



المجلة القضائية

مَجَلَّةُ عِلْمِ مَحْضَصَةٍ

بِصَفِّ سَنَوِيَّةٍ

تُعْنَى بِالْفِقْهِ وَالْقَضَاءِ

يناير ٢٠١٥



المجلة القضائية

مجلة علمية متخصصة

بصيف سنوية

تُعنى بالفقه والقضاء

يناير ٢٠١٥

توجه المراسلات باسم المكتب الفني بالمحكمة العليا

قسم المجلة القضائية

سلطنة عمان - مسقط - الخوير

ت : ٢٤٦٩٧٢٨٠ - ٢٤٦٩٧٢٩٧ فاكس : ٢٤٦٠٤٣١٢

ص.ب : ٢٥١٦، ر.ب : ١١٢

البريد الإلكتروني : mojsctb@hotmail.com



حضرة صاحب الجلالة السلطان فایس بن سعید المته - محافظہ اللہ و رعاء



كلمة العدد



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بسم الله والحمد لله الذي جعل القضاء مهنة الأنبياء: ﴿يا داوود إنا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله﴾ (٢٦ص)، وقوله تعالى: ﴿وَأَن احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ﴾ (المائدة ٤٩).

ويقول أمير المؤمنين العادل عمر بن الخطاب رضي الله عنه: «الفهم الفهم فيما يتلجلج في صدرك» والفهم المقصود هو فهم الواقع وفهم حكم الله الذي أنزله في كتابه أوعلى لسان رسوله صلى الله عليه وسلم . ويقول : ولايمنعك قضاء قضيتته فراجعت فيه عقلك وهديت فيه إلى رشدك أن تعود إلى الحق فمراجعة الحق خير من التماذي في الباطل . وما يقتضيه الفهم ومراجعة الحق والحكم به هو معرفة القضاء فقها وعملا وتصرفا واجتهادا وإذا كانت الخبرة والتصرف والاجتهاد نتيجة علم تراكمي ، فإن الفقه سبيله العلم ، والعلم لا يتكون إلا بالدراسة والبحث والتقصي . ومن هنا كان البحث العلمي هو الوجهة التي يوليهام المشتغل بالعلم لمواجهة المشكلات واستقصاء الحلول وتطوير الأداء في مختلف مناشط الحياة . والشرعية الإسلامية وانتظامها في نواة مقننة هي عماد الحياة تنتظم بها روحا وعقلا ، ولهذا كان التشريع هو وسيلة لتحقيق غايات المجتمع في ضبط الأداء الإنساني تنظيميا لسلوك أفراد المجتمع في المعاملات والحد من كل سلوك يهدد أمن الجماعة واستقرارها . وحركة الحياة وسرعة وتيرة تطورها وتجدد الحوادث والواقع العلمي يكشف دائما عن ثغرات هنا وهناك ، وهو ما يقتضي تطورا موازيا لمواكبته لا يتحقق إلا بالبحث الجاد الهادف من ذوي التخصص كل في الفن الذي يتقنه .

إن المجلة القضائية هي المعين النظري والعلمي للمشتغلين بعلوم الشريعة الإسلامية والقانون ، ففي شقها النظري تثري الفكر وتنمي المعرفة وتوسع المدارك بما تثيره من حراك فكري، وفي شقها العلمي ترسيخ للمبادئ وتبسيط للضوء على ما أسفر عنه التطبيق العلمي من قصور واقتراح الحلول، فضلا عن أنها دعوة للقضاة وفقهاء الشريعة والقانون والمشتغلين بالمهنة إلى نشر بحوثهم ودراساتهم . كما تسهم المجلة في نشر الأحكام القضائية المتميزة بما تتضمنه من مبادئ قضائية تسهم في استقرار الأحكام وتوحيد قواعد الفصل من الناحيتين الفقهية والإجرائية .

نسأل الله التوفيق والسداد في القول والعمل .

د. إسحاق بن أحمد البوسعيدي

رئيس المحكمة العليا

نائب رئيس المجلس الأعلى للقضاء

رئيس مجلس الشؤون الإدارية للقضاء



كلمة اللجنة العلمية





بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله وكفى والصلاة والسلام على النبي المصطفى وعلى آله وصحبه أهل الوفا، أما بعد ،،،

فتمضي المجلة القضائية في عددها الرابع بمعية الله تعالى مخلفة وراءها إرثاً معرفياً من الدراسات الشرعية والقانونية وترتقب في أعدادها القادمة مزيداً من الموضوعات الحية النابضة من قلب الواقع وذلك تحسباً للجفاف العلمي المتحصل من موضوعات قد أشبعت بحثاً ونال منها الباحثون في المحافل والمنابر العلمية ما أفقدها روح الإثارة البحثية.

وفي هذا العدد تفصح المجلة القضائية عن دراسات متنوعة يغلب على مجموعها الحس العملي الواقعي مما أُرْدِف للمجلة القضائية امتيازاً في المادة العلمية من خلال الموضوعات المنبثقة عن وقائع قضائية استلّت من أروقة المحاكم وانطلقت من رجالات تقلبوا في أعطاف القضاء وتمرسوا هذه الصنعة بما تختلف عليهم من قضايا ذات أطراف متعددة وجسامات متفاوتة مما أسبغ على تلك الموضوعات طابعاً جديداً وخصوصية تفتقر إليها كثير من الدراسات القائمة على التنظير فحسب بعيداً عن التعايش والممارسة.

لقد باتت الأبحاث في هذا العدد أكثر نضجاً وأعلى كعباً؛ وانتقلت تلك الأبحاث نقلة نوعية في شكلها ومضمونها، وإنها ماضية بمشيئة الواحد الأحد في الارتقاء بمنهجها وقيمها حتى تحتل مكانتها العلمية المنشودة.

وفي كل عدد من أعداد المجلة يحلق بنا المكتب الفني في سماء الأحكام القضائية المنتقاة ليضع لمساته الجمالية وبصماته العلمية المعمقة على بعض الأحكام المختارة تنقيحاً وتعليقاً وشرحاً وتوضيحاً في تناغم واضح بين التنظير والتطبيق.

إن ذاكرة هذا البلد العريق تنتسم عبقها كلما هبت رياح العلم والمعرفة لتعود بنا الذاكرة إلى كوكبة من الشخصيات العمانية البارزة على مر التاريخ، ولأننا في سياق الفقه القضائي فما أروع وأبدع أن ترفرف المجلة بشخصية قضائية عمانية فذة شهد لها خليفة المسلمين عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- بكفاءتها ونزاهتها وضلوعها في هذه الصنعة؛ تلك الشخصية هي المثل الحقيقي بالافتاء إنه كعب بن سور الكعبي العماني المنشأ والذي رشحته المجلة ليكون شخصية هذا العدد.

فطوبى لرواد الشريعة والقانون وهنيئاً لحراس العدالة وأقطابها هذه الدراسات التي تبعث على سبر أغوار صنعة القضاء والتقصي عن خزانها ومكنوناتها.

والمجلة إذ تحتفي بعددها الرابع فإنها ترسم على محياها البهجة والسرور راضية مرضية عن الدور الفاعل والخطوات الحثيثة في رحلتها البحثية داعية الأعلام الفتية إلى اغتنام فرص الكتابة في أعدادها القادمة إن شاء الله تعالى.

د. عبد الله بن راشد السيابي

نائب رئيس المحكمة العليا

رئيس اللجنة العلمية



شخصية العدد



فنية القضاء

كعب بن سور الأزدي نموذجاً

الفن في اللغة له معان عديدة منها الضرب الذي يعني النوع أو الصنف، ومنا التزيين، ويقال افتن أخذ في فتون من القول، والرجل يفتن في الكلام إذا استوفى فنا بعد فن، وقد صيغ منه مصدر صناعي هو «الفنية» لكي يشمل على أوصاف عديدة نظراً إلى التوسع في التعبير والكلام، وكدليل على جمال الشيء وإحكامه وإتقانه ودقته، فيقال فنية كذا، مثل فنية القضاء وفنية الحكم وفنية العمل إلى غير ذلك من الأشياء التي تحتاج إلى دقة واتقان.

ومن هذا القبيل فنية القضاء، وذلك لأن القضاء فن يحتاج إلى مهارة ولباقة وإدراك، لذلك شاعت عند أهل العلم العبارة القائلة «القاضي إلى نظره أحوج من إلى أثره»، والنظر هنا في هذه العبارة هو المعبر عنه في وقتنا الحاضر بفنية القضاء، وعلى كل حال فإن الحس القضائي أمر مطلوب لدى القاضي، لأن العلم وحده لا يكفي، فكم من أناس لديهم العلم الكثير ولكنهم لا يحسنون إجراء الأحكام والفصل فيها، على أن هناك في المقابل أشخاص ربما ليس لديهم كثير علم ولكنهم بحسهم القضائي وجرأتهم الحاكمية يحسنون وضع الأمور في مواضعها والأنصية في مكانها من الأحكام والفصل في الدعاوى والخصومات، وهو ما يعنيه الإمام السالمي رضي الله عنه في جوهره النظام الرائع حيث يقول:

وبعضهم لم يقرأ إلا البعض

وهو يفض المشكلات فضا

وفض المشكلات معناه القدرة على حلها افتاء أو قضاء، كما أن هناك الكثير ممن وفقهم الله إلى الجمع بين غزارة العلم والمهارة القضائية، وقد شهد تاريخنا الإسلامي بصفة عامة، وتاريخنا العماني بصفة خاصة، بروز العديد من أولئك القضاة الماهرين الذين جمعوا إلى العلم فنية العمل القضائي، وهنا في هذا المقال نأخذ واحداً منهم كأنموذج يتوجه إليه الاستئصال والاستحقاق بالإجلال والإكرام بل والاعتداء به والحدو حدوه كمثل على فنية القاضي ومهارته، وهو:

كعب بن سور الأزدي رضي الله عنه

وهو كعب بن سور بن بكر بن عبد بن ثعلبة بن سليم بن ذهل

بن لقيط بن الحارث بن مالك بن فهم الأزدي؛ وبعض يرى أن له صحبه، وبعض يراه من كبار التابعين وكان أصله من عمان من منطقة دبا الواقعة في شمال عمان حيث أن جميع بني الحارث بن مالك بن فهم كانت مساكنهم في منطقة دبا وما حولها، وعلى عهد الخليفة الراشد الثاني عمر بن الخطاب رضي الله عنه أمر عامله على عمان عثمان بن أبي العاص الثقفي أن يقطع البحر بمن معه من أهل عمان لمحاربة الفرس، وهناك تجمع لدى والي الخلافة عدد من العمانيين يتردد عددهم بين ألفين وستمئة إلى ثلاثة آلاف رجل، وبعد انتهاء المعارك بينهم وبين الفرس التي كان النصر فيها حليفهم، ذهبوا إلى العراق حيث نزلوا منطقة «توج»، وفي رأيي أنهم لم يذهبوا جميعهم إلى العراق، ولكن لعل عدداً منهم ذهب إليها منهم القاضي كعب بن سور، بينما عاد الباقيون إلى وطنهم عمان، ويبعد أن ينتقل الجميع إلى العراق ولم يعد منهم عائدون إلى عمان.

ثم قدم من الذين كانوا في توج ثمانية عشر رجلاً إلى البصرة منهم كعب بن سور وذلك بعد تمصيرها، وبذلك شكل أولئك النفر بداية الوجود العماني في البصرة، ثم كبر ذلك الوجود العماني وكثر أفرادهم حتى أصبحوا جماعة كبيرة، وصاروا قوة ضاربة لا سيما على عهد المهلب بن أبي صفرة وأولاده، حتى أطلق على البصرة في فترة تاريخية ما، «بصرة المهلب» لدفاعه عنها هجوم الخوارج.

كعب يتوجه إلى عاصمة الخلافة

بعد أن استقر كعب بن سور في البصرة، كان عليه أن يذهب إلى عاصمة الخلافة «المدينة المنورة» للتسليم على الخليفة العظيم عمر بن الخطاب رضي الله عنه وارضاه، والتشرف بمقابلته لتأكيد الولاء والطاعة.

وهناك كانت الفرصة سنحت لكي يكشف كعب عن عبقريته وذكائه وفطنته، عندما جاءت امرأة إلى الخليفة تشكو زوجها لهجرانه لها في الفراش قائلة له أن زوجها يصوم النهار ويقوم الليل، أي أنه يقضي نهاره صائماً وليله مصلياً، هناك أظهر الخليفة إعجابه بهذا الزوج المثالي، مثباً عليه ثناء طيباً قائلاً نعم الزوج زوجك، وكيف لا يعجب أمير المؤمنين من كانت هذه صفته صائماً ومصلياً وهو أمير المؤمنين وخليفة المسلمين والحامي لحمى الدين، قضى حياته آمراً بالمعروف ناهياً عن المنكر، وملاً الدنيا عدلاً وفضلاً ورحمة،



الرتبة في التعبير لا يصل إليها إلا من كان على أرضية جيدة من الفصاحة والفهم ومعرفة أساليب الكلام ومعانيه، كما أنه دليل على وعي المرأة آنذاك وثقافتها.

ثانيهما: الجاهزية والاستعداد لدى كعب لإصدار ذلك الحكم الفاصل، الأمر الذي يحتاج معهما إلى قوة إدراك وفطنة إضافة إلى استحضار الدليل الشرعي الذي يستنبط منه الحكم، ولا شك أن الدليل الذي استنبط منه كعب الحكم هو قوله تعالى: ﴿فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً﴾ .

وبما أن القاعدة المنطقية تقول أن الحكم على الشيء فرع عن تصوره، فالظاهر أن لدى كعب قدرة تصويرية، مكنته من تصور القضية وفهمها، لذلك كان إصدار حكمه بتلك السرعة الفائقة، وهذا يقودنا إلى القول بعبقرية الإنسان العماني فهو دائماً يكون مجلياً وسباقاً إذا ما أسندت إليه الأمور ليستطيع من خلالها أن ينفذ كنانته علماً وفكراً وقيادة ومسؤولية إلى غير ذلك من المهمات الجسام والأمور العظام، ولعل المكان العماني له دور في صياغة تلك العبقرية حسب نظرية جمال حمدان التي أنشأ من أجلها كتابه «عبقرية المكان أو شخصية مصر» .

بانوراما شعرية

وقد أثارت تلك القضية الظرفية التي وصفتها المصادر بالعجبية قريحة رواة الأدب، فصاغوا منها بانوراما شعرية بين الأطراف الثلاثة، الزوجة والزوج والقاضي :

الزوجة :

يا أيها القاضي الحكيم أرشده

ألهى حليلي عن فراشي مَسْجِدُهُ
زَهَّده في مضجعي تعبُهُ

وخوف رب باليقين يعبده
مفترشا جبينه يكده

نهاره وليله لا يرقده
لست في أمر النساء أحمدّه

فاقض القضايا كعب لا تردده
الزوج :

إني امرؤ أوجلني ما قد نزل

في سورة النور وفي السبع الطول
وفي كتاب الله تخويف جلل

أزهدني في فرشها ما في الحجل

بيد أن كعب فهم ما ترمي إليه المرأة، وأدرك ما تومئ إليه بثاقب بصره وتوقد بصيرته وقال للخليفة يا أمير المؤمنين إن المرأة لا تقصد الثناء على زوجها، وإنما تقصد أنها ليس لها من زوجها نصيب في الفراش والمعاشرة، هنالك تعجب الخليفة من فهم كعب وإدراكه لمغزى ما تقصده تلك المرأة فأمره بأن يقضي بينهما قاتلاً له أما وأنك قد فهمت ما تريده المرأة من زوجها فاحكم بينهما، عند ذلك كان كعب جاهزاً ومستعداً لإصدار الحكم في القضية، مستنبطاً ذلك من المنظومة العامة للتشريع الاسلامي، حيث أن الله تعالى أباح للرجل أن يتزوج أربع نساء، وإذا ما كانت للرجل أربع زوجات فمعنى ذلك أن العدالة الزوجية تقضي بأن لكل واحدة منهن ليلة، فيكون حقها من وقت زوجها من كل أربع ليال ليلة، والثلاث الليالي الأخرى يتفرغ فيها الزوج لشؤونه وعبادته، هنالك توجه إعجاب الخليفة إلى كعب مخاطباً له، والله لا ادري من أي أمر بك أعجب ؟ من فهمك أم من حكمك ؟

وكاعتراف من الخليفة بأهلية كعب للقضاء، عينه قاضيا على البصرة، فكان أول قاض عليها، وقيل أن أول قاض على البصرة ابن أبي مريم، وكعب هو القاضي الثاني، وعلى أي القولين فإن كعب صار قاضيا على البصرة ومن أوائل القضاة على تلك المدينة المهمة التي صارت فيما بعد مركز إشعاع ونشء لمدارس الفكر الإسلامي، وبذلك رسم كعب حكماً قضائياً مريضاً للطرفين لا ضرر ولا ضرار .

حيث لا ضرر بالزوج ولا إضرار بالزوجة، يقول الإمام السالمي في الجوهر في باب معاشرة الأزواج:

وإن تكن قد طلبت إياه

يلزمه إن شاء أو أباه
في أربع الأيام قيل مره

أخرج هذا القول قاضي البصرة
وهو العماني على التحقيق

قضى به في حضرة الفاروق
فاستحسن الفاروق ذاك النظرا

ومن هناك صار قاضي عمرا
أولهما: فطنة تلك المرأة ذكائها؛ فهي لم تصرح بشكايتها

وإنما استعملت الكناية التي هي التعبير عن شيء ما بلفظ غير دال عليه صراحة، وهي من الفصاحة في القول، وهذه



فحثها في ذا على حسن العمل

من طاعة الله ومن بر البعل

إن خير الحاكمين من عدل

ففي القرآن واعظ لمن عقل

القاضي :

إن السعيد بالقضاء قد فصل

ومن قضى بالحق حقا وعدل

إن لها حقا عليك يا بعل

من أربع واحدة لمن عقل

امض لها ذاك ودع عنك العلل

وأنت من أمر الثلاث في مهل

إذا فصمهن وقمهن وصل

لا ينفع القول وتضييع العمل

استمراره على قضاء البصرة

ويستمر كعب قاضيا على البصرة منذ ذلك العهد من خلافة عمر وفي خلافة عثمان وبداية خلافة الخليفة الرابع علي بن أبي طالب رضي الله عنهم ناشرا العدل بين الناس، مسويا في الحقوق بينهم ومساويا بين القوي والضعيف، والغني والفقير، متحررا العدل في أحكامه، ملتصبا بالصواب في قضاؤه، لذلك ارتضاه الخلفاء الراشدون، وارتضاه أهل البصرة جميعا، إذ لم يشكوا منه حيفا، ولم يلحظوا عليه

جورا، كما أنهم لم يجدوا عليه انحرافا في سلوكه، حتى تحققت له مكانة عظيمة في قومه بل وفي مجتمعه، يعبر عن تلك المكانة ما قيل للسيدة عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها عندما خرجت في معركة الجمل مع طلحة والزبير على الخليفة علي بن أبي طالب، حيث قيل لها لو خرج معك كعب لما تخلف عن الخروج أحد من الأزد، فركبت إليه ونادته فلم يجيبها فتنادته ثانية فلم يجيبها، ثم قالت له يا كعب أأست بأمك؟ ولي حق عليك، هنالك لم ير كعب بدا من الرد عليها فكلمها وكلمته وقالت له لم أخرج إلا بقصد الصلح بين الناس، فاستمع إلى قولها، وخرج إلى المعركة، ولكنه عندما صار في ميدان المعركة توسط بين الصفوف ورفع المصحف الكريم يريد وقف القتال والصلح بين الفريقين؛ فريق الخليفة علي بن أبي طالب، وفريق الخارجين عليه طلحة والزبير وعائشة، فلم يكذب ينهي مهمته الإصلاحية حتى جاء سهم طائش - كما تقول الروايات - فقتله، وكان ذلك في معركة الجمل في شهر جمادى سنة ٣٦هـ. وهناك انتهت حياة كعب المادية ولكنه بقي نقطة ضوء في تاريخ التشريع الإسلامي لا سيما في مجال القضاء.

ونرى من المناسب أن نختم حديثنا عن القاضي كعب بن سور بهذه العبارة التي قالها العلماء في حقه، شهادة له على علمه وفضله وصلاحه وعدله، حيث قالوا «كان خيرا صالحا وليس له عقب».

سعادة الشيخ أحمد بن سعود السيابي

الأمين العام لمكتب الإفتاء



قسم البحوث



الصلح الواقعي كبديل عن الإفلاس والتصفية

إعداد:

فضيلة القاضي / د. عبد الإله برجاني

قاض بالمحكمة العليا

. سلطنة عمان .

أستاذ القانون التجاري الزائر

جامعة القاضي عياض . المغرب

E . MAIL : barjani . ai @ gmail . com



الآية

بسم الله الرحمن الرحيم
﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ سورة البقرة .

الحديث

عن أبي هريرة رضي الله عنه قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :
« من نفس عن مؤمن كربة من كرب الدنيا ، نفس الله عنه كربة من كرب يوم القيامة ، ومن ستر مؤمناً ستره الله في الدنيا والآخرة ، والله في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه ، ومن سلك طريقاً يلتمس فيها علماً ، سهل الله له به طريقاً إلى الجنة ، وما اجتمع قوم في بيت من بيوت الله يتلون كتاب الله ويتدارسونه بينهم إلا نزلت عليهم السكينة ، وغشيتهم الرحمة ، وحشتهم الملائكة ، وذكرهم الله فيمن عنده ، ومن بطأ به عمله ، لم يسرع به نسبه » .
رواه مسلم

مقدمة

يعد نظام الصلح الوافي من الإفلاس جزءاً من منظومة شاملة أقامتها السلطنة سيرا على نهج مجمل الدول العصرية . المعاصرة . ومن أهم مكوناتها قانون التوفيق والمصالحة (مرسوم سلطاني رقم ٢٠٠٥/٩٨ م)
وإذا كان نظام التوفيق والمصالحة قد سار على نهجه الصحيح وتهيأت له أسباب النجاح من هيئات قائمة به ومقار مخصصة لإتمام إجراءاته ، فأصبح دوره فعالاً في حسم المنازعات وإحقاق الحقوق ؛ فإن الأخ البكر الذي هو نظام الصلح الوافي من الإفلاس الذي تضمنه قانون التجارة الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٩٠/٥٥ بقي مغموراً .

ونعتقد أن ذلك يرجع بالأساس كما قال أحد الدارسين المهتمين إلى قلة الأبحاث والدراسات المتعلقة بالصلح وبالتالي فلا بد لأي ملاحظ أو متتبع أن يتساءل عن أسباب عدم تفعيل مقتضيات القانونية التي توجب أو تحيل إلى الصلح وأسباب عزوف المتقاضين عن اللجوء إليه بالرغم

من أهميته والنتائج الإيجابية التي يحققها (الدكتور / يعقوب بن محمد السعدي ، أهمية التوفيق والمصالحة كطريق لحل المنازعات . إعداد المكتب الفني بالمحكمة العليا ، سلطنة عمان) .

وإذا كان لابد لكل دراسة من دواع تدعو لها ، فتكون بمثابة أسباب نزولها ، فإن سبب نزول هذه الدراسة أضحى واضحاً .

والدواعي لوحدها لا تكفي ، بل لا بد من أهداف تهدف كل دراسة إلى تحقيقها ، ومن بين أهداف هذه الدراسة :
أولاً : وضع نظام الصلح الوافي من الإفلاس في نطاقه الحقيقي مع إقامة البرهان على أنه بالفعل بديل عن كل الإجراءات القديمة والمستهلكة ، كالإفلاس والتصفية سواء أكانت اختيارية أو قضائية ، لما لهما من ضرر أكيد على الأفراد وكذلك على اقتصاديات الأمم .

ثانياً : إقامة الدليل ومن خلال ذات النصوص على أن هذا النظام يحقق فوائد جمة بالنسبة للمدين ، وذلك عبر تصفية خصومه والبقاء على استمرارية نشاطه ، وبالمقابل يحفظ حقوق الدائنين ويوصلهم إليها عبر أقصر السبل ويضمن لهم تنفيذها ونفاذها .

ثالثاً : محاربة أكل أموال الناس بالباطل عبر الالتجاء إلى التصفيات الرضائية والقضائية وأيضاً الإفلاس بغية التخلص من ديون محققة يرى المدين أنه لا قبل له بها ولا قدرة له عليها .

رابعاً : حماية أهم خلية في جسم الاقتصاد الوطني ألا وهي المؤسسة الفردية . التاجر . أو المؤسسة الجماعية . الشركة . من أهم خطر يهددها وهو التصفية التي هي بمثابة إقبار للمؤسسة ، وقد تكون مجرد وأد لها بغية التخلص من عار محتمل أو مخافة إملاق عارض .

وإذا علمت الدواعي وحصرت الأهداف ، كان لا بد من إقامة رابط بينهما ، وهو السبيل الموصل إلى هذه الأهداف عبر خطوات معلومة مرسومة وهو ما يتعارف عليه أكاديمياً بخطة البحث .

فخطة البحث ستضع كهدف أسمى لها حماية المؤسسة سواء أكانت فردية أو جماعية ، وسنستعيز عن تسمية مؤسسة بتسمية مقبولة لما لهذه الأخيرة من دلالة دقيقة في مفهومها القانوني . الاقتصادي ، وأيضاً لما لهذه التسمية من



شيوخ عالمي ENTREPRISE .

وأيضاً ستسلك الدراسة منهجاً استقرائياً مبسطاً إلى حد البداية ، بغية النفاذ إلى أفهام كل المتدخلين في مجال المقولة الواسع، بعيداً عن الخطاب القانوني الصرف ، وذلك عبر إقامة بناء افتراضي لهذا النظام يجد فيه كل والـج ضالته .

وعليه ، فستكون خطة البحث كالآتي :

- استعراض شروط فتح إجراءات الصلح في فرع أول .
- استعراض آثار الحكم بفتح الإجراءات في فرع ثان .

الفرع الأول

شروط افتتاح إجراءات الصلح الوافي

لقد مر على الإنسان حين من الدهر كان ينظر إلى المقولة سواء أكانت فردية . التاجر . أو جماعية . الشركة . بمعزل عن محيطها الاقتصادي . الاجتماعي . بل وكجسم غريب يمكن التخلص منه بأسرع ما يمكن بمجرد ما يصيبهما عارض أو علة .

إلا أن تطور الفكر الاقتصادي . القانوني عبر مسيرة طويلة من التراكم والارتقاء ، جعل من المقولة بشقيها أهم خلية بالمجتمع لا يصلح أمره إلا بصلاح أمرها ، لأنها مصدر رخائه وتوفير العيش الكريم لأهله عبر توفير مناصب الشغل للقادرين عليه .

وللتدليل على أهمية المقولة في حياة الأمم الآن ، يكفي أن نشير إلى ظاهرة قلما تحظى بعناية ملاحظ ، وتتمثل في أن زعماء الدول ورؤسائها أصبحوا لا يتباهون أمام الأمم الأخرى بجيوشهم وعتادهم وعدتهم بل بياهون أقرانهم بمقاولاتهم التجارية والصناعية ، ولا تجد أياً منهم يتحرك عبر دول المعمورة إلا ومعه جيش عرمرم من علماء الاقتصاد وجهابذة التسيير وأرباب الصناعات والتوزيع ؛ فالأمم اليوم يعلو شأنها بعلو كعب مقاولاتها ، ومماركات صناعاتها ومدى درجة جودتها .

إذن ، أن الأوان للنظر إلى المقولة نظرة مخالفة تماماً ، أي ، ككائن حي ، يولد ويعيش ، ويبلغ أجله ، إلا أنه قد يصاب بعلل وأعراض قد تهدد حياته؛ فما هو السبيل لوقايته مما قد يصيبه أولاً ؛ ثم ما هي طرق المعالجة إن وقعت الإصابة ؟ لا شك في المشرع العماني بتخصيصه الباب الرابع من

قانون التجارة للصلح الوافي من الإفلاس ، كان يستحضر كل هذه الأمور مجتمعة ولهذا جاء هذا الباب جامعاً مانعاً رغم ما قد يعترضه من نقص هو من طبيعة أي عمل إنساني؛ فلكل شيء إذا ما تم نقصان .

ولاستعراض مجمل شروط افتتاح مسطرة الصلح لا بد من تقسيمها إلى زمريتين، تتعلق الأولى منهما بصفة المدين المخاطب بأحكام النص وتتعلق الثانية بحالة الاضطراب الموجب لفتح الاجراءات .

المبحث الأول : صفة المخاطب بأحكام الصلح الوافي .

إن أحكام المادة ٧٥٣ من قانون التجارة واضحة الدلالة عند تصنيفها على صفة التاجر الذي من حقه وحده دون غيره اللجوء إلى إجراءات الصلح الوافي ، ويمتد هذا الحق إلى خلفه العام أي الوريث والموصى له من بعده (١) .

كما أن هذا الحق إن كان مخولاً للتاجر الفرد ، فمن باب أولى تستفيد منه المقولة الجماعية ، أي الشركات التجارية عملاً بنص المادة ٧٥٥ من ذات القانون .

وعليه ، أصبح لازماً أن نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نخصص الأول منهما للتاجر الفرد ، ونخصص الثاني للشركات .

المطلب الأول

التاجر الفرد

إن الفيصل في تحديد من هو التاجر ، هو من مقتضيات قانون التجارة نفسه ، وخصوصاً المواد ٨ وما يليها إلى المادة ٢٦ من ذات القانون .

وإذا كانت النصوص أعلاه واضحة الدلالة في رسم معالم شخصية التاجر ، فإن الغموض يكتنف مصير توأم التاجر الأبدي الذي هو الحرفي .

وللمقارنة فقط ، فإن المشرع المغربي سوى بين التاجر والحرفي في الحكم إذ نصت المادة ٥٦٠ مدونة التجارة على أنه :

« تطبق ... معالجة صعوبات المقولة على كل تاجر وعلى كل حرفي وكل شركة تجارية ليس بمقدورهم سداد الديون التي عليهم عند الحلول ... »

وقد عرف بعض الفقهاء (٢) الحرفي بكونه يعمل باستقلالية، ويعتبر العمل اليدوي بالنسبة إليه هو الأساس .

وإذا كانت شركة المحاصة قد استبعدت من تطبيق أحكام الصلح الوافي، فإن شركة المساهمة خاضعة لأحكامه بامتياز، وذلك بالنظر لأهمية هذا النوع من الشركات والمتمثلة فيما يلي :

أولاً : تعتبر شركة المساهمة هي أصل باقي الشركات ، ولهذا تعتمد أغلب التشريعات إلى تناولها بالتنظيم أولاً ، وتعتمد بعد ذلك إلى تنظيم باقي أنواع الشركات مع الإحالة طبعاً إلى أحكام شركة المساهمة في مقتضيات غير متعارضة . (٥) . ثانياً : أن أغلب التشريعات ، ومن بينها التشريع العماني ، ألزم لممارسة بعض الأنشطة الحيوية في الاقتصاد ، أن تكتسي الشركة طابع المساهمة (٦) ومن أهمها النشاط البنكي .

وقد أحسن المشرع بتخصيصه هذا النشاط الحيوي ، الذي يقوم عليه عماد كل نشاط وطني على شركات المساهمة ، رغم أن الدورة الاقتصادية ، تجعل بعض الأنشطة الأخرى لا تقل أهمية عن نشاط الائتمان والتمويل ، ولنضرب مثلاً ، نشاط التأمين ، والأنشطة المرتبطة بالتنقيب على مصادر الطاقة ، وغيرها كثير

ثالثاً : لقد أبانت الأزمة العالمية المالية الأخيرة التي انطلقت شراراتها من WALL STREET لتمتد إلى كل أصقاع المعمورة محدثة دماراً غير مسبوق في اقتصاديات الدول قاصيها ودانيها ، أن هذا النوع من النشاط المرتبط بالأموال أصبح يشكل خطراً لا بد من محاصرته .

رابعاً : لقد تميز التشريع العماني عن بعض التشريعات المقارنة (٧) بعدم استثناء مؤسسات الائتمان والتمويل من أحكام الكتاب الخامس من قانون التجارة الخاص بالإفلاس والصلح الوافي .

فبعض التشريعات عن باطل تخرج هذه المؤسسات من تطبيق مقتضيات قوانينها المتعلقة بالوقاية من الإفلاس ، وتخضعها بالتالي لقوانين وإجراءات خاصة تشرف عليها وتطبقها جهات رقابية مالية كوكالة الأبنك المركزية أو وزارة المالية كما هو الشأن بالنسبة للقانون البنكي المغربي لسنة ١٩٩٣ .

وهذا الاتجاه في رأينا يؤدي إلى نتيجتين خطيرتين : أ . إن إخضاع مؤسسات مالية من حجم الأبنك التجارية ومؤسسات التمويل والادخار ، لوصاية أجهزة إدارية

أما المشرع الفرنسي فقد اعتبر حرفية مع مراعاة الاستثناءات الواردة بالنص ، المقاولات التي لا تشغل أكثر من عشرة عمال والتي تمارس بشكل رئيسي أو نشاطاً حرفياً ، باستقلال عن الإنتاج والتحويل أو الإصلاح ، وكذا تقديم الخدمات باستثناء قطاعي الفلاحة والصيد البحري (٢) .

المطلب الثاني

الشركات التجارية

عملاً بمقتضيات المادة الثانية من قانون الشركات ، تعتبر الشركات التالية بحكم طبيعتها شركات تجارية :

- أ . شركات التضامن ؛
- ب . شركات التوصية ؛
- ج . شركات الخدمة ؛
- د . شركات المساهمة ؛

هـ . الشركات ذات المسؤولية المحدودة .

وإعمالاً أيضاً لنص المادة ٧٥٢ من قانون التجارة ، تكون كل الشركات المشار إليها أعلاه خاضعة لمقتضيات الصلح الوافي ، باستثناء شركة المحاصة .

والعلة من استبعاد هذه الشركة من أحكام الصلح الوافي ، ظاهرة بينة ، وتعود إلى عدم توفر هذه الشركة على الشخصية المعنوية .

لكن في اعتقادنا ، هذا المنع لا يسري على الشركاء المتحاصين ، إذ يمكن أن يطلبوا الصلح الوافي ، أما فرادى أو مجتمعين (٤) .

وهذا الرأي يجد سنده في أمرين اثنين :

أولهما : أن هذه الشركة تنشئ روابط قانونية بين أفرادها بدون أن يكون لها تأثير على الأشخاص الأغيار ، أي لا يصح الاحتجاج بها ضد الغير (المادة ٥١) ويترتب على هذا ، أن الغير يرتبط قانوناً بالشريك المحاص أو مجموعة من الشركاء ، ولا يرتبط بشخص معنوي .

ثانيهما : إن انعدام الشخصية المعنوية ، يترتب عنه بالضرورة ، عدم توفر الشركة على ذمة مالية مستقلة ، وبالتالي فإن كل شريك يبقى مالكا لحصته ، ولا تنتقل منه لتكوين ذمة الشركة ، أو ما يعرف برأس المال ، وبالمقابل فهو لا يسأل إلا في نطاق ذمته المالية .



الانتاج ، أو تديرية تسييره قصد جعل كل الشركات خاضعة لأجهزة إدارة ومراقبة موحدة (١١) .

- الشركات المتعددة الجنسيات ، وقد تضخمت وتقوى سلطاتها حتى أنها أصبحت تشكل دولا داخل دول ، وأضحت تتحكم في الأرزاق والأرباح ، وتفرض إرادتها في رسم السياسات ذاتها بما ينسجم مع مصالحها ، وتجد لها في كل مكان درعاً محكراً . إعلامياً أو إشهارياً . وفي كل نشاط مصلحة قد تكون ظاهرة أو مستترة (١٢) .

وأهم المستحدثات تبقى الشركات الافتراضية ، التي لا نجد لها أثراً إلا على شبكة الانترنت وتتخذ من موقعها أساس كل نشاطها ، وقد تغطي بهذا النشاط بقعة جغرافية واسعة جداً كقارة من القارات ، أو الدنيا بأسرها ، وقد لا يعرف المتعامل معها أي مستقر لها ، بل يتفاجأ عندما يطلع على أنها تتخذ مقراً لها ، أحد الجنان الضريبية ، المعروفة عالمياً ، لجني الأرباح دون المساهمة في أي عبء مجتمعي (١٣) .

ملاحظة هامة :

في ختام هذا المبحث لا بد من إثارة ملاحظة هامة تتعلق بالأشخاص المخول لهم قانوناً طلب فتح إجراءات الصلح الوافي.

فالمشرع العماني قد خص المدين بهذه الإمكانية دون سواه ، وهذا التخصيص يثير من الناحيتين الواقعية والقانونية عدة إشكالات لا بد من الإشارة إلى بعض منها .

أ. من المسلم به أن إجراءات الصلح الوافي ليست من طبيعة نزاعية فهي لا تقوم على فرضية الفصل في نزاع معين أو إحقاق حق من الحقوق (١٤) ، بل إن طبيعتها حسب أغلب المشتغلين بهذا الفرع من القانون توافقية تصالحية (١٥) . وأن القول بالطبيعة غير النزاعية لهذا النوع من الإجراءات يجعلها بمنأى عن الشروط المطلوبة في كل ادعاء ، وتتلخص في وجود مدع ومدعى عليه وحق مدعى فيه ، فالمدعي هنا ، لا يدعي حقاً له في مواجهة شخص معلوم أو حتى مجهول ، ويرتب عن ذلك ، أن شرط الصفة في الادعاء لا يلتفت إليه كثيراً إذ يغلب شرط المصلحة الحائلة والأكيدة على شرط الصفة بمفهومها الضيق في نطاق الدعاوى النزاعية.

يخرجها بالضرورة من وصاية السلطة القضائية ، وهذا الإخراج فيه خرق صارخ لمبدأين هامين يقوم عليهما عماد الدول الديمقراطية الحديثة .

أولهما : مبدأ الفصل بين السلط ، ومؤداه أن يبقى للقضاء سلطة الفصل في المنازعات وتطبيق القوانين ومراقبة أعمال الإدارة .

وأن إسناد مهمة مراقبة المؤسسات المالية لجهة إدارية كيفما كان مستواها فيه خرق سافر لمبدأ الفصل بين السلط ، مع جعل الجهة الإدارية خصماً وحكماً في ذات الوقت (٨) . ثانيهما : خرق مبدأ المساواة أمام القانون ، ومؤداه أن جميع أفراد المجتمع طبيعيين واعتباريين سواسية أمام أحكام القانون ، وبالتالي يخضعون كلهم لأحكامه دون استثناء ، وتحت رقابة القضاء .

ب. إن أهم فاعل في الاقتصاد ومؤثر فيه ، وضامن لاستقراره وتوازنه ، عن طريق تنفيذه لسياسة الدولة الاقتصادية وتوجيهات أجهزة الرقابة المالية ، ألا وهي المؤسسات المالية ومن في حكمها من باقي المؤسسات ذات الطبيعة والوظيفة المشابهة ، تصبح خارج ولاية القضاء (٩) .

وقد أثبتت الأزمة المالية العالمية الأخيرة بالحجة والبرهان ، على أن المؤسسات المالية كانت تعمل خارج كل مراقبة داخل الولايات المتحدة الأمريكية ، مما ساعدها على إصدار قروض سكنية مسمومة SUPRIMES هذه السموم التي انتقل مفعولها بلمح البصر إلى اقتصاديات باقي دول المعمورة ، فتأثرت به ، ولا زالت تعاني من مضاعفاته إلى الآن.

ولا بد في الأخير من الإشارة إلى أمر هام وهو ، أن مفهوم الشركات التجارية بمعناه الضيق لم يعد يغطي كافة أوجه الأنشطة الاقتصادية من جهة ، ومن جهة ثانية ، تطور الحياة الاقتصادية والتجارية عبر المعمورة لا يمكن بحال مجاراته ، ولا حتى تتبع كل مناحي نشاطه ، ولهذا يفاجئنا الواقع الاقتصادي المتطور باستمرار وبسرعة لمح البصر بظهور أشخاص قانونية اعتبارية جديدة كمثال عنها :

- المجموعة ذات النهج الاقتصادي ، وهي تتشكل في شركتين أو أكثر بغية تحقيق هدف معين (١٠)

- تجمع الشركات ، وهو تجمع عمودي أو أفقي لعدة شركات داخل كيان واحد ، غايته قد تكون اقتصادية لإنقاذ تكاليف



الصلح الواقي، فهذا لا يمنع هؤلاء قانوناً من اتخاذ المبادرة وهذا الرأي يمكن إقامته على دعامين قانونيتين اثنتين : أولهما : هو ورود النص على عمومته ، ودون قيد أو تخصيص ، فالمشرع يخاطب حالة بعينها وهي حالة التاجر الذي اضطرت تجارتها ، فكأن الأمر يتعلق بمريض يجب إسعافه قبل استفحال حالته ، ولا يهم بعد ذلك من يقوم بحمله إلى قسم المستعجلات المهم أن يصل في الوقت المناسب ، وهذا واجب وفرض عين .

ثانيهما : ما دام أن الأصل في الأشياء والأفعال الإباحة ، فإن المنع والحظر لا يكونان إلا بنص صريح ، وما دام أن أعمال الدائن والمحكمة تلقائياً أو بطلب من الادعاء العام لطلب فتح إجراءات الصلح الواقي ، لا يتعارض مع أي من المبادئ والقواعد الكلية المشار إليها أعلاه .

وإن مما يعزز هذا الاتجاه ، هو ما أورده المشرع في حالة مخصوصة نصت عليها المادة ٧٧٠ إذا ما أخفى المدين بعد تقديم طلب الصلح جزءاً من أمواله أو أتلّفه أو أجرى تصرفات مخالفة لحكم المادة ٧٧٤ جاز للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الرقيب أو سلطة الادعاء الجزائي أن تشهر إفلاسه ، فالمشرع هنا أخذ بالفرع ولا مانع من استعمال الأصل .

المبحث الثاني

حالة الاضطراب

لقد أحسن المشرع العماني صنعاً عندما وضع معياراً مرناً موضوعياً لصالح التاجر الذي اضطرت أعماله اضطراباً يؤدي إلى توقفه عن الدفع ، بشرط أن لا يكون قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً ، وأن يكون قد زاول التجارة بصفة مستمرة خلال السنتين السابقتين على تقديم الطلب (المادة ٧٥٣ من قانون التجارة) .

الحاصل إذن ، أن الاضطراب الموجب لفتح إجراءات وضع له المشرع محددين ، أحدهما إيجابي والآخر سلبي . فأما المحدد السلبي فهو أن لا يكون التاجر قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً : وأما الإيجابي فهو ممارسة التجارة خلال مدة سنتين سابقتين على تاريخ تقديم الطلب . وعليه ، وجب تقسيم المبحث إلى مطلبين :

وعلى هذا الأساس ، ذهبت بعض التشريعات المقارنة في اتجاه فتح المجال أمام عدة أطراف يمكنهم إثارة الإجراءات وهم :

المدين نفسه ، فهو الطرف الأصيل المخول بطلب حسم الإجراءات .

الدائن : وهو هنا لا يطلب فتح هذه الإجراءات لمصلحته ، بل لمصلحة مدينه ، وهنا تظهر بجلاء الصبغة التصالحية لهذه الإجراءات ، إذ عوض أن يلتجئ المدين إلى مقاضاة مدينه لاقتضاء دين له عليه ، يفضل عرض أمر إعساره على القضاء بغية تسوية وضعيته أولاً ، ثم اقتضاء حقه بعد ذلك ، وهذه في نظرنا أسمى صور الإيثار ، وامثالاً لقول الباري عز وجل « وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة » .

المحكمة ، لها أن تضع يدها تلقائياً ، وتشير إجراءات الصلح الواقي ، حتى دون وجود طلب مقدم من أحد ، لما في ذلك من حماية تقتضيها حالة وجود تاجر أو شركة تجارية في حالة اضطراب من شأنها أن تؤدي بهما إلى التوقف عن الأداء .

النيابة العامة (الادعاء العام) وهي تمثل المجتمع وتقوم مقامه في إحقاق الحقوق والسهر على حسن تطبيق القوانين ، فمن أولى واجباتها طلب فتح إجراءات الصلح الواقي إن بلغ إلى علمها توافر شروطه (المادة ٥٦٣ من قانون التجارة المغربي) .

ب- إن جعل إثارة إجراءات الصلح الواقي بيد المدين وحده دون غيره ، يضحى معه المدين هو الخصومة وفيه الخصم والحكم .

كيف ذلك ؟ فالمدين وحده هو من يقدر ظروفه الاقتصادية ويحدد الوقت المناسب للمبادرة بطلب فتح إجراءات الصلح الواقي ، وهو الذي يجهز الوثائق المعززة لطلبه ، وهو عماد الإجراءات ، إذ لا يمكن أن تسير بدونه ويعلمه وتحت مراقبته وبمساعده ، وفي الأخير يكون هو المستفيد من الحكم القاضي بالمصادقة على الصلح ، فكان من الضروري فتح المجال لأطراف أخرى للتدخل إلى جانبه لما في ذلك من مصلحة مشروعة .

ج- في اعتقادنا الصميم ، حتى وإن لم يتطرق المشرع العماني لبقية الأطراف اللذين بإمكانهم إثارة إجراءات



الأول مخصص لحالة الاضطراب .

الثاني مخصص لانتفاء حالتها الغش والخطأ الجسيم .

المطلب الأول

حالة الاضطراب

لقد أحسن المشرع العماني بوضعه معياراً مرناً يعطي للقضاء سلطة تقديرية واسعة لتقدير الأمور حق قدرها ، وقد أحسن مرة أخرى عندما وضع قيداً على المعيار ، ألا وهو عدم التوقف عن الدفع .

حقيقة أن الصياغة التي وردت بها المادة ٧٥٣ في مستهلها قد تثير لدى بعض المشتبهين بحرفية النص ، بعض الإبهام بخصوص المقصود بعبارة : يجوز للتاجر الذي اضطربت أعماله اضطراباً يؤدي إلى وقوفه عن الدفع ...

فهل المقصود هي تلك الاضطرابات المؤدية فعلاً إلى التوقف عن الدفع ؟ وهنا لا بد من حصول الاضطراب وحصول واقعة التوقف عن الدفع ، وتوافر إحداها لا يغني عن حصول الأخرى .

أم المقصود هي تلك الاضطرابات التي (قد) تؤدي إلى التوقف عن الدفع ، وهنا ينظر إلى حالة الاضطراب لوحدها كمسبب قد يسبب التوقف عن الدفع .

في اعتقادنا المتواضع ، بإعمال النص في سياقه العام ، وبمقابلته لنص المادة ٥٧٩ المتعلق بالإفلاس الذي يشترط تحقق واقعة التوقف عن الدفع ، فإنه يمكن الجزم أن نية المشرع ذهبت إلى اشتراط تخلف واقعة التوقف لفتح إجراءات الصلح .

والواقع أن سرد هذا الاستشكال يرجع إلى وجود قوانين عربية مقارنة أخذت بنظام الصلح الواقعي ، إلا أنها سمحت به حتى بالنسبة للمدين المتوقف عن الأداء والدفع (١٦) .

بعد هذا التدقيق ، أصبح لزماً التوقف أمام ماهية الاضطرابات المؤدية إلى التوقف عن الدفع ومدى ارتباطها ارتباطاً السبب بالمسبب .

الفقرة الأولى : ماهية الاضطرابات المؤدية إلى التوقف .

غني عن البيان ، أن كل اضطراب في أعمال التاجر ، يصح اعتماده إذا كان سيؤدي لا محالة إلى التوقف عن الدفع ؛

وبالتالي فإن هذه الاضطرابات متغيرة في الزمان والمكان ، وتتنوع بتنوع الأنشطة والقطاعات ، ومن ثم ، فهي لا تدخل تحت عد ولا حصر إلا أن المشتغلين بهذا العلم ، دأبوا على تقسيمها بحسب طبيعتها إلى ثلاث زمر :

أولاً : اضطرابات ذات طبيعة قانونية .

من شأن الخلافات ذات الطبيعة القانونية أن تحدث اضطراباً في شؤون التاجر أو الشركة التجارية .

فالتاجر قد تواجهه صعوبات قانونية لا يستطيع تجاوزها ومن شأنها التأثير على وضعيته المالية والتجارية وتجعلهما في وضع اضطراب .

فإيقاف البنك لاعتماد ممنوح للتجار على المكشوف تعسفاً من شأنه إحداث اضطراب خطير في الوفاء بالتزاماته الآتية والمستقبلية .

فالاضطراب هنا ذو طبيعة قانونية / مالية ، لأن البنك قد يتعسف في وقف أو قطع خط الاعتماد على المكشوف الممنوح للتاجر لمدة معلومة وسقف محدد ، فتحديد عدم وجود شروط التعسف من عدمه مسألة قانونية يختص بتحديدها القضاء وحده (١٧) .

الخلاف المستحكم بين التاجر وشريكه مثلاً ، يعتبر من الاضطرابات الخطيرة التي قد تؤدي إلى الوقوف عن الاداء ، أضف إلى ذلك الخلافات المستحكمة التي تثار دائماً وأبداً بين الشركاء في الشركات التجارية والتي تكون من طبيعة قانونية صرفة .

فتعسف الأغلبية ضد الأقلية قد يثير اضطراباً ، وغالباً ما تكون بين يدي الأغلبية سلطة اتخاذ القرارات من خلال الجموع العامة العادية والاستثنائية ويتم تهميش الأقلية من المساهمين ، وهذا يؤدي بالطبع إلى اتخاذ هؤلاء موقفاً سلبياً وعدائياً من مستويين : فعلى مستوى اتخاذ القرارات الهامة والحيوية بالنسبة لحياة الشركة يكون موقف الأقلية سلبياً ولا تشارك أبداً في عملية التصويت بشكل إيجابي ؛ وعلى مستوى التسيير ترفض الموافقة على كل التصرفات التي يجريها المديرون لتنفيذاً لمقررات أجهزة الشركة ؛ وهذا الشئان من شأنه إحداث اضطراب حالي أو آجل على السير العادي للشركة وتعطيل العديد من مصالحها خصوصاً إذا انتقل الأمر إلى ردهات المحاكم ؛ أو تم نشر غسيل الخلاف على صفحات الجرائد .

ثانياً : الاضطرابات الاقتصادية والمالية :

١. الاضطراب الاقتصادي :

إن الاضطرابات ذات الطبيعة الاقتصادية لها تأثير مباشر على المشروع ، وقد يكون مصدرها كونياً ، كالأزمة العالمية الحالية التي ابتدأت منذ ٢٠٠٨م ، وأثرت في كل المجالات الاقتصادية الحيوية؛ كما قد يكون مجالها إقليمياً ، كأزمة الديون السيادية التي عصفت بالقارة الأوربية ومن قبلها أمريكا وكادت أن تؤدي ببعض الدول كالليونان إلى إعلان إفلاسها التام .

وهنا ، لا بد من التوقف للحظة حول هذا المستجد الذي أتت به الأزمة العالمية الراهنة ، وهو إمكانية وصول دولة إلى حافة الإفلاس ، وهو أمر كان مستبعداً في الماضي عملاً بالمثل الإنجليزي القائل بأن خزينة الملك لا تنضب .

وقد تكون الأزمة قطرية ، كالأزمة التي تتلو الكوارث الطبيعية كأزمة اليابان التي تلت اجتياح تسونامي للأرخبيل. وقد تكون مجرد أزمة أنية وقطاعية كالأزمة التي تصيب منتجي الأرز أو الشاي أو القهوة نتيجة وفرة الانتاج أو شحها ، أي الاضطراب الحاصل بين العرض والطلب .

ح - الاضطراب المالي :

تتعدد مصادر الاضطراب المالي الذي قد يصيب المقاوله حتى أنها لا يمكن عدها أو حصرها ، وبالتالي نتطرق لأهم مصدر منها ألا وهو مؤسسات التمويل والائتمان ، أي البنوك ومن في حكمها في علاقتها مع المقاوله التي تعاني من اضطراب مالي ، قد تكون هي المتسبب الأساسي فيها . وإذا كانت من أهم مصادر تمويل المقاوله عقود فتح الاعتماد بما توفره لها من سيولة نقدية لمواجهة التزاماتها الآنية فإنها بالمقابل من خصائصها الهشاشة لإمكانية فسخه في كل وقت وحين .

فالمرشع العماني بمقتضى نص المادة ٣٧٦ من القانون التجاري سمح للبنك بإلغاء الاعتماد قبل انتهاء المدة المتبقية عليه في حالة وفاة المستفيد أو توقفه عن الدفع ، وأضاف مباشرة ، وحتى ولو لم يصدر حكم بإشهار إفلاسه .

وفي اعتقادنا الصميم ، ما كان لهذا النص أن يمنح هذه الصلاحيات الواسعة للبنك لتقدير واقعة التوقف عن الدفع وذلك لسببين :

أولهما : فتح الباب أمام البنك لإلغاء الاعتماد ، بمجرد

توقف المقاوله عن سداد الأقساط المستحقة في قرض ثان سبق منحه للمقاوله قد يكون مضموناً بضمانات عينية أو شخصية واتخاذ هذا التوقف كذريعة لإلغاء الاعتماد .

ثانيهما : إن واقعة التوقف عن الدفع هي من الأمور التي يتدخل فيها الجانب المالي بالجانب القانوني وبالتالي فلا زالت حتى بالنسبة للدول رائدة في هذا الميدان ، مثار جدال وأخذ ورد ولم يحسم فيها بقول فصل (١٨) .

وعلى هذا الأساس ، سيبقى أهم مصدر من مصادر تمويل المقاوله مثار منازعات لا تنتهي ، بسبب إقدام البنك على قطع أهم شرايين قلب المقاوله والذي يمد خزيتها بالأصول وفي وقت حرج ، وما يترتب عن ذلك من نتائج وخيمة قد يصعب تداركها (١٩) .

ثالثاً : الاضطرابات الاجتماعية :

ويقصد بها تلك الاضطرابات الاجتماعية العامة التي تمس البلاد بأكملها أو المنطقة كلها ، ولا زالت مشاهد الثورات العربية الأخيرة شاخصة للعيان ، ولا زالت آثارها وما ألحقته باقتصاديات البلدان التي كانت مسرحاً لها ، وعلى الأخص بنسيجها الاقتصادي نزولاً إلى أصغر مكون له ألا وهي المقاولات ، ومدى تأثير هذه الاضطرابات على بلدان الجوار ، واتساع دائرة التأثير لتشمل منطقة كاملة - منطقة المغرب العربي مثلاً - .

كما يمكن أن تكون الاضطرابات الاجتماعية ذات بعد اقتصادي إذا كانت آثارها لا تخرج عن نطاق المقاوله ذاتها أو على نطاق القطاع التي تنشط فيه على أبعد تقدير .

والاضطرابات الاجتماعية الخاصة بالمقاوله عديدة أيضاً ومتنوعة ، ومن أهمها الاضطرابات التي يقوم بها العاملون فيها وعلى وجه العموم كل الاحتجاجات التي يمارسونها ضد أجهزة الإدارة للدفاع عن مصالحهم (٢٠) .

ومن الاضطرابات القطاعية يمكن الحديث عن اضطرابات ربانة الجو أو المراقبين الجويين في بلد معين ومدى تأثير كافة شركات الطيران العاملة في ذات البلد .

المطلب الثاني

عدم ارتكاب غش أو خطأ

يلاحظ أن المرشع في نطاق المادة ٧٥٣ من قانون التجارة العماني قد جمع بين غير متجانسين الغش والخطأ الجسيم



والحديث عن الخطأ ذو شجون ، ولهذا نقتصر على الجوانب المرتبطة بموضوعنا وهي ذات الصلة بالخطأ الموجب لحرمان المدين من تقديم طلب الصلح .
أولاً : ما دامت أطلقت لفظة خطأ على عموميتها ، فإنه يقصد مطلق الخطأ سواء أكان في نطاق المسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية أو ركناً في بعض الأصناف من المسؤولية المدنية (مسؤولية البنكي مثلاً على اعتبار أن هناك مدارس فقهية أصبحت تتادي باستقلالية المسؤولية البنكية عن النظرية العامة المنظمة لكل من المسؤولتين التقصيرية والعقدية) لارتباط هذه الأصناف بأنشطة معينة تستدعي إقامة مسؤولية خاصة بأربابها : أنظر على سبيل المثال:

ANACIRI BANANI/. La responsabilité du banquier dans l'octroi du crédit aux entreprises en difficulté en droit marocain

ثانياً : اشتراط الجسامة في الخطأ هو معيار جوهري ، لابتعاد الأخطاء المعتادة والبسيطة لأن الخطأ من طبيعة الإنسان ذاته ، وكل بني آدم خطأ .
والملاحظ من الناحية العملية ، أن القضاء يذهب إلى وصف الخطأ بالجسامة بالنظر إلى الأضرار التي أحدثها وليس بالنظر إليه في حد ذاته ، فالعبرة إذن بآثار الخطأ لا بوصفه (٢٣) .

ويرى بعض الفقهاء (٢٤) أن القاعدة هي وحدة الخطأ ، إذ لا تمييز بين يسيره وجسيمه ، إذ أن الرأي الذي يقول باشتراط درجات في الخطأ يرمي من وراء ذلك إلى تخفيف المسؤولية على عاتق من يتعرضون لمثل هذا الخطأ أثناء ممارستهم لمهنتهم أو فنهم ، كما هو حال الأطباء مثلاً ، وهذا التخفيف من المسؤولية واجب وإلا أصيب عملهم بالشلل ، وقد يتمتعون عنه إذا كانت المسؤولية التقصيرية والجزائية تنتظرهم لأقل خطأ يرتكبونه في ممارسة مهنتهم التي هي عبارة عن مواجهة مخاطر ، خصوصاً في العمليات الجراحية التي لا تتجاوز نسبة النجاح فيها ٥٠ % .

ثالثاً : لقضاء الموضوع وحده سلطة تقديرية واسعة بخصوص استجماع عناصر الخطأ بالنسبة للنازلة المعروضة أمامه ، فقد يتسبب الخطأ اليسير في أضرار بالغة للغير ، إلا أنه في

فالفش مجال دراسته جزائي لارتباطه بأفعال (يجرمها القانون كالفش المؤدي إلى المنافسة غير المشروعة في شتمها الجرمي ، وأيضاً الفش المؤدي إلى الإضرار بالصحة في المواد الإستهلاكية ، وبالتالي فإن عطف الفش على الخطأ الجسيم الذي قد يكون مجرد فاعل في مجال مصادر الالتزام كالعقد والمسؤولية بشقيها العقدي والتقصيري عطف فيه نظر .

الفقرة الأولى : الغش

يمكن تعريف الغش بأنه خداع يتمثل في القيام بأعمال أو أكاذيب من شأنها إظهار الشيء على غير حقيقته ، أو إلباسه مظهرًا يخالف ما هو عليه في الحقيقة والواقع (٢١) .

وهكذا يلاحظ أن الغش هو تصرف إرادي مبيت، بمقتضاه يتدخل الغشاش أو الغاش في تغيير جوهر الشيء أو مجرد مظهره الخارجي ، ولهذا قلنا أن مجاله هو الصناعات والحرف أو توجد قوانين لقمعه (٢٢) .

ولا نعتقد أن المشرع كان يقصد هذا النوع من الغش المرتبط فقط بأرباب الصنائع والحرف وبما ينتجونه من منتوجات من جهة ، ولارتباطه بشق من المنافسة غير المشروعة عندما يقصد الغشاش إيقاع الجمهور في الخطأ وذلك بتقليده علامة صنع ثابتة لصانع آخر .

والاعتقاد السائد أن المشرع قد قصد الغش بمفهومه الواسع وهو الغش الذي يفسد كل شيء ، أي تلك التصرفات التي تصدر عن المدين بطرق احتيالية غير مشروعة للحصول على كسب أو منفعة .

وقد أحسن المشرع بفتح هذا الباب على المدين المحتال الذي لا يجد غضاضة في أكل أموال الناس بالباطل مستعملاً كل الوسائل غير المشروعة ، وينهي مساره الاحتياالي هذا بطلب حسم إجراء الصلح الواقي لتطهير ما ضيه الإجرامي، وامتنالاً لحديث النبي صلى الله عليه وسلم: « من غشنا فليس منا » .

الفقرة الثانية : الخطأ الجسيم :

أحسن المشرع مرة أخرى لما اشترط أن يكون الخطأ جسيماً لكي يحرم مرتكبه من ولوج عالم الصلح الواقي .



مقتضيات لا غنى عنها .

المطلب الأول خصائص الحكم

للتعرف على أهم خصائص الحكم القاضي بفتح الإجراءات لا بد من تصنيفه هل هو فعلاً من صنف الأحكام أم هو مجرد أمر ؟

فالحكم هو خطاب القضاة الذي بمقتضاه يتم الحسم في موضوع النزاع ، في جملته أو في جزء منه أو مسألة متفرعة عنه (٢٥) .

كما قد يكون قطعياً إذا أجاب طلبات المدعي أو رفضها ، وقد يكون غير قطعي إذا لم يفصل في نزاع ما ، وإنما تعلق بتنظيم إجراءات السير في الخصومة ، كالحكم بضم دعويين أو تأجيل النظر في الدعوى (٢٦) .

أما الأمر ، فهو من القرارات التي تصدر من القضاء على الطلبات التي يتقدم بها ذوي الشأن في صورة عرائض بقصد الحصول على إذن القضاء بعمل أو إجراء قانوني معين .

ومن الوهلة الأولى ، يمكن الجزم أن الحكم بفتح الإجراءات لا تنطبق عليه صفة الأحكام القطعية لأنه لم يجزم في أمر ولم يفصل في خصومة ، وإنما هو مجرد حكم تهديدي أو أولي ، كل ما يهدف إليه هو تنظيم الإجراءات المطلوبة لإبرام الصلح النهائي بين المدين ودائنيه .

وقد كانت الغاية من هذا التمييز هي معرفة مآل هذا الحكم ما دام المشرع العماني لم يتطرق إلى إمكانية الطعن فيه بأي مطعن سواء أكان عادياً أو استثنائياً ؛ كما لم تتم الإشارة إلى أنه من الأحكام المشمولة بالنفذ المعجل بقوة القانون .

وأمام سكوت المشرع لا بد من استجلاء إرادته من خلال مقابلة بعض النصوص ببعض الآخر بغية إيجاد الحل القانوني .

فالمادة ٢٠٢ من قانون الإجراءات المدنية والتجارية لا تجيز الطعن في الأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة إلا بعد صدور الحكم المنهي للخصومة كلها .

وجاءت المادة ٢١٨ مؤكدة على ذات المبدأ إذ أوردت ان

نطاق تقدير القضاء عدم جسامه الخطأ يتعين عليه أن يعلل استنتاجاته ، وأن يستدل عن ذلك استدلالاً صائباً لأنه في هذا النطاق مراقب من طرف المحكمة العليا .

رابعاً : من القواعد المستقرة أن المرء لا يستفيد من خطئه وبالتالي يتعين على قضاء الموضوع أثناء إقامة الدليل على ارتكاب المدين أخطاء ، أن تكون هذه الأخطاء ذات صلة بالموضوع المعروض ، وذات ارتباط وثيق بالنازلة وإذا اختلف هذا الشرط ، وجب على المحكمة الالتفات عن الخطأ لعدم ارتباطه بالقضية المعروضة عليها .

الفرع الثاني

آثار افتتاح إجراء الصلح الوافي

بعد اجتماع كافة الشروط المطلوبة قانوناً لإجراء الصلح الوافي لا بد من صدور حكم أولي بافتتاح الإجراء ، وبمجرد صدور هذا الحكم ينتج آثاره في اتجاهين مختلفين أحدهما المقابلة ذاتها والآخر الدائنين .

وعليه ، وجب التطرق لهذه الأمور الثلاثة في مباحث مستقلة .

المبحث الأول

الحكم بفتح إجراءات الصلح

نصت المادة ٧٦٤ من قانون التجارة على أنه :

إذا رأت المحكمة قبول الطلب قضت بافتتاح إجراءات الصلح ويجب أن يتضمن الحكم المذكور :

١. تعيين أحد أعضائها من القضاة قاضياً للصلح الوافي للإشراف على إجراءاته .

٢. تعيين رقيب أو أكثر لمباشرة الإجراءات ولا يجوز أن يكون زوجاً للمدين أو قريباً أو وصهاً إلى الدرجة الرابعة ، أو شريكاً أو مستخدماً عنده أو محاسباً لديه أو وكيله عنه خلال السنوات الثلاث السابقة .

٣. تعيين تاريخ لاجتماع الدائنين لتحقيق الديون ومناقشة مقترحات الصلح .

ويجب أن يتم هذا الاجتماع خلال الثلاثين يوماً التالية لصدور الحكم بافتتاح الإجراءات .

فمن خلال نص المادة أعلاه يتبين أن لهذا الحكم خصائص يختص بها كما أوجب المشرع أن يتضمن



أن ينتصب حكماً قصد تذليل الصعوبات التي قد تعترض السير العادي للإجراءات ، وخصوصاً تلك التي من شأنها تغيير الاتجاه الصحيح لها (٢٨).

وقد لا يكفي القاضي المحافظة على المصالح المتعارضة، بل يتعين عليه الترجيح فيما بينها ، وذلك لما فيه مصلحة استمرارية المفاولة عبر إبرام اتفاق الصلح .

ويثار التساؤل حول المهمة التي أسندتها المادة ٧٦٦ للقاضي ألا وهي إقفال دفاتر المدين ووضع علامته عليها .

ففي اعتقادنا، جاءت لفظة إقفال غير دقيقة ، لأن دفاتر

المدين لا تقفل بشكل نهائي بدليل ما نصت عليه المادة ٧٧٤

من ذات القانون من أن المدين يبقى بعد صدور الحكم

بافتتاح إجراءات الصلح قائماً بإدارة أمواله بإشراف

الرقيب ، وله أن يقوم بجميع التصرفات العادية التي

يقتضيها نشاطه التجاري . فإذا كانت أنشطة التاجر تدون

في دفاتر إجبارياً فلا يعقل قفلها مطلقاً .

فالمقصود إذن كان هو حصر دفاتر المدين وسجلاته من

خلال التوقيع عليها من طرف القاضي ، وذلك لغايتين

عمليتين اثنتين :

أولهما : تحسيس المدين بانتقاله من عهد إلى آخر ، عهد

كان يسير فيه شؤون تجارته بمفرده وباستقلالية إلى عهد

بعد صدور الحكم أصبح مراقباً في كل تصرفاته .

ثانيهما : تحديد تاريخ بداية مهمة المراقب بدقة متناهية

من ساعة حصر الدفاتر وإلى تاريخ انتهاء مهمته بحيث لا

يسأل عن تصرفات سابقة عن هذا التاريخ .

ثانياً : تعيين الرقيب :

يعين الحكم أيضاً رقيباً أو أكثر لمباشرة الإجراءات ، ونصت

المادة ٧٦٤ من قانون التجارة على حالات التناهي وحصرتها

في :

- علاقة الزوجية .

- القرابة والمصاهرة إلى الدرجة الرابعة .

- الشراكة .

وقد تثير صفة الرقيب في القانون العماني ما أثارته ولا

زالت تثيره صفة شبيه له وهو السنديك في القانون المغربي

فرغم إن هذا القانون قد خصه بأحكام عديدة تحدد مهامه

واختصاصاته (المواد من ٦٤٠ إلى ٦٤٤ من مدونة التجارة

استئناف الحكم المنهي للخصومة يستتبع حتماً استئناف جميع الأحكام التي سبق صدورها في الدعوى ما لم تكن قد قبلت صراحة .

وان إرادة المشرع جعل الحكم بفتح الإجراءات نافذاً ستتجلى

من خلال نص المادة ٧٦٦ من قانون التجارة التي ألزمت

قاضي الصلح بمباشرة مهامه خلال أربع وعشرين ساعة

من وقت صدور الحكم ، كما ألزمت المادة الموالية الرقيب

بالشروع في أداء مأموريته داخل نفس الأجل .

فالحلاصة إذن ، أن المشرع أراد للحكم بفتح الإجراءات

أن يكون مشمولاً بالنفاذ المعجل بقوة القانون إلا أنه أغفل

التنصيص على ذلك .

المطلب الثاني

مشمولات الحكم

يتعين إعمالاً بنص المادة ٧٦٤ من قانون التجارة أن

يتضمن الحكم عدة مقتضيات تم التنصيص عليها، إنما

يطرح الإشكال هل هذه المقتضيات وإرادة على سبيل

الحصر أم على سبيل المثال فقط وإذا كانت وإرادة على

سبيل المثال ، فهل إضافة مقتضى آخر لمنطوق الحكم لا

يتسبب في بطلانه ؟

في اعتقادنا الصميم ، هذه المقتضيات هي الحد الأدنى

الذي لا يجوز أن يصدر الحكم دونه ، وبالتالي إذا ظهر

لهيئة الحكم بالنظر لطبيعة الطلب المقدم أمامها أن تضيف

مقتضى آخر فيجوز لها ذلك شريطة تعليل قضائها .

أما المقتضيات التي لا يجوز إصدار الحكم دونها فهي :

أولاً : تعيين قاض للصلح .

تتدب المحكمة من بين قضاتها قاضياً للصلح ، تكون

مهمته الإشراف على إجراءاته .

ويشبه البعض مهمة القاضي بمهمة قائد الفيلق الذي

عليه المحافظة على تناغم الإجراءات ، والحفاظ على

المصالح المتبادلة لكافة الأطراف (٢٧) .

وان حماية المصالح المتواجدة تهم بالأساس حماية

المقاولة في المقام الأول ، ثم حماية مصالح الدائنين ، وهذه

المصالح بطبيعتها متعارضة ، وبالتالي فإن القاضي لقيامه

بمهمة التوفيق بين هذه المصالح المتعارضة ، يتعين عليه



(المغربية)

١- إشراف الرقيب

لم يوضح المشرع الإطار القانوني لهذا الإشراف ولا كيفيته وكان حريا به أن يفعل، نظرا لأهمية هذا الدور وأثره على مصير الإجراء برمته.

ذلك أن مهمة الرقيب هامة وحيوية في فترة أراد لها المشرع أن تكون فترة مراقبة أو فترة ملاحظة، وتمتد من يوم صدور الحكم بفتح الإجراءات، إلى يوم صدور الحكم بالتصديق على الصلح؛ وهي فترة قد تطول وقد تقصر وذلك بالنظر لهمة الأطراف المتدخلة دون أن ننسى أن الأمر يتعلق بتحقيق ديون مع ما يتطلبه ذلك من إجراءات كفيلة بإيصال الحقوق إلى أهلها، واقتراح صلح والمصادقة عليه أو المنازعة في فحواه أمام المحكمة المختصة من قبل الطرف الذي يرى أن حقه قد سلب.

وفي اعتقادنا لنجاعة مهمة الرقيب كان على المشرع أن يضع محددين:

أحدهما: إلزام المحكمة عند تعيين الرقيب بتحديد مهمته، وذلك أخذاً بعين الاعتبار أهمية المقاول وحجم الديون وأسباب الاضطراب وأن تعطى المحكمة الاختيار بين مستويات ثلاث:

- المراقبة .
- المساعدة في التسيير .
- التسيير الكلي .

فإذا كانت الأسباب المؤدية إلى اضطراب المقاول خارجية لا علاقة لها بالمسيرين كان المستوى الأول وهو المراقبة كافياً، أما إذا كانت أسباب الاضطراب داخلية - تسييرية كان المستوى الثالث والأخير هو الأمثل ، لأن المسيرين أصبحوا هم الخطر المحدق ، فوجب تنحيهم عن التسيير ولو إلى حين ؛ أما المستوى الأوسط فهو صالح إذا أبان المسيرون عن عدم كفاءة فهم أجدر بالمساعدة .

ثانيهما : تحديد المدة الفاصلة ما بين يوم صدور الحكم بفتح الاجراءات ويوم صدور حكم التصديق في مدة معقولة أسوة ببعض التشريعات المقارنة .

لم يتعرض المشرع المغربي لأمد فترة المراقبة ، مكتفياً بالإشارة عرضاً إلى أن تقرير السنديك الذي يتضمن الجوانب المالية والاقتصادية والاجتماعية للمقاول وكذا مقترحاته المتعلقة بالحل فيجب أن يعرض كل هذا على

فإنه لا زال يثير الكثير من النقاش بسبب المهام المسندة إليه كمشرّف على تصرفات المدين بعد صدور الحكم ، وكحام لمصالح الدائنين من جهة أخرى ، وهذه مهمة صعبة توجد فيها المصالح على طرفي نقيض .

وللمقارنة فقط، فقد أخرج التشريع الفرنسي هذا الشخص من لظى هذا التناقض ففصل بين المهمتين ، وأسند مهمة الاشراف على عمل المدين إلى متخصص يسمى المسير القضائي -Admin- istrateur judiciaire ، كما أسند مهمة حماية الدائنين إلى متخصص يسمى ممثل الدائنين Représentant des créanciers (٢٩) .

المبحث الثاني

آثار الحكم على المقاوله (المدين)

ينتج الحكم بمجرد صدوره عدة آثار في حق المقاوله ، ونظراً لتعدد هذه الآثار يمكن تقسيمها إلى زمرتين ، إحداهما إيجابية أما الأخرى سلبية ، وذلك بحسب آثارهما الإيجابية أو السلبية على المقاوله .

مطلب أول

الآثار الإيجابية

نصت المادة ٧٦٥ من قانون التجارة على أنه فيما عدا ما نص عليه في المواد التالية ، تسري على الصلح الواقي أحكام الصلح القضائي ، كما وردت في المواد من ٧٠٦ إلى ٧١٣ و ٧١٥ ، ٧١٧ ، ٧٢٠ ، ٧٢٤ ، ٧٢٥ من هذا القانون .

وبالرجوع إلى معيار التفرقة المعتمد من حيث إيجابية أو سلبية الآثار يمكن الاقتصار على المقتضيات التي جاءت بها المواد أعلاه لفائدة المقاوله ها هنا ، على أن تتم دراسة باقي المقتضيات في إبانها

الفقرة الاولى : بقاء المدين قائما بتسييرشؤونه

عملا بنص المادة ٧٧٤ لاتفل يد المدين عن ممارسة تسيير شؤون وإدارة أمواله وإجراء التصرفات العادية التي يقتضيها نشاطه التجاري.

إلا أن هذه الحرية مقيدة بشرطين أساسيين:



كانت تحت أعين وإشراف الرقيب، بعضها يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً والبعض الآخر قابل للإبطال إذا توافر شرطان : أ. التصرفات الباطلة :

اعتبر المشرع بمقتضى نص المادة ٧٧٤ من قانون التجارة أنه لا يجوز الاحتجاج على الدائنين بالتبرعات التي يجريها المدين بعد صدور الحكم .

ونعتقد أن جزاء عدم نفاذ التصرف في حق الدائنين أو عدم قابلية التصرف للاحتجاج به ضد الدائنين هو جزاء قاصر ، لأنه قد يفهم من سياق النص أن التصرف صحيح إلا أنه غير نافذ في حق الدائنين فقط .

وأساس هذا الاعتقاد يأتي من كون التبرعات بطبيعتها هي تصرفات ضارة ضرراً محضاً، إذ أنها إعطاء بدون مقابل ويدخل في حكمها عقود التفضل وفيها يولي المتبرع للمتبرع له فائدة بدون أن تخرج الشيء من ماله كالوديعة وعارية الاستعمال ، وفيها عقود الهبات وما شابهها من صدقة ووصية وعمرى ، ويدخل في حكمها أيضاً التنازل عن حق أو إسقاط التزام .

وعلى هذا الأساس ، فهذه التصرفات ضارة ضرراً محضاً بالمدين نفسه أولاً ، وضررها لا يقتصر فقط على دائنيه ، فكان من اللازم أن تكون باطلة بطلاناً مطلقاً لسد الباب أمام المدينين المتلاعبين في إخراج أموالهم التي هي الضمان العام لدائنيهم بغير وجه حق .

ب. التصرفات القابلة للإبطال :

نص المشرع على بعض التصرفات وجعلها قابلة للإبطال شريطة توافر شرطان :

أولهما : أن يتم التصرف بعد صدور الحكم .

ثانيهما : عدم الحصول على إذن القاضي .

أما التصرفات القابلة للإبطال فهي :

أ. إبرام الصلح

وهنا لا بد من التدقيق ، أن المقصود بالصلح هنا هو الصلح الذي يبرم من المدين مع مدينه وليس مع دائنه ، لأنه في الأول قد يعطي أكثر مما يأخذ بمقتضى الصلح .

ومعلوم أن الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً ، وفيه دائماً خير عميم للطرفين المتصالحين ، إلا أن الصلح في هذا المقام بالذات ، قد يكون يحمل بين طياته تبرعاً من الطرف الدائن التي هي المقابلة لفائدة

القاضي المنتدب داخل أجل أقصاه أربعة أشهر تلي صدور حكم فتح المسطرة ، ويمكن أن يجدد مرة واحدة عند طلب السنديك (المادة ٥١٩ من مدونة التجارة) .

أما المشرع الفرنسي فقد أولى لتمديد فترة المراقبة أهمية كبرى ذلك أن قانون ٧ يونيو ١٩٩٤ قد أشار إلى أن مرسوماً يصدر لتمديد فترة المراقبة ، وبالفعل صدر هذا المرسوم بتاريخ ٢١ أكتوبر ١٩٩٤ محدداً فترة المراقبة بستة أشهر قابلة للتجديد مرة واحدة لنفس المدة ، ويمكن للنياحة العامة وحدها طلب تمديد فترة المراقبة لمدة ثلاثة استثناء .

ووأضح أن المشرع الفرنسي كان جد حريص على عدم إطالة فترة المراقبة بداع وبغير داع ، وذلك لما يترتب على هذه الإطالة من نتائج سلبية على وضعية المقاولات التي تكون مختلفة ، مما يزيد في اختلالها ، وتضاؤل فرص إنقاذها ، ثم يصيب أصحاب العروض وكل متدخل لإنقاذها من خيبة أمل نتيجة طول الانتظار بسبب التمديدات المتكررة ، وأخيراً ما يترتب عن هذا كله من تراكم الديون واثقال كاهل المقاولات المعطل .

ومهما يكن ، فالغاية من فترة المراقبة هي إعطاء المقاول فترة من التدبر ومراجعة الذات للوقوف على مواطن الخلل التي أدت بها إلى حالتها المضطربة . وإعطاء إمكانية للرقيب المعين للتعرف عن قرب على هذه المقاولات وإحصاء أخطائها والوقوف على مواطن الخلل فيها ، مع تقدير إمكانية التغلب على كل هذا ، وبالجملة فإن فترة المراقبة بالنسبة للمقاول كفترة النقاهة بالنسبة للمريض الذي يوضع تحت المراقبة الطبية المكثفة للوقوف على مدى استقرار حالته الصحية أو تدهورها ، مع إنجاز التحاليل المخبرية الضرورية للتعرف على المرض وتشخيصه .

