

سَلْطَنَةُ عُكْمَانِ
مَجْلِسُ الشُّؤْنِ الْإِسْلَامِيِّ الْقَضَائِيِّ
الْمَحْكَمَةُ الْعُلْيَا
المكتب القانوني

المجلة القضائية



مَجَلَّةٌ عِلْمِيَّةٌ مُتَخَصِّصَةٌ بِصَفِّ سَنَوِيَّةٍ
تُعْنَى بِالْفِقْهِ وَالْقَضَاءِ
العدد السادس ٢٠١٧م



المجلة القضائية

مجلة عليّة متخصصة نصف سنوية
تُعنى بالفقه والقضاء
العدد السادس ٢٠١٧م

توجه المراسلات باسم المكتب الفني بالمحكمة العليا

قسم المجلة القضائية

سلطنة عمان - مسقط - الغبرة

ت: ٢٤٢٢٣٥٥٩-٢٤٢٢٣٥٢ فاكس: ٢٤٢٣٣٥٣٠

ص.ب: ٢٥١٦، ر.ب: ١١٢

البريد الإلكتروني: mojsctb@hotmail.com



حَمْدَةُ صَهِبِ الْخِلَالَةِ السُّلْطَانِ قَابُوسِ بْنِ عَبْدِ الْعَظِيمِ
رئيس المجلس الأعلى للقضاء



كلية العرو





الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين ، سيّدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين ، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين ، وبعد :

فهذا هو العدد السادس من المجلة القضائية ، وقد خرج في ثوب جديد وحلّة قشبية ، ومواضيع متنوّعة ، تنتقل من الحسّن إلى الأحسن بفضل الله تعالى ، ففيها عناوين مختلفة ، وبحوث ذات جدّة وأهميّة وطرافة ، وقد عرّجت بنا المجلة إلى شخصيّة قضائية بارزة في سلك القضاء والفقّه ، توّاصلا مع هذا الموضوع في أعداد سابقة ، حتى يعرف جيلنا من القضاة والمهتمين بهذا الشأن من سبقه من أساطين القضاء ورواد العدالة ، وللسلوك القضائي نصيبه البارز في ثنايا المجلة ، ذلك لما للسلوك الحسن من أهميّة بالغة في مسيرة القضاء ورجاله ، وهو عنوان الحقيقة ، وسيما الأمانة ، وحصن العدالة ، إلى غير ذلك من الموضوعات ، نأمل أن يجد القارئ في طيّ صفحات هذه المجلة بغيته ، وأن يشفي ممّا حملته أسطرها غلّته ، والله نسأله التوفيق والسداد ، والسير في طريق العدل والرشاد .

وإلى لقاء آخر في عدد قادم بإذن الله تعالى .

د. عبد الله بن راشد السيابي

نائب رئيس المحكمة العليا

رئيس المكتب الفني



فهرس المحتويات

٥	كلمة العدد
٩	شخصية العدد
١٥	قسم البحوث
١٧	● العقوبات البديلة الواردة في قانون الجزاء العماني والتطبيقات المعاصرة
٥١	● دعاوى الحيابة ودعوى طرد الغاصب
٦٩	● عيوب تسبب الأحكام القضائية
١٠٥	● أحكام الكفالة بالمال في الفقه الإسلامي
١٣١	● المسؤولية المدنية لأعضاء مجلس إدارة شركات المساهمة العامة في ضوء قانون التجارة وقانون المعاملات المدنية العماني
١٤٩	قسم التعليق على الأحكام
١٥١	● قراءة في حكم الهيئة العامة لتوحيد المبادئ الصادر في الجلسة العلنية المنعقدة يوم الأربعاء ٢٠١٧/٦/٢٧م في الطعن رقم ٢٠١٥/١٠٧٦م الدائرة المدنية (ب)، في الحكم رقم ٢٠١٥/٣٠٣م - استئناف مسقط
١٦١	● قراءة في قرار المحكمة العليا الصادر بجلسة يوم الأربعاء ٢٠١٣/١٠/٣٠م في الطعن رقم ٢٠١٣/٧ - دائرة الإيجارات
١٧١	قيّم وتقاليد القضاء



ضوابط النشر في المجلة القضائية

١. لغة المجلة هي اللغة العربية الفصحى مع وجوب الالتزام بصفة عامة بتقديم نشر الأبحاث في صياغتها اللغوية مع مراعاة عناصر التشويق والسلاسة والوضوح وسلامة اللغة بحيث تجذب القارئ غير المتخصص.
٢. يُستهدف ترجمة بعض الأحكام أو البحوث الأجنبية إلى اللغة العربية في الأعداد القادمة.
٣. محتويات المجلة يتم ترتيبها وفقاً لاعتبارات فنية، أما ترتيب البحوث المزمع نشرها في عدد واحد يكون بعد العرض على اللجنة العلمية للمجلة.
٤. الحرص على استقطاب أساتذة الفقه والقانون بالمؤسسات العلمية العامة بالسلطنة للإسهام بالكتابة في المجلة.
٥. مراعاة إثراء ساحة الفكر القانوني والقضائي بالجديد والتميز من البحوث والدراسات.
٦. متابعة حركة البحث في مجالات الشريعة والقانون والتعريف بأبرز إنتاجها وبالمستحدثات القانونية والقضائية.
٧. لا تلتزم المجلة برد الأبحاث التي لا يتم نشرها.
٨. البحوث المقدمة من غير المكتب الفني يراعى بشأنها الآتي:-
 - يُقدم أصل البحث مع صورة منه مطبوعاً ومرقماً بالتسلسل ويرفق بالبحث ملخص لموضوعه في صفحة واحدة بحيث لا تزيد عن ٢٠٠ كلمة.
 - الأُّ تزيد صفحات البحث المزمع نشره عن ٣٠ صفحة بما فيها الرسوم والجداول التوضيحية والمراجع والملخص، والأُّ تتقص عن ٥ صفحات بمقاس ٢٢ X ٢٨ سم، وعلى وجه واحد، وبمسافتين أو ثلاث قدر الإمكان.
 - يُدبّل البحث بخاتمة تعرض أهم النتائج التي توصل إليها الباحث.
 - تُذكر مصادر البحث كاملة وفقاً لترتيب ورودها في البحث على أن تشمل صاحب المرجع، وعنوان البحث، وبلد النشر، ودار النشر، وسنة النشر، ورقم الصفحة أو الصفحات التي وردت بها المعلومة في المصدر، مع فصل قائمة المراجع الأجنبية عن العربية.
 - مراعاة ذكر رقم الآية واسم السورة عند الاستشهاد بالقرآن الكريم، وكذلك مصاحبة الحديث النبوي بالسند والدرجة (صحيح - حسن - ضعيف) مع ذكر المصدر.
 - يُراعى فيما يُنشر من بحوث تحقيق الشروط الواجب توافرها في البحث العلمي والالتزام بالأصول المتعارف عليها، والأُّ يكون قد سبق نشرها، أو عرضها في ندوة أو مؤتمر، وعلى سبيل الاستثناء يجوز نشر بعض هذه البحوث متى كانت تعالج مسائل ينبغي التركيز عليها لدعم مسيرة القضاء.
 - يرفق مع البحث:
 - أ. خطاب موقع من الباحث، وموجه إلى رئيس المكتب الفني بطلب نشر البحث.
 - ب. تعريف علمي عن الباحث / الباحثين لا يتجاوز ثلاثة أسطر وذلك لتعريف القارئ بالباحث.
 - ج. تعريف بتخصصه الدقيق مع ذكر عنوان رسالة الماجستير أو الدكتوراه.
 - د. قائمة بأهم الكتب والبحوث التي نُشرت له.
 - هـ. عنوان الباحث الحالي، والثابت - كاملين - ورقم الهاتف مع إشعار المجلة بأي تغيير يطرأ لاحقاً.



بمحمم الله



المجلة القضائية

مجلة عليّة تختصّ بنصف سنوية
تعتنى بالفقّه والقضاء
للعدد السادس ٢٠١٧م

توجه المراسلات باسم المكتب الفني بالمحكمة العليا

قسم المجلة القضائية

سلطنة عمان - مسقط - الغبرة

ت: ٢٤٢٢٣٥٥٩-٢٤٢٢٣٥٢ فاكس: ٢٤٢٢٣٥٢٠

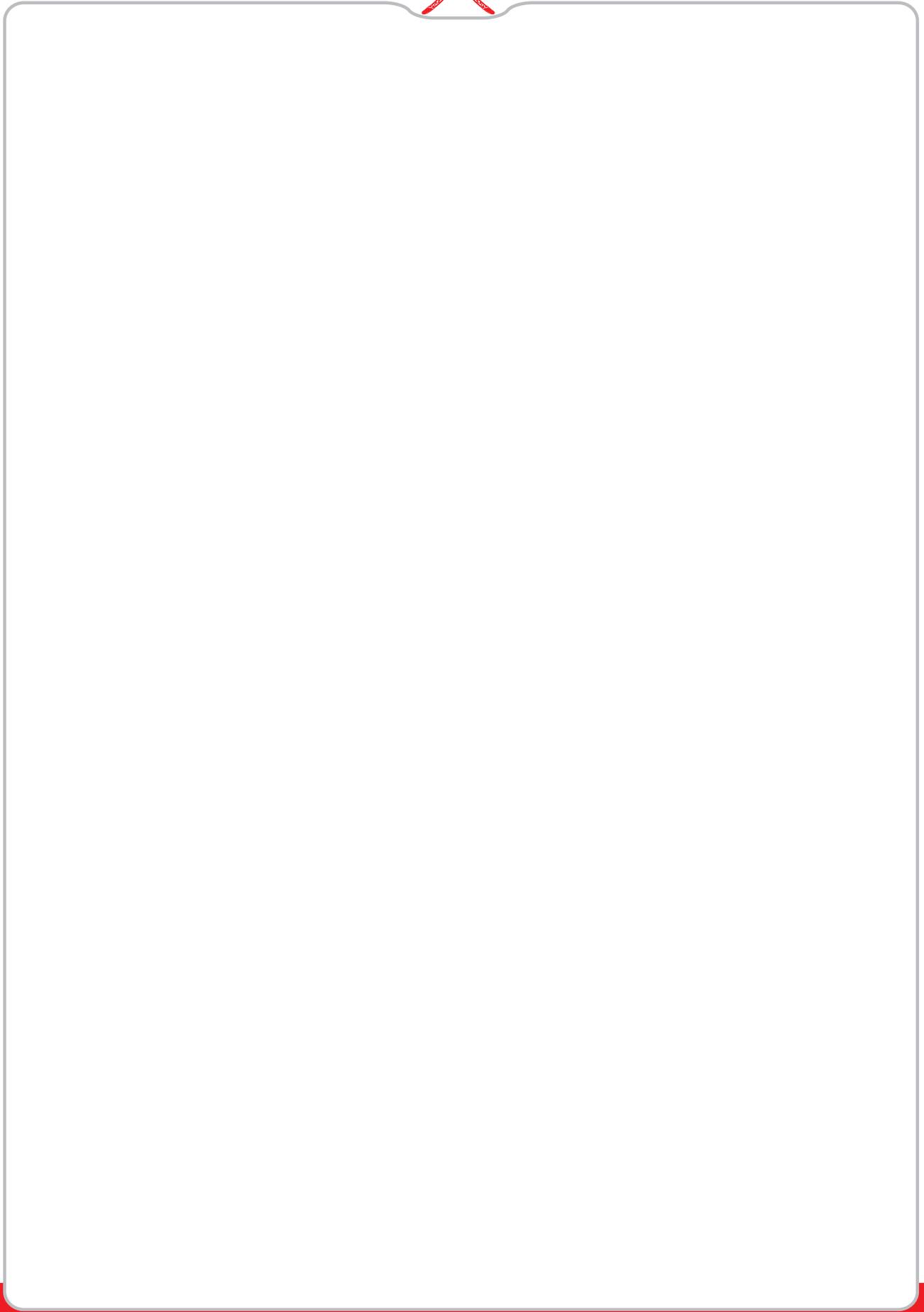
ص.ب: ٢٥١٦، ر.ب: ١١٢

البريد الإلكتروني: mojsctb@hotmail.com





حضرة صاحب الجلالة السلطان قابوس بن سعيد آل سعيد
رئيس المجلس الأعلى للقضاء





كلمة العدد





الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين ، سيّدنا محمد وعلى
آله وصحبه أجمعين ، ومَن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين ، وبعد :

فهذا هو العدد السادس من المجلّة القضائيّة ، وقد خرج في ثوب جديد وحلّة قشبيّة ،
ومواضيع متنوّعة ، تنتقل من الحسّن إلى الأحسن بفضل الله تعالى ، ففيها عناوين مختلفة ،
وبحوث ذات جدّة وأهميّة وطرافة ، وقد مرّجت بنا المجلة إلى شخصيّة قضائيّة بارزة في سلك
القضاء والفقّه ، تواصلنا مع هذا الموضوع في أعداد سابقة ، حتى يعرف جيلنا من القضاة
والمهتمين بهذا الشأن من سبقه من أساطين القضاء ورواد العدالة ، وللسلوك القضائي نصيبه
البارز في ثنايا المجلّة ، ذلك لما للسلوك الحسن من أهميّة بالغة في مسيرة القضاء ورجاله ،
وهو عنوان الحقيقة ، وسيما الأمانة ، وحصن العدالة ، إلى غير ذلك من الموضوعات ، نأمل
أن يجد القارئ في طيّ صفحات هذه المجلة بغيته ، وأن يشفي ممّا حملته أسطرها غلّته ، والله
نسأله التوفيق والسداد ، والسير في طريق العدل والرشاد .

وإلى لقاء آخر في عدد قادم بإذن الله تعالى .

د. عبد الله بن راشد السيابي

نائب رئيس المحكمة العليا

رئيس المكتب الفني





شخصية العدد

الشيخ العلامة القاضي

محمد بن محبوب بن الرُّحَيْل بن سيف بن هُبَيْرَةَ؛

أبو عبدالله القرشيّ المخزوميّ

إعداد:

فضيلة القاضي الشيخ/د. عبدالله بن راشد السيابي

نائب رئيس المحكمة العليا

رئيس المكتب الفني





الحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله، وعلى آله وصحبه ومن والاه، وبعد:

فإنَّ القَادَةَ والرَّادَةَ في الفقه والقضاء يحسن أن نبرزهم لجيلنا الحاضر من القضاة ولكلِّ مشتغل بهذا الجانب، وكذلك للأجيال اللاحقة، عرفانا منَّا لأولئك الأعلام بما قدّموه من ثراء معرفيٍّ، ونتاج فكريٍّ، وقضاء عدليٍّ، ومنهجٍ إصلاحيٍّ، ولكي نفيد منهم ما يدفعنا على المضيِّ قُدماً في إصلاح النفوس وتقويم السلوك وتحقيق العدل.

ومن الشخصيات البارزة في هذا المجال:

الشيخ العلامة القاضي محمد بن محبوب بن الرُّحَيْل بن سيف بن هُبَيْرَةَ؛ أبو عبد الله القرشيّ المخزوميّ

(و : آخر ق ٢هـ / ٨ م - ت : الجمعة
٣ محرم ٢٦٠هـ / ٢٩ أكتوبر ٨٧٣م)

عاش في آخر القرن الثاني، وأكثر القرن الثالث الهجري.

ولد في البصرة، ونشأ فيها في أسرة عُرِفَتْ بالعلم والصّلاح، والبصرة كانت حينها مركزاً علمياً هاماً، وقيل: ولد بعمان، وقيل: بمكة.

من مشائخه: موسى بن علي بن عزرة، وأبو صفرة عبد الملك بن صفرة، وهاشم بن عبد الله الخراساني، والمهلب بن سليمان بن عمر بن الفضل

الأزدي، وسعيد بن محرز بن محمد، ومحمد بن هاشم بن غيلان السيجاني السمائي، والأزهر بن علي بن عزرة الإزكوي، وعمر بن محمد بن موسى، أبو حفص الإزكوي، وسعيد بن المبشر، وغيرهم.

وشيوخه في كتب الحديث والتراجم:

- حَرَب بن ميمون الأنصاري، من الطبقة السابعة من كبار أتباع التابعين، روى له مسلم والترمذي، وثقه الذهبي.

- حفص بن غياث بن طلق بن معاوية النخعي، أبو عمر الكوفي، من الطبقة الثامنة من الوسطى من أتباع التابعين، روى عنه البخاري ومسلم وأبو داود والترمذي والنسائي، وكان قاضياً ببغداد، وثقه ابن حجر، توفى سنة ١٩٤ أو ١٩٥هـ.

- حمّاد بن زيد بن درهم الأزدي الجهضمي، من الطبقة الثامنة، من الوسطى، من أتباع التابعين.

روى عنه البخاري ومسلم وأبو داؤد والترمذي والنسائي، وثقه ابن حجر، توفي سنة ١٧٩هـ.

- حمّاد بن سلمة بن دينار البصري.

روى له مسلم وأبو داؤد والترمذي والنسائي، وثقه ابن حجر.

توفي سنة ١٦٧هـ، وغيرهم.

وأخذ العلم عنه كثيرون، منهم المشائخ العلماء: أبو المؤثر الصلت بن خميس الخروصي، وأبو معاوية



الإمام المهتأ بن جيفر كان رأيه أن القرآن مخلوق ؛ مخالفًا بذلك رأي محمد بن هاشم ومن معه .

كان متواضعا ، حريصا على إقامة العدل وتطبيق شرع الله ، شديدا في اتباع الحق ، داعيا إلى الوحدة والمحبة ، ساعيا إلى القضاء على البدع .

مكانته العلمية:

هو علامة ومرجع ومضرب المثل في علمه وفضله.

عدّه الإمام الوارجلاني من الأعلام العشرة المجتهدين ، وقال فيه لما ناقش قوله في مسألة ربا الفضل كلاماً عظيماً ، فقال : « وقد فطن لمذهبه محمد بن محبوب ، فترك السنّة والجماعة والرأي ، وهو النهاية في زمانه ، نسيح وحده ، وفريد زمانه »

كما شهد له العلماء الذين جاؤا من بعده بالعلم والفضل حتى قالوا : « ولم يبق من نثق بقوله حتى يكون في الحجة مثل موسى بن علي ومحمد بن محبوب.... »

وكان العلامة أبو محمد ويسلان بن أبي صالح بكر بن قاسم اليراسني (ق ٤هـ) يقرأ على أبيه كتابا لابن محبوب ، فكان الوالد يسمع ابنه ويمتدح الكتاب بقوله : « كلام محقق فقيه أصولي ».

من آثاره العلمية :

- ١ . كتاب محمد بن محبوب : موسوعة فقهية ، تقع في سبعين جزءا ، عثر على بعض منه في مكتبة الشيخ صالح لعلّي في بني يسجن بوادي ميزاب بالجزائر تحت عنوان : « كتاب فيه أبواب من السنّة مختصرة لأبي عبد الله محمد بن محبوب . رحمه الله . » ، يبدأ بكتاب النكاح ، ثم يتحدث عن بعض أبواب المعاملات . حققه

عزان بن الصقر ، والفضل بن الحواري السامي ، وموسى بن موسى بن علي ، ومحمد بن جعفر الإزكوي ، والإمام عزان بن تميم الخروصي ، ومحمد بن المسبح السيجاني السمائي ، والوضّاح بن عقبة وغيرهم .

ارتحل الإمام محمد بن محبوب بين عدة بلدان ، ومن البلدان التي سافر إليها : البصرة ، وحضرموت ، كما سافر إلى الهند في عهد إمامها سليمان بن عبدالعزيز ، فقد ذكر الشيخ ابن محبوب أنّ هذا الإمام كان يجلس على الصّراخ النساء الأحرار ، ويعزّر على شرب النبيذ ، وقال : أدركناه يتعاهد المواضع المعروفة بالجماعات ، وقال أيضا : رأيت مديونا بحضرموت حبس على الدين ، وهو يطلب أن يباع من ماله ويقضى عنه الدين ، والإمام يحبسه حتى يكون هو الذي يبيع ويقضى دينه .

وسكن مكة المكرمة هو وأهله ، وأرسل إلى أخويه سفيان ومحبّر ليبيعا دارهم بالبصرة لعدم احتياجهم إليها ، وكانت له بمكة لقاءات علمية وودية يعقدها بموسم الحج ، وداره بمكة معروفة ، يجتمع فيها أهل عمان وجماعة الدعوة في أيام الحج ، وتسمّى بمضرب محبوب ، ثم ارتحل إلى عمان التي استقرّ بها في آخر المطاف ، فعاصر فيها من الأئمة : عبد الملك بن حميد ، والمهتأ بن جيفر ، والصلت بن مالك الخروصي .

كان رئيس العلماء في عهده ، ورأس المبايعين للإمام الصلت بن مالك ، والمستشار الأوّل له ، والناطق الرسمي لدولته ، وقد تولى له القضاء على صحار عندما قدم إليها سنة ٢٤٩هـ ، وظلّ فيها قاضيا إلى أن توفّي فيها سنة ٢٦٠هـ / ٨٧٣م .

ولمّا وصلت قضية خلّق القرآن إلى عمان في عهد



- ضمن سير علماء الإباضية (مخ) .
٦. عهد إلى غسان بن خلود بلسان الإمام الصلت وذلك لَمَّا بعثه واليا على هجار ، ينصحه فيه بالعدل في كل الأحكام ، والامتناع عن إقامة حدٍّ إلا بعد الرجوع إليه ، وأمره بأخذ الجزية من أهل الذمة ، وإظهار الشدة لأهل البدع ، وفي غيرها من أمور السياسة ، ويقع العهد في نحو عشر صفحات ، وقد أورده الإمام السالمي في تحفته .
٧. عهد إلى قواد الجيش الذي أرسله الإمام الصلت لفتح سقطرى : وهي على لسان الإمام الصلت ، يوصيهم فيه بتقوى الله ، ويبيِّن لهم فيه ما يأتون وما يذرون . ويقع العهد في ١٦ صفحة تقريبا ، وقد أورده الإمام السالمي في تحفته
٨. كتابه إلى هاشم بن غيلان (حي ٢٠٧ هـ) : يسأله عن مسائل في النكاح ، وقد أورد شيئا منه العوتبي في كتابه الضياء
٩. أجوبته : فقد عاصر الإمام محمد بن محبوب علماء كثيرين ، وكانت بينه وبينهم مراسلات علمية ، ولقاءات ومناقشات في كثير من الآراء ، وقد ترك لنا أجوبة كثيرة ، حفظت كتب الآثار الكثير منها ؛ بحيث لا تكاد تمر بعض الصفحات إلا وتجد جوابا أو مسألة لابن محبوب ، ولو جمعت لكانت في أكثر من مجلد ، منها : مراسلاته مع الإمام الصلت ، وجوابه لأهل خراسان ، وجوابه إلى عزان بن تميم ، وجوابه إلى موسى بن موسى ، وغيرهم كثيرون جدا .
- الأستاذ الحاج سليمان بن إبراهيم بابيز الوارجلاني . طبع في ١٤٣٠ هـ / ٢٠٠٩ م .
- ويذكر الدرجيني أنّ أبا محمد ويسلان كان يقرأ مختصر ابن محبوب على أبيه أبي صالح بكر بن قاسم (ت : ٤٣١ هـ) ، فكان أبو صالح يقول : هذا كلام محقق ، فقيه ، أصولي ، مع أنه لم يقع منه في يده إلا الجزء السادس منه .
٢. سيرته إلى أهل المغرب (مط) : في عهد الإمام عبد الوهاب بن عبد الرحمن ، وقد عالجت ٤٨ أو ٥٣ مسألة في مواضيع متعددة ، مبتدئة بذكر أحوال الجماعة بالمشرق والمغرب ، والدعوة إلى الالتزام بالتقوى ، وذكر حقيقة عقد الإمامة ، ومسائل تتعلق بالاجتهاد وشروطه ، وأحكام العمّال (الولاة) وتعاملهم مع الرعية ، والاضطلاع بالقضاء وما يطرأ عليه ، إلى غيرها من المسائل التي تضمّنتها الرسالة ، التي طبعت ضمن كتاب السير والجوابات .
٣. سيرته إلى أهل حضرموت (مخ) : أرسلها إلى الإمام أحمد بن سليمان إمام أهل حضرموت في عهد الإمام الصلت بن مالك ، وذلك لَمَّا فشّت فيهم الفتن ، وظهر فيهم الفساد ، وأرادوا عزل إمامهم وتقديم إمام غيره من غير علّة ، وتقع الرسالة في إحدى عشرة صفحة .
- وتوجد السيرة كاملة ضمن سير علماء الإباضية .
٤. سيرته إلى الإمام المهنا بن جيفر : ضمّنها نصيحة له ، وبيان ما ينكر عليه .
٥. سيرته إلى أبي زياد خلف بن زياد بن عزرة : وهي رسالة يجيب فيها على خلف بن زياد في أمر الولاية والبراءة ، تقع في خمس صفحات



المصادر :

- الخصيبي؛ محمد بن راشد، شقائق النعمان ٢٠٤/٢
- البرّادي ؛ أبو القاسم بن إبراهيم البرّادي الدّمري، رسالة في ذكر بعض كتب الإباضية (ضمن معجم مصادر الإباضية) ص ٧٤
- البطّاشي ؛ سيف بن حمود، إتحاف الأعيان ٢٥٣ - ٢٥٠ /١
- الشّمّاحي ؛ أحمد بن سعيد، السّير ٤٩/٢ - ٥٠
- الكحّالي ؛علي بن شنين، من أعلام صحار ص ٤٢ - ٤٣
- ابن مدّاد ؛ محمد بن عبدالله، سيرة ص ٢٥، ٣٠ - ٣١
- بدوي وآخرون ؛ دليل أعلام عمان ص ١٥٠.
- السّعدي ، فهد بن علي، معجم الفقهاء والمتكلمين الإباضية ١٥٣/٣ - ١٦٠
- ابن رزيق ؛ حميد بن محمد، الصحيفة العدنانية ص ٥٥
- السّيايبي ، د عبدالله بن راشد بن عزيز ، معجم القضاة العمانيين ١٩
- مجهول، السّير والجوابات ٣٠٥/١ - ٣٢١
- النامي ؛ عمر بن خليفة، تحقيق أجوبة ابن خلفون ص ١١٢
- العوتبي ، سلمة بن مسلم، الضياء، ٢٣٤/٤
- تحفة الأعيان ، ١٨٤/١ - ١٩٣ ، ١٦٨/١ - ١٨٣
- دراسات عن الإباضية ص ٥٠





قسم البحوث





العقوبات البديلة الواردة في قانون الجزاء العماني والتطبيقات المعاصرة

إعداد فضيلة القاضي :
بدر بن خميس بن سعيد اليزيدي
قاضي محكمة الاستئناف بالرسنق



المقدمة

العقوبات البديلة.

وبالنظر إلى التشريع الجزائي العماني، نجد أن أربعة عقود من تاريخ صدور قانون الجزاء العماني في ١٦/٢/١٩٧٤م، ورغم بُعد الفترة منذ صدوره غير أنه احتوى جملة طيبة من العقوبات البديلة عن العقوبة السالبة للحرية، غير أن الواقع العملي في المحاكم بخلاف ذلك، إذ إن غالبية العقوبات البديلة مغيبة عن التطبيق، وتبقى في أغلبها حبيسة القانون الذي صدر بها، ولهذا وجب أن تُبرز هذه العقوبات وتُبين خصائصها وفوائدها حتى تكون حاضرة أمام نظر القاضي الجزائي أثناء حكمه ليتمكن من تنزيلها التنزيل الصحيح على الوقائع المعروضة عليه، وحتى تحقق الغاية من وضعها في التشريع.

علاوة على ذلك، فإن سنة التحديث والتطوير تقتضي لزماً إعادة النظر في العقوبات الواردة في قانون الجزاء العماني تماشياً مع الخطوات المتسارعة للتطور في جميع مناحي الحياة، والتي تشمل على وجه الخصوص علمي الإجرام والعقاب، وهو ما انتبه له المشرع العماني الذي يعمل حالياً على تعديل وتحديث قانون الجزاء، ولذا كان من الأهمية بمكان عرض التطبيقات المعاصرة لبدائل العقوبات السالبة للحرية حتى تكون تحت بصر المشرع العماني، لنبدأ من حيث انتهى الآخرون.

ويبدأ البحث بتعريف مفهوم العقوبات البديلة وغايات تشريعها، وينتقل بعد ذلك إلى إبراز العقوبات البديلة الواردة في قانون الجزاء العماني، ويضع بدائل العقوبات التي يمكن أن يأخذ بها المشرع العماني، وبناء على ذلك فقد اقتضى تقسيم الدراسة إلى ثلاثة مباحث غير المقدمة والخاتمة، وتفرع عن كل مبحث ثلاثة مطالب.

الحمد لله .. والصلوة والسلام على رسول الله ..
من المعلوم أن السجون هي المكان المخصص - وفقاً للقانون - لتنفيذ العقوبات السالبة للحرية، سواء كانت قصيرة أو طويلة المدة، ووفقاً للسياسة العقابية المعاصرة فإن الهدف الأساسي للعقوبة هو تحقيق الردع العام والخاص، ويتحقق الردع الخاص بإعادة تأهيل وإصلاح المحكوم عليه ليعود فرداً صالحاً في المجتمع، مما يعني أن مهمة السجون الأساسية التدريب والتأهيل على الحد والوقاية من الجريمة، غير أن الواقع العملي بخلاف ذلك، فإن هناك من يعتقد بأن مؤسسة السجن لم تستطع القيام بالمهمة التي وجدت من أجلها، وهي تحقيق الإدماج الاجتماعي للأفراد المنحرفين في المجتمع، بل ربما يكون أحد العوامل الدافعة إلى ارتكاب المزيد من الجرائم؛ لأنه في الغالب يفسد المبتدئين بدلاً من إصلاحهم، ولا يكفل إزالة الميول الإجرامية المتأصلة لدى المعتادين على الجريمة، ويظهر ذلك بشكل أوضح في العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة، فهي لا تكفي لتدرك غرضها الجوهرية في تأهيل المحكوم عليه، وتغدو الجهود التي تبذل في تنفيذها أقرب إلى العبث، كما تفقد المحكوم عليه تدريجياً رهبة سلب الحرية مما يجعل تأثيرها بالردع محل شك، ومن جانب آخر فإن قصر المدة جعلها محل استهانة الرأي العام، فضلاً عن تأثيرها السلبي على شخصية المحكوم عليه، ولعل هذا ما يجعل غالبية فقهاء القانون يشككون بقيمة السجن كجزاء واستبداله ببدائل أخرى تجنب المحكوم عليه العيش في بيئة السجن، وتؤهله بشكل يضمن إصلاحه، وعدم عودته للجريمة، وهو ما دعاهم للبحث في



المبحث الأول: مفهوم العقوبات البديلة وغاياتها

المطلب الأول: التعريف بالعقوبات البديلة:

البديل في اللغة بمعنى البديل، وبديل الشيء غيره والخلف منه، وجمعه بدائل وأبدال، والبديل ما يخلف الشيء ويقوم مقامه^١.

ويعتبر مصطلح «العقوبات البديلة» حديث نسبياً خاصة في منطقة الشرق الأوسط، وباستقراء لأبحاث الكتاب والباحثين في هذا المجال نجد أن هناك تعدداً في تعريف هذا المصطلح، حيث لا يوجد تعريف موحد للعقوبات البديلة، بل إن التسمية نفسها ليست محل اتفاق بينهم، فهناك من يطلق عليها «بدائل السجن» أو «عقوبات النفع العام» أو «العقوبات البديلة للسالبة للحرية» أو «بدائل العقوبة السالبة للحرية».

ومن ضمن هذه التعريفات ما ذكره الباحث بهزاد علي آدم تعريفاً للعقوبات البديلة بأنها: «تلك العقوبات التي تفرض على المحكوم عليه بدلاً من العقوبات السالبة للحرية القصيرة الأمد وبموافقته والابتعاد عن مساوئ العقوبات التقليدية (السالبة للحرية) وان لا تخرج عن هدف العقوبة وهي الردع العام والخاص وإصلاح وتأهيل المحكوم عليه»^٢، وجاء تعريفها في مشروع بدائل السجن المقترح في وزارة العدل بالمملكة العربية السعودية على أنها: «مجموعة من التدابير التي تحل محل عقوبة السجن

وتعمل على تطبيق سياسة منع الجريمة»^٣.

ومن خلال ذلك يمكن أن نستنتج بأن المقصود بالعقوبات البديلة في الجملة أن تستبدل بالعقوبات المعتادة والمعمول بها في مختلف النظم والأحكام والتي يسميها البعض بالعقوبات التقليدية ابتداء من الإعدام وانتهاء بالغررامات المالية، تكاليف جديدة تختلف نوعاً وكمياً، فهي تفرض على الجاني أداء برامج معينة والقيام بأعمال وأعباء تحقق مفهوم العقاب، وتؤدي إلى الزجر والردع، وتعود بالجاني إلى الصلاح والتقويم بأسلوب مغاير يتضمن تقييد الحريات وإضافة الأعباء، واستباحة حالة المعاقب بما يتوافق وروح العصر، ويحافظ على الكيان الشخصي والمدني للمعاقب، ويخفف عنه حدة التوابع والآثار للعقوبة، بما يدفعه بشكل إيجابي إلى الاستقامة والصلاح، ويتيح له فرصة العودة الإيجابية إلى الحياة الطبيعية لأمثاله من أفراد المجتمع^٤.

ويظهر كذلك بأن العقوبات البديلة قد تواضع على تسميتها بذلك عرفياً وإعلامياً أكثر من

(٢) ينظر: بدائل السجن دراسة فقهية، الطيب السنوسي أحمد، بحث منشور في موقع المكتبة العربية <http://www.arablib.com>، ص ٤، والبدائل الشرعية للعقوبات السالبة للحرية، القاضي ياسر بن صالح البلوي، بحث منشور في موقع جوريسبيديا <http://ar.jurispedia.org>، ص ٣، وينظر لمزيد من التعريفات: أنواع العقوبات البديلة التي تطبق على الكبار، د. محمد عبد الله ولد محمدن الشنقيطي، بحث مقدم للملتقى الاتجاهات الحديثة في العقوبات البديلة المنعقد خلال الفترة ١٧/١٩-١١/١٤٣٢هـ في الرياض، ص ٦، ومفهوم العقوبة وأنواعها في الأنظمة المقارنة، أ.د. فؤاد عبد المنعم أحمد، بحث مقدم للملتقى الاتجاهات الحديثة في العقوبات البديلة المنعقد خلال الفترة ١٧/١٩-١١/١٤٣٢هـ في الرياض، ص ٢٦، والعقوبات البديلة المطبقة على الصغار، د. كامل السعيد، بحث مقدم للملتقى الاتجاهات الحديثة في العقوبات البديلة المنعقد خلال الفترة ١٧/١٩-١١/١٤٣٢هـ في الرياض، ص ٦، وبدائل السجن، اللواء عبد الله بن سعد الحميدي، بحث مقدم للملتقى الاتجاهات الحديثة في العقوبات البديلة المنعقد خلال الفترة ١٧/١٩-١١/١٤٣٢هـ في الرياض، ص ٥.

(٤) ينظر: شروط العقوبات البديلة، القاضي علي بن راشد الديبان، بحث مقدم للملتقى الاتجاهات الحديثة في العقوبات البديلة المنعقد خلال الفترة ١٧/١٩-١١/١٤٣٢هـ في الرياض، ص ٥-٦.

(١) ينظر: لسان العرب، ابن منظور، ج ١١، ص ٤٨، مادة (بديل).

(٢) مفهوم العقوبات البديلة، بهزاد علي آدم، بحث منشور في الموقع الإلكتروني الحوار المتمدن-العدد: ٣٨٧٣ - ٢٠١٢ / ١٠ / ٧، <http://www.ahewar.org>، ص ٣.

كونه مصطلحاً علمياً يمكن تعريفه تعريفاً جامعاً مانعاً، ولذلك يلاحظ جلياً أن التعريفات تتباين في تحديد مساحة العقوبات البديلة، فهناك من يرى بأنها بديلة عن العقوبات التقليدية وهي الإعدام والسجن والغرامة، بينما يرى آخرون على أنها بديلة عن العقوبة السالبة للحرية، ونتيجة لذلك حصل التباس بين مفهوم العقوبات البديلة من جهة، وبين العقوبات الأصلية^١ والفرعية (التكميلية)^٢ والإضافية (التبعية)^٣ والتدابير الاحترازية^٤.

وتجدر الإشارة بأن تطبيق العقوبات البديلة يكون للجرائم التي يكون فيها الحبس قصير المدة لكونها لا تشكل خطراً داهماً وكبيراً، غير أن معيار تحديد الحبس قصير المدة ليس محل اتفاق، فقد اختلفت الآراء بهذا الخصوص، فمنهم من قال بأنها تكون كذلك إذا كانت مدة الحبس فيها لا تتجاوز ستة أشهر، ومنهم من ذهب إلى أنها تكون كذلك إذا لم يتجاوز سنة^٥.

وبالنظر إلى موقف القضاء في الإسلام من العقوبات في الجملة نجد أنه لا يهدف إلى إيقاع العقوبات بالفرد أساساً، بل إنه يضع سياجاً منيعاً دون إيقاع أي عقوبة وذلك بوضع الشروط الدقيقة لثبوت موجبات العقوبة من جهة، ووضع الشروط الدقيقة أيضاً لتنفيذها بعد ثبوتها من جهة أخرى، ويتضح اتجاه القضاء في الإسلام إلى هذا المنحى من خلال تقرير قاعدة «درء الحدود بالشبهات»، والأخذ بقاعدة «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص»، المؤيدة بالقاعدة الشرعية الأخرى التي تقول إن «الأصل في

وقد وجد من يرى أن العقوبات الفرعية (التكميلية) والإضافية (التبعية) والتدابير الاحترازية هي في حقيقتها عقوبات بديلة، وعلى هذا الرأي الأخير سوف نرسي مسيرة هذا الدراسة توسيعاً لمجال البحث عن العقوبات البديلة في قانون الجرائم

(١) العقوبات الأصلية: يقصد بها تلك العقوبات الرئسية التي يقرها القانون كجزاء يوقع على الجاني الذي ارتكب الجريمة، ولا يعلق توقيعها على الحكم بعقوبة أخرى، ولا تنفذ إلا إذا نطق بها القاضي في الحكم الجزائي وحدد مقدارها، ينظر: شرح قانون العقوبات - القسم العام، عمر السيد رمضان، دار النهضة العربية، ط ١٩٨٨م، ص ٨٥٨، فقرة ٣٩٨.

(٢) العقوبات الفرعية: تلك العقوبات التي تتبع تلقائياً بقوة القانون عقوبة أصلية نطق بها القاضي، وبالتالي فإنزال هذه العقوبة على المحكوم عليه ليس متوقفاً على نطق القاضي بها، فهي تطبق متى حكم بالعقوبة الأصلية ولو سكت القاضي عن النطق بها، ولا تكفي بذاتها لتحقيق معنى الجزاء الذي يترتب على ارتكاب الجريمة، وتسمى في بعض التشريعات بالعقوبات التكميلية، ينظر: الأحكام العامة للنظام الجزائي، عبد الفتاح مصطفى الصيفي، مطبوعات جامعة الملك سعود، الرياض، ط ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م، ص ٩٥٣.

(٣) العقوبات الإضافية: تلك العقوبات التي تتبع عقوبة أصلية ولا يمكن النطق بها استقلالاً، ومع ذلك فلا توقع تلقائياً وبمقوة القانون وإنما يتعين النص عليها صراحة في الحكم، فإن سكت عن النطق بها لا يجوز توقيعها على المحكوم عليه وتسمى في بعض التشريعات بالعقوبات التبعية، ينظر: المرجع السابق، نفس الصفحة.

(٤) التدابير الاحترازية: مجموعة الإجراءات القانونية التي تواجه خطورة إجرامية كامنة في شخصية مرتكب الجريمة تهدف إلى حماية المجتمع عن طريق منع المجرم من العودة إلى ارتكاب الجريمة، فهي ليست إلا وسائل الغرض منها حماية المجتمع من الخطر المستقبلي للمجرم لقطع الطريق بينه وبين الوسائل الدافعة أو التي تسهل له ارتكاب الجريمة ولذلك يمكن تعديلها تبعاً لما يرد على الخطورة الإجرامية من تطور، ومن أمثلتها المصادرة وإغلاق المحل وحظر الإقامة، وتصنيف العقوبات بالطريقة المذكورة ليست محل اتفاق بين فقهاء القانون فهناك من يجعل بعض التدابير الاحترازية من ضمن العقوبات الإضافية، ينظر: المرجع السابق، نفس الصفحة.

(٥) وقد رجح الدكتور كامل السعيد بأن العقوبة تكون قصيرة المدة عندما لا تتجاوز مدتها سنة، معتمداً في ذلك على قيام بعض التشريعات الجزائية العربية في تحديد بديل وقف التنفيذ على أن يحكم به إذا كانت العقوبة لا تزيد على سنة وهي إحدى بدائل العقوبات القصيرة المدة، كما ورد في قانون العقوبات الأردني المادة (٥٤) وقانون العقوبات العراقي لسنة ١٩٦٩م وتعديلاته في المادة (١٤٤) وكذلك المادة (٥٥) من قانون العقوبات المصري رقم (٥٨) لسنة ١٩٢٧م والمادة (٨٢) من قانون العقوبات الإتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة، ينظر: العقوبات البديلة المطبقة على الصغار، السعيد، ص ٩ - ١٠، ونشير أن هناك قوانين أخرى رفعت من سقف العقوبة الحبسية عند الأخذ ببديل وقف التنفيذ، فمثلاً قانون الجزاء الكويتي في المادة (٨٢) أجاز للمحكمة وقف التنفيذ إذا كان الحبس لا يتجاوز سنتين ضمن شروط أخرى، بينما ذهب قانون الجزاء العماني إلى رفع السقف إلى ثلاث سنوات ضمن شروط أخرى وفق المادة (٧٤) من قانون الجزاء.



الأشياء الإباحة»^١.

المطلب الثاني: السياسات الجنائية الحديثة للأخذ بالعقوبات البديلة:

الدول بالعمل على ألا يحكم قضاتها الجنائيون قدر المستطاع بعقوبة قصيرة المدة، وأن يحلوا محلها وقف التنفيذ أو الإختبار القضائي أو الغرامة أو العمل في ظل نظام من الحرية المشروطة أو الإيداع في مؤسسة مفتوحة، كما أوصى المؤتمر الخامس للأمم المتحدة في شؤون الوقاية من الجريمة ومعاملة المجرمين المنعقد في جنيف سنة ١٩٧٥م وهو بصدد تناول موضوع «معاملة المجرمين داخل السجون، وفي رحاب الجماعة» بالبحث عن بدائل للحبس، تطبيق كجزاء للجنة في المجتمع الحر.

وعلى ذات المنوال سار المؤتمر السادس للأمم المتحدة للوقاية من الجريمة المنعقد في كاراكاس «فنزويلا» عام ١٩٨٠م إذ اعتمد في توصيته رقم (٨) ما نصه «العمل على نشر التدابير البديلة لعقوبة السجن في العالم على نطاق واسع، وذلك بإدخالها ضمن التشريعات الجزائية وإعطاء أجهزة العدالة الجنائية التأهيل اللازم لفهمها وتطبيقها واعتمادها».

كما أن المؤتمر السابع للأمم المتحدة المنعقد في ميلانو عام ١٩٨٥م اعتمد في توصيته رقم (١٦) ما نصه: «وجوب اتخاذ التدابير اللازمة لعلاج ظاهرة تكديس السجناء، والاستعاضة ما أمكن عن عقوبة السجن بالتدابير البديلة والمؤهلة لإعادة دمج المحكوم عليهم في الحياة الاجتماعية، كأعضاء فاعلين واذ يؤكد ان الجزاءات التي لا تشترط الحبس تمثل طريقة انسانية لتسهيل جهود إعادة التأهيل التي تبذل بشأن الافراد المحكوم عليهم، وأوصى بما يلي:

- ١- يوصي بأن تعمل الدول الاعضاء على زيادة جهودها الرامية إلى الحد من الاثار السلبية للسجن.
- ٢- يوصي الدول الاعضاء كذلك، بتكثيف البحث عن

اتجهت السياسات الجنائية الحديثة في معظم بلدان العالم الى الأخذ بنظام العقوبات البديلة وقد دأبت الامم المتحدة منذ بداية تأسيسها على عقد العديد من المؤتمرات حول منع الجريمة ومعالجة أسبابها وأجريت العديد من الدراسات والأبحاث في مختلف أنحاء العالم منذ نصف قرن، ولم تأت الجهود التي تبذلها الأمم المتحدة لوضع الخطوط التوجيهية الدولية للعدالة الجنائية من فراغ، فمنذ سنة ١٨٧٢م أنشأت اللجنة الدولية للسجون- والتي صارت فيما بعد اللجنة الدولية للعقوبة والإصلاح - أثناء مؤتمر دولي لتقديم توصيات لإصلاح السجون، وأصبحت اللجنة الدولية للعقوبة والإصلاح تابعة لعصبة الأمم، وواصلت عقد مؤتمرات مكافحة الجريمة مرة كل خمس سنوات.

وبعد حلّ عصبة الأمم إثر الحرب العالمية الثانية، انتقلت مهام اللجنة الدولية للعقوبة والإصلاح إلى الأمم المتحدة سنة ١٩٥٠م، بما في ذلك عقد المؤتمرات الدولية كل خمس سنوات حول مسائل مكافحة الجريمة، وتبعاً لذلك عقد أول مؤتمر للأمم المتحدة سنة ١٩٥٥م و أوصت المؤتمرات الدولية المتخصصة على الأخذ بالعقوبات البديلة، ومنها على سبيل المثال: أوصى المؤتمر الثاني للأمم المتحدة في شؤون الوقاية من الجريمة ومعاملة المجرمين الذي عقد في لندن سنة ١٩٦٠م كافة

(١) ينظر في شرح هذه القواعد: الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط ١، ١٩٨٢م، ص ١٢٢، و ص ٦٠، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، عبد القادر عودة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط ١، ١٩٨٢م، ج ١، ص ١١٨.

الحبس بشكل رئيس، حتى صار الحبس العقوبة الأساسية في مواجهة غالبية الجرائم، لكن الواقع العملي أظهر أن مؤسسة السجن لم تستطع القيام بمهمتها الأساسية التي وجدت من أجلها، وهي إدماج الأفراد المنحرفين في المجتمع، وأنها عجزت عن تهيئة الجو المناسب لتنفيذ مفردات المعاملة الإصلاحية، ولذا اتجهت الكثير من الدول العربية نحو الاخذ بهذا النظام.

ويمكن لنا أن نلخص مبررات ودواعي العقوبات البديلة وغاياتها في النقاط التالية:

١. عجز المؤسسة الحبسية - خاصة في الحبس قصير المدة - عن تحقيق أهداف العقاب في الردع العام والإصلاح أو التأهيل، مما يحولها إلى مجرد سلب للحرية دون جدوى، وهذا يتعارض مع السياسة الجنائية الحديثة التي تهدف إلى تطبيق الإصلاح الاجتماعي وإعادة المحكوم عليه للمجتمع مجدداً، ومن حيث المبدأ فإن العقوبة القصيرة المدة لا تكفي لتحقيق غرضها، فلا هي تكفي للردع العام، ولا تصلح لردع المجرم بوجه خاص؛ أي تقويمه وتعليمه وتهذيبه، بل ويترتب عليها آثار سلبية ناجمة عن إبعاده عن أسرته، وفقدته لشرفه واعتباره، وتحطيم مستقبله.

٢. عدم تعطيل الإنتاج: إذ إن الهدف من العقوبات البديلة الاستفادة من خبرات ومهارات المحكوم عليه في فنون العمل المختلفة (الطب والهندسة والحرف الأخرى)، وبدلاً من وضع تلك المواهب والقدرات بين قضبان السجن توظيفها للعمل المثمر، خدمة للمجتمع وإصلاحاً للمحكوم عليه.

الجزاء المعقولة التي لا تشترط الحبس كوسيلة لتخفيض اعداد السجناء.

٣- يطلب من لجنة منع الجريمة ومكافحتها ان تقوم بدراسة مسألة الجزاءات التي لا تشترط الحبس والتدابير الرامية الى الاندماج الاجتماعي للمجرمين مع مراعاة جملة امور».

ومن القواعد التي تولي الأمم المتحدة أهمية خاصة بها هي قواعد الأمم المتحدة الدنيا النموذجية للتدابير غير الاحتجازية (قواعد طوكيو) التي صدرت في الجلسة ٦٨ في ١٤ كانون الأول ١٩٩٠م، وتتضمن مبادئ لا يستغنى عنها في مجال العقوبات البديلة وهنا أشير الى القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء والمبادئ الأساسية لمعاملة السجناء التي تطرقت أيضاً الى معاملة السجن كإنسان وأن يتمتع بكامل حقوق الإنسان والحفاظ على كرامته^١.

ومن ذلك يظهر جلياً أن النظام العقابي الحديث لا يلجأ لعقوبة الحبس إلا في الجرائم الخطيرة التي تكشف عن خطورة إجرامية لا سبيل لاستئصالها إلا بالحبس، أما في الجرائم البسيطة فإن اللجوء لسلب الحرية كعقوبة يكون على سبيل الاستثناء وفي أضيق الحدود، حيث يمكن استخدام عقوبات مقيدة للحرية لا سيما بالنسبة للمجرمين الأقل خطورة.

المطلب الثالث: دواعي العقوبات البديلة وغاياتها:

منذ النصف الثاني من القرن التاسع عشر الميلادي تأثرت الأقطار العربية بالفقه القانوني الغربي الذي وصلها مع الاستعمار الأوربي ورافقه هيمنة عسكرية وسيطرة اقتصادية وغزو ثقافي وقانوني، مما أدى إلى اعتماد الأنظمة القانونية العربية على عقوبة

(١) ينظر فيما تقدم: مفهوم العقوبات البديلة، بهزاد آدم، ص ٢٠٣-٤.



الصدفة يتحول إلى جرائم الاحتراف، فقد لوحظ أن (٢٩٪) من أصحاب الجناح الأخلاقية تحولوا إلى جرائم السرقة ومنهم من تحول إلى جرائم المخدرات أيضاً، و(٤٠٪) تحولوا من جرائم القتل إلى السرقة، وكل ذلك يعود إلى مجتمع السجن، ولأنه من الصعوبة إصلاح مذنب خلال ستة أشهر، وكذلك لا يمكن - عادة - إصلاح السجين إذا كان أستاذاً أو طبيباً أو صاحب وجه اجتماعي من قبل أناس أقل خبرة أو ثقافة وفي بيئة موبوءة بالإجرام.

٦. تقادي اكتظاظ السجون^١: حيث تشهد السجون تزايداً مستمراً في أعداد المساجين بسبب اعتماد التشريعات القانونية على عقوبة الحبس كعقوبة أساسية في مواجهة غالبية الجرائم، وهذا أدى إلى نشوء ظاهرة الحبس قصيرة المدة، إما بسبب العقوبات القصيرة التي تتضمنها النصوص الجنائية أو بسبب ميل القضاة عادة للحكم بالعقوبة في الجرائم البسيطة بحكم تأثرهم بعقدة «الحد الأدنى»، أو لعدم وجود بدائل أخرى لعقوبة السجن يمكن للقاضي اختيارها، وقد دلت الإحصائيات الدولية أن أحكام الإدانة بعقوبة الحبس لمدة ستة أشهر وما دون بلغت (٨٠٪) في بلجيكا، و(٨٤٪) في الهند و(٨٥٪) في سويسرا، و(٩٠٪) في جنوب أفريقيا.

٧. تلافي سوء معاملة السجناء: فإن سوء معاملة السجناء تتعكس على البرامج الإصلاحية المقدمة له، حيث أثبتت الدراسات ان نظام

٢. إبعاد نظرة المجتمع الدونية: ذلك لأن الوصمة المجتمعية تلاحق من يسجن بوصفه "خريج سجون" وخصوصاً في مجتمعاتنا العربية المحافظة، فيؤدي إلى أن ينفر منه بعض قرابته وأفراد المجتمع ويدخل في حيز القيود النفسية.

٤. عدم إرهاب ميزانية الدولة: ذلك لأن بناء السجون ورعايتها يكلف الدولة أموالاً طائلة، وقد أجريت حسابات تخمينية لكل سجين في سجون كردستان (العراق) ووجد أن السجين الواحد يكلف ما لا يقل عن (٤٥٠) ألف دينار عراقي لكل شهر، بينما تشير بعض الإحصاءات التي تمت في البلدان النامية إلى أن ما ينفق على النزول الواحد في السجون سنوياً يساوي (١٢٠٪) من متوسط دخل الفرد السنوي، وأن ما ينفق على حدث واحد في إحدى المؤسسات الإصلاحية سنوياً يساوي ضعف ما ينفق على النزول البالغ، أي ما يعادل (٢٤٠٪) من متوسط دخل الفرد سنوياً.

٥. تجنب إفساد المحكوم عليه: حيث يتعرض السجين - غالباً - أثناء فترة سجنه للاحتكاك بمجرمين عتاة لهم ضلع كبير في الإجرام وتجارب غزيرة في الأساليب الإجرامية لأنه لا يتم إيواء المساجين وفصلهم عن بعضهم بموجب جسامه الجرائم المرتكبة أو العقوبات وخطورة كل مذنب، بهذا يكتسب ثقافة سفلية من مجرمين اعتادوا الإجرام، حيث أثبتت نتائج الأبحاث العلمية المتخصصة أن في بريطانيا مثلاً يعود ما نسبته (٥٠٪) إلى سجونهم بعد انتهاء محكومياتهم، كما تشير إحدى الدراسات إلى أن ما يسمى بجرائم

(١) من المعلومات الطريفة التي ذكرها د. أحمد البراك في بحثه "العقوبات السالبة للحرية في ميزان السياسة العقابية المعاصرة" أن هولندا استأجرت سجنًا لدى دولة بلجيكا، وذلك بسبب مشكلة اكتظاظ السجون لديها التي كادت تنفجر بالمقيمين فيها.

وصار يطبق عليهم ما ورد في ذلك القانون من عقوبات وتدابير يختص بها الأحداث، وغالب تلك العقوبات والتدابير هي من قبيل العقوبات البديلة، غير أن بحثنا يقتصر على العقوبات الواردة في قانون الجزاء العماني والتي أضحت موجهة إلى البالغين فحسب.

والقانون الذي يحدد أنواع الجزاءات في النظام القانوني العماني هو قانون الجزاء الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٧٤/٧)، وبمطالعة لا نجد تعريفاً لمعنى «البالغين»، غير أنه بالرجوع إلى قانون الأحوال الشخصية العماني نجد أن المادة (١٢٩) حددت سن الرشد بإتمام الثامنة عشرة من العمر، وبالتالي يكون الشخص كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية ما لم يقرر القانون خلاف ذلك، وأوضحت المادة (١٥١) من ذات القانون بأنه يكون راشداً كل من أكمل سن الرشد ما لم يحجر عليه لعارض من عوارض الأهلية^٢.

وتجدر الإشارة إلى أن الاتجاه الحديثة للأخذ بالعقوبات البديلة هو اتجاه توفيق في شأن العقوبات السالبة للحرية، وخاصة قصيرة المدة منها، والتي تتصل بحالات الإجراء متوسطة الخطورة، فلا يتجاوز إلى حد المناداة بإلغائها، ولا يبقى أسيراً لها فيقبلها بحالها دون ما تعديل، فهو اتجاه يعمل

العمل للمصلحة العامة والعقوبات البديلة جاء ليكمل الأهداف المعروفة لمقاصد العقوبة وهي الردع العام والردع الخاص وتحقيق العدالة، وهي مقاصد السياسة العقابية لمكافحة الجريمة وفقاً لنوع الجريمة وخطورة مرتكبها اجتماعياً والمصلحة التي تم الاعتداء عليها^١.

ومن ذلك يظهر جلياً أن العقوبات البديلة ملاذ للكثير من العضلات التي تواجه تنفيذ العقوبة الحبسية، فضلاً عن آثارها الإيجابية على المحكوم عليه وأسرتة ومجتمعه مما يؤهله إلى أن يعود فرداً صالحاً ومنتجاً في المجتمع ويجنبه مساوئ الاختلاط بالعتاة من المجرمين، علاوة على تخفيف الأعباء المالية على الدولة، وكل ذلك يدعو إلى أن يتوسع القضاء في الأخذ بهذه البدائل في أحكامهم، كما يستلزم وجود تعديل تشريعي لفرض مزيد من العقوبات البديلة التي تحل محل العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة حتى تكون متاحة أمام القاضي أثناء قضاؤه.

المبحث الثاني: أنواع العقوبات البديلة الواردة في قانون الجزاء العماني

بصدور قانون مساءلة الأحداث بموجب المرسوم السلطاني رقم (٢٠٠٨/٣٠) فقد أصبح للأحداث قانونهم الجزائي المستقل عن قانون الجزاء العام،

(٢) عرفت المادة (١) من قانون مساءلة الأحداث الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠٠٨/٣٠) الحدث بأنه كل ذكر أو أنثى لم يكمل الثامنة عشرة من العمر، وهذا التعريف يتفق مع تعريف الشخص (الراشد) الوارد في قانون الأحوال الشخصية العماني، بيد أن الخلاف يثور هنا في تحديد التاريخ المعتبر للعمر، هل هو التاريخ الهجري أم الميلادي، وسبب ذلك أن المادة (٢٨٠) من قانون الأحوال الشخصية نصت على أن (يعتمد الحساب القمري في المدد الواردة في هذا القانون) ومن بينها تحديد سن الرشد، بينما نص قانون مساءلة الأحداث في المادة (٢) على أن يحسب العمر بالتقويم الميلادي، ومن العلوم أن التاريخ الهجري يسبق التاريخ الميلادي بأحد عشر يوماً وثلاث الأيام، وهو على مدى السنوات يظهر فرقا في التحديد، ولو قارناه على مدى ثمانين سنة نجد أن الفرق يزيد على (٢٠٠) يوم، وهو فارق زمني كبير، ولذلك نرى أن يكون هنالك تعديل تشريعي يوحد ذلك.

(١) ينظر في مبررات ودواعي العقوبات البديلة وغاياتها: علم العقاب، د. محمود نجيب حسني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٢، ص ٥٦٩، ٥٦٤، ومفهوم العقوبات البديلة، بهزاد آدم، ص ٥ - ٧، والبدائل الشرعية للعقوبات السالبة للحرية، البلوي، ص ٢ - ٤، وأنواع العقوبات البديلة التي تطبق على الكبار، الشنقيطي، ص ٨ - ٩، والعقوبات البديلة المطبقة على الصغار، السعيد، ص ٧ - ٨، والعقوبات السالبة للحرية في ميزان السياسة العقابية المعاصرة، أحمد البراك، مقال منشور في الموقع الإلكتروني للدكتور أحمد البراك، <http://ahmadbarak.com>



يجوز الحكم بها إلى جانب العقوبة الأصلية في بعض الجنايات^٢.

وقد جرت بعض التشريعات على تصنيف الغرامة إلى نوعين: غرامات مالية تقليدية تعتبر من الأصناف العقابية العريقة، وغرامات مالية يومية.

فأما الغرامات التقليدية فقد أخذت التشريعات الحديثة بها - ومنها التشريع العماني - وميزت في إطارها بين الغرامة العادية التي يكون مقدارها محدداً ومعروفاً في حديه الأقصى والأدنى بنص قانوني، والغرامة النسبية التي لا يكون مقدارها محدداً، وإنما يبقى ذلك من اختصاص القضاء على أساس الفائدة التي حققها الجاني من الجريمة أو أراد تحقيقها، لذلك فإن هذا النوع من الغرامات يحتكم دائماً لظروف وملابسات كل قضية، أي حسب ما تنتج من أضرار وما تحققه من فوائد، ولعل أظهر مثال على ذلك غرامة الرشوة في جرائم الموظفين التي يلزم فيها الراشي بغرامة تساوي على الأقل ما أعطي له أو عد به (المواد ١٥٧-١٥٥ جزاء) وكذلك غرامة الاختلاس في جرائم الموظفين التي تلزم المختلس بغرامة تساوي ثلاثة أضعاف القيمة المختلسة (المادة ١٥٩ جزاء).

وهذا الصنف من البدائل قد أكد فعاليته في تحسين الأشخاص من الآثار المترتبة عن ولوج السجن، وعليه فقد تبنتها العديد من التشريعات الحديثة كعقوبة أصلية إلى جانب الجزاء الحبيسي أو كبديل له إذا كانت الخطورة الإجرامية للجاني غير بالغة من الحدة درجة تقتضي إيداعه السجن، غير أنه بالرغم من مزايا هذا الإجراء فإن له عيوباً تتلخص في كون الغرامات لا تركز مبدأ المساواة

على التقليل بقدر الإمكان من مساوئ هذه العقوبة والتخفيف من آثارها الضارة، لذا يدعو هذا الاتجاه إلى استعمال العديد من البدائل العقابية التي تحل محل العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة متى كانت ظروف الجريمة وشخصية المجرم توجب ذلك، فإن رأت المحكمة أن هذا البديل لا يجدي في مواجهة حالة إجرامية معينة كان لها أن تقضي بالعقوبة السالبة للحرية رغم قصر مدتها، فهذه البدائل من قبيل نظم المعاملة العقابية التفرديّة المقررة تشريعياً لتكون بين يدي القاضي، إن شاء أعملها إذا استدعت ظروف الجريمة ذلك، وإن شاء قضى بالعقوبة السالبة للحرية أيّاً كانت مدتها^١.

وبمطالعة العقوبات البديلة الواردة في قانون الجزاء العماني، نجد أنها تدرج تحت ثلاثة أقسام، بدائل ذات الطابع المادي وبدائل ذات الطابع المعنوي وبدائل المقيدة للحرية.

المطلب الأول: البدائل ذات الطابع المادي:

- أولاً: الغرامة:

ويقصد بها «إلزام المحكوم عليه بأن يدفع إلى خزانة الدولة مبلغاً نقدياً محدداً»^٢، وتعد أكثر العقوبات انتشاراً، إذ تأخذ بها كافة التشريعات الجزائية، والغرامة عقوبة أصلية على سبيل التخيير مع عقوبة السجن في مواد الجنح (الغرامة من ١٠ ريالات عمانية إلى ٥٠٠ ريال عماني) والقباحات (الغرامة من ريال واحد إلى ١٠ ريالات عمانية)، وكذلك

(١) ينظر: التطبيقات المعاصرة لبدائل العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة، د. أحمد لطفي السيد مرعي، بحث منشور في الموقع الإلكتروني مقالتي، <http://www.maqalaty.com>، ص ١.

(٢) مبادئ علم الإجرام وعلم العقاب، د. فوزية عبدالستار، دار النهضة العربية، ط ١٩٩٢م، ص ١٩٨، فقرة ٦٠.

(٣) ينظر: الأحكام العامة في قانون الجزاء العماني - القسم العام، د. طارق الدسوقي وعاصم عبدالجبار، دار الجامعة العربية الجديدة، ط ٢٠١٢م، ص ٩٤٩.

تحدد الغرامة على معيار شخصي^٢.

- ثانياً: المصادر:

يقصد بها «نزع ملكية شيء مملوك للمحكوم عليه وإضافته إلى ملك الدولة بدون مقابل»^٣، وتتفق المصادرة مع الغرامة في أن كلا منهما عقوبة مالية يترتب عليها إنقاص للذمة المالية للمحكوم عليه، غير أن الاختلاف بينهما في أن الغرامة فيها إلزام للمحكوم عليه بدفع مبلغ من النقود إلى خزانة الدولة وهي عقوبة أصلية، بينما المصادرة هي عقوبة عينية ترد على شيء معين وتنقل ملكيته إلى الدولة بغير مقابل وهي عقوبة إضافية لا يقضى بها استقلالاً^٤.

وقد تناولت المواد (٥٢) إلى (٥٤) من قانون الجزاء أحكام المصادرة كما ذكرتها المادة (٥٨) من ذات القانون، وباستقراء هذه المواد نجد أن عقوبة المصادرة تتنوع من حيث الحكم بها إلى ثلاثة أنواع:

النوع الأول: تكون المصادرة عقوبة إضافية جوازية: وتطبيقاً لذلك نصت المادة (٥٢) من قانون الجزاء على أنه: «يمكن للقاضي في حالة الإدانة أن يقضى بمصادرة الأشياء المضبوطة التي استعملت أو كانت معدة لارتكاب الجريمة والأشياء المغتصبة بفعل هذه الجريمة، أو الناتجة عنها، مع الاحتفاظ بحق الغير صاحب النية الحسنة».

النوع الثاني: تكون المصادرة عقوبة إضافية وجوبية:

(٢) والتشريع العماني أخذ بنوع قريب من ذلك تمثل في تمكين رئيس المحكمة الابتدائية التي يجري التنفيذ في دائرة اختصاصها، أن يمنح المحكوم عليه في الأحوال الاستثنائية بناء على طلبه وبعد أخذ رأى الادعاء العام أجلاً لدفع المبالغ المستحقة للدولة أو أن يأذن له بدفعها على أقساط بشرط ألا تزيد المدة على سنة، وإذا تأخر المحكوم عليه عن دفع قسط حلت باقي الأقساط، ولرئيس المحكمة إلغاء الأمر الصادر منه إذا وجد ما يدعو لذلك (المادة ٢٢١ إجراءات جزائية).

(٣) شرح قانون العقوبات اللبناني. القسم العام، محمود نجيب حسني، دار النهضة العربية، بيروت، ط ١٩٨٤م، ص ٧٥٤.

(٤) ينظر المرجع السابق، نفس الصفحة.

في تطبيق السياسة الجنائية، بحيث لا يستطيع أن ينجو من قضبان السجن إلا الشخص القادر مادياً على دفع مبلغ الغرامة، أما المعسر فيتعرض للعقوبة الحبسية نظراً لعدم قدرته على الأداء، وقد دفعت هذه الجوانب السلبية التي تتسم بها الجزاءات المالية التقليدية إلى ابتكار صورة جزائية مالية أكثر إيجابية من حيث تقدير الغرامة وكيفية تنفيذها، مع الأخذ بأحوال الجاني الاجتماعية والاقتصادية وهذا ما يسمى بالغرامة اليومية.

والغرامة اليومية نظام قانوني يقوم على أساس إعطاء القاضي إمكانية الحكم أولاً على المتهم بمدة معينة من الحبس، ثم بعد ذلك يتم تقييم هذه المدة مالياً وتحويلها إلى غرامة، وقد تم تبني هذا البديل المالي في فنلندا سنة ١٩٢١م، حيث كانت الغرامة المالية تحسب بناءً على سقف الدخل اليومي، وقد كان لهذا النظام انعكاسات إيجابية على المجتمع والأفراد، منها ترسيخ مبدأ المساواة الفعلية بين المواطنين كما أنه دفع بعض التشريعات إلى التخلي عن عقوبة الحبس القصيرة المدة، خاصة المشرع الألماني لسنة ١٩٧٥م الذي أعدم العقوبة الحبسية لأقل من شهر باستثناء الجرائم العسكرية، كما أعطى للقاضي الحق بإصدار حكم غير نافذ بالغرامة إذا كان عدد الأيام الذي يناسب درجة الخطورة الاجتماعية للفعل الجرمي لا يتعدى ١٨٠ يوماً^١، ونرى أن يراعى تناسب الغرامة مع دخل المحكوم عليه تحقيقاً للعدالة وإشاعة للمساواة، وهو نوع من تضيق العقوبة بحيث

(١) ينظر: شرح قانون العقوبات - القسم العام، محمود نجيب حسني، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ٥، ١٩٨٢م، ص ٧٣٥ - ٧٤٢، ومفهوم العقوبة وأنواعها في الأنظمة المقارنة، فؤاد عبد المنعم، ص ١٢٠، وأنواع العقوبات البديلة التي تطبق على الكبار، الشنقيطي، ص ١٣٠١.



ويحکم بناء على طلب المتضرر بتمليك هذا الأخير الأشياء القابلة للمصادرة بموجب المادة (٥٢) وذلك من أصل التعويض المتوجب له وضمن حدوده^١.

والمصادرة بهذا المعنى يمكن أن تكون عقوبة بديلة عن عقوبة السجن، إذ أن حرمان المحكوم عليه من أحد أملاكه يكون رادعاً له، ويحمل ذات معنى الغرامة في كونه يمس الذمة المالية للمحكوم عليه.

- ثالثاً: الإقفال ومنع مزاولة أحد الأعمال:

يقصد بإقفال المحل: منع المحكوم عليه من ممارسة ذات العمل الذي كان يمارسه فيه قبل توقيع العقوبة عليه، فيغلق المحل الذي كان يمارس فيه نشاطه التجاري، وهو إجراء عيني كالمصادرة، وينصب على المحلات التجارية أو الصناعية التي تستعمل لارتكاب الجرائم إما بسبب إساءة المكلفين بها استغلال الإذن أو الرخصة المحصل عليها وإما بسبب عدم مراعاة القوانين والنظم المنظمة لممارسة التجارة والصناعة، وينتج عن الحكم بإغلاق المحل التجاري أو الصناعي أو أية مؤسسة أخرى - في الأحوال التي يجيز فيها القانون ذلك - منع المحكوم عليه من مزاولة نفس المهنة أو النشاط بذلك المحل، وهذا المنع لا ينحصر فقط على صاحب المحل بل يمتد كذلك إلى أفراد أسرته أو إلى غيره ممن يكون قد باع له المحل أو كراه أو سلمه إليه.

ويمكن الحكم بإقفال كل محل ارتكبت فيه جريمة من نوع الجنائية أو الجنحة أو أعد خصيصاً لارتكاب مثل هذه الجريمة (المادة ٥٥ جزاء)، ويسري الغلق

وذلك وفق ما قرره المادة (٥٣) من قانون الجزاء التي نصت على أنه: «يجب في كل حال الحكم بمصادرة الأشياء التي كان صنعها أو اقتناؤها أو استعمالها غير مشروع بحد ذاته وإن لم تكن ملكاً للمدعى عليه أو المحكوم عليه، حتى وإن لم تقض الملاحقة إلى حكم». وبينت المادة (٥٤) على أنه إذا لم يكن ما تجب مصادرته قد ضبط، يمنح المدعى عليه أو المحكوم عليه مهلة لتسليمه تحت طائلة أداء ضعفي قيمته حسبما يحددها القاضي في حكمه تلقائياً أو بمعرفة خبير، وتُحصّل القيمة بالطريقة التي تُحصّل بها الغرامة. فالمصادرة هنا أقرب ما تكون إلى أنها تدبير يقع على ذات الشيء الذي يعتبر صنعه أو استعماله أو حمله أو حيازته أو بيعه جريمة معاقباً عليها، كالمقابل في الرشوة، وحيازة المخدرات أو حيازة سلاح بدون رخصة، أو المطبوعات والأشرطة المخلة بالأخلاق، حيث يكون الهدف من المصادرة هنا هو وقاية المجتمع من الأضرار التي يمكن أن تتجم عن تداول المضبوط، ولذلك كان الحكم بالمصادرة العينية من طرف المحكمة وجوبياً ولو قضى ببراءة المتهم، ويلاحظ - كذلك - في هذا أن المصادرة هنا تأخذ معنى الاتلاف - غالباً - وليس التملك، إذ إن تملك الأشياء غير المشروعة بحد ذاته غير جائز حتى للدولة، وبالتالي فإن ماله هو الاتلاف.

النوع الثالث: تكون المصادرة على سبيل التعويض: وذلك بأن يحكم بها تعويضاً للمضرور المجنى عليه بناء على طلبه وفق ما أوضحته المادة (٥٨) من قانون الجزاء حيث نصت على أن: «كل جريمة تلحق بالغير ضرراً مادياً كان أو معنوياً يحكم على فاعلها بالتعويض عند طلب المتضرر»، ويمكن للقاضي أن

(١) يلاحظ بأن القانون سمي النوع الثالث من المصادرة "بالمصادرة لمصلحة المتضرر" وفقاً للمادة (٥٦) من قانون الجزاء واعتبرها نوعاً من الإلزامات المدنية، ينظر: الأحكام العامة في قانون الجزاء العماني - القسم العام، د. طارق الدسوقي وعاصم عبد الجبار، ص ٩٦٠ - ٩٦١، وشرح قانون العقوبات - القسم العام، محمود نجيب حسني، ص ٧٦٧ - ٧٧٢.

- رابعاً: الجلد:

يقصد به «ضرب المجلود بالسوط بغرض إيلامه وزجره واتعاظ الحاضرين شرط أن لا يؤدي ذلك الجلد إلى هلاك المجلود أو الإضرار به»^٢، وتعتبر عقوبة الجلد من العقوبات التي سنتها الشريعة الإسلامية، فهي تأتي عقوبة حدية كما في جريمة الزنا، قال تعالى (الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَيَشْهَدَ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ) ﴿النور/٢﴾، كما تأتي عقوبة تعزيرية.

وقد ثار جدل كبير حول الأخذ بهذه العقوبة في التشريعات الحديثة، فإن أغلب التشريعات الحديثة لم تأخذ بها لكونها قاسية وغير إنسانية وأنها لا تؤدي الغرض الذي من أجله شرع العقاب، في حين تثبتت الشريعة الإسلامية وتجعلها من أهم العقوبات الجنائية التي يجب أن لا تبدل أو تتسخ، وتتميز في كونها تطبق على جميع المجرمين بما يلائم كل واحد وجريمته، ويحس بألها الجسدي، ولا يستغرق تنفيذها سوى دقائق معدودة، فلا تعطل العمل والإنتاج ولا تتعرض أسرة المحكوم عليه إلى فقد عائلها، ولا يكلف الدولة أو يثقل كاهلها، فهي من البدائل التي يمكن الأخذ بها في التشريعات المعاصرة وخاصة أن بعض الدول الغربية قد أقرتها مثل إنجلترا التي تعترف بها في قوانينها الجنائية والعسكرية وأمريكا في بعض جرائم المسجونين^٣.

ولم يورد المشرع العماني هذه العقوبة من ضمن

كذلك في حق الشخص المعنوي أو الهيئة التي كان ينتمي إليها المحكوم عليه أو كان يعمل لحسابها وقت ارتكاب الجريمة.

وإغلاق المحل يمكن أن يكون نهائياً مثل غلق المحل لمخالفة قانون حماية المستهلك (المادة ٢١ من قانون حماية المستهلك)، وقد يكون مؤقتاً بين أسبوع كحد أدنى وسنة كحد أقصى كما أوضحته المادة (٥٥) من قانون الجراء. ما لم ينص القانون على خلاف ذلك. مع الاحتفاظ بحق المالك ذي النية الحسنة.

ويقصد بالمنع من مزاوله أحد الأعمال: حرمان المحكوم عليه من ممارسة فن أو مهنة أو حرفة أو أي عمل معلق على قبول السلطة أو على نيل شهادة، إذا كان سلوكه الجرمي (جناية أو جنحة) يمثل خرقاً وانتهاكاً لواجبات المهنة أو للفروض الملازمة لذلك العمل، فهو ينصب على العمل الذي يمارس من قبل المحكوم عليه.

ومنع مزاوله أحد الأعمال يمكن أن يكون نهائياً مدى الحياة في حال ورود نص خاص على ذلك، ويمكن أن يكون مؤقتاً بين أسبوع كحد أدنى وسنة كحد أقصى كما أوضحته المادة (٥٥) من قانون الجراء^١. والعقوبتان تعتبران بديلاً ناجعاً عن عقوبة الحبس إذ إنهما يمسان النشاط التجاري والمهني للمحكوم عليه عندما يساء استخدامهما، مما تعتبر معه عقوبة تمس الذمة المالية لكونها تؤثر على مدخوله نتيجة توقف نشاطه التجاري أو مهارته المهنية في أحد الأعمال دائماً أو مؤقتاً، كما تحمل معنى السجن المعنوي بتقييد نشاطه التجاري وكبح مهارته المهنية حتى لا يستغلها في العمل الإجرامي.

(٢) العقوبة بالجلد في الفقه الإسلامي، د. عز الدين كحيل، بحث منشور في مجلة المنتدى القانوني، العدد الخامس، ص ٢٢.

(٣) ينظر: المرجع السابق، ص ٢٢ - ٢٥، والعقوبة السالبة للحرية بين الشريعة والقانون، د. صباح بلحيمر، بحث منشور في الموقع الإلكتروني لجامعة المبدعين المغاربة، <http://j-m-m.in-goo.net/topic-t4826>.

(١) ينظر: الأحكام العامة في قانون الجراء العماني. القسم العام، د. طارق الدسوقي وعاصم عبد الجبار، ص ٩٦١-٩٦٢.



مع أحكامه».

ونرى أن عقوبة الجلد من البدائل النافعة في تحقيق الردع العام والخاص، ولا تتعارض مع حقوق الإنسان وصور كرامته، إذ إن فيها من الضوابط الشرعية ما يجعلها بعيدة عن ذلك كل البعد، فقد تحدث الفقهاء عن آلة الجلد بأنها تكون بسوط لا جديد ولا خلق، ولا سميكة أو دقيقة، بحيث لا يؤذي المجلود ولكن يؤلمه ألماً محدوداً، كما يشترط أن يكون المجلود متحملاً لمثل هذه العقوبة فلا يجلد المريض والحامل وكبير السن، ويكون الجلد في مواقع في الجسد التي يكثر فيها اللحم كالفخذين والكتفين والظهر والإليتين حتى لا تشوه جلدًا أو تكسر عظاماً، كما أن طريقة الضرب تكون متوسطة بين الشدة والضعف، فلا ينهر دمًا ولا يشق جلدًا ولا يكسر عظاماً^٢، وكل هذه الضوابط لجعل الجلد رحيمًا مراعيًا لحقوق الإنسان وكرامته، ولا غرو في ذلك فهو تشريع من عزيز حكيم، يعلم ما يصلح البشر ويقوم اعوجاجهم، ونرى أن يعود المشرع الجزائي العماني إلى ضم هذه العقوبة من ضمن بدائل العقوبات.

