

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والقانون

مجلة إلكترونية شهرية محكمة لنشر الدراسات الشرعية والقانونية / المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكداك ، العدد المزدوج : 142 / 143

❖ مواضيع العدد المزدوج :

- جريمة اختلاس الألقاب والوظائف .
- المسؤولية القانونية للشركة القابضة.
- مسطرة الصلح غير القضائي في إطار القانون.
- مفهوم الضحية : من منظور علم الضحية.
- تطبيق الآجال القانونية في الدعاوى الأسرية.
- عمارة الحائط المشترك في الفقه والقانون.

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والقانون

المجلد	المؤلف	العنوان
المجلد 142 / 143	الدكتور صلاح الدين دكداك	جريمة اختلاس الألقاب والوظائف
المجلد 142 / 143	الدكتور محمد جبري	المسؤولية القانونية للشركة القابضة
المجلد 142 / 143	الدكتور محمد كولفرني	مسطرة الصلح غير القضائي في إطار القانون
المجلد 142 / 143	الدكتور عمر العسري	مفهوم الضحية : من منظور علم الضحية
المجلد 142 / 143	الدكتور إحياء الطالبي	تطبيق الآجال القانونية في الدعاوى الأسرية
المجلد 142 / 143	الدكتور محمد كولفرني	عمارة الحائط المشترك في الفقه والقانون

العدد المزدوج : 143/142

❖ قواعد النشر وشروطه :

- المشاركة بمقالات مناسبة لتخصص للمجلة تراعي ضوابط البحث العلمي الأكاديمي.(ترسل في ملف word).
- إرسال نبذة من السيرة الذاتية لكاتب المقال.
- ألا يكون المقال مشتركاً أو سبق نشره على شبكة الإنترنت.
- معلومات الكاتب بالعربية والإنجليزية.
- ملخصين للمقال بالعربية والإنجليزية مع كلمات مفتاحية.
- ألا تقل الصفحات عن 3000 كلمة وأن لا تتجاوز 9000 .
- كتابة الهوامش بتقنية (word) لكل صفحة على حدة .
- إرفاق صورة لصاحب المقال.(اختياري).
- المراجعة اللغوية للمقال قبل إرساله.
- ترسل المساهمات إلى البريد الإلكتروني sldg55@gmail.com
- كل المقالات المنشورة تعبر عن آراء كاتبها ولا تعبر بالضرورة عن رأي مجلة الفقه والقانون.

اللجنة العلمية الاستشارية لمجلة الفقه والقانون :

- الدكتور صلاح الدين دكداك : مدير مجلة الفقه والقانون.
- الدكتور نور الدين الناصري : أستاذ جامعي بكلية الحقوق بسطات.
- الدكتور أحمد خرطة : أستاذ نظام التوثيق بجامعة محمد الأول بوجدة.
- الدكتور محمد كولفرني : أستاذ بكلية الشريعة بأكادير.
- الدكتور عمر العسري : أستاذ بكلية الحقوق السويسى بالرباط.
- الدكتور الميلود بوطريكي : أستاذ القانون الإداري بكلية الناظور.
- الدكتور إحياء الطالبي : أستاذ بكلية الآداب والحقوق بأكادير.

مجلة الفقه والقانون

www.majalah-droit.ma

ردمد : 2336-0615

بسم الله الرحمن الرحيم

العدد المزدوج 143/142

1. كلمة العدد المزدوج 143/142 ، بقلم مدير مجلة الفقه والقانون الدكتور صلاح الدين دكداك.....03

• دراسات وأبحاث بالعربية :

2. جريمة اختلاس الألقاب والوظائف والاتصاف بها بدون حق -دراسة تأصيلية تحليلية : مستشار دكتور

محمد جبريل إبراهيم ، نائب رئيس هيئة قضايا الدولة – مصر.....06

3. المسؤولية القانونية للشركة القابضة عن الشركات التابعة لها : د. أحمد إبراهيم محمد ، دكتوراه القانون

الجنائي - المملكة العربية السعودية.....39

4. مفهوم الضحية - دراسة من منظور علم الضحية : الدكتور الحسين خبان ، أستاذ زائر بجامعة ابن زهر

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية – أكادير.....66

5. الدفع بحجية الأمر المقضي : القاضي الدكتور رامي أحمد حجازي ، دائرة قاضي القضاة الأردنية ، المملكة

الأردنية الهاشمية.....77

6. مسطرة الصلح غير القضائي في إطار القانون رقم 18.12 بين الفعالية والحدودية : ابتسام كليولة ، باحثة

بصف الدكتوراه ، كلية العلوم القانونية والسياسية ، جامعة ابن طفيل - القنيطرة.....95

7. الأجل القانونية في الدعاوى الأسرية وإشكالية التطبيق - دعاوى الزواج وآثاره أنموذجا : إبراهيم

أوخراز ، باحث بسلك الدكتوراه كلية الشريعة ، جامعة سيدي محمد بن عبد الله - فاس.....110

8. أحكام عمارة الحائط المشترك في الفقه الإسلامي والقانون العقاري المغربي : جابر الأنصاري : باحث

بسلك الدكتوراه ، كلية الآداب والعلوم الإنسانية ، جامعة القاضي عياض - مراكش.....128

ترتيب المقالات يخضع لاعتبارات فنية

كل المقالات المنشورة نعبّر عن آراء كاتبها ولا نعبّر بالضرورة عن رأي مجلة الفقه والقانون

كلمة العدد المزدوج 143/142



بقلم مدير مجلة الفقه والقانون
الدكتور : صلاح الدين دكدالك

Email : Sldg55@gmail.com

www.majalah-droit.ma

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين و بعد ، نضع بين أيديكم العدد المزدوج 143/142 لشهري غشت / شتنبر 2024 من مجلة الفقه و القانون الدولية و قد شمل العدد الجديد العديد من الدراسات و الأبحاث الهامة من عدة كليات وجامعات ونخص بالذكر :

- كلية الحقوق – جامعة القاهرة – مصر.
- كلية الأنظمة – المملكة العربية السعودية.
- كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة ابن زهر – أكادير.
- دائرة قاضي القضاة الأردنية ، المملكة الأردنية الهاشمية.
- كلية العلوم القانونية والسياسية ، جامعة ابن طفيل – القنيطرة.
- كلية الشريعة ، جامعة سيدي محمد بن عبد الله – فاس.
- كلية الآداب والعلوم الإنسانية ، جامعة القاضي عياض – مراكش

- فشكرا لجميع الباحثين بالعالم الذين أكرمونا بتوجيهاتهم و بحوثهم ودراساتهم الأكاديمية القيمة الرصينة ، وساهموا في مزيد من التقارب والتواصل والتفاعل بين الباحثين في العلوم الشرعية والقانونية .
- ومن بين المواضيع القيمة التي ناقشها العدد الجديد ما يلي :
- جريمة اختلاس الألقاب والوظائف والاتصاف بها بدون حق -دراسة تأصيلية تحليلية.
 - المسؤولية القانونية للشركة القابضة عن الشركات التابعة لها .
 - مفهوم الضحية - دراسة من منظور علم الضحية .
 - الدافع بحجية الأمر المقضي .
 - مسطرة الصلح غير القضائي في إطار القانون رقم 18.12 بين الفعالية والمحدودية .
 - الآجال القانونية في الدعاوى الأسرية وإشكالية التطبيق - دعاوى الزواج وآثاره أنموذجا .
 - أحكام عمارة الحائط المشترك في الفقه الإسلامي والقانون العقاري المغربي .
- ختاما لا تنسوننا من دعائكم وتوجيهاتكم ، وجعلنا العلي القدير مثل البنيان المرصوص يشد بعضه بعضا.

مع تحيات المدير المسؤول

الدكتور صلاح الدين دكداك

المملكة المغربية ردمد : 0615-2336

www.majalah-droit.ma

❖ دراسات وأبحاث بالعربية :

**جريمة اختلاس الألقاب والوظائف
والاتصاف بها بدون حق - دراسة تأصيلية تحليلية**

**The crime of misappropriating titles and positions
and claiming them without right
Analytical original study**



مستشار دكتور¹ محمد جبريل إبراهيم نائب رئيس هيئة قضايا الدولة

عضو الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع

Doctor Consultant Mohamed Gebriel Ibrahim

Vice President of the State Litigation Authority

¹ Email : gebrelmohamed865@gmail.com

ملخص :

قد فطن المشرع لسلوكيات الكذب الجرد الذي يرتكبه البعض للإيهام بأنه ينتمي لوظيفة مرموقة ، أو أنه يحمل الأوسمة والنياشين السامية ، أو أنه يسمى بلقب من ألقاب الشرف والرتب ، فيقوم لتحقيق ذلك بالتدخل في الوظائف العامة ، أو إجراء عمل من مقتضياتها ، أو يقوم بلبس زي رسمي خاص بوظيفة أو رتبة معينة ، أو يعلق علامة مميزة لهذه الوظيفة بدون وجه حق ، أو يلقب نفسه بلقب أو صفة نيابية عامة . وكل هذه السلوكيات يرتكبها الفاعل بغرض تحقيق منفعة معنوية أو أدبية تتمثل في التباهي والتفاخر لسد نقص في نفسيته ، بدون أن يتحقق له أي منفعة مادية أو مالية من وراء ذلك ، وإلا تحققت بأفعاله جريمة النصب .

ولا شك أن هذه التصرفات تحط من قدر الوظائف الحكومية وتقلل من قدر الأوسمة والنياشين ، مما يهدد المصلحة العامة ، وهو ما حدا بالمشرع لتجريم هذه الأفعال وعاقب عليها بعقوبة الحبس أو الغرامة المالية .

الكلمات المفتاحية : جرائم الإيهام ، اختلاس الألقاب ، انتحال الصفات والوظائف .

summary :

The legislator has become aware of the behavior of mere lying committed by some people to make them believe that they belong to a prestigious job, or that they hold high medals or badges, or that they are called with a title of honor and rank. To achieve this, they interfere in public jobs, or perform an act that is required of them, or wear an official uniform. He is assigned to a specific job or rank, or attaches a distinctive sign to this job without right, or gives himself a general representative title or capacity.

All of these behaviors are committed by the perpetrator for the purpose of achieving a moral or moral benefit, represented by ostentation and ostentation, to fill a deficiency in his psyche, without achieving any material or financial benefit from that, otherwise the crime of fraud is committed by his actions.

There is no doubt that these actions degrade the value of government jobs and reduce the value of medals and medals, which threatens the public interest, which is what prompted the legislator to criminalize these actions and punish them with imprisonment or a fine.

Keywords: crimes of deception, misappropriation of titles, impersonation of qualities and jobs.

مقدمة :

تسود في بعض الأوقات فوضى الألقاب الكبيرة، والتسمى بالوظائف المرموقة بدون وجه حق ، وهو ما يعرف بإجرام الإيهام ، ويساعد على انتشار هذا الاجرام تهاون المجتمعات في التعامل مع هذه النوعية من الظواهر ، فمن المعتاد إنه إذا كانت هناك مصلحة مع شخص يتم مناداته بلقباً كبيراً لتعظيمه، بينما هو لا يملك أي مؤهلات لهذا اللقب ، كما فرضت علينا الأعراف العديد من الألقاب الغريبة ، حيث ينادي كل خريجي كليات الحقوق بالمستشارين ، وكل خريجي المدارس الصناعية والزراعية بالمهندسين ، و كل خريجي المعاهد الصحية بالدكاترة .

ولا أحد ينكر أن هذه الألقاب تكمل المظهر الاجتماعي للفرد ، وخاصة إذا كانت هذه الألقاب صحيحة ومستحقة، وقد تحصل عليها الشخص عن جدارة واستحقاق ، أما أن يقوم الشخص بادعائها وإلصاقها بنفسه بدون وجه حق ، ويصدقها ويغتر بها لزيادة وضعه الاجتماعي فذلك ما يحظره القانون بعد أن تم إلغاء الألقاب المدنية المجانية بعد ثورة يوليو 1952 .

وفي محاولة من المشرع لمحصرة الكذب الضار وتضخيم الذات الذي ينتهجه بعض الأفراد، فقد عمل المشرع على منع جرائم الإيهام بالارتباط والتداخل بالوظائف العمومية- المدنية منها والعسكرية- وكذلك منع التزوي علانية بكسوة رسمية بغير الانتماء للرتبة التي تخول لذلك ، أو حمل العلامة المميزة لعمل أو وظيفة علانية من غير حق ، وكذلك منع تقلد نشان من غير منح ، أو التلقب بلقب من ألقاب الشرف أو برتبة أو وظيفة أو صفة نيابية عامة من غير حق ، وكذلك منع التقلد علانية بغير حق أو بغير إذن من رئيس الجمهورية نشاناً أجنبياً، أو التلقب بلقب شرف اجنبي أو برتبة أجنبية .

وقد تسبب هذه السلوكيات نوع من فقد الثقة في المسميات الحقيقية بين أفراد المجتمع ، وكذلك فقد ثقة أصحاب الألقاب والوظائف الحقيقيين بأنفسهم بعد أن تنتشر وتعم فوضى الألقاب والوظائف بين كل من لا يستحقها، مما يحط من قدر الألقاب والوظائف .

ولا شك أن المشرع يهدف من وراء ذلك المنع والحظر ضمان استقرار المجتمعات ، ومنع انتشار الفوضى ، وحماية الثقة بين أفراد المجتمع ، ومنع التعدي على مسميات الوظائف ، وألقاب الأشخاص الحقيقيين ، ومن جهة أخرى منع بعض ضعاف النفوس من التباهي والتفاخر بدون سند .

الخلفية التاريخية للألقاب والنياشين والرتب :

في الحقيقة فإن الألقاب المدنية والنياشين والرتب لها جذور تاريخية عميقة في المجتمع ، وكانت قبل إلغائها في عام 1952 جزء لا يتجزأ من الحياة الاجتماعية و السياسية في البلاد ، ومنذ عهد محمد علي وحتى عام 1914 كان منح الرتب والنياشين للمصريين من حق السلطان العثماني وحده، أو ما أطلق عليه المصريون وقتها الباب العالي ، لكن بعد اندلاع الحرب العالمية الأولى ووضع مصر تحت الحماية البريطانية، أصبح الإنعام بالرتب والألقاب حقاً لسلطان مصر أو الملك بعد التحول للملكية .

وفي تاريخ 14 أبريل 1915، أصدر السلطان حسين كامل أمراً بإنشاء الرتب المدنية، وبعدها أصدر الملك فؤاد الأول الأمر الملكي رقم 3 لسنة 1923 لتحديد وتنظيم منح الرتب المدنية⁽¹⁾.
ونفاذاً لذلك فقد كان قانون العقوبات الصادر بالقانون رقم 55 لسنة 1931 يحظر استخدام الألقاب المدنية لغير الحاصلين عليها رسمياً ويضع عقوبات معينة تتراوح بين الغرامة والحبس لمن يصف نفسه بأحد الألقاب من دون وجه حق.

وفي الثاني من أغسطس 1952، صدر قرار رسمي يحمل رقم 68 لسنة 1952 بإلغاء الرتب والألقاب المدنية الرسمية وعلى رأسها الباشا والبك ، وكان هذا القرار الذي صدر عن وزارة أغلب أعضائها من حملة الرتب والألقاب المدنية يهدف - وفق المسؤولين وقتها- إلى القضاء على الطبقية وإقامة عدالة اجتماعية، وتم الاكتفاء بلقب "المحترم" في المكاتبات الرسمية كافة.

وفي وقت لاحق، تم حظر الألقاب في دستور عام 1956، وتكرر هذا الحظر في الدساتير المصرية بما فيها الدستور الحالي الصادر عام 2014 الذي نصت مادته 26 على حظر إنشاء الرتب المدنية.
أهمية الدراسة :

تأتى أهمية الدراسة من أنها تبرز اهتمام المشرع بأمر دقيقة قد لا يبالي بها الأفراد ، وهى في حقيقتها تمثل تهديداً لقيم وتقاليد المجتمعات ، فهذه السلوكيات المتمثلة في اختلاس الألقاب والوظائف تهدد بشكل كبير الثقة التى يحملها الناس لبعض الوظائف والمسميات ، فإذا تم اختلاس هذه الألقاب من بعض ممن لا يستحقونها زالت الثقة في هذه الألقاب والوظائف .

ولقد شهدت الفترة الأخيرة ضبط حالات عديدة لأشخاص يقومون بانتحال صفة موظف عام أو ضابط شرطة أو جيش، بالإضافة إلى انتحال صفة الأطباء وغيرها من المهن والوظائف العامة، ولقد أبرزت هذه الدراسة مواجهة قانون العقوبات لهذه الجرائم بحسب مواده ، وعرضت الدراسة للجزاءات القانونية لكل حالة اختلاس لقب أو وظيفة أو الاتصاف بها دون وجه حق.

(1) كان تقسيم الرتب المدنية على النحو التالي :

الرياسة: تمنح لرؤساء الحكومة في المنصب أو خارجه، ويلقب صاحبها بلقب "حضرة صاحب الدولة".

الامتياز: تمنح للوزراء أو لمن في مقامهم بصفة استثنائية، ويلقب حاملها بلقب "حضرة صاحب المعالي".

الباشوية: تمنح لكبار الموظفين الذين لا تقل رواتبهم عن 1800 جنيه، ولكبار الأعيان الذين قدموا خدمات للبلاد، وتمنح بصفة استثنائية للمحافظين والمديرين الذين يبلغ أقصى مرتب درجتهم 1600 جنيه في السنة.

البكوية من الدرجة الأولى: تمنح للموظفين الذين لا تقل رواتبهم عن 1200 جنيه في السنة.

البكوية من الدرجة الثانية: تمنح للموظفين الذين لا تقل رواتبهم عن 800 جنيه في السنة. ويجوز منح البكوية بدرجتها للأعيان المصريين الذين قاموا بخدمات للبلاد.

إشكالية الدراسة :

تتمثل إشكالية الدراسة في أن النظرة- من قبل المجتمع - إلى هذه الجرائم ما زالت في نطاق جرائم الكذب الأخلاقية ، وبالرغم من تجريمها من قبل المشرع إلا أنه لا يوجد إطار عملي لمواجهة هذه الجرائم حيث اعتادت السلطات المختصة التغاضي عن الكذب المجرد من الأفعال والمظاهر الخارجية وعدم السير في التحقيق فيه إلا إذا كان كذباً ضاراً من الناحية الاجتماعية .

كما تظهر الإشكالية بشكل واضح في صعوبة تحديد المضرور فيها ، وكذلك في تضائل دور المجنى عليه في الإبلاغ عنها ، وعدم وجود بلاغات بوقوع هذه الجرائم .

أما الإشكالية الأكبر والتي تحاول الدراسة إيجاد حل لها فهي عدم وجود حدود فاصلة بين جريمة اختلاس الألقاب والوظائف والاتصاف بها بدون حق ، وبين جريمة الشروع في النصب ، حيث أن الأفعال المكونة للجريمتين متشابهة .

منهجية الدراسة :

تعتمد الدراسة على المنهج التأصيلي التحليلي وهو ما يتفق مع طبيعة هذه الدراسة حيث نرصد الظاهرة محل الدراسة ونعمل على تأصيلها وردها إلى أصولها القائمة وفق النصوص المتعلقة بها في قانون العقوبات وتطبيق هذه النصوص على الظواهر التي تحدث في المجتمع فيما يتعلق باختلاس الألقاب والوظائف ، واستعنا في ذلك ببعض تطبيقات المحاكم في السوابق القضائية في جرائم اختلاس الألقاب والوظائف .

خطة الدراسة :

رأينا أن تكون الدراسة في أربعة مطالب ، حيث يتناسب حجم الدراسة مع تقسيمها إلى أجزاء صغيرة ، ولا يستساغ تقسيمها إلى أجزاء أكبر من ذلك ، فجاءت على هذا النحو في المطالب الآتية :-

المطلب الأول : الركن الشرعي لجريمة اختلاس الألقاب والوظائف

المطلب الثاني : الركن المادي لجريمة اختلاس الألقاب والوظائف

المطلب الثالث : الركن المعنوي في جريمة اختلاس الألقاب والوظائف

المطلب الرابع : العقوبة المقررة لجريمة اختلاس الألقاب والوظائف

والله من وراء القصد ،،

المطلب الأول

الركن الشرعي للجريمة اختلاس الألقاب والوظائف

جرم قانون العقوبات رقم 58 لسنة 1937 كل أفعال انتحال الشخصية أو الصفة سواء بالتداخل في وظيفة من الوظائف العمومية سواء كانت مدنية أو عسكرية ، أو ارتداء زي رسمي معين بدون أن يكون منتمى للفئة التي تخوله ذلك ، أو حمل علامة أو إشارة مميزة لعمل معين ، أو تقلد نشاناً ، أو لقب نفسه بلقب من ألقاب الشرف بغير حق، والمبرر في هذا التجريم هو الحفاظ على سمعة الألقاب والوظائف والنياشين ، ونعرض فيما يلي للنصوص المتعلقة بهذه الجريمة ، وموضعها في قانون العقوبات ، ومدى اختلافها عن النص المتعلق بجريمة النصب ، وذلك على النحو الآتي :-

الفرع الأول : النصوص المتعلقة بجرائم اختلاس الألقاب والوظائف والاتصاف بها بدون وجه حق .

الفرع الثاني : موضع نصوص جرائم اختلاس الألقاب والوظائف في قانون العقوبات .

الفرع الثالث : مدى اختلاف نصوص جريمة اختلاس الألقاب والوظائف عن النص الخاص بجريمة النصب

الفرع الأول

النصوص المتعلقة بجرائم اختلاس الألقاب والوظائف والاتصاف بها بدون وجه حق

يهدف أي نص تشريعي إلى حماية مصلحة معينة فيجزم الاعتداء عليها والمساس بها ، وفي نصوص تجريم اختلاس الألقاب والوظائف يهدف المشرع إلى حماية واحترام الألقاب والوظائف والرتب والنياشين والرموز والمتمثلة في العلامات والأزياء الخاصة ببعض الوظائف والمهن الحكومية ، وهو ما ظهر لنا في النصوص القانونية التي أوردها المشرع في المواد من 155 حتى 159 من قانون العقوبات . ولقد تضمنت هذه المواد نصوصاً لحماية نوعين من الكيانات المعنوية ، وهما قيمة الوظيفة العامة ، وقيمة النياشين والألقاب ، وهو ما نعرضه فيما يلي :

أولاً : النصوص المتعلقة بحماية قيمة الوظيفة العمومية :

ولقد وردت النصوص المتعلقة بإجرام الإيهام وهي اختلاس الألقاب والوظائف والاتصاف بها تباعاً في نصوص قانون العقوبات في المواد من 155 حتى 159 ، ويبدو القاسم المشترك في هذه النصوص أن المشرع يهدف من ورائها منع أو توقي مخاطر اختلاس الألقاب والوظائف ، فنصت المادة 155 على أنه :-

" كل من تداخل في وظيفة من الوظائف العمومية - ملكية كانت أو عسكرية - من غير أن تكون له صفة رسمية من الحكومة أو إذن منها بذلك أو أجرى عملاً من مقتضيات إحدى هذه الوظائف يعاقب بالحبس أو بغرامة لا تتجاوز عشرين جنيهاً مصرياً "

والتدخل في الوظيفة يعنى الابتداء في ممارسة جزء من اختصاصاتها بدون صفة رسمية أو إذن من الحكومة ، حيث أن مجرد انتحال صفة الموظف لا يعتبر لذاته تدخلاً في الوظيفة لما يقتضيه هذا التدخل من أعمال إيجابية تكون بالإضافة إلى ادعاء الصفة وانتحالها الابتداء الذي قصد المشرع أن يكون محلاً للعقاب⁽¹⁾ .

المستفاد من نص المادة 155 سالفه الذكر أنه لكي تقوم هذه الجريمة فلا بد من القيام بعمل من مقتضيات الوظيفة ، ولا يكفي مجرد الادعاء بالصفة ، مثال ذلك لا تقوم الجريمة بالنسبة للشخص الذي يدعى أنه مأذون إلا إذا قام بإجراء عقد زواج وأخذ رسوماً على ذلك .

كما تنص المادة 156 من قانون العقوبات على أنه :- " كل من لبس علانية كسوة رسمية بغير أن يكون حائزاً للرتبة التي تخوله ذلك ، أو حمل علانية العلامة المميزة لعمل أو لوظيفة من غير حق يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة " (2) .

وصفة العلانية الواردة في هذا النص تعنى أنه يلزم لبس الكسوة على مرأى من الناس أياً كان عددهم ، أو قيام الشخص بلبسها وعرضها على صفحات الفيس بوك أو أي من وسائل التواصل الاجتماعي ، ومن ثم فإنه بمفهوم المخالفة فإن لبس هذه الكسوة في المنزل أمام أفراد الأسرة لا تقوم به الجريمة .

ولقد جاء لفظ الكسوة الرسمية عاماً وشاملاً ، ومن ثم فإن مفهوم الكسوة يتسع ليشمل الكسوة المخصصة لموظفي الحكومة الوطنية كما يشمل الكسوة المخصصة لموظفي الحكومات الأجنبية ، ومن جهة أخرى فإن مفهوم الكسوة يشمل الأزياء الرسمية لبعض الجهات كزي رجال الشرطة أو القوات المسلحة ، ويشمل كذلك بعض الجهات الحكومية كموظفي السكك الحديدية وموظفي البريد وبعض شركات القطاع العام⁽³⁾ .

ونري أنه يخرج عن مفهوم الكسوة الأزياء التي تخصصها بعض الأندية الخاصة لأعضائها ، أو بعض المؤسسات أو الشركات الخاصة أو المطاعم أو الفنادق التي تلزم أعضائها والعاملين فيها بارتداء زي مخصوص لتميزهم عن غيرهم ، لأن هذه الأزياء لا تعد أزياء رسمية .

أما المقصود بالعلامة المميزة لعمل أو لوظيفة الواردة في النص فهي الإشارة التي تعرف بها الوظيفة مثل الصفيحة النحاسية التي يحملها رجال الشرطة منقوش عليها رتبهم ، أو إشارة الميزان الدال على أعضاء الجهات والهيئات القضائية ، وهذه الإشارات تعد في الواقع جزء من الملابس كالأحزمة والأزرار .

والعلة من هذا النص هو منع الأسباب التي تيسر ارتكاب الجرائم بالتزوي بزى يمنح صاحبه بعض الامتيازات والتسهيلات ، فتسهل له ارتكاب الجرائم .

(1) د / أحمد السيد علي عفيفي : الأحكام العامة للعلانية في قانون العقوبات -دراسة مقارنة -دار النهضة العربية مصر 2002 - ص 120 .

(2) كانت العقوبة تشمل الغرامة ، ولكنها ألغيت بموجب القانون رقم 29 لسنة 1982 .

(3) د/ محمد السعيد رمضان : شرح قانون العقوبات -القسم الخاص دار النهضة العربية 1986 - ص 580 .

ثانياً : النصوص المتعلقة بحماية قيمة النياشين والألقاب :

لقد اهتم المشرع الدستوري بأمر الألقاب والرتب ، ونص في المادة 26 من الدستور الصادر في 2014 على أن :- " إنشاء الرتب المدنية محظور "

وتنص المادة 157 من قانون العقوبات على أنه :- يعاقب بغرامة لا تتجاوز مائتي جنيها مصرياً كل من تقلد علانية نشاناً لم يمنحه أو لقب نفسه كذلك بلقب من ألقاب الشرف أو برتبة أو بوظيفة أو بصفة نيابية عامة من غير حق.

وهذا النص يجرم الإيهام والاحتيال بتعليق نشاناً مما يحصل عليه أصحاب المواهب ، أو بالتسمي والتلقب بلقب معين من ألقاب الشرف ، كالشريف أو الباشا ، أو إقران الاسم برتبة أو وظيفة أو صفة نيابية عامة بدون وجه حق ، ولا شك أن في ذلك تقليل من شأن هذه الألقاب والوظائف حين يكتشف تدنى صفات الفاعل وعدم لياقة تصرفاته لهذه الألقاب والصفات .

كما تنص المادة 158 من قانون العقوبات على أنه :- " يعاقب بغرامة لا تتجاوز عشرين جنيهاً كل مصري تقلد علانية بغير حق أو بغير إذن الملك نشاناً أجنبياً أو لقب نفسه كذلك بلقب شرف أجنبي أو برتبة أجنبية.

كما تنص المادة 159 من قانون العقوبات على أنه :- في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين يجوز للمحكمة أن تأمر بنشر الحكم بأكمله أو بنشر ملخصه في الجرائد التي تختارها ويكون النشر على نفقة المحكوم عليه.

