

ودوائر الشرطة والتحقيق واللجان والهيئات ذات الاختصاص القضائي " ، كما تنص المادة (٥١) من نفس القانون على " يجب على المحاكم والنيابة العامة والشرطة 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 " .

كما ينص قانون واجبات وصلاحيات الشرطة اليمني رقم (٢٦) لسنة ١٩٨١م في المادة (٣/٢) على أن للمتهم الحق قانوناً في الاستعانة بمحام خلال مرحلة جمع الاستدلالات (١١٠) .

أما المشرع المصري فإنه في قانون الإجراءات الجنائية لم يشير إلى حق المتهم في أن يستعين بمحام في مرحلة جمع الاستدلالات ، حيث أنه في الباب الثاني منه " في جمع الاستدلالات ورفع الدعوى " قد نص في المادة (٢١) في من مأموري الضبط القضائي فقط ولم تكن هناك أي إشارة إلى حق المتهم في أن يستعين بمحام في هذه المرحلة .

وكذا في نص المادة (٧٧) من قانون الإجراءات الجنائية المصري تنص على أنه " للنيابة العامة وللمتهم وللجنة عليه وللمدعي بالحقوق المدنية والمسئول عنها ولوكلانهم 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 دائماً الحق في استصحاب وكلاتهم في التحقيق " .

ونلاحظ من نص هذه المادة أنها لم تشر إلى حق المتهم في أن يستعين بمحام في مرحلة جمع الاستدلالات ولكنها أعطته هذا الحق في مرحلة التحقيق ، وبذلك يكون المشرع المصري قد اختلف عن المشرع اليمني في هذا الجانب ، ولكنهما اتفقا في قانوني المحاماة ، حيث أن قانون المحاماة المصري قد نص في المادة (٣) منه على أنه " مع عدم الإخلال بإحكام القوانين المنظمة للهيئات القضائية وبإحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية ، لا يجوز لغير المحامين مزاولة أعمال المحاماة ويعد من أعمال المحاماة :

١. 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 منهم أو عليهم والقيام بإعمال المرافعات والإجراءات القضائية المتصلة بذلك " .
وبذلك يكون المشرع المصري قد أعطى للمتهم الحق في أن يحضر معه محاميه أمام دوائر الشرطة وبالعودة إلى نص المادة (٢١) من قانون الإجراءات الجنائية المصري فإنه يعتبر من مأموري الضبط القضائي ضباط الشرطة وأمنائها ورؤساء نقط الشرطة ، وكما هو معروف لدينا أن مأموري الضبط القضائي هم من يتولون القيام بأعمال مرحلة جمع الاستدلالات ، وبذلك يكون من حق المحامي أن يحضر مع المتهم في هذه المرحلة .

ويمكننا القول بأن المشرع المصري والمشرع اليمني قد اتفقوا بشأن حق المتهم في الاستعانة بمحام في مرحلة جمع الاستدلالات في قانوني المحاماة ولكن اختلف موقفهم بشأن هذا الحق للمتهم في قانوني الإجراءات الجنائية .

نجد أن قانون المحاماة المصري في نص المادة (٥٢) قد أضاف المشرع عبارة دون مسوغ قانوني والتي يمكن أن تفتح باب للتأويل ومطالبة المتهم بإثبات حسن نية أو سوء نية مأمور الضبط القضائي، حيث نصت على أنه " للمحامي حق الإطلاع على الدعاوى والأوراق القضائية والحصول على البيانات المتعلقة بالدعاوى التي يبشرها ، ويجب على جميع المحاكم والنيابات ودوائر الشرطة ومأموريات الشهر العقاري وغيرها من الجهات التي يمارس المحامي مهمته أمامها أن تقدم له التسهيلات التي يقتضيها القيام بواجبه وتمكينه من الإطلاع على الأوراق والحصول على البيانات وحضور التحقيق مع موكله وفقاً لأحكام القانون ولا يجوز رفض طلباته دون مسوغ قانوني ، ويجب إثبات جميع ما يدور في الجلسة في محاضرها " .

وكما أشرنا سابقاً أن عبارة " دون مسوغ قانوني " يمكن أن تستخدم ضد المحامي وكان أولى بالمشرع أن لا يأتي بها حفاظاً على حقوق المتهم ومحاميه ، وقد اختلف المشرع اليمني مع المشرع المصري في ذلك حيث لم يشر قانون المحاماة اليمني بنص المادة (٥) إلى هذه العبارة ، حيث أعطى للمحامي الحق في الحضور مع المتهم في مرحلة جمع الاستدلالات ، ودون إضافة هذه العبارة المطاطة .

المطلب الثاني

موقف الفقه من هذا الحق

تمهيد وتقسيم :

أنقسم الفقه حول حق المتهم في أن يستعين بمحام في مرحلة جمع الاستدلالات بين مؤيد ومعارض ، وكل فريق يعتد ويحتج بأسانيد لموقفه وفي هذا المطلب سنبين هذا الانقسام من خلال فرعيين ، حيث في الفرع الأول نعرض الاتجاه المعارض لحق المتهم في الاستعانة بمحام في هذه المرحلة ، وفي الفرع الثاني سنعرض الاتجاه المؤيد لحق المتهم في الاستعانة بمحام في مرحلة جمع الاستدلالات وذلك على النحو الآتي :

الفرع الأول

الاتجاه المعارض لحق المتهم في الاستعانة

بمحام في مرحلة جمع الاستدلالات

يرى هذا الاتجاه إلى عدم أحقية المتهم في أن يستعين بمحام في مرحلة جمع الاستدلالات معتمداً في ذلك على أن المشرع الجنائي الإجرائي لم يقر هذا بهذا الحق للمتهم في هذه المرحلة وكذا على اعتبار أن إجراءات هذه المرحلة لا تعد من مراحل الدعوى الجنائية ومن ثم لا تثبت بالشخص في هذه المرحلة صفة المتهم ، ولا تستخلص منها أي أدلة قانونية ، بالإضافة إلى أن أغلب التحريات في هذه المرحلة تستمد قيمتها من سربيتها ، وعليه فإنه من المنطق أن لا يسمح لمحامي المشتبه فيه " قبل أن يتحول إلى متهم " حضور إجراءات هذه المرحلة (١٠١١) .

كما يستند أنصار هذا الاتجاه إلى أن هذه المرحلة ما هي إلا مرحلة تمهيدية لا يحق فيها لرجال الضبط القضائي المساس بحريات المواطنين وحقوقهم أثناء تأدية واجبه في جمع الأدلة والكشف عن الجريمة ،

١٠١١) د . محمد خميس ، الإخلال بحق المتهم في الدفاع ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠١م ، ص ٩٣ .

حيث أنهم أي رجال الضبط القضائي مازالوا في هذه المرحلة بعيدين عن استعمال القهر والتضييق على الحريات ، فليس من الضروري أن يحضر مدافع عن المتهم خلال هذه المرحلة (١٠١٢) .

وأنصار هذا الاتجاه قد ربطوا مسألة حق الاستعانة بمحام بثبوت صفة " المتهم " لذا فأنهم قد فرقوا فيما إذا كان مأمور الضبط القضائي يمارس مهامه الأصلية فيخضع الأمر لسلطته التقديرية فله أن يسمح للمشتبه فيه أن يستعين بمحام أو أن يمنعه من ذلك على حسب ما يراه من التأثير المحتمل لهذا الحضور ، أما إذا كان مأمور الضبط القضائي يباشر اختصاصا استثنائيا يتمثل في قيامه بإجراء التحقيق فهنا لا يحق له منع المتهم من أن يستعين بمحام يحضر معه إجراءات التحقيق وذلك لأن صفة " المتهم " قد ثبتت على الشخص بأول إجراء من إجراءات التحقيق (١٠١٣) .

وقد أنقسم الفقه الفرنسي حول هذه المسألة إلى فريقين : أولهما : ذهب إلى أن المشتبه فيه لا يحق له الاستعانة بمحام في مرحلة جمع الاستدلالات لأن عمل رجال الضبط القضائي يخرج عن نطاق أعمال التحقيق ، وثانيهما : وهو اتجاه حديث يرى حق المشتبه فيه الاستعانة بمحام في هذه المرحلة ذلك أنه يجب أن يتمتع بالضمانات التي يكفلها القانون لحماية الحرية الفردية خاصة إذا كان محجوزا لدى الشرطة (١٠١٤) .

أما الفقهاء الإنجليز فقد فرقوا بين حالتين :

الحالة الأولى : وهي أن يحضر المشتبه فيه إلى مقر الشرطة " باختياره " وهنا لا يستفيد من قاعدة الاستعانة بمحام .

الحالة الثانية : وهي إحضاره " جبراً عنه " وعندها يحق له الاستعانة بمحام وإن كان بعض منهم يروا أن المشتبه فيه لا يحق له دائماً الاستعانة بمحام .

وفي جميع الأحوال يمكن القول أن الأمر يتطلب التفرقة بين إجراء الاستدلال الذي يباشر سرأ في غير مواجهة المشتبه فيه وبين ذلك الإجراء الذي يمارس في مواجهته ، حيث أنه إذا كانت ممارسة الإجراء في غير مواجهة المشتبه فيه مثل جمع معلومة سرية عن الواقعة ، فان اعتبارات المصلحة العامة المتعلقة بالوصول إلى الحقيقة قد يتطلب عدم تدخل محامي المشتبه فيه ، حتى لا تتأثر هذه السرية ، وبذلك لا تثار أصلاً نظراً لسرية الإجراء ، بالإضافة إلى أن مباشرته في غير مواجهة المشتبه فيه ودون التعرض لشخصه لا ينشئ له أي حقوق تتطلب تدخل محاميه مع مراعاة السماح لكل منهما بالإطلاع على محضر هذا الإجراء حين تنهياً الظروف لذلك ، أما الإجراء الذي تتخذه سلطة الاستدلال في مواجهة المشتبه فيه كاستدعائه لأخذ أقواله فهنا ينشأ له الحق في اصطحاب محاميه معه يكون سنداً له في نفي التهمة عن نفسه وضماناً لعدم المساس به بغير مبرر (١٠١٥) .

الفرع الثاني

الاتجاه المؤيد لحق المتهم في الاستعانة

- ١٠١٢) د . طارق محمد الديراوي ، ضمانات المتهم وحقوقه في قانون الإجراءات الجنائية ، رسالة دكتوراه ، معهد البحوث والدراسات ، القاهرة ، دون سنة نشر ، ص ١٢٤ .
- ١٠١٣) د . محمد خميس ، مرجع سابق ، ص ٩٣ .
- ١٠١٤) د . محمد خميس ، المرجع السابق ، ص ١٥٤ .
- ١٠١٥) د . محمد خميس ، مرجع سابق ، ص ٩٥ .

بمحام في مرحلة جمع الاستدلالات

يرى بعض الفقهاء أن الاستعانة بمحام في مرحلة جمع الاستدلالات من الأمور الضرورية الهامة بالنسبة للمتهم وحجتهم في ذلك أن المتهم في هذه الحالة يكون في أمس الحاجة إلى محام يقف بجانبه يحميه من تعسف مأمور الضبط القضائي وإمكانية لجوئه إلى وسائل غير مشروعة لحمل المتهم على الاعتراف^(١٠١٦).

كما ذهب جانب كبير من الفقه إلى ضرورة أن يستعين المتهم بمحام في مرحلة جمع الاستدلالات، وقد استند هذه الاتجاه إلى أن إجراءات الاستدلال تعد من عناصر التحقيق بمعناه الواسع كما وإنها من عناصر الإثبات في الدعوى الجنائية، بالإضافة إلى ذلك أن المتهم يكون في هذه المرحلة بحاجة ماسة للمساعدة وخاصة المشورة القانونية عندما يكون في مواجهة مأمور الضبط القضائي ومما لا شك فيه أن حضور المحامي إجراءات الاستدلال يؤكد أنه يدعم قيمتها في الإثبات، بل أن حضور المحامي بجوار المتهم يؤدي إلى تهدئته ويساعده على التوازن والهدوء عند الإجابة على الأسئلة الموجهة إليه، كما ويحد مما قد يتعرض له المتهم من وسائل الإكراه المادي والمعنوي للحصول على المعلومات منه^(١٠١٧).

كما ويعول هذا الفريق الذي يرى أنه لا يجوز منع المتهم من الاستعانة بمحام في هذه المرحلة باعتبار إنها أخطر مرحلة إجرائية، حيث أن فيها قد يحدث تعدد على حريات الأفراد وخصوصياتهم على اعتبار أن غالبية رجال الشرطة يتجهون للكشف عن المجرمين بأساليب قهرية وقسرية غالباً ما يكون فيها إهدار للحريات والضمانات القانونية، إذ تسيطر على تفكير رجال الشرطة الميل إلى مطاردة المجرمين وإساءة الظن بالأبرياء وبسبب ذلك يجب احاطة المتهم بضمانات قوية لحماية حريته والحفاظ على حقوقه الشخصية ولضمان عدم تعرضه للضغط واستعمال طرق غير مشروعة لدفعه على الاعتراف أو ألقاء القبض عليه بصورة مجحفة، ولذا فإن استعانة المتهم بمحام في هذه المرحلة يعتبر ضماناً له وحماية للدليل خاصة وإن هذه المرحلة يتحصل منها أدلة قد تقام عليها القضية بأكملها، وبالإضافة إلى ذلك فإن القاعدة في القانون هي عدم جواز منع المحامي من الحضور مع موكله في أي مرحلة من المراحل وهو حكم عام لا يوجد ما يخصصه، كما أن مرحلة الاستدلال تعد جزء من مرحلة التحقيق الابتدائي بمعناه الواسع والتي سمح فيها القانون صراحة الاستعانة بمحام^(١٠١٨).

وحضور المحامي في مرحلة جمع الاستدلال يعاون أيضاً ويساعد جهات الاستدلال على البحث والتحري، فالمحامي عندما يحث موكله على أن يجيب على الأسئلة التي توجه إليه وعدم التزامه الصمت رغبة في إطلاق سراحه، حيث في هذه الحالة يفند المتهم الشبهات والاتهامات التي أحاطت به وبذلك تتمكن جهات الاستدلال من تحديد الفاعل الأصلي والحقيقي وبالتالي هذا يوفر الوقت والجهد لمأمور الضبط القضائي، خاصة إذا ارشد المتهم عن أشخاص آخرين ربما تكون لهم علاقة مباشرة بالجريمة موضوع البحث

(١٠١٦) عواد عون عوض الرشيدى، ضمانات المتهم في مرحلة جمع الاستدلالات في القانونين المصري والكويتي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠١٠م، ص ٩٥.

(١٠١٧) صالح رمضان قنان، استعانة المتهم بمحام في قانون الإجراءات الجنائية الليبي والمصري " دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠١١م، ص ٧٠.

(١٠١٨) د. محمد خميس، مرجع سابق، ص ٩٣.

والتحري ، وقد أثبتت الدراسات الميدانية التي أجريت في مصر عدم اعتراض الغالبية على تدخل المحامي أثناء مرحلة جمع الاستدلالات (١٠١٩) .

كما يرى هذا الجانب من الفقه جواز أن يستعين المتهم بمحام أثناء الاستدلال ، إذا يتميز الاستدلال غالباً بغياب الدفاع على اعتبار أن الفرد في هذه المرحلة لم يحدد اتهامه ولذلك فقد نص قانون المحاماة المصري على حق المحامين في الحضور عن ذوى الشأن أمام دوائر الشرطة واللجان القضائية والإدارية ذات الاختصاص القضائي وجميع الجهات الأخرى التي تباشر تحقيقاً جنائياً أو إدارياً أو اجتماعياً ويتضح من هذه الصيغة الواسعة لهذا النص أن حضور المحامي لا يقتصر على الاستدلال الذي يقوم به رجال الشرطة ويتمتعون بالضبطية القضائية بل له حق الحضور أمام غيرهم من الجهات التي تتمتع بهذه الضبطية (١٠٢٠) .

الخاتمة :

تناولنا في هذا البحث موضوع حق المتهم في الاستعانة بمحام في مرحلة جمع الاستدلالات في القانون الجنائي اليمني مقارناً بالقانون المصري ، حيث تناولنا في هذه الدراسة تعريف للمتهم والمحامي من حيث اللغة والاصطلاح ، وكذلك بحثنا في التأصيل التاريخي لحق المتهم في الاستعانة بمحام بصورة عامة ، وتوصلنا إلى نتيجة وهي أن حق المتهم في الاستعانة بمحام حق قديم قدم العدالة وهو أحد فروع حق عام ، وهو حق الدفاع .

كما تناولنا في هذا البحث وعرضنا الآراء المختلفة تجاه هذا الحق وهي آراء فقهية وآراء قانونية ، حيث وجدنا أن بعض التشريعات قد أخذت بموقف عدم أحقية المتهم في أن يستعين بمحام في مرحلة جمع الاستدلالات واعتمدت هذه التشريعات في موقفها من أن المتهم في مرحلة جمع الاستدلالات لا تصبغ عليه صفة (الاتهام) بل يعتبر فيهما مشتبه فيه ، حيث لم تثبت التهمة ضده بعد ، ووجدنا أيضاً أن هناك تشريعات أقرت للمتهم بحقه في الاستعانة بمحام في مرحلة جمع الاستدلالات وقد اعتمدت في ذلك على أن الفرد مهما كانت تسميته متهماً أو مشتبه فيه يكون في حالة وجوده في مرحلة الاستدلالات ، أو أي مرحلة من مراحل الدعوي الجزائية وفي مواجهة تهمة ، مضطرباً غير قادر على الدفاع عن نفسه ، ولذلك فهو يحتاج إلي أن يقف محام إلى جوار يهدى من روعه ويدافع عنه ، كما أن هناك قوانين التزمت الصمت تجاه حق المتهم في الاستعانة بمحام في مرحلة جمع الاستدلالات وهذا الموقف اعتمد على طبيعة مرحلة جمع الاستدلالات بأنها مرحلة تجمع فيها الأدلة وتتم فيها التحريات والاستدلالات ، فلا يصح أن يحضر المتهم ومحاميه هذه الإجراءات لأنها ذات طبيعة سرية .

وفي نهاية البحث توصلنا إلي جملة من التوصيات وهي :

١- نوصي المشرع اليمني بالنص بصورة صريحة علي حق المتهم الاستعانة بمحام في مرحلة جمع الاستدلالات بحيث يضيف إلى الفقرة الأولى من المادة ٩ من قانون الإجراءات الجزائية (حق الدفاع مكفول وللمتهم أن يتولى الدفاع بنفسه كما أن له الاستعانة بممثل للدفاع عنه في أية مرحلة من مراحل القضية الجزائية بما في ذلك مرحلة جمع الاستدلالات ومرحلة التحقيق) (٠٠٠٠) .

١٠١٩ (حسن صادق المرصفاوى ، د . محمد إبراهيم زيد ، الإشراف القضائي على التحقيق ، دراسة ميدانية ، المجلة الجنائية القومية ، المجلد ٢٠ ، العدد (٢ ، ٣) ، يوليو - نوفمبر ، ١٩٩٧ م ، ص ٢٨ .
١٠٢٠ (صالح رمضان قنن ، المرجع السابق ، ص ٧١

- ٢- نوصي المشرع المصري بأن يبيح للمتهم الاستعانة بمحام في مرحلة جمع الاستدلالات ، حيث يمكن أن يدرج فقره في نص المادة (٧٧) من قانون الإجراءات الجنائية الحق (للمحامي أن يحضر مع المتهم إجراءات جمع الاستدلالات ، حيث وأن المشرع قد منحه هذا الحق في مرحلة التحقيق الابتدائي) .
- ٣- نوصى بأن يتفق المشرع المصري فيما يتعلق بحق المتهم الاستعانة بمحام في كل من قانون الإجراءات الجنائية وقانون المحاماة فيما يتعلق بحق المتهم في الاستعانة بمحام في مرحلة جمع الاستدلالات حيث أنه نص على ذلك في قانون المحاماة ولم ينص عليه في قانون الإجراءات الجنائية .
- ٤- كما نوصي بأن يُنص في كلا من القانونين على معاقبة المحامي الذي يحرض موكله على الصمت أو الكذب لتعطيل سير إجراءات هذه المرحلة .

-٥-

المراجع :

أولاً : المراجع اللغوية والفقهية :

- ١- د . إبراهيم أنيس ، د . عبد الحلیم منتصر ، عطية الصوالحي ، محمد خلف الله أحمد ، المعجم الوسيط ، الجزء الثاني ، الطبعة الثانية ، مجمع اللغة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٢ م .
- ٢- د . إبراهيم مصطفى ، أحمد حسن الزيات ، حامد عبد القادر ، محمد على النجار ، المعجم الوسيط ، الجزء الأول ، مجمع اللغة العربية ، الإدارة العامة للمعجمات وأحياء التراث ، دار الدعوي ، تركيا ، ١٩٨٩ م .
- ٣- ابن القيم الجوزية ، الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان .
- ٤- أبو داؤود سليمان بن الأشعث ، سنن أبي داؤود ، الجزء الثالث ، دار الحديث ، القاهرة ، ١٩٨٨ م .
- ٥- أبو عبد الله بن يزيد بن ماجه " سنن ابن ماجه " ، الجزء الثاني
- ٦- أحمد العايد ، د . أحمد مختار عمر ، الجيلاني بن الحاج يحيي ، المعجم العربي الأساسي ، المنظمة العربية للتربية والثقافية والعلوم ، لادوس ، ١٩٨٨ م .
- ٧- أديب اللجمي ، البشير بن سلامة ، شحاته الخوري ، عبد اللطيف عبيد ، معجم اللغة العربية ، المجلد الثالث ، الطبعة الثانية ، أمبريتو ، بيروت ، لبنان ، ١٩٩٤ م .
- ٨- الشيخ محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي ، مختار الصحاح ، دار القلم ، بيروت .
- ٩- المعجم الوجيز ، مجمع اللغة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٠ م .

ثانياً : المراجع القانونية :

- ١- د . أحمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية ، الطبعة السابعة ، دار الطباعة الحديثة ، القاهرة ، ١٩٩٣ م .
- ٢- د . حسن صادق المرصفاوي ، المرصفاوي في أصول الإجراءات الجنائية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٧ م .
- ٣- د . حسن محمد علام ، قانون الإجراءات الجنائية مع تعليق فقهي تحليلي للنصوص وقضاء النقض وتعليمات النيابة العامة ، الطبعة الثانية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٩١ م .
- ٤- د . حسني 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 ، ٢٠٠٩ م .
- شرح قانون الإجراءات الجزائية اليمني ، الجزء الأول ، سنة ٨٧ - ١٩٨٨ م
- ٥- د . رمسيس بهنام ، الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلاً ، الجزء الأول ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٧٧ م .
- ٦- د . سعد حماد القبائلي :
- ضمانات المتهم في الدفاع أمام القضاء الجنائي ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٨ م .
- حق المتهم في الاستعانة بمحام " دراسة مقارنة " ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٥ م
- ٧- د . عصام ذكريا عبد العزيز ، حقوق الإنسان في الضبط القضائي ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١١ م .

- ٨- د . عمر محمد سالم ، الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجنائية ، الجزء الأول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٠ م .
- ٩- د . فوزية عبد الستار :
- شرح قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٦ م .
 - شرح قانون الإجراءات الجنائية وفقاً لأحدث التعديلات ، الطبعة الثانية ، الجزء الأول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٠ م
- ١٠- د . محمد شريف بسيوني ، الوثائق الدولية المعنية بحقوق الإنسان ، المجلد الأول ، الوثائق العالمية ، الطبعة الأولى ، دار الشروق ، القاهرة ، ٢٠٠٣ م
- ١١- د . محمد على سالم عياد ، الوسيط في شرح قانون أصول المحاكمات الجزائي الأردني ، الجزء الأول ، دار مكتبة بغداد للناشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٥ .
- ١٢- د . محمد محيي الدين عوض ، القانون الجنائي ، إجراءاته في التشريعين المصري والسوداني ، الجزء الأول ، ١٩٦٥ .
- ١٣- د . محمود أحمد طه ، حق الاستعانة بمحام أثناء تحقيقات الشرطة القضائية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٣ م .
- ١٤- د . محمود محمود مصطفى ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، طبعة ١٩٧٦ م .
- ١٥- د . محمود نجيب حسني ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٢ م .
- ١٦- د . ناصر عبد الله حسن ، حقوق المتهم في مرحلة جمع الاستدلالات ، دار أبو المجد ، الهرم ، القاهرة ، ٢٠٠١ م .
- ١٧- د . هلالى عبد الله أحمد ، حقوق الدفاع في مرحلة ما قبل المحاكمة بين النمط المثالي والنمط الواقعي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٥ م .

ثالثاً : الرسائل العلمية :

- ١- أبو السعود عبد العزيز ، ضمانات المتهم وحقوقه في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، كلية الشريعة والقانون ، ١٩٨٥ م .
- ٢- أحمد فتحى أبو العينين ، حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية ، رسالة ما قبل المحاكمة ، رسالة دكتوراه ، جامعة المنصورة .
- ٣- إيهاب عادل رمزى ، المسؤولية الجنائية للمحامي ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، ٢٠٠٢ م .
- ٤- حاتم حسن بكار ، حماية حق المتهم في محاكمة عادلة ، دراسة تحليلية وتأصيلية ، انتقادية ، مقارنة في ضوء التشريعات الجنائية المصرية ، الليبية ، الفرنسية ، الإنجليزية ، الأمريكية والشريعة الإسلامية ، رسالة دكتوراه ، جامعة الإسكندرية ، ١٩٨٣ م .
- ٥- حسن محمد علوي ، استعانة المتهم بمحام في القانون المقارن ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ١٩٧٠ م .
- ٦- سمر مصطفى منصور ، حقوق المتهم من وجهة الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، كلية دار العلوم ، جامعة القاهرة ، ٢٠٠٧ م .
- ٧- سمير محمد شعبان ، ضمانات حقوق الإنسان في مرحلة الاستدلال ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ٢٠٠٧ م .
- ٨- صالح رمضان قنان ، استعانة المتهم بمحام في قانون الإجراءات الجنائية الليبي والمصري ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، جامعة القاهرة ، ٢٠١١ م .

- ٩- طارق محمد الديراوي ، ضمانات المتهم وحقوقه في قانون الإجراءات الجنائية ، رسالة دكتوراه ، معهد البحوث والدراسات العربية ، القاهرة ،
- ١٠- عبد الستار الكبيسي ، ضمانات المتهم قبل وأثناء المحاكمة ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ١٩٨١ م .
- ١١- عبد القادر سالم ، ضمانات المتهم قبل وأثناء المحاكمة ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، ١٩٨١ م .
- ١٢- علاء محمد الصاوي ، حق المتهم في محاكمة عادلة ، دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ٢٠٠١ م .
- ١٣- عواد عون عوض الرشيدي ، ضمانات وحقوق المتهم في رحلة جمع الاستدلالات في القانونين المصري والكويتي ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ٢٠١٠ م .
- ١٤- محمود راجح حمود نجاد ، حقوق الإنسان في مرحلة جمع الاستدلال بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ، رسالة دكتوراه ، القاهرة ، ١٩٩٢ .
- ١٥- وهبي أحمد دهب ، المحاماة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، رسالة ماجستير ، جامعة القاهرة ، ١٩٨٦ م .
- رابعاً : المجالات العلمية :

- ١- د . حسن صادق المرصفاوي ، د . محمد إبراهيم زيد ، الإشراف القضائي على التحقيق ، دراسة مقارنة ، المجلة الجنائية القومية ، المجلد ٢٠ ، العدد (٢ ، ٣) ، يوليو - نوفمبر ، ١٩٩٧ م .
- ٢- سامح عاشور ، حول استعانة المتهم بمحام في التشريعات العربية والمقارنة ، مجله الحق لاتحاد المحامين العرب ، السنة ١١ ، العدد ١ ، عام ١٩٨٠ .
- ٣- د . سامي صادق العلا ، حق المتهم في الاستعانة بمدافع أثناء تحقيقات الشرطة ، مجلة المحاماة المصرية ، السنة ٦٦ ، العدد (٩ / ١٠) ، نوفمبر ، ديسمبر ١٩٨٦ م .
- خامساً: المراجع الأجنبية :

- ١- Huoueny (Louis) ; Les droits de la defense davanl le juge dinstracation Rev. Sc . Crime Nouvel serie T.VN . ١٩٥٢ .
- ٢- Jouse (D) Traito de la justice cominlle en France , paris ١٧٧١ t.١١ .
- ٣- Rager mele " le role de la defanse en produre penal compere " Rapport introductive proserte a ٤١ congres de I Association national des arocats toulous ١٩٦٩ R.S.C ١٩٧٠ no . ١ .
- ٤- Williams (G) ; Questioning by the police : Some practical consideration crim . L.R., ١٩٦٠ .

دور المحام في مرحلة المحاكمة الجنائية

” دراسة مقارنة ”

إعداد

ذكرى فضل عبد الله

مدرس بكلية الحقوق

جامعة عدن

دور المحام في مرحلة المحاكمة الجنائية

تمهيد وتقسيم :

يعد الدفاع عن المتهم ، المهمة الأساسية للمحامي ، حيث أنه يلبي النداء بالدفاع عن موكله المتهم أمام كافة الجهات القضائية مطوعاً ومداركه ومعارفه وخبراته الإنسانية في الدفاع عن المتهم ، كما أن وجوب الاستعانة بمحامٍ بمثابة قيداً على حرية المتهم في أن يدافع عن نفسه وبنفسه ، إلا أن هذا القيد يحقق المصلحة الخاصة والعامة معاً .

وتعد مرحلة المحاكمة المرحلة الأخيرة التي يتم فيها الفصل في الدعوى الجزائية أما بالبراءة أو الإدانة وبالتالي تعد المحاكمة اخطر وأهم مرحلة تمر بها الدعوى الجنائية^(١٠٢١) .

كما أن المحامي الموكل عن المتهم في هذه المرحلة يكون دوره ايجابياً أكثر منه في مرحلة التحقيق الابتدائي ، حيث يكون فيه موقفه سلبياً ومحصوراً في نطاق ضيق إذ يقتصر دوره على مجرد مراقبة سير إجراءات التحقيق فلا يجوز له أن يتكلم إلا إذا حصل على موافقة المحقق^(١٠٢٢) .

وبناء على ما تقدم فإننا سندرس دور المحامي في مرحلة المحاكمة الجنائية من خلال المطالب الثلاثة الآتية :

المطلب الأول: تقديم الدفوع والطلبات .

المطلب الثاني : المشاركة في المناقشات .

المطلب الثالث : متطلبات فعالية حق المتهم في الاستعانة بمحامٍ في مرحلة المحاكمة الجنائية

(١٠٢١) د . سعد حماد القبائلي ، حق المتهم في الاستعانة بمحامٍ ، مرجع سابق ، ص ٥٣ .

(١٠٢٢) رائد سعيد صالح العولقي ، حق المتهم في الدفاع خلال مرحلة المحاكمة ، مرجع سابق ، ص ٣٢١ .

المطلب الأول

تقديم الدفوع والطلبات

تمهيد وتقسيم :

أن حقوق الدفاع الإيجابية والتي منحها القانون للمتهم بغية تكوين الرأي القضائي لمصلحته ومنها الحق في إبداء وتقديم الدفوع والطلبات بالاستناد إلى أن ذلك الحق هو محور حق الدفاع الأساسي إذ أنه يتيح للمتهم الفرصة الكاملة لكي يعرض ما يراه مناسباً من دفوع أو طلبات تنكر وتنفي الأدلة التي يقوم عليها الاتهام تجاهه .

وسنتناول في هذا المطلب الدفوع والطلبات من حيث تعريفها وبيان أقسامها وأنواعها ، وذلك على النحو الآتي :

أولاً : الدفوع تعريفها وأنواعها:

تعريف الدفوع :

إذا كان لكل شخص الحق في اللجوء إلى القضاء طالبا حمايته في مواجهة شخص آخر فإن لهذا الأخير أن يدافع عن نفسه ، ويبيدي ما يراه من وسائل دفاع حتى لا يحكم ضده ويحكم لخصمه بطلباته^(١٠٢٣) .

ولقد اختلف فقهاء قانون الإجراءات الجنائية بشأن تعريف الدفوع ، حيث عُرف الدفع بأنه " الوسيلة التي يستعين بها المتهم للتوصل إلى تيرئته من الاتهام الموجه إليه ، سواء أكان الدفع شكلياً متعلقاً بالإجراءات أو موضوعياً متعلقاً بموضوع الاتهام^(١٠٢٤) كما يعرف الدفع بأنه "ما يوجهه المتهم إلى الدليل الذي يستند إليه الخصم مباشرة ، بحيث يترتب عليه لو اقتنعت المحكمة تنفيذ هذا الدليل وعدم القضاء لخصمه بما يطلبه .^(١٠٢٥)

وعرفت الدفوع أيضاً بأنها (جمع دفع والدفع هو وسيلة من وسائل الدفاع ، وهذه الوسائل عبارة عن ضمانات وامتيازات يتحصن بها أي فرد يتعرض للتهديد ، سواء أكان هذا التهديد في شرفه أو حريته أو حياته أو مصلحته من خلال توجيه اتهام له ، سواء أكان ذلك عن طريق الاشتباه في ارتكابه جريمة ما أو تقديم الاتهام الصريح ضده ، بحيث يتمكن من اتخاذ أو استعمال مجموعة من الإجراءات أو الأنشطة أو كلاهما معاً والتي تمكنه من تبييد الادعاءات المقدمة ضده سواء أكان ذلك من سلطات جمع الاستدلالات أو سلطات التحقيق الابتدائي أو النهائي)^(١٠٢٦) .

(١٠٢٣) د . مأمون سلامة ، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري ، مرجع سابق ، ص ٣١١ .

(١٠٢٤) علاء الصاوي ، مرجع سابق ، ص ٧١١ ما بعدها .

(١٠٢٥) د . عبد الحميد الشواربي ، الدفوع الجنائية ، مرجع سابق ، ص ٩ .

(١٠٢٦) د . عبد الحميد الشواربي ، الدفوع الجنائية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٨٩ ، ص ٩ .

وفي جميع الأحوال فإن الفقه الجنائي لم يضع تعريفاً محدداً أو موحداً لاصطلاح الدفع في قانون الإجراءات الجنائية، فجانبا من الفقه يرى أن كلمة الدفع تطلق على أوجه الدفاع الموضوعية أو القانونية التي يثيرها الخصم لتحقيق غايته من الخصومة في الدعوى^(١٠٢٧).

ويرى جانب آخر من الفقه أن المقصود بالدفع هي أوجه الدفاع القانونية المختلفة التي من شأن الأخذ بها عدم الحكم على المدعي عليه من قبل المحكمة المنظورة أمامها بناء على التهمة المنسوبة إليه^(١٠٢٨).

ويرى جانب ثالث من الفقه بأنه " الدفاع الجوهري الذي من شأنه لو صح تبرئه المتهم وتغيير وجه الرأي في الدعوى " .^(١٠٢٩)

بينما يرى جانب رابع من الفقه^(١٠٣٠) أن المشرع لم يضع تعريفاً محدداً للدفع في كل من قانون الإجراءات الجنائية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، كما أن قضاء النقض المصري لم يضع تعريفاً محدداً لهذا المصطلح، من أجل ذلك فأنهم يحددون المقصود بالدفع من ناحيتين هما :

الأولى : من حيث طبيعة الوسيلة التي يلجأ إليها الخصم في الدعوى، فالدفع يرتبط بطريقة مباشرة بموضوع النزاع . والثانية : من حيث الهدف من إبداء الدفع، فهو يوجه مباشرة إلى أدلة الدعوى ويرون من أجل ذلك أن الدفع باعتبارها من وسائل الدفاع لا تضيف شيئاً جديداً إلى الخصومة الجنائية وإنما تهدف فقط إلى تقادي الحكم بما يدعيه الخصم الآخر، والخصومة الجنائية على هذا النحو تتحدد بالادعاءات وليس بالدفع .

وفي العموم فإن تعريف الدفع يأخذ معنيين الأول عام والثاني خاص فالمعني العام : يقصد به جميع وسائل الدفاع التي يجوز للخصم أن يستعين بها ليجيب على دعوى خصمه، يقصد تقادي الحكم لخصمه بما يدعيه عليه^(١٠٣١).

أما المعني الخاص :

فيقصد به : كل ما يتعيّن بها الخصم من الوسائل اللازمة للطعن على أساسها في صحة إجراءات الخصومة من دون أن يتعرض لأصل الحق الذي يزعمه خصمه، حيث يتجنب ولو مؤقتاً الحكم عليه بما يُطالب به خصمه.

وقد أتجه فقهاء القانون الجنائي الإيطالي إلى وضع تعريفات للدفع فقط دون الطلبات وهي تعريفات متعددة ومتباينة حيث انقسموا إلى اتجاهين :

(١٠٢٧) د . رؤوف عبيد ، المشكلات العلمية في قانون الإجراءات الجنائية ، طبعة ١٩٧٩ م ، دار الفكر العربي، ص ٥٠٨ .

(١٠٢٨) د . مأمون محمد سلامة ، قانون الإجراءات الجنائية معلقاً عليه بالفقه وأحكام النقض ، مرجع سابق ، ص ٩٣١ .

(١٠٢٩) د . محمود نجيب حسني ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص ٩٣١ .

(١٠٣٠) د . حسني الجندي ، المرجع السابق ، ص ١٤ وما بعدها .

(١٠٣١) د . أحمد أبو الوفاء ، نظرية الدفع في قانون المرافعات ، الطبعة السادسة ، ١٩٨٠ م ، ص ١١ .

الاتجاه الأول :

يتأثر بتعريفاته فقهاء قانون المرافعات حيث يذهب جانب من الفقه الجنائي الإيطالي إلى الأخذ بفكرة واسعة عن الدفع تشمل كل ما يتعلق بالدفع ، حيث يطلق اصطلاح ، "الدفع " بصفة عامة علي كل نوع من الدفاع الذي يقابل الحق في الدعوى والقصد منه منع هذه الدعوى من تحقيق آثارها القانونية^(١٠٣٢).

الاتجاه الثاني :

وهو يتجه إلى الأخذ بفكره ضيقة عن الدفع حيث يرون أن اصطلاح " الدفع " يتحدد فنياً في الوقائع المهنية للدعوى الجنائية ، أو التي يكون من شأنها منع هذه الدعوى من إنتاج كل أو بعض آثارها القانونية أو تعمل على أبطال هذه الآثار^(١٠٣٣).

كما عرف جانب من فقهاء القانون الجنائي المصري الدفع بأنه " أوجه الدفاع الموضوعية أو القانونية التي يبتها الخصم لتحقيق غايته من الخصومة في الدعوى الجنائية"^(١٠٣٤).

بينما يري جانب آخر من الفقه المصري أن الدفع هو " ما أنصب عليه أوجه الدفاع القانونية التي يبيديها أحد الخصوم " .^(١٠٣٥)

وتبدو أهمية الدفع التي يبيديها المتهم في أنها تؤسس علي فكرة تكافؤ الفرص أو التوازن بين طرفي الدعوى الجزائية.^(١٠٣٦)

ويمكن تحديد المقصود بالدفع من ناحيتين :

الأولي :

من حيث طبيعة الوسيلة التي يلجأ إليها الخصم في الدعوى أي بحسب ما إذا كانت تربط بطريقة مباشرة أو غير مباشرة بموضوع النزاع فالدفع يرتبط بطريقة مباشرة بموضوع النزاع .

الثانية :

(١٩٢٦ - ١٩٥٢) . **Glasson Tissier et Morel : Traite de procedure , ٣em Ed .** (١٠٣٢)
T.Ler, p ٥٨٠ ot s . **Morel : Traito de procoudre, ٢em Ed . ١٩٤٩ No . ٤٦ ,**
P ٤٩ - ٥٠ .

(١٠٣٣) د . حسني الجندي ، وسائل الدفاع أمام القضاء الجنائي ، مرجع سابق ، ص ١٤ وما بعدها .

(١٠٣٤) د . رؤوف عبدي ، ضوابط تسبب الأحكام الجنائية وأوامر التصرف في التحقيق ، الطبعة الثانية ، ١٩٧٧ م ، ص ١٦٣ .

(١٠٣٥) د . محمد إبراهيم زيد ، تنظيم الإجراءات الجزائية في القانون اليمني ، ١٩٨٢ م ، صنعاء ، ص ٨٢١ .

(١٠٣٦) د . عباس العبودي ، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ٢٠٠٧ م ، ص ٢٧٥ .

من حيث الهدف من إبداء كل منهما ، فالدفع يوجه مباشرة إلى أدلة الدعوى الجنائية بقصد تنفيذها أو أهدرها

ب - تقسيم الدفوع : تتعدد التقسيمات التي قبل بها في شأن الدفوع حيث تنقسم الدفوع من حيث

تقسيم الدفوع من حيث القانون التي يحكمها :

تقسم إلى دفوع تتعلق بتطبيق قانون العقوبات ودفوع تتعلق بتطبيق قانون الإجراءات الجنائية ، حيث أن الدفوع المتعلقة بتطبيق قانون العقوبات هي تلك الدفوع التي تنصب مباشرة على تطبيق هذا القانون من حيث وجود الجريمة أو انتفاء احد أركانها وعناصرها ومدى توافر أحد أسباب الإباحة أو مانع من موانع المسؤولية^(١٠٣٧) كذلك القواعد المتعلقة بتطبيق العقوبة من حيث توافر عذر من الأعذار المعفية منها أو المخففة لها^(١٠٣٨).

أما الطلبات والدفوع في قانون الإجراءات الجنائية فقد اختلف فقهاء القانون الجنائي ، حول تعريف الدفوع بالطلبات حيث ذهب جانب من الفقه إلى تعريف الدفع أنه ما يطلق على أوجه في الدفاع الموضوعية أو القانونية التي يثيرها الخصم لتحقيق غايته من الدعوى^(١٠٣٩)

كما عرفت الدفوع في قانون الإجراءات الجنائية بأنها أوجه الدفاع القانونية المختلفة التي من مؤدي الأخذ بها عدم الحكم علي المدعي عليه .

أما الدفوع المتعلقة بقانون الإجراءات الجنائية فهي الدفوع التي تنصب مباشرة على تطبيق قواعد قانون الإجراءات الجنائية في المراحل المختلفة للخصومة الجنائية ، وتتنوع هذه الدفوع من حيث التطبيق العملي حيث يثار في المرحلة التي تمر بها الخصومة ، حيث من مرحلة المحاكمة الدفع بانقضاء الدعوى الجنائية بمضي المدة^(١٠٤٠).

من حيث طبيعة الدفع :

تقسم الدفوع من حيث طبيعتها إلى دفوع موضوعية وأخرى إجرائية أو شكلية ، وكذلك تقسم إلى دفوع قانونية وأخرى واقعية وثالثة وهي خليط بين الواقع والقانون .

الدفوع الموضوعية والدفوع الشكلية :

(١٠٣٧) د . عبد الرؤوف مهدي ، شرح القواد العامة للإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص ١٧٠ .

(١٠٣٨) د . رؤوف عبيد ، ضوابط تسبب الأحكام وأوامر التصرف في التحقيق ، مرجع سابق ، ص ١٦٣ .

(١٠٣٩) د . رؤوف عبيد ، المشكلات العلمية في قانون الإجراءات الجنائية ، طبعة ١٩٧٩ م ، دار الفكر

العربي، ص ٥٨ .

(١٠٤٠) علاء محمد الصاوي سلام ، مرجع سابق ، ص ٧١٨ .

الدفع الموضوعية هي الدفع التي تتعلق بوقائع الجريمة ونسبتها إلى المتهم وأدلة الإدانة المتعلقة بها والتي تتطلب تحقياً لإثباتها وتدخل في تصوير الواقعة وتقدير الأدلة ، ويترتب عليها إذا صحت عدم الحكم على المتهم بالعقاب أو التخفيف من قدر مسؤوليته أو عدم الأخذ بدليل معين في شأنه (١٠٤١).

ومن أمثلتها الدفع بتوافر حالة الدفاع الشرعي حيث يتطلب ذلك من المحكمة تحقيقاً موضوعياً حول وجود شروط الدفاع الشرعي ومدى توافرها في حق المدافع ، أي وجود الخطر الحال غير المشروع على نفس المدافع ، أو ماله أو عرضه ولم يكن لديه سوى دفعه بما بدر منه من استعمال للقوة ، وإذا ما تبين للمحكمة من ظروف الدعوى والأدلة القائمة فيها أن المتهم كان في حالة دفاع شرعي ، فإنه يكون عليها أن تعامله على هذا الأساس (١٠٤٢).

أما الدفع الشكلية أو الإجرائية

هي الدفع التي يطعن الخصم بموجبها في إجراءات الخصومة الجنائية ، بحيث يتوقف مصير الدعوى الجنائية على الفصل فيها ، ومثال على ذلك الدفع بانقضاء الدعوى الجنائية لأي سبب عام كان أو خاصاً ، إذ أن الفصل في هذا الدفع يسبق الفصل في موضوع الدعوى وذلك لما قد يتضح للمحكمة عند رفع هذا الدفع من أن الدعوى قد رفعت بعد مضي المدة ، وعليه يتعين على المحكمة أن تحكم ببراءة كل متهم ترفع عليه دعوى بعد مضي المدة المقررة لرفعها (١٠٤٣).

والأصل أن الدفع الموضوعية تشمل الدفع المتعلقة بقانون العقوبات ، بينما الدفع الإجرائية أو الشكلية تتطابق مع الدفع التي تستند إلى قانون الإجراءات الجنائية .

كما تقسم الدفع من حيث طبيعتها إلى :

دفع قانونية :

وهي تلك الدفع التي تستند إلى نصوص خاصة في قانون العقوبات أو قانون الإجراءات ، وقد أعطيت لها حكم " أوجه الدفع الموضوعية " وتلحق بها ما دامت تتطلب تحقيقاً في موضوع الدعوى ، فلا يجوز أثارها لأول مرة أمام محكمة النقض ، وإنما تنحصر خطة محكمة النقض على مراقبة حكم محكمة الموضوع إزاءها قبولاً ، أو رفضاً بأسباب كافية صحيحة في القانون مستمدة من ظروف الدعوى الثابتة وإدارتها (١٠٤٤).

ويدخل في هذا النوع من الدفع ، الدفع بتوافر سبب من أسباب الإباحة أو بامتناع المسؤولية الجنائية أو بامتناع العقاب لوجود عذر قانوني معفي وكذلك الدفع بالاستفادة من عذر قانوني مخفف مثل تجاوز حدود الدفاع المشرع أو صغر السن (١٠٤٥).

(١٠٤١) د . حسني الجندي ، المرجع السابق ، ص ٣٦ .

(١٠٤٢) نقض جنائي ، ١٩٤٢/١١/٩ م ، مجموعة القواعد القانونية ، ج ٦ ، ص ١٨ .

(١٠٤٣) نقض ١٩٦٥/٦/٢٨ م ، السنة ١٦ ، ص ٥٢٤ .

(١٠٤٤) د . رؤوف عبيد ، مرجع سابق ، ص ١٦٥ .

(١٠٤٥) د . حسني الجندي ، وسائل الدفاع أمام القضاء الجنائي ، مرجع سابق ، ص ٤٦ .

الدفع الواقعية :

هي الدفع التي تستند إلى الواقع ، أي تلك الدفع التي لا تسند إلى نصوص القانون وإنما إلى وقائع الدعوى ، والمقصود هنا بالوقائع هي وقائع الدعوى الجنائية ، وبناء على ذلك يعد من الدفع التي تستند إلى الواقع تلك الدفع التي تتعلق بسلطة القاضي الجنائي في التحقيق من الوجود المادي للوقائع سواء أكانت الواقعة ذات كيان مادي ملموس أم محض ظاهرة نفسية أو عقلية ، وتقديرها تقديراً واقعياً من حيث كيفية حصولها وزمانها ومكانها على ضوء الظروف والملابسات التي أحاطت بها .

وهكذا تتعلق الدفع بتوافر أركان الجريمة وعناصرها سواء أكان الركن المادي المتمثل في حصول النشاط الإجرامي من فعل أو ترك وتحقق النتيجة الإجرامية أو عدم حدوثها ، أو الركن المعنوي المتمثل في توافر القصد الجنائي (علم وإرادة ، سوء نية ، نية الغش أو التدليس) أو شبه العمد أو الخطأ في صورة المختلفة وتقدير الأدلة على الجريمة ثبوتاً أم نفياً ، كل ذلك في ضوء ظروف الدعوى وملابساتها^(١٠٤٦).

الدفع المختلطة " الدفع القانونية المختلطة بالواقع " :

هي الدفع التي لا يجوز أثارها لأول مرة أمام محكمة النقض ما لم يكن قد دفع بها أمام محكمة الموضوع لأنها تقتضي تحقيقاً^(١٠٤٧).

وقد استقر قضاء النقض على بيان طبيعة الدفع ببطلان التفتيش وكذلك الدفع ببطلان القبض وكيفية على أنهما من الدفع ، المختلطة ، وتتصف الدفع المختلطة بأنها :

- دفع تثار أمام محكمة الموضوع ولا يجوز أثارها لأول مرة أمام محكمة النقض .
- تقتضي تحقيقاً موضوعياً مما لا شأن لمحكمة النقض به .

تقسيم الدفع من حيث الأهمية :

تقسم الدفع من حيث أهميتها إلى : دفع جوهرية ، ودفع غير جوهرية

الدفع الجوهرية :

ويقصد بها تلك الدفع الهامة المؤثرة في الدعوى الجنائية والتي يترتب على الأخذ بها تغيير وجه الرأي في الدعوى ، بمعنى أن الدفع الجوهري هو الدفع الذي يبنيني عليه لو صح هدم التهمة المسندة إلى المتهم ولترتب عليه القانون أثراً قانونياً لصالح المتهم ، سواء تعلق هذا الأثر بنفي الجريمة أو بامتناع

(١٠٤٦) د . حسني الجندي ، المرجع السابق ، ص ٤٩ .

(١٠٤٧) نقض ١٩٥٨/٥/٢٠ م لسنة ٩ ، ص ٥٥٨ .

المسئولية عنها ، أو بامتناع العقاب أو تخفيفه ، أم عدم نشوء الحق في الدعوى الجنائية أو بانتفاء ولاية المحكمة بنظرها (١٠٤٨).

ويعتبر الدفع جوهريا إذا كان ظاهر التعلق بموضوع الدعوى المنظورة أمام المحكمة ويكون الفصل فيه لازماً للفصل في الموضوع ذاته وتلتزم المحكمة بتحقيقه بلوغاً إلى غاية الأمر فيه دون تعليق ذلك على ما يقدمه المتهم تأييداً لدفاعه أو أن ترد عليه بأسباب سائغة تؤدي إلى أطراحه (١٠٤٩).

الدفع غير الجهرية : الدفع غير الجوهري هو ذلك الدفع الذي لا يؤثر في الدعوى الجنائية ، ولا يكون الغرض منه سوى مجرد التشكيك في مدى ما أطمأنت إليه المحكمة من أدلة الثبوت (١٠٥٠).

ويكون الدفع غير جوهري في الحالات الآتية : (١٠٥١).

أ - الدفع الذي لا يؤثر في ثبوت الواقعة ، كالدفع بتعذر الرؤية ، وتطبيقاً لذلك قضي بأنه "إذا كانت المحكمة قد قطعت أن الحادث قد وقع قبل غروب الشمس وكانت الرؤية متيسرة ، وكان تحديد وقت وقوع الحادث لا تأثير له في ثبوت الواقعة مادامت المحكمة قد أطمأنت بالأدلة التي ساققتها إلى أن الشهود الإثبات قد رأوا الطاعن وهو يصوب البنديقية في اتجاه المجني عليه "

ب - إذا كان الدفع ينطوي على مجرد شبهة يثيرها حول الواقعة كأن ينطوي على مجرد دفاع موضوعي

ج - إذا كان القصد من الدفع هو المنازعة في القوة التدليلية أو ينحل إلى جدل موضوعي في تقدير الدليل .

د - إذا كان لم يقصد به سوى التشكيك في مدى ما أطمأنت إليه المحكمة من أدلة الثبوت، أي إذا كان يتعلق بسلطة المحكمة في تقدير أدلة الدعوى .

تقسيم الدفع من حيث الهدف منها إلى :

• دفع تتعلق بالنظام العام

• دفع تتعلق بمصلحة الخصوم

فالدفع التي تتعلق بالنظام العام هي كل ما يتعلق بشروط قبول الدعوى الجنائية وتشكيل المحاكم وولايتها بالحكم في الدعوى والاختصاص بنظرها ، وعلانية الجلسات وشفوية المرافعة وإجراءات إصدار الأحكام الجنائية والطعن فيها ، كالدفع المتعلقة بقيود رفع الدعوى الجنائية وأسباب انقضاؤها .

أمل الدفع المتعلقة بمصلحة الخصوم فتشمل كل ما يتعلق بالإجراءات الخاصة بجمع الاستدلالات والتحقيق الابتدائي أو التحقيق في الجلسة في الجرح والجنابات ، كما تتضمن كل المسائل المتعلقة بضمانات الدفاع والأمن الشخصي كالدفع ببطلان القبض أو التفتيش ، والدفع ببطلان الاعتراف ، أو الاستجواب

(١٠٤٨) د . حسني الجندي ، وسائل الدفاع أمام القضاء الجنائي ، مرجع سابق ، ص ٦٤ .

(١٠٤٩) نقض ١٩٧١/٢/٢١ م ، مجموعة أحكام النقض ، ١ لسنة ٢٣ ، ص ٢١٤ .

(١٠٥٠) د . مأمون سلامة ، الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي ، الجزء الثاني ، مرجع سابق ، ص ٢٧١ .

(١٠٥١) د . حسني الجندي ، المرجع السابق ، ص ٦٧ ، ٦٨ .

شروط تقديم الدفوع :

يلزم لتقديم الدفوع والطلبات عدة شروط هي (١٠٥٢).

أولاً : ان يثار الدفع أو الطلب قبل أقفال باب المرافعة ، أما في حالة كانت إجراءات المحاكمة قد استوفيت قانوناً ، فإن المحكمة لا تكون ملزمة بإجابة الدفاع إلى ما قد يقدمه من دفوع بعد حجز القضية للحكم ، إذ أن المحكمة قد أعطت لأطراف الدعوى المجال الكافي لاستيفاء دفاعهم ، وقررت أقفال باب المرافعة ، فإن القانون لا يلزمها بإعادتها إلى المرافعة ، ولا يغني عن ذلك إثارتها أمام سلطة التحقيق أو حتى سلطة الإحالة .

ثانياً : يلزم ان يكون الدفع أو الطلب قد أثير بالفعل على وجه ثابت في أوراق الدعوى أما في نفس الحكم الصادر فيها ، وهو مكمل لمحضر الجلسة ، وإما في محضر الجلسة ، وإما في المذكرات المقدمة .

ثالثاً : يلزم ألا يأتي الدفع أو الطلب عرضياً ولا يأتي بصيغة تفويض الأمر إلى المحكمة أو ترك الأمر إلى المحكمة وترك التصرف لها إذا شاءت أو نحو ذلك من التعابير ، فمحكمة الموضوع لا تكون مطالبة بالرد على الدفع إلا إذا كان من تقدم به قد إصر عليه ، أما الكلام المقدم من غير مطالبة جازمة ولا اصرر فلا لوم على المحكمة إن هي لم ترد عليه .

وقد عبرت محكمة النقض عن نفس هذا المعنى قائلة " إن الطلب الذي تلتزم محكمة الموضوع بإجابته أو بالرد عليه هو الطلب الجازم الذي يقرع سمع المحكمة ويشتمل على بيان ما يرمي به إليه أو يصر عليه مقدمه في طلباته الختامية .

لذا قضي مثلاً بأنه إذا كان دفاع المتهم وطلب تحقيقه قد عرضا بالصيغة الآتية : "إذا ظهر لحضاراتكم أنه حصل إهمال في معالجة المجني عليه فلحضاراتكم أن تقدروا نية المتهمين فيها وإذا وجدتم أنه حصل إهمال في المعالجة فلحضاراتكم أن تستدعوا الطبيب الشرعي لمعرفة ما إذا كانت هذه الوفاة نتيجة طبيعية للجروح " فإن هذا لا يعتبر طلباً ، بل مجرد بيان لواجب من الواجبات المعلوم من القانون ضرورة أن القاضي يقوم بها بدون أشعار من أحد إليها .

رابعاً : يلزم أن يكون الدفع القانوني أو الموضوعي ظاهر التعلق بموضوع الدعوى أي أن يكون الفصل فيه لازماً للفصل في الموضوع وألا فالمحكمة ليست ملزمة بالرد عليه صراحة بها بل يجوز أن ترفضه ضمناً لأن الخصم الذي يثير دفعاً من هذا الشكل لا يكون صاحب مصلحة في المطالبة بالرد عليه مسبباً ، وهذا الشرط مستفاد من نظرية المصلحة في الدعوى وفي الدفع وفي الطعن ، فحيث تنتفي المصلحة ينتفي إمكان التحدي بأي أمر منها ، لأن المصلحة مناطها جميعاً وينبغي فيها أن تكون شخصية دائماً وجديه ومباشرة ، ويعتبر انتفاء المصلحة من الدفع القانوني أو الموضوعي من النظام العام ، لأن شرط توافر المصلحة متصل بوظيفة القضاء ودوره في الحياة الاجتماعية وهي ترفض أن يهدر فرد وقت القضاء بم لا فائدة وراهه ولا صالح له فيها ، فهو مقرر لحماية صالح عام لا لصالح شخص معين ، ويترتب على ذلك بالضرورة أنه يحق لمحكمة الموضوع أن ترفض تحقيق أي دفع أو دفاع لا مصلحة لأحد من روائه ، ولا اثر له في استظهار

(١٠٥٢) د . رؤوف عبيد ، المشكلات العلمية الهامة في الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص ٥١٥ ، د . مأمون محمد سلامة ، قانون الإجراءات الجنائية معلقاً عليه بالفقه وأحكام النقض طبقاً لأحدث التعديلات ، مرجع سابق ، ص ١٣٤٠ - ١٣٤٣ .

وجه الحق في الدعوى ، إذا ما صدر من أحد الخصوم دون أن يتعلق ذلك على طلب يرفض تحقيقه مقدماً من الخصم الآخر .