المطلب الثاني: البدائل ذات الطابع المعنوي:

- أولاً: طرد الأجنبي:

ويقصد بها إجبار الأجنبي على مغادرة الأراضي العمانية بوسائله الخاصة في مهلة خمسة عشر يوماً، وهو يأتي على نوعين: إما طرد قضائي بموجب حكم صادر بذلك وفقاً للقانون، وإما طرد إداري بقرار من السلطة التنفيذية دون انتظار لصدور حكم من القضاء، لا سيما في الحالات التي ينطوي فيها وجود

العقوبات الأصلية أو الفرعية والإضافية، وإنما أخذ بها في المادة (٣١٤) من قانون الجزاء وذلك في بعض المخالفات^١ حيث نصت على أنه: «تطبيقاً لأحكام المادة السابقة يحدد عدد الجلدات بالنسبة لنوع الجرم وعمر المجرم وفقاً لما يلي:

في الجرح:

١- خمسة جلدات إلى عشرة إذا كان القاصر قد أكمل الثالثة عشرة من عمره ولم يكمل الخامسة عشرة.

٢- عشر جلدات إلى خمس عشرة جلدة إذا كان عمره فوق الخامسة عشرة ودون الثامنة عشر.

في الجنايات:

٣- خمس عشرة إلى عشرين جلده بالنسبة لعمره المحدد في البند (١) أعلاه.

٤- عشرون جلدة إلى ثلاثين جلدة بالنسبة لعمره المحدد في البند (٢).

وبمطالعة المادة المذكورة يظهر بأن عقوبة الجلد إنما تطبق على الأحداث الذين لم يكملوا سن الثامنة عشرة من العمر، وقد رأينا أن هناك قانوناً خاصاً للأحداث، وعليه يظهر بأن هذه العقوبة قد نسخت بموجب قانون مساءلة الأحداث ولم يعد لها وجود، وخاصة أن المادة الرابعة من مرسوم إصدار قانون مساءلة الأحداث رقم (٢٠٠٨/٣٠م) نصت على أنه: «يلغى كل ما يخالف القانون المرفق أو يتعارض

(١) المخالفة هي: دخول أرض الغير المحرزة أو التي فيها محاصيل دون أن يكون له حق المرور، أو رعى أو أدخل مواشيه في أراضي الغير المحرزة أو المزروعة أو المغروسة بالأشجار المثمرة أو الحرجية بدون إذن صاحبها، والإساءة إلى حيوان داجن أو إرهاقه أو الإساءة علناً إلى حيوان غير داجن بدون سبب مشروع، والتسبب خطأ بموت أو إيذاء حيوانات الغير، ورمي أو إسقاط أقدار أو غيرها على أحد الناس بدون انتباه، وإتلاف الإعلانات الخاصة المصقفة بتحويل من السلطة، كما هو منصوص عليه في المادة (٣١٣) من قانون الجزاء

(٢) ينظر: العقوبة بالجلد في الفقه الإسلامي، د. عز الدين كحيل، ص ٢٤-٢٥.

الأجنبي في أراضي السلطنة مساس بالأمن والنظام العام والآداب^١.

ونرى أنها من البدائل النافعة في حق الأجنبي حينما يكون السجن غير رادع في حقه، إذ إن الأجنبي - غالباً - ما يكون قد تغرب لأجل طلب الرزق في أرض أخرى، فيتوجب عليه أن يلتزم بالقوانين والأنظمة في الدولة التي استضافته، فإن أخل بذلك فإن عقوبة الطرد تكون نافعة في حقه وهي أبلغ من عقوبة السجن وأدعى للردع.

- ثانياً: الحرمان من الحقوق المدنية:

يقصد بها «حرمان المحكوم عليه جزئياً أو كلياً من بعض الحقوق الوظيفية العامة أو السياسية أو الاجتماعية أو الثقافية أو العلمية على نحو يضيق من دائرة نشاط المحكوم عليه في المجتمع»^٢.

وقد أوضحت المادة (٥١) من قانون الجزاء الحقوق العامة التي يحرم منها المحكوم عليه حيث نصت على أنها:

- ١- الحق في تولي الوظائف الحكومية.
- ٢- الحق في تولي الوظائف الطائفية والنقابية.
- ٣- حق الانتخاب.
- ٤- حقوق ملكية ونشر وتحرير الجرائد.
- ٥- الحق في إدارة المدارس الرسمية أو الخاصة، وفي التعليم فيها.
- ٦- الحق في حمل الأوسمة والألقاب الفخرية.

وقد أوضحت المادة (٥٠) من قانون الجزاء الحالات التي توقع فيها عقوبة الحرمان من الحقوق المدنية، وبيانها أن كل محكوم عليه بعقوبة السجن المطلق

ويلاحظ أن قانون الجزاء قد سمى هذه العقوبة بـ (طرد الأجنبي) كما هو مبين بالمواد (٤٦، ٤٨، ٤٩)، بينما نجد أن قانون إقامة الأجانب سماها بعقوبة (إبعاد الأجنبي) كما جاء في المادة (٤٦) وجعلها عقوبة اختيارية للقاضي جزاء ارتكاب أية جريمة بالمخالفة لأحكام قانون إقامة الأجانب، وعلى ذات المنوال سار قانون العمل العماني حين قررت عقوبة (إبعاد الأجنبي) بالمادة (١١٤) وجعلها جزاء العمل بالسلطنة بدون ترخيص من الدائرة المختصة أو الذي يعمل لدى غير صاحب العمل المرخص له بتشغيله، وعلى ما يبدو أن المقصد من اللفظين واحد، وإن الخلاف في الاصطلاح فحسب، ولا مشاحة فيه.

وعقوبة طرد الأجنبي قد تكون إجبارية أو اختيارية، كما تكون مؤبدة أو مؤقتة، وقد تضمنت المادة (٤٨) من قانون الجزاء الحالات التي توقع فيها عقوبة طرد الأجنبي حيث نصت على أن: «كل أجنبي يحكم عليه بعقوبة إرهابية من أجل جنائية، يحكم بطرده أيضاً من الأراضي العمانية بفقرة خاصة في الحكم. وإذا حكم عليه بعقوبة تأديبية من أجل جنائية أو جنحة فيمكن الحكم بطرده إذا كان جرمه شائناً أو مخلاً بأمن البلاد أو بالأخلاق العامة أو إذا ثبت اعتياده على الإجرام. يقضى القاضي بالطرد مؤبداً أو لمدة تتراوح بين ثلاث سنوات وخمس عشرة سنة». ووفقاً للفقرة الثانية من المادة (٤٩) من قانون الجزاء يعاقب على كل مخالفة لتدبير الطرد^٢ المتخذ قضائياً

(١) ينظر تفاصيل ذلك المادة (٣١) من قانون إقامة الأجانب الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٩٥/١٦) بتاريخ ١٦/٤/١٩٩٥م.

(٢) من الملاحظ أن القانون أطلق على عقوبة الطرد بأنها "تدبير" ولعل ذلك يتوافق مع رأي في الفقه الجزائي يذهب فيه إلى اعتبار هذه العقوبة من التدابير الاحترازية لأنها تواجه خطورة المجرم لا جريمته.

(٣) الأحكام العامة في قانون الجزاء العماني - القسم العام، د. طارق الدسوقي وعاصم عبد الجبار، ص ٩٥٥.



- ثالثاً: العزل من الوظيفة العامة:

يقصد بها «إخراج الموظف العام المحكوم عليه من الوظيفة العامة وحرمانه من جميع المزايا المادية والمعنوية المرتبطة بها»^٢، ولا يحكم بالعزل إلا على الموظف العام، والمقصود بها الحفاظ على نزاهة الجهاز الإداري للدولة من وجود أشخاص ذوي أنشطة إجرامية لما في ذلك من تأثير سلبي على العمل الحكومي.

ولم ترد هذه العقوبة من ضمن تقسيم العقوبات الواردة في قانون الجزاء، ولعلها تدرج تحت عقوبة الحرمان من الحقوق المدنية في بند حرمان المحكوم عليه من الحق في تولي الوظائف الحكومية، غير أننا نرى فرقاً في ذلك، لأن عقوبة العزل من الوظيفة العامة تكون للشخص القائم عليها، وتوقع عليه بمناسبة إخلال يتعلق بتلك الوظيفة العامة، وهي عقوبة أصلية يحكم بها دون أن تؤثر في حق الشخص في التعيين مستقبلاً في وظيفة عامة أخرى دون التقيد بأي مدة زمنية إلا إذا نص القانون بخلاف ذلك، بينما الحرمان من الحق في تولي الوظائف الحكومية تنصرف إلى الموظف العام القائم على عمله أو غيره الذي يتطلع إلى الوظيفة العامة، وقد تكون مؤبدة مدى الحياة أو مؤقتة بأجل يحدده القاضي، وهي عقوبة فرعية تتبع العقوبة الأصلية ولا يشترط أن تكون بمناسبة الوظيفة العامة.

وقد شرعت عقوبة العزل لعدة جرائم في قانون الجزاء، فهي تكون عقوبة اختيارية بين الإعدام أو العزل أو الإجبار على التنازل في جريمة الاعتداء بالقوة على السلطات التي يتولاها السلطان (المادة ١٢٤ جزاء)، وتكون عقوبة إجبارية مؤقتة المدة بما يقدره القاضي في جريمة الرشوة للموظف العام للقيام بعمل شرعي من أعمال الوظيفة (المادة ١٥٥ جزاء)، وتكون إجبارية مؤبدة في جريمة قبول

الإرهابية يحرم من ممارسة حقوقه المدنية مدى الحياة، أما المحكوم عليه بعقوبة السجن المؤقت إرهابية كانت أم تأديبية، فيحرم من ممارسة حقوقه المدنية طوال تنفيذ مدة عقوبته ومن ثمّ طوال فترة موازية لمدة العقوبة المنفذة على أن لا تقل عن ثلاث سنوات، إلا إذا استعاد اعتباره بعد التنفيذ وفقاً لأحكام القانون، ولا يحرم المحكوم عليه بعقوبة تكميلية من حقوقه المدنية.

ويلاحظ أن هذه العقوبات هي عقوبات فرعية تقع حتماً وبقوة القانون دون حاجة إلى النص عليها في الحكم الصادر بالإدانة، وهي تتبع العقوبة الأصلية.

وقد اتجهت سياسة الدفاع الاجتماعي إلى الدعوة نحو الالتجاء إلى الوسائل التي تقي المجتمع من خطر الوقوع في نظم وأساليب إجرامية، فضلاً عن حمايته من خطر ارتكاب الجريمة وما تحمله نتائجها من تهديد لأمن وكيان النظام الاجتماعي، وسعيًا لذلك سنت التشريعات الجزائية - ومنها التشريع العماني - عقوبة الحرمان من الحقوق المدنية، والتي تهدف إلى حرمان المحكوم عليه من ممارسة النشاط الاجتماعي أو السياسي أو المهني، حماية للمجتمع وتحقيقاً للنزاهة في نسيجه الاجتماعي.

ويحقق هذا الحرمان الإيلام لأنه يعني عدم ثقة المجتمع في المحكوم عليه ويضعه في مكانة أدنى من مستواه في القيمة الاجتماعية، ثم إن تضيق دائرة نشاطه يحول بينه وبين استغلال إمكانياته فيقلل تبعاً لذلك ما قد يجنيه من كسب مادي أو معنوي، وتعتبر هذه العقوبات من البدائل النافعة عن عقوبة الحبس^١.

(١) ينظر في ذلك: شرح قانون العقوبات اللبناني - القسم العام، محمود نجيب حسني، ص ٧٤٤ - ٧٤٧، والنظرية العامة للقانون الجنائي، رمسيس بهنام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط٣، ١٩٩٧م، ص ٧٨١ - ٧٨٢، ومفهوم العقوبة وأنواعها في الأنظمة المقارنة، فؤاد عبد المنعم، ص ١٢، والأحكام العامة في قانون الجزاء العماني - القسم العام، د. طارق الدسوقي وعاصم عبد الجبار، ص ٩٥٦ - ٩٥٥.

(٢) مفهوم العقوبة وأنواعها في الأنظمة المقارنة، فؤاد عبد المنعم، ص ١٢.

ينذر بجريمة أخرى في غنى عنها^٢.

وهي إما أن تكون اختيارية للقاضي أن يقضي بها عند وجود شرطها أو أن تكون إجبارية بحكم القانون، وقد حددت المادة (٤٧) من قانون الجراء الحالات التي توقع فيها عقوبة منع الإقامة والجزاء المترتب على مخالفتها، حيث نصت على أن: «كل من يحكم عليه بعقوبة إرهابية مؤقتة يخضع لمنع الإقامة مدة مماثلة في الأمكنة التي عينها الحكم.

تمنع الإقامة بحكم القانون في الأمكنة التي اقترفت فيها الجناية أو التي يسكنها المجنى عليه أو أنسابه حتى الدرجة الرابعة، إلا إذا قرر القاضي خلاف ذلك.

من حكم عليه بالإعدام أو بالسجن المؤبد وأغضى من عقوبته بغضو عام أو سقطت عقوبته بأحد الأسباب القانونية يخضع حكماً لمنع الإقامة مدة خمس عشرة سنة.

كل مخالفة لمنع الإقامة يعاقب عليها بالسجن من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات».

ويلاحظ أن هذه العقوبة هي عقوبة وقائية تكون بعد الإفراج عن المحكوم عليه، ويمكن اعتبارها من العقوبات البديلة عند تقدير القاضي لعقوبة السجن بأن يجعل في اعتباره تقليل عقوبة السجن في مقابل معاقبة المحكوم عليه بعقوبة منع الإقامة، وهي بديل جيد عن عقوبة السجن ويحقق غاية الردع والزجر، كما أنها تحمي المحكوم عليه من الوقوع في الجريمة كما تحميه من أن تقع عليه الجريمة، غير أنه - وبحكم التجربة - فإن الواقع العملي لقضاء المحاكم في سلطنة عمان نجد عدم تضمين هذه العقوبة في

(٢) الأحكام العامة في قانون الجراء العماني - القسم العام، د. طارق الدسوقي وعاصم عبدالجبار، ص ٩٥٤ بتصرف.

الرشوة للموظف العام أو طلبها ليعمل عملاً منافياً لواجبات الوظيفة أو الامتناع عنها، وتكون عقوبة إجبارية في امتناع الموظف المختص أو تعطيل تنفيذ حكم أو أمر صادر من إحدى المحاكم بعد مضي أسبوعين من إنذاره بالتنفيذ على يد محضر (المادة ١٦٣ جزاء)^١.

وعلى كل حال فإن العزل من الوظيفة العامة يمكن أن تعتبر من البدائل عن عقوبة السجن لما تحققه من ردع عام وخاص، إذ إن المحكوم عليه يفقد الوظيفة العامة بما فيها المزايا المادية والمعنوية^٢.

المطلب الثالث: البدائل المقيدة للحرية:

- أولاً: منع الإقامة:

يقصد بها الحظر على المحكوم عليه ومنعه أن يوجد بعد الإفراج عنه من أن يحل بأماكن معينة، ولمدة محددة إذا اعتبرت المحكمة نظراً لطبيعة الفعل المرتكب أو لشخصية فاعله، أو لظروف أخرى أن إقامة المحكوم عليه بالأماكن المشار إليها يكون خطراً على النظام العام أو على أمن الأشخاص، وهي عقوبة وقائية قصد منها حماية الحكومة عليه وتقدير نفسية المجنى عليه، وذلك خشية تقابل المحكوم عليه مع المجنى عليه أو أحد أهله وذويه فيحدث ما لا تحمد عقباه من محاولة الانتقام أو الاعتداء مما

(١) أضيفت هذه الفقرة إلى المادة (١٦٣) من قانون الجراء بموجب المرسوم السلطاني رقم (٢٠٠٥/٧٥م) والتي تنص على التالي (يعاقب بذات العقوبة المنصوص عليها في الفقرة السابقة وبالعزل من الوظيفة كل موظف مختص امتنع أو عطل عمداً تنفيذ حكم أو أمر صادر من إحدى المحاكم بعد مضي أسبوعين من إنذاره بالتنفيذ على يد محضر).

(٢) ينظر: مفهوم العقوبة وأنواعها في الأنظمة المقارنة، فؤاد عبد المنعم، ص ١٣، والأحكام العامة في قانون الجراء العماني - القسم العام، د. طارق الدسوقي وعاصم عبدالجبار، ص ٩٥٧-٩٥٨.



الصادر في عام ١٩٠٤م، ويكاد لا يوجد تشريع عقابي معاصر لا يسمح بتلك الرخصة للقاضي، إفادة لصنف من المجرمين متوسطي وعديمي الخطورة الإجرامية^٢، وعلى ذات المنوال سار التشريع الجزائي العماني، بل يعتبر هذا البديل من العقوبات هو الأشهر تطبيقاً على واقع الأحكام الصادرة عن المحاكم.

وقد أورد قانون الجزاء العماني هذه العقوبة البديلة في فصل سقوط الأحكام الجزائية، وبموجب المادة (٧٤) فقد وضع المشرع جملة من الضوابط والشروط التي يتعين توافرها للحكم بها، وهي تتعلق بنوع العقوبة المحكوم بها، وشخصية المجرم، وطبيعة الوقف، فأما شرط نوع العقوبة فهو أن تكون تأديبية (السجن من عشرة أيام إلى ثلاث سنوات والغرامة من عشر ريالاً عمانية إلى خمسمائة أو إحداها فقط) أو تكميلية (السجن من أربع وعشرين ساعة إلى عشرة أيام والغرامة من ريال واحد إلى عشر ريالاً أو إحداها فقط)، ولا يصح القضاء بوقف التنفيذ في العقوبة الإرهابية (الإعدام، أو السجن المطلق، أو السجن المؤقت من ثلاث إلى خمس عشرة سنة)، وأما الشروط المتعلقة بشخصية المجرم: فهي أن لا يكون قد سبق أن قضى على المحكوم عليه بعقوبة من نفس النوع أو بعقوبة أشد منها، وأن يكون للمحكوم عليه محل إقامة حقيقي في السلطنة ولا يكون تقرر طرده قضائياً أو إدارياً، وأما الشرط المتعلق بطبيعة الوقف فهو خيار وضعه المشرع للقاضي في أن يربط وقف التنفيذ بواجب تقديم كفالة احتياطية أو بواجب حصول المتضرر على تعويضه كلياً أو جزئياً في مدة لا تتجاوز السنتين في الجنحة وستة أشهر في القباحة،

الأحكام الصادرة، حتى يكاد أنها مغيبة عن التطبيق العملي كلياً، ولذا يجب على القضاة اللجوء إليها سيما وأنه منصوص عليها قانوناً متى كانت ظروف الواقعة ترشد إلى ذلك.

ثانياً: وقف التنفيذ:

يقصد بهذا البديل «السماح للقاضي بأن يصدر حكمه بالعقوبة مع تضمين هذا الحكم أمراً بتعليق تنفيذها لمدة معينة، وذلك حال توافرت ظروف معينة من حيث نوع الجريمة، وشخصية المجرم، ومدة العقوبة المحكوم بها»^١، فإذا كان الحكم صادراً بالغرامة امتنع عن أدائها، وإذا كان صادراً بعقوبة سالبة للحرية أفرج عن المحكوم عليه وترك حراً، فإذا ما انقضت المدة الموقوف تنفيذ الحكم خلالها دون أن يلغى وقف التنفيذ سقط الحكم بالعقوبة واعتبر كأن لم يكن، وإلا نفذت العقوبة الموقوف تنفيذها مع العقوبة الجديدة.

فكأن وقف التنفيذ هو تعليق العقوبة المحكوم بها على شرط واقف خلال مدة معينة يحددها القانون، فإذا لم يتحقق الشرط أعفى المحكوم عليه من تنفيذها نهائياً، أما إذا تحقق الشرط ألغى وقف التنفيذ، ونفذت العقوبة المحكوم بها.

ويُعدُّ وقف التنفيذ من أقدم البدائل التي لجأت إليها التشريعات للتخفيف من الآثار السلبية للعقوبة السالبة للحرية، وقد ظهر هذا النظام أول ما ظهر في أوروبا، وبالتحديد في القانون البلجيكي عام ١٨٨٨م، ثم تبناه المشرع الفرنسي بالقانون الصادر في ١٨٩١/٣/٢٦م (قانون برنجيه Béranger)، ومنه - تحت تأثير الانتماء لذات العائلة القانونية - انتقل إلى التشريع المصري بدءاً من قانون العقوبات

(١) علم العقاب، د. محمود نجيب حسني، ص ٥٨٠.

(٢) ينظر: علم العقاب، د. محمود نجيب حسني، ص ٥٨٠ - ٦٠٧، والتطبيقات المعاصرة لبدائل العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة، د. أحمد لطفي السيد مرعي، ص ٢-١.

(٧٦) طريقين لهذا الوقف، الأول: بمقتضى مرسوم سلطاني، والثاني: بقرار من القاضي الذي حكم بالدعوى، وجعل للطريقين شروطاً وضوابط حددتها المادة (٧٧) من قانون الجزاء.

ويعتبر وقف الحكم النافذ وسيلة للتخفيف من طول مدة بقاء المحكوم عليه في السجن، سيما وأن القرائن تشير إلى حسن استقامته وذلك باشتراط ثبوت صلاح المحكوم عليه في أثناء تنفيذ العقوبة، وأن سلوكه أثناء وجوده في السجن يدعو إلى الثقة بتقويم نفسه، ورغم قلة تطبيق ذلك في الواقع القضائي في سلطنة عمان، غير أن الحاجة داعية إلى العمل به على نحو أوسع لما له من آثار إيجابية على سلوك السجين عندما يعلم أن حسن سلوكه أثناء تنفيذ الحكم يرشحه لنيل بديل وقف الحكم النافذ، فضلاً عن الإيجابيات الأخرى نتيجة الأخذ بالعقوبات البديلة كما سبق بيانها.

- رابعاً: العفو عن العقوبة:

جاهدت بعض التشريعات للحد من مثالب العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة باتباع بعض وسائل المعاملة العقابية ومن ضمنها العفو عن العقوبة، فإنه من المعلوم بأن الحكم الصادر بعقوبة ما يترتب آثاراً متعددة من بينها التزام المحكوم عليه بتنفيذ تلك العقوبة، وهو ما يسمى بالانقضاء الطبيعي للعقوبات، غير أن هناك أسباباً أخرى يترتب عليها انقضاء العقوبة رغم عدم تنفيذها ومنها العفو الذي قسمه التشريع الجزائي العماني إلى نوعين: عام وخاص.

وقد أوضحت المادة (٦٢) من قانون الجزاء الأسباب التي تسقط الأحكام الجزائية أو تمنع أو تعلق تنفيذها ومن بينها العفو العام والعفو الخاص، وباستقراء

وقد أوضحت المادة (٧٥) من قانون الجزاء حالات إلغاء وقف التنفيذ.

والحكمة من هذا النظام تظهر بوضوح في حالات الإجرام بالصدفة الناشئ عن ضغوط بعض الظروف الإجتماعية على الشخص فتدفعه إلى ارتكاب الجريمة، فهذا النوع من الإجرام غير المتأصل في نفس من يرتكبه يعود إلى ظروف خارجة في العادة عن إرادة الجاني، ومن ثم فإن السياسة العقابية الحديثة توجب منع المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية قصيرة المدة من مخالطة غيره من عتاة الإجرام في السجن، فكان الأخذ بفكرة إيقاف التنفيذ^١.

- ثالثاً: وقف الحكم النافذ:

يقصد به «إطلاق سراح السجين من المؤسسة قبل استكمال مدة حكمه، وذلك بوضعه تحت مراقبة أو إشراف معين بهدف مساعدته على اجتياز ما بقى من مدة حكمه بسلوك حسن خارج المؤسسة»^٢، ويسمى في بعض التشريعات بـ«الإفراج الشرطي» أو «الإفراج تحت شرط»^٣.

وقد أورد المشرع العماني هذا البديل في فصل سقوط الأحكام الجزائية من قانون الجزاء، ووضعت المادة

(١) ينظر: التطبيقات المعاصرة لبدائل العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة، د. أحمد لطفي لسيد مرعي، ص ٢، والأحكام العامة في قانون الجزاء العماني - القسم العام، د. طارق الدسوقي وعاصم عبد الجبار، ص ٩٨٢ - ٩٨٦.

(٢) مفهوم العقوبة وأنواعها في الأنظمة المقارنة، فؤاد عبد المنعم، ص ٢٧.

(٣) الجدير بالذكر أن القوانين العمانية تفرق بين وقف الحكم النافذ والإفراج تحت شرط، فإن وقف الحكم النافذ أوردته قانون الجزاء وفق المذكور أعلاه، أما الإفراج تحت شرط فقد تناول تفصيلها قانون الإجراءات الجزائية العماني في المواد (٣٠٩ - ٣١١) ووضع لها شروطاً هي متقاربه في مجملها مع الشروط الواردة في وقف الحكم النافذ، غير أن الفرق الجوهرية هو أن الإفراج تحت شرط يصدر بقرار من مدير عام السجون بعد موافقة لجنة يصدر بتشكيلها قرار من المفتش العام للشرطة والجمارك.



إذا نص مرسوم العفو على ذلك صراحة.

٢ - العفو الخاص:

يقصد به إعفاء المحكوم عليه من تنفيذ العقوبة جزئياً أو كلياً، أو إبدالها بعقوبة أخرى أخف منها، فهو ينصرف إلى التنازل عن حق الدولة في تنفيذ العقوبة فقط، ويمنح العفو الخاص بمرسوم سلطاني يصدر بناء على اقتراح وزير الداخلية والعدل.

وللعفو الخاص جملة من الشروط والآثار المترتبة عليه مستفادة من المادة (٦٦) من قانون الجزاء، فأما شروطه فهي:

١. أن يكون قد حكم على المحكوم عليه بحكم مبرم.

٢. أن تكون العقوبة قابلة للتنفيذ.

وأما الآثار المترتبة عليه فهي:

١. يسقط العقوبة الأصلية أو يبدلها أو يخففها كلياً أو جزئياً.

٢. العقوبات الفرعية أو الإضافية لا تكون مشمولة بالعفو الخاص إلا بموجب نص صريح في المرسوم الذي يمنحه^٢.

وهذا النوع من بدائل العقوبات هو في حقيقته يخفف الآثار المترتبة على العقوبة السالبة للحرية، ويحد من آثارها السلبية، بل ربما يأتي في وقت أسبق من تنفيذ العقوبة كما في العفو العام، وهو يهدف إلى إعفاء المتهم من العقوبات إذا تبين أن تأهيل المتهم قد تحقق، أو أن الضرر الناتج عن الجريمة قد عوض،

المادة المذكورة يتضح أن هناك أسباباً يترتب عليها انقضاء الالتزام بتنفيذ العقوبة ومنها العفو الخاص، وأن هناك أسباباً أخرى يترتب عليها زوال أو سقوط الأحكام الصادرة بالإدانة ذاتها ومنها العفو العام، وعليه فإن خصائص وآثار كل واحد من العفوين مختلف عن الآخر وهو ما يدعونا إلى بيان كل واحد منهما على حدة.

١ - العفو العام:

يقصد به «نزول الدولة عن حقها في معاقبة الجاني، وهو إجراء تشريعي يترتب عليه تجريد الفعل من الصفة الجرمية بحيث يصبح لهذا الفعل حكم الأفعال المباحة التي لم يجرمها المشرع ابتداءً»،^١ ويصدر العفو العام بمرسوم سلطاني يتخذ بعد استشارة مجلس الوزراء.

وبناء على ذلك فإن للعفو العام جملةً من الآثار المترتبة عليه أوضحتها المادة (٦٥) من قانون الجزاء، وهي:-

- يمحو العفو العام الجريمة وآثارها القانونية كما أنه يسقط كل العقوبات الأصلية والفرعية أو الإضافية المقضى بها وما يتبعها من رسوم ونفقات متوجبة للخزينة.

- لا يمنح العفو العام من الحكم للمتضرر بالتعويض الذي يطلبه ولا من إنفاذ الحكم الذي يقضي بهذا التعويض.

- لا يؤثر العفو العام على الغرامات والنفقات المستوفاة ولا على الأشياء المصادرة.

- لا يشمل العفو العام منع الإقامة وطرد الأجنبي إلا

(٢) ينظر: شرح قانون العقوبات (القسم العام)، محمود نجيب حسني، ص ٩٧٩، والأحكام العامة في قانون الجزاء العماني - القسم العام، د. طارق الدسوقي وعاصم عبد الجبار، ص ٩٩١ و ٩٩٤.

(١) الأحكام العامة في قانون الجزاء العماني - القسم العام، د. طارق الدسوقي وعاصم عبد الجبار، ص ٩٩١.

من العقوبة ألا وهي تأهيل المحكوم عليه وتهذيبه، وهكذا أصبحت العقوبة في مفهومها الحديث هو اندماج المحكوم عليه في المجتمع من جديد وتقويم المذنب، ولما كان الإجماع شبه منعقد بأن السجن ليس بإمكان لإصلاح المحكومين لا سيما المعاقبين بعقوبات قصيرة الأمد اتجهت الأنظار نحو تبديلها بعقوبات بديلة^١.

وقد رأينا أن القوانين العمانية تأخذ بأنواع من العقوبات البديلة في نظامها الجزائي، غير أن تلك البدائل نراها غير كافية للمرحلة القادمة في ظل التطورات المتسارعة في جميع مناحي ومجالات الحياة التي تتنامى مع التغيير في سلوكيات المجتمع وأخلاقياته والدوافع الإجرامية، لذا رأينا إتماماً لفائدة أن نخرج في مبحث مستقل لبيان التطبيقات المعاصرة للعقوبات البديلة التي أخذت بها الكثير من الدول الغربية وبعض الدول العربية، ونأمل أن نرى هذه البدائل في النظام التشريعي العماني سيما وأن هناك عزيمة ماضية لتعديل قانون الجرائم العماني.

ويمكن لنا أن نقسم هذه العقوبات إلى ثلاثة أقسام: البدائل ذات الطابع المادي، والبدائل ذات الطابع المعنوي، والبدائل المقيدة للحرية.

المطلب الأول: البدائل ذات الطابع المادي:

العمل لمصلحة المجتمع (النفع العام): يقصد به الحكم على الجاني الذي يرتكب جنحة تستحق عقوبة حبسية أن يقوم بعمل لفائدة المجتمع بدون أجر أو في مقابل أجر قليل يسد حاجته وأسرته خدمة للصالح العام في إحدى المؤسسات العامة أو المشروعات، سواء أكانت زراعية أو صناعية أو

أو أن الاضطراب الذي أحدثته الجريمة قد توقف.

وعلى الصعيد العملي، فإن لهذا البديل الكثير من التطبيقات، فلا تكاد تمر مناسبة دينية أو وطنية إلا ويصدر صاحب الجلالة السلطان المعظم عفوه العام أو الخاص على جملة من نزلاء السجن ممن تنطبق عليهم الشروط القانونية.

هذه هي العقوبات البديلة الواردة في قانون الجرائم العماني، ورغم فاعليتها إلا أنه يفتقد بعضها للتطبيق العملي على النحو السالف تفصيله، ولذا وجب عرض هذه البدائل على أصحاب الفضيلة القضاة حتى يضعوها موضع التنفيذ وتكون حاضرة نصب أعينهم عند إصدار الأحكام القضائية.

ولما كان التطوير والتحديث شمل مناحي الحياة المختلفة - ومنها التطور التشريعي - فقد برزت أنواع أخرى من البدائل كانت محل تجارب عدد من الدول، ولذلك نرى لزاماً عرض هذه التجارب، وهو ما سنستوفيه - بعون الله - في المبحث القادم.

المبحث الثالث: التطبيقات المعاصرة للعقوبات البديلة

يرجع سلك الاتجاهات الحديثة منحى توحيد العقوبات السالبة للحرية وتقليلها الى أوائل القرن التاسع عشر، أي إلى المؤتمرات التي كانت تنظمها اللجنة الدولية الجنائية والعقابية، وقد أثير الموضوع لأول مرة في مؤتمر لندن ١٨٧٢م وكذلك بعد ظهور حركة التنوير في أوروبا والتي برزت في كتابات الفلاسفة والكتاب خاصة جان جاك روسو ومنتسكية وبعض رجال الدين، حيث برز التوجه نحو معاملة المجرمين معاملة إنسانية بما يحفظ آدميتهم ويساعد في الوقت ذاته على تحقيق الغاية

(١) ينظر: مفهوم العقوبات البديلة، بهزاد علي آدم، ص ١.



مما يعطي مساحة تقديرية أكبر للقاضي، الذي يمكن له بالتالي أن يقرر نظام العمل للصالح العام في حالات لا يمكن الأخذ فيها بنظام إيقاف التنفيذ.

وقد أتاح المشرع الفرنسي للقاضي القيام بالبحث الاجتماعي قبل اتخاذ البديل، إذ إنه بإمكان القاضي أن يجري بنفسه أو بواسطة أحد أعضاء المحكمة أو بواسطة الضبطية القضائية أو الموظفين الاجتماعيين البحث الاجتماعي للمتهم وذلك لمعرفة شخصيته وبالخصوص درجة خطورته، ومكان إقامته، وظروف العمل بالنسبة له من حيث البطالة أو مصدر رزقه، كل ذلك لأجل تحديد وتشخيص مقدار ساعات العمل لأجل النفع العام كعقوبة بديلة.

ويطبق هذا النظام على البالغين وعلى الأحداث البالغ عمرهم ست عشرة سنة فأكثر، وكذلك جعل المشرع الفرنسي مدة العمل واحدة في شأن البالغين وفي شأن الأحداث بحيث تصل إلى ٢٤٠ ساعة عمل كحد أقصى، ولا يتقرر العمل للصالح العام إلا إذا كان المتهم حاضراً بالجلسة وقبله حين عرض عليه من جانب رئيس المحكمة، وفي حالة قبول المتهم لهذا البديل عن الحبس تحدد المحكمة المدة التي يتعين أداء العمل خلالها، بما لا يجاوز ثمانية عشر شهراً، كما تحدد مدة ساعات العمل المحكوم بها، وهي تتراوح بين ٢٤ ساعة و ٢٤٠ ساعة سواء بالنسبة للبالغين والأحداث، وهذا العمل لا يتقرر مع الحبس إذ إنه بديل عنه، كما أنه يتقرر دون مقابل لما للعمل للصالح العام من معنى الجزاء الجنائي.

ويجرى تنفيذ العمل للصالح العام تحت إشراف قاضي تنفيذ العقوبات الذي يقع في دائرته محل إقامة المحكوم عليه، ويتقيد العمل للصالح العام بكافة القيود التشريعية واللائحية المنصوص عليها

خدمية أو الجمعيات أو غيرها عدداً من الساعات خلال مدة معينة تحدد في الحكم وقد يخصص جزء من أجر العمل الإلزامي لتعويض المجنى عليه.

وقد تبنت غالبية التشريعات الحديثة هذا النوع من العقوبات مع اختلاف بسيط فيما بينها، وقد لقي العمل للصالح العام كبديل للعقوبة قصيرة الأمد القبول في المؤتمرات الدولية لمكافحة الإجرام، حيث أكد المؤتمر الثاني للأمم المتحدة المنعقد في لندن سنة ١٩٦٠م على أن الحل السليم للمشكلة الإجرام يكون بالإقلال من توقيع العقوبة والسعي لاستبدالها بالعمل خارج الأسوار، وقد عملت بذلك مجموعة من الدول منها سويسرا عام ١٩٩٠م كمرحلة تجريبية، ثم أصبح العمل للنفع العام عقوبة أصلية مستقلة قائمة بذاتها منذ ٢٠٠٧م في قانون العقوبات السويسري، وفي بلجيكا تم تطبيقه سنة ١٩٩٤م وهو إما عقوبة تبعية لعقوبة الحبس أو شرط لانقضاء الدعوى العمومية، بعد ذلك عدل قانون العقوبات البلجيكي لتصبح عقوبة العمل للنفع العام عقوبة أصلية إذا كانت الجريمة لا تتجاوز عقوبتها خمس سنوات^١.

وقد أخذ المشرع الفرنسي - في قانون العقوبات الفرنسي الجديد - بنظام العمل للصالح العام (م ١٢١-٨ عقوبات)، ويتقرر هذا النظام بشأن المتهمين المحكوم عليهم في مواد الجناح بعقوبة الحبس أياً كانت مدته، وكذلك يستفيد من هذا النظام المتهمون الذين صدرت ضدّهم أحكام بالإدانة خلال خمس السنوات السابقة على الجريمة، بمعنى أن المشرع لا يأخذ في اعتباره الماضي الإجرامي للمتهم،

(١) ينظر: عقوبة النفع العام وقيمتها المضافة لسلم العقوبات، أماني أحمد، بحث منشور في الموقع الإلكتروني لملتقى طلاب جامعة دمشق، <http://jamaa.net/art209290.html>، ص ٤٠٣، ومفهوم العقوبة وأنواعها في الأنظمة المقارنة، فؤاد عبد المنعم، ص ٢٧.

القانون المصري بديلاً عن عقوبة الحبس قصير المدة وذلك في المادة (١٨) من قانون العقوبات المصري ، وكذلك نص قانون الإجراءات الجنائية البحريني لسنة ٢٠٠٢م في المادة (٣٧١) على أنه للمحكوم عليه أن يطلب في أي وقت من قاضي تنفيذ العقاب قبل إصداره الأمر بالإكراه البدني إبداله بعمل يدوي أو صناعي يقوم به، وأخذ المشرع الجزائري بهذا النظام في المادة (٤٤٤) من قانون العقوبات والمادة (١٤٥) من قانون السجون، وكذلك المشرع اللبناني في المادة (١١) من المرسوم التشريعي رقم (٤٢٢) في ٦ حزيران ٢٠٠٢م حيث نص على أن: (لكل محكوم عليه بالحبس مدة لا تتجاوز ٢ اشهر ان يطلب من قاضي تنفيذ العقوبة بدلا من تنفيذ عقوبة الحبس تشغيله خارج السجن)، وكذلك أخذ بها قانون العقوبات القطري في المادة (٦٣ مكرراً) ^٢.

وخاصية هذا البديل تكمن في أن الحكم به يتوقف على قبول الجاني والتزامه بقضاء أوقات فراغه في عمله لفائدة المصلحة العامة بالمجان وخلال مدة يحددها القاضي، كما يتميز في كونه إصلاحياً تهديبياً بالدرجة الأولى بحيث يساعد على إدماج الجاني في المجتمع والوقاية من القطيعة التي تتولد عن العقوبة الحبسية، واستفادة الدولة من الطاقات بدل بقائها حبسية المؤسسات العقابية، بل ربما تكسب المحكوم عليه مهنة أو حرفة لم يكن يتقنها من قبل، فهي فرصة لمساعدته على إعادة التأهيل وتوفير مصدر رزق طيب.

بشأن العمل عموماً، كتلك المتعلقة بأوقات العمل وجوانب الأمن الصناعي وعمل النساء والعمل الليلي... الخ (م ١٣١-٢٣ عقوبات فرنسي)، ويستفيد المحكوم عليه أثناء القيام بالعمل للصالح العام من كافة أحكام قانون الضمان الاجتماعي فيما يتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية، وإذا ما سبب العمل للصالح العام ضرراً للغير فإن الدولة تحل بقوة القانون في حقوق المجنى عليه أو المضرور، ولها أن تقيم دعوى المسؤولية ودعوى الرجوع قبل المحكوم عليه (م ١٣١-٢٤)، ويجرى تحديد الأعمال التي يمكن القيام بها للصالح العام عن طريق مشاورات بين التجمعات العامة والأهلية وقاضي تطبيق العقوبات وأعضاء المجلس الإقليمي للوقاية من الإجرام، وعادة ما تتصل هذه الأعمال بتحسين البيئة الطبيعية، كإعادة غرس الغابات وإصلاح وترميم الآثار التاريخية وإنارة الطرق ونظافة الشواطئ وأعمال التضامن ومساعدة المرضى والمعاقين.

وإذا ما تم تنفيذ العمل المحدد للمحكوم عليه؛ فإن جهة العمل - أي الجهة التي تم العمل لصالحها - تخطر قاضي تنفيذ العقوبات أو مأمور الاختبار بهذا وتسلم المحكوم عليه شهادة تفيد تنفيذ العمل، أما إذا أخل المحكوم عليه بالعمل الموكول إليه تنفيذه، أو أخل بأحد الالتزامات المصاحبة للعمل أمكن عقابه عن جنحة عدم مراعاة الالتزامات الناشئة عن العمل للصالح العام المنصوص عليها بالمادة (٤٣٤-٤٢ عقوبات)، والتي يتقرر لها عقوبة الحبس سنتين وغرامة مائتي ألف فرنك ^١.

(٢) ينظر: مفهوم العقوبات البديلة، بهزاد علي آدم، ص ١، والبدائل الشرعية للعقوبات السالبة للحرية، القاضي ياسر بن صالح البلوي، ص ٣.

الجدير بالذكر أن بعض التشريعات العربية قد أخذت بنظام العمل للمنفعة العامة، فقد أخذ به

(١) ينظر: عقوبة النفع العام وقيمتها المضافة لسلم العقوبات، أماني أحمد، ص ٤، والتطبيقات المعاصرة لبدائل العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة، د. أحمد لطفي السيد مرعي، ص ٩٠٨.



المطلب الثاني: البدائل ذات الطابع المعنوي:

- أولاً: الحجر القانوني:

هي عقوبة يفقد المحكوم عليه بموجبها سلطة ممارسة حقوقه على أملاكه فيعهد بها إلى قيم، ونتيجة لهذا الحجر فكل عمل أو إدارة أو تصرف يقوم بها المحجور عليه يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً مهما كان نفعها أو ضررها عليه مع الاحتفاظ بحقوق الغير ذوي النية الحسنة كما لا يمكن أن يسلم إلى المحكوم عليه أي مبلغ من دخله ما خلا المبالغ التي يجيزها القانون أو أنظمة السجون، ويستثنى من ذلك الحقوق الملازمة للشخص لتعلقها بذاته وشخصه كإنسان، ولا يجوز نقلها إلى شخص آخر؛ كحقوق الزواج والطلاق والوصية.

ويطبق هذا البديل عقوبة فرعية تلازم حكم عقوبة الأشغال الشاقة والاعتقال وينفذ بمجرد صدور الحكم البات بها، ويسقط عند الإفراج عن المحكوم عليه بعد انتهائه من تنفيذ عقوبته، وفي هذه الحالة يرفع الحجر عنه حكماً، وتعاد إليه أملاكه، وعلى الوصي أن يؤدي له حساباً عن مدة وصايته، وهي كغيرها من العقوبات الماسة بالحقوق لا تسقط بالتقادم^١.

- ثانياً: التشهير وإلصاق الحكم:

ويقصد بهما إذاعة نبأ الإدانة في الأوساط القريبة من المحكوم عليه للتشهير به وإحاطة الآخرين علماً بفعلته، كما يقصد به في ذات الوقت تطمين الهيئة الاجتماعية على أمنها وسلامتها، وردع من تسول له

نفسه بالعدوان عليها.

ولكلا النوعين شروط وضوابط، فمن ضوابط عقوبة إلصاق الحكم، أنه يكون وجوباً دون حاجة إلى النص عليه في حكم المحكمة في كل حكم يتضمن عقوبة جنائية، ويكون اللصق لمدة شهر على باب قاعة محكمة الجنايات وفي أقرب محلة من مكان الجناية، وفي المحلة التي كان فيها للمحكوم عليه محل إقامة أو سكن، أما إذا تضمن الحكم عقوبة جنحية، فلا يجوز اللصق إلا إذا نص القانون على ذلك، ولا بد للقاضي أن يضمنها قرار الحكم، ويعين معها الأماكن التي تلتصق فيها، ومدة هذا الإلصاق هي خمسة عشر يوماً إلا إذا نص القانون على مدة أطول أو أقصر من هذه المدة، وفي كل الأحوال لا يجوز أن تلتصق الأحكام إلا خلاصتها، وللقاضي أن يعين حجم الإعلان وحروف الطبع، وكل ذلك يتم على نفقة المحكوم عليه.

أما عقوبة النشر، فهي عقوبة إضافية في الجنايات للمحكمة حرية مطلقة في أن تأمر بنشر أي حكم جنائي في جريدة أو جريدتين تعينهما، ولا بد من ذكرها صراحة في قرار الحكم، أما إذا كانت العقوبة جنحية؛ جاز للمحكمة أن تأمر بنشر قرار الحكم في جريدة أو جريدتين تعينهما، وإذا اقترفت الجناية أو الجنحة بواسطة جريدة أو أية نشرة دورية أخرى أمكن نشر إعلان إضافي فيها، وإذا لم يقض نص بنشر الحكم برمته نشرت خلاصة منه، ويلزم المحكوم عليه بنفقات النشر^٢.

وقد أخذ القضاة الأمريكيون يحكمون على بعض المتهمين بعقوبة التشهير أو الاعتراف بما قام به علناً أمام المارة أو التجوال في الشوارع حاملاً لافتة

(١) أخذ قانون العقوبات السوري بهذا النظام في المادة (٥٠)، ينظر: مفهوم العقوبة وأنواعها في الأنظمة المقارنة، فؤاد عبدالنعم، ص ١٩، ٢٠.

(٢) ينظر: شرح قانون العقوبات اللبناني - القسم العام، محمود نجيب حسني، ص ٧٥٠، ٧٥٤.

تتجاوز سنتين^٢.

- رابعاً: الإلزام بإزالة الأضرار وتعويض المجنى عليه:

بحيث يجوز للمحكمة بناء على طلب من المجنى عليه أن تحكم على الفاعل بإزالة الأضرار التي أحدثتها جريمته، وتعويض المجنى عليه، وفي حالة رفض المحكوم عليه تطبيق العقوبة، ويصب ذلك فيما يعرف بالصلح القانوني حسب ما أخذ به المشرع الجزائي في المادة (٦) فقرة (٤) من قانون الإجراءات الجزائية^٣.

- خامساً: نزع الصفة الجرمية:

وهو نظام تحويل الدعوى الجنائية إلى طريق غير جنائي بأسلوب حديث يسمح بتقادي الحبس في أحوال معينة بالنسبة للمحكوم عليهم، ويطبق هذا النظام بصورة كبيرة في الولايات المتحدة في متابعة المدمنين على المخدرات والكحول خاصة إذا رأى القاضي أن الطريق الجنائي لن يجدي نفعاً، كما يمكن نزع الصفة الجرمية عن بعض الجرائم والمخالفات البسيطة وجعلها مخالفات إدارية ومعاقبة مرتكبيها بعقوبات إدارية ومالية^٤.

- سادساً: إسقاط الحق في الولاية الشرعية على الأبناء:

ويقصد به أن تحكم المحكمة بسقوط الولاية الشرعية على الأولاد عندما تصدر المحكمة حكماً من أجل

(٢) ينظر: عقوبة النفع العام وقيمتها المضافة لسلم العقوبات، أماني أحمد، ص ٢، ومفهوم العقوبة وأنواعها في الأنظمة المقارنة، فؤاد عبد المنعم، ص ٢٥، والعقوبات البديلة المطبقة على الصغار، السعيد، ص ١٢.

(٣) ينظر: عقوبة النفع العام وقيمتها المضافة لسلم العقوبات، أماني أحمد، ص ٢، ومفهوم العقوبة وأنواعها في الأنظمة المقارنة، فؤاد عبد المنعم، ص ٢٦.

(٤) ينظر: عقوبة النفع العام وقيمتها المضافة لسلم العقوبات، أماني أحمد، ص ٢، ومفهوم العقوبة وأنواعها في الأنظمة المقارنة، فؤاد عبد المنعم، ص ٢٦، ومفهوم العقوبات البديلة، بهزاد علي آدم، ص ٨.

تعدد أعماله السيئة أو بنشر اسمه في الصحف بما قام به من فعل مخالف للقانون، إذ يعرض القاضي على شخص يحاكم عن جرم بسيط نسبياً بتعريضه طوعاً لإدانة المجتمع فيعترف علناً بما ارتكبه مقابل خفض العقوبة أو إعفائه منها، والمتهم يجب أن يقبل ذلك طوعاً لعدم وجود نص قانوني ملزم^١، وقد اعترض على هاتين العقوبتين بأنهما تتضمنان إذلالاً للمحكوم عليه وليس إصلاحاً، وقد أوجب عن ذلك أن العقوبات الأخرى كذلك تحوي معنى الإذلال، فإن كانت العقوبة تحقق الردع فلا بأس في ذلك، لا سيما أن النشر قد يتضمن رفع المغالطة التي تسبب فيها المحكوم عليه.

- ثالثاً: التعهد والكفالة بحسن السلوك:

وهو أن تحكم المحكمة على المتهم بأن يقدم تعهداً بحسن السلوك لمدة معينة. إذا كانت الجريمة جنحة - على أن يودع المحكوم عليه في صندوق المحكمة مبلغاً من المال على سبيل الكفالة، وتراعي المحكمة في تقديره حالته المالية، ولا يرد له في حال إخلاله بتعهده، وقد أخذ بهذا البديل قانون الجراء الكويتي في المادة (٨١) حين قرر بأنه إذا اتهم شخص بجريمة تستوجب الحكم بالحبس ورأت من أخلاقه أو ماضية أو سنّه أو الظروف التي ارتكب فيها جريمته أو تهامة هذه الجريمة ما يبعث على الاعتقاد بأنه لن يعود إلى الإجرام أن تقرر الامتناع عن النطق بالعقاب وتكلف المتهم بتقديم تعهد بكفالة شخصية أو عينية أو بغير كفالة يلتزم فيه مراعاة شروط معينة والمحافظة على حسن السلوك المدة التي تحددها على أن لا

(١) تبنى المشرع السوري هاتين العقوبتين في قانون العقوبات في المادتين (٦٧) و(٦٨)، كما تبنى المشرع المغربي عقوبة النشر في المادة (٤٨) من القانون الجنائي، ينظر: مفهوم العقوبة وأنواعها في الأنظمة المقارنة، فؤاد عبد المنعم، ص ٢٠ - ٢٢.



وتأخذ غالبية القوانين في الدول العربية بهذه الإجراءات بديلاً عن الحبس، لاسيما مع الأحداث المنحرفين كما هو الحال في قانون مساءلة الأحداث العماني^٢، كما طبقته بعض الدول العربية على البالغين، حيث طبقته دولة الكويت وأدرجته في قانونها، لكنها قصرته على نطاق المخالفات، وقد يكون الإجراء مقترناً بديل آخر، أو بأكثر، مثل المصالحة مع المجني عليه، أو منحه عوضاً مادياً، أو بأخذ الغرامة من الجاني، ولهذا النوع من البدائل أثر زجري بالغ الأهمية والفائدة لدى فئة المتهمين غير الخطيرين أو الذين يتمتعون بمكانة اجتماعية مرموقة، لاسيما الذين ارتكبوا الجرم عن طريق الخطأ، وكذلك الذين تدل سيرتهم الذاتية على حسن سلوكهم، ويرى القاضي فيهم الصلاح ودلائل الخير والبعد عن ميدان الجريمة والانحراف، ويقضي هذا الإجراء بتوجيه النصح والتوبيخ والتفريع الشديد للتهمة للمتهم، وكذلك استهجان السلوك المرتكب على أن لا يتضمن ما يفيد الحط من كرامة المتهم وإنسانيته، كما يقتضي الإجراء أيضاً إبلاغ المتهم بأنه سيتعرض لعقوبة أشد في حال وقوع الجريمة منه^٣.

المطلب الثالث: البدائل المقيدة للحرية:

- أولاً: الوضع تحت الاختبار:

أو ما يسمى بـ«الاختبار القضائي»، ويقصد به وضع المحكوم عليه تحت مراقبة هيئة ذات تخصصات اجتماعية وتربوية وإصلاحية، بحيث يتم وضع تصرفات المحكوم عليه لمدة معينة من الزمن تحت

جناية أو جنحة معاقب عليها قانوناً بالحبس ارتكبتها أحد الأصول على أحد أطفاله القاصرين إذا ثبت لها أن السلوك العادي للمحكوم عليه يعرض أولاده القاصرين لخطر بدني أو خلقي.

وهذا السقوط يمكن أن يشمل جميع حقوق الولاية أو بعضها، كما يسوغ أن يكون مقصوداً على بعض الأولاد أو على واحد منهم فقط، كما يجوز إعطاء الأمر بتنفيذه مؤقتاً على الرغم من استعمال أية طريقة من طرق الطعن العادية أو غير عادية.

ومهما كانت قساوة هذا التدبير فإن له ما يبرره، ذلك لأن القانون عندما أقر سلطة للأباء على أبنائهم، فإنه كان مدفوعاً في ذلك بمصلحة الأبناء من جهة ومن جهة أخرى اعتمد على ما هو معروف عن الأبوة من الحنان والشفقة والمحبة والتفاني في الرعاية والدفاع عن فلذات الأكباد وتشبثهم تشبثاً أخلاقية فاضلة، فإن هو تنكب عن هذا النهج فلا بأس من نزع الولاية عنه وحماية أبنائه من خطره وشروره، فالهدف من هذا التدبير حماية الأطفال القاصرين من أصولهم الذين يمثلون خطراً عليهم عن طريق ارتكاب جرائم مثل العنف أو هتك العرض، وقد أخذ المشرع المغربي بهذا التدبير^١.

- سابعاً: النصح والتوبيخ:

النصح هو تذكير الشخص بحقيقة ما وقع منه وتبنيه أنه كان ينبغي أن لا يقع منه مثله، فيتذكر إن كان ناسياً، ويتعلم إن كان جاهلاً، ويتنبه إلى الخطأ الذي أقدم عليه، أما التوبيخ ففيه لوم وتعنيف وعتاب، ويكون بزواج الكلام مع النظر إلى الجاني بوجه عبوس.

(١) ينظر: القانون الجنائي المغربي الفصل (٨٨).

(٢) ينظر: المادتان (١٥) و(١٦) من قانون مساءلة الأحداث العماني.

(٣) ينظر: أنواع العقوبات البديلة التي تطبق على الكبار، الشنقيطي، ص ١٧-٢٠.

نظر القضاء.

يسلك سلوكاً حسناً مقابل إطلاق سراحه، فإن خالف ذلك أمكن توقيع عقوبة عليه أو إبدالها بمبلغ من المال، ثم استبدل بهذا التعهد فيما بعد إجراءات رقابية وإشرافية من قبل الشرطة للتحقق من سلوك المتهم، وكانت هذه هي بداية ظهور نظام الوضع تحت الاختبار بمعناه الدقيق.

وقد أخذت بعض الولايات الأمريكية بفكرة الوضع تحت الاختبار The Probation، منها ولاية ماساشوستس عام ١٨٤١م، إلى أن أقر القانون الفيدرالي هذا النظام بصفه عامة في عام ١٩٢٥م، ومن دول القانون العام إلى الدول الأوروبية أنتقل هذا النظام فأخذ به التشريع الألماني عام ١٩٥٢م والفرنسي عام ١٩٥٧م.

وهو نظام يحقق الدفاع عن المجتمع عن طريق حماية نوع من المجرمين المنتقن الذين يعتقد من خلال ظروفهم وفحص شخصيتهم أنهم قابلون للإصلاح وعدم العودة لسبيل الجريمة وذلك بتجنبيهم دخول السجن وتقديم المساعدة الإيجابية لهم تحت التوجيه والإشراف والرقابة، وعلى هذا فلا ينظر لنوع الجريمة المرتكبة أو لجسامة الواقعة بقدر ما ينظر إلى شخصية المحكوم عليه، ومدى إمكانية تأهيله في الوسط الحر - خارج السجن - ومدى استعداده لتنفيذ الالتزامات المفروضة عليه، حتى يكون في مأمن من تنفيذ عقوبة سالبة للحرية عليه إذا ما أخل بتلك الالتزامات.

وتتنوع الالتزامات التي تفرض على الخاضع للاختبار بين تدابير مساعدة تستهدف مساندة الجهود التي يبذلها الخاضع للاختبار في سبيل تأهيله اجتماعياً، وقد تأخذ تدابير المساعدة صورة معنوية، كإلزامه بحضور جلسات دينية وعلمية معينة، وقد تأخذ

وقد تباينت الأنظمة القانونية في آلية تنفيذ الاختبار القضائي، فمنهم من يرى الحكم على المتهم بالإدانة دون الحكم عليه بعقوبة ما، مع تقرير وضعه مدة معينة تحت إشراف ورقابة جهات معينة، فإذا مرت تلك المدة ووفى المحكوم عليه بالالتزامات المفروضة عليه، فإن الحكم الصادر بالإدانة يعتبر كأن لم يكن، أما إذا أخل المحكوم عليه بهذا الإلتزام خلال المدة فإنه يتعين استئناف إجراءات المحاكمة والحكم على المتهم بالعقوبة المقررة.

وهناك أنظمة يتم فيها وضع المتهم تحت المراقبة القضائية قبل صدور الحكم بالإدانة، حيث يقرر القاضي تعليق النطق بالإدانة عبر إيقاف سير الدعوى لفترة يحددها ويقرر خلالها إيداع الجاني تحت رعاية نظام الاختبار القضائي، بحيث يفرض عليه الإلتزام بعدد من القواعد تحت إشراف ورقابة هيئة ذات تخصصات اجتماعية وتربوية وإصلاحية، فإذا أمضى الاختبار دون إخلال بالالتزامات يتم وضع حد للمتابعة وتسقط الدعوى العمومية تماماً، أما إذا أخل بتلك الإلتزامات فإن المحكمة تقرر استمرار الدعوى وتقضي بالإدانة الجزائية المناسبة، إلا أن هذا الأسلوب يؤخذ عليه أنه يمس بمبدأ الشرعية، حيث إنه يفرض التزامات على متهم لم تثبت إدانته بعد.

ولقد نشأ هذا النظام أولاً في الدول ذات النظام الأنجلوأمريكي، فطبق في إنجلترا عام ١٨٢٠م بهدف إنقاذ الأحداث الجانحين من دخول المؤسسات العقابية، وكان يجوز لقاضي الصلح Judge of Peace أن يلزم من ارتكب جريمة ما تخل بالأمن العام أن يكتب تعهداً يلتزم فيه باحترام الأمن وأن



ثانياً: وقف التنفيذ المقترن بالوضع تحت الاختبار القضائي:

هذا البديل من العقوبات يجمع بين نظام الاختبار القضائي آنف الذكر، وبين وقف تنفيذ العقوبة الذي ذكرناه في المبحث السابق، وفي هذا النظام يجوز للقاضي أن يحكم بالعقوبة الجنائية مع إيقاف تنفيذها مدة معينة يخضع في خلالها الموقوف تنفيذ العقوبة قبله لعدد من القيود والالتزامات.

والواقع أن هذا الجمع أريد به تقادي ما قيل في شأن نظام إيقاف التنفيذ العادي من كونه يقتصر على القيام بدور سلبي محض، هو مجرد التهديد بتنفيذ العقوبة في المحكوم عليه إذا صدر عنه ما يجعله غير جدير بإيقافها، دون أن يخضع الموقوفة ضده العقوبة لنوع من تدابير المساعدة أو الرقابة، فالمحكوم عليه في حالة إيقاف التنفيذ العادي يترك وشأنه دون إعادته ومساعدته على مقاومة العوامل الإجرامية الكامنة داخله أو المحيطة به.

وترجع بدايات هذا النظام إلى عام ١٩٥٢م عندما قدمت الحكومة الفرنسية مشروع قانون يهدف إلى الأخذ بنظام الوضع تحت الاختبار مقترناً بإيقاف التنفيذ، وقد تم إقرار هذا القانون من قبل الجمعية الوطنية عام ١٩٥٧م وتم إدماجه في قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي في المواد (٧٣٨) وما بعدها، والتي أعيد الأخذ بها في قانون العقوبات الفرنسي الجديد في ٢٢/يوليو/١٩٩٢م (المواد ١٣٢-٤٠ إلى ١٣٢-٥٣) بعد إجراء بعض التعديلات الطفيفة^١.

ثالثاً: تأجيل النطق بالعقوبة:

يقصد به عدم إدانة المتهم وإعطاؤه أجلاً ليصح مساره، وقد أجاز المشرع الفرنسي تأجيل النطق بالعقوبة، ولهذا التأجيل صور ثلاث:

صورة مادية كإعاقته بمبلغ نقدي أو مده بعمل مهني معين، وقد تكون التدابير ذات طابع رقابي تستهدف كفاءة احترام الخاضع للاختبار للالتزامات المقررة وتمكينه من الاندماج في البيئة الاجتماعية، ومثال ذلك إلزامه بالإقامة في مكان معين، أو إلزامه بتقديم مستندات معينة إلى مأمور الاختبار أو إلى الشخص القائم برقابته كي يتعرف منها على موارد رزقه وعلى الأشخاص الذين يخالطونه، كما قد تأخذ الالتزامات صور سلبية أخرى كالإمتناع عن ارتياد بعض أماكن اللهو، والامتناع عن الاشتراك في بعض المسابقات والأنشطة الفنية والرياضية، أو الامتناع عن قيادة وسائل معينة من وسائل النقل.

ويجوز للقاضي (قاضي تنفيذ أو تطبيق العقوبات) أو لمأمور الاختبار أن يضيف إلى هذه الالتزامات كلما دعت الحاجة إلى ذلك، وكلما ثبت أن الالتزامات المفروضة لم تعد كافية لتحقيق تأهيل المحكوم عليه وإصلاحه أو لم تعد تتلاءم مع شخصية هذا الأخير.

وتجري الرقابة من قبل أشخاص يمثلون فئة من معاوني القضاء (ضباط الاختبار)، فلقد ثبت أن الخاضع للاختبار لا يمكنه من تحقيق التأهيل لنفسه، إنما هو دائماً في حاجة إلى معاونة من قبل أخصائيين مؤهلين ومدربين علمياً ومهنياً على تقديم النصح والإرشاد للخاضع للاختبار وقادرين على إقناعه بأهمية هذا النظام في الإصلاح والتأهيل، ويجري عمل ضباط الاختبار تحت رقابة القضاء (قاضي تنفيذ أو تطبيق العقوبات) حتى يتم ضمان عدم المساس بحريات وحقوق الأفراد أو التعسف في تعيدها بدون مبرر أو مقتضى^١.

(١) ينظر: الإختبار القضائي في السياسة العقابية المعاصرة، د. نضال ياسين الحاج حمو العبادي، دار الكتب القانونية، ط ٢٠١٢م، ص ٣١ وما بعدها، وعلم العقاب، د. محمود نجيب حسني، ص ٦٠٧، ٥٨٠، والتطبيقات المعاصرة لبدائل العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة، د. أحمد لطفي السيد مرعي، ص ٤٠١.

(٢) ينظر: الاختبار القضائي، د. نضال العبادي، ص ١١٧ - ١٢١، والتطبيقات المعاصرة لبدائل العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة، د. أحمد لطفي السيد مرعي، ص ٤ - ٥.



ولا يشترط فيه حضور المتهم أو ممثل الشخص المعنوي، ويجوز للمحكمة أن تصدر التأجيل مع الأمر مقروناً بغرامة تهديدية إذا كان القانون أو اللائحة الذي تمت مخالفته يقرر ذلك، ويمتنع تنفيذ هذه الغرامة إذا نفذ المحكوم عليه الالتزامات المقررة في القانون أو في اللائحة (م ١٣٢-٦٧)، وكبقية أنواع التأجيل فإن التأجيل مع الأمر يتقرر لمدة سنة على الأكثر، غير أن هذه المدة - على خلاف الأنواع الأخرى من التأجيل - لا تمتد إذا تم تحديدها من قبل المحكمة (م ١٣٢-٦٨)، فإذا تم تنفيذ التعليمات الواردة بالأمر في الميعاد المحدد فإن للمحكمة الحق في أن تعفي المتهم من العقوبة المقررة في القانون أو اللائحة أو تأجل مرة ثانية النطق بها، أما إذا حدث تأخير في التنفيذ فإن للمحكمة أن تعفي من الغرامة التهديدية مع تطبيق العقوبات الواردة بالقانون أو اللائحة، فإذا لم يتم التنفيذ نهائياً فإن للمحكمة أن تعفي من الغرامة التهديدية إذا كان لذلك محل وتقضي بالعقوبات المقررة، ولها أن تأمر بمتابعة التنفيذ على نفقة المحكوم عليه (م ١٣٢-٦٨)'.^١

١. أن يكون التأجيل بسيطاً: وذلك إذا ظهر أن المتهم في سبيله إلى التأهيل وأن الضرر الناجم عن الجريمة في سبيله للإصلاح وأن الاضطراب الذي أحدثته الجريمة على وشك التوقف، ويشترط في جميع الأحوال حضور الشخص بنفسه أمام المحكمة أو ممثله إذا كان شخصاً معنوياً (م ١٣٢-٦٠).

٢. أن يكون التأجيل مع الوضع تحت الاختبار: فيجوز للمحكمة في مواجهة المتهم الحاضر للجلسة أن تؤجل النطق بالعقوبة تجاهه مع إخضاعه لعدة من القيود والالتزامات وفقاً لما هو معمول به في نظام الوضع تحت الاختبار (المواد ١٣٢-٤٣ إلى ١٣٢-٤٦ من قانون العقوبات)، وتكون مدة الوضع تحت الاختبار سنة على الأكثر، ويجوز للمحكمة أثناء تلك المدة أن تعفي المتهم من العقوبة نهائياً أو أن تنطق بها أو تؤجل النطق بها لمدة أخرى، على أنه يجب الفصل في أمر العقوبة خلال سنة من أول تأجيل.

٣. نظام التأجيل مع الأمر: ويتعلق هذا النظام بالأحوال التي توجد فيها قوانين ولوائح خاصة تفرض عقوبات معينة نتيجة الإخلال بالالتزام معين، وفي تلك الحالة يجوز للقاضي الجنائي أن يؤجل النطق بالعقوبة المفروضة في تلك القوانين واللوائح مع إلزام المحكوم عليه بتنفيذ الالتزام الوارد في القانون أو في اللائحة، وهذا يفرض على المحكمة أن تحدد في الأمر طبيعة الالتزامات والتعليمات التي يجب الامتثال لها والقيام بتنفيذها، وكذلك يفرض عليها أن تحدد ميعاداً للتنفيذ يختلف عن ميعاد التأجيل (م ١٣٢-٦٦)، ولا يصدر الحكم بالتأجيل مع الأمر إلا في الجرح والمخالفات دون الجنایات،

(١) التطبيقات المعاصرة لبدائل العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة، د. أحمد لطفي السيد مرعي، ص ٦٠٥، ومن نافلة القول الإشارة بأن النظام الجزائي العماني عرف تأجيل تنفيذ الحكم بعد صدور حكم الإدانة كما ورد تفصيل ذلك في المواد (٣٠٦، ٣٠١) من قانون الإجراءات الجزائية وذلك لاعتبارات متعددة منها إذا كانت المحكوم عليها بعقوبة مقيدة للحرية حاملاً جاز تأجيل التنفيذ عليها حتى تضع حملها وتمضي مدة ثلاثة أشهر على الوضع، أو إذا كان المحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية مصاباً بمرض يهدد ذاته أو بسبب التنفيذ حياته للخطر، أو إذا أصيب المحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية بجنون أو اختلال أو ضعف عقلي أو مرض نفسي جسيم أفقده القدرة على التحكم في تصرفاته بصفة مطلقة وجب تأجيل تنفيذ العقوبة حتى يبرأ، ويودع في مكان للعلاج بقرار من المدعي العام، على أن تخصم المدة التي يقضيها فيه من مدة العقوبة المحكوم بها، وغيرها من الأحوال، ويكون تأجيل تنفيذ العقوبة المقيدة للحرية بأمر من المدعي العام سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب ذوى الشأن، وله أن يأمر باتخاذ ما يراه من الاحتياطات الكفيلة بمنع المحكوم عليه من الفرار.



- رابعاً: نظام شبه الحرية:

يقصد به إلحاق المحكوم عليه بعقوبة قصيرة المدة بعمل خارج المؤسسة العقابية دون إخضاعه لرقابة جهة الإدارة، مع إلزامه بالعودة إلى المؤسسة العقابية كل مساء وقضائه فترة العطلات فيها، كل ذلك طيلة مدة العقوبة.

وعادة ما يكون هذا النظام أسلوباً تدريجياً يلجأ إليه بشأن المحكوم عليهم الذين قرب موعد الإفراج عنهم، أو من أجل تمكين المحكوم عليهم من متابعة دراسة معينة أو مهنة معينة، أو الخضوع لعلاج معين أو المشاركة في حياته الأسرية، وبهذا النظام أخذ المشرع الفرنسي (م ١٣٢-٢٦ عقوبات فرنسي)، إذ أجاز تطبيق نظام شبه الحرية على المحكوم عليهم الذين بقي على إتمام عقوبتهم مدة لا تزيد على سنة (م ١٣٢-٢٥)، ويخضع المحكوم عليه في هذا النظام لذات الأوضاع التي يعمل فيها أي عامل حر غير محكوم عليه، وبالتالي فهو يخضع لعقد عمل حقيقي ولمظلة التأمين الاجتماعي، غير أن الخاضع لهذا النظام لا يتقاضى أجره من رب العمل مباشرة، وإنما يتقاضاه من مدير السجن، على أن يستقطع من هذا الأجر مبلغاً يخصص للمحكوم عليه بعد انتهاء فترة شبه الحرية، ويخصص لتعويض الضرور من الجريمة (المدعي بالحق المدني) فيما لا يجاوز نسبة ١٠٪.

وأهم المزايا التي تمنح للمحكوم عليهم في هذه الحال، أنه يرخص لهم بارتداء ملابسهم العادية، كي لا يتعرف الناس عليهم حينما يغادرون المؤسسة العقابية، كما يرخص لهم بحياسة النقود التي يحتاجونها في حالة وجودهم خارج السجن .

أما الالتزامات التي تفرض عليهم فأهمها: الالتزامات التي تهدف إلى ضمان تحسين سلوكهم والتي تدل على تقدمهم في التأهيل، كالمواظبة على العمل، وحسن الأداء، والعودة إلى المؤسسة العقابية في الوقت المحدد لهم، بالإضافة إلى هذه الالتزامات العامة فإنه قد تفرض على من يخضع لهذا النظام التزامات أخرى حسب الظروف والملابسات التي تظهر للقضاء خلال تنفيذ هذا النظام.

ومما لا شك فيه أن نظام شبه الحرية يضمن تحقيق العديد من المزايا بالنسبة للمحكوم عليه، فهذا النظام يجنب المحكوم عليه الاختلاط بالسجناء نظراً لتغيبه طيلة فترة النهار، وبالتالي فإنه يتجنب عدوى الجريمة ممن هم أشد منه خطورة، كما أن النظام يضمن للمحكوم عليه عدم الانفصام عن بيئته الطبيعية؛ فهو يضمن له الاستمرار في الدراسة ومتابعة أسرته ومتابعة نشاطه المهني، وعلى الرغم من تلك المزايا فإن تطبيقه يواجه العديد من الصعوبات، حيث من المتعذر غالباً أن يجد المستفيد من نظام شبه الحرية عملاً مناسباً نظراً لفقد الثقة القائمة بشأنه من قبل أرباب الأعمال، فضلاً عن أن اتصال المحكوم عليه بالعالم الخارجي واختلاطه ليلاً بعد العودة من العمل بأقرانه في المؤسسة العقابية سيساعد على دخول الأشياء الممنوعة داخل السجن، ولا يمكن مواجهة ذلك إلا بفصل المستفيدين من نظام شبه الحرية عن بقية النزلاء داخل المؤسسة العقابية.

وتقديراً لتلك الصعوبات قامت بعض الدول بتطوير نظام شبه الحرية، أخذاً ما يعرف بنظام «حبس نهاية الأسبوع»، وبهذا أخذ المشرع البلجيكي طبقاً للمنشور الصادر عن وزارة العدل بتاريخ ١٥ فبراير ١٩٦٣م، ويتمثل هذا النظام في إيداع المحكوم عليه

معينة، منها ألا يتجاوز عدد أيام الغرامة ٣٦٠ يوماً وألا يتجاوز مبلغ كل يوم ٢٠٠ فرنك فرنسي، هذا وقد أجاز المشرع الفرنسي إمكانية الدفع بالتقسيط، إلى جانب تقريره أن يكون الدفع واجب الأداء عند انتهاء أيام التقسيط قبل الوفاء بالغرامة المقضي بها^٢.

- سادساً: الوضع تحت المراقبة الالكترونية:

هو أحد الأساليب المبتكرة لتنفيذ العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة خارج أسوار السجن في الوسط الحر، بصورة ما يدعى «السجن في البيت»، ويقوم هذا النظام على ترك المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية قصيرة المدة طليقاً في الوسط الحر مع إخضاعه لعدد من الالتزامات ومراقبته في تنفيذها إلكترونياً عن بُعد، فيتم بموجبه وضع المحكوم عليه تحت المراقبة الالكترونية بواسطة حلقة أو سوار إلكتروني يتم تثبيته في معصمه أو حول الجزء الأسفل من الساق، كما ينصب داخل مسكنه جهاز إرسال إلكتروني يرسل إشارات إلى جهاز المراقبة كلما تجاوز المحكوم عليه الدائرة المحددة من طرف قاضي تنفيذ العقوبات وهو ما يضمن رقابة شاملة لتصرفات الشخص المحكوم عليه، ويلجأ لهذا البديل لما تكون العقوبة تساوي أو تقل عن سنة واحدة حبساً، أو عندما تكون العقوبة المتبقية سنة واحدة على الأكثر، أو كشرط قبلي للاستفادة من الإفراج الشرطي، وفي هذه الحالة لا يمكن أن يتجاوز الوضع تحت المراقبة سنة واحدة، ويلتزم المدان الذي وضع تحت المراقبة الالكترونية بعدم التغيب عن منزله، أو عن المنطقة المحددة له من طرف القاضي باستثناء الأوقات التي يشتغل فيها أو يتابع فيها برنامجاً ما.

(٢) التطبيقات المعاصرة لبدايل العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة، د. أحمد لطفي السيد مرعي، ص ٩.

السجن بعد ظهر يوم السبت وحتى السادسة من صباح الاثنين، على ألا يزيد حبس نهاية الأسبوع على ثلاثين مرة، وعلى أن تحسب كل مرة بيومين حبس، بمعنى آخر فإن العقوبة يجري تنفيذها على أجزاء، كل أسبوع ينفذ المحكوم عليه يومين من أيام الحبس مضافاً إليها أيام العطلات ويستمر هذا النظام إلى حين انقضاء العقوبة كاملة^١.

- خامساً: نظام تقسيط العقوبات:

ويسمى نظام السجن المتقطع أو تقسيط العقوبة وذلك بمراقبة المحكوم عليه حول مدى صلاحه وإدراكه لخطورة العمل الذي قام به ومدى انسجامه مع البرنامج الاصلاحى و الفترة التي قضاها، وقد أخذ المشرع الفرنسي بنظام تقسيط العقوبات في قانون العقوبات الجديد في المادة (١٣٢-٢٧) التي تقرر أنه «يجوز للمحكمة في مواد الجرح وللأسباب جدية طبية أو عائلية أو مهنية أو اجتماعية، أن ينفذ الحبس المحكوم به لمدة سنة على الأكثر بالتقسيط، خلال فترة لا تتجاوز ثلاث سنوات ولا تقل مدة كل تقسيط عن يومين»، ويظهر من هذه المادة أن نظام تقسيط العقوبات لا يسري إلا بشأن الجرح دون الجنايات ويصدر القرار به من المحكمة المختصة وليس من قاضي تطبيق العقوبات، وهذا النظام يشبه إلى حد كبير نظام «حبس نهاية الأسبوع»- أنف الذكر- الذي أخذ به المشرع البلجيكي.

كما أخذ المشرع الفرنسي بنظام تقسيط عقوبة الغرامة، وذلك بجعلها على أقساط يومية، حيث عمل المشرع الفرنسي على ربط الحكم بهذا البديل بشروط

(١) ينظر: علم الإجرام والعقاب، محمود نجيب حسني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨م، ص ٢٧٤، وأنواع العقوبات البديلة التي تطبق على الكبار، الشنقيطي، ص ٢٧ - ٢٨، والتطبيقات المعاصرة لبدايل العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة، د. أحمد لطفي السيد مرعي، ص ٦٠٥.



وقد أدخل بديل الوضع تحت المراقبة الالكترونية إلى التشريعات العقابية لأول مرة في الولايات المتحدة الأمريكية ويدعى Electronic monitoring ، وقد اقترح الدكتور Ralph Schwitzchel إدخاله عام ١٩٧١م، ولكن التطبيق الأول لهذا البديل كان في عام ١٩٨٧م في ولاية فلوريد ومكسيك الجديدة، وقد أدمج السور الالكتروني غالباً مع تدبير البقاء في البيت house arrest، ويستخدم السور الإلكتروني لديهم بديلاً عن الحرية المراقبة، وكأحد الالتزامات المفروضة ضمن إطار الإفراج الشرطي، وتستخدم بديلاً عن التوقيف الاحتياطي.

وقد تطور هذا البديل بشكل كبير في السنوات العشرين الأخيرة، وفي عام ١٩٨٧م طبقت كندا هذا النظام بديلاً عن التوقيف الاحتياطي وعن الحرية المراقبة، وتبنت انجلترا هذا النظام عام ١٩٨٩م، كما تبنته السويد في عام ١٩٩٤م بديلاً عن عقوبة الحبس قصير المدة، وطبقته هولندا أيضاً عام ١٩٩٥م بدلاً عن العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة وفي الإفراج الشرطي، وطبقته بلجيكا وأستراليا عام ١٩٩٧م.

وعلى إثر النجاحات التي تحققت لهذا البديل تبني المشرع الفرنسي هذا البديل في قانون الإجراءات الجنائية الصادر في ١٩ ديسمبر ١٩٩٧م مستحدثاً المواد (٧/٧٢٣) إلى (١٢/٧٢٣) لأجل وضعه موضع التنفيذ، وقد بدأت تجربة هذا النظام في عام ٢٠٠٠م في أربع مؤسسات عقابية، ثم في تسع في أول أكتوبر ٢٠٠٢م، واستفاد منه ٣٩٢ محكوم عليه، ثم أصدر المشرع قانون توجيه وتنظيم العدالة في ٩ سبتمبر ٢٠٠٢م بهدف تعميم هذا النظام تدريجياً على ثلاث سنوات بحيث يستفيد منه ٤٠٠ محكوم عليه في البداية ويضاف مئة مستفيد كل شهر للوصول لثلاثة

آلاف محكوم عليه نهاية عام ٢٠٠٦م.