ويلاحظ أن القاسم المشترك في هذه النصوص أنها تجرم فقط فعل الإيهام ، ولم تتطلب نتيجة مادية ملموسة للجرائم ، واكتفت بكون السلوك الاجرامى مهدد بوقوع خطر جسيم على المجتمع يتمثل في الحط من مقدار الألقاب والوظائف والنياشين في أعين الناس ⁽¹⁾ .

الفرع الثاني

موضع نصوص جرائم اختلاس الألقاب والوظائف في قانون العقوبات والمصلحة التي تحميها

أولاً : موضع نصوص جرائم اختلاس الألقاب والوظائف في قانون العقوبات :

وردت النصوص المتعلقة بجرائم اختلاس الألقاب والوظائف والاتصاف بها في الباب العاشر من الكتاب الثاني تحت عنوان الجنایات والجرح المضرة بالمصلحة العمومية والماسة بالنظام العام ، وجاء سياق هذه النصوص تالياً لجرائم فك الأختام وسرقة السندات والأوراق الرسمية ، وسابقاً على الجرح المتعلقة بازدراء الأديان ، وهو ما يدل دلالة واضحة على أن جرائم اختلاس الألقاب والوظائف من الجرائم الماسة بالنظام العام والمضرة بالمصلحة العمومية ⁽²⁾ .

(1) د / أحمد السيد علي عفيفي : الأحكام العامة للعلانية في قانون العقوبات - مرجع سابق - ص 121 .

(2) د / جميل عبد الباقي الصغير : قانون العقوبات - القسم الخاص - جرائم العرض والآداب العامة والاعتبار - دار النهضة العربية 1998 - ص 88 .

وفي الحقيقة فإن موضع النصوص يفسر لنا مقصد المشرع من إصدارها ، حيث جاء موضع النصوص المتعلقة بجرائم اختلاس الألقاب والوظائف والاتصاف بها بدون حق في الموضع الذي تناول فيه المشرع الجرائم الماسة بالمصلحة العمومية والنظام العام ، لما تمثله الألقاب والرتب والوظائف من دعامة أساسية لاستقرار المجتمعات وهو ما يستوجب حمايتها⁽¹⁾.

ومؤدى سياق هذه النصوص يسير في اتجاه تجريم سلوكيات الأفراد التي تهدد الثقة المجتمعية وتهدر قيمة الألقاب والوظائف ، ومن ثم تضر بالمصلحة العمومية والسلام الاجتماعى باعتبارها من إجرام الإيهام ، وهو ما يوضح أن القصد العام للمشرع من نصوص المواد من 155 حتى 159 هو حماية المصلحة العمومية كما يوضح أن مبرر هذه النصوص هو الرغبة في توقي المساس بسمعة الوظائف والألقاب والنياشين من جهة ، ومن جهة أخرى عدم حصول الجاني على منافع أدبية ومعنوي بدون وجه حق .

ولقد اعتبر المشرع المصري هذه الجرائم جميعها من الجنح ، حيث اعتبرها من الجرائم البسيطة وفقاً للمادة الحادية عشر من قانون العقوبات ، ومن ثم عاقب عليها بعقوبة الغرامة أو الحبس والنشر⁽²⁾ .

ولم يأت هذا التجريم في صورة قانون مستقل ، ولكن هذا التجريم جاء في صورة نصوص مواد مضافة إلى قانون العقوبات لتجريم اختلاس الألقاب والوظائف والاتصاف بها بدون حق ، ونظراً لما لها من سمات خاصة فقد وردت في باب مستقل وهو الباب العاشر من الكتاب الثانى من قانون العقوبات ، ونظراً لارتباطها بما قبلها وبما بعدها من نصوص من حيث المصلحة التي يستهدفها المشرع بالحماية هو حماية المصلحة العامة وإرساء الثقة في المجتمع .

ونتمن هذا المسلك للمشرع لتجنب تعدد التشريعات وزيادتها وتناثرها ، مما يفرق هذه التشريعات ويشتها ، وهو أمر مستهجن لدي فقهاء القانون الجنائي ، وتحرص السلطة التشريعية على عدم الانزلاق فيه. كما أن إدراج هذه النصوص العقابية في قانون العقوبات يترتب عليه أن يخضع المتهم في هذه الجريمة لنصوص قانون الاجراءات الجنائية بما تكفله من حماية لحق الدفاع ومن ضمانات للحقوق والحريات الفردية. ثانياً : المصلحة محل الحماية الجنائية في جرائم اختلاس الألقاب والوظائف :

لا شك أن لوضع ومكان نصوص تجريم اختلاس الألقاب والوظائف بين نصوص قانون العقوبات دلالة مهمة ، وهى أن هذا الوضع يكشف عن المصلحة التي تغياها المشرع من هذه النصوص وهى حماية المصلحة العامة المتمثلة في سمو الألقاب والوظائف والنياشين بالتصدي للكذب السلوكى ونشر عدم الثقة بين الأفراد بالتزيبى بملابس تخص جهات معينة ، والتلقب بألقاب تخص فئات معينة مما يمس هذه القيم والرموز⁽³⁾ .

وفي الحقيقة فإن حماية الألقاب والوظائف ينصب على حماية اعتبارين مهمين هما :

(1) د / رمسيس بهنام : الجرائم المضرة بالمصلحة العمومية - منشأة دار المعارف - طبعة 1982 - رقم 223 - ص 365 .

(2) راجع المواد من 155 حتى 159 من قانون العقوبات .

(3) د / فايز محمد حسين : التدريب القانوني والمهارات القانونية - دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية 2013 الطبعة الأولى - ص 413 .

1- حماية الاعتبارات الوظيفية والمهنية :

وهي الاعتبارات التي تمثل مجموعة القيم الأدبية التي تتمتع بها الوظائف ويتصف بها الموظفين والمهنيين ، حيث أن لكل مهنة أو وظيفة تقاليد وصفات علمية وأخلاقية يلتزم بها كل من ينتمون إليها ، ومن ذلك العلم والأمانة والصدق والوفاء ، ومن ثم يكون ادعاء من لا ينتمى إلى هذه الوظائف والمهن أنه ينتمى إليها بدون حق إجرام بالإيهام ، ويمثل ذلك مساس بالاعتبارات الوظيفية والمهنة ، مما يُعد جريمة تستحق العقاب⁽¹⁾ .

2- حماية الاعتبارات الشخصية والاجتماعية :

يتفاوت الأشخاص فيما بينهم من حيث السمات والصفات والنسب والوضع الاجتماعي ، وهذا القدر الذي يكتسبه الشخص بفضل مؤهلاته الشخصية أو العلمية أو العائلية يُعد حقاً شخصياً له ، ولا يجب أن ينازعه فيه أحد أو يدعيه شخص لنفسه بدون وجه حق² . وعلى ذلك يكون ادعاء شخص أنه ينتمى لعائلة معينة أو أن يلقب نفسه بلقب معين بدون وجه حق ، فإن ذلك يمثل اعتداء على الاعتبارات الشخصية ، مما يُعد جريمة يعاقب عليها القانون .

الفرع الثالث**مدى اختلاف جريمة اختلاس الألقاب والوظائف عن جريمة النصب**

لا خلاف على أن جرائم اختلاس الألقاب والوظائف والاتصاف بها بغير حق تمثل مع جريمة النصب أهم صور جرائم الإيهام ، حيث يمثل استخدام وسائل الخداع والاحتيال لإحداث الغلط لدي المجنى عليه الركن المادي لهذه الجرائم ، وهي نفس الوسائل التي تقوم بها جرائم اختلاس الألقاب والوظائف وجريمة النصب على حد سواء ، وهو ما يدعو للقول بإمكانية ضم جرائم اختلاس الألقاب والوظائف إلى جرائم النصب وخاصة أن الجاني يحقق فيها منفعة معنوية تتمثل في إجلاله وتقديره .

إلا أن جوهر جريمة النصب يتمثل في دفع المجنى عليه إلى تسليم ماله إلى الفاعل ، أي أن الخداع والاحتيال يعملان أثرهما في تسليم المجنى عليه ماله إلى الفاعل ، وهو لا يحدث في اختلاس الألقاب والوظائف⁽³⁾ .

وعلى ذلك جاء نص المادة 336 من قانون العقوبات التي نصت على أنه يعاقب بالحبس كل من توصل إلى الاستيلاء على نقود أو عروض أو سندات دين أو سندات مخالصة أو أي متاع منقول ، وكان ذلك بالاحتيال لسلب كل ثروة الغير أو بعضها إما باستعمال طرق احتيالية من شأنها إيهاً الناس بوجود مشروع كاذب ، أو واقعة مزورة ، أو إحداث الأمل بمحصول ربح وهمي أو تسديد المبلغ الذي أخذ بطريق الاحتيال أو إيهاًهم بوجود سند دين غير صحيح أو سند مخالصة مزور ، وإما بالتصرف في مال ثابت أو منقول ليس

(1) د/ محمد معي الدين عوض : القانون الجنائي - مبادئه الأساسية في القانون الانجلوأمريكي - دار النهضة العربية 1978 - ص 110 .

(2) د / جميل عبد الباقي الصغير : قانون العقوبات - القسم الخاص - مرجع سابق - ص 89 .

(3) د / أحمد فتحي سرور : الوسيط في قانون العقوبات - القسم الخاص - دار النهضة العربية 2013 - ص 1212 .

ملكاً له ولا له حق التصرف فيه ، وإما باتخاذ اسم كاذب أو صفة غير صحيحة، أما من شرع في النصب ولم يتممه فيعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنة ، ويجوز جعل الجاني في حالة العود تحت ملاحظة البوليس مدة سنة على الأقل وستين على الأكثر⁽¹⁾.

وباستقراء هذا النص يتضح أنه لا يمكن إنكار التشابه بين سلوكيات جريمة اختلاس الألقاب والوظائف ، وبين سلوكيات جريمة النصب ، إلا أن الركن المعنوي في الجريمتين يختلف اختلاف كلي ، ونفصل ذلك فيما يلي :

أولاً : مدى التشابه في السلوكيات بين جريمة اختلاس الألقاب والوظائف وبين جريمة النصب :

لا جدال أن جريمتي اختلاس الألقاب والوظائف ، والنصب يشتركان في بعض الأفعال التي يقوم عليهما الركن المادي للجريمتين ، حيث تقوم جريمة النصب على الاحتيال و الكذب المصحوب بالأعمال والمظاهر الخارجية التي تحمل على الاعتقاد بصحته ، وكذلك ادعاء صفات تتعلق بالحالة الشخصية ، وادعاء صفة وظيفية أو مهنية ، أو ادعاء صفات تتعلق بالمركز الاجتماعي ، مع ارتكاب ما يصاحب ذلك من مظاهر خارجية تحمل على صحة هذا الادعاء ، وهو ما يندرج تحت الطرق الاحتمالية⁽²⁾.

ولا أحد ينكر أن الطرق الاحتمالية التي ترتكب في جريمة اختلاس الألقاب والوظائف هي ذاتها الطرق الاحتمالية التي ترتكب في جريمة النصب ، حيث تقوم الجريمتين على الأقوال والادعاءات الكاذبة المصحوبة بأعمال ومظاهر خارجية تحمل على الاعتقاد بصحتها .

والكذب هو تغيير الحقيقة في واقعة معينة ، وهو عكس الصدق ، وقد يكون كلياً ينصب على واقعة بأكملها تأكيداً لها أو إنكاراً لوجودها ، وقد يكون جزئياً يتضمن تغيير للحقيقة لبعض عناصر أو ظروف واقعة لها وجود فعلي ، وعلى ذلك فيكون الكذب مع المظاهر والأعمال الخارجية قوام الاحتيال⁽³⁾.

و تتشابه جريمة اختلاس الألقاب والوظائف مع جريمة النصب في اتخاذ اسم كاذب أو صفة غير صحيحة ، فالفاعل الذي يتخذ لنفسه اسماً غير اسمه أو صفة ليست له ، يكون مرتكباً لجريمة النصب إذا ترتب على فعله جلب منفعة مادية ، ويكون مرتكباً لجريمة اختلاس الألقاب والوظائف إذا ترتب على فعله جلب منفعة معنوية .

وتتشابه الجريمتين أيضاً بادعاء صفات تتعلق بالحالة الشخصية ، ومن ذلك ادعاء الفاعل أنه ينتمي لأسرة معينة ذات حظوظ اجتماعية كبيرة ، فيمكنه هذا الادعاء من الزواج بفتاه ذات قدر من الحسب والنسب وهنا تقوم جريمة اختلاس الألقاب ، أو يمكنه هذا الادعاء من الحصول على قرض مالي من الجني عليه ، وهنا تقوم جريمة النصب .

(1) د/ علي عبد القادر القهوجي ، ود / فتوح عبد الله الشاذلي -شرح قانون العقوبات -القسم الخاص -ط2004- ص 397 .

(2) د/ محمد السعيد رمضان : شرح قانون العقوبات - مرجع سابق - ص 580 .

(3) د / رمسيس بهنام : الجرائم المضرة بالمصلحة العمومية - مرجع سابق - ص 335 .

أما الادعاء بصفة وظيفية أو مهنية ، كمن ادعى أنه ضابط مباحث أو شرطى سري ، فإنه يرتكب جريمة اختلاس الألقاب والوظائف إذا وقف قصده عند حد المنفعة المعنوية التي تتمثل في التمتع بالوجاهة الاجتماعية ونيل الاجلال والتقدير ، أما إذا تعدي قصده المنفعة المعنوية وتوصل بهذا الفعل إلى الاستيلاء على مبالغ مالية من المجنى عليه فإنه يكون قد ارتكب جريمة النصب .

ومما تقدم يتضح الاحتيال بما يشمل من أقوال كاذبة مصحوبة بأفعال ومظاهر خارجية ، وكذلك ادعاء الاسم الكاذب ، أو الصفة الوظيفية أو المهنية أو الاجتماعية غير الصحيحة ، كلها أفعال تقوم بها جريمة اختلاس الألقاب والوظائف والاتصاف بها بدون حق ، وتقوم بها أيضاً جريمة النصب ، ويكمن الفرق بين الجريمتين في أن الأولى لا يتوصل فيها الجاني إلى أي منفعة سوى المنفعة المعنوية كالوجاهة والافتخار والتباهي ، في حين أن الثانية يتوصل فيها الجاني إلى الاستيلاء على مال الغير الذي الخدع بهذه الأفعال وصدق هذا الادعاء وهو جوهر جريمة النصب (1) .

ويتفرع عن ذلك أن الطرق الاحتيالية في جرائم اختلاس الألقاب والوظائف لا يشترط فيها أن يترتب عليها أي نتائج ، في حين أن الطرق الاحتيالية في جريمة النصب يشترط فيها أن تؤدي إلى خلق أحدي ستة حالات يترتب على أحداها نتيجة الجريمة المتمثلة في سلب مال المجنى عليه ، وهذه الحالات الستة وردت على سبيل الحصر في نص المادة 336 من قانون العقوبات وهذه الحالات وهي : 1 - إيهام الناس بوجود مشروع كاذب . 2 - إيهام الناس بوجود واقعة مزورة . 3 - إحداث الأمل بحصول ربح وهمي . 4 - الإيهام بتسديد المبلغ الذي أخذ بطريق الاحتيال . 5 - إيهام الناس بوجود سند دين غير صحيح . 6 - إيهام الناس بوجود سند مخالصة مزور (2) .

ثانياً : الاختلاف في الركن المعنوي بين جريمة اختلاس الألقاب والوظائف وبين جريمة النصب :

لا يستلزم القانون لقيام جريمة اختلاس الألقاب والوظائف قصد جنائي خاص ، ولكنه يكتفي بالقصد العام الذي يتطلب علم الجاني بالعناصر التي تشكل ماديات الجريمة وانصراف إرادته إلى تحقيق هذه العناصر ، في حين أن جريمة النصب يستلزم القانون لقيامها بالإضافة إلى القصد العام توافر القصد الخاص المتمثل في نية سلب مال المجنى عليه كله أو بعضه (3) .

وعلى ذلك إذا تخلف القصد الخاص لجريمة النصب بأن كانت نية المتهم مجرد النكاية بالمجنى عليه أو الانتقام منه ، ولم تتجه نيته إلى أخذ مال المجنى عليه فلا تقوم هذه الجريمة ، ويمكن أن تمثل حينئذ أفعال الاحتيال وادعاء الأسماء والصفات والوظائف جريمة اختلاس الألقاب والوظائف .

(1) د / أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون العقوبات - مرجع سابق - ص 1214 .

(2) د / جميل عبد الباقي الصغير: قانون العقوبات - القسم الخاص - مرجع سابق - ص 90 .

(3) د/ علي عبد القادر القهوجي ، ود / فتوح عبد الله الشاذلي - مرجع سابق - ص 397 .

فإذا ارتكب الفاعل أفعال الاحتيال وادعاء الألقاب والاسماء وتزيب بأزياء خاصة بوظائف معينة لمجرد التباهي والتفاخر ، ولم تتجه نيته إلى أي مقصد آخر مما يحقق منافع مادية ، فإن هذه الأفعال تقف عند حد جريمة اختلاس الألقاب والوظائف ، ولا تتعداها إلى جريمة النصب .

ونخلص مما تقدم أنه إذا توافر القصد الخاص المتمثل في سلب مال المحنى عليه من وراء ارتكاب أفعال الاحتيال وادعاء الألقاب والاسماء وتزيب بأزياء خاصة بوظائف معينة مع اقتران هذه الأفعال بمظاهر خارجية ، فإن ذلك يؤذن باكتمال أركان جريمة النصب بصرف النظر عن البواعث التي دفعت الفاعل إلى ذلك⁽¹⁾ .

أما إذا انتفى أي قصد خاص من وراء ارتكاب أفعال الاحتيال وادعاء الألقاب والاسماء وتزيب بأزياء خاصة بوظائف معينة ، فإن الجريمة تقف عن حد اختلاس الألقاب والوظائف ، وخاصة وأن المشرع وضع هذه الجريمة في قالب الجريمة الشكلية التي تقع بمجرد ارتكاب السلوك دون انتظار نتائجه .

المطلب الثاني

الركن المادي لجريمة اختلاس الألقاب والوظائف

يتمثل الركن المادي للجريمة في سلوك ايجابي علني ونتيجة إجرامية ، وعلاقة سببية ، وتنوع صور جريمة اختلاس الألقاب والوظائف علي حسب الأفعال المكونة لها ، فقد تتمثل في التداخل في الوظيفة أو القيام بعمل من مقتضياتها ، أو ارتداء زي رسمي أو حمل علامة مميزة لوظيفة معينة بدون مقتضي ، وكذلك تقلد نشانا علنا لم يكن قد منح لحامله أو تلقيب الفاعل نفسه علنا بطريقه شفويه أو مكتوبه في بطاقه تحمل الاسم بلقب من القاب الشرف والوطنية حال كونه لم يعط ذلك اللقب أو تلك الرتبة، ونفصل فيما يلي مفترضات الجريمة ، وصور الركن المادي لهذه الجرائم ، ثم نعرض لإشكالية النتيجة في جرائم اختلاس الألقاب والوظائف ، وعلاقة السببية بين السلوك والنتيجة ، وذلك علي النحو الآتي :-

الفرع الأول : مفترضات جرائم اختلاس الألقاب والوظائف والاتصاف بها بغير حق .

الفرع الثاني : صور السلوك في جرائم اختلاس الألقاب والوظائف والاتصاف بها بغير حق .

الفرع الثالث : إشكالية النتيجة في جرائم اختلاس الألقاب والوظائف .

الفرع الأول

مفترضات جرائم اختلاس الألقاب والوظائف والاتصاف بها بغير حق

أولاً :- ارتكاب فعل اختلاس الألقاب والوظائف علانية :

يتطلب المشرع وجوب توافر العلانية داخل بنیان الجرائم المتعلقة باختلاس الألقاب والوظائف والاتصاف بها بغير حق ، فلا تقوم هذه الجرائم إذا ارتكبت في سرية أو علي نطاق شخصي ، أما إذا توافرت لها سبل

(1) د/ محمد السعيد رمضان : شرح قانون العقوبات - مرجع سابق - ص 580 .

العلانية كما في حالة ارتكابها في مكان عام أو أمام جمهرة من الناس أو تم نشرها على وسائل التواصل الاجتماعي فإن الجريمة تتوافر لها العلانية⁽¹⁾.

وشرط العلانية يُعد قاسم مشترك في كل جرائم اختلاس الألقاب والوظائف والاتصاف بها، فيلزم ارتداء الشخص زياً رسمياً، أو أن يحمل علامة مميزة لوظيفة أو عمل، أو أن يعلق على صدره نشاناً، أو يلقب نفسه بلقب، أو يعطى نفسه رتبة، وكل ذلك بدون حق وعلى أن يكون ذلك علانية ويتم في مرأى من الناس.⁽²⁾ كما يتطلب المشرع لقيام الجريمة وجوب ارتكاب سلوك معين بصورة علنية كالتدخل في الوظيفة، أو ارتداء زي معين أو حمل علامة مميزة، أو تقلد نشاناً، أو الاتصاف بلقب، ولا يكتفى بالادعاءات والأقوال فقط، وكل ذلك ابتغاء الرفعة بين أفراد المجتمع وإظهار علو الشأن، بما ينشر ويعيد نعرات الطبقة البغيضة بين أفراد المجتمع.

وينصرف مفهوم العلانية إلى أن يكون من شأن الفعل بالكيفية التي وقع بها أن يراه أو يسمع به الغير سواء عبر الطرق التقليدية التي تحقق العلم بالواقعة عن طريق الحواس البصرية أو السمعية مباشرة، أو عن طريق الوسائل التقنية الحديثة التي تنقل الحدث للجمهور بواسطة أجهزة تكنولوجية مرئية ومسموعة كالراديو أو التلفزيون أو الانترنت.

وتتحقق العلانية عندما يخرج الفعل من مجاله الخاص إلى المجال العام فيعلم به أو يراه الجمهور، ومن ثم تنتفي خصوصية الفعل أو سرية وهنا تقوم الجريمة بتحقيق العلانية.

وترتبط العلانية بأحد ظروف ثلاث يقع فيها الفعل، وهي ظرف المكان أي وقوع الفعل في مكان عام، وظرف الجمهور أي رؤية الجمهور له أو اتصال علمهم به عن طريق العرض والجمهور، وظرف الوسائل التقنية المستخدمة في تحقيق علانية الفعل عن طريق وسائل التواصل الاجتماعي والانترنت.

فمن حيث المكان تتحقق العلانية إذا ارتكب أي فعل من أفعال جرائم اختلاس الألقاب والوظائف في مكان عام، والمكان العام هو كل مكان معد لدخول الجمهور فيه، وتردد الناس عليه في حرية، ولو لم يستند ذلك إلى تخصيص رسمي، حيث يكون مفتوحاً ويسهل بلوغه للكافة ومن ذلك بطبيعة الحال الشوارع والطرق والميادين، ويستوي أن يكون ذلك الدخول مجانياً أو برسوم، فإذا وقع الفعل في أي مكان عام تحققت العلانية، وقامت الجريمة⁽³⁾.

ويستتبع وقوع الفعل في مكان عام أن يتم الجهر به بإظهاره بالعرض أو الجهر وفقاً للمادة 171 من قانون العقوبات، والعرض يتم بالإيماءات أو الأقوال أمام محفل عام بحيث يمكن رؤيته من الجمهور - وكذلك يتم

(1) د/ حسنين إبراهيم صالح عبید: مفترضات الجريمة - مدلولها - طبيعتها - ذاتيتها - ص 561.

(2) د/ أحمد السيد علي عفيفي: الأحكام العامة للعلانية في قانون العقوبات - مرجع سابق - ص 120.

(3) د/ محمود نجيب حسني: القسم الخاص - مرجع سابق - ص 648.

العرض عن طريق الكتابة والتصوير والرسوم بحيث يستطيع أن يراها الناس ، أما الجهر فيتم بالاستظهار والانتشار بالقول أو الصياح بحيث يستطيع أن يراه و يسمعه من يتواجد في المكان والمارون به (1).

ومن حيث الجمهور فإن العلانية تقتضى أن يحدث الفعل أمام مجموعة من الأفراد المختلفين غير المميزين الذين لا تجمعهم رابطة خاصة أو علاقة متميزة تسمح بالقول بأن هناك خصوصية تحيط بها ، وينطبق ذلك سواء تفرقوا في أماكن مختلفة أو عن طريق اجتماعهم في مكان وزمان محددين ، مثال ذلك تواجد مجموعة من الناس داخل منزل لحضور حفل زواج أو لتقديم المساعدة في مصيبة ألت بهم ، أو حضورهم لتناول وجبة العشاء داخل مطعم ، أو مشاركتهم في أعمال مجلس إدارة شركة أو حضور جمعية عمومية للمساهمين أو للأعضاء .

ويستتبع تواجد الجمهور قدرتهم على الرؤية والسماع للفعل المكون للجريمة حتى يمكن القول بقيام الجريمة ، فلا تتحقق العلانية إذا وقع الفعل سراً حتى ولو في جمع من الناس .

ومن حيث الوسيلة فقد ساهمت وسائل التواصل الاجتماعي مع تزايد عدد مستخدميها ، وانتشار الاعتماد على شبكة الإنترنت في تسهيل تحقق العلانية بصورة تتعدى الحدود الجغرافية للبلاد ، ومن المتصور أن ترتكب جرائم اختلاس الألقاب والوظائف عبر وسائل الاتصال الحديثة كالإيميل والمسنجر والواتس آب ، وتقنيات البرامج المستحدثة كالفييس بوك والانستجرام (2).

ثانياً: أن تكون الوظائف والألقاب رسمية أو حكومية :

من المفترض أن يكون محل الجريمة هو الألقاب والوظائف الحكومية و الرسمية ، وتكون الألقاب رسمية حينما تكون مسميات أو درجات وظيفية مما تضمنته كادرات الوظيفة ، أو رتب شرطية أو عسكرية مما نص عليها القانون ، أما الوظيفة فتكون رسمية وحكومية حينما يكون لها طابع رسمي أي أنها تؤدي في إحدى الدوائر الداخلة ضمن جهاز الدولة وتنظم بموجب قوانين تصدر من برلمانها .

ومرجع ذلك أن المشرع يبغى من النصوص حماية الألقاب والوظائف العامة التي تكون محل للطعم ، وهدف للاعتداء ، فلا موضوع لأن تكون هذه الوظائف أو المهن أو الألقاب غير رسمية ، مثال ذلك لقب نجم النجوم أو نجمة الجماهير ، أو الأسطورة أو نمبرون ، ومثال الوظائف غير الرسمية مدير متجر ، أو رئيس ودية في مصنع خاص .

(1) د/أحمد السيد علي عفيفي: الأحكام العامة للعلانية في قانون العقوبات - مرجع سابق - ص 120 .

(2) د/ محمد السعيد رشدي : الإنترنت والجوانب القانونية لنظم المعلومات - بحث مقدم للمؤتمر العلمي الثاني -كلية الحقوق جامعة حلوان في مارس

الفرع الثاني

صور السلوك في هذه جرائم اختلاس الألقاب والوظائف والاتصاف بها بغير حق

تتعدد صور السلوك الإجرامي في جرائم اختلاس الألقاب والوظائف والاتصاف بها ، فقد تأخذ صورة سلوك حركي أو نشاط فعلي كالتداخل في بعض الوظائف والتزيي بالملابس الخاصة أو حمل العلامات المميزة لبعض الوظائف ، وقد تأخذ صورة القول أو التلفظ أو التسمي بالألقاب أو الرتب أو المناصب ، ونعرض فيما يلي لهذه الصور :-

أولاً : التداخل في الوظيفة والقيام بعمل من مقتضياتها :

هذه الصورة وردت في المادة 155 من قانون العقوبات ، والتي تضمنت أنه كل من تداخل في وظيفة من الوظائف العمومية - ملكية كانت أو عسكرية - من غير أن تكون له صفة رسمية من الحكومة أو إذن منها بذلك أو أجري عملاً من مقتضيات إحدى هذه الوظائف يعاقب بالحبس .

و التداخل هو الاندماج بين أعضاء الوظيفة والتواجد في أماكنها وفروعها ، والتسمي بمسمياتها علي النحو الذي يؤدي إلي الاعتقاد بأن الفاعل هو صاحب الوظيفة ، ومن ثم فإن انتحال الوظيفة دون القيام بعمل من أعمالها لا يعتبر تداخلاً فيها إلا إذا اقترن بعمل يُعد افتتاتاً عليها ، وتحقق هذه الأعمال بالاحتيال والمظاهر الخارجية التي تحمل علي الاعتقاد في صفة الجاني وكونه صاحب الوظيفة التي انتحلها حتي وإن لم يقيم بعمل من أعمالها ، وعلي ذلك لا تقوم الجريمة في حق من ينتحل صفة ضابط مباحث دون القيام بأي عمل من أعمال الوظيفة أو اتيان أي افعال خارجية تدعم ذلك ⁽¹⁾ .