والخلاصة من كل هذا ، أن مهمة الرقيب جد معقدة بالنظر لما أولاه المشرع من مهمة الإشراف على تسيير المقاولات بمجرد صدور الحكم وحتى المصادقة على الصلح ، ثم مسؤولية بلورة مقترحات الصلح ، قصد الوصول إلى مخرج يرضي كافة الأطراف وهذه المهام جد صعبة ومعقدة لا يقوم بها إلا الراسخون في العلم ومن ثم وجب إيلاء تعيين الرقيب الأهمية التي يستحقها .

٢. عدم نفاذ بعض التصرفات :

إن التصرفات التي يجريها المدين بعد صدور الحكم ولو



بمجرد صدور الحكم خلافاً للمفلس الذي يسقط الحكم بإشهار إفلاسه آجال جميع الديون النقدية سواء كانت عادية أو مضمونة بامتياز عام أو خاص (المادة ٦١٦) .

وحلول الأجل هذا، هو سيف مسلط على رقاب المقترضين خصوصاً من المؤسسات البنكية التي تتعين أول هفوة تصدر من مدينها لإسقاط الآجال الممنوحة له لأداء الدين على أقساط ، ومطالبته بالأداء دفعة واحدة بأصل الدين وما نابه من فوائد .

ويكفي للتدليل على ذلك ما أورده المادة ٢٧٦ من قانون التجارة العماني:

لا يجوز للبنك إلغاء الاعتماد قبل انتهاء المدة المتفق عليها إلا في حالة وفاة المستفيد أو الحجز عليه أو وقفه عن الدفع، ولو لم يصدر حكم بإشهار إفلاسه ، أو وقوع خطأ جسيم منه في استخدام الاعتماد المفتوح لصالحه .

ثانياً: منح المدين أجلاً إضافياً للوفاء

يعتبر الأجل الإضافي الممنوح للمدين من قبل دائنيه من أهم آثار إجراءات الصلح الوافي على اعتباره أنه هو الهدف والمبتغى من النظام برمته.

وكل المفاوضات تنصب في اتجاه التوصل الى اتفاق بين المدين ودائنيه لمنح الأول أجلاً للوفاء بديونه بعد حصرها نهائياً.

ولم يتطرق المشرع العماني لمسألة الأجل هذا بالتفصيل الواجب، وربما قد ترك أمرها شورى بين أطراف العلاقة. وللمقارنة حدد المشرع المغربي أجلاً أقصى للوفاء بالديون بعد حصرها نهائياً وهو عشر سنوات من تاريخ صدور الحكم بالمصادقة على مخطط التسوية (المادة ٥٩٦ من مدونة التجارة المغربي)

ثالثاً: جواز تخفيض الدين

قد لا تقتصر المفاوضات على مجرد تمديد أجل الوفاء، بل قد يطلب المدين من دائنيه تخفيض مقدار الدين المصرح به.

وغالباً ما تطالب الأبنك بالتنازل عن جزء من دينها المتمثل في فوائد التأخير والغرامات المحتسبة وغيرها من الزيادات.

وفي اعتقادنا تكون هذه المرحلة من المفاوضات هي الأخرج، وعليها يتوقف نجاح الإجراء برمته، وعليه؛ يجب أن يوليها كل متدخل عناية خاصة.

مدينها، وهنا نسقط في محذور التبرعات الباطلة بطلاناً مطلقاً، لذا فضل المشرع سد باب الذرائع واعتبار أن الصلح فيه شبهة يتعين درؤها.

ب - إيقاع الرهن :

والرهن قد يكون رسمياً وقد يكون حيازياً وقد ينصب على منقول أو على عقار، وإذا كان الرهن لا ينقل رتبة الشيء المرهون من ملكية الراهن، فإنه بالقابل يحرمه من استغلال الشيء المرهون أي من ريعه وثماره لأنه يخرج من حيازته إذا كان رهناً حيازياً، وفي كل الأحوال فهو يحرم الراهن من التصرف في الشيء المرهون، وهذا قيد على الملكية أراد المشرع أن يبعد المقاوله في هذه الفترة الحرجة عنه.

- التصرفات الناقلة للملكية :

ومن أهمها البيع والمعاوضة وأيضاً المخارجه ، فكل تصرف ناقل للملكية ولا يدخل في صميم نشاط المدين التجاري يعد قابلاً للإبطال .

والملاحظ أن المشرع العماني قد تصدى للتصرفات التي يجريها المدين بعد صدور الحكم بإشهار إفلاسه ، وأغفل تلك التصرفات المبينة التي يكون قد أجراها حتى قبل تقديم الطلب لإشهار إفلاسه .

ولهذا حددت بعض التشريعات فترة قد تطول وقد تقصر وسمتها بفترة ريبية ، تبقى بعض التصرفات المربية التي يجريها المدين خلالها قابلة للإبطال إذ نصت المادة ٦٧٩ من قانون التجارة المغربي على ما يلي:

تبتدئ فترة الريبة من تاريخ التوقف عن الدفع ولغاية صدور الحكم بفتح المسطرة، تضاف إليها مدة سابقة عن التوقف بالنسبة لبعض العقود.

الفقرة الثانية : عدم حلول أجل الدين مع إمكانية تخفيض مقداره

من الآثار الهامة التي تستفيد منها المقاوله بمجرد صدور الحكم بفتح الإجراءات، عدم حلول أجل الدين أولاً، ثم إمكانية منح المدين أجلاً إضافياً للوفاء ثانياً، وجواز خفض الدين أخيراً

أولاً: عدم حلول أجل الدين

وهو من أهم الآثار الإيجابية التي يستفيد منها المدين



الفقرة الرابعة : إيقاف الدعاوى وإجراءات التنفيذ :

نصت المادة ٧٧٦ على أنه توقف جميع الدعاوى وجميع إجراءات التنفيذ الموجهة إلى المدين بمجرد صدور الحكم بإفئتاح إجراءات الصلح .

ومرة أخرى يغيب عن هذا النص التدقيق اللازم ، إذ إن التوقف أو الإيقاف أو الوقف لا تسري كل هذه الأوصاف إلا على دعوى كانت جارية ، أي دعوى ابتدأت قبل صدور الحكم وبقيت إجراءاتها سارية بعده ، فما تم من هذه الإجراءات يكون قد تم ، وما يأتي منها بعد صدور الحكم يتعين إيقافه . إلا أن هذا المقتضي لا يغطي في حقيقة الأمر كل الدعاوى ، فما هو مآل الدعوى المبتدئة ، أي التي قد تثار بعد صدور الحكم ؟ وهي الأهم لأن أصحابها يعبرون مسبقاً عن موقفهم الرافض لمبدأ الصلح من أساسه . وللمقارنة أوردت مدونة التجارة المغربية نصاً مماثلاً (٦٥٣) جاء فيه :

يوقف حكم فتح المسطرة ويمنع كل دعوى قضائية يقيمها الدائنون أصحاب ديون نشأت قبل الحكم المذكور ترمي إلى :
- الحكم على المدين بأداء مبلغ من المال .
- فسخ عقد لعدم أداء مبلغ من المال .
كما يوقف الحكم ويمنع كل إجراء للتنفيذ يقيمه هؤلاء سواء على المنقولات أو على العقارات .
وتوقف تبعاً لذلك الآجال المحددة تحت طائلة السقوط أو الفسخ .

وواضح من خلال النص أعلاه أن الإيقاف أو الوقف ينسحب على الدعاوى الجارية ، أما المنع فمجاله الدعاوى المبتدئة لأنها تشكل الخطر المحدق بالمدين المصالح . وقد أورد النص أعلاه تدقيقاً لازماً ، ويتعلق بتحديد نطاق المنع أو الإيقاف فليست كل الدعاوى مآلها المنع ، والإيقاف إنما تلك المتعلقة بأداء مبلغ مالي ، أو فسخ عقد لعدم أداء مبلغ مالي ، ومن ثم فكل الدعاوى التي تخرج عن هذا النطاق ، تخرج عن مجال الإيقاف والمنع .

فدعوى استحقاق عقار أو منقول مقدمة من قبل صاحب الحق فيه ، لا مجال لإيقافها ولا لمنعها ، وكذلك دعوى إخلاء غاصب من عقار دخله عنوة ، لأن الوقف والمنع ها هنا فيه تزكية ومباركة لأكل أموال الناس بالباطل .

وما سقناه بخصوص وقف وإيقاف الدعوى يصدق بالتمام والكمال على إجراءات التنفيذ ، لأن نص المادة ٧٧٦ على حاله لا ينسحب إلا على إجراءات التنفيذ الجارية ، أما تلك الإجراءات المبتدئة فلا يطالها النص .

المطلب الثاني : الآثار السلبية :

إذا كان للحكم القاضي بفتح الإجراءات بعض الآثار الإيجابية على المدين ، فإن له بالمقابل آثار سلبية لا بد من استعراضها :

الفقرة الأولى : إجراء الجرد :

نصت المادة ٧١٧ على أنه :

يباشر الرقيب ، خلال أربع وعشرين ساعة من الإخطار بالتعيين إجراء الجرد بحضور المدين وسكرتير الجلسة . وقد أحسن المشرع عند إلزامه الرقيب بالقيام بالجرد كأول إجراء يستهل به مهامه وداخل أجل جد قصير ، أسوة بالمشرع الفرنسي في المادة ٢٧ من مرسوم ١٥ يونيو ١٩٩٤م ، وذلك بالنظر لما لهذا الإجراء من أهمية أولاً ولما يختص به من خصائص ثانياً .
أولاً : ما هية وأهمية الجرد :

يقصد بالجرد إحصاء أموال المدين سواء العقارية أو المنقولة وذلك بغية وضع حد لكل سرقة أو إخفاء ، كما يمكن حصر السلع والمنقولات محل شرط الاسترجاع ، وأخيراً فإن الجرد يمكن من ضبط الأموال السائلة بالخزينة لمواجهة كل حل محتمل (٢٠) .

وبالنظر لحالة الاستعجال القصوى التي يكتسبها هذا الإجراء للمحافظة على أصول المداولة ، فإن أجل الأربع وعشرين ساعة الذي نص عليه المشرع يمكن أن يصادف يوم عطلة ، ومن ثم وجب القيام به حتى داخل أيام العطل . ومهمة الجرد ليست بالسهولة المتصورة ، فقد يتعرض الرقيب لحالات تقنية أو فنية يصعب عليه معها قيامه بالجرد المطلوب خصوصاً إذا تعلق الأمر بشركات ضخمة أو متعددة الجنسيات لها أنشطة متعددة ومعقدة فهنا لا بد للرقيب من خبير أو خبراء يساعده .

ثانياً : خصائص الجرد :

من خصائص الجرد أن يكون تواجهاً ، أي أن يحضره



إخفاء وجود دائتيه، وينتقل الجزاء إلى هؤلاء بحرمانهم من التصريح بديونهم، وقد ذهب القضاء المغربي ممثلاً في محكمة النقض في هذا الاتجاه .

ثانيهما : التخفيف من سلبات الإعلان عن طريق الجريدة الرسمية لأن صدورها مقيد بفاصل زمني معين كما أن نسبة انتشارها بين الناس محدودة وقد لا يهتم بها إلا المتخصص.

الفقرة الثالثة : عدم وقف العوائد

نصت المادة ٧٧٥ من قانون التجارة على أنه لا يترتب على صدور الحكم بافتتاح إجراءات الصلح الوافي حلول آجال الديون التي على المدين ولا وقف سريان عوائدها .

فمصطلح عوائد الذي جاء به النص يثير لدى الدارس الكثير من اللبس من جهتين :

١. إن سياق النص الذي يتحدث عن الديون التي على المدين لا تسعف باستعمال لفظة عائد وهو ما يعود على المرء ، لأن الدين ينتج فوائد في حق المدين ولا ينتج عوائد .

ج . إن القراءة المتأنية لجميع النصوص المتعلقة بنظام الصلح الوافي تعطي الدارس الاقتناع اليقيني بأن المشرع يحاول إعطاء المدين كافة الشروط التي تمكنه من تجاوز صعوباته ، إلا أنه سكت عن مسألة سريان الفوائد .

وفي هذا السياق العام يمكن استنتاج ما يلي :

١. إن الصلح الوافي هو بمثابة منظومة قانونية ، ما اختل جزء منها أو شرط من شروط قيامها إلا وأدى إلى اختلال النظام برمته .

٢. إن عدم النص على إيقاف الفوائد يخالف موقف جل التشريعات التي أخذت بذات النظام بشكل أو بآخر .

فالمشرع المغربي نص على أن الحكم بفتح المسطرة يوقف سريان الفوائد الاتفاقية والقانونية وكذا كل فوائد التأخير وكل زيادة (المادة ٦٥٩) .

ونفس المسار سار عليه المشرع الفرنسي (المادة ٥٦ من قانون ٢٥ يناير ١٩٩٥ م) .

وتظهر أهمية وقف سريان الفوائد من عدة وجوه .

فمن جهة ، يتعين تحديد خصوم المقابلة وحصرها في وقت معين ، وبمقدار محدد ، وإنه إذا أبقيت الفوائد تنتج آثارها ، فإن يصعب حصرها .

ومن جهة ثانية ، فإن مبدأ المساواة بين الدائنين يقتضي

المدين أو خلفه العام أو الخاص بعد استدعائهم بصفة قانونية ، وكل إجراء يتم في غيبة هؤلاء يمكن أن يرتب مسؤولية الرقيب (٢١) .

ومن خصائص الجرد ، بالإضافة إلى طابعه الوصفي ، أنه جرد تقييمي ، وهذا التقييم يكون تقريبياً .

وفي معرض جرده ، يتعين على الرقيب فرز موجودات الشخص الاعتباري إن وجدت ، عن موجودات المدين الشخصية التي لا علاقة لها بنشاطه التجاري ، وذلك اعتباراً لما للحياة الخاصة للأشخاص من خصوصية يجب أن تحترم .

الفقرة الثانية : القيد والنشر :

أوجبت المادة ٧٦٨ من قانون التجارة على الرقيب خلال خمسة أيام من تاريخ الإخطار بالتعيين قيد الحكم بافتتاح إجراءات الصلح في السجل التجاري ، ونشر ملخص له مصحوباً بدعوة الدائنين إلى الاجتماع في الجريدة الرسمية.

١. القيد بالسجل التجاري :

لما أصبح يقوم به السجل التجاري من وظيفتين إحداها إشهارية والأخرى توثيقية ، فإن هذا الحدث الهام والخطير في حياة المدين لا بد وأن يجد صده في هذا السجل .

٢. النشر :

إن النشر في الجريدة الرسمية يروم من خلاله المشرع ، إعلان الكافة بصور الحكم ، ثم إعلان الخاصة وهم الدائنون بوجوب حضور الاجتماع .

وقد أحسن المشرع عندما نص على أن الدائنين المعلومه عناوينهم يستدعون بكتب مسجلة مصحوبة بعلم وصول (الفقرة الأخيرة من المادة ٧٦٨) ، وهذا الإجراء يحقق غايتين ساميتين :

أولهما : ترتيب المسؤولية على المدين الذي لم يتقيد بمقتضيات الفقرة الثامنة من نص المادة ٧٥٨ من القانون التجاري التي توجب عليه الإدلاء برقعة طلبه بفتح إجراء الصلح ببيان بأسماء دائنيه ومدينه وعناوينهم ومقدار حقوقهم فالدائن الذي لم يعلن بسبب عدم إدراج اسمه ضمن البيان أعلاه ، لا يتحمل أية مسؤولية بل تقع المسؤولية على المدين الذي لا يمكنه أن يستفيد من خطئه المتمثل في



الناقلة للملكية) .

٢. يبقى التساؤل مطروحاً حول التعداد الذي جاء به المشرع هل هو تعداد على سبيل الحصر أم على سبيل المثال فقط؟ نعمتقد جازمين ، أن التعداد ولو توخى فيه المشرع مطلق الدقة والحيلة فإنه لن يستغرق كافة التصرفات التي قد تصدر عن المدين بغية تحية بعض أمواله عن أنظار دائئيه . ٤. نظراً لخطورة التصرفات التي قد تصدر عن المدين ، وبعضها قد يكتسي طابعاً جزائياً كالنصب وخيانة الأمانة ، فقد أعطى الحق للدعاء العام لتقديم الطلب ، كما أعطى ذات الحق للرقيب ، وأكثر من هذا وذاك أعفى المحكمة من كل طلب وأعطاها الحق في مساءلة المدين تلقائياً ، إلا أن هذا النص غيب الدائن وهو الطرف الأصيل في المعادلة . ٥. سن المشرع جزاء قاسياً في حق المدين سيئ النية ، وهو شهر إفلاسه ، وهو قد جازاه بنقيض قصده .

ثانياً : إعداد الرقيب تقريراً

نصت المادة ٧٦٩ على أن الرقيب يودع أمانة سر المحكمة وقبل الميعاد المحدد لاجتماع الدائنين بخمسة أيام على الأقل ، تقريراً عن حالة المدين المالية وأسباب اضطرابها ورأيه في مقترحات الصلح .

وهذا التقرير له أهمية بالغة بالنسبة للدائنين لأنه بمثابة كشف إشعاعي لجسم المقاوله يبين مدى سلامة هذا الجسم ومدى ما يعتريه من علل . فالدائن قبل مناقشة مقتضيات الصلح يكون على بينة من أمره وأمر المقاوله .

وفي اعتقادنا ، اقتصر المشرع على الجانب المالي للمقاوله ، وكان أجدر بالتقرير أن يكون ثلاثي الأبعاد ، اقتصادي-مالي . اجتماعي ، ألم نقل منذ البداية أن مصادر الاضطراب متعددة وأضعف الإيمان أن تحصر في ثلاث .

ثالثاً : تحقيق الديون وتحديد أوضاعها والمنازعة فيها .

قد وضع المشرع أمام الدائنين مسطرة مبسطة للحصول على سندات تنفيذية تتعلق بديونهم ، وهذه السندات التنفيذية لو سلك في سبيل الحصول عليها الدائن الإجراءات العادية لتطلب منه ذلك الكثير من الجهد والوقت والمال ، كيف ذلك ؟ ١- تحقيق الدين .

نصت المادة ٧٧٢ على أنه يحدد كل دائن في الاجتماع المشار

إيقاف سريان الفوائد خصوصاً إذا كانت بنسب مختلفة لأن إضافتها للأصل سترتب عنه وجود تمايز بين الدائنين ، خصوصاً إذا علمنا بالنسبة للتشريع العماني أن الاجراءات ما بين تاريخ صدور الحكم بالفتح وصدور الحكم بالمصادقة على الصلح قد تطول وتطول مع ما قد يترتب عن ذلك من تراكم للفوائد المجحفة التي قد تتجاوز الأصل في بعض الأحيان .

ومن جهة أخيره ، فإن تقليص حقوق الدائنين السابقين يساعد على إعادة تكوين أصول المقاوله ويسهل بالتالي مهمة تسوية وضعيتها .

المبحث الثالث

الآثار على الدائنين

يسري على الآثار المتعلقة بالدائنين نفس التمييز ، فبعضها ينتج آثاراً ايجابية بالنسبة للدائن ، والبعض الآخر ينتج آثاراً سلبية .

المطلب الأول

الآثار الايجابية

تتعدد الآثار الايجابية التي ينتجها الحكم وهي كالآتي:

أولاً : كل أموال المدين تعتبر ضماناً عاماً لدائئيه .

بالرغم من أن هذا المبدأ مستقر ضمن قواعد القانون المدني ، فإن نص المادة ٧٧٠ من القانون التجاري أكد عليه بالنص :

إذا أخفى المدين بعد تقديم طلب الصلح جزء من أمواله أو أتعابه أو أجر تصرفات مخالفة لحكم المادة ٧٧٤ جاز للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الرقيب أو سلطة الادعاء الجزائي أن تشهر إفلاسه .

وبالنظر لأهمية هذا النص وجدواه لا بد من إبداء عدة ملاحظات بشأنه :

١. فالمشرع أراد ان يجعل من كل أموال المدين ضماناً لدائئيه ، ومصطلح ما يفرق العقار والمنقول ، ويصدق أن يكون المال مادياً أو معنوياً ، وأينما تواجد في أي يد كان .

٢. حاول المشرع أن يغطي كافة التصرفات التي يمكن أن تصدر عن المدين كالإخفاء أو الإتلاف أو التصرف مخالفة لحكم المادة ٧٧٤ (التبرعات - الصلح - الرهن - التصرفات



بتشكيهم داخل أجل خمسة عشر يوماً من تاريخ هذا النشر.
٣. المنازعة في مقررات تحديد الدين :

خول المشرع لكل طرف تضررت مصالحه من قرار القاضي بتحديد الدين أن يطعن في هذا القرار أمام المحكمة المختصة .

وكان حرياً أن يتم الطعن أمام محكمة الاستئناف وذلك لعلتين :

أولهما : أن أغلب التشريعات أصبحت تعتبر القاضي في مثل هذه الإجراءات ، محكمة قائمة بذاتها ، وبالتالي فإن أوامره لا تعرض على أنظار ذات المحكمة التي ينتمي إليها بل تعرض على المحكمة الأعلى درجة (٢٢) .

ثانيهما : أن المشرع متشوف إلى إنهاء هذه الإجراءات في أسرع وقت ممكن لارتباطها بحالة مدين يتعين الحسم في مآله وإلا تدهورت حالته ، فكان من اللازم الحد من سبل الطعن ومن تطويل الإجراءات (٢٣) .
رابعاً : مقترح الصلح :

يعتبر مقترح الصلح تنويجاً لكافة الجهود المبذولة قبله من كافة المتدخلين في هذا النظام ، وبالتالي فهو الهدف والمبتغى .

وإذا كانت كل الإجراءات التي سبقته هي إجراءات قضائية يغلب عليها طابع المنازعة ومقارعة الحجة بالحجة ، فإنه بعد إن يتم تحديد الديون بصفة نهائية ندخل في مرحلة أخرى ، يغلب عليها طابع التوفيق والتصالح والسماد .
ومقترح الصلح هذا لا بد وأن يمر من مرحلتين اثنتين لبلورته .
المرحلة الأولى : الإعداد :

إن المدين طبيب نفسه ، وبالتالي فهو الذي يقترح على دائنيه الحلول الناجعة التي تكون لبنات الصلح .
إلا أن الطبيب قد يخطئ في حق نفسه ، ومن ثم وجب أن يتدخل الرقيب ويعطي رأيه في مدى صوابية وجدية وواقعية مقترحات المدين (المادة ٧٦٩) .

فالمدين قد يكون في حالة من الاضطراب والضغط ، يصعب عليه معهما التركيز على كل الجزئيات سواء المالية أو المحاسبية وحتى القانونية ، فيصبح الرقيب بالنسبة إليه خير معين وخير مرشد والدائن من جهته قد يقف مؤقتاً متشدداً من مقترحات

إليه في المادة السابقة مقدار دينه مؤيداً بالمستندات ، وللمدين ولكل دائنين المنازعة في هذه الديون .

فالدائن عن طريق إجراءات مبسطة وأحياناً دون مطلب أداء رسوم أو مصاريف قضائية ، يتقدم بطلب قبول دينه مع المستندات المؤدية له .

إلا أن هذه الإجراءات وعلى بساطتها قد يضار منها بعض الدائنين وذلك بالنظر لطبيعة ديونهم المعيشية أي المرتبطة بقوتهم اليومي كالديون المترتبة عن النفقة وديون العمال .
أ. الديون المترتبة عن النفقة :

أشارت المادة ٧٨١ على أنه لا يسري الصلح على ديون النفقة ، وكان من باب أولى وأحرى أن تعفى هذه الديون من التصريح بها أثناء الاجتماع المنعقد في نطاق المادة ٧٧٢ .
ب. ديون العمال :

تطرقت بعض التشريعات المقارنة لديون العمال وأعفت أصحابها من التصريح بها ومن تحقيقها لكونها تؤدي بالأسبقية عن كافة الديون الأخرى أي أن لها صفة فوق امتيازية (٦٨٦ من مدونة التجارة المغربي) .

٢. تحديد الديون

يحدد قاضي الصلح بعد سماع أقوال ذوي الشأن والاطلاع على مستنداتهم كل دين على حدة تحديداً مؤقتاً (المادة ٧٧٢ من قانون التجارة) .

بعض التشريعات المقارنة كالتشريعين الفرنسي والمغربي تناولت مسألة تحديد الديون من طرف القضاء بالكثير من التفصيل وذلك استشعاراً منها بأهمية الإجراء أولاً وبآثاره الهامة سواء على الدائن أو المدين .

وهكذا نصت المادة ٦٩٥ من مدونة التجارة المغربي على أنه يقرر القاضي المنتدب بناء على اقتراحات السنديك قبول الدين أو رفضه أو يعاين إما وجود دعوى جارية أو أن المنازعة لا تدخل في اختصاصه .

وتدرج مقررات قبول الديون أو رفضها أو مقررات عدم الاختصاص التي ينطبق بها القاضي في قائمة تودع بكتابة ضبط المحكمة (أمانة سر المحكمة) .

ويقوم كاتب الضبط فوراً بنشر بيان بالجريدة الرسمية يفيد بأن قائمة الديون المذكورة في الفقرة أعلاه مودعة بكتابة الضبط ، وأن للأغيار المعنيين إمكانية التقدم



الشركاء المسؤولون في جميع أموالهم عن ديون الشركة .
فالدائن قد يرى أن ضمانا من الضمانات قد انتقص
بسبب الصلح وذلك بإخراج الشركاء المسؤولين في جميع
أموالهم عن ديون الشركة .

ولكن الدارس المتمعن يجد إن هذا المقتضى يجلب
مصلحة ويردأ مفسدة :

أما جلبه للمصلحة ، فمن المؤكد أن كل أنواع الشركات
التجارية تتوفر لديها ذمة مالية مستقلة ولا يسأل الشريك
إلا في حدود حصته في رأس المال (شركة المساهمة ،
الشركة ذات المسؤولية المحدودة) .

تبقى شركة التضامن وفيها يكون الشركاء مسؤولين
بالتكافل والتضامن في جميع أموالهم عن ديون الشركة
(المادة ٢٨ من قانون الشركات) .

شركة التوصية ويكون الشريك الموصي وحده مسؤولاً
بالتضامن والتكافل في جميع أمواله عن ديون الشركة
(المادة ٤٦) .

فمن الحيف البين إن تستفيد الشركة من الصلح ويتابع
الشريك في ماله الخاص .

وأما درئه للمفسدة فأيته أن حُرِّم المدينون المتضامنون
مع المدين وأيضاً كفلاؤه من الاستفادة من مقتضيات
الصلح ، والعلة واضحة جلية ، وهي أن الصلح ، هو الاتفاق
بين اطرافه فلا ينتفع به ولا يضار منه إلا من كان طرفاً فيه
إعمالاً لقاعدة نسبية آثار العقد علاوة على أن هذا الاتفاق
سيتم التصديق عليه .

خاتمة

في ختام هذا العمل المتواضع ، لا بد وأن نقف وقفة تأمل
لاستخلاص العبر ، ثم بعد ذلك لاستنتاج النتائج ، والكل
تباعاً من خلال سبل أربعة تتجسد في اتجاهات مختلفة ،
لكنها تلتقي في نقطة معينة هي بمثابة مدارة ، حددناها منذ
البداية وأردناها هدفاً ألا وهي حماية المقاول من الإفلاس
والتصفية عبر بديل هو الصلح الواقي .

أولها : الطريق التشريعي . التنظيمي . ، ويدخل فيه كل ما
يتعلق بمراجعة نصوص الصلح الواقي ، مع النظر إليه
ليس كمسطرة مجردة لافتتاح إجراءات الصلح ، بل كنظام
مستقل له غايات وأهداف محددة لا بد وأنه بالغها ، مع

المدين لسبب واقعي أو نفسي عاطفي ، فيتدخل الرقيب
لتقريب وجهتي النظر ، مع إيجاد أرضية للتفاهم والتوافق .
والخلاصة أن الاجراءات التي ابتدأت قضائية صرفة
سوف تتحول في هذه المرحلة إلى إجراءات توفيقية تصالحية
ومن هنا جاءت تسمية الصلح الواقي .

المرحلة الثانية : التصويت على الصلح :

نصت المادة ٧٧٢ على أنه بعد الانتهاء من تحقيق الديون
تبدأ المناقشة في مقترحات الصلح ثم التصويت عليه
وإذا لم تتم هذه الإجراءات في يوم واحد اعتبرت الجلسة
مستمرة إلى أن تتم الإجراءات .

إن هذه الجلسة التي تتم تحت رئاسة وإشراف قاضي
الصلح ما هي في الواقع إلا تتويج للأعمال التمهيدية التي
قام بها الرقيب من قبل أثناء الاعداد لمقترح الصلح ،
وبالتالي فإنها ليست جلسة قضائية . نزاعية وإنما يغلب
عليها طابع التصالح والتوفيق ، فالقاضي ها هنا بما له من
مكانة أدبية في نفوس المجتمعين ، وبما يتوفر عليه من تجربة
ودراية لإدارة الجلسات التصالحية لا بد وأن يوفق . وبعد
تهيئ الأجواء المناسبة يتم المرور إلى مرحلة التصويت .

والتصويت نظمه المشرع بمقتضى المادة ٧٧٣ بقوله: لكل
دائن عادي حق التصويت على الصلح بكامل دينه المحدد
ولو قبض بعد ذلك جزءاً من دينه من أحد الملتزمين مع
المدين وكفلائه .

فالمشرع كان حكيماً لأنه لم يسو بين الدائنين في عملية
التصويت ، بل مكنهم من التصويت بتصويت الغرماء إذ أن
كل واحد منهم يصوت بقدر ما نابه من ديون ، فلو افترضنا
أن مجموع الديون مائة فكل دائن يصوت في حدود ما يمثله
دينه بالنسبة للمئة .

المطلب الثاني

الآثار السلبية

هي آثار قد يرى الدائن منذ الوهلة الأولى أنها سلبية
بالنسبة إليه ، إلا إنها في واقع الأمر ليست بالسلبية المطلقة
وبالمثال يتضح المقال .

فالمادة ٧٨١ من قانون التجارة نصت على أنه لا يفيد من
الصلح المدينون المتضامنون مع المدين ولا كفلاؤه في الدين
. ومع ذلك إذا وقع الصلح مع شركة ، أفاد من شروطه

يقوم به بنو البشر بالمستشفيات المتخصصة للتأكد من عدم وجود أعراض مرضية SHAKE UP .

رابعاً : قيام القضاء بمهمة الذود عن هذا النظام وذلك من خلال فرض احترام قواعد القانونية الآمرة مع تطبيق الجزاءات على المخالفين (المواد ٧٧٠.٧٨٤.٧٨٥.٧٨٦ من قانون التجارة) لردعهم عن أكل أموال بعضهم البعض بالباطل .

وفي اعتقادنا لبسط رقابة القضاء على حسن سير الصلح كبديل عن الإفلاس والتصفية لا بد من القيام بالخطوات التالية :

١. بسط رقابته على إجراءات التصفية الرضائية وذلك من خلال مراقبة ما يسجل بالسجل التجاري من تصفيات ومدى مطابقتها للقانون ، وإعداد القوائم بشأنها من طرف الجهة المخول لها التسجيل وإعداد الإحصائيات الدقيقة مع الجداول المرفقة بها بشأن كل حالة على حدة ، وذلك بغية الكشف الدقيق عن هذا السرطان الذي قد يهدد الاقتصاد الوطني برمته إن لم يتم التصدي له .

٢. التحري الشديد بخصوص طلبات الإفلاس المقدمة للقضاء (المادة ٥٨) ، واستعمال المحكمة لحقها في الأمر بكل إجراءات التحقيق في الدعوى من خبرات فنية حساسية وتحقيقات للوقوف على صحة واقعة التوقف عن الدفع بكل أبعادها القانونية والمحاسبية ، وأن يكون هذا التوقف دليلاً على اضطراب المتاجر ، وأن يكون هذا الاضطراب حقيقياً غير مفتعل.

الهوامش

١. المادة ٧٥٣ من قانون التجارة:

يجوز للتاجر الذي اضطربت أعماله اضطراباً يؤدي إلى توقفه عن الدفع، أن يطلب الصلح الوافي من الإفلاس، بشرط ألا يكون قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً، وأن يكون قد زاول التجارة بصفة مستمرة خلال السنتين السابقتين على تقديم الطلب.

2-VIANDIER . J ; Redressement et liquidation judiciaire; qualité du J.c 3 ; fasci 2160 débiteur

إبراز ما به من جوانب القوة وهي كثيرة ، وتفادي ما به من جوانب النقص ، المرتبطة بكل عمل انساني مهما بلغ شأنه .

ثانيها : أن إقامة نظام متكامل يستدعي وجود الأجهزة المؤهلة والمدرّبة لتسييره التسيير الأمثل إشرافاً وتنفيذاً .

وقد قيل على قدر أهل العزم تأتي العزائم ، فعلى قدر جسامه المسؤولية الملقاة على أجهزة هذا النظام تكون همة ومكانة القائمين عليه من رقيب وقاضي وغيرهما من خبراء وأرباب نظر .

ويتعين الاقتداء بالأنظمة التي سبقت في تطبيق هذا النظام منذ عشرات السنين إذ قسمت المهام تقسيماً دقيقاً بين المسير القضائي وممثل الدائنين بغية المحافظة على استمرارية المفاولة ، المراقب الذي يختاره الدائنون من بينهم للتعبير عن رأيهم وإيصال صوتهم وكل هذا الفريق المتعدد الاختصاصات يعمل تحت امرة قاض له وحده الكلمة الفصل بعد الاستماع للدعاء العام بخصوص مستنتاجاته وطلباته .

وإن تقسيم المهام هذا لا يكفي لوحده ، بل يتعين إقامة هيئات لكل وظيفة من الوظائف ، لا يدخلها إلا من توافرت فيه شروط الانتماء إليها ، وتوضع لها اللوائح التنظيمية ليتبع كل أعضائها تكويناً وتأهيلاً يخولهم مجابهة هذا النظام المتشعب .

ثالثها : اتخاذ سبيل التوعية والارشاد بخصوص جدوى نظام الصلح وفاعليته كبديل عن الإفلاس والتصفية كلما أمكن تفاديهما مع الاقتداء ببعض الأنظمة المعاصرة كفرنسا التي سارت ومنذ عقد الثمانيات من القرن الماضي إلى خلق خلايا سمتها خلايا كشف المقاولات التي تعاني من صعوبات Cellules de détection des entreprises en difficultés

مهمتها تتبع نشاط المقاولات اليومي ، وتتكون من ممثل عن البنوك التجارية وكذا مؤسسات التمويل الأخرى ، ممثل عن إدارة الضرائب ، ممثل عن صناديق الضمان الاجتماعي ينضاف إليهم عند الضرورة كل من ترى الخلية ضرورة للاستماع لإفاداته بخصوص حالة بعينها ، ويتأسس هذه الخلية قاض ، وغايتها هي عرض حالة كل المقاولات التي تعاني من أعراض يمكن أن تشكل في المستقبل اضطراباً قد يؤدي بها إلى التوقف عن الدفع وهو فحص يشابه ما



pellier 1985 . p 37

13 – HAMED (M), Banques et opérations de banque , Paris 1993 , p155

14 – الياس ناصف

موسوعة الوجيز في قانون التجارة : الموسوعة الحديثة للكتاب طرابلس لبنان ؛ ص ١٧٠

15 – GAVALDA et MENIZ

Le règlement amiable des difficultés des entreprises , J C P

١٩٨٥ ، p ٨٥

16 – إلياس ناصف المرجع السابق ؛ ص ٣١١

17 – HAMADI BEN LAKHDAR RAID

Responsabilité civile du banquier . L G D ٢٠٠٩، p ٨٢

18 – GRACHET (P)

La notion de cessation des paiements dans la faillite et le règlement judiciaire . L G D J

١٩٦٢؛ p٣٢٠

19 – CREDOT (F J)

Risques juridiques et crédit bancaire aux entreprises . P A v juillet 1993. n 81

20 – LAFARGE (PH)

Procédure collective et droit du travail Nathan. 1990. p 220

21 – BETCHEN (L)

De la répression de la fraude dans les conventions juridiques en droit pénal français

Thèse. Paris 1944. p 29

٢٢ – حسني أحمد الجندي

قوانين قمع التدليس والغش

دار النهضة العربية – القاهرة – طبعة ١٩٨٥

3-loi n° 83 – 487 du juillet 1983

٤ – انظر للمزيد من التفصيل

عبد الإله برجاني

الحماية القانونية والقضائية

أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في قانون الأعمال ، جامعة

القاضي عياض

٥ – عز الدين بنستي

الشركات التجارية في التشريع المغربي والمقارن

مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الثانية ١٩٩٨، ص ٢٧

٦ – المادة السادسة من قانون الشركات العماني:

باستثناء شركة المساهمة لا يجوز أن يكون موضوع أي شركة

تجارية القيام بالأعمال التالية:

الضمان أو استغلال المدخرات أو الرساميل من الجمهور؛

توظيف الأموال لحساب الغير؛

القيام بالأعمال المصرفية؛

توفير خدمات النقل الجوي التجاري

٧ – نص المشرع المغربي في نطاق القانون المنظم لمؤسسات

الائتمان لسنة ١٩٩٣ على أن هذه المؤسسات تخضع

بخصوص الصعوبات التي تواجهها لسلطة الجهات الرقابية

المالية دون سواها

٨ – أحمد محمد خليل

الإفلاس التجاري والإعسار المدني

منشأة المعارف الإسكندرية طبعة ١٩٩٤ ص ٧٥

٩ – عبد اللطيف الحاثمي

نظام الفوائد التأخيرية وشرعيتها

أطروحة لنيل دكتوراة في العلوم القانونية

جامعة الحسن الثاني ٢٠٠١ – ٢٠٠٢

10 – LEFEBVRE (F) Sociétés

commerciales Edi.F . LEFEBVRE ;

1999 . p 50

11 – GOZIAN et VIANDIER

Droit des sociétés ; Paris ; Litec

1988 , p 50

12- NAKHLI – M – Représenta-

tion collective des salariés en entreprise multinationales . thèse. Mont-



23 – cour fran cass ; civi; chambres mixtes 26 mars 1971
J C P 1971

٢٤ – مصطفى العوفي

القانون المدني – المسؤولية المدنية –

منشورات الحلبي ٢٠٠٤ : ص ١٤٠

٢٥ – أحمد السيد صاوي

الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية و التجارية

المؤسسة الفنية للطباعة والنشر ٢٠٠٣ : ص ١٤٠

٢٦ – نقض مصري مدني؛ ٩ مارس ١٩٧١ : مجموعة

النقض ٢٦ : ص ٢٦٢

27 – PERECHON (F)

Entreprise en difficulté instru-
ment de crédit et de paiement L
G D J 1994; p 82

٢٨ – المهدي شبو

وظيفة القاضي المنتدب أطروحة لنيل الدكتوراه في

القانون

جامعة الحسن الثاني ٢٠٠٢ – ٢٠٠٣ : ص ٤٠

29 – SOINNE (B)

Les modalités de constatation et de
réalisation des actifs mobiliers; Rev
Pro Coll 1988; p 5

30 – CAMPANA (M J)

La situation des créanciers dans
la procédure

Petite affiches 1991.n 88

31 – Cass civ. 1^e chambre, 11 juill
1988

Rev Pro Coll 1989, n 88

٣٢ – المادة ٦٩٧ من مدونة التجارة المغربي :

إذا كان الموضوع من اختصاص المحكمة التي فتحت

المسطرة ، فإن الطعن ضد أوامر القاضي المنتدب يعرض

على أنظار محكمة الاستئناف.

٣٣ – عبد الله برجاني : المرجع السابق : ص ٧٠



فحص الطعون أمام المحكمة العليا في غرفة المشورة " غرفة المداولة " في ضوء قانون الإجراءات المدنية والتجارية

إعداد:

فضيلة القاضي / حسن محمود محمد

قاضي المحكمة الابتدائية بالسيب

عضو المكتب الفني بالمحكمة العليا



تقديم :

إن الطعن بالنقض يتميز عن الطعن بالاستئناف من أن الأخير جائز لكل خصم له مصلحة في إلغاء الحكم أو تعديله ولا يتضمن لأسباب معينة ، فقد يستند إلى أسباب واقعية أو أسباب قانونية وأيضاً الاستئناف ينقل الخصومة إلى محكمة الدرجة الثانية بجمليتها في حدود ما تناولته صحيفة الاستئناف ويكون للخصم أمامها أن يعرض الدعوى من جديد بكل تفاصيلها وأسانيد وأوجه الدفاع فيها ، ولو لم يسبق له عرض الأسانيد والأوجه أمام محكمة الدرجة الأولى ، بينما الطعن بالنقض ليس طعناً عادياً ولا يتضمن الاستفادة من درجة من درجات التقاضي بل هو طعن قصره القانون على بعض الأحكام النهائية وحتم استناده بأوجه معينة حددها القانون ترجع إلى مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه وتأويله أو بطلان الإجراءات الجوهرية في الحكم أو بطلان الحكم ذاته ولذلك لا يقبل الطعن بالنقض إلا إذا استند إلى ادعاء وقوع الخطأ في مسألة من مسائل النزاع الواقعية .

وان الطعن بالنقض طريق لمراجعة سلامة الأحكام الصادرة في الدعوى من حيث تطبيق القانون في شأنها - في جانبه الموضوعي والإجرائي وذلك دون التعرض لموضوع الدعوى ذاته أو إعادة عرض وقائع النزاع للبحث مجدداً ولذلك يقال إن الطعن بالنقض هو (محاكمة الحكم) وهي عبارة تقليدية متداولة عن الفقيه جارو إلا أنه يمكن القول إن الطعن بالنقض استمراراً للدعوى يكون محل الخصومة فيها هو سلامة التطبيق القانوني وليس موضوع النزاع الأصلي ، ولهذا التكيف أثراً تنعكس على أوضاع الطعن وخصومة النقض وإجراءاتها^١ .

وسوف نتناول في هذا البحث عدة محاور وهي :-

١. الغاية من الأخذ بنظام فحص الطعون في غرفة المداولة .
٢. مزايا وعيوب نظام فحص الطعون في غرفة المداولة .
٣. تشكيل الغرفة والإجراءات المتبعة فيها .
٤. القرارات الصادرة من الغرفة من حيث الحالات التي يمكن أن تأمر فيها بعدم قبول الطعن وتسببها وحجيتها .

المحور الأول : الغاية من الأخذ بنظام فحص الطعون في غرفة المداولة :

لقد أخذ المشرع في قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني بنظام فحص الطعون في غرفة المداولة وذلك بالمادة ٢٤٨ / فقرة ثانية من قانون الإجراءات المدنية والتجارية والمضافة بالمرسوم السلطاني رقم ٩٢ لسنة ٢٠٠٥م والتي جرى نصها على الآتي :

ويعرض الطعن على المحكمة في غرفة المداولة قبل إعلان صحيفة الطعن إلى الخصوم ، فإذا رأت أن الطعن غير مقبول لسقوطه أو بطلان إجراءاته أو لإقامتها على غير الأسباب المبينة من في المادتين (٢٣٩) ، (٢٤٠) من هذا القانون أمرت بعدم قبوله بقرار يثبت في محضر الجلسة مع إشارة موجزة لسبب القرار وإذا رأت أن الطعن جدير بالنظر أمرت باستكمال إجراءات نظره ويجوز لها في هذه الحالة أن تستبعد من أسباب الطعن ما لا يقبل من الأسباب أمام المحكمة العليا وأن تقصر نظره على باقي الأسباب مع إشارة لسبب الاستبعاد ، وعلى أمانة سر المحكمة في هذه الحالة أن تسلم صحيفة الطعن إلى قلم المحضرين ، وعليه أن يقوم بإعلانها خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسليمها له ولا يترتب على عدم مراعاة هذا الميعاد بطلان الإعلان .

والجدير بالذكر أن هذا النص قد أضيف بالمرسوم السلطاني رقم ٩٢ لسنة ٢٠٠٥م الخاص بتعديل بعض أحكام قانون الإجراءات المدنية والتجارية وكانت العلة والغاية من إضافة ذلك النص هو التغلب على مشكلة تكدر وزيادة الطعون أمام المحكمة العليا والتي من الممكن نظرها أمام غرفة المداولة قبل إعلان صحيفة الطعن إلى الخصوم للنظر في مدى قابلية الطعن من حيث الشكل أو مدى صحة إجراءاته وعمّا إذا كان قد أقيم على خلاف الأسباب المبينة في المادتين (٢٣٩) ، (٢٤٠) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية وذلك لإنهاء الطعون وتصفياتها قبل النظر في موضوعها توفيراً لجهد المحكمة وتخفيفاً عن الدوائر المدنية بالمحكمة العليا وإتاحة السبيل أمامها لدراسة الطعون المقبولة والنظر فيها ، ولقد أخذ

١ قانون الإجراءات الجنائية وقانون الطعن بالنقض المستشار الدكتور / حسن علام المحامي لدى محكمة النقض - طبعة نادي القضاة لسنة ١٩٩١م ص ٢ .



المشرع العماني بهذا النظام في قانون الإجراءات المدنية والتجارية استهداءً بالمادة (٢٦٣) من قانون المرافعات المصري والمعدلة بالقانون (١٣ لسنة ١٩٧٣م) والذي أخذ ذلك النظام من القانون الإيطالي المادة (٣٧٥) من قانون المرافعات الإيطالي والذان انتهجا هذا النهج لحسم وتصفية الطعون غير المقبولة لأسباب حددت على سبيل الحصر توفيراً لجهد المحكمة ومنعاً لتكدس الطعون التي من شأنها تطويل مصالح المتقاضين .

المحور الثاني : مزايا وعيوب نظام فحص الطعون في غرفة المداولة :

إن النص المشار إليه في المادة ٢/٢٤٨ من قانون الإجراءات المدنية والتجارية والمضافة بالمرسوم السلطاني رقم ٩٢ لسنة ٢٠٠٥م بعرض الطعن على المحكمة في غرفة المداولة وذلك قبل إعلان صحيفة الطعن بالنقض للنظر في عدم قبوله هو في حقيقته نظر الطعن للوقوف على استيفائه لكافة شرائطه الشكلية والقانونية التي استلزمها القانون دون التطرق إلى موضوع الطعن من حيث أسبابه وما نعام الطاعن من أسباب بصحيفة الطعن المقامة منه ومن أهم مزايا هذا النظام هو سرعة إنهاء وإنجاز الطعون غير المقبولة شكلاً والتي لم تستوف كافة شرائطها القانونية المنصوص عليها قانوناً والمتعلقة بميعاد الطعن أو إن صحيفة الطعن غير موقعة من محام مقبول لدى المحكمة العليا أو إن صحيفة الطعن باطلة لعدم استكمالها البيانات الواجب توافرها أو لعدم إقامة الطعن استناداً إلى الأسباب المبينة بالمادتين (٢٣٩، ٢٤٠) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية وهو ما يقضي على إشكالية تكدس الطعون أمام المحكمة العليا والتي سوف يتم حسمها شكلاً ويؤدي إلى التخفيف على المحكمة وجعلها تتفرغ لنظر الطعون الموضوعية المقبولة شكلاً وبسط رقابتها على الأحكام القضائية وضمان وتطبيق القانون وتوفيراً للجهد ومنع الطعون الكيدية أو التي تقام بقصد المماطلة دون أن تبني على أسباب حقيقية متصلة بالمخالفة في تطبيق القانون والتي سوف نفرد لها تفصيلاً في الحالات التي يأمر فيها

بعدم قبول الطعن .

وقد أخذ النظام القضائي المصري بذلك النظام وذلك بأن أناط بالدائرة المدنية بمحكمة النقض مراجعة وتصفية الطعون المحالة إليها قبل نظرها لتستبعد منها بقرار يصدر في غرفة المداولة ما كان منها ظاهر الرفض لإقامته على أسباب موضوعية أو واضح البطلان لبيان الشكل وقد أضيفت تلك الفقرة إلى المادة ٢٦٣ من قانون المرافعات المصري استهداءً بأحكام قانون المرافعات الإيطالي المادة (٣٧٥) ^٢ .

إلا أن ذلك النظام لا يخلو من العيوب لعل أهمها أنه قد لا يسلم ذلك من الإفراط فيه أو التفريط بشأن نظر الطعون في غرفة المداولة ، كما أنه من حق الطاعن بالنقض بعد الجهد الذي يبذله وبعد أن يتحمل مصروفاته أن ينظر طعنه في العلانية وأن يصدر فيه الحكم مسبباً في العلانية وفي مواجهته وبعد دعوته للخصوم لاستكمال أوجه دفاعه التي قد يثبته عليها من مسلك الخصومة أثناء نظرها .

بل إن البعض ذهب إلى حق الطاعن بالنقض الذي أقام طعناً في ظل قانون يستوجب على محكمة النقض أن تصدر حكمها مسبباً وفي مواجهته وفي العلانية . أليس من حقه المكتسب أن ينظر طعنه مكفولاً بكل هذه الضمانات حتى ولو صدر قانون يوجب نظر الطعن في غرفة المداولة وفي جلسة علانية ودون دعوة الخصوم للمثول أمامها أن يعطى بعدم دستورية ذلك النص ^٣ .

والرأي لدينا أن نظام فحص الطعون في غرفة المداولة هو نظام غرضه معالجة واقع تعاني منه المحاكم العليا في جميع بلدان العالم من تكدس وكثرة الطعون والتي يكون كثير منها طعون كيدية أو رفعت بقصد المماطلة دون أن تكون أقيمت على أسباب قانونية، بقصد إطالة أمد التقاضي واللد في الخصومات وأن العمل به ضرورة استلزمها ذلك الواقع مع عدم التوسع فيه والإفراط في تطبيقه .

المحور الثالث: تشكيل الغرفة والاجراءات المتبعة أمامها :

تشكل غرفة المداولة من الدائرة المختصة بنظر الطعن

٢ التعليق على قانون المرافعات الدكتور / أحمد أبو الوفا - عميد كلية الحقوق سابقاً - استاذ المرافعات بجامعة الاسكندرية طبعة ٢٠٠٧م - دار المطبوعات الجامعية - ص ٩٨٩
٣ التعليق على قانون المرافعات . د . أحمد أبو الوفا / المرجع السابق ص ٩٩٣ .



قدموه من دفاع في الطعن .

المحور الرابع : القرارات الصادرة من الغرفة من حيث الحالات التي يمكن أن تأمر فيها بعدم قبول الطعن وتسببها وحجبتها :

إن النص في المادة (٢٤٨ الفقرة الثانية) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني قد حدد الحالات التي تصدر فيها غرفة المداولة قراراً بعدم قبول الطعن لأسباب حددها القانون على سبيل الحصر دون غيرها وهي كالآتي

١. سقوط الطعن .
٢. بطلان إجراءات الطعن .
٣. إقامة الطعن على غير الأسباب المبينة في المادتين (٢٣٩) ، (٢٤٠) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية .

١) سقوط الطعن :

لما كان المقرر قانوناً أن ميعاد الطعن أمام المحكمة العليا أربعون يوماً تبدأ وفقاً لحكم المادة (٢٠٤) من هذا القانون ولا يسري هذا الميعاد على الطعن الذي يرفعه المدعي العام لمصلحة القانون لحكم المادة السابقة ^٥ .

كما أنه من المقرر بقضاء المحكمة العليا ، ميعاد الطعن أمام المحكمة العليا أربعون يوماً للمحكمة أن تقضي برفض الطعن من ذات نفسها أن يرفع بعد فواته . علة . تعلقه بالنظام العام ^٦ .

وهو ما استقرت عليه محكمة النقض المصرية من أنه إذا لم يرفع الطعن في ميعاد المحدد قانوناً فإنه يسقط الحق فيه وتنقض المحكمة بذلك من تلقاء نفسها ^٧ .

بما مؤداه أن الأثر المترتب على إقامة الطعن بعد الميعاد المقرر قانوناً وفقاً لنص المادة ٢٤٢ من القانون المشار إليه هو سقوط الحق في الطعن ما عدا الطعون التي تقام من المدعي العام لمصلحة القانون وهو أمر متعلق بالنظام العام تتصدى له المحكمة من تلقاء نفسها ولو لم يثره أحد الخصوم .

من الدوائر المدنية من نواب وقضاة المحكمة العليا أعضاء الدائرة المدنية المختصة بنظر الطعن ، ويعرض عليها الطعن عقب قيده أمام أمانة سر المحكمة العليا قبل إعلان صحيفة الطعن للخصوم وتحدد الدائرة جلسة لنظر الطعن في غرفة المداولة .

فإذا تبين لها أن الطعن غير مقبول لسقوطه أو بطلان إجراءاته أو لإقامته على غير الأسباب المبينة في المادتين (٢٣٩ ، ٢٤٠) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية وذلك وفقاً للحالات التي سوف نوردتها على سبيل الحصر .

أمرت بعدم قبوله بقرار يُثبِت في محضر الجلسة مع إشارة موجزة لأسباب القرار وتملك المحكمة في غرفة المداولة الأمر بعدم قبول شق من الطعن دون شق آخر أو قبوله بالنسبة لبعض الخصوم دون البعض الآخر وتملك أيضاً أن تستبعد من الطعن ما لا يقبل من الأسباب أمام المحكمة العليا وأن تقصر نظره على باقي الأسباب مع إشارة موجزة إلى سبب الاستبعاد وذلك توفيراً لجهد المحكمة ^٨ .

فإذا ما رأت المحكمة أن الطعن غير مقبول أمرت بعدم قبول الطعن بقرار يثبت في محضر الجلسة مع إشارة موجزة لأسباب القرار بعدم القبول .

وإذا ما رأت المحكمة (الدائرة المختصة بنظر الطعن) أن الطعن جدير بالنظر أمرت باستكمال إجراءات نظره أمامها مع حقها في استبعاد ما تراه من أسباب غير مقبولة أمامها وتقتصر نظر الطعن على باقي الأسباب مع الإشارة إلى سبب استبعاد تلك الأسباب .

ومؤدى ذلك أن المشرع قد حرص على أن يقصر مرحلة المراجعة والفحص على المحكمة وحدها دون غيرها وقبل إعلان الخصوم بالطعن ، وذلك باعتبار أن الطعن أمام المحكمة العليا في القضايا المدنية إنما يجري على نظام الدفاع المكتوب الذي يبديه الخصوم سلفاً في الآجال التي حددها القانون وعليه يكون القانون قد استغنى عن دعوة الخصوم عند نظر الطعن أمام غرفة المداولة اكتفاء بما

٤ التعليق على قانون المرافعات، د. أحمد عبد الوفا، المرجع السابق ص ٩٩١ .

٥ المادة ٢٤٢ من قانون الإجراءات المدنية والتجارية الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٩ لسنة ٢٠٠٢ م .

٦ الطعن رقم ٢٣١ لسنة ٢٠٠٦ مدي ثانياً عليا - جلسة ٢٠٠٧/٢/١٨ م المبدأ رقم ٧٧ ص ٤٠٠ .

٧ الطعن رقم ٣٤٨ لسنة ٣٠ قضائية - جلسة ١٩٦٦/١/١١ م السنة ١٧ ص ٧٧ . محكمة النقض المصرية .



٢) بطلان إجراءات الطعن :

أوجب قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني أن تشتمل صحيفة الطعن أمام المحكمة العليا علاوة على البيانات المتعلقة بأسماء الخصوم وقبائلهم أو ألقابهم أو مهنتهم أو وظائفهم وموطن كل منهم على بيان الحكم المطعون فيه وتاريخه وبيان الأسباب التي بُني عليها الطعن وطلبات الطاعن ، فإذا لم يحصل الطعن على هذا الوجه كان باطلاً وتحكم المحكمة من تلقاء نفسها ببطلانه ^٨ .

مما يبين معه أنه يجب أن تتضمن صحيفة الطعن بالنقض بيانات معينة وهي كالآتي :

١- بيان بأسماء الخصوم وقبائلهم أو ألقابهم وصفاتهم وموطن كل منهم .

٢- بيان الحكم المطعون فيه وتاريخه على نحو يرفع عنه أي تجهيل فينبغي أن تتضمن الصحيفة ما يكفي لتحديد الحكم الوارد عليه الطعن على نحو لا يدع مجالاً للشك .

ويترتب على عدم وجود تلك البيانات بصحيفة الطعن بالنقض الحكم بعدم قبول الطعن ^٩ .

ويلاحظ أن محكمة النقض المصرية ذهبت إلى التفرقة بين البيانات المتعلقة بمصلحة الخصوم كأسمائهم وصفاتهم وموطن كل منهم فإن البطلان مقرر لمصلحة الخصوم وبالتالي فهو بطلان نسبي ولا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها بل يتعين أن يتمسك به الخصوم ويبين البيانات الأخرى كبيان الحكم المطعون فيه وتاريخه وأسباب الحكم فإنه يتعين على المحكمة في هذه الحالة أن تقضي من تلقاء نفسها ببطلان الطعن لأنه أمر متعلق بالنظام العام ^{١٠} .

والرأي لدينا أن النص في قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني قد رتب البطلان في كافة البيانات سواء المتعلقة بأسماء الخصوم وصفاتهم وقبائلهم وموطن كل منهم والبيانات الأخرى الخاصة ببيان الحكم المطعون فيه

وتأريخه وجعل ذلك من النظام العام وأن المحكمة تتصدى له من تلقاء نفسها دون أن يشير أحد الخصوم .

٣) إقامة الطعن على غير الأسباب المبينة في المادتين (٢٣٩) ، (٢٤٠) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية :

نص قانون الإجراءات المدنية والتجارية أن للخصوم أن يطعنوا أمام المحكمة العليا في الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف في الأحوال الآتية :

(أ) إذا كان الحكم المطعون فيه مبنياً على مخالفة القانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله .

(ب) إذا وقع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم .

(ج) للخصوم أن يطعنوا أمام المحكمة العليا في أي حكم انتهائي أياً كانت المحكمة التي أصدرته فصل في نزاع بين الخصوم أنفسهم وحاز على قوة الأمر بالنقض ^{١١} .

ذلك أن الطعن بالنقض هو طريق غير عادي للطعن في الحكم لا يجوز ولوجه إلا بالنسبة لأحكام معينة وهو لا يطرح أمام المحكمة العليا موضوع الخصومة التي صدر فيها الحكم المطعون فيه من جديد وإنما يطرح العيوب القانونية التي تصبب الحكم والتي يستفيد إليها الطاعن في طعنه بالنقض ولا تنظر المحكمة العليا إلا في هذه العيوب فحسب فهي لا تتعدى للموضوع إلا إذا كان الموضوع صالحاً للفصل فيه أركان الطعن بالنقض للمرة الثانية (المادة ٢٦٠/٤ من قانون الإجراءات المدنية والتجارية) ففي هاتين الحالتين فقط إذا نقضت المحكمة الحكم المطعون فيه وجب أن تحكم في الموضوع اقتصاداً في الإجراءات وتعجيلاً للبت في النزاع ^{١٢}

ومؤدى ذلك أنه من واجب الطاعن أن يقيم الدليل على قيام وجه من أوجه الطعن التي نص عليها القانون على سبيل الحصر وفي الحالات التي بينها المشرع بيان حصر ،

٨ المادة ٢٤٣ من قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني . الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٩ لسنة ٢٠٠٢ .

٩ الطعن رقم ٤٠٠ لسنة ٢٩ قضاية لسنة ١٨٦٥ - جلسة ١٩٧٨/١٢/٧ محكمة النقض المصرية .

١٠ التعليق على قانون الإجراءات المدنية والتجارية لسلطنة عمان - الطبعة الأولى ٢٠٠٨م الجزء الثالث - دكتور / أحمد مليجي - عميد كلية الحقوق - جامعة اسبوط ص ٥٢١ .

١١ المادتين ٢٣٩ ، ٢٤٠ من قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني . الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٩ لسنة ٢٠٠٢ .

١٢ التعليق على قانون الإجراءات المدنية والتجارية بسلطنة عمان د. أحمد مليجي . المرجع السابق ص ٤٦٠ .



على غرار قانون المرافعات المصري المادة (٢٦٣) وقانون المرافعات الإيطالي المادة (٣٧٥) وذلك تخفيفاً للعبء على دوائر المحكمة العليا المدنية، وتوفيراً لجهداتها وإتاحة السبيل أمامها لتوفير الوقت لدراسة الطعون الجديدة بالبحث والنظر، وذلك بأن خص المحكمة منعقدة في غرفة المداولة بالنظر في عدم قبول الطعن بالنقض قبل إعلان صحيفة الطعن بالنقض لسقوط الطعن أو لبطلان إجراءات الطعن أو أن الطعن قد أقيم على غير الأسباب المبينة في المادتين (٢٣٩)، (٢٤٠) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية، والأمر بعدم قبول الطعن بقرار مسبب يثبت في محضر الجلسة وأن القضاء الصادر من غرفة المداولة بعدم قبول الطعن للأسباب المشار إليها والوارد على سبيل الحصر بالقانون هو في حقيقته حكم قطعي حاسم للنزاع وينهي الخصومة أمام المحكمة العليا، ولا يمكن معه معاودة نظر ذلك النزاع مرة أخرى أمام الدائرة التي نظرت الطعن في غرفة المداولة أو أحد دوائر المحكمة العليا الأخرى.

وتجدر الإشارة إلى أن تطبيق ذلك النظام بالمحكمة العليا بسلطنة عمان قد حسم طعون عديدة لم يكن الغرض منها سوى إطالة أمد التقاضي أو أنها طعون كيدية رفعت بقصد المماطلة دون أن تبني على أسباب حقيقة متصلة بالمخالفة في تطبيق القانون.

وإننا في هذه الورقة قد عرضنا بإيجاز الغاية من فحص الطعون في غرفة المداولة أمام المحكمة العليا مع بيان مزايا وعيوب ذلك النظام وتشكيل الغرفة والإجراءات المتبعة أمامها والقرارات الصادرة من حيث الحالات التي يمكن أن تأمر فيها بعدم قبول الطعن.

والله ولي التوفيق....

وختاماً «رَبَّنَا آتِنَا مِن لَّدُنكَ رَحْمَةً وَهَيِّئْ لَنَا مِنْ أَمْرِنَا رَشَدًا»
صدق الله العظيم .

ويترتب على ذلك عدم قبول الطعن فإذا ما خلا الطعن من الأسباب السابق ذكرها على سبيل الحصر قضت المحكمة بعدم قبول الطعن من تلقاء نفسها وتتصدى لذلك باعتباره من النظام ولولم يثره أحد الخصوم .

ولقد اشترط المشرع في المادة المشار إليها أن تقوم الدائرة التي تنظر الطعن في غرفة المداولة بذكر السبب الذي ارتكبت إليه في قرارها بعدم قبول الطعن وإلا يخرج ذلك السبب عن الأسباب الواردة على سبيل الحصر والسالف بيانها، وأن تورد تلك الأسباب وتثبتها بمحضر الجلسة وأن هذا القرار بعدم القبول بتلك الأسباب هو في حقيقته حكم قطعي حاسم ينهي الخصومة أمام المحكمة العليا وهو ليس مجرد قرار أو أمر ولائي كما يفهم من نص المادة المشار إليها، وإن ذلك الأمر له حجية الأمر المقضي ولا يجوز إعادة نظر الطعن مرة أخرى أمام ذات الدائرة أو غيرها من دوائر المحكمة العليا لكون أن الخصومة قد حسمت نهائياً أمامها بصور ذلك القرار^{١٣}.

الخاتمة

إن الهدف الرئيسي من وجود المحكمة العليا كمحكمة وحيدة تتربع على قمة التنظيم القضائي في البلاد يكمن في تحقيق وحدة القضاء في الدولة ومن ثم وحدة القانون نفسه إذ إنها تضمن التطبيق الصحيح للقانون أي أن يكون القانون كما تعلنه المحاكم مطابقاً لما أراده المشرع فهي تعمل على تقويم ما يقع في الأحكام من شذوذ في تطبيق القانون وتقرير المبادئ والقواعد القانونية والقضائية الصحيحة في ما يختلف فيه من المسائل وهي بذلك تؤدي دوراً مهماً وفعالاً في ضمان تحقيق مبدأ المساواة مع الجميع أمام القانون وذلك في طريق تحقيقها لوحدة القضاء ووحدة القانون في الدولة.

وأن المشرع في سلطنة عمان قد ارتأى استحداث نظام نظر الطعون أمام المحكمة العليا «في غرفة المشورة» بالمرسوم السلطاني رقم ٩٢ لسنة ٢٠٠٥م (المادة ٢٤٨ فقرة ثانية) المعدل لقانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني،

١٣ التعليق على قانون المرافعات، د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق ص ٩٩١.



قائمة المراجع

- قانون الإجراءات الجنائية وقانون الطعن بالنقض المستشار
الدكتور/ حسن علام المحامي لدى محكمة النقض طبعة
١٩٩١م
- التعليق على قانون المرافعات الدكتور/ أحمد أبو
الوفا- عميد كلية الحقوق سابقاً استاذ المرافعات بجامعة
الإسكندرية - طبعة ٢٠٠٧م دار المطبوعات الجامعية.
- التعليق على قانون الإجراءات المدنية والتجارية
لسلطنة عمان الدكتور / أحمد مليجي - عميد كلية الحقوق
جامعة اسبوط - الطبعة الأولى ٢٠٠٨م
- مجموعة الأحكام الصادرة من الدوائر المدنية بالمحكمة
العليا - سلطنة عمان - والمبادئ المستخلصة منها.
- قانون الإجراءات المدنية والتجارية - سلطنة عمان - الصادر
بالمرسوم السلطاني رقم ٢٩/٢٠٠٢م ، وتعديله بالمرسوم
السلطاني رقم ٩٢/٢٠٠٥م .



التقاضي على درجتين في الجنايات فقهاً - وقانوناً - وقضاءً

إعداد:

فضيلة القاضي / د. محمد خليفة حامد

قاضي محكمة مسقط الابتدائية

عضو المكتب الفني بالمحكمة العليا



التقاضي على درجتين في الجنايات فقها - وقانوناً - وقضاء

بقلم :

القاضي الدكتور / محمد خليفة حامد

محكمة مسقط الابتدائية

عضو المكتب الفني بالمحكمة العليا

تمهيد :

عرف الفقه الإسلامي نظام الرقابة القضائية على الأحكام الجنائية المبرر عنه بطرق الطعن وهي نوعان: عادية وغير عادية (استثنائية) ، فمثال الأولى (الاستئناف والنقض) ، ومثال الثانية التماس إعادة النظر والطعن لمصلحة القانون أو الفحص أو المراجعة ، ويراد بالاستئناف إعادة سماع القضية - (أي سماع الدعوى من جديد) - وصياغة الحكم للمرة الثانية وبأسباب وحيثيات جديدة بواسطة قضاة - (أي محكمة) - أعلى درجة من المحكمة التي أصدرته (المحكمة الابتدائية) ، وعلى هذا تسمى المحكمة الابتدائية «محكمة أول درجة» ، وتسمى محكمة الاستئناف «محكمة ثاني درجة» (أي الدرجة الثانية للتقاضي) ، ولذلك من الأهمية بمكان تبين جوانب هذا الموضوع - نظرياً وعملياً - إسهاماً في دفع مسيرة العمل القضائي ودعم الثقافة القضائية والقانونية .

يقتضي بحث هذا الموضوع في ثلاثة مباحث :-

المبحث الأول : تعريف وأهمية مبدأ التقاضي على درجتين وتعريفه .

المبحث الثاني : التقاضي على درجتين في الفقه الاسلامي .

المبحث الثالث : طرف الطعن في الأحكام الجنائية وفقاً للقانون العماني والاجتهاد القضائي .

المبحث الأول : تعريف وأهمية مبدأ التقاضي على درجتين وتعريفه :-

المطلب الأول : المقدمة :

اختلفت أنظار أهل القانون وشراحه والقضاة في مدى

اعتبار المحكمة العليا درجة من درجات التقاضي . ومبعث هذا الاختلاف لأن المحكمة العليا محكمة قانون وليست محكمة موضوع فهي لا تعيد سماع الدعوى ولا الإجراءات ولا يحضر أمامها الأطراف لسماعهم ، بل مهمتها مراقبة مشروعية الحكم القضائي وسلامته من حيث مراعاة النصوص الشكلية ومن حيث سلامة تطبيق النصوص القانونية الموضوعية .

والخلاف قائم وغير محسوم بوجه قاطع لاختلاف الأنظار القانونية والمدارس القضائية في هذه المسألة ، ولكن تبدو وجهة من قال أن التقاضي على درجتين فحسب هي: (درجة ابتدائية ودرجة استئنافية) ، ذلك لأن محكمة الاستئناف هي أيضاً محكمة موضوع ولكن من الدرجة الثانية (ثاني درجة) ، أما المحكمة العليا فهي محكمة قانون عليا ترأب أحكام المحكمة الأدنى من الزوايا التي أشرنا إليها آنفاً .

وليس هناك ثمة اختلاف أو خلاف حول أهمية وجود محكمة عليا على قمة التنظيم القضائي وهرمه العدلي بحسبانها ضرورة لا غنى عنها تضمن وحدة الأحكام واتساق مبادئها وتراقب سلامة الأحكام القضائية ، كما تفسر القانون .

ويطلق على المحكمة العليا محكمة النقض (Court de Cassation) في الأنظمة اللاتينية الفرنسية أو المتأثرة بها وقد يطلق عليها مسمى مجلس اللوردات كما في النظام الانجليزي الانجلوسكسوني وكذا المحكمة العليا (Supreme Court) كما هو في عمان والسودان وباكستان وفي جميع التسميات أن مدار اختصاص المحكمة العليا يدور حول اختصاصين رئيسيين :-

١. نظر مسائل القانون دون مسائل الواقع .

٢. اقتصار المحكمة العليا على تقرير حكم القانون السليم في المسألة التي أثارها خصومة الطعن لتنتهي من ذلك إما إلى رفض الطعن وتأييد الحكم المطعون فيه وذلك متى ثبتت مطابقته للقانون ، أو قبول الطعن ومن ثم إلغاء الحكم المطعون فيه ، هذا إذا بان لها مخالفة القانون وتعييد الأوراق إلى المحكمة المختصة لإعادة نظر الدعوى على هدي مذكرة المحكمة العليا وموجهاتها .

درج العمل - وفقاً للقانون أيضاً - أن تقسم المحكمة العليا إلى دوائر متخصصة مدنيه ، جنائية ، شرعية (أحوال



شخصية) ، تجارية وعماله إلخ ، وهذا من شأنه تسريع العدالة والفصل القضائي العادل الناجز في الدعوى بواسطة قضاة متخصصين متمرسين .

المطلب الثاني : تعريف التقاضي على درجتين :

مفهوم التقاضي - لغة واصطلاحاً :

إن لفظ «قضاء» من الالفاظ التي استخدمها العرب لأكثر من معنى - (مشترك لفظي) - ، وترجع كلها إلى معنى «انقضاء الشئ وتمامه» . فقد جاء القضاء في اللغة : بمعنى الحكم والفصل ، والقاضي القاطع للأمور المحكم لها ، الذي يقضي بين الناس بحكم الشرع ... وأصل كلمة القضاء ، قضائي : لأنه من قضيت إلا أن الياء لما جاءت بعد الألف هُمزت وأصل معناه : القطع والفصل وأهم المعاني اللغوية للفظ القضاء هي :-

١. الوجوب ، والوقوع ، والفرغ ، كما جاء في قوله تعالى : ﴿ قُضِيَ الْأَمْرُ الَّذِي فِيهِ تَسْتَفْتِيَانِ ﴾^١
 ٢. الاتمام ، والإكمال ، كما جاء في قوله تعالى : ﴿ فَلَمَّا قُضِيَ مَوْسَى الْأَجَلَ ﴾^٢
 ٣. الحكم والالزام : كما جاء في قوله تعالى : ﴿ وَقَضَى رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا ﴾^٣
 ٤. الخلق والتقدير ، والصنع : كما جاء في قوله تعالى : ﴿ فَقَضَاهُنَّ سَبْعَ سَمَاوَاتٍ فِي يَوْمَيْنِ ﴾^٤
 ٥. الحكم بما تريد ، كما جاء في قوله تعالى : ﴿ فَاقْضِ مَا أَنْتَ قَاضٍ ﴾^٥
 ٦. الأداء والإنهاء ، كما جاء في قوله تعالى : ﴿ فَإِذَا قُضِيَتْ مَنَاسِكُكُمْ ﴾^٦
 ٧. البيان ، كما جاء في قوله تعالى : ﴿ فَتَعَالَى اللَّهُ الْمَلِكُ الْحَقُّ وَلَا تَعْجَلْ بِالْقُرْآنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يُقْضَى إِلَيْكَ وَحْيُهُ وَقُلْ رَبِّ زِدْنِي عِلْمًا ﴾^٧
- أما مفهوم القضاء والتقاضي في الاصطلاح الفقهي

والقانوني فقد اختلف حوله الفقهاء وشرح القانون ، ومرد خلافهم يرجع إلى منظور كل منهم إليه هل هو صفة تلازم الموصوف (القاضي) موجبة نفاذ حكمه ، أم هو (فعل القاضي) ... وهل يشمل التحكيم والافتاء . وما عليه اتجاه معظم التعريفات الاصطلاحية هو : الفصل أو الحكم في الخصومات والمنازعات (أي الدعاوى القضائية) المرفوعة ، على نحو مُلزم أي إخبار عن حكم الشرع على وجه ملزم . وكثيراً ما يعدد أهل القانون والفقهاء ... للقضاء اصطلاحاً عبارات تدور حول هذا المعنى وإن اختلف المبنى اللفظي ، ومثل ذلك نحو - على سبيل المثال :

١. الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام .
 ٢. الإلزام بالحكم الفقهي وفصل الخصومات .
 ٣. الفصل بين الناس في الخصومات حسماً للتداعي وقطعاً للتنازع بالأحكام الشرعية المتلقاة من الكتاب والسنة^٨ .
- لا يفوت بالذكر هنا ، تبيان أن القضاء من الولايات الجلية القدسية ، ومن أجل المهن والوظائف ذلك أنه يسهر على إحقاق الحقوق ورد المظالم ، وإشاعة العدل في المجتمع لتنسبط معه الظروف الاجتماعية والاقتصادية والأمنية العامة ، وبالعادل يُمطر الناس خيراً ورخاء ، وتنزل الرحمات وبركات الله في أرضه - بإذن الله - ، ورضوانه على عباده . المفهوم الشامل للعدل في المجتمع « العدالة الاجتماعية » ليس بالممكنة تحقيقه إلا إذا كان القضاء عادلاً « أي سيادة القانون وحسن تطبيقه وإنفاذ أحكامه » - وقد اعتنى كثيرون من أهل الفقه المعاصر ببحث هذه المسألة وإشاعة ثقافة استقلال القضاء وأهميته ودوره في المجتمع ، ولعل من الدراسات العلمية البحثية المستفيضة في القانون العماني المقارن ما خطه يراع فضيلة القاضي الدكتور يعقوب بن محمد السعيد في أطروحته العلمية : استقلال القضاء في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي - دراسة مقارنة -^٩

١ سورة يوسف - الآية (٤١) .

٢ سورة القصص - الآية (٢٩) .

٣ سورة الاسراء - الآية (٢٣) .

٤ سورة فصلت - الآية (١٢) .

٥ سورة طه - الآية (٧٢) .

٦ سورة البقرة - الآية (٢٠٠) .

٧ سورة طه - الآية (١١٤) .

٨ مقدمة ابن خلدون - تحقيق الدكتور / علي عبد الواحد وافي - الجزء ٢ - ص ٥٦٧ .

٩ استقلال القضاء في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي - دراسة مقارنة ، د . يعقوب بن محمد السعيد - أطروحة لنيل درجة دكتوراه الدولة -

جامعة محمد الخامس - أكادال ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - الرباط - المملكة المغربية .



(الجزائية) فقد قررت عدم جواز الطعن أمام المحكمة العليا في قرار الحفظ المنظور - أيضاً - .

في غرفة المشورة بمحكمة الاستئناف ، حيث أبانت المحكمة العليا مفسرة وشارحة لنص المادة (٢٤٥) من قانون الإجراءات الجزائية قولها : « ... ومفاد هذا النص أنه يتعين أن يوجه الطعن إلى حكم نهائي من آخر درجة في الجنايات والجُنع ويعنى ذلك أن ما ليس حكماً لا يجوز أن يكون موضوعاً للطعن أمام المحكمة العليا ... »^{١٠}

كما عرفت المحكمة العليا العُمانية الحكم القضائي بأنه « ... الحكم هو ما تصدره المحكمة في خصومة مطروحة عليها طبقاً للقانون فصلاً في موضوعها أو في مسألة يتعين حسمها قبل الفصل في الموضوع ... »^{١١} وعلى هذا اعتبرت القرار القضائي بالحفظ الصادر من المحكمة في غرفة المشورة هو قرار متعلق بعمل من أعمال التحقيق، وليس حكماً مما يتعين معه القضاء بعدم جواز الطعن عليه.

خصّ قانون الإجراءات الجزائية العماني في الباب الرابع منه . الفصل الثالث . الأحكام القضائية الجزائية ببيان وافر وضوابط محكمة لإصدار الأحكام القضائية وإجراءات النطق بها أو إعلانها وتسببها ببيان الأسباب الواقعية التي استندت إليها المحكمة ، كما فصلت المادة (٢٢٠) من ذات القانون الشروط الشكلية للحكم القضائي الجزائي ومشمولاته^{١٢} حتى يكون مقنعاً وعادلاً حيث نصت على الآتي : (يجب أن يتضمن الحكم بيان المحكمة التي أصدرته وتاريخ إصداره ومكانه والقضاة الذين اشتركوا فيه وعضو الادعاء العام وأمين السر وخلاصة ما استندوا إليه من الأدلة الواقعية والحجج القانونية ثم تذكر الأسباب التي بنى عليها الحكم ومنطوقه ، وكل حكم بالإدانة يجب أن يشتمل على بيان الواقعة المستوجبة للعقوبة والظروف التي وقعت فيها ، ونص القانون الذي حكم بموجبه .

إذن يمكن وبجلاء إجمال - مشتملات الحكم القضائي الجنائي في البيانات التالية .:

. يمكن للباحث الرجوع إليها للاستزادة والاسترشاد والأصيل المتعمق لهذه المعاني فقد بسط فيه ثقافة قانونية وعلمية ثرية ، وأفاض في صون وكفالة الشريعة الغراء لمبدأ حق التقاضي ، سابقة في ذلك على نصوص ومواثيق القانون الدولي (حقوق الإنسان) .

أيضاً يقتضي السياق أن نشير هنا إلى اجتهادات الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا سلطنة عمان حول - تعدد درجات التقاضي الجنائي وشروط الطعن في الأحكام تفسيراً وتأويلاً وتطبيقاً للنصوص القانونية الواردة - في هذا الشأن - في قانون الإجراءات الجزائية - حيث جاء في حكم الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا (الطعن رقم ٢٤٠/٢٠٠٩) - جزائي عليا - بتاريخ ٢٠٠٩/١١/٣ م ، المبدأ الذي تقررت بموجبه القاعدة القانونية التالية : (وحيث أن المادة ٢٤٥ من قانون الإجراءات الجزائية تنص على : « لكل من الادعاء العام والمحكوم عليه والمسؤول عن الحق المدني والمدعى به الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا في الأحكام الصادرة من آخر درجة في الجنايات والجُنع وذلك في الأحوال الآتية :

١. إذا كان الحكم مبنياً على مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو في تأويله .

