانياً وأربعمئة وعشرين بيسة، وحيث إنه عن المصروفات فتلزم بها المستأنف ضدها عملاً بنص المادتين ١٨٣، ٢٣٠ من قانون الإجراءات المدنية والتجارية، وحيث أنه عن أتعاب المحاماة فتقدرها المحكمة في مبلغ ألف ريال عُمانى)) ثم واصلت المحكمة لتصدر منطوق حكمها المطعون فيه.

وحيث لما كان ذلك فإن الحكم الصادر المطعون فيه قد صدر صحيحاً وتأسس على مستندات معتمدة وموثقة حسب متطلبات القانون، وهو حكم قابل للتنفيذ بعكس ما قالت به الطاعنة، وتعين لكل ذلك رفض سببي الطعن المنعى بهما على الحكم بجميع أوجهها، ورفض هذا الطعن وإلزام الطاعنة بالمصاريف ومصادرة الكفالة استناداً إلى المادة (٢٦١) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية. فلهذه الأسباب :

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً، وفي الموضوع برفض الطعن وإلزام الطاعنة بالمصاريف ومصادرة الكفالة.

أولاً : المحور الذي يدور حوله التعليق :

يظهر جلياً أن الحكم محل التعليق أيد حكم محكمة الاستئناف القاضي بإصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي الصادر في ألمانيا لاستيفائه متطلبات نصوص قانون الإجراءات المدنية والتجارية، وحكم محكمة الاستئناف ألغى حكم المحكمة الابتدائية الراض لإصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي، كما أشار حكم المحكمة العليا إلى أن حكم التحكيم استوفى شرط مضي مدة الطعن بالبطلان تسعين يوماً، وهو إلماح إلى وجوب مراعاة شروط تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي وفق قانون التحكيم العماني، وهو يمثل توجهها فقهاً يرى وجوب إعمال نصوص قانون التحكيم العماني دون قانون الإجراءات المدنية والتجارية، إلا أن إقرار المحكمة العليا

الأمم المتحدة لسنة ١٩٥٨ السابقة الإشارة إليها، وجاءت المستندات حاملة التوقيعات والأختام الضرورية من أجل اعتمادها بما يخالف ما ذهب إليه الطاعنة.

وقد توصلت محكمة الموضوع إلى نتيجة صائبة في قضائها، وقد أوردت على الصفحة الخامسة من حكمها قولها : ” وحيث إن المستأنفة استوفت متطلبات الحصول على الاعتراف والتنفيذ المذكورين في المادة الثالثة من اتفاقية ١٩٥٨، والمرفقة كمستند رقم (٦) وهذه المتطلبات: تقديم القرار الأصلي مصدقاً عليه حسب الأصول، ونسخة معتمدة حسب الأصول، الاتفاق الأصلي (اتفاقية الوكالة وشروط التحكيم أو صورة معتمدة حسب الأصول، وقد استوفت المستأنفة جميع هذه الشروط المتطلبية كما هو واضح من المستنديين المرفقين بالصحيفة رقمي (٩، ٤) كما قامت المستأنفة باستيفاء متطلبات المادة (٣٥٢) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية كما هو واضح في الآتي: وموافقة الطرفان كتابة على إحالة أي نزاع للتحكيم - مستند رقم (٩) - ثم تمثيل الطرفين حسب الأصول مستند رقم (٧)، صور القرار من هيئة قضائية مختصة حسب قواعد التحكيم الدولي المطبقة في الدنمارك مستند رقم (٤)، تقبل الدنمارك التي صدر فيها القرار أحكام المحاكم العُمانية في إقليمها، توجد نصوص كما يتضح من المستندات (٦، ٨، ١٠، ١١، ١٢) تثبت مبدأ المعاملة بالمثل بين الدنمارك والدول الموقعة على اتفاقية ١٩٥٨ مثل سلطنة عُمان فيما يتعلق بالاعتراف وتنفيذ قرارات التحكيم، مضي أكثر من ٩٠ يوماً منذ إخطار المستأنف ضدها بالقرار ولم تعترض عليه وبذلك يكون القرار نهائياً ويجب تنفيذه في مواجهة المستأنف ضدها، لا يشمل القرار على أي طلب يتعارض مع القوانين المعمول بها في عُمان أو أي حكم أو أمر صدر في وقت سابق من المحاكم في سلطنة عُمان ولا يشمل أي شيء يتعارض مع النظام العام أو الآداب العامة.

وحيث يتبين مما سلف إن الحكم المستأنف قد أخطأ فيما قضى به من رفض الدعوى ويتضح هذا الخطأ في مخالفته للقانون والثابت بالأوراق الأمر الذي يتعين معه إلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد للمستأنفة





التحكيم التجاري الدولي الصادر خارج السلطنة والذي اتفق أطرافه على إخضاعه لقانون التحكيم العماني فإنه تسري أحكامه عليه ولا بد أن يكون هذا الاتفاق صريحا واضحا لا لبس فيه (١).

ونظرا إلى أن السلطنة قد انضمت إلى مجموعة من المعاهدات والاتفاقيات الدولية كاتفاقية نيويورك للاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية واتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥م (٢) لفض منازعات الاستثمار، وبالتالي فإن تلك الاتفاقيات والمعاهدات مقدمة في التطبيق على قانون التحكيم وذلك مستفاد من نص المادة (١) من قانون التحكيم العماني والسابق الإشارة إليه حيث جاء بصورها: «مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في السلطنة تسري أحكام هذا القانون على.....».

قانون الإجراءات المدنية والتجارية رقم (٢٩/٢٠٠٢) الصادر في ٢٠٠٢/٠٣/٠٦م:

وقد تناول الفصل الرابع منه تنفيذ الأحكام والأوامر الأجنبية من المادة (٣٥٢) وحتى المادة (٣٥٥)، فقد نصت المادة (٣٥٢) على أن: «الأحكام والأوامر الصادرة في بلد أجنبي يجوز الأمر بتنفيذها في سلطنة عمان بذات الشروط المقررة في قانون ذلك البلد....».

ونصت المادة (٣٥٣) على أنه: «يسري حكم المادة السابقة على أحكام المحكمين الصادرة في بلد أجنبي ويجب....»، ونصت المادة (٣٥٥) على أنه: «لا تخل القواعد المنصوص عليها في المواد السابقة بأحكام المعاهدات بين سلطان عمان وغيرها من الدول في هذا الشأن»، وكما هو جلي واضح أن المشرع العماني أجرى تلك النصوص في المواد من (٣٥٢) وحتى (٣٥٥) على أحكام التحكيم الأجنبي. وقد سبق الحديث عن انضمام السلطنة إلى مجموعة من الاتفاقيات والمعاهدات الدولية، فتبقى مقدمة على قانون

لطريق استصدار أمر التنفيذ لحكم التحكيم الأجنبي بمراعاة شروط قانون الإجراءات المدنية والتجارية يوضح توجه المحكمة العليا إلى إعمال هذا الرأي أيضا في أن واحد مع الرأي الأول، فما هو تأصيل المسألة، وما ذاك الخلاف الحاصل، وما الرأي الراجح فيها؟ يحاول الباحث تتبع مسار الخلاف في هذه المسألة انطلاقا من النصوص القانونية مقارنة بين سلطنة عمان وجمهورية مصر العربية، واسترشادا بالفقه القانوني العماني والمصري.

ثانيا : تأصيل المسألة ومحل الإشكال :

لقد حدد المشرع العماني نطاق تطبيق قانون التحكيم العماني كما حدد نطاق تطبيق نصوص قانون الإجراءات المدنية والتجارية، وذلك على النحو التالي : قانون التحكيم العماني رقم (٩٧/٤٧) في المنازعات المدنية: فقد نصت المادة رقم (١) من قانون التحكيم على الآتي : «مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات المعمول بها في السلطنة. تسري أحكام هذا القانون الخاص على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في السلطنة، أو كان تحكما تجاريا دوليا يجري في الخارج اتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون».

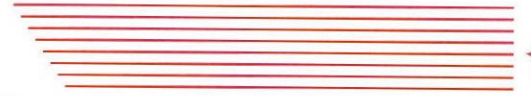
ونصت المادة رقم (٢) على : «يكون التحكيم تجاريا في حكم هذا القانون إذا نشأ النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي عقدي كانت أو غير عقدي....».

ونصت المادة رقم (٣) من ذات القانون على : «يكون التحكيم دوليا في حكم هذا القانون إذا كان موضوعه نزاعا يتعلق بالتجارة الدولية....».

ونلاحظ أن المشرع العماني قد حدد نظام تطبيق قانون التحكيم ليشمل بذلك أحكام التحكيم الداخلية أو الوطنية، وأحكام التحكيم التجارية الدولية التي تصدر في السلطنة، أو تلك التي تصدر خارج السلطنة ويتفق أطرافها على إخضاعها لقانون التحكيم العماني وبالطبع لا بد أن تكون صفتها تجارية دولية. فحكم

(١) عصام فوزي الجنائني، تنفيذ أحكام التحكيم المصري المقارن، بدون ناشر، ٢٠١٣م، ص ٧٣.

(٢) نص الاتفاقية باللغة العربية على الموقع بالشبكة المعلوماتية : <http://ptth.bit.escwa.org.lb/Uploaded-Files/Workshops/Multilateral-Agreements-and-Instruments/ICSID-Agreement-1965-pdf.aspx>.



ثالثا : مدى الفرق بين قانوني التحكيم والإجراءات أو المرافعات المدنية والتجارية :

لقد نظم قانون التحكيم العماني رقم (٩٧/٤٧) شروط تنفيذ أحكام التحكيم - والتي تشمل أحكام التحكيم الوطني والدولي سواء أكانت صادرة داخل السلطنة أم خارجها- في المادة (٥٨) حيث جاء نصها: « ١- لا يقبل تنفيذ حكم التحكيم إذا لم يكن ميعاد رفع دعوى بطلان قد انقضى. ٢- لا يجوز الأمر بتنفيذ حكم التحكيم وفقا لهذا القانون إلا بعد التحقق مما يأتي : أ- أنه لا يتعارض مع حكم سبق صدوره من المحاكم العمانية في موضوع النزاع. ب- أنه لا يتضمن ما يخالف النظام العام في سلطنة عمان. ج - أنه قد تم إعلانه للمحكوم عليه إعلانا صحيحا». كما نصت المادة رقم (٣٥٣) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية رقم (٢٠٠٢/٢٩) على : « يسري حكم المادة السابقة على أحكام المحكمين في بلد أجنبي، ويجب أن يكون حكم المحكمين صادرا في مسألة يجوز التحكيم فيها طبقا للقانون العماني، وقابلا للتنفيذ في البلد الذي صدر فيه». والمادة السابقة المشار إليها في النص هي التي تحمل الرقم (٣٥٢) والتي جاء نصها كالآتي : « الأحكام والأوامر الصادرة في بلد أجنبي يجوز الأمر بتنفيذها في سلطنة عمان بذات الشروط المقررة في قانون ذلك البلد لتنفيذ الأحكام والأوامر الصادرة في السلطنة. يطلب الأمر بالتنفيذ أمام المحكمة الابتدائية مشكلة من ثلاثة قضاة التي يراد التنفيذ في دائرتها بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى، ولا يجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق مما يأتي : أ- أن الحكم أو الأمر صادر من جهة قضائية مختصة وفقا لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المقرر في قانون البلد الذي صدر فيه، وأنه أصبح نهائيا وفقا لذلك القانون، وأنه لم يصدر بناء على غش . ب- أن الخصوم في الدعوى التي صدر فيها الحكم الأجنبي قد كلفوا بالحضور ومثلوا تمثيلا صحيحا . ج - أن الحكم أو الأمر لم يتضمن طلبا أساسه الإخلال بقانون من القوانين المعمول بها في السلطنة . د- أنه لا يتعارض مع حكم أو أمر سبق صدوره من محكمة بالسلطنة، ولا يتضمن ما يخالف النظام العام أو الآداب.

الإجراءات المدنية والتجارية عند التطبيق، وهو ما أخذت به المحكمة العليا (٣).