خامساً : يلزم أيضاً ألا يكون المدافع قد تنازل عن دفاعه أو طلب تحقيقه صراحة أو ضمناً وكذلك إذا لم يكن قد تنازل عن دفعه القانوني الإجرائي غير المتعلق بالنظام العام ، كالتنازل عن الدفع بالبطلان النسبي ، فالتنازل الصريح من طلبات التحقيق ألا يحتاج إيضاحاً ، أما التنازل الضمني فصورته المألوفة في العمل أن يبدي المدافع دفعه مصحوباً بطلب تحقيقه في جلسة معينة ثم يترافع قبل تحقيقه في موضوع الدعوى مصمماً على طلباته ، لذا قضي بأنه إذا أعلن المتهم شهود نفي وحضروا تم ترافع الدفاع دون إشارة منه إلى طلب سماعهم ، فهذا تنازل ضمني عنه لا يحق له من بعده أن ينعي على المحكمة الإخلال بحقه في الدفاع^(١٠٥٣) .

كما أنه إذا كان المتهم قد طلب من المحكمة استدعاء الطبيب الشرعي لمناقشته واجابته المحكمة إلى طلبه ، إلا أنه في الجلسة التي نُظرت فيها الدعوى تخلف الطبيب عن حضورها ، ولم يتمسك المتهم بضرورة حضوره ومناقشته فليس له بعد أن ذلك أن ينعي على المحكمة أنها لم تقم بإجراء سكت هو عن المطالبة بتنفيذه^(١٠٥٤) .

أما إذا لم يحصل تنازل صريح ولا ضمني من المتهم ودفاعه عن أي دفع أو طلب قدمه وتوافرت لهذا الطلب شرائطه التي بيئت سابقاً ، كان على محكمة الموضوع أن تجيب طلب التحقيق أو الدفع المتصل به أو ترد عليه رداً صحيحاً سائغاً له سنده من أوراق الدعوى وظروفها الثابتة وألا كان إغفال التحقيق أو الرد بحسب الأحوال إخلالاً بحق الدفاع وقصوراً في تسببب حكمها مما قد يعيبه ويستوجب نقضه^(١٠٥٥) .

الفرع الثاني

الطلبات تعريفها وأنواعها وشروط تقديمها

أ - تعريف الطلبات :

أن حق في إبراء الطلبات هي أحد حقوق المتهم التي ضمنها القانون حيث أنه من شأن هذه الطلبات أن تهدر الدعوى الجزائية المقامة ضده من قبل النيابة العامة سواء كان تحريك هذه الدعوى بناء على شكوى تقدم بها المجني عليه أو المدعي بالحقوق المدنية أو أن النيابة العامة هي التي قد حركتها بناء على حق الدولة الذي أهدر كجريمة القتل أو جريمة متعلقة بأمن الدولة أو غير ذلك من الجرائم المتعلقة بالحق العام^(١٠٥٦) .

ويختلف مفهوم الطلبات في نطاق المرافعات المدنية والتجارية عن مفهومها في نطاق الإجراءات الجنائية^(١٠٥٧) .

(١٠٥٣) نقض مصري ١٩٥١/٤/٢ م ، أحكام النقض ، السنة الثانية ، رقم ٣٣٦ ، ص ٩٠٩ .

(١٠٥٤) نقض ١٩٥٤/٦/٣٠ م أحكام النقض ، لسنة ٥ ، رقم ٢٧ ، ص ٨٤١ .

(١٠٥٥) نقض ١٩٥٧/٦/٢٤ م أحكام النقض ، لسنة ٨ ، رقم ١٨٨ ، ص ٦٩٥ .

(١٠٥٦) رائد سعيد صالح عبد الله عولقي ، ص ٢٩٥ .

(١٠٥٧) د . مأمون محمد سلامة ، قانون الإجراءات الجنائية ، الجزء الثاني ، مرجع سابق ، ص ١٣٣٩ .

حيث يُعرف الطلب في نطاق المرافعات المدنية والتجارية بأنه كل ما يتوجه به المدعي إلى المدعي عليه طالباً الحكم به ، والدفع هو كل وسيلة يجيب بها المدعي ، المدعي عليه على طلب المدعي قاصداً منع الحكم به عليه^(١٠٥٨).

وتعرف الطلبات كذلك بأنها كل ما يتقدم به المتهم أو غيره في الدعوى الجنائية منصباً على موضوعها بهدف تحقيق مصلحة فيها ، فجوهر الطلب إثبات واقعة معينة أو نفيها ، يكون من شأنها لو صحت اهتزاز الثقة في الاتهام المنسوب للمتهم بحيث يحط عنه عبء المسؤولية ويرفع عنه ثقل الجريمة^(١٠٥٩).

كما ويقصد بالطلب في قانون المرافعات المدنية والتجارية بأنه الإجراءات الذي يعرض به الإنسان على القضاء ادعاء طالباً منه الحكم له بما يدعيه على خصمه^(١٠٦٠).

كما يعرف بأنه الإجراء الذي يتقدم به الشخص إلى القضاء عارضاً عليه ما يدعيه طالباً الحكم له به^(١٠٦١).

وقد يقصد بالطلب أنه عمل إجرائي موجه من المدعي أو ممثله يقرر فيه وجود حق أو مركز قانوني معين أعتدي عليه ويعلن رغبته في حمايته بأحدي صور الحماية القضائية في مواجهة المدعي عليه^(١٠٦٢).

والطلب بصفة عام طريق الاستعمال الدعوى للحصول على الحماية القانونية ، وهو بصفة خاصة ، العمل القانوني أو الإجراء الذي يبديه شخص أمام المحكمة ويتضمن ادعاء في مواجهة خصمه ليحصل على حكم به^(١٠٦٣).

أما في نطاق الإجراءات الجنائية فلم يتفق فقهاء قانون الإجراءات الجنائية على تعريف معين للطلبات والدفع ، حيث يعرف جانب من فقهاء القانون الجنائي الطلب بأنه ما يطلق على طلبات التحقيق المعينة التي يتقدم بها الخصم والتي تتفق مع وجهة نظره في الدعوى الجنائية أي أنه هو ما يتوجه به الخصم إلى المحكمة إثباتاً لادعائه أو نفياً لادعاء خصمه^(١٠٦٤).

بينما يري جانب آخر من فقهاء القانون الجنائي أنه يقصد بالطلبات في مجال الدعوى الجنائية كل مما تقدم به الخصوم في الدعوى بغية تحقيقها لتأثر الفصل في الدعوى الجنائية بالنتائج التي يصل إليها تحقيق الطالب .

ب - أنواع الطلبات :

(١٠٥٨) د . رؤوف عبيد ، المشكلات العلمية الهامة في الإجراءات الجنائي ، مرجع سابق ، ص ٥١٥ .

(١٠٥٩) د . مأمون سلامة ، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري ، مرجع سابق ، ص ٢٧٩ .

(١٠٦٠) رمزي سيف ، الوجيز في قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري ، مرجع سابق ، ص ٢٧٧ .

(١٠٦١) د . أحمد أبو الوفاء ، المرافعات المدنية والتجارية ، مرجع سابق ، ص ١٨٢ .

(١٠٦٢) د . فتحي والي ، الوسيط في القضاء المدني ، مرجع سابق ، ص ٤٩٨ .

(١٠٦٣) د . أمينة مصطفى النمر ، الدعوى وإجراءاتها ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٩٠ م . ص

١٢٦ .

(١٠٦٤) د . رؤوف عبيد ، ضوابط تسبب الأحكام الجنائية وأوامر التصرف في التحقيق ، مرجع سابق ، ص

١٦٣ .

هناك أنواع عديدة للطلبات منها : الطلبات الجوهرية وغير الجوهرية والطلبات الجازمة وغير الجازمة والطلبات المنتجة وغير المنتجة والطلبات الجدية وغير الجدية ، وسنعرض هنا نبذة موجزة عن كل نوع كما يلي : الطلبات الجوهرية وغير الجوهرية .

الطلبات الجوهرية :

هي الطلبات التي يمكن أن تغير من النتيجة المستفادة من دليل معين أو إذا كانت منصبه إلى إظهار دليل جديد لم يكن تحت اهتمام ونظر المحكمة ، أي أن الطلب يكون جوهريا إذا كان يحقق دفاع المتهم بأن ينفي التهمة الموجهة إليه أو تخفيف مسؤوليته عنها^(١٠٦٥).

الطلبات غير الجوهرية :

وهي الطلبات التي لا يترتب على قبولها أو رفضها أي تأثير في سير الدعوى وموضوعها^(١٠٦٦).

وحسب تعريف محكمة النقض المصرية بأنه الطلب الذي لا يكون ظاهر التعلق لموضوع الدعوى ولازماً للفصل في الموضوع ذاته^(١٠٦٧).

الطلبات الجازمة وغير الجازمة :

الطلبات الجازمة :

وهي التي يصر عليها مقدمها ويتمسك بها ويصر عليها في طلباته الختامية ، أي هو الطلب الذي يقرع سمع المحكمة ويصر عليه مقدمة في طلباته الختامية^(١٠٦٨).

الطلبات غير الجازمة :

هي الطلبات التي لا يتمسك بها مقدمها في ختام مرافعته ، أي هي الطلبات التي لا يقرع سمع المحكمة ولا يصر عليها مقدمها في طلباته الختامية^(١٠٦٩).

الطلبات المنتجة وغير المنتجة :

الطلبات المنتجة :

(١٠٦٥) د . مأمون سلامة ، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري ، الجزء الثاني ، مرجع سابق ، ص ٣١٣ .

(١٠٦٦) د . سعد حماد القبائلي ، ضمانات حق المتهم في الدفاع أمام القضاء الجنائي ، مرجع سابق ، ص ٣٦٨ .

(١٠٦٧) نقض جنائي مصري ١٩٥٨/١١/٣ م ، مجموعة أحكام النقض ، السنة ٩ ، رقم ٢١٥ ، ص ٨٧٤ .

(١٠٦٨) نقض جنائي مصري ١٩٧٨/٥/١٥ م مجموعة أحكام النقض ، لسنة ٢٩ ، رقم ٩٤ ، ص ٥٠٧ .

(١٠٦٩) نقض جنائي مصري ١٩٦١/١٢/٢٦ م مجموعة أحكام النقض ، لسنة ١٢ ، رقم ٢١٤ ، ص ١٠١٤ .

هي الطلبات التي يكون للمتهم مصلحة في تحقيقها والفصل فيها من ناحية وتري المحكمة فائدة من إجابتها من ناحية أخرى .

الطلبات غير المنتجة :

ويقصد بها تلك الطلبات التي ترى المحكمة عدم جدواها في الدعوى ، والتي تكون غير لازمة للفصل في موضعها^(١٠٧٠).

ولا يكون في عدم إجابتها أو الرد عليها إخلال بحق المتهم في الدفاع^(١٠٧١).

الطلبات الجدية وغير الجدية :

الطلبات الجدية :

يقصد بها تلك الطلبات التي يشهد لها الواقع ويساندها .

أما الطلبات غير الجدية :

فيقصد بها تلك الطلبات العارية عن دليلها والتي يدحضها الواقع .

أن تقسيم الطلبات إلى تلك الأنواع المختلفة له نتائج هامة تبدو واضحة في نطاق سلطة المحكمة في إجابة الطلب من عدمه حيث يتوجب على المحكمة في حالة أن كان الطلب جوهرياً أن تبحثه وتحقق فيه لإظهار الحقيقة على خلاف الطلب غير الجوهري الذي لا تلتزم المحكمة بأن تحييه أو تنفذه ، أما الطالب الجازم فأن المحكمة ملزمة بإجابته في الرد عليه ، كما أن الطلب المنتج تلزم المحكمة بإجابته والرد عليه بخلاف الطلب غير المنتج الذي يجوز للمحكمة أن تلتف عنه ، والطلب الجدي فإن المحكمة تلزم بالتعرض له والرد عليه بعكس الطلب غير الجدي فإن المحكمة تكون في حل من التعرض له أو الرد عليه^(١٠٧٢).

وبصورة عامة فأن المحكمة تكون ملزمة بالرد على الطلبات التي يتقدم بها المتهم أو دفاعه متى توافرت فيها شروط قبولها .

ج - الشروط اللازمة لتقديم الطلبات:

هناك عدة شروط لإبداء الطلبات وقبول المحكمة بها والتحقيق فيها والرد عليها قبولاً أو رفضاً وأهمها :

(١٠٧٠) د . سعد حماد القبائلي : ضمانات حق المتهم في الدفاع أمام القضاء الجنائي ، مرجع سابق ، ص

(١٠٧١) د . حسني الجندي ، وسائل الدفاع أمام القضاء الجنائي ، مرجع سابق ، ص ٨٩ .

(١٠٧٢) د . حاتم حسن بكار : أصول الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص ٧٣٩ - ٧٤١ .

أولاً : أن يكون الطلب مقدماً بالشكل الذي يتطلبه القانون ، إذ أنه يجب أن يتأثر على وجه ثابت في أوراق الدعوى وأن يتم إثارته في مرحلة المحكمة^(١٠٧٣) وأن يقدم قبل إقفال باب المرافعة^(١٠٧٤).

ثانياً : أن يكون الطلب مقدماً بشكل واضح وجازم ، حيث يجب أن يكون الطلب شاملاً لبيان مضمونه مبيناً للفائدة منه موضعاً أثره في الدعوى^(١٠٧٥).

ثالثاً : أن يكون الطلب متجهاً في الدعوى أي أن يكون الطلب واضح الارتباط بموضوع الدعوى أن يكون البت فيه لازماً للفصل في الموضوع ذاته ومنتجاً فيه^(١٠٧٦).

د - الآثار المترتبة على توافر الشروط اللازمة للطلبات والدفاع :

يترتب على توافر الشروط الخاصة بالطلبات والدفع أثراً هاماً وهو التزام المحكمة بالرد عليها ، وذلك وفقاً لضوابط خاصة بهذا الالتزام هي :

١- التزام المحكمة بالرد :

إذ توافرت في الطلبات والدفع الشروط اللازمة لقبولها ، فإن المحكمة ملزمة بالرد عليها ، وتسبب قضائها في أسباب الحكم الصادر في الدعوى ، وهذا الالتزام بالرد يعد تطبيقاً لمبدأ كفاية الدفاع ومبدأ تسبب الأحكام^(١٠٧٧).

وإن أي إخلال بهذا الالتزام يؤدي إلى بطلان الحكم الصادر في الدعوى لإخلاله بحق الدفاع

وتقدير مدى توافر الشروط الخاصة بالطلبات والدفع هو من أطلاقات محكمة الموضوع والتي لها أن تقدر مدى فاعلية وإنتاج هذه الطلبات في الدعوى من عدمه ولها بعد ذلك أن تأخذ بها ، أو تطرحها إذا قدرت أنها ليس لها أثر منتج في الدعوى .

وترتباً على ذلك فإن إغفال المحكمة الرد على طلب الدفاع في سماع شهود نفي دون أن تبين أسباب في حكمها يعتبر عيباً في الحكم يستوجب نقضه^(١٠٧٨).

وإذا كان تقدير الأدلة يدخل في السلطة المطلقة لمحكمة الموضوع إلا أن تحقيقها يتعين أن تراعي فيه كفالة حرية الدفاع ، وحقوقه بالإضافة إلى ضمان عدالة جنائية سليمة^(١٠٧٩).

(١٠٧٣) د . عبد الرؤوف مهدي ، شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص ١٧١٣ .

(١٠٧٤) د . محمد عيد الغريب ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص ١٥١٢ ، وأنظر كذلك

ص من بحثنا هذا ، حيث أنه ترتب بالطلبات والدفع في شروط التقديم .

(١٠٧٥) نقض جنائي مصري ، ١٩٨٣/٥/٣ م ، مجموعة أحكام النقض ، السنة ٣٤ ، رقم ١٢١ ، ص ٦١٢

(١٠٧٦) نقض جنائي مصري ، ١٩٦٩/١٠/٢٠ م ، مجلة المحاماة السنة ١٥ ، العدد ٧ سبتمبر ١٩٧١ م

ص ٥٢ ،

(١٠٧٧) HAMELIN (J) et DAMIEN (A) , Befense dalloz , T١١ . ١٩٩٣ , opcit . , p ٤ .

(١٠٧٨) نقض ٢٤ ابريل / ١٩٧٨ ، مجموعة أحكام النقض ، لسنة ٢٩ ، رقم ٨٤ ، ص ٤٤٢ .

٢- ضوابط التزام المحكمة بالرد :

يشترط لالتزام المحكمة بالرد أن تكون قد استمدت من الإجراء المدفوع ببطلانه أو من الواقعة محل الدفع الموضوعي عنصراً من عناصر حكمها في الدعوى سواء كان هذا العنصر للإثبات أو للنفي ، أما إذا لم تعتمد المحكمة على شيء من ذلك ولم ترد على الدفاع بشيء فلا بطلان^(١٠٨٠).

وإذا كان الطلب أو الدفع قد قدم بشكل صريح فإن المحكمة تلتزم بالرد عليه ويجب هنا التفرقة بين الطلبات والدفع القانونية البحتة .

وتعتبر محكمة النقض الفرنسية بأن مدى وجوب التزام المحكمة بالرد على الدفوع والطلبات المقدمة من الخصوم أو مدى التزامها بتعليل رفضها الطلب يكون بالنظر إلى المؤثر الذي يمكن أن ينتج عن إجابة الطلب أو رفضه من قبل محكمة الموضوع ، ولذلك قضت بأنه " يتحقق الانعدام الجزئي في الأسباب نتيجة عدم إيراد قاضي الموضوع للطلبات الهامة التي تكون ذات أثر في الواقعة التي يفصل فيها وعدم الرد عليها من أسباب الحكم والرد الكافي الذي يبرر رفضه لهما " .^(١٠٨١)

المطلب الثاني

المشاركة في المناقشات

يتميز دور المحامي في مرحلة المحاكمة بأنه أوسع نطاقاً من دوره في مرحلة التحقيق الابتدائي ، إذ لا يقتصر دوره في المحاكمة على تقديم الدفوع والطلبات فقط ، وإنما يمتد إلى المشاركة في المناقشات التي تدور في الجلسة ، وحتى يتحقق الحضور النشط للمحامي في مرحلة المحاكمة لابد وأن يتمتع بمجموعة من الحقوق التي تكفل الفاعلية لدوره في المحاكمة وهذه الحقوق تنبع من النظام الاتهامي الذي يهيمن على المناقشات في الجلسة^(١٠٨٢) ، ومن هذه الحقوق حق المدافع في تقديم الشهود وحقه في طرح أسئلة على المتهم والشهود ، وحقه في مناقشة تقارير الخبراء وحقه في الحصول على وقت للاستعداد وتقديم دفاعه وحقه في أن يكون هواء موكله أخذ من يتكلم^(١٠٨٣) ، ولكن إذا كانت هذه الحقوق تكتسب أهمية كبرى من حيث كونها التعبير الملموس لتدخل المدافع في المناقشات ، إلا أنها تتوقف على مدى الحرية التي يتحصل عليها لتأدية مهمته على الوجه الأكمل^(١٠٨٤) .

أن كافة الخصوم في الدعوى الجنائية في حاحه إلى المشاركة في المناقشات بالجلسة دون عراقيل ولعل أهمهم محامي المتهم ، وحيث أن مهمته صعبة وثقيلة وبالتالي فهو في حاحه إلى الحرية في المناقشات

(١٠٧٩) د . مأمون سلامة ، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري ، الجزء الثاني ، مرجع سابق ، ص ٣٢٧ .

(١٠٨٠) د . محمد عيد الغريب ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص ١٥١٢ .
(١٠٨١) Cass crim , ٧ oct . ١٩٦٩ , Ball crim , No ٢٤٣ et ٢٥ Janv ١٩٧٣ , Bull crim , No ٤ .

(١٠٨٢) د . محمود نجيب حسني ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص ٩٣١ .

(١٠٨٣) علاء محمد الصاوي سلام ، مرجع سابق ، ص ٧٣٤ .

(١٠٨٤) سليم محمد سليم ، مرجع سابق ، ص ٤٠٥ ، وما بعدها .

وذلك لأنه يواجه خصم قوي هو النيابة العامة ، ولوضع حاجز أمام الامتيازات التي تمتنع بها النيابة العامة ، ويتعين أن تتوافر للدفاع حرية تعبير وحركته تسمح له بالتأثير في الجلسة ، ولذلك كان نظام المرافعة في المحاكمات الجنائية ، ولكن المرافعة يمكن أن تكون أقصى ما يملكه المحامي للتدخل في سير المناقشات بالجلسة إذ أنه يحتفظ في كل الظروف بحقه في أن يكون آخر من يتكلم خاصة للرد على طلبات النيابة العامة وملاحظات المدعي المدني، ومشاركة المحامي في المناقشات لها مقومات فاعليه تتمثل في المرافعة وحق المتهم في أن يكون آخر من يتكلم^(١٠٨٥) .

أهمية قاعدة أن يكون المتهم آخر من يتكلم :

يُعد حق المتهم أو محامي في أن يكون آخر من يتكلم من الحقوق ذات الأهمية الكبرى لضمان فعالية حق الدفاع ، وتهدف هذه القاعدة في المقام الأول إلى إتاحة الفرصة للمتهم أو المحامي عنه في ضحد أدلة الخصم وتقيد دفوعه وكذلك من خلال هذه القاعدة " المتهم آخر من يتكلم " يزيل المتهم ما قد يكون قد رسخ في ذهن القاضي من قناعة تجاه الاتهام المنسوب إليه ، خاصة إذا كان آخر المتكلمين هو عضو النيابة العامة أو المدعي المدعى أو حتى الشهود^(١٠٨٦) . لذا فُضي بأنه " إذا ترافعت النيابة العامة والمدعي بالحق المدني بعد سماع شهادة الشهود فلا مانع في القانون يمنع ذلك إنما الممنوع أن لا يكون المتهم آخر من يتكلم"^(١٠٨٧) .

كما فُضي بأنه " إذا سمعت محكمة الجنيات أقوال الشاهد عن التهمة المنسوبة للمتهم بعد أن أبدى هذا الأخير دفاعه وحكمت في الدعوى قبل أن تطلب من المتهم الرد على ما جاء في أقوال الشاهد ، تعين نقص الحكم لوقوع بطلان جوهرى في الإجراءات^(١٠٨٨) .

إن عدم احترام هذه القاعدة قد يترتب عليه أضرار جسيمة فيما يتعلق بحق المتهم في محاكمة عادله ، إذ تعتبر هذه القاعدة من الامتيازات التي يتمتع بها المتهم والتي تحقق التوازن العادل بين الاتهام والدفاع أثناء المرافعة .

أولا : الحق في المرافعة :

تعتبر المرافعة من الضمانات الأساسية لحق الدفاع أمام القضاء الجنائي وهي عبارة عن إلى ة يخولها القانون لكل خصم في الدعوى لكي يبدي وجهة نظره شفاه أمام المحكمة ، وذلك لتأييد لإيضاح دفوعه وللرد على طلبات ودفع الخصم الآخر .

أهمية المرافعة :

(١٠٨٥) د . محمود نجيب حسني ، المرجع السابق ، ٩٣٠ .

(١٠٨٦) د . محمود نجيب حسني ، شرع قانون الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص ٩٣٠ .

(١٠٨٧) نقض ٢٠ ديسمبر ١٩٤٨ ، مجموعة القواعد القانونية ، الجزء الأول ، رقم ٦٢ ، ص ٨٥ .

(١٠٨٨) نقض ٢ إبريل ١٩٢٣ م مجموعة أحكام النقض ، السنة ٢٧ ، رقم ٦٧ ، ص

تحتل المرافعة مكاناً خاصاً نظراً لأهميتها بالنسبة للمتهم والقاضي فبالنسبة للمتهم أو محامية تتيح له الرد على أدلة الخصم وضدها وعرض وجهة نظره ، كما أنها تتيح له أن يكشف عما يكون قد توافر بحقه في أسباب الإباحة أو موانع المسؤولية أو موانع العقاب ، ومن خلالها يبشرع ظروفه وبواعثه والتي على ضوئها يكون حكم القاضي معبراً عن الحقيقية ومحققاً العدالة .^(١٠٨٩)

وعن طريق المرافعة يستطيع المتهم التشكيك في كل ما يطرح من أدله على أرض البحث و المناقشة في الجلسة ، إلى جانب أنها تعد التطبيق الأمثل لقاعدة شفوية الإجراءات بجلسة المحاكمة .

بالنسبة للقاضي فالمرافعة تتيح له إعطاء نظره شاملة على وقائع القضية ، وعبرها يتضح له مدى تكامل أركان الواقعة المنسوبة للمتهم من الناحيتين القانونية والواقعية وتحديد مدى تحقق الأركان والشروط التي يتطلبها القانون ودرجة نسبتها للمتهم ومدى مسؤوليته عنها وبصفة عامة يكون للمرافعة أثر هام على عقيدة القاضي عندما يخلو للمداولة .^(١٠٩٠)

ضمانات فعالية المرافعة :

لكي تحقق المرافعة الغاية منها في كفالة حق الدفاع عن طريق مشاركة المتهم أو محامية المناقشات بالجلسة لابد أن تتوافر لها الضمانات الآتية :

حرية التعبير للمحامي :

يتعين لكي يستطيع المحامي الترافع في الجلسة بفعالية أن يتمتع بحرية التعبير أي أن يكون المحامي حراً فيما يقول فلا يلزم بأداء إلى مين ليؤكد به صحة ما يقول^(١٠٩١) لأن المحامي هو وكيل عن المتهم الذي بالمقابل لا يجوز تحليفه إلى مين بما ينطوي عليه من إكراه معنوي وتجنب إجبارة على الشهادة ضد نفسه ، ولا يؤخذ المحامي على كذبه ، كما لا يسوغ للقاضي أن يفترض في قوله الكذب وألا يكون قد اخل بحق المتهم في الدفاع^(١٠٩٢) .

وبهدف توفير حرية التعبير للمحامي قرر المشرع عذراً معيافاً من العقاب يستفيد منه كل محام استعمل عبارات قد تنطوي على القذف في الخصوم أو السب أو البلاغ الكاذب بكافة صورته مادام كان ذلك لازماً للدفاع^(١٠٩٣) .

(١٠٨٩) د . حاتم بكار ، حماية حق المتهم في محاكمة عادلة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٦٢ م ، ص ٢٦٢ .

(١٠٩٠) د . هلالى عبد اللاه أحمد ، حقوق الدفاع في مرحلة ما قبل المحاكمة بين النمط المثالي والنمط الواقعي ، مرجع سابق ، ص ٤٣ .

(١٠٩١) Pradel (J) instruction prepartoir , op.cit ., p ٣٦٥ .

(١٠٩٢) د . محمد سامي النبراوي ، استجواب المتهم ، مرجع سابق ، ص ٢١٣ .

(١٠٩٣) د . رؤوف عبيد ، دور المحامي في التحقيق والمحاكمة ، مجلة مصر المعاصرة ، عدد يوليو ١٩٦٠ م ، ص ٢٤ .

ورغم ذلك يجب على المحامي الحفاظ على النظام بالجلسة والمنوط بالقاضي ويجب ألا ترجع على حساب المباشرة الحرة للدفاع بالجلسة ، إذ أن حقوق الدفاع المقررة للمتهم ومحامية ليست مقرره فقط في الإطار القضائي الذي يؤدي فيه المحامي دوره ولكن أبعد من ذلك فهي واحدة من الضمانات الأساسية التي تكفل الحماية الأساسية للحقوق والحريات ومن بينها حق المتهم في محاكمة عادلة مما يعطي لدور المحامي بعده الحقيقي ، أي أنه إذا كان المحامي ، يتمتع بحرية التعبير حتى يستطيع أن يشارك بفعالية في المناقشات بالجلسة ولكي يكون قادراً على ضحد أدلة الاتهام ، إلا أن هذه الحرية يجب ألا يُساء فهمها بحيث تؤدي إلى الإخلال بالنظام العام ، والأداب العامة خارج الإطار الضروري للدفاع أو تمس أمن الدولة أو الاحترام اللازم لهيئة المحكمة .

حظر منع المحامي من المرافعة أو مقاطعته :

لكي تتحقق المشاركة الفعالة لا بد أن يحظر منع المحامي من المرافعة ، والقانون المصري صريح في ذلك ، إذ أنه وفقاً للمادة (٢٧٥) من قانون الإجراءات الجنائية والتي تنص على أنه " ليس للمحكمة أن تمنع المتهم أو محامية من الاسترسال في المرافعة إلا إذا خرج عن الموضوع أو عمد إلى التكرار ، فإذا أتضح أن المحكمة منعت المتهم أو محامية من المرافعة ، أن لم تفسح صدرها لأيهما لإظهار وجه الحق في الدعوى ، كان ذلك إخلالاً بحق الدفاع يُبطل الحكم الصادر في الدعوى (١٠٩٤) .

ومنع المحكمة للمحامي من الاسترسال في المرافعة قد يكون صريحاً وقد يكون ضمناً ، فالمنع الصريح يتحقق بعدم السماح للمحامي بالتراجع بصور صريحة ومباشرة ، وهذا المنع قد يكون مشروعاً كما في حالة عدم توافر الشروط المطلوبة قانوناً لقيام العذر المعفي من العقاب في جرائم القذف أثناء الجلسات ، وبناء على ذلك إذا تعدد المحامون فإن للمحكمة أن تلتفت نظر من يريد التراجع منهم إلى ما سبق لغيره من زملائه الكلام فيه لعدم التكرار وعلى هذا المحامي أن ينتقل إلى كلام آخر إذا كان لا يزال هناك في الدفاع متسع لقول آخر (١٠٩٥) .

أما إذا منع المحامي من المرافعة بحجة ضيق الوقت أو بحجة ازدحام الجلسة بالقضايا أو لم تفسح المحكمة صدرها بالصور المطلوبة فهنا يكون المنع غير مشروع ويشكل إخلالاً بحق الدفاع .

أما المنع الضمني فقد يكون نتيجة سوء تفاهم بين هيئة المحكمة والمحام عن المتهم على أمر من الأمور المتعلقة بترتيب الدفاع أو بإجراءات نظر الدعوى ، وهذا المنع يعد إخلالاً بحق الدفاع لأنه يؤدي إلى حرمان المحامي من أداء واجبه أو بالأحرى دوره ، كما أن القضاء رسالة إنصاف ، وترفع عن الغضب .

وبصفة عامة يحظر على المحكمة أن تمنع المحامي من المرافعة ويستوي في ذلك أن يكون المنع صريحاً أو ضمناً ، كما يستوي أن تكون الواقعة محور المحاكمة جنائية أو جنحة أو مخالفة (١٠٩٦) .

وفي نهاية الأمر يجوز رغم تحفظ البعض أن يقاطع رئيس الجلسة المحامي أثناء مرافعته إذا كان الغرض من المقاطعة الاستيضاح عن بعض النقاط التي تشملها المرافعة دون أن يعتبر ذلك مساساً بحق الدفاع (١٠٩٧) .

(١٠٩٤) د . رؤوف عبيد ، دور المحامي في التحقيق والمحاكمة ، مرجع سابق ، ص ٢٤ .

(١٠٩٥) نقض ١٩ يونيو ١٩٣٠ م ، مجموعة القواعد القانونية ، الجزء ٢ ، رقم ٨ ، ص ٥٠ .

(١٠٩٦) د . رؤوف عبيد ، دور المحامي في التحقيق والمحاكمة ، مرجع سابق ، ص ٢٥ .

٣) الحق في الكلمة الأخيرة :

لما كان الدور الرئيسي والفعال للمحامي عن المتهم يتمثل في المشاركة في المناقشات التي تدور بالجلسة فقد منحه المتفرع الحق في أن يكون آخر من يتكلم وهذه القاعدة تعتبر قيماً يرد على سلطة رئيس الجلسة في إدارة وتسيير المناقشات بها ، وتعني هذه القاعدة أن تتاح الفرصة أمام المتهم لتكون كلمته أو كلمة المحامي عنه هي آخر ما تسمعه المحكمة قبل أن تخلو للمداولة^(١٠٩٨).

أهمية قاعدة حق المتهم في الكلمة الأخيرة :

يعد حق المتهم أو محاميّه في أن يكون آخر من يتكلم من الحقوق ذات الأهمية الكبرى لضمان فعالية الحق في الدفاع ، وعدم احترام هذه القاعدة قد يترتب عليه أضراراً جسيمة فيما يتعلق بحق المتهم في محاكمة عادله ، إذ تعتبر هذه القاعدة من الامتيازات التي يتمتع بها المتهم والتي تحقق التوازن العادل بين الاتهام والدفاع^(١٠٩٩).

ولكي يتمكن المتهم أو محاميّه من أن يناقش ويرد على جميع الدلائل التي تقوم ضده يجب أن يمنح فرصه الكلام الأخير في الدعوى ، ولذلك جاءت المادة (٢٧٥) من قانون الإجراءات الجنائية المصري لتقرر أن المتهم يكون آخر من يتكلم وهذا النص ينطوي على " قاعدة جوهرية يترتب على مخالفتها بطلان الحكم " ولكن فُضي أنه يشترط لكي يترتب البطلان على مخالفة هذه القاعدة أن يتمسك المتهم أو محاميّه بممارسة هذا الحق فإذا لم يطلب المتهم أو محاميّه أن تكون له الكلمة الأخيرة فإن ذلك يدل على أنه لم يكن لديه ما يقوله فلا يصح منه نعيه على الحكم في هذا الجانب^(١١٠٠).

المطلب الثالث

متطلبات فعالية الاستعانة بمحامٍ في مرحلة المحاكمة الجنائية

لا بد حتى يمارس المحامي دوره في الدفاع عن المتهم أثناء المحاكمة أن تتوفر عدد من المتطلبات للمتهم ومحاميّه وهي التي تضمن تفعيل حق المتهم في الاستعانة بمحامٍ وجني ثماره ، لما هذه الضمانة ولدونها يصبح حق الاستعانة بمحامٍ عديم الفائدة لما لها من أثر هام في إدارة دفة الدفاع بطريقة سليمة ومجدية ، وهذه المتطلبات تتمثل في :

أولاً : حق المتهم في اختيار محاميّه :

(١٠٩٧) علاء محمد الصاوي ، مرجع سابق ، ص ٧٤ .

(١٠٩٨) د . حسن صادق المرصفاوي ، ضمانات المحاكمة في التشريعات العربية ، مرجع سابق ، ص ١٤١ .

(١٠٩٩) ARRUD (R) : Trait theorique et pratique I instruction crimine ille , opicit , ton II , N١١٦٠ .

(١١٠٠) د . عبد الحميد لشواربي ، الإخلال بحق الدفاع ، مرجع سابق ، ص ٨٤ ، ٨٥ .

إن حق المتهم في اختيار محامية حق أصيل له بل ومقدم على واجب المحكمة في أن تندب له محامياً ، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه " من المقرر أن للمتهم مطلق الحرية في اختيار المحامي الذي يتولى الدفاع عنه ، وحقه في ذلك حق أصيل مقدم على حق القاضي في تعيين محامٍ له ، فإذا كان يبين أن الطاعن اعترض على السير في الدعوى في غيبة محامية الموكل وأصر هو المحامي الحاضر على طلب تأجيل نظرها حتى يتسنى لمحامية الأصيل أن يحضر للدفاع عنه ، إلا أن المحكمة ألتفتت عن هذا الطلب ومضت في نظر الدعوى وحكمت على الطاعن بالعقوبة مكتفيه بمثول المحامي الحاضر أو المحامي المنتدب دون أن تفصح في حكمها عن العلة التي تبرر عدم إجابتها للطاعن أو أنها لم تشر إلى اقتناعها بأن الغرض منه عرقلة سير الدعوى فأن ذلك يعد منها إخلالاً بحق الدفاع ومبطل لإجراءات المحاكمة (١١٠١) .

و ضمانات حق المتهم في الاستعانة بمحامٍ أمام المحكمة لا تكون ذات جدوى ما لم يكن المتهم حراً في اختيار محامية بنفسه ، وهو مقدم على حقه في طلب نذب محامٍ للدفاع عنه ، وقد منحه المشرع هذا الحق وله مباشرته في كل مراحل الدعوى (١١٠٢) .

ويعتبر حق المتهم في اختيار محامية من أولويات حقه في الاستعانة بمحامٍ وذلك متى توافرت للمتهم القدرة المالية التي تمكنه من اختيار المحامي الذي سيدافع عنه ، وتكمن حكمة المشرع في إعطاء المتهم هذا الحق في أن يختار المحامي الذي يتوسم فيه أنه الأقدر لعملة وخبرته ، وكفاءته وتخصصه على ترجيح كفته والوصول إلى تبرئته أو تخفيف عقوبته (١١٠٣) .

كما تكمن الحكمة في تمكين المتهم من اختيار من يحسن الظن به ويجعله مكن أسراره و مستودعها (١١٠٤) .

وترتيباً على ذلك فإن المتهم حر في اختيار محامية وحقه في ذلك مقدم على حق المحكمة في انتداب محامٍ له ، فإذا اختار المتهم محامياً فليس للمحكمة أن تعين له محامياً آخر إلا إذا كان المحامي الذي اختاره المتهم قد ظهر منه ما يدل على أنه يعمل على إرباك السير في الدعوى ، ولكن هذا الحق ليس بكامل الحرية وإنما ترد عليه بعض الضوابط التي تحكم حرية المتهم في اختيار محامية بنفسه وهي كالاتي : (١١٠٥) .

- ١- أن يختار المتهم محامياً من بين المحامين المصرح لهم بالمرافعة .
- ٢- قد يستعين المتهم بمحامٍ واحد أو أكثر للدفاع عنه أمام المحكمة ، لأن هناك قضايا يتطلب الدفاع فيها تضافر جهود عدة محامين ولكن المحكمة ليست ملزمة باستدعاء كل المحامين ، إلا أنها ملزمة بإخطار أو إعلان المحامي الذي أبدى المتهم رغبته في أن يكون برفقته أمام المحكمة

(١١٠١) نقض جنائي مصري ١٥/١٠/١٩٨٤ م ، مجموعة مبادئ النقض ، السنة ٣٥ ، رقم ١٤٥ ، ص ٦٦٧ .

(١١٠٢) د . أحمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص ١٣٣٣ .

(١١٠٣) د . أحمد فتحي سرور ، الشرعية الدستورية ، وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص ٢٣٥ .

(١١٠٤) حسن غلوب ، مرجع سابق ، ص ٧٣ .

(١١٠٥) د . حسن صادق المرصفاوي ، ضمانات المحاكمة في التشريعات العربية ، مرجع سابق ، ص ١٢٧ .

٣- أن يضع المتهم في اعتباره عند اختياره المحامي الذي سيدافع عنه أن لا يكون مكتبة في بلد بعيد عن البلد الذي تجري فيها محاكمته .

وإذا كان المتهم حراً في تغيير محاميه ، فقد يحدث أن يعين المتهم محامياً للدفاع عنه ثم يعدل عن الاستعانة به ويستبدله بأخر ، يُلزم المتهم أن يعلم القاضي بذلك لأن القاضي لا يلزم بدعوة المحامي إلا في حالة أن أخبره المتهم بقراره تعيين محام جديد يدافع عنه^(١١٠٦).

ثانياً : تيسير الاتصال بين المتهم ومحاميه :

أن فعالية إعداد المحامي لدفاعه يتوقف على تيسير الاتصال بين المتهم ومحاميه سواء كان المتهم محبوساً أو مطلق السراح ، وتبدو الحاجة إليه أكثر إلحاحاً حينما يكون محبوساً ، ذلك أن المتهم المطلق السراح يكون حراً في الاتصال بمن يشاء وفي أي وقت ، أما المتهم المحبوس فمقيد في ذلك ، ويعطل تيسير اتصال المتهم المحبوس بمحاميه بالمساواة بين المتهم المحبوس والمتهم المطلق سراحاً ، فيجب أن يتاح للمتهم التحدث إلى محاميه دون أن يستمع أحد للحوار بينهما ، واتصال المتهم بمحاميه يمكن أن يكون عن طريق المراسلة والتلغراف ، والاتصال تليفونياً^(١١٠٧) وأن يظل ما يدور بينهما سواء عن طريق المحادثة أو المراسلة محاطاً بالسرية التامة^(١١٠٨).

ويجب أن يكون اتصال المتهم بمحاميه دون وجود أحد طبقاً لنص المادة ٢/٥٤ من الدستور المصري المعدل لسنة ٢٠١٤ م بقوله " يجب أن يمكن كل من تقيده حريته من الاتصال بمحاميه فوراً " وهذا ما يقتضي تمكين المحامي من الاتصال بالمتهم دون حائل ولا عائق مادي ولا يقصد بذلك مجرد المنع من المقابلة ، بل ينصرف كذلك إلى كل حائل يمنع ضمان سرية المعلومات التي يفرض بها المتهم إلى محاميه أو يحول دون تبادل المعلومات والمستندات بينهما^(١١٠٩).

وإذا عرقل الاتصال بين المتهم ومحاميه أو أحيل بين المحامي وحضور المحاكمة عن طريق التهديد أو بتعريضه لأعمال إرهابية أو سحب رخصه في ممارسة مهنة المحاماة أو سجنه أو سوء معاملته وخطفه ، فهذا يعد إخلالاً جسيماً بحقوق الإنسان الأساسية ويجعل المحاكمة الجنائية غير عادلة^(١١١٠).

حيث جاء في نص المادة (١٥٤) من قانون الإجراءات الجزائية إلى مني بأنه " لا يجوز للمحقق أن يضبط لدى ممثل الدفاع عن المتهم أو الخبير الاستشاري الأوراق والمستندات التي سلمها المتهم إليهما لأداء المهمة التي عهد إليهما بها ولا المراسلات المتبادلة بينهما في القضية " وهو ما قرره المادة (٩٦) من قانون الإجراءات الجنائية المصرية بقولها : كما جاء في نص المادة (٩٦) من قانون الإجراءات الجنائية المصري "لا يجوز لقاضي التحقيق أن يضبط لدى المدافع عن المتهم أو الخبير الاستشاري الأوراق

(١١٠٦) د ، هلاي عبد الإله أحمد ، المركز القانوني للمتهم في مرحلة التحقيق الابتدائي ، دراسة مقارنة ،

الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٩ م ، ص ١٩٢ .

(١١٠٧) حسن علوب ، مرجع سابق ، ص ٧٣ .

(١١٠٨) د . هلاي عبد الإله أحمد ، حقوق الدفاع في مرحلة ما قبل المحاكمة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،

١٩٩٥ م .

(١١٠٩) د أحمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص ١٢٩٩ .

(١١١٠) د . محمد محيي الدين عوض ، حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص ٥٠٢ .

والمستندات التي سلمها المتهم لهما لأداء المهمة التي عهد إليهما بها ولا المراسلات المتبادلة بينهما في القضية".

ثالثاً : أن يكون الدفاع جدياً :

ويقصد بذلك وجوب حضور المحامي وقيامه بدور فعال في الدفاع عن المتهم وجديته، والدفاع بهذا المعنى يبدو أمراً لازماً ونتيجة منطقية لحق المتهم في الاستعانة بمحام (١١١).

فالغاية من هذا الحق ليست مجرد منح المتهم ضمانات شكلية أو إجرائية تتعلق لمجرد حضور محام معه أمام المحكمة وإنما تتجاوز ذلك إلي وجوب وضرورة أن يكون ذلك الحضور مؤثراً وفعالاً وهو ما لم يتحقق.

ويجب أن يكون المحامي قادراً على الدفاع فاشترط حضور محام مع المتهم في جناية يجب أن يكون فعالاً وهو ما لا يتحقق إلا إذا كان هناك دوراً جدياً وحقيقياً يمارسه المحامي في الدفاع عن المتهم (١١٢).

إلا إذا كان المحامي قادراً على الدفاع عن المتهم ، وتطبيقاً لذلك فإن المحامي يكون غير قادراً على الدفاع أو أن دفاعه غير جدي في حالة أن انتدبته المحكمة في الجلسة ولم تمنحه الوقت اللازم والكافي للإطلاع ، والإعداد الجيد لدفاعه ، حتى وأن كان المحامي قد قبل بذلك (١١٣).

فالمحكمة قد يتضح لها فجأة عند النداء على المتهم أنه ليس له محامياً يدافع عنه وعندها تبحث المحكمة عن محام من بين الحاضرين بالجلسة يقبل الدفاع عن المتهم فتندبه (١١٤) المحكمة وتسلمه صورته من ملف الجناية الخاصة بالمتهم وتطلب منه إعداد الدفاع لها أما في نهاية الجلسة أو تعطي له فرصة لليوم الثاني حرصاً منها على الانتهاء من الدعوى في نفس دور الانعقاد ، ولما كان هذا الأجل قصير وغير كاف على الإطلاق حتى لقراءة ملف الجناية وبالتالي تكون النتيجة الحتمية لذلك أن يصبح الدفاع عن المتهم قاصراً أو غير ملمماً بإبعاد القضية وغير قادراً على الدفاع إذا أن القانون يشترط دعوة المحامي للحضور ولم يشترط حضوره بالفعل (١١٥).

رابعاً : متابعة المحامي لكافة إجراءات المحاكمة :

تعتبر مهمة الدفاع التي يمارسها محامي المتهم مهمة معقدة ولا يتصور أن تأتي منفصلة أو مستقلة ، بل هي في جوهرها تبدو ذات صلة وثيقة بمجموعة إجراءات المحاكمة (١١٦).

وبناء على ذلك يلزم المحامي بحضور الجلسات والقيام بواجب الدفاع عن المتهم ، لذا يجب أن يكون سماع الشهود والتحقيقات التي أجريت قد وقعت في حضوره حتى يستطيع تكوين عناصر دفاعه بما يضمن حقوق

(١١١) د . حسن صادق المرصفاوي ، أصول الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص ٦٩٠ .

(١١٢) د . أحمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري ، مرجع سابق ، ص ٤٣٢ .

(١١٣) د . أحمد فتحي سرور ، والحماية الدستورية للحقوق والحريات ، مرجع سابق ، ص ٧٥٢ .

(١١٤) د . أحمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري ، مرجع سابق ، ص ٤٣ .

(١١٥) د . أحمد فتحي سرور ، حقوق الإنسان والحماية الدستورية ، مرجع سابق ، ص ٣٢٨ .

(١١٦) منيرة سعود السبيعي ، ضمانات المتهم أمام المحكمة الجنائية الدولية ، دار النهضة العربية القاهرة ،

المتهم الذي حرص المشرع عليها ، لذلك إذا لم يحضر المحامي بعض إجراءات المحاكمة بسبب خارج عن إرادته عندها تلزم المحكمة أن تستجيب لطلبه إذا كان تكوين عناصر دفاعه يتطلب مناقشة الشهود الذين سبق سماعهم ، ولو استمرت المحاكمة عدة جلسات وحضر المحامي أحداها وغاب عن البعض الآخر كانت المحاكمة باطلة^(١١١٧).

ولضمان فعالية الدفاع عن المتهم يجب على المحامي حضور جلسات المحاكمة من بدايتها ومتابعة جميع إجراءات نظر الدعوى ، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية بقولها "إذا كان المحامي الذي ندبته محكمة الجنايات للدفاع عن المتهم بجناية لم يتتبع إجراءات المحاكمة ولم يحضر سماع الشهود ، إذا كان ندبه بعد ذلك فإن إجراءات المحاكمة تكون باطلة ، ذلك أن الغرض في إيجاب القانون حضور مدافع عن كل متهم بجناية لا يتحقق إلا إذا كان المدافع قد حضر إجراءات المحاكمة من أولها إلى آخرها ، مما يعلم عنه أن يكون قد سمع الشهود قبل المرافعة أما بنفسه أو بواسطة ممثل له يختاره هو من هيئة الدفاع"^(١١١٨).

وبناء على ذلك يجب أن تكون المساعدة القانونية التي يقدمها المحامي للمتهم فعليه لا صوريه ، فلا يكفي ندب أو تعيين محامٍ للمتهم ، فإذا مرض أو انسحب أو رفض الندب أو توفاه الأجل فلا يحل محله محامٍ آخر ذلك أن الهدف من ندب المحامي ، أو تعيينه هو تقديم المساعدة القانونية التي تتحقق بوجوده وحضوره طوال جلسات المحاكمة^(١١١٩).

وإذا لم يتم سماع الشهود ومرافعة النيابة والخصوم في وجود المحامي أو من يقوم مقامه فإنه يعتبر إخلالا بحق المتهم في الدفاع بما يعيب معه الحكم^(١١٢٠).

وإذا أنهت المحكمة مرافعة المحامي قبل استكمالها فقد قضت محكمة النقض المصرية بقولها " إن ذلك في حقيقته تجريد للمتهم من معاونته الدفاع له في درء الاتهام عنه ، مما يشكل مخالفه للمبدأ الدستوري الذي يوجب استعانة المتهم بجناية بمحامٍ ويكون الإجراء الصادر من المحكمة قد عطل واجب حضور محامٍ مع المتهم بجناية ، ولا ينال من ذلك وجود محامٍ آخر مع الطاعن ترفع في الدعوى ، حيث أن الثابت من محضر جلسة المحاكمة صحة ما ذهب إليه الطاعن بصحيفة طعنه من أن الدفاع كان مقسماً بينهما"^(١١٢١).

خامساً : استقلال كل متهم بمحامٍ عند تعارض المصالح :

- (١١١٧) د . أحمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص ١٢٩٥ .
 (١١١٨) نقض جنائي مصري ٢٠٠٠/١١/٩ م ، مجموعة أحكام النقض ، السنة ٥١ ، رقم ١٤٠ ، ص ٧١٠ .
 (١١١٩) مأمون سلامة ، قانون الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص ١١٩٥ .
 (١١٢٠) نقض جنائي مصري ١٩٦٧/١/٤ م ، مجموعة أحكام النقض ، س ٢٧ ، رقم ١٩ ، ص ٢ .
 (١١٢١) نقض جنائي مصري ٢٠٠٢/٤/٢٣ م ، مجموعة أحكام النقض ، لسنة ٥٣ ، رقم ١١٥ ، ص ٦٩٠ .

ليس هناك ما يمنع قانونياً تولى محام واحد واجب الدفاع عن متهمين متعددين في قضية، مادامت ظروف الواقعة لا تؤدي إلى القول بقيام تعارض حقيقي بين مصالحهم، يوجب إقرار كل متهم بمحام خاص به يتولى الدفاع عنه سواء كان هذا المحامي موكلاً أو منتدباً^(١١٢٢).

أما إذا قام تعارض في مصالح المتهمين فإن إجراءات المحاكمة تكون باطله إذا كان يتولى الدفاع عنهم محام واحد لإخلاله بحق الدفاع، إذ أن حضور محام واحد عن متهمين تتعارض مصالحهم يكاد يعادل في خطورته عدم حضوره عن أيهما، فلا فرق بين حضور صوري وبين عدم الحضور أصلاً^(١١٢٣).

ويجب ضمان عدم التعارض بين المتهمين عند وحدة الدفاع عنهم، فقد يحدث أحياناً أن يكون في الدعوى أكثر من متهم بارتكاب الجريمة ويتولى الدفاع عنهم محامي واحد فلا مانع من ذلك مادام أنه لا تعارض بين مصالح المتهمين في الدفاع، ولكن إذا كان هناك تعارضاً بين مصالح المتهمين في الدفاع بحيث كان الدفاع عن أحدهما يلزمه الطعن في المتهم الآخر وبما يحمل إصاق التهمة به وحده، فهنا يلزم أن يكون لكل متهمانها محام خاص به لأن وجود محام واحد للدفاع عنهما فيه إخلالاً بحقهما في الدفاع^(١١٢٤).

أن المحامية رسالة أصيلة تنبع من إيمان المحامي بحق موكله وليست إضاعة كلام كما فهمها البعض خطأ، والمحامي الذي يترافع على وجهتي نظر متعارضتين لا يكون بواقع الحال مقتنعاً بصدق أيهما من الصعب على المتهم أن يطالب قاضية بأن يقتنع بما لم يقتنع به المحامي نفسه من صدق دفاعه، ومادام أن هناك محام قد حضر عن المتهم، وأبدي دفاعه فقد أستوفى حقه في الدفاع وللمحكمة الكلمة والرأي الأخير في الموازنة بين دفاعيين متعارضين حتى ولو كان هذين الدفاعيين من محامي واحد، كما أن مصلحة العدالة وضرورة إظهار وجه الحق في الدعوى يتطلبان معاً أن يوفر لحق الدفاع ما يحتاجه من أسباب الاقتناع وعلى وجه خاص ميزة التماسك والترابط^(١١٢٥).

(١١٢٢) د. مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، مرجع سابق، ص ١١١،

ود. محمد خميس، الإخلال بحق المتهم في الدفاع، مرجع سابق، ص ١٧٣.

(١١٢٣) د. رؤوف عبيد، إيجاب حضور مدافع مع المتهم بجناية، مجلة مصر المعاصرة السنة الخامسة،

العدد (٢، ٣)، أكتوبر ١٩٦٠ م، ص ٩٤.

(١١٢٤) د. مأمون سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، مرجع سابق، ص ١١١، ودو. عبد

الرعوف مهدي، شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص ١٤٧٩.

(١١٢٥) د. رؤوف عبيد، إيجاب حضور مدافع مع المتهم بجناية، مرجع سابق، ص ٩٥.

الخاتمة

تناولنا في هذه الدراسة دور المحامي في مرحلة المحاكمة ، حيث بينا فيها الأهمية البالغة لدور المحامي في هذه المرحلة والذي برزت واضحة من خلال عرض جوانب تقديم الدفوع والطلبات التي يحق للمحامي أن يتقدم بها في هذه المرحلة بل أنه من واجب المحامي أن يتقدم بها عند الحاجة إليها أثناء سير المحاكمة وبذلك أظهرنا مدى الفارق بين دور المحامي في مرحلة المحاكمة ودوره في مرحلة التحقيق الابتدائي ، ويظهر دور المحامي الفعال في مرحلة المحاكمة من خلال حقه في تقديم الدفوع والطلبات والمشاركة في المناقشات عبر المرافعة وكذلك حقه في أن يكون آخر من يتكلم.

وفي نهاية البحث توصلنا إلي جملة من النتائج والتوصيات لعل أبرزها :

- ١- أن مهمة محامي المتهم ضرورية لبيان الحق ، ولذلك نوصي المشرع اليمني النص علي ضمانات تمكنه من أداء مهمته دون صعوبات .
- ٢- أن دور المحامي في مرحلة المحاكمة دوراً هاماً لا يمكن للمتهم الاستغناء عنه.
- ٣- أن دور المحامي في مرحلة المحاكمة أكثر فعالية وتأثير من دوره في مرحلة التحقيق الابتدائي.
- ٤- نوصي بأن ينص المشرع اليمني على منح المحامي فرصة المشاركة مع موكله أثناء مرحلة التحقيق الابتدائي حتى يتحقق مبدأ المساواة بين أطراف الدعوى الجنائية أثناء مرحلة التحقيق الابتدائي .

المراجع

أولاً : المؤلفات القانونية :

- د . أحمد أبو الوفا ، نظرية الدفوع أمام القضاء الجنائي ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٩ م .
- د. أمينة مصطفى النمر ، الدعوى وإجراءاتها ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٩٠ م .
- د. حاتم حسن بكار ، أصول الإجراءات الجنائية ، وفق أحدث التعديلات التشريعية والاجتهادات الفقهية والقضائية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٥ م .
- د. حسني الجندي ، وسائل الدفاع أمام القضاء الجنائي ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٩ م .
- د. رؤوف عبيد :
- ١ - المشكلات العلمية الهامة في قانون الإجراءات الجنائية ، الجزء الأول ، الطبعة الثالثة ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٠ م .
- ٢ - ضوابط تسبب الأحكام وأوامر التصرف في التحقيق ، الطبعة الثانية ، مطبعة الاستقلال الكبرى ، القاهرة ، ١٩٨٠ م .
- د. رمزي سيف ، شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٠ م .
- د. سعد حماده القبائلي :
- ١ - حق المتهم في الاستعانة بمحام ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥ م .
- ٢ - ضمانات المتهم في الدفاع أمام القضاء الجنائي " دراسة مقارنة " ، الطبعة الأولى ، دار العربية ، القاهرة ، ١٩٩٨ م .
- د. عبد الرؤوف مهدي ، شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٨ م .
- د. فتحي والي ، الوسيط في القضاء المدني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٠ م .
- د. مأمون محمد سلامة :
- ١ - قانون الإجراءات الجنائية معلقاً عليه بالفقه وأحكام النقض ، الجزء الأول ، الطبعة الثالثة ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ٢٠٠٩ م .
- ٢ - الإجراءات الجنائية في التشريع المصري ، الجزء الأول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦ م .
- د. محمد عيد الغريب ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، الطبعة الثانية ، الجزء الأول ، النسر الذهبي للطباعة ، القاهرة ، ١٩٩٦ م .
- د. محمود نجيب حسني ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٢ م .
- د. هلالى عبد اللاه أحمد :
- ١ - حقوق الدفاع في مرحلة ما قبل المحاكمة بين المثالي ، والنمط الواقعي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٥ م .
- ٢ - حقوق الدفاع في مرحلة ما قبل المحاكمة من النمط المثالي ، والنمط الواقعي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠ م .
- ثانياً : الرسائل العلمية :

- رائد سعيد صالح العولقي ، حق المتهم في الدفاع خلال مرحلة المحاكمة ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ٢٠١٢ م.
 - سليم محمد سليم ، حق المتهم في المحاكمة أمام قاضية الطبيعي ، دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة .
 - علاء محمد الصاوي سلام ، حق المتهم في محاكمة عادله ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ٢٠٠١ م .
- ثالثا : المجالات العلمية :

- ايجاب حضور مدافع مع المتهم بجناية ، مجلة مصر المعاصرة ، السنة الخامسة ، العدد (٢ ، ٣) أكتوبر ١٩٦٠ م .
 - رؤوف عبيد ، دور المحامي في التحقيق والمحاكمة ، مجلة مصر المعاصرة ، عدد يوليو ١٩٦٠ م .
- رابعا المراجع الأجنبية :

- ARRUD (R) : Trait the orique et pratique l instruction crimine ille , opicit , ton II , N١١٦٠
- Cass crim , ٧ oct . ١٩٦٩ , Ball crim , No ٢٤٣ et ٢٥ Janv ١٩٧٣ , Bull crim .
- Glasson Tissier et Morel : Traite de procedure , ٣em Ed . (١٩٥٢ - ١٩٢٦)
- T.Ler . ot s . Morel : Traito de procoudre , ٢em Ed . ١٩٤٩ .
- HAMELIN (J) et DAMIEN (A) , Befense dalloz , T١١ . ١٩٩٣ .
- Pradel (J) instruction prepartoir .

