

مدى حجية التوقيع الإلكتروني في إثبات التصرفات القانونية

اعداد

د/ باسم محمد فاضل

مقدمة

لعل من أبرز إفرزات التقدم العلمي والتكنولوجي في العصر الحديث "الإنترنت" الذي وضع أكثر دول العالم في حلقة اتصال مستمرة، وأتاح تبادل وانتشار البيانات والمعلومات عبر الشبكة خلال ثوان معدودة، وأصبح العالم قرية صغيرة ذات سوق واسعة مفتوحة أمام مئات الملايين من التجار والمستخدمين الذين يتمكنون عن طريق شبكة المعلومات الدولية من الترويج لبضائعهم، والحصول على السلع والخدمات بيسر وسهولة عبر التفاوض الإلكتروني وتوقيع الآلاف من عقود التجارة الإلكترونية علي مدار الساعة^(١).

والملاحظ أنه بفعل التغيرات التي طرأت مؤخرًا على عناصر العقد وطريقة إبرامه لم يعد التوقيع التقليدي الطريقة الوحيدة المستخدمة في توثيق المحررات وإضفاء الحجية عليها. فنتيجة للثورة التي شهدتها المعلوماتية أصبح من الممكن استخدام تقنية جديدة لتوثيق المحررات التي يطلق عليها "المحررات الإلكترونية"، ولتعذر استخدام التوقيع التقليدي في هذه الأخيرة ظهر بديل إلكتروني يتمشى مع طبيعتها سمي "بالتوقيع الإلكتروني"^(٢).

فالعالم الآن يمر بمرحلة تحول أساسية ليس فقط في شكل النظام الدولي وتوازن القوى، بل في البيئة العلمية والتكنولوجية، والقدرة على البحث والتطوير، ولمسايرت التطور الهائل كان لابد من استخدام تقنية جديدة ألا وهي التوقيع الإلكتروني.

أهمية الموضوع:

— ترجع أهمية التوقيع الإلكتروني من كونه أهم المواضيع التي تحتل الصدارة في المجال القانوني خصوصاً في الوقت الراهن. حيث أن التعاقد بالطرق التقليدية القديمة يترتب عليه ضياع الوقت والمال والجهد، مقارنة بالتوقيع الإلكتروني الذي يجعل التعاقد أيسر وأسرع وأرخص.

- وتتبع أهمية التوقيع الإلكتروني في قدرته على إثبات التصرفات القانونية، وإضفاء الحجية القانونية الكاملة لها، والمحافظة علي اعتبارات الأمن والخصوصية مما يشكل ترسيخاً للثقة والاطمئنان في نفوس المتعاملين في الميدان القانوني بشتى مجالاته.

^١ د/ نسرین عبد الحمید نبیل، "الجانب الإلكتروني للقانون التجاري"، منشأة المعارف، ٢٠٠٧ص٢٣١.

^٢ د/ زینب غریب، اشکالية التوقيع الإلكتروني وحجیته في الاثبات، رسالة ماجستير، جامعة محمد الخامس، ٢٠٠٩ص١٠.

خطة البحث

المبحث الأول: ماهية وشروط التوقيع الإلكتروني

المطلب الأول: ماهية التوقيع الإلكتروني

المطلب الثاني: شروط التوقيع الإلكتروني

المبحث الثاني: حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات.

المطلب الأول: مدى جواز اعتبار التوقيع الإلكتروني حجة كاملة في الإثبات.

المطلب الثاني: الحجية الاستثنائية للتوقيع الإلكتروني في الإثبات.

المبحث الأول**ماهية وشروط التوقيع الإلكتروني**

يعتبر التوقيع الإلكتروني من الأمور الجديدة على الأشخاص، إذ لم يكن في الحسبان أن يحدث يوماً ويكون هناك توقيع غير التوقيع المألوف، فمع التطور المذهل الذي أحدثته الإنترنت والتجارة الإلكترونية وعقد الصفقات الضخمة عبر الإنترنت نشأ هذا النمط من التوقيع بين أشخاص لا يرتبطون بعلاقة قانونية مسبقة؛ ومن هنا فقد نشطت الجهود الدولية، والإقليمية لبحث السبل الكفيلة بتوفير الأمان والثقة لهذا التوقيع^(٣). وتتولى بالدراسة والبحث تعريف التوقيع الإلكتروني وتحديد شروطه من خلال مطلبين:

المطلب الأول: ماهية التوقيع الإلكتروني

المطلب الثاني: شروط التوقيع الإلكتروني

المطلب الأول**ماهية التوقيع الإلكتروني**

يمثل التوقيع الإلكتروني أحد أهم البيانات التي ينبغي أن يتضمنها المحرر الإلكتروني، وما لهذا الأخير من دور في تسهيل المعاملات التجارية عبر العالم فكان من اللازم على المشرع التدخل لتعديل منظومة الإثبات لتستوعب هذه التقنيات الحديثة. وتتولى بالدراسة والبحث ماهية التوقيع الإلكتروني، والأختلاف بينه وبين التوقيع التقليدي من خلال فرعين:

الفرع الأول: تعريف التوقيع الإلكتروني

الفرع الثاني: التمييز بين التوقيع الإلكتروني والتقليدي

الفرع الأول**تعريف التوقيع الإلكتروني**

يطلق التوقيع على عملية أو واقعة وضع التوقيع على محرر يحتوي على بيانات معينة، وأيضاً على العلامة أو الإشارة المعينة التي تسمح بتمييز شخص الموقع، وهذا هو المعنى المقصود في ميدان الإثبات^(٤). وقد تعددت التعاريف الخاصة بالتوقيع الإلكتروني، وتتولى بالدراسة والبحث إيضاح ذلك من خلال الآتي:

أولاً: تعريف المنظمات الدولية للتوقيع الإلكتروني

وافق قانون الأمم المتحدة النموذجي للتجارة الإلكترونية لعام ١٩٩٦م على استخدام التوقيع الإلكتروني، وذكر أن التوقيعات الإلكترونية لها نفس الأثر القانوني للتوقيع التقليدي، ولم يحدد ذلك باستخدام أي نوع من التكنولوجيا، أي يصح التوقيع الإلكتروني بأي وسيلة إلكترونية^(٥).

وقد حاولت مجموعة من المنظمات الدولية تقديم تعريف للتوقيع الإلكتروني، وتعتبر منظمة الإتحاد الأوروبي، ومنظمة الأمم المتحدة للتجارة الدولية المعروفة بالأونسيترال، أهم المنظمين اللتين قدمتا تعريفاً للتوقيع الإلكتروني. لكون معظم المنظمات التي حاولت تعريفه قد تأثرت بتعريف الأونسيترال.

١ - منظمة الأمم المتحدة للتجارة الدولية "الأونسيترال"

٣ د/إيناس الخالدي، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، دراسة في نظام المعاملات الإلكترونية السعودية كلية الدراسات القضائية والأنظمة، جامعة أم القرى ص ١٠
٤ د. علاء خلاف، التوقيع الإلكتروني ومدى حجية في الإثبات، مجلة معهد القضاء الكويتية، العدد ١٦، السنة ٧، ذو الحجة ١٤٢٩ - ديسمبر ٢٠٠٨، ص ٨٣.

(٥) - Blythe, Stephen E. "Digital signature law of the United Nations, European Union, United Kingdom and United States: Promotion of growth in E-commerce with enhanced security." Rich. JL & Tech. ١١ ٢٠٠٥, p.١

عرفت المادة (٢) من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية^(١) التوقيع الإلكتروني بأنه: "بيانات في شكل إلكتروني مدرج في رسالة بيانات أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقياً، يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات؛ ولييان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات".

٢- منظمة الإتحاد الأوروبي

كما عرفه التوجيه الأوروبي رقم ١٩٩٣/٩٩ الصادر بتاريخ ١٣/٢/١٩٩٩ في المادة ١/٢ منه بأنه "بيانات أو معلومات معالجة إلكترونياً ترتبط منطقياً بمعلومات أو بيانات إلكترونية أخرى، والتي تصلح كوسيلة لتمييز الشخص الموقع وتحديد هويته"^(٢).

وقدمت منظمة الإتحاد الأوروبي كغيرها من المنظمات تعريفاً للتوقيع الإلكتروني بأنه "معلومات على شكل إلكتروني متعلقة بمعلومات إلكترونية أخرى، ومرتبطة بها ارتباطاً وثيقاً ويستخدم أداة للتوثيق".

ثانياً: مفهوم التوقيع الإلكتروني في القانون المصري وفي بعض التشريعات المقارنة

غير بعيد عن مغزى التعاريف التي قدمتها بعض المنظمات الدولية للتوقيع الإلكتروني، حاولت أغلب الدول العربية مسايرة التطورات الحاصلة على مختلف وسائل الاتصال الحديثة الشيء الذي دعى إلى إصدار ترسانة قانونية جديدة تساهم في هذه التطورات.

وقد عرف قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ المادة (١/ج) التوقيع الإلكتروني على أنه: "ما يوضع على محرر إلكتروني، ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع منفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره".

ولم يتعرض المشرع المصري في قانون التوقيع الإلكتروني أو لائحته التنفيذية للمقصود باصطلاح إلكتروني فذلك شيء مهم وضروري من شأن تعريفه وإيضاحه لتحديد الوسائل الإلكترونية المستخدمة في مجال التجارة الإلكترونية

كما يعرفه نظام التعاملات الإلكترونية السعودي التوقيع الإلكتروني في المادة (١) بأنه "بيانات إلكترونية مدرجة في تعامل إلكتروني أو مضافة إليه أو مرتبطة به منطقياً تستخدم لإثبات هوية الموقع، وموافقته على التعامل الإلكتروني، واكتشاف أي تعديل يطرأ على هذا التعامل بعد التوقيع عليه".

أما قانون المعاملات في إمارة دبي فقد عرفه من خلال نص المادة (٢) بأنه "توقيع مكون من حروف أو أرقام أو رموز أو صوت أو نظام معالجة ذي شكل إلكتروني وملحق أو مرتبط منطقياً برسالة إلكترونية ومعهود بنية توثيق أو اعتماد تلك الرسالة".

وقد قام المشرع الفرنسي بالإعتراف بالتوقيع الإلكتروني من خلال إصداره للقانون رقم ٢٣٠ لسنة ٢٠٠٠ المؤرخ في ١٣ مارس ٢٠٠٠، والذي تطرق فيه إلى التوقيع التقليدي والإلكتروني مركزاً على وظائف التوقيع المعروفة في المادة ٤/١٣١٦ من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلها. حيث نص على أنه "التوقيع الذي يحدد

(١) - القانون النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية الصادر عن لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية (الأونسيترال) لسنة ٢٠٠١م. وانظر التعريف باللغة الانجليزية بالموقع التالي:

<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/ml-elecsig-e.pdf>

"Electronic signature means: data in electronic form in affixed to or logically associated with a data message, which may be used to identify the signatory in relation to the data message and to indicate the signatory's approval of the information contained in the data message".

(٢) Council Directive ١٩٩٩/٩٣/EC, ٢٠٠٠ O.J. (L ١٣) ١٢.

"Data in electronic form which are attached to or logically associated with other electronic data and which serve as a method of authentication".

شخصية (هوية) من هو منسوب إليه، والذي يفصح عن قبوله بمضمون المحرر الذي يرتبط به وبالالتزامات الواردة فيه". وبالتالي فإن التوقيع الإلكتروني يمثل أحد أهم البيانات التي ينبغي أن تتوفر عليها المحررات الإلكترونية. ثالثاً: التعريف الفقهي للتوقيع الإلكتروني:

عرفه بعض الفقهاء بأنه من "مجموعة الإجراءات أو الوسائل التقنية التي يتيح استخدامها عن طريق الرموز أو الأرقام أو الشفرات لإخراج علامة مميزة لصاحب الرسالة المنقولة إلكترونياً"^(٨) في حين ذهب البعض إلى أن التوقيع الإلكتروني "عبارة عن مجموعة من الإجراءات يعبر عنها بشكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو حتى أصوات أو صور تتم من خلال وسيط إلكتروني، ومن خلال أجهزة الحاسب الآلي والإنترنت وغيرها من وسائل الاتصال الحديثة"^(٩). ويمكن تعريف التوقيع الإلكتروني من وجهة نظرنا بأنه "مجموعة من الرموز أو الأرقام أو الحروف أو الإشارات أو الأصوات على شكل إلكتروني، وتتصل بمحرر إلكتروني بهدف تحديد هوية الموقع وبموافقته على مضمون هذه الرسالة".

ويهدف التوقيع الإلكتروني إلى الحفاظ على مستويات الأمن والخصوصية للمتعاملين مع الشبكة من حيث الحفاظ على سرية المعلومات أو الرسائل المرسله، وعدم قدرة أي شخص آخر على الإطلاع أو تعديل أو تحريف الرسالة، كما أنه يحدد هوية المرسل والمستقبل.

الفرع الثاني

التمييز بين التوقيع الإلكتروني والتقليدي

من الناحية القانونية لا تعد الكتابة دليلاً كاملاً في الإثبات، إلا إذا كانت موقعة، كما يعتبر التوقيع شرطاً ضرورياً بل أنه الشرط الوحيد لصحة الورقة العرفية كما في بعض التشريعات ومنها مصر . ولم يعرف المشرع المقصود بالتوقيع، واكتفى القضاء والفقهاء بإيراد عناصر التوقيع دون الاهتمام بوضع تصور عام لمفهوم التوقيع، رغبة في عدم تضيق ما أطلقه المشرع حتى يستوعب مفهوم التوقيع كل ما يمكن أن يستجد في المستقبل^(١٠).

فكل ما نص عليه قانون الإثبات المصري هو "يعتبر المحرر العرفي صادراً ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة"^(١١).

الأمر الذي حدا بالفقهاء إلى محاولة وضع تعريف للتوقيع بأنه "التأشير أو وضع علامة على سند أو بصمة إبهام للتعبير عن القبول بما ورد فيه"^(١٢).

وهناك من يعرف التوقيع بأنه "التأشير أو وضع علامة على السند أو بصمة إبهام للتعبير عن القبول بما ورد فيه، أو أنه أية علامة مميزة خاصة بالشخص الموقع تسمح بتحديد شخصيته والتعرف عليها بسهولة"^(١٣).

ويمكن تمييز التوقيع الإلكتروني عن التوقيع التقليدي :

أولاً: من حيث صورة أو شكل التوقيع

حدد التشريع المصري شكل التوقيع؛ فيكون التوقيع بصحة نسبة الخط أو الإمضاء أو ببصمة الختم أو بصمة الأصبع، في حين أن التوقيع الإلكتروني يتخذ صور عدة، إذ يجوز أن يأتي في شكل صورة أو حرف أو أرقام

٨/د/حسن جمعي، إثبات التصرفات التي يتم إبرامها عن طريق الانترنت، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص ٣٤

٩/د/عباس العبودي، الإثبات الإلكتروني، بحث منشور بمجلة دراسات قانونية، بيت الحكمة، العدد ٢١ سنة ٢٠٠٧ ص ١١

١٠/د/ ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني، ماهيته، مخاطره، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، ٢٠٠٧ ص ١٧

١١ المادة ٤ قانون الإثبات المصري رقم ٢٥ لعام ١٩٦٨ والمعدل بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢

١٢/د/عيسى غسان رضوي: "القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني"، دار الثقافة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩ ص ٣٠

١٣/د/ محمد أمين الرومي، المستند الإلكتروني، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٠٨ م. ص ٤٩

أو رموز أو إشارات أو حتى أصوات، شريطة أن يكون لهذه الأشكال طابع منفرد يسمح بتمييز شخص صاحب التوقيع، وتحديد هويته، وإظهار رغبته في إبرام العمل القانوني والرضا بمضمونه^(١٤).
و بالتالي فإن التوقيع التقليدي هو نتاج حركة يد الموقع في صورة إمضاء أو ختم أو بصمة عبر وسيط مادي، وبالتالي فهو فن وليس علم، بينما الأمر يختلف بالنسبة للتوقيع في الشكل الإلكتروني؛ فيكون هناك جهة مختصة بإصدار التوقيع وقد حددها بشكل مباشر في قانون التوقيع الإلكتروني المصري، وهي هيئة تنمية صناعة التكنولوجيا والتي تضمن سلامة السند من العبث، وبالتالي فهو علم وليس فن.
كما نلاحظ أنه في التوقيع التقليدي بالإمضاء فإن الموقع غير ملزم إلى الأبد باعتماد إمضاء معين، إنما يستطيع بين فترة وأخرى أن يختار نموذج يراه مناسباً في إبرام صفقاته وعقوده وتصرفاته الأخرى يستعمله في تعامله مع بعض الجهات، كالمصارف مثلاً التي تعتمد أحياناً المسح الضوئي لامضائه، ويحتاج أن يخطر البنك بتغيير إمضائه القديم حتى يستطيع البنك باعتماد التوقيع الجديد^(١٥)، أما بالنسبة للتوقيع الإلكتروني فإن الأمر مختلف، إذ يجب أن تستخدم في إجراءه تقنية آمنة تسمح بالتعريف على شخصية الموقع، وضمان سلامة السند من العبث، وهو ما يستلزم تدخل شخص ثالث يضمن توثيق التوقيع ويعرف بالموثق^(١٦).

ثانياً: من حيث الوسيط أو الدعامة التي يوضع عليها التوقيع والحضور بمجلس العقد.

يتم التوقيع التقليدي على وسيط مادي هو في الغالب محررات ورقية ذات طبيعة مادية تحاكي الشكل الذي تم به التصرف القانوني، وذلك بالحضور المادي لأطراف التصرف ومقابلتهم وجهاً لوجه في مجلس واحد، لذا كان من الضروري أن يأتي التوقيع أيضاً مادياً على ذات المحررات الورقية، في حين أن التوقيع الإلكتروني لا يكون فيه الحضور المادي للأطراف، بل نجد أنه يتم عبر وسيط إلكتروني غير محسوس^(١٧).
ويلاحظ أن التوقيع الإلكتروني لا يعتمد على الحضور المادي لأطراف التصرف أو من ينوب عنهم قانوناً أو اتفاقاً على خلاف التوقيع التقليدي، فالتوقيع الإلكتروني يقوم على التعاقد عن بعد دون حضور مباشر بين الطرفين.

ثالثاً: من حيث الوظائف التي يؤديها التوقيع

التوقيع التقليدي يؤدي ثلاث وظائف، فهو وسيلة لتحقيق شخصية الموقع، والتعبير عن إرادته في الالتزام بمضمون الورقة، ودليل على الحضور المادي لأطراف التصرف أو من ينوب عنهم قانوناً أو اتفاقاً وقت التوقيع.
أما التوقيع الإلكتروني فتتألف من خمس وظائف وهي؛ تمييز الشخص صاحب التوقيع، تحديد هوية القائم بالتوقيع والتوثيق أنه هو بالفعل صاحب التوقيع، التعبير عن إرادة الشخص في القبول بالعمل القانوني والالتزام بمضمونه، وتأمين المحرر الإلكتروني من أي تعديل لاحق بالإضافة أو الحذف، منح المستند الإلكتروني صفة المحرر الأصلي، ومن ثم يجعل منه دليلاً معداً مقدماً للإثبات له نفس منزلة الدليل الكتابي المعد مسبقاً قبل أن يثور النزاع بين الأطراف^(١٨).

المطلب الثاني

- ١٤ د/ ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني، مرجع سابق، ص ٣٦
- ١٥ د/ عبد الرسول عبد الرضا "المفهوم القانوني للتوقيع الإلكتروني دراسة مقارنة، مجلة المحقق للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، السنة الرابعة ص ١٤٢
- ١٦ حسون علي حسون، التوقيع الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية، رسالة ماجستير، مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠٠٦ ص ٣٨
- ١٧ د/ محمد حسام لطفي، "استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها"، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٣ ص ١٣
- ١٨ نفس المعنى د/ عبد العزيز المرسي، مدى حجية المحرر الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية "مجلة البحوث القانونية والاقتصادية جامعة المنوفية، ٢٠٠٢، ص ٣١

شروط التوقيع الإلكتروني

قد أعطى القانون التوقيع الإلكتروني في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية ذات الحجية التي أعطاها للتوقيع التقليدي، بشرط أن تتوافر في هذا التوقيع الشروط المنصوص عليها في قانون التوقيع الإلكتروني ولائحته التنفيذية. وتتولى بالدراسة والبحث شروط التوقيع الإلكتروني وذلك على النحو الآتي:

الشرط الأول : أن يكون التوقيع مرتبطاً بشهادة التصديق الإلكتروني المعتمدة، ونافذة المفعول

عرف قانون التوقيع الإلكتروني المصري شهادة التصديق الإلكتروني بأنها "الشهادة التي تصدر من الجهة المرخص لها بالتصديق وتثبت الارتباط بين الموقع وبيانات إنشاء التوقيع"^(١٩). وبالرجوع إلى قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني المصري، نجد أنه حظر مزاوله نشاط إصدار شهادات التصديق الإلكتروني، إلا بعد الحصول على ترخيص بذلك من الهيئة المختصة^(٢٠). ويمكننا تعريف الشهادة التصديق من وجهة نظرنا "بأنها تشكل بطاقة هوية إلكترونية تم وضعها بواسطة شخص مستقل عن العقد ومحاييد لتوفر قدر من الثقة والأمان في التوقيع الإلكتروني، وفقاً لمواصفات قياسية فرضها المشرع".

ويلزم أن تكون الشهادة صادرة من مقدم خدمات تصديق مرخص له وتتوافر فيها الشروط الكفيلة لتحقيق الحد الأدنى من الأمان في التوقيع الإلكتروني، ووفقاً لمواصفات قياسية يتم فرضها، وأي إخلال بذلك يترتب المسؤولية. حتى تستطيع أن تؤدي الدور المحدد لها وهو إثبات الارتباط بين الموقع على الشهادة، وبين بيانات إنشاء التوقيع أي المفتاح الخاص بالموقع. ويلزم كذلك أن تكون الشهادة نافذة المفعول وقت إجراء التوقيع، وأن يكون مقدم خدمة التوثيق موكلاً لإصدار شهادات توثيق معتمدة، بالإضافة لوجوب مراعاة ضوابط معينة عند إجرائه لعملية التوثيق من أجل المحافظة على حقوق طرفي العلاقة التجارية.

الشرط الثاني: ارتباط التوقيع بالموقع وحده دون غيره، وكفايته للتعريف بشخص الموقع.

تضمنت المادة (٣) من قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ أنه "يعدّ التوقيع الإلكتروني المصدّق المدرج على وثيقة إلكترونية، مستجماً للشروط المطلوبة للحجية في الإثبات، وهي: ١- ارتباط التوقيع بالموقع وحده دون غيره، وكفايته للتعريف بشخص الموقع...". وكذا نصت المادة ١/٣١٦ مدني فرنسي على "تمتع الكتابة الإلكترونية بذات الحجية بشرط إمكانية تعيين الشخص الذي صدرت منه، وأن تعد وتحفظ في ظروف تحفظ طبيعتها وسلامتها"^(٢١). فحتى يقوم التوقيع الإلكتروني بوظيفته بالإثبات يلزم أن يكون التوقيع دالاً على شخصية صاحبه ومميزاً له عن غيره من الأشخاص، فطريقة التوقيع تحدد شخصية الموقع، ويكون ذلك باتخاذ التوقيع الإلكتروني شكل أرقام أو حروف مميزة لشخصية الموقع، فالتوقيع الإلكتروني عندما يصدر لشخص معين فلا يمكن أن يتم إصدار نفس التوقيع لشخص آخر لأنه يحدد شخصية صاحبه.

ويعتبر التوقيع على محتوى المستند الإلكتروني معبراً عن رضا والتزام صاحب التوقيع بمضمون الاتفاق على التحكيم في المنازعات الحاصلة نتيجة عقود التجارة الإلكترونية، ويكون كذلك من خلال استخدام المفتاح الخاص والذي لا يملكه إلا صاحب التوقيع بحيث لا يستطيع أحد الاطلاع عليه أو تعديله إلا من خلال الموقع وحده

١٩ المادة ٦/١ من قانون التوقيع الإلكتروني المصري

٢٠ المادة ١٩ من قانون التوقيع الإلكتروني المصري وقد حدد هذه الجهة وهي هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات لتوثيق التوقيع .

٢١ « L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être du ment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conserve dans les conditions de nature a en grandir l'intégrité ».

دون غيره وذلك لتوفر صفة الأمان والثقة فيه. وعندما ينتهي الموقع من بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني تتجه إرادته إلى الالتزام بما تم التوقيع عليه إذ أنه من المتعارف أن يجري التوقيع في آخر السند، فإذا كان السند مشتملاً على عدة أوراق؛ فيكفي التوقيع في نهاية الورقة الأخيرة منه شرط ثبوت الاتصال الوثيق بين الأوراق^(٢٢).

ويعتبر تحديد هوية الموقع الذي أبرم عقداً معيناً أمراً ضرورياً في مجال الإثبات، وخاصة في مجال الوفاء بالالتزامات العقدية بهدف تحديد أهلية الموقع، فلا يتصور أن يتم منح شخص عديم الأهلية أو ناقصها توقيعاً إلكترونياً باستثناء المميز المأذون له بالاتجار لأن هذا الأمر يبنني عليه التزامات عديدة، فلا بد للموقع أن يكون أهلاً للقيام بهذا التوقيع وحتى تتمكن جهة إصدار التوقيع الإلكتروني من منحه إياه^(٢٣).

الشرط الثالث: سيطرة الموقع وحده دون غيره على منظومة إنشاء التوقيع الإلكتروني المستخدمة

نصت المادة العاشرة من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري علي أن "تتحقق من الناحية الفنية والتقنية، سيطرة الموقع وحده دون غيره على الوسيط الإلكتروني المستخدم في عملية تثبيت التوقيع الإلكتروني عن طريق حيازة الموقع لأداة حفظ المفتاح الشفري الخاص، متضمنة البطاقة الذكية المؤمنة والكود السري المقترن بها المادة".

وقد حددت لنا المادة العاشرة من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري كيفية تحقق هذه السيطرة؛ وتتم هذه السيطرة عن طريق حيازة الموقع لأداة حفظ المفتاح الشفري الخاص والمتضمنة البطاقة الذكية والرقم السري الخاص بها، وهذا يعني أن تكون الوسيلة المستخدمة في إنشاء التوقيع الإلكتروني خاضعة لشخص واحد فقط وهو صاحب التوقيع.

ويطلب هذا الشرط أن يكون التوقيع الإلكتروني قادراً على التعريف بشخصية الموقع، حيث يعتبر هذا الشرط بديهاً إذ أنه وكما في التوقيع التقليدي بأنواعه الختم والبصمة والإمضاء والتي تكون دالة على التعريف بشخص صاحبها، فإنه يجب في التوقيع الإلكتروني وإن لم يكن مشتملاً على اسم الموقع فإنه يكفي أن يحدد شخصية الموقع على الرسائل الإلكترونية وذلك من خلال الرجوع مثلاً، إلى جهات إصدار التوقيعات الإلكترونية، وشهادة التصديق المعتمدة والتي تبين شخصية هذا المستخدم للتوقيع الإلكتروني^(٢٤).

الشرط الرابع: إمكانية كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرر والتوقيع الإلكتروني

نصت المادة الحادية عشرة من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري علي أن "مع عدم الإخلال بما هو منصوص عليه في المواد (٢، ٣، ٤) من هذه اللائحة يتم من الناحية الفنية والتقنية، كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرر الإلكتروني الموقع إلكترونياً، باستخدام تقنية شفرة المفتاحين العام والخاص، وبمضاهة شهادة التصديق الإلكتروني وبيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني بأصل هذه الشهادة وتلك البيانات، أو بأى وسيلة مشابهة.

فيشترط للاعتداد بالكتابة الإلكترونية كدليل لإثبات التصرفات والحقوق، ألا تكون قد اتخذ إجراء لتعديل أو تحريف في مضمونها، سواء بالإضافة أو الحذف حتى يجوز المحرر على الثقة والأمان، فإذا تم إجراء تعديل فأن المحرر يفقد قوته في الإثبات.

^{٢٢} د/الياس ناصيف، العقد الإلكتروني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩، ص ٢٤٨

^{٢٣} د/محمد حسام محمود لطفى استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها" دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٣ ص ١١

^{٢٤} د/لورنس محمد عبيدات، "إثبات المحرر الإلكتروني"، مرجع سابق، ص. ١٣٠.

فالمحررات الورقية قد وضعت لها قواعد تضمن سلامتها، إضافة إلى كونها محررة بطريقة يسهل معه كشف أي تحريف وقع فيها سواء بالعين المجردة أو بالخبرة الفنية،^(٢٥) حيث لا يتم التغيير إلا بإتلاف الدليل أو ترك أثر عليه. فإن المحرر الإلكتروني عكس ذلك فقد يتعرض للتغيير والتحريف دون أن يترك أي أثر لذلك. ويلزم أن تكون هناك رابطة حقيقية بين الورقة الموقع عليها، وباقي أوراق المحرر فوضع التوقيع على المحرر هو الذي يمنحه أثره وحجيته القانونية لأداء وظيفته طالما أنه يدل دلالة واضحة على إقرار الموقع بمضمون المحرر^(٢٦).

وتتعلق هذه المسألة أساساً بكفاءة التقنيات المستخدمة في تأمين مضمون المحرر المدون إلكترونياً، وبالتالي تأمين ارتباطه بشكل لا يقبل الانفصال عن التوقيع، ومن أهم هذه التقنيات تقنية التوقيع الرقمي الذي يعتمد على مفاتيح عام وخاص، ولا يستطيع أحد أن يطلع على مضمون المحرر إلا الشخص الذي يملك المفتاح القادر على تمكين الشخص من ذلك^(٢٧).

ويضع الموقع عادة توقيعاً في نهاية المحرر بحيث ينسحب التوقيع على كافة البيانات الواردة بالمحرر، ولكن هذا لا يمنع من وضع التوقيع في أي مكان من المحرر إذا اتفق الأطراف على ذلك، ولكن يلزم أن يكون التوقيع متصلاً اتصالاً مادياً ومباشراً بالمحرر المكتوب^(٢٨).

فالتوقيع الإلكتروني يحدد شخصية الموقع دون غيره من الأشخاص، لذلك يجب أن تبقى منظومة إحداث هذا التوقيع سرا على غيره من الأشخاص، حتى لا يساء استعمال هذا التوقيع من قبل الآخرين، خاصة وأن التوقيع يترتب عليه آثار وتبعات قانونية في مواجهة الموقع والغير، حيث يلتزم كلاهما بمضمون ما يتم التوقيع عليه في حالة الالتزام المتبادلة^(٢٩).

يتبين مما سبق أنه إذا توافرت بالتوقيع الإلكتروني الشروط سابقة الذكر، فإن التوقيع الإلكتروني يعد موثقاً وله ذات الحجية المقررة للتوقيع العادي بالإثبات.

المبحث الثاني

مدى قوة التوقيع الإلكتروني في الإثبات

إن حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات من المواضيع التي تثير الجدل القانوني في الوقت الحاضر، وإذا كانت للمحررات الإلكترونية وتوقيعاتها من أهمية، فإنها تتجلى أساساً في قدرتها على إثبات التصرفات القانونية، لذا كان من اللازم وضع القواعد والتقنيات الملائمة التي تكفل قبولها، وتضمن حجيتها وقوتها القانونية في الإثبات. ونتولي بالبحث والدراسة مدى قوة التوقيع الإلكتروني في الإثبات من خلال مطلبين:

المطلب الأول: مدى جواز اعتبار التوقيع الإلكتروني حجة كاملة في الإثبات

المطلب الثاني: الحجية الاستثنائية للتوقيع الإلكتروني في الإثبات

المطلب الأول

مدى جواز اعتبار التوقيع الإلكتروني حجة كاملة في الإثبات على المستوى الوطني والدولي.

^{٢٥} د/الصالحين محمد العيش، دور الدليل الإلكتروني في إثبات المعاملات المصرفية أعمال المؤتمر العلمي السنوي السابع عشر، المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية- الحكومة الإلكترونية)، ١٩-٢٠/٢٠٠٩، جامعة الإمارات العربية المتحدة، مركز الدراسات والبحوث الإستراتيجية- أبو ظبي، ص ٦٨٢.

^{٢٦} د/ ثروت عبد الحميد: "التوقيع الإلكتروني"، مرجع سابق، ص ٢٨.

^{٢٧} د/علاء محمد نصيرات: "حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات"، دار الثقافة، ٢٠٠٥، ص.

^{٢٨} د/خالد مصطفى فهمي: "النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني"، مرجع سابق، ص ٣٤.

^{٢٩} مدوح محمد سبروك، مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، دار النهضة العربية، القاهرة. ص ١٣٦

إن التوقيع الإلكتروني يمكنه أن يقوم بذات الدور الذي يؤديه التوقيع التقليدي، بل إن هذا الأخير لا يجد له مكانة في ظل المعالجة الإلكترونية للمعلومات، ولذا فإن الكثير من الدول ساهمت بشكل كبير في حماية التوقيع الإلكتروني عن طريق سن قوانين جعلت العمل الإلكتروني يقوم بتعاملاته الإلكترونية وهو في ثقة وأمان، حيث خصصت قواعد معينة لتلافي أي تلاعب في هذه التوقيعات من خلال إجراءات يتحقق من خلالها الأمان والثقة بها وتحميها، سواء من الناحية القانونية أو التقنية والتي تتمثل في وجوب إصدار التوقيعات المعترف بها قانوناً من قبل جهة معتمدة تصدر عنها ما تسمى بشهادات التوثيق وتكون مودعة لديها.

وانقسم الفقه القانوني فيما يتعلق بحجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات إلى اتجاهين: أولهما: لم يفرق بين وظيفة التوقيع الإلكتروني وشكله، وهو الاتجاه الراض لإضفاء أي حجية على التوقيعات الإلكترونية وقصر هذه الحجة على التوقيع العادي. وثانيهما: فرق بين وظيفة التوقيع الإلكتروني وشكله، وأصبغ عليه حجية في الإثبات ذلك لأنه يشبه التوقيع العادي من حيث قيامه بوظائفه، أما من حيث الشكل فلا يمكن مساواته - في ظل قوانين الإثبات الحالية - بشكل التوقيع العادي^(٣٠).

ولكن بعد الاقرار بالتوقيع الإلكتروني بقيامه بوظائف التوقيع العادي بدرجة عالية من الكفاءة - لا بل قد يتفوق عليه في بعض الأحيان- وبعدما بينا بأن التوقيع الإلكتروني يستجمع شروط التوقيع العادي، فهل من الممكن الاعتراف له بالحجية القانونية التي يتمتع بها التوقيع العادي في الإثبات؟ نتيجة للخلاف الفقهي السابق، ولاضطراد وتزايد التعامل بتقنيات التوقيع الإلكتروني الحديثة إلى جانب التوقيع العادي، واكتشاف أنواع جديدة من التوقيعات الإلكترونية، فقد دعت الحاجة إلى التدخل التشريعي، وذلك لوضع إطار قانون محدد، يهدف إلى الحد من فكرة عدم اليقين فيما يتعلق بالآثار القانونية الذي ينتج عن هذه التقنيات الحديثة. وقد انتهى هذا التدخل التشريعي إلى وضع قواعد قانونية خاصة، أضفت على التوقيع الإلكتروني قوة قانونية، وحجية تماثل قوة التوقيع التقليدي واعتبرت أن مجرد وجود التوقيع الإلكتروني على محرر يعترف به القانون يفى بالغرض ويضفي على هذا المحرر ما يتطلبه القانون من حجية قانونية^(٣١).

ويمكن القول أنه كان من متطلبات التحول في مجال المعاملات المدنية والتجارية من استخدام التوقيع العادي إلى استخدام التوقيع الإلكتروني الإبقاء على الدور الذي يلعبه الأول، مع إضفاء نفس الحجية والقوة في الإثبات على الأخير، ذلك لأن التوقيع الإلكتروني يقوم بنفس الدور والوظائف التي يقوم بها التوقيع التقليدي، وقد كان للفقه قبل صدور التشريعات المنظمة بالتوقيع الإلكتروني الدور البارز في محاولات أن يكون للتوقيع الإلكتروني حجية في الإثبات^(٣٢).

ونعرض للجهود الوطنية والدولية في تدعيم حجية الإثبات للتوقيع الإلكتروني

نصت المادة ١٥ من قانون التوقيع الإلكتروني المصري " للكتابة الإلكترونية وللمحررات الإلكترونية، في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية، ذات الحجية المقرر للكتابة والمحررات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفقاً للضوابط الفنية والتقنية التي تحددها الأئحة التنفيذية لهذا القانون"

وإزاء اعتراف المشرع المصري بحجية الإثبات للكتابة الإلكترونية وللتوقيعات الإلكترونية، سواء كانت رسمية أم عرفية، فإن هذا يكمل المنظومة الإلكترونية في جمهورية مصر العربية، ويصبح للتوقيع الإلكتروني والمحررات الإلكترونية ذات الحجية الموجودة في قانون الإثبات. الشيء الذي يدعم استخدام التقنيات الحديثة

^{٣٠} د/ محمد محمد أبو زيد، تحديث قانون الإثبات- مكانة المحررات الإلكترونية بين الأدلة الكتابية، بدون ناشر، ٢٠٠٢ ص ٥٤

^{٣١} د/محمد السعيد رشدي، حجية وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات، دون بيان الناشر وسنة النشر، ص ٥٤

^{٣٢} د/علي أبو مارية، التوقيع الإلكتروني ومدى قوته، مجلة جامعة الخليل للبحوث، المجلد ٥ عدد ٢ ص ١٢٠

والوسائل الإلكترونية، ويسهل استخدامها من قبل الأفراد والجهات الحكومية والخاصة، ويعد خطوة هامة نحو تحقيق فكرة الحكومة الإلكترونية في جمهورية مصر العربية^(٣٣).

كما اشترط المشرع المصري توافر الضوابط الفنية والتقنية الآتية حتى تتحقق حجية الإثبات المقررة للكتابة الإلكترونية والمحركات الإلكترونية على النحو الآتي:

— أن يكون متاحاً فنياً تحديد وقت وتاريخ إنشاء الكتابة الإلكترونية أو المحركات الإلكترونية الرسمية أو العرفية . وأن يتم ذلك من خلال نظام حفظ إلكتروني مستقل، وغير خاضع لسيطرة منشئ هذه الكتابة أو تلك المحركات، أو لسيطرة المعني بها.

— أن يكون متاحاً فنياً تحديد مصدر إنشاء الكتابة الإلكترونية أو المحركات الإلكترونية الرسمية أو العرفية، ودرجة سيطرة منشئها على هذا المصدر، وعلى الوسائط المستخدمة في إنشائها في حالة إنشاء وصدور الكتابة الإلكترونية أو المحركات الإلكترونية بدون تدخل بشري، جزئي أو كلي، فإن حجيتها تكون محققة متى أمكن التحقق من وقت وتاريخ إنشائها ومن عدم العبث بهذه الكتابة أو تلك المحركات^(٣٤).

وللقاضي سلطة في تقدير قيمة الدليل المطروح أمامه، وفي تحديد حجيته في الإثبات، وفي مراعاة توافر ما يتطلبه القانون من اشتراطات في المحرر. والتأكد من أن الطريقة المتبعة في توقيعه هي طريقة مأمونة وجديرة بالثقة، وقد يقوده بحثه هذا إلى الاعتراف للتوقيع الإلكتروني بحجية كاملة في الإثبات ومساواته بالتوقيع التقليدي مستعينا في ذلك برأي ذوي الخبرة^(٣٥).

حجية التوقيع الإلكتروني في ظل التشريع الفرنسي

نادي الفقه الفرنسي بوجوب تدخل تشريعي لتعديل قواعد الإثبات على نحو يسمح بأن يكون المحرر الإلكتروني دليل كتابي كامل له حجية في الإثبات، وقد أستجاب المشرع الفرنسي وتدخل بتعديل مهم على القانون المدني تعلق بالإثبات، وذلك لتدخل المحركات الإلكترونية في نطاق أدلة الإثبات، وبالتالي تحظى بنفس القوة والحجية التي تتمتع بها المحركات الورقية أو التقليدية.

وهكذا كان صدور القانون رقم ٢٣٠/٢٠٠٠ الصادر في ١٣ مارس ٢٠٠٠ المتعلق بتعديل مهم شمل المادة ١٣١٦ من القانون المدني الفرنسي، إذ جاء فيها "يشمل الإثبات عن طريق الكتابة كل تدوين للحروف أو العلامات أو الأرقام أو أي رمز أو إشارة أخرى، ذات دلالة تعبيرية واضحة ومفهومة أيا كانت الدعامة التي تستخدم في إنشائها أو الوسيط الذي تنتقل عبره".

وبهذا يكون المشرع الفرنسي قد وسع من مفهوم الكتابة المعدة للإثبات، لتشمل كل أنواعها، حيث كرس هنا مبدأين أساسيين :

المبدأ الأول : عدم التمييز بين الكتابة المعدة للإثبات بسبب الدعامة التي تتم عليها أو الوسيط الذي تتم خلاله، فسوء تمت الكتابة على وسيط ورقي أو عبر وسيط إلكتروني فإن الأمر لا يجب أن ينال من قوتها في الإثبات.

المبدأ الثاني: المساواة الوظيفية بمعنى الاعتراف للمحرر الإلكتروني بذات حجية المحرر العرفي التقليدي، طالما أمكن من خلال التوقيع الذي يحمله تمييز الشخص الذي أصدره وتحديد هويته وكان أنشائه وحفظه في ظروف وبطريقة جديرة بالحفاظ عليها من التحريف أو التعديل (مادة ١٣١٦ مدني فرنسي)^(٣٦)

وتتمتع الكتابة الإلكترونية بنفس الحجية المعترف بها للمحركات الكتابية في الإثبات، غير أن المشرع جعل الحجية الممنوحة للكتابة الإلكترونية متوقفة على شرطين:

يتمثل **الأول** في تحديد الموقع من خلال تحديد مصدر الكتابة، ويتمثل **الثاني** في إمكانية تدوين وحفظ هذه الكتابة الإلكترونية بشيء يدعو إلى الثقة والطمأنينة في استعمالها. (المادة ٣/١٣١٦ مدني فرنسي)، إلى جانب هذه

^{٣٣} د/ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني، مرجع سابق ص ١٩١

^{٣٤} د/عبدالقح حاجزي، "النظام القانوني للتجارة الإلكترونية"، مرجع سابق، ص ٣٦٥

^{٣٥} د/ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني، مرجع سابق، ص ١٩٠

^{٣٦} د/عبد العزيز المرسي، مدى حجية المحرر الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص ١٠١

المادة ١٣١٦- التي شملها التعديل، نجد بعض المواد الأخرى، وكمثال عن ذلك المادة ١٣٢٦ والتي أدخل عليها المشرع الفرنسي تغييراً، فقد كانت المادة تتطلب بأن تكون الكتابة والتوقيع بخط اليد في التصرفات القانونية الملزمة من جانب واحد، وجاء التعديل فاكتفى المشرع بأن تكون الكتابة صادرة عن الشخص نفسه^(٣٧).

وبهذا يكون المشرع الفرنسي من خلال القانون رقم ٢٣٠/٢٠٠٠ والمتعلق بالحق في الإثبات وتكنولوجيا المعلومات والتوقيع الإلكتروني قد جعل المحررات الإلكترونية المتضمنة لتوقيع إلكتروني تتساوى مع المحررات الكتابية المختومة بتوقيع يدوي أو تقليدي، من حيث الحجية في الإثبات، وهو بذلك يستجيب للتوجيهات الأوروبية التي تسعى إلى ضرورة مسايرة التشريعات الوطنية لدول الأعضاء وذلك حتى لا تكون هناك ثغرة بين الواقع والقانون.

على المستوى الدولي فنشير إلى موقف الأمم المتحدة

موقف الأمم المتحدة من حجية التوقيع الإلكتروني

تعاملت الأمم المتحدة مع التوقيع الإلكتروني من خلال قانونين هما:

أولاً: القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية (Model Law of Electronic Commerce) تم وضع هذا القانون من قبل لجنة الأمم المتحدة للتجارة الدولية^(٣٨) والمعروفة باسم الأونسترال (UNCITRAL) وتمت المصادقة عليه من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة (U.N. General Assembly) في عام ١٩٩٦ م. ويهدف هذا القانون إلى إيجاد إجراءات ومبادئ لتسهيل استخدام التقنية الحديثة في تسجيل وإرسال المعلومات^(٣٩).

وقد قامت لجنة الأمم المتحدة للتجارة الدولية (الأونسترال) بتكملة المادة (٧) من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية بما أصبح يعرف بالقانون النموذجي للتوقيع الإلكتروني، وتعطي المادة (٧) من هذا القانون التوقيع الإلكتروني ذات الحجية القانونية الممنوحة للتوقيع التقليدي واشترطت المادة توافر الشروط الآتية:

الأول : إمكانية تحديد هوية الموقع وموافقته على المعلومات الواردة في السجل .

الثاني : أن تكون الطريقة المستخدمة لتحديد هوية الموقع موثوقة ويمكن الاعتماد عليها، هذا وقد عدا القانون النموذجي رسالة البيانات مقبولة في الإثبات إذا أمكن التعويل على الطريقة التي حوفظت بها على سلامة المعلومات والطريقة التي حددت هوية المنشئ وأي عامل آخر (٩م)

وحسب نص المادة (٢) من القانون النموذجي للتوقيع الإلكتروني ، يقصد بالتوقيع الإلكتروني بيانات إلكترونية مدرجة برسالة ومرتبطة بها منطقياً، ويمكن استخدامها لتحديد هوية الموقع، وبيان موافقته على البيانات والمعلومات الواردة في الرسالة^(٤٠).

ولم يقيد هذا القانون مفهوم التوقيع الإلكتروني، بل إن هذا النص السابق يمكن أن يستوعب أية تقنية تظهر في المستقبل تعنى بإنشاء التوقيع الإلكتروني. ولا يستبعد هذا القانون أية تقنيات حديثة تظهر مستقبلاً خاصة بإنشاء التوقيع الإلكتروني ما دامت تتوافق مع المتطلبات التي اشترطها^(٤١).

المطلب الثاني

الحجته الاستثنائية للتوقيع الإلكتروني في الإثبات

^{٣٧} د/ نور الدين الناصري، "المعاملات والإثبات في مجال الاتصالات الحديثة"، مرجع سابق، ص ٨٠.

^{٣٨} United Nations Commission International Trade Law

^{٣٩} United National Commission on International Trade Law, UNC, ITRAL Law on Electronic Commerce With Guide to Enactment (١٩٩٦) , at http:// www.uncitral.org/English/texts/telecom/ml.htm.