وتدل عبارة النص سالف الذكر أن السلوك في هذه الصورة يتم بتعمد الشخص التواجد في مقرات الوظيفة العمومية بصورة توحى بأنه صاحب الوظيفة أو أنه من ضمن المكلفين بأعمال هذه الوظيفة العمومية ، والاندماج بين أعضائها ، والاختلاط بين موظفيها بشكل دائم ، وكل ذلك من غير أن تكون له صفة رسمية من الحكومة بهذا التواجد والاختلاط ، أو إذن منها بذلك .

كما يأخذ السلوك في هذه الصورة أيضاً قيام الشخص بإجراء عمل من أعمال الوظيفة بدون أي سند أو تحويل له بهذا العمل ، ولكن هذا العمل لا يشترط أن يكون من سلطات الوظيفة أو امتيازاتها ولكن يكفي أن يكون عملاً علنياً مظهرياً واحتيالياً يحمل علي الاعتقاد بصفة الجاني ⁽²⁾ .

ويلاحظ أن الوظيفة التي يتم التداخل فيها يلزم أن تكون وظيفة عامة ، وهو ما يعني أن الوظائف الخاصة لا ينطبق عليها هذا النص ، كما يلاحظ في هذه الصورة أن الجريمة يلزم لقيامها ارتكاب سلوك مادي بالاحتيال والتظاهر الذي يكون من شأنه تدعيم الاعتقاد بكون الفاعل هو صاحب الوظيفة ، أو ارتكاب سلوك مادي يُعد جزء من أعمال الوظيفة ، وأقل هذه الأعمال التداخل في أعمال الوظيفة ، أو إجراء عمل من أعمالها المكونة لها وفقاً لعبارة النص ، ومن ثم فلا تقوم الجريمة بمجرد ادعاء الشخص بأنه موظف في

(1) نقض جنائي - الطعن رقم 7031 لسنة 3 ق- جلسة 1996/3/7 - س 47 - ص 337 .

(2) نقض جنائي - الطعن رقم 1620 لسنة 59 ق جلسة 1991/1/31 - س 42 - ص 217 .

وظيفة معينة بدون أي سلوك مادي يدعم ذلك ، وهو ما استقرت عليه أحكام محكمة النقض المصرية التي قضت بأن انتحال الوظيفة دون القيام بعمل من أعمالها لا يعتبر تداخلاً فيها إلا إذا اقترن بعمل يُعد افتتاتاً عليها⁽¹⁾.

ثانياً : ارتداء كسوة رسمية أو علامة خاصة بفئة معينة :

وردت هذه الصورة في المادة 156 من قانون العقوبات وهي تخص موضوع ارتداء الأزياء وحمل العلامات الخاصة بالوظائف لانتحال الصفة و اختلاس الوظيفة والاتصاف بها بدون حق ، حيث تضمن نص المادة أنه كل من لبس علنية كسوة رسمية بغير أن يكون حائزاً للرتبة التي تخوله ذلك أو حمل علنية العلامة المميزة لعمل أو لوظيفة من غير حق يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة.

ويتمثل السلوك في هذه الصورة بارتداء الشخص كسوة رسمية تخص فئة معينة من الموظفين ، وتكون مخصصة لهم بصورة رسمية من قبل السلطة المختصة بهم ، ومن ذلك الزي المميز للمنتسبين للقوات المسلحة وكذلك للسلك الشرطي وذلك لتميزهم عن غيرهم وتسهيل مهامهم ، ومن المعلوم أن قانون القضاء العسكري يجرم ارتداء الزي العسكري بمعرفة من لا ينتمى للقوات المسلحة وفقاً للمادة الخامسة فقرة (ب) من قانون القضاء العسكري⁽²⁾.

ومن ثم تقوم الجريمة بارتكاب السلوك المتمثل في ارتداء زي رسمي خاص بجهة حكومية معينة ، ولكن لا يسري هذا النص على الأزياء الموحدة التي تفرضها بعض الجهات غير الحكومية كال فنادق أو المطاعم ، حيث لا تمنح هذه الأزياء أي مزايا أو سلطات لمن يرتديها ، كما لا تقوم الجريمة بالنسبة لمن يستخدم نفس نوعية القماش في صنع بعض المستلزمات غير الملابس.

ومن صور السلوك التي يجرمها هذا النص أيضاً حمل العلامات المميزة لبعض الجهات والوظائف ، كالبدجات والشارات التي تدل على شخصية حاملها ، فإن كان الشخص لا يحمل له حمل هذه العلامات والشارات فإن الجريمة تقوم في حقه⁽³⁾.

وينصرف هذا التجريم إلى حمل أحد الضباط أو أفراد الشرطة رتبة غير التي يتمتع بها بدون وجه حق كقيام أحد المجندين يحمل الدرجة الثالثة بتعليق رتبة أمين شرطة أو قيام أحد الضباط برتبة نقيب بتعليق رتبة رائد أو عقيد⁽⁴⁾.

(1) نقض جنائي - الطعن رقم 26404 لسنة 66 ق جلسة 1998/12/13 - س 49 - ص 1436 .

(2) د / أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون العقوبات - مرجع سابق - ص 1214 .

(3) لقد شدد المشرع في المادة 313 من قانون العقوبات عقوبة السرقة لتكون السجن المؤبد في حالة ارتكابها ممن تزوي بزّي أحد الضباط أو موظف عمومي أو إبراز أمر مزور مدعي صدوره من طرف الحكومة .

(4) د/رسميس هينام : الجرائم المضرة بالمصلحة العامة - بند رقم 173 - ص 397 .

ولقد ورد لفظ التزيى بزي أحد الضباط أو موظف عمومي في موضع تشديد عقوبة السرقة بموجب المادة 313 من قانون العقوبات ، فيعاقب السارق بالسجن المؤبد إذا وقعت منه السرقة بواسطة التزيى بزي أحد الضباط أو موظف عمومي .

ثالثاً : اختلاس النياشين والألقاب .

وردت هذه الصورة في المادة 157 من قانون العقوبات المصري والتي تعاقب بالغرامة التي لا تتجاوز مائتي جنيه كل من تقلد علنية نشاناً لم يمنحه ، أو لقب نفسه كذلك بلقب من ألقاب الشرف أو برتبة أو بوظيفة أو بصفة نيابية عامة من غير حق⁽¹⁾ .

ويتمثل السلوك في هذه الصورة في إظهار أو تعليق أو تقلد وسام أو شعار مما يعطى كجائزة أو تقدير للمنضبطين بدون منح من الجهات المختصة ، فيقوم الشخص بتقلد هذا الوسام بدون استحقاق أو تميز منه ابتغاء الرفعة وعلو الشأن في أعين الناس ، مما يمثل نوع من الكذب السلوكي .

كما يتمثل السلوك أيضاً في هذه الصورة بتلقيب نفسه بلقب من ألقاب الشرف أو برتبة أو بوظيفة أو بصفة نيابية عامة من غير حق ، واللقب يعنى كل وصف يشعر بالرفعة أو الضعة أو ما يدل على مدح أو ذم⁽²⁾ .

وقد ينصرف مفهوم اللقب إلى اسم الجد أو أبو الأب ، وقد نظم المشرع البحريني في القانون رقم 26 لسنة 2000 بشأن تنظيم إجراءات اكتساب الاسماء والألقاب ، حيث تشترط المادة الرابعة من هذا القانون لإثبات اكتساب الألقاب أو تعديلها شهادة ثلاثة من العائلة المراد الانتساب إليها، ممن لا يقل عمر كل منهم عن أربعين سنة ميلادية، ولم يسبق لهم اكتساب اللقب بحكم قضائي أو قرار إداري، أو تزكية مُعَرَّف لهذه العائلة.

كما تنص المادة الخامسة من ذات القانون على أنه لكل من نازعه غيره في استعمال اسمه أو لقبه أو كليهما بلا مبرر وانتحل اسمه أو لقبه أو كليهما دون حق أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر.

وينصرف كذلك مفهوم القب إلى بعض الألقاب المدنية والتي حظر المشرع التخاطب بها ، ومن هذه الألقاب المسميات التي اعتاد الناس التباهي بها ، ومن ذلك :-

(1) اللقب اسم بعد الاسم الأول للتعريف أو التثريف أو التحقير . تتفاوت المجتمعات في مدى استخدامها للألقاب ولألفاظ التخاطب الخاصة، فالمجتمعات الغربية اختارت لفظ السيد Mr. ويتبعها اسم العائلة وتسري هذه الحال في المجتمع الأمريكي ابتداء من رئيس الجمهورية وانتهاء بالمواطن العادي ورجل الشارع، أما في المجتمع البريطاني فهناك حملة الألقاب مثل Sir , Lord وغيرهما، وقد حرص العثمانيون إبان حكمهم للوطن العربي زهاء 400 عام على استخدام الألقاب، حيث حددت مناصب حاملها، كما وصلت في بعض البلدان التي حكمها العثمانيون ان كانت الألقاب تباع وتشتري، وقد ألغت بعض الدول العربية الألقاب رسمياً لكن تداولها لا زال قائماً على صعيد التداول الشعبي دون الرسمي .

(2) يراجع في ذلك الشيخ علي الجرجاني : التعريفات - الطبعة الأولى - دار الكتب العلمية - الجمهورية اللبنانية 2010 - ص 193 ، وانظر أيضاً د / عبد الحق حميش : مصطلحات الألقاب عند فقهاء المذاهب الأربعة - بحث منشور في مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية الصادرة عن جامعة الكويت العدد 60 - سنة 2005 ص 279 .

صاحب الجلالة : وهو لفظ يخاطب به الملوك والسلاطين والأباطرة ويقال: جلالة الملك، وجماله السلطان، وجماله الإمبراطور .

صاحب الفخامة : وهو لفظ يخاطب به رؤساء الجمهوريات ، فيقال : فخامة رئيس الجمهورية، وفخامة الرئيس وكذلك السيد الرئيس.

صاحب السمو : وهو لفظ يخاطب ويشار به للأمرء من العائلة المالكة ويقال: صاحب السمو الملكي الأمير، وسمو السيد، وكذلك صاحب السمو الشيخ. ويقال : السمو هو الارتفاع والعلو، وسماء به أي أعلاه ، ويقال للحسيب والشريف : قد سما، والسماء لغة كل ما ارتفع وعلا، وكل سقف هو سماء.

السيد : وهو لفظ يخاطب ويشار به للأشراف من العائلة المالكة ومنها القول: سيادة الشريف، وفي بعض الدول يحمل اللقب أفراد العائلة الأكثر قربى للسلطان ومنها القول : سمو السيد. ويعنى لفظ السيد: الذي يفوق في الخير، كما تقول العرب: سيدنا فلان أي رئيسنا والذي نعظمه والسيد: الرئيس الإمام في الخير .

دولة : وهو لفظ يخاطب ويشار به لرئيس الوزراء، ومنه القول : دولة رئيس الوزراء ودولة الرئيس. وقد يكون المقصود باللقب صاحب الدولة أي أكبر مسؤوليها بعد رأس الدولة كالمملك أو السلطان أو رئيس الجمهورية ، وقد يكون مصدر الدولة هنا الإدالة أي الغلبة والنصر، والدولة أيضا الانتقال من حال الشدة إلى الرخاء.

معالي : وهو لفظ يخاطب ويشار به للوزراء ومن هم في منزلتهم من أصحاب المناصب الرفيعة. ويقال: معالي الوزير، وصاحب المعالي.

عطوفة : وهو لفظ يخاطب ويشار به لوكلاء الوزراء أي الأمناء العاميين للوزارات، وللمدراء العاميين للمؤسسات الكبيرة، وللحكام الإداريين كالحافظين ومن في منزلتهم. ويقال: عطوفة وكيل الوزارة، وعطوفة المحافظ، وعطوفة مدير الدائرة.

سعادة : وهو لفظ يخاطب ويشار به للسفراء، والنواب في البرلمان، وأصحاب بعض المناصب الكبيرة في الدولة، ويقال : سعادة السفير، وسعادة النائب.

سماحة : وهو لفظ يخاطب ويشار به لعلماء الدين الإسلامي من ذوي المناصب الرفيعة كالمفتي، وربما يخاطب به وزير الأوقاف الإسلامية وكذلك قاضي القضاة. ومن ذلك القول: سماحة وزير الأوقاف، وسماحة مفتي البلاد، وسماحة قاضي القضاة ، والسماح والسماحة: الجود، ويقال: سمح وأسمح إذا جاد وأعطى عن كرم وسخاء، أما المسامحة فهي المساهلة.

فضيلة : وهو لفظ يخاطب ويشار به لعلماء الدين الإسلامي من ذوي المناصب العالية كالقضاة، بل ويخاطب ويشار به لمفتي الدولة في بعض الأقطار العربية. ويقال: فضيلة الشيخ، أو فضيلة العالم فلان، والفضيلة: الدرجة الرفيعة في الفضل، والفضل ضد النقص والنيقصة، ويقال: رجل فاضل: ذو فضل.

قداسة : وهو لفظ يخاطب ويشار به للبابا وهو أعلى مركز لرجال الدين في المسيحية ، ومن ذلك القول: قداسة البابا فلان ، والتقديس: تنزيه الله عز وجل، والتقديس: التطهير، والقدس: الطهر.

غبطة : وهو لفظ يخاطب ويشار به لرتبة معينة رفيعة من رجال الدين المسيحي هي البطاركة، ومن ذلك القول: غبطة البطريرك ، ويقال : الغبطة حسن الحال والنعمة والسرور.

نيافة : وهو لفظ يخاطب ويشار به لرتبة معينة رفيعة من رجال الدين المسيحي هي المطارنة، ومن ذلك القول: نيافة المطران، ويقال : النيف الفضل والإحسان، و ناف الشيء نوافاً: ارتفع وأشرف، ويقال لكل مشرف على غيره إنه منيف.

الألقاب العسكرية : تتصف الهرمية العسكرية بالوضوح التام إذ تحكمها الرتبة والأقدمية، ولذلك تسهل المخاطبات والمحدثات، وتسير الجيوش الغربية وبعض الجيوش العربية على نظام محدد في المخاطبة وهو ذكر اسم المخاطب متبوعاً برتبته، ومن ذلك القول: العقيد فلان أو الرائد فلان. وقد خلّف الحكم العثماني ألفاظاً لا تزال قيد التداول، وعلى النحو التالي:

باشا : لفظ عثماني من أعلى ألقاب المدنيين والعسكريين، وهو بالتركية الحديثة *pasa*، وهو من ألقاب التشريف القديمة، وقيل : إنه من لفظ باش التركية وتعني الرأس أو الرئيس أو الأصل.

بك أو بيك : لفظ عثماني رفيع، وهو بالتركية الحديثة *bey*، ويعني اللفظ أمر وحاكم، شاع استعماله بين الدول المغولية والتركية والعثمانية والعربية، ومنذ العصر الإسلامي استخدمت كلمة بك بما يقابل كلمة أمير .

أفندي : كلمة تركية تعني الأخ الكبير، وأصبح لقباً اصطلاحياً من ألقاب التشريف يمنح للمثقفين الذين لا يحملون لقباً رسمياً مثل باشا أو بك، كما أطلق على صغار الضباط وإن أطلق على كبارهم أحياناً، ويطلق الآن أحياناً على من هو دون رتبة نقيب⁽¹⁾ .

وبخصوص النياشين والألقاب الأجنبية :

فقد عاقبت المادة 158 من القانون أيضاً بغرامة لا تتجاوز مائتي جنيه كل مصري تقلد علنية بغير حق أو بغير إذن رئيس الجمهورية نشانا أجنبياً أو لقب نفسه كذلك بلقب شرف أجنبي أو برتبة أجنبية.

ويلاحظ أنه هناك فرق بين انتحال الشخصية وانتحال الصفة ، ويتمثل هذا الفرق في أن انتحال الشخصية هو أن يقوم المتهم بانتحال اسم الشخص المجنى عليه والتعامل على أنه هو، مثلما حدث في واقعة انتحال شخصية النائب العام على الفيس بوك حيث قام المتهم بانتحال شخص النائب العام والتعامل على أنه هو ، حيث اصطنع حساباً على موقع "فيس بوك" باسم النائب العام، ووضع به صورة شخصية للنائب العام أخذها من الصور المتداولة بالشبكة المعلوماتية؛ ساعياً بذلك للشهرة وإشباع نقص لديه، قاصداً التواصل مع من سينخدعون بالحساب ظانين نسبته إلى النائب العام⁽²⁾ .

⁽¹⁾ د / عبد الحق حميش : مصطلحات الألقاب عند فقهاء المذاهب الأربعة – مرجع سابق- ص 279 .

⁽²⁾ الأستاذ / عمر محمود الحوتي : الوجيز في الحماية الجنائية من جرائم تقنية المعلومات – دار النهضة العربية – ص 128 .

ولكن انتحال الصفة تكون بانتحال الصفة الوظيفية أو المنصب الوظيفي أو الرتبة ، كمن يدعى أنه ضابط مباحث القسم بدون أن ينتحل الاسم⁽¹⁾.

الفرع الثالث

إشكالية النتيجة في جرائم اختلاس الألقاب والوظائف

إذا كان الأصل أن لكل جريمة نتيجة معينة يتطلبها القانون حتى يكتمل الركن المادي فيها ، بمعنى أنه يجب أن يحدث اعتداء فعلى على الحق الذي يحميه القانون ولا يكتفى بالخطر الذي يهدد هذا الحق أو بمجرد احتمال تحقق الضرر⁽²⁾.

وبناء على هذه النتيجة يتم التأكد من تمام وقوع الجريمة ، وكذلك اعتبار هذه النتيجة معيار لتحديد العقوبة ، حيث أن القانون يجرم بعض الأفعال مراعيًا في ذلك النتيجة الجسيمة التي يحتمل أن تؤدي إليها أفعال اختلاس الألقاب والوظائف⁽³⁾.

وفي الحقيقة فإن النتيجة في جرائم اختلاس الألقاب والوظائف تثير بعض الإشكاليات ، منها إشكالية عدم اعتداد المشرع بعنصر النتيجة في هذه الجرائم بحسبان اكتفاء المشرع بالسلوك فقط لقيام الجريمة ، ومن جهة أخرى ومن حيث التشابه الواضح بين جريمة اختلاس الألقاب والوظائف ، وبين جريمة النصب فيما يتعلق بالركن المادي ، فهل يمكن اعتبار عدم تحقق النتيجة في اختلاس الألقاب والوظائف شروع في جريمة النصب ؟

نتعرض فيما يلي لمناقشة هذه الإشكاليات ، ونفصل مدي اعتبار النتيجة في جرائم اختلاس الألقاب والوظائف هي التهديد بالخطر الواقع على الألقاب والوظائف ، ومدي اعتبار اختلاس الألقاب والوظائف شروع في ارتكاب جرائم النصب ، وذلك على النحو الآتي :-

أولاً : مدي اعتبار جرائم اختلاس الألقاب والوظائف جرائم خطر تهدد الواقع :

ومن الملاحظ أن المشرع قد وضع هذه الجرائم المتعلقة باختلاس الألقاب والوظائف في قالب الجرائم الشكلية التي تقع بمجرد ارتكاب السلوك ، ولا يتطلب الأمر حدوث أي نتيجة حتى تقوم الجريمة ، فبمجرد وصف الشخص نفسه بلقب معين وذكر ذلك في المحافل بين الناس ، فإن ذلك يمثل جريمة حتى وإن لم يترتب عليها أي نتيجة ظاهرة .

فالمشرع لم يعتبر النتيجة عنصر من عناصر جريمة اختلاس الألقاب والوظائف ، وإنما يتطلب فقط لتتمامها ارتكاب السلوك المجرم حتى وإن لم يحمل في ذاته ضرراً لأحد ، وهو ما يثير علي هذا النحو عدم ضرورة

(1) د / جميل عبد الباقي الصغير : قانون العقوبات - القسم الخاص - مرجع سابق - ص 98 .

(2) راجع في ذلك د/ محمود نجيب حسني : شرح قانون العقوبات - القسم العام - رقم 310 - ص 284 .

(3) د/ أحمد فتحي سرور : الوسيط - القسم العام رقم 191 - ص 295 .

العقاب على هذا السلوك ،، وعدم وجود الداعى للتدخل التشريعى فى هذا الشأن باعتبار أن هذا السلوك لا يعدو أن يكون مجرد نوعاً من الكذب الذى لا تتعدى غايته التفاخر والتباهى .

وإن كنت أرى أن هذه الجريمة يترتب عليها نتيجة واضحة من وجهتين :-

الوجهة الأولى : النتيجة المتمثلة فى زعزعة الثقة فى المراكز والوظائف والأوصاف ذات الحساسية ، فحين يلقب الشخص نفسه بالوزير أو اللواء أو المستشار أو النائب بدون وجه حق ويكون غير مناسب علمياً أو اجتماعياً أو ثقافياً لهذه الوظائف أو الألقاب ، فلا شك أن ذلك يقلل من شأن هذه الوظائف والألقاب ويحط من قدرها .

وفى هذه الوجهة يحمى المشرع الاعتبارات المهنية والاعتبارات الشخصية التى تتمتع بها المجتمعات من خلال الوظائف والمهن والخبرات الشخصية من حصيلة الرصيد المعنوي الذى وصلت إليه ، والكفاءات العملية لهذه المهن والوظائف والألقاب والرتب واحترامها بين الناس .

وهذه النتيجة وإن بدت قليلة فى خطورتها فقد لفتت نظر المشرع لما تحمله من احتمال تحقق نتائج أكثر جسامة على المستوي العام بلحظ من قدر هذه الألقاب والوظائف ، وهو ما يفسر لنا علة التجريم لسلوكيات اختلاس الألقاب والوظائف وهذه العلة تتمثل فى الرغبة فى درء و توقي النتائج السلبية لهذه السلوكيات .

الوجهة الثانية : النتيجة المتمثلة فيما يناله الفاعل من تبجيل واحترام وتقدير غير مستحق ، وقد يترجم هذا التقدير إلى منفعة غير مادية ، مثال ذلك التكريم فى المحافل ، وحضور المناسبات لما يظهره من ألقاب أو أوصاف ، وكذلك الدخول لبعض الأماكن المخصصة لفئات معينة ، أو استقلال وسائل مواصلات مخصصة لجهات معينة ، إلا إذا كان لهذه المنافع كيان مادي ملموس كتذاكر الدخول أو تذاكر النقل ففى هذه الحالة تتحول جريمة اختلاس الألقاب والوظائف إلى جريمة نصب .

وقد يصل الأمر فيما يتعلق بالنتيجة التى قد تتحقق من جراء جرائم الإيهام التى تتم باختلاس الألقاب والوظائف ، أن يتمكن الفاعل من عقد علاقات المصاهرة مع أسر معينة لا يكون كفواً لها على إثر إتقانه للتداخل فى الوظائف أو التسمى بالألقاب والرتب ، وهو ما يترتب عليه آثار اجتماعية مدمرة . وعلى أى حال فإن المشرع لم يشترط حدوث أى ضرر عن جريمة اختلاس الألقاب والوظائف ، فالضرر بوجه عام لا يدخل ضمن عناصر الركن المادي للجريمة⁽¹⁾ .

ثانياً : مدى اعتبار جرائم اختلاس الألقاب والوظائف شروع فى ارتكاب جريمة النصب :

فى الحقيقة فإنه لا يمكن اعتبار جرائم اختلاس الألقاب والوظائف والاتصاف بها بدون حق شروع فى النصب ، وذلك للأسباب الآتية :

(1) د/عمر السعيد رمضان : شرح قانون العقوبات -القسم الخاص - مرجع سابق - ص 591 .

السبب الأول : المبدأ هو عدم تصور الشروع في الجرائم الشكلية ، وحيث أن الجاني عندما يتداخل في الوظيفة أو يلقب نفسه بلقب أو برتبة بدون حق يكون بالفعل قد قطع شوطاً كبيراً في جريمة اختلاس الألقاب والوظائف ، وهو ما يمثل الركن المادي برمته ومن ثم تكون جريمة الايهام عن طريق اختلاس الألقاب والوظائف قد وقعت بالفعل ، والشروع وفقاً للمادة 45 من قانون العقوبات هو بوجه عام نموذج خاص لجريمة تتخلف نتيجتها، أو سلوك غير مفض إلى النهاية التي كان الجاني يسعى إلى بلوغها متى كان عدم تحقق تلك النتيجة راجعاً إلى سبب غير إرادي ، وصحيح أن الجاني في هذا النموذج قطع شوطاً ملموساً على طريق إتمام الجريمة ولكن ذلك الإتمام لم يحدث لسبب خارج عن إرادته بعدم تحقق النتيجة ، ومن ثم لم تقع الجريمة ولكن وقع الشروع فيها (1) .

وإذا كان المشرع قد وضع جرائم اختلاس الألقاب والوظائف في قالب الجرائم الشكلية التي لا يتطلب لها القانون نتيجة معينة ، ومن ثم فلا يتصور الشروع فيها كمبدأ عام في هذه الجرائم ، لأن هذه الجريمة تتم وتقع كاملة بمجرد ارتكاب السلوك ودون الحاجة إلى تحقق أي نتيجة .

السبب الثاني : هو أن الركن المعنوي في الشروع في ارتكاب جريمة النصب متوافر من البداية نحو الاتجاه إلى الاستيلاء على مال المجنى عليه ، في حين أن الركن المعنوي لجرائم اختلاس الألقاب والوظائف هو مجرد ارتكاب أفعال اختلاس الألقاب كنوع من الواجهة الاجتماعية (2) .

ويمكن القول أن جوهر القصد الجنائي في جريمة النصب أو الشروع فيها هو الإرادة الآتمة المتجهة إلى إحداث النتيجة الإجرامية بسلب مال المجنى عليه و التي تخلفت لسبب غير اختياري، وهي ذات الإرادة التي يلزم توافرها لقيام الجريمة التامة ، فالإرادة متجهة في الحالتين نحو إتمام الجريمة بغض النظر عن عدم تحقق النتيجة المقصودة في الشروع .

وهذا القصد الجنائي المتضمن الإرادة الآتمة المتجهة نحو سلب مال المجنى عليه وتحقيق المنفعة المادية المالية ، لا يمكن أن يتوافر بأي حال من الأحوال في جريمة اختلاس الألقاب والوظائف ، وإلا تحولت هذه الجريمة إلى جريمة نصب وفقاً للمادة 336 من قانون العقوبات .

السبب الثالث : أن المشرع وفقاً للمادة 47 من قانون العقوبات التي تنص على أنه تُعَيَّن قانوناً الجنح التي يعاقب على الشروع فيها وكذلك عقوبة هذا الشروع ، وهو ما يعني أن الأصل أنه لا شروع في الجنح ، ألا الجنح التي ينص عليها قانوناً ، بمعنى أنه ليس كل الجنح يعاقب على الشروع فيها .

وحيث أن جرائم الايهام عن طريق اختلاس الألقاب والوظائف والمناصب تُعد كلها من الجنح التي يعاقب عليها بالحبس أو الغرامة أو أحدي العقوبتين أو النشر ، وهي العقوبات المقررة للجنح ، ولم ينص المشرع

(1) تنص المادة 45 من قانون العقوبات علي أنه :- " الشروع هو البدء في تنفيذ فعل بقصد ارتكاب جناية أو جنحة إذا أوقف أو خاب أثره لأسباب لا دخل لإرادة الفاعل فيها.

ولا يعتبر شروعا في الجناية أو الجنحة مجرد العزم على ارتكابها ولا الأعمال التحضيرية لذلك "

(2) د/ علي عبد القادر القهوجي ، ود /فتوح عبد الله الشاذلي - مرجع سابق - ص 397 .

على العقاب على الشروع فيها على وجه الخصوص ، ومن ثم فلا يمكن اعتبار جرائم اختلاس الألقاب والوظائف والمناصب شروعا في جريمة النصب .

المطلب الثالث

إشكالية الركن المعنوي في جرائم اختلاس الألقاب والوظائف

الركن المعنوي للجريمة قوامه علاقة نفسية تربط بين ماديات الجريمة وشخصية الجاني ، وهذه العلاقة هي محل اللوم القانوني ، فمن يرتكب فعلاً بدون إرادة أو ارتكبه بإرادة معيبة ، أو ارتكبه وهو لا يعلم بحقيقة الواقعة المجرمة ، ومن ثم فمن غير المستساغ إخضاع هذا الشخص للعقاب ، وفي جريمة اختلاس الألقاب والوظائف يتصف الركن المعنوي بخصوصية تميزه عن بقية الجرائم ، كما أن هذا الركن تعتره بعض الصعوبات في جرائم اختلاس الألقاب والوظائف ، نعرض ذلك فيما يلي :

الفرع الأول : صعوبة تحديد نوع القصد الجنائي في جرائم اختلاس الألقاب والوظائف .