لجان التوفيق والمصالحة بين التشكيل والاختصاص دراسة مقارنة بين الفقه والقانون

(في التشريع المصري والتشريع العماني)

إعداد الباحث

سالم بن مسلم بن سعيد المرهون

المقدمة

أولاً : موضوع البحث وأهميته:

يكتسب الصلح أهمية بالغة في التشريع والنظام القضائي العماني ، كما هو الشأن بالنسبة لباقي القوانين والأنظمة القضائية المقارنة ؛ لأنه ينهي النزاع بين أطرافه بحلول ودية في أسرع وقت ممكن، وبتكاليف أقل ، ويحافظ على العلاقات العائلية والاجتماعية، ويرسخ ثقافة الحوار والتسامح ، ويساهم في التنمية الاقتصادية للبلاد.

ولما كانت المحاكم تشتكى من تكديس القضايا فيها ، وببطء الفصل فيها، الأمر الذي أدى إلى ضياع حقوق الناس ، فقد لجأت سلطنة عمان في عام ٢٠٠٥ على غرار ما استحدثته جمهورية مصر العربية في عام ٢٠٠٠ إلى استحداث آلية جديدة للتخفيف عن كاهل القضاء من ازدحام القضايا وكثرتها مما يعوق العمل القضائي، وتأخر وصول الحق إلى أصحابه، وكذلك اجتناباً للضغائن التي تحصل بين المتداعيين، فأنشأت لجان تسمى "لجان التوفيق والمصالحة" بحيث تقوم على تقريب وجهات نظر المتنازعين وطرح حلول مناسبة مرضية لكلا الطرفين ومن ثم الصلح بينهما وذلك قبل رفع القضية إلى المحكمة المختصة .

ثانياً : أهمية الدراسة:

تظهر وتكمن أهمية الدراسة فيما يلي:

- ١- معرفة إجراءات عرض المنازعات على لجان التوفيق والمصالحة وأثارها .
- ٢- معرفة مدى اختصاص لجان التوفيق بالدعاوى المتداولة أمام المحاكم والمنازعات الخارجة على اختصاصها.
- ٣- التعرف على لجان التوفيق والمصالحة بين التشكيل والاختصاص في التشريع العماني وفي التشريع المصري .

ثالثاً : إشكالية الدراسة:

تجيب الدراسة على الأسئلة الآتية:

- أ- ما هي إجراءات عرض المنازعات على لجان التوفيق والمصالحة وأثارها .
- ب- ما مدى اختصاص لجان التوفيق بالدعاوى المتداولة أمام المحاكم والمنازعات الخارجة على اختصاصها.
- ج- ما هو دور لجان التوفيق والمصالحة في التشريع العماني وفي التشريع المصري.
- د- هل تنقيد هذه اللجان بقانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني ؟
- هـ- هل تنقيد هذه اللجان بالمبادئ الأساسية للتنازعي؟
- و- ما هي الصعوبات التي تواجهها هذه اللجان في عملها ؟

رابعاً : منهج البحث:

اتبعت في بحثي هذا المنهج الاستقرائي والتحليلي، الذي يعتمد على استقراء النصوص من المصادر المعتمدة، مع الالتفات إلى المنهج التحليلي في الترجيح بين الأقوال والآراء المختلفة بحسب ما تقرر في قواعد الترجيح المعتمدة.

- الاعتماد في أخذ المعلومات على المصادر الأصلية للفقهاء الإسلامي في مذاهبه المعتمدة عند جماهير المسلمين وغيرها من مصادر الشريعة المتوافرة، وكذلك الكتب القانونية.

- شرح القوانين المتعلقة بالتوفيق والمصالحة التي تحتاج إلى بيان وتفصيل.

- تخريج الأحاديث النبوية الشريفة، مع بيان مدى صحتها إن لم توجد في الصحيحين وإلا اكتفيت بها.

- توثيق النصوص الواردة، بذكر أسم المؤلف ابتداءً، قبل العنوان.

- الأمانة في النقل، وذلك بإرجاع الأقوال إلى قائلها.

- الاعتماد على القانون المدني المصري؛ و قانون المعاملات المدنية العماني رقم ٢٠١٣/٣٩

خامساً: خطة الدراسة :

الفصل الأول : التأصيل الشرعي للتوفيق والمصالحة

المبحث الأول : التوفيق والمصالحة في القرآن الكريم

المبحث الثاني : التوفيق والمصالحة في السنة النبوية الشريفة

الفصل الثاني : ماهية لجان التوفيق والمصالحة

المبحث الأول : تشكيل واجراءات عمل لجان التوفيق

المبحث الثاني : اختصاصات لجان التوفيق و المصالحة

الفصل الثالث : الطبيعة القانونية للجان التوفيق والمصالحة

المبحث الأول : انعقاد لجنة التوفيق وإصدار التوصية .

المبحث الثاني : الأثر المترتب على تقديم طلب التوفيق إلى اللجنة .

المبحث الثالث: بيان مدى اللجوء إلى المحكمة المختصة بعد عرض النزاع على لجنة التوفيق .

الخاتمة، وتتضمن :

أولاً: النتائج

ثانياً: التوصيات

قائمة المراجع

الفصل الأول

التأصيل الشرعي للتوفيق والمصالحة

تمهيد :

ان المرء خلق في الحياة ليظهر افعاله واعماله وليرى مدى توافقها مع ميزان العدل والانصاف .. ولعل الاساس لذلك نجده متأصلا في احكام الشريعة الاسلامية التي اشتملت على كافة احكام العبادات والمعاملات التي تقرها القوانين الان .

فيقول عز وجل عي كتابه العزيز : " وَمَا مِنْ دَابَّةٍ فِي الْأَرْضِ وَلَا طَائِرٍ يَطِيرُ بِجَنَاحَيْهِ إِلَّا أُمَمٌ أَمْثَلُكُمْ ، مَا فَرَّطْنَا فِي الْكِتَابِ مِنْ شَيْءٍ ، ثُمَّ إِلَىٰ رَبِّهِمْ يُحْشَرُونَ " ^{١١٢٦}

فالثابت في هذه الاية ان الله سبحانه وتعالى لن يضيع اعمالكم _ والاحكام العملية قد اوجبهما الشرع على المكلف من عبادات ومعاملات _ ومجال المعاملات اذ هي مقصود هذه الدراسة _ ماكان متعلقا بتعامل الفرد مع غيره ومن يحيط به ، سواء ماتعلق منها بالمصالح المالية وغيرها ، وماينتج عن هذه المعاملات من مراكز قانونية لاصحابها غير ان تداول التعامل مع الافراد مع غير ذلك من الاسباب يجعلنا نتطرق للاصل الشرعي الذي ينظم هذه المعاملات لنوضح كيف وضعت الشريعة الاسلامية الحلول والمخارج المناسبة التي تحكم وتنظم هذه المعاملات .

وبالترتيب على ماسبق . فان التوفيق والمصالحة يجد اساسه في الشريعة الاسلامية في كلا من القران الكريم والسنة النبوية الشريفة وغيرها من الادلة الاشرعية ونعرض تباعا لتلك المصادر من خلال مايلي :

المبحث الأول : التوفيق والمصالحة في القران الكريم

المبحث الثاني : التوفيق والمصالحة في السنة النبوية الشريفة

المبحث الأول

التوفيق والمصالحة في القرآن الكريم

ونوضح فيما يلي لبعض الآيات القرآنية الدالة على مشروعية التوفيق والمصالحة :

١- يقول تعالى : "لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِنْ نَجْوَاهُمْ مِنْ أَمْرٍ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ، وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ ابْتِغَاءَ مَرْضَاتِ اللَّهِ فَسَوْفَ نُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا" ١١٢٧

تدل هذه الآية على أن التوفيق والمصالحة في الشريعة الإسلامية بين المتنازعين يمثل وظيفة اجتماعية تظهر أهميتها في جوانب متعددة أبرزها تخفيف العبء عن القضاء ، فالاطراف المتخاصمة قد يتم التوفيق بينهما اثناء نظر الدعوى وهو ما يعرف بالصلح القضائي ، وقد يتصالحان قبل اللجوء للقضاء وهو الصلح الغير قضائي .

فلو تصورنا ان التوفيق والمصالحة المتبادل بين المتخاصمين ، لظهرت ابلغ المقاصد التي شرعها الله عزوجل في تألف الناس وتعاطفهم وتأزرهم ونبذهم للشقاق والخصام والعداوة والبغضاء .

٢- قال تعالى " وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا ، وَالصُّلْحُ خَيْرٌ ، وَأَحْضَرْتِ الْإِنْفُسُ الشُّحَّ ، وَإِنْ تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا" ١١٢٨

قال أبو جعفر: يعني بذلك جل ثناؤه: وإن خافت امرأة من بعليها، يقول: علمت من زوجها ("نشوزاً"، يعني: استعلاءً بنفسه عنها إلى غيرها، أثرةً عليها، وارتفاعاً بها عنها، إما لبغضة، وإما لكرهه منه بعض أسبابها إما دمايتها، وإما سنها وكبرها، أو غير ذلك من أمورها "أو إعراضاً"، يعني: انصرافاً عنها بوجهه أو ببعض منافعه التي كانت لها منه "فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً"، يقول: فلا حرج عليهما، يعني: على المرأة الخائفة نشوز بعليها أو إعراضه عنها "أن يصلحا بينهما صلحاً"، وهو أن تترك له يومها، أو تضع عنه بعض الواجب لها من حق عليه، تستعطفه بذلك وتستدبره في حباله، والتمسك بالعقد الذي بينها وبينه من النكاح يقول: "والصلح خير"، يعني: والصلح بترك بعض الحق استدامة للحُرمة، وتماسكاً بعقد النكاح، خيرٌ من طلب الفرقة والطلاق.

٣- وقول الله عزوجل " فَمَنْ خَافَ مِنْ مَوْصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا فَأَصْلَحَ بَيْنَهُمْ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ" ١١٢٩

ففي تفسير الجلالين ((فمن خاف من موصٍ مخففاً ومثقلاً «جنفاً» ميلاً عن الحق خطأ «أو إثماً» بأن تعمّد ذلك بالزيادة على الثلث أو تخصيص غني مثلاً «فأصلح بينهم» بين الموصي والموصى له بالأمر بالعدل «فلا إثم عليه» في ذلك «إن الله غفور رحيم»)).

٤- قال عز وجل " وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا ، فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ فَإِنْ فَاءَتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ" ١١٣٠

وفي تفسير الجلالين وإن طائفتان من المؤمنين الآية، نزلت في قضية هي أن النبي صلى الله عليه وسلم ركب حماراً ومر على ابن أبي قبال الحمار فسد ابن أبي أنفه فقال ابن رواحة: والله لبول حماره أطيب ريحاً

١١٢٧ سورة النساء آية ١١٤

١١٢٨ سورة النساء، آية ١٢٨

١١٢٩ سورة البقرة، آية ١٨٢

١١٣٠ سورة الحجرات آية ٩

من مسكك فكان بين قوميها ضرب بالأيدي والنعال والسعف «اقتتلوا» جمع نظرا إلى المعنى لأن كل طائفة جماعة، وقرئ اقتتلنا «فأصلحوا بينهما» ثنى نظرا إلى اللفظ «فإن بغت» تعدت «إحداهما على الأخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء» ترجع «إلى أمر الله» الحق «فإن فاءت فأصلحوا بينهما بالعدل» بالإنصاف «وأقسطوا» اعدلوا «إن الله يحب المقسطين»
كانت هذه بعض الآيات الواردة بشأن التوفيق والمصالحة على أنواع مقاصده ومجالاته ، ولكنها تظهر ان الصلح من قواعد الايمان ومن أسمی المقاصد الشرعية .
ويبقى لنا ان نتعرض لمشروعية التوفيق والمصالحة في السنة النبوية الشريفة من خلال المبحث الآتي .

المبحث الثاني

التوفيق والمصالحة في السنو النبوية الشريفة

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " تركت فيكم أمرين ماان تمسكنم بهما لن تضلوا بعدي ابدأ كتاب الله وسنتي "

ان السنة النبوية الشريفة تناولت جانبا كبيرا في تنظيم المعاملات بين الناس ومنها ماجاء بخصوص التوفيق والمصالحة ومن جملة الاحاديث النبوية في هذا الشأن :

- ١- قوله صلى الله عليه وسلم " الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا حرم حلالا او احل حراما " ١١٣١
- ٢- وقال صلى الله عليه وسلم "ليس الكذاب الذي يصلح بين الناس فيمني خيرا ويقول خيرا" ١١٣٢
- ٣- وقال صلى الله عليه وسلم " الا اخبركم بأفضل من درجة الصيام والصلاة والصدقة . قالوا : بلى : قال "اصلاح ذات البين فان فساد ذات البين هي الحالقة" ١١٣٣

وانطلاقا من ان مصادر التشريع الاسلامي قائمة على القرآن والسنة . فانه يتعين الرجوع لتلك القواعد التي تنص على اشاعة الوفاق والصلح بين الناس دون ان يكون بينهم ضغائن من اللجوء الى منازعات لو طبقوا احكام الشريعة لتجنبوا الكثير منها .

١١٣١ انظر صحيح الامام مسلم ، المطبعة الاميرية ١٩٧٢، الجزء ٥ ص ١٠١ (مخرج من طرق عدة)

١١٣٢ صحيح البخاري . المطبعة الاميرية ، الطبعة الثانية ١٩٦٣، الجزء ١٢ ص ٥

١١٣٣ نفس المرجع السابق (صحيح البخاري) الجزء ١٢ ، ص ٧٧

الفصل الاول

ماهية لجان التوفيق والمصالحة

سنعالج في هذا الفصل ماهية لجان التوفيق والمصالحة وتشكيلها واختصاصها وذلك من خلال المباحث الآتية :

المبحث الأول

تشكيل واجراءات عمل لجان التوفيق

تشكل لجنة التوفيق من أحد رجال القضاء أو احد أعضاء الهيئات القضائية السابقين بدرجة مستشار على الأقل مما لا يمارسون مهنة أو عمل وعضوية ممثل من الجهة الإدارية بدرجة مدير عام على الأقل - والطرف الآخر في النزاع ولقد تناولت المادة الثانية من القانون رقم ٢٠٠٠/٧ الخاص بإنشاء لجان التوفيق بيان مدى وكيفية اللجوء إلى المحكمة المختصة حيث جرى نص هذا المادة كما يلي : تشكل اللجنة بقرار من وزير العدل برئاسة أحد رجال القضاء أو أعضاء الهيئات القضائية السابقين من درجة مستشار على الأقل ممكن لا يشغلون وظيفة أو يمارسون مهنة ومن ممثل للجهة الإدارية بدرجة مدير عام على الأقل أو ما يعدالها تختاره السلطة المختصة ينضم إلى عضوية اللجنة الطرف الآخر في النزاع أو من ينوب عنه فإذا تعدد أشخاص هذا الطرف وجب عليهم اختيار نائب واحد عنهم فإذا تعارضت مصالحهم كان لكل منهم ممثل في اللجنة. ويجوز عند الضرورة أن تكون رئاسة اللجنة لأحد رجال القضاء أو أعضاء الهيئات القضائية الحالية من درجة مستشار على الأقل(١١٣٤).

و بالنسبة لتشكيل لجان التوفيق في سلطنة عمان نجد ان تشكيل اللجان وسير عملها قد نظم من قبل المرسوم السلطاني حيث قسمها اما تشكيل قضائي او شبه قضائي او مكونة من ذوي الخبرة والحكماء .

المطلب الاول

تشكيل لجان التوفيق

أولاً : رئيس اللجنة :

تناولت المادة الثانية من القانون رقم ٢٠٠٠/٧ الخاص بإنشاء لجان التوفيق اشترط أن يكون رئيس اللجنة بدرجة مستشار على الأقل من رجال القضاء أو من أعضاء الهيئات القضائية السابقين وبشرط ألا يشغل وظيفة أو يمارس مهنة ويتم اختياره من المقيد بنفى الجداول التي تعد لهذا الغرض بعد موافقة المجلس الأعلى للهيئات القضائية يجوز أن تكون رئاسة اللجنة لأحد رجال القضاء أو أحد أعضاء الهيئات القضائية الحاليين ذلك عند الضرورة على أن يكون بدرجة مستشار على الأقل .

ويلاحظ أنه يوجد رئيس نائب ليحل محل الرئيس الأصلي في حالة غيابة حيث تناولت المادة الثانية من القانون رقم ٢٠٠٠/٧ الخاص بإنشاء لجان التوفيق النص على "يكون اختيار رؤساء لجان التوفيق من

(١١٣٤) قانون ٧ لسنة ٢٠٠٠ الصادر في ٤/٤/٢٠٠٠ المادة (٢).

رجال القضاء أو أعضاء الهيئات القضائية السابقين من المقيدين في الجداول التي تعد لهذا الغرض بعد موافقة المجلس الأعلى للهيئات القضائية".

وينشئ وزير العدل بقرار من الجهة التي تتولى - في وزارة العدل - إعداد الجداول المشار إليها في الفقرة السابقة ويحدد القرار شروط وإجراءات القيد فيها ومراجعتها^(١١٣٥).

ثانيا : ممثل الجهة الإدارية :

كما اشترط القانون رقم ٢٠٠٠/٧ الخاص بإنشاء لجان التوفيق أن يكون ممثل الجهة الإدارية بدرجة مدير عام أو ما يعادل لها على الأقل حيث تتلقى الإدارة العامة لشنون لجان التوفيق سنويا من الجهات الإدارية المنصوص عليها بالمادة الأولى من هذا القانون بيان بأسماء ممثليها الأصليين والاحتياطيين في اللجان الذين تختارهم السلطة المختصة لعضوية لجان التوفيق التي يتقرر إنشاؤها في تلك الجهات ويتضمن البيان تحديد الوظيفة والدرجة .

ثالثا : الطرف الآخر في النزاع :

كما اشترط القانون رقم ٢٠٠٠/٧ الخاص بإنشاء لجان التوفيق أن يكون صاحب الحق عضوا في اللجنة حيث يعرض المشكلة بنفسه أو بوكيل عنه وإذا ما تعدد أشخاص الطرف الآخر فعليهم اختيار نائب واحد عنهم وإذا تعارضت مصالحهم كان لكل منهم في لجنة التوفيق ممثل أو نائب عنهم.

وفي عمان لم يشترط المشرع أن يكون أطراف الصلح عضوين في اللجنة وهذا ما نجده في نصوص مواد قانون رقم ٢٠٠٥/٩٨م

حيث بالنسبة لتشكيل لجان التوفيق في سلطنة عمان نجد ان تشكيل اللجان وسير عملها قد نظم من قبل المرسوم السلطاني حيث قسمها اما تشكيل قضائي او شبه قضائي او مكونة من ذوي الخبرة والحكماء .

ذلك ان لا بأس من الإشارة إلى أن لجنة التوفيق والمصالحة لا تمس في شيء لا من قريب ولا من بعيد بصلاحيات المحاكم القضائية بشأن تسوية النزاعات عن طريق الصلح أيضا ، وبالتالي هي لجنة تنشأ بقرار من وزير العدل بصفته الوزير الوصي على قطاع العدل ، موازاة مع ما يقوم به القضاء أيضا في مجال الصلح ، وبالتالي إن إحداث هذه اللجان وتحديد إجراءات عملها وتشكيلها واختصاصاتها تبقى رهينة قرار الوزير الوصي ، فهو الأدرى أكثر من غيره بالحاجة الملحة لهذا النوع من اللجان وبطبيعتها وكيفية سير أعمالها إلى غير ذلك من المتطلبات .

وبالنسبة إلى تشكيل اللجان فإن المادة الخامسة من المرسوم تنص صراحة على أن اللجنة هي إما ذات تشكيل قضائي أو شبه قضائي أو مكونة من ذوي الخبرة والحكماء

وينقسم هذا التشكيل الي :

أ) التشكيل القضائي

وتنص المادة الخامسة أعلاه على أن الأولوية في تشكيل لجان التوفيق والمصالحة هي للقضاء حيث ينبغي أن يرأسها أحد القضاة وينظر في المنازعات بمعية قاضيين اثنين من هيئة القضاء

^(١١٣٥) عدلى أمير خالد ، المرشد في أحكام وإجراءات لجان التوفيق ، دار الفكر الجامعي، عام ٢٠١٣ ، ص ٤٥ .

ب) التشكيل المختلط

يسود الطابع شبه القضائي في تشكيل لجان التوفيق والمصالحة وذلك حينما تكون مشكلة من قاض وممن ترى الوزارة أن ظروفهم تسمح لهم بالتكليف بهذه المهمة ممن تتوافر لديهم الخبرة والحكمة من المشايخ والرشداء ، وغالبا ما يتم ذلك حينما تجد الوزارة الوصية نفسها أمام ضائقة قلة القضاة ، حيث يمكن أن تسند الرئاسة لأحد القضاة وتكون العضوية لشخصين اثنين من الفئة المعينة أعلاه .

ج) اللجنة المشكلة من الأشخاص المعيّنين ذوي الخبرة والحكمة:

إن الصلاحيات التقديرية الهامة التي يحظى بها وزير العدل بشأن إحداث لجان التوفيق والمصالحة ، تسمح له بالاقتصار في تشكيل هذه اللجان على بعض أهل المنطقة ممن هم من ذوي الخبرة والحكمة وذوي الهيئة والتقدير في المناطق والولايات من المشايخ والرشداء برئاسة أحدهم وعضوية اثنين منهم ، وغالبا ما يكون الدافع إلى ذلك هو بالإضافة إلى عدم التمكن من إيجاد العدد الكافي من القضاة الذين بإمكانهم سد الفراغ مسألة إشراك أهل المنطقة في الإسهام في تحمل المسؤولية في حل بعض المشاكل المطروحة محليا حتى على مستوى التسوية الودية للمنازعات.^{١١٣٦}

وقد نصت المادة (٥) من قانون التوفيق والمصالحة العماني علي: تشكل اللجنة بقرار من الوزير برئاسة أحد القضاة وعضوية اثنين منهم أو اثنين من ذوي الخبرة ممن تتوفر فيهم الحكمة ، ويجوز إذا اقتضت الحال أن يقوم تشكيلها من ذوي الخبرة برئاسة أحدهم.

المطلب الثاني

اجراءات نظر الطلب امام لجنة التوفيق

تختلف اجراءات نظر طلب التصالح في مصر عنها في التشريع العماني و سنتناول فيما يلي أساس هذه الاجراءات وتنظيمها في كلا منهما :

اجراءات نظر الطلب في التشريع مصر :

تناول القانون رقم ٢٠٠٠/٧ الخاص بإنشاء لجان التوفيق في المادة السابعة منه كيفية نظر طلب التوفيق أمام لجنة التوفيق حيث نصت هذه المادة الآتي : يحدد رئيس اللجنة ميعاداً لنظر لطلب يخطر به أعضاؤها ويكون له تكليف أى من طرفي النزاع بتقديم ما يراه لازماً من الإيضاحات والمستندات قبل الميعاد المحدد لنظر الطلب ولكل من طرفي النزاع أن يحضر أمام اللجنة بشخصه أو بوكيل عنه لتقديم دفاعه وتنظر اللجنة طلب التوفيق دون التقيد بالإجراءات والمواعيد المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية إلا ما تعلق منها بالضمانات والمبادئ الأساسية للتقاضي^(١١٣٧) .

نستنتج من نص المادة السابعة من القانون رقم ٢٠٠٠/٧ الخاص بإنشاء لجان التوفيق أن اللجنة تنظر طلب التوفيق دون التقيد بالإجراءات والمواعيد المنصوص عليها في قانون المرافعات وكل ما تقتيد به هو

^{١١٣٦} مرسوم عماني بإنشاء لجان التوفيق والمصالحة رقم ٩٨ / ٢٠٠٥ المادة الخامسة .

^(١١٣٧) المادة السابعة من القانون رقم ٢٠٠٠/٧ الخاص بإنشاء لجان التوفيق.

وجوب مراعاتها للضمانات والمبادئ الأساسية للتقاضي ومن ذلك مبدأ المواجهة بين الخصوم وحق الدفاع والتقدير بالطلب وعلانية الجلسات ومبدأ الحيطة والمصلحة فيه وصلاحيته متخذ القرار أو التوصية .

وعليه وبناء على ما سبق نستنتج أن إجراءات نظر الطلب أمام لجنة التوفيق تتمثل في الآتي:

١- **في المرحلة الأولى** تقوم الأمانة الفنية للجنة بعرض ملف طلب التوفيق فور تقديمه على رئيس اللجنة الذي يحدد جلسة لنظره ثم تخطر الأمانة الخصوم بميعاد لجلسة بخطاب موصى عليه ولرئيس اللجنة أن كلف أى من الخصوم بتقديم ما لديه من مستندات أو مذكرات قبل ميعاد الجلسة تقوم الأمانة بتلقي المستندات وغيرها وتودعها ملف الطلب وإذا تقاعست جهة الإدارة عن تقديم مستنداتها قبل الجلسة المحددة لنظر الطلب قامت قرينة ضدها على أنه له حق .

٢- **في المرحلة التالية** تقوم اللجنة بنظر الطلب ويقوم أمين سر الجلسة بتحرير محضر يثبت فيه حضور الأطراف وطلباتهم ودفاعهم ودفعهم وما يقدم من مستندات وعلى أمانة سر اللجنة تسجيل ما يصدر من قرارات أو توصيات وأسبابها وتتنظر اللجنة طلب التوفيق دون التقيد بالإجراءات والمواعيد المنصوص عليها في قانون المرافعات ويكون الأخطار بجميع إجراءات نظر الطلب والجلسات والتوصية بطريق البريد الموصى عليه .

كما يمكن أن تكون المرافعة علنية أو سرية للطالب له أن يبدي طلبات جديدة في حضور خصمه ، ويجوز لرئيس الجلسة التأجيل لأكثر من مرة ولا محل لشطب الطلب إذا تأخر المدعى عن الحضور ولا محل لإعادة إعلان المدعى عيه إذا لم يحضر في أول جلسة كما أنه لا يتصور صدور قرار غيابي من اللجنة.

إجراءات نظر الطلب في التشريع العماني

وقد وضحت م (١٠) ، (١١) من قانون التوفيق والمصالحة إجراءات نظر طلب تسوية النزاع صلحاً أمام لجنة التوفيق والمصالحة حيث جاءت المادة العشرة على النحو الآتي :

حيث ان م (١٠) من قانون التوفيق والمصالحة رقم ٢٠٠٥/٩٨ م) توضح الآلية في كيفية تقديم طلب تسوية النزاع صلحاً حيث نصت على أن يرفع النزاع إلى اللجنة بطلب يقدم إليها من ذوى الشأن بدون رسوم ودون التقيد بأحكام قانون الإجراءات المدنية والتجارية أو قانون المحاماة ويجب أن يشتمل الطلب على اسم الطالب وموطنه واسم وموطن أطراف النزاع الآخرين وموضوع النزاع المطلوب تسويته صلحاً. (١١٣٨)

أما المادة (١١) فقد نصت على أنه يقيد الطلب فور تقديمه بعد التثبت من شخصية ترتيب وروده على أن يحدد أمين سر اللجنة للطالب حال تقديم الطلب ميعاد الجلسة التي سينظر فيها. (١١٣٩)

١١٣٨ المادة ١٠ من المرسوم عماني رقم ٢٠٠٥ / ٩٨ ، انشاء لجان التوفيق والمصالحة : توضح هذه المادة الآلية في كيفية تقديم طلب تسوية النزاع صلحاً حيث نصت على أن يرفع النزاع إلى اللجنة بطلب يقدم إليها من ذوى الشأن بدون رسوم ودون التقيد بأحكام قانون الإجراءات المدنية والتجارية أو قانون المحاماة ويجب أن يشتمل الطلب على اسم الطالب وموطنه واسم وموطن أطراف النزاع الآخرين وموضوع النزاع المطلوب تسويته صلحاً.

١١٣٩ المادة ١١ من المرسوم عماني رقم ٢٠٠٥ / ٩٨ ، انشاء لجان التوفيق والمصالحة : نصت على أنه يقيد الطلب فور تقديمه بعد التثبت من شخصية ترتيب وروده على أن يحدد أمين سر اللجنة للطالب حال تقديم الطلب ميعاد الجلسة التي سينظر فيها .

المبحث الثاني

اختصاصات لجان التوفيق و المصالحة

أنشأ المشرع المصري بالقانون رقم ٢٠٠٠/٧ لجان التوفيق وذلك للتوفيق في بعض المنازعات المدنية والتجارية والإدارية والتي تكون الوزارات والأشخاص الاعتبارية العامة طرفاً فيها (وزارة أ محافظة أو هيئة عامة أى من الأشخاص الاعتبارية العامة وعلى هذا فالمشرع قد أعطى اللجان أمر التوفيق في المنازعات التي تنور بين كل من : الأشخاص الاعتبارية العامة وبين العاملين بها أو بينها وبين الأفراد ، أو بينها وبين الأشخاص الاعتبارية الخاصة)^(١١٤٠).

ولقد قرر المشرع في المادة أولى من القانون رقم ٢٠٠٠/٧ تحديد الاختصاص العام للجان التوفيق حيث جرى نص هذه المادة كما يلي :

(م ١) ينشأ في كل وزارة أو محافظة أو هيئة عامة وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة لجنة أو أكثر ، للتوفيق في المنازعات المدنية والتجارية والإدارية التي تنشأ بين هذه الجهات بين العاملين بها أو بينها وبين الأفراد والأشخاص الاعتبارية الخاصة .

ويجب التنبيه إلى أن المشرع لم يتناول في هذا النص سابق الذكر النص على اختصاص اللجان بالتوفيق في المنازعات التي تنور بين الأشخاص الاعتبارية بعضها البعض بالرغم من أنها هي الأول بالتوفيق لأن كلاهما يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة وكان يجب أن يتضمن النص اختصاص اللجان بالتوفيق في المنازعات المدنية والتجارية والإدارية التي تنشأ بين الأشخاص المعنوية.

وبناء على ما سبق نستنتج أن المشرع المصري لم يحدد اختصاص اللجان بنظر منازعات معينة على سبيل الحصر بل اختص اللجان بالتوفيق في المنازعات المدنية والتجارية والإدارية التي تكون الوزارات أو الأشخاص الاعتبارية العامة طرفاً فيها ومن ثم فإنه يخرج من اختصاص اللجان المنازعات التي تنور بين الأشخاص الاعتبارية العامة بعضها البعض أو بين أشخاص القانون الدولي العام ، وسنرى فيما يلي أن القانون قد أخرج من اختصاص اللجان منازعات وزارة الدفاع وإنتاج الحربى أو أى من أجهزتها وكذلك المنازعات المتعلقة بالحقوق العينية العقارية وتلك التي تفردها القوانين بأنظمة خاصة أو توجب فضها أو تسويتها أو نظر التظلمات المتعلقة بها عن طريق لجان قضائية أو إدارية أو يتفق على فضها عن طريق هيئات تحكيم أو المنازعات التي تفردها القوانين بأنظمة خاصة كقوانين مجلس الشعب ومجلس الشورى تنظيم الجامعات وقوانين الهيئات القضائية وغيرها كما استبعد المشرع أيضاً من اختصاص اللجان الأمور التي يختص بها القضاء المستعجل ومنازعات التنفيذ وأوامر الأداء والأوامر على العرائض طلبات إلغاء القرارات الإدارية المقترن بطلب وقف التنفيذ وكذلك جميع المنازعات غير المدنية والتجارية والإدارية^(١١٤١).

وقد تناول المشرع العماني في قانون التوفيق والمصالحة في سلطنة عمان رقم ٢٠٠٥/٩٨ ، في مادة الرابعة صلاحية واختصاصات هذه الأخيرة على أن : " تختص اللجان بتسوية أي نزاع - قبل إقامة دعوى بشأنه إلى القضاء - بطريق الصلح بين أطرافه سواء كان موضوع النزاع مدنيا أو تجاريا او متعلقا بمسألة من مسائل الاحوال الشخصية

(١١٤٠) المستشار / ممدوح طنطاوى ، التوفيق والتحكيم ولجان فض المنازعات .

(١١٤١) عدلى أمير خالد ، المرشد في أحكام وإجراءات لجان التوفيق ، دار الفكر الجامعى ، عام ٢٠١٣ ،

ص ١٣ وما بعدها.

وحسنا فعل المشرع العماني حينما خصص مادة للاختصاص النوعي تتناول مجال اختصاص التوفيق والمصالحة ، وحيث معلوم أنها لجنة وليست جهازا قضائيا محض ، وبالتالي من المتصور أن تكون لها اختصاصات واضحة ، وهكذا يبدو أن المشرع يحدد مجال عمل اللجان أي مجال اختصاصاتها في اختصاصات ثلاثة : وهي القضايا المتعلقة بالمنازعات المدنية والمنازعات التجارية وكذلك تلك المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية.^(١١٤٢)

وأن هذا التحديد الثلاثي لاختصاص لجان التوفيق والمصالحة وفقا للمادة الرابعة أعلاه يسمح بإبداء الملاحظات التالية :

أ - إن المشرع يسمح فقط بتسوية المنازعات التي تدخل في مجال القانون الخاص لا القانون العام.
ب - أن قصر اختصاصات صلاحيات لجان التوفيق والمصالحة على القضايا المدنية والتجارية والأحوال الشخصية قد يبدو مجالا محدودا في ثلاثة قطاعات فقط ، إلا أن الممعن للنظر فيها يجد أن هذه القضايا هي أهم القضايا التي تواجه الإنسان أو المواطن في حياته اليومية.
ج - وأمام هذا الاختصاص النوعي المحدد قانونا في المحاور الثلاث أعلاه الواسعة والضخمة كما ونوعا نستخلص أن المشرع العماني وهو يسند كل هذا الكم من الاختصاص النوعي الواسع والدقيق إنما يعني ذلك ثقة المشرع الكبيرة في القضاة وذوي الخبرة والحكمة بعد الاختيار الدقيق لهم من طرف الجهات الحكومية المعنية (وزارتا العدل والداخلية) وهذا يدفع إلى الافتخار بهذه النخبة التي وقع عليها الاختيار من أجل القيام بهذه المهمة النبيلة .

د - رغم الإشارة إلى هذا الاختصاص الواسع لصلاحيات لجان التوفيق والمصالحة فلا ينبغي إغفال أن نظرها لهذه القضايا لا ينبغي أن تتعارض فيه مع ما هو مسند من اختصاص أصلي لباقي المحاكم ، وهذا ما نص عليه المشرع صراحة في المادة الأولى من المرسوم السلطاني حينما أكد على أن : " تطبق أحكام هذا القانون في شأن التوفيق والمصالحة دون الإخلال باختصاص المحاكم أو غيرها بإجراء الصلح وفقا لأحكام القوانين الأخرى. "

هـ - ولا داعي لأن ينزعج المرء بشأن عدم اقتداء المشرع العماني بغيره من التشريعات التي نجدها توسع نطاق الاختصاص النوعي للجان المصالحة ، وحيث بالإضافة إلى القضايا الثلاثة أعلاه يسند لها حق النظر في القضايا ذات الطابع الجنائي وذات الطابع الإداري ، ثم قضايا قانون العمل كالمشرع المغربي والمصري والأمريكي والفرنسي وغيرهم.

خلاصة الفصل الأول :

في التشريع المصري :

توصلنا من خلال دراستنا الى أن القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ بإنشاء لجان التوفيق في بعض المنازعات التي تكون الوزارات والأشخاص الاعتبارية طرفا فيها قد جاء به النظام الأسبق محاباة ومعاملة لبعض القضاة عقب خروجهم للمعاش وذلك على حساب العدالة حيث أثبت الواقع أن هذا القانون قد فشل فشلا تاما في الحياة العملية فهو لم يحقق عدالة ناجزة كما قالت المذكرة الإيضاحية للقانون بل أطلال أمد التقاضي بلا جدوى على الإطلاق وحال بين أصحاب الحقوق وبين أن ينالوا حقوقهم في ضوء المدد المعقولة وذلك للأسباب الآتية:

(١١٤٢) المادة (٤) قانون التوفيق و المصالحة في سلطنة عمان ، رقم ٢٠٠٥/٩٨ ،

١- عمل هذه اللجان ينتهي بتوصية يشترط لنفاذها أن يوافق عليها الطرفان ولا نعلم كما يقول بعض الفقهاء أن قضية مهمة أو شبه مهمة قد أنجزتها نهائيا لجان التوفيق هذه فكل ما أصاب المتقاضين في النهاية أن طريق العدالة قد أغلق أمامهم فترة من الزمن

٢- غير داع أو مبرر^(١٤٣) فكل ما جاء به هذا القانون كان مجرد حبر على ورق دون أى قيمة عملية فالأمر تمخض في النهاية عن مجرد لجان تشكلت وأعدت لها مقار وهذه اللجان وعددها ٤٤٨ لجنة^(١٤٤) تكلف الدولة عشرات الملايين من الجنيهات سنويا.

٣- كما جانب المشرع الصواب في قصره رئاسة لجان التوفيق في الأصل على رجال القضاء أو أعضاء الهيئات القضائية السابقين وذلك لأن أعمارهم في الوقت الحالي تتجاوز السبعين عاما بكثير بعد أن دأب المشرع في الفترة الأخيرة على رفع سن الإحالة للمعاش بالنسبة لهم حتى وصل إلى سبعين عاما بمقتضى القانون رقم ٧١ لسنة ٢٠٠٧^(١٤٥) ولا يخفى أن القاضي بعد أن بلغ هذا السن يكون فيها أحوج ما يكون إلى الراحة وبالتالي يفضل ألا تكلفه بالقيام بمهمة التوفيق لما إستلزمة من جهد مضاعف وحيوية وصبر لتقريب وجهات نظر طرفي النزاع من أجل التوصل إلى تسوية للنزاع وبهذه المناسبة ونظرا لأن العمل القضائي يعد عملا شاقا ويحتاج إلى ذهن حاضر ولصالح العدالة والمتقاضين فإن الباحث يقترح على المشرع أن يقوم بتخفيض سن إحالة القضاة وجميع أعضاء الهيئات القضائية الأخرى إلى التقاعد عن سن الستين بدلا من سن السبعين وذلك أسوة بباقي موظفي الدولة وتحقيقا لمبدأ مساواة المواطنين أمام القانون الذي رددته الدساتير المصرية جميعها.

ومن أحكام المحكمة الدستورية العليا بشأن المساواة وعدم التمييز حكمها الذي تقول فيه إن مبدأ المساواة للمواطنين أمام القانون رده الدساتير المصرية جميعها بحسبانه ركيزة أساسية للحقوق والحريات على إختلافها وأساسا للعدل والسلام الاجتماعي غايته صون الحقوق والحريات في مواجهة صور التمييز التي ينال منها أو تقيده ممارستها وباعتباره وسيلة لتقرير الحماية المتكافئة للحقوق في جميعها ومجال أعماله لا يقتصر كانت صور التمييز المجافية للدستور يتعد حصرها إلا أن قوامها كل تفرقة أو تقييد أو تفضيل أو إستبعاد ينال بصورة تحكيمية من الحقوق والحريات التي كفلها الدستور أو القانون^(١٤٦)، على أن يتم ذلك تدريجيا مراعاة لقلة عدد القضاة في جهتي القضاء العادي ومجلس الدولة مع ضرورة توجيه المرتبات التي سيتم توفيرها نتيجة خفض سن إحالة القضاة للتقاعد وكذلك المبالغ التي كانت تتكفلها لجان التوفيق في حالة إلغاء القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ في تعيين أعضاء جدد في أول السلم القضائي بكل من النيابة العامة ومجلس الدولة الأمر الذي من شأنه المساهمة في إنجاز القضايا التي مر عليها عدة سنوات بغية الوصول إلى تحقيق العدالة الناجزة مع ضرورة تحديد فترة تولى المناصب القيادية في هذه الجهات القضائية بمدة محددة يعود بعدها المسئول لمنصة القضاء فالإصلاح الإداري لمنظومة القضاء يحتاج إلى ضوابط عامة لتحقيق العدالة بحيث نفتح الباب لشباب القضاة في تولى مسؤولية العمل القضائي وإدارة شئون القضاة من أجل أداء أفضل وفكر مختلف بما يعود بالنفع على المجتمع.

٤- ومن الأمور التي أعاققت أيضاً أى فعالية للقانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ قيام وزيرى المالية والدولة للتنمية الإدارية بتاريخ ٢٠٠١/٦/١٩ بإصدار الكتاب الدورى رقم ٥ لسنة ٢٠٠١ بشأن المبادئ الحاكمة لتنفيذ توصيات لجان التوفيق وتضمن هذا الكتاب شروطا جديدة لتنفيذ التوصية وقبولها من جهة الإدارة وتمثل هذه الشروط فى ضرورة أن تكون التوصية صادرة بإجماع آراء اللجنة وأن تكون مسببة وأن تكون صادرة وفقا لما إستقر عليه القضاء الإداري مع تقييد تنفيذها بموافقة الجهاز المركزى للتنظيم

^(١٤٣) على بركات النقاضى مدنيا ضد الدولة القاهرة دار النهضة العربية ٢٠٠٢ ص ١٨٠.

^(١٤٤) تم إنشاء هذه اللجان بقرار وزير العدل رقم ٥٩٨ لسنة ٢٠٠٠ المنشور بالوقائع المصرية العدد ١٩٤ تابع بتاريخ ٢٠٠٠/٨/٢٧.

^(١٤٥) نشر بالجريدة الرسمية العدد ١٨ مكررا فى ٨ مايو ٢٠٠٧.

^(١٤٦) الدعوى رقم ١٩٣ لسنة ١٩٣ القضائية دستورية جلسة ٦ مايو ٢٠٠٠.

الإداري ووزارة المالية إذا كانت التوصية ترتب أعباء مالية على الدولة وهي شروط تخالف الهدف الذي إبتغاه المشرع من صدور القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ والمتمثل في تقديم عدالة ناجزة والتخفيف عن المتقاضين فهذه الشروط تضع دون أن يكون لها سند تشريعي قيودا جديدة على لجان التوفيق والجهات الإدارية حتى يمكن تنفيذ التوصيات التي تصدرها هذه اللجان كما أنها تتضمن خروجاً من مجال التنفيذ إلى مجال التشريع إذ أضافت إلى القانون مالا حاجة إليه في تنفيذه بل إن في الأخذ بها تجريداً للقانون من كل قيمة عملية له فهذه الشروط تعدد وكما يقول البعض الفقهاء^(١٤٧) بمثابة تعديل غير مشروع للقانون كما خالف مصدره هذا الكتاب الجدوى وراء الاختصاص المنصوص عليه في المادة ١٦٢ من دستور ٢٠١٢ والتي تنص على أن يصدر رئيس مجلس الوزراء اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعطيل أو تعديل أو إعفاء من تنفيذها وله أن يفوض غيره في إصدارها إلى إذا حدد القانون من يصدر اللوائح اللازمة لتنفيذه والقانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ قد خول وزير العدل وحده إصدار القرارات اللازمة لتنفيذ أحكامه ومن ثم يكون الكتاب الدوري رقم ٥ لسنة ٢٠٠١ الصادر من وزيرى المالية والدولة للتنمية الإدارية والمتضمن القواعد الأساسية لتنفيذ توصيات لجان التوفيق قد جاء مخالفاً للدستور والقانون ويجب عليهما القيام بسحبه ووقف تنفيذه ومن أجل ما تقدم وتمشياً مع فلسفة دستور عام ٢٠١٢ بشأن تسوية المنازعات التي تكون الدولة طرفاً فيها والذي جعلها من اختصاص هيئة قضايا الدولة وذلك بمقتضى المادة ١٧٩ منه فإن الباحث يقترح على المشرع أن يقوم بإلغاء القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ بشأن لجان التوفيق في بعض المنازعات التي تكون الوزارات والأشخاص الاعتبارية العامة طرفاً فيها مع ضرورة تعديل قانون هيئة قضايا الدولة رقم ٧٥ لسنة ١٩٦٣ بما يتماشى مع الاختصاصات المستحدثة للهيئة وفقاً للدستور والتي من بينها اختصاصها بتسوية المنازعات التي تكون الدولة طرفاً فيها بحيث يعهد هذا القانون لهذه الهيئة سلطة إصدار توصية ملزمة لجهة الإدارة ومنهية للنزاع في حالة موافقة الطرف الآخر عليها وتكون واجبة النفاذ ويجب أن يكون اللجوء إلى هذه الآلية قبل اللجوء للمحاكم حتى لا يتعارض ذلك مع التسوية الودية التي يقوم بها مفوض الدولة وفقاً لنص المادة ٢٨ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ مع تحديد مدة زمنية للهيئة تصدر خلالها هذه التوصية وبذلك يتم حسم كثير من المنازعات قبل طرحها أمام محاكم مجلس الدولة مع ضرورة كذلك تعديل المادة السابعة من قانون هيئة قضايا الدولة وذلك بإلغاء تبعيتها للسلطة التنفيذية في حالة إذا ما رأت أنه لا جدوى من رفع الدعوى أو الطعن.

في التشريع العماني

توصلنا الى ان نظام عمل لجان التوفيق والمصالحة وفقاً لأحكام القانون رقم ٩٨ / ٢٠٠٥م في سلطنة عمان يوفر المجال أمام المتنازعين لتسوية نزاعاتهم المدنية والتجارية والاحوال الشخصية بصورة توافقية قبل اللجوء الى المحاكم بكل مرونة وسرعة ويسر وبأقل تكلفة وتساعد على حفظ روابط المودة والالفة بين ابناء المجتمع حيث لا توجد رسوم في النزاعات التي ترفع الي اللجنة كما تتميز اجراءات حل النزاع بالسهولة والسرعة في الوصول الي حل اما بالصلح او عدمه ولا يشترط وجود محام عن اطراف النزاع ، ويعد قبول الصلح اختيارياً بحيث يلزم ان يوقع طرفي الخلاف او النزاع علي محضر الصلح في حال تم التوصل الي اتفاق، ولا يجبر الاطراف علي التوقيع في حالة عدم قبولهم للصلح ، وهو ما يميز لجان التوفيق والمصالحة عن المحاكم القضائية .

^(١٤٧) سامى جمال الدين نظرية العمل الإداري إسكندرية دار الجامعة الجديدة ٢٠١١ ص ١٠٢ .

الفصل الثالث

الطبيعة القانونية للجان التوفيق والمصالحة

تناول القانون رقم ٢٠٠٠/٧ الخاص بإنشاء لجان التوفيق في المادة التاسعة منه النص على أنه تقوم لجان التوفيق بإبداء توصية غير ملزمة لأطرافها وليس حكما في المناعة وقد استلزم المشرع تسبيب التوصية تسبيبا موجزا يثبت بمحضرها فقال " مع إشارة موجزة لأسبابها " وتقوم اللجنة بإبداء توصيتها في المنازعة في ميعاد لا يجاوز ستين يوما من تاريخ تقديم طلب التوفيق إليها ولكي تكتسب التوصية صفة الإلزام وتحقيق هدفها في حل النزاع يجب أن يوافق عليها الطرفان : الإدارة وطالب التوفيق معنى ذلك أن توصية لجنة التوفيق ليس لها أى قيمة قانونية إلا بموافقة طرفي النزاع عليها خلال المدة المحددة في القانون .

وعليه فإن الباحث سوف يقوم بتقسيم هذا الفصل إلى المباحث التالية :

المبحث الأول : انعقاد لجنة التوفيق وإصدار التوصية .

المبحث الثاني : الأثر المترتب على تقديم طلب التوفيق إلى اللجنة .

المبحث الثالث: بيان مدى اللجوء إلى المحكمة المختصة بعد عرض النزاع على لجنة التوفيق .

المبحث الأول

انعقاد لجنة التوفيق وإصدار التوصية

تناول القانون رقم ٢٠٠٠/٧ الخاص بإنشاء لجان التوفيق في المادة الثامنة منه بيان انعقاد لجنة التوفيق وكيفية إجراءات المداولة حيث نصت هذه المادة على الآتى " لا يكون انعقاد اللجنة صحيحا إلا بحضور جميع أعضائها، وللجنة أن تستعين بمن تراه من أهل الخبرة، وتصدر اللجنة توصيتها بأغلبية آراء أعضائها فإذا تساوت الأصوات رجح الجانب الذي منه الرئيس ، وتكون مداولات اللجنة سرية " (١١٤٨).

نستنتج من نص المادة الثامنة من القانون رقم ٢٠٠٠/٧ الخاص بإنشاء لجان التوفيق أن اللجنة إنعقادها لا يكون صحيحا إلا بحضور جميع أعضائها وفي حالة عدم حضور أي من أعضاء اللجنة فيكون تشكيل اللجنة باطلا مع بطلان إجراءاتها وما يترتب عليها من آثار وفي حالة تخلف الطرف الآخر عن الحضور فلا تتعقد اللجنة وعلى أمانة اللجنة إخطار العضو بالحضور فإذا لم يحضر فعلى اللجنة الامتناع عن إصدار قرار بالتوصية .

هذا والمداولة تتم بين رئيس اللجنة والأعضاء فقط دون غيرهم وبعبدا عن الجمهور، وتكون المداولة والمشاورة وتبادل الرأي بعد انتهاء مرحلة المرافعة وقبل إصدار التوصية ، وتكون المداولة سرية ومن ثم فلا يجوز المداولة بالاتصال التليفون أو بالمراسلة بل تكون المداولة في مكان واحد بين أعضاء اللجنة جميعا

(١١٤٨) المادة الثامنة من القانون رقم ٢٠٠٠/٧ الخاص بإنشاء لجان التوفيق.

وسرية» ولكن التوصية التي تصدر من اللجنة تكون بعد المداولة ولكن تكون في علانية ، وعلى هذا فاللجنة لا تصدر أحكاما وإنما تصدر توصية .

وتجدر الإشارة إلى أنه على اللجنة عند الفصل في النزاع أن تستعين بالسوابق القضائية والمبادئ القانونية والعرف ومبادئ العدالة ولها أن تستعين بأهل الخبرة عندما يوجد في النزاع مسألة تحتاج إلى أهل الخبرة في هذه المسألة ورأي أهل الخبرة هو مجرد رأي استشاري للاستئناس به ، ويجوز لأي من طرفي النزاع تقديم تقارير خبير استشاري أو أي مستندات تساعد اللجنة في إصدار القرار. هذا واللجنة حينما تصدر التوصية تشير بإيجاز لأسبابها، ورئيس اللجنة هو المرجع في جميع الأحوال بحيث إذا وافق رئيس اللجنة وأي من عضوي اللجنة كان قرار التوصية صحيحا والذي يجري عليه العمل هو أن رئيس اللجنة بطبيعة الحال لأنه تتوافر فيه الخبرة المتطلبة في هذا الشأن.

إصدار اللجنة قرار التوصية :

تناول القانون رقم ٢٠٠٠/٧ الخاص بإنشاء لجان التوفيق في المادة التاسعة منه بيان كيفية إصدار اللجنة لقرار التوصية وبيان أسبابه حيث نصت هذه المادة على الآتي " تصدر اللجنة توصياتها في المنازعة ، مع إشارة موجزة لأسبابها تثبت بمحضرها ، وذلك في ميعاد لا يجاوز ستين يوما من تاريخ تقديم طلب التوفيق إليها وتعرض التوصية - خلال سبعة أيام من تاريخ صدورها - على السلطة المختصة والطرف الآخر في النزاع ، فإذا اعتمدتها السلطة المختصة وقبلها الطرف الآخر كتابة خلال خمسة عشر يوما التالية لحصول العرض قررت اللجنة إثبات ما تم الاتفاق عليه في محضر يوقع من الطرفين ويلحق بمحضرها وتكون له قوة السند التنفيذي ، ويبلغ إلى السلطة المختصة لتنفيذه" (١٤٩).

نستنتج من نص المادة التاسعة من القانون رقم ٢٠٠٠/٧ الخاص بإنشاء لجان التوفيق أنه يجب على اللجنة أن تبدي توصيتها في النزاع خلال ستين يوما من تاريخ تقديم الطلب إلى الأمانة الفنية للجنة وذلك رغبة من المشرع في إنهاء المنازعات في وقت ملائم دون تأخير، وهذا الميعاد إلزامي بالنسبة للجنة ومن ثم فلا يجوز إصدار التوصية بعد هذا الميعاد ، حيث أنه عملا بالمادة العاشرة من هذا القانون لطرفي النزاع اللجوء إلى المحكمة إذا لم تصدر اللجنة التوصية خلال الستين يوما ويجب على اللجنة عند إصدار القرار أن تبين بإيجاز الأدلة الواقعية والقانونية التي بنيت عليها التوصية، أي تشير بإيجاز لأسباب التوصية على أن تقوم الأمانة الفنية بإعتماد التوصية وذلك بعد عرضها خلال سبعة أيام من تاريخ صدورها على السلطة المختصة والطرف الآخر فإذا تم الإعتماد وقبلها الطرف الآخر كتابة خلال خمسة عشر يوما التالية يتم إخطار الخصوم بهاء وتقوم اللجنة بإثبات ما تم الاتفاق عليه في محضر يوقع من الطرفين في النزاع ويلحق بمحضر الجلسة وتكون له قوة السند التنفيذي الذي يحوز قوة السند التنفيذي هو محضر الاتفاق على التوصية المحرر بمعرفة اللجنة والموقع من الطرفين على أن تصبح التوصية غير ملزمة في حالة عدم الاتفاق وتكون لكل من طرفي النزاع اللجوء إلى المحكمة المختصة لحسم النزاع .

و يحدد أمين السر اللجنة للطالب - حال تقديم الطلب - ميعاد الجلسة التي سينظر فيها وأن يبلغ الأطراف الآخرين بالطلب وميعاد الجلسة بالطريقة التي يراها رئيس اللجنة مناسبة وذلك خلال سبعة أيام على الأكثر من تاريخ تقديم الطلب ووفقا لما نصت عليه المادة الثانية عشرة من القانون يكون على الموظفين المختصين بأمانات سر المحاكم الابتدائية التي تنشأ في دائرة اختصاصها لجان التوفيق والمصالحة أن يعرضوا على المدعين أو ممثلهم - قبل قيد صحف الدعاوى - تسوية النزاع صلحا وفقاً لأحكام هذا القانون، فإن قبلوا رفع النزاع إلى اللجنة المختصة مما مؤداه أن ثمة وسيلتين لعرض النزاع على لجنة الصلح، الوسيلة الأولى هي أن يتقدم ذوو الشأن مباشرة إلى مقر اللجنة بدائرة المحكمة المختصة بنظر النزاع

(١٤٩) المادة التاسعة من القانون رقم ٢٠٠٠/٧ الخاص بإنشاء لجان التوفيق.

ويصير تقديم طلب، والوسيلة الثانية، هي أن يقوم موظف أمانة سر المحكمة المختص، قبل قيد صحف الدعاوى في المواد المدنية أو التجارية أو الأحوال الشخصية بعرض تسوية النزاع صلحاً على المدعي أو على من يمثله قانوناً بعد التثبت من شخصيته فإذا قبل المدعي تسوية النزاع صلحاً أمام اللجنة أثبت الموظف ذلك وأحال طلبه إلى لجنة التوفيق والمصالحة المختصة، وفي هذا تنتظر اللجنة الطلب في المقرر المحدد بقرار وزير العدل وفي الموعد الذي تحدد لدى تقديم الطلب واخبر به الخصوم بالطريقة التي يراها رئيس اللجنة مناسبة وقد أعطى القانون لرئيس اللجنة في المادة السابعة منه أن يعقد الجلسات في مكان آخر داخل نطاق اختصاص اللجنة وفي ميعاد يحدده وذلك إذا اقتضت الضرورة ذلك شريطة إبلاغ الأطراف بمكان وزمان انعقاد الجلسة بوقت كاف وذلك تقديراً من المشرع لطبيعة عمل هذه اللجان ومراعاة للأبعاد الاجتماعية والإنسانية والنفسية التي تقوم عليها فكرة التوفيق والمصالحة، أما المحور الثالث والأخير من محاور الندوة فيتناول اختصاصات لجان التوفيق والمصالحة وأثر إتمام الصلح، موضحاً فضيلته إن اختصاص لجان التوفيق والمصالحة لا يمس حق الخصوم في الالتجاء إلى قاضيهم الطبيعي، لأن اختصاص تلك اللجان لا يتضمن تعديلاً لاختصاص جهات القضاء ولا ينحيزها عن مباشرة وظائفها، فضلاً عن أن اللجوء إلى هذه اللجان اختياري للخصوم وليس إجبارياً وإن كان الصلح يتفق من حيث الأثر مع الحكم القضائي فالتوفيق هو محاولة فصل المنازعة بطريقة ودية قبل وصولها إلى القضاء ومن ثم فهو صلح ينحسم به أمر النزاع بين طرفيه والذي يكون محصلته أن يتنازل كل طرف من الأطراف المتنازعة عن جانب من حقوقه مقابل تنازل الطرف الآخر حتى يمكن الوصول إلى اتفاق يرضيه المتنازعان دون ولوج ساحة القضاء. وأضاف فضيلته: يتفق مبدأ التوفيق والمصالحة مع القضاء في أن ما تنتهي إليه لجنة التوفيق واجب التنفيذ بعد وضع الصيغة التنفيذية عليه ومن ثم فإن التوفيق يلتقي في النتيجة مع الحكم القضائي، ووفقاً لما تنص عليه المادة الرابعة من قانون التوفيق والمصالحة فإن اختصاص اللجان شاملاً للمنازعات المدنية والتجارية ومنازعات الأحوال الشخصية وإذا كان قصر اختصاصات لجان التوفيق والمصالحة على القضايا المدنية والتجارية والأحوال الشخصية قد يبدو مجالاً محدوداً في ثلاثة قطاعات فقط، إلا أن الممعن للنظر فيها يجد أن هذه القضايا هي أهم القضايا التي تواجه الإنسان أو المواطن في حياته اليومية، فالعلاقات اليومية التي يمكن أن تجمع فيما بين الأشخاص هي هذا النوع من المعاملات علماً أن في حقيقة الأمر كل مجال من هذه المجالات الثلاثة هو بمفرده مجال واسع وعريض جداً يشمل داخله عدداً هاماً من القضايا الحيوية المحورية ورغم الإشارة إلى هذا الاختصاص الواسع للجان التوفيق والمصالحة فلا ينبغي إغفال أن نظرها لهذه القضايا لا ينبغي أن يتعارض فيه مع ما هو مسند من اختصاص أصلي لباقي المحاكم وهذا ما نص عليه المشرع صراحة في المادة الأولى بالمرسوم السلطاني حينما أكد على أن تطبق أحكام هذا القانون في شأن التوفيق والمصالحة دون الإخلال باختصاص المحاكم أو غيرها بإجراء الصلح وفقاً لأحكام القوانين الأخرى

وبناء على ما سبق فإن التوصية ليس لها قوة في حد ذاتها إلا إذا تم القبول من قبل الطرفين وتم الاتفاق عليها وأثبتت اللجنة ذلك في محضر ملحق بمحضرها فإن محضر الاتفاق على التوصية هو الذي تكون له قوة السند التنفيذي. ومن ثم فإنه يتعين تذييلها بالصيغة التنفيذية إذا كانت صادرة بالإلزام وحتى يكون التنفيذ جائزاً.