٢. إذا وقع بطلان في الحكم .

٣. إذا وقع بطلان في الإجراءات أثر في الحكم ... إلخ .

وحيث أن المقرر التقرير بالطعن لأي من الأسباب المذكورة في المادة المشار إليها أعلاه يجب أن توضح أسبابه بصحيفة تودع أمانة سر المحكمة التي أصدرت الحكم وذلك عملاً بمقتضيات المادة (٢٤٩) من قانون الإجراءات الجزائية ومؤدى نص المادتين (٢٤٥ و ٢٤٩) سالفتي الذكر أن صحيفة الطعن يتعين أن تحمل بذاتها مقوماتها وأهمها أن تحوى بياناً للأسباب التي بُنى عليها الطعن وإلا كان الطعن باطلاً ... »^{١٣}

تبعاً للمبدأ الذي أرسته وقررت المحكمة العليا بشأن حالات وإجراءات الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا (الدائرة

١٠ أنظر : مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها في الفترة من ٢٠٠٩/١٠/١ م وحتى ٢٠١٠/٦/٣٠ م - السنة القضائية العاشرة - إصدار المكتب الفني للمحكمة العليا - سلطنة عمان - ص ١٦٥ - الطعن رقم ٢٤٠/٢٠٠٩ م - جزائي عليا - جلسة ٢٠٠٩/١١/٣ م - المبدأ رقم (٢٣) .
١١ مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا - والمبادئ المستخلصة منها في الفترة من ٢٠٠٩/١٠/١ م وحتى ٢٠١٠/٦/٣٠ م - السنة القضائية العاشرة - إصدار المكتب الفني للمحكمة العليا - سلطنة عمان - ص ٤٠٠/٣٩٦ - الطعن رقم ٢٠١٠/٨٥ م - جزائي عليا - جلسة ٢٠١٠/٤/١٣ م - المبدأ رقم (٤٩) .
١٢ جزائي عليا - جلسة ٢٠١٠/٤/١٣ م - المبدأ رقم (٤٩) - مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا - المرجع السابق - ص ٤٠٠ .



المحكمة التي أصدرت الحكم .

تاريخ ومكان إصدار الحكم (إعلانه أو النطق به) .

أسماء القضاة الذين اشتركوا فيه (أي أسماء رئيس وأعضاء المحكمة أو الدائرة الجزائية الذين اشتركوا في

المحكمة والمداولة وسمعوا المرافعة) .

عضو الادعاء العام .

اسم أمين السر .

أسماء الخصوم .

الجريمة محل الدعوى .

ملخص ما قدمه الخصوم من طلبات أو دفاع أو دفع و خلاصة ما استندوا إليه من الأدلة الواقعية (والحجج

القانونية) .

الأسباب التي بنى عليها الحكم - (الحيات) .

منطوق الحكم (الأمر النهائي) الواجب التنفيذ في حالة تأييده أو صيرورته انتهائياً .

هنالك بحث علمي نير نثرته « المجلة القضائية العمانية » - في عددها الأول - حول أصول صياغة الأحكام القضائية

أبان في التمهيد أهمية صياغة الحكم القضائي بلغة قضائية والتزام القواعد الخاصة بذلك عن اختيار الألفاظ

والعبارات المناسبة وأهمية الإشارة إلى نصوص القانون والاعتناء بإيراد أدله الإثبات التي استند إليها القاضي -

كما اشترط البحث الدقة في انتقاء الألفاظ وعدم جواز احتواء الحكم على عبارات تتسم بالعمومية ، مع الاعتناء

بنقاء الالفاظ وفصاحة اللغة وعدم استخدام عبارات تسمح بالاستنتاج أو التأويل أو معقدة ومتشابكة الجمل

وإمكان الإشارة إلى أحكام المحكمة العليا المنشورة وغيره وعدم مجازاة الخصوم في الألفاظ والمصطلحات التي

يستخدمونها .

هو بحث نير - بلا جدال - ولكن اختلف معه في بعض جوانبه وذلك لأنه وكما أورد في تمهيد^{١٣} ص ٩٧ من المجلة

المشار إليها أن : من المقرر أن الأحكام القضائية ثمرة أعمال فكر وتمعن للوصول إلى الحقيقة وأسباب الحكم يصوغها

القاضي بعد أن يخلد إلى نفسه ، لا تواجهه أنظار شاخصة ،

ولا تتعجله وجوه مستحثة ، لذلك فإنه لا يغتفر له مما قد يغتفر للمتراجع المندفع من تساهل في اختيار اللفظ ...» .

فالقاضي مجتهد وباحث - في آن واحد - ولذلك لا ضير إن أشار - في ثنايا - أحكامه - إلى المؤلفات الفقهية والمراجع

أو السوابق القضائية للمحكمة العليا بل ويعتمد ما جاء فيها متفقاً معه وبالتالي يكون ذلك جزء من أسباب الحكم

مشمولاً بالنظر عند محكمة ثاني درجة - فلا يمكن القول بانغلاق باب الاجتهاد القضائي وإثراء الفكر القانوني

والقضائي بالرجوع إلى المصادر والمراجع واعتماد نصوص فيها أو آراء تدعم أسباب الحكم - وعلى هذا لا اتفاق مع

الباحث فيما أورده ص ٨٨ من المجلة المشار إليها آنفاً ، بعدم جواز أن يتضمن الحكم إشارات إلى مؤلفات فقهية

أو قانونية ، بل يجب - في رأيي - على القاضي تدعيم أسباب الحكم بما يكفي للإفصاح عن مرتكزاته القانونية والفكرية

لا سيما عند تفسير النص القانوني أو عند غياب النص في بعض الأحوال والمسائل الإجرائية .

إذن يمكن القول أن الانتقال بالدعوى من محكمة أول درجة (أي بعد أن تصدر حكمها فيها) إلى محكمة

ثانوية درجة (محكمة الاستئناف) يكون عن طريق طلب أو مذكرة تسمى (طعناً) وقد عرّف الفقه القانوني

المعاصر الطعن بأنه الرخصة المخولة لأطراف الدعوى ، بـغية إصلاح ما قد يتكشف لهم من خطأ قضائي وقع فيه

الحكم الصادر فيها ، وذلك بمطالبتهم - أمام القضاء المختص - إلغاء أو تعديله بما يصلح هذا الخطأ ويحقق

العدالة بشكل أوفى^{١٥} .

حدد الفقه القانوني طرقاً وسبلاً للتقاضي على درجتين وهي ما اصطلح على تسميتها بطرق الطعن في الأحكام ،

فهذه الطرق هي الإجراءات التي يسمح بها القانون للخصوم لمراجعة حكم قضائي بهدف إلغائه أو تعديله .

وترتكز هذه الامكانية والاتاحة على فرضية أن حكم القاضي كجهد بشري شأنه العرض للخطأ والنسيان - أي

احتمال الخطأ أو الصواب ، فمقتضى المصلحة أن يعرض

١٣ تتنازع أسلوب كتابة الحكم القضائي مدرستان : الانجلوسكسونية وهي ما عليه المملكة المتحدة والسودان وكثير من دول العالم ، حيث للقاضي حرية في تصييره وتفصيله ، وأما اللاتينية وهي ما عليه فرنسا وبعض الدول ومنها مصر العربية ففيها اختزال والتزام قوالب وأنماط محفوظة لا يحدد فيها القاضي شيئاً

١٤ يبدو أن البحث متأثر بالمدرسة المصرية في كتابة الأحكام - (انظر : المجلة القضائية - العدد الأول - يصدرها المكتب الفني بالمحكمة العليا - سلطنة عمان -

١٥ الطعن في الأحكام (المعارضة والاستئناف) في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء - دكتور / محمود صالح العادلي - استاذ القانون الجنائي - كلية الشريعة والقانون بطنطا والمحامي لدى محكمة النقض والإدارية العليا والدستورية - دار الفكر الجامعي - الاسكندرية - ط ٢٠٠٥ ص ٥ - الدكتور محمد زكي أبو عامر - شائبة الخطأ في الحكم الجنائي ونظرية الطعن فيه ، رسالة مقدمة إلى كلية حقوق الاسكندرية - عام ١٩٧٤ م .



الانفتاح على المدرستين القانونيين وهما الانجلوسكونية ورائدتها بريطانيا واللاتينية القارية ورائدتها فرنسا .
نص قانون الإجراءات الجنائية^{١٦} السوداني على أن التقاضي على درجتين كقانون الإجراءات الجنائية السوداني سنة ١٩٩١ ، الذي استحدث طرق للطعن علاوة على الاستئناف والنقض سماها الفحص والمراجعة ليتسنى للمحكمة الأعلى من تلقاء نفسها نظر موضوع حكم الدعوى الابتدائية

(محكمة أول درجة) ، ما عدا حالة المراجعة فهي مراجعة المحكمة العليا لأحكامها متى ما رأت مخالفتها لأحكام الشريعة الإسلامية ، وحينئذ تشكل دائرة خماسية أغلبية أعضاؤها ممن لم يشتركوا في مداولة وإصدار الحكم محل المراجعة .

أحسب أن القانون السوداني واجتهادات قضاء السودان في هذا الشأن سدت الثغرات والذرائع حتى لا يتمسك الخصوم بأحكام أصلها باطل ، وحتى يطمئنوا إلى الأحكام القضائية وعدالتها واحترامها كونها صارت عنواناً للحقيقة ، وحتى لا تراجع أحكام القضاء بجهة أو لجنة سوى القضاء نفسه حفاظاً على استقلاله .

إذن من أهداف التقاضي على درجتين بث الطمأنينة في نفوس المتقاضين ، واكتساب الأحكام القضائية موثوقية قصوى كونها عنواناً للحقيقة التي يجب احترامها والتمسك بها وإنفاذها على الوجه الناجز .

لما كان التقاضي على درجتين يعني انتقال ملف الدعوى الصادر فيها حكم قضائي إلى محكمة أعلى درجة بناء على طلب أحد الخصوم ، بهدف طرح موضوع الدعوى من جديد لإلغاء الحكم أو تعديله ، فإنه تخرج من دائرته « المعارضة » إذ أنها تقدم لذات المحكمة التي أصدرت الحكم الغيابي - أما المعارضة فهي : وسيلة لمراجعة الأحكام الغيابية للخصم الغائب ، بمقتضاها يتم إعادة المحكمة أمام نفس القضاء في النقاط التي جرى الحكم فيها ، لكي يُعاد الحكم مجدداً في الواقع والقانون^{١٧} .

الأمر على القضاء مرة أخرى ليتم إعادة فحص وتمحيص وتدقيق أوراق الدعوى أو الدعوى نفسها بإعادة إجراءاتها أو بعضها ، وذلك على هدى ما يقدمه الطرف الطاعن من حجج وأسانيد لدعم مطلبه ، فإذا وافقت المحكمة الأعلى الطاعن فإنها تصدر حكمها بإلغاء أو تعديل حكم أول درجة ، وإن أعجزته الأسانيد في تقوية طلبه وحجته فإن مصير الطلب (الطعن) الشطب أو الرفض وحتماً تأييد الحكم المطعون فيه ، أما إذا كان الطعن قدم خارج القيد الزمني فإنه يشطب شكلاً دون الخوض في موضوع الطعن . وإن بعض الأنظمة القضائية - ومنها القضاء السوداني الذي استقى جل مفاهيمه من القضاء الإنجليزي - تستخدم سلطاتها التقديرية الممنوحة لها في مد المواعيد كلما رأت أن العدالة تقتضي ذلك ليتسنى لها نظر الموضوع - « نظر الطعن موضوعاً » ، ويجد مستنداً تشريعي في المادة (٣) من قانون الاجراءات المدنية السوداني سنة ١٩٨٣م ، والتي بموجبها يعتبر قانون الإجراءات المدنية هو القانون الإجرائي العام (المرافعات) في حالة خلو القوانين الإجرائية الأخرى من النص .

يجب أن نشير إلى أن القضاء السوداني استقى معارفه وتجاربته من عدة مدارس قانونية وشتى مشارب الفكر القانوني (الفقه الاسلامي - المدرسة الانجلوسكونية - المدرسة اللاتينية) حيث عمل به قضاة وافدون من بريطانيا ومصر والشام وباكستان والهند وذلك منذ سنة ١٩٠٠ حتى ١٩٥٥م ، أثروا ساحته وميزوا تجربته بتبادل الخبرات والمشارب القانونية ، لأن القضاء صنعة ودربة وتدريب قضائي لا تكفي فيه مجرد المؤهلات الأكاديمية وإن علت ، فلا بد من تلاقي الأفكار والاستفادة من تجارب وخبرات الآخرين سواء كانت تجربتهم حديثة أو تليدة ، فالقضاء إرث تقاليد وقيم ، كما أنه من الأهمية يتناول الخبرات القضائية وتكاملها تصاهراً لا سيما بين الدول العربية والاسلامية لتتلاحم الأفكار والاجتهادات وتتوحد الرؤى وتتقارب المدارس والمناهج الفكرية ، ومن المهم جداً

١٦ يسمى القانون الذي ينظم إجراءات التقاضي الجنائي وسير الدعوى في السودان (بقانون الإجراءات الجنائية) لاعتماد التشريع السوداني لمسمى الجنائية مشتملاً الجناح والجنايات ، كما هو في الفقه الجنائي الاسلامي والقانون الموضوعي يسمى (القانون الجنائي) ، ويسمى في عمان (بقانون الإجراءات الجزائية) نظراً لأن القانون الموضوعي والتجريم والقضايا هنا يسمى (قانون الجزاء) وفي الأردن يسمى (قانون أصول المحاكمات الجزائية) وهو عند فقهاء الشريعة الاسلامية (صول المرافعات الشرعية) .

١٧ الطعن في الأحكام (المعارضة والاستئناف) - د. محمود صالح العادلي - المرجع السابق - ص ١٧ .



محكمة أعلى تطبيقاً لمبدأ التقاضي الجنائي على درجتين (تعدد درجات التقاضي) مستهدفاً به إلغاء الحكم المطعون فيه أو تعديله لمصلحة الطاعن .

هذا المبدأ يجد منطقته القانوني في الارتكاز على فلسفة وفكرة التكامل القانوني ، بمعنى أن المحاكم الأعلى في بيان الهرم القضائي تتكامل أدواراً واختصاصات مع المحاكم في أدنى سلمه وقاعدته ، بحسبان أن قضاة محاكم الاستئناف « محاكم ثاني درجة » أكثر خبرة ودراية ودربة على القضاء وتطبيق القانون ، لكونهم أصحاب ممارسة طويلة خبرة دروب العدالة ، كما أنهم يؤدون دوراً هاماً - من خلال محفوظات أحكامهم - وهو تدريب وتعليم وإرشاد قضاة المحاكم الأدنى ومن هم في أول مدرج القضاء يخطون بأقدامهم أولى محطات التدرج نحو معارج الكمال القضائي مصوبين فكرهم نحو التراث القضائي والموروث الفقهي والخبرات متطلعين اقتداءً بأسلافهم وبمن هم أعلى منازل قضائي منهم ، نحو غد مشرق ومتطور - فكراً وطرقاً - وعلى استنارة وهدى - الدور الذي تلعبه محاكم ثاني درجة قضائية نحو بلوغ هذه الغاية ربما تقتصر عنه معاهد وإدارات التدريب القضائي الأكاديمي التنظيري .

هذا الانسجام الموسق تتكامل به أدوار ووظيفة القضاء وتنسجم منظومته ، حيث تتكامل إجراءات خصومة أول درجة (أوراق الدعوى القضائية الابتدائية) مع خصومة ثاني درجة (حكم محكمة الاستئناف) ومن مظاهر هذه التكاملية القضائية ان الطلبات الموضوعية التي لم يسبق طرحها أمام محكمة أول درجة ، لا يجوز طرحها أو اثارها لأول مرة أمام ثاني درجة ، حسب مقتضى مفهوم قاعدة التقاضي على درجتين ، إلا أن الدفع التي سبق ان اثيرت وأسقطت في أول درجة يمكن أن تثار ثانية أمام ثاني درجة (محكمة الدرجة الثانية للتقاضي) فالتكامل هنا اجرائي تقادياً للتكرار أو إعادة الإجراءات إلا ما اقتضته العدالة ومقاصد التشريع فمحاكم أول درجة هي الأقرب إلى الخصومة حيث سمعت أقوال الأطراف ولاحظت اداء الشهادة وربما سجلت ملاحظاتها بما يفيد المحاكم الأعلى ، كما إن المستأنف يبتغي من طلبه اصدار حكم لصالحه وبالتالي يطلب مناقشة ما ساقته محكمة أول درجة بشأن الطلبات أو الدفع أمامها ، فلا مواجهة بين الخصوم

وبالتالي لا مناص من استبعاد المعارضة من إطار وموضوع هذا البحث ، وإن كان تتفق المعارضة مع مبدأ التقاضي على درجتين في أنها تستهدف موثوقية الأحكام وكفالة حقوق الدفاع أو الغائب عن جلسة المرافعة والتأكد من عدالة الأحكام القضائية ، وقد أفرد لها القانون أحكاماً وإجراءات خاصة ومواعيد ، ورتب عليها أثر وقف تنفيذ الحكم محل المعارضة لحين البت فيها .

المبحث الثاني : محاكم الاستئناف :

يرتكز هذا البحث على مسألة الاستئناف « كطريق من طرق الطعن بحسبانه المثل الواقعي والتطبيقي لمبدأ التقاضي على درجتين ... لا سيما وأن المحكمة العليا ليست درجة تقاضي - بمفهوم هذا المبدأ - وإنما محكمة قانون ، وأن الطعن يقدم أمامها مصوباً نحو الحكم لا الموضوع .

على أثر هذا المرتكز ينبغي أن ينصب البحث على المحاور بالمطالب الآتية :-

المطلب الأول : تعريف الاستئناف

المطلب الثاني : نطاق الاستئناف

المطلب الثالث : ميعاد وإجراءات الاستئناف

المطلب الرابع : آثار الاستئناف

المطلب الأول : تعريف الاستئناف (Appeal)

يعرف الاستئناف بأنه (طريق الطعن الذي بمقتضاه يرفع المحكوم عليه الحكم إلى المحكمة الأعلى من المحكمة التي أصدرته محكمة الموضوع طالباً بإلغاء أو تعديله .

بمعنى آخر : هو نقل الدعوى من محكمة ابتدائية (تسمى أول درجة) إلى محكمة أخرى أعلى درجة منها (تسمى ثاني درجة) ، لمراجعته والنظر فيه مجدداً (Re-view and Retrial) سواء موضوعاً أو قانوناً

يتبين مما سبق أنه يمكن القول أن الاستئناف - في المواد الجنائية - يعد طريق طعن عادي في الأحكام الابتدائية (محاكم أول درجة) أمام محكمة أعلى درجة من المحكمة التي أصدرت الحكم المستأنف ، وقد تكون هذه المحكمة الأخيرة محكمة الاستئناف المشكلة وفقاً لقانون السلطة القضائية أو المحكمة الابتدائية ذات الاختصاص الاستثنائي كما أنه طريق يسمح بإعادة النظر في موضوع الأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية (محاكم أول درجة) أمام



الأمر في القضاء الجزائي ربما يحتاج لإعادة نظر وتأمل في النصوص الاجرائية لتعدو كفيله بحفظ هذا الحق للمتقاضى واشاعته بين الناس وهو مجال أولى بإعمال هذه المفاهيم وارساء قيم الحق والعدل والطمأنينة ، لتعلقه بالدماء والأعراض والحق العام ، وتتفاوت العقوبات والزواج فيه من اللوم والأعذار والغرامة المالية إلى الطرد والحبس والجلد والسجن والإعدام (قتل النفس وإزهاقها) .

تعتبر بعض الأنظمة القضائية - ومنها القضاء السوداني - أن قانون الاجراءات المدنية هو قانون المرافعات العام ، يعمل بأحكامه سداً لمناقض النصوص الإجرائية الأخرى «أي عند غياب النص فيها»^{١٨} وتطور هذا المفهوم القضائي حتى تتبناه المشرع في المادة (٣) من قانون الاجراءات المدنية السوداني سنة ١٩٨٣م ، بحسبان أن التجربة والتطبيق القضائي يسهم في احسان ودقه صناعة القانون بتعديل نصوص أو بزوغ فجر نصوص جديدة .

فالبدء العام أن محاكم الاستئناف كدرجة ثانية من درجات التقاضي ، تختص بنظر الطعون في الأحكام الصادرة عن المحاكم الابتدائية في دائرة اختصاصها والمرفوعة إليها طبقاً لأحكام القانون ويكون حكمها انتهاياً ويقبل الطعن فيها أمام المحكمة العليا .

فما هو نطاق هذا الاستئناف .:

المعنى بهذا المفهوم هنا الشروط الشكلية للطعن بالاستئناف (أي لنطاق الإجرائي) وحدود هذا الاستئناف من حيث الأحكام الجائز استئنافها (أي النطاق الموضوعي) .

من أهم الاشتراطات القانونية في هذا الصدد الصفة والمصلحة في الطعن ومتطلبات مذكرة الطعن بالاستئناف (شكل الطلب) .

تنص المادة (٢٣٥) من قانون الإجراءات الجزائية العماني على أنه : يجوز استئناف الأحكام الصادرة في الدعوى المدنية في الجنب والمخالفات من المحكوم عليه والمدعي بالحق المدني والمسؤول عنه فيما يختص بالحق المدني وحده إذا كان التعويض المطلوب يزيد عن النصاب الذي يحكم فيه القاضي الجزئي نهائياً .

حتمية إلا إذا رأت محكمة ثاني درجة - ذلك ضرورياً ، في سبيل احقاق مهمتها في تحقيق العدالة عبر اتاحة السبيل - قانوناً - لإصلاح ما يحتمل من خطأ قاضي أول درجة ، لا سيما وأن محكمة الاستئناف كما ورد آنفاً - هيئة مشكلة من ثلاثة قضاة تتوافر لديهم خبره قضائية أكبر مراساً وأعمق نظراً .

بالطبع هذا لا ينتقص من همة وفكر قضاة أول درجة ، بل أن فيهم شباباً طامحين لهم افكار نيرة واجتهاد وذكاء لماح وفكر ثاقب وقاد ، بل أن من مقاصد هذه التكاملية استثارة فكرهم للدفع نحو الاجتهاد في العمل القضائي والثقافة القانونية التحلي بالقيم والموروثات القضائية ، فالتكامل القضائي يجعلهم أكثر حرصاً واهتماماً بدراسة الدعوى وتقليب أوراقها وتفحص جوانبها - المرئية وما وراء السطور - ويحرصون على تفادي الأخطاء الناجمة عن الإهمال والشطط والتعاس ، خاصته عندما يدركون أن أعمالهم تراقب بواسطة محاكم أعلى (قضاة أكثر خبرة) ويسطر ملاحظاتهم الفنية والقانونية على أدائهم

المطلب الثاني : نطاق الاستئناف

أخذ المشرع العماني بمبدأ التقاضي على درجتين في المسائل المدنية - القضاء المدني والتجاري - وقد أفصحت المادة (٤٣) من قانون الاجراءات المدنية والتجارية الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٩/٢٠٠٢م عن هذا المبدأ بالنص على أن « تختص محكمة الاستئناف بالحكم نهائياً في الاستئنافات التي ترفع إليها عن الأحكام الصادرة ابتدائياً من المحاكم الابتدائية أو من قاضي الأمور المستعجلة » .

الأصل أن تخضع جميع أحكام المحاكم الابتدائية للطعن بالاستئناف بهدف بث الطمأنينة في نفوس المتقاضين ووجدانهم بالأحاساس والشعور بالعدالة ، وبهذه حث القضاة على الفهم والتعمق والدقة في نظر القضايا وتمحيصها وتسبيب الأحكام القضائية على هدى من هذا النظر بما يؤمن حسن تطبيق القانون . ، وهي رسالة القاضي وواجبه وتكليفه .

إذا كان هذا في القضاء المدني والتجاري - كذلك الحال دائرة المحكمة الشرعية (قضاء الأحوال الشخصية) فان



غياب النص « هنا لم ينص على تحديد النصاب النهائي للقاضي الجزئي » فإنه يجوز الرجوع إلى مواد قانون الإجراءات المدنية والتجارية لكونه القانون الاجرائي العام أما استئناف الدعوى الجنائية لا يكون إلا من المتهم أو الادعاء العام ، فلا يجوز من المدعى بالحق المدني لكونه ادعاء فرعى تبعي للدعوى ، وهذا ما قرره المحكمة العليا في كثير من أحكامها .

حددت المادة ٢٣٧ من قانون الاجراءات الجزائية ميعاد الاستئناف بأنه ثلاثين يوماً من تاريخ النطق بالحكم لحضوري أو اعلان الحكم الغيابي مضافاً إليها ميعاد المسافة المنصوص عليه في المادة ٣٥٦ (ق ١٠ ج) .

المطلب الثالث : ميعاد وإجراءات الاستئناف

تنص المادة ٢٣٧ (ق ١٠ ج) على أن ميعاد الاستئناف ثلاثين يوماً من تاريخ النطق بالحكم الحضوري أو إعلان الحكم الغيابي ، مضافاً إليه ميعاد المسافة المنصوص عليه في المادة ٣٥٦ (ق ١٠ ج) بشرط أن يكون الاعلان صحيحاً ، والعبرة بحقيقة واقع الاعلان لا ما اثبت خطأ . وللإعلان اجراءات وشروط أبانتها المواد ٦٩ ، ٧١ ، ١٦٢ ، ١٦٤ من قانون الإجراءات الجزائية والمادة (٨) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية الفرق بين الحكم الحضوري والحضوري بالاعتبار والغيابي هو : أن الحكم يكون حضورياً إذا حضر المتهم جميع اجراءات المحاكمة أي جلسات المرافعة وجلسة النطق بالحكم ، ويتجلى باستبانة أن القانون حدد مواعيد للاستئناف - والحكمة وراء ذلك لاستقرار الأحكام وتجنباً لأن تكون مهددة بالطعن عليها في أي وقت - إلى ما لا نهاية - وهذا يناقض مبدأ كونها عنوان الحقيقة ، وقد تلجأ بعض التشريعات إلى إطالة أمد اتاحة الاستئناف استثناء لفئة معينة كأعضاء الادعاء العام نظراً لكونهم يؤدون أعمال أخرى بجانب هذه المهمة ويحتاجون لوفير وقت لدراسة الأحكام لكتابة مذكرات بشأنها ، هذا مع مراعاة عدم الإخلال بمبدأ مساواة الخصوم أمام القضاء .

بعض التشريعات - ومنها القوانين الإجرائية السودانية -

تقرر للمحاكم سلطات تقديرية بشأن مد المواعيد إذا رأت أن هناك أسباباً كافية حتى يتسنى لها نظر الطعن وتحقيق العدالة ، وهذا أيضاً فيه جانب من المنطق القانوني والسهر على إقامة العدل الحكيم وإرساء قيم العدالة . إذ أن القاضي يجب عليه ألا يبالغ في التفاني بالتمسك بشكلية الإجراءات على حساب العدالة وحماية الحقوق إن وجد لذلك فسحة في القانون أو العرف القضائي ، وفي ذات الوقت ضد نصب عينيه حماية مبدأ المشروعية والمساواة بين الخصوم .

ويكفي ان يوصف الحكم بالحضوري حتى ولو لم يدفع المتهم التهمة بأية دفع أو دفاع ولو لم يرد على الموجهة إليه . (المادة ١٦٥ إجراءات جزائية) .

أما الحكم الحضوري بالاعتبار فيكون في حالتين : إذا حضر المتهم إحدى جلسات المرافعة وتغيب بعد ذلك بشرط عدم انقطاع تسلسل الجلسات . إذا كان الإعلان قد تم لشخص المتهم .

أما الحكم الغيابي فهو : الحكم الذي يصدر في غيبة المتهم الذي لم يحضر أية جلسة من جلسات المرافعة ولم يكن قد أعلن لشخصه .

الأصل وجوب حضور المتهم بشخصه في جميع إجراءات المحاكمة في الجنايات والجنح المعاقب عليها بالسجن (م ١٦٥ اج ج) وقد أشارت إلى ذلك المحكمة العليا في الطعن رقم ٢٠٠٦/٣١١ م جزائي عليا^{١٩} - جلسة ١٤/١١/٢٠٠٦ م حيث ورد فيه : « لما كان ما أسند إلى الطاعن تهمة إهانة موظف المعاقب عليها بالمادة ١٧٢ من قانون الجزاء بالسجن من ثلاثة أشهر إلى سنة وبغرامة من عشر ريالاً إلى مائتي ريال ووفقاً لنص المادة ١٦٥ من قانون الإجراءات الجزائية يجب حضور المتهم بنفسه في جميع إجراءات المحاكمة في الجنايات والجنح المعاقب عليها بالسجن إذا كان من المتعين حضور الطاعن جميع إجراءات المحاكمة .

لما كان الأمر كذلك فلا يجوز أن ينيب عنه أي وكيل فاذا حضر الوكيل وترافع في الدعوى فإن هذه المرافعة تقع باطله ولا أثر لها .

يبدأ احتساب مدة الاستئناف - كالمعتاد في حساب المدد

١٩ مجموعة الاحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا - والمبادئ المستخلصة منها - السنة القضائية السابعة (٧) - اصدار المكتب الفني

للمحكمة العليا - سلطنة عمان - ص ٣٩٦ ، ص ٣٩٧ .



فايقاف التنفيذ هنا جوازي ولا وجوبي - وإذا غضت محكمة الاستئناف الطرف عن طلب وقف التنفيذ ونظرت الطعن فهذا يعني إنها ترفض الطلب به - .

من الضرورات التي توجب ايقاف التنفيذ ، كون الحكم ما زال في مرحلة ربية قانونية ، لا يُعلم على وجه الدقة هل سيبقى كما هو دون تعديل أو إلغاء ، أم أنه سيتأكد ويصير قابل للإلغاء أو التعديل بأية طريقة من طرق الطعن العادية . يكون ايقاف التنفيذ مؤقتاً لحين الفصل في الاستئناف - من العدالة أن يظل الحكم قيد التنفيذ حتى انقضاء مدة الاستئناف في الأمور التي لا يمكن تداولها - العلة في ذلك تكمن في الحكم الابتدائي طالما بقي استئنافه جائزاً لعدم انقضاء ميعاده أو طعن فيه فعلاً ولم يفصل بعد في استئنافه ، فإن احتمال إلغاؤه أو تعديله أمر وارد ، لذا فإن من الأفضل التريث في التنفيذ حتى يصير الحكم نهائياً ، حتى لا يلحق المحكوم عليه ضرراً لو تم تنفيذ هذا الحكم - لا يستطيع اصلاحه فيما بعد - .

أخذ قانون الإجراءات الجنائية السوداني لسنة ١٩٩١م بهذا المبدأ (المواد ١٩٧ إلى المادة ٢٠٢) .

نص قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١م السوداني في الباب الثاني منه على ترتيب المحاكم الجنائية وسلطاتها وهي على النحو التالي :

أ - المحكمة العليا .

ب - محكمة استئناف .

ج - محكمة جنائية عامة (محكمة مديرية) .

د - محكمة جنائية أولى (محكمة جزئية) .

هـ - محكمة جنائية ثانية (محكمة جزئية) .

و - محكمة جنائية ثالثة (محكمة جزئية) .

ز - محكمة جنائية شعبية (محكمة مدينة أو ريف) .

ح - أي محكمة جنائية خاصة ينشئها رئيس القضاء بموجب قانون السلطة القضائية لسنة ١٩٨٦ وتعديلاته أو تنشأ بموجب أي قانون آخر .

كما نصت مواد الفصل السابع من الباب الخامس على طرق الطعن . :

المادة ١٧٩ - يجوز استئناف التدابير القضائية الآتية :

(أ) الأحكام الابتدائية والأحكام التي لم تستوف كل مراحل

القانونية - من تاريخ النطق بالحكم أو (أي بدء الحساب من اليوم التالي للحكم) فلا يدخل فيها يوم النطق بالحكم ، وإذا صادف آخر الميعاد عطلة رسمية امتد إلى أول يوم عمل بعدها .

يعتبر الميعاد من النظام العام - فيجب على المحكمة الاستئنافية أن تقضي به من تلقاء نفسها ، ويتعين بيان تاريخ الاستئناف في الحكم لكي يتاح لمحكمة النقض (المحكمة العليا) مراقبة رفعه في الميعاد .

وغني عن البيان أنه يترتب على فوات مدة الاستئناف سقوط الحق فيه بقوة القانون ، ولا يجدي الخصم الاعتذار بجهله هذا الميعاد ، لأن العلم بالقانون مفترض .

لما كان جائزاً استئناف الأحكام الغيابية ، هذا إذا اختار الخصم طريق الاستئناف بدلاً عن طريق المعارضة - فأن بدء حساب مدة الاستئناف يكون من تاريخ إعلانه بالحكم .

أما إجراءات الاستئناف فقد نصت عليها المادة

(٢٣٥) وما يليها حتى المادة (٢٤٤) من قانون الإجراءات الجزائية العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٩٧/٩٩ .

هذا يعني أن الإجراءات أمام محكمة الاستئناف تتمثل في التقرير بالاستئناف والتقرير بالطعن - تحديد الجلسة - إعلان الخصوم - إجراءات نظر الدعوى أمام المحكمة الاستئناف - تلخيص المقرر - تلاوة التقرير لتتحقق أمام المحكمة الاستئنافية - التحقيق التكميلي وسماع الشهود حكم الاستئناف بنسبه .

المطلب الرابع : آثار الاستئناف :

الأصل العام أنه يترتب على الاستئناف آثاران :

الأول : وقف تنفيذ الحكم القضائي .

الثاني : طرح الدعوى أو الخصومة أمام محكمة الدرجة الثانية للحكم فيها من جديد .

الارتباط وثيق جداً بين تنفيذ الحكم الصادر من محكمة أول درجة (الحكم الابتدائي) وفكرة الاستئناف (الطعن بالاستئناف) ، لا سيما في المجال الجنائي فقد يتعذر في كثير من الأحيان إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل تنفيذ العقوبة فإذا اقتضت الضرورة أو المصلحة وفق تقدير السلطة التقديرية لقاضي الاستئناف أو قضاة الاستئناف ،



الاستئناف .

(ب) الأوامر المقيدة لحريات المستأنف في نفسه أو ماله ، على أن يدون كل أمر مستأنف في محضر منفصل ويرسل المحضر للمحكمة المستأنف لديها دون إيقاف لسير الدعوى الجنائية .

(ج) القرارات المتعلقة بمسائل الاختصاص .

كما نصت المادة ١٨٠ منه على طرق الاستئناف وهي :

(أ) تدابير المحكمة الجنائية الشعبية ، أمام المحكمة الجنائية التي تستأنف أمامها تدابير المحكمة التي منحت سلطاتها ، ويكون حكمها نهائياً ، (ب) تدابير المحكمة الجنائية الثالثة والمحكمة الجنائية الثانية ، أمام المحكمة الجنائية^{٢٠} العامة ويكون حكمها نهائياً .

(ج) تدابير المحكمة الجنائية الأولى والمحكمة الجنائية العامة الصادرة بصفة ابتدائية ، أمام محكمة الاستئناف ويكون حكمها نهائياً .

المادة ١٨١- يرفع كل حكم بالإعدام أو بالقطع أو بالسجن المؤبد للمحكمة العليا متى صار نهائياً ، وذلك بقصد التأييد .

النقض - المادة ١٨٢- تختص المحكمة العليا بالنظر في نقض التدابير القضائية الصادرة من محكمة الاستئناف المختصة إذا كان التدبير القضائي المطعون فيه مبنياً على مخالفة القانون أو خطأ في تطبيقه أو تفسيره .

ميعاد الطعن - المادة ١٨٤- يرفع الطعن بالاستئناف أو النقض في مدة لا تتجاوز خمسة عشر يوماً من تاريخ إعلان التدبير القضائي المطعون فيه .

المادة ١٨٥- يجوز للمحكمة الأعلى عند نظر التأييد أو الطعن بالاستئناف أو بالنقض أن تباشر أياً من السلطات الآتية :

تأييد الحكم جميعاً .

تأييد قرار الإدانة وتغيير العقوبة بإسقاطها أو تخفيضها أو الاستعاضة عنها بأي عقوبة أخرى يخولها القانون .

(ج) تغيير قرار الإدانة في جريمة إلى قرار بالإدانة في

جريمة أخرى كان يمكن إدانة المتهم بارتكابها بناء على التهمة أو البينة ، بشرط أن تكون الجريمة الأخرى غير معاقب على ارتكابها بعقوبة أشد ، وتغيير العقوبة تبعاً لذلك (د) إعادة الحكم إلى محكمة الموضوع لمراجعته وفق ما يصدر من توجيهات ، على ألا يجوز لمحكمة الموضوع قبول أي بينة إضافية دون إذن المحكمة الأعلى .

(هـ) إلغاء الحكم وإبطال الإجراءات المترتبة عليه ، ويعد ذلك شطباً للدعوى الجنائية ، إلا إذا أمرت المحكمة الأعلى بإعادة المحاكمة .

(و) إلغاء أي أمر فرعي أو تعديله .

كما نصت المادة ١٨٨- منه بتعديلاتها على جواز مراجعة أي حكم قضائي إذا تبين أنه ربما يكون قد انطوى على مخالفة للشريعة الإسلامية - ويقدم الطلب هنا إلى سعادة رئيس القضاء (رئيس المحكمة العليا) وله سلطة تقديرية في الاذن بالمراجعة .

المعلوم في الفقه القضائي السوداني أن القوانين السودانية مرجعيتها الأصلية الشريعة الإسلامية (الفقه الإسلامي) إضافة إلى ما استقته من مدرسة الفكر القانوني البريطاني حيث رجحت الأخذ بالآراء المعتدلة في الفقه الإسلامي بكل مذاهبه ومشاربه الفكرية بما في ذلك الإباضية « أهل الحق والاستقامة » وبما يوافق ظرف المكان والزمان ، إضافة إلى تفسير المحكمة العليا للقانون وهو على هدى أحكام الشريعة الإسلامية ، وقد شكلت الأحكام القضائية السودانية السنوية ثروة فقهية زاخرة بالاجتهاد القضائي السوداني - أصول وحذور هذا الاجتهاد ما انفكت موصولة بالمووروث القانوني الزاخر الذي خلفه سلف قضاة السودان وحوته ملفات المحاكم وارشيفها ومجلة الاحكام القضائية السنوية التي ظلت تصدر على نحو راتب منذ سنة ١٩٥٦ ، باللغة الانجليزية ، ثم تلتها مرحلة باللغتين العربية والانجليزية وأخيراً انتظمت منذ سبعينيات القرن الماضي باللغة العربية^{٢١} .

وقد اشتهر قضاة في السودان بأن أحكامهم قلائد تزين جيد منظومة لقضاء السودان ومجله الأحكام القضائية

٢٠ تقابل اختصاص الدائرة الثلاثية بالمحكمة الابتدائية .

٢١ عمل الباحث قاضياً بالمكتب الفني للمحكمة العليا السودانية على مدى (١٢ عاماً) في الفترة من (١٩٩٩ - وحتى ٢٠١١م) وأسهم في عضوية هيئة تحرير خمسة عشر (١٥) عدداً من المجلات القضائية السودانية السنوية ، وله أكثر من ثلاثة وثلاثين (٣٣) مؤلف في الفقه والقانون ، ثم قاضياً بالمكتب الفني - سلطنة عمان - منذ ديسمبر ٢٠١١م .



نال السودان استقلاله في سنة ١٩٥٦م ، وقد كان لفترة الحكم البريطاني للسودان والتي امتدت منذ ١٨٩٨م حتى ١٩٥٦م أثر واضح في الاهتمام بالتنظيم القضائي والمحاكم والقوانين وفتح مدارس للحقوق لتدريس القانون والفقه ، وقد تولى الانجليز بأنفسهم رئاسة القضاء في السودان والمحكمة العليا والمحاكم الأخرى وأشرفوا على تدريس واختيار القضاة السودانيين في القسم المدني والمصريين في القسم الشرعي ، هذا بالإضافة إلى اعتناء الإنجليز بتطوير الخدمة المدنية في السودان وتنظيمها وتحديثها وأهم المعالم الحضارية التي تركها الانجليز هذا النظام القضائي السودان وجامعة الخرطوم التي بدأت كفرع لجامعة لندن والتشريعات الإجرائية والمنشورات الجنائية وأهم من ذلك تنظيم الأراضي وتسجيلها وتسويتها وفقاً للقانون تسوية الأراضي وتسجيلها لسنة ١٩٢٥م والذي ظل سارياً في السودان حتى يومنا هذا لدقته وأحكام صياغته وروعة فنياته وتنظيمه حيث ظلت تتبع مكاتب تسجيلات الأراضي والمسجل العام للأراضي إلى السلطة القضائية وهذا احفظ للحقوق والوثائق وأكثر حماية لها ، وعرف نظام التسجيل العقاري في السودان بأنه أفضل نظام تسجيل عقاري في العالم ، وذات القانون السوداني هو القانون الانجليزي المطبق في بريطانيا حتى الآن ^{٢٢} .

نال النظام القضائي السوداني تدريبه وتأهيله وتنظيمه على قضاة انجليز من أهل الخبرة والكفاءة في القضاء والقانون والإدارة وكذلك قضاة من مصر فكان صنعة مدرسة انجلوسكسونيه ولاتينية عبر أجياله اكسبته سمعته الوضاعة وتاريخ ناصع وحاضر مشرق كما عمل بالسودان قضاة من باكستان وفلسطين ومصر فأثروا التجربة - خبرة ودراية - بتلامع الأنظمة والأفكار والتجارية وتبادل الخبرات .

وبلا شك كان لكل هذه العهود أثرها وتأثيرها في منظومة القضاء السوداني وتراكم خبراته وتنوعها ، ولعل أزهى فترة عاشها الحكم السوداني وازدهر فيها القضاء الاسلامي هي فترة السلطنة الزرقاء ، حيث كان السودان الشمالي الحالي - ما عدا دارفور - تحت حكم سلطنة سنار

أمثال (Mr . Bonham Carter) أول رئيس قضاء في فترة الحكم البريطاني في السودان - و Mr. Dun Steery (من بريطانيا وسائر رؤساء القضاء والمحكمة العليا بالسودان وجميعهم من بريطانيا في الفترة في الفترة من (١٩٠٠ إلى ١٩٥٥م) - ومن تولى رئاسة القضاء الشرعي في السودان (بمنصب قاضي القضاة) من المصريين أعلام جها نبذة ولا ينسى التاريخ القضائي السوداني أحد أبرز القضاء الشرعي ممن تولوا منصب قاضي قضاة السودان - من السودانيين - وأسهموا بوافر علمهم وجهدهم أنه فضيلة الشيخ / شيخ محمد الجزولي - رحمه الله - ^{٢٣} ، ومن تولاه من المصريين أيضاً الشيخ / محمد مصطفى المراغى « شيخ الأزهر » - محمد نعمان الجارم - علي قراعة (من مصر) - وفطاحل القانون السوداني وقضاؤه أمثال محمد أحمد أبو رنات أول رئيس القضاء بعد الحكم البريطاني وبابكر عوض الله (رئيس القضاء) وآخرون .

تاريخ القضاء السوداني يمتد عميقاً في التاريخ السوداني ، وهو تاريخ ناصع وحاضر مشرق ، إذ أنه يمتد إلى عهد سلطنة دارفور الاسلامية وعاصمتها الفاشر ... وسلطنة سنار « السلطنة الزرقاء » وعاصمتها مدينة سنار ، وذلك قبل انتقال العاصمة إلى الخرطوم في عهد الحكم العثماني التركي .

استمر عهد السلطنة في السودان منذ القرن الثالث عشر الميلادي - بداية بسلطنة دارفور « مملكة الفور » .. ثم سلطنة سنار سنة ١٥٠٤م وهي التي استمرت حتى سنة ١٨٢١م عندما غزا الجيش التركي العثماني تحت إمرة محمد علي باشا السودان ، وانهى نظام السلطنة السودانية الوطنية الأصيلة وسمى الدولة - بالعهد التركي واستمر حتى ١٨٨٥ ونقل العاصمة إلى مدينة ود مدني ثم إلى الخرطوم التي كانت قرية حتى ذلك الوقت ، ثم قامت ثورة الأمام محمد أحمد المهدي وأقام إمارة اسلامية في السودان وسمى عصره بعهد الدولة المهديّة ونقل العاصمة إلى أم درمان - استمر حتى ١٨٩٩ ، حيث بدأ عهد الحكم البريطاني ما يسمى (بالحكم الثنائي) واستمر ذلك حتى

٢٢ والد فضيلة الشيخ / عبدالله شيخ محمد الجزولي - المستشار القانوني بمكتب وزير العدل (الأسبق) - قاضي المحكمة العليا بسلطنة عمان (حالياً) .

٢٣ تراجع كتاب : الوجيز القاضي في منشورات تسجيلات الأراضي لمؤلفه القاضي د. محمد خليفة حامد - القاضي بالمحاكم السودانية - الطبعة الثالثة ٢٠١٠م وكتاب « بابكر عوض الله » - رئيس القضاء الأسبق سيره ومواقف . تأليف د. محمد خليفة حامد - القاضي بالمحاكم السودانية طبعة ٢٠١٠م (السودان) .





البلاد للحكم الأجنبي البريطاني الذي استمر حتى اعلان استقلال البلاد في ١/١/١٩٥٦م ، إلا ان الانجليز تركوا بصمات واضحة في تنظيم الخدمة المدنية والقضاء والتعليم الجامعي وأثروا في تطور مدرسة القضاء السوداني حسب قانون الاجراءات الجنائية السوداني سنة ١٩٩١م فان تنفيذ الأحكام الجنائية تتولاها شرطة المحاكم « الشرطة القضائية » تحت اشراف قاضي المحكمة وفي بعض الأحوال يتطلب حضور القاضي الذي اصدر الحكم تنفيذه ، بحيث يحضر الملف أمامه لتدوين الإجراءات أو أي أوامر يصدرها بشأن التنفيذ ، ولكن في جميع الأحوال يشترط حضور قاضي لخطه التنفيذ ليؤشر في هامش منطوق الحكم أو في صفحة جديدة في ملف الدعوى بأنه تم تنفيذ الحكم أمامه ويوقع مدوناً التاريخ والمكان والكيفية التي تم التنفيذ الحكم بها .

كما ان المادة (٢١٢) من قانون الإجراءات الجنائية السوداني لسنة ١٩٩١م تفوض رئيس القضاء (رئيس المحكمة العليا بحكم منصبه) في اصدار قواعد ومنشورات موجهة إلى كافة المحاكم ببيان كيفية تنفيذ وتطبيق أحكام قانون الإجراءات الجنائية ، وهذه المنشورات عبارة عن تشريعات فرعية يصدرها رئيس القضاء ، ترجع خلفيتها التاريخية إلى سنة ١٩٥٠م إبان حكم الانجليز للسودان حيث أشتهر المنشور الجنائي رقم (٥) عن كيفية إجراءات محاكمة المتهمين الفريقين (أ) (ب) في حالة المشاجرات القبلية حيث يكون جميع المشاركين في حلبة المعركة أو المشاجرة متهمين ، والفريق الذي أكثر تضرراً وخسائراً يسمى الفريق (ب) والفريق الجاني أو الأقل خسائراً يسمى الفريق (أ) .

ومن أشهر المنشورات أيضاً المنشور الجنائي رقم (١١) حول كيفية كتابة وتسبيب الأحكام الجنائية وهكذا استمرت هذه الشروة التشريعية القضائية حتى يومنا هذا .

معلوم أن اشراف القضاء على تنفيذ الأحكام والجزاءات العقابية وتولي الشرطة القضائية تنفيذ الأحكام « العقوبات يحقق أهداف سمو العدل واحسانه إذ أن العمل القضائي لا ينتهي عن اصدار الحكم أو النطق به أو اعلانه ، بل تنفيذه

وتسمى «سلطنة الفنج» أيضاً وأغلب الروايات التاريخية السودانية والمحفوظات أن أصل الفنج أنهم قدموا من عُمان أيام العهد الأموي وتحالفوا مع السكان المحليين بالسودان وأسسوا أول دولة اسلامية بعد الانتصار على مملكة سوبا المسيحية والتي كان مقرها شرقي مدينة الخرطوم الحالية ، وأصبحت مدينة سنار الواقعة في وسط البلاد على النيل الأزرق عاصمة للسلطنة السنارية ، وكانت دولة اسلامية طبقت المذهب المالكي بالإضافة إلى ما ترجح لديها من المذاهب والآراء الفقهية الأخرى - وكانت هناك ممالك وسلطنات اسلامية أخرى مستقلة قائمة في السودان مثل سلطنة دارفور ومملكتي تغلى والعباسية بمناطق جبال النوبة ، دام حكم السودان بسلطنة أكثر من خمسمائة عام وكانت من أزهى فترات الحكم في السودان ، حيث حافظت على الهوية وبناء الشخصية السودانية ووطنية وتطبيق الشريعة الاسلامية وكان عهداً مستقراً وأمناً وسلاماً ، إذ اعتبرناه منذ سلطنة دارفور الاسلامية ، بل أن دارفور كسلطنة اسلامية استمرت منذ القرن الثالث عشر إلى سنة ١٩١٤م ، حيث ضمها الانجليز لحكم دولة الحكم الثنائي الانجليزي في السودان ، أي انها استمرت حوالي سبعمائة عام (٧٠٠ سنة ، أما السلطنة الأم في السودان ^{٢٤} (السلطنة الزرقاء) وتسمى « سلطنة الفونج » أو « الفنج » أيضاً فقد استمرت أكثر من ثلاثمائة عام (٣٠٠ سنة) ، اي منذ ١٥٠٤ م حتى ١٨٢١م) عندما غزا محمد علي باشا السودان وأقام دولة التركية العثمانية في السودان ونقل عاصمة البلاد من سنار إلى مدينة واد مدني ثم إلى الخرطوم لاحقاً ، وبدأ عهد الدولة العثمانية والتدخل الاجنبي في الدولة وأثر ذلك على الروح الوطنية وهوية البلاد ووحدتها ، وسادت فوضى إدارية في أواخر عهد التركية العثمانية حيث مهد ذلك لقيام ثورة سودانية اسلامية قادها الامام محمد أحمد المهدي من شمال كردفان في ١٨٨٤م ، بالرغم من أنه من دنقلا « الولاية الشمالية الحالية » . وأعاد هيبة البلاد ووحدتها الوطنية وطرد الغزاة ، إلا أن البلاد أصبحت عرضة مرة ثانية للاحتلال سنة ١٨٩٨م - في عهد الخليفة عبد الله التعايشي - فخضعت

٢٤ تنص المادة ٥٨ (١) من الدستور الانتقالي لجمهورية السودان لسنة ٢٠٠٥م « الدستور الحالي » على أن رئيس الجمهورية هو رأس الدولة والحكومة وممثل لإرادة الشعب وسلطان الدولة إلخ .



كانوا أمام محكمة أول درجة ، فلا يجوز لمحكمة الاستئناف أن تضم شخصاً ولو ثبت أنه فاعل مع المتهم أو شريك طالما لم يقدم إلى محكمة أول درجة ، وكذا المدعي بالحقوق المدنية أو المسؤول عنها .

كذلك تنفيذ محكمة ثاني درجة (المحكمة الاستئنافية) بموضوع ووقائع الدعوى ، كما طرحت أمام محكمة أول درجة ولهذا يكون باطلاً حكمها إذا فصلت في تهمة جديدة وجهتها النيابة العامة (الادعاء العام) للمتهم لأول مرة ولو كانت مرتبطة بالواقعة المعروضة ارتباطاً لا يقبل التجزئة ، والاستثناء الوحيد هو الجرائم المستمرة فوقائعها تعتبر وحدة قانونية متكاملة تقوم بها جريمة واحدة ، فللمحكمة الاستئناف سلطة تغيير وصفها القانوني لهذه الواقعة إذا تبين لها أن هذا الوصف غير صحيح ، وأن النص الذي طبقه الحكم المستأنف على الواقعة لم يكن هو الواجب التطبيق ، ألا أنه يجب على المحكمة في حالة تغيير الوصف من أخف إلى أشد ، عدم تشديد العقوبة نزولاً على قاعدة ألا يضار الطاعن بطعنه .

يدخل في نطاق السلطة التقديرية لمحكمة الاستئناف استخلاصها لأدلة جديدة أو استظهارها بحجج وبراهين لم تتعرض لها محكمة أول درجة في حكمها وتقويمها للبيانات والأدلة عند التسبيب ، وهذه ربما الغاية المنشودة من الاستئناف تقصّ تخصّ وتدقيق النظر القانوني والقضائي مصوباً نحو الأدلة وأسباب الحكم مقروءة مع الوقائع الثابتة قضائياً ومن القيود على الحكمة الاستئنافية التزامها بالتمسك مجدد طلبات الطاعن (المستأنف) والمرجعية هنا تقرير الاستئناف « مذكرة الطاعن » فإذا خلت من الادعاء بالحق المدني فإن المحكمة الاستئنافية تفصل في الدعوى الجنائية فحسب وبناء على ذلك فإنه إذا كان الحكم الابتدائي قد قضى برفض الدعوى المدنية ولم يستأنف المدعي بالحقوق المدنية هذا الحكم ، ومع ذلك قضت المحكمة الاستئنافية بالزام المتهم بالمصاريف المدنية الاستئنافية فإن حكمها يكون قد جافى العدالة وجانب القانون والصواب إذ لم يحالفه التوفيق وصار حكماً في غير محله - طالما لم يكن معروضاً عليه سوى الاستئناف المرفوع

يعتبر حلقة مهمة ولازمة في العمل القضائي ... (.. لا تكلم بحق لإنفاذ له ...) أهم الحلقات العملية القضائية . ليس معنى هذه القاعدة ارجاء تنفيذ الأحكام وتأخيرها لأن الإبطاء في نيل الحقوق - يكون أيضاً - ظلم وهضم وضيم ، فهو من باب المطل ، ولذلك فإن إيقاف التنفيذ يخضع للسلطة التقديرية للقاضي ما عدا الحالات التي يوجب القانون إيقاف التنفيذ فيها إذا قدم بشأنها استئناف^{٢٥} . علاوة على ما ذكر فإن هناك حالات يكون التنفيذ فيها وجوباً كالسجن والمصادرة ، ومما ينص القانون على وجوب تنفيذها فوراً ، وهناك حالات يوقف فيها التنفيذ ولكن يكون معلقاً على شرط ، كتقديم تقديم المتهم كفالة بأنه إذا لم يستأنف لا يفر من تنفيذه عند انقضاء مواعيد الاستئناف ، ويجب على المحكمة تعيين وتحديد مبلغ الكفالة ، كما ويمكن تقديم الكفالة بواسطة شخص آخر كفيل ، فإذا أوفى المتهم التزاماته يسترد الكفالة إلا سقط حقه أو حق الكفيل في استرداد ودخلت في حوزة وملك الدولة (الحكومة) ويكون للكفيل - في هذه الحالة - الرجوع بها على المتهم^{٢٦} .

كذا في حالة الحكم بالتعويض للمدعي بالحقوق المدنية فإنه يجوز الأمر بالتنفيذ - تنفيذ مؤقت - بشرط تقديم كفالة بكل المبلغ المحكوم به أو بعضه وفق ما تراه المحكمة مناسباً ، وهذا حتى في حال حصول تقديم تقرير بالاستئناف « الطعن بالاستئناف » هذه السلطة التقديرية تراعى فيها المحكمة عدة معايير واعتبارات منها ظروف الدعوى وملابساتها وملاء الأطراف المالية وقيمة المال ثم القوة الشرائية للعملة في وقت التنفيذ وكافة الظروف التي تختص بالدعوى .

لما كان التقاضي على درجتين مفاده أن يعاد طرح الدعوى من جديد أمام محكمة الاستئناف فإن محكمة الاستئناف تتقيد عند نظر الاستئناف بثلاثة قيود :

حدود الدعوى كما طرحت على محكمة أول درجة (المحكمة الابتدائية) .

القدر الذي استأنف من الحكم الابتدائي .

صفة الخصم المستأنف ومصطلحه .

اذن محكمة الاستئناف تتقيد بأشخاص الدعوى كما

٢٥ انظر : موسوعة المنشورات الجنائية - الصادرة في الفترة (١٩٥٠م - ٢٠١٠م) تأليف : د. محمد خليفة حامد - القاضي بالمحاكم السودانية والعمانية - تقديم فضيلة الشيخ العلامة القاضي / عبد الرؤوف ملاسي - رئيس دائرة المحكمة العليا - بورتسودان . . .



عن الحكم الصادر في الدعوى الجنائية .

إضافة لما سبق فإن المحكمة الاستئنافية تتقيد . أيضاً -
بصفة ومصلحة الخصم المستأنف، فالتقاضي على درجتين
اقتضاه مبدأ كفالة حق التقاضي والمبدأ الفرعي عليه
بضمانة حقوق الدفاع فإن الاستئناف لا يقدم ولا يقبل الا
من صاحب هذا المركز القانوني « الخصم صاحب المصلحة
» فالاستئناف ليست خصومة جديدة وإنما نقل خصومة الى
محكمة أعلى بعد أن تكون المحكمة الأدنى قد فصلت فيه .

ويترتب على هذا ما يلي :

١- ان استئناف الادعاء العام لا يطرح
على المحكمة الاستئنافية سوى الدعوى
الجنائية - دون المدنية - .

٢- استئناف المتهم يطرح على المحكمة الاستئنافية الدعوتين
الأصلية والمرتبطة بها تبعياً - أي الجنائي والمدني -
٣- ان استئناف أحد المتهمين لا يطرح على المحكمة
الاستئنافية الا الدعوى الخاصة به .

٤- اذا كان الاستئناف من المدعي المدني أو المسؤول عن
الحقوق المدنية فانه لا يطرح أمام المحكمة الاستئنافية الا
الدعوى المدنية.

٥- اذا استأنف كافة الخصوم فإن المحكمة الاستئنافية
تعيد النظر في الدعوى « الخصومة بكافة عناصرها
الجنائية والمدنية».

من القيود على محكمة الاستئناف - أن تراعي مصلحة
المستأنف لان جوهر التقرير بالاستئناف هو: تظلم من
الحكم الابتدائي - وبالتالي فان مقدمه ينشد مصلحته،
لذلك لا تملك المحكمة الاستئنافية لدى اعادة الفصل
في الدعوى ، سوى أن تؤيد الحكم أو تعدله لمصلحة رافع
الاستئناف كما لا يجوز في حالة أن يكون الاستئناف مرفوعاً
من النيابة العامة تشديد العقوبة المحكوم بها في أول درجة
ولإلغاء البراءة الا بإجماع اراء الدائرة الجنائية (قضاة
محكمة الاستئنافية).

فالخصم عندما يستأنف الحكم انما يتظلم ويرغب في
تحسين مركزه لا أن يكون تظلمه وبالأعلى عليه وضراً يلحقه
وانما جرى استثناء النيابة العامة لكونها خصم من نوع

خاص غايته بلوغ الحقيقة المجردة وتحقيق العدالة وتطبيق
القانون تطبيقاً صحيحاً سليماً فيستوي عندئذ أن يكون
ذلك ضد مصلحة المتهم أو يحققها .

من ناحية التطبيق القضائي فإن إجراءات الدعوى أمام
المحاكم الاستئنافية تبدأ برفع الاستئناف إلى المحكمة
الأعلى المختصة من دائرتها محكمة الموضوع (المحكمة
التي أصدرت الحكم الابتدائي ، وذلك خلال المدة التي
حددها التشريع يقوم قلم الكتاب بالمحكمة (أمين السر
) بتحديد تاريخ الجلسة ويعتبر ذلك إعلاناً ويتم إعلان
الخصم .

تبدأ إجراءات المحكمة الاستئنافية بالمداولة ومناقشة
مذكرات وطلبات الخصوم ، وعلى ضوء ذلك تقرر المحكمة
ما اذا كانت ثمة حاجة لتحقيق تكميلي تأمر به والا فتصدر
حكمها ^{٢٧} .

تجري المحكمة الاستئنافية تحقيقاً استكمالياً لا يشترط
- دوماً - أن تلتزم فيه المحكمة بكيفية إجراءات التحقيق
في الجلسة كما في المحاكم الابتدائية ، وإنما فقط تسمع
أقوال المستأنف والاوجه التي يسند إليها في استئنافه ، ثم
تسمع اقوال باقي الخصوم الان هذه الممارسة التطبيقية
مفيدة بوجوب مراعاة مقتضيات حق الدفاع ، فاذا طلب
المتهم سماع أحد شهود دفاعه أمامها لإثبات براءته وجب
على المحكمة أن تبحث وتنظر في مدى جديده وجدوى هذا
الطلب وتحقيقاً للعدالة فإن المحكمة متى ما تبدى لها
معقولية الطلب وجدواه فإنها تجيب المتهم إلى طلبه ، بغية
الوصول إلى الحق والعدالة التي تتسع لها هنا مظلة السلطة
التقديرية لمحكمة الاستئناف .

من المسائل المعلومة إنه قبل أن تنظر المحكمة في موضوع
الاستئناف فإنها تتحقق من استيفاء لشرط الشكلي قبول
الاستئناف شكلاً ويقصد ذلك تقديمه خلال مواعيد
الاستئناف ، وأن يكون الحكم مما يجوز استئنافه وانه مقدم
من ذي مصلحة أو صفة ، وأنه رفع وفق الاجراءات التي
رسمها القانون

فاذا قررت المحكمة رفض الاستئناف شكلاً هذا يعني عدم
قبوله شكلاً وبالتالي فإنها لا تتطرق أو تنظر في موضوعه

٢٦ الطعن في الأحكام - المرجع السابق - ص ٢٤٥ .

٢٧ في السودان تحال الدعوى الاستئنافية من رئيس محكمة الاستئناف أو من يفوضه على دائرة ثلاثية جنائية ويكلف أجد المعتاد الدائرة بنظر الملف وكتابة مذكرة الرأي
الأول بعرض على الثاني فالثالث لإبداء بالموافقة وذلك بعبارة (أوافق) ... أو (أوافق وأضيف ...) أو المخالفة وطلب المداولة ، وتصدر الأحكام بالأغلبية ويدون الرأي
المخالف ويوقع أعضاء الدائرة وعلى آرائهم في أسباب الحكم ويوقع رئيس الدائرة على منطوقه .



(موضوعاً وفي جميع الاحوال على المحاكم تسبب قراراتها وأحكامها وتدابيرها

يعرف الفقه القانوني أسباب الحكم بأنها : تلك الأسانيد التي يركز عليها منطوق الحكم من حيث الواقع والقانون . ويعرف منطوق الحكم بأنه : نتيجة تستخلصها المحكمة من مقدمات تشمل الواقعة محل الدعوى ، والظروف والملابسات التي صاحبت وقوعها ، وأسانيد الادعاء (الشاكي) فيما يدعيه ، ودفع ودفاع المدعى عليه ، وطلباته ورأي المحكمة . وتعرف أسباب الحكم الجنائي بأنها : هي تلك الأسانيد والمقدمات المنطقية التي تركز عليها النتيجة التي ينتهي إليها الحكم بخصوص إدانة المتهم أو براءته ^{٢٨} .

أي بمعنى : تحرير الأسانيد والحجج المبني عليها والمنتهجة له سواء من حيث الواقع أو من حيث القانون . يعتبر تسبب الحكم القضائي من أهم ضمانات عدالة التدابير والأحكام القضائية حيث يبين منها أن القاضي محص الدعوى وفندها الأدلة والحجج - بغية الوصول إلى عنوان الحقيقة (الحقيقة القضائية) ، فالتسبب يسمح للخصوم أن يعرفوا لماذا الإدانة أو البراءة . وتكون الأسباب هذه محل حق الطعن بالنقض إذ أن الرقابة على الحكم تعني رقابة على أسبابه وعلى منطوقه منطوقه - قضائياً - .

المبحث الثالث : التقاضي على درجتين في الفقه الاسلامي :-

لعل من شواهد الأثر في كتب الفقه الاسلامي دليلاً على التقاضي على درجتين في المجال الجنائي وغيره . فقد روي أن سيدنا علي بن أبي طالب (كرم الله وجهه ورضى عنه) : أنه لما كان في اليمن واليا - في عهد النبوة الشريف - حفر الناس حفرة للأسد ليقع فيها تسمى (زبية الأسد) ، ووقع الأسد بالفعل وتجمعوا حول الحفرة لينظروا ، وتزاحموا فوق واحد منهم في الحفرة ، فأمسك بثنان ، وأمسك الثاني بثالث ، وأمسك الثالث برابع ووقع الأربعة في الحفرة ، وهجم عليهم الأسد وقتلهم ، واحتكم أهلهم إلى سيدنا علي (كرم الله وجهه) فقضى لذوى

الأول برقع والثاني بالثلث والثالث بالنصف والرابع بالدية كاملة ، وأوجب هذه الديات على عواقل المزدحمين حول الحفرة ، ولم يسترح أهل القتل إلى هذا الحكم وأتوا النبي صلى الله عليه وسلم وعرضوا عليه الأمر وما قضاء سيدنا علي (كرم الله وجهه) فيه ، فأقر النبي صلى الله عليه وسلم قضاء سيدنا علي واستقر الأمر على ذلك ونفذ الحكم ^{٢٩} .

يستفاد مما ذكر جواز التقاضي الجنائي على درجتين، وللخصوم حق طلب إعادة سماع الدعوى من جديد أمام قاضي أعلى درجة (محكمة ثاني درجة) .

لم أعث في كتب الفقه الاسلامي - في حدود اطلاعي بالطبع - على ما يفيد أنها قد اشترطت شكلاً معيناً لتقديم طلبات استئناف الأحكام القضائية ، ولم تحدد ميعاداً أو مدة وإنما متى ما ثبت مخالفة الحكم للكتاب أو السنة أو الاجماع وسائر المصادر التشريعية المتفق عليها في الفقه الاسلامي فإنه ينقض .

أما في القوانين فهناك نصوص إجرائية تحكم انتقال أوراق الدعوى (أي ملفها) من بين يدي المحكمة الابتدائية إلى محكمة الاستئناف : ومواعيد وضوابط (اشتراطات قانونية) أو على رأي من يقول أن المحكمة العليا أيضاً درجة من الدرجات (أي الدرجة الثالثة) أو مجازاً (الدرجة الثانية) إذا أخذت بمفهوم تعدي مصطلح استئناف الأحكام إلى اختصاص المحكمة العليا في الرقابة فإن القانون أيضاً نظم هذه الإجراءات .

فالتقرير بالطعن عمل اجرائي يفصح فيه مقدمه (أي الطاعن) أو وكيله عن رغبته في الاعتراض على حكم محكمة أول درجة ، وعدم قبوله به ، وطلبه تصحيحه أو إلغائه أو تعديله .

يكون ذلك - عادة - بتقديم الطلب (التقرير) أو ما يسمى بعريضة أو مذكرة الطعن إلى الموظف المختص (أمين سر المحكمة) ^{٣٠} بالمحكمة المطعون على حكمها ، وقد يقدم إلى المحكمة الأعلى المقدم إليها الطلب مباشرة (محكمة ثاني درجة) وهي بدورها تخاطب محكمة الموضوع

٢٨ الطعن في الأحكام (المعارضة والاستئناف) في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء - د. محمود صالح العادلي - طبعة ٢٠٠٥ دار الفكر الجامعي ص ٢٩١ .
٢٩ أعلام الموقعين عن رب العالمين - تأليف / شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية - طبعة بيروت - ط ٢ ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٧ ج ٢ ص ٣٩ .
٣٠ تقابل درجة (مراقب المحكمة) في النظام القضائي السوداني إلا أن الفارق أنه لا يشترط في القانون السوداني توقيع أمين السر على الأحكام ولا يولى كتابة محاضر قضائية لأن صميم عمل القاضي كتابة المحضر والتوقيع على صفحاته ثم كتابة مسودة الحكم ، ولا يشترط حضور وكيل الادعاء العام لانعقاد الجلسة القضائية وان حضر فهو يجلس في المكان المخصص للمحامين لأنه يمثل خصومة (الدفاع عن الحق العام) .



(محكمة أول درجة) لإرسال الأوراق ليتسنى نظر الطلب والفصل فيه ، وذلك بعد تحصيل الرسوم - إن وجدت - بحسب الحال .

من الشواهد التي يمكن الاستدلال بها في هذا المقام ، هي رسالة سيدنا عمر بن الخطاب (رضي الله عنه إلى القاضي سيدنا أبي موسى الأشعري) (رضي الله عنه) ، حيث قال له (... ولا يمنعك قضاء قضيت في اليوم فراجعت فيه نفسك وهديت فيه لرشدك أن ترجع فيه إلى الحق فإن الحق قديم ومراجعة الحق خير من التماسي في الباطل ... إلخ)^{٢١}.

وهو ذاته ما دلت عليه رسالة سيدنا علي بن أبي طالب (كرم الله وجهه ورضي عنه) إلى واليه على مصر الأشر النخعي ، فقد أورد المستشار جمال صادق المرصفاوي في بحثه (نظام القضاء في الاسلام) بشأن هذه الرسالة ما يلي : (القضاء هم حفظة العدل ، القائمون بالقسط ، فأمرهم خطير وعملهم عظيم ، ولهذا لم تغفل الشريعة مراقبتهم والكشف عن أعمالهم ، فهذا عهد على بن أبي طالب (رضي الله عنه) إلى الأشر النخعي واليه على مصر وقد جاء فيه بخصوص القضاء : ثم تخير للحكم أفضل رعيته في نفسك ... ثم أكثر تعهد قضائه ...)^{٢٢}.

على وجه الإجمال ، أن التقاضي على درجتين سواء في المجال الجنائي ، أو غيره وطرق الطعن التي تقررها القوانين تجد أساسها في الفقه الاسلامي ، وان اختلفت المسميات الاصطلاحية ، فاللغة القانونية تتطور محكومة بالمعاملات والأعراف ومستجدات العصر .

بإيجاز يمكن القول أن مبدأ التقاضي على درجتين هو اتاحة الفرصة للخصم الذي حكم لغير صالحه بعرض النزاع أمام محكمة أعلى درجة لتفصل فيه من جديد ولتغية تعدله وهذه الطريقة تسمى بالاستئناف وهذا حق أصيل للمتقاضي وضمانه من ضمانات المحاكمة العادلة « الحق في محاكمة عادلة » (Fair Trial) الذي نصت عليه المواثيق الدولية لحقوق الانسان . هذه طلبات المستأنف وهي داخله في سلطات المحكمة الاستئنافية وهي « التأييد ومعناه رفض الاستئناف - الالغاء - التعديل ».

يمكن القول بالجملة أن التقاضي على درجتين في المسائل الجنائية مشروعيته ثابتة استدلالاً بما سيق من شواهد من الأثر والمصلحة العامة المرسله ، وفيه احتياط وتثبت لموثوقية أحكام المحاكم الأدنى ومراقبة صحتها ، وهذا أيضاً مستند سد الذرائع ، وأن أصدق الشواهد الكتاب الكريم إذ قال الله سبحانه وتعالى ﴿ وَدَاوُدَ وَسَلِيمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَسَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحَكْمِهِمْ شَاهِدِينَ ﴾ فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ وَكَلَّا أَتَيْنَا حُكْمًا وَعَلَّمْنَا وَسَخَرْنَا مَعَ دَاوُدَ الْجِبَالَ يُسَبِّحْنَ وَالطَّيْرَ وَكُنَّا فَاعِلِينَ ﴾ ، سورة الانبياء (الآيتان ٧٨ - ٧٩) .

تتلخص وقائع الدعوى القضائية المشار إليها في تفاسير ومعاني ودلالات الآية الكريمة أن صاحب مزرعة (حرث) إدعى على مالك غنم أنها دخلت مزرعته ليلاً وأفسدت محصوله ، إذ أن (النفس) هو أكل الدواب ليلاً تعدياً ، ويخص - في الغالب - الغنم لأنها ترعى ليلاً أكثر من النهار - وهذا معلوم لأهل البادية والمراعي - ، ولأن صاحب الزرع غير مكلف بحراسة زرعه ليلاً - كعادة أهل المزارع في البادية - حيث يعملون فيها غداً حتى إذا جنهم الليل راوحوا ديارهم ومساكنهم - رواحاً .

كما أن على صاحب الغنم - ومعلوم أنها ترعى ليلاً أو يرعاها ليلاً ونهاراً وفي الليل أكثر حرصاً ، فلما كانت هذه الغنم قد تسربت من صاحبها ونفشت في محصول الشاكي (المدعي) واتلفته (هذا تعدي وإتلاف جنائي) ، إذ التعدي دخول حرز الغير أو محل مملوك له منتفع به دون إذن منه أو سماح ، والإتلاف إفساد وانقاص القيمة . ورفعت هذه القضية أمام نبي الله داوود عليه السلام فحكم فيها حكماً (أول درجة) فقضى بالغنم إلى صاحب المحصول المتلف ، ثم ترافعا - بالمفهوم القانوني المعاصر - لدى ابنه سيدنا سليمان عليه السلام فأبدى فيها رأياً جديداً يقضي بأن تدفع الغنم إلى صاحب المحصول (المدعي) فيصيب فيها حتى إذا كان محصوله كما كان (أي نماء) دفع المحصول إلى صاحبه ودفعت الغنم إلى صاحبها .. وأثنى القرآن الكريم على فهم سليمان ..

وعن ابن عباس رضي الله عنه قال : قضى داود بالغنم

٢١ - أنظر : سنن الدار قطني في باب كتاب عمر (رضي الله عنه) إلى أبي موسى الأشعري من كتاب الأفضية والأحكام ج ٤ ص ٢٠٤ - ٢٠٧م

٢٢ - نظام القضاء في الاسلام - المستشار / جمال صادق المرصفاوي - رئيس محكمة النقض المصرية - من البحوث المقدمة لمؤتمر الفقه الاسلامي الذي عقدته جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية بالرياض / السعودية ١٣٩٩ - ص ١٥٠ - ص ١٥١ .



سليمان بصوابه ، وعذر داوود باجتهاده .
٧. روى مسلم وغيره عن عمرو بن العاص أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر) هكذا لفظ الحديث في كتاب مسلم : (إذا حكم فاجتهد) فبدأ بالحكم قبل الاجتهاد .

وهكذا إلى أن عدَّ الامام القرطبي في جامعه المشار إليه .. عشرين مسألة متفرعة عن تفسيره وتأمله في دلالات وظلال معاني الآيات الكريمة .. منها مبدأ التقاضي على درجتين^{٢٢} ، واجتماع أكثر من قاض في دائرة قضائية لاستئناف الحكم ، وأن على أهل الحوائط والبساتين حفظ بساتينهم نهاراً وحراستها ، وعلى أهل الغنم حفظها ليلاً أو أن تكون براع يراعيها منعاً لتعديها ، وجواز الاجتهاد فيما لا نص عليه من الكتاب أو السنة .. أبان فقهاء المدرسة الإباضية في قواعدهم الفقهية قاعدة « لاحظ للظن مع وجود الأثر » وهم أهل اجتهاد ونظر والتزام في العمل بالأثر وحرصوا على موثوقيته وأول من أهتم بالتأليف الموسوعي في الفقه الاسلامي بل سبقوا المذاهب الأخرى في الاهتمام بالفقه المقارن ذلك لكونهم أهل انفتاح على المدارس الفقهية الأخرى والرأي الآخر ومناقشته وفق الدليل والبرهان فما وافقه الدليل قبلوه ولو كان من مخالفيهم ، وما خالف الدليل ووهنت حجته وأسانيده رفضوه ولو كان من موافقيهم ، واشتملت مصادرهم ومراجعهم الفقهية على آراء ثرة مستتيرة متمعة تدعم ما سقناه حول موضوع فحص الأحكام الجنائية ومراجعتها عبر آلية التقاضي على درجتين .

المبحث الرابع : التقاضي على درجتين في ضوء أحكام قانون الإجراءات الجزائية وأحكام القضاء العماني :-

بالرجوع إلى النصوص الإجرائية في قانون الإجراءات الجزائية العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٩٧/٩٩ نجد أن نص المادة ١٣٨ منه يقرأ : تختص دائرة أو أكثر

لأصحاب الحرث فخرج الرعاء معهم الكلاب فقال لهم سليمان كيف قضى بينكم فأخبروه فقال : لو وليت أحدكم لقضيت بغير هذا فأخبروا بذلك داوود فدعاه فقال : كيف تقضي بينهم ؟ قال أدفع الغنم إلى صاحب الحرث فيكون له أولادها وألبانها وسلاؤها ومنافعها ، ويبذر أصحاب الغنم لأهل الحرث مثل حرثهم ، فإذا بلغ الحرث الذي كان عليه ، أخذ أصحاب الحرث وردوا الغنم إلى أصحابها^{٢٣} .

كما أورد الامام القرطبي في تفسيره المسمى (الجامع لأحكام القرآن) عشرين مسألة في تفسير الآيتين ٧٨ ، ٧٩ من سورة الأنبياء ، مما يدل دلالة واضحة بينة على مشروعية التقاضي على درجتين ومشروع تشكيل دائرة قضائية من جمع من القضاة لاستئناف وإعادة نظر الدعوى لتأييد حكم أول درجة أو تعديله أو إلغائه ومن بين المسائل التي أوردتها الأمام القرطبي في تفسيره :

١. الاجتماع في الحكم وان جمعهما في القول فان حكمين على حكم واحد لا يجوز ، وإنما حكم كل واحد منهما على انفراد (إذ يحكمان) .
٢. قوله تعالى : ﴿ إِذْ نَفَسَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ ﴾ أي رعت ليلاً ، يقال نفست بالليل ، وهملت بالنهار ، إذا رعت بلا راع .
٣. قوله تعالى : ﴿ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ ﴾ دليل على أن أقل الجمع اثنان .
٤. قوله تعالى : ﴿ فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ ﴾ أي فهمناه القضية والحكومة .
٥. قوله تعالى : ﴿ وَكَلَّا آتَيْنَا حُكْمًا ﴾ .

تأول قوم أن داوود عليه السلام لم يخطئ في هذه النازلة ، بل أوتى فيها الحكم والعلم ، وحملوا قوله : ﴿ فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ ﴾ على أنه فضيلة له على داوود وفضيلته راجعه إلى داوود والوالد تسره زيادة ولده عليه .

وقالت فرقة : بل لأنه لم يصب العين المطلوبة في هذه النازلة ، وإنما مدحه الله بأن له حكماً وعلماً يرجع إليه في غير هذه النازلة .

وقال الجمهور : أن حكمهما كان باجتهاد قال الحسن : لولا هذه الآية لرأيت القضاة هلكوا ، ولكنه تعالى أثنى على

٢٢ أنظر : تفسير القرآن العظيم - للأمام الحافظ عماد الدين أبو الفداء اسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي - المجلد الثالث - دار المعرفة بيروت - ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م .