ويشترط المشرع الفرنسي للاستفادة من هذا النظام ألا تكون مدة العقوبة المطلوب تنفيذها أو المتبقية أكثر من عام، ويجري تطبيقه بعد موافقة المحكوم عليه بناء على أمر من قاضي التنفيذ أو بناء على طلب النائب العام أو طلب من المحكوم عليه ذاته (م. ٧٢٣-٩)، والخاضع لهذا النظام يلزم بعدم التغيب عن محل إقامته أو أي مكان آخر يحدده القرار الصادر من قاضي التنفيذ خلال ساعات معينة من اليوم، بما يتفق مع الوضع الأسري والمهني للمحكوم عليه، ويراقب تنفيذ تلك الالتزامات الكترونياً عن طريق ارتداء المحكوم عليه أسورة الكترونية في كاحله تقوم بإرسال إشارة مداها ٥٠ متراً كل ٣٠ ثانية، وتستقبل تلك الإشارات على جهاز مثبت في مكان يحدده قاضي تطبيق العقوبات ويتصل بمركز المتابعة الموجود في المؤسسة العقابية عن طريق خط هاتف، كما قد يجري التحقق من احترام الالتزامات المفروضة عن طريق زيارات تجريها الإدارة العقابية للمحكوم عليه (م. ٧٢٣-٩)، وإذا حدث وعطل المحكوم عليه أجهزة المراقبة الالكترونية فإنه يعد مرتكباً للجريمة المنصوص عليه في المادة (٣٤٩-٢٩)، ويكون ذلك سبباً لإلغاء قرار الوضع تحت المراقبة الالكترونية.

ويحقق هذا البديل غايات التكفير والإصلاح والنفع المرتبطة بالعقوبة التقليدية، وهو يمثل بديلاً مناسباً للحد من المشكلات العملية والإنسانية التي تعترض تطبيق العقوبات التقليدية في الوسط المغلق، وهو يعمل على تخفيف أزمة ازدحام السجون وتقليص النفقات والحيلولة دون الآثار السلبية للسجن بتجنيب المحكوم عليه الاختلاط بالمساجين وتجنبيه

الآثار النفسية السلبية للسجن^١.

الدراسة والتوصيات.

الخاتمة

- نتائج الدراسة:

من خلال هذه الدراسة فقد توصلنا إلى جملة من النتائج، أهمها:

١. أن العقوبات البديلة لا تعني - على كل حال - تعطيل العقوبات الأصلية، وإنما تفرض على المحكوم عليه بدلاً عنها عندما تظهر جدواها وفق شروط معينة، ومتى ما ظهر أن البديل صالح للتطبيق.
٢. أن قانون الجرائم العماني يحوي جملة من بدائل العقوبات مغيبة عن التطبيق العملي، يحتاج معه الأمر إلى إبرازها وتطبيقها من قبل القضاة.
٣. تمثل العقوبات البديلة مرحلة جديدة في تاريخ العقوبة، وهي في حقيقتها تطور طبيعي للعقوبات التقليدية وتحديث تقني لتنفيذها، وهي في جوهرها مساس بحرية الشخص وذمته المالية ولكن بصورة أرقى من سلب الحرية.
٤. أن هناك تجارب عملية للدول الأخرى في مجال تطبيق العقوبات البديلة، لذا وجب الاستفادة من هذه التجارب، فالحكمة ضالة المؤمن.
٥. لا تخلو بعض بدائل العقوبات من السلبيات والمآخذ، لذا وجب دراستها وتمحيصها كل على حدة لبيان ما هو مناسب منها ويتلاءم مع القيم الأخلاقية والأوضاع الثقافية والاجتماعية، فقد تكون عقوبة صالحة وجيدة لمجتمع ما ولكنها قد لاتلائم مجتمع آخر ولا تفي بغرضها، وبالتالي فهي ليست قوالب جاهزة تطبق في كل الأزمنة والامكنة وإنما تتغير طبقاً لواقع الحال والمكان الذي تطبق فيه.

بعد هذا التطواف بين خمائل العلم وقطوف المعرفة، تتأكد لدينا حقيقة أهمية الأخذ بدائل العقوبات كي نجتنب مساوئ العقوبات السالبة للحرية، ونهيب بالمشروع الجزائي العماني أن يسارع بالأخذ بهذه البدائل، وخاصة مع انتشار ظاهرة «تسعير العقاب» التي تعني إصدار القضاء أحكاماً متماثلة في الجرائم المتماثلة دون اعتبار لشخصية المحكوم وظروفه، وكذلك انتشار ظاهرة ما يسمى «عقدة الحد الأدنى» أي ميل القضاة إلى إصدار أحكام تقترب من الحد الأدنى للعقوبة لاعتبارات ظروف الجريمة والمجرم أو لعدم وجود بدائل أخرى لعقوبة السجن يمكن للقاضي اختيارها.

ويمكن اعتماد تلك السياسات العقابية في حالات الحبس قصيرة المدة والتي لا تثبت فيها النزعة الإجرامية المتأصلة في نفس الجاني، كما هو الشأن بصدد الجرائم الاقتصادية والتجارية البسيطة، ومنها على الأخص جرائم الشيك، ويمكن أن يضاف إلى ذلك أيضاً جرائم البيئة ومخالفات المباني وبعض جرائم المرور وغيرها من الجرائم البسيطة، والتي يتحقق فيها العقاب بسداد المبالغ ودفع التعويضات وإزالة المخالفة وإعادة الحال إلى ما كان عليه.

على أن الأخذ بتلك البدائل ينبغي أن يكون انتقائياً بحيث يؤخذ منها ما يتناسب مع الواقع العربي عموماً والعماني خصوصاً، سواء كان هذا الواقع اجتماعياً أو سياسياً أو اقتصادياً، ونعرض فيما يلي أهم نتائج

(١) ينظر: الوضع تحت المراقبة الإلكترونية "السوار الإلكتروني" في السياسة العقابية الفرنسية، د. صفاء أوتاني، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٥، العدد الأول، ٢٠٠٩م، ص ١٢٩ - ١٣٣، والتطبيقات المعاصرة لبدايل العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة، د. أحمد لطفي السيد مرعي، ص ٩ - ١٠.



- توصيات الدراسة:

على ضوء ما توصلت إليه هذه الدراسة من نتائج، فإننا نقترح التوصيات التالية:

١. تبني العقوبات البديلة في التشريعات الجزائية في الدول العربية عامة والقوانين العمانية خاصة واختيار ما هو ملائم منها مراعاة للخصوصية الدينية والثقافية والاجتماعية، وذلك لتجنب مثالب وسلبات السجون.

٢. بيان محاسن بدائل العقوبات والفوائد التي تجنى من تطبيقها حتى تحظى بالقبول، وإقناع المشرعين والقضاة والإدعاء العام وذوي الشأن والمجتمع المدني بجدوى العقوبات البديلة.

٣. تعزيز الإشراف القضائي على العقوبات البديلة في مرحلة التنفيذ (قاضي التنفيذ)، لما في هذا الإشراف من ضمانة للحقوق والحريات للأشخاص الخاضعين لها، وحتى يمكنها من تحقيق الأهداف المرجوة منها وتجنب سلبيات تطبيق هذه العقوبات.

٤. تنظيم لقاءات وندوات علمية وتدريبية يلتقي فيها القضاة وأعضاء الادعاء العام والقائمين على تنفيذ العقوبات الجزائية لأجل إبراز أهمية العقوبات البديلة وآلية الأخذ بها وتطبيقها على أرض الواقع وإزاحة عوائق التنفيذ التي تعترضها وتحديث ما تحتاجه إليه، وكذلك التدريب القضائي على طرق وضوابط استخدام السلطة التقديرية في القضاء بالعقوبات البديلة، مع الاستفادة في ذلك كله من تجارب الدول السباقة في هذا المجال.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

المصادر والمراجع

- الكتب:

الأحكام العامة في قانون الجزاء العماني - القسم العام، طارق إبراهيم الدسوقي وعاصم عبدالجبار، دار الجامعة العربية الجديدة، ط ٢٠١٢م.

الأحكام العامة للنظام الجزائي، عبد الفتاح مصطفى الصيفي، مطبوعات جامعة الملك سعود، الرياض، ط ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.

الإختبار القضائي في السياسة العقابية المعاصرة، د. نضال ياسين الحاج حمو العبادي، دار الكتب القانونية، ط ٢٠١٢م.

الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط ١، ١٩٨٣م.

التشريع الجنائي الإسلامي، عبدالقادر عودة، دار الكتاب العربي، بيروت.

شرح قانون العقوبات - القسم العام، عمر السعيد رمضان، دار النهضة العربية، ط ١٩٨٨م.

شرح قانون العقوبات - القسم العام، محمود نجيب حسني، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ٥، ١٩٨٢م.

شرح قانون العقوبات اللبناني - القسم العام، محمود نجيب حسني، دار النهضة العربية، بيروت، ط ١٩٨٤م

علم العقاب، د. محمود نجيب حسني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٨.

قانون العقوبات - القسم العام، عبود السراج، منشورات جامعة دمشق، ط ١٠، ١٤٢٢ - ١٤٢٣هـ، ٢٠٠١ - ٢٠٠٢م.

لسان العرب، جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور

السعيد، بحث مقدم لملتقى الاتجاهات الحديثة في العقوبات البديلة المنعقد خلال الفترة ١٧ - ١٩/١١/١٤٣٢هـ في الرياض.

العقوبات السالبة للحرية في ميزان السياسة العقابية المعاصرة، د. أحمد البراك، مقال منشور في الموقع الإلكتروني للدكتور أحمد البراك، <http://ahmadbarak.com>

العقوبة السالبة للحرية بين الشريعة والقانون، د. صباح بلحيمر، بحث منشور في الموقع الإلكتروني لجامعة المبدعين المغاربة، <http://j-m-m.in-goo.net/t4826-topic>

عقوبة النفع العام وقيمتها المضافة لسلم العقوبات، أماني أحمد، بحث منشور في الموقع الإلكتروني لملتقى طلاب جامعة دمشق، <http://jamaa.net/art259290.html>

العقوبة بالجلد في الفقه الإسلامي، د. عز الدين كحيل، بحث منشور في مجلة المنتدى القانوني، العدد الخامس.

مفهوم العقوبات البديلة، بهزاد علي آدم، بحث منشور في الموقع الإلكتروني الحوار المتمدن-العدد: ٣٨٧٣ - ٢٠١٢ / ١٠ / ٧، <http://www.ahewar.org>

مفهوم العقوبة وأنواعها في الأنظمة المقارنة، أ.د. فؤاد عبد المنعم أحمد، بحث مقدم لملتقى الاتجاهات الحديثة في العقوبات البديلة المنعقد خلال الفترة ١٧ - ١٩/١١/١٤٣٢هـ في الرياض.

الوضع تحت المراقبة الإلكترونية «السوار الإلكتروني» في السياسة العقابية الفرنسية، د. صفاء أوتاني، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٥، العدد الأول، ٢٠٠٩م.

المصري، دار صادر، بيروت.

مبادئ علم الإجرام وعلم العقاب، د. فوزية عبدالستار، دار النهضة العربية، ط ١٩٩٢م.

النظرية العامة للقانون الجنائي، رمسيس بهنام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط ٢، ١٩٩٧م.

الأبحاث والدراسات:

أنواع العقوبات البديلة التي تطبق على الكبار، د. محمد عبدالله ولد محمدن الشنقيطي، بحث مقدم لملتقى الاتجاهات الحديثة في العقوبات البديلة المنعقد خلال الفترة ١٧ - ١٩/١١/١٤٣٢هـ في الرياض.

بدائل السجن دراسة فقهية، الطيب السنوسي أحمد، بحث منشور في موقع المكتبة العربية <http://www.arablib.com>

بدائل السجن، اللواء عبدالله بن سعد الحميدي، بحث مقدم لملتقى الاتجاهات الحديثة في العقوبات البديلة المنعقد خلال الفترة ١٧ - ١٩/١١/١٤٣٢هـ في الرياض.

البدائل الشرعية للعقوبات السالبة للحرية، القاضي ياسر بن صالح البلوي، بحث منشور في موقع جوريبيديا <http://ar.jurispedia.org>

التطبيقات المعاصرة لبدائل العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة، د. أحمد لطفي السيد مرعي، بحث منشور في الموقع الإلكتروني مقالتي، <http://www.maqalaty.com>

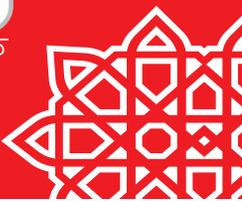
شروط العقوبات البديلة، القاضي علي بن راشد الديبان، بحث مقدم لملتقى الاتجاهات الحديثة في العقوبات البديلة المنعقد خلال الفترة ١٧ - ١٩/١١/١٤٣٢هـ في الرياض.

العقوبات البديلة المطبقة على الصغار، د. كامل



**دعاوى الحيابة
ودعوى طرد الغاصب**

إعداد فضيلة القاضي :
أ.د. محمد محمد واصل
عضو المكتب الفني بالمحكمة العليا



تمهيد:

الإحراز مضافاً نية الظهور بمظهر المالك لأشياء أو حقوق يصح تملكها ؛ أما الإحراز لا يحتاج إلى نية التملك أو الظهور بمظهر المالك ويمكن أن يرد على أشياء يصح تملكها أو لا يصح ذلك لأنها تخرج عن دائرة الحقوق المالية كما هو الأمر في الحيابة العرضية والتي تكون لحساب ومصصلحة الغير وكذلك إحراز المخدرات والمتفجرات.

لذلك سوف نستبعد مصطلح الإحراز ونعرض لمفهوم الحيابة في لغة القانون وشروطها، ولدعاوى الحيابة في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول مفهوم الحيابة وعناصرها وشروطها.

المطلب الثاني: دعاوى الحيابة.

المطلب الأول**مفهوم الحيابة وعناصرها وشروطها**

هناك تعريفات متعددة للحيابة سواء في اللغة، أم في المصطلح، أو في القانون، كما أنه للحيابة القانونية عناصر وأركان، وسنعرض لذلك وفق الآتي:

أولاً- تعريف الحيابة

جاء في لسان العرب أن كل من «صَمَّ شيئاً إلى نفسه من مال أو غير ذلك، فقد حازَه حَوَازاً وحيابَةً وحازَه إليه واحْتازَهُ إليه»، والحيابة في المصطلح القانوني لا تختلف عن المعنى اللغوي إذ تفيد معنى الضم والإحراز والسيطرة على شيء أو حق بغية الظهور بمظهر أنه صاحب الشيء أو مالك الحق .

كما عرفت المادة (٩٢١) من قانون المعاملات المدنية الحيابة بأنها "سيطرة فعلية من الشخص بنفسه أو بواسطة غيره على شيء أو حق يجوز التعامل فيه"،

هناك دعاوى تتعلق بحماية الملكية سواءً تعلقت بعقار أم بمنقول أو أي حق آخر، وتقسم هذه الدعاوى إلى دعاوى ترمي إلى حماية حق الملكية العقارية والحقوق الأخرى المتفرعة عنه، وكذلك حماية الحقوق العينية الأخرى كحق الانتفاع أو الارتفاق، وهناك دعاوى تهدف إلى حماية حيابة الحقوق العينية بغض النظر عن يملك تلك الحقوق، وإذا كانت دعاوى حماية الملكية أصبحت معروفة إلا أن دعاوى حماية الحيابة تحتاج إلى بعض التوضيح. من خلال بيان تعريفها، وتحديد الحيابة التي يحميها القانون، وشروطها، وبيان أنواعها، وإقامة التفريق بين دعوى استرداد الحيابة، ودعوى غصب العقار. وهذا يستدعي معالجة الأمر في المبحثين التاليين:

المبحث الأول: الحيابة والدعاوى الخاصة بحمايتها.**المبحث الثاني: دعوى طرد الغاصب.****المبحث الأول****الحيابة والدعاوى الخاصة بحمايتها**

يتعين على الباحث قبل أن ينتقل إلى دعاوى الحيابة أن يبين مفهوم الحيابة التي نص القانون على حمايتها وبيان شروطها، وأن نفرق في فلسفة القانون عادة بين الحيابة والإحراز مع أن المصطلحين يتضمنان معنى السيطرة المادية وكذلك الأمر بالنسبة للحيابة بحسبانها أحد أسباب الملكية كونها تقوم على أساس المطالبة بأصل الحق؛ فالحيابة المقصودة في القانون بوصفها حالة تعطي الحائز حق حماية حيازته عن طريق دعاوى خاصة وهي تتضمن



أن ترد عليها الحيابة والتخصيص فلا يمكن الادعاء بحيابة هواء الجو أو ماء البحر، أو أشعة الشمس أو ضوء القمر لأنه لا يملك أحد السيطرة عليها إلا إذا تم فصلها عن الطبيعة ووضعتها في أوعية خاصة أو أمكنة بحيث يمكن السيطرة الفعلية عليها.

٣- أن ترد السيطرة على أشياء أو حقوق تدخل في دائرة التعامل: والأشياء التي تدخل في دائرة التعامل هي التي له قيمة مالية في السوق أي قابلة للبيع والشراء وكل التصرفات الأخرى، أما الأشياء التي تخرج عن دائرة التعامل بطبيعته أو بالقانون فلا يمكن أن ترد عليها الحيابة المقصودة في القانون وإن كان يمكن أن يرد عليها الإحراز لعدم إمكانية تملكها من قبل الشخص الذي يحرزها مهما طال الزمان.

ثالثاً- شروط الحيابة التي تتمتع بالحماية

يجب دائماً التفريق بين الحيابة المادية المتمثلة في وضع اليد دون نية الظهور بمظهر المالك، أو بمعنى آخر بين الحيابة العرضية التي تكون لحساب ومصصلحة الغير ويكون اسمها في هذه إحرازاً وليس حيابةً، والحيابة القانونية التي تكون فيها الحيابة لحساب ومصصلحة الشخص الحائز.

لهذا فإن الحيابة التي يمكن حمايتها عن طريق دعاوى الحيابة هي الحيابة القانونية، وتكون الحيابة قانونية عندما تستجمع ركنيها المادي والمعنوي من حيث وضع اليد أو السيطرة المادية على الحق العيني، ومن أن تلك السيطرة المادية هي لحساب ومصصلحة الحائز، وهي حماية مقررة في الأصل للمالك بحسبانه الشخص الذي يجمع بين عنصري

وعلى هذا تصح الحيابة من غير المميز بواسطة من ينوب عنه، كما الحيابة لا تقوم على مجرد الإباحات أو أي عمل يتحملة الغير على سبيل التسامح، فلا يستطيع أن يقول إنه يحوز مقعد الدراسة أو المقعد في الحديقة العامة لأنه هذه إباحات ليس فيها سيطرة أو اختصاص، والجميع يستفيد منها على قدم المساواة دون تسلط أو اقتضاء.

ثانياً - عناصر الحيابة

تقوم الحيابة القانونية وفقاً للتعريفات الواردة بشأنها على ثلاثة عناصر هي:

١- السيطرة الفعلية: تتطلب السيطرة الفعلية وجود ركنين هما ركن مادي يتجلى في وضع اليد من الشخص بالذات أو بواسطة شخص آخر وتظهر السيطرة المادية بالحراسة والقطاف، والحصاد والجني وغيرها من الأعمال المادية التي يقوم بها الشخص على الأشياء أو الحقوق، وركن معنوي يظهر في أن السيطرة المادية تكون لمصلحة ولحساب المسيطر ويعبر عنها بمصطلح النية في أن يظهر الشخص بمظهر المالك في مواجهة الغير، وعلى هذا لا يكون السائس حائزاً للحصان، ولا المتدرب على السياقة حائزاً للسيارة التي يتعلم القيادة عليها.

٢- أن ترد السيطرة على شيء أو حق: يجب أن تكون السيطرة الفعلية التي تمثل العنصر الجوهرية في الحيابة على الأشياء سواء كانت عقارات أو منقولات، وسواء أكان عقارات بطبيعتها أم عقارات بالتخصيص وسواء أكانت منقولات بطبيعتها أم منقولات من حيث المال، ويمكن أن ترد على الحقوق التي تصح

لمحكمة النقض السورية بالقول إنه «في دعاوى الحيابة يعتبر المالك قيداً في السجل العقاري هو المالك للعقار مادياً ومعنوياً وعلى واضع اليد على العقار إثبات مشروعية وضع يده بالطرق المقبولة قانوناً والعدول عن كل اجتهاد مخالف»؛ لذا يجب أن يتوافر في الحيابة عنصران: عنصر مادي وهو السيطرة المادية، وعنصر معنوي وهو نية استعمال الحق لنفسه والظهور بمظهر صاحب الحق في العقار، فإذا لم يتوافر هذا العنصر كانت الحيابة عرضية، مثل ذلك حيابة المستأجر والمنتفع والمرتهن حيثي جوز لهم إقامة دعوى استرداد الحيابة ومنع التعرض ضد الغير الذي يعتدي على الحيابة، وإذا كانت دعوى الحائز العرضي ضد الشخص المتعاقد معه فإن الخلاف يكون حول الحق في وضع اليد ويشكل نزاعاً تعلق بأصل الحق فلا تشمله دعوى استرداد الحيابة^٥.

يجب أن تكون الحيابة هادئة وعلنية ومستمرة^٦: يلزم المدعي كي يتمسك بدعاوى الحماية بطلب استرداد العقار إذا كانت حيابته غير هادئة أو كانت محل نزاع، ولا تسمع الدعوى من الحائز إلا بعد مرور سنة على حيابته إلا إذا كان فقد الحيابة إذا كان فقد الحيابة بالقوة، فللحائز في هذه الحالة أن يسترد في ميعاد سنة حيابته

الحيابة المشار إليهما^١، وإن التنازل عن الحيابة المادية مؤقتاً لشخص آخر على سبيل الإيجار أو العارية أو لتابع آخر لا يفقد المالك أو الحائز الأصلي الحيابة لأن هؤلاء يعدون حائزين عرضيين، لأن حيابتهم تكون لحساب المالك، وليس لحسابهم الخاص، وإن كان يوجد من يقول إن المستأجر والمستعير حائزان قانونيان وبالتالي فإن لهما الحق برفع دعاوى الحيابة بمواجهة من يعتدي عليها لحماية حيابتهما، ولكن لا يحق لهما ذلك بمواجهة المالك لوجود عقد بينهما يحكم تلك العلاقة^٢. لذلك فإن شروط الحيابة المحمية هي:

١- أن يكون المدعي حائزاً للشيء أو الحق محل الدعوى: يجب أن تكون حيابة المدعي قائمة فعلاً بتاريخ نزاعها من تحت يده، وأن تكون حيابته للعقار قانونية مستجمعة لعنصرها المادي والمعنوي ويفترض أن المالك بالسجل العقاري هو من له الحيابة المادية والقانونية^٣، وهذا ما أكدته الهيئة العامة

(١) نقض مدني سوري قرار رقم ٥٦ تاريخ ١٩٨٢/٨/٢١ - مجموعة تقنين أصول المحاكمات - أديب استانبولي - ج ١ - ص ٦٨ - القاعدة ٤٥ وقد جاء فيه « إن علة حماية الحيابة ترجع إلى أن المشرع يفترض أن الحائز هو المالك، و حماية الحائز هي في الواقع حماية لصاحب الحق، لذلك أجاز له رفع دعاوى الحيابة ليدفع بها الاعتداء على ملكيته. و المشرع بافترضه أن الحائز هو المالك جعل البيئة على من يدعي العكس».

(٢) نقض مدني سوري قرار رقم ١٦٧١ تاريخ ١٩٦٣/١٠/٢١ - مجلة القانون لعام ١٩٦٤ - ص ١٨٦، والذي جاء فيه: ((١- يجب أن يتوفر في الحيابة عنصران: عنصر مادي وهو السيطرة المادية، وعنصر معنوي وهو نية استعمال الحق لنفسه، والظهور بمظهر صاحب الحق في العقار، فإذا لم يتوفر هذا العنصر كانت الحيابة عرضية، مثال ذلك حيابة المستأجر و المنتفع والمرتهن حيث يجوز لهما إقامة دعوى استرداد الحيابة = ومنع التعرض ضد الغير الذي يعتدي على الحيابة ٢- إذا كانت دعوى الحائز العرضي ضد الشخص المتعاقد معه فإن الخلاف يكون حول الحق في وضع اليد ويشكل نزاعاً تعلق بأصل الحق فلا تشمله دعوى استرداد الحيابة)).

(٣) جاء في قرار لمحكمة النقض السورية أن ((صاحب القيد العقاري هو صاحب الحيابة القانونية والواقعية، وعلى الشاغل أن يثبت مشروعية وضع اليد على العقار)) - نقض قرار رقم ٢٤٥ لعام ١٩٩٨ أساس رقم ٧١٢ - مجلة المحامين لعام ٢٠٠٠ - قاعدة ٢١٦ / ص ٩٤١. ونقض . قرار رقم ١٩٥ لعام ١٩٩٩ أساس رقم ٧١٤ - مجلة المحامين لعام ٢٠٠٠ - قاعدة ٣٧٤ / ص ١٣٥.

٤ □ ١٢٠ أساس ٢٥٢ تاريخ ١٩٩٥/٧/١٤ - قاعدة ١٨٥ - مجموعة المبادئ القانونية للهيئة العامة لمحكمة النقض/ المحامي شفيق طعمة - ص ١١٤ .
٥ نقض سوري رقم ١٦٧١ تاريخ ١٩٦٣/١٠/٢١ - مجلة القانون لعام ١٩٦٤ - ص ١٨٦ .
٦ انظر المادة (٩٢٩) معاملات مدنية والتي نصت على أن «١- لا تقضي الحيابة إذا حال دون مباشرة السيطرة الفعلية على الشيء أو الحق مانع وقتي ٢- لا تسمع الدعوى إذا استمر هذا المانع سنة كاملة وكان ناشئاً من حيابة جديدة وقعت رغم إرادة الحائز أو دون علمه»



من المعتدي (١). فمن حاز شيئاً وعمره وبقى في يده مع عدم الإنكار من صاحبه وهو حاضر لا يمنعه شيء من الوصول إلى حقه لدى القاضي فهو للذي حازه وعمره ولا تسمع فيه دعوى^٢.

٢- أن لا تكون الحيازة على سبيل التسامح: يجب أن لا تكون حيازة المدعي للشيء محل الحيازة من أعمال المباحات أو أنها كانت على سبيل التسامح ، فمن قام بحراسة ارض شقيقه الغائب للدراسة بحسبان أنه يقدم خدمة له أن يدعي لاحقاً بمواجهة الأخ الشقيق أن يحوز الأرض ولا يجوز نزع يده عنها^٣ ؛ وعلى ذلك فإن التسامح بإسكان الطاعن بالعقار لا ينشئ له حقاً وعليه مغادرته إذا ما طلب منه ذلك^٤، وإذا كانت يد الزوج مشروعة تبعاً للزوجية فإن انقضاء الزوجية بالتفريق يجعل الاستمرار في الإشغال والحيازة غير مشروع ويتيح المطالبة باسترداد الحيازة وتصبح يد الزوج بعد انفصام الزوجية يداً غاصبة مادام لا تقوم

على سبب مشروع^٥.

٤- أن تُفقد الحيازة بفعل من أفعال التعدي أو الاغتصاب: يعدُّ وضع اليد على عقار الغير دون سبب مشروع بحكم الاغتصاب، إذا كان من شأن ذلك فقد المدعي للسيطرة المادية على العقار محل الحيازة، أو بمعنى آخر أن يكون الفعل مؤدياً إلى منع الحائز من استرداد حيازته دون أن يصطدم بعقبة مادية دائمة^٦، أو أن الفعل أو الاعتداء وقع بطرق العنف والإكراه، أو بطريق الخديعة والغش^٧، أو أنه وقع ضد إرادة الحائز أو على الرغم من معارضته^٨، ولا يشترط أن يقع العنف أو الاعتداء على الحائز شخصياً، أو على غيره ، بل يمكن أن يكون الاعتداء موجهاً على العقار مباشرة^٩.

المطلب الثاني

دعاوى الحيازة وأنواعها

ليس هناك عنوان لما يسمى بدعاوى الحيازة سواءً في قانون الإجراءات المدنية والتجارية، أم في قانون المعاملات المدنية، وعلى ذلك سوف نبحث عن هذه الدعاوى في القانونين المذكورين عن طرق الجمع بين

(٥) نقض سوري رقم ٩٦٢ أساس ٥١٩ تاريخ ١٥/٥/١٩٦٦. مجلة المحامون ص ٢٢٢ لعام ١٩٦٦- أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية. ج ١ / استانبولي. ص ٦٧٦، وجاء في قرار آخر أنه «إذا زال الإشغال المشروع بطلاق الزوجة وبلوغ الأولاد سن الرشد جاز للمالك (الأب والزوج) أن يطلب نزع اليد و استرداد الحيازة لان إقامة المذكورين في العقار بغير إرادة المالك (الأب و الزوج) يعتبر من قبيل الغصب، وأنه ولئن كانت نفقة الابنة العازية على والدها إلا أن ذلك يخولها المطالبة بمبلغ نقدي يكفي لإعالتها ولا يلزم والدها بمساكنتها في داره إذا لم يكن راغباً في ذلك»- نقض سوري رقم ٨٨١ أساس ٥٧٢ تاريخ ٥/٨/١٩٦٦. المحامون لعام ١٩٦٦- ص ٢٢٢ .

(٦) نقض فرنسي في ١٧/١٢/١٩١٤ - داللو ١٩١٧. ص ١٩٤ .
(٧) نقض مصري في ١٥/١/١٩٤٨ - مجموعة الأحكام (١٩٢١ - ١٩٥٥) . ص ٦٤٨ .

(٨) نقض مصري في ١٧/١/١٩٤٧ - مجموعة القواعد القانونية . السنة ٥ . ص ٥٩ .

(٩) نقض مصري في ١/٩/١٩٦٤ - مجموعة أحكام النقض ١٩٦٦.١٩٦١. ص ٤٩٢ .

(١) انظر المادة ((٩٢٢) معاملات والتي نصت على أن " إذا اقترنت الحيازة بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر تجاه من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التمس عليه أمرها إلا من الوقت التي تزول فيه هذه العيوب»

(٢) المحكمة العليا قرار رقم ٦٢ في الطعن ٢٠٠٢/١٨٢م مجموعة الأحكام ٢٠٠٤ - القاعدة (٥٣) .

(٣) نصت الفقرة (٣) من المادة (٩٢١) معاملات مدنية على أن «لا تقوم الحيازة على عمل يأتيه الشخص على أنه مجرد إباحة أو عمل يتحملة الغير على سبيل التسامح»

(٤) نقض سوري قرار رقم ٢٢٨٢ تاريخ ٢٦/٨/١٩٩١ القضية ٤٧١٤ أساس لعام ١٩٩١- مجلة المحامون لعام ١٩٩١ - العدد ١٠ و ١١ و ١٢ - بينما جاء في قرار لمحكمة استئناف دمشق أنه «إذا كان صاحب العقار قد سمح شخصاً آخر بإيوائه في منزله ، فإن هذا ينفي توفر الغصب الذي هو العنصر الأساسي في دعوى استرداد الحيازة»- محكمة الاستئناف المدنية الخامسة -دمشق . قرار رقم ٨ لعام ١٩٩٧ أساس ١٥٦٩ لعام ١٩٩٧- مجلة المحامين لعام ١٩٩٧. العددان ٠٧ و ٠٨ .

وإن كانت الحيازة قرينة على الملكية، وعلى ذلك فإن تلك الدعاوى تحمي الحيازة سواءً استندت إلى حق الملكية أو كانت تستند إلى سبب قانوني آخر غير حق الملكية كالعقد مثلاً، متى تعلقت بالملكية العقارية أو الحقوق العينية الأخرى كحق الانتفاع أو حق الارتفاق، لذلك لا تقبل دعاوى الحيازة بالنسبة للمنقول من حيث المبدأ، لأن دعوى حماية المنقول هي دعوى أصلية تتعلق بحق الملكية تسمى دعوى الاستحقاق أو الاسترداد، لأن القاعدة المتعلقة بالمنقول تقوم على أساس أن «الحيازة سند الحائز في الملكية»، ما لم يثبت العكس، وهذا ما أكدته المادة (٨٥١) معاملات مدنية بالنص على أن «من أحرز منقولاً مباحاً لا مالك له بنية تملكه ملكه». إلا أن قانون المعاملات المدنية نص في الوقت ذاته على أن الحيازة يمكن أن ترد عقاراً أو منقولاً أو أي حق آخر يجوز التعامل به، وقد جاءت حيازة المنقول تحت عنوان مستقل ووضع له أحكام خاصة، ونص فيها على إمكانية الاسترداد^٢. فلقد تحدثت التشريعات في قانون الإجراءات المدنية عن دعاوى الحيازة بالنص في المادة (٢٨) على أنه «لا يجوز للمدعي أن يجمع في دعوى الحيازة بينها وبين المطالبة بالحق وإلا سقط ادعاؤه بالحيازة»؛ وعلى ذلك فإن دعاوى الحيازة في قانون الإجراءات المدنية والتجارية تختلف عن دعاوى الملكية التي تستند إلى الحيازة ومرور الزمن، وهذا يعني أيضاً أن دعاوى الحيازة هي دعاوى شكلية لعدم جواز الجمع بينها وبين دعاوى الموضوع أو أصل الحق تحت طائلة سقوط دعاوى الحيازة، ولم يبين التشريع ما هو المقصود بدعوى الحيازة وما إذا

القواعد الواردة في كل منهما، وسنحاول التعرف على مفهوم دعاوى الحيازة، وبيان الأحكام العامة لتلك الدعاوى، وبيان أنواع هذه الدعاوى إن وجدت في القانون أو الواقع وفق الآتي:

أولاً- مفهوم دعاوى الحيازة وأحكامها

ليس هناك تعريفات محددة لدعاوى الحيازة كما هو عليه الأمر في تعريف الحيازة ذاتها، ومع هذا حاول بعض الفقه والاجتهاد إيجاد تعريف لها انطلاقاً من تعريف الحيازة ذاتها، أو من خلال الغاية منها، كما أن المشرع وضع ضوابط عامة لقبول مثل هذه الدعاوى. لذلك سنعرض لمفهومها، وضوابطها العامة وفق الآتي:

١- تعريف دعاوى الحيازة: لم يعرف القانون دعاوى الحيازة، ولكن أكثر الفقهاء انطلقوا في تعريفها من تعريف الحيازة ذاتها التي تعني وضع اليد على شيء والظهور بمظهر المالك بمواجهة الغير، وبالتالي فإن دعاوى الحيازة هي التي يملكها واضع اليد بأن يلجأ للقضاء لحماية حيازته بمواجهة أي تهديد؛ هذا ولا يشترط في الحائز أن يكون مالكا،

(١) عرفت محكمة النقض السورية دعوى استرداد الحيازة بالقول: «إن ما يقصد بدعوى استرداد الحيازة الدعوى التي يطلب المدعي بها رد العقار المصوب من حائزه، فإذا انتزع شخص حيازة عقار من آخر كان لمن فقد الحيازة طلب استردادها ضمن الشروط المبسوط عنها في المواد (٦٥) وما بعدها من أصول المحاكمات، فلا بد إذن في دعوى استرداد الحيازة من توفر عنصر الغصب لأن أساسها حماية وضع اليد من التعدي ومنع الأفراد من اقتضاء الحقوق بأنفسهم غصباً، - قرار رقم ٩٠٧ تاريخ ١٩٥٨/٤/٣٠ - مجلة المحامين لعام ١٩٥٨ - ص ٤٨، وجاء في قرار آخر أن «علة حماية الحيازة ترجع إلى أن المشرع يفترض أن الحائز هو المالك. وحماية الحائز هي في الواقع حماية لصاحب الحق، لذلك أجيئ له رفع دعاوى الحيازة ليدفع بها الاعتداء على ملكيته، والمشرع بافتراضه أن الحائز هو المالك جعل البيئة على من يدعي العكس» - نقض سوري رقم ٥٦ أساس ٤١/ص تاريخ ١٩٨٢/٨/٣١ - سجلات محكمة النقض / نفا للقانون - قاعدة ٤٥٠ - أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية - ج ١ / استانبولي - ص ٦٨٠.



معه على القاضي أن يتحقق من قيام الحيازة الفعلية بشروطها القانونية، لأن الحيازة تتفوق على مستند الملكية (٣)، إلا أن إقامة الدعاوى المستعجلة لا يمنع من إقامة دعاوى الحيازة وإن كانت تتفق معها. كما سنرى. من حيث عدم التعرض لأصل الحق (٤).

ب- منع المدعى عليه من الدفع في دعاوى الحيازة بالاستناد إلى أصل الحق: فلا يجوز للمدعي أن يقيم دعواه على أساس أصل الحق، فإنه عملاً بمبدأ توازن الطلبات والدفع لا يجوز للمدعى عليه أن يدفع الدعوى على أنه مالك، أو أنه صاحب حق عيني على العقار محل الحيازة (٥)، ولكن يستطيع أن يدفع أن حيازته مشروعة أو الحيازة انتقلت إليه من

كانت دعوى واحدة أم عدة دعاوى، وسوف نبين ذلك عند البحث في أنواعها وشروط كل منها، إلا أنه وضع شروطاً لقبول دعوى وتأتي تحت العنوان التالي.

٢- الأحكام العامة لدعاوى الحيازة: نستنتج من نص قانون الإجراءات المدنية والتجارية والاجتهاد المقارن أن هناك مجموعة من القواعد أو الشروط الصريحة والضمنية التي يتعين الالتزام بها من أجل النظر في دعاوى الحيازة بحسبانها دعوى شكلية هي:

أ- منع المدعي من الجمع بين دعاوى الحيازة وأصل الحق: فإذا أقام المدعي الدعوى ابتداءً بمنع المعارضة بحق الملكية، فلا يجوز له بعدها أن يرفع دعاوى الحيازة، ولا أن يطالب في دعوى واحدة باسترداد الحيازة ودعوى الملكية، وذلك تحت طائلة سقوط دعوى الحيازة، لأن الحيازة تشكل وضعاً قانونياً مستقلاً عن الأسباب التي يدافع فيها المدعي عن حماية الملكية، إلا أن هذا لا يعني عدم جواز استناد الدعوى إلى حق الملكية بوصفه المستند لإثبات الحيازة القانونية، فالذي بيده سند ملكية يعد هو الحائز القانوني الذي يحق له رفع دعوى الحيازة، وعلى من يدعي خلاف ذلك أن يقدم الدليل (٢)؛ وهناك رأي آخر يقول بعدم جواز ثبوت الحيازة وتوافر شروطها بناءً على سند الملكية، بل يعد هذا دليلاً مسانداً يتوجب

(٢) انظر هذا الرأي في: د. إدوار عيد - إدوار عيد - موسوعة أصول المحاكمات - الأجزاء ١ و ٢ و ٣ و ٤ - ١٩٧٨-١٩٨٦ - ص ٥٣١، وجاء في قرار لمحكمة النقض المصرية أن «الأصل في الحيازة أنها لصاحب اليد، يستقل بها ظاهراً فيها بصفته صاحب الحق. ويتعين عند ضم مدة حيازة السلف إلى مدة حيازة الخلف قيام رابطة قانونية بين الحيازتين»-نقض مصري رقم ٧٥ تاريخ ٢٢ / ١٢ / ١٩٧١. الموسوعة الذهبية - الجزء الرابع - ص ٨١٨ للأستاذين فاكهاني وحسني-قاعدة ٢٩٠٤. التقنين المدني السوري ج ٨ - استانبولي. ص ٧٤٨٧.

(٤) نقض سوري قرار رقم (٨) أساس (٨١) تاريخ ١٩٧٣/١/٢٣، وقد جاء فيه أنه «لئن كانت دعوى الحيازة تتفق مع الدعوى المستعجلة من حيث عدم التعرض لأصل الحق وكون التدبير أو القرار المتخذ في كل منهما مؤقتاً إلا أن الحيازة لا تستند إلى سبب العجلة الزائدة وخشية فوات الوقت وموضوعها حماية الحيازة بينما الطلب المستعجل يقوم على توافر خطر يبرر الاستعجال واتخاذ قرار وقتي لمنع خطر يخشى استفحاله مع الوقت. ولذلك لا مانع من إقامة دعوى الحيازة بعد الدعوى المستعجلة»-مجلة المحاميين لعام ١٩٧٣ - ص ١٦. (الطنن نفعا للقانون).

جاء في المادة (٢٨) من قانون الإجراءات المدنية أن «ولا يجوز أن يدفع المدعى عليه في دعوى الحيازة بالاستناد إلى الحق، وتقبل دعواه بالحق قبل الفصل في دعوى الحيازة وتنفيذ الحكم الذي يصدر فيها إلا إذا تخلى بالفعل عن الحيازة لخصمه»

(١) جاء في (٢٨) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية أن «لا يجوز للمدعي أن يجمع في دعوى الحيازة بينها وبين المطالبة بالحق والا سقط ادعاؤه بالحيازة»

(٢) نقض مدني سوري قرار رقم ٥٦ تاريخ ٢١ / ٨ / ١٩٨٢ - استانبولي - المرجع السابق، وقد جاء فيه «إذا كان العقار مسجلاً في السجل العقاري فإنه يعتبر مبدئياً أن صاحب التسجيل هو الحائز وعلى من يدعي خلاف هذه القرينة القانونية إثبات العكس والقضاء عبء الإثبات على المالك ينطوي على قلب لأصول الإثبات».

المدعي أو ممن يمثلونه قانوناً^(١).

المطلب الثاني

أنواع دعاوى الحيابة

تحدث المشرع العماني في قانون الإجراءات المدنية والتجارية عن دعوى واحدة باسم دعوى الحيابة وهي تعني دعوى استرداد الحيابة أو دعوى حماية الحيابة لأن الدعوى في لغة القانون هي الوسيلة القانونية أو الحق أم المكنة التي أعطاها القانون لكل شخص لمراجعة عدالة الدولة من خلال محاكمها لاقتضاء الحقوق وحمايتها وذلك في مطلع المادة (٢٨) بالنص على أن «لا يجوز للمدعي أن يجمع في دعوى الحيابة بينها وبين المطالبة بأصل الحق» وهذا يعني ضمناً أن هناك دعوى واحدة تسمى دعوى حيابة ؛ كما جاء النص في المادة (٩٣٠) من قانون المعاملات المدنية يقول: «إذا أقام الحائز دعوى لاسترداد حيابته فله أن يطلب مع المدعى عليه من إنشاء بناء أو غرس أشجار في العقار المتنازع فيه في أثناء قيام الدعوى بشرط أن يقدم تأميناً كافياً لضمان ما قد يصيب المدعى عليه من الضرر إذا ظهر أن المدعي غير محق في دعواه». لذلك سوف نبحث في دعوى استرداد الحيابة وشروطها، وفي طلب منع البناء والغرس في دعوى استرداد حيابة العقار، والاختصاص القضائي والحكم والظعن في الحكم وفق الآتي:

أولاً - دعوى استرداد الحيابة وشروطها

يقصد بدعوى استرداد الحيابة الطلب الذي يقدمه المدعي (الحائز السابق) إلى المحكمة المختصة لرد العقار الذي كان بحيابته من حائزه الجديد ، بناءً على معطيات حماية الحائز السابق الذي توافرت في حيابته شروطها القانونية.

أو هي الدعوى التي يطلب المدعي فيها رد

ج- عدم جواز استناد حكم الحيابة على أساس ثبوت الحق أو نفيه: يرى بعض الفقهاء أنه: «لا يجوز للقاضي المختص بنظر دعوى الحيابة أن يفحص المستندات المتعلقة بالحق أي سندات الملكية أو يبيني حكمه على هذه المستندات»^(٢). بينما ذهب بعض الاجتهاد القضائي بعكس هذا الرأي، إذ جاء في قرار لمحكمة النقض السورية أنه «لئن كان لا يجوز الحكم في دعاوى الحيابة على أساس ثبوت أصل الحق أو نفيه إلا أن هذا لا يمنع قاضي الحيابة من البحث في أصل الحق ومستنداته للاستئناس وبالقدر الذي يقتضيه التحقق من شروط الدعوى والبت فيها دون التعرض في الحكم لأصل الحق وذلك حماية لصاحب الحق الظاهر»^(٣)؛ فمع هذا، لا يجوز بناء الحكم في دعوى الحيابة على أساس ثبوت الحق أو نفيه ولا الفصل في أساس الحق الذي يعود إلى المحكمة المختصة، والحكم الصادر في دعاوى استرداد الحيابة لا يكسب حجية مانعة من الادعاء بأساس الحق لدى المحكمة المختصة^(٤).

- (١) جاء في قرار لمحكمة النقض السورية - غرفة المخاصمة أن «الحكم في دعاوى الحيابة على أساس ثبوت أصل الحق وإهمال الحيابة يشكل مخالفة صريحة لتصوص القانون وتعدياً فاضحاً على دعوى الحيابة القائمة على الغصب، لأن دعوى الحيابة شرعت لحماية الحيابة لذاتها دون التعرض للملكية أو لأصل الحق، ومخالفة النص بشكل صريح يشكل خطأ مهنيًا جسيمًا موجب لإبطال الحكم» - قرار رقم ١٦٠ أساس ٢٣ تاريخ ١٣/١٠/١٩٩٠ سجلات النقض - قاعدة ٢١٩٨ - أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية - ج ٥ / استانبولي - ص ٣٨٢.
- (٢) انظر د. رزق الله إنطاكي - المرجع السابق - ص ٢١٢.
- (٣) نقض مدني سوري قرار رقم ٥٦ تاريخ ١٩٨٢/٨/٣١ - أديب استانبولي - المرجع السابق - ص ٦٨٠.
- (٤) نقض سوري رقم ١٢٦٤ أساس ١٥٥ تاريخ ١٣/٦/١٩٦٤ - المحامون لعام ١٩٦٤ - ص ١٢١.



مثال ذلك حيازة المستأجر والمنتفع والمرتهن حيث يجوز لهم إقامة دعوى استرداد الحيازة ومنع التعرض ضد الغير الذي يعتدي على الحيازة، وإذا كانت دعوى الحائز العرضي ضد الشخص المتعاقد معه فإن الخلاف يكون حول الحق في وضع اليد ويشكل نزاعاً يتعلق بأصل الحق فلا تشمله دعوى استرداد الحيازة^٤.

٢- أن تكون الحيازة هادئة وعلنية ومستمرة: لا يستطيع المدعي أن يتمسك بدعوى الحماية بطلب استرداد العقار إذا كانت حيازته غير هادئة أو كانت محل نزاع، ولا تسمع الدعوى من الحائز إلا بعد مرور سنة على حيازته إلا إذا كان فقد الحيازة بالقوة، فلحائز في هذه الحالة أن يسترد حيازته من المعتدي وليس هناك مدة محددة في القانون لتقديم دعوى استرداد الحيازة كما هو عليه الأمر في بعض التشريعات^٥.

٣- أن تفقد الحيازة بفعل من أفعال التعدي أو الاغتصاب: يعد وضع اليد على عقار الغير دون سبب مشروع بحكم الاغتصاب، إذا كان من شأن ذلك فقد المدعي للسيطرة المادية على العقار محل الحيازة، أو بمعنى آخر أن يكون الفعل مؤدياً إلى منع الحائز من استرداد حيازته دون أن يصطدم بعقبة مادية دائمة^٦، أو أن الفعل أو الاعتداء وقع بطرق العنف والإكراه، أو بطريق الخديعة والغش^٧، أو أنه وقع ضد

العقار المغصوب من حائزه، فإذا انتزع شخص حيازة عقار من آخر كان لمن فقد الحيازة طلب استردادها، وتستلزم دعوى استرداد الحيازة توفر عنصر الغصب، لأن أساسها حماية وضع اليد من التعدي ومنع الأفراد من اقتضاء الحقوق بأنفسهم غصباً^(١)، ويشترط في هذه الدعوى:

١- أن يكون المدعي حائزاً للعقار أو الحق القابل للحيازة محل الدعوى: يجب أن تكون حيازة المدعي قائمة فعلاً بتاريخ نزاعها من تحت يده، وأن تكون حيازته للعقار حيازة قانونية مستجمعة لعنصرها المادي والمعنوي ويفترض أن المالك بالسجل العقاري هو من له الحيازة المادية والقانونية^٢، وهذا ما أكدته الهيئة العامة لمحكمة النقض السورية بالقول إنه « في دعاوى الحيازة يعتبر المالك قيدياً في السجل العقاري هو المالك للعقار مادياً ومعنوياً، وعلى واضع اليد على العقار إثبات مشروعية وضع يده بالطرق المقبولة قانوناً والعدول عن كل اجتهاد مخالف^٣؛ وعلى هذا يجب أن يتوافر في الحيازة عنصران: عنصر مادي وهو السيطرة المادية، وعنصر معنوي وهو نية استعمال الحق لنفسه والظهور بمظهر صاحب الحق في العقار، فإذا لم يتوافر هذا العنصر كانت الحيازة عرضية،

(١) نقض مدني سوري قرار رقم ٩٠٧ تاريخ ١٩٥٨/٤/٣٠ - القاعدة ٥٠٧ - أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية - ج ١ / استانبولي - ص ٨٠٥.

(٢) جاء في قرار لمحكمة النقض السورية أن « صاحب القيد العقاري هو صاحب الحيازة القانونية والواقعية، وعلى الشاغل أن يثبت مشروعية وضع اليد على العقار - نقض قرار رقم ٢٤٥ لعام ١٩٩٨ أساس رقم ٧١٣ - مجلة المحامين لعام ٢٠٠٠ - قاعدة ٢١٦ / ص ٩٤١. ونقض - قرار رقم ١٩٥ لعام ١٩٩٩ أساس رقم ٧١٤ - مجلة المحامين لعام ٢٠٠٠ - قاعدة ٣٧٤ / ص ١٣٠٥.

(٣) نقض هيئة عامة رقم ١٢٠ أساس ٢٥٢ تاريخ ١٩٩٥/٧/١٤ - قاعدة ١٨٥ - مجموعة المبادئ القانونية للهيئة العامة لمحكمة النقض / المحامي شفيق طلعة - ص ١١٤.

(٤) نقض سوري رقم ١٦٧١ تاريخ ١٩٦٣/١٠/٢١ - مجلة القانون لعام ١٩٦٤ - ص ١٨٦.

(٥) انظر المادة (١/٦٥) والمادة (٢/٦٧) من قانون أصول محاكمات سوري.

(٦) نقض فرنسي في ١٩١٤/١٢/١٧ - دالوز ١٩١٧. ص ١٩٤.

(٧) نقض مصري في ١٩٤٨/١/١٥ - مجموعة الأحكام (١٩٣١ - ١٩٥٥) - ص ٦٤٨.



حائزه هو من له الحيازة المادية إلا إذا ثبت أنه قد حصل على هذه الحيازة بطريقة معيبة.^٢ تبقى الحيازة محتفظة بصفقتها التي بدأت بها وقت كسبها ما لم يقيم دليل على غير ذلك»، ويعدُّ الحائز المادي للشيء حسن النية إذا كان يجهل أنه يعتدي على حق الغير ويفترض حسن النية ما لم يقيم الدليل على غير ذلك، ويزول حسن النية من الوقت الذي يعلم فيه أنه يعتدي على حق الغير ومن الوقت الذي يعلن فيه بعيوب حيازته أي من تاريخ تبليغه صحيفة الدعوى ، ويعد هذا الحائز سيء النية إذا كان اغتصب الحيازة من غيره^٥.

إرادة الحائز أو على الرغم من معارضته^١، ولا يشترط أن يقع العنف أو الاعتداء على الحائز شخصياً، أو على غيره ، بل يمكن أن يكون الاعتداء موجهاً على العقار مباشرة^٢، وعلى ذلك فإن التسامح بإسكان الطاعن بالعقار لا ينشئ له حقاً وعليه مغادرته إذا ما طلب منه ذلك^٣؛ فإذا كانت يد الزوج مشروعة تبعاً للزوجية فإن انقضاء الزوجية بالتفريق يجعل الاستمرار بالإشغال والحيازة غير مشروع ويتيح المطالبة باسترداد الحيازة وتصبح يد الزوج بعد انفصام الزوجية يداً غاصبة مادامت لا تقوم على سبب مشروع^٤.

فإذا لم يكن لدى أي من الحائزين سند أو تعادلت سنداتهم كانت الحيازة الأحق هي الأسبق في التاريخ^٦، فالهدف من دعاوى الحماية المقررة لحيازة العقار هو الحفاظ على الأوضاع المستقرة في المجتمع باعتبارها تتعلق بالأمن المدني^٧.

٤- أن ترفع الدعوى من شخص أحق بالترتيب: لا تقبل الدعوى بمواجهة حيازة شخص آخر أحق بالترتيب، والحيازة الأحق بالترتيب هي الحيازة التي تقوم على سند قانوني وكانت له الحيازة المادية وكان الحائز حسن النية لأنه «١- إذا تنازع أشخاص متعددون على حيازة شيء واحد أو حق واحد اعتبر بصفة مؤقتة أن

ثانياً- طلب منع الأعمال الجديدة

فعندما يرفع المدعي دعواه لاسترداد حيازته للعقار المغتصب أو المسلوب منه، فهو يستطيع تبعاً لها أن يتقدم بطلب منع المدعى عليه من إنشاء أبنية في العقار موضوع الدعوى ومنعه من غرس أشجار فيها أثناء قيام الدعوى ، وللمحكمة أن تتخذ قراراً معجل

- (١) نقض مصري في ١٧/١٧/١٩٤٧ - مجموعة القواعد القانونية . السنة ٥ ص ٥٩.
- (٢) نقض مصري في ٩/١٩/١٩٦٤ - مجموعة أحكام النقض ١٩٦١-١٩٦٦. ص ٤٩٢.
- (٣) نقض سوري قرار رقم ٢٢٨٢ تاريخ ٢٦/٨/١٩٩١ القضية ٤٧١٤ أساس لعام ١٩٩١- مجلة المحامون لعام ١٩٩١ - العدد ١٠ و ١١ و ١٢ - بينما جاء في قرار لمحكمة استئناف دمشق أنه « إذا كان صاحب العقار قد سامح شخصاً آخر بإيوائه في منزله ، فإن هذا ينفي توفر الغصب الذي هو العنصر الأساسي في دعوى استرداد الحيازة»- محكمة الاستئناف المدنية الخامسة -دمشق . قرار رقم ٨ لعام ١٩٩٧ أساس ١٥٦٩ لعام ١٩٩٧- مجلة المحامين لعام ١٩٩٧. العددان ٠٧ و ٠٨ .
- (٤) نقض سوري رقم ٩٦٢ أساس ٥١٩ تاريخ ١٥/٥/١٩٦٦. مجلة المحامون ص ٢٢٢ لعام ١٩٦٦- أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية . ج ١ / استانبولي . ص ٦٦٦، وجاء في قرار آخر أنه « إذا زال الإشغال المشروع بطلاق الزوجة و بلوغ الأولاد = سن الرشد جاز للمالك (الأب والزوج) أن يطلب نزع اليد و استرداد الحيازة لان إقامة المذكورين في العقار بغير إرادة المالك (الأب و الزوج) يعتبر من قبيل الغصب، وأنه ولئن كانت نفقة الابنة العازية على والدها إلا أن ذلك يخولها المطالبة بمبلغ نقدي يكفي لإعالتها ولا يلزم والدها بمساكنتها في داره إذا لم يكن راغباً في ذلك»- نقض سوري رقم ٨٨١ أساس ٥٧٢ تاريخ ٨/٥/١٩٦٦. المحامون لعام ١٩٦٦- ص ٢٢٢ .

(٥) (١٧)- المادتان (٩٢٦) و(٩٢٧) من قانون المعاملات المدنية

(٦) المادة (٢٥١/٦٧) من قانون أصول المحاكمات السوري، وجاء في قرار لمحكمة النقض السورية أنه «يحق لأحد الشركاء في الحيازة طلب استرداد حيازته من شريك آخر = وإن إقامة دعوى إثبات الملكية أمام المراجع المختصة لا يمنع من سماع دعوى استرداد الحيازة»-نقض سوري رقم ٢٨٠٧ تاريخ ٣٠/١١/١٩٥٨ . مجلة القانون لعام ١٩٥٩ - ص ١٢٥.

(٧) نقض مدني سوري قرار رقم (٢٨) تاريخ ٤/٢/١٩٦٢، وقد جاء فيه أن « الغاية من دعوى استرداد الحيازة هي حفظ الأمن والنظام ومنع الأفراد من اقتضاء الحقوق بأنفسهم، وعليه فلا بد من توفر عنصر الغصب في وضع اليد»- مجلة المحامين لعام ١٩٦٢- ص ٥٧.



بناءً على طلب ذوي الشأن بالنفاذ المعجل بكفالة أو بدونها^١، وسنعرض للمحكمة المختصة وإصدار الحكم، والطعن فيه وفق الآتي:

١- الاختصاص القضائي في دعوى استرداد الحيابة والحكم فيها: نص المشرع العماني على الاختصاص النوعي للمحكمة الابتدائية مشكلة من ثلاثة قضاة على سبيل الحصر والتحديد وذلك في دعاوى الإفلاس والصلح الواقي منه، وتصفية الشركات، ودعاوى التأمين، والمنازعات بين المتعاملين في مجال الأوراق المالية، والدعاوى المتعلقة بالملكية الفكرية وبراءات الاختراع، وفي دعاوى غير مقدره القيمة وتلك التي تتجاوز فيها القيمة سبعين ألف ريال عماني^٢؛ بينما جعل الاختصاص الشامل في جميع أنواع الدعاوى في جميع المنازعات الأخرى من اختصاص المحكمة الابتدائية مشكلة من قاض واحد، وعلى هذا فإن دعوى استرداد الحيابة تدخل في الاختصاص النوعي لتلك المحكمة، وترفع وفق القواعد والإجراءات المنصوص عليها في القانون لرفع الدعاوى، ويصدر الحكم في دعوى استرداد الحيابة من عدمها في ضوء توافر الشروط العامة والخاصة التي يجب توافرها في الحيابة، وفي الدعوى في ضوء ما يقدم للمحكمة من أدلة إثبات يكون من خلالها القاضي قناعته التي بنى عليها الحكم^٣، ووفق قواعد الحضور والدفاع وكافة الإجراءات المنصوص عليها في نظرية المحاكمة

النفاذ بذلك ويكون مثل هذا القرار لقاء تقديم المدعي تأميناً ترى المحكمة أنه كاف لضمان تعويض الأضرار التي قد تصيب المدعي عليه من جراء ذلك إذ ثبت بنتيجة الحكم بدعوى استرداد حيابة العقار أن المدعي غير محق في دعواه.

هذا ولم يتحدث القانون العماني عن أية دعاوى أخرى، كما هو عليه الحال في لبنان وسورية إذ تم النص على دعويين آخرين شكليتين إضافة إلى دعوى استرداد الحيابة هما دعوى وقف الأعمال الجديدة ودعوى منع التعرض، وهو بذلك يكون قد ذهب مذهب القانون الأردني الذي نص على واحدة هي دعوى استرداد العقار، وليس في القانون المصري دعاوى شكلية تسمى دعاوى حيابة، إلا أن القضاء المصري حمى وضع اليد على العقار اجتهاداً من خلال دعويين مستعجلتين هما دعوى طرد الغاصب ودعوى وقف الأعمال الجديدة، وقد ذهب الاجتهاد القضائي في مصر إلى عدّ دعوى منع التعرض من الدعاوى المتعلقة بأصل الحق.

لهذا ليس هناك في التشريع العماني دعاوى حيابة بل هناك دعوى واحدة هي دعوى استرداد الحيابة وهي دعوى شكلية لأنه لا يجوز الجمع بينها ودعوى أصل الحق المتعلقة بالملكية تحت طائلة سقوط دعوى الحيابة كما سبق البيان.

ثالثاً-الاختصاص القضائي والحكم في الدعوى والطعن فيه

ينظر القاضي المختص في دعوى استرداد الحيابة كأى دعوى أخرى وهي ليست دعوى مستعجلة إلا أنها ذات طبيعة مستعجلة بحسبانها تمس الاستقرار في المجتمع، لذا يفضل أن تنظر على وجه العجلة لأن المشرع أجاز فيها للمحكمة أن تشمل حكمها فيها

(١) انظر الفقرة (و) من المادة (٢٤٧) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية ٩.

(٢) المادة (٣٦) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية وتعديلاته.

(٣) جاء في قرار للمحكمة العليا "تقدير الأدلة على توفر شروط الحيابة من عدمها من المسائل التي تختص بها محكمة الموضوع ما دامت أقامت قضاءها على أشياء ثابتة لها واقعتها الصحيح في الأحكام"- قرار رقم ١١ في الطعن رقم ٢٠٠٢/١٥٢م - مجموعة الأحكام.



العادلة، وقواعد اصدار الأحكام القضائية.

٢- الطعن في الحكم الصادر في دعوى استرداد الحيازة: تقضي القواعد القانونية أن جميع الأحكام التي تصدر عن المحاكم تقبل الطعن وفق المواعيد والإجراءات التي نص عليها القانون أمام مرجع أعلى مالم ينص القانون على خلاف ذلك، وذلك عملاً بمبدأ التقاضي على درجتين؛ فعلى ذلك فإن الحكم الصادر في دعوى استرداد الحيازة سواء كان سلبياً أم إيجابياً يقبل الطعن من المحكوم عليه أمام محكمة الاستئناف مالم يكن هناك اتفاق ولو قبل رفع الدعوى بين الخصوم على أن يصدر الحكم من محكمة الدرجة الأولى انتهائياً؛ فعندئذ لا يقبل الطعن بالاستئناف إلا إذا خالف قواعد الاختصاص المتعلقة النظام العام، أو كان هناك بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثرت في الحكم^١، وتتنظر محكمة الاستئناف في الطعن المرفوع إليها في حدود أسباب الطعن بوصفها محكمة موضوع، وعليه يجوز تقديم أدلة جديدة ودفع جديدة في الاستئناف ولا يجوز تقديم طلبات جديدة لأن من شأن ذلك أن يحرم الخصوم من درجة من درجات التقاضي وهذا يمس العدالة، وتصدر حكمها في الطعن إما قبولاً أو رفضاً ولها أن تتبنى الحكم الصادر عن محكمة الدرجة الأولى، ولها أن تحكم بتعديله، أو أن تحكم بخلافه تماماً ووفقاً لما تقتضيه؛ هذا، ويترتب على الاستئناف وقف تنفيذ الحكم الصادر باسترداد الحيازة لأنها محكمة موضوع، أما الأحكام الصادرة أثناء النظر في دعوى الحيازة بمنع البناء أو الغرس فهي تصدر

(١) المادتان (٢١١) و(٢١٢) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية.

بالصفة المستعجلة، وإن استئنافها لا يوقف تنفيذها مالم تقرر محكمة الاستئناف وقف تنفيذه، ويقضي المبدأ القانوني أن جميع أحكام محكمة الاستئناف تقبل الطعن أمام المحكمة العليا في حالات محددة حصراً^٢، وذلك مالم ينص القانون على خلاف ذلك، ويكون الطعن وفق القواعد والإجراءات المنصوص عليه في القانون، والطعن أمام المحكمة العليا لا يوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه مالم تتخذ المحكمة قراراً بذلك بناءً على الطلب في الطعن وبشرط أنه يخشى مع التنفيذ وقوع ضرر جسيم يتعذر تداركه، ويكون ذلك لقاء تقديم كفالة تضمن تعويض الأضرار التي تلحق بالمحكوم له من جراء وقف التنفيذ^٣.

المبحث الثاني

دعوى طرد الغاصب

تعد السيطرة الفعلية بصورة غير مشروعة على عقارات اغتصاباً، وأخذ أموالهم المنقولة بصورة غير شرعية سرقة، وهناك في الأمرين شبهة الجريمة الجزائية التي تقع تحت العقاب في القانون الجزائي^٤.

لهذا جعل المشرع للمدعي باسترداد الحيازة طريقين، فقد أعطاه سلطة رفع دعوى استرداد الحيازة بشروطها أمام القاضي المختص وفقاً لما سبق بيانه، كما أعطاه اختياراً آخر هو طريق الادعاء العام، وقاضي الأمور المستعجلة لتقرير طرد المغتصب وتمكين صاحب الحق المسلوب من حقه.

(٢) المادة (٢٣٩) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية.

(٣) المادة (٢٤٥) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية.

(٤) انظر المادة (٢٧٨) والمادة (٣٠٩) من قانون الجزاء.



وقتياً (مستعجلاً) في غرفة المداولة ، ويمكن أن يكون القرار سلباً برفض الشكوى ، ويمكن أن يكون إيجابياً بطرد الغاصب ، وإذا صدر القرار برد الحيابة فإنه يكون واجب التنفيذ في الحال بواسطة شرطة عمان السلطانية ومن ثم يعلن القرار المذكور إلى ذوي الشأن أي الشاكي والمشكو منه وفق الأصول المعتمدة في قانون الإجراءات الجزائية من أجل التظلم من هذا القرار.

٢- التظلم من قرار الادعاء العام: يخضع القرار الصادر عن رئيس الادعاء العام سواء كان سلبياً أم إيجابياً للتظلم أمام قاضي الأمور المستعجلة في دائرة موقع المال (دائرة رئيس الادعاء العام) خلال خمسة عشر يوماً تبدأ من يوم إعلان المتظلم بالقرار، ويمكن أن يكون المتظلم الشاكي أو المشكو منه ولا يقبل التظلم من الذي صدر القرار لمصلحته وفقاً للقواعد العامة في الطعن^١، ويكون التظلم عن طريق الدعوى المستعجلة التي ترفع وفق القواعد والإجراءات المعتمدة أمام ذلك القاضي، حيث يقوم قاضي الأمور المستعجلة بطرد التظلم في قضاء الخصومة وبعد دعوة الطرفين للحضور أمامه، وهو القاضي المنتدب في دائرة المحكمة الابتدائية المشكلة من ثلاثة قضاة للنظر في القضايا المستعجلة ، أو هو قاضي المحكمة الابتدائية المشكلة من قاض واحد في الأماكن التي ليس فيها محكمة ابتدائية ثلاثية، وبعد التحقيق والتدقيق يصدر قراراً مستعجلاً بتأييد قرار الادعاء العام أو بتعديله ، أو بإلغائه، ويمكن أن يصدر قراراً بناءً على طلب المتظلم بوقف تنفيذ قرار رئيس الادعاء العام إلى أن

(١) المادة (٢٩) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية.

لهذا سنعرض هذا المبحث في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: طرد الغاصب عن طريق الادعاء العام.
المطلب الثاني: طرد الغاصب عن طريق قاضي الأمور المستعجلة.

المطلب الأول

طرد الغاصب عن طريق الادعاء العام

يستطيع صاحب الحق المعتدى عليه بطريق وضع اليد غير المشروعة أن يتقدم بشكوى خطية إلى الادعاء العام ، الذي يجب عليه اتخاذ إجراءات محددة عند تسجيل الشكوى في سجل الوثائق لديه . وسنعرض لإجراءات الادعاء العام والقرار الذي يصدره والطعن فيه وفق الآتي:

أولاً- إجراءات طرد الغاصب عن طريق الادعاء العام:

يتم تسجيل الشكوى المقدمة من المدعي في منازعة تتعلق بالحيابة سواء كانت المنازعة مدنية أم جزائية، وتحال إلى أحد أعضاء الادعاء العام الذي لا تقل مرتبته عن رئيس ادعاء عام والذي يقوم بدوره على وجه السرعة بدعوة الطرفين إلى مكتبه ويستطيع أن يباشر إجراءاته بالوسائل المعتمدة في تحقيق الشكاوى أو الدعاوى الجزائية من حيث التبليغ والاستدعاء أو حتى استعمال صلاحياته في إحضار المشكومنه بواسطة شرطة عمان السلطانية.

١- قرار الادعاء العام في منازعات الحيابة: يستمع رئيس الادعاء العام إلى أقوال الطرفين في الشكوى المقدمة إليه في منازعة من منازعات الحيابة، ويجري التحقيقات اللازمة من أجل الوقوف على حقيقة الأمر ، ويصدر قراراً مسبباً

على ندب قاضٍ في مقرر الدائرة أو الدوائر لتني فيها محكمة مشكلة من ثلاثة قضاة قاضٍ من قضااتها ليتولى الحكم بصفة مؤقتة ومع عدم المساس بأصل الحق في المسائل المستعجلة التي يخشى فيها من فوات الوقت ، ويجب أن يراعى فيمن يندب لهذه المهمة أن يكون من أقدم القضاة في المحكمة، أو أكثرهم خبرة في مثل هذه المسائل.

٢- قاضي المحكمة الابتدائية مشكلة من قاضٍ واحد: يتولى القضاء المستعجل خارج دائرة المحكمة الابتدائية مشكلة من ثلاثة قضاة قاضي المحكمة الابتدائية مشكلة من قاضٍ واحد ، ويخضع القاضي المذكور في قضاؤه للإجراءات المتبعة من قبل القاضي الأصيل المختص بنظر الدعاوى المستعجلة وفق الفقرة السابقة سواءً من حيث قيد الدعوى في سجل خاص بالدعاوى المستعجلة، أم من حيث الإعلان ومهله، ومواعيد الحضور، وتشكيل الخصومة، وإصدار الأحكام، وإن هذا الاختصاص المعقود للقاضي الواحد، غير أن رئيس محكمة البداية التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه يعد بوصفه قاضياً للأمر المستعجل صاحب اختصاص أيضاً للفصل في مثل هذه القضايا عملاً بأحكام المادة (٥٤) من قانون الإجراءات التي تنص على أنه «في الدعاوى المتضمنة طلب إجراء وقتي يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه أو المحكمة المطلوب حصول الإجراء في دائرتها».

٣- محكمة الموضوع : تختص محكمة الموضوع التي تنظر في أساس النزاع (محكمة الموضوع) مهما كانت تسميتها أو درجتها المختصة للنظر في المسائل المستعجلة إذا رفعت إليها بطريق

يتم الفصل في التظلم بكفالة أو بدونها، ويكون قرار الأمور المستعجلة الصادر في التظلم من قرار المدعي العام قابلاً للاستئناف، ويكون حكم محكمة الاستئناف نهائياً^١.

المطلب الثاني

طرد الغاصب عن طريق قاضي الأمور المستعجلة(الوقتيّة)

ليس بالضرورة أن يلجأ المعتدى على أمواله إلى الادعاء العام أو دعوى استرداد الحيازة ، بل يمكن أن يلجأ إلى القضاء المستعجل مباشرة عن طريق الدعوى المستعجلة لتقرير طرد الغاصب من العقار المغتصب كأى دعوى مدنية مستعجلة، وهذا يقتضي منا تعريف قاضي الأمور المستعجلة وبيان اختصاصه وهوية أحكامه والطعن فيها وفق الآتي:

أولاً- قاضي الأمور المستعجلة

يمكن أن يكون قاضي الأمور المستعجلة رئيس المحكمة الابتدائية أو من ينوب عنه أو القاضي المنتدب لهذه المهمة ، ويمكن أن تكون المحكمة الناظرة في دعوى الموضوع عندما يرفع إليها الطلب المستعجل تبعاً لتلك الدعوى

١- القاضي المنتدب في المحكمة الابتدائية: إن قاضي الأمور الوقتيّة أو المستعجلة هو في الأصل رئيس المحكمة الابتدائية مشكلة من ثلاثة قضاة أو من يقوم مقامه أو من يندب من قضااتها لهذه المهمة وفق أحكام المادة (٢٨) من قانون الإجراءات^٢. كما نصت المادة (٤٢) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية بصيغة الأمر

(١) المادتان (٤٢) و(٤٣) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية.

(٢) نصت المادة (٢٨) من قانون الإجراءات على أن "قاضي الأمور الوقتيّة في المحكمة الابتدائية هو رئيسها أو من يقوم مقامه أو من يندب لذلك من قضااتها"



التبعية^١، أي تبعاً لدعوى الموضوع، وبذلك تكون المحكمة الابتدائية مشكلة من ثلاثة قضاة أو من قاض واحد، والمحكمة الشرعية وكذلك محكمة الاستئناف. هذا، ويقضي المبدأ القانوني بالنسبة للمحكمة العليا بأنها محكمة قانون أي إنها تسهر على حسن تفسير القانون وتطبيقه، وبالتالي فهي تنظر في الطعون المرفوعة إليها في الأحكام التي تقبل الطعن في مسألة مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو تأويله، وفي حالات محددة على سبيل الحصر^٢. كما أنه عندما تتحول المحكمة العليا إلى محكمة موضوع إذا كان الطعن للمرة الثانية ورأت أن تنقض الحكم المطعون فيه^٣، فإن الرأي الراجح هو أن كلاً من محكمة الاستئناف ومحكمة النقض لا تختص بالنظر في الطلبات المستعجلة، لأن قبولها هذا يحرم الخصوم درجة من درجات التقاضي وينظر القضاء المستعجل في الدعاوى الآتية:

أ- دعوى منع أعمال جديدة : يجوز لمن كانت ملكيته أو حيازته مهددة بخطر أو ضرر ناشئ عن أعمال جديدة تتعلق بإشادة بناء أو هدمه أو أعمال حضريات، أن يلجأ إلى القضاء المستعجل لاتخاذ تدبير بوقف هذه الأعمال، وإن كانت دعوى منع الأعمال الجديدة متفرعة عن دعوى استرداد الحيازة .

ب- دعوى المحافظة على الحقوق ضد الغصب:
إن العجلة التي تبرر تدخل القضاء المستعجل لا

تقتصر على حدوث أضرار لا تعوض، بل تشمل أيضاً المحافظة على الوضع الراهن وعلى الأمن والاستقرار ضد الغصب والاعتداء على الحقوق الظاهرة. فالعجلة مبررة وموجودة في حالة الاغتصاب وحالة الإشغال غير المشروع^٤، وبالتالي فإنه لقاضي الأمور المستعجلة الحق في حال وجود عجلة أن يأمر بالتخليه من العقار المأجور في حال انتهاء عقد الإيجار، أو في حال وضع اليد على عقار دون سبب أو سبب مشروع، وعلى شاغل العقار الذي يدلي بأنه يشغله بموجب سند أو بحق أن يثبت ما يدعيه^٥، كما له أن يحكم بطرد واضع اليد الذي شغل عقار الغير مدة بطريق التسامح من صاحب الحق عليها، وإن نزاع واضع اليد الذي يحجب اختصاص القاضي المستعجل هو النزاع الجدي الذي تؤكده المستندات ووقائع الدعوى^٦.

ثانياً - القوة التنفيذية للأحكام المستعجلة:

تتمتع الأحكام الصادرة في المواد المستعجلة بالقوة

(٥) مستعجل لبناني في ١٨/٨/١٩٥٩ النشرة القضائية اللبنانية ص ٨٢ لعام ١٩٥٩. قاعدة ٦٨٤. أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية ج ٢ / استانبولي. ص ١٢١٢، وجاء في قرار لمحكمة استئناف بيروت أنه «من حق قاضي الأمور المستعجلة إزالة اليد الغاصبية وطرد الشاغل من العقار الذي دخله بسبب العمل وأصبح إشغاله له بعد ترك العمل بدون مسوغ شرعي» - محكمة استئناف بيروت المدنية الناظرة بالقضايا المستعجلة. قرار رقم ١٠٧٧ تاريخ ٢٤/١٠/١٩٦٦ ن، ق، ص ١٠٠٢ لعام ١٩٦٦، قاعدة ٧٢٨. أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية ج ٢ / استانبولي. ص ١٢٢٧. وجاء في قرار لمحكمة النقض المصرية أنه ((ليس لقاضي الأمور المستعجلة الحكم بالطرد إلا إذا تجرد واضع اليد من الاستناد إلى سند له شأن في تبرير وضع يده)) - نقض مصري ٢٨ - ١٠ - ١٩٥٤ مجموع التوبيخ ٦ - ٦٣، قاعدة ٧٥٧. أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية ج ٢ / استانبولي. ص ١٢٤٩

(٦) تمييز لبناني قرار رقم ٥٢ تاريخ ٢١/٦/١٩٦٢ النشرة القضائية اللبنانية ص ٤١١ لعام ١٩٦٢ - قاعدة ٧٢٢. أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية ج ٢ / استانبولي. ص ١٢٢٥

(٧) مستعجل مصر ١٢/٨/١٩٣٦ مجلة الحمامة ١٧ - ١٢٢٢، قاعدة ٧٦٩ - أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية ج ٢ / استانبولي. ص ١٢٥٧

(١) انظر ذيل المادة (٤٢) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية.
(٢) انظر المادة (٢٥٠) أصول سوري .
(٣) انظر الفقرة (٣) من المادة (٢٦٠) أصول سوري.
(٤) د . أحمد أبو الوفا - التعليق على قانون المرافعات. المرجع السابق
٢٩٢ - ٢٩٣ ، واستئناف لبناني في ٢١ / ١ / ١٩٥٩ . النشرة القضائية ١٩٥٩. ص ١٦٧.

يطلقها إذا وجد مبرراً لذلك»^٥. أما محكمة النقض السورية فقد قالت: إن «القرارات التي تقرر بشأن الإجراءات المستعجلة وإن كانت وقتية لا تكتسب قوة القضية المقضية بالنسبة لمحكمة الموضوع إلا أنه تقيد القضاء المستعجل وتنتهي اختصاصه في الدعوى التي فصل فيها بغيره لا يحق له بعدها أن يعدل القرار الأول بقرار ثانٍ إلا إذا حصل تغيير»^٦؛ فعلى ما تقدم تتمتع الأحكام المستعجلة بحجية الشيء المحكوم به متى قامت بين الخصوم ذاتهم، وتعلقت بالموضوع ذاته محلاً وسبباً، إلا أن هذه الحجية لا تقوم أمام قاضي الموضوع الذي يكون له دائماً تثبيتها أو تعديلها أو أن يتجاهلها، أو أن يحكم بعكسها تماماً.

الخاتمة

تتمتع كل من دعوى استرداد الحيازة ودعوى منع البناء والغراس بأهمية خاصة ولاسيما في العقارات غير المسجلة في السجل العقاري إذ تكاد تكون الدعوى الوحيدة لحماية الحيازة من الاعتداء والغصب ولذلك لعدم إمكانية اللجوء إلى دعاوى الملكية التي تتطلب ضرورة القيد والتسجيل في السجل العقاري وهذه تحتاج إلى إجراء المسح والطبوغرافيا، وتدخل وزارة الإسكان في كل هذه الإجراءات.

