

وتنتشر فكرة اتفاق الإطار أيضا في مجال المقاصة بين الديون المرتبطة . فبعد أن سلم القضاء بالمقاصة بين الديون المرتبطة - رغم حقوق الغير - مادامت هذه الديون المتبادلة ناشئة عن عقد واحد ملزم للجانبين ، سلمت محكمة النقض الفرنسية كذلك بالمقاصة عندما توجد بين العقود نفسها التي نشأت عنها الديون المتقابلة علاقة ارتباط^(١) .

وتقتصر المقاصة بين الالتزامات المرتبطة مع ذلك على حالة تعدد الاتفاقات ، في ظل إطار عقدي واحد يحدده اتفاق إطار أو بعض الاتفاقات الأخرى التي تمثل مجموعة عقدية واحدة ، تندرج تحتها عدة عقود مختلفة ، ترتب التزامات متبادلة بين الطرفين .

وعلى العكس من ذلك لا يقوم هذا الارتباط ، وبالتالي لا يمكن أن تلعب المقاصة هذا الدور ، إذا كانت العقود المنشئة للالتزامات المتبادلة منفصلة تماما^(٢) ، أو مرتبطة بفعل علاقات تجارية متواصلة ، ولكن لم يتم تطويرها أو تنظيمها في إطار اتفاقي محدد من جانب الطرفين^(٣) .

ويبدو واضحا مما سبق أن المفهوم التقليدي لفكرة العقد أصبح غير قادر على تنظيم العلاقات المستقبلية المتلاحقة بين الطرفين ، والتي يجب أن تتم في ظل مناخ من الاستقرار والتعاون ، يجمع بين السرعة من ناحية والطمأنينة من ناحية أخرى ، لتحقيق ما تصبو إليه هذه المشروعات من أهداف . ولهذا يلجأ الطرفان إلى إبرام اتفاق إطار ينظم معاملتهما المستقبلية ويشتمل على القواعد الأساسية التي تطبق على بعض العقود الأخرى ذات الطبيعة الواحدة التي ستبرم بينهما في المستقبل^(٤) . ولعل خير مثال على ذلك هو عقود التوريد^(٥) ، حيث يتفق الطرفان مسبقا على بعض الشروط الأساسية التي تنظم إبرام هذه العقود مستقبلا ،

(١) راجع :

Cass. com. ٣١ janv. ١٩٨٤ ، Bull.civ. IV ، n° ٣٨ ، p. ٤٧ .

(٢) أنظر على سبيل المثال :

Cass. com. ٢٧ avr. ١٩٩٣ ، D. ١٩٩٣ ، p. ٤٢٦ ، note Pédamon (M.) .

Paris ١٧ mars ١٩٩٤ ، Droit des sociétés ، juill. ١٩٩٤ ، n° ١٣٦ ، p. ١١ ، note Chaput (Y.) .

(٣) راجع :

= Cass. com. ٢٠ janv. ١٩٨٧ ، Bull.civ. IV ، n° ٢٢ ، p. ١٥ .

Paris ٢٩ avr. ١٩٩٤ ، Droit des sociétés ، oct. ١٩٩٤ ، n° ١٧٣ ، p. ٧ ، note Chaput (Y.) .

(٤) راجع :

Mousseron (J. M.) : La gestion des risques par le contrat ، RTD civ. ١٩٨٨ ، p. ٤٨١ .

(٥) راجع :

Malaurie (P.) et Aynès (L.) : Droit civil ، Les contrats spéciaux ، Cujas ، ١٩٩١ ، n° ٨٢٩ ، p. ٤٣٩ - ٤٤٠ .

وتعرف هذه الشروط باسم " اتفاق الإطار " . وتبدو أهمية اتفاق الإطار واضحة في الواقع العملي ، حيث إنه يؤدي إلى سهولة وسرعة إتمام المفاوضات بينهما بشأن العقود المستقبلية ، مما يؤدي إلى الاستقرار في التعامل ، وتجنب الاحتمالات الخاصة بتغير الظروف الاقتصادية ، مما قد يضطر أحدهما إلى الإحجام عن التعاقد .

خطة البحث :

لكي نحيط بفكرة اتفاق الإطار من الناحية النظرية والعملية ، سوف نوضح أولاً ماهية اتفاق الإطار ، ثم ذاتية واستقلال اتفاق الإطار ، ونعرض بعد ذلك للالتزامات الخاصة بعقود التطبيق المترتبة على اتفاق الإطار ، وأخيراً لأثار اتفاق الإطار .

وعلى ذلك سنقسم دراستنا لاتفاق الإطار إلى أربعة فصول على النحو التالي :

الفصل الأول : ماهية اتفاق الإطار .

المبحث الأول : تعريف اتفاق الإطار وصوره .

المطلب الأول : تعريف اتفاق الإطار .

المطلب الثاني : صور اتفاق الإطار .

المبحث الثاني : إبرام اتفاق الإطار .

المطلب الأول : التراضي في اتفاق الإطار .

المطلب الثاني : محل اتفاق الإطار .

المطلب الثالث : السبب في اتفاق الإطار .

الفصل الثاني : ذاتية واستقلال اتفاق الإطار .

المبحث الأول : اتفاق الإطار لا يحدد العناصر الأساسية للعلاقة النهائية بين الطرفين .

المطلب الأول : اتفاق الإطار لا يشكل مع عقوده التطبيقية عقداً واحداً .

المطلب الثاني : اتفاق الإطار لا يمكن اعتباره وعداً بالتعاقد .

المبحث الثاني : اتفاق الإطار يشكل في حد ذاته عقداً .

المبحث الثالث : الطبيعة القانونية الخاصة لاتفاق الإطار .

الفصل الثالث : الالتزامات الخاصة بعقود التطبيق المترتبة على اتفاق الإطار .

المبحث الأول : اتفاقات الإطار المنشئة للالتزام بالتفاوض فقط .

المبحث الثاني : اتفاقات الإطار المنشئة للالتزام بإبرام عقود التطبيق .

الفصل الرابع : آثار اتفاق الإطار .

المبحث الأول : الالتزامات المترتبة على اتفاق الإطار .

المبحث الثاني : جزاء الإخلال بالالتزامات المترتبة على اتفاق الإطار .

الفصل الأول

ماهية اتفاق الإطار

رأينا فيما سبق أن الواقع العملي في مجال النشاط التجاري هو الذي أدى إلى ظهور فكرة اتفاق الإطار . وسوف نحاول إلقاء الضوء على هذه الفكرة وتوضيحها من خلال المبحثين الآتيين :

المبحث الأول : تعريف اتفاق الإطار وصوره .

المبحث الثاني : إبرام اتفاق الإطار .

المبحث الأول

تعريف اتفاق الإطار وصوره

اختلفت آراء الفقهاء حول تحديد المقصود باتفاق الإطار ، ويرجع السبب في ذلك إلى حداثة هذه الفكرة التي دعت إليها الطبيعة الخاصة للعلاقات التجارية والصناعية ، علاوة على تنوع صورها ، وتعدد تطبيقاتها في الواقع العملي .

ويمكن تعريف اتفاق الإطار بدقة من خلال تحديد الأغراض التي يسعى إليها الطرفان ، ووسائل تحقيقها ، لاسيما عقود التطبيق التي سيتم إبرامها فيما بعد . على سبيل المثال البروتوكول الاتفاقي المبرم في مجال الاستثمار الصناعي بغرض إنشاء وتجهيز مصنع لإنتاج السماد في بلد معين ، محدد الكميّات التي سيتم إنتاجها ، وعقود الشركات *contrats de société* التي سيتم إبرامها ، وتسليم مفتاح المصنع في اليد ، وعقود الإدارة المعدة لتحقيق هذه الأغراض . فهذه العقود جميعها تشكل وحدة لا تتجزأ ، بحيث يراعى في تنفيذ كل عقد منها الغرض المحدد إجمالاً في اتفاق الإطار^(١) .

(١) راجع :

Ghestin (J.) : *Traité de droit civil , La formation du contrat* , ٣e éd. , L.G.D.J. , Paris , ١٩٩٣ , n° ٨٦ .

وفي ضوء ذلك نقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي :

المطلب الأول : تعريف اتفاق الإطار .

المطلب الثاني : صور اتفاق الإطار .

المطلب الأول

تعريف اتفاق الإطار

ما هو المقصود إذن باتفاق الإطار على وجه التحديد ؟ . وما هو العقد الذى يمكن اعتباره اتفاق إطار وما لا يعتبر كذلك ؟ .

مما لا شك فيه أن الإجابة على هذين السؤالين فى غاية الأهمية ، نظرا لما يترتب عليها من آثار ، وخاصة فيما يتعلق بضرورة وجود ثمن محدد أو قابل للتحديد فى عقد البيع ، وفقا للمادة ١٥٩١ من القانون المدنى الفرنسى .

والواقع أن اتفاق الإطار يتميز بأنه عقد ذو أغراض محددة على سبيل الإجمال ، غير أنه بالنظر إلى شروط هذا العقد نجد أن عناصره الجوهرية - وخاصة المحل والتمن - تكون غير محددة بل وغير قابلة للتحديد . ويرجع السبب فى عدم التحديد - أو بعبارة أخرى أكثر دقة فى إرجاء هذا التحديد إلى لحظة إبرام العقود التطبيقية - إلى أن الطرفين يقبلان الدخول فى عمليات متعددة وصفقات متنوعة لفترة طويلة ، وبالتالي فإنه لا يمكن وقت إبرام اتفاق الإطار تحديد العناصر الجوهرية لهذه العلاقة دون التعرض للمخاطر الجسيمة لعدم التوقع ، والتي نعلم أن القانون الوضعى الفرنسى - علاوة على القضاء المستقر لمحكمة النقض الفرنسية - لم يسلم فى حالة وجودها بأن من شأنها السماح بمراجعة أو إعادة النظر فى العناصر الجوهرية للعقد - وخاصة الثمن - الذى أبرم بشكل نهائى ^(١) .

ويمكن تعريف اتفاق الإطار بأنه عبارة عن اتفاق أولى يحدد فيه الطرفان القواعد الأساسية والشروط الجوهرية التى تخضع لها اتفاقات التعامل بينهما مستقبلا ، بحيث يلتزم الطرفان باحترام هذه القواعد عند إبرام عقود التطبيق أو التنفيذ اللاحقة ، مع ترك مسألة تقدير الثمن لكى يتم تحديدها فيما بعد من خلال العقود اللاحقة ^(١) .

^(١) راجع :

CREDA : Le contrat-cadre , sous la direction de Sayag (A.) , t. ١ ,
Exploration comparative , Litec , ١٩٩٤ , n° ١٠٩ , p. ٧٧.

^(١) راجع :

Cornu (G.) : Vocabulaire juridique , P. U. F. , ١٩٨٧ , p. ٢١٧ .

فبدلاً من أن يدخل الطرفان في كل مرة في مناقشات حول تفاصيل العقد الذي يرغبان في إبرامه ، فإنهما يحددان في اتفاق الإطار الشروط الأساسية التي تخضع لها عقود التطبيق اللاحقة^(٢) . فالطرفان عندما يقدمان على إبرام عقد منفصل *contrat isolé* يغفلان في معظم الأحيان تحديد طرق تنفيذه ويصبان كل

اهتمامهما على صحة هذا العقد ، وعلى العكس من ذلك فإن إبرام عدة عقود متماثلة يدفع الطرفين إلى الاهتمام بجميع الشروط حتى ولو كانت ثانوية أو فرعية^(٣) .

وانطلاقاً من التعريف السابق سوف نحاول تحديد فكرة اتفاق الإطار وتوضيح جوانبها النظرية والعملية . فعلى الرغم من أن اتفاق الإطار يتميز عن عقود التطبيق اللاحقة ويظل مستقلاً عنها نظراً لأنه يقوم بدور تمهيدى أو تحضيرى بالنسبة لهذه العقود^(١) ، إلا أنه توجد بينهما في الواقع علاقات واضحة . فالهدف الاقتصادي لاتفاق الإطار – نظراً لعدم تحديد العناصر الجوهرية للعلاقة بين الطرفين – لا يمكن أن يتحقق دون انضمام عقود التطبيق ، حيث يستلزم اتفاق الإطار إبرام هذه العقود التطبيقية بالفعل ، وهو ما جعل البعض يرى أن اتفاق الإطار وعقوده التطبيقية تشكل جميعها مجموعة عقدية واحدة يجمعها هدف اقتصادي واحد^(٢) . ومن ناحية أخرى يستخدم اتفاق الإطار أيضاً كأداة لتفسير عقود التطبيق اللاحقة . ويترتب على هذه الملاحظة ضرورة تحليل العلاقة بين عقود التطبيق واتفاق الإطار بشكل جيد مع بيان طبيعتها ، لأن هذا التحليل سوف يساعدنا كثيراً في توضيح فكرة اتفاق الإطار .

(٢) راجع د. عبد العزيز المرسى حمود : الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدى ، دراسة مقارنة ، بدون ناشر ، ٢٠٠٥ ، ص ٣٨ – ٣٩ .
(٣) راجع :

Mousseron (J.-M.) : *Technique contractuelle* , éd. Juridiques Lefebvre , Paris , ١٩٨٨ , n° ١٩٣ , p. ١٦٢ .

(١) قضت محكمة النقض الفرنسية بأن اتفاق إطار التوريد لا يعنى التزام الطرفين بالبيع ودفع الثمن فوراً ، ولكنه يمهد أو يحضر لذلك فقط . راجع :

Cass. com. , ١٥ oct. ١٩٦٨ , D. ١٩٦٩ , p. ١١٥ .

(٢) أنظر على سبيل المثال :

Schmidt (J.) : *Négociation et conclusion de contrats* , Dalloz , Paris , ١٩٨٢ , n° ٤٣٣ , p. ٢٣١ .

د. محمد إبراهيم دسوقي : الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود ، بدون ناشر ، ١٩٩٥ ، ص ١٠٨ – ١١٠ .

المطلب الثاني

صور اتفاق الإطار

رأينا من قبل أن فكرة اتفاق الإطار هي فكرة حديثة دعت إليها طبيعة العلاقات بين المشروعات الصناعية والتجارية في عصرنا الحالي بما تتطلبه من سرعة وما تقتضيه من مرونة .

وتتعدد الصور التي يتخذها اتفاق الإطار في الواقع العملي . فهناك اتفاق إطار ملزم لجانب واحد فقط ، واتفاق إطار ملزم للجانبين . وهناك أيضا اتفاق إطار فردي واتفاق إطار جماعي .

أولا - اتفاق الإطار الملزم لجانب واحد :

يرتب اتفاق الإطار الملزم لجانب واحد التزاما على عاتق أحد الطرفين بإبرام عقود تطبيقية في المستقبل . ومن الأمثلة الواضحة لهذا الاتفاق عقد التوزيع المعتمد . وفي هذا العقد يحتفظ كلا من المنتج والموزع بحريته في الإتجار داخل دائرة نشاط الموزع ، ولكن قد يرغب المنتج (أو المورد) - لاعتبارات خاصة بالتسويق - في أن يكون الموزع الذي تعاقد معه هو الموزع المفضل Le distributeur préférentiel أو المعتمد Le distributeur agréé لديه (١) .

ويعد عقد التوزيع المعتمد بمثابة اتفاق إطار ينظم العلاقة بين المنتج (أو المورد) والموزع ، حيث يلتزم المنتج - بموجب هذا الاتفاق - بتزويد الموزع بما يريد شرائه من منتجات وفقا للشروط المحددة في اتفاق الإطار ، بينما لا يلتزم الموزع المعتمد بالتعاقد مع المنتج ويظل محتفظا بحريته في بيع أية منتجات أخرى مماثلة (٢) .

ثانيا - اتفاق الإطار الملزم للجانبين :

وبموجب هذا الاتفاق يلتزم كل طرف في اتفاق الإطار بإبرام عقود تطبيقية مستقبلا مع الطرف الآخر . فهو اتفاق يرتب التزامات متبادلة على عاتق الطرفين ، وهناك مثال واضح له في قطاع توزيع السلع والخدمات وهو عقد الامتياز التجاري .

وعقد الامتياز التجاري Contrat de concession commerciale هو عبارة عن اتفاق يبرم بين طرفين : الأول هو المنتج (أو مانح الامتياز Le concédant) ، والثاني هو الموزع (أو متلقى الامتياز Le concessionnaire) . وبموجب هذا الاتفاق يلتزم المنتج بعدم بيع المنتجات محل الاتفاق إلا للموزع الذي تعاقد معه ، كما يلتزم هذا الموزع من ناحيته بالامتناع عن توزيع منتجات أخرى مماثلة لمنتج آخر (١) ، وذلك كله في نطاق إقليمي أو جغرافي محدد ومتفق عليه بين الطرفين .

(١) راجع د. صفوت ناجي بهنساوي : المرجع السابق ، فقرة ٥٣ ، ص ٥٩ - ٦٠ .

(٢) راجع د. محمد حسين عبد العال : إبرام العقد تطبيقيا لعقد آخر في ظل فكرة اتفاق الإطار ، مجلة الحقوق - جامعة البحرين ، المجلد الثالث - العدد الأول ، يناير ٢٠٠٦ ، فقرة ٢٠ ، ص ٢٣ .

(٣) راجع د. محمد حسين عبد العال : المقال السابق ، فقرة ١٢ ، ص ١٨ .

ويترتب على هذا الاتفاق أن يصبح المنتج هو المورد الوحيد أو القصرى Le fournisseur exclusif للموزع ، كما يصبح هذا الأخير بدوره الموزع الوحيد أو القصرى Le distributeur exclusif لهذه المنتجات . ويعرف هذا الاتفاق بشرط القصر المتبادل^(٢) .

ويبدو واضحا مما تقدم أن طرفى هذا العقد (وهما المنتج والموزع) يعتمد كل منهما على الآخر فى نشاطه ، فيتفقان على وضع أسس تنظم العلاقة بينهما مستقبلا لفترة زمنية ليست بالقصيرة . ولهذا السبب فإنه لا يمكن تكبيف عقد الامتياز التجارى على أنه عقد بيع يقوم فيه المنتج بدور البائع والموزع بدور المشتري ، حيث لا يترتب على إبرامه أى نقل للملكية من المنتج إلى الموزع . فالعقد يستغرق فترة زمنية طويلة قد تتخللها صعوبات عملية فى التسويق والتوزيع تجعل من الصعب على الطرفين أن يحددا مسبقا كمية المنتجات التى سيتم تداولها بين الطرفين . كما أن الموزع لا يقدم على الشراء بغرض الاحتفاظ بالمنتجات محل العقد ، ولكنه يشتري بغرض إعادة البيع مرة أخرى ملتزما فى ذلك بالشروط المتفق عليها فى عقد البيع الذى أبرمه مع المنتج كشرط تحديد ثمن إعادة البيع^(١) .

وعلى ذلك يمكن القول بأن عقد الامتياز التجارى يعد بمثابة اتفاق إطار بالمعنى الفنى الدقيق لهذه الكلمة ، حيث يقتصر دوره على رسم وتحديد الخطوط الرئيسية للعلاقة بين الطرفين (المنتج والموزع) ، معلنا عن سلسلة من البيوع (أى العقود التطبيقية) التى يتعين إبرامها بين الطرفين مستقبلا .

ثالثا - اتفاق الإطار الفردى :

أما بالنسبة لاتفاق الإطار الفردى فهو عبارة عن اتفاق بين شخص طبيعى أو معنوى وشخص آخر طبيعى أو معنوى^(١) ، كالاتفاق الذى تبرمه إحدى مؤسسات صناعة السيارات مع أحد منتجى المواد الخام التى تعتمد عليها فى هذه الصناعة ، والاتفاق الذى يربط هذه المؤسسة بالموزع الذى سيتولى مهمة توزيع هذه السيارات فى منطقة معينة . ومن هذه الأمثلة أيضا اتفاق الفرانشيز Franchise (عقد الترخيص التجارى) وهو عبارة عن اتفاق يمنح بموجبه المنتج ترخيصا لشخص آخر ، يرغب فى الحصول على المعرفة الفنية Know How ووسائل الخدمة ، واستخدامها فى إنتاج سلعة معينة ، تحت العلامة التجارية لماتح الإذن أو الترخيص ، نظير مقابل معين^(٢) . وهكذا يمكن القول بأن اتفاق الفرانشيز يعد بمثابة اتفاق إطار يلقى على عاتق الطرفين التزاما بإبرام عقود تطبيقية فى المستقبل^(٣) .

وينتشر اتفاق الإطار الفردى فى مجال العلاقات الاقتصادية الممتدة ، كالخدمات الفندقية والمطاعم وخدمات تأجير السيارات^(١) ، والتى يجرى خلالها إبرام العديد من العقود المتماثلة . فبدلا من دخول

(٢) راجع د. صفوت ناجى بهنساوى : المرجع السابق ، فقرة ٣١ ، ص ٣٩ .

(١) راجع د. صفوت ناجى بهنساوى : المرجع السابق ، فقرة ٣٤ ، ص ٤١ .

(١) راجع د. مصطفى محمد الجمال : السعى إلى التعاقد فى القانون المقارن ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٢ ، فقرة ١٩٣ ، ص ٢٨٨ .

(٢) لمزيد من التفاصيل عن اتفاق الفرانشيز راجع د. سميحة القليوبى : الوسيط فى شرح قانون التجارة المصرى ، الجزء الثانى (١) ، الطبعة الرابعة ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٥ ، فقرة ١٣٦ ، ص ١٦٨ - ١٦٩ .

(٣) راجع :

= د. محمد حسين عبد العال : المقال السابق ، فقرة ١٦ ، ص ٢٢ .

دعاء طارق بكر البشتاوى : عقد الفرانشايز وآثاره ، بدون ناشر ، ٢٠٠٨ ، ص ٩ وما بعدها .

(١) راجع د. سميحة القليوبى : المرجع السابق ، فقرة ١٣٦ ، ص ١٧٠ .

الطرفين في مفاوضات متكررة عندما يرغبان في إبرام عقد من هذه العقود المتشابهة ، فإنهما يلجآن إلى إبرام اتفاق إطار ينظم علاقتهما المستقبلية اختصارا للوقت والجهد والنفقات .

رابعا - اتفاق الإطار الجماعي :

اتفاق الإطار الجماعي هو عبارة عن اتفاق يبرمه مجموعة من الأفراد بصفتهم الجماعية مع فرد آخر أو مجموعة أخرى من الأفراد بصفتهم الجماعية أيضا ، على أن ينصرف أثر هذا الاتفاق ليس إلى من اشتركوا في إبرامه فقط ، وإنما إلى جميع أفراد هذه المجموعة ^(٢) . فهو اتفاق ينظم بشكل دائم مصالح مشتركة لجماعة معينة ليست ممثلة تمثيلا كاملا في أشخاص من أبرموه ، بل إن أفراد هذه الجماعة قد يعترضون عليه ، ورغم ذلك ينفذ في حقهم بغض النظر عن توقيعهم عليه ^(١) . والمثال الواضح لذلك هو اتفاقات العمل الجماعية التي تنظم شروط العمل وظروفه (كالحد الأدنى للأجور ، وساعات العمل ، وقواعد منح الأجازات ، ومكافأة نهاية الخدمة) ^(٢) ، والتي تبرم بين ممثلي نقابة معينة من نقابات العمال وبين صاحب العمل أو منظمة من منظمات أصحاب الأعمال ، وهي اتفاقات من شأنها تحقيق نوع من التوازن في القوة بين طرفي علاقة العمل ، بدلا من ترك العامل وحيدا أثناء المفاوضات - كما هو الحال في عقد العمل الفردي - في مواجهة صاحب عمل يملك من القوة والنفوذ ما يمكنه من فرض إرادته وشروطه عليه . ومن أمثلة ذلك أيضا اتفاقات الاستهلاك الجماعية ، كالاتفاق الذي تبرمه جهة حكومية - مثلا - مع موزع معتمد للسيارات لبيع السيارات لأعضائها ، أو مع إحدى المستشفيات لعلاج أعضائها .

ويلتزم الأطراف - سواء في اتفاقات العمل الجماعية أو اتفاقات الاستهلاك الجماعية - باحترام أحكام هذه الاتفاقات عند إبرام عقود العمل أو البيع الفردية ^(١) . وإذا كانت عقود العمل أو الاستهلاك الفردية تؤدي إلى إنشاء علاقات عمل أو بيع أو غيرها ، إلا أن الاتفاقات الجماعية لا تنشئ مثل هذه العلاقات ، ولكنها تقتصر على وضع القواعد العامة التي تنظم العلاقات المترتبة على العقود الفردية التي يبرمها الأفراد تطبيقا لهذه الاتفاقات الجماعية .

ويبدو واضحا مما تقدم أن اتفاقات العمل الجماعية واتفاقات الاستهلاك الجماعية ما هي إلا اتفاقات إطار تبرم في ضوءها العديد من العقود الفردية التي تعد بمثابة عقود تطبيقية لهذه الاتفاقات ^(٢) .

(٢) راجع د. مصطفى محمد جمال : المرجع السابق ، فقرة ١٩٣ ، ص ٢٨٧ .

(١) راجع د. أحمد محمود سعد : مصادر الالتزام في القانونين المدنيين المصري واليمني (دراسة مقارنة) ، الكتاب الأول - العقد والإرادة المنفردة ، دار النهضة العربية ١٩٩٠ ، فقرة ٥٥ ، ص ١٤٥ - ١٤٦ .
(٢) راجع د. أحمد حسن البرعي : علاقات العمل الجماعية في القانون المصري المقارن ، دار الفكر العربي ١٩٧٦ ، ص ٦ وما بعدها .

(١) أنظر في هذا المعنى د. أيمن سعد : العقود النموذجية ، دار النهضة العربية ٢٠١٢ / ٢٠١٣ ، ص ٤١ .
(٢) وإن كان يلاحظ في هذا الصدد أن اتفاق العمل الجماعي لا يلزم الأطراف بإبرام عقود تطبيقية ، ولكنه يضع قواعد عامة فقط تظل بلا تطبيق حتى يتم إبرام عقود عمل فردية .
راجع د. محمد حسين عبد العال : المقال السابق ، فقرة ٣٤ ، ص ٣٣ .

المبحث الثاني

إبرام اتفاق الإطار

يخضع اتفاق الإطار في انعقاده وصحته للقواعد العامة في إبرام العقود . وترتيباً على ذلك ينعقد هذا الاتفاق بشكل صحيح متى توافرت الأركان التي حددها القانون وهي : التراضي والمحل والسبب ، مثله في ذلك مثل أى عقد آخر ، وإن كان يلاحظ في هذا الصدد ما يتمتع به اتفاق الإطار من خصوصية معينة في بعض الأمور كطبيعة التراضي ، وتحديد أطراف الاتفاق ، وتحديد المحل الذى يرد عليه .

وفى ضوء ما سبق نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب على النحو التالي :

المطلب الأول : التراضي فى اتفاق الإطار .

المطلب الثانى : محل اتفاق الإطار .

المطلب الثالث : السبب فى اتفاق الإطار .

المطلب الأول

التراضي فى اتفاق الإطار

اتفاق الإطار هو عقد رضائى ^(١) ينعقد بتبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين . ويجب أن تتوافر فى طرفيه أهلية التصرف ، وأن يكون رضاها متبصراً وخالياً من العيوب التى قد تؤثر عليه .

ويلاحظ فى هذا الصدد أن طرفى اتفاق الإطار يختلفان تبعاً للمجال الذى يبرم فيه . فقد يجرى هذا الاتفاق بين المنتج والموزع فى مجال التوزيع ، أو بين المنتج والمعلن فى مجال الإعلان عن السلع والخدمات ، أو بين المؤلف والناشر فى مجال نشر الأعمال والمصنفات ، أو بين البنك والعملاء فى مجال الخدمات المصرفية ^(٢) .

وينفرد اتفاق الإطار بأمرين يعبران عن ذاتيته الخاصة وما يتمتع به من خصوصية فى هذا الصدد وهما :

أولاً : أن اتفاق الإطار يعد بمثابة أداة لتوحيد نمط العقود التطبيقية التى سيجرى إبرامها بين الطرفين مستقبلاً ، أى إخضاع معاملتهما المستقبلية لقواعد واحدة . ولهذا السبب فإن اتفاق الإطار يسمو على العقود

(١) وإذا كان الواقع العملى يجرى على كتابة اتفاق الإطار فإن هذا لا يعنى تحول هذا الاتفاق إلى عقد شكلى ، حيث إن الكتابة هنا مجرد أداة لإثبات الاتفاق وليست شرطاً لانعقاده .

(٢) راجع د. محمد حسين عبد العال : المقال السابق ، فقرة ٩١ ، ص ٨١ .

التطبيقية^(١) . فهذا الاتفاق يحتل مكانة رفيعة في ترتيب القواعد القانونية " La convention-cadre " *occupe un rang élevé dans la hiérarchie des normes juridiques*^(٢) وذلك بفضل تعدده وتنوعه وما يتضمنه من شروط ترسم الحدود العامة للعلاقة المستقبلية بين الطرفين ، مما يضيف عليه ذاتية خاصة تضعه في مكانة متميزة فوق جميع العقود التطبيقية التي يتم إبرامها تنفيذاً له .

وثانياً : لا بد أن يتضمن اتفاق الإطار القواعد والشروط التي تحدد طبيعة العقود المزمع إبرامها بين الطرفين مستقبلاً ، وكيفية إبرام هذه العقود ، ومواعيدها ، وطرق تنفيذها ، والمسئولية الناشئة عن الإخلال بها... إلخ^(١) . وعلى الطرفين عند الإقدام على إبرام العقود التطبيقية احترام تلك القواعد والشروط وعدم الخروج عليها .

وعلى ذلك يمكن القول بأن اتفاق الإطار يقيم نوعاً من التنظيم الإطاري أو النموذجي لعلاقة مستمرة ذات تطبيقات متعددة ومتلاحقة ، بحيث يكون هناك دائماً مستويان من العلاقات بين الطرفين : مستوى أعلى يتمثل في اتفاق الإطار ، ومستوى أدنى يتمثل في العقود التطبيقية . والفارق بينهما هو أن اتفاق الإطار لا يرد بشكل مباشر على سلع أو خدمات ولكنه يرد على قواعد وشروط التعامل ، وذلك على عكس العقود التطبيقية التي ترد بشكل مباشر على السلع والخدمات^(٢) .

ونظراً لاستقلال العقود التطبيقية عن اتفاق الإطار ، فإن إبرام أي عقد منها يتطلب رضاً جديداً ومنفصلاً عن الرضاء الذي يلزم توافره لانعقاد اتفاق الإطار^(١) . فهناك إذن نوعان من التراضى في هذا الصدد : الأول هو تراضى الطرفين عند إبرام اتفاق الإطار ، والثاني هو تراضى الطرفين عند إبرام كل عقد تطبيقي على حدة^(٢) . ولا يعنى هذا الاستقلال عدم وجود علاقة بين اتفاق الإطار والعقود التطبيقية ، حيث تخضع هذه الأخيرة عند إبرامها لأحكام اتفاق الإطار ، وبدون ذلك لا يمكن اعتبارها عقوداً تطبيقية بحال من الأحوال^(٣) .

(١) راجع د. أمال كامل عبد الله : النظام القانوني لعقود مبادلة الأصول المالية المنقولة ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، ٢٠٠٤ ، فقرة ٣١ ، ص ٨١ - ٨٢ .
(٢) راجع :

Pollaud-Dulian (F.) et Ronzano (A.) : Le contrat-cadre , par delà les paradoxes , RTD com. , ١٩٩٦ , n° ٣٨ - ٣٩ , p. ٢٠١ .

(١) راجع :

Schmidt (J.) : Le prix du contrat de fourniture , D. ١٩٨٥ , chron. p. ٢٣٠ .

(٢) راجع د. مصطفى محمد الجمال : المرجع السابق ، فقرة ١٨٩ ، ص ٢٨١ - ٢٨٢ .
(١) راجع د. يونس صلاح الدين على : العقود التمهيدية ، دراسة تحليلية مقارنة ، دار الكتب القانونية - دار شتات للنشر والبرمجيات ، ٢٠١٠ ، ص ٢٠٦ .
(٢) راجع :

Géninet (M.) : Théorie générale des avant-contrats en droit privé , thèse , Paris II , ١٩٨٥ , n° ٤١٧ , p. ٣٦٣ .

(٣) راجع د. محمد حسين عبد العال : المقال السابق ، فقرة ٩٣ ، ص ٨٢ .

المطلب الثاني

محل اتفاق الإطار

رأينا فيما سبق أن اتفاق الإطار ليس هدفا في حد ذاته ، حيث إن الغرض من إبرامه هو تنظيم إبرام العقود التطبيقية بين الطرفين مستقبلا ، بشكل يلبي حاجة المشروعات الصناعية والتجارية في عصرنا الحالى إلى عوامل السرعة والبساطة فى إتمام معاملاتها .

ولهذا السبب فإن اتفاق الإطار يتضمن عادة مجموعة من القواعد الأساسية والشروط التى يتعين على الطرفين الالتزام بها عند إبرام وتنفيذ عقودهم التطبيقية .

وترتبا على ما تقدم يمكن القول بأن الالتزام الرئيسى الذى يترتب على اتفاق الإطار - والذى يعتبر محلا لهذا العقد - هو الالتزام باحترام القواعد والشروط التى يتضمنها عند إبرام وتنفيذ عقود التطبيق بين الطرفين مستقبلا^(١) .

وهكذا فإن تحديد محل اتفاق الإطار يستلزم بالضرورة تحديد العقود التى سيتم إبرامها تطبيقا له . ويجب أن تتوافر فى هذه العقود الشروط التى تتطلبها القواعد العامة فى محل الالتزام وهى أن يكون ممكنا ، وأن يكون معينا أو قابلا للتعيين ، وأن يكون مشروعا .

فالطرفان يلجآن إلى اتفاق الإطار لتسهيل إبرام العقود بينهما مستقبلا ، وتوفير السرعة التى تتطلبها طبيعة العلاقات بين المشروعات الصناعية والتجارية فى العصر الحديث . ولاشك أن هذه الأمور تفترض أن يكون إبرام العقود التطبيقية فى المستقبل ممكنا وغير مستحيل وإلا كان اتفاق الإطار باطلا^(٢) .

كما يجب أن تكون العقود التطبيقية التى تنصرف إليها أحكام اتفاق الإطار معينة أو قابلة للتعيين سواء من حيث النوع أو الكم .

فمن حيث النوع غالبا ما يتضمن اتفاق الإطار تحديدا لماهية العقود التطبيقية وبيانا لطبيعتها بطريقة يسهل معها الوقوف على حقيقة هذه العقود ، وهل هى عقود بيع مثلا أو إيجار أو نقل أو تأمين أو غيره^(٣) .

(١) راجع د. رجب كريم عبد اللاه : التفاوض على العقد ، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٠ ، فقرة ٤٨٧ ، ص ٤٨٤ .

وهناك اتجاه فى الفقه يرى أن محل اتفاق الإطار هو إبرام العقود التطبيقية بين الطرفين مستقبلا . أنظر على سبيل المثال :

Teyssié (B.) : Les groupes de contrats , thèse , L.G.D.J. , ١٩٧٥ , n° ٢٧٠ .

وذلك على أساس أن اتفاق الإطار يرد على العقود التطبيقية ولا يرد بشكل مباشر على السلع أو البضائع Le contrat-cadre ne porte pas immédiatement sur des marchandises = العقود . راجع :

Pollaud-Dulian et Ronzano : المقال السابق ، ص ١٨٠ .

د. مصطفى محمد الجمال : المرجع السابق ، فقرة ١٩٦ ، ص ٢٩٢ - ٢٩٣ .

(٢) تنص المادة ١٣٢ من القانون المدنى المصرى على أنه " إذا كان محل الالتزام مستحيلا فى ذاته كان العقد باطلا " .

(٣) راجع Schmidt : التفاوض وإبرام العقود ، مرجع سابق ، فقرة ٤٤٦ ، ص ٢٣٦ .

(١) . أما إذا لم يوضح الاتفاق ذلك ، فإنه يمكن للقاضي تحديد هذه العقود بموجب سلطته في التكييف ، في ضوء الشروط العامة لاتفاق الإطار ، وذلك بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدین (٢) .

ومن حيث الكم فإن الأمر يتطلب كذلك أن تكون العقود التطبيقية معينة أو قابلة للتعين من حيث مقدار أو عدد هذه العقود المزمع إبرامها بين الطرفين . غير أنه يلاحظ في هذا الصدد أن اتفاقات الإطار المختلفة لا تعرض عادة لهذا الأمر على وجه التحديد ، لأن المرجح في إبرام هذه العقود التطبيقية هو متطلبات النشاط الاقتصادي لأحد الطرفين ، وهذا النشاط بطبيعته يتأثر بعوامل كثيرة (٣) تجعل من الصعوبة في كثير من الأحوال تحديد مقدار أو عدد العقود التطبيقية التي سيتم إبرامها مسبقاً في اتفاق الإطار . وإذا كان تحديد مقدار أو عدد عقود التطبيق في اتفاق الإطار أمراً نادراً ، إلا أن هذا المقدار يجب أن يكون قابلاً للتعين ، وهو يكون كذلك إذا اشتمل اتفاق الإطار على الأسس اللازمة لهذا التعين ، كأن يذكر فيه مثلاً أن " الشروط الواردة فيه يجب مراعاتها في العقود التي سيتم إبرامها لاحقاً بحسب حاجة أحد الطرفين أو في حدود حصة معينة " (١) .

كما يجب أخيراً أن تكون العقود التطبيقية مشروعة . فإذا لم تكن كذلك ، بأن كانت هذه العقود مخالفة للنظام العام أو الآداب - كعقود الإتجار في المواد المخدرة - كان اتفاق الإطار باطلاً (٢) .

ويبدو واضحاً مما تقدم أن محل اتفاق الإطار يختلف عن محل العقود التطبيقية ، غير أن تحقق المحل الخاص بالعقود التطبيقية يسهم مع ذلك في تحقيق الهدف العام لاتفاق الإطار .

فاتفاق الإطار لا يمكن أن يحدد جميع المسائل الجوهرية لعقود التطبيق التي تظل تحت الإبرام ، وإلا فإن استقلال هذه الأخيرة ووصفها بأنها عقود تطبيقية يكون محل شك ، والتصور الوحيد المقبول في هذه الحالة هو اعتبارها من العقود ذات التنفيذ المتتابع *contrats à exécution successive* (١) .

غير أن اتفاق الإطار يتضمن قواعد تفصيلية عن كيفية إبرام وتنفيذ العقود التطبيقية ، وهي قواعد تنطبق على كافة البيوع المستقبلية ، وتعطى لاتفاق الإطار بعداً مختلفاً تماماً عن أي عقد بيع آخر . فاتفاق الإطار يقوم بعملية توحيد لنمط العقود التطبيقية ، ويسهم بالتالي في تعزيز محل المجموعة العقدية . ومما لا شك فيه أن ضبط وتبسيط البيوع على هذا النحو ، واشتراط حسن تنفيذها ، يؤدي إلى دعم علاقات الأعمال بين

(٢) راجع د. مصطفى محمد الجمال : المرجع السابق ، نفس الموضع .

(٣) راجع د. محمد حسين عبد العال : المقال السابق ، فقرة ١٠٥ ، ص ٩٢ .

(١) راجع د. رجب كريم عبد اللاه : المرجع السابق ، فقرة ٤٨٧ ، ص ٤٨٥ .

وفي هذا الصدد تنص المادة ١٣٣ / ٢ على أنه " ويكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره ... " .

(٢) تنص المادة ١٣٥ من القانون المدني المصري على أنه " إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً " .

(١) لمزيد من التفاصيل عن العقود ذات التنفيذ المتتابع راجع د. عبد المنعم فرج الصده : مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٢ ، فقرة ٥٩ ، ص ٨٠ .

غير أن هذه العقود وإن كانت تضمن ثبات العلاقات بين الطرفين واستقرارها طوال المدة المحددة للعقد ، إلا أنها تفتقر إلى المرونة اللازمة التي تمكنها من التلاؤم مع الظروف المتغيرة ، لأنه يتم تحديد الالتزامات الناشئة عنها دفعة واحدة .

راجع د. محمد حسين عبد العال : إبرام العقد تطبيقاً لعقد آخر ، مقال سابق ، فقرة ٢ ، ص ١٠ .

المشروعات الصناعية والتجارية . فوجود هذه العلاقة القانونية بين اتفاق الإطار والعقود التطبيقية يشير إلى وحدة تلك المجموعة العقدية .

ويظهر هذا التحليل بوضوح العلاقة التي توجد بين اتفاق الإطار والعقود التطبيقية والتي لا يمكن قبولها أو التسليم بها إذا اقتصر الأمر بين الطرفين على إبرام عدة صفقات أو تعاقدات تقليدية مستقلة . فالعلاقة التي توجد بين الديون الناشئة عن هذه العقود التطبيقية تؤكد وحدة تلك العقود والتي تمثل المحل الذي يتوخاه اتفاق الإطار . وهكذا رغم استقلال هذه العقود من الناحية القانونية ، إلا أن هناك ارتباط في الالتزامات الناشئة عنها .

ومما سبق يمكننا فهم المفارقة الواضحة في البناء القانوني لاتفاق الإطار . فهو اتفاق ملزم للطرفين ، ومع ذلك يترك لهما في نفس الوقت مساحة من الحرية ، ليضفي بذلك قدرا كبيرا من المرونة على العلاقة بينهما . فاتفاق الإطار في الواقع لا يتضمن - من حيث المبدأ - الالتزام بإبرام عقود تطبيقية مادام موضوع الالتزامات والأداءات التي ينبغي تحقيقها في كل عقد تطبيقي (على سبيل المثال تحديد ذاتية ومقدار الشيء الذي ستنقل ملكيته) لم يتم تحديده بعد ، في حين أن الطرفين يلتزمان بمقتضى هذا الاتفاق بالدخول في علاقات مستمرة لا يمكن أن تتحقق إلا بإبرام هذه العقود بالفعل . وبعبارة أخرى رغم أن اتفاق الإطار لا يتضمن عادة وعا بالتعاقد ، إلا أن عدم إبرام عقود التطبيق يعنى - من الناحية العملية - عدم تنفيذ أو انعدام أثر اتفاق الإطار ، مادام محل هذا الاتفاق لم يتحقق بعد ^(١) .

وعلى العكس من ذلك فإن اختفاء اتفاق الإطار يؤثر - من حيث المبدأ - على العقود التطبيقية ، لأنه على الرغم من كونها عقودا حقيقية مستقلة تتطلب رضا حقيقيا ولها محلها الخاص بها ، إلا أنها تابعة قانونا لاتفاق الإطار . فهذا الأخير هو من ناحية أولى مصدر هذه العقود التطبيقية ، كما أنه يشتمل من ناحية أخرى على شروط وقواعد واجبة التطبيق على العقود التطبيقية . ويبدو هنا بوضوح تدرج وتكامل العقود التي تشكل هذه المجموعة العقدية ، تحقيقا للهدف النهائي الذي يسعى الطرفان إلى تحقيقه . ولاشك أن هذه المفارقة يمكن أن تختفي لو تأملنا جيدا في البناء القانوني لاتفاق الإطار ، والطبيعة القانونية الخاصة التي تميزه عن غيره من الاتفاقات .

ويبدو واضحا مما تقدم أن كل عقد من العقود التطبيقية يكون له محله الخاص به الذي يتناسب مع طبيعته . والسبب في ذلك هو أن هذا العقد يستقل في وجوده عن اتفاق الإطار ويخضع في انعقاده للقواعد العامة .

ولا يعنى استقلال العقود التطبيقية عن اتفاق الإطار عدم خضوع هذه العقود لاتفاق الإطار . فالعقد التطبيقي لا يكفي بمفرده - دون اتفاق الإطار - لضمان استمرار العلاقات بين الطرفين وتدقيقها لتحقيق الغرض النهائي الذي يريدان تحقيقه وهو تطوير النشاط الاقتصادي أو الصناعي أو التجارى لهما معا .

(١) ويعبر الفقيهان Pollaud-Dulian et Ronzano عن هذا الوضع بقولهما " إن الإطار يظل فارغا le cadre reste vide في هذه الحالة " .

المجلة الفصلية للقانون المدني ، مرجع سابق ، فقرة ٤٧ ، ص ٢٠٩ .

وبعبارة أخرى أكثر وضوحاً لا يمكن بأى حال من الأحوال تسمية ما يبرمه الطرفان من عقود متنوعة بأنها عقود تطبيقية في ظل عدم وجود اتفاق إطار مبرم بينهما سلفاً^(١)، ليربط هذه العقود ببعضها البعض، ويرسم الحدود العامة لعلاقتها المستقبلية.

ومن الجدير بالذكر في هذا الصدد أن اتفاق الإطار قد يشتمل أحياناً - علاوة على الالتزام الرئيسي السابق الإشارة إليه - على التزام بإبرام العقود التطبيقية خلال مدة معينة إذا أظهر الموعود له رغبته في التعاقد خلال هذه المدة. ففي هذه الحالة يمكن القول بأن اتفاق الإطار يتضمن وعداً بالتعاقد - من جانب واحد أو من الجانبين حسب الأحوال - مما يتعين معه تعيين جميع المسائل الجوهرية للعقود التطبيقية المراد إبرامها بما في ذلك الثمن.

غير أن الصعوبة الحقيقية تبدو في الحالة التي يخلو فيها اتفاق الإطار من أحد المسائل الجوهرية كالثمن مثلاً. ففي هذه الحالة يبطل الوعد بالتعاقد ويبطل بناء عليه اتفاق الإطار ذاته، متى كان الالتزام بالتعاقد منصوصاً عليه في اتفاق الإطار، وكان هو الدافع الذي جعل الدائن يقبل على إبرامه^(٢). غير أن هذا البطلان من شأنه أن يؤدي إلى نتائج سلبية تؤثر على اتفاق الإطار ذاته وعلى الدور المنوط به في تنظيم وتطوير النشاط الاقتصادي للمشروعات الاقتصادية والصناعية والتجارية، وهو الأمر الذي انعكس على الفقه والقضاء في فرنسا، حيث أثارت مشكلة تحديد الثمن في اتفاق الإطار جدلاً واسعاً، نظراً للخصوصية الشديدة التي يتمتع بها اتفاق الإطار في هذا الصدد، والتي تميزه عن باقي العقود والاتفاقات الأخرى.

مشكلة تحديد الثمن في اتفاق الإطار :

تثور المشكلة الخاصة بتحديد الثمن في اتفاق الإطار في عقود التوريد والتوزيع الحصري التي يلتزم فيها المنتج بتزويد المتعاقد الآخر بسلعة معينة، أو يلتزم فيها هذا الأخير بقصر نشاطه على هذه السلعة وحدها، أو يلتزم فيها الطرفان معا بهذا الالتزام. ففي قطاع التوزيع ظهرت الصعوبات القانونية لاستخدام فكرة اتفاق الإطار، حيث ارتبطت مشكلة تحديد الثمن بمظاهر التبعية في عقد البيرة، وعقد ضخ البنزين في محطات التوزيع، من خلال الالتزامات المتعددة بالتزود والشروط الجزائية المرتبطة بها.

فإذا كان العقد التطبيقي هو عبارة عن عقد بيع لزم أن يتراضى الطرفان على الثمن في هذه الحالة. ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هنا هو: هل من الضروري أن يتم تحديد هذا الثمن مقدماً في اتفاق الإطار وإلا كان باطلاً؟^(٣).

من الثابت - وفقاً لنظرية سلطان الإرادة - أن توافق الإرادتين على المسائل الجوهرية للاتفاق هو أمر ضروري وكاف في الوقت نفسه لإنشاء العقد. ويستنتج من ذلك بطبيعة الحال أنه لا يتصور ترك أحد العناصر الجوهرية - وهو الثمن - معلقاً en suspens أو أن ينفرد أحد الطرفين بتحديدده.

غير أن هذا المفهوم الصارم للمحل يؤدي إلى حصر البيع نهائياً في شكله التقليدي البسيط، وهو أمر لم يعد يناسب العلاقات التجارية في عصرنا الحديث، والتي أصبحت بدورها علاقات ممتدة تستغرق فترات زمنية ليست بالقصيرة، تجعلنا نرى خصوصية في محل اتفاق الإطار طالما أن عقد التوزيع لا يتضمن نقلاً للملكية، وهو ما يحول دون اعتباره مجرد بيع. فلا بد إذن من التسليم بأننا أمام اتفاق محله التزامات متنوعة تختلف بصفة جذرية عن البيوع التالية له.

(١) راجع د. محمد حسين عبد العال: المقال السابق، فقرة ١٠٦، ص ٩٣.

(٢) راجع د. مصطفى محمد الجمال: السعي إلى التعاقد، مرجع سابق، فقرة ١٩٦، ص ٢٩٤ - ٢٩٥.

(٣) راجع بصفة عامة في مسألة تحديد الثمن في العقد النموذجي والآثار المترتبة على عدم التحديد د. محمد عبد الظاهر حسين: تحديد الأثمان في العقود الأولية، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٨.

والمشكلة في هذه الحالة هي أن تنفيذ اتفاق الإطار في مجال التوزيع قد يستغرق فترات طويلة تصل إلى عدة سنوات ، مما يجعل من مسألة تعيين ثمن السلع التي سيتم توريدها أمرا بالغ الصعوبة ، فمن غير المنطقي تعيين ثمن هذه المنتجات مسبقا في حين أن توريدها لن يتم إلا بعد عدة سنوات^(١) ، حيث يتوقف تعيين الثمن على كثير من العوامل المستقبلية كتكلفة إنتاج السلعة وتقلبات الأسعار في الأسواق^(٢) ، ولهذا يكتفي الطرفان مثلا بالإحالة إلى قائمة أسعار المورد السارية وقت التوريد^(٣) . والذي يحدث في الواقع العملي هو أن هذه العقود تكون ملائمة لتجار التجزئة لعدة شهور أو سنوات ، ثم تصبح شيئا فشيئا غير مناسبة لهم مما يدفعهم بعد ذلك إلى محاولة الخروج من العلاقة العقدية ، ولا يكون أمامهم إلا وسيلتين في هذه الحالة : إما استخدام شرط الفسخ من جانب واحد المنصوص عليه في العقد ، غير أن المبلغ الذي يجب دفعه من أجل استخدام هذا الحق يكون مرتفعا غالبا ، وإما رفع دعوى أمام القضاء للمطالبة بإبطال العقد لعدم تحديد الثمن وفقا للمادة ١٥٩١ من القانون المدني الفرنسي .

وقد أثارت اتفاقات الإطار مشاكل بالغة في القضاء منذ عام ١٩٧١ - وهو العام الذي شهد باكورة الأحكام القضائية في هذا الصدد - وكان ذلك بمناسبة عدم تحديد الثمن في اتفاق الإطار ، وهو الأمر الذي رتب عليه القضاء بطلان الاتفاق بناء على طلب تجار التجزئة .

وقد أثرت هذه المشكلة بداية بخصوص عقد توريد الوقود ، حيث لم يكن هذا العقد يتضمن في معظم الأحوال تحديدا لثمن الوقود الذي سيتم توريده مستقبلا إلى محطة توزيع البنزين ، ولكنه كان يكتفي فقط بالإحالة إلى تعريف شركة البترول السارية وقت التوريد . ففي دعوى تتعلق بالعلامة التجارية في عقود ضخ البنزين لمحطات التوزيع ، أصدرت محكمة النقض الفرنسية أول حكم لها في هذا الموضوع في عام ١٩٧١ لصالح تجار التجزئة ، وصفت فيه اتفاقات إطار التوريد بأنها عقود بيع أو وعد بالبيع ملزم للجانبين (رغم أن هذه العقود هي عقود تحضيرية تمهد لإبرام سلسلة من عقود البيع بين الطرفين مستقبلا) وأخضعتها لشرط تحديد الثمن^(١) . وعلى ذلك فقد استلزمت المحكمة في بادئ الأمر أن يكون الثمن في عقود التطبيق معينا أو قابلا للتعيين في اتفاق إطار التوزيع وفقا للمادة ١٥٩١ من القانون المدني الخاصة بعقد البيع ، وقضت ببطلان اتفاق الإطار لعدم تعيين الثمن^(٢) . كما قضت المحكمة ببطلان عقود توريد البيرة التي تحيل إلى تعريف المورد السارية وقت التوريد تاركة له حرية تحديد الثمن بمفرده^(٣) . ثم استندت بعد ذلك

(١) راجع :

Aynès (L.) : Indétermination du prix dans les contrats de distribution : comment sortir de l'impasse ? , D. ١٩٩٣ , chron. , p. ٢٥ .

(٢) راجع :

Behar-Touchais (M.) : La structure du contrat cadre de distribution et la détermination du prix des contrats d'application , J.C.P. , éd. G. , ١٩٩٤ , ٣٨٠٠ .

(٣) راجع د. جعفر محمد جواد الفضلي : عقد الإطار - دراسة تحليلية ، مجلة الرافدين للحقوق ، العدد ٢٨ ، سنة ٢٠٠٦ ، ص ٤ .

(١) راجع :

= Cass. com. , ٢٧ avr. ١٩٧١ : D. ١٩٧٢ , p. ٣٥٣ , note Ghestin .

(٢) وتستلزم هذه المادة أن يكون الثمن في عقد البيع معينا ، وأن يتم هذا التعيين بواسطة الطرفين معا .

(٣) راجع :

Cass. com. , ١٢ févr. ١٩٧٤ : D. ١٩٧٤ , II , ٤١٤ , note Ghestin .

إلى المادة ١١٢٩ من القانون المدني الخاصة بمحل الالتزام^(٣) . ففي عام ١٩٧٨ رأيت محكمة النقض الفرنسية في اتفاقات الإطار عقوداً مستقلة عن البيع استناداً إلى نص المادة ١١٢٩ من القانون المدني (والذي يمثل الشريعة العامة للعقود فيما يتعلق بتعيين الشيء المبيع) وقضت ببطلان هذه العقود . فرغم أن اتفاق إطار التوريد لا يعد بيعاً ، إلا أن المحكمة استلزمت أن يكون الثمن فيه معيناً على أساس أنه يمهد لإبرام بعض البيوع مستقبلاً . وقد انتقد هذا الموقف من جديد لأنها ماثلت بين الشيء (بمفهوم المادة ١١٢٩ من القانون المدني) والثمن ، واعتبرت أن هناك التزام سابق بدفع الثمن عند إبرام اتفاق الإطار . فهذا الالتزام لا ينشأ إلا عندما يتم إبرام عقود البيع اللاحقة .

وقد انحازت محكمة النقض الفرنسية بهذا الحل إلى الطرف الضعيف اقتصادياً في عقود التوريد والتوزيع الحصري ، متمثلة في بائعي التجزئة وموزعي البنزين وغيرهم ، بعدما تراءى لها أن هذه العقود ما هي إلا عقود إذعان ، تتعدّد بين أطراف غير متساوين في المراكز القانونية والقوة الاقتصادية بشكل لاقت للأنظار .

غير أن الحكم ببطلان اتفاق الإطار لعدم تعيين الثمن قد تعرض لانتقادات شديدة ، لأنه استند إلى المادة ١٥٩١ من القانون المدني الفرنسي الخاصة بعقد البيع ، وطبق حكمها على عقود التوريد والتوزيع الحصري رغم أنها لا تشكل عقود بيع بالمعنى الدقيق ، حيث إنها لا تنشئ في نهاية المطاف إلا التزامات بعمل أو بالامتناع عن عمل^(١) . ولهذا السبب عدلت محكمة النقض الفرنسية عن هذا الرأي بحكمها الصادر في عام ١٩٨٧^(٢) ، ثم أكدت ذلك بالحكم الصادر في ٢٢ يناير ١٩٩١ في دعوى Ouest Abri^(٣) . وفي هذا الحكم نقضت الدائرة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية حكماً لمحكمة الاستئناف قضى ببطلان عقد توزيع حصري لعدم تعيين الثمن استناداً إلى المادتين ١١٢٩ و ١٥٩١ من القانون المدني . وقد قررت محكمة النقض في هذا الحكم أن " استلزام المحكمة تحديد الثمن على هذا النحو ، بعد أن استظهرت أن العقد كان غرضه هو ضمان قصر توزيع منتجات شركة Ouest Abri على شركة Bos وهو التزام بعمل Obligation de faire ، في حين أن هذا العقد لا يتماثل مع عقود البيع المتتالية اللازمة لتنفيذه والتي تشمل بصفة أساسية على التزام بإعطاء Obligation de donner ، فإن محكمة الاستئناف على هذا النحو لم تقدم أساساً قانونياً لحكمها " .

(٣) وتنص هذه المادة على أن الشيء محل الالتزام يجب أن يكون محدداً من حيث النوع على الأقل ، أما من حيث المقدار فيجوز أن يكون غير محدد بشرط أن يكون قابلاً للتحديد . راجع :

Cass. com. , ١١ oct. ١٩٧٨ : D. ١٩٧٩ , p. ١٣٥ , note Houin .

(١) راجع د. أسامة أبو الحسن مجاهد : مشكلة عدم تحديد الثمن في بعض العقود طويلة المدة ، دار النهضة العربية ٢٠٠٢ ، ص ٢٠ .

(٢) راجع :

Cass. com. , ٩ nov. ١٩٨٧ : Bull. civ. , IV , n° ٢٣٧ .

(٣) راجع :

Cass. com. , ٢٢ janv. ١٩٩١ : Bull. civ. , IV , n° ٣٥ .

وقد تتابعت الأحكام بعد ذلك في نفس الاتجاه السابق^(١) لدرجة جعلت البعض يعتقد في البداية أن محكمة النقض قد أجرت تفرقة بين العقود التي تتضمن التزاما بالإعطاء (كالبيع أو القرض والتي يلزم فيها تعيين ثمن البضاعة أو سعر الفائدة التي يلتزم بها المقترض) ، والعقود التي تقتصر على إنشاء التزامات بعمل (كجميع اتفاقات إطار التوزيع والتي لا توجد فيها حاجة ملحة لتعيين الثمن)^(٢) .