وبناء على ما سبق يجب على الجهة الإدارية الالتزام بتنفيذ ما جاء بالتوصية فإذا هي رفضت التنفيذ فتعد كأنها ممتنعة عن تنفيذ حكم أو أمر صادر من المحكمة أو من جهة مختصة واجب التنفيذ.

المبحث الثاني

الأثر المترتب على تقديم طلب التوفيق إلى اللجنة

ما تقوم به لجان التوفيق هو التقريب بين وجهات النظر بقصد الوصول إلى تسوية ودية ومن ثم فإن هذه التسوية لا تحرز الحجية إلا بقبول طرفي النزاع لها، وتثبت الحجية لمنطوق التوصية التي تم الاتفاق عليها ولأسبابها المرتبطة بها ارتباطاً وثيقاً.

وبذلك تخضع للقواعد العامة في حجية الأمر المقض - ومن ثم فإنه لا يجوز لطرفي المنازعة والتي انتهت أمام اللجنة اللجوء إلى القضاء أو إلى اللجنة مرة أخرى وذلك لسابقة الفصل فيها أمام لجنة التوفيق .

ولما كانت لجان التوفيق هي لجان ذات اختصاص قضائي عهد إليها المشرع ولاية التوفيق في المنازعات المدنية والتجارية والإدارية التي تنشأ بين الوزارات والأشخاص الاعتبارية العامة وبين العاملين بها أو بينها وبين الأفراد والأشخاص الاعتبارية الخاصة ، وتصدر اللجنة التوصية ثم تعرض على طرفي النزاع فإذا تم الاتفاق عليها يتم إثبات ذلك في محضر يوقع من الطرفين وتكون له قوة السند التنفيذي ، ومفاد ذلك أن لجنة التوفيق ذات اختصاص قضائي، وبالتالي فإن توصيتها بعد الموافقة عليها كما سلف البيان تكون لها حجية الأمر المقض وتعتبر بمثابة حكم قضائي ، مع ملاحظة أن التوصية في حد ذاتها لا تحوز الحجية وإنما الذي يحوز الحجية هو محضر الاتفاق على التوصية^(١١٥٠) .

كما تناول القانون رقم ٢٠٠٠/٧ الخاص بإنشاء لجان التوفيق في الفقرة الثانية من المادة العاشرة من قانون لجان التوفيق النص على أنه يترتب على تقديم طلب التوفيق إلى اللجنة المختصة وقف المدد المقررة قانوناً لسقوط وتقدم الحقوق أو لرفع الدعوى وبما وذلك حتى انقضاء المواعيد المبينة بالفقرة السابقة^(١١٥١) .

وحساب مدة وقف التقادم يكون في حالتين (١) حالة إصدار التوصية (٢) في حالة عدم إصدار التوصية ، فيتم حساب مدة وقف التقادم في حالة ما إذا أصدرت اللجنة توصيتها فإنه يتم عرض التوصية خلال سبعة أيام من تاريخ صدورها على السلطة المختصة لاعتمادها وعلى الطرف الآخر في النزاع خلال خمسة عشر يوماً التالية لحصول العرض فإذا لم يقبل أحد طرفي النزاع أو كلاهما التوصية خلال المدة المذكورة صراحة ، أو انقضت هذه المدة دون أن يبدي الطرفان أو أحدهما رأيه بالقبول أو الرفض فإن مدة التقادم تكون موقوفة في الفترة من تاريخ تقديم الطلب إلى اللجنة حتى تاريخ الرفض الصريح للتوصية أو انقضاء مدة " ١٥ " يوماً التالية لحصول العرض دون قبول . وتجدر ملاحظة أن وقف التقادم يعني عدم احتساب مدة الوقف في مدة التقادم، على ذلك تكون مدة التقادم الحقوق ورفع الدعوى تكون موقوفة في الفترة من تاريخ تقديم الطلب إلى لجنة التوفيق حتى تاريخ انتهاء الستين يوماً المقررة لإصدار التوصية خلالها وذلك في حالة عدم صدور التوصية خلال تلك الفترة وكذلك من تاريخ تقديم طلب التوفيق حتى تاريخ انقضاء المدة اللازمة لإبداء الطرفان أو أحدهما رأيه بالقبول أو الرفض خلالها .

وفي حالة عدم صدور اللجنة توصيتها خلال الستين يوماً المقررة فإن التقادم يكون موقوفاً لمدة ستين يوماً تبدأ من تاريخ تقديم طلب التوفيق إلى اللجنة وتنتهي بنهاية الستين يوماً أي بانتهاء سبب الوقت .

كما يتضح من نصوص القانون رقم ٢٠٠٠/٧ الخاص بإنشاء لجان التوفيق أن عمل لجان التوفيق يعتبر عملاً قضائياً وأن لتوصياتها الطبيعة القضائية وذلك لأن رئيس لجنة التوفيق من أحد رجال القضاء أو

^(١١٥٠) عدلى أمير خالد ، المرشد في أحكام وإجراءات لجان التوفيق ، دار الفكر الجامعي ، عام ٢٠١٣ ، ص ٦٠

وما بعدها .

^(١١٥١) المادة ٢/١٠ من القانون رقم ٢٠٠٠/٧ الخاص بإنشاء لجان التوفيق.

أعضاء الهيئات القضائية السابقين وأن يكون بدرجة مستشار ولا يشغل وظيفة ويمارس مهنة ويتم اختياره بعد موافقة المجلس الأعلى للهيئات القضائية ، ويجوز عند الضرورة أن تكون رئاسة اللجنة لأحد رجال القضاء أو أعضاء الهيئات القضائية الحالية وبدرجة مستشار ويكون تشكيل اللجان بقرار من وزير العدل ، ومودي ذلك أن المشرع أسبغ الصفة القضائية على عمل اللجنة من حيث التشكيل والاستقلال^(١١٥٦).

هذا بالإضافة إلى أن اللجنة تتقيد في حملها بالمبادئ الأساسية للتقاضي في سماع أقوال الخصوم وتحقيق دفاعهم مع الحيطة والمساواة وعلانية الجلسات ، وتصدر التوصية مع إشارة موجزة لأسبابها ، كما وأنه من المقرر أنه لا تقبل الدعوى التي ترفع مباشرة بشأن المنازعات الخاضعة لأحكام قانون لجان التوفيق إلا بعد تقديم طلب التوفيق إلى اللجنة المختصة وانتهاء الميعاد المقرر لإصدار التوصية أو الميعاد المقرر لعرضها دون قبول ، وذلك يعني أن اللجوء إلى اللجان إلزاميا

. و تنص المادة الرابعة من قانون التوفيق والمصالحة بشأن صلاحية واختصاصات هذه الأخيرة على أن :
تختص اللجان بتسوية أي نزاع - قيل إقامة دعوى بشأنه إلى القضاء - بطريق الصلح بين أطرافه سواء كان موضوع النزاع مدنيا أو تجاريا أو متعلقا بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية ."
وقد وضع المشرع العماني مادة للاختصاص النوعي تتناول مجال اختصاص التوفيق والمصالحة ، وحيث معلوم أنها لجنة وليست جهازا قضائيا محض ، وبالتالي من المتصور أن تكون لها اختصاصات واضحة ، وهكذا يبدو أن المشرع يحدد مجال عمل اللجان أي مجال اختصاصاتها في اختصاصات ثلاثة : وهي القضايا المتعلقة بالمنازعات المدنية والتجارية وكذا تلك المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية

وأن هذا التحديد الثلاثي لاختصاص لجان التوفيق والمصالحة وفقا للمادة الرابعة أعلاه يسمح بإبداء الملاحظات التالية

أ - إن المشرع يسمح فقط بتسوية المنازعات التي تدخل في مجال القانون الخاص لا القانون العام

ب - أن قصر اختصاصات لجان التوفيق والمصالحة على القضايا المدنية والتجارية والأحوال الشخصية قد يبدو مجالا محدودا في ثلاثة قطاعات فقط ، إلا أن المصنع للنظر فيها يجد أن هذه القضايا هي أهم القضايا التي تواجه الإنسان أو المواطن في حياته اليومية

ج - وأمام هذا الاختصاص النوعي المحدد قانونا في المحاور الثلاث أعلاه الواسعة والضخمة كما ونوعا نستخلص أن المشرع العماني وهو يسند كل هذا الكم من الاختصاص النوعي الواسع والدقيق إنما يعني ذلك ثقة المشرع الكبيرة في القضاة وذوي الخبرة والحكمة بعد الاختيار الدقيق لهم من طرف الجهات الحكومية المعنية (وزارتا العدل والداخلية) وهذا يدفع إلى الافتخار بهذه النخبة التي وقع عليها الاختيار من أجل القيام بهذه المهمة النبيلة.

د - رغم الإشارة إلى هذا الاختصاص الواسع لصلاحيات لجان التوفيق والمصالحة فلا ينبغي إغفال أن نظرها لهذه القضايا لا ينبغي أن تتعارض فيه مع ما هو مسند من اختصاص أصلي لباقي المحاكم ، وهذا ما نص عليه المشرع صراحة في المادة الأولى من المرسوم السلطاني حينما أكد على أن : " تطبق أحكام هذا القانون في شأن التوفيق والمصالحة دون الإخلال باختصاص المحاكم أو غيرها بإجراء الصلح وفقا لأحكام القوانين والأحكام الأخرى.

هـ - ولا داعي لأن ينزع المرء بشأن عدم اقتداء المشرع العماني بغيره من التشريعات التي نجدها توسع نطاق الاختصاص النوعي للجان المصالحة ، وحيث بالإضافة إلى القضايا الثلاثة أعلاه يسند لها حق النظر في القضايا ذات الطابع الجنائي وذات الطابع الإداري ، ثم قضايا قانون العمل كالمشرع المغربي والمصري

(١١٥٦) قانون المرافعات المصري ، المادة ٢٨٠ .

والأمريكي والفرنسي وغيرهم. ذلك ان المشرع العماني لم يتأثر بهذه التشريعات فإنه حسنا فعل ، وذلك لاعتبارات عديدة أهمها • كون هذه التشريعات معدودة وليست هي الاتجاه الغالب ، حيث نظرا لكون تجربة لجان التوفيق والمصالحة هي تجربة حديثة وفتية فإن معظم التشريعات لا تزال تحتفظ في أن توسع من نطاق ومجال اختصاصها النوعي مراعاة لطبيعة هذه القضايا النوعية الأخيرة والتي هي ذات طبيعة خاصة ودقيقة لارتباطها بالنظام العام وبالحق العام

وتجدر ملاحظة أن توصيات اللجنة تكون له قوة السند التنفيذي في حالة الاتفاق وتنتهي النزاع وتحوز قوة الأمر المقضي ولا يجوز إثارة الموضوع من مرة أخرى أمام اللجنة أو المحكمة المختصة.

ونستنتج مما سبق عرضه عن الطبيعة القانونية للجان التوفيق أن عمل لجان التوفيق يعتبر عملا قضائيا و توصياتها ذات طبيعة قضائية.

المبحث الثالث

بيان مدى اللجوء إلى المحكمة المختصة بعد عرض

النزاع على لجنة التوفيق

تناول المشرع في المادة العاشرة من القانون ٧ / ٢٠٠٠ النص على توضيح مدى كيفية اللجوء إلى المحكمة المختصة حيث نصت هذه المادة على الآتي : إذا لم يقبل أحد طرفي النزاع توصية اللجنة خلال المدة المشار إليها في المادة التاسعة من هذا القانون أو انقضت هذه المدة دون أن يبيد الطرفين أو أحدهما رأيه بقبول أو الرفض أو لم تصدر اللجنة توصيتها خلال ميعاد الستين يوما يكون لكل من طرفي النزاع اللجوء إلى المحكمة المختصة .

ونستنتج من المادة العاشرة من القانون ٧ / ٢٠٠٠ أنه إذا توافرت إحدى الحالات المنصوص عليها في هذه المادة فإن يجوز لذوي الشأن اللجوء إلى القضاء المختص عارضا النزاع عليه وعلى المحكمة الفصل في النزاع ولا يجوز لها أن تحكم بعدم القبول وقد حدد المشرع هذه الحالات التي يجوز فيها اللجوء إلى المحاكم المختصة وذلك بعد عرض النزاع على لجان التوفيق ويتولى قلم كتاب المحكمة التي ترفع إليها الدعوى عن ذات النزاع ضم ملف التوفيق إلى أوراق الدعوى .

وهذه الحالات كما حددتها المادة العاشرة من القانون ٧ / ٢٠٠٠ تتمثل في الآتي :

- ١- عدم إصدار اللجنة توصياتها خلال ستين يوما .
 - ٢- عدم قبول طرفي النزاع أو أحدهما توصية اللجنة .
 - ٣- انقضاء الخمسة عشر يوما التالية لمدة العرض دون أن يبيد الطرفين أو احدهما راية بالقبول أو الرفض .
- فإذا ما كان هناك حالة من هذه الحالات ولجأ صاحب الشأن إلى المحكمة فعليه نظر النزاع وليس لها أن تحكم بعدم القبول .

وجدير بالذكر أنه يترتب على تقديم الطلب على اللجنة المختصة وقف المدد المقررة قانونا لسقوط وتقدم الحقوق أو لرفع الدعوى ، وهذا ما سبق شرحه تحت التعليق على المادة السادسة من هذا القانون باعتباره الأثر المرتب على تقديم الطلب على لجنة التوفيق .

ولقد نصت الفقرة الأخيرة من هذه المادة أنه " على قلم كتاب المحكمة التي ترفع إليها الدعوى عن ذات النزاع ضم ملف التوفيق إلى أوراق الدعوى " وذلك حتى يستطيع ان يستهدى به وعلى اللجنة الفنية أن تبادر بإرسال ملف طلب التوفيق إلى قلم كتاب المحكمة التي ترفع إليها دعوى عن المنازعة ذاتها فور طلبها .

كما يجب ملاحظة أن المحكمة في هذه الحالة لا تعتبر جهة طعن على توصية اللجنة كما أنها لا تتقيد بأسباب قرار التوصية ويجوز لذوى الشأن تغيير سبب الدعوى أو يضيف إليها أسباب أو أدلة أخرى لكن مع بقاء موضوع الطلب الأصلي الذي كان أمام اللجنة دون تغيير وليس له أن يضيف طلبات جديدة في أمر لم يسبق عرضه على اللجنة في منازعة من المنازعات الخاضعة لأحكام قانون لجان التوفيق بل على المحكمة أن تقضى في الطلب الجديد بعدم القبول وللمحكمة عند نظر الدعوى أن تنزل عليها الوصف القانوني والتكييف القانوني السليم .

الخاتمة

تناولنا في دراستنا موضوع لجان التوفيق والمصالحة بين التشكيل والاختصاص في التشريع العماني وفي التشريع المصري ، لما لهذا الموضوع من أهمية كبيرة على سرعة حسم المنازعات.

ولذلك قسمنا خطة الرسالة إلى ثلاثة فصول تناولنا في

وتوصلنا إلى النتائج التالية :

- ١- إسناد أمر الصلح إلى جهة تنظمة وتقوم به كالأجان التوفيق والمصالحة أمر تستحسنه الشريعة وترغب فيه ؛لما فيه من مصلحة وتيسير للامورهم .
- ٢- من مميزات هذه اللجان سرعة الفصل في المنازعات المعروضة أمامها ، وأن اللجوء إليها بدون رسوم ، ولا تنقيح بالأحكام قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني .
- ٣- إن قرارات لجان التوفيق والمصالحة التي تصدرها تحوز حجية الشئى المقضى فيه ، وتكون له قوة السند التنفيذي ، بعد أن تـذيل بالصيغة التنفيذية وتنفذ جبراً إن أقتضى الأمر .
- ٤- الجدير بالملاحظة أنه في الوقت الذي أعرض فيه المشرع المصري عن الربط بين ما يستحدثه من آليات لتفعيل الصلح بين الخصوم وبين الأصول الإسلامية لمبدأ الصلح، يتلاحظ مدي التوافق الكبير بين ما انتهى إليه المشرع الفرنسي وبين هذه الأصول التي كرست منذ مئات السنين.
- ٥- أنشأ المشرع المصري بالقانون رقم ٢٠٠٠/٧ لجان التوفيق وذلك للتوفيق في بعض المنازعات المدنية والتجارية والإدارية والتي تكون الوزارات والأشخاص الاعتبارية العامة طرفاً فيها (وزارة أ محافظة أو هيئة عامة أى من الأشخاص الاعتبارية العامة وعل هذا فالمشرع قد أعطى اللجان أمر التوفيق في المنازعات التي تثور بين كل من الأشخاص الاعتبارية العامة وبين العاملين بها أو بينها وبين الأفراد ، أو بينها وبين الأشخاص الاعتبارية الخاصة.
- ٦- تناول المشرع في المادة الحادية عشر من القانون ٢٠٠٠ /٧ النص على عدم اختصاص لجان التوفيق بمنازعات التنفيذ والمنازعات المستعجلة والأوامر على العرائض وأوامر الأداء وطلبات إلغاء القرارات الإدارية المقترنة بطلبات وقف التنفيذ وقد استثنى المشرع من وجوب اللجوء إلى لجان التوفيق هذه المنازعات سالفة الذكر وذلك على اعتبار أن هذه المنازعات مستعجلة بطبيعتها قد يتطلب الأمر الفصل فيها في مواعيد أقل من الميعاد المحدد للجنة إصدار التوصية.

ثانياً: التوصيات :

وبناء على ما تم طرحه إنتهينا إلى بعض التوصيات على النحو التالي :

- ١- زيادة الوعي في المجتمع على أهمية لجان التوفيق والمصالحة .
- ٢- إدخال بعض التعديلات علي النظم القانونية التي تم تشريعها دون إعمالها، كمجالس الصلح، أو تلك التي تم تشريعها وإعمالها كلجان التوفيق ومكاتب التسوية وذلك في إطار تشريع قانوني جامع.
- ٣- فصل لجان التوفيق والمصالحة عن تبعيتها لوزارة العدل وضمها إلى مجلس الشؤون الإدارية للقضاء حيث في نهاية الأمر القسم المختص في تنفيذ محضر الصلح هو قسم التنفيذ في المحكمة فإذا كان المشرع يري غير ذلك فإن عليه أن يشرع تشريعاً يتم بموجبه إنشاء قسم للتنفيذ خاص بمحاضر الصلح ويكون من ضمن الهيكل التنظيمي للجان.

- ٤- مراجعة النصوص القانونية المتعلقة بألية اختيار أعضاء لجان التوفيق والمصالحة ووضع شروط مناسبة لاختيار الأعضاء
- ٥- إعادة النظر في كل النصوص القانونية في التشريع العماني المتعلقة بالمصالحة ولجان التوفيق.
- ٦- يجب ملاحظة أن لجان التوفيق تختص بنظر القرارات الصادرة في شئون الموظفين كالتعيين أو لترقية أو الفصل أو القرارات التأديبية بشرط أن يقوم التظلم في القرار الإداري إلى الجهة وهو التي أصدرته أو الجهات الرئيسية ثم انتظار ميعاد البت في هذا التظلم وهو ستون يوماً من تاريخ تقديمه ثم يقدم إلى لجنة التوفيق خلال السنتين يوماً التالية وهنا خلال ستين يوماً ما تاريخ تقديمه إلى لجنة التوفيق وما عدا ذلك فيخرج من اختصاص لجان التوفيق .

قائمة المراجع

أولاً: القرآن الكريم:

ثانياً: المراجع الفقهية واللغوية:

- ١- صحيح الامام مسلم ، المطبعة الاميرية ١٩٧٢، الجزء الخامس.
- ٢- صحيح البخاري، المطبعة الاميرية ، الطبعة الثانية ١٩٦٣، الجزء الثاني عشر.
- ثالثاً: المراجع القانونية:
- ١- عدلى أمير خالد، المرشد في أحكام وإجراءات لجان التوفيق، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٣.
- ٢- المستشار/ ممدوح طنطاوى، التوفيق والتحكيم ولجان فض المنازعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠١١.
- ٣- سامي جمال الدين، نظرية العمل الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١١ .
- ٤- على بركات، التقاضي مدنياً ضد الدولة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.
- رابعاً: التشريعات والقوانين:
- ١- قانون المرافعات المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨.
- ٢- القانون المصري رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ بشأن لجان التوفيق.
- ٣- المرسوم العماني رقم ٩٨ لسنة ٢٠٠٥ بشأن لجان التوفيق والمصالحة.
- ٤- قرار وزير العدل المصري رقم ٤٥٩٨ لسنة ٢٠٠٠ بإنشاء لجان التوفيق.

اثر حماية حقوق الملكية الفكرية على البحث العلمي والتطوير التكنولوجي

اعداد

سالي سمير فهمي

مدرس مساعد قسم الاقتصاد السياسي

حقوق عين شمس

المقدمة

أهمية الموضوع:

يعد البحث العلمي والتطوير التكنولوجي احد عوامل الإنتاج بل وأهمها على الإطلاق حيث يساعد البحث العلمي والتطوير التكنولوجي على زيادة إنتاجية عوامل الإنتاج الأخرى ويلعب البحث العلمي دورا بارزا في تحقيق خطط التنمية الاقتصادية وخلق تكنولوجيا وليدة المجتمع ولذلك تعمل جميع الدول على رفع معدلات الإنفاق على البحث العلمي من الناتج المحلي الإجمالي.

منهج الدراسة:

استخدم الباحث الأسلوب الاستقرائي والاستنباطي في تحليل المعلومات والإحصائيات محل الدراسة .

فروض الدراسة:

كلما ارتفع مستوى حماية حقوق الملكية الفكرية كلما زاد الإنفاق على أنشطة البحث العلمي والتطوير التكنولوجي.

وكلما زيادة الإنفاق على أنشطة البحث العلمي والتطوير التكنولوجي زادت معدلات التنمية الاقتصادية وزيادة عدد براءات الاختراع.

الصعوبات التي واجهة الباحث:

ندرة المادة العلمية وتبعثرها في أكثر من موضع بالمرجع الواحد بالإضافة إلى صعوبة الوصول إلى إحصائيات وتضاربها.

خطة الدراسة:

المبحث الأول: ماهية البحث العلمي والتطوير التكنولوجي وأهميته الاقتصادية.

المبحث الثاني: العلاقة بين حماية حقوق الملكية الفكرية وأنشطة البحث العلمي والتطوير التكنولوجي.

المبحث الثالث: الإنفاق على البحث العلمي والتطوير وأثره على النمو الاقتصادي.

اثر حماية حقوق الملكية الفكرية على البحث العلمي

والتطوير التكنولوجي

سوف نوضح في هذه الدراسة ماهية البحث العلمي والتطوير التكنولوجي وأهميته الاقتصادية (المبحث الأول) ثم نوضح طبيعة العلاقة بين حماية حقوق الملكية الفكرية وأنشطة البحث والتطوير (المبحث الثاني) ثم نتناول دور الإنفاق على البحث العلمي والتطوير في زيادة المقدرة التنافسية للدولة ورفع معدلات النمو الاقتصادي وزيادة عدد براءات الاختراع (المبحث الثالث).

المبحث الأول

ماهية البحث العلمي والتطوير التكنولوجي وأهميته الاقتصادية

أن التكنولوجيا قد تكون وليدة المجتمع الذي نشأت فيه أو أن تكون منقولة مستوردة من الخارج سوف نركز دراستنا على كيفية إنتاج التكنولوجيا ونشأتها من داخل المجتمع حيث يعتبر البحث العلمي والتطوير من أهم القنوات التي تؤدي إلى إنتاج التكنولوجيا وذلك من خلال الإنفاق على البحوث العلمية والاهتمام بها وهذا لا يتأتى إلا بتوفير حماية فعالة لحقوق الملكية الفكرية.

يقصد بالبحث العلمي والتطوير التكنولوجي هو النشاط الإبداعي الذي يتم على أساس قواعد علمية، بهدف زيادة المعرفة العلمية والتقنية، واستخدامها في تطبيقات جديدة في النشاط الإنتاجي^(١١٥٣) مما يساهم في خدمة مجالات التنمية الاقتصادية ويتضمن البحث تجميع المعلومات الجديدة من خلال الحدس النظري، والملاحظة، والتجريب، والقياس، والاستنباط، واستخدام هذه المعرفة لابتكار ممارسات علمية جديدة لتحسين المواد، والمنتجات أو الأجهزة، والعمليات، والأنظمة، والخدمات أو إيجاد حلول للمشاكل^(١١٥٤).

الأهمية الاقتصادية للبحث العلمي والتطوير التكنولوجي:

يساهم البحث العلمي والتطوير التكنولوجي بشكل كبير في حل المشكلات التي تعاني منها الأمم والمجتمعات بشتى أنواعها سواء أكانت مشكلات علمية أو اجتماعية أو اقتصادية أو البيئية أو الصحية أو ... ؛ وذلك بما يوفره البحث العلمي والتطوير التكنولوجي لهذه المجتمعات من إبداعات وابتكارات تساعد في تحسين نوعية الحياة وزيادة الرفاهية، وزيادة الإنتاج ورفع مستوى جودته، وتحسين الموارد الطبيعية المتاحة واستغلالها الاستغلال الأمثل، والنهوض بالقدرات العلمية والبشرية والمادية وتحسن كفاءة استخدامها؛ فقد أصبح البحث العلمي والتطور التكنولوجي هما الأساس في رقي المجتمعات ونهضتها^(١١٥٥) وتحقيق النمو الاقتصادي والتنمية الاقتصادية والاجتماعية وزيادة الرفاهية المجتمع.

وتأسيساً على ذلك، فقد تبوأ العلم والتكنولوجيا المركز الرئيسي في عملية الإنتاج حيث أصبحت عوامل

^(١١٥٣) شعبان عبده أبو العز المحلاوي: اقتصاديات حقوق التأليف والنشر في إطار حقوق الملكية الفكرية،

رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ٢٠١٠-٢٠١١، ص ١٢٢.

^(١١٥٤) محمود احمد محمود الزهيري: البحث العلمي والتنمية الاقتصادية في البلدان النامية مع إشارة خاصة

لجمهورية مصر العربية، تقديم عابد فايد عبد الفتاح فايد، بدون دار نشر، ٢٠٠٦، ص ١١، ١٢.

^(١١٥٥) شعبان عبده أبو العز المحلاوي: اقتصاديات حقوق التأليف والنشر في إطار حقوق الملكية الفكرية،

رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص ١٢٢.

الإنتاج تتكون من البحث العلمي والتطوير التكنولوجي والموارد الطبيعية والعمل ورأس المال والتنظيم^(١١٥٦) فبعد أن كان في الماضي عنصر العمل يحتل مكانة الصدارة^(١١٥٧) أصبح عنصر البحث العلمي والتطوير التكنولوجي يحتل مكانة الصدارة بين عوامل الإنتاج الخمس السابقة، حيث تم إعادة هيكلة قوة العمل لصالح العمالة الفنية والمهارية الحاصلة على تعليم عالي المستوى وكما يعمل البحث العلمي والتطوير التكنولوجي على زيادة الإنتاج بأفضل جودة وأقل تكلفة ممكنة مما يؤدي إلى تسريع معدلات التقدم والنمو الاقتصادي وكذلك يساعد البحث العلمي في إيجاد بدائل للموارد الطبيعية التي تنسم بالندرة النسبية.

فعلى الدول النامية إعادة النظر في إستراتيجية التنمية الاقتصادية التي تتبناها فقد ساعد الغرب في تأصيل فكرة أن مشكلة التنمية في الدول النامية ترجع إلى نقص رأس المال والزيادة السكانية وندرة الموارد الطبيعية^(١١٥٨) ولكن في الحقيقة قد ساهمة المعرفة العلمية والتكنولوجية في تحقيق التنمية في الدول المتقدمة على الرغم من قلة مواردها والدليل على ذلك تجربة الصين فقد اهتمت الحكومة الصينية بضرورة تخصيص جزء من الناتج القومي للإنفاق على أنشطة البحث والتطوير لما له من تأثير إيجابي على النشاط الاقتصادي ومؤشراً جيداً وواضحاً للنمو الاقتصادي لأنه يؤدي إلى حصول الصين على مستوى أعلى من السلع التي تحقق الأرباح بالإضافة إلى التقنيات التي تؤدي إلى إنتاج أعلى^(١١٥٩) وكلما زاد الإنتاج وزادت المبيعات زاد نصيب الفرد من الدخل القومي.

كذلك يعمل البحث العلمي على حل المشكلات التي يعاني منها الاقتصاد القومي كمشكلة الغذاء فقد ساعد البحث العلمي على أضعاف الناتج الزراعي وزيادة إنتاجية الأرض^(١١٦٠) وأدى البحث العلمي إلى اكتشاف واختراع الكثير من المواد لتوفير الموارد الطبيعية، فالألياف الصناعية في المنسوجات حلت محل القطن والصوف، كما حل البلاستيك في كثير من الاستخدامات محل الخشب والحديد والمعادن الأخرى، والزيوت النباتية والسمن الصناعي حل محل الزبد الطبيعي، وكثير من المواد الغذائية الطبيعية هناك بديل صناعي عنها بل أن الموارد الطبيعية ذاتها زاد كم إنتاجها بشكل هائل، بفضل تقدم بحوث الهندسة الوراثية^(١١٦١)،

^(١١٥٦) محمد عبد السلام عمر: النظم الاقتصادية - نظام اقتصادي أم آلية لتحقيق التنمية والتقدم، الطبعة

الثالثة، بدون دار نشر، القاهرة، ٢٠١٣، ص ٦٠.

^(١١٥٧) فقد كانت قيمة السلعة في نظر كارل ماركس تتحدد على أساس ما بذل فيها من عمل.

صلاح محمد زين الدين: دراسات في تاريخ الفكر الاقتصادي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١،

ص ٢٧١.

^(١١٥٨) محمود احمد محمود الزهيري: البحث العلمي والتنمية الاقتصادية في البلدان النامية مع إشارة خاصة

لجمهورية مصر العربية، تقديم عابد فايد عبد الفتاح فايد، مرجع سابق، ص ٢٣.

^(١١٥٩) إيمان إسماعيل أنور دسوقي بيبصار: السياسة المالية واستهداف الاستقرار الاقتصادي، رسالة دكتوراه،

كلية الحقوق، جامعة حلوان، القاهرة، ٢٠١٤، ص ٢٢٧.

^(١١٦٠) محمود احمد محمود الزهيري: البحث العلمي والتنمية الاقتصادية في البلدان النامية مع إشارة خاصة

لجمهورية مصر العربية، تقديم عابد فايد عبد الفتاح فايد، مرجع سابق، ص ٢٥.

^(١١٦١) محمد عبد السلام عمر: النظم الاقتصادية - نظام اقتصادي أم آلية لتحقيق التنمية والتقدم، مرجع سابق،

لذلك يعد التغيير التقني الناتج عن البحث والتطوير التكنولوجي عاملاً رئيسياً في تحقيق معدلات مرتفعة للنمو الاقتصادي^(١١٦٢) فالبحث العلمي والتطوير هو أساس الابتكار^(١١٦٣) ويلعب الدور الرئيسي في زيادة الإنتاجية؛ حيث الابتكارات التقنية التي تنتج من أنشطة البحث العلمي والتطوير التكنولوجي تعد من أهم الطرق لتحقيق المزايا النسبية للدول المختلفة في إنتاج المنتجات كما أن تطوير المنتجات وتحسين جودتها وإنتاج منتجات جديدة يعتمد على الأبحاث العلمية إلى درجة كبيرة كما تساعد أنشطة البحث العلمي المنشآت الإنتاجية في المحافظة على مكانتها في الأسواق ويزيد من قدرتها التنافسية^(١١٦٤).

أن البحث العلمي والتطوير التكنولوجي يتأثره الهائل في كل عوامل الإنتاج يؤدي إلى زيادة إنتاجية عوامل الإنتاج المختلفة حيث انه يعمل على استغلال الموارد الطبيعية الاستغلال الأمثل بتوفير هذه الموارد وإيجاد بدائل صناعية لها ويعمل كذلك البحث العلمي على تنمية العنصر البشري وزيادة إنتاجية الفرد ويمثل العنصر البشري عنصرين من عناصر الإنتاج (العمل والتنظيم) وأخيراً يعمل البحث العلمي على تطوير الآلات والمعدات والتي تمثل عنصر رأس المال لذلك يلعب البحث العلمي دوره الكبير في تحقيق رقي الإنسان وتقدمه وتسهيل حياته وإشباع حاجاته، كل هذا يجعلنا نضعه في مقدمة عوامل الإنتاج بل وأهمها على الإطلاق^(١١٦٥) لذلك تضع الدول المتقدمة عمليات البحث العلمي والتطوير التكنولوجي في طبيعة أولوياتها لتحقيق المزيد من التقدم ومزيداً من النمو الاقتصادي^(١١٦٦).

وبناء عليه، نظراً لافتقار الدول النامية لإنفاق على أنشطة البحث العلمي والتطوير؛ فإنها تعتمد بشكل كامل على الابتكارات التي تتم في الدول المتقدمة وكان هذا احد الأسباب التي دفعت الدول المتقدمة إلى تقوية حماية حقوق الملكية الفكرية خشية من النسخ والتقليد، ونتيجة لما سبق يمكن القول بان الدول الصناعية (المتقدمة) تُعد أكبر مستفيد من النظام الجديد لحماية حقوق الملكية الفكرية^(١١٦٧) ويؤدي نظام الحماية هذا إلى زيادة تبعية الدول النامية إلى الدول المتقدمة، نتيجة لاحتكار الدول المتقدمة لركائز المعرفة العلمية والتكنولوجية وعدم قدرة الدول النامية على ملاحقة التطورات العلمية والتكنولوجية بسبب ارتفاع تكلفة

ص ١٨٩.

(١١٦٢) Nagla rizk: Information technology and Growth, prospects for Egypt's Software industry , p ٨٧.

مجلة مصر المعاصرة، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والتشريع، القاهرة، العدد ٤٦٥-٤٦٦،
السنة الثالثة والتسعون، يناير - ابريل ٢٠٠٢.

(١١٦٣) السيد احمد عبد الخالق: الاقتصاد السياسي لحماية قانون الملكية الفكرية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،
٢٠٠٦، ص ٧٩.

(١١٦٤) شعبان عبده أبو العز المحلاوي: اقتصاديات حقوق التأليف والنشر في إطار حقوق الملكية الفكرية،
رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص ١٢٢.

(١١٦٥) محمد عبد السلام عمر: النظم الاقتصادية - نظام اقتصادي أم آلية لتحقيق التنمية والتقدم، مرجع سابق،
ص ١٩٠.

(١١٦٦) شعبان عبده أبو العز المحلاوي: اقتصاديات حقوق التأليف والنشر في إطار حقوق الملكية الفكرية،
رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص ١٢٣.

(١١٦٧) عبد الرحيم عنتر عبد الرحمن: حقوق الملكية الفكرية وأثرها الاقتصادية، مرجع سابق، ص ٤٤٣.

أنشطة البحث العلمي والتطوير^(١١٦٨).

ولما كانت الدول المتقدمة هي الأكثر إنفاقاً في مجالات البحوث والتطوير من أجل الوصول إلى التقدم التكنولوجي والابتكارات والتي تلعب دور أساسي في تزايد معدلات النمو الاقتصادي، ولهذا تهتم مختلف البلدان بالعمل على تشجيع ودعم قدراتها التكنولوجية المحلية عن طريق دعم أنشطة البحث والتطوير، وتقديم الحوافز المتعددة لهذه الأنشطة^(١١٦٩) فما هي العلاقة بين حماية حقوق الملكية الفكرية وأنشطة البحث والتطوير (المبحث الثاني) وما هو دور الإنفاق على البحث العلمي والتطوير في زيادة المقدر التنافسية للدولة ورفع معدلات النمو الاقتصادي وزيادة عدد براءات الاختراع؟ (المبحث الثالث).

المبحث الثاني

العلاقة بين حماية حقوق الملكية الفكرية وأنشطة البحث العلمي والتطوير التكنولوجي

تهتم مختلف الدول بالعمل على تشجيع ودعم قدراتها التكنولوجية المحلية عن طريق دعم أنشطة البحث العلمي بالإنفاق عليها أو تقديم مساعدات للباحثين أو حوافز متعددة لهذه الأنشطة فهل تُعد الحماية القوية لحقوق الملكية الفكرية من بين هذه الحوافز؟ هل يؤثر غياب الحماية أو ضعفها على أنشطة البحث العلمي والتطوير؟ فما هي العلاقة بين حماية حقوق الملكية الفكرية ونمو وازدهار أنشطة البحث العلمي والتطوير التكنولوجي؟

لقد انقسمت الآراء للإجابة على هذه الأسئلة وتحديد طبيعة العلاقة بين أنشطة البحث العلمي والتطوير التكنولوجي وبين حماية حقوق الملكية الفكرية إلى قسمين: قسم يؤكد وجود علاقة بين تقوية حماية حقوق الملكية الفكرية وبين تطور وازدهار أنشطة البحث العلمي والتطوير وزيادة معدلات الابتكار وزيادة الإنفاق على البحث العلمي والتطوير (المطلب الأول). وقسم آخر يرى عدم وجود علاقة بين تلك الحماية ومعدلات الابتكار وهناك عوامل أخرى ذات أهمية كبيرة وتأثير أكثر على معدلات الابتكار (المطلب الثاني).

المطلب الأول

وجود علاقة قوية بين حماية حقوق الملكية الفكرية وتطور وازدهار أنشطة البحث العلمي والتطوير التكنولوجي

توجد مجموعة من الآراء التي ترى أن حماية حقوق الملكية الفكرية ضرورة لحفز البحث العلمي وتشجيع الابتكار العلمي الذي يُعد الأساس لاكتساب الاقتصاديات المتقدمة الديناميكية والقدرة على التطور والتفوق^(١١٧٠)؛ حيث انه كلما أمكن الاختصاص بعوائد أنشطة الابتكار والأبحاث اختصاصاً فردياً^(١١٧١)،

^(١١٦٨) محمد حسن عبد المجيد الحداد: الآليات الدولية لحماية حقوق الملكية الصناعية وأثرها الاقتصادي - مرجع سابق، ص ٣٩٠.

^(١١٦٩) شعبان عبده أبو العز المحلاوي: اقتصاديات حقوق التأليف والنشر في إطار حقوق الملكية الفكرية، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص ١٢٦.

^(١١٧٠) السيد احمد عبد الخالق: الاقتصاد السياسي لحماية قانون الملكية الفكرية، مرجع سابق، ص ٧٩.

كان ذلك حافزاً لتشجيع هذه الأنشطة وارتفاع مستويات الإنتاج ومعدلات النمو الاقتصادي^(١١٧٢)، وجذب الاستثمارات الأجنبية المباشرة للاستثمار في أنشطة البحث العلمي والتطوير التكنولوجي^(١١٧٣) وذلك لأن الحماية القوية لحقوق الملكية الفكرية تؤدي إلى زيادة العائد (معدل الأرباح) مما يؤدي إلى دعم وتشجيع هذه الأنشطة^(١١٧٤) وزيادة معدلات ابتكار منتجات وأساليب إنتاج جديدة^(١١٧٥) وبناءً عليه توجد علاقة طردية بين حماية حقوق الملكية الفكرية والإنفاق على البحث العلمي والتطوير لأنه كلما زادت حماية حقوق الملكية الفكرية كلما زاد الأرباح وبالتالي زادت الإنفاق على أنشطة البحث العلمي والتطوير.

تؤدي غياب حماية حقوق الملكية الفكرية إلى انه سيفقد المبدعين الثمار الاقتصادية لأعمالهم، وبالتالي تفويض الحوافز للقيام بالاستثمارات اللازمة لتطوير الملكية الفكرية وعلاوة على ذلك، من دون حماية الملكية الفكرية، فإن المبدعين الذين استثمروا الوقت والمال (التكاليف الثابتة) لتطوير منتج جديد أو خدمة سيكونون دائماً في وضع غير مناسب لهم نتيجة لان شركة جديدة يمكنها بسهولة أن تنسخ وتسوق المنتج دون الحاجة لتعويض أي تكاليف باهظة أو دفع الرواتب الكبيرة المطلوبة من قبل أولئك الذين لديهم المواهب والمهارات الإبداعية^(١١٧٦). وقد لا تستطيع هذه الشركات مالكة حقوق الملكية الفكرية المنافسة أمام القرصنة مما قد تشهّر إفلاسها أو تخرج من السوق أو تنصرف عن الإنفاق على أنشطة البحث العلمي والتطوير^(١١٧٧).

^(١١٧٨) عبد الرحيم عنتر عبد الرحمن: حقوق الملكية الفكرية وأثرها الاقتصادية، مرجع سابق ، ص ٤٤٤.

^(١١٧٩) Intellectual Property: Balancing Incentives with Competitive Access, GLOBAL ECONOMIC PROSPECTS, ٢٠ June ٢٠٠١, IP/C/W/٢٨٠), P١٣٠.

An article published on the Website :

<https://media.worldbank.org/secure/gep٢٠٠٢/pdf/ch٥.pdf>

at ٠٤:٠٥ , ١٠/٢/٢٠١٦.

^(١١٨٠) احمد جامع: اتفاقات التجارة العالمية (وشهرتها الجات)، ج٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص ١٣٨٩.

^(١١٨١) Irfan ul Haque: Technology And Competitiveness, Trade, Technology, and International Competitiveness, the World Bank, Washington , Second printing, ١٩٩٧, P١٦ .

^(١١٨٢) Intellectual Property: Balancing Incentives with Competitive Access, GLOBAL ECONOMIC PROSPECTS, ٢٠ June ٢٠٠١, IP/C/W/٢٨٠), P١٣٠.

^(١١٨٣) Report Prepared by the Economics and Statistics Administration and the United States Patent and Trademark Office: Intellectual Property and the U.S. Economy: Industries in Focus , U.S. Department of Commerce, March ٢٠١٢, P V.

^(١١٨٤) Metawea Qaisar, Leaffo and Marshall(Super): Intellectual Property

ونظرا لأهمية حماية حقوق الملكية الفكرية وتأثيرها على أنشطة البحث العلمي والتطوير التكنولوجي، لقد تغيب المخترعون في المؤتمر الدولي للاختراعات عام ١٨٧٣ ميلاديا بسبب الخوف من قرصنة وتقليد اختراعاتهم، ونتج عن هذا الموقف ظهور الحاجة إلى حماية حقوق الملكية الفكرية، وترتب على ذلك إبرام أول اتفاقية دولية تهدف إلى منح مواطن بلد معين حق حماية أعماله الفكرية في بلدان أخرى وهي اتفاقية باريس بشأن حماية الملكية الصناعية الموقعة في ٢٣ مارس ١٨٨٣^(١١٧٨).

كما إنه يستطيع الاقتصاد القومي أن يحقق التقدم ويدخل منتجات جديدة وأساليب إنتاج جديدة إذا استطاع توفير البيئة التي تشجع تخصيص الموارد نحو البحث العلمي والتطوير ولكي توجد مثل هذه البيئة لابد من وجود وضع احتكاري للشركات التي تتجه نحو هذا المجال ليتمكنها من تحقيق أرباح عالية وإلا تتآكل هذه الأرباح بسبب المقلدين، حيث أن البحث والتطوير (R & D)^(١١٧٩) يشكل سلاحا استراتيجيا مركزيا للشركات في حياتهم للسعي لتحقيق الأرباح التجارية، والحصة السوقية، والبقاء على قيد الحياة^(١١٨٠).

أن الحماية الضعيفة تؤدي إلى آثار سلبية على النمو والرفاهية الاقتصادية والاجتماعية وليس في الدول صاحبة الابتكارات فحسب بل أيضا على المشاركة التجارية بين الدول وذلك بسبب خشية أصحاب حقوق الملكية الفكرية من عدم الحصول على عوائد تفوق ما أنفقه على أنشطة البحث العلمي والتطوير^(١١٨١) فان الحماية ضرورية لحث دفع أصحابها ليس فقط للإنتاج، ولكن أيضا لتحويل الأفكار Ideas الناتجة عن أنشطة البحث العلمي إلى معرفة Knowledge، ثم تحويل المعرفة لإنتاج سلع وخدمات تفيد البشرية جميعا، فتوفير الحماية هو الذي يجعل للابتكارات وللمعرفة عموما قيمة سوقية " ثمن " يستأثر أصحاب هذه

Rights and Developing Countries, PhD, School of Law, Indiana University, Indiana, ٢٠٠٤, P١٥٠.

^(١١٧٨) محمود احمد محمود الزهيري: البحث العلمي والتنمية الاقتصادية في البلدان النامية مع إشارة خاصة لجمهورية مصر العربية، تقديم عابد فايد عبد الفتاح فايد، مرجع سابق، ص ٢٨٩.

^(١١٧٩) research and development.

^(١١٨٠) Partha Dasgupta : Patents, Priority and Imitation or, the Economics of Races and Waiting Games, The Economic Journal, Vol. ٩٨, No. ٣٨٩ Britain, (Mar., ١٩٨٨), p ٦٦.

An article published on the Website :

<http://sites->

final.uclouvain.be/econ/DW/DOCTORALWS٢٠٠٤/bruno/adoption/dasgupta.pdf

at ١:٠٩ PM , ٩/٢/٢٠١٦.

^(١١٨١) محمود احمد محمود الزهيري: البحث العلمي والتنمية الاقتصادية في البلدان النامية مع إشارة خاصة لجمهورية مصر العربية، تقديم عابد فايد عبد الفتاح فايد، مرجع سابق، ص ٢٨٩.

الحقوق بشاره^(١١٨٢)، كما أن حماية حقوق الملكية الفكرية تؤدي إلى الإسهام الفعال في تحقيق التنمية الاقتصادية وذلك من خلال التأثير الايجابي على اقتصاديات البحث العلمي والابتكار وتعظيم العائد منها، فالتقدم التكنولوجي يُعد محددًا أساسياً للتنمية الاقتصادية ورفع مستوى المعيشة^(١١٨٣) وتحقيق ثراء ورفاهية المجتمع الدولي والمحلي.

الخلاصة؛ يعد توفير الحماية القوية لحقوق الملكية الفكرية دافعاً وحافزاً لأنشطة البحث والتطوير ويرجع ذلك إلى أن الابتكارات تتطلب عادة مجهوداً ذهنياً قد يستغرق سنوات^(١١٨٤)، وقد يقوم به فريق من العلماء أو الأفراد، أو هيئات متخصصة في البحث والتطوير أو شركات متعددة الجنسيات وتتطلب أنشطة البحث والتطوير مبالغ مالية طائلة قد تصل إلى ملايين الدولارات لإنتاج واحد أو لتطوير ابتكار قائم، ومثال ذلك قد بلغت تكلفة برنامج واحد من برامج ألعاب الفيديو نشر باسم Pac man حوالي ٣.٢ مليون دولار أمريكي واشترك في إعداده ثمانمائة شخص^(١١٨٥) ولذلك تعد الحماية القوية لحقوق الملكية الفكرية ضماناً للمبتكرين تضمن لهم الحصول على عوائد ما أنفقه من جهد ذهني وبدني ومالي ومن وقت للوصول إلى الاختراعات والابتكارات وتحسينات في مجالات تكنولوجيا الإنتاج وغيرها مما يحقق المصلحة العامة في المستقبل، وتتحقق مصلحة المجتمع أيضاً عندما يسقط الاختراع في الملك العام فيستطيع الجميع استخدامه بدون مقابل مالي^(١١٨٦) وبدون الحماية فلا يوجد الحافز على الاختراع مما يشكل خسارة للمجتمع ككل، كما أن الابتكار يعني تحمل التكلفة والتعرض لمخاطر عدم النجاح ومن ثم يجب أن يوجد المقابل أو التعويض المكافئ لذلك وإلا لن يكون هناك استمرار في البحث والابتكار فلا بد أن يتمتع المبتكر بحقوق استثنائية تتيح له استعمال التكنولوجيا وبيعها والحصول على مقابل مجزي لذلك. هذا لأن الأمر لقوى السوق سيؤدي إلى انتشار التقليد وتآكل أرباح المشروعات المبتكرة وبالتالي ضعف الحافز على الابتكار وتصبح الخسارة مزدوجة للمشروعات من جهة وللمجتمع والاقتصاد من جهة أخرى، حيث سيخسر الفوائد التي تنجم عن التكنولوجيا الجديدة وتطويرها، مما يعوق النمو الاقتصادي^(١١٨٧).

تساعد الحماية القوية للاختراعات في الدول النامية في تشجيع الشركات متعددة الجنسيات مالكة التكنولوجيا لنقل التكنولوجيا المتطورة إلى الدول النامية أو استثمار جزء من العائد في أنشطة البحث والتطوير على أراضي الدول النامية^(١١٨٨) مما يقلل من التبعية العلمية للدول المتقدمة ويساعد على خلق قاعدة أبحاث في الدول النامية أو يشجع مالكي المخترعات للقيام بالترخيص لاستخدام مخترعاتهم في الدول النامية مما يحسن

^(١١٨٢) شعبان عبده أبو العز المحلاوي: اقتصاديات حقوق التأليف والنشر في إطار حقوق الملكية الفكرية،

رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص ١٢٧.

^(١١٨٣) السيد احمد عبد الخالق: الاقتصاد السياسي لحماية قانون الملكية الفكرية، مرجع سابق، ص ٨٦.

^(١١٨٤) محمود احمد محمود الزهيرى: البحث العلمي والتنمية الاقتصادية في البلدان النامية مع إشارة خاصة لجمهورية مصر العربية، تقديم عابد فايد عبد الفتاح فايد، مرجع سابق، ص ٢٩٠.

^(١١٨٥) شعبان عبده أبو العز المحلاوي: اقتصاديات حقوق التأليف والنشر في إطار حقوق الملكية الفكرية،

رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص ١٢٧.

^(١١٨٦) احمد جامع: اتفاقات التجارة العالمية (وشهرتها الجات)، ج٢، مرجع سابق، ص ١٢٢٦.

^(١١٨٧) السيد احمد عبد الخالق: الاقتصاد السياسي لحماية قانون الملكية الفكرية، مرجع سابق، ص ٨٦.

^(١١٨٨) Irfan ul Haque: Technology And Competitiveness , Trade, Technology, and

International Competitiveness, Op.Cit, P٣٩.

من المهارات ويساعد في نفاذ أحدث تكنولوجيا إلى الدول النامية^(١١٨٩) فاتفق الترييس بما يوفره من حماية يحقق التوازن بين مصالح أصحاب حقوق الملكية الفكرية (منتجي التكنولوجيا) ومستهلكي التكنولوجيا سواء أكانت دول نامية أو متقدمة كما انه يوازي بين مصالح أصحاب حقوق الملكية الفكرية والمصلحة العامة للمجتمع حيث أن غياب الحماية يؤدي إلى فشل السوق Market Failure فلا يتوفر للمبتكر الدافع للاستثمار في البحث العلمي والتطوير وذلك لأن الغير يستطيع أن يحقق ميزة نسبية بل ويتفوق على المبتكر ذاته بسبب انتهاكه لحقوق الملكية الفكرية ومن ثم لم يكن لدى المبتكر الدافع لأن يفصح عن ابتكاره أو كيفية التوصل إليه، فتعمل أكثر من شركة في نفس المجال وتصل إلى نفس المنتج وذلك بسبب عدم التنسيق بين الاستثمارات التي تعمل في ذات المجال وعدم كشف المبتكر عن ابتكاره إلى أن ينفذ إلى السوق مما يؤدي ذلك إلى إهدار الكثير من الموارد التي كان يمكن أن تنفق للوصول إلى ذات المنتج أو الأسلوب وهو ما يعرف بالجهد المكرر أو الموارد المهذرة^(١١٩٠).

على الرغم من وجهة ومنطقية الحجج التي ساقها أنصار حماية حقوق الملكية الفكرية ولكن على النقيض من هذا الرأي يوجد وجهة نظر أخرى ترى عدم وجود علاقة بين حماية حقوق الملكية الفكرية وتطور وازدهار أنشطة البحث العلمي والتطوير التكنولوجي .

المطلب الثاني

عدم وجود علاقة بين حماية حقوق الملكية الفكرية وتطور وازدهار

أنشطة البحث العلمي والتطوير

وفي المقابل، توجد مجموعة أخرى من الآراء تستند لأسس اقتصادية وتنموية وأسس تتعلق بالابتكار وانتشاره في الدول النامية لتنفي وجود علاقة بين حماية حقوق الملكية الفكرية وبين تقدم وازدهار أنشطة البحث العلمي والتطوير التكنولوجي والابتكار وهي على النحو التالي:

تلعب المنافسة بين المشروعات على السوق والتميز في الابتكار دوراً كبيراً في تحفيز أنشطة الابتكار الناتج عن البحث العلمي والتطوير وزيادة معدلاته وليست الحماية القوية لحقوق الملكية الفكرية هي التي تؤدي إلى زيادة معدلات الابتكار وتشجيع الإنفاق على البحث والتطوير^(١١٩١) فالمشروع الاستثماري هو مشروع تنافسي يتنافس مع غيره من المشروعات الأخرى في السيطرة على السوق وهذا بدوره يدفعه لمزيد من البحث والتطوير المستمر ليصل إلى الابتكارات ليحافظ على التفرد والتميز والسبق كل هذا يضمن له الحصول على عوائد غير عادية^(١١٩٢).

من مصلحة الدول النامية إضعاف حماية حقوق الملكية الفكرية وذلك نظراً لانخفاض إنتاجيتها في البحث العلمي بعكس الدول المتقدمة ذات الإنتاجية والقدرة التنافسية العالية من مصلحتها تقوية حماية حقوق الملكية الفكرية ويرجع خرق الدول النامية لحماية حقوق الملكية الفكرية إلى انه قد اتبعت العديد من الدول التقليد

^(١١٨٩) محمود احمد محمود الزهيري: البحث العلمي والتنمية الاقتصادية في البلدان النامية مع إشارة خاصة

لجمهورية مصر العربية، تقديم عابد فايد عبد الفتاح فايد، مرجع سابق ، ص ٢٩٠، ٢٩١.

^(١١٩٠) السيد احمد عبد الخالق: الاقتصاد السياسي لحماية قانون الملكية الفكرية، مرجع سابق ، ص ٨١، ٨٢.

^(١١٩١) شعبان عبده أبو العز المحلاوي: اقتصاديات حقوق التأليف والنشر في إطار حقوق الملكية الفكرية،

رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص ١٢٨.

^(١١٩٢) السيد احمد عبد الخالق: الاقتصاد السياسي لحماية قانون الملكية الفكرية، مرجع سابق، ص ٨٧، ٨٨.

والمحاكاة والهندسة العكسية للنهوض بقدرتها العلمية والتكنولوجية مثل اليابان ودول جنوب شرق آسيا حتى تمكنوا من تكوين قاعدة علمية وتكنولوجية ذاتية.

وما زالت تتبع العديد من الدول أسلوب التقليد بهدف تعزيز قدراتها العلمية والتكنولوجية والصين خير مثال لذلك فقد سجل مكتب البراءات الياباني في تقرير له عام ١٩٩٩ أن نسبة ٢٧٪ من إجمالي التقليد للإنتاج الياباني في العالم مقلد في الصين وبناء عليه يعتبر التقليد من أهم قنوات نقل التكنولوجيا المتطورة من الشمال المتقدم إلى الجنوب النامي ولكن تقوية الحماية تعمل على زيادة تكلفة التقليد والحد من نقل التكنولوجيا ومن ثم يؤثر سلباً على البحث والتطوير في الدول النامية، كما أن التقليد يقدم سلعاً ومنتجاتاً أرخص ثمناً ومناسبة لظروف الدول النامية^(١١٩٣).

لقد اعتمدت الدول الصناعية على التقليد والتطوير في بناء قاعدتها العلمية والتكنولوجية الأولى ولو كانت هناك حماية لحقوق الملكية الفكرية لما توصلت إلى مثل هذا التقدم فلقد اختلفت القوانين ومدد الحماية في تلك الدول حسبما تمليه مصلحتها وأوضاعها الاقتصادية والتكنولوجية خاصة في قطاعات مثل الدواء والكيماويات والتي تتسم بأنها كثيفة العلم والمعرفة، فلم توفر الحماية عن طريق البراءة في تلك القطاعات إلا بعد التأكد من أنها أصبحت في وضع تنافسي متطور ولعل تواريخ بدء إدخال الحماية في القطاعات المذكورة خير شاهد على ذلك: فرنسا ١٩٦٠، ألمانيا ١٩٦٨، السويد وإيطاليا ١٩٧٥، سويسرا ١٩٧٧، اليابان ١٩٨٧، اسبانيا ١٩٩٢ و الولايات المتحدة ذاتها لم تنضم إلى اتفاقية برن إلا عام ١٩٨٨ فلم يكن قانونها يكفل حماية الملكية الأدبية للأجانب، تحقيقاً للمصلحة الأمريكية وظلت تمارس القرصنة على الأعمال الفكرية طيلة القرن التاسع عشر وكانت الولايات المتحدة لتصبغ الحماية على المصنف لا بد أن ينشر أولاً في الولايات المتحدة وهذا ما أصدرت الجات حكماً ضده^(١١٩٤).