وإذا نظرنا إلى التشريعات في مصر نجد أن ذات النصوص التي سبق ذكرها لدى المشرع العماني هي ذاتها لدى المشرع المصري، ففي قانون المرافعات المصري رقم ٣ سنة ١٩٦٨م تناولت المواد (٢٩٦ وحتى ٢٩٩) التحكيم الأجنبي، فهي تتناول تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية الصادرة في الخارج ولا تخضع لنطاق تطبيقه أي اتفاقية، وقانون التحكيم المصري رقم ٢٧ سنة ١٩٩٤م وهو ينظم أحكام التحكيم الداخلية أو أحكام التحكيم التجاري الدولية التي تصدر في مصر وأحكام التحكيم التجارية الدولية التي تصدر في الخارج ويتفق أطرافها على تطبيق أحكام قانون التحكيم المصري على إجراءات التحكيم، وقد نصت المادة (٣٠١) من قانون المرافعات المدنية والتجارية على : « العمل بالقواعد المنصوص عليها في المواد السابقة لا يخل بأحكام المعاهدات المعقودة أو التي تعقد بين الجمهورية وبين غيرها من الدول في هذا الشأن»، كما نصت المادة رقم (١) من قانون التحكيم المصري على : « مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون...»، فنصوص المعاهدات الدولية التي انضمت إليها مصر مثل اتفاقية نيويورك للاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، واتفاقية واشنطن لفض منازعات الاستثمار تقدم عند التطبيق على نصوص القوانين الوطنية في مصر (٤).

(٣) الطعن رقم (١٧٦ / ٢٠٠٥) الصادر عن الدائرة التجارية بالمحكمة العليا بتاريخ ٢٥/١/٢٠٠٦م ، حيث جاء فيه : « إذا توافرت للحكم الأجنبي المراد تنفيذه بالسلطنة الشروط المحددة بالمادة (٣٥٢) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية جاز تنفيذه بالسلطنة دونما حاجة إلى اتفاقية أو معاهدة أما إذا وجدت اتفاقية أو معاهدة فهي الأولى بالتطبيق وفق الشروط الواردة بها دون النظر لمتطلبات المادة (٣٥٢) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية » ، مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفني بالمحكمة العليا ، بدون سنة نشر ، السنة القضائية السادسة ، ص ٣٢٣.

(٤) محمود مختار أحمد بريري ، التحكيم التجاري الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط ٣ ، ٢٠٠٤ ، ص ٢٧١ وما بعدها ، عصام فوزي الجناني، تنفيذ أحكام التحكيم في القانون المصري والمقارن، مرجع سابق، ص ٧٢ وما بعدها .





هـ- أن البلد الذي صدر فيه الحكم المراد تنفيذه يقبل تنفيذ أحكام المحاكم العمانية في أراضيه».

بقراءة تلك المواد نجد أن شروط تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية مختلفة بين قانون التحكيم وقانون الإجراءات، وكلاهما يشمل حكم تحكيم صدر خارج أراضي السلطنة إلا أن قانون التحكيم علاوة على ذلك يتناول حكم التحكيم التجاري الدولي الصادر داخل السلطنة وحكم التحكيم الوطني . ويتضح أن القاضي المختص والمحكمة المختصة بإصدار الأمر هو كذلك مختلف بين القانونين، كما تغيب لدى قانون التحكيم بعض المبادئ مثل مبدأ المواجهة (٥)، حيث القاعدة التي يجب أن تتبع عند تطبيق قانون التحكيم أن الأمر بالتنفيذ يصدر على أمر على عريضة حيث لم ينص قانون التحكيم على إجراءات للتنفيذ واضحة ، بخلاف ما لو طبقنا قانون الإجراءات الذي يصدر الأمر فيه على شكل حكم في دعوى موضوعية معتمدة من الدائرة الثلاثية ويقبل الطعن كأحكام القضاء .

الجدير بالذكر أن اتفاقية نيويورك لم تبين الإجراءات التي يجب اتباعها للاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها ، فهي لم تحدد المحكمة المختصة بإصدار أمر التنفيذ ، ولم تحدد طبيعة هذا الأمر أو حجتيه أو طرق الطعن فيه ، وإنما أخضعت الإجراءات لقانون قاضي البلد المراد التنفيذ فيه (٦) ، وذلك ما نصت عليه المادة

(٥) أحمد ماهر زغلول ، أصول التنفيذ الجبري القضائي وفقا لمجموعة المرافعات المدنية والتجارية والتشريعات المكمل لها والمرتبطة بها ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون سنة نشر ، ص ٣٠١ الهامش.

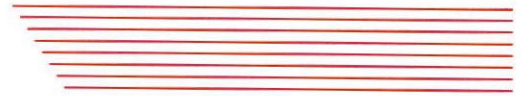
(٦) وهو ما قرره محكمة التمييز في دولة الكويت في الطعن رقم (٩٢/١٨٤) تجاري ، الصادر بجلسة ١٩٩٤/١٢/١٥ ، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز عن المدة من ١٩٩٢/١/١ حتى ١٩٩٦/١٢/١٣ في المواد التجارية والمدنية والأحوال الشخصية والعائلية ، وزارة العدل ، محكمة التمييز ، المكتب الفني ، القسم الثالث ، الجزء ٢ ، ص ٧٣ ، وورد به بعد ذكره نص المادة المشار إليها : «...يبدل على أن نطاق تطبيق قواعد المرافعات المتبعة في الإقليم المطلوب التنفيذ فيه ينحصر في إجراءات الدعاوي التي يجب الالتجاء إليها للحصول على الأمر بتنفيذ هذا الحكم أما فيما عدا ذلك من قواعد وأحكام تتعلق بالشروط اللازم توافرها في حكم المحكمين وعلى من يقع عبء إثباتها والمستندات التي يتعين على طالب التنفيذ تقديمها وحدود سلطة القاضي عند إصدار الأمر بالتنفيذ فإنها تخضع لنصوص الاتفاقية وحدها والقول بغير ذلك يخل بالتوازن بين مواقف الدول بالنسبة لحكم المحكمين الأجنبي».

الثالثة من اتفاقية نيويورك : « تعترف كل من الدول المتعاقدة بحجية حكم التحكيم وتأمّر بتنفيذه طبقا لقواعد المرافعات المتبعة في الإقليم المطلوب إليه التنفيذ وطبقا للشروط المنصوص عليها في المواد التالية ، ولا تفرض للاعتراف أو تنفيذ أحكام المحكمين التي تطبق عليها أحكام الاتفاقية الحالية شروط أكثر شدة ولا رسوم قضائية أكثر ارتفاعا بدرجة ملحوظة من تلك التي تفرض للاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الوطنيين» . وقد نصت المادة رقم (١/٧) من اتفاقية نيويورك على أن هذه الاتفاقية لا تخل بصحة أي تشريع أو اتفاقية أخرى تضع أحكاما أيسر في التنفيذ من الأحكام الواردة في اتفاقية نيويورك . ومن خلال دينك النصين يتضح جليا أن اتفاقية نيويورك والتي أصبحت أولى بالتطبيق من القوانين الوطنية تسعى لتذليل العقبات أمام أحكام التحكيم الأجنبية بما فيها أحكام التحكيم التجاري الدولي بعدم فرض شروط أكثر شدة ولا رسوم قضائية أكثر ارتفاعا بدرجة ملحوظة من تلك التي تفرض للاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الوطنية وفق المادة الثالثة المشار إليها ، كما أنها تقدم في المادة (١/٧) أي تشريع أو اتفاقية أخرى على اتفاقية نيويورك ذاتها إذا كانت الأولى تضع أحكاما أيسر في التنفيذ .

من أجل ذلك ولوجود تلك النصوص - على حد سواء في التشريع العماني والمصري - اختلف فقهاء القانون في تحديد القانون الذي تخضع له إجراءات تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية الخاضعة لنطاق تطبيق اتفاقية نيويورك إلى أكثر من رأي نستعرضها وفق التفصيل الآتي.

رابعا : الآراء في المسألة :

الرأي الأول : يرى أصحاب هذا الرأي تطبيق الإجراءات الواردة في قانون المرافعات في المواد من (٣٥٢ وحتى ٣٥٥) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية لدى المشرع العماني ، والمواد من (٢٩٦ وحتى ٢٩٩) في قانون المرافعات لدى المشرع المصري ، والمخصصة لتنفيذ أحكام القضاء الأجنبية ، وذلك لصراحة النص حيث ذكر المشرعان



١- أن نص المادة (٣) من اتفاقية نيويورك (١٤) لا يرمي إلى توحيد نظام الأمر بالتنفيذ بين أحكام التحكيم الداخلية والأجنبية ولكنه يرمي فقط إلى عدم التشدد بالنسبة لهذه الأخيرة على نحو مغالى فيه ، فهو لا يعني أبدا أن نظام الاعتراف أو تنفيذ الأحكام الأجنبية يجب أن يكون بالضرورة مطابقا للنظام الخاص بتنفيذ الأحكام الداخلية .

٢- كما وأن نص المادة (٣) من الاتفاقية تتحدث عن شروط ورسوم وليس عن إجراءات ، فإجراءات قانون التحكيم وإن كانت أيسر إلا أن الاتفاقية تحدثت عن رسوم وشروط ، وهناك فرق بين الشروط والإجراءات ، حيث إن الاتفاقية أوضحت الشروط في المادة الرابعة وما بعدها ، بينما أشارت للإجراءات وأحالتها لبلد التنفيذ وفق المادة الثالثة في الفقرة الأولى . وإذا افترضنا أن ما يندرج تحت كلمة شروط الواردة في الاتفاقية والتي تقتضي الأيسر هو ما ورد بقانون التحكيم فإن المعنى بعدم فرض رسوم أكثر ولا شروط أكثر شدة هو المشرع وليس القاضي ولو أن الاتفاقية قد أصبحت جزءا من التشريع بعد انضمام مصر أو سلطنة عمان إليها ، إذ المشرع هو المعني بتنظيم مسائل القانون ، والقضاة يعملون بما ينص عليه القانون ، ولا لو ترك الأمر للقضاة لفرض قاض رسما يختلف عن غيره وفقا لتقدير كل منهما رعاية لعدم الشدة بأكثر مما عليه أحكام التحكيم الوطنية ، وهكذا بالنسبة للشروط ، وذلك أمر لا يصح .

٣- أن نصوص قانون المرافعات المصري فيما يتعلق بالأمر بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية قانون خاص ، وهي ما زالت باقية لم تلغ بموجب قانون التحكيم المصري ، حيث

العماني والمصري بأن تسري أحكام المواد المتعلقة بالأحكام الأجنبية على أحكام المحكمين الصادرة في بلد أجنبي . ومن أنصار هذا الرأي الدكتور فتحي والي (٧) ، وعاشور مبروك (٨) ، وحمد الجهوري (٩) ، والسيد المراكبي (١٠) ، ووثام نجاح إبراهيم (١١) ، ونسبه عصام فوزي الجنائني إلى أغلب الفقه المصري (١٢) ، حيث يرى معتنقه وجوب تطبيق الإجراءات الواردة في نصوص قانون المرافعات المدنية بشأن إصدار الأمر بوضع الصيغة التنفيذية على جميع أحكام التحكيم الأجنبية بما فيها الأحكام الخاضعة لنطاق تطبيق اتفاقية نيويورك ، وعدم تطبيق الإجراءات الواردة في قانون التحكيم المصري ، وملخص حججهم في ذلك (١٣) :

(٧) احتج لهذا الرأي وانتصر له بشدة فتحي والي : قانون التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية علما وعملا ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، الطبعة الأولى ، أدلة الرأي الراجح من ص ٦٦٥ وحتى ص ٦٧٤ . وكذلك في كتابه : قانون التحكيم في النظرية والتطبيق ، سنة ٢٠٠٧ م ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ط ١ ، ص ٥٢٤ إلى ص ٥٣٣ ، وفي المرجعين ذكر أحكام القضاء المصري التي أخذت بما ذهب إليه .