^{٤٠} UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures, (٢٠٠١) ٣٢ Y.B. U.N. Commission Int'l Trade L. ٤٩٩, U.N Doc. A/CN.٩/SER.A/٢٠٠١

^{٤١} Draft Guide to Enactment of UNCITRAL Model law on Electronic Signatures Note by the Secretariat, U.N. GAOR, ٣٤th Sess. , at ١٧-١٨ , cmt. ٣٢. U.N. Doc.A/CN.٩/٤٩٣ (٢٠٠١) , reprinted in) ٢٠٠١) ٣٢ Y.B. U.N. Commission Int'l

سبق لنا الحديث عن القاعدة العامة وهي الحجية الكاملة للتوقيع الإلكتروني في الإثبات، إلا أن هذه القاعدة عليها استثناءات التي تأخذ بالسند الإلكتروني كدليل إثبات منها؛ كمبدأ الثبوت بالكتابة، وحالة وجود مانع من الحصول على دليل، وحالة فقدان الدليل فكل هذه يجوز فيها الإثبات بغير الكتابة، وتتولى بالدراسة والبحث الحجية الاستثنائية للتوقيع الإلكتروني في الإثبات من خلال فرعين.

الفرع الأول: قبول التوقيع الإلكتروني باعتباره مبدأ الثبوت بالكتابة

الفرع الثاني: قبول التوقيع الإلكتروني في حالة وجود مانع أو فقد الدليل الكتابي

الفرع الأول

قبول التوقيع الإلكتروني باعتباره مبدأ الثبوت بالكتابة

مبدأ الثبوت بالكتابة بمثابة طوق النجاة للأفراد، ذلك أنه عون للمتقاضى الذي أهمل في أعداد دليل مسبق، أو الذي تخلى عن الدليل الكتابي بسبب مغالته في الثقة بالطرف الآخر.

مبدأ الثبوت بالكتابة: هو كل كتابة تصدر من الخصم، ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال، ومن شأنها أن تجعل الحق المراد إثباته بالبيئة قريب الاحتمال.

ونصت عليه المادة ٦٢ من قانون الإثبات أنه "يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة، إذا وجد مبدأ ثبوت الكتابة. وكل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى قريب الاحتمال تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة."

من خلال هذه المادة، يتضح وجود ثلاثة شروط للاستفادة من هذا الاستثناء هي:

- ١_ وجود الكتابة: وحتى يكون مبدأ ثبوت بالكتابة، يجب توفر دعامة مكتوبة بصرف النظر عن اللغة أو الشكل أو الغرض الذي حررت له، ولا يشترط أن تأخذ الكتابة شكل معين أو أن تكون موقعة فقد تكون بخط الخصم بدون توقيعه، طالما أمكن تحديد مصدرها أو دفاتر تجارية أو مذكرات خاصة أو رسائل أو كشف حساب أو أقوال شفوية وردت في محضر تحقيق أو أثناء محاكمة وذكرت في حيثيات الحكم^(٤٢).
- ٢_ صدور كتابة من الخصم: ومن المستقر عليه ضرورة صدور الكتابة من الخصم أو من ممثله القانوني، سواء كانت هذه الكتابة بخط يده أو عن طريق إملاء على غيره مع انصراف أرائته إلى إصدارها؛ مثل أقوال المدونة في محضر التحقيق، أو محضر الجلسة، أو محضر المعاينة، كلها تعتبر صادرة عن الخصم ولو لم تحمل توقيعاً إلا أنها مدونة في أوراق رسمية منسوبة إليه بواسطة موظفين عموميين فوق مستوى الشبهات^(٤٣).
- ٣_ أن يكون من شأن الورقة الصادرة من الخصم أن تجعل التصرف المدعى به قرب الاحتمال وهو أمر يخضع لسلطة التقديرية للقاضي.

وانقسم الفقه فيما يخص تطبيق هذا الاستثناء على السندات الإلكترونية إلى اتجاهين:

- الاتجاه الأول: يرى بأنه في الدول التي لا توجد بها قوانين تعترف بالحجية لهذه السندات، فإن صدورها يعد قرينة على صدور الكتابة من المدعى عليه، يمكن تكملتها بشهادة الشهود لتصبح دليل كامل.
 - الاتجاه الثاني: يرى أن السندات الإلكترونية لا تعد مبدأ ثبوت بالكتابة، لأن الآلة الإلكترونية لا تخرج عنها أية مستندات أو نسخ أصلية يمكن تمييزها عن نسخ المستخدمة التي يمكن تكرارها بعدد غير محدود^(٤٤).
- ونحن نرى من وجهة نظرنا أن السندات الإلكترونية، يمكن تكملتها بشهادة الشهود والقرائن والخبرة لتصبح دليل كامل طالما اتبعت في حفظه واسترجاعه تقنية أمانة تحافظ عليه من العبث فيجوز اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة ويمكن تعزيره بشهادة الشهود طالما أن الكتابة الإلكترونية الصادرة عن الخصم يكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى قريب الاحتمال، وهذا الأمر يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع.

الفرع الثاني

٤٢ د/أسامة الملبجي، استخدام مستخرجات التقنيات الحديثة وأثره على قواع الإثبات المدني، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٠ ص ١٢٦

٤٣ نفس المعنى د/ثروت عبد الحميد، مرجع سابق ص ١٢٩، ١٢٨

٤٤ د/طمين سهيلة، الشكالية في عقود التجارة الإلكترونية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، ٢٠١١ ص ٩٣

قبول التوقيع الإلكتروني في حالة وجود مانع أو فقد الدليل الكتابي

طبقاً لنص المادة ٦٣ من قانون الإثبات" يجوز الإثبات بالشهود أيضا فيما يجب إثباته بالكتابة، (أ) إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي ، (ب) إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي خارج عن إرادته". وتفسير هذه المادة إلى أن شهادة الشهود في هذه الحالة، تحل محل الدليل الكتابي عند فقد واستحالة تحصيله، وتتولى بالدراسة والبحث قبول التوقيع الإلكتروني في حالة وجود مانع أو فقد الدليل الكتابي من خلال فرضين:

الفرض الأول: حالة وجود مانع دون

الفرض الثاني: حالة فقد الدليل الكتابي.

الفرض الأول**حالة وجود مانع يحول دون الحصول على دليل كتابي**

فالقانون يعطي الفرصة للخصم لإثبات حقه عن طريق البينة أو القرائن أو عن طريقهما معا بدلا من الدليل الكتابي متى أقام الدليل على وجود مانع مادي أو أدبي حال دون الحصول دليل كتابي^(٤٥). ويتوافر المانع المادي كلما وجدت ظروف خارجية تمنعه من الحصول على دليل كتابي، ولو لم يرد في التقنين المدني أمثلة على المانع ماديا أو أدبيا كما فعلت بعض التقنينات الأخرى . فقد نص التقنين المدني الفرنسي على أمثلة للمانع المادي (م١٣٤٨) فذكر : (١) الالتزامات التي تنشأ من شبه العقد أو الجريمة

أو شبه الجريمة . (٢) الوديعه الاضطرابيه التي تقع في حالات الحريق والتهدم والغرق، وكذلك وديعه النزيل في الفندق، وذلك كله من المانع الأدبي فيتحقق كلما وجدت بعض الاعتبارات المعنوية التي تحول دون الحصول على دليل كتابي.

ويتحقق المانع الأدبي في وجود بعض الاعتبارات أو الروابط كصلة القربي والمصاهرة بين أطراف التصرف التي قد تتسبب في حرج الشخص من الناحية الأدبية أن يطلب ممن يتعامل معه إثبات التصرف القانوني في محرر مكتوب^(٤٦).

ومما يحسب لقضاء النقض أنه لا يشترط درجة معينة من القرابة حتى يتحقق المانع الأدبي، وإنما ترك الأمر إلى سلطة المحكمة حسب رايها لكل موضوع على حدي وهذا الأمر يحسب للقضاء، حيث أننا نرى من وجهة نظرنا أن ذلك يتمشى مع الواقع فقد تكون صلة القرابة بعيدة نوعا ما، ولكن رغم ذلك هناك ود وترابط يحقق مانع أدبي .

وقضت محكمة النقض في هذا الشأن أن " صلة القرابة مهما كانت درجتها لا تعتبر في ذاتها - و على ما جرى به قضاء النقض - مانعا أدبيا يحول دون الحصول على سند كتابي بل المرجع في ذلك الحال التي تقدرها محكمة الموضوع بغير معقب عليها^(٤٧).

وتقدير قيام أو انتفاء المانع الأدبي - يعد وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - من الأمور الواقعية التي تستقل بها محكمة الموضوع بما لها من سلطة تقديرية دون معقب عليها، متى اقامت قضاءها على اسباب سائغة لها أصل ثابت بالاوراق.^(٤٨)

والمانع ماديا كان أو أدبيا، يكلف بإثباتها الخصم الذي يدعيها وله ان يثبتها بالبينة والقرائن . فيجب إذن على الخصم أن يثبت أولا قيام المانع، ثم يثبت بعد ذلك التصرف القانوني المدعى، ويثبت هذا وذلك بجميع الطرق^(٤٩)

^{٤٥} د/عبد العزيز المرسي، مدى حجية المحرر الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية ، مرجع سابق ص٩٠

^{٤٦} نفس المعنى تقريبا د/ ثروت عبد الحميد ، مرجع سابق ص ١٣٢

^{٤٧} الطعن رقم ٢٣٦ لسنة ٣٥ مكتب فني ٢٠ صفحة رقم ٧٢٢

^{٤٨} الطعن رقم ٢٤٩٩ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٦/٥/٣٧ ص ٥٢٣

^{٤٩} د/عبد الرازق السنهوري، الوسيط، ج ٢، دار الشروق، ٢٠١٠ ص ٤١٩

والسؤال هنا هل استخدام التوقيع الإلكتروني للتعاقد عن طريق الوسائل الإلكترونية يمثل مانع من الحصول على دليل كتابي؟

ذهب جانب من الفقه إلى أن التعاقد عبر الوسائل الإلكترونية يمثل مانع من الحصول على دليل كتابي، فالمتعاقدان عن طريق الإنترنت يتواجدان في أماكن متباعدة متفرقة ويتم تبادل البيانات عن طريق الحاسب الآلي حيث تدون الكتابة ويحفظ على دعامة الكترونية لا تترك بالعين المجردة إلا من خلال شاشة الجهاز أو عن طريق إحدى المخرجات، ومن ثم يتواجد المتعاقدان أمام استحاله ماديته تحول دون الحصول على مستند ورقي، فحال المتعاقدان في هذه الظروف هو نفس حال المتعاقدان عن طريق الهاتف^(٥٠).

ذهب جانب آخر من الفقه أن العادة والسند التجاريه السائد في مجال التعاقد عبر شبكة الانترنت تجرى على إبرام العقود دون أن يدون مضمونها في أوراق مكتوبه، وإنما على دعامات الكترونيه وما تجرى به العادة على هذا النحو ، يعد مانع أدبيا يبرر الإثبات بغير المستند الورقي^(٥١).

ومن وجهة نظرنا ، إذا تم الاستناد على هذه الموانع بالنسبة للعقود والمعاملات التي تتم عن طريق الوسائل الإلكترونية، فإننا نجد بأن وجود مانع مادي من الحصول على دليل يمكن قيامه لأن تلك العقود والمعاملات تتم باستخدام وسائل إلكترونية التي لا يمكن إبرامها بالشكل المعتمد في القواعد التقليدية، أما بالنسبة للمانع الأدبي الذي يأخذ بوجود الاعتبارات المعنوية فإنها تكاد تنعدم على اعتبار أنها قد تكون عقود ومعاملات دولية وليس هناك ثمة معرفة أو علاقة بينهما تحقق المانع الأدبي.

الفرض الثاني

حالة فقد الدليل الكتابي.

في هذه الحالة تفترض أن شخصا قد حصل مسبقا على دليل كتابي كامل وفقا لما قرر في قانون الإثبات، ثم فقد هذا الدليل بسبب أجنبي لا دخل له فيه، فهنا مدام أن الشخص لم يقصر فيما هو مفروض عليه فلا شك أن حماية المشرع تمتد إليه، وكل ما عليه إثبات واقعة تحرير السند الكتابي بأية وسيلة من وسائل الإثبات^(٥٢) ونفرق بين فرضين:

الفرض الأول : حجية الصورة المنسوخة مادام المحرر الإلكتروني الرسمي موجود على الدعامة الإلكترونية وإن كان المهم ليس شكل النسخة على دعامة ورقية أو إلكترونية، وإنما الأهم في نظر المشرع هو التأكد من مدى أخذ النسخة وحفظها بطريقة تقنية تضمن سلامتها وتمنع أي تغيير أو تحريف قد يلحقها. وقد عالج المشرع المصري مسألة نسخ المحرر الإلكتروني الرسمي المستخرجة على الورق حيث نصت مادة ١٦ من قانون التوقيع الإلكتروني المصري علي أن "الصورة المنسوخة على الورق من المحرر الإلكتروني الرسمي حجة على الكافة بالقدر الذي تكون فيها مطابقة لأصل هذا المحرر ، وذلك مادام المحرر الإلكتروني الرسمي والتوقيع الإلكتروني موجودين على الدعامة الإلكترونية".

وبالنسبة لما لم يرد بشأنه نص في قانون التوقيع الإلكتروني المصري أو في لائحته التنفيذية تطبق الأحكام المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية، وقد نصت على ذلك المادة ١٧ قانون التوقيع الإلكتروني "تسري في شأن إثبات صحة المحررات الإلكترونية الرسمية والعرفية والتوقيع الإلكتروني ، فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون أو في لائحته التنفيذية الأحكام المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية".

ونري من وجهة نظرنا ونحن بصدد حجية الصورة المنسوخة للمحرر الإلكتروني الرسمي الموجود على الدعامة الإلكترونية أن المادة سالفه الذكر قد ساهمت بجزء كبير في حل المشكلة، لذا يمكننا اتباع القواعد العامة في

^{٥٠} M. vivat ; un projet délai sur la preuve pour la société de l'informatique Lamy droit de l'informatique ١٩٩٩. N. ٢٠٩

P. ١٢٧٤ .

^{٥١} F.chamoux : la loi du ١٢ juillet ١٩٨٠ . une ouverture sun les nouveaux moyens de preuve . J . P . ١٩٨١ . II - ١٣٤٩١

N. ٢٠ ets .

^{٥٢} د/سعيد السيد قنديل، التوقيع الإلكتروني ماهيته، صورته ، حجيته في الإثبات بين التداول والاقتياس، الطبعة الثانية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠٠٩، ص ٢٣

الإثبات وتطبيق ما نصت عليه المادة ١٢ من قانون الإثبات "إذا كان أصل المحرر الرسمي موجوداً فإن صورته الرسمية خطية كانت أو فوتوغرافية تكون حجة بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل، وتعتبر الصورة مطابقة للأصل ما لم يباين في ذلك أحد الطرفين، وفي هذه الحالة تراجع الصورة على الأصل".

حيث أضفى نفس حجية الأصل على النسخ، وذلك بالقدر الذي تكون فيه مطابقة لأصلها، مع ضرورة وجود المحرر الإلكتروني وتوقيعه على الدعامة الإلكترونية لكي يتسنى الرجوع إليه عند منازعة أحد الأطراف في صحتها^(٥٣)، وهذا ما استقرت عليه محكمة النقض المصرية بالنسبة للمحررات الورقية^(٥٤).

أما المشرع الفرنسي^(٥٥)، فقد اشترط في النسخ التي يقدمها الأطراف أو المودع لديه عندما لا يحتفظون بالسند الأصلي، أن تكون مطابقة للأصل وغير قابلة للتغيير والزوال، فيتعين لكي تكتسب النسخة حجيتها أن تكون مطابقة للأصل تمام التطابق شكلاً ومضموناً^(٥٦)، واتصافها بالثبات والدوام وعدم قابليتها للزوال.

الفرض الثاني: حجية الصورة المنسوخة في حالة أن المحرر الإلكتروني ليس موجود على الدعامة الإلكترونية

بعد أن رأينا أن المشرع قد عادل بين المحررات الإلكترونية والمحررات الورقية من حيث قوتها الإثباتية، تبقى مسألة بالغة الأهمية مرتبطة بها غاية الارتباط وهي النسخ المأخوذة عن الوثائق أو المحررات الإلكترونية وليس موجود على الدعامة الإلكترونية ومدى حجيتها في الإثبات.

هذا ولم يبين المشرع قيمة الصورة المنسوخة على الورق من المحرر الإلكتروني في حالة عدم وجود المحرر نفسه، ومن ثم وجوب الرجوع إلي القواعد العامة في الإثبات (م ١٣ قانون الإثبات) التي تعطي للصورة حجية الأصل بشروط منها أن تكون الصورة رسمية

فإذا كان التمييز بين الأصل والنسخة في المحررات الورقية أمراً قائماً ولا جدال فيه، بحيث أن الأصل هو المحرر الورقي الذي يحتوي على مجموعة من البيانات في شكلها الأصلي بما في ذلك التوقيع، أما النسخة فتعني المحرر الذي ينقل إليه ما ضمن بالأصل نقلاً حرفياً، وبالتالي فما هي إلا نموذج منقول عن الأصل^(٥٧).

وقد جاز بعض الفقه الفرنسي إلى إمكانية الاستناد إلى الاستثناء الخاص بفقد السند للاستعانة بالمحررات المطبوعة استنساخاً من الوسائط الإلكترونية على الآلة الطابعة في إثبات التصرفات القانونية. مبررين ذلك أنه في الحالات التي تخفي فيها المعلومات عن الوسيط الإلكتروني

بسبب عدم قدرة الوسيط على الاحتفاظ بالمعلومات لمدة طويلة، أو بسبب حوادث استثنائية، وبالتالي يمكن القول أن السند الكتابي قد فقد بسبب لا يد للدائن فيه، وبالتالي يمكن إثبات وجود العقد ومضمونه بكافة طرق الإثبات^(٥٨).

وذهب البعض إلى جواز الإثبات بالمحررات الإلكترونية الموقعة إذا فقد السند الكتابي بسبب لا يد لصاحبه في^(٥٩).

ونري من وجهة نظرنا، بأن اندثار هذا الأصل من على الدعامة الإلكترونية يؤدي إلى نفي أي حجية قانونية للنسخة، ولا يلزم القاضي بقبول الإثبات في المحررات الإلكترونية، بل له سلطة تقديرية في قبول ذلك من عدمه، وذلك لأن نسخ المحررات الإلكترونية العرفية لا تكتسب حجيتها في الإثبات، إعمالاً لإغفالها وعدم التنصيص عليها من طرف المشرع المصري.

٥٣- د. لورنس محمد عبيدات، إثبات المحرر الإلكتروني، دار الثقافة للتوزيع والنشر- عمان، الطبعة الأولى ٢٠٠٥، ص ١٦٩.

٥٤- الطعن رقم ٦٦٦٤ لسنة ٦٦ ق، جلسة ٢٤-٠٣-٢٠٠٣.

الموقع الإلكتروني: www.justice-lawhome.com/vb/showthread.php?t=٣٦٥٥

٥٥- Article ١٤٨du C.C : « Elles reçoivent aussi exception lorsqu'une partie ou le époux n'a pas conservé le titre original et présente une copie qui en est la reproduction non seulement fidèle mais aussi durable. Est réputée durable toute reproduction indélébile de l'original qui entraîne une modification irréversible du support ».

٥٦- د/محمد السعيد رشدي، حجية وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات، مرجع سابق، ص ٨٨.

٥٧-D.MOUGENOT, Droit des obligations- la preuve-, larcier, ٢ème édition, ٢٠٠٢, p. ٨٥.

٥٨- إيداد "محمد عارف" عطا سده مدى حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ١٠٩.

٥٩- د/حسن جمعي، إثبات التصرفات التي يتم إبرامها عن طريق الانترنت، مرجع سابق، ص ٦٨.

خاتمة

ومن خلال بحثنا نجد بعض النتائج التوصيات

أولاً: النتائج

- (١) نستنتج أن التوقيع الإلكتروني يمثل أحد أهم البيانات التي ينبغي أن يتضمنها المحرر الإلكتروني، وله دور في تسهيل المعاملات التجارية عبر العالم، فالتوقيع الإلكتروني أصبح واقعا يفرض التعامل معه بل إن أهميته تزداد كل يوم ولم يعد من الممكن تجاهلها
- (٢) نستنتج أن المشرع من خلال قانون التوقيع الإلكتروني يهدف إلى الحفاظ على سرية المعلومات أو الرسائل المرسلة، وعدم قدرة أي شخص آخر على الإطلاع أو تعديل أو تحريف الرسالة، كما أنه يحدد هوية المرسل والمستقبل. عن طريق جهة مختصة بإصدار التوقيع وقد حددها بشكل مباشر في قانون التوقيع الإلكتروني المصري، وهي هيئة تنمية صناعة التكنولوجيا والتي تضمن سلامة السند من العبث.
- (٣) أن المشرع المصري من خلال قانون التوقيع الإلكتروني قد أعطى للتوقيع الإلكتروني في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية ذات الحجية التي أعطاها للتوقيع التقليدي، بشرط أن تتوافر في هذا التوقيع الشروط المنصوص عليها في قانون التوقيع الإلكتروني
- (٤) أن أغلبية دول العالم اتجهت إلى التوقيع الإلكتروني ونشطت الجهود الدولية والإقليمية لبحث السبل الكفيلة بتوفير الأمان والثقة لهذا التوقيع وهما من أهم الأسس التي تقوم عليها التجارة.

ثانياً: التوصيات

- (١) نوصي المشرع المصري بإيجاد نص صريح في قانون التوقيع الإلكتروني يمنح القاضي في حالة تعارض بين المحرر الإلكتروني والمحرر التقليدي سلطة تقديرية واسعة في تقدير أي من الدليلين أولى بالترجيح كأن يأمر، ولو من تلقاء نفسه، بإحضار أصل المحررات الرسمية الموجودة في حيازة الغير
- (٢) نوصي المشرع بإيجاد حل في حالة اندثار أصل المحرر الإلكتروني من على الدعامة الإلكترونية لأي سبب من الأسباب حتي لا يؤدي إلى نفي أي حجية قانونية للصورة المنسوخة كأن يضع قواعد وآليات خاصة ومعايير لحفظ المحررات الإلكترونية، وذلك بإنشاء مرافق تعمل على القيام بهذه المهمة، على أن تكون مسؤوله عن الإخلال بسرية هذه المحررات.
- (٣) نوصي المشرع المصري بإيجاد نص صريح في قانون التوقيع الإلكتروني يلزم جهة التصديق الإلكتروني بتسجيل أي توقيع إلكتروني ملغي أو موقوف، وذلك مراعاة للمتعاملين بالتوقيع الإلكتروني
- (٤) لم يتعرض المشرع المصري في قانون التوقيع الإلكتروني أو لائحته التنفيذية للمقصود باصطلاح إلكتروني فذلك شيء مهم وضروري، لذا نوصي المشرع المصري بتعريف وإيضاح الوسائل الإلكترونية المستخدمة في مجال التجارة الإلكترونية
- (٥) عقد دورات تدريبية وندوات ومؤتمرات لنظام التعاملات الإلكترونية وتعريف القضاة والمحامين والموظفين والمحققين ورجال الشرطة بهذا النظام وتطبيقاته المختلفة. كما أنه يجب تدريبه في كليات الحقوق.
- (٦) ضرورة تصدي المشرعين لمسألة تحديد وقت ومكان انعقاد التصرفات الإلكترونية والعقود الإلكترونية وتحديد الاختصاص القضائي، والقانون الواجب التطبيق في حالة حدوث نزاع بين الأطراف

المراجع

- د/أحمد شرف الدين التوقيع الإلكتروني وقواعد الإثبات ومقتضيات الأمان في التجارة الإلكترونية، بحث مقدم لمؤتمر التجارة الإلكترونية المنعقد جامعة الدول العربية، ٢٠٠٠م
- د/أسامة المليجي استخدام مستخرجات التقنيات الحديثة واثره على قواع الإثبات المدني، دار النهضة العربية، سنة

- د/أمير فرج التوقيع الإلكتروني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٨
- د/حسن جميعي إثبات التصرفات التي يتم إبرامها عن طريق الانترنت، دار النهضة العربية - القاهرة، ٢٠٠٠
- د/حسون علي حسون التوقيع الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية، رسالة ماجستير، مقدمة الى كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠٠٦
- د/زينب غريب اشكالية التوقيع الإلكتروني وحجيته في الإثبات، رسالة ماجستير، جامعة محمد الخامس الرباط، ٢٠٠٩
- د/سعيد السيد قنديل التوقيع الإلكتروني ماهيته، صورته، حجيته في الإثبات بين التداول والاقتباس، الطبعة الثانية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٩
- د/طارق عبد الرحمن ناجي التعاقد عبر الانترنت، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة محمد الخامس، الرباط، ٢٠٠٣
- د/عادل رمضان الأبيوكي التوقيع الإلكتروني في التشريعات الخليجية، دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ٢٠٠٩ م.
- د/عايش راشد المري مدى حجية الوسائل الإلكترونية الحديثة في إثبات العقود التجارية رسالة مقدمة إلى كلية الحقوق - جامعة القاهرة لنيل درجة الدكتوراه ١٩٩٩
- د. عبد الحميد ثروت التوقيع الإلكتروني ماهيته، مخاطره، وكيفية مواجهتها مدى حجته في الإثبات، دار الجامعة الجديدة، لعام ٢٠٠٧
- د/عباس العبودي الإثبات الإلكتروني، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية، بيت الحكمة، العدد ٢١ سنة ٢٠٠٧
- د/عبد الرازق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٢، دار الشروق، ٢٠١٠
- د/عبد العزيز المرسي، مدى حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية جامعة المنوفية، ٢٠٠٢،
- د/ عبد الفتاح بيومي حجازي النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، ٢٠٠٧ م
- د/ علاء خلاف التوقيع الإلكتروني ومدى حجية في الإثبات، مجلة معهد القضاء الكويتية، العدد ١٦، السنة ٧، ٢٠٠٨
- عيسى غسان راضي "القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني"، دار الثقافة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩
- د/علي أبو مارية التوقيع الإلكتروني ومدى قوته، مجلة جامعة الخليل للبحوث، لعدده
- د/ محمد أمين الرومي المستند الإلكتروني، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٠٨ م
- د/ محمد محمد أبو زيد تحديث قانون الإثبات - مكانة المحررات الإلكترونية بين الأدلة الكتابية، ٢٠٠٢
- د/ مفيد الصلاحي الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية وفقاً للتشريعات الجنائية المقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠١٦
- د/محمد حسام لطفى الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية، القاهرة، ٢٠٠٢
- د/محمد السعيد رشدي حجية وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات، بدون بيان الناشر وسنة النشر
- د/منير الجنيهي الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، بدون سنة نشر،
- د/مدحت عبد العال المسؤولية المدنية الناشئة عن تقديم خدمة التوقيع الإلكتروني، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط ٢٠١٠، ١
- د/ممدوح محمد ميروك مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات. دار النهضة العربية، القاهرة
- د/قذري عبد الفتاح الشهاوي، قانون التوقيع الإلكتروني ولانحته التنفيذية والتجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥
- د/لورنس محمد عبيدات إثبات المحرر الإلكتروني، دار الثقافة للتوزيع والنشر - عمان، الطبعة الأولى ٢٠٠٥
- د/نور الدين الناصري "المعاملات والإثبات في مجال الاتصالات الحديثة"، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة ٢٠٠٧
- المراجع الأجنبية

- Blythe, Stephen E. "Digital signature law of the United Nations, European Union, United Kingdom and United States: Promotion of growth in E-commerce with enhanced security." Rich. JL & Tech. ١١ ٢٠٠٥
- Alain : « Internet, aspecto juridique », sous la direction de Alain Bensoussan, Herms ١٩٦٦, p.٧٠.
- M . vivat ; un projet délai sur la preuve pour la société de l'information Lamy droit de l'informatique ١٩٩٩. N. ٢٠٩ . P. ١٢٧٤ .
- F.chamoux : la loi du ١٢ juillet ١٩٨٠ . une ouverture sun les nouveaux moyens de preuve . J . P . ١٩٨١ . II – ١٣٤٩١ . N. ٢٠ ets .
- D .MOUGENOT, Droit des obligations- la preuve-, larcier, ٣ème édition, ٢٠٠٢, p. ٨٥.

The formal conditions for the validity agreement specified for the competent court in E-commerce contracts

Presented by

Dr. Safa'a fattouh gomaha

Introduction

The proof of e-commerce contracts is most important dilemma which is raised, because the electronic writing^(١) is issue which scholars and laws differs in its authentic, the laws define conditions to this authentic, but the scholars differs in its interpretation, Where the rules of the European regulation No. ١٤٤ /٢٠٠١(٢) and put the writing requirement of as a key prerequisite for validity the agreement of specified competent court, this regulation permitted the oral means , but it certified by written ratification.

The previous regulation spoke on another condition to prove specified the court competent agreement, related with habits and customs of international trade, so if this agreement is consistent with habits and customs of international trade, this agreement will be acceptable, this condition is not writing, but, in the same time, this means for proving the agreement specified of court competent.

Based on the foregoing, this research will be divided to two sections the first one will deal with E- writing in specified agreement of the competent court in E- commerce contracts, second section will handle with the unwritten means which prove this agreement, like as following manner:

Section one: E-writing in specified agreement of the competent court in E- commerce contracts.

Section two: Unwritten means to prove agreement specified for the competent court in E- commerce contracts

(١) The use of electronic circuits and electron devices to reproduce symbols, such as an alphabet, in a prescribed order on an electronic display device for the purpose of transferring information from a source to a viewer of the display device, **for more information, see at,** <http://encyclopedia.thefreedictionary.com/electronic+writing>

la (٢) Règlement ٤٤/٢٠٠١/CE du conseil du ٢٢ décembre ٢٠٠٠ concernant la compétence judiciaire, reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, http://www.droit-technologie.org/fr.legislation/reglement-competence_judi_caire-٢٢١٢٠٠.pdf, ٢٢.٢.٢٠٠٤.

Section one

E-writing in specified agreement specified for the competent court in electronic commerce contracts

This section will divide to two points, the first one explains “how to accept electronic writing as a means of proving the specific agreement for the competent court internationally in international legislation”, the other point is “the acceptance of electronic writing as a means of proving the specific agreement of the competent court internationally in national laws”, as following:

A – The accept electronic writing as a means for proving the specific agreement of the competent court internationally in international legislation:

The writing is an advanced method for proof, because it's easily prepared, and is so direct methods for proof, because its significance is directly on act which intended to prove.

Accordingly, the rules of the European Community (٤٤/٢٠٠١)^(١) put the writing requirement as essential condition in the agreement specified for the competent court, as stipulated article "٢٣ paragraph (١)," which included the forms of agreement specified the competent court internationally , this agreement subjected to Four forms, are " in writing, or orally but supported by written ratification , or the agreement would be agreeing to the habits of the parties, or to customs of international trade"^(٢), but **Do the electronic written agreement specified to**

^(١)The **Brussels Regime** is a set of rules regulating which courts have [jurisdiction](#) in legal disputes of a civil or commercial nature between individuals resident in different member states of the [European Union](#) (EU) and the [European Free Trade Association](#) (EFTA). It has detailed [rules assigning jurisdiction](#) for the dispute to be heard and governs the recognition and enforcement of foreign judgments, for more information, see at, http://en.wikipedia.org/wiki/Brussels_Regime.

^(٢) *Duaso Cales (R.)*, La détermination du cadre juridictionnel et législative applicable aux contrats de cyberconsommation, en ligne, <http://www.lex-electronica.org/Articles.v^-%201.Duaso%20%20cales.pdf>,

international competent court, has the same legal authentic of traditional writing (paper writing) ?

The Model Law on Electronic Commerce issued by the United Nations represented in the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) in 1996 interested the concept of writing on the electronic support, it recognized electronic writing, and it is equal in value functional to write on paper ⁽¹⁾ Article VI included "if the law required being information in written form, the data message is sufficient for this requirement if the information is available durable " In Article (17) of this Convention included the specified agreement for the competent court may consider as writing, if the information contained in this agreement can be seen later, and is available permanently ⁽²⁾ .

And the rules of the European Community (1992)⁽³⁾ recognized the principle acceptance of E- writing in proof, as identified in this regard, in Article 13, paragraph (2) stipules all electronic transport allows sending information- which consist the specified agreement for the competent court - permanently, it considered as a written agreement⁽⁴⁾ .

⁽¹⁾ *A. Caprioli (E.), Sorieul (R.)*, le commerce électronique international: vers l'émergence des règles juridique transnationales, Journal du Droit International, Juris –Classeur édition, paris, 1997, p.p. 232:307.

⁽²⁾ *A. Caprioli (E.), Sorieul (R.)*, le commerce électronique international: vers l'émergence des règles juridiques transnationales, Journal du Droit International, 1997, Op.cit., p. 38.

⁽³⁾ Recognition and enforcement of judgments in civil and commercial cases was originally accomplished within the European Communities by the 1968 Brussels convention: a treaty signed by the then six members of the Communities. This treaty was amended on several occasions and has now been almost completely superseded by a regulation adopted in 2001, the Brussels I regulation. Today the convention only applies between the 10 pre-2004 members of the European Union and certain territories of EU member states which are outside the Union: these being Aruba, the French overseas territories and Mayotte It is intended that the Brussels Convention will be replaced by the new Lugano Convention, the latter being open to ratification by EU member states acting on behalf of non-European territories which belong to that member state, **for more information, see at, http://en.wikipedia.org/wiki/Brussels_Regime**

⁽⁴⁾ Article 13 ale. "2":(Toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considère comme revêtant une forme écrite".

Included Article IV, paragraph (٧) / (b) of the draft Hague Convention on Jurisdiction international and foreign judgments in civil and commercial matters^(١) " the specified condition the competent court become correct in terms of form, if it transport by any method of communication which make the information available in continuance"^(٧) .

"Directive sur les contrats à distance"^(١) considered electronic contracting which contain the specified condition for the competent court is undoubtedly true if the conditions installed via e-mail, so as far as the information is available permanently in computer, while the announcement of the terms on the screen, which followed by printing is non-sufficiency in evidence^(٧), in addition to the provisions of Article VI of the UNCITRAL , when the law requires the information in written form, data message complete this requirement, if the access to this data is easily , continuance, prosecute ^(٤).

It is clear from the foregoing narrative, the position of international conventions of authoritative E - writing, it is mainly dependent on the availability information durable which enable Contracting Parties to check it in later , accordingly, the agreement which define the competent court internationally is available on the computer permanently and

(١) The Hague Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters is a multilateral treaty governing the enforcement of judgments entered by one nation's legal authorities in other signatory nations. It is one of a number of conventions in the area of Private International Law of the Hague Conference on Private International Law in ١٩٧١, for more information, see at, http://en.wikipedia.org/wiki/Hague_Convention_on_Foreign_Judgments_in_Civil_and_Commercial_Matters

(٧) "Hague Conference on Private International Law", on line at, http://hcch.evision.n. Index_en.php?Act=text.display&tid=١٠&litigation, ١٩.١٢. ٢٠٠٢.

(١) Directive ٩٧/٧/CE du Parlement européen et du Conseil du ٢٠ mai ١٩٩٧ concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, online at, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:٣١٩٩٧L٠٠٠٧>

(٧) *Thibault (M.)*, Droit international privé et commerce électronique: état des lieux, enligne:<http://www.juriscom.net/themes.commerce.contrat.signature.etpreuve>. Lectr on iqu e ,٢٢ .٣. ٢٠٠٣.

(٤) United Nations Commission on International Trade Law (Uncitral), online on, http://www.uncitral.org/uncitral/en/about_us.html

parties can access it at any time later, it considered fulfill writing requirement , it has validity.

B - The acceptance of electronic writing as a means of proving the specific agreement for the competent court internationally in national laws:

Article I, paragraph "a" of Egyptian law N^o ١٥ of ٢٠٠٤ organizing the electronic signature and the establishment of the IT industry , referred the definition of electronic writing ^(١) "**it is all letters, numbers, or symbols, or any other signs fixed on a electronic, digital or optical support, or any other means similar which is given perceptible Indication** ", in the same article paragraph (b)," defined the electronic editor "**as a data message containing information which created and incorporated into or stored or sent or received in whole or in part, by electronic or digital, optical means**" as stated in Article (١٥) of the same law “ electronic writing and electronic editors in civil, commercial, and administrative transactions has the same authentic for traditional writing in official documents ,when it satisfies the conditions which stipulated in this Law and in accordance with the regulations prescribed by the Regulations of this law^(٢) .

And the concept of formality which is required in the specific agreement for the competent court internationally in civil codification of Quebec is different, in Article ١٤٨, paragraph (٤) did not specify the format of specific agreement for competent court internationally as a condition for its validity, according to the law of the Province of Quebec, the specific agreement for the competent Court internationally can take any form ,as long as there is no special provision specifies the formal requirements to this agreement, another mean, the law did not require respect for a special form in the drafting of the contract ^(٣), it is important that the

^(١) See at, Law No. ١٥ of ٢٠٠٤ on E-signature and Establishment of the Information Technology Industry Development Authority (ITIDA), online, <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=١٢٥٤٦>

^(٢) See at, Law No. ١٥ of ٢٠٠٤ on E-signature and Establishment of the Information Technology Industry Development Authority (ITIDA), Op.Cit.

^(٣) Code civile du Québec, Editeur officiel du Québec, le dernière version, disponible à, http://www.publicationsduquebec.gouvqc.ca-dynamicserch_telecharge_Php?type=&file.ccq.ccq.htm,

contract is drafted as which reflects the mutual consent between two parties , another mean, it is enough the intention of the parties for the conclusion of the contract, this intention must be clear and explicit and unambiguous, and this leads us to consider the specified agreement for the competent Court internationally is an consensual agreement and not formality in the law of the Province of Quebec.

Section two

Unwritten means to prove agreement specified for the competent court in E- commerce contracts

A - Other means to prove the specific agreement of the competent court internationally, and their vulnerability Informatics:

The Directive (EC) No. (٤٤/٢٠٠١) noted on the other forms of specified agreement for the competent Court internationally, the first is a verbal agreement which ratified in writing form, which is located in particular on the specified condition of the competent court and not on the entire decade included for this condition, otherwise it considered incorrect⁽¹⁾ .

The contractors enjoy complete freedom for contracting according to their conditions, and therefore there is no hamper to make agreement between the parties to identify the competent court internationally verbally, and the ratification is writing electronically, as long as the parties have accepted this method in their agreement, if the agreement - which identify internationally the competent court- is writing by electronic way, the ratification of the verbal agreement between the parties to identify the competent court internationally can write in the same way.

Art"١٣٧٩", ٢٢ .٥.٢٠٠٥

paris, ٢٠٠١, p. ٢٢٤. .⁽¹⁾ *Mayer Heuze (V.)*, Droit International Privé, L.G.D.J. édition

The Council Directive (EC) No. (٤٤/٢٠٠١) also added other forms drafting the specified agreement for the competent court, which is formulated the agreement - even if it is not written - agree to the habits of the parties or customs of international trade.

The persons may generate in their transactions some habits, if they conclude the agreement conformity with their habits, this agreement is true, even it did not take the written form ,because the Convention put these formulations as a choice, and if the specified agreement for the Court of competent internationally approved customs in International trade - even if it were not under the written form -, this agreement is true.

B- Apply the customs of international trade on e-commerce contract (^١)

the problem doesn't be in the agreement which agree with the contracting habits between the parties, or the norms of international trade, but the problem is the possibility for apply of such customs and habits in e-commerce contracts

There is nothing to make agreement between contractors expressly to apply the customs of international contracts in E-commerce contracts, but if there is not assigning an explicit consent of the contractors to abide by those customs, Did suppose to consensual intention of contractors to apply these customs on E- commerce contracts?.

Law Jurists differed about the answer to this question, some of them confirmed that the customs of international trade has the conventional

(^١) International Commercial Law is the body of law that governs international sale transactions, a transaction will qualify to be international if elements of more than one country are involved, Since [World War II](#) international trade has grown extensively, seeing the increasing importance of **international commercial law**. It plays a vital role in world development, particularly through the integration of world markets., [Lex mercatoria](#) refers to that part of international commercial law which is unwritten, including customary commercial law; customary rules of evidence and procedure; and general principles of commercial law, for more information, see at, http://en.wikipedia.org/wiki/International_commercial_law

character, not mandatory, the applying of these customs depended on express will of the contract's parties^(١), and others argue that those customs have the force of legal rules, which applies in the absence of an accord by the parties, because these customs and traditions reflect the true reality of the international law which represents as obvious bases of implicit will's merchants community, as a result therefore, they deserved to be described as customs which have legal force^(٢).

Other law jurists ruled out some possibility of applying those norms and customs of international trade in the field of electronic transactions, to the following causes:

١ - These rules- the international trade rules- do not reflect the reality of the new technology and is parallel with the developments which occur in electronic environment; therefore, it is not suitable for belief to abide by its provisions.

٢ - It is premature to consider these habits and customs reflect the implicit will of the parties to international electronic contracts, so their application will be subject to the express agreement of the parties to be bound by its provisions^(٣), pursuant to previous, the satisfaction of the Parties for the formulation of the specified condition to the competent court according to the customs of international trade is a necessary and important, in other words the customs of international trade cannot be applied to any matter relating to contracts of e-commerce without the explicit consent of the parties, in the absence of this frank satisfaction cannot be applied to these norms and customs on these E- contracts .

It can be applied the customs of e-commerce on matters relating to

^(١) *Kassis (A.)*, Le nouveau droit européen des contrats internationaux, L.G.D.J. édition, paris, ١٩٩٣, p. ٥٧٧ et s.

^(٢) *Cachard (O.)*, La régulation internationale du marché électronique, L.G.D.J. édition, paris, ٢٠٠٢, p. ١٤٢.

^(٣) *Cachard (O.)*, La régulation internationale du marché électronique Op.Cit., p. ١٤٢ et s.

electronic contracts by explicitly or implicitly consent ^(٧), the E-space community has the characteristics of the "communauté", and are subject mostly for uniform rules "Netiquette" which develop and grow in the Internet Society, and accordingly, if the formulas of specified agreement for the competent court internationally which concern to contracts of e-commerce accord to the customs of e-commerce, it become valid, as well as the parties embraced - explicitly or implicitly - to accept.

It should be noted here, if the law of the chosen court requests editorial written for this condition, with no recognition of the existence of a similarity between the electronic writing and traditional writing, this E-agreement which contain the specified competent court internationally, is not true^(٨), another mean, If the law of chosen competent court agreement requires editorial written for the condition, and it is not considered electronic writing like as traditional writing, this E-agreement for the competent Court internationally is not valid.

Conclusions

- ١- E-writing is the one of the means which used to prove the agreement specified competent court recently, because the hand writing was the strongest mean to proving in the past, and it is still the strongest, but it developed to become electronic writing.
- ٢- Many of international conventions recognized of E-writing as a mean for proving the agreement specified competent court, like Hague convention, Unictal.
- ٣- Many of national laws recognized also of E-Writing as mean for proving the agreement specified competent court, like Egyptian law, and another Arabic law.
- ٤- The E-writing is equal with traditional writing when the electronic writing is performing the same functions of tradition writing.
- ٥- E-Writing contains many of information by electronic means, but this information is available permanently.

^(٧) *Godel (M.H.)*, Le contrat du commerce international, en ligne à, http://www.stoessel.cli.hei.dip.contrats_commerce_international, ٢٥.٢.٢٠٠٦.

^(٨) *Bottini (R.)*, Détermination de la juridiction compétence et commerce électronique international entre professionnelles, Litec édition, paris, ٢٠٠٠, p. ٢٦.

- ٦- There are another means which are not writing to prove the specified competent court, like a customs of international trade, another mean, and the specified competent court is certified, if it is agreed with these customs.
- ٧- These unwritten “customs of traditional international law (*Lex mercatoria*), the customs of electronic commerce (*Lex Electronica*) confirmed in many international conventions, like European regulation N° ١٤٤ /٢٠٠١.
- ٨- E- Commerce has not customs, because it is new, but the *Lex Electronica* represents as customs for the new kind of E- commerce.
- ٩- The parties of E-contracts can apply the customs of traditional international commerce if they agree to apply these customs.
- ١٠- Some scholars of law refuse the principle “ applying the traditional international trade customs on electronic commerce contracts, although the parties agree to this applying , because the E-commerce is private society , its electronic nature don't accept any traditional customs, so it has its private customs.
- ١١- In point of view the author the customs of traditional international trade can apply in E- commerce contracts, because the principals of international trade is one whether traditional or electronic one, the difference is just the mean of performing the commercial transactions.

Bibliography

• Articles :

- *A.Caprioli (E.), Sorieul (R.)*, le commerce électronique international: vers l'émergence des règles juridique transnationales, Journal du Droit International, Juris –Classeur édition, paris, ١٩٩٧.
- *Bottini (R.)*, Détermination de la juridiction compétence et commerce électronique international entre professionnelles, Litec édition, paris, ٢٠٠٠.
- *Cachard (O.)*, La régulation internationale du marché électronique, L.G.D.J. édition, paris, ٢٠٠٢
- *Duaso Cales (R.)*, La détermination du cadre juridictionnel et législative applicable aux contrats de cyberconsommation, en ligne, <http://www.lex-electronica.org.Articles.v^-.1.Duaso20/cales.pdf>, ٢.١١.٢٠٠٢.

- *Godel (M.H.)*, Le contrat du commerce international, en ligne à, http://www.stoessel.cli.hei.dip.contrats_commerce_international, ٢٥ .٢. ٢٠٠٦.
 - *Kassis (A.)*, Le nouveau droit européen des contrats internationaux, L.G.D.J. édition, paris, ١٩٩٣.
 - *Mayer Heuze (V.)*, Droit International Privé, L.G.D.J. édition, paris, ٢٠٠١.
 - *Thibault (M.)*, Droit international privé et commerce électronique: état des lieux, en ligne: <http://www.juriscom.net.themes.commerce,contrat,signature,etpreuve.Lectronique>, ٢٢ .٣. ٢٠٠٣.
- **The codes :**
 - *Code civile du Québec*, Editeur officiel du Québec, le dernière version, disponible à, <http://www.publicationsduquebec.gouvqc.ca-dynamicserch.telecharge.Php?type=٢&file.ccq.ccq.htm>, Art"١٣٧٩", ٢٢ .٥. ٢٠٠٥.
 - **The conferences:**
 - "Hague Conference on Private International Law", on line at, <http://hcch.evision.n>. [Index_en.php?Act=text.display&tid=١٠&litigation](http://hcch.evision.n/Index_en.php?Act=text.display&tid=١٠&litigation), ١٩.١٢. ٢٠٠٢.
 - **The international laws**
 - Règlement ٤٤/٢٠٠١/CE du conseil du ٢٢ décembre ٢٠٠٠ concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, http://www.droit-technologie.org.fr.legislation.reglement-competence_judiciaire-٢٢١٢٠٠.pdf, ٢٢.٢. ٢٠٠٤.
 - United Nations Commission on International Trade Law (Uncitral), online on, http://www.uncitral.org/uncitral/en/about_us.html
 - **The national laws**

-
- Law No. ١٥ of ٢٠٠٤ on E-signature and Establishment of the Information Technology Industry Development Authority (ITIDA), online, <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=١٣٥٤٦>
 - **The sites:**
 - <http://encyclopedia٢.thefreedictionary.com/electronic+writing>
 - <http://en.wikipedia.org/>

أحكام الخطأ السلبي وآثاره القانونية

اعداد

محمد كامل مسلم الشوابكه

المقدمة :

لقد كانت وما زالت المسؤولية المدنية على قمة المسائل والموضوعات القانونية الجديدة بالبحث ، لما لها من أهمية كبيرة في عصرنا الحاضر .. ولا غرابة في ذلك ، ولأن موضوعاتها هي ترجمة لواقع الحياة ، لما فيها من منازعات بين أفراد المجتمع ، فإن أحكام المسؤولية المدنية تمثل الحلول القانونية لتلك المنازعات التي تقع بين الأفراد ، لذا فقد فرضت نفسها وأرست قواعدها ووجودها بين جميع دول العالم ، الذي سيظل وجودها حياً دائماً ومستمر ، دوام الحياة في المجتمع ، فقد أثارت هذه المسؤولية الكثير من المناقشات التي أدت الى جذب إنتباه الفقهاء في مجال القانون الخاص ، وذلك نظراً للأثار الاجتماعية والاقتصادية المترتبة عليه ، والقضايا التي عُرضت على الفقهاء بشأنها ، وعلى الرغم من كثرة المراجع الفقهية التي كُتبت في هذا المجال ، إلا أن الفقهاء لم ينقطعوا عن الكتابة فيها. لأن المسؤولية المدنية تقوم على شقين أساسيين هما المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية ، فالمسؤولية المدنية بشقيها ترتب إلتزامات على من يتحملها ، ومن هنا فإن المسؤولية تقوم على ثلاثة أركان هي ركن الفعل الضار ، والضرر ، والعلاقة السببية بينهما.