وأخيرا في عام ١٩٩٥ عدلت محكمة النقض الفرنسية تماما عن موقفها المتشدد من مسألة تعيين الثمن في اتفاق الإطار ، وتوقفت عن الاستناد إلى المادة ١١٢٩ من القانون المدني ، بحكم هام صادر عن الجمعية العامة ، وأوضحت فيه صراحة أن " المادة ١١٢٩ من القانون المدني لا تنطبق على مسألة تعيين الثمن ، وأنه عندما ينص اتفاق الإطار على إبرام عقود لاحقة ، فإن عدم تعيين ثمن هذه العقود في الاتفاق الأساسي (أى في اتفاق الإطار) لا يؤثر - ما لم يكن هناك نص قانوني خاص يقضى بغير ذلك - في صحة هذا الاتفاق ، وأن التعسف في تحديد الثمن ليس له جزاء سوى الفسخ أو التعويض " ^(١) .

وبموجب هذا الحكم يعتبر اتفاق الإطار صحيحا حتى ولو لم يتضمن تعيينا للثمن ، حيث يكفي أن يتم هذا التعيين وقت إبرام العقود التطبيقية . بل ويجوز أن ينفرد أحد الطرفين - وهو المورد بطبيعة الحال - بهذا التحديد ، ويحدث ذلك في الحالة التي يحيل فيها اتفاق الإطار إلى قائمة الأسعار السارية لدى المورد وقت إبرام العقود التطبيقية . كل ما في الأمر أنه يشترط لصحة هذا التحديد عدم وجود تعسف من جانب المورد ، وإلا كان للطرف الآخر أن يطالب بفسخ اتفاق الإطار أو التعويض ^(٢) .

وفي نفس هذا المعنى أيضا يمكن القول بأن " الشرط الذي يعطى للمورد في عقد الامتياز حق تعديل ثمن المنتجات التي يتعهد الموزع بشرائها من جانب واحد لا يؤثر في صحة العقد " . فالتعسف في تحديد الثمن لا يؤدي إلا إلى الفسخ أو التعويض ^(١) .

تقييم الاتجاه السابق :

(١) أنظر على سبيل المثال:

Cass. com. , ٢ juill. ١٩٩١ , Bull. civ. , IV , n° ٢٥٠ .

١٦ juill. ١٩٩١ , RTD. civ. , ١٩٩٢ , p. ٨٧ .

٣٠ juill. ١٩٩٢ , D. ١٩٩٢ , somm. p. ٣٩١ , obs. Ferrier .

(٢) أنظر على سبيل المثال :

Tallon (D.) : Le surprenant réveil de l'obligation de donner , D. ١٩٩٢ , p. ٦٧ .

Ghestin (J.) : Réflexions sur le domaine et le fondement de la nullité pour indétermination du prix , D. ١٩٩٣ , chr. p. ٢٥٣ .

(١) راجع :

Cass. Ass. plén. ١er déc. ١٩٩٥ , J.C.P. , éd. G , ١٩٩٦ , II , ٢٢٥٦٥ , note Ghestin .

(٢) راجع :

= Jamin (ch.) : Réseaux intégrés de distribution : De L'abandon de la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives , J.C.P. , ١٩٩٦ , I , ٣٩٥٩ .

(١) راجع تعليق جستان على الحكم السابق .

وفقا للموقف الجديد لمحكمة النقض الفرنسية - والذي يستند إلى المادة ١١٣٤ بصفة أساسية والمادة ١١٣٥ من القانون المدنى - فإن الثمن لا يتم تحديده عند التوقيع على اتفاق الإطار ولكن عند إبرام عقود البيع التالية ، ويؤدى التعسف في تحديد الثمن إلى فسخ العقد أو التعويض . وأخيرا هناك رقابة دائمة على تحديد الثمن من جانب القضاء^(١) ، غير أنها تنتقل بعد ذلك من مرحلة إنشاء العقد إلى تنفيذه .

ففي اتفاق الإطار ، من المألوف أن تظل الشروط المالية مرنة مادامت هي العنصر الأكثر قابلية للتغيير مع مرور الوقت^(٢) . ومما لاشك فيه أن هناك ضرورة تقتضى تجنب الحكم بالبطلان في هذا الصدد . ففي ظل العلاقات الاقتصادية الحديثة بين المشروعات الصناعية والتجارية ، والتي تترك أثرا دائمة عبر الزمن ، يصبح الحكم بالبطلان أمرا مربكا لهذه العلاقات ، لأنه يجرّد العقود الأساسية التي تعتمد عليها عملية التوزيع من المرونة والحيوية ، التي تعطىها القدرة على التكيف مع طبيعة هذه العلاقات^(٣) .

فخطورة دعوى البطلان - والتي تمكن أحد الطرفين من الدفاع عن مصالحه - أنها تجعل الطرفين معا في حالة خضوع متبادلة ، حيث تصبح جميع التزاماتهما غير مستقرة . ومما لاشك فيه أن هذا الوضع يتسم بالخطورة ، خاصة وأنه لا توجد في الحقيقة أية وسيلة لتدارك البطلان ، فأى شرط يتعلق بقصر الشراء *exclusivité d'approvisionnement* سوف يؤدي إلى البطلان ، وهو أمر منتقد تماما لأنه يؤدي إلى الإضرار بشبكات التوزيع *les réseaux de la distribution* المعرضة بالطبع للمنافسة الدولية .

فمن الأفضل في هذا الصدد - بدلا من الحكم بالبطلان - أن نبحث عن علاج فعال لمواجهة حالات التعسف المؤثرة . وبعبارة أخرى فإن البطلان ليس هو الجزاء الأفضل دائما في مثل هذه الحالات . فالاهتمام بتفعيل العقود المختلفة في إطار العلاقات الاقتصادية الحديثة يتطلب غالبا ضرورة وجود علاج نهائى أو أخير في هذا الصدد . ويتمثل هذا العلاج في إنقاذ العقد *sauver le contrat* ، ذلك يعنى تهذيبه وإزالة ما به من عيوب تماما^(١) . وهذا هو الطريق الذى يسلكه القانون المعاصر^(٢) .

(٢) كتقرير مسئولية المورد الذى يتعسف في تحديد الثمن مستغلا مركزه أو وضعه الاقتصادى .
(١) بل ويؤكد البعض أن كثيرا من القوانين فى مختلف دول العالم تتخذ موقفا مرنا من مسألة تحديد الثمن فى العقود .
أنظر على سبيل المثال :

Behar-Touchais : تكوين اتفاق إطار التوزيع وتحديد ثمن عقود التطبيق ، مقال سابق ، فقرة ١ و ٢ .

Aynès : عدم تحديد الثمن فى عقود التوزيع ، مقال سابق ، ص ٢٥ .

(٢) راجع Aynès عدم تحديد الثمن فى عقود التوزيع ، مقال سابق ، ص ٢٦ .

(١) " فعقد البيع بين التجار لم يعد تصرفا قانونيا يتعلق - فقط - بمصلحة أطرافه ، بل أصبح يمثل أيضا قيمة مضافة للنشاط الاقتصادى فى المجتمع يتعين الحفاظ عليها من المخاطر التى تتهددها المتمثلة فى : الانعدام أو البطلان أو الفسخ أو تنازع أطرافه قضائيا وغيرها " .

د. هشام فضلى : الاتجاهات الحديثة فى تنظيم العقود التجارية ، بدون ناشر ، ٢٠١٢ ، ص ١٢ .

(٢) راجع Aynès عدم تحديد الثمن فى عقود التوزيع ، مقال سابق ، ص ٢٧ .

وتقدم النظرية العامة للالتزامات علاجاً فعالاً لمواجهة التعسف . فالمادة ١١٣٤ فقرة ٣ من القانون المدني الفرنسي تنص على أنه " يجب على الطرفين تنفيذ العقد بحسن نية " (١) . وقد اتخذ القضاء المعاصر موقفاً مؤيداً لقانون التجارة الدولية وأعطى لهذا النص بعداً جديداً (٢) .

فعقد التوزيع عندما يلزم الموزع بالتزود بالسلع أو البضائع من منتج أو مورد معين ، إنما ينشئ على عاتق هذا الأخير التزاماً بالأمانة ، obligation de loyauté ، يمليه العرف التجاري كوسيلة للتعاون الفعال بين الطرفين . وبذلك ينشأ بين أطراف هذه المعاملة الاقتصادية هدف عام مشترك وهو التوسع في السوق وجذب المزيد من العملاء أو الزبائن . فإذا استعمل المورد شرط القصر l'exclusivité الذي يتمتع به لكي يفرض ثمناً غير عادل ، لا يسمح للموزع بمواجهة المنافسة ، فإنه يكون مخالفاً بحسن النية في تنفيذ العقد . وتستطيع المحاكم حينئذ - دون أن تحدد الثمن بنفسها - إلزام المورد بأن ينفذ العقد بطريقة ملائمة ، أو أن يقوم عند الاقتضاء بتعويض الأضرار التي تترتب على إخلاله بالالتزام بالتنفيذ . ولاشك أن هذه الطريقة أفضل كثيراً من الحكم ببطالان العقد ، حيث إن من شأنها معالجة الخلل الذي يحدث في تنفيذ العقد ، بطريقة تسمح للقاضي بأن يمارس بشكل إيجابي الدور الذي أسندته إليه المادة ١١٣٤ من القانون المدني (١) .

وحاصل القول أن اتفاق إطار التوزيع ماهو إلا طريقة لإدارة وتنظيم علاقات القوة بين المنتجين والموزعين . فالتفاوت في القوة الاقتصادية بين الطرفين يظهر من خلال التعسف في تحديد الثمن ، ولقد جازى القضاء هذا التعسف في البداية بالبطالان لعدم تحديد الثمن ، غير أنه عدل بعد ذلك عن فكرة البطلان لعدم تعيين المحل واستبدالها بفكرة التعسف في تحديد الثمن . فالجوء إذن إلى المسؤولية العقدية - بدلا من البطلان التلقائي للعقد - هو أمر من شأنه تسيير قانون العقود والمنافسة في نفس الوقت (١) .

(١) كما تنص المادة ١٤٨ / ١ من القانون المدني المصري على أنه " يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية " .

وحسن النية يعنى قصد الالتزام بالحدود الشرعية والقانونية في العقود والتصرفات . راجع د. محمد شكرى الجميل العدوى : سوء النية وأثره في عقود المعاوضات في الفقه الإسلامى والقانون المدنى ، دار الفكر الجامعى ، ٢٠٠٨ ، ص ١٤٧ - (٢) راجع :

Picod (Y.) : Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat , LGDJ , ١٩٨٩ , p. ٦ et s.

Mestre (J.) , RTD civ. , ١٩٨٦ , p. ١٠١ .

(١) راجع :

Frison-Roche (M.- A.) : L'indétermination du prix , RTD civ. , ١٩٩٢ , p. ٢٦٩ et s.

(١) راجع **Aynès** عدم تحديد الثمن في عقود التوزيع ، مقال سابق ، ص ٢٧ .

المطلب الثالث

السبب في اتفاق الإطار

يشترط في اتفاق الإطار أن يكون له سبب^(٢). ويقصد بالسبب هنا السبب بنوعيه : سبب العقد ، وسبب الالتزام^(٣).

ففيما يتعلق بسبب العقد لا بد أن يكون الباعث الذي دفع إرادة الطرفين إلى إبرام اتفاق الإطار مشروعاً . كالاتفاق الذي يبرم بين مشروع صناعي وآخر زراعي لتحقيق نوع من التكامل الزراعي الصناعي بينهما مما يؤدي في النهاية إلى تطور النشاط الاقتصادي لكل منهما ، أو أن يكون الغرض من اتفاق الإطار هو ضمان استمرار العلاقات التجارية وتدفعها بين الطرفين على أساس من التعاون الحقيقي الذي يمكنهما من الاستمرار في المنافسة^(١).

أما اتفاق الإطار الذي يبرمه الطرفان ويكون الباعث إليه غير مشروع - كما لو كان هذا الباعث هو الاحتكار أو الإضرار بمشروع منافس - فإنه يكون باطلاً^(٢).

هذا بالنسبة لسبب العقد . أما عن سبب التزام كل متعاقد في اتفاق الإطار فهو التزام المتعاقد الآخر . فاتفاق الإطار هو من العقود الملزمة للجانبين ، حيث تعتبر التزامات كل طرف فيه سبباً للالتزامات الطرف الآخر . ففي عقد الامتياز التجاري - على سبيل المثال - يجد التزام الموزع (المتنازل له) بشراء المنتجات موضوع الاتفاق من منتج معين في التزام المنتج (مانح الامتياز) بتوفير ما يريده الموزع من منتجات ، وإلا كان مسئولاً عن تعويضه عما يصيبه من أضرار من جراء ذلك .

وعلاوة على ماسبق فإن فكرة السبب بمعناه الفني - أي السبب المميز - تجد مكاناً لها في اتفاق الإطار . فهناك سبب يميز اتفاق الإطار عن باقي العقود الأخرى ، وهو اتجاه إرادة الطرفين معاً نحو توحيد نمط

(٢) تنص المادة ١٣٦ من القانون المدني المصري على أنه " إذا لم يكن للالتزام سبب ، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب ، كان العقد باطلاً " .

(٣) راجع في سبب الالتزام بصفة عامة :

د. حسام الدين كامل الأهواني : النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، الطبعة الثانية ، بدون ناشر ، ١٩٩٥ ، فقرة ٢٦٥ وما بعدها ، ص ٢١٥ .

د. عبد المنعم فرج الصده : مصادر الالتزام ، مرجع سابق ، فقرة ٢١٣ وما بعدها ، ص ٢٧٠ .

(١) راجع Pollaud-Dulian et Ronzano : اتفاق الإطار ، مقال سابق ، فقرة ٣٨ ، ص ٢٠١ .

(٢) راجع CREDA : اتفاق الإطار ، مرجع سابق ، ص ١٠٧ .

عقودهما المستقبلية ، أى إخضاعها لقواعد واحدة ، مما يؤدي إلى استقرار التعامل بينهما مستقبلا ، وسرعة إبرام العقود ، دون أن يضطر الطرفان إلى الدخول فى مفاوضات متكررة فى كل مرة يرغبان فيها فى إبرام أحد هذه العقود ^(١) . وبعبارة أخرى أكثر وضوحا يحاول الطرفان عن طريق اتفاق الإطار تأمين علاقاتهما فى المستقبل عن طريق وضع بعض القواعد التأسيسية التى يتعين احترامها والالتزام بها فى كافة عقودهما المستقبلية . وتطبيقا لذلك اعتبر القضاء الفرنسى أن وجود اتفاق واحد بين شركة صيانة وأحد العملاء على صيانة سيارته يعد بمثابة اتفاق إطار ، يدل على توافر نية مشتركة بين الطرفين لإخضاع عمليات الصيانة والإصلاح لهذا الاتفاق الذى يحكم العلاقة بينهما ^(١) ، دون حاجة إلى إبرام اتفاق جديد عند كل إصلاح أو صيانة للسيارة ^(٢) .

أما إذا لم تتوافر لدى الطرفين نية توحيد نمط عقودهما المستقبلية فلا يمكن اعتبار ما اتفقا عليه بأنه اتفاق إطار . فتختلف فكرة السبب بمعناه الفنى أو المميز لا يؤدي إلى بطلان التصرف ولكن إلى زوال وصف اتفاق الإطار عنه فقط مع بقاء التصرف صحيحا ، على عكس فكرة السبب الباعث أو الدافع فى اتفاق الإطار ويشترط فيه - كما سبق القول - أن يكون مشروعا ، فإذا لم يكن كذلك كان الاتفاق باطلا لعدم توافر ركن من أركانه .

وخلاصة ما تقدم أنه يشترط فى اتفاق الإطار أن يتوافر له السبب بمعناه الباعث الذى يدفع إرادة الطرفين إلى إبرام اتفاق الإطار ، والسبب بمعناه الفنى الذى يميز اتفاق الإطار عن باقى العقود الأخرى وهو توحيد نمط المعاملات المستقبلية بين الطرفين وإخضاعها لقواعد واحدة .

(١) راجع :

Gatsi (J.) : Le contrat - cadre , thèse , Préface de Bèhar-Touchais (M.) , Paris V , L.G.D.J. , ١٩٩٦ , n° ٣٠٥ , p. ٢٠٣ .

(١) راجع :

Cass. com. , ٢٠ nov. ١٩٦٧ , Bull. civ. III , n° ٣٧٢ .

(٢) راجع د. محمد حسين عبد العال : المقال السابق ، فقرة ١٠٩ ، ص ٩٥ .

الفصل الثانی

ذاتية واستقلال اتفاق الإطار

إن اتفاق الإطار لا يحدد العناصر الجوهرية للعلاقة النهائية بين الطرفين^(١) ، ومع ذلك فهو يشكل في حد ذاته عقدا .

وبناء على ذلك نقسم الدراسة في هذا الفصل إلى مبحثين على النحو التالي :

المبحث الأول : اتفاق الإطار لا يحدد العناصر الجوهرية للعلاقة النهائية بين الطرفين .

المبحث الثاني : اتفاق الإطار يشكل في حد ذاته عقدا .

(١) ورغم أن اتفاق الإطار لا يتضمن تحديدا للعناصر الجوهرية للعقود التي يقضى بإبرامها ، إلا أن كيفية وطرق إبرام هذه العقود تكون محددة بدقة بالغة في معظم الأحيان ، وهو ما جعل البعض يرى في هذا الأمر مفارقة من مفارقات اتفاق الإطار .

أنظر على سبيل المثال (A.) et Ronzano (F.) Pollaud-Dulian : اتفاق الإطار ، المجلة الفصلية للقانون المدني ، مقال سابق ، فقرة ٣٩ ، ص ٢٠١ .

المبحث الأول

اتفاق الإطار لا يحدد العناصر

الجوهرية للعلاقة النهائية بين الطرفين

يترتب على عدم تحديد العناصر الجوهرية للعلاقة التي يريدها الطرفان بشكل إجمالي أن اتفاق الإطار لا يمكن أن يشكل مع عقوده التطبيقية عقدا واحدا بحيث تعتبر هذه الأخيرة مجرد تنفيذ للعقد . ومن ناحية أخرى فإن اتفاق الإطار لا يمكن اعتباره وعدا بالتعاقد .

وعلى ذلك نقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي :

المطلب الأول : اتفاق الإطار لا يشكل مع عقوده التطبيقية عقدا واحدا . المطلب الثاني : اتفاق الإطار لا يمكن اعتباره وعدا بالتعاقد .

المطلب الأول

اتفاق الإطار لا يشكل مع

عقوده التطبيقية عقدا واحدا

يبدو من مطالعة النصوص والأحكام التي نتحدث عن اتفاق الإطار أن تعبير " اتفاق الإطار " يستخدم أحيانا من أجل وصف اتفاق الأساس *le contrat de base* ، وأحيانا أخرى من أجل وصف المجموعة العقدية *l'ensemble contractuelle* التي تتكون من اتفاق الأساس وعقوده التطبيقية معا .

وفي الواقع فإن هذا الاستخدام الأخير لا يتناسب مع المنطق القانوني السليم ، لأن مجموعة العقود التي تنشأ على هذا النحو ، لا تشكل في ذاتها عقدا ولا حتى اتفاقا . فلكي تحتفظ الكلمات بمعناها الدقيق على أكمل وجه ، يجب أن يقتصر تعبير اتفاق الإطار على وصف اتفاق الأساس *la convention de base* فقط لأنه عقد حقيقي *un véritable contrat* ^(١) .

المفهوم الواسع لاتفاق الإطار:

(١) راجع CREDA : اتفاق الإطار ، مرجع سابق ، فقرة ١١١ ، ص ٧٨ .

يشير المفهوم الواسع لتعبير " اتفاق الإطار " إلى كل اتفاق تم إعداده ليكون إطارا للعلاقة الاقتصادية بين الطرفين . فهو اتفاق يكفي نفسه بنفسه *contrat se suffisant à lui-même* ، حيث يحدد العناصر الجوهرية للعلاقة - وخاصة المحل والتمن - طوال مدة الاتفاق ، أو على الأقل يجعلها قابلة للتحديد دون تدخل جديد من جانب الطرفين عند إبرام كل عقد من العقود التطبيقية . ويتميز تنفيذ كل عقد من هذه العقود بإرسال طلبات البضاعة وتسليمها وفقا للسعر المتفق عليه أصلا في اتفاق الإطار^(١) .

المفهوم الضيق لاتفاق الإطار :

بينما يشير المفهوم الضيق لتعبير " اتفاق الإطار " إلى أنه لا شيء يحول دون استخدام هذا التعبير للدلالة على مثل هذه العمليات السابقة ، وهذا من شأنه أن يجعل من معظم العقود ذات التنفيذ الدوري أو المتتابع *les contrats à exécution successive* اتفاقات إطار^(٢) . وعلى ذلك فإنه إذا كانت المجموعة التي ينشأها اتفاق الإطار وعقوده التنفيذية تدخل بحق في طائفة العقود ذات التنفيذ الدوري أو المتتابع ، وإذا كان هذا التكيف تترتب عليه نتائج قانونية هامة خاصة فيما يتعلق بالأثر الرجعي لفسخ أو بطلان هذه المجموعة العقدية ، فإن اتفاقات الإطار - وفقا للفكرة الرئيسية التي تقوم عليها - لا تشكل عقودا خاصة أو مستقلة^(٣) .

وبعبارة أخرى أكثر تحديدا فإن اتفاق الإطار ، أو اتفاق الأساس *contrat de base* ، هو في حد ذاته عقد له قوة ملزمة مباشرة ولكن محله النهائي والإجمالي يقتصر إلى التحديد الكافي ، ولا يمكن أن يتحقق تماما إلا بإبرام عقود التطبيق التي يستلزمها . وقد لاحظنا من قبل أنه نظرا لتعدد العمليات التي يريدها الأطراف إجمالا ، علاوة على المدة الطويلة التي يستغرقها تنفيذ هذه العمليات ، فإنه من غير المناسب أو الممكن تحديد العناصر الجوهرية لهذه العلاقة في اتفاق الإطار نفسه . ومن أجل تلبية هذه الضرورة التي يفرضها الواقع العملي فإن اتفاق الإطار لا يمكن تشبيهه بأنه عقد واحد ذي تنفيذ دوري أو متتابع تعتبر عقوده التطبيقية مجرد أدوات للتنفيذ^(٤) .

وخلاصة ما تقدم أن اتفاق الإطار لا يمكن أن يشكل مع عقوده التطبيقية عقدا واحدا بحيث تعتبر هذه العقود مجرد تنفيذ له .

(١) راجع *Gatsi* : اتفاق الإطار ، رسالة دكتوراه ، مرجع سابق ، ص ١١٢ .

(٢) والعقود ذات التنفيذ الدوري أو المتتابع هي ضرب من ضروب العقد المستمر من شأنها ثبات واستقرار العلاقات بين الطرفين طوال المدة المحددة للعقد ، غير أنها تختلف عن اتفاق الإطار في أنها لا تتمتع بالمرونة الكافية التي تسمح لها بالتكيف مع الظروف المتغيرة .

(٣) راجع جستان : إنشاء العقد ، مرجع سابق ، فقرة ٩٤ .

(٤) راجع جستان : المرجع السابق ، نفس الموضوع .

ويترتب أيضا على عدم تحديد العناصر الجوهرية للعلاقة بين الطرفين أن اتفاق الإطار لا يمكن اعتباره وعدا بالتعاقد كما سنرى فيما يلي .

المطلب الثاني

اتفاق الإطار لا يمكن اعتباره وعدا بالتعاقد

من المسلم به أن الإيجاب - إذا صادف قبولا من المتعاقد الآخر - يجب أن يكون باتا ومحددا حتى يؤدي إلى نشأة العقد ، وهو ما يعنى ضرورة أن يتضمن الإيجاب جميع العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه لاسيما المحل والتمن . أما القبول فيجب أن يكون بلا قيد أو شرط كي يتحقق تبادل الرضاء اللازم لإنشاء العقد . ونحن نعلم كذلك أن الوعد بالتعاقد من جانب واحد لا ينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها ^(١) ، وأن القبول قبل انقضاء هذه المدة - ذلك يعنى استعمال حق الخيار الذى رضى به الواعد - يؤدي إلى إنشاء العقد ^(١) .

ويبدو واضحا مما سبق أن اتفاق الإطار لا يتفق مع التحليل السابق ^(٢) . ففي الحقيقة أن التعريف الخاص الذى رأيناه لاتفاق الإطار لايشتمل على أى إيجاب يحدد العناصر الجوهرية لعقود التطبيق التالية ، وبالتالي فهو يتميز بشكل واضح عن الوعد بالتعاقد من جانب واحد . وفي الواقع أنه فى كل مرة يتم فيها إبرام عقد من عقود التطبيق المتتالية يكون هناك إيجاب بات ومحدد من شأنه - إذا صادفه قبول - إنشاء أحد هذه العقود التى يحقق تعاقبها تدريجيا الغرض الإجمالى الذى يسعى المتعاقدان إلى تحقيقه من اتفاق الإطار . وحاصل القول أن اتفاق الإطار لا يتضمن - على عكس الوعد بالتعاقد - اتفاقا على جميع المسائل الجوهرية لعقود التطبيق المراد إبرامها ^(١) .

^(١) تنص المادة ١٠١ | ١ من القانون المدنى المصرى على أن " الاتفاق الذى يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين فى المستقبل لا ينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه ، والمدة التى يجب إبرامه فيها " .

ولمزيد من التفاصيل عن الوعد بالتعاقد بصفة عامة راجع :
= د. جمال فاخر النكاس : العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد وأهمية التفرقة بين العقد والاتفاق فى المرحلة السابقة على العقد ، مجلة الحقوق - جامعة الكويت ، السنة العشرون - العدد الأول ، مارس ١٩٩٦ ، ص ١٤٠ وما بعدها

^(١) راجع :

د. مصطفى محمد الجمال : المرجع السابق ، فقرة ١٧٠ ، ص ٢٥٣ - ٢٥٤ .
د. حمدى عبد الرحمن : الوسيط فى النظرية العامة للالتزامات ، الكتاب الأول ، المصادر الإرادية للالتزام ، العقد والإرادة المنفردة ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ١٩٩٩ ، ص ٢١٢ .
^(٢) راجع :

Mousseron (J.-M.) : Technique contractuelle , op. cit. , n° ١٣٢ , p. ٦٨ .

^(١) راجع د. رجب كريم عبد اللاه : التفاوض على العقد ، مرجع سابق ، فقرة ٤٨٢ ، ص ٤٨٠ - ٤٨١ .

وإذا كان عقد التطبيق لا يتم إبرامه إلا بعد أن يتفق عليه الطرفان معا بشكل مستقل ، فإن العقد الموعود به يتم إبرامه بمجرد إعلان الموعود له وحده عن رغبته في إبرام العقد خلال مدة الوعد^(٢) .

كما أن اتفاق الإطار لا يمكن وصفه بأنه وعد بالتعاقد من الجانبين لأن هذا الأخير - مثل الوعد بالتعاقد من جانب واحد والعقد النهائي - يجب أن يعين جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه ، أو على الأقل يجعلها قابلة للتعيين دون تدخل جديد من إرادة الطرفين . وعلى ذلك فإن اتفاق الإطار - بمفهومه الضيق الذى يتناسب وحده مع طبيعة الأغراض التى يريد المتعاقدان تحقيقها - لا يتفق مع هذا الشرط^(١) .

غير أن اتفاق الإطار قد يشتمل أحيانا على وعد بالتعاقد ، ويبدو ذلك بوضوح فى الحالة التى يحتوى فيها اتفاق الإطار على التزام بإبرام عقود التطبيق خلال مدة معينة ، إذا أعلن الطرف الآخر عن رغبته فى التعاقد خلال هذه المدة ، شريطة أن يتضمن كافة الشروط الجوهرية لعقد التطبيق أو التنفيذ^(٢) .

المبحث الثانى

اتفاق الإطار يشكل فى حد ذاته عقدا

على الرغم من عدم تحديد العناصر الجوهرية للعلاقة الاقتصادية النهائية بين الطرفين ، إلا أن اتفاق الإطار فى حد ذاته هو عقد تترتب عليه التزامات مباشرة .

وهذه الالتزامات قد تكون متعددة كما هو الحال - على سبيل المثال - فى عقد توريد المشروبات . فقد يقبل صاحب مصنع عصائر إيجارا على عقار يملكه ليمارس فيه بائع المشروبات بالتجزئة نشاطه التجارى . فعقد الإيجار هنا ينشئ التزامات متبادلة محققا تبادلا اقتصاديا يكفى نفسه بنفسه . غير أن الطرفين قد يتفقان على قيام علاقة لا تنجزأ بين عقد الإيجار وما يبرم فيما بعد - خلال فترة محددة - من عقود توريد منتالية . وفى هذه الحالة يمكن تحليل عقد الإيجار ، مع الالتزامات المحددة التى تترتب عليه ، كعنصر مكون لاتفاق الإطار ، ومتلازم معه بشكل لا يقبل الانفصال . فهو يمثل أحد الوسائل التى تحقق الغرض

(٢) راجع :

د. محمد حسين عبد العال : المقال السابق ، فقرة ٤١ ، ص ٣٧ وما بعدها .

د. رجب كريم عبد الاله : المرجع السابق ، نفس الموضوع .

(١) راجع جستان : إنشاء العقد ، مرجع سابق ، فقرة ٩٨ .

(٢) راجع :

Geninet : رسالة دكتوراه ، مرجع سابق ، فقرة ٤٢٤ وما بعدها ، ص ٣٧١ .

د. يونس صلاح الدين على : العقود التمهيدية ، مرجع سابق ، ص ١٥٥ - ١٥٦ .

الذي يريد الأطراف تحقيقه إجمالاً ، ولكنه لا يكفي وحده لتحقيق هذا الغرض الذي يستلزم إبرام عقود توريد متتالية ، أى عقود تطبيقية لاتفاق الإطار^(١) .

ولأن اتفاق الإطار يشكل فى حد ذاته عقدا فإنه يجب أن يكون متميزا تماما عن الشروط العامة conditions générales للبيع والشراء . ومما لاشك فيه أن هناك عدة نقاط مشتركة بين الشروط العامة واتفاقات الإطار وهو ما يؤدي إلى الخلط بينهما أحيانا . فالشروط العامة تشبه اتفاقات الإطار فى أنها تحدد أولا وقبل كل شيء موضوع أو محتوى كل مجموعة من العقود قبل إبرامها والتي تدرج فيها بطبيعة الحال هذه الشروط العامة . كما أن الشروط العامة تشترك مع اتفاقات الإطار فى أنها لا تعين - كقاعدة عامة - المسائل الجوهرية لعقود التطبيق وخاصة المحل (الثمن على وجه التحديد) ، ذلك يعنى العناصر الجوهرية للعلاقة بين الطرفين . فالشروط العامة تقتصر على توضيح النظام القانونى لنشأة وتنفيذ العقود التى سيتم إبرامها ، وخاصة المسؤولية فى حالة عدم التنفيذ أو التنفيذ الجزئى أو المعيب^(١) .

ورغم هذه النقاط المشتركة إلا أن الشروط العامة تتميز بشكل جذرى عن اتفاقات الإطار فى أن هذه الأخيرة هى عقود مباشرة حتى قبل إبرام عقود التطبيق ، فى حين أن الشروط العامة ليست سوى مجرد نماذج للعقد modèles de contrat لا تكتسب أهمية عقدية إلا من خلال إبرام عقود تطبيقية تندمج فيها هذه الشروط^(١) ، أما قبل هذا الاندماج - والذى يكسبها أهمية عقدية - فإنها لا تمثل سوى مجرد قصاصات ورقية . صحيح أنها قد تخضع فى هذه المرحلة لرقابة وقائية أو احتياطية خاصة عن طريق لجنة الشروط التعسفية Commission des clauses abusives فى فرنسا ، أو ربما عن طريق دعوى قضائية من جانب جمعية المستهلكين لمنع هذه الشروط تطبيقا للقانون ، إلا أن هذا لا يكفي لكى يجعل من الشروط العامة مستندات أو وثائق عقدية مادامت لم تدرج فى عقود مبرمة بالفعل^(٢) .

وعلى العكس من ذلك فإن اتفاق الإطار هو عقد حقيقى حتى قبل إبرام عقود التطبيق طالما أنه ينشئ بعض الالتزامات على عاتق الطرفين . ووفقا للغرض الذى أشرنا إليه من قبل - وهو توضيح الارتباط بين اتفاق الإطار والعقود التطبيقية - فإن الالتزامات الناشئة فى المثال السابق عن عقد الإيجار الوارد على عقار يمارس فيه بائع المشروبات بالتجزئة نشاطه التجارى^(١) لا تهمنا كثيرا فى هذا الصدد ، ولكن ما يهمنا فقط هو الالتزامات الناشئة عن اتفاق الإطار والخاصة بعقود التطبيق ، حيث إن هذه الالتزامات على وجه التحديد هى التى تسمح بتحديد طبيعة الارتباط بين اتفاق الإطار والعقود التطبيقية الأخرى .

المبحث الثالث

(١) راجع :

= Ghestin (J.) : La notion de contrat-cadre et les enjeux théoriques et pratiques qui s'y attachent , <http://www.creda.ccip.fr>.

(١) راجع جستان : اتفاق الإطار ، المقال السابق .

(٢) وقد ترد هذه الشروط فيما يعرف بكراسة الشروط ، والتي يشيع استخدامها فى بيوع السيارات والآلات الصناعية .

راجع د. محمد حسين عبد العال : إبرام العقد تطبيقا لعقد آخر ، مقال سابق ، فقرة ٤٥ ، ص ٤١ .

(٢) راجع جستان : اتفاق الإطار ، المقال السابق .

(١) أنظر ما سبق ، ص ٦٧ .

الطبيعة القانونية الخاصة لاتفاق الإطار

اتفاقات الإطار هي عقود مركبة *contrats complexes* تستخدم كثيرا في مجال التوزيع . فمن النادر أن يبيع منتج أو صاحب مصنع منتجاته مباشرة للمستهلكين ، ولكن ذلك يحدث عادة عن طريق موزعين وتجار تجزئة تتمثل مهمتهم في بيع هذه المنتجات للمستهلكين . فهناك إذن علاقات ممتدة ومركبة تنشأ بين الطرفين من أجل توزيع هذه المنتجات ، والعقود التي تبرم بينهما تكون بحاجة إلى شيء من الثبات والاستقرار خاصة وأنها قد تستمر لعدة سنوات .

ورغم محاولة البعض رد اتفاق الإطار إلى النماذج التقليدية المعروفة سلفا للعقود ^(١) ، إلا أنه من الضروري قبل كل شيء إجراء تفرقة واضحة بين اتفاق الإطار وهذه النماذج ، لأن ذلك سوف يساعدنا كثيرا في توضيح ذاتية واستقلال اتفاق الإطار .

والواقع أن النماذج الخاصة بالعقود التقليدية لا تستطیع - بحكم طبيعتها - الإلمام بالجوانب الاقتصادية للعلاقة بين الطرفين والتي تعد الركيزة الأساسية التي يقوم عليها اتفاق الإطار . ولعل هذا الأمر يوضح لنا كيف أن المطالبة بإضافة فئة جديدة من العقود إلى القانون المدني تجد ما يبررها في تطور العلاقات الاقتصادية بين المشروعات الصناعية والتجارية ، بشكل أدى إلى ظهور واقع تعاقدى جديد تعجز النماذج التقليدية للعقود عن تلبية احتياجاته . فعلاقات الأعمال صارت أكثر تعقيدا في وقتنا الحالي ، حيث تمتد آثارها لفترات زمنية طويلة بحيث تسمح بتحقيق نوع من الثبات والاستقرار ، يساعد على تحقيق الهدف النهائي الذي يسعى إليه أطرافها . ومما لا شك فيه أن اجتماع جميع هذه العناصر هو الذي أدى إلى ظهور فكرة اتفاق الإطار في النظام القانوني الحديث .

فعندما يرغب الطرفان في إقامة علاقات دائمة ومتعددة الجوانب فإنه لا يكفي أن يتبادلا رضائهما في هذا الشأن ، وإنما ينبغي عليهما أن يكررا ذلك عدة مرات . صحيح أن هذا الحل البسيط يسمح بإدارة العلاقات بين الطرفين لفترات طويلة دون صعوبة : فتاجر التجزئة يظل لعدة سنوات يتزود (أى يحصل على ما يحتاجه من سلع) من نفس المورد ، ويحول الديون المرتبطة بممارسة مهنته إلى نفس البنك . غير أن العلاقة بين هذه العقود المتعددة لا يمكن أن نتضح إلا من خلال تطبيق الشروط العامة *Les conditions générales* والتي لا يمكن أن تحل في حد ذاتها محل العقد . فالمرونة هنا هي القاعدة أو الأساس : فنحن نتعاقد إذا أردنا ، وعندما نريد ، ثم ننهي العلاقة تماما بعد ذلك بشكل مفاجيء ودون تبرير *on contracte si l'on veut , quand on le veut , et puis on cesse toute relation du jour au lendemain sans même avoir à se justifier* ^(١) . وعلى ذلك فإن كل عقد يبرمه الطرفان -

^(١) أنظر على سبيل المثال *Pollaud-Dulian et Ronzano* : اتفاق الإطار ، مقال سابق ، فقرة ١٢ - ١٣ ، ص ١٨٥ - ١٨٦ .

^(١) راجع *Pollaud-Dulian et Ronzano* : اتفاق الإطار ، مقال سابق ، فقرة ١٣ ، ص ١٨٥ .

وفقا للمفهوم التقليدي لفكرة العقد - ينشأ مستقلا في موضوعه ، ومنفصلا عن غيره من العقود الأخرى ، ويتمتع كل طرف فيه بحق إنهائه في أية لحظة .

والواقع أن عدم استقرار العلاقات على هذا النحو يحول دون وجود حد أدنى من الثبات والثقة ، ويمثل خطورة كبيرة على المشروعات الاقتصادية قد تؤثر على وجودها نفسه ، وهذه الصورة لم تعد تصلح سوى للعلاقات الرخوة أو العابرة ^(٢) . ولهذا فإنه في جميع الحالات التي يلجأ فيها الأطراف إلى اتفاق إطار نلاحظ أن عقود التطبيق لا يمكن إبرامها إلا إذا كانت ناشئة عن اتفاق تأسيسي un accord fondateur . ولنأخذ مثلا موضحا لذلك وهو امتياز السيارات la concession automobile ، حيث لا يتصور أن يتم شراء السيارات فجأة من الصانع . فلو تجاوزنا الحديث عن ماركة السيارة (العلامة التجارية للسيارة) وتأثيرها على السوق ، وإنشاء شبكات أو منافذ التوزيع réseau ، نجد أن الشراء بقصد إعادة البيع لا يمكن أن يحدث إلا إذا تعهد الأطراف مقدما على احترام شروط القصر clauses d'exclusivités ، وضمان الجودة ، وخدمة ما بعد البيع .

وعلى العكس مما سبق تماما يمكن أن تتخذ العملية صورة عقد واحد ذي تنفيذ دورى أو متتابع . وتبدو ميزة هذا الحل - مقارنة بالحل السابق - فى ضمان ثبات واستقرار علاقات الأعمال القائمة على عقد واحد . غير أن هذا الحل يتطلب أن يكون الطرفان قادرين على تحديد مضمون جميع الالتزامات التي ينشئها العقد دفعة واحدة . ويلاحظ فى هذا الصدد أن طول الفترة التعاقدية - رغم خضوعها للسيطرة منذ إبرام الاتفاق - قد يمثل صعوبة بالنسبة للطرفين فى إدراتها . وبالمقابل فإنه مادام الطرفان منذ البداية غير قادرين على التنبؤ بالمستقبل ، وغير قادرين على تحديد مدى العلاقة بينهما ولا الشكل الذى سوف تتخذه ، فإنه ينبغي تنفيذ هذه العملية بشكل تدريجى ، عن طريق الاكتفاء أولا بوضع إطار عام un cadre général ، ثم ترك للعقود التالية مهمة تحقيق الهدف النهائى للعلاقة داخل هذا الإطار ^(١) .

وهكذا ينشئ اتفاق الإطار التزاما بعمل الغرض منه التمهيد لإبرام عقود التطبيق أو التنفيذ التي يستطيع الأطراف من خلالها تنفيذ تعهداتهم بإبرام العقد النهائى ^(٢) . وبعبارة أخرى أكثر وضوحا يقدم اتفاق الإطار حلا قانونيا لضرورة فرضها الواقع العملى . فالهدف الرئيسى قبل كل شيء هو السيطرة على الأسواق عن طريق إنشاء شبكات توزيع ، ثم حمايتها بعد ذلك من المنافسة . وقد يستخدم اتفاق الإطار أحيانا كوسيلة لتحقيق التكامل ، كما هو الحال فى قطاع التوزيع la distribution ، والقطاع الزراعى الصناعى agro-industriel .

(٢) راجع :

Lamèthe (D.) : L'accord - cadre , Gaz. Pal. , ١٩٧٨ , II , p. ٣٦٥ .

(١) راجع Pollaud-Dulian et Ronzano : اتفاق الإطار ، مقال سابق ، فقرة ١٤ ، ص ١٨٦ .

(٢) راجع د. يونس صلاح الدين على : العقود التمهيدية ، مرجع سابق ، ص ٢٠٧ .

وهناك مجالات أخرى - كالتجارة الدولية والعلاقات المصرفية أو البنكية - لا تعد فيها اتفاقات الإطار وسيلة للتكامل على الإطلاق ، ولكنها تهدف فقط إلى إقامة نوع من التعاون بين الطرفين ، حيث تحدد نطاق عمل كل طرف منهما ، وتحافظ على استقلاله في نفس الوقت^(١) .

وفي الحقيقة فإن تعبير " اتفاق الإطار " هو تعبير دقيق لم يأت عن طريق الصدفة . فكلية " إطار " تعني أن هذا الاتفاق غير كاف incomplet رغم كونه ملزماً ، وهو غير كاف في حد ذاته لأن المضمون الإجمالي أو النهائي للعملية الاقتصادية يظل غير محدد بشكل كبير حتى يتم إبرام العقود التطبيقية .

وبناء على ما تقدم يمكن القول بأن البناء القانوني لاتفاق الإطار وعقوده التطبيقية ينشأ عن تجزئة عقد واحد ذي تنفيذ دوري أو متتابع ، حيث يتم تقسيم عملية اقتصادية واحدة إلى عدة اتفاقات ، ويشترط لإبرام كل واحدة منها في الواقع تعبيراً جديداً عن الإرادة . وهكذا ينشأ اتفاق الإطار مجموعة من العقود التطبيقية ، ويقدم لهذه المجموعة سبب وجودها^(١) .

الفصل الثالث

الالتزامات الخاصة بعقود

التطبيق المترتبة على اتفاق الإطار

تفرض اتفاقات الإطار على عاتق الطرفين العديد من الالتزامات في ظل وجود علاقات مالية بينهما^(١) . ويلاحظ في هذا الصدد أن الالتزامات القانونية الناشئة عن اتفاق الإطار لا يمكن أن تكفي بذاتها وفقاً للإرادة المشتركة للطرفين حتى ولو كان هناك - على سبيل المثال - عقد إيجار اتفق عليه الطرفان داخل اتفاق الإطار ، وكانت العناصر الجوهرية لهذا الاتفاق محددة تماماً ، لأن تنفيذ هذا الاتفاق يرتبط بشكل لا

(١) راجع :

CREDA : Le contrat-cadre , sous la direction de Sayag (A.) , t. ٢ ,

Exploration comparative , La distribution , Litec , ١٩٩٥ , n° ٢٢ , p. ٢١.

وراجع في الالتزام بالتعاون بصفة عامة د. رشوان حسن رشوان أحمد : أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد ، الطبعة الأولى ، بدون ناشر ، ١٩٩٤ ، فقرة ٣٦ ، ص ٨٧ .

(١) راجع Teyssié : المجموعة العقدية ، رسالة دكتوراة ، مرجع سابق ، فقرة ٧٩ ، و ٢٧٠ .

(١) فقد يوافق المنتج - مثلاً - على منح تاجر التجزئة تسهيلات في السداد نظراً لتعاونه أو مساهمته في تجهيز المحل كي يسهل على المستهلكين التعرف عليه .

يتجزأ بالتزامات أخرى لم تتحدد عناصرها الأساسية بعد ، بحيث أن هذه المجموعة العقدية التي لا تقبل التجزئة لا يمكن أن تحقق وحدها العلاقة الاقتصادية النهائية التي يريد المتعاقدان تحقيقها إجمالاً^(٢) .

وهكذا فإن اتفاق الإطار يتضمن بالضرورة التزامات خاصة بإبرام عقود التطبيق اللازمة لتحقيق التبادل الاقتصادي الذي يريد الطرفان تحقيقه إجمالاً . فما هي هذه الالتزامات إذن ؟ .

في الحقيقة يمكن القول بأن فكرة اتفاق الإطار - وهي فكرة أفرزها الواقع العملي في مجال العلاقات التجارية ولم تتدخل إرادة المشرع في وضعها على الإطلاق - لا تتخذ شكلاً واحداً في جميع صورها ، ويمكننا التمييز بين مستويين أو نوعين من الالتزامات التي تترتب عليها . فاتفاق الإطار قد ينشئ التزاماً بالتفاوض فقط من أجل إبرام عقود التطبيق ، وقد ينشئ التزاماً بإبرام هذه العقود بوجه عام .

وبناء على ذلك نقسم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو التالي :

المبحث الأول : اتفاقات الإطار المنشئة للالتزام بالتفاوض فقط .

المبحث الثاني : اتفاقات الإطار المنشئة للالتزام بإبرام عقود التطبيق .

المبحث الأول

اتفاقات الإطار

المنشئة للالتزام بالتفاوض فقط

يمكن تحليل اتفاق الإطار أحياناً على أنه اتفاق مبدأ *un accord de principe* ينشئ على عاتق الطرفين مجرد التزام تعاقدي بالتفاوض بحسن نية ، لإبرام مجموعة من العقود التطبيقية المتتالية ، التي تهدف إلى تحقيق الغاية التي يريد المتعاقدان تحقيقها من هذه العلاقة .

ويمكن تعريف اتفاق المبدأ بأنه التزام تعاقدي بتقديم إيجاب أو بمواصلة المفاوضات الجارية ، بغرض التوصل إلى إبرام عقد لم يتحدد محله بعد سوى بشكل جزئي ، لا يكفي لنشأته بأى حال من الأحوال^(١) .

(٢) راجع :

Com. ٣٠ juin ١٩٩٢ , D. ١٩٩٢ , Somm. ٣٩١ , obs. Ferrier (D.) .

(١) راجع :

Najjar (I.) : L'accord de principe , D. ١٩٩١ , chron. p. ٥٧ .

وبعبارة أخرى أكثر وضوحاً فإن اتفاق المبدأ هو عبارة عن اتفاق على الهدف الذي يريد الطرفان تحقيقه عموماً ، ولهذا السبب فإنه لا يتطلب تعيين العناصر الجوهرية فيه ^(١) .

وقد سلمت محكمة النقض الفرنسية بوجود اتفاق المبدأ في حالة الوعد المقدم لعامل بإعادته إلى المنشأة التي كان يعمل بها بمجرد أن يسمح الوضع الاقتصادي للمنشأة بذلك ^(٢) . كما اعترفت المحكمة أيضاً بالقوة الملزمة للمفاوضات الدائرة حول عقد الشركة ^(٣) ، والتعهد بإبرام عقد إيجار " مع حفظ الحق في الاتفاق على الشروط " sous réserve de nous mettre d'accord sur les conditions ^(٤) .

وقد أوضحت محكمة النقض الفرنسية أن اتفاق المبدأ لا يمكن مع ذلك أن يحل محل العقد النهائي ^(١) contrat définitif .

كما رفضت الدائرة الاجتماعية لمحكمة النقض الفرنسية في ١٩ ديسمبر ١٩٨٩ حكماً اعتبر الطرفين مرتبطين من قبل بالتزام بتحقيق نتيجة ، في حين أن الشرط المتنازع عليه في عقد المقاول لم يحدد الشروط التي سيتم على أساسها تخفيض مدة العمل الأسبوعية إلى ٣٥ ساعة ، ولا آثار هذا التخفيض على قيمة الأجر المقابل للعمل . وأكدت الدائرة الاجتماعية في حكمها أن هذا الأمر لا يمثل سوى مجرد اتفاق مبدأ يتضمن تحديداً لهدف معين وهو تخفيض عدد ساعات العمل الأسبوعية إلى ٣٥ ساعة بحلول عام ١٩٨٥ ، وتحقيقاً لهذا الغرض المنشود التزم الطرفان بالتفاوض حول المدة الأسبوعية للعمل ، وبحث كل ما يمكن اتخاذه في هذا الصدد ^(٢) . فاتفق المبدأ يعني التزام كل من الطرفين بالسعى إلى تحقيق غاية معينة .

Gross (B.) : J.-Cl. Contrats-Distribution , Fasc. ٢٠ , V° Pourparlers , ١٩٨٨ , n° ٢٤ .

^(١) راجع Mousseron : إدارة المخاطر بواسطة العقد ، مقال سابق ، ص ٥١٣ .
^(٢) راجع :

Cass. soc. ٢٤ mars ١٩٥٨ , J.C.P. ١٩٥٨ , II , ١٠٨٦٨ , note Carbonnier (J.) .

^(٣) راجع :

Paris , ٢٠ nov. ١٩٩٢ , J.C.P. éd. E , ١٩٩٣ , pan. , n° ١١١ ; RTD civ. ١٩٩٣ , p. ٣٤٨ , obs. Mestre (J.) .

^(٤) راجع :

Cass. ٣e civ. , ١٦ avr. ١٩٧٣ , Bull. civ. III , n° ٢٨٧ , p. ٢٠٧ .

وانظر أيضاً Mousseron : المقال السابق ، نفس الموضوع .

^(١) راجع :

Cass. ٣e civ. , ٢٧ nov. ١٩٨٤ , Bull. civ. III , n° ٢٠٠ , p. ١٥٤ .

^(٢) وتتخلص وقائع هذه الدعوى في أن اتفاقاً تم إبرامه بين صاحب عمل وبعض التنظيمات النقابية العمالية لتخفيض ساعات العمل . وقد قبل الطرفان بموجب هذا الاتفاق تخفيض ساعات العمل الأسبوعية بشكل تدريجي من ٤٠ إلى ٣٧ ساعة قبل ١٢ / ١ / ١٩٨٢ دون أن يترتب على ذلك أي تخفيض في أجور العمال . وعلاوة على ذلك فقد نص

ولاشك أن التعويض عن تفويت الفرصة La perte de la chance يجد ما يبرره هنا ، علاوة على التعويض عن قطع المفاوضات دون مباحثات جادة ودون تقديم أية اقتراحات مقابلة^(١) . فجميع هذه الأمور تبرر الفسخ القضائي لاتفاق المبدأ .

وهكذا يرتب اتفاق المبدأ التزاما تعاقديا بالتفاوض^(٢) يجب تنفيذه بحسن نية بطبيعة الحال ، وفي حالة الإخلال به يكون الجزاء هو التعويض . وحاصل القول أن " اتفاق المبدأ يعطى لجزاء قطع المفاوضات أساسا عقديا " L'accord de principe donne à la sanction de la rupture des pourparlers " un fondement contractuel^(٣) .

إذا كان البعض^(٣) يرى أن الأمر يتعلق بتعهد بإبرام عقد يستطيع القاضى أن يكمله في حالة عدم وجود اتفاق لاحق ، على اعتبار أن ذلك لا يعد سوى مجرد مرحلة في المفاوضات يجب على الطرفين مواصلةا بصفة عامة حتى تحقق الغاية المنشودة ، ويترتب على قطع المفاوضات قيام مسؤولية المتسبب في ذلك ، حيث يلتزم بدفع تعويض للطرف الآخر في هذه الحالة تزداد قيمته كلما كانت احتمالات إبرام العقد كبيرة ، إلا أن الطرف الذى أخل باتفاق المبدأ لا يمكن أن يجبر على إبرام العقد " La partie qui viole un " accord de principe " ne peut être condamnée à conclure le contrat .

فاتفاق المبدأ لا يمكن تكيفه على أنه التزام بتحقيق نتيجة وهي إبرام العقد ، ولكنه التزام بوسيلة وهي محاولة إبرام العقد cette accord de principe ne s'analyse pas comme une obligation de

الاتفاق على أن يجتمع الطرفان في موعد لاحق لبحث كل = = ما يمكن اتخاذه من إجراءات في سبيل تخفيض ساعات العمل الأسبوعية مشيرا إلى أهمية تخفيض ساعات العمل الأسبوعية إلى ٣٥ ساعة أسبوعيا بحلول عام ١٩٨٥ . غير أن صاحب العمل رفض هذا التخفيض وربطه بإجراء تخفيض مقابل في أجور العمال ، فلجأت التنظيمات النقابية إلى القضاء مطالبة بإلزام صاحب العمل بتنفيذ ما التزم به من تخفيض ساعات العمل إلى ٣٥ ساعة أسبوعيا بداية من عام ١٩٨٥ . وقد استجابت المحكمة لذلك معتبرة أن التزام صاحب العمل بالشرط الذى ورد في الاتفاق هو التزام قاطع بتحقيق نتيجة وليس التزاما ببذل عناية . غير أن الدائرة الاجتماعية لمحكمة النقض الفرنسية نقضت هذا الحكم معتبرة أن الشرط محل النزاع لا يمثل سوى اتفاق مبدأ ، وأن الطرفين - فى سبيلهما لإتمام هذا الاتفاق - قد اتفقا على الالتزام بالتفاوض حول ساعات العمل الأسبوعية . وبذلك تكون محكمة الاستئناف قد أخطأت فيما انتهت إليه بوجود التزام بتحقيق نتيجة على عاتق الطرفين .

Ch. soc. , ١٩ déc. ١٩٨٩ , D. ١٩٩١ , p. ٦٢ , note Schmidt - Szalewski (J.) .

(١) راجع :

Cass. com. ٢٢ mai ١٩٧٩ , D. ١٩٨٠ , IR , p. ٢١٧ .

(٢) راجع Géninet : رسالة دكتوراه ، مرجع سابق ، فقرة ٣٥٩ ، ص ٣١١ .

(٣) راجع جستان : إنشاء العقد ، مرجع سابق ، فقرة ٣٤٤ .

(٣) أنظر على سبيل المثال:

Malaurie (P.) et Aynès (L.) : Les obligations , ٧è éd. , Cujas , ١٩٩٧ , n° ٣٥٢ .

résultat de conclure , mais comme une obligation de moyen de tenter de conclure^(١)

واتفاق المبدأ قد يتم إكماله وتحديده عن طريق عقد آخر^(٢) يهدف فقط إلى تنظيم مؤقت aménagement temporaire للعلاقات بين الطرفين قبل إبرام العقد النهائي ، يتم الاتفاق فيه مثلا على مواعيد بدء المفاوضات ، أو الطرف الذي يتحمل تكاليفها ، أو الدراسات الأولية Les études préalables التي يجب توافرها ، بل وحتى الإذن ببدء الأعمال التمهيديّة^(١) les travaux préliminaires

المبحث الثاني

اتفاقات الإطار المنشئة

لالتزام بإبرام عقود التطبيق

وعلى عكس ما سبق هناك بعض الحالات الأخرى التي لا يقتصر فيها اتفاق الإطار على إنشاء التزام تعاقدى بالتفاوض حول عقود التطبيق ، ولكنه يلقي على عاتق الطرفين التزاما بإبرام هذه العقود بالفعل .

ولو أخذنا عقد التوريد contrat de fourniture على سبيل المثال لوجدنا أن إدراج شرط في العقد يوجب شراء كمية محددة من منتج معين خلال مدة معينة أيضا ، إنما ينشئ التزاما حقيقيا بإبرام سلسلة من العقود التطبيقية التي تحقق بيع وشراء هذا المنتج . فالأمر هنا يتعلق بالتزام قانوني يترتب مباشرة وصراحة على اتفاق الإطار .

(١) راجع :

Starck (B.) , Roland (H.) et Boyer (L.) : Les obligations , Contrat , ٤è éd. , Litec , ١٩٩٣ , n° ٣٠٠ .

Cass.soc. ١٩ déc. ١٩٨٩ , D. ١٩٩١ , ٦٢ , note Schmidt-Szalewski (J.) .

(٢) راجع جستان : إنشاء العقد ، مرجع سابق ، فقرة ٣٣١ .

Lassalle (B.) : Les pourparlers , RRJ , ١٩٩٤ , p. ٨٣٥ - ٨٣٦ .

(١) راجع :

Fontaine (M.) : in Les lettres d'intention dans la négociation des contrats internationaux , Droit et pratique du commerce international , ١٩٧٧ , t. ٣ , n° ٢ , p. ٩٦

- ٩٨ .

ففي العديد من اتفاقات الإطار يجرى النص على أن يتزود تاجر التجزئة (أى يحصل على السلع التي يبيعها) من منتج معين يلتزم بعدم بيع منتجاته إلا لهذا التاجر فقط . ويعرف هذا الشرط بشرط القصر la clause de l'exclusivité . ونجد هذا الشرط أيضا في عقد امتياز العلامات التجارية للسيارات ، وعقد التوزيع استغلال العلامات التجارية ، وعقد التوزيع الانتقائي لمستحضرات التجميل عالية الجودة ، وعقد التوزيع الحصري . فبالنسبة لهذه التوريدات ، وطوال المدة التي يستغرقها اتفاق الإطار ، تكون هناك عقود أخرى ينبغي إبرامها تنفيذا لهذا الاتفاق . فاتفاق الإطار يعتبر حينئذ بمثابة عقد تحضيرى أو تمهيدى un contrat préparatoire لعقود البيع التي ستبرم فيما بعد بين المورد والموزع^(١) .