(٨) عاشور مبروك ، الوسيط في النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم ، دار الفكر والقانون ، ط ١ ، ٢٠١١ م ، ص ٢٥٨ ، وكذلك في مرجعه : النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم ، دار الفكر والقانون ، مصر ، ٢٠٠٥ م ، ص ٢٧٥ ، إلا أنه نص بعد ذلك على أن الرأي المخالف وهو القائل بتطبيق قانون التحكيم قد وقع في خلط ، وعبارته في ذلك جاءت بكتابه : الوسيط ، صفحة ٢٦٠ على الشكل التالي : « والواقع أن هذا الرأي قد خلط بين مجال تطبيق كل من قانون التحكيم والمادة (٢٩٧) مرافعات ، فمجال تطبيق المادة (٥٦) تحكيم محصور بين أمرين : هما التحكيم التجاري الدولي الذي جرى على أرض مصر ، والتحكيم الذي جرى في الخارج واتفق أطرافه على خضوعه لقانون التحكيم المصري . أما المادة (٢٩٧) مرافعات فهي تعالج الأحكام الصادرة في الخارج في تحكيم لم يفتق أطرافه على خضوعه لقانون التحكيم المصري ولا تدخل في نفس الوقت في إطار اتفاقية نيويورك أو أي اتفاقية دولية ترتبط بها مصر حيث تخضع للأحكام التي يقرها قانون المرافعات المصري بشأن تنفيذ الأحكام الصادرة في الخارج » وهذا الذي يتناه يتعارض مع القول المطلق بتطبيق قانون المرافعات فيما أحالت إليه اتفاقية نيويورك وهو أخذ بتأصيل أصحاب القول الثاني القائلين بوجوب تطبيق قانون التحكيم .

(٩) حمد الجهوري ، أطروحة دكتوراه بعنوان : « الرقابة على صلاحية حكم التحكيم » ، مقدمة لجامعة محمد الأول بوجدة ، المملكة المغربية ، للسنة الجامعية ٢٠١٤ - ٢٠١٥ م ، ص ٤٢١ وما بعدها .

(١٠) السيد المراكبي ، التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي ومدى تأثره بسيادة الدولة ، دار النهضة العربية ، القاهرة - مصر ، ط ٢ ، ٢٠٠٩ م ، ص ١٤٣ .

(١١) وثام نجاح إبراهيم السيد تعيلب ، النفاذ الدولي لأحكام التحكيم ، دار النهضة العربية ، القاهرة - مصر ، ٢٠١٥ م ، ص ١٠٨ .

(١٢) عصام فوزي الجنائني ، تنفيذ أحكام التحكيم في القانون المصري والمقارن ، مرجع سابق ، ص ٢٩٣ .

(١٣) فتحي والي ، قانون التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية

علما وعملا ، مرجع سابق ، ص ٦٦٥ - ٦٧٤ ، عاشور مبروك ، الوسيط في النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم ، مرجع سابق ، ص ٢٥٨ ، حمد الجهوري ، أطروحة دكتوراه بعنوان : « الرقابة على صلاحية حكم التحكيم » ، مرجع سابق ، ص ٤٢١ وما بعدها ، عصام فوزي الجنائني ، تنفيذ أحكام التحكيم في القانون المصري والمقارن ، مرجع سابق ، ص ٢٩٣ وما بعدها .

(١٤) تنص المادة الثالثة من اتفاقية نيويورك على : « تعترف كل من الدول المتعاقدة بحجية حكم التحكيم وتأمّر بتنفيذه طبقا لقواعد المرافعات المتبعة في الإقليم المطلوب إليه التنفيذ وطبقا للشروط المنصوص عليها في المواد التالية . ولا تقترض للاعتراف أو تنفيذ أحكام المحكمين التي تطبق عليها أحكاما لاتفاقية الحالية شروط أكثر شدة ولا رسوم قضائية أكثر ارتفاعا بدرجة ملحوظة من تلك التي تقترض للاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الوطنيين .»





إن المادة (الثالثة) من إصداره نصت على إلغاء مواد التحكيم الداخلي (من المادة ٥٠١ إلى المادة ٥١٣) وبقيت مواد التحكيم الأجنبي غير ملغية ولو أراد المشرع عدم إعمالها لألغهاها (١٥) ، وكذلك الوضع بالنسبة لسلطنة عمان فالمشرع أصدر قانون الإجراءات المدنية والتجارية وأبقى على تلك النصوص ولم يلغها رغم صدور قانون التحكيم قبله بسنوات .

٤- أن نصوص قانون التحكيم فيما يتعلق بالأمر بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية نصوص عامة بينما نصوص قانون المرافعات المصري أو قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني المتعلقة بالأمر بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية نصوص خاصة (١٦)، ومعلوم أن الخاص يقضي على العام، فنصوص قانون التحكيم نصوص عامة ليس من بينها نصوص خاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية كما هو الشأن في قانون المرافعات أو قانون الإجراءات المدنية والتجارية ، كما أن قانون التحكيم قد نص في المادة الأولى منه على أنه لا ينطبق على حكم تحكيم صدر في الخارج إلا إذا اتفق الأطراف على تطبيقه على نزاعهم ، ومعنى هذا أن يلتزم القائلون بتطبيق قانون التحكيم بهذه الحالة فقط ويطبقون قانون التحكيم في حال اتفاق أطراف التحكيم على تطبيقه إن كان تحكيما جرى في الخارج، وهذا الرد ينسحب على من يحتج بأن قانون التحكيم هو قانون مرافعات وإجراءات للتحكيم من أول نشأته إلى صدور حكم التحكيم وتنفيذه ، إذ نطاق التطبيق لا يتناول الأحكام الأجنبية التي لم يتفق الأطراف على إخضاعها لقانون التحكيم .

٥- أن إجراءات منح القوة التنفيذية لحكم تحكيم أجنبي تتعلق بسيادة الدولة ، وما يتبع ذلك من تحديد الاختصاص ووسيلة إصدار أمر التنفيذ كذلك يتعلق بالنظام العام، فما ورد في قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني أو في قانون المرافعات المصري من إجراءات الأمر بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية متعلق

بالنظام العام ، ومعنى ذلك أن لا أثر لاتفاق الأطراف على تطبيق قانون التحكيم على مسألة الأمر بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية إذ الأخيرة من النظام العام ومما يتعلق بسيادة الدولة وللمشرع أن يضع قاعدة من النظام الخاص ويورد عليها استثناء لتعلقه بسيادة الدولة، حيث أجاز المشرعان العماني والمصري في المادة (١) الأولى من قانوني التحكيم الاتفاق بين الطرفين على تطبيق نصوص قانون التحكيم إلا أنهما استثنيا من ذلك مسألة الأمر بتنفيذ أحكام التحكيم وإجراءاته بموجب مواد قانون الإجراءات المدنية والتجارية أو قانون المرافعات حيث جعلها باقية لم يلغهاها - كما تقدم - .

٦- ليس صحيحا أن قانون المرافعات المصري أو قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني يضعان شروطا أكثر شدة لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية من تلك التي يضعها قانون التحكيم المصري أو قانون التحكيم العماني ، حيث إن الشروط الموضوعية لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية هي تلك التي تنص عليها اتفاقية نيويورك، وليست تلك الواردة في قانون المرافعات أو قانون الإجراءات المدنية والتجارية ولا في قانون التحكيم ، كما أن قانون التحكيم بحد ذاته يضع شرطا لا يتضمنه قانون المرافعات المصري أو قانون الإجراءات العماني وهو شرط انقضاء مدة التسعين يوما، وهي مهلة رفع دعوى البطلان وفق قانوني التحكيم العماني والمصري، وهو ما اضطر القائلين بتطبيق قانون التحكيم في الأمر بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية إلى القول بأن ميعاد التسعين يوما الذي نصت عليه ذات المادة (٥٨) من قانوني التحكيم العماني والمصري (١٧) لا يسري على تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية الخاضعة لنطاق تطبيق اتفاقية نيويورك حيث لم تنص الأخيرة عليه، وفاتهم أن اتفاقية نيويورك قد أحالت في إجراءات طلب أمر التنفيذ إلى بلد التنفيذ ولم تتناوله .

هذا فضلا عن أن المحكوم له الذي يصدر لصالحه

(١٥) وثام نجاح إبراهيم السيد تعليل، النفاذ الدولي لأحكام التحكيم ،

مرجع سابق ، ص ١٠٨ .

(١٦) محمود مصطفى يونس ، المرجع في أصول التحكيم ، دار النهضة

العربية ، القاهرة - مصر ، ٢٠٠٩م ، ص ٦٨٢ .

(١٧) نصت الفقرة الأولى من المادة (٥٨) من القانونين المذكورين على : «

١- لا يقبل تنفيذ حكم التحكيم إذا لم يكن ميعاد رفع دعوى بطلان الحكم قد

انقضى » .



تتم المواجهة بين الطرفين وفق ما تقتضيه نصوص الاتفاقية.

٩ - بالنسبة لجمهورية مصر العربية - أن محكمة النقض المصرية قد أخذت بهذا الرأي في العديد من أحكامها القديمة (١٨).

الرأي الثاني : يرى تطبيق الإجراءات الواردة بقانون التحكيم بوصفها الإجراءات الأيسر في التشريع المصري من الإجراءات الواردة بقانون المرافعات المدنية والتجارية - وهو ذات الشأن في التشريع العماني ؛ لاتحاد النصوص كما سبق - ؛ ولأن قانون التحكيم يعد الشريعة العامة بالنسبة للإجراءات المتعلقة بنظام التحكيم .

ممن اعتنق هذا الرأي عبد المنعم زمزم (١٩) ، وبرهان أمر الله (٢٠) ، وطرح البحور علي حسن (٢١) ، ويؤيد هذا الرأي بشدة عصام فوزي الجنائني (٢٢) ، واحتج معتنقوه بحجج ملخصها (٢٣) :

١- أن هذا الرأي يتفق مع نصوص اتفاقية نيويورك، والتي أصبحت جزءاً من تشريعات الدول الوطنية التي انضمت إلى الاتفاقية، ويؤيد ذلك نص المادتين (٧ و ٣) من اتفاقية

أمر بالتنفيذ وفق طلب الأمر على عريضة وفقاً لقانون التحكيم العماني أو المصري يلتزم بنفس رسوم التنفيذ التي يلتزم بها المحكوم لصالحه بموجب أمر تنفيذ وفقاً لإجراءات الدعوى العادية ، إذ إجراءات ورسوم تنفيذ الأحكام واحدة ، وأما نفقات الدعوى العادية لطلب الأمر بتنفيذ حكم تحكيم أجنبي خلال نظرها وتكاليفها فهي ليست رسوماً لتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي لذلك لا تدخل في نطاق المادة (٣) من اتفاقية نيويورك إذ النص يتكلم عن رسوم للتنفيذ وليس رسوماً للأمر بالتنفيذ .

٧- أن القول بأنه يجب العمل بقانون التحكيم عندما تحيل إليه اتفاقية دولية معينة في مسألة تحكيمية باعتباره قانون المرافعات أو الإجراءات فيما يخص التحكيم فإنه مردود بأن كل ما ورد من قواعد إجرائية أقرها المشرع سواء في قانون التحكيم أم قانون الإجراءات المدنية والتجارية هي جميعها قواعد مرافعات أو إجراءات تخص التحكيم فنصوص تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية الواردة بقانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني أو قانون المرافعات هي جزء من قانون التحكيم إن صح التعبير.

٨- أنه بناء على القول بتطبيق قانون التحكيم فإن نصوص الاتفاقية في المادة الرابعة وما بعدها هي الواجبة التطبيق وليس قانون التحكيم باعتبار أن الاتفاقية أصبحت جزءاً من التشريع الداخلي ، وبتطبيق المادة الرابعة من الاتفاقية وما بعدها يتضح من خلال قراءة تلك النصوص أن الأمر بتنفيذ حكم تحكيم أجنبي يتم بموجب حكم يصدر بناء على طلب يقدم بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى ، فالمادة الخامسة من الاتفاقية تنص على ما يمكن لخصم أن يقدمه للمحكمة من مستندات كي ترفض الاعتراف بالحكم الأجنبي أو ترفض الأمر بتنفيذه، ولا يتصور مثل ذلك إلا في خصومة بين طرفين، كذلك الحال بالنسبة للمادة السادسة من الاتفاقية التي تجيز للقاضي الذي يطلب أمامه أمر تنفيذ حكم تحكيم أجنبي أن يوقف الخصومة وفق حالات وإجراءات معينة ، ولا يتصور إعمال ذلك إلا في فرض رفع دعوى معتادة بطلب الأمر بتنفيذ حكم التحكيم ، إذ من خلالها

(١٨) ينظر سرد الأحكام لدى : فتحي والي . قانون التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية علماً وعملاً ، مرجع سابق ، ص ٦٦٥ وما بعدها ، وكذلك في كتابه : قانون التحكيم في النظرية والتطبيق ، مرجع سابق ، ص ٥٢٤ وما بعدها ، عصام فوزي الجنائني ، تنفيذ أحكام التحكيم في القانون المصري والمقارن ، مرجع سابق ، ص ٢٩٣ وما بعدها .