وما يعنينا في هذا البحث هو الفعل الضار في المسؤولية التقصيرية والذي يُعرف بأنه الإضرار أو " مجاوزة الحد " الواجب الوقوف عنده أو " التقصير عن الحد " الواجب الوصول إليه في الفعل أو الإمتناع مما يترتب عليه الضرر (١) ، وبمقتضى هذا التعريف ، يوجد هنا إلتزام على كل شخص بعدم الإضرار بالغير. فالإلتزام الذي يؤدي الإخلال به الى تحقق المسؤولية التقصيرية هو إلتزام ببذل عناية الرجل الحريص . والعناية المطلوبه في هذا المقام هي إتخاذ الحيطة واليقظة والحرص والحذر في سلوكه حتى لا يضر بالغير . فقد أقام الفقه الإسلامي المسؤولية على الإضرار ولم يأبه بالخطأ ، فالمسؤولية تقوم اذا كان هناك إضرار ، سواء أكان الفعل خاطئاً أم لا ، خلافاً للفقه الفرنسي الذي أقام المسؤولية على الخطأ . ومن هنا فإن الفقه الإسلامي يرى أنه عندما يتحقق الضرر يجب جبره والتعويض عنه ، على خلاف الفقه الفرنسي الذي أقام المسؤولية على ركن الخطأ ، واشترط الإدراك ، حتى يعتد بالخطأ الموجب للمسؤولية .

والمشرع الأردني تأثراً بالفقه الإسلامي أقام المسؤولية في المادة ٢٥٦ على الفعل الضار ، فنصت على أن " كل إضرار بالغير يُلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر " . وقد يكون الفعل إيجابياً وقد يكون سلبياً . فالفعل الإيجابي هو الذي يلحق ضرراً بالغير بسبب هذا الفعل ، كالثبم أو الضرب أو المنافسة الغير مشروعه. أما الفعل السلبي فيكون بالإمتناع عن القيام بعمل أو إتخاذ موقف سلبي كالشخص الذي يرى طفلاً يسير على الطريق بإتجاه حفرة عميقة ولم يقم هذا الشخص بالإسراع لإبعاده عنها فيقع الطفل فيها ويصيبه ضرر نتيجة وقوعه في هذه الحفرة . وهنا لا تتور أية إشكالية حول مسؤولية الشخص الذي يلحق ضرراً بغيره بسبب ما قام به من الفعل الإيجابي ، ولكن تتور الإشكالية حول مسؤولية الشخص الذي يتخذ موقفاً سلبياً من حادثة ما حدثت أمامه ترتب عليها

(١) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ، الجزء الأول ، ١٩٨٥ ، الطبعة الثانية ، نقابة المحامين ، عمان ، ص ٢٧٧ .

ضرراً بالآخرين ، نتيجة لموقفه السلبي من هذه الحادثة ، والسؤال الذي يطرح نفسه ، هل يمكن أن يُعد عدم القيام بعمل فعلاً يُحاسب عليه الفاعل ؟ أم هل يمكن مساءلته عن تعويض الضرر الذي لحق بالآخرين من جراء عدم القيام بالعمل ؟

المبحث الأول

تحديد ماهية الفعل الضار (الخطأ السلبي)

الفعل الضار : هو السلوك الشخصي غير العادي للإنسان ، وينطوي هذا السلوك على القيام بفعل أو إمتناع عن القيام بفعل أو إساءة ممارسة حق مشروع ، وبناءً عليه يقتضي القول بوجود فعل أو عدم وجود هذا الفعل ، والمقارنه ما بين هذين السلوكين ، السلوك الذي قام به فاعل الضرر والذي يسمى بالفعل الإيجابي ، والسلوك الذي كان يفترض أن يقوم به ولكنه إمتنع عن القيام به هو ما يسمى بالفعل السلبي^(١) .

فإذا كان الفعل يحصل عادة بفعل إيجابي فإنه يمكن أن يتخذ له شكل الإمتناع عن عمل واجب لدرء نتيجة ضاره . فإن أحجم الشخص عن إتيان عمل كان من الواجب قانوناً أن يأتيه في الظروف التي كان فيها ، فإنه يرتكب خطأ يُسأل عنه لو سبب هذا الخطأ ضرر على الغير . ومن الملاحظ أن الفعل الإيجابي هو الأكثر وقوعاً وغالباً ما يؤثر في الآخرين ، وإن ألحق ضرراً بهم ، هنا لا تتورأية مشكلة في قيام مسؤولية على الفاعل ، ووجوب تعويض المضرور عما أصابه من ضرر . لأن الواجبات القانونية تأتي في غالبها ناهية عن أعمال ولا تأمر بأفعال معينة أو تدابير واقية إلا في حالات محددة .

أما الفعل السلبي (الإمتناع) فقد ثار خلافاً في الفقه حول مسؤولية الشخص الذي يمتنع عن القيام بعمل غير منصوص عليه من قبل القانون .

والتساؤل الذي نريد أن نطرحه ، ما مسؤولية الشخص الذي يتخذ موقفاً سلبياً أو يقف موقف المتفرج من حادثه وقعت أمامه ، هل يعتبر موقفه هو السبب في إحداث الضرر أم أن الضرر قد حصل بفعل غيره ولكنه لم يمنع حدوثه ؟ فهل يمكن مساءلة الممتنع عن تعويض الضرر الذي لحق بالآخرين ؟

وللإجابة على هذا التساؤل ينبغي الرجوع إلى التيارات الفقهية التي تصدت له :-

(١) ندى البدوي النجار ، أحكام المسؤولية ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٧ ، ص ٢١ .

التيار الأول : وهذا التيار ينطلق من فكرة عدم إلزام الشخص ، إلا بما يمليه ويوجبه عليه القانون ، وبالتالي فإن إمتناع الشخص عن عمل لا يفرضه القانون عليه ، لا يعتبر من قبيل الخطأ المحاسب عليه ^(٦٢) .

التيار الثاني : والذي ذهب إلى القول بنفي المسؤولية عن إمتناع عن العمل ، بحجة أن النتيجة الحاصلة (الضرر) ترجع إلى العامل الأول الذي أدى إلى حدوثها دون أن يكون للإمتناع دخل فيها ، وبالتالي فإن هذا التيار يكون قد أعتد على رابطة السببية في إحداث الضرر ^(٦٣) .

التيار الثالث : والذي يرى أن الإمتناع هو السبب لقيام المسؤولية ، إذا كان من إمتناع قد اراد بموقفه السلبي (إمتناعه) أن يقع الضرر بالضحية التي أرادها ، فيكون الفاعل قد أراد وقوع الضرر ^(٦٤) .

ومن خلال هذا الفصل سيتم الإجابة على هذه التساؤلات من خلال تعريف الفعل السلبي وتمييزه عن الفعل الإيجابي . وما مدى خضوع الفعل الضار للقواعد العامة .

المطلب الأول

ما هية الفعل الضار (الخطأ السلبي)

ومن خلال ما يأتي سيتم توضيح مفهوم الفعل الضار (الخطأ السلبي) وكيفية تمييزه عن الفعل الإيجابي ، وما مدى خضوع الفعل الضار (الخطأ السلبي) للقواعد العامة في الخطأ .

الفرع الأول

تعريف الفعل الضار (الخطأ السلبي)

لقد ثار خلافاً حول موضوع الفعل الضار (الإمتناع) الأمر الذي أدى إلى عدم التسليم بفكرة قيام المسؤولية على أساس الفعل السلبي (الإمتناع). وأن الإمتناع لا ينتج أي ضرر ، ويعود ذلك ربما إلى عدم تحديد فكرة الإمتناع وطبيعتها وما ينتج عنها من ضرر للغير ، ولم يتم تحديد ماهية الفعل الناتج من الإمتناع عن إجراء عمل معين .

^(٦٢) سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني في الإلتزامات المجلد الثاني ، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية ، دون دار نشر ، الطبعة الخامسة ، ١٩٨٨ ، ص ٢٧٢ .

^(٦٣) عاطف النقيب ، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي - الخطأ والضرر، منشورات عويدات ، بيروت ، الطبعة الأولى ، ١٩٨٣ ، ص ١٩٨٣ .

^(٦٤) عاطف النقيب ، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي - الخطأ والضرر، مرجع سابق ، ص ١٩٩ .

قبل الحديث عن الفعل الضار (الخطأ السلبي) لا بد لنا من الإشارة إلى أن المسؤولية التقصيرية تقوم على ثلاثة أركان ، وهي الفعل الضار ، والضرر ، والعلاقة السببية ما بين الفعل والضرر ، وسوف نقوم بدراسة ركن الفعل السلبي . وسوف نتعرض لمفهوم الخطأ بشكل عام .

لقد اختلف الفقه في تحديد معنى الفعل السلبي ، فقيل أنه الإمتناع عن القيام بفعل أمر به القانون ، كمن يمتنع عن إنقاذ غريق رغم قدرته على إنقاذه ، رغم أن القانون يوجب المساعدة والقيام بها^(٦٥) .

أما بالنسبة للخطأ فقد قيل أنه عمل ضار مخالف للقانون ، أو الإخلال بالالتزام قانوني سابق ، أو الإخلال بالثقة المشروعة ، وقيل أنه إعتداء على حق ، وقيل أيضا أنه إنتهاك لحرمة حق لا يستطيع من أنتهكت حرمة أن يعارضه بحق أقوى أو بحق مماثل ورغم هذه التعريفات التي قيلت فقد إستقر الفقه على تعريف الخطأ في مجال المسؤولية التقصيرية والذي يتمثل في إخلال بالالتزام قانوني بعدم الإضرار بالغير مع إدراكه لهذا الإخلال ، وهذا الإلتزام القانوني هو دائما إلتزام ببذل عناية الرجل الحريص ، بمعنى أن على كل شخص أن يتوخى في سلوكه اليقظة أو التبصر نحو الغير حتى لا يضر بهم ، فإذا إنحرف عن هذا السلوك ، وكان قادراً على التمييز - بحيث يدرك إنحرافه - كان هذا الإنحراف خطأ مستوجباً لمسؤوليته التقصيرية^(٦٦) .

ومن هنا يتضح لنا أن الفعل الضار يتمثل في إنحراف عن السلوك الواجب أو السلوك العادي مع إدراك الشخص لذلك . وهذان هما عنصر الخطأ في المسؤولية التقصيرية . ويتوقف الأمر هنا في معرفة ما إذا كان الفعل الضار الذي صدر من الشخص إنحرافاً أم لا على نفس الشخص المتعدي (الذي تسبب بالضرر)^(٦٧) ، لذا يمكن القول أن معيار الخطأ هو الإنحراف في السلوك الشخصي ، والسلوك الشخصي إما أن يكون سلوكاً إيجابياً متمثلاً بالقيام بعمل ، وإما أن يكون سلوكاً سلبياً متمثلاً في الإمتناع عن القيام بعمل ، وبشكل عام يتبين أن صور الإلتزامات القانونية ، إما أن تكون القيام بعمل ، وإما إعطاء شيء ، وهذه من صور السلوك الإيجابي ، أو الإمتناع عن القيام بعمل وهي من صور السلوك السلبي .

لقد اختلف جانب من فقه القانون المدني في وضع تعريف دقيق جامع مانع للخطأ السلبي (الإمتناع) ولم يُثر الجدل لديهم فحسب ، بل لدى فقه القانون الجنائي وهذا أمر ليس بالغريب .

(٦٥) حسن علي الذنون ، محمد سعيد الرحو ، ٢٠٠٢ ، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام ، الجزء الأول - مصادر الإلتزام - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والمقارن ، الطبعه الأولى ، دار وائل للنشر والتوزيع ، عمان ، ص ٢٧٣ .

(٦٦) رمضان أبو السعود ، مصادر الإلتزام ، دون طبعه ، دار الجامعه الجديدة ، القاهرة ، ٢٠٠٦ ، ص ٣٠٠-٣٣١ .

(٦٧) نبيل إبراهيم سعد ، النظرية العامة للإلتزام ، الجزء الأول ، مصادر الإلتزام ، دار الجامعه الجديدة ، الإسكندرية ، دون طبعه ، ٢٠٠٤ ، ص ٣٩١ .

لقد أطلق جانب من فقه القانون المدني على الفعل الضار (الخطأ السلبي) الفاظاً متعددة منها الإمتناع ومثال ذلك ، إذا لم يضيء السائق مصابيح سيارته إثناء سيره ليلاً فأدى ذلك إلى وقوع حادث إصطدام نتج عنه ضرر للغير ، وأيضاً أطلق عليه ، السلوك السلبي ، ومثاله أنه لو صادف طبيب جريحاً ينزف دماً ، ولم يقم بإسعافه وحصل له ضرر من جراء ذلك ، وأيضاً أطلق عليه الترك ، ومثاله ترك المقاول حفرة حفرها في طريق عام دون وضع إشارة أو ضوء أحمر ليلاً للتنبية إلى وجودها (٦٨) .

وأن جميع هذه الألفاظ تستخدم للدلالة على معنى واحد وهو الفعل السلبي ، لذا فإن أختلاف فقه القانون المدني في عدم وضع تعريف دقيق للفعل السلبي أمر ليس بالغريب ، لأن الإختلاف لم يكن لدى فقه القانون المدني فقط ، بل كان هذا الإختلاف لدى فقه القانون الجنائي . فذهب الفقه الجنائي إلى القول أن الفعل السلبي (الإمتناع) ، هو مخالفة واجب الحيطة والحذر والإنتباه كما تصفه قواعد السلوك في الحماية ، أو كما تمليه قواعد القانون (٦٩) .

ومن خلال هذا التعريف يرى فقه القانون الجنائي أن لفظ مخالفة واجب الإحتياط يتضمن كل صور الخطأ ، وأن عدم الإنتباه (الإهمال) يكفي للتعبير عن كل صور الخطأ ، فالصور المتعددة للخطأ ليست إلامترادفات للإهمال الذي يُغني عنها إذ يفصح عن إرادة إتخاذ سلوك خطر بغير حيلولة دون نشوء الضرر منه ، وأن عدم التبصر يغني عن تعدد صور الخطأ ، إذ أنها تتداخل مع بعضها البعض ويمكن أن تُجمع كلها في نطاق هذا اللفظ . وأن أفضل سبيل هو الإكتفاء بصورتين هما عدم الإحتياط ، والإهمال ، وهما تعبيران مختلفان ، فعدم الإحتياط يتمثل في القيام بعمل دون إتخاذ العناية الملائمة ، بينما الإهمال يتمثل في الإمتناع عن عمل يكون من الضروري القيام به لمنع حدوث الضرر (٧٠) .

وقد ذهب جانب من فقه القانون الجنائي إلى تعريف الخطأ غير المقصود بأنه " إخلال شخص بواجبات الحيطة والحذر التي يفرضها القانون سواء إتخذ صورة الإهمال أو قلة الإحترار أو عدم مراعاة الشرائع والأنظمة وعدم حيلولته تبعاً لذلك دون أن يفضي تصرفه إلى إحداث النتيجة

(٦٨) عدنان السرحان و نوري خاطر ، ٢٠٠٠ ، شرح القانون المدني - مصادر الحقوق الشخصية - الإلتزامات - دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٠ ص ٣٧٠ .

(٦٩) فوزية عبدالستار ، النظرية العامة للخطأ غير العمدي ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، دون طبعه ، ١٩٧٧ ، ص ١٠٠ .

(٧٠) محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، النظرية العامة للجريمة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الرابعة ، ١٩٧٧ ، ص ٦٨٠-٦٨٤ .

الإجرامية سواء لم يكن يتوقها في حين كان ذلك بإستطاعته ومن واجبه أن يتوقها ، أو توقعها ولكنه حسب أن بإمكانه إجتنابها^(٧١) .

ويتبين لنا من هذا التعريف أن إتجاه الإرادة إلى السلوك الإجرامي يتفق فيه القصد الجرمي مع الخطأ غير المقصود وإتجاه الإرادة إلى السلوك تتضمن العلم به أما عدم قبول وقوع النتيجة فهو الذي يميز الخطأ غير المقصود عن القصد الجرمي . والإرادة في الخطأ غير المقصود لا تتجه إلى النتيجة الإجرامية ولا ترغب في وقوعها على الإطلاق بل تأمل في أن لا تقع ، وهذا هو الذي يحدد ذاتية الخطأ في الجريمة غير المقصودة^(٧٢) . وهذا الذي يميز الفعل السلبي عن الفعل الإيجابي في الجريمة .

ومن خلال هذا التعريف إشتراط فقه القانون الجنائي العناصر الأساسية للخطأ السلبي (الإمتناع) هي كما يلي :

أولاً : الإحجام عن إتيان فعل إيجابي معين .

إن الإمتناع ليس إحجاماً مجرداً وإنما هو موقف سلبي بالقياس إلى موقف إيجابي معين ، فالإمتناع يستمد كيانه من هذا الفعل الإيجابي ، وأن القانون هو الذي يحدد هذا الفعل ، ومثال ذلك إمتناع الزوج عن دفع دين النفقة الصادر بها حكم قضائي من المحكمة المختصة ، وأن عنصر الإحجام لا بد من وجوده ، إذا تحدثنا عن إمتناع سبب في حدوث جريمة ما ، فقانون العقوبات هو مقيد بمبدأ الشرعية (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) . فإذا تحدثنا عن المسؤولية المدنية فلا يُشترط وجود هذا العنصر ، لأن في المسؤولية المدنية مجرد وجود الإمتناع قد يسبب ضرراً للغير دون أن يكون هناك للإحجام عن إتيان فعل معين بذاته ، فإذا كان الإمتناع سبب ضرراً للآخرين فلا بد أن يكون تعويض عن الضرر الذي حدث دون حاجة للنص عليه وفقاً للقواعد العامة^(٧٣) .

ثانياً : الواجب القانوني .

يستمد السلوك السلبي (الإمتناع) أهميته القانونية من الأهمية التي يسبغها القانون على الفعل الإيجابي ، فلا وجود للإمتناع إلا إذا كان الفعل الإيجابي قد فرض فرضاً قانونياً على من إمتنع عنه . ولذا فقد يكون مصدر الإمتناع هو الواجب القانوني الذي يفرضه القانون على من إمتنع عن القيام بهذا الواجب وليس شرطاً أن يكون مصدر الإمتناع هو القانون ، فقد يكون مصدره الواقعة المادية كالفعل الضار ، ومثاله إمتناع الشاهد عن الحضور للإدلاء بشهادته . وقد يكون مصدر الإمتناع

(٧١) نظام المجالي ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٥ ، ص ٣٦١-٣٦٢ .

(٧٢) محمد صبحي نجم ، قانون العقوبات ، القسم العام ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٨ ، ص ٢٠٨-٢١٢ .

(٧٣) نظام المجالي ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، مرجع سابق ، ص ٢١٥ .

أيضاً التصرف القانوني للعقد ومثاله العقد المبرم مع الموظف ، كواجب الممرضة تجاه المريض وتقديم المساعدة له (٧٤) .

لذا فإن الواجب وفقاً لقواعد القانون قد يكون مصدراً لنشوء الواجب القانوني ، فإذا صح هذا فإن الإمتناع يُعد سبباً لقيام المسؤولية الجنائية أو المسؤولية المدنية إذا كان هذا الواجب قد فرضه القانون .

ثالثاً : الصفة الإرادية للإمتناع .

والصفة الإرادية للإمتناع أن تكون الإرادة مصدر الإمتناع ، فإذا إنعدمت صفة الإرادة فإنه لا يمكن أن ينسب إليه الإمتناع . فالإمتناع أو السلوك السلبي من الضروري أن تتوافر الصفة الإرادية فيه ، أي بمعنى أن تكون الإرادة هي مصدر الإمتناع وأن تتوافر صلته السببية بين الإرادة والمسلك السلبي الذي إتخذه الممتنع . فمثلاً إذا أصيب الشخص في حالة إغماء أو تعرض لإكراه مادي حال بينه وبين القيام بالفعل الإيجابي (الواجب القانوني) ، فلا يمكن أن ينسب إلى الشخص إمتناع خلال فترة الإغماء أو الإكراه (٧٥) . ولكن الصفة الإرادية للإمتناع قد تتثير بعض الصعوبات بالنسبة لجرائم النسيان ، وهي تعتبر جرائم إمتناع غير مقصودة ، ومثالها عدم حضور الشاهد إلى المحكمة من أجل الإدلاء بشهادته في الوقت المحدد سلفاً ، واللازم والمعتاد أن الصفة الإرادية تعد متوافرة إذا ثبت أن الممتنع كان بوسعه أن يبذل القدر المعتاد من العناية للقيام بواجبه إذا كان نشاطه مجرماً بطريق الخطأ ، ولكن إذا بذل القدر المعتاد للقيام بواجبه ولم يقم بالفعل الإيجابي المطلوب وهو لا يريد ذلك ، فإن إمتناعه يكون مجرداً من الصفة الإرادية ولا يسأل جزائياً عن الإمتناع لأنه بذل القدر اللازم للقيام بواجبه ولكنه لم يتمكن من ذلك وبالتالي فإن الصفة الإرادية للإمتناع تكون غير متوافرة لقيام المسؤولية على الممتنع (٧٦) .

ويتضح مما سبق أن الصفة الإرادية للإمتناع سواء أكان السلوك إيجابياً أم سلوكاً سلبياً يجب أن تكون الإرادة لها إعتبار من وجهة نظر القانون ، وبالتالي فالإرادة من وجهة نظر القانون هي الإرادة المميزة ، التي تصدر من الشخص المميز الخالي من أي عارض من عوارض الأهلية القانونية ، لذا فقد أقام القانون المدني الأردني المسؤولية المدنية على الإضرار لا على الخطأ الذي يتطلب التمييز ، فقد جاء في المادة (٢٥٦) من القانون المدني الأردني والتي نصت على أن " كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر " لذا فإن القانون المدني الأردني المستمد أحكامه من الفقه الإسلامي يكون قد أقام المسؤولية على الإضرار وليس على الخطأ الذي يتطلب التمييز كما

(٧٤) محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، مرجع سابق ، ص ٢٨٥-٢٨٦ .

(٧٥) محمد صبحي نجم ، قانون العقوبات ، القسم العام ، مرجع سابق ، ص ٢١١ .

(٧٦) محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، مرجع سابق ، ص ٢٨٧ .

أسلفنا . وأيضاً الفقه الإسلامي أقام المسؤولية على الإضرار وبذا يكون غير المميز ضامناً للضرر الذي يحدثه للآخرين .

وأيضاً فقد نصت المادة (٩١٦) من مجلة الأحكام العدلية على ذلك بأنه " إذا أتلّف صبي مال غيره يلزم الضمان من ماله " . ولذا فإن التفرقة ما بين الجريمة الإيجابية بطريق الإمتناع أو الترك والجريمة السلبية والتي تسمى بجريمة الإمتناع أو الترك ، أثارت جدلاً فقهيّاً في فقه القانون الجنائي حيث ميز فقه القانون الجنائي بين هاتين الجريمتين . وقد أعتبر الجريمة الإيجابية التي تقع بطريق الإمتناع أو الترك يتكون ركنها المادي من الإمتناع إلى جانب تحقق النتيجة الجرمية والذي يميزها عن الجريمة السلبية وهذه الجريمة يتحقق نموذجها القانوني بإمتناع مجرد دون حاجة إلى أن تعقبه نتيجة إجرامية من نوع معين . ومعناه يقتصر على الإشارة إلى الإمتناع فيقرر العقاب من أجله ومثاله إمتناع الشاهد عن الحضور لأداء الشهادة . أما الجريمة السلبية بطريق الترك أو الإمتناع ، فيفرض ركنها المادي إمتناعاً أعقبته نتيجة إجرامية فيفترض الركن المادي لهذه الجريمة أن تكون النتيجة أحد عناصره ، ومن أمثلتها إمتناع الأم عن إرضاع طفلها مما أدى إلى وفاته (٧٧) .

فقد نصت المادة (٣٤٣) من قانون العقوبات الاردني رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠ على أن " من سبب موت أحد عن إهمال أو قلة إحتراز أو عدم مراعاة القوانين والأنظمة عُوقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات " ، و ذكر المشرع في المادة (٦٤) من قانون العقوبات المذكور فقال " ويكون الخطأ إذا نجم الفعل الضار عن الإهمال أو قلة الإحتراز أو عدم مراعاة القوانين والأنظمة " .

ومن نص هاتين المادتين يتضح أن الإهمال هو صورة من صور الإمتناع أو الخطأ السلبى ، وبالتالي فإن الشخص الذي يمزح مع صديقه بسلاح محشو بالرصاص فتنتقل منه رصاصة لعدم الإحتياط (الإهمال) وقلة الإحتراز فتقتله أو ترك الشخص السلاح في مكان ظاهر وبارز في بيته . ولنتيجة لعب الأطفال بهذا السلاح أنطلقت منه رصاصة أصابت أحد أفراد العائلة فقتلته . مما يدل ذلك على أن الإهمال هو إمتناع الشخص عن عمل واجب فعله أو إتخاذ واجب الحيطة والحذر عند قيامه بالتصرف (وضع المسدس في مكان مخفي) (٧٨) .

ومن خلال ذلك يتضح لنا أن عدم الإحتياط (الإهمال) يتمثل في عدم توقع الفاعل النتيجة ، لأن عدم إتخاذه ما ينبغي من وسائل الإحتياط عند قيامه بالتصرف وذلك للحيلولة دون وقوع النتيجة ، وهي الموت لهذا الشخص ، ادت إلى وقوع النتيجة . وأيضاً فقد يكون الإهمال هو حالة الشخص الذي

(٧٧) السعيد ، كامل ، الأحكام العامة للجريمة في قانون العقوبات الأردني ، منشورات الجامعة الأردنية ، عمان ، الطبعة الأولى ، ١٩٨١ ، ص١٦٠-١٦٣ .

(٧٨) فخري الحديثي و خالد الزعبي ، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، الجرائم الواقعة على الأشخاص ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٩ ، ص١٠٨-١٠٩ .

يرتكب الخطأ بإتخاذ موقفاً سلبياً إيجاباً ما يستوجب منه أخذ الحيطة والحذر . ومثاله الشخص الذي يقف موقفاً سلبياً أو موقف المتفرج عند مشاهدته لشخص يغرق دون أن يقوم بإنقاذه وهو قادر على إنقاذه دون أن يسبب الضرر لنفسه ، فإن ذلك يدل أن هذا الموقف قد يكون صورة من صور الخطأ ولكنه إتخذ مظهراً سلبياً .

الفرع الثاني

تمييز الفعل الضار (الخطأ السلبى) عن الفعل الإيجابى

لقد بدأ التمييز ما بين الفع السلبى والفعل الإيجابى فى ظل القانون الرومانى ، وعلى وجه الخصوص بعد وضع قانون إكيلييا الرومانى ، وأن هذا القانون لم يقرر أن هناك مبدأ للمسؤولية ، إلا أن التفارقة بدأت عندما أوجد هذا القانون بعض من الحالات التى حدثت فى ظل القانون الرومانى عندما أعطى القانون للمضرور الحق فى رفع دعوى تعويض عن الإضرار التى تلحق به ، عند توفر شروط معينة ، والتى كان من أبرزها ان يكون الضرر قد وقع على جسم المجنى عليه أو ماله بفعل مادي من الجاني ، وأن يكون هذا الفعل فعلاً إيجابياً لا مجرد إمتناع ، أي بمعنى أن الفعل السلبى فى ظل هذا القانون لم يكن يرتب المسؤولية ، وقد جاء البريتور (٧٩) ، فيما بعد وقام بتعديل بعض الشروط الواردة فى هذا القانون رغبة فى تخويل المجنى عليه الحق فى الحصول على التعويض فى الحالات التى لم تكن تتوافر فيها تلك الشروط ، أي بمعنى أن القانون أصبح يرتب المسؤولية عن الضرر الحاصل حتى لو كان هذا الضرر ناتج عن خطأ سلبى أو إمتناع ، بل بمجرد التسبب فى حصول الضرر (٨٠) ، ورغم ذلك كله لم يتم التوصل إلى وضع مبدأ عام يفرق ما بين الفعل السلبى والفعل الإيجابى حتى فى عهد جوستينيان (٨١) الذى قرر قيام المسؤولية فى حالة حدوث الضرر نتيجة إمتناع (٨٢).

أما بالنسبة للفقه الإسلامى : فقد أقام المسؤولية (الضمان) على الإضرار لا على الخطأ ، فإذا كان الفعل قد نتج عنه ضرر سواء كان هذا الفعل خطأً أم لا وجب جبر هذا الضرر والتعويض عنه ،

(٧٩) البريتور . هو الحاكم العام ، الذى تشمل صلاحياته السلطات القضائية والإدارية فى إصدار الأوامر والنواهي وإحالة النزاعات إلى القضاء للفصل فيها ، فى عهد القانون الرومانى ، أنظر ، عباس العبودى ، تاريخ القانون ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٨ ، ص ١٩٤ .

(٨٠) سليمان مرقس ، المسؤولية المدنية فى تقنيات البلاد العربية ، القسم الأول ، الأحكام العامة ، معهد البحوث والدراسات العربية ، جامعة الدول العربية ، الطبعة الثانية ، دون سنة نشر ، ص ٧٥-٧٦ .

(٨١) جوستينيان ، هو أحد فقهاء القانون الرومانى القديم ، حيث كان له دور كبير فى قيام المسؤولية على مجرد حدوث الضرر للغير ، أنظر ، عباس العبودى ، تاريخ القانون ، مرجع سابق ، ص ١٨٣-١٨٩ .

(٨٢) مصطفى عبدالقادر حليلو ، عناصر المسؤولية عن الفعل الضار فى القانون المدنى الأردنى والجزائرى ، رسالة ماجستير غير منشورة ، الجامعة الأردنية ، عمان ، ١٩٩١ ، ص ٧٦-٧٧ .

وفكرة الضمان في الفقه الإسلامي لها عدة تعريفات والتي كان منها إلزام بإحضار من عليه حق مالي لصاحب الحق . أو هو عقد يقتضي إلزام حق ثابت في ذمة الغير ^(٨٣) .

ومن هنا يلاحظ أن الضمان في الفقه الإسلامي متسع المفهوم فهو لا يقتصر في معناه الواسع على ما يسمى بالمسؤولية المدنية ، بل يمتد أيضا إلى المسؤولية الجنائية ، كما أن كلمة الضمان في الفقه الحديث تعني بأنه " إلزام بتعويض مالي عن ضرر أصاب الغير " .

لذا عرفت كلمة الضمان (المسؤولية المدنية) في القانون الوضعي بأنها تفيد معنى الإلزام والإلتزام ولم يعرف الفقه الإسلامي تسمية المسؤولية المدنية ، فتلك تسمية غريبة عنه ، وإنما يطلق على موضوعاتها اسم الضمان ، والمقصود بذلك واجب رد الشيء أو بدله بالمثل أو القيمة أو الحكم على الإنسان بتعويض الضرر الذي أصاب الغير من جهته ^(٨٤) . فقد أعتبرت الشريعة الإسلامية أن كل فعل ضار بالغير موجبا مسؤولية الفاعل أو المتسبب ، وإلزامه بالتعويض عن الضرر ولو كان عن خطأ . فإن كان عن عمد يوجب أيضاً عقوبة على الفاعل ^(٨٥) . وقد تضمن هذا المبدأ الحديث الشريف القائل : " لا ضرر ولا ضرار " .

ويبنى على ما تقدم بأن الفقه الإسلامي قد أقام المسؤولية على الضرر . حيث أنه حدد وجوب الضمان في ثلاثة أسباب تتمثل بما يلي :

السبب الأول هو إلزام الشارع ، والسبب الثاني الإلتزام بالعقد ، أما السبب الثالث فهو الإضرار . وينقسم الضمان في الفقه الإسلامي إلى قسمين أولهما ضمان العقد وينشأ هذا الشرط عند مخالفة شروط العقد . والشرط الثاني ضمان العدوان وينشأ هذا الشرط عند ارتكاب الفاعل لفعل محرم أو ترك واجب يؤدي إلى الإضرار بالغير ، وهو ما يسمى بالمسؤولية التقصيرية أو الفعل الضار ، والفعل الضار إما أن يقع على الإنسان وإما أن يقع على المال والحيوانات والجماد ^(٨٦) .

وهنا لا بد من الإشارة إلى أركان الضمان وهي التعدي (الخطأ) والضرر والرابطة بين التعدي والضرر . فلا يجب ضمان الشيء إلا إذا توفر معنى التضمين ، والتضمين لا يتحقق إلا بوجود ركنين : هما التعدي والضرر ، ويفهم ذلك من كلام الفقهاء عن الغصب والإتلاف والجنائيات . وأما الرابطة ما بين التعدي (الخطأ) والضرر تكون إما مباشرة أو تسبباً . أما بالنسبة لضمان الأموال فينخذ عدة صور والتي كان منها الغصب والإتلاف ، ولا يتحقق هذا إلا اذا توافرت الأركان الثلاث وهي التعدي والضرر والرابطة بينهما ، والتعدي نوعان التعدي الإيجابي والتعدي السلبي . فالتعدي الإيجابي كالإحراق والإنحراف والإتلاف أو أخذ مال الغير دون إذن مالكة وإتلافه أو بإطلاق

^(٨٣) عبدالرحمن بن محمد عوض الجزيري ، الفقه على المذاهب الأربعة ، دار إحياء التراث العربي بيروت ، دون طبعه ، ص ١٨٠-١٨١ .

^(٨٤) محمود شلتوت ، الإسلام عقيدة وشريعة ، دار الشروق للنشر ، بيروت ، الطبعة السادسة ، ١٩٨٣ ، ص ٤١٢-٤١٨ .

^(٨٥) مصطفى أحمد الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، الجزء الأول ، دار القلم ، دمشق ، الطبعة الثانية ، ٢٠٠٤ ، ص ٥٧ .

^(٨٦) محمد أحمد سراج ، أصول الفقه الإسلامي ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، القاهرة ، دون طبعه ، ١٩٩٨ ، ص ٤٠٢-٤٠٣ .

الرصاص على إنسان فيقتله أو يسبب له الإضرار وهذا الفعل قد يقع إما تسبباً أو مباشرة . أما التعدي السلبي والذي يتمثل بترك حفظ الوديعة أو الإمتناع عن تقديم الطعام للمضطر إليه أو عن تقديمه لسجين حتى مات ، فإن ذلك يعتبر إعانته على القتل ومسبباً للهلاك المستوجب للضمان . والفعل الضار الذي يعتبر سبب من أسباب الضمان في الفقه الإسلامي له قسمان هما فعل ضار يقع على الإنسان ، وفعل ضار يقع على ما سواه من الحيوانات والأشياء^(٨٧) .

وقد فرق الفقه الإسلامي ما بين الإعتداء الذي يقع على المال والحيوان فاعتبره ضرباً من الجنايات . وأن الجناية في الأصل جناية تقع على البهائم والجمادات ، وجناية تقع على الإنسان ، وفي القانون الجنائي يسمى الفعل الضار الذي يقع على الإنسان بالمسؤولية الجنائية ، والفعل الضار فيما سواه بالمسؤولية التصهيرية . والضمان الذي يقع على الإنسان يسمى في الفقه الإسلامي بضمان الجنايات . وتعرف الجنايات بأنها : كل فعل محرم ، حل بمال أو نفس كالقتل ، فالمراد هنا هو الفعل المحرم الذي يقع على النفس والأطراف ، فالأول هو القتل والآخر هو الجرح ونحوه ، كالقطع والاجهاض ، فالقتل فعل يقع على الإنسان وتزول به حياته . فإذا بقي على قيد الحياة ولم تزل الحياة بهذا الفعل كان ذلك جرحاً ولا تتحقق هذه الجناية إلا بتوافر ركنين هما الركن المادي والركن المعنوي . ويتحقق الركن المادي بالإتيان بالفعل المحظور ، إيجاباً أو سلباً ، ومثال الفعل الإيجابي هو إطلاق الرصاص على إنسان ، أما الفعل السلبي فمثلاً الإمتناع عن تقديم الطعام للمضطر إليه وهو مستغن عنه حتى مات أو ترك علاج الجريح حتى يهلك^(٨٨) .

وقد إستقر الفقه الإسلامي بأن الإضرار بالمباشرة قد يقع عن طريق الإمتناع ولا يشترط في المباشرة وقوعها بفعل إيجابي مثل قطع أشجار الغير بدون حق أو الإمتناع عن تسليم الوديعة لصاحبها عند طلبها . وكذلك الأمر بالنسبة للإضرار بالتسبب ، فيمكن أن يقع الضرر تسبباً بالإمتناع عن القيام بعمل ، ومثاله حفر بئر في الطريق العام بدون ترخيص من السلطة الإدارية المختصة ، فيمتنع عن التنبيه أو وضع إشارة تدل على وجود هذه الحفرة فيقع فيها إنسان أو حيوان فيتلف ، فإن الضمان في هذه الحالة يكون على الشخص (الحافر للحفرة) لأنه متعد بفعله ولأنه إمتنع عن التنبيه إليها^(٨٩) .

والذي يؤكد ذلك ما جاءت به القاعدة الفقهية التي تقول " أداء الواجب لا يتقيد بوصف السلامه وفعل المباح يتقيد به " . أي بمعنى أن فعل الواجب لا يكون سبباً للضمان ، ولو أدى هذا الفعل إلى ضرر ، فالقاضي عندما يقوم بواجبه في فصل الخصومات بين الأطراف المتنازعه فلا يجب عليه

(٨٧) محمد أحمد سراج ، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، القاهرة ، دون طبعه ، ١٩٩٠ ، ص ٨٦-٨٧ .

(٨٨) محمد فوزي فيض الله ، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام ، مكتبة التراث الإسلامي ، الكويت ، الطبعة الأولى ، ١٩٨٣ ، ص ٧١-٧٣ .

(٨٩) وهبه الزحيلي ، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي ، دار الفكر ، دمشق ، دون طبعه ، ١٩٨٢ ، ص ٢١-٢٢ .

ضمان ما يترتب على قيامه بعمله أو الجراد الذي يقوم بتنفيذ حكم الإعدام ، وغير ذلك من الواجبات التي يقوم بها الناس بحكم أدائهم لأعمالهم ، ولا يجب عليهم ضمان ما يترتب على قيامهم بأعمالهم من أضرار معروفة سلفاً ، ومثاله لو أن مريضاً في بلدة ما بحاجة إلى طبيب ولا يوجد طبيب في هذه البلدة ، فإن إسعاف هذا المريض هو واجب على أبناء البلدة من ناحية نقله إلى الطبيب أو المستشفى . أما فعل المباح فيختلف عن ذلك ، فهو يتقيد بتحري سلامة الآخرين وعدم القصد إلى الإضرار بهم ، ومثاله قيادة السيارة في الطريق العام هو عمل مباح ولكنه مقيد بعدم الإضرار بالآخرين ، أما إذا سبب ضرر بهم فهو موجب للضمان^(٩١) . وأيضاً قول الله تعالى " فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما اقتدت به " (٩١) .

والأحكام الشرعية يمكن تصنيفها إلى خمسة أنواع ، النوع الأول هو الفرض ومعناه الوجوب ، والثاني الحرام ومعناه المحذور ، والثالث وهو المندوب ومعناه المستحب ، والرابع المكروه ومعناه المنهي الذي لا ذم على فعله ، أما الخامس وهو المباح ومعناه التخيير ، لأن خطاب الشارع إما أن يكون طلباً للفعل ، أو طلباً للترك ، أو تخييراً بين الفعل والترك (٩٢) .

حيث تنقسم الأحكام الشرعية عند الأصوليين إلى نوعين :- الحكم التكليفي والحكم الوضعي .

الحكم التكليفي : هو ما يقتضى طلب فعله أو تركه من العبد أو تخريره بين فعله وتركه (٩٣) .

والمثال على ما يقتضى طلب فعله من العبد قول الله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود " (٩٤) . والمثال على ما يقتضى ترك الفعل قوله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا لا يسخر قوم من قوم " (٩٥) . أما المثال على التخيير بين القيام بالفعل وتركه قول الله تعالى : " فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض وابتغوا من فضل الله واذكروا الله كثيراً لعلكم تفلحون " (٩٦) . والحكم التكليفي عند الأصوليين يقسم إلى خمسة أقسام : والتي منها الواجب وهو ما طلب الشارع فعله من العباد طلباً محتوماً بحيث تُرتب العقوبة على تركه . كما جاء في قوله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا كتب

(٩١) محمد أحمد سراج ، أصول الفقه الإسلامي ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، دون طبعه ، ١٩٩٨ ، ص ٤٠٤-٤٠٥ .

(٩٢) سورة البقرة ، الجزء الثاني ، آية ٢٢٩ .

(٩٣) سميح عاطف الزين ، علم أصول الفقه الميسر ، دار الكتاب اللبناني ، بيروت ، الطبعه الأولى ، ١٩٩٠ ، ص ٣٧٧-٣٧٨ .

(٩٤) عبدالكريم زيدان ، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي ، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر ، بيروت ، الطبعه الأولى ، ٢٠٠٤ ، ص ٢٦ .

(٩٥) سورة المائدة ، الجزء السادس ، آية ١ .

(٩٦) سورة الحجرات ، الجزء السادس والعشرون ، آية ١١ .

(٩٧) سورة الجمعة ، الجزء الثامن والعشرون ، آية ١٠ .

عليكم الصيام " (٩٧) . وهنا جاءت الصيغة التي طلب بها الصيام فرضت حتميته على المكلف ، استحق العقاب في حالة ترك هذا المفروض (٩٨) .

أما الحكم الوضعي ، وهو ما يقتضى بجعل الشيء سبباً لشيء آخر أو شرطاً أو مانعاً منه أو كون الفعل صحيحاً أو غير صحيح (٩٩) .

وهنا يكون السبب أن كل أمر جعل الشارع وجوده علامة على وجود الحكم وعدمه علامة على عدمه ، ومثاله الغصب لوجوب رد المغصوب إن كان قائماً ومثله ، أو قيمته إن كان هالكاً . فإذا انتفى الغصب ، إنتفى وجوب العقوبة أو الضمان . ونسوق المثال التالي فمثلا البيع مباح إذا نظرنا له أنه لا يوجد مانع يمنع من البيع ، فهنا يكون البيع مباح وهذا هو حكم تكليفي كما أسلفنا سابقاً ، وهو سبب لثبوت ملك البائع للثمن ، والمشتري للمبيع وهذا حكم وضعي (١٠٠) .

فقد نصت المادة (٢٥٦) من القانون المدني الأردني على أنه " كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر " . ومن خلال نص هذه المادة يتبين لنا أن موقف القانون الأردني جاء مطابقاً لموقف الفقه الإسلامي فقد أقام المسؤولية على الإضرار وليس على الخطأ ، لذا فقد إختير في القانون الأردني التعبير عن مقتضى الفعل الضار بالضمان بدلاً من التعويض ، لأن لفظ (الضمان) هو التعبير الشائع عند فقهاء الشريعة للدلالة على ما يلتزم به الإنسان في ذمته من المال المثلي أو النقود في معظم الحالات الموجبه لثبوت المال في الذمه كالغصب والإتلاف . وهكذا عبر القانون عن الفعل الضار بتعبير ضمان الضرر بدلاً من تعبير القانونيين بالتعويض . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون الأردني أول فصل الفعل الضار في (نظرة عامه) : (إذا كان الضمان بمعناه العام في لسان الفقهاء هو : شغل الذمه بما يجب الوفاء به من مال أو عمل . فإن كلمة (الضمان) قد تستعمل في الدلالة على المال المطلوب أدائه تعويضاً) .

لذا يكون الإضرار ملزماً للضمان والتعويض ، سواء أكان هذا الإضرار قد وقع بفعل إيجابي أم كان بفعل سلبي ، ومثاله أن امرأة تصرخ أحياناً ، فتحتاج إلى حفظها ، فإن لم يحفظها الزوج حتى قامت هذه المرأة وألقت بنفسها في النار عند الصرع فإن على الزوج ضمانها (١٠١) . وأن نص المادة ٢٥٦ من القانون الأردني قد إستندت في نصها على قول الرسول عليه الصلاة والسلام في الحديث الشريف " لا ضرر ولا ضرار " فلذلك جعل المشرع الأردني الفعل الضار فعلاً غير مشروع وسبباً لضمان ما ترتب عليه من تلف . ومن الملاحظ هنا لم يتحدث المشرع عن وجوب ثبوت خطأ في جانب المسؤول عن الضرر أو محدث الضرر ، وأنه لو كان قد إشتراط فعل هذا

(٩٧) سورة البقره ، الجزء الثاني ، آيه ١٨٣ .

(٩٨) عبدالوهاب خلاف ، علم أصول الفقه ، دار القلم ، الكويت ، الطبعة العاشرة ، ١٩٩٨ ص ١٠٥ .

(٩٩) عبدالكريم النملة ، الواجب الموسع عند الأصوليين ، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع ، الرياض ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٣ ، ص ١٨ .

(١٠٠) عبدالكريم زيدان ، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ص ٥٥-٥٦ .

(١٠١) محمد فوزي فيض الله ، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام ، مرجع سابق ، ص ٩٠ .

الخطأ لما أمكن مساءلة الطفل أو المجنون عن الضرر الذي يوقعه أي منهم لأنهم معدومي الإرادة ، والخطأ يرتبط بوجود الإرادة .