كما أن إدراج شرط قصر الشراء clause d'approvisionnement exclusif^(٢) في عقد التوزيع يرتب كذلك من الناحية الفعلية التزاما بإبرام بعض الببوع التطبيقية . فعلى سبيل المثال بائع المشروبات بالتجزئة الذى يلتزم - بموجب اتفاق الإطار - بشراء المشروبات من منتج معين دون سواه ، يتعين عليه بالضرورة أن يبرم سلسلة من العقود المتتالية مع الطرف الآخر للتزود بهذه السلعة . فهناك إذن التزام حقيقى بإبرام هذه العقود يمكن استنتاجه من الشرط الخاص بقصر الشراء .

ففي مثل هذه الحالات يمكن القول بأن هناك التزام ، ليس بالتفاوض فقط حول عقود التطبيق ، ولكن بإبرام هذه العقود بالفعل .

فعندما يكون هناك التزام بالتزود على عاتق أحد الطرفين ، فإن القاعدة التي قررتها المادة ١١٣٥ من القانون المدنى الفرنسى^(٣) تفرض على الطرف الآخر بالتبادل الاستجابة لطلبات التوريد المقدمة من المتعاقد معه حتى يعفى من المسؤولية ولو بشكل مؤقت على الأقل .

ولا تكون هناك أية صعوبة إذا كان الطرفان متفقين على العناصر الجوهرية للعلاقة الاقتصادية بينهما وخاصة الثمن . غير أن إبرام عقود التطبيق لا يمكن أن يتبع مثل هذا الاتفاق ، لأن ذلك سيكون معناه فى هذه الحالة أننا أمام مجرد التزام بالتفاوض وليس أمام التزام حقيقى بإبرام عقود تطبيقية متتالية .

(١) لمزيد من التفاصيل عن العقود التحضيرية أو التمهيدية راجع د. جمال فاخر النكاس : العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد ... ، مرجع سابق ، ص ١٣٣ وما بعدها .

(٢) لمزيد من التفاصيل عن شرط قصر الشراء راجع د. صفوت ناجى بهنساوى : عقود التوزيع الانتقائي ، مرجع سابق ، ص ١٤ وما بعدها .

(٣) وتنص هذه المادة على أن " الاتفاقات تكون ملزمة ، ليس فقط من حيث الأشخاص الذين أبرمها ، ولكن أيضا من حيث الآثار التي ترتبها العدالة أو العرف أو القانون على الالتزام وفقا لطبيعته " .

وهكذا فإنه من المسلم به أن اتفاق الإطار يعطى لأحد الطرفين - صراحة أو ضمنا - سلطة تحديد الثمن من جانب واحد . فسلطة أحد الطرفين في تحديد الثمن من جانب واحد تكون صريحة عندما يشترط اتفاق الإطار أن يكون ثمن التوريدات المتتالية متفقا مع قائمة الأسعار التي يطبقها المورد بالتتابع على جميع الموزعين . وفي حالة عدم وجود هذا الشرط فإنه يمكن أن يستنتج من العرف أو من طبيعة العقد أن أحد الطرفين يملك سلطة تحديد الثمن من جانب واحد في عقود التطبيق المتتالية ، لأنه في حالة عدم النص على هذا الشرط في اتفاق الإطار فإن الالتزام بإبرام العقود التطبيقية - والذي يترتب مباشرة على اتفاق الإطار - يكون مجردا من كل قوة ملزمة حقيقية^(١) .

غير أن هذه السلطة التي يمنحها اتفاق الإطار لأحد الطرفين لتحديد أحد العناصر الجوهرية للعلاقة الاقتصادية يثير مشكلة كبيرة في هذا الصدد . ولاشك أن قضاء محكمة النقض الذي قضى ببطان اتفاقات الإطار التي أخضعت تحديد الثمن لإرادة أحد الطرفين التحكيمية^(٢) - استنادا إلى المادة ١٥٩١ أولا ثم إلى المادة ١١٢٩ من القانون المدني بعد ذلك - يكفي تماما لتوضيح هذه الصعوبة .

ولكى نلخص هذه المشكلة في عبارات مبسطة يكفي أن نلاحظ أن العقد - من خلال تعريفه - هو توافق بين إرادتين ، يسمح لكل طرف من طرفيه على وجه التحديد - حتى ولو كان رضائه محدودا - أن يدافع عن مصالحه . والسؤال الذي يثور حينئذ هو معرفة ما إذا كان إبرام اتفاق الإطار - والذي لا يحدد بنفسه العناصر الجوهرية للعلاقة بين الطرفين - يمكن مع ذلك أن يلزم الطرفين بإبرام عقود تطبيقية لاحقة ، مخلولا لأحدهما القيام بهذا التحديد من جانب واحد ، وهو ما يعنى من الناحية الواقعية تحديد الثمن من جانب واحد .

الواقع أن القضاء - كما رأينا من قبل - كان قد استمر زمنا طويلا على أن البناء الخاص باتفاقات الإطار يعتمد على إخضاع أحد الطرفين لإرادة التحكيمية للطرف الآخر ، وهو ما يبرر إبطال اتفاق الإطار والعقود التطبيقية لعدم تحديد الثمن . وقد قضت محكمة النقض الفرنسية صراحة بأن الأمر يتعلق هنا ببطان مطلق بل وبانعدام حقيقى لهذه العقود لعدم اتفاقها مع غرض حماية الطرف الخاضع لإرادة الطرف الآخر عند إبرام العقود التطبيقية^(٣) .

غير أن النتائج الشديدة للبطان المطلق ، لاسيما الصعوبة الكبرى المتمثلة في حساب الاسترداد - والذي يعد بمثابة نتيجة حتمية - قد دفعت أولا الدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية في ٢٩ نوفمبر ١٩٩٤^(٤)

(١) راجع :

Legeais (D.) : La détermination du prix d'achat des marchandises dans les contrats de franchise : L'espoir déçu , JCP , éd. E , ١٩٩٢ , I , ١٣٥ .

(٢) راجع ما سبق ، ص ٤٤ - ٤٥ .

(٣) راجع :

Cass. com. , ٢٧ avr. ١٩٧١ : D. ١٩٧٢ , p. ٣٥٣ , note Ghestin .

(٤) راجع :

Cass. ١re civ. , ٢٩ nov. ١٩٩٤ , D. ١٩٩٥ , ١٢٢ , note Aynès (L.) .

ثم بعد ذلك الجمعية العامة Assemblée plénière لمحكمة النقض في أول ديسمبر ١٩٩٥^(٢) إلى تغيير اتجاهها السابق تماما . فالمجموعة العقدية التي تتألف من اتفاق الإطار وعقوده التطبيقية لن يتم إبطالها بعد ذلك لعدم تحديد الثمن .

وهكذا فإنه رغم صرامة وتشدد القضاء سنوات طويلة ، إلا أن اتفاقات الإطار استمرت في الواقع العملي ، وصار من الضروري البحث عن مبرر نظري للحل الجديد . ولا شك أن هذه المسألة تظهر بوضوح ضرورة وصعوبة البحث في الوقت نفسه عن التوفيق بين المنفعة من ناحية والعدالة من ناحية أخرى . فهذا البحث كان هو الشغل الشاغل لمحكمة النقض الفرنسية على مدار السنوات التي سبقت هذا التحول في الاتجاه^(١) .

إن البطلان لعدم تحديد الثمن يجد ما يبرره في أن تحديد أحد العناصر الجوهرية للعقد من جانب واحد فقط ، يتعارض مع دور هام تقوم به العقود الملزمة للجانبين في الواقع العملي ، وهو ضمان وجود نوع من التوازن في الأداءات بين طرفي العقد ، وحق كل منهما في الدفاع عن مصالحه الخاصة .

وقد أشرنا من قبل إلى أن ما يضاف على اتفاقات الإطار ذاتيتها الخاصة هو أنها من جهة أولى تتدخل على وجه التحديد في العلاقة التي يربط الطرفان إقامتها بينهما لمدة معينة مزودة إياها باعتبارات السلامة والثقة التي ترتبط بالالتزامات العقدية ، ومن جهة أخرى فإنه يتعذر - من الناحية العملية - على الطرفين عند إبرام اتفاق الإطار أن يتفقا على تحديد الثمن في عقود التطبيق اللاحقة بشكل واضح ومحدد . فتحديد الثمن التوريدات المتتالية في هذا الوقت معناه أن يتحمل الطرفان مخاطر عدم التوقع الجسيمة في هذه الحالة . وبعبارة أخرى أكثر وضوحا فإنه عند إبرام اتفاق الإطار لم يكن كلا الطرفين في الحقيقة في وضع يسمح له بالدفاع عن مصالحه الخاصة فيما يتعلق بالعناصر الجوهرية لعقود التطبيق وخاصة الثمن . فعدم تحديد الثمن في هذا الوقت هو أمر مقبول إذن بسبب ما يحققه من فائدة أو مصلحة للطرفين معا ، كما أنه لا يحمل في حد ذاته نوعا من الظلم أو عدم العدالة على الإطلاق^(١) .

(٢) راجع :

Ass. plén., ١er déc. ١٩٩٥ , JCP , éd. G ١٩٩٦ , II , ٢٢٥٦٥ , concl. Jéol (M.) , note Ghestin (J.) .

(١) راجع :

Finel (L.) : Les règles relatives à la détermination du prix et le contrat de prêt bancaire , JCP , éd. G , ١٩٩٦ , I , ٣٩٥٧ .

(١) راجع :

Frison-Roche (M.- A.) : L'indétermination du prix , RTD civ. , ١٩٩٢ , p. ٢٦٩ .

كما أشرنا كذلك إلى أنه إذا كان اتفاق الإطار يستلزم بالضرورة إبرام عقود التطبيق ، فإن الطرفين يمكنهما الاختيار بين حلين : إما مجرد الالتزام بالتفاوض حول إبرام هذه العقود ، أو الالتزام بإبرام هذه العقود بالفعل مع ضرورة إعطاء أحد الطرفين سلطة تحديد الثمن من جانب واحد .

ويلاحظ في هذا الصدد أن اختيار الطرفين - بحرية ودراية كاملة بسبب التعاقد - الالتزام بإبرام عقود تطبيقية في هذه الحالة ، إنما يكون في إطار الحرية التعاقدية ، حيث يشير الواقع العملي من جهة أولى إلى الفوائد الاقتصادية العديدة التي يحققها هذا الالتزام ، ومن جهة أخرى إلى عدم وجود أى نوع من الظلم في هذه العلاقة يؤدي إلى الخشية من إبرام عقود تطبيقية تقتصر إلى التوازن .

ومع ذلك فقد يحدث هناك نوع من الظلم عند إبرام عقود التطبيق المتتالية . فالطرف الذي يتمتع - صراحة أو ضمنا - بسلطة تحديد العناصر الجوهرية للعلاقة - وخاصة تحديد ثمن التوريدات أو الخدمات - قد يسيء عندئذ استعمال سلطته . ولهذا السبب فرضت المحاكم رقابتها في هذا الصدد تحت إشراف محكمة النقض ، حيث وضعت الجمعية العامة - بحق - في حكمها الصادر في أول ديسمبر ١٩٩٥ مبدأ هاماً في هذا الصدد وهو أن : " التعسف في تحديد الثمن لا يؤدي إلا إلى الفسخ أو التعويض " L'abus dans la fixation du prix ne donne lieu qu'à résiliation ou indemnisation .

ورغم أن القيمة الحقيقية لهذا الحكم كانت محلاً لجدل كبير ، إلا أن هذا القضاء الجديد لمحكمة النقض الفرنسية يعبر - بلاشك - عن إقرار فكرة اتفاق الإطار والذي يتميز بذاتيته الخاصة واستقلاله ، وبالالتزامات المتعلقة بعقود التطبيق التي تترتب عليه ، وأخيراً بعدم تحديد العناصر الجوهرية للعلاقة في عقود التطبيق المتتالية التي يستلزمها اتفاق الإطار .

ففي الواقع - ووفقاً لأحكام الجمعية العامة - عندما ينص الاتفاق على إبرام عقود لاحقة ، فإن عدم تعيين ثمن هذه العقود في الاتفاق الأساسي لا يؤثر - ما لم يكن هناك نص قانوني خاص - في صحته . أما التعسف في تحديد الثمن فإنه لا يؤدي إلا إلى الفسخ أو التعويض .

الفصل الرابع

آثار اتفاق الإطار

يقصد بآثار اتفاق الإطار ما يترتب عليه هذا الاتفاق من حقوق والتزامات بين الطرفين . وسوف نعرض فيما يلي للالتزامات المترتبة على اتفاق الإطار ، ثم لجزاء الإخلال بها .

وبناء على ذلك نقسم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو التالي : المبحث الأول : الالتزامات المترتبة على اتفاق الإطار .

المبحث الثاني : جزاء الإخلال بالالتزامات المترتبة على اتفاق الإطار .

المبحث الأول

الالتزامات المترتبة على اتفاق الإطار

لاشك أن اتفاق الإطار هو من الاتفاقات التي يلعب الزمن دورا رئيسيا في تحديد ما يترتب عليها من التزامات ، حيث يهدف هذا الاتفاق – كما رأينا من قبل – إلى تنظيم العلاقات بين الطرفين لفترات طويلة ، يتخللها إبرام الكثير من العقود بينهما .

وهكذا يرتب اتفاق الإطار نوعين من الالتزامات . فهناك التزامات تمهيدية تسبق إبرام العقود التطبيقية ، والالتزامات تتعلق بإبرام وتنفيذ العقود التطبيقية .

فبالنسبة للنوع الأول من الالتزامات - وهو الالتزامات التمهيدية أو الأولية - فهي التزامات فورية يجب تنفيذها بمجرد إبرام اتفاق الإطار وقبل إبرام أى عقد تطبيقي . والغرض من هذه الالتزامات هو خلق نوع من التعاون والثقة بين الطرفين ^(١) يتيح لهما إبرام ما يشاءان من عقود تطبيقية تؤدي إلى تطوير كل منهما لنشاطه الاقتصادي . ومن أمثلة هذه الالتزامات التمهيدية الالتزام بالإعلام ، والالتزام بعدم المنافسة ، والالتزام بإعادة تجهيز المنشأة التجارية على طراز حديث لجذب المزيد من المستهلكين ^(٢) ، والالتزام بتوفير خدمة ما بعد البيع ، والتزام المنتج في عقد الترخيص التجاري بتقديم المساعدة اللازمة للموزع كي يتمكن من بدء نشاطه ^(٣) .

أما بالنسبة للنوع الآخر من الالتزامات - وهي الالتزامات التي تتعلق بإبرام وتنفيذ العقود التطبيقية - فمن أمثلتها الالتزام بوضع نماذج لطلبات التعاقد ، وتحديد المواعيد المقررة لذلك ، وكيفية الوفاء بالثمن وميعاده ، وتحديد الشروط اللازمة لضمان العيوب الخفية ، وشروط التسليم ، وشرط القصر la clause de l'exclusivité الذي يلزم أحد الطرفين أو كلاهما بقصر التعامل في السلعة أو الخدمة على الطرف الآخر المتعاقد معه . ومن أمثلة هذه الالتزامات أيضا التزام الموزع بثمن معين في العقود التي يبرمها بعد ذلك مع عملائه ^(٤) .

واتفاق الإطار - بحسب الأصل - ليس من العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي ، لأنه يرتبط بالمشروع الذي يمثله كل من الطرفين ، بحيث يمكن اعتباره من مستلزماته ^(٥) . وعلى ذلك يمكن أن يتنازل أحد الطرفين عن الاتفاق للغير ، ومع ذلك فقد يتضمن الاتفاق شرطا يمنع من انتقاله للغير ، سواء بصفة مطلقة أو في حالات معينة ، وفي هذه الحالة يتخذ اتفاق الإطار طابعا شخصيا على سبيل الاستثناء .

(١) راجع د. جعفر محمد جواد الفضلي : عقد الإطار ، مقال سابق ، ص ٩ - ١٠ .

(٢) وهو ما نراه بصفة خاصة في عقود التوزيع الانتقائي لتسويق المنتجات عالية الجودة .

(٣) راجع :

Gatsi : اتفاق الإطار ، رسالة دكتوراه ، مرجع سابق ، فقرة ١٠٥ .

د. ماجد عمار : عقد نقل التكنولوجيا ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٧ ، ص ١٧٦ - ١٧٧ .

د. محمود الكيلاني : عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا ، بدون ناشر ، ١٩٨٨ ، ص ٢٣٣ - ٢٣٥ .

(٤) راجع Gatsi : المرجع السابق ، نفس الموضوع .

(٥) راجع د. مصطفى محمد الجمال : المرجع السابق ، فقرة ٢٠٣ ، ص ٣٠٣ - ٣٠٥ .

المبحث الثاني

جزاء الإخلال بالالتزامات

المتربة على اتفاق الإطار

إذا أخل أحد الطرفين في اتفاق الإطار بالالتزامات التمهيدية التي تقع على عاتقه ، جاز للطرف الآخر أن يلجأ إلى القضاء لإجباره على ذلك ، مطالباً بالتنفيذ العيني الجبري ، متى كان هذا التنفيذ ممكناً ، وغير مرهق للمدين ، وليس فيه أي مساس بحريته الشخصية . فإذا لم يكن التنفيذ العيني جائزاً كان له أن يطالب بفسخ اتفاق الإطار ، غير أن القاضي لا يكون ملزماً بأن يحكم بالفسخ في هذه الحالة ، ولكنه يتمتع بسلطة تقديرية كاملة في هذا الصدد ، حيث يقوم أولاً بتحديد جسامته الإخلال أو التقصير الذي حدث في تنفيذ الالتزام ، وفي ضوء ذلك يحكم بالتعويض أو يرفضه .

ويلاحظ هنا أنه في حالة الحكم بالفسخ للإخلال بتنفيذ الالتزامات التمهيدية يترتب على ذلك زوال اتفاق الإطار بأثر رجعي ، فلا يكون له أي أثر من تاريخ إبرامه ، ويعود المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد^(١) .

وعلاوة على فسخ اتفاق الإطار ، يكون للدائن أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب إخلال مدينه بالتزاماته التمهيدية ، كما لو اتفق المنتج والموزع في عقد التوزيع الانتقائي على أن يقوم الموزع بتطوير منشأته التجارية وتجهيزها على طراز حديث لجذب المستهلكين ، وأن يقدم له المنتج قرضاً لاستخدامه في هذا الغرض ، وبدأ الموزع بالفعل في أعمال التطوير والتحديث ، وأنفق عليها جزءاً من أمواله الخاصة انتظاراً لاستلام مبلغ القرض دون جدوى .

وفي كثير من الأحيان قد يتفق الطرفان صراحة على أن يكون اتفاق الإطار مفسوخاً من تلقاء نفسه دون إعدار أو حكم قضائي في حالة الإخلال بالالتزامات التمهيدية الناشئة عنه .

غير أن البعض يرى عدم جدوى اللجوء إلى التنفيذ العيني في حالة الإخلال بالالتزامات التمهيدية التي تترتب على اتفاق الإطار ، على اعتبار أن إخلال أحد الطرفين بهذه الالتزامات قبل إبرام أية عقود تطبيقية إنما يدل بشكل واضح على أنه لا يريد التعامل مع الطرف الآخر . وكيف يستطيع الطرفان بعد ذلك الاستمرار في التعامل لعدة سنوات ، والإقدام على إبرام عقود تطبيقية في مثل هذه الظروف ، وقد تعكر صفو العلاقة بينهما واختفت روح التعاون بحكم قضائي بالتنفيذ العيني جبراً ، وأصبح المناخ السائد بينهما لا يشجع على الإطلاق على إبرام أي عقد تطبيقي؟^(١) .

(١) راجع د. محمد حسين عبد العال : المقال السابق ، فقرة ١٤٧ ، ص ١٣٢ .

(١) أنظر على سبيل المثال Gatsi : اتفاق الإطار ، رسالة دكتوراة ، مرجع سابق ، فقرة ٣٧٧ ، ص ٢٥٨ .

أما إذا أخل أحد الطرفين في اتفاق الإطار بالالتزامات التي تتعلق بإبرام وتنفيذ العقود التطبيقية (٢) بأن امتنع - مثلا - عن إبرام أحد هذه العقود دون مبررات قوية ، أو أخل بمتطلبات مبدأ حسن النية في التفاوض ، فإنه يكون قد ارتكب خطأ عقديا يترتب مسؤوليته المدنية ، ويجوز للطرف الآخر أن يطالب بفسخ اتفاق الإطار في هذه الحالة .

ومن الجدير بالذكر في هذا الصدد أن الإخلال بالالتزامات المترتبة على أي عقد تطبيقي لا يؤثر على اتفاق الإطار ولا على باقى العقود التطبيقية الأخرى . والسبب في ذلك هو أن اتفاق الإطار يسمى على العقود التطبيقية ، فهو ليس تابعا لها ولكن العكس هو الصحيح . فعلاقة اتفاق الإطار بأى عقد تطبيقي هي علاقة الأصل بالفرع (٣) .

ويلاحظ في هذا الصدد أن فسخ اتفاق الإطار لا يكون له أثر رجعي ، فلا يترتب على الفسخ المساس بأى عقد تطبيقي تم إبرامه قبل ذلك ، وذلك لأن اتفاق الإطار هو من عقود المدة دورية التنفيذ التي لا تخضع لقاعدة الأثر الرجعي للفسخ .

(٢) ذلك أن إبرام أى عقد تطبيقي أو تنفيذه يجب أن يتم وفقا للشروط التي حددها اتفاق الإطار في هذا الصدد .

(٣) راجع :

= Pollaud-Dulian et Ronzano : عقد الإطار ، مقال سابق ، فقرة ٣٩ ، ص ٢٠١ .

د. محمد حسين عبد العال : إبرام العقد تطبيقا لعقد آخر ، مقال سابق ، فقرة ١٢٠ ، ص ١١٠ ، وفقرة ١٥١ ، ص ١٣٤ .

خاتمة

رأينا فيما سبق أن اتفاق الإطار هو عبارة عن اتفاق يحدد القواعد العامة والشروط الرئيسية التي يلتزم الطرفان بمراعاتها فيما يبرمانه من عقود تطبيقية لاحقة ذات طبيعة واحدة ، بدلا من الدخول في كل مرة في مفاوضات متكررة لا يعرف مصيرها لمناقشة تفاصيل العقد المراد إبرامه . واتفاق الإطار بهذا المعنى يسمو في مكانته على العقود التطبيقية الأخرى التي يجرى إبرامها فيما بعد ، حيث يعد بمثابة أداة لتوحيد نمط هذه العقود ، ويهدف إلى تنظيم العلاقات العقدية التي تمتد لفترة زمنية طويلة ، تتخللها معاملات كثيرة ومتكررة بين الطرفين ، في ظل ظروف قابلة للتغير. ويؤدي اتفاق الإطار إلى تسهيل عملية التفاوض وسرعة إبرام العقود ، وهو ما يستجيب لمقتضيات الإنتاج المعاصر ، والتي تتطلب كثرة العقود وتوحيد شروطها .

ولاشك أن الاعتراف بفكرة اتفاق الإطار وعقوده التطبيقية جاء من أجل تدعيم علاقات الأعمال واستمرارها لفترات زمنية طويلة ، بحيث تلبى حاجة المشروعات الصناعية والتجارية في عصرنا الحديث ، وهو ما كان له أثر غير مباشر تمثل في رفض القضاء ترتيب آثار قانونية مماثلة عندما يكون الطرفان مرتبطين بعلاقات عمل عادية ، أى في الحالة التي لم يبرم فيها الطرفان عقودا تطبيقية متتالية تخضع لاتفاق إطار واحد .

ويلاحظ في هذا الصدد أن القانون المدني يتغير تحت تأثير قانون الأعمال ، ذلك أن التطور الذي شهده قطاع التوزيع أدى إلى ضرورة البحث من جديد في أنواع العقود في القانون المدني . فالتقاء فرعين من فروع القانون يبدو مثيرا بلا شك ، لأنه أدى إلى ضرورة التدخل لإنشاء فئة جديدة من العقود ذات طابع خاص ، وتستقل بنظام قانوني يميزها عن غيرها . فلا يمكن القول بأن اتفاق ما يعد اتفاق إطار إلا إذا تراضى الطرفان على إنشاء إطار معين ، بحيث تخضع معاملاتهما في المستقبل لقواعد واحدة ينص عليها هذا الاتفاق ، كما يلزم - علاوة على ذلك - أن يترضى الطرفان بعد ذلك ، وبشكل مستقل ، على إنشاء كل عقد تطبيقي على حدة .

وهكذا يتضح لنا مما سبق كيف تتطور الشريعة العامة والقوانين الخاصة ليفرزان لنا في النهاية صورا وأشكالا جديدة من العقود لم تكن تعرفها المجتمعات من قبل .

وأخيرا ينبغي الإشارة إلى أن ظهور فكرة اتفاق الإطار كفئة قانونية مستقلة من العقود يكشف بوضوح كيف أن الواقع والقضاء قد ابتكرا هذه الفكرة دون مساعدة من جانب المشرع ، وكيف أن هذه القدرة على إنشاء فكرة معينة تلبية لحاجات التجارة وظروفها يمكن أن تتجاوز الأنواع التقليدية للعقود في القانون المدني ، والتي تعجز في كثير من الأحيان عن الاستجابة لمتطلبات الحياة التجارية . غير أن هذا الإنشاء يندرج بشكل متآلف في الإطار الذي تقدمه الشريعة العامة للعقود ، بحيث لا تدخل هذه الفئة الجديدة من العقود في تضارب مع القواعد الموجودة من قبل في القانون المدني ، بل تقتصر على تجميع ودمج هذه القواعد ، لسد القصور الذي نصادفه عند الرجوع إلى العقود المسماة ، استجابة لحاجات التجارة وظروفها ، ودون حاجة إلى تنظيم تشريعي جديد .

وهكذا يمكن الاستفادة من مبادئ القانون المدنى لإنشاء فئة قانونية جديدة من العقود ، تجمع فى أحكامها بين القواعد القديمة والقواعد الأخرى الحديثة ، التى دعت إليها ضرورات الواقع العملى ، وطبيعة العلاقات بين المشروعات الصناعية والتجارية فى العصر الحديث .

ولا شك أن هذه الطريقة تظهر أن الواقع العملى يمكن أن يطوى كثيرا من المفاهيم الصارمة . كل ما فى الأمر هو أن يحدث هذا التجديد أو التطوير فى المفاهيم بشىء من الاعتدال والمرونة . صحيح حقا أنه قد تواجهنا بعض المشاكل ، كالجدل الشديد حول تحديد الثمن فى عقود التوزيع ، غير أن اتفاق الإطار فى الحقيقة إذا كان قد لعب دورا هاما فى هذا الجدل ، إلا أنه لم يكن هو السبب الوحيد فى ذلك ، ولكنه كان - بالأحرى - كاشفا لأمر أثار كثيرا من الشكوك والخلافات فى الواقع العملى .

وأخيرا ألا يعد تجديد القواعد القانونية من الداخل ، تلبية لحاجة المشروعات الصناعية والتجارية فى العصر الحديث ، طريقة مثالية لتطوير قانون العقود ، ومفارقة من مفارقات اتفاق الإطار ؟ .

قائمة المختصرات**Liste des abréviations**

- Ass. plén.** : Assemblée plénière de la cour de cassation.
- Bull. civ.** : Bulletin des arrêts des chambres civiles de la cour de cassation .
- Cass.** : Cour de Cassation .
- Chron.** : Chronique .
- Civ.** : Chambre Civile de la cour de cassation .
- Coll.** : Collection .
- Com.** : Chambre Commerciale de la cour de cassation.
- CREDA** : Centre de Recherche sur le Droit des Affaires .
- D.** : Recueil Dalloz – sirey .
- Éd.** : Édition .
- Gaz. Pal.** : Gazette du Palais .
- I.R.** : Informations Rapides .
- J.C.P.** : Juris-Classeur .
- Jurispr.** : Jurisprudence .
- L.G.D.J.** : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence .
- N°** : Numéro .
- Obs.** : Observation .
- P.** : Page .
- P.U.F.** : Presses Universitaires de France .
- RRJ** : Revue de la Recherche Juridique .
- RTD civ.** : Revue Trimestrielle de Droit civil .
- RTD com.** : Revue Trimestrielle de Droit commercial .
- Soc.** : Chambre Sociale de la cour de cassation.
- Somm.** : Sommaire .
- T.** : Tome .

قائمة المراجع

أولا : مراجع باللغة العربية

أ - المراجع العامة :

- د. أحمد حسن البرعى : علاقات العمل الجماعية فى القانون المصرى المقارن ، دار الفكر العربى ١٩٧٦ .
 د. أحمد محمود سعد : مصادر الالتزام فى القانونين المدنيين المصرى واليمنى (دراسة مقارنة) ، الكتاب الأول - العقد والإرادة المنفردة ، دار النهضة العربية ١٩٩٠ .
 د. حسام الدين كامل الأهوانى : النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، الطبعة الثانية ، بدون ناشر ، ١٩٩٥ .
 د. حمدي عبد الرحمن : الوسيط فى النظرية العامة للالتزامات ، الكتاب الأول ، المصادر الإرادية للالتزام ، العقد والإرادة المنفردة ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٩ .
 د. سميحة القليوبى : الوسيط فى شرح قانون التجارة المصرى ، الجزء الثانى (١) ، الطبعة الرابعة ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٥ .
 د. عبد المنعم فرج الصدة : مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٢ .

ب - المراجع المتخصصة والرسائل :

- د. أسامة أبو الحسن مجاهد : مشكلة عدم تحديد الثمن فى بعض العقود طويلة المدة ، دار النهضة العربية ٢٠٠٢ .
 د. أمال كامل عبد الله : النظام القانونى لعقود مبادلة الأصول المالية المنقولة ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، ٢٠٠٤ .
 د. أيمن سعد : العقود النموذجية ، دار النهضة العربية ٢٠١٢ / ٢٠١٣ .
 د. جعفر محمد جواد الفضلى : عقد الإطار - دراسة تحليلية ، مجلة الرافدين للحقوق ، العدد ٢٨ ، سنة ٢٠٠٦ .
 د. جمال فاخر النكاس : العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد وأهمية التفرقة بين العقد والاتفاق فى المرحلة السابقة على العقد ، مجلة الحقوق - جامعة الكويت ، السنة العشرون - العدد الأول ، مارس ١٩٩٦ ، ص ١٣٣ .
 دعاء طارق بكر البشتاوى : عقد الفرنشايز وآثاره ، بدون ناشر ، ٢٠٠٨ .
 د. رجب كريم عبد اللاه : التفاوض على العقد ، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٠ .
 د. رشوان حسن رشوان أحمد : أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد ، الطبعة الأولى ، بدون ناشر ، ١٩٩٤ .
 د. صفوت ناجى بهنساوى : عقود التوزيع الانتقائى ، دار النهضة العربية ١٩٩٥ .
 د. عبد العزيز المرسي حمود : الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدى ، دراسة مقارنة ، بدون ناشر ، ٢٠٠٥ .
 د. ماجد عمار : عقد نقل التكنولوجيا ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٧ .
 د. محمد إبراهيم دسوقي : الجوانب القانونية فى إدارة المفاوضات وإبرام العقود ، الرياض ، ١٩٩٥ .

- د. محمد حسين عبد العال : إبرام العقد تطبيقاً لعقد آخر في ظل فكرة اتفاق الإطار ، مجلة الحقوق – جامعة البحرين ، المجلد الثالث - العدد الأول ، يناير ٢٠٠٦ ، ص ٧ .
- د. محمد شكرى الجميل العدوى : سوء النية وأثره في عقود المعاوضات فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى ، دار الفكر الجامعى ، ٢٠٠٨ -
- د. محمد عبد الظاهر حسين : تحديد الأثمان فى العقود الأولية ، مطبوعات جامعة الكويت ، ١٩٩٨ .
- د. محمود الكيلانى : عقود التجارة الدولية فى مجال نقل التكنولوجيا ، بدون ناشر ، ١٩٨٨ .
- د. مصطفى محمد الجمال : السعى إلى التعاقد فى القانون المقارن ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٢ .
- د. هشام فضلى : الاتجاهات الحديثة فى تنظيم العقود التجارية ، بدون ناشر ، ٢٠١٢ .
- د. يونس صلاح الدين على : العقود التمهيدية ، دراسة تحليلية مقارنة ، دار الكتب القانونية – دار شتات للنشر والبرمجيات ، ٢٠١٠ .

ثانيا : مراجع باللغة الفرنسية

I-Thèses , ouvrages généraux et spéciaux :

- Cornu (G.) :** Vocabulaire juridique , P. U. F. , ١٩٨٧ . **CREDA :**
- * Le contrat-cadre , sous la direction de Sayag (A.) , t. ١ , Exploration comparative , Litec , ١٩٩٤ .
- * Le contrat-cadre , sous la direction de Sayag (A.) , t. ٢ , Exploration comparative , La distribution , Litec , ١٩٩٥ .
- Gatsi (J.) :** Le contrat-cadre , thèse , Préface de Bèhar-Touchais (M.) , Paris V , L.G.D.J. , ١٩٩٦ .
- Géninet (M.) :** Théorie générale des avant-contrats en droit privé , thèse , Paris II , ١٩٨٥ .
- Ghestin (J.) :** Traité de droit civil , La formation du contrat , ٣^e éd. , L.G.D.J. , Paris , ١٩٩٣ .
- Gross (B.) :** J.-Cl. Contrats-Distribution , Fasc. ٢٠ , V^o Pourparlers , ١٩٨٨ , n^o ٢٤ .
- Malaurie (P.) et Aynès (L.) :** Droit civil , Les contrats spéciaux , Cujas , ١٩٩١ .
- Malaurie (P.) et Aynès (L.) :** Les obligations , ٧^e éd. , Cujas , ١٩٩٧ .
- Mousseron (J.-M.) :** Technique contractuelle , éd. Juridiques Lefebvre , Paris , ١٩٨٨ .
- Picod (Y.) :** Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat , L.G.D.J. , ١٩٨٩ .
- Schmidt (J.) :** Négociation et conclusion de contrats , Dalloz , Paris , ١٩٨٢ .
- Starck (B.) , Roland (H.) et Boyer (L.) :** Les obligations , Contrat , ٤^e éd. , Litec , ١٩٩٣ .
- Teyssié (B.) :** Les groupes de contrats , thèse , L.G.D.J. , ١٩٧٥ .

II- Articles et chroniques :

Aynès (L.) : Indétermination du prix dans les contrats de distribution : comment sortir de l'impasse ? , D. ١٩٩٣ , chron. , p. ٢٥ .

Behar-Touchais (M.) : La structure du contrat cadre de distribution et la détermination du prix des contrats d'application , J.C.P. , éd. G. , ١٩٩٤ , ٣٨٠٠ .

Finel (L.) : Les règles relatives à la détermination du prix et le contrat de prêt bancaire , JCP , éd. G , ١٩٩٦ , I , ٣٩٥٧ .

Fontaine (M.) : in Les lettres d'intention dans la négociation des contrats internationaux , Droit et pratique du commerce international , ١٩٧٧ , t. ٣ , n° ٢ , p. ٩٦ - ٩٨ .

Frison-Roche (M.- A.) : L'indétermination du prix , RTD civ. , ١٩٩٢ , p. ٢٦٩ .

Ghestin (J.) :

*La notion de contrat-cadre et les enjeux théoriques et pratiques qui s'y attachent , <http://www.creda.ccip.fr>.

*Réflexions sur le domaine et le fondement de la nullité pour indétermination du prix , D. ١٩٩٣ , chr. , p. ٢٥٣ .

Jamin (ch.) : Réseaux intégrés de distribution : De L'abandon de la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives , J.C.P. , ١٩٩٦ , I , ٣٩٥٩ .

Lamèthe (D.) : L'accord – cadre , Gaz. Pal. , ١٩٧٨ , II , p. ٣٦٥ .

Lassalle (B.) : Les pourparlers , RRJ , ١٩٩٤ , p. ٨٣٥ .

Legeais (D.) : La détermination du prix d'achat des marchandises dans les contrats de franchise : L'espoir déçu , JCP , éd. E , ١٩٩٢ , I , ١٣٥ .

Mousseron (J. M.) : La gestion des risques par le contrat , RTD civ. ١٩٨٨ , p. ٤٨١ .

Mousseron (J.-M.) et Seube (A.) : À propos des contrats d'assistance et fourniture , D. ١٩٧٣ , chron. , p. ١٩٧ .

Najjar (I.) : L'accord de principe , D. ١٩٩١ , chron. p. ٥٧ .

Pollaud-Dulian (F.) et Ronzano (A.) : Le contrat-cadre , par delà les paradoxes , RTD com. , ١٩٩٦ , p. ١٧٩ .

Schmidt (J.) : Le prix du contrat de fourniture , D. ١٩٨٥ , chron. p. ١٧٦ .

Tallon (D.) : Le surprenant réveil de l'obligation de donner , D. ١٩٩٢ , p. ٦٧ .

آثار الشرط المانع من التصرف

إعداد

إيناس محمد إبراهيم جاد الحق

مقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين ، وخاتم النبيين والمرسلين، محمد بن عبد الله النبي الأمين ، وعلى آله وصحبه أجمعين .

يحتل حق الملكية أهمية خاصة في كافة التشريعات السماوية والوضعية على السواء، فحق الإنسان في التملك من أهم الحقوق الإنسانية، وحق التصرف في الشيء المملوك هو جوهر حق الملكية وأهم عناصره ، فلا معني للإعتراف للشخص بملكية شيء وهو في الوقت نفسه لا يستطيع أن يتصرف فيه .

وعلى الرغم مما سبق فقد اتجهت التشريعات كافة إلى تقرير قيود على حرية الشخص في التصرف فيما يملك، وهو ما يعرف بالقيود القانونية على الملكية، بل وسمحت أيضاً للأفراد بتقرير مثل هذه القيود ، وهو ما يعرف بالقيود الإرادية ، وهذا كله مراعاة للمصلحة العامة والمصالح الخاصة .

والقيود القانونية مثل ما يفرضه القانون على استعمال الشيء أو استغلاله أو التصرف فيه ، والقيود الإرادية هي ما يعرف بالشرط المانع من التصرف .
والمقصود بالشرط المانع من التصرف : هو الشرط الذي يشترطه المتصرف في العقد أو الوصية بغرض منع المتصرف إليه من التصرف في الشيء موضوع التصرف .

وقد لاقى الشرط المانع من التصرف في البداية رفضاً شديداً من جانب الفقه والقضاء حتى استقر الأمر في النهاية على اعتراف كافة التشريعات به بشروط أهمها وجود مصلحة مبررة لإشتراط المانع من التصرف وتقييد هذا المانع بمدة معينة .

وإذا توافرت شروط صحة المانع من التصرف، أي كان لتحقيق مصلحة مشروعة ولمدة معقولة على النحو الذي ذكرناه سابقاً، كان المانع صحيحاً ومنتجاً لأثاره طوال المدة التي حددت في الشرط المانع، وأهمها حرمان المشتري عليه من ممارسة سلطة التصرف التي يمنحها له حق ملكيته على المال الذي يملكه، طوال مدة المانع ، وعدم الحجز عليه من قبل دائنيه ، فضلاً عن الاحتجاج بهذا الشرط على الغير .

على هدي ما تقدم سنقسم هذا البحث إلى مبحثين وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول : آثار الشرط المانع من التصرف في الفقه القانوني .

المبحث الثاني : آثار الشرط المانع من التصرف في الفقه الإسلامي.

المبحث الأول

آثار الشرط المانع من التصرف في الفقه القانوني

يترتب على قيام الشرط المانع من التصرف صحيحاً حرمان المشتري عليه من التصرف في المال محل المانع طوال مدة الشرط، ويترتب على منع المشتري عليه من التصرف في المال محل المانع ، خلال مدة المانع من التصرف، عدم جواز الحجز على هذا المال من قبل دائنيه تمهيداً لبيعه، وإعطائهم حقوقهم من ثمنه، وهذا الأثر هو نتيجة ضمنية للأثر الأول وإلا أصبح الأثر الأول عديم الجدوى الأمر الذي يتعارض مع الغرض من شرط المانع ذاته.

ومن تلك العجالة نستطيع أن نقسم هذا المبحث إلى مطلبين وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: آثار الشرط المانع من التصرف بالنسبة إلى المشتري عليه ودائنيه.

المطلب الثاني: آثار الشرط المانع من التصرف بالنسبة إلى الغير.

المطلب الأول

آثار الشرط المانع من التصرف بالنسبة إلى المشتري عليه ودائنيه

سنتناول فيما يلي آثار الشرط المانع من التصرف بالنسبة إلى المشتري عليه ودائنيه وذلك من خلال فرعين نخصص الأول لآثار الشرط المانع بالنسبة للمشتري عليه والثاني بالنسبة لدائنيه وذلك كما يلي

الفرع الأول

آثار الشرط بالنسبة إلى المشتري عليه

استقر الفقه على أن الشرط المانع من التصرف يعتبر قيماً على سلطات المالك فيعدل في أحكام الملكية بحيث ينتقص من سلطات المتصرف إليه وبذلك يكون حرمان المشتري عليه من التصرف في المال محل المنع هو الهدف الأساسي من المنع ذاته ومقتضاه. وإذا كان الأصل هو حق المالك في التصرف فيما يملك ، فإن مقتضى الشرط المانع هو حرمانه من ممارسة سلطة التصرف التي يخولها له الحق ، ، إذ يمنع الشرط من إتيان بعض التصرفات فيما يبقى له الحق في إتيان بعضها الآخر، لذلك سنأتي أولاً إلى التصرفات التي يبقى للمالك الممنوع من التصرف حق إتيانها وهي التصرفات التي لا تتنافى مع شرط المنع من التصرف، ثم نأتي بعد ذلك إلى التصرفات التي يحظر عليه إتيانها أي ما يعرف بنطاق المنع من التصرف (نطاق سلطات المشتري عليه أو المتصرف إليه).

أولاً: التصرفات التي لا تتنافى مع شرط المنع من التصرف :-

نقول ابتداءً أن هذا الشرط هو شرط إرادي أو شرط اتفاقي، لذلك فالإرادة حرة في تحديد التصرفات التي يجوز للمتصرف إليه إتيانها ، فما دام أن الشرط المانع من التصرف يمنع التصرفات التي تتنافى مع هذا الشرط فإن الاتفاق على أن للمتصرف إليه إجراء بعض التصرفات هو أمر جائز من باب أولى. فالأساس الذي يستند إليه في تحديد التصرفات التي لا تتنافى مع الشرط المانع من التصرف هو الإرادة أو الاتفاق الذي أُملي هذا الشرط. فقد تبيح الإرادة كل التصرفات بما فيها نقل الملكية كما في شرط الاستبدال، فإن مثل هذا الشرط لا يمنع المشتري عليه إطلاقاً من التصرف في الشيء محل المنع، ولكن يقيد فقط بوجوب استبدال شيء آخر بالشيء المتصرف فيه يقوم مقامه ويحل محله فيما هو معد له حلاً عينيًا^(٧٥٦)، كذلك فقد يبيح المشتري للمشتري عليه إجراء بعض التصرفات كرهن المال الذي يرد عليه هذا الشرط مثلاً. يقول الدكتور محمد شنب " فالقيود التي تفرضها الإرادة تكون صحيحة إذن متى كانت نسبية"^(٧٥٧)

فلا توجد صعوبة إذن إذا حدد -العقد أو الوصية- التصرفات التي يمتنع على المشتري عليه القيام بها على سبيل الحصر، كأن ينص في العقد على أن مكتسب الملكية ممنوع عليه التبرع بالمال الذي كسبه، ففي هذه الحالة لا يجوز لمكتسب المال أن يهبه ، ولكن يجوز له أن يبرم أي تصرف غير الهبة كالبيع مثلاً. وإذا نص في التصرف على منع المشتري عليه من إبرام التصرفات الناقلة للملكية، في هذه الحالة يمتنع على المشتري عليه بيع المال محل المنع، أو مقايضته، أو هبته، أو تقديمه حصة في شركة، ولكن يجوز له القيام بالتصرفات غير الناقلة للملكية، كتلك التي يترتب عليها تقرير حق عيني على المال محل المنع، كحق الانتفاع، أو الارتفاق.

وفي الحالة التي يأتي الشرط المانع من التصرف مطلقاً دون تحديد تصرفات معينة تخضع لهذا المنع، فإن الأصل أن للمتصرف إليه أن يتصرف في المال الذي يرد عليه هذا الشرط بكل التصرفات التي لا تؤدي إلى

^(٧٥٦) منصور مصطفى منصور: نظرية الحلول العيني وتطبيقاتها في القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه،

حقوق القاهرة ١٩٥٣، فقرة ١١٢ - ١١٤، عبد المنعم البدر اوي: حق الملكية، طبعة ١٩٧٣، ص ٩٥، فقرة ٦٧.

^(٧٥٧) محمد لبيب شنب، موجز في الحقوق العينية الأصلية، دار وهدان للطباعة والنشر بلا سنة طبع، ص (٢٤٥).

خروج هذا المال من ملكيته. فلا يمتنع على المشتري على أن يؤجر الشيء محل المنع، أو أن يعيره لآخر، أو يودعه لدى شخص آخر، أو أن يكلف شخصاً بصيانته وإصلاحه. فهذه الأعمال لا تعتبر من قبيل التصرف وبالتالي لا يمنع المشتري عليه من إتبانها^(٧٥٨).

ولا يمتنع بموجب هذا الشرط إجراء بعض التصرفات المقررة أو الكاشفة كالقسمة والصلح^(٧٥٩) لأنها لا تؤدي إلى زوال حق المالك^(٧٦٠)، فهي وإن كانت تصرفاً، إلا أنها ليست ناقلة للحق بل فقط مقررة له، وبالتالي لا تتعارض مع الشرط المانع من التصرف، فمن يهب آخراً حصة شائعة في قطعة أرض مثلاً مشروطاً عليه عدم التصرف في المال الموهوب فإن شرط المنع لا يمنع المشتري عليه من الاتفاق مع باقي الشركاء على قسمة المال الشائع، ويظل شرط المنع سارياً بالنسبة للجزء المفرز الذي اختص به المشتري عليه بمقتضى القسمة. فكل ما في الأمر أن المال محل المنع أصبح مفرزاً بعد أن كان حصة شائعة. لكن يشترط أن تكون القسمة عينية، وأن يختص الشريك المشتري عليه بجزء مفرز في ذات المال الشائع. أما القسمة بطريق التصفية فهي غير جائزة لأنها -تأخذ- حكم البيع، ومن ثم تتعارض، مع شرط المنع من التصرف. فمن المقرر قانوناً أنه إذا تعذر إجراء القسمة عيناً، أو كان من شأنها إنقاص قيمة المال محل القسمة إنقاصاً كبيراً، فبذلك يجوز، لأي من الشركاء بيع حصته لشريك آخر، أو أن يطلب من القاضي بيعها، والواضح أن القسمة بهذه الصورة تتعارض مع الغاية من الشرط المانع من التصرف، إذن فهي غير جائزة.

أما بالنسبة للوقائع المادية التي يتحملها الممنوع من التصرف دون إرادته لا يشملها المنع من التصرف، حتى ولو ترتب عليها انتقال الملكية لشخص آخر كالميراث، أو اكتسابها بالتقادم المكسب^(٧٦١) فالمنع لا يشمل سوى التصرفات الإرادية كالعقد والوصية دون الوقائع المادية^(٧٦٢). كما أن المنع من التصرف لا يشمل التصرفات القانونية التي لا تتعارض مع المصلحة التي كان المشتري يهدف إلى تحقيقها بالشرط المانع، أو لا تؤدي إلى فواتها. فإذا كان الشرط المانع من التصرف يمتد مدى حياة المشتري عليه، فيجوز له أن يوصي بالمال محل المنع، لأن انتقال الملكية بمقتضى الوصية لا يتحقق إلا بعد موت الموصي (الممنوع من التصرف) وهو ما لا يتعارض مع الحكمة من شرط المنع ذاته^(٧٦٣)، لأن المقصود من المنع هو عدم التصرف حال الحياة^(٧٦٤).

^(٧٥٨) عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الثامن، دار النشر للجامعات المصرية

القاهرة، بلا سنة نشر، ص ٥١٨، هامش ٢، محمد ناجي ياقوت: حق الملكية، المنصورة، سنة

النشر ١٩٩٧، ص ٣٤، فقرة ٤٤، محمد ليبي شنب: مرجع سابق، ص ٢١١.

^(٧٥٩) أحمد سلامة: أحكام الملكية الفردية، الطبعة الثانية، ١٩٨٠، ص ١٣١، فقرة ٣٨، إسماعيل غانم: الحقوق

العينية الأصلية، ج ١، حق الملكية، الطبعة الثانية، ١٩٦١، ص ٨٩، فقرة ٤١، عبد المنعم فرج الصدة، حق الملكية ط ٢، ١٩٦٤، ص ٣٥١، نقض مدني مصري ٢٩ إبريل ١٩٥٤، مجموعة أحكام النقض ٥ - ٨١٩ - ٢٢٢ ويضيفون الصلح إلى القسمة.

^(٧٦٠) منصور مصطفى منصور، مرجع سابق، فقرة ٢٨، الصدة: مرجع سابق، ص ٢٢٢.

^(٧٦١) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدي لنص المادتين ٨٢٣، ٨٢٤ مدني مصري. فقد جاء به أن: "المال الذي منع التصرف فيه قابل مع ذلك أن يتم تملكه بالتقادم" مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦، ص ٧٧.

^(٧٦٢) همام محمد محمود زهران، الحقوق العينية، حق الملكية - أحكام حق الملكية - دار الجامعة الجديدة، سنة

٢٠١٠، ص ٢٤٨، ٢٤٨.

^(٧٦٣) السنهوري: ج ٨، مرجع سابق، ص ٥١٨، فقرة ٣٢٠، ليبي شنب: مرجع سابق، هامش ٥٥ ص ٢٧،

إسماعيل غانم: مرجع سابق، ص ٨٩، فقرة ٤١، منصور مصطفى منصور مرجع سابق، ص ١٠٥، فقرة

ولكن الوصية قد تمتنع في حالات أخرى إذا عارضت المصلحة المقصودة من الشرط المانع، كما إذا وهب شخص لشخص آخر مالا واشترط عليه أن يؤول المال إلى ورثة المشتري عليه بعد وفاته، فلا يجوز للمشتري عليه أن يوصي بالمال لشخص آخر وإلا فوت على المشتري قصده من الاشتراط، فالغرض الذي يراد تحقيقه من المنع يستلزم - هنا - منع الوصية^(٧٦٥).

ثانياً: نطاق سلطات المتصرف إليه:

١: يكاد يجمع الفقه^(٧٦٦) على أن المنع من التصرف يشمل الرهن، رغم أنه حق عيني تبقي يتقل الشيء محل المنع فقط دون أن ينقل ملكيته، حتى بالنسبة لمن يرى أن المنع لا يشمل التصرفات التي تقرر حقوق عينية ولا تنقل الملكية كالانتفاع والارتفاق^(٧٦٧)، ويرجع ذلك إلى الرهن قد يؤدي - على خلاف الحقوق العينية الأخرى غير الملكية - إلى الحجز على المال المرهون وبيعه بالمزاد العلني، ومن ثم نقل ملكيته على خلاف شرط المنع ذاته والقول بغير ذلك يفتح الباب على مصراعيه أمام المشتري لتتعاين على أحكام الشرط المانع. إذ يكفي أن يفترض بضمن محل المنع وتقرير رهن عليه للمقترض، ويمتنع عن الوفاء بالمقترض فيبادر الدائن بالحجز على المال المرهون وبيعه بالمزاد العلني ضارباً بالشرط المانع عرض الحائط مما يؤدي إلى المساس بالمصلحة المشروعة التي قصد تحقيقها من وراء الشرط المانع. والواقع أن التخوف لا مبرر له وذلك لأن من آثار الشرط المانع، كما سنرى، عدم جواز الحجز على المال الممنوع التصرف فيه طوال فترة المنع^(٧٦٨). بالتالي فرهن المال محل المنع لا يجيز الحجز عليه مهما كانت صفة الدائن الحاجز، ويترتب على ذلك أن رهن المال محل المنع لا يتعارض، من هذه الناحية، مع الشرط المانع. لكن الرهن، من ناحية أخرى، ينتقص لا شك كثيراً من قيمة المال انتقاصاً كبيراً مقارنة

٤٦، ٥١، جمال زكي: الحقوق العينية الأصلية، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة سنة ١٩٧٨، ص ١٠٥، فقرة

٥١، حسن كيرة: أحكام الحقوق العينية الأصلية - حق الملكية - بيروت سنة ١٩٦٥ (بلا دار نشر)، ص

٢٩٤، هامش ١، ناجي ياقوت: مرجع سابق ص ٣٤، فقرة ٤٤.

^(٧٦٤) محمد المرسي زهرة: نظرية الحق، طبعة ١٩٩٨ ص ٢٩٥، فقرة ١٤٨، عبد المنعم البدر اوي: حق الملكية مكتبة عبد الله وهبة - ١٩٧٣ سنة ص ٩٦، فقرة ٦٨.

^(٧٦٥) عبد الخالق حسن أحمد: الحقوق العينية الأصلية - أولاً: حق الملكية، الطبعة الأولى ١٠م - مطبوعات كلية شرطة دبي ص ٧٥، منصور مصطفى منصور: المرجع السابق (حق الملكية)، فقرة ٤٦، ص ١٠٥، السنهوري: ج ٨، ص ٥١٨، فقرة ٣٢، لبيب شنب: المرجع السابق هاش (٥٥) ص ٢٧، الشرفاوي: الحقوق العينية الأصلية، ط ١٩٧٤ فقرة ٢٠، ص ٥٥، هامش (٤)، البدر اوي: مرجع سابق: (حق الملكية - ١٧٣) ص ٦، فقرة ٦، اسماعيل غانم: مرجع سابق، ص ٨، فقرة ٤١.

^(٧٦٦) السنهوري: ج ٨، ص ١٩، فقرة ٣٢٠، اسماعيل غانم، فقرة ٤١، كيرة: ص ٢٩٣، فقرة ٩١، البدر اوي: مرجع سابق: (حق الملكية - ١٩٧٣) ص ٩٦، فقرة ٦٨، الصدة مرجع سابق، ص ٤٨، فقرة ١٠١.

Louis Josserand, cours de droit civil positif français, opcit, p. ١٢٢

^(٧٦٧) البدر اوي: مرجع السابق (حق الملكية ١٩٧٣)، ص ٦، فقرة ٦٨.

De page et Dekkers: op prec.p. ٨٠٦.

^(٧٦٨) أحمد سلامة: مرجع السابق، ص ١٣٢ - ١٣٣، فقرة ٣٨.

بنظيره الخالي من الرهن ، وقد يتعارض مع الغرض المقصود من الشرط المانع، ومن ثم يكون الرهن ، في هذه الحالة ، غير جائز .

٢: لقد أجمع الفقه على عدم شمول المنع من التصرف للرهن ، فهل يجوز للممنوع من التصرف أن يقرر على المال محل المنع من التصرف حق انتفاع أو استعمال أو سكنى؟

لقد ذهب الرأي الراجح في الفقه على انه لا يجوز للممنوع من التصرف أن يقرر على الشيء محل المنع من التصرف كحق الانتفاع أو الاستعمال أو السكنى ... الخ^(٧٦٩) وأن المنع يشمل النوعين من التصرفات القانونية الكلية والجزئية .

ويستند أنصار هذا الرأي الراجح إلى أن المتصرف إليه ممنوع من التصرف في المال محل المنع، والتصرف يشمل كافة أنواع التصرف القانوني، سواء ناقلة لحق الملكية أو مقررة الحقوق عينية أخرى غير الملكية ، أصلية كانت هذه الحقوق أو تبعية.

بينما ذهب البعض^(٧٧٠) إلى أن المنع من التصرف لا يشمل تقرير أو إنشاء حقوق عينية أخرى غير الملكية ، إلا إذا تبين أن إنشاء هذه الحقوق يتعارض مع الغرض المقصود من الشرط المانع ذاته، بأن كانت يترتب عليه إخراج المال محل المنع من ذمة المشتري عليه ، كالرهن مثلاً. فهذه الحقوق لا يجوز له إنشائها.

ويستند هذا الرأي إلى حجتيين: فأما **الحجة الأولى** فترتكز على تحديد مفهوم اصطلاح " التصرف " القانوني ويرى أنصاره أن هذا الاصطلاح له معنيان: معنى واسع يشمل نقل وإنشاء الحقوق العينية عموماً، ومعنى ضيق لا يشمل إلا التصرفات الناقلة للملكية فقط فإذا قام شك حول ما اتجهت إليه الإرادة التي اشترطت المنع ،

وجب الأخذ بالمعنى الضيق، لأن الأصل هو حرية التصرف، فالشرط المانع من التصرف يرد على سبيل الاستثناء، والاستثناء لا يجوز التوسع في تفسيره أو القياس عليه. وأما **الحجة الثانية** فترتكز على الهدف أو الغاية من الشرط المانع، والتي تتجسد في إبقاء المال محل المنع على ملك المشتري عليه، أي أن تبقى الملكية كاملة له، وعليه فليس هناك ما يمنع المشتري عليه من مباشرة التصرفات التي لا يترتب عليه احتمال خروج المال محل المنع من ذمته المالية ، طالما لا يشملها المنع من التصرف بمقتضى نص صريح في العقد أو الوصية، وهذا هو الحال بالنسبة لتقرير الحقوق العينية، غير الملكية، والرهن.

وهكذا فإن تقرير الحقوق العينية، الأصلية أو التبعية، التي لا تؤدي إلى احتمال خروج المال محل المنع من ملك المشتري عليه لا يتعارض مع قصد المشتري في إبقاء هذا المال في ذمة المشتري عليه عدم التصرف .