٢٤ مزيد من التفاصيل في هذه المسألة يُنظر : الرقابة القضائية على الأحكام الجنائية (القاضي الدكتور / محمد خليفة حامد - الناشر : دار الفكر الجامعي بالإسكندرية - طبعة ٢٠١٠م)



القانون فرقت بين حالة ما إذا كان الاستئناف مرفوعاً من الادعاء العام إذا كان مرفوعاً من غيره ، وقيد الحالة الأولى بعدم إمكان إلغاء حكم البراءة إلا بإجماع الدائرة (أي اجماع آراء قضاة المحكمة) .

فقد نصت هذه المواد على - الاستئناف - في المواد التالية :-

المادة (٢٣٤) : للادعاء العام وللمحكوم عليه استئناف الأحكام الصادرة في الجench وفي المخالفات المحكوم فيها بعقوبة السجن ، سواء أكان الحكم حضورياً أم غيابياً أو كان صادراً في المعارضة في حكم غيابي .

المادة (٢٣٥) : يجوز استئناف الأحكام الصادرة في الدعوى المدنية في الجench والمخالفات من المحكوم عليه والمدعى بالحق المدني والمسؤول عنه فيما يختص بالحق المدني وحده إذا كان التعويض المطلوب يزيد على النصاب الذي يحكم فيه القاضي الجزئي نهائياً .

المادة (٢٣٦) : يجوز استئناف الحكم الصادر في الجرائم المرتبطة ببعضها البعض ارتباطاً لا يقبل التجزئة ولو لم يكن الاستئناف جائزاً إلا بالنسبة إلى بعض الجرائم فقط .

المادة (٢٣٧) : ميعاد الاستئناف ثلاثون يوماً من تاريخ النطق بالحكم إذا كان حضورياً أو صادراً في المعارضة ومن تاريخ صيرورته نكير قابل للمعارضة إذا كان غيابياً بالنسبة إلى المحكوم عليه والمدعى بالحق المدني والمسؤول عنه ، وخمسة وأربعون يوماً بالنسبة إلى الادعاء العام .

المادة (٢٣٨) : يبدأ ميعاد استئناف الأحكام المعتبرة حضورياً طبقاً للمادتين (١٦٦) و (١٦٧) من هذا القانون بالنسبة إلى المحكوم عليه من تاريخ إعلانه بها .

المادة (٢٣٩) : يرفع الاستئناف بتقرير يودع أمانة سر المحكمة التي أصدرت الحكم ، وإذا كان المتهم محبوساً فإنه يقرر بالاستئناف أمام القائم على إدارة السجن الذي يقدم التقرير إلى أمانة سر المحكمة فوراً ، وينظر الاستئناف على وجه السرعة .

المادة (٢٤٠) : تحدد جلسة لنظر الاستئناف خلال خمسة عشر يوماً على الأكثر من تاريخ إيداع التقرير بالاستئناف ، ويثبت به تاريخ الجلسة التي حددت لنظره ، ويعتبر ذلك إعلاناً به ، ولو كان التقرير من وكيل ، وعلى الادعاء العام تكليف باقي الخصوم الحضور في الجلسة .

بمحكمة الاستئناف بنظر قضايا الجنايات ، ويشار إليها في هذا القانون بمحكمة الجنايات .

وتختص دائرة أو أكثر بالمحكمة الابتدائية بنظر ما يرفع إليها من استئناف الأحكام الصادرة في الجench والمخالفات المحكوم فيها بعقوبة السجن ويشار إليها في هذا القانون بمحكمة الجench المستأنفة .

وتختص دائرة أو أكثر بالمحكمة الجزائية بنظر قضايا الجench والمخالفات ، ويشار إليها في هذا القانون بمحكمة الجench .

وتختص دائرة أو أكثر بالمحكمة الابتدائية بنظر ما يرفع إليها من استئناف الأحكام الصادرة في الجench والمخالفات المحكوم فيها بعقوبة السجن ويشار إليها في هذا القانون بمحكمة الجench المستأنفة .

ويمكن القول أن هذه المحكمة الأخيرة - فقط - بالرغم من أنها في درجة محكمة ابتدائية من حيث التدرج الهيكلي القضائي إلا أن اختصاصها يجعل منها درجة ثانية للتقاضي الجزائي فيما يتعلق بالجench والمخالفات المحكومة بعقوبة السجن - فحسب - ، إلا أنه توجد درجة ثانية جنائية للتقاضي في (الجنايات) ، وهي أكثر جساماً وأشد خطراً فمن باب أولى وجود محكمة ابتدائية للجنايات ومحكمة استئناف للجنايات .. المسألة تحتاج لصراحة النص القانوني « تشريعي » وذلك لا يتسنى إلا بتعديل قانون الإجراءات الجزائية لإيجاد درجة ثانية للتقاضي الجنائي في النظام القضائي ، كذلك خُص الفصل السادس من هذا القانون بطرق الطعن في الأحكام الجنائية ، أي طلب وضع أوراق الدعوى أمام المحكمة العليا وهي كما بينا ليست درجة من درجات التقاضي - كما سلف بيانه - وإنما محكمة قانون تراقب سلامة تطبيقه وتأويله ، وبطبيعة الحال لا يمكن اعتبار (المعارضة) المنصوص عليها في المادة (٢٣٠) من هذا القانون مثلاً للتقاضي على درجتين لأن المعارضة تقدم لذات المحكمة التي أصدرت الحكم ... وإن كان هي من سبل طرق الطعن في الأحكام .

استئناف الأحكام الجزائية :-

نظمت المواد من (٢٣٤) من ذات القانون استئناف الأحكام في الجench والمخالفات مع ملاحظة أن المادة (٢٤٢) من



المادة (٢٤١) : إذا وجدت المحكمة أن الاستئناف مقبول شكلاً تسمع أقوال المستأنف وطلباته ثم يتكلم بعد ذلك باقي الخصوم ويكون المحكوم عليه آخر من يتكلم .

المادة (٢٤٢) : إذا كان الاستئناف مرفوعاً من الادعاء العام فللمحكمة أن تؤيد الحكم أو تلغيه أو تعدله سواء ضد المحكوم عليه أو لمصلحته . ولا يجوز تشديد العقوبة المحكوم بها ولا إلغاء الحكم الصادر بالبراءة إلا بإجماع آراء قضاة المحكمة . أما إذا كان الاستئناف مرفوعاً من غير الادعاء العام فليس للمحكمة إلا أن تؤيد الحكم أو تلغيه أو تعدله لمصلحة المستأنف

المادة (٢٤٣) : إذا حكمت محكمة الجench في الموضوع ورأت محكمة الجench المستأنفة أن هناك بطلاناً في الإجراءات أو في الحكم تصح البطلان وتحكم في الدعوى .

أما إذا حكمت بعدم الاختصاص أو بقبول دفع يترتب عليه منع السير في الدعوى ، وحكمت محكمة الجench المستأنفة بإلغاء الحكم وباختصاص المحكمة أو برفض الدفع وبنظر الدعوى ، يجب عليها أن تعيد القضية لمحكمة الجench للحكم في موضوعها .

المادة (٢٤٤) : الأحكام الصادرة قبل الفصل في موضوع الدعوى لا يجوز استئنافها ، ويترتب على استئناف الحكم الصادر في الموضوع استئناف هذه الأحكام ، ومع ذلك يجوز استئناف الأحكام الصادرة باختصاص المحكمة أو بعدم اختصاصها .

صفوة القول وخلاصته أن المحكمة العليا محكمة قانون وليست درجة من درجات التقاضي ، إذ لا تستأنف سماع أو نظر الدعوى موضوعاً من جديد ، هذا بمفهوم مبدأ التقاضي على درجتين ، وأن كان عدها بعض الفقه القانوني درجة ثالثة للتقاضي والأصوب أن يقال مرحلة أو مرتبة ثالثة من شأنها تقويم تدابير ما انتهت إليه الدرجتين - الأولى والثانية - من قضاء .

من المسائل ذات الأهمية والتي ينبغي أن يشار إليها هنا تلك المكانة السامية التي ارتقى إليها القضاء العماني ذو التاريخ الناصع والحاضر المشرق - ذلك بإعلان استقلاله - مالياً وإدارياً - وفقاً للمرسوم السلطاني السامي رقم

٢٠١٢/١٠ م ، بشأن تنظيم إدارة شؤون القضاء الصادر بتاريخ ٧ من ربيع الثاني ١٤٣٣ هـ الموافق ٢٩ من فبراير ٢٠١٢ م وبموجبه عبر القضاء العماني الماجد مرحلة مهمة من تاريخه الوضاء حيث انتقلت الاختصاصات المعقودة لوزير العدل المنصوص عليها في قانون السلطة القضائية إلى مجلس الشؤون الإدارية للقضاء (The Judiciary Affairs Council) حيث يمارس رئيس هذا المجلس - أي رئيس المحكمة العليا بحكم منصبه - الاختصاصات والصلاحيات المعقودة لوزير العدل المنصوص عليها في القانون المذكور فيما عدا الاختصاصات المنصوص عليها في المادتين (٧٨) و (٩٩) منه .

وجاءت المادة الثالثة لتقرر الاستقلال المالي للقضاء - السلطة القضائية - دون الاخلال بأحكام قانوني محكمة القضاء الإداري والادعاء العام ، حيث جاء النص السامي على النحو التالي : « مع عدم الاخلال بأحكام قانوني محكمة القضاء الإداري والادعاء العام المشار إليهما ، يكون للقضاء ميزانية سنوية مستقلة يقدم رئيس مجلس الشؤون الإدارية المنصوص عليه في قانون السلطة القضائية المشار إليه تقديراتها إلى وزارة المالية بعد أخذ رأي المجلس ، وتبدأ السنة المالية الأولى من تاريخ العمل بهذا المرسوم وتنتهي في الحادي والثلاثين من ديسمبر من ذات العام » .

هذا الاستقلال والذي يتصدر به قضاء السلطنة إقليمياً كثير من الأنظمة القضائية العربية والإسلامية وتبوأ مقعداً سامياً عالياً في مدارج القضاء العربي والإسلامي المعاصر كالنظام القضائي السوداني ، يعتبر حلقة هامة من مراحل تطور وتاريخ القضاء العماني ، شاهدة على ازدهاره وازدهاراته واستقلاله التام ، - وتأتي المادة (١) من المرسوم تكاملياً مع المادة الثالثة أيضاً من المرسوم رقم ٢٠١٢/٩ م الصادر في ذات التاريخ والنافذ^{٣٦} (٢) من تاريخ صدوره وهو مرسوم سلطاني - بشأن المجلس الأعلى للقضاء - ، إذا نصت المادة الثالثة منه على أن للمجلس الأعلى للقضاء في سبيل تحقيق أهدافه كافة الاختصاصات والصلاحيات .

وتأتي الفقرة (٣) من هذه المادة بالنص على : (العمل

المرسوم السلطاني رقم ٢٠١٢/١٠ م .

٣٥ المرسوم السلطاني رقم ٢٠١٢/٩ م .

٣٦ المرسوم السلطاني رقم ٢٠١٢/١٠ م .



على تيسير اجراءات التقاضي وتقريبه للمتقاضين) وهذا يعزز من أهمية التقاضي على درجتين في المسائل الجنائية للتيسير والتخفيف وتقريب العدالة وتبسيط الإجراءات ويمكن المتقاضي من فرصة عرض دعواه للمرة الثانية أمام المحكمة أعلى أو عرض دفاعه مناهضاً حكم محكمة أول درجة .

من المعلوم أن القضاء والقضاة - من الناحية القضائية العملية - مستقلون في عملهم القضائي وأحكامهم بلا تأثير أو تدخل وهذه سمة ملازمة لتاريخ القضاء العماني والسوداني .

الخاتمة

أولاً : النتائج :

مما سبق ذكره من بيان ودراسة مقارنه ، فإنه لا غناء بل من الضروري بمكان تأكيد قوانين الإجراءات الجزائية على مبدأ التقاضي على درجتين في الجنايات وذلك لعدة أسباب منها :

١. أهمية العمل القضائي الجنائي أو (الجزائي) وتدبيره لمساسه بحقوق الانسان وحرياته وصعوبة - أن لم تكن استعالة - أو تعذر تدارك آثاره أو إعادة الحال إلى ما كان عليه إذا نقض الحكم في المحكمة العليا .

٢. إن مستوى الإثبات الجنائي مبيتناه اليقين القضائي دون مرحلة الشك المعقول محفوفاً بقاعدة: «تفسير الشك لمصلحة المتهم» وأما مستوى الإثبات في المجال المدني فهو (ترجيح البينات) فكان من باب أولى أن يكون التقاضي في الجنايات على درجتين ... طالما أخذ المشرع بنظام التقاضي على درجتين في المسائل المدنية والأحوال الشخصية .

٣. ان وجود درجة ثانية للتقاضي الجنائي من شأنه التخفيف على المحكمة العليا بتقليل الطعون أمامها علاوة على التخفيف والتيسير على المتقاضين - أيضاً .

٤. ان حرمان المتقاضي من درجة من درجات التقاضي « استئناف نظر الموضوع لا سيما في الجنايات ربما يمس حقه في المحكمة العادلة وفي التقاضي ، حيث ان من مبادئ

التقاضي الأساسية : التقاضي على درجتين

٥. المحكمة العليا ليست درجة من درجات التقاضي وإنما هي محكمة قانون - فحسب - تراقب سلامة التطبيق والتأويل .

ثانياً : التوصيات :

يوصى البحث بدراسة تعديل قانون الإجراءات الجنائية العماني بحيث تشمل درجة ثانية للتقاضي في الجنايات (دائرة جنائية بمحكمة الاستئناف) .

وكذلك تعديل اختصاص المحاكم الجزائية بحيث تختص دائرة ثلاثية بالمحكمة الابتدائية بنظر قضايا الجنايات وتسمى (محكمة الجنايات العامة) .

وإمكان إدخال تعديل في نص المادة (٢٣٤) من قانون الإجراءات الجزائية (الطعن في الأحكام الصادرة في محكمة الجنايات) ، وفي نص المادة (١٣٨) من قانون الإجراءات الجزائية ، بحيث ينص القانون على أن تختص دائرة أو أكثر بمحكمة الاستئناف بالنظر فيما يرفع إليها من استئناف في الأحكام الصادرة من محكمة الجنايات وتسمى (الدائرة الجنائية بمحكمة الاستئناف) ، كما تختص دائرة أو أكثر بالمحكمة الابتدائية مشكلة من ثلاثة قضاة بالنظر في قضايا الجنايات ويشار إليها في هذا القانون بمحكمة الجنايات ، كما وتختص ذات هذه الدائرة بنظر ما يرفع إليها من استئناف في الأحكام الصادرة في الجرح والمخالفات المحكوم فيها بعقوبة السجن ويشار إليها هنا بمحكمة الجرح المستأنفة .

نأمل أن تكون هذه الدراسة اسهام في تأصيل القانون والتقاضي الجنائي بما يخدم قضية الثقافة القانونية وتطوير العمل القضائي وتجديده مواكبة لمستجدات القضايا المعاصرة

وبالله التوفيق؛؛؛؛؛

فهرس المصادر والمراجع

أولاً : المصادر

كتب تفسير القرآن الكريم :

١. تفسير القرآن العظيم - الإمام الحافظ عماد الدين أبو



السعيدى - أطروحة لنيل درجة دكتوراه الدولة - جامعة محمد الخامس - أكادال - كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - الرباط - المملكة المغربية .

١٢. الرقابة القضائية على الأحكام الجنائية في الفقه الاسلامي والقانون السوداني الجنائي الدولي - القاضي الدكتور / محمد خليفة حامد - رسالة لنيل درجة الدكتوراه في المقارن - جامعة القرآن الكريم والعلوم الاسلامية - ٢٠١٠م - ام درمان - جمهورية السودان .

١٣. شائبة الخطأ في الحكم الجنائي - الدكتور / محمد زكي أبو عامر - رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق - ١٩٧٤م - جامعة الاسكندرية - جمهورية مصر العربية .

المراسيم والقوانين .

١٤. الدستور الانتقالي لجمهورية السودان لسنة ٢٠٠٥م .
١٥. المرسوم السلطاني رقم ٢٠١٢/٩م - المجلس الأعلى للقضاء .

١٦. المرسوم السلطاني رقم ٢٠١٢/١٠م - بشأن تنظيم وإدارة شؤون القضاء «سلطنة عمان» .

١٧. قانون الإجراءات الجزائية العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٩٩/٩٧ .

١٨. قانون القضاء المدني السوداني لسنة ١٩٠٠ وتعديلاته
١٩. قانون الإجراءات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٣م .

٢٠. قانون الإجراءات الجنائية السوداني لسنة ١٩٩١م .

٢١. مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة - في المكتب الفني للمحكمة العليا - سلطنة عمان - في الفترة من ٢٠٠٢م إلى ٢٠١٠م .

٢٢. المجلة القضائية - المكتب الفني للمحكمة العليا - سلطنة عمان .

الفداء اسماعيل بن كثير القرشي المدشقي - دار العزمه - بيروت ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م .

الأحاديث النبوية :

٢. سنن الدار قطنى في باب كتاب عمر (رضي الله عنه) إلى أبي موسى الأشعري من كتاب الأقضية والأحكام - ج ٤ .

ثانياً : المراجع :

٣. إعلام الوقعين عن رب العالمين - شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية - طبعة بيروت - الطبعة الثانية - ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٧م .

٤. مقدمة ابن خلدون - تحقيق الدكتور / علي عبد الواحد وايف .

٥. الطعن في الأحكام (المعارضة والاستئناف) في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء - الدكتور / محمود صالح العادلي - دار الفكر الجامعي - الاسكندرية - طبعة ٥ .

٦. الوجيز القاضي في منشورات تسجيلات الأراضي - الدكتور / محمد خليفة حامد - القاضي بالمحاكم السودانية - تقديم سعادة / محمد حمد ابوسن - الطبعة الأولى ٢٠٠٢م والثالثة ٢٠١٠م ، مطبعة دار السداد - السودان .

٧. موسوعة المنشورات الجنائية (١٩٥٠م - ٢٠١٠م) - الدكتور / محمد خليفة حامد - القاضي بالمحاكم السودانية - تقديم فضيلة الشيخ العلامة / عبد الرؤوف حسب الله ملاسى - قاضي المحكمة العليا بالسودان رئيس دائرة المحكمة العليا بالبحر الأحمر وكسلاً .

٨. الرقابة القضائية على الأحكام الجنائية - الدكتور / محمد خليفة حامد - القاضي بالمحاكم السودانية - دار الفكر الجامعي - الاسكندرية - طبعة ٢٠١٠م .

٩. بابر عوض الله - رئيس القضاء الأسبق - سيرة ومواقف - الدكتور / محمد خليفة حامد - طبعة ٢٠١٠م - السودان .

١٠. نظام القضاء في الاسلام - المستشار / جمال صادق المرصفاوى - رئيس محكمة النقض المصرية - من البحوث المقدمة لمؤتمر الفقه الإسلامي الذي عقدته جامعة الامام محمد بن مسعود الاسلامية - بالرياض - السعودية ١٣٩٩ هـ .

الرسائل العلمية :

١١. استقلال القضاء في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي - دراسة مقارنة - فضيلة الدكتور / يعقوب بن محمد



وقفات مع قانون الإثبات العماني

إعداد:

الباحث / د. طلال بن خلفان بن سيف المعولي



تمهيد :

دواع أدبية بحيث يحترم اللاحق حكم السابق ما لم يتبين حيفه .

وقد أمضيت هذه الدراسة من خلال ثلاث وقفات:

الوقفة الأولى: قضاء القاضي بعلمه.

للقرائن القضائية حبل ممدود بمشروعية قضاء القاضي بعلمه إلا أنه الأليق بالمادة الثانية أن تذهب بعلم القاضي إلى شهوده على واقعة قانونية، فليس له في هذه الحالة أن يبرر حكمه بشهوده على تلك الواقعة أو شهادته عليها، فإن فعل فحكمه غير سائغ يستدعي نقضا من المحكمة الأعلى منه، وإعمالا لهذا المبدأ فقد قضت محكمة التمييز العراقية ب: «إن عدم اطلاع المحكمة على سند الدعوى وربطه يجعل الحكم غير مستند على بيئة قانونية ومن بعد يكون الحكم مستندا إلى علم القاضي وهذا غير جائز مما يقضي معه نقض الحكم»^(١).

فليس له أن يبني قناعته في الأحكام بمثل ذلك بل يلتزم مبدأ الحياد، فإن دعي للشهادة اعتزل الحكم في تلك القضية، ونزل إلى جوار الخصوم شاهدا على القضية .

ومن هذا المنطلق فإن اعتماد القاضي على أصل من الأصول، ومن بينها القرائن القضائية لا يعد قضاء بعلم القاضي، فإن قيام ذلك إنما تم وفقا للمعطيات الماثلة والتي عبرت حقيقة أو ضمنا عن حكم معين وذلك بناء على مقدمات منطقية أو أعراف سائدة أو ما شاكل ذلك.

«فالأصل في العقد أو التصرف أو الحكم أو القرار .. هو صحته أو مشروعيته ما لم يثبت بطلانه أو عدم مشروعيته .. وإخفاق الخصم في الإثبات قد يعدّ قرينة قضائية لصالح خصمه ويحكم له بمطلوبه ضمن قرائن أخرى» .. فإذا حكم القاضي على هذا الأصل فلا يكون قد قضى بعلمه الشخصي أو بغير ما في القضية من قرائن^(٢).

وإنما رأى الباحث مثل ذلك التعارض لأن استنباط القاضي لقرائن أخرى جديدة يكفل له الحرية في شق أدلة جديدة وتصفح هاتيك الأدلة من خلال نظره وعلمه الشخصي .

الحمد لله وكفى والصلاة والسلام على النبي المجتبى وعلى آله وصحبه ومن اهتدى، أما بعد ...

يقف الباحث من خلال هذه الدراسة على بعض المحطات في سياق قانون الإثبات العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٠٠٨/٦٨م ومن أهم الوقفات التي عرض لها الباحث

الوقفة الأولى تأتي في سياق ما نصت عليه المادة الثانية من قانون الإثبات العماني من أنه لا يجوز للقاضي الحكم بعلمه الشخصي، وسوف تتناول هذه الدراسة تفسير هذه القضية بعيدا عن الجدل الفقهي الذي نشب بين الفقهاء نظرا لحاجة القضاء إلى فهم المراد من هذه المادة حيث استقر في دساتير الإثبات عدم جواز الاستدلال بعلم القاضي؛ كما أن المتبادر إلى الأذهان عند الوهلة الأولى أن إطلاق هذه المادة على علاقتها بتعارض نسبيا مع المادة (٥٤) من ذات القانون حيث أتاحت الأخيرة للقاضي استنباط قرائن أخرى للإثبات لم ينص عليها القانون، وتعرف هذه القرائن بالقرائن القضائية.

وتأتي **الوقفة الثانية** من هذه الدراسة للوقوف على ورد في الباب الثاني من قانون الإثبات حيث التنصيص على أحكام الإثبات الخاصة بالمحررات الرسمية والعرفية، وهذه المحطة تعتبر من أهم المحطات لعموم البلوى بهذه المحررات؛ وذلك بالنظر إلى أن بعض إجراءات التداول في المعاملات يكون منشؤها الثقة المتبادلة بين الناس وتقتضي شيئا من هذه المعاملات -خصوصا العلاقات التجارية منها- سرعة التداول في منأى عن التعقيد المحتمل من ترسيم تلك الوثائق سيما إن كان هذا التداول يُعنى بما خف من الديون والالتزامات.

وتأتي **الوقفة الثالثة** في نطاق الباب الرابع من قانون الإثبات العماني حول الأحكام المتعلقة بحجية الأمر المقضي وقرنه بالقرائن، وتبوأ الأحكام القضائية هذه المكانة صونا لها من العبث والتعارض فإن القاضي أحوج منه إلى نظره منه إلى أثره، كما أن لاحتجاج بالأحكام القضائية السابقة

١ رقم القرار ٩٩٦ في ٢٥ / ٦ / ١٩٦٦م نقله الأستاذ الدكتور عباس العبودي في كتابه شرح أحكام قانون البينات الجديد ص ٦٨ ط ١ سنة ٢٠٠٤م الأردن عمان .
انظر الدكتور أحمد أبو الوفا - التعليق على نصوص قانون الإثبات ص ٤٥-٤٦ ، دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية مصر - ٢٠٠٧م بتصرف ، والكلام بين معكوفين نقله عن مجموعة أحكام النقض بجمهورية مصر العربية سنة ١٩٢٥م - إثبات رقم ٢٠ .



الشخصي في واقعة خاصة محل نزاع بين الخصوم لا تثبت إلا بالدليل ويؤثر إدلاء القاضي فيها بالرأي على ثبوت أو نفي الواقعة بما يتنافى وقاعدة الحكم بالدليل الظاهر، وأما العلم القضائي بالبدهيّات فيقوم على علم القاضي الشخصي بمسألة أو شأن عام معلوم للكافة ولا يعتبر إدلاؤه بالرأي في ذلك بينة على ثبوت أو نفي الواقعة .

أضف إلى ذلك فإن المتبادر إلى الأذهان عندما تطرق مسألة قضاء القاضي بعلمه الشخصي إنما تنصرف إلى تعرّض القاضي وشهوده على واقعة من الوقائع المنظورة بين يديه قبل وقوفه عليها في مجلس الحكم، وكأني بالقاضي في علمه الشخصي بتلك الواقعة يصلح أن يكون شاهداً عليها أن لو قدّر له التحي عنها وإحالتها إلى غيره من القضاة، وسدّ هذا الباب على القضاة حتى لا يتطرق مثل هذا الادّعاء على الأحكام، ومن خلاله يتغلغل المتنفذون على رقاب العباد، فينسبون إليهم ما يعجزون عن مناقشته تحت سياط العلم المسبوق، وبه يتبيّن لك المقصود، ففيه حماية الخصوم من جهة وتمكينهم من مناقشة الأدلة التي يواجهون بها من جهة أخرى.

أما ما يعرض للقاضي أثناء سير الدعوى من علم للملاسات بعد الموازنة بين الدفوع أو إمامه بما تواضعت عليه الأفهام وتواطى عليه العقلاء من حقائق مستفيضة بين الناس — كما ستراه قريباً في شواهد المحكمة العليا السودانية — فليس ذلك من قبيل ولا دبير يمتّ إلى الخلاف الذي نشب بين الفقهاء حول حكم قضاء القاضي بعلمه الشخصي والجمهور على المنع وعليه العمل في قوانين الإثبات العربية، وإنما رأيت مثل ذلك لسببين :

أولاً : لأنني وجدت تعليقات الفقهاء تمضي في هذا السبيل، فالشافعي منع القاضي أن يقضي بعلمه وقد برّر ذلك ما لحق القضاة من تهم في عصره وليس يخفى أنه لا يريد علم القاضي بأبجديات العلوم المختلفة لأن التهم منتفية عنها للإمام بها عند جماهير الناس، ويدخل في هذا علم القاضي بالأعراف السائدة للمجتمع الواقع تحت حكمه (الاختصاص المكاني في عرف القانون)، فإن

«إذا كانت القاعدة القانونية بحاجة إلى تفسير فإن التفسير أيضاً يقع على عاتق القاضي، ويستند القاضي عند قيامه بالتفسير إلى علمه وفهمه الشخصي، ولا يتقيد بما يدلي به الخصوم من تفسير، لأن تفسير القانون وتطبيقه على واقعة الدعوى هو من شأن المحكمة وليس من شأن الخصوم»^(٣).

وكما أن القاضي منوط بتفسير القانون وإنزال الوقائع على المواد المنصوصة فإنه منوط أيضاً بالبحث عن الأعراف السائدة بين الناس وإثباتها بوسائله الخاصة، لأن العرف لا يخرج عن أن يكون قانوناً لا يطالب الخصوم بإثباته، وإنما هو مهمة القاضي الذي يخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا^(٤).

وكون القاضي يخضع لرقابة المحكمة العليا فيه صون للأحكام من التحيز أو الخروج عن طريق الجادة .

وبالجملة فينبغي لفت الانتباه في نهاية المطاف إلى أمرين نبّه عليهما بعض الباحثين^(٥) في سياق قضاء القاضي بعلمه وهما :

أولاً : أن فقه الإثبات جرى على تقسيم وقائع العلم القضائي إلى نوعين :

الأول : تأخذ به المحكمة علماً قضائياً دون حاجة إلى تقصي .

والثاني : تأخذ فيه المحكمة العلم القضائي بالوقائع بعد التقصي .

ويدخل في سياق النوع الأول الوقائع المتواترة التي يفترض فيها علم الكافة مثل أسماء شهور السنة .. وقوانين الطبيعة العامة ومسارها العادي والمعاني العامة للكلمات، ويكفي علم القاضي الشخصي بهذه المسائل العامة دون حاجة إلى تقصي أو بيّنة، والخلاف الجوهرى بين قاعدة العلم القضائي بالبدهيّات وقاعدة منع القاضي من الحكم بعلمه الشخصي : هو أن القاضي في الحالة الأخيرة يقضي بعلمه

٣ الدكتور أسامة الروبي - الوسيط في شرح قانون الإثبات العماني ص ٣٠ .

٤ الدكتور أسامة الروبي - الوسيط في شرح قانون الإثبات العماني ص ٣١ بتصرف وإرجاع السنهوري في الوسيط ج ٢، وانظر مثله في نفس المصدر للروبي ص ٣٠ بتصرف .

٥ الدكتور الصديق عبد الباقي - فقه الإثبات ص ٢٠٤ - ٢٠٥ بتصرف يسير .



والتدابير التي لها قوة القانون .

٣- الوقائع التاريخية .

١- التقاسيم الزمنية والجغرافية والمكايل والموازن والمقاييس والمعايير .

والتقصي المطلوب في كل هذه الحالات .. من خلال رجوع القاضي للدوريات أو الكتب .. أو من خلال اشتراط القاضي على طالب العلم القضائي مدَّ المحكمة بما تراه لازماً من المراجع والوثائق لأخذ العلم القضائي، كما أن للقاضي أن يطلب حضور من يراه مناسباً من المختصين لإبداء وجهة النظر العلمية حول الموضوع^(٨) .

وجاء في المادة التاسعة من قانون الإثبات : « إذا لم يجد القاضي نصاً في قانون الإثبات حكم بمقتضى القواعد العامة في الشريعة الإسلامية» .

وهذه المادة تردنا ردّاً جميلاً إلى القرائن القضائية التي أسلفنا لها ذكراً، فإنها تكون حين تعدم المواد النصية، ويبقى نظر القاضي مرهوناً بقواعد الشريعة الإسلامية وما أعمقها وقد بلغت أشدها بترتيب كلياتها وجزئياتها في مجلة الأحكام العدلية جمعت الشتات وردت الشوارد في مواد نصية خرجت من بين فرث ودم لبنا خالصاً سائفاً للشاربين، وإن في أمثالها من الدساتير المتجذرة عن المنابع الصافية لمندوحة عن بعض الاجتهادات المنقوصة، وفيها غنية عن طرق أبواب الغرب وتصدير قيمهم واتجاهاتهم مما لا يتلائم مع قيم وأعراف المسلمين .

الوقف الثاني : الأدلة الكتابية بين المحررات الرسمية والمحررات العرفية :

في سياق متصل بقانون الإثبات تناول في هذه المحطة النصوص الواقعة تحت سقف الباب الثاني والتي تحمل في تضاعيفها المحررات بنوعها الرسمية والعرفية .

وقد اشتمل الباب الثاني في قانون الإثبات على فصلين :

الأعراف متداولة بين الناس يفقهها الكثرة الكثرة منهم، وذلك يدعو القضاة إلى الحياد وعدم التجاوز على الحدود المتعارف عليها .

ثانياً : إن القاضي مطالب أن يتفاعل مع القضية بكل ما أوتي من معارف بل عليه أن يبحث عن العادات والأعراف التي مضى عليها الناس، ولربما افتقر إلى الاستعانة بأهل الاختصاص من أهل الخبرة، وكل ذلك إنما يدور في فلك آخر غير علمه الشخصي بالقضية .

وقد استشهد الباحث الذي أسلفناه للنوع الأول بما ورد في السوابق القضائية السودانية في الدعوى المنظورة ضد س من الناس استندت المحكمة العليا على علمها القضائي للتشكيك في أقوال المحتضرة ، ذاكراً :

(نظراً لأن الحادث وقع في حوالي الساعة العاشرة مساءً وهي بالعلم القضائي ليلة من ليالي الخريف لا قمر فيها إذ أن تاريخ وقوع الحادث صادف أول يوم من أيام الشهر العربي)^(٩) .

ومن هذا القبيل في سابقة قضائية أخرى عبر المحاكم السودانية :

(قررت المحكمة العليا أنه يحق للمحاكم أن تأخذ علماً قضائياً بإعلان المجاعة الذي صدر عن الحكومة للعالم أجمع، وحكمت بناء على ذلك أنه لا قطع في السرقة في عام المجاعة حتى لو لم يضطر الجوع السارق للسرقة وحتى إن سرق أكثر من حاجته)^(١٠) .

أما النوع الثاني للعلم القضائي بعد التقصي فيندرج تحته :

١- المسائل السياسية مثل علاقات الدولة الخارجية والحصانة الدبلوماسية .. والسير العام لنظم الهيئات التشريعية والتنفيذية والقضائية .

٢- الأعراف والدستور والتشريعات والأحكام القضائية

٦ الدكتور الصديق عبد الباقي - المرجع السابق ص ٢٠٥ .

٧ الصديق عبد الباقي - نفس المصدر ص ٢٠٥ .

٨ الصديق عبد الباقي - المصدر نفسه ص ٢٠٧ - ٢٠٨ بتصرف .



المنزلية والتأشير على سند الدين بما يفيد براءة ذمة المدين، ويغلب على هذه المحررات ألا تكون موقعة من ذوي الشأن، ومع ذلك يمنحها القانون حجية الإثبات وجعلها سبيلا لإثبات الحقوق عند التنازع لكن للقيود التي انتهت إليها شروح القانون، ولسنا في معرض الحديث عن ذلك وإنما نأخذ من مادة قانون الإثبات بقدر ما نغذي المادة العلمية لموضوع البحث . (انتهى المراد منه) .

ومع أن المحرر العرفي يقع في دائرة الأدلة الكتابية إلا أنه أشبه شيء بالقرينة من حيث الإثبات فهو دليل كتابي باعتبار أصل المستند، وهو يشبه القرينة من حيث رتبة الاستدلال به أمام القضاء، وإنما كانت له تلك المنزلة لأنه غير كاف وحده للإثبات فلا بد له من معضد يشدد به؛ سيما ما كان منه غير معد للإثبات في الأصل، وأما ما كان معداً للإثبات فتتنازعه الأدلة الكتابية إن أجاز الخصم توقيعه بالإقرار أو ينكره فهو قابل للإثبات أو إثبات العكس كلما طعن فيه الخصم سواء في التواقيع أو إنكار خاتم التوثيق أو ما شاكل ذلك؛ الأمر الذي لا ينسحب على الأدلة الكتابية التي لا تقبل أمثال هذه الطعون لأنها مصبوعة بالصبغة الرسمية، أما المحرر العرفي الذي لم يعد للإثبات سلفاً فالغالب عليه أن يتجرد من التواقيع والأختام وما شاكلها، ومن هنا فإن الأصل فيها أن تحفظ لا لغرض الإثبات حسب الظاهر ولكن لما دعت الحاجة إلى إظهار الدليل وكان معدوماً؛ كشف طالب الحق أو المطالب به عن جهد المقل كما يقال، وفي هذه الحالة يعود النظر إلى قاضي الموضوع في تصحيح الدليل أو نقضه بحسب الدفوع والتدافع بين الخصمين على إثبات الدليل أو نفيه، وإنما كانت تلك المحررات ترجع إلى القرائن لأنني أرى أن الدليل :

١- إما أن يكون بيننا بيانا شافيا بحيث لا يدع مجالاً للارتياح حسب الظاهر - وإلا فالعلم عند الله - ومثل ذلك لا يستقيم إلا مع الإقرار واليمين والبيانات كانت مكتوبة أو مسموعة وتصدق على شهادة الشهود أو غيرها من الحجج الواضحات، وبه يستقيم تعريف ابن القيم ومن تابعه من أهل العلم في تعريف البيينة بأنها كل ما أبان الحق وأظهره، وتؤيده اللغة فإن دلالة تعريف البيينة استقرت على الوضوح

الفصل الأول: المحررات الرسمية: ففي المادة العاشرة حددت المحررات الرسمية ذات الصبغة الرسمية من عدمها وهي التي أثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة .. فإذا لم تكتسب هذه المحررات صفة الرسمية فلا يكون لها إلا قيمة المحررات العرفية متى كان ذوو الشأن وقعوها بإمضاءاتهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم .

ويتبين من هذه المادة أن قوة المحرر مكتسبة من تدخل الموظف العام أو من يقوم مقامه على هذه المحررات، وإنفاذه للاشتراطات التي يقضي بها النظام القائم على إنشاء العقود أو المحررات بوجه عام وفقاً لطبيعة التعاقد أو الالتزام المبرم بين الأطراف .

والمادة ١٤ « أعطت للقاضي حق تقدير حجية ما يرد إليه من بيانات في الشهادات والمستخرجات المنقولة عن المحررات الرسمية .

وهذه المادة تشير ضمناً إلى القرائن القضائية والصلاحية المكفولة للقاضي في تقدير الأدلة المعروضة أمامه .

الفصل الثاني : المحررات العرفية .

نص المادة « ١٥ » من قانون الإثبات إن المحررات العرفية تعتبر صادرة ممن وقعها ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة ، أما الوارث أو الخلف فلا يطلب منه الإنكار، ويكفي أن يحلف يميناً بأنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة هي لمن تلقى عنه الحق .. ولا حجة في المحررات العرفية في الإثبات إلا بمقدار ما تهدي إلى الأصل .. »

وتأتي المحررات العرفية كما مر في المادة « ١٥ » على ضريبن^(٩) :

النوع الأول : ما هو معد للإثبات، وتكون موقعة من ذوي الشأن، كالعقود التي يوقعها الأشخاص .

النوع الثاني : المحررات العرفية التي لم تعد سلفاً للإثبات كدفاتر التجار والرسائل والبرقيات والدفاتر والأوراق

٩ انظر التقسيم المشار إليه من كتاب الوسيط في شرح قانون الإثبات العماني للدكتور أسامة الروبي ص ١٠٨ بتصرف.



أولاً : غلبة الظن في الإشهاد في تعدد الشهود مع كونهم مرضيين ذلك لأن الشاهد الفرد يسهل عليه التلبس والتدليس لأنه مطلع على أقواله وبالتالي يتحاشى التناقض مهما أمكن، في حين أن الشاهدين يصعب عليهما التواطؤ لأن القاضي يفرق بينهما عند الاشتباه وقد يخالف بينهما في الأسئلة الملقاة على كل منهما، وفي ذلك من الحيلة ما لا يخفى .

ثانياً: تفسير غلبة الظن تبعاً لرأي الفقهاء فقد أورد بعض الأصوليين أمثلة للوصف المناسب المرسل أو للمصلحة المرسله مما هو قائم على غلبة الظن، من ذلك الحكم على شارب الخمر بعد القذف لأنه إذا شرب سكر، وإذا سكر هذى، ومن هذى افتري، والعمل في هذا بغلبة الظن الذي أقيمت مقام المظنون، كالنوم يقام مقام الحدث، وتعييب الحشفة يقام مقام الإنزال في وجوب الغسل، والبلوغ يقام مقام العقل، وشغل الرحم يقام مقام شغله بالوطء..^(١٢) وتفسير هذه القاعدة هو أن الغالب : ما كان وقوعه ثابتاً بغلبة الظن، بحيث يكون احتمال تخلف وقوعه نادراً جداً وذلك كالمفقود إذا شوهد في معركة القتال، فالغالب في شأنه إذا لم يرجع أنه قد مات، والمحقق : هو ما كان وقوعه ثابتاً بالقطع كموت الموروث بين ظهراني ورثته، ومعنى القاعدة : أن الغالب يقاس على المحقق ويعطى حكمه لأن وقوع الغالب لا يختلف عن وقوع المحقق إلا بقدر يسير لا يعتد به، ولذلك اعتبر الفقهاء بما يغلب على الظن كالعمل بالمحقق^(١٣).

قال ابن فرحون في سياق الحديث عن رفع الدعوى وما يتبعها من شروط :

وينزل منزلة التحقيق الظن الغالب : لأن الإنسان لو وجد وثيقة في تركه مورثه، أو وجد ذلك بخطه أو بخط من يثق به، أو أخبره عدل بحق له فالمنقول جواز الدعوى بمثل هذا أو الحلف بمجرد، وهذه الأسباب لا تفيد إلا الظن دون التحقيق وغالب الأحكام والشهادات إنما تتبني على الظن وتنزل منزلة التحقيق^(١٤).

والظهور، ومن المعلوم المتحرر عند أرباب العلوم أن المعاني الاصطلاحية تلتقي مع المعاني اللغوية ولا تصطدم معها إلا كان المعنيان اللغوي والاصطلاحي كل منهما في واد ، وهذا لم يقل به أحد .

٢- وإما أن ينتاب الدليل شيء من الغموض والتردد وربما افتقر إلى معضدات أخرى تسانده حتى ينهض به الاحتجاج، والغموض ناشئ عن الافتقار والحاجة إلى معززات تزيل ذلك الالتباس أو ترجح إحدى الكفتين على الأخرى، ويلزم من ذلك أن تتظاهر عدة عناصر حتى تصل إلى مستوى الترجيح أو الرجحان، والقرينة شيء من ذلك يؤيده المعنى اللغوي، ومن المعلوم بأن المعنى الاصطلاحي لا يمكن أن ينأى بنفسه عن المعنى اللغوي، وأصل المعنى الاشتقاقي للقرينة عند ابن فارس^(١٥) يدل على ضم شيء إلى شيء آخر، وبالتالي فإن المعنى الاصطلاحي يطاله هذا المعنى، فبقدر ما تتقابل عناصر الإثبات على أن يكون كل عنصر منها محتاجاً إلى الآخر وفي اتجاه واحد سواء كانت هذه العناصر مادية أو كانت معنوية كالاستنتاجات القضائية من خلال الملاحظات؛ فإنه متى ما اجتمعت تلك العناصر فهي قرائن إما أن تولد الاطمئنان لدى القاضي سلباً أو إيجاباً فتنتج في الدعوى أو يقضي بعدم كفايتها فلا تكون مثمرة في الدعوى . ومن هنا فإن ما ذكره بعض الكتاب المحدثين^(١٦) حول «جواز إقامة الحكم على قرينة واحدة مستشهداً لذلك بأن للقاضي أن يبني حكمه على شهادة شخص واحد متى كان قد اطمأن إلى صدق شهادته، فيصح له أيضاً أن يبني حكمه على قرينة واحدة متى كانت قوية ومنتجة في الإثبات» وقد عبر بذلك عن الواجهة القانونية في هذه المسألة.

بيد أن فقهاء الشريعة بما فيهم علماء الأصول تحدثوا عن غلبة الظن؛ ذلك لأن الأحكام إن لم تكن قائمة على اليقين فلا أقل من أن تقوم على الظن الغالب تبرئة للذم وصونا للقضاء من التغيرير الذي قد يطاله من التلبس والتدليس في عرض الأدلة ، وتفصيل ذلك فيما يأتي بيانه:

١٠ معجم مقاييس اللغة العربية - تحقيق عبد السلام هارون، مادة قرن.

١١ المحامي أحمد محمد مونس - التعليق على قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية العماني ص ٤١٣ - ٤١٤ .

١٢ الدكتور نور الدين بن مختار الخادمي - المناسبة الشرعية وتطبيقاتها المعاصرة ص ٢٢١، المعهد العالمي للفكر الإسلامي - فرجينيا - الولايات المتحدة الأمريكية، دار ابن حزم - بيروت لبنان ط ١٤٢٧ هـ - ٢٠٠٦ م، نقلاً عن كتاب شفاء الغليل ص ٢١٢ - ٢١٦ تحقيق حمد الكبيسي - بغداد، مطبعة الإرشاد سنة ١٣٩٠ هـ / ١٩٧١ م .

١٣ محمد الروكي - نظرية التعبد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء ص ٤٥١ وانظر مثل ذلك في ذات المصدر ص ٥٥٥ - ٥٥٨، مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء، منشورات كلية الآداب والعلوم الإنسانية الرباط - المملكة المغربية ط ١٤١٤ هـ / ١٩٩٤ م بتصرف .

١٤ ابن فرحون - تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، خرج أحاديثه وعلق عليه : جمال مرعشلي - ج ١ ص ١١٠، دار الكتب العلمية - بيروت ط ١٤١٦ هـ - ١٩٩٥ م .



عن ثلاثة أحوال :

أولاً : إذا كان الحكم قد بني على عدة قرائن متساندة يكمل بعضها بعضاً ففي هذه الحالة تعتبر هذه القرائن وحدة غير قابلة للتجزئة ، ولا يقبل من الخصم مناقشة كل قرينة على حدة لإثبات عدم كفايتها بذاتها متى كانت هذه القرائن مستنبطة من أوراق الدعوى وظروفها ، وتؤدي في مجموعها إلى النتيجة التي انتهى إليها الحكم .

ثانياً : أن يكون الحكم قد أقيم على أكثر من قرينة ، وحدد في أسبابه دلالة كل واحدة منها ، فإذا ظهر فساد بعض هذه القرائن ، فلا يصح تعييب الحكم متى كانت إحدى القرائن الأخرى صحيحة وتكفي لحمله .

ثالثاً : أن يكون الحكم قد أقيم على جملة قرائن مجتمعة دون أن يبين القاضي في أسباب الحكم أثر كل قرينة على حدة في تكوين عقيدته ، ثم ظهر فساد بعضها بأن كانت إحداها غير مستساغة عقلاً ، أو مخالفة للثابت من الأوراق أو مستمدة من واقعة لا وجود لها ، وكان لا يمكن أن يعرف ماذا كان قضاؤه يكون بعد إسقاط القرينة الفاسدة من التقدير ، فإن حكمه يكون قد عاره بطلان جوهري لقصور أسبابه مما يستوجب نقضه ^(٢٢) .

« فالإثبات بالقرائن - شأنه في ذلك شأن الإثبات ببقية الأدلة - خاضع لقناعة محكمة الموضوع من ناحية التقدير والاقتناع ، وأنه لا يخضع لرقابة محكمة التمييز إلا بمقدار ما يشترط في القرائن بأن تكون الواقعة المباشرة المكونة للقرينة ثابتة الوقوع فعلاً ، ولا تحتمل الجدل ، وأن لها سنداً في أوراق الدعوى ، وأن تكون عملية الاستنباط متفقة مع العقل والمنطق السليم ، وإذا تعددت القرائن وجب أن تكون متسقة فيما بينها ، ولا ينقض بعضها بعضاً ، وأن تكون متساندة ، ومتسقة مع الأدلة الأخرى إن وجدت ^(٢٣) . »

وجاء في المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة : «... والظن الغالب بمنزلة اليقين ^(١٥) . »

وقال الشيرازي : غلبة الظن أن تتزايد الإمارات الموجبة للظن وتتناثر .

ويقول الأصفهاني : الظن : اسم لما يحصل عن أمانة ، ومتى قويت أدت إلى العلم ؛ ومنه قوله تعالى : « وظنوا أنهم مانعتهم حصونهم من الله ^(١٦) » أي : اعتقدوا اعتقاداً كانوا منه في حكم المتيقنين ، ومتى ضعفت جدا لم يتجاوز حد التوهم ومنه ما قرئ به قول الحق تبارك وتعالى : « وما هو على الغيب بظنين ^(١٧) » أي بمتهم ^(١٨) .

فتأمل في غلبة الظن عند الأصوليين تجده قائماً على متعدد ، فيقدر ما تتعدد الإمارات المعبرة عن حكم ما وإن كانت ضعيفة في أصلها فإنها تتعاقد بمجموعها حتى ترقى إلى مرتبة اليقين أو هي أقرب .

ولهم على ذلك قاعدة فقهية تواضع عليها الفقهاء وهي : القرائن إذا انضمت إلى الضعيف ألحقته بالقوي ^(١٩) .

ومن قواعدهم أيضاً : إذا قويت القرائن قدمت على الأصل ^(٢٠) .

ثم إن قاعدة « الغالب كالمحقق » تعود إلى قاعدة أوسع وأكثر شمولية منها وتعرف بقاعدة « ما قارب الشئ يعطى حكمه » ^(٢١) .

هذا وإنه نظراً لتغير الذمم وفساد الضمائر فقد تدخل القانون وجعل الإثبات بالشهادة غير مقبول إن كان المبلغ المطالب به فوق السقف المحدد قانوناً ؛ وذلك دفعا للمجتمع للانتقال من التوثيق بالشهادة إلى التوثيق بالكتابة سداً للذرائع وصيانة للحقوق من الضياع .

ويرى بعض الكتاب القانونيين أن القاضي إذا أقام حكمه على عدة قرائن فإن الحال لا يخرج

١٥ المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة ص ٣٧ .

١٦ سورة الحشر آية « ١٨ »

١٧ سورة التكوين آية « ٢٢ » ، وهي قراءة ابن كثير وأبي عمرو والكسائي ورويس .

١٨ الراغب الأصفهاني - مفردات ألفاظ القرآن - تحقيق : صفوان عدنان داوودي ص ٥٣٩ و ٥٤٠ دار القلم دمشق ط ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٢ م بتصرف .

١٩ انظر القاعدة : الدكتور علي بن أحمد الندوي - موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية في الفقه الإسلامي ص ٥١٦ .

٢٠ انظر : الندوي علي بن أحمد - موسوعة القواعد والضوابط الفقهية ، المرجع السابق ص ٥١٦

٢١ الروكي - نظرية التشديد الفقهي ص ٤٥١ .

٢٢ أحمد محمد مونس - التعليق على قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية العماني ص ٤١٤ .

٢٣ الدكتور عبد الحكيم دنون الغزالي - القرائن الجنائية ودورها في الإثبات الجنائي ص ١٩٦ .



ومن بين الظروف أيضا التي قد تطرأ على العقد بما لا تحمد عواقبه ما قد يرد على الشهود - إن وجدوا - من تحولات كما بيّنا فيما يرد على المتعاقدين، فما أوردناه في هؤلاء يرد على أولئك، ومع كل هذه الاضطرابات في التوثيق العربي فإن الإقدام على مثل ذلك إنما يتأسس في غالب الأحيان على الثقة المتبادلة بين الأطراف أو من طرف واحد تارة أخرى، وقد تكون مثل هذه الثقة عمياء لا يحسب الوثائق للآثار المرتقبة معها حسابا يذكر، وكمن من أناس باؤوا بالخسران المبين فبات الواحد منهم يدعوا بالويل والثبور على ما تجربته من نكران للجميل أراد خيرا فلقى شرا، وماذا عليهم لو استوثقوا أمرهم من أوله وتركوا الرهان الذي يصيب طورا ويخطئ أطوارا .

فإذا علمت ذلك تبين لك جليا حكمة الكتاب العزيز وحرصه في آية المداينة على كتابة الدين عظم أم صغر وإن تكرر الإقراض وتكاثر فيه صون للحقوق حسبنا قول الحق تبارك : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُبَ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيَمْلَأِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا بَيَّخَسْ مِنْهُ شَيْئًا فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يَمْلَأَ هُوَ فَلْيَمْلَأْ وَلِيهِ بِالْعَدْلِ وَأَسْشَهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رَجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا وَلَا تَسَامُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَى أَجَلِهِ ذَلِكَمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَى أَلَّا تَرْتَابُوا إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارَ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِنْ تَفَلَّعُوا فَإِنَّهُ فُسُوقٌ بِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَيَعْلَمَ اللَّهُ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ ﴿ ٢٨٢ ﴾ .

وفي معنى هذه الآية قال أبو السعود في تفسيره :

﴿ وَادْنَى أَلَّا تَرْتَابُوا ﴾ أي : أقرب إلى انتفاء ربيكم في جنس الدين وقدره وأجله وشهوده ونحو ذلك ﴿ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ ﴾ استثناء منقطع من الأمر بالكتابة أي لكن وقت كون تداينكم أو تجارتكم تجارة حاضرة بحضور البديلين تدبرونها بينكم بتعاطيها يدا

والحديث ها هنا وإن كان في سياق القرائن الجنائية بيد أنه ينسحب على القرائن المدنية؛ لأنهما تلتقيان في أكثر الوجوه، وربما اختلفا في أن القرائن الجنائية أشد وطئا حيث تتطلب المزيد من الحذر وتستدعي قوة نافذة إلى المتهم حتى تثبت في حقه الإدانة وذلك لأن محل الدعوى تأتي في سياق الاعتداء على الأنفس أو الأموال ويترتب عليها عقوبات على حسب جسامة الجرم في حين أن القرائن المدنية أخف وطئا من حيث إن محل الدعوى تأتي في سياق المطالبات المدنية، وحفظ المال في فقه المقاصد يأتي متأخرا على حفظ الأنفس من حيث الأهمية.

ثم إن ما يعرف بالمحركات العرفية يدخل فيها الأوراق العرفية وهي مما عمت به البلوى في هذا الزمان، وربما نشأت النزاعات بين الناس بسبب شفافيتها وعدم وضوحها خاصة إذا تقادم معها الزمان، وإنما يكتنفها الغموض إذا ما أبرمها ممن لا فقه لهم بالكتابة وليس لهم الإلمام الكافي بأحكام الإثبات، فربما تجاهلوا تاريخ تحرير الوثيقة المكتوبة وربما سكتوا عن التنصيص على آجال الديون إن كان العقد قرضا فيوقعون القضاء في حيص بيص عند التنازع، وما أجدر الكاتب أن يأتي على كل ما يتعلق بالعقود من بنود وشهود وميقات التحرير وما شاكل ذلك مما لا يفوت في العادة الكتاب المحترفين؛ ذلك لأن الكاتب ينبغي أن ينظر إلى هذه الوثيقة على المدى البعيد ويحتمل أسوأ الظروف ومنها وفاة أحد أطراف العقد أو كليهما فينشأ الشقاق بين الورثة في تفسير بعض المقصود وربما لجأوا إلى التحالف بما علموا به وما لم يعلموا، وماذا على أصحاب الحقوق لو استوثقوا هذا الأمر في حينه فقد أراحوا واستراحوا بل إن الإنسان وإن كان له الحق أو عليه معرض في نفسه إلى النسيان طال الزمان أو قصر، هذا إذا أخذنا في الحسبان أن من بيده الوثيقة ومن عليه الحق أمناء لم تتغير عليهم الأحوال والظروف فكيف إن عدلوا عن الصدق إلى الخيانة ماذا عسى أن يرد على أمثال هذه المحركات من مغالطات ومن تصحيف وتحريف وتبديل؛ فالكلمة الواحدة كفيلا أن تقلب المعنى رأسا على عقب، بل رب حرف من الحروف كان سببا في قلب الحقائق، فكم من الكلمات إن أبدلت الحاء منها خاء أو العكس اضطرب المعنى وربما انقلب إلى ضده وقس ما ذكرته على ما لم أذكره.



بيد ﴿ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ لَا تَكْتُبُوهَا ﴾ أي فلا بأس بألا تكتبوها بعده عن التنازع والنسيان^(٢٤).

وفي أخذ الحيطة والحذر والاحتراز من نواائب الدهر وتقلبات الزمن والحرص على توثيق الدين مهما كانت الوشائج التي يتعلق بسببها بعض الدائنين فيتجاهلون الاكتتاب؛ يقول في هذا المعنى الشعراوي في تفسيره :

« فلا تأخذ أحد الأريحية ، فيقول لصاحبه : « نحن أصحاب » ، إنه تشريع سماوي يقول لك : اكتب الدين ، ولا تقل : « نحن أصدقاء » فقد يموت واحد منكما فإن لم تكتب الدين حرجاً فماذا يفعل الأبناء ، أو الأراامل ، أو الورثة؟

يقول : إذن فالإلزام الحق بكتابة الدين هو تنفيذ لأمر من الله يحقق رفع الحرج بين الأحياء، ويظن كثير من الناس أن الله يريد بالكتابة حماية الدائن، لا، إن المقصود بذلك والمهم هو حماية المدين، لأن المدين إن علم أن الدين عليه موثق حرص أن يعمل ليؤدي دينه، أما إذا كان الدين غير موثق فمن الجائز أن يكسل عن العمل وعن سداد الدين، وبذلك يحصل هو وأسرته على حاجته مرة واحدة، ثم يضمن المجتمع الغني على المجتمع الفقير فلا يقرضه؛ ويأخذون عجز ذلك الإنسان عن السداد ذريعة لذلك، ويقع هذا الإنسان الذي لم يؤد دينه في دائرة تحمل الوزر المضاعف، لأنه ضيق باب القرض الحسن^(٢٥).

وهذا الكلام المنقول سلفاً إنما هو تنمة للفائدة، وفيه بيان أن حكم الشارع مجانب للعواطف، وإنما يمضي بالناس إلى بر الأمان بما يخدم الطبيعة البشرية التي يعلمونها الله وحده، وهو القائل : ﴿ءاباؤكم وأبناؤكم لا تدرون أيهم أقرب لكم نفعا﴾.

كما أن الأنظمة الوضعية قد فطنت إلى جدوى الكتابة :

«فالقانون الروماني يقدم الكتابة على غيرها من الأدلة ينطلقون في ذلك من مقالته الشهيرة : الأقوال تطير

٢٤ أبو السعود في تفسيره ج ١ ص ٢٢٦.

٢٥ الشعراوي في تفسيره ج ٢ ص ١٢١٣ - ١٢١٤، ط أخبار اليوم .

٢٦ انظر الدكتور أسامة الروبي في الوسيط في شرح قانون الإثبات العماني ص ٩٦ ، بتصرف .

٢٧ ته تعيين الخصم الذي ينوء بهذا الواجب ... وتقوم المحكمة بتوزيع عبء الإثبات على الخصمين في شأن كل بند من البنود الواردة في مذكرة الدعوى والرد مستصحية في ذلك قواعد الإثبات الموضوعية . انظر ما كتبه الدكتور الصديق عبد الباقي في هذا المعنى في كتابه فقه الإثبات في القانون والشريعة الإسلامية ص ٢٣ - ٢٦ بتصرف ..

والكتابة تبقى، كما حاد الفرنسيون عن مبدأ تفوق شهادة الشهود على الكتابة، حيث انقلبوا إلى عكس ذلك تماماً بموجب مرسوم ملكي صدر في عام ١٥٦٦ تقرر على إثره تفوق الدليل الكتابي على كافة طرق الإثبات المعترف بها آنذاك، وبرروا ذلك لديهم ضعف الذاكرة البشرية بتعاقب الأيام^(٢٦).

ومن هذه المنطلقات فقد أحدثت الأنظمة المعاصرة ما يعرف بكتّاب العدل، وصدر بموجب قانون الكاتب بالعدل الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٠٠٣ / ٤٠م، ويعرف في بعض الدول بقاضي التوثيق، وهو معني بإنشاء المحررات الرسمية .

وبالجملة فإن المحررات العرفية من منظور الباحث هي أمارات وقرائن على إثبات الحقوق وليست في قوة المحررات الرسمية؛ لأنها مهددة بالزيادة والنقصان والتحريف والتزييف والبطلان إلا إن أقر الذي عليه الحق بمضمونها أو سكت عن الإنكار « انظر المادة (٣٦) من قانون الإثبات العماني»، فإن الواقع في هذه الحالة أن الإثبات إنما قام بنيانه على الإقرار، وما المحرر العرفي إلا دليل ناقص مفتقر إلى غيره في مواجهة الخصم، ولا يفوتني أن أشير إلى أن أمثال هذه المحررات على ركاكتها وضعفها في بعض الأحيان إلا أنها قد تساهم في توجيه مسار الدعاوى المنظورة لصالح من له الحق فلربما انقلب المدعي إلى مدعى عليه فتكون له القوة على خصمه ذلك لأن الأصل في المدعى عليه براءة الذمة بينما جانب المدعي ضعيف لأنه محتاج إلى البينة، وتقدير هذه الأدلة قوة وضعفا وتوزيع عبء الإثبات^(٢٧) يعود إلى قاضي الموضوع كما لوّح إلى ذلك قانون الإثبات العماني في أكثر من موطن :

ففي المادة (٣٥) : يجوز للمحكمة - ولو لم يطعن أمامها بالتزوير - أن تحكم برد أي محرر وبطلانه إذا ظهر لها بجلاء من حالته أو من ظروف الدعوى أنه مزور ، ويجب عليها في هذه الحالة أن توضح في حكمها الظروف والقرائن



التي تبينّت منها ذلك .

من جهتين واسم الكاتب والشهود مع التواريخ وتاريخ العقد، ومن هنا كان حريا بالقضاء أن يتيقظ عند النظر إلى بعض الأوراق المتقدمة، فقد بات يسيرا على البعض أن ينتحل مثل تلك الأوراق البالية والأخبار التي توحى بقدمها، وبذلك يضع القضاء في حرج شديد .

أما المحررات الرسمية فإنها دليل مستقل بذاته لا يمكن الطعن فيها إلا بالتزوير كما نصت على ذلك المادة (٢٥) من قانون الإثبات العماني حيث جاء فيها : « إن الطعن بالتزوير يرد على المحررات الرسمية والعرفية، أما إنكار الخط أو الختم أو الإمضاء أو بصمة الأصبع فلا يرد إلا على المحررات العرفية، وعلى من يطعن بالتزوير عبء إثبات طعنه »، والفيصل في هذه الحالة السجلات المعدة لهذا الغرض والنسخ المحفوظة لكل محرر خرج باسم الدائرة المختصة، فكافة الوثائق مرقمة ومؤرخة باليوم الذي خرجت فيه، وحتى الكشط والشطب وما إلى ذلك من التعديلات مقننة بين ثنايا القانون، مما يسد الباب أمام التجاوزات اللاتي قد تقع ممن بيده الوثيقة .

الوقفه الثالثة : حجية الأمر المقضي وأثره على الإثبات : وفيه :

المطلب الأول : مفهوم حجية الأمر المقضي

تناول الباب الرابع من قانون الإثبات العماني : القرائن وحجية الأمر المقضي .

وقد اصطلحت القوانين الوضعية على حجية الأمر المقضي، ويقابله في الفقه الإسلامي حجية الأحكام، وكل ذلك باعتبار الأثر الناتج عن صدور تلك الأحكام .

ومن هنا فقد اعتبر الفقه الإسلامي الحكم القضائي قرينة على صحته وعدالته، فالقضاء عند الفقهاء يُحمل على الصحة ما لم يتبين منه الجور، وليس للقاضي أن يتعقب أحكام من قبله لأن الظاهر صحتها وصوابها^(٢٨) .

وفكرة حجية الأمر المقضي وإن اشتركت مع القرائن القانونية في الأساس وفي أن استنباطها مبني على الغالب

المادة (٢٤) : للمحكمة أن تقدّر ما يترتب على الكشط والمحو والتحشير وغير ذلك من العيوب المادية في المحرّر من إسقاط قيمته في الإثبات أو إنقاصها، وإذا كانت صحة المحرّر محل شك في نظر المحكمة جاز لها - من تلقاء نفسها - أن تدعو الموظف الذي صدر عنه أو الشخص الذي حرّره ليبيد ما يوضح حقيقة الأمر فيه .

المادة (٢٦) : .. إن المحرّر إن كان منتجا في النزاع ولم تكف وقائع الدعوى ومستنداتها لتكوين عقيدة المحكمة في شأن صحة الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الأصبع، أمرت المحكمة بالتحقيق بالمضاهاة أو بسماع الشهود أو بكليهما .

ومن خلال هذه المواد التي سردناها فإننا نقف عليها بعض المحطات :

أولا : التفات المادة «٢٥» إلى مجريات التحقيق والملاسات في نسف أو إبطال المحرّرات وهو ما عبّرت عنه المادة المشار إليها بقولها : الظروف والقرائن التي تكشف لدى المحكمة ثانيا : إطلاق العنان لقاضي الموضوع للتصدي لكل ما من شأنه إثارة الشبهات حول مصداقية المحرّر والتحرّي لدى الكاتب الذي أشارت إليه الوثيقة والتحقيق معه حول العيوب المادية التي أغارت على المحرّر رسمياً كان أم عرفياً، وهل هذا الخلل وقع بفعل فاعل أو هو من عمل الكاتب، وقد أشارت إلى ذلك المادة «٢٤» .

ثالثا : يدخل في المحررات العرفية الكتابات والوثائق التي تقادم عليها الزمان فما هي آلية إضفاء الشرعية على تلك المحرّرات وكيف يمكن أن نميز منها الثابت والمزيف، علما وإنه بالنسبة للواقع في بلادنا الاعتماد في تلك الحقب على أمثال تلك الوثائق، وبعضها عارية عن الأختام ومن كل ما من شأنه أن يسبغ عليها الشرعية، ولربما كان استغناؤهم عن ذلك لسلامة الصدر من جهة عند الأكثرين ولندرة الانتحال ولربما كانوا يعقلون تلك الأساليب التي ترمي إلى تزييف المحررات، فكان اكتفاؤهم على عنصر الكتابة وتتضمن بيانات التعاقد مع أسماء المتعاقدين إن كان التعاقد

٢٨ لدكتور محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدني ملحق في آخر الكتاب حول الأحكام وطرق الطعن فيها ص ١١٦ . وانظر : ابن أبي الدم في أدب القضاء ص ١٢٥ وما بعدها تحقيق محمد عبد القادر أحمد عطا - دار الكتب العلمية - بيروت ط ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م ، ابن فرحون - تبصرة الحكام ج ١ ص ٧٠ وما بعدها دار الكتب العلمية - بيروت ١٤١٦ هـ - ١٩٩٥ م .



قريب في سياق الحديث عن وجوه التفرقة بين حجية الأمر المقضي وقوة الأمر المقضي للأحكام الصادرة عن المحاكم على حسب درجات التقاضي .

فحجية الأمر المقضي تصدق على الأحكام الصادرة للوهلة الأولى، فالطلبات المنظورة أمام المحكمة والتي تم الفصل فيها تعتبر محسومة لا يسوغ طرحها من جديد أمام ذات الهيئة القضائية أو غيرها ولو بعد حين؛ لأن الحكم بمجرد النطق به من خلال إظهاره بالإعلان عنه في الجلسات العلنية يعتبر قد حاز حجية الأمر المقضي لكن لا يخرج حيز التنفيذ حتى يستوفي طرق الطعن ومنها أجل المتاح للاستئناف، فإن أمسك المحكوم ضده عن الاستئناف خلال المدة المحددة يعتبر ضمناً قد أسقط حقه بالمطالبة بالاستئناف ورضوخه للحكم الصادر ضده ما لم يدلّ بعذر مقبول حال بينه وبين الاستئناف .

أثر إيجابي : ويتمثل في احترام ما قضت به الأحكام الحائزة لحجيتها، ولا يجوز للمحكمة أو للخصوم إعادة مناقشة ما قضت به هذه الأحكام إذا ما أثبتت في دعاوى مستقبلية، وإنما عليهما التسليم بما قضت به تلك الأحكام^(٢٩) .

والحكمة من ذلك :

العمل على استقرار الأحكام وقابليتها للتنفيذ؛ فإنه متى كانت الطلبات قابلة لإجالة النظر فيها بين الفينة والأخرى كان ذلك أشبه بالعبث الذي لا يليق بالأحكام لأنها ملزمة ولأن الأحكام متى ما جاز عليها التغيير ضعفت الثقة في قضائياتها وتراجعت هيبة القضاء في نفوس الخصوم ولأن التردد ناتج عن فساد الرأي، اللهم إلا أن يكون الحكم المنصرم كان مجانباً للعدل وليس له وجه من وجوه الحق فمثل ذلك تعسف في الأحكام وهو من الجور المنهي عنه، ولا حرج في نقض الأحكام الجائرة بل الواجب شرعاً العدول

من الأحوال، إلا أنها تختلف عنها في عدم جواز إثبات عكسها بأي طريق من طرق الإثبات، وهو ما يجعلها من القواعد الموضوعية وليست من طرق الإثبات^(٣٠) .

ونص المادة (٥٥) من قانون الإثبات العماني : الأحكام التي حازت حجية الأمر المقضي تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق ، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجية، ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بذات الحق محلاً وسبباً .

وتقضي المحكمة بهذه الحجية من تلقاء نفسها .

والمقصود بحجية الأمر المقضي : الصفة التي تلحق بالحكم القضائي القطعي الصادر من محكمة مختصة، ويترتب على توافر هذه الصفة احترام المحاكم له، بعدم البحث في نفس الموضوع من جديد ، والتسليم بما قضى به الحكم بين الخصوم^(٣١) .

ومعنى ذلك أنه يترتب للأحكام الصادرة عن القضاة أثاران :

أثر سلبي : يتمثل في عدم جواز إعادة نظر الدعوى قضائياً، أي امتناع إثارة الدعوى التي صدر فيها الحكم الحائز لحجيته من جديد أمام المحكمة نفسها التي نظرتها أو أمام غيرها من المحاكم ، وهذا المنع يسري على الخصوم كما أنه يسري على القضاء ذاته^(٣٢) .

ورفعاً للالتباس فإن الحكم في هذه المرحلة لا يكون باتاً حتى يستنفذ كافة طرق الطعن ويكون غير قابل لتقديم التماس إعادة النظر في القضية المنظورة في المحكمة فإنه متى ما تحقق ذلك كان الحكم انتهائياً، وهذه المرحلة هي أقصى درجات الحصانة للحكم القضائي، وسوف تشهد ذلك عما

٢٩ الدكتور أسامة الروي - الوسيط في شرح قانون الإثبات العماني ص ٢٣٩ ، بتصرف .

٣٠ المحامي أحمد محمد مونس - التعليق على قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية العماني ص ٤٤٨ .

٣١ الدكتور محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدني (كتاب ملحق بالكتاب الأصلي) ص ١١٥ ، وانظر: المحامي أحمد محمد مونس - التعليق على قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية العماني ص ٤٤٨ .

٣٢ الدكتور محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدني (كتاب ملحق بالكتاب الأصلي) ص ١١٥ ، وانظر: المحامي أحمد محمد مونس - التعليق على قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية العماني ص ٤٤٨ .



ثالثاً: درجة البيوتوتة : وهي أقصى درجات الحصانة للحكم القضائي، وتمنح للأحكام التي لا تقبل الطعن بالنقض أو التماس إعادة النظر، أو كانت قابلة لهما لكن فانت مواعيدها، فيصبح الحكم بذلك باتاً لا يقبل الطعن بوجه من الوجوه^(٢٤).

المطلب الثالث: شروط حجية الأمر المقضي :

سبق أن أشرنا في معرض الحديث عن حجية الأحكام إلى المادة (٥٥) من قانون الإثبات العماني، والتي بدورها نظمت شروط الأحكام الحائزة لحجية الأمر المقضي: ونص المادة كما هي: ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بذات الحق محلًا وسببًا.

ونظراً لأهمية هذه الشروط لكثرة اختلاف القضايا الخاصة بها إلى المحاكم فسنتناول كلا منها بشيء من التوضيح:

فإن السنيهوري^(٢٥) ومن سار في ركابه من المحدثين يرون أن الحكم لا يحوز حجية الأمر المقضي حتى يجتمع في الحق المدعى به ثلاثة شروط :

أولاً : اتحاد الخصوم .

المقصود باتحاد الخصوم أن الحكم لا يكون حجة إلا بالنسبة للخصوم أطراف النزاع، فالحكم كالعقد لا يسري أثره إلا في حق من كان طرفاً فيه، ولا يمتد هذا الأثر إلى الغير، فإذا حصل المستأجر على حكم ضد المؤجر بتسليمه العين المؤجرة فإن هذا الحكم لا يكون حجة إلا على من كان خصماً في الدعوى، أي على المؤجر والمستأجر^(٢٦).

ثانياً : اتحاد المحل .

لا يكون للحكم حجية الأمر المقضي إلا بالنسبة إلى المحل

عنها كما ورد في الأثر : « ولا يمنع قضاء قضيته بالأمر أن تراجع فيه نفسك فإن الحق قديم والرجوع إلى الحق خير من التماذي في الباطل » .

وفي ذلك «تحقيق لمصلحة عامة، فقد وضع الشارع قرينة قانونية تقضي بأن الحكم صحيح فيما قضى به، فلا تجوز العودة إلى مناقشته إلا بطريق من طرق الطعن المقررة، ولو لم يفعل ذلك لأصبحت الأحكام القضائية مقلقة مزعجة، ولما اطمأن المحكوم له إلى حقه الثابت بالحكم، فوجب وضع هذه القرينة القانونية تحقيقاً لمصلحة عامة هي احترام الأحكام ووضع حد للخصومة والنزاع^(٢٧)» .

المطلب الثاني: مراتب الحكم القضائي في الدساتير المدنية :

مر معنا مروراً عابراً أن ثمة تمايز بين حجية الأمر المقضي وقوة الأمر المقضي، فهما مصطلحان تواضعت عليهما الدساتير المدنية والجنائية على حدّ السواء، وإنما تطال الأحكام وما يتبعها من حصانة قضائية بحسب درجة الحكم وقوة نفاذه، إذ من المعلوم بأن الحكم يمرّ بمرحلة التنفيذ بعد صدوره ولا قيمة للأحكام بلا إنفاذ .

وتمر الأحكام بثلاثة مراحل من حيث قوتها وقابليتها للنفاذ :

أولاً: حجية الأمر المقضي : وهو وارد على الحكم الغيابي والابتدائي والحضوري .

ثانياً : قوة الأمر المقضي : وصفته لا تثبت إلا للأحكام النهائية، ويرد على الحكم الابتدائي الذي لا يقبل الاستئناف، وكذا تثبت هذه الصفة للحكم الابتدائي المؤبد استئنافياً أو سقطت مواعيد استئنافه، فإذا عارض المحكوم ضده في الغيابي أو استأنف الحكم الحضوري، ثم رفضت المعارضة أو الاستئناف فإن الحكم يصبح نهائياً حائزاً لقوة الأمر المقضي، وإن لم يكن باتاً بقبوله الطعن بالتماس إعادة النظر أو النقض .

٢٢ السنيهوري في الوسيط ج ٢ ص ٦٠٤ .

٢٤ انظر : المحامي أحمد محمد مونس - التعليق على قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية العماني ص ٤٤٨ - ٤٥٠ بتصرف .

٢٥ السنيهوري - الوسيط ج ٢ ص ٦٧٥ ، أحمد محمد مونس - التعليق على قانون إثبات المعاملات المدنية والتجارية العماني ص ٤٨٦ وما بعدها .

٢٦ السنيهوري - الوسيط ج ٢ ص ٦٧٦ ، وانظر أحمد محمد مونس - التعليق على قانون إثبات المعاملات المدنية والتجارية العماني ص ٤٩٢ وما بعدها .





ذات النزاع أمام المحاكم مجدداً.

كما جاء عنها في مناسبة أخرى لذات السياق في الجلسة المنعقدة في يوم الأربعاء الموافق ٢٠٠٦/١١/٨م في الطعن رقم ٢٤٣/٢٠٠٦م تجاري عليا

المبدأ :- حجية الأمر المقضي فيه : حجة فيما فصل فيه .

مؤداها : عدم جواز قبول دليل يناقضها .

نطاقها : نزاع قائم بين نفس الخصوم ، تعلق النزاع بذات الحق محلاً وسبباً .

وأسست بمقتضى ذلك القاعدة القانونية :

(١) من المقرر أن الأحكام التي حازت حجية الأمر المقضي فيه تكون حجة فيما فصلت فيه من الخصومة ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه القرينة ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قائم بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بذات الحق محلاً وسبباً وتقضي المحكمة بهذه الحجية من تلقاء نفسها طبقاً للمادة (١١١) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية.

الختام

بعد هذا العرض المتواضع والمختصر وقفنا من خلاله على أهم ثلاث محطات في سياق قانون الإثبات العماني نحتل رحالنا في خاتمة هذه المباحث لنستخلص أهم ما تم عرضه في هذا المساق:

أولاً : قضاء القاضي بعلمه ينحسر في شهوده على واقعة من الوقائع المعروضة بين يديه، ولا ينسحب ذلك على القرائن

ذاته الذي سبق طلبه في الدعوى التي صدر فيها الحكم، فإذا رفعت دعوى جديدة بهذا المحل ذاته أمكن دفعه بحجية الأمر المقضي، ويترتب على ذلك أن الحكم بتعويض عن ضرر يمنع من تجديد المطالبة بالتعويض عن نفس الضرر.. والقاعدة في معرفة ما إذا كان محل الدعويين متحداً أن يتحقق القاضي من أن قضاءه في الدعوى الجديدة لا يعدو أن يكون مجرد تكرار للحكم السابق فلا تكون هناك فائدة منه، أو أن يكون مناقضاً للحكم السابق^(٢٧).

ثالثاً : اتحاد السبب .

السبب هو المصدر القانوني للحق المدعى به أو المنفعة القانونية المدعاة وهو لا يعدو أن يكون واقعة مادية كوضع اليد الذي يترتب آثار قانونية كإكتساب الملكية بمضي المدة الطويلة ، أو تصرف قانوني كالعقد أو الوصية أو الهبة .. فالمستأجر حين يطالب المؤجر بتسليم العين المؤجرة، يكون السبب في دعواه هو عقد الإيجار .. أما إذا رفع دعوى جديدة بتسليم العين ولكن استند في طلبه إلى سبب جديد كعقد البيع مثلاً فإن الدعوى الجديدة لا يجوز دفعها بحجية الأمر المقضي لاختلاف السبب^(٢٨).

وقد اجتمعت الشروط الثلاثة التي أسلفناها في المادة «٥٥» من هذه الفقرة : ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بذات الحق محلاً وسبباً .

ولا غرابة أن تعول المحكمة العليا على هذه الشروط في تبرير الأحكام وتقرير القواعد القانونية الصادرة عن الدائرة المدنية كما جاء عنها في جلسة السبت الموافق ٢٠٠٥/٢/٥م في القرار رقم ٢١ في الطعن رقم ١٣١ / ٢٠٠٥:

– للدفع بحجية الأمر المقضي فيه يشترط أن يصدر في الدعوى بعد أن تناقش فيها الطرفان أمام المحكمة حكم قطعي تستقر به حقيقتها استقراراً جامعاً مانعاً من إقامة دعوى جديدة بين الخصوم أنفسهم تتحد موضوعاً وسبباً مع الدعوى السابقة ولا يجوز من ثم لهذين الخصمين إثارة

٢٧ السنهوري - الوسيط ج ٢ ص ٦٨٩ وما بعدها بتصرف، وانظر أيضاً أحمد محمد مونس - التعليق على قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية العماني ص ٤٨٦ وما بعدها.
٢٨ السنهوري - الوسيط ج ٢ ص ٦٩٦ وما بعدها بتصرف، وانظر أيضاً أحمد محمد مونس - التعليق على قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية ص ٤٩٠.