وأن موقف القانون المدني الأردني كان واضحاً من عدم إشتراطه للخطأ كركن في المسؤولية التقصيرية . إلا أن القضاء الأردني كان مقلداً للقضاء المصري – لأنه لا زال يتحدث عن الخطأ كركن أول في المسؤولية التقصيرية ، بالرغم من الفرق الواضح ما بين نص المادة ٢٥٦ من القانون المدني الأردني وما يقابلها في القانون المدني المصري المادة ١٦٣ والتي جاء فيها " كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من إرتكبه بالتعويض " . والصيغة بهذه الصورة تعني أن أي خطأ مهما قلت جسامته يرتب المسؤولية المدنية^(١٢) . فالأصل حسب ما يراه المشرع المصري في المادة المذكورة أعلاه أن المرء لا يُسأل إلا عما يقع منه شخصياً من أفعال ضارة ، فإذا أمكن مساءلته عن غير ذلك فإنما تكون مسؤوليته حينئذٍ مسؤولية خاصة فيها خروج عن الأصل . لذ فإن المشرع المصري من خلال هذه المادة وضع القاعدة العامة في المسؤولية إلى مسؤولية المرء عن فعله الشخصي^(١٣) . فلذا لا نستطيع القول بأنه تم وضع معيار دقيق ومحدد نستطيع من خلاله التفرقة ما بين الفعل السلبي والفعل الإيجابي ، فهو أمر ليس باليسير ، فالفعل الإيجابي يقع عندما يقوم الإنسان بعمل ما ويغفل عن إتخاذ احتياطات معين كان يجب إتخاذه عند ممارسته لهذا العمل . كما لو أغفل شخص إطفاء سيجارته قبل إلقائها في سلة المهملات فتسبب في إندلاع الحريق^(١٤) . والفعل السلبي فيكون بالإمتناع عن عمل أو إتخاذ موقف سلبي ومثاله إذا لم يضيء السائق مصابيح سيارته أثناء سيره ليلاً فإدى ذلك إلى وقوع حادث إصطدام وحدوث ضرر ، إنما هو عدم قيام بعمل^(١٥) .

أما بالنسبة لفقهاء القانون المدني فقد وضع الفقه معياراً مزدوجاً للتفرقة ما بين الفعل الإيجابي والفعل السلبي ، يعتمد فيه على فكرتين ، الأولى : التلازم بين الفعل غير العمدي والسلبي ، والثانية : يُستدل على سلبية الفعل من إيجابية الإلتزام ، وإيجابية الفعل من سلبية الإلتزام ، فإذا كان الفعل غير عمدي فيكون فعلاً سلبياً ، أما إذا كان الفعل عمدياً ، فيجب البحث في الإلتزام الذي أحل به ، فإذا كان هذا الإلتزام إيجابياً كالقيام بعمل فيكون خرقة بفعل سلبي ، وهو عدم القيام بعمل ، وإذا كان الإلتزام سلبياً كالإمتناع عن القيام بعمل فيكون فعله إيجابياً بالقيام بعمل . وإذا طبق هذا المعيار على الإمتناع عند ممارسة الشخص لعمل ما ، فإن الشخص الذي أهمل في إطفاء سيجارته فتسبب في نشوب حريق ، فهذا الشخص لم يتعمد حدوث الضرر ولكنه أهمل إطفاء السيجارة ، وأن الإهمال

(١٢) فوزية عبد الستار ، النظرية العامة للخطأ غير العمدي ، مرجع سابق ، ص ١١٦ .

(١٣) سليمان مرقس ، الفعل الضار ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٦ ، ص ٣٣ .

(١٤) سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني في الإلتزامات ، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية ، مرجع سابق ، ص ٢٧١ .

(١٥) عبدالمجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني - الجزء الأول - في مصادر الإلتزام ، مطبعة نديم ، بغداد ، الطبعة الخامسة ، دون

سنة نشر ، ص ٤٨٩ .

في هذه الحالة لا يدخل في مجال التعمد فلا يُعتبر خطأ هذا الشخص عمدياً وبذلك يكون فعله سلبياً وفقاً لهذا المعيار^(١٠٦).

فإذا طبق هذا المعيار في حالة الإمتناع عن ممارسة عمل معين ، ومثاله ذلك الشخص الذي أهمل في إطفاء السجارة ، وأدى ذلك الإهمال إلى التسبب في حدوث الحريق ، وبالتالي فإن هذا الشخص لم يكن يتعمد حدوث الضرر للآخرين ، ولكنه أهمل في إطفاء سيجارته ، وبالتالي فإن الإهمال في القيام بالعمل لا يكون من قبيل التعمد ، ففي هذه الحالة يكون الفعل سلبياً حسب هذا المعيار^(١٠٧).

ويتضح لنا من خلال ذلك أن النظر إلى هذا المعيار والذي يتمثل في البحث في الإلتزام الذي أخل به هذا الشخص نجده أقرب المعايير التي يمكن الأخذ به للتمييز ما بين الفعل الإيجابي والفعل السلبي لدقته حتى أنه يمكن تطبيقه على الأفعال التي تصدر من الشخص أو على كل ما يمكن أن يتصور في ذهنه من أفعال يمكن أن يقوم بها هذا الشخص ، وبالتالي فإن الباحث يرى أن التمييز ما بين الفعل الإيجابي والفعل السلبي يكون عن طريق الفعل الذي قام به الشخص وكان واجباً عليه القيام به أو يأمر القانون القيام به ولم يقم به فيكون هذا الفعل إيجابي أما إذا لم يكن الفعل الذي قام به الشخص ليس واجباً عليه القيام به أو لم يأمر القانون القيام به ، فإنه يكون هذا الفعل سلبياً .

المطلب الثاني

مدى خضوع الفعل الضار (الخطأ السلبي) للقواعد العامة في الخطأ

إن فكرة خضوع الفعل الضار (الخطأ السلبي) للقواعد العامة في الخطأ تعد من أهم الموضوعات التي تباينت فيها آراء الفقهاء ، وذلك من حيث خضوع للقواعد العامة ، وما مدى هذا الخضوع فيما يحتوي عليه من الأفكار والمضامين الهامة التي تساعد على حل العديد من الموضوعات والإشكاليات المتعلقة بالفعل الضار (الخطأ السلبي) ، لما يتميز به من طبيعته خاصة جعلته يتميز عن الخطأ الإيجابي ، وسوف نتناول موقف الفقه القانوني والقضاء من خضوع الفعل الضار (الخطأ السلبي) للقواعد العامة في الخطأ. وإمكانية خضوع الفعل الضار (الخطأ السلبي) للقواعد العامة ، من خلال الفروع التالية :

الفرع الأول: وموقف الفقه القانوني من خضوع الفعل الضار (الخطأ السلبي) للقواعد العامة في الخطأ .

(١٠٦) حسين عامر ، المسؤولية المدنية التصيرية والعقدية ، مطبعة مصر ، القاهرة ، الطبعة الأولى ، ١٩٥٦ ، ص١٨٨-١٩٠.

(١٠٧) مجد محمد عناب ، الخطأ السلبي في المسؤولية المدنية ، رسالة ماجستير ، غير منشورة ، جامعة النجاح ، غزة ، ٢٠١٢ ، ص١٩.

الفرع الثاني: وموقف القضاء من خضوع الفعل الضار (الخطأ السلبي) للقواعد العامة في الخطأ .

الفرع الأول

موقف الفقه القانوني من خضوع الفعل الضار (الخطأ السلبي) للقواعد

العامة في الخطأ

يرى غالبية الفقه (١٠٨) أن فعل الإمتناع (الخطأ السلبي) ، أنه ذو طبيعة قانونية خاصة ، أي بمعنى أنه فعل لا تترتب عليه مسؤولية الممتنع إلا في حالات خاصة معينة . ويمكن القول بأنه قد ينجم الضرر الذي يلحق الإنسان من جراء فعل إيجابي ارتكبه شخص من الأشخاص ، كالضرر الناشئ عن الضرب أو الجرح أو القتل ، كمن ضرب غيره أو جرحه أو قتله فإنه في هذه الحالة يكون قد قام بعمل إيجابي ، فعندما يكون هذا العمل خاطئاً نقول أن هناك فعلاً إيجابياً .

إلا أنه قد ينجم الضرر من خلال إمتناع الشخص عن القيام بإي عمل من الأعمال ، ومثاله الضرر الذي يسببه الطبيب للمريض الذي إستدعاه لمنزله لعلاج ، فرفض الطبيب الذهاب إلى منزل المريض من أجل معالجته ، فإن هذا الرفض يؤدي إلى ضرر للمريض ، فإذا كان هذا (الرفض) يمكن إعتباره من الناحية الفلسفية (عملاً) فإنه بلا شك هو (عمل سالب) إذا جاز التعبير ، وبالتالي فإذا كان هذا العمل السالب خاطئاً ففي هذه الحالة نقول بأن هناك (خطئاً سلبياً) . فإذا نظرنا إلى هذه المسألة نظرة فلسفية شاملة ، فإننا سوف نتوصل إلى القول أن (الإمتناع) قد يعتبر (عملاً أو فعلاً) (١٠٩) .

وإذا نظرنا إلى الإضرار أو التعدي في الفقه الإسلامي ، والقانون المدني الأردني بالتبعية ، لوجدنا أنه قد يقع بفعل إيجابي كما هو معروف ، وقد يقع أيضاً بالتترك أو الإمتناع . ومثال ذلك أنه لو كان صاحب الغنم يرفع الغنم وأصيبت شاة وأراد صاحب الغنم ذبحها قبل أن تهلك وتموت ولا مديه معه ، وقد كان مع غيره من أصحاب الأغنام الأخرى مدية فطلبها من صاحبها ، إلا أن صاحب المدية إمتنع عن إعطائه إياها مما أدى ذلك الإمتناع إلى موت الشاة ، فيكون صاحب المدية ضامناً قيمة الشاة لأنه إمتنع عن إعطاء المديه لصاحب الشاة ، فيكون الممتنع تسبب بإمتناعه هذا تلف الشاة (١١٠) .

(١٠٨) أنظر في ذلك ، حسن علي الذنون ، المبسوط في شرح القانون المدني - الخطأ - دار وائل للنشر والتوزيع ، عمان ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٦ ، ص ١٨٩ .

(١٠٩) أنظر في ذلك ، حسن علي الذنون ، المبسوط في شرح القانون المدني ، الخطأ ، مرجع سابق ، ص ١٩٠ .

(١١٠) عدنان إبراهيم السرحان ، الفعل غير المشروع (الإضرار) كاساس للمسؤولية التقصيرية (الإلتزام بالضمان) في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني ، بحث منشور في مجلة المنارة ، جامعة آل البيت ، المجلد الثاني، العدد الثاني ، ١٩٩٧ ، ص ١٣٠-١٣١ .

ففي هذه الحالة فإن الشخص بإمتناعه يكون قد إتخذ موقفاً سلبياً نتج عنه الضرر للآخرين ، وسوف نسوق مثلاً آخر ، فسائق السيارة الذي يسير ليلاً فيصطدم براكب دراجة ولم يستطيع رؤيته بسبب عدم قيامه أو إمتناعه عن إضاءة مصابيح سيارته إثناء قيادته لسيارته في الليل ، فهنا يمكن القول أن السائق قد إقترب خطأً سلبياً نتيجة هذا الفعل أو العمل الذي قام به ، وهو الإمتناع عن إضاءة مصابيح سيارته إثناء القيادة ، ولو أن هذا السائق ارتكب حادثه أخرى في نفس الليله بسبب إنشغاله وتلفته إلى ملاحظة المارة مما أدى إلى عدم أنتباهه وبالتالي حرمة من رؤية طريقه وما يوجد عليها ، لقليل أنه إقترب (خطئاً إيجابياً) نتيجة الإهمال أو عدم تبصره ، فإذا نظرنا إلى هذه الحادثة لوجدنا أن كل إهمال أو عدم تبصر يعتبر تركاً أو إمتناعاً . وهنا نريد أن نطرح التساؤل التالي : ماذا لو إمتنع أحد الأطباء عن مغادرة عيادته الخاصة أو منزله إلى الذهاب لأحد المرضى لإنقاذه وهو في حالة خطرة تستدعي وجود الطبيب ؟ هل يعتبر الإمتناع من قبل الطبيب عن أداء الواجب المهني ، في هذه الحالة هو إمتناع مجرد (بحت) أم أنه إمتناع بمناسبة عمل . فإن هذا التساؤل يحتاج إلى المزيد من البحث والإستقصاء من أجل أن نحدد هذه الفكرة هل هي إمتناع مجرد أم إمتناع بمناسبة عمل . فإن مشكلة جرائم الترك أو الإمتناع وبحث مسؤولية الممتنع لا تقتصر على فقه القانون المدني فحسب بل تتعداه إلى قانون العقوبات . ويمكن القول بأن كل من ألحق ضرراً بفعل غير مشروع بالغير ملزم بتعويض هذا الضرر ، وأذا تقرر وجود الخطأ ونتج عنه ضرر حتى لو لم يكن هناك نص قانوني بخصوص حادثة ما ، فالقاضي يملك حرية التقدير بتعويض الضرر . وبالتالي فإن القانون المدني لم يستطع التحرر من تأثير القانون الجنائي تحراً كاملاً ، بخصوص خضوع الفعل الضار (الخطأ السلبي) للقواعد العامة في الخطأ ، حيث أن الإمتناع لا يعد خطأً مدنياً إلا إذا كان مخالفاً لنص قانوني يفرض على الممتنع القيام بالعمل الذي إمتنع عن القيام به . ولذا فقد إستند الفقه القانوني إلى فكرة السببية ، وأن الإمتناع سواء أكان إيجابياً أم سلبياً ، لا يصح أن يكون سبباً لقيام المسؤولية على الممتنع ، وذلك لعدم وجود رابطة السببية بين الضرر الذي وقع بالفعل وبين الإمتناع أو الموقف السلبي للممتنع^(١١) .

وبالتالي يرى غالبية الفقه أن الإمتناع قد يعتبر في بعض الحالات السبب في وقوع الضرر . ومن الأمثلة على ذلك السائق الذي يسير بسيارته ولا يستعمل جهاز التنبيه فيتسبب من خلال هذا الفعل (الإمتناع) في وقوع حادث وحصول الضرر للآخرين.

الفرع الثاني

موقف القضاء من خضوع الفعل الضار (الخطأ السلبي) للقواعد العامة في الخطأ

لقد كان القضاء الفرنسي يصدر في معظم أحكامه عن قاعدة أساسية ألا وهي : أن الإمتناع يخضع للقواعد العامة المقررة في الخطأ ، حيث يعتبر الإمتناع خطأً يلزم فاعله بالتعويض متى كان

(١١) أنظر في ذلك ، حسن علي الذنون ، المبسوط في شرح القانون المدني - الخطأ - مرجع سابق ، ص ١٩١-١٩٣ .

الشخص منحرفاً في سلوكه عن سلوك الشخص المعتاد السوي . وقد قررت محكمة النقض الفرنسية في أن الإمتناع لا يوجب مساءلة مدنية إلا إذا كان يوجد على عاتق الممتنع إلتزام بالقيام بالعمل الذي إمتنع عنه ، فقد إكتفت المحكمة بوجود إلتزام بالقيام بعمل ولم تصف هذا الإلتزام بأنه قانوني ، مما قد يؤدي التوسع في خطأ الإمتناع إلى أن يشمل الإمتناع عما تقضي به قواعد الأخلاق (١١٢) . وقد قضت المحكمة بضرورة أن يكون الإلتزام الذي يفرض على الممتنع القيام بتصرف إيجابي معين ، إلتزاماً منصوص عليه في القانون . وأن الإمتناع لا يعتبر خطأ وبالتالي لا يكون سبباً للتعويض إلا إذا كان العمل الذي حصل الإمتناع عنه محل (إلتزام مدني) . وقد قصدت المحكمة من ذلك أن يكون العمل الذي حصل الإمتناع عنه محل (إلتزام قانوني) سواء كان هذا الإلتزام أو الواجب منصوصاً عليه صراحةً أم كان من الواجبات العامة التي تقابل الحقوق المقررة للأفراد والتي يعين القاضي مداها بحسب ظروف كل قضية على حده (١١٣) . وقد سايرت محكمة النقض الفرنسية في بعض أحكامها بعدم التسليم بمسؤولية الممتنع إلا إذا أخل الممتنع بإلتزام إيجابي فرضه القانون بنص معين ، حيث قضت المحكمة بعدم مسؤولية الممتنع (صاحب الفندق) عن رفضه إستقبال نزيل وتركه في الطريق العام معرضاً لخطر الموت (١١٤) . ورغم تسليمها بأن هذا الرفض يصدم الإعتبارات الإنسانية والأخلاقية ، إلا أنها لم تُسلم المحكمة بمسؤولية الممتنع بحجة إنتفاء النص القانوني الذي يضع على عاتق صاحب الفندق أي إلتزام إيجابي في هذا الشأن . ومن هنا يلاحظ أن القضاء الفرنسي قد أخضع الإمتناع للقواعد العامة في الخطأ ، فقد إعتبر الإمتناع خطأ يلزم فاعله بالتعويض متى كان سلوك الشخص منحرفاً عن سلوك الشخص اليقظ أو الشخص المعتاد السوي ، حيث يكون سلوك الممتنع مغايراً لهذا السلوك فيعد إمتناعه خطأ ، وينتفي الخطأ عندما يتفق سلوك الممتنع مع سلوك الرجل اليقظ أو الرجل العادي السوي (١١٥) .

فقد أخذ القضاء الفرنسي بعد ذلك بالقواعد العامة في الخطأ في أحكامه ، وأن هذه القواعد هي قواعد مرنة تتيح للقاضي مراعاة قواعد العدالة والمصلحة العامة والمنطق السليم ، فأخذت تقضي بمسؤولية ذلك الشخص الذي إمتنع أو أهمل في إتخاذ الإحتياطات والإجراءات اللازمة لمنع الضرر

(١١٢) نقض فرنسي مدني ، ٢٤ / ١٢ / ١٩٢٤ ، سيرى ، ١٩٢٥ - ١ - ٣٢٨ ، دالوز

الإسبوعي ، ١٩٢٥ ، ص ١٢٠ . مشار إليه لدى ، سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، في الإلتزامات ، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية ، مرجع سابق ذكره ، ص ٢٧٦ .

(١١٣) نقض فرنس مدني ، ٢٨ / ١٠ / ١٩٣٥ ، غازيت القضاء ، ١٩٣٥ - ١ - ٥٣٧ ، دالوز

الإسبوعي ، ١٩٣٥ ، ص ٥٣٧ . مشار إليه لدى ، سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني في الإلتزامات ، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية ، مرجع سابق ، ص ٢٧٧ .

(١١٤) نقض فرنسي مدني ، ٢٨ / ١ / ١٩٣٠ ، غازيت القضاء ، ١٩٣٠ - ١ - ٥٥٠ ، مشار إليه لدى ، مرقس ، سليمان ، المسؤولية المدنية

في تقنينات البلاد العربية ، مرجع سابق ، ص ٢٦٥ .

(١١٥) حبيب إبراهيم الخليلي ، مسؤولية الممتنع المدنية والجناحية في المجتمع الإشتراكي ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، دون طبعه ، ١٩٦٧ ،

الناتج من جراء حالة خطرة خلقها وأوجدها هذا الإنسان والتي قد تكون مصدر ضرر بالغير^(١١٦). وعلى هذا الأساس قضت إحدى المحاكم الفرنسية بأن عدم وضع إشارات التوقف أو تخفيض السرعة على الطريق ، لا يعطي للسائق الذي يتابع سباقاً للدراجات حق تجاهل أو إغفال قواعد السير أو المرور وعلى الأخص لا يعفيه من المسؤولية و من واجب التزام السرعة المقررة و المحددة على الطرق أو في بعض الأماكن أو المنعطفات ، فإذا ما أحدث عدم التزامه بهذه الأنظمة والقواعد المرورية ضرراً بالغير فقد حقت عليه المسؤولية عن هذه الأضرار التي أحدثها للغير^(١١٧).

أما بالنسبة لموقف القضاء الأردني ، فقد كان موقفه واضحاً من خلال نص المادة (٢٥٦) والتي تنص على أن " كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر " ، فيلاحظ من خلال هذا النص أن المشرع الأردني قد أقام المسؤولية على الإضرار لا على الخطأ ، وأن الإضرار يكون إما مباشراً أو تسببياً ، والتسبب يتصور فيها حالة الإمتناع ، ولذا يمكن القول بأن المشرع الأردني جعل الإمتناع موجباً للمسؤولية والضمان كما هو الحال في الفعل الإيجابي ، ويستند نص المادة المذكورة إلى قول الرسول عليه الصلاة والسلام " لا ضرر ولا ضرار " . فقد قررت محكمة التمييز الأردنية في صدد تحديد المسؤولية عن الضرر المادي والمعنوي أن شركة التأمين مسؤولة عن تعويض الورثة عن الضرر المادي والمعنوي المنصوص عليه بالمواد ٢٥٦ و ٢٦٦ و ٢٦٧ / ٢ من القانون المدني .

أن ثبوت مسؤولية سائق السيارة عن وقوع الحادث بسبب خطأ صادر منه . وأن التعويض عن الضرر الذي أصاب المدعين وهم ورثة المتوفى ، وحيث أن القانون لم يشترط للحكم بالتعويض أن يكون الفعل الضار مقصوداً ، وإنما أوجب بالمادة ٢٥٦ مدني إلزام فاعل الضرر بضمان الضرر حتى لو كان فاعله غير مميز^(١١٨) .

ومن خلال هذا القرار أنه ساوى ما بين الفعل الإيجابي والفعل السلبي ، أي بمعنى أن المسؤولية التقصيرية تقوم في حالة أن توافرت باقي أركانها ، فقد اخضع القضاء الأردني الفعل الضار سواء كان إيجابياً أم سلبياً إلى القواعد العامة في الخطأ .

كما قضت محكمة التمييز الأردنية في حكم آخر لها^(١١٩) ، أنه إذا كانت الأسلاك مكشوفة (معاة) المارة فوق منزل المرحوم مما جعلها تسبب ضرراً وتضعق المرحوم بمجرد ملامسته لهذه

(١١٦) نقض فرنسي مدني ، روان ، ٦ / ٣ / ٩٢٥ ، مشار إليه لدى ، حسن علي الذنون ، المبسوط في شرح القانون المدني ، الخطأ ، مرجع سابق ، ص ٢٠٨ .

(١١٧) نقض فرنسي مدني ، ٢٨ / ١ / ٩٢٣ ، مشار إليه لدى ، حسن علي الذنون ، المبسوط في شرح القانون المدني ، الخطأ ، مرجع سابق ، ص ٢٠٩ .

(١١٨) تمييز حقوق ، رقم ٢٨٨٦ / ٢٠٠١ تاريخ ١٥ / ١ / ٢٠٠٢ ، منشورات مركز عداله .

(١١٩) تمييز حقوق ، رقم ١٩٧٩ / ٢٠٠٢ ، تاريخ ٢١ / ٨ / ٢٠٠٢ ، منشورات مركز عداله .

الأسلاك ، مما يعني ذلك أن هناك إهمال وتقصير من جانب شركة الكهرباء وعدم إتخاذها التدابير اللازمة لهذه الأسلاك التي تمر فوق أسطح المنازل وذلك لمنع حدوث الضرر للآخرين ، والذي يعتبر تعدي ويرتب المسؤولية على شركة الكهرباء من جراء الأضرار التي لحقت بالمضروب والتي أدت إلى وفاته . ومن الملاحظ هنا أن الإمتناع هو صورة من صور الإهمال الذي يعتبر تعديا حسب ما جاء بنص المادة ٢٥٧ من القانون المدني الأردني حيث اعتبرت المحكمة ان عدم اتخاذ الاحتياطات اللازمة كمن يرتكب فعلا يمنع عليه القيام به . وأيضا جاء بقرار محكمة التمييز الأردنية^(١٢٠) ، أن حق المستأجر بإنشاء سدة في العين المؤجرة مقيد بشرط عدم الإضرار بالمالك بشكل جوهري ، حيث أنه يستفاد من نص المادة (٢٥٦) من القانون المدني الأردني أنها تستظهر عبارات موجزة وواضحة ألا وهي في حكم المسؤولية عن الفعل الضار وأن لفظ الإضرار في هذا المقام هو مجاوزة الحد الواجب الوقوف عنده أو التقصير عند الحد الواجب الوصول إليه في الفعل أو الإمتناع حيث تنصرف دلالاته الى الفعل العمد او مجرد الإهمال على حد سواء .

فقد جعل المشرع الأردني الفعل الضار فعلاً غير مشروع وسبباً لضمان ما ترتب عليه من تلف . فلم يتحدث المشرع الأردني عن وجوب ثبوت خطأ من جانب المسؤول عن الضرر ، فلو كان قد اشتراط مثل هذا الخطأ لما أمكن مساءلة الطفل أو المجنون عن الضرر الذي يوقعه أي منهم لأنهم معدومي الإرادة ، والخطأ يرتبط بوجود الإرادة .

لذا فقد جاء موقف المشرع الأردني من الفعل الضار (الخطأ السلبي) أو الإمتناع لا يختلف عن موقف الفقه الإسلامي ، من خلال نص المادة ٢٥٦ من القانون المدني الأردني أن كل إضرار بالغير يلزم فاعله بضمان الضرر ولو كان غير مميز ، وبالتالي ف، الفعل السلبي يخضع للقواعد العامة في الخطأ ، لأن حكم الضمان بالتعدي في الفقه الإسلامي كما أسلفنا سابقاً موجب للضمان ، سواء أكان أمراً إيجابياً أم أمراً سلبياً ، والدليل على ذلك أن من إمتنع عن إطعام المضطر إليه أو إمتنع عن تقديمه للسجين حتى مات كان ذلك هذا الفعل إعيانه على القتل ومسبباً للهلاك المستوجب للضمان .

فقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني تحت المادة (٢٥٦) أن لفظ " الإضرار " في هذا المقام تعني عن سائر النعوت والكنى التي تخطر للبعض في معرض التعبير كإصطلاح " العمل غير المشروع " أو " العمل المخالف للقانون " أو " الفعل الذي يجرمه القانون " . فهذه المادة تستظهر في عبارة موجزة وواضحة حكم المسؤولية عن الفعل الضار في عناصرها الثلاث فترتب الإلتزام بالتعويض على " كل إضرار " والإضرار يستلزم الفعل (أو عدم الفعل) الذي ينشأ عنه الضرر ، فلا بد إذن من توافر الفعل أو عدم الفعل (أي الإيجاب أو السلب) والضرر ، ثم علاقة سببية بينهما . والمقصود بالإضرار هو " مجاوزة الحد " الواجب الوقوف عنده أو " التقصير عن الحد " الواجب الوصول إليه في الفعل أو الإمتناع مما يترتب عليه الضرر ، فهو يتناول الفعل

(١٢٠) تمييز حقوق ، رقم ١٩٦٢ / ١٩٩٧ ، تاريخ ١٨ / ١١ / ١٩٩٧ ، منشورات مركز عداله .

السلبى والفعل الإيجابى ، وتنصرف دلالاته إلى الفعل العمى وإلى مجرد الإهمال على حد سواء ، ذلك أن الفقه الإسلامى كما يعرف الخطأ الإيجابى وهو ظاهر ، يعرف الخطأ السلبى ويسميه " التقصير " و " عدم التحرز والتفريط " (١٢١) .

المبحث الثانى

الطبيعة القانونية للفعل الضار (الخطأ السلبى)

يُعد البحث فى الطبيعة القانونية للفعل الضار (الخطأ السلبى) أو الإمتناع من المواضيع الهامة والتي تدخل فى الأساس القانونى لهذا الخطأ ، ولذا فإن فهم الطبيعة القانونية للفعل الضار (الخطأ السلبى) تحتاج إلى معرفة ما إذا كان للخطأ السلبى أن يرتب آثار قانونية أم لا . لذا كانت هناك العديد من الإتجاهات والأراء الفقهية التي لم تُسلم بفكرة أن تكون هناك مسؤولية قانونية على الممتنع عن القيام بالعمل ، بل أنهم رفضوا بأن يكون للخطأ السلبى (الإمتناع) أي أثر قانونى يمكن أن يتولد عن هذا الخطأ السلبى . وأيضاً ذهب جانب آخر من الفقه بأن سلم بفكرة الخطأ السلبى ومساءلة الممتنع عن إمتناعه عن القيام بالعمل ، بل أنهم أقرّوا بإمكانية أن يتولد عن الإمتناع آثار قانونية معينة شأنه فى ذلك شأن السلوك الإيجابى . و سوف نتناول الفعل الضار (الخطأ السلبى) سلوك لا يرتب أثر قانونى . كما سنتناول الفعل الضار (الخطأ السلبى) سلوك يرتب أثر قانونى .

المطلب الأول

الفعل الضار (الخطأ السلبى) سلوك لا يرتب أثر قانونى

لقد كان الإختلاف حول الفعل الضار (الخطأ السلبى) بأنه سلوك لا يرتب أي أثر قانونى فى قيام المسؤولية المدنية والجزائية ، وقد كان السبب فى ذلك يستند إلى فكرة فلسفية قوامها المذهب الفردى الذى يمثل حصيلة الفكر الفلسفى لهذا المذهب والذى ظهر فى القرن الثامن عشر ، وأن مرد هذه الآثار ترجع إلى أفعال إما أن معاصرة أو سابقة على الإمتناع أو بناءً على إرادة المشرع ، وأن مرد هذه الآثار لا للسلوك السلبى ذاته . وسيتم الحديث عن الأساس القانونى للفعل الضار (الخطأ السلبى) عديم الأثر القانونى فى الفرع الأول ، وفى الفرع الثانى سيتم توضيح الأساس الفلسفى للفعل الضار (الخطأ السلبى) عديم الأثر القانونى.

الفرع الأول

الأساس القانونى للفعل الضار (الخطأ السلبى) عديم الأثر القانونى

(١٢١) المذكرات الإيضاحية للقانون المدنى الأردنى ، الجزء الأول ، مرجع سابق ، ص ٢٧٦ .

لقد أخذ الأساس القانوني للفعل الضار (الخطأ السلبي) عديم الأثر إتجاهين : حيث رأى الإتجاه الأول أن الإمتناع عدم والعدم لا ينتج شيئاً وبالتالي فإنه يكون مستحيلاً

أن يقوم الإمتناع بدور السبب بالنسبة لأية نتيجة يمكن أن تحدث - باعتبار الإمتناع عدم - لأن عدم لا يمكن أن ينتج شيئاً^(١٢٢) . أما الإتجاه الثاني والذي يرى بأن الإمتناع ليس ظاهرة طبيعية وإنما هو ظاهرة قاعدية ، ويتضح لنا من خلال هذين الإتجاهين لوجدنا أن هناك فرق بينهما وهذا الفرق هو أن الإتجاه الأول لا يرتب أي مسؤولية عن الإمتناع ، بينما نرى أن الإتجاه الثاني يرتب مسؤولية عن الإمتناع ولكن ليس بناءً على طبيعته وإنما نتيجة لتدخل الشارع^(١٢٣) . وقد ذهب هذا الإتجاه إلى أن الإمتناع اذا لم يكن مخالفاً للإلتزام قانوني أو لم يكن إثناء الفعل فإنه لا يُعد خطأً ، ذلك أن الإمتناع ومن وجهة نظر هذا الإتجاه أنه ذو طبيعته خاصة ولا يخضع للأحكام العامة للمسؤولية التصديرية ولا يرتب أي مسؤولية إلا في حالات إستثنائية ، والقول بغير ذلك يؤدي إلى المساس بحرية الأفراد ، فالفرد يعيش داخل المجتمع مستقلاً إستقلالاً أشبه بذرات الكيثان من الرمل ، فالأفراد داخل المجتمع لا يضمنهم قدر مشترك ولا تربط بينهم أية صلة ، وإن مساءلة الفرد عن الإمتناع المحض ، يؤدي إلى تقييد الحرية الفردية ووضعها في أضيق نطاق لها ، ذلك أن هناك واجباً على الأفراد في المجتمع هو عدم الإضرار بالغير ، ولا يوجد واجب عام لحماية الغير من الأضرار^(١٢٤) .

ومن الأمثلة على ذلك أن لا عقوبة على الأخ الذي ترك أخته المعتوهه دون أن يقدم لها الطعام أو العناية ، مما أدى إلى موتها ، ففي هذه الحالة فإنه لا يوجد نص يعاقب على ذلك الإمتناع ، وأن القانون لا يعاقب إلا على العمل الإيجابي (المنع) وهو منع تقديم الطعام والعلاج لأخته ، أما بالنسبة للإمتناع وهو عمل سلبي ، ففي هذه الحالة لم تكن هناك من مسؤولية جنائية عليه تطبيقاً لمبدأ الشرعية الذي يحكم قانون العقوبات بأنه " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص " ولم يكن ثمة من نص في قانون العقوبات يعاقب على ذلك الإمتناع المشار إليه^(١٢٥) .

أما بالنسبة لنطاق المسؤولية المدنية فإننا نجد أن القوانين المدنية تقف موقفاً مغايراً حيال هذه المسألة ، فهي تقرر أن كل من ألحق ضرراً غير مشروع بالغير ملزم بتعويض هذا الضرر . ومن خلال إستعراض آراء فقه القانون المدني نجد أنهم تأثرو بفقه القانون الجنائي وأرائهم . لذا ذهب فقه القانون المدني إلى أن الإمتناع لا يعد خطأً مدنياً إلا إذا كان مخالفاً لنص قانوني يفرض على الممتنع القيام بالعمل الذي إمتنع عن القيام به أو كان العقد الذي أبرمه يفرض عليه القيام بهذا العمل

(١٢٢) حبيب إبراهيم الخليلي ، مسؤولية الممتنع المدنية والجنائية في المجتمع الإشتراكي ، مرجع سابق ، ص ٥٦ .

(١٢٣) مزر جعفر عبد ، جريمة الإمتناع دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه منشورة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٩ ، ص ٧٧ .

(١٢٤) مصطفى عبدالقادر حليلو ، عناصر المسؤولية المدنية عن الفعل الضار في القانون المدني الأردني والجزائري ، مرجع سابق ، ص ٧٩ .

(١٢٥) حسين عامر ، المسؤولية المدنية التصديرية والعقدية ، مرجع سابق ، ص ١٨٩ .

الذي لم يقم به . حيث تدرع البعض من فقه القانون المدني لدرء مسؤولية الممتنع إلى فكرة السببية ، من عدم قيام المسؤولية المدنية على الإمتناع الخاطئ إلا إذا كان العمل الإيجابي مفروضاً على الممتنع بمقتضى القانون أو بمقتضى الإتفاق . لذا لا بد من التخلي عن الإستناد إلى منطق قانون العقوبات وفقهه ، والبحث عن فكرة أخرى لدرء مسؤولية الممتنع عند من يرى عدم إمكان مساءلته ، وهذا ما فعله فقه القانون المدني ، حيث تدرعوا في سبيل الوصول إلى هذه النتيجة بفكرة (السببية)^(١٢٦).

وبالإستناد إلى فكرة السببية للقول بعدم مساءلة الممتنع ، فقد ذهب فقه القانون المدني ، إلى أن الإمتناع أياً كانت صورته ، وحتى في الحالات التي يعتبر فيها خطأ بأن يكون إمتناع عن عمل يفرضه القانون أو الإتفاق ، فإنه في هذه الحالة لا يصح أن يكون سبباً لقيام المسؤولية المدنية على الممتنع وذلك لإنعدام رابطة السببية بين الضرر الذي تحقق بالفعل وبين الإمتناع أو الموقف السلبي للممتنع . وأن أشهر الفقهاء الذين نادوا بهذه الفكرة الفقيه الفرنسي (تيسير Teissire) في رسالته عن أساس المسؤولية المدنية ١٩٠١ ، والفقيه الفرنسي (بودان beu dant) في شرحه المطول للقانون المدني الفرنسي ، حيث يرى هؤلاء الفقهاء أن الإمتناع قد يعتبر في بعض الحالات السبب في وقوع الضرر وهي حالات قليلة نادرة ، وأن الغالب الأعم أن الإمتناع لا يكون هو السبب المباشر والرئيسي في وقوع الضرر . ومثال ذلك سائق السيارة الذي لا يستعمل جهاز التنبيه إثناء قيادته للسيارة ، فيتسبب بإمتناعه وقوع حادث وتسبب بضرر للغير ، وأيضا الشخص الذي يشاهد جريمة على وشك الوقوع فيلتزم الصمت ولا يحرك ساكناً ، ولو أنه قام بأي عمل من الأعمال التي تؤدي إلى عدم وقوع الجريمة، فمثلاً لو أنه صاح أو أظهر نفسه بأي شكل من الأشكال في مكان الجريمة دون أن يعرض نفسه للخطر لكان ظهوره كافياً للحيلولة لمنع وقوع الجريمة ، ذلك لأن الإمتناع لم يكن هو السبب في وقوع الجريمة ، فالنتيجة حصلت ووقع الضرر على المجني عليه بسبب فعل الجناه، فرابطة السببية هنا منعدمة بين الإمتناع والضرر الذي أصاب المضرور . ويقول أنصار هذا الرأي بأنه لا علاقة بين الإمتناع وبين الضرر الذي تحقق بالفعل ، إلا أنه من المعروف أن لكل ضرر أسباباً عدة والتي قد يكون من بينها الإمتناع ، وصحيح أن الضرر لم يتحقق لو أن الشخص الذي شاهد الجناة أظهر نفسه في الوقت المناسب لما وقعت الجريمة . فإذا قامت رابطة السببية بين الإمتناع والضرر فإن هذا يكفي لقيام المسؤولية ، حتى لو كانت هناك أسباب عديدة مختلفه كحدوث الضرر ^(١٢٧) .

نخلص مما تقدم أن الأراء الفقهية والحجج التي جاء بها الفقهاء الذين إعتبروا أن الامتناع لا يمكن أن يصلح لقيام المسؤولية ، هي حجج تم تنفيذها من قبل جانب آخر من الفقه . فلذا لا يجوز لنا الإستناد إلى فكرة السببية والقول بعدم وجودها في حالة الإمتناع ، وذلك من أجل أن نجد هناك

(١٢٦) حسن علي الذنون ، المبسوط في شرح القانون المدني - الخطأ - مرجع سابق ، ص ١٩٣-١٩٥ .

(١٢٧) مشار إليه لدى ، حسن علي الذنون ، المبسوط في شرح القانون المدني - الخطأ - مرجع سابق ، ص ١٩٦ .

مبرراً نلجأ إليه بعدم مساءلة هذا الممتنع في حالة عدم قيامه بالعمل الذي سبب ضرر للغير من جراء هذا الإمتناع .

الفرع الثاني

الأساس الفلسفي للفعل الضار (الخطأ السلبي) عديم الأثر القانوني

إن المقصود هنا من الأساس الفلسفي للخطأ السلبي (الإمتناع) عديم الأثر هو الخلفية الفكرية التي إستند عليها الإتجاه القائل أن الإمتناع عديم الأثر ، حيث وجدوا في أسس المذهب الفردي العون الكثير ، وأن حقوق الفرد هي حقوق ولدت معه وهي مستمدة من ذاته كونه إنسان في هذا الكون . وأن الحق هو أساس القانون وليس القانون هو أساس الحق ، وأن وظيفة القانون هي حماية هذا الحق ، وأن الجماعة مسخرة لخدمة الفرد كونه أساس القانون ومحوره وغايته الأساسية^(١٢٨) ، وهذا المذهب الذي يمثل حصيلة الفكر الفلسفي في القرن الثامن عشر، حيث يقوم المذهب الفردي على أساس أن الحقوق والحريات الفردية هي عبارة عن إمتيازات طبيعية للفرد وأن هذه الإمتيازات والحقوق مرتبطة بالإنسان بإعتبارها حقوق فردية ، لهذا فهو صاحب الحق في ممارستها كيفما يشاء دون أن يجبر عليها ، وبالتالي فإن الحقوق الفردية ذات مضمون سلبي لا إيجابي ، أي بمعنى أن يكون إلتزام الدولة بعدم التعرض للأفراد عند ممارستها لهذه الحقوق . وأن ذات الفرد هي المحور الأساسي للقانون وغايته النبيلة^(١٢٩) ، وبالتالي فإن المذهب يقول بأنه لا يوجد تعارض فيما بين مصلحة الفرد الجماعة لأن المصلحة واحدة ، مبررين ذلك بأن السعادة التي تحصل للفرد هي سعادة للجماعة ، وأن مصلحة الجماعة هي أساس القانون وغايته وليس مصلحة الفرد^(١٣٠) . كما يرى هذا المذهب أن الحقوق والحريات التي يتمتع بها الفرد والجماعة هي إمتيازات طبيعية لهم وأن هذه الحقوق والحريات سابقه في وجودها على القانون ، وأن هذه الحقوق والحريات يستطيع الفرد أو الجماعة أن يتنازلا عن جزء منها إذا كانت هناك ضرورة ما تتطلب ذلك، وأن هذا التنازل يعتبر في نظر هذا المذهب أنه تقييد جزئي ، لذا يُعد إستثناءً من المبدأ العام وهو مبدأ الإباحة^(١٣١) .

وقد أظهر المذهب الفردي تحيزاً كبيراً وغيره شديده على حرية الفرد ، بحيث يستطيع الفرد أن يمتنع عن القيام بعمل ما ، معتبراً ذلك حرية شخصية للفرد ، بحيث يحق له أن يمتنع عن القيام بأي عمل طالما أن ذلك الإمتناع لا يخالف القانون ، أو أنه لا يوجد هناك نص قانوني يجبره على القيام بهذا العمل ، وأن الإمتناع يعتبر أدنى مراتب الحرية ضد القيود التي تفرضها عليها المذاهب

(١٢٨) مزر جعفر عبد ، جريمة الإمتناع ، مرجع سابق ، ص ٦٨-٦٩ .

(١٢٩) عبد الحكيم حسن العيلي ، الحريات العامة في الفكر والنظام السياسي في الإسلام - دراسة مقارنة ، دون طبعه - دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٤ ، ص ١٥ - ١٩ .

(١٣٠) فتحي الدريني ، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في إستعمال الحق ، مطبعة جامعة دمشق ، دمشق ، الطبعه الأولى ، ١٩٦٧ ، ص ٣٩ .

(١٣١) عدنان حمودي الجليل ، نظرية الحقوق والحريات في تطبيقاتها المعاصرة ، دون دار نشر ، دون طبعه ، ١٩٧٤ ، ص ٤٧ .

الإشترابية ، وبالتالي فإن هذا المذهب يرفض التسليم بأن من يمتنع عن القيام بعمل لا يفرضه عليه القانون لا يعد مخطئاً ، أي بمعنى أن الفرد يحق له أن يمتنع عن القيام بأي عمل وأن هذا الإمتناع لا يعتبر بمثابة خطأ يُعاقب عليه القانون ، إستناداً إلى قاعدة " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص " ، مما أدى ذلك إلى أن ذهب البعض من فقه القانون المدني معتبراً أن الإمتناع لا يمكن أن يعد خطأً مدنياً إلا إذا كان مخالفاً لنص قانوني بحيث يوجب على الفرد القيام بالعمل الذي حصل الإمتناع عنه (١٣٢)

ومن هنا يلاحظ أن المذهب الفردي قد ركز على مصلحة الفرد معتبراً أن هذه المصلحة لا يمكن أن تتعارض مع مصلحة الجماعة ، وبالتالي فإن هذا المذهب ينفي أن يكون هناك تعارض فيما بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة ، وهذا يخالف المنطق والواقع الذي نعيش فيه ، وأن السعادة التي تحصل للفرد لا يمكن أن تكون في حقيقتها سعادة للجماعة ، وأن أساس القانون وغايته هو تحقيق الاستقرار والطمأنينة والعدالة لجميع أفراد المجتمع ، وأن الحقوق والحريات التي يتمتع بها جميع أفراد المجتمع هي حقوق وإمتيازات طبيعية وجدت مع وجود الإنسان ، ولكن أرسى قواعدها هو وجود القانون ، وبالتالي لا يمكن أن يتنازل الإنسان عن هذه الحقوق والحريات التي منحه إياها الدستور أو القانون ، حتى ولو كانت هناك ضرورة ما تتطلب من الإنسان التنازل عن جزء منها ، فإن ذلك يعتبر مخالفاً لنصوص الدستور أو القانون الذي منحه هذه الحرية والحقوق . وبالتالي فإن المذهب الفردي يكون قد أظهر تحيزاً شديداً وغيره على حرية الفرد بحيث أنه أجاز له أن يمتنع عن القيام بأي عمل بشرط أن لا يكون مخالفاً لنصوص القانون ، وهذا يقودنا إلى طرح التساؤل التالي ، ماذا لو أن أحد الأشخاص شاهد شخصاً يشهر مسدسه إتجاه أحد الأشخاص وقام هذا الشخص وأطلق الرصاص من مسدسه فقتله ، وقام الفاعل بأخذ الشخص المقتول (الجثة) وأراد أن يخفيها في مكان ما لكي لا تستطيع الشرطة معرفة القاتل ؟ أنقول في هذه الحالة أن الشخص الذي شاهد الجريمة أمامه أن يقف موقف سلبياً ويمتنع عن القيام بأي عمل لمنع وقوع هذه الجريمة دون أن يعرض حياته للخطر أو حتى إبلاغ الجهات المختصة بهذه الحادثة كي لا تضيق معالمها ويخفي القاتل حقائق هذه الجريمة التي إرتكبها ، أنقول في هذه الحالة أن هناك حرية شخصية للشخص الذي شاهد هذه الجريمة بأن له الحق في الإمتناع عن القيام بأي عمل لمنع هذه الجريمة ، مستندياً في ذلك على أنه لا يوجد نص قانوني يوجب على الشخص القيام بالعمل الذي إمتنع عن القيام به أو أن إمتناعه لا يخالف القانون .

فقد أقر المذهب الفردي أن من أبسط مظاهر الحرية الشخصية للفرد هو الحق في عدم القيام بعمل ذلك من المبادئ الأساسية للحرية ما يحول دون مساءلة الفرد في عدم القيام بعمل لم يجبره القانون على القيام به ، لأنه لم يفعل شيئاً لأن ذلك حق لكل فرد ولا يمكن لأحد إجبار من يريد البقاء في الحالة السلبية على الخروج من هذه الحالة إلى الحالة الإيجابية وهي القيام بالعمل وهو لا يريد القيام به . ومن هنا جاء المذهب الفردي برفض القول بالأثر الفعال للإمتناع والقول بغير ذلك يُؤدي إلى

(١٣٢) سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني في الإلتزامات - في الفعل الضار والمسؤولية المدنية ، مرجع سابق ، ص ٢٧٢-٢٧٣ .