التنفيذية التي للأحكام التي تصدر عن المحاكم بالإجراءات العادية، وتتميز عن هذه الأحكام في أن الأحكام المستعجلة تتمتع بالإنفاذ المعجل أي التنفيذ في الحال بقوة القانون وبغير كفالة ما لم يتم النص في الحكم على تقديم كفالة^١، ولو كانت تقبل الطعن بالاستئناف، وإن تنفيذ الأحكام المستعجلة لا يوجب الإعلان أو التبليغ قبل إيداعه قاضي التنفيذ، إلا أنه لا يجوز اللجوء إلى التنفيذ الجبري دون إعلان المنفذ ضده وانقضاء المهلة المحددة للتنفيذ الطوعي أو الاختياري^٢.

ثالثاً- حجية الأحكام المستعجلة

يقضي المبدأ العام أن الأحكام المستعجلة تتميز بطبيعة مؤقتة، إلا أن هذه الطبيعة المؤقتة لا تعني أن قوتها محددة بوقت معين أو بمدة محددة تكون بعدها عديمة الأثر، بل يمكن أن تبقى تلك الأحكام مدة طويلة أو دائمة طالما أنه لم يتم تعديلها، كما يمكن أن تكون نهائية بمنع اعتداء أو وقفه^٣، وعلى هذا، تتمتع الأحكام المستعجلة بقوة القضية المقضية أو بحجية الشيء المحكوم به النسبة لقاضي الأمور المستعجلة فلا يستطيع هذا تغييرها أو تعديلها، وهي ملزمة لأطرافها إذا لم يحدث أي تغيير في الظروف التي أدت إلى إصدارها^٤. بينما ذهبت محكمة التمييز اللبنانية إلى القول «إن القرارات الصادرة عن قاضي الأمور المستعجلة لا تتمتع بقوة القضية المقضية، ولقاضي العجلة كما لقاضي الأساس أن

(١) المادة (٣٤٦) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية.

(٢) جاء في قرار للهيئة العامة لمحكمة النقض السورية "إن تنفيذ الحكم المستعجل لا يحتاج إلى تبليغ الحكم" - قرار رقم ٢٣ تاريخ ١٩٧٧/٤/٢ مجلة القانون- الأعداد ٥ - ٨ لعام ١٩٨٠ - ص ٢٩٥.

(٣) د. محمد علي راتب ورفاقه - القضاء المستعجل - المرجع السابق - ص ٢٠٩ - ٢١٠.

(٤) نقض مصري جلسة ١٩٦٩/١١/١٧ ت السنة ٢٠ ق. مجموعة الأحكام - ص ١١٨٠.

(٥) تمييز مستعجل لبناني في ١٤/١٠/١٩٥٧. النشرة القضائية لعام ١٩٥٧ - ص ٥٠٧.

(٦) نقض سوري قرار رقم ١٦٦ تاريخ ١٩٥٤/٥/٢٢ - المحامون لعام ١٩٥٤ - ص ٢٢٣.



مراجع البحث الأساسية

أولاً- المؤلفات الخاصة في أصول المحاكمات:

- ١- د. عبد المنعم الشرقاوي - نظرية المصلحة في الدعوى - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة القاهرة - ط١- مكتبة عبد الله وهبه - القاهرة ١٩٤٧.
- ٢- د. عوض أحمد الزعبي- الحكم المدني بواسطة قيم في القانون المغربي - رسالة دكتوراه ج ١ - كلية الحقوق - جامعة محمد الخامس - الرباط ١٩٩٣.
- ٣- محمد علي راتب ومحمد نصر الدين كامل ومحمد فاروق راتب - قضاء الأمور المستعجلة - الطبعة السابعة - عالم الكتب - القاهرة - ١٩٨٥.
- ٤- د. محمد محمد واصل - أصول المحاكمات المدنية - جامعة دمشق - ٢٠١٠-٢٠١١.
- ٥- المستشار مصطفى مجدي هرجة - أحكام وآراء في القضاء المستعجل - دار الثقافة للطباعة والنشر - القاهرة - ١٩٨٤.
- ٦- انظر د. وجدي راغب - النظرية العامة للعمل القضائي- رسالة دكتوراه - جامعة عين شمس - كلية الحقوق ١٩٦٧ - منشأة المعارف الإسكندرية - ط١- ١٩٧٤.

ثانياً- المجموعات والمجلات:

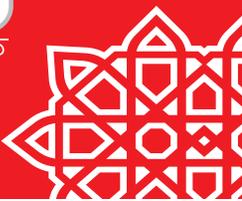
- ١- مجموعة تقنين أصول المحاكمات المدنية والتجارية - جمع وتنسيق وترتيب - المحامي شفيق طعمة وأديب استانبولي - دمشق ١٩٨٨.
- ٢- مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية - جمع وتنسيق وترتيب المكتب الفني .
- ٣- الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية - جمع وتنسيق وترتيب الأستاذين حسن الفكهاني وعبد المنعم حسني.
- ٤- مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة النقض في سلطنة عمان - جمع وتنسيق وترتيب المكتب الفني.
- ٥- مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الاتحادية النقض في دولة الإمارات العربية المتحدة - جمع وتنسيق وترتيب جامعة العين - كلية الحقوق.
- ٦- موسوعة دالوز في أصول المحاكمات الفرنسي، وجوريسكلاسور - قسم القانون المدني.





عيوب تسبيب الأحكام القضائية

إعداد فضيلة القاضي :
د. عبد الرحمن بن يحيى آل ثاني
رئيس المحكمة الابتدائية بهيلا



بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة:

الحمد لله المحمود الأسماء المشهود الآلاء، والصلاة على سيد البشر محمد بن عبد الله صلى الله عليه وسلم، وبعد،،،

فإن تسبب الأحكام من أعظم الضمانات التي فرضها القانون على القضاة، إذ هو مظهر قيامهم بما عليهم من واجب تدقيق البحث وإمعان النظر، للتعرف على الحقيقة التي يعلنونها فيما يفصلون فيه من الأفضية، إذ في التسبب يضع القاضي سوائقه من أدلة واقعية وحجج قانونية والتي دفعته إلى حكمه، فالالتزام بالتسبب هو الأداة التي يباشر بها القضاة حريتهم في التقدير، فهم يملكون الحرية مشروطة بإجراء التسبب.

وبالتسبب وحده يسلمون من مظنة التحكم والحيث والاستبداد لأنه سيعلم كل متقاضٍ على أي أساس صدر الحكم فتزل الأحكام بنفوس المتخاصمين منزلة الاحترام، وربما الاقتناع؛ إذ الأسباب هي الحجج لما يراه القاضي يقدمه بين يدي الخصوم والجمهور، وبذلك ستشيع الثقة والطمأنينة في نفوس العامة، فإن كان لكل من المتخاصمين مأخذ على الحكم بعد معرفة الأسس التي بني عليها استخدم حقه في الطعن فيه، وبالتسبب أيضا تتمكن محكمة الدرجة الثانية من مراقبة أحكام محاكم الدرجة الأولى، كما تتمكن المحكمة العليا من بسط رقابتها على المحكمتين معا فيما يصدر عنهما من أحكام ضماناً لسلامة تطبيق القانون وتفسيره، ولذا يظهر أن مهمة تسبب الأحكام وكتابتها على الوجه الأكمل أدق بكثير من مهمة اختيار الاتجاه الذي يرنو إليه القاضي في حكمه، وذلك لأن كتابة

الحكم تتطلب منه فضلا عن اقتناعه هو بما اختاره من قضاء أن يضع في الحكم ما يبين سبب هذا التوجه والاقتناع، كما أن تسبب الحكم يضمن جدية القاضي وعدم تحيزه، كما يحمله على العناية بحكمه وتقصي العدالة، وللاعتبارات المتقدمة جاء القانون مقررا بطلان الأحكام إذا لم تشتمل على الأسباب التي تبني عليها.

إذا فوراء تسبب الأحكام غايات سامية عظيمة لكنها لن تتم هذه الغايات ولن تؤدي الأحكام أهدافها إذا ما شابتها عيوب تنسفها وتشل دورها، فلا بد للقاضي من أن ينقح أحكامه من عيوب التسبب، ويضع التسبب الواضح الساطع، مختاراً للعبارة الجزلة الفاصلة البعيدة عن الترهل وعن أسلوب المدح أو الذم أو التحقير، فعليه أن يسطر بيانا جليا مفصلاً للوقائع ومضمون الأدلة في غير غموض، واستقصاء للحقيقة من غير قصور، ومواجهة نقاط النزاع الواقعية والقانونية بأسباب مفصلة واضحة سليمة لا يشوبها إجمال وتعميم ولا إبهام وتجهيل ولا تخاذل وتهاثر، ويضمن الحكم ردا سائفاً على الدفع الجوهرية، فتكون أسباب الحكم صورة بل مرآة لما اختلج في نفس القاضي عند إصداره تفصح في ذاتها عن سبب النطق به وذلك حتى يصدر الحكم ناطقا بعدله وموافقته للقانون والنزاهة والضمير اليقظ.

وتتلور أهمية البحث في كونه يوضح تلك العيوب التي تزلزل كيان الأحكام وتسبب في إبطالها، فلا بد أن يكون القاضي على بصيرة من هذه العيوب قبل إصدار حكمه وقد حصرت البحث في عيوب التسبب ولم أضمنه عيوب الحكم بصفة عامة حيث إن عيوب التسبب أدق ما يرد على الحكم من مأخذ، بل وأهم وأكثر العيوب نسفاً للأحكام.



الجزئي.

أما المبحث الرابع؛ ففصلت فيه الغموض والإبهام وجزاء عيوب الأسباب.

وبعد ذلك كانت الخاتمة التي لخصت فيها البحث.

الفصل الأول: ضوابط تسبب الأحكام القضائية:

يقصد بتسبب الحكم بيان الأسانيد الواقعية والقانونية للحكم، وأسباب الحكم الواقعية هي الوقائع وأدلة الإثبات التي يستند إليها الحكم في تقرير وجود أو عدم وجود الواقعة محل النزاع، أو بيان الوقائع الرئيسية في الدعوى التي تحققت منها المحكمة وبنيت حكمها عليها، أما الأسباب القانونية للحكم فهي القاعدة القانونية أو نص القانون الذي يصدر الحكم تطبيقاً له^١.

وقد أرسى المشرع ومثله الفقه والقضاء ضوابط تتصل بتسبب الأحكام فقد جاءت المادة (١٧٢) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني^٢، والمادة رقم (١٧٨) من قانون الإجراءات المصري^٣ متفقة في رسم هيكلية الحكم التي يجب على القاضي أن ينتهجها ليصدر حكماً سليماً مشتملاً على جميع أجزائه بصفة متناسقة ومنظمة فيساعد كل من اطلع عليه على بلورة أفكار وملاسات القضية

(١) د. أسامة الروبي قواعد الإجراءات المدنية والتجارية والتنظيم القضائي في سلطنة عمان، ط/ دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٩م، ص٥٤٤.

(٢) مجلد التشريعات، جمع وتسيق وترتيب وتدقيق المكتب الفني بالمحكمة العليا بالتعاون مع دائرة العلاقات العامة، وزارة العدل سلطنة عمان الطبعة الأولى ٢٠٠٥ الجزء الثاني، ص٢٨، وهي نفس المادة (١١٦) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي، انظر التشريعات الكويتية، قانون المرافعات المدنية والتجارية جمعية المحامين ج١١ ص٧٩.

(٣) الموسوعة الشاملة في التعلق على قانون المرافعات، للدكتور أحمد مليجي المجلد الثالث ط٢، ص ٩٠، وتسبب الأحكام الجزائية للقاضي محمود خليفة طاهر، ص١٠.

وقد كان من بين أهم الدراسات السابقة في مجال تسبب الأحكام كتاب تسبب الأحكام المدنية والجنائية في ضوء الفقه والقضاء لعبد الحميد الشواربي، وتسبب الأحكام وفقاً لأصول المحاكمات المدنية تأليف يوسف محمد المصاروة.

وقد جعلت خطة البحث حسب التالي:

صدرته بمقدمة ثم الفصل الأول الذي تحدث عن ضوابط تسبب الأحكام، ثم فصل في عيوب التسبب قسمته لأربعة مباحث ثم بعد ذلك الخاتمة.

- الفصل الأول: تكلمت فيه عن ضوابط تسبب الأحكام القضائية، حيث قسمته إلى أربعة مباحث، فكان المبحث الأول يدور حول احتواء الأسباب على سرد وقائع الدعوى الكاملة دون خطأ أو تحريف، وأما المبحث الثاني فحول تضمين الأسباب على الاستخلاص الصحيح من وقائع الدعوى، واستناد الحكم على أدلة إثبات غير مناقضة للثابت بهذه الأدلة، والمبحث الثالث حول تضمين الأسباب للتكييف الصحيح للوقائع وإرساء القاعدة القانونية، والمبحث الرابع فكان حول منطوق الحكم واتساقه مع الأسباب، ثم شرعت في صلب موضوع البحث حيث الفصل الثاني والذي حمل عنوان: ما يرد على الأسباب من عيوب، والذي اشتمل على أربعة مباحث، وقد كان المبحث الأول عن تناقض الأسباب، أما البحث الثاني فكان عن فساد الاستدلال وعدم منطقية التسبب، وقد بحثت في المبحث الثالث انعدام الأسباب الكلي والجزئي، حيث جعلت المطلب الأول في التمييز بين انعدام الأسباب وبين قصور التسبب، وتكلمت في المطلب الثاني عن صور انعدام الأسباب، ثم قسمته لفرعين الفرع الأول يتحدث عن الانعدام الكلي، والفرع الثاني فحول الانعدام

على أسباب قضاء المحكمة فيه ، فإنه يكفي لتحقيق هذه الغاية أن يشتمل الحكم على عرض وجيز لوقائع النزاع، وإجمال للجوهري من دفاع طرفيه ، ثم إيراد الأسباب التي تحمل قضاء المحكمة فيه ، وكل تجاوز لهذا القدر الواجب في التسبب هو تزيد لا غناية فيه ولا طائل من ورائه ، ولقد جرى قانون المرافعات المصري السابق على الإسهاب و الإسراف في تعديد العناصر التي ينبغي أن يشتمل عليها الحكم القضائي فأوجبت المادة رقم (١٧٨) مرافعات مصري) أن يشتمل الحكم بجانب البيانات العامة المتصلة بأسماء الخصوم وصفاتهم على ما قدموه من دفاع ودفع ، وخلاصة ما استندوا إليه من الأدلة الواقعية والحجج القانونية، ومراحل الدعوى ورأي النيابة ثم بعد ذلك أسباب الحكم ومنطوقه .

وإليك تفصيل لأهم ضوابط التسبب خلال المباحث الآتية:-

المبحث الأول: احتواء الأسباب على سرد وقائع الدعوى الكاملة دون خطأ أو تحريف:

يجب أن يشتمل الحكم على عرض مجمل لوقائع الدعوى يبين من خلاله أسماء الخصوم وألقابهم وصفاتهم وموطن كل منهم وحضورهم وغيابهم^٢، وطلباتهم وخلاصة موجزة لدفاعهم ودفعهم الجهرية، وأما بالنسبة للأحكام الفرعية كالحكم بنذب خبير فيكتفى فيها بذكر الوقائع المتعلقة بها وحدها، كما لا يلزم تسبب الأحكام غير القطعية المتعلقة بإجراءات الإثبات أو بسير الدعوى، لأن مجرد النطق بها يفصح في ذاته عن سبب إصدارها، وأن هذه الأحكام لا تقبل الطعن المباشر، كما أن الحكم بإجراءات الإثبات غير قطعي تملك المحكمة

(٢) أوجه الطعن بالنقض في تسبب الأحكام المدنية والتجارية (الفقه والقضاء) لعبد الحميد الشواربي ط٢٠٠٤ منشأة المعارف الإسكندرية، مصر ص٨٦.

وصولاً إلى النتيجة حيث بيننا أنه:- «يجب أن يبين في الحكم المحكمة التي أصدرته وتاريخ ومكان إصداره وما إذا كان صادراً في مادة مدنية أو تجارية أو غيرها، وأسماء القضاة الذين سمعوا المرافعة واشتركوا في الحكم وحضروا النطق به، وعضو الادعاء العام الذي أبدى رأيه في القضية إذا كان، وأسماء الخصوم وقبائلهم أو ألقابهم وصفاتهم وموطن كل منهم وحضورهم أو غيابهم، كما يجب أن يشتمل الحكم على عرض مجمل لوقائع الدعوى ثم طلبات الخصوم، وخلاصة موجزة لدفعهم ودفاعهم الجوهري، ورأي الادعاء العام إن كان، ثم بعد ذلك أسباب الحكم ومنطوقه.

والقصور في أسباب الحكم الواقعية، والنقص أو الخطأ الذي يؤدي إلى التجهيل بالخصوم وصفاتهم أو بالقضاة الذين اشتركوا في إصداره يترتب عليه البطلان في الحكم^١.

فهذه المادة ترسم القواعد الأساسية للحكم فلا بد للقضاة من الاعتناء بها^٢.

وقد عالج المشرع في المادة آفة الذكر مشكلة من أبرز المشاكل التي ترهق القضاء وتقتطع الكثير من وقته وجهده وهي مشكلة الإسراف في تسبب الأحكام، وفيما ينبغي أن يشتمل عليه الحكم القضائي من عناصر وبيانات.

وإذا كانت الغاية الأساسية من تسبب الحكم هي توفير الرقابة على عمل القاضي، والتحقق من حسن استيعابه لوقائع النزاع ، ودفاع طرفيه ، والوقوف

(١) أصول المرافعات المدنية والتجارية في القانون العماني، د. خليفة بن محمد الحضرمي ط٢٠٠٢ ص٢٦٤ والموسوعة الشاملة في التعليق على قانون المرافعات ج٢ ص٩ ومجلد التشريعات العماني ج٢ ص٢٨ .

(٢) تسبب الأحكام الجزائية، تأليف القاضي محمود خليفة طاهر، سلطنة عمان، ص١٠.



على الحكم المطعون فيه^١؛ فالوقائع ثابتة في الأغلب من الأحوال وإنما ما يتغير هو الفكر القانوني أو فهم المحكمة الأعلى درجة لحكم القانون ومن هنا كانت تسمية المحكمة العليا بأنها محكمة قانون لا موضوع، وإذا كان بمقدور محكمة الاستئناف والمحكمة العليا أن تحيلا في شأن بيان الوقائع على الحكم المطعون فيه فإن إسهابهما في بيان الواقعة بأسباب حكمها دون ضرورة لذلك يعد إسهابا في غير موضعه، أما محكمة أول درجة فإنها إن أفاضت في بيان الأسباب وأسهب في سرد الوقائع فإنه يمكن أن تغض الطرف عن هذه الإطالة لأن حرص محكمة الموضوع على إيضاح الواقعة في حكمها قد يؤدي بها إلى بعض الإطالة المتسامح فيها بخلاف ما إذا كانت هذه الإطالة قد أتت من محكمة ثاني درجة أو من المحكمة العليا.

وقد تقدم أن الحكم يمكن أن يحيل في شأن الوقائع على ما أورده حكم آخر سواء أصدر من ذات المحكمة أو من غيرها ولكن الإحالة يجب أن لا تكون بغير ضوابط فالإحالة قد تكون ضرورية في بعض المواضع لتجنب التكرار؛ ولكن الإكثار من الإحالة بصفة عامة قد يجعل الحكم غامضا معقدا مما يقتضي الكثير من الجهد لفهمه، وقد تكون الإحالة ناقصة ويتحقق ذلك إذا لم يستوعب القاضي كل ما يريد الإحالة إليه؛ وتطبيقا لذلك فإنه إذا أحال الحكم في بيان دليل الإدانة إلى محضر ضبط الواقعة دون بيان مضمون أوجه الاستدلال به فإن هذه الإحالة تعد غير كافية بالقضاء بالإدانة^٧.

العدول عنه عملا بالمادة الثامنة من قانون الإثبات العماني والتاسعة من قانون الإثبات المصري بشرط أن تبين أسباب العدول في المحضر، وأن المحكمة تملك أن لا تأخذ بنتيجة الإجراء، بشرط أن تبين سبب ذلك في حكمها، وبشرط أن لا يصدر قضاء قطعي بهذا الصدد^١.

ويجب سرد وقائع الدعوى دون خطأ أو تحريف، كما أوردت المادتان رقم (١٧٢) مرافعات عماني^٢ و(١٧٨) مرافعات مصري^٣ ترتيبا بشأن البيانات التي يجب تدوينها في الحكم، إلا أن ذلك ليس ترتيبا حتميا فلا يترتب البطلان عند الإخلال به، ولا يعيب الحكم عدم ذكر نصوص المستندات التي اعتمد عليها ما دامت هذه المستندات كانت مقدمة إلى المحكمة، ومبينة في مذكرات الخصوم مما يكفي معه مجرد الإشارة إليها^٤.

وإذا كان كل حكم مستوفيا في ذاته جميع أسبابه، فلا تصلح الإحالة في تسببه على ما جاء في ورقة أخرى، غير أن الفقه أجاز الإحالة في سرد وقائع الدعوى أو بعضها على حكم فرعي أو موضوعي^٥، كما أنه من الجائز أن تحيل محكمة الاستئناف على حكم محكمة أول درجة في صدد بيان الوقائع وأيضا فإن المحكمة العليا تلجأ إلى الإحالة في بيان الواقعة

(١) قيم وتقاليذ القضاء لفتيحه محمود قره المعهد العالي للعلوم القضائية دبي ص ٢٠ وأوجه الطعن بالنقض في تسبب الأحكام المدنية والتجارية ص ٨٦.

(٢) قانون الإجراءات المدنية والتجارية سلطنة عمان وزارة العدل، مسقط، صدر بتاريخ ٢٢ ذي الحجة ١٤٢٢هـ الموافق ٦ مارس ٢٠٠٢م ونشر بالجريدة الرسمية ١٧ مارس ٢٠٠٢م ص ٦٣ وهي نفس المادة (١١٦) مرافعات كويتي ص ٧٩ من مجموعة التشريعات الكويتية.

(٣) التعليق على قانون المرافعات والإثبات والتحكيم ص ٦٢.

(٤) الموسوعة الشاملة في التعليق على قانون المرافعات لأحمد مليجي ج ٢ ص ٩٩. ونظرية الأحكام في قانون المرافعات لأحمد أبو الوفاء ص ١٨٢.

(٥) أوجه الطعن بالنقض في تسبب الأحكام المدنية والتجارية (الفقه والقضاء) ص ٨٧.

(٦) د. أسامة الروبي قواعد الإجراءات المدنية والتجارية والتنظيم القضائي في سلطنة عمان، ط/ دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٩م، ص ٤٢٠.

(٧) المجلة القضائية الصادرة عن المكتب الفني بالمحكمة العليا بسلطنة عمان العدد الأول ٢٠١٠م والعدد الثاني ٢٠١١م، ص ٧٤.

لا يكون قد حصل التمسك بعدم الاعتداد بتقرير الخبير لمخالفته ما أمرت به المحكمة^٢، وأن لا يكون أحد الخصوم قد تقدم بأدلة جوهرية بعد صدور التقرير المحال عليه، وإذا كانت المحكمة قد رأت عدم الأخذ بتقرير الخبير فلا ينبغي لها أن تعتمد في حكمها على دليل مستمد من هذا التقرير^٣.

المبحث الثاني : تضمين الأسباب الاستخلاص الصحيح من وقائع الدعوى، واستناد الحكم على أدلة إثبات غير مناقضة للثابت بهذه الأدلة :

استخلاص الواقع في الدعوى هو التحقق والتثبت من الوجود المادي لوقائعها المدعاة، وللقاضي في سبيل الوصول إلى ذلك أن يأمر بأي إجراء من إجراءات الإثبات من تلقاء نفسه لأنه مكلف بالحكم في الدعوى، ولا يتمكن من ذلك دون اقتناع بما يرتاح إليه من نتائج التحقيق الذي يرى لزوم الأمر إليه، ولا يلزم ببيان أمره بذلك الإجراء، كما أن للمحكمة أن تعدل عما أمرت به من إجراءات الإثبات دون إبداء أي أسباب إلا في الحضر^٤.

وللمحكمة - ولو من تلقاء نفسها- أن لا تجيب الخصوم لطلباتهم غير المنتجة في الدعوى وقد قضت المحكمة العليا في الطعن رقم ٢٤٦/٢٠٠٦م بعدم إجابة طالب اليمين لطلبه لكونها غير منتجة في

(٢) موسوعة المرافعات المدنية والتجارية لأنور طلبه ج٢ ص ١٢٤.

(٤) الموسوعة الشاملة في التعليق على قانون المرافعات ج٢ ص ٧٨.

(٥) وذلك إذا كان الإجراء قد اتخذ بناء على طلب الخصوم، أما إذا كان الإجراء قد اتخذ من قبل المحكمة فلها العدول عنه دون ذكر أي سبب حتى في المحضر وذلك عملاً بالمادة التاسعة من قانون الإثبات المصري والمادة الثامنة من قانون الإثبات العماني الناصة على أنه: " للمحكمة أن تعدل بقرار تثبته في محضر الجلسة عما أمرت به من إجراءات الإثبات بشرط أن تبين أسباب العدول بالمحضر، إلا إذا كان العدول عن إجراء اتخذته من نفسها بغير طلب من الخصوم، ويجوز للمحكمة ألا تأخذ بنتيجة إجراء الإثبات بشرط أن تبين أسباب ذلك في حكمها، انظر الموسوعة الشاملة لأحكام محكمة النقض جميع الدوائر لعبد المنعم الشربيني ط١ ٢٠٠١ ج٢ ص ٥٢٨

كما يجب أن يكون الحكم مستكملاً بذاته لشروط صحته فلا يقبل تكملة ما نقص فيه من البيانات الجوهرية التي يستلزمها القانون لصحته بأي دليل غير مستمد منه؛ فإذا أغفل الحكم مثلاً ذكر اسم عضو النيابة (الادعاء العام) الذي أبدى رأيه في القضية فإنه لا يغني عن هذا البيان تقديم ورقة أخرى ولو كانت رسمية تفيد أن عضو الادعاء العام الوارد اسمه في ديباجة الحكم ضمن تشكيل الهيئة التي نظرت الدعوى.

واستخلاص الواقع في الدعوى هو التحقق والتثبت من الوجود المادي لوقائعها المدعاة، ويتعين احترام القواعد الموضوعية في الإثبات، والرد على أدلة الخصوم الجوهرية التي لم تعتمد عليها في حكمها^٥، ويجب أن تكون الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالدعوى منتجة فيها وجائز قبولها، ولا مجال لإثبات الوقائع المعترف بها من الخصوم، أو المتفق عليها فيما بينهم، ولا مجال لإثبات الوقائع التي يكون القانون قد أعفى عن إثباتها، ولا يقضي القاضي بعلمه^٦، كما لا يقضي به في المسائل الفنية إلا بعد بيان المصدر الفني الذي استقى منه ما قرره، غير أن المعلومات العامة المستقاة من خبرة القاضي بالشؤون العامة المفروض إمام الكافة بها فلا تعد من قبيل المعلومات الشخصية المحظور على القاضي أن يبني حكمه عليها، ولا يجوز إقامة الحكم على واقعة لا سند لها في أوراق الدعوى وإلا بطل الحكم، كما تجوز الإحالة إلى تقرير خبير الدعوى بشرط أن تقرر المحكمة في أسباب حكمها أسباب هذه الإحالة، وأن يكون التقرير المحال إليه صحيحاً لم يتمسك خصم ببطلانه، وأن

(١) موسوعة المرافعات المدنية والتجارية ج٢ ص ١١٤، والتشريعات الكويتية ج١ ص ٣٠٩.

(٢) نقض (٢٦/١٠/١٩٥٢ طعن ٥٦ سنة ٢١ق) الموسوعة الشاملة في التعليق على قانون المرافعات ج٢ ص ٧٨.



النتيجة التي انتهى إليها»^٢، كما قضت بأن: «إغفال المحكمة الرد على الدفاع الجوهرى أثره البطلان، وبينت بأن إغفال المحكمة الرد على الدفاع الجوهرى الذي قد يتغير به وجه الرأي يترتب عليه قصور مبطل للحكم، لما كان ما تقدم وكانت الطاعنة قد تمسكت أمام محكمة الاستئناف بصحيفة استئناف بالدفاع المبين بسبب النعي، وإذ تبين أن المحكمة لم تتعرض لهذا الدفاع إيراداً ورداً بما يعيب حكمها ويوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة للرد على باقى أسباب الطعن على أن يكون مع النقص الإحالة»^٣.

ولكن لا تثريب على المحكمة إغفالها لدفاع غير جوهرى، أو لم تجب طلب الخصم بالإحالة لخبير متى كان هذا لا يؤثر فيما تقضى فيه ولا يغير وجه الدعوى، كما أنه لا تثريب عليها إن أغفلت دفاعاً عدل عنه الخصوم صراحة أو ضمناً، ولا يلزم الرد على كل ما قاله الخصوم خاصة إذا لم يتعلق بذات موضوع الدعوى، أو كان يتطلب اتخاذ إجراءات خاصة للدعاء به، ولا يجوز للقاضي أن يبني حكمه على معلوماته الشخصية^٤.

كما لا يجوز إقامة الحكم على واقعة لا سند لها في أوراق القضية ولا تجوز إقامة الحكم على مخالفة الثابت في الأوراق أو القرائن دونما سبب يذكر.

ولا يجوز للقاضي أن يستند إلى أدلة إثبات مقدمة من الخصوم في قضية أخرى ويكون الأمر كذلك

الدعوى وقد بينت بأنه: «من الثابت قانوناً وشرعاً أن اليمين الحاسمة توجه حينما تنعدم أو تنقص البيينة طبقاً للقاعدة الثبوتية (البيينة على من ادعى واليمين على من أنكر) فإذا تقدم المدعى بالبيينات الثبوتية التي يبنى عليها دعواه فإنه لا يجوز له الاحتكام إلى ضمير خصمه طالما قدم للمحكمة المستندات اللازمة والتي تراها المحكمة كافية لتأسيس دعواه وارتأت أن الخصم متعسف في طلبها لليمين علاوة على أنها غير منتجة في الدعوى»^١.

ثم بعد ذلك في الحكم يجب تسطير الأدلة التي استندت إليها بسرد مضمونها بطريقة واضحة، مبينة مدى تأييدها للواقعة، والإخلال في هذا الربط يقع تحت رقابة المحكمة العليا (التمييز) فذكر الاختبار أو المعاينة أو أقوال الشهود دون بيان مدى تأثيرها على الواقعة وعلى النتيجة التي اقتنعت بها المحكمة يجعل الحكم معيباً بعيب القصور في التسبيب.

ولا تلزم المحكمة بلفت نظر الخصوم إلى مقتضيات دفاعهم أو تكليفهم بإقامة الدليل عليه ويجب الرد على أدلة الخصوم الجوهرية التي لم تعتمد المحكمة عليها في حكمها، وإلا اعتبر الحكم باطلاً^٢، وقد قضت المحكمة العليا في الطعن رقم ٢٠١٠/٩٢٦م الدائرة المدنية (ج) بأنه: «متى أغفل الحكم بحث دفاع أبدأه الخصم يترتب عليه بطلان الحكم إذا كان هذا الدفاع جوهرياً ومؤثراً في النتيجة التي انتهى إليها وأنه متى قدم الدفاع جوهرياً ومؤثراً في

(٢) مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة المدنية بالمحكمة العليا بسلطنة عمان والمبادئ المستخلصة منها، والصادرة عن المكتب الفني بالمحكمة العليا، ط مطابع النهضة سنة ٢٠١٠م ص ١١٤.

(٤) الطعن رقم ٢٠١١/٥٢٢م الصادر من الدائرة المدنية (ب)، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة المدنية بالمحكمة العليا بسلطنة عمان والمبادئ المستخلصة منها، والصادرة عن المكتب الفني بالمحكمة العليا، ط مطابع النهضة سنة ٢٠١٠م ص ٢١٠.

(٥) نقض (٢٦/١٠/١٩٥٢) طعن ٥٦ سنة ٢١ق) الموسوعة الشاملة في التعليق على قانون المرافعات ج٢ ص ٧٨.

(١) مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة المدنية بالمحكمة العليا بسلطنة عمان والمبادئ المستخلصة منها، والصادرة عن المكتب الفني بالمحكمة العليا، ط مطابع النهضة سنة ٢٠٠٧م ص ٦٤.

(٢) التشريعات الكويتية ج١ ص ٢٠٩ وموسوعة المرافعات المدنية والتجارية ج٢ ص ١١٤.

خاطئا لا يتماشى مع القانون^٢.
ثانيا: ويجب تكييف الدعوى في حدود الطلبات المقدمة من الخصوم ودفوعهم.
ثالثا: تعتبر القواعد القانونية الصرفة قائمة في الدعوى ومن عناصرها فتطبقها المحكمة من تلقاء نفسها وبغير حاجة إلى التمسك بها من جانب صاحب المصلحة؛ إلا ما يوجد من استثناء من حيث إنه لا تحكم المحكمة من تلقاء نفسها بإعمال الجزاء المترتب على مخالفة القواعد الإجرائية إلا إذا نص القانون على ما يخالف ذلك.

رابعا: العبرة بصدور الحكم موافقا للقانون ولو لم يذكر فيه القاعدة القانونية التي بني عليها .

خامسا: لا يعيب الحكم إغفاله ذكر مواد القانون التي طبقها على وقائع الدعوى متى كانت النصوص الواجب إعمالها مفهومة من الوقائع التي أوردتها .
سادسا: العبرة في التكييف بتوخي معاني القانون لربط فهم الواقع بها ،ولا يعتد بذات ألفاظ القانون وعبارته^٤.

هذا كما يجب على القاضي أن يفحص ما إذا كانت كل الشروط اللازمة لتطبيق القاعدة قد توفرت في وقائع الدعوى، أو بمعنى آخر أن تكون ظروف الحالة

ولو كانت هذه القضية منظورة أمامه هي الأخرى وكانت بين الخصوم أنفسهم ،فمثل هذه الأدلة لا يصح الاستناد عليها إلا إذا ضمنت ملف القضية التي يصدر فيها الحكم وأصبحت من عناصر الإثبات فيه بحيث يمكن أن يمتد إليها دفاعهم (نقض ١٧/٥/١٩٧٨ سنة ٧٨)^١.

وإذا أبديت في الاستئناف أوجه دفاع جديدة جوهرية أو دفوع شكلية وجب الرد عليها، إذا كانت أسباب الحكم الابتدائي لا تغني عن هذا الرد^٢.

المبحث الثالث: تضمين الأسباب للتكييف الصحيح من وقائع الدعوى، واستناد الحكم على أدلة إثبات غير مناقضة للثابت بهذه الأدلة :

والتكييف هو إعمال القاعدة القانونية على الواقعة وإرساؤها على ما يثبت من وقائع الدعوى، أو هو وصف هذه الوقائع وإبرازها كعناصر أو شروط أو قيود للقاعدة القانونية الواجبة التطبيق، ومن أهم القواعد الأساسية في التكييف ما يلي :

أولا: يتم تكييف الدعوى وفق الوصف المقرر لها في القانون، ولا يعتد بتكييف الخصوم لها إذا كان

(٢) وقد بينت المحكمة العليا في الطعن رقم ٢٩٥/٢٠٠٧م تجاري عليا بأن: "التكييف القانوني هو إعطاء النزاع وصفا قانونيا يسمح بتحديد القاعدة القانونية الواجبة التطبيق؛ إسباغ التكييف من وظائف المحكمة. مؤدى ذلك . المحكمة غير ملزمة بتكييف الخصوم للوقائع ، ينظر مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة التجارية بالمحكمة العليا بسلطنة عمان والمبادئ المستخلصة منها، والصادرة عن المكتب الفني بالمحكمة العليا، ط مطابع النهضة سنة ٢٠٠٨م ص٥٢.

وينظر الموسوعة الشاملة في التعليق على قانون المرافعات ج٢ص٧٩ و موسوعة المرافعات المدنية والتجارية ج٢ ص١٣٦، وأوجه الطعن بالنقض في تسبب الأحكام المدنية والجنائية (الفقه والقضاء) ص٨٨، ٨٩.

(٤) الموسوعة الشاملة في التعليق على قانون المرافعات ج٢ ص٧٩.

(١) أوجه الطعن بالنقض في تسبب الأحكام المدنية والجنائية (الفقه والقضاء) ص٨٩، موسوعة المرافعات المدنية والتجارية ج٢ ص١٣٦، والموسوعة الشاملة في التعليق على قانون المرافعات ج٢ ص٧٩.

(٢) الموسوعة الشاملة في التعليق على قانون المرافعات ج٢ ص٧٩.



هو استدلال ذهني يمثل ربط المحسوس بالمجرد، أي يتمثل في مدى التطابق بين الوقائع المعروضة، والتعريف المجرد الموضوع بالقاعدة، فالتكييف مسألة حاسمة، إذ بمقتضاه يمكن التوصية بتطبيق القاعدة القانونية على الحالة المعروضة، وبصفة عامة فإن التكييف الصحيح للوقائع، يجعل حل النزاع أمرا سهلا، كما قد ترجع ضرورة التفسير إلى احتواء القاعدة على أسباب عامة تقتضي من القاضي أن يقوم بتعريف المفاهيم المجردة والعامّة التي نص عليها القانون، ويقوم بتكملة ما يشوبه من نقض إرادي، ويجب أن يكون هذا جزءا من عملية التفسير المحددة وأن يحصر شروط تطبيق التكييف. فالتكييف والتفسير عمليتان يكمل كل منهما الآخر، فالتكييف يعني الذهاب بالواقعة المعروضة إلى مفهوم تقريبي مجرد، بينما التفسير يؤدي إلى تجسيد القاعدة بإنزال حكمها على الواقعة، فالتكييف يسهم إذا في التفسير، وبالعكس فالتفسير يسهل بعد ذلك عملية التكييف والنتيجة التي يتوصل إليها القاضي من بحثه عن وجود الوقائع وتكييفها، وتفسير القاعدة القانونية يتمثل في تحديد الأساس القانوني للطلبات، وهذا الأساس قد يطبق أو لا يطبق، حسب الإجابة، فإن القاضي يستنتج ما إذا كان الأثر القانوني للقاعدة يجب أن يلعب دوره أم لا؟ ومن كل ذلك يمكن أن يقرر نظر الادعاء المطروح أم رفض الادعاء، وكل هذه الاستدلالات يجب أن تظهر في نفس الحكم لأنها تشكل بالتحديد الأسباب، فالالتزام الفني للقاضي المتمثل في تبرير اختيار أو رفض الأساس القانوني، يرتب التزامه بالرد على بعض استدلالات الخصوم.

الخاصة متضمنة في مفترض القاعدة القانونية، فإذا تخلف أحد الشروط، فلا تطبق القاعدة ولا يكون لها أثر قانوني، ويجب أن يرفض الادعاء.

وهذا الفحص يتم بمقارنة عناصر الوقائع محل الادعاء بعناصر مفترض القاعدة وهذا النوع الأخير من العناصر يجب أن تحضر وتحدد مقدما وهذا يفترض القيام بثلاث عمليات قانونية، فيجب على القاضي أولا فحص وجود الوقائع الهامة، أي الوقائع القاطعة والمنتجة في النزاع، أو الوقائع الضرورية لتطبيق القاعدة، وهذه الدراسة لها وجهان، هل تتضمن ادعاءات المدعي كل الظروف الضرورية لتطبيق النزاع؟ وهل هذه الادعاءات تطابق الحقيقة؟ وهل هي معززة بمستندات أم فندت من قبل الخصم؟^١.

وهذا العبء سيكون صعبا ودقيقا إذا أوجب على القاضي فحص كل ما سبق بيانه، ولكن خفف إلى حد كبير من هذا العبء بواسطة مجموعة من الإعفاءات وخاصة أن القاضي يكتفي بظاهر بعض الوقائع ويأخذها كأنها حقيقة أو قرينة على الحقيقة، وذلك عندما تكون الوقائع مقبولة من الخصم وكأنها حقيقة مؤكدة، ولكن ومع عدم المنازعة فإنه يجب على القاضي أن يتأكد من الظروف الضرورية لتطبيق القاعدة بأنها قد توفرت.

ويجب على القاضي بعد ذلك تكييف الوقائع، وعند الاقتضاء تفسير القاعدة والتكييف هو اللحظة الحاسمة في نشاط القاضي فبمقتضاه يتم المرور من الواقع إلى القانون، ولا يقتصر هذا العمل كونه مجرد عملية لغوية Operation semantique، وإنما

(١) الوجيز في الإجراءات المدنية شرح القوانين الخاصة بالتنظيم القضائي والإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، د. محمود نور عبد الهادي ط ١٩٩٥ ج ٢ ص ١٩٨.

المبحث الرابع: منطوق الحكم واتساقه مع الأسباب:

الحكم هو القرار الفاصل في موضوع الدعوى محل النزاع والنتيجة التي استخلصتها المحكمة من خلال الوقائع والظروف التي أحاطت بوقوعها ومن خلال الأدلة والمعلومات التي تم جمعها^١.

وهذا الجزء من الحكم هو أهم أجزائه، وآية أهميته أن فيه حلا للنزاع المطروح في حين أن التعليل يهدف فقط لتبرير هذا الحل المنتهى إليه^٢، كما أنه يكون متضمنا لتحديد حقوق كل خصم في الأمور المحكوم بها، لذلك فهو الذي يحوز الحجية وهو الذي يطعن فيه المحكوم عليه^٣، وهو الذي يجب أن يتلى شفويا في الجلسة^٤.

ولا بد لصحة الحكم من أن يتسق منطوق الحكم مع الأسباب فيجب أن يتوافر رباط منطقي بين الحكم وأسبابه حتى يكون المنطوق مبنيا على أسبابه ومدعما بها، ومن ثم يعيب الحكم تناقض منطوقه مع الأسباب، وإذا تناقضت الأسباب مع المنطوق بحيث يعد مجردا من الأسباب فإنه يبطل، لكن للقول بوجود تناقض ناسف للحكم لا بد من النظر إلى ما استند إليه الحكم، وليس إلى العبارات التي قد ترد في الحكم أثناء سرد دفاع الخصوم، ولو حدث السرد على نحو يوحى باقتناع المحكمة به^٥.

وكذلك تناقض أسباب الحكم تبطل الحكم إذا أدى التناقض إلى اعتبار الحكم خاليا من الأسباب التي تبرره وهو الأمر الذي درج عليه عمل المحكمة العليا بسلطنة عمان^٦ ومحكمة النقض المصرية؛ وذلك إذا أدى التناقض إلى ما تتماهى به الأسباب بحيث لا يبقى بعدها ما يمكن حمل الحكم عليه، أو بحيث لا يمكن معه أن يفهم على أي أساس قضت المحكمة بما قضت به في المنطوق.

وإذا نظرنا إلى الحكم بصفة عامة فإنه يشترط لصحته عدة شروط وهي:

أولاً: أن ينطق بالحكم علنا، فقبل النطق به علانية لا يكون للحكم وجود، فلو نطق به في جلسة سرية يكون باطلا^٧.

ثانياً: أن يكون الحكم الصادر والموقع عليه من قبل القضاة وكاتب الجلسة مطابقا لما نطق به القاضي في جلسة الحكم، أما إذا تعارض الحكم المكتوب مع منطوق الحكم فإنه يقع باطلا، إلا إذا تعلق الأمر بخطأ مادي يمكن تصحيحه.

ثالثاً: أن يتوفر رباط منطقي بين الأسباب والمنطوق، فلا يوجد تعارض بينهما، ومن ثم يعيب الحكم

(٦) من ذلك حكم المحكمة العليا في الطعن رقم ٢٠١١/٢١ الدائرة الجزائرية، حيث قضت بأنه: التناقض الذي يعيب الحكم هو الذي تتماهى به الأسباب بحيث لا يبقى ما يمكن حمل الحكم عليه أو ما يكون واقعا من الأسباب بحيث لا يمكن أن يفهم على أي أساس قضت المحكمة بما قضت به في منطوقه ينظر مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائرية بالمحكمة العليا بسلطنة عمان والمبادئ المستخلصة منها، والصادرة عن المكتب الفني بالمحكمة العليا، ط مطابع النهضة سنة ٢٠١١م ص ٩٥.

(٧) الوسيط في شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية ج ٢ ص ٢٠٢، ٢٠١.

(١) الوسيط في شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، د. محمد علي سالم الحلبي ط ١٩٩٦م مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ج ٢ ص ٢٠٢، ٢٠١.

(٢) الوسيط في أصول المحاكمات المدنية للمحامي حلمي الحجار ط ٥ سنة ٢٠٠٢ بيروت لبنان ص ٢٣٩.

(٣) الموسوعة الشاملة في التعليق على قانون المرافعات ج ٢ ص ١٧٨، وتسيبب الأحكام الجزائية ص ١٢.

(٤) أوجه الطعن بالنقض في تسيبب الأحكام المدنية والجنائية ص ٩٠.

(٥) قيم وتقاليد القضاء ص ٣٢ والموسوعة الشاملة في التعليق على قانون المرافعات ج ٢ ص ٨٠.



الفرع الثاني : صور التعارض:

يرد التعارض الذي يؤدي إلى فساد الحكم على عدة صور وهي:

الصورة الأولى: تناقض أسباب الحكم فيما بينها: وذلك بأن يقع التناقض بين أسباب الحكم الواحد، بحيث لا يمكن أن يفهم على أي أساس قضت المحكمة بما قضت به، فيصبح الحكم كأنه خال من الأسباب، وفي هذه الحالة نجد أن المحكمة العليا بسلطنة عمان ومحكمة النقض المصرية تبطلا الحكم^٢، ومن ذلك ما قضت به المحكمة العليا في الطعن رقم ٢٠١١/٣١م جزائي عليا حيث قضت بأنه: «التناقض الذي يعيب الحكم هو الذي تتماحي به الأسباب بحيث لا يبقى ما يمكن حمل الحكم عليه أو ما يكون واقعا من الأسباب بحيث لا يمكن أن يفهم على أي أساس قضت المحكمة بما قضت به في منطوقه؛ ذلك لأن قانون الإجراءات الجزائية قد أوجب في المادة (٢٢٠) منه أن يشتمل كل حكم بالإدانة على بيان الواقعة المستوجبة للعقوبة ببيانات تتحقق بها أركان الجريمة والظروف التي وقعت فيها والأدلة التي استخلصت منها المحكمة الإدانة حتى يتضح وجه استدلاله بها وسلامة مأخذها تمكينا للمحكمة العليا من مراقبة صحة التطبيق القانوني على الواقعة كما صار إثباتها بالحكم وإلا كان قاصرا ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد اكتفى بذكر الدليل الذي استند إليه - في إدانة الطاعن - وهو تقرير مخطط الحادث ولم يورد مضمونه ولم يبين وجه استدلاله على ثبوت التهمة بعناصرها القانونية كافة ، فإن الحكم يكون معيبا بما يبطله فضلا عن أن المقرر قضاءً بأن التناقض الذي يعيب الحكم هو الذي تتماحي به الأسباب بحيث لا يبقى

(٢) أوجه الطعن بالنقض ص ٢٢٩.

تناقض منطوقه مع أسبابه^١.

رابعا: أن يتضمن منطوق الحكم الفصل في جميع الطلبات المقدمة للمحكمة.

خامسا: أن الفصل في الطلبات بصورة صريحة وليست ضمنية، إلا أنه يجوز أن يفصل في بعضها ضمنا إذا كان مقررًا صراحة في بعض الطلبات ومن شأنه أن يستفاد بالضرورة المنطقية الفصل في سائر الطلبات على وجه معين^٢.

الفصل الثاني : ما يرد على الأسباب من عيوب :

المبحث الأول : تناقض الأسباب القضائية:

المطلب الأول : التناقض تعريفه وصوره:

الفرع الأول : تعريف التناقض:

من الممكن أن أعرفه فأقول: هو أن يرد في الحكم التعارض المؤدي إلى تهدم الحكم ببعضه البعض، سواء ورد هذا التعارض بين الأسباب، أو تعارضت الأسباب مع منطوق الحكم.

(١) وقد قضت المحكمة العليا في الطعن رقم ٢٠٠٩/٦٦م جزائي حيث قضت بأن: "اتجاه الأسباب إلى ما يخالف المنطوق بحيث تعذر إقامة المنطوق على هذه الأسباب فلم يعد المنطوق هو الخلاصة المنطقية لأسباب الحكم يتحقق به التناقض ، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد أحال على أسباب حكم محكمة أول درجة واعتبرها بمثابة أسباب لحكمه ولم تكن كافية لحمل قضائه بما اعتورها من تناقض بين وجوهي ولم تتضمن الرد المسقط لأسباب الاستئناف فإن الحكم المطعون فيه يكون معيبا بما يبطله ويستوجب نقضه بالنسبة للطاعن ، ينظر مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائرية بالمحكمة العليا بسلطنة عمان والمبادئ المستخلصة منها، والصادرة عن المكتب الفني بالمحكمة العليا، ط مطابع النهضة سنة ٢٠٠٨م، ص ١٢٠.

(٢) وقد قضت المحكمة العليا في الطعن رقمي ٥٨ ، ٢٠٠٩/٥٩ جزائي عليا بأن: " محكمة الموضوع غير ملزمة بالرد على كافة مناحي الدفاع الموضوعي وما يثار من شبهات؛ شرطه: أن يستفاد الرد ضمنا من القضاء بالإدانة" ينظر مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائرية بالمحكمة العليا بسلطنة عمان والمبادئ المستخلصة منها، والصادرة عن المكتب الفني بالمحكمة العليا، ط مطابع النهضة سنة ٢٠١٠م، ص ١٢٠.

المتهم للوقوع فيما وقع إلا أنها تحكم بالإدانة) مما يعني أن في ذهن المحكمة صورتين متناقضتين عن واقعة الدعوى وأسبابها، الصورة الأولى أن الطاعن هو وحده المتسبب في الحادث لقيادته المركبة بسرعة أكثر مما هو مقرر قانوناً، والصورة الثانية أن سبب الحادث هو محاولة تقاضي الطاعن الاصطدام بشخصين ظهرا أمامه فجأة مما يعني اضطرار المتهم للوقوع في ما وقع وهذا ما لا يستقيم معه ببيان الحكم المطعون فيه لما أصابه من تناقض في تشكيل عقيدة المحكمة تجاه الواقعة محل الطعن وانعكس ذلك في الأسباب التي أقام عليها الحكم قضاءه، لما كان ذلك وكان ما تقدم يتعين القضاء بقبول الطعن شكلاً وفي الموضوع بنقض الحكم المطعون فيه^١.

أما التناقض بين أسباب حكم تمهيدي صادر في الدعوى وبين أسباب حكم آخر قطعي فيها فلا إبطال معه.

الصورة الثانية: أن يكون منطوق الحكم مناقضاً للأسباب.

الصورة الثالثة: أن يقع التناقض بين أجزاء المنطوق.

الصورة الرابعة: التناقض بين الثابت في الأوراق والأسباب.

المطلب الثاني: شروط التناقض المؤدي إلى انعدام الأسباب:

يشترط لاعتبار التناقض مؤدياً لانعدام التسبب توافر خمسة شروط وهي:

أولاً : أن يقع التناقض بين ما يعد سبباً بالمعنى

ما يمكن حمل الحكم عليه ، أو ما يكون واقعاً من الأسباب بحيث لا يمكن أن يفهم على أي أساس قضت المحكمة بما قضت به في منطوقه، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه بعد أن بين واقعة الدعوى وما استند عليه في قضائه بقوله (وحيث باشرت المحكمة نظر الدعوى على النحو الوارد بمحاضر جلساتها كان آخرها بتاريخ ٢/١٠/٢٠١٠م والتي قررت فيها المحكمة حجز الدعوى للحكم بالجلسة المبينة بطالع هذا الفصل وحيث حضر المتهم بنفس الجلسة وبسؤاله عن التهمة المنسوبة إليه أفاد بأن سرعته كانت في حدود ١١٠ مائة وعشرة كيلومترات في الساعة وأن سبب الحادث هو ظهور شخصين أمامه وحاول تقاديهما ولكن اصطدم بالرصيف ثم تدهورت السيارة واقتحمت الشارع الثاني فوق الحادث.... وحيث إن المحكمة وبالاطلاع على تقرير مخطط الحادث والرسم التخطيطي المرفق بالملف ومن خلال الشرح لطريقة ونوع الحادث واقتحام السيارة إلى الشارع الثاني بعد اصطدامها بالرصيف ومجريات التحقيق التي اعترف المتهم باصطدامه للرصيف ثم انتقال السيارة إلى الشارع الثاني مما يعطي صورة واضحة بأن السرعة التي كان يقودها بها المتهم هي أكثر مما هو مقرر قانوناً وبذلك يكون قد وقع في المخالفة الفعلية لنص المادة (١/٥٠) من قانون المرور لوفاء المجني عليهم الهالكين يكون بذلك مستحقاً لوصف الجناية واستحقاق العقوبة المقررة قانوناً بموجب المخالفة للمادة المذكورة مما تتجه معه المحكمة إلى تطبيق نص المادة في حقه ..) وأورد بالفقرة التالية قوله (ولظروف المتهم الاقتصادية والاجتماعية ولوجود الشهادة المرفقة والتي تجعلها المحكمة قرينة مساندة لصحة دعوى المتهم من أن سبب وقوع الحادث هو محاولة تقاديه الاصطدام بشخصين ظهرا أمامه فجأة مما يعني اضطرار

(١) مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا بسلطنة عمان والمبادئ المستخلصة منها، ص ٩٥.



أسبابه إذا كان التناقض المدعى به واقعا في أسباب لو طرحت لبقى الحكم قائما على أسباب أخرى تبرر ما قضي به^١.

رابعاً : أن ينصب التناقض على الأسباب الواقعية، فلا تأثير للتناقض بين الأسباب القانونية، أو بينها وبين الأسباب الواقعية، إذ تمتلك محكمة النقض أن تستبدل السبب القانوني الصحيح بالسبب القانوني الخاطئ.

خامساً : أن يكون التناقض بين أسباب الحكم المنهي للخصومة.

فالتناقض الذي يعدم الأسباب هو الذي يرد على أسباب الحكم المنهي للخصومة فيما بينهما، وعلى ذلك يخرج من التناقض الذي يعدم وجود الأسباب ذلك التناقض الذي قد يحدث بين أسباب الحكم غير المنهية للخصومة.

المطلب الثالث: التناقض بين الأسباب:

ويقصد به تعارضها وتضاربها فينتفي الاتساق والترابط بينها على نحو يهدم بعضها بعضا فتتماحى بحيث لا يبقى ما يعول عليه، فيصير الحكم في هذه الحالة كالحالي من الأسباب، حيث تتضمن هذه الأسباب لاتجاهين متضاربين بحيث يتفق أحدهما مع المنطوق الذي يعتبر مبنيا على هذا الاتجاه، ولا تقوم له قائمة بدونه بينما يكون الاتجاه الآخر مناقضا ومغايرا تماما للاتجاه الأول بحيث إذا اقتصرت الأسباب على الاتجاه الآخر لكانت منبثة الصلة عن منطوق الحكم، كما إذا ذكر الحكم في دعوى التعويض أن المدعى عليه قد ارتكب الخطأ ثم عاد بعد ذلك وقرر أن ما حدث من المتهم لا يشكل خطأ^٢ فيتربط على تناقض الأسباب تماحيها

الفني وبين سبب آخر، أو بينه وبين المنطوق، أما ما يرد ذكره في الأسباب بصورة عابرة أو سردا لدفاع الخصوم أو مجرد نتيجة خطأ مادي، فإنه لا يعد تناقضا يعيب الحكم^١، فلا يصح أن يهدم الحكم لمجرد عبارة وردت لغوا أو خطأ في الحساب فالأمر لا يتعلق بمخالفة قاعدة قانونية حتى تراقبها المحكمة العليا، كما أن للمحكمة التي أصدرت الحكم أن تصحح من تلقاء نفسها ما قد يقع فيه من أخطاء مادية أو مطبعية أو حسابية، فقد جاءت المادة رقم (١٧٨) من قانون الإجراءات المدني والتجاري العماني مقررة ذلك حيث نصت على أنه: «تتولى المحكمة تصحيح ما يقع في حكمها من أخطاء بحتة كتابية أو حسابية، وذلك بقرار تصدره من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم من غير مرافعة ويجري أمين السر هنا التصحيح على نسخة الحكم الأصلية ويوقع هو ورئيس الجلسة».

ثانياً : أن يكون التناقض ثابتا ومؤكدا، فمجرد العبارات التي توهم بوجود التناقض لا أثر لها في وصف الحكم بالتناقض، فالعبرة ليست بما يظهر من ما يوهم بالتناقض، وإنما العبرة بالتناقض جوهرها فهو المقصود.

ثالثاً : أن يكون التناقض بين الأسباب الجوهرية للحكم، والتي تعتبر بمثابة دعائم لحمل الحكم، فلا تأثير للأسباب الزائدة أو الأسباب الثانوية التي يمكن أن يقوم الحكم بدونها^٢.

وقد نصت على ذلك محكمة النقض المصرية حين قالت:

”لا يقبل الطعن في الحكم بوجود تناقض في

(١) موسوعة المرافعات المدنية والتجارية، ج٢ ط دار المطبوعات الجامعية ص٢٤٩، تقنين المرافعات في ضوء القضاء والفقهاء ص١٠٨٨.

(٢) التعليق على قانون المرافعات ج١ ص١٧٧٨.

(٢) التعليق على قانون المرافعات ج١ ص١٧٧٨.

التسبب بعدم كفايته، وهو يتعلق بأسباب موجودة فعلاً ولكنها غير كافية لتبرير ما خلص إليه الحكم في منطوقه، أما تناقض الأسباب فإنه يؤدي إلى تماحي هذه الأسباب وانعدامها.

هذا وقد حرصت بعض التشريعات على النص صراحة على أن تناقض الأسباب يؤدي إلى جواز الطعن في الحكم شأنه شأن عيوب التسبب الأخرى كعدم كفاية التسبب.

المطلب الرابع: تناقض الأسباب مع الثابت في الأوراق:

وكما يقع التعارض بين الأسباب فيما بينها أو بينها ومنطوق الحكم، كذلك يقع التعارض بين الثابت في الأوراق ومحاضر الجلسات مع ما يكون في الأسباب، لكن هذا وإن كان عيباً إلا أنه لا يرقى إلى إبطال الحكم بل يعول على ما أثبتته الأسباب، فهو الفيصل، وهذا الذي استقر عليه قضاء محكمة النقض المصرية، حيث تواترت المبادئ القضائية المؤسسة لذلك ومنه ما صدرته في سنة ١٩٧٩م.

المطلب الخامس: تناقض الأسباب مع منطوق الحكم:

وذلك بأن يكون التناقض بين الأسباب والمنطوق بحيث لا يمكن حمل الحكم على أي سبب منها، ومثل هذا التناقض يفسد الحكم وذلك إذا كان تناقضاً كاملاً، وكان علاجه غير ممكن^٤، وذلك مثل إذا نفت الأسباب مسؤولية ارتكاب المدعى عليه أي خطأ ثم عاد في منطوق الحكم وقضى عليه بالتعويض.

كما أنه إذا لم يتضمن المنطوق قضاء في مسألة معينة اكتفاء بما ورد بشأنها في الأسباب فإنه لا يكون هناك تناقض بين الأسباب والمنطوق، وإنما يكون القضاء

وطرحها ويصبح الحكم خلواً من الأسباب لتعذر معرفة أي من الاتجاهين بنى عليه الخصم الذي صدر لصالحه أن يطلب الاكتفاء بالأسباب التي تقيم المنطوق واستبعاد الأسباب التي تناقضه وليس للمحكمة الاستثنائية ذلك؛ إذ يتعين عليها القضاء ببطلان الحكم المستأنف دون أن تحيل إلى أسبابه لتقييم قضاءها على أسباب خاصة بها وتفصل في الدعوى من جديد، وإن كان قضاؤها يتفق مع منطوق الحكم المستأنف فإنها لا تقضي بتأييده لأن الحكم الباطل عدم؛ فلا يرد عليه تأييد وإنما تصدر المحكمة الاستثنائية حكماً مستقلاً متضمناً الأسباب التي بنى عليها المنطوق الذي خلصت إليه^١، هذا وقد ذهب الاتجاه الغالب في الفقه إلى أن التناقض يؤدي إلى الانعدام^٢، وفي ذلك قررت محكمة النقض المصرية بأن: «التناقض الذي يعيب الحكم هو ما تتماحي به الأسباب ويعارض بعضها بعضاً بحيث لا يبقى بعدها ما يمكن حمل الحكم عليه ولا يمكن معه فهم الأساس الذي أقام القاضي عليه حكمه»، وعلى هذا درج قضاء محكمة النقض المصرية، كما قضت المحكمة العليا بسلطنة عمان في الطعن رقم ٢٠١١/٣١م جزائي بأن: «التناقض الذي يعيب الحكم هو الذي تتماحي به الأسباب بحيث لا يبقى ما يمكن حمل الحكم عليه أو ما يكون واقعاً من الأسباب بحيث لا يمكن أن يفهم على أي أساس قضت المحكمة بما قضت به في منطوقه»^٣.

وذهب البعض إلى عدم الانعدامية بسبب التناقض الواقع بين الأسباب وإنما يؤدي إلى إهدار الأساس القانوني للحكم، وصحة المذهب الأول معضد بأن إهدار الأساس القانوني للحكم هو المقصود في

(١) موسوعة المرافعات المدنية والتجارية ج٢ ص ١٢٨.

(٢) تسببب الأحكام وفقاً لقانون أصول المحكمات ص ١٧٧.

(٣) مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة العمالية والتجارية بالمحكمة العليا بسلطنة عمان والمبادئ المستخلصة منها، والصادرة عن المكتب الفني بالمحكمة العليا، ط مطابع النهضة سنة ٢٠١١م ص ٥٤.

(٤) الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية ص ٦٩٦، والتعليق على قانون المرافعات ج١ ص ١٦٧.



في تلك المسألة قد ورد في الأسباب.

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه متى كانت الأسباب متعارضة مع منطوق الحكم فالعبرة بالمنطوق وحده، ويكون الحكم في هذه الحالة غير محمول على أسباب، وقائماً على غير أساس،^١ كما قضت المحكمة العليا بسلطنة عمان بأن: «اتجاه الأسباب إلى ما يخالف المنطوق بحيث تعذر إقامة المنطوق على هذه الأسباب فلم يعد المنطوق هو الخلاصة المنطقية لأسباب الحكم يتحقق به التناقض، وإذا كان الحكم المطعون فيه قد أحال على أسباب حكم محكمة أول درجة واعتبرها بمثابة أسباب لحكمه ولم تكن كافية لحمل قضائه بما اعتورها من تناقض بين وجوهي ولم تتضمن الرد المسقط لأسباب الاستئناف فإن الحكم المطعون فيه يكون معيباً بما يبطله ويستوجب نقضه بالنسبة للطاعن»^٢ وقضت أيضاً بأن: «التناقض الذي يعيب الحكم هو ... ما يكون واقعاً من الأسباب بحيث لا يمكن أن يفهم على أي أساس قضت المحكمة بما قضت به في منطوقه»^٣.

المبحث الثاني: فساد الاستدلال و عدم منطقية التسبب:

المطلب الأول: تعريف فساد الاستدلال وعدم منطقية التسبب والأمثلة عليهما:

بتعريف كل من فساد الاستدلال وعدم منطقية التسبب تتبين المفارقة بينهما فعدم منطقية

التسبب يقصد به: أن تكون الأسباب التي بنى عليها الحكم استخلاصه ليس من شأنها أن تؤدي عقلاً إلى النتيجة التي انتهى إليها الحكم، بمعنى أن لا تكون الأسباب مقدمة منطقية للحكم، وذلك مثل: ولما كان المتهم رجلاً لذا قتل المجني عليه، فالعقل والمنطق السليم يرفض مثل هذا الاستدلال إذ القتل يتصور من الرجل كما يتصور من المرأة، وأما فساد الاستدلال كما بينته محكمة النقض المصرية فيكون بانطواء الأسباب على عيب يمس سلامة الاستنباط ويتحقق ذلك إذا استندت المحكمة في اقتناعها على أدلة غير صالحة من الناحية الموضوعية للاقتناع بها أو إلى عدم فهم العناصر الواقعية التي ثبتت لديها أو وقوع تناقض بين هذه العناصر كما في حالة عدم اللزوم المنطقي للنتيجة التي انتهت إليها المحكمة بناء على تلك العناصر التي ثبتت لديها، وهو ما جرت محكمة النقض على تسميته بالاستخلاص غير السائغ، أو فساد الاستدلال^٤.

ويتميز عيب الفساد في الاستدلال عن عيوب التسبب الأخرى بأن تحققه يكفي وحده لإلغاء الحكم، ولو كانت كل أسباب الطعن الأخرى غير صحيحة^٥، وكذا الحال بالنسبة لعدم منطقية التسبب، وهناك أمور عديدة صنفها محكمة النقض المصرية والمحكمة العليا من الفساد في الاستدلال منها الاستدلال على التعسف في توجيه اليمين الحاسمة بمجرد التمسك بها بعد رفض الادعاء بالتزوير، أو إذا ما أقام قضاءه بتعويض إضافي عن إخلال المحكوم ضده بالتزامه بالتسليم على أن التعويض الاتفاقي المنصوص عليه

(١) تقنين المرافعات في ضوء القضاء والفقهاء ص ١٠٨٧، والتعليق على قانون المرافعات ج١ ص ١٧٧٨.

(٢) مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا بسلطنة عمان والمبادئ المستخلصة منها سنة ٢٠٠٩م، والصادرة عن المكتب الفني بالمحكمة العليا، ط مطابع النهضة ص ٨٠.

(٣) مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة العمالية والتجارية بالمحكمة العليا بسلطنة عمان والمبادئ المستخلصة منها سنة ٢٠١١م، والصادرة عن المكتب الفني بالمحكمة العليا، ط مطابع النهضة ص ٥٤.

(٤) تسبب الأحكام القضائية في قانون المرافعات المدنية والتجارية نبيل إسماعيل عمر، دار الجامعة الجديدة للنشر مصر ص ٩٦.

(٥) طعن (١٩٨١/٦/٢٥) رقم ٧٠٥ سنة ٤٦ق) تقنين المرافعات في ضوء القضاء والفقهاء ج١ ص ١٠٨٩ وموسوعة المرافعات المدنية والتجارية ج٣ ص ٢٢٧.

أن المحكمة لم تمنع النظر إلى دفاع الطاعن ولم تنتبه إلى صحيفة شكوى المطعون ضدها الثانية إلى ضابط مركز شرطة العذبية والتي بموجبها تحركت إجراءات الدعوى حيث ذكرت أن الطاعن استلم منها مبلغاً وقدره ثلاثة آلاف وأربعمائة ريال مقابل إنجاز مرحلة البناء بمنزلها بفلج الشام منطقة الأنصب وأعطاهها ضمان شيك مقابل المبلغ المذكور أعلاه في حالة عدم إنجاز المتفق عليه، وحيث إن ما تضمنته الشكوى لا يجا في ما دفع به الطاعن فإنه كان على المحكمة أن تفتن لدفاع الطاعن وتتناوله برد سائغ، إذ لا يكفي أن تورد المحكمة دفاع الخصم وترد عليه برد غير سائغ بل مخالف لما هو ثابت بالأوراق، كما أن الحكم جاء قاصراً عندما وصف ظروف وملاسات تحرير الشيك أنه لم يحرر كضمان رغم أن أوراق الدعوى قد خلت مما يشير إلى ظروف وملاسات تحرير الشيك غير شكوى المطعون ضدها، ذلك أن المحكمة لم تناقش المطعون ضدها الثانية فيما تضمنته شكواها . لما كان ذلك وكان ما ساقه الحكم المطعون فيه لتبرير قضاؤه غير سائغ فضلاً عن أنه قضى على غير سند من أوراق الدعوى الأمر الذي يفقد الحكم منطقه في تكوين عقيدة المحكمة، ذلك وإن كانت المحكمة العليا لا تراقب القاضي في تكوين قناعته فهي بلا شك لا تقره على رأيه إذا تبين لها أن ما توصل إليه جافى المنطق وأخل بالأصول المسلم بها في الاستدلال القضائي. لما كان ذلك وكان ما تقدم فإن الحكم المطعون فيه يكون معيباً بشائبة القصور في التسبب والفساد في الاستدلال والقضاء بما يخالف الثابت بالأوراق بما يوجب نقضه وإعادة الدعوى إلى المحكمة المختصة لتفصل فيها من جديد بهيئة مغايرة^٢.

في العقد عن إخلال المحكوم عليه بأي التزام من الالتزامات الناشئة عن العقد في حين أن الالتزام بالتسليم من بين هذه الالتزامات أو إذا أقام قضاءه بأن العقد المتنازع عليه يخفي وصية إلى ما استخلص من أقوال شاهدين رغم خلوها مما يفيد اتجاه قصد التبرع وإضافة التملك لما بعد الموت^١.

وكذلك من الأمثلة على فساد الاستدلال ما قضت به الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا في الطعن رقم ٢٠١١/٤١م حيث قضت بأنه : "لما كان ذلك وكانت المادة (٢٢٠) من قانون الإجراءات الجزائية أوجبت على المحكمة أن تذكر الأسباب التي بُني عليها الحكم ومنطوقه ، وعلّة التسبب هي الضمانات التي فرضها القانون على القضاة لأنها مظهر قيامهم بما هو عليهم من واجب تدقيق البحث وإمعان النظر لتعرف الحقيقة التي يعلنونها فيما يفصلون فيه من الأفضية فيعرف المتهم لماذا أدين وتتيح للمُجني عليه أن يعرف لماذا برئ المتهم ، وهذا يتيح أيضاً للمحكمة تقدير قيمة الحكم و الفصل في الطعن على وجه معين. لما كان ذلك وكان الطاعن قد سبب صحيفة استئنافه أمام محكمة الاستئناف أن الشيك شيك ضمان وأنه لم يقصدا هو والمطعون ضدها الثانية أن يكون أداة وفاء بل أداة ضمان ، واستند في إثبات هذه الواقعة إلى شكوى الطاعنة التي تقر فيها بأن الشيك شيك ضمان مقابل إنجاز مرحلة من مراحل البناء بمنزلها، لما كان ذلك وكان الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه قد أسس قضاءه استناداً إلى شكوى المطعون ضدها، ومن صورة الشيك ومن الظروف المحيطة بتحرير الشيك إلا أن واقع الحال يبين أن ما اعتمد عليه الحكم في الإدانة وما جاء من رد على دفاع الطاعن غير سائغ، بل يدل

(٢) مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا بسلطنة عمان والمبادئ المستخلصة منها، والصادرة عن المكتب الفني بالمحكمة العليا، ط مطابع النهضة سنة ٢٠١١م ص ١٢٥.

(١) تقنين المرافعات في ضوء القضاء والفقهاء ج ١ ص ١٠٠٩ و ١٠١٠.



على ما يصطدم مع العقل فإننا نكون أمام عيب عدم منطوقية التسبيب.

كما تتحقق شائبة الفساد في الاستدلال عندما تستخلص المحكمة نتيجة معينه من واقعة ليس من شأنها أن تؤدي إليها إلا احتمالاً، إذ قد تسفر تلك الواقعة عن هذه النتيجة وقد لا تسفر عنها، وتقييم المحكمة قضاءها على هذا الاستخلاص وهو استخلاص فاسد بينما كان يجب عليها أن تقيم هذا القضاء على القطع واليقين وعلى أسباب لا تقبل التأويل وإلا كان قضاؤها مشوباً بالبطلان لفساده في الاستدلال.

وتظل هذه الشائبة عالقة بالحكم عند الطعن فيه بحيث إن رجح الاحتمال الذي غلبته المحكمة زالت الشائبة وترتب على ذلك تأييد الحكم أما إن لم يرجح هذا الاحتمال وأقام الطاعن الأدلة على ما يخالفه كان الحكم مشوباً بالفساد في الاستدلال خليقاً بالإلغاء.

ومتى نعي على الحكم الفساد في الاستدلال تعين على الطاعن إقامة الدليل على نعيه بطريق الإثبات المقررة قانوناً وتلتزم المحكمة بتمكينه من هذا الإثبات ولها من تلقاء نفسها أن تأمر بالتحقيق أو تندب خبيراً لاستجلاء وجه الحق، مثال ذلك: أن يرفع المؤجر دعوى إخلاء لعدم الوفاء بالأجرة وعندما يقضى برفضها يطعن في الحكم ويستند إلى سبب جديد لطلب الإخلاء ينصرف إلى التنازل عن الإيجار وترفض محكمة الاستئناف هذا السبب لقولها بأن المؤجر لم يتمسك به أمام محكمة الدرجة الأولى مما يجعل حكمها مشوباً بالفساد في الاستدلال إذ تكون قد استخلصت نتيجة مؤداها عدم التنازل عن الإيجار من واقعة لا تؤدي إليها إلا احتمالاً وهي عدم

ومن الأمثلة أيضاً ما حكم به أن: «استخلاص الحكم من هجرة المستأجر - المسموح له بالتأجير بالباطن إلى الخارج - وإقامة أصهاره بالعين المؤجرة، أن هناك تنازلاً قد حدث لهم عن الإيجار دون أن يبين الحكم أن إقامتهم بالعين كانت لحسابهم، ورغم أن كلا الأمرين لا يؤدي إلى التنازل فإن ذلك يعيب الحكم بفساد الاستدلال.

ولا يعد فساداً في الاستدلال متى أقام الحكم قضاءه على مقتضى ما حصله من فهم الواقع نتيجة لأقيسة منطوقية ليس في بناء مقدماتها قاعدة قانونية يمكن تصور وقوع الخطأ فيها فرأي الحكم في ذلك لا معقب عليه. فمثلاً إذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر مورث الطاعنين وكيلاً بالإدارة وأنه بذلك كان مسؤولاً عن أخطائه الجسيمة وأن ترحيله للمتأخرات من سنة لأخرى وقعوده عن المطالبة بها أدى إلى سقوطها بالتقادم فإن النعي عليه بالخطأ في القانون وفساد الاستدلال يكون غير سديد.

المطلب الثاني: الحالات التي يرد عليها فساد الاستدلال :

هناك عدة حالات يرد عليها فساد الاستدلال، وإليك أهمها خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول: الفساد في الاستدلال بسبب الخطأ في الدليل الذي ثبتت به الوقائع: ويوجد هذا العيب في الأحوال التي تُصدر فيها المحكمة حكمها بناءً على دليل باطل أو دليل لا يصلح من الناحية الموضوعية للإقناع به، مثال ذلك أن يورد الحكم قرائن معيبة ضمن قرائن أخرى، واستدلّاله بها مجتمعة دون بيان أثر كل منها في تكوين عقيدة المحكمة: يؤدي إلى اعتبار الحكم مشوباً بالفساد في الاستدلال⁽¹⁾، أما إذا بني الحكم

(1) أوجه الطعن بالنقض في تسبب الأحكام المدنية والجنائية ص ٢٢٥.



تمسك المؤجر بهذا التنازل أمام محكمة الدرجة الأولى لأنه لو كان قد تمسك بذلك وتمكن من إثباته لقضى بالإخلاء، أما إن لم يتمكن لقضى برفض الإخلاء ومن ثم رفض الإخلاء ما كان إلا احتمالا.

كذلك إذا طعن على عقد بالصورية تعين على المحكمة أن تستدل على صوريته أو عدم صوريته من أدلة مستقلة عنه تشهد عليه فإن هي خلصت إلى عدم صوريته من واقع بنوده كان حكمها مشوبا بالفساد في الاستدلال^١.

الفرع الثاني: الفساد في الاستدلال الراجع إلى عدم فهم المحكمة للواقع، ويترتب بديهيا على الخطأ في فهم الواقع خطأ موازيا في استنباط النتيجة مما يعيب الحكم بعيب الفساد في الاستدلال، وأحيانا يعيب عدم المنطقية^٢، وينصرف ذلك إلى تخلي المحكمة عن أهم واجباتها وهو تمحيص دفاع الخصم وفهم المراد منه ثم إنزال حكم قانوني عليه، سواء جاء هذا الدفاع بالمرافعة الشفوية أو المكتوبة أو بمستند ذلك الخصم على ما تضمنه من دفاع، ولا يكفي أن تتصدى المحكمة لدفاع الخصم وإنما يجب أن تفهم مرماه حتى يكون ردها متمشيا مع واقع الدفاع^٣.

ويمثل على هذه الحالة بالمثال الآتي: وقف الدعوى للفصل في مسألة أولية من جهة قضائية أخرى، وتخلف الخصم عن إقامة الدعوى أمام هذه الجهة، وتفهم المحكمة من موقف الخصم السلبي هذا بأنه تسليم بطلبات الخصم الآخر بدلا من أن تعتبر ذلك

مخولا إياها بالحق في الفصل في الدعوى بحالتها فإن حكمها يكون مشوبا بعيب الفساد في الاستدلال، وقد بينت محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر بتاريخ (٢٩/٤/٩٩٧ و ٢٩/٢/١٩٩٣م) على أنه «من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن أسباب الحكم تعتبر مشوبة بالفساد في الاستدلال إذا انطوت على عيب يمس سلامة الاستنباط ويتحقق ذلك إذا استندت المحكمة في اقتناعها إلى أدلة غير صالحة من الناحية الموضوعية للاقتناع بها أو إلى عدم فهم الواقعة التي ثبتت لديها، أو وقوع تناقض بين هذه العناصر كما في حالة عدم اللزوم المنطقي للنتيجة التي انتهت إليها المحكمة بناء على تلك العناصر التي ثبتت لديها^٤، كما قضت المحكمة العليا بسلطنة عمان بأن: «رفض طلب الإخلاء لحاجة المالك لاستغلاله عن طريق الشركة التي هو عضو في مجلس إدارتها والمفوض بالتوقيع مع شريكه بحجة أن للشركة شخصية مستقلة عن أصحابها فساد في الاستدلال وقصور في التسبب أثره نقض الحكم»^٥، وقضت أيضا في الطعن رقم ٤٢٨/٢٠١٠م جزائي عليا بأن: «قيام جريمة غسل الأموال يتطلب قيام جريمة أصلية يترتب عليها قيام جريمة غسل الأموال كأثر من آثارها ولها ركنان مادي ومعنوي منفصلة عن الجريمة الأصلية عدم استظهار الحكم لذلك خطأ في تطبيق القانون وفساد في الاستدلال»^٦.