الفرع الثاني : صعوبة إثبات القصد الجنائي في جرائم اختلاس الألقاب والوظائف .

الفرع الأول

صعوبة تحديد نوع القصد الجنائي في جرائم اختلاس الألقاب والوظائف

تبدو أهمية القصد الجنائي في جريمة اختلاس الألقاب والوظائف والمناصب في أن هذا القصد هو الذي يضع الخطوط الفاصلة بين هذه الجريمة وبين غيرها من الجرائم ، فاقترار القصد الجنائي في هذه الجريمة على الإرادة والعلم بعناصر الجريمة ، وعدم تعدي ذلك إلى الاستيلاء على مال المجني عليه أو تحقيق منفعة مادية ، فإن ذلك هو ما يفرق جريمة اختلاس الألقاب والوظائف عن جريمة النصب⁽¹⁾ .

و باستقراء الركن المعنوي في جرائم اختلاس الألقاب والوظائف نجده يتميز عما سواه في الجرائم الأخرى ، حيث يتواري الاهتمام به ويبرز الاهتمام أكثر بالركن المادي الذي يتمثل في السلوك ، دون التعمق في إرادة الجاني ، وهو ما يوفر حماية أكثر لاستقرار المصلحة العامة ضد الانحرافات الأخلاقية لبعض الأشخاص بصورة تشبه التدابير الاحترازية التي تهدف إلى منع وقوع الجريمة قبل وقوعها .

وعلي أي حال فإن الركن المعنوي في جريمة اختلاس الألقاب والوظائف لا بد من توافره في الجريمة ؛ حيث يعكس إرادة الجاني نحو مناهضة المصلحة التي يحميها القانون ، وهي في حالتنا الماثلة الثقة اللازمة للألقاب والوظائف الحكومية .

الملاحظ أن الأفعال التي تقوم بها جرائم اختلاس الألقاب والوظائف والاتصاف بها ، والتي أوردها المشرع كركن مادي في هذه الجرائم لم يحدد المشرع لها صورة القصد الجنائي الواجب توافره فيها ، وخاصة وأن الجريمة

(1) د/عمر السعيد رمضان : شرح قانون العقوبات - مرجع سابق - ص 591 .

تقع بمجرد ارتكاب السلوك بمعنى أن الجريمة تقوم بمجرد قيام الفاعل بإجراء عمل من مقتضيات أحدي الوظائف ، أو بمجرد قيام الفاعل بتلقيب نفسه بلقب أو رتبة من غير حق .

فلم يحدد المشرع نوع القصد الجنائي في جرائم اختلاس الألقاب والوظائف وهل هو قصد جنائي عام أو قصد جنائي خاص ، وهل يكفي بالقصد الجنائي العام المتمثل في اتجاه إرادة الجاني نحو ارتكاب الفعل وهو عالم بعناصره القانونية ، أم يلزم توافر قصد جنائي خاص يتمثل في انصراف نية الجاني إلي تحقيق نتيجة معينة ، وهي المغنم المراد تحقيقه من وراء ارتكاب الفعل باكتساب تميز ورفعه بين الناس .

فإذا كان الفاعل يُعد مرتكباً لجريمة التداخل في وظيفة من الوظائف العمومية بمجرد الاندماج بين موظفيها أو إجراء عملاً من مقتضياتها ، فلم يظهر من هذا النص ما هية القصد الجنائي في هذا السلوك ، كما لم يظهر عما إذا كان المشرع قد اكتفي بالقصد الجنائي العام وهو الإرادة والعلم ، أم يتطلب قصد خاص يتمثل في الظهور بمظهر الصفة الوظيفية الرفيعة لينال الاحترام والتقدير والوضع المتميز في المجتمع .

وتبعاً لذلك فلم يتبين من النص ما هية الغاية التي يبتغيها الفاعل من الفعل أو ما هو غرضه أو باعته علي ذلك ، ومع الإقرار بأن الغاية والغرض والباعث كلها عناصر لا تحتسب من عناصر القصد الجنائي ؛ لأن إشباع الحاجة بهذه العناصر في حد ذاته ليس له الصفة غير المشروعة في حكم القانون ؛ لأنه لا يمكن أن تخلع الصفة الجنائية علي الشعور النفسي أو الدوافع الداخلية المتمثلة في الغايات والبواعث والأغراض ، ولكن التجريم ينصب علي الإرادة الآثمة التي تتجه إلي غرض غير مشروع⁽¹⁾ .

ومع ذلك فإن بيان الغايات والبواعث والأغراض يلعب دور مهم في كشف مدي الخطورة التي تنطوي عليها شخصية الجاني ، فقد تتفاوت هذه الغايات والبواعث والأغراض في الخطورة بل وقد تكون نبيلة وهي حينئذ تكون أقل خطراً ، ومن ثم يتم بناء علي ذلك تحديد العقاب⁽²⁾ .

ومما تقدم يتضح أنه في جرائم اختلاس الألقاب والوظائف والاتصاف بها لا يمكن استظهار الغايات والبواعث والأغراض لمن يرتكب جرائم اختلاس الألقاب والوظائف والاتصاف بها ، فمن يتداخل في وظيفة من الوظائف أو يلقب نفسه بلقب من ألقاب الشرف يصعب استبيان قصده من ذلك الفعل، حيث يقف ذلك عند حد التفاخر والتباهي! سيما وأن المشرع لم يتطلب نتيجة معينة لهذه الجريمة⁽³⁾ .

فلم يقرن المشرع ارتكاب السلوك في هذه الجرائم بتحقيق الفاعل نتيجة معينة كالاستحواذ علي مبالغ أو استيلاء علي منافع أو الحصول علي مصالح ، ولكنه استكفي لقيام بمجرد ارتكاب الفعل المادي المكون لها .

(1) نشير إلي أن الغرض هو الهدف القريب الذي تتجه إليه الإرادة ، ولكن الإرادة في العادة يكون لها هدف أبعد من الغرض القريب ، وهو ما يعبر عنه بالغاية التي ببلوغها يصل الفاعل إلي حد الإشباع ، ومن ثم فإن الغرض هو الهدف القريب للفاعل ، والغاية هي هدفه البعيد ، أما الباعث فهو الدافع النفسي إلي إشباع الحاجة ، ويمكن القول أن الغاية هي الانعكاس المادي للباعث الذي يختلج في نفس الفاعل .

(2) نقض جنائي - طعن رقم 410 لسنة 42 ق - جلسة 1972/5/29 س 23 - ص 844 .

(3) د / أحمد السيد علي عفيفي : الأحكام العامة للعقوبات في قانون العقوبات - مرجع سابق - ص 121 .

وما سبق من أن المشرع لم يستلزم نتيجة معينة لقيام هذه الجريمة يرجع إلي أن هذه الجريمة من الجرائم الوقائية التي تتوقى حدوث الضرر بمنع وقوع مسباته ، فلا يتم النصب علي الأفراد أو الاحتيال عليهم بالتزبي بلباس معين أو التلقب بلقب من ألقاب الشرف أو برتبة أو بوظيفة أو بصفة نيابية عامة .
ونشير أخيراً إلي أنه إذا كان يجب لقيام جريمة اختلاس الألقاب والوظائف أن يتوافر العمد أو القصد الجنائي بعنصرية المتمثلين في الإرادة والعلم ، إلا أن ذلك لا يمنع من قيام هذه الجريمة عن طريق الخطأ ، فمن المتصور أن يرتدي شخص ملابس تخص هيئة معينة ومخصصة لموظفيها وهو يعتقد أنها ملابس عادية .

الفرع الثاني

صعوبة إثبات القصد الجنائي في جرائم اختلاس الألقاب والوظائف

يترتب علي اكتفاء المشرع بالركن المادي لقيام جريمة اختلاس الألقاب والوظائف صعوبة في إثبات الركن المعنوي فيها ، ويرجع ذلك إلي أن الغاية والباعث والغرض من ارتكاب الجريمة هي عناصر غير واضحة ، كما أنها عناصر غير ذات موضوع في بنیان جريمة اختلاس الألقاب والوظائف ، ولا ينظر إليها علي أنها عنصر من عناصر القصد الجنائي فيها⁽¹⁾ .

هذا إلي جانب أنه يصعب الوقوف عما إذا كان الجنائي قد قصد بفعله مجرد التباهي والتفاخر ، أم أن فعله كان بقصد النيل من هبة الوظائف أو الألقاب والنياشين ، أو علي أقل تقدير اكتساب تميز وتقدير لدي المجتمعات ، وعلي ذلك فقد تعجز سلطة الاتهام عن إثبات توافر هذا القصد أو ذاك⁽²⁾ .

كما أن سلطة الاتهام لا تستطيع الاستناد إلي افتراض علم الفاعل واتجاه إرادته إلي ارتكاب أفعال اختلاس الألقاب والوظائف ، وذلك لأن الافتراض في مجال القانون الجنائي مناف للدستور والقانون الذي يستلزم أن يكون لكل جريمة ركنها المادي والمعنوي ، ولا يفترض توافر الركن المعنوي فيها ، بل لا بد من ثبوته ثبوتاً يقينياً⁽³⁾ .

ولما كان القانون لا يمكن أن يكشف عن مكنون الضمائر ، ولا يمكن أن يثبت ما يجول في الصدور ، فإن رصد القصد الجنائي لمن يختلس الألقاب والوظائف يكون أمراً غير ميسور ، فما يدور في نفس الجنائي يصعب معرفته إلا في ضوء ما تنبأ به الأفعال .

ولتخطي صعوبة الإثبات للركن المعنوي لجريمة اختلاس الألقاب والوظائف فإن المشرع قد لجأ في تجريم أفعال الإيهام عن طريق اختلاس الألقاب والمناصب إلي وضع هذه الجرائم في قالب الجرائم الشكلية التي تقوم وتكتمل بمجرد ارتكاب السلوك ، ويتراجع فيها الركن المعنوي بشكل واضح .

(1) نقض جنائي - الطعن رقم 1298 لسنة 42 ق - جلسة 1973/1/8 - س 24 - ص 461 .

(2) نقض جنائي - الطعن رقم 44 لسنة 39 ق - جلسة 1969/4/21 - س 20 - ص 531 .

(3) د/أحمد أبو الروس : القصد الجنائي والمساهمة والمسئولية الجنائية .. المكتب الجامعي الحديث بالإسكندرية ص 55 .

كما أن القضاء قد لجأ في تحطى صعوبة إثبات القصد الجنائي بالأخذ بالمعيار الموضوعي في إثبات توافر القصد الجنائي بالنظر إلي القصد المتحقق لدي الشخص العادي ، فالقانون عندما يتطلب توافر القصد فإنه لا يتطلب توافر القصد الفعلي أو التوقع الفعلي للفاعل بأن نتيجة ما سوف تنجم عن فعله ، وإنما كل ما يقصده بذلك هو أنه ما كان ينبغي علي الفاعل أن يتصرف علي هذا النحو الذي يتوقع معه الشخص العادي أن ذلك الفعل سوف يفضي إلي وقوع النتيجة الإجرامية .

فالقانون يهتم بأن تطاع قواعده وأوامره وأحكامه بغض النظر عن النوايا الفعلية للفاعل ؛ حيث أن هدف القانون الجنائي هو ضمان المصالح الاجتماعية بمنع ارتكاب الأفعال الضارة ، فالقانون يعاقب علي الأفعال الضارة من وجهة نظر المجتمع بصرف النظر عن قصد المتهم وبواعثه وإذنابه ؛ لأن القانون يبني معياره ويحدد السلوك المستوجب للوم وفقاً لمعيار الشخص العادي (1) .

المطلب الرابع

العقوبة المقررة لجريمة اختلاس الألقاب والوظائف

وضع المشرع ثلاثة عقوبات لهذه الجريمة وهي الحبس أو الغرامة مع جواز نشر الحكم أو ملخصه في إحدى الجرائد على نفقة المحكوم عليه ، حيث نص الباب العاشر من قانون العقوبات رقم 58 لسنة 1937 على عقوبات اختلاس الألقاب وانتحال شخصية، من خلال خمسة مواد قانونية يعاقب فيهم بالحبس كل من اختلس لقب أو انتحل صفة أو شخصية سواء بالوظيفة أو بارتداء الزي أو بتلقيب نفسه لقب من ألقاب الشرف والرتب أو الوظيفة من غير حق ، وعاقب على كل هذه الأفعال بالحبس أو الغرامة ، وكذلك عقوبة النشر كعقوبة جوازية تقترن بالغرامة في جرائم التقليد علانية بالنياشين أو التلقب بلقب من ألقاب الشرف أو الرتب (2) ، ونفصل ذلك فيما يلي عن طريق عرض كل جريمة وعقوبتها :-

الفرع الأول : عقوبة التداخل في الوظائف أو إجراء عمل من مقتضياتها .

الفرع الثاني : عقوبة لبس كسوة رسمية في العلن .

الفرع الثالث : عقوبة تقلد النياشين أو التلقيب بالألقاب .

الفرع الرابع : نشر الحكم في الجرائد .

(1) د/ محمد معي الدين عوض : القانون الجنائي - مرجع سابق - ص 110 .

(2) د / أحمد السيد علي عفيفي : الأحكام العامة للعلانية في قانون العقوبات - مرجع سابق - ص 121 .

الفرع الأول

عقوبة التداخل في الوظائف العمومية

من الملاحظ أن العقوبات المقررة لجرائم اختلاس الألقاب والوظائف لا تتميز بسمات خاصة ، ولا يوجد قواعد خاصة لهذه العقوبات فهي تخضع للقواعد العامة في التجريم والعقاب ، ومن جهة أخرى فلم يضع المشرع لهذه العقوبات ظروف مشددة .

كما يلاحظ أن المشرع قد وضع لهذه الجرائم عقوبة الجرح إذ عاقب عليها بعقوبة الحبس أو الغرامة ، حيث تنص المادة 155 من قانون العقوبات على أنه :- " كل من تداخل في وظيفة من الوظائف العمومية - ملكية كانت أو عسكرية - من غير أن تكون له صفة رسمية من الحكومة أو إذن منها بذلك ، أو أجرى عملاً من مقتضيات إحدى هذه الوظائف يعاقب بالحبس "

وعقوبة الحبس هي وضع المحكوم عليه في أحد السجون المركزية أو العمومية المدة المحكوم بها عليه ولا يجوز أن تنقص هذه المدة عن أربع وعشرين ساعة ولا أن تزيد على ثلاث سنين إلا في الأحوال الخصوصية المنصوص عليها قانوناً.

و لكل محكوم عليه بالحبس البسيط لمدة لا تتجاوز ستة أشهر أن يطلب بدلاً من تنفيذ عقوبة الحبس عليه تشغيله خارج السجن طبقاً للقيود المقررة بقانون الإجراءات الجنائية إلا إذا نص الحكم على حرمانه من هذا الخيار⁽¹⁾.

ونري أن تطبيق العقوبة السالبة للحرية في مثل هذه الجرائم غير مجد ، وذلك لسببين : أولهما أن العقوبة السالبة للحرية لا تمثل ردع فعال لمثل هذه الشخصية الكاذبة وخاصة أن عقوبة الحبس عادة ما تكون بسيطة ولا تتعدى الستة شهور في مثل هذه الجرائم ، وثاني هذه الأسباب أن عقوبة الحبس قد يكون لها أثر سلبي على الفاعل حيث تجعله يخرج من محبسة أكثر رغبة في فعل الإيهام وتكرار الكذب ، ناهيك أن هذه العقوبة فيها تكلفة على الخزنة العامة من مصروفات المطعم والملبس والاعاشة للمحبوسين مما يكلف الدولة الكثير من الأموال⁽²⁾.

الفرع الثاني

عقوبة لبس كسوة رسمية أو حمل علامة مميزة لوظيفة معينة

تنص المادة 156 من قانون العقوبات على أن كل من لبس علانية كسوة رسمية بغير أن يكون حائزاً للرتبة التي تخوله ذلك ، أو حمل علانية العلامة المميزة لعمل أو وظيفة من غير حق يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة.

(1) انظر المادة 18 من قانون العقوبات المصري .

(2) د/ محمد جبريل إبراهيم : الاستعانة بالذكاء الاصطناعي في تنفيذ عقوبة المراقبة الإلكترونية - دراسة تحليلية مقارنة - دار النهضة العربية 2022 -

وفي هذه الجريمة فقد راعى المشرع أن تكون العقوبة فيها شىء من الردع للفاعل الذي تجرأ وارتكب فعل من أفعال الإيهام وهو لبس كسوة رسمية تخص وظيفة عمومية معينة ، ولك يكتف بعقوبة الغرامة كما في جريمة التقليد بنيشان أو تلقب بلقب من ألقاب الشرف .

ويلاحظ أن المشرع يشترط لتطبيق هذه العقوبة في جريمة ارتداء زي رسمي أو حمل علامة مميزة لوظيفة أو عمل معين وكان هذا الزي أو هذه العلامة يقتصر الحق في ارتدائه أو الحق في حملها على العاملين بوظيفة رسمية في جهة أو هيئة تابعة للدولة أن يكون الفاعل ليس له الحق في لبس الزي الرسمي ، أو حمل العلامة المميزة للوظيفة ، كما يشترط أن يتم هذا الفعل علانية ، ويلاحظ أن العلانية المتطلبة هنا تدخل في إطار العلانية الفعلية التي يأتيها الفاعل على الملأ ، فلا تحتاج أي قرائن قانونية يفترض معها تحقق العلانية القانونية⁽¹⁾ .

وعلى أي حال فإن النظم التقليدية للعقاب على جرائم اختلاس الألقاب والوظائف نري أنها غير مناسبة لطبيعة هذه الجرائم التي تتقارب طبيعتها مع الجرائم الأخلاقية ، فهذه الجرائم تحتاج في عقوباتها أن تكون عقوبات إصلاحية تهييية أكثر منها عقوبات زجرية ردعية ، ولذلك فقد تكون العقوبات السالبة للحرية غير مناسبة لجرائم التزيى بأزياء خاصة بوظائف معينة ، أو حمل علامات مميزة لمهن أو وظائف معينة .

ولذلك فقد تكون الوسائل الحديثة في العقاب أقرب وأنسب للعقاب على هذه الجرائم ، وخاصة في ظل ما تتصف به العقوبات التقليدية من سلبيات ، فلا أحد ينكر الأزمة التي مرت بها العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة لما تخلفه من آثار سلبية على المحكوم عليه وعلى أسرته وعلى المجتمع ككل ، حيث تسمح بإدماج المحكوم عليه مع عتاة الإجرام فيكتسب خبرات كبيرة من طرق ارتكاب الجرائم ، وتحرم أسرته منه كعائل لها مما يمثل عقاب للأسرة ، ناهيك عن التكلفة العالية لتنفيذها من أماكن للحبس ومأكل ومشرب وملبس ودواء وهو ما يمثل عبء كبير على كاهل الدولة .

وهو الأمر الذي يدعو إلى اللجوء إلى الوسائل الحديثة في عقاب إجرام الإيهام والكذب بالصورة التي تكفل إصلاح المجرم وتهذيبه وإعادة تأهيله داخل المجتمع ، ونعتقد أن أكثر صور العقاب ملائمة هو نظام الإفراج الشرطي الذي يتم بمقتضاه الإفراج عن المحكوم عليه متى كانت ظروفه تسمح بذلك⁽²⁾ .

الفرع الثالث

عقوبة تقلد النياشين أو التلقيب بالألقاب

السياسة التي اختطها المشرع في جرائم تقلد النياشين والتلقيب بالألقاب وحمل العلامات هي الاعتماد على عقوبة الغرامة كعقوبة أصلية والإقلال من العقوبات المقيدة للحرية ، وهذه الوجهة لها اعتبارها : فمن ناحية فإن جرائم تقلد النياشين والتلقيب بالألقاب بدون وجه حق لا تكشف عن أي خطورة إجرامية للفاعل الذي قد يرتكب جريمته بقصد التباهي والتفاخر ، قد تكون هذه الجريمة عديمة الأثر علي المجتمع وقد لا يشعر بها

(1) د/ أحمد السيد علي عفيقي : الأحكام العامة للعلانية في قانون العقوبات - مرجع سابق - ص 121 .

(2) د/ محمد جبريل إبراهيم : الاستعانة بالذكاء الاصطناعي في تنفيذ عقوبة المراقبة الإلكترونية - مرجع سابق - ص 61 .

أحد ، وقد يأخذها البعض على سبيل الفكاهة والتسلى فتمر الأفعال التي تكون الركن المادي فيها بدون حدوث أي ضرر .

ومن ناحية أخرى فإن المشرع قد تبني سياسة الاعتماد على عقوبة الغرامة في خطته لمواجهة جرائم الإيهام متماشياً في ذلك مع السياسات الحديثة في عقاب المجرمين من غير ذوي الخطورة الإجرامية ، وهو ما يقتضى الإقلال من قدر الإمكان من النص على العقوبات السالبة للحرية التي لها أثر سلبي كبير على غير معتادي الإجرام وعلى عائلاتهم ، وما لها من أعباء مالية ضخمة على عاتق الدولة .

وعلى ذلك فقد تضمنت المادة 157 من قانون العقوبات عقوبة الغرامة على مرتكب الجريمة فنصت على أنه :- " يعاقب بغرامة لا تتجاوز مائتي جنيه مصري كل من تقلد علانية نشاناً لم يمنحه أو لقب نفسه كذلك بلقب من ألقاب الشرف أو رتبة أو بوظيفة أو بصفة نيابية عامة من غير حق .

كما نصت المادة 158 من قانون العقوبات على أنه :- " يعاقب بغرامة لا تتجاوز مائتي جنيه كل مصري تقلد علانية بغير حق أو بغير إذن رئيس الجمهورية نشاناً أجنبياً أو لقب نفسه كذلك بلقب شرف أجنبي أو برتبة أجنبية.

وتكون عقوبات انتحال الصفة عن طريق استخدام اسم أو لقب شخص أو مسمى وظيفي أو صفة وظيفية أو انتحال شخصيته في التعامل مع شخص آخر أو استخدام أوراق وأختام خاصة به⁽¹⁾ .

الفرع الرابع

نشر الحكم في الجرائد التي تختارها المحكمة

رصد المشرع في المادة 159 من قانون العقوبات عقوبة جوازية يجوز للمحكمة أن تقضى بها في الحالين المنصوص عليهما في المواد 157 و158 من قانون العقوبات ، وقد جاء ضمن عقوبة انتحال شخصية أنه في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين يجوز للمحكمة أن تأمر بنشر الحكم بأكمله أو بنشر ملخصه في الجرائد التي تختارها ويكون النشر على نفقة المحكوم عليه .

ونحن نثمن هذا النهج للمشرع فيما يتعلق بنشر الحكم بأكمله أو بنشر ملخصه ، لما يحققه هذا النشر من نتائج هامة ، حيث أن هذه الجرائم التي يمكن أن نصفها بجرائم النصب الصغير يكون فيها فضح أمر الفاعل أمراً ضرورياً ، حتى لا يقع الأشخاص في شبابه مرة أخرى ويكون معلوم لديهم أنه مختلس الألقاب والوظائف ، كما أن النشر يجعله يجرم عن ممارسة أفعال اختلاس الألقاب والمناصب مرة أخرى .

ومبرر المشرع في إجازة عقوبة نشر الحكم الصادر بالإدانة بأكمله أو بنشر ملخصه في الجرائد التي تختارها المحكمة على نفقة المحكوم عليه هو أن الجريمة وقعت علانية وأمام مرأي ومسمع الناس ، ومن ثم يكون من الأفضل أن تكون العقوبة كذلك معلنة .

(1) د/ أحمد السيد علي عفيفي : الأحكام العامة للعلانية في قانون العقوبات - مرجع سابق - ص 121 .

كما أن المشرع يهدف من وراء عقوبة نشر الحكم الصادر بالإدانة ضمان تحقيق الردع الخاص والردع العام لمنع ارتكاب هذه الجرائم ، وخاصة أن العقوبة المقررة لانتحال الصفة والتقلد بالنياشين هي الغرامة التي لا تتجاوز مائتي جنيه وهي عقوبة بسيطة ، مما دفع المشرع بإجازة نشر الحكم .

ومن جهة أخرى فإن المشرع يهدف من الأخذ بعقوبة نشر الحكم الصادر بالإدانة التوضيح للرأي العام حقيقة تصرفات المحكوم عليه باعتبارها أفعال مخالفة للقانون و تنطوي على خاصية إجرامية ، كما هو الحال بالنسبة لبعض الجرائم الماسة بالنياشين والألقاب ، و التي يأمر المشرع بنشر الحكم الصادر بشأنها ، حتى يظهر للناس حقيقة هذه الأفعال التي يعتقد بعض الناس أنها أفعال غير مجرمة .

ويجب لصحة الحكم الصادر بالعقوبة أن يثبت توافر أركان الجريمة ، ويقتضى ذلك أن تبين المحكمة في وضوح الأفعال التي ارتكبها الفاعل ، وأن تبين أن هذه الأفعال صدرت من المتهم بصورة علنية ، كما يتعين على المحكمة أن تدلل على توافر القصد الجنائي في جانب المتهم ، ولكنها غير ملزمة بالتحدث عنه بصراحة طالما كان مفهوماً ضمناً من الظروف التي ساققتها في حكمها⁽¹⁾ .

أما إذا دفع المتهم بانتفاء القصد الجنائي لديه ففي هذه الحالة يتعين على المحكمة أن تمحص هذا الدفع وترد عليه قبولاً أو رفضاً مدعماً بالدليل .

خاتمة الدراسة :

عرضنا في هذه الدراسة لجريمة من جرائم الإيهام والكذب وهي اختلاس الألقاب والوظائف والاتصاف بها من غير حق ، فعرضنا للركن الشرعي لهذه الجريمة ففصلنا النصوص الجنائية المتعلقة بهذه الجريمة ، وموضع هذه النصوص المتعلقة بالجريمة في قانون العقوبات ، والمصلحة محل الحماية من التجريم ، وعلاقة هذه الجريمة بجريمة النصب .

ثم عرضنا للركن المادي للجريمة وعرضنا لصور السلوك الاجرامى في الجريمة من التداخل في الوظائف العمومية أو القيام بإجراء من مقتضياتها ، أو التزيى بكسوة رسمية أو حمل علامة من العلامات المميزة للوظيفة أو المهنة الحكومية، أو التقلد بنشان أو التلقب بلقب من ألقاب الشرف ، ثم عرضنا لإشكالية النتيجة في هذه الجريمة حيث اعتبرها المشرع من الجرائم الشكلية التي لا تتطلب حدوث نتيجة معينة ، في حين أنه يمكن أن تحدث بسبب هذه السلوكيات نتيجة تتمثل في الحط من قدر الوظائف والمهن والألقاب ، وكذلك تحصل الفاعل على منافع معنوية وأدبية .

ثم عرضنا للركن المعنوي في الجريمة ، وإشكالية القصد الجنائي فيها وما يعتره من صعوبة في تحديد عما إذا كان هذا القصد هو قصد عام فيكتفى بالعلم الإرادة لعناصر الركن المادي للجريمة ، أم يتطلب الأمر لقصد جنائي خاص يتمثل في الرغبة في التحصل علي منافع معنوية أو أدبية .

(1) د / جميل عبد الباقي الصغير: قانون العقوبات - القسم الخاص - مرجع سابق - ص 98 .

وأخيراً عرضنا للعقوبة المقررة للجريمة ، وفصلنا عقوبة كل جريمة والتي تتراوح ما بين الحبس ، والغرامة ، مع جواز نشر الحكم كله أو بعضه في الجريدة التي تختارها المحكمة ، مع تفصيل مدي ملائمة هذه العقوبات لهذه الجرائم وطبيعتها .