(١٩) عبد المنعم زمزم ، قانون التحكيم الإلكتروني - دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة - مصر ، ٢٠٠٩ م ، ص ٣٦٨ .

(٢٠) برهان أمر الله ، بحث بعنوان : « تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية في جمهورية مصر العربية بين قانون المرافعات وقانون التحكيم » ، مقدم لدى مؤتمر تعديل قواعد تحكيم اليونسفترال في بيروت في الفترة من ١٥ إلى ١٧ إبريل ، والذي نظمتها الهيئة العربية للتحكيم الدولي ، منشور في مجلة التحكيم ، ملحق العدد الثامن ، أكتوبر ، ٢٠١٠ م ، ص ٨٢٦ وما بعدها .

(٢١) طرح البحور علي حسن ، الاختصاص القضائي الدولي بحكم التحكيم ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية - مصر ، ٢٠٠٦ م ، ص ٣٦ وما بعدها .

(٢٢) عصام فوزي الجنائني ، تنفيذ أحكام التحكيم في القانون المصري والمقارن ، مرجع سابق ، ص ٢٩٣ وما بعدها .

(٢٣) عبد المنعم زمزم ، قانون التحكيم الإلكتروني ، مرجع سابق ، ص ٣٦٨ ، برهان أمر الله ، بحث بعنوان : « تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية في جمهورية مصر العربية بين قانون المرافعات وقانون التحكيم » ، مرجع سابق ، ص ٨٢٦ وما بعدها ، طرح البحور علي حسن ، الاختصاص القضائي الدولي بحكم التحكيم ، مرجع سابق ، ص ٣٦ وما بعدها ، عصام فوزي الجنائني ، تنفيذ أحكام التحكيم في القانون المصري والمقارن ، مرجع سابق ، ص ٢٩٣ وما بعدها .



قانون التحكيم دون قانون المرافعات ويقول في ذلك : « تبين مما سبق أن القواعد الإجرائية لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في مصر في قانون التحكيم المصري تعد أقل شدة وأكثر تيسيرا وأقل نفقة عما عليه نظيرتها في قانون المرافعات المصري سواء من حيث الاختصاص أم شروط التنفيذ... وحسما لهذا الخلاف فإن الأمر يوجب تدخل المشرع المصري لفض هذا التنازع تجاوبا مع قضاء النقض والاستئناف المصريين الذين أكدوا أن القواعد التي تضمنها قانون التحكيم المصري بشأن تنفيذ الأحكام الوطنية تعد في الواقع هي الأقل تشددا والأكثر يسرا من تلك المقابلة لها في قانون المرافعات المصري... وفي سبيل فض هذا التنازع فإنه ينبغي إلغاء نص المادة (٢٩٩) من قانون المرافعات... والاكتفاء بما تضمنته المادة (٥٦) من قانون التحكيم من قواعد إجرائية » (٢٦).

٢- انطلاقا من مبدأ العدالة والمساواة فإن نص المادة (١/٧) من اتفاقية نيويورك والتي تتحدث عن تطبيق الإجراءات الأيسر الواردة بتشريع دولة التنفيذ أو بأي اتفاقية أخرى تكون دولة التنفيذ قد انضمت إليها، وبالنظر للإجراءات والشروط المحددة في النظامين، نجد أن المشرع العماني وكذلك المشرع المصري ينفذان حكم التحكيم الوطني أو حكم التحكيم الأجنبي الذي يتوافر بشأنه صفة التجارية الدولية مع اتفاق أطراف النزاع على تطبيق قانون التحكيم العماني أو المصري على إجراءات التحكيم بإجراءات سهلة وميسرة في حين أن حكم التحكيم الأجنبي الذي لا يتوافر بشأنه الشرطان سالف الذكر ينفذ بإجراءات أكثر شدة بدرجة ملحوظة وهي إجراءات قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني أو قانون المرافعات المصري، وقد منحت الاتفاقية القاضي المختص سلطة تقديرية في اختيار الإجراءات الأيسر في التنفيذ، وهي الأولى في التطبيق - كما تقدم - .

نيويورك، حيث نصت المادة رقم (٣) من الاتفاقية على عدم وضع شروط أو إجراءات أكثر شدة من الإجراءات المحددة لتنفيذ أحكام التحكيم الوطنية بدرجة ملحوظة، والواضح من النص أن الاتفاقية قبلت بوجود فارق، ولكن يجب أن لا يصل هذا الفارق إلى جعل الإجراءات الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية الخاضعة لاتفاقية نيويورك أكثر شدة بدرجة ملحوظة، ولا شك أن هذه المسألة تخضع للتقدير متفاوت من شخص لآخر، ولكن الواقع القانوني يفرض أن إجراءات التنفيذ الواردة في قانون المرافعات المدنية المصري أو قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني والخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم المدنية أكثر شدة وبدرجة ملحوظة، حيث إن الواقع أن استصدار أمر على عريضة لا يتطلب زمنا كحكم يصدر من القضاء العادي يأخذ السنة والسنتين زمنا لإصداره فضلا عن قبوله للطعن بالاستئناف واستغراق زمن آخر لذلك، فهو أمر يحتاج ردحا من الزمن في الإجراءات ينتج عنه شدة وتعقيد مغالبة لتنفيذ الحق الواجب، ويمكن معه القول أن المشرع العماني والمشرع المصري يطبقان على تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية إجراءات أكثر شدة بدرجة ملحوظة من الإجراءات المطبقة على تنفيذ أحكام التحكيم الداخلية أو الوطنية (٢٤)، فابتداء دعوى جديدة للحصول على الصيغة التنفيذية ينطوي على هدر لحقوق طالب التنفيذ الذي قصد التحكيم التجاري الدولي للحصول على الامتيازات التي يكفلها التحكيم ومنها سرعة الفصل، فهذا الموقف لا يخدم التجارة الدولية التي تقتضي تسهيل الإجراءات وسرعة الفصل في النزاعات (٢٥).

ويميل هشام إسماعيل إلى رجحان الرأي الآخذ بتطبيق

(٢٤) محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، مرجع سابق، ص ٦٧٩ وما بعدها، عبد المنعم زمزم، قانون التحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص ٣٦٩.

(٢٥) فاضل الليلي، ورقة بعنوان: « تذييل أحكام التحكيم بالصيغة التنفيذية، منشورة بالمجلة المغربية للوساطة والتحكيم، العدد ٥، السنة ٢٠١٢م، تصدر عن المركز الدولي للوساطة والتحكيم بالرباط، ط ١، ص ٧٥، ويناشد فاضل الليلي المشرع المغربي في هذا السياق بوجوب التدخل التشريعي بعدم عرض طلب الصيغة التنفيذية بدعوى مبتدأة، وتسهيل الإجراءات بإصدار الأمر على عريضة.

(٢٦) هشام محمد إسماعيل محمد، أطروحة دكتوراه بعنوان: « الحماية الدولية لأحكام التحكيم الأجنبية »، مقدمة لدى: كلية الحقوق جامعة عين شمس بمصر لسنة ٢٠١٠م، مطبوعة من قبل: دار النهضة العربية، ٢٠١٢م، ص ٣٢٧ - ٣٢٨، عبد المنعم زمزم، قانون التحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص ٣٧٠.



عدم تطبيق أي نص في قانون التحكيم إذا تعارض مع الاتفاقية ، وكانت نصوص الاتفاقية خالية من شرط اتفاق الخصوم على تطبيقها إذا كانت شروطها أقل شدة . وفي سبيل نجاح الأخذ بهذا الرأي يقول هشام إسماعيل : « ولا شك في أن وحدة وبساطة ومرونة القواعد المنظمة لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية على هذا النحو من شأنه أن يؤدي إلى القدرة على التنبؤ ويدعم أهداف التحكيم من خلال كفاءة فاعلية أحكامه وحمايتها وسرعة تنفيذها تحقيقا لغايتها في حسم النزاع بين الخصوم وأعمال حكم القانون » (٢٨).

٦- أن نص الفقرة الثانية من المادة الثالثة من اتفاقية نيويورك : « لا تفرض للاعتراف أو تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية شروطا أكثر شدة .. إلخ » غير سليم أن يكون مخاطبا بها المشرع دون القاضي ، حيث إن الاتفاقية بعد الانضمام إليها وسريانها تصبح جزءا من التشريع الداخلي ، فالقاضي يطبق نص المادة المشار إليها - الفقرة الثانية من المادة الثالثة من الاتفاقية - حينما يعمد إلى الإجراءات والشروط الأيسر في قانون التحكيم ويلتفت عما ورد بقانون الإجراءات فهو لم يفعل سوى تطبيق النص المشار إليه (٢٩) .

٧- موقف القضاء المصري يأخذ بهذا الرأي حيث استقر على اعتماد الأخذ بقانون التحكيم في طلب تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية ، وخاصة محكمة الاستئناف العالي بالقاهرة ، إذ كثيرا ما تعرضت للفصل في هذه المسألة ، بل إنها هي التي أنشأت وقننت مبدأ تطبيق القانون الأيسر في تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية الخاضعة لنطاق تطبيق اتفاقية نيويورك ، على النحو الذي أصبح معه هذا الرأي مبدأ تسيير عليه (٣٠) ، وقد أيدت محكمة النقض المصرية

٣- أن الاتفاقية وإن جاءت بلفظ شروط ورسوم وليس إجراءات إلا أنه لا يمكن أن تفسر على أن المقصود بالألفاظ هو الشروط فقط ، بل المقصود هنا هو الشروط والإجراءات ، حيث ألزمت الفقرة الثانية من المادة (٣) من الاتفاقية الدول بعدم وضع شروط أو رسوم أكثر شدة أو ارتفاعا بدرجة ملحوظة من الشروط والرسوم المفروضة لتنفيذ أحكام التحكيم الوطنية ، فالنص صريح في عدم وضع شروط للتنفيذ أكثر شدة ، ثم صرح برسوم أكثر ارتفاعا ، والواضح أن الرسوم جزء من الإجراءات ، وكأن الاتفاقية تطالب بعدم تشديد الإجراءات أيضا .

٤- أن معنى كلمة conditions الواردة في الفقرة الأولى من المادة الثالثة ، يختلف عن معنى ذات الكلمة conditions في الفقرة الثانية من ذات المادة الثالثة ، حيث تعني في الأولى الشروط الموضوعية للأمر بالتنفيذ ، ويقصد بها في الثانية الشروط الإجرائية أو قواعد المرافعات الخاصة بالتنفيذ rule of procedure ، وبالتالي فالمعنى ألا تفرض شروط إجرائية أو إجراءات لتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية أشد من تلك المتبعة لأحكام التحكيم الوطنية ، ويؤيد ذلك تتبع المسار التاريخي لنص المادة الثالثة من الاتفاقية : لأجل ذلك يرى برهان أمر الله أن هذا اللبس أوقع أصحاب القول الأول بوجوب تطبيق قانون المرافعات ، حيث استخدمت الفقرة الثانية مصطلح شروط وليس إجراءات ، وذلك ما لا يتفق والمعنى الحقيقي الذي قصده واضعو اتفاقية نيويورك (٢٧) .

٥- أن نص المادة الأولى من قانون التحكيم والناصة على شرط اتفاق الخصوم على تطبيق قانون التحكيم إذا كان التحكيم خارج مصر أو خارج السلطنة لا ينفي تطبيق قانون التحكيم ؛ ذلك أن ذات المادة من قانون التحكيم المصري نصت على : « مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية » ، ونصت على ذات المضمون ذات المادة من قانون التحكيم العماني مع الاختلاف في عبارة : « ... في السلطنة » ، وهو ما يعني

(٢٨) هشام محمد إسماعيل محمد ، أطروحة دكتوراه بعنوان : « الحماية الدولية

لأحكام التحكيم الأجنبية » ، مرجع سابق ، ص ٢٢٨ .