الحد من حرية الفرد إلى حد كبير وبالتالي يؤدي ذلك إلى تقييد حرية الفرد ، وهذا بدوره يجعل الحرية مقيدة ، وأن هذا التقييد ليس من القانون هذا من جانب ، ومن جانب آخر فإن ذلك يؤدي إلى توسيع في دائرة المسؤولية ومؤاخذه كل فرد بناءً على موقفه السلبي الذي إتخذه ، وبالتالي فإن التوسع في المسؤولية ومؤاخذه الفرد على عمل لا يوجب القانون عليه القيام به هو بحد ذاته تقييد لحرية الفرد ، وبناءً على ذلك فإن الفرد الذي يتمتع عن القيام بعمل أو مساعدة الآخرين يتحمل المسؤولية من جراء هذا الإمتناع حتى لو كان هذا الإمتناع يُعرض الممتنع إلى مخاطر قد تؤدي به إلى الهلاك أو تُعرض حياته للخطر ، وهذا بدوره يؤدي إلى أن الحرية تصبح كلمة ليس لها معنى أو وجود (١٣٣) .

وبالتالي فإن المذهب الفردي يُركز في الحرية الشخصية على الجانب السلبي دون الجانب الإيجابي أي بمعنى أن على الفرد أن يتمتع عن القيام بعمل حتى لا يضر بغيره من الناس ، أما الجانب الإيجابي للحرية الشخصية والذي يتطلب من الفرد القيام بعمل لمنع وقوع إضرار بالآخرين فإن أساس هذا المذهب لا يأمر الفرد القيام بعمل ، لذا نجد هذا المذهب يركز في الحرية على الجانب السلبي ويتجاهل الجانب الإيجابي . لأن مساءلة الفرد عن العمل الإيجابي الخاطئ لا يُعتبر مصادرة لحيته الشخصية . إذ لا نستطيع أن نقول أن مساءلة الإنسان عن فعله الإيجابي الخاطئ الذي قام به هي مصادرة لحيته الشخصية ، إذن فلماذا يعتبر إلزام الشخص بالقيام بالعمل الإيجابي أشد خطورة على حريته الشخصية من تحريم هذا العمل الإيجابي عليه (١٣٤) .

وخلاصة القول انه يجب التركيز على الجانب السلبي والجانب الإيجابي لحرية الشخص ، وأن الشخص الذي يتمتع عن القيام بعمل لا يفرضه القانون عليه أو لا يوجد واجب قانوني يأمره بذلك ، هو مصادرة لحيته الشخصية اذا هو قام بالعمل الذي لا يوجب القانون القيام به ، وأن الإمتناع عن القيام بعمل ما لا يرتب أي أثر قانوني فهو قول غير صحيح ، وأن من يقول بأن الإقرار بالإمتناع بإعتباره سلوكاً سلبياً وأن التسليم بأن لهذا السلوك من الفاعلية ما يرتب أثر فعال للمسؤولية ، فإن ذلك يؤدي إلى توسيع مفهومها ، فإن هذا القول قول غير سديد ، لأن التوسع في نطاق المسؤولية يُؤدي إلى الإبتعاد عن إيصال الحقوق إلى أهلها ومستحقيها ، والذي نريده هو مدى الإقرار بفاعلية الإمتناع من جانب ، ومن جانب آخر فإن السعي لإقرار العدالة وإشاعة الطمأنينة والأمان وإيصال الحقوق إلى مستحقيها هي غاية أسمى من أن يتم الحديث عن التوسع في نطاق هذه المسؤولية . وبالتالي يتم الإبتعاد عن المهمة الرئيسية التي وجد من إجها القانون ، وهي حماية المجتمع من الأضرار التي تلحق بهم نتيجة الأعمال التي يقوم بها الآخرين وتسبب الأضرار للغير ، والحصول على التعويض عن هذه الأضرار .

(١٣٣) مزر جعفر عبد ، جريمة الإمتناع ، مرجع سابق ، ص ٧٠ - ٧١ .

(١٣٤) حسن علي الذنون ، المبسوط في شرح القانون المدني - الخطأ - مرجع سابق ، ص ١٩٧ .

المطلب الثاني

الفعل الضار (الخطأ السلبي) سلوك يرتب أثر قانوني

لم تقر غالبية القوانين والتشريعات بأن الإمتناع سلوك ليس له أثر قانوني ، وأنه غير فعال في قيام المسؤولية المدنية ، ولهذا وصف الإمتناع بأنه سلوك ذو أثر قانوني فعال ويؤثر في مراكز الأشخاص ، وبالتالي فإنه يؤدي إلى قيام المسؤولية المدنية على الأشخاص في حالة الإمتناع ، وقد إستندت غالبية القوانين والتشريعات على أسس قانونية وأخرى فلسفيه ، وسوف نتناول الأساس القانوني للفعل الضار (الخطأ السلبي) سلوك يرتب أثر قانوني ، وسنتعرض للأساس الفلسفي للفعل الضار (الخطأ السلبي) سلوك يرتب أثر قانوني .

الفرع الأول

الأساس القانوني للفعل الضار (الخطأ السلبي) سلوك يرتب أثر قانوني

يرى غالبية فقه القانون المدني بأن الإمتناع ذو أثر قانوني فعال ، وبالتالي فإنه يرتب المسؤولية المدنية على الشخص الذي إمتنع عن القيام بالعمل ، فإذا كانت هناك سوء نية وقصد الإضرار بالغير من قبل الممتنع فإنها تتحقق المسؤولية ، وأيضاً تتحقق المسؤولية إذا كان هناك إهمال من قبل الممتنع في حالة إذا كان الممتنع كان يباشر نوعاً معيناً من أنواع النشاط (الإمتناع) إثناء القيام بالفعل ، ومثال ذلك سائق السيارة الذي يقود سيارته ليلاً ، ولكنه يهمل في إضاءة أنوار السيارة فيؤدي هذا الإهمال إلى أن تصطم سيارته بالسيارة القادمة في الإتجاه المعاكس ، ويؤدي ذلك الفعل إلى حدوث أضرار بالآخرين^(١٣٥) وهذا يؤدي إلى القول أنه لا محل لقصر خطأ الإمتناع والمسؤولية عن الممتنع على الأحوال التي يكون فيها الإمتناع مخالفاً نصاً قانونياً فحسب ، فوسعاً من دائرته أول الأمر بحيث يشمل الحالات التي يكون فيها الإمتناع متعمداً بقصد الإضرار بالغير ودون مصلحة خاصة للمجتمع ، وتوسلاً في ذلك بنظرية إساءة إستعمال الحق ، بإعتبار أن الممتنع في هذه الحالة متعسفاً في إستعمال حقه في الإمتناع . وبناءً على ذلك أمكن إعتبار أن من يمتنع عن مد يد العون والمساعدة إلى شخص مشرف على الهلاك بقصد الإضرار والتشفه منه لعداء بينهما مرتكباً خطأ يوجب المساءلة المدنية لهذا الممتنع وما سببه من ضرر للغير^(١٣٦) .

و يلاحظ من ذلك أن سوء النية وقصد الإضرار بالغير مسألتان في غاية الصعوبة من حيث الإثبات ، وأيضاً فإن مسألة قيام المسؤولية على الشخص الممتنع لا فرق فيها ما بين الإمتناع المتعمد أو الإمتناع غير المتعمد .

ويرى فقه القانون المدني أيضاً إلى القول بأن الإمتناع عن بعض أعمال المجاملة أو رفض القيام بعمل جرت به عادة الشخص يُعد خطأً قانونياً إذا كان هذا الإمتناع أو الرفض جاء مخالفاً لما تقضي به قواعد المجاملات والأخلاق^(١٣٧) .

وبالتالي فإن مسؤولية الممتنع تقوم بمجرد وقوع الخطأ ذاته وأن يُقاس فيه سلوك الشخص الممتنع بسلوك الرجل العادي ، فإذا لم يعتبر الفعل الذي سبب الضرر إنحرافاً بالنسبة للرجل العادي فلا مسؤولية على من تسبب بالضرر لعدم تحقق الخطأ . أما إذا كان الفعل مما يعتبر تعدياً بالنسبة

(١٣٥) محمد علي البيدي ، النظرية العامة للإلتزام ، مصادر الإلتزام ، الجزء الأول ، منشورات الجامعة المفتوحة ، طرابلس ، الطبعة الأولى ، ١٩٩١ ، ص ٢٤٠ .

(١٣٦) عبدالمجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ص ٤٨٩-٤٩٠ .

(١٣٧) أشار إلى ذلك ، سليمان مرقس ، المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية ، مرجع سابق ، ص ٢٦٦ .

للرجل العادي ، عندئذ يتحقق وقوع الخطأ وتقوم المسؤولية حتى لو كان الشخص الذي وقع منه الضرر شديد البقطة . أي بمعنى إذا تنافى سلوك الممتنع مع سلوك الرجل العادي أعتبر إمتناعه ذو أثر فعال وموجباً لقيام المسؤولية المدنية ومرتباً لها (١٣٨) .

ومنذ أن تقرر في أواخر عهد القانون الفرنسي القديم المبدأ العام الذي يلزم كل من إرتكب خطأ سبب ضرراً للغير بتعويض هذا الضرر ، ومنذ أن نص المشرع الفرنسي على هذا المبدأ في المادة ١٣٨٢ ، فقد صار مسلماً به أن الفعل الإيجابي لا ينحصر في مخالفة النصوص القانونية بل يتحقق بمخالفة أي واجب قانوني ولو كان غير منصوص عليه ما دام يمكن تعيين هذا الواجب ومداه وذلك من خلال الرجوع إلى معيار الرجل العادي ، فإنه لا يكون ثمة محل للترفة في ذلك بين الفعل الإيجابي والفعل السلبي ، ويتعين إعتبار الإمتناع خطأً مدنياً كلما كان مخالفاً لواجب قانوني يمكن تعيينه بموجب ذلك المعيار ولو لم يرد عليه نص قانوني (١٣٩) . فالمسؤولية تتحقق في حالة الإمتناع المحض ، لأنه في هذه الحالة يقع على عاتق الشخص الممتنع واجب إضافي وهو واجب المساعدة ، وهذا الواجب هو الذي يربط الشخص الممتنع بمسرح الحادث ويقتصر دوره على ترك عامل خارجي (فعل إنسان أو عامل طبيعي) يمس حق الغير . وبغيره لا يعدو الممتنع أن يقف موقف المتفرج ، فإذا إمتنع شخص عن إنقاذ غريق مما أدى إلى موته فإن إمتناعه لا يمس - كالفعل - حق الغريق في الحياة وأن كان يمكن عاملاً خارجياً من المساس به ، وهو الغرق (١٤٠) .

فإذا كان التدخل من قبل أي فرد يعد سبباً لمنع وقوع النتيجة وهي الضرر للأخرين ، فإن الباحث يرى أن عدم التدخل من قبل الممتنع يعد سبباً رئيسياً لحدوث النتيجة ووقوع الضرر على الآخرين ، وبالتالي يُعد إمتناعه عن القيام بعمل فعالاً لتحقيق المسؤولية المدنية ومرتباً لها .

وخلاصة القول أنه عند التأمل في طبيعة الإمتناع نجده قد جاء بناءً على تفكير من الشخص الممتنع بعد القيام بالعمل الذي يمكن أن يقوم به إتجاه الحادثه التي وقعت أمامه أو العمل المطلوب القيام به ، مما دفع الممتنع إلى عدم القيام بالعمل ، وقد يكون السبب في ذلك أن الممتنع يرى أنه في حالة القيام بهذا العمل إتجاه هذه الحادثه قد يُعرض نفسه للخطر أو يُعرض الشخص الذي أصابه الضرر في هذه الحادثه إلى الخطر ، بل وربما يعود السبب إلى عدم معرفة الممتنع القيام بالعمل المطلوب منه القيام به إتجاه الشخص الذي أصابه الضرر من جراء العمل الخاطئ الذي من الممكن أن يقوم به الممتنع إتجاه الشخص المضرور . وبالتالي قد تسوء حالته الصحيه وتؤدي به إلى الهلاك أو تعرض حياته لخطر الموت ، مما يؤدي بهذا الممتنع إلى تحمل المسؤولية إتجاه الشخص الذي أصابه الضرر ، وبالتالي فإن الممتنع يرى أنه من الممكن في هذه الحالة وما شابهها من الحالات الركون

(١٣٨) مشار إليه لدى ، محمود جلال حمزه ، العمل غير المشروع بإعتباره مصدرراً للإلتزام ، دون دار نشر ، دون طبعه ، دون سنة نشر ، ص ٧١ .

(١٣٩) أشار إلى ذلك ، سليمان مرقس ، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية ، مرجع سابق ، ص ٢٦٥ .

(١٤٠) حبيب إبراهيم الخليلي ، مسؤولية الممتنع المدنية والجناحية في المجتمع الإشتراكي ، مرجع سابق ، ص ١٣١ .

إلى حالة السكون وعدم القيام بالعمل أو ربما الوقوف موقف المتفرج أمام أي حالة تحدث أمامه إذا وجد أن القيام بالعمل أو المساعدة قد يُعرض نفسه إلى تحمل المسؤولية . وبالتالي لأنه يمكن القول بأن الفعل الإيجابي والفعل السلبي هو سلوك يصدر من الشخص في كلا الحالتين ويرتّب نتيجة ما من جراء هذا الفعل ، ولهذا فإن الفعل الإيجابي هو موقف إيجابي يتمثل بالقيام بعمل ، وأن الفعل السلبي هو موقف سلبي يتمثل بالإمتناع عن القيام بالعمل .

الفرع الثاني

الأساس الفلسفي للفعل الضار (الخطأ السلبي) سلوك يرتب أثر قانوني

لقد لعبت الأزمة العامة التي مست المجتمع الرأسمالي في القرن العشرين وخاصة بعد الحرب العالمية الأولى وما خلفته هذه الأزمة من مآسي بشرية ، دوراً مهماً في دفع التفكير الإنساني نحو التطلع لإقرار نوع من التضامن الإنساني الذي فرضه وأوجده ذلك التغيير في التفكير الإنساني الذي كان جله مبنياً على علم الأخلاق الإجتماعي الفردي . ولم يقف التضامن الإنساني عند حدود التفكير وإنما تعداه إلى أن أصبح التضامن الإجتماعي هو الذي يحدد نشاط الأفراد وحقوقهم حسب ما يقتضيه التضامن الإجتماعي ، حيث قسم الفقيه الفرنسي أسمان الحقوق إلى قسمين ، حقوق إجتماعية تفرض على الدولة التزامات إيجابية تجاه الأفراد وصفت بصفة إيجابية ، أما الحقوق الفردية التقليدية تفرض على الدولة الإمتناع عن التدخل في هذه الحقوق وبالتالي وصفت بأنها ذات صفة سلبية ، وإنما كان لتدخل الدولة في جميع الميادين المختلفة وأثره في تعديل الكثير من نصوص القانون^(١٤١) . وبما أن الأساس الفلسفي للخطأ السلبي (الإمتناع) جاء مشبعاً بمبادئ المذهب الجماعي الذي يقوم على فكرة التضامن بين أفراد المجتمع كونهم أعضاء في هذا المجتمع . وبما أن جرائم الإمتناع تمثل حالة من الحالات التي تتطلبها روابط التضامن الإجتماعي بما تعنيه من التدخل لفعل شئ ما لمصلحة الآخرين لمنع وقوع الضرر عليهم ، حتى لو لم يكن هناك واجب قانوني يلزمهم القيام بذلك^(١٤٢) .

وأن التضامن الإجتماعي هو الأساس الوحيد للقانون وأنه القاعدة الأساسية لحياة الجماعة ، وأن الفرد ملزم بالإمتناع عما يُخل بهذا التضامن ، كما أنه في الوقت ذاته ملزم بالعمل على تحقيق هذا التضامن وله الحق في القيام أو عدم القيام بأي عمل يحقق هذا التضامن^(١٤٣) . حيث تم إيجاد النظرية الإجتماعية والتي ذهبت إلى أن من الأسس التي يقوم عليها التنظيم الإجتماعي هو أن ينهض بين أفراد ذلك التنظيم نوع من التضامن والتعاون الإجتماعي ، ومن أجل تحقيق ذلك ، فلا بد

(١٤١) أشار إلى ذلك ، ثروت بدوي ، النظم السياسية ، الجزء الأول ، النظرية العامة للنظم السياسية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، دون طبعه ، ١٩٧٠ ص ٣٥٧-٣٦٢ .

(١٤٢) عبد الحكيم العيلي ، الحريات العامة في الفكر والنظام السياسي في الإسلام ، مرجع سابق ، ص ٥٠-٥٣ .

(١٤٣) فتحي الدريني ، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون ، مرجع سابق ، ص ٤٥ .

من أن يتأتى ذلك من خلال إيمان هؤلاء الأفراد من أن الواجب القانوني يمتد إلى مساعدة الآخرين وتقديم العون لهم لا مجرد الإمتناع عن الإضرار بهم . ولذا فإن المذهب الجماعي ينظر إلى مصلحة الجماعة أولاً ، ثم مصلحة الفرد التي تتحقق من خلال مصلحة الجماعة ، هذا بخلاف ما ذهب إليه المذهب الفردي في تحقيق مصلحة الفرد أولاً ثم مصلحة الجماعة ثانياً (١٤٤) . ولا يمكن أن نقول بأن الواجب الذي يقوم به الفرد في مساعدة الآخرين هو إنتقاص من حريته أو تضيق لهذه الحرية التي يتمتع بها هذا الفرد داخل المجتمع الذي يعيش فيه . ويرى الإتجاه الذي يرتب المسؤولية على مجرد الترك أنه إذا اعتبر أن إلزام الشخص القيام بعمل لا تلزمه به قاعدة قانونية إنتقاص من حريته . ألا يمكن القول أيضاً بأن ترتيب مسؤولية الشخص عن فعل إيجابي هو إنتقاص من حريته ؟ ولهذا فإن وجود الإلتزام بتقديم المساعدة لشخص في خطر أو الإلتزام بالتدخل لانقاذ أمواله أمر طبيعي ومنطقي . فالإلتزامات الإيجابية تحيط بنا من كل جانب داخل المجتمع ابتداءً من الضرائب وانتهاءً بتقديم حياتنا في سبيل الوطن في حالة الحرب ، وهذه الإلتزامات هي الثمن الذي يجب أن يدفعه كل فرد يعيش داخل المجتمع (١٤٥) .

والأصل في الحرية الشخصية أن تصان من الإعتداء عليها أو أن يتسبب الآخرين بإحداث الضرر لها ، بحيث أنه لا يمكن أن يحد من هذه الحرية إلا في حالة وجود نص قانوني هذا من جانب ، أما الجانب الآخر أنه ليس من العدل أو المساواة مساءلة الشخص عما لم يكن مكلفاً به قانوناً ، أي بمعنى أنه لا يمكن أن تقوم المسؤولية على الشخص الممتنع لأنه لا يوجد نص قانوني أو واجب قانوني يجبر الممتنع على القيام بهذا العمل (١٤٦) .

وخلاصة القول بأن المسؤولية المدنية تقوم في حالة قيام الشخص بفعل إيجابي وترتب إلزاماً عليه إتجاه الآخرين الذين أصابهم ضرر من جراء هذا العمل الإيجابي الذي قام به فإن المسؤولية تنهض في حالة الفعل السلبي أو عندما يمتنع الشخص عن القيام بعمل وأدى هذا الإمتناع إلى ضرر بالغير أو عندما يترك هذا الشخص الضرر يحل بالغير ، ولا يمنع هذا الضرر أو إيقافه فيعتبر أثماً ومسؤولاً عن هذا الضرر الذي حدث للآخرين من جراء هذا الإمتناع .

(١٤٤) مزهر جعفر عبد ، جريمة الإمتناع ، مرجع سابق ، ص ٨٦-٨٧ .

(١٤٥) مصطفى عبدالقادر حليلو ، عناصر المسؤولية المدنية عن الفعل الضار في القانون المدني الأردني والجزائري ، مرجع سابق ، ص ٨٠ .

(١٤٦) حسين عامر ، المسؤولية المدنية التصيرية والعقدية ، مرجع سابق ، ص ١٨٩ .

الخاتمة

وبهذا تنتهي دراستنا لموضوع الفعل الضار (الخطأ السلبي) في المسؤولية التقصيرية ، حيث قدمت فيما سبق دراسة تحليلية منهجية لموضوع الفعل الضار (الخطأ السلبي) في المسؤولية التقصيرية ، وهل يصلح أن يكون الفعل الضار (الخطأ السلبي) أساساً لقيام المسؤولية المدنية على الشخص الممتنع أم لا ؟ مما إستدعى البحث والتحليل بتوضيح التطور التاريخي لمفهوم الفعل الضار (الخطأ السلبي) في القانون الروماني ، وتطرقنا لتطور فكرة الخطأ في التقنين الفرنسي القديم ، ووضحت مفهوم الفعل الضار في الفقه الإسلامي ، وموقف التشريع الإسلامي منه ، وأيضاً تم توضيح لمفهوم الضمان في القانون المدني الأردني من خلال نص المادة (٢٥٦) من القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ . كما وضحت مفهوم وتحديد ما هية الفعل الضار وكيفية تميزه عن الفعل الإيجابي في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني ، وقد قمت بتوضيح مدى خضوع الفعل الضار للقواعد العامة في الخطأ وموقف القضاء الفرنسي والأردني وموقف المشرع الأردني منه . وتم بحث الطبيعة القانونية والأساس القانوني عديم الأثر ، وتم توضيح مدى ما يرتبه الفعل الضار من أثر قانوني على الشخص الممتنع .

قائمة المراجع

المصادر القانونية :

١. المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ، الجزء الأول ، نقابة المحامين ، مطبعة التوفيق ، عمان ، الطبعة الثانية ، ١٩٨٥ .
٢. ثروت بدوي ، النظم السياسية - الجزء الأول - النظرية العامة للنظم السياسية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، دون طبعه ، ١٩٧٠ .
٣. حبيب إبراهيم الخليلي ، مسؤولية الممتنع المدنية و الجنائية في المجتمع الإشتراكي ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، دون طبعه ، ١٩٦٧ .
٤. حسين عامر ، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية ، مطبعة مصر ، القاهرة ، الطبعه الأولى ، ١٩٥٦ .
٥. حسن علي الذنون ، المبسوط في شرح القانون المدني - الخطأ - دار وائل للنشر والتوزيع ، عمان ، الطبعه الأولى ، ٢٠٠٦ .
٦. حسن علي الذنون و محمد سعيد الرحو ، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام - الجزء الأول - مصادر الألتزام - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والمقارن ، دار وائل للنشر والتوزيع ، عمان ، الطبعه الأولى ، ٢٠٠٢ .
٧. رمضان أبو السعود ، مصادر الإلتزام ، دار الجامعه الجديدة ، القاهرة . دون طبعه ، ٢٠٠٦ .
٨. سليمان مرقس ، الفعل الضار ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٦ .
- سليمان مرقس ، المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية - القسم الأول - الأحكام العامه ، معهد البحوث والدراسات العربية ، جامعة الدول العربية ، الطبعه الثانية ، ١٩٧١ .
- سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني في الإلتزامات ، المجلد الثاني ، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية ، دون دار نشر ، الطبعة الخامسة ، ١٩٨٨ .
٩. عاطف النقيب ، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي - الخطأ والضرر ، منشورات عويدات ، بيروت ، الطبعه الأولى ، ١٩٨٣ .
١٠. عباس العبودي ، تاريخ القانون ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الطبعه الأولى ، ١٩٩٨ .
١١. عبدالحكيم حسن العيلي ، الحريات العامة في الفكر والنظام السياسي في الإسلام ، دراسة مقارنة ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، دون طبعه ، ١٩٧٤ .
١٢. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني - الجزء الأول - في مصادر الألتزام ، مطبعة نديم ، بغداد ، الطبعه الخامسة ، (د ، ت) .

١٣. عدنان حمودي الجليل ، نظرية الحقوق والحريات في تطبيقاتها المعاصرة ، دون دار نشر ، دون طبعة ، ١٩٧٤ .
١٤. فتحي الدريني ، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده و نظرية التعسف في إستعمال الحق ، مطبعة جامعة دمشق ، دمشق ، الطبعة الأولى ، ١٩٦٧ .
١٥. فخري الحديثي و خالد الزعبي ، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، الجرائم الواقعة على الأشخاص ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٩ .
١٦. فوزية عبد الستار ، النظرية العامة للخطأ غير العمدي ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، دون طبعة ، ١٩٧٧ .
١٧. كامل السعيد ، الأحكام العامة للجريمة في قانون العقوبات الأردني ، منشورات الجامعة الأردنية ، عمان ، الطبعة الأولى ، دون سنة نشر .
١٨. محمد علي البدوي ، ، النظرية العامة للإلتزام - مصادر الإلتزام - الجزء الأول ، منشورات الجامعة المفتوحة ، طرابلس ، الطبعة الأولى ، ١٩٩١ .
١٩. محمد صبحي نجم ، قانون العقوبات ، القسم العام ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٨ .
٢٠. محمود جلال حمزة ، العمل غير المشروع بإعتباره مصدراً للإلتزام ، دون دار نشر ، دون طبعة ، ١٩٨٥ .
٢١. محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ، القسم الأول ، النظرية العامة للجريمة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الرابعة ، ١٩٧٧ .
٢٢. نبيل إبراهيم سعد ، النظرية العامة للإلتزام - الجزء الأول - مصادر الإلتزام ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، دون طبعة ، ٢٠٠٤ .
٢٣. ندى البدوي النجار ، أحكام المسؤولية ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس الطبعة الأولى ، ١٩٩٧ .
٢٤. نظام المجالي ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٥ .

مصادر الفقه الإسلامي :

١. سميح عاطف الزين ، علم أصول الفقه الميسر ، دار الكتاب اللبناني ، بيروت ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٠ .
٢. عبدالرحمن بن محمد عوض الجزيري ، الفقه على المذاهب الأربعة ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، دون طبعة ، دون سنة نشر .
٣. عبدالكريم النملة ، الواجب الموسع عند الأصوليين ، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع ، الرياض ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٠ .

٤. عبدالكريم زيدان ، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي ، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر ، بيروت ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٤ .
٥. عبد الوهاب خلاف ، الواجب الموسع عند الأصوليين ، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع ، الرياض ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٣ .
٦. عبد الوهاب خلاف ، علم أصول الفقه ، دار القلم ، الكويت ، الطبعة العاشرة ، ١٩٨٨ .
٧. محمد أحمد سراج ، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، القاهرة ، دون طبعة ، ١٩٩٠ .
٨. محمد أحمد سراج ، أصول الفقه الإسلامي ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، القاهرة ، دون طبعة ، ١٩٩٨ .
٩. محمد فوزي فيض الله ، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام ، مكتبة التراث الإسلامي ، الكويت ، الطبعة الأولى ، ١٩٨٣ .
١٠. محمود شلتوت ، الإسلام عقيدة وشريعة ، دار الشروق ، بيروت ، الطبعة السادسة ، ١٩٨٣ .
١١. مصطفى أحمد الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، الجزء الأول ، دار القلم ، دمشق ، الطبعة الثانية ، ٢٠٠٤ .
١٢. وهبه الزحيلي ، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي ، دار الفكر ، دمشق ، دون طبعة ، ١٩٨٢ .

الأبحاث والرسائل الجامعية :

١. عدنان إبراهيم السرحان ، الفعل غير المشروع (الإضرار) كأساس للمسؤولية التقصيرية (الإلتزام بالضمان) في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني ، منشور في مجلة المنارة ، جامعة آل البيت ، المجلد الثاني ، العدد الثاني ، عمان ، ١٩٩٧ .
٢. مجد محمد عناب ، الخطأ السلبي في المسؤولية المدنية ، بحث غير منشور ، جامعة النجاح ، غزة ، ٢٠١٢ .
٣. مزر جعفر عبد ، جريمة الإمتناع دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٩ .
٤. مصطفى عبدالقادر حليلو ، عناصر المسؤولية عن الفعل الضار في القانون المدني الأردني والجزائري ، بحث غير منشور ، الجامعة الأردنية ، عمان ، ١٩٩١ .

الحبس الاحتياطي في القانون الموريتاني والتشريع الإسلامي

اعداد

د. محمد فال محمد محمود السالك

أستاذ الفقه والأصول بجامعة العلوم الإسلامية بلعيون

موريتانيا.

المقدمة

بما أن الإنسان كائن اجتماعي بطبعه فإنه بحاجة دائما لاحترام القواعد التي تنظم سلوك الأفراد داخل المجتمعات حتى لا يعتدي على غيره أو يتسبب في اعتداء الآخرين عليه، ولعل هذه الحاجة هي التي تبرر ضرورة تقييد حرية الإنسان الذي لم يعرف الحرية المطلقة إلا عندما كان يعيش فردا في العصور القديمة التي كانت محكومة بقانون القوة الساعي لتكريس الظلم بعيدا عن قوة القانون الهادفة لتحقيق العدل وتوطيد الأمن.

لكن ضرورة استمرار الحياة البشرية بطريقة تضمن تنظيم المعاملات وحماية الأنفس وتأمين الممتلكات؛ اقتضت أن ينظم الإنسان في سلك الجماعة بعد أن أثبتت التجارب أنه لا يستطيع العيش فردا مما يفرض عليه أن يلتزم في تصرفاته وأفعاله وأقواله الأصول والقواعد التي تواضع عليها المجتمع والتي من شأنها أن تحد من حريته وتحول دون اعتدائه على غيره من أعضاء المجتمع حتى يستطيع أن يتمتع بمثل ما يتمتع به غيره من حرية ويضمن عدم اعتداء غيره عليه.

من هذا المنطلق يتأكد أن الإنسان لا يمكن لحريته أن تكون مطلقة ولا يعفيه مبدأ أصل البراءة من المساءلة وتقييد الحرية في حالة الاشتباه فيه حفاظا على سكينة المجتمع وحماية لنظامه العام؛ ذلك أن قرينة البراءة هي استنتاج مجهول من معلوم والمعلوم هو أن الأصل في الأشياء إباحة ما لم يتقرر بحكم قضائي أو بناء على نص قانوني سابق على ارتكاب الجريمة وقوعها واستحقاق العقاب، والمجهول المنسخ من هذا الأصل هو براءة الإنسان حتى تثبت إدانته ولما كانت هذه القرينة ليست إلا مجرد تأكيد لأصل عام هو حرية المتهم فإنه يترتب عليه ضرورة حماية كافة حقوق الإنسان الأخرى المرتبطة بهذه الحرية والتي بغيرها تفقد قرينة البراءة الأصلية معناها إذ لا معنى لقرينة البراءة إذا أجريت المحاكمة من خلال إجراءات لا تحترم حقوق الإنسان، ومن هنا كان من الضروري توفير ضمانات للمحاكمة القانونية تجعلها أكثر إنصافا، والمحاكمة القانونية المنصفة هي التي تحافظ على التوازن بين قرينة البراءة والإجراءات الجنائية، فالأولى تحمي الحرية الشخصية للمتهم، والثانية تحمي مصلحة المجتمع العامة.

وإذا كان الحبس الاحتياطي بهذا المفهوم يشكل قييدا على الحرية الشخصية للمتهم فإنه يعتبر إجراء أمنيا وتحقيقا لا غنى عنه، كما يعتبر ضمانا لتنفيذ الحكم الجزائي وقد أقرته كافة الشرائع والأنظمة كما أقره الإسلام حيث ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس في تهمة دم لكن هذا الحبس الاحتياطي يخضع لإجراءات وشروط وضوابط معينة هي التي يحاول هذا البحث التطرق لأهمها من خلال الخطة التالية:

المبحث الأول: إجراءات الحبس الاحتياطي ومدته.

المطلب الأول: إجراءات وضوابط الحبس الاحتياطي

المطلب الثاني: مدة الحبس الاحتياطي في القانون والشريعة

المبحث الثاني: اختصاص الأمر بالحبس الاحتياطي وانتهائه

المطلب الأول: اختصاص الأمر بالحبس الاحتياطي في القانون والشريعة

المطلب الثاني: إنهاء الحبس الاحتياطي

المبحث الأول: إجراءات الحبس الاحتياطي ومدته

يعتبر الحبس عقوبة سالبة للحرية يجب ألا يتم توقيعها إلا بحكم قضائي ناتج عن محاكمة عادلة تتوفر فيها للمتهم ضمانات الدفاع عن نفسه، تمسكا بأصل البراءة بصفة عامة وعملا بمبدأ براءة المتهم حتى تثبت إدانته بصفة خاصة، وإذا كان الحبس الاحتياطي يمثل خروجاً عن الأصل بتقييده لحرية المتهم فترة من الزمن قبل أن تثبت إدانته بحكم قضائي؛ فإن ضرورة المحافظة على النظام العام داخل المجتمع هي التي تبرر الخروج عن الأصل؛ وذلك على اعتبار أن النظام العام في أي تجمع بشري تتطلب المحافظة عليه في بعض الأحيان القيام بإجراءات تهدف للجمع بين الوقاية والعلاج في آن واحد لا يمكن التوصل لإثبات الإدانة أو نفي الاتهام دون المرور بها، ومن تلك الإجراءات إيداع المتهم في أحد السجون بأمر من قاض التحقيق لإتمام التحقيق الضروري الذي من خلاله تظهر براءة المتهم فيتم إطلاق سراحه أو تتأكد علامات اتهامه فيحال للمحكمة المختصة، وفي هذا الإطار سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نخصص الأول منهما (لإجراءات وضوابط الحبس الاحتياطي) ونتطرق في المطلب الثاني (لمدة الحبس الاحتياطي في القانون والشريعة)

المطلب الأول: إجراءات وضوابط الحبس الاحتياطي

وبما أن الحبس الاحتياطي إجراء من إجراءات التحقيق يتعارض مع أصل البراءة المفترض في الإنسان؛ فهو إجراء بالغ الخطورة يتعين أن يحيطه المشرع بضمانات كبيرة، وينبغي أن لا يلجأ إليه المحقق إلا لضرورة ملحة، ولعل اعتبارات الموازنة والموازنة بين حماية النظام العام للمجتمع وصيانة حريات أفراد اعتماداً على أصل البراءة؛ هي التي دفعت المشرع للسماح بالحبس الاحتياطي وفق ضوابط محددة ولفترة زمنية محدودة لا يجوز تجاوز حبس المتهم احتياطياً لها.

من هذا المنطلق يتبين لنا أن الحبس الاحتياطي حق اختياري للجهة القضائية المختصة تمارسه متى رأت ظروف الواقعة المعروضة أمامها تبرره لكن هذا الحق الاختياري مقيد بشروط وضوابط حددتها مدونة الإجراءات الجنائية الموريتانية سننطرق لأهمها فيما يلي:

أولاً: أن تكون الجريمة المراد حبس المتهم من أجلها تستوجب عقوبة حبس جنحي أو عقوبة أخرى أشد^{١٤٧}.

وقد فصلت بعض التشريعات العربية في هذا الشرط حيث نصت المادة ١٣٤ من قانون الإجراءات المصري على عدم جواز الحبس الاحتياطي إلا في حالتين إذا كانت الواقعة المسندة إليه جنائية أو جنحة يعاقب عليها بالحبس لفترة أكثر من ثلاثة أشهر، أو لم يكن للمتهم محل إقامة معروف بمصر

ثانياً: أن يكون للحبس الاحتياطي ما يبرره فـ" لا يجوز لقاضي التحقيق أن يأمر بالحبس الاحتياطي إلا إذا كان له مبرر سواء كان ذلك لخطورة الوقائع أو لمنع من إخفاء أدلة الجريمة أو للخوف من هرب المتهم أو للخوف من ارتكاب جرائم جديدة"^{١٤٨}.

ويفرق الفقه الإسلامي بين من كان من أهل الفضل والبراءة أو من أهل الفجور أو مجهول الحال وقد قال ابن عاصم في التحفة:

| | |
|-------------------------|-----------------------------|
| و مدع على امرئ أن سرقه | و لم تكن دعواه بالمحققه |
| فإن يكن مدعياً ذاك على | من حاله في الناس حال الفضلا |
| فليس من كشف لحاله ولا | يبلغ بالدعوى عليه الأملأ |
| وإن يكن مطالباً من يتهم | فمالك بالسجن والضرب حكم ١٤٩ |

أما بالنسبة لمجهول الحال فقد ذهب مالك وأحمد وأصحاب أبي حنيفة: إلى حبسه وسيأتي تفصيل ذلك إن شاء الله تعالى في الصفحات الموالية.

ثالثاً: استجواب المتهم: لا يجوز لقاضي التحقيق أن يصدر بطاقة إيداع في حق المتهم إلا بعد استجوابه^{١٥٠}.

رابعاً: إعلام المتهم بأمر الحبس:

يبلغ أمر الإيداع للمتهم بواسطة قاضي التحقيق ويجب أن ينص على هذا التبليغ في محضر الاستجواب^{١٥١}.

^{١٤٧} المادة ١٢١ من قانون الإجراءات الجنائية الموريتاني، الجريدة الرسمية للجمهورية الإسلامية الموريتانية، بتاريخ ١٥ مايو ٢٠٠٧. العدد ١١٤٣، ص: ٤٩٣

^{١٤٨} المادة ١/١٣٨ من قانون الإجراءات الجنائية الموريتاني، مرجع سابق، ص: ٤٩٥

^{١٤٩} تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام منظومة شعرية لأبي بكر محمد بن محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي، تحقيق محمد عبد السلام محمد، ص ١٠٦-١٠٧ ط دار الأفق العربية، ٢٠١١م.

^{١٥٠} المادة ١٢١ من قانون الإجراءات الجنائية الموريتاني، مرجع سابق، ص: ٤٩٣

خامسا: إخبار المتهم بأن له الحق في أن يختار محاميا:

أوجبت مدونة الإجراءات الجنائية الموريتانية على وكيل الجمهورية في الحالات التي يسمح له القانون فيها بالاستجواب وإصدار أمر الإيداع في السجن؛ أن يخبر المتهم بحقه في الاستعانة بمحام حسب اختياره في الإجراءات اللاحقة ١٥٢، كما تؤكد المدونة المذكورة على إلزام قاضي التحقيق بذلك لدى مثول المتهم لأول مرة أمامه ما لم يكن وكيل الجمهورية قد استجوبه.

سادسا: اشتغال بطاقة الإيداع على هوية المتهم:

تحدد في كل أمر البيانات المتعلقة بهوية المتهم الكاملة ويؤرخ ويوقع من طرف القاضي الذي أصدره ويحلى بختمه ويضمن أمر الإيداع البيانات المتعلقة بهوية المتهم مثل اسمه ولقبه واسم أبيه وأمه وتاريخ ميلاده ومحلته وحرفته ومحل إقامته واسم ووظيفة القاضي الذي أمر بالحبس، وطبيعة التهمة، والمواد القانونية المنطبقة، وكذلك تاريخ إصدار الأمر وذلك لضبط مدة الحبس ١٥٣.

المطلب الثاني: مدة الحبس الاحتياطي في القانون والشرعية:

نتطرق في هذا المطلب للفترة المحددة للحبس الاحتياطي في القانون الموريتاني (الفقرة الأولى) والشرعية الإسلامية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مدة الحبس الاحتياطي في القانون الموريتاني:

من خلال النصوص المتعلقة بالحبس الاحتياطي في قانون الإجراءات الجنائية الموريتاني يمكن القول إن الفترات المحددة بنص القانون لمدة الحبس الاحتياطي أعلاها في مادة الجرح أربعة أشهر قابلة للتمديد مرة واحدة وقد تصل أحيانا لسنتين (أولا) وبالنسبة لمادة الجنايات تكون المدة الأعلى في الحالات العادية ستة أشهر وقد تصل في بعض الحالات ثلاث سنوات (ثانيا) أما الجرح المعاقب عليها قانونا بأقل من سنتين فإن المستوطن المتهم بها لا يجوز أن يتجاوز شهرا واحدا في السجن (ثالثا).

أولا: مدة الحبس الاحتياطي في الجرح

^{١٥١} الفقرة الأخيرة من المادة ١١٠ من قانون الإجراءات الجنائية الموريتاني، مرجع سابق، ص: ٤٩٢

^{١٥٢} للمادتان ٣/٦٣ و ١/٦٤ من قانون الإجراءات الجنائية الموريتاني، مرجع سابق، ص: ٤٨٧

^{١٥٣} المادة ١١٠ من قانون الإجراءات الجنائية الموريتاني، مرجع سابق، ص: ٤٩٢

لا يمكن أن تتجاوز فترة الحبس الاحتياطي أربعة أشهر قابلة للتמיד مرة واحدة إذا كان الشخص المعتقل لم يسبق له أن أدين بسبب جنائية أو جنحة من جرائم القانون العام أو بعقوبة جنائية أو بعقوبة سجن غير موقوف لمدة تفوق سنة أو بسبب قابليته لعقوبة تساوي أو تفوق خمس سنوات ١٥٤.

غير أن هذه المدة يمكن أن تصل إلى سنتين عند ما تكون العناصر المكونة للجريمة قد تمت خارج التراب الوطني أو إذا كان الشخص متابعا بسبب القتل العمد أو المتاجرة بالمخدرات أو الإرهاب أو جمعيات الأشرار أو المتاجرة بالبغاء أو الاغتصاب أو نهب الأموال أو بسبب جريمة مرتكبة من طرف عصابة منظمة ١٥٥.

ثانيا: مدة الحبس الاحتياطي في الجنايات

في مادة الجنائية لا يمكن أن تتجاوز مدة الحبس الاحتياطي ستة أشهر إذا كان الشخص المعتقل لم يسبق له أن أدين بسبب جنائية أو جنحة من جرائم القانون العام أو بعقوبة جنائية أو بعقوبة سجن غير موقوف لمدة تفوق سنة أو بسبب قابليته لعقوبة تساوي أو تفوق خمس سنوات ١٥٦.

غير أن هذه المدة يمكن أن تصل إلى ثلاث سنوات عند ما تكون العناصر المكونة للجريمة قد تمت خارج التراب الوطني أو إذا كان الشخص متابعا بسبب المتاجرة بالمخدرات أو الإرهاب أو جمعيات الأشرار أو المتاجرة بالبغاء أو نهب الأموال أو الاغتصاب أو بسبب جريمة مرتكبة من طرف عصابة منظمة ١٥٧.

وإذا ظهرت عند انصرام هذا الأجل ضرورة استمرار الاعتقال الاحتياطي، جاز لقاضي التحقيق تمديد فترة الاعتقال بمقتضى أمر قضائي معطل، من تلقاء نفسه، أو بناء على طلب مسبب من وكيل الجمهورية لمدة مساوية للمدة الأصلية ١٥٨.

ثالثا: مدة الحبس الاحتياطي في الجنح المعاقب عليها بأقل من سنتين

لا يجوز، في مواد الجنح إذا كان الحد الأقصى للعقوبة المقررة في القانون هو الحبس أقل من سنتين، أن يحبس المتهم المستوطن حبسا احتياطيا أكثر من شهر ابتداء من يوم اعتقاله.

^{١٥٤} المادة ٢/١٣٨ من قانون الإجراءات الجنائية الموريتاني، مرجع سابق، ص: ٤٩٥

^{١٥٥} المادة ٣/١٣٨ من قانون الإجراءات الجنائية الموريتاني، مرجع سابق، ص: ٤٩٥

^{١٥٦} المادة ٤/١٣٨ من قانون الإجراءات الجنائية الموريتاني، مرجع سابق، ص: ٤٩٥

^{١٥٧} المادة ٤/١٣٨ من قانون الإجراءات الجنائية الموريتاني، مرجع سابق، ص: ٤٩٥

^{١٥٨} المادة ٥/١٣٨ من قانون الإجراءات الجنائية الموريتاني، مرجع سابق، ص: ٤٩٥

إذا ظهر عند انصرام هذا الأجل ضرورة استمرار اعتقال المتهم جاز لقاضي التحقيق تمديد هذه الفترة بمدة مساوية بمقتضى أمر قضائي معلل يصدره من تلقاء نفسه بعد إشعار النيابة العامة أو بناء على طلبها المدعم بأسباب.

لا يمكن أن يحصل هذا التمديد أكثر من مرة واحدة.

إذا لم يتخذ قاضي التحقيق أمراً بإنهاء التحقيق خلال هذه المدة يقدم المعتقل من طرف مدير السجن إلى وكيل الجمهورية الذي عليه أن يقدمه إلى قاضي التحقيق من أجل أن يطلق سراح المتهم فوراً، إن لم يكن معتقلاً بسبب آخر، ويستمر التحقيق.

وفي جميع حالات الحبس الاحتياطي فإن قاضي التحقيق ملزم بأن يعجل إجراءات التحقيق في أسرع وقت ممكن. وهو مسئول عن كل إهمال يمكن أن يؤخر بدون جدوى التحقيق ويطيل مدة الحبس الاحتياطي تحت طائلة التعرض لمخاصمة القضاة.

إذا لم يتخذ قاضي التحقيق أمراً بإنهاء التحقيق خلال هذه المدة يقدم المعتقل من طرف مدير السجن إلى وكيل الجمهورية الذي عليه أن يقدمه إلى قاضي التحقيق من أجل أن يطلق سراح المتهم فوراً، إن لم يكن معتقلاً بسبب آخر، ويستمر التحقيق.

الفقرة الثانية: مدة الحبس الاحتياطي في التشريع الإسلامي وتفرقة بين المتهمين

أما في الفقه الإسلامي فقد اختلف في مدة الحبس في التهمة، وهل هي مقدرة أو موكولة لاجتهاد القاض، فقال مالك: إن المتهم يسجن بقدر رأي الإمام ثم يعاقب ويسرح ولا يسجن حتى يموت ١٥٩.

وقال أشهب "إذا شهد عليه بأنه متهم فإنه يسجن بقدر ما اتهم فيه وعلى قدر حاله" ١٦٠ وذهب مطرف وابن الماجشون وأصيح إلى أنه: "إذا كان المتهم مجهول الحال، فإنه يحبس حتى يكشف عنه دون أن يطال سجنه أما إذا كان من أهل التهم فإن سجنه يكون أطول" ١٦١، وذهب ابن فرحون في

^{١٥٩} الفقه الإسلامي القضاء والحسبة، المؤلف: علي عبد القادر، ص ٤٦، الناشر: المؤسسة العربية للدراسات والنشر، الطبعة: الطبعة الأولى ١٩٨٦.

^{١٦٠} الذخيرة، لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (ت: ٦٨٤هـ)، المحققون: محمد حجي، سعيد أعراب ومحمد بو

خيزة، ج ١٢ ص ١٨٠، الناشر: دار الغرب الإسلامي - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٩٩٤ م.

^{١٦١} ديوان الأحكام الكبرى أو الإعلام بنوازل الأحكام وقطر من سير الحكام، لعيسى بن سهل بن عبد الله الأسدي الجبالي القرطبي الغرناطي أبو الأصبح (ت: ٤٨٦هـ)،

الحقق: يحيى مراد، ص ٦٨٧، الناشر: دار الحديث، القاهرة - جمهورية مصر العربية، عام النشر: ١٤٢٨ هـ - ٢٠٠٧ م.

تبصرته إلى أن مدة الحبس تختلف باختلاف أسبابه وموجباته ونسب لأبي عبد الله الزبيري من الشافعية تقدير مدة الحبس للكشف عن أحوال المتهمين بشهر "١٦٢".