نتائج الدراسة :

انتهينا من الدراسة بالنتائج الآتية :-

- 1- شهدت الفترة الأخيرة ضبط حالات عديدة لأشخاص يقومون بانتحال صفة موظف عام أو ضابط شرطة أو جيش، بالإضافة إلى انتحال صفة الأطباء وغيرها من المهن والوظائف العامة .
- 2- اهتم المشرع بالأمر التي تمثل تهديداً لقيم وتقاليد المجتمعات ، وهي السلوكيات المتمثلة في اختلاس الألقاب والوظائف التي تهدد بشكل كبير الثقة التي يحملها الناس لبعض الوظائف والمسميات ، فإذا تم اختلاس هذه الألقاب من بعض ممن لا يستحقونها زالت الثقة في هذه الألقاب والوظائف .
- 3- ما زالت النظرة - من قبل المجتمع - إلى هذه الجرائم ما زالت في نطاق جرائم الكذب الأخلاقية ، وبالرغم من تجريمها من قبل المشرع إلا أنه لا يوجد إطار عملي لمواجهة هذه الجرائم حيث اعتادت السلطات المختصة التغاضي عن الكذب المجرد من الأفعال والمظاهر الخارجية وعدم السير في التحقيق فيه إلا إذا كان كذباً صاراً من الناحية الاجتماعية .
- 4- صعوبة تحديد الضرر فيها ، وكذلك في تضائل دور المجنى عليه في الإبلاغ عنها ، وعدم وجود بلاغات بوقوع هذه الجرائم .
- 5- عدم وجود حدود فاصلة بين جريمة اختلاس الألقاب والوظائف والاتصاف بها بدون حق ، وبين جريمة الشروع في النصب ، حيث أن الأفعال المكونة للجريمتين متشابهة .

توصيات الدراسة :

توصى الدراسة بالتوصيات الآتية :

- 1- توصى الدراسة بإضافة جرائم الألقاب والوظائف إلى جرائم النصب بحسبانها من جرائم الإيهاام التي يقصد منها الفاعل تحقيق مغنم معنوي .
- 2- توصى الدراسة بتغليظ العقاب على جرائم اختلاس الألقاب والوظائف حتى يتم تحقيق الردع العام والردع الخاص بما يمنع ويحد من ارتكاب هذه الجرائم التي انتشرت بصورة واسعة في المجتمع .
- 3- توصى الدراسة بوضع حدود فاصلة بين جرائم اختلاس الألقاب والوظائف وبين جريمة الشروع في النصب ، حيث أن الأفعال المكونة للجريمتين متشابهة .
- 4- توصى الدراسة بتنظيم إجراءات التبليغ عن جرائم اختلاس الألقاب والوظائف والاتصاف بها بدون وجه حق ، على أن يكون ذلك التبليغ ممن يمثل الجهات التي يتظاهر الفاعل بأنه ينتمي إليها أو أنه من تابعيها ، أو ممن يمثل الفئات التي يدعي بأنه ينتسب إليها .

5- توصى الدراسة بالتوسع في تجريم الافعال التي تتضمن الإيهام الكذب ومن ذلك اختلاس الألقاب والوظائف بواسطة وسائل التواصل الاجتماعي والبرامج الإلكترونية كالفيس بوك والواتس آب وغيرها من البرامج الإلكترونية ، بالإضافة إلى الوسائل التقليدية في المكاتبات والأوراق والكروت الخاصة .

❖ قائمة المصادر والمراجع :

- 1- د / أحمد السيد علي عفيفي : الأحكام العامة للعلانية في قانون العقوبات -دراسة مقارنة -دار النهضة العربية مصر 2002 .
- 2- د/ أحمد أبو الروس : القصد الجنائي والمساهمة والمسئولية الجنائية _ المكتب الجامعي الحديث بالإسكندرية .
- 3- د / أحمد فتحي سرور : الوسيط في قانون العقوبات -القسم الخاص - دار النهضة العربية 2013 .
- 4- د / جميل عبد الباقي الصغير : قانون العقوبات -القسم الخاص -جرائم العرض والآداب العامة والاعتبار -دار النهضة العربية 1998 .
- 5- د/ حسنين إبراهيم صالح عبيد : مفترضات الجريمة -مدلولها -طبيعتها - ذاتيتها .
- 6- د / رمسيس بهنام : الجرائم المضرة بالمصلحة العمومية - منشأة دار المعارف - طبعة 1982 .
- 7- د / عبد الحق حميش : مصطلحات الألقاب عند فقهاء المذاهب الأربعة -بحث منشور في مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية الصادرة عن جامعة الكويت العدد 60 -سنة 2005 .
- 8- د/ علي عبد القادر القهوجي ، ود / فتوح عبد الله الشاذلي -شرح قانون العقوبات -القسم الخاص 2004 .
- 9- الأستاذ / عمر محمود الحوتي : الوجيز في الحماية الجنائية من جرائم تقنية المعلومات -دار النهضة العربية .
- 10- د / فايز محمد حسين : التدريب القانوني والمهارات القانونية - دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية - الطبعة الأولى 2013 .
- 11- د/ محمد السعيد رمضان : شرح قانون العقوبات -القسم الخاص دار النهضة العربية 1986.
- 12- د/ محمد السعيد رشدي : الإنترنت والجوانب القانونية لنظم المعلومات - بحث مقدم للمؤتمر العلمي الثاني -كلية الحقوق جامعة حلوان في مارس 1999 .
- 13- د/ محمد جبريل إبراهيم : الاستعانة بالذكاء الاصطناعي في تنفيذ عقوبة المراقبة الإلكترونية - دراسة تحليلية مقارنة - دار النهضة العربية 2022 .
- 14- د/ محمد محي الدين عوض : القانون الجنائي - مبادئه الاساسية في القانون الانجلوأمريكي -دار النهضة العربية 1978 .
- 15- د/ محمود نجيب حسني : شرح قانون العقوبات -القسم العام - دار الفكر العربي 1984 .

المسؤولية القانونية للشركة القابضة عن الشركات التابعة لها

The holding company's legal responsibility for its subsidiaries



د. أحمد إبراهيم محمد : دكتوراة القانون الجنائي - باحث دكتوراه

في القضاء والسياسة الشرعية - مستشار شرعي وقانوني بالمملكة العربية السعودية

Dr. Ahmed Ibrahim Muhammad: Doctorate in Criminal Law

Doctoral Researcher in Judiciary and Sharia Policy - Sharia and Legal

Consultant in the Kingdom of Saudi Arabia

ملخص:

هدف البحث إلى التعريف بالشركة القابضة وبيان مفهومها القانوني، وبيان الأساليب القانونية المتبعة لسيطرة الشركة القابضة على الشركات التابعة لها، وتناول المسؤولية الناتجة عن سيطرة الشركة القابضة على الشركات التابعة لها، وبيان الأسباب التي دعت لقيام مسؤولية الشركة الأم عن ديون الشركة الوليدة، ومعرفة آلية استخدام الشركة القابضة لحقوق الشركات التابعة، وقد تم الاعتماد على المنهج الوصفي التحليلي والمنهج المقارن، المنهج الوصفي التحليلي لتبيان نظام كل من الشركة الأم والشركة القابضة والعلاقة بينهما، والآلية القانونية لتكوين الشركات التابعة ومدى سلطتها في المراقبة على الشركات التابعة لها، أما المنهج المقارن فقد استخدمته للمقارنة بين نظام هذه الشركات في النظام السعودي وبعض الأنظمة أو القوانين في الدول العربية الأخرى والتي قد تكون سبقت في تطبيق هذا النوع من الشركات، وذلك من باب الاستفادة من التجارب، وقد انتهى البحث إلى عدد من النتائج أهمها إن مصدر علاقة الشركة القابضة بشركاتها التابعة هو ما تملكه الشركة القابضة من أسهم في رؤوس أموال تلك الشركات، مما يؤدي إلى

سيطرتها عليها، كما أن الشركات القابضة تحتكر إصدار القرارات الإستراتيجية التي تمس الجوانب الأساسية لنشاط الشركات التابعة، وتترك القرارات التنفيذية لمجالس إدارات الشركات التابعة، وأوصى الباحث بضرورة معالجة مدى احقية استخدام الشركة القابضة للأموال والحقوق لشركاتها التابعة بنصوص واضحة تنظم علاقة الشركة القابضة بالشركات التابعة لها، بالشكل الذي يدعم فكرة استقلال الشخصية المعنوية للشركة التابعة عن الشخصية المعنوية للشركة القابضة.

الكلمات المفتاحية : المسؤولية القانونية- الشركة التابعة- الشركة القابضة.

Abstract :

The research aimed to introduce the holding company, explain its legal concept, explain the legal methods used for the holding company's control over its subsidiaries, address the liability resulting from the holding company's control over its subsidiaries, explain the reasons that called for the parent company to be responsible for the debts of the nascent company, and know the mechanism for using The holding company for the rights of subsidiaries has been based on the descriptive and analytical approach and the comparative approach. The descriptive and analytical approach has been used to clarify the system of both the parent company and the holding company and the relationship between them, the legal mechanism for forming subsidiaries and the extent of their authority to monitor their subsidiaries. As for the comparative approach, I have used it for comparison. Between the system of these companies in the Saudi system and some regulations or laws in other Arab countries that may have preceded the application of this type of companies, in order to benefit from experiences, and the research concluded with a number of results, the most important of which is that the source of the holding company's relationship with its subsidiaries is what The holding company owns shares in the capital of those companies, which leads to its control over them. Also, the holding companies have a monopoly on issuing strategic decisions that affect the basic aspects of the activity of the subsidiaries, and leave the executive decisions to the boards of directors of the subsidiaries. The researcher recommended the need to address the extent of the right to use the holding company. To the funds and rights of its subsidiaries, there are clear texts that regulate the relationship

of the holding company with its subsidiaries, in a way that supports the idea of the independence of the legal personality of the subsidiary company from the legal personality of the holding company.

key words : Legal responsibility - subsidiary company - holding company.

مقدمة :

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحبه أما بعد:
الشركة القابضة هي أحد الأشكال القانونية للشركات، وما يميزها عن باقي الشركات كونها تركز سلطة اتخاذ القرار والانفراد بملكية أصول كل الشركات التابعة لها، وهي إطار لتجميع المشروعات يمكن ساعد على ظهوره تمكين الشخص المعنوي من حق تملك الحصص في الشركات الأخرى، والحق في تجميع شركتين أو أكثر تحت إدارة شركة واحدة تعرف بالشركة الأم تراقب شركات أخرى تابعة لها ومرتبطة بها تدعى الشركات التابعة، ومصطلح الشركة الأم يرجع إلى الفقه الفرنسي، حيث تعتبر هي المركز الاستراتيجي لمجمع الشركات، تتمتع بشخصية معنوية مستقلة بجميع ما يترتب عليها من آثار قانونية، تقوم بإدارة اقتصادية موحدة ورقابة على الذمم المالية للشركات التابعة لها، حيث تباشر سيطرتها على هذه الشركات بالسيطرة على ملكية الأسهم فيها.

كما تتحول في أغلب الأحيان إلى شركة قابضة يمكنها أن تقضي بسهولة على المنافسة بين المشروعات التي تقوم بنشاط مماثل، وينحصر نشاطها في الأعمال المحددة لها في نظام الشركات في البلد المنشأة فيها، وفي السعودية هو نظام الشركات السعودي، وذلك فرضته سياسة الانفتاح والخوض في عملية المنافسة والدخول لمنظمة التجارة العالمية وفرضته ظروف اقتصادية أخرى مثل خطة الدولة بتنويع مصادر الاقتصاد وغيرها من ظروف اقتصادية، والشركة القابضة تعتبر الوسيلة الأكثر تطوراً التي توصل إليها الفكر الاقتصادي ليس فقط على الصعيد الوطني بل على الصعيد العالمي أيضاً، إن أصل الشركات القابضة يرجع إلى نهاية القرن التاسع عشر في أمريكا، حيث أن التقدم الصناعي والتقني المكتسب في ذلك الوقت من طرف الأمريكيين أدى إلى تشجيع إثر صدور قانون شرممان الذي يقون على عمليات تجميع المشاريع، وبالتالي تأسيس الشركات القابضة حيث تم منع الشركات القابضة كوسيلة للحد من حرية المزاحمة، ثم فقدت هذه الشركات في أمريكا الكثير من أهميتها خلال الأزمة الاقتصادية العالمية.

وللتعريف أكثر فإن من المتفق عليه أن تلك الشركات هي شركة تمسك وتدير المساهمات في شركات أخرى بغية السيطرة عليها من خلال تسييرها واتخاذ القرار على مستوى الإدارة العليا ويكون ذلك بالرقابة واستثمار الموجود، إن إنشاء الشركات التابعة والمساهمات تسمح بتشكيل مجمع الشركات، حيث ساعدت هذه التقنيات المستوحاة من نصوص القانون التجاري على خلق نظام شركات عملاق، ساعد بسرعة كبيرة على تركيز الأموال تجاوزت أبعاده أحيانا حدود الدولة الواحدة ونشأ ما يعرف بالشركات متعددة الجنسيات

التي تتمثل في مشروع اقتصادي تتواجد وحداته في دول مختلفة تهيمن عليها شركة واحدة تحدد الاستراتيجية والأهداف، وبالتالي تكون قوانين الشركات قد أوجدت تنظيم قانوني للمشروعات الاقتصادية الضخمة، مرن ويهدف إلى تطوير نشاطات الشركة الأم عن طريق الشركات التابعة، وبالتالي فقد أصبح التوجه، في المرحلة الحالية نحو أشخاص معنوية صغيرة تمارس نشاط مشترك تشكل فيما بينها شركات الهدف منها تجنب الأخطار التي تواجه الوحدات الاقتصادية العملاقة سواء سياسية كعمليات التأميم أو قانونية كموجة الشلل التي تخلفها عملية افتتاح إجراءات التسوية القضائية أو الإفلاس.

هذا الشكل من أشكال التنظيم القانوني يوفر سهولة في التسيير ويحقق مردودية عالية من الإنتاج والأرباح عن طريق تركيز أجهزة القرار في إدارة عامة تحدد التوجهات الاقتصادية وتقوم بالدارسات والأبحاث وتحدد الأهداف التي من المفروض الوصول إليها وتحقيقها. كما يبرز القانون استقلالية شركات المجمع عن بعضها من حيث تمتع كل واحدة منها بالشخصية المعنوية، فإن قواعده تؤكد أيضا تبعية شركات المجمع للشركة الأم أو القابضة حسب الحالة، من خلال تدخلها في إدارة الأولى بسبب امتلاك نسبة هامة من أسهم هذه الشركات سواء أثناء مرحلة التأسيس أو بعدها وذلك عن طريق شراء السندات أو الحقوق الاجتماعية، أو الاكتتاب في زيادة رأسمال الشركة أو المساهمة الجزئية في الأصول، حيث يخول لها امتلاك نسبة من أسهم هذه الشركات الحق في التصويت والإدارة، إضافة إلى إظهار الأوضاع المالية للشركة التابعة في ميزانية الشركة القابضة عن طريق إعداد الحسابات الجماعية، وتظهر أيضا تبعية الشركة التابعة للشركة القابضة من خلال العمل بالميزانيات والحسابات الموحدة التي ينص القانون التجاري على ضرورة تقديمها وهذا ما يؤكد هذه التبعية. وبالتالي يعتبر مجمع الشركات كوحدة اقتصادية بغض النظر عن الاستقلال القانوني لشركاته. تتجلى أهمية هذا الموضوع في محاولة الكشف والتعرف على شركات المجمع المتمثلة في كل من الشركة الأم والشركة القابضة والشركات التابعة من خلال بعض النصوص القانونية نظار للدور الكبير الذي تلعبه هذه الشركات في جلب المستثمرين الأجانب وتوسيع حجم النشاط الاقتصادي لتحريك الاقتصاد الوطني.

في هذا البحث سوف أتطرق بالبحث للشركة القابضة، وهي أحد الأشكال القانونية للشركات، وما يميزها عن باقي الشركات تركيز سلطة اتخاذ القرار والافراد بملكية أصول كل الشركات التابعة لها، وتظهر الشركات القابضة مجموعة من المميزات التي تجعل لها امتيازات مالية وضريبية مغرية، ورغم ذلك يبقى لها عيوب تجعلها أقل إغراءً، وهو ما سنتعرف عليه من خلال هذا البحث.

أسباب اختيار البحث :

ما كتب عن الشركة القابضة في الدول العربية قليل، وما كتب عنها في السعودية بصفة خاصة؛ لذلك فضلت اختيار هذا الموضوع في الكتابة عنه خدمة للحركة البحثية والعلمية، وللإقتصاد السعودي بشكل خاص، حيث يعد التوسع في الشركات القابضة حديثة نسبياً في السعودية بسبب الانفتاح الاقتصادي والذي من أبرز مظاهره تشجيع الشركات الأجنبية والوطنية على الاستثمار في السعودية، والدليل على ذلك

التعديلات التي طرأت على نظام الشركات السعودي، مواكبة للتجارة العالمية وانفتاح المملكة على العالم ضمن رؤية المملكة 2030م.

من بين الدواعي العلمية التي أدت إلى البحث في هذا الموضوع كونه من بين المواضيع الحديثة خاصة نظام الشركات القابضة ويتناسب مع الإصلاحات الاقتصادية الجارية في البلاد، ويساعد الاقتصاد الوطني في النهوض بإثراء المادة القانونية.

أهداف البحث :

وتتمثل أهداف هذا البحث في :

- 1- التعريف بالشركة القابضة وبيان مفهومها القانوني.
- 2- بيان الأساليب القانونية المتبعة لسيطرة الشركة القابضة على الشركات التابعة لها.
- 3- تناول المسؤولية الناتجة عن سيطرة الشركة القابضة على الشركات التابعة لها.
- 4- بيان الأسباب التي دعت لقيام مسؤولية الشركة الأم عن ديون الشركة الوليدة.
- 5- معرفة آلية استخدام الشركة القابضة لحقوق الشركات التابعة.

تساؤلات البحث :

تأسيساً على الأهداف السابقة للبحث، تبرز عدة تساؤلات يمكن صياغتها فيما يلي:

- 1- ما المفهوم القانوني للشركة القابضة.
- 2- ما الأساليب القانونية المتبعة لسيطرة الشركة القابضة على الشركات التابعة لها؟.
- 3- ما المسؤولية الناتجة عن سيطرة الشركة القابضة على الشركات التابعة لها؟.
- 4- ما الأسباب التي دعت لقيام مسؤولية الشركة الأم عن ديون الشركة الوليدة؟.
- 5- ما آلية استخدام الشركة القابضة لحقوق الشركات التابعة؟.

منهج البحث :

اعتمدت خلال هذه الدراسة كل من المنهج الوصفي التحليلي والمنهج المقارن، حيث استخدمت المنهج الوصفي التحليلي في تبيان نظام كل من الشركة الأم والشركة القابضة والعلاقة بينهما، والآلية القانونية لتكوين الشركات التابعة ومدى سلطتها في المراقبة على الشركات التابعة لها، أما المنهج المقارن فقد استخدمته للمقارنة بين نظام هذه الشركات في النظام السعودي وبعض الأنظمة أو القوانين في الدول العربية الأخرى والتي قد تكون سبقتنا في تطبيق هذا النوع من الشركات، وذلك من باب الاستفادة من التجارب.

الدراسات السابقة :

الدراسة الأولى: وهي أطروحة جامعية، للباحث هشام علي عبد ربه المشاعلة، مشرف أطروحة جامعية عبد السلام الرجوب، وأعضاء اللجنة القضاة، فياض ملفيا الشوابكة، محمود، الجامعة جامعة الإسراء، الكلية كلية الحقوق، دولة الجامعة: الأردن، الدرجة العلمية: ماجستير، وتاريخ الدرجة العلمية 2015م.

الدراسة الثانية: بحث بعنوان العلاقة القانونية للشركة القابضة مع الشركات التابعة لها دراسة مقارنة، د. أحمد حمود المساعدة، استاذ القانون التجاري المشارك - كلية إدارة الأعمال قسم القانون - المملكة العربية السعودية، الأكاديمية للدراسات الإجتماعية والإنسانية، المجلة القانونية، ع121، مجلد 14.

خطة البحث:

- المبحث الأول: التعريف بالشركة القابضة ومفهومها القانوني.
- المبحث الثاني: الأساليب القانونية المتبعة لسيطرة الشركة القابضة على الشركات التابعة لها.
- المبحث الثالث: المسؤولية الناتجة عن سيطرة الشركة القابضة على الشركات التابعة لها.
- المبحث الثالث: الأسباب التي دعت لقيام مسؤولية الشركة الأم عن ديون الشركة الوليدة.
- المبحث الرابع: أساس مسؤولية الشركة الأم عن ديون الشركة الوليدة.
- المبحث الخامس: استخدام الشركة القابضة لحقوق الشركات التابعة.
- خاتمة البحث وتشتمل على النتائج والتوصيات.
- المصادر والمراجع.

المبحث الأول

تعريف الشركة القابضة ومفهومها القانوني

التعريف اللغوي :

"جاء اسم الشركة القابضة من اللغة الانكليزية وهي مشتقة من الفعل (to hold) ويعني قبض أو مسك ومن هنا جاء اسم الشركة القابضة والشركة القابضة هي الشركة أو المؤسسة التي تمتلك الأسهم المتداولة لشركاتٍ أخرى وغالبا ما يشير المصطلح بشكل أساسي إلى الشركة التي لا تُنتج السلع أو الخدمات بنفسها، وإنما الغرض منها فقط تملك أسهم الشركات الأخرى. وتمتلك الشركة القابضة عادة أغلبية الأسهم في الشركة التابعة وحسب الموسوعة البريطانية يمكن تعريف الشركة القابضة بأنها الشركة التي تملك من الأسهم ما يكفي للتصويت في واحدة أو أكثر من الشركات الأخرى بغرض السيطرة على تلك الشركات. ويمكن التمييز بين نوعين من الشركات القابضة: شركة موجودة فقط لهذا الغرض وتسمى شركة قابضة صرفه (نقية)، وشركة مشاركة في الأعمال التجارية (من تلقاء نفسها) وتسمى شركة قابضة تشغيلية. تمتلك الشركة القابضة عادة أغلبية الأسهم في الشركة التابعة لكن أحيانا قد تكون مشاركة قليلة في ملكية الأسهم كافية لإعطاء سيطرة للشركة القابضة (إذا كانت ملكية الأسهم المتبقية منتشرة على نطاق واسع)"⁽¹⁾.

"وقد اختلفت القوانين التجارية المقارنة حيال تعريف هذه الشركة، ولكن العنصر الأساسي من عناصر التعريف الذي لا خلاف عليه هو أن الغرض الرئيسي لهذه الشركة هو المشاركة في رأسمال شركة أو عدة شركات أخرى بغرض السيطرة عليها، وتسمى هذه الشركات التي تسيطر عليها الشركة القابضة "شركات تابعة" توجب بعض القوانين أن يقتصر غرض الشركة القابضة على غرض وحيد هو المساهمة في رأسمال شركات أخرى بغرض السيطرة عليها وإدارة حافظة الأوراق المالية التي تمتلكها في الشركات التابعة، ولا تجيز لها أن تمارس أي نشاط اقتصادي آخر، ويسمح البعض الآخر من القوانين للشركة القابضة أن تمارس أعمالاً أخرى إلى جانب الغرض الأساسي وهو المشاركة في شركات أخرى. ويرى بعض فقهاء القانون التجاري أن الشركة القابضة ظاهرة قانونية للتركيز الاقتصادي بين المشاريع، فهي وسيلة من وسائل تجمع الشركات بحيث تعتبر في الواقع إطارا قانونيا للتركز على أساس من الرقابة في الإدارة والمشاركة في رأس المال للشركة القابضة هي الشركة الأم أو شركة ذات المسؤولية المحدودة أو الشراكة المحدودة. تمتلك ما يكفي من أسم التصويت في شركة أخرى⁽²⁾، بحيث يمكنها التحكم في سياسات الشركات التي تمتلكها و الإشراف على قراراتها الإدارية. وعلى الرغم من أن الشركة القابضة تمتلك أصول الشركات المملوكة، إلا أنها تحتفظ بمميزات الملكية والرقابة فقط، ولا تمتلك حق إدارة العمليات الإنتاجية والنشاطات التجارية⁽³⁾.

(1) محمد حسين إسماعيل، الشركة القابضة وعلاقتها بشركاتها التابعة، شركة شقير وعكشة للطباعة، عمان، ط1990م، ص33

(2) فوزي محمد سامي، الشركات التجارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005م، ص141

(3) أكرم ياملكي، القانون التجاري، الشركات دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، عمان، 2006، ص44

وعلى الرغم من أن الشركة القابضة يمكنها تعيين وفصل مدراء الشركات التي المملوكة لها، إلا أن هؤلاء المدراء يكونون مسئولين عن العمليات الإنتاجية والنشاطات التجارية والخدمية الموكلة لهم. لذلك من المهم جدا على المساهمين في الشركات القابضة مراقبة صيرورة العمل عن كثب للتأكد من الأداء الأمثل لمديري الشركات. وتتمتع الشركات القابضة بمزايا الحماية من الخسائر، حيث إذا أفلست شركة تابعة لها، فلن يتمكن الدائنون من متابعة الشركة القابضة قضائيا لاسترجاع حقوقهم.

ويثير تحديد مفهوم الشركة القابضة أهمية خاصة، فلكي نتعرف على مفهوم الشركة القابضة لابد من الخوض في مجال تعريف هذه الشركة وشروطها⁽¹⁾.

الشركة القابضة هي الشركة الأم أو شركة ذات المسؤولية المحدودة أو الشراكة المحدودة تمتلك ما يكفي من أسم التصويت في شركة أخرى، بحيث يمكنها التحكم في سياسات الشركات التي تمتلكها والإشراف على قراراتها الإدارية. وعلى الرغم من أن الشركة القابضة تمتلك أصول الشركات المملوكة، إلا أنها تحتفظ بميزات الملكية والرقابة فقط، ولا تمتلك حق إدارة العمليات الإنتاجية والنشاطات التجارية⁽²⁾.

الفرق بين مفهومي الشركة الأم والشركة القابضة :

"الشركة القابضة هي الشركة التي تحتوي شركات أخرى تسمى الشركات التابعة. ويجب على الشركة تقديم البيانات المالية الموحدة للمستثمرين وهيئة الأوراق المالية والبورصات. مهمة مديريها وأعضاء مجلس الإدارة بشكل عام الحفاظ على السيطرة على الشركات التابعة. في الولايات المتحدة، يجب على الشركة القابضة امتلاك نسبة أكبر من 80 في المئة من حقوق التصويت للمساهمين من أجل الحصول على أي مزايا ضريبية. والشركة الأم بحسب التعريف هي تقريبا نفس الشركة القابضة. تمتلك الشركات الأم عادة الشركات التابعة لها إما من خلال عمليات الدمج أو الاستحواذ والشراء. وذلك بهدف تخفيف المنافسة، وتوسيع عملياتها، وزيادة دخلها الصافي التشغيلي أو الحصول على مزايا ضريبية أكبر أو زيادة مصادر التمويل أو حتى خفض النفقات المرتبطة بإنتاج سلع معينة"⁽³⁾.

الاختلاف الرئيسي بين المفهومين:

لا توجد فروق جوهرية بين الشركة الأم والشركة القابضة، لكن تختلف الآثار القانونية بالنسبة لوضع الشركة بشكل عام. يمكن القول أن الشركة القابضة غير نشطة (بالمفهوم العملي) إلا بغرض امتلاك شركات أخرى. بينما تمتلك الشركة الأم عادة مشاريعها التجارية الخاصة بالإضافة لنفوذها وامتلاكها للشركات التابعة لها لأغراض الاستثمار أو لدعم وتوسيع عملياتها.

(1) حسن محمد هند، مدى مسؤولية الشركة الأم عن ديون شركتها الوليدة في مجموعة الشركات مع إشارة خاصة إلى الشركة المتعددة

القومييات، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1997م، ص122

(2) محمود الشرقاوي، المشروع متعدد القومييات والشركة القابضة كوسيلة لقيامه، حث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، 1976، ص124

(3) مروان بدري ابراهيم، طبيعة العلاقة القانونية بين الشركة القابضة والشركة المتعددة الجنسيات من جهة والشركات التابعة لها من جهة

أخرى، مجلة المنارة، جامعة آل البيت، المجلد13، العدد9، 2007، ص125

خصائص الشركة القابضة :

سيطرة الشركة القابضة على غيرها: تتحقق سيطرة الشركة القابضة على الشركات التابعة من خلال السيطرة على سلطة اتخاذ القرار في الشركات التابعة عن طريق التمتع بأغلبية التصويت في الجمعيات العمومية للمساهمين أو الشركاء ومجالس إدارات تلك الشركات وتتمكن الشركة القابضة من إحراز هذه السيطرة عن طريق تملكها أغلبية الأسهم في رأسمال الشركات التابعة وتنص بعض القوانين على وجوب أن تملك الشركة القابضة بنسبة 51 في المائة على الأقل في رأسمال الشركة التابعة، كما يجيز بعض القوانين بأن تتحقق سيطرة الشركة القابضة على الشركة التابعة عن طريق الاتفاق مع باقي المساهمين، تتمتع بموجبه بالسيطرة على الإدارة أيا كانت نسبة الأسهم التي تمتلكها الشركة القابضة في رأسمال الشركة التابعة⁽¹⁾.