(٢٩) برهان أمر الله ، بحث بعنوان : « تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية في جمهورية

مصر العربية بين قانون المرافعات وقانون التحكيم » ، مرجع سابق ، ص ٨٢٣ .

(٣٠) التظلمات أرقام ٧٦ لسنة ١١٥، ٣٢ لسنة ١١٩، ٧ لسنة ١٢٠، ١٠ لسنة ١٢٢ ق .

تحكيم استئناف عالي القاهرة ، منشورة على موقع مركز شرم الشيخ للتحكيم

الدولي على الشبكة المعلوماتية :

arabic.com.shiac.www//ptth . تمت زيارته بتاريخ ٢٠١٦/٢/٢٠ م .

(٢٧) برهان أمر الله ، بحث بعنوان : « تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية في جمهورية

مصر العربية بين قانون المرافعات وقانون التحكيم » ، مرجع سابق ، ص ٨٢٠

- ٨٢٢ .





محكمة الاستئناف العالي في موقفها سالف الذكر (٣١)، وبذلك يكون القضاء المصري قد استقر على الأخذ بقانون التحكيم المصري في طلب الأمر بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية الخاضعة لنطاق تطبيق اتفاقية نيويورك، والخلاصة - عند أصحاب هذا الرأي - أن جميع أحكام التحكيم الداخلية والأجنبية والدولية تخضع في تنفيذها للشروط الواردة في قانون التحكيم (٣٢).

وتطبيقاً لهذا الحس القانوني والفهم الدقيق لاتفاقية نيويورك فقد قررت محكمة النقض المغربية أعمال النصوص الخاصة بالتحكيم الوطني على حكم التحكيم التجاري الدولي في ظل غياب النص الذي ينظمه - وذلك قبل صدور التعديل (٥/٠٨) - عند تنفيذ الأحكام الأجنبية أو الدولية وذلك في قرارها رقم (٦٠) الصادر بتاريخ ١٩/١/٢٠٠٠ م، في الملف التجاري رقم (٩٨/٧٠٩) (٣٣).

الرأي الثالث: يرى تطبيق قانون التحكيم إذا اتفق الأطراف على تطبيقه، فإن لم يتفق على تطبيقه طبقت نصوص قانون المرافعات المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية (٣٤) إلا إذا زاحمتها قواعد اتفاقية نيويورك (٣٥). ذهب إلى هذا الرأي محمود مصطفى يونس (٣٦)، ومختار بريري (٣٧)، ووليد محمد عباس (٣٨)، ولا يعدو هذا الرأي أن يكون تطبيقاً لصريح النص ليس إلا في رأي حمد الجهوري (٣٩).

والباحث يرى أن الناظر في هذا الرأي يجب عليه ابتداءً أن يحرر معه موضع النزاع ثم منه ينطلق لتحديد الرأي الراجح فيه، فالحديث هنا عن تطبيق

(٣١) حكم محكمة النقض المصرية الصادر عن الدائرة المدنية والتجارية بتاريخ ١٠/١/٢٠٠٥ م في الطعن رقم (٩٦٦ لسنة ٧٣ ق) والذي أيدت فيه ذات الاتجاه محكمة النقض أيضاً في حكم لها لاحق بتاريخ ٨/٥/٢٠٠٨ م في الطعن رقم (٩٤٥ لسنة ٦٩ ق). وقد جاء في الطعن رقم (٩٦٦): «إذ كان تنفيذ أحكام المحكمين يتم طبقاً لنصوص المواد ٥٦، ٥٨ من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وبعد استبعاد ما قضت به المحكمة الدستورية بعدم دستورية نص الفقرة الثالثة من المادة ٥٨ والذي جاء قاصراً على حالة عدم جواز التظلم من الأمر الصادر بتنفيذ الحكم دون باقي ما تضمنه النص فإن التنفيذ يتم بطلب استصدار أمر على عريضة بالتنفيذ إلى رئيس محكمة الاستئناف القاهرة ويصدر الأمر بعد التحقق من عدم معارضة حكم التحكيم المطلوب تنفيذه مع حكم سبق صدوره في مصر وأنه لا يتضمن ما يخالف النظام العام وتقام الإعلان الصحيح، فإن رفض رئيس المحكمة إصدار الأمر يقدم التظلم إلى محكمة الاستئناف، مما مفاده أن الاختصاص ينقذ لرئيس محكمة الاستئناف المذكورة بطلب أمر على عريضة يتم التظلم في أمر الرفض لمحكمة الاستئناف وهي إجراءات أكثر يسراً من تلك الواردة في قانون المرافعات المدنية والتجارية وهو ما يتفق مع مؤدى ما تضمنه تقرير اللجنة المشتركة من لجنة الشؤون الدستورية والتشريعية ومكتب لجنة الشؤون الاقتصادية عن مشروع قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ومؤدى ما جاء بالمذكرة الإيضاحية لذات القانون من أن قواعد المرافعات المدنية والتجارية لا تحقق الهدف المنشود من التحكيم بما يتطلبه من سرعة الفصل في المنازعات وما ينطوي عليه من طبيعة خاصة اقتضت تيسير الإجراءات ولا جدال في أن الإجراءات المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية أكثر شدة إذ يجعل الأمر معقوداً للمحكمة الابتدائية ويرفع بطريق الدعوى وما يتطلبه من إعلانات ومراحل نظرها إلى أن يصدر الحكم الذي يخضع للطرق المقررة للطعن في الأحكام، وما يترتب عليه من تأخير ونفقات ورسوم قضائية أكثر ارتفاعاً، وهي إجراءات أكثر شدة من تلك المقررة في قانون التحكيم، ومن ثم وإعمالاً لنص المادة الثالثة من معاهدة نيويورك والمادة ٢٢ من القانون المدني التي تقضى بأولوية تطبيق أحكام المعاهدة الدولية النافذة في مصر إذا تعارضت مع تشريع سابق أو لاحق والمادة ٣٠١ من قانون المرافعات فإنه يستبعد في النزاع المطروح تطبيق قواعد تنفيذ الأحكام والأوامر الصادرة في بلد أجنبي الواردة في قانون المرافعات المدنية والتجارية باعتبارها أكثر شدة من تلك الواردة في قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، ويكون القانون الأخير وبحكم الشروط التي تضمنتها معاهدة نيويورك لعام ١٩٥٨ التي تعد تشريعاً نافذاً في مصر لا يحتاج تطبيقه لاتفاق أولى بالتطبيق باعتباره تضمن قواعد إجرائية أقل شدة من تلك الواردة في القانون الأول، تنظر الأحكام على موقع محكمة النقض المصرية بالشبكة المعلوماتية:

//ptthwww.cc.gov.eg/Courts/Cassation__Court/All/Cassation__Court__All__Cases.aspx.

(٣٢) عبد المنعم زمزم، قانون التحكيم الإلكتروني مرجع سابق، ص ٢٧٢، عصام

فوزي الجنائني، تنفيذ أحكام التحكيم في القانون المصري والمقارن، مرجع سابق، ص ١٥٧ و ٣٠٣.

(٣٣) منشور في الإصدار: العمل القضائي والتحكيم التجاري - ندوة مشتركة بين المجلس الأعلى - في حينه - ومحكمة النقض المصرية بتاريخ ٢٠٠٤/٣/٥ م - سلسلة دفاتر المجلس الأعلى، مركز النشر والتوثيق القضائي، العدد ٧/٢٠٠٥ م، ص ١٥٣. وقبل ذلك أيضاً قرار محكمة النقض المغربية رقم (٧٩/١٦٢) صادر في ٢٣/١٩٧٩ م. منشور في المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، العددان / ١٣-١٤، لسنة ١٩٦٣ م، ص ١٤١.

(٣٤) فتحي والي، التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية قولا وعملا، مرجع سابق ص ٦٦٠-٦٦١.

(٣٥) برهان أمر الله، بحث بعنوان: «تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية في جمهورية مصر العربية بين قانون المرافعات وقانون التحكيم» مرجع سابق، ص ٨٢٧.

(٣٦) محمود مصطفى يونس، مرجع سابق، ص ٦٨٤، وكذلك في كتابه: قوة أحكام المحكمين وقيمتها أمام قضاء الدولة، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، ط ١، بدون سنة نشر، ص ١٣٤ وما بعدها.

(٣٧) محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٢٧١ وما بعدها.

(٣٨) وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية - دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية - مصر، ٢٠١٠ م، ص ٥٩٩-٦٠٠.

(٣٩) حمد الجهوري، الرقابة على صلاحية حكم التحكيم، أطروحة دكتوراه، مرجع سابق ص ٤١٣.



يفرضه من مبادئ وقيم يجعل اطراحها أمرا صعبا بل مستحيلا في ظل المعطيات الراهنة والتاريخية . هذا فضلا عن أن اتفاقية نيويورك - وفق نص المادة الثالثة - منها أحالت الدول الأعضاء في مسألة إجراءات تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية إلى تشريعاتها الوطنية ولم يكن هناك أي إشارة أو اعتبار لسلطان إرادة الأطراف في هذا الصدد ، ومن ذلك نلمح أن سيادة البلد المراد التنفيذ فيه هي الأولى بالاعتبار إذ الاتفاقية ذاتها لم تجرؤ على التصدي لذلك ، ويقول أحمد محمد أحمد حشيش- في سياق حديثه عن المادة (٩) من قانون التحكيم - : « ويعتبر اختصاص رئيس المحكمة أو من يندبه من قضاتها بإصدار أمر التنفيذ اختصاصا متعلقا بالنظام العام يترتب على مخالفته وجوب امتناع القاضي من تلقاء نفسه عن إصدار الأمر وإذا أصدره رغم عدم اختصاصه اعتبر باطلا بطلانا متعلقا بالنظام العام حتى لو كان القاضي غير مختص محليا » (٤١) ، مما نخلص معه إلى القول بأنه لا محل هنا لذكر إرادة الأطراف وجعلها هي التي تختار الإجراء الواجب الاتباع عند استصدار أمر التنفيذ ، وهذا الطرح ذاته هو ما يؤكد عليه الباحث في رد الرأي الرابع الآتي ذكره .

الرأي الرابع : أنه لذوي الشأن اختيار أي الإجراءات يشاء في تطبيقها بين قانون التحكيم أو قانون المرافعات (٤٢) ، ويرى برهان أمر الله أن هذا الرأي مخالف لمقتضيات النظام العام التي لا يمكن لإرادة الأطراف أن تتفق بشأنها حيث إن الأمر بالتنفيذ من النظام العام (٤٣) ، وهذا

نصوص قانون التحكيم أو قانون المرافعات على حكم تحكيم أجنبي في مسألة إصدار أمر التنفيذ شاملا ذلك الاختصاص النوعي والمكاني في ظل غياب اتفاق الطرفين على الإجراءات الواجبة التطبيق إن كان لاتفاقهما محل في مسألة يجيز القانون الاتفاق على إجراء بصدها ، أما إذا كانت تلك المسألة من مسائل النظام العام والتي لم يترك القانون فيها مجالا للاتفاق بشأنها بل جعلها من مسائل الولاية العامة فلا مجال للقول بأي أثر لاتفاق طرفي التحكيم على إجراء معين وفق اختيارهما ومشئتهما (٤٠) ، والناظر في مسألة إعطاء أمر التنفيذ لحكم التحكيم الأجنبي وتحديد الاختصاص النوعي والمكاني وما يتبع تلك العملية من رقابة هي من مسائل الولاية التي على الدولة تنظيمها بما يتوافق وفق سيادتها وتشريعاتها فلم تتركها لرغبة الأطراف والقول بأنها من النظام الخاص عارٍ من الدليل ، فالحديث عن اتفاق الخصوم بشأن إجراءات التحكيم فذلك دون مسألة إصدار أمر التنفيذ ، وبعبارة أخرى فأمر التنفيذ الذي اختصت به الدولة وجعلته للقضاء العام بداخلها وفرضت له شروطا - ولبها مراقبة مخالفة ذلك الحكم التحكيمي الأجنبي بعد ثبوته للنظام العام الوطني أو الدولي أو كلاهما - فليس للأطراف صفة في تحديد اختصاصه ورقابته ، إذ مسألة إعطاء أمر التنفيذ من قبل قضاء الدولة على حكم تحكيم أجنبي هي من مسائل السيادة الوطنية التي جعلتها التشريعات المختلفة موكولة للقضاء العام ، فالخوض في تحديد اختصاصها بسلح إرادة الأطراف فيه تضخيم لسلطان تلك الإرادة التي أخضعته تلك التشريعات لرقابتها السيادية ضمنا لما تراه من مصالح عليا لها وسياستها وللمجتمع وما

(٤٠) وتقول في هذا السياق محكمة التعقيب التونسية: «لئن كان للأطراف الحرية التامة في اختيار التحكيم فإنه ليس لهم التوافق على خرق القواعد الإجرائية وخاصة منها مسألة الاختصاص كما أن ما انتهت إليه لا يخلو من آثار: لأنها تؤدي إلى ترك نظام الطعن الذي هو من النظام العام الإجرائي لا يؤول إلى إرادة الأطراف... والمشرع جعل لكل منها (القواعد) نظاما خاصا، ولا يجوز تبعا له الانتصاب بهيئة تحكيمية داخلية لبت قواعد التحكيم الداخلي في تحكيم له صيغة دولية...» ، الحكم في القضية رقم (٢٠١٤/١٣٩٢٨) الصادر بتاريخ ٢٠١٤/١٠/٩م ، منشور بمجلة التحكيم العالمية، العدد (٢٨)، أكتوبر ٢٠١٥م، ص ٢١٧.