لا يوجد دليل اقتصادي قاطع يوضح أن نفاذ المعايير الجديدة لحقوق الملكية الفكرية كما جاء باتفاق التريبس سوف يشجع على زيادة الابتكار ويساهم في النشر الدولي للتكنولوجيا والمعلومات^(١١٩٥) ومن مصلحة الدول النامية ذات إنتاجية منخفضة في البحث العلمي إضعاف الحماية، فإن حماية حقوق الملكية الفكرية بتوفير حماية براءة الاختراع وحقوق المؤلف ليست هي الوسيلة المثلى لحماية الابتكارات سواء أكانت في شكل اختراع أو مؤلف جديد وتحقيق الهدف والدافع للاستمرار فيها، إذ أن ٦٠٪ من الابتكارات المبرأة يتم تقليدها خلال فترة قصيرة تبلغ أربع سنوات^(١١٩٦).

تؤدي الحماية إلى خلق وضع احتكاري من خلال عولمة الحماية و سن القوانين المحلية التي تعمل على انخفاض الحافز لدى الشركات مالكة التكنولوجيا في إجراء المزيد من البحث والتطوير وانخفاض معدلاته، حيث أن الحماية تؤدي إلى استئثار هذه الشركات بالسوق فترة من الزمن تتراوح من ٧ سنوات إلى ٥٠ سنة^(١١٩٧) حسب نوع الحق محل الحماية فلا داع لإجراء مزيداً من البحوث التي تكلف هذه الشركات مزيداً

^(١١٩٣) محمود احمد محمود الزهيرى: البحث العلمي والتنمية الاقتصادية في البلدان النامية مع إشارة خاصة

لجمهورية مصر العربية، تقديم عابد فايد عبد الفتاح فايد، مرجع سابق، ص ٢٩٥.

^(١١٩٤) السيد احمد عبد الخالق: الاقتصاد السياسي لحماية قانون الملكية الفكرية، مرجع سابق، ص ٩٠.

^(١١٩٥) عبد الرحيم عنتر عبد الرحمن: حقوق الملكية الفكرية وأثرها الاقتصادية، مرجع سابق، ص ٤٤٧.

^(١١٩٦) السيد احمد عبد الخالق: الاقتصاد السياسي لحماية قانون الملكية الفكرية، مرجع سابق، ص ٨٧.

^(١١٩٧) مدة حماية حق المؤلف ٥٠ سنة من النشر أو مدة حياة الشخص الطبيعي م ١٢ من اتفاقية التريبس،

ومدة حماية العلامات التجارية سبع سنوات م ١٨ من اتفاقية التريبس ومدة حماية براءة الاختراع ٢٠

من الوقت، وفي ذات الوقت تؤدي الحماية إلى القضاء على مبادرات المخترعين الصغار والجدد لأنهم لا يمكنهم إنتاج نفس المنتج بطريقة بديلة ومن ثم تكون الحماية معوقة للبحث والتطوير وبخاصة في الدول النامية نظراً لمحدودية الموارد المالية المخصصة للبحث العلمي والتطوير التكنولوجي^(١١٩٨) وبناء عليه تأخذ الشركات الكبرى في العالم من نظام براءة الاختراع لتقوية نفوذها الاحتكاري ولتراكم المعارف والابتكارات لديها، فقد استطاعت شركة ITT الأمريكية التي أنشئت سنة ١٨٧٥ لتعزز وضعها الاحتكاري أن تؤخر ظهور الراديو لمدة عشرين عاماً وكذلك شركة جنرال إلكتريك GE حيث استخدمت البراءة لتؤخر إدخال اللمبات الفلوريسنت التي تهدد سوقها وهكذا قد يستخدم نظام براءة الاختراع كوسيلة لكبح الابتكار وليس تشجيعه^(١١٩٩).

ينادي البعض بنظرية "الملكية الاجتماعية والمجتمعية لحقوق الملكية الفكرية" والتي فحواها أن الاختراعات والابتكارات لا تبدأ من الصفر بل تستند إلى أفكار وجهود بحثية وعلمية سابقة فيدون الأعمال السابقة، لم تر كثير من الابتكارات الحالية النور وبناء عليه ليس من حق مبدعي اليوم المطالبة باستئثار الحق المالي أو المادي والأدبي كامل لهم فما يقدمونه من اختراعات تحتوي على أفكار سابقة وتعتمد عليها وينادي أصحاب هذه النظرية بجعل الفائدة مشتركة بين كل من ساهم في الابتكار ممثلة في المجتمع فاليد من إيجاد وسيلة بديلة للحماية تعوض المبتكرين عن جهودهم في البحث العلمي وتساعد على انتشار الاختراع لفائدة المجتمع ككل، كما أن براءة الاختراع لا تشكل الحل الأمثل فهي لا تضمن أن يحصل المخترع على كل العائد المفروض أن يحصل عليه من قبل المستهلك وتخلق براءة الاختراع وضع استراتيجي تسوده التشوهات وارتفاع الأثمان وتكرار المصروفات في مجالات الهندسة العكسية وغيرها حيث يبذل أشخاص أخرى الوقت والمال لإجراء بحوث ربما للتوصل إلى ذات المنتجات في وقت تكون فيه هذه الشركات قد حصلت على براءات اختراع أو تقدمت بطلب للحصول عليها، ويسندون أصحاب هذه النظرية على حجة أخرى مفادها أن التقدم الإنساني على مدار التاريخ قد صنعته الأفكار والمعارف الجديدة دون أن يصاحب ذلك حماية قوية لحقوق الملكية الفكرية فالإصرار على حماية حقوق الملكية الفكرية لحماية مصالح الشركات الرأسمالية لكي تستأثر بهذه الحقوق وتثمارها^(١٢٠٠).

ويطرح أصحاب النظرية السابقة بدائل لنظام براءة الاختراع يتمثل في قيام الحكومة بشراء الاختراع بأثمان مرضية وطرحه في الدومين العام^(١٢٠١) وهذا بدوره يعمل على تحقيق مصلحة المخترع في الحصول على عائد مادي مرضي ومصلحة المجتمع في توفير الاختراع بأثمان معقولة وتوفير المال المهودور في الجهد

عاماً ٣٣ من اتفاق التريبس.

^(١١٩٨) محمود احمد محمود الزهيري: البحث العلمي والتنمية الاقتصادية في البلدان النامية مع إشارة خاصة

لجمهورية مصر العربية، تقديم عابد فايد عبد الفتاح فايد، مرجع سابق، ص ٢٩٦.

^(١١٩٩) السيد احمد عبد الخالق: الاقتصاد السياسي لحماية قانون الملكية الفكرية، مرجع سابق، ص ٩٦: ٩٨.

^(١٢٠٠) السيد احمد عبد الخالق: الاقتصاد السياسي لحماية قانون الملكية الفكرية، مرجع سابق، ص ٩١: ٩٤.

^(١٢٠١) الدومين العام: هو عبارة عن الأموال التي تملكها الدولة وغيرها من الهيئات العامة وتخصص للنفع

العام بمعنى أن يترك للأفراد حق الانتفاع بها مباشرة ودون مقابل، مثال الطرق والجسور والحدائق والترع

والأنهار والشواطئ والمرافق العامة مثل أبنية الوزارات والمصالح الحكومية والموانئ والمطارات

والمتاحف، يهدف الدومين العام لتقديم خدمات عامة وليس الحصول على إيرادات للخزانة العامة للدولة.

صفوت عبد السلام عوض الله: علم مالية لعملة، دل النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ٩٧: ٩٨.

المتكرر للوصول إلى ذات الاختراع^(١٢٠٢).

تعقيب : نخلص مما سبق، إذا كان الاتجاه الأول يرى أن تقوية حماية حقوق الملكية الفكرية له تأثير إيجابي على البحث العلمي والتطوير التكنولوجي وزيادة معدلات الابتكار، فهناك علاقة طردية بين حماية حقوق الملكية الفكرية وزيادة معدلات الابتكار الناتجة عن أنشطة البحث العلمي والتطوير؛ وذلك لأن الحماية القوية لحقوق الملكية الفكرية تضمن لأصحاب أنشطة البحث العلمي والتطوير التكنولوجي الحصول على عائد مادي ومعنوي لما أنفقته على هذه الأنشطة من وقت وجهد ومال، بينما الاتجاه الثاني يرى أن هناك عوامل أخرى غير الحماية تعمل على حفز أنشطة البحث العلمي والتطوير التكنولوجي كالمنافسة في السيطرة على السوق وأن الحماية قد تؤثر بالسلب على البحث العلمي لأنها تقضي على التقليد والهندسة العكسية كذلك تعمل الحماية على إهدار المال في تكرار الأبحاث، أي أن العلاقة عكسية بين حماية حقوق الملكية الفكرية وتطور وازدهار أنشطة البحث العلمي والتطوير التكنولوجي وفقاً للرأي الثاني؛ عكسية نظراً لما تتمتع به الشركات مالكة التكنولوجيا من وضع احتكاري.

وبالرجوع إلى الإحصائيات التي تمثل محاكاة الواقع واختبار صحة الفروض تبين لنا صحة ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول واكبر دليل على ذلك دولة الصين التي كانت تعتبر من أكبر الدول المنتهكة لحقوق الملكية الفكرية ولكن بعد تعزيز حماية حقوق الملكية الفكرية لديها عام ٢٠٠٦^(١٢٠٣)، زادت لديها طلبات براءات الاختراع فتعتبر أولى الدول في منح براءة الاختراع وتليها الولايات المتحدة الأمريكية وهذا ما أكدته تقرير منظمة الويبو لعام ٢٠١٤، حيث أن في عام ٢٠١٣، وبلغت براءات الاختراع في جميع أنحاء العالم حوالي ٢.٧٥ مليون بزيادة ٩% عن عام ٢٠١٢، بعد أن كانت ٢ مليون دولار في عام ٢٠١١ فكانت الريادة ومعدلات النمو المرتفعة من نصيب الصين وتليها الولايات المتحدة الأمريكية^(١٢٠٤).

ويرى الباحث أن حماية حقوق الملكية الفكرية تعتبر من أهم العوامل التي تحفز أنشطة البحث العلمي والتطوير التكنولوجي وذلك لأن كل مخترع سيحصل على مقابل لما أنفقته من جهد ومال ووقت ليصل إلى اختراعه كما أن اعتبارات العدالة تقضي أن يأخذ كل ذي حق حقه وهذا ما ذهب إليه أنصار الرأي الأول فهو يتمشي مع الفطرة التي فطر الله الناس عليها وهي حماية الملكية الخاصة وحب التملك فقد جبل الإنسان

^(١٢٠٢) السيد احمد عبد الخالق: الاقتصاد السياسي لحماية قانون الملكية الفكرية، مرجع سابق، ص ٩٥.

^(١٢٠٣) <http://arabic.people.com.cn/٣١٦٦٤/٥٦٠٧٤٢٨.html>.

٩/٩/٢٠٠٦ at ١١:١٨ Am.

^(١٢٠٤) WIPO: World Intellectual Property Indicators, Economics and Statistics Series, ٢٠١٤, P١٢.

بلغت عدد براءات الاختراع في الصين لعام ٢٠١٣ حوالي ٨٢٥١٣٦ براءة، ومنحت الولايات المتحدة عن ذات العام حوالي ٥٧١٦١٢ براءة.

Ibid.P٢٤ .

على حب المال^(٢٠٥) وتمثل الملكية الخاصة والمال هنا في حماية حقوق الملكية الفكرية وحصول أصحابها على مقابل عادل لاستغلال ابتكاراتهم الأمر الذي يشجعهم على الاستمرار في البحث والتطوير وبالتالي يكون لانتهاك حقوق الملكية الفكرية اثر سلبي على ازدهار أنشطة البحث العلمي والتطوير فلا يعقل أن تقوم احدي الشركات بإنتاج برنامج كمبيوتر يتكلف مليارات الدولارات ثم يتم نسخه مما يكبد هذه الشركة خسائر مالية فادحة ويدفعها إلى عدم نقل ابتكاراتها إلى الدول ذات الحماية الضعيفة.

ولكن يؤخذ على هذا الاتفاق أن حماية حقوق الملكية الفكرية باتفاق التريبس أدت إلى غلق مجال التقليد والمحاكاة والهندسة العكسية الذي اعتمدت عليه الكثير من الدول الصناعية الآن^(٢٠٦) مثل اليابان ودول جنوب شرق آسيا حتى تمكنوا من تكوين قاعدة علمية وتكنولوجية^(٢٠٧) كذلك هذا الاتفاق، يسوي بين الدول الصناعية المتقدمة ذات الإمكانيات العلمية والبحثية الهائلة وبين الدول النامية ذات الإمكانيات المتواضعة في معظمها ويحصر الفارق بينهما في السنوات الانتقالية^(٢٠٨) فقد قررت الاتفاقية سنوات انتقالية قبل الالتزام بأحكامها وتتفاوت هذه الفترات بحسب درجة التقدم الاقتصادي، فبالنسبة للدول المتقدمة منحها الاتفاقية فترة انتقالية مدتها سنة من تاريخ سريان الاتفاق وذلك لتعديل قوانينها بما يتفق مع أحكام الاتفاق^(٢٠٩) فيكون تاريخ بدء تطبيق الاتفاق بصفة عامة اعتباراً من أول يناير ١٩٩٦ وبالنسبة للدول النامية منحها الاتفاق فترة انتقالية مدتها خمس سنوات^(٢١٠) أي أن تاريخ تطبيق الاتفاق بالنسبة للدول النامية هو أول يناير ٢٠٠٠ وبالنسبة للدول الأقل نمواً منحها الاتفاق فترة انتقالية مدتها عشر سنوات من تاريخ بدء التطبيق العام للاتفاقية فتكون المهلة الممنوحة هي إحدى عشرة سنة من تاريخ نفاذ اتفاقية منظمة التجارة العالمية فيكون سريان الاتفاق بالنسبة للدول الأقل نمواً بدءاً من أول يناير ٢٠٠٦^(٢١١)، كان أولى باتفاقية التريبس لتعمل

(٢٠٥) قال تعالى: "وَتُحِبُّونَ الْمَالَ حُبًّا جَمًّا" الآية ٢٠، سورة الفجر .

(٢٠٦) السيد احمد عبد الخالق: الاقتصاد السياسي لحملة قانون الملكية الفكرية، مرجع سابق، ص ١٠٤، ١٠٥.

(٢٠٧) محمود احمد محمود الزهيري: البحث العلمي والتنمية الاقتصادية في البلدان النامية مع إشارة خاصة لجمهورية مصر العربية، تقديم عابد فايد عبد الفتاح فايد، مرجع سابق، ص ٢٩٥.

(٢٠٨) المادة ٦٥، ٦٦ من اتفاق التريبس .

(٢٠٩) صفوت عبد السلام عوض الله: المنظمات الاقتصادية الدولية ودورها في تحرير التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١، ص ١٨١، ١٨٢.

(٢١٠) قد سمحت المادة ٦٥ من اتفاق التريبس بتأخير تاريخ تطبيق أحكام الاتفاق لفترة أربع سنوات تحسب من أول يناير ١٩٩٦ ومن ثم تكون الفترة الانتقالية للدول النامية خمس سنوات من تاريخ نفاذ اتفاقية منظمة التجارة العالمية أول يناير ١٩٩٥ .
لمزيد من التفاصيل عن الفترات الانتقالية انظر :

احمد جامع: اتفاقات التجارة العالمية (وشهرتها الجات)، ج٢، مرجع سابق، ص ١٣٠٢: ١٣٠٧.

(٢١١) عادل عبد العزيز السني: سياسة التجارة الخارجية في إطار منظمة التجارة العالمية وأثارها على الاقتصاد المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٣٤٦.
وقد امتدت فترة السماح الانتقالية لدول الأقل نمواً لتصل إلى ٢٠١٦ على اثر ما انتهى إليه المؤتمر الوزاري الرابع لمنظمة التجارة العالمية في الدوحة.

على تحفيز أنشطة البحث العلمي والتطوير في الدول النامية والأقل نمواً أن لا يقتصر التميز بين الدول النامية والدول الأقل نمواً وبين الدول المتقدمة فقط في الفترة الانتقالية ولكن بتقديم مساعدات مالية وفنية تساعد في بناء قاعدة علمية وتكنولوجيا وطنية أو تشجع الشركات دولية النشاط بالقيام بأنشطة البحث العلمي داخل أراضي الدول النامية والأقل نمواً ولكن للأسف الشديد اقتصر دور اتفاق التريبس على التميز بين نوعي الدول على التفرقة في مدد الفترة الانتقالية وتقديم المساعدات الفنية التي تقتصر على صياغة القوانين التي تركز حماية حقوق الملكية الفكرية واحتكار التكنولوجيا وتقديم دورات تدريبية تهدف إلى توعية الشعوب المتخلفة بأهمية الحماية وليست دورات تدريبية تعمل على نقل التكنولوجيا أو رفع كفاءة العمالة بالدول النامية .

وأخيراً، وليس بأخر يرى الباحث أن عولمة حماية حقوق الملكية الفكرية في إطار اتفاق التريبس وتحت إشراف منظمة التجارة العالمية تعمل بالفعل على تشجيع البحث العلمي والتطوير والابتكار ولكن في الدول التي تملك مقومات ذلك وتستطيع الاستفادة من الاتفاق محلياً ودولياً وهذا متوفر في الدول الصناعية المتقدمة بل وتستطيع هذه الدول أن تعظم استفادتها بفتح الأسواق أمام منتجات البحث العلمي والتطوير والسلع والخدمات المبنية عليها فتحرير التجارة وتقييد واحتكار التكنولوجيا يتكاملا في إطار مبدأ النفاذ إلى الأسواق الذي يقوم عليه النظام التجاري العالمي الجديد ولكن ليس معنى هذا أن الدول النامية سوف تدور في فلك الدول المتقدمة وبهذا الاتفاق لا تستطيع أن تبني قاعدة تكنولوجيا لديها ولكن كل ما عليها زيادة الإنفاق على البحث العلمي وتعمل الحماية لتبني قاعدة تكنولوجيا لديها ولتشجع الدول المتقدمة والمستثمرين لاستثمار في مجالات البحث العلمي في الدول النامية فقد استطاعت بعض الدول النامية مثل كوريا وتايوان والهند في ظل حماية حقوق الملكية الفكرية إجراء بحث علمي وبناء قاعدة تكنولوجيا في كثير من المجالات.

المبحث الثالث

الإنفاق على البحث العلمي والتطوير وأثره على النمو الاقتصادي

يوجد علاقة طردية بين زيادة نصيب الفرد من الدخل القومي وما تنفقه الدولة على أنشطة البحث العلمي والتطوير التكنولوجي حيث يؤدي البحث العلمي إلى زيادة الإنتاج وزيادة الإنتاجية والقدرة على المنافسة وبالتالي زيادة متوسط دخل الفرد^(١٢١٢) .

كذلك يوجد علاقة قوية بين الإنفاق على البحث والتطوير والتغير التكنولوجي وتقديم منتجات جديدة فمثلا قيمة البحوث والتطوير تمثل ٧٠٪ من نفقة إنتاج الحاسب الآلي، في حين أن اليد العاملة لا تمثل سوى ١٢٪ من نفقة المنتج النهائي، بينما في صناعة الدواء تمثل نفقة البحوث والتطوير حوالي ٦٠٪ من نفقة الإنتاج^(١٢١٣) .

ويجوز لكل من الدول النامية و لدول الأقل نموا تقديم طلب لمجلس التريبس لزيادة مدة الفترة الانتقالية لأغراض التنمية الاقتصادية بها و يدرس كل حالة على حدا .

Metawea Qaisar , Leaffo and Marshall(Super): Intellectual Property Rights and Developing Countries, Op.Cit, P٢٥٨.

^(١٢١٢) شعبان عبده أبو العز المحلاوي: اقتصاديات حقوق التأليف والنشر في إطار حقوق الملكية الفكرية، رسالة دكتوراه، مرجع سابق ، ص ١٢٣ .

^(١٢١٣) حازم السيد حلمي عطوة مجاهد: حماية حقوق الملكية الفكرية في ظل اتفاق "التريبس" والتنمية

بناء عليه، علي الدول النامية ومنها الدول العربية زيادة إنفاقها على البحث العلمي والتطوير التكنولوجي والابتكار، حيث أن نسبة الأموال التي تنفق على البحث العلمي الجاد في المنطقة العربية - رغم وفرة المال - لا تتجاوز ٢٪ من جملة الأموال المصروفة أو في ميزانيات تلك الدول العربية حتى بعد إدراكهم قيمة العلم والتكنولوجيا فقد فضلوا استيرادها جاهزة ولم يقوموا بإنشاء مراكز للأبحاث العلمية والعملية بل اتجهوا إلى إنشاء القصور الشامخة والفيلات الفاخرة، فقد استهلكوا التكنولوجيا ولم ينتجوها^(١٢١٤).

إذ يعاني البحث العلمي من إنفاق هزيل وثروة بشرية مهدرة! فقد ظهرت بالقائمة العالمية لجودة البحث العلمي لدول العالم التي تفهقر ترتيب مصر فيها للمركز ١٢٩ من بين ١٤٨ دولة واحتلت إسرائيل المرتبة الأولى، الأمر الذي يحتاج إلي وقفة جادة في ظل وجود عدد كبير من الجامعات المصرية العريقة ومراكز البحوث العلمية المتخصصة تحتضن عشرات الآلاف من الباحثين، وكذلك هجرة الآلاف من مشاهير الباحثين المصريين إلي جامعات أوروبا وأمريكا والدول العربية.

يجب أن نعترف أن هناك دولاً تعي تماماً أهمية الإنفاق علي البحث العلمي، لذلك فكل دول العالم المتقدمة تسعى له لأنها تقدر قيمة البحث العلمي وتعني تماماً أن تقدمها ورفاهيتها تبدأ به، والتخلف عن ركب البحث العلمي الحقيقي تخلف في كل شيء، وإسرائيل لم تبلغ تلك المرتبة إلا بعد أن رصدت أكثر من ٣.٥٪ من دخلها القومي للبحث العلمي الحقيقي، ولكي ينجح البحث العلمي في مصر يجب أن تتوافر له عناصر رئيسية ثلاثة وهي الكوادر البشرية المتخصصة، والعامل الثاني هو الدعم المالي وهو بطبيعة الحال غير كاف لتوفير أدنى مستوي للبنية التحتية للبحث العلمي، والعنصر الثالث وهو الخاص بأسلوب إدارة البحث العلمي المصري فهي إدارة إما غير مؤهلة أصلاً لهذا العمل الذي يحتاج لأعلي الكفاءات، وإما مؤهلة وتمتلك قدرات هائلة للقيام بمهامها إلا أنها مكبلة بالروتين وتصطدم دائماً بمعوقات لا حدود لها تحول دون تحقيق الأهداف المنشودة من البحث العلمي خاصة في دفع عجلة النمو الاقتصادي بزيادة الإنتاج الزراعي والصناعي والرفي البيئي وغير ذلك، وليس لدينا منظومة بحث علمي تضعنا في مرتبة المنافسة والرفي بالخطط التنموية للدولة، ولإيضاح الصورة مثلاً حوالي ٨٠٪ من ميزانية البحث العلمي في مصر يصرف علي مرتبات العاملين والباقي ١٥٪ تصرف علي الإنشاءات والباقي لا يتعدى ٥٪ في أحسن الأحوال يذهب للبحث العلمي، ولو فرضنا توفير ميزانية له كما هو الحال في صندوق العلوم والتنمية التكنولوجية بأكاديمية البحث العلمي والذي لديه ١٥٠ مليون جنيه أو يزيد، ولكن المشكلة أنه لا يوجد مشروعات علمية جادة يتم التقدم بها للحصول علي دعم الصندوق، وحتى المشروعات التي تم تمويلها من قبل هذا الصندوق عادة ما تنتهي إلي تقارير ورقية توضع في المكتبات ولا يستفيد منها أحد، ولا تتم منها أبحاث علمية ذات قيمة، وبالنسبة للأبحاث التي تجري في الجامعات ومراكز البحوث فالهدف منها ترقية أعضاء هيئة التدريس وهيئة البحوث وليس خدمة مشروعات التنمية^(١٢١٥).

الاقتصادية في البلدان النامية، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص ١٦٥.

^(١٢١٤) السيد مصطفى أحمد أبو الخير: عقود نقل التكنولوجيا، إيتراك للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ٤٧.

^(١٢١٥) ولتشجيع إجراء البحوث في الجامعات فقد حدث تغير مهم في العالم المتقدم، بحيث يتم تشجيع تسجيل براءة الاختراع للمؤسسات أو الجامعات الممولة من الأموال العامة فقد سمح قانون **Bayh-Dole Act** في الولايات المتحدة الأمريكية للجامعات بتسجيل اختراعاتها ببراءة بناء على أبحاث ممولة من الأموال الفيدرالية، بشرط أن يسهل ذلك تسويق الأبحاث تجارياً ويعجل مسيرة الإبداع .
عبد الرحيم عنتر عبد الرحمن: حقوق الملكية الفكرية وأثرها الاقتصادية ، مرجع سابق، ص ٤٥٤.

حتى نتكلم عن عائد ناتج عن تسويق البحوث العلمية فعلينا بزيادة الإنفاق على البحث العلمي فإذا كان الإنفاق على البحث العلمي أقل من ١% من الناتج القومي لن يكون هناك عائد من البحث العلمي^(١٢١٦)، ونحن نستبشر خيرا بالخطوة التي اشتمل عليها الدستور برفع قيمة الإنفاق على البحث العلمي إلى ١% من الدخل القومي المصري ونأمل أن نراها على أرض الواقع بل وتزيد للنسب العالمية المعروفة^(١٢١٧) وإذا كان الإنفاق يتراوح بين ١%-٣% فإنه من الممكن أن يكون هناك عائد من البحث العلمي يغطي تكلفة الإنفاق عليه دون تحمل الدولة أي دعم، أما إذا كان ما يصرف على البحث العلمي أكثر من ٣% من الناتج القومي يكون ذا جدوى ويكون هناك عائد منه، وهنا يمكننا الحديث عن تسويق البحوث العلمية، وهناك دول تنفق أكثر من ١٠% من ناتجها القومي على البحث العلمي لإدراكها أنه استثمار حقيقي، أما نحن فننفق أقل من نصف في المائة من ناتجنا القومي تضيع أساسا في الإنفاق على مرتبات العاملين فكيف يمكننا التحدث عن بحث علمي وتسويق وعائد، وما يحدث في مصر إهدار للوقت والمال والثروة البشرية ويعاني من التكرار والازدواجية وغياب الثقافة العلمية لدي القائمين عليه، ويستتني من ذلك بعض الحالات الفردية والمجموعات البحثية وهي قليلة، وعادة لا تعتمد على الدولة في تمويل أبحاثها بل تحصل على دعم في صورة مشروعات ممولة من هيئات وطنية وعالمية، فلا بد من تعديل ميزانية البحث العلمي بحيث لا تتعدى نسبة الصرف على الرواتب والإنشاءات ٤٠% منها، والباقي يصرف على البحث العلمي الحقيقي، ويجب أن يواكب تغييرات في نظام ترقية أعضاء هيئة التدريس وهيئة البحوث بحيث تكون العبرة ليست بكم الأبحاث المقدمة بل بتطبيقها فعلا في الواقع العملي وقدرة الأبحاث على حل مشاكل المجتمع والاعتداد بقيام أكثر من باحث في بحث واحد وكذلك إزالة الفجوة بين البحث العلمي وتطبيقه، وهنا تبرز أهمية مساهمة الشركات الصناعية والمؤسسات والهيئات في المساهمة في ميزانيات البحث العلمي، وهذا سيعود عليها مجتمعة بمكاسب تبلغ أضعاف مضاعفة ما تسهم به، لأنها سوف تستفيد في تطوير آليات وطرق التصنيع وتعميم إنتاجها ومضاعفة مكاسبها وهذا تجسيد لحقيقة أن البحث العلمي استثمار مريح، لذا يجب أن تبادر الحكومة المصرية بوضع خطة متكاملة تنسق فيها مع قطاع الصناعة والبتترول والنقل والبيئة والزراعة وغيرها للوصول لاحتياجاتها من البحث العلمي^(١٢١٨) وربط الجامعات بها للاستفادة من الباحثين الموجودين بالجامعة أي توظيف البحث العلمي وفقا للاحتياجات القومية لمصر^(١٢١٩).

<http://www.ahram.org.eg/NewsQ/٢٤٩٩٣٢.aspx> (١٢١٦)

٢٠١٦/٣/٧ الساعة ٤١:٠٨ م.

(١٢١٧) المادة ٢٣ من الدستور المصري ٢٠١٤ والجدير بالذكر أن هذه المادة ورد نكرها منذ دستور ٢٠١٢. تكفل الدولة حرية البحث العلمي وتشجيع مؤسساته، باعتباره وسيلة لتحقيق السيادة الوطنية، وبناء اقتصاد المعرفة، وترعى الباحثين والمخترعين، وتخصص له نسبة من الإنفاق الحكومي لا تقل عن ١% من الناتج القومي الإجمالي تتصاعد تدريجياً حتى تتفق مع المعدلات العالمية.

<http://www.ahram.org.eg/NewsQ/٢٤٩٩٣٢.aspx> (١٢١٨)

٢٠١٦/٣/٧ الساعة ٤١:٠٨ م.

(١٢١٩) وهذا ما انتهى إليه مؤتمر "حو منظومة وطنية للابتكار (مؤشرات الحاضر وتطلعات المستقبل)" الفترة من ٢٧: ٢٩ أبريل ٢٠١٥ بقاعة المؤتمرات الكبرى بكلية صيدلة جامعة عين شمس.

كذلك يجب على الدول النامية لتغلب على مشكلة نقص الإنفاق على أنشطة البحث العلمي أن تقوم بثلاث طرق: الأول هو منح المنتجين حقوق احتكار المعرفة الجديدة لاكتشافاتهم (على سبيل المثال تفعيل الحماية القانونية لبراءات الاختراع). والثاني هو أن الحكومة تتخبط نفسها مباشرة في إنتاج المعرفة، والسماح بالاستخدام المجاني منها والتمويل تكلفة الإنتاج من الضرائب العامة. والثالث هو تشجيع القطاع الخاص على الإنفاق على أنشطة البحث العلمي من خلال دعم للمنتجين^(١٢٢٠).

ولتطوير البحث العلمي في مصر لا بد وأن يبدأ بتطوير شامل لمنظومة التعليم ذاتها بداية من التعليم قبل الجامعي ومرورا بالجامعي ونهاية بما بعد التعليم الجامعي، وذلك من أجل بناء قدرات طلابية قادرة على الاستكشاف والمعرفة، كما يتطلب التطوير ضرورة وجود خطة وطنية للبحث العلمي المصري تتابع عن قرب المشاكل القومية التي تواجهها البلاد وتحتاج للبحث العلمي في حلها، ومن المفترض أن يكون هناك تطوير جاد للمعامل البحثية في جميع المؤسسات البحثية بحيث تواكب التطور العالمي وتجلب كل جديد من التكنولوجيات والتقنيات البحثية، ومن المهم أن يكون هناك دعم لأواصر التعاون بين المؤسسات الصناعية المصرية ومؤسسات المجتمع المدني والمؤسسات البحثية المصرية (الجامعات - المراكز البحثية)، كذلك أهمية وجود خطط لإيفاد بعثات موجهة للدول المتقدمة علمياً في شتي مجالات البحث العلمي، ومن أهم النقاط التي يجب أن تؤخذ في الحسبان الحد من هجرة العقول المتميزة في البحث العلمي للخارج لأنها مشكلة كبرى يجب البحث فيها بدقة، لأنه يمكن تعظيم الاستفادة من تلك الخبرات المتميزة^(١٢٢١).

مما سبق نستنتج انه نظرا لارتفاع معايير حماية حقوق الملكية الفكرية في الدول المتقدمة تؤدي إلى زيادة الإنفاق على البحث العلمي والتطوير؛ وذلك لان الحماية تضمن استرداد أصحاب حقوق الملكية الفكرية لما أنفق من جهد ومال ووقت وبالتالي تزيد عدد براءات الاختراع التي تمنحها هذه الدول وتزيد صادراتها من المنتجات عالية التكنولوجيا ويزيد نتاجها القومي ونظرا لضعف حماية حقوق الملكية الفكرية أو عدم الاهتمام بتفعيل الحماية ينخفض الإنفاق على البحث العلمي والتطوير التكنولوجي وتقل عدد براءات الاختراع بها، فإذا أرادت الدول النامية نقل التكنولوجيا إليها عليها أن تزيد من إنفاقها على أنشطة البحث العلمي والتطوير حتى تستوعب التكنولوجيا القادمة من الخارج^(١٢٢٢).

وسوف نجري تطبيق على احد الدول المتقدمة والرائدة في مجال حماية حقوق الملكية الفكرية وهي الولايات المتحدة الأمريكية وإحدى الدول النامية وهي جمهورية مصر العربية العربية لإثبات صحة أو خطأ ما توصلنا إليه من نتائج معتمدين على بعض المتغيرات الاقتصادية مثل الناتج القومي ونسبة الإنفاق من الناتج القومي على البحث العلمي وعدد طلبات براءات الاختراع في كل من الدولتين .

(١٢٢٠) Partha Dasgupta : Patents, Priority and Imitation or, the Economics of Races and Waiting Games, Op.Cit, P٧٠ .

(١٢٢١) <http://www.ahram.org.eg/NewsQ/٢٤٩٩٣٢.aspx>

٢٠١٦/٣/٧ الساعة ٤١:٠٨ م.

(١٢٢٢) عبد الهادي علي النجار: الشركات الدولية النشاط في العلاقات الاقتصادية الدولية مع إشارة إلى الاقتصاد المصري، مرجع سابق، ص ٦٨٩ .

الإنفاق على البحث والتطوير (% من إجمالي الناتج المحلي)

النفقات المتعلقة بالبحث والتطوير هي النفقات الجارية والرأسمالية (بالقطاعين العام والخاص) على الأعمال الإبداعية التي تتم بطريقة منهجية لغرض الارتقاء بالمعارف، بما في ذلك المعارف الإنسانية والثقافية والاجتماعية، واستخدام المعرفة في تطبيقات جديدة. ويغطي البحث والتطوير البحوث الأساسية والتطبيقية وعمليات التطوير التجريبية.

أولاً : تطور الإنفاق على البحث العلمي والتطوير التكنولوجي ونسبته من الناتج المحلي الإجمالي بسعر السوق واثراً ذلك على كل من براءات الاختراع وصادرات التكنولوجيا المتقدمة في مصر :

السنة	الناتج المحلي الإجمالي بسعر السوق ^(١٢٢٣)	نسبة الإنفاق على البحث العلمي من الناتج المحلي ^(١٢٢٤)	عدد براءات الاختراع ^(١٢٢٥)	صادرات التكنولوجيا المتقدمة ^(١٢٢٦)
٢٠٠٠		١٩٪	٤٥٤ ^(١٢٢٧)	٥,٥٩٠,٩١٥

^(١٢٢٣) القيمة بالمليار جنيه . * التقرير السنوي للبنك المركزي المصري أعداد مختلفة.

^(١٢٢٤) <http://data.albankaldawli.org/indicator/GB.XPD.RSDV.GD.ZS/countries>

٢٠١٦/٣/١١ الساعة ٥:٥٤ م.

^(١٢٢٥) أكاديمية البحث العلمي و التكنولوجيا ، مكتب براءات الاختراع المصري.

<http://www.egypo.gov.eg/PDFs/Patent%20filing%20in%20EGPO%20from%202003%20to%202009-A.pdf>

٢٠١٦/٣/٧ الساعة ٧:٤٣ م.

نظراً لتوافر بيانات عن إعداد براءات الاختراع في مصر؛ فقد رأى الباحث أن يعتمد على أعداد براءات الاختراع، أما الولايات المتحدة الأمريكية فلم يتوصل الباحث إلى أعداد براءات الاختراع الممنوحة بالفعل؛ فقد اعتمد على عدد طلبات الحصول على براءات الاختراع.

^(١٢٢٦) صادرات التكنولوجيا المتقدمة (بالأسعار الجارية للدولار الأمريكي).

صادرات التكنولوجيا المتقدمة هي منتجات ذات كثافة عالية من حيث التطوير والبحوث مثل مجال الفضاء الجوي، وأجهزة الحاسوب، والمنتجات الصيدلانية، والأدوات العلمية، والأجهزة الكهربائية. والبيانات معبر عنها بالقيمة الحالية للدولار الأمريكي.

<http://data.albankaldawli.org/indicator/TX.VAL.TECH.CD/countries?page=2>

٢٠١٦/٣/١٣ الساعة ١١:١٩ ص.

^(١٢٢٧) في المقابل عدد طلبات الحصول على براءات الاختراع ١٦١٥ .

السنة	الناتج المحلي الإجمالي بسعر السوق (٢٠٢٣)	نسبة الإنفاق على البحث العلمي من الناتج المحلي (٢٠٢٤)	عدد براءات الاختراع (٢٠٢٥)	صادرات التكنولوجيا المتقدمة (٢٠٢٦)
٢٠٠١			٤٣٠ (٢٠٠٨)	١٢,٢١٤,٨٧٤
٢٠٠٢			٧٥٧ (٢٠٠٩)	١٢,٧٧٩,١٤٢
٢٠٠٣			٦٣٨ (٢٠١٠)	١٠,٠٠٨,٠٨٥
٢٠٠٤		٢٧٪	٣٢٥ (٢٠١١)	١٣,٥٠٨,٥٠٠
٢٠٠٥	٤٢٥.٢	٢٤٪	١٤٧ (٢٠١٢)	١٠,١٢٢,٥٦٩
٢٠٠٦	٤٥٤.٣	٢٦٪	١٣٠	١٥,٨٣٣,٥٨٧
٢٠٠٧	٧٤٤.٨	٢٦٪	٢٩٩ (٢٠١٣)	٥,٧٢٩,٥٠٠
٢٠٠٨	٧٩٨.١	٢٧٪	٣٦١ (٢٠١٤)	٩١,٨٩٨,٨١١
٢٠٠٩	٨٣٥.٥	٤٣٪	٣٢١ (٢٠١٥)	٨٥,٢٨٣,٥٨٢
٢٠١٠	٨٧٨.٤	٤٣٪	٣٢١ (٢٠١٦)	٩٦,٢٢٨,٨٨٣
٢٠١١	٨٩٤.٠	٥٣٪	٤٨٤ (٢٠١٧)	١٢٨,٠٦٤,٠٢٠
٢٠١٢		٥٤٪	٦٣٤ (٢٠١٨)	٧٤,٥٨٧,٩٩٧

http://data.albankaldawli.org/indicator/IP.PAT.RESD?end=٢٠١٤&locations=EG&name_desc=false&start=٢٠٠٠&view=chart.

http://data.albankaldawli.org/indicator/IP.PAT.NRES?end=٢٠١٤&locations=EG&name_desc=false&start=٢٠٠٠&view=chart.

- (٢٢٢٨) في المقابل عدد طلبات الحصول على براءات الاختراع ١٣٨٧.
- (٢٢٢٩) في المقابل عدد طلبات الحصول على براءات الاختراع ١٤١٥.
- (٢٢٣٠) في المقابل عدد طلبات الحصول على براءات الاختراع ١١١٩.
- (٢٢٣١) في المقابل عدد طلبات الحصول على براءات الاختراع ٧٠٣.
- (٢٢٣٢) في المقابل عدد طلبات الحصول على براءات الاختراع ١٤٣٦.
- (٢٢٣٣) في المقابل عدد طلبات الحصول على براءات الاختراع ٢١٠٥.
- (٢٢٣٤) في المقابل عدد طلبات الحصول على براءات الاختراع ٢١٣٠.
- (٢٢٣٥) في المقابل عدد طلبات الحصول على براءات الاختراع ١٩٤٢.
- (٢٢٣٦) في المقابل عدد طلبات الحصول على براءات الاختراع ٢٢٣٠.
- (٢٢٣٧) في المقابل عدد طلبات الحصول على براءات الاختراع ٢٢٠٩.
- (٢٢٣٨) في المقابل عدد طلبات الحصول على براءات الاختراع ٢٢١١.

ثانياً: تطور الإنفاق على البحث العلمي والتطوير التكنولوجي ونسبته من الناتج المحلي الإجمالي بسعر السوق واثراً ذلك على كل من براءات الاختراع وصادرات التكنولوجيا المتقدمة في الولايات المتحدة الأمريكية:

السنة	الناتج المحلي الإجمالي بسر السوق ^(١٢٣٩)	نسبة الإنفاق على البحث العلمي من إجمالي الناتج المحلي ^(١٢٤٠)	طلبات تسجيل براءات الاختراع ^(١٢٤١)	صادرات التكنولوجيا المتقدمة ^(١٢٤٢)
١٩٩٦	٨,١٠٠,٢٠١,٠٠٠,٠٠٠	٪٢.٤٤	٢١١٩٤٦	١٣٨,٠٩٣,٥٦٢,٤٣٣
١٩٩٧	٨,٦٠٨,٥١٥,٠٠٠,٠٠٠	٪٢.٤٧	٢٢٠٤٩٦	١٦٣,٤٠٧,٣٢٩,١٧٨

(١٢٣٩) إجمالي الناتج المحلي القيمة الحالية بالدولار الأمريكي .

إجمالي الناتج المحلي بأسعار المشتريين: هو عبارة عن مجموع إجمالي القيمة المضافة من جانب جميع المنتجين المقيمين في الاقتصاد مضافاً إليه أية ضرائب على المنتجات ومخصوماً منه أية إعانات دعم غير مشمولة في قيمة المنتجات. ويتم حسابه بدون اقتطاع قيمة إهلاك الأصول المصنعة أو إجراء أية خصوم بسبب نزوب وتدهور الموارد الطبيعية. والبيانات معبر عنها بالقيمة الحالية للدولار الأمريكي. والأرقام بالدولار لإجمالي الناتج المحلي محولة من العملات المحلية باستخدام أسعار الصرف الرسمية لسنة واحدة. بالنسبة لبضع دول لا يعكس فيها سعر الصرف الرسمي السعر الذي يطبق فعلاً على معاملات الصرف الأجنبي الفعلية، فإنه يتم استخدام عامل تحويل بديل.

بيانات الحسابات القومية للبنك الدولي، وبيانات الحسابات القومية لمنظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي.

<http://data.albankaldawli.org/indicator/NY.GDP.MKTP.CD>

٢٠١٦/٣/١٤ الساعة ٨:٣٠ م.

^(١٢٤٠) <http://data.albankaldawli.org/indicator/GB.XPD.RSDV.GD.ZS?page=٣>

^(١٢٤١) نظراً لعدم توافر إحصائيات عن عدد براءات الاختراع فقد قام الباحث بجمع طلبات الحصول على براءات الاختراع للمقيمين وغير المقيمين وذلك من المواقع الآتية:

http://data.albankaldawli.org/indicator/IP.PAT.RESD?end=٢٠١٤&locations=US&name_desc=false&start=١٩٩٩&view=chart.

http://data.albankaldawli.org/indicator/IP.TMK.NRES?end=٢٠١٤&locations=US&name_desc=false&start=١٩٩٩&view=chart.

^(١٢٤٢) <http://data.albankaldawli.org/indicator/TX.VAL.TECH.CD/countries?page=٢>.

السنة	الناتج المحلي الإجمالي بسر السوق (١٢٣٩)	نسبة الإنفاق على البحث العلمي من إجمالي الناتج المحلي (١٢٤٠)	طلبات تسجيل براءات الاختراع (١٢٤١)	صادرات التكنولوجيا المتقدمة (١٢٤٢)
١٩٩٨	٩,٠٨٩,١٦٨,٠٠٠,٠٠٠	%٢.٥٠	٢٣٦٩٧٩	١٧١,٩٦٩,١٩٠,٠٨٧
١٩٩٩	٩,٦٦٠,٦٢٤,٠٠٠,٠٠٠	%٢.٥٤	٢٦٥٧٦٣	١٨١,٤٣١,٨٧٠,١٦١
٢٠٠٠	١٠,٢٨٤,٧٧٩,٠٠٠,٠٠٠	%٢.٦٢	٢٩٥٨٩٥	١٩٧,٤٦٦,٠٠٨,٧٧٩
٢٠٠١	١٠,٦٢١,٨٢٤,٠٠٠,٠٠٠	%٢.٦٤	٣٢٦٤٧١	١٧٦,١٦٣,٦٢٨,٦٩١
٢٠٠٢	١٠,٩٧٧,٥١٤,٠٠٠,٠٠٠	%٢.٥٥	٣٣٤٤٤٥	١٦٢,٠٨٢,٣٢٣,٨٤٩
٢٠٠٣	١١,٥١٠,٦٧٠,٠٠٠,٠٠٠	%٢.٥٥	٣٤٣٤٤١	١٦٠,٢٩١,٣٢٩,٠٣٩
٢٠٠٤	١٢,٢٧٤,٩٢٨,٠٠٠,٠٠٠	%٢.٤٩	٣٥٦٩٤٣	١٧٦,٢٨١,٦٦٤,٥٦٠
٢٠٠٥	١٣,٠٩٣,٧٢٦,٠٠٠,٠٠٠	%٢.٥١	٣٩٠٧٣٣	١٩٠,٧٣٧,٢٤٢,٧٠٧
٢٠٠٦	١٣,٨٥٥,٨٨٨,٠٠٠,٠٠٠	%٢.٥٥	٤٢٥٩٦٦	٢١٩,٠٢٦,٠١٥,٦٣٨
٢٠٠٧	١٤,٤٧٧,٦٣٥,٠٠٠,٠٠٠	%٢.٦٣	٤٥٦١٥٤	٢١٨,١١٥,٥٠١,٨٩٩
٢٠٠٨	١٤,٧١٨,٥٨٢,٠٠٠,٠٠٠	%٢.٧٧	٤٥٦٣٢١	٢٢٠,٨٨٤,٤٧١,٢٠٨
٢٠٠٩	١٤,٤١٨,٧٣٩,٠٠٠,٠٠٠	%٢.٨٢	٤٥٦١٠٦	١٣٢,٤٠٦,٦٧٤,٨٨٩
٢٠١٠	١٤,٩٦٤,٣٧٢,٠٠٠,٠٠٠	%٢.٧٤	٤٩٠٢٢٦	١٤٥,٤٩٧,٨٠٤,٥١٢
٢٠١١	١٥,٥١٧,٩٢٦,٠٠٠,٠٠٠	%٢.٧٧	٥٠٣٥٨٢	١٤٥,٢٧٣,٣٧٤,٤٢٨
٢٠١٢	١٦,١٦٣,١٥٨,٠٠٠,٠٠٠	%٢.٨٢	٥٤٢٨١٥	١٤٨,٧٧٢,٤٨٨,٤٠٤
٢٠١٣	١٦,٧٦٨,٠٥٣,٠٠٠,٠٠٠		٥٧١٦١٢	١٤٧,٨٣٣,١٦٨,٩٢٥

نستنتج من الجدولين السابقين الآتي:

أولا بالنسبة لمصر: نجد أن نسبة الإنفاق على أنشطة البحث العلمي والتطوير التكنولوجي من الناتج المحلي ضعيفة جدا فهي تتراوح ما بين ٠.١٩% عام ٢٠٠٠ و ٠.٥٤% في عام ٢٠١٢ وهذه النسبة ضعيفة جدا لا تف باحتياجات البحث العلمي والتطوير خاصة اللازمين لبناء قاعدة تكنولوجية تساعد في دفع عجلة التنمية

الاقتصادية نتج عن ذلك ضعف الناتج المحلي الإجمالي الذي يتراوح ما بين ٤٢٥.٢ مليار جنيهها مصريا عام ٢٠٠٥ و ٨٩٤ مليار جنيهها مصريا في عام ٢٠١١ و كذلك انخفاض معدل صادرات التكنولوجيا المتقدمة التي تتراوح ما بين ٥,٥٩٠,٩١٥ دولار أمريكي في عام ٢٠٠٠ و ١٢٨,٠٦٤,٠٢٠ دولار أمريكي عام ٢٠١١.

ثانيا: بالنسبة للولايات المتحدة الأمريكية: نجد أن نسبة الإنفاق على أنشطة البحث العلمي والتطوير لا تقل بأي حال من الأحوال عن ٢.٤٩٪ كنسبة من الناتج المحلي الإجمالي وذلك عام ٢٠٠٤ وترتفع هذا النسبة لتصل إلى أعلى معدل لها ٢.٨٢٪ في عام ٢٠١٢ وهذا يعكس بدوره على الناتج المحلي الإجمالي الذي بلغ ١٦,٧٦٨,٠٥٣,٠٠٠,٠٠٠ دولار أمريكي عام ٢٠١٣ نتيجة لمجموعة عوامل منها زيادة الإنفاق على أنشطة البحث العلمي والتطوير التكنولوجي وكذلك تزيد صادرات الولايات المتحدة الأمريكية من المنتجات عالية التكنولوجيا فهي تتراوح ما بين ٢٢٠,٨٨٤,٤٧١,٢٠٨ دولار أمريكي عام ٢٠٠٨ و ١٣٢,٤٠٦,٦٧٤,٨٨٩ دولار أمريكي عام ٢٠٠٩.

وبناء على ما تقدم نستنتج أن الحماية الفعالة لحقوق الملكية الفكرية تؤدي إلى زيادة الإنفاق على البحث العلمي والتطوير التكنولوجي وزيادة عدد طلبات الحصول على براءات الاختراع^(١٢٤٣) وبالتالي تقدم في شتى المجالات ودفع عجلة التنمية الاقتصادية وزيادة الناتج المحلي.

٢٠١٠	٢٠٠٩	٢٠٠٨	٢٠٠٧	٢٠٠٦	رسوم استخدام حقوق الملكية الفكرية (١٢٤٤)
------	------	------	------	------	--

(١٢٤٣) فقد احتلت الولايات المتحدة الأمريكية المركز الثاني بعد الصين في عدد طلبات الحصول على براءات الاختراع فقد وصلت إلى ٥٧١٦١٢ براءة وبلغت نسبة مشاركة غير المقيمين ٤٩.٦ % وذلك عام ٢٠١٣.

WIPO: World Intellectual Property Indicators, Economics and Statistics Series, ٢٠١٤, P٢٤.

بمعدل نمو ٦.٥%.

Ibid.P٢٨.

(١٢٤٤) عائدات حقوق الملكية ورسوم الترخيص هي المدفوعات والإيرادات التي تتم بين أطراف مقيمة وأطراف غير مقيمة لغرض الاستخدام المعتمد للأصول غير الملموسة وغير المنتجة وغير المالية ولحقوق الملكية (مثل براءات الاختراع، وحقوق الطبع والنشر، والعلامات التجارية، والعمليات الصناعية، والامتيازات)، وكذلك لغرض استخدام الأصول المنتجة للنماذج الأولية (من خلال عقد اتفاقيات التراخيص)، (مثل الأفلام والمخطوطات). والبيانات معبر عنها بالقيمة الحالية للدولار الأمريكي.

					(مدفوعا ت) (١٢٤٥)
٣٢,٥٥١,٠٠٠,٠ ٠٠	٣١,٢٩٧,٠٠٠, ٠٠٠	٢٩,٦٢٣,٠٠٠,٠ ٠٠	٢٦,٤٧٩,٠٠٠, ٠٠٠	٢٥,٠٣٨,٠٠٠, ٠٠٠	الولايات المتحدة الأمريكية
٢٢٦,٠٠٠,٠٠٠	٢٨٤,٥٠٠,٠٠٠ .	٣٢١,٦٠٠,٠٠٠	٢٤٠,٦٠٠,٠٠٠ .	١٥٩,٢٠٠,٠٠٠ .	مصر
١٠٧,٥٢٢,٠٠٠, ٠٠٠	٩٨,٤٠٦,٠٠٠, ٠٠٠	١٠٢,١٢٦,٠٠٠, ٠٠٠	٩٧,٨٠٢,٠٠٠, ٠٠٠	٨٣,٥٥٠,٠٠٠, ٠٠٠	رسوم حقوق الملكية الفكرية (متحصلا ت) (١٢٤٦) للولايات المتحدة الأمريكية
			١٢٢,٠٠٠,٠٠٠ .	١٣٨,٠٠٠,٠٠٠ .	رسوم حقوق الملكية الفكرية (متحصلا ت) لمصر (١٢٤٧)

٢٠١٤	٢٠١٣	٢٠١٢	٢٠١١	رسوم استخدام حقوق الملكية الفكرية (مدفوعات) (١٢٤٨)
------	------	------	------	---

(١٢٤٥) <http://data.albankaldawli.org/indicator/BM.GSR.ROYL.CD/countries>.

(١٢٤٦) <http://data.albankaldawli.org/indicator/BX.GSR.ROYL.CD/countries?page=١>.

٢٠١٥/٦/٢٩ الساعة ٥:٢٩.

(١٢٤٧) لم يشير المصدر لأي إحصائيات خاصة بمتحصلات مصر بعد عام ٢٠٠٧.

(١٢٤٨) <http://data.albankaldawli.org/indicator/BM.GSR.ROYL.CD/countries>.

٤٢,١٢٤,٠٠٠,٠٠٠	٣٨,٩٩٩,٠٠٠,٠٠٠	٣٨,٦٦٠,٠٠٠,٠٠٠	٣٦,٠٨٨,٠٠٠,٠٠٠	الولايات المتحدة الأمريكية
٢٤١,٥٠٠,٠٠٠,٠٠٠	٣٢٧,٥٠٠,٠٠٠,٠٠٠	٣٤٤,٧٠٠,٠٠٠,٠٠٠	٢٣١,٦٠٠,٠٠٠,٠٠٠	مصر
١٣٠,٣٦١,٠٠٠,٠٠٠	١٢٧,٩٢٧,٠٠٠,٠٠٠	١٢٤,٤٣٩,٠٠٠,٠٠٠	١٢٣,٣٣٤,٠٠٠,٠٠٠	رسوم حقوق الملكية الفكرية (متحصلات) (١٢٤٩) / للولايات المتحدة الأمريكية

تقوم حقوق الملكية الفكرية - ملكية صناعية أو ملكية أدبية- على أنشطة البحث العلمي والتطوير ويؤدي حماية حقوق الملكية الفكرية إلى زيادة الإنفاق على أنشطة البحث العلمي والتطوير وبالتالي زيادة عائدات حقوق الملكية الفكرية والمتحصلات منها وبالتطبيق على الاقتصاد في الولايات المتحدة الأمريكية حيث معايير الحماية العالية نجدها دفعت ٢٥,٠٣٨,٠٠٠,٠٠٠ دولار كمدفوعات استخدام حقوق الملكية الفكرية القادمة من الخارج وحصلت في المقابل على ٨٣,٥٥٠,٠٠٠,٠٠٠ دولار كمتحصلات وذلك عام ٢٠٠٦ فاهتمام الولايات المتحدة بالملكية الفكرية يحقق لها فائض في ميزان المدفوعات وذلك بعكس مصر الذي دفعت ١٥٩,٢٠٠,٠٠٠,٠٠٠ دولار عن ذات الععام وحصلت على ١٣٨,٠٠٠,٠٠٠,٠٠٠ دولار في المقابل فنجد أن حقوق الملكية الفكرية ساهمت في تحقيق عجز في ميزان المدفوعات المصري .

بناء على ما تقدم ، على الدول النامية أن تستوعب أن اتفاق التريبس أصبح واقع فيجب فهمه جيداً من أجل الاستفادة من الاستثناءات الممنوحة للدول النامية ولكي تستفيد من اتفاق التريبس واستثناءاته ويجب أن يكون لديها بنية علمية وتكنولوجيا وبحثية سواء في جانب الأشخاص أو الأجهزة والمعدات وعليها خلق المناخ المحفز على البحث والتطوير بتوفير الدعم المالي والمعنوي للبحث العلمي، فالتقدم العلمي هو سبيل الدول النامية للخروج من أزمتها وحل مشاكلها.

لقد أدركت الدول المتقدمة أن التفوق التكنولوجي هو الأساس لتفوق قدراتها التنافسية ونمو الناتج المحلي بها وتحقيق رفاهيتها الاقتصادية فهي تهتم به وزادت أهمية البحث العلمي مع تحرير التجارة واتساع السوق ورغبة هذه الدول في تسويق منتجاتها بأسواق الدول الأخرى لتعظيم أرباحها وفوائدها مما تملكه من أصول معرفية وتكنولوجية فلم تكف عن تشجيع البحث العلمي والتطوير التكنولوجي، لذا تعمل على تعزيز وتقوية معايير حماية حقوق الملكية الفكرية وعولمتها فلقد أصبحت عولمة حماية حقوق الملكية الفكرية واحترامها احد أهم أدوات السياسة التجارية للدول المتقدمة وعلى رأسها الولايات المتحدة الأمريكية.

الخاتمة

بعد أن وصلنا إلى نهاية هذا العمل، فإننا نجد ألزماً علينا الإشارة إلى ملخص الدراسة، ثم أهم النتائج التي توصل إليها الباحث، ثم نتبعها ببعض التوصيات إلى المشرع والفقهاء والقضاء وصناع السياسة والاقتصاد التي نرجو أن تصادف قبولاً .

ملخص الدراسة :

(١٢٤٩) <http://data.albankaldawli.org/indicator/BX.GSR.ROYL.CD/countries>.

٢٠١٥/٦/٢٩ الساعة ٢٩:٥٥ص.

يعتبر البحث العلمي والتطوير التكنولوجي احد أهم عوامل الإنتاج فهو يعمل على زيادة إنتاجية عوامل الإنتاج الأخرى وهو الأساس في خلق التكنولوجيا ولنمو وازدهار أنشطة البحث العلمي لابد من زيادة الإنفاق عليها وهذا لا يتأتى إلا من خلال تفعيل حماية حقوق الملكية الفكرية ويرجع ذلك إلى أن بتفعيل حماية حقوق الملكية الفكرية يضمن المخترع والمبتكر استرداد من أنفقه من وقت ومال وجهد في أعمال البحث العلمي والتطوير التكنولوجي.