ومعنى ذلك أنه يترتب للأحكام الصادرة عن القضاة أثاران يتمثل في عدم جواز إعادة نظر الدعوى قضائياً، أي امتناع إثارة الدعوى التي صدر فيها الحكم الحائز لحجيته من جديد أمام المحكمة نفسها التي نظرتها أو أمام غيرها من المحاكم ، وهذا المنع يسري على الخصوم كما أنه يسري على القضاء ذاته.

أثر إيجابي : ويتمثل في احترام ما قضت به الأحكام الحائزة لحجيتها، ولا يجوز للمحكمة أو للخصوم إعادة مناقشة ما قضت به هذه الأحكام إذا ما أثبتت في دعاوى مستقبلية، وإنما عليهما التسليم بما قضت به تلك الأحكام.

هذا وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

المصادر والمراجع :-

– الأستاذ الدكتور عباس العبودي في كتابه شرح أحكام قانون البينات الجديد ص ٦٨ ط ١ سنة ٢٠٠٤م الأردن عمان .

– الدكتور أحمد أبو الوفا – التعليق على نصوص قانون الإثبات ص ٤٥-٤٦ ، دار المطبوعات الجامعية – الإسكندرية مصر – ٢٠٠٧م .

– مجموعة أحكام النقض بجمهورية مصر العربية سنة ١٩٢٥م – إثبات رقم ٢٠ .

– الدكتور أسامة الروبي – الوسيط في شرح قانون الإثبات العماني .

– الدكتور محمود محمد هاشم – قانون القضاء المدني ملحق في آخر الكتاب حول الأحكام وطرق الطعن فيها .

– ابن أبي الدم في أدب القضاء ص ١٢٥ وما بعدها تحقيق محمد عبدالقادر أحمد عطا – دار الكتب العلمية – بيروت ط ١٤٠٧هـ – ١٩٨٧م

– المحامي أحمد محمد مونس – التعليق على قانون الإثبات

القضائية وهي الوقائع مجهولة الحكم يستنبطها القاضي من الوقائع المعلومة بناء على المعطيات الماثلة أمامه، وللقاضي أن يجمع بين الأدلة ويوازن بين غثها وسمينها وأن يتعاطى مع الأعراف الخاصة بين التجار مثلاً أو الأعراف العامة المتعارف عليها بين الناس وأن يلتفت إلى ما يدور في قاعة المحكمة من مداولات بين الخصوم ويستخرج من خلالها أدلة جديدة وقرائن تؤثر في مسار الدعوى، كل ذلك لا شأن له بعلم القاضي، وتحفظ فقهاء الإثبات على قضاء القاضي بعلمه إنما يدور في فلك محاذير التحيزات الناتجة عن هذا الادعاء مما يعني تسرب الفساد إلى المنظومة القضائية.

ثانياً: غلبة الظن ينزل منزلة المتيقن به في فقه الإثبات، وتفسير هذه القاعدة هو أن الغالب : ما كان وقوعه ثابتاً بغلبة الظن، بحيث يكون احتمال تخلف وقوعه نادراً جداً وذلك كالمفقود إذا شوهد في معركة القتال، فالغالب في شأنه إذا لم يرجع أنه قد مات، والمحقق : هو ما كان وقوعه ثابتاً بالقطع كموت الموروث بين ظهراني ورثته، ومعنى القاعدة : أن الغالب يقاس على المحقق ويعطى حكمه لأن وقوع الغالب لا يختلف عن وقوع المحقق إلا بقدر يسير لا يعتد به، ولذلك اعتبر الفقهاء بما يغلب على الظن كالعمل بالمحقق.

ثالثاً: الإثبات بالقرائن – شأنه في ذلك شأن الإثبات ببقية الأدلة – خاضع لقناعة محكمة الموضوع من ناحية التقدير والاعتناع، وأنه لا يخضع لرقابة محكمة التمييز إلا بمقدار ما يشترط في القرائن بأن تكون الواقعة المباشرة المكونة للقريضة ثابتة الوقوع فعلاً، ولا تحتل الجدال، وأن لها سنداً في أوراق الدعوى، وأن تكون عملية الاستنباط متفقة مع العقل والمنطق السليم، وإذا تعددت القرائن وجب أن تكون متسقة فيما بينها، ولا ينقض بعضها بعضاً، وأن تكون متسادة، ومتسقة مع الأدلة الأخرى إن وجدت.

رابعاً: المقصود بحجية الأمر المقضي : الصفة التي تلحق بالحكم القضائي القطعي الصادر من محكمة مختصة، ويترتب على توافر هذه الصفة احترام المحاكم له، بعدم البحث في نفس الموضوع من جديد ، والتسليم بما قضى به الحكم بين الخصوم.



الإسلامي .

في المعاملات المدنية والتجارية العماني .

- الندوي علي بن أحمد - موسوعة القواعد والضوابط
الفقهية.

- الدكتور محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدني

(كتاب ملحق بالكتاب الأصلي) .

- الدكتور عبدالرزاق السنهوري - الوسيط.

- تفسير أبو السعود.

- الدكتور عبدالحكيم ذنون الغزالي - القرائن الجنائية
ودورها في الإثبات الجنائي.

- الشعراوي في تفسيره، ط أخبار اليوم

- ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام
هارون ج ٥ ص ٧٧٠٧٦ دار الجيل - بيروت.

- الدكتور نور الدين بن مختار الخادمي - المناسبة الشرعية
وتطبيقاتها المعاصرة ص ٢٢١، المعهد العالمي للفكر
الإسلامي - فرجينيا - الولايات المتحدة الأمريكية،
دار ابن حزم - بيروت لبنان ط ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م.

- كتاب شفاء الغليل ص ٢١٢ - ٢١٦ تحقيق
حمد الكبيسي - بغداد، مطبعة الإرشاد سنة ١٣٩٠هـ
/ ١٩٧١م .

- محمد الروكي - نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف
الفقهاء، مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء،
منشورات كلية الآداب والعلوم الإنسانية الرباط
- المملكة المغربية ط ١٤١٤هـ / ١٩٩٤م.

- ابن فرحون - تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج
الأحكام، خرج أحاديثه وعلّق عليه : جمال مرعشلي -
ج ١ ص ١١٠، دار الكتب العلمية - بيروت ط ١٤١٦هـ -
١٩٩٥م .

- المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية لدولة
الإمارات العربية المتحدة .

- الراغب الأصفهاني - مفردات ألفاظ القرآن - تحقيق :
صفوان عدنان داوودي ، دار القلم دمشق ط ١٤٢٣هـ -
٢٠٠٢م .

- الدكتور علي بن أحمد الندوي - موسوعة القواعد
والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية في الفقه



التعويض عن الضرر الأدبي*

إعداد:

الباحث / صالح بن علي الشعيبي

الجزء الثاني

* تم نشر الجزء الأول من البحث في العدد الثالث.



المبحث الثالث

الأقوال في التعويض عن الضرر الأدبي مع أدلة كل قول ومناقشته

سننطلق في هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب ، سنبحث في الأول أدلة المثبتين للتعويض عن الضرر المعنوي ، وفي الثاني النافين لهذا المبدأ ، وفي الثالث الترجيح .
اختلفت الآراء حول التعويض عن الضرر الأدبي إلى رأيين رئيسيين :

الأول : إثبات هذا المبدأ .

الثاني : نفي هذا المبدأ .

وسنركز الكلام حول هذين الرأيين ، مع مناقشة أدلتهما **المطلب الأول :**

أدلة المثبتين للتعويض عن الضرر المعنوي

استدل القائلون بجواز التعويض عن الضرر المعنوي بأدلة منها :

أولاً : من المعقول :

١ . إن مقتضى نفي الضرر - لا ضرر ولا ضرار - محوه وإزالته ، وذلك يتم باستيفاء المضرور لحقه بما أصابه من ضرر^١ .
يقول د. عبد الجبار : « فالأقتصار على التعزير وإن كان فيه ردع للمتعرضين لكرامة الناس وعرضهم ، إلا أن المضرور لا بد أن يستوفي حقه على أية حال ، وذلك يكون بما يراه هو جبراً لضرره ، وتداركاً له^٢ . »

قلت : كيف يكون التعويض بما يراه المضرور دون دليل على مدى تضرره .

٢ . يقول د. عبد الجبار : « إن عدم الأخذ بالضمان في مثل الموارد التي يصدق عليها الضرر المعنوي ، يجعل محدث الضرر بمنأى عن المسؤولية ، فتكون هناك جناية ولا استيفاء لها^٣ . » وهذا مضاعفاً إلى أن المضرور سيترك وهو يعاني من الغم والألم ، لضياح حقه ، ولا يجوز أن يذهب حق المسلم

هدراً^٤ . بل لا بد من الإلزام به إن طلب المضرور ذلك . أما تقويم الضرر وتقديره ، فيترك إلى أهل الخبرة وتقدير القاضي .

قلت : ليس كل جناية لها استيفاء ، فبعض الجنايات على الآدمي جعل الشارع لها حداً كالتقصاص ، وكالعقوبة والتعزير ، فلماذا لا يعاقب - خاصة مع صعوبة استيفاء وقياس هذا الضرر - ؟

ثانياً : من السنة :

١ . جاء عن رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) أنه قال : « من كانت له مظلمة لأخيه من عرضه أو شيء فليتحلله منه اليوم قبل أن لا يكون دينار ولا درهم^٥ . »

يقول د. عبد الجبار : « وهذا يمكن أن يستفاد منه مشروعية التحلل من المظلمة سواء تعلقت تلك المظلمة بالعرض ، أي ما يصيب الإنسان في شرفه ، أو كرامته أو سمعته ، أو غير ذلك ، وما جاء في آخر الحديث من أن يكون ذلك قبل أن لا يكون هناك دينار ولا درهم . أي قبل يوم القيامة ، فإن الإشارة هنا إلى الدينار والدرهم ، يمكن أن يفهم منها أن التحلل يجوز أن يكون بالدينار والدرهم . وهو دليل مشروعية أخذ العوض المالي عن المظلمة المتمثلة في المساس بالعرض^٦ . »

قلت بل ليس الأمر كذلك فقد ذكر الطحاوي ما نصه : « قال أبو جعفر : فتأملنا هذا الحديث فكان ما في رواية ابن أبي ذئب منه « من كانت له مظلمة من أخيه من عرضه أو ماله فليتحلله » فكان معنى ذلك عندنا - والله أعلم - فليتحلله بما يتحلل به من مثله من دفع مال مكان مال ومن عفو عن عقوبة وجبت في انتهاكه عرضه ، لأن ذلك انتهاك يوجب على المنتهك العقوبة في بدنه كقول الرجل للرجل : يا فاسق أو يا خبيث أو يا سارق ولا تقوم الحجة له عليه أنه كذلك ، فعلى ذلك القائل العقوبة ، وللواجبة له تلك العقوبة

١ راجع : غالبية الدرر في مصب قاعدة لا ضرار / لأبي الفضل النبوي . نقلنا من د/ عبد الجبار شرارة - مرجع سابق - ص ١٠

٢ د. عبد الجبار شرارة - مرجع سابق - ص ١٠

٣ جواهر الأحكام / نقلنا من د/ عبد الجبار شرارة - مرجع سابق - ص ١٠

٤ تكلمة المنهاج / الخوئي . نقلنا عن د/ عبد الجبار شرارة - مرجع سابق - ص ١٠

٥ رواه البخاري حديث رقم ٥٦٣٤ عن إسماعيل عن مالك به ولفظه فليأته فليتحلله ، ورواه الترمذي رقم ٢٤١٩ من طريق زيد بن أبي أنيسة عن سعيد المقبري به وقال : حسن صحيح .

انظر البخاري (١٩٤ - ٢٥٦ هجرية) أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة ، له رحلات واسعة في أقطار الإسلام بحثاً في الحديث حتى صار إماماً و مرجعاً فيه و كتابه في الحديث أوثق الكتب الستة (الزركلي ج ٦ ص ٢٤) . - دار الجيل بيروت - (رقم الطبعة غير موجود وكذلك سنة الطبع) - ج ٣ ص ١٧٠ والترمذي (٢٠٩ - ٢٧٩ هجرية) - أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي ، سمع من البخاري وغيره حتى صار إماماً محدثاً حجة ، وألف كتابه السنن ، وكتاب العلل وتوفى بترمذ مدينة على طرف نهر جيحون (الزركلي ج ٦ ص ٢٢٢) - الجامع الصحيح وهو سنن الترمذي - دار الكتب العلمية - بيروت - ط ١ - ١٤٠٨ / ١٩٨٧ - ج ٤ ص ٥٣٠

٦ د. عبد الجبار شرارة - مرجع سابق - ص ٩



يقول د. عبد الله مبروك النجار: وجه الدلالة : عموم
تحريم الضرر ، والضرر الأدبي أحد أنواع الضرر، وإذا كان
محرمًا كان واجب الضمان كغيره من الأضرار المحرمة التي
تعاضدت أدلة الشرع في جواز التعويض عنها ^{١٢}.

قلت : لا يسلّم بأن ما كان محرمًا كان واجب التعويض ،
فقدف المحصنات ضرر أوجب فيه الشارع الحد ولم يوجب
فيه التعويض ، كما حرم قتل العمد وأوجب فيه القصاص لا
التعويض وغيره من الأمثلة كثير .

قال الشيخ مصطفى أحمد الزرقا: «ونص الحديث بنفي
الضرر فيوجب منعًا مطلقًا . ويشمل الضرر الخاص والعام
ويشمل كذلك دفعه قبل الوقوع بطرق الوقاية ، ورفع بعد
الوقوع . وهذا الرفع هو الذي يتصل مباشرة بموضوعنا
الحاضر عن الفعل الضار . كما أن نص الحديث ينفي
الضرار، فلا يجوز مقابلة الضرر بالضرر في الحقوق
المالية، لأن في ذلك توسيع في دائرة الضرر الواقع، وليس
فيه ترميم، فمن أتلّف لك مالا لا يجوز الحكم بإتلاف ماله
المماثل، فليس هذا من الحكم والمصلحة في شيء . وإنما
يجب الحكم عليه بالتعويض الذي يجبر ضررك وينقل
الخسارة إليه .

وذلك بخلاف الجناية على النفس والبدن مما شرع في
القصاص . فمن قتل يقتل ، ومن قطع يقطع ، لأن الجنايات
لا يقيمها إلا العقوبة من جنسها ، كي يعلم الجاني أنه في
النهاية كمن يعتدي على نفسه ، وكل عقوبة أخرى لن تعيد
إلى المجني عليه ما فقد من نفس أو عضو ، فتظل حزازات
النفوس كامنة تدفع إلى الثأر ، وتجرواها ذبول الويلات
والفساد . فيبقى طريق القصاص في الجنايات على
النفوس والأعضاء أنفع . لأنه أعدل وأقمع . أما إتلاف المال
(وأشباهه من أنواع الضرر) فتجري فيه قاعدة «لا ضرر»
ويكون التضمن فيه هو التدبير السديد ، دون مقابلة الضرر
بمثله ^{١٣}.

٤- ما أخرجه الإمام مسلم، من حديث أبي هريرة، أن رسول
الله - صلى الله عليه وسلم - قال: «كل المسلم على المسلم

حرام، دمه وماله وعرضه» ^{١٥}.
يقول د. عبد الله مبروك النجار عن وجه الدلالة في هذا
الحديث: «وقد جاء تحريم العرض في الحديث جاء معطوفا
على أمرين لا يخالف فقيه على تقرير مبدأ الضمان فيهما
إجمالاً ، فدل ذلك على أن المعطوف وهو العرض له حكم ما
عطف عليه في الضمان ، وإذا كان معنى العرض يغلب في
جانبه الحق الأدبي ، يكون الحديث دالا على جواز الضمان
في حالة التعدي عليه» ^{١٦}.

٥- ما رواه أبو بكرة نقيع بن الحارث - رضي الله عنه - أن
النبي (صلى الله عليه وسلم) قد خطب الناس يوم النحر
في حجة الوداع وقال: «إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم
حرام عليكم كحرمة يومكم هذا ، في بلدكم هذا ، في شهركم
هذا» ^{١٧}.

يقول د. عبد الله مبروك النجار عن وجه الدلالة في هذا
الحديث: «أنه قد دل على نفس المعنى، الذي دل عليه
الحديث السابق ، حيث جاء تحريم العرض معطوفا على
تحريم النفس والمال، فدل ذلك على أن للعرض حكمهما،
وهو وجوب الضمان، ولما كان التعدي على العرض يغلب عليه
جانب الضرر الأدبي، يكون الحديث دالا على ضمانه» ^{١٨}.

قلت : في الدليلين ٥ و ٥٥ ورد لفظ التحريم دالا على التحريم
ديانة ، وليس وجوب التعويض ، وإنما يستفاد وجوب
التعويض عن الإضرار بالنفس والمال من أدلة أخرى .

٦- ما روي عن عائشة - رضي الله عنها - : أن النبي (صلى
الله عليه وسلم) بعث أبا جهم جامعا للصدقات، فلاحاه
رجل في صدقته ، فضربه أبو جهم فشجه ، فأتوا النبي
(صلى الله عليه وسلم) فقالوا: القصاص يا رسول الله،
فقال النبي (صلى الله عليه وسلم): لكم كذا وكذا. يعني
من المال ، فلم يرضوا، فقال النبي (صلى الله عليه وسلم):
لكم كذا وكذا. فرضوا ^{١٩}.

يقول د. عبد الله مبروك النجار عن وجه الدلالة، في هذا
الحديث: «أن النبي (صلى الله عليه وسلم) قد قدر للفعل
الضار، الواقع من أبي جهم ضمانا ماليا، ارتضاه الذين

١٢ عبد الله مبروك النجار-الضرر الأدبي - دار المريخ - الرياض - السعودية - ١٤١٥هـ (رقم الطبعة غير موجود) ص ٢٨٩-٢٩٠ يبيّض تصرف .

١٤ مصطفى أحمد الزرقا - الفعل الضار دراسة وصياغة قانونية - دار القلم، بيروت - ط ١ - ١٤٠٩/١٩٨٨ ص ٢٣ .

١٥ الحافظ المنذري - مختصر صحيح مسلم - ج ٢ ص ٢٣٣ رقم ١٧٧٥ تحقيق الشيخ الألباني ، كما أخرجه أبو داود - (٢٠٢-٢٧٥هـ) سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن
بشير الأسدي السجستاني أبو داود امام أهل الحديث في زمانه توفي بالبصرة له كتاب السنن جزءان وهو أحد الكتب الستة (الزركلي ج ٣ ص ١٢٢) . سنن أبي داود -

مصطفى البابي الحلبي ط ١ - ١٣٧١هـ - ج ٢ ص ٥٦٨

١٦ عبد الله مبروك النجار - مرجع سابق - ص ٢٩١

١٧ سبق تخريجه في ص ١٤

١٨ عبد الله مبروك النجار - مرجع سابق - ص ٢٩١

١٩ أخرجه أبو داود بسنده عن عروة عن عائشة رضي الله عنها ج ٤ ص ١٨١ حديث رقم ٤٥٣٤



إلى امرأة مغيبة^{٢٢} ، كان رجل يدخل عليها، فأنكر ذلك ، فأرسل إليها فقيلاً لها: أجيبني عمر، فقالت: يا ويلها مالها و لعمري! قال: فبينما هي في الطريق فزعت ، فضربها الطلق فدخلت داراً فألقت ولدها، فصاح الصبي صيحيتين، ثم مات ، فاستشار عمر، أصحاب النبي -صلى الله عليه وسلم- ورضي الله عنهم، فأشار بعضهم أن ليس عليك (أي عمر) شيء ، إنما أنت وال ومؤدب ، قال : وصمت علي (رضي الله عنه) ، فأقبل عليه عمر (رضي الله عنه) فقال: «ما تقول» ، قال (رضي الله عنهم) : إن كانوا قالوا برأيهم ، فقد أخطأ رأيهم، وإن كانوا قالوا في هواك، فلم ينصحو لك ، أرى أن ديتك عليك ، فإنك أفرغتها وألقت ولدها في سببك ، قال : فأمر عليا (رضي الله عنه) أن يقسم عقله-(مأخوذ من العاقلة وهي القبيلة التي تحمل دية القتل عن القاتل الخطأ)- على قريش ، يعني يأخذ عقله من قريش لأنه أخطأ.^{٢٣}

قلت : الرد على هذا الدليل كالدرد على سابقه ، مع أن سند الحديث فيه مقال ، حيث قال ابن حجر في تلخيص الحبير : وهذا منقطع بين الحسن وعمر^{٢٤} ، قال الألباني في الإرواء : لم أره ، مع أنه موجود في مسند عبد الرزاق .

٣-أخرج البيهقي في السنن الكبرى أن عمر وعثمان (رضي الله عنهما) كانا يعاقبان على الهجاء^{٢٥} . يقول د. عبد الله مبروك النجار : «العقاب على الهجاء ، يقتضي أن يكون السب والقذف ، وغيرهما من الأضرار-التي تنال من شرف الإنسان واعتباره- محل ضمان ، ولو لم تكن كذلك ، ما قام صحابييان جليلان مثل عمر وعثمان (رضي الله عنهما) بتضمينها»^{٢٦}.

وقع الضرر عليهم، وقد جاء هذا التقدير في شجة، أحدثت أما في نفس المشجوج وأهله ، ولو كان الواجب فيها الأرش فقط دون التعويض ، لما حكم لهم النبي (صلى الله عليه وسلم) به ، بل ولألزمهم بالأرش ، وتقدير النبي (صلى الله عليه وسلم) يشمل ما حدث عن الفعل الضار بشقيه ، وهما: التخريب الظاهري للوجه، والألم الناجم عن هذا التخريب في نفس المضرور، مضافاً إلى ذلك ألم أهله عليه ، مما يكون في معنى الضرر الأدبي، فدل ذلك على جواز ضمانه»^{٢٧}.

قلت : الأصل في حالة الإضرار بالتعدي هو القصاص لا الأرش ، ولما كان ذلك كذلك، فإن الصحابة -رضي الله عنهم- طلبوا القصاص ، فساومهم النبي (صلى الله عليه وسلم) على الصلح ، وليس على الأرش ، لأن الأرش مقدر، وفي غير حالة التعدي ، وإلا لكان فعل الصحابة هو عدم رضى بحكم الله ورسوله.

ثالثاً : أدلتهم من آثار الصحابة (رضوان الله عليهم) :

١- روى ابن حزم : أن حلاقاً كان يقص لعمر بن الخطاب (رضي الله عنه) بعض شعره فأفزع عمر فضرط الرجل من الفزع فقال عمر (رضي الله عنه) : أما أنا فلم أرد هذا ، (أي لم يقصد إفزاز الرجل) ولكن سنعلقلها ، فأعطاه أربعين درهماً^{٢٨}.

قلت : وكما هو واضح فالإفزاز معلوم أنه مؤد إلى الضرر، ولكن ادعاء الضرر من جراء القول بأنه أفزعني يصعب إثباته ، إلا بظهور ما نتج عن هذا الإفزاز كما هو هنا في قصة عمر - رضي الله عنه -.

٢- روى عبد الرزاق عن معمر عن مطر الوراق وغيره عن الحسن قال: أرسل عمر بن الخطاب -رضي الله عنه-

٢٠ عبد الله مبروك النجار - مرجع سابق - ص ٢٩١-٢٩٢

٢١ ابن حزم (٣٨٤-٥٦٦ هجرية) - علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري أبو محمد . عالم الأندلس في عصره ولد بقرطبة كانت له ولأبيه من قبله رئاسة الوزارة وتدير المملكة فزهد بها وانصرف إلى العلم والتأليف وكان يستنبط الأحكام من الكتاب والسنة . انتقد كثيراً من الفقهاء توفي في بادية لبلة بالأندلس وله في الفقه كتاب المحلى وفي الأصول الأحكام (الزركلي ج ٤ ص ٢٥٤) -- المحلى - دار الأفاق الجديدة - بيروت - (الطبعة غير مذكورة وكذا السنة) - ج ١٠ - ص ٤٥٩ حيث رواه بسنده عن عبد الرزاق - وراجع : د . رويي الرحيلي - فقه عمر بن الخطاب موازناً بفقهاء أشهر المجتهدين - ج ٣ - ص ٢٢٢ مركز البحث العلمي في جامعة أم القرى بمكة المكرمة - طبع دار الغرب الإسلامي بيروت سنة ١٤٠٣

٢٢ كان زوجها غائبا في سفره ونحوه ، يقابل المغيبة : المشهد : وهي التي زوجها شاهد حاضر

٢٣ رواه عبد الرزاق عن معمر عن مطر الوراق عن الحسن به في حديث رقم ١٠٨١٠ وقال في حديث رقم ١٠٨١١ عن ابن جريج قال : سمعت الأعشى يحدث بمشورة علي عليه وإسقاطها ، وأمره إياه أن يضرب الدية على قريش وعبد الرزاق (٢١٦-٢١١ هجرية) هو عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري بالولاء من حفاظ الحديث الثقات من أهل صنعاء له كتاب الجامع الكبير في الحديث وله كتاب في تفسير القرآن ، وكان يحفظ نحواً من سبعة عشر ألف حديث (الزركلي ج ٣ ص ٢٥٣) -- المصنف - المكتب الإسلامي - ط ٢ ١٤٠٣ / ١٩٨٢ ج ٩ ص ٤٥٨-٤٥٩ ، قال .

٢٤ ابن حجر (٧٧٣-٨٥٢ هجرية) - أحمد بن علي بن محمد الكتاني العسقلاني من أئمة العلم والتاريخ أصله من عسقلان بفلسطين مولده ووفاته بالقاهرة انكب على الحديث ورحل في طلبه وتصانيفه كثيرة منها (الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة) وأشهرها فتح الباري في شرح صحيح البخاري (الزركلي ج ١ ص ١٧٨) - تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير - طبع بواسطة السيد عبد الله هاشم اليماني المدني - المدينة المنورة - ١٩٦٤ / ١٣٨٤ (رقم الطبعة غير موجود) ج ٢ ص ٢٧

٢٥ الألباني في الإرواء الغليل - مرجع سابق - ج ٧ - ص ٣٠١

٢٦ البيهقي - مرجع سابق - ج ٨ ص ٢٥٣

٢٧ عبد الله مبروك النجار - مرجع سابق - ص ٢٩٤



هذا لكم بروعة صبيانكم ونسائكم) .^{٢٢}
لم أجد هذا اللفظ إلا مع الزمخشري ولكنني وجدت في السنن هذه الرواية «بعث رسول الله (صلى الله عليه وسلم) خالد بن الوليد إلى جذيمة فدعاهم إلى الإسلام ، فلم يحسنوا أن يقولوا أسلمنا ، فجعلوا يقولون : صباناً صباناً ، وجعل خالد يأخذهم أسراً وقتلاً ، ودفع إلى كل رجل منا أسيراً حتى كان يوماً قال خالد : ليقتل كل رجل منكم أسيره ، فقدمنا على رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فذكر له صنع خالد ، فرفع النبي (صلى الله عليه وسلم) يديه وقال : «اللهم إني أبرأ إليك مما صنع خالد» . وهو بهذا اللفظ أخرجه البخاري^{٢٣} والنسائي^{٢٤} والبيهقي^{٢٥} وأحمد^{٢٦} وابن حبان^{٢٧} وعبد الرزاق^{٢٨} . وزاد ابن سعد في الطبقات « وبعث علي بن أبي طالب فودى قتلاهم وما ذهب منهم ثم انصرف إلى رسول الله فأخبره»^{٢٩} ، وتبعه في هذه الرواية ابن سيد الناس في عيون الأثر^{٣٠} .

أما ابن هشام فقال : «قال ابن إسحاق : فحدثني حكيم بن حكيم عن أبي جعفر محمد بن علي قال ثم دعا رسول الله -صلى الله عليه وسلم- علي بن أبي طالب رضوان الله عليه فقال يا علي ، أخرج إلى هؤلاء القوم فانظر في أمرهم واجعل أمر الجاهلية تحت قدميك . فخرج علي حتى

قلت : إن ما فعله هو العقوبة لا التعويض وبينهما فرق لا يخفى .

٤- وقد حدث محمد بن كثير عن الأوزاعي^{٢٨} ، عن ابن حرملة قال : تلاحي رجلان فقال أحدهما ألم أخنقك حتى أحدث ٩ ، فقال : بلى ، ولكن لم يكن لي عليك شهود ، ثم شكى إلى عمر بن عبد العزيز^{٢٩} ، فأرسل في ذلك إلى سعيد بن المسيب^{٣٠} فقال يخنقه كما خنقه حتى يحدث ، أو يفتي منه . فافتدي منه بأربعين بغيراً^{٣١} .

قلت : الضرر هنا ليس ضرراً أدبياً محضاً بل هو مشترك بين كونه مادياً وأدبياً ، بدليل إيجاب القصاص أولاً بالخنق ، ثم الافتداء ، كصلح بينهما .

٥- قضاء سيدنا علي بن أبي طالب (رضي الله عنه) حين بعثه رسول الله (صلى الله عليه وسلم) لتعويض قوم قتلهم خالد بن الوليد ، كما ذكر الزمخشري بقوله (بعث رسول الله (صلى الله عليه وسلم) علياً (رضي الله عنه) ليودي قوما قتلهم خالد بن الوليد ، فأعطاهم مليفه الكلب - وهي الظرف الذي يلغ فيه الكلب وعلبة الحالب ، ثم قال : هل بقي لكم شيء ؟ ثم أعطاهم بروعة الخيل ، أي أعطاهم أيضاً بسبب ربيعة أصابت نسائهم وصبيانهم حين وردت عليهم الخيل ، ثم بقيت معه بقية ، فأعطاهم إياها ، وقال

٢٨ الأوزاعي : (٨٨-١٥٧هـ) عبد الرحمن بن عمرو بن يحمى الأوزاعي ، من قبيلة الأوزاع ، إمام الديار الشامية في الفقه والزهد ، صاحب المذهب المعروف في الزهد ، ولد في بعلبك ونشأ في البقاع وسكن بيروت وتوفي بها . (الزركلي ج ٣ ص ٢٢٠)
٢٩ عمر بن عبد العزيز (٦١-١٠١ هجرية) - أبو حفص ، عمر بن عبد العزيز بن مروان بن الحكم الأموي ولي الحكم بعد سليمان بن عبد الملك فكان خليفة صالحاً عادلاً وربما لقب بخامس الخلفاء الراشدين (الزركلي ج ٥ ص ٥٠) .
٣٠ سعيد بن المسيب (١٣-٩٤ هجرية) - سعيد بن المسيب بن حزن بن أبي وهب المخزومي القرشي أحد فقهاء المدينة السبعة كان يعيش من تجارة الزيت وكان أحفظ الناس بأحكام عمر بن الخطاب وأقضيته حتى سمي راوية عمر توفي بالمدينة (الزركلي ج ٣ ص ١٠٢) .
٣١ ابن القيم (٦٩١-٧٥١ هجرية) محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي الدمشقي أحد كبار العلماء مولده ووفاته في دمشق تتلمذ لشيخ الإسلام ابن تيمية وهو الذي هذب كتبه ونشر علمه ألف تصانيف كثيرة منها إعلام الموقعين ، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية وغيرها (الزركلي ج ٦ ص ٥٦) - إعلام الموقعين عن رب العالمين - دار الفكر - بيروت ط ٢- ١٣٩٧/١٩٧٧ - ج ١ ص ٣١٩-٣٢٠
٣٢ الزمخشري (٤٦٧-٥٢٨هـ) محمود بن عمر بن محمد الخوارزمي الزمخشري من أئمة العلم بالدين والتفسير واللغة والأدب ، معتزلي المذهب ، ولد سنة ٤٦٧هـ في زمخشري (من قرى خوارزم) سافر إلى مكة وتنقل في البلدان ثم عاد إلى الجرجانية (من قرى خوارزم) وتوفي بها سنة ٥٢٨هـ (الزركلي ج ٧ ص ١٧٨) - الفائق في غريب الحديث - دار الفكر بيروت - ١٤١٤/١٩٩٣ ، الجزء ٤ ص ٨٠-٨١
٣٣ صحيح البخاري حديث رقم ٤٣٣٩ ورقم ٧١٨٩ - مرجع سابق - .
٣٤ النسائي (٢١٥-٢٠٢ هجرية) - أحمد بن علي بن شعيب أبو عبد الرحمن صاحب السنن أصله من نسا بخراسان واستوطن مصر ثم خرج إلى الرملة فمات بها ودفن ببيت المقدس (الزركلي ج ١ ص ١٧١) - دار الكتب العلمية - (رقم الطبعة غير موجود وكذا سنة الطبع) ج ٨ ص ٢٣٧
٣٥ البيهقي - مرجع سابق - ج ٩ ص ١١٥
٣٦ أحمد بن حنبل (١٦٤-٢٤١ هجرية) - أحمد بن محمد بن حنبل أبو عبد الله الشيباني الوائلي إمام المذهب الحنبلي وأحد الأئمة الأربعة أصله من مرو وكان أبوه والي سرخس ولد ببغداد ونشأ مكياً على طلب العلم وسافر في سبيله أسفاراً كبيرة ، وصنف المسند ستة مجلدات تحتوي ثلاثين ألف حديث (الزركلي ج ١ ص ٢٠٢) - مسند أحمد - المكتب الإسلامي - ج ٢ ص ١٥٠-١٥١
٣٧ علاء الدين علي بن بليان - الفارسي المنعوت بالأمير (٦٧٥-٧٣٩هـ) ، فقيه حنفي سكن القاهرة وتوفي بها (الزركلي ج ٤ ص ٢٦٧) - الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان - مؤسسة الرسالة بيروت ط ١ ١٤١٢/١٩٩١ ج ١ ص ٥٤ حديث رقم ٤٧٤٩
٣٨ عبد الرزاق - مرجع سابق - ج ١ ص ١٧٤ حديث رقم ١٨٧٢١
٣٩ ابن سعد - (١٦٨-٢٣٠هـ) - محمد بن سعد الزهري مولاهم ، ولد بالبصرة وسكن بغداد وصحب الواقدي وعرف بكتاب الواقدي من أشهر كتبه طبقات الصحابة والذي يعرف بطبقات ابن سعد . (الزركلي ج ٦ ص ١٣٦) - الطبقات الكبرى - مكتبة الخانجي - القاهرة - ط ١ ١٤١٤/١٠٠٢ ج ٢ ص ١٣٦ .
٤٠ ابن سيد الناس - (٦٧١-٧٣٤هـ) - أبو الفتح محمد بن محمد بن محمد بن أحمد ابن سيد الناس البصري ، مؤرخ عالم بالأدب ، أصله من إشبيلية ولد وتوفي في القاهرة . (الزركلي ج ٧ ص ٢٤) - أبو الفتح - عيون الأثر في فتون المغازي والشمال والسير - دار الأفاق الجديدة - بيروت ط ٢ ١٤٠٢/١٩٨٢ .



ابن حزم: هذا لا يصح لأنه مرسل ، ثم عن حكيم بن حكيم وهو ضعيف.^{٥٠}

٦. ما روي عن يحيى بن سعيد الأنصاري ، أن رجلين اختصما بالمدينة ، في زمن عمر بن عبد العزيز (رضي الله عنه) ، فقال أحدهما لصاحبه ، ضربته حتى سلح . فقال اشهدوا فقد والله صدق . فأرسل عمر بن عبد العزيز إلى سعيد بن المسيب ، يسأله عن رجل ضرب رجلاً حتى سلح ، هل مضى في ذلك أثر أو سنة؟ فقال ابن المسيب: قضى فيها عثمان بثلاث الدية^{٥١} . ونقل ابن حزم روايات أخرى بهذا المضمون^{٥٢} . قال ابن قدامة: « وإنما ذهب من ذهب إلى إيجاب ثلث الدية لقضية عثمان ، لأنها في مظنة الشهرة ، ولم ينقل خلافها فيكون إجماعاً ، ولأن قضاء الصحابي فيما يخالف القياس يدل على أنه توقيف ، وسواء أكان الحدث بغائط أو بول أو ريح قاله القاضي . وكذلك الحكم فيما لو أفزعه فأحدث^{٥٣} . وهذا النص ، يتضمن إيجاب الضمان ، في الحالات التي يؤدي فيها الاعتداء المادي إلى ما يضر بسمعة الإنسان وكرامته أمام الآخرين . والسابقة القضائية التي اعتمدت ، يمكن الاستناد إليها في مثل هذه الحالات . قلت : ليس المقصود من إيجاب ثلث الدية كونه أمام الآخرين ، إنما لأن الضرب وهو خارجي أثره قد وصل إلى ما بالداخل وهو الغائط فأشبهه النافذة التي فيها ثلث الدية ، ويؤيده ما أورده الإمام القطب في شرح النيل : « وفي الأثر سئل أبو نصر عن رجل أفزع طفلاً فبال ، فقال إن عليه ثلث الدية ، قال أبو يحيى الدرعي : عافيتك بالله جعلته مثل النافذة إنما عليه النظر .^{٥٤} رابعا : من أقوال العلماء : يقول الدكتور عبد الجبار : « ذهب جمهور من الفقهاء إلى

جاءهم ومعه مال قد بعث به رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فودى لهم الدماء وما أصيب لهم من الأموال حتى إنه ليدي لهم ميلغة الكلب حتى إذا لم يبق شيء من دم ولا مال إلا وداه بقيت معه بقية من المال فقال لهم علي رضوان الله عليه حين فرغ منهم هل بقي لكم بقية من دم أو مال لم يود لكم ؟ قالوا : لا . قال فإني أعطيك هذه البقية من هذا المال احتياطا لرسول الله - صلى الله عليه وسلم - مما يعلم ولا تعلمون ففعل . ثم رجع إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فأخبره الخبر : فقال أصبت وأحسن قال ثم قام رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فاستقبل القبلة قائماً شاهراً يديه حتى إنه ليرى مما تحت منكبيه يقول اللهم إني أبرأ إليك مما صنع خالد بن الوليد ثلاث مرات^{٥٥} » وتبعه على هذه الرواية ابن كثير^{٥٦} والواقدي^{٥٧} .

ولم أجد في كتب السنة المعتبرة هذا اللفظ إلا في كتب غريب الحديث ولكنها دون سند ، حيث أورد ابن الأثير في النهاية عن علي بن أبي طالب كرم الله وجهه : أن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) بعثه ليدي قوما قاتلهم خالد بن الوليد فأعطاهم مليفة الكلب ، ثم أعطاهم بروعة الخيل^{٥٨} .

إذن هذه الزيادة « - ثم قال: هل بقي لكم شيء ؟ ثم أعطاهم بروعة الخيل ، أي أعطاهم أيضا بسبب ربيعة أصابت نسائهم وصبيانهم حين وردت عليهم الخيل ، ثم بقيت معه بقية فأعطاهم إياها وقال هذا لكم بروعة صبيانكم ونسائكم » ليست ثابتة . حيث لم ترد هذه الزيادة إلا من طريق ابن إسحاق عن حكيم بن حكيم بن عباد بن حنيف عن أبي جعفر محمد بن علي ، قال أبو محمد علي

٤١ ابن هشام - عبد الملك بن هشام بن أيوب الحميري المعافري توفي سنة ٢١٣ هـ ، مؤرخ وعالم بالأنساب واللغة وأخبار العرب . ولد ونشأ في البصرة وتوفي بمصر من أشهر كتبه « السيرة النبوية » . (الزركلي ج ٤ ص ١٦٦) - السيرة النبوية - دار الجيل بيروت - ١٩٧٥ ج ٤ ص ٥٤

٤٢ ابن كثير - (٧٠١ - ٧٧٤ هجرية) - إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي أبو الفداء عماد الدين حافظ مؤرخ ولد في قرية من أعمال بصرى الشام وانتقل مع أبيه إلى دمشق ورحل في طلب العلم حتى صار من الأئمة المشار إليهم وتوفي بدمشق وهو صاحب التفسير المشهور والبداية والنهاية في التاريخ (الزركلي ج ١ ص ٣٢٠) - السيرة النبوية - دار الفكر بيروت - ط ٢ ١٣٩٨ / ١٩٧٨ ج ٣ ص ٥٩

٤٣ الواقدي (١٣٠ - ٢٠٧ هـ) محمد بن عمر بن واقد السهمي الأسلمي بالولاء ، من أقدم المؤرخين في الإسلام ، ولد بالمدينة ثم انتقل إلى العراق سنة ١٨٠ هـ وولي القضاء ببغداد . (الزركلي ج ٦ ص ٣١٠) - كتاب المغازي - عالم الكتب بيروت - ج ٣ ص ٨٧٥ وما بعدها

٤٤ ابن الأثير - النهاية في غريب الحديث - مرجع سابق - ج ٢ ص ٢٧٧

٤٥ ابن حزم - المحلى - مرجع سابق - ج ٨ ص ١٦٦

٤٦ فقه الإمام سعيد بن المسيب / تحقيق دكتور هاشم جميل / ٦٦ : ٤ مطبعة الإرشاد - بغداد ١٣٩٥ / ١٩٧٥ . ٦٧ .

٤٧ ابن حزم - المحلى - مرجع سابق - ج ١٠ ص ٤٥٩ المسألة (٢٠٦٤) .

٤٨ ابن قدامة - المغني - دار الكتاب العربي - ١٩٨٣ / ١٤٠٨ - ج ٩ ص ٥٠٢ .

٤٩ القطب - هو أحمد بن يوسف بن عيسى اطفيش ، يلقب بد (قطب الأئمة) ، وأول من لقبه بذلك الشيخ نور الدين السالمي . ويعد أشهر علماء الإباضية في المغرب الإسلامي في العصور الحديثة . ولد عام ١٢٣٦ هـ - ١٨٢١ م ، تصدر للتدريس ، مؤلفاته كثيرة وفي شتى العلوم والمعارف حتى أن أحدهم عذها فوجدتها تبلغ الثلاثمائة مؤلف ما بين كتاب ورسالة ومن أشهر مؤلفاته : (تيسير التفسير) ١٥ جزء ، (شرح كتاب النيل) ١٧ جزء ، والكثير غيرها مخطوط . توفي في ٢٥ شهر ربيع الأول ١٣٢٢ هـ - ١٩١٤ م وله من العمر ٩٦ عاما - معجم أعلام الإباضية ، مجموعة مؤلفين ، قسم المغرب الإسلامي نشر لجنة التراث (القرارة غرداية الجزائر) - شرح النيل دار ومكتبة الإرشاد - جدة - السعودية - ط ٢ - ١٤٠٥ / ١٩٨٥ - ج ١٥ ص ١٠٦



ولو بعنوان الغرامة المالية، ومن هؤلاء أبو حنيفة^{٥٦}، وأحمد بن حنبل^{٥٧}

في رواية عنه، والشافعي^{٥٨} وابن حزم الظاهري^{٥٩}، من الفقهاء المتقدمين، وأما من الباحثين المحدثين في الشريعة الإسلامية الغراء فالشيخ علي الخفيف^{٦٠}، والدكتور محمضاني^{٦١}، والأستاذ عبد الله علي حسين^{٦٢} وقد ذهب إلى هذا الرأي فريق من القانونيين، كما حكى ذلك الدكتور مقدم السعيد^{٦٣}.

فقد نقل المرغيناني عن أبي حنيفة أنه يرى، أن من شج رجلاً فالتحمت، ولم يبق لها أثر، ونبت الشعر، سقط الأرض. وعلل ذلك بزوال الشين الموجب للأرض^{٦٤} ونقل ابن قدامة عن ابن حنبل، أنه لو لطم أحد شخصاً على وجهه، فلا ضمان عليه^{٦٥} وذكر ابن حزم أن لا شيء غير القصاص قولاً واحداً في كل حالة، ضرباً بضرب، ولطماً بلطم^{٦٦}.

وذهب الشيخ الخفيف إلى هذا القول، قائلاً: «بأن الضرر الأدبي. أي المعنوي. ليس فيه تعويض مالي على ما تقضي به قواعد الفقه الإسلامي»^{٦٧}.

وأيد هذا الاتجاه الدكتور محمضاني، قائلاً: «إنه في الشرع

تضمن من قطع يداً شلاءً ثلث اليد الصحيحة. وهو مذهب سعيد بن المسيب^{٦٨} وإليه ذهب الإمام أحمد بن حنبل في رواية^{٦٩}. وأما من لم يذهب إلى ذلك، فقد ذهب إلى أن فيها حكومة. وإليه ذهب الإمام مالك والشافعي^{٧٠} وهو رواية عن الإمام أحمد^{٧١}. وقد جاء في الروايات عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وآله قضى في العين العوراء السادة لمكانها، إذا طمست بثلث ديتها، وفي اليد الشلاء إذا قطعت بثلث ديتها^{٧٢}، ومن الملاحظ هنا أن الموارد المذكورة «قطع اليد الشلاء ونحوها» لم يجب الضمان فيها لنقص المنفعة مثلاً، وإنما لحدوث شين في الجسم، والإخلال بهيئة الإنسان وصورته، مما يسبب ألماً نفسياً لا ينكر، ومن هنا لزم الضمان. وهو هنا عن ضرر معنوي بهذا اللحاظ. قلت: لا خلاف في كون الشين معوضاً عنه، لا لكونه ضرراً أدبياً بل لأنه اختلط به ضرر مادي واضح وهو أثر التشويه على الجسم»^{٧٣}.

المطلب الثاني:

القول بعدم الضمان في الضرر المعنوي

ذهب فريق من الفقهاء المسلمين، ومن الباحثين المعاصرين إلى القول بعدم جواز ضمان الضرر الأدبي، بأي نحو كان،

٥٠ هاشم جميل-مرجع سابق- ج٤ ص٦٦-٦٧

٥١ الخرشي أو الخرشي المالكي أبو عبد الله أول من تولى مشيخة الأزهر كان فقيهاً فاضلاً ورعاً من كتبه الشرح الكبير على متن خليل والشرح الصغير على نفس المتن وهما مذهب المالكية وغيرهما أقام وتوفي بالقاهرة (الزركلي ج٦ ص٢٤٠) - شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل - دار صادر - (الطبعة غير مذكورة وكذا السنة) - ج٨ ص٤٠.

٥٢ الشافعي (١٥٠-٢٠٤ هجرية) - محمد بن إدريس بن العباس القرشي أبو عبد الله أحد الأئمة الأربعة ولد في غزة وحمل منها طفلاً إلى مكة ونشأ بالبادية وتعلم الشعر والفروسيه: تلقه على مالك بالمدينة وذهب إلى بغداد مرتين ثم قصد مصر وتوفي بها (الزركلي ج٦ ص٢٦) - الأم- دار المعرفة بيروت - (الطبعة غير مذكورة وكذا السنة) - ج٦ ص٧١

٥٣ ابن قدامة-مرجع سابق- ج٩ ص٥٢

٥٤ سنن النسائي-مرجع سابق- ٨:٥٥. وكذلك قول الإباضية في هذه المسألة، انظر الكندي -أحمد بن عبد الله بن موسى الكندي من علماء عمان، من مؤلفاته التخصيص في الولاية والبراءة، والمصنف توفي سنة ٥٥٧ هـ (البطاشي -إتحاف الأعيان -ج١ ص٢٥٤) المصنف-وزارة التراث القومي والثقافة-سلطنة عمان (الطبعة غير مذكورة وكذا السنة) -ج١٤ ص٤٨٣

٥٥ عبد الجبار شرارة-مرجع سابق- ص١٠

٥٦ المرغيناني (٥٣٠-٥٩٣ هجرية) - برهان الدين أبو الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني من أكابر فقهاء الأحناف كان حافظاً مفسراً محققاً أدبياً من المجتهدين وله كتاب بداية المبتدي وشرحه الهداية (الزركلي ج٤ ص٢٦٦) -الهداية شرح بداية المبتدي -المكتبة الإسلامية (رقم الطبعة غير مذكور وكذا السنة) - ج٤ ص١٨٧.

٥٧ المرادوي (٨١٧-٨٨٥ هجرية) -علي بن سليمان بن أحمد المرادوي ثم الدمشقي فقيه حنبلي ولد في مراد قرب نابلس انتقل إلى دمشق وتوفي بها من كتبه الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف وغيره من كتب الفقه وله في الأصول تحرير المنقول وشرح التحرير (الزركلي ج٤ ص٢٩٢) -الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب أحمد بن حنبل-دار الكتب العلمية -بيروت - ط١ ١٤١٨/١٩٩٧- ج١٠ ص١١٤

٥٨ الشافعي-الأم-مرجع سابق-ج٦ ص٨٣

٥٩ ابن حزم-المحلى-مرجع سابق- ج١٠ ص٤٥٩

٦٠ الشيخ الخفيف-مرجع سابق- ص٦٠

٦١ الدكتور صبحي محمضاني- النظرية العامة للموجبات والعقود - دار العلم للملايين بيروت ط٣ ١٩٨٣/ ص١٧٢

٦٢ عبد الله علي حسين- المقارنات التشريعية-دار السلام -مصر - ط١ ١٤٢١/١٠٠٢ - ج٣ ص٢٦٣

٦٣ د. مقدم السعيد-مرجع سابق- ٨١-٩٣

٦٤ المرغيناني -الهداية-مرجع سابق- ج٤ ص١٨٧

٦٥ ابن قدامة -المغني-مرجع سابق- ج٩ ص٦٦٥

٦٦ ابن حزم -المحلى-مرجع سابق- ج١٠ ص٤٥٩.

٦٧ الشيخ الخفيف -مرجع سابق- ص٥٥.



الإسلامي لا ضمان في الأصل بسبب الضرر الأدبي»^{٦٨}.

استدل القائلون بهذا الرأي بأدلة، أوردها الدكتور عبد الجبار شرارة، وها أنا أوردها كما هي عليه لأنه أشمل من ذكرها وأجاب عنها وأورد اعتراضاتي عن إجاباته على النحو التالي: ١ - احتج الكاساني لرأي أبي حنيفة بقوله: «إن الأرض إنما يجب بالشين الذي يلحق المشجوج بما يتركه من أثر، وقد زال ذلك، فسقط الأرض. ثم قال الكاساني: «إن القول بلزوم حكومة الألم غير سديد، لأن مجرد الألم لا ضمان له في الشرع، كمن ضرب رجلاً ضرباً وجيعاً. وكذلك (أجرة الطبيب) لأن المنافع - على أصل أصحابنا - لا تقوم إلا بالعقد، أو شبه العقد، ولم يوجد في حق الجاني ذلك»^{٦٩}. ويرد على هذا الدليل بالآتي: إن زوال الشين نعمة إلهية، وإن الضمان إنما يرتبط بموجبه، وقد حصل، فلا وجه حينئذ لعدم القول به. وأما قوله بعدم مالية المنافع، فقول مرجوح، ولا مستند له في أصول الشريعة، بل العرف جاء على خلافه، إذ المنافع تدخل في المعاوضة، ولذا فهي مال، ومن هنا رأينا متأخري الحنفية يعدلون عن هذا الرأي الذي ذكره الكاساني بخصوص المنافع»^{٧٠}.

قلت: قول الكاساني: مجرد الألم لا ضمان له في الشرع، مردود، حيث نصوص كثير من الفقهاء تدل على خلاف ذلك، وسأوردها عند الحديث عن أرش اللطمة.

٢ - استدل ابن حزم بأن القصاص هو ما قضت به السنة النبوية، وجرى عليه الخلفاء الراشدون، ولا وجه للعدول عنه إلى أمر آخر^{٧١}. ويجاب على هذا: بأن السنة كما قضت بالقصاص، قضت بالتعزير بالغرامة المالية^{٧٢} فليس هناك قول واحد كما ذهب إليه صاحب الاستدلال كما إن الخلفاء

قضوا بالدية. وهي فيها معنى الضمان. في حالات الضرر المعنوي. كما سيأتي. وعليه فلا وجه لما ذهب إليه^{٧٣}. قلت: وما قاله الدكتور عبد الجبار في رده على ابن حزم محل خلاف، حيث إن مسألة التعزير بالغرامة المالية أمر غير متفق عليه، بينما قصد ابن حزم أن ضمان الجانيات لم يثبت فيها شيء، فلا بد من القصاص وإلا فهو معفو عنه. ٣ - استدلو بأن العقوبات والضمانات يشترط فيها المماثلة، ولا مماثلة بين المساس بالشرف والعرض والكرامة، وبين التعويض بالمال، فهما ليسا من جنس واحد^{٧٤}. ويرد على هذا الدليل^{٧٥}:

إن اشتراط المماثلة في الضمانات والعقوبات محلّ اشتراط التعويضات المالية أو القصاص، مما يمكن أن يتحقق مراعاة المماثلة. كما ذكرنا. ولكن حين تتعذر المماثلة يلجأ إلى الأرض أو حكومة العدل، ولهذا قالوا إن الإنسان يجبر بالإبل في الدية، وهي ليست من جنسه^{٧٦}.

قلت: إن تعذر المماثلة قد يكون مانع شرعي أو مانع عادي، فالشرعي كما لو قتله بما لا يحل لعينه، مثل أن لاط به فقتله، فهنا لا يقتل بمثله اتفاقاً ويعدل إلى القتل بالسيف، والمانع العادي كما لو جرحه دون الموضحة^{٧٧}، أو ضربة جائفة، مما لا يمكن معه أن تتحقق فيه المماثلة^{٧٨}.

قلت: ما قاله الدكتور عبد الجبار وفي محله إن كان الأرض أو الحكومة مما يمكن معرفته وقياسه، أما حين يتعذر ذلك - مثل الضرر الأدبي - فنعود إلى الأصل في المسؤولية الجنائية ألا وهو العقوبة دون زيادة التعويض عليها لفقدان شرطه.

٤ - استدلو على عدم جواز التعويض في الضرر المعنوي

٦٨ صبحي محمضاني - مرجع سابق - ص ١٧٢

٦٩ الكاساني (٥٨٧ هجرية) - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني أو الكاشاني يروى بكليهما فقيه حنفي من أهل حلب له بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع والسلطان المبين في أصول الدين توفي في حلب (الزركلي ج ٢ ص ٧٠) - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - دار الكتب العلمية - ط ١ ١٤١٨ / ١٩٩٧

٧٠ د. عبد الجبار شرارة - مرجع سابق - ص ٤

٧١ ابن حزم - المعلى - مرجع سابق - ج ١١ ص ١٢.

٧٢ ابن قيم الجوزية - الطرق الحكمية في السياسة الشرعية - مطبعة المدني - مصر - ١٣٨١ / ١٩٦١ (الطبعة غير مذكورة) ص ٢٨٦

٧٣ د. عبد الجبار شرارة - مرجع سابق - ص ٥

٧٤ الشيخ الخفيف - مرجع سابق - ص ٤٠.

٧٥ د. عبد الجبار شرارة - مرجع سابق - ص ٥

٧٦ العز بن عبد السلام - عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام (٥٧٧ - ٦٦٠ هجرية) شيخ الإسلام الملقب بسلطان العلماء ولد ونشأ بدمشق وزار بغداد سنة ٥٩٩ فأقام شهراً وعاد إلى دمشق خرج إلى مصر إثر خلاف مع الملك الصالح بن اسماعيل حيث سلم الأخير قلعة صفد للفرجة فأنكر عليه الشيخ، توبع بالقاهرة (الزركلي ج ٢ ص ٢١) - قواعد الأحكام - مؤسسة الريان - بيروت - ١٤١٠ / ١٩٩٠ (بون ذكر رقم الطبعة) ج ١ ص ١٧٤ ولفظه: «وأما النفوس فإنها خارجة عن قياس جبر الأموال والمنافع والأوصاف إذ لا تجبر بمثلها».

٧٧ الموضحة: يقال ضربة موضحة أي كاشفة للعظم. الجائفة: يقال ضربة جائفة إذا أفضت إلى الجوف. (انظر خلفان بن جميل السيابي - جلاء العمى شرح ميمية الدما - معهد العلوم الشرعية - ٢ - ١٤١١ / ١٩٩١ ص ٥٦

٧٨ ابن قدامة - المغني - مرجع سابق - ج ٩ ص ٣٩٠ - ٣٩١



«بأن التعويض المالي إذا كان لا يمحو الضرر المعنوي، فإنه يعطي المضرور ترضيه تخفف عنه ذلك الضرر، وأن صعوبة التقدير والتقويم لهذا النوع من الضرر، لا يجوز أن تكون سببا في عدم تعويضه، كما أن العدالة والمثل العليا، تأبى أن يفلت المتسبب في الضرر من كل جزاء، لمجرد أن الضرر المعنوي لا يمكن تقويمه»^{٧٩}. قلت: ومن قال أنه بعدم التعويض يفلت الضار من الجزاء بل يعزز ويؤدب.

٥ - استدل أحد الباحثين على عدم جواز الضمان في هذه الحالة بقوله: إن في ضمان الضرر المعنوي تسليط الظلمة على أموال الناس، كما أن فيه إغراء لبعض الناس، بالتعدي على أعراض الآخرين وكراماتهم وسمعتهم، مقابل دفع غرامة مالية، ولذا فالأولى - على رأيه - سد هذا الباب^{٨٠}.

ويمكن أن يناقش هذا القول كالآتي:

أولاً: لم يقل أحد أن التعويض عن الضرر المعنوي يذهب إلى خزانة الدولة أو إلى الحكام - كما أشار - ليرد ما ذكره ولا إشكال به. بل الضمان يستحقه من لحقه الأذى. وأما قوله: إن فيه إغراء.. كذا فهو الآخر ليس بسديد، إذ لا توجد ملازمة بين الأمرين؛ أولاً، كما أن الضمان في مثل هذه الحالات يمكن أن يجتمع مع التعزير، إذا رأى القاضي ذلك، على أن هذا النفر من الناس الذين يستسهلون الاعتداء على الآخرين أهون عندهم أن يتلقوا صفة أو نحوها^{٨١}.

قلت: هذا الدليل رد على قول من قال إن التعزير بالمال هو الحل لمبدأ التعويض عن الضرر الأدبي، وذلك لأن التعزير بالمال وهو الغرامة يذهب لخزانة الدولة وكما ترى فإن هذا الدليل من أساسه لا يمس قضية التعويض عن الضرر الأدبي، وإنما يمس مسألة جواز التعزير بأخذ المال^{٨٢}.

٦ - استدل فريق من الباحثين والقانونيين على عدم الجواز، بحجة أن الأضرار المعنوية لا يمكن أن تقوّم بالمال، كما أنه لا يمكن إنزال شرف الإنسان واعتباره وعواطفه منزلة الأموال فتكون عرضة للمساومة، لما في ذلك من منافاة للمثل العليا

أيضاً بحجج أخرى لخصها الشيخ الخفيف والدكتور مقدم السعيد بما حاصله: إن التعويض يقصد به الجبر والإزالة، فأعطاء المال في هذا النوع من الضرر لا يرفعه ولا يزيله. كما أن الضرر الأدبي بطبيعته ضرر لا يعتبر خسارة مالية، فلا يجبر بالتعويض المالي.

ثم إن هذا النوع من الضرر يختلف باختلاف الأشخاص مما يجعل تقويمه بالمال صعباً أو تحكيمياً.

ويمكن الإجابة عن ذلك بما يأتي^{٨٣}: أ - أنه لا سند شرعاً على كون الغاية من التعويض (الضمان) منحصرة في إعادة الحال إلى ما كان عليه تماماً، لأن هذا النوع من الجبر هو الصورة المثلى، وهو يصعب تحقيقه بلحاظ الخصوصيات التي للشيء. ولذا فإن ما يطلبه الشارع، إنما هو جبر الضرر ومحوه كلما أمكن ذلك، وفي أية صورة ممكنة، ومنها تداركه. ولعل الملحوظ أيضاً في الضمان، جانب الترضية والمواساة أيضاً، رعاية لحق المضرور، وعليه فلا وجه للقول بانحصاره فيما افترضوه^{٨٤}. قلت: يقصد بالتعويض إعادة الحال على ما كانت عليه أو جبر الضرر ومحوه، وذلك إن كان جبره ومحوه ممكناً، أما إن لم يكن ممكناً فلا يعوض لذهاب الفائدة من التعويض، ويصبح المال المعطى للمضرور عن ضرر لا يمكن جبره أو محوه أخذاً للمال دون مسوغ لذهاب القصد من التعويض وهو من باب أكل مال الغير ظلماً وعدواناً.

ب - أجاب بعضهم، بأن الضرر الأدبي، وإن كان متعذر التقويم، خلافاً للضرر المادي، إلا أن كليهما خاضع في التقدير لسلطان المحكمة، فمتى رأت - في حالات معينة - أن الضرر الأدبي يمكن تعويضه، وبقدر معين من المال، وجب الإذعان لرأي المحكمة، إذ لا شك في أن التعويض المادي، مهما قيل في تعذر الموازنة بينه وبين الضرر الأدبي، إلا أن التعويض هنا يساعد، ولو بقدر، على تخفيف الألم عن نفس المضرور^{٨٥}. وقد اضطر القانونيون إلى الإقرار

٧٩ د/ عبد الجبار شرارة - مرجع سابق - ص ٥

٨٠ راجع: النبوي القمي - غالية الدرر - ص ١٢٧، نقلاً من د/ عبد الجبار شرارة - ص ٥

٨١ محمد أحمد عابدين - التعويض بين المسؤولية العقدية والتقصيرية - دار المطبوعات الجامعية - ص ١٦٦، ١٦٧.

٨٢ د/ عبد الجبار شرارة - مرجع سابق - ص ٥

٨٣ - عبد الله علي حسين - مرجع سابق - ج ٢ ص ٥٥.

٨٤ د/ عبد الجبار شرارة - مرجع سابق - ص ٦

٨٥ انظر في مسألة جواز التعزير بالمال الشيخ محمد سعيد رمضان البوطي - العقوبة بالمال في الشريعة الإسلامية - بحث منشور بمجلة الأمن والقانون - كلية شرطة دبي - السنة الثالثة - العدد الأول يناير ١٩٩٥ ص ٣٢



كما تقول المذكرة الإيضاحية الأردنية - : «عما يستشعرون من ألم بسبب موت المضرور ، ولهذه العلة ، يجوز للقاضي أن يحكم بالتعويض لا للأقارب فحسب ، بل وكذلك للأزواج ، مراعيًا ظروف العائلة ، في تعيين أحظ أفرادها من الحزن والفجعة ، ممن لا يقتصر أمرهم على رغبة الإفادة ماليًا ، مما كانوا يكونون للمتوفى من عواطف الحب والولاء»^{٨٦}.

ثم قال الزرقا: إن هذا النقل غير الحكيم عن الآراء الأجنبية ، وإقحامه في مشروع يقوم على أساس الفقه الإسلامي ، لا ندري ما سنده من نصوص الكتاب والسنة ، أو فقه المذاهب أو أصول الشريعة و مقاصدها . قلت: وكلام العلامة الزرقا في الدليلين السابع والثامن ، هو حول مسألة زيادة التعويض على الدية ، وليس حول تقرير مبدأ التعويض عن الضرر الأدبي . مع ملاحظة أنه ... أيضا - لا يقول بالتعويض عن الضرر الأدبي -^{٨٧}.

٩- الضرر الأدبي إما أن يكون له آثار وأضرار مالية ، وهذه تشملها الأحكام العامة للفعل الضار في الشريعة ، وذلك مثل العدوان على حرية الغير ، أو سمعته أو اعتباره المالي ، أما الضرر الأدبي الخالي من الآثار المالية ، وهو من الأمور الاعتبارية المحضة ، كالشرف والسمعة ، فإنه يخضع لقواعد التعزير الشرعي ، وهو ليس مجالًا صالحًا للتعويض المالي فيما عرف من أساليب الشريعة في معالجة الانحراف.^{٨٨}

١٠- أدلة خصوم التعويض عن الضرر الأدبي من القانونيين:^{٨٩} أ- إن هدف المسؤولية هو إصلاح الضرر ، أي محوه وإزالته ، وهذا يتعذر مع الضرر الأدبي المحض ، لأن المال لا يصلح ضررًا غير مالي ، ولو سلمنا جدلاً أن ذلك ممكن ، فأى مبلغ يمكن أن يعوض المساس بالسمعة والشرف ، خاصة وأن الناس مهيتون -بطبيعتهم- لتصديق الافتراءات الكاذبة على الغير ، أكثر من تصديقهم الشاء المخلص الذي يوجه إليه ، فهل يعوض هذا الشرف الملطخ دينار أم ألف دينار ، وما هو المبلغ الذي يعوض الأم التي

الأخلاقية^{٩٠} . وناقش هذا الاستدلال بالآتي: أولاً: إنه ليس بلازم أن يقوم الضرر بالمال ليحكم بالضمان ، لأن الحكم بالضمان يرتبط بموجبه أصلاً ، وما لا تقدير فيه أو يصعب تقديره يُلجأ فيه إلى الحكومة^{٩١} ، وأما مسألة كون الضمان في مثل هذه الموارد قد يؤول إلى المساس بالكرامة ، ويجعل اعتبار الشخص وعواطفه عرضة للمساومة ، فليس له أساس ، وليس بلازم للضمان^{٩٢} . قلت : الالتجاء إلى الحكومة يكون عند عدم وجود تقدير محدد في الشريعة الإسلامية الغراء ، أو كان هناك تقدير لكن الضرر لم يستغرق ما فيه التقدير ولكن تقدير الحكومة - أي العدول - مشروط بضوابط التقدير المعلومة ومنه إمكانية قياس الضرر . أما عن كون التعويض عن الضرر الأدبي ليس فيه مساومة وليس فيه قياس نسبة الضرر الواقع فغير صحيح ، إذ ليس معنى تقدير القاضي للتعويض بما يراه أو إرضاء المضرور إلا نوعاً من المساومة بين المال من جانب والمشاعر والأحاسيس من جانب آخر . وأما عن قوله: إن ترك الأمر دون حكم بالضمان هو الآخر فيه إهدار لحق الآخرين وكرامتهم وسلامة وأعراضهم وهو مخالف لمقاصد الشريعة الإسلامية الغراء وقواعدها ، فذلك التعزير يحفظ للناس كرامتهم وسلامة أعراضهم ويمنع العابثين من العبث بها.

٧- التعويض الأدبي عن موت المضرور ، هو شيء آخر يضاف إلى الدية الشرعية ، وهذه تعتبر مخالفة شرعية صارخة ، بإضافتها تعويضاً آخر لا حدود له فوق الدية ، تحت اسم الضرر الأدبي ، بينما الشريعة حسمت الخلاف في الموضوع ، وحددت مقدار الدية في الجناية على النفس ، وأعلن رسول الإسلام -صلى الله عليه وسلم- قوله : «المسلمون تتكافأ دماؤهم»^{٩٣}.

٨- التعويض عن الضرر الأدبي يفتح الباب على مصراعيه أمام القاضي ، للاعتباط والتحكم في تقدير تعويض أدبي مزعوم ، زيادة على الدية ، يؤدي إلى الأقارب لتعويضهم -

٨٦ راجع: الضمان- الشيخ الخفيف-مرجع سابق-ص٦٠ ود. مقدم السعيد-مرجع سابق-ص٨١

٨٧ - النجفي- محمد حسين النجفي توفي سنة ١٢٦٦هـ. صاحب الجواهر فقيه من أكابر الإمامية أقام في النجف وصنف جواهر الأحكام في شرح شرائع الإسلام ، قال معاصره الخوانساري : انتهت إليه ريادة الإمامية العرب منهم والعجم في زماننا . (الزركلي ج٥ ص٩٢) - مؤسسة المرتضى العالمية ودار المؤرخ العربي - بيروت - ط١-١٤١٢/١٩٩٢-ج١٥ ص٢١٠ و٢٨٥

٨٨ د/ عبد الجبار شرارة -مرجع سابق- ص٦

٨٩ مصطفى أحمد الزرقا-مرجع سابق- ١٢٦

٩٠ مصطفى أحمد الزرقا-مرجع سابق- ١٢٦-١٢٧

٩١ مصطفى أحمد الزرقا-مرجع سابق- ١٢١ وما بعدها

٩٢ مصطفى أحمد الزرقا-مرجع سابق- ١٢٦

٩٣ ملخصاً من سعدون العامري-مرجع سابق- ص٧٧ و٧٨ بتصرف.



هي الرجوع إلى القهقرة ، أي إلى الوقت الذي كانت فيه المسؤولية المدنية مختلطة بالمسؤولية الجنائية^{٩٦}.

رد عليهم -القائلون بتقرير مبدأ التعويض عن الضرر الأدبي - : إن مما لا ينكر بأن المحاكم تتأثر بجسامة الخطأ، عند تقدير التعويض عن الضرر الأدبي، بل وحتى عند تقديره عن الضرر المادي ، الأمر الذي دعا الكثير من الفقهاء إلى تأسيس التعويض عن الضرر الأدبي على فكرة العقوبة الخاصة ، حيث يعتبر التعويض عقاباً ضد المسؤول، بقدر ما هو إصلاح للضرر^{٩٧}.

د- إن إثبات وجود هذه العواطف ودرجتها يتوقف على شهادة المدعي بها وحده ، لأنها أمر كامن في النفس ، أو على بعض العلامات الخارجية التي يظهرها المدعي ، ولا شك أن قبول مثل هذا الإثبات يعتبر خرقاً للقاعدة التي تقضي بأنه لا يجوز للخصم أن يصطنع دليلاً لنفسه^{٩٨}.

المطلب الثالث:

الترجيح

الإسلام يحرم جميع أنواع إيذاء المسلم في دمه أو ماله أو عرضه، قال (صلى الله عليه وسلم): «كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه» .

ولا ريب أن الإيذاء يرتب العقاب على المؤذي ، حتى ينزجر كل شخص عن الرجوع للإيذاء ، ويرتدع كل ناوٍ للإيذاء عنه. والضرر الذي يصيب الإنسان في شعوره وعاطفته محرم في الإسلام ، فمن ناحية الديانة محرم ومن ناحية القضاء اختلفت وجهة الفقهاء المسلمين في التعويض عن الضرر المعنوي . وبما أن هذا المصطلح مصطلح مستحدث، فإننا لن نرى حكماً يخصه ولكن فروعه وأنواعه سنجدها موزعة بين أطراف المسائل، ولست مع القائل بأن تلك المسائل تقرر التعويض عن صورة من صور الضرر المعنوي هي تقرير لهذا المبدأ ، لأنه سرعان ما سنجد بعض الصور الأخرى من هذا الضرر غير معترف بالتعويض عنها وهذه محاولة مني للنظر في بعض كتب الفقه الإسلامي لإيجاد حكم بعض الصور للضرر الأدبي :

فقدت وحيدها بحادث .

إن مثل هذه المصائب إذا حلت بالإنسان فلا يمكن للنقود أن تزيّلها أو تصلحها ، فالآلام أسمى من أن تصبح ميداناً للمتاجرة ، وإنها لفضيحة -كما يقول يودري وبارد^{٩٩} أن يكون الشرف الرفيع ، والعواطف النبيلة، والآلام المقدسة، موضع مساومة ومناقشة في سوح المحاكم .

ب- هذا فضلاً عن أن النقود التي يحصل عليها المضرور ستزيد من ذمته المالية ، في حين أن هذه الذمة سليمة لم ينقص منها شيء ، أما ذمته الأدبية المتضررة فإن ما فقدته لا تعوضه النقود .

رد عليهم -القائلون بتقرير مبدأ التعويض عن الضرر الأدبي - : إن محو الضرر وإزالته ، أو إعادة الحال إلى ما كانت عليه ، غير ممكن بالنسبة لكثير من حالات الضرر الأدبي ، تماماً كما هو غير ممكن- في الغالب أيضاً- بالنسبة للأضرار المادية ، حيث يقتصر الأمر على دفع مبلغ من النقود ، يقدر بشكل تحكيمي في أغلب الأحيان ، ويعتبر مقابل للضرر ، فالغرض من التعويض هو منح المتضرر إمكانية الحصول على ترضية معادلة لما فقدته^{٩٥}. قلت : إذن ليس هو بتعويض وإنما هو فرض من القاضي إلى المضرور لترضيته بغير وجه حق .

ج- إذا سلمنا بأن للنقود القدرة على إزالة الضرر الأدبي وتعويضه ، فإننا نصطدم باستحالة مادية، تتعلق بتقدير التعويض الذي يجب دفعه للمتضرر، فما هو الأساس الذي يمكن الاستناد إليه لتقدير التعويض ؟ إن مبلغ التعويض يجب أن يقاس بالضرر الذي لحق المصاب ، وحيث إن هذا الضرر غير مادي فهو غير قابل -بطبيعته- للتقدير ، وإذا كان لا بد من ذلك فإن القاضي سيأخذ جسامة الخطأ بعين الاعتبار ، فيزيد من مبلغ التعويض أو ينقص منه، بحسب جسامة خطأ المسؤول ، وفي هذا دون شك خرق لقواعد المسؤولية المدنية، لأن الحكم الذي يعتد بدرجة الخطأ، وليس بمقدار الضرر ، إنما هو عقاب مدني، أضطر إليه القاضي ، نظراً لاستحالة التعويض ، وهكذا تكون النتيجة

٩٤ انظر في ذلك يودري لاكانتري وبارد ، شرح القانون المدني في الالتزامات ٤/فقرة ٢٨٧١ و الأستاذ بول اسمان Esmein بعنوان المتاجرة بالأضرار الأدبية منشور في الدلو ١٩٥٤ ص ١١٣ وما بعدها وبحثاً آخر له بعنوان التعويضات المدفوعة نتيجة الأضرار التي تصيب جسم الإنسان ، منشور في المجلة العامة للتأمين البري ١٩٥٨ ص ١٢٩ وما بعدها -نقلاً من سعدون العامري-مرجع سابق- ص ٧٨

٩٥ سعدون العامري-مرجع سابق- ص ٨٣

٩٦ سعدون العامري-مرجع سابق- ص ٧٨

٩٧ سعدون العامري-مرجع سابق- ص ٨٣

٩٨ سعدون العامري-مرجع سابق- ص ٨١



أولاً : الآلام الجسمية :

حيث تعرض فقهاء الشريعة الإسلامية الغراء إلى اللطمة غير المؤثرة والألم الذي ينتج عنه أثر، وهي تعتبر داخلة تحت هذه الصورة من صور الضرر الأدبي، يقول الأستاذ محمد أحمد عابدين - وهو قانوني - فالألم الذي يعانيه شخص اعتدي على جسمه هو مظهر من مظاهر الضرر الذي يصيب الإحساس^{٩٩}.

النصوص المانعة : قال ابن قدامة : « وإن لطمه على وجهه فلم يؤثر في وجهه فلا ضمان عليه لأنه لم ينقص به جمال ولا منفعة^{١٠٠} ». فكما نرى أن النص لا يضمن اللطم، وليس معنى هذا أنه لا يوجب العقاب، ولكن يشير إلى أنه لا يوجد ما يوجب التعويض حيث لم يؤثر اللطم فتعذر معرفة النقص والأثر ليقاس التعويض، قال السرخسي : «... فإن نبت حتى استوى كما كان لا يجب فيه شيء لأنه لم يبق لفعل الجاني أثر فهو بمنزلة الضربة التي لا يبقى أثرها في البدن ولكنه يؤدب على ذلك لارتكابه ما لا يحل له^{١٠١} ». ومن العلماء من أوجب القصاص في مثل هذه الحالة حيث إنه الأصل، ولا يصار إلى التعويض إلا عند الصلح أو تعذر القصاص لتعذر المماثلة، قال ابن حزم : «... ولا شيء في هذا إلا القصاص فقط - أي في اللطمة^{١٠٢} ». وهذه بعض النصوص المانعة من الضمان والتعويض :

١ - نقل الميرغيناني عن أبي حنيفة أنه يرى أن من شج رجلاً فالتحمت، ولم يبق لها أثر ونبت الشعر سقط الأرض وعلل ذلك بزوال الشين الموجب للأرض^{١٠٣}.

٢ - « لو ضرب إنساناً ضربة لا أثر لها في النفس لا يضمن شيئاً^{١٠٤} ».

بينما ذهب طائفة كبيرة من الفقهاء إلى أن مجرد الألم فيه التعويض وهذه بعض النصوص :

١ - قال الرملي : (ولا يسقط الأرض بالتحام موضحة و جائفة) لأنه في مقابلة الجزء الذاهب والألم الحاصل^{١٠٥}.

٢ - «... كما لو تألم بضربة ثم زال الألم ولو لم يظهر نقص إلا حال سيلان الدم اعتبرت القيمة حينئذ، فإن لم تؤثر الجناية نقصاً حينئذ أوجب القاضي فيه شيئاً باجتهاده كما هو أوجه الوجهين ورجحه البلقيني، وإن جزم في العباب بعدم وجوب شيء سوى التعزير^{١٠٦} ».

٣ - قال أحمد بن يحيى : « في الألم والإيلام الحكومة^{١٠٧} ».

٤ - قال الإمام القطب : أ- « وضربة السوط والركضة والركبة إن أثرت فلها عشرة دراهم وإلا فخمسة... وقيل لها إن لم تؤثر^{١٠٨} ».

ب - « اعلم أن الضربة بالعصا إذا أثرت في الوجه فديتها مضاعفة على سائر الجسد لها عشرون درهماً، وإن لم تؤثر فعشرة^{١٠٩} ».

قال النجفي بعد حكايته لاختلاف دية الضربة المؤثرة باختلاف لونها «... الذي مقتضاه أيضاً ثبوت ذلك بوجود أثر اللطمة ونحوها في الوجه... بل وإن لم تدم فيه، وربما حكى قول باسئراط الدوام وإلا فالأرض^{١١٠} ».