(٤١) أحمد محمد أحمد حشيش ، القوة التنفيذية لحكم التحكيم ، دار النهضة العربية ، القاهرة - مصر ، ٢٠١٣م ، ص ٨٩ ، وفي نفس المعنى : خالد أحمد حسن ، بطلان حكم التحكيم ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس القاهرة ، ٢٠٠٦م ، ص ٥٦٩ ، إبراهيم عبد المنعم الشواربي ، ضوابط تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية والوطنية ، دار الفكر العربي ، القاهرة - مصر ، ط ١ ، ٢٠١٣م ، ص ٢٦ ، وأضاف أن بطلان الأمر الصادر بتنفيذ حكم التحكيم لا يحوز أي حجية ، ولصاحب المصلحة أن يستصدر أمرا جديدا من القاضي المختص قانونا .

(٤٢) حكام حمد الجهوري في أطروحته : الرقابة على صلاحية حكم التحكيم ، مرجع سابق ، ص ٤١٩ ، وحكام كذلك برهان أمر الله ، بحث بعنوان : « تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية في جمهورية مصر العربية بين قانون المرافعات وقانون التحكيم » ، مرجع سابق ، ص ٨٣٤ .

(٤٣) برهان أمر الله ، بحث بعنوان : « تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية في جمهورية مصر العربية بين قانون المرافعات وقانون التحكيم » ، مرجع سابق ،





أكثر شدة ، ومعالجة مبدأ المواجهة؛ ليسهل على قاضي الأمر بالتنفيذ مراقبة جميع الشروط اللازمة لإصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي ، ومن هنا نرى أنه ليس من الحكمة المحافظة على مبدأ المواجهة بالإصرار على تطبيق إجراءات أعقد وأشد فضلا عن أنها تقصي التحكيم وتفقد ميزه .

وأما التساؤل لماذا لم يلغ المشرع العماني نصوص قانون الإجراءات المدنية والتجارية المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية ؟ ومثله نظيره المصري ، فجواب ذلك أن تلك النصوص قد تلجئ الحاجة إليها في بعض الحالات وأبسطها الحالات الخارجة عن نطاق تطبيق اتفاقية نيويورك ، والمشرع له نظره الواسع في التشريع ، كما له حكمة في تخصيص ما يحتاج إلى تخصيص ورعاية ما يخدم سياسته في سيادته على أراضيه ، ومصلحته في الاتفاقيات والمعاهدات التي يبرمها مع المحيط الدولي حوله.

الرأي في نظر الباحث مردود عليه بما سبق تقريره في الرد على الرأي الثالث ، حيث إن مسألة إصدار الأمر بالتنفيذ ليست مما يخضع لإرادة الأطراف .

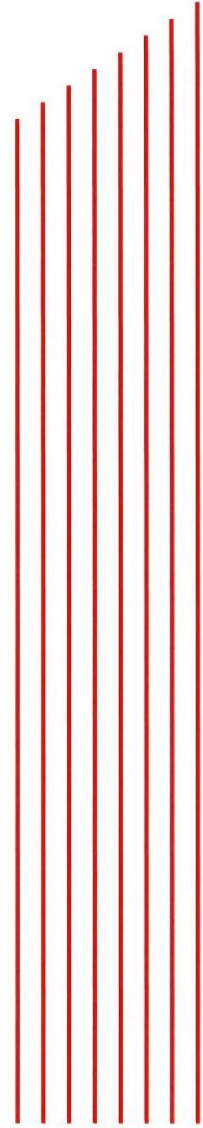
خامسا : الرأي الراجح :

بعد طرح هذا الإشكال وآراء الفقهاء والقضاء حوله ، يخلص الباحث إلى ترجيح الرأي القائل بوجوب تطبيق قانون التحكيم ؛ ذلك لما سبق من قوة أدلة القائلين بهذا القول ، وأضيف هنا أن المشرع العماني ومثله المصري عندما وضعوا قانونا خاصا بالتحكيم وضمنا فيه التحكيم التجاري الدولي - ولو كان حكم التحكيم التجاري الدولي صادرا داخل الدولة نفسها- ، مما يتضح معه أن إرادة المشرع تتجه إلى تشجيع نظام التحكيم: نظرا لما في التحكيم من دفع لعجلة الاقتصاد والاستثمار والتنمية التي تنشدها سياسية كل بلد تصديرا واستيرادا، ولكون التحكيم يشتمل على مزايا هي الملاذ الآمن للمستثمر ، فمتى ما وجدت ثغرة لتسهيل إجراءاته وتذليل عقباته وجب اتباعها والعمل بها ، كيف والحال أن اتفاقية نيويورك تشدد على هذا المبدأ كما سبقت الإشارة إليه ، وأما القول بانعدام المواجهة في حال العمل بنصوص قانون التحكيم وهو ما لا يتفق وبعض نصوص الاتفاقية ، فجواب هذا أن هذا الانعدام موجود كذلك في حالات تطبيق قانون التحكيم ذاته ، فعلى المشرع التدخل لمعالجة هذا الإشكال ، حيث إن القاعدة المعتمدة بالنسبة للأوامر على العرائض هي عدم المواجهة ، ولا تتفق هذه القاعدة مع الالتزام الذي يقع على القاضي بعدم إصدار الأمر إلا بعد التحقق من عدم تعارض حكم التحكيم مع حكم سابق في ذات موضوع النزاع(٤٤) وذلك وفق نص ذات (المادة ٥٨) من قانوني التحكيم العماني والمصري ، على أن الواقع العملي يمكن أن يتغلب على هذه المسألة بعقد المواجهة بين طرفي التحكيم استلهاما من نصوص اتفاقية نيويورك ، وفي ذلك جمع بين الحسنيين في الاتفاقية وهما عدم فرض شروط وإجراءات ورسوم

ص ٨٣٥.

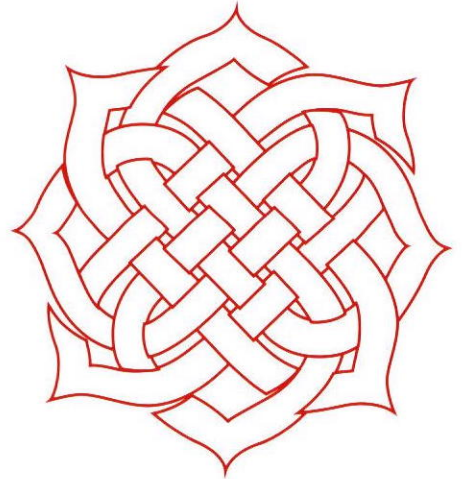
(٤٤) أحمد ماهر زغلول ، أصول التنفيذ الجبري القضائي ، مرجع سابق .

ص ٣٠١ الهامش.



ملحق خاص

بافتتاح مبني المجلس الأعلى للقضاء
والمحكمة العليا





كلمة سماحة الشيخ
أحمد بن حمد الخليلي
المفتي العام للسلطنة

* قام بتفريغها / عماد بن محمد اللواتي



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

ثم اعمد إلى أحبها إلى الله فيما ترى، وأشبهها بالحق، وإياك والغضب والقلق، والضجر والتأذي بالناس عند الخصومة والتنكر، فإن القضاء في مواطن الحق يوجب الله له الأجر، ويحسن به الذخر، فمن خلصت نيته في الحق ولو كان على نفسه كفاف الله ما بينه وبين الناس، ومن تزين لهم بما ليس في قلبه شأنه الله، فإن الله - تبارك وتعالى - لا يقبل من العباد إلا ما كان له خالصاً. وقد تلقت الأمة هذه الرسالة بالقبول، وسماها بعض العلماء: «كتاب سياسة القضاء وتدبير الحكم»، قال ابن تيمية -: «ورسالة عمر المشهورة في القضاء إلى أبي موسى الأشعري تداولها الفقهاء، وبنوا عليها، واعتمدوا على ما فيها من الفقه وأصول الفقه».

وقال ابن القيم -: «وهذا كتاب جليل تلقاه العلماء بالقبول، وبنوا عليه أصول الحكم والشهادة والحاكم، والمفتي أحوج شيء إليه وإلى تأمله والتفقه فيه». نعم في هذه الوثيقة العمرية تأصيل لفقه التقاضي، موضوعاً وإجراءً وسلوكاً، وبتتبع ذلك يتبين لنا فيها الآتي:

(١) المرجع في الأحكام في القضاء الإسلامي إلى الكتاب العزيز والسنة النبوية الشريفة، ثم الاجتهاد في أدلتهم، والاستعانة بأراء العلماء واجتهاداتهم ومشورتهم.

(٢) تمكين الخصمين من الإدلاء بحجتهما، واستيفاء ما لديهما من دعوى وإجابة ودفع وطعن في البيّنات.

(٣) الصبر على الخصوم، وتحمل صجرهم وأذاهم، وعدم التأذي بهم؛ كما ورد في الرسالة -: «إياك والغضب والقلق، والضجر والتأذي بالناس عند الخصومة».

(٤) المساواة بين الخصمين في جميع إجراءات التعامل خلال الخصومة، ويتمثل ذلك في مكان جلوسهما، والإقبال عليهما، والاستماع لهما.

(٥) أهمية اعتدال حال القاضي عند نظر الخصومة، بأن يكون على حال معتدلة وحضور قلب، غير منزعج

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا ونبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد :
فإن قيم وتقاليده القضاء يحتاج إليها القاضي منهجاً وسلوكاً، يرتفع بها شأنه ويعلو بها منزلته، وبقدّر ما يتحلّى بها فإنه إلى العدالة قريب، وإلى رضا الله أقرب. وحيث إن رسالة الخليفة العادل عمر بن الخطاب رضي الله عنه لأبي موسى الأشعري في القضاء صارت مثلاً يُحتذى، ومنهجاً يُقتضى، لما فيها من قواعد، وما تضمنته من فرائد، نتناول هنا إيراد نصّها، وبيان ما ينطوي عليه هذا النص.

الرسالة :

بسم الله الرحمن الرحيم

من عبد الله «عمر» أمير المؤمنين، إلى عبد الله بن قيس أبي موسى الأشعري

سلام عليك، أما بعد : فإن القضاء فريضة محكمة، وسنة متبعة، فافهم إذا أدلي إليك، فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له، آس بين الناس في وجهك ومجلسك وقضائك؛ حتى لا يطمع شريف في حيفك، ولا يبتس ضعيف من عدلك، البينة على من ادعى، واليمين على من أنكر، والصلح جائز بين المسلمين، إلا صلحاً أحل حراماً، أو حرم حلالاً، ومن ادعى حقاً غائباً أو بينة فاضرب له أمداً ينتهي إليه، فإن جاء ببينة أعطيته بحقه، فإن أعجزه ذلك استحللت عليه القضية، فإن ذلك أبلغ في العذر وأجلى للعمى، ولا يمنعك قضاء قضيت به بالأمس فراجعت فيه رأيك وهديت فيه لرشدك أن تراجع الحق؛ لأن الحق قديم، لا يبطل الحق شيء، ومراجعة الحق خير من التماذي في الباطل، والمسلمون عدول بعضهم على بعض في الشهادة، إلا مجلوداً في حد أو مجرباً عليه شهادة زور، أو ظنيماً في ولاء أو قرابة، فإن الله - عز وجل - تولى من العباد السرائر، وستر عليهم الحدود، إلا بالبيّنات والأيمان، ثم الفهم الفهم فيما أدلي إليك مما ليس في قرآن ولا سنة، ثم قس الأمور عند ذلك، واعرف الأمثال والأشباه،



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله الذي يأمر بالعدل والإحسان، وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغي والطغيان.