ومن هذه الحالة أيضا ما درج بعض علماء القانون على تسميته بالمسوخ، وهو يتعلق بتفسير المحكمة

(٤) موسوعة المرافعات المدنية والتجارية ج٣ ص ١٢٧.

(٥) الطعن رقم ٤٨/٢٠٠٩م مدنية ثانية عليا، انظر مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة المدنية بالمحكمة العليا بسلطنة عمان والمبادئ المستخلصة منها، والصادرة عن المكتب الفني بالمحكمة العليا، ط مطابع النهضة سنة ٢٠١٠ وسنة ٢٠١٢م ص ٢١٠.

(٦) مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا بسلطنة عمان والمبادئ المستخلصة منها، والصادرة عن المكتب الفني بالمحكمة العليا، ط مطابع النهضة سنة ٢٠١١م ص ٨٠.

(١) موسوعة المرافعات المدنية والتجارية ج٣ ص ١٢٩.

(٢) تسبب الأحكام القضائية في قانون المرافعات المدنية والتجارية ص ٦٩ وموسوعة المرافعات المدنية والتجارية ج٣ ص ١٢٥.

(٣) مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة العمالية والتجارية بالمحكمة العليا بسلطنة عمان والمبادئ المستخلصة منها، والصادرة عن المكتب الفني بالمحكمة العليا، ط مطابع النهضة سنة ٢٠٠٥م ص ١١٤ من الأحكام العمالية ص ٤٢٣ من الأحكام التجارية، وموسوعة المرافعات المدنية والتجارية لأنور طلبة ج٣ ص ١٢٥.



شكلاً وفي الموضوع بنقض الحكم المطعون فيه»^٢.

الفرع الرابع: الخطأ في تطبيق القانون:

تتحقق شائبة الخطأ في تطبيق القانون عندما يحدد المشرع نظاماً معيناً لسريان النص القانوني فتتجاوزه المحكمة عند تطبيق النص على واقعة النزاع وهي بذلك تخضع لرقابة المحكمة العليا باعتبار أن هذا التجاوز من مسائل القانون^٣، مثال ذلك أن المشرع وضع نصوص اكتساب الملكية بالتقادم الطويل وحدد نطاقها بشروط متعلقة بالحيازة فأوجب أن تكون بنية التملك وأن ترد على عقار مما يجوز تملكه بوضع اليد، وأن تكون هادئة ظاهرة مستمرة لمدة خمس عشرة سنة دون انقطاع حيث نصت المادة (٩٣٥) من القانون المدني الكويتي^٤ والمادة (٩٦٨) من القانون المدني المصري والمادة رقم (١/٩٣١) من قانون المعاملات المدنية العماني الناصة على أنه «من حاز عقاراً غير مسجل في جهة التسجيل المختصة باعتباره مالكا، أو حاز حقا عينيا غير مسجل على عقار، واستمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة فلا تسمع عليه عند الإنكار دعوى المالك أو دعوى الحق العيني من مدع ليس له عذر شرعي»^٥.

فيجب على المحكمة وهي بصدد تطبيق تلك النصوص أن تتحقق من توافر كل هذه الشروط على النزاع المطروح، وأن تفسر كلا منها التفسير الذي يتفق ومراد المشرع، فإن هي أخطأت في شيء من ذلك كان

لما تضمنته نصوص المستندات المقدمة في الدعوى بحيث تفسرها على عكس دلالتها فيكون ذلك مسخاً لها، مثال ذلك أن يعلق العقد على شرط فاسخ مما مؤداه انفساخ العقد بتحقيق الشرط، ومع ذلك تفسره المحكمة على أنه شرط واقف وتلزم الخصم بتنفيذه وترفض فسحه.

الفرع الثالث: استناد الحكم على وقائع متعارضة:

مثال ذلك: أن تثبت وقائع قيام الدين مع ثبوت وقائع أخرى تفيد سبق انقضائه بالوفاء أو الإبراء، أو بثبوت وقائع اكتمال مدة التقادم مع ثبوت وقائع أخرى بعدم اكتماله، وبناء الحكم على هذه الوقائع دون تمييز، ففي مثل هذه الحالات يوجد فساد في الاستدلال يؤدي إلى بطلان الحكم^١.

ومن ذلك ما قضت به المحكمة العليا في الطعن رقم ٢٠١١/٢١م جزائي عليا حيث قضت بأنه: «...مما يعني أن في ذهن المحكمة صورتين متناقضتين عن واقعة الدعوى وأسبابها، الصورة الأولى أن الطاعن هو وحده المتسبب في الحادث لقيادته المركبة بسرعة أكثر مما هو مقرر قانوناً، والصورة الثانية أن سبب الحادث هو محاولة تقاضي الطاعن الاصطدام بشخصين ظهرا أمامه فجأة مما يعني اضطرار المتهم للوقوع فيما وقع وهذا ما لا يستقيم معه بنیان الحكم المطعون فيه لما أصابه من تناقض في تشكيل عقيدة المحكمة تجاه الواقعة محل الطعن وانعكس ذلك في الأسباب التي أقام عليها الحكم قضاءه، لما كان ذلك وكان ما تقدم يتعين القضاء بقبول الطعن

(٢) مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا بسلطنة عمان والمبادئ المستخلصة منها، والصادرة عن المكتب الفني بالمحكمة العليا، ط مطابع النهضة سنة ٢٠١١م ص ٩٥.

(٣) موسوعة المرافعات المدنية والتجارية ج٢ ص ١٢٨.

(٤) نصت المادة (٩٣٥) من القانون المدني الكويتي على أنه "من حاز منقولاً أو عقاراً دون أن يكون مالكة، أو حاز حقا عينيا على منقول أو عقار دون أن يكون هذا الحق خاصاً به، كان له أن يكسب ملكية الشيء أو الحق العيني إذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة".

(٥) عبد المنعم كامل، قانون المعاملات المدنية العماني، ص ٢١١.

(١) تسبب الأحكام القضائية في قانون المرافعات المدنية والتجارية ص ٦٩، وموسوعة المرافعات المدنية والتجارية ج٢ ص ١٢٥.

بمبدأ شفوية المرافعة الذي يعني أن كل دليل يعتمد عليه القاضي في حكمه يجب أن يكون قد طرح شفويًا في الجلسة وجرت بشأنه المناقشة الشفوية، مخالفة الحكم لذلك يصمه بعيب مخالفة القانون^٣.

كما قضت أيضا في الطعن رقم ٢٠١١/١م الدائرة الجزائية بأنه: « وحيث إن المادة (٢٦٥) من قانون الإجراءات الجزائية تنص على أنه «للمدعي العام من تلقاء نفسه أو بناءً على طلب من وزير العدل أن يطلب من المحكمة العليا في أي وقت بعد فوات المواعيد المقررة للطعن إلغاء أو تعديل أي حكم أو أمر أو قرار قضائي لمصلحة القانون إذا انطوى الحكم أو الأمر أو القرار على مخالفة القانون أو على خطأ في تطبيقه وذلك في الحالتين الآتيتين: -

- (١) الأحكام التي لا يجيز القانون للخصوم الطعن فيها .
- (٢) الأحكام التي فوت الخصوم ميعاد الطعن فيها أو نزلوا فيها عن الطعن أو رفعوا طعناً قضي بعدم قبوله .»^٤.

الفرع السادس : مخالفة المستندات والأوراق الثابتة:

يجب على المحكمة عند إصدار الأحكام الاطلاع على أوراق الدعوى ومستنداتها للقضاء وفقا لما تضمنته من أدلة وإقرارات وينصرف لفظ الأوراق لكل ما يقدم فيها من مستندات ومذكرات، ومن

- (٣) ينظر مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة العمالية والتجارية بالمحكمة العليا بسلطنة عمان والمبادئ المستخلصة منها، ص٥٤.
- (٤) ينظر مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة المدنية بالمحكمة العليا بسلطنة عمان والمبادئ المستخلصة منها، والصادرة عن المكتب الفني بالمحكمة العليا، ط مطابع النهضة سنة ٢٠١٢م ص٦٤.

حكمها مشوبا بالخطأ في تطبيق القانون، وتخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا بحيث إذا توافرت هذه الشائبة أو جاءت الأسباب مبهمة مما يحول دون محكمة النقض ومراقبة تطبيق القانون وجب نقض الحكم^١، وشائبة الخطأ في تطبيق القانون التي تعيب الحكم هي التي يبني المنطوق على أساسها متى كان غير صحيح، وإلا كانت من التقريرات القانونية التي لا تكسب حجية وتكون نافذة^٢.

الفرع الخامس: مخالفة القانون:

وذلك حيث التصادم الصريح مع بنود القانون ونصوصه، وهذا يعد إخلالا بواجب المحكمة الملقى على عاتقها من الالتزام بأحكام القانون ويجب على المحكمة عدم الخروج عن القانون عندما تتصدى للنزاع، فإذا رفعت الدعوى بصحة ونفاذ عقد وطعن فيه بأنه يخفي وصية تعين على المحكمة أن تفصل في هذا الطعن وتنزل بالعقد تكييفه الصحيح سواء كان بيعا أم وصية لتطبق عليه الأحكام القانونية التي تتفق وهذا التكييف ثم تقضي بصحته ونفاذه سواء باعتباره بيعا أو وصية، فإن خالفت ذلك وقضت بصحته ونفاذه قولاً باتساع التركة لنفاذه في الحالتين كان حكمها مشوبا بمخالفة القانون متى صدر المنطوق مسندا إلى تلك المخالفة وكان غير صحيح أما إن لم يكن لها تأثير في المنطوق امتنع النعي على الحكم بسببها، وكان للمحكمة العليا تصحيح الأسباب القانونية الخاطئة ما لم تكن نافذة.

وقد قضت المحكمة العليا الطعن رقم ٢٠١١/٣٤٤م الصادر من الدائرة الجزائية بأن: «مقتضى المادة (٢١٥) من قانون الإجراءات الجزائية أن المشرع أخذ

- (١) موسوعة المرافعات المدنية والتجارية ج٣ ص١٢٨.
- (٢) الوسيط في شرح القانون المدني ج٩ أسباب كسب الملكية لعبد الرازق أحمد السنهوري دار حياء التراث العربي بيروت ص٩٢٩.



وتبيّن الأسباب التي تستند إليها^٢ فلتسبب الأحكام غايات سامية فهو من أعظم الضمانات التي فرضها القانون على القضاة، إذ هو مظهر قيامهم بما عليهم من واجب تدقيق البحث وإمعان النظر، للتعرف على الحقيقة التي يعلنونها فيما يفصلون فيه من الأفضية، إذ في التسبب يضع القاضي سوائقه من أدلة واقعية وحجج قانونية والتي دفعته إلى حكمه، فالالتزام بالتسبب هو الأداة التي يباشر بها القضاة حريتهم في التقدير، فهم يملكون الحرية مشروطة بإجراء التسبب، وبالتسبب وحده يسلمون من مظنة التحكم والحيث والاستبداد لأنه سيعلم كل متقاض على أي أساس صدر الحكم، وهو ما بينته الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا حيث قضت بأنه: «التسبب هو الضمانة التي فرضها القانون على القضاة؛ لأنه مظهر قيامهم بما هو عليهم من واجب تدقيق البحث وإمعان النظر لتعرف الحقيقة التي يعلنونها فيما يفصلون فيه من الأفضية فيعرف المتهم لماذا أدين وتتيح للمجني عليه أن يعرف لماذا برئ المتهم، وهذا يتيح أيضاً للمحكمة تقدير قيمة الحكم و الفصل في الطعن على وجه معين»^٤.

المطلب الأول: التمييز بين انعدام الأسباب وبين قصور التسبب:

ويقصد بالغيب الأول خلو الحكم من الأسباب سواء كان هذا الانعدام كلياً أم جزئياً، والانعدام الكلي: بأن يكون الحكم خالياً من التسبب تماماً بالنسبة لجميع عناصر الدعوى، كالتشأن فيما لو قضت

تقارير الخبراء وتتوافر الشائبة إذا أغفلت المحكمة الاطلاع على الأوراق وقضت على خلاف الثابت فيها أو إذا اطلعت عليها ونأت عن مدلولها وعن القواعد المقررة في تفسير العقود والمحركات.

وقد قضت المحكمة العليا بأن: «مخالفة الحكم لما هو ثابت بالأوراق باستخلاصه أن الشيك أداة وفاء لا أداة ضمان رغم نص المجني عليها في صحيفة شكوها أنها أداة ضمان قصور في التسبب وفساد في الاستدلال وقضاء بما يخالف الثابت بالأوراق مخالفاً المادة (٢٢٠) من قانون الإجراءات الجزائية. أثر ذلك نقض الحكم»^١.

كما يجب على المحكمة أن تقيم قضاءها على الأدلة المقدمة لها بحيث إن أقامت هذا القضاء على واقعة لا دليل عليها كان حكمها مشوباً بما يعيب الحكم^٢.

المبحث الثالث: انعدام الأسباب كلياً أو جزئياً:

جاءت المادة رقم (١٧٦) من قانون المرافعات المصري تحتّم اشتغال الأحكام على الأسباب التي انبنت عليها حيث نصت على أنه: «يجب أن تشمل الأحكام على الأسباب التي بنيت عليها وإلا كانت باطلة»، كما فرضت ذلك أيضاً المادة (١٧٢) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني وكذلك المادة (٢١٧) من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي والناصية على أنه: «يجب على المحكمة أن تفصل في الطلبات التي تقدم لها من الخصوم

(٢) الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجزائية لدولة الإمارات العربية المتحدة (القانون الاتحادي رقم ٣٥ لسنة ١٩٩٢م) الجزء الثاني المحاكمة وطرق الطعن في الأحكام للدكتور جوده حسين جهاد ط الأولى ١٤١٥هـ/١٩٩٤م، ص ١٩٤، ١٩٣.

(٤) مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا بسلطنة عمان والمبادئ المستخلصة منها، والصادرة عن المكتب الفني بالمحكمة العليا، ط مطابع النهضة سنة ٢٠١١م ص ١٢٥.

(١) مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا بسلطنة عمان والمبادئ المستخلصة منها، والصادرة عن المكتب الفني بالمحكمة العليا، ط مطابع النهضة سنة ٢٠١١م ص ١٢٥.

(٢) موسوعة المرافعات المدنية والتجارية ج ٢ ص ١٢٨.

الأمر الذي يفضي إلى نقض الحكم^٢. ويرى الفقهاء أن عيب الانعدام هو عيب شكلي، بينما العيب المسمى بالقصور فهو عيب موضوعي في الحكم، وتبدو أهمية هذه التفرقة بالنسبة لسلطة محكمة النقض (المحكمة العليا) عند نظر الطعن ففي حالة الطعن في الحكم لانعدام الأسباب تقتصر سلطاتها على بيان أن الحكم ليس مسببا كلياً أو أنه مسبب ولكن ليس في كل جزئياته دون أن يكون من حقها أن تبدي رأيها في القيمة القانونية للحكم أما إذا طعن في الحكم لانعدام الأساس القانوني فإنها على العكس، وتبدأ ببحث القيمة القانونية للحكم مبينة أوجه القصور فيه.

كما أنه من الفروق أيضاً: أن لمحكمة النقض (المحكمة العليا) استبدال الأسباب القانونية الخاطئة بأسباب أخرى صحيحة، كما قررت ذلك المحكمة العليا بدبي حيث نصت في إحدى مبادئها التي صدرتها في سنة ٢٠٠١م على أن: « لمحكمة التمييز أن تصح القصور في الأسباب القانونية وتردها إلى أسبابها الصحيحة دون نقض الحكم^٣، ولكن محكمة التمييز أو النقض لا تملك ذلك في حالة الانعدام الكلي للأسباب، فالمادة رقم (٦٧٥) إجراءات كويتي) صريحة في بطلان الحكم في حالة الانعدام الكلي حيث تنص على أنه «يجب أن يكون الحكم مشتملاً على الأسباب التي بني عليها وإلا كان باطلاً»، وهو ما يستفاد أيضاً من المادة (١٧٢) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني التي بينت بأنه:- «يجب أن يبين في الحكم ثم بعد

محكمة الاستئناف بتأييد الحكم المستأنف وفاتها أن تذكر في مسودة الحكم أنها أخذت لتبرير حكمها بأسباب معينة، أو إذا تناقضت الأسباب على نحو أدى إلى تهاتها بحيث لا يبقى بعده ما يمكن حمل الحكم عليه، أو كان انعدامها جزئياً بعدم الرد على بعض الطلبات، ويقصرون المقصود بعيب قصور التسبب على حالة عدم كفاية الأسباب، حيث لا يخلو الحكم من الأسباب كلياً أو جزئياً، ولكن الأسباب التي يسوقها تكون معيبة، فيقصد بالقصور في التسبب: عدم العرض الكامل لوقائع النزاع؛ بحيث لا يكفي ما ذكره الحكم من وقائع لتبرير ما انتهى إليه الحكم من تطبيق لنص أو قاعدة قانونية معينة^١.

ومن الأمثلة على القصور بأنه إذا قدم أحد الخصوم في الدعوى مستندا للتدليل على قيام المسؤولية أو نفيها أو انقضائها فإنه يتعين على المحكمة أن تتعرض له وتناقشه، فإذا أقام ورثة المجني عليه يطالبون فيها المسؤول بالتعويض عما أصاب مورثهم من ضرر قبل وفاته فقدم المسؤول محضر الصلح يتضمن مصالحة المورث المذكور عن حقه قبل وفاته وقبضه حقوقه إلا أن المحكمة لم تتعرض لهذا السند فإن حكمها يكون مشوباً بالقصور الذي يبطل الحكم، ومن ذلك أيضاً ما قضت به المحكمة العليا في الطعن رقم ٢٠١١/٢٩٣م، حيث بينت بأن: « اكتفاء الحكم المطعون فيه بالتعويض عن بعض الإصابات بناء على نسبة العجز دون تتبع باقي الإصابات والإحاطة بها والقضاء بما تستحقه تلك الإصابات من تعويض مناسب يعيب الحكم بعيب القصور في التسبب، علة ذلك؛ العبرة بعدد الإصابات لا بنسبة العجز، وهو

(٢) مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة العمالية والتجارية بالمحكمة العليا بسلطنة عمان والمبادئ المستخلصة منها، والصادرة عن المكتب الفني بالمحكمة العليا، ط مطابع النهضة سنة ٢٠١١م ص ٥٤.

(٣) مجموعة الأحكام والمبادئ القانونية الصادرة في المواد التجارية والعمالية والأحوال الشخصية والجزائية لعام ٢٠٠١ العدد الثاني عشر إصدار المكتب الفني بمحكمة تمييز دبي ص ١٣٢.

(١) د. أسامة الروبي قواعد الإجراءات المدنية والتجارية والتنظيم القضائي في سلطنة عمان، ط/ دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٩م، ص ٤٢٠.



ذلك أسباب الحكم ومنطوقه... والقصور في أسباب الحكم الواقعية... يترتب عليه بطلان الحكم».

المطلب الثاني: صور انعدام الأسباب:

هناك صورتان لانعدام الأسباب، وهما الانعدام الكلي والانعدام الجزئي وفيما يلي التفصيل:

الفرع الأول: الانعدام الكلي وصوره:

ويقصد به خلو الحكم من أي سبب يحمل المنطوق، أما إذا وجد ولو سبب واحد حتى ولو كان غير كاف فإن عيب الانعدام لا يقوم، وذلك إذا كان الحكم بني على جملة أدلة، وفي هذه الحالة يجب التفرقة بين حالتين أولاهما أن تكون الأدلة التي استند إليها الحكم مجتمعة لا يبين أثر كل منهما على حدة في تكوين عقيدة المحكمة كما إذا وردت متساندة وكل منهما تؤكد الأدلة الأخرى وتؤيدها ولم يكن إحداها بمفردها صالحة لأن تكون ركيزة كافية لحمل الحكم مثال ذلك أن يبنى الحكم على جملة قرائن يساند بعضها بعضا فإن فساد إحداها يترتب عليه بطلان الحكم أما إذا كان إحدى دعوات الحكم مستقلة عن الدعوات الأخرى كلها أو بعضها لا يبطل الحكم، مثال ذلك: أن تقضي المحكمة بمسؤولية مالك السيارة على أساس المسؤولية الشبئية ومسؤولية المتبوع، وثبت فساد هاتين الدعواتين فإن ذلك لا يؤثر في الدعامة الأخرى الصحيحة لأن المسؤولية الشبئية ومسؤولية المتبوع من أنظمة المسؤولية التقصيرية تكمل كل منهما الأخرى، وليس في القانون ما يمنع من أن تتحقق مسؤولية مالك السيارة على الأساسين معا فالسيارة تعتبر في حراسة مالكها ولو أسند قيادتها إلى سائق تابع له ومن ثم يسأل المتبوع عن أخطاء تابعه فضلا عن مسؤوليته كحارس على السيارة عما

تلحقه من ضرر بالغير^١.

أما حالة الانعدام الكلي فهي حالة نادرة، وتظهر في الحالة التي يتعمد فيها القاضي عدم التسبب، أو سهوه عن ذلك، أو يعتقد عذوه عن ذلك.

وهناك عدة صور يظهر فيها الانعدام الكلي، وهي لا تخرج عن الآتي:

- (١) حينما لا توجد الأسباب على الإطلاق، بحيث يظهر المنطوق غير محمول على أسباب يستند عليها، وهذه هي حالة الغياب الكلي للأسباب.
- (٢) وتتعدم أيضا حينما توجد أسباب لكنها تناقض بعضها بحيث لا يبقى ما يكفي لحمل الحكم، وقد أوضحت هذا الموضوع في مبحث التناقض.
- (٣) تناقض الأسباب مع منطوق الحكم على نحو يصبح فيه المنطوق غير محمول على سبب يبرره^٢، وقد تقدم تفصيله كذلك.

كما أن المحكمة قد تكتفي بردّ ضمني على بعض ما يطرح في الدعوى، ولا يعتبر اكتفاؤها بهذا الرد الضمني عيبا يمسّ الحكم أو يعيبه، كما أنه لا يمكن اعتبار ذلك انعداماً للأسباب، فإذا قدم مثلا الخصم دفعا إلى محكمة الموضوع فلم تتعرض له صراحة في حكمها ولكن كان يستفاد من بيانات هذا الحكم أن المحكمة قضت ضمنا برفض ذلك الدفع فليس ذلك مما يعاب على الحكم.

فإذا دفع مثلا بسقوط حكم مرسى مزاد بمضي المدة ولم تتكلم المحكمة عن هذا الدفع صراحة، ولكنها أفاضت في بيان أن الحكم ما زال قائما منتجا أثره

(١) موسوعة المرافعات المدنية والتجارية ج٢ ص١٢٦، وتقنين المرافعات في ضوء القضاء والفقهاء ص١٠٩١. التعليق على قانون المرافعات المدنية والتجارية ج١ ص١٧٧.

(٢) تسبب الأحكام وفقا لأصول المحاكمات المدنية ص١٧٧.

تقدير الدليل ووزن البينة دوت معقب عليها في ذلك متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة لها أصلها الثابت في الأوراق^٢، وعلى القاضي في المسائل الفنية أن يستعين بالخبراء في الحالات الفنية التي تحتاج لهذا الأمر^٣، ويلاحظ مع ذلك أن المحكمة غير ملزمة بالأخذ برأي الخبير وإنما يجب عليها إذا قضت بخلاف رأي الخبير أن يتضمن حكمها الأسباب التي جعلتها لا تستند على رأي الخبير كلا أو بعضاً^٤، وفي ذلك قضت الدائرة التجارية بالمحكمة العليا بأنه: «لما كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن لمحكمة الموضوع ألا تتقيد في حكمها برأي الخبير فلا تلتزم بأن تأخذ به على أنه يجب عليها في هذه الحالة أن تبين أسباب ذلك في حكمها إذ ليس لها أن تطرح جانباً رأي الخبير في الدعوى دون أن تفنده خاصة إذا كان رأيه قد بني على أسباب سائغة ففي هذه الحالة عليها أن تناقش هذه الاعتبارات وتهدمها»^٥.

الفرع الثاني : الانعدام الجزئي للتسبب:

يقصد بالانعدام الجزئي للتسبب أن تتعدد موجبات التسبب كطلبات الخصوم ودفعوهم فلا تستجيب المحكمة لهذه الموجبات بتسببها كلها، وإنما تترك البعض معلقاً من غير أسباب، مع أنه يجب أن يكون التسبب شاملاً لكل الطلبات أو الدفع المبداء في الدعوى ما لم يكن بعض الطلبات مبنياً على البعض الآخر بحيث إن تسبب قبول البعض أو رفضه يقتضي قبول أو رفض البعض الآخر، لكنه كما يجب على المحكمة أن تسبب قضاءها بالنسبة لكل الطلبات أو

ثم أخذت بهذا النظر كان في هذا كفاية، فمتى كانت المحكمة قد بنت حكمها على ما يبرره من الاعتبارات فذلك يكفي في تسبب حكمها وتتضمن الرد على كل ما أثير في الدعوى من أوجه دفاع موضوعية والتي لم يرد عليها صراحة^٦، فإقامة الحكم على اعتبارات تبرره يعتبر رداً ضمناً على ما أثير من دفاع فإذا كانت محكمة الموضوع قد أوضحت في أسباب الحكم أنه لم يكن لمدعي الحيازة ولا لمورثه حيازة مقترنة بنية التملك مستندة فيما استندت إليه إلى أن المورث كان يستأجر أرض النزاع فإن في هذا ما يعتبر رداً ضمناً على ما يتمسك به المدعي للحيازة من تملك الأرض بالتقادم الطويل أو بالتقادم القصير مع السبب الصحيح وحسن النية.

وقد درجت محكمة النقض في مبادئها على الاعتداد بالرد الضمني دون إبطال للحكم وهذا ما قرره في النقض الصادر بتاريخ (١١/١/١٩٨٢م) حيث نصت على أنه «من المقرر وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أنه متى كانت المحكمة في حدود سلطتها التقديرية قد أخذت بالنتيجة التي انتهى إليها الخبير للأسباب التي أوضحها هو في تقريره باعتبارها أسباباً سائغة تكفي لحمل الحكم، وحسبها أن تبين الحقيقة التي اقتنعت بها وأن تقيم قضاءها على أسباب مقبولة لأن قيام هذه الحقيقة فيه الرد الضمني والمسقط لكل حجة تخالفها»^٧، وهو أيضاً ما درج عليه عمل المحكمة العليا ومن ذلك ما قضت به في الطعن رقم ٢٠١١/٥٠٠م بأنه: «لا يعاب على الحكم عدم رده على كل ما يسوقه الطاعن من حجج ودفع إذ ليس على الحكم المطعون فيه أن يتتبع كل حجة أو دفع طالما كان أخذه بالأدلة التي أسس عليها حكمه ما يتضمن الرد الضمني المسقط لتلك الحجج والدفع وعلّة ذلك أن لمحكمة الموضوع سلطة

(٢) مجموعة الأحكام والمبادئ القانونية الصادرة بالمواد المدنية بسلطنة عمان ص ١١٠.

(٤) د. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، ط/ دار الفكر سنة ٢٠٠٣م، ص ٩٦.

(٥) طلال الجبوري، تعويض الضرر الأدبي في المسؤولية المدنية، ط/ دار الفكر الجامعي، سنة ٢٠١٤م، ص ١٥١.

(٦) الطعن رقم ٢٠١١/١٥٧م تجاري عليا، انظر مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة التجارية بالمحكمة العليا بسلطنة عمان والمبادئ المستخلصة منها، والصادرة عن المكتب الفني بالمحكمة العليا، ط مطابع النهضة سنة ٢٠١٢م ص ١٢١.

(١) أوجه الطعن بالنقض في تسبب الأحكام المدنية والجنائية ص ١٤٣، ١٤٤.

(٢) موسوعة المرافعات المدنية والتجارية ص ١٤٦ ج ٣.



الأسباب في هذا النطاق^٢.

فالعلاقة وثيقة بين الدفاع الجوهرى ومنطوق الحكم أو أسبابه فيجب أن يشتمل المنطوق على الرد عليه، وتبين أسبابه أساس هذا الرد وكل ذلك في الأحوال التي يدل فيها المنطق على أن الإجابة على هذه الأوجه من الممكن أن تغيّر وجه الرأي في الدعوى، ومن هذه الملاحظات يستمد وجه الدفاع أو الدليل جوهريته^٣.

ويشترط في الدفاع الجوهرى الذي تلتزم المحكمة بالرد عليه شرطان:

الشرط الأول: أن يكون الدفاع الجوهرى جديا وصريحا وجازما؛ فهو دفاع جدي يشهد له الواقع ويسانده فإذا كان عاريا عن دليله وكان الواقع يحضه فإن المحكمة تكون في حل من الالتفات إليه دون أن يختل حكمها ولا يعتبر سكوتها عنه تفریطاً بحق الدفاع ولا قصوراً في حكمها .

كما أنه من المقرر أن الطلب الذي تلتزم المحكمة بالإجابة والرد عليه إنما هو الطلب الجازم الذي يصر عليه مقدمه ولا ينفك عن التمسك به والإصرار عليه في طلباته الختامية .

ويعتبر من الطلبات الجازمة طلب الدفاع في ختام مرافعته البراءة أصليا واحتياطيا سماع شاهد إثبات أو إجراء تحقيق معين، فإن مثل هذا الطلب يعتبر جازما تلتزم المحكمة بإجابته متى كانت لم تنته إلى القضاء بالبراءة^٤.

والدفاع سواء صدر من المتهم أو المدافع عنه يكون

الدفع فإن المحكمة غير ملزمة بتتبع أقوال الخصوم وتضمن أسباب حكمها ردا على كل منها بمفرده وإنما حسبها من ذلك أن تورد تعليلا سائغا لقضائها بما يكفي من الأدلة لحمل الحكم، وما يكفي من الردود على الدفع الجوهرية، حيث إن تسبب الأحكام يشتمل على جزأين أساسيين، الأول: هو عرض للأدلة الواقعية والقانونية التي اعتمد الحكم عليها والثاني: هو الرد على الدفع الجوهرية التي أبدت أثناء نظر الدعوى.

ويقصد بالدفاع الجوهرى كما عرفته محكمة النقض المصرية: بأنه الذي يترتب عليه لو صح تغيير وجه الرأي في الدعوى فتتغير بها نتيجة النزاع، فيجب لذلك تسببه والرد عليه وإلا كان الحكم مشوبا بـقصور التسبب^١، حيث إن من شأن هذه الدفع لو صحت أن تزيل أو تضعف الأسس القانونية أو المنطقية التي اعتمد الحكم عليها فلو بقيت هذه الدفع بغير رد لكان معنى ذلك هدم بعض أسباب الحكم وقصور ما تبقى من أسباب.

ويرى البعض أنه لا يوجد معيار محدد للتفرقة بين ما يعد دفعا جوهريا وغير جوهرى، بمعنى أنه لا يوجد معيار قانوني، وإنما يوجد معيار عملي موضوعي يستمد من الاستنتاجات الآتية:

في كل حالة يقوم فيها الدفاع أو ينطق فيها الدليل أو المستند بأمر لا يتماشى مع ما ورد بالمنطوق^٢، أو مع ما بني عليه الحكم ولم يشتمل الحكم على أية إجابة صريحة أو ضمنية كلية أو جزئية عامة أو خاصة لما ورد في الدليل أو المستند كان الحكم قاصرا منعدهم

(٢) الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ص ٦٢١.

(٤) التعليق على قانون المرافعات المدنية والتجارية ج ١ ص ١٦٧، وتسبب الأحكام القضائية في قانون المرافعات ص ٦٧.

(٥) الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجزائية لدولة الإمارات العربية المتحدة (القانون الاتحادي رقم ٣٥ لسنة ١٩٩٢م) الجزء الثاني المحاكمة وطرق الطعن في الأحكام للدكتور جوده حسين جهاد ط الأولى ١٤١٥هـ-١٩٩٤م ص ١٦٧.

(١) مجموعة الأحكام والمبادئ القانونية الصادرة بالمواد المدنية بسلطنة عمان ص ١٧٠، والوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ص ٦٢١.

(٢) شرح قانون الإجراءات الجنائية ص ١٠١٨.

الحكم»، وأيضاً حكمها في الطعن رقم ٢٢/٢٠١٢م شرعي الذي بينت فيه بأن: «تجاهل محكمة الموضوع لدفع جوهرى آثاره الطاعن، وعدم التعرض له إيرادا وردا؛ أثره نقض الحكم، علة ذلك؛ قصور في التسبيب؛ وبالإطلاع على كافة الأوراق يتضح أن الدعوى تضمنت دفعا جوهريا وقد تجاهله الحكم المطعون فيه إيراداً ورداً وقد تمثل الدفع في وجود مستند رسمي صادر من الكاتب بالعدل وممهور بتوقيع الخصمين والشاهدين، ويفيد أن الطاعن قد أرجع مطلقته المطعون ضدها بعد يوم واحد من تاريخ الطلاق، وواقع الحال يشير على ضوء ذلك أن الطلاق كان رجعيًا وقد تمت المراجعة اليوم التالي والخلاف بين والفرق شاسع بين الرجعه والعقد الجديد في طبيعتهما وإجراءاتهما وما يترتب على كليهما وكان الأخرى بالحكم المطعون فيه أن يتعرض في مدوناته لهذا الدفع الجوهرى بحثاً وتمحيصاً وصولاً للقرار السليم إيجاباً كان أم سلباً قبل أن يذهب إلى إقرار مهر المثل لأن هناك زواجاً ثانياً مؤسساً على صداق لم يسم ولم يتم تجديده؛ لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد تجاهل المستند الرسمي المتعلق بإقرار الرجعه ولم يتعرض له في مدوناته إيراداً ورداً فإن الحكم المطعون فيه يكون مشوباً بالقصور في التسبيب مما يجعله جديراً بالنقض جزئياً فيما يتعلق بهذا الخصوص وإعادة الدعوى إلى المحكمة التي أصدرته لنظر هذا الشق من جديد بهيئة مغايرة»^٢.

الشرط الثاني : أن يبدى الدفاع قبل قفل باب المرافعة :

فلا يصح للمحكمة أن تطلع بعد انتهاء المرافعة وفي

وحده ولا يحق الالتفات عن أيهما متى كان مهما ومؤثراً في موطن الدفاع دون مبرر.

ولا يعتبر طلبا جازما عدم تمسك المتهم أمام الهيئة التي سمعت المرافعة بطلب كان قد تمسك به أمام هيئة أخرى، وكذلك عدول الدفاع عن طلب أبداه بدون إصرار عليه، وتخلف الشاهد عن الحضور وعدم تمسك محامي المتهم بوجود سماعه ولم يطلب التأجيل لهذا الغرض وموافقته على تلاوة أقواله بالجلسة.

ويمثل على تخلي المحكمة عن الرد على الدفوع الجوهرية في المجال المدني بما قرره محكمة التمييز بدبي في مبدئها رقم (٢٨٠ لسنة ٢٠٠٠) حيث نص على أن: «دفع المتهم بأنه مريض مرضا نفسيا يفقده القدرة على التحكم في تصرفاته، عدم التعرض لهذا الدفاع الجوهرى قصور»^١، ونص المبدأ رقم (٤٩ لسنة ٢٠٠١) على أن: «عدم تعرض الحكم للمستندات المقدمة من المتهم قصور».

ومثله ما قرره محكمة النقض بمصر في الطعن رقم (٢٤٢٤ لسنة ٤٧) حيث نصت على أن: «تمسك المشتري المحل التجاري بشرائه له من المالك الظاهر بحسن نيته وانتقال حيازته إليه، إغفال الحكم بحث هذا الدفاع بمقولة إن المحل يدخل ضمن أموال التقلية، ولا يسري التصرف في حق جماعة الدائنين قصور»^٢، ومثله ما أصدرته المحكمة العليا بسلطنة عمان في الطعن رقم (١١٣ / ٢٠٠٢) حيث نص على أنه: «إذا أغفل الحكم المطعون فيه دفاعا جوهريا، ويكون من شأنه أن يؤثر في النتيجة التي انتهى إليها فإن هذا يعد قصورا مما يتعين معه نقض

(١) مجموعة الأحكام والمبادئ القانونية الصادرة في المواد المدنية بمحكمة تميز دبي ص ١١٠٦.

(٢) التعليق على قانون المرافعات المدنية والتجارية ج١ ص ١٦٧٠.

(٢) مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الشرعية والمدنية بسلطنة عمان، سنة ٢٠١١م ص ٣٢٠.



محكمة الاستئناف غير ملزمة بالرد على أسباب الحكم المستأنف إذا ألغته متى أقامت قضاءها على أسباب تكفي لحمله وهذا ما قرره محكمة التمييز بالكويت في أحد مبادئها^٢.

والأمر الثاني: أن لا يكون قد تم إبداء دفع أو طلبات جديدة أمام محكمة الاستئناف تقتضي تسببها خاصا بحيث لا تصلح أسباب الحكم الابتدائي أسبابا لها، كذلك يجوز تسبب الحكم بالإحالة على أسباب حكم آخر صدر في دعوى أخرى بشرط أن يكون هذا الحكم قد سبق صدوره بين نفس الخصوم وأن يكون قد أودع في ملف الدعوى وأصبح بذلك ورقة من أوراقها وأن لا يكون قد ألغي لأن إلغاء الحكم بأية طريقة من طرق الطعن يجرده من كل أثر قانوني.

المبحث الرابع : الغموض والإبهام وجزاء عيوب الأسباب:

المطلب الأول: الغموض و الإبهام:

وهو عيب يفقد التسبب غايته، فيجب أن تكون الأسباب واضحة خالية من الإبهام والانهام الحكم، فإنما شرع التسبب لعدة أغراض منها بسط محكمة النقض (العليا) رقابتها على سلامة تطبيق القانون وتحصيل الواقع وهذا العيب يؤدي إلى إخلال هذه الرقابة أو إضعافها، ولذلك جرى قضاء محكمة النقض (العليا) على أن الإبهام والغموض يعتبران عيبين مُبطلين للحكم إذا أدى هذا الإبهام إلى عجز المحكمة من إجراء رقابتها عن تطبيق القانون، كما إذا لم تتمكن المحكمة من أن تبين ما إذا كان الحكم قد بني على أمور متعلقة بالواقع، أو بني على مسألة قانونية أو لم تتمكن من استظهار القاعدة القانونية

أثناء المداولة في الحكم على أوراق غير التي قدمت إليها أثناء نظر الدعوى، وهذا المفهوم نتيجة حتمية لازمة عن مبدأ وجوب مواجهة الخصوم بعضهم بعضا بالدفاع وتمكين كل خصم من مناقشة ما يدلي به خصمه من الحجج ما لم تكن قد أطلعت المتهم عليها ليتمكن من مناقشتها والدفاع عن نفسه فيها .

وإذا طلب المتهم في مذكرته بعد إقفال باب المرافعة سماع الشهود وعرض المجني عليه على الطبيب الشرعي، أو استدعاء الخبير لمناقشته... الخ ، فإن المحكمة غير ملزمة بإجابته والرد عليه ، فمن المقرر أنه متى حجزت المحكمة القضية للحكم فإنها لا تكون ملزمة بإعادتها للمرافعة لإجراء تحقيق فيها^١.

وليس مما يعيب الحكم أن يحيل تسببه على أوراق أخرى، ولا يعد ذلك نقصا، وإنما يجري الفقه والقضاء على جواز إحالة الحكم في تسببه على حكم آخر سبق صدوره في الدعوى بين نفس الخصوم، كأن تؤيد المحكمة الاستئنافية الحكم المستأنف للأسباب التي بنت المحكمة الابتدائية حكمها عليها، ولكن يقتضي ذلك أمرين: الأول: أن يكون الحكم الابتدائي غير معيب في تسببه ما لم تتدارك المحكمة الاستئنافية في حكمها ما يشوب الحكم الابتدائي من قصور في التسبب.

ويجوز للمحكمة الاستئنافية الإحالة في بيان وقائع الدعوى على ما ورد بالحكم الابتدائي حتى ولو كانت قد انتهت إلى إلغائه وأخذت بنظر مغاير لما ورد بالحكم الابتدائي سواء كان مرد ذلك تقدير الأدلة أو تطبيق القانون ولا يعيب الحكم ذلك، وهو ما قرره محكمة النقض المصرية (نقض ٦٩/١/١٤)، كما أن

(٢) مجلة القضاء والقانون (مجلة دورية يصدرها المكتب الفني بمحكمة التمييز بدولة الكويت ط ١٩٩٩م لسنة ٢٢ ص ٨٧.

(١) الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجزائية ج٢ ص ١٦٩.

ذكر تفاصيلها يعد قصورا مبطلا للحكم، إذ لا يمكن معه تعيين الدليل الذي كونت منه المحكمة اقتناعها بوجهة نظرها حتى يمكن الوقوف على ما أثير حوله من دفاع لا يؤثر فيه، والتحقق من أنه من الأدلة التي يصح قانونا تأسيس الحكم عليها^٢.

وقد درجت محكمة النقض المصرية على نقض الأحكام المشوبة بعيب الغموض والإبهام، وهو ما قررته في (النقض المؤرخ في ٢١/١/١٩٨١) حيث ينص على أنه: "من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الأحكام يجب أن تكون مبنية على أسباب واضحة وجلية وعلى محكمة الاستئناف إذا هي ألغت حكم محكمة الدرجة الأولى أن تبين الأسباب التي بنت عليها قضاءها لما كان ذلك وكان الثابت من مدونة الحكم المطعون فيه أنه ألغى حكم محكمة الدرجة الأولى دون أن يبين ماهية أقوال الشهود التي استند إليها وما بينته الشكوى الإدارية التي اعتمد عليها في قضاؤه فإن الأسباب تكون قاصرة من شأنها أن تعجز محكمة النقض عن إعمال رقابتها، كما أن المحكمة العليا درج عملها على نقض الأحكام المشوبة بالغموض والإبهام؛ ومن ذلك ما قضت به الدائرة المدنية بالمحكمة العليا في الطعن رقم ٤٦٧/٢٠٠٩م حيث قضت بأن: «استخلاص الوقائع وتقدير الأدلة هي من اختصاص محكمة الموضوع إلا أنه يشترط أن يكون ذلك بعد تصور الموضوع وفهم واقع الدعوى والدقة فيه بحيث لا يُبقي مجالاً للشك، وكما أن الإبهام والغموض والنقص في التسبب بعيب الحكم ويوجب نقضه»^٣.

التي أخذ بها الحكم لتستبين ما إذا كان قد طبقها تطبيقاً سليماً أو خطأ في التطبيق.

وفي ذلك تقول محكمة النقض المصرية: "الأحكام يجب أن تقوم على أسباب واضحة تتم عن تحصيل المحكمة فهم الواقع في الدعوى، وأن الحقيقة التي استخلصتها واقتنعت بها قد قام الدليل الذي يتطلبه القانون ويؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها قضاؤها"، كما قضت الدائرة التجارية بالمحكمة العليا في الطعن رقم ٢٣٢/٢٠٠٩م بأن: "الأحكام يجب أن تكون مبنية على أسباب واضحة جلية تتم عن تحصيل المحكمة فهم الواقع في الدعوى مما له سند من الأوراق والبيانات المقدمة لها وأن الحقيقة التي استخلصتها واقتنعت بها قد قام دليلها الذي يتطلبه القانون ومن شأنه أن يؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها قضاؤها فلا تكفي الأسباب المجملّة أو الناقصة أو المبهمة"^٤.

ولكن لا يعد من هذا العيب إغفال ذكر مواد القانون التي طبقت على واقعة الدعوى متى كان نص القانون الواجب تطبيقه مفهوماً من الوقائع التي أوردها الحكم؛ إذن فالأسباب المبهمة مجملات تحتاج إلى تفصيل، ولا تستغني عن تفصيلها الأحكام؛ إذ هي بدون تفصيلاتها تصبح كلا شيء.

مثال على الإبهام والغموض: وذلك كأن تذكر المحكمة في حكمها أنها قد كونت اقتناعها من المستندات والمذكرات وتقدير الخبير^٥، أو كقولها: «حيث إن المدعي أثبت ما يدعيه من ملكية العين المتنازع عليها» فمجرد الإشارة إلى هذه الأمور دون

(٣) تقنين المرافعات في ضوء القضاء والفقهاء ص ١٠٧٧.

(٤) التعليق على قانون المرافعات ج ١ ص ١٦٩٢.

(٥) انظر مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة المدنية بالمحكمة العليا بسلطنة عمان والمبادئ المستخلصة منها، والصادرة عن المكتب الفني بالمحكمة العليا، ص ٤٠٤.

(١) مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة التجارية بالمحكمة العليا بسلطنة عمان والمبادئ المستخلصة منها، والصادرة عن المكتب الفني بالمحكمة العليا، ط مطابع النهضة سنة ٢٠١٠م ص ١٦٤.

(٢) تسبب الأحكام القضائية، لنجاح نصار ص ٢٣ وتقنين المرافعات في ضوء القضاء والفقهاء ص ١٠٧٨.



المطلب الثاني: جزاء عيوب التسبب:

يجب أن تشتمل الأحكام على الأسباب التي بنيت عليها وإلا كانت باطلة، ويمتد هذا البطلان إلى الأحكام المشوبة بالقصور في التسبب أو بالتناقض الذي تتماهى به أسباب الحكم فلا يعرف على أي أساس أقيم قضاءه، أو بالغموض والإبهام وبالانقص في الأسباب الواقعية والخطأ فيها.

إذن ليس يكفي أن تبدي أية أسباب لحمل الحكم، كما أنه ليس مقصد قانون المرافعات أن يأتي القاضي بأية أسباب خاطئة أو غامضة فيصبح حكماً صحيحاً، ولقد أيدت محكمة النقض اتجاه الرأي المتقدم في كل أحكامها ومما قالت: «إن المشرع لم يقصد إلزام المحكمة بتسبب أحكامها أن يستكمل شكلها باعتبارها من أوراق المرافعات فيكتفي فيها بمطالعة الأسباب ولو جاءت مبهمة تصح لكل حكم أو غامضة مجملة لا تتنع المطلاع عليها بعدالتها وإنما لا يؤدي التسبب ثمرته إلا إذا كان كافياً وكفيلاً بأن يحقق المقصود منه، ولاستطاع قاضي الموضوع أن يُجَهِّل طريق الرد على أحكامه فيكتفي بأسباب مجملة أو غامضة أو ناقصة أو أسباب يخلط فيها بين ما يستقل هو بتحقيقه والحكم فيه من جهة الموضوع وبين ما تراقبه فيه محكمة النقض من ناحية قانونية فتكون بذلك الأحكام المسببة خير تسبب هي المعروضة لهذه الرقابة دون الأحكام الأخرى غير المسببة.

وجاءت المادة (١٧٦) مرافعات مصري) ناصة على أن الأحكام يجب أن تكون مشتملة على الأسباب التي بنيت عليها وإلا كانت باطلة وكذلك المادة (٢١٧) من

قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي^١ وإذن بمقتضى النص المتقدم يتعين تسبب جميع الأحكام الصادرة من المحاكم ولو كانت جزئية^٢.

وجاءت المادة (١٧٢) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني^٣ والمادة (١٧٨) من قانون المرافعات المصري بعد أن عدت بيانات الحكم ومن بينها الأدلة الواقعية والحجج القانونية وأسبابه جاءت في فقرتيهما الثانية ناصتين على أن القصور في أسباب الحكم الواقعية يترتب عليه البطلان.

وترتبط على كل ما تقدم فالتقصير في أسباب الحكم الواقعية يؤدي إلى بطلان الحكم كما إذا أغفلت المحكمة وقائع مهمة أو مسختها أو أغفلت الرد على دفاع جوهرى أو مستند مهم لم يختلف الخصوم على دلالته وحجته أو رفضت إثبات واقعة جوهرية في الدعوى أو لم تدون طريق ثبوت الأدلة أو استخلصت غير ما تشفه تلك الأدلة دون أن تعمل منطقاً سليماً في هذا الصدد.

وإذا كانت أسباب الحكم الواقعية سليمة صحيحة وكانت النتيجة التي انتهت إليها صحيحة قانوناً ومتماشية مع الثابت من وقائع الدعوى فإن الحكم يعد صحيحاً ولو لم يذكر فيه القاعدة القانونية كما

(١) والناصة على أنه: "يجب على المحكمة أن تفصل في الطلبات التي تقدم لها من الخصوم وتبين الأسباب التي تستند إليها" الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجزائية لدولة الإمارات العربية المتحدة (القانون الاتحادي رقم ٢٥ لسنة ١٩٩٢م) الجزء الثاني المحاكمة وطرق الطعن في الأحكام للدكتور جوده حسين جهاد ط الأولى ١٤١٥هـ-١٩٩٤م، ص ١٩٤، ١٩٣.

(٢) موسوعة المرافعات المدنية والتجارية ج ٢ ص ١٣١ ونظرية الأحكام ص ١٩٤.

(٣) مجلد التشريعات، جمع وتنسيق وترتيب وتدقيق المكتب الفني بالمحكمة العليا بالتعاون مع دائرة العلاقات العامة، وزارة العدل سلطنة عمان الطبعة الأولى ٢٠٠٥ الجزء الثاني، ص ٣٨، وهي نفس المادة (١١٦) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي، انظر التشريعات الكويتية، قانون المرافعات المدنية والتجارية جمعية المحامين ج ١ ص ٧٩.

بينت محكمة النقض المصرية بأن البطلان الذي رتبته الشارع جزاء مخالفة الأوضاع أو إغفال بيان من البيانات الجوهرية اللازمة لصحة الحكم هو بطلان من النظام العام يجوز التمسك به في أي وقت أمام محكمة النقض كما يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها (نقض ٢٥/٢/١٩٦١ سنه ١٢ ص ٣٠) كما أن الفقه والقضاء قد جريا على تقرير أن البطلان الوارد في الفقرة الثانية من المادة (١٧٢) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني والمادة (١٧٨) من قانون المرافعات المصري؛ لا يتعلق كله بالنظام العام فهما لم يطلقا القول بتعلق البطلان في جميع الأحوال بالنظام العام بل هما يميزان بين البطلان المتعلق بالنظام العام وبين البطلان الذي لا يتعلق بالنظام العام وفقاً لظروف كل مخالفة^٢.

وبين الفقه أن بطلان الأحكام نتيجة افتقارها إلى بياناتها الجوهرية لا يتصل بالنظام العام في كل الأحوال فالمادة رقم (٢٤٩) مرافعات مصرية بعد أن سردت في فقرتها الأولى جميع بيانات الحكم جاءت في الفقرة الثانية منها ترتب البطلان جزاءً لمخالفة بعضها دون البعض الآخر وليس معنى هذا أن نقص البيانات الأخرى أو الخطأ فيها لا يرتب أي بطلان وليس معنى هذا أيضاً أن البطلان المقرر في الفقرة الثانية يتعلق كله بالنظام العام^٣.

ومتى كان الحكم مشوباً بالقصور الميطل وجب على المحكمة الاستئنافية التصدي لهذا البطلان إذا تمسك المستأنف به لتقضي به، وهو ما يحول دونها والإحالة إلى أسباب الحكم المستأنف أو القضاء بتأييده أو إلغائه أو تعديله إذ لا يرد ذلك على حكم

إذا ذكرت أخطاء قانونية في الأسباب أو تناقض بعض الأسباب القانونية مع البعض الآخر متى بني على أسباب صحيحة كافية لأن المقصود بالخطأ في القانون كسبب للطعن بالنقض هو ذلك الخطأ الذي يشوب منطوق الحكم دون أسبابه أو بعبارة أخرى هو الخطأ الذي يبني الحكم عليه وهو في هذه الحالة وحدها يكون سبباً من أسباب الطعن بالنقض، ثم إن الطعن في الحكم لا يجدي إذ لا مصلحة للمحكوم عليه في تمسكه بالخطأ القانوني الثابت في الأسباب لأن تصحيحها لا يغير وجه الدعوى ولا يؤثر فيما قضت به المحكمة ولا تمسه تلك الأسباب الخاطئة بأي ضرر يبرر بطلان الحكم، وعلى العكس إذا وردت في أسباب الحكم تقديرات لمبادئ قانونية سليمة صحيحة فإنها لا تؤثر في تصحيح المنطوق إذا كان قد صدر مخالفاً للقانون ولم يبينه على تقديرات صحيحة، وإذا ورد القصور في أسباب الحكم الواقعية وفي أسبابه القانونية أيضاً فإن الحكم يكون مآله البطلان، أما عيوب التسبب المسماة بمخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه وتأويله ومخالفة الثابت في الأوراق، إذا بني المنطوق على الأسباب المتعلقة بها فلا يترتب عليها البطلان إنما تكون من أسباب النعي على الحكم.

والبطلان المترتب على عيوب التسبب في جميع الأحوال لا يتعلق بالنظام العام كما يرى بعض الفقهاء، ومن ثم لا يجوز التمسك به إلا لمن تقرر لمصلحته من الخصوم، وقد بينت المحكمة العليا في الطعن رقم ٢٠١١/٧٩٦م بأن: "الحكم يكون صحيحاً إذا انتهى إلى نتيجة صحيحة ولو شابه قصور في الأسباب، ويجوز للمحكمة العليا تصويب هذه الأخطاء"^١، كما

(٢) الموسوعة الشاملة في التعليق على قانون المرافعات ج٣ ص ١٠٦

(٣) التعليق على قانون المرافعات المدنية والتجارية ج١ ص ١٦٧٨ والموسوعة الشاملة في التعليق على قانون المرافعات المدنية والتجارية ج٣ ص ١٠٦.

(١) مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة المدنية بالمحكمة العليا بسلطنة عمان والمبادئ المستخلصة منها، والصادرة عن المكتب الفني بالمحكمة العليا، ط مطابع النهضة سنة ٢٠١٢م ص ١٦٤.



تصيب الأحكام.

هناك عدة عيوب تصيب هذه الأسباب يجب على القاضي تحاشيها، فهذه العيوب تنسف الحكم تبعاً لنسفها للأسباب، وتجعل وجودها كعدمها وهي التناقض والغموض وعدم منطقية التسبب، وانعدام التسبب.

التناقض هو: أن يرد في الحكم التعارض المؤدي إلى تهمد الحكم ببعضه البعض سواء ورد هذا التعارض بين الأسباب بحيث تتهاثر جميعها وتتهدم، أو تعارضت الأسباب مع منطوق الحكم بحيث يصير الحكم كأنه مبني على غير أساس.

ليعتد بالتناقض الذي يرد في الأسباب لا بد أن يكون وارداً في الأسباب الجوهرية، وأن ينصب في الأسباب الواقعية، وبصفة أكيدة، ولا يتم وروده عن طريق اللغو والخطأ.

المذهب الغالب للفقهاء أن التناقض بين الأسباب مؤد إلى الانعدام، وإذا تناقضت مع منطوق الحكم أدى إلى الانعدام إذا لم يبق ما يحمل الحكم من أسباب.

الفساد في الاستدلال يأتي على عدة صور وهي:

١. الخطأ في الدليل الذي ثبتت به الوقائع.
٢. عدم فهم المحكمة للوقائع.
٣. استناد الحكم على وقائع متعارضة.
٤. الخطأ في تطبيق القانون.
٥. مخالفة المستندات والأوراق الثابتة.
٦. مخالفة القانون.

انعدام الأسباب إما انعدام كلي بخلو الحكم

باطل، وإنما يجب عليها أن تقيم قضاءها على أسباب خاصة بها وتفصل في الدعوى من جديد بعد أن استنفذت محكمة الدرجة الأولى ولايتها بإصدار الحكم الباطل.

ويتقرر البطلان عن طريق الطعن في الحكم بحيث إذا حاز قوة الأمر المقضي حاز حجية مطلقة وامتنع طلب بطلانه بدعوى مبتدأة لأن حجية الأحكام تسمو على اعتبارات النظام العام عندما يتصل بطلانه بهذا النظام^(١).

الخاتمة:

قبل الختام ألقى نظرة على ما تقدم لأكتب هذه الأسطر نتائج للبحث واختصاراً لأهم ما ورد فيه:

- تسبب الأحكام من أعظم الضمانات التي فرضها القانون على القضاة إذ هي مظهر وإنعام بما عليهم من واجب تدقيق البحث وإمعان النظر لتعرف الحقيقة التي يعلنونها، وبالتسبب وحده يسلمون من مظنة التحكم والحيث لأنه سيعلم كل متقاضٍ على أي أساس صدر الحكم.
- الأسباب هي بيان ما أقنع القاضي من حجج قانونية وأدلة واقعية.
- يجب أن يشتمل الحكم على عرض مجمل لوقائع الدعوى ثم طلبات الخصوم وخلاصة موجزة لدفعهم ودفاعهم الجوهرية ورأي الادعاء العام إن كان ثم بعد ذلك الأسباب ومنطوق الحكم.
- يجب على القاضي معرفة ضوابط تسبب الأحكام القضائية لكي يسلم من العيوب التي

(١) موسوعة المرافعات المدنية والتجارية ج٢ ص ١٢٢.

، اختصاص المحاكم، نظرية الدعوى، نظرية الطعن، الخصومة، الأحكام القضائية، طرق الطعن في الأحكام، الأحكام الخاصة بمسائل الأحوال الشخصية) لخليفة بن محمد الحضرمي ط ٢٠٠٢.

٤- أوجه الطعن بالنقض في تسبب الأحكام المدنية والجنائية (الفقه والقضاء) للدكتور عبد الحميد الشواربي، الناشر منشأة المعارف بإسكندرية ٢٠٠٤م.

٥- تسبب الأحكام الجزائية تأليف القاضي محمود خليفة طاهر، سلطنة عمان، غير مطبوع.

٦- تسبب الأحكام القضائية في قانون المرافعات المدنية والتجارية، د. نبيل إسماعيل عمر، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر.

٧- تسبب الأحكام القضائية، للمستشار نجاح نصار القاضي بمحكمة التميز الكويتية، معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية.

٨- تسبب الأحكام المدنية والجنائية في ضوء الفقه والقضاء لعبد الحميد الشواربي، طباعة المعارف بمصر.

٩- تسبب الأحكام وفقا لأصول المحاكمات المدنية تأليف يوسف محمد المصاروة، ط ١، ٢٠٠٢م.

١٠- التشريعات الكويتية (١١) قانون المرافعات المدنية والتجارية إصدار جمعية المحامين ط ١/ ٢٠٠١.

١١- التشريعات الكويتية، قانون الجزاء ج ١ قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية، إصدار جمعية المحامين الكويتية.

من الأسباب تماما أو انعداماً جزئياً، وهو أن تتعدد موجبات التسبب، فلا يستجيب القاضي لكل الموجبات فيسبب البعض ويترك البعض معلقاً بلا أسباب.

• القصور في أسباب الحكم الواقعية يؤدي إلى بطلان الحكم كما إذا أغفلت المحكمة الوقائع المهمة أو مسختها أو أغفلت الرد على دفع جوهري أو مستند مهم أو بالتناقض الذي تتماحي به أسباب الحكم، بينما لا يؤدي إلى البطلان في حالة مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه وتأويله، ومخالفة الثابت في الأوراق إذا بني المنطوق على الأسباب المتعلقة بها.

• البطلان المترتب على عيوب التسبب بعضه يتعلق بالنظام العام والبعض الآخر لا يتعلق بالنظام العام حسب كل قضية وظروفها، أما إذا حاز الحكم قوة الأمر المقضي فقد حاز حجية مطلقة وامتنع طلب بطلانه بدعوى مبتدأه لأن حجية الأحكام تسمو على اعتبارات النظام العام عندما يتصل بطلانه بهذا النظام. هذا وأسأل الله تعالى أن أكون قد وفقت إلى الصواب.

قائمة المصادر والمراجع:

- ١- أ.د. فايز نعيم رضوان، مبادئ قانون المعاملات التجارية لدولة الإمارات العربية المتحدة.
- ٢- أصول المحاكمات المدنية، للدكتور: أحمد أبو الوفا، طباعة الدار المصرية للطباعة والنشر، الطبعة الأولى لسنة ١٩٧١م.
- ٣- أصول المرافعات المدنية والتجارية في القانون العماني (التنظيم القضائي



- العربية ط ١٩٨٧ م. ٢٠٠٢ م.
- ٢١- ضوابط تسبب قرارات النيابة العامة للمستشار صبري سليمان رئيس المكتب الفني بدولة الكويت، وعهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية.
- ٢٢- طلال الجبوري، تعويض الضرر الأدبي في المسؤولية المدنية، ط/ دار الفكر الجامعي، سنة ٢٠١٤ م.
- ٢٣- قانون الإجراءات الجنائية معلقا عليه بالفقه وأحكام النقض/ للدكتور: مأمون محمد سلامة ط ٢، ٢٠٠٥ م نادي القضاة.
- ٢٤- قانون الإجراءات المدنية والتجارية، سلطنة عمان وزارة العدل، مسقط، صدر بتاريخ ٢٢/ ذي الحجة / ١٤٢٢ هـ الموافق ٦ / مارس / ٢٠٠٢ م، ونشر بالجريدة الرسمية بتاريخ ١٧ / مارس / ٢٠٠٢ م.
- ٢٥- القانون الدولي الخاص المصري للأستاذ الدكتور عصام الدين القصبى، رئيس قسم القانون الدولي الخاص كلية الحقوق جامعة المنصورة ، (الجنسية - مراكز الأجانب - تنازع الاختصاص القانوني - الاختصاص القضائي الدولي) ط النسر الذهبي للطباعة، مصر ٢٠٠٤، ٢٠٠٢ م.
- ٢٦- قانون المرافعات المدنية والتجارية وقانون الإثبات والمذكرات الإيضاحية وجميع الأعمال التحضيرية المتعلقة بها ، جمهورية مصر العربية وزارة العدل إدارة التشريع ، إعداد المستشار عبد المنعم حشيش، ط ١٩٩٢ .
- ٢٧- قانون المرافعات شرح القاضي عويد الرشيدى، وعهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية.
- ١٢- التعليق على قانون المرافعات للمستشار عز الدين الدناصوري والأستاذ حامد عكار، ط ١٠، ٢٠٠٢ م.
- ١٣- التعليق على قانون المرافعات والإثبات والتحكيم للمستشار عبد الفتاح مراد.
- ١٤- تقنين المرافعات في ضوء القضاء والفقه تأليف المحامي محمد كمال عبد العزيز، ط ١٩٩٥، ٢٠٠٣ م.
- ١٥- د. أسامة الروبي قواعد الإجراءات المدنية والتجارية والتنظيم القضائي في سلطنة عمان، ط/ دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٩ م.
- ١٦- د. نبيل إسماعيل عمر، إعلان الأوراق القضائية دراسة تحليلية وعملية في الفقه والقضاء المصري والفرنسي.
- ١٧- د. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، ط/ دار الفكر سنة ٢٠٠٣ م.
- ١٨- شرح قانون الإجراءات الجنائية للدكتور محمد نجيب حسني، دار النهضة العربية القاهرة ط ١٩٩٥/٣ م.
- ١٩- ضوابط تسبب الأحكام الجنائية وضوابط صياغة بيانات الحكم الجنائي في ضوء أحكام محكمة الجنايات وأمن الدولة العليا ومحكمة النقض وصور نماذج لأسباب الأحكام الصادرة في بعض الجرائم تأليف المستشار محمد أحمد أبو زيد، ط ٢٠٠٣ دار الفكر والقانون مطابع الانتصار.
- ٢٠- ضوابط تسبب القرارات وضوابط التدليل، سلسلة دراسات قضائية من إصدار المركز القومي للدراسات القضائية، تأليف المستشار يعيش رشدي، وزارة العدل بجمهورية مصر

- ٢٨- قيم وتقاليد القضاء للمستشار فتيحة محمود
قرة دائرة العدل المعهد العالي للعلوم القانونية
والقضائية بدبي.
- ٢٩- مجلة القضاء والقانون (مجلة دورية يصدرها
المكتب الفني بمحكمة التمييز بدولة الكويت)
ط١٩٩٩م لسنة ٢٢.
- ٣٠- المجلة القضائية الصادرة عن المكتب الفني
بالمحكمة العليا بسلطنة عمان العدد الأول
٢٠١٠م والعدد الثاني ٢٠١١م.
- ٣١- مجلد التشريعات العماني، جمع وتنسيق
وترتيب وتدقيق المكتب الفني بالمحكمة العليا
بالتعاون مع دائرة العلاقات العامة بوزارة
العدل بسلطنة عمان الطبعة الأولى ٢٠٠٥م.
- ٣٢- مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة
الشرعية والمدنية بالمحكمة العليا بسلطنة عمان
والمبادئ المستخلصة منها لغاية ٣١ / ١٢ /
٢٠٠٤م والصادرة عن المكتب الفني، ط مطابع
النهضة ٢٠٠٥م.
- ٣٣- مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة
العمالية والتجارية بالمحكمة العليا بسلطنة
عمان والمبادئ المستخلصة منها، والصادرة
عن المكتب الفني، ط مطابع النهضة ٢٠٠٥م.
- ٣٤- مجموعة الأحكام والمبادئ القانونية الصادرة
في المواد المدنية والتجارية والعمالية والأحوال
الشخصية والجزائية عام ٢٠٠١م العدد الثاني
عشر/ إصدار المكتب الفني بمحكمة التمييز
دبي.
- ٣٥- المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي
إصدار الفتوى والتشريع ط٢، ١٩٩٩م.
- ٣٦- الموسوعة الشاملة في التعليق على قانون
المرافعات ، ط٢. د. أحمد مليجي.
- ٣٧- الموسوعة الشاملة لأحكام محكمة النقض
(جميع الدوائر المدنية والتجارية والعمالية
والأحوال الشخصية والإيجارات) الإصدار
الثاني تأليف المستشار عبد المنعم الشربيني
(المحامي بالنقض) ط٢٠٠١.
- ٣٨- موسوعة المرافعات المدنية والتجارية
للمستشار أنور طلبة، دار المطبوعات الجامعية
الإسكندرية.
- ٣٩- موسوعة المرافعات المدنية والتجارية، دار
المطبوعات الجامعية الإسكندرية.
- ٤٠- نظرية الأحكام في قانون المرافعات، للدكتور
أحمد أبو الوفا.
- ٤١- نظرية الدفع أمام القضاء الجنائي، د. حامد
الشريف ط١٩٩٩، دار الكتب القانونية المحلة
الكبرى.
- ٤٢- الوجيز في الإجراءات المدنية ، شرح القوانين
الخاصة بالتنظيم القضائي والإجراءات المدنية
لدولة الإمارات العربية المتحدة الجزء الثاني
إجراءات التقاضي، للدكتور: محمد نور عبد
الهادي ط١٩٩٥م.
- ٤٣- الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجزائية
لدولة الإمارات العربية المتحدة (القانون
الاتحادي رقم ٣٥ لسنة ١٩٩٢م) الجزء الثاني
المحاكمة وطرق الطعن في الأحكام للدكتور
جوده حسين جهاد ط الأولى ١٥٤١٥-١٩٩٤م.
- ٤٤- الوسيط في أصول المحاكمات المدنية للمحامي
حلمي محمد الحجار ط٥، سنة ٢٠٠٢م بيروت
لبنان.



- ٤٥- الوسيط في القانون المدني ج٢ المسؤولية الناشئة ٥٣- أسباب كسب الملكية لعبد الرازق أحمد عن الأشياء، الإثراء بلا سبب، الفضالة، آثار الالتزام، انقضاء الالتزام للمستشار أنور طلبة ط٢٠٠١م المكتب الجامعي.
- ٤٦- الوسيط في شرح القانون المدني الجزء التاسع أسباب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية (حق الانتفاع وحق الارتفاق) لعبد الرزاق أحمد السنهوري، دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان.
- ٤٧- الوسيط في شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية للدكتور محمد علي سالم الحلبي ط٢، ١٩٩٦ مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- ٤٨- الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، د. أحمد السيد صاوي، دار النهضة العربية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، سنة ١٩٩٠.
- ٤٩- الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية للدكتور: رمزي سيف.
- ٥٠- عبد المنعم كامل، قانون المعاملات المدنية العماني.
- ٥١- موسوعة مبادئ المحكمة العليا والإدارية والفتاوى القانونية (الدائرة التجارية)، المعهد العربي للدراسات القانونية ط/ مركز الغندور ، ٢٠١٥.
- ٥٢- د. عادل المقدادي، الأوراق التجارية وفقا لقانون التجارة العماني رقم (٥٥) لسنة ١٩٩٠م الجزء الثالث، ط٢٠٠٨م.





أحكام الكفالة بالمال في الفقه الإسلامي

إعداد فضيلة القاضي :

د. سعيد بن محمد بن سعيد البوسعيدي
رئيس المحكمة الابتدائية بالقابل



مقدمة:

بسم الله الرحمن الرحيم

ولما كانت هذه الأبواب متناثرة في مختلف كتب الفقه الإسلامي، لا يجمع كل معاملة كتاب واحد يبين أحكامها في مختلف المذاهب، الأمر الذي حدا بالفقهاء المعاصرين أن يجمعوا كل معاملة في كتاب معين يبين أحكامها، تسهيلاً وتيسيراً للناس بطريقة منهجية معاصرة.

وقد وجدنا أن الكفالة بالمال دخلت في شتى معاملات العصر، من التأمين التجاري وعقود الضمانات وفي الأسهم والسندات.... وغيرها من المعاملات، وهذا الإهتمام دعاني الكتابة في هذا الموضوع، لعدم وجود كتاب أو بحث يجمع هذه المعاملة من شتى كتب الفقه الإسلامي، لبيان الطريقة السديدة في كيفية التعامل بالكفالة وفقاً لضوابط الشرع حتى لا يقع الإنسان في المحذور، إذ أن كثيراً من الناس يحبون أن يقدموا الخير لمن أسدى إليهم معروفًا أو قدم لهم نصحاً أو يفعلوا ذلك ابتغاء مرضاة الله تعالى أو أنهم يفعلون ذلك في العقود التجارية التي تنشأ بينهم، ولكنهم يجهلون الأحكام التي تعتري هذه المعاملة فيقعون في المحذور.

وأسأل الله العليّ القدير أن ينفع به المسلمين.

الحمد لله وكفى والصلاة والسلام على النبي المصطفى وعلى آله وأصحابه والتابعين لهم بإحسان إلى يوم الحشر والوفاء. وبعد:

المال عصب الحياة فيه تعيش الأمم والشعوب، وبه تبني نهضتها العمرانية والصناعية، فبالمال تنفي الأمم عن نفسها شبح الفقر، كنافخ الكير ينفي خبث الذهب والفضة، ولما كان هذا شأن المال فقد أولاه الإسلام عناية فائقة تقوم على أساس العدل والمساواة دفعا للظلم والتعسف، فبين الحلال منه والحرام، ونظم طرق أخذه وصرفه، قطعاً لدابر الفتنة والشقاق، وحث على البذل والعطاء تركية للنفوس وتخليصاً لها من ربة الشح والبخل، ورفعاً للواء المحبة والإخاء.

ولما حاز المال في حياة الناس أهمية كبيرة، وخاصة في عصرنا الحالي، فقد تعددت طرق أخذه وصرفه مما انبنى على ذلك أحكاماً كثيرة، منها ما هو عام لجميع المعاملات، ومنها ما هو خاص لكل معاملة بعينها، مما جعل أصحاب الاختصاص يفردون في كتبهم باباً خاصاً لكل معاملة.



الفصل الأول:

ماهية الكفالة بالمال

ومشروعيتها وأركانها وشروطها

المبحث الأول: ماهية الكفالة بالمال ودليل مشروعيتها.

هذا المبحث يحتوي على أربع مطالب فالأول لتعريف الكفالة والثاني عن حكم الكفالة بالمال ودليل مشروعيتها، والثالث عن الحكمة من مشروعية الكفالة بالمال، والثالث عن أنواع الكفالة.

المطلب الأول: تعريف الكفالة

بالمال لغة وشرعا.

لغة: الكافل العائل، وكَفَلَهُ ويكفله ويكفله وكَفَّلَهُ وإياه^(١)، وفي التنزيل العزيز ” وكفَّلها زكريا “^(٢)، وفي الحديث ” أنا وكافل اليتيم كهاتين في الجنة وأشار بالسبابة والوسطى “^(٣) وكفل المال وبالمال ضمه^(٤)، وجاء في معجم العين: والكفيل الضامن للشيء، كفل به يكفل به كفالة، والكافل الذي يكفل إنسانا يعوله وينفق عليه.^(٥)

شرعا: اختلف الفقهاء في تعريف الكفالة تبعا لاختلاف نظرتهم فيها وما يترتب عليها من أثر.

فذهب الإباضية إلى أنها: شغل الإنسان ذمته للآخر بما شغلت به ذمة بدون تعليق الشغل بما عليه لذلك

- ١ جمال الدين محمد ابن منظور الإفريقي، لسان العرب، باب كفل، مطبعة دار صادر بيروت، ج ١١، ص ٥٨٩.
- ٢ سورة آل عمران، الآية ٢٧.
- ٣ رواه البخاري، رقم ٥٦٥٩، دار ابن كثير، طه اليمامة، ج ٥، ص ٢٢٣٧، رواه مسلم، رقم ٢٩٨٣، دار الفكر ط ٢، ج ٤، ص ٢٢٨٧، رواه أحمد ابن حنبل، دار إحياء التراث العربي، ج ٢، ص ٣٧٥.
- ٤ لسان العرب، مرجع سابق، ج ١١، ص ٥٩٠.
- ٥ الخليل بن أحمد الفراهيدي، كتاب العين، باب الكاف واللام والفاء، ط مؤسسة دار الهجرة، ج ٥، ص ٣٧٢.

الآخر.^(٦)

وقد أرجز التعريف الشيخ البطاشي في سلاسل الذهب، حيث قال:

شغل الفتى ذمته بما لزم على سواه من حقوق في الذمم^(٧)

وعرفها علماء الحنفية بقولهم: ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل^(٨)

وعرفها المالكية بقولهم: هي التزام مكلف غير سفيه بدين على غيره.^(٩)

وقال الشافعية بأنها: التزام بحق ثابت في ذمة الغير أو إحضار من هو عليه أو عين مضمونة.^(١٠)

وقال الحنابلة بأنها: ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق.^(١١)

وتسمى الكفالة: حمالة وزعامة وقبالة وضمانة، ويسمى الملتزم بالحق كفيلا وحميلا وزعيما وقبيلا وضمينا.^(١٢)

- ٦ محمد بن يوسف اطفيش، شرح كتاب النيل وشفاء العليل، ط كتبة الإرشاد- جدة، ج ٩، ص ٤١٢.
- ٧ محمد بن شامس البطاشي، سلاسل الذهب، ط وزارة التراث القومي والثقافة، مسقط، ج ٦، ص ٢٩٧.
- ٨ شمس الدين السرخسي، كتاب المسوط، ط دار الفكر، ج ١٩، ص ١٦٠، حاشية ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ط دار إحياء التراث العربي، ج ٤، ص ٢٤٩، عبدالله بن محمود الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، دار المعرفة - بيروت، ج ٢، ص ١٦٦.
- ٩ أحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، دار الفكر، ج ٢، ص ١٤٤، عثمان بن حسنين المالكي، سراج السالك شرح أسهل المسالك، دار الفكر، ج ٢، ص ١٥٤.
- ١٠ شرح محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، دار الفكر، ج ٢، ص ١٩٨.
- ١١ علاء الدين أبي الحسن المرادوي، الإنصاف، دار إحياء التراث العربي- بيروت، ج ٥، ص ١٨٩، إبراهيم بن محمد الحنبلي، المبدع في شرح المقنع، ط المكتب الإسلامي، ج ٤، ص ٢٤٨، عبدالله بن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام المجل أحمد بن حنبل، ط الكتب الإسلامي، ج ٢، ص ٢٢٧.
- ١٢ شرح كتاب النيل وشفاء العليل، مرجع سابق، ج ٩، ص ٤١٢، أبو بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الحنفي، ط دار الكتاب العربي، ج ٦، ص ٢، الاختيار لتعليل المختار، مرجع سابق، ج ٢، ص ١٦٧، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج ٢، ص ١٩٨.

”أعليه دين؟“ قالوا: نعم ديناران، قال ”صلوا على صاحبكم“ فقال أبو قتادة الأنصاري، هما علي يا رسول الله، قال: فصلى عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم.^(٦)

ثالثا: الإجماع:

فقد أجمع المسلمون على جوازها في الجملة، إلا في بعض فروعها لحاجة الناس إليها، قال في الاختيار: بعث النبي صلى الله عليه وسلم والناس يتكفلون فأقرهم عليه، وعليه الناس من لدن الصدر الأول إلى يومنا هذا من غير نكير.^(٧)

وهي مندوبة في فعلها ويثاب عليها فاعلها إن نوى بها طاعة الله عز وجل.

أما في الواقع فكما قيل: أولها ملامة وأوسطها ندامة وآخرها غرامة،^(٨) فبعد تمام الأمر يلوم الناس الكفيل على كفالته ثم يندم بعد ذلك عليها لإضاعته ماله، ثم بعد ذلك يدفع الدين الذي تكفل به لأنه أصبح متعلقا بدمته.

المطلب الثالث: حكمة مشروعية الكفالة بالمال.

الإسلام دين يسر وسماحة يسعى دائما إلى إسعاد الإنسان في دنياه وآخرته، ومن يسر الإسلام أن سمح للناس بالتكافل فيما بينهم في الأموال، لحاجة الناس إلى الكفالة، فربما كان الإنسان المكفول فقيرا أو لا يستطيع أن يؤدي دينه بسبب ظرف من الظروف فيكفله شخص بتأدية الدين الذي عليه من باب « من

- ٦ رواه أبو داود، رقم ٣٣٤٣، دار الفكر، ج ٣، ص ٢٤٧، ورواه ابن ماجه، رقم: ٢٤٠٧، ج ٢، ص ٨٠٤، ورواه البخاري، رقم: ٢١٦٨، ج ٢، ص ٧٩٩، ورواه الترمذي، رقم: ١٠٦٩، ج ٣، ص ٢٨١.
- ٧ الاختيار لتعليق المختار، مرجع سابق، ج ٢، ص ١٦٦.
- ٨ المبسوط، مرجع سابق، ج ١٩، ص ١٦١.