وحيث أن الشرط المانع من التصرف يفرض على المشتري عليه قيوداً مزدوجاً، فالمشتري عليه يلتزم بإبقاء المال محل المنع على ملكه طوال مدة المنع ويلتزم بعدم الانتقاص من قيمة هذا المال على نحو تكون قيمته في السوق أقل من نظيره الذي لم تنقرر عليه أي من هذه الحقوق العينية ، حتى لا يفوت الغرض المقصود من اشتراط المنع في بعض الأحوال. حيث أن حق الانتفاع أو حق الاستغلال مثلاً ، ينتقص كثيراً من قيمة

^(٧٦٩) وحيد الدين سوار: التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، ص ٣٥١ فقرة ١٦٧ ، السنهوري: ج ١٨ ، فقرة ٣٢٠ ، الصده: مرجع سابق، ص ١٤٨ ، فقرة ١٠١ ، إسماعيل غاتم مرجع سابق، ص ٨٩ ، فقرة ٤١ .

Josserand: op.cit (cours), no ١٨٤٦.

^(٧٧٠) البدر اوي: المرجع السابق، حق الملكية (١٩٧٣) ص ٦ ، فقرة ٦٨ ، لبیب شنب : المرجع السابق، ص ٢٩٧ ، فقرة ٢٥٢ ، أحمد سلامة : المرجع السابق، ص ١٣٢ ، فقرة ٣٨ .

Henri De Page, Traite élémentaire de droit civil belge. T.٥. ١-٢ ed Bruxeues, ١٩٧٥, p. ٨٠٦.

[V. ALURENT.F: op.cit., p. ١٣, no ٤٦٨.](#)

حيث يرى أن الشرط المانع لا يمتنع من إنشاء الحقوق العينية عموماً عدا حق الملكية.

المال محل التصرف، خصوصاً وأن مدة هذين الحقين تتجاوز، غالباً مدة شرط المنع من التصرف . لذلك فمن الأفضل أن يشملهما المنع من التصرف.

وحرمان المشتري عليه من تقرير بعض الحقوق التي لا تتعارض مع الغرض المقصود من المنع، فهو قول صحيح في ذاته، فهو يطبق على كافة التصرفات أيًا كان نوعها ولا يطبق على إنشاء الحقوق العينية فقط. فالأصل إذن المنع يشمل كافة التصرفات القانونية إلا إذا ثبت أنها لا تتعارض مع الغرض المقصود من المنع.

يتبين من خلال الرأيين السابقين أن الخلاف ينحصر فيما يعتبر أصلاً وما يعتبر استثناء. الرأي الأول، وهو رأي الغالبية، يرى أن الأصل أن المنع يرد على كافة التصرفات سواء كانت ناقلة أم مقررة لحقوق عينية أخرى، كالانتفاع والارتفاق والاستثناء هو جواز هذه التصرفات إذا ثبت أنها لا تتعارض مع الغرض من شرط المنع. بينما يرى الرأي الثاني أن الأصل أن المنع لا يشمل التصرفات المنشئة لحقوق عينية إلا إذا تبين أن تقرير هذا الحق يتعارض مع الغرض المقصود من اشتراط المنع. فالنتيجة العملية المترتبة على هذين الرأيين هي نفس النتيجة، وينحصر الفرق بينهما - قانوناً في الإثبات. فمن يدعى أن التصرف جائز، عليه، في منطق الرأي الأول، عبء الإثبات، لأنه يدعى خلاف الأصل، بينما يكلف بالإثبات، في منطق الرأي الثاني، الذي يزعم بأن التصرف ممنوع، لأنه يدعى خلاف الأصل.

٣: كذلك فإنه لا يجوز أن يقوم الممنوع من التصرف بأي عمل مادي يؤدي إلى هلاك المال الذي يرد عليه هذا الشرط كهدم العقار مثلاً كما يرى البعض^(٧١) فيما يرى البعض الآخر خلاف ذلك إذ يرى السنهوري أنه يجوز للمتصرف إليه الممنوع من التصرف إجراء أية تغييرات في هذا المال، كهدم البناء وإعادة بنائه أو ترميمه^(٧٢). ونحن نرى ما ذهب إليه السنهوري ذلك أن الشخص الممنوع من التصرف يبقى مالكا للمال الذي يرد عليه هذا الشرط فلا يعقل أن يقوم المالك بهدم منزله والإضرار بنفسه إلا إذا كان لديه مبرر قوي، أما إذا كان قصده هو الإضرار بالغير أو الإضرار بصاحب المصلحة من اشتراط المنع من المتصرف، فهنا لا بد من أعمال قاعدة لا ضرر ولا ضرار وقاعدة الضرر يزال، أما في الأشياء التي تستهلك بالتصرف المادي كذبح الأغنام مثلاً فإن التصرف بها على هذا النحو لا يجوز، إذ أن ذبحها كبيعها تماماً إذ تخرج من ملكه وتكون مخالفة لهذا الشرط، وإنما يمكن له في هذه الحالة الاستفادة منها واستغلالها بطرق أخرى لا تخالف المنع من التصرف كالإستفادة من نتاجها وأصوافها وألبانها، أو استخدامها في تلقيح غيرها من الأغنام، أو غير ذلك من التصرفات المباحة غير المخالفة للشرط.

الفرع الثاني

آثار الشرط المانع من التصرف بالنسبة إلى دائني المشتري عليه. (مبدأ عدم جواز الحجز مباشرة على المال الممنوع التصرف فيه)

في الحالة التي يرد فيها شرط المنع من التصرف على مال معين فإنه يمتنع على المتصرف إليه التصرف في هذا المال وهذا يستتبع بالضرورة منع دائنيه، من التنفيذ على هذا المال ذلك أن التنفيذ العيني يعني بيع هذا المال وخروجه من ذمة المتصرف إليه وهذا يخالف مقصود الشرط المانع من التصرف الذي يهدف إلى إبقاء هذا المال في ذمة المتصرف إليه. فالقول بإمكانية التنفيذ على هذا المال يعني أنه يجوز بيعه جبراً على مالكة كي يستوفي الدائنون حقوقهم. وبالتالي سهولة التخلص من هذا الشرط إذ بإمكان المشتري عليه كما أسلفنا أن يستدين ثم يمتنع عن سداد الدين ويطلب من دائنيه التنفيذ على هذا المال فيصبح هذا الشرط لا قيمة له ولا مبرر لإيراده في العقود والوصايا. يقول الدكتور توفيق فرج ذلك " أنه لو أبيع الحجز عليه - يقصد

(٧١) محمد سوار، شرح القانون المدني مرجع سابق، ص ٣٥١.

(٧٢) السنهوري 'المجلد الثامن، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص ٥١٨.

المال - لانتهى الأمر إلى التصرف فيه بطريقة غير مباشرة وبفوت بذلك الغرض الذي من أجله تقرر شرط المنع، إذ ما على المتصرف إليه إلا أن يمتنع عن الوفاء بديونه فيقوم دائنوه بالحجز والتنفيذ^(٧٧٣) ورغم أن القانون لم ينص على هذا الأثر من آثار شرط المنع من التصرف إلا أنه مسلم به باعتباره نتيجة ضرورية للمنع من التصرف تحقيقاً للغرض المنشود من المنع^(٧٧٤) والقاعدة تقول أن ما لا يجوز التصرف فيه لا يجوز الحجز عليه^(٧٧٥).

وإذا كنا نقول كما يقول أغلب الفقهاء بامتناع التنفيذ على هذا المال الذي يرد عليه هذا الشرط فإن هذا الرأي يصح في أغلب الأحيان، ولكن لا يؤخذ به على إطلاقه، فقد يكون الشرط المانع من التصرف صحيحاً ومع ذلك يصح التنفيذ على هذا المال في حالة التي لا يتنافى فيها هذا التنفيذ مع الغاية من اشتراط هذا الشرط فعلى فرض أن هذا الشرط قد فرض حماية للدائن وضماناً لحقه في سداد الثمن من المدين فهل يعقل أن يمنع هذا الدائن من التنفيذ على هذا المال في الوقت الذي تم اشتراط هذا الشرط لمصلحته يقول الدكتور الصدة " على أن هذا الأثر، رهينة في وجوده كما قلنا بالغرض المقصود من شرط المنع من التصرف، ففي الحالات التي لا يقتضي فيها هذا الغرض أن يمتنع التنفيذ على المال يجوز للدائنين أن يباشروا هذا التنفيذ^(٧٧٦) ويقول الدكتور مصطفى الجمال " كلما كان التنفيذ لا يمس بالمصلحة المقصودة من المنع كلما كان هذا التنفيذ جائزاً فإذا كان المنع مثلاً مشروطاً في عقد بيع لتجنب البائع مشقة اتخاذ إجراءات في مواجهة الغير إذا ما أراد التنفيذ عليه إعمالاً للامتياز المقرر له فإن هذه الغاية لا تتعارض مع قيام الدائنين بالتنفيذ على العقار ذلك انه في هذه الحالة يقع عبء اتخاذ إجراءات التنفيذ على هؤلاء الدائنين مع احتفاظ البائع بحقه في الامتياز على الثمن إعمالاً لمبدأ تطهير العقار من الحقوق العينية التبعية بما فيها الامتياز^(٧٧٧) .

*مدة حظر الحجز على المال الممنوع من التصرف فيه:

عندما يمتنع التنفيذ على هذا المال بموجب هذا الشرط فإن هذا المنع يظل قائماً ما بقي الشرط المانع من التصرف ولا عبء لنشوء الدين قبل اشتراط المنع أو بعده، وفي الحالة التي ينقضي فيها شرط المنع من التصرف لأي سبب من الأسباب، عندئذ يمكن مباشرة التنفيذ على هذا المال، لأن الغرض من اشتراط المنع

(٧٧٣) توفيق فرج، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص ٢٠١.

(٧٧٤) أحمد سلامة: مرجع السابق، ص ١٤٩، فقرة ٤٢؛ حسن كيره: مرجع سابق: ص ٣٠٥، فقرة ٩٢، لبيب شنب: مرجع سابق: ص ٢٩٨، فقرة ٢٥٣، جمال زكي: المرجع السابق، ص ٩، فقر ٥١؛ منصور مصطفى منصور: مرجع سابق، ص ١١٨ فقرة ٥٠، ناجي ياقوت: مرجع سابق، ص ٣٤، فقرة ٤٤.

Gabriel Marty et Pierre Raynaud , Traité de droit civil, op. cit, ٦٩:

Marcel Planiol , Georges Ripert , Droit civil les obligations , op. cit, no . ٢٣٠;

Philippe Simler , Droit civil – le droit des biens , op.cit , P. ٤١٦

Jean Carbonnier , Droit civil – les bien , op. cit, p. ١١٢ ets.

(٧٧٥) فتحي والي: التنفيذ الجبري وفقاً لمجموعة المرافعات المدنية والتجارية وقانون الحجز الإداري، دار النهضة العربية، ١٩٨١، ص ١٨٩، وجدي راغب: مبادئ التنفيذ القضائي وفقاً لقانون المرافعات الجديد، مذكرات جامعة الكويت، ١٩٨١، ص ٢٠٨؛ أحمد زغلول: أصول التنفيذ وفقاً لمجموعة المرافعات المدنية و التجارية، دار الحقوق، ، ١٩٨٥، ص ٣٥٧ .

(٧٧٦) عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، مرجع سابق، ص ١٥١.

(٧٧٧) مصطفى الجمال، نظام الملكية، منشأة المعارف، الإسكندرية، بلا سنة نشر، ص ١٠٧.

هو الإبقاء على المال محل المنع في ذمة المشتري عليه حماية لمصلحة مشروعة للمشتري . فامتناع التنفيذ هنا يأتي تابعاً لشرط المنع من التصرف، فيقوم بالنسبة إلى جميع الدائنين ، فهو إذن امتناع مطلق يظل قائماً طوال مدة المنع من التصرف، ويسرى على جميع الدائنين أياً كان نوعهم، وأياً كانت تواريخ نشوء حقوقهم. وعليه ، يستوي أن يكون دائناً عادياً أو دائناً ممتازاً، وهذا المبدأ معمول به في كل من مصر وفرنسا و فلسطين ، وفي هذا الصدد يقول الدكتور حسن كيره " إذا كان شرط المنع من التصرف يستتبع امتناع التنفيذ على الشيء الممنوع التصرف فيه فمؤدي ذلك إمكان التنفيذ عليه بعد انقضاء المدة المشتري من التصرف فيها، وبذلك يكون لجميع الدائنين حق التنفيذ على الشيء الذي كان التصرف فيه ممنوعاً بانقضاء المنع دون تفرقة بين ما إذا كانت حقوقهم قد نشأت خلال مدة المنع أو بعدها"^(٧٧٨)

ولقد ذهب القضاء الفرنسي إلى أنه في الحالة التي يرد فيها هذا الشرط حماية للمتصرف إليه من طيشه وإهماله، أو سوء تدبيره أو قلة خبرته ، فإنه لا يجوز للدائنين الذين نشأت ديونهم أثناء مدة المنع من التصرف التنفيذ على المال الذي يرد عليه هذا الشرط حتى بعد انقضاء هذا الشرط وذلك منعا للتحايل على أحكام هذا الشرط وتأكيداً للحماية التي يوفرها هذا الشرط للمالك قليل الخبرة أو سيء التدبير^(٧٧٩). فلقد قضت محكمة النقض الفرنسية بان الشرط المانع من التصرف يظل ينتج أثره حتى بعد انتهاء مدة المنع من التصرف في مواجهة الدائنين الذين نشأت حقوقهم في فترة المنع من التصرف، فهؤلاء لم يعولوا على المال المحظور التصرف فيه وبالتالي لا يعتبر هذا المال بالنسبة لهم داخلاً في ذمة المدين^(٧٨٠)، وعلي ما يبدو فإن أحكام محكمة النقض الفرنسية متضاربة في هذا المجال إذ قضت في قرار آخر لها : " بأنه إذا مضت المدة التي عينها المالك الأصلي، والتي اشترط خلالها منع التصرف في المعقود له فإنه يجوز للدائنين الذين عقدوا الدين مع المعقود له أثناء مدة سريان المنع أن يتقاضوا من ثمن العقار لأن صاحب العقار الأصلي أراد حماية المتصرف إليه ضمن مدة معينة حتى إذا انتهت لا يكون شرط المنع من التصرف قائماً"^(٧٨١) ويقول الدكتور محمد علي عرفه في تبرير توجه القضاء الفرنسي نحو حرمان الدائنين الذين نشأت ديونهم خلال فترة المنع من التصرف " أن شرط المنع من التصرف من شأنه أن يؤثر في حقوق الدائنين الذين نشأت ديونهم أثناء مدة المنع بعد انقضاء هذه المدة وتحرر الملكية من هذا القيد، فهؤلاء الدائنين يتمتع عليهم الحجز على هذا المال حتى بعد تحرره من قيد منع التصرف وهذا الرأي مجمع عليه من الفقه والقضاء وعله حرمان هؤلاء الدائنين من التنفيذ على هذا المال بعد تحرره هي منع التحايل لإلغاء أثر الشرط المانع من التصرف ، فمثل هذا الشرط لا يكون مجدياً ولا محققاً للغاية المقصودة منه ما لم يكن المال في حرز من أن تمتد إليه أيدي الدائنين الذين لم يكن يحق لهم وقت نشوء ديونهم احتساب هذا المال ضمن الضمان العام الذي يعتمدون عليه عند منح ثقتهم للمدين^(٧٨٢). ولكن الدكتور البدرائي لا يتفق مع هذا ونحن نؤيده في رأيه إذ يقول " ولا يمكننا التسليم بهذا الرأي الذي ذهب إليه محكمة النقض الفرنسية لأن الضمان العام للدائنين يقع ليس فقط على الأموال الحاضرة التي يمكن الحجز عليها بل على الأموال المستقبلية التي تدخل في ذمة

(٧٧٨) حسن كيرة ،مرجع سابق ،ص ١٠٥

(٧٧٩) ادوارد عيد ،الحقوق العينية الأصلية ،الجزء الأول ،حق الملكية ،سنة ١٩٧٩ ،بلا دار نشر ،ص ٢٠١

(٧٨٠) البدرائي ،مرجع سابق ،ص ٩٧ ،(نقض فرنسي ١/١١/١٩١٣)

(٧٨١) سمير كامل ،ملكية الراهن للمال المرهون في الرهن العقاري ،رسالة دكتوراة عين شمس لسنة ١٩٧٨

ص، ٢٧٧ ،(نقض فرنسي ٦/١١/١٩١٣)

(٧٨٢) محمد علي عرفه ،شرح القانون المدني الجديد -في حق الملكية -الجزء الأول ،الطبعة الثالثة ،مطبعة

جامعة فؤاد الأول ،القاهرة سنة ١٩٥٤ ،ص ٣٧٢ .

المدين ويجب أن يكون الحال كذلك من باب أولى بالنسبة للأموال الموجودة في ذمة المدين والتي لا يمكن التصرف فيها متى زال هذا المنع من التصرف" (٧٨٣).

لذلك تنفق مع بعض الفقهاء من أن سبب المنع من التنفيذ على المال الذي يرد عليه هذا الشرط، هو وجود الشرط المانع من التصرف فإذا زال السبب انتهى المنع من التنفيذ وعاد هذا المال ليكون جزءاً من الضمان العام للدائنين (٧٨٤).

وأما ما يثيره البعض من أن بعض سيئ النية قد يستغل قرب انتهاء فترة المنع من التصرف فيستغل طيش المتصرف إليه وإهماله أو سوء تدبيره فيقوم بإقراضه أو مداينته وفور انتهاء مدة المنع من التصرف يقوم بالتنفيذ على هذا المال كما يقول الدكتور محمد علي عمران إذ يقول "أما حيث يكون المراد بالشرط المانع من التصرف حماية مصلحة للمتصرف إليه من رعونته وطيشه فإن أغلبية الفقهاء لا تجيز الحجز بعد زوال المدة المحددة للشرط المانع من التصرف إلا للدائن الذي نشأ حقه قبل شرط المنع من التصرف أما الذي نشأ حقه أثناء المنع فلا يكون له الحجز على هذا المال، وفي القول بغير ذلك ما يسمح لهؤلاء الدائنين - والفرص أنهم سيؤو النية - الذين نشأت ديونهم قبل انقضاء المدة المحددة التي ما تكاد تنتهي حتى يسارعوا إلى الحجز على المال وبالتالي حرمان المشتري عليه منه وتقويت الغرض من الشرط" (٧٨٥)، فإننا لا نرى ما ذهب إليه الدكتور عمران ذلك انه لا يجوز أن يكون الغير أحرص على الشرط من مشتريه فيتجاوز به المدة المحددة له والمشتري أدري بالغاية التي يرمى إليها وهو الأعلم بالمدة اللازمة للوفاء بها فإذا رأى أن هذه المدة غير كافية فله أن يشترط مدة أطول أما أن يحرم الغير من التنفيذ على هذا المال بعد انتهاء هذه الفترة فهذا غير جائز، ثم إن الحالات التي يشترط فيها شرط المنع من التصرف حماية للمتصرف إليه من طيشه وإهماله لا تكون قصيرة المدة كما جرت العادة بل أنها قد تستغرق حياة المتصرف إليه أحياناً مما يخفف من حدة الاختلاف حول هذه المسألة.

ويفرق بعض الفقهاء بين المنع من التنفيذ الناشئ عن شرط المنع من التصرف والمنع من التنفيذ المشروط ابتداءً في الهبة أو الوصية فإذا كان الشرط المانع من التصرف غايته إبقاء المال في ذمة المتصرف إليه فإنه لا يجوز التنفيذ على هذا المال خلال مدة المنع من التصرف سواءً من قبل الدائنين الذين نشأت ديونهم قبل المنع من التصرف أو بعده، فيما يختلف الوضع عن المنع من التنفيذ الوارد ابتداءً في الهبة أو الوصية إذ أن المنع من التنفيذ لا يسري إلا على الدائنين الذين نشأت ديونهم قبل إجراء التصرف المقترن بالمنع من التنفيذ، وذلك طبقاً للمادة ٣٠٨ من قانون المرافعات المصري التي تقضى بأنه: "لا يجوز الحجز على الأموال الموهوبة، أو الموصى بها مع اشتراط عدم جواز الحجز عليها من دائني الموهوب له أو الموصى له الذين نشأ دينهم قبل الهبة أو الوصية... ويقابلها نص المادة (٥٠) من قانون التنفيذ الفلسطيني رقم (٢٣) لسنة ٢٠٠٥ والتي جاء فيها "الأموال الموهوبة أو الموصى بها مع اشتراط عدم جواز الحجز عليها لا يجوز حجزها من دائني الموهوب له أو الموصى له، الذين نشأ دينهم قبل الهبة أو الوصية- إلا لدين نفقة مقررة وبمقدار الربع"، ويقابلها نص المادة ٣/١٤ من قانون التنفيذ الجبري الفرنسي رقم ٦٥٠ لسنة ١٩٩١ والمعدل بالقانون رقم ١٨٩٥ لسنة ٢٠١١ والمنصوص في المادة ٢/١١٢ منه على: الأموال التي لا يجوز توقيع الحجز عليها:

بند ١ :

بند ٤ : الأموال التي يقرر الموصي أو الواهب أنها غير قابلة للحجز مالم يأذن القاضي بخلاف ذلك، وفي حدود الحصة المحددة من قبله للدائنين المثبتة ديونهم في وقت لاحق على نشوء الهبة أو فتح الوصية. (٧٨٦)

(٧٨٣) البدراوي، حق الملكية، مرجع سابق، ص ١٩٧.

(٧٨٤) البدراوي، المرجع سابق، ص ١٠٥.

(٧٨٥) محمد علي عمران، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية القاهرة، سنة ١٩٧٩، ص ٢٦٦.

(٧٨٦) ونص المادة كالاتي :

ويتبين من هذه المواد أن عدم جواز الحجز المشروط ابتداء لا يسري إلا على الدائنين الذين نشأت حقوقهم قبل اشتراط عدم جواز الحجز^(٧٨٧)، أما الدائنون الذين تنشأ حقوقهم بعد اشتراطه فلا يسرى عليهم^(٧٨٨). أما علة التفريق بين هذين الشرطين على هذا الأساس فإن شرط المنع من التصرف إنما يهدف إلى إبقاء المال في ذمة المتصرف إليه، ومنع جميع الدائنين من التنفيذ عليه تحقيقاً لهذه الغاية، أما في حالة المنع من التنفيذ الوارد ابتداءً في الهبة أو الوصية، فإن الغاية لا تكون إبقاء المال في ذمة المتصرف إليه وإنما يهدف إلى غرض محدد هو منع الدائنين من استيفاء حقهم من هذا المال يقول الدكتور منصور منصور " ومن السهل تبين علة اختلاف نطاق المنع من التنفيذ في الحالتين بحيث يكون المنع من التنفيذ نتيجة شرط المنع من التصرف يكون الغرض المقصود من الشرط هو بقاء المال على ملك مالكه فيمتنع التنفيذ الذي يؤدي إلى خروج هذا المال أياً كان تاريخ نشوء دين الدائن، أما حيث يكون الشرط هو شرط عدم جواز الحجز الأمر الذي يعني أن التصرف الاختياري جائز فيكون الغرض إبعاد المال الموهوب أو الموصى به عن منال الدائنين الموجودين وقت الهبة أو الوصية"^(٧٨٩) وفي هذا الصدد يقول الدكتور البدرابي أيضاً " في حالة اشتراط عدم جواز الحجز بطريق أصلي بالنسبة للأموال الموهوبة أو الموصى بها فهذه الأموال لا يجوز حجزها من دائني الموهوب له أو الموصى إليه الذين نشأ دينهم قبل الهبة، أو الوصية لان هؤلاء لم يعتمدوا وقت أن نشأت ديونهم على العين الموهوبة أو الموصى بها وقد دخلت في ذمة المدين غير قابلة للحجز"^(٧٩٠)

ومما لا بد ذكره هنا أنه إذا كان الشرط المانع من التصرف يمنع التنفيذ على المال الذي يرد عليه بوجه عام فإننا نرى أن هذا الشرط لا يكون له أثر إذا كان قصد المشتراط أو المشتراط عليه من وراء اشتراط هذا

Ne peuvent être saisis :

١:

٤ : les biens disponibles declares insaisissables par le testateur ou le donateur, sauf autorisation du juge, et, pour la portion qu'il determine, par les créanciers postérieurs à l'acte de donation ou à l'ouverture du legs ;

^(٧٨٧) ولا ضرر على الدائنين من هذا الشرط لأن التبرع يدخل في ذمة مدينهم دون مقابل وهو يملك ألا يتبرع به أصلاً لذا ليس لهم أن يعولوا على هذا المال: أنظر في هذا المعنى: وجدى راغب: المرجع السابق، ص ٢٠٧، أحمد أبو الوفا: إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية: الطبعة التاسعة، ص ٢٩٥.

وتجدر الملاحظة أن عدم الحجز المشروط ابتداء مقرر لذات شخص الموهوب له أو الموصى له، لذا لا يجوز التمسك به من قبل ورثته أو خلفه الخاص. أنظر في هذا المعنى: وجدى راغب: المرجع السابق، ص ٢٠٧؛ محمد عبد الخالق عمر، مبادئ التنفيذ الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية ١٩٧٧، ص ٣٤٦.

jean Vincent et.Jacques Prévault , voies d execution et procedures de distribution, ١٦e ed., paris ١٩٨٧, no ٩١: Roget perrot , voies d execution. Cours de droit, paris, ١٩٨٧, no ٥٦: Alfred Jauffret, Manuel de procédure civile et voies d'exécution, Paris, ١٩٧٩, no. ٣٧٦.

^(٧٨٨) السنهوري: هامش ٣ من ص ٥١٩، منصور مصفى منصور: مرجع السابق، ص ١١٩؛ كيره: مرجع

سابق: ص ٣٠٦، فقرة ٩٢، الصده: المرجع سابق، ص ١٥٢، فقرة ١٠٣.

^(٧٨٩) منصور مصطفى منصور، مرجع سابق، ص ١١٩.

^(٧٩٠) البدرابي، مرجع سابق، ص ٩٨.

الشرط هو الإضرار بالدائنين، إذ أن إباحة ذلك يعني أن يقوم المدين بمقايضة أمواله أو تبديلها بغيرها بحيث يؤول إليه البديل مثقلاً بهذا الشرط، مما يخرج من الضمان العام للدائنين، بل أننا نرى عدم صحة هذا الشرط في هذه الحالة لخروجه على مبدأ المشروعية إذ يكون الباعث على الاشتراط غير مشروع، إذن فعدم جواز الحجز على المال محل المنع من التصرف نتيجة ضرورة المنع من التصرف ويرتبط به ويدور معه وجوداً أو عدماً. فإذا زال الشرط المانع من التصرف، سواء بانقضاء المدة المحددة له، أو قبل انقضائها بسبب زوال المصلحة المشروعة والجديّة التي كانت تبرره، أو بسبب ظهور مصلحة المالك الممنوع من التصرف تفوق في أهميتها المصلحة الأولى التي استهدف الشرط المانع تحقيقها، أصبح المال من الجائز التصرف فيه، وبالتالي يجوز الحجز عليه وكما كان عدم جواز الحجز مطلقاً عند قيام شرط المنع، فإن قابلية المال للحجز تكون، أيضاً، مطلقة لا فرق في ذلك بين دائن نشأ حقه قبل اشتراط المنع، ودائن آخر نشأ حقه خلال مدة المنع، وأياً كان صاحب المصلحة المقصود حمايتها بالشرط المانع من التصرف.

المطلب الثاني

أثار الشرط المانع من التصرف بالنسبة للغير

تعريف الغير :

الغير هو من انتقلت إليه ملكية المال محل المنع ، أو ترتب له حق عيني آخر أصلي أو تباعي عليه وذلك ضمن الحدود التي أجازها المشرع .

فمثلاً إذا وهب شخص لآخر منزلاً وشرط عليه عدم التصرف فيه ، فقام الموهوب له ببيع هذا المنزل لشخص ثالث فهذا الأخير هو المقصود بالغير هنا .
ويكون المنع من التصرف صحيحاً ومنتجاً لأثاره طوال المدة التي حددت في الشرط المانع ومن هذه الآثار الاحتجاج بهذا الشرط على الغير ، وذلك إذا انتقل المال الذي منع التصرف فيه ، فإن بعض القوانين العربية التي نصت على الشرط المانع من التصرف أغفلت الإشارة إلى هذه المسألة مكتفية كما نعتقد بالقواعد العامة ، كما هو الحال بالنسبة للقانون المصري على سبيل المثال كما سنرى من خلال هذا المبحث، وفي مثل هذه الحالة يحق لمن وضع الشرط لمصلحته أن ينازع الغير ويسترد المال منه ، إلا أن هذا الاحتجاج لا يمكن أن يوتي ثماره إذا كان المال موضوع الشرط عقاراً لا بد من استيفاء إجراءات تسجيله الشكلية التي رسمها القانون ، أما إذا كان الشيء الممنوع من التصرف فيه منقولاً فإن ذلك يصطدم بقاعدة الحيازة في المنقول بحسن نية سند الملكية ، وسنجد من خلال دراستنا أن بعض التشريعات قننت هذه الفكرة ربما زيادة في إيضاح أثار الشرط المانع للغير .

الاحتجاج بالشرط المانع على الغير

إن الشرط المانع من التصرف يغير ويعدل من نطاق الملكية إذ أنه يقيد من سلطات المتصرف إليه بغل يده عن التصرف ، يقول الدكتور ياسين محمد يحيى " والعقود المغيرة للحقوق العينية العقارية الأصلية هي العقود التي تغير وتعديل من نطاق هذه الحقوق أو من مداها مثل الشرط المانع من التصرف الوارد على حق ملكية عقار فهو يغير من نطاق حق الملكية الوارد على العقار" (٧٩١) ، ولما كان هذا الشرط يغير أو يعدل من نطاق حق الملكية ، لذا فقد كان لزاماً أن يخضع لما يخضع له العقار في حال تعلقه به ، وقد أوجب القانون شهر جميع المحررات التي يتضمن موضوعها حقاً عينياً عقارياً أصلياً سواء كانت منشئة لهذا الحق أو مفررة له ، وفرض طريقاً واحداً لشهرها وهو التسجيل (٧٩٢) ، وتنص المادة (٢٦) من قانون السجل العيني المصري على أن " جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب قيدها في السجل العيني ويدخل في هذه التصرفات الوقف والوصية" وفي فرنسا فقد نصت المادة (٢٨) من القانون الخاص بالشهر العقاري الصادر سنة ١٩٥٥ على وجوب تسجيل التصرفات بين الأحياء التي تتضمن شروطاً مانعة مؤقتة" (٧٩٣) ، فالشرط المانع من التصرف لكي يكون نافذاً في مواجهة الغير يجب تسجيله في حال تعلقه بعقار ، فكل التصرفات الواجبة التسجيل كنقل ملكية عقار مثلاً ، فإن الشرط يجب أن يرد في ذات التصرف فيسجل معه في ذات الصحيفة في السجل العقاري ، فالشرط المانع إذن لا ينتج أثاره يبين أطراف التصرف في حال تعلقه بعقار ،

(٧٩١) عبد المجيد الحكيم ، الاعتبار كركن في العقد في القانون الأنكلوأمريكي المقارن ، بغداد سنة

١٩٨٠م ، ص ٦٧ .

(٧٩٢) محمود عبد الرحمن محمد ، الوجيز في الشهر العقاري والتوثيق ، دار النهضة العربية ، ص ٩٦ .

(٧٩٣) سمير كامل ، ملكية الراهن للمال المرهون في الرهن العقاري ، رسالة دكتوراة ، جامعة عين شمس سنة

١٩٧٨ ، ص ٨٨ .

إلا بتسجيله في السجل العقاري ، فإذا سجل امتنع على الغير اكتساب حقوق تخالف مقتضى هذا الشرط الذي سجل ، أما إذا لم يسجل هذا الشرط فلا يمكن الاحتجاج به في مواجهة الغير الذي لا يعلم بوجوده وقد رفضت محكمة النقض الفرنسية الدفع بحسن النية في إجازة انتقال مال موقوف على شرط مانع من التصرف على اعتبار أن الشرط المانع من التصرف تم قيده في السجل العيني العقاري وهو ما يفترض معه علم المشتري عند التسجيل بوجود شرط مانع من التصرف^(٧٩٤). وذلك بخلاف المنقول حيث يعتبر حسن النية سبباً من أسباب إجازة التصرف على الرغم من القيد الوارد على المال على اعتبار أن الحيازة في المنقول سنداً للملكية فيعد الغير الغير عالم والذي تعاقده بحسن نية على شراء مال منقول معلق على شرط مانع من التصرف يجوز الاحتجاج بحسن نيته في حيازة المال^(٧٩٥).

يقول الدكتور نعمان جمعة " أن شهر الشرط المانع من التصرف أمر طبيعي لمن يقتضون وجوده ضمن بنود العقد الناقل للملكية، وشهره ضروري للاحتجاج به قبل الغير بالنسبة لمن يقبلون ورود الشرط في تصرف لاحق على التصرف الناقل للملكية"^(٧٩٦) وإلى ذلك ذهب الدكتور منصور مصطفى مصطفى منصور حيث يقول " المالك لا يملك إلا إذا سجل سند ملكيته ، وتسجيل هذا السند يصبح المنع من التصرف نافذاً بالنسبة إلى الغير إذ يكون الشرط قد شهر بشهر التصرف الذي ورد فيه"^(٧٩٧) ويثير البعض مشكلة، وهي أن الشرط المانع من التصرف قد يرد في وصية ، وهذه الوصية قد لا يتم تسجيلها كما أنها لا يطلع عليها الغير ، ويرى الدكتور مصطفى الجمال أنه لا توجد مشكلة أساساً فالوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، وفي اللحظة التي تصبح فيها الوصية سارية المفعول مرتبة لأثارها عندها يجب تسجيل مضمون هذه الوصية ، وما يقترن بها من شروط كالشرط المانع من التصرف^(٧٩٨).

كما أن المشرع الفلسطيني وحماية للغير المتلقي للمال الممنوع من التصرف فيه وهو حسن النية -أي مجهل بأن المال ممنوع من التصرف فيه- قد قرر في المادة ٩٤٩ من القانون المدني الفلسطيني واقتداءً بما ذهب إليه المشرع الكويتي^(٧٩٩) أنه " ١: لا يحتج بالشرط المانع من التصرف على الغير إلا إذا كان علم به وقت التصرف أو كان في مقدوره أن يعلم به. ٢: إذا كان الشئ عقاراً وتم تسجيل التصرف الذي ورد فيه الشرط عد الغير عالماً بالشرط من تاريخ التسجيل " فلم تجز المادة الاحتجاج بوجود الشرط المانع من

(٧٩٤) Civ. ٣^e, ٨ october ١٩٩٧, D. ١٩٩٧, IR, P. ٢٢٥. L'article ٢٨-٢^o du D. du ٤ janvier ١٩٥٥ soumet toutefois a publicite fonciere les actes enter vifs dresses distinctement pour constater des clauses d'inalienabilite temporaire.

(٧٩٥) JEAN-LOUIS BERGEL, TRAITE DE-DROIT CIVIL, L.G.D.J, ١٩٩٦, N^o ٩٢.

(٧٩٦) نعمان محمد خليل جمعة ،الحقوق العينية ،دار النهضة العربية ،القاهرة سنة ١٩٩٢، ص ٣٩٤ .

(٧٩٧) منصور مصطفى منصور ،حق الملكية في القانون المدني المصري ،مرجع سابق ، ١١٤

(٧٩٨) مصطفى الجمال ،نظام الملكية ،مرجع سابق ،ص ١٤٤

(٧٩٩) فقد نصت المادة ٨١٧ من القانون المدني الكويتي على " ١: لا يحتج بالشرط المانع من التصرف على الغير إلا إذا كان علم به وقت التصرف أو كان في مقدوره أن يعلم به. ٢: إذا كان الشئ عقاراً وتم شهر التصرف الذي ورد فيه الشرط عد الغير عالماً بالشرط من تاريخ الشهر "

التصرف، إلا إذا أثبت المشتري أن متلقي المال كان يعلم بالشرط المانع من التصرف أو كان بمقدوره أن يعلم ذلك.

وإذا كان المال الممنوع من التصرف عقاراً، فإن الفقرة الثانية تفترض علم الغير بوجوده، ومن ثم يجوز الاحتجاج بالشرط في مواجهته.

ولا مقابل لهذا النص في القانون المصري وحيث التصرف الذي يصدر من المالك على خلاف ما يقضي به شرط المنع قد يقع باطلاً، فيجوز لمن تقرر لمصلحته أن يتمسك بالبطلان في مواجهة الغير الذي انتقلت إليه ملكية الشيء أو ترتب له حق عيني آخر عليه، ولأن الشرط المانع من التصرف يورد قيماً على سلطات المالك، حيث يتضمن تعديلاً في الأحكام العادية للملكية، فإنه يكون واجب التسجيل إذا كان المال الذي يتناوله عقاراً وهذا من شأنه أن يكفل حماية الغير الذي يتعامل مع المالك في خصوص العقار الذي يمتنع التصرف فيه، فإذا لم يكن مسجلاً أو مقيداً فلا يحتج به على هذا الغير، أما إذا كان المال الذي يتناوله الشرط منقولاً فإن قاعدة الحيازة في المنقول إذا توافرت شروطها تحمي الغير الذي يتعامل مع المالك في خصوص المنقول ويكون حسن النية، أي جهل وجود الشرط، فلا يحتج بالشرط على الغير الذي يحوز المنقول بسبب صحيح وحسن نية وذلك طبقاً لحكم المادة ٢/٩٧٦ مدني مصري والتي تنص على أنه "إذا كان حسن النية والسبب الصحيح قد توافرا لدى الحائز في اعتبار الشيء خالياً من التكاليف والقيود العينية، فإنه يكسب الملكية خالصة منها"، أما إذا كان عقاراً وجب تسجيل شرط المنع حتى يمكن الاحتجاج به في مواجهة الغير، والغالب عملاً أن الشرط المانع يتم تسجيله بتسجيل التصرف الذي ورد فيه إذا كان ناقلاً أو منشأً لحق عيني، أما إذا كان منقولاً، فإن الشرط المانع من التصرف لا يحتج به على الغير حسن النية، ويمكن بالتالي تعطيل أثر الشرط المانع بمقتضى إعمال قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية إذا توافرت شروطها، إذ يكتسب الحائز المنقول خالياً من أي أعباء أو قيود تثقله.

ويضيف البعض إلى ما سبق^(٨٠٠) - ورداً على من قالوا بأن المنقول المشروع عدم التصرف فيه لا تكتسب ملكيته بمقتضى قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، تأسيساً على أن العقد الذي ينقل حيازة هذا المنقول يكون باطلاً لمخالفته شرط المانع من التصرف والعقد الباطل لا يصلح أن يكون سبباً صحيحاً^(٨٠١)، والسبب

^(٨٠٠) البدر اوي: المرجع السابق، هامش (١)، ص ٩١.

^(٨٠١) وتعرف محكمة النقض المصرية السبب الصحيح بأنه: "تصرف قانوني يستند إليه واضع اليد في حيازته من شأنه نقل الملكية فيما لو صدر من مالك أهل التصرف"، ١٨ مايو ١٩٨٩، مجموعة أحكام النقض، السنة ٤٠، جزاء يناير - مارس ١٩٨٩، رقم ٢١٠، ص ٢١٠، ص ٣١٥؛ ٣١ يناير ١٩٦٥ المجموعة السابقة، السنة ١٦، ص ٧٤؛ ١٦ يونيو ١٩٣٢، مجموعة عمر ج ١، رقم ٥٨؛ ص ١٣١، ٢٩ مايو ١٩٥٢، مجموعة أحكام النقض، السنة ٣، رقم ١٧٥، ص ١١٢٩، و في تفصيل السبب الصحيح: الصده: مرجع سابق، ص ٦٤٦ وما بعدها، البدر اوي: المرجع السابق، ص ٥٢٠ وما بعدها، فقرة ٢٧٩ وما بعدها، حسام الأهواني: مرجع سابق، ص ٣١٨.

السنهوري: الوسيط ج ٩، ص ١١٣٧، منصور مصفى منصور: المرجع السابق، ص ٤١٩، فقرة ١٧٩. محمد المرسي زهرة: الحقوق العينية الأصلية في ضوء قانون المعاملات المدنية الاتحادية - المجلد الثاني أسباب الملكية، الطبعة الأولى، ١٩٨٩ - جامعة الإمارات العربية المتحدة، ص ٥٣٦، وما بعدها، فقرة ٢٣٢ وما بعدها.

الصحيح أحد شروط تطبيق قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية^(٨٠٢) - أليس من غير المنطقي أن نسبح للمشتري من غير المالك أن يمتلك وفقاً لقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ، ولا نجيز هذا للمشتري من مالك ممنوع من التصرف.

واتساقاً مع هذا المنطق قضى بأن من تلقى الحق من مالك ممنوع من التصرف بمقتضى شرط عدم التصرف يستطيع أن يحتج بالتقادم الخمسي - لتملك العقار - ضد المتصرف الأصلي الذي يطلب بطلان البيع^(٨٠٣) بشرط أن يكون حسن النية^(٨٠٤). كما قضى بأنه إذا فسخ سند الناقل (المشترط عليه) أو أبطل ، استطاع المكتسب (الغير الذي تلقى حيازة العقار المشروط عدم التصرف فيه) التمسك بالتقادم الخمسي لتملك العقار في مواجهة طالب الفسخ أو البطلان ، وذلك لأن التقادم ليس من شأنه تثبيت ملكية الحائز إذا صدر إليه التصرف من غير مالك فحسب، بل أيضاً تأمين الحائز مما يخل بملكته من عيوب سند المتصرف^(٨٠٥).

وقضت محكمة النقض في حكم صادر بتاريخ ٢٦ / ٦ / ٢٠١١ : "المادة ١٦ من المرسوم بقانون المشار إليه (رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بشأن الإصلاح الزراعي) قد اعتمدت حق المنتفع بأرض الإصلاح الزراعي في التصرف فيها وذلك باعتباره منتفعاً بطريق الملك لا بطريق الإيجار ، وأنه وإن كان هذا النص منع التصرف فيها قبل سداد كامل الثمن ، إلا أن الشرط المانع من التصرف وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للمادة (٨٢٣) من القانون المدني لا يجعل المال غير قابل لتملكه بالتقادم.^(٨٠٦)

^(٨٠٢)السنهوري: مرجع سابق، ص ٥٢٠، فقرة ٣٢٠ (والحقيقة أن رأى العلامة السنهوري هذا ينسجم مع اتجاهه في اعتبار المنع من التصرف يجعل العين ذاته غير قابلة للتصرف فيها ، ويترتب على ذلك بطلان أي تصرف يقع مخالفاً للشرط المانع بطلاناً مطلقاً -- ولكننا تخالفه في هذا التكييف للشرط المانع ، وبالتالي، في طبيعة البطلان الذي يلحق بالتصرف المخالف لهذا الشرط ، كما اثبتنا ذلك في المتن، وعليه انتهينا إلى أن الحائز للمنقول المشروط عدم التصرف فيه يستطيع أن يمتلكه بمقتضى قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية إذا توفرت شروطها) ؛ عرفه: مرجع سابق ، ص ٢٦٦ ، فقرة ٢٨٠ ، وحيد الدين سوار مرجع سابق، ص ٨٦ ، فقرة ١٠١.

^(٨٠٣)استئناف مختلط ٤ يناير ١٩٢٧ ، مجموعة التشريع والقضاء المختلط رقم ٣٩ ، ص ١٢٤ .

^(٨٠٤)المقصود ب " حسن النية في هذا المجال: فوان: حسن النية ، فكرتها ودورها الحالي في القانون الخاص الفرنسي ، رسالة من بوردو ، ١٩٣٩ ، ص ٣١٤ ، فقط ١٧١ ، الأهواني : المرجع السابق ، ص ٤٧١ ، فقرة ٣٨٤ ؛ بيير أورتشيلد : الحيازة في القانون المدني الفرنسي والألماني ، رسالة من استراسبورج ، ١٩٧٧ ، ص ٤٥٣ ، نقض جنائي فرنسي ٢٢ يناير ١٩٤٨ ، سيرى ١٩٤٩ ، ص ١٤٩ تعليق ليمرسيه؛ الصده: مرجع سابق ، ص ٦٣٣ وما بعدها ؛ فقرة ٣٧٨ وما بعدها .

^(٨٠٥)نقض مدني مصري ٢٧ فبراير ١٩٤٧ . مجموعة عمر ج ٥ ، رقم ١٦٠ ، ص ٣٦٥ ، بلانيول وريبير

وبيكارد :مرجع سابق، فقرة ٧٠٣ .

^(٨٠٦) طعن رقم ٤٧٥٩ لسنة ٧٩ جلسة ٢٦/٦/٢٠١١ .

المبحث الثاني

آثار الشرط المانع من التصرف في الفقه الإسلامي

بادئ ذي بدء وليس على سبيل الفخر إنما تقريراً للواقع نقول : إننا لم نرى فيما وقفنا عليه من الأبحاث والمؤلفات والرسائل العلمية المتعلقة بالشرط المانع من التصرف من تناول آثار الشرط في فقه الشريعة الإسلامية .

فكل ما وقفنا عليه من المؤلفات الخاصة بشروط المنع من التصرف ، والمعونة بالمقارنة بين التشريعات الوضعية و الشريعة الإسلامية إما تجاهلت الحديث عن آثار الشرط بالكلية ، أو تناولته على إستحياء ، وبكلام لا يمت للموضوع بصلة ، ولعل محاولتنا في سبيل ذلك تصيب الصواب إن شاء الله .

هذا على الرغم من غنى المراجع الفقهية الخاصة بالشريعة الإسلامية بالمادة العلمية الكفيلة بإعانة أي باحث على الإمام بكل خيوط أي موضوع مهما دق ، ولقد ترك فقهاء الشريعة الإسلامية تراثاً عظيماً في كل المجالات لو استفادة به أمة لصارت في نهاية من التقدم والرقي والعدالة .

و إذا كان الشرط المانع من التصرف يعد التزاماً على عاتق المتصرف إليه ، كما بينا ذلك عند تكييف الشرط المانع من التصرف في الفقه الإسلامي .

وإذا كان أثر الإلتزام هو التنفيذ ، فيكون المتصرف إليه ملتزماً بالوفاء بمضمون الشرط المانع من التصرف ، والمتمثل في الإمتناع عن التصرف في الشيء موضوع التصرف ، وهذا أثر لازم للشرط ونتيجة حتمية لإشتراطه وبدون هذا الأثر يفقد الشرط معناه ويكون كأن لم يشترط بالتصرف أصلاً .

وفي هذا يقول صاحب الخيارات " بأن إشتراط منع التصرف لا يستتبع إلا الوفاء بالشرط ، وهو لا يحصل إلا بترك التصرف " (٨٠٧)

ونظراً لأن فقه الشريعة الإسلامية اشتمل على آثار عامة تتعلق بالمنع من التصرف ، تتشابه لحد بعيد مع آثار المنع من التصرف في الفقه القانوني ، إلا أن الفقه الشرعي اشتمل على آثار أخرى انفرد بها ، ولذلك أثرنا أن نقسم هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول : خصصناه للآثار العامة للشرط المانع من التصرف والمطلب الثاني : للآثار الخاصة

المطلب الأول

الآثار العامة للشرط المانع من التصرف

تتمثل الآثار العامة للشرط المانع من التصرف في تنفيذ مضمون الشرط ، والإمتناع عن أي تصرف من شأنه مخالفة الشرط ، سواء مخالفة مباشرة كبيع الشيء المشترط عدم التصرف فيه ، أو بطريقة غير مباشرة كرهنه .

ونظراً لما قد لاحظناه من الاختلاف الشديد في نظرة فقهاء الشريعة الإسلامية بين شروط المنع من التصرف الواردة في عقود المعاوضات عن الواردة في عقود التبرعات ؛ فقد تناولنا في الفرع الأول : آثار الشرط في عقود المعاوضات ، وفي الثاني : آثار الشرط في عقود التبرعات ، والأين إلى التفصيل بعد الإجمال .

(٨٠٧) السيد مصطفى الخميني ، الخيارات ، مؤسسة تنظيم ونشر آثار الإمام الخميني ، ط ١ ، ١٤١٨ هـ ، ج ٢

الفرع الأول

آثار الشرط المانع من التصرف الوارد في عقود المعاوضات .

أولاً : منع البيع .

هذا هو الأثر المباشر للشرط المانع من التصرف ، فالبيع هو المقصود الأول بالتصرف الممنوع بالشرط ، أي أنه إذا تعلق الشرط المانع بشئ فأول ما يتبادر إلى الذهن هو منع بيع هذا الشئ . وقد تضافرت النصوص الواردة عن فقهاء الشريعة الإسلامية والتي تنص على وجوب أن يتمتع البائع بالقدرة على التصرف في الشئ المباع ليصح البيع ، فإن كان ممنوعاً من التصرف فيه فلا يمكنه بيعه . وسواء أكان البائع قد باشر عقد البيع بنفسه ابتداءً أو أجاز البيع إذا قام به غيره إلا أنه في الحالتين يجب لصحة العقد ألا يكون البائع أو المميز ممنوعاً من التصرف . جاء في مصباح الفقاهة " فكما لا يجوز البيع لمن لا يجوز له التصرف فكذلك لا تجوز له الإجازة ، لكونها بيعاً حقيقياً^(٨٠٨) .

و جاء في الشرح الكبير عند الحديث عن حالة ما إذا وصى شخص لوصيين واشترط عليهما منع التصرف إلا مجتمعين " من ليس له البيع كأحد الوصيين فلا يرهن كما لا يبيع ، ولا يشتري ، إلا بإذن صاحبه ، إذا لم يكن كل منهما مطلق التصرف "^(٨٠٩) . ومعنى ما سبق أن الوصية إذا تضمنت شرطاً يمنع كل وصي من التصرف منفرداً فلا يستطيع مخالفة الشرط ، ويكون أثر ذلك أنه يمنع من البيع ومن الرهن .

وقال الدسوقي تعليقا على النص السابق " وقوله إلا بإذن صاحبه أي لأن له نصف النيابة عن الموصي ... قوله مطلق التصرف أي من قبل الأب الذي أوصاهما بأن نص على استقلال كل منهما بالتصرف "^(٨١٠) والنصان السابقان - الكلام الوارد في الشرح الكبير لأحمد الدردير و كلام الدسوقي الشارح له - يستخلص منهما عدة أمور :

- ١ - أنه يجوز للشخص وفقاً لقواعد الفقه الإسلامي أن يوصي بوصية لشخصين ، ويمنع كل واحد منهما من التصرف منفرداً ، ويشترط للقدرة على التصرف وجوب إجتماعهما ، وهي صورة مشروعة للشرط المانع من التصرف أو المقيد له في كل المذاهب الفقهية باستثناء المذهب الظاهري كما سبق .
 - ٢ - أنه طبقاً لقواعد الفقه الإسلامي أيضاً أنه حال ورود هذا الشرط في التصرف فإنه يجب على المتصرف إليه الإلتزام بالتنفيذ كأثر مباشر للشرط . ولا يتعلق الحكم السابق فقط بعقد البيع ، بل إن الفقهاء أطردها هذا الحكم في عقود كثيرة مثل عقد السلم ، وعقد الإجازة وغيرهما .
- ومن نصوصهم في ذلك ما جاء في المجموع للنووي " ولا يصح السلم إلا من مطلق التصرف في المال ، لأنه عقد على مال فلا يصح إلا من جاز التصرف كالبيع "^(٨١١) وفي الشرح الكبير عند الحديث عن الإجازة " ولا تصح إلا من جاز التصرف لأنه عقد تمليك في الحياة فأشبه البيع "^(٨١٢)

(٨٠٨) مرجع سابق ، ج ٤ ص ٢٤٣ .

(٨٠٩) أبو البركات ، سيدي أحمد الدردير ، دار إحياء الكتب العربية ، بيروت ، ج ٣ ص ٢٤٣ .

(٨١٠) محمد عرفة الدسوقي : حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير ، دار الفكر ج ٣ ص ٢٣٤ .

(٨١١) ج ١٣ ص ٩٣ .

(٨١٢) ج ٦ ص ٤ .

ثانياً: منع الرهن

عقد الرهن وان لم يكن عقداً ناقلاً للملكية ، وبالتالي لا يعد تصرفاً في الشيء محل الرهن ، إلا انه يمكن أن يؤدي إلى ذلك في النهاية ، كما سبق بيانه عند الحديث عن آثار الشرط المانع من التصرف في الفقه القانوني

وتأكيداً لذلك قال الشافعية والحنابلة إن كل عين جاز بيعها جاز رهنها لأن المقصود من الرهن أن يباع ويستوفى الحق منه إذا تعذر استيفاؤه من ذمة الراهن وهذا يتحقق في كل عين جاز بيعها^(٨١٣) أي أن الرهن يمكن أن يؤدي في النهاية إلى بيع الشيء المرهون إذا لم يستوفي الدائن المرتهن حقه من ذمة المدين الراهن ، ولهذا أشرط الفقهاء في من يباشر الرهن نفس شروط من يباشر البيع من حيث كونه مسموحاً له بالتصرف في الشيء محل الرهن وليس ممنوعاً منه .

ومن نصوص الفقهاء في ذلك ما سبق ونقلناه عن الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عند الحديث عن منع البيع ، ومن النقول الفقهية أيضاً :

جاء في الإقناع " وكل ما جاز بيعه من الأعيان جاز رهنه ، فلا يصح رهن دين ولا رهن عين لا يصح بيعها كوقف ، ومكاتب ، وأم ولد"^(٨١٤)

ويقول ابن قدامة " قيل لزوم البيع انبنى على جواز التصرف في المبيع ، ففي كل موضع جاز التصرف فيه ، جاز رهنه ، وما لا ، فلا ؛ لأنه نوع تصرف فأشبهه ببيع "^(٨١٥)

ويستفاد من النصين السابقين أن الرهن عند الفقهاء كالبيع فكما لا يجوز بيع الممنوع من التصرف فيه كذلك لا يجوز رهنه ، وضربوا على ذلك أمثلة كما سبق ومن هذه الأمثلة أم الولد التي لا يجوز له التصرف فيها كما سبق فذلك لا يجوز له رهنها .

وكما ألحق الفقهاء بعقد البيع في حكمه ما يشبهه من العقود كذلك الحال فيما يشبه الرهن كالكفالة والضمان وغيرهما ومن أقوالهم في ذلك :

جاء في فقه السنة " فالكفيل هو الذي يلتزم بأداء المكفول به ويجب أن يكون بالغاً عاقلاً مطلق التصرف في ماله "^(٨١٦)

الفرع الثاني

آثار الشرط المانع من التصرف الوارد في عقود التبرعات

رأينا فيما سبق أن فقهاء الشريعة الإسلامية ينظرون لعقود التبرعات على أنها إحسان ، وللمحسن أن يشترط ما يشاء ، وأن يتصرف كما يشاء ، ولا حرج عليه في ذلك انطلاقاً من قوله تعالى : " ما علي المحسنين من سبيل "^(٨١٧)

وبناء على ذلك يعطون حرية كبيرة للمتبرع على اعتبار أنه يعطي بلا مقابل ، فإن إشتراط على المتبرع إليه شيئاً ، أو قيد تصرفه ، أو منعه بالكلية فيقبلون ذلك ، و يجدون أنه في جميع الأحوال لا ضير على المتبرع إليه فقد حصل على الشيء بلا مقابل .

ولكن هذه النظرة المتساهلة لعقود التبرعات يمكن أن يكون لها تأثير فيما نحن بصدده ؟

(٨١٣) الموسوعة الفقهية الكويتية ، ، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية ، الكويت ، ج ٢٣ ص ١٨٠ .

(٨١٤) شمس الدين محمد بن أحمد الشربيني الخطيب ، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ، دار المعرفة ، بيروت .

(٨١٥) ابن قدامة موفق الدين: محمد بن عبد الله: المغني مع الشرح الكبير، دار الكتاب العربي، ج ٤ ص ٤٢٨ .

(٨١٦) السيد سابق ، فقه السنة ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ج ٣ ص ٣٣٤ ، وأنظر: الشرح الكبير ج ٥ ص

٧٤ .

(٨١٧) التوبة : ٩١ .

وبعبارة أخرى هل يتساهل الفقهاء في قبول التبرعات حتى من الشخص الممنوع أو المقيد في التصرف بشكل أو بآخر؟

والإجابة قطعياً هي لا ، فلا يوجد أدنى تفرقة عند فقهاء الشريعة الإسلامية في هذا الصدد، فيشترطون في عقود التبرعات ما يشترطونه في عقود المعاوضات من حيث كون المتبرع مأذوناً له في التصرف وغير ممنوعاً منه .

وفيما يلي سنعرض لبعض التصرفات التبرعية والتي تتم بلا مقابل ونرى إشتراط الفقهاء لتوافر كامل القدرة على التصرف لصحة هذه العقود .

أولاً: العارية

وهي إعارة الأعيان التي ينتفع بها مع قيامه ، كالدور والعييد والدواب ونحوها .^(٨١٨) وهي تعد من القرب والأعمال الصالحة في الشريعة الإسلامية ، يقول ابن رشد " أما الإعارة فهي فعل خير ، و مندوب إليه ^(٨١٩) ، ويقول ابن نجيم " ومحاسنها (أي العارية) النيابة عن الله تعالى في إجابة المضطر ؛ لأنها لا تكون إلا لمحتاج " ^(٨٢٠)

وعلى الرغم من أنها من الأفعال الخيرية المطلوبة كما سبق إلا أنها لا تقبل من الممنوع من التصرف ، فقد جاء في المجموع " فإن العارية تفتقر إلى ثلاثة أشياء معير ومستعير ومعار ، فالمعير وهو كل من كان مالكا مطلق التصرف جاز أن يكون معيراً ، ولا يجوز من غير مالك ، ولا ممنوع من التصرف " ^(٨٢١) ويظهر مما سبق أن الممنوع من التصرف في الشيء لا يمكنه مع وجود المنع أن يعير الشيء الممنوع من التصرف فيه .