سبحانه له الحمد كله كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه، والصلاة والسلام على أفضل من حكم فعدل، واستقام فاعتدل، ودعا الناس إلى العدل والإنصاف، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وتابعيهم بإحسان إلى يوم الدين.

فضيلة الشيخ إسحاق بن أحمد البوسعيدي، رئيس المحكمة العليا ونائب رئيس المجلس الأعلى للقضاء،

أصحاب المعالي والفضيلة، المكرمون الكرام،

أصحاب السعادة، أيها الأخوة الحضور جميعاً

أحييكم بتحية الإسلام الطيبة المباركة، فالسلام عليكم ورحمة الله وبركاته وبعد، فإنها فرصة سعيدة أن نجتمع في هذا اليوم المبارك في هذا الصرح القضائي العالي لأجل افتتاح هذا المبنى، وعلينا بهذه المناسبة أن نستذكر مكانة العدل في الإسلام، وكيف جاء الإسلام لتوطيد العدل الذي هو ضرورة بشرية ملحة، فإن الله سبحانه وتعالى فطر البشر على الاجتماع، فكل إنسان هو مدني بطبعه، اجتماعي بفطرته، لا بد من أن يتواصل مع بني جنسه، ومن خلال هذا التواصل تتداخل الحياة بمصالحها ومشكلاتها، وهنا يكون التدافع والتجاذب، وقد يؤدي هذا إلى خصام كبير، فإن ضراوة الإنسان إن لم يكن مصوناً بعقيدة راسخة في النفس، وبحكم رادع عن الهوى، تفوق ضراوة السبع الفئاك، فكم تؤدي ضراوة الإنسان إلى سفك الدماء، ونهب الأموال، وإزهاق الأنفس، وإخافة الآمنين، لذلك كان الفصل بين الناس ضرورة ملحة من أجل إعطاء كل إنسان حقه، وقد أكد الله سبحانه وتعالى على العدل في كتابه الكريم أكثر من مرة وبين أنه لا بد منه، فالله تعالى يقول: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾ وقد بين الله سبحانه وتعالى أن على القائم بالقسط بين الناس أن ينصف من نفسه وذوي قرابته قبل أن ينتصف لنفسه ولقرابته من الآخرين، وقبل أن ينصف الناس بعضهم من بعض.

يقول الله سبحانه وتعالى ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ﴾ ويقول الله سبحانه وتعالى أيضاً مبيناً أن العدل يقتضي أن ينصف البعيد، وأن لا تكون البغضاء والشنآن سبباً لحرمان الناس من العدل والإنصاف: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا أَعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ﴾ والله سبحانه وتعالى لم يكل هذا العدل إلى إرادة الناس فحسب، بل جعله منهجاً تطبيقياً نزل القرآن الكريم معزراً له، وكان الله تعالى رقيباً عليه، فإن الله سبحانه وتعالى في محكم كتابه الكريم ينزل آيات من الكتاب تتلى في الصلوات وفي غيرها إلى أن تقوم الساعة. هذه الآيات فيها إنصاف لليهودي كانت مأمرة عليه من قبل بعض الناس الذين لم يرسخ الإيمان في قلوبهم، عندما سرق أحد ذويهم وأرادوا أن يكتفوا أمر هذه السرقة وأن يلصقوا



هذه الدعوى باليهودي، فإذا بالقران الكريم ينزل ليفضح مآمرتهم، ويأمر النبي صلى الله عليه وسلم بأن يكون شديد الحرص على إعطاء كل ذي حق حقه من غير نظر إلى عداوة عدو أو قرابة قريب، فإن الناس كلهم سواسية في أمر القضاء، وما كان ذلك إلا دليلاً راسخاً على أن الله سبحانه وتعالى يحب العدل والإنصاف بين عباده، وهذا ما يؤكد قول الله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَايَ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾. فإذن العدل ضرورة ملحة، وهذا يعني أن المؤسسة القضائية يجب أن تكون متميزة بالعدل والإنصاف، وبالتقوى والنزاهة، وبالأخلاق العالية، فإنها مسؤولية أمام الله سبحانه وتعالى قبل أن تكون مسؤولية أمام الخلق، وهذا ما يدعو بطبيعة الحال إلى العناية والتعاون من قبل الكل من أجل إتياء ذوي الحقوق حقوقهم من غير حيف على أحد ولا محاباة لأحد.

ولأجل هذا كان التوجه السامي لحضرة صاحب الجلالة السلطان قابوس بن سعيد المعظم حفظه الله ورعاه وأمهه بالعافية وبالصحة، إلى ترسيخ العدل والإنصاف بين الناس، وإلى إتياء هذه المؤسسة القضائية مكانتها التي تليق بها، وكان مما يدل على ذلك هذا التوجه إلى إيجاد الأماكن اللائقة بهذه المؤسسة من أجل أن تكون صروحاً للعدل وأن يجد فيها الخائف الأمن والطمأنينة، وأن يجد فيها المظلوم العدل والإنصاف.

فإذاً وجود هذه المباني ليس لأجل إقامة معالم حضارية فحسب، وإنما لأجل ترسيخ العدل بين الناس جميعاً.

حفظ الله جلالته وأمهه بالصحة والعافية.

وحفظ الله تعالى عمان ووقاها جميع الشرور.

وحفظ الله سبحانه الأمة الإسلامية ورسخ فيها العدل والإنصاف، ورسخ فيها التسامح والحب والوئام.

وشكرا لكم.

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.



كلمة فضيلة الشيخ د. إسحاق بن أحمد البوسعيدي

رئيس المحكمة العليا
نائب رئيس المجلس الأعلى للقضاء
رئيس مجلس الشؤون الإدارية للقضاء



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله الذي أمر عباده بالعدل، ووعدهم بعظيم الأجر، وجعل إقامة العدل في الأرض دليلاً على قوة اليقين، وسلامة الاعتقاد، وسبيلاً إلى السعادة في الدارين، القائل في محكم التنزيل (وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل إن الله نعماً يعظكم به إن الله كان سمياً بصيراً) .

والصلاة والسلام على نبي الرحمة سيد الأمة محمد صلى الله عليه وسلم، خير من أقام العدل بين الناس وأرشدنا إلى خير السبل، وهدانا إلى صراط الله الحميد، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه اجمعين، ومن اهتدى بهديه، واستن بسنته إلى يوم الدين .

سماحة الشيخ أحمد بن حمد الخليلي راعي الحفل... أصحاب المعالي... أصحاب الفضيلة والسعادة..... أيها الحضور الكريم .

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته،،، أما بعد

فإنه لمن دواعي السرور والابتهاج ان نحتفل اليوم بافتتاح صرح حضاري جديد في بلادنا العزيزة حيث تتعانق قباب الايمان ومآذن الرحمن بصروح العدل والإحسان، ليشكل جامع السلطان قابوس الأكبر مع مبنى المحكمة العليا والمجلس الأعلى للقضاء لوحةً حضاريةً مشرقةً للترابط الوثيق بين الدين والعدل والاصالة والقيم والأخلاق، فلا ظلم ولا ظلام في بلاد العدل والامان.

أيها الحضور الكريم ... تتربع المحكمة العليا في أعلى الهرم القضائي بالدولة، وتتجلى مهمتها في مراقبة مدى سلامة تطبيق المحاكم للشرعية والقوانين، ومتابعة صحة الاجراءات والقرارات القضائية، كما انها تساهم في تطوير التشريعات الوطنية، وهي بذلك تحتل مكانة عظيمة في المجتمعات، وتعد مكوناً أساسياً من مكونات الحضارة الحديثة التي لا تقوم إلا على وجود نظام عدالة مستقل وفعال يصون حقوق الانسان وييسر للجميع اللجوء اليه، ويسهم في بسط الامن وتعزيز الاستقرار الاقتصادي والاجتماعي، ويكفل حق التقاضي في إطار منظم ومستقر ومحاييد. إن العدل اساس الحكم، وما شرع دستور أو نظام اساسي الا وجعله من مبادئ الحكم العادل الرشيد، فبالعدل توزن الاقوال وتنضبط الافعال ويستقيم السلوك وتقوم التصرفات، وتتصافى وتتألف القلوب وتوعد الخصومات، وتأمين الاموال من الغصب والحقوق من التعدي والأرواح من الهدر فيأمن المجتمع وبأمنه تنهياً البيئة الصالحة للاستثمار، فيزدهر الاقتصاد وينمو بما يوفره العدل من ضمانات لرد المظالم وفض المنازعات وتسوية الخلافات فلا امن ولا استثمار ولا استقرار اجتماعي بلا عدل، ولا عدل بلا نزاهة، وحيدة وتجرد، وقد ترجم هذا المعنى النظام الاساسي للدولة في مادته (٥٩) حين نصّ على ان (شرف القضاء ونزاهة القضاة وعدلهم ضمان للحقوق والحريات).

إن الاهتمام السامي لمولانا حضرة صاحب الجلالة السلطان المعظم . حفظه الله ورعاه . بالقضاء العماني وتكريمه للسلطة القضائية تجلّى في أبهى صورهِ برئاسة جلالته للمجلس الأعلى للقضاء، هذا المجلس الذي يختص برسم السياسة العامة للقضاء، وتطوير المنظومة القضائية وتحسينها، ويسعى الى ضمان حسن سير العمل بها، مما يحقق العدالة الناجزة السريعة، ويواكب التطور الذي تشهده الدولة في كافة المجالات.



أيها الحفل الكريم ... جاء إنشاء هذا المعلم البارز ليدل على اهتمام المقام السامي لحضرة صاحب الجلالة السلطان المعظم . أعزه الله . بكل مكونات الحضارة في هذا البلد العزيز، ودليلاً على ثقافة المجتمع العماني ورفقيه وتقدمه وعدالته، ويعكس جلال وجمال وهيبة العمارة العمانية والمكانة العالية للقضاء في السلطنة، حيث يتكون مبنى المحكمة العليا من ستة طوابق تتوزع فيها مكاتب اصحاب الفضيلة القضاة وأمانة سر المحكمة بالإضافة الى المكتب الفني وهيئة تنازع الاختصاص وإدارة الادعاء العام الخاصة بالمحكمة العليا وأربع قاعات ضخمة للمحاكمة وقاعتين للندوات ومكتبة وقاعات لاستقبال وانتظار المراجعين والمحامين وغيرها من المرافق التي تساعد على ضمان حسن سير العمل بالمحكمة العليا، كما جهز هذا المبنى بوسائل التقنية الحديثة التي ستسهم في تحسين وتطوير العمل بها.

ولا يسعني في هذا المقام إلا أن أتوجه بالشكر الجزيل إلى كل من ساهم في إقامة هذا الصرح الشامخ وتجهيزه بما يلزم ليكون معلماً حضارياً من معالم الدولة في العهد الزاهر بقيادة مولانا حضرة صاحب الجلالة السلطان المعظم . أعزه الله ورعاه ..

ونخص بالشكر الجزيل المنشآت السلطانية التابعة لشؤون البلاط السلطاني على جهودهم المتواصلة وعملهم المتقن الذي افضى إلى إنشاء هذا المبنى بهذه الحلة الجميلة الراقية .

والشكر موصول كذلك إلى شرطة عمان السلطانية على ما تقوم به من دور هام في الحفاظ على أمن المحاكم والمساعدة في تنفيذ الاحكام القضائية ، ونشكر كذلك الجهات الإعلامية على جهودها الملموسة في تغطية فعاليات هذا الحفل.