ومما تقدم يظهر أن الفقهاء فرقوا بين المتهمين فالمتهم إذا كان شخصا معروفا بالبر والتقى ووجهت إليه تهمة ما ١٦٣ فلا يسجن إلا بعد ثبوت الدعوى المقامة عليه، وينص القاضي الشرعي فيها على تقرير السجن بحقه.

ودليل ذلك: ما روي عن ابن عباس - رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لو يعطى الناس بدعوايهم لادعى قوم دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعي عليه ١٦٤" وفي

^{١٦٢} حاشية أبي علي الحسين بن رحال على شرح ميارة لتحفة الحكام، دار الفكر - بيروت غير مؤرخ ج ٢ ص ٢٦٦، وكذلك: تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، لإبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمرى (ت: ٧٩٩هـ)، ص ١٥٦ و ٣٢٩ و ٣٣٠ الناشر: مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة: الأولى، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.

^{١٦٣} التهمة لغة: الشك والريبة يقال أقم الرجل أقمًا إذا أتى بما يتهم عليه وأقمته ظننت به السوء، القاموس المحيط: نجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، مادة قم، ج ٤ ص ١٨٩ الطبعة الرابعة، مطبعة دار المأمون، ١٣٥٧هـ - ١٩٣٨م، الناشر المكتبة التجارية بالقاهرة، والمصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي: أحمد بن علي المقرئ الفيومي، مادة قم ج ١ ص ٨٦، الطبعة السادسة، المطبعة الأميرية، القاهرة، ١٩٢٥م، واصطلاحا: أن يوجه إلى شخص ما ارتكاب جريمة معينة توجب حدا أو قصاصا أو تعزيرا بموجب الشرع أو النظام مصحوبا بأدلة غير كافية ولا قطعية يغلب على الظن ارتكابه لها. والتهمة قد تكون قوية أو ضعيفة حسب توفر أدلة الإدانة قوة وضعفا.

^{١٦٤} صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة بن بردزبه البخاري (١٩٤هـ - ٨١٠م - ٢٥٦هـ - ٨٧٠م)، حققه أصوله ووثق نصوصه وكتب مقدمته و ضبطه ورقمه ووضع فهرسه: طه عبد الرؤوف سعد، الناشر: الدار الذهبية بالقاهرة. كتاب التفسير سورة آل عمران باب ٣، ٥ / ١٦٧ وصحيح مسلم، لأبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري (٢٠٦ - ٢٦١هـ)، طبعة متميزة ومرفقة بترقيم المعجم المفهرس لألفاظ الحديث، مكتبة الإيمان بالمنصورة، كتاب الاقضية باب اليمين على المدعى عليه، ج ١٢ ص ٢، و الجامع الصحيح سنن الترمذي، المؤلف: محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السلمي، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، الأحاديث مذيلة بأحكام الألباني عليها، حديث رقم ١٣٤٣، و سنن ابن ماجه، محمد بن يزيد أبي عبد الله القزويني، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ج ٢ ص ٧٧٨، حديث رقم ٢٣٢١، الناشر: دار الفكر - بيروت، مع الكتاب: تعليق محمد فؤاد عبد الباقي. والأحاديث مذيلة بأحكام الألباني عليها، وسنن النسائي الكبرى، لأحمد بن شعيب أبي عبد الرحمن النسائي، تحقيق: د. عبد الغفار سليمان البنداري، سيد كسروي حسن، ج ٨ ص ٢٤٨، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة الأولى، ١٤١١هـ - ١٩٩١م، ومسنن الإمام أحمد بن حنبل، لأحمد بن حنبل أبو عبد الله الشيباني، ج ١ ص ٣٤٣، ٣٥١، ٣٦٣، الناشر: مؤسسة قرطبة - القاهرة، لأحاديث مذيلة بأحكام شعيب الأرنؤوط عليها.

حديث عبد الله بن عمر بن العاص ١٦٥ - رضي الله عنهما - أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في خطبته "البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه ١٦٦".

وجه الدلالة من الحديثين:

إن مجرد الادعاء وتوجيه التهمة بدون بينة لا يوجب العقوبة على المدعى عليه "المتهم" لأن المتهم بريء حتى تثبت إدانته وإذا كانت حال المتهم تعرف بالبر والتقوى والصلاح فمن باب أولى عدم إيقاع العقوبة عليه وسجنه بمجرد التهمة قال النووي: "وهذا الحديث قاعدة كبيرة من قواعد أحكام الشرع وهي أنه لا يقبل قول الإنسان بمجرد دعواه بل يحتاج إلى بينة أو تصديق المدعى عليه، فإن طلب يمين المدعى عليه فله ذلك" ١٦٧.

عقوبة المتهم له في حالة براءة المتهم المعروف بالبر والتقوى وأقوال العلماء في ذلك:

قال ابن القيم ١٦٨: - رحمه الله - "فإن كان بريئاً لم تجز عقوبته اتفاقاً، واختلفوا في عقوبة المتهم له على قولين: أحدهما: يعاقب صيانة لتسلط أهل الشر والعدوان على البراءة". ١٦٩.

وقال مالك وأشهب ١٧٠ رحمهما الله: "لا أدب على المدعي إلا أن يقصد أذية المدعى عليه وشتمه" ١٧١.

^{١٦٥} هو عبد الله بن عمرو بن العاص بن وائل بن هشام بن سعيد بن سهم ولد سنة ٧٧ ق هـ أسلم قبل أبيه رضي الله عنهما كان زاهدا ورعا روى عن أبي بكر وعمر توفي بالشام سنة ٦٥ هـ، الطبقات الكبرى، لأبي عبد الله محمد بن سعد بن منيع الهاشمي بالولاء، البصري، البغدادي المعروف بابن سعد (ت: ٢٣٠هـ)، تحقيق: محمد عبد القادر عطا ج ٥ ص ٢٦١ - ٢٦٨، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٠ هـ - ١٩٩٠ م.

^{١٦٦} أخرجه الترمذي كتاب الأحكام باب ما جاء في أن البينة على المدعي حديث رقم ١٣٤١ مرجع سابق، وهو حديث ضعيف لأن في سنده محمد بن عبد الله العزرمي وهو ضعيف الحفظ قال ابن الجوزي في التحقيق متروك، أنظر: نصب الرأية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الأملعي في تخريج الزيلعي، لجمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي (ت: ٧٦٢هـ)، ج ٤ ص ٣٩٠، قدم للكتاب: محمد يوسف البثوري، صححه ووضع الحاشية: عبد العزيز الديوبندي الفنجان، إلى كتاب الحج، ثم أكملها محمد يوسف الكاملغوري، المحقق: محمد عوامة، الناشر: مؤسسة الريان للطباعة والنشر - بيروت - لبنان/ دار القبلة للثقافة الإسلامية - جدة - السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ/ ١٩٩٧م.

^{١٦٧} المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، لأبي زكريا يحيى بن شرف بن مري النووي، ج ٣ ص ١٢، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت. الطبعة الثانية، ١٣٩٢هـ، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٠ هـ - ١٩٩٠ م.

^{١٦٨} هو محمد بن أبي بكر أيوب بن سعد الزرععي الدمشقي أبو عبد الله ولد بدمشق سنة ٦٩١ هـ وتوفي بها سنة ٧٥١ هـ من أركان الإصلاح الإسلامي وأحد كبار العلماء تلمذ لشيخ الإسلام بن تيمية حتى كان لا يخرج عن شيء من أقواله بل ينتصر له في جميع ما يصدر عنه وهو الذي هذب كتبه ونشر علمه وسجن معه في قلعة دمشق وأهين وعذب بسبه وأطلق بعد موت ابن تيمية وله مؤلفات قيمة ومناقب "الأعلام، خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس، الزركلي الدمشقي (ت: ١٣٩٦هـ)، ج ٦ ص ٥٦، الناشر: دار العلم للملايين، الطبعة: الخامسة عشر - أيار / مايو ٢٠٠٢ م.

^{١٦٩} الطرق الحكمية للعلامة محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (ت: ٧٥١هـ)، ص ١٨٧، الناشر: مكتبة دار البيان للطباعة بدون تاريخ.

وهنا تكون العقوبة على التعدي بالإساءة للآخرين.

والراجح والله أعلم هو القول الأول خلافاً لمالك وأشهب لما يلي:

١ - أن في ذلك حفاظاً على سمعة الصالحين والمشهود لهم بالاستقامة.

٢ - أن فيه قضاءً على الدعاوى الكيدية والمغرضة التي يثيرها ذوو النفوس الضعيفة ولا سيما في هذا الزمان الذي كثر فيه أهل الباطل لقلة الوازع الديني عندهم وكيف لا يعاقب والمتهم بريء؟!.

٣ - أما القول : بأنه لا أدب عليه إلا إذا قصد أذية الآخرين فأجيب عنه بأن التهمة في ذاتها إيذاء ولو بغير قصد وعدم القصد يرفع الإثم ولكنه لا يرفع استحقاق العقوبة الدنيوية واعتبار القصد يخفف العقوبة ولا ينفىها فيكون الفرق بين القصد والعمد في التقدير.

مدة سجن المتهم المعروف بالفجور:

اختلف الجمهور القائلون بحبس المتهم المعروف بالفجور في مدة حبسه على قولين:

الأول: أنه يحبس حتى الموت وبه قال: عمر بن عبد العزيز ١٧٢ وجماعة من أصحاب مالك كمطرف ١٧٣ وابن الماجشون ١٧٤ واستدلوا على ذلك بما يلي:

١ - ما روي عن ابن عمر - رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم - قال: (إذا أمسك الرجل الرجل وقتله الآخر يقتل الذي قتل ويحبس الذي أمسك ١٧٥).

^{١٧٠} هو أبو عمر وأشهب ابن عبد العزيز بن داود القيسي ولد في مصر عام ١٤٥ هـ كان تلميذاً لابن وهب وفي الوقت نفسه كاتباً له كما كان محدثاً ثقة وفقهياً مرموقاً عالي المكانة توفي عام ٢٠٤ هـ بعد موت الإمام الشافعي بأيام، ينظر: شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، محمد بن محمد بن عمر بن علي ابن سالم مخلوف (ت: ١٣٦٠هـ) الناشر: دار الكتب العلمية، لبنان الطبعة: الأولى، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م.

^{١٧١} الطرق الحكمية لابن القيم، ص ١١٨ مرجع سابق، ومجموعة الفتاوى لشيخ الإسلام أحمد بن عبد الحلیم ابن تيمية (ت: ٧٢٨ هـ) جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصي، ج ٣٤ ص ٢٣٦، ط الرباط عام ١٤٠١ هـ.

^{١٧٢} عمر بن عبد العزيز بن مروان بن الحكم بن أبي العاص الأموي أمير المؤمنين أمه أم عاصم بنت عمر بن الخطاب ولي إمرة المدينة للوليد وكان مع سليمان بن عبد الملك كالوزير وولي الخلافة بعده فعد من الخلفاء الراشدين حيث عم الرخاء والعدل في عهده حتى قيل إن الشخص يخرج صدقة ماله فلا يجد من يأخذها ويرجع بها لعدم الحاجة إليها في ذلك العهد توفي عام ١٠١ هـ ومدة خلافته سنتان ونصف أنظر: تقريب التهذيب، المؤلف: أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي تحقيق: محمد عوامة، ج ٢ ص ٥٩، الناشر: دار الرشيد - سوريا، الطبعة الأولى، ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م.

^{١٧٣} مطرف بن عبد الله بن اليسار الساري ويكنى أبا مصعب من أصحاب الإمام مالك بن أنس وكان ثقة مات بالمدينة في أول سنة عشرين ومائتين طبقات بن سعد، ج ٥ ص ٤٣٨ - ٤٣٩، مرجع سابق.

^{١٧٤} عبد الملك بن عبد العزيز بن عبد الله التيمي بالولاء أبو مروان بن الماجشون فقيه مالكي ومن مؤلفاته رسالة الإيمان في الرد على القائل بخلق القرآن، الأعلام، ج ٤ ص ١٦٠، مرجع سابق.

وجه الدلالة: دل الحديث على وجوب قتل القاتل وحبس الممسك حتى الموت وإن كان الحبس هنا ورد مطلقاً فإنه ورد مقيداً بفعل عثمان وعلي - رضي الله عنهما - في الأثرين الآتين حيث فعلاً ذلك في صدر الإسلام ولم يعرف لهما منكر فدل ذلك على حبس المتهم المعروف بالفجور حتى الموت.

٢ - ما روي عن عثمان بن عفان - رضي الله عنه - أنه سجن ضابئ بن الحارث حتى مات في السجن ووجه الدلالة: دل هذا الأثر على حبس المتهم المعروف بالفجور والفسق حتى الموت، فعثمان بن عفان حبس ضابئ بن الحارث حتى مات في السجن لأنه من اللصوص المعروفين بالفتك وكثرة السوابق وما ورد مطلقاً يحمل على هذا القيد ، وما روي عن علي - رضي الله عنه - : أنه قضى في رجل قتل رجلاً متعمداً وامسكه آخر قال: (("يقتل القاتل ويحبس الآخر حتى الموت")) ووجه الدلالة من الأثر هو أن علياً رضي الله تعالى عنه قضى وحكم على من أمسك رجلاً حتى قتله آخر متعمداً بقتل القاتل وحبس الممسك حتى الموت وكان ذلك في زمن الصحابة ولم ينكر عليه أحد وهذا دليل على مشروعية حبس المتهم المعروف بالفجور والفساد لكف شره وأذاه عن الآخرين وهذا الأذى يصدر منه في جميع الأوقات فيسجن حتى يموت قطعاً لأذاه.

القول الثاني: لا يجوز سجن المتهم المعروف بالفجور حتى الموت، وتقدير مدة السجن مفوض إلى اجتهاد القاض الشرعي وما يراه ولي الأمر كافيًا وبهذا قال الإمام مالك والشافعي وأحمد بن تيمية وغيرهم ١٧٦.

ونص الفقهاء على كثير من موجبات السجن حتى التوبة أو الموت، ومعلوم أن النظر في أمر توبة المتهم وتأديبه بما يرى منه مما كان السجن لأجله عائد لتقدير ولي الأمر وله أن يقرر ما يراه ويؤديه إليه اجتهاده من الحبس حتى الموت ليكف بالسجن شره وعدوانته عن الناس وله إخراجها إذا انقطع الداعي لسجنه بتوبته.

ومما نص عليه الفقهاء من السجن حتى التوبة أو الموت:

قال الإمام مالك: - رحمه الله - في رواية مطرف في المعروفين بالفساد والجرم إن الضرب قل ما ينكلهم ولكن أرى: "أن يحبسهم السلطان في السجن ويثقل عليهم بالحديد ولا يخرجهم منه أبداً،

^{١٧٥} وفي رواية ("أقتلوا القاتل واصبروا الصابر")، سنن الدارقطني، لعلي بن عمر أبي الحسن الدارقطني البغدادي، تحقيق: السيد عبد الله هاشم بماني المدني، الناشر: دار المعرفه - بيروت، ١٣٨٦هـ - ١٩٦٦م، كتاب الحدود والديات ج ٣ ص ١٤٠ حديث رقم ١٧٦ وهو مرسل ولكنه صحيح، وكذلك: سبل السلام شرح بلوغ المرام للإمام محمد بن اسماعيل الصنعاني المتوفى ١١٢٨هـ تحقيق الأستاذ محمد الخولي، ج ٣ ص ٢٨٢، الناشر بالمكتبة التجارية ط مصطفى البابي الحلبي القاهرة سنة ١٣٧٩هـ .

^{١٧٦} تبصرة الحكام ج ٢ ص ١٢٥- ١٢٦، مرجع سابق، و الأحكام السلطانية، لأبي الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (ت:

فذلك خير لهم ولأهلهم وللمسلمين حتى تظهر توبة أحدهم وتثبت عند السلطان، فإذا صلحت توبته أطلقه" ١٧٧،

وذهب فقهاء الأحناف إلى القول بأن من سرق تقطع يده اليمنى، فإن سرق بعد ذلك تقطع رجليه اليسرى، فإن ثالثاً يقطع بل يعزر، ويخلد في السجن حتى يتوب أو يموت ١٧٨.

سجن المتهم مجهول الحال ومدة ذلك:

اختلف الفقهاء في سجن المتهم مجهول الحال الذي لا يعرف ببر ولا فجور على قولين:

القول الأول: أنه لا يجوز سجن المتهم مجهول الحال لأن السجن بتهمة إجراء خطير يمس حرية الشخص ويحرم الفرد الأمن والاستقرار، وبه قال ابن حزم وهو رواية أبي حنيفة ومالك وأحمد، واستدلوا بما ورد من عموم الأدلة في النهي عن الظن والحث على الستر وحرمة إظهار الفاحشة ودرء الحدود بالشبهات ١٧٩، ومن ذلك ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (إياكم والظن فإن الظن أكذب الحديث ١٨٠).

القول الثاني: يجوز سجن المتهم مجهول الحال حتى ينكشف حاله وبه قال جمهور الفقهاء، ونص عليه أكثر الأئمة مثل الإمام مالك وأصحابه ١٨١، والإمام أحمد وبعض أصحابه، وأصحاب أبي حنيفة ١٨٢، واستدلوا بأحاديث منها حديث: بهز بن قاض أن رسول الله صلى الله عليه وسلم (حبس في تهمة).

قال ابن القيم: "إن الأصول المتفق عليها بين الأئمة توافق ذلك، فإنهم متفقون على أن المدعي إذا طلب المدعى عليه إحضاره وجب على القاض إحضاره إلى مجلس الحكم حتى يفصل بينهما، ثم إن

^{١٧٧} بدائع السلك في طبائع الملك، ل محمد بن علي بن محمد الأصبحي الأندلسي، أبو عبد الله، شمس الدين الغرناطي ابن الأزرق (ت: ٨٩٦هـ)، المحقق: د. علي سامي النشار، ص ١٧٣، الناشر: وزارة الإعلام - العراق، بون تاريخ.

^{١٧٨} الشبهات وأثرها في العقوبة الجنائية في الفقه الإسلامي مقارنة بالقانون، لمنصور محمد منصور الحفناوي، ص ١٦٦، الناشر: مطبعة الأمانة، الطبعة: الأولى ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.

^{١٧٩} رد المختار على الدر المختار المعروف بحاشية ابن عابدين للعلامة محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي (ت ١٢٥٢هـ) ومعه تكملة الحاشية المسماة قررة عيون الأختيار للسيد محمد علاء الدين أفندي وهو ابن الشيخ محمد أمين. طبعة جديدة حققها على نسخة خطية وخرج أحاديثها وعلق عليها: محمد صبحي حلاق - وعامر حسين وصححها: مكتب التحقيق بدار إحياء التراث العربي، ج ٤ ص ٨٧، الناشر: دار إحياء التراث العربي - مؤسسة التاريخ العربي، بيروت - لبنان. الطبعة الأولى: ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م، و تبصرة الحكام ج ٢ ص ١٥٩، مرجع سابق.

^{١٨٠} أخرجه البخاري كتاب الأدب باب (بأبيها الذين آمنوا احتبوا كثيرا من الظن « ج ١ ص ٨٩، مرجع سابق، ومسلم كتاب البر والصلة باب تحريم الظن والتناجس ج ١٦ ص ١١٨، مرجع سابق، والطرق الحكيمة لابن القيم ص ١١٨، مرجع سابق.

^{١٨١} تبصرة الحكام لابن فرحون ج ٢ ص ٢٢٤-٢٢٥، مرجع سابق.

^{١٨٢} انظر حاشية بن عابدين ج ٤ ص ٨٧/٨٨، مرجع سابق.

القاض قد يكون عنده أشغال أو حكومات سابقة فيكون المطلوب محبوسا معوقا من حين الطلب إلى حين الفصل وهذا حبس بدون تهمة ففي التهمة أولى^{١٨٣}.

مدة سجن المتهم مجهول الحال:

اختلف الجمهور القائلون بجواز سجن المتهم مجهول الحال في مدة سجنه على قولين:

القول الأول: أن مدة سجنه يجب ألا تتجاوز شهرا للإستبراء والكشف وستة أشهر للتأديب والتقويم وبهذا قال أبو عبد الله الزبيري^{١٨٤} من أصحاب الشافعي .

القول الثاني : أن تقدير المدة في ذلك موكول إلي اجتهاد الإمام حسب ما يراه محققا للمصلحة وبه قال المالكية ، والحنابلة، واختاره الماوردي ، واشترطوا ألا تصل المدة سنة حذرا من المساواة بالتغريب بالزاني البكر^{١٨٥} وهذا هو الراجح والله أعلم ولكن بدون ذلك الشرط لأنه لا دليل عليه، والقياس على الزاني البكر غير مسلم به لوجود الفارق في التهمة فقد تكون هنا غير زنا ، ثم إن السنة في حق الزاني تغريب وليس سجنا، ثم إنها في حق الزاني حكم مبني على فعل مؤكد أما في التهمة فلم تتضح بعد^{١٨٦}.

المبحث الثاني : اختصاص الأمر بالحبس الاحتياطي وانتهائه :

من المهم أن نعلم من يستحق الأمر بالحبس الاحتياطي ومن يستحق انتهائه خصوصا في هذه الفترة التي يحتدم فيها جدل المهتمين بالمجال الحقوقي في موريتانيا بين المتمسكين بأن الحبس الاحتياطي شرعي ما دامت هناك حاجة إليه، وبين الذين يرون أن العدالة تعني تطبيق القانون وأن القانون يعتمد

^{١٨٣} انظر الطرق الحكيمة ص١١٨، مرجع سابق.

^{١٨٤} هو أبو عبد الله زبيري ابن أحمد بن سليمان بن عبد الله الأسدي الزبيري ، من سلالة الصحابي المشهور الزبير بن العوام سكن البصرة وكان ضريرا علما بالفقه وعارفا بالأدب والقراءات والأنساب ت٣١٧هـ وقيل ٣٢٠هـ، تاريخ بغداد، لأبي بكر أحمد بن علي بن ثابت بن أحمد بن مهدي الخطيب البغدادي (ت: ٤٦٣هـ)، ج ٨ ص٤٧١-٤٧٢، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، دراسة وتحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، الطبعة: الأولى، ١٤١٧هـ ، وطبقات الفقهاء، لأبي اسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي (ت: ٤٧٦هـ) هذبته: محمد بن مكرم ابن منظور (ت: ٧١١هـ) المحقق: إحسان عباس، ص٨٨، الناشر: دار الرائد العربي، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٩٧٠.

^{١٨٥} الاحكام السلطانية للماوردي ص٢٢٠، مرجع سابق، وتبصرة الحكام لابن فرحون، ج ٢ ص٢٢٥، مرجع سابق، ومجموع فتاوي ابن تيمية، ج ٣٥ ص٣٩٩، والمغني لأبي محمد عبد الله بن احمد بن قدامة ، (ت: ٦٢٠هـ) ج ١٠ ص٢٨٩، الناشر مكتبة الرياض الحديثة .

^{١٨٦} السجن وموجباته في الشريعة الاسلامية مقارنا بنظام السجن والتوفيق بالملكة العربية السعودية تأليف الدكتور محمد بن عبد الله الجريوي، ج ١ ص٣٩١، طبع بمناسبة افتتاح المدينة الجامعة ١٤١١هـ .

مبدأ أصل البراءة ويقرر أن "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"، إثراء لهذا النقاش وبحثا عن مادة علمية تفيد القارئ وتعين الباحث على التوصل إلى نتيجة سنخصص هذا المبحث للبحث في اختصاص الأمر بالحبس الاحتياطي في القانون والشريعة (المطلب الأول) وكيفية إنهاء الحبس الاحتياطي (المطلب الثاني).

المطلب الأول : اختصاص الأمر بالحبس الاحتياطي في القانون والشريعة .

من خلال هذا المطلب سنتطرق لاختصاص الأمر بالحبس الاحتياطي في القانون الموريتاني (الفقرة الأولى) وفي الشريعة الإسلامية (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى : اختصاص الأمر بالحبس الاحتياطي في القانون الموريتاني

خول المشرع سلطة الأمر بالحبس الاحتياطي فضلا عن قاض التحقيق (أولا) إلى الجهات القضائية ذات الاختصاص الجزائي وفق الشروط والضوابط المحددة بالقانون مثل وكيل الجمهورية (ثانيا) رئيس المحكمة الجنائية (ثالثا) رئيس الغرفة الجنائية بمحكمة الولاية أو الاستئناف (رابعا) غرفة الاتهام (خامسا).

أولا: قاضي التحقيق:

يمكن القول إن القانون يجعل قاضي التحقيق صاحب الاختصاص الأول في إصدار الأمر بالحبس الاحتياطي، وذلك على اعتبار أن جل الضوابط المتعلقة بهذا الأمر قد أوردها المشرع في العنوان المتعلق بالتحقيق وأسند أغلبها إلى قاض التحقيق الذي يصدر الأمر بالحبس في الظروف ووفق الشروط المنصوص عليها، حيث أكدت مدونة الإجراءات الجنائية الموريتانية أن قاضي التحقيق ليس له "أن يصدر أمر إيداع إلا بعد استجواب وبشرط أن تكون الجريمة تستوجب عقوبة حبس جنحي أو عقوبة أخرى أشد" ١٨٧، وبينت المدونة أيضا أن قاضي التحقيق لا يجوز له "أن يأمر بالحبس الاحتياطي إلا إذا كان له مبرر سواء كان ذلك لخطورة الوقائع أو للمنع من إخفاء أدلة الجريمة أو للخوف من هرب المتهم أو للخوف من ارتكاب جرائم جديدة" ١٨٨.

ثانيا: وكيل الجمهورية:

منح قانون الإجراءات الجنائية الموريتاني وكيل الجمهورية حق إصدار بطاقة إيداع لا تتعدى صلاحيتها شهرا واحدا وذلك في الحالات التالية:

^{١٨٧} المادة ١٢١ من قانون الإجراءات الجنائية الموريتاني ، مرجع سابق ، ص: ٤٩٣

^{١٨٨} المادة ١٣٨ من قانون الإجراءات الجنائية الموريتاني ، مرجع سابق ، ص: ٤٩٥

التلبس بالجناية: إذا قدم إلى وكيل الجمهورية شخص يعتقد أنه هو مرتكب الجناية المتلبس بها، وكان البحث قد تم وظهر ثبوت الأفعال بشهادات وعلامات واضحة ومتطابقة، فله أن يسأله عن هويته وعن الأفعال المنسوبة إليه ويصدر ضده أمرا بالإيداع لا تتعدى صلاحيته شهرا.

إذا كان قاضي التحقيق لم يتعهد بعد بالقضية فإن لوكيل الجمهورية أن يصدر أمر إحضار ضد أي شخص متهم بالمشاركة في الجريمة.

وعلى وكيل الجمهورية في هاتين الحالتين أن يخبر وجوبا المتهم بأن له الحق في أن يستعين بمحام حسب اختياره في الإجراءات اللاحقة. وإذا انصرم أجل أمر الإيداع المنصوص عليه في الفقرة السابقة دون أن يقدم المتهم للمقاضاة، فعلى مدير السجن المعتقل فيه أن يقتاده لوكيل الجمهورية الذي يلزم بأن يطلق سراحه فوراً ١٨٩١.

في حالة التلبس بالجنحة ١٩٠؛

إذا كانت الواقعة معاقبا عليها بالحبس وكان قاضي التحقيق لم يتعهد بعد فإن لوكيل الجمهورية أن يستجوب المتهم عن هويته وعن الوقائع المنسوبة إليه ويصدر ضده أمر إيداع لا تتعدى صلاحيته شهرا، ويخبر وجوبا المتهم بأن له الحق في أن يستعين بمحام حسب اختياره في الإجراءات اللاحقة. وعند انصرام أجل أمر الإيداع دون أن يقدم المتهم للمقاضاة، يقوم مدير السجن المعتقل فيه باقتياده لوكيل الجمهورية الذي يلزم بأن يطلق سراحه فوراً ١٩١١.

ثالثا: رئيس المحكمة الجنائية

ألزم المشرع رئيس المحكمة الجنائية أو القاضي الذي يخلفه بإصدار بطاقة إيداع أو إيقاف المتهم المحال إلى هذه المحكمة ولو كان في حالة حرية مؤقتة وذلك عقب الاستجواب التحضيري الذي يجريه له قبل افتتاح الدورة الجنائية بثمانية أيام على الأقل، ويجوز للرئيس أو خليفته بناء على تعهد المتهم بالحضور جعل بدء سريان بطاقة الإيداع من أمسية اليوم السابق لافتتاح الدورة وإخلاء سبيل المتهم إلى ذلك التاريخ ١٩٢.

رابعا: رئيس محكمة الجنج

أجاز المشرع لرئيس محكمة الجنج وهي: "الغرفة الجزائية بمحكمة الولاية" الأمر بالسجن الاحتياطي في حالتين:

^{١٨٩} المادة ٦٣ من قانون الإجراءات الجنائية الموريتاني، مرجع سابق، ص: ٤٨٧

^{١٩٠} المادة ٦٤ من قانون الإجراءات الجنائية الموريتاني، مرجع سابق، ص: ٤٨٧

^{١٩١} المادة ٦٤ من قانون الإجراءات الجنائية الموريتاني، مرجع سابق، ص: ٤٨٧

^{١٩٢} المواد ٢٥٣ و ١٥٣ و ٣/٢٥٦ من قانون الإجراءات الجنائية الموريتاني، مرجع سابق، ص: ٤٩٧ و ٥٠٥

أ) حالة ما إذا أصدرت المحكمة حكماً على المتهم بالحبس فيجوز لها إصدار بطاقة إيداع أو إيقاف ضده يسري مفعولها رغم كل معارضة واستئناف للحكم، ويجوز للمحكمة في حالة المعارضة ولمحكمة الاستئناف "غرفتها الجزائية" في حالة الاستئناف إلغاء هذه البطاقة بقرار خاص ومسبب ١٩٣.

ب) حالة ما إذا رأت المحكمة الجنحية أثناء انعقاد جلساتها وبعد سماع أقوال النيابة العامة أن الواقعة المنسوبة إلى المتهم المكيفة على أنها جنحة من طبيعتها أن تؤدي إلى جنائية فيجوز إصدار بطاقة إيداع أو إيقاف ضده، وتقوم المحكمة في هذه الحالة بإحالة القضية إلى النيابة العامة لتتصرف فيها حسب ما تراه ١٩٤ وربما كان من الأجل أن يستبدل المشرع عبارة "من طبيعتها أن تؤدي إلى جنائية" بعبارة (ذات طبيعة جنائية).

خامساً: رئيس محكمة الاستئناف (الغرفة الجزائية)

يحق لرئيس محكمة الاستئناف أن يأمر بالحبس الاحتياطي إذا رأت المحكمة أن الواقعة المنسوبة إلى المتهم في الملف المستأنف لديها تستحق عقوبة جنائية، وتصدر بطاقة الإيداع ضد المتهم في هذه الحالة بعد الاستماع إلى النيابة العامة ١٩٥.

سادساً : غرفة الاتهام :

منح قانون الإجراءات الجنائية الموريتاني غرفة الاتهام الحق في أن تصدر في حق المتهم أمر قبض أو إيداع ١٩٦.

الفقرة الثانية : اختصاص الأمر بالحبس الاحتياطي في التشريع الإسلامي:

وقد اختلف الأئمة في من يملك الحبس في التهمة، فذهب أكثرهم أن لكل من القاضي والوالي أن يحبس المتهم، وذهبت طائفة من أصحاب الشافعي كالزبيري والماوردي وبعض أصحاب أحمد إلى أن الحبس في التهمة إنما هو لوالي الحرب دون القاضي ١٩٧.

^{١٩٣} ١/٤٢٥ من قانون الإجراءات الجنائية الموريتاني، مرجع سابق، ص: ٥١٦

^{١٩٤} المادة ٤٢٩ من قانون الإجراءات الجنائية الموريتاني، مرجع سابق، ص: ٥١٧

^{١٩٥} المادة ٤٨٢ من قانون الإجراءات الجنائية الموريتاني، مرجع سابق، ص: ٥٢٠

^{١٩٦} المادة ٢٠٢ من قانون الإجراءات الجنائية الموريتاني، مرجع سابق، ص: ٥٠١

^{١٩٧} الطرق الحكمية، لمحمد بن قيم الجوزية، ص: ١١٥-١١٦، مرجع سابق.

وإذا كانت الحكمة من الحبس الاحتياطي للمتهم هي ضمان عدم تأثيره على سير عملية اكتشاف الحقيقة فإن هذا الحبس يفقد سند شرعيته متى تم التحقيق واستنفدت إجراءاته وبالتالي يجب الإفراج عن المتهم مالم يكن مخشي الهروب للإفلات من المقاضاة.

المطلب الثاني: إنهاء الحبس الاحتياطي :

إن الحبس الاحتياطي إجراء وقائي - كما تقدم - ومن هنا فإن المشرع وضع حدا له متى ما تبين أن الغرض منه زال ، ولذلك نظم الحدود التي تنتهي عندها صلاحية القاضي بالحبس ومسؤوليته ومسائلته في حالة تجاوز تلك الحدود، كما نظم إجراءات إطلاق سراح المتهم التي تتم بالإفراج عنه بقوة القانون (الفقرة الأولى) أو الإفراج عنه بحرية مؤقتة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الإفراج عن المتهم بقوة القانون:

نص القانون الموريتاني على عدة حالات يتم فيها إخلاء سبيل المتهم المحبوس احتياطيا بقوة القانون إما مؤقتا أو بشكل نهائي حسب الأحوال وهي:

إذا كانت الجريمة المنسوبة إلى المتهم جنحة لا يتجاوز الحد الأقصى للعقوبة المقررة لها قانونا في الحبس سنتين فإنه يتم إطلاق سراحه بقوة القانون ودون أن يطلب ذلك متى استوفى الشروط التالية:

أن يكون مستوطنا أي ذا عنوان ثابت معروف في الوطن.

أن يكمل ثلاثين يوما في الحبس الاحتياطي.

إذا كان الشخص المعتقل لم يسبق له أن أدين بسبب جنائية أو جنحة من جرائم القانون العام أو بعقوبة جنائية أو بعقوبة سجن غير موقوف لمدة تفوق سنة أو بسبب قابليته لعقوبة تساوي أو تفوق خمس سنوات ١٩٨.

يجب إطلاق سراح المحبوس احتياطيا إذا أصدر قاض التحقيق قرارا بأن لا وجه للمتابعة، ويخول القانون لقاض التحقيق إصدار هذا القرار في حالات عدة وهي:

إذا رأى أن الوقائع المنسوبة للمتهم غير معاقبة قانونا بحيث لا تشكل خطرا على المجتمع لأنها لا تدخل في دائرة الجنائيات، ولا تنتمي لفئة الجنح، وليست من نوع المخالفات.

إذا لم يوصل التحقيق إلى معرفة مرتكب الجريمة وبقي مجهولا .

إذا لم تتوفر الأدلة الكافية ضد المتهم ١٩٩.

إذا رأى قاض التحقيق أن الوقائع المنسوبة إلى المتهم المحبوس احتياطا تكون مخالفة فإنه يحيل القضية إلى محكمة المخالفات ويأمر بإطلاق سراح المتهم ٢٠٠.

يتم إطلاق سراح المتهم بقوة في الحالات التالية:

إذا كانت الواقعة المنسوبة للمتهم لا تدخل أو لم تعد تدخل تحت طائلة قانون العقوبات؛

إذا صرح بأن المتهم غير مجرم، تصرح المحكمة الجنائية بالبراءة؛

إذا كان المتهم يتمتع بعذر معف، تقرر المحكمة الجنائية إعفاءه ٢٠١؛

إذا أعفي المتهم أو يرى يطلق سراحه حالا ما لم يكن معتقلا لسبب آخر ٢٠٢؛

إذا وجد لصالح المتهم عذر معف قضت المحكمة بإعفائه من العقوبة ٢٠٣؛

إذا رأت المحكمة أن الواقعة موضوع المتابعة لا تكون أية جريمة أو أنها غير ثابتة أو غير منسوبة للمتهم تحكم ببراءته ٢٠٤؛

يخلى سبيل المتهم المحبوس احتياطا فور صدور الحكم ببراءته أو إعفائه أو الحكم عليه بالحبس مع وقف التنفيذ أو بالغرامة وذلك رغم الاستئناف ٢٠٥؛

إذا حكمت المحكمة على المحبوس احتياطا بعقوبة حبس مساوية للمدة التي أمضى في الحبس الاحتياطي ٢٠٦.

الفقرة الثانية: الإفراج المؤقت

يتطلب الكلام عن الإفراج المؤقت التطرق لكيفية إتمامه (أولا) وضمائنه (ثانيا)

^{١٩٩} المادة ١٧٧ من قانون الإجراءات الجنائية الموريتاني ، مرجع سابق ، ص: ٤٩٩

^{٢٠٠} المادة ١٧٨ من قانون الإجراءات الجنائية الموريتاني ، مرجع سابق ، ص: ٤٩٩

^{٢٠١} المادة ٣٢٤ من قانون الإجراءات الجنائية الموريتاني ، مرجع سابق ، ص: ٣١٠

^{٢٠٢} المادة ٣٢٥ من قانون الإجراءات الجنائية الموريتاني ، مرجع سابق ، ص: ٣١٠

^{٢٠٣} المادة ٤٢٨ من قانون الإجراءات الجنائية الموريتاني ، مرجع سابق ، ص: ٥١٧

^{٢٠٤} المادة ٤٣٠ من قانون الإجراءات الجنائية الموريتاني ، مرجع سابق ، ص: ٥١٧

^{٢٠٥} المادة ١/٤٣١ من قانون الإجراءات الجنائية الموريتاني ، مرجع سابق ، ص: ٥١٧

^{٢٠٦} المادة ٢/٤٣١ من قانون الإجراءات الجنائية الموريتاني ، مرجع سابق ، ص: ٥١٧

أولاً: كيفية الإفراج المؤقت

يتم الإفراج المؤقت عن المتهم بحالتين إحداهما أن يفرج عنه قاض التحقيق بغير طلب مقدم لذلك (أ) والثانية أن يتم بناء على طلب من وكيل الجمهورية أو من المتهم أو محاميه (ب).

الإفراج المؤقت من قاضي التحقيق دون طلب.

خولت مدونة الإجراءات الجنائية الموريتانية قاضي التحقيق صلاحية الأمر من تلقاء نفسه - ودون أي طلب - بالإفراج المؤقت عن المتهم المحبوس احتياطاً إذا لم يكن هذا الإفراج لازماً بقوة القانون، ويشترط أن لا تكون جريمة المتهم المحبوس بارتكابها داخله في نطاق جرائم القصاص ٢٠٧.

الإفراج المؤقت بناء على طلب وكيل الجمهورية:

يجوز لوكيل الجمهورية طلب الإفراج المؤقت في كل وقت. وعلى قاضي التحقيق أن يثبت في ذلك خلال خمسة (٥) أيام ابتداء من تسلمه لطلبات وكيل الجمهورية ٢٠٨ وهذه يتطابق مع مضمون الفقرة الأخيرة من الفصل ١٥٥ من القانون المغربي ٢٠٩.

الإفراج المؤقت بناء على طلب المتهم أو محاميه:

يجوز للمتهم أو محاميه طلب الإفراج المؤقت من وكيل الجمهورية وقاض التحقيق في كل وقت ٢١٠ وفي هذه الحالة فإن قاضي التحقيق يحيل الملف إلى وكيل الجمهورية بالشكل الفوري ليقدم طلباته خلال ٤٨ ساعة التالية لتسلمه الملف وليعيده إلى قاض التحقيق الذي يبت خلال ٤٨ ساعة التالية لتسلمه طلبات النيابة ٢١١، وفي حالة عدم بت قاض التحقيق في طلب الإفراج المؤقت في الأجل المحددة قانوناً، فإن لوكيل الجمهورية وللمتهم أو محاميه الحق في رفع طلباتهم مباشرة إلى غرفة الاتهام لتتولى البت فيها ٢١٢ طبقاً لما هو مقرر في قانون الإجراءات الجنائية الموريتانية.

ولا يقتصر حق المتهم أو محاميه في طلب الإفراج المؤقت على مرحلة التحقيق بل يجوز طلب الإفراج من طرف كل متهم وفي كل مرحلة من مراحل الإجراءات ومهما كانت الحالة" فإذا تم

^{٢٠٧} للمادة ١/١٤٢ من قانون الإجراءات الجنائية الموريتاني، مرجع سابق، ص: ٤٩٥

^{٢٠٨} للمادة ٢/١٤٢ من قانون الإجراءات الجنائية الموريتاني، مرجع سابق، ص: ٤٩٥

^{٢٠٩} ظهير شريف رقم ١٠٠٢٠٢٥٥ صادر في ٢٥ من رجب ١٤٢٣ (٣ أكتوبر ٢٠٠٢) بتنفيذ القانون رقم ٢٢٠٠١ المتعلق بالسلطة الجنائية المغربية، ص: ٦٦.

^{٢١٠} للمادة ١/١٤٣ من قانون الإجراءات الجنائية الموريتاني، مرجع سابق، ص: ٤٩٦

^{٢١١} للمادة ٢-١/١٤٠ من قانون الإجراءات الجنائية الموريتاني، مرجع سابق، ص: ٤٩٥

^{٢١٢} للمادة ٢/١٤٣ من قانون الإجراءات الجنائية الموريتاني، مرجع سابق، ص: ٤٩٦

التحقيق وأحيل المتهم المحبوس احتياطيا الى إحدى المحاكم المختصة فإن له في كل مرحلة تسبق محاكمته حق التقدم إلى رئيس تلك المحكمة بطلب الإفراج عنه^{٢١٣}.

وفي حالة تقديم طلب نقض لم يقع البت فيه بعد، ثبت في طلب الإفراج المؤقت آخر محكمة نظرت في موضوع القضية، ويكون قرارها غير قابل لأي طعن.

ولا يجوز تجديد طلب الإفراج المقدم من المتهم أو من محاميه في أي من الحالات إلا بانتهاء مهلة عشرين (٢٠) يوما من تاريخ رفض الطلب السابق.

ثانيا: ضمانات الإفراج المؤقت:

في جميع حالات الإفراج المؤقت يكون المتهم ملزم بأن:

يتعهد بالحضور كلما طلب منه ذلك لكل إجراءات المرافعات ولتنفيذ الحكم؛

يخبر قاضي التحقيق أو النيابة العامة لدى المحكمة المتعده بكل تغيير لمحل إقامته؛

يختار موطنًا في مقر محكمة التحقيق أو المحكمة المتعده وإلا في عاصمة منطقة إدارية داخلية في اختصاص المحكمة^{٢١٤}.

يجوز في جميع الحالات أن يكون الإفراج المؤقت مشروطًا بتقديم كفالة^{٢١٥}، يحدد الأمر القضائي التعلق به المبلغ المخصص لكل جزء منها^{٢١٦}، وتقدم في شكل نقود سواء من طرف المتهم أو من طرف الغير^{٢١٧}، ويتم تسليمها لرئيس مصلحة التسجيل بواسطة كاتب الضبط، عند الاقتضاء، وعند مشاهدة وكيل الجمهورية وصل ذلك التسلم ينفذ قرار الإفراج المؤقت، أما إذا كانت الكفالة ناتجة عن تعهد الغير، فإن الإفراج المؤقت يؤمر به عند مشاهدة وثيقة التعهد^{٢١٨} التي بموجبها يمكن قبول تعهد كل شخص موسر بإحضار المتهم لكل طلبات القضاء^{٢١٩}، وتنتهي الالتزامات الناتجة عن الكفالة عندما يحضر المتهم كل إجراءات المرافعات وتنفيذ الحكم^{٢٢٠}، وبعدم إحضار المتعهد للمتهم

^{٢١٣} المادة ١٤٤ من قانون الإجراءات الجنائية الموريتاني، مرجع سابق، ص: ٤٩٦

^{٢١٤} المادة ١/١٤٦ من قانون الإجراءات الجنائية الموريتاني، مرجع سابق، ص: ٤٩٦

^{٢١٥} المادة ١/١٤٨ من قانون الإجراءات الجنائية الموريتاني، مرجع سابق، ص: ٤٩٦

^{٢١٦} المادة ٣/١٤٨ من قانون الإجراءات الجنائية الموريتاني، مرجع سابق، ص: ٤٩٦

^{٢١٧} المادة ١/١٤٩ من قانون الإجراءات الجنائية الموريتاني، مرجع سابق، ص: ٤٩٦

^{٢١٨} المادة ٣/١٤٩ من قانون الإجراءات الجنائية الموريتاني، مرجع سابق، ص: ٤٩٦

^{٢١٩} المادة ٢/١٤٩ من قانون الإجراءات الجنائية الموريتاني، مرجع سابق، ص: ٤٩٦

^{٢٢٠} المادة ١/١٥٠ من قانون الإجراءات الجنائية الموريتاني، مرجع سابق، ص: ٤٩٧

يكون ملزماً بدفع المبالغ المحددة بأمر الإفراج المؤقت للخزينة ٢٢١. ويصبح هذا الجزء ملكاً للدولة منذ اللحظة التي يتخلف فيها المتهم بغير عذر مقبول عن أي إجراء من إجراءات المرافعة أو عن تنفيذ الحكم ٢٢٢. غير أنه يجوز لقاضي التحقيق في حالة إصداره أمراً بأن لا وجه للمتابعة أن يأمر برد ذلك الجزء من مبلغ الكفالة كما يجوز ذلك للمحكمة في حالة إعفاء المتهم أو تبرئته ٢٢٣. ويرد دائماً الجزء الثاني مع مبلغ الكفالة إذا صدر أمر بأن لا وجه للمتابعة أو حكم بالإعفاء أو البراءة ٢٢٤. أما إذا أدين المتهم فيخصص ذلك الجزء لسداد المصاريف وأداء الغرامة ورد المحكوم برده ودفع التعويضات المقررة للقائم بالحق المدني بالترتيب ٢٢٥ الموضح المبين أدناه في التعهد بأداء ما يلزم أما الباقي فيرد.

وتهدف الكفالة لضمان:

حضور المتهم جميع الإجراءات وتنفيذ الحكم؛

أداء ما يلزم حسب الترتيب الآتي بيانه:

المصاريف التي قدمها الطرف المدني؛

المصاريف التي أنفقها القائم بالدعوى العمومية؛

الغرامات؛ المبالغ المحكوم بردها والتعويضات ٢٢٦.

ولقاضي التحقيق أن يفرض التزامات أخرى على المتهمين الذين يتمتعون بالإفراج المؤقت ٢٢٧، كما يجوز بعد الإفراج عن المتهم أن يخضعه القاضي لنظام المراقبة القضائية وفقاً لمقتضيات المواد ١٢٣ وما بعدها ٢٢٨ من قانون الإجراءات الجنائية الموريتاني.