ثانياً: العتق

على الرغم من أن العتق من أعظم القربات في الإسلام إلا أنه ككل التصرفات السابقة لا يقبل إلا ممن يملك التصرف .

جاء في كتاب المجموع " من أعتق رقبة أعتق الله بكل عضو منها عضواً منه من النار حتى فرجه بفرجه ، ولا يصح إلا من مطلق التصرف في المال ؛ لأنه تصرف في المال كالبيع والهبة " ^(٨٢٢)

^(٨١٨) علاء الدين السمرقندي ، تحفة الفقهاء ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ج ٣ ص ١٧٧ .

^(٨١٩) أبو الوليد محمد ابن أحمد بن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، تحقيق خالد العطار ، دار الفكر ، ١٤١٥ ، ج ٢ ص ٢٥٥ .

^(٨٢٠) زين الدين بن نجيم : البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، تحقيق : زكريا عميرات ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط ١ ، ١٤١٨ هـ ، ج ٧ ص ٤٧٦ .

^(٨٢١) ج ١٤ ص ٢٠١ .

^(٨٢٢) ج ١٦ ، ص ٤ .

المطلب الثاني الآثار الخاصة للشرط المانع من التصرف

المقصود بالآثار الخاصة للشرط المانع من التصرف موضوع هذا البحث هي الآثار المتجاوزة لحق التصرف في الشيء ، أي التي يمكن أن تمتد لسلطة أخرى من سلطات الملكية مثل سلطة استعمال الشيء أو استغلاله .

و في البداية نود أن نقول أن هذه الآثار قد انفرد بها الفقه الشرعي ولا نظير لها في الفقه القانوني ، فأثار الشرط المانع من التصرف تقتصر في الفقه القانوني على حق التصرف فقط ولا تتعداه . وقد رأينا عند الحديث عن سلطات الملكية أن حق الملكية يخول صاحبه حق استعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه . وبطبيعة الحال فسيؤثر الشرط المانع من التصرف - بوصفه التزاماً - بجبر الشخص علي الوفاء به - علي سلطة التصرف ، فالمالك لن يكون في استطاعته مع وجود الشرط أن يتصرف في الشيء ، على نحو ما سبق وبيناه في البحث الأول . ولكن هل يمكن أن تتأثر سلطات الملكية الأخرى أي الاستعمال والاستغلال بوجود الشرط المانع من التصرف في العقد ؟

لا يبدو للوهلة الأولى أن للشرط تأثيراً علي هاتين السلطتين ، فلو فرضنا أن شخصاً اشترى منزلاً وشرط عليه عدم التصرف فيه فسيكون بإمكانه بالتأكيد أن يستعمله أي يسكنه ، وأن يستغله كذلك ، وهكذا كل الأشياء سواء كانت أرضاً أو سيارة أو غير ذلك . ولكن يدق الأمر إذا كان الشيء المشترط عدم التصرف فيه جارية .

فذهب بعض الفقهاء إلي أن الشخص إذا اشترى جارية وشرط عليه عدم التصرف فيها فلا يستطيع والحالة هذه أن يقربها أي أنه لا يمنع فقط من بيعها ولكن يمنع من وطئها أيضاً .

الفقهاء القائلون بذلك :

الإمام مالك .

يقول الإمام مالك رحمه الله فيمن اشترى جارية علي شرط أن لا يبيعها ، ولا يهبها ، أو ما شابه ذلك من الشروط ، فإنه لا ينبغي له أن يطأها ؛ وذلك لأنه لا يجوز له أن يبيعها ، ولا أن يهبها ، فإذا كان لا يملك ذلك منها ؛ فلم يملكها ملكاً تاماً .^(٨٢٣)

الإمام أحمد بن حنبل .

جاء في حاشية ابن القيم على عون المعبود " قال إسماعيل بن سعيد ذكرت لأحمد حديث ابن مسعود - والذي يتضمن شرطاً مانعاً من التصرف كما سيأتي في أدلة القائلين بذلك - فقال أحمد البيع جائز ولا تقربها ، لأنه كان فيها شرط واحد للمرأة ولم يقل عمر في ذلك البيع إنه فاسد .^(٨٢٤)

الأدلة التي استدلت بها القائلون بذلك :

١ - يستدلون علي ذلك بما جاء في الموطأ عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال : ابتعت من زوجتي زينب الثففة جارية ، وشرطت لها أني إن بعته فهي لها بالثمن الذي ابتعتها به ، فذكرت ذلك لعمر رضي الله عنه فقال لا تقربها ولأحد فيها شرط .^(٨٢٥)

^(٨٢٣) الموطأ ، تعليق محمد فؤاد عبد الباقي ، دار إحياء الكتب العربية ، ص ٦١٦ .

^(٨٢٤) حاشية ابن القيم علي عون المعبود شرح سنن أبي داود ، تحقيق عبد الرحمن محمد عثمان ، المكتبة السلفية ، المدينة المنورة ، ١٣٨٨ هـ ، ١٩٦٩ م ، ج ٩ ، ص ٤٠٤ .

- ٢ - بما جاء عن عبد الله ابن عمر رضي الله عنه أنه كان يقول " لا يظأ الرجل وليدة ^(٨٢٦) إلا وليدة إن شاء باعها وإن شاء وهبها ، وإن شاء أمسكها وإن شاء صنع بها ما شاء " ^(٨٢٧)
- والخبران السابقان المرويين عن عمر بن الخطاب وابنه عبد الله رضي الله عنهما كافيين في الحقيقة لتأييد ما ذهب إليه أصحاب هذا الرأي وذلك لعدة أسباب :
- ١- أنهما مرويين عن اثنين من أكابر الصحابة وأكثرهما علماً .
- ٢ - أن الأثرين صحيحان ولم يطعن فيهما أحد من العلماء فقد رواهما مالك في الموطأ وهو من أصح كتب رواية الحديث .
- ٣- أنهما واضحا للدلالة فألفاظهما قاطعة لا تقبل التأويل في منع الوطاء كأثر لوجود الشرط المانع من التصرف .
- ٤- أنهما يدلان على تصحيحهما للشرط المانع من التصرف و تصحيح البيع مع هذا الشرط ، وإثبات الأثر الخاص للشرط .
- فكما يقول أبو عمر بن عبد البر في التمهيد " وليس في شيء من هذين الخبرين أمر بفسخ البيع ولا خبر عن فساد ^(٨٢٨) .

^(٨٢٥) ص ٦١٦ .

^(٨٢٦) يقصد بالوليدة الجارية ، و يقال للأمة وليدة وإن كانت مسنة . لسان العرب ج ١٥ ، ص ٣٩٥ .

^(٨٢٧) الموطأ ، ص ٦١٦ .

^(٨٢٨) مجموعة شروح الموطأ ، مرجع سابق ، ج ١٦ ص ١٩٥ .

ويقول أيضاً " أما ظاهر قول عمر لابن مسعود : لا تقربها فيدل على أنه أمضى شراؤه لها ونهاه عن مسيئتها هذا هو الأظهر فيه ."^(٨٢٩)

آراء الفقهاء في تبرير منع الوطء كأثر للشرط المانع من التصرف .
اختلف الفقهاء القائلون بذلك في تبرير المنع من الوطء كأثر للشرط المانع من التصرف ، أي لماذا يمنع الشرط المانع من التصرف من الوطء أيضاً وليس مجرد التصرف ؟ واختلفوا في ذلك إلى عدة آراء :

الرأي الأول : نقص الملك .
ذهب الإمام مالك (فيما يفهم من كلامه السابق) إلى أن المنع من الوطء بسبب نقص الملك فهو يري أن الشخص لا يجوز له أن يوطأ جارية إلا إذا كان يملكها ملكاً تاماً .

الرأي الثاني : الخروج من خلاف المذاهب .
ذهب ابن عقيل الحنبلي إلى أنه (أي الإمام أحمد) منع الوطء للخروج من الخلاف على اعتبار أن هذا الشرط يعتبر شرطاً فاسداً في بعض المذاهب كما مر بنا فهو يقول " عندي أنه منع من الوطء لمكان الخلاف في العقد لكونه يفسد بفساد الشرط في بعض المذاهب ."^(٨٣٠) وقد نقل ابن القيم عنه هذا الرأي قائلاً " وحمله ابن عقيل على الشبهة للاختلاف في صحة هذا العقد " ."^(٨٣١) ولم يرض ابن القيم رحمه الله هذا التبرير ولذلك فقد ذهب إلى تبرير آخر وهو الرأي الثالث .

الرأي الثالث : الوطء يؤدي إلى إسقاط الشرط المانع من التصرف .
ذهب ابن القيم رحمه الله إلى أن منع الوطء سببه أنه يؤدي لإسقاط الشرط ، فيقول " فدل على أن المانع من القربان هو الشرط ، وأن وطأها يتضمن إبطال ذلك الشرط ؛ لأنها قد تحمل فيمتنع عودها إليها ."^(٨٣٢)
ومعني كلام ابن القيم : أن الوطء ربما أدى إلى الحمل ، ويستتبع ذلك تحول الأمة إلى أمتين ، أو أمة وعبد ، أي ستحدث زيادة في محل العقد ، و سيؤدي ذلك إلى امتناع عودة الأمة وهذا خلاف الشرط المشروط أي أن الوطء يمكن أن يؤدي إلى عدم إعمال الشرط ولهذا منعه عمر ﷺ حرصاً على الوفاء بالالتزام .

رأي الباحثة:-

ما ذهب إليه ابن القيم رحمه الله هو الصحيح وبيان ذلك فيما يلي :
الرأي الأول الذي يبرر منع الوطء بنقص الملك فالمفترض أن الملك غير ناقص لأن المتصرف إليه - المنتقل إليه الشيء مقترناً بمنع التصرف - يملك الشيء ملكاً تاماً باستثناء حق التصرف فيه ؛ بسبب التزامه بالشرط ، وحتى لو سلمنا بنقص الملك فسيكون أثره فقط أيضاً بالنسبة لحق التصرف ، ولا يتعداه لغيره ؛ ولذلك لا يصلح هذا في تقديرنا سبباً أو تبريراً لمنع الوطء .
والرأي الثاني الذي يبرر منع الوطء بمراعاة أحمد لخلاف المذاهب أيضاً لا يصح ؛ لأن الإمام أحمد رحمه الله ليس أول من قال بالمنع حتى يقال أنه راعي خلاف المذاهب ؛ فالمنع مروى عن عمر وابن عمر من قبل أحمد و المذاهب .

(٨٢٩) المرجع سابق ، ج ١٦ ص ١٩٣ .

(٨٣٠) هذا الرأي لأبن عقيل الحنبلي ، المقني مع الشرح الكبير ، مرجع سابق ، ج ٤ ، ص ٥٦ .

(٨٣١) حاشيته علي عون المعبود ، ج ٩ ، ص ٤٠٤ .

(٨٣٢) المرجع السابق ، نفس الموضوع .

ومما يؤيد ما ذهب إليه ابن القيم رحمه الله ما جاء في المصنف عن ابن طاووس^(٨٣٣) رحمه الله قال: "بعت جارية لأبي، وشرطت أن لا تباع ولا توهب، فقلت^(٨٣٤) لأبن طاووس: فان عمر ﷺ قال لا تقربها ولا أحد فيها شرط، قال: ليس فيها شرط إنما هو لنفسها^(٨٣٥)."

يقصد أن في الصورة التي قضى فيها عمر ﷺ بذلك كان الشرط لمصلحة المتصرف الذي كان سيتضرر لو سمح للشخص بوطئها علي النحو الذي بيناه أنفاً، أما في بيع ابن طاووس لأبيه فان هذا منتقي لأن الشرط أنما وضع لمصلحة الأمة حتى تستقر في بيت ولا تتداولها الأيدي فاختلف الأمر. ومعني هذا أن الشرط المانع كالتزام يؤثر علي حق التصرف فقط إلا إذا ورد علي صورة مشابهة لما حدث مع عمر وابن مسعود وزوجته ﷺ.

ومما يؤكد أيضاً ما ذهب إليه ابن القيم ما رواه ابن وهب عن مالك " قال: وإن أشتراها بشرط فوطئها فحملت فللبائع قيمتها يوم باعها، وتحل لسيدها فيما يستقبل^(٨٣٦). ومعني هذا أنها لو حملت سييطل الشرط، وتصبح للثاني، وليس للأول إلا القيمة وقت البيع وهذا يؤكد أن منع الوطء بسبب أنه يمكن أن يؤدي لإبطال الشرط.

المقارنة والخاتمة:

بالنسبة للفقهاء القانوني رأينا آثار الشرط بالنسبة إلى المشتري عليه، والتصرفات التي لا تتنافى مع الشرط، ورأينا آثار الشرط بالنسبة إلى دائني المشتري عليه ومبدأ عدم الحجز على المال الممنوع التصرف فيه ورأينا أيضاً آثار الشرط بالنسبة للغير.

وبالنسبة للفقهاء الإسلامي رأينا أن آثار الشرط المانع تنقسم إلى آثار عامة وآثار خاصة، وبالنسبة للآثار العامة تتمثل في منع البيع والرهن وكافة التصرفات المخالفة للشرط وبالنسبة للآثار الخاصة ففيها تتعدى آثار الشرط المانع حق التصرف خلافاً للفقهاء القانوني الذي تقتصر آثار الشرط فيه على حق التصرف. وأوجه الشبه بين الفقهاء تتمثل في الآتي:

أولاً: من حيث اعتبار آثار الشرط المانع من التصرف تتمثل في تنفيذ الالتزام بالشرط، ومنع أي تصرف من شأنه أن يخالف الشرط.

ثانياً: من حيث تحديد التصرفات التي تتنافى مع وجود الشرط والتي يمكن أن تتسبب في ابطاله بطريق غير مباشر، مثل منع الرهن والحجز.

ولكن مع ذلك فيوجد ثمة اختلافات في هذا الصدد بين الفقهاء تتمثل في:

أولاً: توسع فقهاء الشريعة الإسلامية في تحديد التصرفات الغير جائزة مع وجود المنع من التصرف، فقد الحقوا بمنع البيع والرهن كل ما يمكن أن يكون صوراً للتصرف مع وجود المنع من التصرف، مثل منع العارية والعتق وغير ذلك.

ثانياً: توسع فقهاء الشريعة الإسلامية في آثار المنع من التصرف حتى أن آثار الشرط المانع من التصرف قد تعدت في حالة خاصة - حق التصرف إلى غيره كما رأينا.

(٨٣٣) أبو عبد الرحمن طاووس بن كيسان اليماني، من كبار التابعين، مات بمكة حاجاً سنة ست ومائة، وكان فقيهاً جليلاً، قال خصيف: أعلمهم بالحلال والحرام طاووس. انظر إبراهيم ابن علي الشيرازي، طبقات الفقهاء، دار الرائد العربي، بيروت، ص ٧٣.

(٨٣٤) القائل هو معمر راوي القصة عن ابن طاووس فالحديث في المصنف أخبرنا معمر عن ابن طاووس قال.... وذكر القصة.

(٨٣٥) مصنف عبد الرزاق، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، نشر المجلس العلمي، ج ٨، ص ٥٧.

(٨٣٦) مجموعة شروح الموطأ، مرجع سابق، ج ١٦ ص ١٩٥.

ولا شك أن ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية من التوسع في آثار الشرط هو الصحيح لأننا إذا كنا قد اشترطنا شروطاً لصحة الشرط فلا بد عند تحققها من منع أي تصرف من شأنه أن يبطل الشرط ، أو أن يجعله عديم الجدوى .

الخاتمة:

لقد تناولنا في هذا البحث موضوع آثار الشرط المانع من التصرف ، بدأنا في المبحث الأول : بآثار الشرط المانع من التصرف في الفقه القانوني وقد تم تقسيم المبحث إلى مطلبين تعرضنا في الأول لآثار الشرط المانع من التصرف بالنسبة إلى الغير، ولقد تناولنا آثار الشرط المانع من التصرف بالنسبة إلى المشتري عليه ودائنيه ، وفي الثاني: لآثار الشرط المانع من التصرف بالنسبة إلى الغير، ولقد تناولنا آثار الشرط المانع من التصرف بالنسبة إلى المشتري عليه ودائنيه ، وذلك من خلال فرعين خصصنا الأول لآثار الشرط المانع بالنسبة للمشتري عليه والثاني بالنسبة لدائنيه ، وأما المبحث الثاني من هذا البحث فقد تعرضنا لآثار الشرط المانع من التصرف في الفقه الإسلامي ونظراً لأن فقه الشريعة الإسلامية اشتمل على آثار عامة تتعلق بالمنع من التصرف ، تتشابه لحد بعيد مع آثار المنع من التصرف في الفقه القانوني ، إلا أن الفقه الشرعي اشتمل على آثار أخرى انفرد بها ، لذلك أثرنا قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين الأول خصصناه للآثار العامة للشرط المانع من التصرف والثاني تناولنا فيه : للآثار الخاصة.

وسنشير إلى أهم النتائج التي توصلنا إليها من خلال ما سبق عرضه :

١: إذا قام الشرط المانع من التصرف صحيحاً، أي كان لتحقيق مصلحة مشروعة ولمدة معقولة كان المنع صحيحاً ومنتجاً لآثاره طوال المدة التي حددت في الشرط المانع، وأهمها حرمان المشتري عليه من التصرف في المال محل المنع، وعدم الحجز عليه من قبل دائنيه ، فضلاً عن الاحتجاج بهذا الشرط على الغير.

٢: أن المشرع المصري والفرنسي والفلسطيني، لم ينص على مبدأ عدم القابلية للحجز كأثر للشرط المانع من التصرف، بل نشأ هذا المبدأ واستقر نتيجة تراث قضائي طويل ، باعتباره يحقق الغرض من المنع من التصرف ، وهو عدم خروج المال الممنوع التصرف فيه من ذمة المتصرف إليه إلى الغير .

٣: تحدث فقهاء القانون الوضعي في مسألة تسجيل التصرفات المتضمنة لشرط المنع من التصرف وهو أمر حسن، وليست فيه مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية، بل أنها تحرص عليه في بعض الأمور مثل عقود الزواج ، ضماناً للحقوق ومن ثم فإن فيه المصلحة وأينما تكون المصلحة فثمة شرع الله.

٤: كما أن أعمال الشرط المانع من التصرف بالنسبة للمنقول، ليست له قيمة عملية حيث أن المنقول يخضع لقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز، ولما كانت التصرفات الواردة عليه لا تخضع للشهر، فإن مناط الاحتجاج بالشرط المانع قبل الغير هو علمه به أو إمكانية علمه به وقت دخول المنقول في حيازته بحيث يكون للغير المتصرف إليه أن يجهض الاحتجاج تجاهه بالبطلان استناداً "لقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز" متحصناً بالحيازة التي تعد قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية أي جهله بالشرط المانع من التصرف

٥: أن هناك تشابهاً بين آثار الشرط المانع من التصرف في الفقه القانوني والشرعي ، من حيث اعتبار آثار الشرط المانع من التصرف تتمثل في تنفيذ الالتزام بالشرط ، ومنع أي تصرف من شأنه أن يخالف الشرط ، ولا حظنا أن آثار المنع من التصرف لا تتعدى حق التصرف في الفقه القانوني، بينما تتعداه في حالة خاصة في الفقه الشرعي وهي حالة ما إذا كان الشيء الممنوع التصرف فيه جارية .

٦: لم يضع كل من المشرع المصري والفرنسي نصاً خاصاً يعالج حالة الاحتجاج على الغير بالشرط المانع من التصرف بالنسبة للأموال التي لا بد من تسجيلها في السجلات الخاصة بها رسمياً، مكتفيان بالقواعد

العامّة التي توجب تسجيل بعض الأموال في الدوائر المختصة كما هو الحال بالنسبة للعقارات ، ويشمل هذا التسجيل طبعاً الشرط المانع من التصرف الوارد على المال محل الشرط أو القيد ، وعندها يمكن الاحتجاج من قبل من تقرر المنع لمصلحته في مواجهة الغير واسترداد المال المتصرف فيه من قبل ، وبعبكس ذلك - أي في حالة عدم تسجيل الشرط- لا يمكن الاحتجاج بالنسبة للغير ، وبذلك يختلف كل من المشرع المصري والفرنسي عن الفلسطيني الذي أفرد للاحتجاج على الغير بالشرط المانع من التصرف نصاً خاصاً له ، وحماية للغير تطلب المشرع في القانون المدني الفلسطيني أن يكون الشرط المانع من التصرف مسجلاً مع العقد حتى يمكن الاحتجاج به في مواجهة الغير اقتداء بما ذهب إليه المشرع الكويتي.

قائمة المراجع :

اولا المراجع الاجنبية

١. منصور مصطفى منصور: نظرية الحلول العيني وتطبيقاتها في القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة ١٩٥٣
٢. عبد المنعم البدر اوي : حق الملكية ، مكتبة عبدالله وهبة القاهرة ، طبعة ١٩٧٣
٣. محمد لبيب شنب ، موجز في الحقوق العينية الأصلية ، دار وهان للطباعة بلا سنة نشر.
٤. عبد الرزاق السنهوري، السنهوري في شرح القانون المدني ، المجلد الثامن ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة (بلا سنة نشر).
٥. أحمد سلامة ، الملكية الفردية في القانون المصري ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٧٠ .
٦. إسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية ، الجزء الأول ، حق الملكية ، الطبعة الثانية ، سنة ١٩٦٠ .
٧. عبد المنعم فرج الصدة: الحقوق العينية الأصلية ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٨٢ .
٨. همام محمد محمود زهران ، الحقوق العينية ، حق الملكية - أحكام حق الملكية- دار الجامعة الجديدة، سنة ٢٠١٠ .
٩. محمود جمال الدين زكي ، الحقوق العينية الأصلية ، مطبعة جامعة القاهرة ، سنة ١٩٧٨ .
١٠. محمد المرسي زهرة : بحث بعنوان "الشرط المانع من التصرف في ضوء المعاملات المدنية والفقہ الإسلامي" في مجلة الحق لسنة ١٩٩٧ .
١١. عبد الخالق حسن أحمد: الحقوق العينية الأصلية ، حق الملكية ، الطبعة الأولى ١٠م - مطبوعات كلية شرطة دبي ، بلا سنة نشر.
١٢. وحيد الدين سوار ، حق الملكية في ذاته في القانون المدني ، الطبعة الثانية ، مطبعة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن سنة ٢٠١٠ .
١٣. توفيق فرج ، الحقوق العينية الأصلية ، مؤسسة دار الثقافة الجامعية ، الاسكندرية سنة ١٩٨٦ .
١٤. فتحي والي: التنفيذ الجبري وفقاً لمجموعة المرافعات المدنية والتجارية وقانون الحجز الإداري، دار النهضة العربية، ١٩٨١
١٥. ، وجدي راغب: مبادئ التنفيذ القضائي وفقاً لقانون المرافعات الجديد، مذكرات جامعة الكويت، ١٩٨١
١٦. أحمد زغلول : أصول التنفيذ وفقاً لمجموعة المرافعات المدنية والتجارية ، دار الحقوق ، ، ١٩٨٥ .
١٧. مصطفى الجمال ، نظام الملكية ، الدار الجامعية ، بيروت سنة ١٩٨٧ .
١٨. ادوارد عيد ، الحقوق العينية الأصلية ، الجزء الأول ، حق الملكية ، سنة ١٩٧٩ ، بلا دار نشر .
١٩. سمير كامل ، ملكية الراهن للمال المرهون في الرهن العقاري ، رسالة دكتوراة عين شمس لسنة ١٩٧٨
٢٠. محمد علي عرفة ، شرح القانون المدني الجديد - في حق الملكية - الجزء الأول ، الطبعة الثالثة ، مطبعة جامعة فؤاد الأول ، القاهرة سنة ١٩٥٤ .
٢١. محمد علي عمران ، الحقوق العينية الأصلية ، دار النهضة العربية القاهرة ، سنة ١٩٧٩ .
٢٢. أحمد أبو الوفا: إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية : الطبعة التاسعة ، بلا سنة نشر .
٢٣. محمد عبد الخالق عمر ، مبادئ التنفيذ الطبعة الثالثة ، دار النهضة العربية ١٩٧٧ .
٢٤. عبد المجيد الحكيم ، الاعتبار كركن في العقد في القانون الأنكلو أمريكي المقارن ، بغداد سنة ١٩٨٠ .
٢٥. محمود عبد الرحمن محمد ، الوجيز في الشهر العقاري والتوثيق ، دار النهضة العربية ، بلا سنة نشر .
٢٦. سمير كامل ، ملكية الراهن للمال المرهون في الرهن العقاري ، رسالة دكتوراة ، جامعة عين شمس سنة ١٩٧٨ .
٢٧. نعمان محمد خليل جمعة ، الحقوق العينية ، دار النهضة العربية ، القاهرة سنة ١٩٩٢ .
٢٨. محمد المرسي زهرة : الحقوق العينية الأصلية في ضوء قانون المعاملات المدنية الاتحادية - المجلد الثاني أسباب الملكية ، الطبعة الأولى ، ١٩٨٩ - جامعة الإمارات العربية المتحدة .

٢٩. أبو البركات ، سيدي أحمد الدردير ، دار إحياء الكتب العربية ، بيروت ، ج ٣
٣٠. الدسوقي ، محمد عرفة ، حاشية الدسوقي على شرح الكبير ، ج ٣ دار الفكر .
٣١. الموسوعة الفقهية الكويتية ، ج ٢٣ .
٣٢. شمس الدين محمد بن أحمد الشربيني الخطيب ، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ، دار المعرفة ، بيروت .
٣٣. ابن قدامة موفق الدين ، محمد بن عبد الله ، المغني مع الشرح الكبير ، دار الكتاب العربي .
٣٤. السيد سابق ، فقه السنة ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ج ٣
٣٥. علاء الدين السمرقندي ، تحفة الفقهاء ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ج
٣٦. أبو الوليد محمد ابن أحمد بن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، تحقيق خالد العطار ، دار الفكر ، ١٤١٥ ، ج ٢ .
٣٧. المصري : زين الدين بن نجيم البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، تحقيق زكريا عميرات ، دار الكتاب العلمية ، بيروت ط١ ، ١٤١٨ هـ
٣٨. الموطأ ، تعليق محمد فؤاد عبد الباقي ، دار إحياء الكتب العربية .
٣٩. حاشية ابن القيم علي عون المعبود شرح سنن أبي داود ، تحقيق عبد الرحمن محمد عثمان ، المكتبة السلفية ، المدينة المنورة ، ١٣٨٨ هـ ، ١٩٦٩ م ، ج ٩ .
٤٠. العظيم آبادي ، محمد شمس الحق ، عون المعبود شرح سنن أبي داود ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط٢ ، ١٤١٥ هـ .
٤١. إبراهيم ابن علي الشيرازي ، طبقات الفقهاء ، دار الرائد العربي ، بيروت ، بلا سنة نشر .
٤٢. مصنف عبد الرزاق ، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي ، نشر المجلس العلمي ، ، ج ٨
- ثانيا المراجع الاجنبية

٤٣. Louis Josserand, cours de droit civil positif français, opcit
٤٤. Henri De Page, Traite élémentaire de droit civil belge. T.٥. ١-٢ ed Bruxeues, ١٩٧٥
٤٥. Gabriel Marty et Pierre Raynaud , Traité de droit civil,op. cit
٤٦. Marcel Planiol , Georges Ripert , Droit civil les obligations , op. cit
٤٧. Philippe Simler , Droit civil - le droit des biens , op.cit
٤٨. Jean Carbonnier , Droit civil - les bien , op. cit.
٤٩. JEAN-LOUIS BERGEL,TRAITE DE-DROIT CIVIL,L.G.D.J,١٩٩٦.

جزاء مخالفة الشرط المنع من التصرف

إعداد

إيناس محمد إبراهيم جاد الحق

مقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين، وخاتم النبيين والمرسلين، محمد بن عبد الله النبي الأمين، وعلى آله وصحبه أجمعين . يقصد بالشرط المانع من التصرف: الشرط الذي يشترطه المتصرف في العقد أو الوصية بغرض منع المتصرف إليه من التصرف في الشيء موضوع التصرف .

ولكي يصح الشرط المانع من التصرف يجب أن يستند إلى مصلحة مشروعة لأحد أطراف التصرف فإذا كان شرط المنع من التصرف قد ضمن في عقد، أو في وصية، وكان مبنياً على باعث مشروع ولمدة معقولة كان الشرط صحيحاً، وترتب على ذلك عدم جواز التصرف في العين المشترط عدم التصرف فيها، وعدم جواز الحجز عليها .

ولكن ما الحكم في حالة مخالفة المالك -المتصرف إليه- شرط المنع من التصرف بأن قام بالتصرف في العين المشترط عدم التصرف فيها بالبيع أو بالهبه ، أو غير ذلك من التصرفات مخالفاً بذلك شرط المنع ؟

وقد اختلفت آراء فقهاء القانون والفقهاء الإسلاميين كما اختلفت التشريعات في تحديد جزاء محدد يمكن أن يوقع في حالة مخالفة هذا الشرط.

وبما أنه يجب-عند تحديد جزاء مخالفة الشرط المانع - أن يتم مراعاة الغرض الذي من أجله خول القانون الإرادة سلطة تعديل النظام العادي للملكية، وهو تحقيق المصالح الخاصة المشروعة المقصودة من وراء المنع ، فإنه يجب أن يتقرر الجزاء في ضوء الغاية وحدها وبالقدر اللازم لتحقيقها.

وعلى هدي ما تقدم سنناقش الجزاء القانوني والشرعي لمخالفة الشرط من خلال هذا البحث وذلك على النحو التالي:-

- المبحث الأول : الجزاء القانوني لمخالفة الشرط المانع من التصرف .
- المبحث الثاني : الجزاء الشرعي لمخالفة الشرط المانع من التصرف.

المبحث الأول

الجزاء القانوني لمخالفة الشرط المانع من التصرف

إذا كان شرط المنع من التصرف قد ضمن في عقد، أو في وصية، وكان مبنياً على باعث مشروع ولمدة معقولة كان الشرط صحيحاً كما سبق بيانه، وترتب على ذلك عدم جواز التصرف في العين المشترط عدم التصرف فيها، وعدم جواز الحجز عليها.

ولكن ما الحكم في حالة مخالفة المالك - المتصرف إليه - شرط المنع من التصرف بأن قام بالتصرف في العين المشترط عدم التصرف فيها بالبيع أو بالهبة، أو غير ذلك من التصرفات مخالفاً بذلك شرط المنع؟ إن جزء مخالفة الشرط المانع من التصرف هو بطلان التصرف الذي تم بالمخالفة لهذا الشرط^(٨٣٧) وذلك طبقاً للقانون المصري والفرنسي إلا أن الأمر يختلف في القانون المدني الفلسطيني حيث نص على أن جزء مخالفة الشرط المانع من التصرف هو الوقف وسنلاحظ اختلافاً بين التشريعات في تحديد الجزاء ما بين الوقف أو البطلان وللتوضيح سنتناول أولاً: الجزاء في القانون المصري وثانياً: في القانون الفرنسي وثالثاً: في القانون الفلسطيني.

أولاً: الجزاء في القانون المصري

ظل الفقه والقضاء متردداً في ذلك بين بطلان التصرف المخالف، أو فسخ التصرف الأصلي، حتى صدر التقنين المدني الجديد وحسم هذا الخلاف وجاء نص المادة ٨٢٤ من القانون المدني المصري على أنه "إذا كان شرط المنع من التصرف الوارد في العقد أو الوصية صحيحاً طبقاً لأحكام المادة السابقة، فكل تصرف مخالف له يقع باطلاً"، وبذلك يكون المشرع المصري قد حسم أمراً ثار حوله الكثير من الجدل في فرنسا، وفي ظل القانون المدني المصري السابق حيث لم يكن هناك نص يحكم هذا الأمر.

وقد ظن البعض بصدور هذا النص أنه قد حسم الخلاف في هذه المسألة، إلا أنه وإن حسم الخلاف بخصوص تحديد الجزاء، وهو البطلان، إلا أن الخلاف بين الفقهاء مازال قائماً ومستمراً عن طبيعة هذا البطلان هل هو بطلان نسبي أم بطلان مطلق أم أنه بطلان من نوع خاص يتفق والغاية من تقرير المنع وهي حماية مصلحة خاصة مشروعة لأحد الأشخاص. ومن الذي يطلب بطلان التصرف المخالف؟ إن هذه الأسئلة تستوجب تحديد طبيعة البطلان الوارد في النص ثم تحديد صاحب الصفة في التمسك به في القانون المصري.

(٨٣٧) ولكن هذا لم يمنع البعض في الفقه الفرنسي من القول بان مخالفة شرط المنع هو فسخ التصرف المقترن بهذا الشرط، وذلك على أساس أن المشترط عليه الممنوع من التصرف، إذا خرج على مقتضى الشرط وتصرف في المال محل المنع، يكون قد خالف أحد شروط العقد الأمر الذي يمنح المشترط الحق في الفسخ، فيفسخ التصرف الأصلي - العقد أو الوصية - وبفسخه يزول التصرف الثاني المخالف لشرط المنع، فيعود إلى ذمة المشترط طبقاً لقواعد الفسخ. أنظر:

**BARTIN.E:Théorie des conditions impossibles, illicites ou
contra ires aux moeurs , ١٨٨٧ , p.١٦ ets**

وفي القضاء المصري: نقض مدني مصري ١٩٦٨/٦/٢٧، مجموعة أحكام النقض س ١٩، ص ١٢٢٤.

طبيعة البطلان :-

١: مبررات البطلان المطلق :-

ذهب جانب من الفقه المصري إلى أن البطلان الذي يشير إليه المشرع المصري هو بطلان مطلق حيث أن المشرع المصري دائماً يعبر عن البطلان المطلق بعبارة البطلان أما البطلان النسبي فيعبر عنه دائماً بالقابلية للإبطال كما هو الحال مثلاً بالنسبة للمادة ١٤٣ منه، والتي تقضى بأنه " إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال " ، والمادة ١٤٤ من نفس التقنين التي تقرر أنه: " إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال ... فنص المادة ٨٢٤ مدني والتي وصفت التصرف المخالف للشرط المانع بأنه " باطل " ، قصدت البطلان المطلق وليس البطلان النسبي ، كما يؤيدون رأيهم هذا بما جاء في مجموعة الأعمال التحضيرية المتعلقة بهذه المادة إذ نصت على أنه " إذا توافر الشرطان السابقان اللذان تقدم ذكرهما، فالشرط المانع من التصرف صحيح ، فإن خولف كان التصرف المخالف باطلاً بطلاناً مطلقاً ، لعدم قابلية المال للتصرف ، وقد حسم المشروع بهذا الحكم خلافاً حول هذه المسألة ، إذ كان القضاء متردداً بين بطلان التصرف المخالف ، أو فسخ التصرف الأصلي... " (٨٣٨).

ويقول الدكتور السنهوري في هذا الصدد " لقد اختار التقنين المصري التكييف الثاني فجعل العين ذاتها غير قابلة للتصرف فيها ويترتب على ذلك بطلان أي تصرف يقع مخالفاً للشرط المانع من التصرف بطلاناً مطلقاً ، وهذه نتيجة منطقية بل هي نتيجة بديهية لجعل العين غير قابلة للتصرف فيها " (٨٣٩) ويرتب أنصار هذا الرأي على ذلك أنه مادام أن التصرف يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً فإن للمتصرف ودائنيه وكل من له مصلحة أن يطلب إبطال التصرف المخالف ، ويقول الدكتور محمد علي عرفة " وبناء على ذلك يجوز للمتصرف أن يطلب بطلان التصرف المخالف دائماً حتى لو كان المنع مشروطاً لحماية المتصرف إليه، ولدائني المتصرف أيضاً ح طلب البطلان إن كان لهم مصلحة ، كذلك يطلبه المتصرف إليه أو الغير إذا أريد بالشرط المانع من التصرف حماية مصلحة لأيهما ويطلبه أيضاً دائنو كل منهما إذا كانت لهم مصلحة في رفع الدعوى " (٨٤٠).

كذلك فإنهم يبطلون كل تصرف يأتيه المتصرف إليه خلافاً لهذا الشرط ، حتى ولو كان المتصرف الثاني حسن النية ، كذلك فإنهم لا يفرقون بين ما إذا كان وارداً على عقار أو منقول ، إذ لا يجوز من وجهة نظرهم أن يحتج هذا الأخير بأن الحيازة في المنقول سند الملكية ، إذ يرون أن العقد الباطل بطلاناً مطلقاً لا يمكن أن يكون سندا صحيحاً (٨٤١).

كذلك فهم يقولون بعدم إمكانية الرجوع على المتصرف إليه الأول (المشترط عليه) بالضمان من قبل المتصرف إليه الثاني، ذلك أن تصرفه باطل بطلاناً مطلقاً وهو لا يصلح أساساً للضمان ، يقول الدكتور محمد علي عرفة " إن بطلان هذه التصرفات المخالفة كلها لا يستتبع الرجوع على المتصرف بالضمان ، لأن التزام الضمان لا ينشأ عن عقد باطل بطلاناً مطلقاً " (٨٤٢)

ويرى القائلون بهذا الرأي أيضاً أن تقرير البطلان المطلق في حال مخالفة الشرط المانع من التصرف ، يتلاقى عيباً وقع فيه القضاء الفرنسي إذ قرر بطلان التصرف المخالف بطلاناً نسبياً كما سنرى لاحقاً، إذ أن

(٨٣٨) مجموعة الأعمال التحضيرية الجزء السادس ، ص ٧٧.

(٨٣٩) السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني .المجلد الثامن، دار النشر

للجامعات المصرية ، القاهرة (بلا سنة نشر) . ص ٥٢٥.

(٨٤٠) محمد علي عرفة ، شرح القانون المدني الجديد - في حق الملكية - الجزء الأول ، الطبعة الثالثة ، مطبعة جامعة

فؤاد الأول ، القاهرة سنة ١٩٥٤ م ص ٣٧.

(٨٤١) توفيق فرج الصدة ، الحقوق العينية الأصلية ، مؤسسة دار الثقافة الجامعية ، الإسكندرية ، سنة ١٩٨٦ ،

ص ٥٢٦.

(٨٤٢) محمد علي عرفة ، شرح القانون المدني الجديد ، مرجع سابق ، ص ٣٧١.

البطلان المطلق يسمح للمتصرف الأصلي ولكل ذي مصلحة أن يطلبه حتى ولو كان الشرط قد تقرر لمصلحة المتصرف إليه وحده كما أن هذا البطلان يسمح للمتصرف إليه الأخير بالتمسك بالبطلان. يقول الدكتور السنهوري "فالبطلان المطلق يستطيع أن يتمسك به كل ذي مصلحة بل ويتمسك به من تلقى التصرف المخالف للشرط، وهو الذي تعاقد مع المتصرف له فمتى صدر من المتصرف له تصرف مخالف للشرط المانع إلى شخص معين كان لكل من طرفي التصرف المخالف للشرط التمسك بالبطلان" (٨٤٣).

ويضيف الدكتور السنهوري "والمشتري من المتصرف له هو الطرف الآخر في التصرف الباطل ومن حقه كما قدمنا أن يطلب هو أيضاً البطلان و ليس هذا غريباً في منطق البطلان المطلق، وهو لا يخلو من فائدة للمشتري إذ يستطيع أن يبادر إلى طلب البطلان فلا يطالب بالثمن إذا كان لم يدفعه أو يسترده إذا كان قد دفعه" (٨٤٤).

كذلك فإنهم يرون أنه لا يجوز الاحتجاج في مواجهة المتصرف إليه الذي تصرف على خلاف هذا الشرط بقاعدة "من سعي في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود" يقول الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي "وللمتصرف إليه المحذور من التصرف التمسك ببطلان التصرفات التي يحرمها الشرط، ولو أنه هو الذي أجراها، ولا يصح أن يعترض على هذا الحكم بالقاعدة الأساسية التي تقضي بأنه لا يسوغ للشخص أن يسعى بنفسه إلى نقض ما تم على يديه، إذ لم يتم على يديه أي شيء لأن البطلان المطلق عدم، فمن يجري تصرفاً باطلاً بطلاناً مطلقاً يعتبر أنه لم يجر شيئاً" (٨٤٥).

نقد فكرة البطلان المطلق:

ذهب جانب كبير من الفقهاء إلى أن أحكام البطلان المطلق بما يوصل إليه من نتائج فإنه لا يستقيم مع الغرض المقصود من الشرط المانع من التصرف فإذا كان البطلان المطلق هو الجزاء الملائم فإننا يجب أن نسلم بأن لكل ذي مصلحة التمسك به، كما أن للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها، وهو لا يقبل الإجازة، لكن هذه النتائج تتنافى مع الغرض المقصود من إباحة هذا الشرط المانع والذي هو حماية المصالح المشروعة الخاصة بالأفراد، والتي تستوجب بأن يكون حق التمسك بالبطلان لهم وحدهم دون سواهم، كما تستوجب أن يكون لهم حق التنازل عن هذا البطلان بإجازة مثل هذه التصرفات (٨٤٦)، ويقول الدكتور حسن كيرة "إن تقرير البطلان المطلق للمتصرف المبرم من المالك خلافاً لشرط المنع من التصرف لا يتناسب مع الغاية من تقرير المنع وهي حماية مصلحة خاصة مشروعة لأحد الأشخاص مما يحتم ضرورة قصر المطالبة بهذه الحماية أو التنازل عنها على صاحب المصلحة وحده" (٨٤٧).

وحول ما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري التي ذكرت أن البطلان المقصود جزاء لمخالفة الشرط المانع من التصرف هو البطلان المطلق فهذه مجرد اجتهادات من قبل واضعيها وقد تخطئ وقد تصيب. يقول الدكتور البدرأوي "أما ما ورد في المذكرة التفسيرية للمشروع التمهيدي فهو من قبيل الاجتهاد من جانب واضعها وهو اجتهاد قد يخطئه التوفيق" (٨٤٨)، ويقول الدكتور حسن كيرة "ليس لما يرد

(٨٤٣) السنهوري، مرجع سابق، ص ٥٢٧.

(٨٤٤) السنهوري، مرجع سابق، ص ٥٢٧.

(٨٤٥) عبد الفتاح عبد الباقي، دروس في الأموال، دار الكتاب المصري، القاهرة (بلا سنة نشر) ص ١٦٩.

(٨٤٦) محمد ناجي ياقوت : محمد ناجي ياقوت : حق الملكية، المنصورة، سنة

النشر ١٩٩٧، ص ٣٧، فقرة ٤٨، الصدة : مرجع سابق، ص ١٤٧، فقرة ١٠٠.

(٨٤٧) حسن كيرة، أحكام الحقوق العينية الأصلية - حق الملكية ببيروت سنة ١٩٦٥ (بلا دار نشر) ص ١٠٢.

(٨٤٨) عبد المنعم البدرأوي، حق الملكية، مكتبة عبد الله وهبة سنة (١٩٧٢)، القاهرة

ص ١٠٤.

في أمثال هذه المذكرة أو الأعمال التحضيرية بوجه عام حماية ملزمة وخاصة أمام ما يتضح من وجوب الأخذ بعكسها^(٨٤٩)

٢: البطلان النسبي :-

ولقد اتجه القضاء المصري في نفس هذا الاتجاه وهو رفض فكرة البطلان المطلق ، إذ قضت محكمة النقض المصرية :بأن هذا البطلان هو بطلان نسبي بقولها " إن جزاء مخالفة الشرط المانع من التصرف هو بطلان التصرف المخالف بطلاناً نسبياً دون حاجة إلى فسخ التصرف الأصلي وفقاً للمادة ٨٢٤ من القانون المدني المصري ويقتصر التمسك بهذا البطلان على صاحب المصلحة فيه وليس للمحكمة القضاء به من تلقاء نفسها"^(٨٥٠)، ومع ذلك فإن هذا الرأي لم يسلم من النقد أيضاً ذلك أنه في الحالة التي يكون هذا الشرط قد تقرر حماية لمصلحة الغير فإن لهذا الغير الحق في طلب بطلان التصرف المخالف في الوقت الذي لم يكن هذا الغير طرفاً فيه^(٨٥١).

ويدافع أنصار من يرتب البطلان النسبي كجزاء لمخالفة هذا الشرط بقولهم أن من المسلم به أن الشرط المانع من التصرف هو خروج على القواعد العامة وهو شرط غير مرغوب فيه ويقول الدكتور عبد السلام ذهني بك " وهو شرط على ما يظهر مكروه ولا يرمقه لا الشارع ولا الشارعون بعين الرضا"^(٨٥٢)، وطالما هو كذلك فلماذا إذن يصير الذين ينادون بفكرة البطلان المطلق على إعماله في الوقت الذي قد يرى صاحب المصلحة التي يحميها هذا الشرط أن مصلحته في إجازة هذا التصرف المخالف ، ويقول الدكتور نعمان جمعة "وحجة هذا الفريق أن الشرط المانع من التصرف وجد لحماية مصلحة خاصة وبالتالي فإن الجزاء المناسب هو البطلان النسبي حتى تتاح الفرصة لمن وجد الشرط لمصلحته لتقدير هذه المصلحة فقد تتحقق بأعمال التصرف المخالف بدلاً من إبطاله، وهذه النتيجة تتناسب مع اعتبار الشرط المانع قيد غير مرغوب فيه، يحد من سلطة المالك في التصرف ، ومن ثم فإن التخفيف من حدته يكون أفضل لأنه عود إلى الحالة الطبيعية في الحق وهو سلطة صاحبه في التصرف به"^(٨٥٣).

نقد البطلان النسبي:-

ومع كل ما قيل عن وجوب اعتبار هذا البطلان بطلاناً نسبياً إلا أن هذا الاتجاه عجز عن الرد على الانتقاد الذي وجه إليه وهو كيف يباح لشخص ليس طرفاً في عقد أن يطلب إبطاله أو إجازته ، وذلك عندما يكون هذا الشرط يحمي مصلحة للمتصرف أو الغير إذ أن هؤلاء يكونون من الغير بالنسبة للتصرف اللاحق الذي جاء مخالفاً لشرط المنع من التصرف ، كذلك فإنه في الحالة التي يحمي فيها المنع من التصرف مصلحة للمتصرف إليه لا يجوز له طلب البطلان ، باعتبار أن هذا التصرف قد تم من جهته فليس له أن يسعى في نقضه.

إزاء الانتقادات التي تعرضت لها الفكرتان السابقتان فقد قيل بأن بطلان التصرف المخالف لشرط المانع هو بطلان من طبيعة خاصة تدور أحكامه حول فكرة الغرض المستهدف منه: أي انه بطلان من نوع

(٨٤٩) حسن كيرة ، أحكام الحقوق العينية الأصلية - حق الملكية-مرجع سابق ص ١٠٢ .

(٨٥٠) نقض مدني مصري ٢٤ مارس ١٩٨٣ ، مجموع أحكام النقض ، س ٣٤ ، ق ١٥٩ ، ص ٧٦٣ ؛ نقض مدني

٣١ ديسمبر ١٩٧٥ ، طعن ٧٥٠ ، س ٤٠ ، مشار إليه في أنور طلبه - التعليق على نصوص القانون المدني

ج ٣ سنة ١٩٨٧ ، ص ٦٣-٦٤ ، معوض عبد التواب ، مدونة القانون المدني ، الجزء الثاني ، منشأة المعارف

الإسكندرية سنة ١٩٨٧ م ، ص ١٥٧٢ .

(٨٥١) منصور مصطفى منصور ، حق الملكية في القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ص ١١٦ .

(٨٥٢) عبد السلام ذهني بك ، في الأموال ، مطبعة الاعتماد ، القاهرة ، سنة ١٩٢٦ ص ٢٥٨ .

(٨٥٣) نعمان محمد خليل جمعة ، الحقوق العينية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة ١٩٩٢ م ، ص ٤٠٠ .

خاص فلا هو بطلان مطلق، ولا هو بطلان نسبي، ويقول الدكتور مصطفى الجمال " أن البطلان المنصوص عليه في المادة (٨٢٤) هو بطلان من نوع خاص يخرج عن الأحكام العامة في البطلان ، وهذا البطلان يقتصر الحق في طلبه وفي التنازل عنه بالإجازة على المشتراط أو الغير إذا كان المنع من التصرف مقررًا لصالح أي منهما، أما إذا كان مقررًا لمصلحة الممنوع من التصرف نفسه فإن الحق في التمسك بالبطلان أو الحق في الإجازة لا يكونان له وإنما يكونان للمشتراط نفسه استناداً إلى ما يكون له من مصلحة أدبية في حماية مصلحة الممنوع من التصرف"^(٨٥٤) ، ولكن هذا الرأي لا يتفق تماماً مع ما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري التي تتيح للمتصرف له أيضاً حق طلب البطلان جاء في هذه المذكرة " الذي يطلب بطلان التصرف المخالف هو المتصرف إذ له دائماً مصلحة في ذلك ويطلبه كذلك المتصرف له أو الغير إذا كان الشرط المانع من التصرف أريد به أن يحمي مصلحة مشروعة لأحد منهما"^(٨٥٥)

موقف القضاء المصري من الآراء الثلاثة :-

اتجهت أحكام محكمة النقض المصرية إلى تأييد الرأي القائل بالبطلان النسبي فتقول في أحد أحكامها "البطلان المقرر بالمادة ٨٢٤ من القانون المدني لمخالفة شرط المنع من التصرف - وعلي ما جري به قضاء هذه المحكمة - ليس بطلاناً مطلقاً بل هو بطلان يتفق مع الغاية من تقرير المنع وهي حماية مصلحة خاصة مشروعة لأحد الأشخاص ، ومن ثم يتحتم ضرورة قصر المطالبة بهذه الحماية أو التنازل عنها علي صاحب المصلحة وحده ويمتنع علي المحكمة الحكم به من تلقاء نفسها"^(٨٥٦).

وتقول في حكم آخر " النص في المادتين ١٦ من قانون الإصلاح الزراعي ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ والرابعة من القانون ٣ لسنة ١٩٨٦ بشأن تصفية بعض الأوضاع المترتبة على قوانين الإصلاح الزراعي يدل على أن لمجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعي أن يعتد بآثار التصرف الحاصل بالمخالفة لنص المادة ١٦ من القانون ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ مما لازمه أن البطلان لمخالفة شرط المنع من التصرف ليس مطلقاً بل هو بطلان يتفق والغاية من تقرير المنع وهو حماية المصلحة التي أنشئت الهيئة العامة للإصلاح الزراعي لرعايتها ومن ثم يتحتم ضرورة قصر المطالبة لهذه الحماية أو التنازل عنها على الهيئة وحدها . ويمتنع على المنتفع أو ورثته متى باع بالمخالفة لهذا النص أن يتمسك بالبطلان"^(٨٥٧).

وقد حسمت محكمة النقض المصرية الخلاف حول طبيعة البطلان الذي يلحق بالتصرف المخالف لشرط المنع، كما حددت الأشخاص الذين لهم حق التمسك بهذا البطلان، مقرررة أن هذا البطلان يتفق والغاية من الشرط المانع، إذ قضت في حكمها الصادر في ٣١ ديسمبر ١٩٧٥ بأن : " النص في المادة ٨٢٤ منه (القانون المدني الجديد) على أنه إذا كان شرط المنع من التصرف الوارد في العقد أو الوصية صحيحاً طبقاً لأحكام المادة السابقة فكل تصرف مخالف له يقع باطلاً فيفيد أن المشرع - وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية - قد قنن ما استقر عليه الفقه والقضاء من قبل ولم يضيف جديداً إلا حسم الخلاف بين ما تردد فيه القضاء من الحكم ببطلان التصرف المخالف أو فسخ التصرف الأصلي عند مخالفة الشرط المانع، فأثر أن تكون طبيعة الجزاء هو بطلان التصرف المخالف دون حاجة إلى فسخ التصرف الأصلي. أما نوع الجزاء فقد أبقى عليه وهو ليس بطلاناً مطلقاً، بل هو بطلان يتفق مع الغاية من تقرير المنع وهي حماية مصلحة خاصة مشروعة لأحد الأشخاص، وهو ما صرحت به المذكرة الإيضاحية كما أشرت سابقاً، ومن ثم يتحتم

(٨٥٤) مصطفى الجمال نظام الملكية، الطبعة ١٩٨٨ - الإسكندرية، ص ١٠٥

(٨٥٥) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، الجزء السادس ، مطبعة دار الكتاب العربي ، القاهرة، بلا سنة طبع ، ص ٧٧.

(٨٥٦) الطعن رقم ١١٨٠ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٣/٣/٢٤ س ٣٤ ج ١ ص ٧٦٣ .

(٨٥٧) الطعن رقم ٤٩٥٠ لسنة ٦٢ ق - جلسة ١٩٩٣/١٠/٢٦ س ٤٤٤ ع ٣ ص ٧٠ ق ٣٠٢ .

ضرورة قصر المطالبة بهذه الحماية ، أو التنازل عنها ، على صاحب المصلحة وحده، ويمتنع على المحكمة الحكم بالبطلان من تلقاء نفسها ، ولا محل بعد ذلك للتحدي بما ورد بصدر المذكرة الإيضاحية من تحديد لنوع هذا البطلان من أنه (بطلان مطلق لعدم قابلية المال للتصرف)، لما فيه من خروج عن المعنى الصحيح الواضح للنص الذي اقتصر على بيان طبيعة الجزاء وهو البطلان ، دون نوعه الذي يتحدد بمدلوله أخذاً بالغاية التي تغياها المشرع منه وهي حماية المصلحة الخاصة المشرعة لا المصلحة العامة^(٨٥٨) . وقد أصدرت أيضاً في ٢٤ مارس ١٩٨٣ حكماً يؤكد على " أن البطلان المقرر بالمادة ٨٢٤ مدني لمخالفة الشرط المانع من التصرف، وعلى ما جرى من قضاء هذه المحكمة ، ليس بطلاناً مطلقاً، بل هو بطلان يتفق مع تقرير المنع وهي حماية مصلحة خاصة مشروعة لأحد الأشخاص ، ومن ثم يتحتم ضرورة قصر المطالبة بهذه الحماية ، أو التنازل عنها ، على صاحب المصلحة وحده، ويمتنع على المحكمة الحكم به من تلقاء نفسها"^(٨٥٩) .

وفي نفس الإتجاه حكمها الصادر في ٢٧ / ٤ / ٢٠٠٩ " من المستقر عليه - في قضاء محكمة النقض - أن البطلان المنصوص عليه في المادة ٨٢٤ من القانون المدني لمخالفة الشرط المانع من التصرف تُرر حماية لمصلحة خاصة مشروعة لأحد الأشخاص ، ومن ثم يتحتم قصر المطالبة بالبطلان على صاحب المصلحة فيه دون سواه ويمتنع على غيره طلبه أو أن تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها"^(٨٦٠) .

ثانياً : جزاء مخالفة الشرط المانع من التصرف في فرنسا :-

أما عن جزاء مخالفة الشرط المانع من التصرف في القانون المدني الفرنسي فلم يتعرض له المشرع بشكل مباشر تاركاً هذا الأمر للفقهاء والقضاء ليبري رأيه فيه. أما القضاء الفرنسي فقد كان يقرر سابقاً أن للمتصرف أو المشترط الحق في رفع دعوى فسخ التصرف الأصلي الذي اقترن به شرط المنع من التصرف ، في حال إتيان المتصرف إليه ما يخالف هذا الشرط^(٨٦١) . لكن بالنظر إلى هذا الجزاء فقد تبين أن فسخ التصرف الأصلي ليس هو ما يرمي إليه المتصرف (المشترط) وليس غاية المتصرف إليه (المشترط عليه)، كما انه لا يحقق الغاية من اشتراط هذا الشرط الذي يهدف إلى إبقاء المال في ذمة المتصرف إليه بل على العكس من ذلك فإن فسخ التصرف الأصلي يستتبع بالضرورة إخراج المال الذي ورد عليه هذا الشرط من ذمة المتصرف إليه وإعادته إلى ذمة المتصرف ، كذلك فإن الفسخ لا يكون إلا في التصرفات الملزمة للجانبين ، بينما قد يرد هذا الشرط في عقود التبرعات^(٨٦٢) .

ويقول السنهوري " لو أن القضاء الفرنسي اقتصر على تطبيق القواعد العامة، ما دام لا يوجد نص خاص (قبل صدور قانون ٣ يوليو ١٩٧١)^(٨٦٣) لوجب أن يقضى بفسخ التصرف الأصلي الذي تضمن الشرط المانع على أساس أن المتصرف له لم يقم بالتزامه من الامتناع عن التصرف في العين"^(٨٦٤) .

(٨٥٨) طعن ٧٥٠ س ٤١ ق ، منشور في أنور طلبه الوسيط في القانون المدني ج ٣، ١٩٨٧، ص ٦٣ وما

بعدها ، مجموعة أحكام النقض، س ٢٦ ق ٣٢٦، ص ١٧٤٧.

(٨٥٩) س ٣٤ ق مجموعة أحكام النقض ، س ٣٤، ص ٧٦٣.

(٨٦٠) طعن رقم ١٧٥٧٥ لسنة ٦٧ جلسة ٢٧ / ٤ / ٢٠٠٩.

(٨٦١) محمود جمال الدين زكي ، الحقوق العينية الأصلية ، مطبعة جامعة القاهرة ، القاهرة سنة ١٩٧٨، ص ٩٩

(٨٦٢) عبد الفتاح عبد الباقي ، مرجع سابق ، ص ١٦٣.

(٨٦٣) مع ملاحظة أن المادة ٩٠٠-١ مدني فرنسي التي أضيفت بقانون ٣ يوليو ١٩٧١ لم تتكلم عن جزاء

مخالفة شرط المنع من التصرف.