وختاماً أدعوا الله العلي القدير أن يوفق الجميع ويسدد على طريق الحق والعدل خطاهم ويمتّع الأمة بحياة جلالته وأن يديم عليه نعمة الصحة والسعادة ، وأن يحفظ عمان وشعبها من كل سوء ومكروه انه سميع قريب مجيب الدعاء . والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.



قصيدة شعرية

بمناسبة افتتاح مبني المحكمة العليا

لفضيلة الشيخ

د. عبد الله بن راشد السيابي

نائب رئيس المحكمة العليا - رئيس المكتب الفني



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مما سبته افتتاح مبنى المحكمة العليا يوم الأربعاء ١٨ شعبان ١٤٣٧ هـ الموافق ٢٥/٥/٢٠١٦ م.

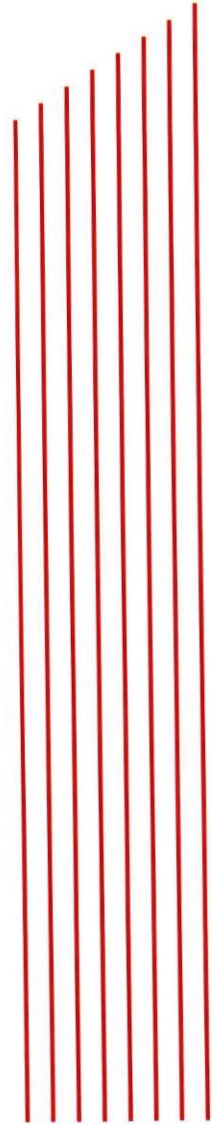
قُمْ نَاجِ مُضَيَّوِي أَيْ صَرِّحْ بِنِي فَسَمَا
وَمَا وَلَدَ النِّجْمِ أَفْقًا وَأَعْلَى مَنَزَلَةً
وَسِرْ إِلَى مَوْطِنِ الْخَوَارِ وَحَلَّ بِهَا
شِدَّتٌ مِنْ رَوْعَةِ الْإِتْقَانِ فِي نَسَقِ
خَطَّتِهِ هُنْدَسَةً صَاغَتْهُ أَرْوَاحُهُ
مَرَايِقًا بَلْ صَرَّحَ الدِّينَ بِجَعْفِهِ
لَدَى مَنْ قَبْتَيْنِ دَنُورَ بَيْنِهِمَا
لَدَى مَنْ قَبْتَيْنِ الْحَقِّ بَيْنِهِمَا
مَرَانِ الْمَكَانِ وَحَلَّ لَسْعُورُ كَوْفَتِهِ
أَوْ لَاهُ فَائِزًا أَعْلَى عَنَّا يَتَرَهُ
مَا ذَاكَ إِلَّا لِبَقِي شَأْمًا وَلَكُهُ
أَيَّ رَجَالِ الْقَضَا ذَا الصَّرْحِ فَزُرْكُمْ
أَيَّ رَجَالِ الْقَضَا سِيرُوا بِخَطَرِهِمْ
أَيَّ رَجَالِ الْقَضَا مَرَّتْ وَأَمْسِيرُكُمْ
هَذِي الْأَمَانَةُ فَأَعْطُوا حَقَّهَا وَزِنُوا
وَلْيَحْفَظِ اللَّهُ دَارَ الْعَرْشِ مَوْطِنَنَا
وَكُلَّ طَائِفَةٍ بِهَا الْإِسْلَامُ يَجْمَعُهَا
مَوْلَايَ سَلِّمْ خَطَايَا وَأَمَحْ زَلَّتْهَا

إلى العللا وشائج العزف قدسها
ولتوفى في المجد شأوا يبلغن سمها
فأنت أرفع شأننا في هلال منسها
ورقة لا تشك أرى صاغها الحكمها
سواعد أحكمت بنيك أنه قيمها
به الهدى كسير اللؤلؤ لا أمها
يسري لما اللطف في الأرواح مؤنسها
يجلو في بحر بذاك الظلم والنظما
وقد غدا لبشر والتوفيق ميسرها
فجاءتكم إلقاء وقدر عظمها
صيت والمجد أرسى نحوه قلها

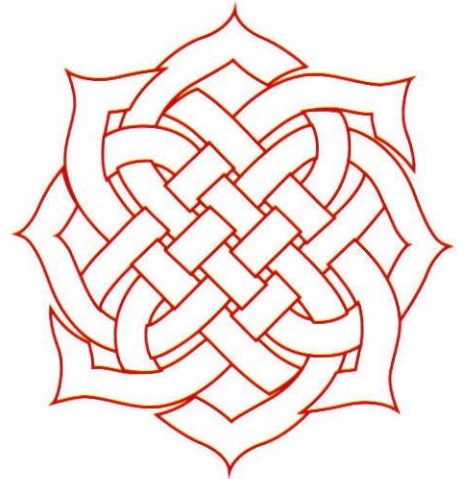
فلتجعلوا العذل فيه ينسهم قيمها
ما نراع جاعله نهجا ومغصومها
بما تشرف ولتمضوا بذا قدمها
بالقسط واتخذوه لفصل الحكمها

عنان والفا نذر دبابي وقد سلبها
بالوحي نورا وتوليها الهدى نظمها
ومن بالعرف ياربك لا تختمها

عبد الله بن محمد (السيد) بيده
نائب رئيس المحكمة العليا
مسقط



قِيم وتقاليِد القضاء





بما يكدر النفس والخطر من المؤثرات التي ترد على البشر، من مرض وتعب وشغل بال .

(٦) طلب البينة من المدعي وسماعها، وجعل اليمين على المنكر، وهذا أصل عظيم في باب التقاضي؛ وقد قال - صلى الله عليه وسلم - لدع: ((بَيْنَتُكَ أَوْ يَمِينُهُ))؛ متفق عليه.

(٧) الإمهال لسماع حجة أو بينة ونحوهما.

(٨) سعي القاضي للإصلاح بين المتخاصمين قبل الحكم عند الاقتضاء، والصلح مشروع بين المتخاصمين، قال تعالى: «وأصلحوا بين أخويكم» .

ويتأكد عند الإشكال في الحكم بسبب عدم وضوح الواقعة، أو تعارض البينات، أو كانت الخصومة بين الأقارب.

(٩) المبادرة بالحكم بعد الظهور والبيان، فإذا تبينت القضية للقاضي، واتضح له الحكم فيها وجب على القاضي المبادرة بإصدار الحكم؛ لأن التعجيل بفصل الخصومة مقصد شرعي، لما فيه من إزالة الظلم عن المظلوم، ورفع الإثم عن الظالم، وفيه أيضاً رفع التهمة عن القاضي بأن له مصلحة أو هوى في تأخير الحكم.

(١٠) حث القاضي على الإخلاص في عمله، وقصد وجه الله تعالى، وألا يكون رضا الناس مطلب القاضي على حساب الحق، لأن وظيفة القضاء وظيفه شريفة، وكما أن لها خطراً فإن أجرها عظيم،

لما فيها من إنصاف الناس وإحقاق الحق؛ جاء في الرسالة -: «فإن القضاء في مواطن الحق يوجب الله له الأجر، ويحسن به الذخر، فمن خلصت نيته في الحق ولو كان على نفسه كفاه الله ما بينه وبين الناس، ومن تزين لهم بما ليس في قلبه شانه الله،

فإن الله - تبارك وتعالى - لا يقبل من العباد إلا ما كان له خالصاً، وقد قال - صلى الله عليه وسلم -: ((إن المقسطين عند الله على منابر من نور، عن يمين الرحمن، وكلتا يديه يمين، الذين يعدلون في حكمهم وأهليهم وما ولّوا))؛ رواه مسلم والمقسطون هم العادلون في الأحكام، فلذلك ارتفعت درجاتهم بأن كانوا على منابر من نور يوم القيامة، ترعاهم وتحفظهم عناية الله .

١١ - الأصل عدالة المسلمين، ما لم تחדش هذه العدالة بأحد القوادح:

أ - مردود الشهادة بالقذف .

ب - مجرب عليه شهادة زور .

ج - متهم في تزويره لنسبه أو ولائه .

١٢ - الحكم على الظاهر بالبينات، أما السرائر فإلى الله تعالى .

١٢ - درء الحدود بالشبهات .

١٣ - مراعاة طلب الأجر والثواب في القضاء، ومراقبة الله في السر والعلانية .

١٤ - وجوب إخلاص النية في القضاء، وعدم الرياء والسمعة، فمن أرضى الناس بسخط الله سخط الله عليه وأسخط عليه .

هذه بعض القيم الواردة في الرسالة العمرية، فلنقف عليها تأملاً، ولنطبقها عملاً، ففيها الخير الكثير لمن أراد أن يذكر أو أراد شكوراً .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

د. عبد الله بن راشد السيابي

نائب رئيس المحكمة العليا

رئيس المكتب الفني



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 المتخصص.
٢. يُستهدف 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 أساتذة الفقه والقانون بالمؤسسات العلمية العامة 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:
 - يُقدم أصل البحث مع صورة منه مطبوعاً ومرقماً بالتسلسل ويرفق بالبحث ملخص لموضوعه في صفحة واحدة بحيث لا يزيد عن ٢٠٠ كلمة.
 - ألا تزيد صفحات البحث المزمع نشره عن ٣٠ صفحة بما فيها الرسوم والجداول التوضيحية والمراجع والملخص، وألا تنقص عن ٥ صفحات بمقاس ٢٨×٢٢ سم، وعلى وجه واحد، وبمساقتين أو ثلاث قدر الإمكان.
 - يُذيل البحث بخاتمة تعرض أهم النتائج التي توصل إليها الباحث.
 - تُذكر مصادر البحث كاملة وفقاً لترتيب ورودها في البحث على أن تشمل صاحب المرجع، وعنوان البحث، وبلد النشر، ودار النشر، وسنة النشر، ورقم 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.
 - يُراعى فيما يُنشر 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 هذه البحوث متى كانت تعالج مسائل ينبغي التركيز عليها لدعم مسيرة القضاء.
 - يرفق مع البحث:
 - أ. خطاب موقع من الباحث، وموجه إلى رئيس المكتب الفني بطلب نشر البحث.
 - ب. تعريف علمي عن الباحث/ الباحثين لا يتجاوز ثلاثة أسطر وذلك لتعريف القارئ بالباحث.
 - ج. تعريف بتخصصه الدقيق مع ذكر عنوان رسالة الماجستير أو الدكتوراه.
 - د. قائمة بأهم الكتب والبحوث التي نشرت له.
 - هـ. عنوان الباحث الحالي، والثابت - كاملين - ورقم الهاتف مع إشعار المجلة بأي تغيير يطرأ لاحقاً.



فهرس المحتويات

٥

كلمة العدد

٩

شخصية العدد

١٣

قسم البحوث

١٥

- العربون في قانون المعاملات المدنية العماني رقم ٢٩ / ٢٠١٣ م - دراسة تأصيلية مقارنة على ضوء الفقه والقانون

٢٩

- الخبرة الفنية أمام المحاكم العمانية - رؤية عملية

٤٧

- حالات مسؤولية الناقل البحري للبضائع - دراسة مقارنة بين الاتفاقيات الدولية والقانون البحري في سلطنة عمان والمملكة المغربية

٦٥

- ضوابط تسبب الأحكام والقرارات القضائية وفقاً لأحكام قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني

٧٧

- سلطة القاضي الجزائية في الاقتناع بالدليل الإلكتروني

٩٧

التعليق على الأحكام

٩٩

- تعليق على قرار قضائي (عقوبة - تقدير - تخفيف) الهيئة العامة لتوحيد المبادئ - المحكمة العليا الطعن رقم ٢٠٠٧/١

١٠٥

- تعليق على حكم في الطعن رقم ٢٨٠ / ٢٠١٠ تجاري

١٢٥

ملحق خاص بافتتاح مبني المجلس الأعلى للقضاء والمحكمة العليا

١٣٧

قيم وتقاليد القضاء



بسم الله الرحمن الرحيم



” تتعانق قلب الإيمان ومآذن الرحمن بصروح العدل والإحسان، ليشكل
جامع السلطان قابوس الأكبر مع مبنى المحكمة العليا والمجلس
الأعلى للقضاء لوحةً حضاريةً مشرقةً للترابط الوثيق بين الدين والعدل
والأصالة والقيم والأخلاق، فلا ظلم ولا ظلام في بلاد العدل والأمان.“