وقد تسيطر الشركة القابضة في دولة ما على شركات تابعة في دول أخرى، كما قد تخضع شركة وطنية في إحدى الدول لسيطرة شركة قابضة أجنبية عن طريق المساهمة في رأسمال الشركة الوطنية من جانب الشركة القابضة الأجنبية، ويترتب عن الوضعين قيام ما يسمى الشركة متعددة الجنسيات⁽²⁾.

سهولة تأسيسها: أحد أهم مميزات الشركات القابضة هو سهولة تأسيسها وتشكيلها، حيث يمكن لأي طرف شراء الأسهم المعروضة من السوق المفتوحة، ولا تشكل موافقة المساهمين في الشركات التابعة أي عائق أمام حصول ذلك، لأنها غير مطلوبة أو ضرورية. ميزة أخرى تتمثل في رأس مال الكبير، والذي يقوم على تجميع الموارد المالية للشركة القابضة والشركات التابعة لها معاً، وهو ما يجعل ربحيتها تزيد من خلال توسيع رأس مالها وبالتالي توسيع نشاطها والاستفادة من عائد ربحي أكبر، أما فيما يخص المنافسة في السوق، تتجنب الشركات القابضة المنافسة مع الشركات المملوكة لها والتي تصبح فروعاً لها تدعمها في الأسواق التجارية والخدمية، وبالأخص إذا كانت تنشط في نفس خط العمل. كما أنها لها ميزة اقتصادية هامة وهي الوفورات ، والذي يعني أن الشركات القابضة يمكن أن تنتج كميات كبيرة بتكاليف إجمالية منخفضة نسبياً، وتحصل على شروط ائتمان أفضل من خلال عمليات الشراء بالجملة، أما في حالة البيع والتوزيع فيمكنها الحصول على مميزات أفضل من الموردين والربائين⁽³⁾.

الحفاظ على السرية في الشركات القابضة ميزة أخرى، حيث يتحقق ذلك لأن السلطة وصنع القرار مركزيان. وهو ما يمكنها بشكل عام من حماية نفسها من الدعاية الضارة أو تسرب خططها الإستراتيجية. وفي حالة قيام الشركات التابعة بأعمال محفوفة بالمخاطر وذات نسبة فشل عالية ، لا تؤثر الخسارة على الشركة

(1) حسام عيسى، الشركات المتعددة الجنسيات، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، يوليو، 1976م،

السنة الثامنة عشرة، ص16

2 (Dunning John H., The Multinational enterprises, George Allen and Unwin Ltd., London, 1999, P.67.

3 (Bergeston F., An Analysis of U.S. Foreign Direct Investment Policy and Economic Development, Washington, D.C. Brookings Institution, 1976, P.54.

القابضة ولا يترتب عليها أي دفع لمستحقات مالية أو ديون، كما يمكنها ببساطة بيع حصصها في الشركة التابعة⁽¹⁾.

شروط الشركة القابضة:

الشركة القابضة لها أربعة شروط:

الشرط الاول: أن تكون شركة تجارية: فالشركة القابضة ليست نوعاً جديداً من شركات الأشخاص وشركات الأموال؛ بل هي كقاعدة عامة شركة كأي شركة أخرى ذات شخصية معنوية وتتمتع بأهلية التملك وتصلح من ثم لأن تكون شركة قابضة⁽²⁾.

الشرط الثاني: أن توجد شركة تابعة:

فالشركة القابضة شركة تمتلك أغلبية رأسمال في شركات أخرى بهدف السيطرة عليها وتوجيه نشاطها وتكون الشركات الواقعة تحت سيطرة الشركة القابضة شركات تابعة أو ما يسمى بالشركات الخاضعة. وتبعاً للرأي الراجح بين الفقهاء تعريفاً للشركة التابعة هي الشركة التي تخضع للسيطرة المالية لشركة أخرى وهذه السيطرة ناجمة عن تملك نسبة معينة من رأسمال الشركة. وبالتالي فإن التعريف الدقيق للشركة التابعة هو أنها الشركة التي تخضع للسيطرة المالية المباشرة أو غير المباشرة المستمرة والمستقرة لشركة أخرى مستقلة عنها قانوناً وتنتج السيطرة المالية من تملك نسبة مؤثرة من رأسمال الشركة⁽³⁾.

الشرط الثالث : سيطرة الشركة القابضة على الشركة التابعة.

يجب ان لا ينحصر نشاط الشركة القابضة على توظيف امولها في الشركة التابعة انما يجب ان يكون هنالك سيطرة على قدرات الشركة التابعة كأن تقوم الشركة القابضة بتحديد السياسة المالية والاستثمارية ووضع الخطة الانتاجية وتحديد اسواق التصدير الى ما هنالك من سياسات، ولا فرق في شكل عمل الشركة التابعة سواء كان عمل مدنيا او تجارياً.

الشرط الرابع : استقلال الشركة التابعة :

يجب ان يكون هنالك انفصال تام بين الشخصية الاعتبارية والقانونية للشركة التابعة عن الشركة القابضة، وهنا يبرر الفرق الواضح بين الشركة التابعة والفرع أو الوكالة، فلا يكون للفرع أو الوكالة شخصية معنوية وليس له غرض شركة وليس له دائنون أو مدينون، ومن مظاهر الاستقلال أيضاً ان يكون للشركة التابعة جنسية خاصة بها ومقر رئيسي خاص بها، وكذلك اسم خاص بها، وهذا الانفصال في الذمة

(1) محسن شفيق، المشروع ذو القوميات المتعددة، دار الكتاب الجامعي، القاهرة، 1978م، ص252.

2- إسماعيل محمد حسين الشركة القابضة وعلاقتها بالشركة التابعة في مشروع قانون الشركات الاردني والقانون المقارن عمان 1990. ص 15

(3) فوزي محمد سامي، الشركات التجارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، الاردن، 2005، ص125

المالية للشركة القابضة وتجميع المشاريع تحت سيطرتها ادى الى زيادة انتشار هذه الشركات من خلال الفوائد المالية الكبيرة لهذه الشركة على صعيد الواقع⁽¹⁾.

أنواع الشركات القابضة :

للشركة القابضة اربع اشكال تظهر من خلالها:

1- الشركة القابضة الصافية : هي الشكل الامثل للشركة القابضة حيث ينحصر نشاطها في ادارة مات ملكه من رأسمال في الشركات الاخرى التابعة دون ممارسة أي نشاط تجاري او صناعي وينحصر نشاطها في المجال المالي والاداري دون الامتداد الى النشاط التجاري والاستثماري هذه الشركة عملها اداري بحت ، بحيث تركزه فقط من اجل التوجيه والرقابة للشركات الوليدة وبالتالي تكون الشركة القابضة الصافية ذو عمل اداري بحت بحيث تعطي الأوامر وتراقب تنفيذها ليكون هنالك تنظيم جيد للإنتاج، فنشاط هذه الشركة ينحصر في النشاط الذهني (دراسة - تخطيط - تنظيم - توجيه، ولا يشمل أي إنتاج مادي).

2- الشركة القابضة المختلطة : هي شركات تقوم بأعمال صناعية وتجارية بالإضافة الى كونها شركة قابضة. فتقوم الشركة القابضة بتسيير نشاط باقي الشركات التابعة من اجل خدمة مصالحها التجارية والصناعية الخاصة بها.

مثال: شركة صناعية تقوم بصناعة السيارات تدخل كشركة قابضة في شركات انتاج الاطارات والدهانات والزجاج من اجل توجيه هذه الشركات التابعة من اجل خدمة عملها الرئيسي وهو صناعة السيارات وبالتالي تستفيد من امرين تشغيل اموالها الفائضة من صناعة السيارة وكذلك تحصل على اقل الاسعار من الشركات التابعة باعتبارها هي رئيس مجلس الادارة نفسها للشركة التابعة.

3- الشركة القابضة العائلية : هي شركة قابضة من نوع خاص حيث انه يكون هنالك مجموعة من افراد عائلة واحدة كل واحد منهم يترأس عمل شركة ومجموع هذه الشركات يكون خاضع للعائلة ويكون انشاء هذه الشركة باتفاق بين افراد العائلة الواحدة على ان ينشأ كل منهم شركة وتشكل من مجموعة الشركات شركة قابضة عائلية ويتم الاتفاق فيما بينهم على بنود نظامية للقبول والافضلية لاجل المحافظة على توازن داخل الشركة القابضة واستبعاد الاشخاص الغير مرغوب فيهم.

4- الشركة القابضة التجميعية : وهي عبارة عن شركة تجمع شركات لأجل جمع طاقات هذه الشركات وتنظيمها في ميادين اقتصادية متقاربة وتكون هذه الشركة بين مجموع شركات تقوم بأعمال تجارية أو اقتصادية متقاربة فيما بينها، فهي عبارة عن وسيلة لتجميع وتركيز المشاريع.

(1) جعفر ابراهيم حسين بني عيسى، النظام القانوني للشركة القابضة، في القانون الاردني، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة آل

المبحث الثاني

الأساليب القانونية المتبعة لسيطرة الشركة القابضة على الشركات التابعة لها

عندما تقوم الشركة الأم بتملك أسهم في رأس مال الشركات التابعة لم يكن غرضها مجرد الاستثمار، وإنما غايتها الأساسية السيطرة على تلك الشركات التابعة لتكوين مشروع اقتصادي متكامل، عمودياً وأفقياً، يبدأ من الحصول على المواد الأولية، ومن ثم التصنيع والتسويق، ويكون على رأس هذا المشروع الشركة الأم التي تتولى وضع إستراتيجية معينة تدير عليها الشركات التابعة، ولكي تضمن الشركة الأم التزام الشركات التابعة لها بهذه الإستراتيجية تقوم بتعيين أعضاء مجالس إدارة هذه الشركات لغرض السيطرة عليها، وتتجلى مظاهر هذه السيطرة في تحديد السياسة الاستثمارية والمالية، ووضع الخطة الإنتاجية.

وبالنسبة للقانون الأردني فقد نصت المادة (205) من قانون الشركات الأردني على أن تكون غايات الشركة القابضة ما يلي: إدارة الشركات التابعة لها، أو المشاركة في إدارة الشركات الأخرى التي تساهم فيها. استثمار أموالها في الأسهم، والسندات، والأوراق المالية. تقديم القروض، والكفالات، والتمويل للشركات التابعة لها. تملك براءات الاختراع، والعلامات التجارية، وحقوق الامتياز، وغيرها من الحقوق المعنوية، واستغلالها، وتأجيرها للشركات التابعة لها وغيرها.

ويلاحظ من نص المادة المذكورة أعلاه، أن التعداد الوارد في هذه المادة والذي يمثل غايات الشركة القابضة، إن هذه الغايات قد جاءت على سبيل الحصر، فلا يحق للشركة القابضة أن تمارس أي عمل غير ما ذكر أعلاه. كما يلاحظ من طبيعة الأعمال المذكورة أعلاه، أنه لا يحق للشركة القابضة الاتصال مباشرة بالجمهور وأن تحقق أهدافها من خلال الشركات التابعة لها، عن طريق سيطرتها على هذه الشركات⁽¹⁾.

ونفس الشيء يقال بالنسبة للمادة (2) من المرسوم الاشتراعي اللبناني رقم (45) لسنة 1983م، حيث بينت هذه المادة، وعلى سبيل الحصر، غايات الشركة القابضة، وهي مشابهة تقريباً لغايات الشركة القابضة الأردنية، حيث نستشف منها أن الشركة القابضة تحقق أهدافها، من خلال سيطرتها على الشركات التابعة لها، وهذا أيضاً يبرر فكرة سيطرة الشركات القابضة على تلك الشركات، أما فيما يتعلق بالأساليب القانونية المتبعة لسيطرة الشركة القابضة على الشركات التابعة. فهناك عدة أساليب قانونية يمكن أن تسلكها إحدى الشركات للسيطرة على شركة أخرى فتسمى الأولى شركة قابضة، وتسمى الثانية شركة تابعة، ومن هذه الأساليب:

(1) تملك الشركة القابضة نسبة كبيرة من أسهم الشركة التابعة، وبذلك فقد عرف قانون الشركات الإنجليزي الصادر سنة 1948م المعدل سنة 1985م، ثم في سنة 1989م الشركة القابضة بأنها: الشركة القابضة هي التي تمتلك أكثر من نصف أسهم رأس مال شركة أو شركات أخرى، أو تسيطر على تشكيل مجالس إدارتها. كما نصت المادة (2/1/355) من قانون الشركات الفرنسي الصادر في 24 يوليو 1966م بأن

(1) محمد حسين إسماعيل، المرجع السابق، ص 25.

تعدُّ الشركة قابضة (حين تحوز مباشرة أو بصورة غير مباشرة، جزءاً من رأس مال شركة أخرى يعطيها أغلبية حقوق التصويت في الهيئة العامة للشركة)، وبالنسبة لقانون الشركات الأردني فقد اشترطت المادة (1/أ/204) منه بأن تمتلك إحدى الشركات أكثر من نصف رأسمال شركة أخرى لكي تصبح شركة قابضة. ويظهر مما تقدم أن إحدى الوسائل التي تمكن الشركة القابضة من السيطرة على الشركة التابعة هو تملكها نسبة لا تقل عن 51% من رأسمالها، وأن الشركة القابضة، بتملكها هذه النسبة، ما هي إلا مجرد شريك في الشركة التابعة، لكنها، بتملكها هذه النسبة، تستأثر على الأغلبية في الهيئة العامة للشركة، هذه الأغلبية التي تمكنها من تعيين مجلس إدارة الشركة التابعة، وأن مجلس الإدارة هذا يعمل بتوجيه من الشركة القابضة، وبذلك تستطيع الشركة القابضة توجيه الشركة التابعة بالاتجاه الذي يحقق أهدافها، رغم أن الشركة التابعة من الناحية القانونية تتمتع بشخصية قانونية مستقلة.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن المادة (1/أ/206) قد أشارت إلى أن سيطرة الشركة القابضة على الشركة الوليدة، من خلال تملك نسبة لا تقل عن 51%، قد يتم عن طريق تأسيس شركات جديدة تابعة، أو المساهمة في شركات كانت قائمة أصلاً. وقد اشترطت المادة المذكورة بأن تكون الشركة القابضة شركة مساهمة عامة، وأن تكون الشركات التي تريد الشركة القابضة المساهمة فيها وجعلها شركات تابعة لها إما شركات مساهمة عامة، أو شركات محدودة المسؤولية، أو شركات توصية بالأسم، وأن تعمل هذه الشركات بنفس الغايات التي حددتها المادة (205) من قانون الشركات للشركة القابضة، وقد قضت المادة (2/أ/206) من قانون الشركات الأردني بأنه إذا كانت هناك شركة مساهمة عامة قائمة أصلاً، وأرادت أن تعمل من نفسها شركة قابضة، فعليها أن تقوم بتعديل غاياتها المثبتة في عقد تأسيسها ونظامها الأساسي، وجعل تلك الغايات في نطاق ما ورد في المادة (205) من قانون الشركات⁽¹⁾.

(2) ومن الأساليب التي تتبعها الشركة القابضة للسيطرة على الشركة الوليدة هي السيطرة على إدارة الشركة الوليدة⁽²⁾، حيث تستطيع الشركة القابضة السيطرة على إدارة الشركة الوليدة باللجوء إلى أحد الأسلوبين التاليين: أ. أن تملك الشركة القابضة نسبة 51% أو أكثر من أسهم الشركة التابعة، وتستطيع بذلك أن تحوز على أغلبية الأصوات في الهيئة العامة، بحيث تستطيع أن تتحكم بقرارات الشركة التابعة، وبتعيين أو عزل أعضاء مجلس إدارتها.

ب. قد ينص نظام الشركة التابعة على حق الشركة القابضة في تعيين أعضاء مجلس إدارتها أو عزلهم، وبذلك يتحقق للشركة القابضة السيطرة الإدارية على الشركة التابعة، دون أن تمتلك نسبة معينة من الأسهم تمكنها من السيطرة على الهيئة العامة، ويحصل، أحياناً، أن تسيطر الشركة (أ) على إدارة الشركة (ب) عن طريق تملك نسبة كبيرة من أسهمها، ثم تسيطر الشركة (ب) على إدارة الشركة (ج) فتصبح

(1) فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 568.

(2) نصت المادة (1/أ/204) من قانون الشركات الأردني على ما يلي: (الشركة القابضة هي شركة مساهمة عامة تقوم بالسيطرة المالية والإدارية على شركة أو شركات أخرى تدعى الشركات التابعة بوحدة من الطرق التالية: ب. أن يكون لها السيطرة على تأليف مجلس إدارتها).

الشركة (ب) شركة قابضة بالنسبة للشركة (ج)، وتصيح الشركة (أ)، أيضاً، شركة قابضة بالنسبة للشركة (ج)، ولو لم تملك أسهماً في رأسمالها(1)

(3) تعدُّ عملية الانشطار إحدى الأساليب التي يمكن اللجوء إليها لكي تقوم الشركة القابضة بالسيطرة على الشركة التابعة. وتحصل عملية الانشطار عندما تقوم إحدى الشركات الكبرى بتقسيم أعمالها عن طريق إجراء عملية انشطار في هيكلية الشركة، ويتولد عن هذا الانشطار نشوء شركة أو أكثر، تكون كل شركة متخصصة بعملية من العمليات، كأن تكون إحدى هذه الشركات متخصصة بالإنتاج، وأخرى بالتسويق، وتنشأ من بين هذه الشركات الشركة الأم التي تسيطر على الشركات الأخرى، إما عن طريق تملك نسبة 51% أو أكثر من رأس المال، أو السيطرة على تعيين أعضاء مجلس الإدارة أو عزلهم(2).

(4) السيطرة بأسلوب الاندماج، ويعني ذلك أن يحصل اتفاق بين شركتين أو أكثر على حل نفسيهما، ونقل موجودات كل منهما وديونهما إلى الشركة الجديدة التي يتم إنشائها على أنقاض الشركات المنحلة. إن هذا الاندماج يحصل عادة بين شركة وطنية وشركة أجنبية، ثم تتبع الشركتان إلى شركة أخرى موجودة في الخارج، مما ينشأ عنه شركة متعددة الجنسيات. لذا سنتطرق لهذا الموضوع وما يرافقه من إشكالات في المبحث الثاني، الذي يعالج طبيعة العلاقة القانونية بين الشركة المتعددة الجنسيات والشركات الوليدة.

وختاماً لا بد من الإشارة إلى أن المادة (207) من قانون الشركات الأردني، إذ إنها قد استحدثت حالة جديدة لإنشاء شركات قابضة، وذلك عن طريق عقد اتفاقات تبرمها حكومة المملكة الأردنية الهاشمية مع الحكومات الأخرى، أو المنظمات العربية، أو الدولية.

(1) سمير الشرقاوي، نفس المرجع، ص66.

(2) حسني المصري، اندماج الشركات وانقسامها، مطبعة حسان، القاهرة 1986م، ص41.

المبحث الثالث

المسؤولية الناتجة عن سيطرة الشركة القابضة على الشركات التابعة لها

سبق أن ذكرنا بأن الشركة التابعة تتمتع بشخصية معنوية مستقلة عن الشركة القابضة، إلا أن هذا الاستقلال ما هو إلا استقلالاً قانونياً وليس واقعياً.

ذلك أن الشركة القابضة في الواقع تدير مشروعاً اقتصادياً متكاملًا، وهذا المشروع الذي تترع على قمته الشركة الأم (القابضة) يسمح لهذه الشركة بأن تفرض سيطرتها الإدارية والمالية على الشركات التابعة لها، وهذا ما شكل الأساس القانوني لمسؤولية الشركة القابضة عن ديون الشركة التابعة، على اعتبار الشركة القابضة تعدُّ مديراً للشركة التابعة، كما أنها تعدُّ مساهماً كبيراً في رأس مال الشركة التابعة، مما يمكنها من تعيين أعضاء مجلس الإدارة، أو عزلهم، ومن ثم السيطرة على قرارات هذا المجلس.

أولاً: مسؤولية الشركة القابضة باعتبارها مديراً للشركة التابعة:

إن تملك الشركة القابضة على نسبة كبيرة من أسهم الشركة التابعة أعطها الإمكانية بتعيين أعضاء مجلس إدارة الشركة التابعة، أو عزلهم، ومن ثم السيطرة على مجلس إدارتها، وهذا ما أعطها وصف المدير، وأن توقيع المدير وما يقوم به من تصرفات تتعلق بالشركة، وتقع ضمن صلاحياته ينصرف أثره إلى الشركة، وهذا هو ما أكدته محكمة النقض المصرية⁽¹⁾.

وكانت محكمة السين الفرنسية أول من سار بهذا الاتجاه، حيث عدت الشركة الأم مسؤولة عن ديون الشركة التابعة، استناداً إلى ما يسمى بهيمنة سيد المشروع، حيث تهيمن الشركة الأم عن طريق مديرها المعين في الشركة الوليدة، والمهيمن على مقدرات هذه الشركة ويتصرف فيها وكأنها مشروعها الخاص. ففي حكم صادر لها في 8 يونيو 1938م⁽²⁾، قضت هذه المحكمة أن السيطرة الإدارية التي تمارسها الشركة الأم على الشركة الوليدة مباشرة، أو عن طريق وسيط يجعل مديري الشركة الوليدة يخضعون، عندما يمارسون نشاطهم، لسيطرة مجلس إدارة الشركة الأم، فتبدو الشركة الوليدة وكأنها واجهة للشركة الأم، وبما أن الشركة الأم تمتلك معظم رأسمال الشركة الوليدة فتبدو ذمتها المالية مختلطة، وتبدو الميزانية بأرباحها وخسائرها واحدة في الشركتين.

وبما أن الشركة القابضة هي شخص معنوي، وأنها لا تستطيع التعبير عن إرادتها إلا من خلال شخص طبيعي يمثل إرادتها في إدارة الشركة التابعة، لذلك فهي، وبناء على ما تملكه من حصة كبيرة في رأس مال الشركة التابعة، تقوم بتعيين أشخاص يمثلونها في مجلس إدارة الشركة التابعة، وهي بالتالي مسؤولة عن تصرفاتهم.

(1) طعن رقم 897 لسنة 53 ق جلسة 1988/12/26، انظر هذا الحكم في المستشار معوض عبد التواب، المستحدث في القضاء التجاري أحكام النقض التجاري في خمسة عشر سنة 1975-1990م، القاهرة 1990م، ص338.

(2) حكم محكمة السين التجارية، 8 يونيو، سنة 1938، الحكم مشاراليه في حسن محمد هند، المرجع السابق، ص82.

وهذا ما ورد في المادة (204/د) من قانون الشركات الأردني عندما قضت بأن تقوم الشركة القابضة بتعيين ممثليها في مجالس إدارة الشركة التابعة بنسبة مساهمتها. كما قضت المادة (205/أ) من قانون الشركات أعلاه بأن من غايات الشركة القابضة هو إدارة الشركات التابعة لها أو المشاركة في إدارة الشركات الأخرى التي تساهم فيها.

وتظهر هيمنة الشركة القابضة على الشركة التابعة بوضوح، من خلال المادة (1/206) من قانون الشركات الأردني، عندما قضت بأن إحدى طرق تأسيس الشركة القابضة هو أن تؤسس شركة مساهمة عامة تنحصر غاياتها في الأعمال المنصوص عليها في المادة (205)، وفي تأسيس شركات تابعة لها، بحيث تخدم هذه الشركات التابعة أغراض الشركة القابضة.

ثانياً: مسؤولية الشركة القابضة باعتبارها مساهماً كبيراً في الشركة التابعة:

لقد أقيمت مسؤولية الشركة القابضة عن ديون الشركة التابعة في بداية الأمر تحت مسمى استخدام المدير (الشركة القابضة) لأموال الشركة التابعة لأغراضه الخاصة، وكما تقوم الشركة القابضة بتحويل أرباح الشركة التابعة إلى حساباتها الخاصة، وبذلك فهي تتحمل المسؤولية عن ديون الشركة التابعة⁽¹⁾.

إلا إننا مع الرأي القائل: بأن لا داعي للجوء لمثل هذا التبرير لإقامة مسؤولية الشركة القابضة عن ديون الشركة التابعة؛ لأن، وكما ذكرنا سابقاً، الشركة القابضة مع الشركات التابعة تشكل وحدة اقتصادية متكاملة تتجمع لديها كافة الحسابات المالية، وخاصة عندما تكون الشركة التابعة مملوكة بالكامل للشركة القابضة، فبالقاء نظرة على ميزانية الشركة القابضة يظهر لديك بوضوح بأن هذه الميزانية ما هي إلا ميزانية تجمع حسابات الشركة القابضة والشركات التابعة لها.

وهذا يعني أن هناك تكاملاً مالياً واقتصادياً بين الشركة القابضة والشركات التابعة لها. مما يعني وحدة المسؤولية تجاه ديون الشركة التابعة، وهذا ما دعا البعض⁽²⁾ إلى القول بأنه يحق للمحكمة، في حالة تحقق ديون على إحدى الشركات التابعة، أن تتخذ إجراءات جماعية ضد مجموعة الشركات المكونة للشركة القابضة، باعتبارها وحدة اقتصادية واحدة، رغم أن كلاً منها تعدُّ شركة مستقلة، لأن الشخصية المعنوية المستقلة لكل من هذه الشركات ما هي إلا شخصية رمزية، لا وجود لها من حيث الواقع.

إذن الأصل هو احترام استقلال الشخصية المعنوية لكل من الشركة القابضة والشركة التابعة، إلا إنه، وبسبب هذا التداخل المالي والاقتصادي بين الشركتين، جعل الشركة القابضة مسؤولة عن ديون الشركة التابعة.

وفي الواقع أن دائن الشركة التابعة لا يلجأ لمطالبة الشركة القابضة بتسديد ديونه، إذا كان الوضع المالي للشركة التابعة جيداً، وإنما يلجأ إلى وحدة المسؤولية، إذا كان وضع الشركة التابعة متدهوراً.

(1) حسن محمد هند، المرجع السابق، ص90.

(2) Paul, H. Walgealach, Principles of accounting 4ed, Harcourt Brace Publisher, Florida U.S.A, 1987, p.652.

وختاماً، لا بد من الإشارة إلى أن قانون الشركات الأردني قد أظهر، وبوضوح، الوحدة المالية بين الشركة القابضة والشركات التابعة لها عندما قضت المادة (208) منه بأنه على الشركة القابضة أن تعد في نهاية كل سنة مالية ميزانية مجمعه، وبيانات الأرباح، والخسائر، والتدفقات النقدية لها، ولجميع الشركات التابعة لها، وأن تعرضها على الهيئة العامة مع الإيضاحات والبيانات المتعلقة بها، وفقاً لما تتطلبه معايير المحاسبة وأصولها، ومعايير التدقيق الدولية المعتمدة.

المبحث الثالث

الأسباب التي دعت لقيام مسؤولية الشركة الأم عن ديون الشركة الوليدة

إن أهم ما يميز الشركة المتعددة الجنسيات، باعتبارها مجموعة شركات، هي مركزية السيطرة التي تخضع لها الشركات الوليدة المتواجدة في أماكن مختلفة من العالم.

إن مركزية السيطرة هذه جعلت من الشركات الوليدة التابعة للشركة الأم أشبه ما تكون بأجزاء من آله واحدة، تدور كلها في فلك، واحد وتتحكم فيها قوة مركزية واحدة هي الشركة الأم⁽¹⁾.

إذن، مركزية السيطرة هذه التي تمارسها الشركة الأم على الشركة الوليدة تجعل من استقلالية الشركة أو الشركات الوليدة ما هو إلا مجرد شعار لا قيمة له من الناحية العملية.

إن فكرة الشخصية المعنوية، حسب النظرية التقليدية، تتكون من عنصر الإرادة والتي يعبر عنها عن طريق سلطة بشرية تمثل الشخص المعنوي، والعنصر الآخر هو الذمة المالية المستقلة للشخص المعنوي، ويكاد أن يكون هذان العنصران مفقودين بالنسبة للشركة الوليدة بسبب مركزية السيطرة التي تمارسها الشركة الأم على الشركات الوليدة، ولكن ما هو المقصود بمركزية السيطرة؟

إن مركزية السيطرة هذه تتجسد في مجالين رئيسيين، وهما:

أولاً: السيطرة الإدارية:

الأصل أن إدارة الشركة الوليدة تعد منفصلة عن إدارة الشركة الأم، إلا أنه، وفي ظل السيطرة المركزية، فإن الشركة تمارس سيطرة كاملة على الشركات الوليدة، حيث تتخذ القرارات الإستراتيجية داخل الشركة الأم بقصد تحقيق أقصى الأرباح.