وقد عرفها قانون المعاملات المدنية العماني في المادة (٧٣٦) بأنها: ”ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام“^(١)

إلا أن العرف جار بأن الضمين يستعمل في الأموال والزعيم في الأموال العظام والحميل في الديات والكفيل في النفوس والصبير في الجميع.^(٢)

المطلب الثاني: حكم الكفالة بالمال ودليل مشروعيتها.

الكفالة بالمال مشروعة في الإسلام والدليل على ذلك من القرآن والسنة المطهرة وإجماع المسلمين. فأولا: من القرآن الكريم.

قوله تعالى « ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها وقد جعلتم الله عليكم كفيلا، إن الله يعلم ما تعملون»^(٣) وقوله عز وجل “ ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم”^(٤)

وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد ناسخ.

ثانيا: من السنة المطهرة.

قول الرسول صلى الله عليه وسلم « الزعيم غارم» أي ضامن.^(٥)

وعن جابر قال: كان رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يصلي على رجل مات وعليه دين، فأتي بميت، فقال

- ١ قانون المعاملات المدنية العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم: ٢٠١٣/٢٩م، بتاريخ: ٢٠١٣/٦/٦م.
- ٢ مغني المحتاج، مرجع سابق، ج ٢، ص ١٩٨.
- ٣ الآية ٩١، سورة النحل.
- ٤ الآية ٧٢، سورة يوسف.
- ٥ رواه أحمد بن حنبل، ج ٥، ص ٢٦٧، ورواه ابن ماجه، رقم ٢٤٠٥، ط دار إحياء الكتب العربية، ج ٢، ص ٨٠٤، ورواه البيهقي، ط مجلس دائرة المعارف العثمانية، ج ٦، ص ٧٢، ورواه الترمذي، دار إحياء التراث العربي، ج ٢، ص ٥٦٥.



نفس عن مؤمن كربة من كرب الدنيا نفس الله عنه كربة من كرب يوم القيامة»^(١) الوجه^(٤)

والكفالة بالنفس مختلف في جوازها بين الفقهاء....، وهي ليست مدار البحث فنترك الحديث عنها.

ثالثا: كفالة الطلب.

وبها قال المالكية وعرفوه: بأنها طلب المكلف من عليه الدين لم هو (أي الدين) له، سواء كان الطلب على وجه الإتيان به لرب الدين أو مجردا عن ذلك.^(٥)

المبحث الثاني: أركان الكفالة

بالمال وشروطها.

في هذا المبحث سنتناول أركان الكفالة بالمال وشروطها وذلك في خمسة مطالب فالمطلب الأول في الركن الأول وهو صيغة الكفالة بالمال، والمطلب الثاني في الركن الثاني وهو الكفيل والمطلب الثالث في الركن الثالث وهو المكفول له والمطلب الرابع في الركن الرابع وهو المكفول عنه والمطلب الخامس في الركن الخامس وهو المكفول به، مع ما تحويه هذه الأركان من شروط.

المطلب الأول: الركن الأول: صيغة

الكفالة بالمال.

تتركب صيغة الكفالة بالمال من الإيجاب من الكفيل والقبول من المكفول له.

وقد ذهب الحنفية إلى أن ركن الكفالة هو الصيغة فقط، خلافا للجمهور الذين يقولون أن الصيغة ركن واحد من بقية الأركان التي سنتعرض لها فيما بعد

هذا والكفالة أيضا تقوي عرى التكافل والتراحم والتآزر بين المسلمين فعندما يرى المسلم أخاه المسلم يقف معه في محنته بسبب عسر دين أو فاقة نزلت به يشعر بالرباط الوثيق بينه وبين المسلمين، وبأنه لبنة من لبنات المجتمع المسلم الذي هو كالبنيان المرصوص يشد بعضه بعضا، فمن أجل ذلك أباح الإسلام الكفالة بالمال وجعلها قرينة يثاب عليها فاعلها.... فهل من يسر بعد هذا اليسر...

المطلب الرابع: أنواع الكفالة.

تنقسم الكفالة إلى عدة أنواع

وهي:

أولا : كفالة المال.

وهي إما أن تكون ديننا، وإما أن تكون عينا، فإذا كانت عينا ففيها خلاف، فالإباضية يقولون بالكفالة بالمال إذا كان ديننا، ولا يقولون به إذا كان عينا مسروقة أو مفصوبة لأن الغصب والسرقة معصية، فالحمالة عن الغاصب والسارق رفق بهما في معصيتهما.^(٢)

ثانيا : كفالة النفس.

وهو أن يتكفل شخص بإحضار نفس دون إحضار مال، وتتعقد إذا قال تكفلت بنفس فلان أو برفقته أو بروحه أو بجسده أو نحو ذلك، مما يعبر به عن الكل^(٣)، وهي المعبر عنها عند المالكية بضمان

٤ محمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة - بيروت، ط ٨، ج ٢، ص ٢٩٥.

٥ أحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، دار الفكر، ج ٢، ص ١٤٤، محمد عيش، منح الجليل شرح مختصر سيدي خليل، دار الفكر، ج ٦، ص ١٩٨.

١ رواه مسلم، رقم ٢٦٩٩، ج ٤، ص ٢٠٧، رواه البخاري، رقم ٢٣١٠، ج ٢، ص ٨٦٢، رواه أبو داود، رقم ٤٨٩٢، ج ٤، ص ٢٧٣.

٢ شرح كتاب النيل وشفاء العليل، مرجع سابق، ج ٩، ص ٤٣١.

٣ عبد الفتحي الثميني، اللباب في شرح الكتاب، دار الكتاب العربي - بيروت، ج ٢، ص ١٥٢.

إن شاء الله تعالى.

قال الشيخ تقي الدين قياس المذهب يصح بكل لفظ فهم منه الضمان عرفاً، مثل قوله ”زوجّه وأنا أؤدي الصداق، أو بعه وأنا أعطيك الثمن أو أتركه ولا تطالبه وأنا أعطيك، ونحو ذلك.“^(٢)

وأما قانون المعاملات المدنية العماني فذهب في مادته (٧٣٧) بأنه: ”يكفي في انعقاد الكفالة ونفاذها إيجاب الكفيل ما لم يردها المكفول له“.^(٤)

المطلب الثاني: الركن الثاني: الكفيل.

تصح الكفالة وتتعدّد بإيجاب الكفيل فلو قال مثلاً: أنا أتكفل عن فلان بسداد دينه الذي عليه انعقدت الكفالة وأصبح مطالباً بسداد الدين، ولكن يشترط في الكفيل حتى تكون كفالته صحيحة وثابتة عدة شروط وهي كما يلي:

١- البلوغ والعقل.

لأن البلوغ والعقل هما الرحى التي يدور عليها مناط التكليف في الشريعة الإسلامية، لذلك لا تصح الكفالة من الصبي، ومن أجاز معروف الصبي أثبتتها بتحملة فيما قلّ، ومنهم من منعها مطلقاً، وعلى كل حال لا يحكم بها عليه إذا ندم، أو أبطل ذلك قائمه^(٥)

قال القطب: وكذا في كل شيء حتى يتحقق بلوغه لاستصحاب الأصل.^(٦)

وقال صاحب الاختيار: ولا تصح إلا ممن يملك

هذا وقد ذهب أبو حنيفة ومحمد إلى أنه يشترط في الصيغة الإيجاب من الكفيل والقبول من الطالب، وهو أحد قولي الشافعي، لأن الكفالة ليست بالنتزام محض بل فيها معنى التمليك والتملك لا يتم إلا بإيجاب من الكفيل وقبول من المكفول له كالبيع.

وذهب أبو يوسف من الحنفية والمالكية والحنابلة والأصح من أقوال الشافعية إلى أن صيغة الكفالة تتم بإيجاب الكفيل وحده دون القبول من المكفول له، وذلك لما روي من حديث أبي قتادة السابق^(١)، حيث إن الكفالة صحت بمجرد قول أبي قتادة هما عليّ يا رسول الله، ولم ينقل قبول الطالب، ولأن الكفالة ضم لغة والتزام المطالبة بما على الأصيل شرعاً لا تمليكا، ألا ترى أنه يحتمل الجهالة والتعليق بالشرط والتمليك لا يحتمل ذلك، ومعنى الضم والالتزام يتم بإيجاب الكفيل فأشبهه النذر.

وذهب الشافعية إلى قول ثان وهو أنه يشترط الرضا ثم القبول لفظاً والثالث يشترط الرضا دون القبول لفظاً.

وقال الإباضية بأن الكفالة يعقلها الحميل والمحمول عنه والمحمول له، ولا يشترط فيها حضور الثلاثة ولا الإثنين بل يجوز في الغيب إذا رضي بها.^(٢)

وتتعدّد صيغة الكفالة بلفظ صريح أو كناية، وذلك مثل أن يقول تكفلت وضمنت وزعيم وكفيل وحميل وعليّ وإليّ.

١ تقدم تخريجه راجع ص ٦.

٢ رد المحتار على الدر المختار، مرجع سابق، ج ٤، ص ٢٥٢، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج ٦، ص ٥، بلغة السالك لأقرب المسالك، مرجع سابق، ج ٢، ص ١٤٥، محمد عرفه الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، وبه حاشيتين، الأولى: لشهاب الدين أحمد بن أحمد القليوبي، والثانية: لشهاب الدين أحمد بن سلامة الملقب بعميرة، على منهاج الطالبين، دار الفكر، ج ٢، ص ٢٢٥.

٣ الإنصاف، مرجع سابق، ج ٥، ص ١٩٠، محمد عبد الواحد، شرح فتح القدير، دار إحياء التراث العربي، ج ٦، ص ٢٨٦، منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الفكر، ج ٣، ص ٣٦٢.

٤ قانون المعاملات المدنية العماني، مرجع سابق، المادة (٧٣٧)

٥ شرح كتاب النبل وشفاء العليل، مرجع سابق، ج ٩، ص ٤١٢.

٦ المرجع السابق، ص ٤١٢.



بدون إذن فيما قلّ واطمأنت النفس أو فيما بيده من جنان يخدمه ونحوه، ومنهم من منع ذلك، وعلى كل حال لا يحكم عليه إذا ندم أو أبطل ذلك قائمه^(٩).

وحجة المنع بأن الكفالة تبرع والعبد لا يملكه بدون إذن مولاه^(١٠).

وقال أبو اسحاق: يصح ضمان العبد ويتبع به إذا اعتق، لأنه لا ضرر فيه على الولي، ولأنه يطالب به بعد العتق فصح منه كالإقرار، وهذه رواية عن أحمد، وقال أبو سعيد الإصطخري لا يصح لأنه عقد تضمن إيجاب مال فلم يصح منه بغير إذن الولي كالنكاح^(١١).

وأما المحجور عليه لسفه فلا تصح كفالته وتبطل إذا وقعت لعدم صحة تصرفه، وهذا قول الجمهور وقيل: يصح تصرفه ويتبع به بعد فك حجره، لأن إقراره صحيح فكذا ضمانه^(١٢).

وأما المحجور عليه لفسس، فقد ذهب الأكثر إلى أنه لا حمالة عليه، وذهب الشافعية على الصحيح عندهم، والحنابلة إلى إنه يصح ضمانه ويتبع به بعد فك الحجر عنه لأنه من أهل التصرف والحجر عليه في ماله لا في ذمته فهو كتصرف الراهن فيما عدا الرهن^(١٣).

٩ المرجع السابق، ج ٩، ص ٤١٣، المبدع في شرح المقنع، مرجع سابق، ج ٤، ص ٢٥١، محمد بن محمد المغربي المعروف بالحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار الفكر، ط ٢، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م، ج ٥، ص ٩٧.
١٠ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج ٦، ص ٦.
١١ ابراهيم بن علي الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الفكر، ج ١، ص ٣٤٠، المبدع في شرح المقنع، مرجع سابق، ج ٤، ص ٢٥١.
١٢ محمد بن أبي العباس الشهير بالشافعي الصغير، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج ٤، ص ٤٣٤، المغني والشرح الكبير، مرجع سابق، ج ٥، ص ٧٥، المبدع في شرح المقنع، مرجع سابق، ج ٤، ص ٢٥٠، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، مرجع سابق، ج ٥، ص ٩٦.
١٣ شرح كتاب النيل، مرجع سابق، ج ٩، ص ٤١٤، المغني والشرح الكبير، مرجع سابق، ج ٥، ص ٧٦، قيلوبي وعميرة، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٢٢، محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الفكر، ج ٢، ص ١٩٩.

التبرع، لأنه التزام بغير عوض فكان تبرعا^(١).

وهذا الذي اختاره قانون المعاملات المدنية العماني، حيث قال في مادته (٧٣٨) بأنه: "يشترط في انعقاد الكفالة أن يكون الكفيل أهلا للتبرع"^(٢).

ولكن إذا كان الصبي مميزا ففيه خلاف، فذهب الشافعي إلى أنه لا يصح ضمانه^(٣)، وذهب الحنابلة إلى صحته، وذلك لأن إقراره صحيح وكذلك تصرفه بإذن وليه^(٤)، وعند الإباضية القولان^(٥)، وقال الحنفية إذا استدان له وليه وأمره أن يكفل المال عنه فتصح ويكون إذنا في الأداء، ومفاده أن الصبي يطالب بهذا المال بموجب الكفالة ولولاها لطولب الولي^(٦)، وكذلك لا تصح الكفالة من سفيه أو مجنون أيضا كما في الصبي، فإذا وقعت الكفالة من هؤلاء الثلاثة فهي فاسدة يجب ردها، وليس للولي إجازتها^(٧).

٢- الحرية.

يشترط في الكفيل حتى تكون كفالته صحيحة الحرية، فلا بد أن يكون حرا، وجاء الأثر: كل حر بالغ عاقل ضمن عمن يجوز أن يلزمه الحق الذي عليه من جميع الحقوق والأموال وما يعود إليها^(٨).

وتجوز الكفالة من العبيد بإذن وتجوز منهم مطلقا

١ الاختيار لتعليل المختار، مرجع سابق، ج ٢، ص ١٦٧.
٢ قانون المعاملات المدنية العماني، مرجع سابق، المادة (٧٣٨).
٣ قيلوبي وعميرة، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٢٢.
٤ موفق الدين وشمس الدين ابني قدامه، المغني والشرح الكبير، دار الفكر، ط ١، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م، ج ٥، ص ٧٥.
٥ شرح كتاب النيل وشفاء العليل، مرجع سابق، ج ٩، ص ٤١٣.
٦ رد المحتار على الدر المختار، مرجع سابق، ج ٤، ص ٢٥٢، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج ٦، ص ٥.
٧ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٢٢، كشاف القناع عن متن الإقناع، مرجع سابق، ج ٢، ص ٣٦٦.
٨ شرح كتاب النيل وشفاء العليل، مرجع سابق، ج ٩، ص ٤١٤.

فلم يصح بغير رضا الملتزم كالنذر.^(٥)

وذهب المالكية إلى أنها لا تلزم الكفيل المكره.^(٦)

المطلب الثالث: الركن الثالث: المكفول له.

وهو صاحب المال سواء كان المال ديناً أو عيناً أي الذي له الحق على المكفول عنه، ولا بد أن تتوافر فيه شروط تفاوتت فيها أقوال العلماء بين المثبت لها والمعارض، وهذه الشروط كما يلي:

١- البلوغ والعقل. ذهب الذين قالوا أنه يشترط في الكفالة إيجاب الكفيل فقط دون الحاجة إلى قبول المكفول له، إلا أنه لا يشترط بلوغ المكفول له، ولا يلزم أن يكون عاقلاً لأن الكفالة تتعقد بإيجاب الكفيل دون الحاجة إلى قبول المكفول له، وهو قول الجمهور.

وذهب أبو حنيفة ومحمد وهو قول عند الشافعية إلى أنه يشترط في المكفول له البلوغ والعقل، لأن الكفالة عندهم تحتاج إلى قبول من المكفول له، وهذا لا يتم إلا بالبلوغ والعقل.^(٧)

٢- قبول المكفول له. كما مر بنا سابقاً في الصيغة وفي الشرط الأول من شروط المكفول له أن الذين قالوا بأنه لا يلزم قبول المكفول له وهم المالكية والحنابلة والأصح من أقوال الشافعية وأبو يوسف من الحنفية وذلك لحديث أبي قتادة السابق.

وذهب جمهور العلماء إلى أنه تصح كفالة المريض مرض الموت لكنها تكون في الثلث، وإذا زاد عن الثلث توقفت على إجازة الورثة لها لأنه تبرع فهو كسائر تبرعاته وكالوصية.^(٨)

وقال الشافعية: وأما ضمان المريض فلا يصح إن كان عليه دين مستغرق، وإذا لم يكن عليه دين يكون ضمان من رأس المال إلا عن معسر أو حيث لا رجوع فمن الثلث.^(٩)

وقال الإباضية: إذا كفل المريض بكفالة عن وارث لو ارث ثم مات من ذلك المرض فإن كفالته لا تجوز، وإن كفل لغير وارث فهو جائز في ثلثه، وإن كان عليه دين يحيط بماله فكفل فكفالته لا تجوز.^(١٠)

وذهب قانون المعاملات المدنية العماني في مادته (٧٤١) بأنه: "لا تصح الكفالة من المريض مرض الموت إذا كان مديناً بدين محيط بماله، وتصح كفالته إذا كان دينه غير محيط بماله وتطبق عليها أحكام الوصية."^(١١)

٣- عدم الإكراه.

لا تجوز الكفالة بالإكراه، فلذلك ذهب الجمهور إلى أن كفالة المكره لا تصح.

قال البهوتي: فلا يصح ضمان المكره لأنه إلتزام مال

٥ منصور بن يونس البهوتي، شرح منتهى الإبرادات، عالم الكتب، ج ٢، ص ١٢٢، كشاف القناع، مرجع سابق، ج ٢، ص ٣٦٦، عثمان أحمد النجدي، هداية الراغب لشرح عمدة الطالب، دار البشير والدار الشامية، ص ٣٥١، الاختيار، مرجع سابق، ج ٢، ص ١٦٧.

٦ مواهب الجليل، مرجع سابق، ج ٥، ص ٩٧، بلغة السالك، مرجع سابق، ج ٢، ص ١٤٥، زكريا الأنصاري، حاشية الشيخ سليمان الجمل على شرح المنهج، دار الفكر، ج ٢، ص ٢٧٨.

٧ رد المحتار، مرجع سابق، ج ٤، ص ٢٥١، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج ٦، ص ٢، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٢٤، بلغة السالك، مرجع سابق، ج ٢، ص ١٤٥، قلوبوي وعميرة، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٢٥، المغني والشرح الكبير، مرجع سابق، ج ٥، ص ٧٨.

١ بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج ٦، ص ٦، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٢٠، المغني والشرح الكبير، مرجع سابق، ج ٥، ص ٧٧، كشاف القناع، مرجع سابق، ج ٢، ص ٣٦٢.

٢ قلوبوي وعميرة، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٢٢، نهاية المحتاج، مرجع سابق، ج ٤، ص ٤٣٥.

٣ أبو زكريا يحيى بن سعيد، الإيضاح في الأحكام، طبعة وزارة التراث القومي والثقافة بسلطنة عمان، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م، ج ٢، ص ٤٠، محمد بن إبراهيم الكندي، بيان الشرع، طبعة وزارة التراث القومي والثقافة بسلطنة عمان، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م، ج ٣٥، ص ١٧٦.

٤ قانون المعاملات المدنية العماني، مرجع سابق.



وذهب أبو حنيفة ومحمد وهو أحد قولي الشافعية إلى أنه لا بد من قبول المكفول له لأن الكفالة ليست بالتزام محض بل فيها معنى التمليك والتملك لا يتم إلا بالإيجاب والقبول كالبيع.^(١)

واختار قانون المعاملات المدنية العماني في المادة (٧٢٧) بأنه ” يكفي في انعقاد الكفالة ونفاذها إيجاب الكفيل ما لم يردها المكفول له “.^(٢)

٣- أن يكون المكفول له معلوما للكفيل. ذهب الحنفية والمالكية والأصح من أقوال الشافعية والقاضي من الحنابلة إلى أنه يشترط في المكفول له أن يكون معلوما لدى الكفيل، فلا تصح إذا كان مجهولا، لأن الناس يتفاوتون في استيفاء الدين تشديدا وتسهيلا، وكذلك لأنه غير معلوم في الحال ولا في المال، فلا يمكن تسليمه بخلاف ضمان دين مجهول يؤول إلى العلم، وكذلك لأنه إذا لم يعلم المكفول له لا يحصل ما شرعت له الكفالة وهو التوثق، وكذلك تعتبر معرفته ليعلم هل هو أهل لاصطناع المعروف إليه أو لا، وليعرف المضمون له فيؤدي إليه، وذهب الحنابلة إلى أنه لا يعتبر رضا المكفول له، ولا معرفته وذلك لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يسأل أبا قتادة عن معرفتهما وهما المكفول له والمكفول عنه، واستثنى الحنفية من شروط علم المكفول له شركة المفاوضة فإنها تصح مع جهالة المكفول له لثبوتها ضمنا وتصريحا.^(٣)

٤- أن يكون في مجلس العقد. وهو شرط الإنعقاد عند أبي حنيفة ومحمد حتى أنه من كفل لغائب في المجلس فبلغه الخبر فأجاز لا تجوز عندهما إذا لم يقبل عنه حاضرا، وعن أبي يوسف روايتان.

وجه قول أبي يوسف الآخر: أن معنى هذا العقد لغة وشرعا هو الضم والالتزام يتم بإيجاب الكفيل فكان إيجاب كل العقد، ووجه قول أبي حنيفة ومحمد أن العقد فيه معنى التمليك والتملك لا يقوم إلا بالإيجاب والقبول فكان الإيجاب وحده شطر العقد فلا يقف على غائب عن المجلس كالبيع.^(٤)

وقال الإباضية: لا يشترط في الجمالة حضور الثلاثة ولا الإثنين بل تجوز في الغيب إذا رضي بها.^(٥)

المطلب الرابع : الركن الرابع : المكفول عنه.

وهو الذي يكفل عنه الكفيل بسبب مال عليه للمكفول له، والفقهاء اشترطوا في المكفول عنه عدة شروط وهي ليست محل اتفاق بينهم وتفصيل ذلك على النحو التالي:

١- أن يكون المكفول عنه معلوما للكفيل.

ذهب الحنفية وبعض الشافعية والقاضي من الحنابلة إلى أنه يشترط في المكفول عنه أن يكون معلوما لدى الكفيل، فلو قال أنا كفيل ما على أحد من الناس فلا يجوز، وكذلك ليعرف هل هو موسر أو ممن يبادر إلى قضاء دينه أو يستحق اصطناع المعروف أولا.

وقال الحنفية إذا كانت الجهالة في التخيير فجائزة

١ المراجع السابقة.

٢ قانون المعاملات المدنية العماني، مرجع سابق.

٣ شرح منتهى الإيرادات، مرجع سابق، ج ٢، ص ١٣١، المبدع، مرجع سابق، ج ٤، ص ٢٥٢، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٠٠، قليوبي وعميرة، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٢٥، الدسوقي، مرجع سابق، ج ٣، ص ٢٣٤، رد المحتار، مرجع سابق، ج ٤، ص ٢٦٧، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج ٦، ص ٦، شرح فتح القدير، مرجع سابق، ج ٦، ص ٢٠١، المغني والشرح الكبير، مرجع سابق، ج ٥، ص ٧١، كشاف القناع، مرجع سابق، ج ٢، ص ٣٦٦، هداية الراغب، مرجع سابق، ص ٣٥٠.

٤ بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج ٦، ص ٦.

٥ شرح النيل، مرجع سابق، ج ٩، ص ٤١٣.

لعموم قوله صلى الله عليه وسلم «الزعيم غارم»^(٥)، ولحديث أبي قتادة^(٦) المتقدم، وقالوا إن الحديث نص على جواز الحملية عن الميت، والمتبادر من الحديث إنما هو إذا لم يترك وفاء أو ترك قليلاً ولو كان يكفي ما استقصاه وتكلف، لأنه صلى الله عليه وسلم لم يستقصه بالسؤال، وكذلك إن الموت لا ينافي بقاء الدين لأنه مال حكمي فلا يفتقر بقاءه إلى القدرة، وكذلك أن الكفيل تكفل بدين صحيح ثابت في ذمة الأصيل وكل كفالة هذا شأنها فهي صحيحة^(٧)

وذهب أبو حنيفة والثوري إلى أنه يشترط في المكفول عنه أن يكون قادراً على تسليم المكفول به إما بنفسه وإما بنائبه، فلا تصح الكفالة بالدين عن ميت مفلس، لأن الدين عبارة عن الفعل والميت عاجز عن الفعل، فكانت هذه كفالة بدين ساقط فلا تصح، كمن كفل إنسان بدين ولا دين عليه، وإذا مات ملياً فهو قادر بنائبه، وكذلك إذا مات عن كفيل لأنه قائم مقامه في قضاء دينه.^(٨)

وأما قانون المعاملات المدنية العماني فلم يتطرق إلى هذه الشروط وإنما ”يكفي في انعقاد الكفالة ونفاذها إيجاب الكفيل ما لم يردها المكفول له“ بناء على المادة (٧٣٧)^(٩)

كأن يقول كفلت بمالك على فلان أو فلان فتصح.^(١) وذهب الجمهور إلى عدم اشتراط معرفة الكفيل للمكفول عنه لحديث أبي قتادة المتقدم.^(٢)

٢- رضا المكفول عنه بالكفالة.

ذهب جمهور الأمة إلى أنه لا يشترط في الكفالة رضا المكفول عنه، وذلك لقول الرسول صلى الله عليه وسلم «الزعيم غارم»^(٣)

فإنه أعم من كونه بإذن وبلا إذن، ولأنه أي عقد الكفالة التزام المطالبة وهذا الالتزام تصرف في حق نفسه وفيه تقع للطالب بلا ضرر على المطلوب، ولحديث أبي قتادة السابق، ولأنه لو قضى الدين عنه بغير إذنه ورضاه صح فكذا إذا ضمن عنه، ومنع بعضهم الكفالة بلا إذن من المكفول عنه وبدون رضاه.^(٤)

٣- أن يكون قادراً على تسليم المكفول به.

ذهب جمهور العلماء والصاحبان (أبو يوسف، محمد) من الحنفية؛ إلى أنه لا يشترط أن يكون المكفول عنه قادراً على تسليم المكفول به، وذلك

- ١ بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج ٦، ص ٦، سليم رستم باز اللبناني، شرح المجلة، دار إحياء التراث العربي، ط ٢، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م، ص ٢٣٩، رد المحتار، مرجع سابق، ج ٤، ص ٢٦٧، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٠٠، المغني والشرح الكبير، مرجع سابق، ج ٥، ص ٧١.
- ٢ منح الجليل، مرجع سابق، ج ٦، ص ٢٠٩، مواهب الجليل، مرجع سابق، ج ٥، ص ١٠٠، نهاية المحتاج، مرجع سابق، ج ٤، ص ٤٢٨، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٠٠، المغني والشرح الكبير، مرجع سابق، ج ٥، ص ٧١، كشف القناع، مرجع سابق، ج ٢، ص ٣٦٦.
- ٣ تقدم تخريجه، ص ٥.
- ٤ شرح النيل، مرجع سابق، ج ٩، ص ٤٢٢، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٣٤، بلغة السالك، مرجع سابق، ج ٢، ص ١٤٥، الاختيار، ج ٢، ص ١٦٩، قليوبي وعميرة، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٢٥، المهذب، مرجع سابق، ج ١، ص ٢٤١، شرح فتح القدير، مرجع سابق، ج ٦، ص ٢٠٤، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٠٠، كشف القناع، مرجع سابق، ج ٢، ص ٣٦٦، المغني، مرجع سابق، ج ٥، ص ٧١.

٥ تقدم تخريجه ص ٤.

٦ تقدم تخريجه ص ٤.

٧ بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج ٦، ص ٦، شرح فتح القدير، مرجع سابق، ج ٦، ص ٢١٧، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٣١، منح الجليل، مرجع سابق، ج ٦، ص ٢٢٣، المغني، مرجع سابق، ج ٥، ص ٧٢، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٠٠، شرح النيل، مرجع سابق، ج ٩، ص ٤٢٢، المبدع، مرجع سابق، ج ٤، ص ٢٥٤، الانصاف، مرجع سابق، ج ٥، ص ١٩٧، اللباب في شرح الكتاب، مرجع سابق، ج ٢، ص ١٥٩.

٨ بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج ٦، ص ٦، اللباب، مرجع سابق، ج ٢، ص ١٥٩، شرح فتح القدير، مرجع سابق، ج ٦، ص ٢١٧.

٩ قانون المعاملات المدنية العماني، مرجع سابق.



المطلب الخامس: الركن الخامس: المكفول به.

٢- أن يكون معلوما.

تجوز كفالة الدين إذا كان معلوم الكمية والثبوت، وهذا باتفاق جميع الفقهاء، وإذا كان مجهولا بأن يجهل مقداره وعينه وصفته ففي كفالته خلاف:

فذهب الحنفية والمالكية وهو قول عند الإباضية إلى أن الكفالة صحيحة، ولا تؤثر فيها الجهالة؛ لأن الكفالة مبناهما على التوسع فتحتمل فيها الجهالة اليسيرة.^(٤)

وعند الحنابلة أنه يشترط أن يكون مآله إلى العلم بمقداره،^(٥) وذهب الإباضية في القول الآخر والشافعي في الجديد إلى أنه لا بد من العلم بالدين فلا يصح إذا كان مجهولا؛ لأنه كالثمن في البيع، ويصح عند الشافعي في القديم بشرط الإحاطة به كضمنت مالك على فلان وهو لا يعرفه، ووافق الشافعي في مذهبه الجديد الثوري والليث وابن أبي ليلى وابن المنذر.^(٦)

ثانيا: كفالة العين.

تنقسم كفالة العين إلى ثلاثة أقسام كل قسم على حسب طبيعته، فقد تكون العين مضمونة بنفسها وقد تكون مضمونة بغيرها وقد تكون أمانة، وكل قسم من هذه الأقسام له أحكامه الخاصة به، وذلك على النحو التالي:

وهو الحق الذي وقع عليه الضمان والكفالة من دين أو غيره، فإذا كان الضمان بالمال فإنه يكون دينا أو عينا، ولكل واحد منهما شروط حتى تكون الكفالة صحيحة، وهي على ما يلي:

أولا: كفالة الدين.

وهو أن يكون دينا على إنسان متوفى أو عسير فيكفله شخص بأن يفي عنه الدين لصاحبه، والفقهاء اشترطوا في كفالة الدين شرطين حتى تكون الكفالة تامة وصحيحة وهما:

١- أن يكون واجبا في الذمة.

فذهب الحنفية والمالكية والحنابلة والشافعي في القديم إلى أنه لا بد أن يكون الدين متعلقا بالذمة وقت الكفالة به أو أيلأ إلى الوجوب الذي يمكن استيفاءه من ضامنه، كأن يقول داين فلان وأنا ضامنه، أو كتمن البيع بعد انتهاء مدة الخيار والأجرة والمهر قبل الدخول أو بعده^(١)

وقال الشافعي في الجديد لا يصح ضمان الدين قبل ثبوته لأنه وثيقة له فلا يسبقه كالشهادة.^(٢)

وقال الإباضية: الكفالة جائزة في الديون مطلقا عاجله أو آجله من قبل بيع أو غيره كأرش ودية وصداق وكل ما يثبت بالذمة بحكم الشرع.^(٣)

٤ الاختيار، مرجع سابق، ج ٢، ص ١٦٩، شرح فتح القدير، مرجع سابق، ج ٦، ص ٢٩٨، الباب، مرجع سابق، ج ٢، ص ١٥٤، محمد بن راشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة، بيروت، ط ٨، ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م، ج ٢، ص ٢٩٨، مواهب الجليل، مرجع سابق، ج ٥، ص ١٠١، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٣٤، شرح النيل، مرجع سابق، ج ٩، ص ٤٢٧.

٥ المغني والشرح الكبير، مرجع سابق، ج ٥، ص ٧٢، كشاف القناع، مرجع سابق، ج ٢، ص ٣٦٧، الانصاف، مرجع سابق، ج ٥، ص ١٩٥.

٦ شرح النيل، مرجع سابق، ج ٩، ص ٤٢٧، قلوبوي وعميرة، مرجع سابق، ج ٢، ص ٣٦٧، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٠٢.

١ كمال الدين بن محمد، شرح فتح القدير، دار إحياء التراث، ج ٦، ص ٢٩٨، الباب، مرجع سابق، ج ٢، ص ١٥٥، رد المحتار، مرجع سابق، ج ٤، ص ٢٥١، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٣٣، بلغة المسالك، مرجع سابق، ج ٢، ص ١٤٤، المغني والشرح الكبير، ج ٥، ص ٧٤، الكافي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٢٩، قلوبوي وعميرة، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٢٥، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٢٠١.

٢ قلوبوي وعميرة، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٢٥، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٠٠.

٣ شرح النيل، مرجع سابق، ج ٩، ص ٤٢٧.

أولاً: العين المضمونة بنفسها.

إذا تلف في يد المرتهن فإن الدين يسقط عن الراهن إذا كانت قيمة الدين مساوية للشيء المرهون وإذا كانت قيمته تزيد دفع المرتهن الزائد إلى المرتهن.

وهي العين القائمة التي يجب على من كانت في حوزته أن يردها إلى صاحبها إن كانت قائمة ويرد قيمتها أو مثلها إذا تلفت، وذلك كالمفصوبات والمسروقات والمقبوض بالبيع الفاسد والمقبوض على سوم الشراء.

هذا وقد ذهب الحنفية إلى عدم صحة هذا النوع من الكفالة لأنه لو هلك لا يجب شيء بل يفسخ البيع ويسقط الدين، فلهذا لا يصح ولهم قول آخر وهو أنه يصح كالبيع فإنه يضمن بالثمن وكالرهن فإنه يضمن بالدين، وهو الأصح عندهم^(٢)، وعند المالكية عدم جواز ضمان المعينات مطلقاً لعدم جواز استيفائها من الضامن شرعاً أو لاستحالة ذلك فإن ضمن ما يترتب على تلفها بتعد أو تفريط من العرض صح ولزم^(٤)، وعند الشافعية القولان، وعند الحنابلة أنه يصح ضمانها^(٥).

فذهب الإباضية والمالكية وقول عند الشافعية إلى عدم جواز كفالتها لأن المعين لا تقبله الذمة، ولأن الغصب والسرقة معصية والكفالة عن السارق والغاصب رفق بهما في معصيتهما، وقال المالكية أن يستحيل عقلاً استيفاؤها من الضامن؛ لأن المعينات ليست ديناً لأن الدين ما كان في الذمة وهذه الأشياء لا تقبلها الذمة^(١)، وذهب الحنفية والحنابلة وقول عند الشافعية إلى أنها جائزة وصحيحة، وقالوا لأنها كفالة بمضمون بنفسه ألا ترى أنه يجب رد عينه حال قيامه ورد مثله أو قيمته حال هلاكه، ورد الحنابلة على الذين قالوا أنها لا تثبت في الذمة بأن الضمان في الحقيقة إنما هو ضمان استنقاذها وردها والتزام تحصيلها أو قيمتها عند تلفها وهذا مما يصح ضمانه كعهدة المبيع^(٢).

ثالثاً: الأمانة.

وهي كالعارية والوديعة وأموال المضاربة التي تعد أمانات في يد الضامن وبأن يضمنهم على معنى أن يعطيه إياهم أو بمثلهم أو قيمتهم إن تلفن.

فذهب الإباضية إلى عدم جواز ضمان الأمانات^(٦)، وقال الحنفية لا تصح الكفالة بها سواء كانت أمانة غير واجبة التسليم كالودائع وأموال الشركات والمضاربات أو كانت أمانة واجبة التسليم كالعارية والمستأجر في يد الأجير لأنه أضاف الكفالة إلى عينها وعينها ليست بمضمونة، ولو كفل بتسليم المستعار والمستأجر عن المستعير والمستأجر جاز، لأنها مضمونة التسليم عليهما، فالكفالة أضيفت إلى

ثانياً: العين المضمونة بغيرها.

هي كالمبيع والمرهون فإنه يجب على حائز العين أن يردها إلى صاحبها فإذا تلفت في يد البائع قبل تسليم الثمن له فإن الثمن يسقط على المشتري ويجب على البائع رد الثمن إن كان قبضه، وكذلك المرهون فإنه

٢ الاختيار، مرجع سابق، ج ٢، ص ١٧٠، شرح فتح القدير، مرجع سابق، ج ٦، ص ٢٨٤.
٤ حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٢٤، منح الجليل، مرجع سابق، ج ٦، ص ٢٠٤.
٥ نهاية المحتاج، ج ٤، ص ٤٤١، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٢٠٢، المغني والشرح الكبير، ج ٥، ص ٧٥، الانصاف، ج ٥، ص ٢٠٠.
٦ شرح النيل، مرجع سابق، ج ٩، ص ٤٢١، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٢٤، حاشيتا قليوبي وعميرة، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٢٩، حاشية الجمل، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٨٢، منح الجليل، مرجع سابق، ج ٦، ص ٢٠٨.
٢ بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج ٦، ص ٧، اللباب، مرجع سابق، ج ٢، ص ١٥٨، حاشيتا قليوبي وعميرة، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٢٩، حاشية الجمل، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٨٢، المغني والشرح الكبير، مرجع سابق، ج ٥، ص ٧٥، الكافي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٢٩.



(٧٣٦) بأن « الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام، ” وتشمل الكفالة ملحقات الدين ومصروفات المطالبة ما لم يتفق على غير ذلك “ بناء على المادة (٧٤٥) (٥)

الفصل الثاني: أحوال الكفالة

بالمال وآثارها

المبحث الأول: أحوال الكفالة

بالمال.

وفيه خمسة مطالب، فالمطلب الأول يتكلم في الكفالة المنجزة والمطلب الثاني في الكفالة المعلقة والمطلب الثالث في الكفالة المضافة والمطلب الرابع في الكفالة المؤقتة والمطلب الخامس في الكفالة المقيدة.

المطلب الأول: الكفالة المنجزة.

وهي التي تكون خالية من التعليق بشرط أو الإضافة لأجل، فتكون منجزة خالية من كل قيد، كأن يقول شخص لآخر: أنا أكفل دفع دينك إلى فلان، وقبل الدائن كفالته.

فذهب الحنفية إلى أنها جائزة غير أنه إن كان الدين على الأصيل حالاً كانت الكفالة حالة، وإن كان الدين عليه مؤجلاً كانت الكفالة مؤجلة، لأن الكفالة بمضمون على الأصيل فتتقيد بصفة المضمون (٦).

وقال المالكية إن كان الدين مؤجلاً وأسقط المدين حقه في التأجيل ورضي بتعجيله قبل حلول أجله صح ضمان الدين المؤجل على أن يدفعه حالاً قبل حلول أجله صح إن كان الدين مما يجعل أي يجوز تعجيله وهو الدين مطلقاً والعرض والطعام من قرض، فإن

٥ قانون المعاملات المدنية العماني، مرجع سابق.

٦ بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج ٦، ص ٢، شرح المجلة، مرجع سابق، ص ٢٣٧.

مضمون على الأصيل وهو فعل التسليم فصحت. (١)

وذهب المالكية إلى عدم صحة معين كوديعة وعارية ومال قراض وشركة على أنها إن تلفت بتعد أتي الضامن بعينها لاستحالت، فإن ضمن ما يترتب على تلفها بتعد أو تقريط من العرض صح ولزم. (٢)

وقال الشافعية إذا لم تكن العين على من هي في يده كالوديعة والمال في يد الشريك والوكيل والوصي فلا يصح ضمانها لأن الواجب فيها التخلية دون الرد، وكذلك إذا لم يجب ضمانها على من هي عنده فلائنه لا يجب على من يضمن عنه أولى (٣).

وذهب الحنابلة إلى القول بأن الأمانات كالوديعة والعين المؤجرة والشركة والمضاربة والعين التي يدفعها إلى العطار والخياط، فهذه إن ضمنها من غير تعد فيها لم يصح ضمانها لأنها غير مضمونة على من هي في يده وكذلك على ضامنه وإن ضمنها إن تعدى فيها فظاهر كلام أحمد يدل على صحة الضمان، فعلى هذا إن تلف بغير تقريط منه ولا فعله لم يلزم الضامن شيء لما ذكرنا، وإن تلف بفعله أو تقريط لزمه ضمانها ولزم ضامنه ذلك لأنهم مضمونة على من هي في يده فلزم ضمانه كالمغصوب والعواري، وهذا في الحقيقة ضمان ما لم يجب فهو جائز عندهم (٤).

وأما قانون المعاملات المدنية العماني فلم يتطرق إلى شروط تخص المكفول به وإنما جاء عاماً لكل ما تصح به الكفالة حسب ما نصت عليه المادة

١ بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج ٦، ص ٧، شرح فتح القدير، مرجع سابق، ج ٦، ص ٣١٢.

٢ منح الجليل، مرجع سابق، ج ٦، ص ٢٠٤، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٣٤.

٣ حاشيتا قليوبي وعميرة، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٢٩، المهذب، مرجع سابق، ج ١، ص ٢٤٤.

٤ المغني والشرح الكبير، مرجع سابق، ج ٥، ص ٧٦، كشف القناع، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٧٠.

أما إذا كان التعليق على شيء غير موجود وقت العقد، كما إذا قال: إن قدم زيد فأنا كفيل لك بهذا الدين، وزيد لم يأت بعد، فإنها تقع معلقة حتى قدم زيد.

وقال الشافعية إذا كانت الكفالة معلقة بشرط، فإن كان شرطاً سبباً لظهور الحق أو لوجوبه أو وسيلة إلى الأداء في الجملة جاز، ومثال ذلك: إذا قال إن استحق المبيع فأنا كفيل لأن استحقاق المبيع سبب لظهور الحق، وكذا إذا قال إذا قدم زيد فأنا كفيل لأن قدومه وسيلة إلى الأداء في الجملة، ولا تصح إن علقت بغير ملائم نحو إن هبت الريح أو جاء المطر، لأنه تعليق بالخطر فتبطل ولا يلزم المال، ولو قال إن قتلك فلان أو إن شجك فلان أو إن غصبك فلان أو إن بايعت فلانا فأنا ضامن لذلك، جاز أن هذه الأفعال سبب لوجوب الضمان، ولو قال إن غصبك فلان ضيفك فأنا ضامن، لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وجاز عند محمد بناء على أن غصب العقار لا يتحقق عند أبي حنيفة وعند محمد يتحقق^(٥).

وذهب الشافعي في الأصح عندهم إلى أنه لا تجوز الكفالة والضمان بشرط نحو إذا جاء رأس الشهر فقد ضمن أو كفلت، لأنهما عقدان فلا يقبلان التعليق كالبيع، والثاني يجوز لأن القبول لا يشترط فيهما فجاز تعليقهما كالطلاق، ولهم قول ثالث وهو أن الكفالة جائزة دون الضمان لأن الكفالة مبنية على الحاجة^(٦).

وعند الحنابلة وجهان: أحدهما أنه لا يصح تعليقها بشرط كضمان العهدة واختاره القاضي، والثاني أنه

كان مما لا يعجل كعرض أو طعام من بيع فلا يجوز ضمانه حالاً لأن فيه حط الضمان وأزيدك توثقاً بالضمان^(١).

وقال الشافعية يجوز أن يضمن الدين الحال إلى أجل لأنه رفق ومعروف، فكان على حسب ما يدخل فيه وبهذا قال الحنابلة^(٢)، وقال الشافعية أيضاً: هل يجوز أن يضمن المؤجل حالاً: فيه وجهان؛ أحدهما يجوز كما يجوز أن يضمن الحال مؤجلاً، والثاني لا يجوز لأن الضمان فرع لما على المضمون عنه فلا يجوز أن يكون الفرع معجلاً والأصل مؤجلاً^(٣).

وذهب قانون المعاملات المدنية العماني في مادته (٧٣٩) بأنه «يصح أن تكون الكفالة منجزة...»، كما أنه قال في مادته (٧٤٨) بأنه «إذا وقعت الكفالة مطلقة فإن التزام الكفيل يتبع التزام الأصيل معجلاً كان أو مؤجلاً»، كما نص في مادته (٧٤٩) بأنه «إذا كفل شخص المدين بالدين المعجل كفالة مؤجلة تأجل الدين على الكفيل والأصيل معاً، إلا إذا أضاف الكفيل الأجل إلى نفسه أو اشترط الدائن الأجل للكفيل فإن الدين لا يتأجل على الأصيل»^(٤).

المطلب الثاني: الكفالة المعلقة.

وهي الكفالة التي يعلقها الكفيل على وجود شيء أو حدوثه، فإن كان التعليق على موجود وقت العقد تقع الكفالة منجزة، ومثال ذلك: إذا قدم زيد فأنا كفيل لك بهذا الدين، وكان زيد قد قدم من سفره، فإنها تقع منجزة.

- ١ منح الجليل، مرجع سابق، ج٦، ص٢٠٢، مواهب الجليل، مرجع سابق، ج٥، ص٩٨.
- ٢ المهذب، مرجع سابق، ج١، ص٢٤١، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج٢، ص٢٠٧، المغني، مرجع سابق، ج٥، ص٩٤، الانصاف، مرجع سابق، ج٥، ص٢٠٨.
- ٣ المهذب، مرجع سابق، ج١، ص٢٤١، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج٢، ص٢٠٧.
- ٤ قانون المعاملات المدنية العماني، مرجع سابق.

- ٥ بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج٦، ص٤، رد المحتار، مرجع سابق، ج٤، ص٢٦٦، الاختيار، مرجع سابق، ج٢، ص١٧١.
- ٦ حاشيا قليوبي وعميرة، مرجع سابق، ج٢، ص٢٣٠، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج٢، ص٢٠٧.



وقال الشافعية لو نجزها وشرط تأخير الإحضار شهرا جاز، لأنه التزام العمل في الذمة فجاز مؤجلا كالعمل في الإجارة، ويصح ضمان الحال مؤجلا أجال معلوما لأن الضمان تبرع والحاجة تدعو إليه.^(٤)

وقال الحنابلة يصح ضمان الحال مؤجلا لأن الغريم يلزمه أدائه في جميع الأزمنة، فجاز للضامن التزام ذلك في بعضه كبعض الدين، ولا يصح عندهم إذا الأجل مجهولا.^(٥)

وكما أسلفنا سابقا بأن قانون المعاملات المدنية العماني ذهب في مادته (٧٣٩) بأنه "يصح أن تكون الكفالة منجزة أو مقيدة بشرط صحيح أو معلقة على شرط ملائم أو مضافة إلى زمن مستقبل أو مؤقته"، كما ذهب في مادته (٧٤٣) إلى أنه «للكفيل في الكفالة المعلقة أو المضافة أن يرجع عن كفالته قبل ترتب الدين».^(٦)

المطلب الرابع: الكفالة المؤقتة.

وهي أن يحدد الكفيل وقت الكفالة فيقول مثلا أنا كفيل لك بدفع دينك من اليوم إلى الوقت الفلاني، فيكون بذلك كفيلا في هذا الوقت فقط فإذا انتهى الوقت لا يعد كفيلا.

قال الحنفية لوقال أنا كفيل من هذا اليوم إلى الوقت الفلاني تتعد منجزة لكنها تكون كفالة مؤقتة، فيطالب بها من اليوم حتى الوقت الذي كفل إليه ولا يطالب بعد ذلك الوقت بشيء، أما لوقال كفلت إلى الوقت الفلاني إي إلى ثلاثة أيام مثلا، كان كفيلا بعد المدة أيضا، ولا يبرأ حتى يسلم المكفول به، لأن

تصح وبه قال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب^(١).
وأما قانون المعاملات المدنية العماني فذهب في مادته (٧٣٩) بأنه "يصح أن تكون الكفالة منجزة أو مقيدة بشرط صحيح أو معلقة على شرط ملائم أو مضافة إلى زمن مستقبل أو مؤقته"، كما ذهب في مادته (٧٤٣) إلى أنه «للكفيل في الكفالة المعلقة أو المضافة أن يرجع عن كفالته قبل ترتب الدين»^(٢)

المطلب الثالث: الكفالة المضافة.

الكفالة المضافة هي الكفالة التي تضاف إلى مستقبل مثل أن يقول الكفيل: أنا ضامن لك هذا الدين أو هذه العين ابتداء من شهر كذا.

قال الحنفية إن كانت إضافته إلى أجل معلوم بأن كفل إلى شهر أو سنة جاز، ثم إن كان الدين على الأصيل مؤجلا إلى أجل مثله يتأجل إليه في حق الكفيل أيضا، وإن سمي الكفيل أجلا أزيد من ذلك أو أنقص جاز، لأن المطالبة حق الطالب فله أن يتبرع على كل واحد منهما بتأخير حقه، وإن كان الدين حالا جاز التأجيل إلى الأجل المذكور، ويكون ذلك تأجيلا في حقهما جميعا، وروى ابن سماعه بن محمد أنه يكون تأجيلا في حق الكفيل خاصة، وإن كانت الإضافة إلى أجل مجهول فإن كان مجهولا جهالة متفاحشة، كقوله كفلت مالك على فلان إلى أن يهب الريح أو إلى أن يجيء المطر لا يصح، ولكن تثبت الكفالة ويبطل الأجل، وإن مجهولا جهالة غير متفاحشة مثل إلى الحصاد أو الدياس أو المهرجان أو العطاء أو صوم النصارى جازت الكفالة والتأجيل.^(٣)

٤ مفني المحتاج، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٠٧، المهذب، مرجع سابق، ج ١، ص ٢٤١.
٥ الكلبي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٢١، هداية الراغب، مرجع سابق، ص ٢٥١.
٦ قانون المعاملات المدنية العماني، مرجع سابق.

١ الانصاف، مرجع سابق، ج ٥، ص ٢١٢، شرح منتهى الإيرادات، مرجع سابق، ج ٢، ص ١٣١.
٢ قانون المعاملات المدنية العماني، مرجع سابق.
٣ بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج ٦، ص ٢، رد المحتار، مرجع سابق، ج ٤، ص ٢٦٦.

الضمان قطعاً.^(٣)

وكما أسلفنا سابقاً بأن قانون المعاملات المدنية العماني ذهب في مادته (٧٣٩) بأنه ”يصح أن تكون الكفالة منجزة أو مقيدة بشرط صحيح أو معلقة على شرط ملائم أو مضافة إلى زمن مستقبل أو مؤقتة“^(٤)

المطلب الخامس: الكفالة المقيدة.

وهي الكفالة التي تقيد بشرط، والشرط إما أن يكون صحيحاً فتصح الكفالة وإما أن يكون فاسداً فتصح الكفالة ويلغى الشرط وقد تلغى الكفالة والشرط.

وقد اختلفت أقوال الفقهاء في تقييد الكفالة بشرط وأثره في الكفالة.

فقال الحنفية لو أن رجلاً كفل عن رجل بألف درهم بأمره على أن يعطيه المكفول عنه هذا العبد رهناً ولم يشترط ذلك على الطالب ثم إن المكفول عنه أبى أن يدفع العبد كان له ذلك، وليس للكفيل الخيار بين المضي في الكفالة وبين فسخها، لأن هذا الشرط جرى بين الكفيل وبين المكفول عنه ولم يجر بينه وبين الطالب، فلو ثبت له الخيار لثبت له من جهة المكفول عنه والمكفول عنه ليس له هذا الخيار بخلاف ما لو شرط ذلك على الطالب بأن قال للطالب أكفل لك بهذا المال على أن يعطيني المطلوب بهذا المال عبده هذا رهناً فكفل على هذا الشرط فأبى المطلوب أن يعطيه الرهن، فإن الكفيل يتخير بين أن يمضي في الكفالة وبين أن يفسخها، ولو ضمنها على أن يقضيها

المدة ذكرت هنا لتأخير المطالبة إلى ثلاثة أيام، لا لتوقيت الكفالة غير أنه لا يطالب في الحال بل بعد المدة، ولو قال كفلت ثلاثة أيام اختلف فيه وقيل هو كفيل أبداً وقيل في المدة فقط.^(١)

وعند المالكية أنها تصح بشرطين: أولهما: إن أيسر غريمه أي مدينة بالدين الحال ولو في أول الأجل لأن العبرة بالحالة الراهنة للسلامة من سلف جر نفعاً فكأنه بالتأخير ابتداءً سلفاً بضامن وييسره لم يحصل بالضمان نفع فيكون التأخير محض سلف.

وثانيهما: إذا كان الغريم معسراً في الأجل الذي ضمن الضامن إليه بل أعسر واستمر إلى انقضاءه فيجوز ضمانه لأنه وإن حصل نفع بالضمان لم يحصل سلف بتأخيره لوجوب إنظار المعسر فإن لم يعسر في جميعه بل أيسر في اثناءه كبعض أصحاب الغلات والوظائف كأن يضمنه إلى أربعة أشهر وعادته اليسار بعد شهرين فلا يصح لأن الزمن عن ابتداء يساره يعد فيه صاحب الحق مسلفاً لقدرة رب الحق على أخذه منه عند اليسار، هذا قول ابن القاسم بناء على أن اليسار المترقب كالمحقق، وأجازه اشهب لأن الأصل استصحاب عسره ويسره المترتب قد لا يحصل فهو معسر تبرع بضامن.^(٢)

وعند الحنابلة والأصح عند الشافعية أنه لا يجوز توقيتها كأنا كفيل بزيد إلى شهر، وبعده أنا بريء، والقول الثاني عند الحنابلة والشافعية، أنه يجوز لأنه قد يكون له غرض في تسليمه في هذه المدة بخلاف المال، فإن المقصود منه الأداء، فهذا لا يجوز تأقيت

٣ الانصاف، مرجع سابق، ج ٥، ص ٢١٢، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٠٧، أحمد بن حجر الهيتمي، حواشي الشيخ عبد الحميد الشرواني والشيخ أحمد بن قاسم العبادي على تحفة المحتاج بشرح المنهاج، دار الفكر - بيروت، ج ٥، ص ٢٦٩.
٤ قانون المعاملات المدنية العماني، مرجع سابق.

١ رد المحتار، مرجع سابق، ج ٤، ص ٢٥٥، شرح المجلة، مرجع سابق، ص ٣٣٧.

٢ حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٣٢٢، منح الجليل، مرجع سابق، ج ٦، ص ٢٠٢.



أن تكون الكفالة مقيدة بأداء الدين من مال المدين المودع تحت يد الكفيل وذلك بشرط موافقة المدين، كما نص في مادته (٧٤٩) بأنه "إذا كفل شخص المدين بالدين المعجل كفالة مؤجلة تأجل الدين على الكفيل والأصيل معا، إلا إذا أضاف الكفيل الأجل إلى نفسه أو اشترط الدائن الأجل للكفيل فإن الدين لا يتأجل على الأصيل، كما ذهب في مادته (٧٥٠) إلى أنه" إذا كان الدين مضمونا بتأمين عيني قبل الكفالة وكان الكفيل قد اشترط الرجوع على الأصيل أولا فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل قبل التنفيذ على الأموال الضامنة للدين".^(٤)

المبحث الثاني: آثار الكفالة بالمال

وفيه خمسة مطالب، فالمطلب الأول يتكلم عن لزوم مطالبة المكفول له الكفيل والمطلب الثاني عن كفالة الكفيل والمطلب الثالث عن وقت المطالبة والمطلب الرابع عن رجوع الكفيل على الأصيل وأما المطلب الخامس ففي براءة الكفيل.

المطلب الأول: لزوم مطالبة المكفول له الكفيل.

ذهب جمهور الإباضية والحنفية والشافعية والحنابلة إلى أن المكفول له صاحب (الدين أو العين) له أن يأخذ حقه ممن شاء، من الكفيل أو الأصيل عند حلول الأجل الذي يسلم فيه الحق، وكذلك إن مات الكفيل كان للطالب الخيار إن شاء لحق مال الكفيل وإن شاء لحق المكفول عنه، والدليل على أنه لا يسقط عن المكفول عنه، حديث أبي قتادة السابق، فبعد أن قضى عنه الدين الذي تكفل به، قال النبي صلى الله عليه وسلم «الآن بردت عليه جلده»^(٥)، فهذا دليل

من ثمن هذا الدار فباع الدار بعبد لم يلزمه المال ولم يجبر على بيع العبد في الضمان، فإن باع العبد بعد ذلك بدراهم استحسّن منه أن يقضيه من تلك الدراهم.^(١)

والأصح عند الشافعية أنه لو شرط في الكفالة أنه يغرم المال إن فات التسليم بطلب، والثاني أنه يصح ذلك، وكذلك قالوا أن الأصح أنه لا يصح الضمان بشرط براءة الأصيل لمخالفة الشرط لمقتضى الضمان، والثاني يصح الضمان والشرط، لما رواه جابر في قصة أبي قتادة للميت، قال "فجعل النبي صلى الله عليه وسلم يقول: هما عليك وفي مالك والميت منهما بريء، فقال نعم فصلى عليه"^(٢)

وقال الحنابلة لو قال: ضمنت لك هذا الدين بشرط أن تبرئني من ضمان الدين الآخر لم يصح، لأنه شرط فسخ عقد في عقد البيع بشرط فسخ بيع آخر، وكذلك لو شرط أن يضمن ديناً عليه أو يبيعه شيئاً بعينه أو يؤجره داره لم يصح.^(٣)

وأما قانون المعاملات المدنية العماني فإنه اشترط للقيّد بأن يكون صحيحاً حيث ذكر في مادته (٧٣٩) بأنه "يصح أن تكون الكفالة منجزة أو مقيدة بشرط صحيح ... كما نص في المادة (٧٤٦) في الفقرة الثانية إلى أنه "إذا كان التزام الكفيل معلقاً على قيد أو شرط فإنه يتعين الوفاء به عند تحقق القيد أو الشرط"، كما ذهب في مادته (٧٤٧) إلى أنه "يجوز

١ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، وبهامشه فتاوى قاضيخان والفتاوى البزازية، دار إحياء التراث العربي، ط٤، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م، ج٢، ص٣٢٧، بتصرف، شرح المجلة، مرجع سابق، ص٣٢٧.

٢ روى الحاكم في المستدرک وقال صحيح الإسناد، كتاب البيوع، دار المعرفة - بيروت، ج٢، ص٥٨، ورواه الدار قطني في سننه بإسناد حسن، كتاب البيوع، دار الكتب العلمية - بيروت، ط١، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م، ج٢، ص٦٥.

٣ حاشيتا قليوبي وعميرة، مرجع سابق، ج٢، ص٣٢٩، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج٢، ص٢٠٨.

٤ قانون المعاملات المدنية العماني، مرجع سابق.

٥ روى أحمد بن حنبل، مرجع سابق، ج٢، ص٢٣٠.

استحق الدين، ولم يطالب الدائن المدين به، فيجوز للكفيل أن ينذر الدائن الإجراءات ضد المدين، وإذا لم يتم بذلك خلال ستة أشهر من تاريخ الإنذار ولم يقدم المدين للكفيل ضمانا كافيا برئت ذمة الكفيل من الكفالة^(١)، كما نصت المادة (٧٥٩) بأنه ” على الدائن إذا أعسر أو أفلس مدينه أن يتقدم بدينه إلى الجهة المختصة بحصر الديون أو التفليسة وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما ترتب على تراخيه من ضرر“، كما نص في مادته (٧٥٢) بأنه ” إذا مات الكفيل أو المدين قبل حلول الدين المؤجل استحق الدين في مال أو تركة المدين بحسب الأحوال“^(٥)

هذا ولو شرط المكفول له عدم مطالبة الأصيل فهي حوالة كما إذا شرط في الحوالة مطالبة المحيل فإنها تكون كفالة^(٦).

وهو الذي ذهب إليه قانون المعاملات المدنية العماني في مادته (٧٤٢) حيث نص بأن» الكفالة بشرط براءة ذمة الأصيل حوالة والحوالة بشرط عدم براءة ذمة المحيل كفالة«، وقال كذلك في المادة (٧٧١) بأنه ” ١- إذا أحال الكفيل أو المدين الدائن بالدين المكفول به أو بجزء منه على آخر حوالة مقبولة من المحال له والمحال عليه برئ المدين والكفيل في حدود هذه الحوالة.

٢- إذا اشترط في الحوالة براءة الكفيل فقط برئ وحده دون المدين.“^(٧)

المطلب الثاني: كفالة الكفيل.

بمعنى أن تكون الكفالة على سبيل التعاقب بأن يكفل

- ٥ قانون المعاملات المدنية العماني، مرجع سابق.
- ٦ الاختيار، مرجع سابق، ج٢، ص١٦٩.
- ٧ قانون المعاملات المدنية العماني، مرجع سابق.

على تعلق الحق المكفول عنه، ولأنه وثيقة بدين في الذمة، فلا يسقط الدين عن الذمة كالرهن.^(١)

أما المالكية فقد ذهبوا في قول لهم إلى أن الكفيل لا يطالب بالحق والمكفول عنه موسر وحاضر، وهذا القول هو الذي رجع إليه مالك وأخذ به ابن القاسم ورواه ابن وهب ابن رشد^(٢)، وهو الأظهر عندهم، أما القول المرجوع عنه أن الطالب مخير بين طلب الغريم أو طلب الضامن قال بن...^(٣)، وبه جرى العمل بفاس، وهو الأنسب بكون الضامن شغل ذمة أخرى بالحق، أما إن حل الأجل وكان الغريم غائبا أو مات أو كان حاضرا وهو معسر كان الطلب على الضامن، وكذلك إذا كان المكفول عنه مماطلا فإنه يتوجه في الطلب على الضامن.^(٤)

وذهب قانون المعاملات المدنية العماني في مادته (٧٥٠) إلى أنه ” إذا كان الدين مضمونا بتأمين عيني قبل الكفالة وكان الكفيل قد اشترط الرجوع على الأصيل أولا فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل قبل التنفيذ على الأموال الضامنة للدين“، كما نص كذلك في مادته (٧٦٢) بأنه » لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين وللکفيل أن يتمسك بهذا الحق« كما نص في مادته (٧٦٣) بأنه » لا يجوز للدائن أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد رجوعه على المدين وللکفيل أن يتمسك بهذا الحق«، كما أنه نص في مادته (٧٥٨) بأنه ” إذا

- ١ الإيضاح في الأحكام، مرجع سابق، ج٢، ص٤١، أحمد بن عبدالله الكندي، المصنف، ط ١٤٠٤ - ١٩٨٤م، وزارة التراث بسلطنة عمان، ج٢٠، ص٩٢، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج٦، ص١٠، رد المحتار، مرجع سابق، ج٤، ص٢٥١، المهذب، مرجع سابق، مرجع سابق، ج١، ص٣٤١، حواشي تحفة المحتاج، مراجع سابق، ج٥، ص٢٧١، المغني، مرجع سابق، ج٥، ص٨٣، المبدع، مرجع سابق، ج٤، ص٢٤٨.
- ٢ كذا في الأصل، ولعل العبارة: وأخذ به ابن القاسم ورواه ابن وهب، قال ابن رشد.
- ٣ في العبارة سقط، كذا في الأصل ولا أعلم من القائل.
- ٤ حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج٢، ص٣٢٧، منح الجليل، مرجع سابق، ج٦، ص٢١٧.



المطلب الثالث: وقت المطالبة.

يكون وقت مطالبة الحق من الكفيل في الوقت الذي اتفقا عليه الدائن والمدين على تسليم الحق، ولا يحل أخذه قبل ذلك الوقت من الكفيل، ويراعى في ذلك الشروط التي اتفقا عليها والأجل والإضافة وغير ذلك من الأحوال والشروط لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "المسلمون على شروطهم"^(٦).

وهو الذي نص عليه قانون المعاملات المدنية العماني في مادته (٧٤٦) حيث قال:

١- على الكفيل أن يفي بالتزامه عند حلول الأجل.

٢- إذا كان التزام الكفيل معلقا على قيد أو شرط فإنه يتعين الوفاء به عند تحقق القيد أو الشرط.^(٧)

هذا وقد ذهب بعض الإباضية والحنفية خلافا لزفر إلى أن الدين المؤجل يحل على الكفيل بموته ولا يحل على الأصيل وثبت للدائن مطالبة الورثة بالدين من تركته.^(٨)

وقال المالكية: إذا مات الضامن قبل الأجل أو أفلس فإن الطالب يخير بين أن يبقى للأجل ويتبع الغريم وبين أن يتعجل ماله فيأخذه من تركه الضامن إذا مات، وإذا مات الضامن عند حلول الأجل أو بعده لم يكن لرب الحق طلب على تركه الضامن إذا كان الغريم حاضرا موسرا، وكذلك إن حلَّ أجل الدين ولم يدفعه المدين فلا يطالب الضامن بالدين المضمون فيه إن حضر الغريم حال كونه موسرا على أحد قولي الإمام مالك وهو المرجوع إليه المشهور وبه

حق المكفول له كفيل ويكفل الكفيل كفيل وهكذا.

قال الإباضية والحنفية: إن تحمل الحميل عن صاحبه أو صاحبيه أو أصحابه بأنه يغرم الكل أي يدفع كل الحق الذي تحمله، وإن تحملوه معا غرم كل منابه فقط.^(١)

وقال المالكية: يصح ضمان الضامن وإن تكرر بأن ضمن الضامن ضامن وضمن ضامن الضامن الضامن ضامن ثالث وضمن الثالث ضامن رابع وضمن الرابع خامس وهكذا فيلزمه ما يلزم الضامن الأصلي.^(٢)

وقال الشافعية: لو ضمن الضامن آخر والآخر آخر وهكذا، طالب المستحق الجميع.^(٣)

وقال الحنابلة: إن كفل الكفيل شخص آخر وكفل الآخر آخر وهكذا، بريء كل من الكفلاء ببراءة من قبله فيبرأ الثاني ببراءة الأول والثالث ببراءة الثاني وهكذا لأنه فرعه ولا عكس فلا يبرأ واحد ببراءة من بعده لأنه أصله كضمان، ومتى سلم أحدهم المكفول بريء الجميع لأنه أدى ما عليهم، وقالوا: إن كان الضامن الأول ضمن بلا إذن والثاني ضمن بإذن رجع الثاني على الأول ولم يرجع الأول على أحد في إحدى الروايتين عنهم.^(٤)

وذهب قانون المعاملات المدنية العماني في مادته رقم (٧٥١) إلى أنه: "لا يجوز للدائن أن يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل ما يكن متضامنا معه".^(٥)

١ شرح النيل، ج٩، ص٤٥١، بدائع الصنائع، ج٦، ص١٠، الاختيار، ج٢، ص١٧٢، اللباب، ج٢، ص١٥٨، مراجع سابقة.

٢ منح الجليل، مرجع سابق، ج٦، ص٢٠٢، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج٢، ص٢٣١.

٣ مغني المحتاج، مرجع سابق، ج٢، ص٢٠٨.

٤ شرح منتهى الإيرادات، مرجع سابق، ج٢، ص١٢٤، الكلبي، مرجع سابق، ج٢، ص٢٣٢.

٥ قانون المعاملات المدنية العماني، مرجع سابق.

٦ رواه أبو داود، كتاب الأفضية، باب الصلح، رقم: ٣٥٩٤، ج٤، ص٢٠، ورواه الترمذي، باب الصلح،

٧ قانون المعاملات المدنية العماني، مرجع سابق.

٨ شرح النيل، مرجع سابق، ج٩، ص٤٧٢، رد المحتار، مرجع سابق، ج٤، ص٢٧٥، شرح المجلة، مرجع سابق، ص٣٥٩.

هل يحل بموت الحميل أم لا؟^(٤)

وأما قانون المعاملات المدنية العماني فإنه ذهب في مادته (٧٥٢) إلى أنه «إذا مات الكفيل أو المدين قبل حلول الدين المؤجل استحق الدين في مال أو تركة المدين بحسب الأحوال»^(٥)

المطلب الرابع: رجوع الكفيل على الأصيل.

وهو أن يرجع الكفيل على الأصيل في مطالبة الحق إذا كان الكفيل قد أدى الحق إلى المكفول له، وهذا الرجوع يتم على أربعة أحوال وهي:

الأولى: أن يضمن بأمر المضمون عنه ويؤدي بأمره فإنه حينئذ يرجع.

وبه قال جمهور الإباضية^(٦) والحنفية^(٧) والشافعية^(٨) والحنابلة^(٩)، لأنه صرف ماله إلى منفعة الغير بإذنه سواء قال اضمن عني أو أد عني، ولو علم أنه سيفرم المحمول عنه بعده لكنه سبق في الغرم وغرم الأصيل للمحمول له بعده، فعلى المحمول له أن يرد المال، لأن أخذه عن الأصيل بعد أخذه عن الحميل أخذ مال بباطل، وقال الحنفية إن أخذ الحق من سهم الغارمين فأدى به الدين فإنه يرجع خلافا للمتولي^(١٠)، وقال الحنابلة إن قال إنفذ هذا لم يرجع

أخذ ابن القاسم وعليه العمل وبه القضاء، وقال ابن الحاجب لا يطالب أيضا إذا غاب الغريم وله مال حاضر وللحاكم أن يسلم رب الدين على أخذه منه لأنه حينئذ بمنزلة الحاضر الملىء فيؤدى من ماله^(١١).

وقال الشافعية والحنابلة في رواية عنهم: أنه لو مات أحدهما الكفيل أو الأصيل والدين مؤجل حل عليه دون الآخر لخراب ذمته، فإن كان الميت الأصيل للضامن أن يطالب المستحق بأخذ الدين من تركته أو إبراءه هو لأنه قد تهلك التركة فلا يجد مرجعا إذا غرم، وإن كان الميت الضامن وأخذ المستحق الدين من تركته لم يكن لورثته الرجوع على المضمون عنه الإذن في الضمان قبل حلول الأجل، وقال ابن أبي موسى من الحنابلة إذا مات المضمون عنه قبل محل الدين مفلسا به، لم يكن المضمون له مطالبة الضامن قبل محله، وإن خلف وفاء الحق فهل يحل، على روايتين أحدهما: يحل والأخرى لا يحل إذا وثق الورثة.^(١٢)

وقال البعض الآخر من الآخر من الإباضية والرواية الثانية عن الحنابلة إلى أن الدين لا يحل بموت أحدهما وإنما يبقى إلى حلول الأجل وهو المشهور في المذهب الحنبلي.^(١٣)

قال القطب في شرحه: ما ذكره المصنف من أنه لا يحل بموت الحميل، إنما هو على القول بأن المحمول له الرجوع للمحمول عنه، وأما على القول بأنه يلزم الحميل ولا رجوع له على المحمول عنه ففيه الخلاف،

٤ شرح النيل، مرجع سابق، ج ٩، ص ٤٧٢.
٥ قانون المعاملات المدنية العماني، مرجع سابق.
٦ المرجع السابق، ج ٩، ص ٤٥٧.
٧ بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج ٦، ص ١١، الباب، مرجع سابق، ج ٢، ص ١٥٦.
٨ مغني المحتاج، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٠٩، قلوب وعميرة، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٣١.
٩ المغني والشرح الكبير، مرجع سابق، ج ٥، ص ٨٦، الكافي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٣١.
١٠ بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج ٦، ص ١١.

١ حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٣٢٧، منح الجليل، مرجع سابق، ج ٦، ص ٢١٧.
٢ حاشيتا قلوب وعميرة، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٣١، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٠٨، المغني والشرح الكبير، ج ٥، ص ٨١، الانصاف، ج ٥، ص ٢٠٨.
٣ شرح النيل، مرجع سابق، ج ٩، ص ٤٧٢، المغني والشرح الكبير، مرجع سابق، ج ٥، ص ٨١، الانصاف، مرجع سابق، ج ٥، ص ٢٠٨.



وابن المنذر^(١١) إلى أنه لا رجوع للكفيل على الأصليل لأنه يعدّ متبرعا ولأنه لو كان له الرجوع لما صلى النبي صلى الله عليه وسلم على الميت بضمان أبي قتادة^(١٢)، وذهب المالكية^(١٣) والحنابلة في الرواية الثانية^(١٤) إلى أنه يرجع بما أدى وهو قول عبد الله بن الحسن وإسحاق^(١٥).

هذا ولقد قال الحنابلة بأن الضامن يرجع على المضمون عنه بأقل الأمرين مما قضى أو قدر الدين لأنه إن كان الأقل فالدين كالزائد لم يكن واجبا فهو متبرع بأدائه، وإن كان المقضى أقل فإنما يرجع بما غرم^(١٦).

وأما قانون المعاملات المدنية العماني قال في مادته (٧٦٠) بأنه ” ليس للكفيل أن يرجع على الأصليل بشيء مما يؤديه عنه إلا إذا كانت الكفالة بطلبه أو موافقته وقام الكفيل بأدائها وليس له أن يرجع بما عجل أداءه من الدين المؤجل إلا بعد حلول الأجل“ كما قال في مادته (٧٥٠) بأنه «إذا كان الدين مضمونا بتأمين عيني قبل الكفالة وكان الكفيل قد اشترط الرجوع على الأصليل أولا فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل قبل التنفيذ على الأموال الضامنة للدين»، كما أنه يحق ” للكفيل أن يرجع على المدين بما يؤديه من نفقات لتنفيذ مقتضى الكفالة“ بناء على نص المادة (٧٦٦) من ذات القانون.^(١٧)

إلا أن يكون مخالطا له يستقرض منه ويودع عنده^(١).

هذا ولا يشترط مالك في الرجوع أن يكون الضمان بإذن المضمون عنه^(٢)، ولكن قال المالكية: يرجع الضامن بما أدى إذا ثبت الدفع من الضامن للمضمون له ببينة عاينت دفع الدين للطالب أو بإقرار الطالب بقبضه من الضامن، وأما إقرار المطلوب فلا يثبت به الدفع، ويفهم من كلامهم أن الحميل لا يرجع إذا لم يكن إلا إقرار المضمون عنه بإذن الضامن دفع الدين للطالب إذا أنكر الطالب القبض^(٣).

الثانية: ضمن بأمره وقضى بغيره أمره.

فذهب الشافعية في الأصح عندهم^(٤) والحنابلة^(٥) وبه قال مالك^(٦) إلى أنه يرجع الكفيل على الأصليل لأنه أذن في سبب الأداء، وفي مقابل الأصح عند الشافعية أنه لا يرجع لانتفاء الإذن في الأداء^(٧).

الثالثة: ضمن بغير أمره وقضى بأمره.

قال الحنابلة بأن للضامن الرجوع على الأصليل.^(٨)

الرابعة: ضمن بغير أمره وقضى بغير أمره.

فذهب الحنفية^(٩) والشافعية^(١٠) والحنابلة في رواية

١ المغني والشرح الكبير، مرجع سابق، ج ٥، ص ٨٦.

٢ بداية المجتهد، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٩٨.

٣ منح الجليل، مرجع سابق، ج ٦، ص ٢١٢.

٤ مغني المحتاج، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٠٩، قليوبي وعميرة، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٣١، المهذب، مرجع سابق، ج ١، ص ٢٤١.

٥ المغني والشرح الكبير، مرجع سابق، ج ٥، ص ٨٧.

٦ بداية المجتهد، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٩٨.

٧ مغني المحتاج، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٠٩، قليوبي وعميرة، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٣١، المهذب، مرجع سابق، ج ١، ص ٢٤١.

٨ المغني والشرح الكبير، مرجع سابق، ج ٥، ص ٨٨، الكافي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٣١.

٩ بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج ٦، ص ١١، اللباب، مرجع سابق، ج ٢، ص ١٥٦.

١٠ مغني المحتاج، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٠٩، قليوبي وعميرة، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٣١، المهذب، مرجع سابق، ج ١، ص ٢٤١.

١١ المغني والشرح الكبير، مرجع سابق، ج ٥، ص ٨٩، الكافي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٣٢.

١٢ تقديم تخرجه، راجع ص ٥.

١٣ بداية المجتهد، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٩٨.

١٤ المغني والشرح الكبير، مرجع سابق، ج ٥، ص ٨٩.

١٥ المرجع السابق.

١٦ المرجع السابق.

١٧ قانون المعاملات المدنية العماني مرجع سابق.

المطلب الخامس: براءة الكفيل.

تتم براءة الكفيل من الكفالة على النحو التالي:

أولاً: بتسليم الدين إلى ربه وبتسليم العين إليه أيضاً أو تسليم قيمتها أو مثلها إن تلفت، وسواء كان التسليم من الكفيل أو الأصيل فهذا التسليم تبرأ ذمة الكفيل من الكفالة.

وكذلك إذا وهب المكفول له المكفول به إلى الكفيل أو الأصيل أو إلى غيرهما، فبذلك يخرج المكفول به من ذمة المكفول له، لأن الهبة بمنزلة الأداء فتبرأ ذمة الكفيل من الكفالة.

وكذلك إذا تصدق بالمكفول به على الكفيل أو الأصيل أو غيرهما لأن الصدقة تملك كالهبة فتبرأ أيضاً بذلك ذمة الكفيل من الكفالة.

وكذلك يبرأ الكفيل من الكفالة إذا مات المكفول له ولم يكن له وارث غير الأصيل فإنه حينئذ تسقط الكفالة عن الكفيل.

وإذا تلفت العين المكفولة بفعل الله تعالى قبل المطالبة بريء الكفيل، لأن تلفها بمنزلة موت المكفول به، فإن تلفت بفعل آدمي فعلى المتلف بدلها ولم يبرأ الكفيل.

ثانياً: بإبراء المكفول له الكفيل أو الأصيل من تسليم المكفول به غير أنه إذا أبرأ الكفيل لا يبرأ الأصيل، وإذا أبرأ الأصيل يبرأ الكفيل تبعاً، وذلك لأن الدين على الأصيل لا على الكفيل، إنما عليه حق المطالبة فكان إبراء الأصيل إسقاط الدين عن ذمته فإذا سقط الدين عن ذمته يسقط حق المطالبة ضرورة.