أهم النتائج:

١. نظراً لافتقار الدول النامية الإنفاق على أنشطة البحث العلمي والتطوير؛ فإنها تعتمد بشكل كامل على الابتكارات التي تتم في الدول المتقدمة وكان هذا احد الأسباب التي دفعت الدول المتقدمة إلى تقوية حماية حقوق الملكية الفكرية خشية من النسخ والتقليد، ونتيجة لما سبق يمكن القول بان الدول الصناعية (المتقدمة) تُعد أكبر مستفيد من النظام الجديد لحماية حقوق الملكية الفكرية ويؤدي نظام الحماية هذا إلى زيادة تبعية الدول النامية إلى الدول المتقدمة، نتيجة لاحتكار الدول المتقدمة لركائز المعرفة العلمية والتكنولوجية وعدم قدرة الدول النامية على ملاحقة التطورات العلمية والتكنولوجية بسبب ارتفاع تكلفة أنشطة البحث العلمي والتطوير وعلى الدول النامية إعادة النظر في إستراتيجية التنمية الاقتصادية التي تتبناها فقد ساعد الغرب في تأصيل فكرة أن مشكلة التنمية في الدول النامية ترجع إلى نقص رأس المال والزيادة السكانية وندرة الموارد الطبيعية ولكن في الحقيقة قد ساهمة المعرفة العلمية والتكنولوجية في تحقيق التنمية في الدول المتقدمة على الرغم من قلة مواردها والدليل على ذلك تجربة الصين فقد اهتمت الحكومة الصينية بضرورة تخصيص جزء من الناتج القومي للإنفاق على أنشطة البحث والتطوير لما له من تأثير ايجابي على النشاط الاقتصادي ومؤشراً جيداً وواضحاً للنمو الاقتصادي لأنه يؤدي إلى حصول الصين على مستوى أعلى من السلع التي تحقق الأرباح بالإضافة إلى التقنيات التي تؤدي إلى إنتاج أعلى وكلما زاد الإنتاج وزادت المبيعات زاد نصيب الفرد من الدخل القومي.

٢. أن حماية حقوق الملكية الفكرية تعتبر من أهم العوامل التي تحفز أنشطة البحث العلمي والتطوير التكنولوجي وذلك لان كل مخترع سيحصل على مقابل لما أنفقه من جهد ومال ووقت ليصل إلى اختراعه كما أن اعتبارات العدالة تقضي أن يأخذ كل ذي حق حقه؛ فهذا يتمشى مع الفطرة التي فطر الله الناس عليها فقد جبل الإنسان على حب المال بمعنى حصول أصحاب حقوق الملكية الفكرية على مقابل عادل لاستغلال ابتكارهم الأمر الذي يشجعهم على الاستمرار في البحث والتطوير وبالتالي يكون لانتهاك حقوق الملكية الفكرية اثر سلبي على ازدهار أنشطة البحث العلمي والتطوير فلا يعقل أن تقوم احدي الشركات بإنتاج برنامج كمبيوتر يتكلف مليارات الدولارات ثم يتم نسخه مما يكبد هذه الشركة خسائر مالية فادحة ويدفعها إلى عدم نقل ابتكاراتها إلى الدول ذات الحماية الضعيفة، ولكن يؤخذ على هذا الاتفاق أن حماية حقوق الملكية الفكرية باتفاق الترييس أدت إلى غلق مجال التقليد والمحاكاة والهندسة العكسية الذي اعتمدت عليه الكثير من الدول الصناعية الآن مثل اليابان ودول جنوب شرق آسيا حتى تمكنوا من تكوين قاعدة علمية وتكنولوجية كذلك هذا الاتفاق، يسوي بين الدول الصناعية المتقدمة ذات الإمكانيات العلمية والبحثية الهائلة وبين الدول النامية ذات الإمكانيات المتواضعة في معظمها ويحصر الفارق بينهما في السنوات الانتقالية

٣. يعاني البحث العلمي من إنفاق هزيل وثروة بشرية مهدرة! في الدول النامية رغم أن تقدم المجتمع ورفاهيته تبدأ بالبحث العلمي والتطوير فهو أساس خلق التكنولوجيا وليدة المجتمع، كذلك يوجد علاقة طردية بين زيادة نصيب الفرد من الدخل القومي وما تنفقه الدولة على أنشطة البحث العلمي والتطوير التكنولوجي حيث يؤدي البحث العلمي إلى زيادة الإنتاج وزيادة الإنتاجية والقدرة على المنافسة وبالتالي زيادة دخل الفرد؛ ولكي ينجح البحث العلمي في مصر يجب أن تتوافر له عناصر رئيسية ثلاثة وهي الكوادر البشرية المتخصصة، والعامل الثاني هو الدعم المالي وهو بطبيعة الحال غير كاف لتوفير أدنى مستوي للبنية التحتية للبحث العلمي، والعنصر الثالث وهو الخاص بأسلوب إدارة البحث العلمي المصري فهي إدارة

إما غير مؤهلة أصلاً لهذا العمل الذي يحتاج لأعلى الكفاءات، وإما مؤهلة وتمتلك قدرات هائلة للقيام بمهامها إلا أنها مكبلة بالروتين وتصطم دائماً بمعوقات لا حدود لها تحول دون تحقيق الأهداف المنشودة من البحث العلمي خاصة في دفع عجلة النمو الاقتصادي بزيادة الإنتاج الزراعي والصناعي والرقمي البيئي وغير ذلك، وليس لدينا منظومة بحث علمي تضعنا في مرتبة المنافسة والرقمي بالخطط التنموية للدولة، ولإيضاح الصورة مثلاً حوالي ٨٠% من ميزانية البحث العلمي في مصر يصرف على مرتبات العاملين والباقي ١٥% تصرف على الإنشاءات والباقي لا يتعدى ٥% في أحسن الأحوال يذهب للبحث العلمي، ولو فرضنا توفير ميزانية له كما هو الحال في صندوق العلوم والتنمية التكنولوجية بأكاديمية البحث العلمي والذي لديه ١٥٠ مليون جنيه أو يزيد، ولكن المشكلة أنه لا يوجد مشروعات علمية جادة يتم التقدم بها للحصول على دعم الصندوق، وحتى المشروعات التي تم تمويلها من قبل هذا الصندوق عادة ما تنتهي إلى تقارير ورقية توضع في المكتبات ولا يستفيد منها أحد، ولا تتم منها أبحاث علمية ذات قيمة، وبالنسبة للأبحاث التي تجري في الجامعات ومراكز البحوث فالهدف منها ترقية أعضاء هيئة التدريس وهيئة البحوث وليس خدمة مشروعات التنمية هذا كله بالإضافة إلى ضعف ميزانية البحث العلمي التي لا تزيد عن ١% في أحسن الأحوال من الناتج القومي نظراً لضعف حماية حقوق الملكية الفكرية أو عدم الاهتمام بتفعيل الحماية ينخفض الإنفاق على البحث العلمي والتطوير التكنولوجي ونقل عدد براءات الاختراع بها وعلى النقيض من ذلك ندا انه نظراً لارتفاع معايير حماية حقوق الملكية الفكرية في الدول المتقدمة تؤدي إلى زيادة الإنفاق على البحث العلمي والتطوير ذلك لان الحماية تضمن استرداد أصحاب حقوق الملكية الفكرية لما أنفقه من جهد ومال ووقت وبالتالي تزيد عدد براءات الاختراع التي تمنحها هذه الدول وتزيد صادراتها من المنتجات عالية التكنولوجيا ويزيد نتاجها القومي

الاقتراحات أو التوصيات :

١. كان أولى باتفاقية التريبس لتعمل على تحفيز أنشطة البحث العلمي والتطوير في الدول النامية والأقل نمواً أن لا يقتصر التمييز بين الدول النامية والدول الأقل نمواً وبين الدول المتقدمة ليس فقط في الفترة الانتقالية ولكن بتقديم مساعدات مالية وفنية تساعد في بناء قاعدة علمية وتكنولوجيا وطنية أو تشجع الشركات دولية النشاط بالقيام بأنشطة البحث العلمي داخل أراضي الدول النامية والأقل نمواً ولكن للأسف الشديد اقتصر دور اتفاق التريبس على التمييز بين نوعي الدول على التفرقة في مدد الفترة الانتقالية وتقديم المساعدات الفنية التي تقتصر على صياغة القوانين التي تركز الحماية واحتكار التكنولوجيا وتقديم دورات تدريبية تهدف إلى توعية الشعوب المتخلفة بأهمية الحماية فركزت الدول المتقدمة على تدريب السلطات الجمركية لضبط السلع المقلدة وتدريب القضاة والأجهزة المعنية بكيفية تفعيل حماية حقوق الملكية الفكرية ولم تلتنف الدول المتقدمة إلى عقد الدورات التدريبية التي تعمل على نقل التكنولوجيا أو رفع كفاءة العمالة بالدول النامية فنرى لتحفيز الدول النامية على توفير حماية فعالة لحقوق الملكية الفكرية على الدول المتقدمة تم لهم يد العون في بناء صناعاتهم المحلية وذلك بتصدير الآلات بأسعار منخفضة مع تدريب أبناء الدول النامية على كيفية استخدامها.

٢. أن عولمة حماية حقوق الملكية الفكرية في إطار اتفاق التريبس وتحت إشراف منظمة التجارة العالمية تعمل بالفعل على تشجيع البحث العلمي والتطوير والابتكار ولكن في الدول التي تملك مقومات ذلك وتستطيع الاستفادة من الاتفاق محلياً ودولياً وهذا متوفر في الدول الصناعية المتقدمة بل وتستطيع هذه الدول أن تعظم استفادتها بفتح الأسواق أمام منتجات البحث العلمي والتطوير والسلع والخدمات المبنية عليها فتحريز التجارة وتقييد واحتكار التكنولوجيا يتكاملاً في إطار مبدأ النفاذ إلى الأسواق الذي يقوم عليه النظام التجاري العالمي الجديد ولكن ليس معنى هذا أن الدول النامية سوف تدور في فلك الدول المتقدمة وبهذا الاتفاق لا تستطيع أن تبني قاعدة تكنولوجيا لديها ولكن كل ما عليها زيادة الإنفاق على البحث العلمي وتفعيل الحماية لتبني قاعدة تكنولوجيا لديها ولتشجع الدول المتقدمة والمستثمرين لاستثمار في مجالات البحث العلمي في الدول النامية

فقد استطاعت بعض الدول النامية مثل كوريا و تايبان والهند في ظل حماية حقوق الملكية الفكرية إجراء بحث علمي وبناء قاعدة تكنولوجيا في كثير من المجالات.

٣. حتى نتكلم عن عائد ناتج عن تسويق البحوث العلمية فلعينا بزيادة الإنفاق على البحث العلمي فإذا كان الإنفاق على البحث العلمي أقل من ١% من الناتج القومي لن يكون هناك عائد من البحث العلمي، ونحن نستبشر خيرا بالخطوة التي اشتمل عليها الدستور ٢٠١٤ برفع قيمة الإنفاق على البحث العلمي إلى ١% من الدخل القومي المصري ونأمل أن نراها على أرض الواقع بل وتزيد للنسب العالمية المعروفة وإذا كان الإنفاق يتراوح بين ١%-٣% فإنه من الممكن أن يكون هناك عائد من البحث العلمي يغطي تكلفة الإنفاق عليه دون تحمل الدولة أي دعم، أما إذا كان ما يصرف على البحث العلمي أكثر من ٣% من الناتج القومي يكون ذا جدوى ويكون هناك عائد منه، وهنا يمكننا الحديث عن تسويق البحوث العلمية، لكن مصر تنفق أقل من نصف في المائة من الناتج القومي وتضع هذه النسبة أساسا في الإنفاق على مرتبات العاملين فكيف يمكننا التحدث عن بحث علمي وتسويق وعائد، وما يحدث في مصر إهدار للوقت والمال والثروة البشرية ويعاني من التكرار والازدواجية وغياب الثقافة العلمية لدي القائمين عليه، فلا بد من تعديل ميزانية البحث العلمي بحيث لا تتعدى نسبة الصرف على الرواتب والإشاءات ٤٠% منها، والباقي يصرف على البحث العلمي الحقيقي، ويجب أن يواكبه تغييرات في نظام ترقية أعضاء هيئة التدريس وهيئة البحوث بحيث تكون العبرة ليست بكم الأبحاث المقدمة بل بتطبيقها فعلا في الواقع العملي وحلها لمشاكل المجتمع والاعتداد بقيام أكثر من باحث في بحث واحد وكذلك إزالة الفجوة بين البحث العلمي وتطبيقه، وهنا تبرز أهمية مساهمة الشركات الصناعية والمؤسسات والهيئات في المساهمة في مبادرات البحث العلمي؛ كذلك يجب أن تبادر الحكومة المصرية بوضع خطة متكاملة تنسق فيها مع قطاع الصناعة والبتروك والنقل والبيئة والزراعة وغيرها للوصول لاحتياجاتها من البحث العلمي وربط الجامعات بها للاستفادة من الباحثين الموجودين بالجامعة أي توظيف البحث العلمي وفقا للاحتياجات القومية لمصر، كذلك لتطوير البحث العلمي في مصر لا بد وأن يبدأ بتطوير شامل لمنظومة التعليم ذاتها بداية من التعليم قبل الجامعي ومرورا بالجامعي ونهاية بما بعد التعليم الجامعي، وذلك من أجل بناء قدرات طلابية قادرة على الاستكشاف والمعرفة، كما يتطلب التطوير ضرورة وجود خطة وطنية للبحث العلمي المصري تتابع عن قرب المشاكل القومية التي تواجهها البلاد وتحتاج للبحث العلمي في حلها، ومن المقترض أن يكون هناك تطوير جاد للمعامل البحثية في جميع المؤسسات البحثية بحيث تواكب التطور العالمي وتجلب كل جديد من التكنولوجيات والتقنيات البحثية، ومن المهم أن يكون هناك دعم لأواصر التعاون بين المؤسسات الصناعية المصرية ومؤسسات المجتمع المدني والمؤسسات البحثية المصرية، كذلك أهمية وجود خطط لإيفاد بعثات موجهة للدول المتقدمة علميا في شتي مجالات البحث العلمي، ومن أهم النقاط التي يجب أن تؤخذ في الحسبان الحد من هجرة العقول المتميزة في البحث العلمي للخارج

قائمة المراجع

أولاً: المراجع العربية:

احمد جامع:

اتفاقات التجارة العالمية (وشهرتها الجات)، ج-٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.

السيد احمد عبد الخالق:

الاقتصاد السياسي لحماية قانون الملكية الفكرية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٦.

السيد مصطفى أحمد أبو الخير:

عقود نقل التكنولوجيا، إيتراك للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٧.

إيمان إسماعيل أنور دسوقي بيبصار:

السياسة المالية واستهداف الاستقرار الاقتصادي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة حلوان، القاهرة، ٢٠١٤.

حازم السيد حلمي عطوة مجاهد:

حماية حقوق الملكية الفكرية في ظل اتفاق "التربس" والتنمية الاقتصادية في البلدان النامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ٢٠٠٤.

شعبان عبده أبو العز المحلاوي:

اقتصاديات حقوق التأليف والنشر في إطار حقوق الملكية الفكرية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ٢٠١٠-٢٠١١.

صفوت عبد السلام عوض الله:

- علم المالية العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.
- المنظمات الاقتصادية الدولية ودورها في تحرير التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١.

صلاح محمد زين الدين:

دراسات في تاريخ الفكر الاقتصادي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١.

عادل عبد العزيز السني:

سياسة التجارة الخارجية في إطار منظمة التجارة العالمية وأثارها على الاقتصاد المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.

عبد الرحيم عنتر عبد الرحمن:

حقوق الملكية الفكرية وأثرها الاقتصادية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٩.

عبد الهادي علي النجار:

الشركات الدولية النشاط في العلاقات الاقتصادية الدولية مع إشارة إلى الاقتصاد المصري، مجلة مصر المعاصرة، العدد ٣٨٢، القاهرة، ١٩٨٠.

محمد حسن عبد المجيد الحداد:

الآليات الدولية لحماية حقوق الملكية الصناعية وأثرها الاقتصادي- دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية- دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠١١.

محمد عبد السلام عمر:

النظم الاقتصادية - نظام اقتصادي أم آلية لتحقيق التنمية والتقدم- الطبعة الثالثة، بدون دار نشر، القاهرة، ٢٠١٣.

محمود احمد محمود الزهيري:

البحث العلمي والتنمية الاقتصادية في البلدان النامية مع إشارة خاصة لجمهورية مصر العربية، تقديم عابد فايد عبد الفتاح فايد، بدون دار نشر، ٢٠٠٦.

ثانيا : المراجع والدوريات الأجنبية:

Intellectual Property:

Balancing Incentives with Competitive Access, GLOBAL ECONOMIC PROSPECTS, ٢٠ June ٢٠٠١.

Irfan ul Haque:

Trade, Technology, and International Competitiveness, the World Bank, Washington , Second printing, ١٩٩٧.

Metawea Qaisar , Leaffo and Marshall(Super):

Intellectual Property Rights and Developing Countries, PhD, School of Law, Indiana University, Indiana, ٢٠٠٤ .

Nagla rizk:

Information technology and Growth, prospects for Egypt's Software industry .

مجلة مصر المعاصرة، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والتشريع، القاهرة ، العدد ٤٦٥-٤٦٦، السنة الثالثة والتسعون ، يناير - ابريل ٢٠٠٢ .

Partha Dasgupta :

Patents, Priority and Imitation or, the Economics of Races and Waiting Games, The Economic Journal, Vol. ٩٨, No. ٣٨٩, Britain, (Mar., ١٩٨٨)

Report : Prepared by the Economics and Statistics Administration and the United States Patent and Trademark Office: Intellectual Property and the U.S. Economy: Industries in Focus , U.S. Department of Commerce, March ٢٠١٢.

WIPO: World Intellectual Property Indicators, Economics and Statistics Series, ٢٠١٤

الطبيعة القانونية للمال العام

”دراسة مقارنة“

اعداد

صالح عبد ناصر التميمي

المقدمة

تتفرد الأموال العامة بنظام قانوني خاص نظراً لتخصيصها للنفع العام، وإذا كان هذا المال يشرف عليه الشخص الإداري الذي يتبعه، فإن هذا يثير التساؤل عن طبيعة حق الدولة وغيرها من الأشخاص الإدارية العامة على تلك الأموال.

ولما كانت أعيان الأموال العامة تعد ملكاً لجميع أفراد المجتمع، فإن لكل فرد منهم حق استعمال تلك الأموال التي تتنوع بتنوع التخصيص، وقد يستعملونه أحياناً استعمالاً يقترب من استعمالهم للأموال العامة، وفي جميع الحالات يجب أن يكون هذا الاستعمال في حدود الغرض الذي من أجله خصص المال، ومن ثم يثبت للدولة حق الرقابة المالية على تلك الأموال بغرض حمايتها والمحافظة على استمرار تخصيصها للنفع العام. تعتمد الدراسة في هذا البحث على استخدام العديد من المناهج العلمية التي تقتضيها طبيعة الموضوع ويأتي بدايةً المنهج التحليلي الذي يتم استخدامه لتحليل النصوص والوثائق الدستورية والقانونية المتصلة بموضوعها، يتبعه المنهج التاريخي إذ أن الماضي يساعد على فهم الحاضر والتنبؤ بالمستقبل الفهم الكامل لأي نظام قانوني وما يؤديه من وظائف في الوقت الحاضر لا يتحقق إلا بعد معرفة نشأته وتطوره.

ومن الأهمية بمكان الاستعانة بمنهج البحث المقارن بهدف التعرف على مراحل تطور النظام القانوني لحماية المال العام من الدول محل المقارنة، والاسترشاد بما توصلت إليه من مبادئ حيث شهد العالم الحديث جملة من التطورات السياسية والاقتصادية التي كان لها بالغ الأثر في نشوء عدد كبير من الدول. ووجد بين تلك الدول أسس مشتركة في الحكم والإدارة، وأصبحت سياستها تقوم على أساس من الاعتراف للحكومات بالتدخل في كافة المجالات، تحت ستار التخطيط الاقتصادي فهذا المنهج يوضح تجارب الدول الأخرى وتشريعاتها المختلفة والوقوف على ما واجهت من مشاكل وما انتهت إليه من حلول، والاستفادة من ذلك في تطوير الأساليب والتشريعات المعمول بها في اليمن.

ومن الطبيعي أن يأخذ الوضع في اليمن ومصر على مدار البحث عناية خاصة بالمقارنة مع فرنسا كون نظرية المال العام نظرية فرنسية المولد والنشأة.

وفي نهاية البحث خاتمة عامة للبحث، تضم أهم النتائج التي توصل إليها الباحث، وكذلك التوصيات التي يقترحها في هذا الخصوص.

بناءً على ذلك يمكن تقسيم هذا البحث إلى مطلبين:

المطلب الأول : حق الدولة على المال العام.

المطلب الثاني : حق الأفراد على المال العام.

المطلب الأول

حق الدولة على المال العام

لقد كان الفكر السائد في فرنسا خلال القرن التاسع عشر أن حق الدولة على المال العام ليس حق ملكية وهو ما ذهب إليه أغلب الفقهاء وشابِعهم في ذلك أغلب القضاء، ويرتبط هذا الاتجاه بالرأي القائل بأن الأموال العامة ليست قابلة للتملك بطبيعتها، ولذلك فإن دور الدولة على الأموال العامة يقتصر على مجرد الإشراف عليها ورقابتها، فهي أموال مخصصة لأغراض النفع العام، وتمارس الدولة اختصاصاتها عليها لإدارتها وضمان توجيهها لخدمة تلك الأغراض^(١٢٥٠).

وبمرور الوقت تغير هذا الرأي، وأصبح الرأي الراجح والمستقر في وقتنا الحالي هو أن حق الدولة وغيرها من أشخاص القانون العام على الأموال العامة هو حق ملكية، وإن بقي الخلاف قائم في شأن طبيعة تلك الملكية.

من خلال ذلك سيتم تناول ذلك من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: الطبيعة القانونية لحق الأشخاص الإدارية على الأموال العامة.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لأموال المشروعات العامة والأشخاص العامة المهنية.

الفرع الأول

الطبيعة القانونية لحق الأشخاص الإدارية على الأموال العامة

ليس لحق الدولة والأشخاص الإدارية الأخرى على أموالها الخاصة طبيعة متميزة عن حق الملكية الذي يتمتع به الأفراد على أموالهم^(١٢٥١)، فهو حق ملكية من غير منازعة^(١٢٥٢)، بما يتضمن من سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف، وبحيث تخضع للأحكام القانونية التي تخضع لها الملكية المدنية، مع وجود بعض القيود التي اقتضتها طبيعة الدولة^(١٢٥٣).

أما بخصوص حق الدولة والأشخاص الإدارية الأخرى على الأموال العامة فلا نكاد نصادف نظريات قانونية اختلفت فيما بينها وتعارضت بشأن مسألة قانونية كذلك المسألة^(١٢٥٤)، فنجد أن الفقهاء ذهبوا في هذا الشأن إلى اتجاهين رئيسيين: أحدهما هو الاتجاه القديم ينفي وجود حق ملكية للأشخاص الإدارية على المال العام؛ والآخر وهو الاتجاه الحديث اتجه صوب تقدير هذا الحق للأشخاص الإدارية (تقرير مملوكية المال العام) وسيتم تناول ذلك على النحو التالي:-

أولاً: الاتجاه المنكر لملكية الدولة للأموال العامة:

ذهب غالبية فقهاء القانون الفرنسي إلى إنكار الملكية العامة، حيث ساد هذا الاتجاه في القرن التاسع عشر الميلادي، وكان من أوائل هؤلاء الفقيه "برودن" حيث يعتبر أول من سار في هذا الاتجاه وبالرغم من

١٢٥٠) محمد كامل مرسي بك : الأموال الخاصة والعامة في القانون المصري، دراسة تفصيلية لأحكام المحاكم

الأهلية والمختلطة، مجلة القانون والاقتصاد، العدد السابع، السنة التاسعة، ديسمبر ١٩٣٩م، ص ٩. د. خالد سماره الزعبي : القانون الإداري وتطبيقاته في المملكة الأردنية، ص ٢٨٠.

١٢٥١) د. ماجد راغب الحلو : القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٦م، ص ٢٠٦.

١٢٥٢) د. طعيمة الجرف : القانون الإداري، دار النهضة العربية، ١٩٧٨م، ص ٣٠٤.

١٢٥٣) د. نوفل علي عبد الله الصفو : تكييف حق الدولة على الأموال العامة، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، السنة الثانية عشر، العدد الأول، يناير ٢٠٠٤م، ص ٢٨٣. د. ماجد راغب الحلو : القانون الإداري، مرجع سابق، ص ١٦٧.

١٢٥٤) د. إبراهيم شيحا : أصول القانون الإداري - دراسة مقارنة -، ٢٠٠٢م، ص ١٧٣.

اتفاقهم في ذلك إلا أنهم اختلفوا في تكييف سلطة الشخص الإداري الفعلية على تلك الأموال، ثم تبعة بعد ذلك كثير من الفقهاء القدامى، للقانون الخاص والعام على حد سواء، وكذا القضاء الفرنسي حيث قضت محكمة (Caen) بأن الدولة لا يكون لها على الأموال العامة حق ملكية، وإنما مجرد حق في حمايتها والرقابة عليها. وسائرهم في هذا الوقت الفقه والقضاء المصري حيث نجد أن غالبية الفقه ومعظم أحكام القضاء المختلط والأهلي تتجه إلى نفي مملوكية الأموال العامة باعتبار أن حق الدولة عليها لا يعدو أن يكون مجرد حق في الإشراف والرقابة^(١٢٥٥)، وأنه من شأن هذه الولاية الحد من تدخل الدولة في شئون الأموال العامة، وقصر نشاطها في ذلك على القدر الضروري لتمكين الجمهور من الانتفاع بها الانتفاع العام المهيأ له المال، بمعنى أن يقتصر دور الدولة على مباشرة سلطاتها الضابطة لصون الصالح العام وحمايته.

وذهب بعض الفقهاء الفرنسيين من أنصار هذا الاتجاه مثل (دوجي) و(جيز) إلى تأسيس عدم ملكية الشخص الإداري للأموال العامة على إنكار الشخصية الاعتبارية الإدارية، حيث يرى كل منهما أن الأشخاص الإدارية ومنها الدولة لا تصلح لأن تكون صاحبة لحقوق أو محلا للالتزامات، ومن ثم فلا يمكن القول بأن لها على أموال الدومين العام حق ملكية^(١٢٥٦)، بل يضيف (جيز) وهو بصدد تبرير عدم مملوكية الأموال العامة أن وجهة النفع العام المخصصة لها هذه الأموال تجافي القول بالملكية، لأن الملكية تقتض أن يكون الانتفاع بالشيء مقصوراً على صاحبة لا قسمة للكافة^(١٢٥٧).

ثانياً: تقرير ملكية الأشخاص الإدارية للأموال العامة:

عارض فقهاء القانون العام المعاصرون في فرنسا بفكرة السابقين لهم بأن حق الدولة وغيرها من الأشخاص العامة على الأموال العامة هو مجرد حق إشراف ورقابة، بل تصدوا لذلك بأحقية الدولة على الأموال العامة بوصف الملكية استناداً إلى توافر عناصر الملكية الثلاثة للحق المذكور، وهي الاستعمال والاستغلال والتصرف^(١٢٥٨)، فمن حيث الاستعمال توجد العديد من الأموال التي تستعملها الدولة ويمنع الجمهور من استعمالها كالقلاع والحصون والمواقع العسكرية، وحتى إذا أبيع للجمهور استعمال بعض الأموال تعتبر

^(١٢٥٥) قضت محكمة أسبوط الجزائرية الأهلية في حكمها الصادر بتاريخ ٨ يونيو ١٩٣٠م بأن " الأموال العامة غير مملوكة لأحد حتى ولا للحكومة، إلا أن الأخيرة وحدها بمقتضى مالها من حق الرقابة والسيطرة عليها وملاحظة إذا كانت قد استعملت فيما خصصت من أجله....."، مجلة المحاماة س ١١ رقم ٣٨٩، ص ٧٥٤. كذلك حكم آخر صادر عن محكمة المنصورة: " أن طبيعة حق ملكية الحكومة للمنافع العامة تخالف طبيعة ملكية الأفراد، إذ أن حق الملكية الذي يتكون من ثلاثة عناصر هي حق الاستعمال وحق الاستغلال وحق التصرف، لا تتوافر عناصره هذه في حق ملكية الحكومة للمنافع العامة....".

قرار محكمة المنصورة: بتاريخ ١٣/١٢/١٩٧٣م، مجلة المحاماة السنة ٢٠ العدد الأول، سبتمبر ١٩٣٩م، دار الطباعة المصرية، ص ١٠٦.

هذا وقد سبقها في ذلك محكمة الاستئناف المختلطة التي قضت بأن " أموال الدولة العامة لا يجوز وضعها تحت الحراسة لأنها لا تتصل بحق الملكية كأموال الدولة الخاصة بل بسيادة الدولة ". استئناف مختلط ١٥ فبراير ١٨٧٧م، المجموعة الرسمية المختصة، س ٢، ص ١٢٥. نقلاً عن د. إبراهيم عبد العزيز شياح : مرجع سابق، ص ٣٧٨.

^(١٢٥٦) د. طعيمة الجرف : مرجع سابق، ص ٣٠٦.

^(١٢٥٧) د. محمد زهير جرانه : حق الدولة والأفراد على الاموال العامة، ١٩٤٣م، ص ٧٤.

^(١٢٥٨) د. محمد عبد المجيد أبو زيد : المطول في القانون الإداري (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، سنة ١٩٦٦/١٩٩٧م، ص ٥٢٤.

د. محمد زهير جرانه (حيث تصدى لحق الدولة والأفراد على المال العام من جميع جوانبه سواء في فرنسا أو مصر، وانتهاء إلى أن حق الدولة أو الأشخاص الإدارية الأخرى على الأموال العامة هو حق ملكية حقيقية لا مجرد إشراف وحفظ وصيانة. فكان أشبه بالفقيه "هوريو" الذي حمل لواء الرأي المعارض واثبت للدولة حق الملكية في الأموال العامة).

- د. سامي جمال الدين : أصول القانون الإداري، ج ٢، دار المطبوعات الجامعية، سنة ١٩٩٦م، ص ٦٢٢.

الدولة هي التي تستعمل المال العام. أما الاستغلال فحق الدولة فيه ثابت حيث تقوم الدولة باستغلال العديد من الأموال والحصول على جني ثمار أموالها العامة (رسوم استعمال المال العام من قبل الأفراد)، وأما عدم التصرف في المال العام فهو قيد يرد عليه حق ملكية الدولة للأموال العامة يقتضيه تخصيصها للمنفعة العامة أسوة بالقيود التي ترد على ملكية الأفراد الخاصة مثل تقييد أموال الهبات والوصايا^(١٢٥٩). كما أن للدولة أو الأشخاص الإدارية حق التصرف في الأموال العامة بعد نقلها إلى الملكية الخاصة للدولة وذلك بإنهاء تخصيصها للمنفعة العامة.

وقد ميز الفقهاء تسمية هذا الحق بالملكية الإدارية تمييزاً لها عن الملكية المدنية، فكما أن هناك ملكية مدنية وحقوقاً عينية مدنية مثل (حق الانتفاع-وحق الارتفاق) تخضع لأحكام القانون المدني، هناك أيضاً ملكية إدارية ينطويها نطاق أعم وهو نطاق الحقوق العينية الإدارية، فتتميز الملكية الإدارية إذن بطابع يميزها عن الملكية المدنية، هذا الطابع يتمثل في مقتضيات القانون العام، والخصائص المميزة للعلاقات التي ينظمها بتوافرها على عنصر السلطة العامة لمواجهة ضرورات المصلحة العامة^(١٢٦٠)، وقد أخذ الفقه الإداري الحديث في مصر، كما أخذت به المحاكم بوجهة النظر هذه على أساس أن حق الأشخاص الإدارية على الأموال العامة حق ملكية إدارية لها خصائصها ومميزاته بالرجوع إلى إحكام القانون الإداري، فهو حق ملكية يدور في فلك القانون العام^(١٢٦١).

وذلك لما تتمتع به الأشخاص الإدارية من خصائص السلطة العامة لمواجهة ضرورات المصالح العامة، وبسبب ما تتمتع به الأموال نفسها بحكم تخصيصها للنفع العام من خصائص^(١٢٦٢).

أما بالنسبة لموقف التشريعات اليمنية يعتبر توجه المشرع اليمني توجه صائباً يتماشى والنظرية الحديثة القائلة بملكية الأموال العامة، ويحسم الخلاف الحاصل في الفقه أو الاختلافات التي قد تظهر في أحكام القضاء حول هذه المسألة والنتائج التي تترتب عليها. وذلك بما قد نصت به المادة (١١٨) من القانون المدني الحالي ومن القوانين الصادرة حديثاً وأكد فيها المشرع اليمني حق ملكية الدولة والأشخاص الاعتبارية العامة للمال العام القانون رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٦م بشأن الإقرار بالذمة المالية^(١٢٦٣).

الباحث: نخلص مما تقدم أن المشرع الفرنسي والمشرع المصري لم يأخذا بأحد الآراء سواء النافية أو المؤيدة لحق الملكية في المال العام، ولكن وقع عبء ذلك على الفقه والقضاء في فرنسا ومصر، إذ أصبح

^(١٢٥٩) د. مصطفى أبو زيد فهمي: الوسيط في القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٥م، ص ٦٠٥.

^(١٢٦٠) د. توفيق شحاتة: القانون الإداري - الجزء الأول - دار النشر للجامعات المصرية ١٩٥٥م، ص ٧٩٣.

^(١٢٦١) انظر: مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة السابعة، ص ٥٣٥.

- محكمة النقض طعن رقم ٢٠٢، جلسة ٢٠١٤/٣/١٩٧٣م، السنة ٣٧ ق...، محكمة النقض، طعن رقم ٢٠٣٢، جلسة ١٩٨٥/١٢/٢٦م، السنة ٥٢ ق....

- استخدم المشرع الكويتي ما يؤكد على طبيعة الملكية بالنسبة للدولة على أموالها المادة (٢٣) من القانون المدني الكويتي تنص على أن: " كل شيء تملكه الدولة ".

^(١٢٦٢) د. طعيمة الجرف: مرجع سابق، ص ٣٠٦.

^(١٢٦٣) المادة (٢) من قانون الإقرار بشأن الذمة المالية تنص: " أن المال العام هو كل ما تملكه الدولة أو أي شخص اعتباري ويكون مخصصاً للمنفعة العامة.....".

- راجع المادة رقم (٨) من الدستور اليمني والتي تنص: " الثروات الطبيعية بجميع أنواعها ومصادر الطاقة الموجودة في باطن الأرض أو فوقها أو في المياه الإقليمية أو الامتداد القاري والمنطقة الاقتصادية الخاصة ملك للدولة وهي التي تكفل استغلالها للمصلحة العامة".

- انظر المحكمة العليا، طعن بالنقض رقم ٢١٠٥١ لسنة ١٤٢٦هـ (مدني)، جلسة بتاريخ غرة ربيع الأول سنة ١٤٢٦هـ الموافق ١٠/١٠/٢٠٠٥م، القواعد القانونية والقضائية المدنية المستخلصة من الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا، المكتب الفني، ص ١٧٥.

الاتجاه السائد هو حق ملكية الدولة للأموال العامة، ولكن هناك تشريعات متفرقة صدرت في فرنسا تؤكد ذلك بمناسبة تخصيص هذه الأموال للمنفعة العامة، أما في مصر فإن الفقه والقضاء يذهب إلى أن المشرع بعد صدور التقنين المدني الحالي قد رجح هذا الاتجاه وإن لم يكن - صراحة - لكن جميع الحجج تؤيد اعتراف المشرع الضمني بملكية الدولة وغيرها من الأشخاص المعنوية العامة للمال العام، ولكن المشرع اليميني اعترف - بصراحة - بحق ملكية الدولة والأشخاص العامة على الأموال العامة، ويكون قد أخذ بالاتجاه السائد في الفقه الإداري الحديث، ويكون المشرع اليميني قد توفق باستقراره على هذا الاتجاه (بتقرير حق الملكية) بما يفيد استقرار الأوضاع القانونية ويتحاشى التضارب والاختلافات التي قد تظهر في أحكام القضاء. وتجاه كل ما سبق يمكن أن نصل إلى أن حق الدولة على أموالها العامة هو حق ملكية، ولكنها ذات طبيعة خاصة مرتبطة بما لهذه الأموال من مكانة تتعلق بمصالح العامة ومنافعهم.

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية لأموال المشروعات العامة والأشخاص العامة المهنية

تتجسد المرافق الإدارية في الأشخاص العامة المرفقية والإقليمية ذات الطابع الإداري، وهذه المرافق تعد مرافق عامة، فهي تدار بوسائل القانون العام، وتطبق قواعده وتخضع لأحكامه في جميع تصرفاتها، ولا تلجأ إلى وسائل القانون الخاص إلا استثناءً وفي أضيق الحدود^(١٢٦٤).

ينتج على طبيعة المرافق الإدارية أنها تعتبر شخصاً من أشخاص القانون العام كما يرى الاتفاق على أن أموال المرافق العامة الإدارية أموال عامة كونها مخصصة للمنفعة العامة، المتمثلة في تقديم الخدمات العامة للأفراد، وموظفيها موظفون عموميون، وقراراتها قرارات إدارية، والعقود التي تقوم بإبرامها قد تكون عقوداً إدارية أو مدنية، وتتمتع بوسائل وامتيازات السلطة العامة كنزع الملكية للمنفعة العامة والتنفيذ المباشر^(١٢٦٥).

ولكن تدخل الدولة في الحياة الاقتصادية أدى إلى ظهور المرافق العامة ذات الطبيعة الاقتصادية عرفت بالمشروعات العامة، وقد منحت الشخصية الاعتبارية والاستقلال المالي والإداري، لتتمكن من ممارسة نشاطها الاقتصادي الذي له شبة مع المشروعات الخاصة، وقد ظهر في الأونة الأخيرة إلى جانب ذلك تنظيم جديد يدير مرافق عامة أطلق عليها اصطلاحاً النقابات العامة، وقد أعترف لها جانب من الفقه والقضاء بالشخصية المعنوية العامة وعدت من أشخاص القانون العام، ونظراً لتشابه نشاط هذه المشروعات العامة أو الأشخاص العامة المهنية مع نشاط الأفراد، وجب علينا تحديد الطبيعة القانونية لأموالها لمعرفة مدى خضوعها للنظام القانوني للأموال العامة من عدمه.

أولاً: الطبيعة القانونية لأموال المشروعات العامة:

نظراً لتأثير بعض الظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية تحت وطأة الحاجة، أخذ المفهوم الجديد للدولة الحديثة القائمة على أساس الاقتصاد الموجه، يسمح للدولة بممارسة نشاطات والقيام بأعمال تجارية أو صناعية أو استغلال مشروعات من جنس الأعمال التي كانت مقصورة على الأفراد من دون الدولة^(١٢٦٦). وترجع البدايات الأولى لظهور فكرة المشروعات العامة إلى بدء تدخل الدولة المباشر في إدارة بعض المشروعات الاقتصادية والتجارية، وذلك في أعقاب الحرب العالمية الثانية، في سبيل ذلك قامت الدولة بالسيطرة على وسائل الإنتاج الحيوية، إما بتأميم الكثير من المشروعات الخاصة ذات الأهمية ونقلها من

^(١٢٦٤) - يجوز للإدارة إذا أرادت أن تلجأ إلى وسائل القانون الخاص على سبيل الاستثناء، أن تعقد عقوداً عادية

بحكمها القانون الخاص وينظرها القضاء العادي.

انظر: د. محمد باهي أبو يونس: أحكام القانون الإداري (القسم الخاص)، دار الجامعة الجديدة للنشر، ١٩٩٦م، ص ١٤٧.

^(١٢٦٥) د. محمد مرغني خيرى: المبادئ العامة للقانون الإداري المغربي، مرجع سابق، ص ٧١.

^(١٢٦٦) د. محمود عبد المجيد المغربي: المدخل إلى القانون الإداري الخاص، الجزء الأول، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس (لبنان)، ١٩٩٤م، ص ٢٨.

الملكية الخاصة إلى ملكية الأمة، وإما إنشاء ابتداءً لهذه المشروعات الاقتصادية، بغية أن يكون لها الدور الرئيسي في توجيه الاقتصاد عن طريق تلك المشروعات^(١٢٦٧) التي تقوم بممارسة النشاطات الاقتصادية سواء كانت تجارية أم صناعية فتعرف بالمشروعات العامة، وتتخذ المشروعات العامة في القانون الفرنسي والمصري واليمني شكل الشركة أو المؤسسة العامة، وسوف نتعرف فيما يأتي للطبيعة القانونية لأموال هذه المشروعات:

١- طبيعة أموال المشروعات العامة في القانون الفرنسي:

ذهب الفقهاء في فرنسا إلى أن المشرع في مسألة تحديد طبيعة أموال المشروعات العامة لم يقدم رأياً قاطعاً، حيث وجدت نصوص تخضع إدارة هذه الأموال لقواعد القانون الخاص، فيما وجدت نصوص أخرى تخضعها لقواعد القانون العام^(١٢٦٨). وكذلك أن التشريع الفرنسي لم يرد به صراحة ما يفيد استبعاد تطبيق قواعد الدومين العام على المشروعات العامة، لذلك فإن الفقه الفرنسي يفرق بين أموال المشروعات العامة التي اتخذت شكل الشركة العامة وبين أموال المشروعات العامة التي اتخذت شكل المؤسسة العامة، فبالنسبة إلى أموال المشروعات التي اتخذت شكل شركة عامة فقد اتفق الفقه الفرنسي على عدم إخضاع أموال الشركات العامة لقواعد الدومين العام، فهم يرون أن هذه الأموال خاصة مملوكة للدولة تخضع للقواعد العامة في القانون الخاص^(١٢٦٩).

وفي الوقت نفسه وجدت أوجه كثيرة للخلاف بين الفقهاء في فرنسا في تحديد طبيعة أموال المشروعات العامة التي اتخذت شكل المؤسسة العامة، وفي عصرنا الحديث كثر اللجوء إلى الأخذ بفكرة المؤسسة العامة^(١٢٧٠)، وذلك لما لها من مزايا في الجوانب المالية والإدارية والتقنية والسياسية، فهي أحد أهم الوسائل التي تدار بها المرافق والمشروعات العامة وكان الاختلاف بين الفقهاء إلى اتجاهين كالتالي:-

الاتجاه الأول:

يرى أنصار هذا الاتجاه أن أموال المؤسسات العامة تعد أموالاً عامة وتخضع للنظام القانوني الخاص للأموال العامة بما فيها المشروعات العامة المؤممة والتي لا تخضع للاستغلال الخاص من جانب الأفراد كما أنها فقدت طبيعتها بعد تأميمها. وهؤلاء يرون أنه لا يجوز التصرف في هذه الأموال إلا بعد إزالة تخصيصها للمنفعة العامة، وقد أنتقد هذا الرأي لتجميده أموال المرافق التي قد يمكن التصرف في بعضها بالإضافة إلى تعارضها مع واقع المرافق التجارية والصناعية التي تدار بأسلوب الالتزام إذ يتضمن المرفق في هذه الحالة أموالاً عامة وأموالاً خاصة^(١٢٧١).

الاتجاه الثاني:

يرى أنصار هذا الاتجاه وهو الجانب الأكبر في الفقه الفرنسي أن أموال المؤسسات العامة أموال خاصة، فلا تدخل ضمن أموال الدولة العامة حتى ولو كانت مملوكة للدولة، سواء ألت إليها بطريق قوانين التأمين أم

^(١٢٦٧) د. السيد خليل هيكل : الرقابة على المؤسسات العامة الإنتاجية والاستهلاكية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧١م، ص ٨٠، ٨١.

^(١٢٦٨) محمد فاروق عبد الحميد : المركز القانوني للمال العام في مصر في ظل التطبيق الاشتراكي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ص ٦٥.

^(١٢٦٩) د. السيد خليل هيكل : مرجع سابق، ص ٤٣.

^(١٢٧٠) ذهب بعض الفقهاء إلى تعريف المؤسسة العامة بأنها: "شخص معنوي عام يتولى إدارة النشاط المسند إليه قانوناً تحت وصاية الدولة أو أحد الأشخاص الإقليمية العامة الأخرى، ويتمتع بقدر من الاستقلال الإداري والمالي".

^(١٢٧١) د. محمد فاروق عبد الحميد : المركز القانوني للمال العام في مصر، مرجع سابق، ص ٦٦.

التي اكتسبتها ابتداءً حال إنشائها، ويستندون إلى أن إرادة المشرع صريحة في فرض الإدارة التجارية على هذه المؤسسات والتصريح لها بمباشرة جميع التصرفات على أموالها بالكيفية نفسها التي تسير عليها المشروعات الخاصة. ويستند هذا الرأي إلى حكم لمحكمة النقض الفرنسية عام ١٩٤٨م قضاءً في نزاع خاص، بإيجاز بعض هذه الأموال وهو ما يثبت عدم اعتبارها من أموال الدومين العام وإلغيت المحكمة بعدم اختصاصها المتعلق بالنظام العام^(١٢٧٢).

كما استند أصحاب هذا الاتجاه إلى ما قامت به لجنة تنقيح القانون المدني الفرنسي في محاولتها لتحديد الطبيعة القانونية لأموال المرافق الصناعية والتجارية وما نصت عليه المادة (١٤) من هذا المشروع التي نصت على أن " أموال المجموعة الإدارية والمؤسسات العامة المخصصة لمرافق عام ذي طابع صناعي وتجاري لا تعد - ما لم يرد نص خاص - جزء من الدومين العام " وهذا يفيد أن اللجنة قد ذهبت إلى اعتبار جميع أموال المرافق الصناعية والتجارية أموالاً خاصة ما لم يرد نص يخالف ذلك^(١٢٧٣) من خلال ذلك يتبين لنا أن الرأي الأول هو الأرجح نظراً لكونه يتفق تماماً مع الطبيعة القانونية لفكرة التأمين ومضمونها، وهي تهدف إلى إخراج المنظمة الخاصة وتحويلها إلى منظمة عامة بانتقالها إلى ملكية الدولة لتصبح جزءاً من الذمة المالية العامة للدولة، واختصاص الدولة بهذه المنظمة يجعل الهدف منها تحقيق مصلحة عامة، ويمنحها من الحقوق والسلطات ما يحق لها نوعاً من الاستقلال، مع الاحتفاظ للدولة بحق الإشراف والرقابة (الوصاية الإدارية) على المؤسسات العامة.

٢ - طبيعة أموال المشروعات العامة في القانون المصري:

تحدد الطبيعة القانونية لأموال المشروعات العامة في القانون المصري من خلال التعرض لطبيعة هذه الأموال في مرحلة التطبيق الاشتراكي، ثم مرحلة الانفتاح الاقتصادي، والدستور المصري أتخذ من التنمية المستدامة والعدالة الاجتماعية أساساً للابدولوجية الاقتصادية^(١٢٧٤).

أ) طبيعة أموال القطاع العام في مصر بمرحلة التطبيق الاشتراكي:
لقد تعرض المشرع المصري في قوانين القطاع العام المتعاقبة خلال هذه الفترة لتحديد طبيعة أموال القطاع العام سواء التي اتخذت شكل المؤسسة العامة أو شكل الشركة العامة فاعتبرها أموالاً خاصة مملوكة للدولة، وبصد ذلك نصت المادة (١٩) من القانون رقم (٦٠) لسنة ١٩٦٣م بشأن المؤسسات العامة على أن " تعتبر أموال المؤسسة العامة من الأموال المملوكة للدولة ملكية خاصة ما لم ينص على خلاف ذلك في القرار

^(١٢٧٢) د. السيد خليل هيكل : الرقابة على المؤسسات العامة الاستهلاكية والإنتاجية، مرجع سابق، ص ٤٤ .

^(١٢٧٣) د. إبراهيم عبد العزيز شيجا : مرجع سابق، ص ١٧٢ - ١٧٤ .

^(١٢٧٤) راجع المواد (٢٧) و (٢٨) من دستور جمهورية مصر العربية لسنة ٢٠١٤م.

- مع قيام ثورة ٢٣ يوليو ١٩٥٢م اتسع نشاط الدولة متجاوزاً نطاق الوظيفة الإدارية التقليدية، فوجدت المرافق والمشروعات المختلفة وتولت إدارتها تحقيقاً للمصالح العامة، وتجاه هذا التوسع فقد لجأ المشرع المصري إلى الأخذ بنظام المؤسسات العامة لما لمة من مزايا عديدة، وتعددت أنظمتها، مما أدى إلى حدوث خلط بينهما وبين المؤسسات الخاصة ذات النفع العام، ولهذا أصبحت الحاجة ملحة لوجود تشريع شامل خاص بالمؤسسات العامة. فصدر القانون رقم (٣٢) لسنة ١٩٥٧م بشأن المؤسسات العامة، ولم يرد فيه تعريف محدد للمؤسسات العامة بالإضافة إلى أن المشرع في هذه المرحلة لم يكن قد تطرق للتفرقة بين المؤسسات العامة والهيئات العامة، بل كان يستخدم الاصطلاحين باعتبارهما لفظين مترادفين، بعد ذلك صدرت مجموعة من القوانين الخاصة بشأن أنواع من المؤسسات العامة، ومنها على سبيل المثال :

١- قرار رئيس الجمهورية رقم (٢٦٥) لسنة ١٩٦٠م بإنشاء المؤسسات العامة التي تمارس نشاطها تجارياً أو صناعياً أو زراعياً أو مالياً.

٢- قرار رئيس الجمهورية رقم (٢٦٧) لسنة ١٩٦٠م في شأن المؤسسات العامة التعاونية.

الصادر بإنشائها^(١٢٧٥) كذلك نصت المادة (٢٧) من القانون رقم (٣٢) لسنة ١٩٦٦م بشأن المؤسسة العامة وشركات القطاع العام على أنه " تعتبر أموال المؤسسات العامة من الأموال المملوكة للدولة ملكية خاصة ما لم ينص على خلاف ذلك في القرار الصادر بإنشائها"، كما اصدر المشرع الحكم نفسه في القانون رقم (٦٠) لسنة ١٩٧١م فاعتبر أموال المؤسسة من الأموال الخاصة، ولم تتغير نظرة المشرع حتى بعد صدور القانون رقم (١١١) لسنة ١٩٧٥م والذي حل المجالس العليا للقطاعات محل المؤسسات العامة فاعتبرها من الأموال الخاصة، فان جميع هذه النصوص تفيد إن إرادة المشرع قد انصرفت إلى اعتبار المشروعات العامة يتكون منها القطاع العام من الأموال الخاصة إبان مرحلة التطبيق الاشتراكي^(١٢٧٦).

ب) طبيعة أموال المشروعات العامة في مرحلة الانفتاح الاقتصادي:

في تطور لاحق أخذت مصر تنتهج سياسة اقتصادية جديدة عرفت بمرحلة " الانفتاح الاقتصادي"، كان الهدف منها الحد من سيطرة القطاع العام وإتاحة الفرصة للقطاع الخاص في إدارة العديد من المرافق والقطاعات وتشغيلها، إلى جانب العمل على جذب رؤوس الأموال الأجنبية للاستثمار في تلك القطاعات. لذلك فإن المشرع المصري واكب هذا التوجه فقد صدر القانون رقم (٩٧) لسنة ١٩٨٣م بشأن هيئات القطاع العام وشركاته الذي تم إلغائه بالقانون رقم (٢٠٣) لسنة ١٩٩١م بشأن قطاع الأعمال العام وهذا القانون الساري حالياً والمعني بتنظيم المشروعات العامة في مصر، ويقصد بشركات قطاع الأعمال: الشركات القابضة، والشركات التابعة لها، فالشركات القابضة هي الشركات التي حلت محل هيئات القطاع العام التي كانت خاضعة لأحكام القانون الملغي رقم (٩٧) لسنة ١٩٨٣م وكذلك حلت الشركات التابعة محل الشركات التي كانت تشرف عليها الهيئات العامة^(١٢٧٧).

كما أن المشرع المصري قد حدد في قانون قطاع الأعمال العام الطبيعة القانونية لشركات القطاع العام واعتبرها من أشخاص القانون الخاص وذلك بموجب نص المادة الثانية الفقرة (٢) من مئة على أنه " تأخذ الشركة القابضة شكل شركة المساهمة وتعتبر من أشخاص القانون الخاص".

وبهذا النص القانوني يكون المشرع قد قطع في أمر الطبيعة القانونية لشخصية الشركات القابضة فأعتبرها أشخاص معنوية خاصة الأمر الذي أغلق الباب أمام أي جدل فقهي محتمل بشأن التكييف القانوني لطبيعة هذه الشركات، فإذا كانت هذه الحال بالنسبة للشركات القابضة فإن الحكم نفسه ينطبق على الشركات التابعة إذ تعتبر من أشخاص القانون الخاص سواء قامت بتأسيسها الشركات القابضة بمفردها أو ساهمت بنسبة ٥١ % من رأسمالها في حالة اشتراكها مع أشخاص عامة أو خاصة، وتبعاً لذلك قد حدد المشرع المصري في هذا القانون طبيعة أموال الشركة القابضة وغيرها بأنها أموال خاصة، فقد نص على ذلك في المادة الأولى من مئة على أن يكون رأسمالها - الشركة القابضة - مملوكة بالكامل للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة كما نصت المادة (١٢) من ذات القانون على أن "تعتبر أموال الشركة القابضة من الأموال المملوكة للدولة ملكية خاصة، أما المادة (٥٢) من ذات القانون التي نصت على أن " أموال الشركات الخاضعة لأحكام القانون تعتبر في حكم الأموال العامة". وغاية المشرع من ذلك هو حماية هذه الأموال بحيث تسري عليها الحماية

^(١٢٧٥) عرفت المادة (١) من القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٦٣م المؤسسة العامة بأنها " شخص اعتباري يمارس نشاطاً صناعياً أو تجارياً أو مالياً أو تعاونياً"، كما عرفت المادة (١) من القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٣م الهيئة العامة بأنها " شخص اعتباري ينشأ لإدارة مرفق مما يقوم على مصلحة أو خدمة عامة".
راجع: د. محمود عاطف ألبنا: مبادئ القانون الإداري في الأموال العامة والوظيفة العامة، دار الكتاب العربي، القاهرة، ص ٢٤.

^(١٢٧٦) د. محمد رفعت عبد الوهاب، د. عاصم احمد عجيلة: أصول القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية،

٢٠١١م، ص ١٦٢، د. إبراهيم عبد العزيز شيحا: الأموال العامة، مرجع سابق، ص ١٨٦ - ١٨٧.

^(١٢٧٧) راجع المادة رقم (١) من القانون رقم (٢٠٣) لسنة ١٩٩١م بشأن شركات قطاع الأعمال، الجريدة

الرسمية، العدد ٢٤ مكرر في ١٩ يونيو ١٩٩١م.

الجنائية المقررة للأموال العامة في قانون العقوبات نظراً لما تقوم به من دور خطير في بناء الهيكل الاقتصادي للدولة، وهذا أيضاً ما ذهبت إليه المحكمة الدستورية العليا في أحد أحكامها^(١٢٧٨).

٣- طبيعة أموال المشروعات العامة في القانون اليمني:

أكد دستور الجمهورية اليمنية الحالي ٢٠٠١م على الملكية العامة وضرورة حمايتها وصيانتها وحدد معالم النظام الاقتصادي اليمني الذي يقوم على أساس حرية النشاط الاقتصادي في سبيل المنافسة المشروعة بين القطاع العام والخاص والتعاوني والمختلط وتحقيق المعاملة المتساوية والعادلة بين جميع القطاعات وحماية الملكية الخاصة واحترامها، فلا يجوز المساس بها إلا في حالة الضرورة ولمصلحة عامة وبتعويض عادل على وفق القانون^(١٢٧٩). إلى جانب رعاية الدولة الكاملة لحرية التجارة والاستثمار وتشجيع رءوس الأموال الخاصة على الاستثمار في كافة المجالات^(١٢٨٠) وتمارس الدولة وظيفتها الاقتصادية عن طريق القطاع العام، ولما كانت المشروعات العامة هي مرافق عامة ذات طبيعة اقتصادية؛ أي تمارس نشاطات تجارية وصناعية، وبهذا تكون المشروعات العامة في القانون اليمني ينظمها القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٩١م بشأن الهيئات والمؤسسات والشركات العامة^(١٢٨١)، ولذلك فإن تحديد طبيعة أموال المشروعات العامة يقتضي تحديد طبيعة أموال الهيئات العامة ثم المؤسسات العامة وأخيراً الشركات العامة:-

أ) الطبيعة القانونية لأموال الهيئات العامة:

عرف القانون الهيئة العامة بأنها " وحدة خدمية تملكها الدولة ملكية كاملة " أي أنها أحد المرافق العامة التي تؤدي الخدمات العامة للجمهور مثال على ذلك الهيئة العامة للبريد والاتصالات السلكية واللاسلكية والهيئة العامة للطيران والأرصاد الجوي، الهيئة العامة لمياه الريف، الهيئة العامة للتأمينات والمعاشات، وقد أخذ المشرع اليمني في إنشاء الهيئات العامة بقاعدة الإنشاء بناءً على القانون الذي أعطى صلاحيات إنشاء الهيئات العامة رئيس الجمهورية، إذ تضمنت المادة الثانية من قانون الهيئات والمؤسسات والشركات العامة على أن تنشأ الهيئة العامة المشمولة بأحكام هذا القانون بقرار جمهوري بعد موافقة مجلس الوزراء بناءً على عرض الوزير المختص وذلك لإدارة مرفق عام يقوم على مصلحة وخدمة عامة...^(١٢٨٢) أما فيما يتعلق

^(١٢٧٨) القضية رقم ٥ لسنة ١ ق "تنازع" بجلسة ١٩٨٠/١/٥، ج ١ "دستورية"، ص ٢٣٩ مجموعة المبادئ

التي أقرتها المحكمة العليا والمحكمة الدستورية....، مرجع سابق، ص ١١٦٠.

د- رفيق محمد سلام: الحماية الجنائية للمال العام، دراسة (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٤م، ص ٢٠٨.