وتبرز السيطرة الإدارية في نواحي متعددة، منها تحديد السياسة الاستثمارية للشركات الوليدة، وحصصها في إطار الخطة العامة لمشروع الشركة المتعددة الجنسيات، بحيث لا تستطيع أية شركة وليدة القيام بأي استثمارات جديدة خارج الخطة العامة إلا بعد أخذ موافقة الشركة الأم.

(1) محمد حسين إسماعيل، الشركة القابضة وعلاقتها بشركاتها التابعة، مرجع سابق، ص 140

كما تقوم الشركة الأم بوضع الخطة الإنتاجية لكل شركة من الشركات الوليدة، ويتم تعيين كبار الموظفين والفنيين في الشركات الوليدة من قبل الشركة الأم.

وفيما يتعلق بسياسة الأبحاث العلمية والتكنولوجية، وفي معظم الأحيان، تجري الأبحاث التابعة للشركات الوليدة في مختبرات الشركة الأم وبإشرافها للسيطرة على هذه الأبحاث والاحتفاظ بأسرارها⁽¹⁾.

ثانياً: السيطرة المالية :

تقوم الشركة الأم بتحديد السياسة المالية للشركات الوليدة، وهي التي تحدد كيفية تمويل هذه الشركات، فقد يكون التمويل من داخل مجموعة هذه الشركات، أو من خارجها.

وتتدخل الشركة الأم في طريقة توزيع أرباح الشركات الوليدة، فهي التي تحدد نسب الأرباح التي توزع على الشركاء كل عام، والنسب التي يجب الاحتفاظ بها لدى الشركة كاحتياطي.

كما تقوم الشركة الأم بتحديد أسعار السلع التي تنتجها الشركات الوليدة، وتفرض على هذه الشركات كمية السيولة التي تستطيع الاحتفاظ بها، ويظهر مما تقدم أن في الشركات المتعددة الجنسيات تذوب الشخصية المعنوية للشركة الوليدة، وتنصهر داخل الشخصية المعنوية للشركة الأم، وبمعنى آخر: لم تعد للشركة الوليدة إرادة مستقلة عن إرادة الشركة الأم، وأن مصلحة الشركة الوليدة تختلط بمصلحة الشركة الأم، مما يؤدي إلى فقدان الشركة الوليدة استقلالها المالي والإداري، وهذا ما يبرر مسؤولية الشركة الأم عن ديون الشركات الوليدة⁽²⁾.

وهذا الاتجاه هو ما سارت عليه محكمة العدالة التابعة للسوق الأوروبية المشتركة، مستندة في ذلك على نص المادتين 85، 86 من معاهدة روما المنشئة للسوق الأوروبية المشتركة، واللتين تقيمان مسؤولية الشركة الأم عن أعمال شركاتها الوليدة على أساس مركزية السيطرة.

ففي إحدى القضايا التي تتلخص وقائعها بأن شركة (كونتنيال كان) الأمريكية والتي تعدُّ أكبر منتج في العالم لمواد التغليف، قامت هذه الشركة في سنة 1969م بشراء 85% من أسهم شركة S.W.L الألمانية العاملة في مجال مواد التغليف، ومن بعدها سيطرت على شركة (ميتال بوكس) القابضة، والتي كان لها عدة شركات تابعة لها تعمل في نفس المجال. وقد عدَّت المحكمة أن حيازة شركة (كونتنيال كان) الأمريكية لمعظم الأسهم في هذه الشركات يعطيها وصف المسيطر الوحيد على السوق، وتظهر معالم هذه السيطرة فيما يلي:

كانت شركة كونتنيال هي المصنع الوحيد للآلات المستعملة في إنتاج المواد التي تستعمل في التغليف.

كانت هذه الشركة الأم مسيطرة على الترخيص في الدول التي تعمل فيها شركاتها الوليدة.

كانت هي الحائزة لعلامات الإنتاج والمعرفة الفنية للتصنيع.

(1) فوزي محمد سامي، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص75

(2) حسن محمد هند، مدى مسؤولية الشركة الأم عن ديون شركتها الوليدة في مجموعة الشركات مع إشارة خاصة إلى الشركة المتعددة

القوميّات، مرجع سابق، ص142

كانت هذه الشركة الأم تتمتع بقوة اقتصادية وتكنولوجية، مكنتها من جعل الشركات الوليدة التي تمارس نشاطها في الدول العاملة فيها تدور في فلكها.

لذلك حكمت محكمة العدالة التابعة للسوق الأوروبية المشتركة في 1971/12/9م بمسؤولية شركة (كونتنيال كان) على اعتبار أن سيطرتها على الشركات الوليدة العاملة في الدول الأوروبية، في مجال تصنيع مواد التغليف، بهذه الطريقة يشكل استثماراً تعسفياً في استعمال الوضع المسيطر، وقد تواترت أحكام هذه المحكمة بعد ذلك في هذا الاتجاه⁽¹⁾.

المبحث الرابع

أساس مسؤولية الشركة الأم عن ديون الشركة الوليدة

تشرط المادة (85) من معاهدة روما المنشئة للسوق الأوروبية المشتركة لقيام مسؤولية الشركة الأم عن الشركات الوليدة التابعة لها أن يكون هناك شركات منتشرة داخل السوق الأوروبية، وهناك شركة أم تسيطر على نسبة معينة من رأس مال شركة أو أكثر من هذه الشركات، بحيث تحقق لها السيطرة الاقتصادية والإدارية على الشركة أو الشركات الوليدة، بحيث تظهر وكأنها مشروع واحد. لذا ترى محكمة العدالة التابعة للسوق الأوروبية المشتركة، بأن نقل عمال من شركة لأخرى في ذات المجموعة المكونة للشركة المتعددة الجنسيات لا يؤدي إلى إنهاء عقودهم في الشركة التي نقلوا منها⁽²⁾.

إن مركزية سيطرة الشركة الأم على الشركات الوليدة ترتب عليه مسؤولية الشركة الأم عن ديون الشركات الوليدة، وإن هذه المسؤولية قد تكون مسؤولية جنائية ومسؤولية مدنية، وإنما لسنا معنيين في هذا الفرع بدراسة المسؤولية الجزائية؛ لأنها خارج نطاق هذا البحث، لذا ستقتصر دراستنا على المسؤولية المدنية بنوعها: العقدية، والتقصيرية.

إن المسؤولية المدنية للشركة الأم عن ديون شركاتها الوليدة سواء كانت عقدية أو تقصيرية، تبنى على أساس أن الشركة الأم تعدُّ مديراً للشركة الوليدة، وبالتالي تتحمل الشركة كافة الالتزامات الناتجة عن التصرفات التي يقوم بها هذا المدير في حدود الصلاحيات الممنوحة له⁽³⁾.

إن قيام مسؤولية الشركة الأم عن ديون الشركة الوليدة يتطلب:

- مشاركة الشركة الأم في إدارة الشركة الوليدة.
- ارتكاب الشركة خطأ يؤدي إلى قيام المسؤولية.

فمثلاً، إذا تعاقدت الشركة الوليدة - بتوجيه من الشركة الأم - مع شركة أخرى لإبرام صفقة معينة، فإن أي إخلال بالالتزامات التي تترتب على الشركة الوليدة يؤدي إلى قيام مسؤولية الشركة الأم تجاه الغير عن

(1) سمير الشراوي، الشركة التابعة كوسيلة لقيام المشروع المتعدد القوميات، مرجع سابق، ص 98

(2) حسام عيسى، الشركات المتعددة الجنسيات، مرجع سابق، ص 54

(3) محسن شفيق، المشروع ذو القوميات المتعددة، مرجع سابق، ص 88

الأضرار التي قد تلحق به، وهو ما يطلق عليه بالخطأ التجاري، ويشمل التعويض ما لحق الغير من خسارة، وما فاته من كسب⁽¹⁾، ولا تستطيع الشركة الأم التخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي. كما تسأل الشركة الأم مسؤولية تقصيرية عن الأخطاء غير العقدية التي ترتكبها، وتسبب ضرراً للغير. ولكي تتحقق المسؤولية التقصيرية للشركة يجب أن يحصل خطأ من جانب الشركة الأم يترتب عليه ضرر، وأن تقوم علاقة سببية بين الخطأ والضرر. وبالنسبة للأخطاء التي ترتكبها الشركة وتؤدي إلى قيام مسؤوليتها التقصيرية لا يمكن حصرها وإنما يمكن أن نذكر بعض الأمثلة على ذلك.

فقد تقوم الشركة الأم بإقامة شركة وليدة وهذه الشركة تظاهرت بأنها تملك رأس مال كبير يمكنها من الاستثمار في مشاريع كبيرة، إلا أنها، في الواقع، كانت عاجزة عن ذلك، مما سبب إرباكاً في السوق وألحق أضراراً ببعض المستثمرين.

كما تسأل الشركة الأم مسؤولية تقصيرية، إذا ما سيطرت على مجموعة من الشركات الوليدة بقصد السيطرة على السوق وخلق احتكار لسلمة معينة يحول دون حصول منافسة مشروعة من قبل شركات أخرى، وهذا ما يمكنها بالنتيجة من فرض الأسعار والشروط التي تتطلع إليها على المستهلكين مما يلحق ضرراً بهم إذا ما تحققت المسؤولية المدنية للشركة الأم فإنه سيحكم بإلزامها بالتعويض، وتكملة ديون الشركة الوليدة التي تسيطر عليها الشركة الأم، إذا لم تكف أصول الشركة الوليدة لسداد هذه الديون. وهو ما يطلق عليه دعوى تكملة الديون، وهي دعوى تقام على أساس المسؤولية المدنية، وتهدف إلى نقل كل ديون الشركة الوليدة أو جزء منها إلى الشركة الأم، وهي دعوى لها مميزات خاصة لا مجال للتطرق إليها هنا.

كما يمكن مساءلة الشركة الأم عن طريق التوسع في إفلاس الشركة الوليدة، بحيث تتعرض الشركة الأم هي الأخرى إلى إجراءات التسوية أو التصفية القضائية التي تتعرض لها الشركة الوليدة، حيث يستطيع دائنو الشركة الوليدة التنفيذ على أموال الشركة الوليدة والشركة الأم في آن واحد، لأن أموال الشركة الأم ضامنة للوفاء بديونها الخاصة بها، وبديون الشركة الوليدة على السواء⁽²⁾.

وفي الختام، لا بد من الإشارة إلى أنه إذا ما قضي بمسؤولية الشركة الأم فسوف تظهر عقبات أخرى تجعل من تطبيق هذه الأحكام ليس بالأمر السهل، كنظام إقليمية الإفلاس، ومشكلة تنفيذ الأحكام الأجنبية، ونظام التحكيم، مما يتطلب بذل جهود دولية لتبني اتفاقيات دولية تذلل مثل هذه العقبات.

(1) الاستاذ السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، 32 شارع

عبد الخالق ثروت، الطبعة الثانية، 1964، ص 974

(2) سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد، 1981، ص 40، 45، 50.

المبحث الخامس

استخدام الشركة القابضة لحقوق الشركات التابعة

لا تختلف هذه الحالة عن سابقتها حيث لا يوجد أي نص في التشريعات الغربية والعربية التي نظمت الشركة القابضة يجيز أو يمنع هذه الشركة من ان تمارس حقاً من حقوق شركاتها التابعة، كالحق في إقامة الدعوى، ويبدو ان بعض الشركات القابضة قد مارست هذا الحق على الرغم من ان الضرر لم يصيبها وإنما أصاب احدى شركاتها التابعة، ومن المعروف أن الضرر الموجب للتعويض ويشترط فيه ان يكون محقق أي شيء وقع أو سيقع حتماً، وأن يكون مباشراً أي انه كان نتيجة طبيعية ، وان يكون شخصياً لمن يطالب به، وان يكون قد أصاب للعمل الغير مشروع⁽¹⁾.

وعلى الرغم من ان الضرر الذي يصيب الشركة التابعة لا يعد ضرراً مباشراً وشخصياً بالنسبة للشركة القابضة، إلا ان القضاء في بعض الدول يقبل دعاوى المطالبة بالتعويض التي ترفعها الشركة القابضة لتعويضها عن الضرر الذي اصاب احدى شركاتها التابعة، وهذا ما حصل فعلاً عندما رفعت شركة Motors General (GM) الامريكية القابضة لصناعة السيارات، الدعوى على شركة Sheri الصينية عام 2005 أمام المحكمة البدائية في Shanghai في الصين، مدعية ان شركة Sheri الصينية قد قدمت تصاميم سيارات شركة Daewoo GM وهي شركة كورية تابعة لشركة GM (Motors General) الامريكية، وقد قبلت المحكمة الصينية المذكورة الدعوى ولا تزال تنظر فيها وقد استندت شركة Motors General الامريكية القابضة في دعواها الى أن سيارة Kio Kio التي صنعتها شركة Sheri الصينية تشبه الى حد كبير سيارة Mateez التي صنعتها شركة Daewoo GM الكورية وهي شركة تابعة لشركة Motors General (GM)⁽²⁾.

وهذا الاعتداء على النموذج الصناعي العائد لشركة Daewoo GM التابعة سيؤدي الى ضرر يلحق بالشركة المذكورة والذي يتمثل بتقليل ارباحها، إلا ان الأمر لن يقف عند هذا الحد لأن تقليل ارباح الشركة التابعة سيؤدي الى تقليل الارباح التي تحولها الشركة التابعة الى الشركة القابضة وهي شركة Motors General الامريكية القابضة، غير ان هذا الضرر يعد مباشراً وشخصياً بالنسبة للشركة التابعة، بينما لا يعد كذلك بالنسبة للشركة القابضة ومع ذلك فقد قبلت المحكمة البدائية في Shanghai ان تمارس الشركة القابضة GM حق شركتها التابعة Daewoo GM في رفع الدعوى للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي اصاب شركتها التابعة أن قبول المحكمة الصينية النظر في الدعوى على الرغم من ان الضرر الذي اصاب شركة Motors General القابضة لم يكن ضرراً مباشراً

(1)عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، 32

شارع عبد الخالق ثروت، الطبعة الثانية، 1964، ص974

(2)سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد، 1981، ص40، 45، 50.

وقد تمارس الشركة القابضة حقوقاً أخرى تعود لشركاتها التابعة، كحق الشركة التابعة في توسيع استثماراتها ونشاطاتها، باعتبار انها الشركة القابضة- تضع الاستراتيجية العامة لجميع الشركات التابعة، وعلى سبيل المثال فإن شركة Volkswagen الألمانية لصناعة السيارات التي اكتسبت جميع أسهم شركة Skoda التشيكية عام 1990م، أرسلت عدداً من الخبراء الالمان الى الصين لبحث عملية إنشاء خط انتاج سيارات Skoda في الصين في حين ان استقلال الشخصية المعنوية لشركة Skoda التابعة يوجب ان تقوم هي بارسال خبرائها لاتمام عملية توسيع نشاطها في الصين، وان كان ذلك باشراف وتوجيه شركة Volkswagen القابضة⁽¹⁾.

خاتمة :

بعد أن أنهينا البحث وبيان التعريف بالشركة القابضة من حيث تعريفها القانوني، والسعي لتنمية القدرة المعرفية في هذا الميدان وتبسيط الضوء عليه بما أنه لم يحظ بعد بدراسة مكثفة تعكس مدى أهمية هذا الموضوع التعرف على آلية وضوابط إنشاء الشركات القابضة في السعودية، مع المقارنة قدر الإمكان بأنظمة وقوانين دول أخرى عربية وأجنبية، والتعرف على سليات وإيجابيات الشركة القابضة وبيان طبيعة علاقة الشركة القابضة بالشركات التابعة، فقد بينا فيه أن هذه العلاقة ذات طبيعة مزدوجة، فهي إدارية من وجو ومالية من وجه آخر، وتوصلنا إلى النتائج التالية:

- 1- إن مصدر علاقة الشركة القابضة بشركاتها التابعة هو ما تملكه الشركة القابضة من أسهم في رؤوس أموال تلك الشركات، مما يؤدي إلى سيطرتها عليها.
- 2- إن هذه العلاقة إذا ما نظرنا إليها من ناحية الشركات القابضة، تكون علاقة سيطرة إدارية ومالية، أما إذا نظرنا إليها من ناحية الشركات التابعة فتكون علاقة تبعية إدارية ومالية.
- 3- إن معظم الشركات القابضة تتدخل في إدارة الشركات التابعة وتديرها مركزياً، وقملياً منها تتبع اسلوب اللامركزية الإدارية.
- 4- تحتكر الشركات القابضة إصدار القرارات الإستراتيجية التي تمس الجوانب الأساسية لنشاط الشركات التابعة، وتترك القرارات التنفيذية لمجلس إدارات الشركات التابعة.
- 5- قد تضفي الشركات القابضة على بعض شركاتها التابعة صفة مراكز الربح لتدار بأسلوب اللامركزية الادارية، خاصة إذا كانت تلك الشركات بعيدة جغرافياً عن الشركة القابضة، وتنتج مفرداً إنتاجاً متكاملاً، حتى تبقى الخيارات متاحة أمام تلك الشركات التابعة لملاحقة الطلب الحاصل في السوق، ومع ذلك يبقى للشركة القابضة حق التدخل في الشؤون الادارية والمالية للشركات التابعة في أي وقت وان كانت تدار بأسلوب اللامركزية الإدارية.

(1) تقرير شركة Skoda على شبكة الانترنت في الموقع www.skoda.com/global :

6- تمارس الشركات القابضة رقابة إدارية على جميع شركاتها التابعة، من خلال استخدام وسائل محاسبية مشتركة بين الشركة القابضة وشركاتها التابعة، وكذلك عن طريق ممثلين الشركة القابضة في مجالس إدارة الشركات التابعة.

7- تقوم الشركات القابضة بتحديد السياسة المالية للشركات التابعة، من حيث وسائل التمويل ومقدار الأرباح التي تحولها إلى الشركة القابضة.

8- قد تخول الشركات القابضة بعض شركاتها التابعة حرية اتخاذ القرارات المالية التنفيذية لتلبية حاجات السوق، إلا أن سلطة اتخاذ القرارات المالية الاستراتيجية تبقى للشركة القابضة.

9- إن للشركات القابضة القدرة على استخدام أموال وحقوق الشركات التابعة وذلك لسيطرتها عليها مالياً وإدارياً، على الرغم من الاستقلال القانوني الذي تتمتع به الشركات التابعة عن الشركة القابضة.

10- على الرغم من اكتساب الشركات التابعة للشخصية المعنوية عند تأسيسها إلا أن تلك الشخصية منعدمة من الناحية الواقعية في علاقتها بالشركة القابضة نتيجة للسيطرة التي تمارسها الأخيرة.

التوصيات :

نرى أن تتم معالجة مدى احقية استخدام الشركة القابضة للأموال و الحقوق لشركاتها التابعة بنصوص واضحة تنظم علاقة الشركة القابضة بالشركات التابعة لها، بالشكل الذي يدعم فكرة استقلال الشخصية المعنوية للشركة التابعة عن الشخصية المعنوية للشركة القابضة، بحيث لا يمكن السماح للشركة القابضة بممارسة حقوق شركاتها التابعة في التقاضي وتوسيع الاستثمارات، لأن تلك الحقوق يجب ان تمارسها الشركة التابعة بنفسها باعتبارها تتمتع بالشخصية المعنوية المستقيمة، حتى لو كانت الشركة القابضة هي التي تملي عليها ممارسة تلك الحقوق من عدمها باعتبارها الشركة المسيطرة على الشركة التابعة.

❖ المصادر والمراجع :

المرجع العربية :

- 1- محمد حسين إسماعيل، الشركة القابضة وعلاقتها بشركاتها التابعة، شركة شقير وعكشة للطباعة، عمان، ط1990م.
- 2- فوزي محمد سامي، الشركات التجارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005م.
- 3- حسن محمد هند، مدى مسؤولية الشركة الأم عن ديون شركتها الوليدة في مجموعة الشركات مع إشارة خاصة إلى الشركة المتعددة القوميات، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1997م
- 4- سمير الشرفاوي، الشركة التابعة كوسيلة لقيام المشروع المتعدد القوميات، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، سنة 1976م.
- 5- حسام عيسى، الشركات المتعددة الجنسيات، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، يوليو، 1976م، السنة الثامنة عشرة
- 6- محسن شفيق، المشروع ذو القوميات المتعددة، دار الكتاب الجامعي، القاهرة، 1978م.
- 7- إسماعيل محمد حسين الشركة القابضة وعلاقتها بالشركة التابعة في مشروع قانون الشركات الاردني والقانون المقارن عمان 1990م.
- 7- ناصيف إلياس، موسوعة الشركات القابضة بيروت 1995م.
- 8- حسني المصري، اندماج الشركات وانقسامها، مطبعة حسان، القاهرة 1986م.
- 9- معوض عبد التواب، المستحدث في القضاء التجاري أحكاما النقض التجاري في خمسة عشر سنة 1975-1990م، القاهرة 1990م.
- 10- السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 1964م.
- 11- سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد، 1981م.
- 12- يحيى عبد الرحمن رضا، الجوانب القانونية لمجموعة الشركات عبرالوطنية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994م.
- 13- سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد، 1981م.
- 14- أكرم ياملكي، القانون التجاري، الشركات دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، عمان، 2006م.
- 15- محمود مسري الشرفاوي، المشروع متعدد القوميات والشركة القابضة كوسيلة لقيامه، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، 1976م.

- 16- مروان بدري ابراهيم، طبيعة العلاقة القانونية بين الشركة القابضة والشركة المتعددة الجنسيات من جهة والشركات التابعة لها من جهة أخرى، مجلة المنارة، جامعة آل البيت، المجلد 13، العدد 9، 2007م.
- 17- فوزي محمد سامي، الشركات التجارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005م.
- 18- جعفر ابراهيم حسين بني عيسى، النظام القانوني للشركة القابضة، في القانون الاردني، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة آل البيت، الأردن، 2002م.
- 19- محمد شوقي شاهين، الشركات المشتركة، طبيعتها وأحكامها في القانون المصري المقارن، بدون دار نشر، بدون تاريخ.
- 20- أمجد عبد العزيز وآخرون، الشركات المتعددة الجنسيات وأثرها على الدول النامية، بحث منشور، مجلة الادارة والاقتصاد، العدد 85.

المرجع الأجنبية :

- 1-Economics and Corporate Strategy, Cambridge, Cambridge University Press, 1980
- 2-W. A. Dymaz, Multinational Enterprise Strategy, New York, MC Graw Hill, 1999, P.96. and G.J. Sutton,
- 3-And S. Hymer, International Operations of National Firms, A Study of Direct Foreign Investment, Cambridge, The MIT Press, 1992, PP.54-55
- 4-Robert Gilpin, U.S. Power and the Multinational Corporations, New York, (1) Basic Books, 1996
- 5-Narkse, Drives and Effects of Capital Movements, London, Penguin Books, 1991, P.112. and Dennis Logue
- 6-R., International Integration of Financial Markets, Washington, C. American Enterprise Institute, 1999
- 7-R. Barnet and R. Muller, Global Reach, The Power of Multinational Corporations, New York, Simon and Schuster, 1997.
- 8-C. Helleiner, Manufactured Exports of the Multinational Firms, New York, Pantheon Books, 1991
- 9-L. G. Franko, The European Multinationals: A Renewed Challenge to
- 10-Brook M. Z. and Rommers H. L., The Strategy of Multinational Enterprise, Organization and Finance, Longman, London, 1998,

- 11-S. Schwendian, long range planning and strategic planning in the international firm, oxford university press 1995
- 12-obock S. H. and Simonds K., International business and multinational enterprises, Richard D. Irwin, INC, London, 1996
- 13-Hood Neil and Young Stephen, The economics of multinational enterprise, Longman, New York, 1997
- 14-Gladwin T. N. and Walter I., Multinationals under fire, lessons in the management of conflict, John Wiley and Sons, New York, 1983
- 15-Dunning John H. and Pearce Robert, The World's largest industrial enterprises, Gower Publishing Company Ltd., England, 1991
- 16-Hood Neil and Young Stephen, the economics of multinational enterprises, Longman, newyork, 1997
- 17-Ashok K.K. Bagri, company law, vikas publishing house ltd ninth revised edition, 1996,
- 18-Robert R. Pennington, company law, butterworths, London 1985,
- 19-Morris Finer, the companies act 1948, eyre and spottiswood 1948
- 20-Clive M. Schmitthoff and James H. Thompson, palmer's company law, stevens and sons ltd, London 1968,
- 21-Vaitsos C. V., Intercountry income distribution and transnational enterprises, Clarendon Press, Oxford, 1994
- 22-Wilson E. and Scheffer I., Multinational Enterprises, Financial and Monetary Cambridge, Cambridge University Press, 1997
- 23-Robbins S., Money in the Multinational Enterprises, A Study in Financial Policy, Basic Books, London, 2000
- 24-Grewlich Klaus W., Transnational enterprises in a new international system, Sijth off Noordoff, Netherland, 1980
- 25-Hymer Stephen, The International operations of national firms, The MIT. Press, England, 1976
- 26-Dunning John H., The Multinational enterprises, George Allen and Unwin Ltd., London, 1999

27-Bergeston F., An Analysis of U.S. Foreign Direct Investment Policy and Economic Development, Washington, D.C. Brookings Institution, 1976

28-Paul, H.Walgealach, Principles of accounting 4ed, Harcourt Brace Publisher, Florida U.S.A, 1987,

الأنظمة والقوانين:

- نظام الشركات السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/132) وتاريخ 1443/12/01هـ.
قانون الشركات الأردني رقم 22 لسنة 1997 وتعديلاته.
قانون الشركات الكويتي رقم 15 لسنة 1960 وتعديلاته.
قانون الشركات العماني رقم 4 لسنة 1974 وتعديلاته.
قانون الشركات القطري رقم 5 لسنة 2002م.

مفهوم الضحية : دراسة من منظور علم الضحية

The concept of victim : a study from a victimology perspective



الدكتور الحسين خبان : أستاذ زائر بجامعة ابن زهر

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكادير

Doctor Lahoucine Khoubbane : Visiting Professor at Ibn Zohr

University, Faculty of Legal, Economic and Social Sciences, Agadir

الملخص:

يبدو أن الدراسات الأولى التي اهتمت بمفهوم الضحية كانت حكرًا على الباحثين في القانون الجنائي وعلم الإجرام، والذين ربطوا مفهوم الضحية بالسلوك الإجرامي، أي ضحية الجريمة التي يعاقب عليها القانون الجنائي. بيد أن بعض السلوكيات غير الأخلاقية التي تحدث اضطرابًا في المجتمع، من شأنها أن تؤدي بضحايا كثير، دون أن تكون لهؤلاء القدرة على جبر الضرر لكون السلوك غير الأخلاقي يخرج عن دائرة الأفعال المجرمة قانونًا.

من هنا، برزت بعض العلوم المكتملة لعلم لقانون كعلم الاجتماع وعلم النفس، كمحاولة لتجاوز المقاربة الجنائية الضيقة للضحية، وهو ما أسفر عن ميلاد علم الضحية كعلم يهتم أساسًا بدراسة الضحية، من خلال تحليل أسباب تعرضه للإيذاء وإيجاد سبل الوقاية من الجريمة، وكذا التدابير الكفيلة بالنهوض بأوضاع الضحية.

الكلمات المفتاحية: الضحية؛ المعاناة؛ الإيذاء؛ الإدانة؛ الحاجيات؛

Abstract :

Since the dawn of time and in all civilizations, human beings, coercive power and nature have been at the origin of victimization, victimhood and suffering. Indeed, these three concepts are fundamentally linked to each other throughout history. Victimization, which created the victim and their suffering with their speeches, expressions, behaviors and demands, represents a phenomenon which has marked memories, writings and representations. And if all this is part of the realities of societies, the figure of the victim has occupied a preponderant place in historical, literary, artistic and medical sources. His perception varied depending on various contexts and in relation to the emotions, sensations and expressions triggered by the victim. Assuming that the concept of victimization was used to reveal realities and practices, the victim appeared as a social fact conceived and elaborated by all the discourses, representations and beliefs of a given era.

Keywords : Victim; suffering; victimization; guilty; needs.

مقدمة :

برزت الملامح الأولى لعلم الضحية (victimologie) في البداية كامتداد للأبحاث في علم الإجرام والقانون الجنائي، وقد ركزت هذه العلوم بالتحليل والتمحيص على المجرم لتفسير ظاهرة الجريمة، دون الاهتمام بمركز الضحية في مسرح الجريمة، الذي يعد في نظرها مجرد شاهد على الجريمة لا غير. ويهدف علم الضحية إلى تجاوز هذه النظرة الجنائية الأحادية في فهم الجريمة، من خلال إعادة التفكير في علاقة الجريمة بالضحية وآثارها عليه.