ونقل المرداوي^{١١١} لدى الحنابلة في الشجاج التي لا تنقص شيئاً بعد الاندمال على ثلاثة أقوال :

٩٩ محمد أحمد عابدين - مرجع سابق - ص ١٦٦

١٠٠ ابن قدامة - المغني - مرجع سابق - ج ٩ ص ٦٦٥

١٠١ السرخسي توفى سنة ٤٨٣ هجرية - محمد بن أحمد بن سهل أبو بكر شمس الأئمة قاض من كبار الأحناف مجتهد من أهل سرخس في «خراسان» أشهر كتبه المبسوط في الفقه وله شرح الجامع الكبير للإمام محمد وشرح السير الكبير وشرح مختصر الطحاوي وسكن فرغانة في آخر حياته حتى توفى بها (الزركلي ج ٥ ص ٢١٥). - المبسوط - دار الفكر بيروت ١٤٠٩/١٩٨٩ - ج ٢٦ ص ٧٣ الطبعة غير موجودة

١٠٢ ابن حزم - المحلى - مرجع سابق - ج ١٢ ص ١٠١

١٠٣ الميرغيناني - الهداية شرح البداية - مرجع سابق - ١٨٧/٤

١٠٤ أبي محمد بن غانم البغدادي - توفى بعد سنة ١٠٢٧ هـ، غياث الدين، أورد الزركلي باسم غانم بن محمد البغدادي، فقيه حنفي، من كتبه ملجأ القضاة عند تعارض البيئات ومجمع الضمانات فرغ من تأليفه سنة ١٠٢٧ (الزركلي ج ٥ ص ١١٦) - مجمع الضمانات - دار السلام - مصر ط ١٤٢٠/١٩٩٩ ج ١ ص ٣٨٢
١٠٥ الرملي - محمد بن أبي العباس - (٩١٩ - ٤٠١ هجرية) - محمد بن أحمد بن حمزة شمس الدين الرملي فقيه الديار المصرية في عصره، ومراجعها في الفتوى يقال له الشافعي الصغير، نسبة إلى الرملة من قرى المنوفية بمصر مولده ووفاته بالقاهرة ولى إفتاء الشافعية وصنف شروحا وحواشي كثيرة منها... «نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج» (الزركلي ج ٦ ص ٦) - نهاية المحتاج شرح المنهاج - دار إحياء التراث العربي - بيروت - ط ١٤١٣/١٩٩٢ ج ٧ ص ٢٢٥

١٠٦ الرملي - مرجع سابق - ٣٤٦/٧

١٠٧ أحمد بن أحمد بن المرتضى (٧٧٥ - ٨٤٠ هـ) من سلالة الهادي إلى الحق : عالم بالدين والأدب من أئمة الزيدية باليمن، ولد في دمار وبويع بالإمامة سنة ٧٩٣ هـ في صنعاء، ولقب المهدي لدين الله وقد بويع في اليوم نفسه للمنصور علي بن صلاح الدين، فنشبت فتنة انتهت بأسر صاحب الترجمة وحبسه في قصره بصنعاء، فخرج منه خلسة وتفرغ للتأليف، توفى في جبل حجة غربي صنعاء (الزركلي ج ١ ص ٢٦٩) - البحر الزخار - مرجع سابق - ٢٨٥/٥

١٠٨ القطب - مرجع سابق - ج ١٥/١٥٦

١٠٩ القطب - مرجع سابق - ج ١٥ ص ١٠٧

١١٠ النجفي - مرجع سابق - ج ١٥ ص ٤٧٣

١١١ المرداوي - الإنصاف - مرجع سابق - ج ١٠ ص ١١٣ - ١١٤



التي جميعا استشهدوا بها على التعويض عن الضرر الأدبي ليس من الضرر الأدبي في شيء ، فالألم ، والشين وفوات الزينة الطبيعية بفقدان الشعر ، كلها أضرار مادية لا نزاع في جواز التعويض المالي عنها ، ولا يصلح بحال للاحتجاج شرعا على التعويض المالي عن الضرر الأدبي ، على أنه يلاحظ أن بعض ما يوصف تساهلا بأنه ضرر أدبي هو في حقيقته ضرر مادي يمكن تعويضه وفق القواعد الشرعية في تعويض الأضرار المادية ومن ذلك : إيقاع الألم بالضرب أو اللطم ولو لم يترك أثراً ، نقص جمال عضو من الأعضاء^{١١٦}.

ثالثاً : بقية صور الضرر الأدبي :

أ- والضرر الذي يصيب الشرف والعرض والاعتبار ، فالشرع الشريف جعل فيه التعزيز ردعا للجناة وجعلا لهذه المشاعر في منزلة رفيعة لا يساوم فيها بالمال .

ب- أما الضرر الأدبي الذي يكابده المضرور نتيجة حرمانه من مباحج الحياة ، فلم يهدره الشرع الشريف بل جعله من ضمن الاعتبارات ، كيف لا وقد جعل على ذهاب المنفعة دية كاملة كذهاب النفس ، ففي ذهاب البصر دية ، وفي ذهاب السمع دية ، وهكذا كل منفعة تذهب تعوض بدية .

ج- أما الضرر الناشئ عن تقصير حياة المصاب فهو نوع من أنواع الحرمان من مباحج الحياة .

د- أما ضرر الصبا فيقول عنه د. سعدون العامري : ونحن لا نؤيد هذه المحاكم فيما ذهبت إليه لأن توسيع دائرة الأضرار الأدبية على هذا النحو لا يقصد به كما نعتقد إلا زيادة مقدار التعويض في حين أن المحاكم تستطيع ذلك بالنظر لما تتمتع به من حرية في تقدير التعويض دون اللجوء إلى مثل هذه الطرق ، وإلا فما المانع من إيجاد ضرر خاص بالنساء أو بالشيخوخة مثلاً ، وفي ذلك كما لا يخفى من الخطر ما فيه^{١١٧}.

١- لاشيء فيها .

٢- تقوم حال جريان الدم .

٣- قبيل الاندمال التام . وفي كل هذه الأقوال لا اعتبار لمجرد الألم ، إن لم يصاحبه نقص ، حيث علل تقويم القولين الآخرين بالقول : « لا بد من نقص للخوف عليه » و « أن ذلك لا يكون هدرًا » ، ولا أعلم معنى « لا بد من نقص للخوف عليه » ، أهو لا بد من وجود نقص بعد حدوث الجرح لاختلاف الحال على الموضع ، فبعدما كان سليماً حدث فيه جرح أو شج ، أم أنه بمجرد الجرح خيف النقص على موضع ذلك الجرح من الجسد .

ثانياً - الضرر الجمالي : أو الضرر الناشئ عن التشويه -

هو الضرر الذي يصيب جمال الجسم المصاب ، وليس المقصود به جمال الوجه فقط بل جمال الجسم ، فأى تشويه يقع على أي جزء من الجسم سواء أكان مكشوفاً للغير أم مستورا عنهم ، ويجب أن لا ينظر إلى هذا التشويه كعنصر مستقل عن الإصابة الجسمية ، لأنه اعتبار من ضمن الاعتبار التي على أساسها يقدر التعويض .

وهذه بعض النصوص المتعلقة بهذا الضرر :

- (وكذا لو أحده) لأنه فوت جمالا على الكمال وهو استواء القامة^{١١٢}.

- (وتجب في الحذب) ... لأنه بذلك تذهب المنفعة والجمال ، لأن انتصاب القامة من الكمال والجمال وبه يشرف الأدمي على سائر الحيوانات^{١١٣}.

- وفي قطع حلمتي الثديين ديتهما... وقال مالك والثوري^{١١٤} : إن ذهب اللبن وجبت ديتهما وإلا وجبت حكومة بقدر شينه^{١١٥}. وهاتين الصورتين من الأضرار الأدبية هما ضرران أدبيان متعلقان بضرر مادي أو تمخض عنهما ضرر مادي ، بينما يذهب الشيخ مصطفى أحمد الزرقا إلى أنها أضرار مادية حيث يقول : «المأخذ الأول: الأمثلة الفقهية

١١٢ المرغيناني - الهداية - مرجع سابق - ج ٤ ص ٢٠٩

١١٣ ابن مفلح (٧٠٨ - ٧٦٣ هجرية) ، محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج أبو عبد الله أعلم أهل عصره بمذهب الإمام أحمد بن حنبل ولد ونشأ في بيت المقدس وتوفي بصالحية دمشق من مؤلفاته كتاب الفروع والنكت والفوائد السنوية على مشكل المحرر لابن تيمية وغيرها (الزركلي ج ٧ ص ١٠٧) - المبدع شرح المقنع - المكتب الإسلامي بيروت ودمشق ، ط ١ ، ١٣٩٩ / ١٩٧٩ - ج ٨ ص ٣٨٠

١١٤ الثوري (٩٧ - ١٦١ هجرية) - سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري من بني ثور من أعلام المحدثين لقب بأمر المؤمنين في الحديث ، نشأ في الكوفة وراوده المنصور على أن يلي الحكم فأبى وخرج من الكوفة هارباً ثم انتقل إلى البصرة ومات بها مستخفياً وله من الكتب « الجامع الكبير » و « الجامع الصغير » في الحديث وكتاب في الفرائض (الزركلي ج ٣ ص ١٠٤) .

١١٥ ابن قدامة - المغني - مرجع سابق - ٦٢٣ / ٩ - ٦٢٤

١١٦ مصطفى أحمد الزرقا - مرجع سابق - ص ١٢٣

١١٧ سعدون العامري - مرجع سابق - ص ١١٥



هـ- أما مسألة تعويض الأب والأم من جراء الألم الذي أصابهم ب وفاة ابنهم ، فهذا أمر غريب عن الفقه الإسلامي ، لأن الدية واحدة فالمسلمون تتكافأ دماؤهم وأموالهم ، يقول الشيخ مصطفى أحمد الزرقا في تعليقه على الفقرة الثانية من المادة ٢٦٧ / أردني :

«تقرر هذه الفقرة الحكم بتعويض مالي للزوج والأقارب عما يصيبهم من ضرر أدبي بموت المصاب، ولا ريب أنه بعد استبعاد الفقرة الأولى من هذه المادة لا يبقى هناك مجال للأخذ بهذه الفقرة الثانية . حتى إنه لو أخذ بمبدأ التعويض الأدبي ، وهو ما لا نقول به ، فإن هذه الفقرة لا يمكن مطلقاً أن تكون مقبولة في فقه الشريعة لأنطوائها على مخالفات شرعية عديدة ، بل إنها ، مع المذكرة الإيضاحية المتصلة بها (ص ٢٩٩ المقطع الثاني) ، مثال جلي للفوضى التشريعية التي يؤدي إليها تطبيق مبدأ التعويض المالي عن الضرر الأدبي إذا اعتبر في موت المصاب ضرر أدبي لزوج وأسرته!! فهذه الفقرة الثانية - بحسب شرح المذكرة الإيضاحية (ص ٢٩٩) وبدلالة المادة ٢٧٤ / أردني التي تصرح بأن هذا التعويض الأدبي عن موت المضرور هو شيء آخر يضاف إلى الدية الشرعية - تعتبر أنها :

مخالفة شرعية صارخة بإضافتها تعويضاً آخر لا حدود له فوق الدية ، تحت اسم الضرر الأدبي !! بينما الشريعة حسمت الخلاف في الموضوع وحددت مقدار الدية في الجناية على النفس ، وأعلن رسول الإسلام - صلى الله عليه وسلم - قوله : «المسلمون تتكافأ دماؤهم»^{١١٨}

قد فتحت الباب على مصراعيه أمام القاضي للاعتباط والتحكم في تقدير تعويض أدبي مزعوم زيادة على الدية ، يؤدي إلى الأقارب لتعويضهم - كما تقول المذكرة الإيضاحية الأردنية - : (عما يستشعرون من ألم بسبب موت المضرور . ولهذه العلة يجوز للقاضي أن يحكم بالتعويض للأقارب بحسب بل وكذلك للأزواج مراعيًا ظروف العائلة ، في تعين أحظ أفرادها من الحزن والفجعة ممن لا يقتصر

أمرهم على رغبة الإفادة مالياً مما كانوا يكونون للمتوفى من عواطف الحب والولاء) . إن هذا النقل غير الحكيم عن الآراء الأجنبية ، وإقحامه في مشروع يقوم على أساس الفقه الإسلامي لا ندري ما سنده من نصوص الكتاب والسنة أو فقه المذاهب ، أو أصول الشريعة ومقاصدها .

قد خالفت أحكام الإرث الشرعية بترك القاضي يوزع التعويض على أحظ أفراد العائلة من الحزن والفجعة!!^{١١٩} والحق أن هذه الفقرة الثانية من المادة ٢٦٧ / ، وما يقابلها من المذكرة الإيضاحية من تبرير متكلف مصطنع ناب ، هي أجنبية في جسمها وروحها ، وغريبة عن منهاج الشريعة الإسلامية الغراء ومباني أحكامها .^{١٢٠} نستنتج من كل ما سبق ، أنه للتعويض عن الضرر الأدبي لا بد من مراعاة هذه النقاط :

١- أن لا يكون مستقلاً بتعويض وحده .
٢- أن يكون متعلقاً بضرر مادي أو يتمخض عنه ضرر مادي ، وهذا عين ما ذهب إليه جماعة من فقهاء القانون حيث رأوا أن تعويض الضرر الأدبي غير ممكن إلا إذا نتج عنه ضرر مادي ، وإلى هذا ذهب الفقيهان الفرنسيان مينيال ^{١٢١} maynial وآندره اسمان ^{١٢٢} a.esmien ، وذهب جماعة آخرون من فقهاء القانون - كما حكاها الأستاذ سعدون العامري - إلى أن الأساس في التفرقة هو طبيعة الضرر لا طبيعة الخطأ ، فقسموا الأضرار الأدبية إلى مجموعتين :

الأولى : تتعلق بالجانب الاجتماعي للذمة الأدبية وهي تشمل الاعتداء على الشرف والسمعة والاعتبار .
الثانية : هي التي تمس الجانب العاطفي للذمة الأدبية ، وهي تشمل كل إيذاء يصيب عواطف المحبة .

فيقررون التعويض في المجموعة الأولى دون الثانية ، فالمساس بالمصلحة الأدبية المحضة لا يعتبر ضرراً .^{١٢٣}

٣- أن يكون التعويض لشخص المتضرر لا لغيره :
وبذلك يخرج تعويض الأزواج والأقرباء ، حيث لم أجد

١١٨ سبق تخريجه في صفحة ٥٣

١١٩ مصطفى أحمد الزرقا - مرجع سابق - ص ١٢٧

١٢٠ انظر بحثه في الجزء المدني للالتزامات بعمل وبالاتفاق عن عمل منشورة في المجلة العملية ١٨٨٤ ص ٤٨٣ مشار إليه في مازو وتلك فقرة ٣٠٦ . نقلا من سعدون

العامري - مرجع سابق - ص ٧٩

١٢١ انظر بحثه المنشور في المجلة الفصلية للقانون المدني ١٩٠٣ ص ٢١ وما بعدها . نقلا من سعدون العامري - مرجع سابق - ص ٧٩

١٢٢ سعدون العامري - مرجع سابق - ص ٧٨-٧٩



- الجمع بين الدية والتعويض.
- الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية.
- هل دعوى التعويض عن الأضرار المادية قاطعة لتقادم دعوى التعويض عن الأضرار الأدبية؟
- الفرق بين الضرر الأدبي والضرر الجسماني.
- الفرق بين التعويض عن الضرر الأدبي الموروث والتعويض عن الضرر الأدبي الشخصي للورثة.

المطلب الأول

التعويض الأدبي في حالة إصابة المضرور

ورد في المادة (٢/٢٩٣) من قانون المعاملات المدنية الاتحادي:

« ويجوز أن يقضى بالضمان للأزواج وللأقربين من الأسرة عما يصيبهم من ضرر أدبي بسبب موت المصاب »

وحكم هذه الفقرة حكم جوازي، وهذا يعكس التردد الحاصل في التعويض عن الضرر الأدبي، وذلك بسبب مخالفة هذه الفقرة لأحكام الشريعة الإسلامية الغراء، فإنه من المعلوم أن الضرر تجب إزالته، عملاً بالقاعدة الفقهية الشهيرة « لا ضرر ولا ضرار »^{١٢٦}، فكيف تحكم هذه المادة بجواز الضمان إلا أن يكون التعويض محل خلاف وتردد.

ثم حصرت من لهم الحق في الضمان في الأزواج والأقربين، دون تحديد درجة القرابة، وذلك جرياً على سنن القانون المدني الأردني في المادة (٢/٢٦٧).

أما القانون المدني المصري فقد نص في المادة (٢/٢٢٢) على أنه « لا يجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب ».

فالقانون المدني الإماراتي والأردني، رأياً أن هذا التعويض يدخل ضمن تقدير محكمة الموضوع، حسب ما تراه مناسباً، ولكن لا يخرج من دائرة الأزواج والأقربين، فلا يعطى الصديق أو الحبيب.

ولكي يتحقق التعويض للأقربين، لابد من كون هذا القريب

نصاً شرعياً في ذلك، كما أن التعويض عن الضرر الأدبي لهم يحتاج إلى إثبات وقوع الضرر، فإن ثبت؛ رجعنا إلى القاعدة العامة «لا ضرر ولا ضرار»، ولكن يتعذر إثبات هذا الضرر بالنسبة لهم، وكل ما تفعله المحاكم عن هذا النوع من الضرر إنما هو افتراض وقوع الضرر^{١٢٣} أو غلبة الظن في وقوعه، وهذه لا تغني عن الحق شيئاً.

مع التنبيه إلى عدم جواز الجمع بين أي نوع من التعويض وما قدره الشرع الشريف في صورة دية أو أرش.

وهذه الضوابط وضعتها منعا لجعل التعويض عن الضرر الأدبي نوعاً من العقوبة الخاصة؛ وخاصة بعدما رجحت أن أساس التعويض عن الضرر الأدبي هو العقوبة الخاصة، وهنا أستشير بكلام الشيخ البوطي حيث يقول: «وقد اتضح أنه لا الدلائل الشرعية من القرآن والسنة، ولا القواعد والأصول والمبادئ الفقهية الكلية، تبرر القول بمعاقبة مرتكبي الجنايات بنقص أموالهم؛ وتمليك ما أخذ منهم لغيرهم، والأسباب التي تقتضي منع المعاقبة بالغرامات المالية في الشريعة الإسلامية، هي ذاتها الأسباب التي تقتضي ذلك في القوانين الوضعية»^{١٢٤}، ثم بين السبب القانوني الذي يمنع إيقاع العقوبة بالغرامة، حيث قال: «أي ما هو النص القانوني الذي يجعل ورود المال عن هذا الطريق سبباً من أسباب الكسب والملك؟.. إن مصادر التملك في القانون المدني معدودة ومحدودة وليس يوجد بينها هذا المصدر قط»^{١٢٥}.

المبحث الرابع : تطبيقات قضائية :

في هذا المبحث سنأخذ رحلة سريعة نطوف فيها بحثاً في أحكام محكمة التمييز بدبي، والمحكمة الاتحادية العليا، والمحكمة العليا العمانية، ومحكمة النقض المصرية العريقة، ومحكمة التمييز الأردنية، ومحكمة التمييز البحرينية، وذلك لنكتشف الغريب والدقيق من أحكامها في موضوع التعويض عن الضرر الأدبي وخاصة في هذه المباحث:

- التعويض الأدبي في حالة إصابة المضرور.

١٢٣ محمد إبراهيم دسوقي - مرجع سابق - ص ٤٦٧ فقرة ٢٤٤
 ١٢٤ الشيخ محمد سعيد رمضان البوطي - العقوبة بالمال في الشريعة الإسلامية - بحث منشور بمجلة الأمن والقانون - كلية شرطة دبي - السنة الثالثة - العدد الأول يناير ١٩٩٥ ص ٥٩
 ١٢٥ الشيخ محمد سعيد رمضان البوطي - العقوبة بالمال في الشريعة الإسلامية - بحث منشور بمجلة الأمن والقانون - كلية شرطة دبي - السنة الثالثة - العدد الأول يناير ١٩٩٥ ص ٦٠
 ١٢٦ أصلها حديث، سبق تخريجه في ص ٤٠



ما حوله من الأحداث، وأن تتاب مشاعره اللوعة والأسى ، على ما صار إليه حال المصاب من جراء إصابته^{١٢٠} .
 رابعا : أن يكون هذا الإدراك في وقت وفاة القريب لا بعده :
 ورد في حكم لمحكمة التمييز البحرينية: الضرر الأدبي الموجب للتعويض يجب أن يكون ضررا محققا، بما لزمه أن يكون المضرور المستحق لهذا التعويض موجودا وقت تحقق الضرر...^{١٢١} وورد في حكم لمحكمة النقض المصرية: التعويض عن الضرر الأدبي الشخصي المباشر الذي يصيب الأزواج والأقارب حتى الدرجة الثانية من جراء موت المصاب . قصر نطاقه على من كان منهم على قيد الحياة في تاريخ الوفاة...^{١٢٢} ثم وسع القضاء من دائرة تعويض الأزواج والأقارب ولم يجعلها محصورة في حالة موت المضرور بل في حالة إصابته ، ومع أن القانون لم يورد هذه الحالة إلا أن القضاء أدخلها حيث ورد في حكم محكمة التمييز بدبي « النص في المادة ٢٩٣ من قانون المعاملات المدنية يدل على أن الأصل أن الضرر الأدبي يستحق عنه التعويض دون تخصيص المستحقين له . إلا أن المشرع قيد هذا الحق في حالة وفاة المصاب وقصر الحق في التعويض عن هذا الضرر على الأزواج والأقارب . والقصد منه هو تحديد الأشخاص الذين يحق لهم التعويض عن الضرر الأدبي . وليس تحديد الحالات وأسباب استحقاقه من وفاة المصاب أو إصابته . وهذا القيد ينطبق بدوره في شأن تحديد المستحقين للتعويض عن الضرر الأدبي في حالات الإصابة . وبالتالي فليس هناك ما يحول قانون دون القضاء لهؤلاء الأشخاص بالتعويض عما يلحقهم من ضرر أدبي نتيجة إصابة المصاب ولو لم تؤد الإصابة إلى وفاته»^{١٢٣} .
 وورد في حكم محكمة النقض المصرية : « ... وإن كان قد خص هؤلاء الأقارب بالحق في التعويض عن الضرر الأدبي في حالة الموت، فلم يكن ذلك ليجرمهم مما لهم من حق أصيل في التعويض عن الضرر الأدبي، في حالة ما إذا كان الضرر أدبيا ناشئا من الإصابة فقط، ولو كان المشرع قصد منع التعويض عن الضرر الأدبي لذوي المصاب في حالة

حيا ، مدركا لمعنى الألم، فلا معنى لإعطائه شخصا ميتا أو لم يولد بعد ، وكذلك حتى يتحقق الهدف منه، فيجب أن يكون مدركا مميزا لمعنى ألم الفقد .
 واجتهادا من القضاء حول المادة ٢٩٣ الفقرة الثانية فقد استظهر شروطا للتعويض في مثل هذه الحالة :
 أولا : إثبات القرابة:
 حيث ورد في المبدأ الصادر عن محكمة النقض المصرية: «قصر الحق في التعويض عن الضرر الأدبي في حالة الوفاة على الأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما أصابهم من ألم من جراء موت المصاب ، بما مفاده أنه لا يكفي ثبوت القرابة بالمتوفى...»^{١٢٤} فإثبات القرابة أول شرط يجب إثباته.
 ثانيا : إثبات الألم :

حيث ورد في المبدأ الصادر عن محكمة النقض المصرية - السابق - : قصر الحق في التعويض عن الضرر الأدبي في حالة الوفاة على الأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما أصابهم من ألم من جراء موت المصاب ، بما مفاده أنه لا يكفي ثبوت القرابة بالمتوفى بل لا بد من استظهار الألم الذي يصيب قرابته من جراء موته...^{١٢٥} .
 ثالثا : في سن يدرك معه المضرور معنى الألم بسبب وفاة قريبه :

فقد ورد في مبدأ محكمة النقض المصرية :تمسك الطاعنة أمام محكمة الموضوع بأن القاصرين لا يستحقان تعويضا عن الضرر الأدبي ؛ على سند من أنهما في مرحلة المهد ، ولم تتكون لديهما ملكات الإدراك اللازمة للانفعال بموت شقيقتهما، وما يستتبعه من ألم وحزن لفراقه، لصغر سنهما وقت الحادث. التفات الحكم المطعون فيه عن هذا الدفاع، وقضائه بالتعويض لهما عن الضرر الأدبي رغم تخلف مناطه. خطأ في القانون.^{١٢٦} وكذلك ورد في حكم لمحكمة التمييز البحرينية: الضرر الأدبي الموجب للتعويض يجب أن يكون ضررا محققا، بما لزمه أن يكون المضرور المستحق لهذا التعويض ... وأن يكون في سن يستطيع معها أن يدرك

١٢٧ محمد أحمد يوسف- موسوعة المرجع القانوني -أحدث أحكام محكمة النقض ، الطعن رقم ١٠٧ لسنة ٦٧ ق جلسة ٢٩/٤/١٩٩٨
 المرجع السابق

١٢٨ مبدأ آخر من ذات الحكم في المرجع السابق.

١٢٩ مجموعة الأحكام الصادرة من محكمة التمييز البحرينية السنة الرابعة يناير ١٩٩٣ - جلسة ١٩/٩/١٩٩٣ الطعن ٥١ لسنة ١٩٩٣ م ص ٢٧٨.

١٣٠ المرجع السابق.

١٣١ مجموعة الأحكام الصادرة من الدوائر المدنية والتجارية ودائرة الأحوال الشخصية السنة ٤٤ الجزء الثالث الطعن رقم ٣٣١٢ لسنة ٥٩ قضائية ص ٤٣٦.

١٣٢ الطعن رقم ١٠٥ و ١٠٩ لسنة ١٩٩٤ حقوق جلسة الأحد ١٠/٣٠/١٩٩٤ م ، مجلة القضاء والتشريع العدد الخامس فبراير ١٩٩٧ ص ٧٥٤.



المضرر ، ولا يقال إن الأصل التعويض عن كل ضرر ، لأن التعويض عن الضرر الأدبي تعويض خارج عن القياس ، فالأصل في التعويض أن يعطى مثل المفقود أو قيمته ، لذلك احتاج المشرع في حالة الوفاة إلى إدخاله بنص صريح ، وذلك لا ينسحب على حالة الإصابة . وهناك من السادة قضاة المحكمة الابتدائية بدبي من لا يرى التعويض في حالة إصابة المضرور ، وذلك لأنه تفسير لا يحتمله النص.^{١٣٦}

وبذلك يتبين أن ما ذهب إليه القضاء باطل من أساسه ، ولا مسوغ له ، ولا دليل ، وهذا تحكم لا مبرر له ، بل إن كثيرا من الأحكام في فرنسا ، ذهبت إلى أنه لا يقضي بالتعويض عن الألم الذي يحدث

للمرء بسبب إصابة قريبه ، مهما كانت درجة القرى ، ولكن بعضها قضى بإمكان التعويض عن الإصابة الجسيمة كالعاة ، إذا ثبت وجود ألم حقيقي عميق .^{١٣٧}

المطلب الثاني

الجمع بين الدية والتعويض

اختلف اجتهاد القضاء في دولة الإمارات العربية المتحدة -بين المحكمة الاتحادية العليا ، ومحكمة التمييز بدبي- في مسألة الجمع بين الدية والتعويض ، حيث إن المادة ٢٩٩ من قانون المعاملات المدنية الاتحادي نصت على أنه «يلزم التعويض عن الإيذاء الذي يقع على النفس ، على أنه في الحالات التي تستحق فيها الدية أو الأرش ، فلا يجوز الجمع بين أي منها وبين التعويض مالم يتفق الطرفان على غير ذلك » فظاهر النص على أن الحالة التي تستحق فيها الدية أو الأرش يمنع زيادة التعويض عليهما ، وعلى هذا جرت أحكام المحكمة الاتحادية العليا ، بينما قصرت محكمه التمييز بدبي الدية على نوع معين من الضرر الناتج من حادثة القتل - مثلا - وأجازت التعويض عن الأضرار الأخرى ، لأن الدية لا تغطيها ، ويمكن إجمال الخلاف بين هاتين المحكمتين في هذه النقاط:

- هل الدية تعويض أم ترضية لورثة المجني عليه ؟

إصابته فقط ، لما أعوزه النص على ذلك صراحة على غرار ما نص عليه في الفقرة الثانية من المادة سالفه الذكر ، حين قيد فيها الأشخاص الذين يحق لهم التعويض عن الضرر الأدبي في حالة موت المصاب ، وهو تحديد الأشخاص من يحق لهم التعويض عن الضرر الأدبي في حالة موت المصاب ، وليس تحديدا لحالاته وأسباب استحقاقه»^{١٣٨} .

ومع أن القانون سكت عن هذه الحالة ، فكان من واجب المحكمة الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية الغراء وذلك ما قررته المادة الأولى من القانون المدني الإماراتي ، ولا يقال إن المحكمة استظهرت هذه النتيجة من خلال :-

١- القياس : حيث قاست ما يعانیه الأقارب بسبب الإصابة على ما يعانیه الأقارب من موت المضرور . ولكن الألم متفاوت والحسرة في الأولى أشد ، ولا يقال أن حسرة المتوفى تنقضي وتنسى ، بينما الحسرة والألم على المصاب - خاصة وإن كان ذا عاهة - تبقى ببقائه ، لأن الحسرة والأسى على الميت ، ذات وقع أليم عميق ، بخلاف الثانية ولذلك عمل الناس -على اختلاف أجناسهم ودياناتهم- المأتم والتعازي وأقبلوا على مواساة ذوي الميت ولم يجعلوا ذلك للمصاب ، بل على العكس أصبحوا يهنؤونه على السلامة .

فيلاحظ أن القياس ليس قياسا من باب أولى ، فالعلة تكاد تختفي في حالة الإصابة ، وعلى أحسن تقدير فهي مضمونة ، فهذا إذن قياس من باب أدون ، ومن شرط تحقيق القياس أن تكون العلة في الفرع في أقل تقدير مساوية للعلة في الأصل^{١٣٩} .

٢- من أن المشرع لم يمنعه ، ولو أراد منعه لنص على ذلك صراحة :

وهذا احتجاج بالسلب ، وهو فاسد عند أهل المنطق ، فكيف يقال لم يمنع المشرع التعويض في حالة الإصابة صراحة ، مع أن التعويض في حالة الوفاة - وهو أولى منه في حكم جواز التعويض - احتاج فيه المشرع إلى نص ليخرجه من حكم المنع ، حيث إن الأصل أن التعويض لا يستفيد منه غير

١٣٤ الطعن رقم ٢٧٣ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٤/٣/٢٤ سعيد أحمد شعله - قضاء النقض المدني في التعويض - دار الفكر الجامعي ص ٢٢١ .

١٣٥ أنظر : السبكي - عبد الوهاب بن علي السبكي - (٧٢٧-٧٧١هـ) قاضي القضاة ، الشافعي المذهب ، أديب وفقه وأصولي ومحدث ، له العديد من المؤلفات أشهرها طبقات الشافعية ، قال ابن كثير : جرى عليه من المحن والشدائد ما لم يجر على قاض مثله . (الزركلي ج ٤ ص ١٨٤) - رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب - عالم الكتب - ط ١٩٩٩ - ١٤٠٠ - ج ٤ ص ٣٠٨

١٣٦ سعادة القاضي محمد محمد جابر الشريف خلال مقابلة معه يوم الثلاثاء ١٣ من صفر الخير ١٤٢٤ الموافق ٢٠٠٣/٤/١٥

١٣٧ أنظر المستشار حسين عامر وعبد الرحيم عامر - المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية - ص ٣٤٧ حيث نقل ذلك عن محكمة النقض الفرنسية في ١٩٤٥ / ١٢ / ٢٢

دالوز - J - ٩٩





ذهبت المحكمة الاتحادية العليا ، إلى أن الدية تغطي جميع آثار القتل الخطأ، وهي تشمل كافة التعويضات عن القتل الخطأ، أما الفعل الضار؛ فذهبت المحكمة الاتحادية العليا إلى أنها - أي الدية- لا تغطي نفقات العلاج، وفقد الوراثة لمورد رزقهم ، حيث قررت في أحد أحكامها: «استقر قضاء هذه المحكمة، على أن الدية، إلى جانب اعتبارها عقوبة، فهي تعويض لترضية الأهل عن فقد ذويهم، وعن حرمان المضرور من العضو التالف أو منفعته، وبذلك فهي تغطي الآلام النفسية أو المعنوية التي لحقت بهم، أما إذا ترتب على فعل الجاني أضرار أخرى، تزيد على ذلك المتمثل في الآلام التي تصيب الأهل أو المضرور، كفقدهم مورد رزقهم، أو ما تكبدوه من نفقات في العلاج، وهي تغاير تلك التي تغطيها الدية، فإن ذلك لا يحول بين من قضى له بالدية أو الأرش، وبين طلب تعويضه عن الأضرار الأخرى التي لا تغطيها الدية، ولا يعتبر ذلك من قبيل الجمع بين الدية والتعويض، المتمتع بحكم المادة ٢٩٩ من قانون المعاملات المدنية، لأنها فقط تستهدف عدم جواز تعويض المضرور عن أضرار استُحقت الدية تعويضاً عنها، لأنه في هذه الحالة يكون قد جمع بين تعويضين عن ضرر واحد، ولا تعني الأضرار الأخرى التي لم يف قدر الدية بالتعويض عنها»^{١٢١} بينما يستفاد من أحكام محكمة التمييز بدبي، أنها - أي الدية - لا تغطي جميع الأضرار حيث جاء في حكم لها «...إن التعويض الذي تحظر الفقرة الثانية من المادة ٢٩٩ معاملات مدنية الجمع بينه وبين الدية، إنما هو التعويض عن الضرر المادي، الذي يلحق بشخص المجني عليه، نتيجة الإيذاء الذي يقع على نفسه، وينتقل إلى ورثته بوفاته، أما ذلك الذي يستحق للورثة، مادياً كان أو أدبياً، نتيجة ما أصاب أشخاصهم من أضرار، بسبب ممات مورثهم، فيخرج عن التعويض الذي عنى المشرع حظر الجمع بينه وبين الدية»^{١٢٢}. ولعل مستند المحكمة الاتحادية العليا هو: قول الصاوي: «الذي استحسنته ابن عرفة، فيما إذا لم يكن في الجرح شيء مقدر، القول بأن على الجاني أجرة الطبيب وثمان الدواء، سواء برئ على شين أم لا، مع الحكومة في الأول، وأما ما فيه شيء مقدر، فليس فيه سواء، ولو برئ على شين، سوى موضحة الوجه والرأس، فيلزم مع

- هل الدية أو الأرش يغطي جميع ما نتج عن الفعل الضار، وما نتج عن واقعة القتل الخطأ من أضرار، أم لا ؟
- هل منع الجمع بين الدية والتعويض يسري على الأزواج والأقربين، أم أنه خاص بالتعويض الشخصي للمجني عليه ؟
١- الدية تعويض أم ترضية:
ذهبت المحكمة الاتحادية العليا في حكمها الصادر في ١١/٢٣/١٩٩١م إلى أنه «...في الدية إطفاء للألم والغيظ في نفس ذوي المجني عليه ، وتعويضاً للآلام النفسية التي تصيبهم، وهي تشمل كافة التعويضات عن القتل الخطأ، ومن ثم فإن الدية تعد تعويضاً كما تعد عقوبة، ومتى كانت للدية صفة التعويض لم يجز الجمع بينهما في حدود الأضرار التي جبرتها الدية باعتبار أن الدية هي بدل النفس، والمقصود بها رفق الفتق الذي حدث على المجني عليه، والتعويض هو لجبر الضرر الذي لحق بالمجني عليه، وبالتالي لا يجوز الجمع بينهما لأن التعويض لا يكون إلا عند عدم وجود الدية، فإذا استحققت فإنها تكون هي الأصل، ولا ينبغي الجمع بين البديل والمبدل منه»^{١٢٨}
وذهبت محكمة التمييز بدبي في حكمها الصادر في سنة ١٩٩٠ إلى أن الغاية من الدية هي ترضيه ورثة المجني عليه، حيث قالت: «...وإن ثمة فروقاً جوهرية تميز الدية عن التعويض، فالغاية من الدية هي ترضيه ورثة المجني عليه...»^{١٢٩} واختلف الاجتهاد القضائي في المحكمة العليا بسلطنة عمان قبل صدور المرسوم السلطاني رقم ٢٠٠٨/١١٨ والخاص بتعديل الديات والأروش حيث قضى في المادة الثالثة منه (تكون الديات والأروش المشار إليها جابرة لجميع الأضرار المادية والمعنوية)
ففي قرارها رقم ١٥١ في الطعن رقم ٢٠٠٤/٤٥م^{١٣٠} أجاز الجمع بين الدية والتعويض كما ذهبت إليه محكمة التمييز بدبي وقرر أن الدية ترضية المجني عليه أو ورثته.
بينما في قرارها رقم ١٣٦ في الطعن رقم ٢٠٠٣/٢٢١م لم يجز الجمع بينهما .
٢. هل الدية تغطي جميع ما نتج عنه الفعل الضار من أضرار:

١٢٨ انظر الطعن رقم ٧٩ لسنة ١٣ مدني شرعي جلسة ١١/٢٣/١٩٩١. أشار إليه القاضي حسن أحمد الحمادي في كتابه «قضاء الحدود والقصاص والدية» ص ٢٩٠.
١٢٩ مجلة القضاء والتشريع - مرجع سابق - العدد ٢ يناير ١٩٩٣ ص ٢٧٥ جلسة الأحد ٥ مايو ١٩٩١.
١٤٠ مجموعة الأحكام الصادرة عن هيئة توحيد المبادئ والدائرة الجزائية مع المبادئ المستخلصة منها لسنة ٢٠٠٤م ص ٢٥٧
١٤١ الطعن ٢٧٦ لسنة ١٦ القضائية - جلسة ٢١ فبراير ١٩٩٥ - مجموعة الأحكام الصادرة عن دوائر المدنية والتجارية والشرعية المدنية والأحوال الشخصية - السنة ١٦ ١٩٩٥م العدد الأول ط ١٤٢١ - ٢٠٠٢م ص ٢١٥ - ٢١٦
وانظر كذلك الطعن ١٢ لسنة ١٢/١٩٩٠.
١٤٢ مجلة القضاء والتشريع العدد الثاني - يناير سنة ١٩٩٣ جلسة الأحد ٢٧/١/١٩٩١ الطعن رقم ١١١ لسنة ١٩٩٠ حقوق صفحة ٥٢. ٥٣.



لحققت بهم»^{١٤٧} في حين ذهبت محكمة التمييز بدبي، إلى أن الدية لا تغطيها حيث قررت في حكم لها «... إن التعويض الذي تحظر الفقرة الثانية من المادة ٢٩٩ معاملات مدنية، الجمع بينه وبين الدية، إنما هو التعويض عن الضرر المادي الذي يلحق شخص المجني عليه، نتيجة الإيذاء الذي يقع على نفسه، وينتقل إلى ورثته بوفاته، أما ذلك الذي يستحق للورثة، ماديا كان أو أدبيا، نتيجة ما أصاب أشخاصهم من أضرار بسبب وفاة مورثهم فيخرج عن التعويض الذي عنى المشرع حظر الجمع بينه وبين الدية...»^{١٤٨}

وما ذهبت إليه المحكمة الاتحادية العليا هو ما قررتة المذكرة الإيضاحية في شرحها للمادة ٢٩٩.

على أنه يلاحظ في المادة، ذكرها لعبارة « في الحالات التي تستحق فيها » فأى حالة أي واقعة تستحق فيها الدية أو الأرش، لا يجوز الجمع بينها وبين التعويض، ومما يؤيد ذلك فحرف الجر «في» يدل على الظرفية هنا^{١٤٩} فالعبرة بالواقعة متى ما كان يحكم فيها بالدية، لا يجمع معها تعويض، أي كان شكله؛ ما دام ناشئا عن هذه الواقعة، وإن سلمنا أن الدية لا تغطي جميع الأضرار.

بعد هذا يلاحظ على المادتين ٢٩٣ (الخاصة بتعويض الأزواج والأقارب أدبيا نتيجة وفاة المصاب) و ٢٩٩ (الخاصة بمنع الجمع بين الدية أو الأرش والتعويض) من القانون المدني الإماراتي، أنهما متعارضتان، فالأولى تقر تعويضا عن ضرر في حالة الوفاة، والثانية تمنع أي تعويض في حالة الوفاة غير الدية أو الأرش، وهذا يدل أنهما تنتميان لمدرستين أو نظريتين مختلفتين، فبينما الأولى خاصة بالتعويض عن الأضرار حالة وفاة المصاب، وذلك لانتمائها إلى مدرسة غربية لا تقر معنى الدية بمفهومها الشرعي الإسلامي، وإنما هي مجموعة تعويضات بعضها مع بعض تشكل تعويضا للأضرار حالة الوفاة، والثانية تنتمي للمدرسة الإسلامية وللشرع الشريف، حيث الدية واحدة ولا يزداد فيها أي تعويض عن ضرر آخر.

المقدر فيها أجره الطبيب «^{١٤٣} . وقول الخرشي:» (ص) وفي أجره الطبيب قولان (ش) يعني أن من جنى على شخص، فجرحه جرحا خطأ ليس فيه حال مقرر، أو عمدا، لا يقتص منه، لاتلافه أو لعدم المساواة أو لعدم المثل، وليس فيه مال مقرر أيضا، فهل يلزم الجاني أجره الطبيب. ثم إذا برئ ينظر، فإن برئ على غير شين، فليس عليه إلا الأدب إن كانت الجناية عمدا، وإذا برئ على شين غرم النقص، أو ليس عليه ذلك بل يغرم النقص إن برئ على شين، ولا يغرمه إن برئ على غير شين، قولان، ومثل أجره الطبيب، قيمة الدواء، والراجح منهما القول بأن أجره الطبيب على الجاني، بدليل أن رفو الثوب عليه، وأما الموضحة ونحوها مما فيه شيء مقرر فإنما على الجاني ما هو مقرر فقط^{١٥٠}».

ولكن أجره الطبيب- كما هو ملاحظ من هذا النقل- تدخل ضمن الدية المقررة. واختلف الاجتهاد القضائي في المحكمة العليا بسلطنة عمان قبل صدور المرسوم السلطاني رقم ٢٠٠٨/١١٨ والخاص بتعديل الديات والأروش ففي قرارها رقم ١٥١ في الطعن رقم ٢٠٠٤/٤٥ م^{١٤٦} بينت المحكمة أن الدية لا تغطي جميع الأضرار حيث قالت: «... ومن ثم فإن من قضي له بالدية فإن ذلك لا يمنعه من طلب التعويض عن الأضرار الأخرى إن كان لها مقتضى...» بينما في قرارها رقم ١٣٦ في الطعن رقم ٢٠٠٣/٣٢١ م ذهبت إلى أن الشارع تولى أمر تقدير المقابل المالي للنفس الذي لا يقبل زيادة أو تعويضا آخر.

٢- هل منع الجمع بين الدية والتعويض يسري على التعويض عن الضرر الأدبي الذي لحق الأزواج والأقرباء أم أنه خاص بالتعويض الشخصي؟ اختلف الاجتهاد في هذه النقطة- أيضا- بين المحكمة الاتحادية العليا ومحكمة التمييز بدبي، فبينما ذهبت المحكمة الاتحادية العليا إلى أن الدية تغطيها، حيث جاء في حكم لها: «... لأن قضاء هذه المحكمة قد استقر على أن الدية إلى جانب اعتبارها عقوبة فهي تعويض لترضية الأهل عن فقد ذويهم وعن حرمان المضرور من العضو التالف أو منفعتة وبذلك فهي تغطي الآلام النفسية أو المعنوية التي

١٤٣ الصاوي (١١٧٥-١٢٤١هـ) أحمد بن محمد الخلوتي فقيه مالكي نسبته إلى صاء الحجر في إقليم الغربية بمصر توفيت بالمدينة المنورة (الزركليج ص ٢٤٦) . بلغة السالك لأقرب المسالك المذهب الإمام مالك دار المعرفة بيروت. ١٣٩٨. ١٩٧٨ ج ٢ صفحة .

١٤٤ المقصود ب(ص) الأصل وب(ش) الشرح ، انظر الخرشي-مرجع سابق- ج ١ ص ٩
١٤٥ الخرشي على مختصر سيدي خليل . مرجع سابق- مجلد ٣ صفحة ١٥٠

١٤٦ مجموعة الأحكام الصادرة عن هيئة توحيد المبادئ والدائرة الجزائية مع المبادئ المستخلصة منها لسنة ٢٠٠٤ م ص ٢٥٧
١٤٧ انظر الطعن ٢٧٦ لسنة ١٦ جلسة ٢٠٢١/٢/١٩٩٥- مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر المدنية والتجارية والأحوال الشخصية- السنة ١٦ ق- ١٩٩٥ ، العدد الأول - ط١- ٢٠٢١/١٤٢١ ص ٢١٥- ٢١٦

١٤٨ انظر الطعن رقم ١٠٦ لسنة ١٩٩٠ - جلسة الأحد ١٩٩١/١/٢٧ حقوق مجلة القضاء والتشريع - مرجع سابق- عدد ٢ يناير ١٩٩٣ ص ٥٢- ٥٣ .
١٤٩ وهبة الزحيلي أصول الفقه الإسلامي- دار الفكر- دمشق- ط١ ١٤٠٦/١٤٨٦ ج ١ ص ٤٠٥



عقدية أو تقصيرية . وقد أخذ بهذا الفكر القانون الفرنسي القديم ، حيث أقر بالتعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية التقصيرية دون العقدية ، ولعل السبب في ذلك - كما يقول الأستاذان مازو وتك - هو خطأ فقهاء القانون الفرنسي القديم في فهم نصوص القانون الروماني ، الذي لا يميز في هذا الصدد بين المسؤولية^{١٥١} أما اليوم فيذهب أغلب الفقه والفقهاء في فرنسا ؛ إلى أن يكون حكم الضرر الأدبي في نطاق المسؤولية العقدية بعينه كما هو في نطاق المسؤولية التقصيرية .

والسند في هذا ما تنص عليه المادة ١١٤٢ من القانون المدني الفرنسي : من أنه إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالالتزام ، وهذا التعويض بلا ريب - كما يقول المستشار حسين عامر وعبد الرحيم عامر - عن الضرر الذي أصاب الدائن ، ولم يحدد القانون أن يتأدى عدم الوفاء بالالتزام في ضرر مادي بذاته . ما يعني انصرافه إلى الضرر الأدبي وكذلك المادة ١١٤٩ من القانون المدني الفرنسي فيما نصت عليه من أن يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة ، فإنه بإطلاق معنى الخسارة لا يكون ثمة من محل لقصره على الخسارة المادية دون ما يمكن أن يدخل في معناها من أدبيه^{١٥٢} . ويمكن القول بأن :

المادة ١١٤٢ من القانون المدني الفرنسي ، تتضمن مخالفة صريحة لكتاب الله عز وجل ، حيث قال تعالى : « (وَأَنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ) (البقرة: ٢٨٠) » .

فالمرسر ينظر إلى حال يسره ، ولا شيء سوى ذلك ، أما إن طوّل بالتعويض مع أنه ميسر ، فهذا رباً محرم ، ولذلك ساق الله عز وجل هذه الآية عقب آيات الربا لينبه المؤمنين . وأما إن كان المدين غنيا فهذه مماثلة وكما في الحديث «مطل الغني ظلم»^{١٥٣} فللحاكم زجره وتعزيزه بما يرى .

وإن تضرر الدائن ، فعليه إثبات ضرره ، عندها يتحول ضرره من الضرر الأدبي إلى الضرر المادي ، لأن ما يمكن إثباته هو مادي دون الأدبي والنظر بعدها للحاكم .

أما المحكمة العليا بسلطنة عمان فقد ذهبت إلى منع الجمع بين الدية والتعويض ، وبين الحكم التالي السبب في ذلك ، حيث قال : حيث إن الدية شرعا وقانونا هي المقابل المالي المقدر من قبل المشرع عملا بمبدأ تكافؤ الدم والنفس في الإسلام لقد أفرد الشارع للدية تنظيمًا خاصًا تكريما وتشريفاً للآدمي وتمييزاً له عن الأموال والماديات وقطعا للطريق لما يقع من مغالاة في طلبها واعتبارا للطبيعة الخاصة للمتلف من الإنسان الذي يصعب تقويمه بالمال ذلك أن تقويم الضرر الجسماني بالمال أمر في غاية الصعوبة ولا يتم ذلك تخميناً أو رجماً بالغيب أو قياساً للإنسان بالأموال والماديات فالزيادة على المثل ظلم على المعتدي وفي النقصان حيف على المعتدى عليه ولصعوبة تقدير المثل بين الضرر البدني والمعنوي فقد تولى الشارع أمر تقدير المقابل المالي للنفس الذي لا يقبل زيادة أو تعويض آخر وبما قدرت بالشرع فلا يزداد عليها ولا ينقص منها بأي حال وعملا أيضا بالسنة الشريفة « المسلمون تتكافأ دماؤهم » فالدية تسري على جميع المسلمين لا فرق بين كبير وصغير وقوي وضعيف وهذا ما ذهب إليه المشرع العماني بإصدار القرار السلطاني رقم ٨٣/٣ المؤرخ في ١٤/ جمادى الثاني ١٤٠٣ هـ الموافق ٢٨/ مارس سنة ١٩٨٣م المحدد للدية بمبلغ ٥٠٠٠ ر.سع بالنسبة للذكر .

وحيث إنه عملاً بكل ما سبق من الأسس الشرعية وبالإضافة للمبدأ القانوني أن النص الخاص يقيد النص العام فيتعين استبعاد العمل بالمادة ٥٨ جزاء التي تتعلق بالتعويض في الحالات العامة الأخرى خلافاً لديه النفس وبالتالي يتعين التقيد بالحكم بهذا المبلغ^{١٥٤} .

فالحكم بين فحوى تشريع الدية ، كما بين أن التعويض عن الأضرار شيء ، والدية شيء آخر ، وهذا هو لب المدرسة الإسلامية في موضوع الدية .

المطلب الثالث

الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية

ذهب القانون الروماني في عهوده الأخيرة إلى الأخذ بفكرة التعويض عن الضرر الأدبي ، دون تفريق بين مسؤولية

١٥٠ - الطعن رقم ٢٧-٢٠١١م - بالدائرة الجزائية ورقم ٢٦-١٠٠٢م الادعاء العام - في الجلسة العلنية المنعقدة يوم الاثنين ٢٣-صفر-١٤٢٣هـ - الموافق ٦- مايو - ٢٠٠٢م - المحكمة العليا بسلطنة عمان .
١٥١ سعدون العامري - مرجع سابق - ٧١
١٥٢ مازو : بند ٣٢٩ وما بعده وفي المجلة الفصلية للقانون المدني ١٩٥٠ صحيفة ٤٩٣ نقلا من حسين عامر وعبد الرحيم عامر - مرجع سابق - ص ٢٤٩-٣٥٠
١٥٣ البخاري ٥٦/٢ ومسلم ٣٤/٥ ومالك ٢٤/٦٧٤/٨٤ والشافعي ١٣٢٦ وأحمد في عدة مواضع منها ٢٥٤/٢ وأبو داود (٢٣٤٥) وغيرهم (الألباني - إرواء الغليل - ج ٥ ص ٢٤٩-٢٥٠)



في حين خالفها في هذا الرأي محكمة التمييز الأردنية حيث قالت تحت عنوان :

مسألة التعويض عن الضرر الأدبي في العلاقات التعاقدية :- إذا كانت طبيعة العلاقة بين طرفي الدعوى علاقة تعاقدية، وكان السكن الوظيفي ناشئاً عن هذه العلاقة، فإنه بذلك يكون محكوماً بالعلاقة التعاقدية، وتكون المطالبة بأي أضرار مستندة إلى المسؤولية العقدية، وحيث إنه من المقرر ووفقاً للمادة ٣٦٣ من القانون المدني (الأردني)، بأن التعويض يكون بما يساوي الضرر الواقع فعلاً، أي لا يحكم بالتعويض عن الضرر الأدبي، ولا بما فات من كسب أو ربح، وحيث إن المدعي يعمل في جامعة مؤتة، ويستفيد من السكن المخصص لموظفي الجامعة، وأن الشقة المخصصة له بحاجة لبعض الإصلاحات، وأن فصل الهاتف والكهرباء عن الشقة، كان لدواعي الصيانة ومستلزماتها ، فيكون بالتالي الحكم للمدعي بالتعويض عن الضرر الأدبي في غير محله، ولا مسند له من القانون ...»^{١٥٧}

المطلب الرابع

الفرق بين الضرر الأدبي وغيره من

الأضرار التي تشته به

كثيراً ما يخطئ الباحثون في التفرقة بين الضرر الأدبي وغيره من الأضرار ، خاصة الضرر الجسماني والضرر الموروث، وللتفرقة بينه وبينها وضعت فرعين ، الأول في التفرقة بينه وبين الضرر الجسماني ، والثاني بينه وبين الضرر الموروث.

الفرع الأول: الفرق بين الضرر الأدبي والضرر الجسماني : يدق الفرق بين الضرر الأدبي والضرر الجسماني : حينما تكون صورة الضرر الأدبي هي التشويه الواقع على الجسم، وذلك حين يكون الإعتداء على الجسم ونتج عنه جرح - مثلاً - ، فهو من ناحية ضرر مادي أصاب الجسد ، ومن ناحية أخرى ضرر معنوي أصاب جمال الجسد، وقد عبرت عن ذلك محكمة التمييز بدبي حيث قالت :«الضرر الأدبي

كما يلاحظ كذلك أن المادة ١١٤٩ من القانون المدني الفرنسي ذكرت لفظ خسارة، ومن المعلوم عقلاً أن ما يخسر هو المحسوس ، لإمكانية إثبات خسارته، أما الخسارة الأدبية فغير متصورة، إلا إذا قلنا اهتزاز سمعة التاجر في السوق، يمكن أن يطلق عليه خسارة .

أما في القانون المدني المصري :

فقد قال الأستاذ عبد المعين لطفي جمعة^{١٥٨} :-

«... قد أورد القانون المدني نصاً صريحاً في جواز التعويض عن الضرر الأدبي، وقد ورد هذا النص في باب آثار الالتزام. الأمر الذي يجعل حكمه سارياً في حالتي المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية فنصت المادة ١/٢٢٢ على ما يأتي «يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً . ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير، إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق، أو طالب الدائن به أمام القضاء ..»

والذي ذهب إليه الأستاذ عبد المعين، هو ما قررته مذكرة المشروع التمهيدي للمادة ٣ من المشروع ، حيث جاء فيها : «يعتد في المسؤولية التعاقدية بالضرر الأدبي، وفقاً للأحكام التي تقدمت الإشارة إليها في المسؤولية التقصيرية منه في نطاق المسؤولية التعاقدية على أن ذلك لا ينفي إمكان قيام المسؤولية عن الضرر الأدبي في الالتزامات التعاقدية ، فمن ذلك مثلاً إقناع الوديع عن رد لوحة فنية لها عند المودع منزلة أدبية رفيعة مع أن قيمتها المادية ضئيلة .»^{١٥٩}

وبهذا الرأي أخذت محكمة النقض المصرية حيث قالت : « إذا كان الحكم قد قضى للطاعن بالتعويض ، على أساس أن الشركة المطعون عليها بالتزاماتها قد ضيع عليه فرصة كان يترقبها من وراء إظهارها في الأفلام المتعاقد عليها وهي ذبوع شهرته كممثل سينمائي ، فإنه يكون من غير المنتج، النفي عن هذا الحكم بأنه وصف هذا الضرر بأنه ضرر أدبي، فحسب في حين أن الطاعن رأى أن هذا الوصف الحقيقي المنطبق عليه أنه ضرر مادي حتى كان لم يقدم إلى محكمة الموضوع ما يدل على أنه ضرراً آخر محققاً قد حاق به خلاف الضرر الذي قضى بالتعويض من أجله .»^{١٦٠}

^{١٥٨} عبد المعين لطفي جمعة - مرجع سابق - ص ١٠٩ .

^{١٥٩} مجموعة الأعمال التمهيدية ج ٣ ص ٥٦١-٥٦٨ نقلاً من حسن عكوش - المسؤولية العقدية والتقصيرية في القانون المدني - دار الفكر الحديث - القاهرة ١٩٧٣ (بدون ذكر رقم الطبعة) .

^{١٦٠} محكمة النقض جلسة ١٠/١٢/١٩٥٣ - طعن رقم ٣٣٤ سنة ٢١ ق مجموعة القواعد المدنية لربع قرن رقم ٢٢ ص ٢٦٣ ، نقلاً من عبد المعين لطفي جمعة - مرجع سابق - ص ١٠٩ .

١٥٧ مجلة نقابة المحامين السنة ١٨٣٥ ص ٤٨ العددان (٦٥) تميز حقوق رقم ٩٩/٥٢٦ .



اختلفت الآراء حول أساس التعويض عن الضرر الأدبي والصحيح أنه عقوبة خاصة.
لا بد من ضوابط لإباحة التعويض عن الضرر المعنوي وهذه الضوابط هي :
أن لا يكون مستقلا بتعويض وحده.
أن يكون متعلقا بضرر مادي أو يتمخض عنه ضرر مادي .
أن يكون التعويض لشخص المتضرر لا لغيره.
ليس لأولياء أو لأقرباء المصاب أي حق في طلب التعويض عن الضرر الأدبي حسب ما ينص عليه القانون المدني الإماراتي.
لا يجوز الجمع بين الدية وبين أي نوع من أنواع التعويض الأخرى.
لا يمكن القول بجواز التعويض عن الضرر الأدبي نتيجة المسؤولية العقدية لأنه يخالف القاعدة التي تقضي بأن التعويض يكون بما يساوي الضرر الواقع فعلا .

معلوم ، أما الضرر الجسماني فهو المعبر عنه شرعا بجراح الجسد، التي تصيب الإنسان وتؤثر على سلامة جسده، وهو عنصر من عناصر الضرر ^{١٥٨} .
الفرع الثاني : الفرق بين التعويض عن الضرر الأدبي الموروث والتعويض عن الضرر الأدبي الشخصي للورثة :
الضرر الأدبي إما أن يكون شخصا أو موروثا ، فالموروث ما كان حقا ناتجا من ضرر أدبي للمورث خلفه للورثة، وهذا الحق لا يمكن للورثة المطالبة به، إلا إن كان قد تحدد مقداره من قبل موت مورثهم، بمقتضى اتفاق خاص، أو حكم حاز قوة الشيء المقضي به، ذلك بسبب ما لهذا التعويض من صبغة أدبية، يجعله حقا متعلق بشخص صاحبه فلا ينتقل بطريق الميراث، بأي حال من الأحوال، إلا إذا تأكدت صيغته المالية، بعد تقديره نهائيا بالتراضي، أو بحكم القاضي .
أما التعويض عن الضرر الأدبي الشخصي للورثة، فهو ما أصابهم من حزن وأسى لوفاة مورثهم، فهذا حق شخصي لهم قد يجتمع هو والحق الموروث ^{١٥٩} .

الخاتمة

بعد هذا التطواف في مباحث هذا البحث ، نستوقف القلم لنتساءل عن أهم ما يمكن استنتاجه منه ، وأظنه لو سئل لأجاب :
إن مفهوم الضرر لغويا مفهوم عام يدخل فيه الضرر الأدبي.
الضرر اصطلاحا : كل أذى يلحق بالآخرين أو يلحقه الشخص بنفسه سواء أكان في ماله أم جسمه أم عرضه أم عاطفته .
التعويض هو المال الذي يحكم به على من أوقع ضررا على غيره في نفس أو مال .
الضرر الأدبي هو الضرر غير المالي .
الضرر الأدبي تعريب قام به المشرع اللبناني للمصطلح الفرنسي (dommage moral) .
الضرر الأدبي والضرر المعنوي مصطلحان لمعنى واحد .
يتخذ الضرر الأدبي عدة صور وأنواع وأشكال .

١٥٨ مجلة القضاء والتشريع العدد السادس - ديسمبر ١٩٩٧ ص ٤٠٧، الطعن رقم ٤٣٣ و ٤٤٠ لسنة ١٩٩٤ حقوق .

١٥٩ المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني - نقابة المحامين عمّان - ج ١ ص ٢٩٩

المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الصادر بالقانون الاتحادي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ المعدل بالقانون الاتحادي رقم ١ لسنة ١٩٨٧ ج ١ ص ٢٩٥



اختصاص القضاء العماني بنظر دعاوى إثبات ملكية الأراضي

إعداد:

فضيلة القاضي / بدر بن سيف بن راشد الراجحي
قاضي المحكمة الابتدائية بنزوى



المقدمة:

ما هي الطبيعة القانونية للجان شؤون الأراضي؟ هل هي هيئة قضائية أم لجنة إدارية؟ وما مدى حجية القرارات التي تصدرها، ومدى قابلية تلك القرارات للطعن عليها أمام جهات أخرى؟

إذا حدث نزاع معروض على القضاء حول قطعة أرض معينة ولا يوجد بها سند تملك صادر من الجهة المختصة، وكان هذا النزاع يتعلق بادعاء أحد طرفي النزاع لملكية هذه القطعة، أو كان النزاع يتعلق بحدود هذه القطعة، فما هي الجهة المختصة بنظر مثل هذه الدعاوى؟ يأتي هذا السؤال بعد صدور المرسوم السلطاني رقم ٢٠٠٧/٣٢ بتعديل بعض أحكام قانون الأراضي الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٨٠/٥، والذي نص في المادة الرابعة منه على أن: تضاف مادة جديدة برقم (٢٣) مكررا إلى قانون الأراضي المشار إليه يكون نصها: لا يجوز لجهات القضاء المختصة النظر في دعاوى إثبات الملك أو تعيين الحدود على الأراضي التي يسري بشأنها قانون الأراضي أو الفصل فيها قبل التقدم بالطلبات المنصوص عليها في المادة الثانية من هذا المرسوم إلى لجان شؤون الأراضي المختصة في مديريات ودوائر الإسكان والكهرباء والمياه بالمحافظات والمناطق، كما لا يجوز لها النظر في هذه الدعاوى إلا بعد التظلم إلى الوزير من القرارات الصادرة في شأنها.

في السؤال السابق كان الفرض أن موقع النزاع لا يوجد به سند تملك، لكن ماذا لو ثار النزاع بين طرفي الدعوى حول قطعة أرض، وكان بها سند تملك صادر من الجهة المختصة، أو كان صدر بها قرار من لجنة شؤون الأراضي، فما هي حالات اختصاص كل من القضاء العادي والقضاء الإداري بنظر دعاوى إثبات ملكية الأراضي سواء كان بين الأفراد أنفسهم أو بين الفرد والجهة المعنية بإصدار تلك السندات والقرارات؟ وما هي أهم الضوابط والأسانيد التي يؤسس القاضي حكمه عليها في مثل هذه الدعاوى؟ وما هو دور هيئة تنازع الاختصاص والأحكام في هذا الموضوع؟

حدود البحث:

تقتصر هذه الدراسة على استقراء أحكام المحاكم العمانية في هذا الصدد دون التعرض لأحكام قضائية أجنبية، ذلك أن سلطنة عمان لها طابعها القانوني والقضائي وتكوينها السياسي، والتي تكون منفردة فيه عن غيرها من الدول

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف خلق الله أجمعين، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين إلى يوم الدين.

أما بعد...

فإن المعرفة القانونية سلاح للإنسان في وجه الزمن الراهن، فكل شيء يسير بقانون، ولقد تبوء القضاء في السلطنة وما حققه من رفع للظلم ونشر لألوية العدل بين المواطنين المكانة العالية والمرموقة بين مختلف مجالات أنشطة الدولة والمجتمع.

وعلى هذا الهدي وسيرا على الدرب فقد صدر النظام الأساسي للدولة، ونص في المادة (٦٠) على أن السلطة القضائية مستقلة وتتولاها المحاكم على اختلاف درجاتها وتصدر أحكامها وفقا للقانون، ثم عني قانون السلطة القضائية بوضع القواعد المنظمة للقضاء وتخصيصه وترتيب درجاته وتبيان كل ما يتعلق بذلك.

وحتى يتيسر للقضاء ولرجال القانون والمحامين الوقوف على موضوع هذا البحث قمت بتوفيق من الله باختيار هذا العنوان من بين عناوين عدة، وقسمت البحث على أقسام سيأتي الحديث عنها لاحقا، واخترت هذا الموضوع لأنه شغل ولا يزال يشغل أروقة القضاء ببعض المسائل التي لم يتدخل فيها المشرع - لحين كتابة هذا البحث - بأي نص يحسم الخلاف حوله، بل انبرت بعض الأحكام التي تضع بعض المعايير في بعض المسائل دون أن يمكن الاستهداء بها لتطبيقها على غيرها.

وأقول أخيرا بأن هذا العمل ليس كاملا، ولا أدعي شموله، لكنه محاولة من الباحث لتوضيح معالم نقطة صغيرة في بحر العلوم القانونية والقضائية.

والله تعالى أسأله التوفيق والسداد، إنه ولي ذلك والقادر عليه...

موضوع البحث وأهميته:

تكمن أهمية هذه البحث من خلال طرح الأسئلة التالية:



المبحث التمهيدي إجراءات التملك واختصاصات لجان شؤون الأراضي

المطلب الأول إجراءات تملك الأراضي

نظم المرسوم السلطاني رقم ٨٠/٥ بإصدار قانون الأراضي لعام ١٩٨٠م ملكية أراضي الدولة والأملاك الموقوفة والملكية الفردية كالأراضي الزراعية وغير الزراعية وإجراءات طلب التملك والفصل في المنازعات بشأنها وأحكام أخرى متعلقة بالموضوع.

كما صدرت مراسيم سلطانية لاحقة لقانون الأراضي تعدل بعض أحكامه كالمرسوم السلطاني رقم ٩٥/٢٤ بإجراء تعديلات في أحكام بعض القوانين الخاصة بالأراضي والمرسوم السلطاني رقم ٢٠٠٥/٦١ والتعديل الأخير بالمرسوم السلطاني رقم ٢٠٠٧/٣٢.

وبين القرار الوزاري رقم ٨٠/١٧ بإصدار اللائحة التنفيذية للمرسوم السلطاني رقم ٨٠/٥ في شأن قانون الأراضي الأحكام المتعلقة بقانون الأراضي وكيفية تنفيذ أحكامه.

وتنص المادة الثانية من المرسوم السلطاني رقم ٢٠٠٧/٣٢ بتعديل بعض أحكام قانون الأراضي على أن: على المواطنين أن يتقدموا بطلبات إثبات الملك وتعيين الحدود إلى لجان شؤون الأراضي المختصة في مديريات ودوائر الإسكان والكهرباء والمياه بالمحافظات والمناطق، ولا تقبل الطلبات التي تقدم في الأراضي البيضاء كما لا تقبل الطلبات التي تقدم بعد مضي ستة أشهر من تاريخ العمل بأحكام هذا المرسوم إلا في المباني القديمة والأموال الخضراء التي تسقى من الأفلاج وتلك التي تسقى بالآبار ويعود تاريخ الادعاء عليها إلى الأول من يناير ١٩٧٠، وللوزير أن يحدد رسوم طلبات التملك بعد التنسيق مع وزارة المالية.

ويتضح من خلال نص المادة السابقة أنه يجب على المواطنين أن يتقدموا بطلب إثبات ملكية الأراضي وحدودها، والتي يدعون ملكيتها إلى لجان شؤون الأراضي، وتتبع في ذلك الإجراءات التالية حسب ما نص عليه القرار الوزاري

بحكم تنظيم الهيئات والمؤسسات الإدارية والهيئات القضائية فيها، والتي يتناسب تنظيمها مع الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية للبلاد.

كذلك أيضاً لا تشمل هذه الدراسة الدعاوى المتعلقة بالبيع والإيجار والرهن وغيرها من التصرفات المتعلقة بالعقار، وإنما تقتصر هذه الدراسة على الدعاوى المتعلقة بإثبات الملك والحدود فقط.

منهج البحث:

تقوم هذه الدراسة على المنهج الوصفي الذي يعد أحد أبرز مناهج الدراسات والبحوث القانونية، وذلك من خلال جمع المبادئ القضائية التي أرستها المحكمة العليا في هذا الموضوع بالإضافة إلى مجموعة المبادئ التي أرستها محكمة القضاء الإداري، وهيئة تنازع الاختصاص والأحكام، وذلك من خلال تعرضنا لهذه الأحكام والمبادئ كل حسب موضعه من البحث، وتحليلها قدر المستطاع للوصول إلى حلول لمشكلة البحث أو على الأقل تقرب منه.

خطة البحث:

قمت بتقسيم البحث إلى مباحث ومطالب كالتالي:

المبحث التمهيدي: إجراءات التملك واختصاصات لجان شؤون الأراضي.

- المطلب الأول: إجراءات طلب تملك الأراضي.

- المطلب الثاني : تشكيل لجان شؤون الأراضي واختصاصاتها.

المبحث الأول: اختصاص القضاء العادي بنظر دعاوى إثبات ملكية الأراضي.

- المطلب الأول: اختصاص القضاء العادي.

- المطلب الثاني: تطبيقات قضائية.

المبحث الثاني: اختصاص القضاء الإداري بنظر دعاوى إثبات ملكية الأراضي.

- المطلب الأول: اختصاص القضاء الإداري.

- المطلب الثاني: تطبيقات قضائية.

المبحث الثالث: دور هيئة تنازع الاختصاص والأحكام.



أما عن تشكيل اللجان المحلية لشؤون الأراضي بالولايات فقد عينت اللائحة التنظيمية الآتية الذكر سبعة أعضاء، وهم:

١. والي الولاية
٢. مأمور البلدية بالولاية
٣. رئيس مركز الإرشاد الزراعي بالولاية
٤. أربعة من مشايخ أو أعيان الولاية ترشحهم وزارة الداخلية أعضاء

اختصاصات لجان شؤون الأراضي:

الحديث عن اختصاصات لجان شؤون الأراضي يمكن تقسيمه إلى ثلاث مراحل استناداً إلى التغيير الذي أحدثته المشرع في الاختصاص بنظر دعاوى إثبات الملك وتعيين الحدود بين السلطة القضائية ولجان شؤون الأراضي على النحو التالي:

أولاً: الفترة من ١٩٨٠/٢/٤ م وحتى ٢٠٠١/٦/١ م.

في هذا الفترة من تاريخ ١٩٨٠/٢/٤ م وهو تاريخ صدور قانون الأراضي وحتى ٢٠٠١/٦/١ م وهو تاريخ بدأ العمل بقانون السلطة القضائية الحديث عن اختصاص لجان شؤون الأراضي يمكن تلخيصه في أبرز اختصاصين لها، واللذين نصت عليهما اللائحة التنظيمية للجان شؤون الأراضي ولجنة الاستئناف، وهما:

أولاً:

- الادعاءات المتعلقة بالإشغالات السابقة على أول يناير ١٩٧٠ م.
- الادعاءات المتعلقة بالأشغال منذ تاريخ لاحق لأول يناير ١٩٧٠ م.
- الادعاءات المتعلقة بالأراضي البيضاء.

ثانياً: الفصل في المنازعات الناجمة عن تطبيق قانون

الأراضي الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٨٠/٥. ونصت اللائحة أيضاً على إنشاء لجان استئناف تختص بالفصل في الاعتراضات التي تقدم ضد القرارات الصادرة من لجنة شؤون الأراضي بمسقط ومن اللجان المحلية لشؤون الأراضي بالولايات خلال المدة القانونية إلى أمانة سر لجنة الاستئناف المختصة، وذلك وفقاً للقواعد

رقم ٢٠٠٣/٢٧ م بتعديل القرار الوزاري رقم ٨٨/٤٤ بشأن اللائحة التنظيمية للجان شؤون الأراضي ولجنة الاستئناف: يقدم الطلب إلى أمانة سر اللجنة على النموذج المعد لهذا الغرض على أن يتضمن البيانات الآتية:

- اسم المواطن رابعياً.
- موضوع الطلب وأسانيده.
- تاريخ تقديم الطلب.

أ. تقوم أمانة سر اللجنة بقيد الطلب وقت تقديمه برقم متتابع في سجل الطلبات، وكذلك المستندات المقدمة معه.

ب. يقوم المساح بتحديد الأرض موضوع الطلب لمعرفة مساحتها وإسقاطاتها على الخرائط، واستطلاع رأي قسم التخطيط بشأنها، ولا يعتد بالرسم المساحي كسند للملكية.

ثم بعد إنهاء هذه الإجراءات الإدارية بين القرار الوزاري الآنف الذكر إجراءات سير العمل لدى لجنة شؤون الأراضي واختصاصاتها وهو موضوع المطلب الثاني.

المطلب الثاني

تشكيل لجان شؤون الأراضي واختصاصاتها

تشكيل لجان شؤون الأراضي:

أطلقت اللائحة التنظيمية للجان شؤون الأراضي ولجنة الاستئناف والصادرة بالقرار الوزاري رقم ٨٨/٤٤ مصطلح (لجنة شؤون الأراضي لمنطقة مسقط) على اللجنة المعنية بالطلبات المقدمة في محافظة مسقط، ومصطلح (اللجان المحلية لشؤون الأراضي بالولايات) على اللجان المعنية بالطلبات المقدمة في بقية الولايات.

وتتشكل لجنة شؤون الأراضي لمنطقة مسقط من خمسة أعضاء، وهم:

١. نائب محافظة مسقط
 ٢. مدير عام ممثّل لبلدية مسقط
 ٣. مدير عام ممثّل لوزارة الزراعة
 ٤. مدير عام ممثّل لوزارة الداخلية
 ٥. مدير عام ممثّل لوزارة البلديات الإقليمية
- وترشح كل من الوزارة المشار إليها من يمثلها في اللجنة.



والإجراءات المنصوص عليها في المواد من ١٦ إلى ٢٧ من اللائحة التنظيمية المشار إليها.

وفي ذلك قررت محكمة القضاء الإداري في أحد أحكامها: (بأن الدعوى الماثلة كانت معروضة بأطرافها ومحلها وسببها على اللجنة المحلية لشؤون الأراضي بولاية المضبي قبل العمل بقانون السلطة القضائية المشار إليه، وبالتالي فإنها كانت مختصة بالاستمرار في نظر الدعوى حتى تبث فيها... ومن حيث أن قرارات هذه اللجنة لم تكن تعد نهائية حتى يتم استنفاد مرحلة العرض على اللجنة الاستئنافية بالوزارة المذكورة أو انقضاء مدة الاستئناف دون اعتراض...) (١)

ثانياً: الفترة من ٢٠٠١/٦/١م وحتى ٢٠٠٧/٤/١٧م.

في هذا الفترة من ٢٠٠١/٦/١م وهو تاريخ العمل بقانون السلطة القضائية وحتى ٢٠٠٧/٤/١٧م وهو تاريخ العمل بالمرسوم السلطاني رقم ٢٢/٢٠٠٧م بتعديل بعض أحكام قانون الأراضي يمكن القول أنه وبمناسبة إعادة تنظيم السلطة القضائية في سنة ١٩٩٩م تنفيذاً لأحكام النظام الأساسي للدولة الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٩٩/٩٠ بإصدار قانون السلطة القضائية، الذي نص في المادة الثانية من مواد إصداره على أن: تحال إلى المحاكم المختصة الدعاوى المنظورة أمام المحاكم الشرعية والمحاكم التجارية والمحاكم الجزائية، وذلك بحالتها وبغير رسوم، ويخطر ذوو الشأن بالإحالة، وتستمر لجان الإيجارات ولجان شؤون الأراضي في نظر الدعاوى والطلبات التي رفعت إليها قبل تاريخ العمل بالقانون المرافق.

ومفاد هذا النص أن المشرع رفع عن المحاكم القضائية واللجان الإدارية المشار إليها بالنص، والتي كانت قائمة قبل تاريخ العمل بقانون السلطة القضائية اختصاص الفصل في المنازعات الداخلة في اختصاصها، واسند إياها إلى المحاكم المختصة، وذلك اعتباراً من تاريخ العمل بقانون السلطة القضائية، والذي بدأ العمل به في ٢٠٠١/٦/١م، ثم ألزم

تلك المحاكم واللجان بالتصرف فيما لديها من دعاوى أو دعاوى وطلبات على النحو التالي:

بالنسبة للمحاكم: بإحالة الدعاوى المرفوعة أمامها حتى قبل ٢٠٠١/٦/١م إلى المحاكم المختصة المنشأة طبقاً لأحكام السلطة القضائية المشار إليها بحالتها وبغير رسوم. وبالنسبة للجان: باستمرار تلك اللجان في نظر الدعاوى والطلبات المرفوعة إليها قبل تاريخ العمل بقانون السلطة القضائية، أي قبل ٢٠٠١/٦/١م حتى يتم الفصل في هذه الدعاوى والطلبات، واعتباراً من هذا التاريخ ٢٠٠١/٦/١م لا تختص هذه اللجان بنظر الدعاوى والطلبات التي ترفع إليها، وإنما الذي يختص بنظرها هو المحكمة المختصة تبعاً للطبيعة القانونية للخصومة، ذلك أن نشاط اللجان المشار إليها في مجال الفصل في المنازعات كان هو الفصل في المنازعة الناتجة عن تطبيق أحكام قانون الأراضي، والفصل في المنازعات هو في الأساس من اختصاص القضاء، ومن ثم نقل المشرع هذا الاختصاص إلى القاضي الطبيعي له.

وقد ترتب على ذلك أن أصبح اختصاص وزارة الإسكان في شأن طلبات إثبات ملكية الأراضي مقصوراً على الاختصاص الأول المقرر لها بموجب المادة ٢١ من قانون الأراضي المشار إليه سلفاً، وهو نظر الطلبات الخاصة بملكية الأفراد للأراضي تطبيقاً لأحكام المواد ١٢ و١٣ و١٤ و١٧ من قانون الأراضي، بينما انتقل الاختصاص الثاني المقرر للوزارة أيضاً بموجب المادة ٢١ من قانون الأراضي، وهو الفصل في المنازعات الناتجة عن تطبيق أحكام قانون الأراضي إلى القضاء، بحيث لم يعد للجان شؤون الأراضي بمسقط والولايات مباشرة هذا الاختصاص ابتداءً ولم يعد للجان الاستئنافية حق مراجعة قرارات هذه اللجان أي كانت متى رفعت إليها الاعتراضات عليها (الاستئنافات) اعتباراً من ٢٠٠١/٦/١م (٢).

وتطبيقاً لذلك فقد قررت المحكمة العليا في إحدى المبادئ التي أرستها بأن: (لجان شؤون الأراضي هي المختصة بالنظر في طلبات ملكية الأراضي، وفي الادعاءات المتعلقة بالإشغالات

١. الاستئناف رقم (٧) لسنة (٣) ق.س. جلسة ٢٠٠٣/٥/٣١م. مجموعة المبادئ القانونية لمحكمة القضاء الإداري للعامين القضائيين الثالث والرابع لعام

٢٠٠٣م-٢٠٠٤م. ص ٩٠

٢. الاستئناف رقم (٥٧) لسنة (٤) ق.س. جلسة ٢٠٠٥/٥/١٤م. مجموعة المبادئ القانونية لمحكمة القضاء الإداري العماني للعامين القضائيين الخامس والسادس

لعام ٢٠٠٥م-٢٠٠٦م. ص ١٧٧-١٧٨



الحدود إلى لجان شؤون الأراضي المختصة في مديريات ودوائر الإسكان والكهرباء والمياه بالمحافظات والمناطق، ولا تقبل الطلبات التي تقدم في الأراضي البيضاء.

كما لا تقبل الطلبات التي تقدم بعد مضي ستة أشهر من تاريخ العمل بأحكام هذا المرسوم إلا في المباني القديمة والأموال الخضراء التي تسقى من الأفلاج، وتلك التي تسقى من الآبار ويعود تاريخ الادعاء عليها إلى الأول من يناير ١٩٧٠، وللوزير أن يحدد رسوم طلبات التملك بعد التنسيق مع وزارة المالية.

المادة الثالثة: تضاف مادة جديدة برقم (١٦) مكررا (١) إلى قانون الأراضي المشار إليه يكون نصها:

تبت لجان شؤون الأراضي المختصة في مديريات ودوائر الإسكان والكهرباء والمياه بالمحافظات والمناطق في الطلبات المقدمة إليها خلال مدة لا تجاوز ستة أشهر من تاريخ تقديم الطلب.

وعلى اللجان أن تثبت بكل الطرق من صحة الادعاءات، ولا تقبل بشأنها إلا الصكوك، ولها الانتقال إلى الأراضي، ومعاينتها على الطبيعة، والاستعانة بمن تراهم من الخبراء والمختصين بكافة الجهات الإدارية.