٢٢١ المادة ١٤٩/٢ من قانون الإجراءات الجنائية الموريتاني، مرجع سابق، ص: ٤٩٦

٢٢٢ المادة ١٥٠/٢ من قانون الإجراءات الجنائية الموريتاني، مرجع سابق، ص: ٤٩٧

٢٢٣ المادة ١٥٠/٣ من قانون الإجراءات الجنائية الموريتاني، مرجع سابق، ص: ٤٩٧

٢٢٤ المادة ١٥١/١ من قانون الإجراءات الجنائية الموريتاني، مرجع سابق، ص: ٤٩٧

٢٢٥ المادة ١٥١/٢ من قانون الإجراءات الجنائية الموريتاني، مرجع سابق، ص: ٤٩٧

٢٢٦ المادة ١٤٨/٢ من قانون الإجراءات الجنائية الموريتاني، مرجع سابق، ص: ٤٩٦

٢٢٧ المادة ١٤٦/٢ من قانون الإجراءات الجنائية الموريتاني، مرجع سابق، ص: ٤٩٦

٢٢٨ المادة ١٤٨/٤ من قانون الإجراءات الجنائية الموريتاني، مرجع سابق، ص: ٤٩٦

الخاتمة

عموما وكما رأينا من خلال هذا العرض فإن الحبس الاحتياطي يعتبر أحد الوسائل القانونية التي وضعها المشرع لمساعدة القضاء بشقيه الواقف والجالس للحد من الجريمة وتوفير العدالة والأمن الضروريين للمجتمع.

على أن المشرع وضع له شروطا لتنظيمه كانت ولا تزال تثير الكثير من الجدل والنقاش بين الحقوقيين الذين يغالون في اعتباره قيادا على حرية المتهم الذي يبقى بريئا حتى تثبت إدانته، ويطالبون بإلغائه أو على الأقل الحد من مجالات تطبيقه، وبين رجال القضاء والقانون والأمن الذين يرون فيه وسيلة ناجعة لكبح الجريمة، والقضاء على المجرمين خصوصا في ظل التطور السريع الذي تعرفه الجريمة في أيامنا هذه بمختلف أنواعها، ومن ثم يطالبون بتعزيز مجالات تطبيقه وتوسيعها خصوصا في مجالات الإرهاب والجريمة المنظمة.

توصيات:

توضيح مفهوم السجن وإبرازه وتجليته حتى يتضح أن التضييق والسجن شيان مفترقان فالسجن حبس للحرية والتضييق سلب للحقوق المصونة .

الحاجة إلى تطوير القانون المنظم للسجون، وتبين أن الخلل الحاصل منه ليس وإنما هو من التطبيق رغم الفترة الزمنية غير المستقرة التي أعد فيها (١٩٧٠) ورغم ضبايئته.

الأخذ بأراء المصلحين والمهتمين وفتح الباب أمام الهيئات الحقوقية المهمة بإصلاح السجون وعقد مؤتمرات وندوات خاصة وأن السجون في موريتانيا محتاجة إلى الإصلاح.

إنشاء متفشية لمراقبة تطبيق النظم المنظمة للسجون وتطوير النظم .

إشاعة ثقافة منع التعذيب وسوء المعاملة و كافة أنواع الممارسات التي تنقص من كرامة الإنسان.

اهتمام الأساتذة والباحثين والطلبة بهذا النوع من المواضيع حتى تترسخ قيم المحافظة على كرامة وحقوق المساجين لدى كافة.

المصادر والمراجع:

١. الأحكام السلطانية، لأبي الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (ت: ٤٥٠هـ)، الناشر: دار الحديث - القاهرة.
٢. الأعلام، لخير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس، الزركلي دمشقي (ت: ١٣٩٦هـ)، الناشر: دار العلم للملايين، الطبعة: الخامسة عشر - أيار / مايو ٢٠٠٢ م.
٣. بدائع السلك في طبائع الملك، لمحمد بن علي بن محمد الأصبحي الأندلسي، أبو عبد الله، شمس الدين الغرناطي ابن الأزرق (ت: ٨٩٦هـ)، المحقق: د. علي سامي النشار، الناشر: وزارة الإعلام - العراق، بون تاريخ.
٤. تاريخ بغداد، لأبي بكر أحمد بن علي بن ثابت بن أحمد بن مهدي الخطيب البغدادي (ت: ٤٦٣هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، دراسة وتحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، الطبعة: الأولى، ١٤١٧ هـ.
٥. تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، لإبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري (ت: ٧٩٩هـ)، الناشر: مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة: الأولى، ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م.
٦. تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام منظومة شعرية لأبي بكر محمد بن محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي، تحقيق محمد عبد السلام محمد، ط دار الأفق العربية، ٢٠١١ م.
٧. تقريب التهذيب، المؤلف: أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي تحقيق: محمد عوامة، الناشر: دار الرشيد - سوريا، الطبعة الأولى، ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م.
٨. الجامع الصحيح سنن الترمذي، المؤلف: محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السلمي، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، الأحاديث مذيلة بأحكام الألباني عليها.
٩. حاشية أبي علي الحسين بن رحال على شرح ميارة لتحفة الحكام، دار الفكر - بيروت.
١٠. ديوان الأحكام الكبرى أو الإعلام بنوازل الأحكام وقطر من سير الحكام، لعيسى بن سهل بن عبد الله الأسدي الجبالي القرطبي الغرناطي أبو الأصْبَغ (ت: ٤٨٦هـ)، المحقق: يحيى مراد، الناشر: دار الحديث، القاهرة - جمهورية مصر العربية، عام النشر: ١٤٢٨ هـ - ٢٠٠٧ م.
١١. الذخيرة، لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (ت: ٦٨٤هـ)، المحققون: محمد حجي، سعيد أعراب ومحمد بو خيزرة، الناشر: دار الغرب الإسلامي - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٩٩٤ م.
١٢. رد المختار على الدر المختار المعروف بحاشية ابن عابدين للعلامة محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي (ت ١٢٥٢هـ) ومعه تكملة الحاشية المسماة قرّة عيون الأخيار للسيد محمد علاء الدين أفندي وهو ابن الشيخ محمد أمين. طبعة جديدة حققها على نسخة خطية وخرج أحاديثها وعلق عليها: محمد صبحي حلاق - وعامر حسين وصحها:

- مكتب التحقيق بدار إحياء التراث العربي. الناشر: دار إحياء التراث العربي - مؤسسة التاريخ العربي، بيروت- لبنان. الطبعة الأولى: ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م.
١٣. سبل السلام شرح بلوغ المرام للإمام محمد بن اسماعيل الصنعاني (ت ١١٢٨ هـ) تحقيق الأستاذ محمد الخولي الناشر بالمكتبة اصلتجارية ط مصطفى البابي الحلبي القاهرة سنة ١٣٧٩ هـ .
١٤. السجن وموجباته في الشريعة الإسلامية مقارنا بنظام السجن والتوفيق بالمملكة العربية السعودية، للدكتور: محمد بن عبد الله الجريوي طبع بمناسبة افتتاح المدينة الجامعة ١٤١١ هـ
١٥. سنن ابن ماجه، لمحمد بن يزيد أبي عبدالله القزويني، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار الفكر - بيروت، مع الكتاب: تعليق محمد فؤاد عبد الباقي. والأحاديث مذيبة بأحكام الألباني عليها.
١٦. سنن الدارقطني، لعلي بن عمر أبي الحسن الدارقطني البغدادي، تحقيق: السيد عبد الله هاشم يماني المدني، الناشر: دار المعرفة - بيروت، ١٣٨٦ هـ - ١٩٦٦م.
١٧. سنن النسائي الكبرى، لأحمد بن شعيب أبي عبد الرحمن النسائي، تحقيق: د. عبد الغفار سليمان البنداري، سيد كسروي حسن، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة الأولى، ١٤١١ هـ - ١٩٩١م.
١٨. الشبهات وأثرها في العقوبة الجنائية في الفقه الإسلامي مقارنا بالقانون، لمنصور محمد منصور الحفناوي، الناشر: مطبعة الأمانة، الطبعة: الأولى ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦م.
١٩. شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، لمحمد بن محمد بن عمر بن علي ابن سالم مخلوف (ت: ١٣٦٠ هـ) الناشر: دار الكتب العلمية، لبنان الطبعة: الأولى، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م.
٢٠. صحيح البخاري، لمحمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة بن بردزبه البخاري (١٩٤ هـ - ٨١٠ م - ٢٥٦ هـ - ٨٧٠ م)، حققه أصوله ووثق نصوصه وكتب مقدماته وضبطه ورقمه ووضع فهرسه: طه عبد الرؤوف سعد، الناشر: الدار الذهبية القاهرة.
٢١. صحيح مسلم، لمسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري أبي الحسين (٢٠٦ - ٢٦١ هـ)، طبعة متميزة ومرقمة بترقيم المعجم المفهرس لألفاظ الحديث، مكتبة الإيمان بالمنصورة.
٢٢. طبقات الفقهاء، لأبي اسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي (ت: ٤٧٦ هـ) هذبته: محمد بن مكرم ابن منظور (ت: ٧١١ هـ) المحقق: إحسان عباس الناشر: دار الرائد العربي، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٩٧٠.
٢٣. الطبقات الكبرى، لأبي عبد الله محمد بن سعد بن منيع الهاشمي بالولاء، البصري، البغدادي المعروف بابن سعد (ت: ٢٣٠ هـ)، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٠ هـ - ١٩٩٠ م.
٢٤. الطرق الحكمية لمحمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (ت: ٧٥١ هـ) دار الكتاب العربية بمصر ١٣١٨ هـ الناشر المؤسسة العربية للطباعة والنشر.

٢٥. ظهير شريف رقم ١.٠٢.٢٥٥ صادر في ٢٥ من رجب ١٤٢٣ (٣ أكتوبر ٢٠٠٢) بتنفيذ القانون رقم ٢٢.٠١ المتعلق بالمسطرة الجنائية المغربية.
٢٦. الفقه الإسلامي القضاء والحسبة، المؤلف: علي عبد القادر، الناشر: المؤسسة العربية للدراسات والنشر، الطبعة الأولى ١٩٨٦.
٢٧. القاموس المحيط: لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، الطبعة الرابعة، مطبعة دار المأمون، ١٣٥٧هـ - ١٩٣٨م، الناشر المكتبة التجارية بالقاهرة.
٢٨. قانون الإجراءات الجنائية الموريتاني، الجريدة الرسمية للجمهورية الإسلامية الموريتانية، بتاريخ ١٥ مايو ٢٠٠٧. العدد ١١٤٣.
٢٩. مجموعة الفتاوى لشيخ الإسلام أحمد بن عبد الحلیم ابن تيمية (ت ٧٢٨ هـ) جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصي ط الرباط عام ١٤٠١ هـ.
٣٠. مسند الإمام أحمد بن حنبل، لأحمد بن حنبل أبو عبد الله الشيباني، الناشر: مؤسسة قرطبة- القاهرة، الأحاديث مذيلة بأحكام شعيب الأرنؤوط عليها.
٣١. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي: لأحمد بن علي المقرئ الفيومي، الطبعة السادسة، المطبعة الأميرية، القاهرة، ١٩٢٥م.
٣٢. المغني لأبي محمد عبد الله بن احمد بن قدامة، (ت ٦٢٠ هـ) الناشر مكتبة الرياض الحديثة.
٣٣. المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، لأبي زكريا يحيى بن شرف بن مري النووي، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت. الطبعة الثانية، ١٣٩٢هـ، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٠ هـ - ١٩٩٠ م.
٣٤. نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الأملعي في تخريج الزيلعي، لجمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي (ت: ٧٦٢هـ)، قدم للكتاب: محمد يوسف البنوري، صححه ووضع الحاشية: عبد العزيز الديوبندي الفنجاني، إلى كتاب الحج، ثم أكملها محمد يوسف الكاملفوري، المحقق: محمد عوامة، الناشر: مؤسسة الريان للطباعة والنشر - بيروت - لبنان/ دار القبلة للثقافة الإسلامية- جدة - السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ/١٩٩٧م.

دور سمسرة الأوراق المالية كوسطاء للتداول في شراء الهامشي بسوق الأوراق المالية

(دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة)

إعداد

محمود فكرى عبد الصادق الشاهد

المقدمة

أولاً :- التعريف بموضوع البحث .

يسعى المستثمر في الأوراق المالية إلى تحقيق عائد مُرضي يضمن له ضمن حده الأدنى تعويض عن المخاطر التي يتعرض لها نتيجة استثماره، وفي الحقيقة لا يمكن تصور وجود استثمار يجمي صاحبه من المخاطر، حيث أنّ الاستثمار في الأوراق المالية بشكلٍ خاص يُعرّض المستثمرين لمخاطر متعددة منها ما قد ينجم عن تقلب الأسعار في الأوراق المالية المستثمر فيها، ومنها ما قد ينتج عن تقلبات أسعار الصرف بالإضافة إلى مخاطر القدرة على التخلص من الاستثمار في مدة زمنية معينة، لذا يصعب على المستثمر أن يحدد بدقة معدل العائد على الاستثمار، لأنّه يعمل في عالم يتسم بقدر من عدم التأكد بشأن المستقبل.

بل إنّ المخاطر التي قد يتعرض لها المستثمر في الأوراق المالية تتباين درجتها وقوتها وفقاً لنوع الاستثمار وزمنه - فالاستثمار في الأدوات المالية التقليدية غير الاستثمار في الأدوات المالية الحديثة ، والتداول العادي ليس كالتداول بالهامش - وشكل الأداة الاستثمارية وقناعة المستثمر في تحمل هذه المخاطر الناتجة عن رغبته في تحقيق عائد متوقع نتيجة عملية الاستثمار في الأوراق المالية.

ويقصد بالشراء الهامشي في سوق الأوراق المالية بأنه عبارة عن " شراء الأوراق المالية من خلال الحصول على تمويل لتغطية جزء من ثمن تلك الأوراق بضمان الأوراق المالية مقابل فائدة محددة " .

وأنّ هذا النظام - الشراء الهامشي - في مجمله العام قائم على أنّ المستثمر يستخدم أموال الآخرين لزيادة أرباحه ، فإذا ارتفع سعر السهم بشكل أسرع من قدر الفوائد التي يقوم بدفعها إلى شركات السمسرة فسوف يحقق الكثير من الأرباح ، فضلاً على أنّ معدل الفائدة التي يلتزم المستثمر بدفعها على الأموال التي اقتترضها تكون أقل مما لو اقتترضها هو بنفسه من البنك مباشرة .

وتتميز عملية الشراء بالهامش بارتفاع درجة المخاطرة فيها ، وأنّ هذه المخاطر لا تؤثر على المستثمر وحده ، بل تتعداه أحياناً إلى سوق الأوراق المالية والاقتصاد المحلي ، وهذه العملية تمثل إغراءً متزايداً لأطرافه وخاصةً عند انخفاض الأسعار والرغبة في تعظيم نسبة الربح ، ولذلك يُقبل عليها المستثمرون إقبالاً كبيراً .

إلا أنّ نظام الشراء بالهامش لا يكون ضرره ومخاطره واضحة وكبيرة بالنسبة للسمسار ، وذلك لأنّ هذا النظام يحتوي على آليات وإجراءات حماية ضد مختلف المخاطر ، تتمثل في اشتراط عدم انخفاض نسبة الهامش الفعلي عن هامش الوقاية المُحدّد مسبقاً ، وإذا انخفضت هذه النسبة فإنّ السمسار يقوم بطلب دفع مبلغ إضافي ، أو بيع جزء من محل الصفقة لزيادة نسبة الهامش الفعلي إلى مستوى هامش الوقاية .

كما أنّ البنك في الغالب يتعامل مع شركات سمسرة معروفة وذات مراكز قوية ، وعادةً ما تكون لها حسابات في البنك . أمّا بالنسبة للعميل المستثمر فهو مكمّن الخطر ، فإذا ما أخطأت توقعاته نحو الأسعار فإنّه سيلحق به خسارة كبيرة خاصةً وأنّه مدين للسمسار .

وبناء على ما سبق فإن الجهات المنوط بها تنظيم سوق الأوراق المالية قد وضعت العديد من الالتزامات على عاتق السماسر باعتباره هو وحده المسئول عن إتمام العمليات في البورصة وذلك تنظيماً لدوره كوسيط للتداول، وسوف نتناول في هذا البحث الالتزامات الواقعة على عاتق السماسر في عمليات الشراء بالهامش فحسب .

ثانياً : أهداف البحث :-

بما أن سوق الأوراق المالية يلعب دوراً بارزاً في عملية التنمية ، بحيث أصبحت درجة تطور الأسواق المالية مقياساً لدرجة انتعاش ورواج الاقتصاد في أي بلد ، من هنا تأتي أهمية هذه الدراسة التي تهدف إلى بيان التزامات سماسرة الأوراق المالية في عمليات الشراء بالهامش والعمل على إحكام هذه الالتزامات والتأكد من تطبيقها بطريقة تكفل حماية وتعزيز ثقة المستثمر الوطني في استثمار أمواله في سوق منظم للأوراق المالية ، لا أن يخسر أمواله في أسواق لا يعرف مدى نزاهتها وبالتالي يفقد الثقة حتى في التداولات التي تتم من خلال الأسواق الوطنية .

ثالثاً : المنهج الدراسي المتبع في هذا البحث:

١ - المنهج التحليلي التأصيلي:

اتبع الباحث المنهج التحليلي لمعرفة دور سماسرة الأوراق المالية كوسيط للتداول في إتمام عمليات الشراء بالهامش في سوق الأوراق المالية ، وأيضاً لفهم النصوص القانونية التي تتناول تنظيم ذلك ، وعند تناول الجانب النظامي أو القانوني اعتمد الباحث على ما ورد في تلك الأنظمة - سواء المصري أو الأمريكي- بتحليل النصوص، واستقراء ما ورد فيها، كما اعتمد الباحث أيضاً على المنهج التأصيلي: وذلك بتوثيق المعلومات والآراء من وجهات نظر رجال القانون سواء من خلال أحكام القضاء أو اجتهادات فقهاء القانون.

٢ - المنهج المقارن:

لقد اعتمد الباحث في هذا البحث على الأسلوب المقارن بالقانون الأمريكي ، ويرجع سبب اختيار القانون الأمريكي للمقارنة لعدة أسباب منها :-

١- أن الولايات المتحدة الأمريكية صاحبة أكبر وأكفأ أسواق للأوراق المالية على مستوى العالم ، والإطار القانوني للرقابة على تلك الأسواق يُعدُّ نموذجاً يُحتذى به في الكثير من الدول الأخرى ، وإننا نريد الاستفادة من تجربتهم في كيفية تنظيم عمل هذه الأسواق بصفة عامة .

٢- إنَّ النظام المالي في أمريكا قد مرَّ بفتراتٍ من الركود والكساد ، وواجه الكثير من الأزمات الاقتصادية مما شجَّعه على التطور من حيث وضع التزامات على عاتق السماسرة للتأكد من إتمام الصفقات خالية من أعمال الغش والاحتيال والتلاعب مما يضر بكفاءة الأسواق .

٣- كما يتواجد أكبر منتدى في العالم لفض المنازعات المتعلقة بالبورصة الأمريكية FINRA نستطيع أن نهتدي ونأخذ منه الكثير والكثير فيما يناسبنا ووضعنا الحالي ووضع الاقتصاد بشكل خاص.

رابعاً: إشكالية البحث:

تكمّن إشكالية البحث في أنّ ما يؤديه سمسرة الأوراق المالية - وسطاء التداول- من دور في تداول الأوراق المالية يُثقل كاهلهم بالعديد من الالتزامات التي يتعيّن عليهم الانصياع لها والالتزام بها للوصول إلى سوق كفاء يكون جاذباً للاستثمارات، وبعض هذه الالتزامات تُعدّ التزامات إدارية لا بد أن يلتزم بها الوسيط لكي يُرخص له الدخول في سوق الأوراق المالية ويستمر في عمله ، والبعض الآخر من الإلتزامات تُفرض على الوسطاء باعتبارهم مهنيين في مناسبة معاملاتهم التي يجرّونها في إطار الشراء بالهامش ، وإن الإخلال بالنوع الأول - الإلتزامات الإدارية - يترتب عليه مسؤولية الوسيط تجاه جهة الإدارة ، أما الإخلال بالنوع الثاني- الإلتزامات المهنية - فيترتب عليه مسؤولية الوسيط تجاه عميله الذي يرتبط معه بعلاقة عقدية .

خامساً: خطة البحث:

تضمنت هذه الدراسة مطلبين ، نتناول في المطلب الأول: الإلتزامات الإدارية، أما المطلب الثاني الإلتزامات المهنية، مختتمين بأهم نتائج هذا البحث.

المطلب الأول

الإلتزامات الإدارية^(٢٢٩).

بدايةً نقصد بالإلتزامات الإدارية تلك الإلتزامات التي تقع على عاتق الوسيط المالي ، سواء تلك التي تقع عليه بصورة عامة ، أو التي تقع عليه بمناسبة انخراطه في معاملات الشراء بالهامش ، وقد سُميت هذه الإلتزامات بـ "الإدارية" لأن الوسيط يلتزم بها تجاه الجهة الإدارية المُشرفة على نشاط الوسطاء ، فضلاً عن أن الإخلال بهذه الإلتزامات يؤدي إلى إمّا عدم الترخيص بمزاولة نشاط الوساطة أو سحب الترخيص أو تعليق النشاط لمدة محددة . ومن أهم هذه الإلتزامات الإلتزام بالتسجيل والإلتزام بتمكين جهة الإدارة من المراقبة كما سنوضح في هذا المطلب .

أولاً : الإلتزام بالتسجيل .

ليس لكل شخص أن ينخرط في وساطة الأوراق المالية ، بل إنّ القانون المصري والقانون الأمريكي - محل المقارنة - اتفقا فيما بينهما على أن هذه المهنة محتكرة للأشخاص الذين يتم تسجيلهم كوسطاء ماليين ، ويقصد من التسجيل في بحثنا هذا تثبیت معلومات عن الشخص الذي ينوي أن يصبح وسيطاً مالياً في سجلات رسمية عامة تمسكها جهة إدارية محددة قانوناً^(٢٣٠).

وعلى الرغم من عدم وجود خلاف بين القانونين - المصري والأمريكي- على ضرورة التسجيل كإجراء إداري وتنظيمي تجاه الجهة التي تملك حق إعطاء الترخيص للتعامل بالأوراق

(٢٢٩) للمزيد عن التزامات سمسرة الأوراق المالية ودورهم بشكل عام كوسطاء للتداول يراجع د. نادية محمد معوض ، دور سمسرة الأوراق المالية كوسطاء للتداول ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٣ ، ص٢٢٣ وما بعدها .

(٢٣٠) لمعنى مشابه لهذا التعريف يراجع الموقع الإلكتروني <http://www.businessdictionary.com>

حيث نص على أن التسجيل يعني:

Entering information relating to assignments deeds. Contracts of sale, judgments, mortgages, new securities, etc, in public record book.

المالية، إلا أن القانون المصري اختلف عن القانون الأمريكي من حيث الشروط المطلوبة، وحتى في إطار قانون واحد تختلف شروط الترخيص من وسيطٍ لآخر بحسب النشاط الذي يؤديه. فالشخص الذي يتعامل بنظام الشراء بالهامش - نظراً لحساسيته - يجب أن تتوافر فيه مجموعة من الشروط الإضافية لا يلزم توافرها في ما لا يتعامل بالهامش. كما لا يجوز لأي شخص أن يتقدم بطلب الترخيص لأن القانون قد حدّد الشخص الذي بإمكانه تقديم الطلب.

• والوضع في قانون رأس المال المصري رقم (٩٥) لسنة ١٩٩٢ فإن الوسيط في الشراء بالهامش ينطبق على شخصين هما السمسار وأمين الحفظ.

ففي هذا النطاق بيّن القانون المصري أن أيّاً من الأنشطة المبينة بالمادة (٢٧) من قانون سوق رأس المال لا يمكن مزاولتها إلا بعد التسجيل والحصول على الترخيص^(٢٣١)، وذهب هذا القانون إلى أن الوساطة في الأوراق المالية حكر على شركات المساهمة والتوصية بالأسهم، ولا يُرخص لغيرهم من الأشخاص، وهذا يعني أن القانون المصري على الرغم من عدم اعترافه للوسيط الفرد أن يعمل كوسيط مالي، فقد قصر هذا الحق على نوعين من الشركات^(٢٣٢).

^(٢٣١) حددت المادة (٢٧) من قانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ الأنشطة التي يشترط لممارستها الحصول على ترخيص من الهيئة فحاء نص المادة تسري أحكام هذا الباب على جميع الشركات العاملة في مجال الأوراق المالية، ويقصد بها الشركات التي تباشر نشاطاً أو أكثر من الأنشطة التالية:

- ترويج وتغطية الاكتتاب في الأوراق المالية.
 - الاشتراك في تأسيس الشركات التي تصدر أوراقاً مالية أو في زيادة رءوس أموالها.
 - رأس المال المخاطر.
 - المقاصة والتسوية في معاملات الأوراق المالية.
 - تكوين وإدارة محافظ الأوراق المالية وصناديق الاستثمار.
 - السمسرة في الأوراق المالية.
- ويجوز للوزير، بعد موافقة إدارة الهيئة إضافة أنشطة أخرى تتصل بمجال الأوراق المالية، وتقدم طلبات تأسيس هذه الشركات إلى الهيئة، وتبين اللائحة التنفيذية إجراءات وأوضاع تأسيسها والأحكام المنظمة لعملها والأعمال التي تدخل في تلك الأنشطة وبالفعل أضيف: نشاط تقييم وتصنيف وترتيب الأوراق المالية بموجب القرار الوزاري رقم (١٨٤) لسنة ١٩٩٥، كما أضيف نشاط إمسك سجلات الأوراق المالية بموجب القرار الوزاري رقم (٨٩١) لسنة ١٩٩٥، كما أضيف نشاط تقييم وتحليل الأوراق المالية ونشر المعلومات عن الأوراق المالية بموجب القرار الوزاري رقم (٦٣٢) لسنة ١٩٩٦، كما أضيف نشاط صناديق الاستثمار المباشر بموجب القرار الوزاري رقم (٩٣٥) لسنة ١٩٩٦، كما أضيف نشاط توريق الحقوق المالية بموجب القرار الوزاري رقم (٦٩٧) لسنة ٢٠٠١، كما أضيف نشاط الاستشارات المالية بموجب القرار الوزاري رقم (١٠١) لسنة ٢٠٠٧، كما أضيف نشاط صانع السوق بموجب القرار الوزاري رقم (٢٩٣) لسنة ٢٠٠٧، كما أضيف نشاط شركة خدمات الإدارة في مجال صناديق الاستثمار بموجب القرار الوزاري رقم (٢٩٥) لسنة ٢٠٠٧. (كما أضيف نشاطي الشراء بالهامش والبيع القصير بموجب قرار وزير التجارة الخارجية رقم ٥٥٣ لسنة ٢٠٠٢ والمستبدل بقرار وزير الاستثمار رقم ١٩٢ لسنة ٢٠٠٥ والمعدل بقرار وزير الاستثمار رقم ٨٤ لسنة ٢٠٠٧ الوقائع المصرية - العدد ٦٦ (تابع) في ٢٢/٣/٢٠٠٧ م).
- ^(٢٣٢) تنص المادة (٢٩) من قانون سوق رأس المال المصري على أنه "يشترط لمنح الترخيص المنصوص عليه في المادة السابقة على ما يأتي: ١- أن يكون طالب الترخيص شركة مساهمة أو شركة توصية بالأسهم".

وقد بيّن هذا القانون مجموعة من الشروط التي يجب توفرها في طالب الترخيص قبل تقديم الطلب منها:-

- أن يمتلك طالب الترخيص رأس المال الكافي للإنخراط في تعاملات الأوراق المالية ، فلقد أوجب القانون على الشركة ألا يقل رأس المال المصدر والمدفوع للشركة التي ترغب في مزاوله عمليات الشراء بالهامش عن خمسة عشر مليون جنيهاً^(٢٣٣)، وأن تحتفظ في كل وقت بالحد الأدنى لصافي رأس المال السائل وفقاً لمعايير الملاءة المالية الصادرة عن الهيئة^(٢٣٤).

ويتعيّن مراعاة أنّه في حالة انخفاض رأس مال الشركة السائل عن الحد المُشار إليه تلتزم الشركة بالتوقف عن قبول طلبات جديدة للشراء بالهامش . وفي هذه الحالة يجب على الشركة خلال خمسة أيام على الأكثر زيادة صافي رأس مال الشركة السائل إلى الحد الأدنى المقرر وإلا قامت الهيئة بمنع الشركة من مزاوله العمليات وإلغاء الموافقة الصادرة منها مع حقها في اتخاذ ما يلزم من إجراءات في هذا الصدد.

- كون العاملين لديه يملكون الخبرة المطلوبة من قبل الجهات المختصة^(٢٣٥) . ولكن يجب أن يلحظ أن الهيئة العامة للرقابة المالية ليست ملزمة بإصدار قرار الموافقة لكل من يقدم الطلب، حتى وإن توقرت فيه جميع الشروط المطلوبة، لأن قرار الموافقة مقيد بمدى حاجة السوق لنشاط طالب الترخيص، وبعد أن تتوفر جميع الشروط التي نصت عليها المادة (٢٩) من قانون سوق رأس المال يتم تقديم طلب الترخيص، والهيئة العامة للرقابة المالية هي الجهة ذات الإختصاص بمنح تراخيص العمل للوسطاء، وهي عندما تقدم إليها الطلب تصدر قرارها بالموافقة أو الرفض خلال ستين يوماً، وقرارها بالرفض غير قطعي وقابل للطعن أمام لجنة التظلمات، ولكن إذا أصبح قرارها قطعياً فُيُمنع الشخص من مزاوله نشاط الوساطة، وعلى رئيس الهيئة أن يصدر قراراً بوقف كل نشاط يتم بدون الترخيص، كما يجوز أن يتضمن قرار المنع غلق المكان الذي تتم فيه مزاوله النشاط غير المرخص به^(٢٣٦).

وإذا حدث أن فقد الوسيط أي شرط من الشروط التي نصّ عليها القانون الذي تم الترخيص بموجبه، فإنه يتم إنذاره بضرورة استكمال تلك الشروط خلال مدة تعينها الهيئة، وبعكس ذلك يتم وقف نشاط الشركة لمدة لا تتجاوز ثلاثين يوماً، وإذا لم يقم الوسيط بإزالة سبب الوقف خلال المدة التي عيّنتها الهيئة يجب عرض الأمر على مجلس إدارة الهيئة لإلغاء قرار الترخيص^(٢٣٧).

ويُلاحظ على القانون المصري أنّه لم يبيّن حكم حالة عدم إصدار قرار من الهيئة بالرفض أو القبول خلال تلك المدة، فهل هذا يُعدُّ قراراً بالرفض أم بالقبول، وهل أن طالب الترخيص يمكنه الطعن في هذا التصرف أم لا؟ وهذه الحالة يجب معالجتها في القانون المصري.

(٢٣٣) المادة ٢/٢٩٠ من اللائحة التنفيذية

(٢٣٤) المادة ٢/٢٩١ من اللائحة التنفيذية .

(٢٣٥) تنص المادة (٢/٢٩) من قانون سوق رأس المال المصري على أنه " أن يتوافر في القائمين على إدارة الشركة الخبرة والكفاءة اللازمة

على النحو الذي يصدر به قرار من مجلس إدارة الهيئة " .

(٢٣٦) نص المادة (٢٨) من قانون رأس المال المصري .

(٢٣٧) نص المادة (٣٠) من قانون رأس المال المصري

• إنَّ السمسار الذي يتعامل بنظام الهامش لا يتحمل إلتزاماً إدارياً إضافياً أكثر مما يتحملة غيره من السماسرة، لذا فإن القانون لا يطالبه بإلتزامات إضافية، وإن الشخص الذي يلعب دوراً أكبر من السمسار هو أمين الحفظ الذي يجب أن يكون واحداً مما يأتي^(٢٣٨):

١- البنوك المسجلة لدي البنك المركزي.

٢- الشركات الأجنبية التي تمارس مهنة أمين الحفظ بشرط خضوعها للرقابة على وفق المعايير المعتمدة لدي مجلس إدارة الهيئة.

٣- الشركات العاملة في مجال الأوراق المالية.

٤- الشركات التي تزاوّل نشاط المالك المسجل.

وأمين الحفظ الذي يسجل اسمه لكي يحصل على ترخيص لمزاولة نشاطي الشراء بالهامش والبيع القصير تقع عليه مجموعة من الإلتزامات الإضافية ، كما عليه تلبية مجموعة من الشروط التي لا يلتزم بها غيره من أمناء الحفظ ومنها:

١- على طالب الترخيص أن يقدم بياناً بصافي رأس ماله وإجمالي التزاماته في آخر يوم عمل في الشهر الذي يسبق طلب الترخيص.

٢- تقديم ما يؤكد أن لديه نظام اتصال فعّال، على وفق ما حدّدته القوانين، على أن يكون قادراً على تحقيق المتابعة والرقابة.

٣- تقديم بيان يثبت فيه خبرة العاملين لديه في مجال التعامل بنظام الهامش.

ويقدم الطلب الذي أرفق به هذه البيانات إلى الهيئة العامة للرقابة المالية، التي تصدر قرارها بالموافقة أو الرفض خلال أسبوعين من تاريخ تقديم الطلب، وأن الشروط السابقة هي الشروط التي يجب توفرها للحصول على الترخيص هي شروط إنشاء، ولكن هناك شروط والتزامات أخرى يجب توفرها في أمين الحفظ حتى تستمر أهليته في المتاجرة بنظام الهامش، وقد حددتها اللائحة التنفيذية كالآتي:

١- أن يحتفظ بنسبة من رأس المال الصافي: على أمين الحفظ طيلة المدة التي يزاول فيها نشاط الشراء بالهامش أن يحتفظ بصافي رأس مال يساوي (١٥%) من قيمة التزاماته على أن لا يقل عن (٧٥٠٠٠٠٠) جنيه، ويهدف القانون من وراء ذلك إلى توفير قدر من الضمان للدائنين في حال إفلاس الشركة.

إنَّ الحدود المبيّنة في الأعلى هي عبارة عن الحد الأدنى للمتطلبات المتعلقة برأس مال شركات الحفظ الأمين العاملة في مجال المتاجرة بنظام الهامش، وإذا حدث وانخفض صافي رأسمالها عن هذا الحد فإنه تقع عليها مجموعة من الإلتزامات:-

^(٢٣٨) المادة (٤٦) من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال والمادة (٤٦) مكرر من نفس اللائحة الصادرة بموجب قرار وزير التجارة الخارجية برقم (٥٥٤) لسنة ٢٠٠٠ وتعديلها بقرار وزير الاستثمار برقم (١٩٣) لسنة ٢٠٠٥ المنشور في الوقائع المصرية بالعدد (١٤٥) في ٢٩ يونية ٢٠٠٥ .

أ- **إخطار البورصة:** حيث يلتزم أمين الحفظ بموجب المادة (٢٩١)^(٢٣٩) بأن يخطر إدارة البورصة بشكل يومي عن حالته المالية وصافي رأس ماله، وفي حالة حدوث الإنخفاض فعليه تحديد سببه وكيفية معالجته.

ب- **التوقف عن قبول الطلبات الجديدة:** على أمين الحفظ فور إنخفاض رأس ماله التوقف عن قبول الطلبات الجديدة، وعليه أن يعالج ذلك خلال (٣٠) يوماً من حدوث الإنخفاض، وإلا فإن الأمر يُعرضُ على الهيئة العامة للرقابة المالية للبت في إلغاء الترخيص.

٢- **إخطار البورصة وشركة الإبداع والقيود المركزي** بشكل يومي عن كل العمليات التي تعتمد على الشراء بالهامش.

أمّا فيما يتعلق بالتشريع الأمريكي فإن الجهة التي تملك الصلاحية للترخيص بمزاولة نشاط الوساطة في الأوراق المالية هي هيئة بورصات الأوراق المالية (SEC) فيما يتعلق بالأنشطة التي تقع تحت صلاحياتها، (CFTC) بالنسبة للمتاجرة ببعض أنواع المشتقات المالية.

وقد أُلزم المشرع الأمريكي من خلال قانون بورصة الأوراق المالية كل من ينوي الدخول إلى أعمال الوساطة أن يسجل اسمه لدى هيئة بورصات الأوراق المالية (SEC)، ولكن القانون قد فرق بين فئتين من الوسطاء، وهما الوسطاء الذين يتخطى نطاق أنشطتهم حدود ولاية واحدة، فهم ملزمون بالتسجيل لدى الهيئة (والتي هي عبارة عن هيئة فيدرالية)، أما الفئة الثانية، أي الوسطاء الذين ينحصر نشاطهم في إقليم معين فلا يلزمون بذلك، بل يمكنهم الاكتفاء بالتسجيل والعمل على وفق القوانين والإجراءات المتبعة في كل ولاية^(٢٤٠)، أمّا الوسطاء الذين يتوسطون في المشتقات المالية فهؤلاء الوسطاء عليهم التسجيل لدى هيئة تجارة العقود المستقبلية (CFTC)، وإذا انخرط الوسيط في النشاطين معاً فعليه التسجيل لدى (SEC)، (CFTC)، لأن هيئة تجارة العقود المستقبلية تنظر إلى العقود المستقبلية باعتبارها عقوداً، أما (SEC) فهي تنظر إلى تلك العقود باعتبارها أوراقاً مالية.

^(٢٣٩) تنص المادة ٢٩١ من اللائحة التنفيذية من قانون رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ على " على أمين الحفظ الذي يزاول أياً من النشاطين المشار إليهما أن يحتفظ في كل وقت بصافي رأس مال لا يقل عن (١٥ %) من إجمالي التزامات و بحد أدنى ٧٥ ألف جنيه وفقاً للمعايير المبينة بالملحق رقم (٥) المرفق بهذه اللائحة.

وعليه أن يخطر الهيئة والبورصة بواسطة ربط إلكتروني بصافي رأس ماله ومجموع التزاماته يومياً وفي اليوم الأخير من كل شهر وكلما طلبت الهيئة والبورصة، وكذلك عند انخفاض صافي رأس ماله عن الحدود المنصوص عليها في الفقرة السابقة وأسبابه وكيفية معالجته، على أن عزز ذلك الإخطار خلال يومين بكتاب موقع من الممثل القانوني أو العضو المنتدب حسب الأحوال..."

^(١) SEC. ١٥. (a) (١) "It shall be unlawful for any broker or dealer which is either a person other than a natural person or a natural person not associated with a broker or dealer which is a person other than a natural person (other than such a broker or dealer whose business is exclusively intrastate and who does not make use of any facility of a national securities exchange) to make use of the mails or any means or instrumentality of interstate commerce to effect any transactions in, or to induce or attempt to induce the purchase or sale of, any security (other than an exempted security or commercial paper, bankers acceptances or commercial bills) unless such broker or dealer is registered in accordance with subsection (b) of this section".

وبهذا قد حدد القانون الأمريكي كيفية تقديم الطلب، حيث أوضح أن طلب الترخيص يتم من خلال ملء استمارة معدة مسبقاً من قبل الهيئة^(٢٤١)، والتي تسمى بـ استمارة (BD)^(٢٤٢)، وهي اختصار لكلمتي (Broker, dealer)، وهذا الترخيص لا يعد نافذاً إلا بعد حصول الوسيط على العضوية في إحدى البورصات أو في إحدى المنظمات ذات التنظيم الذاتي SROS^(٢٤٣).

وفي هذا يختلف القانون الأمريكي عن التشريع المصري لأن الترخيص بمزاولة نشاط الوساطة في القانون الأمريكي لا يعلق على حصول الوسيط على عضوية إحدى البورصات، بل إن الترخيص لا يتم تفعيله إلا بعد أن يصبح الوسيط عضواً في إحدى الجهات التي حددها القانون، وفي نظر الباحث أن الأجراء الوارد في القانون الأمريكي أدق وأفضل مما ورد في القانون المصري.

(٢)Sec (١٥) (b) (١) A broker or dealer may be registered by filing with the commission an application for registration in such form...".

^(٢٤٢)على وفق هذه الاستمارة يلزم الوسيط بتقديم معلومات وافية عن خلفية أعماله والأعمال التي ينوي القيام بها وأسماء الموظفين والعاملين لديه وخبراتهم العلمية والعملية وكما يطلب منه بأن يوضح فيما هل هو يتاجر بالعقود المستقبلية والاختيار أم لا ؟ .
^(٢٤٣)ويقصد بالمنظمة ذات التنظيم الذاتي وفقاً للقانون الأمريكي : بورصات الأوراق المالية والجمعيات المسجلة العاملة في مجال الأوراق المالية أو وكالة مسجلة للمقاصة .

فالمنظمات ذاتية الرقابة (SROs) – Self – Regulatory organizations يقصد بهذه المنظمات الجهات العاملة بسوق المال والتي تقوم بنوع من الرقابة الذاتية على أعمالها بوضع القواعد اللازمة لتنظيم أنشطتها والرقابة على أعضائها مثل البورصات ، جمعيات الأوراق المالية ، أسواق التداول خارج المقصورة ، شركات المقاصة والتسوية ، صناديق أو مؤسسات حماية المستثمرين
ويجب أن تستفيد الجهة الرقابية من وجود المؤسسات ذاتية الرقابة العاملة بالسوق ، ويجب أن تكون لتلك المنظمات بموجب القانون - صلاحية الرقابة والإشراف المباشر (Direct oversight) على أعمالها ، وعلى الأعضاء العاملين لدى كل منها ، كل في مجال نشاطه وأن يكون ذلك في حدود ما تسمح به طبيعة وحجم السوق ، ومستوى كفاءة النظم الرقابية في تلك المنظمات ، وذلك باعتبار أن المنظمات ذاتية الرقابة في سوق رأس المال هي من قنوات الرقابة التي==تتمارس من خلالها الجهة الرقابية على السوق عملها الرقابي ، ولذا فإن الجهة الرقابية يجب أن تتأكد من تأدية تلك المنظمات لوظائفها بحياد ونزاهة ، ووفقاً لمعايير الثقة والمسؤولية.
وجدير بالذكر أن النظام الرقابي الأمريكي على سوق رأس المال يعتمد إلى حد كبير على أعضاء السوق أنفسهم في تنظيم وممارسة رقابة ذاتية على أعمالهم ، من خلال مثل تلك المنظمات على عكس الناظم المصري الذي مازال يفتقر إلى ذلك وقد عرفت الفقرة (٢٦) من القسم (٣) من قانون بورصة الأوراق المالية هذا النوع من المنظمات بأنها:

"The term" self- regulatory organization" means any national securities exchange, registered securities association or registered clearing agency or (solely for purposes of sections ١٩ (b), ١٩(c) and ٢٣ (b) of this title) the Municipal securities rulemaking board established by section ١٥B of the title".

ومن أهم المنظمات ذات التنظيم الذاتي هي (finra) والتي هي اختصار لكلمة (Financial Industry Regulatory Authority) وهي عبارة عن أكبر هيئة رقابية مستقلة لجميع شركات الأوراق المالية والتي تهدف إلى حماية المستثمرين عن طريق إجراء معاملات الأوراق المالية بكل أمانة ونزاهة ، وهي تراقب حوالي (٤٥٦٠) من شركات الوساطة المالية وحوالي (١٦٣٤٦٥) من فروع لتلك الشركات وحوالي (٦٣٠٨٢٠) من الممثلين ، ويركز جانب كبير من نشاط هذه المنظمة على تقييف المستثمرين ، كما تحاول أن تقوم وبشكل استباقي بمعالجة المشاكل التي من الممكن أن تؤدي إلى الإضرار بالسوق والمستثمرين ، وهذه الهيئة تؤدي عملها من خلال (٢٠) مكتب منتشرين في الولايات المتحدة الأمريكية وتدير أعمالهما من خلال (٣٠٠٠) موظف وتتفق أموالاً طائلة في برامج تقييف المستثمرين .

انظر الموقع: www.finra.org

Phillip D.Parker The concept of self Regulation under the federal securities law SEC Institute for securities market development march ٢٠٠٢ , page ٢

في القانون الأمريكي تكون الهيئة ملزمة بالرد على طلب الترخيص خلال (٤٥) يوماً من يوم تقديمه، وفي حالة الرفض، على الهيئة أن تسبب قرارها، وعليها أن تخصص جلسة لاستماع اعتراضات طالب الترخيص^(٢٤٤)، لكن الهيئة ليست ملزمة بأن تمنح الترخيص لكل من طالب به، لأنها تصدر التراخيص وفقاً لاحتياجات الأسواق بالاستناد على توفر المتطلبات في طالب الترخيص، ولكن هناك بعض الحالات التي فيها تكون الهيئة ملزمة برفض طلب الترخيص، وهي الحالات التي حددها القانون، كما إذا استخدم طالب الترخيص في اسمه كلمات توهم العملاء^(٢٤٥)، وقرار الترخيص لمزولة نشاط الوساطة لا يصبح نهائياً، إلا بعد ستة أشهر، أو أن الوسيط يكون تحت التجربة والمراقبة لمدة ستة أشهر، وذلك لكي يتم التأكد من أن الوسيط لا ينوي التهرب من الأحكام القانونية المنظمة للمجال الذي هو ينوي التعامل فيه^(٢٤٦).

ويرى الباحث أن هذا التفصيل الدقيق لقواعد تسجيل الوسطاء ومراقبتهم في التشريع الأمريكي أكثر تفصيلاً من القواعد المقابلة لها في التشريع المصري وهذا مرده إلى الدور الذي يلعبه الوسيط في أسواق المال الأمريكية وكذلك مع حجم التداولات في تلك الأسواق.

ثانياً: الإلتزام بتسهيل عملية المراقبة

إن الوسيط المالي باعتباره شخصاً مهنيًا في مجال تداول الأوراق المالية فإن تصرفاته تؤثر في حالة السوق سلباً وإيجاباً، لذلك فقد نصَّ القانون الأمريكي - محل المقارنة - على ضرورة قيام الجهة المشرفة على مراقبة أعمال الوسيط المالي لكي يلتزم الأخير بتسهيل هذه المهمة.

وكذلك نصَّ القانون المصري على ضرورة التزام الوسيط بالخضوع للمراقبة وتسهيلها، ولكن يرى البعض أن ضعف القواعد القانونية فيما يتعلق بتحديد العقوبات عند حدوث المخالفات قد سبب في الكثير من حالات التلاعب بأموال العملاء، وذلك على الرغم من أن القانون قد أعطى الصلاحية لهيئة الرقابة المالية بمعاينة شركات السمسرة^(٢٤٧).