وإزاء ذلك فقد تحول القضاء الفرنسي عن هذا الاتجاه وأصبح يقضي بحق إقامة الدعوى ضد من تصرف إليه الممنوع من التصرف على خلاف أحكام الشرط إذ يقول البدر راوي " استقر القضاء الفرنسي على أن مخالفة الشرط المانع من التصرف يترتب عليها نشوء دعوى بطلان التصرف المخالف وليس لمن تلقى المال رغم عدم قابليته للتصرف أن يتأذى من هذا البطلان ، إذ المفروض أن العقد أو التصرف القانوني الذي اقترن به هذا الشرط قد سجل وكان في استطاعته أن يعلم به ، فالشرط كما قلنا قد يرد في عقد ناقل للملكية وهو واجب التسجيل متى كان موضوع العقد عقاراً " (٨٦٥) ولقد ذهب الفقيه الفرنسي بارتان إلى تبرير الدعوى باستنادها إلى نص المادة (١١٤٣) من القانون المدني الفرنسي ويقابلها المادة ٢١٢ مدني مصري التي تجيز للدائن في الالتزام بالامتناع عن عمل أن يطلب في دعوى يرفعها أمام القضاء إلغاء ما عمل مخالفًا لهذا الالتزام ما دام أن حصوله على حقه ليس مستحيلًا بعد المخالفة (٨٦٦).

(٨٦٤) السنهوري : ج ٨، ٥٢٣، فقرة ٣٢٢. وفي هذا الصدد حكم محكمة النقض المصرية الصادر في ٢٠ يناير ١٩٧٤، مجموعة القواعد القانونية - مجموعة ربع قرن (ج ١، ص ١٩٩١، رقم ٤. إذ جاء به " إذا كانت الورقة الصادرة إلى أم من أولادها تتضمن إقرارهم بشراء أهم من مالها الخاص منزل محل النزاع الصادر عند عقد البيع من المالك بأسماء الأولاد في تاريخ لاحق لتلك الورقة ، وأنها تنازلت عنه بطريق الهبة إلى أولادها ، هؤلاء الذين تعهدوا بالأداء يتصرفوا فيه إلا بعد وفاتها ، كما تعهدوا بان يعطوها نفقة شهرية مقدارها مائتا قرش، فاعتبرت المحكمة هذا الإقرار ورقة ضد تكشف ما أخفاه عقد البيع الصادر بعدها من أن الأولاد ليسو هم المشترين في الحقيقة ، بل المشتري هي الأم ، وأنها قصدت بإخفاء اسمها أن تختصر الطريق والإجراءات فلا تشتري بعقد ثم تهب بآخر بل يتم الأمران بعقد واحد، فهذا الذي حصلته المحكمة يسوغه ما ورد في الإقرار . والمحكمة إذ كيفت عقد البيع المذكور بأنه هبة ن الأم لأولادها حررت في صورة بيع من البائع إلى الموهوب لهم لم يظهر فيه اسم المشتري الواهبة ، وإذا حكمت ببطلان البيع (التصرف الذي تم بالمخالفة للشرط المانع) الذي تصرف لهم في الموهوب ويفسخ الهبة (التصرف الأصلي الذي تضمن الشرط المانع) ، لإخلالهم بعدم التصرف ، لا تكون قد أخطأت بل هي طبقت أحكام الصورية والهبة غير المباشرة تطبيقاً صحيحاً ، فلا يصح الطعن على الحكم من هذه الناحية ... " ثم أضافت المحكمة العليا " ومن ثم صح الشرط (الشرط المانع من التصرف) ونفذ وجاز لمن وضع لمصلحته (الأم) أن يطلب فسخ الهبة إذا ما أخل به دون حاجة إلى نص صريح على حق الفسخ".

وأيضاً نقض مدني ٢٧ يونيو ١٩٦٨ ، مجموعة أحكام النقض س ١٩، ص ١٢٢٣، ورقم ١٨٣، إذ جاء به : " إن المادة ٨٢٤ من القانون المدني، وإن نصت على بطلان التصرف المخالف للشرط المانع من التصرف ولم تتعرض للعقد الأصلي الوارد فيه هذا الشرط ، إلا أن ذلك لا يمنع المتعاقد الذي اشترط هذا الشرط من طلب فسخ هذا العقد استناداً إلى الأحكام العامة المقررة للفسخ في العقود الملزمة للجانبين، متى كان الشرط المانع من التصرف من الشروط الأساسية للتعاقد والتي بدونها ما كان يتم ، إذ تكون مخالفة المتعاقد الآخر له في هذه الحالة إخلالاً منه بأحد التزاماته الجوهرية ، مما يجيز للمتعاقد معه طلب فسخ العقد طبقاً للمادة ١/١٥٧ من القانون المدني المصري".

(٨٦٥) عبد المنعم البدر اوي - حق الملكية - مرجع سابق، ص ١٠٠.

(٨٦٦) عبد السلام ذهني بك، في الأموال مرجع سابق، ص ٢٦٤.

ولكن قيل في الرد على هذا التبرير أن المادة ١١٤٦ فرنسي والمادة ٢١٢ مصري تتحدث عن الإزالة المادية ، وليس بإبطال التصرفات القانونية ، والدليل على ذلك أن الشق الثاني من هذه المادة ينص على أنه " ويجوز له -يقصد الدائن- أن يطلب إلى القضاء أن يقوم هو بإزالة المخالفة بمصاريف يلتزم بها المدين " فذلك يفيد الإزالة المادية وليس الإزالة القانونية.

ولذلك فقد اتجهت المحاكم الفرنسية إلى أن جزء مخالفة شرط المنع من التصرف هو بطلان التصرف الذي تم مخالفاً للشرط المانع من التصرف بطلاناً نسبياً^(٨٦٧) وهو يتفق في ذلك مع رأي البعض في القانون المصري^(٨٦٨).

ومقتضى البطلان النسبي الذي استقر عليه القضاء الفرنسي أن يقتصر حق طلب الإبطال على صاحب المصلحة وحده .

وقضت محكمة النقض الفرنسية أنه إذا كان صاحب المصلحة في طلب الإبطال هو المتصرف فلا يحق لدائنيه مباشرة الدعوى بدلاً منه^(٨٦٩).

ولكن تثور المشكلة هنا إذا كان الشرط يحمي مصلحة للمتصرف إليه الذي تصرف على خلاف هذا الشرط فهنا إذا نحن قلنا جرياً على القاعدة السابقة أن لصاحب المصلحة دون غيره الحق في إقامة هذه الدعوى ، فإن المتصرف إليه الثاني سيدفع في مواجهته بدفعيين يمنعان عودة المال إلى ذمته أو لهما هو أنه يطلب رد الثمن الذي تقاضاه منه وإلا جاز للمشتري حبس المال تحت يده حتى يستوفي الثمن وثانيهما أن من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه ، مما يجرى الشرط المانع من قيمته^(٨٧٠) لذلك قالوا أن صاحب الحق في رفع الدعوى في هذه الحالة هو المتصرف الأصلي حيث أن له مصلحة أدبية دائماً في منع المتصرف إليه من التصرف خلافاً لأحكام الشرط المانع من التصرف^(٨٧١).

وقد ظل القضاء الفرنسي على موقفه من أن جزء مخالفة الشرط المانع هو البطلان النسبي حتى بعد صدور قانون ٣ يوليو ١٩٧١ .

وكما ذكرنا سابقاً يؤخذ على البطلان النسبي كجزء لمخالفة الشرط المانع من التصرف - طبقاً لهذه القاعدة - أنه يتقرر لمصلحة أحد المتعاقدين ، دون الآخر في التصرف القابل للإبطال، في حين أن الشرط المانع قد يكون مقرراً لحماية مصلحة خاصة مشروعة للمشتري ، أو الغير ، وهو ليس طرفاً في التصرف المخالف . كما أن أسباب القابلية للإبطال (البطلان النسبي) طبقاً للقواعد العامة ، محددة على سبيل الحصر، فهي ترجع إما إلى نقص في الأهلية ، أو إلى عيب في الرضا ، وعليه فلا يجوز لطرفي التصرف القانوني أن يجعلوا التصرف بمخالفة شرط المنع من التصرف سبباً آخر للقابلية للإبطال^(٨٧٢) دون وجود نص قانوني بذلك.

^(٨٦٧) CassCiv, ٢٣ Mars ١٩٠٣. Prec; CassCiv, ٢٧ mars ١٩٨٣, D. p. ١٨٩٤m ١,

^(٨٦٨) شفيق شحاتة: مرجع سابق، ص ١٢٩، فقرة ١٠٣.

^(٨٦٩) Civ. ١^{re}, ١١ janv. ٢٠٠٠, Bull.civ.I, n° ٣, D. ٢٠٠٠, ٨٧٧, note F. Planckel, JCP ٢٠٠٠,

١٩, n° ٢١٥, I.

^(٨٧٠) البند راوي: مرجع السابق، ص ١٠٥-١٠٦، إسماعيل غانم : مرجع سابق، ص ٩٠ فقرة ٤١، الصدة:

مرجع سابق، ص ١٥٠ وما بعدها (مع مراعاة أن الفقهاء الأخيرين ليسا من أنصار البطلان النسبي).

Marcel Planiol , Georges Ripert , Droit civil les obligations op. cit, no ٢٢٩;.

^(٨٧١) عبد السلام ذهني بك، في الأموال مرجع سابق، ص ٢٦٥

^(٨٧٢) السنهوري: مرجع سابق، ص ٥٢٣ وما بعدها ، فقرة ٣٢٢.

وحيث أن الشرط المانع من التصرف، الذي نشأ في أحضان القضاء، كان وليد الاعتبارات العملية التي دفعته إلى إقرار مشروعيته بشروط معينة، استهدافاً لأغراض خاصة مشروعة، وما دام الشرط المانع من التصرف قد نشأ لغرض حماية مصلحة خاصة مشروعة لأحد الأشخاص، يكون من الطبيعي أن تحدد آثاره - ومن بينها أحكام بطلان التصرف المخالف للشرط المانع - على هذه الغاية المقصودة منه، دون حاجة إلى محاولة ردها إلى القواعد العامة في البطلان^(٨٧٣).

والخلاصة، إذن، أن بطلان التصرف المخالف لشرط المانع، في القانون المصري والفرنسي، هو بطلان نسبي تتحدد أحكامه في ضوء الغاية من الشرط وهي حماية مشروعة لشخص معين، وبالقدر اللازم لتحقيقها^(٨٧٤).

^(٨٧٣) إسماعيل غانم: الحقوق العينية الاصلية، الجزء الأول، حق الملكية، الطبعة الثانية، سنة ١٩٦١، ص ٩٠ فقرة ٤١، حيث يقول هو الآخر " وتثور الصعوبة بصدد تحدد أحكام هذا البطلان، وقد جاء في المذكرة الإيضاحية أنه إذا خولف الشرط كان التصرف باطلاً بطلاناً مطلقاً لعدم قابلية المال للتصرف ...، وتلك النتائج لا تستقيم مع الغرض المقصود من الشرط ... ولكن ليس معنى ذلك أن أحكام البطلان النسبي منطبقة انطباقاً تاماً...".

^(٨٧٤) وقد أشارت محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها إلى أن البطلان النسبي هو ما استقر عليه الفقه والقضاء في مصر وفرنسا حتى في ظل القانون المدني القديم فتقول " إستقر الفقه والقضاء في فرنسا و مصر في ظل القانون المدني القديم - الذي لم يتناول الشرط المانع من التصرف و جزاء مخالفته - على أن هذا الشرط لا يصح إذا أقت و كان القصد منه حماية مصلحة جدية مشروعة و إذا خولف بعد إستيفاء شروط صحته حكم بفسخ التصرف الأصلي أو إبطال التصرف المخالف بناء على طلب من وضع الشرط المانع لمصلحته، لما كان ذلك، و كان النص في القانون المدني الجديد في المادة ٨٢٣ على أنه ١- "إذا تضمن العقد أو الوصية شرطاً يمنع التصرف في مال، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنياً على باعث مشروع و مقصور على مدة معقولة ٢- و يكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو المتصرف إليه أو الغير " و النص في المادة ٨٢٤ منه على أنه " إذا كان شرط المنع من التصرف الوارد في العقد أو الوصية صحيحاً طبقاً لأحكام المادة السابقة فكل تصرف مخالف له يقع باطلاً " ، يفيد أن المشرع - و على ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية - قد قنن ما إستقر عليه الفقه و القضاء من قبل و لم يضيف جديداً إلا حسم الخلاف بين ما تردد فيه القضاء من الحكم ببطلان التصرف المخالف أو فسخ التصرف الأصلي عند مخالفة الشرط المانع فأثر أن تكون طبيعة الجزاء هو بطلان التصرف المخالف دون حاجة إلى فسخ التصرف الأصلي أما نوع الجزاء فقد أبقى عليه و هو ليس بطلاناً مطلقاً بل هو بطلان يتفق مع الغاية من تقرير المنع و هي حماية مصلحة خاصة مشروعة لأحد الأشخاص و هو ما صرحت به المذكرة الإيضاحية بقولها " أن الذي يطلب بطلان التصرف المخالف هو المتصرف إذ له دائماً مصلحة في ذلك و يطلبه كذلك المتصرف له أو الغير إذا كان الشرط المانع أريد به أن يحمى مصلحة مشروعة لأحد منهما " و من ثم يتحتم ضرورة قصر المطالبة بهذه الحماية أو التنازل عنها على صاحب المصلحة وحده و يمتنع على المحكمة الحكم بالبطلان من تلقاء نفسها و لا محل بعد ذلك للتحدى بما ورد بصدر المذكرة الإيضاحية من تحديد أنواع

وحيث أن جزاء بطلان الشرط المانع من التصرف هو بطلان نسبي فإنه يكون لمن تقرر البطلان لمصلحته الحق في التمسك به فالمشترط وهو دائماً له مصلحة في متابعة احترام شرط المنع حيث أنه تم الاتفاق عليه مع المشترط عليه. والمشترط له دائماً مثل هذه المصلحة سواء تقرر الشرط لمصلحته أم لا. فإذا كان الشرط قد تقرر لحماية مصلحته المشروعة، فيكون له الحق في التمسك ببطلان التصرف المخالف للشرط المانع، أما إذا كان الشرط قد تقرر لمصلحة شخص آخر - المشترط عليه أو الغير - فله أيضاً مصلحة أدبية في احترام شرط المنع، ويجوز له أن يتمسك بالبطلان. كما يكون للغير أو المشترط عليه، إذا كان الشرط المانع قد تقرر لمصلحة أيا منهما - الحق في التمسك بالبطلان عند مخالفة شرط المنع، ولكن يتمتع على المحكمة أن تحكم بالبطلان من تلقاء نفسها. كما يكون لمن اشترط المنع لمصلحته الحق في التنازل عن طلب الإبطال وإجازة التصرف المخالف، ولا يوجد أية مشاكل لمنح هذا الحق للمشترط والغير، أما بالنسبة للمشترط عليه الممنوع من التصرف فيقول الدكتور رمزي مبروك^(٨٧٥) "بهذا الصدد" "...فترى عدم منحه هذا الحق، تحصيل تصرفه ضد البطلان في حاجة إلى إجازته، فقيام المشترط عليه بالتصرف المخالف لشرط المنع يدل على إقراره إياه، ومن ثم يكون من العبث منحه حق إجازته مرة أخرى .

ومن ناحية أخرى، أن هذا يعني أن تنفيذ شرط المنع يتوقف على محض إرادته وهو ما لا يستقيم قانوناً^(٨٧٦)، ولا يقدح في رأينا القول بأن إجازة التصرف المخالف في الحالات التي يتقرر فيها شرط المنع لمصلحة المشترط عليه الممنوع من التصرف يجب أن تصدر من المشترط عليه والمشترط معاً"^(٨٧٧).

هذا البطلان من أنه " بطلان مطلق لعدم قابلية المال للتصرف " لما فيه من خروج عن المعنى الصحيح الواضح للنص الذي إقتصر على بيان طبيعة الجزاء و هو البطلان دون نوعه الذي يتحدد بمدلوله أخذاً بالغاية التي تغياها المشرع منه و هي حماية المصلحة الخاصة المشروعة لا المصلحة العامة. طعن رقم ٧٥٠ لسنة ٤١ جلسة ١٩٧٥/١٢/٣١ .

^(٨٧٥) رمزي فريد محمد مبروك، التنظيم القانوني للشرط المانع من التصرف في القانون المدني المصري، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، بجامعة عين شمس، العدد الثاني لسنة ٢٠٠١ ص ٧٤٣ وفي الهامش عكس هذا حسام الأهواني: حيث يرى أنه "يجوز للمتصرف له، (المشترط عليه) والذي خالف الشرط أن يطالب بالبطلان، لأن البطلان المطلق لا يحول دون تمسك من أتى البطلان من جهته من أن يتمسك بالبطلان"، التأمينات العينية في القانون المدني الكويتي، ج١، الطبعة الأولى ١٩٨٦/٨٥ ص ٢٠.

^(٨٧٦) هامش وتعليقاً على هذا الحكم يقول الفقيه الفرنسي فرانسوا تيري و سيميلر "إن القول باقتضاء المتبرع أو الموصي للتعويض كجزاء مخالفة الشرط المانع من التصرف يمثل مخالفة صريحة لإرادة المتبرع أو الموصي فهذا الأخير ذهبت إرادته إلى ابقاء المال في يد المتبرع له أو الموصى له "

n° ٢٠١٠ ، DALLOZ, ٨^E edition ,Les biens ,Droit civil ,Philippe Simler ,Francois Terre, ١٣٧, ١٣٨

^(٨٧٧) هامش رمزي مبروك مرجع سابق ص ٧٤٣ الصدة: مرجع سابق، ص ١٥٠ وما بعدها، السنهوري ج٨، ص ٥٢٣ وما بعدها، إسماعيل غانم: المرجع السابق، ص ٩٠، منصور مصطفى منصور: مرجع سابق ص ١١، فقرة ٤٩؛ لببب شنب: مرجع سابق، ص ٣٠١ فقرة ٢٥٤. وذلك لان للمشترط دائماً مصلحة أدبية في احترام الشرط المانع ولا يمكن تجاهلها، حتى ولو كان هذا الشرط مقراً لمصلحة المشترط عليه.

وجدير بالذكر أن محكمة النقض الفرنسية رفضت فكرة التعويض كجزاء لمخالفة الشرط المانع من التصرف، فقد قضت في أحد أحكامها " أنه يترتب على مخالفة الشرط المانع من التصرف المطالبة قضائياً ببطلان التصرف"^(٨٧٨).

ثالثاً: الجزاء في القانون المدني الفلسطيني: -

نصت المادة (٩٤٨) من القانون المدني الفلسطيني على جزاء مخالفة الشرط المانع من التصرف بقولها (يقع موقوفاً كل تصرف يخالف شرط المنع من التصرف الوارد في عقود التبرع أو الوصية إذا كان الشرط صحيحاً وفقاً لأحكام المادة السابقة ما لم يجزه من تقرر الشرط لمصلحته).

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الفلسطيني في المادة (٩٦٠) "وإمعاناً في التضييق على صحة الشرط المانع من التصرف، لم يأخذ المشرع الفلسطيني في هذه المادة ما أخذ به المشرع المصري، في المادة ٨٢٤ مدني مصري، بإبطال التصرف المخالف للشرط المانع من التصرف وإنما جعله موقوفاً على إجازة من تقرر الشرط لمصلحته...."^(٨٧٩).

والعقد الموقوف هو العقد الصحيح غير النافذ أي الذي لا ينتج أثره بسبب صدوره ممن لا ولاية له على عقده وما في حكم ذلك، فالعقد الموقوف هو عقد صحيح استجمع أركانه وشروطها إلا أنه اعترته علة معينة وهي صدوره من شخص لا ولاية له في إصداره^(٨٨٠).

إن فكرة العقد الموقوف تعتبر أرقى وأفضل من فكرة القابلية للإبطال لأن حماية مصالح ذوي الشأن تتطلب وقف العقد حتى يجاز وليس نفاذه حتى يبطل وقد تم استقاء فكرة العقد الموقوف من الفقه الإسلامي لذلك نجد أن التشريعات العربية والتي تستقى أحكام المعاملات المدنية من الشريعة الإسلامية نظمت فكرة العقد الموقوف ومنها قانون المعاملات المدنية الإماراتي وقانون المعاملات المدنية العماني والقانون المدني الأردني بينما لم ينظم القانون المدني الفلسطيني فكرة العقد الموقوف لأنه تم استبقاء أحكامه من فقه المدرسة اللاتينية التي لا تتبنى هذه الفكرة ورغم ذلك نجد أن الجزاء الذي رتبته المشرع الفلسطيني على التصرف المخالف للشرط المانع من التصرف هو وقف العقد، وهذا يقودنا إلى نتيجة مفادها أن المشرع الفلسطيني يدرك أهمية ونجاعة جزاء وقف العقد ومناسيته للحالة موضوع البحث لذلك نثمن موقف المشرع الفلسطيني بهذا الخصوص فلا نرى الضير في الاستعانة بأفكار مصدرها مدرسة فقهية أخرى وخاصة مدرسة الشريعة الإسلامية طالما كانت هذه الأفكار تحقق مزيداً من الحماية لمصالح ذوي الشأن وتتفق مع المنطق والعدل الذي هو هدف القانون الأسمى.

ولذلك نحن نعتقد أن التصرف المخالف للشرط المانع من التصرف ينبغي أن يكون موقوفاً^(٨٨١) وليس باطلاً^(٨٨٢). ونستند في ذلك على ما يأتي:

(٨٧٨) السنهوري: مرجع سابق، ص ٥٢٣ وما بعدها، فقرة ٣٢٢.

(٨٧٩) المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني، موسى أبو ملح، خليل قدارة لسنة

٢٠٠٣، ص ١٠٣٠.

(٨٨٠) وللتوضيح في دراسة العقد الموقوف ومعرفة أسباب وقف العقد وأحكامه ينظر إلى إياد محمد إبراهيم جاد الحق، المصادر الإرادية للالتزام، في قانون المعاملات المدنية الإماراتي العقد والتصرف الانفرادي، الطبعة الأولى - عمان، لسنة ٢٠١٤ الأفق المشرقة ناشرون، ص ١٦٤ وما يليها، عبد الناصر توفيق العطار، مصادر الالتزام الإرادية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، الطبعة الثانية، مطبوعات جامعة الإمارات، لسنة ٢٠٠٠، ص ٢٦٠ وما يليها.

١: أنه ليس للشخص بوجه عام أن يتصرف في ملكه إذا تعلق حق الغير به إذا كان هذا التصرف ضاراً بحق الغير ، ما لم يحصل بطبيعة الحال على إذن صاحب الحق ، ويستوي أن يكون الإذن سابقاً أم لاحقاً بإقرار التصرف وإجازته . ولا ريب في أن ملكية المتصرف إليه (المالك) قد تعلق بها في حالة الاتفاق على المنع من التصرف حق المشتراط (المتصرف) دائماً . وحق الغير أحياناً إذا كان شرط المنع قد تقرر حماية لمصلحة هذا الغير ، ومن ثم فليس للمالك أن يتصرف في ملكه محل المنع إلا بعد الحصول على إذن من تعلق حقه به سواء قبل التصرف أم بعده بإجازته .

فإذا ما تصرف المالك في ملكه رغم تعلق حق الغير به بدون الحصول على موافقته كان تصرفه موقوفاً على إجازة الـ ٨/ غير الذي تعلق حقه بملكه .

٢: أن القاعدة العامة في الفقه الإسلامي للتصرف في ملك الغير عموماً أو في ملك تعلق به حق الغير هي اعتبار التصرف موقوفاً على إجازة المالك الحقيقي أو من تعلق حقه به ، وتطبيقاً لهذا الأصل العام لا يجوز رهن ملك الغير إلا إذا أجازة المالك الحقيقي بسند موثق ، كما أنه إذا باع شخص ملك غيره بغير إذنه انعقد بيعه موقوفاً على إجازة المالك ، والحل الذي نرى الأخذ به في حالة مخالفة الشرط المانع من التصرف ما هو إلا تأكيد لهذه القاعدة .

٣: إن اعتبار التصرف المخالف لشرط المنع موقوفاً هو جزء كافٍ لحماية المصالح المراد تحقيقها من وراء شرط المنع ويبقى في الوقت نفسه الباب مفتوحاً أمام صاحب المصلحة في التنازل عن هذه الحماية إذا ما تراءى له ذلك ، عن طريق إجازة التصرف المخالف للشرط .

وهو لذلك من حيث اعتبارات الملازمة أفضل من البطلان والفسخ، كما أنه يكون لأصحاب المصلحة التي تقرر المنع من التصرف لحمايتها هم نفس الأشخاص الذين يحق لهم التمسك ببطلان التصرف الذي تم بالمخالفة للشرط المانع من التصرف ، أو إجازته بالتنازل عن الحق بالتمسك بالبطلان ونحو ذلك إلى ما تم ذكره سابقاً في الجزء في القانون المصري والفرنسي .

وبهذا يصل المشرع الفلسطيني بهذه المادة إلى ما كان ينبغي أن يكون عليه مثل هذا الشرط ، حيث حافظت على طابعه الاستثنائي وقربته من الأصل لمثل هذه القيود وهو الحظر .

وبناء على ما تقدم نرى ضرورة وجود تنظيم قانوني متكامل للعقد الموقوف في القانون المدني الفلسطيني يواجه الحالات التي يتم فيها إبرام التصرف من شخص لا ولاية له على عقده مثل التصرف الصادر من الفضولي على ملك غيره والتصرف الصادر من مالك على ملكه الذي تعلق به حق الغير والتصرف الصادر من ناقص الأهلية ومن في حكمه (التصرف الدائر بين النفع والضرر) والتصرف المخالف للشرط المانع من التصرف بحيث يتضمن أحكام العقد الموقوف المتعلقة بحالاته وطرق إجازته ومدة وقف العقد .

ونلاحظ أن المشرع الفلسطيني عندما نص على جزء وقف التصرف المخالف للشرط المانع من التصرف انه لم يحدد مدة معينة لوقف العقد ونرى بهذا الخصوص وجوب تحديد مدة معينة للوقف حيث ليس من

(٨٨١) وقد اعتبر القانون الكويتي - أن التصرف المخالف للشرط المانع من التصرف قابلاً للإبطال يجوز لكل من المشتراط ومن تقرر الشرط لمصلحته المطالبة بإبطاله، كما يصح التصرف إذا أقره المشتراط أو الغير، وفي هذا المعنى نصت المادة ٨١٦ مدني على أنه "١: إذا كان الشرط المانع أو المقيد للتصرف صحيحاً ، وتصرف المشروط عليه بما يخالف الشرط ٤٧، جاز لكل من المشتراط ومن تقرر الشرط لمصلحته إبطال التصرف ، ٢: ومع ذلك يصح التصرف المخالف للشرط إذا أقره المشتراط وذلك ما لم يكن الشرط قد تقرر لمصلحة الغير، ويلاحظ أن القانون المدني الكويتي لا يأخذ بالعقد الموقوف الذي أخذ به القانون الإماراتي كبديل للعقد القابل للإبطال بطلاناً نسبياً

(٨٨٢) عبد الرازق حسن فرج: رسالته في نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة ١٩٦٨ ، جامعة القاهرة .

المنطق أن يبقى العقد موقوفاً دون حد لذلك ، و نقترح أن تكون سنة وهذه المدة مناسبة لا طويلة ولا قصيرة ، وتتيح لمن تقرر الوقف لمصلحته بيان موقفه ، حيث ليس من المنطق أن يبقى العقد موقوفاً دون حد لذلك حيث يتطلب استقرار المعاملات تقييد الوقف بمدة معينة .

المبحث الثاني

الجزاء الشرعي لمخالفة الشرط المانع من التصرف

رأينا فيما سبق الشروط التي وضعها فقهاء الشريعة الإسلامية لصحة الشرط المانع من التصرف ، سواء من حيث إرتكابه إلى مصلحة تبرره أو تقييده بمدة يستمر خلالها المنع من التصرف.

والسؤال الآن : إذا ورد الشرط مستجمعا لشروط صحته ثم خالفه المتصرف إليه ما الجزء الذي يمكن أن يوقع عليه في هذه الحالة.

وجدير بالذكر أن الشريعة الإسلامية تحت المسلم على الوفاء بالشروط والعقود و الوفاء بكافة التزاماته سواء الإلتزامات الشرعية أو التعاقدية.

ومن ذلك قوله تعالى **چژ ژ ژ كك ك** ^(٨٨٣) **چ** وقوله " **چ ژ ژ ژ ژ** ^(٨٨٤) **چ**

وقوله " **چ چ چ ج ج ج** ^(٨٨٥) **چ** ، **وقوله تعالى چ ژ و و و و و و و و** ^(٨٨٦) **چ** و و **چ** ^(٨٨٦) **چ** .

وأياً ما كانت طبيعة التصرف الذي ورد فيه الشرط سواء أكان من عقود المعاوضات أم من عقود التبرعات ، فالمتصرف إليه ملتزم بتنفيذ الشرط كما سبق ، طالما جاء هذا الشرط صحيحاً ، وموافقاً للشروط الشرعية. وقد تطرق فقهاء الشريعة الإسلامية إلى الجزء الذي يمكن أن يوقع على المتصرف إليه الذي تجاهل الشرط المقترن بالتصريف ، أو تصرف بخلافه.

وقد تنوع هذا الجزء ما بين القضاء على التصرف الأصلي سواء بالبطلان أو الفسخ نتيجة لعدم الإلتزام بالشرط ، وما بين القضاء بالضمان على المتصرف إليه إذا خالف الشرط وترتب على ذلك نتيجة لا يمكن تداركها ، واخيراً فهناك جانب من الفقهاء لم يرتب جزءاً وإنما ترك الخيار للمشتري، إن شاء تمسك ببطلان التصرف الأصلي تبعاً لمخالفة الشرط ، وإن شاء تنازل عن حقه في ذلك.

^(٨٨٣) المائدة : ١ .

^(٨٨٤) الرعد : ٢٠ .

^(٨٨٥) البقرة : ١٧٧ .

^(٨٨٦) الإسراء : ٣٤ .

أولاً: البطلان :**المذهب الحنفي :-**

رأينا أن الشرط المانع من التصرف يعد شرطاً فاسداً في المذهب الحنفي ، ولا يصح عندهم إلا في حالات خاصة وهي حالة البيع بشرط العتق ، أوفي حالة جريان العرف بالشرط ، أوفي حالة الوصية كما سبق بيانه

وقد رتبوا البطلان كجزء لمخالفة الشرط الذي يمنع او يقيد من التصرف إذا ورد في حالة من الأحوال التي يصح فيها الشرط عندهم ومن ذلك :

ما جاء في البحر الرائق لأبن نجيم " أوصى لأم ولده بألف درهم على أن تتزوج أو قال إن لم تتزوج ، إن قالت لا أتزوج بعد موت الموصي فإنه يعطى لها وصيتها ولو قال ما لم تتزوج شهراً فهو على ما قال ، لا تستحق وصيتها ما لم تترك التزوج شهراً ، و إن تزوجت قبل مضي الشهر تبطل وصيتها " (٨٨٧)

المذهب المالكي :

وكما ذهب الأحناف إلى بطلان التصرف المقترن بالشرط المانع من التصرف في حالة مخالفة المتصرف إليه للشرط ، كذلك رتب المالكية البطلان كجزء لمخالفة الشرط .

جاء في المدونة الكبرى " قلت فما قول مالك إن أشتريت عبداً على أن أعتقه ؟ قال : لا بأس بذلك عند مالك ، قلت فإن أبي المشتري أن يعتقه بعد أن أشتراه ؟ قال : قال مالك : إن كان أشتراه على إيجاب العتق لزمه العتق ، وإن كان لم يشتريه على إيجاب العتق كان له أن لا يعتقه ، و أن يبدله بغيره ، قال أبو القاسم : وأرى للبايع أن يرجع إذا لم يعتقه فيأخذه وينتقض البيع . " (٨٨٨)

ويقول الحطاب الرعيني عن من أوصى لوصيين ومنع كل منهما من التصرف منفرداً " إن قسم الوصيان المال فباع أحدهما دون إذن صاحبه لم يجز بيعه ، ويرده الآخر ، ويضمنه إن فات ، إلا أن يكون شرط الموصي أن من عاقه عائق فالباقي منهما ينفرد بالوصية " (٨٨٩)

المذهب الحنبلي :

لا يختلف المذهب الحنبلي عن المذهبين الحنفي والمالكي في ترتيب البطلان كجزء لمخالفة الشرط المانع من التصرف .

يقول ابن قدامة " فإن أوصى لأم ولده بألف على أن لا تتزوج أو على أن تنبت مع ولده ففعلت وأخذت الألف ثم تزوجت أو تركت ولده ففيها قولان أحدهما تبطل وصيتها لأنه فات الشرط ففانت الوصية " (٨٩٠)

المذهب الإمامي :

وبالنسبة لفقهاء المذهب الإمامي فقد تضافرت النصوص التي تقضي ببطلان التصرف المقترن بالشرط المانع من التصرف إذا خالف المتصرف إليه الشرط ومنها :

جاء في توضيح المسائل " يجوز للموصي أن يوصي إلى اثنين أو أكثر ، وفي حالة تعدد الأوصياء إن نص الموصي على أن لكل منهم التصرف بصورة مستقلة عن الآخر ، أو عدم السماح لهم بالتصرف إلا

(٨٨٧) ج ٩ ص ٢١٦ .

(٨٨٨) مالك بن أنس ، المدونة الكبرى ، مطبعة السعادة ، مصر ، ج ٤ ص ١٥٢ .

(٨٨٩) مواهب الجليل ، الحطاب الرعيني : محمد بن عبد الرحمن المغربي : مواهب

الجليل شرح مختصر خليل ، دار الكتب العلمية ، ط ١ ، ١٤١٦ هـ ، ج ٨ ، ص ٥٦٨ .

(٨٩٠) محمد علي عرفه الدسوقي : حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير ،

تحقيق : محمد عيش ، دار الفكر الشرح الكبير ج ٦ ص ٤٧٣ .

مجتمعين أخذ بنصه ، وإن لم يكن للموصي نص فيجوز على الأظهر لكل منهم الإستقلال بالتصرف ، وإذا تشاح الأوصياء في صورة شرط الموصي اجتماعهم ففيما لو أدى التأخير والتمهل إلى تعطيل العمل بالوصية أجبرهم الحاكم على الإجتماع... فإن لم يفعلوا عين آخرين بدلاً منهم" (٨٩١)

وفي المبسوط " يكره للمسلم أن يقارض النصراني أو يشاركه لأنه ربما يشتري ما ليس بمباح في شرعنا فإن فعل صح القراض لأن الظاهر أنه لا يفعل إلا المباح وينبغي إذا دفع إليه المال أن يشترط ألا يتصرف إلا فيما هو مباح في شرعنا لأن الشرط يمنع من ذلك فإذا دفع إليه المال لم يخل إما أن يشترط أو لا يشترط ، فإن شرط عليه ذلك فابتاع خمراً أو خنزيراً فالابتاع باطل" (٨٩٢)

ثانياً : الضمان :

يطلق الضمان في اللغة على معان :
منها الإلتزام تقول ضمانت المال إذا التزمته ، ويتعدى بالتضعيف فتقول ضمانته المال إذا ألزمته إياه ، ومنها الكفالة تقول ضمانته الشيء ضماناً فهو ضامن وضمين ، إذا كفله ، ومنها التخريم تقول ضمانته الشيء تضميناً إذا غرمته ما التزمه (٨٩٣)

وهذا المعنى الأخير هو المقصود هنا ، ولذلك الضمان على هذا المعنى يعرف اصطلاحاً بأنه " عبارة عن رد مثل الهالك إن كان مثلياً أو قيمته إن كان قيمياً" (٨٩٤)

بعد أن رأينا فيما سبق البطلان كجزاء للتصرف الذي أقترن بالشرط المانع من التصرف وتم مخالفة المتصرف إليه للشرط ، فإن كان جزء البطلان يصلح في كثير من الحالات كجزاء كاف لإعادة الحال لما كان عليه وجبر أي ضرر يمكن أن يقع على المشتري نتيجة مخالفة شرطه ، إلا أنه توجد حالات أخرى يمكن أن تؤدي مخالفة الشرط لنتيجة لا يمكن تداركها ، ولا يجدي حينئذ بطلان التصرف الأصلي كجزاء جابر للضرر .

فمثلاً لو باع شخص لأخر سيارة واشترط عليه عدم التصرف فيها حتى يستوفي الثمن ، فقام المتصرف إليه بمخالفة الشرط وبيعها لأخر ، فهلكت عند الأخير ، فمادام يفيد المشتري لو قلنا ببطلان التصرف الأصلي وإعادة السيارة للمشتري بعد أن هلكت .

ومراعاة لمثل هذا الموقف أتجه فقهاء الشريعة الإسلامية لترتيب جزء آخر غير البطلان إذا لم يمكن تدارك مخالفة المتصرف إليه للشرط وهذا الجزء يتمثل في الضمان .

جاء في كشاف القناع " إن شرط المؤجر أن لا يسير بها المستأجر في الليل أو أن لا يسير بها وقت القافلة أو لا يتأخر بها عن القافلة أو أن لا يجعل سيره في آخرها واشباه هذا مما فيه عرض فخالف المستأجر ضمن لمخالفته الشرط الصحيح" (٨٩٥)

(٨٩١) الشيخ الطوسي : المبسوط في فقه الإمامية ، تحقيق محمد الباقر ، نشر

المكتبة المرتضوية ١٣٨٧ ص ٥١٥ .

(٨٩٢) المبسوط في فقه الإمامية ، مرجع سابق ، ج ٢ ص ٦١ .

(٨٩٣) المصباح المنير والقاموس المحيط مادة ضمن .

(٨٩٤) أحمد بن محمد أبو العباس الحموي ، غمز عيون البصائر شرح الاشباه والنظائر ، دار الكتب العلمية ،

بيروت ، ج ٤ ص ٦ .

(٨٩٥) منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي ،

كشاف القناع ، مراجعة وتعليق الشيخ هلال مصيلحي مصطفى هلال ، دار الغد للطباعة والنشر والتوزيع ١٤٠٢هـ / ١٩٨٢م كشاف القناع عن متن الإقناع ، ج ٤ ص ٤٥ .

وفي القواعد الفقهية " أن الضمان ثابت إذا خالف الشرط الذي اشترطه عليه صاحبه في ماله، منها ما ورد في أبواب المضاربة ، مثل ما رواه محمد بن عيسى في نوادره عن ابيه قال: قال أبو عبد الله عليه السلام : كان للعباس مال للمضاربة، فكان يشترط بأن لا يركب بحراً ، ولا ينزل وادياً ، فإن فعلتم فأنتم له ضامنون ، فأبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فأجاز شرطه عليهم " (٨٩٦)

ثالثاً: الخيار:

وذهب فريق آخر من الفقهاء إلى عدم ترتيب أي جزء على مخالفة الشرط الصحيح ، بل تركوا ذلك إلى إرادة المتصرف ، بمعنى أن له الخيار عند مخالفة الشرط الذي اشترطه ، فإن أراد الفسخ وإعادة المال إليه كان له ذلك ، وإن تجاهل الأمر ورضي بالمخالفة فله ذلك .
فيقول السيد الزيدي " ويدل على ما ذكرنا مضافاً إلى المشاهد منهم يوجبون على المشروط عليه الإتيان بما اشترط عليه ولا يحكمون بالفساد عند التخلف بل بالخيار " (٨٩٧)

الرأي الراجح في جزاء التصرف المخالف لشرط المنع من التصرف:-

بعد استعراضنا لموقف كل من التشريعات الوضعية والفقه الإسلامي في تحديد جزاء التصرف المخالف لشرط المنع من التصرف نستنتج أن الشريعة الإسلامية شادت لنا صرحاً شامخاً في تنظيم المعاملات المدنية الأمر الذي يدفع المشرع إلى ضرورة الرجوع لأحكامها بالرغم من إتباعه للفكر القانوني للمدرسة اللاتينية كأصل ، حيث أن تخطيط الفقه والقضاء بالنسبة لجزاء التصرف المخالف لشرط المنع يثير الشك حول هذا الجزاء فمنهم من قال بأنه بطلان مطلق ومنهم من قال أنه نسبي ومنهم من قال بأنه بطلان من نوع خاص ، ولقد اتضح لنا كيف أن الآراء الفقهية قد اختلفت كما اختلف المشرعون في تحديد جزاء محدد لمخالفة الشرط لم توفق في الوصول إلى جزاء حاسم يفي بالغرض من هذا الشرط ، فما يصلح في حالة ما نجد أنه غير مناسب في الحالة التي يتغير فيها القصد من اشتراط هذا الشرط حيث منهم من ذهب إلى أن جزاء مخالفة الشرط يختلف باختلاف التكييف القانوني كما وسبق أن أوضحنا ومنهم من ربط الجزاء بالغاية المقصودة من هذا الشرط ، وقد رأينا كيف تم توجيه النقد لكل فريق على حدى.

ويثير استغرابي هنا موقف المشرع الأردني الذي لم ينص على جزاء محدد لمن يخالف الشرط المانع من التصرف وتبريره لذلك ما ورد في الفقه الإسلامي وكذلك مبادئ الشريعة الإسلامية في عدم تحديدها لجزاء محدد على مخالفة هذا الشرط حيث يقول الدكتور غازي الذنبيات " ... وحيث أن الفقه الإسلامي وكذلك مبادئ الشريعة الإسلامية لم ترتب جزاءً محدداً على مخالفة هذا الشرط " (٨٩٨)

ويقول أيضاً الدكتور غازي أبو عرابي في هذا الصدد "وأما سكوت المشرع الأردني عن تحديد جزاء معين ، فلأبد من الرجوع إلى القواعد العامة في هذا القانون ويتعين على المحكمة عند سكوت النص الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص القانون المدني ، فإن لم تجد فترجع إلى المبادئ العامة للشريعة الإسلامية ثم إلى العرف ثم إلى قواعد العدالة ، وحيث ان الفقه الإسلامي كالمبادئ العامة للشريعة الإسلامية لم يرتب جزاءً محدداً على مخالفة الشرط المانع من التصرف .. " (٨٩٩)، وهذا للأسف كلام عار

(٨٩٦) الشيخ ناصر مكارم ، القواعد الفقهية ، نشر مدرسة أمير المؤمنين ، ١٤١١ ، ج ٢ ص ٢٥٨ .

(٨٩٧) محمد حسين الأصغفاني : حاشية المكاسب ، المطبعة العلمية ، ط ١ ،

١٤١٩ هـ ، ج ٢ ص ١٠٧ .

(٨٩٨) غازي الذنبيات ، الشرط المانع من التصرف في القانون المدني الأردني ، رسالة دكتوراة مرجع

سابق ، ص ١٤٤ .

(٨٩٩) غازي أبو عرابي ، الشرط المانع من التصرف بين الإطلاق والتقييد في القانون المدني الأردني والفقه

الإسلامي ، بحث منشور في دراسات علوم الشريعة والقانون ، المجلد ٢٥ ، العدد ١ ، لسنة ١٩٩٨ .

عن الصحة حيث أشرنا سابقاً بأن فقهاء الشريعة الإسلامية قد تطرق إلى تحديد الجزاء الذي يمكن أن يوقع على المتصرف إليه الذي تجاهل الشرط المقترن بالتصرف ، أو تصرف بخلافه .
وقد تنوع هذا الجزاء ما بين القضاء على التصرف الأصلي سواء بالبطلان أو الفسخ نتيجة لعدم الإلتزام بالشرط ، وما بين القضاء بالضمان على المتصرف إليه إذا خالف الشرط وترتب على ذلك نتيجة لا يمكن تداركها ، واخيراً فهناك جانب من الفقهاء لم يترتب جزاءً وإنما ترك الخيار للمشتراط، إن شاء تمسك ببطلان التصرف الأصلي تبعاً لمخالفة الشرط ، وإن شاء تنازل عن حقه في ذلك ، وهذا التنوع يعد من مميزات الفقه الإسلامي فهو من ناحية يدل على ثراء الفقه الإسلامي وغناه ، ومن ناحية أخرى فيه توسعة على الناس في إختيار ما يناسب ظروفهم من بين الآراء المتعددة .
وأرجح كباحثة الاتجاه الثالث في الفقه الإسلامي ألا وهو الخيار فهو يترك الخيار للمشتراط حيث يكون له الحق في إجازة التصرف المخالف أو فسخ العقد الأصلي ، فبترجيح هذا الجزاء يتم حماية من تقرر الشرط لمصلحته كما أنه سيكون جامعاً لآراء المذاهب السابقة .
كما أننا نثمن موقف المشرع الفلسطيني لانفراده في النص على تحديد جزاء على التصرف المخالف للشرط المانع من التصرف ألا وهو وقف العقد وذلك للمبررات سابقة الذكر ، وهو يقودنا إلى نتيجة مفادها أن المشرع الفلسطيني يدرك أهمية ونجاعة جزاء وقف العقد ومناسبته للحالة موضوع البحث .

الخاتمة

اختلفت آراء فقهاء القانون والفقهاء الإسلاميين كما اختلفت التشريعات في تحديد جزاء محدد يمكن أن يوقع في حالة مخالفة هذا الشرط في حالة مخالفة المالك - المتصرف إليه - شرط المنع من التصرف بأن قام بالتصرف في العين المشترط عدم التصرف فيها بالبيع أو بالهبة ، أو غير ذلك من التصرفات مخالفاً بذلك شرط المنع ، وبما أنه يجب - عند تحديد جزاء مخالفة الشرط المانع - أن يتم مراعاة الغرض الذي من أجله خول القانون الإرادة سلطة تعديل النظام العادي للملكية ، وهو تحقيق المصالح الخاصة المشروعة المقصودة من وراء المنع ، فإنه يجب أن يتقرر الجزاء في ضوء الغاية وحدها وبالقدر اللازم لتحقيقها .

وعلى هدي فقد تم تقسيم الجزاء القانوني والشرعي لمخالفة الشرط من خلال هذا البحث وذلك على النحو التالي في المبحث الأول تعرضنا للجزاء القانوني لمخالفة الشرط المانع من التصرف وفي المبحث الثاني تناولنا الجزاء الشرعي لمخالفة الشرط المانع من التصرف

وسنشير إلى أهم النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها من خلال ما سبق عرضه .

١: إن القانون المصري والفرنسي ذهبا إلى أنه إذا خالف المشتري عليه الشرط المانع من التصرف، بعد أن قام الشرط صحيحاً مستوفياً جميع شروطه القانونية ، بأن تصرف في المال محل المنع ، ببيعه أو هبته مثلاً على خلاف شرط المنع، كان جزاء هذه المخالفة بطلان التصرف الذي تم بالمخالفة لهذا الشرط ، ولكن الفقهاء اختلفوا في طبيعة هذا البطلان فهناك من ذهب إلى القول بأنه بطلان مطلق ومنهم من ذهب إلى القول بأنه بطلان نسبي ولكنهم استقروا على أنه بطلان من نوع خاص تتحدد قواعده وأحكامه على ضوء الغرض المقصود من الشرط المانع من التصرف ، أي أنه تبين لنا عدم سلامة نهج القوانين التي أغفلت الإشارة عن قصد إلى هذا الجزاء وعولت على القواعد العامة لحسم الموضوع، لأن هذا النهج فتح الميدان واسعاً أمام حلبة الآراء المتعددة التي تجعل القاضي في حيرة من أمره في الأخذ بأي منها ولكن المشرع الفلسطيني قد أخذ بالوقف بدلاً من البطلان وأصبح المتصرف قادراً على إجازة التصرف المخالف على الرغم من أنه واضعه ومشتترطه، فالحماية التي أرادها وأراد حمايتها، يجوز له أن يتنازل عنها إذا وجد عدم جدواها من الناحية العملية، وهذا من حقوقه الطبيعية، كما يصح للغير وهو من تقرر الشرط لمصلحته أن يتنازل عن الحماية المقررة له وذلك بإجازة التصرف المخالف للشرط المانع من التصرف، وهو بذلك يتفق مع ما اتجه إليه الفقه الإسلامي .

٢: فيما يخص جزاء مخالفة الشرط المانع من التصرف نعتقد بأن المشرع المصري كان بحاجة إلى نص أكثر وضوحاً بالنسبة لطبيعة البطلان للحيلولة دون الوقوع في مأزق التأويل والتفسير الذي كان موجوداً قبل ظهور النص إلى النور ، خصوصاً وان المشرع المصري أوضح هذا البطلان في أكثر من مناسبة، وكان باستطاعته أن يفعل ذلك بعبارات أكثر وضوحاً كما فعل المشرع الفلسطيني حينما نص بشكل مباشر على جزاء الوقف وبذلك يكون المشرع الفلسطيني قد انفرد بهذا الجزاء وهو أمر يحمده .

٣: نلاحظ أن المشرع الفلسطيني عندما نص على جزاء وقف التصرف المخالف للشرط المانع من التصرف، أنه لم يحدد مدة معينة لوقف العقد ونرى بهذا الخصوص وجوب تحديد مدة معينة للوقف و نقترح أن تكون سنة وهذه المدة مناسبة لا طويلة ولا قصيرة ، ونتيح لمن تقرر الوقف لمصلحته بيان موقفه، حيث ليس من المنطق أن يبقى العقد موقوفاً دون حد لذلك حيث يتطلب استقرار المعاملات تقييد الوقف بمدة معينة

المراجع

اولاً: المراجع العربية

١. أحمد بن محمد أبو العباس الحموي ، غمز عيون البصائر شرح الاشباه والنظائر ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، .
٢. إسماعيل غانم : الحقوق العينية الاصلية ، الجزء الأول ، حق الملكية ، الطبعة الثانية ، سنة ١٩٦١ ،
٣. إياد محمد إبراهيم جاد الحق ، المصادر الإرادية للالتزام ، في قانون المعاملات المدنية الإماراتي العقد والتصرف الانفرادي ، الطبعة الأولى - عمان ، لسنة ٢٠١٤ الأفق المشرقة ناشرون .
٤. توفيق فرج الصدة ، الحقوق العينية الأصلية ، مؤسسة دار الثقافة الجامعية ، الإسكندرية ، سنة ١٩٨٦ ،
٥. حسن كبيرة ، أحكام الحقوق العينية الأصلية - حق الملكية ببيروت سنة ١٩٦٥ (بلا دار نشر) .
٦. حسن كبيرة ، أحكام الحقوق العينية الأصلية - حق الملكية مرجع سابق - .
٧. السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني . المجلد الثامن ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة (بلا سنة نشر)
٨. الشيخ الطوسي : المبسوط في فقه الإمامية ، تحقيق محمد الباقر ، نشر المكتبة المرتضوية ١٣٨٧
٩. الشيخ ناصر مكارم ، القواعد الفقهية ، نشر مدرسة أمير المؤمنين ، ١٤١١ .
١٠. عبد الرازق حسن فرج: رسالته في نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة ١٩٦٨ ، جامعة القاهرة .
١١. عبد السلام ذهني بك ، في الأموال ، مطبعة الاعتماد ، القاهرة ، سنة ١٩٢٦ .
١٢. عبد الفتاح عبد الباقي ، دروس في الأموال ، دار الكتاب المصري ، القاهرة (بلا سنة نشر)
١٣. عبد المنعم البدر واوي ، حق الملكية ، مكتبة عبد الله وهبة سنة (١٩٧٣) ، القاهرة ، .
١٤. عبد الناصر توفيق العطار ، مصادر الالتزام الإرادية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي ، الطبعة الثانية ، مطبوعات جامعة الإمارات ، لسنة ٢٠٠٠ .
١٥. غازي أبو عرابي ، الشرط المانع من التصرف بين الإطلاق والتقييد في القانون المدني الأردني والفقه الإسلامي ، بحث منشور في دراسات علوم الشريعة والقانون ، المجلد ٢٥ ، العدد ١ ، لسنة ١٩٩٨ .
١٦. غازي الذنبيات ، الشرط المانع من التصرف في القانون المدني الأردني ، رسالة دكتوراة مرجع سابق ،
١٧. مالك بن أنس ، المدونة الكبرى ، مطبعة السعادة ، مصر
١٨. المبسوط في فقه الإمامية ، مرجع سابق .
١٩. مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، الجزء السادس ، مطبعة دار الكتاب العربي ، القاهرة ، بلا سنة طبع .
٢٠. محمد حسين الأصفهاني : حاشية المكاسب ، المطبعة العلمية ، ط ١ ، ١٤١٩ هـ .
٢١. محمد علي عرفة ، شرح القانون المدني الجديد - في حق الملكية - الجزء الأول ، الطبعة الثالثة ، مطبعة جامعة فؤاد الأول ، القاهرة سنة ١٩٥٤ م
٢٢. محمد علي عرفة الدسوقي : حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير ، ، تحقيق : محمد عليش ، دار الفكر الشرح الكبير .
٢٣. محمد ناجي ياقوت : محمد ناجي ياقوت : حق الملكية ، المنصورة ، سنة النشر ١٩٩٧
٢٤. محمود جمال الدين زكي ، الحقوق العينية الأصلية ، مطبعة جامعة القاهرة ، القاهرة سنة ١٩٧٨ ،
٢٥. المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني ، موسى أبو ملح ، خليل قداد ، لسنة ٢٠٠٣
٢٦. مصطفى الجمال نظام الملكية ، الطبعة ١٩٨٨ - الإسكندرية ،
٢٧. معوض عبد التواب ، مدونة القانون المدني ، الجزء الثاني ، منشأة المعارف ، الإسكندرية سنة ١٩٨٧ م .

٢٨. منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي ، كشاف القناع ،
مراجعة وتعليق الشيخ هلال مصيلحي مصطفى هلال ، دار الغد للطباعة والنشر والتوزيع
١٤٠٢هـ/١٩٨٢م كشاف القناع عن متن الإقناع،

٢٩. مواهب الجليل، الخطاب الرعيني : محمد بن عبد الرحمن المغربي : مواهب الجليل شرح
مختصر خليل ، دار الكتب العلمية ، ط١ ، ١٤١٦هـ ، ،

٣٠. نعمان محمد خليل جمعة ، الحقوق العينية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة ١٩٩٢م .
ثانيا المراجع الاجنبية

١. CassCiv, ٢٣ Mars ١٩٠٣. Prec; CassCiv, ٢٧ mars ١٩٨٣, D. p. ١٨٩٤m ١,
٢. Civ. ١^{re}, ١١ janv. ٢٠٠٠, Bull.civ.I, n° ٣, D. ٢٠٠٠, ٨٧٧, note F. Planckeel, JCP
٢٠٠٠, I, ٢١٥, n° ١٩.
٣. Francois Terre, Philippe Simler , Droit civil , Les biens , DALLOZ, ٨^E
edition ٢٠١٠

**حق المتهم في الاستعانة بمحامٍ
في مرحلة جمع الاستدلالات في القانون اليمني**
”دراسة مقارنة“

إعداد

ذكرى فضل عبد الله

مدرس بكلية الحقوق

جامعة عدن

مقدمة

إن موضوع دراسة حق المتهم في الاستعانة بمحام في مرحلة جمع الاستدلالات في قانون الإجراءات الجزائية اليمني ، يهدف إلى الإحاطة بالجوانب القانونية الهامة التي تتعلق بهذا الحق والذي يعتبر من الضمانات الأساسية للمتهم في الوقت الحاضر ، حيث تنص عليه معظم المواثيق والمعاهدات الدولية والإقليمية .

وهذا الحق معترفاً به للمتهم في جميع مراحل الدعوى الجنائية بما فيها مرحلة جمع الاستدلالات ، إلا أن هناك خلافاً ثار ويثور حول هل يحق للمتهم أن يستعين بمحام في مرحلة جمع الاستدلالات ، وأساس هذا الخلاف يعود إلى أن كل دولة تتجه في تنظيمها لهذا الحق من الفلسفة التي تعتنقها ومدى حرصها على تحقيق الموازنة بين حقوق الاتهام والدفاع .

إن استعانة المتهم بمحام بصورة عامة ليست مجرد ميزة منحها له القانون أو مجرد مكنه ينصحه المشرع بإتباعها كلما أراد بل هو حق أصيل وقديم قدم العدالة ، فالمتهم مهما كان مثقفاً قد يعجز عن الإلمام بكل نصوص القانون خاصة النصوص الإجرائية بسبب عدم استعانهه بمحام ، وقد يحكم عليه بالإدانة رغم عدم اقترافه للجريمة وذلك لعدم معرفته بالأساليب القانونية التي تعينه على تقديم كافة أدلة نفي التهمة الموجهة إليه .

وبهدف الوقوف على الإشكاليات والخلافات القانونية والفقهية بشأن حق المتهم في الاستعانة بمحام في مرحلة جمع الاستدلالات فأنا سوف نبحث تلك الإشكاليات والاختلافات في هذا البحث من خلال بحثين على الترتيب الآتي :

البحث الأول : ماهية حق المتهم في الاستعانة بمحام وتطوره التاريخي

البحث الثاني : حق المتهم في الاستعانة بمحام في مرحلة جمع الاستدلالات

المبحث الأول

ماهية حق المتهم في الاستعانة بمحام وتطوره التاريخي

تمهيد وتقسيم :

أن حق المتهم في الاستعانة بمحام يعتبر أحد حقوق المتهم العديدة التي يكفلها له الشرع والقانون والمنظمات والمؤتمرات الدولية وهي حقوق تنشأ للمتهم من اللحظة التي يعتبر فيها شخصاً متهماً ، وفي هذا المبحث من الدراسة سوف نستعرض ماهية هذا الحق عبر مطلبين ، المطلب الأول بعنوان مفهوم استعانة المتهم بمحام والمطلب الثاني نعرض فيه التطور التاريخي لحق المتهم في الاستعانة بمحام ، وذلك على النحو الآتي :

المطلب الأول

مفهوم استعانة المتهم بمحام

تمهيد وتقسيم :

عادة ما تفهم المصطلحات والمفاهيم بصورة خاطئة وبشكل غير متعمد ، بل أن الأعراف تسرى بين أوساط المجتمع لسنوات عديدة وتصبح في مقام القاعدة الصحيحة للمفهوم ، ونحن هنا في هذا المبحث سوف نستعرض مفهوم المتهم والمحامي وفيه نتعرف على نشأة مهنة المحاماة وذلك عبر فرعين على النحو التالي :

الفرع الأول : تعريف المتهم والمحامي .