وترفع هذه اللجان توصياتها إلى الوزير لاتخاذ القرار بشأنها خلال شهرين من تاريخ رفعها، وللوزير تفويض وكيل الوزارة في ذلك.

ويعتبر مضي هذه المدة دون الرد على أصحاب الطلبات رفضا ضمينا لها، ويجوز التظلم للوزير خلال ثلاثة أشهر من صدور القرار أو عدم الرد.

المادة الرابعة: تضاف مادة جديدة برقم (٢٣) مكرر إلى قانون الأراضي المشار إليه يكون نصها:

السابقة على أول يناير سنة ١٩٧٠م... وتقوم بسماع أصحاب الطلبات وسماع شهودهم، وإصدار قرارها بعد التحقق من صحة المستندات المقدمة إليها^(٢) وليس لها أن تنظر (المنازعات الناجمة عن تطبيق قانون الأراضي)^(٣).

ولما كان القضاء هو المختص بنظر ذلك النوع من الدعاوى (فإنها تخضع للأحكام العامة في الإثبات، بمعنى أن المحاكم تطبق بشأنها قواعد الإثبات المعمول بها، وهي أحكام الفقه الإسلامي^{(٤)(٥)}، فقد تستعين المحكمة بشهادة الشهود^(٦) أو الصكوك المؤيدة للدعوى، أو غيرها من وسائل الإثبات الأخرى، ورغم كل ذلك فإن (لمحكمة الموضوع تقدير الأدلة ووزنها، والأخذ بها، بما تطمئن إليه، سواء كانت شهادة شهود أو صكوك إثبات أو قرائن)^(٨).

ثالثا: الفترة من ١٧ / ٤ / ٢٠٠٧م وحتى الفترة الحالية.

صدر المرسوم السلطاني رقم ٢٢/٢٠٠٧م بتعديل بعض أحكام قانون الأراضي الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٨٠/٥ والذي نص على:

المادة الأولى: تضاف فقرة جديدة إلى نهاية المادة (٧) من قانون الأراضي المشار إليه يكون نصها:

وتلتزم البلديات المختصة فوراً بمنع حيازة الأراضي الحكومية بغير سند قانوني، وبإزالة التعرض لها أو التعدي عليها، ولها الاستعانة بشرطة عمان السلطانية في تنفيذ ذلك.

المادة الثانية: تضاف مادة جديدة برقم (١٦) مكررا إلى قانون الأراضي المشار إليه يكون نصها:

على المواطنين أن يتقدموا بطلبات إثبات الملك وتعيين

٣. القرار رقم ٢٢ في الطعن رقم ٢٠٠٤/٦١م الدائرة المدنية الأولى، جلسة ٢٠٠٥/٤/٩م، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر المدنية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها لسنة ٢٠٠٥م، ص ١٨٦

٤. القرار رقم ٣٠ في الطعن رقم ٢٠٠٥/٣م الدائرة المدنية الأولى، جلسة ٢٠٠٥/٤/٩م، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر المدنية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها لسنة ٢٠٠٥م، ص ١٧٥

٥. كان هذا في السابق، أما حالياً فقد صدر قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية بالمرسوم السلطاني ٢٠٠٨/٦٨م في ١٧/٥/٢٠٠٨م. وصار الاحتكام في قواعد الإثبات إليه.

٦. القرار رقم ٥٤ في الطعن رقم ٢٠٠٤/٥٠م الدائرة المدنية الثانية، جلسة ٢٠٠٤/١٠/٢٤م، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر المدنية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها لسنة ٢٠٠٤م، ص ٤٠١

٧. انظر مثلاً: الاستئناف رقم ٦٦/م/٢٠٠٥، جلسة ٢٠٠٥/٥/١٧م، محكمة الاستئناف بصحار، غير منشور.

٨. القرار رقم ٣٧ في الطعن رقم ٢٠٠٢/٨م الدائرة المدنية الثانية، جلسة ٢٠٠٣/١٠/٢٦م، مجموعة الأحكام الصادرة عن دائرة المحكمة الشرعية والدائرتين المدنيتين الأولى والثانية بالمحكمة العليا مع المبادئ المستخلصة منها لغاية ١٣/١٢/٢٠٠٣م، ص ٥٩٣



لا يجوز لجهات القضاء المختصة النظر في دعاوى إثبات الملك أو تعيين الحدود على الأراضي التي يسري بشأنها قانون الأراضي أو الفصل فيها قبل التقدم بالطلبات المنصوص عليها في المادة الثانية من هذا المرسوم إلى لجان شؤون الأراضي المختصة في مديريات ودوائر الإسكان والكهرباء والمياه بالمحافظات والمناطق، كما لا يجوز لها النظر في هذه الدعاوى إلا بعد التظلم إلى الوزير من القرارات الصادرة في شأنها.

المادة الخامسة: يصدر وزير الإسكان والكهرباء والمياه القرارات اللازمة لتنفيذ أحكام هذا المرسوم.

المادة السادسة: يلغى كل ما يخالف أو يتعارض مع أحكام هذا المرسوم.

المادة السابعة: ينشر هذا المرسوم في الجريدة الرسمية ويعمل به من اليوم التالي لتاريخ نشره.

صدر في ٢٨ من ربيع الأول سنة ١٤٢٨ هـ الموافق ١٦ من ابريل سنة ٢٠٠٧ م.

ويمكن تلخيص هذا التعديل وآثاره في النقطتين التاليتين على أن نحصر الحديث فيهما فيما يناسب موضوع بحثنا فقط:

المادة الثالثة من المرسوم أكدت على ما جاء في قانون الأراضي، وأضافت بأن لجان شؤون الأراضي المختصة تبت في الطلبات المقدمة إليها خلال ستة أشهر من تاريخ تقديم الطلب، وفوضت للجان أن تتثبت بكل الطرق من صحة الادعاءات، بالإضافة إلى اتخاذ إجراءات أخرى، كقبول الصكوك الأصلية والمعاينة والاستعانة بذوي الخبرة، ثم ترفع التوصيات للوزير لاتخاذ القرار بشأنها خلال شهرين من تاريخ رفعها.

تعتبر المادة الرابعة من هذا المرسوم نقطة تحول جديدة في الموضوع، فقد اشترط المشرع فيها لكي ينظر القضاء دعاوى إثبات الملك أو تعيين الحدود شرطين، يكمل الشرط الثاني الشرط الأول، وهما:

الشرط الأول: أن يتقدم المواطن بطلب إثبات الملك وتعيين

الحدود إلى لجنة شؤون الأراضي المختصة. الشرط الثاني: إذا رفض الطلب أمام لجنة شؤون الأراضي فلا بد من التظلم منه أمام معالي الوزير المختص^(٩) من القرارات الصادرة بشأنها.

هذا هما الشرطان اللذان لا بد أن يتوافرا لكي يقبل القضاء الدعوى شكلاً في هذا الموضوع، ومن تحصيل الحاصل القول بأن ذلك يكون مع عدم الإخلال بالشروط الشكلية الأخرى للدعوى.

وقد صدرت في ذلك العديد من الأحكام القضائية^(١٠) تطبيقاً لهذا التعديل الأخير، منها ما قضت به محكمة الاستئناف بصحار بأنه: (لما كان من الثابت أن المستأنفين تقدموا بطلبات تملك الأراضي موضوع النزاع، وصدر فيها قرار اللجنة المحلية، وتم التظلم منه للوزير المختص، ورفض تظلمهم، ومن ثم فإن الاختصاص بنظر النزاع على الأرض، وطلب تثبت ملكيتهم يكون للمحكمة العادية التي يتعين عليها أن تقول كلمتها بإجابتهم إلى طلبهم من عدمه...) ^(١١)

وقضت أيضاً بأنه: (قد وضح بأن الدعوى موضوعنا قد رفعت بغير الطريق الذي رسمه المرسوم، وبالتالي يكون تصدي محكمة الموضوع إلى موضوع الدعوى والفصل فيها غير سديد، ويخالف ما جاء بنص المادة الرابعة من المرسوم المذكور ٢٠٠٧/٣٢ م، وكان على المستأنف أن يلجأ إلى الجهات الإدارية التي حددها القانون قبل اللجوء إلى القضاء، ولما كان ذلك كذلك، فإننا نقبل الدفع المقدم من المستأنف ضدها السابعة لكونه دفع متعلق بالنظام العام، ويمكن إثارته في أي مرحلة كانت عليها الدعوى...) ^(١٢)

الطبيعة القانونية للجان شؤون الأراضي، ومدى حجية قراراتها: مما لا شك فيه أن لجان شؤون الأراضي هي لجان إدارية لها اختصاص قضائي، فقد أرست معالم ذلك المحكمة العليا ومحكمة القضاء الإداري في أحكامهما، وقبل ذلك كله نص قانون الأراضي بتعديلاته على اختصاصات هذه

٩. وهو وزير الإسكان.

١٠. منها مثلاً: الاستئناف رقم ٩١٢/م/٢٠٠٨ م، جلسة ٢٠٠٩/٦/٩ م، محكمة الاستئناف بصحار، غير منشور، الاستئناف رقم ٩٧/م/٢٠٠٨ م، جلسة ٢٠٠٩/٢/١٠ م.

١١. محكمة الاستئناف بصحار، غير منشور.

١٢. الاستئناف رقم ٤٧١/م/٢٠٠٨ م، جلسة ٢٠٠٨/١١/٢٣ م، محكمة الاستئناف بصحار، غير منشور.

١٣. الاستئناف رقم ٣٤٩/م/٢٠٠٧ م، جلسة ٢٠٠٨/١١/١٠ م، محكمة الاستئناف بصحار، غير منشور.



والتجارية، مما يجعل عمل الوالي عملاً مماثلاً لأعمال القضاء وفقاً لنص المادة ٢٦ من قانون المحاماة، وما صدر بموجب هذه المادة من قرار وزاري رقم ٢٠٠٣/١٥٣ الذي أوضح الأعمال النظرية لأعمال المحاماة، وهي الأعمال التي تقوم بها اللجان ذات الاختصاص القضائي... وحيث أن المحكمة قد توصلت إلى أن أعمال لجان الأراضي أعمال تشابه الأعمال القضائية... فلهذه الأسباب حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً وفي الموضوع برفضه^(١٣).

وبالنسبة إلى قرارات هذه اللجان ومدى حجيتها، فإنها لا تعدو أن تكون قرارات إدارية يتبع في شأن الطعن فيها ما نصت عليه المادة الثالثة من المرسوم السلطاني رقم ٢٠٠٧/٣٢م بتعديل بعض أحكام قانون الأراضي، ومن البديهي القول بأن تلك القرارات حجة - في حالة صيرورتها نهائية - على أطراف الدعوى أو أصحاب الطلب فقط دون غيرهم.

اللجان، مما يؤكد على أن هذه اللجان هي لجان إدارية، وليست هيئات قضائية.

ويؤكد ذلك أيضاً أن محكمة القضاء الإداري نظرت العديد من الدعاوى في هذا الموضوع، وخصوصاً عندما يكون موضوع الدعوى القرار الصادر من هذه اللجان.

وقد اكتسبت محكمة القضاء الإداري اختصاصها بنظر أمثال هذه الدعاوى بالاستناد إلى البند الخامس من المادة السادسة من قانون محكمة القضاء الإداري الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٩٩/٩١ والتي تنص على أن: تختص محكمة القضاء الإداري دون غيرها بالفصل في الخصومات الإدارية التالية:

١... ٢... ٣... ٤...

٥. الدعاوى التي يقدمها ذوو الشأن بمراجعة القرارات النهائية الصادرة من لجان إدارية ذات اختصاص قضائي...

أما من حيث الاختصاص القضائي لهذه اللجان الإدارية، فقد أكدت المحكمة العليا على الاختصاص القضائي لهذه اللجان و(بأن أعمال هذه اللجنة أعمال قضائية، وتعد من الأعمال النظرية لأعمال المحاماة... أما عن السلطات القضائية لهذه اللجان، فإن القرار الوزاري رقم ٨٨/٤٤ قد أوضح كيفية تشكيل هذه اللجان ولجنة الاستئنافات واختصاصاتها والإجراءات التي تتبع أمامها، وأصدر لائحة تنظيمية لهذه اللجان ويرأسها في كل الولايات والولاية، وتشكل من خمسة أعضاء ويتولى أمين السر أعمال اللجنة... وتسمع اللجنة أصحاب الطلبات وشهودهم ومن ترى لزماً لسماعه، وإجراء ما تراه من تحقيقات ومعاينات والاستعانة بأهل الخبرة، ويتولى أمين السر تحرير محضر بذلك، ويوقع جميع الأعضاء، ويجوز للجنة إدخال من ترى لزوماً لإدخاله، وسماع شهودهم، ويجوز لصاحب المصلحة التدخل لدى اللجنة، وتصدر اللجنة قرارها بأغلبية الأعضاء بعد سماع الشهود، والاطلاع على المستندات، ولها أن تصحح ما يقع من أخطاء، هذه الإجراءات هي نفس إجراءات المحاكم بموجب قانون الإجراءات المدنية،

١٣. القرار رقم ٦٢ في الطعن رقم ٢٠٠٧/٥١٢م الدائرة المدنية الثانية، جلسة ٢٠٠٨/٣/٩م، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر المدنية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، السنة القضائية الثامنة، ص ٤٣٥



المبحث الأول

اختصاص القضاء العادي بنظر دعاوى إثبات ملكية الأراضي

القضاء الإداري زيادة على ذلك بـ (أن البحث في الاختصاص يسبق البحث في شكل الدعوى وموضوعها)^(١٤).

أما عن اختصاص القضاء العادي بنظر دعاوى إثبات ملكية الأراضي، فإنه قد سبق القول بأن المشرع العماني بعد صدور المرسوم السلطاني رقم ٢٠٠٧/٣٢م قد وضع شرطين اثنين لقبول الدعوى أمام القضاء، فإذا سلك صاحب الشأن الطريق الذي رسمه له القانون في ذلك، فحينئذ يختص القضاء العادي بنظر الدعوى.

وفي الحقيقة أن ذينك الشرطين هما اللذين يختص القضاء العادي بالتثبت من تحققهما - وليس القضاء الإداري - لأنهما - أي الشرطين كما سيأتي - يصدران بناء على طلب إثبات تملك أساسه الادعاء بوجود إشغالات أو تقديم وسائل إثبات تؤيد دعوى المدعي، والذي يتعقد معه الاختصاص للقضاء العادي وليس الإداري.

وتوضيحاً لذلك فإن استقراء الأحكام القضائية سواء كانت من القضاء العادي أو القضاء الإداري، فإنه يمكن استخلاص بعض المبادئ التي استقر عليها القضاء في هذا المجال.

وتطبيقاً لذلك فإنه إذا كان القرار الصادر من الجهة المختصة بالوزارة يتعلق بالنظر في الطلبات الخاصة بإثبات ملكية الأفراد للأراضي استناداً إلى إشغالهم السابق للأرض، أو بناءً على صكوك شرعية أو غيرها من وسائل الإثبات، وترتب على هذا القرار نشوء منازعة حول الملكية بين الوزارة وطالب إثبات التملك أو غيره من ذوي الشأن، فإن القضاء العادي يكون هو الجهة المختصة بالفصل في هذه المنازعة باعتبار أن موضوع القرار ينحصر في منازعة مدنية تتعلق بإثبات الملكية^(١٥).

وتتعدد وسائل الإثبات التي تؤسس عليها المحكمة - في القضاء العادي - حكمها، منها على سبيل المثال لا الحصر

الحديث في هذا المبحث سيتناول الدعاوى التي تقوم حول القرارات التي صدرت حول ملكية أرض معينة من الجهة المعنية سواء كانت بالتمليك أو برفضه، واقتصد بالقرارات هنا؛ إما قرار لجان شؤون الأراضي وإما سند الملكية الصادرة من وزارة الإسكان، وسواء كان صدورها بموجب طلبات مؤسسة على إشغالات سابقة لقطعة الأرض محل الدعوى، أو بناءً على صكوك، أو غيرها من وسائل الإثبات أم كان صدورها يدخل في نطاق سلطة الإدارة العامة بمنح وتمليك الأفراد.

وسأبدأ أولاً باختصاص القضاء العادي، لكون القضاء العادي هو الأساس، وما القضاء الإداري إلا قضاء استثنائي يقل نطاق اختصاصه عن الأول، ويختص بنظر الدعاوى على ضوء حالات محددة نص عليها القانون.

المطلب الأول

اختصاص القضاء العادي

لم يضع المشرع العماني نصوصاً واضحة المعالم تحدد اختصاص كل من القضاء العادي والإداري في نظر دعاوى إثبات ملكية الأراضي، حتى إن نص البند الخامس من المادة السادسة من قانون محكمة القضاء الإداري اختلفت حوله الرؤى والتفسيرات مما أدى في نهاية المطاف إلى صدور أحكام مختلفة في نفس الموضوع.

ومن الجدير بالذكر - قبل التعرض لموضوع هذا المطلب - أن القضاء بشقيه قبل أن ينظر موضوع الدعوى لا بد له من أن يبحث أولاً في شكل الدعوى قبل موضوعها، وتقرر محكمة

١٤. الدعوى رقم (٦٠) لسنة (٧) قضائية الدائرة الابتدائية الثانية، جلسة ٢٠٠٧/٣/٢٨م، محكمة القضاء الإداري، غير منشور.

١٥. الدعوى رقم (١٥) لسنة (٧) قضائية الدائرة الابتدائية الأولى، جلسة ٢٠٠٧/٣/١٢م، محكمة القضاء الإداري.

الدعوى رقم (٦٠) لسنة (٧) قضائية الدائرة الابتدائية الثانية، جلسة ٢٠٠٧/٣/٢٨م، محكمة القضاء الإداري.

الدعوى رقم (٦٨) لسنة (٧) قضائية الدائرة الابتدائية الأولى، جلسة ٢٠٠٧/٤/٩م، محكمة القضاء الإداري.

الدعوى رقم (٩٢) لسنة (٧) قضائية الدائرة الابتدائية الثالثة، جلسة ٢٠٠٧/٤/٢٤م، محكمة القضاء الإداري.

الدعوى رقم (١) لسنة (٨) قضائية الدائرة الابتدائية الرابعة، جلسة ٢٠٠٨/١/١٩م، محكمة القضاء الإداري.

الدعوى رقم (١٩٧) لسنة (٨) قضائية الدائرة الابتدائية الثانية، جلسة ٢٠٠٨/٦/٢٥م، محكمة القضاء الإداري.

الاستئناف رقم (٣٦) لسنة (٨) قضائية الدائرة الاستئنافية، جلسة ٢٠٠٨/٣/٣١م، محكمة القضاء الإداري.



ما يلي:

الإقرارات والصكوك: وفي هذا الشأن تقول المحكمة العليا بأن: (... فان ظهر وجود بئر قديم بعد وقوف القضاة عليه حينئذ ينظر في الصكوك والمستندات التي بأيدي الطاعنين، فإن دلت على ملكيتهم لهذه الأرض فيحكم لهم بمقدار ما يكون لبئر الزجر من أرض فقط...) (٢٠)

المطلب الثاني تطبيقات قضائية

في هذا المطلب سوف نتناول حكماً صادراً من الدائرة الاستئنافية بمحكمة القضاء الإداري، وآخر في أحد الطعون المقدمة لدى المحكمة العليا، وذلك بذكر حيثياتهما، ثم أهم ما يستفاد منهما على ضوء موضوع هذا البحث.

أولاً: الاستئناف رقم (٣٦) لسنة (٨) ق.س بالدائرة الاستئنافية بمحكمة القضاء الإداري (٢١) بجلسة ٢٠٠٨/٣/٣١ م طعناً في الحكم الصادر من الدائرة الابتدائية الرابعة بالدعوى رقم (٨/١ ق) بجلسة ٢٠٠٨/١/١٩ م.

إجراءات الطعن:

بتاريخ ٢٠٠٧/١٢/٣٠ م أودع وكيل المستأنف تقرير استئناف أمانة سر المحكمة نيابة عن المستأنف، قيد بجدول دعاوى الدائرة الاستئنافية برقم ٨/٣٦ ق.س، طعنًا على الحكم الصادر من الدائرة الابتدائية الرابعة في الدعوى رقم ٨/١ ق بجلسة ٢٠٠٨/١/١٩ م، والقاضي: (بعدم اختصاصها ولائياً بنظر الدعوى، وأمرت بإحالتها بحالتها إلى المحكمة الابتدائية بالسويق للاختصاص... وأبقت الفصل في المصاريف)، وطلب وكيل المستأنف في ختام تقرير الاستئناف - وللأسباب الواردة به - الحكم (أولاً: بقبول الاستئناف شكلاً لتقديمه وقيدته في المواعيد القانونية، ثانياً: ومن حيث الموضوع بإلغاء حكم محكمة أول درجة، والقضاء مجدداً باختصاص محكمة القضاء الإداري ولائياً للنظر في هذه الدعوى، ثالثاً: الحكم بعدم

شهادة الشهود: وفي هذا قررت المحكمة العليا بأن (الحكم المطعون فيه والذي قبله اعتماداً على تملك الأرض المتنازع عليها بناء على شهادة الشهود بأن هذه الأرض زراعية، وأنها تسقى من فلج العوابي... فعلى ذلك يكون الحكم الطعين لم يخرج عما يقتضيه القانون، ولم يجانب الصواب فتتجه المحكمة إلى رفض الطعن...) (٢٢)، وفي موضع آخر (وقد أورد الحكم المطعون فيه تسبيحاً لقضائه بثبوت الملكية للأرض محل الدعوى المعينة... وشهادة الشهود الأربعة المتفقة بأن الأرض معمورة ما قبل ١٩٧٠ م، وأنها مستقرة بيد أهلها، ولا ينازعهم فيها أحد... ولما كان ما ساقه الحكم المطعون فيه المؤيد للحكم الابتدائي في هذا الخصوص يدخل في جدال موضوعي لا يجوز إثارته أمام المحكمة العليا، فيرد، وبالتالي الطعن بالنقض يرفض) (٢٣) وقررت أيضاً (أن شهادة الشهود تؤكد أحقية الطاعنين لهذه الأرض من أبيهم وكان عليها - أي محكمة الاستئناف - أن تحكم لهم بها، وطالما أنها لم تفعل ذلك، فإن هذه المحكمة تنقض ذلك الحكم...) (٢٤)

الإشغالات السابقة (مظاهر الحيابة): وعلى هذه الوسيلة من الإثبات أسست محكمة الاستئناف حكمها بإلغاء الحكم المستأنف بقولها: (وقد ثبت من معاناة لجنة شؤون الأراضي التابعة للمستأنف ضدها، أنها قامت بمعاناة أرض التداعي بتاريخ ٢٠٠٥/٤/٢٤ م، وتبين لها أنها أرض زراعية بها نخيل، وزراعات موسمية، وزراعات أخرى مختلفة، وسكن، والحيابة تعود إلى ما قبل الأول من يناير عام ١٩٧٠ م... الأمر الذي يثبت بجلاء أن حيابة المستأنف لكامل مساحة أرض التداعي كانت حيابة هادئة وعلنية وغير منازع فيها خلف عن سلف... مما تقضي معه المحكمة في موضوع الاستئناف بإلغاء الحكم المستأنف، والقضاء مجدداً بإلزام المستأنف ضدها بإصدار سند ملكية للمستأنف بكامل أرض النزاع...) (٢٥)

١٦. الطعن رقم ٢٠٠٨/٤٩٨ م الدائرة المدنية الثانية، جلسة ٢٠٠٨/١/٢٥ م، المحكمة العليا، غير منشور
١٧. الطعن رقم ٢٠٠٨/٤١٣ م الدائرة المدنية الثانية، جلسة ٢٠٠٩/٢/١ م، المحكمة العليا، غير منشور
١٨. الطعن رقم ٢٠٠٨/٥٥٤ م الدائرة المدنية الثانية، جلسة ٢٠٠٩/٢/١٥ م، المحكمة العليا، غير منشور
١٩. الاستئناف رقم ٢٠٠٨/٦٣٣ م، جلسة ٢٠٠٩/٢/١٧ م، محكمة الاستئناف بصحار، غير منشور
٢٠. الطعن رقم ٢٠٠٧/٢٦٢ م الدائرة المدنية الثانية، جلسة ٢٠٠٨/١/٢٠ م، المحكمة العليا، غير منشور
٢١. غير منشور



دون مبرر، وأضاف المدعي أن رأي الإدارة القانونية حظي بموافقة الشيخ وكيل الوزارة في ٢٣/٤/٢٠٠٧م بإلغاء قرار لجنة شؤون الأراضي، وتمليك المدعي المساحة محل الطلب بالقيمة المقررة وأن تسجل منحاً من الدولة، فتظلم من قرار الوزارة التي رفضت الرجوع فيه، مستندة في ذلك إلى أن المنزل لاحق للأول من يناير ١٩٧٠م، وينبغي أن يملك بالقيمة القانونية، مما اضطره إلى رفع دعواه طالباً الحكم بطلباته سائلة البيان.

وتدوالت الدعوى أمام الدائرة الابتدائية الرابعة على النحو الثابت بمحاضر الجلسات، وحيث دفعت الجهة الإدارية بعدم اختصاص المحكمة ولائياً بنظر الدعوى استناداً إلى أن المدعي يهدف إلى تثبيت ملكيته للأرض محل الدعوى وتمليكه إياها، وهو نزاع تختص بنظره المحاكم المدنية، وبالنسبة للموضوع فإن محل النزاع يتمثل في أرض أقيم عليها منزل بالمواد الثابتة في التشطيبات الأخيرة، وأن حيازة المدعي لها لاحقة للأول من يناير من عام ١٩٧٠م، الأمر الذي يجعل تملكها غير قائم على سند صحيح من الواقع والقانون، ويكون قرار الوزارة المطعون فيه صحيحاً ومطابقاً للقانون، كما عقب وكيل المدعي بمذكرة طلب فيها اختصاص محكمة القضاء الإداري؛ تأسيساً على أن النزاع يتعلق بقرار إداري من الجهة الإدارية المدعى عليها، عملاً بالمادة (٦) من قانون المحكمة، مشيراً إلى أن إحدى المحاكم العادية قضت في دعوى مماثلة لدعوى الحال بعدم اختصاصها الولائي بنظرها باعتبار أن القضاء الإداري هو صاحب الاختصاص، وبالنسبة للموضوع فإن الأرض موضوع النزاع هي ميراث شرعي، وقد ورثها المدعي من والده وملك له منذ ثمانين عاماً، بموجب صك شرعي، وهو ما تؤكده شهادة الشيخ... وأن المنزل المقام عليها قديم تم بناؤه قبل عام ١٩٧٠م، ونظراً لبعض التلف الحاصل بسقفه قام المدعي بتجديده وصيانتها.

وبجلسة ٢٠٠٨/١/١٩م قضت الدائرة الابتدائية الرابعة (بعدم اختصاصها ولائياً بنظر الدعوى، وأمرت بإحالتها بحالتها إلى المحكمة الابتدائية بالسويق للاختصاص، وأبقت الفصل في المصاريف)، وشيدت قضائها بأن حقيقة النزاع المعروض هو نزاع على ملكيته أرض، إذ يتمسك المدعي بأنها تعود له بالملكية عن طريق الميراث عن والده

صحة القرار الإداري الصادر من الجهة الإدارية بإلغاء قرار اللجنة المحلية بتمليك المستأنف لمساحة (٢٩٩٥م) بالقيمة القانونية، مع الحكم بإلزام المدعى عليها الجهة الإدارية بتمليك المستأنف للمنزل المقام على الأرض بدون قيمة قانونية، وذلك لإقامة المنزل قبل سنة ١٩٧٠م).

وقد تحدد لنظر الاستئناف جلسة ٢٠٠٨/٣/١٧م، حيث حضر عن المستأنف محاميه، كما حضر عن المستأنف ضدها ممثلاً، والتمس الطرفان حجز الدعوى للحكم، والتصميم على ما جاء بالمذكرات المودعة بالملف، ثم قررت المحكمة إصدار الحكم بجلسة ٢٠٠٨/٣/٢١م، وفيها صدر الحكم وأودعت مسودته المشتملة على أسبابه عند النطق به.

المحكمة:

بعد الاطلاع على الأوراق، وسماع المرافعة، وإتمام المداولة قانوناً.

ومن حيث أن الاستئناف قدم في الميعاد المقرر قانوناً، وإذ استوفى سائر أوضاعه الشكلية الأخرى فإنه يكون مقبول شكلاً.

وحيث أن الوقائع حسبما يبين من الحكم المطعون فيه، ومن سائر الأوراق تتلخص في أن المدعي (المستأنف) أقام دعواه ضد المدعى عليها (المستأنف ضدها) بإيداع عريضتها أمانة سر المحكمة الدائرة الابتدائية الرابعة، قيدت برقم (١) لسنة (٨) قضائية طالباً الحكم أولاً: بعدم صحة القرار الصادر من وزارة الإسكان بتاريخ ٢٣/٤/٢٠٠٧م لتمليك المدعي الأرض محل الطلب بالقيمة المقررة، على أن تسجل منحاً من الدولة، ثانياً: إلزام الجهة المدعى عليها بتمليكه الأرض محل النزاع بدون قيمة قانونية، ثالثاً: إلزام المدعى عليها بمصاريف الدعوى.

وذكر المدعي شرحاً لدعواه: بأنه يمتلك منزل قديم وبني بالمواد الثابتة بولاية السويق آل إليه بالإرث من والده، وقد تقدم بطلب استخراج ملكيته لهذا المنزل، وبتاريخ ٢٠٠٧/٢/٢٧م أصدرت اللجنة المحلية القرار رقم ٢٠٠٧/٣م بالتمليك عملاً بنص المادة ١٣ من قانون الأراضي رقم (٨٠/٥) حيث الإشغال في هذا المنزل سابق للأول من يناير ١٩٧٠م، إلا أن الدائرة القانونية بالوزارة ألغت قرار لجنة شؤون الأراضي، وقررت تملكه بالثمن



أي دفع أو دفاع.

وحيث أن الفصل في مسألة الاختصاص يتوقف على تحديد الطبيعة القانونية للنزاع المطروح، ولما كان من الثابت أن المستأنف يطلب تملك الأرض محل النزاع بدون دفع القيمة القانونية لها، استناداً إلى أنه مبنى منزل قائم مبني بالمواد الثابتة بولاية السوق آل إليه بالميراث عن والده، وأنه يملكه من قبل الأول من يناير ١٩٧٠م، في حين أن الجهة الإدارية أجازت التملك بالقيمة القانونية باعتبار أن الأرض ملك الدولة، وأن حيازته لاحقة للأول من يناير ١٩٧٠م، ومن ثم يكون النزاع في حقيقته حول ملكية الأرض محل النزاع، وتثبت الملكية حولها عن طريق الميراث للمستأنف أم الأرض ملكاً للدولة، وبالتالي تستحق للمستأنف بالقيمة القانونية، ومن ثم فإنها تخرج المنازعة عن الاختصاص الولائي للمحكمة، وتدخل في اختصاص القضاء العادي، مما يتعين القضاء بعدم الاختصاص الولائي لمحكمة القضاء الإداري والإحالة إلى المحكمة المختصة بالقضاء العادي (المحكمة الابتدائية بالسوق) عملاً بالمادة (١١٢) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية.

وحيث أن الحكم المستأنف أخذ بهذه النتيجة، فمن ثم يكون قد صدر صحيحاً مطابقاً لأحكام القانون، مما يتعين الحكم برفض الطعن عليه وتأنيده.

وحيث إنه من يخسر الدعوى يلزم بمصروفاتها، عملاً بحكم المادة (١٨٣) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٩/٢٠٠٢م.

فهذه الأسباب:

حكمت المحكمة بقبول الاستئناف شكلاً، وفي الموضوع برفضه، وبتأييد الحكم المستأنف، وألزمت المستأنف المصاريف.

ثانياً: الطعن رقم ٢٣٠/٢٠٠٨م الدائرة المدنية الأولى بالمحكمة العليا بجلسة ٢٠/١٢/٢٠٠٨م طعناً في الحكم رقم ٥٣٤/٢٠٠٧م استئناف صحار^(٢٢).

الوقائع:

بعد الاطلاع على سائر الأوراق، وسماع التقرير الذي أعده وتلاه القاضي المقرر، وبعد المداولة القانونية، تتحصل الوقائع حسبما يبين من المحكم المطعون فيه

وبأن حيازته تمتد طيلة ثمانين عاماً بموجب صك شرعي، ويطلب تبعاً لذلك تثبيت ملكيته لها، في حين تعتبر الجهة المدعى عليها بأن حيازة المدعي للأرض لاحقة للأول من يناير ١٩٧٠م، ومن ثم تعتبر ملكاً للدولة، واستخلصت من ذلك أن الاختصاص بنظره يكون معقوداً لجهة القضاء العادي باعتباره صاحب الاختصاص الطبيعي بالفصل في المنازعات المدنية المتعلقة بإثبات الملكية، وانتهت إلى القضاء بعدم اختصاصها ولائياً بنظر الدعوى وبإحالتها بحالتها إلى المحكمة الابتدائية بالسوق عملاً بحكم المادة (١١٢) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية، وأبقت الفصل في المصاريف.

ولما لم يلق الحكم المطعون فيه قبولا لدى المستأنف، فقد طعن فيه بالطعن المائل للأسباب التالية:

إن الدعوى تتعلق بالطعن على قرار إداري لعدم صحته، وبالتالي تختص محكمة القضاء الإداري بنظر الدعوى، حيث أنه عملاً بنص المادة (٢٣) من المرسوم السلطاني رقم ٢٢/٢٠٠٧ الخاص بتعديل قانون الأراضي أن الوزارة تختص بالفصل في المنازعات الناجمة عن تطبيق قانون الأراضي، وذلك من خلال اللجنة المركزية التي يعينها الوزير أو لجان الأراضي المحلية في الولايات، ويتبع تسلسل هرمي بالتظلم من قرارات اللجان المحلية إلى اللجنة المركزية ثم إلى الوزير ويكون قراره نهائي، وبالتالي تكون أمام قرار إداري نهائي يدخل في اختصاص وسلطة محكمة القضاء الإداري.

موضوع الدعوى يتحصل في أن لجنة شؤون الأراضي بالولاية قد أصدرت قراراً إدارياً تحت رقم (٢٠٠٧/٢) بتاريخ ٢٧/٢/٢٠٠٧م، وذلك بتمليك المستأنف المساحة محل الطلب، والبالغ مقدارها (٢٩٩٥م^٢) بدون القيمة القانونية، ثم ألغى هذا القرار من قبل الدائرة القانونية بالوزارة، وبعد اعتماده من وكيل الوزارة هذا القرار بإلغاء في ٢٣/٤/٢٠٠٧م ثم تظلم المستأنف من هذا القرار إلى الوزير الذي أيد قرار الإلغاء.

وحيث أن الاختصاص الولائي يعتبر دائماً مطروحاً أمام المحكمة لتعلقه بالنظام العام، ولو لم يدفع به أمامها أحد الخصوم، وتشير المحكمة من تلقاء نفسها، وتفصل فيه قبل



المحكمة تطمئن إلى هذه الشهادة وتحكم بمقتضاها بثبوت ملكية المدعية.

وحيث لم يلق هذا الحكم قبولاً لدى الطاعنة، فاستأنفته أمام محكمة الاستئناف بصحار تحت رقم ٢٠٠٧/٥٣٤م، والتي حكمت في جلستها العلنية المنعقدة يوم ٢٠٠٧/٢/١٥م بقبول الاستئناف شكلاً، وفي الموضوع بإلغاء الحكم المستأنف، والقضاء مجدداً بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها، وتحميل المستأنف ضدها المصاريف.

وحيث لم يلق هذا الحكم قبولاً لدى المطعون ضدها، فطعن فيه بالنقض أمام المحكمة العليا التي حكمت في الطعن في يوم ٢٠٠٧/٥/٢٦م، وذلك بقبول الطعن شكلاً، وفي الموضوع بنقض الحكم المطعون فيه، والقضاء من جديد باختصاص المحكمة بنظر الدعوى، وإحالتها إلى المحكمة التي أصدرت الحكم لتحكم فيها بهيئة مغايرة بناء على طلب الخصوم، وبدون رسوم مع رد الكفالة للطاعنة وإلزام المطعون ضدها المصاريف؛ تأسيساً على أن المحاكم مختصة بنظر دعاوى، وأن قرارات اللجنة المحلية ليست لها صبغة الأحكام.

وحيث على ضوء ذلك تولت محكمة الاستئناف بهيئة مغايرة إعادة النظر في الدعوى، وأصدرت الحكم المطعون فيه تحت رقم ٢٠٠٧/٥٣٤م، والقاضي بقبول الاستئناف شكلاً، وفي الموضوع برفضه وتأبيد الحكم المستأنف، والمصاريف محمولة على المستأنفة؛ مؤسسة حكمها بأن ما أثارته المستأنفة بأن المكان كان يستعمل للشعوذة، فالأصل هو للسكنى فكان على الجهات مثل البلدية وغيرها منعها من استغلال أرض الدولة وخاصة للشعوذة، فلما كانت الجهات المختصة لم تتدخل فالأصل السكنى، وأنه من حيث البئر فهي قديمة سواء كانت مسجلة أو غير مسجلة فلا يبطل الملك، وإنما العبرة بالآثار الموجودة على المكان، وخاصة بأن الشهود هم خمسة أفراد، شهدوا أمام القضاء بأن المرأة تسكن هذا المكان ما قبل السبعين، وخاصة أن هيئة المحكمة وقفت على المكان، ووجدت الآثار واضحة القدم، فلما كان الأمر كذلك تعين تأييد الحكم محمولاً على أسبابه.

وحيث لم ترض الطاعنة بهذا الحكم، فطعن فيه بالنقض أمام المحكمة العليا بالطعن المائل بصحيفة أودعت أمانة سر المحكمة العليا، بتاريخ يوم ٢٠٠٨/٥/١٩م موقعة من

وسائر الأوراق التي انبنى عليها الحكم أن المطعون ضدها أقامت الدعوى رقم ٢٠٠٦/١١٧م أمام المحكمة الابتدائية ببركاء ضد الطاعنة، طالبة الحكم بإلزام هذه الأخيرة بإصدار سند ملكية لها في قطعة الأرض الكائنة بمنطقة المريفات بولاية، البالغ مساحتها (١٣٤٨ متر مربع)، على سند من القول أنها تملك القطعة المذكورة، وتحوزها حيازة هادئة قبل سنة ١٩٧٠م، وأن بها بئر ومنزل قديم متهدم يحتوي على غرفتين، وبعض الغرف المتهدمة بسبب عوامل التعرية وغرفتي كهرباء، وأن المدعى عليها قامت بمسحها في شهر فبراير سنة ١٩٩٦م، وأصدرت لها رسماً مساحياً في ٢٠٠٦/٦/٢٠م، ثم رفضت تملكها لها ما حدا بها إلى القيام بهذه الدعوى تطلب الحكم طبق طلباتها السالفة البيان، وحيث أنه بجلسة يوم ٢٠٠٦/٦/١٣م حكمت المحكمة الابتدائية ببركاء حضورياً بثبوت ملكية المدعية للأرض محل الدعوى، والبالغ مساحتها (١٣٤٨ متر مربع)، وإلزام المدعى عليها استخراج سند ملكية لها مع إلزامها بمصاريف الدعوى، ومائة ريال عماني أتعاب المحاماة، مؤسسة حكمها على أن ما دفعت به المدعى عليها من أن الدعوى قد سبق الفصل فيها بقرار اللجنة المحلية فتخرج بذلك عن اختصاص المحكمة الابتدائية دفع غير سديد؛ لأن هذه الدعوى هي طلب تثبيت ملكية أرض المدعية، وليس طعنًا على قرار اللجنة المحلية، وأن المادة (٢١) من قانون الأراضي الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٨٠/٥ قضت على أن مع عدم الإخلال بحق التداعي أمام المحاكم الشرعية المختصة فحق التداعي أمام المحاكم قد كفله القانون، ولا سبيل لحجب الناس عن هذا الحق علماً بأن المحاكم الشرعية أصبحت دوائر مدنية بعد صدور قانون السلطة القضائية، وهذا المبدأ أقرته المحكمة العليا في القرار رقم ٨ في الطعن رقم ٢٠٠١/٩م، هذا وإن دفع المدعى عليها بأن الأرض بيضاء ليس بها أي آثار قديمة، فإن الواقع يخالف هذا الدفع، فالآثار الظاهرة القديمة موجودة بكل وضوح وشاهدة على أن الأرض داخلة في ملكية شخص، فالبئر والغرف والسعف الموجود على الأرض تدل على قدم ما بالأرض، وليست بيضاء كما تدعي المدعى عليها، وأن الشهود شهدوا جميعاً بأن الأرض ملك للمدعية منذ قبل عام ١٩٧٠م، ولا ينازعها أحد في ملكيتها، وبالتالي فإن



فلهذه الأسباب:

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً، وفي الموضوع برفضه، وتأيد الحكم المطعون فيه ومصادرة ربع الكفالة.

ما يستفاد من الحكمين:

يستفاد من هذين الحكمين ما يلي:

أن تعهد لجان شؤون الأراضي بالطلبات الرامية إلى إثبات ملكية الأفراد للأراضي استناداً إلى إشغالهم السابق لها أو بناء على صكوك شرعية أو غيرها من وسائل الإثبات، ونشؤ منازعة حول الملكية بين الجهة الإدارية المختصة وطالب إثبات التملك أو غيره من ذوي الشأن فإن القضاء العادي هو الجهة المختصة بالفصل في المنازعة، باعتبار أن موضوعها ينحسر في نزاع مدني يتعلق بإثبات الملكية^(٢٢).

أن قرارات اللجنة المحلية - والتي هي جهة إدارية - ليست أحكاماً قضائية، فلا يعتد بالدفع بسبق الفصل فيها؛ لأنه لكي يدفع بهذا الدفع لابد من وجود حكم قضائي سابق على دعوى الحال، حاز حجية الأمر المقضي مع وجود جميع الشروط الأخرى من وحدة الموضوع والسبب والأطراف.

أن المدعي في الحكم الأول والمدعية في الحكم الثاني (المطعون ضدها) سلكا الطريق الذي رسمه لهما القانون قبل رفع الدعوى أمام القضاء، فقد تقدما - كما هو واضح من الحكمين - إلى اللجنة المختصة بطلب تملك الأرض موضوع النزاع، وتدرجا في ذلك إلى أن أوصلا أمرهما إلى القضاء.

من الناحية الموضوعية يمكن أن يستفاد بأن المحكمة أسست حكمها على وجود الإشغالات السابقة والظواهر القديمة، وكذلك شهادة الشهود؛ تطبيقاً لما أرسته المحكمة العليا من أن (لمحكمة الموضوع تقدير الأدلة ووزنها والأخذ بها بما تطمئن إليه سواء كانت شهادة شهود أو صكوك إثبات أو قرائن)

الباحث القانوني للطاعنة بصفته وكيلًا عنها، وقدم سند التفويض الذي يجيز له ذلك، وتم إعلان المطعون ضدها بصحيفة الطعن، فلم ترد عليها رغم إعلانها طبق القانون. وحيث أقيم الطعن على سبب وحيد نعت به الطاعنة على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون وتأويله، على سند من القول بأن المادة (١٤) من قانون الأراضي تنص على أن: كل عماني يثبت للوزارة أنه لمدة خمسة أعوام سابقة على الأول من يناير ١٩٧٠م كان يشغل أو شغل سلفاؤه من قبل بصفة متصلة أرضاً تستغل لأغراض سكنية يحق أن يملك الأرض، إلا أن الأرض محل النزاع كانت حيازتها لاحقة للأول من يناير، كما جاء ذلك بحجيات قرار اللجنة المحلية، وأن استخدام الأرض ليس للسكن ولا للزراعة، وأن شهادة حصر البئر المقدمة من المطعون ضدها لا تنطبق على الموقع، فالإحداثيات الخاصة بها تنطبق على موقع لمزرعة تبعد تقريباً خمسة كيلو متر عن أرض النزاع والمدعية، فحاول تزوير حقائق لعدالة المحكمة، وعلى ضوء ما ذكر طلبت الطاعنة نقض الحكم المطعون فيه، حيث لم ترد المطعون ضدها على صحيفة الطعن رغم إعلانها طبق القانون.

المحكمة:

إن النعي على الحكم المطعون فيه بهذا السبب غير وجيه، ولا يلقي قبولاً لدى هذه المحكمة؛ لما هو مقرر في قضائها أن تحصيل الوقائع في الدعوى وتقدير الدليل فيها من حيث القبول والرفض من إطلاقات محكمة الموضوع، ولا رقابة عليها في ذلك طالما كان حكمها قد بني على تقدير سليم للبيانات المقدمة، وتحصيل صحيح للوقائع والواقع للدعوى، وحيث أن المحكمة المطعون في حكمها قد التزمت هذا النظر، ووقفت على الدعوى، وعاينت الأرض محل النزاع، فتبين لها وجود الآثار الدالة على الحيازة منذ قبل ١٩٧٠م، وأنها دالة وشاهدة على الحيازة والسكنى منذ سنوات طويلة، وهي صاحبة التقدير في ذلك، ونظرت كذلك في الإثباتات الدالة على الملك، فإن حكمها يكون قد صادف صحيح الشرع والقانون والواقع، وأما الأسباب المقدمة فهي جدل موضوعي في اختصاص قاضي الموضوع، لا تجوز إثارتها أمام هذه المحكمة طبقاً لنص القانون.



المبحث الثاني

اختصاص القضاء الإداري بنظر دعاوى إثبات ملكية الأراضي

المطلب الأول

اختصاص القضاء الإداري

يعتبر القضاء الإداري قضاءً استثنائياً نص قانون محكمة القضاء الإداري الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٩٩/٩١ على تشكيل وترتيب واختصاصات المحكمة، والإجراءات المتبعة أمامها، ونظام أعضاء المحكمة من تعيين ونقل وترقية وغير ذلك مما يدخل في هذا النطاق.

وقد نصت - أيضاً - المادة (٦) من القانون المذكور على بنود اختصاصات محكمة القضاء الإداري، والتي من بينها البند الخامس الذي ينص على: الدعاوى التي يقدمها ذوو الشأن بمراجعة القرارات النهائية الصادرة من لجان إدارية ذات اختصاص قضائي...

ومن هنا قرر القضاء العادي والإداري على أن القضاء الإداري يختص بنظر دعاوى إثبات ملكية الأراضي، إذا كان القرار الصادر من السلطة المختصة بوزارة الإسكان يدخل في نطاق سلطتها العامة، والصلاحيات التي خولها القانون في منح الأراضي للانتفاع بها وتمليكها للأفراد، وما يرتبط بذلك من طلبات، فإن المنازعة في هذا القرار تعد منازعة إدارية تختص محكمة القضاء الإداري بنظرها لتوافر عنصر السلطة العامة في تصرف الجهة الإدارية^(٢٤).

ونخلص من ذلك أن معيار تعيين المحكمة المختصة بنظر الدعوى يتمثل في تحديد طبيعة القرار المطعون فيه، فإذا كان موضوع القرار الإداري صادراً في نطاق السلطة العامة للجهة الإدارية والصلاحيات التي خولها لها القانون، فإن المنازعة فيه تكون منازعة إدارية، ينعقد الاختصاص بنظرها لمحكمة القضاء الإداري استناداً إلى أحكام المادة (٦) من قانونها ما لم يخرجها المشرع بنص، سواء أكان في قانون المحكمة أم أي قانون آخر، أما إذا كان موضوعه يتعلق

بمسألة من مسائل القانون الخاص، وصدر هذا القرار في ضوء ما أسفر عنه فحص الوقائع المادية لطلب إثبات التملك المتمثلة في واقعة ميراث شرعي، أو وضع اليد لمدة طويلة، أو إلى صك شرعي، أو شهادة الشهود، أو غير ذلك من وسائل الإثبات، فإن هذا القرار يخرج من عداد القرارات الإدارية التي تختص محكمة القضاء الإداري بنظرها، وذلك لعدم توافر عنصر السلطة العامة في إصداره، مما أفقده أهم مقوماته، وتكون المنازعة فيه مدنية حول إثبات الملكية ينعقد الاختصاص بنظرها للمحكمة المختصة بجهة القضاء العادي وفقاً لأحكام المادة (٨) من قانون السلطة القضائية، فالعبرة في القرار ليس بصدوره من جهة إدارية فحسب بل يجب أن يكون إدارياً بمضمونه وفحواه^(٢٥).

المطلب الثاني

تطبيقات قضائية

في هذا المطلب سوف نتناول حكمين صادرين من الدائرة المدنية بمحكمة الاستئناف بصحار، وذلك بذكر حيثياتهما، ثم أهم ما يستفاد منهما على ضوء موضوع هذا البحث. أولاً: الاستئناف رقم ٢٣٥/٢٠٠٧م بالدائرة المدنية بمحكمة الاستئناف بصحار^(٢٦) بجلسته ١٣/٥/٢٠٠٨م طعناً في حكم الدعوى المدنية رقم (٢٠٠٦/٦٧٥) بالمحكمة الابتدائية بالسويق.

بعد الاطلاع على الأوراق، وسماع المرافعة، وبعد المداولة: تلخص وقائع الدعوى في أن المدعي تقدم بدعوى على وزارة الإسكان، طلب في ختامها الحكم بإلزام المدعى عليها بفتح الطريق لمرور السيارة، والتي قامت بتخطيطها المدعى عليها المديرية العامة للإسكان، كما حضر... وطلب إدخاله في الدعوى كطرف مدعي، حيث أكد المدعي والداخل في الدعوى قائلين: أن المواطن... قام عام ٢٠٠١م بفلق طريق أمام منزله من جهة الشرق وذلك في منطقة بديعوه، وبعد وقوف قاضي الولاية أصدر حكمه بإلزامه بإزالة جميع العوائق عن الطريق، إلا أنه في الآونة الأخيرة قامت إدارة

٢٤. الدعوى رقم (٦٠) لسنة (٧) قضائية الدائرة الابتدائية الثانية، جلسة ٢٨/٣/٢٠٠٧م، محكمة القضاء الإداري

الدعوى رقم (٩٢) لسنة (٧) قضائية الدائرة الابتدائية الثالثة، جلسة ٢٤/٤/٢٠٠٧م، محكمة القضاء الإداري

الدعوى رقم (١) لسنة (٨) قضائية الدائرة الابتدائية الرابعة، جلسة ١٩/١٩/٢٠٠٨م، محكمة القضاء الإداري

الدعوى رقم (١٩٧) لسنة (٨) قضائية الدائرة الابتدائية الثانية، جلسة ٢٥/٦/٢٠٠٨م، محكمة القضاء الإداري

٢٥. طلب التنازع رقم (٦٠) لسنة (١) ق.هـ.ت، جلسة ٢٤/١١/٢٠٠٩م، أحكام هيئة تنازع الاختصاص في الفترة من ١/٦/٢٠٠٩م وحتى ٣٠/٦/٢٠١٠م، ص ٩٢

٢٦. غير منشور



لكون الأشياء الإدارية مرجعها القضاء الإداري ؛ لكون الإسكان خططت الطرق والخدمات بضوابطها إداريا ؛ فالسبب الناتج عن القرار الإداري لا تختص به المحاكم العادية، وإنما هو من اختصاص القضاء الإداري، ولما كان الأمر كذلك فإن المحكمة تلغي المحكمة المستأنف، وتقضي من جديد بعدم اختصاص المحكمة ولائياً بنظر الدعوى، والمصاريف محمولة من المستأنف ضدهم. فلهذه الأسباب:

حكمت المحكمة بقبول الاستئناف شكلاً، وفي الموضوع بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء مجدداً بعد اختصاص المحكمة ولائياً بنظر الدعوى، والمصاريف محمولة على المستأنف ضدهم.

ثانياً: الاستئناف رقم ٢٠٠٧/٣٧٤ م بالدائرة المدنية بمحكمة الاستئناف بصحار^(٢٧) بجلسة ٢٠٠٨/٥/١٣ م طعنًا في حكم الدعوى المدنية رقم (٢٠٠٧/٤٣) بالمحكمة الابتدائية بالمصنعة.

بعد الاطلاع على الأوراق وسماع المرافعة وبعد مداولة: تتلخص وقائع الدعوى في أن المدعي تقدم بدعوى على المدعى عليها وزارة الإسكان، طلب في ختامها الحكم بإلزام المدعى عليها بتغيير قطعة الأرض التي تم منحها لأحد المواطنين، وتعويضه بموقع آخر غير هذه القطعة الموجودة أمام مزرعته، وقال بياناً لدعواه: بأنه توجد لديه أرض زراعية بمنطقة الطريف بولاية المصنعة، وأن المدعى عليها قامت بمنح أحد المواطنين قطعة أرض سكنية بين مدخل مزرعته والشارع العام ؛ مما ألحق به ضرر من إدخال سيارته داخل المزرعة، كما رد... مفوضاً من وزارة الإسكان قائلاً: بأن استحداث الوزارة لهذه القطعة لا يضر إطلاقاً بأرض المدعي، حيث إن الطرق محاطة من جميع الجهات بأرض المدعي ؛ لذا انعدم الضرر من جراء هذا الاستحداث، وأن دعوى المدعي ليست دعوى ملكية، وإنما اعتراض على قيام الوزارة بمسح قطعة أرض سكنية واقعة بجوار مزرعته، وهي دعوى كيدية، وطلب في الأخير رفض الدعوى.

وحيث أسست محكمة أول درجة حكمها على عدم الضرر، وأصدرت حكماً بتاريخ ٢٠٠٧/٤/١٥ م برفض دعوى المدعي

الإسكان بمسح قطعة أرض كائنة شرق منزل... منذ أربعة أعوام، والذي قام بعمل سور على الأرض، مما أدى إلى قطع الطريق ؛ علماً أنها طريق عامه قديمة منذ ثلاثين سنة، وهي نافذة للسيارات، وطالب بإلزام المدعى عليها بفتح الطريق، وقد أجابت المدعى عليها بأن أصل هذا المكان هو فضاء، ثم قامت بتخطيطه، وصرف سند ملكية، وهي الآن باسم... وقد قام بعمل سور عليها، وبقياس الأرض حسب المخطط تبين أنه أضاف ٤٨ متراً من الجهة الغربية الشمالية، وهذه الطريق محل النزاع ضيقة من جهة واحدة باتجاه الشرق، بحيث يصعب مرور السيارات، علماً بأنه يوجد بالمنطقة طريق آخر يمر أمام منزل المدعين، متصل بالشارع العام الذي يدخل المنطقة، وتطالب برفض الدعوى.

وحيث إن الأرض محل النزاع بيد... قررت المحكمة إدخاله كطرف مدعى عليه في الدعوى، حيث حضر بمكان الدعوى، وقد أكد على دفعه للمدعي بما ورد في دفع الإسكان، وأكد بأن الطريق التي يدعونها ليس لها أساس من الواقع، ووجودها بجوار أرضه تشكل ضرراً.

وحيث أن محكمة أول درجة قد بنت حكمها على شهادة الشهود بوجود الطريق، فأصدرت حكمها بتاريخ ٢٠٠٧/٢/١٤ م حكماً بإلزام المدعى عليها بفتح الطريق من الجهة الشرقية المحاذية لعمود الكهرباء بمقدار ستة أذرع لمرور السيارات، وحملت المدعى عليها مصاريف الدعوى. وحيث لم يلق هذا الحكم قبولاً لدى إدارة الإسكان، طعن عليه بالاستئناف بتاريخ ٢٠٠٧/٣/١٧ م ؛ معيبة الحكم مجانته للصواب، حيث إن مسألة تنظيم الخدمات من منافذ وخدمات هو من اختصاص التخطيط بالوزارة، فالطرق تنشأ وفق ضوابط تخطيطية، وفي الأخير طلب إلغاء الحكم المستأنف، والقضاء مجدداً برفض الدعوى.

وحيث تمسك المدعي بحكم أول درجة. وحيث قررت المحكمة المعاينة، وبعد المعاينة رأت بأن الطريق المغلق هو يتجه إلى بيوت المدعين، بينما يوجد طريق عريض من خلف بيوتهم قريب منهم، وحيث قررت المحكمة حجز الدعوى للنطق بالحكم بجلسة اليوم المذكور بالطالع.

حيث أن نعي المستأنفة على الحكم مخالفته التنظيم



وألزمته المصاريف. استعمال الإدارة لسلطتها العامة، ولا يدعي المدعي ملكيته لتلك الأرض أو الطريق.

أن القضاء العادي لا يختص بنظر أمثال هذه الدعاوى ؛ لأنه ليس مختصاً بإلغاء القرارات الإدارية الصادرة من الجهات المعنية ولو تسبب على إثر ذلك ضرراً على الأفراد.

وحيث لم يلق هذا الحكم قبولاً لدى المستأنف، طعن عليه بالاستئناف بتاريخ ٢٠٠٧/٥/١م، وطلب إعادة النظر في الحكم ؛ لكون الموقع الممنوح أمام مزرعته ويغير واجهة المزرعة ؛ لكون المزرعة مدخلها مقابل الشارع، ويحط من قيمة الأرض إذا ما غيرت للاستعمال، كما حضر عن وزارة الإسكان ممثلها القانوني... وطلب تأييد الحكم المستأنف ؛ لاعتبار أن المستأنف لا توجد لديه السندات الثبوتية للأرض ؛ ولأن للطرق جهات مختصة، كما قررت الهيئة الوقوف على المكان، ورأت بأن المكان المخطط أمام مزرعته، وأن استنكاره يغير من واجهة المزرعة، وأن المساحة قليلة بين المزرعة والشارع.

وحيث قررت المحكمة حجز الدعوى للنطق بالحكم بجلسة اليوم المذكور بالطالع.

أولاً: من حيث الشكل: فإن الاستئناف مقبول الشكل من حيث المدة والإجراءات الأخرى.

ثانياً: من حيث الموضوع: فهذه الدعوى ناتجة عن قرار إداري يتعلق بتخطيط للمنطقة، فهو اعتراض على وزارة الإسكان في قرارها بمسح قطعة الأرض أمام مزرعته، وليس يدعي امتلاكه للأرض، وحيث لما كان القرار الإداري أنتج ضرراً على حسب كلام الشاكي، فإن التي تحكم بإلغاء القرارات هي محكمة القضاء الإداري، فلما كان الأمر كذلك تعين إلغاء الحكم المستأنف، والحكم بعدم اختصاص المحكمة ولائياً بنظر الدعوى، حيث هي من اختصاص القضاء الإداري والمصاريف محمولة على المستأنف.

فهذه الأسباب:

حكمت المحكمة بقبول الاستئناف شكلاً، وفي الموضوع بإلغاء الحكم المستأنف، والقضاء مجدداً بعد اختصاص المحكمة ولائياً بنظر القضية، والمصاريف محمولة على المستأنف.

ما يستفاد من الحكمين:

يستفاد من هذا الحكم ما يلي: أنه لا يشترط حتى يكون القضاء الإداري مختصاً بنظر الدعوى أن تكون الدعوى دعوى ملكية، فيكفي أن يثور النزاع بين المتضرر والجهة الإدارية حول قرار بمخطط سكني مثلاً أو تخطيط طريق أو غير ذلك، مما يدخل في نطاق



المبحث الثالث

دور هيئة تنازع الاختصاص والأحكام

من محاكم القضاء العادي أحكام فيها أن المختص بنظر الدعوى هو القضاء الإداري، مما حدا بذوي الشأن في تلك الدعاوى إلى رفع طلباتهم أمام هيئة تنازع الاختصاص والأحكام بتحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع.

وقد أكدت هذه الهيئة - والمكونة من رئيس وعشرة أعضاء - في أحكامها على التفصيل السابق حول حالات اختصاص كل من القضاء العادي والإداري بنظر الدعوى من أن (معيار تعيين المحكمة المختصة بنظر الدعوى يتمثل في تحديد طبيعة القرار المطعون فيه... والعبرة في القرار ليس بصدوره من جهة إدارية فحسب بل يجب أن يكون إدارياً بمضمونه وفحواه.... وأن المنازعة المدنية حول إثبات الملكية مما تختص بنظرها المحكمة المختصة بجهة القضاء العادي باعتبار أن القاضي المدني هو قاضي دعاوى الملكية التي يتطلب إثباتها بحث المستندات وإجراء المعايينات وسماع الشهود وغير ذلك، وهو ما يتناسب مع طبيعة عمل هذا القاضي، ولا تتناسب مع طبيعة عمل القاضي الإداري الذي يختص بالتحقق من مدى مشروعية القرار المطعون فيه من عدمه...) (٢٩).

ولكن يثور التساؤل عما إذا كان هذا القرار صادراً من الجهة الإدارية المختصة، وكان إدارياً بمضمونه وفحواه، بمعنى أنه صدر في نطاق سلطتها العامة والصلاحيات التي خولها القانون في منح الأراضي للانتفاع بها وتمليكها للأفراد، وكان المدعي يستند في دعواه إلى وسيلة من وسائل الإثبات للأرض محل الدعوى (صك شرعي، شهود...) الخ)، فما هي الجهة القضائية المختصة بنظر هذا النزاع؟ وما أهمية الإجابة عليه؟

قبل الإجابة على التساؤل السابق اطرح هذا المثال الذي سيتضح به المقال:

إن وزارة الإسكان أصدرت سند ملكية للمدعى عليه للأرض محل الدعوى، ليس على أساس إشغالات ومستندات ووسائل إثبات، بل كمنحة منها للمدعى عليه، وأراد المدعي الذي يدعي أحقيته في تلك الأرض رفع دعواه أمام القضاء، وكان سنده في ذلك مظاهر الحياة التي تعود إلى ما قبل ١٩٧٠م مثلاً، باعتبارها من وسائل الإثبات، فأين يتجه

نص قانون السلطة القضائية الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٩٩/٩٠ في مادته العاشرة على أن: تشكل بالمحكمة العليا - عند الحاجة - هيئة تتألف من رئيس المحكمة، وأقدم خمسة من نوابه أو الأقدم فالأقدم من قضاة المحكمة، ينضم إليهم رئيس محكمة القضاء الإداري ونائبه وأقدم ثلاثة من مستشاري المحكمة، تختص بالفصل في حالات تنازع الاختصاص الإيجابي والسلبي بين كل من المحاكم المنصوص عليها في هذا القانون ومحكمة القضاء الإداري وغيره من المحاكم كما تختص بتعيين الحكم الواجب التنفيذ في حالة تنازع الأحكام...

وقد صدر تطبيقاً لهذه المادة قانون هيئة تنازع الاختصاص والأحكام في ٢٠٠٨/٧/٨م بالمرسوم السلطاني رقم ٢٠٠٨/٨٨م، وحدد المشرع في الفصول الخمسة لهذا القانون نظام الهيئة، والأمانة الفنية المرتبطة بها، والإجراءات المتبعة أمامها، والأحكام التي تصدرها، وغير ذلك مما هو مرتبط باختصاصات الهيئة.

ويثور التساؤل عن مدى ارتباط موضوع هيئة تنازع الاختصاص والأحكام بموضوع هذا البحث؟

وأقول جواباً على ذلك بأنه قد ظهر في الفترة الأخيرة بعض الأحكام القضائية التي يمكن أن نسميها: متناقضة، والتي تحكم فيه المحكمة الأولى بعدم اختصاصها ولائياً بنظر الدعوى، ثم يصبح الحكم نهائياً بعد استنفاد وسائل الطعن عليه، وعند رفع الدعوى أمام المحكمة الثانية في الجهة القضائية الأخرى بناءً على حكم المحكمة الأولى، تحكم فيه الثانية بمثل ما حكمت به المحكمة الأولى، أي أن كلا المحكمتين ترفع كل منهما يدها عن نظر الدعوى، وهذا ما يسمى بالتنازع السلبي للاختصاص بين المحاكم، بخلاف التنازع الإيجابي الذي لم تتخل فيه أي من المحكمتين عن نظر الدعوى (٢٨)، وهذه الدعاوى صدرت في بعضها أحكام من محكمة القضاء الإداري، وفيها أن المختص بنظر الدعوى هو القضاء العادي، والعكس كذلك، فقد صدرت

٢٨. انظر نص المادة رقم (٢) من قانون هيئة تنازع الاختصاص والأحكام.

٢٩. طلب التنازع رقم (٦٠) لسنة (١) ق. هـ.ت، جلسة ٢٤/١١/٢٠٠٩م، أحكام هيئة تنازع الاختصاص في الفترة من ١/٦/٢٠٠٩م وحتى ٣٠/٦/٢٠١٠م، ص ٩٢



خاتمة بنتائج البحث

وبعد هذه الرحلة القصيرة بين أروقة القضاء، وبعد التنقل بين تلك الأزهار من المبادئ يمكن أن نسجل بعض النقاط كنتائج وتوصيات، كالتالي:

- إذا كان القرار الصادر من الجهة المختصة بالوزارة يتعلق بالنظر في الطلبات الخاصة بإثبات ملكية الأفراد للأراضي استناداً إلى إشغالهم السابق للأرض، أو بناءً على صكوك شرعية أو غيرها من وسائل الإثبات، وترتب على هذا القرار نشوء منازعة حول الملكية بين الوزارة وطالب إثبات التملك أو غيره من ذوي الشأن، فإن القضاء العادي يكون هو الجهة المختصة بالفصل في هذه المنازعة باعتبار أن موضوع القرار ينحصر في منازعة مدنية تتعلق بإثبات الملكية.
- القضاء الإداري يختص بنظر دعاوى إثبات ملكية الأراضي، إذا كان القرار الصادر من السلطة المختصة بوزارة الإسكان يدخل في نطاق سلطاتها العامة، والصلاحيات التي خولها القانون في منح الأراضي للانتفاع بها وتمليكها للأفراد، وما يرتبط بذلك من طلبات، فإن المنازعة في هذا القرار تعد منازعة إدارية تختص محكمة القضاء الإداري بنظرها لتوافر عنصر السلطة العامة في تصرف الجهة الإدارية.
- إذا كان القرار صادراً من الجهة الإدارية المختصة، وكان إدارياً بمضمونه وفحواه، بمعنى أنه صدر في نطاق سلطاتها العامة والصلاحيات التي خولها القانون في منح الأراضي للانتفاع بها وتمليكها للأفراد، وكان المدعي يستند في دعواه إلى وسيلة من وسائل الإثبات للأرض محل الدعوى فإن الجهة القضائية المختصة بنظر هذا النزاع هي جهة القضاء العادي.
- يقترح الباحث تدخل المشرع بتعديل قانون الأراضي أو القوانين الأخرى ذات العلاقة ليصبح مضمون الأحكام التي ذهبت إليها هيئة تنازع الاختصاص والأحكام حاسمة وفي قالب ملزم وواضح لجميع المتقاضين.

بدعواه: هل إلى محاكم القضاء العادي أم محكمة القضاء الإداري؟

في الحقيقة لم أقف على حكم قضائي من خلال اطلاعي على الأحكام في هذا المسألة بالتحديد، سوى ما حكمت به المحكمة الابتدائية بالسويق في الدعوى المدنية رقم ٢٠٠٩/٥٥ بتاريخ ٢٠٠٩/٥/٢١ م من عدم اختصاص المحكمة ولائياً بنظر الدعوى، وأيدتها محكمة الاستئناف بصحار في ذلك في الاستئناف رقم ٧٤٨/م/٢٠٠٩ م بتاريخ ٢٠٠٩/٩/١٤ م، ثم رفعت الدعوى أمام محكمة القضاء الإداري، والتي قررت في حكمها بأن (بحث اختصاص المحكمة بنظر هذه الدعوى يتوقف على تحديد السند القانوني لطلب المدعي الحكم بعدم صحة القرار المطعون فيه...)^(٣٠)، والمشكلة الحقيقية تكمن في أن هذه المسألة تتنازعها قاعدتان: الأولى: أنه من المقرر بأن القضاء العادي لا يملك إلغاء القرارات الإدارية الصادرة من الجهات المختصة، وبالتالي فلا يختص بنظر هذه الدعاوى، وثانيهما: أن القضاء الإداري ينأى بنفسه عن أمثال هذه الدعاوى التي تخالف طبيعة عمله، فبحث المستندات وإجراء المعاينات وسماع الشهود وغير ذلك من تمحيص الأدلة المقدمة لإثبات ملكية تلك الأرض إنما هو من اختصاص القضاء المدني وليس الإداري.

والذي يتبين لي من خلال استطلاع الأحكام التي أرساها القضاء بشقيه والأحكام الصادرة من هيئة تنازع الاختصاص والأحكام أن المختص بنظر هذا النوع من الدعاوى هو القضاء العادي، وذلك للاعتبار أن مثل هذه الدعاوى تحتاج إلى بحث للمستندات وإجراء للمعاينات وسماع للشهود وغير ذلك من وسائل الإثبات، وهو ما يتناسب مع طبيعة القضاء المدني، ولا يتناسب مع طبيعة القضاء الإداري، الذي يختص بالتحقق من مدى مشروعية القرار المطعون فيه من عدمه، وأما القول بأن ذلك يتصادم مع ما قرره القضاء من اختصاص القضاء الإداري لكون القرار المطعون فيه إدارياً بحثاً بشكله وفحواه فإنه يمكن أن يؤخذ في الاعتبار السند القانوني للمدعي في الدعوى، الذي يمكن أن يؤخذ في الاعتبار ويتغير به مجرى اختصاص المحكمة بنظر الدعوى.

٣٠. الدعوى رقم (٩٤) لسنة (١٠) قضائية الدائرة الابتدائية الأولى، جلسة ٢٠١٠/١/٣١ م، محكمة القضاء الإداري، غير منشور.



قائمة بالمراجع:

أولاً: الكتب المطبوعة

- خليفة بن محمد بن عبدالله الحضرمي، التنظيم القضائي في عمان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧م.
- أحكام هيئة تنازع الاختصاص في الفترة من ٢٠٠٩/٦/١م وحتى ٢٠١٠/٦/٣٠م، المكتب الفني، الإصدار الأول.
- مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر المدنية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها في الفترة من ٢٠٠٧/١٠/١م وحتى ٢٠٠٨/٦/٣٠م، السنة القضائية الثامنة، بدون رقم طبعة.
- مجموعة المبادئ القانونية لمحكمة القضاء الإداري للعامين القضائيين الثالث والرابع لعام ٢٠٠٣م - ٢٠٠٤م، بدون رقم طبعة.
- مجموعة الأحكام الصادرة عن دائرة المحكمة الشرعية والدائرتين المدنيتين الأولى والثانية بالمحكمة العليا مع المبادئ المستخلصة منها لغاية ٢٠٠٣/١٢/١٣م، بدون رقم طبعة.
- مجموعة الأحكام الصادرة عن دائرة المحكمة الشرعية والدائرتين المدنيتين الأولى والثانية بالمحكمة العليا مع المبادئ المستخلصة منها لسنة ٢٠٠٤م، بدون رقم طبعة.
- مجموعة الأحكام الصادرة عن دائرة المحكمة الشرعية والدائرتين المدنيتين الأولى والثانية بالمحكمة العليا مع المبادئ المستخلصة منها لسنة ٢٠٠٥م، بدون رقم طبعة.

ثانياً: الأحكام القضائية غير المنشورة

أحكام محكمة الاستئناف بصحار:

- الاستئناف رقم ٦٦/م/٢٠٠٥م، جلسة ٢٠٠٥/٥/١٧م
- الاستئناف رقم ٣٧٤/م/٢٠٠٧م، جلسة ٢٠٠٨/٥/١٣م
- الاستئناف رقم ٢٣٥/م/٢٠٠٧م، جلسة ٢٠٠٨/٥/١٣م
- الاستئناف رقم ٣٤٩/م/٢٠٠٧م، جلسة ٢٠٠٨/١١/١٠م
- الاستئناف رقم ٤٧١/م/٢٠٠٨م، جلسة ٢٠٠٨/١١/٢٣م

- الاستئناف رقم ٩٧/م/٢٠٠٨م، جلسة ٢٠٠٩/٢/١٠م
- الاستئناف رقم ٦٣٣/م/٢٠٠٨م، جلسة ٢٠٠٩/٣/١٧م
- الاستئناف رقم ٩١٢/م/٢٠٠٨م، جلسة ٢٠٠٩/٦/٩م
- الاستئناف رقم ٧٤٨/م/٢٠٠٩م، جلسة ٢٠٠٩/٩/١٤م
- أحكام محكمة القضاء الإداري الابتدائية والاستئنافية: الدعوى رقم (١٥) لسنة (٧) قضائية الدائرة الابتدائية الأولى، جلسة ٢٠٠٧/٣/١٢م
- الدعوى رقم (٦٠) لسنة (٧) قضائية الدائرة الابتدائية الثانية، جلسة ٢٠٠٧/٣/٢٨م
- الدعوى رقم (٦٨) لسنة (٧) قضائية الدائرة الابتدائية الأولى، جلسة ٢٠٠٧/٤/٩م
- الدعوى رقم (٩٢) لسنة (٧) قضائية الدائرة الابتدائية الثالثة، جلسة ٢٠٠٧/٤/٢٤م
- الدعوى رقم (١) لسنة (٨) قضائية الدائرة الابتدائية الرابعة، جلسة ٢٠٠٨/١/١٩م
- الاستئناف رقم (٣٦) لسنة (٨) قضائية الدائرة الاستئنافية، جلسة ٢٠٠٨/٣/٣١م
- الدعوى رقم (١٩٧) لسنة (٨) قضائية الدائرة الابتدائية الثانية، جلسة ٢٠٠٨/٦/٢٥م
- الدعوى رقم (٩٤) لسنة (١٠) قضائية الدائرة الابتدائية الأولى، جلسة ٢٠١٠/١/٣١م

أحكام المحكمة العليا:

- الطعن رقم ٢٦٢/٢٠٠٧م الدائرة المدنية الثانية، جلسة ٢٠٠٨/١/٢٠م
- الطعن رقم ٤٩٨/٢٠٠٨م الدائرة المدنية الثانية، جلسة ٢٠٠٨/١/٢٥م
- الطعن رقم ٣٣٠/٢٠٠٧م الدائرة المدنية الثانية، جلسة ٢٠٠٨/١٢/٢٠م
- الطعن رقم ٤١٣/٢٠٠٨م الدائرة المدنية الثانية، جلسة ٢٠٠٩/٢/١م
- الطعن رقم ٥٥٤/٢٠٠٨م الدائرة المدنية الثانية، جلسة ٢٠٠٩/٢/١٥م

ثالثاً: القوانين.

- قانون الأراضي الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٨٠/٥ وتعديلاته.
- قانون السلطة القضائية الصادر بالمرسوم السلطاني



رقم ٩٩/٩٠ وتعديلاته.

- قانون الإجراءات المدنية والتجارية الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٩/٢٠٠٢ م وتعديلاته.
- قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية الصادر بالمرسوم السلطاني ٦٨/٢٠٠٨ م.
- قانون هيئة تنازع الاختصاص والأحكام الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٨٨/٢٠٠٨ م.

رابعاً: اللوائح

- القرار الوزاري رقم ١٨/٨٠ بإصدار اللائحة التمييزية للمرسوم السلطاني رقم ٥/٨٠ في شأن قانون الأراضي وتعديلاته.
- القرار الوزاري رقم ٤٤/٨٨ بشأن اللائحة التنظيمية للجان شؤون الأراضي ولجنة الاستئناف وتعديلاته.



الأحكام القضائية



**الحكم الجزائي (في الطعن رقم
٢٠١٣/٤٦٧م الدائرة الجزائية – ورقم
٢٠١٣/٤٦٧م الادعاء العام – ورقم
٤٣٢/ج/٣ استئناف صحار) والصادر بتاريخ
٢٠١٣/١١/٢٦م**

دراسة وتعليق:

فضيلة القاضي الدكتور / محمد خليفة حامد

محكمة مسقط الابتدائية

بالمكتب الفني بالمحكمة العليا



أحدث المبادئ والقواعد التي قررت بها الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا - وهذا من مهام المكتب الفني - تطبيقاً لأحدث القوانين ملتزماً بالمنهجية العلمية للدراسة وكذا التمسك بأصول وقواعد البحث العلمي القانوني ومراعاة التوثيق العلمي الدقيق ، وفي موضوع وقائع تمس الحياة الاجتماعية اليومية وما يشاع استعماله في الساحة من سبل تواصل اجتماعي ، حيث كل صباح ينهال منتجاً إلكترونياً جديد ، هذا إن وظفناه في الخير والبر والتواصل ، أو نقمة الكترونية جديدة أن استغلت بعيداً عن قيم الاخلاق والتدين الحق وتقاليده المجتمع الموروثة أباً عن جد ، ومثلاً : (الواتس آب WhatsApp) و (الفيس بوك Face- book) و (ايميل E.mail) وهكذا ... (My people) .. (Group) .. (Talkery) .

تعد شبكة الانترنت اليوم ، أكبر شبكة معلومات في العالم - العالم الظاهر المحسوس بطبيعة الحال - «وما أوتيت من العلم إلا قليلاً» - ، حيث تقوم بربط الملايين من الناس والملايين من أجهزة « الحواسيب » الحاسب الآلي « الكمبيوتر » في شتى بقاع المعمورة . وإن أعداد المشتركين في تزايد تصاعدي يومياً في الشبكة العنكبوتية (WWW) ، التي وذاع صيتها وانتشرت متجاوزة الحضر والمدن إلى السهول والبقاع والأرياف وقمم الجبال ، بغض النظر عن نوع الأجهزة المستخدمة أو جهة الصنع ، فلغة المخاطبة فيها سهلة مما سهل انتشارها وصارت لغة عالمياً معروفة باسم (TCP/IP) حيث سهلت إرسال المعلومة واستقبالها للملايين من مشتركها دون أن يبرحوا أمكنتهم ، فأضحت الشبكة قاعدة معلومات ضخمة ويسر يمكن الحصول على المعلومة .

كخلفية تاريخية ... مرجعية نشأة الحاسب الآلي وتطوره ، يمكن القول إن بدايات الانترنت - حديثة نسبياً - كانت في نهاية الستينات (عام ١٩٦٩) عندما أنشأت وزارة الدفاع الأمريكية نتيجة الحرب الباردة ، شبكة حاسبات آلية للقيادة والتحكم تستخدمها القيادات العسكرية حتى في ظل الحروب والتعطل الجزئي وسميت بـ (Apranet) ، وفي عام ١٩٨٥ قامت الهيئة الوطنية للعلوم (NSF) الأمريكية بتمويل ربط مراكز لأبحاث الحاسب في بعض الجامعات الأمريكية ، ولذلك يمكن اعتبار هذه الخطوة هي

بحمد الله وتوفيقه ، صادف اختياري لحكم جزائي - من أحدث أحكام الدائرة الجزائية تطبيقاً لأحدث القوانين - (قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٠١١/٩٨) ، ذلك أنه قد طلب إلي اختيار حكم قضائي أراه مناسباً لدراسته والتعليق عليه بحكم اشرافي على القسم الجزائي بمجلة الاحكام القضائية وسابق خبرتي في محاكم الجنايات ، فرأيت من الأوفق أن يكون الاختيار لحكم يشمل تطبيقاً لقانون حديث نسبياً ، ومتصل بحياة الناس والمجتمع اليومية وتنامي ظاهراته ، وأن لا يكون مسبقاً بدراسة مماثلة ، وفي ذات الوقت أن تكون أسبابه تصلح نبراساً للمهتدين والسالكين طريق علم القضاء أو العمل به وفصل الخصومات ، لأن الأحكام القضائية علاوة على أنها تقوم بدور الإفصاح عن القول الفصل في الأنزعة والخصومات على الوجه البات والملمزم حسماً للمشاحات والتداعي وتأزم المنازعات . تقوم الأحكام بدور آخر وأن كان ثانوياً تبعياً إلا أنه في غاية الأهمية وهو الدور التعليمي والإرشادي للقضاة والعديلين عموماً ، والمشتغلين بهذه المهنة العظيمة القدر ، الشريفة الجليلة المقدسة ، فكلما كان أسلوب كتابة الحكم القضائي وفق منهجية متناهية الدقة ، وبأسلوب فيه جزالة اللفظ وإشراق المعنى الوضاء ، كان جاذباً للقارئ المتلقي ومفيداً للناظر المتعلم ، أولن هم في أولى مدارج وعتبات العمل القضائي والقانوني ، . بالطبع هذا علاوة على أنه عنوان الحقيقة كما استقرت بالبيّنات في وجدان المحكمة .