وقد نصت المادة (٤٤) من قانون سوق رأس المال المصري على حق الهيئة العامة للرقابة المالية في الرقابة على الشركات الخاضعة لقانون سوق رأس المال، إلا أنه لم يبيّن التزام تلك الشركات ولا سيمًا شركات السمسرة بتسهيل عملية الإشراف والرقابة^(٢٤٨)، ولكن ذهبت المادة

(b) (١٥) Act ١٩٣٤.(٢٤٤)

(٢٤٥) هناك بعض العبارات التي يحظر على الوسطاء استعمالها كاستخدام كلمة (الوطنية) و(الولايات المتحدة) و(البنك الاحتياطي)

وغيرها من التعابير والمصطلحات التي من شأنها إيهام العميل بشأن هوية الوسيط (b) (١٥) Act ١٩٣٤.(٢٤٦)

c) (٢) Act ١٩٣٤.(٢٤٧)

(٢٤٧) عبدالرحمن شلبي، شركات سمسرة تستغل ضعف الرقابة الحكومية وتتلاعب بأسهم ومصالح المستثمرين، مقال منشور على الموقع

الإلكتروني www.arizj.net آخر زيارة للموقع كانت في ٢٥ / ١٢ / ٢٠١٥

(٢٤٨) تنص المادة (٤٤) من قانون رأس المال المصري على " مجلس إدارة الهيئة، هو السلطة المختصة بشئونها وتصريف أمورها، وله

أن يتخذ ما يراه لازماً من قرارات نهائية لمباشرة اختصاصات الهيئة وتحقيق أغراضها، وعلى الأخص:

١- وضع السياسة التي تدير عليها ممارسة اختصاصاتها وما يتصل بذلك من خطط وبرامج.

٢- وضع قواعد النفتيش والرقابة على الشركات الخاضعة لأحكام هذا القانون

٣- تحديد مقابل الخدمات التي تقدمها الهيئة.

٤- وضع القواعد الاستعانة بالخبراء وطلب الاستشارات التي تعين الهيئة على قيامها بوظائفها.

٥- الموافقة على مشروع الموازنة السنوية للهيئة.

(٢٩٠) من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال المصري إلى فرض التزام على أمين الحفظ الذي يزاول أيًا من نشاطي الشراء بالهامش والبيع القصير بضرورة تسهيل أعمال المراقبة والتفتيش فنصت على أنه " ويقدم طلب أمين الحفظ بالموافقة على مزاوله أي من النشاطين المشار إليهما إلى الهيئة مرفقاً به .. بياناً بالنظام الفني لمعالجة المعلومات وما يفيد وجود خط ربط إلكتروني بين الطالب والهيئة والبورصة وشركة الإيداع والقيود المركزي بما يحقق المتابعة والرقابة، وكذلك ما يفيد وجود نظام تسجيل هاتفي على النحو الوارد بالمادة (٢٦٣) من هذه اللائحة." هذا يعني أن موقف أمين الحفظ من المراقبة والتفتيش ليس موقفاً سلبياً فقط، بل إن القانون قد ألزمه بأن يرتب نظاماً فنياً لتسهيل على الجهات المختصة مراقبة أعماله^(٢٤٩).

ونخلص من هذا النص أن المشرع المصري قد أحسن صنعا في فرضه عدة التزامات على شركات السمسرة - الوسطاء الماليين - في مواجهة البورصة والهيئة العامة للرقابة المالية تسهياً لعملية المراقبة وتمثل في :-

- ١- تمكين البورصة والهيئة من الإطلاع والحصول على جميع المعلومات والبيانات والمستندات المتعلقة بعمليات الشراء بالهامش في جميع الأوقات . وكذلك يتعين عليها - بناءً على طلب الهيئة أو البورصة - توفير تلك البيانات عن طريق خط الربط الإلكتروني .
- ٢- تلتزم الشركة بموافقة الهيئة العامة للرقابة المالية بنموذج العقد الذي ترغب في التعامل به للتحقق من تضمينه للشروط والأحكام المنصوص عليها في المادة (٢٩٦) من اللائحة التنفيذية^(٢٥٠) ، وذلك قبل استخدام هذا النموذج ، وللهيئة إدخال التعديلات اللازمة على هذا النموذج .

ويكون لمجلس الإدارة بالنسبة إلى الهيئة الاختصاصات المقررة بالقانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٧٦ .

ولمجلس الإدارة أن يعهد إلى عضو أو أكثر من بين أعضائه القيام بمهمة محددة .

^(٢٤٩) إن إعاقة عمل الجهات المختصة في التدقيق ومراجعة المعلومات تُعدُّ بحد ذاتها عملاً منشأً للمسؤولية الجزائية . للمزيد يرجع د. منير أبو ريشة ، المسؤولية الجنائية للوسطاء الماليين في عمليات البورصة ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ٢٠٠٧ ص ٢٠٧ وما بعدها .

^(٢٥٠) تنص المادة ٢٩٦ على " على أمين الحفظ أن يعيد تقييم الأوراق المالية محل الشراء بالهامش في نهاية كل يوم عمل وفقاً لقيمتها السوقية فإذا تبين له نتيجة لانخفاض القيمة السوقية لهذه الأوراق أن مديونية العميل قد تجاوزت (٦٠ %) من قيمتها السوقية بسعر الإقفال محتسباً على أساس المتوسط المرجح وجب عليه إخطار العميل بتخفيض هذه النسبة سواء بالسداد النقدي أو بتقديم ضمانات، وعليه اتخاذ هذا الإجراء إذا بلغت النسبة (٨٥ %) بالنسبة للسندات الحكومية .

ولأمين الحفظ في الحالات التالية اتخاذ إجراءات بين الأوراق المالية وتسجيل الضمانات المقدمة من العميل للوصول بنسبة مديونيته إلى (٥٠ %) بالنسبة للأوراق المالية (٨٠%) بالنسبة للسندات الحكومية أو أقل: =

(أ) إذا لم يتم العميل بتخفيض نسبة مديونيته عن النسبة المشار إليها في الفقرة السابقة وذلك بعد مرور يومى عمل من إخطاره ولم يقدم ضمانات إضافية.

(ب) إذا بلغت نسبة مديونية العميل (٧٠ %) من القيمة السوقية للأوراق المالية أو (٨٥%) من القيمة السوقية للسندات الحكومية.

وتقوم إدارة البورصة باتخاذ الإجراءات اللازمة في حالة فقد الورقة المالية لأحد الشروط أو المعايير التي تضعها البورصة للتعامل على هذه الورقة وفق نظام الشراء بالهامش .

وللبورصة بعد موافقة الهيئة وفي الأحوال التي ترى فيها لزوماً لذلك قصر وسائل تخفيض نسبة المديونية إما بالسداد النقدي أو بإحدى الضمانات الواردة والمقيمة، وفقاً للنسب الآتية:

- ٣- تلتزم الشركة بأن تخطر كلاً من الهيئة والبورصة في أول يوم عمل من كل أسبوع أو عند طلب الهيئة أو البورصة ما يلي :-
- قيمة المبالغ المتاحة للتعامل بالهامش ومصادرها وقيمة عمليات الشراء بالهامش التي قامت بتنفيذها .
 - إجمالي المبالغ المستحقة من عملاء الشركة بالهامش .
 - إجمالي القيمة السوقية للضمانات المقدمة من عملاء الشراء بالهامش .
 - نسبة مجموع المبالغ المستحقة من عملاء الشركة بالهامش إلى إجمالي القيمة السوقية للضمانات المقدمة منهم .
 - قيمة الأوراق المالية التي تم بيعها وقيمة خطابات الضمان التي تم تسيلها خلال الشهر ومدىونية العملاء الذين تم بيع أو تسيل هذه الضمانات لحسابهم .
- ٤- يجب على الشركة أيضاً أن ترفق بالإخطار الشهري إقراراً من العضو المنتدب والمدير المالي للشركة أو المسؤول بالبنك بأن كل البيانات المقدمة صحيحة ، كما يتعيّن عليها إرسال تقرير ربع سنوي بما تقدم مرفقاً به تقرير مراجعة من مراقب الحسابات إلى كل من الهيئة والبورصة خلال ٤٥ يوماً من نهاية كل ربع سنة (٢٥١) .

وعلى الرغم من عدم ورود نص في قانون بورصة الأوراق المالية الأمريكية على التزام الوسيط بتسهيل عملية المراقبة، إلا أنه قد نصّ على أن الوسيط أو الوكيل قد يتعرضان إلى وقف النشاط أو إلغاء الترخيص الممنوح له ما إذا قاما بتزويد الجهات المختصة بالمراقبة بمعلومات كاذبة ومُضللة، وهذا يعني أن على الوسيط أن يعمل على توفير المعلومات كلها، التي تسهل على تلك الجهات عمليات الرقابة (٢٥٢) .

ويرى الباحث أنّ أخطر مشكلة تواجه أسواق رأس المال عامة وسوق الأوراق المالية خاصة تكمن في الرقابة عليها ، ذلك أنّ الرقابة المفترضة في التشدد وإن كانت تحقق الأمان للمستثمرين وتضبط عمليات الغش والتلاعب إلا أنّها تصيب السوق بالركود . وعلى الصعيد الآخر فالسوق الذي يخضع لرقابة متساهلة بغية تنشيط عملياتها وتسهيل تداول الأوراق المالية فيها يُعدّ مرتعاً خصباً لاتفاقيات التلاعب والبيوع الوهمية وغيرها من العمليات غير المشروعة .

إذا فالمطلوب في هذا الشأن هو الرقابة الداخلية التي تمارسها أجهزة الإدارة بالسوق – كمكتب لجنة البورصة – مهمته دراسة أوضاع السوق وتقديم مقترحات وتوصيات وحماية الحقوق

(أ) " ١٠٠ % " من قسمة خطابات الضمان المصرفية غير المشروطة الصادرة عن البنوك وفروع البنوك الخاضعة لإشراف البنك المركزي.

(ب) " ١٠٠ % " من القيمة الحالية لأذون الخزنة.

(ج) " ٩٠ % " من الودائع البنكية.

(د) " ٧٠ % " من القيمة السوقية للأوراق المالية الأخرى التي يقبلها أمين الحفظ المرخص له بشرط أن تنطبق عليها المعايير التي تضعها البورصة وفقاً لأحكام المادة (٢٩٣) من هذه اللائحة.

وتسرى أحكام هذه المادة عند انخفاض القيمة السوقية للضمانات المقدمة من العميل ويجوز للهيئة تعديل النسب المشار إليها طبقاً لأوضاع السوق.

(٢٥١) . نادية محمد معوض ، مرجع سابق ، ص٢٥٥ وما بعدها .

(٢٥٢) SEC.١٥.(a)(٤)B Securities Exchange Act of ١٩٣٤.

والمصالح المشتركة ، حيث يجوز لها إيقاف أو تعديل أو إلغاء أيّة عملية تداول جرت على خلاف القانون . أمّا الرقابة الخارجية فهي التي تمارسها أجهزة متخصصة مثل الهيئة العامة للرقابة المالية ولجنة الأوراق المالية والبورصة في الولايات المتحدة الأمريكية^(٢٥٣) .

المطلب الثاني

الإلتزامات المهنية للوسيط في الشراء بالهامش

إنّ التعامل بالأوراق المالية ينطوي على قدر كبير من المخاطر، إذا لم يتم إلزام المتعاملين بقواعد قانونية من شأنها منعهم عن الإضرار بالعملاء، وبالنظام المالي للدولة بشكل عام . وبهدف تحقيق هذا الغرض فقد فرض القانون محل المقارنة - القانون الأمريكي - الكثير من الإلتزامات على الوسطاء الماليين باعتبارهم ذوي الخبرة في الموضوع.

كما أنّ نشاط الشراء بالهامش يعتبر جزءاً من معاملات البورصة فإنّه يفرض على الوسيط الإلتزام بمجموعة من الإلتزامات الإضافية التي لا يلتزم بها غيره من الوسطاء الذين لا يتعاملون بهذا النظام، ويتم ذلك دون أن يؤدي إلى إعفاء من الإلتزامات العامة التي يجب على كل الوسطاء الإلتزام بها، وهذه الإلتزامات بمجموعها تهدف إلى تأمين سلامة ونزاهة المعاملات بما يكفل في النهاية حماية أطراف التعامل والنظام الاقتصادي بشكل عام، وسنجد تلك الإلتزامات في الآتي:

أولاً: الإلتزام بقواعد السوق وعدم الإضرار بالعملاء .

إذا كان السوق المالي هو البيئة التي يعمل فيها الوسيط مع عشرات المتعاملين الآخرين، فإنّ هذا السوق لا بد وأن يكون محكوماً بقواعدٍ تنظمه وتنظم سلوك من يعملون فيه، وقد لاحظنا من خلال هذه الدراسة أنّ القانون محل المقارنة - القانون الأمريكي - قد أحاط العمل والتعامل في هذا السوق بعشرات القواعد المنظمة له، ولذلك فمن البديهي أن يكون أول الإلتزامات المهنية للوسيط في نشاط الشراء بالهامش هو الإلتزام بالقواعد التي تحكم سوق هذه التجارة، ويرتبط بهذا الإلتزام إلزام آخر يجب على الوسيط الإلتزام به، ويتمثل في عدم الإضرار بالعملاء ، ووجه ذلك الإرتباط هو أنّ قواعد السوق إنما تهدف في جانب كبير منها إلى حماية العملاء ومنع الإضرار بمصالحهم من قبل الوسطاء المحتكرين للعمل في السوق ، ولتسليط المزيد من الضوء على تفاصيل هذا الإلتزام وموجباته نقسم هذا الإلتزام إلى قسمين نبحث في أولهما الشق الأول من الإلتزام (الإلتزام بقواعد السوق) قبل الإنتقال إلى الشق الثاني وهو (عدم الاضرار بالعملاء) .

أ- الإلتزام بقواعد السوق .

إنّ وسيط الأوراق المالية عند تعامله مع العملاء ملزم بأن يلتزم بقواعد السوق التي من شأنها تحقيق التعامل العادل مع العملاء ، ومن ضمن هذه القواعد: ضرورة تسجيل أوامر العملاء وتنفيذها بحسب تاريخ تسجيلها لديه^(٢٥٤)، وهو في هذا المجال يحظر عليه أن يقدم أمراً على آخر، فتاريخ التسجيل هو المعيار الوحيد في تنفيذ أوامر العملاء، وفي نشاط الشراء بالهامش يلعب هذا

^(٢٥٣) لمزيد من التفصيل عن الرقابة الخارجية يراجع د. فادي توكل، الرقابة الخارجية لحماية المساهمين في شركات المساهمة ، دار النهضة العربية ، ٢٠١٣ .

^(٢٥٤) المادة (٩١) من اللائحة التنفيذية لقانون رقم (٩٥) لسنة ١٩٩٢ م .

الالتزام دوراً أكبر مما يلعبه في الأنشطة والمجالات الأخرى، لأنَّ الوسطاء الماليين تتحدد قدرتهم في تقديم الائتمان وفقاً لقدراتهم المالية، لذا فإنَّ الوسيط الذي يقدم الائتمان مطالب بالحفاظ على قدر من رأس المال الصافي، لذلك قد يضطر الوسيط في بعض الأحيان إلى الإمتناع عن قبول طلبات الشراء بالهامش والطلبات الأخرى إذا جعل قبول هذا الطلب من رأس ماله دون المستوى المطلوب، وإذا قدم الوسيط طلباً على آخر وقدم اللاحق على السابق من حيث التاريخ ربما يسبب بعمله هذا حرمان الأحق من أن يستفيد من مزايا الشراء بالهامش، وإذ حدث ذلك فإنَّ الوسيط يكون مسؤولاً أمام الجهة الإدارية وأمام العميل.

أمَّا الالتزام بمكان التداول وأوقاته فيُعَدُّ من الالتزامات الأخرى التي على الوسيط الالتزام بها، وكذلك على الوسيط عند تنفيذه للأوامر أن يحرص على عدم إرباك السوق من خلال تنفيذ المضاربات الوهمية^(٢٥٥)، كما أنَّ الوسيط المالي لا يمكنه أن يخرج عن السوق إلا بعد أن يوفي بجميع التزاماته، ويتم التثبيت من تبرئة ذمته المالية تجاه المتعاملين معه، سواء من العملاء أو من الجهات الإدارية^(٢٥٦)، لذلك فإنَّ القانون الأمريكي - محل المقارنة - يفرض على الوسيط الاحتفاظ برأس مال صافٍ في كل الأوقات، على أن يكون مناسباً مع النشاط الذي ينخرط فيه الوسيط، وإنَّ الوسيط الذي يعمل بنظام الشراء بالهامش مطالب بأن يكون لديه رأس مال أكبر من الوسطاء الذين لا يعملون على وفق هذا النظام، لأن درجة المخاطر ترتفع في هذا النوع من المتاجرة.

ب- عدم الإضرار بالعملاء .

الإلتزام بعدم الإضرار بالعملاء تندرج تحته مجموعة من الإلتزامات الفرعية، والتقيد بمجموع هذه الإلتزامات يحقق حماية العملاء من التصرفات الضارة التي قد تصدر من الوسيط إن لم يكن هناك وجود لهذا الإلتزام، ومن بين تلك الإلتزامات بعدم التوسط لمصلحته الشخصية إلا في الحدود التي رسمها القانون، وكذلك الإلتزام بإخبار العميل عند وجود تعارض بين المصالح، وستناول هذين الإلتزامين من خلال البندين الآتيين، ولكن هذا الإلتزام الرئيسي لا يتفرع إلى هذين الإلتزامين فحسب، بل هناك الإلتزام بالامتناع عن المضاربات الوهمية وعدم استعمال المعلومات الداخلية للشركات وغيرها، إلا أن المقام لا يتسع لبحث جميع التفاصيل الفرعية.

البند الأول: عدم التوسط لحسابه إلا في الحدود التي رسمها القانون: من مظهر تحقيق التعامل العادل وعدم الإضرار بالعملاء إلزام الوسيط بعدم التوسط لحسابه الخاص إلا في بعض الحالات.

واللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال المصري أكثر صراحة في الحكم بعدم قانونية توسط الوسيط لحسابه الخاص، لم يفرق في هذا بين المركز الذي يتخذه الوسيط فيما هل هو يتخذ مركز البائع أم المشتري، وكذلك لم يفرق بين تنفيذ المعاملة بصورة مباشرة من قبل الوسيط أم من قبل شخص آخر يسيطر عليه^(٢٥٧).

^(٢٥٥) القسم (٩) من قانون بورصة الأوراق المالية الأمريكي لسنة ١٩٣٤ وكذلك المادة (٩٣) من اللائحة التنفيذية لقانون رأس المال المصري التي تنص على " تقوم الهيئة بمراقبة سوق التداول والتأكد من أن التعامل يتم على أوراق مالية سليمة ، وأن عقد العمليات في البورصة غير مشوب بالغش أو النصب أو الاحتيال أو الاستغلال أو المضاربات الوهمية "

^(٢٥٦) المادة (٣٣) من القانون رقم (٩٥) لسنة ١٩٩٢

^(٢٥٧) المادة (٩٠) من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال المصري والتي تنص على " يحظر على شركة السمسرة اتباع سياسة أو إجراء عمليات من شأنها الإضرار بالمتعاملين معها أو الإخلال بحقوقهم ، كما يحظر عليها عقد عمليات لحسابها الخاص "

وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة القاهرة الاقتصادية بالجلسة المنعقدة يوم ٢٠١٤/٤/١٦ في الدعوى المرفوعة من السيد / ضد أولاً :- السيد / رئيس مجلس إدارة شركة لتداول الأوراق المالية بصفته ثانياً :- العضو المنتدب لشركة لتداول الأوراق المالية بصفته ثالثاً :- السيد الأستاذ / رئيس الهيئة العامة للرقابة المالية بصفته . تخلص واقعة النزاع في أن المدعى أقام الدعوى الماثلة بموجب صحيفة استوفت أوضاعها الشكلية ووقعت من محام وأودعت قلم كتاب هذه المحكمة بتاريخ ٢٠١٣/١٠/٩ طلب المدعي في ختامها الحكم بإلزام المدعى عليهما الأول والثاني بأن يؤدي للمدعى مبلغ و قدره مليون جنيه كتعويض نهائي عن الأضرار المادية والأدبية التي أصيب بها المدعى مع شمول الحكم بالنفاذ المعجل تطبيقاً من قيد الكفالة مع إلزام المعلن إليهم ثانياً وثالثاً بالمصروفات و مقابل أتعاب المحاماة مع حفظ حقوق الطالب الأخرى ، وذلك على سند من القول انه بموجب عقد فتح حساب مؤرخ ٢٠١٠/١/٣١ تعاقد المدعى مع الشركة المدعى عليها الأولى بغرض إدارة حساب شراء و بيع الأسهم خاصته و بالفعل قام بتحويل أسهمه و تجميدها في البنك الخاص بالشركة و وقع على عدة أوامر بيع و شراء على بياض حتى يتمكن مدير الفرع من إنهاء إجراءات بيع و شراء الأسهم ، وبالفعل باشرت الشركة التعامل علي حساباته حيث كانت تحقق خسائر إلا أن مسؤولي الشركة كانوا يبلغوه بتحقيقه لأرباح حتى توجه لمقر الشركة لسحب مبلغ نقدي حيث فوجئ برغبة مسؤولي الشركة في إستيقاعه علي عدد من أوامر البيع و الشراء لم يأمر بها، و تبين له أن حسابه خاسر فرفض التوقيع علي الأوامر و طالب برد قيمة الخسائر فرفض مسؤولي الشركة رد المبالغ كما رفضوا فك الحظر عن الأسهم خاصته، الأمر الذي دعاه لتقديم شكوى بهيئة الرقابة المالية و عقب فحص الشكوى تبينت الهيئة وجود تلاعب بعمليات البيع و الشراء و حددت مبلغ ٧٠٦٦.٣٥ جنيه ألزمت الشركة بردها إليه و بالفعل قامت الشركة بتاريخ ٢٠١١/٨/١٧ بعرض المبلغ عليه علي يد محضر فقام بإستلامه مع تحفظه بأن الخسائر تجاوز المائتي ألف جنيه و أنه قد ترتب علي تلاعب المدعى عليهم في حسابه أن أحقوا به أضراراً مادية و أدبية تمثلت فيما لحقه من خسائر وما فاتته من كسب و هو ما يستحق المدعى معه تعويضاً عن تلك العمليات بمبلغ مليون جنيه و هو ما حدا به لإقامة دعواه الماثلة بغية الحكم بطلابته سألقة البيان .

هذا ولما كان هذا السلوك من جانب الشركة المدعى عليها الأولى يُعد مخالفة للقواعد الواجب اتباعها طبقاً لقانون رأس المال و لائحته التنفيذية و من ثم يقوم به ركن الخطأ في جانبها لا سيما وقد نصت المادة (٩٠) من اللائحة التنفيذية لقانون سوق المال على أنه " يحظر علي شركة السمسرة إتباع أو إجراء عمليات من شأنها الإضرار بالمتعاملين معها أو الإخلال بحقوقهم كما يحظر عليها عقد عمليات لحسابها الخاص " .

كما نصت المادة (٩١) علي أنه " يجب علي شركة السمسرة تسجيل أوامر العملاء فور ورودها إليها و يتضمن التسجيل مضمون الأمر و اسم مصدره و صفته و ساعة و كيفية وروده إلي الشركة و الثمن الذي يرغب العميل التعامل به " .

وكذا فإن الشركة المدعى عليها لم تقدم ما يناقض ذلك أو ما يؤكد موافقة المدعى علي العمليات كما لم يثبت مصادقة المدعى علي رصيد حساب تلك العمليات .

أما بشأن ما ادعى به المدعى من قيام الشركة من مباشرة بعض عمليات البيع و الشراء علي أسهمه بغير علمه فإنه لما كان المدعى لم يدع بتزوير أيا من أوامر البيع و الشراء التي تستند إليها الشركة المدعى عليها بل علي النقيض من ذلك أقر و موكله أمام الإدارة المركزية لشكاوى المتعاملين و مكافحة الغش بهيئة الرقابة المالية بأن الأوامر موقعة منه وبمعرفة .

هذا ولا ينال مما تقدم ما ادعى به المدعى ووكيله من أن التوقيع علي هذه الأوامر قد جاء على بياض حيث أن ذلك لم يثبت بالأوراق كما لم يقدم المدعى ثمة دليل عليه، بل على النقيض من ذلك فقد ثبتت بالأوراق مصادقة المدعى علي رصيد تلك العمليات وقام بسحب و إيداع مبالغ لرصيده بعدها ، الأمر الذي يفيد موافقته علي العمليات التي تمت .

أمّا بشأن الأضرار المادية و الأضرار الأدبية التي أصابت المدعى من جراء الخطأ المشار إليه فإنّ المستقر عليه فقهاً و قضاءً أنّه " يكفي في تقدير التعويض عن الضرر الأدبي أن يكون مواسياً للمضروور و يكفل ردّ اعتباره ، و هو ما يتوافر بما يراه القاضي مناسباً في هذا الصدد تبعاً لواقع الحال و الظروف المناسبة و ذلك دون غلو في التقدير و لا إسراف ، و لو هذا التقدير ضئيلاً ما دام يرمز برمز إلى الغاية منه ، و يحقق النتيجة المستهدفة به " و لما كان ذلك و كان الثابت للمحكمة أن المدعى بصفته قد أصيب بأضرار مادية تمثلت في إلحاق خسائر بذمته المالية ورفض الشركة المدعى عليها الأولى جبرها لحين إلزامها من جانب هيئة الرقابة المالية و قد بلغت تلك الخسائر مبلغ ٧٠٦٦.٣٥ جنيه و عدم قيام المدعى باستثمارها خلال تلك الفترة إضافة لما تكبده المدعى من نفقات الشكوى لاسترداد حقه ، كما ثبت إلحاق أضرار أدبية بالمدعى تمثلت في حزنه على ما فاتته من كسب و ما لحقه من خسارة نتيجة عمليات التعديل الباطلة التي قامت بها الشركة المدعى عليها و هو ما تقدر المحكمة التعويض عن الضررين معاً بمبلغ عشرون ألف جنيه و تلزم به المدعى عليهما الأول و الثاني على نحو ما سيرد بالمنطوق و تنوه المحكمة لما هو ثابت بالأوراق من تسلم المدعى للمبلغ النقدي الذي قرره هيئة الرقابة المالية عقب عرضه عليه من المدعى عليه علي يد محضر .

فلهذه الأسباب حكمت المحكمة في مادة تجارية :-بالزام المدعى عليهما الأول و الثاني متضامنين بأن يوديا للمدعى مبلغ عشرون ألف جنيه تعويضاً عن الأضرار المادية و الأدبية و ألزمتها المصاريف و مبلغ ٧٥ جنيه مقابل أتعاب المحاماة و رفضت ما عدا ذلك من طلبات^(٢٥٨) .

البند الثاني: إخبار العميل عند وجود تعارض بين المصالح: إنّ الوسيط ملزم بالعمل على عدم نشوء تعارض للمصالح بينه وبين العملاء، وإذا حدث ذلك فيجب عليه أن يخبر العميل قبل تنفيذ الصفقة.

و القانون المصري قد ألزم الوسيط بالوقوف في موقف الحياد وأن لا يفضل أحداً على الآخر دون وجود مبرر موضوعي وقانوني يسمح له ذلك.

واللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال المصري جاءت أكثر وضوحاً، حيث نصت على أن الوسيط ملزم بأن يحرص على عدم نشوء التعارض للمصالح، وإذا حصل ذلك فعليه أن يخبر عميله بذلك، ويجب عليه أن يوقف النشاط الذي ينطوي على مثل هذا التعارض إلى ما بعد الحصول على الموافقة الكتابية من الشخص الذي يتم التعامل لحسابه^(٢٥٩)، ويقصد بالتعارض بحسب المفهوم الوارد في اللائحة أي تعارض لمصلحة العاملين والمديرين في الشركة مع مصلحة العملاء وكذلك

(٢٥٨) انظر الحكم الصادر في الدعوى رقم ٢٢٥١ لسنة ٢٠١٣ اقتصادية القاهرة الدائرة العاشرة الاقتصادية.

(٢٥٩) المادة (٢٣٣) من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال المصري والتي تنص على (على الشركة عند ممارستها لنشاطها المتعلقة بالأوراق المالية والمصرح لها به أن تعمل على تجنب نشوء أي تعارض في المصالح ، وألا تمارس نشاطاً ينطوي على مثل هذا التعارض إلا بعد الإفصاح عنه لعملائها أو للجمهور الذي يمكن أن يؤثر هذا التعارض في القرارات التي يتخذها بشأن التعامل في الأوراق المالية والحصول على موافقة كتابية من الشخص الذي يجري التعامل باسمه أو لحسابه) .

أي تعارض للمصالح بين العملاء، فإن حدث تعارض بين مصلحة العملاء، فعلى الوسيط أن يلتزم الحياد فيما بينهم^(٢١٠).

وقد ورد هذا الالتزام في القوانين الأمريكية أيضاً، ولكن بشكل غير مباشر، حيث نصّ عليه قانون بورصة الأوراق المالية^(٢١١)، والتنظيم (AC) Analyst Certification على أن الوسيط الذي يقوم بنشر أو توزيع أو تعميم تقارير تحليلية، عليه أن يوضح أن هذا التحليل عبارة عن الرأي الشخصي للمحلل، وعليه أن يوضح أيضاً فيما هل المحلل قد تلقى أجراً على عمله أم لا، وإذا كان الجواب بالإيجاب، فعليه أن يكشف عن اسم الجهة التي دفعت الأجر^(٢١٢).

وكما ذكرنا آنفاً أن هذا الالتزام الرئيسي لا يتفرع إلى هذين الإلتزامين فحسب، بل هناك الإلتزام بالامتناع عن المضاربات الوهمية وعدم استعمال المعلومات الداخلية للشركات وعدم اتباع أساليب تنطوي على العش والتدليس وغيرها، إلا أن المقام لا يتسع لبحث جميع التفاصيل الفرعية.

ثانياً : الإلتزام بالإعلام .

إنّ القرار الاستثماري السليم يعتمد بالدرجة الأولى على مدى توفر المعلومات المتعلقة بالصفحة التي ينوي العميل إبرامها، وبما أنّ الوسيط شخص ذو دراية وخبرة بمجال عمله، والعملاء ليسوا كلهم من الدرجة نفسها من حيث امتلاكهم الخبرة في تجارة الأوراق المالية ومعاملات الهامش، لذلك فإنّ الوسيط من أهم الأشخاص الذين فرض عليهم القانون هذا الإلتزام^(٢١٣)، لذلك فرض القانون الأمريكي على الوسيط التزامه بتوفير قدر من المعلومات الضرورية لعملائه لكي يقوموا بالتجارة في الوقت الملائم، وإن سقّف هذا الإلتزام يرتفع فيما يتعلق بالشراء بالهامش^(٢١٤)، لأنّ هذا النشاط الذي نحن بصدد بحثه ليس معروف الأبعاد لدى الكثير من العملاء.

^(٢١٠) المادة (٢٣٤) من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال المصري والتي تنص على (يقصد بتعارض المصالح كل موقف يمكن أن تتعارض فيه مصلحة الشركة أو مصلحة أي من المديرين أو العاملين بها عند ممارستها لنشاطها المرخص لها به مع مصلحة العميل أو يمكن أن تتعارض فيه مصالح العملاء الذين تقوم الشركة بتنفيذ العمليات لحسابهم على نحو يمكن أن يؤدي إلى تغليب مصلحة أحد هؤلاء العملاء على مصلحة عميل آخر أو يمكن أن يؤثر في حيدة الشركة سواء عند قيامها بعمل أو بالامتناع عنه أو عند إيدائها لرأي أو اتخاذها سلوك من شأنه أن يؤثر على قرارات العملاء أو الجمهور) .

^(٢١١) Section (١٥)b, Securities Exchange Act of ١٩٣٤.

^(٢١٢) See Regulation AC Rule ٥.٠١ – Certifications in Connection with Research Reports” A broker or dealer or covered person that publishes, circulates, or provides a research report prepared by a research analyst to a U.S. person in the United States shall include in that research report a clear and prominent certification by the research analyst containing the following;

A statement attesting that all of the views expressed in the research report accurately reflect the research analyst's personal views about any and all of the subject securities or issuers: and

A statement attesting that no part of the research analyst's compensation was, is, or will be, directly or indirectly, related to the specific recommendations or views expressed by the research analyst in the research report: or....”.

^(٢١٣) د. بلال عبدالمطلب بدوي ، الإلتزام بالإفصاح في سوق الأوراق المالية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ٢٠٠٦ ، ص ٨١

^(٢١٤) يرى البعض بأنه هناك اتجاه يهدف إلى تصنيف الإلتزام بالإعلام بثلاث درجات :-

ولقد نصّت اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال المصري على أنه "يحظر على الشركة إتباع أية أساليب في عملها تنطوي على الغش أو التدليس وبصفة خاصة: إخفاء أو تغيير أو الامتناع عن الإفصاح عن الحقائق الجوهرية المتعلقة بالتعامل على الأوراق المالية وبموجب هذا النص يمنع الوسيط من إخفاء المعلومات الجوهرية التي ترتبط بتعاملات العميل على الأوراق المالية، ولكن يظهر من اللائحة المصرية أنها فرّقت بين نوعين من المعلومات، وهي معلومات جوهرية وأخرى غير جوهرية، دون أن تحدد المعايير التي تتم من خلالها التفريق بين النوعين، تاركّة ذلك للجهة التي تفصل في النزاع، فما دام القانون قد فرّق بين المعلومات الجوهرية وغير الجوهرية، فمن الطبيعي أن يتغير مدى ونطاق تلك المعلومات من عميل لآخر بحسب درجة خبرة العميل في مجال تجارته، فكلما انخفض مستوى خبرة العميل كلما ارتفعت درجة إلزام الوسيط، ولا يكون الوسيط مدلساً لمجرد إعطائه بيانات غير صحيحة ما لم يكن لديه نية التضليل^(٢٦٥).

وفي المجال نفسه ألزم القانون المصري أمين الحفظ باعتباره وسيطاً بضرورة قيامه بتسليم العميل بياناً عند التعاقد، يوضح فيه معنى الشراء بالهامش، وعليه أن ينبه العميل بوجود المخاطر والمزايا التي تصاحب هذا النشاط إن وجدت، وكذلك عليه توضيح الأحكام الأساسية له التي تطبق على هذا النوع من المتاجرة، وقد جعل القانون هذا الإلتزام إلزاماً مستمراً، حيث بموجبه يلتزم أمين الحفظ بأن يزود العميل بالمعلومات الجدية كلما طرأ جديداً على الأحكام التي تتعلق بالتجارة^(٢٦٦)، وعليه أيضاً أن يخبر العميل بمبلغ العمولات والمصاريف وكيفية سدادها^(٢٦٧)، وعليه أن ينبه إلى نوع الأوراق المالية التي تُقبَل أو التي لا تُقبَل منه كضمان، والحالات التي يتم فيها مطالبته بضمانات إضافية^(٢٦٨)، وبذلك فإن الإلتزام بالإعلام والتبصير لا يقف عند مرحلة ما قبل إبرام العقد (مرحلة التفاوض)، بل إنّه الإلتزام مستمر يلتزم به الوسيط كلما طرأ تغيير على المعلومات السابقة التي قرأها الوسيط لعملية^(٢٦٩).

- ١- الإلتزام بالإعلام العام والذي هو عبارة عن التزام الوسيط بإعطاء معلومات عامة للعميل عن الصفقة التي ينوي إبرامها.
 - ٢- الإلتزام بالإعلام الخاص : وبموجبه يضع الوسيط في اعتباره حالة العميل ودرجة خبرته وحاجته للصفقة .
 - ٣- الإلتزام بالنصح والمشورة : ويتمثل في إرشاد وتوجيه العميل إلى إبرام الصفقة أو العدول عنها
- للمزيد يرجع د. أمال كامل عبدالله ، النظام القانوني لعقود مبادلة الأصول المالية المنقولة ، منشأة المعارف بالاسكندرية ٢٠٠٤ .^(٢٦٥) . " ويرى الباحث بأنّ الوسيط في حالة عدم إعطاء بيانات صحيحة يمكن مساءلته مدنياً على أساس الخطأ غير العمدي ووفق القواعد العامة للمسؤولية حتى وإن لم تتوافر لديه نية التضليل" . ويُراجع في ذلك أيضاً د. محمد تنوير الرافي ، مرجع سابق ، ص٥٦٦ . وما بعدها
- (٢٦٦) المادة (٢٩٢/ج) من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال والتي تنص على " تسليم العميل عند إبرام الاتفاق معه بياناً موضحاً فيه على وجه التفصيل مفهوم الشراء بالهامش أو اقتراض الأوراق المالية بغرض البيع بحسب الأحوال -المزايا والمخاطر والأحكام الأساسية لأيهما ، كما يجب إرسال هذا البيان لكل عميل من العملاء مرة واحدة على الأقل سنوياً وفور حدوث أية تعديلات في الأحكام الأساسية التي تضمنها البيان المُسلّم للعميل "
- (٢٦٧) المادة (٢٩٧) من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال المصري .
- (٢٦٨) المادة (٢٩٩/مكرر ٢) من اللائحة التنفيذية
- (٢٦٩) د. محمد تنوير الرافي ، مرجع سابق ، ص٥٦٦ .
- وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة القاهرة الاقتصادية ، حيث أسندت النيابة العامة للمتهم عدة اتهامات منها أنه لم يبرم عقد مكتوب مع العميل بشأن شراء الأوراق المالية بالهامش وفقاً للنموذج الاسترشادي الصادر عن الهيئة ، وذلك بالمخالفة لنص المادة ٢٥٦ من اللائحة التنفيذية للقانون والتي تنص على " تلتزم الشركة بإبرام عقد ففتح حساب مع كل عميل من عملائها يتضمن طبيعة التعامل بينهما وجميع التزامات

أمّا ما يتعلق بالقانون الأمريكي فهناك الكثير من القواعد التي تلزم الوسطاء بالإفصاح للعملاء عن المعلومات المرتبطة بتجارته، فمثلا المادة (١٩ - b) من قواعد (SEC) تنص على أنّ الوسيط ملزم بأن يفصح لعملائه عن مجموعة من المعلومات قبل السماح بفتح حساب في عقود الإختيار،

-
- وحقوق الطرفين بما يتفق مع أحكام القانون وهذه اللائحة ، وذلك على وثائق تعدها الشركة لهذا الغرض ، على أن يتضمن العقد المشار إليه بالإضافة إلى البيانات الواردة بالمادة ٢٢٩ مل يلي :
- التزام الشركة بشراء وبيع الأوراق المالية باسم ولحساب العميل .
 - تحديد أهداف العميل الاستثمارية .
 - تحديد ما إذا كان العميل يرغب في شراء أوراق مالية أجنبية .
 - التزام الشركة ببذل أقصى درجات العناية في تنفيذ أوامر العميل .
 - تحديد عمولة الشركة عن الخدمات التي تؤديها .
 - بيان الأسلوب المتفق عليه في التراسل بين الطرفين وفي تسليم أوامر العميل إلى الشركة .
 - جهة حفظ أسهم العميل .
 - أسلوب تسوية أو حسم المنازعات التي تنشأ بين الطرفين عند تنفيذ أحكام الاتفاق .
- لهذه الأسباب حكمت المحكمة غيابياً بتغريم المتهم مبلغ خمسون ألف جنيه عن الجرائم المنسوبة إليه بوصف وقيد النيابة العامة وألزمته المصروفات الجنائية. (انظر الحكم الصادر في الدعوى رقم ٦٧٦ لسنة ٢٠١٣ جنح اقتصادية القاهرة الدائرة الأولى بتاريخ ٢٠١٣/٧/٢٨)

كما عليه أن يخبر عملائه بكل التعديلات التي تطرأ على قواعد المتاجرة^(٢٧٠). وعدم الإفصاح سوف يؤدي إلى قيام مسؤولية الوسيط في حال تعرض العميل للخسارة^(٢٧١).

أما على صعيد القضاء الأمريكي فإبداً للإلتزام بالإعلام يجد جذوره في نظرية تسمى بنظرية (shingle) فعلى الرغم من أن جذور النظرية ترجع إلى قضية أمام (SEC) في سنة (١٩٣٩)، إلا أن القضاء يطبقها باستمرار في قضايا التزام الوسطاء والتجار بالتعامل العادل والكشف عن المعلومات، ففي سنة (١٩٤٣) في قضية (Charles Hughes) ضد (SEC)، حيث قام الأخير بسحب رخصة الوسيط بسبب قيام الأول بفرض رسوم وأسعار غير حقيقية وإخفاء المعلومات المتعلقة بالصفقة التي أجراها معه عملائه، وبالمقابل فقد بادر الوسيط للطعن في القرار الذي أصدره (SEC)، وطالب بإلغاء قرار سحب الرخصة، وعندما عرضت القضية على محكمة الإستئناف ظهر أن القضية ذات شقين الأول: هو قيام الوسيط بفرض رسوم وأسعار باهظة على عملائه والثاني: هو عدم إعطاء المعلومات للعملاء عن الأسعار الحقيقية السائدة، وكان البعضيرى في حينه أن من المفروض على (SEC) أن تطبق أحكام المسؤولية الإئتمانية، لأن أحد طرفي القضية عميل غير عالم بجزئيات المتاجرة بالأوراق المالية، نظراً للمعلومات التي يملكها الوسيط بحكم كونه شخصاً مهنياً محترفاً، إلا أن الـ (SEC) قد حكم على أساس نظرية SHINGLE التي تركز على مكانة الوسيط المهنية وواجبه بالإفصاح الكامل عن المعلومات، لذلك رأت المحكمة أن تعاقد العميل مع الوسيط كان على وفق تلك النظرية يحمل في طياته إتفاق ضمني على أن الأسعار قد تحددت في جلسات تنافسية مفتوحة غير قابلة للاحتيال والاحتكار، وفي النهاية أبدت المحكمة

(١) See SEC rules, Rule ١٥c-١- options disclosure document," a. Information required in an options disclosure document. An options disclosure document shall contain the following information, unless otherwise provided by the commission, with respect to the options classes covered by the document: ١-A glossary of terms: ٢-A discussion of the mechanics of exercising the options ٣-A discussion of the risks of being a holder or writer of the options ٤- the identification of the market or markets in which the options are traded ٥-A brief reference to the transaction costs, margin requirements and tax consequences of options trading ٦-the identification of the issuer of the options ٧-A general identification of the type of instrument or instruments underlying the options class or classes covered by the document ٩- if the options are not exempt from registration under the securities act of ١٩٣٣ the registration of the options on form S-٢٠ and the availability of the prospectus and the information in part II of the registration statement and ١٠-b broker dealer obligations.

١-No broker or dealer shall accept an order from a customer to purchase or sell an option contract relating to an options class that is the subject of a definitive options disclosure document or approve the customer's account for the trading of such option, unless the broker or dealer furnishes or has furnished to the customer a copy of the definitive options disclosure document.

٢-If a definitive options disclosure document relating to and options class is amended or supplemented each broker and dealer shall promptly send a copy of the definitive amendment or supplement or a copy of the definitive options disclosure document as amended to each customer whose account is approval for trading the options class or classes to which the amendment or supplement relates. . مشار إليه لدى د. موفق خالد ،

مرجع سابق ، ص ١٧٥

William M. Humphrie, Op. Cit. p. ٣١٠^(٢٧١)

وجهة نظر الـ (SEC) في اعتمادها على نظرية (shingle) لأن تلك النظرية تفرض على الوسيط أن لا يبالغ في تحديد الأسعار وأن لا يخفي أية معلومة متعلقة بتجارة العميل، وبموجب تلك النظرية فإن الوسيط لا تبرأ ذمته إذا كشف عن بعض المعلومات واستبقى على البعض الآخر لديه^(٢٧٢) وإن هيئة بورصات الأوراق المالية قد أضافت شيئاً آخر لهذا الالتزام، وهو وجوب صياغة الوثائق التي تخصص للإفصاح بلغة قانونية سهلة بسيطة ومفهومة، وأن تبتعد قدر الإمكان عن المصطلحات الفنية أو القانونية التي لا يمكن فهمها بسهولة ممن وجه إليه^(٢٧٣). وأصبحت تعرض أمام هيئة التحكيم الأمريكية^(٢٧٤) بشكل مكثف النزاعات المرتبطة بعدم الالتزام بالإعلام ومحاولات الغش التي يقوم بها الوسطاء تجاه عملائهم^(٢٧٥).

ويتفق مسلك المشرع الأمريكي في هذا الصدد مع مسلك المشرع المصري، والذي قرر سريان الأحكام الواردة في الباب الحادي عشر من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال، والخاصة بحظر استغلال المعلومات الداخلية على جميع الشركات العاملة في مجال الأوراق المالية، والشركات المصدرة، وكذا على المتعاملين في سوق الأوراق المالية، من أشخاص طبيعيين وأشخاص اعتبارية وغيرهم من ذوي الصلة بسوق الأوراق المالية، كل على حسب طبيعة نشاطه، كما تجدر الإشارة إلى أن ذلك الحظر إنما ينطبق على شركة السمسرة نفسها و على مديرها والعاملين بها.^(٢٧٦)

ولذا نجد أن المشرعين المصري والأمريكي قد أحاطا حسابات وتعاملات العملاء بسياج من السرية، وحظراً إفشاء أي معلومات تتعلق بها، أو القيام بأي عمل يكون من شأنه إلحاق الضرر بمصلحة العميل أو بمصلحة أية أطراف أخرى.

(٢٧٢)Article ByFranklin D. Ormsten, SEC Shingle TheoryContinuing Viability Published on the website: <http://www.sacarbiration.com>.

(٢٧٣)Charles C. Tucher, The Evolution Of Legal Language, Colorado lawyer, by the Colorado lawyer and Colorado Bar Association January, ٢٠٠١, p. ٩٢-٩٣

(٢٧٤)يعرف التحكيم في سوق الأوراق المالية على أنه " اللجوء إلى جهة مختصة لفض المنازعات المتعلقة بالتعامل في سوق الأوراق المالية من قبل الأفراد والمؤسسات الاستثمارية المتعاملة في السوق ، سواء أكانت الجهة القائمة على فض المنازعات مفروضة من قبل المشرع أو تم الاتفاق عليها من قبل الأطراف المتنازعين " ، وتعدُّ الولايات المتحدة الأمريكية أول دولة تفر بنظام التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية ، حيث أن تاريخ العمل به يرجع إلى سنة ١٨٧١، للمزيد يُراجع د. صالح راشد الحمراي ، التحكيم الإجباري كوسيلة لفض المنازعات في سوق الأوراق المالية ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٩، ص ٢٦ وما بعدها .

(٢٧٥)تم تصنيف أهم المنازعات المرفوعة أمام تلك الهيئات خلال عشر سنوات حتى سنة ١٩٩٦ ، وقد ظهر بنتيجة التصنيف أنه من بين حوالي (٨٠٠٠) نزاع كانت نزاعات التوصية غير الملائمة لحالة العميل وإعطاء معلومات وبيانات كاذبة ومضللة وتكثيف الصفقات في حساب العميل من أجل زيادة العمولة والمتاجرة في حساب العميل دون تفويض من أهم النزاعات التي طُرحت على هذه الهيئات ، ومن هنا تظهر أهمية الالتزام بالإعلام ، نفس المرجع السابق ، ص ٣٩ الهامش رقم ٤١ .

(٢٧٦)انظر المادة (٢٤٤) من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال المصري .