^(١٢٧٩) المادة (٧) من دستور الجمهورية اليمنية لسنة ٢٠٠١م.

^(١٢٨٠) المادة (١٠) من المرجع السابق.

^(١٢٨١) راجع هذا القانون في الجريدة الرسمية، العدد ٧ الجزء السادس لسنة ١٩٩١م وقد عدلت بعض مواد

بموجب القانون رقم ٧ لسنة ١٩٩٧م.

- أصدر المشرع القانوني في اليمن شأنه شأن سائر المشرعين في الدول الأخرى العديد من التشريعات القانونية التي تتناول موضوع الهيئات والمؤسسات العامة، ومن تلك التشريعات القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٧٥م الصادر عن حكومة الجمهورية العربية اليمنية (الشرطي الشمالي سابقاً)، والذي كان ينظم المؤسسات العامة، تلا ذلك صدور القانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٨١م بشأن الأحكام العامة للمؤسسات.

وفي الشرطي الجنوبي من اليمن سابقاً جمهورية اليمن الديمقراطية الشعبية كان قد صدر القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٩م بشأن تنظيم مؤسسات الدولة، وبعد إعلان الوحدة المباركة للجمهورية اليمنية ٢٢ مايو ١٩٩٠م استقر الأمر بصور القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٩١م بشأن الهيئات والمؤسسات العامة والشركات العامة وهو القانون الساري حالياً، وقد تم تعديل بعض مواد هذا القانون بالقانون رقم ٧ مكرر لسنة ١٩٩٧م وأُفرد هذا القانون الباب الثاني منة للتحديث عن الهيئات العامة، فيما جاء الباب الثالث وتناول المؤسسات العامة، وخصص الباب الرابع للتحديث عن الشركات العامة للمؤسسات.

^(١٢٨٢) المادة (٧) من القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٩١م بشأن الهيئات والمؤسسات والشركات العامة اليمني.

بطبيعة أموال الهيئات العامة فقد حدد المشرع اليمني - صراحة - كون أموال الهيئة العامة أموالاً عامة تنفذ عليها القواعد والأحكام المتعلقة بالأموال العامة^(١٢٨٣)، ولذلك فلا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم إذ أنها مخصصة للمنفعة العامة من خلال إنها معدة لخدمة مرفق عام يؤدي خدمة عامة للجمهور، ومن خلال ما تقدم نخلص أن الهيئات العامة مرافق عامة ذات طبيعة إدارية تؤدي خدمات عامة ولا تمارس نشاطات اقتصادية، وبهذا لا تعد من المشروعات العامة الصناعية أو التجارية ذات الطبيعة الاقتصادية.

(ب) الطبيعة القانونية لأموال المؤسسات العامة:

حدد القانون المذكور سلفاً نوعين من المؤسسات العامة أحدهما "المؤسسة العامة" والأخرى "المؤسسة العامة القابضة"، إذ عرف المؤسسة العامة بأنها "كل وحدة اقتصادية تمارس نشاطاً إنتاجياً أو خدمات مرتبطة بالإنتاج السلعي وتملكها الدولة ملكية كاملة".

بينما عرف المؤسسات العامة القابضة بأنها "كل مؤسسة عامة تمارس نشاطها بواسطة ما يتبعها من وحدات اقتصادية"^(١٢٨٤)، وتتألف هذه المؤسسات العامة بموجب قرار جمهوري، ويكون لها شخصية اعتبارية تكتسبها من تاريخ تسجيلها لدى إدارة السجل التجاري^(١٢٨٥).

وقد أعد المشرع اليمني إنشاء المؤسسات العامة أسلوباً من أساليب إدارة المرافق العامة ذات الطبيعة الإنتاجية و الخدماتية المرتبطة بالإنتاج السلعي وتعتبر صورة من صور اللامركزية الإدارية المصلحية من خلال منحها الشخصية المعنوية المستقلة^(١٢٨٦).

أما فيما يتعلق بأموال المؤسسات العامة فإن المشرع قد حدد في المواد (٢٤ و ٢٥) من القانون المذكور سلفاً مكونات رأس مال المؤسسة العامة ومصادر تمويلها ولكنها لم يحدد طبيعة أموال المؤسسة العامة وإنما أكتفى بالإشارة إلى ذلك بقوله "وتعتبر أموال المؤسسة العامة مملوكة للدولة ملكية كاملة"^(١٢٨٧)، أي أن المشرع اليمني لم يحدد - صراحة - بوصفها أموالاً عامة أم أموالاً خاصة مملوكة للدولة، ونظراً لعدم حسم المشرع اليمني في محاولة منهم لتكييف هذه الأموال حيث ذهب البعض إلى أن أموال هذه المؤسسات بنوعها المؤسسات العامة أو المؤسسات العامة القابضة تعتبر أموالاً عامة وبالتالي لا يجوز الحجز عليها لأن ذلك يتعارض مع قاعدة استمرارية سير هذه المؤسسات وارتباطها بالمصلحة العامة المرتبطة بحياة الناس^(١٢٨٨).

فيما رجح البعض الآخر أن المؤسسات العامة لا تعد أموالاً عامة؛ لأنها تهدف إلى تحقيق الربح دون أن تكون مخصصة للنفع العام سواء كانت مملوكة للدولة كلياً أو جزئياً فخضوعها للقانون الخاص (القانون التجاري) كونها بمثابة مرافق خاصة^(١٢٨٩).

رأى الباحث: أن أموال المؤسسات العامة تعتبر أموالاً خاصة مملوكة للدولة، وهو ما نص به قانون الهيئات والمؤسسات والشركات العامة بالمادة (٢٥) وهو "أن تعتبر أموال المؤسسة مملوكة للدولة ملكية

^(١٢٨٣) المادة (١٨) على أن "تعتبر أموال الهيئة العامة أموالاً عامة وتسري عليها القواعد والأحكام المتعلقة بالأموال العامة". من القانون السابق.

^(١٢٨٤) المادة ٢ من قانون الهيئات والمؤسسات والشركات العامة اليمني، مرجع سابق.

^(١٢٨٥) المادة ٢١ من القانون نفسه.

^(١٢٨٦) د. خالد عمر باجنيد : القانون الإداري اليمني، دار جامعة عدن، ٢٠٠٠م، ص ١٧٧.

^(١٢٨٧) راجع المادة ١٨ من القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٩١م بشأن الهيئات والمؤسسات والشركات العامة، مرجع سابق.

^(١٢٨٨) د. خالد عمر باجنيد : مرجع سابق، ص ١٧٧.

^(١٢٨٩) القاضي. حسين بن محمد المهدي : الجرائم الماسة بالوظيفة العامة، ٢٠٠٣م، ص ٤٥.

كاملة^(١٢٩٠) والمقصود بالملكية الكاملة أن الدولة هي من يقوم بإنشاء هذه المؤسسات وتأسيسها، وتوفير الأموال الأولية اللازمة لقيامها، وتخصص جزء من أموالها لدعم هذه المؤسسات وتمويلها ويعتبر الهدف من إنشائها هو تحقيق مصلحة عامة ينتج عن تلك المصلحة تحقيق بعض الأرباح التجارية والتي بدورها تؤدي إلى تحقيق مصلحة عامة تتمثل في دعم الاقتصاد الوطني.

وهذا يتفق مع ما كفله الدستور في تحقيق مبدأ المعاملة المتساوية والعادلة بين جميع القطاعات ومنها القطاع العام والقطاع الخاص^(١٢٩١) فإذا ما عدت أموال المؤسسة أموالاً عامة فإنها ستنفرد بحماية خاصة عن أموال المشروعات الخاصة على الرغم من التشابه في طبيعة نشاطها التجاري أو الصناعي، كذلك أن وصف أموال المؤسسة بأنها أموال خاصة يتيح لها قدر أكبر من المرونة والسرعة وهو ما تطلبه الأعمال التجارية.

ج) طبيعة أموال الشركات العامة:

تعد الشركة عامة إذا تملكها شخص أو أكثر من الأشخاص العامة وهو ما نصت عليه المادة الثانية من قانون الهيئات والمؤسسات العامة والشركات العامة بأنها: "كل شركة يمتلكها شخصان أو أكثر من الأشخاص العامة"، وتكتسب الشركة العامة الشخصية الاعتبارية من تاريخ شهر نظامها في السجل التجاري^(١٢٩٢) ولها ذمة مالية مستقلة، ولا تخضع في تصرفاتها لإحكام القانون العام، وتباشر أنشطة تجارية وصناعية تشبه أنشطة الأفراد، وبالتالي فإنها شخص من أشخاص القانون الخاص لا العام، يخضع لأحكام القانون التجاري، ومن هنا فإن أموالها تعتبر أموالاً خاصة.

ثانياً: طبيعة أموال الأشخاص العامة المهنية:

لا بد أن ننوه إلى وجود نوعين من النقابات؛ هي النقابات المهنية والنقابات العمالية^(١٢٩٣)، فالأشخاص العامة المهنية تتميز بأن تقوم على مرفق عام يتمثل في القيام على شؤون مهنة من المهن الحرة^(١٢٩٤) ويخولها القانون بعض امتيازات السلطة، ويعهد بإدارتها إلى أعضاء منتخبين من أبناء المهنة الواحدة ويلزم كلاً من يمارسها بالانضمام إليها جبراً، وتتمثل هذه المرافق المهنية في النقابات العامة المهنية كنقابة المحامين فلا يستطيع المحامي مزاول مهنة المحاماة إلا أن يكون مقيماً بجدول المحامين، كذلك نقابة الأطباء ونقابة الصيادلة بحيث لا يستطيع الطبيب مزاول مهنة الطب إلا أن يكون مقيماً بجدول الأطباء، فالانضمام إلى هذه النقابات والقيود بجدولها يعد شرطاً لمزاولة هذه المهن وإلا تعرض مزاول المهنة من دون قيد إلى المسألة الجنائية.

^(١٢٩٠) راجع المواد (٢٥ و ٢٦) من القانون السابق.

^(١٢٩١) راجع المادة (٧) من دستور الجمهورية اليمنية لسنة ٢٠٠١م.

^(١٢٩٢) راجع المادة (٧٧) من قانون الهيئات والمؤسسات العامة والشركات العامة، مرجع سابق.

^(١٢٩٣) كانت البدايات الأولى لنشأة الحركة النقابية في الوطن العربي في نهاية القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين حيث نشأت في مصر أولى النقابات، وانتقلت بعدها إلى الدول العربية المجاورة، وشهدت مصر ميلاد الحركة النقابية العربية عندما تأسست في القاهرة نقابة (عمال الدخان والسجائر) وذلك عام ١٨٩٩م. وتسارعت حركة نشوء النقابات في البلدان العربية الأخرى، وأصبح الوطن العربي مليئاً بكثير من المنظمات النقابية؛ حيث تجاوز عدد المنظمات النقابية المسجلة رسمياً أكثر من خمسين ألف نقابة، وجد في مصر وحدها ما يزيد على عشرين ألف نقابة.

- العمل النقابي في اليمن - الواقع والأفاق، إصدار دائرة النقابات والمنظمات، الأمانة العامة للتجمع اليمني للإصلاح، خالد بن الوليد، ط١، ص ٣١ - ٣٢.

^(١٢٩٤) د. مصطفى أبو زيد فهمي: الوسيط في القانون الإداري، مرجع سابق، ص ١٠٠.

بينما النقابات العمالية فهي تلك النقابات التي ينشئها العمال، ولا يعد الانضمام إليها شرطاً لمزاولة المهنة، فالعامل له حرية الانضمام إلى النقابة العمالية أو عدم الانضمام، كما يكون له حق الانسحاب منها متى شاء إذا كان عضواً فيها^(١٢٩٥).

لكي نصل إلى حقيقة الطبيعة القانونية لأموال الأشخاص العامة المهنية، هل هي أموال عامة أم أموال خاصة فلا بد أولاً من معرفة أو تحديد طبيعة هذه النقابات وهل هي من أشخاص القانون العام أم من أشخاص القانون الخاص؟

ففي فرنسا اعترف القضاء بكون النقابات المهنية أشخاصاً تقوم على مرافق عامة غير أن مجلس الدولة الفرنسي رفض في حكم بوجان (bouguen) الصادر في ١٢ أبريل ١٩٤٣م الاعتراف للنقابات بصفة المؤسسة العامة^(١٢٩٦)، ولذلك ذهب غالبية الفقه الفرنسي إلى كون النقابات من أشخاص القانون العام، وبالرغم من إقرار غالبية الفقه الفرنسي للنقابات باعتبارها من أشخاص القانون العام، والاعتراف لنشاطاتها بصفة المرافق العامة، إلا أن الفقه قد فرق بين نوعين من الأنشطة التي تقوم بها النقابات المهنية على النحو التالي:

١- **الأنشطة الخارجية:** وهي مجموعة الأنشطة المتعلقة بأداء المهمة التي أناط بها القانون وتتمثل في الإشراف على شؤون المهنة سواء كانت (الطب - المحاماة - الهندسة - الصيدلة - الصحافة.....) مثل القيد بالجدول ووضع القواعد والأصول المنظمة للمهنة، وإجراءات التأديب والمعاشات وغيرها مما يتصل بالنشاط الأساسي للنقابة، من خلاله تعد النقابة مرفقاً عاماً يخضع للقانون العام ولاختصاص القضاء الإداري.

٢- **الأنشطة الداخلية:** وهي كل ما يرتبط بعلاقة النقابة وموظفيها والعقود التي تبرمها مع الغير، وكذلك أموالها وكل هذه الأمور تخضع للقانون الخاص، ويخضع عمالها الإداريون للقانون الخاص، وعقودها والعقود التي تبرمها عقود مدنية تخضع للقانون الخاص، وأموالها أموال خاصة، وتخضع لاختصاص القضاء العادي مالم يرد نص يقرر خلاف ذلك^(١٢٩٧).

وفي مصر أستقر القضاء الإداري إلى نفس المبدأ الذي أستقر عليه القضاء الإداري الفرنسي الذي قضى باعتبار النقابات المهنية من أشخاص القانون العام.

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الإدارية في حكمها الصادر بتاريخ ١٢/٤/١٩٥٨م " أن تنظيم المهن الحرة كالتب والطب والمحاماة والهندسة وهي مرافق عامة مما يدخل في صميم اختصاص الدولة بوصفها قائمة على المصالح أو المرافق العامة، فإذا أرادت الدولة أن تتنحى عن هذا الأمر لأعضاء المهنة أنفسهم، لأنهم أقدر عليه مع تحويلهم نصيباً من السلطة العامة يستعينون به على تأدية رسالتهم مع الاحتفاظ بحقها في الإشراف والرقابة تحقيقاً للمصالح العام فإن ذلك لا يغير من التكليف القانوني لهذه المهنة بوصفها مرافق عامة "

من خلال ما سبق نجد أن النقابات المهنية تتمتع بشخصية معنوية مستقلة، وخولها حقوقاً تختص بها الهيئات الإدارية تخولها حق احتكار المهنة وقصرها على أعضائها دون غيرهم، كما خولها حق فرض رسوم مالية

^{١٢٩٥} د. إبراهيم عبد العزيز شيجا : الأموال العامة، مرجع سابق، ص ٤٢٠، ٤٢١.

^{١٢٩٦} د. ماجد راغب الحلو : القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٣٨٢.

- وفي هذا الشأن ذهب الفقيه (فالين) *waline* إلى القول " أياً كان الأمر فإن حكم بوجان يؤكد أنه يوجد بجانب الأشخاص العامة الإقليمية والمؤسسات العامة مجموعة أخيرة من أشخاص القانون العام وهي النقابات المهنية ". وجاء بالمضمون نفسه الفقيه (اندريه دي لوبايير) *Andre de laubadere* حيث يرى أن النقابات المهنية مجموعة من أشخاص القانون العام ليس لها صفة المؤسسة العامة.

- أشار إليها د. إبراهيم عبد العزيز شيجا : مرجع سابق، ص ٤٢٥.

^{١٢٩٧} د. إبراهيم عبد العزيز شيجا : مرجع سابق، ص ٤٢٦.

على صورة اشتراكات جبرية تحصل في مواعيد دورية، ثم سلطة إصدار قرارات واجبة التنفيذ في شئون أعضائها وتأديبهم، وسلطة تشريع بوضع اللائحة الداخلية ولائحة تقاليد المهنة كما يدل على أنها جمعت بين مقومات المؤسسات العامة وعناصرها.

وعليه فإن النقابات المهنية تعد شخصاً إدارياً من أشخاص القانون العام وقراراتها قرارات إدارية قابلة للطعن فيها بدعوى الإلغاء^(١٢٩٨).

أما فيما يتعلق بالطبيعة القانونية لأموال النقابات المهنية فنجد أن بعضاً من الفقه الفرنسي قد ذهب إلى أن أموال النقابات المهنية تعد أموالاً خاصة تخضع لأحكام وقواعد القانون المدني ولاختصاص القضاء العادي، وقد ذهب بعض الفقه المصري اعتبار أموال النقابات أموالاً خاصة من دون تمييز بين تلك المخصصة لأداء نشاط النقابة أو غيرها من الأموال^(١٢٩٩)، بينما أتجه البعض الآخر من الفقه إلى الاعتراف لبعض أموالها بالصفة العامة فيرون أنه طالما سلمنا باعتبار النقابات من أشخاص القانون العام فيكون من المنطقي الاعتراف لأموال تلك النقابات المخصصة لمنفعة المرافق التي تقوم عليها أي ممارسة لنشاط نقابي بصفة الأموال العامة، وبما توصل إليه الفقه في فرنسا ومصر من اعتبار هذه النقابات من أشخاص القانون العام فإن لزوم نص المادة (٨٧) يقتضي اعتبار أموالها أموالاً عامة. ويلحق بها في اكتساب صفة العموم المقار المملوكة للنقابات الأصلية والفرعية والمنقولات الموجودة بداخلها والمخصصة لاستعمال الأعضاء.

أما في اليمن اتسم الوضع القانوني للنقابات المهنية بالغموض، فممارسة المهن غير محكوم تنظيمياً عبر النقابات المهنية التي لا تملك أي سلطة على من يمارسون المهن كالأطباء والمهندسين وان كان الأمر بالنسبة للمحامين قد بدأ يأخذ طابع تنظيم هذه المهنة عبر نقابة المحامين^(١٣٠٠). لذلك نجد أن المشرع اليمني أدرك في الأونة الأخيرة أهمية الدور الذي تقوم به النقابات المهنية في المشاركة في عملية سير المرافق العامة وتحسين أداء الخدمة العامة، فقد أقر بعض التشريعات التي تنظم بعض المهن الحرة كقانون تنظيم مهنة المحاماة حيث أن مهنة المحاماة تساهم مع أجهزة القضاء والنيابة العامة في تطبيق القوانين وسير العدالة والدفاع عن الحقوق والحريات العامة، لذا لا يجوز لأي شخص ممارسة مهنة المحاماة إلا بعد الحصول على ترخيص من نقابة المحامين وأن يكون مقيداً في الجدول العام^(١٣٠١)، ومن ذلك قانون مزاولة المهن الطبية والصيدلانية؛ الذي يهدف إلى الارتقاء بمستوى هذه المهن وتحقيق أفضل الخدمات الطبية والصيدلانية للمواطنين ويحظر على الطبيب والصيدلي مزاولة المهنة إلا بعد الحصول على ترخيص من المجلس الطبي^(١٣٠٢).

ويرى الباحث أن أموال النقابات المهنية تعد أموالاً خاصة تخضع لأحكام القانون الخاص، لأن الاعتراف لهذه الأموال بالصفة العامة سيؤدي إلى تقييد حرية النقابات المهنية في ممارسة نشاطها.

المطلب الثاني

حق الأفراد على المال العام

المال العام ملك لجميع أفراد الشعب، لذلك ذهب بعض الفقهاء إلى أن ملكية الدولة للمال العام ملكية اجتماعية تترك للغير الانتفاع به مع احتفاظ الدولة بملكيتها، وذلك بالمقابلة للملكية الفردية حيث يستفيد المالك وحدة مملكة، وطالما ثبتت ملكية الدولة للمال العام بحسب الرأي الراجح في الفقه وما ذهب إليه القضاء في هذا

(١٢٩٨) مقبل عبدالرحمن الطويري: الوضع القانوني للمال العام في التشريع اليمني - دراسة مقارنة - رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة عدن، ٢٠٠٧م، ص ٩٨.

(١٢٩٩) من هؤلاء الفقيه د. مصطفى أبو زيد فهمي، د. سليمان الطماوي.

(١٣٠٠) د. خالد عمر باجنيد: مرجع سابق، ص ١٩٩.

(١٣٠١) راجع المواد ٤، ٦، ٣٨ من القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٩٩م بشأن تنظيم مهنة المحاماة، الجريدة الرسمية، العدد ١٢ الجزء الأول، لسنة ١٩٩٩م.

(١٣٠٢) راجع المادتان ٢، ٤ من القانون رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٢م بشأن مزاولة المهن الطبية والصيدلانية، الجريدة الرسمية، العدد ١٥ لسنة ٢٠٠٢م.

الشان، فقد نشأ للدولة حق حماية ما تملكه، مستعملة في ذلك جميع وظائفها كالخطيط والتنظيم والقيادة، والرقابة التي تقوم بها الدولة ينتج عنها أن الأعمال تسير بانتظام واطراد نحو تحقيق الغاية المنشودة من ورائها إلا وهي صيانة الأموال العامة جباية وإنفاقاً.

فقد ذهب رأي في الفقه^(١٣٠٣) أنه لا توجد رقابة إلا إذا وجد نظام إداري، يمارس نشاطاً يؤدي إلى تحقيق الهدف في إطار من القواعد والأسس والضوابط، وبناء تنظيمي يحدد الوظائف والاختصاصات، في ظل إدارة قادرة على العمل في مناخ سياسي رشيد وتخطيطي سليم مما يؤدي إلى قدرتها على اتخاذ القرار المناسب.

فالدومين العام هو ما تملكه الدولة ويكون معداً للاستعمال العام لأفراد الناس أو يكون متعلقاً بأحد المرافق العامة، والغاية من الدومين العام هي إسداء منفعة عامة لجميع أفراد الشعب، حيث أنهم ينتفعون به انتفاعاً مباشراً، أما من حيث إمكان تملكه فهو غير قابل للتملك بمضي المدة، فلا يجوز بيعه أو التصرف فيه، أما من حيث المعاملة القانونية فإن الدومين العام يخضع لأحكام القانون الإداري وليس القانون المدني أو القانون المالي.

والأصل في الدومين العام أنه مالاً معداً للاستخدام العام، وبالتالي فلا يمثل مصدراً لإيرادات الدولة العامة، كما يؤكد ذلك فقهاء المالية العامة^(١٣٠٤)، وأن ما تفرضه الدولة من رسوم على دخول الحدائق العامة أو على دخول المطارات أو الموانئ فهي مجرد وسيلة تنظيمية فقط لاستعمال تلك المرافق ولا تمثل بالتالي إيراداً عاماً تعتمد عليه الدولة.

أما إذا كان المال المراد تخصيصه للنفع العام ملكاً لأحد الأفراد، فإنه لا بد أولاً من أن ينتقل هذا المال إلى ذمة الشخص الإداري، ويتم هذا الانتقال بالطريقة القانونية (بقانون أو بمرسوم أو بقرار وزاري) أو بعمل مادي (استيلاء أو التصاق أو حيازة)^(١٣٠٥) إن استعمال الأفراد لأموال الدومين العام إما أن يكون استعمالاً مباشراً، وإما أن يكون عن طريق تعاملهم مع المرفق العام الذي خصص له المال العام، حيث يكون انتفاع الأفراد بالمال العام هنا عن طريق المرفق، أي بطريق غير مباشر، وقد يقتضي هذا حرمانهم من استعمال المال العام حرماناً تاماً، كما هو الشأن في التكنات العسكرية والقلاع والحصون المخصصة لمرفق الدفاع والأمن، فهذه المرافق لا يسمح بارتياحها إلا بتصريح خاص وفي ظروف معينة وحالات نادرة نظراً لما تحويه من أسرار حربية خاصة بقوة الدولة وقدرتها الدفاعية، وإن إقضاء مثل هذه الأسرار قد يؤدي إلى تعرض الدولة إلى أشد المخاطر أو الأضرار نتيجة ما اطلع عليه عدوها على ما اظهر احد مواطنيها^(١٣٠٦)، فالحفاظ على أسرار الدولة وصيانتها واجب على كل مواطن كما بين ذلك الدستور^(١٣٠٧).

والذي يعيننا في هذا المقام هو استعمال الأفراد لأموال الدومين العام استعمالاً مباشراً، كما هو الشأن بالنسبة للطرق العامة والميادين والأنهار والقنوات وشواطئ البحار ودور العبادة والمتاحف والمباني الحكومية... الخ، وحجر الزاوية في ذلك أن استعمال الأفراد لهذا النوع من الأموال العامة يأخذ إحدى صورتين:

١- **الاستعمال العام** : أن يشترك الأفراد في استعمالهم للمال العام، فيكون استعمالاً مشتركاً أو جماعياً، ويسمى بالاستعمال العام أو الاستعمال العادي، وفيه ينتفع الجمهور بالمال انتفاعاً يتفق والغرض الذي من

^(١٣٠٣) د. محمد عبد الحميد أبو زيد : المطول في القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٦م - ١٩٩٧م، ص ٦٤١.

^(١٣٠٤) د. زين العابدين ناصر: محاضرات في علم المالية العامة والتشريع المالي، دار الثقافة الجامعية، سنة ١٩٨٩م، ص ١٥١.

^(١٣٠٥) د. طعيمة الجرف : مرجع سابق، ص ٢٩٩.

^(١٣٠٦) د. محمد عبد الحميد أبو زيد : الانتفاع بالمال العام، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ٣٤.

^(١٣٠٧) راجع المادة (٦١) من دستور الجمهورية اليمنية ٢٠٠١م.

أجلة خصص المال كالسير في الطرقات العامة، والملاحة في البحار ودخول المحلات العامة، وارتداد المتاحف العامة لرؤية ما تحويه من آثار.

٢- الاستعمال الخاص : أن يختص فرد أو بعض الأفراد دون غيرهم باستعمال جزء من المال العام استعمالاً يغير أساساً الغرض الذي من أجله خصص المال، حيث يترتب على هذا الاستعمال حرمان بقية الأفراد من الانتفاع به، ويسمى بالاستعمال الخاص أو الاختصاص بجزء من المال العام، ومثال على ذلك، شغل أروسة الشوارع ببعض المقاعد أو إقامة أكشاك على شواطئ البحار، ونظراً لأهمية استعمال هذا النوع من الأموال فإنه ينشأ لجميع أفراد الشعب حق تجاه الأموال العامة هذا الحق يتمثل في استعمال هذا المال على الوجه الذي لا يتنافى مع تخصيصه للنفع العام واحترام ما تقرره الإدارة من أحكام في شأن الانتفاع به كحرية الغدو والرواح على الطرق العامة مثلاً ولكي يتم إيضاح حق الأفراد على المال العام يتعين علينا تقسيم هذا المطلب إلى فرعين:-

الفرع الأول : الاستعمال العام للمال العام.

الفرع الثاني : الاستعمال الخاص للمال العام.

الفرع الأول

الاستعمال العام للمال العام

الاستعمال العام هو الاستعمال الذي يشترك به الجمهور كافة إذ لا يترتب على الانتفاع بهذا المال بواسطة أحد الأفراد المساس بحقوق الآخرين من الانتفاع بذات المال وهذا الاستعمال العام يتفق مع الغرض الذي من أجله خصص المال للمنفعة العامة^(١٣٠٨).

وفي الواقع يعد الاستعمال العام للأموال العامة مظهراً من مظاهر ممارسة الحريات العامة، فمن يذهب إلى دور العبادة يباشر حقه في حرية العقيدة، ومن يسير في الطريق يمارس حقه في حرية التنقل^(١٣٠٩). ويجب على الدولة أن تتيح فرص الانتفاع بالمال العام لجميع الأفراد من دون تمييز بين فرد وآخر بسبب الجنس أو اللون أو الدين أو اللغة إذ الجميع شركاء في هذا الانتفاع الأمر الذي يجعل عناصر المال العام متاحة للانتفاع كل فرد، لهذا لا يجوز ملكية هذا المال بمعرفة الأفراد؛ لأنها تتنافى وتكافؤ الفرص في الانتفاع لكل فرد^(١٣١٠).

وقد يتخذ الاستعمال الجماعي (العام) إشكالات متعددة، ومن أبرزها دخول الأفراد إلى مكونات المال العام والتجول فيها أو التوقف لفترات لأهداف مختلفة كالدخول في مباني المصالح الحكومية، ومنها أيضاً ما يستهدف الحصول على الثمار الطبيعية للمال العام مثل صيد الأسماك واستخراج النباتات البحرية من البحار والأنهار، وتتم صور الاستعمال السابقة بواسطة عامة الجماهير من دون تحديد لشخصية المستعمل؛ الذي تبقى شخصيته مجهولة في معظم الحالات، وهم في استعمالهم العام لا يحتاجون إلى الحصول على تصريح سابق، أو الدخول في مراكز قانونية أو مالية خاصة، ويستمد هذا النوع من الاستعمال قواعده التنظيمية من بعض النصوص التشريعية العامة أو من بعض القواعد، كما تستمد بصورة ضمنية من قرارات تخصيص الأموال للاستعمال العام^(١٣١١).

ومن خصائص هذا الاستعمال حرية ومساواة المنتفعين بخدمات الأموال محل الاستعمال.

***بالنسبة لمبدأ حرية المنتفعين :**

^(١٣٠٨) د. محمد عبد الحميد أبو زيد : حماية المال العام دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٨م، ص

٢٧٧.

^(١٣٠٩) د. سليمان محمد الطماوي : مبادئ القانون الإداري، الكتاب الثالث، مرجع سابق، ص ٥٢.

^(١٣١٠) د. محمد عبد الحميد أبو زيد : الانتفاع بالمال العام، مرجع سابق، ص ١٤.

^(١٣١١) د. محمد فاروق عبد الحميد : المركز القانوني للمال العام، مرجع سابق، ص ١١١.

إن القاعدة العامة في الاستعمال العام هي أن يتفق هذا الاستعمال مع الغرض الذي من أجله خصص المال وهو المنفعة العامة، فإن ذلك يعني أن الأفراد يكونون أحراراً في استعمال هذا المال كيفما شاءوا وبالطريقة التي تحلو لهم ممارسة ذلك دون قيد أو حد، والأصل أن هذا الاستعمال لا يتوقف على إذن سابق من الإدارة ولا حتى إخطارها، ولا تملك الإدارة حيال ذلك سواء سلطة الضبط المنظمة للاستعمال العام؛ التي لاتصل إلى حد منعة وتحريمه^(١٣١٢).

وقد تضمن الدستور اليمني حماية تلك الحريات الشخصية وذلك عندما نص على أن الدولة تكفل للمواطنين حرياتهم الشخصية والمحافظة على كرامتهم وأمنهم وألا تقيد حرية المواطنين إلا في الحالات التي يحددها القانون^(١٣١٣).

ويترتب على هذه الحرية كقاعدة عامة أن يكون استعمال الأفراد للمال العام استعمالاً عاماً من دون مقابل، ولكن القضاء في فرنسا ومصر يعترف للإدارة بحق فرض بعض الرسوم والإتاوات على المنتفعين بالأموال العامة وذلك بهدف الحصول على موارد مالية أو مواجهة نفقات إصلاح شوارع المدينة، ومن ذلك فإن قضاء مجلس الدولة ومحكمة النقض الفرنسيين يجيز للبلديات أن تفرض رسوماً على وقوف السيارات في الطرق العامة إذا زاد ذلك على حد الاستعمال المألوف ولهذا انتشرت عادة وضع عدادات على جانب الشوارع الرئيسية لحساب مدة وقوف السيارات بمقابل في معظم مدن أوروبا.

وفي مصر قضت محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر بتاريخ ٢١ ديسمبر ١٩٥٤م إذ جاء هذا الحكم " متى كان مبنى طلب إلغاء القرار الصادر من المجلس البلدي لمدينة السويس بطرح عملية النقل في المزايدة والقرار الإداري الذي تضمنه كتاب محافظ السويس الخاص بتمديد مدة التراخيص المؤقتة ولما كان مبنى طلب إلغاء القرار بين موضوع الدعوى أنهما مشوبان بعيب إساءة استعمال السلطة لاستهدافهما مصلحة مالية خاصة للبلدية وهي الإتاوة التي نصت عليها التراخيص ورفعت من شأنها دعاوى مدنية مما يبرر إنهاء أو سحب التراخيص بل هو غرض غير مشروع منظوي على إساءة استعمال السلطة متى كان ذلك فإن هذا الطلب يكون على غير أساس سليم من القانون؛ لأن الأسباب المالية التي أدت إلى سحب التراخيص لامتناع المدعين عن دفع الإتاوة بل تدخل ضمن المصلحة العامة ومن ثم فإن المجلس البلدي إذا استهدف بإلغائها أن يفيد مالياً لبلدتها له مواجهة نفقات إصلاح شوارع المدينة؛ التي جاء في بعض الملف الخاص بالسيارات أنها تتأثر بعمل الشركات المرخص لها عملاً دائماً مستمراً وان نفقات إصلاحها تصل إلى مبالغ كبيرة وإنما استهدفت هدفاً مشروعاً وليس ثمة شك في أن موازنة الميزانية المحلية من أغراض المصلحة العامة^(١٣١٤).

وقد ساير المشرع اليمني هذا الاتجاه بأن أجاز للإدارة فرض رسوم على استعمال بعض الأموال العامة المخصصة للاستعمال العام خروجاً على قاعدة المجانية في الاستعمال ويظهر ذلك جلياً عندما أجاز قانون السلطة المحلية للوحدات المحلية "المديريات" فرض رسوم على استخدام أراضيات الأسواق العامة والأرصفة، وكذلك رسوم الانتفاع بمواقف السيارات المخصصة لوقوف سيارات نقل الركاب والبضائع سواء بين المدن أو المحافظات^(١٣١٥)، وقد حدد قرار رئيس الوزراء قيمة أوعية تلك الرسوم المحلية لأنواع

^(١٣١٢) د. سليمان الطماوي : مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٥٦٥.

^(١٣١٣) راجع المادة (٤٨) من دستور الجمهورية اليمنية لسنة ٢٠٠١م.

^(١٣١٤) محكمة القضاء الإداري ٣١ ديسمبر ١٩٥٤م مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري، لسنة ٦٩ رقم ١٤٠، ص ١٨٣ المشار إليه. د. محمد عبد الحميد أبو زيد : حماية المال العام، مرجع سابق، ص ١٨٣.

^(١٣١٥) راجع المادة (١٢٣) من قانون السلطة المحلية اليمني رقم ٤ لسنة ٢٠٠٠م.

المختلفة لمواقف السيارات^(١٣١٦)، واستعمال الجمهور لهذا النوع من الأموال العامة مرتبط أساساً بالحريات العامة كفلها الدستور والضوابط ما هي إلا لصيانة هذا الاستعمال وحفاظاً على هذا المال العام وتيسير استعماله من الجميع من دون معوقات أو تعكير طمأنينة الناس.

*أما بالنسبة لمساواة المنتفعين في الاستعمال المشترك للمال العام :

أن مبدأ المساواة بين الناس يعد من أهم المبادئ الأساسية التي أكدتها الأديان السماوية بصفة عامة والدين الإسلامي بصفة خاصة الذي قرره منذ أن أشرق نوره وقضى على الفوارق بين الناس وبين لهم أن أصلهم واحد قال تعالى:

((يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ))^(١٣١٧)، فالإسلام ينظر إلى الناس نظرة واحدة فهم خلقوا من أصل واحد فأبوهم آدم - عليه السلام- وأمهم حواء، ولذلك فالناس سواسية أمام شرع الله وأن المقياس الذي يتفاضلون به هو تقوى الله، أي مقدار التزامهم بأمره - سبحانه وتعالى- وخوفهم منه وإقامتهم لحدوده وكفهم عن معاصيه، فلا اعتبار في تقويم هذا الإنسان بلونه أو لغته أو جنسه أو قبيلته أو بلدة أو حالته الاجتماعية أو الاقتصادية، وهذا ما قرره الرسول عليه الصلاة والسلام عندما خطب الناس يوم فتح مكة فقال: "يا أيها الناس أن الله أذهب عنكم عبية الجاهلية وتعاضمها بأبائها، فالناس رجالان : بر تقي كريم على الله، وفاجر شقي هين على الله، والناس بنو آدم وآدم من تراب"^(١٣١٨).

فإن الدارس أحكام الإسلام يجد المساواة موجودة في العبادات والمعاملات والحدود وغيرها، فما من عبادة إلا وتبرز فيها المساواة بين الناس بشكل واضح، ففي الصلاة نجد الناس يصلون بالمسجد ويقفون صفوفاً متراصين الفقير بجوار الغني والرئيس بجوار المرؤوس وكلهم يؤديون أركان الصلاة في وقت واحد، كذلك نرى تحقيق المساواة في الصوم، الزكاة، الحج، وفي الحدود وسائر العقوبات فالناس سواء أمام شرع الله^(١٣١٩).

وقد ورد مبدأ المساواة في إعلانات الحقوق^(١٣٢٠) والدساتير على السواء ومنها دساتير الدول موضوع المقارنة فرنسا ومصر واليمن.

ففي فرنسا نجد مبدأ المساواة مصدرية في المادة الثانية من الدستور الصادر ١٩٥٨م فقد نصت على أن " تكفل فرنسا مساواة جميع المواطنين أمام القانون دون تمييز يرجع إلى الأصل أو الجنس أو العقيدة"^(١٣٢١) أما في مصر نجد مبدأ المساواة مصدرية من نص المادة ٥٣ من الدستور الجديد ٢٠١٤م التي تنص على أن " المواطنون لدى القانون سواء وهم متساوون في الحقوق والواجبات العامة، لا تمييز بينهم بسبب الدين أو العقيدة أو الجنس أو الأصل أو العرق أو اللون أو اللغة أو الإعاقة...."، أما في اليمن نجد هذا المبدأ مصدرية

١٣١٦) راجع المادة (١٥) من قرار مجلس الوزراء رقم ٢٨٣ لسنة ٢٠٠١م بشأن تحديد قيم أوعية الرسوم

المحلية المنصوص عليها في المادة ١٢٣ من قانون السلطة رقم ٤ لسنة ٢٠٠٠م.

١٣١٧) الآية ١٣ من سورة الحجرات.

١٣١٨) محمد بن عيسى الترمذي : الجامع الصحيح وهو سنن الترمذي، ط١، دار ابن حزم للطباعة والنشر

والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٢م، ص ٩٠٧.

١٣١٩) د. محمد عبد القادر أبو فارس : النظام السياسي في الإسلام، ط٢، دار الفرقان، عمان، ١٩٨٦م، ص ٤٣ -

٤٤

١٣٢٠) نصت المادة الأولى من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في ١٠ ديسمبر ١٩٤٨م على أن " يولد

جميع الناس أحراراً متساويين في الكرامة والحقوق وقد وهبوا عقلاً وضميراً وعليهم أن يعامل بعضهم بعضاً بروح الإخاء".

١٣٢١) راجع النص د. محمد عبد اللطيف : الضمانات الدستورية في المجال الضريبي، دراسة مقارنة بين مصر

والكويت وفرنسا، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٩م، ص ١٣٠.

في نص المادة ٤١ من الدستور المعدل لسنة ٢٠٠١م فقد نصت المادة على أن " المواطنون جميعهم متساوون في الحقوق والواجبات العامة ".
والمقصود بالمساواة التي توجبها الدساتير المساواة القانونية لا المساواة الفعلية فليس الغرض أن يتساوى الناس جميعاً مهما اختلفت كفاءتهم ومؤهلاتهم وإنما المراد بالمساواة حماية القانون إذ يتمكن كل شخص من التمتع بنفس المنافع الاجتماعية وليدة القانون التي يتمتع بها الآخرون^(١٣٢٢).
وإذا كان استعمال المال العام يفترض المساواة بالنسبة إلى الجميع إلا أن هذه المساواة ليست مطلقة وإنما تحقق بين المتماثلين في الشروط والأوضاع وعلى ذلك يجوز للإدارة من دون أن يكون في تصرفاتها إخلالاً بمبدأ المساواة أن تقصر استعمال المال العام على فئات معينة من البشر يتشابه أفرادها في مراكزهم القانونية كأن تجعل الانتفاع ببعض الحدائق مثلاً مقصوراً على فئات كالأطفال أو تقصر الانتفاع بالمال العام يوماً وأيام على النساء وحدهن^(١٣٢٣).
فإذا كانت المساواة مطلقة أمام الله وأمام القضاء، فإن في الأمور الدنيوية المساواة تتجسد في إتاحة الفرص لكل فرد في المجتمع، ولكنها لا تعني وحدة المعاملة في كل شيء إلا أن المساواة تتعرض للاختلال إذا تم احتكار مزايا لأفراد وتحرم على آخرين هنا تنتهي الفرص المتساوية^(١٣٢٤).
نخلص مما سبق أن القانون اليمني قد تبنى القواعد نفسها التي تنظم الاستعمال العام للمال العام في القانون الفرنسي والمصري إذ أن هذا الاستعمال تحكمه قاعدة حرية الاستعمال، والمساواة بين المنتفعين، وإن يكون هذا الاستعمال مجانياً ومن دون مقابل، ولكن الحرية والمساواة في الاستعمال العام ليست مطلقة وإنما مقيدة بقيود منح المشرع للإدارة سلطة ذلك سواء من أجل الحفاظ على النظام العام بعناصره الثلاثة الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة أو تقييد ذلك الاستعمال لغرض الحفاظ على المال العام وتنظيم استخدامه استخداماً أمثلًا ولكافة.
فإن القوانين واللوائح المنظمة لهذا الاستعمال قد كفلت مبدأ الحرية والمساواة حيث أنها تتضمن قواعد عامة مجردة تنظم مراكز قانونية عامة.

الفرع الثاني

الاستعمال الخاص للمال العام

بجانب الاستعمال العام للمال العام، يوجد أيضاً الاستعمال الخاص لهذا المال، ويكون استعمال المال العام استعمالاً خاصاً في حالة استئثار الفرد بجزء من هذا المال استثنائاً يمنع غيره من استعماله، وهو بهذا المعنى استعمالاً يغيّر بصفة عامة الغرض الذي من أجله خصص المال العام، وإن كان لا يحول دون تحقيق هذا الغرض، وهو استعمال لا يتميز بتجهيل المنتفع كما هو الحال في الاستعمال المشترك والذي سبق التعرض له، بل هو استعمال فرد أو أفراد محددين بذواتهم لجزء من المال العام بصورة تجعل من المتعذر على غيرهم استعماله^(١٣٢٥).
فالانتفاع الخاص بالمال العام يتوقف على إذن سابق من الإدارة حيث تتمتع الإدارة إزاءه بسلطة تقديرية واسعة، سواء في السماح به أو أنهائه بإرادتها المنفردة وللأسباب التي تقدرها، وهي لا تسمح به إلا إذا تأكدت أن هذا الانتفاع الخاص لا يعوق الانتفاع العام، وهو استعمال الأصل فيه أنه بمقابل، لأنه ينطوي على

^(١٣٢٢) د. مطهر محمد إسماعيل العزي : المبادئ الدستورية العامة والنظام الدستوري في الجمهورية اليمنية واثر التعديلات على نظام الحكم، مكتبة ومركز الصادق، صنعاء، ٢٠٠٦م، ص ٢٨٠.
^(١٣٢٣) د. محمد رفعت عبد الوهاب و د. حسين عثمان محمد : مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٤٦٧.
^(١٣٢٤) د. خالد عمر باجنيد و احمد صادق الجيزاني : الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار جامعة عدن للطباعة والنشر، ٢٠٠٣م، ص ٢٨٢.
^(١٣٢٥) د. زين العابدين بركات : مبادئ القانون الإداري، المطبعة الجديدة، دمشق، ١٩٧٦م، ص ٧١٦، ٧١٧.

حرمان الغير من الانتفاع به، وعلى استعمال المال العام في غير ما أعد له، ولأنه كثيراً ما يكون مورد كسب لصاحبه.

والاستعمال الخاص للمال العام تتفاوت صورة على وفق مدى اتفاقها مع الغرض الذي من أجله خصص هذا المال فقد يكون استعمالاً عادياً أو غير عادي.

فالاستعمال العادي : هو الاستعمال الذي يتفق مع الغرض الأصلي الذي خصص له المال العام؛ كأنفراد تاجر بجزء من السوق العام لعرض بضاعته أو استعمال الأفراد المقابر لدفن موتاهم^(١٣٢٦).

أما الاستعمال الغير عادي : هو الاستعمال الذي يختلف عن الغرض الذي خصص له المال العام أصلاً مما يؤدي إلى حرمان الآخرين من استعمال هذا الجزء من المال في الغرض المخصص له، ومن الأمثلة على ذلك انفراد بعض الأفراد باستعمال أجزاء من الشارع العام بوضع (أكشاك) لبيع الصحف، وأصحاب المقاهي بوضع الكراسي والمناضد على أرصفة الشوارع، أو إقامة محطة بنزين لتزويد السيارات بالوقود في إحدى الميادين العامة، فإن هذا الاستعمال غير العادي في هذه الحالات يعتبر استثناءً يرد على الأصل العام وهو تحريم هذا النوع من الاستعمال، من أجل أن يظل المال العام مخصصاً للاستعمال المشترك أو الجماعي، ولما كان هذا النوع من الانتفاع يتوقف على إذن سابق من الإدارة في كل حالة على حدة فهي إذن، أي الإدارة، تتمتع بإزاءه بسلطة تقديرية واسعة سواء في السماح به أو إنهائه بإرادتها المنفردة وللأسباب التي تقدرها. وتظهر موافقة الإدارة على الاستعمال الفردي غير العادي للمال العام أما في صورة ترخيص إداري وأما في صورة عقد بينها وبين المستعمل.

وسوف نعرض فيما يلي بشي من الإيجاز لنوعي الاستعمال الخاص :

أولاً: الاستعمال الخاص الذي يتم في صورة ترخيص :

وهنا يتم الترخيص باستعمال المال العام بموجب قرار تصدره الإدارة بإرادتها المنفردة، وتتمتع في إصداره سلطة تقديرية حتى تتمكن من مراعاة المصلحة العامة المتصلة بالمال المراد الترخيص باستعماله^(١٣٢٧)، وللإدارة إلغاء ترخيص الاستعمال غير العادي في أي وقت إذا خالف المرخص له شروط الترخيص، أو إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، ذلك أن الترخيص بطبيعته تصرف إداري مؤقت، وهو بهذه المثابة يفترق عن القرار الإداري الذي يكتسب حصانة تعصمه من السحب أو الإلغاء متى صار نهائياً بمضي وقت معلوم^(١٣٢٨)، والمرخص له في استعمال المال العام يخضع في هذا الاستعمال لقواعد تنظيمية معدة سلفاً، ويجوز تعديلها بصرف النظر عن إرادته، كما أن مقابل الاستعمال الذي يدفعه للإدارة لا يعد أجراً لأنه ليس في مركز تعاقدية مع الإدارة وإنما يكون مجرد رسم تستطيع الإدارة تغيير قيمته بإرادتها المنفردة^(١٣٢٩).

ثانياً: الاستعمال الخاص الذي يتم في صورة عقد :

هناك فارق بين مركز المنتفع بالمال العام انتفاعاً خاصاً حال كونه بموجب ترخيص أو عقد إداري، فسبق أن رأينا أن المركز القانوني للمنتفع في حالة الترخيص يخضع لنظام القرارات الإدارية، أما في حالة العقد فإن مركزه يصبح أكثر استقراراً وذلك لتطبيق أحكام العقود الإدارية على وضعة^(١٣٣٠). والترخيص بالاستعمال في هذه الحالة يتم بناءً على اتفاق بين جهة الإدارة والأفراد يتخذ صورة عقد إداري، والقواعد القانونية التي تنظم هذا النوع من الاستعمال ترتب للمنتفع على المال العام حقوقاً تختلف في مداها

^(١٣٢٦) د. إبراهيم عبد العزيز شيحا : الوسيط في مبادئ وأحكام القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٤٠٢.

- د. ماجد راغب الحلو : مرجع سابق، ص ٢٠١.

^(١٣٢٧) د. ماجد راغب الحلو : القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٢٠٣.

^(١٣٢٨) د. عمرو فؤاد بركات : القانون الإداري، ١٩٨٥م، ص ٤١٣.

^(١٣٢٩) د. ماجد راغب الحلو : القانون الإداري، مرجع سابق، ص ١٨٦.

^(١٣٣٠) د. سليمان الطماوي : مبادئ القانون الإداري، سنة ١٩٧٩م، ص ٥١٣.

وقوتها بحسب طبيعة الانتفاع وطبيعة المال، على أنها في جملتها تتسم بطابع من الاستقرار في نطاق المدة المحددة في الترخيص، وتلتزم الإدارة باحترام حقوق المرخص له في الانتفاع بمعنى أنه لا يسوغ لها إلغاء الترخيص كلياً أو جزئياً طالما كان المنتفع قائماً بتنفيذ التزاماته، علاوة على قيام الإدارة بمساعدة المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته إذا ألت بظروف غير عادية، ومنحة تعويضاً عما لحقه من أضرار في حالة إلغاء الترخيص^(١٣٣١)، ومتى انتهى العقد وجب على المتعاقد إخلاء المال العام فوراً وإزالة منشأته ما لم ترى جهة الإدارة الاحتفاظ بها، ويفضل بعض الفقهاء^(١٣٣٢) أن تلتزم الجهات الإدارية باللجوء إلى أسلوب الترخيص في حالات الاستعمال الخاص غير العادي للمال العام، وإلى أسلوب العقد في حالات الاستعمال الخاص غير العادي للمال العام، وإلى أسلوب العقد في حالات الاستعمال الخاص غير العادي للمال العام، ذلك أن الترخيص يخول جهة الإدارة سلطات أوسع مما لو سلكت طريق العقد الإداري.

ففي مصر القاعدة العامة أن كل العقود التي يكون محلها إشغال المال العام تعد عقود إدارية وتكون المنازعات المتعلقة بها من اختصاص مجلس الدولة^(١٣٣٣). وقد استخلصت هذه القاعدة بما قرره المحكمة الإدارية العليا وهي إذ تقول وبعبارة حاسمة: " إن ملكية الأموال العامة هي من الموضوعات التي يستقل بها القانون العام وان ترتيب سبل الانتفاع بالمال العام يجري على وفق أوضاع وإجراءات القانون العام"^(١٣٣٤) وقد صدر حكم المحكمة الإدارية في قضية تصور وقائعها عقداً من عقود (امتياز الدومين العام) وأجريت وقائع هذه القضية في شكل ترخيص صدر من مديرية الآثار العربية وأعمال الحفر إلى احد الأفراد يخوله استعمال مساحة من أراضيها لاستعماله الخاص وقد حدد مدة الترخيص والرسم المستحق للإدارة وقد احتفظت الإدارة بحقها بإلغائه في أي وقت بمجرد إعلانه وكذلك أن الترخيص يمكن تجديده لمدة أخرى من تلقاء نفسه ما لم يعلن أحد الطرفين بعدم رغبته في التجديد قبل مضي المدة بشهر وقد ثار نزاع بين الإدارة المعنية وذلك المنتفع قضت محكمة القضاء الإداري بأن هذا الترخيص لا يرقى إلى مرتبة العقد الإداري ولكن المحكمة الإدارية ذهبت - بحق - إلى غير ذلك وقالت في حكمها الذي يعد من الأحكام ذات المبادئ:

" إن هذا السند قد اصيغ بصيغة العقد الإداري...ولا يغير من ذلك وصف هذا العقد بأنه ترخيص؛ لان الحكومة حين خصت هذا المواطن جزء من المال العام فإنها كانت مستغلة لهذا الجزء بوصفها مالكة ملكية تحكمها قواعد القانون العام ولم يكن ذلك إفصاحاً عن إرادة الإدارة الملزمة بل نتيجة لاتفاق تبادل فيه الطرفان الحقوق والواجبات وغني عن البيان أن العقد الذي يكون محله الانتفاع بمال عام هو بطبيعته من العقود التي تخضع لأحكام القانون العام؛ لأنها توافق طبيعة المال ولا تصالها الوثيق بمقتضيات النفع العام. وفي اليمن أجاز المشرع اليمني الاستعمال الخاص للمال العام عن طريق عقد يتم بين الإدارة التي يتبعها المال العام وتشرف عليه، فنجد أن القانون رقم ٢٤ لسنة ٢٠٠٢م بشأن المناجم والمحاجر منح هيئة المساحة الجيولوجية والثروات المعدنية سلطة البت في عقود استغلال المواد والصخور الصناعة والإنشائية، ولكن اشتراط صدور قانون بالتصديق على عقود استغلال المعادن الفلزية والمواد المشعة والنفيسة ويجب أن يتضمن العقد الأحكام والشروط العامة والخاصة للحقوق والالتزامات لكل من الهيئة وصاحب العقد وتعد هذه العقود عقوداً إدارية إذ أن القانون أجاز للهيئة إلغاء العقد في حالات مخالفة المتعاقد^(١٣٣٥)

^(١٣٣١) لمزيد من التفصيل راجع د. صلاح الدين فوزي: قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨م، المشاكل العملية والحوال القانونية دراسة مقارنة تحليلية تأصيلية مقارنة للعقود الإدارية، دار النهضة العربية، ٢٠١٢م، ص ١٨٧.

^(١٣٣٢) د. عبد الفتاح حسن: مبادئ القانون الإداري، دار النهضة العربية، ١٩٨٤م، ص ٧٦٢.

^(١٣٣٣) د. مصطفى أبو زيد فهمي: الوسيط في القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٤٧٣.

^(١٣٣٤) حكم المحكمة العليا في ١٨ / ٢ / ١٩٨٩م من مجموعة أحكامها، السنة السابعة، ص ٥٣٥، بند ٥٥.

^(١٣٣٥) راجع المواد (١٦، ١٨، ١٧) من قانون المناجم والمحاجر رقم ٢٤ لسنة ٢٠٠٢م.

الشروط الواردة في العقد، أو لم يسدد التزاماته المالية، ولا يحق لصاحب العقد أن يطلب من الهيئة والحكومة أي تعويض أو استرجاع لأي بدل أو مبالغ، وفي حالة الخلاف بين الهيئة والمستفيد، ولكن يحق للأخير التظلم من القرار الإداري إلى القضاء، أي أن الاختصاص منعقد للقضاء العادي في المنازعات المتعلقة بالعقد.

مما تقدم نجد أن القانون اليمني يجيز الانتفاع الخاص بالمال العام في صورة عقد شأنه شأن القانون الفرنسي والمصري، ولكن بشرط عدم تعارضه وتخصيص المال للاستعمال العام وتمتع الإدارة بسلطة تعديل هذه العقود أو إلغائها وبحسب مقتضيات المصلحة العامة، ولضمان استمرار تخصيص المال العام للمنفعة العامة كفل له المشرع حماية قانونية.

وقد وضع المشرع المصري ضوابط عامة بشأن التصرف في الأموال العامة بموجب المادتين (٣٠، ٣١) من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨م بشأن المناقصات والمزايدات، حيث نصت المادة (٣٠) من القانون على أن " يكون بيع أو تأجير العقارات والمنقولات والمشروعات التي لها الشخصية الاعتبارية والترخيص بالانتفاع أو باستغلال العقارات بما في ذلك المنشآت السياحية والمقاصف، عن طريق مزايده علنية عامة أو محلية أو بالمظاريف المغلقة، ومع ذلك يجوز استثناء بقرار مسبب من السلطة المختصة التعاقد بطريق الممارسة المحدودة فيما يلي :

- أ) الأشياء التي يخشى عليها من التلف ببقاء تخزينها.
 - ب) حالات الاستعجال الطارئة التي لا تحتمل إتباع إجراءات المزايدة.
 - ج) الأصناف التي لم تقدم عنها أية عروض في المزايدات أو التي لم يصل ثمنها إلى الثمن الأساسي.
 - د) الحالات التي لا تتجاوز قيمتها الأساسية ٥٠٠٠٠٠ جنيهاً ويتم ذلك كله وفقاً للشروط والأوضاع التي تبينها اللائحة التنفيذية للقانون المشار إليه، ولا يجوز في أي حالة تحويل المزايدة إلى ممارسة محدودة^(١٣٣٦).
- كما قررت المادة ٣١ من ذات القانون أنه " يجوز في الحالات العاجلة التي لا تحتمل إتباع إجراءات المزايدة أو الممارسة المحدودة أن يتم التعاقد بطريق الاتفاق المباشر بناءً على ترخيص من :
- أ) رئيس الهيئة، أو رئيس المصلحة ومن له سلطاته في الجهات الأخرى وذلك فيما لا يتجاوز قيمته ٢٠٠٠٠ جنية.

ب) الوزير المختص ومن له سلطاته أو المحافظ فيما لا يتجاوز قيمته ٥٠٠٠٠ جنية"

رأي الباحث: من المادتين السابقتين يتضح مدى حرص المشرع على تحري الدقة الواجبة في التعامل في الأموال العامة ومن ثم التصرف فيها، فقد فرض ثلاثة أساليب وهي :

أ) أسلوب المناقصات والمزايدات : وفيها تقوم الإدارة بالتعاقد مع من يتقدم إليها بأقل عرض (عطاء) في حالة المناقصات وبأكبر عرض في حالة المزايدات مع مراعاة أن يسبق ذلك كله أفضلية العطاء من الناحية الفنية.

ب) أسلوب الممارسة : وفيه يتم توجيه الدعوة إلى الموردين أو المتعاقدين، ويتم مناقشة الموردين والمقاولين وممارستهم في جلسات علنية.

ج) أسلوب الاتفاق المباشر : وفيه تتعاقد الإدارة مع من تشاء من الموردين أو المقاولين فيما لا تزيد قيمته عن حدود معينة مع ملاحظة أن الأصل هو أن يتم إتباع أسلوب المناقصات والمزايدات، أما أسلوب الممارسة أو الاتفاق المباشر فلا يتم إتباع أي منها إلا في حالات محدودة.