ثالثاً: وتبرأ ذمة الكفيل من الكفالة إذا كان العقد الذي قامت عليه الكفالة فاسداً كانتفاء ركن من

أركانها أو شرط من شروطها أو وجود ما يمنعها، وذلك كقوله ادفع له ديناراً في دينارين أو عشرين درهماً إلى شهر وأنا ضامن له.^(١)

وأما في قانون المعاملات المدنية العماني فإن ذمة الكفيل تبرأ في الأحوال التالية:

أولاً: إذا استوفى الدائن في مقابل دينه شيئاً آخر برئت ذمة الأصيل والكفيل إلا إذا استحق ذلك الشيء، بناءً المادة (٧٥٦)

ثانياً: تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من التأمينات ويقصد بالتأمينات كل تأمين خصص لضمان الدين حتى لو تقرر بعد الكفالة، وكذلك كل تأمين مقرر بحكم القانون، بناءً على المادة (٧٥٧).

ثالثاً: تبرأ ذمة الكفيل إذا استحق الدين، ولم يطالب الدائن المدين به فيجوز للكفيل أن ينذر الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين، وإذا لم يقم بذلك خلال ستة أشهر من تاريخ الإنذار ولم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً برئت ذمة الكفيل من الكفالة، كما لا يحول دون حق الكفيل في التمسك ببراءة ذمته أن يمنح الدائن المدين أجلاً دون موافقة الكفيل، بناءً على المادة (٧٥٨).

رابعاً: على الدائن إذا أعسر أو أفلس مدينه أن يتقدم بدينه للجهة المختصة بحصر الديون أو التفليسة وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما ترتب على تراخيه من ضرر، بناءً على المادة (٧٥٩).

خامساً: إذا صالح الكفيل أو المدين الدائن على قدر من الدين برئت ذمتهما من الباقي فإذا اشترطت

١ بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج ٦، ص ١١، شرح النيل، مرجع سابق، ج ٩، ص ٤٨٠، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٠٨، نهاية المحتاج، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٠٨، نهاية المحتاج، مرجع سابق، ج ٤، ص ٤٤٥، منح الجليل، مرجع سابق، ج ٦، ص ٢٢٨، هداية الراغب، ص ٣٥٠.



شروط كل ركن، والأركان هي: الصيغة، الكفيل، المكفول له، المكفول عنه، المكفول به.

خامسا: الكفالة بالمال على نوعين: كفالة بالدين وكفالة بالعين.

سادسا: للكفالة خمسة أحوال: كفالة منجزة ومعلقة ومضافة ومؤقتة ومقيدة.

سابعاً: للمكفول له مطالبة من شاء: الكفيل والمكفول عنه.

ثامناً: لو شرط المكفول له عدم مطالبة الأصيل فهي حوالة، كما إذا شرط في الحوالة مطالبة المحيل فإنها تكون كفالة.

تاسعاً: يجوز أن يكفل الكفيل كفيل آخر ويلزمه ما يلزم الأصيل.

عاشراً: يراعى في مطالبة الحق من الكفيل الأحوال التي تعتري الكفالة والشروط والضوابط التي سبقت.

الحادي عشر: للكفيل الحق في الرجوع على الأصيل إذا كانت الكفالة بأمره، أما إذا كانت بغير أمره أو بنية التبرع فضيه خلاف.

الثاني عشر: يبرأ الكفيل من الكفالة بتسليم الدين أو العين إلى ربه أو بإبرائه من الكفالة.

هذا وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم

براءة الكفيل وحده فالدائن بالخيار إن شاء أخذ القدر المصالح عليه من الكفيل والباقي من المدين وإن شاء ترك الكفيل وطالب المدين بكل الدين، بناء على المادة (٧٦٨)

سادساً: إذا مات الدائن وانحصر إرثه في المدين برئ الكفيل من الكفالة، فإن كان له وارث آخر برئ الكفيل من حصة المدين فقط، بناء على المادة (٧٦٩).

سابعاً: إذا أحال الكفيل أو المدين الدائن بالدين المكفول به أو بجزء منه على آخر حوالة مقبولة من المحال والمحال عليه برئ المدين والكفيل في حدود هذه الحوالة، وإذا اشترط في الحوالة براءة الكفيل فقط دون المدين، بناء على المادة (٧٧١) ^(١)

خاتمة البحث

وبعد أن عشنا سوياً نتجول في بستان من بساتين الفقه ونقطف منه ثمار المعرفة نصل في آخر المطاف إلى أهم النتائج التي جنيناها من هذا البحث وهي كالتالي:

أولاً: الكفالة بالمال: هي شغل ذمة الكفيل بتأدية ما على الأصيل من حق بسبب كفالته له وبدون سقوط الحق عن الأصيل حتى يؤدي إلى صاحبه.

ثانياً: الكفالة بالمال: مشروعة في الإسلام بالكتاب والسنة والإجماع.

ثالثاً: الحكمة منها: التيسير على الناس ورفع الحرج عنهم.

رابعاً: تتعقد الكفالة بوجود أربعة أركان: مع توفر

١ قانون المعاملات المدنية العماني، مرجع سابق.

المصادر والمراجع

الحديث النبوي:

- ١- أبو عبدالله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار ابن كثير، ط٥، اليمامة.
- ٢- مسلم بن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم، دار الفكر، ط٢.
- ٣- أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد بن حنبل، دار إحياء التراث العربي.
- ٤- محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، دار البيان، ط دار إحياء الكتب العربية.
- ٥- أحمد بن الحسين البيهقي، السنن الكبرى للبيهقي، دار المعرفة، ط مجلس دائرة المعارف العثمانية.
- ٦- ابن العربي المالكي، صحيح الترمذي، دار إحياء التراث العربي.
- ٧- سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، دار الفكر.
- ٨- جلال الدين السيوطي، سنن النسائي، دار إحياء التراث العربي.
- ٩- محمد بن عبدالله الحاكم النيسابوري، المستدرک على الصحيحين، دار المعرفة، بيروت.

١٠- علي بن عمر الدار قطني، سنن الدار قطني، ط١٧١٧هـ، ١٩٩٦م، دار الكتب العلمية، بيروت

كتب اللغة:

- ١- جمال الدين محمد بن منظور الإفريقي، لسان العرب، مطبعة دار صادر، بيروت.
- ٢- الخليل بن أحمد الفراهيدي، كتاب العين، ط مؤسسة دار الهجرة.

كتب الفقه

أولاً: المذهب الإباضي.

- ١- محمد بن يوسف اطفيش، شرح كتاب النيل وشفاء العليل، مكتبة الإرشاد، جدة.
- ٢- محمد بن شامس البطاشي، سلاسل الذهب، ط وزارة التراث القومي والثقافة بسلطنة عمان.
- ٣- أبو زكريا بن سعيد، الايضاح في الأحكام، ط وزارة التراث القومي والثقافة بسلطنة عمان، ١٤٠٤هـ ١٩٨٤م.
- ٤- محمد بن إبراهيم الكندي، بيان الشرع، ط وزارة التراث القومي والثقافة بسلطنة عمان، ١٤٠٤هـ ١٩٨٤م.
- ٥- أحمد بن عبدالله الكندي، المصنف، ط وزارة التراث القومي والثقافة بسلطنة عمان، ١٤٠٤هـ ١٩٨٤م.

ثانياً: المذهب الحنفي.

- ١- شمس الدين السرخسي، كتاب المبسوط، ط دار الفكر.
- ٢- حاشية ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ط دار إحياء التراث العربي.



- ٢- عبد الله بن محمود الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، دار المعرفة بيروت.
- ٦- محمد عيش، منح الجليل شرح مختصر سيدي خليل، دار الفكر، ط: ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م.
- ٧- زكريا الأنصاري، حاشية الشيخ سليمان الجمل على شرح المنهج، دار الفكر.
- ٨- الخرشى على مختصر سيدي خليل، دار صادر، بيروت.
- ٥- محمد بن عبد الواحد، شرح فتح القدير، دار احياء التراث العربي.
- ٦- عبد الغني الثميني، اللباب في شرح الكتاب، دار الكتاب، بيروت.

رابعاً: المذهب الشافعي.

- ١- محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، دار الفكر.
- ٢- حاشيتان، الأولى: لشهاب الدين أحمد بن أحمد القليوبي والثانية: لشهاب الدين أحمد بن سلامة الملقب بعميرة على منهاج الطالبين، دار الفكر.
- ٣- إبراهيم بن علي الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الفكر.
- ٤- محمد بن أبي العباس الشهير بالشافعي الصغير، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت.
- ٥- أبو زكريا بن شرف النووي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، شرح الشيخ محمد الحطيب الشربيني على متن منهاج الطالبين، دار الفكر.
- ٦- أحمد بن حجر الهيتمي، حواشي الشيخ عبد الحميد الشرواني والشيخ أحمد بن قاسم العبادي على تحفة المحتاج بشرح المنهاج، دار الفكر، بيروت.
- ٧- سليم بن رستم باز اللبناني، شرح المجلة، دار احياء التراث العربي، ط: ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.
- ٨- نظام الدين وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، دار احياء التراث العربي، ط: ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.

ثالثاً: المذهب المالكي.

- ١- أحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، دار الفكر.
- ٢- عثمان بن حسنين المالكي، سراج السالك شرح أسهل المسالك، دار الفكر.
- ٣- محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر.
- ٤- محمد بن محمد المغربي المعروف بالحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار الفكر، ط: ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
- ٥- محمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة، بيروت، ط: ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.



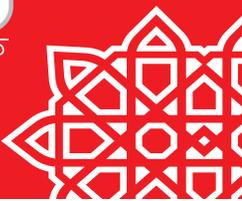
خامسا: المذهب الحنبلي.

- ٥- موفق الدين وشمس الدين ابني قدامة، المغني والشرح الكبير، دار الفكر، ط: ١٤٠٤هـ-١٩٨٤م.
- ٦- منصور بن يوسف البهوتي، شرح منتهى الإيرادات، عالم الكتب، ط١: ١٤١٤هـ-١٩٩٣م.
- ٧- عثمان بن أحمد النجدي، هداية الراغب لشرح عمدة الطالب، دار البشير والدار الشامية، ط٢: ١٤١٠هـ-١٩٨٩م.
- ١- علاء الدين أبي الحسن المرادوي، الانصاف، دار احياء التراث العربي، بيروت.
- ٢- إبراهيم بن محمد الحنبلي، المبدع في شرح المقنع، ط المكتب الإسلامي.
- ٣- عبد الله بن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام المجل أحمد بن حنبل، المكتب الإسلامي.
- ٤- منصور بن يونس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، دار الفكر.



**المسؤولية المدنية لأعضاء مجلس إدارة شركات
المساهمة العامة في ضوء قانون التجارة وقانون
المعاملات المدنية العماني**

إعداد الباحث :
د. أسد بن علي بن أحمد القاسمي



مقدمة

عمل؛ لذلك تشجع الدول اللجوء إلى هذا النوع من الشركات؛ لأنها تحقق لها التنمية الشاملة.

وتعد الانهيارات التي لحقت ببعض الشركات العالمية، والأسباب التي أدت إلى هذه الانهيارات سواء كان عزوها لفساد في مجالس إدارتها وتضليلها المساهمين ونشر ميزانيتها التي تحتوي على بيانات خاطئة، سببا في زيادة النقد الموجه إلى الشركات المساهمة وإلى مجالس إدارتها، وأصبحت الحاجة ملحة إلى إصدار أنظمة تحدد سلطات وصلاحيات مجالس الإدارة.

ولا شك أن الوعي بأهمية هذه الشركات هو الذي فرض على أغلب قوانين الشركات في العالم التفكير في إصلاح النظام القانوني المطبق عليها حماية لاقتصادها الوطني، ولرفع مستوى الثقة في أسواقها المالية ولتفادي ما قد يسببه مجلس إدارة هذه الشركات من أضرار؛ لهذا فقد أدخلت التشريعات عناية بالأحكام المنظمة لهذا النوع من الشركات لتجاوز خطر التلاعب بأموالها حفاظا على مصلحة الشركة وحقوق المساهمين و الغير والاقتصاد الوطني^١.

ويعتبر مجلس الإدارة هو الجهاز التنفيذي للشركة الذي يتولى إدارتها والقيام بالأعمال اللازمة كافة لتحقيق غرضها وغاياتها وترجمة توجهاتها إلى واقع ملموس. ونظراً لطبيعة عمل شركات المساهمة وحجم المشروعات الضخمة التي تقوم بها تلك الشركات يتطلب مجلس الإدارة تزويده بالصلاحيات لتمكينه من تحقيق أهداف الشركة.

ولا تستطيع الشركة التجارية أن تباشر عملها

لقد أدى التطور الصناعي بجميع فروعهِ إلى خلق مشروعات صناعية ضخمة تطلبت أموالاً طائلة، عجز الأفراد عن إيجادها وتديريها، مما استدعى ظهور ما يطلق عليه بشركات المساهمة، ونشوتها التي قامت بدور فعال من حيث مساهمتها في تطوير النشاط الاقتصادي والدفع بعجلة التنمية قُدماً؛ وهذا جعلها بحق عمود التقدم التجاري والصناعي والنموذج الأمثل لشركات الأموال في ظل النظام الرأسمالي.

ونظراً للدور الحيوي الذي تقوم به شركات المساهمة؛ فإنها تعتبر في هذا العصر إحدى أهم الآليات الناجعة والأكثر ملاءمة للقيام بالمشروعات الكبرى، بسبب قدرتها على تجميع رؤوس الأموال الضخمة واستثمارها في مشروعات تساهم في زيادة الإنتاج، وجمع الأرباح التي يعجز عنها الأفراد؛ لكونها تتميز بخصائص عدة فرضها المشرع كمحدودية مسؤولية المساهمين في الحصص المقدمة، فهؤلاء لا يتحملون أي خسارة إلا في حدود القيمة الإسمية للأسهم التي اكتتبوا فيها، فضلاً عن إمكانية تداول الأسهم بطرق سهلة ويسيرة، إضافة إلى ضآلة قيمة السهم. إن كل هذه الأمور أدت إلى تشجيع صغار المدخرين، ورجال الأعمال لتوظيف أموالهم في مشروعات مربحة؛ مما أدى إلى زيادة قدرة هذه الشركات على تجميع أموال ضخمة تمكنها من القيام بمشاريع كبيرة، صناعية وتجارية وخدمية؛ لذا نجد أن هذه الشركات تحتكر القيام ببعض المشروعات الكبرى، التي لا تستطيع الشركات الأخرى القيام بها. كما أن شركات المساهمة تساعد في القضاء على الأزمات الاقتصادية وما يرتبط بها من وركوذ وباحثي

(١) عبد الملك أحمد العصري: التأصيل النظري لمفهوم الإدارة والتدبير، مجلة المنبر القانوني، ع ٤، أبريل ٢٠١٣، ص: ١٤٩ وما يليها.



يمكن لمجلس إدارة الشركات المساهمة العامة القيام بأدواره دون مساءلة^٤

وللإجابة عن مختلف هذه الإشكاليات، سنكتفي من خلال هذا البحث بإلقاء الضوء على المسؤولية المدنية لأعضاء مجلس الإدارة تجاه الشركة، ولذلك سوف نقسم هذه الدراسة إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول طبيعة مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة وفي المطلب الثاني أسباب هذه المسؤولية ونطاقها.

المطلب الأول

طبيعة المسؤولية المدنية لأعضاء مجلس الإدارة

بداية نعرف المسؤولية لغة واصطلاحاً وبوجه عام قبل الدخول في تكييف مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة، حيث تعرف المسؤولية لغة: حال أو صفة من يسأل عن أمر تقع عليه تبعته، يقال "أنا بريء من مسؤولية هذا العمل". أما اصطلاحاً فتعني الفعل الضار الذي يجب مؤاخذه فاعله، ولذلك فإنه لا مسؤولية على الشخص إذا أتى فعلاً ولم ينتج عنه أي ضرر للغير^١.

ويقصد بالمسؤولية بوجه عام تحمل الشخص لنتائج وعواقب التصدير الصادر عنه أو عمن يتولى رقابته أو الإشراف عليه، أما معناها في المجال المدني فتعني المؤاخذه عن الأخطاء التي تضر بالغير، وذلك بإلزام المخطئ بأداء التعويض للطرف المضرور وفقاً للطريقة والحجم الذي يحددهما القانون^٢، حيث

بنفسها، فهذه المهمة تناط بمجموعة من الأشخاص يمثلون أعضاء مجلس الإدارة، يجري انتخابهم من قبل الجمعية العامة للشركة، ثم يتولون إدارة الشركة وتسيير أعمالها وفقاً للنشاط الذي تأسست من أجله، وبغرض تحقيق أهدافها.

ولا يجد من سلطات مجلس الإدارة إلا القيود الواردة في القانون، أو في نظام الشركة، وفي الغالب يحدد النظام الأساسي للشركة سلطات مجلس الإدارة باعتباره يشمل الأحكام التفصيلية التي يتفق عليها المؤسسون لإدارة الشركة، إلا أنه قد يحدث في بعض الأحيان أن لا يتطرق النظام الأساسي للشركة إلى سلطات المجلس، فيتوجب في هذه الحالة على المجلس أن يقوم بجميع الأعمال التي تقتضيها إدارة الشركة وفقاً لأغراضها.

ولإثبات المسؤولية المدنية لأعضاء مجلس الإدارة تجاه الشركة والمساهمين والغير، يجب أن يتوافر في تصرفاتهم أركان المسؤولية المدنية، حيث تعتبر المسؤولية الحاجز النهائي الذي يحكم تصرفات أعضاء مجلس الإدارة في حالة إخلالهم بالالتزامات التي تترتب عليهم جراء توليهم مسؤولية إدارة الشركة، أو عند خروجهم عن القواعد القانونية التي تحكم طبيعة عمل الشركة.

لهذه الأسباب فقد حرصت معظم التشريعات على حماية الشركة والمساهمين والغير من أخطاء مجلس إدارة الشركة أو أحد أعضائه بسبب السلطات الواسعة التي يملكها عادة مجلس الإدارة.

ويثار الإشكال حول طبيعة المسؤولية المدنية للمقاة على عاتق مجلس إدارة شركات المساهمة العامة، كما يثار حول أسباب المسؤولية المدنية لأعضاء مجلس الإدارة ونطاقها ومن ثم يثار تساؤل كيف

(١) مرزوق آيت الحاج، المسؤولية المدنية، دراسة تحليلية على ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الثانية، طنجة، ٢٠٠٥، ص: ١١.

- عبد الرحمن مصلى الشراي، الخطأ في المسؤولية المدنية التصديرية الشخصية، الطبعة الأولى، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، ٢٠٠١، ص: ١١.

(٢) عبد القادر المرعاري، مصادر الالتزامات الكتاب الثاني، الطبعة الثالثة، دار الأمان، الرباط، ص: ٧.

تبيان أساس المسؤولية المدنية لمجلس الإدارة تجاه الشركة (الفقرة الأولى)، ثم بعد ذلك التطرق بالتحليل لموقف المشرع العماني من طبيعة العلاقة بين الشركة ومجلس الإدارة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: أساس المسؤولية المدنية لمجلس الإدارة تجاه الشركة

الشائع في التشريعات الحديثة أن يسأل أعضاء مجلس إدارة شركة المساهمة في مواجهة الشركة عن الأخطاء التي يرتكبها المجلس في ممارسته لإدارة الشركة، إذا ترتب على هذه الأخطاء ضرر أصاب الشركة.

ونرى من وجهة نظرنا أن موضوع مسؤولية أعضاء مجلس إدارة شركة المساهمة مدنياً أصبح من أهم الموضوعات التي تستأثر بالاهتمام والبحث، بهدف تحديد معالم تلك المسؤولية الناجمة عن تصرفاتهم، التي تعقد باسم الشركة أو لحسابها.

لم يتضمن قانون الشركات التجارية العماني نصاً صريحاً يحدد نوع مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة مدنياً عن الأفعال الضارة التي تصدر عنهم أثناء ممارستهم لأعمالهم، إلا أن الفقه تصدى إلى مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة مدنياً واتخذ اتجاهين مختلفين.

يمثل الاتجاه الأول جانباً من الفقه، يرى أن مجلس الإدارة وكيل اتفاقي عن الشركة، على أساس تعاقدية، فإذا ما ارتكب عضو مجلس الإدارة خطأ، فإنه يكون بذلك ارتكب إخلالاً بالتزام تعاقدية، وهو إخلال بعقد الوكالة المبرم بين المجلس - ممثلاً بأعضائه - وبين الشركة، إذ حسب هؤلاء يحكم نطاق

عرفها أحد الفقهاء بأنها حالة الشخص الذي ارتكب أمراً يوجب المؤاخظة^(١).

وإن لتكييف مركز أعضاء مجلس الإدارة القانوني في الشركة المساهمة أهمية في بحث مسؤوليتهم؛ لأن هذا التكييف هو الذي يحدد علاقتهم بالشركة، ومدى سلطتهم وأسباب مسؤوليتهم في مواجهة الشركة والمساهمين والغير^(٢).

وبسبب أن أعضاء مجلس الإدارة يقومون بدور مهم في المحافظة على مصالح الشركة والمساهمين والدائنين على حد سواء، لهذا يتعين عليهم أن يكونون أهلاً للثقة التي أودعت فيهم، ومن ثم يكونوا أيضاً مسؤولين قانونياً عن الإخلال بأداء واجباتهم التي يمارسونها بالشركة.

وقد أقر المشرع العماني في قانون الشركات التجارية، -وكباقي التشريعات العربية- بالمسؤولية المدنية لأعضاء مجلس الإدارة أمام الشركة، إلا أنه لم يبين طبيعة هذه المسؤولية؛ إذ يثار التساؤل هل هي اتفاقية مصدرها العقد أم تشريعية مصدرها القانون بشكل صريح؟ أي لم يبين نوع المسؤولية وهي مسؤولية تعاقدية أم مسؤولية تقصيرية؟

ونظراً لأن أعضاء مجلس الإدارة يرتبطون بعلاقات مع الشركة والمساهمين والغير، وتترتب عليهم المسؤولية في حال إخلالهم بالالتزامات والواجبات الملقاة على عاتقهم سنحاول ملامسة طبيعة ومسؤولية علاقات أعضاء مجلس الإدارة من خلال

(١) مرقص سليمان المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، ١٩٦١، ص: ١.

(٢) مصطفى كمال وصفي: المسؤولية المدنية لأعضاء مجلس الإدارة في الشركات المساهمة في القانون المصري، رسالة دكتوراه، قسم القانون الخاص، جامعة فؤاد الأول، ١٩٥١، ص ٧ - صلاح أمين أبو طالب: تجاوز السلطة في مجلس إدارة الشركة المساهمة، دار النهضة العربية، ١٩٩٩، ص: ١٩.



هذه المسؤولية الأحكام العامة في الوكالة المقررة بالقانون المدني^١.

من وجهة نظر هؤلاء، فالمجلس بارتكابه ما يضر بالشركة، فإنه يكون قد أخل بالتزاماته كونه وكيلًا، على اعتبار أن عضو مجلس الإدارة يقوم بالعمل بموجب العقد الذي تم إبرامه بين الشركاء والذي تأسست الشركة بناء عليه.

ونرى بأن هذا الاتجاه والذي يذهب إلى اعتبار أن مجلس الإدارة وكيل عن الشركة لم يستطع الصمود أمام الانتقادات التي وجهت إليه، ونذكر منها:

- أن الصلاحيات التي يتمتع بها أعضاء مجلس إدارة شركة المساهمة مصدرها هو القانون، وليس العقد أو قرار التعيين أو النظام الأساسي للشركة؛ فالمرشح هو الذي حدد الإطار القانوني والتنظيمي الذي تدار به شؤون الشركة^٢.

- أن نظام الوكالة يقتضي وجود إرادة الموكل وإرادة الوكيل، ويفترض خضوع الوكيل لتعليمات الموكل، وذلك لوجود إرادتين في هذا النظام، في حين لا نجد في الشركة إلا إرادة واحدة، وهي إرادة الوكيل (مجلس الإدارة)، أما الموكل أي الجمعية العامة (الشركة) فلا إرادة لها، ومن جهة أخرى وصفت الجمعية العامة للمساهمين بالبرلمان الغائب.

- يقتضي نظام الوكالة الاختلاف في الأشخاص، فالنائب غير الأصيل، كما أن الوكيل في الوكالة

(١) فوزي محمد سامي، الشركات التجارية (الأحكام العامة والخاصة) دراسة مقارنة، عمان دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦، ص: ٤٧٦.

(٢) عبد الوهاب المريني، سلطة الأغلبية في شركة المساهمة في القانون المغربي، أطروحة لنيل دكتوراه في القانون الخاص، السنة الجامعية ١٩٩٦-١٩٩٧، جامعة محمد الخامس، الرباط، ص: ٥٨-٦٠.

(٣) عبد الوهاب المريني، المرجع سابق، ص: ٥٩.

العادية يتصرف باسم الغير ولمصلحته أي أنه أجنبي عن المعاملة، بينما الوكيل فإنه لو تعامل باسم الشركة فلن يفعل ذلك لمصلحته وفائدته^٤.

أما الاتجاه الثاني فيستند أنصاره إلى اعتبار أن أعضاء مجلس الإدارة ليسوا وكلاء اتفائيين عن الشركة، لأنهم لا يرتبطون مع الشركة بعقد وكالة بقدر ما يُعدون ممثلين قانونيين لها.

كما أن مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة مدنياً تعتبر ناتجة عن الإخلال بالتزام قانوني في الغالب، وتكون عبارة عن مخالفات لأحكام القانون؛ وعليه ووفقاً لهذا الرأي فإن دعوى الشركة ضد أعضاء مجلس الإدارة أساسها الإخلال بالتزام قانوني أكثر منه تعاقدية^٥.

يرى أنصار هذا الاتجاه أن فكرة التزام مجلس الإدارة قبل الشركة هو الالتزام ببذل عناية، ويرون بأن على مجلس الإدارة أن يسعى لتحقيق أهداف الشركة وأن يبذل في سبيل ذلك عناية الرجل العادي ولا يخل بالواجبات الموكلة إليه، فإن لم يفعل ذلك فسيكون مرتكباً خطأً يوجب مساءلته. ولما كان التزام مجلس الإدارة قبل الشركة ليس التزاماً بتحقيق غاية؛ لأنه لا يطلب منه تحقيق نتيجة نهائية كتتحقيق أرباح للشركة، لا اعتبره منفذاً لالتزامه، بل ما يطلب منه فحسب هو "بذل العناية اللازمة في العمل"، فالتزامه هو التزام بعناية؛ من منطلق كون الالتزام بعناية مجالاً موضوعه هو المسؤولية التقصيرية، على اعتبار أن الخطأ في قيام المسؤولية هو الإخلال بالواجب العام الملقى على عاتق الإنسان بالحرص

(٤) عبد الوهاب المريني، المرجع سابق، ص: ٥٩.

(٥) عزيز العكيلي، الوسيط في الشركات التجارية دراسة فقهية قضائية مقارنة في الأحكام العامة والخاصة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٧، ص: ٢٠٠.

وعدم الإضرار بالآخرين.

ويترتب على ذلك أنه يجوز للشركة أن تطالب العضو المخطئ بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية عن الأضرار الناتجة عن خطأ في الإدارة أو عمل من أعمال الغش أو عمل يجاوز حدود صلاحياته، وعن كل مخالفة للقانون أو لنظام الشركة.

ومهما يكن نوع هذه المسؤولية فإنها تقوم على الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما، وعلى ضوء ذلك يتعين على الشركة إثبات الخطأ الصادر عن مجلس الإدارة والضرر الذي لحقها والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر^١.

نرى أن أساس هذه المسؤولية يمكن رده إلى إخلال أعضاء مجلس الإدارة بالتزام قانوني ملقى على عاتقه يتمثل بضرورة المحافظة على مصالح الشركة وتحقيق غاياتها التي أنشئت من أجلها، وبذل العناية التي تتناسب مع المهام الموكولة إليه، وعلى ضوء ذلك يتحدد نوع المسؤولية سواء كانت عقدية أم تقصيرية، فإذا كان الإخلال ناجماً عن عقد فتكون مسؤولية عقدية، أما إذا كان الإخلال ناجماً عن أعمال قانونية فتكون المسؤولية تقصيرية.

الفقرة الثانية: موقف المشرع العماني من طبيعة العلاقة بين الشركة ومجلس الإدارة

لقد حاول المشرع العماني من خلال قانون الشركات التجارية تنظيم القواعد المتعلقة بأعضاء مجلس إدارة شركة المساهمة في المواد من (٩٥-١١٠)، إلا أن القانون لم يتضمن نصاً صريحاً يوضح طبيعة

(١) سميحة القليوبي، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣، ص: ٤٦٩.

العلاقة بين الشركة ومجلس إدارتها، وللوقوف على موقف المشرع العماني، فإنه لا بد من العودة إلى أحكام المادة الثالثة من قانون الشركات التجارية العماني والتي جاء فيها "فيما عدا شركات المحاصة تتمتع جميع الشركات التجارية بالشخصية المعنوية".

وعددت المادة (٤٨) من قانون المعاملات المدنية العماني الأشخاص الاعتباريين، ونص البند الرابع من الفقرة الأولى على اعتبار الشركات التجارية والمدنية من الأشخاص الاعتبارية وفقاً لما يقرره القانون.

وقد نص المشرع صراحة من خلال أحكام الفقرة الأولى من المادة ٤٩ من قانون المعاملات المدنية العماني على تمتع الشخص الاعتباري بجميع الحقوق إلا ما كان فيها ملازماً لصفة الإنسان الطبيعية وذلك في الحدود التي يقررها القانون؛ فيكون له ذمة مالية مستقلة وأهلية في الحدود التي يعينها سند إنشائه أو التي يعينها القانون وحق التقاضي وموطن مستقل، ويعتبر موطنه المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته، والشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في سلطنة عمان يعتبر مركز إدارتها بالنسبة للقانون العماني المكان الذي توجد فيه الإدارة المحلية.

ونتيجة لذلك فإن الشركة عندما تكسب وجوداً قانونياً وتصبح شخصاً معنوياً تكون أهلاً للقيام بكل التصرفات القانونية كتحمل الالتزامات واكتساب الحقوق، ولكن باعتبارها شخصاً معنوياً لن يتمكن من ممارسة حقوقه وتنفيذ التزاماته بنفسه وإنما يقوم مقامه شخص طبيعي يمثل للقيام بهذه المهام؛ لذلك فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (٤٩) من قانون المعاملات المدنية العماني على أنه



أعضاء مجلس الإدارة عن عملهم في تمثيل الشركة^٢، ويتضح من خلال ما سبق أن المشرع العماني قد أخذ بنظرية الوكالة.

المطلب الثاني

أسباب المسؤولية المدنية لأعضاء مجلس الإدارة ونطاقها

تتضي القاعدة العامة أن أعضاء مجلس الإدارة إذا قاموا بواجباتهم بعناية وحرص، والتزموا بحدود سلطاتهم كما يرسمها نظام الشركة واحترموا الأحكام الواردة فيه، فلا مسؤولية عليهم، أما إذا أهمل أعضاء مجلس الإدارة شؤون الشركة أو عمدوا إلى العبث فأسقطوا من حسابهم احترام الأحكام الواردة في القانون ونصوص نظام الشركة فإنهم يكونون مسؤولين عن إهمالهم وعبثهم وسوء تدبيرهم.

بناء عليه، يثار التساؤل حول أسباب المسؤولية المدنية لأعضاء مجلس الإدارة، وكيف عالج المشرع أسباب قيام مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة؟ وما هو نطاقها حسب التشريع العماني؟

للإحاطة بأسباب المسؤولية المدنية ونطاقها لأعضاء مجلس إدارة شركة المساهمة، ارتأينا تناوله من خلال تخصيص (الفقرة الأولى) لأسباب المسؤولية المدنية لأعضاء مجلس الإدارة، ثم بعد ذلك التطرق

”يكون للشخص الاعتباري من يمثله في التعبير عن إرادته“ كما أوضحت المادة (١٠٢) من قانون الشركات التجارية العماني ”أن لمجلس الإدارة أوسع الصلاحيات للقيام بجميع الأعمال التي تستلزمها إدارة الشركة لتحقيق موضوعها ولتنفيذ مقررات الجمعية ولا تكون هذه الصلاحيات محدودة أو مقيدة إلا بقدر ما هو منصوص عليه في القانون أو في نظام الشركة“.

فضلا عن أن مجلس الإدارة ينتخب من قبل الجمعية العامة والتي لها حق عزل أي عضو من أعضاء مجلس الإدارة أو أن تعزلهم جميعا في أي وقت تشاء ودون أي مبرر، حتى لو كان العزل مخالفاً لأحكام نظام الشركة^١.

باستقراء الأحكام السابقة ومن خلال ربطها بما جاء في نص المادة ٤٧٦ من قانون المعاملات المدنية العماني^٢، والتي تحكم إجراءات إدارة الشركة؛ فإن أعضاء مجلس الإدارة يعدون وكلاء بالشركة وتطبق عليهم الأحكام والقواعد الخاصة بهذه الصفة ما لم يكن هناك نص أو اتفاق على خلاف ذلك.

وهذه الوكالة هي وكالة بأجر، ويفهم ذلك من نص المادة ١٠١ من قانون الشركات العماني وكذلك البند (٥) من الملحق رقم (٤) من ميثاق تنظيم وإدارة شركات المساهمة العامة رقم ٢٠٠٢/١١ وتعديلاته؛ إذ إنهما تعالجان المكافآت والأجور التي يتقاضاها

(٢) انظر كذلك البند (٢) من المادة (٨) من تعليمات إدراج الأوراق المالية في سوق مسقط للأوراق المالية لسنة ٢٠٠١ التي تتطلب من شركات المساهمة التي ترغب في إدراج أسهمها في السوق أن ترفق بطي طلبها الخاص بطلب الإدراج بالسوق كشفاً بأسماء أعضاء مجلس الإدارة والمزايا والمخصصات التي تمنح لهم.

(٤) محسن شفيق، الوسيط في القانون التجاري المصري، الجزء الأول، الطبعة الثانية، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، ١٩٥٥، ص ٦٥٥-٦٥٦ -عزيز العكيلي، الوسيط في الشركات التجارية، مرجع سابق، ص ٢٩٨.

(١) المادة ٩٩ من قانون الشركات التجارية العماني .

(٢) تنص المادة ٤٧٦ من قانون المعاملات المدنية العماني على أنه « ١ - كل شريك يعتبر وكيلاً عن باقي الشركاء في مباشرة أعمال الشركة وفي التصرف بما يحقق الغرض الذي أنشئت من أجله ما لم يكن هناك نص أو اتفاق على غير ذلك .

عليه من نتائج قانونية بما في ذلك المسؤولية المدنية عن الأضرار التي قد يسببها هذا العمل أو التقصير .

ولئن حاول المشرع العماني تحميل المسؤولية بصفة مباشرة لأعضاء مجلس الإدارة، فإنه مقابل ذلك ترك المجال مفتوحاً لتعداد الأسباب التي تؤدي إلى مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة، وبذلك لم يخرج على القاعدة المعمول بها في مجموعة من التشريعات القانونية الأخرى؛ إذ لم تحصر أسباب قيام المسؤولية المدنية لأعضاء مجلس الإدارة، فهناك ما يورد الأسباب بشيء من التفصيل، ومنها ما يورد سبباً يشمل جميع الأسباب كالمشرع المصري في قانون شركات المساهمة؛ لأنه جاء بنص يشمل أسباب المسؤولية المدنية عندما قرر في المادة ١٠٢ من قانون شركات المساهمة المصري أنه: "لا يترتب على أي قرار يصدر من الجمعية العامة سقوط دعوى المسؤولية المدنية ضد أعضاء مجلس الإدارة بسبب الأخطاء التي تقع منهم في تنفيذ مهمتهم".

وبذلك تختلف قوانين الشركات من حيث تعداد الأسباب التي تؤدي إلى مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة مدنياً، فمنها ما يورد الأسباب بشيء من التفصيل. ومنها ما يورد سبباً يشمل جميع الأسباب. ونظراً لصعوبة حصر أسباب المسؤولية المدنية لأعضاء مجلس الإدارة فقد أسند جانب من الفقه^٢ أسباب نشوء المسؤولية المدنية لأعضاء مجلس الإدارة إلى ثلاثة أقسام، هي:

١- مخالفة القواعد الأمرة ٢- مخالفة أحكام النظام الأساسي للشركة ٣- الخطأ في إدارة الشركة.

لنطاق المسؤولية المدنية لأعضاء المجلس في (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: أسباب المسؤولية المدنية لأعضاء مجلس الإدارة

يشترط بشكل عام لقيام المسؤولية المدنية لمجلس الإدارة أن يقع من أعضاء مجلس الإدارة خطأ في الإدارة، فالخطأ في الإدارة هو الشرط العام لقيام المسؤولية، وبدونه لا مجال لمساءلة أعضاء مجلس الإدارة عن أعمالهم حتى لو ترتب عليها الضرر بالشركة أو المساهمين أو الغير، ما دام أن تصرفاتهم كانت داخلية في نطاق سلطاتهم وبحسن نية، وبالتالي فلا مسؤولية عليهم وإنما تقع على الشركة باعتبارها موكلتهم^٢.

وأكد المشرع العماني على مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة عن أخطائهم المخالفة للقانون في مواضع عدة، ومثال ذلك ما ورد في المادة ١٠٩ من قانون الشركات التجارية العماني حيث نصت على ذلك بالقول: "إن أعضاء مجلس الإدارة مسؤولون تجاه الشركة والمساهمين والغير عن الأضرار الناتجة عن أعمالهم المخالفة للقانون وعن أعمالهم التي تتجاوز حدود صلاحياتهم وعن أي غش أو إهمال يرتكبونه في أداء مهامهم، وكذلك عن عدم تصرفهم تصرف الشخص المتبصر في ظروف معينة".

كما نصت المادة ١٧٢ من القانون نفسه على أن "فرض العقوبات المنصوص عليها في هذا الباب لا يؤثر على ما يترتب على العمل أو التقصير المعاقب

(٢) أبو زيد رضوان، شركات المساهمة وفقاً لأحكام القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ والقطاع العام، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٢، ص ٢١٩.

(٤) وأضاف المشرع العماني إلى مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة عن تجاوز حدود صلاحياتهم وعن أي غش أو إهمال يرتكبونه في المادة ١٠٩ من قانون الشركات التجارية العماني.

(١) علي جمال الدين عوض: الشركات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦١، ص ٣٦٠.

(٢) غازي شايف الأغبري: النظام القانوني لإدارة الشركة المساهمة في القانونين اليمني والمصري، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٩٤، ص ٢٠٢.



١- مخالفة القواعد الآمرة

تعرف القاعدة الآمرة بأنها: هي القاعدة التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفة حكمها، وكل اتفاق فيما بينهم على مخالفة هذا الحكم يكون باطلاً ولا أثر له.

ويساءل أعضاء مجلس الإدارة عن مخالفتهم لأحكام القانون، وللقانون مدلول واسع لا يقتصر فقط على الأحكام الواردة في قانون الشركات، وإنما يشمل كل مخالفة للأحكام القانونية الآمرة في التشريعات الواجبة التطبيق على شركات المساهمة^١.

ومن أمثلة ذلك حصول أعضاء مجلس الإدارة على مكافآت أكبر من القدر الذي حدده القانون، أو عدم مراعاة ما نص عليه القانون كعدم التزام مجلس الإدارة بتسجيل الشركة في سجل الشركات، وذلك وفقاً لما تذهب له المادة ٦٩ من قانون شركات التجارة العماني والذي تلزم أول مجلس إدارة بتسجيل الشركة في السجل التجاري خلال شهر من انعقاد الجمعية العامة التأسيسية، أو إبرام أعضاء مجلس الإدارة عقوداً أو صفقات مع الشركة أو لحسابها فيها مصلحة مباشرة أو غير مباشرة لهم.

ويعتبر أعضاء مجلس الإدارة مخالفين إذا استغل أي منهم ما يصل إليه من معلومات بحكم منصبه أو وظيفته في تحقيق مصلحة له، أو لأولاده القصر، أو لأحد من أقاربه حتى الدرجة الرابعة نتيجة التعامل في الأوراق المالية للشركة، كما لا يجوز أن يكون لأي منهم مصلحة مباشرة أو غير مباشرة مع أي جهة تقوم بعمليات يراد بها إحداث تأثير في أسعار الأوراق المالية التي أصدرتها الشركة وتطبيق أحكام

المواد ١٠٩، ١١٠ من القانون عند المخالفة^٢.

٢- مخالفة أحكام النظام الأساسي

يقصد بالنظام الأساسي للشركة، مجموعة الأحكام والبنود التي تنظم الكيان الداخلي للشركة^٣، وغالباً ما يتضمن النظام الأساسي لشركة المساهمة أحكاماً تفصيلية تتعلق بسلطات مجلس الإدارة وواجباته، بالإضافة إلى تحديد غرض الشركة الذي يعد محور نشاطها، لذلك فإن أي عمل أو تصرف يقوم به مجلس الإدارة على خلاف المنصوص عليه في النظام الأساسي للشركة يعتبر خطأً موجبا للمسؤولية.

ولم يتعرض قانون الشركات التجارية العماني لمسؤولية أعضاء مجلس الإدارة عن مخالفتهم للأنظمة الأساسية بشكل صريح، إلا أن المشرع العماني قيد صلاحيات مجلس الإدارة في المادة ١٠٢ من القانون نفسه بالقول: "..... ولا تكون هذه الصلاحيات محدودة أو مقيدة إلا بقدر ما هو منصوص عليه في القانون أو في نظام الشركة".

باستقراء مدلول النص القانوني أعلاه نرى أن المشرع أراد فرض احترام أحكام النظام الأساسي للشركة من قبل أعضاء مجلس الإدارة، وتبعاً لذلك يحق للشركة أن تدرج في نظامها الأساسي مجموعة من القيود والشروط التي يحظر على أعضاء مجلس الإدارة مخالفتها ولو لم يحظرها القانون بنصوص صريحة.

ولذلك فإن كل مخالفة لنظام الشركة يعتبر عملاً غير مشروع يوجب مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة بصفة عامة تجاه كل شخص يلحقه ضرر بسبب ذلك

(٢) نصت على ذلك المادة (٢/١٠٧) من قانون شركات التجارة العماني .

(٣) محمد صالح بك، شركات المساهمة، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مطبعة جامعة فؤاد الأول، ١٩٤٩، ص ١١١.

(١) سميحة القليوبي: الشركات التجارية في القانون المصري، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ٩٨٢.

العمل، ولو كان هذا الشخص أجنبياً عن الشركة^١.
موضوعها ولتنفيذ مقررات الجمعية العامة. ولا تكون
هذه الصلاحيات محدودة أو مقيدة إلا بقدر ما هو
منصوص عليه في القانون أو في نظام الشركة^٢.

الفقرة الثانية: نطاق المسؤولية المدنية لأعضاء مجلس الإدارة

بما أن مجلس الإدارة يتكون من مجموعة الأعضاء،
فإنه يثار الإشكال حول نطاق المسؤولية المدنية
الناجمة؛ ففي حالة ارتكاب أحد أعضاء مجلس
الإدارة عملاً من أعمال الغش أو الإهمال أو التقصير
في إدارة الشركة على سبيل المثال، فإن مسؤوليته
تكون في هذه الحال شخصية تلحق به شخصياً ولا
تمتد إلى باقي أعضاء المجلس، إلا إذا كانوا قد أخلوا
في أداء واجباتهم في الرقابة عليه وإذا اشتركوا في
العمل أو التصرف الموجب للمسؤولية كما هو الوضع
في حالة صدور القرار بإجماع الآراء فعندئذ تكون
المسؤولية تضامنية^٣.

وعليه سنحاول البحث في نطاق المسؤولية المدنية
لأعضاء مجلس الإدارة، من خلال التطرق لمسؤولية
أعضاء مجلس الإدارة الفردية مدنياً (أولاً)، ثم بعد
ذلك مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة التضامنية
مدنياً (ثانياً).

أولاً- مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة الفردية مدنياً:

إن الأصل في مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة مدنياً
أنها مسؤولية فردية من حيث المبدأ ولا تكون تضامنية

(٢) فؤاد سعدون عبد الله، إدارة الشركات المساهمة بين حقوق المساهمة
القانونية وهيمنة مجلس الإدارة ورئيسه عليها، الواقع والحلول، دار أم
الكتاب، بيروت، ١٩٩٥، ص: ٢١٤.

٣- الخطأ في إدارة الشركة

اعتبر أحد الفقهاء أن الخطأ في الإدارة هو الشرط
العام لقيام المسؤولية، وبدونه لا مجال لمساءلة
أعضاء مجلس الإدارة على أعمالهم حتى لو ترتب
عليها إلحاق الضرر بالشركة والمساهمين والغير^٤.

وعليه فيشترط لمسؤولية أعضاء مجلس الإدارة
أن يرتكبوا خطأ في الإدارة، أي إخلالاً بالوكالة؛
فالخطأ في الإدارة هو الشرط العام لقيام المسؤولية
وبدونه لا مجال لمساءلة أعضاء مجلس الإدارة عن
أعمالهم حتى لو ترتب عليها إلحاق الضرر بالشركة
أو بالمساهمين أو بالغير، ما دام أن تصرفات أعضاء
مجلس الإدارة داخلية ضمن نطاق حدود وكتلتهم.

ويتمتع أعضاء مجلس الإدارة بمجموعة من السلطات
التي تخوله تحقيق موضوع الشركة وأهدافها وجميع
ما يتعلق بإدارة الشركة، ولا تكون هذه الصلاحيات
مقيدة إلا بقدر ما هو منصوص عليه في القانون أو
في نظام الشركة.

وقد توسع المشرع العماني في منح الصلاحيات
لأعضاء مجلس الإدارة، حيث قرر المشرع العماني في
قانون الشركات التجارية بالفقرة الأولى من المادة
١٠٢ أنه: "لمجلس الإدارة أوسع الصلاحيات للقيام
بجميع الأعمال التي تستلزمها إدارة الشركة لتحقيق

(١) محمد السماحي: إدارة شركات المساهمة في القانون المغربي، رسالة
لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية
والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، الرباط ١٩٧٤-
١٩٧٢، ص ١٥٢، فيصل عسيلة المسؤولية المدنية لأعضاء مجلس
الإدارة في شركات المساهمة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا
في القانون الخاص، كلية الحقوق الرباط، جامعة محمد الخامس
السويسية، ١٩٩١-١٩٩٢ ص ٨٩.

(٢) مصطفى كمال وصفي، المسؤولية المدنية لأعضاء مجلس الإدارة، مرجع
سابق، ص ٤٥.



الشركات المساهمة، كان في فترة ارتكاب الخطأ يسكن في مدينة بعيدة عن مقر الشركة، حيث بُعث إلى تلك المدينة في مهمة خاصة بالشركة، ونتيجة لذلك لم يستطع أن يشارك في أعمال المجلس^٤.

بالإضافة إلى ما قرر في حق عضو أبعد مرض خطير عن الإدارة بسبب إصابته بوعكة مرضية نتيجة ضعف أو مرض بسبب تقدم السن ولم يتقدم هذا العضو بالاستقالة ويفسخ الوكالة التي لا يستطيع أن يمارسها بإخلاص، فإنه سيصبح مسؤولاً على الأقل عن الإهمال وسيأخذ نصيبه من المسؤولية.

وبالنظر إلى قانون الشركات التجارية العماني نجد أن المشرع لم يُضمّن قاعدة عامة تقرر المسؤولية المدنية الفردية بين أعضاء مجلس الإدارة حيث نصت المادة ١٠٩ من قانون الشركات التجارية العماني على الآتي: "إن أعضاء مجلس الإدارة مسؤولون تجاه الشركة والمساهمين والغير عن الأضرار الناتجة عن أعمالهم المخالفة للقانون وعن أعمالهم التي تتجاوز حدود صلاحياتهم وعن أي غش أو إهمال يرتكبونه في أداء مهامهم، وكذلك عدم تصرفهم تصرف الشخص المتبصر في ظروف معينة".

تجدر الإشارة أن القرار رقم ٢٠٠٢/١٣٧ الصادر من وزير التجارة والصناعة بشأن قواعد وشروط انتخاب أعضاء مجالس إدارة شركات المساهمة العامة والأحكام الخاصة بمسؤولياتهم قد نص في المادة (٦) على المسؤولية الشخصية لأعضاء مجلس إدارة الشركة المساهمة؛ إذ نص على أنه: "يكون أعضاء مجلس إدارة الشركة المساهمة العامة مسؤولين...، دون الإخلال بمسؤولية كل منهم الشخصية...، عما يرتكبونه من أعمال بالمخالفة

إلا استثناء^١، وذلك لكون أعضاء مجلس الإدارة لا يكتسبون صفة التاجر بمجرد دخولهم كشركاء في الشركة، وتبعاً لذلك لا يفترض تضامن أعضاء مجلس الإدارة في هذه المسؤولية إلا في الحالات التي ينص عليها القانون.

ويترتب على ذلك أنه إذا تسبب أحد الأعضاء بمجلس الإدارة في إلحاق الضرر بالشركة أو بالمساهمين أو بالغير بمفرده، دون اشتراك باقي الأعضاء معه سواء كانت المسؤولية تعاقدية أو تقصيرية، كأن يتجاوز أحد الأعضاء حدود صلاحياته، فيسأل شخصياً عن هذا التجاوز (الخطأ) سواء بالقيام بعمل أو بالامتناع عن القيام بعمل، وفي هذه الحال تقوم الشركة بملاحقته ومحاسبته عن أخطائه فهو يتحمل تبعه أخطائه بالتعويض عنها، ولا يمتد أثرها إلى الأعضاء الآخرين؛ وذلك لأن المبدأ العام يقضي بأنه لا يسأل إلا المتسبب في الضرر شخصياً^٢.

ويرجع تحديد مساهمة أعضاء مجلس الإدارة في إحداث الخطأ إلى قاضي الموضوع إما بالتساوي بين كافة الأعضاء، وإما بإعفاء البعض منهم الذين لم يرتكبوا أي خطأ حقيقي أو يوزعها بطريقة غير متساوية بينهم حسب الأخطاء المرتكبة^٣.

كما يستطيع أعضاء مجلس الإدارة دفع المسؤولية عنهم عن طريق إثبات أنهم قاموا بواجبهم بالشكل المطلوب، وأنه ليس لهم يد في حصول هذا الخطأ لا من حيث التقصير أو الإهمال المؤاخذ عليه.

وهذا ما تقرر في حق أحد أعضاء مجلس إحدى

(١) محمد السماحي، إدارة شركات المساهمة في القانون المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مرجع سابق، ص: ١٥٥.

(٢) مصطفى كمال وصفي، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص: ٤٠.

(٣) محمد السماحي، إدارة شركة المساهمة في القانون المغربي، دبلوم لنيل الدراسات العليا في القانون الخاص، مرجع سابق، ص: ١٥٦.

(٤) حكم أورده فيصل عسيبة في رسالته - محكمة ليون ١٧/٨/١٨٥٥، مرجع سابق، ص: ١٤٦.

وللمحكمة سلطة تقديرية في أن تجعل كلا من الأعضاء مسؤولين عن جميع الأضرار أو جزء منها، وفقا لما ترتئيه المحكمة بالنظر إلى ظروف القضية^٢.

فيما سكت المشرع العماني عن الحالة التي يتعذر فيها على المحكمة معرفة الأعضاء المسؤولين عن الضرر أو تحديد النسبة التي ساهموا فيها، إلا أن المادة (٦) من القرار رقم ٢٠٠٢/١٢٧ بشأن قواعد وشروط انتخاب أعضاء مجالس إدارة شركات المساهمة العامة والأحكام الخاصة بمسؤولياتهم قد نصت على المسؤولية التضامنية بشكل صريح فقد نصت على أنه "يكون أعضاء مجلس إدارة الشركة المساهمة العامة مسؤولين مسؤولية تضامنية دون الإخلال بمسؤولية كل منهم الشخصية أو بالمسؤولية الجنائية عما يرتكبونه من أعمال بالمخالفة لأحكام قانون الشركات التجارية أو عما يترتب على عدم القيام باختصاصاتهم وعلى وجه الخصوص الاختصاصات المنصوص عليها في المادة التالية من الأضرار بالشركة أو حقوق المساهمين"^٣.

ومن التطبيقات العملية في مجال المسؤولية التضامنية لأعضاء مجلس الإدارة في سلطنة عمان ما قضت به محكمة مسقط الابتدائية بالدائرة التجارية، من إلزام رئيس وأعضاء مجلس الإدارة متضامنين بالتعويض عن الضرر الذي لحق المدعي، واستبعاد مكتب الحسابات من المسؤولية؛ على سند من أن مجلس الإدارة قد صور المركز المالي للشركة على غير الحقيقة أنها تحقق أرباحاً، فتبين له فيما بعد

لأحكام قانون الشركات التجارية أو عما يترتب على عدم القيام باختصاصاتهم...".

ثانياً - مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة التضامنية مدنياً

يتحمل مجلس الإدارة مسؤولية أخطائه الجماعية عندما يكون الفعل أو الخطأ مشتركاً، كأن يوقع جميع أعضاء المجلس على قرار معين تسبب في إلحاق الضرر بالشركة؛ فالاشتراك في إصدار هذا القرار يجعل مسؤولية الأعضاء تضامنية.

وأشار القانون العماني إلى مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة التضامنية مدنياً عن أخطائهم من خلال ما يفهم من مقتضى الفقرة الثانية من المادة (١٠٩) التي تتطلب لترتب مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة أن يشترك أكثر من عضو في الأعمال الضارة والنتيجة عن الأعمال المخالفة للقانون والتي تتجاوز حدود الصلاحيات وعن أي غش أو إهمال يرتكبونه في أداء مهامهم، وكذلك عن عدم تصرفهم تصرف الشخص المتبصر في ظروف معينة^١، وأصاب المشرع العماني عندما قضى على تضامن أعضاء مجلس الإدارة في تحمل المسؤولية عن الأضرار الناتجة عن إدارتهم للشركة لكونهم ليسوا تجاراً وقاعدة التضامن بين المدينين لا تنطبق عليهم.

وفي الاتجاه ذاته نصت المادة ٣١٩ من قانون المعاملات المدنية العماني على أنه "لا يكون التضامن بين المدينين إلا باتفاق أو بنص القانون".

(٢) نصت الفقرة الثانية من المادة ١٠٩ من قانون شركات التجارة العماني على ما يلي «إذا ترتبت مسؤولية أكثر من عضو عملاً بالفقرة سابقة، يعود للمحكمة المختصة أن تجعل كلا من الأعضاء المذكورين مسؤولاً عن جميع الأضرار أو عن جزء منها وفقاً لما ترتئيه المحكمة بالنظر إلى ظروف القضية،...».

(٣) الصادر في ١٦ من شعبان ١٤٢٣هـ - الموافق ٢٣ من أكتوبر ٢٠٠٢.

(١) نصت الفقرة الأولى من المادة (١٠٩) من قانون شركات التجارة العماني على ما يلي «إن أعضاء مجلس الإدارة مسؤولون تجاه الشركة والمساهمين والغير عن الأضرار الناتجة عن أعمالهم المخالفة للقانون وعن أعمالهم التي تتجاوز حدود صلاحياتهم وعن أي غش أو إهمال يرتكبونه في أداء مهامهم، وكذلك عن عدم تصرفهم تصرف الشخص المتبصر في ظروف معينة».



التنظيمي للشركة وتحديد اختصاصاتهم وحقوقهم.

سوء مركزها المالي وانخفاض أسعار أسهمها مما ينعقد معه مسؤولية المجلس في حق المدعى عليهم^١.

٧- تقييم أداء العاملين المنصوص عليهم في البند السابق، وتقييم الأعمال التي تقوم بها اللجان المنبثقة عن المجلس والمشكلة طبقاً للمادة (١٠٢) من قانون الشركات التجارية المشار إليه.

وقد نصت المادة (٧) من القرار رقم ٢٠٠٢/١٣٧ السالف الذكر على الاختصاصات التي يعد أعضاء مجلس الإدارة مسؤولين عنها بصفة تضامنية على وجه الخصوص في حال عدم القيام بها، وهي كالتالي^٢:

٨- اعتماد البيانات المالية المتعلقة بنشاط الشركة ونتائج أعمالها والتي تقدم إليه من الإدارة التنفيذية كل ثلاثة أشهر بما يفصح عن المركز المالي الصحيح لها.

١- اعتماد السياسات التجارية والمالية والموازنة التقديرية للشركة بما يحقق أغراضها والمحافظة على حقوق مساهميها وتميمتها.

٩- تضمين التقرير السنوي المقدم للجمعية العامة مسوغات مقدرتها الشركة على الاستمرار في ممارسة الأنشطة المحددة لها وتحقيق أهدافها.

٢- وضع الخطط اللازمة ومراجعتها وتحديثها من فترة لأخرى لتنفيذ أهداف الشركة والقيام بأنشطتها في ضوء الغرض من تأسيسها.

١٠- تعيين أمين سر للمجلس في أول اجتماع له وعقد أربعة اجتماعات في العام على أن يكون بين كل اجتماعين أربعة أشهر على الأكثر.

٣- اتخاذ إجراءات الإفصاح الخاصة بالشركة ومتابعة تطبيقها وفقاً لقواعد وشروط الإفصاح الصادرة من الهيئة العامة لسوق المال.

١١- تعيين عضو مجلس الإدارة المنتدب أو العضو التنفيذي في حالة وجود هذا المركز على أن يكون المعين متفرغاً لأعمال الشركة.

٤- مراقبة أداء الإدارة التنفيذية والتأكد من حسن سير العمل بما يحقق أهداف الشركة في ضوء الغرض من تأسيسها.

١٢- تضمين البيانات المالية بيانا كاملاً عن جميع المبالغ التي يكون قد تلقاها أي عضو من الشركة خلال السنة، بما في ذلك المبالغ المدفوعة إلى الأعضاء بصفتهم عاملين بالشركة.

٥- تقديم المعلومات إلى المساهمين بصورة دقيقة وفي الأوقات المحددة وفقاً لتعليمات الإفصاح الصادرة من الهيئة.

٦- تعيين الرئيس التنفيذي أو المدير العام على أن لا يكون أي منهما رئيساً لمجلس الإدارة وكذا تعيين العاملين الذين يتبعون أيًا منهما وفق الهيكل

(١) حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمسقط، برقم ٢٧٩/٢٠٠٤، غير منشور.

(٢) المادة (٧) من القرار رقم ٢٠٠٢/١٣٧ بشأن قواعد وشروط انتخاب أعضاء مجالس إدارة شركات المساهمة العامة والأحكام الخاصة بمسؤولياتهم.

باستقراء النص السابق نجد :

إن أعضاء مجلس الإدارة مسؤولون في حال إفلاس الشركة إذا تبين أن موجوداتها لا تكفي لوفاء ٢٠٪ على الأقل من ديونها.

القضاء بمسؤولية الأعضاء عن ديون الشركة يكون بناء على طلب مدير التفليسة؛ لذلك لا يجوز للمحكمة أن تحكم من تلقاء نفسها بإلزام الأعضاء بالوفاء بديون الشركة المفلسة .

عدم استطاعة أعضاء مجلس الإدارة من نفي المسؤولية عن أنفسهم إلا إذا أثبتوا أنهم بذلوا في تدبير شؤون الشركة العناية اللازمة.

يجب أن يصدر الحكم من القضاء بإلزام أعضاء مجلس الإدارة بسداد ديون الشركة؛ وذلك لأن المشرع العماني قد منح المحكمة بعبارة " جاز للمحكمة " سلطة تقديرية بالحكم بمسؤولية الأعضاء عن ديون الشركة المفلسة من عدمه، بحيث يجوز للمحكمة أن تحكم بعدم مسؤولية الأعضاء، إذا تأكدت أنهم قد بذلوا العناية الواجبة في إدارة الشركة . كما يجوز للمحكمة أن تقضي بإلزام جميع أعضاء مجلس الإدارة أو المديرين أو بعضهم بالتضامن أو بدون تضامن بدفع ديون الشركة كلها أو بعضها .

ونرى في هذا الصدد أنه يتوجب على المشرعين التنصيص على تخويل مجلس الإدارة تطبيق تقنيات الحوكمة الإدارية وترسيخ قيمها، واستغلال مزاياها في تحسين العمل الإداري للشركات، على اعتبار أن تبني نهج الحوكمة في التسيير الإداري يلزم أعضاء مجلس الإدارة العمل بالشفافية والوضوح، مما سيكسب الشركات مزيداً من المصداقية، وهو ما من شأنه التأسيس لوضع إجراءات تنظيمية وهيكلية

الشركات التجارية العماني، وعليه يتعين على مجلس الإدارة أو الجمعية العامة العادية أن يتخذ قراراً بتعيين شخص لملاحقة الدعوى نيابة عن الشركة، كما يقضي بتفويضه بأن يدفع نفقات الدعوى من أموال الشركة. أما إذا كانت الشركة قيد التصفية فيعود لمصفي الشركة أن يتخذ القرار بإقامة الدعوى.

كما أجاز المشرع لأي مساهم أن يقترح مقاضاة أعضاء مجلس الإدارة عن أخطائهم نيابة عن الشركة وإذا لم تتبن الجمعية العامة يحق للمساهم أن يقيم دعوى نيابة عن الشركة اقتراحه، وفي حال نجاح الدعوى يجب على الشركة أن تعيد إلى المساهم نفقات ومصاريف الدعوى من الأموال المحكوم بها^١.

وفي جميع الأحوال لا تسمع الدعوى بهذه المسؤولية بعد مرور خمس سنوات من أحدث تاريخ من التواريخ المشار إليها في المادة ١٠ من قانون الشركات التجارية العماني .

وتجدر الإشارة إلى أن مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة لا تقتصر فحسب على الأخطاء التي تظهر أثناء حياة الشركة، وإنما تمتد كذلك إلى الأخطاء التي تظهر بعد إفلاس الشركة، ونصت على ذلك المادة (٦٩٥) من قانون التجارة العماني رقم ١٩٩٠/٥٥ على أنه: " إذا تبين الإدارة بعد إفلاس الشركة أن موجوداتها لا تكفي لوفاء ٢٠٪ على الأقل من ديونها، جاز للمحكمة بناء على طلب مدير التفليسة أن تقضي بإلزام جميع أعضاء مجلس الإدارة أو المديرين أو بعضهم ... إلا إذا أثبتوا أنهم بذلوا في تدبير شؤون الشركة العناية الواجبة " .

(١) الفقرة الأخيرة من المادة ١١٠ من قانون الشركات التجارية العماني .



بين السلطات الواسعة التي يتمتع بها هؤلاء الأعضاء باعتبارهم يملكون سلطة القرار في الشركة، والتي يتوقف مصيرها على هؤلاء الأشخاص؛ لذلك تقتضي الحكمة والمصلحة العامة ربط مسؤوليتهم بنتيجة هذا القرار حتى يدفعهم إلى بذل أقصى درجات العناية لتحقيق هدف الشركة.

٣- إن تكييف المركز القانوني لأعضاء مجلس الإدارة القانوني في الشركة المساهمة له أهمية في بحث مسؤوليتهم؛ لأن هذا التكييف هو الذي يحدد علاقتهم بالشركة ومدى سلطتهم وأسباب مسؤوليتهم في مواجهة الشركة.

٤- أخذ المشرع العماني بنظرية الوكالة في العلاقة ما بين الشركة ومجلس الإدارة، وبذلك يعتبر عضو مجلس الإدارة وكيلا عن الشركة بالاستناد إلى التحليل الوارد بالدراسة.

٥ نرى أن أساس المسؤولية المدنية لأعضاء مجلس الإدارة تجاه الشركة هو إخلال بالتزام قانوني ملقى على عاتقهم يتمثل في المحافظة على مصالح الشركة وغايتها التي أنشئت من أجلها، وبذل العناية التي تتناسب مع المهام الموكولة إليهم، وعلى ضوء ذلك يتحدد نوع المسؤولية سواء كانت عقدية أم تقصيرية، فتكون عقدية إذا كان الإخلال ناجما عن عقد وتكون تقصيرية إذا كان الإخلال ناجما عن أعمال قانونية.

٦- إن الأصل في المسؤولية المدنية لأعضاء مجلس الإدارة أنها مسؤولية فردية من حيث المبدأ ولا تكون تضامنية إلا استثناء، وذلك لكون أعضاء مجلس الإدارة لا يكتسبون صفة التاجر

تنظم العلاقة بين الإدارة والمساهمين وباقي أصحاب المصالح الأخرى، وهو ما سيساهم بطبيعة الحال في نظرنا في حماية أعضاء مجلس الإدارة من قيام أي نوع من المسؤولية والمتابعة.

الخاتمة:

هذه دراسة متواضعة عن المسؤولية المدنية لأعضاء مجلس إدارة شركة المساهمة العامة نظراً لأهمية هذا الجهاز في حياة شركات المساهمة، وهو يعد سبباً رئيساً لإنجاحها أو فشلها ومن هنا جاءت هذه الدراسة لإبراز مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة عن الأعمال والتصرفات التي يقومون بها تجاه الشركة.

وقد قمت بتقسيم هذه الدراسة إلى مطلبين تناولت في المطلب الأول طبيعة المسؤولية المدنية لأعضاء مجلس الإدارة وفي المطلب الثاني أسباب المسؤولية المدنية لأعضاء مجلس الإدارة ونطاقها .

٥ وخلصنا في نهاية هذه المقال إلى مجموعة من النتائج والتوصيات نجمل أهمها على النحو التالي :-

النتائج:

١- إن مجلس الإدارة هو صاحب السلطة الفعلية في إدارة الشركة المساهمة وعلى نشاطها ويصرف شؤونها كافة، ويعمل على رسم سياستها ويضع القرارات اللازمة لتحقيق أغراضها وتسيير أمورها.

٢- تتضح أهمية المسؤولية المدنية لأعضاء مجلس إدارة شركات المساهمة في الحد من الفساد الداخلي في هذه الشركات ومحاربة الانحرافات وعدم السماح باستمرارها؛ حيث إذ إن هذه المسؤولية تقيم نوعاً من التوازن

٣- محمد صالح بك: شركات المساهمة، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مطبعة جامعة فؤاد الأول، ١٩٤٩.

بمجرد دخولهم شركاء في الشركة؛ وتبعاً لذلك لا يفترض تضامن أعضاء مجلس الإدارة في هذه المسؤولية إلا في الحالات التي ينص عليها القانون.

٤- محسن شفيق: الوسيط في القانون التجاري المصري، الجزء الأول، الطبعة الثانية، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، ١٩٥٥.

٧- يتحمل مجلس الإدارة مسؤولية أخطائه الجماعية عندما يكون الفعل أو الخطأ مشتركاً، كأن يوقع جميع أعضاء المجلس على قرار معين تسبب في إلحاق الضرر بالشركة، فالاشتراك في إصدار هذا القرار يجعل مسؤولية الأعضاء تضامنية.

٥- مصطفى كمال وصفي: المسؤولية المدنية لأعضاء مجلس الإدارة في الشركات المساهمة في القانون المصري، رسالة دكتوراه، قسم القانون الخاص، جامعة فؤاد الأول ١٩٥١.

٦- مرزوق أيت الحاج، المسؤولية المدنية، دراسة تحليلية على ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الثانية، طنجة، ٢٠٠٥.

٧- مرقص سليمان المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، ١٩٦١.

٨- سميحة القليوبي: الشركات التجارية، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣.

التوصيات:

١- نوصي المشرع العماني أن ينص بشكل صريح على طبيعة مسؤولية علاقة أعضاء مجلس الإدارة بالشركة، وذلك حتى يتوقف التفسير والتأويل في هذا الأمر، كما نقترح عليه تحديد الالتزامات الملقاة عليهم.

٢- لتجنب مساءلة أعضاء مجلس الإدارة ينبغي تطبيق تقنيات الحوكمة.

قائمة المراجع والمصادر :

٨- الشركات التجارية في القانون المصري، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.

١- أبوزيد رضوان: شركات المساهمة وفقاً لأحكام القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ والقطاع العام، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٣.

٩- عبدالوهاب المريني: سلطة الأغلبية في شركة المساهمة في القانون المغربي، أطروحة لنيل دكتوراه في القانون الخاص، السنة الجامعية ١٩٩٦-١٩٩٧، جامعة محمد الخامس، الرباط.

٢- محمد السماحي: إدارة شركات المساهمة في القانون المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، الرباط ١٩٧٤-١٩٧٣.

١٠- عبدالملك أحمد العصري: التأصيل النظري لمفهوم الإدارة والتدبير، مجلة المنبر القانوني، ع ٤، أبريل ٢٠١٣، ص: ١٤٩ وما يليها.



- ١١- عبد الرحمان مصلح الشراذي، الخطأ في المسؤولية المدنية التقصيرية الشخصية، الطبعة الأولى، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، ٢٠٠١.
- ١٢- عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزامات الكتاب الثاني، الطبعة الثالثة، دار الأمان، الرباط، ٢٠١١.
- ١٩- صلاح أمين أبوطالب: تجاوز السلطة في مجلس إدارة الشركة المساهمة، دار النهضة العربية، ١٩٩٩.
- ٢٠- غازي شايف الأغبري: النظام القانوني لإدارة الشركة المساهمة في القانونين اليمني والمصري، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٩٤.

الأحكام والقوانين والقرارات :

- ١٣- علي حسن يونس: النظام القانوني للقطاع الخاص والعام في الشركات والمؤسسات، دار الفكر العربي، القاهرة، بدون سنة نشر.
- ١٤- علي جمال الدين عوض: الشركات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦١.
- ١٥- عزيز العكيلي: الوسيط في الشركات التجارية دراسة فقهية قضائية مقارنة في الأحكام العامة والخاصة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٧.
- ١٦- فوزي محمد سامي: الشركات التجارية (الأحكام العامة والخاصة) دراسة مقارنة، عمان دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦.
- ١٧- فؤاد سعدون عبد الله: إدارة الشركات المساهمة بين حقوق المساهمين القانونية وهيمنة مجلس الإدارة ورئيسه عليها، الواقع والحلول، دار أم الكتاب، بيروت، ١٩٩٥.
- ١٨- فيصل عسيلة: المسؤولية المدنية لأعضاء مجلس الإدارة في شركات المساهمة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق الرباط، جامعة محمد الخامس السويسي، ١٩٩١-١٩٩٢.
- ١- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمسقط، برقم ٢٧٩/٢٠٠٤، الدائرة التجارية، غير منشور.
- ٢- قانون المعاملات المدنية العماني، الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٩/٢٠١٣ في ٢٥ من جمادى الثانية سنة ١٤٣٤هـ الموافق ٦ من مايو سنة ٢٠١٣ الجريدة الرسمية العدد (١٠١٢).
- ٣- قانون التجارة العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٥٥/٩٠.
- ٤- قانون الشركات التجارية رقم (٤) لسنة ١٩٧٤.
- ٥- قرار وزاري رقم ١٣٧/٢٠٠٢ بشأن قواعد وشروط انتخاب أعضاء مجالس إدارة شركات المساهمة العامة والأحكام الخاصة بمسؤولياتهم، صدر في ١٦ من شعبان ١٤٢٣هـ الموافق: ٢٣ من أكتوبر ٢٠٠٢.





قسم
التعليق على الأحكام







**قراءة في حكم الهيئة العامة لتوحيد المبادئ
الصادر في الجلسة العلنية المنعقدة يوم الأربعاء
٢٠١٧/٦/٧م في الطعن رقم ١٠٧٦/١٥/٢٠١٥م
الدائرة المدنية (ب)، في الحكم رقم ٣٠٣/١٥/٢٠١٥م
- استئناف مسقط**

دراسة وتعليق :
فضيلة القاضي/د. موسى بن سالم العزري
قاضي محكمة الاستئناف بمسقط



حكم الهيئة العامة لتوحيد المبادئ

الصادر عن الهيئة المشكلة برئاسة فضيلة الشيخ /د. إسحاق بن أحمد بن ناصر البوسعيدي / رئيس المحكمة العليا وعضوية كل من أصحاب الفضيلة القضاة نواب رئيس المحكمة العليا : الشيخ/د. عبد الله بن راشد بن عزيز السيابي ، و الشيخ /د. صالح بن حمد بن سالم الراشدي ، ود. خليفة بن محمد بن عبد الله الحضرمي ، والسيد خليفة بن سعيد بن خليفة البوسعيدي، والقضاة في المحكمة العليا: سليمان بن عبد الله بن خلفان اللويهي ، وسالم بن محمد بن سالم البراشدي ، وسالم بن راشد بن سالم القلهاتي، ومسعود بن محمد بن علي الراشدي، ود. محمد صالح علي سيد أحمد

في الجلسة العلنية المنعقدة يوم الأربعاء ١٢ / رمضان / ١٤٢٨ هـ ، الموافق ٧ / يونيو / ٢٠١٧ م قررت في الطعن رقم ٢٠١٥ / ١٠٧٦ م الدائرة المدنية (ب) ، في الحكم رقم ٢٠١٥ / ٣٠٣ م استئناف مسقط الآتي:

أولاً- في الوقائع :-

تتلخص الوقائع كما أوردها الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق في أن الطاعنين (المدعين) أقاموا الدعوى رقم (٢٠١٥/٢٦) بتاريخ ١٢/١/٢٠١٥ م لدى المحكمة الابتدائية بمسقط بواسطة محاميهم بموجب صحيفة طلبوا في ختامها الحكم بإلزام المطعون ضدها (المدعى عليها) بأن تؤدي لهم الدية الشرعية مع المصاريف وأتعاب المحاماة ، وذلك على سند من القول إن مورثهم جسوانت سينغ تعرض لحادث سير تسببت فيه المركبة رقم (...) المؤمنة لدى المطعون ضدها (المدعى عليها) وقد

توفي من جراء الحادث مما حدا بالورثة لإقامة هذه الدعوى، وفي جلسة ٢٠١٥/٢/١ مثل وكيل الطرفين أمام المحكمة وتقدم وكيل المطعون ضدها (المدعى عليها) بمذكرة بالرد دفع في مستهلها بعدم سماع الدعوى لسقوطها بالتقادم لمرور أكثر من عامين على حدوث الواقعة وكذلك من تاريخ الحكم الجزائي الصادر في الجناية رقم ٢٠١١/٨٣ جنابات مسقط بتاريخ ٢٠١١/٧/١٦، وبتاريخ: ١٤٢٦/٥/٣ هـ الموافق ٢٠١٥/٢/٢٢ م حكمت المحكمة الابتدائية بعدم سماع الدعوى لسقوطها بالتقادم وألزمت الطاعنين (المدعين) بالمصاريف، ولم يلق هذا الحكم قبولا لدى الطاعنين (المدعين) فطعنوا فيه بالاستئناف رقم (٢٠١٥/٣٠٣) بموجب صحيفة موقعة من وكيلهم القانوني طلبوا في ختامها قبول الاستئناف شكلاً وفي الموضوع إلغاء الحكم المستأنف والقضاء مجدداً بدفع دية الهالك إلى ورثته الشرعيين، وإلزام المستأنف ضدها المصاريف. وقد أقيم الاستئناف على أسباب حاصلها أن الحكم المستأنف أخطأ في تطبيق القانون وشابه القصور في التسبب والفساد في الاستدلال عندما قضى بعدم سماع الدعوى؛ لانقضائها بالتقادم لأن المادة ١٦/أ من قانون تأمين المركبات لا تنطبق على واقعات الدعوى، وفي ردها على أسباب الاستئناف بجلسة ٢٠١٥/٥/٣١ تمسكت المطعون ضدها (المستأنف ضدها) بالتقادم. وبتاريخ ١٩/٨/١٤٢٦ هـ الموافق ٢٠١٥/٦/٧ م أصدرت محكمة الاستئناف حكماً بقبول الاستئناف شكلاً وفي الموضوع برفضه وتأييد الحكم المستأنف وألزمت المستأنفة بالمصاريف، ذلك: « أنه طبقاً للمادة ١٦/أ من قانون تأمين المركبات أن جميع الدعاوى الناشئة عن هذا القانون لا تسمع في حالة مرور سنتين من تاريخ حدوث الواقعة وأنها تشمل جميع الدعاوى الناشئة عن عقد التأمين وليس دعاوى بعينها»،



كحكم المحكمة العليا رقم (١٠٧٣/٢٠١٤م) والحكم الاستثنائي رقم (٧١٠/٢٠١١م) - (٢٢٢/٢٠١٥م) والحكم الابتدائي رقم (٨٣٤/٢٠١٢م) المرفقة بصحيفة الطعن، وبناءً عليه يلتمس الطاعنون قبول الطعن شكلاً وفي الموضوع بإلغاء الحكم المطعون فيه والتصدي للموضوع والقضاء مجدداً:

أصلياً: بإلزام المطعون ضدها بالدية الشرعية للهالك/ جسوانت سينغ. واحتياطياً: نقض الحكم الطعين وإحالته إلى المحكمة التي أصدرته لتحكم فيه من جديد بهيئة مغايرة مع إلزام المطعون ضدها بالمصاريف ومبلغ ألف ريال عماني مقابل أتعاب المحاماة، وتم إعلان المطعون ضدها بصحيفة الطعن بتاريخ ٢٠١٥/٨/١٠ فردت عليها بتاريخ ٢٠١٥/٨/١٢ بواسطة محاميها المقبول للترافع أمام المحكمة العليا في مذكرة جاء فيها: أن النص القانوني الخاص بالتقادم على الدعاوى الناشئة عن تطبيق قانون تأمين المركبات أولى بالتطبيق حيث نص على أنه: « لا تسمع الدعاوى الناشئة عن تطبيق هذا القانون بعد انقضاء سنتين من تاريخ حدوث الواقعة التي رفعت بشأنها الدعوى على أنه في حالة إخفاء بيانات جوهريّة متعلّقة بالخطر المؤمن منه أو تقديم بيانات جوهريّة غير صحيحة فإن مدة التقادم المذكورة تسري من تاريخ علم صاحب المصلحة في رفع الدعوى بالبيانات المخفأة أو البيانات الصحيحة.»