الفرع الثاني : نشأة مهنة المحاماة .

الفرع الأول

تعريف المتهم والمحامي

تمهيد :

قد يثور سؤال لدى البعض ، لماذا نعرف المتهم على الرغم من أنه معروف ، إلا أنه كثيراً ما يختلط على البعض ، ويصعب عليه التفرقة بين المتهم والمصطلحات المشابهة له ، وخاصة مصطلح المشتبه فيه ، وفي هذا المطلب سوف نعرف المتهم والمحامي من حيث اللغة والاصطلاح وذلك على النحو الآتي :

أولاً : المعنى اللغوي والاصطلاحي للمتهم

أن لفظ متهم ليس بذلك المفهوم الصعب لدى الكثير من القانونيين ، ولكن نحن في بحثنا هذا يلزم علينا أن نوضح هذا اللفظ لغير القانونيين على اعتبار أن المعنى اللغوي للفظ يختلف كثيراً عن المعنى الاصطلاحي ، وهذا ما سنوضحه وذلك كما يلي :

أ - المعنى اللغوي للمتهم :

تناول علماء اللغة العربية هذا اللفظ حيث قالوا بأن أصل لفظ متهم أسم مفعول من الفعل (أتهم) وأتهمه بكذا أي أدخل عليه التهمة وظنها به ، والتهمه أي الاتهام وما يتهم عليه (٩٠٠) .

ويقال اتهم الرجل أي صارت به الريبة (أصله وهم) ووهمه غيره : أوقعه في الوهم ، أتهمه بكذا : أدخل عليه التهمة وظنها به - وفي القول شك في صدقه ويقال أتهمه أي أدخل عليه التهمة فهو متهم وتهيم والتهمه : الاتهام ، والتهيم : الذي وقعت التهمة عليه ، والذي أوقع التهمة : المتهم (٩٠١) .

ويقال أوهم فلان ، وهَمَ فلاناً : أوقعه في الوهم ، وأوهم الرجل من صلاته ركعة : تركها ، (أتهم) الرجل : صارت به الريبة (أصله أوهم) (وهمه) غيره : أوقعه في الوهم ، أتهمه بكذا : أدخل عليه التهمة وظنها به وفي قوله شك في صدقه أي أدخل عليه التهمة (٩٠٢) .

واتهام في القانون : مصدر اتهام ، نسبة جريمة إلى شخص وإحالته على المحكمة من أجلها (قرار إتهام) ، (دائرة إتهام) ، (ققص إتهام) ، (إتهام كاذب) ، وتهمه / جمعها تهم وتهمات ومتهم من وقعت التهمة عليه ((متهم بالقتل)) ، ((الجريمة المتهم بها)) (٩٠٣) .

ب - المعنى الاصطلاحي للمتهم :

يقصد بالمتهم من الناحية الشرعية بأنه هو من ادعى عليه فعل مجرم يوجب عقوبته من عدوان ، ويتعذر إقامة البينة عليه في غالب الأحوال ويستوي أن يشكل هذا العدوان جريمة موجبه للحد أو القصاص أو التعزير ويعرف المتهم أيضا بأنه هو من ادعى عليه شخص بحق ، سواء أكان دماً أو مالا عند قاضي أو محكوم ، وقد يقصد بالمتهم أنه هو من تضاف إليه جريمة من الغير لطلب حق في مجلس القضاء ، بما قد يحققه المطالب لنفسه بما يتعذر إقامة الشهادة غالباً (٩٠٤) .

وقد تعددت تسميات المتهم ، فقد يطلق عليه المدعى عليه أو المتهم وفي كتابات أخرى أطلق عليه لفظ التهميم ، كما وعبر عنه في كتابات أخرى بلغة المستعدي عليه وكذلك الظنين ، ولكن اللفظ الذي يتفق مع نصوص أغلب التشريعات العربية هو لفظ المتهم ، وقد اختلف الفقه حوله وكانت له عدة آراء ، حيث ذهب رأى أول إلى الاعتداد بأسباب الاتهام حيث عرفه بأنه " كل شخص تثور ضده شبهات ارتكاب جرماً فيلتزم

٩٠٠) المعجم الوجيز ، مجمع اللغة العربية ، القاهرة ، طبعة وزارة التربية والتعليم ، ١٩٩٠ ، باب الواو مادة وهم ، ص ٦٨٣ ، د . إبراهيم أنيس ، د . عبد الحلیم منتصر ، عطية الصوالحي ، محمد خلف الله أحمد ، المعجم الوسيط الجزء الثاني ، مجمع اللغة العربية ، القاهرة ، الطبعة الثانية ، ١٩٧٢ م باب وهم ، ص ١٠٦٠ .
٩٠١) إبراهيم مصطفى ، أحمد حسن الزيات ، حامد عبد القادر ، محمد على النجار ، المعجم الوسيط ، الجزء الأول ، مجمع اللغة العربية ، الإدارة العامة للمعجمات وإحياء التراث ، دار الدعوى ، تركيا ١٩٨٩ ، باب (و ، ه ، م) ، ص ١٠٦٠ .

٩٠٢) الشيخ محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي ، مختار الصحاح ، دار القلم ، بيروت ، باب و هم ، ص ٧٣٨ .

٩٠٣) أحمد العايد ، د . أحمد مختار عمر ، الجبلاني بن الحاج يحيى ، المعجم العربي الأساسي ، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم ، لادوس ، ١٩٨٨ ، باب وهم ، ص ١٣٣٧ .

٩٠٤) د . حسنى الجندي ، أصول الإجراءات الجزائية في الإسلام دراسة مقارنة بين قانون الإجراءات الجزائية في دولة الإمارات العربية المتحدة وبعض التشريعات العربية ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص ٨٧ .

بمواجهة الادعاء بمسئوليته عنه، والخضوع للإجراءات التي يحددها القانون بهدف فحص هذه الشبهات وتقرير قيمتها ثم تقرير البراءة أو الادانته (٩٠٥) إلا أنه رأى محل نظر، حيث لا تكفي الشبهات وحدها لإطلاق لفظ المتهم على أي شخص، حيث يتطلب ذلك دلالة وافيه على الاتهام تقنع المحقق بصحة إسناد الاتهام للشخص محل الاشتباه (٩٠٦).

ويتجه رأى ثاني إلى المرحلة الموجود بها الشخص محل التحقيق، فعرفه بأنه "الخصم الذي يوجه إليه الاتهام بتحريك الدعوى الجنائية ضده (٩٠٧). وهذا الرأي أيضا محل نظر، إذا أنه لا يكفي تحريك الدعوى الجنائية باعتبار الشخص متهماً، لأنها تتحرك بمجرد إصدار أمر القبض وفق نص المادة (١٢٦) من قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠ م والذي يسمع فيه أقوال المقبوض عليه وينتهي الأمر بمرور أربع وعشرين ساعة على القبض، وألا أحيل إلى سلطة التحقيق، لذا فهو قد لا يصل إلى مرحلة التحقيق الابتدائي محل البحث وفق نص المادة (٣٦) إجراءات مصري، ويعتمد رأى ثالث على الإجراء المتخذ ضد الشخص محل الاتهام فعرفه بأنه "كل شخص اتخذت ضده أي من الإجراءات بمعرفة السلطة القضائية" (٩٠٨) ويتميز هذا الرأي بالعموم، ذلك أن الاستيقاف من الإجراءات التي تتخذها السلطة المختصة أيضاً ضد المشتبه فيه، ومع ذلك فهو ليس متهماً ولم يصل إلى مرحلة التحقيق، كما أن الأجراء وحده غير كاف في التعريف، حيث يجب ربطه بالمرحلة المتخذ فيها أيضاً.

وهناك فريق رابع يربط بين هذا المصطلح والسلطة التي تختص بتوجيهه فيعرفه بأنه "الشخص الذي وجه إليه الاتهام من أحد مأموري الضبط القضائي أو من النيابة العامة أو من قاضي التحقيق، أو المحكمة أو المضرور من الجريمة، وفقاً لنص المادة (٢٩) إجراءات مصري (٩٠٩).

كما أن من الفقه الإسلامي من ينظر إلى محل الاتهام في تعريفه للمتهم، حيث عرفه بأنه "من ادعى عليه جرم يوجب عقابه ويتعذر إقامة البينة عليه في غالب الأحوال" (٩١٠).

وقد عرف د. محمود نجيب حسنى المتهم بأنه "كل شخص تثار ضده شبهات ارتكاب فعلاً فيلتزم بمواجهة الادعاء بمسئوليته عنه، والخضوع للإجراءات التي يحددها القانون وتستهدف تمحيص هذه الشبهات، وتقدير قيمتها ثم تقرير البراءة أو الادانته"، كما أضاف وتعبير "المتهم" يختلف عن تعبير "المحكوم

(٩٠٥) د. محمود نجيب حسنى، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة ١٩٨٢ م، ص ٩٤.

(٩٠٦) نقض ٤/٢٥/١٩٦٧ م، مجموعة أحكام محكمة النقض س ١٨ رقم ١١٣، ٥٦٩.

(٩٠٧) د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار الطباعة الحديثة، القاهرة، ط ٧، ١٩٩٣ م، القسم الأول، ص ١٣٧، المستشار عدلي خليل، استجواب المتهم فقهاً وقاءاً، مؤسسة سعيد للطباعة، القاهرة، المكتبة القانونية، ط ١، ١٩٨٦ م، ص ٧، والدكتور معوض عبد التواب، الحبس الاحتياطي علماً وعملاً، منشأة المعارف، الإسكندرية، مطبعة أطلس ١٩٨٧ م، ص ٨٤.

(٩٠٨) د. عمر الفاروق الحسيني، تعذيب المتهم بحمله على الاعتراف (الجريمة والمسئولية) دراسة تحليلية على ضوء أحكام القانونين المصري والفرنسي وآراء الفقه وأحكام القضاء، المطبعة العربية الحديثة، القاهرة، ١٩٨٦ م، ص ١٨٤.

(٩٠٩) د. أبو السعود عبد العزيز، ضمانات المتهم وحقوقه في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الشريعة والقانون، ١٩٨٥ م، ص ٢٩.

(٩١٠) ابن القيم الجوزية، الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، تحقيق محمد حامد الفقى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص ٩٤.

عليه " فالأول هو من لا تزال الإجراءات الجنائية في مواجهته تتخذ مجراها ، والثاني هو من أنقضت قبله هذه الإجراءات بحكم سجل إدانته وحدد عقوبته (٩١١) .

وصفة المتهم تُثبت للشخص فور توجيه إجراء من إجراءات التحقيق ضده أو إذا وجه إليه تكليف بالحضور من قبل المدعى المدني في حالة الادعاء المباشر وتبقى صفة المتهم عالقة بالمدعى عليه في الدعوى الجنائية إلى أن تزول بحكم بات في الدعوى بالبراءة أو الإدانة .

وتحديد صفة المتهم لها أهمية ، إذ تترتب مجموعة من الحقوق والالتزامات على عاتق من ثبتت بحقه هذه الصفة ومن أبرز هذه الحقوق ، حقه في الاستعانة بمحام ، وبإل وجوب ذلك في بعض الحالات ، وعدم إمكانية استجوابه في الجلسة إلا قبل ذلك ، وحقه في مطالبة المدعى بالحقوق المدنية أمام المحكمة الجنائية بتعويض الضرر الذي لحق به بسبب رفع الدعوى المدنية ضده إذا كان لذلك وجه ، أما الالتزامات التي تقر للمتهم فهي تتجسد في ضرورة الاستسلام لإجراءات التحقيق التي توقع ضده وكذا المثول أمام المحكمة بنفسه أو بواسطة وكيله في الحالات التي يجوز فيها ذلك (٩١٢) .

ونحن نرى أن تعريف د . محمود نجيب حسني هو التعريف الأكثر دقة في تناول تعريف المتهم ومنتفق معه حيث أنه وصف المتهم من جانب شبيه ارتكابه الفعل ، ومن جانب خضوعه للإجراءات القانونية من تحقيقات إلى ما قبل صدور الحكم تجاهه ، لأنه بعده يصبح محكوم عليه .

ثانياً : المعنى اللغوي والاصطلاحي للمحامي

ونرجع إلى القول مرة أخرى بأن لفظ محامى ليس باللفظ الغريب عن الفهم والاستيعاب إلا أنه يلزم علينا إظهار المعنى اللغوي والاصطلاحي له ، وهذا ما سنوضحه في هذا الفرع وذلك كما يلي :

أ - التعريف اللغوي للمحامي :

يقال : حامى عنه محاماة وحماءً : دافع حمى الشيء فلاناً - حمياً ، وحمايةً : منعه ودفع عنه ويقال حماه من الشيء والحمية : الأنفة وفي التنزيل العزيز { إذ جعل الذين كفروا في قلوبهم حمية جاهلية } (٩١٣) .

المحامي (حمى) : المدافع في القضاء ، المدافع عن أحد الخصمين ، كلف المتهم محامياً مشهوراً للدفاع عنه ، والمحاماة (حمى) : حرفة المحامي ، مهنة المحاماة تحتاج إلى ذربه وثقافة (٩١٤) .

ويقال حمى الشيء حمياً وحمى حمايه ومحميةً : منعه ودفع عنه ، قال سيبويه لا يجى هذا الضرب على مفعل إلا فيه الهاء ، لأنه إن جاء على مفعل بغير هاء أعتل فعدلوا إلى الأخرى .

(٩١١) د . محمود نجيب حسني ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص ٩٤ .

(٩١٢) أستاذنا الدكتور . عمر محمد سالم ، الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الجزء الأول ، ٢٠١٠م ، ص ١٠٤ ، ١٠٥ .

(٩١٣) د . إبراهيم مصطفى ، أحمد حسن الزيات ، حامد عبد القادر ، محمد على النجار ، المعجم الوسيط ، مرجع سابق ، باب الحاء ، ص ٢٠٠ .

(٩١٤) د . أديب اللجى ، البشير بن سلامة ، شحاتة الخوري ، عبد اللطيف عبيد ، معجم اللغة العربية ، المجلد الثالث ف - ي ، أمبريتو ، بيروت ، لبنان ، ١٩٩٤ ، باب الميم ، ص ١١٠٦ .

وقال أبو حنيفة : حميت الأرض حميا وحمية وجموه ، والحمية والجمي : ما حمى من شيء ، يمد ويقصر ، وقيل (تحاماه) الناس أي توقوه واجتنبوه ، وحمى عنه (محاماة) (٩١٥) .

ب - التعريف الاصطلاحي للمحامى :

تعتبر مهنة المحاماة ذات معنى ورسالة ، فهي معنى للحق ورسالة للعدل ، ولذا فهي قد عُرفت منذ أقدم العصور والمجتمعات ، منذ أن عرف الإنسان الحق وفهم العدالة وأدرك أنه لا ينهض الحق ولا تقام العدالة بغير الدفاع ، فالمحاماة فن نبيل من فنون القضاء ، تقوم على تقوى الله ، ونقاء الضمير ، وتهدف إلى حماية الحق ودفع الظلم ، ونصرة العدالة ، فالمحاماة عريقة كالقضاء ، مجيدة كالفضيلة ، ضرورية كالعدالة ، فالمحامى يكرس ، نفسه ووقته لخدمة الناس دون أن يكون عبداً لأحد ، فالمحاماة تجعل من المرء نبيلاً من غير طريقة الولادة والميراث ، غنياً بلا مال ، ربيعاً دون حاجة إلى لقب ، سعيداً بغير ثروه (٩١٦) .

كما عرفت مجموعة من القوانين الجنائية مهنة المحاماة والمحامون ، حيث نصت م (١) من قانون المحاماة والإدارات القضائية لعام ٢٠٠١م في مصر على أن " المحاماة مهنة حره تشارك السلطة القضائية في تحقيق العدالة وفي تأكيد سيادة القانون وفي كفالة حق الدفاع عن حقوق المواطنين وحرياتهم ، ويمارس مهنة المحاماة المحامون وحدهم في استقلال ولا سلطان عليهم في ذلك إلا لضمائرهم وأحكام القانون " .

كما نصت م (٢) منه على " يعد محامياً من يقيد بجدول المحامين التي ينظمها هذا القانون وفيما عدا المحامين بإدارة قضايا الحكومة ، يحظر استخدام لقب محامى على غير هؤلاء " .

ولم يخرج القانون رقم (٣١) لسنة ١٩٩٩م بشأن تنظيم مهنة المحاماة في الجمهورية اليمنية عما سبق حيث نصت المادة (٢) منه في شأن التعريفات للمصطلحات الواردة في هذا القانون في فقرتها الرابعة على أن " المحامى هو الشخص المقيد اسمه في جداول قيد المحامين والمرخص له بمزاولة المهنة طبقاً لأحكام هذا القانون " ونصت المادة (٣) منه على " المحاماة مهنة حره مستقلة تمارس نشاطها طبقاً لأحكام هذا القانون " .

وفي ليبيا عرفته المادة الأولى من قرار اللجنة الشعبية لسنة ١٩٩٠م واللائحة التنفيذية له من القانون رقم (١٠) لسنة ١٩٩٠م بشأن إعادة تنظيم مهنة المحاماة " بأنها مهنة هدفها معاونه القضاء للوصول إلى العدالة وتطبيق القانون وحماية الحقوق والحريات " .

وفي تونس ورد تعريف لمهنة المحاماة في المادة (١) من القانون رقم ٨٧ لسنة ١٩٨٩م على أن " المحاماة مهنة حره مستقلة غايتها المساعدة على إقامة العدل ، وينوب المحامي عن الأشخاص الطبيعية والمعنوية ، ويساعدهم ويدافع عنهم لدى جميع الهيئات القضائية " .

٩١٥) الشيخ الإمام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي ، مختار الصحاح ، مرجع سابق ، ص ٦٤ .

٩١٦) روجير ، رئيس مجلس القضاء الأعلى في فرنسا ، مجلة المحاماة سنة ١٩٦٨م ، العدد التاسع والعاشر ، مشار إليه في د . إيهاب عادل رمزي ، المسؤولية الجنائية للمحامى رسالة دكتوراه ، القاهرة ، ٢٠٠٢م ، ص ٥٤ .

كما عرفها القانون المغربي في المادة (١) من القانون الصادر في ٧ إبريل سنة ١٩٧٣م " بأنها مهنة حره تساعد القضاء في تحقيق العدالة ، والمحامون لهذا الاعتبار جزء من أسرة القضاء " (٩١٧) .

ومما سبق نلاحظ أن كل القوانين السابقة اتفقت على أن المحاماة ، مهنة حره ومستقلة تحمي الحقوق والحريات ، وبناء على ما سبق يمكن لنا أن نضع تعريف لمهنة المحاماة وهو " أنها مهنة حره ومستقلة ، يمارسها أشخاص ذو قدرات فكرية وعلمية خاصة ، وتعمل على حماية الحقوق والحريات عن طريق التطبيق الصحيح للقانون والذي يؤدي إلى تحقيق العدالة ، كما أنها تساعد القضاء على تحقيق العدالة إذا تم ممارستها بشرف ونزاهة ودون إخلال بأخلاق ومبادئ المهنة ومبادئ الشرف والأمانة والأداب العامة للمجتمع .

الفرع الثاني

نشأة مهنة المحاماة

إذا كان من حق المتهم أن يدافع عن نفسه بنفسه ، فإنه من الأولى أن يتولى محامي الدفاع عنه في جميع الإجراءات ، حيث أن المحامي يكون أكثر قدره على إدراك وفهم الإجراءات وتقديم الردود اللازمة والمناسبة كما أنه يكون على علم بالقانون ، لأن جميع تلك الجوانب الإجرائية لربما تكون خارج علم وفهم المتهم ، ومن المؤكد أنه سوف يتلعم أو تؤثر عليه هبة السلطة المختصة بالتحقيق ، وقد يختل توازنه ، وقد يحتاج إلى القيام بعده إجراءات لا يستطيع القيام بها إلا عبر المحامي لأنه عالماً بالقانون (٩١٨) .

وقديماً نجد أنه عند السومريين في بلاد ما بين النهرين سنة ١٧٥٠ قبل الميلاد تقبل فكرة مدافع عن المتهم ، وكانت هذه المسألة تلقائية حيث كان معروفاً حينها سريان النظام الإتهامي ، فقد عثر الباحثين عن قضية امرأة سكتت عن الإنشاء بأسماء قتله زوجها ، وتقدم لإتهامها بقتله سبعة من المواطنين ولم تستطع المرأة أن تقدم الحجة على نفي التهمة عن نفسها ، فقام اثنان من المواطنين بالدفاع عنها موضحين بأن زوجها لم يكن يقدم بإعالتهما فبرئت الزوجة (٩١٩) .

وعند الإغريق كان لظهور فكرة الدفاع الفضل الأكبر في ظهور فكرة المحاماة فقد كانت الخطابة والبلاغة من سمات هذا العصر ، حيث وجه المتقاضين أن الخطابة والبلاغة وسد البيان كان يؤثر على القضاة ، فتنبه المتقاضين إلى ضرورة وجود شخص يوكل عن المتهم ينبري في البلاغة والخطابة لما لها من دور في التأثير ، ولا بد أن يكون هذا الشخص على دراية بالقوانين والنظم (٩٢٠) .

وكان الخطباء يتكلمون بحريتهم حتى أو أقتضى الأمر إلى بعض الشتائم والسباب (٩٢١) .

٩١٧) د. إيهاب عادل رمزي ، المسؤولية الجنائية للمحامي ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، ٢٠٠٢م ، ص ٥٧ .

٩١٨) د. عصام ذكريا عبد العزيز ، حقوق الإنسان في الضبط القضائي ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية في القاهرة ، ٢٠١١م ، ص ٣٢٦ .

٩١٩) عبد القادر سالم ، ضمانات المتهم قبل وأثناء المحاكمة ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، ١٩٨١م ، حسن ١٢ وما بعدها .

٩٢٠) حسن محمد علوب ، مرجع سابق ، ص ٢٧ ، وما بعدها .

٩٢١) عبد القادر سالم ، مرجع سابق ، ص ٣٠ وما بعدها .

وانتقلت فكرة الخطابة القضائية من اليونان إلى بلاد الرومان منذ القرن الثاني الميلادي فكان لديهم الخطاب ، وفن الخطابه وقوة التأثير ودراسة القانون ، كما أنهم في الرومان يهتمون بحقوق الإنسان ، وكان من المهم حماية هذه الحقوق ومنها حماية الإنسان من تعسف السلطة عندما يقع في الاتهام وحقه في أن يستعين بوكيل عنه ، وبدأت من هنا فكرة المحاماة وأخذت في التطور ، وُظمت في بلاد الرومان ومنها انتقلت إلى بلدان أخرى^(٩٢٢) .

وفي أوروبا فالمتهم لم يكن يتمتع بأى حقوق ومنها حق الدفاع ، فلم يكن له الحق في أن يستعين بمحام ، وكانت التحقيقات تتم في سرية تامة ، وقد كان للثورة الفرنسية الدور والفضل الأكبر في ترسيخ مبادئ احترام حقوق الإنسان وحق الدفاع وذلك عن طريق الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواطن سنة ١٧٨٩ م فأجازت حق المتهم في الاستعانة بمحام واستصاحبه معه في الإجراءات^(٩٢٣) .

أما في مصر الفرعونية لم تنل الخطابة نصيباً في الدفاع عن المتهم فلم يكن يُسمح بوجود مدافع عن المتهم يشرع وجهة نظره ، وذلك عائداً إلى رفض المصريين القدماء مبدأ المرافعة الشفوية .

حيث كان يُعتقد آنذاك أن الخطابة تُلقى ظلماً كثيفاً على الحق متأثراً ببراعة الخطابة وسحر البيان ، ولذلك فأنهم أعتدوا على أن يكتب المدعي شكواه وأن يرد عليها المتهم عن كل نقطه أثارها المدعي ثم يعرض الأمر على القضاء الذي يصدر حكمه في ما تقدم إليه ، ولذا فإن عامة الناس كانوا يعتمدون على القادرين على الكتابه لكي يكتبون لهم الشكاوى والدفاع^(٩٢٤) .

وكانت الفترة الأولى لظهور المحاماة في مصر في عهد محمد علي حيث ظهر ما يعرف بوكلاء الدعاوي وهي طبقة كانت تحترف التوكيل أمام المحاكم وفي سنة ١٨٨٤ م ظل هؤلاء الوكلاء يمارسون عملهم دون تنظيم قانوني إلى أن وضع سنة ١٩١٢ م صُدر قانون بتنظيم مهنة المحاماة وصار بموجبه نقابة المحامين وأدخلت عليه تعديلات سنة ١٩٣٩ م ، ثم في سنة ١٩٤٤ م ولأئحته الداخلية سنة ١٩٤٦ م ، ثم حل محله القانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ ثم القانون ٦١ لسنة ١٩٦٨ م ، ١٢٥ لسنة ١٩٨٥ م وأخيراً القانون المعمول به حالياً رقم ١٧ لسنة ١٩٧٠ م^(٩٢٥) .

^{٩٢٢} د . هلالى عبد اللاه أحمد ، حقوق الدفاع في مرحلة ما قبل المحاكمة بين النمط المثالي ، والنمط الواقعي ،

دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠ م ، ص ٣٠ .

^{٩٢٣} د . هلالى عبد اللاه أحمد ، المرجع السابق ، ص ٤٤ .

^{٩٢٤} د . هلالى عبد اللاه أحمد ، مرجع سابق ، ص ٤٣ .

^{٩٢٥} حسن محمد علوب ، أستعانه المتهم بمحام في القانون المقارن ، رسالة دكتوراه كلية الحقوق ، جامعة

القاهرة ، ١٩٧٠ م ، ص ٤٣ وما بعدها .

المطلب الثاني

التطور التاريخي لحق المتهم في

الاستعانة بمحام

تمهيد وتقسيم :

إن حق المتهم في الاستعانة بمحام يمتد جذوره إلى أعماق التاريخ البشري ، وهو قديم قدم البشرية ، وفي هذا المطلب سنحاول أن نتعرف على تاريخ هذا الحق عبر العصور المختلفة ، وذلك بتقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع ، حيث نعرض في الفرع الأول حق المتهم في الاستعانة بمحام في الشريعة الإسلامية ، وفي فرع ثانٍ نستعرض حق المتهم في الاستعانة بمحام في المجتمعات القديمة ، ونستعرض حق المتهم في الاستعانة بمحام في الاتفاقيات والمؤتمرات الدولية في فرع ثالث ، وذلك على النحو التالي :

الفرع الأول

حق المتهم في الاستعانة بمحام في الشريعة الإسلامية

أن الشريعة الإسلامية كما هو معروف وواضح تعد الأصل الذي يجب علينا أن نبحث فيه عن حق المتهم في الاستعانة بمحام فهي ينبوعاً فياضاً نستقي منه كل عذب وحلو من العلم والمعلومة ، بحيث نقف عندها على مدى حماية الشريعة الإسلامية لحق المتهم في الاستعانة بمحام ، وأول ما تفيض به شريعتنا الإسلامية السمعاء ما ورد في قوله تعالى { فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمِلْ وَالْيَهُ بِالْعَدْلِ } (٩٢٦) .

فذل ذلك على الاستعانة بالشخص القادر على بيان وإظهار ما عجز الشخص نفسه عن إظهاره (٩٢٧) .

وكذا قوله تعالى { أَوْ مَنْ يُنْشَأُ فِي الْحِلْيَةِ وَهُوَ فِي الْخِصَامِ غَيْرُ مُبِينٍ } (٩٢٨) .

وإذا كانت الشريعة الإسلامية لم تُعرف فيها مهنة المحاماة كنظام إلا إنها عرفت نظام مشابه له يعرف بنظام الوكالة بالخصومة (٩٢٩) ، ولذا فإن الشريعة الإسلامية لم تُقصر حق الدفاع على المتهم وحده ، بل جعلته

(٩٢٦) سورة البقرة الآية (٢٨٢) .

(٩٢٧) حاتم بكار " حماية حق المتهم في محاكمة عادله دراسة تحليلية ، وتأصيليه ، انتقاديه ، مقارنة في ضوء التشريعات الجنائية المصرية ، الليبية ، الفرنسية ، الإنجليزية ، الأمريكية ، والشريعة الإسلامية ، رسالة دكتوراه ، جامعة الاسكندرية ١٩٨٣م مشار إليه في د . سعد حماد القباني ، ضمانات المتهم في الدفاع أمام القضاء الجنائي " دراسة مقارنة " ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٨ م القاهرة ، ص ٤٦٠ .

(٩٢٨) سورة الزخرف الآية (١٨) .

(٩٢٩) د . حسنى الجندي ، أصول الإجراءات الجزائية في الإسلام ، دار النهضة العربية ١٩٩٠ ، القاهرة ، ص ١٧٠ ، ١٧١ .

أيضا حق للمجتمع وواجب عليه ، لكون الشريعة الإسلامية جعلت ذلك من باب نجدة الملهوف وإغاثة المكروب (٩٣٠) .

ولما كان للدفاع أهمية كبرى بوصفه حقا أصيلا للمتهم فقد قامت الأدلة في الشريعة الإسلامية على مشروعيته وذلك من الكتاب والسنة النبوية الشريفة ومن تلك الأدلة :

أولا من الكتاب " القرآن الكريم " :

يقول الله عز وجل { أَوْ مَن يُنثَنَّا فِي الْحُلِيِّ وَهُوَ فِي الْخِصَامِ غَيْرُ مُبِينٍ } (٩٣١) .

فقد ذم الله تعالى في هذه الآية الكريمة عدم القدرة على بيان الحجة وقت الخصام ولما كان مذموما عدم بيان الحجة فإنه يدل على الحرمة ، وبمفهوم المخالفة يكون إنابة الحجة وقت الخصام واجبا طبقا لقاعدة أن ما يدفع المحرم يكون واجبا (٩٣٢) .

ويقول الله تعالى { وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدًّا مِّنْ قَبْلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ وَإِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدًّا مِّنْ دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ فَلَمَّا رَأَى قَمِيصَهُ قُدًّا مِّنْ دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُ مِّنْ كَذِبِكُنَّ إِنَّ كَذِبَكُنَّ عَظِيمٌ } (٩٣٣) .

فالأيات السابقة دلت أن المدعية " زوجة عزيز مصر " اتهمت سيدنا يوسف عليه السلام بالتعدي عليها في حين أنه نفى التهمة عن نفسه حتى جاء من أثبت براءته وقرن هذه الآيات بالحجة والدليل وكان من دافع عنه من خاصة أهلها ، ويقال ابن عمها ، ومع ذلك فقد شهد بالحق وأثبت بدفاعه الحق ونفى التهمة عن سيدنا يوسف عليه السلام ولما ظهرت براءة سيدنا يوسف اضطرت المدعية بأن تعترف بكذب ادعائها حيث قالت { الْآنَ حَصْحَصَ الْحَقُّ أَنَا رَأَوْتُهُ عَنِ نَفْسِهِ وَإِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ } (٩٣٤) ، وهنا يمكننا القول أن حق المتهم في الاستعانة بمحام كان قائما قبل الإسلام وعندما جاء الإسلام أقر بهذا الحق ، حيث كان العرب قبل الإسلام يعتمدون على الأشخاص المقربين الذين يتمتعون بالقدرة على الخطابة ولديهم فصاحة في اللسان ليقوموا بالدفاع نيابة عنهم وكانوا يسمون هذا الشخص " الحجيج " أي قوى الحجة (٩٣٥) .

كما أن الشريعة الإسلامية أقرت بهذا الحق اعتمادا على واقعة حدثت قبل الإسلام ، قصها علينا القرآن الكريم في قوله تعالى على لسان سيدنا موسى عليه السلام { قَالَ رَبِّ إِنِّي قَتَلْتُ مِنْهُمْ نَفْسًا فَأَخَافُ أَنْ يَقْتُلُونِ وَأَخِي هَارُونُ هُوَ أَفْصَحُ مِنِّي لِسَانًا فَأَرْسَلْهُ مَعِيَ رِدْءًا يُصَدِّقُنِي إِنِّي أَخَافُ أَنْ يُكَذِّبُونِ قَالَ سَنَشُدُّ عَضُدَكَ بِأَخِيكَ وَنَجْعَلُ لَكَمَّا سُلْطَانًا فَلَا يَصِلُونَ إِلَيْكُمَا بِآيَاتِنَا أَنْتُمْ وَمَنْ اتَّبَعَكُمَا الْغَالِبُونَ } (٩٣٦) .

٩٣٠ (د . سمر مصطفى منصور ، حقوق المتهم من وجهة الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، كلية دار العلوم ، جامعة القاهرة ، ٢٠٠٧ م ، ص ٣٥٨ .

٩٣١ (سورة الزخرف الآية السابقة .

٩٣٢ (د . سمر مصطفى منصور ، المرجع السابق ، ص ٢٧٥ .

٩٣٣ (سورة يوسف الايات (٢٦ - ٢٧ - ٢٨) .

٩٣٤ (سورة يوسف الآية (٥١) .

٩٣٥ (د . عصام زكريا عبد العزيز ، حقوق الإنسان في الضبط القضائي ، دار النهضة العربية ، ٢٠١١ م ، القاهرة ، الطبعة الثانية ، ص ٣٣١ .

٩٣٦ (سورة القصص الايات (٣٣ - ٣٥) .

فتدل هذه الآيات على أن الإسلام أجاز للإنسان الواقع في موضع تهمة أو شك أن يستعين بشخص آخر أكثر منه فصاحة في الدفاع ورد التهمة عنه .

كما أن الشريعة الإسلامية أجازت الوكالة بصفة عامة ويستدل من ذلك بقوله تعالى { فَأَبْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرُوا أَيُّهَا أَزْكَى طَعَامًا فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ وَلْيَتَلَطَّفْ وَلَا يُشْعِرَنَّ بِكُمْ أَحَدًا } (٩٣٧) .

وكذا في قوله تعالى { فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنْ اللَّهُ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا } (٩٣٨) .

وفكرة الوكالة في الإسلام سواء كانت وكالة بعذر أو بغير عذر كانت جائزة في الدعاوى المدنية ، إلا أن كتب الفقه الإسلامي كانت قاصرة في جوانب جواز الوكالة في الدعاوى الجزائية ، إلا أن بعض الفقه رأى أنه يجوز أن يوكل المتهم غيره في الدعوى الجنائية وأعتد بذلك على واقعة حصلت في عهد رسول الله (ص) وهي واقعة اتهام أحد ، بارتكاب جريمة الزنا مع زوجة مخدومة فوكل رجلاً بقيهاً حسن اللسان والنطق لكي يشرح لرسول الله دفاعه وتفاصيل الواقعة ، فلو أن الوكالة غير جائزة لما قبل بها الرسول (ص) وهو في معرض الفصل في الحد من حدود الله (٩٣٩) .

وقد فرق بعض الفقهاء في حق المتهم في الاستعانة بمحام في مرحلة ما قبل المحاكمة وحقه في الاستعانة بمحام في مرحلة المحاكمة ، حيث أن الشريعة الإسلامية ظلت دائماً وأبداً تحرص على تحقيق العدالة بين المتخاصمين لذلك فقد أقرت بحق المتهم بأن يدافع عن نفسه أمام القضاء وهو حق أصيل لا يُصادر بأي أمر وتحت أي وجه لان لكل صاحب حق مقالاً (٩٤٠) .

والأساس في حق المتهم في سماع أقواله ودفاعه قبل الحكم عليه هو قول الرسول (ص) لعلي بن أبي طالب عندما أرسله قاضياً إلى اليمن يحكم بين أهلها ، فقال له علي بن أبي طالب أي صغير السن على ذلك فقال له الرسول إذا جلس بين يدك خصمان فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول فإنه أحرى أن يبين لك القضاء ، قال ما زلت قاضياً أو ما شككت في قضاء بعد (٩٤١) .

فالمعروف أن المتهم الغائب مهما قدمت ضده من أدلة ، فإنه عند حضوره يقدم ما يدحض هذه الأدلة ، كما روى عن الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه جاء إليه رجل يشتكى وقد فقأت إحدى عينيه ، فقال له عمر أذهب وأحضر خصمك فقال له الرجل أنه فقأ لي عيني أما بك من غضب فقال له عمر فربما قد فقأت له عينيه الاثنتين ، وعندما أحضر الرجل خصمه كانت عيناه الاثنتين قد فقأتا ، فقال سيدنا عمر إذا سمعت حجة الآخر بان القضاء ، وقالوا ولا يعلم لعمر من ذلك مخالف من الصحابة .

(٩٣٧) سورة الكهف الآية (١٩) .

(٩٣٨) سورة النساء الآية (٣٥) .

(٩٣٩) د . سعد حماد صالح القبائلي ، حق المتهم في الاستعانة بمحام ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥م ، الطبعة الأولى ، ص ٩٥ .

(٩٤٠) صالح اللحيدان ، حال المتهم في مجلس القضاء ، الطبعة الثانية ، مطابع الطوبجي التجارية ١٩٨٥م ، ص ٢٤ ، مشار إليه في د . سعد حماد صالح القبائلي ، المرجع السابق ، ص ٩٥ .

(٩٤١) أبو داود سليمان بن الأشعث ، سنن أبي داود ، الجزء الثالث ، دار الحديث ، القاهرة ، ١٩٨٨م ، ص ٢٩٩ - ٣٠٠ ، مشار إليه في د . سعد حماد صالح القبائلي ، المرجع السابق ، ص ٩٦ .

وكذلك ما روى عن الخليفة عمر بن عبد العزيز قال لقمان : إذا جاء رجل وقد سقطت كلتا عيناه فلا تحكم له إلا عندما يحضر خصمه (٩٤٢) .

ومما سبق يمكن القول بأنه يحق للمتهم أن يدافع عن نفسه أو يستعين بمن هو أقدر منه على ذلك ، وعلى الرغم من أن الشريعة الإسلامية لم تمنع صراحة أو تبيح صراحة حق الاستعانة المتهم بمحام إلا أن روح الشريعة ومبادئها السامية السمحاء العامة لا تمنع أن يستعين المتهم بمن يدافع عنه في تهمة هو غير قادر علماً وفصاحة لسان أو لحناً أن يدفعها عن نفسه ، بل أن الشريعة تحث على إغاثة الملهوف ، وليس هناك ملهوف بقدر شخص ربما يفقد حياته بسبب تهمة غير قادر على ردها عن نفسه فالأولى به أن يستعين بشخص أقدر منه علماً ولحناً في أن يدافع عنه (٩٤٣) .

ثانياً : من السنة النبوية الشريفة :

ولما كان في القرآن الكريم ما يكد على حق المتهم في الاستعانة بمحام كانت السنة النبوية الشريفة فيها أيضاً ما يؤكد هذا الحق ومن ذلك :

ما روى عن أم سلمة قالت : قال رسول الله (ص) " إنما أنا بشر مثلكم وأنكم تختصمون إلى فلفل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضى له على نحو ما أسمع منه ، فمن قضيت له بشي من حق أخيه فلا يأخذ منه شيئاً فإنما أقطع له قطعة من النار " (٩٤٤) .

فهذا الحديث النبوي الشريف يدل على حق الإنسان في أن يستعين بمن يدافع عنه فيما ينسب إليه ، إذ إنه غير قادر على الدفاع عن نفسه نتيجة لرهبة القضاء أو لعدم معرفته بإحكام التقاضي أو لاي سبب آخر يمنع بينه وبين ممارسة هذا الحق بنفسه خاصة إذا كان خصمه ألحن منه حجة وأقوى بياناً وأفصح لساناً وأكثر تمرساً ودراية وخبره في مجال التقاضي ، وهذا الحق يمنع دون وقوع القاضي في خطأ بالاعتقاد في الباطل حقاً ، كما أنه يساعد في الكشف عن الحقيقة (٩٤٥) .

وقال رسول الله (ص) " من أعان على خصومة بظلم (أو يعين على ظلم) لم يزل في سخط الله حتى ينزع أي حتى يترك ذلك بالتوبة) " (٩٤٦) .

وقال رسول الله (ص) " من حالت شفاعته دون حد من حدود الله فقد ضاد الله ، ومن خصم في باطل وهو يعلمه لم يزل في سخط الله حتى ينزع عنه ، ومن قال في مؤمن ما ليس فيه أسكنه الله ردغة الخبال حتى يخرج مما قال " (٩٤٧) ومعنى ردغة الخبال هو عصارة أهل النار " (٩٤٨) .

٩٤٢) د . سعد حماد صالح القبائلي ، حق المتهم في الاستعانة بمحام ، المرجع السابق ، ص ٩٦ .

٩٤٣) د . سعد حماد صالح القبائلي ، المرجع السابق ، ص ٩٦ .

٩٤٤) د . سعد حماد صالح القبائلي ، ضمانات حق المتهم في الدفاع أمام القضاء الجنائي دراسة مقارنة ، دار النهضة ، القاهرة ، ١٩٩٨م الطبعة الأولى ، ص ٤٦١ .

٩٤٥) المستشار الدكتور مجدي صالح يوسف الجارحي ، ضمانات المتهم أمام المحاكم الاستئنافية ، مرجع سابق ، ص ٨٣٨ .

٩٤٦) أبو عبد الله بن يزيد بن ماجه " سنن أبين ماجه " الجزء الثاني ، ص ٧٧٨ .

٩٤٧) أبو داود بن الأشعث ، " سنن أبو داود " الجزء الثالث ، ص ٣٠٤ .

وإلى جانب الأسانيد التي جاءت في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة كانت هناك أيضاً تطبيقات عملية لأحكام الشريعة الإسلامية تؤكد حق المتهم في الاستعانة بمحام في الشريعة الإسلامية ومنها: ما روى عن عبد الله بن جعفر أنه قال:

" كان على بن أبي طالب يكره الخصومة وكان إذا كانت له خصومه وغل فيها عقيل بن أبي طالب فلما كبر وكلني " (٩٤٩) .

ما روى من أنه كان بين حسان بن ثابت وبين بعض الناس منازعة عند عثمان بن عفان ، فقضى عثمان على حسان ، فجاء حسان إلى عبد الله بن عباس وشكا إليه ذلك ، فقال له عبد الله بن عباس : الحق حقا ولكن أخطأت حجتك أنطلق معي فخرج به حتى دخلا على عثمان فأحتج له عباس وتدافع عنه فتبين لعثمان الحق فقضى به لحسان بن ثابت ، وما حكاه محمد بن حارث الخشني في كتابه قضاة قرطبة وعلماء أفريقية من أن رجلين اختصما إلى القاضي أحمد بن بقي ، فنظر إلى أحدهما يحسن ما يقول والآخر لا يدرى ما يقوم ولعله توسم فيه ملازمة الحق فقال : يا هذا لو قدمت من يتكلم عنك ، فأنى أرى صاحبك يدرى ما يتكلم ، فقال له : أعزك الله ، إنما هو الحق أقوله ، فقال : ما أكثر من قتله قول الحق (٩٥٠) .

الفرع الثاني

حق المتهم في الاستعانة بمحام في المجتمعات القديمة

كما سبق وأن ذكرنا بأن حق المتهم في الاستعانة بمحام ليست فكرة حديثة ولكنها فكرة تضرب بجذورها في أعماق التاريخ إذ إن تاريخها قديم قدم العدالة ، ونحن هنا في بحثنا هذا سوف نستعرض هذا الحق في المجتمعات القديمة وذلك على النحو الآتي :

أولا : حق المتهم في الاستعانة بمحام لدى الفراعنة والإغريق :

لم يكن بمقدور المتهم عند الفراعنة أن يستعين بمدافع أثناء سير جلسة المحاكمة ، لأن المحاكمات الفرعونية كانت لا تعترف بضرورة وجود مدافعين عن المتهم يترافعون شفويا أمام هيئة المحكمة لشرح وجهة نظره ، ويرجع ذلك إلى إن المصريين القدماء كانوا يرفضوا مبدأ المرافعات الشفهية ، معتقدين بأن الخطبة وسحر البيان تلقى ضللا كثيفا على الحقيقة ، وتدفع إلى التفاوض عن قوة الحق وصرامة القانون ، وبالتالي رأى المصريون بأن الاعتماد على المذكرات المكتوبة يجعل المحاكمة دقيقة وصادقة (٩٥١) .

ورغم اعتماد المصريون القدماء على المذكرات المكتوبة بدلاً من المرافعات الشفهية ، إلا أنه نظراً لأن كثيراً من الناس كانوا لا يعرفون الكتابة أيضاً لا يعرفون القانون ، فلذلك كان يلجأ هؤلاء إلى أشخاص

٩٤٨ د . سعد حماد صالح القبائلي ، ضمانات حق المتهم في الدفاع أمام القضاء الجنائي ، مرجع سابق ، ص ٤٦١ .

٩٤٩ (المستشار الدكتور مجدي صالح يوسف الجارحي ، ضمانات المتهم أمام المحاكم الاستئنافية ، المرجع السابق ، ص ٨٣٨ .

٩٥٠ (حسن محمد علوب ، استعانة المتهم بمحام في القانون المقارن ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ١٩٧٠م ، ص ٢٥ .

٩٥١ (حسن محمد علوب ، استعانة المتهم بمحام في القانون المقارن ، رسالة دكتوراه ، مرجع سابق ، ص ٢٥ .

تتوافر فيهم تلك المزايا لكي يعدّوا لهم دفاعهم كتابةً ومن هنا ظهرت فكرة حق الاستعانة بمحام ، ولكنها كانت فكرة غير واضحة نظراً لعدم أحقية هذا المدافع في حضور جلسة المحاكمة والترافع شفهيّاً (٩٥٢) .

أما في القانون الإغريقي فقد ظهرت إرهابات حق المتهم في الاستعانة بمحام كنتيجة لسيادة الاعتقاد لدى المتقاضيين بأن المحلفين يتأثرون ببلاغة الألفاظ التي يكتبها ويلقيها الخطباء على هيئة المحكمة فاتجهوا إلى الاستعانة بخطيب بارع أو رجل على دراية كافية بالقانون لكي يتولى مهمة الدفاع عن المتهم أمام المحكمة ، أو يتولى كتابة المذكرة التي يلقيها المتهم بنفسه (٩٥٣) ، ومن خلال هؤلاء المدافعين نشأت فكرة الاستعانة بمحام ونشأ تبعاً لها نظام المحاماة وتطور فن الخطابة القضائية (٩٥٤) .

ثانياً : عند الرومان القدماء .

تأثر القانون الروماني بنظام الخطابة القضائية التي أبتدعها خطباء اليونان إذ أصبح لديهم متخصصون في الخطابة القضائية منذ القرن الثاني الميلادي وكان الخطيب أو المدافع يتجه إلى تطوير نشاطه من خلال دراسة القانون ، التي أصبحت بعد ذلك شرطاً ضرورياً للعمل بمهنة المحاماة (٩٥٥) . ورغم اندثار القانون الروماني بعد الغزو الجرمانى ، إلا أنه عاد من جديد في القرن الحادي عشر لكي يمارس تأثيره على النظم الأوروبية وخاصة النظام الفرنسي (٩٥٦) .

ثالثاً : فى القانون الفرنسى القديم .

كان القانون الفرنسى القديم يعتمد على النظام الاتهامى في المحاكمات الجنائية حتى القرن الثالث عشر ، حيث كان حق المتهم في أن يستعين بمحام يحاط ويمتاز بالاحترام اللازم وذلك حتى في الجرائم الخطيرة وكان هذا دليلاً على أن هذا الحق كان مطلقاً (٩٥٧) ، وبعد أن زال النظام الاتهامى وحل محله النظام التتقيبي ، تطورت فكرة الاستعانة بمحام ، وترجم هذا التطور في المادة ١٦٢ من مرسوم ١٥٣٩م والذي منع بدعوى فعالية الردع ومساعدة المدافع طيلة مراحل الدعوى الجنائية وفي نفس الوقت أدخل فضلاً عن ذلك سرية التحقيق تجاه الجمهور وتجاه المتهم نفسه ، ومرسوم سنة ١٦٧٠م خفف من حدة الوضع ، إذ سمح بالاستعانة بمحام في حالتين : الأولى عندما تكون الدعوى متعلقة بجريمة تتسم بالتعقيد كجريمة الاختلاس ، والثانية بعد استجواب المتهم حيث يجوز لقاضي التحقيق أن يسمح للمتهم أن يتصل بمن يريد .

ولقد أثار هذا الوضع حفيظة الفقهاء حيث نددوا بالصرامة المطلقة التي يتسم بها هذا القانون معلنين أن الدفاع لم يعد معتبراً كنوع من التسامح الممنوح للمتهم ولكن كأمتياز عادل وضروري لمواطن أقل تعلمًا

(٩٥٢) علاء محمد الصاوي ، حق المتهم في محاكمة عادلة ، دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ٢٠٠١م ، ص ٦٩٤ وما بعدها .

(٩٥٣) د . حسن محمد علوب ، استعانة المتهم بمحام في القانون المقارن ، المرجع السابق ، ص ٢٦ وما بعدها .

(٩٥٤) د . هلالى عبد اللاه أحمد ، حقوق الدفاع في مرحلة ما قبل المحاكمة بين النمط المثالي والنمط الواقعي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٥ ، ص ٤٤ .

(٩٥٥) د . حسن محمد علوب ، مرجع سابق ، ص ٢٩ وما بعدها .

(٩٥٦) د . هلالى عبد اللاه أحمد ، المرجع السابق نفس الصفحة .

٩٥٧) JOUSE (D) Traite de la justice crminille en France, Paris ١٧٧١ T.II . p . ٣ ets

cite par BAKAS (ch) opcll p . ٣٥٢K

ودراية بالقوانين والإجراءات وضعيف لان الخوف يملكه نتيجة الاتهام وبالتالي لن يستطيع أن يدافع عن نفسه بفعاليه .

رابعاً : المحاماة عند اليونانيين .

النظام القانوني عند اليونانيين بعد الإصلاح القضائي كان يقوم على المحلفين في محاكم تعقد في الهواء فسميت لذلك بـ (الهيليه) نسبة إلى هيلوبوليس اله الشمس عند اليونان ، وكانت هيئة المحكمة تتكون في القضايا الصغرى من حوالي ٣٠ محلفاً وفي الحالات العادية من ٣٠٠ محلف وفي القضايا الكبرى من حوالي ١٢٠٠ محلفاً يختارون من سجل يضم جميع المواطنين اليونانيين الذين يُسجلون في خمس قوائم ، أما المرافعات أمام هذه المحكمة فقد كان يقوم بها الخصوم بأنفسهم ، ولكن عندما تعقدت الإجراءات وتبين للخصوم تأثر المحلفين بالبلاغة في مخاطبتهم ، أخذ الخصوم يستعينون بالخطباء فنشأت المحاماة لذلك بالخطباء ولهذا كانوا يُسمون بالخطباء ، ولم يُسموا المحامين أو رجال القانون ، وأول من أدخل الخطابة أمام القضاء هو بركليس أحد خطباء أثينا وقد استعانت محاكم المحلفين كذلك بهؤلاء الخطباء لشرح القانون لأعضائها الذين لم تكن لهم خبرة قانونية واقتصرت مهمة الخطباء في الخطابة ومحاولة التأثير على المحلفين بأية وسيلة : منها ما حدث في محكمة "فرين" وهي امرأة مشهورة بالفساد الأخلاقي وتولى الدفاع عنها (هيراديز) الذي كان تلميذاً لديموستين ، فعندما أحس أن قراراً بالإدانة على وشك الصدور مزق ثوب صدرها وعرى نهديها وفي توسل عاطفي طلب من المحلفين أن تأخذهم الرحمة بكاهنة الآلهة أفروديت ، فصدر حكم ببراءة المرأة ، وأن كان قد صدر قانون بعد ذلك يمنع وضع المتهم أمام أنظار المحلفين في المحكمة (٩٥٨) .

الفرع الثالث

حق المتهم في الاستعانة بمحام في الاتفاقيات

والمؤتمرات الدولية

يعتبر حق المتهم في الاستعانة بمحام ذا أهمية كبيرة ، كما يعتبر جزء من حق الدفاع ، وقد وضعته العديد من الاتفاقيات والمؤتمرات الدولية تحت نظر اهتمامها وتركيزها بل ونصت عليه موثيقها ومخرجاتها أيضاً .

ويجب الإشارة هنا إلى أن الثورة الفرنسية كان لها الفضل الكبير في احترام حقوق الإنسان ومنها حق الدفاع وذلك بالإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواطن في عام ١٧٨٩م فأجازت حق المتهم في الاستعانة بمحام واستصحابه معه في الإجراءات (٩٥٩) .

كما وأن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في ١٠ ديسمبر ١٩٤٨م قد نص في المادة (١١) على أن " كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئاً إلى أن يثبت ارتكابه لها قانوناً في محاكمة علنية تكون قد وفرت له فيها جميع الضمانات اللازمة للدفاع عن نفسه (٩٦٠) ، والواضح من عبارة الضمانات الضرورية أنها

(٩٥٨) وهبي أحمد دهب ، المحاماة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، رسالة ماجستير ، جامعة القاهرة ، ١٩٨٦م ، ص ٢٣ ، ٢٤ .

(٩٥٩) د . عصام زكريا عبد العزيز ، مرجع سابق ، ص ٣٢٩ .

(٩٦٠) د . محمد شريف بسيوني ، الوثائق الدولية المعنية بحقوق الإنسان ، المجلد الأول الوثائق العالمية ، دار الشروق القاهرة ، ٢٠٠٣م ، الطبعة الأولى ، ص ٢٩ .

تتضمن ضمانات حق الاستعانة بمحام باعتبار أن هذا الحق حق أصيل للمتهم بل يعتبر الضمانة الأساسية لممارسة العدالة وهو من أهم الضمانات للمتهم للدفاع عن نفسه (٩٦١) ونصت المادة (١٤) الفقرة (٣) البند (ب) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية النافذ في ٢٣ مارس ١٩٧٦م على أن " لكل متهم بجريمة أن يتمتع أثناء النظر في قضيته وعلى قدم المساواة التامة بالضمانات الدنيا التالية : " ب - أن يعطى من الوقت ومن التسهيلات ما يكفيه لإعداد دفاعه وللاتصال بمحام يختاره بنفسه " ، كما نصت الفقرة " د " على أن " يحاكم حضوريا وأن يدافع عن نفسه بشخصه أو بواسطة محام من اختياره وأن يخطر بحقه في وجود من يدافع عنه إذا لم يكن له من يدافع عنه وأن تزوده المحكمة حكماً ، كلما كانت مصلحة العدالة تقتضى ذلك بمحام يدافع عنه ، دون تحميله أجراً على ذلك إذا كان لا يملك الوسائل الكافية لدفع هذا الأجر (٩٦٢) .

وفي الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان المنعقدة في روما في ٤ نوفمبر ١٩٥٠م يظهر هذا الحق في المادة السادسة الفقرة (٣) البند (ج) ، حيث نصت على أن " لكل شخص يتهم في جريمة الحقوق الآتية كحد أدنى : تقديم دفاعه بنفسه أو بمساعدة محام يختاره هو ، وإذا لم تكن لديه إمكانيات كافية لدفع تكاليف هذه المساعدة القانونية يجب توفيرها له مجاناً كلما تطلبت العدالة ذلك (٩٦٣) .

كما أوصى المؤتمر الدولي السادس لقانون العقوبات المنعقد في روما عام ١٩٥٣م بضرورة تعيين مدافع عن المتهم قبل أن يُسأل عن شخصيته وقبل أن يدلى بأية أقوال ، وإبلاغه في حقه بعدم الإجابة إلا بعد حضور مدافع عنه (٩٦٤) .

كذلك أوصى المؤتمر الدولي لرجال القانون المنعقد في أثينا عام ١٩٥٠م بأنه " يجب أن تُكفل للمتهم الضمانات لدفاعه وأن يدافع عن نفسه أو يستعين بمدافع يختاره ، وإذا عجز عن دفع أتعاب المدافع فتعين له الدولة مدافعاً " ، وكذا أقر المؤتمر الدولي المنعقد بمدينة شيكاغو سنة ١٩٦٠م حق حضور الدفاع أمام سلطات التحقيق والقضاء ولم يقره أمام الشرطة ، كما أوصت الحلقة الدراسية المنعقدة في فيينا عام ١٩٦٠م بأنه " المشتبه فيه أو المتهم يجب أن يكون له كامل الحرية في اختيار مدافع عنه " ، وكذلك أوصت لجنة الخبراء المنعقدة في القاهرة في الفترة من (١٦ - ٢١) ديسمبر ١٩٨٩م بأن " من حق المتهم عند استجوابه ألا يجيب إلا بحضور محاميه ، مع عدم جواز الفصل بين المتهم ومحاميه لأي سبب من الأسباب وفي أي مرحلة من مراحل الخصومة ، وإن لم يكن للمتهم محام وجب تعيين محام له في الجنايات والجنح التي يجب فيها الحكم بالحبس ، وفي الأحوال التي يكون فيها المتهم عاجزاً عن الدفاع عن نفسه وذلك على حساب الخزنة العامة " (٩٦٥) .

كما قرار الاتحاد الدولي للمحامين أثناء المؤتمر الثامن والثلاثين المنعقد في مراكش (المغرب) في ١١/١١/١٩٩٤م في مادته الأولى أنه " واجب كل محام بكل منظمة مهنية حسب المبادئ وسلوك المهنة ، تتحصر في توفير حق الدفاع لكل فرد بكل استقلالية والوصول إلى العدالة بدون تحيز " ، وجاء في

٩٦١) د . أحمد فتحي أبو العينين ، حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية ، مرحلة ما قبل المحاكمة ، رسالة دكتوراه ، جامعة المنصورة ، ص ١٧٢ .

٩٦٢) محمود شريف بسيوني ، المرجع السابق ، ص ٨٤ .

٩٦٣) د . محمود راجح حمود نجاد ، حقوق الإنسان في مرحلة جمع الاستدلال بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ، رسالة دكتوراه ، القاهرة ، ١٩٩٢م ، ص ٣٧٦ .