ولذلك اخترت حكماً يخرج عن التقليد والنمطية في الاختيارات التي قد تنظر إلى معايير أخرى مثل جسامة الفعل وفداحته أو العقوبة .. كجرائم القتل وغيرها ، بل نظرت إلى الحداثة والجدة والابتكار والحاجة الآنية فألفت هذا الحكم (الحكم الجزائي في الطعن رقم ٢٠١٣/٤٦٧ م الدائرة الجزائية ورقم ٢٠١٣/٨٦٧ م الادعاء العام ورقم ٤٣٢/ج/٣ استئناف صحار) غير مسبوق ومن أحدث الأحكام إذ صدر بتاريخ ٢٦/١١/٢٠١٣ م ، أي مع خواتيم العام المنصرم ، كما أنه غير منشور بـ (طبيعة الحال) ، ولعل في هذا تكمن فائدة وقيمة دراسة والتعليق عليه علمياً وعملياً ، لإفادة القضاة والمحاكم وأعوان القضاء في مواكبة



البداية الحقيقية الفعلية لشبكة الانترنت ^(١).

وتم تمويل خمسة مراكز حاسب آلي عملاقة من قبل الهيئة الوطنية فعرفت باسمها (NSF net) ونتيجة تزايد مجال الشبكة تم توسيعها في عام ١٩٨٨ ثم ١٩٩١م ففي عام ١٩٩٠ انتهت الحرب الباردة ، ولم تجد وزارة الدفاع الامريكية أن هناك فائدة من حصر استعمال هذه الشبكة في الأمور العسكرية فقط ، فأطلقت حرية استخدامها ، وبدأ نطاق استعمالها ومجالها يتسع رويداً ، وأصبحت لها ادارة خاصة - ليست ربحية - وتحولت ابرانيت إلى انترنت (Internet) .، ولكن التطور الهائل الذي حدث فيما بعد وأحدث ثورة رقمية في عالم الانترنت هو ظهور الشبكة العالمية العنكبوتية (W.W.W) وظهور برنامج الاستعراض والتجول في الانترنت ، ففي عام ١٩٩١ تمكن مهندس الاتصالات السويسري «تيم بيرنرزلي» من اختراع تقنية الويب World Wide Web المعروفة اختصاراً (W.W.W) التي تساعد على تصفح المعلومات واستعراضها بسهولة على شبكة الانترنت ، والويب (Web) هو نسيج العنكبوت ، وقد سميت به هذه التقنية من باب المجاز (العنكبوتية) بحسبان أن الانترنت شبكة تربط جميع شبكات الحاسوب المتصلة مع بعضها البعض ، وفي الواقع الظاهر حتى الآن أن شبكة الانترنت ليست ملكاً لأحد أو دولة ، ومن حيث المبدأ لا توجد هيئة رسمية أو غير حكومية لها الاشراف على الانترنت ، فالبنية الأساسية تدار بإشراف جهات غير حكومية أخذت على عاتقها جعل الانترنت مساحة حرة للجميع وهذه الجهات هي : جمعية الانترنت (ISOC) وهي مؤسسة أمريكية أنشئت عام ١٩٩١ لتنسيق عمليات الاتصال والارتباط ، والاتحاد الدولي للاتصالات (ITU) ، ومنظمة الأيكان (ICANN) التي تشرف على المواقع وعناوينها ، (فهذه الشبكة العالمية - المفتوحة - وما أنتجت ثورة المعلومات والتكنولوجيا أضحت تسمح بنقل النص والصورة ، حيث تعمل في ظل ثلاثة مكونات أساسية للإنترنت هي : بروتوكولات الاتصالات (CPI/P) وصفحات الويب (Loeb Brew-ers) ولغة النصوص (HTML) مع ثلاث خصائص

للإنترنت تمنحه فاعلية المرونة والسرعة وهي :

- ١- أن شبكة الانترنت يعمل بدون حاسوب سيطرة مركزية .
- ٢- إمكانية إرسال المعلومات عبر شبكة الاتصالات عن بعد باستخدام خدمة التحويل (Paket Switching) والتي تسمح بإرسال قدر هائل من المعلومات عبر الشبكة .
- ٣- إمكانية الإجراء البيني (Linter Operability) والتي تسمح بتوجيه الأوامر والإيعازات بين الحواسيب في الشبكة لتنفيذ الأوامر .

التطور أسهم فيه كثير من العلماء والمختصين لا سيما بعد سنة ١٩٩٠م ، وخاصة الأوروبيين فالشبكة العنكبوتية العالمية بدأ ظهورها في العمل الأوروبي لفيزياء الطاقة في سويسرا (CERN) بمجموعة من الأجهزة الخادمة (Network Servers) وهي أجهزة الكمبيوتر كبيرة السعة والسرعة المتصلة ببعضها البعض ، وتسارعت خطى استخدام الانترنت حتى عد الاحصائيون فيه بلايين صفحات (Web Sides) والبيانات (Pages Of Data) وملايين الصور وكذا تريليون من النصوص .

في المجال الاسفيري الالكتروني ، فصار العالم يطلق عليه «قرية صغيرة» أو مدينة صغيرة (Pitty City) ووجد الانترنت انتشاراً فاقت ثورة تكنولوجيا الاتصالات الهاتفية والخلويات والهواتف السيارة ، وفي المقابل قل مستخدمو التلفاز وكذا المذياع وهرع الناس يستخدمون الانترنت حتى بديلاً للصحف اليومية أحياناً ، وأصبحت أعداد المشتركين في تزايد يومي .

كان لا بدّ لهذه الظاهرة والحادثة من افرازات سلبية واستخدامات تشوبها الريب والتهم وبسوء القصد ، ويمكن أن تكون وسيلة للجريمة أو انتهاك خصوصية وأعراض الغير والتلصص عليهم أو الاحتيال باسمهم ، فكان لا بدّ من التفكير في أمن المعلوماتية ، وسن قوانين تكافح مثل هذا النمط من الجرائم ، وتدريب العاملين في حقل القضاء والعدل والقانون على الحاسب الآلي وتطبيقاته وسماته ، في ظل التسارع التقني والمد المعلوماتي وانتشار مشتركري شبكة الانترنت حتى أصبحت شاغلهم ربما تصبح قريباً - لهواً - ، وحيث زادت قضايا وجرائم السرقة الالكترونية

١ انظر الحكومة الالكترونية - دراسة متطلبات واجهزية ومعوقات التجربة التقنية المعلوماتية في دول الخليج العربي - الدكتور/ حسن الشيخ - مكتبة دار الوفاء القانونية: (الاسكندرية) الطبعة الأولى - ص ٦٧ .



واستخداماتها في بناء القدرات وتيسير دفة العمل فيما يسمى بالحوكمة الالكترونية ، متزايد ، وقد اهتمت سلطنة عُمان أيمًا اهتمام بقطاع الاتصالات وتطور التكنولوجيا ، ولعل من ضمن الجهود المبذولة في سلطنة عُمان بالإضافة إلى تطوير شبكة الاتصالات ، عقد الندوات والمؤتمرات والمعارض ذات الصلة بهذا الشأن ، ومن هذا القبيل افتتاح معرض عُمان للاتصالات وتكنولوجيا المعلومات المعروف بـ « كومكس ٢٠٠٣ » بمركز عُمان الدولي للمعارض، وثوالى انتظام المعرض راتباً فيما بعد وشمل المعرض مجال التكنولوجيا والبرمجيات والكمبيوتر والاتصالات مع أحدث التقنيات وأنظمة الحاسوب ، والاطلاع على سبل تقديم الحلول المتعلقة بتقنية المعلومات وخدمات الاتصالات، وهذا يدل بياناً واقعاً على مواكبة الثورة التكنولوجية وصناعة تقنية المعلومات بحسبان أن الاقتصاد والمناخ الاستثماري صار يعتمد كثيراً على هذه النظم « الصناعة ، البنوك والمصارف ، التعليم والتدريب ، السفر ، الإعلام ، القطاع الحكومي ... وهكذا ».

إزاء هذا التطور لم يقف التشريع متفجعاً ، بل تسارعت خطا القوانين لتلبي حاجة المجتمع إلى الضبط والحماية والفصل في المنازعات ، فصارت هناك قوانين المعاملات الالكترونية ، والتجارة الالكترونية ، ومكافحة جرائم تقنية المعلومات (الجرائم المعلوماتية) . فالاعتماد على الانترنت بشكل غير مسبوق فتح آفاقاً جديدة ومجالات مبتكرة ، وبدأت تظهر أخطارها على المجتمع والفرد من ناحية أخرى ، رغم حجم فوائدها ، فظهرت في الواقعة جرائم لم تكن موجودة من قبل ، متجاوزة الطرق التقليدية للجريمة ، بل إن الجريمة التقليدية المعتمدة في تنفيذها على العنف البدني بدأت في الاضمحلال وظهرت جرائم السطو الالكتروني وخلاف ذلك مما يتصل باتساع دائرة التقنية والكمبيوتر والانترنت .

ان الواقع العيش فيه في ظل ثورة المعلومات الهائلة يفرض أهمية فائق الجهود والاعتناء بهذا الحقل ، موالاة للبحث العلمي ومتابعة لمستجدات وأحدث العلوم في هذا الصدد ، للاستفادة منها ، وتجنب مخاطرها فبالرغم من أن الحاسب الآلي وتقنية المعلومات أثبتت قدرات هائلة في مجال السلم والبناء والتطور ، أظهر كذلك امكانات خطيرة يمكن

والسطو وهتك العرض والسمعة وإشانة صحائف الأفراد في مجتمعاتهم وبين ظهراني أهليهم ، والتعدي على حرمة الحياة الخاصة .

كان لزاماً وضع تشريع رادع مستوعباً لفقه التقنية المعلوماتية وموروث الفقه القضائي وتقاليد وثوابت المجتمع الراسخة من القيم والمبادئ وحلّل الأخلاق النبيلة ، ومن جانب آخر انشغل سدنة الثورة المعلوماتية بإيجاد سبل تكفل أمن المعلومات والبيانات وسريتها ، كضمانات ومحفزات لإقبال الناس على الاشتراك في الشبكة وشراء المنتج .

كان لا بد من مقابلة هذا الهاجس المؤرق بمزيد من سبل الحماية الكفيلة بالنسبة للشبكات المحلية (Local Area Network) موصولة بالشبكة العنكبوتية النسيجية العالمية ومن هذه السبل :

١. الجدار الناري (Fire Wall) : وهو برنامج يعمل على تصفية البيانات الداخلة للشبكة المحلية عبر الانترنت ، ويحد من وصول المتطفلين ، ومنع دخول الشبكة المحلية إلا عبر المنافذ المحدودة من قبل المدير (مدير النظام) ، وكذا خروج المعلومات .

٢. الشبكة التحويلية (Switched Network) تستخدم الشبكة التحويلية للحماية من المتطفلين والمتنصتين.

٣. كلمة السر (Password) وهي تعمل على حماية مكونات الشبكة القابلة للبرمجة ، حيث يفوّت على المتطفلين فرصة اختراق الشبكة والعبث في محتوياتها ، ويمكن اختيار كلمات سر اضافية كشفرات مفاتيح للدخول على الحسابات الخاصة والبيانات والمواقع ...

إضافة إلى ذلك هناك استخدام اساليب التعمية (En-cryption) ، حيث تتم تعمية البيانات بتحويلها بواسطة عمليات حسابية إلى صيغة غير مفهومة ، ويمكن اعادتها إلى الصيغة الأصلية باستخدام رموز سرية (مفتاح) وعمليات حسابية ، وتستخدم مثل هذه الوسيلة لحماية المعلومات ذات الأهمية القصوى المخزنة على جهاز الحاسب الآلي أو المنقولة من خلال الشبكة ، وهناك مضادات الفيروسات (Aniti) وجُدُر الحماية وأدوات كشف الاختراقات .

اذن الثورة في عالم التقنية والاتصالات متسارعة الخطا والتطور حادث يومياً ، والاهتمام الدولي والاقليمي بالتقنية



والصرف الآلي (ATM) وكذلك نقل الأموال من حساب لآخر... وهكذا .

ولا يفوت أن للتقدم العلمي والتقني تأثيره البارز على تطوير القواعد القانونية ، حيث أصبح التواصل وتبادل الرسائل والصور أمراً يسيراً ميسوراً من خلال شبكة الانترنت والتي هي ثمرة مزاجية بين المعلوماتية وأدوات الاتصال السلكية واللاسلكية ، فتلاشت المسافات وأصبحت القارات والدول مجتمعة كقرية صغيرة ، بوسع الانسان أن يرصد ما يجري من أحداث وأخبار متجولاً عبر شبكة الانترنت وكذا معاملاته من ابرام الصفقات وشراء السلع والخدمات ، ولما كانت المحررات الالكترونية قد انتشرت وأصبحت واقعاً ملموساً ، فانه قد بات من الضروري اعادة النظر في قواعد الاثبات لاستيعاب هذا التطور التكنولوجي فالمحور الالكتروني هو رسالة بدايات تتضمن معلومات تنشأ أو تندمج أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كلياً أو جزئياً بوسيلة الكترونية رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة ، ويتمثل المحرر - غالباً - في صورة سند يتم انتاجه وحفظه من خلال الحاسب مثل الرسالة أو الصورة ، وقد يتم إرسال المحرر الالكتروني عبر الانترنت أو حفظه على اسطوانات ضوئية أو ممغنطة أو عن طريق التلكس أو الفاكس .

يأتي هنا دور الاستعانة بالخبرة الفنية التقنية ، وقد تضمن قانون الإجراءات الجزائية العماني في البند الرابع من الفصل الرابع من الباب الأول وفي معرض النص على التحقيق الابتدائي على إمكانية استعانة الادعاء العام بطبيب أو غيره من الخبراء لإثبات حالة من الحالات ، كما أن من سلطات محكمة الجنايات أو الجنج والمخالفات أن تستعين بالخبراء لفحص الأدلة أو سماع شهادتهم من أجل إثبات الواقعة أو نفيها ، سواء كان ذلك من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الادعاء العام ، أو المدعي بالحق الشخصي ، أو بناء على طلب المدعى عليه أو المتهم .

ولعل من المعلوم أن استقلالية القاضي الجزائي وحرية في تكوين قناعته الوجدانية المستمدة مما هو موجود في ملف الدعوى ليست مطلقة ، لأن من واجبه التحري عن الحقيقة ، وله في ذلك سلطة واسعة لا يتمتع بها القاضي المدني الذي

استغلالها في الهدم والدمار لا سيما ما يمس أخلاق المجتمع وقيمه ومثله وتقاليده ، فظهرت الجريمة الإلكترونية ومنها جرائم الدخول غير المشروع - اعتداء على سلامة البيانات - إساءة استخدام وسائل تقنية المعلومات - التزوير - الاحتيال - الاباحية - الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة - انتهاك حقوق المؤلف - الإرهاب - الجرائم المنظمة » ، وسائر الجرائم المتصلة باستخدام التقنية أياً كان مسمها جرائم الكترونية أو جرائم التقنية أو جرائم الكمبيوتر والانترنت أو جرائم العالم الافتراضي (Cyber Crime) سواء كانت الوسيلة الهاتف النقال أو أجهزة الحاسب الآلي ، يقول الاستاذ الدكتور / أحمد محمد الهواري - كلية القانون ، جامعة الشارقة - « (وبالرغم من أن الشبكة صممت في الأصل لكي تستخدم على نطاق محدود لنقل وتبادل المعلومات ، فقد اتسع نطاق استخدامها على نحو كبير منذ مطلع تسعينات القرن الماضي . ولا يقتصر هذا الاستخدام على تبادل المعلومات بكافة أشكالها على النطاق الكوني بل انها تحولت إلى سوق عالمية هائلة ، يتم من خلالها ابرام الصفقات التجارية وكذلك تسويق وترويج السلع والخدمات . وهكذا تتعايش داخل الشبكة العالمية للمعلومات مواقع مجانية غالباً ذات طابع علمي وبحثي ، ومواقع أخرى ذات طابع تجاري ، وهكذا أوجدت الأنشطة التي تمارس على شبكة المعلومات العالمية مشكلات قانونية لم يجبرها رجال القانون من قبل ، وباتت تشكل تحدياً لفكر هؤلاء ولا تلقي هذه المشكلات بظلالها فقط في مجال القانون الجنائي ، ولكنها تلقي بظلالها أيضاً على تنظيم علاقات قانونية تدرج في مجال القانون المدني والقانون التجاري أو قانون الاعمال^(٢) » .

أثار موضوع الجرائم الالكترونية والمعاملات الالكترونية أهمية بحث سبل الاثبات الالكتروني ، استعانة بالخبرة الفنية التقنية ، فأصبح الاثبات الالكتروني واقعاً ملموساً أقرته التشريعات والنظم القانونية المعاصرة ، حيث يتم استخدام فرق التقنية الحديثة كوسيلة للإثبات ، لا سيما في المواد التجارية والمعاملات البنكية كالدفع الالكتروني ، وسحب الأموال بالبطاقات البنكية من أجهزة التوزيع

الخبير المعلوماتي حجز البيانات الموجودة بمزود الخدمة ، ثم حفظها ويتم ذلك بنسخ البيانات التي تم حجزها ، بحيث يصير لديه نسختان : الأولى يتم تخزينها في الأجهزة الرقمية التي تم حجزها ، بحيث تبقى محفوظة بشكل جيد ، والثانية عبارة عن نسخة طبق الأصل ، يتم إجراء الفحص أو الاختبار عليها ، كذلك عليه استعادة البيانات المحذوفة ، فيستطيع الخبير المعلوماتي بأن يستعيد جميع الرسائل التي قام الجاني بحذفها عن طريق تتبع الأثر الذي تتركه هذه الرسائل على جهاز التخزين ، ثم تأتي مرحلة تحليل البيانات الالكترونية بحيث يفحص المحتوى بدقة من أجل تحديد وسيلة الجريمة ودوافعها حتى يتسنى بذلك إعداد تقرير فني وافٍ مشتملاً على :

١. مواصفات مسرح الجريمة الافتراضية .
٢. ملخص عن عملية الفحص التي تم القيام بها .
٣. إعادة رواية أحداث القضية « الوقائع » .
٤. ملخص النتائج .
٥. اقتراحات الخبير .

وذلك يرى بعض الفقهاء القانونيون أن الخبير المعلوماتي هو بمثابة القاضي الحقيقي للدعوى الجزائية الالكترونية ، فكل ما يديه الخبير المعلوماتي قد لا يجد القاضي محيداً إلا الأخذ به أو غالبه ، للدور الجوهرى للخبير المعلوماتي ، إذ لا يترك مجالاً واسعاً للقاضي لتحديد مسار الدعوى ، كما هو بالنسبة للخبرة الفنية في المسائل الأخرى ، سوى المعلوماتية ، لحدثة هذا العلم ، وقلة المشتغلين به ، وإن كان بدأت بوادر طيبة من اهتمام أهل القانون والقضاء بدراسة هذا الفن واستيعابه والبراعة فيه حتى يمكنهم تصور الحقيقة فالحكم على الشيء جزء من تصوره : إلا أن الحقيقة التي يجب اعتمادها هنا هي أن القاضي باعتباره الخبير الأعلى وهو القاضي الحقيقي للدعوى مهما عظم دور الخبير المعلوماتي ، إذ للقاضي أن يناقش الخبير لاستجلاء كافة جوانب الموضوع ، ليتصور الحقيقة ، التي يبني عليها حكمه ، فدور الخبير التقني ليس سوى أحد الأدوار التي تساعد القاضي على فهم القضية ، وتبقى المحكمة هي صاحبة القول الفصل الفيصل في تقرير الخبرة ، فقد تفتتق به أو لا تفتتق .

الدليل الالكتروني (الدليل الرقمي) له عدة تعريفات ربما أهمها : « أية بيانات مخزنة أو منقولة بواسطة الحاسوب

يكون مقيداً إلى حد بعيد بطرق وقواعد محددة للإثبات ، وأن البحث عن الحقيقة في الدعوى الجزائية يلزم القاضي الاستعانة بالخبرة الفنية إذا كان هناك غموض في كيفية وقوع الجريمة ، وكان هذا الغموض يحتاج إلى توضيح ، أو تمييز ما هي الجريمة عن طريق بعض المعارف الفنية التقنية ، فضلاً عن أن مستوى الإثبات في المواد الجزائية مبني على اليقين القضائي الذي لا يتطرق إليه شك معقول يمكن تفسيره لمصلحة المتهم ، بينما في المواد المدنية والتجارية تحكمه قاعدة ترجيح البيانات ووزنها .

ومن هنا تتأتى خطورة الخبرة الفنية في المواد الجزائية لمساسها بالحقوق والحريات والإدانة والبراءة والعقوبة ، أكثر مما هو في القضايا المدنية التي تمس الذمة المالية ويمكن تداركها ، إذا ما نقض الحكم أو صُحح أو ألغى .

تعد الخبرة التقنية في الجريمة المعلوماتية « عبر الانترنت » من أكثر طرق الإثبات الالكتروني أهمية ، سواء في التحقيق الابتدائي الأولي ، أو النهائي (القضائي) حتى أصبحت تسمى بالمعلوماتية أو الرقمية الشرعية (Digi- tal Forensic) قياساً على الخبرة في الطب الشرعي وتعرف بأنها « استخدام الطرق العلمية لجمع وتعريف وتحليل وتفسير الدليل الرقمي المأخوذ من مصادر رقمية ، والاحتفاظ به وتوثيقه على نحو يسهل بناء الحوادث التي تؤدي إلى اكتشاف الجريمة » أو هو بتعريف ومعنى آخر : « جمع وحفظ وتحليل وتقديم الدليل المتعلق بالحاسوب »^(٣) .

إذن المعلوماتي الشرعي (الخبير المعلوماتي) يقوم بمهمته المعلوماتية الشرعية من أجل الحصول على الدليل الرقمي ، بغية إعادة بناء مجريات القضية وتوضيحها للمحكمة ، وهذا يتطلب منه فحص الأجهزة الرقمية المتعلقة بالجريمة سواء أكانت حواسيب شخصية أم مخدمات لدى مزود خدمة الانترنت ، والقيام بمهام حجز البيانات وحفظها واستعادة البيانات وتحليلها وإعادة بناء القضية وكتابة تقريره كخبير فني ، فهناك مبدأ شهير في مجال المعلوماتية الشرعية يعرف باسم (مبدأ لو كارد التبادلي) ، ويقصد به أن أي شخص يدخل إلى مسرح الجريمة ، يجب أن يأخذ منه شيئاً ، أو أن يترك خلفه شيئاً ما ، فإذا أرسل شخص رسالة الكترونية ، فإن هذه الرسالة سوف تخزن على المخدمات الموجودة لدى مزود خدمة الانترنت مع التاريخ والوقت ، إضافة إلى مسار الرسالة ، لذلك فأول مهام



، تدعم أو تدحض أية نظرية حول كيفية ارتكاب الجريمة ، وتتعلق بعناصر هامة في الجريمة » ، أو هو «معلومات مخزنة أو منقولة بشكل يمكن قبوله في المحكمة» أو هو » الدليل الذي يجد أساساً له في العالم الافتراضي ويقود إلى الجريمة ، ويمكن جعلها في تعريف « المعلومات أو البيانات الرقمية المخزنة في الحاسوب أو المنقولة بواسطته، والتي يمكن استخدامها في إثبات أو نفي جريمة ما » ، فمعرفة عنوان الانترنت (IP) مثلاً يشير إلى الحاسوب الذي ارتكبت الجريمة بواسطته فقط ، دون أن يحدد مرتكب الجريمة بالذات ، الأمر الذي يجعل من الصعوبة بمكان، نسبة النشاط الإجرامي إلى المتهم ، وهذا يشكل تحدياً أمام الخبير المعلوماتي ، فيمكن أن ينازع المدعى عليه في جميع الأدلة التي وجدت على حاسوب ، في حال ما إذا لم يثبت المحققون أنه هو الشخص الذي قام بالنشاطات غير الشرعية على الانترنت ، ولكن تسارع هذا العلم والتقنية قد يجعل من السهولة أن تستجد وسيلة بموجبها يمكن إثبات الشخص الذي ارتكب الجرم .

يتناول هذا الحكم - محل الدراسة - مسألة في غاية الأهمية ، باعتبار أنه تطبيق لقانون حديث نسبياً ، وأنه من أحدث أحكام الدائرة الجزائية فيما يلي موضوعه ، وفتح آفاق الدارسين والباحثين المشتغلين بمهنة القانون إلى هذا النمط الإجرامي والذي ربما يتمدد لكثرة مستخدمي الشبكة العنكبوتية الدولية (WWW) - World Wide Web - وتطور وسائل التواصل الاجتماعي وذيوع ظاهرة استخداماتها اللامحدودة مما ينجم عن بعض أفعالها وسلوكها أفعالاً يجرمها القانون ، لا سيما مما أضحى يؤرق المجتمع تجاوز ذلك إلى الإخلال بالآداب العامة والأخلاق وخدش الحياء والتعدي على حرمة الحياة الخاصة وإساءة السمعة .

حيثيات وقائع هذه القضية والمتصلة بإنشاء حساب على موقع التواصل الاجتماعي (الفيس بوك) وتغذيته بمعلومات غير حقيقية أو إتيان أفعال وممارسات تشكل اعتداء على حرمة الحياة الخاصة أو العائلية - وقد أشار إلى هذه الوقائع ، الحكم محل الدراسة والتعليق فيمكن الإحالة إليه وندلف مباشرة إلى القانون الذي يجرم الفعل ويكافح جرائم تقنية المعلومات .

إدراكاً من المشرع العماني لأهمية سن قانون لجرائم تقنية المعلومات ، للمعطيات والخلفيات التاريخية والاجتماعية لتطور هذه التقنية وتسارع خطاها وانتشارها ، وسلبات استخداماتها ، فتم سن قانون مكافحة جرائم تقنية

المعلومات الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠١١/٩٨م) مقروءاً مع النظام الأساسي للدولة الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٩٦/١٠١) ، وقانون الجزاء العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٧٤/٧) ، وقانون أسرار الوظيفة والأماكن المحمية الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٧٥/٣٦) وقانون حماية التراث القومي الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٨٠/٦) ، وقانون الأسلحة والذخائر الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٩٠/٣٦) ، وقانون مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٩٩/١٧) ، وقانون السلطة القضائية الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٩٩/٩٠) ، وقانون الإجراءات الجزائية الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٩٩/٩٧) . والقانون المصري الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠٠٠/١١٤) ، وقانون تنظيم الاتصالات الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠٠٢/٣٠) ، وقانون مكافحة الارهاب الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠٠٧/٨) ، وقانون مساءلة الأحداث الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠٠٨/٣٠) ، وقانون حقوق المؤلف والحقوق المجاورة الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠٠٨/٦٥) ، وقانون المعاملات الالكترونية الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠٠٨/٦٩) ، وقانون مكافحة الاتجار بالبشر الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠٠٨/١٢٦) ، وقانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الارهاب الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠١٠/٧٩) ، وقانون الإجراءات الجزائية الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٩٩/٩٧) .

حيث عرّف هذا القانون جرائم تقنية المعلومات في المادة (١ ج) بأنها الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون ، وقد اشتمل القانون على (٣٥ مادة) أبانت المواد من (٣) وما يليها الجرائم وعقوباتها وحالة الاعفاء من العقوبة ، إذا بادر الجاني إلى إبلاغ السلطات قبل الكشف عن الجريمة ، فإذا تم الإدلاء بعد الكشف يجوز للمحكمة أن تعفيه من العقوبة شريطة أن يترتب على الإدلاء بها ضبط باقي الجناة ، وأجاز القانون في المادة (٣٥) منه الحكم بعقوبة أشد إذا نص عليها قانون آخر ، وهذه إشارة للقوانين سالفة البيان وما يستجد من تشريعات جزائية (جنائية) ، وهذه المادة لا تقرأ بمعزل عن المادة (٣٢) من ذات القانون والتي تنص : دون إخلال بحقوق الغير حسن النية ، على المحكمة المختصة الحكم في جميع الاحوال بالآتي :



ذلك لأن قرار الادعاء العام بحفظ الدعوى الجزائية (الموجهة ضد مجهول) هو قرار مؤقت ، إذ يكلف مأموري الضبط بالبحث عن الجاني ، كما أن من شرط الحجية هو اتحاد الخصوم والسبب والموضوع ، فما يقوم به الادعاء العام بعد ذلك من إجراء تحريك اجراءات الدعوى المحفوظة ، لا يعد قراراً بإلغاء قرار الحفظ أو العدول عنه ، بل تحريك على الجاني ابتداءً إذ لم يسبق صدور قرار حفظ بحقه .

كذلك إن الاعتراف الدقيق المفصل والذي يتفق والواقع ويدل على صحته لا سيما وأن وكيل المتهم أشار إلى تبادل رسائل مع المجني عليها ، وهذا يدل على وجود علاقة بينهما ، هذا يدحض الدفع ببطلان الاعتراف ، أما عن الدفع بعدم وجود نص قانوني على الواقعة المنسوبة ، فإن قانون (مكافحة جرائم وتقنية المعلومات) يجب عليه في المادة (١٦) منه والتي تقرأ : (يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على ثلاث سنوات وبغرامة لا تقل عن ألف ريال عُُماني ولا تزيد على خمسة آلاف ريال عُُماني أو بإحدى هاتين العقوبتين ، كل من استخدم الشبكة العنكبوتية أو وسائل تقنية المعلومات كالهواتف النقالة المزودة بآلة تصوير في الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة أو العائلية للأفراد ، وذلك بالتقاط صور أو نشر أخبار أو تسجيلات صوتية أو مرئية تتصل بها ولو كانت صحيحة ، أو في التعدي على الغير بالسب أو القذف) ، وقد أشارت إلى ذلك المحكمة العليا الدائرة الجزائية - الموقرة - في حكمها الرصين محل الدراسة ، والذي خلصت فيه إلى أن الطعن برمته على غير أساس ، فرفضته ، ذلك أن الجدل الموضوعي حول سلطة محكمة الموضوع في تكوين عقيدتها واستخلاصها الصورة الصحيحة لواقعة الدعوى وتقدير الدليل فيها ووزن البيانات لا يجوز إثارته أو الخوض فيه أمام المحكمة العليا ، وكذا لا يحق مؤاخذه المحكمة عدم اتخاذ إجراء لم يطلبه الخصوم منها ولم تره من جانبها حاجة إلى اتخاذه فتكون أي مطاعن في هذا الخصوص قد جانبها السداد ومصيرها الرفض .

ختاماً : يبقى هذا الحكم الرصين الرفيع أسباباً وتدقيقاً وتقصيماً ، عنواناً للحقيقة ، كما استقرت في وجدان القضاء وفق قانون مكافحة جرائم وتقنية المعلومات ، وهو قانون حديث جدير - لأهميته وللأسباب التي سقناها آنفاً - بالبحث والدراسات والتعليق ، ويا حبذا لو أفردت حلقات نقاش وحوار علمي حول مستجدات الساحة وجديد التشريعات

١. مصادرة جميع الأجهزة والأدوات والبرامج وغيرها من الأشياء التي استعملت في ارتكاب جريمة تقنية المعلومات وكذلك الأموال المتحصلة منها .

٢. غلق الموقع الإلكتروني والمحل الذي ارتكبت فيه جريمة تقنية المعلومات أو الشروع فيها إذا كانت الجريمة قد ارتكبت بعلم مالكة وعدم اعتراضه ، ويكون الغلق دائماً ، أو مؤقتاً المدة التي تقدرها المحكمة في ضوء ظروف وملابسات الجريمة .

٣. طرد الأجنبي المحكوم عليه بعقوبة إرهابية أو بعقوبة تأديبية إذا كانت الجريمة شائنة .

كذلك عرف القانون تقنية المعلومات بأنها : الاستخدام العلمي للحوسبة والالكترونيات والاتصالات لمعالجة وتوزيع البيانات والمعلومات ، وعرف وسيلة تقنية المعلومات بأنها جهاز الكتروني يستخدم لمعالجة البيانات والمعلومات الالكترونية أو تخزينها أو إرسالها أو استقبالها كأجهزة الحاسب الآلي وأجهزة الاتصال (المادة ١/و) من القانون ، وعرف الشبكة المعلوماتية بأنها : ارتباط بين أكثر من وسيلة لتقنية المعلومات للحصول على البيانات والمعلومات الالكترونية وتبادلها (المادة ١/ز) . والموقع الالكتروني بأنه : مكان إتاحة المعلومات الالكترونية على الشبكة المعلوماتية من خلال عنوان محدد .

بيد أن هذا القضاء لم يجد عناءً في اللجوء للخبرة الفنية أو ما يسمى بالمعلوماتية الشرعي إذ إن إقرار المتهم (المدان) كفاها ... انتداب خبير فني معلوماتي ، إذ إن الخبرة في هذا المجال مشوبة بكثير من الحذر لتعقيداتها لا سيما في حال الإنكار التام للمتهم ، ولكن أيضاً يمكن أن تتيقن وتثبت منها المحكمة ويستقر في وجدانها القضائي ما أورده تقرير الخبير أو أقواله ... حوله ويكون ذلك القضاء بما استقر وانقذ في الوجدان غير محفوف بشك أو (عسى ولعل) ، إلا أن المحكمة استأنست بتقرير الخبرة المعلوماتية « المركز الوطني للسلامة المعلوماتية » في هذه القضية بالقدر الذي يعزز ويعضد أقوال المتهم ، ويشير في حلقة متصلة إلى ادانته ، كما أن على من يزعم عدم تمكنه من حقه القانوني في المعارضة في الأحكام الغيابية مثلاً أو غيرها أن يثبت للقضاء (المحكمة) ذلك وليس مجرد إطلاقات مرسلة بلا سند أو دليل ، ولعل من المبادئ « القواعد » التي قررها هذا الحكم :

« أن قرارات الحفظ لا تحوز حجية الأمر المقضي فيه » .



مخالفاً للنظام العام والآداب تمثلت في (هلا وغلا فدينتي أنا في جروب الحب والرومنسية في هاملية الحب ليتني قريب منكم ي المياسيين الحلوين في بيت البلغوني الحب) ، وفق الثابت بالأوراق .

وطالب الادعاء العام بمعاقبته بجنحة التعدي على حرمة الحياة الخاصة بالنشر المؤثمة بنص المادة (١٦) من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات .

وبجلسة ٢٠١٢/٦/٢٤م حكمت محكمة الدرجة الأولى حضورياً اعتبارياً بإدانة المتهم بجنحة الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة بالمجني عليها باستخدام الشبكة المعلوماتية، وقضت بمعاقبته بالسجن سنة ، والغرامة ألف ريال ، على أن ينفذ من عقوبة السجن ثلاثة أشهر والغرامة ثلاثمائة ريال ، وإحالة المطالبة المدنية للمحكمة المختصة وتودع كفالة شخصية ومالية مبلغ خمسمائة ريال لغرض وقف العقوبة للاستئناف .

لم ينل هذا الحكم قبولاً لدى الطاعن فاستأنفه أمام محكمة الاستئناف بصحار (دائرة الجنب المستأنفة) التي قضت بتاريخ ٢٠١٣/٢/١٢م بقبول الاستئناف شكلاً ، وفي الموضوع بالاكْتفاء بنفاذ شهر ومائة ريال من العقوبة ووقف الباقي وتحميل المستأنف المصروفات .

لم يرتض المحكوم عليه هذا القضاء فطعن فيه بالنقض أمام المحكمة العليا بالطعن المائل ، الذي تم التقرير به بتاريخ ٢٠١٣/٣/٢٣م بأمانة سر المحكمة التي أصدرت الحكم ، وذلك خلال القيد الزمني المقرر بموجب المادة (٢٤٩) من قانون الإجراءات الجزائية ، وبذات التاريخ أودعت صحيفة بأسباب الطعن موقعة من طرف محام مقبول أمام هذه المحكمة (العليا) الذي قدم سند وكالته عن الطاعن التي تبيح له ذلك ، وتم إعلان المطعون ضدهما بصحيفة الطعن فأثرا عدم الرد عليها .

وأودع الادعاء العام بالمحكمة العليا مذكرة بالرأي خلص فيها إلى قبول الطعن شكلاً ورفضه موضوعاً .

المحكمة :-

بعد الاطلاع على الحكم المطعون فيه وعلى سائر الأوراق، وبعد سماع التقرير الذي أعده وتلاه القاضي المقرر، وبعد المداولة طبقاً للقانون .

حيث إن الطعن استوفى أوضاعه الشكلية المقررة له قانوناً فهو مقبول شكلاً .

لإثراء الثقافة القانونية وتزويد القضاة بالمعارف والرؤى والاجتهادات المعاصرة ، وتيسير التطبيق في المحاكم ووحدة نسيج الأحكام القضائية لا سيما في مثل هذه القضايا المعاصرة ، والله الموفق وعليه التوكل .

الحكم

أصدرت المحكمة العليا

المشكلة برئاسة فضيلة القاضي السيد/خليفة بن سعيد بن خليفة البوسعيدي/نائب رئيس المحكمة وعضوية كل من أصحاب الفضيلة القضاة :-

. سالم بن سعيد الرحبي

. سيد ساتي زيادة

. أحمد السدراتي

. الحسين غرر

وبحضور مساعد المدعي العام/ناصر بن محمد الرحبي/ مهثلاً للادعاء العام

و/عبد الملك بن حمد المعولي/أميناً للسر

في الجلسة العلنية المنعقدة يوم الثلاثاء ٢٢/محرم/١٤٣٥هـ

الموافق ٢٦/نوفمبر/٢٠١٣م

الحكم الآتي :-

في الطعن رقم ٢٠١٣/٤٦٧م الدائرة الجزائية ورقم ٢٠١٣/٤٦٧م الادعاء العام ورقم ٤٣٢/ج/٢٠١٢م (استئناف صحار)

المقدم من الطاعن :-

.....

ضد :

١. الادعاء العام

٢.

الوقائع :-

تتحصل الوقائع حسبما يبين من الحكم المطعون فيه، ومن سائر الأوراق في أن الادعاء العام أحال الطاعن إلى المحكمة الابتدائية بشناس (الدائرة الجزائية) لأنه بتاريخ ٢٠١١/١٢/٦م بدائرة اختصاص إدارة قضايا تقنية المعلومات :

استخدم الشبكة المعلوماتية وذلك بأن أنشأ حساباً على موقع الفيس بوك (موقع التواصل الاجتماعي) وأدرج بريده الرقمي (hotmail.@com) ، منتحلاً فيه شخصية المجني عليها/..... ، ونسب إليها كلاماً



العام ، كما طلب إحالة الدعوى للتحقيق لسماع خبير من المركز الوطني للسلامة المعلوماتية وفريق التحقيق والمجني عليها للتأكد من وجود الحساب على (الفييس بوك) بتاريخ الواقعة ولأن البريد الإلكتروني يخص شخصاً آخر يدعى ، ولا احتمال قيام شخص آخر بنسخ الحساب بذات البيانات ، وما ردت به المحكمة على هذه الدفوع الجوهرية ليس بحد الكفاية وغير سائغ وقاصر في التسبب ، كل ذلك يعيب الحكم المطعون فيه بما يستوجب نقضه .

وحيث إن النعي على الحكم المطعون فيه بالأسباب السالفة البيان غير سديد ومردود عليها بما هو مقرر في قضاء هذه المحكمة (العليا) من أن استخلاص الواقع في الدعوى والصورة الصحيحة لها وتقدير الدليل ووزن البيانات من المسائل التي تستقل بها محكمة الموضوع متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة لها أصلها الثابت بالأوراق وقادرة على حمله وأن العبرة في المحاكمة الجزائية هي باقتناع المحكمة من جميع عناصر الدعوى المطروحة عليها بما لها من سلطة واسعة وحرية كاملة في سبيل تقصي ثبوت الجرائم أو عدم ثبوتها والوقوف على علاقة المتهم ومدى اتصاله بالجريمة ، ولها كامل الحرية في أن تستمد اقتناعها بثبوت الجريمة من أي دليل تطمئن إليه ومن أي بيئة أو قرينة ترتاح إليها ، ولا يصح مطالبتها بالأخذ بدليل دون الآخر ، كما لا يلزم في الأدلة التي يعول عليها الحكم أن تكون بحيث ينبئ كل دليل منها ويقطع في كل جزئية من جزئيات الدعوى إذ الأدلة في المواد الجزائية ضمايم متساندة يكمل بعضها بعضاً ومنها مجمعة تتكون عقيدة المحكمة ، فلا ينظر إلى دليل بعينه لمناقشته على حدة دون باقي الأدلة بل يكفي أن تكون الأدلة في مجموعها وحدة واحدة تؤدي إلى ما قصده الحكم منها ومنتجة في اكتمال اقتناع المحكمة واطمئنانها إلى ما انتهت إليه ولو عن طريق الاستنتاج ما دام أن القانون لم يحدد وسيلة معينة لإثبات الجريمة . كما هو الحال في الدعوى المطروحة . ولا يلزم أن يتحدث الحكم صراحة واستقلالاً عن كل ركن من أركان الجريمة التي قضى بالإدانة بها ، ما دام قد أورد من الوقائع ما يدل عليه وخلص إلى التكليف القانوني الصحيح مبينا عناصرها القانونية وأدلتها وبنى قضاءه على أدلة متساندة تؤدي إلى ما خلص إليه ، كما أن محكمة الموضوع غير ملزمة بتتبع المتهم في شتى مناحي دفاعه الموضوعي والرد على كل جزئية منها رداً صريحاً إذ إن الرد يستفاد دلالة من أدلة الثبوت التي أوردها الحكم

وحيث ينعي الطاعن على الحكم المطعون فيه أنه إذ أيد حكم محكمة أول درجة ، يكون قد شابه البطلان ومخالفة القانون والخطأ في تطبيقه والقصور في التسبب والفساد في الاستدلال والإخلال بحق الدفاع ، وفي معرض تبيان ذلك قال إن المحكمة أدانته طبقاً للمادة (١٦) من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات رغم أن الإسناد منتف والنص لا ينطبق على الواقعة ولا يجرم استعمال شبكة الأنترنت أو إنشاء حساب على موقع التواصل الاجتماعي (الفييس بوك) وتغذيته بمعلومات غير حقيقية بل يجرم حصراً أفعال التقاط الصور ونشر أخبار صوتية أو مرئية شريطة أن تشكل اعتداء على حرمة الحياة الخاصة أو العائلية أو تتضمن سباً أو قذفاً ، بينما الأفعال المسندة إليه وتلك الثابتة بصفحة التواصل الاجتماعي ، الذي لم يثبت الحكم أنها خاصة به ، لا تتضمن شيئاً من ذلك ولا تقع تحت طائلة الأفعال التي جرمها النص المذكور ، وتقرير المركز الوطني للسلامة المعلوماتية ينفي عنه التهمة ، والحكم خالف المادة (٢٢٠) من قانون الإجراءات الجزائية فخلا من استظهار الواقعة المستوجبة للعقوبة والظروف التي وقعت فيها وبيانها بيانا يتحقق به الركن المادي للجريمة ، ولم تبرز المحكمة الدليل الذي استندت إليه في إدانته وبنيت عليه قناعتها على أنه هو من أنشأ ذلك الحساب على موقع (الفييس بوك) ، كما أخلت بحق دفاعه بالتفتاتها عن دفعه الجوهرية إذ دفع ببطلان إجراءات محاكمته وبطلان حكم محكمة أول درجة لصدوره غيابياً في حقه دون أن يعلن به وتمسك بحقه في معارضته وطلب إعادة الدعوى إلى محكمة أول درجة كي لا تفوت عليه درجة من درجات التقاضي ، ودفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة صدور أمر بالحفظ المؤقت من الادعاء العام أهدرت حجيته في غياب ظهور أدلة جديدة بالمخالفة للمادتين (١٢١ و١٢٨ و١٣٦) من قانون الإجراءات الجزائية ، وطلب إعمال المادة (١١) من قانون الإجراءات الجزائية وإحالة الأوراق والمجني عليها إلى الادعاء العام للتحقيق معها في إرسالها إلى هاتفه رسائل فاحشة وصور خليعة مخالفة للآداب والأخلاق العامة وأدلى بمستندات تثبت قيام هذه الجنحة في حقها وهي مرتبطة بالجنحة المنسوب إليه ، ودفع بطلان اعترافه بالتحقيقات وليد الإكراه الذي تعرض له من سلطة التحقيق بالتهديد والترغيب بإيهامه بأنه إذا ما اعترف بالفعل فالمجني عليها ستتنازل عن الدعوى وتنتهي القضية بالحفظ ، ولذلك طلب سماع شهادة أمين السر بالادعاء



إلى تقرير المركز الوطني للسلامة المعلوماتية الذي أوضح تفاصيل الواقعة ولا يوجد محل ومبرر قانوني لإحالة أوراق الدعوى للادعاء العام للتحقيق بشأن واقعة تواصل المجني عليها مع المتهم لعدم وجود جريمة.)).

لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه انتهى إلى تأييد حكم محكمة أول درجة بعد ما أفصح عن التزامه صحيح القانون وعن أن الأسباب التي قام عليها سائغة ولها أصل ثابت بالأوراق وكفيلة بحمل النتيجة التي انتهت إليها ، أنشأ الحكم لنفسه أسباباً خاصة تضمنت ردها على الدفوع التي قدمها الطاعن سواء منها تلك التي سبقت إثارتها أمام محكمة أول درجة أم تلك المقدمة لأول مرة في أسباب استئنائه ، وفي ذلك ورد قوله ((وحيث إن الحكم المستأنف التزم صحيح القانون وأقيم على أسباب سائغة لها أصلها في الأوراق وكفيلة بحمل النتيجة التي انتهت إليها وعماً أباداه المستأنف من دفوع ، فبالنسبة للدفع ببطلان الحكم فهو دفع غير سديد ذلك أن الخصومة قد انقضت بإعلان المتهم وحضوره أمام المحكمة بجلسة ٢٠/٥/٢٠١٢م وحضور محاميه وتقديمه دفعه الشفهي والمكتوب ، أما وأن الحكم قد صدر في جلسة خلال الجلسة التي أجلت إليها الدعوى فذلك يجعل الحكم غنياً ويكفل للمحكوم عليه حق المعارضة ، وبخصوص ما دفع به وكيل المستأنف من أن المستأنف تقدم بمعارضة على الحكم وأن قاضي المحكمة لم يمكنه من ذلك فهذا قول مرسل ولا دليل عليه إذ إن المذكرة الموصوفة بتقرير معارضته والمرفقة مع مذكرة دفاعه المقدمة لمحكمة الاستئناف خلت مما يثبت قيام المستأنف بتقديمها لمحكمة أول درجة لخلوها من وارد المحكمة أو التأشير عليها من قبل قاضي المحكمة أو موظفيها على خلاف جميع المذكرات المقدمة منه للمحكمة فضلاً عن أن المذكرة معنونة بواسطة الادعاء العام بشناس بالمخالفة لأحكام قانون الإجراءات الجزائية من شرط التقرير بالمعارضة أمام المحكمة مصدرة الحكم وإضافة إلى ذلك فالمذكرة تشير إلى تاريخ سابق لصدور الحكم ١٧/٦/٢٠١٢م فيما الحكم صدر بتاريخ ٢٤/٦/٢٠١٢م .

أما عن الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة صدور قرار بالحفظ فهذا الدفع غير سديد ذلك أن قرار الحفظ رقم (٢٠١١/١٢١م) والمرفق مع أوراق الدعوى موجه ضد مجهول وهو قرار مؤقت وفي الفقرة الثالثة منه كلف مأموري الضبط والبحث عن الجاني ، فضلاً عن ذلك أن قرارات الحفظ لا تحوز حجية وعلى فرض القول بالحجية فالشرط

المطعون فيه ، إذ في عدم إيراد هذا الدفاع ما يدل على أن المحكمة اطرحته اطمئناناً منها للأدلة التي عولت عليها في الإدانة ، وأن الاعتراف في المسائل الجنائية عنصر من عناصر الاستدلال التي تملك محكمة الموضوع كامل الحرية في تقدير صحتها وقيمتها في الإثبات ولها سلطة مطلقة في الأخذ باعتراف المتهم في أي دور من أدوار التحقيق وإن عدل عنه بعد ذلك ، متى اطمأنت إلى صحته ومطابقته للحقيقة والواقع وكان مطروحاً على بساط البحث ، كما أن للمحكمة أن لا تلتزم بنص الاعتراف وظاهره ولها أن تجزئه وتأخذ منه ما تطمئن إلى صدقه وتطرح ما سواه مما لا تثق به ، وأنه لا يلزم في الاعتراف أن يرد على الواقعة بكافة تفاصيلها بل يكفي أن يرد على وقائع تستنتج منها المحكمة ومن باقي عناصر الدعوى بكافة الممكّنات العقلية والاستنتاجية اعتراف الجاني للجريمة .

لما كان ذلك وكان الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون لسلامة وصحة أسبابه ، قد أبرز بجلاء واقعة الدعوى بما توافر به كافة العناصر والأركان القانونية للجنة التي أدان بها الطاعن ، وأورد أدلة ثبوت سائغة تؤدي إلى ما رتبته الحكم عليها ورد على الدفوع التي أثارها الطاعن في المرحلة الابتدائية ، وذلك بقوله ((وحيث إن الواقعة السالفة الذكر تشكل في حق المتهم جريمة الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة باستخدام الشبكة المعلوماتية وقد قام دليل ثبوتها من واقع إفادة المدعية والمتهم أمام سلطات التحقيق والمحكمة وتقرير ومحض الضبط .

حيث أفادت المدعية بشكواها أمام سلطات التحقيق ، وحيث أفاد المتهم أمام الادعاء العام أنه قام بكتابة الأنفاظ المذكورة بالواقعة وأنه أنشأ صفحة للمجني عليها على موقع الفيس بوك واعترف بالتهمة المنسوبة إليه .

وحيث أوضح تقرير المركز الوطني للسلامة المعلوماتية والمستندات المرفقة به معرفة البريد الإلكتروني والأنترنت الخاص بمستخدم البريد الذي تم استخدامه في الصفحة المنشأة على موقع الفيس بوك باسم المجني عليها وموضح بالصفحة ألقاظ غير لائقة (.....) الآن صديقة لعدة أشخاص (.....) الفرفارة ، يا حلوين) .

وحيث إنه عن إنكار ودفاع المتهم ووكيله القانوني أمام المحكمة فمردود عليه أن المحكمة اقتنعت واطمأنت إلى كفاية الدليل بالدعوى لإدانة المتهم بالاتهام المسند إليه حيث إنه اعترف بالتهمة بشكل تفصيلي أمام الادعاء العام واطمأنت المحكمة إلى سلامة ذلك الاعتراف بالإضافة



العنكبوتية للأنترنت فأنشأ الصفحة المشار إليها على موقع التواصل الاجتماعي (فيس بوك) منتحلاً شخصية المجني عليها ونشر فيها الأقوال بالكلمات والألفاظ التي لم تصدر عنها والتي عنى الحكمان معاً بإيرادها بالنص الحرفي وهي كلمات تتجلى فيها مخالفة النظام العام والآداب العامة ، بما يشكل اعتداء وانتهاكاً لحرمة الحياة الشخصية للمجني عليها ، وهو الفعل المجرم والمعاقب عليه بمقتضى المادة (١٦) من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات وهي المادة التي تنطبق تمام الانطباق على الواقعة ويقع فعله تحت طائلتها ، ومن ثم فإن ما استخلصته محكمة الموضوع من واقع الأدلة سليماً ، وما ردت به على دفع الطاعن ، وما انتهت إليه من إدانة كله جاء سائغاً وموافقاً لصحيح القانون ولا يخالف عقلاً أو منطقاً و ذا معين صحيح في الأوراق وكافياً لحمل قضاء الحكم عليه ، ومن ثم فإن ما يثيره الطاعن من مناع والحال هذه لا يكون مقبولاً .

لما كان ذلك وكأن ما يعيبه الطاعن على المحكمة المطعون في حكمها بشأن التفاتها عن طلبه سماع أمين السر بالادعاء العام وخبير المركز الوطني للسلامة المعلوماتية ، فلا يبين سواء من خلال محاضر الجلسات الاستئنافية أم من مذكرته الاستئنافية أنه طلب من المحكمة المطعون في حكمها استدعاء هذين الشاهدين وأنه تمسك أمامها بطلبه وقرع به أذناها وظل مصراً على تحقيقه في ملتصاته الختامية ، وبالتالي لا يحق له مؤاخذة المحكمة بقعودها عن اتخاذ إجراء لم يطلبه منها ولم تر هي من جانبها حاجة إليه ، ومن ثم يكون ما أثاره الطاعن في هذا الخصوص غير سديد .

لما كان ذلك وكان ما تقدم فإن قضاء الحكم المطعون فيه على النحو السالف البيان يكون بريئاً مما رماه الطاعن به من مناع ، وما يثيره في مناعه يكون غير مقبول ، وينحل في معظمه إلى جدل موضوعي حول سلطة محكمة الموضوع في تكوين عقيدتها واستخلاصها الصورة الصحيحة لواقعة الدعوى وتقدير الدليل فيها ووزن البيانات ، مما لا يجوز إثارته أو الخوض فيه أمام المحكمة العليا ، ومن ثم يضحى الطعن برمته على غير أساس متعيناً رفضه موضوعاً والزام الطاعن المصروفات عملاً بالمادة (٢٢٥) من قانون الإجراءات الجزائية .

فلهذه الأسباب : .

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً ، وفي الموضوع برفضه والزام الطاعن المصروفات .

أن يتعد الخصوم والسبب والموضوع وكل ذلك لا يتوفر في الحالة محل النظر فضلاً عن ذلك ما قام به الادعاء العام من جراء تحريك الدعوى هو ليس إلغاء لقرار حفظ أو عدول عنه وإنما تحريك الدعوى على الجاني ابتداءً إذا لم يسبق صدور قرار حفظ بحقه .

وأما عن دفع وكيل المستأنف ببطلان اعتراف المتهم أمام الادعاء العام وممارسة الأخير عليه الإكراه بالتهديد والوعيد والترغيب فإنه فضلاً عن أن هذا الدفع جاء قولاً مرسلاً لا دليل عليه ولا يغير من ذلك ذكر وكيل المستأنف أن الاعتراف بحضور سعيد بن عبدالله المحروقي فتلك حقيقة باعتبار المذكور أمين سر التحقيق وذكره عرضاً في المذكرة دون طلب سماع شهادته أمام المحكمة لا يفترض وقوع الإكراه فضلاً عن أن اعتراف المتهم جاء مفصلاً ويتفق والواقع حيث ذكر أنه من كتب العبارات وأنه وقتها كان في إجازة طارئة لمدة أسبوعين وأنه من أنشأ الصفحة المنسوبة إلى المجني عليها على موقع التواصل الفيس بوك وأنه دخل مرات عديدة على ذلك الحساب ووصف البريد الإلكتروني الذي استخدمه في صفحة الفيس بوك وامتنع عن الإجابة على بعض الأسئلة وطلب إعطائه فرصة لتسوية الأمر مع المجني عليها ومن ثم هذا الاعتراف الدقيق المفصل والذي يتفق والواقع دليل صحته لا سيما وأن وكيل المستأنف يشير إلى تبادل رسائل مع المجني عليها ويطلب إحالتها للادعاء العام وهذا اعتراف بوجود العلاقة بين المستأنف والمجني عليها .

وحيث إنه عن دفع وكيل المستأنف بعدم إعمال محكمة أول درجة للمادة (١١) من قانون الإجراءات الجزائية لعدم إحالة المجني عليها للادعاء العام بخصوص ما نسبته إليها فإن ذلك أمر جوازي للمحكمة وفق سلطتها التقديرية ولا يصلح ذلك الطلب كسبب للاستئناف .

وحيث إن الدفع بعدم النص القانوني على الواقعة المنسوبة إلى المتهم ، فإن هذا الدفع غير صحيح إذ الثابت استخدام المتهم للشبكة المعلوماتية (الأنترنت) بأن أنشأ على موقع التواصل الاجتماعي (فيس بوك) حساباً نسبته إلى المجني عليها وغذاه بمعلومات وأخبار منسوبة إلى المجني عليها على خلاف الحقيقة وفق ما ذكر في قرار الاتهام ، الأمر الذي تنتهي معه المحكمة إلى تأييد الحكم وفق ما تقدم من أسباب. () ، فيبين من هذا التسبب أن محكمة الموضوع في إطار ما تستقل به من سلطة تقريرية في هذا المجال ، استخلصت من واقع الأدلة التي أوردتها في أسباب سائغة اطمئنانها إلى أن الطاعن هو من استخدم الشبكة



**تعليق على القرار رقم (١) في الطعن رقم
٢٠٠٤/٢٠٠، الهيئة العامة لتوحيد المبادئ
بالمحكمة العليا، في الجلسة العلنية
المنعقدة يوم الثلاثاء ٢٢ / ذو القعدة / ١٤٣١هـ
الموافق ٤ / يناير / ٢٠٠٥م**

دراسة وتعليق :

فضيلة القاضي / د. محمد محمد واصل

قاضي محكمة الاستئناف بمسقط

عضو المكتب الفني بالمحكمة العليا



المقدمة :

أصدرت الهيئة العامة لتوحيد المبادئ بالمحكمة العليا الصادر في الجلسة العلنية المنعقدة يوم الثلاثاء ٢٢/ ذو القعدة/ ١٤٢٥ هـ الموافق ٤/يناير/ ٢٠٠٥م المشكلة برئاسة فضيلة الشيخ د. /إسحاق بن أحمد بن ناصر البوسعيدي/ رئيس المحكمة العليا وعضوية كل من أصحاب الفضيلة نواب رئيس المحكمة العليا : د. عبدالله بن راشد بن عزيز السيابي ، ود. صالح بن حمد بن سالم الراشدي، وماجد بن عبد الله بن مبارك العلوي وكل من أصحاب الفضيلة قضاة المحكمة العليا : عبدالله بن محمد الكعبي، وخليفة بن سعيد البوسعيدي، وحمود بن عبدالله الراشدي، وسليمان بن عبدالله اللويهي، وسالم بن راشد القلهاتي، وسالم بن محمد البراشدي، ومسعود بن محمد الراشدي. القرار رقم (١) في الطعن رقم ٢٠٠/٢٠٠٤م.

يعدُّ التعليق على الأحكام والقرارات القضائية من المسائل الصعبة والمعقدة ولا سيما منها تلك المتعلقة بقرارات المحكمة العليا أو محكمة النقض أو التمييز ، وهو من المحاولات الجديدة في مجال فن تدريس علم القانون ، وهو يحمل فوائد متعددة سواء بالنسبة للقاضي أو المحامي أو الأستاذ أو الطالب، وإن الغاية من التعليق على القرار أو الحكم القضائي ليس بيان العيوب والنواقص، بل إظهار القيمة القانونية والاقتصادية والاجتماعية لذلك الحكم إضافة إلى بيان الرأي من خلال التحليل وبيان النتائج والفرضيات الممكنة من خلال ذلك .

لذلك ، سنعرض للمنتقى من الوقائع الذي يؤدي إلى توضيح وبيان الأسباب التي أدت إلى تصدي الهيئة العامة لتوحيد المبادئ للمشكلة المعروضة ، وكذلك تحديد الأسباب التي بني عليها قرار الهيئة ، وسنعرض بعد ذلك للقاعدة القانونية المستخلصة منه والحلول المستتجة والتحليل والفرضيات الممكنة وفق الآتي^(١) :

أولاً- الوقائع .

ثانياً- أسباب الطعن.

ثالثاً- حيثيات القرار

رابعاً- حيثيات القرار:

خامساً- القاعدة القانونية.

سادساً- التحليل والنتائج.

أولاً- الوقائع:

١. تتحصل الوقائع في أن الادعاء العام أحال المطعون ضده أمام محكمة الجنايات لأنه بتاريخ ٨/١١/٢٠٠٣ تسبب عن إهمال ودون ترو في وفاة المجني عليه (....) وذلك بدهسه بمقدمة المركبة رقم (.....) المملوكة للمدعي بالحق المدني (....) ، وطالب الادعاء العام بمعاقبته طبقاً للمادة ١/٥٠ من قانون المرور، وبجلسة ١١/٥/٢٠٠٤م .

٢. حكمت محكمة الجنايات بإدانة المتهم بالجناية المؤثمة بالمادة ١/٥٠ من قانون المرور وقضت بسجنه لمدة سنة موقوفة النفاذ وإلزامه بدفع دية الهالك (.....) على أن تحل محله في ذلك شركة التأمين.

٣. فلم يلق هذا الحكم قبولاً لدى ورثة الهالك فطعنوا فيه بطريق النقض بالطعن المائل الذي قرر به بتاريخ ١٩/٦/٢٠٠٤ وبذات التاريخ أودعت مذكرة بأسباب الطعن موقعة من المحامي المقبول لدى المحكمة العليا نيابة عن الطاعنين بموجب سند الوكالة المرفق وقدم ما يفيد سداد الكفالة المقررة قانوناً، وتم إعلان المطعون ضدهما بصحيفة الطعن وردت عليها المطعون ضدها الثانية (.....) بمذكرة طالبت فيها برفض الطعن .

٤. أودع الادعاء العام لدى المحكمة العليا مذكرة برأيه خلص فيها بقبول الطعن شكلاً ونقض الحكم المطعون فيه لأنه لا يوجد ما يمنع قانوناً من الحكم بالجمع بين الدية والتعويض في حالة توافر عناصر التعويض لأن التعويض المدني نطاقه أوسع وأشمل ومن ثم يحق

١ - لمزيد من المعلومات راجع الأستاذ جام كاربونيه - التعليق على القرار القضائي - جامعة باريس الثانية للقانون والاقتصاد ز دالوز - مكتبة جامعة الملك سعود تحت



للورثة المطالبة بالتعويض عما أصابهم من ضرر شخصي وما فاتهم من كسب من جراء موت مورثهم

ثانياً- أسباب الطعن:

١. اقيم الطعن على سبب واحد ينعي به الطاعنون على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون وتأويله وحاصل ما يقولونه بياناً لذلك : إن الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض الحكم بالتعويض المطالب به يكون قد خالف نصوص المواد ٥٨ من قانون الجزاء و١٢ و١٣ من قانون تأمين المركبات وكذلك القرار الوزاري رقم ٩٥/١٠٠ والتي تعطي جميعها الحق في طلب التعويض ، إذ أن الحق في طلب التعويض المادي والأدبي للورثة ينشأ فور موت المورث بسبب الفعل الضار الذي وقع عليه من الغير.

٢. فالضرر المادي الذي أصاب (الهالك) المورث يتمثل في أنه مات موتاً غير طبيعي وهذا ضرر لا شك فيه أثر على الورثة سلباً لأن فقد عائلهم لا يقوم بمال والمبلغ الذي يقضى به مهما كانت قيمته يظل رمزياً وهو يعبر عن جزء بسيط عما لحق بهم من خسارة وما فاتهم من كسب، ومن حق كل وارث أن يطالب محدث الضرر بالتعويض والمحكمة تقدر هذا التعويض بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاتته من كسب. فالموت وإن كان حقاً على كل إنسان إلا أن التعجيل به إذا حصل بفعل فاعل فلا شك أوقع ضرراً مادياً محققاً إذ يترتب عليه فوق الآلام الجسمية التي تصاحبه حرمان المجني عليه من الحياة، وهي أغلى ما يمتلكه الإنسان باعتبارها مصدر طاقاته وتفكيره وإن التعويض الذي يستحقونه نتيجة ما أصاب أشخاصهم من أضرار مادية وأدبية بسبب موت مورثهم ليس ثمة ما يمنع الجمع بينه وبين الدية وإن الحكم المطعون فيه إذ قضى لهم بالدية الشرعية فقط دون سواها من التعويض المطالب به بحجة أن الدية هي منتهى التعويض في حالة الوفاة يكون قد خالف القانون ويستوجب نقضه .

٣. الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا كانت قد أصدرت

عدة أحكام منها حكم بتاريخ ١٩/ربيع الثاني/١٤٢٥هـ الموافق ٨/يونيو/٢٠٠٤ في الطعن رقم (٢٠٠٣/٢٢١) بما مؤداه أن الدية هي منتهى التعويض إلا أن نفس الدائرة أصدرت حكماً مغايراً وذلك بتاريخ ٢٧/شعبان/١٤٢٥هـ الموافق ١٢/أكتوبر/٢٠٠٤ أجازت فيه الجمع بين الدية والتعويض ولما كانت الأحكام مختلفة فإن الدائرة الجزائية وفقاً لنص المادة (٩) من قانون السلطة القضائية رقم (٩٩/٩٠) وتعديلاته قررت بجلستها (٢٣/نوفمبر/٢٠٠٤) إحالة الطعن المائل إلى الهيئة المنصوص عليها بالمادة (٩) من قانون السلطة القضائية ، لتصدر الهيئة فيه حكماً يحسم الخلاف ويصبح مبدأ واجب الإتيان من كل المحاكم المختصة .

ثالثاً- حيثيات القرار:

١. حيث إن النعي على الحكم المطعون فيه بالسبب الوحيد المتمثل في الخطأ في تطبيق القانون وتأويله بالصورة التي ورد تفصيلها في صدر هذا الحكم غير سديد ، إذ أن الدية شرعاً وقانوناً هي المقابل المالي المقدر من قبل المشرع عملاً بمبدأ تكافؤ الدم والنفس في الإسلام ، وإن المعمول به شرعاً إنه متى ثبت القتل الخطأ فإنه يجب الحكم بالدية الشرعية على مرتكبه ، باعتبار أن الدية وإن كان فيها عنصر التعويض إلا أنها في الأساس العقوبة المقررة شرعاً لجريمة القتل الخطأ فلقد قال الله تعالى : ﴿ وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأً ومن قتل مؤمناً خطأً فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا ﴾ .

٢. حيث إن دية القتل الخطأ لا تستحق لخزانة الدولة بل تدخل في ذمة ورثة المجني عليه ولهذا قال الفقهاء : إن في الدية إطفاء للألم والغيظ في نفس ذوي المجني عليه، وتعويضاً للآلام النفسية التي تصيبهم وهي تشمل كافة التعويضات عن القتل الخطأ، ومن ثم فإن الدية تعد تعويضاً ، كما تعد عقوبة يقصد منها الزجر والردع وحماية الأنفس ومن ثم رأى المشرع تحديدها تشريعاً للأدبي وتمييزاً له عن الأموال وقطعاً للطرق لما يقع من مغالاة في طلبها ، وإن عدم تغيير مقدار الدية من شخص لآخر يجعلها تتحد مع عناصر العقوبة



فلهذه الأسباب

حكمت الهيئة بقبول الطعن شكلاً ورفضه موضوعاً
والزام الطاعن بالمصاريف ومصادرة الكفالة .

رابعاً - القاعدة القانونية:

أقرت الهيئة العامة لتوحيد المبادئ القانونية وفقاً لاختصاصها المنصوص عليه في المادة (٩) من قانون السلطة القضائية والتي نصت على أنه: «إذا تبين لإحدى دوائر المحكمة العليا عند نظر أحد الطعون أنه صدرت منها ، أو من إحدى دوائر المحكمة العليا أحكام سابقة يخالف بعضها البعض ، أو رأت العدول عن مبدأ قانوني قرره أحكام سابقة صادرة عن المحكمة العليا ، تعين إحالة الطعن إلى هيئة تشكل برئاسة رئيس المحكمة أو الأقدم من نوابه وعضوية عشرة من الأقدم فالأقدم من نواب الرئيس وقضاة المحكمة » وبناء عليه نظرت الهيئة العامة لتوحيد المبادئ في الطعن المحال إليها وقررت المبادئ القواعد الآتية:

١. إن الدية شرعاً وقانوناً هي المقابل المالي المقدر من قبل المشرع عملاً بمبدأ تكافؤ الدم والنفس في الإسلام، وإن المعمول به شرعاً إنه متى ثبت القتل الخطأ فإنه يجب الحكم بالدية الشرعية على مرتكبه، باعتبار أن الدية وإن كان فيها عنصر التعويض إلا أنها في الأساس العقوبة المقررة شرعاً لجريمة القتل الخطأ.

٢. إن دية القتل الخطأ لا تستحق لخزانة الدولة بل تدخل في ذمة ورثة المجني عليه ولهذا قال الفقهاء: إن في الدية إطفاء للألم والغيظ في نفس ذوي المجني عليه ، وتعويضاً للآلام النفسية التي تصيبهم وهي تشمل كافة التعويضات عن القتل الخطأ ، ومن ثم فإن الدية تعدّ تعويضاً .

٣. رأى المشرع تحديد الدية تشريعاً للأدبي وتمييزاً له عن الأموال وقطعاً للطرق لما يقع من مغالاة في طلبها، وإن عدم تغيير مقدار الدية من شخص لآخر يجعلها تتحد مع عناصر العقوبة الجنائية ، القائمة بالمساواة تحقيقاً للعدالة والمساواة بين جميع الناس أمام القانون.

٤. لا فرق في الدية بين كبير وصغير وقوي وضعيف لذلك ذهبت معظم التشريعات الإسلامية لتحديد المقدار

الجنائية ، القائمة بالمساواة تحقيقاً للعدالة والمساواة بين جميع الناس أمام القانون عملاً بالسنة المطهرة «المسلمون تتكافأ دماؤهم» وبالتالي لا فرق في الدية بين كبير وصغير وقوي وضعيف لذلك ذهبت معظم التشريعات الإسلامية لتحديد المقدار المالي للنفس الذي لا يقبل زيادة أو تعويضاً آخر مستهدية بالسنة الشريفة التي حددت الدية بمائة من الإبل ، أو ألف دينار من الذهب ، أو اثني عشر ألف درهم من الفضة ، وتتم معادلة الدية الواجبة شرعاً بالنقود الورقية التي يجري التعامل بها وهذا ما ذهب إليه المشرع العماني بإصدار القرار السلطاني رقم ٨٣/٣ المؤرخ في ١٤/ جمادى الثاني/١٤٠٣ هـ الموافق ٢٨/مارس/١٩٨٣م المحدد للدية بمبلغ ٥٠٠٠ ر.ع بالنسبة للذكر وبالتالي يعد نصاً خاصاً قدّر فيه المشرع الدية مقدماً قبل وقوع الضرر وعملاً بالمبدأ القانوني «إن النص الخاص يقيد العام» فيتعين استبعاد إنزال مفهوم المادة (٥٨) من قانون الجزاء التي تتعلق بالتعويض في الحالات العامة الأخرى عن دية النفس حيث أن المشرع لما له من سلطة رفع الخلاف وقرر بأن الدية للذكر ٥٠٠٠ ر.ع ومن ثم على محكمة الموضوع أن تلتزم بهذا المقدار فالزيادة على المثل ظلم على المعتدي وفي النقصان حيف على المعتدى عليه .

٣. حيث إن المشرع عندما يرى بأن مقدار الدية المحدد لا يتناسب والقيمة الحقيقية للدية المقدرة شرعاً يتدخل لإعادة هذا التوازن برفع مقدار الدية لجبر الضرر الذي أصاب الورثة ، ولا مجال للقول بأن الجاني بجرمه قصر حياة المجني عليه وعجل في وفاته مما حرمهم من العائل الذي كان ينفق عليهم ، إذ أن لكل أجل كتاباً وإن اللحظة التي توفي فيها المجني عليه هي آخر لحظة في حياته وهذا مسطر بالأزل قبل ميلاده وإن إرادة الله شاءت أن يقف الرزق في هذا الباب وفي هذا الوقت بالذات .

ولما كان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر فإن الطعن يكون على غير أساس متعيناً رفضه موضوعاً والزام الطاعنين بالمصاريف طبقاً للمادة (٢٢٥) من قانون الإجراءات الجزائية ومصادرة الكفالة طبقاً للمادة ٢٥٥ من ذات القانون.



المالي للنفس الذي لا يقبل زيادة أو تعويضاً آخر .

٥. تنتهي مجموعة القواعد إلى قاعدة أساسية هي عدم جواز الجمع بين البية وأي تعويض آخر.

خامساً- التحليل والنتيجة:

١. وضع قرار الهيئة العامة لتوحيد المبادئ في المحكمة العليا مجموعة من القواعد ذات البعد الاجتماعي تتمثل في تكافؤ الدم والنفس في الاسلام والقانون ولا فرق بين الناس إلا فيما نص عليه القانون وذلك بالنسبة لدية القتل خطأ .

٢. إن الدية هي التعويض النهائي المقدر من قبل المشرع ولا يجوز الجمع بينها وبين أي تعويض آخر عن الوفاة وهذا يعني أن فلسفة الدية في التشريع الهاماني لاتزال تقوم على ركن أساسي هو الخطأ وهذا بعكس ما ذهب عليه قان المعاملات المدنية والذي اسس فكرة التعويض على الضرر بغض النظر عن الخطأ وفق أحكام المادة (١٧٦) منه والتي نصت على أن « كل إضرار بالغير يلزم فاعله بالتعويض ولو كان غير مميز » ويعد التعويض الذي يساوي الدية في جرائم القتل خطأ هو نص خاص وأن ما ورد في قانون المعاملات المدنية هو نص عام والخاص يعقل النص العلم ولو كان النص العام هو الأحدث في الصدور ولا يعقل النص الخاص.

٣. يتمثل أيضاً البعد الاجتماعي للقرار أن الحكم الواحد في التعويض يجعلهم متساوين أمام القانون وهذا يشعرهم بالارتياح العام بحسبان أن العدالة واحدة فيما بينهم بهذا الشأن .

٤. يظهر قرار الهيئة العامة لتوحيد المبادئ بعداً اقتصادياً يظهر في أن التعويض الي يتم الحصول عليه هو احد دون شطط أو مغالاة وأن المحكوم عليه يكون على بينة من أمره بالنسبة لما قد يحكم عليه به وهذا يشجع شركات التأمين على العمل والنشاط في الدولة .

٥. إن الدية هي التعويض النهائي الذي يمكن الحصول عليه من جراء القتل خطأ أو التسبب بالوفاة عن غير

قصد وليس لها أي بعد جزائي الذي يرتبط بالعقاب وهذا يعني أنه في حالات القتل قصداً أو تعمداً لا يطبق مبدأ الدية المنصوص عليه في القانون بل يطبق عليه مبدأ التعويض الذي تقدره المحكمة والذي يجب أن لا يقل في جميع الأحوال عن الدية ، وهذا يقتضي دائماً التفريق بين القتل الخطأ والقتل من غير طريق الخطأ من أجل الحكم بالتعويض .

٦. إن مسألة القتل خطأ يعني وفاة الإنسان نهائياً وتعويض ورثته لا يتجاوز مبلغ الدية، ولكن السؤال هو أن الدية هي الحد الأعلى الذي تستطيع المحاكم الحكم به، ولكن هل يمكن أن تحكم بأقل من الحد الأقصى إذا كان الهالك قد اشترك في الخطأ الذي أدى إلى موته، أو إذا كان خطؤه هو السبب المنتج في إحداث الوفاة.

٧. يطرح سؤال أيضاً عن مبلغ التعويض الذي يمكن أن تحكم به المحاكم في حالة القتل من غير طريق الخطأ . فهل يخضع للتحديد وهل يكون الناس في هذه الحالة متكافئين في دمائهم وما معيار تحديد التعويض الذي يخضع لرقابة المحكمة العليا

٨. ذهبت المحكمة العليا في قرارات عدة إلى إقرار مبدأ جديد في الحكم بالتعويض بالنسبة للأروش إذا كان الضرر لا ينطوي تحت قائمة الأروش في الجدول الملحق بالمرسوم السلطاني الخاص بالدية تحت اسم حكومة عدل^(٢) في حين قانون المعاملات المدنية لم ينص على اعتماد ذلك في المادة الأولى منه التي نصت على أن « تسري أحكام هذا القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها ومعناها ولم تنظمها قوانين خاص ، فإذا لم يوجد نص في هذا القانون حكمت المحكمة بمقتضى أحكام الفقه الإسلامي فإذا لم توجد فبمقتضى المبادئ العامة في الشريعة الإسلامية فإذا لم توجد فبمقتضى العرف » فمن أين جيء بمصطلح حكومة عدل؟ .

٢ - انظر قرار المحكمة العليا في الطعن ٧٠٨ / ٢٠١٣ - جلسة ٢٠ محرم ١٤٣٥ - الموافق ٢٤ / ١١ / ٢٠١٣ ، وفي جلسة يوم الأحد ١٠ / شعبان / ١٤٣٥ هـ



الفهرس

٥	كلمة العدد
٩	كلمة اللجنة العلمية
١٣	شخصية العدد
	البحوث
٢١	• الصلح الواقعي كبديل عن الإفلاس والتصفية
٤٣	• فحص الطعون أمام المحكمة العليا في غرفة المشورة "غرفة المداولة" في ضوء قانون الاجراءات المدنية والتجارية
٥١	• التقاضي على درجتين في الجنايات فقهاً - وقانوناً - وقضاء
٧٣	• وقفات مع قانون الإثبات العماني
٨٩	• التعويض عن الضرر الأدبي - الجزء الثاني
١١٣	• اختصاص القضاء العماني بنظر دعاوى إثبات ملكية الأراضي
	الأحكام القضائية
١٣٧	• الحكم الجزائي (في الطعن رقم ٤٦٧ / ٢٠١٣ م الدائرة الجزائية ورقم ٤٦٧ / ٢٠١٣ م الادعاء العام ورقم ٤٣٢ / ج / ٣ استئناف صحار) والصادر بتاريخ ٢٦ / ١١ / ٢٠١٣ م
١٤٩	• تعليق على القرار رقم (١) في الطعن رقم ٢٠٠ / ٢٠٠٤ م، الهيئة العامة لتوحيد المبادئ بالمحكمة العليا، في الجلسة العلنية المنعقدة يوم الثلاثاء ٢٢ / ذو القعدة / ١٤٣١ هـ الموافق ٤ / يناير / ٢٠٠٥ م



بسم الله الرحمن الرحيم