وقد صدر مؤخراً القانون رقم ١٤٨ لسنة ٢٠٠٦م متضمناً تعديل بعض أحكام القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨م وذلك عن طريق إضافة مادة جديدة برقم ٣١ مكرر نصها كالآتي " استثناءً من أحكام المادتين ٣٠، ٣١ من هذا القانون يجوز التصرف في العقارات أو الترخيص بالانتفاع بها أو باستغلالها بطريق الاتفاق المباشر لو اضعي اليد عليها الذين قاموا بالبناء عليها أو لمن قام باستصلاحها واستزراعها من صغار المزارعين بحد

(١٣٣٦) د. صلاح الدين فوزي : قانون المناقصات والمزايدات، مرجع سابق، ص ١٨٧.

قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨م ولائحة التنفيذية وفقاً لأخر التعديلات ٢٠١٤، ص ١٨.

أقصى مائة فدان في الأراضي الصحراوية والمستصلحة وعشرة أفدنة في الأراضي الزراعية القديمة، وكذلك بالنسبة إلى زوائد التنظيم، وفي غير ذلك من حالات الضرورة لتحقيق اعتبارات اجتماعية أو اقتصادية تقضيها المصلحة العامة، وذلك كله وفقاً للقواعد والإجراءات التي يصدر بها قرار من مجلس الوزراء بناءً على اقتراح وزير المالية، يتضمن الشروط التي يلتزم توافرها لإجراء التصرف أو الترخيص، وتحديد السلطة المختصة بإجرائه واعتماده وأسس تقدير المقابل العادل له وأسلوب سدادة^(١٣٣٧).

وقد جاء هذا التعديل مخيّباً للأمال العراض التي تلتبسها الأمة من مجلسها التشريعي، فهذا التعديل في جملة قد أباح التصرف في المال العام بجميع الطرق، فبعد أن كان التصرف في المال العام محاطاً بضمانات عديدة تتصل في بعض الأحيان إلى حد الاستحالة، أصبح الآن وبعد صدور هذا القانون الأخير سهلاً وميسراً إذ يكفيك للحصول على الأموال العامة أن تستولي على ما شئت منها ثم تحبسه بين يديك، وبدلاً من أن ينالك العقاب الرادع على أعمالك، تأتي لتحصل على المكافأة الكبرى لفلتلك ألا وهي تقنين وضعك وتصحيح تصرفك بحصولك على عقد للتملك^(١٣٣٨).

نتساءل هنا - هل حقق هذا التعديل العدالة المرجوة ؟

يرى الباحث أن هذا التعديل الأمر الذي يقتضي ضرورة المسارعة في إصدار قانون تنظيم التصرف في أراضي الدولة التي تعد من أهم مصادر التمويل تحقيقاً لحماية ممتلكات الشعب من الضياع، فالقاعدة أنه لو تم الخروج على مبدأ عدم جواز التصرف في الأموال العامة، وتم بيع جزء مئة إلى أحد الأشخاص فإن التقدّم المكسب للملكية يبدأ من هذا التاريخ، أي بعد أن تزول عن المال تلك الحصانة اللازمة لبقائه كمال عام ويكون المتصرف إليه مالكاً لا بالاعتماد على التصرف الذي وقع بينه وبين الإدارة، بل يكون قد اكتسب الملكية بالتقادم، وبذلك يكون القانون ١٤٨ لسنة ٢٠٠٦م المشار إليه قد جاء مخالفاً لأبسط مظاهر حماية المال العام المتعارف عليها على مدار قرون عديدة، لذلك وجب على أولي الأمر المبادرة إلى إعادة النظر فيه فوراً وإلا استحق الحكم بعدم دستوريته. ويهيب الباحث بالسلطة التشريعية المبادرة عند أول تعديل لقانون المناقصات والمزايدات العمل على إزالة هذا التعارض بين الحماية المقررة للأموال العامة وما أحدث القانون ١٤٨ لسنة ٢٠٠٦م من جواز التصرف في الأموال العامة خاصة بعد تفاقم المشاكل التي نتجت عن هذا التعديل^(١٣٣٩).

^(١٣٣٧) نشر بالجريدة الرسمية العدد ٢٨ (مكرر) في تاريخ ٢٠٠٦/٧/١٥م.

- راجع القانون رقم ٢٣ لسنة ٢٠٠٧م بشأن المناقصات والمزايدات اليمني.

- نتج عن ظهور الإشكاليات في جانب الأراضي الاحتقان والمصادمات بتظلمات مما أدى إلى تشكيل لجنة معالجة قضايا الأراضي في المحافظات الجنوبية وصلت إلى ٣٣٠٠ طلب لاستثمارات التظلم بتاريخ ٢٠١٣/٣/٢٥م، صحيفة الجمهورية.

^(١٣٣٨) انظر التقرير البرلماني في مجلس النواب اليمني تورط ١٤٨ متنفذ بالتعدي على الأراضي بمحافظة الحديدة وأوضحت الإحصائية لفرع الهيئة العامة للأراضي أورها التقرير ما يزيد على ٤٠٠ حالة اعتداء على أراضي الدولة بمديريات الحديدة.

^(١٣٣٩) حكم المحكمة الإدارية العليا بجلسة ١٤ / ٩ / ٢٠١٠م في الطعن رقم ٣٠٩٥٢، ٣١٣١٤ لسنة ٥٦

القضائية عليا بخصوص : بطلان عقد البيع الابتدائي ببيع هيئة المجتمعات العمرانية الجديدة إلى الشركة العربية للمشروعات والتطوير العمراني، ثمانية آلاف فدان لإقامة مشروع مدينتي بمدينة القاهرة الجديدة.

- مزيداً من التفصيل د. صلاح الدين فوزي : قانون المناقصات والمزايدات، مرجع سابق، ص ٣٩٤.

- د. ثروت بدوي : القانون في إجازة، مقال منشور بجريدة الأهرام، عدد الجمعة بتاريخ ٣٠ / ٤ / ٢٠١٠م " لقد هالني وأفزعني ما لمستته طوال العقود الثلاثة الماضية من أهدار لثروات البلاد ومن حالات التصرف في الأموال العامة دون إتباع الأساليب القانونية السليمة، ومن غير المختصين بالتصرف في أملاك الدولة، وفي بعض الأحيان عن جهل بأحكام التصرف في تلك الأموال.....".

- بطلان تخصيص ثلاثة مليون متر لشركة بور توفينيس بالعين السخنة، ٢٠٠٨م، قضية ارض سوديك.

الخاتمة

لقد خلصت دراسة البحث إلى جملة من النتائج بالإضافة إلى مجموعة من التوصيات كما يلي:

أولاً النتائج:

- ١- أسفرت الدراسة عن تبني نظرية تقليدية للأموال العامة تقوم على التفرقة بين أموال الدولة وتصنيفها إلى أموال عامة وأخرى خاصة، وجعلت من معيار تحقيق المصلحة العامة أساساً للتفرقة بينهما ومن أوائل الدول التي أخذت تشريعاتها بتلك النظرية فرنسا كما أخذ بها المشرعان المصري واليمني وكذا أغلب التشريعات ومن أهم ما ترتب على الأخذ بتلك النظرية تمتع الأموال العامة بنظام حماية خاص يمتاز بالشدّة وعدم التهاون.
- ٢- أوضحت الدراسة بأن المشرع اليمني في القانون رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢م بشأن تنظيم النقابات العمالية لم يشر بصريح النص إلى تكييف أموال المنظمات النقابية وبيان طبيعتها من ناحية، أو النص على اعتبارها أموالاً عامة أسوة بالمشرع المصري الذي صرح بالمادة (٤٥) من القانون ٣٥ لسنة ١٩٧٦م بشأن النقابات العمالية على أنه "...تعتبر أموال المنظمات النقابية أموال عامة بصفة خاصة فيما يتعلق بتطبيق أحكام قانون العقوبات...".
- ٣- لقد توفّق المشرع المدني اليمني أنه قيد حرية الدولة والأشخاص الاعتبارية العامة في التصرف في أموالها الخاصة بأن جعل ذلك وفقاً لأوجه التصرف المبينة في القانون، وبالتالي فإن أي تصرف لم يرد بشأنه نص صريح ومحدد يجيزه يتسم بالبطلان، ولا يترتب عليه أي أثر قانوني، وللدولة أن تسترد كافة الأموال المملوكة لها.
- ٤- بينت الدراسة أن المشرع اليمني أغفل تحديد الطبيعة القانونية لأموال المشروعات العامة، وذلك في القانون الخاص بالهيئات والمؤسسات والشركات العامة رقم ٣٥ لسنة ١٩٩١م، مكتفياً في ذلك بما جاءت به المادة الثانية عند تعريفها للمؤسسة العامة بقولها: "وتملكها الدولة ملكية كاملة".

ثانياً التوصيات:

١. معالجة القصور التشريعي المتعلق بحماية أموال الأشخاص ذات النفع العام مثل الجمعيات والمؤسسات الأهلية، والمنظمات النقابية والأندية الرياضية والأحزاب السياسية والمؤسسات الصحفية وغيرها من منظمات المجتمع المدني وذلك فيما يتعلق بأموالها التي تحقق منفعة عامة، والنص صراحة على عدم جواز إكتساب ملكيتها بالتقادم وتنظيم مسألة جواز الحجز على أموالها بما يكفل عدم توقف تلك المؤسسات عن أداء خدماتها من ناحية، والمحافظة على حقوق الأفراد من ناحية أخرى، وإيجاد آلية معينة تحدد الأموال التي لا يجوز الحجز عليها، وضبط عملية التصرف في أموال تلك الجهات، كما نهيب بالمشرع اليمني الإطلاع على تشريعات الدول المختلفة في هذا المجال والاستفادة منها.
٢. تعتبر ظاهرة الإعتداء على أراضي وعقارات الدولة في اليمن من أبرز الظواهر التي تقشت في العقدين الأخيرين بصورة كبيرة لذا نأمل من المشرع الجنائي إضافة نصوص قانونية تتعلق بجريمة غصب الأراضي وعدم الإكتفاء بنص المادة (٣٢٣) عقوبات أسوة بالمشرع المصري.
٣. التعديل في قانون أراضي وعقارات الدولة الكفيلة بحمايتها وإعادة كل ما تم الاستيلاء عليه منها حتى ينشط الإقتصاد القومي ورفع مستوى الأستثمار بالبلاد.

المراجع

القرآن الكريم:

- الآية (١٣) من سورة الحجرات.

المراجع باللغة العربية

المؤلفات:

١. القاضي. حسين بن محمد المهدي: الجرائم الماسة بالوظيفة العامة، ٢٠٠٣م
٢. د. إبراهيم شيحا : أصول القانون الإداري - دراسة مقارنة -، ٢٠٠٢م
٣. د. إبراهيم عبد العزيز شيحا: الأموال العامة، الاسكندرية، ٢٠٠٦م.
٤. د. إبراهيم عبد العزيز شيحا: الوسيط في مبادئ وأحكام القانون الإداري، الاسكندرية، ١٩٩٩م.
٥. د. السيد خليل هيكل : الرقابة على المؤسسات العامة الإنتاجية والاستهلاكية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧١م.
٦. د. توفيق شحاتة : القانون الإداري - الجزء الأول - دار النشر للجامعات المصرية ١٩٥٥م.
٧. د. خالد عمر باجنيد : القانون الإداري اليمني، دار جامعة عدن، ٢٠٠٠م.
٨. د. خالد عمر باجنيد و احمد صادق الجيزاني : الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار جامعة عدن للطباعة والنشر، ٢٠٠٣م.
٩. د. زين العابدين بركات : مبادئ القانون الإداري، المطبعة الجديدة، دمشق، ١٩٧٦م.
١٠. د. زين العابدين ناصر : محاضرات في علم المالية العامة والتشريع المالي، دار الثقافة الجامعية، سنة ١٩٨٩م.
١١. د. سليمان الطماوي : مبادئ القانون الإداري، سنة ١٩٧٩م.
١٢. د. سامي جمال الدين : أصول القانون الإداري، ج٢، دار المطبوعات الجامعية، سنة ١٩٩٦م.
١٣. د. صلاح الدين فوزي : قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨م، المشاكل العملية والحلول القانونية دراسة مقارنة تحليلية تأصيلية مقارنة للعقود الإدارية، دار النهضة العربية، ٢٠١٢م.
١٤. د. طعيمه الجرف : القانون الإداري، دار النهضة العربية، ١٩٧٨م.
١٥. د. عبد الفتاح حسن : مبادئ القانون الإداري، دار النهضة العربية، ١٩٨٤م.
١٦. د. ماجد راغب الحلو: القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٦م.
١٧. د. عمرو فؤاد بركات : القانون الإداري، ١٩٨٥م.
١٨. د. محمد باهي أبو يونس : أحكام القانون الإداري (القسم الخاص)، دار الجامعة الجديدة للنشر، ١٩٩٦م.
١٩. د. محمد رفعت عبد الوهاب و د. حسين عثمان محمد : مبادئ القانون الإداري، دار المطبوعات الجديدة، ٢٠٠١م.
٢٠. د. محمد زهير جرانه : حق الدولة والافراد على الاموال العامة، مكتبة عبدالله وهبة، ١٩٤٣م .
٢١. د. محمد عبد الحميد أبو زيد : الانتفاع بالمال العام، دراسة مقارنة، دار النهضة، ١٩٩٠م.
٢٢. د. محمد عبد الحميد أبو زيد : المطول في القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٦م - ١٩٩٧م.
٢٣. د. محمد عبد الحميد أبو زيد : حماية المال العام دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٨م.
٢٤. د. محمد عبد القادر أبو فارس : النظام السياسي في الإسلام، ط٢، دار الفرقان، عمان، ١٩٨٦م.
٢٥. د. محمد عبد اللطيف : الضمانات الدستورية في المجال الضريبي، دراسة مقارنة بين مصر والكويت وفرنسا، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٩م.

٢٦. د. محمد مرغني خيرى : المبادئ العامة للقانون الإداري المغربي، مكتبة الطالب، الرباط، الطبعة الثالثة، ١٩٨٢م.
٢٧. د. محمد رفعت عبد الوهاب، د. عاصم احمد عجيلة : أصول القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠١١م.
٢٨. د. محمود عاطف البنا : مبادئ القانون الاداري في الاموال العامة والوظيفة العامة، دار الكتاب العربي، القاهرة.
٢٩. د. محمود عبد المجيد المغربي : المدخل إلى القانون الإداري الخاص، الجزء الأول، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس (لبنان)، ١٩٩٤م.
٣٠. د. مصطفى أبو زيد فهمي : الوسيط في القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٥م.
٣١. د. مطهر محمد إسماعيل العزي : المبادئ الدستورية العامة والنظام الدستوري في الجمهورية اليمنية واثر التعديلات على نظام الحكم، مكتبة ومركز الصادق، صنعاء، ٢٠٠٦م.
٣٢. د. نوفل علي عبد الله الصفو : تكييف حق الدولة على الأموال العامة، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، السنة الثانية عشر، العدد الأول، يناير ٢٠٠٤م.
٣٣. د. محمد عبد اللطيف : الضمانات الدستورية في المجال الضريبي، دراسة مقارنة بين مصر والكويت وفرنسا، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٩م.
٣٤. محمد بن عيسى الترمذي : الجامع الصحيح وهو سنن الترمذي، ط١، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٢م.

الرسائل العلمية:

١. د. رفيق محمد سلام : الحماية الجنائية للمال العام (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٤م.
٢. د. محمد فاروق عبد الحميد : المركز القانوني للمال العام في مصر في ظل التطبيق الاشتراكي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، عين شمس، دون تاريخ.
٣. مقبل عبدالرحمن الطويري : الوضع القانوني للمال العام في التشريع اليمني - دراسة مقارنة - رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة عدن، ٢٠٠٧م.
- الدوريات (المجلات والابحاث):**
١. د. محمد كامل مرسي بك : الأموال الخاصة والعامة في القانون المصري، دراسة تفصيلية لأحكام المحاكم الأهلية والمختلطة، مجلة القانون والاقتصاد، العدد السابع، السنة التاسعة، ديسمبر ١٩٣٩م.
٢. العمل النقابي في اليمن - الواقع والأفاق، إصدار دائرة النقابات والمنظمات، الأمانة العامة للتجمع اليمني للإصلاح، خالد بن الوليد.
٣. د. ثروت بدوي : القانون في إجازة، مقال منشور بجريدة الأهرام، عدد الجمعة بتاريخ ٣٠ / ٤ / ٢٠١٠م.
٤. مجلة الحمامة، أعداد متفرقة، دار الطباعة المصرية.

التشريعات- الوثائق- القوانين:

١. القانون رقم (٣٥) لسنة ١٩٩١م بشأن الهيئات والمؤسسات والشركات العامة اليمني.
٢. قانون رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٦م بشأن الإقرار بالذمة المالية .
٣. دستور الجمهورية اليمنية لسنة ٢٠٠١م.
٤. قانون الهيئات والمؤسسات والشركات العامة اليمني.
٥. قانون السلطة المحلية اليمني رقم ٤ لسنة ٢٠٠٠م.
٦. القانون رقم (٣٥) لسنة ١٩٩١م بشأن الهيئات والمؤسسات والشركات العامة.

٧. القانون رقم (٢٠٣) لسنة ١٩٩١م بشأن شركات قطاع الأعمال، الجريدة الرسمية، العدد ٢٤ مكرر في ١٩ يونيو ١٩٩١م.
٨. القانون رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٢م بشأن مزاولة المهن الطبية والصيدلانية.
٩. قانون المناجم والمحاجر رقم ٢٤ لسنة ٢٠٠٢م.
١٠. دستور جمهورية مصر العربية لسنة ٢٠١٤م.
١١. القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٩٩م بشأن تنظيم مهنة المحاماة.
١٢. الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في ١٠ ديسمبر ١٩٤٨م.
١٣. القانون المدني الكويتي.
١٤. القانون رقم ٢٣ لسنة ٢٠٠٧م بشأن المناقصات والمزايدات اليمني.
١٥. قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨م ولائحة التنفيذية وفقاً لأخر التعديلات ٢٠١٤م.

الاحكام القضائية:

١. مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء الخامس من أول يوليو ١٩٩٢م، حتى آخر يونيو ١٩٩٣م.
٢. مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، المكتب الفني، مجلس الدولة، السنة السابعة، من اول اكتوبر ١٩٦١م- ١٩٦٢م.
٣. حكم المحكمة الإدارية العليا بجلسة ١٤ / ٩ / ٢٠١٠م في الطعين رقمي ٣٠٩٥٢، ٣١٣١٤ لسنة ٥٦ قضائية.
٤. حكم المحكمة العليا في ١٨ / ٢ / ١٩٨٩م من مجموعة أحكامها، السنة السابعة.
٥. محكمة القضاء الإداري ٣١ ديسمبر ١٩٥٤م مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري، من أكتوبر ١٩٩٩م- أكتوبر ٢٠٠٠م.
٦. القواعد القانونية والقضائية المدنية المستخلصة من الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا، المكتب الفني.
٧. مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض في المواد المدنية والتجارية والشخصية من ١٩٦٦م- ديسمبر ١٩٩٠م.

التطور التاريخي لمسئولية الشخص المعنوي وبيان مفهومه

إعداد

طارق مصطفى محمد الطراونه

مقدمة

تباينت الاتجاهات الفقهية، والاجتهادات القضائية، والمواقف التشريعية المقارنة، من المساءلة للشخص المعنوي وطنياً ودولياً، حيث انقسم الفقه بين مؤيد لمساءلته ومعارض. فقد عُرفت مسؤولية الشخص المعنوي منذ أن ظهرت فكرته في القانون، فوجود الشخص المعنوي قد ارتبط بوجود مسؤوليته، وسواء أكانت هذه المسؤولية مدنية أم جنائية. غير أن فكرة الشخص المعنوي قد ظهرت وتأكدت في المجتمع من خلال دوره في الحياة الاجتماعية والاقتصادية، ولهذا كانت العلاقة بين هذا الدور وما يمثله من نشاط وبين مسؤولية الشخص المعنوي، علاقة وطيدة، فكلما كان ذلك الدور مهماً وكبيراً، كان نطاق المسؤولية هو الآخر مهماً وكبيراً. فهذه العلاقة الطردية بين نطاق المسؤولية وبين نطاق النشاط، هي التي تقدم لنا تفسيراً عن تطور مبدأ المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي في الماضي والحاضر^(١٣٤٠).

فقد أقرت التشريعات الحديثة قاطبة بشأن مسؤولية الإنسان الحي المدرك المختار عن الجرائم التي يرتكبها، ولا يثير ذلك خلافاً فقهياً أو قضائياً، إلا أن القانون يعرف بجانب الشخص الطبيعي فكرة الشخص المعنوي أو الاعتباري، وهو من الموضوعات التي كانت مثار جدل ونقاش في الفقه والقضاء، وذلك لمعرفة ما إذا كان هذا الأخير باعتباره شخصاً مميزاً عن ممثله يسأل عن هذا الفعل وتوقع عليه عقوبة، أي ينسب إليه الفعل على أساس أن صدوره عن ممثله بصفته هذه يعني صدوره منه^(١٣٤١)؟

إن الإجابة عن هذا التساؤل تقتضي منا أن نعرض في البداية التطور التاريخي لطبيعة مسؤولية الشخص المعنوي (المبحث الأول) ومفهوم الشخص المعنوي كمحل للمساءلة، من خلال بيان مفهوم الشخص المعنوي وبيان مقوماته وعناصر تكوينه (المبحث الثاني).

المبحث الأول

التطور التاريخي لطبيعة مسؤولية الشخص المعنوي

لما كان المجتمع بوضعه الراهن نتاج تطور تاريخي سابق، فإن النظام القانوني السائد داخل المجتمع هو الآخر وليد ذلك التطور التاريخي؛ حيث يعتبر موضوع الطبيعة القانونية للشخص المعنوي ومسؤوليته الجنائية من المشكلات القانونية التي ثار الجدل حولها وتشعبت الآراء بشأنها في الفقه والتشريع والقضاء على السواء، وذلك طوال العصور التاريخية المتعاقبة، لذلك كان من الأوفق أن نعرض التطور التاريخي لفكرة الشخصية المعنوية وقابليتها لتحمل المسؤولية الجنائية، وذلك لما للتاريخ من أهمية كبيرة لما وصلنا إليه اليوم، فهو الجذر والأساس للحضارات الإنسانية وله فينا الأثر الكبير شننا أم أبينا، باعتبار أن التاريخ الإنساني تاريخ متصل غير منقطع.

وعليه، فإن الباحث يرى أنه لا بد من البحث في مسؤولية الشخص المعنوي بصيغتها العامة وذلك في مطلبين، يبين في المطلب الأول التطور التاريخي لمسؤولية الشخص المعنوي في العصور المختلفة، وفي المطلب الثاني يبين مسؤولية الشخص المعنوي في الشريعة الإسلامية.

(١٣٤٠) د. محمود سليمان موسى، المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي في القانونين الليبي والأجنبي، الطبعة الأولى، دار الكتب الوطنية، بنغازي، ١٩٨٥، ص ١٧.

(١٣٤١) د. شريف سيد كامل، المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ١٩٩٧ ص ٢٢-٢٦.

المطلب الأول

التطور التاريخي لمسئولية الشخص المعنوي في العصور المختلفة

إن التأريخ أمر ضروري، في حدود ما نكتب وما نبحث، فكل ما لدينا وما وصلنا إليه في أيامنا هذه، وما يليها له في التاريخ جذور وأساس لأن الحضارات الإنسانية، وإن انتهى زمانها، فإن لها فينا آثاراً وتأثيراً، أقررنا بذلك أم أنكرنا^(١٣٤٢).

وعليه، فإن دراسة المسئولية في شرائع القدماء بحث تاريخي له أهمية خاصة في تأصيل فكرة المسئولية بوجه عام؛ لأنه يبرز الثوابت والمتغيرات في نظرة الفكر إلى مسئولية الإنسان، وفي نظرة الإنسان إلى نفسه باعتباره كائناً مسؤولاً وربما كانت المسئولية هي أول مواجهة بين الفرد والمجتمع^(١٣٤٣). وهنا كان لا بد من تقسيم هذا المطلب إلى عدة فروع على النحو الآتي:

الفرع الأول

تطور الشخص المعنوي في القانون الروماني

تعتبر دراسة القانون الروماني نموذجاً لدراسة النظم القانونية دراسة تاريخية وتطبيقاً فريداً على حياة هذه النظم في مراحلها المختلفة، فالقانون الروماني يمتاز على سائر القوانين القديمة بسهولة تتبع قواعده في نشأتها، وتطورها، وزوالها، نظراً لتوفر وثائق دراستها على نحو لا يتيسر بالنسبة للقوانين القديمة الأخرى^(١٣٤٤).

وتبين لنا أن هناك اتجاهات في موضوع الشخص المعنوي ومسئوليته الجنائية في القانون الروماني، أولها يقر له شموله لهذه النظرية، أما الثاني فينفي عنه ذلك.

الاتجاه الأول- معرفة القانون الروماني لنظرية الشخص المعنوي:

يذهب هذا الاتجاه إلى أنه قد سبق للقانون الروماني معرفة فكرة الشخص المعنوي؛ أي فكرة تمييز الجماعة عن شخصية كل عضو من أعضائها، وذلك بموجب النصوص السائدة في ذلك العصر لدعاوى الغش والنصوص الأخرى التي تهدف إلى الزجر^(١٣٤٥).

ولقد استدلوا على ذلك بنص ورد في موسوعة "جوستينيان" منسوب إلى الفقيه "أولبيان" وجاء في هذا النص: (إذا كان هناك أمر واجب الأداء إلى جماعة من الجماعات فإن الأشخاص المكونين لهذه الجماعة لا يعتبرون دائنين بصفاتهم الشخصية وكذلك لا يعتبرون مدينين شخصياً بما يجب على هذه الجماعة)^(١٣٤٦).

^(١٣٤٢) محمد أحمد سلامة الشروش، المسئولية الجنائية للشخص المعنوي، رسالة ماجستير، جامعة مؤتة، ٢٠٠٦، ص ١.

^(١٣٤٣) محمد كمال الدين إمام، المسئولية الجنائية أساسها وتطورها، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط٢، القاهرة، ١٩٩١، ص ٢٣.

^(١٣٤٤) د. عكاشة محمد عبد العال، القانون الروماني، الدار الجامعية، ١٩٨٨، ص ٦.

^(١٣٤٥) د. محمد كامل أمين، التاريخ العام للقانون والقانون الروماني، الجزء الأول، الطبعة الأولى، القاهرة، المطبعة الرحمانية، ١٩٢٧، ص ١٣٧.

الاتجاه الثاني- عدم معرفة القانون الروماني لنظرية الشخص المعنوي:

ويذهب رأي آخر إلى أن القانون الروماني لم يعرف أبداً فكرة الشخصية المعنوية كنظرية عامة، بل اقتصر على دراسة النظام القانوني لكل هيئة على حدة^(١٣٤٧)، وذلك يرجع إلى أن الشخصية المعنوية فكرة مجردة لا يمكن تصورهما إلا في القوانين التي وصلت إلى درجة كبيرة من النضوج والجماعية، بينما كانت نزعة القانون الروماني نزعة فردية ممنوعة^(١٣٤٨)، وبالتالي لم تكن الجماعات الدينية أو الطوائف أو العشائر، ولا حتى الشعب الروماني نفسه أشخاصاً معنوية متميزة على الأفراد المكونين لها، فأموالها لم تكن معتبرة ملكاً لشخص معنوي، ولكنها اعتبرت مملوكة ملكية جماعية؛ أي ملكية مشتركة لجميع الأعضاء الداخليين في تكوينها^(١٣٤٩).

يجد الباحث أن القانون الروماني قد اعترف بالشخصية المعنوية، بل ونظم إنشاءها وأقر مسئوليتها، ومن هذا القبيل ما نص عليه (قانون جوليا) في عهد (أغسطس) من حلّ للجماعات التي تخرج عن النظام العام؛ حيث قضى هذا القانون كذلك بعدم جواز إنشاء الجمعيات إلا بعد الحصول على إذن مسبق من مجلس الشيوخ وإجازة الإمبراطور^(١٣٥٠).

الفرع الثاني

تطور الشخص المعنوي في العصر الوسيط

نتابع تطور المسئولية الجنائية للشخص المعنوي خلال العصر الوسيط؛ حيث نحاول معرفة الاتجاهات الفكرية في هذا العصر الذي وجدت فيه مذاهب فكرية ذات قيمة عالية من ناحية الفقه القانوني، وأبرزها:

- أولاً: مدرسة الشراح على المتون.
- ثانياً: مدرسة القانون الكنسي.
- ثالثاً: مدرسة المحشون اللاحقون.

أولاً- مدرسة "الشراح على المتون" (Glossateurs):

سميت هذه المدرسة بمدرسة الشراح على المتون أو المحشون؛ لأن طريقتهم في البحث تقوم على وضع الشروح والتعليقات على النصوص التي يفسرونها ويشرحونها عن طريق الحواشي التي يكتبونها في الهوامش وفيما بين السطور وتعرف كذلك باسم مدرسة بولونيا.

-
- (١٣٤٦) د. محمد عبد المنعم بدر، د. عبد المنعم البدر، مبادئ القانون الروماني، تاريخه ونظمه، الطبعة الأولى، القاهرة مكتبة الحلبي، ١٩٥٦، رقم ٣٣٨، ص ٣٠١. د. علي بدوي، مبادئ القانون الروماني، الجزء الأول، الطبعة الثانية، القاهرة، مطبعة فتح إلياس، ١٩٣٦، ص ٨٢-٨٣.
- (١٣٤٧) د. صوفي حسن أبو طالب، دروس في القانون الروماني، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٦٥، ص ١٦٥-١٦٦.
- (١٣٤٨) د. صوفي حسن أبو طالب، دروس في القانون الروماني، المرجع السابق، ص ١٦٧.
- (١٣٤٩) د. محمد كامل أمين، التاريخ العام للقانون والقانون الروماني، الجزء الأول، مرجع سابق، ص ١٣٧.
- (١٣٥٠) د. عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني، دار المعارف، جامعة الاسكندرية، ط ٤، ١٩٦٦، ص ٢٦٦.

وشراح هذه المدرسة هم المعلقون الأوائل على القانون الروماني في القرون الوسطى، ويعتبر الفقيه (أرنديوس) هو مؤسس هذه المدرسة؛ حيث قام بالتدريس لطلاب من أجناس مختلفة وفدت إليه من جميع أنحاء أوروبا الغربية^(١٣٥١).

ولقد طبق الشراح على المتن فكرة الشخصية المعنوية على الجماعات التي سادت في العصر الروماني بالقدر الذي يتفق مع مفهومهم الجديد لهذه الفكرة بعد إدخال ما يلزم من تعديلات تلائم ضرورات الحياة العملية في ذلك الوقت، ولهذا اعتنقوا فكرة مفادها وجود اندماج تام بين الشخص المعنوي وأعضائه المكونين له؛ فمجموع هؤلاء الأعضاء هم الشخص المعنوي، وحقوقهم هي مجموع حقوقهم.

ولذلك، فقد كان (الشخص المعنوي) بالنسبة لفقه الشراح على المتن، هو وأعضاؤه شيئاً واحداً، وكانوا يعبرون عن ذلك بأن (الشخص القانوني ليس شيئاً آخر سوى الأفراد المكونين له)، ويتفرع عن ذلك أن إرادته ليست متميزة عن مجموع إرادات أعضائه^(١٣٥٢).

ثانياً- القانون الكنسي (Le droit Canonistes):

قام فقهاء القانون الكنسي بدراسة فكرة الشخصية المعنوية، وكانوا يرون أن الشخص المعنوي هو كائن قائم بذاته، مستقل عن الأشخاص المكونين له^(١٣٥٣)، ورغم ذلك فقد اعتبروه مجازاً ليس له روح ولا جسد، ولهذا فلا يمكن القول بمسألته جنائياً، فالجماعات ليس لها نفس إنسانية، ومن ثم لا يتصور أن تجرم ولا أن تعاقب^(١٣٥٤).

بيد أن هذه الفكرة لاقت معارضة تحت تأثير المدرسة البولونية؛ حيث ظهرت فكرة الأهلية الجنائية للجماعات، وبالتالي فإن القانون الكنسي قد أقر المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي أسوة بمسئوليته المدنية^(١٣٥٥).

ولعل الدافع إلى تقرير مسؤولية الشخص المعنوي يرجع إلى الضرورات التي أوجبت التصدي للمجموعات الدينية وغيرها بسبب تزايد أهميتها^(١٣٥٦).

ثالثاً- مدرسة " الشراح اللاحقون " (Postglossateurs):

في أوائل القرن الثالث عشر اضمحلت دراسة القانون الروماني وأصبحت الحاشية الكبرى هي عماد الدراسات القانونية، وأهملت المتن، بل أصبح يؤخذ بالحواشي حتى لو تعارضت في حكمها مع النصوص

(١٣٥١) د. محمد عبد المنعم بدر و د. عبد المنعم البدر اوي، مبادئ القانون الروماني، تاريخه ونظمه، مرجع سابق، رقم ١٤٠، ص ١٦٠.

(١٣٥٢) د. إبراهيم صالح، المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية، المرجع السابق، ص ١٧.

(١٣٥٣) د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، الجزء الثاني، الحق (منشورات جامعة الكويت، ١٩٧٠)، رقم ٥٨٨، ص ٥١٢.

(١٣٥٤) د. يحيى موافي، الشخص المعنوي ومسئوليته قانوناً، مدنياً، وإدارياً، وجنائياً، المرجع السابق، ص ١٧٥-١٧٦.

(١٣٥٥) د. حسين توفيق رضا، أهلية العقوبة الشرعية الإسلامية والقانون المقارن، رسالة دكتوراه، الطبعة الأولى، القاهرة ١٩٦٤، رقم ٧٦، ص ١٠٠.

(١٣٥٦) د. يحيى موافي، الشخص المعنوي ومسئوليته قانوناً، مدنياً، وإدارياً، وجنائياً، المرجع السابق، ص ١٧٦.

ذاتها^(١٣٥٧)، ولهذا فقد وجدت مدرسة جديدة هي مدرسة المحشيين في أوائل القرن الرابع عشر، ويعتبر الفقيه الإيطالي (بارتون) زعيماً لهذه المدرسة والتي تسمى أيضاً بمدرسة "الشراح اللاحقون"^(١٣٥٨).

وعلى الرغم من أن هذه المدرسة قد اعتنقت فكرة السابقين عن طبيعة الشخص المعنوي وكونه مجرد افتراض، فإن فقهاءها قد ذهبوا على القول بأن الشخص المعنوي يحظى بشخصية مستقلة ومتميزة، وأنه وإن أعوزه الكيان الملموس ككائن اجتماعي، فإنه مع ذلك شخص قانوني له مقوماته كحقيقة، ورتبوا على ذلك أنه يملك القدرة على الإرادة وعلى تجسيدها في تصرفات ملموسة وبالتالي القدرة على الانحراف، وأن شخصيته هي نتيجة لامتزاج واندماج جميع أعضائه من الأشخاص الطبيعيين في شخصية موحدة، ويترتب على ذلك القول بإمكان مساءلته جنائياً عن الجريمة الجماعية، وأن الجريمة ينطبق عليها هذا الوصف عندما يكون ارتكابها من مجموع أعضائه^(١٣٥٩).

ويترتب على ذلك وجود نوعين من المسؤولية، أحدهما: مسؤولية أصلية هي مسؤولية الشخص المعنوي، وثانيهما: مسؤولية احتياطية هي مسؤولية الأفراد المكونين للشخص المعنوي، على أن الشراح اللاحقين قد توصلوا في مرحلة تالية إلى الفصل المطلق بين مسؤولية الشخص المعنوي وبين مسؤولية أعضائه، وعندئذ اكتملت نظرية الشخصية المعنوية^(١٣٦٠).

المطلب الثاني

مسئولية الشخص المعنوي جنائياً في الشريعة الإسلامية

يتقاسم الفقه رآيان حول معرفة الشريعة الإسلامية بنظرية الشخصية المعنوية، يذهب أولهما إلى إنكار معرفة الشريعة لتلك النظرية، بينما يؤكد الثاني على أن الشريعة قد عرفت منذ بدايتها فكرة الشخصية المعنوية، وبتناول فيما يلي كلا من هذين الرأيين:

الفرع الأول

عدم معرفة الشريعة الإسلامية نظرية الشخصية المعنوية

يذهب هذا الرأي إلى رفض الاعتراف بفكرة الشخص المعنوي بحجة اتفاق موقفهم مع الأصول العامة للشريعة المتمثل في أن العقل مناط الأهلية والتكليف وبه يستوجب العقوبة، ويرجع ذلك إلى أن الشريعة حين ظهرت إنما اتجهت إلى تنظيم الصلات بين الإنسان وربه، وهذه الصلات لا يتصور وجودها إلا في الإنسان الحي فقط، لما له من صفات وخصوصيات يسوغ معها توجيه الخطاب من المشرع إليه، فكان أهلاً لأن يكلف بما يعد عبادة يتقرب بها إلى الله وبما يعد واجباً اجتماعياً لا يقصد به العبادة.

^(١٣٥٧) د. عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني، المرجع السابق، ص ١٤٥.

^(١٣٥٨) د. محمد عبد المنعم بدر، و د. عبد المنعم البدر، مبادئ القانون الروماني، تاريخه ونظمه، المرجع

السابق، رقم ١٤٠، ص ١٦١.

^(١٣٥٩) د. يحيى موافي، الشخص المعنوي ومسئوليته قانوناً، مننياً، وإدارياً، وجنائياً، المرجع السابق، ص ١٧٦.

^(١٣٦٠) د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، الجزء الثاني، نظرية الحق، (منشورات جامعة

الكويت، ١٩٧١)، رقم ٥٨٨، ص ٥١٢-٥١٣.

وليس من المتصور في المؤسسات أو الشركات أو غيرها من الأشخاص المعنوية أن تكون لها ذمة بهذا المعنى؛ إذ هي لا تصلح لأن يُطلب منها واجب ديني، ولا يتصور ذلك بالنسبة لها، وبناء على ذلك اقتضت الذمة على الإنسان الحي في الشريعة الإسلامية، واستتبع ذلك ثبوت الشخصية القانونية له دون غيره من الأشخاص المعنوية^(١٣٦١).

الفرع الثاني

معرفة الشريعة الإسلامية بنظرية الشخصية المعنوية

يتجه رأي آخر إلى القول بأن الشريعة الإسلامية منذ بدايتها قد عرفت فكرة الأشخاص المعنوية^(١٣٦٢)، فضلاً عن وجود بعض الأحكام الفرعية التي لا يمكن حملها إلا محمل الاعتراف لبعض الجهات بصلاحيّة الجوب لها أو عليها، واعتبارها صاحبة للحقوق والالتزامات، وهذا يعني بوضوح أن الشريعة قد أثبتت لهذه الجهات مقومات الشخصية، فمن ذلك ما يجب لبيت المال من جزية وخراج ولقطة وتركة من لا وارث له، وما يجب عليه من نفقة من لا عائل له من الفقراء، وما يجوز للمسجد أو المستشفى بحيث تكون له ملك العين وغلتها^(١٣٦٣)، وما يعتبر ملكاً لجهة الوقف مما يشتره القيم من غلته، وسابق عليها من حق الاستدانة الصحيحة، وما يصح من اختصاصها أمام القضاء، والقضاء لها أو عليها^(١٣٦٤)، ومن هذه الأحكام يمكن الوصول إلى حقيقة مفادها أن الشريعة الإسلامية، قد عرفت الشخصية المعنوية منذ البداية، وذلك بالرغم من أن الفقهاء المسلمين لم يصلوا إلى تعبيرها الاصطلاحي؛ لأن هذا التعبير لم يظهر إلا في القرون الوسطى^(١٣٦٥).

- (١٣٦١) د. علي الخفيف، الشركات في الفقه الإسلامي، معهد الدراسات العالية، ١٩٦٢، ص ٢٢-٢٣.
- د. عبد العزيز عزت الخياط، الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، الطبعة الأولى، عمان، جمعية المطابع التعاونية، ١٩٧١، ص ٢١١. وانظر د. عبد القادر عوده، التشريع الجنائي الإسلامي، الجزء الأول، دار الكتاب العربي، بيروت، ص ٣٩٣-٣٩٥.
- (١٣٦٢) د. عبد القادر عوده، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، القاهرة: مكتبة دار العروبة، ١٩٦٣، رقم ٢٨٠، ص ٣٩٣.
- (١٣٦٣) مصطفى أحمد الزرقا، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، دمشق، مطبعة الجامعة، ١٩٥٨، رقم ١٨٢، ص ٢٩٦.
- (١٣٦٤) د. محمد فرج السنهوري، مجموعة القوانين المصرية المختارة من الفقه الإسلامي، الجزء الثالث، ص ٨٢٤ وما بعدها.
- (١٣٦٥) د. محمد يوسف موسى، الفقه الإسلامي، مدخل لدراسة ونظام المعاملات فيه، الطبعة الثانية، القاهرة، دار الكتاب العربي، ١٩٥٦، رقم ٣١٧، ص ٢٢.

المبحث الثاني

مفهوم الشخص المعنوي وبيان أنواعه وعناصر تكوينه

إن تعبير "الشخص" في لغة القانون يختلف عن مدلوله في علم اللغة، فعندما يطلق لفظ "الشخص" في علم اللغة يراد به الإنسان ذو الإرادة الواعية العاقلة، أما في لغة القانون فيعني به الكائن ذو الصلاحية لاكتساب الحق والتحمل بالالتزام، فتعبير الشخص في لغة القانون لا يستلزم بالضرورة الأدمية^(١٣٦٦).

مما يفيد أن مصطلح "الشخص" لا ينصرف فحسب - من وجهة نظر القانون - إلى الشخص الطبيعي، بل كذلك إلى جماعة من الأشخاص أو مجموعة من الأموال التي يطلق على تسميتها بالأشخاص الاعتبارية أو المعنوية Les Personnes Morales.

وهنا تفترض الشخصية القانونية وجود أشخاص معنوية إلى جانب الأشخاص الطبيعية كطرف للحق فهل يعني ذلك أن الشخص المعنوي كالشخص الطبيعي؟ أم يختلف كل منهما عن الآخر؟

ولبيان ذلك كان لا بد من تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول: تعريف الشخص المعنوي وبيان أنواعه، وفي المطلب الثاني: عناصر ومقومات الشخص المعنوي، على النحو الآتي:

المطلب الأول

تعريف الشخص المعنوي وبيان أنواعه

لم تتفق الآراء الفقهية على تعريف موحد للشخص المعنوي، بل اختلفت باختلاف مشاربهم السياسية ومذاهبهم القانونية، لكنهم أجمعوا في طرحهم لموضوع تعريف الشخص المعنوي على وضع عناصر هذا الأخير في أغلب التعاريف، وهنا سوف نتطرق إلى بعض هذه التعاريف.

ف نجد الفقه الفرنسي في بادئ الأمر قد عرّف الشخص المعنوي "بأنه صاحب الحق ولكنه ليس بكائن إنساني، أي ليس شخصاً طبيعياً"^(١٣٦٧) غير أن التعريف بالرغم من كونه يتسم بالنفي، ولا يحدد شيئاً عن طبيعة الشخص المعنوي وما له من حقوق وما يلتزم به من واجبات، إلا أنه التعريف الوحيد الذي لا يثير خلافاً حوله.

بينما ذهب رأى آخر إلى اعتبار الشخص المعنوي كياناً يتألف من مجموعة من الأشخاص الطبيعية بغية تحقيق هدف ما^(١٣٦٨).

^(١٣٦٦) د. رمضان أبو السعود، شرح مقدمة القانون المدني، النظرية العامة للحق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٩، ص ٥٦.

^(١٣٦٧) Alexandre Gallois, La responsabilité pénale des personnes morales une responsabilité à repenser, Bulletin Lamy Droit pénal des affaires, juin ٢٠١١, p.١

^(١٣٦٨) Jean Carbonnier, Droit civil – Les personnes, ١٧e éd., Paris, PUF, ٢٠٠٠, p.٢١ « Une personne morale est donc un groupe de personnes physiques réunies pour accomplir quelque chose en commun

في حين درج الفقه الأنجلو أمريكي على تسميته بالشخص القانوني "Judicial Person" وهي تسمية صحيحة تميزه عن الشخص الطبيعي، وذلك وفقاً لأفكارهم الفلسفية عن القانون، فالقانون هو وسيلة منشئة لحقوق الشخص المعنوي وكاشفة لحقوق الشخص الطبيعي، بمعنى أنه لولا القانون لما وجد الشخص المعنوي، بينما الشخص الطبيعي وجد من قبل وجود القانون ذاته، فيأتي القانون لينظم حقوقه وحرياته فحسب، بينما تلك التسمية لا تتفق مع الأفكار الاشتراكية عن القانون، لأن القانون له دور منشئ في الحالتين، فهو الذي ينشئ حقوق الشخص المعنوي والطبيعي وواجباتهما على السواء، ولهذا لا تصلح للتمييز بينهما، ولدواعي التمييز سمي الشخص المعنوي^(١٣٦٩).

إذن، فالشخص المعنوي في فقه القانون، هو الكيان الذي تثبت له الأهلية بنوعيتها: أهلية الوجوب وأهلية الأداء. وتعني أهلية الوجوب: صلاحية الشخص لكسب الحقوق والتحمل بالواجبات، أي وجوب الحق له أو عليه. أما أهلية الأداء فهي الصلاحية للقيام بالتصرفات القانونية، كالبيع والقبض والهبة وغيرها. أي صلاحية للالتزام بمقتضى تصرفاته أو استعمال حقوقه وأداء التزامه^(١٣٧٠).

كذلك اعترف المشرع الفرنسي بالشخص المعنوي بموجب المادة ١٨٤٢ (الصادرة بموجب القانون ٩ لسنة ١٩٧٨) من القانون المدني التي نصت على "تتمتع الشركات بالشخصية المعنوية من تاريخ قيدها بسجل الشركات"^(١٣٧١).

ويرى الباحث أن مصطلح الشخص المعنوي أو الحكمي أو الاعتباري هي تعبيرات متعددة لمعنى واحد، ولم يعرف قانون العقوبات الأردني الشخص الطبيعي أو المعنوي خلافاً لما هو عليه الحال في القانون المدني الأردني في المادة (٦/٥٠)، وهذا التراجع عن تعريف مسئولية الشخص المعنوي الجنائية يعود إلى كون المشرع الأردني اكتفى على ما يبدو بنص المادة (٢/٧٤) لورودها في القسم العام من قانون العقوبات وسريانها على كافة الجرائم التي يرتكبها الشخص المعنوي تجنباً للازدواجية والتكرار.

كما أن القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ قد أطلق على الشخص المعنوي تسمية (الأشخاص الحكيمة) وعرفها في المادة (٥٠) منه بأنها^(١٣٧٢): (كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال تثبت لها

(١٣٦٩) د. عبد الوهاب عمر البطراوي، الأساس الفكري لمسئولية الشخص المعنوي، دار النجوم للطباعة، جامعة البصرة، ١٩٩٢، ص ٦.

(١٣٧٠) د. محمدي فريدي الزواوي، المدخل للعلوم القانونية لنظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، ٢٠٠٠، ص ١١٥-١١٦.

(١٣٧١) Art ١٨٤٢ du code civil Créé par Loi ٧٨-٩ ١٩٧٨ " Les sociétés autres que les sociétés en participation visées au chapitre III jouissent de la personnalité morale à compter de leur immatriculation.

(١٣٧٢) حددت المادة (٥٠) من القانون المدني الأردني الأشخاص الحكيمة بأنهم كل من:

١- الدولة والبلديات بالشروط التي يحددها القانون والمؤسسات العامة وغيرها من المنشآت التي يمنحها القانون شخصية حكيمة.

٢- الهيئات والطوائف الدينية التي تعترف لها الدولة بشخصية حكيمة.

٣- الوقف

٤- الجمعيات والمؤسسات المنشأة وفقاً لأحكام القانون.

الشخصية الحكيمة بمقتضى نص في القانون). ووفقاً لنص المادة (٥١) من القانون ذاته فإن الشخص الحكي يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان الطبيعية، وذلك في الحدود التي قررها القانون، ويكون له: ذمة مالية مستقلة وأهلية في الحدود التي يعينها سند إنشائه أو التي يقرها القانون وحق التقاضي، وموطن مستقل^(١٣٧٣). ويكون له من يمثله في التعبير عن إرادته.

وللشخص المعنوي لحظة يبدأ بها حياته كما له لحظة تنتهي بها هذه الحياة، شأنه شأن الشخص الطبيعي، وتبدأ حياة الشخص المعنوي من لحظة الاعتراف به من قبل المشرع، أو السلطة في الدولة، وهذا الاعتراف قد يكون اعترافاً عاماً في حالة أن يقوم المشرع بتجديد شروط عامة لاكتساب الشخص المعنوي الشخصية القانونية، كما قد يكون اعترافاً خاصاً إذا تطلب المشرع شروطاً خاصة بالإضافة للشروط العامة، وفي هذه الحالة فلا بد من الإفصاح التشريعي الصريح عن منح الشخص المعنوي الشخصية القانونية^(١٣٧٤).

وتنتهي حياة الشخص المعنوي، بانتهاء الأجل المحدد له بالسند المنشئ له، أو بتحقيق الغرض الذي أنشئ لأجله، أو عندما يصبح تحقيق هذا الغرض مستحيلًا، أو بالحل، سواء أكان هذا الحل اختياريًا ورضائيًا أم أنه كان قضائيًا، وكذلك بسحب الترخيص المنشئ له، أو سحب الاعتراف به.

ومن المتفق عليه - تشريعاً وفقهاً وقضاءً - قيام مسؤولية الشخص المعنوي المدنية، وذلك استناداً إلى المسؤولية العقدية أو التقصيرية أو غيرها، ولكن التساؤل الذي يثور هو مدى إمكانية مساءلة الشخص المعنوي جنائياً عن الجرائم التي يرتكبها ممثلوه باسمه ولمصلحته، وهل تنسب الجريمة في هذه الحالة إلى الشخص المعنوي الذي وقعت الجريمة تحت مظلته، أم أن الشخص الطبيعي الذي ارتكبها هو من يسأل عنها، وبالتالي هل من الممكن إسناد الجريمة للشخص المعنوي^(١٣٧٥).

واجتهاداً من الباحث في هذا المضمار فإنه يعرف المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي بأنها، أهلية وصلاحيية الشخص المعنوي لتحمل تبعه أفعاله المرتكبة من قبل ممثليه أو أعضائه أو من يعملون لحسابه وفرض العقوبات والتدابير الاحترازية المقررة في القانون لتلك الأفعال.

ونتعرض فيما يلي لأنواع الأشخاص المعنوية، وذلك بالقدر الذي تقتضيه هذه الدراسة حيث نخصص الفرع الأول للأشخاص المعنوية العامة، ونتكلم في الفرع الثاني عن الأشخاص المعنوية الخاصة.

٥- كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال تثبت لها الشخصية الحكيمة بمقتضى نص في القانون.

^(١٣٧٣) تم تحديد موطن الشخص الحكي في المادة (٥١) من القانون المدني بأنه المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته. والشركات التي يكون مركزها الرئيس في الخارج ولها نشاط في المملكة الأردنية الهاشمية يعتبر مركز إدارتها المتعلق بالقانون الداخلي والمكان الذي توجد فيه الإدارة المحلية.

^(١٣٧٤) انظر في ذلك: عبد المنعم فرج الصده، مبادئ القانون، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٢٥٨ وما بعدها.

^(١٣٧٥) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المدخل للعلوم القانونية وشرح الباب التمهيدي للتقنين المدني، الطبعة السادسة، ١٩٨٧، بدون دار نشر، ص ٦٧٢.

الفرع الأول

الأشخاص المعنوية العامة

بالرجوع إلى نصوص المواد (٥٠) مدني أردني، (٥٢) مدني مصري، يمكن القول بأن الأشخاص المعنوية العامة تضطلع بتحقيق مصالح تهم المجتمع كله أو جزءاً منه؛ بحيث تعتبر هذه المصالح من اختصاص السلطة العامة، وتنقسم إلى نوعين هما: الأشخاص المعنوية الإقليمية والأشخاص المعنوية المرفقية. غير أن نوعاً ثالثاً من الأشخاص العامة بدأ في الظهور حديثاً إلى الوجود ويمكن اعتباره وإلى حد كبير من أشخاص القانون العام وهي النقابات المهنية العامة^(١٣٧٦).

وتتناول فيما يلي كل نوع من هذه الأنواع بياجاز:

أولاً- الأشخاص الإقليمية:

وهي تلك الأشخاص الإدارية التي يتحدد اختصاصها على أساس جغرافي إقليمي حيث يتوفر لها اختصاص عام من حيث نوع النشاط؛ إذ يشمل جميع المرافق، ولكن في حدود إقليمية معينة، وأهم هذه الأشخاص: الدولة التي يمتد سلطانها ونشاطها إلى كل إقليمها أن الأشخاص الإقليمية الأخرى تستمد وجودها منها، ويليهما الجماعات المحلية أو الإقليمية التي تتولى كل منها شؤون المرافق العامة على اختلاف أنواعها في جزء من إقليم الدولة^(١٣٧٧).

ثانياً- الأشخاص العامة المصلحية أو المرفقية:

ويقصد بها: تلك المصالح العمومية التي يمنحها القانون الشخصية المعنوية كالهيات العامة والمؤسسات العامة وشركات القطاع العام، وتكون مختصة بتحقيق غرض معين، وهذه الأشخاص تعتبر أدوات ووسائل تعتمد عليها الدولة للتدخل في الحياة الاقتصادية والاجتماعية، وتكل إليها إدارته باستقلال ذاتي وميزانية خاصة وتخلع عليها الشخصية القانونية بمقتضى القانون، ومثال ذلك الجامعات والمؤسسات الاقتصادية ومنها المؤسسات العامة، ذلك أن اختصاصها يتعلق بنوع معين من النشاط بحيث يدخل في مرفق أو مرافق محددة، ولهذا فإن هذه المرافق تخضع لمبدأ التخصص الموضوعي الإقليمي ويطلق عليها "المؤسسات العامة". والذي يحمل المشرع على منح بعض المصالح هذه الشخصية هو تقديره بأن المرفق العام الذي تقوم به هذه المصلحة على إدارته يحتاج إلى أساليب إدارية - بحكم طبيعته - تختلف عن الأساليب الإدارية العامة، أو أن الخدمات التي تؤديها تختلف عن الوظائف الإدارية المالية^(١٣٧٨).

(١٣٧٦) انظر: د. صبيح مسكوني، مبادئ القانون الإداري الليبي، الطبعة الثالثة، بنغازي، ١٩٨٢، ص ٩٥.

وانظر: د. محمدي فريدي الزواوي، المدخل للعلوم القانونية لنظرية الحق، المرجع السابق، ص ١٠٥ - ١٠٧.

(١٣٧٧) د. عمار عوايدي، القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ١٩٩٠، ص ١٨٦.

(١٣٧٨) السيد محمد مدني، القانون الإداري الليبي، الطبعة الأولى، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٦٥، ص ٢٠ - ٣١.

الفرع الثاني

الأشخاص المعنوية الخاصة

المقصود بالأشخاص المعنوية الخاصة: الأشخاص القانونية التي تتبع وتخضع لأحكام القانون الخاص من حيث تكوينها، وهي تضطلع بأغراض يقوم بمثلها الأفراد أو الدولة باعتبارها شخصاً عادياً لا باعتبارها صاحبة السلطة، وإذا كان ثمة جدل يمكن أن يثور بشأن المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية العامة، فإنه على العكس من ذلك تماماً، لا توجد اعتراضات على تقرير مسؤولية الأشخاص المعنوية الخاصة جنائياً. وذلك لأن البواعث التي تكمن وراء عدم مسؤولية الشخص المعنوي العام، غير قائمة بالنسبة للشخص المعنوي الخاص الذي ليس من بين أغراضه تحقيق خدمة عامة أو عمل من أجل المصلحة العامة في ذاتها، بل إن الشخص المعنوي الخاص، وسواء أكان في شكل جمعية أم شركة أم منشأة، يهدف بحسب الظاهر إلى تحقيق أغراض مشروعة وطبقاً لما هو منصوص عليه في النظام الأساس له، ولكنه في الغالب من الأحوال يهدف إلى مصالح خاصة به وبالأشخاص الطبيعيين الذين يكونونه^(١٣٧٩).

وهي بدورها تنقسم إلى نوعين رئيسيين: جماعات الأشخاص التي تتألف من جملة أشخاص يجتمعون على تحقيق غرض معين، ومجموعات الأموال التي تتكون من أموال مرصودة لتحقيق غرض معين^(١٣٨٠).

وفيما يلي نتعرض لهذه الأنواع:

أولاً: جماعات الأشخاص:

وتتكون من مجموعة من الأشخاص لتحقيق غرض معين، فإذا كانت الجماعة تسعى لتحقيق ربح مادي في نشاطها كنها بصدد شركة، أما إذا كانت الجماعة تسعى لتحقيق غرض آخر غير الربح كنها بصدد جمعية، وعليه فإن جماعات الأشخاص تشمل الشركات والجمعيات^(١٣٨١).

أ- الشركة: عرفت المادة (٥٠٥) مدني مصري الشركة بأنها: (عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع مالي، بتقديم حصة من مال أو من عمل، لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو من خسارة)، وتتنوع الشركات بدورها إلى نوعين هما: الشركات التجارية والشركات المدنية،

^(١٣٧٩) محمود سليمان موسى، المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي في القانونين الليبي والأجنبي، مرجع سابق، ص ١٢٢.

^(١٣٨٠) يلاحظ أن التفرقة بين مجموعات الأموال وجماعات الأشخاص، هي تفرقة لاتينية الأصل وتكمن أهميتها على المستوى الأكاديمي أما أهميتها العملية فمعدومة، لوجود شركات يمكن تصنيفها ضمن شركات الأموال أو شركات الأشخاص في نفس الوقت. انظر في هذا المعنى خالد الشاوي، شرح قانون الشركات التجارية، الطبعة الأولى (بغداد، مطبعة الشعب، ١٩٦٨)، ص ٣١.

^(١٣٨١) د. محمدي فريدي زواوي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، ١٩٩٧، ص ١٠٥.