٩٦٤) د . محمود محمود مصطفى ، شرح قانون الإجراءات ، طبعة ١٩٧٦م ، ص ٢٩٧ .

٩٦٥) د . سعد حمود صالح القباني ، حق المتهم في الاستعانة بمحام ، مرجع سابق ، ص ١١ .

التوصية السادسة للمؤتمر الدولي الثاني عشر لقانون العقوبات الذي أنعقد في هامبورج في ١٦ - ٢٢ سبتمبر ١٩٧٩م بضرورة إبلاغ المشتبه فيه بحقه خلال جميع مراحل الإجراءات الجنائية في الاستعانة بمدافع عنه يختاره هو بمحض إرادته وإذا عجز نتيجة لظروف خاصة عن تعيين مدافع عنه وجب على السلطة القضائية تعيين مدافع خاص في الحالات الخطيرة ، كما يجب السماح للمدافع عن المتهم بالحضور في كافة المراحل الهامة في الإجراءات الجنائية (٩٦٦) .

كما أن الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان أكدت على حق المتهم في الاستعانة بمحام ، حيث أقرت تلك الاتفاقية حق المتهم في الدفاع عن نفسه شخصياً أو بواسطة محام يختاره بنفسه وحقه في الاتصال بمحاميه بحريه ويسر وكذا حقه غير القابل للتحويل في الاستعانة بمحام توفره له الدولة مقابل أجر أو بدون أجر حسبما ينص عليه القانون المحلي إذا لم يدافع المتهم عن نفسه شخصياً أو لم يستخدم محاميه الخاص ضمن المهلة التي يحددها القانون ، كما أن منظمة الوحدة الأفريقية وإيماناً من الدول الأعضاء فيها بمهمة النهوض بحقوق وحرىات الإنسان والشعوب وحمائتها ، قرر الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان جملة من الحقوق من بينها حق المتهم في الدفاع بما في ذلك الحق في اختيار مدافع عنه (٩٦٧) .

المبحث الثاني

حق المتهم في الاستعانة بمحام في مرحلة جمع الاستدلالات

تمهيد

بما أن مرحلة جمع الاستدلالات هي أخطر مراحل الدعوى الجزائية وقد أثبتت الإحصائيات القضائية في أغلب الدول أن أكثر القضايا التي تعرض على المحاكم ، وبالذات البسيطة منها ، لا يحتوى ملف الدعوى إلا على محضر جمع الاستدلالات لتقديم المتهم إلى المحكمة ، ويعتبر محضر جمع الاستدلالات كبير الأثر في الإجراءات الجنائية التي تليه خلال التحقيق والمحاكمة ، إذ أن هذا المحضر المتعلق بالواقعة يظل تأثيره ساري على من يقوم بالتحقيق لاحقاً وكذا على القاضي الذي سوف يحكم في الدعوى (٩٦٨) .

فإذا كان من حق المتهم أن يدافع عن نفسه بنفسه ، فمن باب أولى أن يندب عنه مدافع في جميع إجراءات الدعوى الجزائية يكون ملماً وعلى دراية بالإجراءات وقادراً على الردود المناسبة وعلى علم بالقانون ، لان تلك الأمور قد تكون بعيدة عن المتهم بل هي كذلك ، مما قد يؤدي إلى أن يتلغم المتهم وتهاله هيئة السلطة وقد يختل توازن أفكاره ويخطأ في كلامه ، ومن أجل ذلك فهو بحاجة إلى شخص على دراية بالقانون يقوم بدلاً عنه بالإجراءات المطلوبة بكل ثقة ودراية ، ومن ذلك يكون له حق في أن يستعين بمحام ، ولكن اختلفت الآراء وكذا مواقف التشريعات تجاه حق المتهم في أن يستعين بمحام في أثناء مرحلة جمع الاستدلالات بين

٩٦٦ (د ناصر عبد الله حسن ، حقوق المتهم في مرحلة جمع الاستدلالات ، دراسة مقارنة بالتطبيق على التشريعين الإماراتي والمصري ، ٢٠٠١م ، ص ٢٥٢ .

٩٦٧ (د . أحمد فتحي أبو العينين ، مرجع سابق ، ص ١٧٤ .

٩٦٨ (د . سعد حماد صالح القبائلي ، حق المتهم في الاستعانة بمحام " دراسة مقارنة ، مرجع سابق ، ص ١٥ وما بعدها .

رأى مؤيد وآخر معارض ، وتشريع يؤكد على هذا الحق وآخر يعارض ويمنع هذا الحق ، وتشريع ثالث يصمت عن ذلك (٩٦٩) .

وبناء على ذلك فأنا في هذا المبحث سوف نبين هذه الآراء والمواقف المختلفة تجاه هذا الحق في مطالبين ، ففي المطلب الأول نبين موقف التشريعات المقارنة من حق المتهم في الاستعانة بمحامٍ في مرحلة جمع الاستدلالات أما المطلب الثاني فنبحث فيه موقف الفقه من حق المتهم في الاستعانة بمحامٍ في مرحلة جمع الاستدلالات وذلك على النحو الآتي :

المطلب الأول

موقف التشريعات المقارنة من حق المتهم

في الاستعانة بمحامٍ في مرحلة جمع الاستدلالات

تمهيد وتقسيم :

اختلفت التشريعات المقارنة في موقفها من حق المتهم في الاستعانة بمحامٍ في مرحلة جمع الاستدلالات ، وذلك لان مرحلة جمع استدلالات تتصف بالسرعة التي معها لا تمكن المتهم من أن يدافع عن نفسه وممارسة حقه في أن يستعين بمحامٍ ، وهذا بطبيعة الحال سيجعل دفاع المتهم أثناء مرحلة المحاكمة متأخرا ولا يكسب ثقة المحكمة الكامل ويرى البعض أن مرحلة جمع الاستدلالات لا تمس حرية الأفراد ، وذلك أنها مقتصرة على جمع معلومات حول الجريمة وفعالها ، إلا أن التطبيق العملي لهذه المرحلة فإنها تنطوي غالباً على الانتقاص من حرية الأفراد الشخصية وخاصة في مباشرة سلطة الاستدلال الاستثنائية أي " حالة التلبس " إذا أن مباشرة إجراءات الاستيقاف والتحفظ والقبض والتفتيش تنطوي جميعها بالتأكيد على مساس بالحرية الشخصية للأفراد التي كفلتها الدساتير (٩٧٠) .

وبالرغم من هذه الأهمية الكبيرة لحق المتهم في أن يستعين بمحامٍ إلا أن التشريعات لم تتفق بشأنه فيما يتعلق بمرحلة جمع الاستدلالات ، وهذا ما سوف نوضحه في هذا المبحث وذلك في أربعة فروع ، حيث نبين في الفرع الأول التشريعات التي لا تقر بهذا الحق وفي الفرع الثاني نعرض التشريعات التي التزمت الصمت بشأن هذا الحق ونبين التشريعات التي نصت صراحة على عدم أحقية المتهم في الاستعانة بمحامٍ في هذه المرحلة في فرع ثالث ، أما في الفرع الرابع سوف نبحث في التشريعات التي أقرت بهذا الحق وذلك على النحو الآتي :

الفرع الأول

التشريعات التي لا تقر هذا الحق

٩٦٩ (أنظر د . عصام زكريا عبد العزيز ، حقوق الإنسان في الضبط القضائي ، مرجع سابق ، ص ٣٣٣ وما بعدها .

٩٧٠ (د . سعد حماد صالح القبائلي ، حق المتهم في الاستعانة بمحامٍ دراسة مقارنة ، مرجع سابق ، ص ١٦ .

على الرغم من أهمية وحساسية مرحلة الاستدلالات إلا أنه بعض التشريعات لا تقر حق المتهم في أن يستعين بمحام في هذه المرحلة وسوف نبين في هذا المطلب المقصود بمرحلة جمع الاستدلالات و ثم التشريعات التي لا تقر الحق وذلك من خلال الآتي :

أولا : المقصود بمرحلة جمع الاستدلالات .

ثانيا : التشريعات التي لا تقر بحق المتهم في أن يستعين بمحام في مرحلة جمع الاستدلالات وذلك كما يلي .

أولا : المقصود بمرحلة جمع الاستدلالات

يقصد بمرحلة جمع الاستدلالات تلك المرحلة التي يقوم بها مأموري الضبط القضائي بإجراءات الاستدلال ، علماً بأنه لا تثبت صفة المتهم على الشخص المشتبه فيه والتي تباشر بشأنه إجراءات جمع الاستدلالات .

وقد عرفت بأنها مجموعة من الإجراءات الأولية التمهيدية التي تباشر خارج إطار الدعوى العمومية وقبل البدء فيها بقصد التثبت من وقوع الجريمة والبحث والتحري عن مرتكبها وجمع الدلائل والقرائن والعناصر اللازمة للتحقيق فيها بمعرفة سلطة التحقيق المختصة (٩٧١) .

ومرحلة جمع الاستدلالات وإن كانت مرحلة تمهيدية للدعوى الجنائية إلا إنها لازمه لها فهي التي تمهد لها ، وتنص المادة (٢١) من قانون الإجراءات الجنائية المصري على أن " يقوم مأمور الضبط القضائي بالبحث عن الجرائم ومرتكبيها وجمع الاستدلالات التي تلزم للتحقيق في الدعوى " ويتضح من هذا النص أن مرحلة جمع الاستدلالات وإن كانت مرحلة تمهيدية للدعوى الجنائية إلا إنها لازمة لها فهي التي تمهد للتحقيق الدعوى بعد ذلك سواء أكان تحقيقاً ابتدائياً أو تحقيقاً نهائياً عن طريق المحكمة إذ قد ترفع الدعوى مباشرة في الجرح والمخالفات إلى المحكمة المختصة بناء على محضر جمع الاستدلالات مادة (١٦٠ مكرر) من قانون الإجراءات الجنائية المصري (٩٧٢) .

وعرفت كذلك بأنها تلك المرحلة التي تسبق مرحلة التحقيق الابتدائي ، أي المرحلة السابقة على تحريك الدعوى العمومية ، فهي تعد بمثابة فاتحة للإجراءات الجنائية وممهدة للدعوى الجنائية (٩٧٣) .

كما يعرف الاستدلال بأنه تلك الصلاحية التي منحها القانون لشخص معين لممارسة أعمال من شأنها الكشف عن الجريمة وجمع الأدلة المحيطة بها ونسبتها إلى الفاعل تمهيداً لمباشرة التحقيق الابتدائي (٩٧٤) .

(٩٧١) المستشار مجدي صالح يوسف الجارحي ، مرجع سابق ، ص ٣٠٢ .

(٩٧٢) أستذنا الدكتور . عمر محمد سالم ، الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص ١٠٤ - ١٠٥ .

(٩٧٣) د . محمد عيد الغريب ، النظام العام الإجرائي ومدى الحماية التي يكفلها له القانون الجنائي ، مشار إليه في عواد عون عوض الرشيدى ، ضمانان وحقوق المتهم في مرحلة جمع الاستدلالات في القانونين المصري والكويتي ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ٢٠١٠م ، ص ٤٩ .

(٩٧٤) عبد الستار الكبيسي ، ضمانات المتهم قبل وأثناء المحاكمة ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ١٩٨١م ، ص ٢٥١ .

وتتسم مرحلة جمع الاستدلالات بأنها ذات طابع غير قسري ، إذ إنها لا تتضمن اعتداء على الحرية الشخصية أو حرمة المسكن بل تنحصر سلطة مأمور الضبط القضائي فيها على استدعاء المشتبه فيه لسماع أقواله إذا حضر بمحض إرادته ولا يحق للشرطة إجباره على الحضور إذا تخلف عنه ، لأن ذلك من اختصاص النيابة العامة بوصفها سلطة التحقيق التي تأمر بضبطه وإحضاره بالإكراه^(٩٧٥) .

ولذا تعتبر مرحلة جمع الاستدلالات مرحلة أولية هدفها التحقق من فاعل الجريمة وجمع المعلومات اللازمة للتحقيق .

إن جمع الاستدلالات : هو تعبير عن مرحلة تجهيز الدعوى الجنائية التي تتولاها النيابة العامة ككل صاحب دعوى يجهز أدلة دعواه ، وتقوم النيابة العامة بهذه المهمة بمساعدة أعوان يعطيهم القانون مع أعضاء النيابة صفة " مأموري الضبط القضائي " ولهم كما للنيابة العامة سلطات في التحري عن الجرائم وضبطها وضبط فاعليها واتخاذ الإجراءات اللازمة لجمع الأدلة والتحقق عليها ، وهذه السلطات تختلف باختلاف ظروف الجريمة من حيث كونها في حالة تلبس أو كونها على درجة معينة من الجسامة وغير ذلك ، وتشمل هذه السلطات إمكانية القبض على المتهم وتفتيشه ودخول المنازل في بعض الأحوال .

كما عرف الاستدلال بأنه المرحلة السابقة على نشؤ الخصومة الجنائية بتحريك الدعوى الجنائية ويعتمد على جمع المعلومات حول الجريمة ومرتكبها ، ويقوم بهذه المهمة موظفون عموميون يدعون بمأموري الضبط القضائي ، وتأخذ هذه المرحلة في مجال الإجراءات الجزائية أهمية مزدوجة .

الأولى : مساعدة النيابة العامة في محيط الدعوى الجنائية بضبط الجرائم المرتكبة فعلا ، الثانية : العمل على منع الجرائم ذاتها ، إذا أن فاعلية أجهزة الضبط القضائي يساعد بصورة فعالة في مكافحة الإجرام ، ولا تعتبر إجراءات الاستدلال من إجراءات التحقيق ولا تنطوي على أي إجراء أو قيد يمس حرية المتهم^(٩٧٦) .

كما ويقصد بالاستدلال جمع المعلومات عن الجريمة والبحث عن مرتكبها عبر الأساليب القانونية ، إذ إن الهدف من إجراءات الاستدلال على الجريمة هو الإعداد للتحقيق الابتدائي أو المحاكمة حيث من الممكن أن تجرى المحاكمة دون تحقيق ابتدائي ، وعليه لا تعتبر إجراءات الاستدلال من إجراءات الدعوى الجنائية إذ إن الدعوى الجنائية لا تتحرك إلا بالتحقيق .

ومرحلة الاستدلال لا غنى عنها بالنسبة لجميع الدعاوى الجنائية وهذا يؤكد على أهمية هذه المرحلة في تحقيق العدالة الجنائية ، ويقوم بالاستدلال مأمورو الضبط القضائي الذين لا يقتصر عملهم على القيام بهذه المهمة الأساسية بل يعهد إليهم على سبيل الاستثناء القيام ببعض إجراءات التحقيق الابتدائي حيث جاء في نص المادة (٢١) من قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (١٥٠) لسنة ١٩٥٠م " أنه يقوم مأمورو الضبط القضائي بالبحث عن الجرائم ومرتكبيها وجمع الاستدلالات التي تلزم للتحقيق في الدعوى " ^(٩٧٧) .

(٩٧٥) د . فوزية عبد الستار ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٦م ، ص ٣٢٠ .

(٩٧٦) د . حسنى الجندي ، شرح قانون الإجراءات الجزائية اليمني ، الجزء الأول ، ١٩٨٨م ، ص ٣٥٨ ، ٣٥٩ .

(٩٧٧) د . فوزية عبد الستار ، شرح قانون الإجراءات الجنائية وفقاً لأحدث التعديلات ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٠م ، الطبعة الثانية ، الجزء الأول ، ص ٢٦٤ .

وتتسم مرحلة جمع الاستدلالات بأنها ليست ذات طابع قسري ، حيث لا تنطوي على مساس بالحرية الشخصية أو حرمة المسكن إذ تنحصر سلطة رجال الضبط القضائي في هذه المرحلة باستدعاء المشتبه فيه لسماع أقواله إذا حضر بمحض إرادته وليس للشرطة إجباره على الحضور إذا تخلف عنه ، لأن هذا يعد من اختصاص النيابة العامة بوصفها سلطة التحقيق التي تأمر بضبطه وإحضاره بالإكراه (٩٧٨) .

وتنتهي هذه المرحلة إلى اتخاذ النيابة العامة موقفاً من تحريك الدعوى الجنائية بالنسبة للواقعة والمتهم فيها فتحفظ الأوراق إذا لم ترَ تحريك الدعوى الجنائية ، أو ترفع الدعوى إلى المحكمة أو تتخذ إجراءات تحريكها لدى سلطة التحقيق سواء كن ذلك بندب قاضي للتحقيق أو أنها تتولى التحقيق بنفسها كسلطة تحقيق (٩٧٩) .

وعليه وبعد أن استعرضنا مجموعة من التعريفات لمرحلة جمع الاستدلالات يمكننا القول بأن مرحلة جمع الاستدلالات هي مجموعة من الإجراءات التمهيدية التي تسبق تحريك الدعوى الجنائية وتهدف إلى تجميع المعلومات فيما يتعلق بالجريمة التي ارتكبت حتى تتخذ جهات التحقيق بناء عليها قرارها أما بتحريك الدعوى الجزائية أو عدمه ، كما يتضح من جميع التعاريف السابقة لمرحلة جمع الاستدلالات أن مضمون الاستدلال وهدف إجراءاته هو فقط جمع المعلومات عن الجريمة المرتكبة وفاعلها وغاية الاستدلال هو تبيان الأمور لسلطات التحقيق وذلك حتى تتصرف على بينه واضحة ، ولا تسعى مرحلة الاستدلال إلى توضيح عناصر الدعوى الجزائية للقاضي حتى يحكم فيها على نحو معين ، فهذه مهمة التحقيق الابتدائي كما سنوضحه لاحقاً في هذا البحث .

ثانياً : التشريعات التي لا تقر بحق المتهم في أن يستعين بمحام في مرحلة جمع الاستدلالات

على الرغم من أهمية وحساسية مرحلة جمع الاستدلالات ، كما سبق وأن عرفناها من خلال تعريفاتها المختلفة في الفرع الأول من هذا المطلب إلا أن بعض المشرعين قد ذهبوا إلى أنه لا يجوز للشخص المشتبه فيه أن يتمسك بضرورة حضور محاميه إجراءات هذه المرحلة ، بل أن الأمر متروكاً لمأمور الضبط القضائي الذي يقرر السماح بذلك أولاً (٩٨٠) ، وحجتهم في ذلك أن هذه المرحلة لا تعتبر من إجراءات التحقيق التي تقوم بها النيابة ، وهي كذلك ليست مرحلة من مراحل الدعوى الجزائية إذا إنها مرحلة ممهدة للدعوى الجزائية ، والفرد كما سبق وأن أشرنا إلى ذلك في الفرع الأول من هذا المطلب ، لا يعد حاملاً لصفة " متهم " بل هو مشتبه فيهِ وعليه فإنه لا مجال بأن يستعين بمحام إذ أنه ليست هناك تهمة قد وجهت له ، وهو ما أستند عليه القانون البريطاني في تبرير رفض حضور محامى مع المقبوض عليه والمشتبه فيه على اعتبار أن المحامى سوف يرشد موكله المذنب بأن يلتزم الصمت وأن لا يدلى بأية أقوال وهذا كان له تأثير على قواعد القضاء التي صدرت سنة ١٩٦٤م (٩٨١) .

ومن التشريعات التي سارت على هذا النحو ، التشريع السوداني ، حيث نصت المادة (٤/٤٦) من لوائح الشرطة السودانية بعدم السماح للشخص المقبوض عليه أن يتصل بأقاربه ومستشاره القانوني وهو تحت ملاحظة الشرطة ، كما أقرت وأخذت بهذا الاتجاه دول مثل تونس وسوريا والجزائر والأردن والمغرب

٩٧٨) د . محمد على سالم عياد ، الوسيط في شرح قانون أصول المحاكمات الجزائي الاردني ، دار مكتبة بغدادية

للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٤م ، الجزء الأول ، ص ٣٦٥

٩٧٩) د . حسن محمد علام ، قانون الإجراءات الجنائية مع تعليق فقهي تحليلي للنصوص وقضاء النقض

وتعليمات النيابة العامة ، منشأة المعارف الإسكندرية ، ١٩٩١م ، الطبعة الثانية ص ٨١ .

٩٨٠) أنظر د . عصام زكريا عبد العزيز ، مرجع سابق ، ص ٣٣٤ .

٩٨١) محمد راجح حمود نجاد ، مرجع سابق ، ص ٣٤٩ .

حيث أنه عندها مسألة حضور محام عن المشتبه فيه أثناء مرحلة جمع الاستدلالات تعتبر مسألة تقديرية لرجال الشرطة الذين يقومون بإجراءات هذه المرحلة (٩٨٢) .

كما نص قانون الإجراءات الجنائية السوداني لسنة ١٩٨٣م في المادة (١١٢) على أن " كل شخص متهم أمام محكمة جنائية يمكنه كمسألة حق أن يدافع عنه محام " ، بينما تنص المادة (٣٩) الفقرة الأخيرة على أن " للمقبوض عليه دائما حق الاستعانة بمحاميه ودون حق الاستعانة بمحامٍ في مرحلة التحري " (٩٨٣) .

ولا يوجد أي نص في قانون المحاماة السوداني لعام ١٩٣٥م يقر بهذا الحق للمتهم في أن يستعين بمحامٍ في مرحلة التحري والاستدلال ، بل أن المادة (٩) من هذا القانون نصت على منع المحامي من الظهور أمام المحاكم الأهلية ، وهي نوع من المحاكم القبلية التي تطبق الأعراف والعادات والتقاليد المحلية وهي تنظر الدعاوى المدنية والجنائية على السواء ولها صلاحيات وسلطات واسعة (٩٨٤) .

إضافة إلى ما نصت عليه المادة (٤/٤٦) من اللوائح العامة للشرطة السودانية على أنه " يسمح للشخص المقبوض عليه أن يتصل بأقاربه أو مستشاره القانوني وهو تحت ملاحظة الشرطة ، كما تتم المتابعة في حضورها " وليس للمحامي في القانون السوداني حق الحضور مع موكله المتهم أمام ضابط نقطة الشرطة في مرحلة التحري ، كما أنه ليس له أن يقف على ما دُوّن في يومية التحري من أقوال (٩٨٥) .

ونجد في السودان أيضا أن قانون المحاماة السوداني لعام ١٩٥٣م أنه لا يوجد فيه أي نص يقرر حق للمتهم في الاستعانة بمحامٍ في مرحلة التحري والاستدلال (٩٨٦) .

ولم ينص القانون الفرنسي على حق المتهم في الاستعانة بمحامٍ أثناء مرحلة جمع الاستدلالات لأنه لم تثبت عليه صفة المتهم ما دام أن مأمور الضبط يقوم بإجراءات جمع الاستدلالات وليس إجراءات التحقيق إذا ما أوكل إليه القيام به استثناء والتي عندها يمكن للمتهم أن يتمسك بحضور محاميه عند التحقيق معه ، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في هذا الشأن بأن ضمان الاستعانة بمدافع أثناء إجراءات التحقيق التي يقوم بها القاضي المحقق أو مأمور الضبط القضائي الذي ينوب عنه للقيام بالتحقيق ، وليس خلال مرحلة الاستدلالات (٩٨٧) .

٩٨٢) د . عصام زكريا عبد العزيز ، المرجع السابق ، ص ٣٣٨ .

٩٨٣) د . سعد حماد القبائلي ، حق المتهم في الاستعانة بمحامٍ " دراسة مقارنة " ، مرجع سابق ، ص ٣٦ .

٩٨٤) سامح عاشور حول استعانة المتهم بمحامٍ في التشريعات العربية والمقارنة ، مجلة الحق لاتحاد المحامين العرب ، السنة ١١ ، العدد ١ ، عام ١٩٨٠م ، ص ٢٠٤ .

٩٨٥) د . محمد محي الدين عوض ، القانون الجنائي ، إجراءاته في التشريعين المصري والسوداني ، الجزء الأول ، طبعة ١٩٦٥م ، ص ٤٩٨ ، مشار إليه في د . سعد حماد القبائلي ، حق المتهم في الاستعانة بمحامٍ ، المرجع السابق ، ص ٣٧ .

٩٨٦) د . سعد حماد صالح القبائلي ، حق المتهم في الاستعانة بمحامٍ " دراسة مقارنة " ، مرجع سابق ، ص ٣٦ .

٩٨٧) د . ناصر عبد الله حسن ، حقوق المتهم في مرحلة جمع الاستدلالات ، مرجع سابق ، ص ٢٥٦ .

ومن الدول التي اعتنقت هذا الاتجاه أيضاً فرنسا وأسبانيا بلجيكا والسويد وغالبية دول أوروبا الشرقية^(٩٨٨)

وفي كندا فإن المادة (١٠١) من الميثاق الكندي للحقوق والحريات لعام ١٩٨٢م نصت على أن " كل فرد له الحق في حالة توقيفه أو حبسه أن يلجأ في أقرب وقت لمساعدة أحد المحامين وأن يُعلم بهذا الحق " ، إلا أن المحكمة العليا الكندية لم تحكم صراحة بأن هذه المساعدة كانت تتضمن حضور المحامي أثناء تحقيقات الشرطة^(٩٨٩) .

ويعترض الفقه البريطاني على حضور المحامي مع الشخص الذي يقبض عليه وحبته في ذلك أن المحامي سينصح موكله المذنب بالصمت ، وبأن لا يدلي بأقواله مما قد يؤثر على سير العدالة^(٩٩٠) .

وفي قانون الإجراءات الجنائية المصري لم نجد نصاً يبيح للمتهم الاستعانة بمحامٍ في مرحلة جمع الاستدلالات ، إذ إنه في المادة (٧٧) التي تنص على أن " للنيابة العامة وللمتهم وللمدعي بالحقوق المدنية والمسئول عنها ولوكلائهم أن يحضروا جميع إجراءات التحقيق ، ولقاضي التحقيق أن يجرى التحقيق في غيبتهم متى رأى ضرورة ذلك لإظهار الحقيقة وبمجرد انتهاء تلك الضرورة يبيح لهم الإطلاع على التحقيق ، ومع ذلك فلقاضي التحقيق أن يباشر في حال الاستعجال بعض إجراءات التحقيق في غيبة الخصوم ، ولهؤلاء الحق في الإطلاع على الأوراق المثبتة لهذه الإجراءات ، وللخصوم الحق دائماً في استصحاب وكلائهم في التحقيق " .

ويتضح من نص هذه المادة أن قانون الإجراءات الجنائية المصري قد أعطى الحق للمتهم أن يستعين بمحامٍ في مرحلة التحقيق ولكنه لم يتطرق إلى هذا الحق في مرحلة جمع الاستدلالات وهذا بحد ذاته دليل على أن المشرع المصري لم يمنح الخصوم في الدعوى الجزائية الحق في استصحاب وكلائهم في مرحلة جمع الاستدلال وهذا الحق يترك لمأمور الضبط القضائي إذا رغب وافق على استصحابهم محاميهم وإذا رغب منع حضور المحامي^(٩٩١) .

٩٨٨) Rager mele "le role de la defanse en produre penal compere " Rapport introductive preserte a ٤١ congres de ١ Association national des avocats toulous

١٩٦٩ R.S.C ١٩٧٠ no ١ p. ٩ .

حقوق و ضمانات المشتبه فيه في مرحلة الاستدلال ، " دراسة مقارنة " ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٩م ، ص ١٩٤ .

٩٨٩) د . سامي صادق الملا ، حق المتهم في الاستعانة بمدافع أثناء تحقيقات الشرطة ، مجلة المحاماة المصرية ، س ٦٦ ، ع (١٠/٩) نوفمبر وديسمبر ١٩٨٦م ، ص ٣٠ .

٩٩٠) Williams (G) ; Questioning by the police : some prodical consideration crin .L.R , ١٩٠٠ p ٣٤٤ .

٩٩١) د . فوزية عبد الستار ، شرح قانون الإجراءات الجنائية وفقاً لأحدث التعديلات ، الطبعة الثانية ، الجزء الأول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٠م ، ص ٢٧٧ ، د . حسن صادق المرصفاوى ، المرصفاوى في أصول الإجراءات الجنائية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٧م ، ص ٢٦٥ .

وهذا الأمر يؤكد حكم محكمة النقض المصرية حيث حكمت بأن " دفع المتهم ببطلان محضر جمع الاستدلالات بسبب أن الشرطة منعت محاميه من الحضور معه أثناء تحريره لا يستند إلى سبب قانوني" (٩٩٢).

على الرغم من أن قانون المحاماة الصادر في ٣١ مارس ١٩٨٣م قد نص في الفقرة (١) من المادة (٣) منه على " يعد من أعمال المحاماة : الحضور عن ذوى الشأن أمام المحاكم وهيئات التحكيم والجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي وجهات التحقيق الجنائي والإداري ودوائر الشرطة ، والدفاع عنهم في الدعاوى التي ترفع عنهم أو عليهم والقيام بأعمال المرافعات والإجراءات القضائية المتصلة بذلك " ، أي أن قانون المحاماة قد منح المتهم الحق في أن يستعين بمحام في تحقيقات دوائر الشرطة ، أي في مرحلة جمع الاستدلالات ، إلا أن القانون الأقوى والأولى في التطبيق هو قانون الإجراءات الجنائية لأنه هو الذي ينظم إجراءات الدعوى الجزائية الناتجة عن جريمة معاقب عليها في قانون العقوبات أي أن إجازة قانون المحاماة الحضور للمحامى مع المتهم في مرحلة جمع الاستدلالات لا تقتضي نشؤ هذا الحق للمتهم ، طالما أن قانون الإجراءات الجنائية لم ينص صراحة على إجازة هذا الحق ، وهذا ما أكدته محكمة النقض في حكمها سالف الذكر (٩٩٣) .

أما المشرع اليمني فقد خالف المشرع المصري ، حيث أنه في نص المادة (٩) من قانون الإجراءات الجزائية الصادر بالقرار الجمهوري بالقانون رقم (١٣) لسنة ١٩٩٤م نصت على " حق الدفاع مكفول وللمتهم أن يتولى الدفاع بنفسه كما له الاستعانة بممثل للدفاع عنه في أي مرحلة من مراحل القضية الجزائية بما في ذلك مرحلة التحقيق وتوفير الدولة للمعسر والفقير مدافعاً عنه من المحامين المعتمدين ويصدر مجلس الوزراء بناء على اقتراح وزير العدل لائحة بتنظيم أمور توفير المدافع من المحامين المعتمدين للمعسر والفقير " .

وفي فقرتها الثانية نصت على أنه " يجب على مأموري الضبط القضائي والنيابة العامة والمحكمة أن ينبهوا المتهم إلى ما له من حقوق تجاه التهمة الموجهة إليه وإلى وسائل الإثبات المتاحة له وأن يعملوا على صيانة حقوقه الشخصية والمالية " .

ونلاحظ من نص هذه المادة أن المشرع اليمني قد أعطى للمتهم الحق في أن يستعين بمحام في أية مرحلة من مراحل الدعوى الجزائية بما فيها مرحلة جمع الاستدلالات .

وما يؤكد ذلك ما تنص عليه المادة (٧٣) من هذا القانون والتي تنص على " يبلغ فوراً كل من قبض عليه بأسبابها القبض وله حق الإطلاع على أمر القبض والاتصال بمن يرى إبلاغه بما وقع والاستعانة بمحام " .

كما أن قانون تنظيم مهنة المحاماة اليمني رقم (٣١) لسنة ١٩٩٩م أكد على حق الاستعانة بمحام في مرحلة جمع الاستدلالات وذلك بنص المادة (٥) الفقرة الأولى منها والتي تنص على " تحقق المحاماة أهدافها وتؤدي رسالتها عن طريق : ١ . الإنابة بالوكالة عن الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين للدعاء بالحقوق والدفاع عنها لدى كافة المحاكم والنيابة العامة ودوائر الشرطة والتحقيق واللجان القضائية والإدارية وكافة الجهات الأخرى التي تباشر تحقيقاً في أي شي محل نزاع " .

٩٩٢) د . سعد حماد صالح القبائلي ، حق المتهم في الاستعانة بمحام " دراسة مقارنة " ، مرجع سابق ، ص

٩٩٣) د . سعد حماد صالح القبائلي ، حق المتهم في الاستعانة بمحام " دراسة مقارنة " ، مرجع سابق ، ص

وكذلك بنص المادة (٥٠) والتي تنص على " يحق للمحامين العاملين المرخص لهم دون غيرهم ممارسة مهنة المحاماة وأي عمل من أعمالها ولهم حق الحضور عن ذوى الشأن أمام المحاكم والنيابة العامة ودوائر الشرطة والتحقيق واللجان والهيئات ذات الاختصاص القضائي " وأيضا بنص المادة (٥١) من نفس القانون والتي تنص على " يجب على المحاكم والنيابة العامة ودوائر الشرطة وغيرها من الجهات التي يمارس المحامي مهنته أمامها أن تقدم له كافة التسهيلات التي يقتضيها القيام بواجبه ولا يجوز رفض طلباته بدون مسوغ قانوني كما أن عليها تمكينه أو من يمثله من الإطلاع على الأوراق أو تصويرها وحضور التحقيق مع موكله وفقاً لأحكام هذا القانون " .

ونلاحظ هنا اتفاق قانون تنظيم مهنة المحاماة اليمني مع قانون الإجراءات الجزائية فيما يتعلق بحق المتهم بالاستعانة بمحامٍ في مرحلة جمع الاستدلالات على العكس من التشريع المصري ، الذي أقر هذا الحق في قانون المحاماة صراحة في مرحلة جمع الاستدلالات ولم يقره في قانون الإجراءات الجنائية .

وفي رأينا أنه يجب منح المتهم الحق في الاستعانة بمحامٍ في مرحلة جمع الاستدلالات حتى وأن أعتبر الشخص حينها مشتبهاً فيه ، ذلك لان طبيعة النفس البشرية أنها تصاب بالخوف والهلع عند لحظة توجيه أي اتهام لها ، كما أنه ليس كل شخص يكون على معرفة ودراية بالإجراءات القانونية حتى وأن حصل على مستوى تعليمي عال ، كما وأن هذا الحق أمر يقرره المنطق والعقل إذ أن حرمانه من هذا الحق وهو في أول مواجهه مع السلطات الجنائية وقد يكون بريئاً ففيه نوع من الحرمان لأبسط حقوقه التي يجب أن يتمتع بها الفرد سواء كان بريئاً أو غير بريئ ، فالمحامي في هذه المرحلة يهدئ من روع المتهم ويشعره بالأمان ويبيّنه ويوضح له الطريقة الصحيحة والسليمة للتعامل مع الأجهزة التي تقوم بإجراءات هذه المرحلة ، ولكن دون تضليل منه لسير العدالة .

كما نرى أن الحجة التي اعتمد عليها هذا الاتجاه ، في أن المحامي سوف ينصح موكله بالصمت مما يعطل سير العدالة فإنه يمكن للقانون أن يأتي بنص يعاقب فيه المحامي الذي يحرض موكله على الصمت أو الكذب أو يعطل سير إجراءات هذه المرحلة وبذلك نكون قد قطعنا الطريق أمامه لتعطيل العدالة .

كما أن هذا الحق للمتهم في هذه المرحلة يشعره بالهدوء والثقة في الجهات التي تتولى القيام بهذه المرحلة .

الفرع الثاني

التشريعات التي التزمت الصمت تجاه حق

المتهم في الاستعانة بمحامٍ في مرحلة جمع الاستدلالات

لقد سار اتجاه تشريعي إلى الصمت تجاه إعطاء المتهم حقه في أن يستعين بمحامٍ في مرحلة جمع الاستدلالات بشكل صريح وواضح ومن الدول التي تبنت هذا الاتجاه : فرنسا وأسبانيا وبلجيكا وسويسرا وبريطانيا ، وكذا مصر ، حيث أن الفقه الفرنسي أكد على حق المتهم في الاستعانة بمحامٍ في مرحلة التحقيق الابتدائي ، حيث يجمع الفقه على عدم اقرار المشرع الفرنسي لحق المتهم في الاستعانة بمحامٍ في مرحلة جمع الاستدلالات^(٩٤) .

(٩٤) tluou ENEY (Louis) ; Les droits de la derense derant le juge dinstracathion Rev . Sc . crime Nouvelle serie T.VIT ١٩٥٢ . P . ١٩٦ .

ويرى هذا الاتجاه التشريعي أن من جرى الاستدلال في مواجهته لا يعدو إلا أن يكون مشتبهاً به ، فلا يتمتع بضمانات وحقوق المتهم المقررة له في مراحل الدعوى الجزائية ومنها كذلك التحقيق ، وبما فيها حقه في أن يستعين بمحامٍ ، ويستمد هذا الاتجاه مبرراته من طبيعة مرحلة جمع الاستدلالات وعدم استخلاص أدلة قانونية منها ، مما يعني أن حرمان المتهم من حقه في حضور محاميه معه أثناء هذه المرحلة لا يخل بحقوق الدفاع ، بل أنه من غير المنطقي دعوة المحامي للحضور أثناء القيام بمرحلة التحريات والاستدلالات التي تأخذ قوتها وقيمتها من سريتها وإخفاء أمرها عن الجميع (٩٩٥)

وصمت التشريعات عن حق المتهم " المشتبه فيه " في أن يستعين بمحامٍ أثناء مرحلة جمع الاستدلالات ، كان له أثر في اختلاف وجهات نظر فقهاء القانون الوضعي ، حيث انقسموا إلى اتجاهين :

الأول منهما يرى أن من حق المتهم " الشخص المشتبه فيه " أن يستعين بمحامٍ أثناء مرحلة جمع الاستدلالات وذلك لكي يشعره بالأمان في هذه المرحلة الحرجة بالنسبة له ، ويحميه من تعسف مأموري الضبط القضائي الذين يؤدون هذه المرحلة والذين قد يستخدمون وسائل غير مشروعة لحمله على الاعتراف بالإضافة إلى حضور المحامي معه في هذه المرحلة يساعده على الدفاع عن نفسه (٩٩٦) ، أما الاتجاه الثاني فيرى أصحابه أنه لا يحق للمشتبه فيه الاستعانة بمحامٍ في مرحلة جمع الاستدلالات ، وأضافوا إلى ذلك أنه من حق مأمور الضبط القضائي أن يمنع المحامي من الحضور أثناء جمع الاستدلالات أو أثناء تحرير المحضر بذلك وحجتهم في ذلك أن طبيعة هذه المرحلة تهدف إلى التحري واثبات التهمة على المشتبه فيه عبر البحث والتنقيب عن الأدلة وجمع المعلومات التي تؤدي إلى ذلك ، وحضور المشتبه فيه ومحاميه قد يعرقل هذه الإجراءات ويعمدوا إلى أخفاء الأدلة أو تعطيل الحصول عليها ، كما أن المحضر الذي يحرره مأمور الضبط القضائي لا يعد من التحقيقات التي يحيطها المشرع بالضمانات والتي يستمد منها القضاء الدليل القانوني على المتهم ، ولذا فمن حق مأمور الضبط القضائي أن يمنع المتهم ومحاميه من حضور أي إجراء من إجراءات جمع الاستدلالات (٩٩٧) .

ويعتبر التشريع الكويتي أحد التشريعات التي صممت عن حق المتهم في أن يستعين بمحامٍ أثناء مرحلة جمع الاستدلالات حيث نص الدستور الكويتي في المادة (٣٤) بأن " المتهم برئ حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية لممارسة حق الدفاع ويحظر إيذاء المتهم جسمانياً ومعنوياً .

وقد سلك المشرع المصري في قانون الإجراءات الجنائية طريق التشريعات التي ألتزمت الصمت بهذا الشأن ، حيث لم ينص على مدى أحقية المتهم بأن يستعين بمحاميه أثناء مرحلة جمع الاستدلالات أو عدم أحقيته في ذلك ، ففي الباب الثاني " في جمع الاستدلالات ورفع الدعوى " عدد في المادة (٢٣) منه مأموري الضبط القضائي ومهمتهم فقط في المادة (٢٤) دون النص على حق المتهم في أن يستعين بمحاميه في هذه المرحلة.

لكن المشرع اليمني لم يسر على نهج المشرع المصري في هذا الجانب ، حيث أن قانون الإجراءات الجزائية لم يصمت عن حقه المتهم في أن يستعين بمحامٍ في مرحلة جمع الاستدلالات (٩٩٨).

٩٩٥ د . سعد حماد صالح القبائلي ، ضمانات حق المتهم في الدفاع أمام القضاء الجنائي ، " دراسة مقارنة " ، مرجع سابق ، ص ٤١٦ .

٩٩٦ (محمد راجح حمود نجاد ، مرجع سابق ، ص ٣٦٧ ، ٣٦٩ .

٩٩٧ د . سعد حماد صالح القبائلي ، المرجع السابق ، ص ٤١٩ .

٩٩٨ (انظر نص المادة (٩) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني .

كما أن قانون المحاماة اليمني قد أعطي هذا الحق للمتهم ، حيث نصت الفقرة (١) من المادة (٥) منه على " تحقق المحاماة أهدافها وتؤدي رسالتها عن طريق :

١- الإنابة بالوكالة عن الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين للدعاء بالحقوق والدفاع عنهما لدى كافة المحاكم والنيابة العامة ودوائر الشرطة والتحقيق واللجان القضائية ، الإدارية وكافة الجهات القانونية والجهات الأخرى التي تباشر تحقيقاً في أي شيء محل نزاع " ، وقد أتفق هنا قانون المحاماة اليمني مع قانون المحاماة المصري والذي نص في الفقرتين (أ) و (ب) من المادة (٢٣) من ه على أنه " مع عدم الإخلال بإحكام القوانين المنظمة للهيئات القضائية وبإحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية لا يجوز لغير المحاسبين مزاوله أعمال المحاماة ، ويعد من أعمال المحاماة : الحضور عن ذوى الشأن أمام المحاكم وهيئات التحكيم والجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي وجهات التحقيق الجنائي والإداري ودوائر الشرطة والدفاع عنهم في الدعاوى التي تدفع منهم أو عليهم والقيام بأعمال المرافعات والإجراءات القضائية المتصلة بذلك " .

ونجد هنا أن المشرع قد أجاز للمحامي أن يحضر أثناء التحقيق الجنائي والإداري ودوائر الشرطة وبالعودة إلى نص المادة (٢٣) من قانون الإجراءات الجنائية فأنا نجد أن ضباط الشرطة وأمنائها ورؤساء نقط الشرطة هم من مأموري الضبط القضائي وعليه فأنا نستخلص مما سبق أن المحامي يجوز له حضور مرحلة جمع الاستدلالات التي يقوم بها مأمور الضبط القضائي ولا نجد هنا أي معنى لهذا الاختلاف التشريعي ، إلا أنه هذا الاختلاف يؤدي إلى أن يثور تساؤل وهو في مثل هذا الموقف أي القانونيين يمكن أن يطبق ، والجواب هو أن نصوص قانون الإجراءات الجنائية هي التي تطبق أولاً لأنه القانون المتضمن للقواعد الشكلية التي تعتمد عليها الجهات القضائية في ضبط الجرائم والمجرمين ومحاكمتهم (٩٩) وتسرى أوامرها وأحكامها على الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات وغيره من القوانين الخاصة ما لم تنص هذه القوانين الخاصة على قواعد تنظم الإجراءات بما يخالف هذه الأحكام اعتبر قانوناً خاصاً بالإجراءات الجنائية ، وما ينص عليه بعد استثناءاً من القواعد العامة وتطبق هنا قاعدة أن الخاص يقيد العام (١٠٠) . وعليه لا يعدو قانون المحاماة من القوانين الخاصة التي تشمل على قواعد قد تعدل من بعض أحكام قانون الإجراءات الجنائية ، إذ أن قانون المحاماة يهدف في الأصل إلى تنظيم مهنة وهي " المحاماة " تنظيمياً يتناسب مع المهام والالتزامات الملقاة على عاتق أصحابها " المحاميين " بحيث يضمن لهم النهوض والرقى بهذه المهام والتبعات على الوجه الأكمل (١٠١) .

كما أن قانون المحاماة اليمني قد سار على نهج قانون المحاماة المصري حيث نصت الفقرة (١) من المادة (٥) من القانون رقم (١٣) لسنة ١٩٩٩م بشأن تنظيم مهنة المحاماة على أنه " تحقق المحاماة أهدافها وتؤدي رسالتها عن طريق :

١. الإنابة بالوكالة عن الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين للدعاء بالحقوق والدفاع عنها لدى كافة المحاكم والنيابة العامة ودوائر الشرطة والتحقيق واللجان القضائية والإدارية وكافة الجهات القانونية والجهات الأخرى التي تباشر تحقيقاً في أي شيء محل نزاع " وهذا يؤكد أن المشرع اليمني قد اتفق مع المشرع

٩٩٩) د . رمسيس بهنام ، الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلاً ، الجزء الأول ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٧٧م ، ص ٩ .

١٠٠٠) د . سعد حماد صالح القبائلي ، حق المتهم في الاستعانة بمحام ، " دراسة مقارنة " ، مرجع سابق ، ص ٢٩ .

١٠٠١) د . محمود أحمد طه ، حق الاستعانة بمحام أثناء تحقيقات الشرطة القضائية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٣م ، ص ٥١ .

المصري ، إذ أن قانون الإجراءات الجزائية اليمني قد صمت عن حق المتهم في أن يستعين بمحام في مرحلة جمع الاستدلالات ، حيث لم نجد أي نص يشير إلى حق المتهم في أن يحضر معه محاميه في مرحلة جمع الاستدلالات التي يقوم بها مأموري الضبط القضائي في حين أن قانون تنظيم المحاماة قد أعطى الحق للمحامي أن ينوب موكله والدفاع عنه لدى كافة المحاكم والنيابة العامة ودوائر الشرطة والتحقيق ، فدوائر الشرطة يجري فيها التحقيق من قبل مأموري الضبط القضائي الذين يؤدون أيضاً جمع الاستدلالات وهذا يعني أن يحضر المحامي مع موكله في هذه المرحلة (١٠٠٢) .

وبناء على ذلك فأنتنا نرى أنه يجب على المشرعين المصري واليمني أن يوحدوا موقفهما من مدى أحقية المتهم في أن يستعين بمحام في مرحلة جمع الاستدلالات بدلاً من الصمت عنه في قانون الإجراءات الجنائية والإجازة له في قانون المحاماة ، وفي رأينا أن المتهم يحق له أن يحضر معه محاميه في مرحلة جمع الاستدلالات وأن ينوبه إلى حقه في ذلك عند القبض عليه حتى يشعر بالأمان في بداية الإجراءات ويحميه من تعسف رجال الضبط القضائي وإذا كان التخوف من أن المتهم ومحاميه يمكن أن يعرقل سير هذه المرحلة ويحاول إخفاء الأدلة وتعطيل الحصول عليها فإنه يمكن أن يتم أشعارهم من قبل مأمور الضبط القضائي الذي يقوم بهذه المرحلة من أي خروقات أو محاولة عرقلة الحصول على الإثبات والأدلة يمكن أن تحسب عليهما ويسجل ذلك في محضر جمع الاستدلالات .

الفرع الثالث

التشريعات التي نصت صراحة على عدم

أحقية المتهم في الاستعانة بمحام في مرحلة جمع الاستدلالات

وتذهب هذه التشريعات إلى أنه لا يحق للمتهم الاستعانة بمحام في مرحلة جمع الاستدلالات ونصت صراحة على ذلك في قوانينها الإجرائية .

حيث أنه في الوقت التي صممت بعض التشريعات عن حق المتهم في أن يستعين بمحام أثناء مرحلة جمع الاستدلالات ، ذهبت تشريعات أخرى إلى أن تتجراً على هذا الحق وإلى النص صراحة على عدم أحقية المتهم في الاستعانة في محام في هذه المرحلة ، وعلى ذلك فإنه لمأمور الضبط القضائي أن يمنع محامي المتهم من الحضور معه أثناء القيام بإعمال وإجراءات مرحلة جمع الاستدلالات أو أثناء تحرير محضر هذه المرحلة ، ويستندوا في ذلك إلى أن جمع الاستدلالات لا يعد إجراء من إجراءات التحقيق وكذلك أنها ليست من مراحل الدعوى الجنائية ، بل إنها مرحلة ممهدة للدعوى (١٠٠٣) ومن هذه التشريعات ، التشريع السوداني ، حيث نص قانون الإجراءات الجنائية السوداني لسنة ١٩٨٣م في المادة (١١٢) على أن " كل شخص متهم أمام محكمة جنائية يمكنه كمسألة حق أن يدافع عنه محامي " بينما المادة (٣٩) الفقرة الأخيرة تنص على " للمقبوض عليه دائماً حق الاتصال بمحاميه ودون حق الاستعانة بمحام في مرحلة التحري " (١٠٠٤)

١٠٠٢ (أنظر نص المادة (٥) ، (٥٠) ، (٥١) من القانون رقم (١٣) لسنة ١٩٩٩م بشأن تنظيم مهنة المحاماة اليمني .

١٠٠٣ د . محمد محي الدين عوض ، القانون الجنائي ، إجراءاته في التشريعين المصري والسوداني ، مرجع سابق ، ص ٤٩٨ .

١٠٠٤ د . سعد حماد صالح القبائلي ، حق المتهم في الاستعانة بمحام ، " دراسة مقارنة " ، مرجع سابق ، ص ٣٦ .

الفرع الرابع

التشريعات التي أقرت بهذا الحق

في الوقت التي صممت بعض التشريعات عن إقرار حق المتهم في أن يستعين بمحام في مرحلة جمع الاستدلالات ونص بعض التشريعات صراحة بعدم أحقيته بالاستعانة بمحام أثناء هذه المرحلة ، فإنه على النقيض من ذلك فقد نصت تشريعات أخرى على حق المتهم في أن يستعين بمحام في مرحلة جمع الاستدلالات ، ومن هذه الدول ، اليابان حيث ينص الدستور الياباني في المادة (٣٤) على أنه " يحق لكل فرد يقبض عليه أو يحبس الاستعانة بمحام " كما وتنص المادة (٣٠) من قانون الإجراءات الياباني على حق المتهم في الاستعانة بمدافع أثناء مرحلة التحري والاستدلال ، وكذا تنص المادة (١٠٤) من قانون الإجراءات الجنائية الياباني الصادر سنة ١٩٥٠م على حق المتهم في الاستعانة بمحام أو بمدافع خلال عمل الشرطة ، وفي إيطاليا نص القانون الإيطالي الصادر في ٥ ديسمبر سنة ١٩٦٩م على " حق كل شخص تستدعيه الشرطة لسماع أقواله في الاستعانة بمحام " (١٠٠٥)

وكذلك نص قانون الإجراءات الجنائية الإيطالي الصادر في ١٦ فبراير سنة ١٩٨٨م في المادة (٣/٩٦) على أنه " يجوز تعيين محام للدفاع عن المتهم عند الاستيقاف أو القبض أو الحبس الاحتياطي " ، كما وسع القانون الاتحادي الإيطالي من نطاق هذا الحق حيث منح المشتبه فيه الحق في الامتناع عن إعطاء أية إيضاحات للشرطة ، وألزم سلطات البوليس بأن تخبره أن من حقه الاتصال بمحاميه الذي يحق له الإطلاع على المحضر أثناء إجراء الاستدلال .

ويتضمن قانون ما قبل المحاكمة الصادر سنة ١٩٧٥م نصاً يقضى بأن للشخص بمجرد القبض عليه أن يقرر أن من حقه الاتصال تليفونياً وأن يرفض استجوابه إلا في حضور محاميه وإذا لم يكن للمتهم أي مورد مالي يمكن للمحامي أن يدافع عنه من تلقاء نفسه ما لم يكن في ذلك إضرار بسير التحقيق (١٠٠٦) .

كم نص القانون الألماني الصادر سنة ١٩٦٤م في المادتين ١/١٣٦ ، ٤/١٣٧ إجراءات جنائية على حق المشتبه فيه في الاستعانة بمحام عند سؤاله بمعرفة البوليس .

وفي الولايات المتحدة الأمريكية فإن التعديل السادس للدستور الأمريكي يقر على تمتع المتهم في أن يصطحب محاميه في جميع الملاحقات الجنائية ، وعليه فقد فسر القضاء الأمريكي أن هذا الحق ليس في مرحلة الاستدلالات البحثية كعرض صور فوتوغرافية على الشهود للمشتبه فيهم قبل توجيه الاتهام لأحد أو معاينة حريق والتحقق عما إذا كان الحريق جنائي أو عرض أحد الأشخاص على الشهود طالما لم يوجه إليه اتهام ، فإذا انحسر الاتهام في شخص معين فله حق الاستعانة بمحاميه حتى ولو كانت المرحلة مرحلة استدلال لأنه هنا تكون الملاحقة الجنائية ظاهرة ، ويختلف ذلك حسب ظروف كل واقعة ، والقانون الكولومبي نص في المادة (٤٣١) إجراءات جنائية بأن للمشتبه فيه حق الاستعانة بمحام منذ اللحظة التي يتم فيها القبض عليه (١٠٠٧) .

- ١٠٠٥) د . أحمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية ، طبعة ٧ ، القسم الأول ، دار الطباعة الحديثة ، القاهرة ، ١٩٧٣م ، ص ١٣٨ .
- ١٠٠٦) د . محمد راجح حمود نجاد ، حقوق المتهم في مرحلة جمع الاستدلالات بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ، مرجع سابق ، ص ٣٥٨ .
- ١٠٠٧) د . سمير محمد محمد شعبان ، ضمانات حقوق الإنسان في مرحلة الاستدلال ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ٢٠٠٧م ، ص ١٠٧ .

كما انتهج القانون الكندي نهج القانون الأمريكي في تقرير حق المتهم في الاستعانة بمحام في مواجهة إجراءات الشرطة بل ورفع هذا الحق إلى مرتبة الحقوق الدستورية فنص في وثيقة الحقوق الكندية والتي أصبحت نافذة منذ العاشر من أغسطس ١٩٦٠م ، فقد نصت الفقرة (ج) من المادة الثانية على أنه " يجب أن يفسر أو يطبق أي قانون في كندا على نحو يحترم أي شخص قبض عليه أو حبس في حقه في استشارة محام " ، وفي إنجلترا فإن قانون الشرطة والإثبات الجنائي الصادر سنة ١٩٨٤م قد أعطى للمشتبه وفيه بنص المادة (٥٨) على حق الاستعانة بمدافع عندما يحضر في قسم الشرطة ، مع إعطاء سلطة تقديرية للشرطة في تأجيل الاستجابة لطلبه لمدة (٣٦) ساعة إذا كانت مقتضيات التحقيق تستدعي ذلك ، لأن عمل الشرطة يجمع بين جمع الاستدلالات والتحقيق الجنائي ، وعليه فإنه إذا كان يحق للمشتبه فيه أن يستعين بمحام عندما تباشر الشرطة سلطة التحقيق فإنه يجوز له ذلك في مرحلة جمع الاستدلالات (١٠٠٨) .

كما أن قانون المحاماة المغربي رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٩م قرر حق المشتبه فيه أن يستعين بمحام في مرحلة جمع الاستدلالات ، بمقتضى نص المادة ٢/٤ منه والتي نصت على أنه " كما يحق له (المحامي) حسب نفس الشروط تمثيل الغير ومؤازرته أمام الإدارة العمومية " (١٠٠٩) .

وإذا نظرنا إلى المشرع اليمني فنجد أنه قد نص على هذا الحق للمتهم في قانون الإجراءات الجزائية ، حيث نصت المادة (٩) على أنه " حق الدفاع مكفول وللمتهم أن يتولى الدفاع بنفسه كما له الاستعانة بممثل للدفاع عنه في أي مرحلة من مراحل القضية الجزائية بما في ذلك مرحلة التحقيق ، وتوفير النولة للمعسر والفقير مدافعا عنه من المحامين المعتمدين ويصدر مجلس الوزراء بناء على اقتراح وزير العدل لائحة بتنظيم أمور توفير المدافع من المحامين المعتمدين للمعسر والفقير " كما وتنص الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه " يجب على مأموري الضبط القضائي والنيابة العامة والمحكمة أن ينيهوا المتهم إلى ما له من حقوق تجاه التهمة الموجهة إليه والى وسائل الإثبات المتاحة له وأن يعملوا على صيانة حقوقه الشخصية والمالية " .

فإذا نظرنا إلى الفقرة الثانية من المادة (٩) فأنا نجد أنه يجب على مأموري الضبط القضائي الذين يتولون القيام بأعمال جمع الاستدلالات أن ينيهوا المتهم إلى ما له من حقوق تجاه التهمة الموجهة إليه والى وسائل الإثبات المتاحة له ، فهذا دلالة واضحة بالإقرار بحق المتهم الاستعانة بمحام في هذه المرحلة .

كما نصت المادة (٧٣) من قانون الإجراءات الجزائية على أنه " يبلغ فوراً كل من قبض عليه بأسباب هذا القبض وله حق الإطلاع على أمر القبض والاتصال بمن يرى إبلاغه بما وقع والاستعانة بمحام ، ويجب إعلانه على وجه السرعة بالتهمة الموجهة إليه " .

كما نجد أن قانون المحاماة اليمني قد أشار إلى هذا الحق حيث نصت الفقرة (١) من المادة (٥) منه على أنه " تحقق المحاماة أهدافها وتؤدي رسالتها عن طريق :

١ . الإنابة بالوكالة عن الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين للدعاء بالحقوق والدفاع عنها لدى كافة المحاكم والنيابة العامة ودوائر الشرطة والتحقيق واللجان القضائية والإدارية وكافة الجهات القانونية والجهات الأخرى التي تباشر تحقيقاً في أي شيء محل نزاع " .

كما تنص المادة (٥٠) منه على أنه " يحق للمحامين العاملين المرخص لهم دون غيرهم ممارسة مهنة المحاماة وأي عمل من أعمالها ولهم وحدهم حق الحضور عن ذوى الشأن أمام المحاكم والنيابة العامة

١٠٠٨ (د . عصام زكريا عبد العزيز ، مرجع سابق ، ص ٣٣٨ .

١٠٠٩ (سمير محمد محمد شعبان ، مرجع سابق ، ص ١٠٧ .