وحيث إن التقادم هو المدة المسقطه لإقامة الدعوى أو سقوط الحق في المطالبة القضائية، فإن الأصل المتفق عليه هو أن سقوط الحق في رفع الدعوى لا يعدم الحق المطالب به ضد الأصيل والمسؤول الأول عن العمل غير المشروع؛ لأن التقادم المنصوص عليه في قانون تأمين المركبات ونصوص وثيقة التأمين الموحدة هو تقادم خاص لإدارة شركات التأمين التي تحملت فترة

ولم يلق هذا الحكم قبولا من الطاعنين فطعنوا فيه بالنقض المائل بموجب صحيفة وقعها محاميهم المقبول للترافع أمام المحكمة العليا وأودعها أمانة سر المحكمة العليا بتاريخ ٢٠١٥/٧/٩ مشفوعة بصورة من سند وكالته عنهم وما يفيد سداد الرسم المقرر وإيداع الكفالة طبقاً لمقتضيات المادتين (٢٤٦ و ١/٢٤٧) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية.

لذا، أقيم الطعن على سبب واحد ينعي به الطاعنون على الحكم المطعون فيه مخالفته للقانون والخطأ في تطبيقه وتأويله والفساد في الاستدلال، ذلك لأنه أحال إلى أسباب الحكم الابتدائي الذي أسس قضاءه بعدم سماع الدعوى لسقوطها بالتقادم على أن الدعوى أقيمت بعد مرور عامين من تاريخ وقوع الحادث، الذي وقع بتاريخ ٢٠١١/٥/٢م، وأن الصحيفة أودعت بالمحكمة الابتدائية بتاريخ ٢٠١٥/١/١٢م، وهذا استدلال باطل ومردود عليه بأن المادة (١٦/أ) من قانون تأمين المركبات التي استند عليها الحكم المطعون فيه التي نصت على أنه لا تسمع الدعوى الناشئة عن تطبيق هذا القانون بعد انقضاء سنتين من تاريخ حدوث الواقعة التي رفعت بشأنها الدعوى لا تنطبق على واقعات هذه الدعوى، لأن الدعاوى التي تنشأ عن عقد التأمين ويسري عليها التقادم الوارد في هذه المادة، يشمل دعاوى المطالبة بالأقساط، دعوى البطلان، ودعوى الفسخ، وهناك دعاوى تتعلق بالتأمين ولكن لا يسري عليها التقادم المشار إليه في هذه المادة إلا إذا كانت صادرة من طرف في عقد التأمين ضد الآخر. ولما كان الثابت أن الهالك من الغير وليس طرفاً من أطراف عقد التأمين فإن ورثته (الطاعنين) ليسوا طرفاً في عقد التأمين ومن ثم يتبين عدم انطباق هذه المادة على الدعوى، ولقد استقرت السوابق القضائية على الفهم السابق

الناشئة عن تطبيق قانون التأمين بمضي سنتين من تاريخ حدوث الواقعة التي رفعت بشأنها الدعوى، ويبدأ حساب مدة التقادم في مطالبة دعوى التأمين من يوم وقوع الحادث وليس من تاريخ شفاء المتضرر (قرار رقم ٣٠ في الطعن رقم ١٢٢/٢٠٠٤). الأمر المؤكد لصحة الدفع المبدى من المطعون ضدها أمام محكمتي الموضوع، إذ إن تقادم الدعوى الناشئة عن تطبيق قانون التأمين بمضي سنتين من تاريخ حدوث الواقعة التي رفعت بشأنها الدعوى يبدأ حساب مدة التقادم في مطالبة دعوى التأمين من يوم وقوع الحادث وليس من تاريخ شفاء المتضرر، وطلب وكيل المطعون ضدها في ختام رده عدم قبول الطعن للتوقيع عليه من محام لا يحمل توكيلا من الورثة أصحاب الحق في الطعن، واحتياطيا رفض الطعن وإلزام رافعته المصاريف وأتعاب المحاماة. وقد تم إعلان الطاعنين بمذكرة الدفاع فغضبوا عليها، كما أبدت المطعون ضدها ملاحظاتها على التعقيب.

وحيث إنه لما كان اجتهاد الدائرة المدنية (ب) بالمحكمة العليا قد استقر على أن الدعاوى الناشئة عن تطبيق قانون تأمين المركبات تتقادم وفقا لحكم المادة (١٦/أ) من القانون المذكور بمضي سنتين لا من تاريخ حدوث الواقعة التي رفعت بشأنها الدعوى، بل من تاريخ صدور الحكم الجزائي المثبت لمسؤولية مرتكب الحادث، وكانت الدائرة المدنية (أ) بالمحكمة قد ذهبت إلى أن « التقادم المشار إليه في المادة (١٦) من قانون تأمين المركبات هو بين طرفي العقد ولا يمتد إلى الطرف الثالث الذي يعتبر من الغير »، فقد اقتضى هذا التعارض عرض الحكمين على الهيئة تطبيقا لحكم المادة (٩) من قانون السلطة القضائية.

ترقب الخطر فأفرد لها المشرع مدة معينة لمطالبتها بشأن التزامها بجبر الضرر، والمطالبة القضائية شرعت لاستخدامها فور استحقاق أو حلول موعد الحق أو وقوع الحدث القانوني أو الواقعة المنشئة للحق، ومرور الزمن يحسب قرينة على أمرين: الأول أنه قرينة وفاء، والثاني أنه قرينة تنازل عن استعمال الحق لأنه ليس من العدل أن يظل المدين مهددا بانتظار دعوى قد ترفع عليه أم لا، فما إن يقع الخطر المؤمن منه تبدأ مسؤولية الشركة قبل المؤمن له والغير المستفيد من الوثيقة، ولا يصح أن تظل الشركة حبيسة انتظار المطالبة بالحق أكثر من المدة التي حددها المشرع.

وحيث إنه عن القول بأن الطرف الثالث لا دخل له بعقد التأمين وليس طرفاً فيه ومن ثم لا ينطبق عليه حكم التقادم الوارد بالقانون، فإنه غير صحيح ويجازي مقصود المشرع، ذلك أن التأمين الإجباري شرع لمصلحة الغير ولا يستفيد منه المؤمن له سوى من خلال نقل المسؤولية المدنية الناجمة عن عمل غير مشروع لشركة التأمين بموجب نصوص القانون والوثيقة التي يتم تحريرها لمالك المركبة.

وبما أن القانون حدد المسؤولية، وحدد أسباب التقاضي بالنسبة للدعاوى الناشئة عن القانون فلا يصح أن يتم التعامل مع الطرف الثالث أنه من الغير بالنسبة لتطبيق القانون، فالقواعد القانونية سمتها الأساسية العمومية والتجريد، والتأمين شرع لمصلحة المضرور من الجريمة حرصا على أن ينال حقه من موسر وبطريقة أسرع فإذا خالف المستفيد هذه القواعد ولم يطلب حقه في الوقت الذي حدده المشرع فإن القضاء بعدم سماع الدعوى يعيب صحيح القانون، والقول بغير ذلك يعوزه عدم صدور مبادئ موحدة ملزمة للمحاكم بحيث تتقادم الدعوى



ثانياً - في أسباب القرار

تتقدم الدعاوى الناشئة عن تطبيق هذا القانون.

وحيث إن المادة (١٦/أ) من قانون تأمين المركبات تنص على أنه: « لا تسمع الدعاوى الناشئة عن تطبيق هذا القانون بعد انقضاء سنتين من تاريخ حدوث الواقعة التي رفعت بشأنها الدعوى على أنه في حالة إخفاء بيانات جوهرية متعلقة بالخطر المؤمن منه أو تقديم بيانات جوهرية غير صحيحة فإن مدة التقادم المذكورة تسري من تاريخ علم صاحب المصلحة في رفع الدعوى بالبيانات المخفأة أو البيانات الصحيحة.»

وحيث إن المضرور - الطرف الثالث أو الغير - ليس له في الأصل علاقة مباشرة مع المؤمن؛ لأن عقد التأمين لصالح الغير في معنى المادة (٢) من قانون تأمين المركبات هو عقد ينقل بمقتضاه المؤمن له عبء الوفاء بما قد يحكم به عليه من تعويضات إلى المؤمن في حالة تحقق الخطر المؤمن منه بثبوت مسؤولية قائد المركبة المؤمنة أو من في حكمه، إلا أن القانون أنشأ لهذا المضرور حقاً في الرجوع مباشرة على المؤمن بدعوى مباشرة بصريح حكم المادة (١٣) من قانون تأمين المركبات التي جرى نصها على أنه: « للمضرور من حادث السير دعوى مباشرة تجاه المؤمن ولا تسري بحق المضرور الدفع التي يجوز للمؤمن أن يتمسك بها في مواجهة المؤمن له .» ولما كان سند هذه الدعوى التي يرفعها المضرور هو ما قرره المادة (١٣) المشار إليها دون غيرها فإنها تكون دعوى ناشئة عن تطبيق قانون تأمين المركبات، شأنها شأن الدعوى التي يقيمها المؤمن، ومن ثم تسري عليهما الأحكام المنصوص عليها في قانون تأمين المركبات.

وحيث إن نص المادة ١٦/أ من قانون تأمين المركبات

حيث إن المادة (٩) من قانون السلطة القضائية التي تنص على: «إذا تبين لإحدى دوائر المحكمة العليا، عند نظر أحد الطعون أنه صدرت منها ، أو من إحدى دوائر المحكمة أحكام سابقة يخالف بعضها البعض ، أو رأت العدول عن مبدأ قانوني قرره أحكام سابقة صادرة من المحكمة العليا ، تعين عليها إحالة الطعن إلى هيئة تشكل برئاسة رئيس المحكمة أو الأقدم فالأقدم من نوابه وعضوية عشرة من الأقدم فالأقدم من نواب الرئيس وقضاة المحكمة.»

وحيث إنه استبان للهيئة أنه قد صدرت بالفعل أحكام من دائرتين من دوائر المحكمة العليا يعارض بعضها بعضاً ، وكان هذا الطعن قد أحيل إلى الهيئة من الدائرة المدنية (ب) تطبيقاً لحكم المادة (٩) فقد انعقد الاختصاص للهيئة بنظر هذا الطعن.

وحيث إنه عن النعي على الحكم المطعون فيه بمخالفة القانون والخطأ في تطبيقه وتأويله والفساد في الاستدلال فإنه ليس في محله ذلك أنه لئن كانت القاعدة العامة وفقاً لما نصت عليه المادة (١٨٥) من قانون المعاملات المدنية، أن دعوى التعويض الناشئة عن الفعل الضار تتقدم بمضي خمس سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالمسئول عنه، وتتقدم في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع الفعل الضار ، وكانت المادة (٧٣٥) من ذات القانون قد نصت على أن: «التأمين تنظم أحكامه القوانين الخاصة»، ولما كان قانون تأمين المركبات الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ١٩٩٤/٣٤ هو أحد هذه القوانين حيث نظم أحكام التأمين الإجباري على السيارات فإنه يكون المرجع في شأن القواعد ذات الصلة، بما في ذلك

لقانون المرور الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ١٩٩٣/٢٨ - الباب السابع - فإن رفع الدعوى الجزائية لمساءلة المتسبب في الجريمة الناشئ عنها الضرر الموجب للتعويض، يقتضي عدالة أن يتراخى بدء سريان التقادم المنصوص عليه في المادة (١٦/أ) المشار إليها حتى الفصل في الدعوى الجزائية وضرورة الحكم الصادر فيها باتا بحسبانها سندا للدعوى المباشرة.

وحيث إنه إذا كان الثابت من مطالعة الأوراق أن الحادث محل هذا الطعن قد وقع بتاريخ ٢٠١١/٥/٢، وكان حكم محكمة الجنايات بشأن الواقعة التي رفعت عنها الدعوى قد صدر بتاريخ ٢٠١١/٧/١٦، وأصبح هذا الحكم باتا بتاريخ ٢٠١١/٨/٢٤ تاريخ انقضاء مدة الطعن في الحكم أمام المحكمة العليا، فإن بدء سريان التقادم يكون اعتبارا من هذا التاريخ. وحيث إن الطاعنين أقاموا دعواهم للمطالبة بالتعويض بتاريخ ٢٠١٥/١/١٢، فإنها تكون غير مسموعة بسبب التقادم الثنائي لمضي أكثر من سنتين من تاريخ صيرورة حكم محكمة الجنايات باتا، مما يتعين معه القضاء برفض الطعن وإلزام الطاعنين بالمصاريف ومصادرة الكفالة تطبيقا لحكم المادة ٢٦١ من قانون الإجراءات المدنية والتجارية.

ثالثاً - لهذه الأسباب :

حكمت الهيئة بقبول الطعن شكلاً، وفي الموضوع برفضه وإلزام الطاعنين بالمصاريف ومصادرة الكفالة.

فبناءً على الوقائع والأسباب وعلى النتيجة التي توصلت إليها الهيئة العامة لتوحيد المبادئ رأينا الآتي:

المشار إليه تضمن حكماً خاصاً، صريحاً وجلياً في معناه، قاطعاً في الدلالة على المراد منه، وهو عدم سماع الدعاوى الناشئة عن تطبيق قانون تأمين المركبات بعد انقضاء سنتين من تاريخ حدوث الواقعة التي رفعت بشأنها الدعوى، فلا يستقيم القول بعدم انطباق حكم المادة (١٦) المشار إليها على الدعوى المباشرة، هذا فضلاً عن أن القانون ساوى في الحكم بين الدعويين المباشرة وتلك الناشئة عن عقد التأمين. ومفاد هذا ومقتضاه : أن القاعدة العامة هي عدم سماع كافة الدعاوى المذكورة بالتقادم الثنائي، أي تلك التي ترفع من المضرور أو المؤمن على حد سواء، باستثناء الحالتين المنصوص عليهما في الفقرة الثانية من المادة (١٦) السالفة البيان حيث يتراخى بدء سريان التقادم عن وقت حدوث الواقعة التي رفعت بشأنها الدعوى في حالة إخفاء بيانات متعلقة بالخطر المؤمن منه أو تقديم بيانات غير صحيحة أو غير دقيقة إذ في كل من هاتين الحالتين لا يبدأ سريان التقادم إلا من اليوم الذي يعلم فيه صاحب المصلحة في رفع الدعوى بإخفاء أو عدم صحة البيانات المشار إليها.

وحيث إنه لما كان الهدف من التأمين الإجمالي على المركبات لصالح الغير عملاً بمقتضى - المادة الثانية - من قانون تأمين المركبات هو ضمان حصول المضرور من الحوادث الناشئة عن استعمال المركبات من طرف مليء وهو المؤمن، فإن لازم ذلك هو إقامة دعوى التعويض فور وقوع الحادث دون تراخ، ومع ذلك وحماية للمضرور فقد مد القانون النطاق الزمني الذي يمكن أن ترفع فيه الدعوى المباشرة إلى عامين من تاريخ حدوث الواقعة أي تاريخ حدوث الضرر.

وحيث إن الضرر ناجم عن فعل يعد جريمة وفقاً



١- أهمية هذا الحكم:

جاء الحكم على درجة كبيرة من الأهمية إذ إن قيمته القانونية يمكن ملاحظتها في مسألتين غاية في الأهمية على صعيد قول كلمة الحسم في الاتجاه الفقهي في السلطنة بالنظر إلى أن من أصدرت الحكم هي هيئة توحيد المبادئ بالمحكمة العليا والتي من شأن حكمها أن يحسم تبايناً في توجه دوائر المحكمة العليا، المسألة الأولى تتعلق بالدعوى الناشئة عن عقد التأمين أو القانون واجب التطبيق في دعوى المضرور هل هو قانون تأمين المركبات أم قانون المعاملات المدنية، و المسألة الثانية المهمة كذلك و التي ترتبط إلى حد كبير بالمسألة الأولى تتعلق بمدة التقادم خاصة فيما يتعلق ببدء سريانها.

أ- القانون الواجب التطبيق على دعوى المضرور: من المسائل المثيرة للجدل والمهمة التي تناولها هذا الحكم والتي قالت هيئة توحيد المبادئ كلمتها فيها، هي هل تخضع دعوى المضرور لقانون تأمين المركبات أم لأحكام قانون المعاملات المدنية؟ لقد نصت المادة (١٨٥) من قانون المعاملات المدنية على أن دعوى التعويض الناشئة عن الفعل الضار تتقادم بمضي خمس سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالمسؤول عنه، وتتقادم في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع الفعل الضار، كما نصت المادة (٧٣٥) من القانون ذاته على أن: « التأمين تنظم أحكامه القوانين الخاصة » ، ومن المعلوم أن من أهم الدعاوى التي تنشأ عن عقد التأمين هي دعاوى المؤمن ضد المؤمن له ودعاوى المؤمن له أو المستفيد ضد المؤمن،

وتلك الدعاوى التي تحمي حقوق أو مصالح المؤمن كدعوى المطالبة بمبلغ التأمين عند استحقاقه، أي عند تحقق الخطر المؤمن منه وكذا دعاوى البطلان أو الفسخ أو التعويض. ومن الدعاوى التي تحمي مصالح المؤمن دعوى المطالبة بالأقساط ودعاوى البطلان أو الفسخ أيًا كان سببه ودعوى استرداد ما دفع بغير وجه حق ودعوى التعويض.^١

لكن الخلاف يثور في دعوى المضرور؛ إذ يرى البعض أن دعوى المضرور ضد المؤمن له (المسؤول) في التأمين من المسؤولية أو دعوى المؤمن له على المسؤول عن وقوع الخطر المؤمن منه، فإنها تخضع إلى ما قررته أحكام القانون المدني في دعوى الضمان عن الفعل الضار لأنه ليس طرفاً في عقد التأمين، وأن الدعوى الناشئة عن عقد التأمين هي التي تكون للمؤمن أو المؤمن له ومثل هذه الدعاوى لا تشمل دعوى المضرور، لأنها لا تستند إلى عقد التأمين وذلك لأن المضرور لا توجد بينه وبين المؤمن أو المؤمن له علاقة عقدية وإنما يستمد حقه من نص القانون و يعضد هذا الرأي توجهه كذلك بما ذهبت إليه بعض الأحكام القضائية أن المقصود بالدعاوى الناشئة عن عقد التأمين هي التي تكون بين المتعاقدين ولا يتناول حكمها المضرور الذي لم يكن فريقاً فيه.^٢

إلا أن هناك رأياً فقهيًا قوياً بإعمال مدة التقادم المنصوص عليها في قانون التأمين على دعوى المضرور انتهت إليه هيئة توحيد المبادئ

(١) د. عبد القادر العطير، التأمين البري في التشريع، دار الثقافة، الأردن، ٢٠٠٦، الطبعة الأولى، ص ٢٥٥، ٢٥٦.
(٢) العطير، مرجع سابق، ص ٢٥٦-٢٥٨.



بالمحكمة العليا استناداً إلى أسباب أهمها أنه «وإن كان المضرور - الطرف الثالث أو الغير ليس له في الأصل علاقة مباشرة مع المؤمن لأن عقد التأمين لصالح الغير في معنى المادة (٢) من قانون تأمين المركبات هو عقد ينقل بمقتضاه المؤمن له عبء الوفاء بما قد يحكم به عليه من تعويضات إلى المؤمن في حالة تحقق الخطر المؤمن منه بثبوت مسؤولية قائد المركبة المؤمنة أو من في حكمه، إلا أن القانون أنشأ لهذا المضرور حقاً في الرجوع مباشرة على المؤمن بدعوى مباشرة بصريح حكم المادة (١٣) من قانون تأمين المركبات» التي نصت على أنه: «للمضرور من حادث السير دعوى مباشرة تجاه المؤمن ولا تسري بحق المضرور الدفع التي يجوز للمؤمن أن يتمسك بها في مواجهة المؤمن له». وأضاف الهيئة أنه: «لما كان سند هذه الدعوى التي يرفعها المضرور هو ما قرره المادة (١٣) المشار إليها دون غيرها فإنها تكون دعوى ناشئة عن تطبيق قانون تأمين المركبات، شأنها شأن الدعوى التي يقيمها المؤمن، ومن ثم تسري عليهما الأحكام المنصوص عليها في قانون تأمين المركبات». وبالتالي فقد اعتبر الحكم أنه متى ما كانت مطالبة المضرور قد تأسست على العمل بأحكام قانون تأمين المركبات فإنه والحال كذلك تكون متساوية مع الدعوى التي يقيمها المؤمن في وجوب سريان أحكام قانون تأمين المركبات عليهما، وهذا الاتجاه ذاته أخذت به محكمة النقض المصرية، وذلك بإخضاع دعوى المضرور ضد المؤمن للتقادم الثلاثي و هو التقادم المقرر للدعوى الناشئة عن عقد التأمين «وذلك رعاية لمصلحة شركات التأمين

وعملاً على الاستقرار الاقتصادي لها»^١
 ب- مدة التقادم و بدء سريانها: لقد أخذت هيئة توحيد المبادئ بالمسألة المهمة الثانية بالمدة المنصوص عليها في المادة (١٦/أ) من قانون تأمين المركبات بحسبانه قانوناً خاصاً يطبق على كافة الدعاوى الناشئة عن حوادث المرور سواءً بالنسبة للمتعاقدين أم غيرهم إضافة إلى بيان كيفية احتساب مدة التقادم إذ أرسى مبدأين مهتمين هما:

المبدأ الأول: هو أنه من أجل تحديد مدة التقادم في دعاوى التأمين توجب قراءة نص المادتين معاً المادة (١٨٥) من قانون المعاملات المدنية والتي تنص على أن دعوى التعويض الناشئة عن الفعل الضار تتقادم بمضي خمس سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالمسؤول عنه، وتتقادم في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع الفعل الضار ، والمادة (٧٣٥) من قانون المعاملات المدنية الصادر بموجب المرسوم السلطاني رقم ٢٠١٣/٢٩م، أن التأمين تنظم أحكامه القوانين الخاصة، بالتالي فلا مناص من إعمال ما تضمنه القانون الخاص بالتأمين على الدعاوى الناشئة عن عقود التأمين، ويمكننا القول إنه حتى في حال لم يتضمن قانون المعاملات المدنية هذا النص (المادة ٧٣٥) فإنه لا بد من إعمال قانون التأمين على النزاعات الناشئة عن عقد التأمين استناداً على القواعد العامة، التي تقضي بأنه عند حدوث تعارض بين نصين في حالة معينة فتكون أولوية التطبيق للنص

(١) الطعن رقم ٦٠٨٦ لسنة ٧٠ ق جلسة ٢٧/٢/٢٠٠٢، انظر شريف الطباخ، الدفع بالتقادم في المواد المدنية والجنائية، طبعة ٢٠١٠-٢٠١١، ص ٦٤، ٦٥.



أو المستفيد من التأمين لا يمكنه المطالبة بقيمة التأمين إذا كان يجهل وقوع الخطر المؤمن منه، وذلك على سبيل المثال: المستفيد من التأمين على الحياة الذي لا يعلم بوفاة المؤمن على حياته والتأمين على أشياء منقولة في البحر ثم تهلك في الطريق، واستناداً إلى نص المادة المذكورة فإن عدم العلم بوقوع الحادث المؤمن ضده هو شكل من أشكال وقف التقادم يرجع إلى تعذر رفع الدعوى، ويقع عبء إثبات الجهل بوقوع الحادث المؤمن منه على عاتق المؤمن له أو المستفيد^٢، والثانية: هي عندما يخفي المؤمن له بيانات تتعلق بالخطر المؤمن منه أو يقدم بيانات غير صحيحة أو دقيقة عن الخطر وفي هذه الحالة لا يبدأ سريان التقادم إلا من يوم علم المؤمن بما حدث من كتمان أو كذب يتعلق بإعلان الخطر أو أثناء سريان العقد. وأن عبء الإثبات في هذه الحالة يقع على المؤمن فعليه أن يثبت تاريخ علمه بكتمان البيانات أو عدم صحتها لبدء سريان التقادم من تاريخ هذا العلم^٤، و يثير بعض الباحثين مسألة تتعلق بأن الجزاء الذي يترتب على المؤمن له عندما يكتشف المؤمن زيف البيانات المقدمة له يكون إما البطلان أو الفسخ أو استرداد ما دفع بدون وجه حق أو زيادة الأقساط مع الإبقاء على العقد أو تخفيض مقدار التعويض^٥.

المبدأ الثاني: بالإضافة إلى المبدأ الأول نجد أن الحكم أرسى مبدأ آخر مهماً تمثل في أنه في حالة ما إذا كان الضرر ناجماً عن فعل يعد جريمة، فإن بدء سريان التقادم يبدأ من بعد

الذي يتضمنه القانون الخاص و ليس للنص العام وهو المعروف بقاعدة أن الخاص يقيد العام؛ لذا فالأصل أن تقادم دعوى المطالبة بمبلغ التأمين يبدأ من وقت وقوع الخطر الذي يشمل ضمان المؤمن مع ملاحظة أن تقادم دعوى مطالبة المؤمن له للمؤمن في التأمين من المسؤولية بمبلغ التأمين يبدأ من وقت مطالبة المضرور للمؤمن له ودياً أو قضائياً بعد وقوع الحادث المؤمن منه وذلك استناداً إلى أن مسؤولية المؤمن لا تتحرك في مواجهة المؤمن له إلا من وقت مطالبة المضرور بتعويضه بما لحقه من ضرر بفعل المؤمن له^١.

أما دعوى المضرور في مواجهة المؤمن فتبدأ من تاريخ وقوع الخطر فيكون ذلك اليوم الذي يصبح فيه الحق مستحق الأداء فصي عقد التأمين تمثل التزامات أحد أطراف العقد حقوقاً للطرف الآخر^٢، إلا أن الملاحظ أن المشرع العماني في المادة (١٦/أ) من قانون تأمين المركبات التي تنص على أنه: «في حالة إخفاء بيانات جوهرية متعلقة بالخطر المؤمن منه أو تقديم بيانات جوهرية غير صحيحة فإن مدة التقادم المذكورة تسري من تاريخ علم صاحب المصلحة في رفع الدعوى بالبيانات المخفاة أو البيانات الصحيحة». يكون قد خرج على القاعدة العامة المذكورة سلفاً التي تقرر سريان مدة التأمين من وقت وقوع الخطر، في حالتين: الأولى: أن بدء سريان التقادم يكون من تاريخ علم أصحاب المصلحة بوقوع الحادث، وهو وضع يتفق ومنطق الأشياء إذ إن المؤمن له

(١) العطير، ص ٢٥٨.

(٢) د. محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية و المصرفية، م السادس عقود

(٤) التأمين من الناحية القانونية، دار الثقافة، الأردن، الطبعة الأولى ٢٠٠٩، ص

(٥) المرجع السابق، ص ٢٠٦

(٣) العطير، ص ٢٥٩.

(٤) المرجع السابق.

(٥) المرجع السابق.

٢- المبدأ القانوني الأصل :

أرسى قرار الهيئة العامة لتوحيد المبادئ قاعدة أصيلة تتجلى في عدم جواز التفريق بين التقادم الذي تخضع له الدعاوى عن عقد التأمين بين المؤمن والمؤمن له ، وتلك الدعاوى التي تنشأ من عقد التأمين لمصلحة الغير بحسبان أنه يتضمن اشتراطاً لمصلحة الغير الذي قد يتضرر من حوادث المرور والناجمة عن المركبة وبالتالي تتقدم الدعويان في ذات المدة عملاً لقانونين مختلفين بحسبان أن الواقعة المنشئة للمسؤولية واحدة .

٣- النتيجة والرأي:

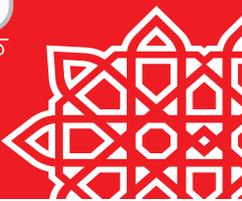
وحدّ قرار الهيئة العامة قاعدة في التطبيق السليم للقانون نظراً لقوته الانزامية بالنسبة لجميع المحاكم في السلطنة، وأصبح التقادم في دعاوى المرور يخضع للنص الخاص الوارد في قانون تأمين المركبات بكل ما ورد فيه بمواجهة كل من يستند إليه في دعواه، وذلك لا يمنع من تطبيق الأحكام العامة الأخرى المتعلقة بوقف سريان التقادم ، وانقطاعه إذا ما توافرت أسباب ذلك .

أن يصبح الحكم باتاً أو من تاريخ انقضاء مدة الطعن في الحكم أمام المحكمة العليا وقد عبر الحكم عن ذلك بقوله: «وحيث إن الضرر ناجم عن فعل يعد جريمة وفقاً لقانون المرور الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ١٩٩٣/٢٨ - الباب السابع - فإن رفع الدعوى الجزائية لمساءلة المتسبب في الجريمة الناشئ عنها الضرر الموجب للتعويض، يقتضي عدالة أن يتراخى بدء سريان التقادم المنصوص عليه في المادة (١٦/أ) المشار إليها حتى الفصل في الدعوى الجزائية وضرورة الحكم الصادر فيها باتاً بحسبانها سندا للدعوى المباشرة، وحيث إنه إذا كان الثابت من مطالعة الأوراق أن الحادث محل هذا الطعن قد وقع بتاريخ ٢٠١١/٥/٢، وكان حكم محكمة الجنايات بشأن الواقعة التي رفعت عنها الدعوى قد صدر بتاريخ ٢٠١١/٧/١٦، وأصبح هذا الحكم باتاً بتاريخ ٢٠١١/٨/٢٤ تاريخ انقضاء مدة الطعن في الحكم أمام المحكمة العليا، فإن بدء سريان التقادم يكون اعتباراً من هذا التاريخ. وحيث إن الطاعنين أقاموا دعواهم للمطالبة بالتعويض بتاريخ ٢٠١٥/١/١٢، فإنها تكون غير مسموعة بسبب التقادم الثنائي لمضي أكثر من سنتين من تاريخ صيرورة حكم محكمة الجنايات باتاً» ، وعليه فووقو الخطر وحده لا يكفي في حالة ما إذا كان الفعل جريمة لبدء سريان مدة التقادم، بل لا بد من صدور حكم بات أو من انقضاء مدة الطعن في الحكم أمام المحكمة العليا لذلك لا يجوز الاحتجاج بتاريخ وقوع الخطر و لو طال أمد الدعوى لسنوات طويلة.



**قراءة في قرار المحكمة العليا الصادر
بجلسة يوم الأربعاء ٣٠/١٠/٢٠١٣م في الطعن
رقم ٢٠١٣/٧ - دائرة الإيجارات**

دراسة وتعليق :
فضيلة القاضي/ سليمان بن محمد بن سيف السيابي
قاضي محكمة مسقط
مدير المكتب الفني بالمحكمة العليا



حكم المحكمة العليا الصادر

بجلسة يوم الأربعاء

٣٠ / ١٠ / ٢٠١٣م

عن الهيئة المشكلة برئاسة فضيلة القاضي / عبدالله بن محمد بن سعيد الكعبي - نائب رئيس المحكمة العليا، وعضوية كل من أصحاب الفضيلة القضاة: سالم بن شويرد اليعقوبي وعبدالله بن محمد السيابي ومنصور بن علي الفارسي والشيخ ماء العينين ولينا.

في الطعن رقم ٢٠١٣/٧ دائرة

الإيجارات

عقد إيجار - إثبات - تسجيل - آثار

مقدمة :

تعد العلاقة الإيجارية من الحقوق الشخصية، وتنتمي إلى طائفة العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية، وعقدها من العقود التي تقوم على حق الانتفاع الذي ينتقل من المالك إلى المستأجر لفترة مؤقتة محددة في عقد الإيجار لقاء بدل مسمى، وينتهي الإيجار بنهاية تلك المدة المحددة فيه، ويسترجع المالك أو المؤجر - إذا كان غير المالك - حق المنفعة وتصفى آثار تلك العلاقة القائمة بين الطرفين^١، لذا يجدر بنا أن نعرض على تعريف عقد الإيجار حسبما نصت عليه المادة (٥١٦) من قانون المعاملات المدنية بأنه عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء عوض معلوم. ويستخلص من التعريف السابق أن عقد الإيجار عقد رضائي ينعقد بتلاقي إرادتي طرفي عقد الإيجار على أن يلتزم المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع

بشيء معين مدة معينة لقاء أجر معلوم، كما أنه عقد ملزم للجانبين وعقد من عقود المعاوضة فيتولد عن العقد التزامات متقابلة يلتزم فيه المؤجر بأن يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة ويلتزم المستأجر بسداد الأجرة. وقد أدرك المشرع العماني ما للعقود السكنية أو التي ترد على المحلات التجارية والصناعية من أهمية وأن المنازعات التي تنشأ عن تلك العلاقة الإيجارية لها تأثير عظيم في الأفراد والمجتمع. من أجل ذلك وبسبب الأهمية الخاصة للعلاقة الإيجارية التي تنشأ بين المالك والمستأجر وللآثار القانونية المترتبة عليها فقد وضع المشرع العماني تشريعاً خاصاً يحكم تلك العلاقة لأهميتها الاقتصادية والاجتماعية^٢.

ولتسليط الضوء بشكل أعمق على بعض الظواهر والإشكالات المصاحبة لموضوع العلاقة الإيجارية فقد تم اختيار أحد الطعون المعروضة على دائرة الإيجارات في المحكمة العليا، والذي انصب أساساً على إلزام المؤجر بتحرير عقد إيجار وتسجيله في دوائر البلدية كي يتخذ صفة السند الرسمي التنفيذي؛ لذلك سنعرض القرار الصادر في الطعن المذكور بعاليه والتعليق عليه وفق الآتي:

أولاً- الوقائع

تتحصل الوقائع - حسبما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق - في أن المدعي أقام دعوى لدى ابتدائية بركاء رقم (٢٠١٠/٥٠١م) بموجب صحيفة طلب في ختامها إلزام المدعى عليها بتحرير عقد إيجار وتسجيله في بلدية بركاء حسب الاتفاق حتى تاريخ ٢٠١٣/٩/٣١م، وإلزامها دفع مبلغ ستمائة ريال عماني قيمة إيجارات متأخرة عن شهري أكتوبر

(٢) انظر المرسوم السلطاني رقم ٨٩/٦ المعدل بالمرسوم السلطاني رقم ٢٠٠٨/٧٢.

(١) انظر الباب الثاني من قانون المعاملات المدنية (عقود المنفعة) - المواد ٥١٦ - ٥٦٠.



ونوفمبر/٢٠١٠م، وما يستجد وفواتير الكهرباء والماء والمصاريف وأتعاب الحمامة مبلغ خمسمائة ريال عُمانِي.

على سند من القول: إن المدعى عليها استأجرت منزلاً للمدعي الكائن..... بإيجار شهري قدره (٣٠٠ ر.ع) ابتداءً من ٢٠٠٩/١٠/١م وأنها استلمت المنزل وامتنعت عن دفع الإيجار عن شهري أكتوبر ونوفمبر/٢٠١٠م وأرفق بالصحيفة صوراً من المستندات، وتُدوولت الدعوى أمام محكمة أول درجة بجلساتها التي حضرها كلا الطرفين وقدمتا ما لديهما من حجج حسبما هو ثابت بالمحاضر، وبجلسة ١٤٣٣/٥/١١هـ الموافق ٢٠١٢/٣/١٨م؛ قضت محكمة أول درجة بإلزام المدعى عليها بأن تؤدي للمدعي مبلغاً مقداره (٦٠٠ ر.ع) والمصاريف ومستحقات فواتير المياه والكهرباء حتى نهاية نوفمبر ٢٠١٠م ومبلغ مائة ريال أتعاب حمامة ورفضت ما زاد على ذلك من طلبات؛ فلم ينل هذا الحكم قبولاً لدى المدعي فاستأنفه لدى محكمة استئناف الرستاق بالاستئناف رقم ٢٠١٢/٢٢٨م بموجب صحيفة نعى فيها على الحكم المستأنف مخالفته للقانون تطبيقاً وتأويلاً؛ ذلك أن المستأنف ضدها لم تنكر العقد واعترفت به إلا أن المحكمة لم تنظر أصلاً في هذا العقد وكان يجب عليها أن تفصل فيه أولاً.

كما أن الحكم المستأنف فاسد في الاستدلال وقاصر في التسبيب؛ إذ لم يقض للمستأنف بطلبه إلزام المستأنف ضدها بتسجيل العقد واعتبر العقد منفسخاً بوقوع الإنذار، وهذا القضاء مشوبٌ بالفساد في الاستدلال لأنه لا يوجد إنذار رسمي صادر من المستأنف ضدها بإنهاء هذا العقد وإنما كان ذلك مجرد كلام من أحد موظفي الشركة بدون أي صفة رسمية كما أن المستأنف وحتى هذا التاريخ لم

يستلم مفاتيح العين مما يؤكد أنها لا زالت في حيازة المستأنف ضدها، وطلب في ختام صحيفته تعديل الحكم المستأنف وذلك بإلزام المستأنف ضدها بالقيمة الإيجارية من تاريخ ٢٠١٠/١١م وما يستجد فيها حتى نهاية تاريخ عقد الإيجار مع إلزامها بتسجيل عقد الإيجار بالبلدية حتى تاريخ نهاية عقد الاتفاق وتأييد الحكم فيما عدا ذلك مع إلزام المستأنف ضدها بالمصاريف وأتعاب الحمامة البالغة (٥٠٠ ر.ع). وبعد الإجراءات التي اتخذتها محكمة ثاني درجة أصدرت حكمها بجلسة ١٤٣٤/١/٤هـ الموافق ٢٠١٢/١١/١٨م القاضي بقبول الاستئناف شكلاً وفي الموضوع بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به من رفض طلب المستأنف إلزام المستأنف ضدها بتسجيل العقد والقضاء مجدداً بإلزام المستأنف ضدها بالقيام بتسجيله لدى البلدية حسبما اتفق عليه الطرفان بموجب العقد العريفي وتأييد الحكم المستأنف فيما عدا ذلك وألزمت المستأنف ضدها بالمصاريف؛ فلم ينل هذا الحكم قبولاً لدى المستأنف ضدها فطعن فيه بالنقض المائل الذي وقع صحيفته نيابة عنها محاميها المقبول للترافع أمام المحكمة العليا وأودعها بأمانة سر هذه المحكمة بتاريخ ٢٠١٢/١٢/٢٦م مشفوعة بصورة من سند وكالته عنها وما يفيد سداد الرسوم المقررة وإيداع الكفالة طبقاً لمقتضيات المادتين (٢٤٤ و ٢٤٧) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية، وتم إعلان المطعون ضده بصحيفة الطعن فرد عليها في مذكرة بواسطة محاميه المقبول للترافع أمام المحكمة العليا طبقاً لمقتضيات المادة (٢٥٠) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية ملتصقاً برفض الطعن وإلزام رافعه بالمصاريف، فعقبت الطاعنة على مذكرة الرد على صحيفة الطعن بواسطة محاميها مصممة على جميع ما ورد في صحيفة طعنها، وأقيم الطعن على

دون إبداء المسوغات القانونية لإلغاء حكمها يفترق للسند القانوني الذي يمكن الاعتماد عليه، خاصة أن محكمة أول درجة انتهجت نهجاً عادلاً عندما قررت أن ما تم إبلاغه للمدعي (المطعون ضده) كان بمثابة إنذار، وتنعى الطاعنة على حكم المحكمة عندما قضت بإلزام الطاعنة بالقيام بتسجيل العقد في البلدية حسبما اتفق عليه الطرفان، مع العلم أن العقد لا يمكن تسجيله في البلدية بالإرادة المنفردة للطاعنة وإنما يجب في العقود أركانها الشرعية المتعلقة بالرضى والقبول، كما أن العقود الصادرة من البلدية عقود نمطية يجب أن تحمل توقيع الطرفين عليه ثم تسجيلها لدى البلدية، ولكل ما سبق تلتزم الطاعنة بقبول الطعن شكلاً وفي الموضوع إلغاء الحكم المطعون فيه وتأيد الحكم الابتدائي أو إعادته لمحكمة الاستئناف بالمرستاق لتظهره بهيئة مغايرة وتحميل المطعون ضده المصاريف ورد الكفالة وألف ريال عماني أتعاب محاماة. ورد المطعون ضده بواسطة محاميه على صحيفة الطعن بأن ما تنعى به الطاعنة على الحكم بمخالفته لنص المادة (٤) من قانون الإجراءات مردود عليه بأن عقد الإيجار طبقاً لنص المادة (٤) من قانون الإيجار لا يعتد به إلا في حالة إقرار طرفي العلاقة بوجود علاقة إيجارية بين الطرفين؛ ذلك أن طرفي العقد أقرا بصحة هذا العقد وأنه عقد صحيح تم بينهما بالتراضي والاتفاق، فتسجيل العقد مرحلة لاحقة على الاتفاق، وهنا طلب المطعون ضده من الطاعن تسجيل عقد الإيجار لدى الجهة المختصة هو طلب قانوني والتزام بين الطرفين ولا يقدر في ذلك مخالفة الطرفين في عدم التسجيل للعقد في بداية التعاقد؛ فالقانون في المادة الرابعة أوجب التسجيل وهي مرحلة لاحقة على الاتفاق الثابت بين الطرفين في إيجار المنزل لمدة خمس سنوات بدءاً من تاريخ ١٠/١/٢٠٠٩م

سبب الخطأ في تطبيق القانون وتأويله ومخالفة نص المادة (٤) من قانون الإجراءات على النحو الآتي:

تنعى الطاعنة على الحكم الطعين مخالفته للقانون عندما قرر فيه أن العقد العريفي الموقع بين الطرفين يمثل إرادة الطرفين ولا يقدر في هذا الاتفاق عدم تسجيله لدى الجهات الرسمية، مع أن المادة الرابعة من قانون الإجراءات العماني جاءت صريحة في عدم الاعتداد بالعقد غير المسجل، فحسب المادة المشار إليها لا يمكن الاعتداد بهذا العقد أمام جهة رسمية في السلطنة؛ ولما كانت المحكمة ثبت حكمها مخالفاً لنص هذه المادة فيتوجب إلغاؤه، وأن إلزام الطاعنة بتسجيل العقد جاء مخالفاً للقانون، فبالرجوع إلى العقد العريفي فليس فيه نص يلزم الطاعنة بتسجيل العقد لدى البلدية، وفي هذه الحالة لا بد من الرجوع للقانون، فالمادة (٢) من قانون الإجراءات العماني تتحدث عن أن الالتزام الأصلي في تسجيل العقد يقع على المؤجر وبدرجة أقل على المستأجر في حالة الاتفاق بين الطرفين، ولما كان المؤجر لم يحم بواجبه في تسجيل العقد فليس من حقه إلزام المستأجر بتسجيل العقد في ظل عدم وجود نص في العقد العريفي يلزم المستأجر بذلك، والقول بأن إنذار الطاعنة للمطعون ضده لا قيمة له من الناحية الشرعية والقانونية قول يخالف القانون؛ إذ إن السند الأساسي الذي اعتمدت عليه محكمة الاستئناف في حمل حكمها هو العقد العريفي الموقع بين الطرفين، وبنيت حكمها على أساس خلو العقد العريفي من أي تفصيل لكيفية انقضاء العقد بينهما، وإن الطاعنة تبادر القول إن هذا العقد لا يمكن الاعتداد به أصلاً وبالتالي فإن الرجوع إليه لتحديد الأوضاع القانونية للأطراف مخالف للقانون هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن طرح ما توصلت إليه محكمة أول درجة



المؤجرة إلى المستأجر والتزام المستأجر بدفع القيمة الإيجارية وهي التزامات متبادلة بين الطرفين في تسجيل عقد الإيجار لدى البلدية؛ إذ إن القانون قد ألزم المؤجر بتسجيل عقد الإيجار أو المستأجر في حالة عدم التسجيل. إلا أن الطاعن رفض التوقيع على العقد والتسجيل لدى البلدية وهذه التزامات تنشأ عن عقد الإيجار، وأن طرفي العلاقة أكدوا على التعاقد وعلى عقد الإيجار فكان لزاماً على الطاعن التوقيع وتسجيل عقد الإيجار لدى البلدية؛ فالتعهد كان موجوداً قبل إقامة هذه الدعوى والحكم الطعين فلم تنشأ أي مراكز قانونية جديدة، بل إن الحكم الصادر - وهو حكم تقريري - أقر بشيء موجود إلا أنه أكد على الالتزامات التي تنشأ عن هذا العقد؛ وعليه فإن الحكم المطعون فيه أصاب صحيح القانون.

لذلك يلتمس المطعون ضده رفض الطعن وإلزام رافعه المصاريف. ثم عقتب الطاعنة بواسطة محاميها بمذكرة على مذكرة الرد، وكلاهما تمسك فيه ببطلان عقد الإيجار العريفي الموقع بين الطرفين لمخالفته القانون في المادة (٤) ونصها؛ فقد ورد في النص (عدم الاعتداد به أمام أي جهة رسمية في السلطنة)، وهذا ما تواترت عليه المبادئ القانونية الصادرة في هذا الشأن، ومنها:.

١- إن الحكم الطعين اعتد بعقد الإيجار العريفي الموقع بين الأطراف بالرغم من عدم تسجيله وسداد الرسوم المقررة خلال الفترة الزمنية المحددة قانونياً، ولا يجدي القول بعد ذلك أن العقد يمكن تسجيله بعد ذلك كما ذهب ممثل المطعون ضده ولا اجتهاد مع صريح النص. والغريب في الأمر أن الحكم اعتد بالعقد العريفي وألزم الطاعنة بتسجيله رغم أن تسجيل العقد من التزامات المطعون ضده حسب القانون

بموجب إيجار شهري قدره (٣٠٠ ر.ع)، وعليه فإن الحكم المطعون فيه قد جاء صحيحاً؛ لأن الطاعن يرفض تسجيل عقد الإيجار لدى الجهات المختصة فيكون طلب المطعون ضده للتسجيل هو طلب قانوني طبقاً لنص المادة (٤) لأنه يجب تسجيل العقد، وأن الاتفاق بين طرفي العلاقة الإيجارية بأن يتم تسجيل العقد لدى الجهة المختصة؛ إذ إن الطاعن تقاعس بعد استلامه للعين المؤجرة مما دفع المطعون ضده إلى إلزامه بالتسجيل طبقاً لما تم الاتفاق عليه، وإن كان المؤجر عليه تسجيل العقد إلا أن المستأجر يرفض تسجيله مما جعله يقيم هذه الدعوى وذلك لإجباره على تنفيذ الالتزام الذي نشأ عن التعاقد وتسجيل العقد بالطريقة القانونية لدى البلدية؛ وعليه فإن إلزام الحكم الطعين للطاعن بالتسجيل يعد موافقاً لصحيح القانون. وأما فيما يطعن به الطاعن من أن عدم الاعتداد بالإندار مخالف للقانون، فالرد على ذلك أن الطاعن وإن كان قد أئذر المطعون ضده بالإخلاء إلا أن هذا الإندار لم يصدر من الطاعن، ذلك أنه لا يوجد إندار رسمي من الطاعن للمطعون ضده بإخلاء العين، وإنما مجرد كلام مرسل لا سند له من أحد موظفي الشركة ولم يستلم المطعون ضده إنداراً رسمياً من الطاعن بإخلاء العين، وإن ما قضت به محكمة أول درجة من جعل ثلاثة أشهر بدل إندار فهذا مخالف للقانون لأن المطعون ضده لم يتسلم أي إندار من الطاعن، وما قضت به محكمة الاستئناف من إلغاء الحكم وإلزام الطاعن بتسجيل عقد الإيجار فهو يتوافق وصحيح القانون؛ لأن المطعون ضده لم يجد سبيلاً إلا الالتجاء إلى القضاء لإلزام الطاعن بتحمل عقد الإيجار حسب الاتفاق؛ لذا فإن ما قضت به المحكمة من إلزام الطاعن بتسجيل للعقد لدى البلدية فهو إلزام نشأ عن التعاقد الذي تم بين الطرفين وهو إلزام من المؤجر بتسليم العين

٤- حسماً للنزاع وقطعاً للخلاف وتعقيباً على ما ورد في صحيفة الرد على الطعن نشير إلى الطعن رقم ٢٠٠٦/٤٧م تجاري الوارد في مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر المدنية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها في الفترة من ٢٠٠٦/١٠/١م وحتى ٢٠٠٧/٦/٢١م صفحة رقم (٥٧٣)، فقد ورد فيه الآتي: "شروط تكون عقد الإيجار وترتيب آثاره تسجيل العقد لدى البلدية أثر مخالفة ذلك عدم الاعتداد به لدى الجهات الرسمية تعلق ذلك بالنظام العام". ولما كان الأمر كذلك فإن ما أثير في مذكرة الرد ينبغي الالتفات عنه وعليه تصمم الطاعنة على جميع طلباتها في صحيفة الطعن.

ثانياً- المحكمة

ولما كان الطعن قد استوفى كافة أوضاعه الشكلية المطلوبة قانوناً فهو مقبول شكلاً.

أما عن الموضوع فإن النعي على الحكم الطعني بالسبب السالف إيراده تفصيلاً بصدر هذا الحكم والمتمثل بخطأ الحكم المطعون فيه في تطبيق القانون وتأويله هو نعي سديد في جزئه المتعلق بإلزام المستأنف ضدها (الطاعنة - المستأجرة) بالقيام بتسجيل العقد لدى البلدية حسبما اتفق عليه الطرفان بموجب العقد العريفي؛ ذلك أن المادة الثانية من المرسوم السلطاني رقم ٨٩/٦ وتعديلاته في شأن تنظيم العلاقة بين ملاك ومستأجري المساكن والمحال التجارية والصناعية وتسجيل عقود الإيجار الخاصة بها تنص على أن: « يلتزم المؤجر بأن يقوم بتسجيل العقد لدى البلدية المختصة طبقاً للنموذج الذي يعد لهذا الغرض وذلك ما لم يتفق الطرفان على أن يقوم المستأجر بذلك وفي جميع الأحوال يكون للمستأجر القيام بتسجيل العقد إذا لم يقم المؤجر

الذي نص صراحة على ذلك؛ فيصبح ما أورده المطعون ضده في هذا الخصوص جديراً بالالتفات عنه.

٢- من المقرر قانوناً أن الإجراء الطبيعي وفي حالة الإخلال بأي التزام هو الفسخ مع إعادة الأوضاع إلى الحالة التي كانت عليها قبل التعاقد، والناظر إلى الحكم الطعني يلاحظ أنه ألزم الطاعنة بعمل عقد إيجار وتسجيله لدى البلدية دون رغبة من الطاعنة في الاستمرار في الإيجار، إذ من المقرر قانوناً أن عقود الإيجار من العقود التي تتم باتفاق الأطراف ولا يمكن أن تتم بواسطة الأحكام دون رغبة الأطراف، وإن الطاعنة ترى الحكم المطعون فيه مخالفاً للقانون في تطبيقه وتأويله.

٣- لقد ورد في صحيفة الرد المقدمة من المطعون ضده في الفترة الثانية: إن الطاعن وإن كان قد أذّر المطعون ضده بالإخلاء إلا أن هذا الإنذار لم يصدر من المطعون ضده بالإخلاء؛ إذ إنه لا يوجد إنذار رسمي من الطاعن للمطعون ضده بالإخلاء. وبإمعان النظر في صحيفة الطعن يلاحظ أن المطعون ضده يقر بأن الطاعن أذّره بالإخلاء وإن لم يكن هذا الإنذار بشكل رسمي على حد قول المطعون ضده، ولكن السؤال الذي فرض نفسه هنا هل عقد الإيجار الموقع بين الطرفين عقد رسمي أم عريفي؟ وبالطبع فإن عقد الإيجار الموقع بين الطرفين عقد عريفي لا يتطلب الرسمية، وبما أن المطعون ضده قد أقر بإنذاره يصبح الحكم القاضي بإلزام الطاعنة بإلغاء الحكم المستأنف وإلزام المستأنف ضدها بتسجيل العقد لدى البلدية يخالف إرادة الأطراف ويخالف القانون.



عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بالمساكن والمحال التجارية والصناعية لمدة معينة لقاء أجر معين»، ويتجلى مما تقدم أن عقد الإيجار كبقية العقود المسماة ويخضع لأركان العقد بصفة عامة وهو عقد رضائي يتم باتفاق الطرفين ويسري أثره القانوني عليهما؛ فبمجرد انعقاده ينشئ التزامات في ذمة المؤجر وأخرى في ذمة المستأجر لأن كلا من العاقدين سبب في التزامات العقد تجاه الآخر لمدة معينة لتنفيذه إلى حين من الدهر.

وبما أن عقد الإيجار عقد رضائي يتم بالإيجاب والقبول بين عاقدين بصفة فورية وينتج آثاره القانونية عليهما بإقرارهما له، خاصة إذا كان الإقرار إقراراً قضائياً لكون الإقرار القضائي حجة قاطعة على صاحبه وخلفه العام.

ولقد سار اجتهاد هذه المحكمة أن العلاقة التعاقدية بين المالك والمستأجر المعترف بها لا تحتاج لإثبات بموجب عقد الإيجار.

وفيما يخص عدم توثيق عقد الإيجار كذلك فإن نص المرسوم السلطاني رقم ٨٩/٦ لا يمنع المؤجر من المطالبة بحقه تجاه المستأجر طالما يعترف المستأجر بالعلاقة الإيجارية، وإن عدم توثيق عقد الإيجار لا يمنع المحكمة من سماع دعوى المطالبة بالإيجار. ومادام الأطراف لا ينكرون العلاقة الإيجارية بينهما أمام المحكمة مصدرة الحكم المطعون فيه التي لها السلطة في تقييم القرائن وأقامت حكمها في هذا الشق على ما هو ثابت لها من أقوال الأطراف الدالة على العلاقة الإيجارية التي لم ينكرها أي منهما؛ مما يجعل الحكم المطعون فيه - في هذا الشق - قد أصاب صحيح القانون في تطبيقه وتأويله.

ولما كانت هذه المحكمة قد قررت قبول الطعن شكلاً

بذلك خلال المدة المنصوص عليها في المادة رقم ٤) «... في حين رتبنا المادة (٤) على عدم تسجيل عقد الإيجار وسداد الرسوم المقررة خلال شهر من تاريخ إبرامه، عدم جواز الاعتداد بهذا العقد أمام أية جهة في السلطنة، بالإضافة إلى دفع غرامة مالية تعادل ثلاثة أضعاف الرسم المقرر، ويجب اتخاذ إجراءات تسجيل العقد ودفع الرسوم المقررة بعد ذلك.

وعلى هذا الأساس فإن القانون ذكر على سبيل الحصر الطرق القانونية التي ينبغي على أطراف عقد الإيجار إعداده بها ليصبح رسمياً وذلك بالتزامها أثر عقده بالنموذج المعد لعقد الإيجار وتسجيله لدى البلدية داخل الأجل القانوني ولا يتأتى بغير ذلك؛ مما يجعل العقد العريفي المحتج به باطلاً بموجب نص المادتين المذكورتين آنفاً من المرسوم السلطاني رقم ٨٩/٦م المتعلق بتنظيم العلاقة بين المالك ومستأجري المساكن والمحال التجارية والصناعية وتسجيل عقود الإيجار الخاصة بها، مما يجعل الحكم المطعون فيه قد أخطأ في تطبيق القانون وتأويله في هذا الجزء المتعلق بالزام المستأنف ضدها (الطاعنة) بالقيام بتسجيله لدى البلدية حسبما اتفق عليه الطرفان بموجب العقد العريفي؛ مما يتعين معه والحالة هذه نقضه في هذا الجزء، هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى فإن الشريعة الإسلامية وما نحا نحوها من التقنيات الحديثة عرفت عقد الإيجار بأنه تملك المؤجر للمستأجر منفعة مقصودة من العين المؤجرة بعرض يصلح أجرة.

وقد واكب التقنين العماني هذا التعريف في المرسوم السلطاني رقم ٨٩/٦ المذكور في مادته الأولى التي نصت على أن « تسري الأحكام التالية على كل

لدى البلدية حسبما اتفق عليه الطرفان بموجب العقد العريفي صحيح.

رابعاً- التأصيل والأساس القانوني للمبادئ المستخلصة

يتضح من قراءة المبادئ التي قررتها دائرة الإجراءات في المحكمة العليا أنها فرقت بين إبرام عقد الإيجار والذي يتم وفق القواعد العامة في العقود بتوافق وتطابق إرادتين حرتين واعيتين استناداً إلى مبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية وما بين إثباته وفق القواعد العامة في الإثبات؛ منطلقاً من أن عقد الإيجار ليس عقداً شكلياً وبالتالي يمكن إثباته بالإقرار، وبما أن المؤجر يطالب بالأجرة فإن من حق المستأجر أن يطالب بتوثيق عقد الإيجار وفق القانون لدى الجهات المختصة، وذلك انطلاقاً من فكرة قانونية أصيلة تربط بين حقوق والتزامات كل من طرفي عقد الإيجار.

لهذا ذهبت المحكمة إلى إقرار مبدأ التفريق بين انعقاد العقد وإثباته وترتيب آثاره القانونية، بحسبان أن أعمال الكلام أولى من إهماله؛ إذ عدم تسجيل عقد الإيجار لدى البلدية لا ينفي عنه الصفة التعاقدية التي تتم بمجرد تطابق الإيجاب مع القبول دون الحاجة إلى شكل محدد وأن انتفاء الرسمية عن العقد لا يمنع من المدعاة بتنفيذ مضمونه.

كما أن عدم تسجيل عقد الإيجار لدى البلدية لا يمنع طرفي العقد من المطالبة قضائياً للوفاء بالتزاماتهما بمضمونه أمام المحكمة المختصة وإثبات ذلك وفق وسائل الإثبات، لاسيما أن طرفي العقد قد أقرأ به أمام المحكمة وإن كان القانون قد أوجب تسجيله لدى البلدية إعمالاً لنص المادة (٤) من قانون

وفي الموضوع بنقض الحكم المطعون فيه جزئياً فيما قضى به من إلزام المستأنف ضدها بالقيام بتسجيله لدى البلدية حسبما اتفق عليه الطرفان بموجب العقد العريفي، ورفض الطعن فيما عدا ذلك، وألزمت المطعون ضده المصاريف ورد الكفالة للطاعن طبقاً لمقتضيات المواد (٢٤٧ و ٢٥٩) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً وفي الموضوع بنقض الحكم المطعون فيه جزئياً فيما قضى به من إلزام المستأنف ضدها بالقيام بتسجيله (أي العقد) لدى البلدية حسبما اتفق عليه الطرفان بموجب العقد العريفي ورفض الطعن فيما عدا ذلك.

ثالثاً- المبادئ الواردة في قرار المحكمة العليا

خلص القرار الناقض إلى إقرار المبادئ الآتية:

- ١- إن العلاقة التعاقدية بين المالك والمستأجر المعترف بها لا تحتاج لإثبات بموجب عقد إيجار مكتوب.
- ٢- عدم توثيق عقد الإيجار وفق نص المرسوم السلطاني رقم ٨٩/٦ لا يمنع المؤجر من المطالبة بحقه تجاه المستأجر حالما يعترف المستأجر بالعلاقة الإيجارية.
- ٣- إن عدم توثيق عقد الإيجار لا يمنع المحكمة من سماع دعوى المطالبة بالإيجار مادام الأطراف لا ينكرون العلاقة الإيجارية بينهما أمام المحكمة.
- ٤- إن إلزام المؤجر بالقيام بتسجيل عقد الإيجار



الإيجارات^١.

المؤجر، ويطمئن بذلك على أنه ليس في الشارع، ويستطيع أن يعيش في الوسط حياة عادية دون خوف أو وجل من أن يلقي به في الشارع في أي وقت لعدم تدوين عقد الإيجار كتابة وإيداعه لدى البلدية كي يتخذ الصفة الرسمية، وإن عدم تسجيل العقد ينزع عنه الحماية القانونية وفق ظاهر النص لعدم إمكانية التمسك به أمام الجهات الرسمية في الدولة وخاصة أمام الجهات المعنية بتنفيذ القانون.

أما البعد الاقتصادي لقرار المحكمة العليا فتجلى في إمكانية تنفيذ العقد العريفي بين طرفيه لا سيما أنهما أقرا به أمام المحكمة، وبالتالي يؤدي إلى إمكانية المؤجر من المطالبة بالأجور المستحقة له، وهذا يشجع على الإيجار والاستثمار وعدم حبس الانتفاع بالعقارات عن التداول والمؤدي إلى الانكماش الاقتصادي وعدم قيام المالك بتأجير عقاره للغير، أما الاعتراف بعقود الإيجار غير المسجلة وإمكانية تنفيذ مضمونها عن طريق عدالة الدولة يشجع على الاستثمار ودوران رأس المال ويؤدي إلى النمو الاقتصادي والازدهار؛ لأن حبس المال عن التداول يبطئ حركة رأس المال ويضعف الحالة الاقتصادية للبلاد.

لهذا، كان قرار المحكمة العليا جريئاً عندما اعتبر العقد العريفي الذي تم إبرامه بين المؤجر والمستأجر يمكن الاستناد إليه في تنفيذ مضمونه من طرفيه؛ إذ يحق للمؤجر المطالبة بالأجور المستحقة ويحق للمستأجر المطالبة بتسجيل العقد لدى البلدية.

كما أن إلزام الطرفين بمضمون عقد الإيجار وتثبيت ذلك العقد فيما بينهما لا يحول دون تسجيلها لدى البلدية واستيفاء الرسوم والغرامات المترتبة على التأخر في التسجيل وبذلك نضمن حقوق الدولة

وهنا يجدر بنا أن نبين الاجتهادين الذين أفرزهما تطبيق وتفسير نصي المادتين (٢،٤) من قانون تنظيم العلاقة الإيجارية بين المالك والمستأجر، حيث اتجه الرأي الأول إلى الالتزام بظاهر النص التزاماً حرفياً واعتبر أن إثبات عقد الإيجار يكون بوسيلة إثبات وحيدة وهي كتابة العقد على النموذج المحدد وتسجيله لدى البلدية المختصة بعد دفع الرسوم المقررة؛ ورتب على ذلك أنه في حالة مخالفة هذا الالتزام بعدم كتابة العقد وتسجيله ودفع الرسوم عدم قبول الدعوى واعتبر هذا الرأي أن عنصرً يضاف إلى عناصر تكوين عقد الإيجار هو تسجيل العقد.

وأما الرأي الثاني فقد اتجه إلى أن عقد الإيجار في الأساس هو عقد رضائي وأن اشتراط الشكلية بكتابته وتسجيله - وإن رتب أثره في عدم الاعتداد بعقد الإيجار - أنه لا يمنع من إثبات العلاقة الإيجارية بكافة طرق الإثبات كشهادة الشهود والإقرار واليمين الحاسمة والقرائن، ويجد هذا الرأي صداه في حكم المحكمة العليا محل التعليق.

خامساً- البعد الاجتماعي

والاقتصادي لقرار المحكمة العليا

تم تشريع وجوب تسجيل عقود الإيجار لدى البلدية لتحقيق مصلحة اجتماعية واقتصادية، وتظهر المسألة الاجتماعية في استقرار المستأجر في العقار

(١) نصت المادة (٤) من قانون تنظيم العلاقة الإيجارية بين المالك والمستأجر على أن "يترتب على عدم تسجيل عقد الإيجار وسداد الرسوم المقررة خلال شهر من تاريخ إبرامه عدم جواز الاعتداد بهذا العقد أمام أي جهة رسمية في السلطنة، بالإضافة إلى دفع غرامة مالية تعادل ثلاثة أضعاف الرسم المقرر محسوباً على أساس الأجرة المستحقة عن مدة التأخير، ويجب اتخاذ إجراءات تسجيل عقد الإيجار ودفع الرسوم المقررة بعد ذلك".

على بطلانها ولو كان المشرع يهدف إلى ذلك لنص عليه صراحة، وإن فقهاء القانون يؤكدون دائماً أنه لا بطلان إلا بنص، وأن ضبط النصوص التشريعية وإظهار إرادة المشرع وتحقيق مقتضيات العدالة والعمل على عدم حرمان الأفراد من الحماية القضائية هي غايات ينبغي أن تراعى حين نتعرض لتفسير النصوص القانونية وتطبيقها كما أن التشريعات الحديثة تتجه إلى الحد من آثار البطلان لمخالفة الإجراءات وعدم التوسع في أعمالها.

وعلى هدي ذلك سار قضاء الدائرة الإجارية بالمحكمة العليا فيما أرسته من مبادئ تتفق مع مقتضيات العدالة وعدم حرمان أصحاب الحقوق من المستأجرين والمؤجرين من الحماية القضائية بادعاء عدم مراعاة الشكلية بعدم تسجيل عقد الإيجار.

والله من وراء القصد،،،

أيضاً، لأن عدم الاعتراف بمثل تلك العقود سوف يفقد الدولة مبالغ مالية مترتبة وفق القانون، وهذا يؤدي إلى خسارة اقتصادية تسهم في التنمية الاقتصادية التي تعمل عليها الجهات المختصة في الدولة.

خامساً - النتيجة والرأي

لقد أرسى قرار المحكمة العليا مبدأً قانونياً مهماً هو أن عقود الإيجار العرفية التي تبرم بين طرفيها تصلح سبباً لإقامة الدعوى والحصول على حكم بالإلزام بتنفيذ مضمونها، وأن عدم تسجيل تلك العقود لا يؤدي إلى إبطالها، وإنما يفقدها حجيتها كسند رسمي قابل للتنفيذ من قبل الجهات الرسمية المختصة في الدولة، ودليل ذلك أن المادة (٤) من قانون تنظيم العلاقة الإيجارية لم ينص على بطلان العقد بل نص على فرض عقوبة الغرامة على عدم التسجيل أو التأخر في التسجيل، وهذا تأكيد من المشرع على ضرورة تسجيل عقود الإيجار دونما إبطاء أو تأخير تحت طائلة الغرامة، ولم يتم النص



قيّم وتقاليد القضاء





الحلقة (٢)

وقد اختصر الغزالي^(٤) شروط الاجتهاد كلها في اثنين:

أ- الإحاطة بمدارك الشرع، والقدرة على الاستنباط.
ب- العدالة، واجتناب المعاصي القادحة^(٥).
واشترط بعض العلماء حفظ القرآن والسنة ومعانيها، وأثار من قبله من المسلمين، ورجح نور الدين السالمي عدم اشتراط ذلك^(٦).

والقدرة على الاجتهاد شرط في تولي القضاء عند الإباضية في القول الراجح وعند الشافعية والحنابلة والظاهرية وجمهور المالكية^(٧).

مستدلين بقوله تعالى: «إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ وَلَا تَكُنْ لِلْخَائِبِينَ خَصِيمًا»^(٨).

وقوله: «فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا»^(٩).

ففي الآية الأولى بيان أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقضي بين الناس بما أوحى الله إليه بالنص الصريح أو الاجتهاد.

وفي الآية الثانية أمر بردّ النزاع إلى كتاب الله

(٤) هو: أبو حامد محمد بن محمد بن أحمد الطوسي، الغزالي، من علماء الشافعية، ولد بطوس سنة ٤٥٠هـ/١٠٥٨م، تتلمذ على الإمام الجويني وغيره، من مؤلفاته: إحياء علوم الدين، والمستصفي، والمنقول، توفي سنة ٥٠٥هـ/١١١١م. ابن السبكي، طبقات الشافعية، ٦/١٩١. ابن العماد، شذرات الذهب، ٦/١٩.

(٥) الغزالي، المستصفي، ٢/٣٥٠.

(٦) السالمي، طلعة الشمس، ٢/٢٧٧-٢٧٨.

(٧) اطفيش، شرح النيل ١٣/٢٥، السالمي، جوهر النظام ص ٥١٨، الشقصي، منهج الطالبين، ٩/٣٢٣١، النووي، روضة الطالبين، ٩/٢٦٥، ابن قدامة، المغني، ٦/١٤، ابن حزم المحلى، ٨/٢٢٧، ابن فرحون، تبصرة الحكام، ١/٢١، ابن رشد، بداية المجتهد ٢/٤٦٠.

(٨) سورة النساء، آية ١٠٥.

(٩) سورة النساء، آية ٥٩.

من قيم وتقالييد القضاء المعرفة الواسعة في فقه القضاء، إذ المنصب خطير، والأمر على من فطن له جد كبير، كيف لا وهو أمانة عظيمة، تستوجب التحري والدقة في الأحكام، والنظر الواسع فيما يتردد من خصومات، ولذلك قال كثير من العلماء: إن من شروط تولي القضاء بلوغ درجة الاجتهاد.

والاجتهاد: كما عرفه الوارجلاني بـ «استفراغ الوسع في طلب علم الحادثة»^(١)، وقال العوتبي في تعريفه: «الاجتهاد بذل المجهود في طلب حكم الحادثة»^(٢)، ومن النصوص الضابطة لشروطه ما قاله الوارجلاني: «إن الذي يجوز له الرأي والاجتهاد في النوازل، من كان عارفاً بوضع الأدلة مواضعها من جهة العقل والشرع والتوقيف فيها، ويكون عالماً بأصول الديانات وأصول الفقه، وعالماً بأحكام الخطاب في فنون الشريعة من العموم والخصوص، والأوامر والنواهي، والمفسر والمجمل، والمنصوص والمنسوخ، ويعلم من النحو واللغة وما يفهم به معاني الكلام، كلام العرب، فإنه يحتاجهما للقرآن والسنة والآثار، ويحتاج في السنة والآثار إلى طريقتهما، فإنه لا غنى للسنة والآثار عن تصحيح طريقتهما، وعوفينا في القرآن من ذلك، لأن الله تعالى تولى حفظه، وأجمعت الأمة على منته، فإن حرم المجتهد شيئاً من هذه الشروط كان راوية لا عارفاً، ومتمفقها لا فقيهاً، ويكون صحيح الأمانة، مأمون الخيانة، سليم الديانة»^(٣).

(١) الوارجلاني، أبو يعقوب يوسف بن إبراهيم، العدل والإنصاف في معرفة أصول الفقه والإختلاف، ٢/٢٦٨.

(٢) العوتبي، سلمة بن مسلم، الضياء، ١/٢٤٢.

(٣) الوارجلاني، العدل والإنصاف، ٢/٢٥٧.



وسنته ، ولا يكون ذلك إلا من مجتهد.

وذهب بعض العلماء إلى عدم اشتراط الاجتهاد، فيجوز أن يوَلَّى المقلد القضاء^(١)، قال القطب-رحمه الله - وأهل القضاء : عدل ، ذكر ، فطن ، مجتهد إن وجد ، وإلا فأمثل مقلد^(٢) .

وهذا القول هو أنسب لزماننا ، فأين من يملك أدوات الاجتهاد في هذا العصر ، ولكن لا يجوز أن يوَلَّى الجاهل الذي لا يعرف القدر الكافي من الأحكام، وليس عنده من اللغة العربية ما يفهم بها الكلام، فالجاهل يفسد أكثر مما يصلح، والله المستعان .

قال المازري في اشتراط كون القاضي نظاراً^(٣):
هذه المسائل تكلم عليها العلماء الماضون لما كان العلم في أعصارهم كثيراً منتشراً ، وشغل أكثر أهله بالاستنباط والمناظرة على المذاهب ، وأما عصرنا هذا فإنه لا يوجد في الإقليم الواسع العظيم مضت نظار ، قد حصل آلة الاجتهاد ، واستبحر في أصول الفقه ومعرفة اللسان والسنن والاطلاع على ما في القرآن من الأحكام ، والاعتدال على تأويل ما يجب تأويله ، وبناء ما تعارض بعضه على بعض ، وترجيح ظاهر على ظاهر، ومعرفة الأقيسة وحدودها وأنواعها وطرق استخراجها وترجيح العلل والأقيسة بعضها على بعض ، هذا الأمر زماننا عار منه في إقليم المغرب كله ، فضلاً عمَّن يكون قاضياً على هذه الصفة ، فالمنع من ولاية المقلد القضاء في هذا الزمان تعطيل للأحكام وإيقاع للهرج والفتن والنزاع، وهذا لا سبيل إليه في الشرع ، ولكن تختلف أحوال

(١) الهداية ٣/٧٤ ، رد المحتار ٤/٣١٨ ، السيابي ، سالم بن حمود ، هدي الفاروق ، ص ٤٤ .

(٢) اطفيش ، شرح النيل ، ١٣/١٩ .

(٣) نظاراً: مفرد، جمعها نظارة ، فيقال: قوم نظارة ، وأصل الكلمة من النظر واستعملت هنا مجازاً لتدل على شدة أعمال النظر في الأمور وفحصها والتدقيق فيها من جميع وجوهها .

المقلدين ، فربما ولى ولاية الأمر عامياً لغناه عمّا في أيدي الناس ، وتحليله باسم العدالة وسَمَت الوقار ، ولكنه ليس معه من التخصيص ومجالسة العلماء ومطالبة ما يخرج عن أهل الغباوة والجهل ويلحقه بطبقة من يفهم ما تقول الخصوم بين يديه ، فهذا لا ينبغي أن يوَلَّى قضاءً ولا يُوثَّق به فيه ، انتهى ، وكانت وفاة المازري سنة ست وثلاثين وخمسمائة^(٤) .

وفي ختام ذلك نقول : إنَّ البحث والقراءة والتفقه في القضاء ورصد ما يستجدُّ من أبحاث في ذلك مهمٌّ جدًّا ، وكذلك تتبَّع ما يصدر من مبادئ وأحكام للمحكمة العليا لهو من الأهمية بمكان أيضاً ، فالحكمة ضالة المؤمن أينما وجدها فهو صاحبها ، فلنكن من أهل الحكمة حتى نصل إلى تحقيق العدل ونشره بين الناس .

والله ولي التوفيق ، ، ،

د. عبد الله بن راشد السيابي

نائب رئيس المحكمة العليا

رئيس المكتب الفني

(٤) ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ١/٢٢ .



فهرس المحتويات

٥	كلمة العدد
٩	شخصية العدد
١٥	قسم البحوث
١٧	• العقوبات البديلة الواردة في قانون الجزاء العماني والتطبيقات المعاصرة
٥١	• دعاوى الحيابة ودعوى طرد الغاصب
٦٩	• عيوب تسبب الأحكام القضائية
١٠٥	• أحكام الكفالة بالمال في الفقه الإسلامي
١٣١	• المسؤولية المدنية لأعضاء مجلس إدارة شركات المساهمة العامة في ضوء قانون التجارة وقانون المعاملات المدنية العماني
١٤٩	قسم التعليق على الأحكام
١٥١	• قراءة في حكم الهيئة العامة لتوحيد المبادئ الصادر في الجلسة العلنية المنعقدة يوم الأربعاء ٢٠١٧/٦/٧م في الطعن رقم ٢٠١٥/١٠٧٦ الدائرة المدنية (ب)، في الحكم رقم ٢٠١٥/٣٠٣ - استئناف مسقط
١٦١	• قراءة في قرار المحكمة العليا الصادر بجلسة يوم الأربعاء ٢٠١٣/١/٣٠م في الطعن رقم ٢٠١٣/٧ - دائرة الإيجارات
١٧١	قيّم وتقاليد القضاء



ضوابط النشر في المجلة القضائية

١. لغة المجلة هي اللغة العربية الفصحى مع وجوب الالتزام بصفة عامة بتقديم نشر الأبحاث في صياغتها اللغوية مع مراعاة عناصر التشويق والسلاسة والوضوح وسلامة اللغة بحيث تجذب القارئ غير المتخصص.
٢. يُستهدف ترجمة بعض الأحكام أو البحوث الأجنبية إلى اللغة العربية في الأعداد القادمة.
٣. محتويات المجلة يتم ترتيبها وفقاً لاعتبارات فنية، أما ترتيب البحوث المزمع نشرها في عدد واحد يكون بعد العرض على اللجنة العلمية للمجلة.
٤. الحرص على استقطاب أساتذة الفقه والقانون بالمؤسسات العلمية العامة بالسلطنة للإسهام بالكتابة في المجلة.
٥. مراعاة إثراء ساحة الفكر القانوني والقضائي بالجديد والتميز من البحوث والدراسات.
٦. متابعة حركة البحث في مجالات الشريعة والقانون والتعريف بأبرز إنتاجها وبالمستحدثات القانونية والقضائية.
٧. لا تلتزم المجلة برد الأبحاث التي لا يتم نشرها.
٨. البحوث المقدمة من غير المكتب الفني يراعى بشأنها الآتي:-
 - يُقدم أصل البحث مع صورة منه مطبوعاً ومرقماً بالتسلسل ويرفق بالبحث ملخص لموضوعه في صفحة واحدة بحيث لا تزيد عن ٢٠٠ كلمة.
 - ألا تزيد صفحات البحث المزمع نشره عن ٢٠ صفحة بما فيها الرسوم والجداول التوضيحية والمراجع والملخص، وألا تتقص عن ٥ صفحات بمقاس ٢٨ × ٢٢ سم، وعلى وجه واحد، وبمسافتين أو ثلاث قدر الإمكان.
 - يُذيل البحث بخاتمة تعرض أهم النتائج التي توصل إليها الباحث.
 - تُذكر مصادر البحث كاملة وفقاً لترتيب ورودها في البحث على أن تشمل صاحب المرجع، وعنوان البحث، وبلد النشر، ودار النشر، وسنة النشر، ورقم الصفحة أو الصفحات التي وردت بها المعلومة في المصدر، مع فصل قائمة المراجع الأجنبية عن العربية.
 - مراعاة ذكر رقم الآية واسم السورة عند الاستشهاد بالقرآن الكريم، وكذلك مصاحبة الحديث النبوي بالسند والدرجة (صحيح - حسن - ضعيف) مع ذكر المصدر.
 - يُراعى فيما يُنشر من بحوث تحقيق الشروط الواجب توافرها في البحث العلمي والالتزام بالأصول المتعارف عليها، وألا يكون قد سبق نشرها، أو عرضها في ندوة أو مؤتمر، وعلى سبيل الاستثناء يجوز نشر بعض هذه البحوث متى كانت تعالج مسائل ينبغي التركيز عليها لدعم مسيرة القضاء.
 - يرفق مع البحث:
 - أ. خطاب موقع من الباحث، وموجه إلى رئيس المكتب الفني بطلب نشر البحث.
 - ب. تعريف علمي عن الباحث/ الباحثين لا يتجاوز ثلاثة أسطر وذلك لتعريف القارئ بالباحث.
 - ج. تعريف بتخصصه الدقيق مع ذكر عنوان رسالة الماجستير أو الدكتوراه.
 - د. قائمة بأهم الكتب والبحوث التي نُشرت له.
 - هـ. عنوان الباحث الحالي، والثابت - كاملين - ورقم الهاتف مع إشعار المجلة بأي تغيير يطرأ لاحقاً.



بمحم الله