وقد شهدت سنوات الستينيات والسبعينيات تحولات مهمة في مواضيع علم الضحية، ولاسيما فيما أثمرته الدراسات العلمية لضحايا الجريمة من نظريات معاصرة، والتي ساهمت المؤتمرات الدولية في التعريف بها وإشعاعها دولياً، مع ما صاحب ذلك من انفتاح على باقي العلوم الإنسانية، ولاسيما علم النفس، علم النفس الشرعي، والسوسيولوجيا. وكان من نتائج هذا التلاقح العلمي بروز طينة خاصة من علماء الضحية، كالأطباء وعلماء السوسيولوجيا، بعدما كان هذا العلم حكراً على فقهاء القانون الجنائي والمحامين. وبدأت بعد ذلك تتشكل أولى معالم استقلالية علم الضحية كتخصص علمي مستقل بامتياز له أفكاره ورواده ونظرياته.

ويمكن تعريف "علم الضحية" بأنه الدراسة العلمية للضحية. ولفهم هذا التعريف يتعين بداية تحديد المقصود بالضحية (victime). وبالعودة إلى المعجم العربية فالضحية جمعها ضحايا ولا تخرج عن ثلاثة

معان، فقد يقصد بها "الشاة" التي يضحى بها أي الأضحية، كما قد تفيد المحني عليه أي الشخص الذي يصيبه "الأذى" نتيجة خطأ أو حادث، فنقول مثلاً: "ذهب ضحية للعدوان." وقد ترمز لما يبذل أو يضحى به الشخص في سبيل غاية ما، فنقول مثلاً: "بذل نفسه ضحية لوطنه." أما في اللغة الفرنسية فكلمة (victime) مشتقة من الكلمة اللاتينية (Victima)، والتي تعني "ما يقدم كذبيحة للتقرب للالهة." واصطلاحاً تعني الشخص الذي يتعرض "للأذى والظلم".¹

يمكن القول بأن مفهوم "الضحية" لا يخرج عن ثلاثة اتجاهات: فإما أن يجيل على الجانب الرمزي منه، بحيث يجيل على دلالة الرمزية المقدسة كمن يضحى بنفسه في سبيل الدفاع عن أفكار أو معتقدات، كما هو الشأن بالنسبة للأنبياء عبر التاريخ. وإما أن يقصد منه جانب آخر من المعاناة تطل الشخص وتمس بسلامته الجسدية والنفسية، ما يجعله في نظر المجتمع شخصاً معتدى عليه. كما قد يكون الضحية "وضعا اعتبارياً" يهدف من ورائه "الضحية المصطنع" إبعاد الأنظار والشكوك عنه، لإيهام الآخرين بأنه فعلاً "ضحية حقيقية" لكسب تعاطفهم ولإبعاد الشكوك عنه للتستر عما ارتكبه من أفعال سيئة.

وتأسيساً على ما سبق، سنحاول في هذه المقالة الوقوف عند أبرز محطات نشأة علم الضحية، مع إبداء مختلف مواقف ونظريات علماء الضحية سواء منهم المؤسسين الأوائل لعلم الضحية أو المعاصرين منهم. كما سنتناول كذلك التصنيفات التي بلورها علماء الضحية لدراسة ظاهرة "الضحية" وتفاعلاته.

المطلب الأول :

سياق نشأة علم الضحية

شهد علم الضحية منذ ظهوره تحولات نظرية مهمة كان لأفكارها وقع على تعريفه ونطاقه، بل وحتى الغاية من أبحاثه. ويمكن تحديد مراحل تطوره في ثلاث مراحل أساسية: مرحلة رواد ومؤسسي علم الضحية، ثم مرحلة انتشاره، فمرحلة إشعاعه الدولي.

الفقرة الأولى : مرحلة رواد علم الضحية :

ظهر الدراسات الأولى لعلم الضحية في أوروبا وانتقلت بعد ذلك إلى أمريكا وباقي الدول. وكان رواد هذا العلم يعرفون بعضهم البعض وينتمون في الغالب إلى فئة الأطباء النفسيين وفئة المحامين وأساتذة القانون الجنائي وعلم الإجرام. وكان هدفهم الأساسي هو الدفاع عن حقوق المتهمين والمعتقلين. وارتكزت أغلب دراساتهم على دور الضحية في مسار الفعل الإجرامي. وكانوا خلال هذه الفترة يحاولون فهم الأسباب الحقيقية التي تدفع المجرم -الذي يعالجه (الأطباء النفسيون) أو يدافعون عنه (المحامون)- إلى الاعتداء على الضحية. ومن أبرز هؤلاء، نجد :

¹Raymod De Ryckere et Henri Jaspar, Revue de droit pénal et de criminologie, N° : 7, Avril 1959, p : 589.

أولا: "هانز فون هنتيج" (Hans von Hentig)

يعد "هانز فون هنتيج" أستاذا للقانون والعلوم الجنائية في جامعة "يال" (Yale) الأمريكية. وفي سنة 1948 نشر كتابا بعنوان: "المجرم وضحيته" (le criminel et son victime). وقد تناول فيه تلك العلاقة المعقدة التي تجمع بين المجرم والضحية أو بتعبيره "العلاقة بين الجاني والمتألم". ويرى أن الضحية هو الآخر قد يكون سببا فيما تعرض له نتيجة ارتكاب الجريمة، فالضحية قد يكون موضوع إثارة جنائية، ومن ثم ضرورة دراسة العلاقة بين الجاني والضحية حتى يمكن فهم والتنبؤ بالجريمة قبل وقوعها.

ومن أهم مقتطفات كتابه: [تنتهي معظم الجرائم كما يلي: نعرف الضحية، ولكن يبقى المجرم مجهولا. من الصعب التفكير في الأسباب التي يمكن أن تدفع الإنسان إلى أن يؤذي الآخر. إلا أن القدر في نفس الوقت يجعل هذا الأخير هو من يكشف للمحققين عن مؤشرات وأدلة قد تساعدهم في حل الجريمة. فهذه المعلومات القيمة من شأنها أن تساعد على الوقاية من الجرائم مستقبلا وحتى توقع الأشخاص الذين يحتمل أن يكونوا ضحايا. كلها أسباب تجعل من العلاقة بين الضحية ومرتكب الجريمة علاقة خطيرة قابلة لإعادة الإنتاج في وضعيات مختلفة]. "هانز فون هنتيج"، ص: 387.¹

كما انتقد حصر مفهوم الضحية في الجريمة، والتي تبقى في نظره جد ضيقة، ولا تسعف - بل من المستحيل أن تساعد - في فهم العلاقة المركبة والمعقدة بين المجرم والضحية. إذ لا يمكن أبدا وضع حدود فاصلة ودائمة بين المجرم والضحية، فالعوامل النفسية والسوسولوجية المرتبطة بظروف الجريمة هي الأخرى قد تكون سببا رئيسيا في وقوع الفعل الجرمي. ولتعزيز طرحه اعتمد على الاحصائيات الرسمية وغير الرسمية لجريمة القتل في أمريكا وألمانيا لوصف مختلف الروابط الممكنة بين المجرمين وضحاياهم.

ثانيا: "بنجامين مانديلسون" (Benjamin Mendelson)

عمل "بنجامين مانديلسون" في مهنة المحاماة ببوخارست ما بين 1934 و1951. وكان هاجسه الأساسي الدفاع عن موكله المجرمين المتابعين أمام المحاكم. ويعود له الفضل في تسمية الدراسات التي تعنى بتحليل ودراسة الضحية بعلم الضحية (victimologie) خلال أشغال المؤتمر المنظم في 29 مارس 1947 برومانيا.

كان لعمله الميداني كمحامي متخصص في المادة الجنائية أثر في بلورة العديد من الأفكار. فقد استنتج من خلال الاستماع للمتهمين الذين يتولى الدفاع عنهم في مسطرة المحاكمة، أن الضحية قد يكون هو الآخر سببا في دفع الجاني لارتكاب الجريمة. وللتحقق من هذه النظرية، أعد استمارة مكونة من 300 سؤال احتمالي موجه لموكله (المتهمين/المعتقلين/المجرمين) كمحاولة منه لتحديد ورسم معالم شخصية المجرم النموذجي. وقد

¹HansVonHentig, 1948 : « la plupart des crimes se soldent ainsi : nous connaissons la victime, mais le criminel reste inconnu. Un examen méticuleux de tous les liens possibles et caractéristiques pouvant unir l'individu qui a causé le tort et la personne qui a subi ce tort livre à l'enquêteur de précieux indices, tout comme en révèlent le mode d'exécution du crime, ainsi que le lieu et le moment où il a été commis. Ce type d'informations pourrait être également crucial dans le domaine de la prévention du crime et permettrait de reconnaître les victimes potentielles, les situations à risque, bref, tous ces facteurs qui font que la dangereuse relation entre l'auteur d'un crime et sa victime puisse se produire », p. 387.

نشر نتائج بحثه سنة 1937 في مجلة القانون الجنائي وعلم الإجرام. وتعد نتائج هذه الدراسة بمثابة ميلاد علم الضحية كعلم أكاديمي قائم بذاته.

بعدها درس "ماندلسون" معالم الشخصية النموذجية للجاني المفترض، انتقل إلى تحليل شخصية الضحية مطبقا نفس المنهجية السابقة، وقد نشر نتائج دراسته في مقال نشره سنة 1940 تحت عنوان: "الاغتصاب من منظور علم الإجرام"، في مجلة "العدالة الجنائية" الإيطالية. وفي هذا المقال اعتمد على مقارنة متعددة الأبعاد تستحضر النموذج الحيوي-النفسي-الاجتماعي من أجل وصف شخصية الضحية وتحليلها، لذلك فعلم الإجرام بحسبه يلزم: لأن يكون موضوعا للدراسة بأبعاد أخرى: من وجهة نظر شخصية المجرم، من زاوية المعالج النفسي، وكذلك من منظور السيولوجي، وغيرهم¹. كما يرى أن درجة مسؤولية الضحية فيما قد يتعرض له من أذى يبقى عاملا مهما لفهم ظروف الجريمة ككل. وينطلق في ذلك من فكرة مفادها أن أغلب حالات الجريمة تكون بسبب استفزاز مسبق من الضحية للمجرم، وبهذه النظرية حاول "ماندلسون" أن يبرهن أن جزءا من الجريمة قد يتحملها كذلك الضحية، ولا مجال للدفع بعدم مسؤوليته في جميع الجرائم. لذلك اقترح تصنيفا للضحايا من خمس فئات، يستند فيه على درجة مسؤولية الضحية، بدءا من الضحية "البريء" وانتهاء بالضحية "المذنب".

في المقابل، لم تصمد نظريته طويلا، ففي سنة 1982 اعترف لأول مرة بعد طول انتظار أنه بفضل علم الضحية، غير نظريته بخصوص الضحايا الذين في أغلبهم ليس لهم أي دور في تعرضهم للفعل الجرمي. ذلك أن الجريمة لا تعدو أن تكون إلا نتيجة لعدم اتخاذ الضحية للقرار المناسب وفي الوقت المناسب، نظرا لعدة عوامل بيولوجية، نفسية، واجتماعية: كعدم الاحتياط، عدم تقدير الوضع بدقة، الصدفة، وغيرها. وهو ما دفعه إلى اقتراح تشديد العقوبة على المجرم الذي يستغل نقطة من نقاط ضعف الضحية، كالتقدم في السن، عدم التمييز، عنصر الليل، وغيرها من العناصر.

بعدها رأينا كيف تغير موقف "ماندلسون" من معارض للضحية محملا إياه جزءا من مسؤولية الجريمة، إلى مؤيد ومتعاطف مع الضحية، بل ومع تشديد العقوبة على الجاني الذي يستغل شخصية الضحية للإيقاع به، بلور "ماندلسون" فرعا جديدا لعلم الضحية، أطلق عليه: "علم الضحية العام" كحقل علمي يهتم بدراسة مختلف أنواع الضحايا وتطور أعدادهم (victimisation). ويبقى السؤال المطروح في هذا الإطار: مدى إمكانية إدراج الضحايا السياسيين في دائرة اهتمام علم الضحية؟ لا يبدى "ماندلسون" مبدئيا أي اعتراض في الموضوع، شريطة تحديد مختلف فئات الضحايا التي ستكون ضمن اهتمامات علم الضحية المعاصر.

¹ يعد الطبيب النفسي "جورج إنجل" (George L. Engel) أول من نظر لهذا النموذج في العلاج، فهو يأخذ بعين الاعتبار العوامل البيولوجية والنفسية والاجتماعية للشخص تكمل بعضها البعض في العلاج البشري في سياق المرض. يعتبر هذا النموذج نقیضا لنموذج الطب الحيوي الذي يختزل العلاج في الأدوية. للمزيد راجع:

الفقرة الثانية : مرحلة انشار علم الضحية :

برز العديد من أساتذة الجامعات الدولية المهتمين بعلم الضحية في بداية الخمسينيات. فمثلا أثارت الأستاذة الأمريكية "رودا ميليكين" (Rhoda Milliken) - والتي سبق لها أن اشتغلت كشرطية بالعاصمة واشنطن - النقاش بخصوص معاناة النساء ضحايا الاعتداء الجنسي والاعتصاب. وفي سنة 1952 نشر المدعي العام "طاهون" (R. Tahone) بمحكمة الاستئناف بـ"لييج" (Liège) مقالا في مجلة "القانون الجنائي وعلم الإجرام"، ينتقد فيها ما سماه: "رضا الضحية" ويعتبره غير كاف لتبرير الفعل الجرمي، الذي يعد جريمة معاقب عليها كيفما كان رضا الضحية.¹ ولتوضيح هذا الرأي أعطى مثلا بالانتحار الذي يشكل إيذاء واعتداء على النفس، رغم أن الضحية يقدم على ذلك من تلقاء نفسه وبرضاه التام. إلا أن هذا الرأي في اعتقادنا يبقى محل نقاش، فكيف نتصور توقيع عقوبة على شخص فقد الحياة، فلو تم تطبيق العقوبة في هذه الحالة فسيكون مفعولها دون أي أثر يذكر. من هنا نجد مثلا أن المشرع الجنائي سواء في فرنسا أو المغرب لا يعاقب على الانتحار، وبالتالي فلا توجد عقوبة لمن نجا من محاولة الانتحار. غير أنه في المقابل يعاقب على المساعدة عن علم في الأعمال التحضيرية أو المسهلة للانتحار.²

ولم تتوقف الأبحاث المعاصرة في علم الضحية عند هذا الحد، إذ بادر الأستاذ "بول كورنيل" (Paul Cornil) سنة 1958 إلى تنظيم مؤتمر دولي حول علم الضحية، شارك فيه خيرة من الأساتذة المتخصصين والأطباء والمحامين، أثمرت أشغاله بإصدار أول عدد خاص بـ"علم الضحية" في "المجلة الدولية للقانون الجنائي وعلم الإجرام". وهكذا بدأ علم الضحية يثير اهتمام الباحثين من مختلف الدول ومن مختلف التخصصات، خصوصا السوسولوجيا وعلم النفس، منهامثلا الدراسة التي نشرها الأستاذ "هنري إلبيرغر"

(Henri Ellenberger) في "المجلة الدولية لعلم الإجرام والشرطة التقنية" تحت عنوان: "العلاقات النفسية بين المجرم والضحية"،³ إضافة إلى أطروحة الدكتوراه التي أعدها "عزة عبد الفتاح" لسنة 1971،⁴ وكذلك أطروحة "ميشلين باريل".⁵

¹Tahone (R), « Le consentement de la victime ». Revue de droit pénal et de criminologie, 35, pp. 323-342, 1952.

²الفصل 407 من مجموعة القانون الجنائي: " من ساعد، عن علم، شخصا في الأعمال المحضرة أو المسهلة للانتحار أو زوده بالسلاح أو السم أو الأدوات اللازمة للانتحار، مع علمه بأنها ستستعمل لهذا الغرض يعاقب، في حالة وقوع الانتحار، بالحبس من سنة إلى خمس. تضاعف العقوبة إذا ارتكب الجريمة ضد قاصر أو ضد امرأة بسبب جنسها، أو من طرف أحد الزوجين في حق الزوج الآخر، أو إذا ارتكبت من طرف أحد الفروع أو أحد الأصول أو أحد الإخوة أو الكافل أو الطليق أو الخاطب أو شخص له ولاية أو سلطة على الضحية أو مكلف برعايتها.

³WEMMERS, Jo-Anne. 2. L'histoire de la victimologie In: Introduction à la victimologie [en ligne]. Montréal : Presses de l'Université de Montréal, 2003 (généré le 14 avril 2024). Disponible sur Internet: <http://books.openedition.org/pum/10771>. ISBN : 979-10-365-0252-1. DOI : https://doi.org/10.4000/books.pum.10771.

⁴Fattah (E. A), La victime est-elle coupable ? Le rôle de la victime dans le meurtre en vue de vol, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, Montréal, 1971.

⁵Baril (M), L'envers du crime ,Cahier no 2, Centre international de criminologie comparée, Université de Montréal, Montréal, 1984.

أولاً: "هنري إيلنبرغر" (Henri Ellenberger)

اشتغل "هنري إيلنبرغر" كطبيب نفسي. نشر في سنة 1954 مقالا تحت عنوان: "العلاقات النفسية بين المجرم والضحية"¹، جاء فيه: [من وجهة نظر عامة الناس - كرأي متفق عليه لدى غالبيتهم - يختلف المجرم والضحية اختلاف نوعيا، شبيها بالاختلاف الواقع بين شخص ذي بشرة سوداء وآخر ذي بشرة بيضاء]. ذلك ما تبديه لنا المقاربة القانونية، والتي تكرر قاعدة مفادها أننا إزاء كل جريمة نصطدم دوما بمجرم مذنب وضحية بريء، مع بعض الاستثناءات الواردة على هذه القاعدة.

فبالنسبة له قد يكون الشخص معتديا وضحية في آن واحد، ويزكي نظريته بمثال الطفل الذي سبق له في طفولته أن تعرض لسوء المعاملة من أبيه، وفي يوم ما يعتمد الطفل قتل الأب من شدة الضغط الذي تعرض له في طفولته، والذي لم تعد حالته النفسية تتحمله. لذلك دعا "هنري إيلنبرغر" انطلاقا من احتكاكه اليومي مع الضحايا، إلى ضرورة تشخيص وفحص الحالة النفسية للضحية بإمعان، وتعد هذه العملية في فهم الضحية من أهم مرتكزات علم الضحية. كما يعود له الفضل في إحداث تصنيفات متفرعة عن علم الضحية، كمفهوم "علم الضحية العرقي أو الإثني"، كفرع علمي يساعد على كشف أو تحديد الأسباب التي تؤدي إلى وقوع الضحايا. وبتعبير أوضح يرى "هنري إيلنبرغر": [الكل شخص الحق في معرفة نسبة الاحتمالات الممكن أن يقع بموجبها ضحية بسبب عمله أو انتمائه الاجتماعي أو مظهره الفيزيولوجي أو غير ذلك. وتكمن الغاية أولا وأخيرا من هذا التحليل في الوقاية من المجرمين].²

ثانياً: "عزة عبد الفتاح" (Ezzat A Fattah)

تأثر "عزة عبد الفتاح" كثيرا بأستاذه "هنري إيلنبرغر"، وبدأ مشواره الأكاديمي في دراسة الضحية سنة 1966، حين نشر مقالا بعنوان: "كشف بعض الصعوبات التي تعترى العدالة الجنائية من منظور علم الضحية"³. وفي سنة 1971 نشر أطروحته التي أنجزها تحت إشراف أستاذه "هنري إيلنبرغر" بعنوان: "هل يمكن أن يكون الضحية مذنباً" (La victime est-elle coupable?).

انتقل "عزة عبد الفتاح" إلى مدينة "كولومبيا البريطانية"، وهي مقاطعة كندية تحتل المرتبة الثالثة من حيث عدد السكان. وهناك أسس "مدرسة علم الإجرام" كمؤسسة تابعة لجامعة "سيمون فرازير" (Simon Fraser). وبدأ في تأليف العديد من الكتب المتخصصة في علم الضحية، أبرزها: "فهم الضحية من منظور علم الإجرام: مدخل لنظريات علم الضحية"⁴. ومن أهم النظريات التي درسها بالتحليل والمنهجية العلمية في كتاباته، نجد تلك العلاقة الجدلية بين الضحية والمجرم، ذلك أن معاناة الشخص الذي يدعي أنه

¹ H. ELLENBERGER, Relations psychologiques entre le criminel et la victime, Revue internationale de criminologie et de police technique - 1954 - pp. 103-121.

² Raymod De Ryckere et Henri Jaspar, op. Cit. P : 593.

³ Fattah, E. A. (1966). « Quelques problèmes posés à la justice pénale par la victimologie ». Annales Internationales de Criminologie, 5, 2, p. 335-361. Disponible sur le lien suivant : https://opendigi.ub.uni-tuebingen.de/opendigi/AIC_1966_2#p=1

⁴ Ezzat Abdel Fattah, Understanding Criminal Victimization : An Introduction to TheoreticalVictimology, 1991.

ضحية فعل إجرامي معين، تعد من أهم الأسباب التي يفسر بها "عزة عبد الفتاح" ظاهرة الجريمة، بل يلاحظ أن هذه النظرية أثرت بشكل واضح على جل دراساته المتخصصة. فالأدوار التي يؤديها الضحية والجاني تعد في نظره متغيرة باستمرار، إذ يمكن لهذه الأدوار أن تتغير في الزمن ومن جهة الأطراف. لذلك يعتبر أن القانون الجنائي المعاصر هو الذي يأخذ بعين الاعتبار -من جهة- نسبة محددة من مسؤولية الطرفين في ارتكاب الجريمة، كما يستند -من جهة ثانية- في تحديد عنصري الخطأ والعقوبة على "الإدانة الحقيقية" نسبة للجاني الفعلي الذي يلعب دور "الضحية" (victimisé)، وليس "الإدانة الشكلية" نسبة للجاني المفترض في القانون أنه متهم.¹

المطلب الثاني:

تصنيف الضحايا

حاول العديد من علماء الضحية تحديد مجموعة من المعايير لوصف وتصنيف الضحايا إلى أنواع

مختلفة:

الفقرة الأولى: التصنيفات الأساسية

أولاً: الضحية من منظور "هانز فون هنتيج":

يرى "هانز فون هنتيج" أن تحديد الضحية وتصنيفه، يتوقف على عوامل نفسية واجتماعية وبيولوجية. لذلك نجده يميز بين الأشخاص الذين "ولدوا كضحايا" (victimenée)، وبين الذين سيتحولون فيما بعد إلى ضحايا نتيجة لضغوطات المجتمع.

وفي نفس السياق، صنف "هانز فون هنتيج" الضحايا إلى مجموعتين: أطلق على المجموعة الأولى ضحايا الأنواع العامة، وتضم: ضحايا يتميزون بحالة من الضعف كالشباب أو الأشخاص المتقدمين في السن أو النساء، إضافة إلى الأقليات والمهاجرين بالنظر للتهميش الذي طاهم في المجتمع. أما المجموعة الثانية فسمها بضحايا المجموعة النفسية: كالأشخاص المحبطين، أو الذين يرغبون في الاغتناء بشكل سريع، أو النساء اللواتي يلجأن لإغواء الرجال، إضافة إلى الأشخاص الذين يفقدون الأمل في الحياة (لوصف هذه الفئة الأخيرة قدم "هانز فون هنتيج" مثالا عن المستخدم البنكي الذي يستعمل وسائل للاحتيال في عمله إلا أنه يتعرض هو الآخر للنصب، فيجد نفسه في موقف يفقد فيه كل شيء).²

¹ WEMMERS, Jo-Anne, Op. cit. P : 27- 42.

² WEMMERS, Jo-Anne, Op. cit. p : 27- 42.

ثانيا : الضحية من منظور "ماندلسون" :

يصنف "ماندلسون" الضحايا إلى خمس مجموعات، معتمدا في ذلك على درجة مسؤولية الضحية أو نسبة تحملها للأذى الذي تعرض له:

1. الضحية البريء بشكل كامل: تعد هذه المجموعة من الضحايا بالنسبة له مثالية بامتياز، بحيث ليس لهم أي دور في إثارة أو استفزاز الجرم. ومن أبرز الأمثلة نجد: الطفل الضحية، والذي يعد غير مسؤول عن أي فعل قد يصيبه كضحية.

2. الضحية الذي يتحمل جزءا من الذنب أو المسؤولية: الضحية بالجهل، ومثاله: المرأة التي تتسبب في إسقاط الحمل (الإجهاض).

3. الضحية الذي يشترك بنفس الدرجة مع الجاني: الضحية الإرادي: مثال: الانتحار.

4. الضحية الذي يتحمل الجزء الكبير من الذنب مقارنة مع الجاني: الضحية المستفز للجاني، والضحية المهمل الذي يتسبب في الجريمة نتيجة تقصيره وإهماله.

5. الضحية المذنب لوحده: يميز "ماندلسون" في هذا الصنف بين ثلاث مجموعات: الأولى: يعتبر ضحية ومعتديا في آن واحد (lavictime-infracteur)، لأنه في حالة ارتكابه للجريمة فإنه يتحول إلى ضحية. أما المجموعة الثانية: الضحية بالمحاكاة (la victimesimulante)، مثاله: المشتكي الذي يتهم المعتدي عن قصد أو دون قصد ويستعمل مختلف الوسائل لتضليل المحكمة. والمجموعة الأخيرة: الضحية من نسج الخيال (lavictimeimaginaire) ومثاله: الضحايا الذين يعانون من اضطراب عقلي، كأنفصام الشخصية (laparanoïa)، الهستيريا (l'hystérie)، والذين يوهمون أنفسهم أنهم ضحية جريمة ما.¹

ثالثا : الضحية من منظور "هنري إلبيرغر" :

اعتمد "هنري إلبيرغر" في تصنيف الضحايا على الطابع التحولي للإحساس بالمعاناة، وهو نفس التصنيف الذي اعتمده الأستاذ "عزة عبد الفتاح". وقد صنف المجموعة الأولى من الضحايا ضمن مفهوم "الجاني-الضحية" (criminel-victime) لتحديد الشخص الذي كان ضحية في فترة زمنية في حياته، وليصير فيما بعد مجرما في وقت لاحق. ولتوضيح هذه الفكرة قدم مثلا بالطفل الذي تعرض للاعتداء في طفولته والذي يتحول فيما بعد إلى قاتل. أما المجموعة الثانية، فتندرج ضمن الضحية "المستبطن" ويقترّب هذا النوع مع تصنيف "هانز فون هنتيج"، وهم ضحايا يعانون من مظاهر الهشاشة، الشيء الذي ينعكس على نفسياتهم بالضغط المستمر. وقد وصف الأستاذ "عزة عبد الفتاح" الضحايا الذين يندرجون ضمن هذه الفئة، بأنهم يكشفون بلا شعور عن الرغبة في التحول إلى ضحايا، وبهذا فإنهم يلفتون انتباه الجاني بشكل مثير كالفريسة. أما المجموعة الثالثة فتركز على العلاقات الخاصة بين الجرم والضحية، أي تلك الروابط المتبادلة بينهما في بعض الحالات.²

¹ WEMMERS, Jo-Anne, Op. cit. p : 27- 42.

² WEMMERS, Jo-Anne, Op. cit. p : 27- 42.

الفقرة الثانية : باقي التصنيفات :

خصص الأستاذ "ستيفان شافر" (StéphanSchafer) فصلا كاملا في كتابه "الضحية ومجرمه"¹ للحديث عن مختلف تصنيفات الضحايا، واقترح بدوره تصنيفا مقسما إلى سبعة أنواع من الضحايا، وهو تصنيف أكثر دقة مقارنة مع نماذج باقي العلماء والمتخصصين. حيث اعتمد في على مجموعة من المعايير لتصنيف الضحايا، أبرزها: درجة المسؤولية، مدى المشاركة في الفعل، الهشاشة والوضعية الاجتماعية للضحية. وكانت هذه المعايير وسيلة لتحديد شخصية الضحايا أكثر منه من وصف حالتهم الاجتماعية والنفسية. كما قام ببلورة مجموعة جديدة من المفاهيم في حقل علم الضحية، منها: "الزوج الجنائي" (couplepénal) الذي وظفه لأول مرة سنة 1956 للتعبير عن الجاني والضحية في آن واحد. بينما يستعمل "عزة عبد الفتاح" مفهوم "الضحية كمحفز" يثير انتباه الجاني ويجذبه إليه (lavictimecatalyseuse)، وقد تعرض هذا المفهوم للعديد من الانتقادات وصلت إلى حد اعتبار علم الضحية علما لتوبيخ الضحية وتحميله المسؤولية عما أصابه من ألم وأذى.²

خاتمة :

ساهم علم الضحية في فهم الضحية وفق مقاربة علمية متعددة الحقول المعرفية، وهو ما ساعد المشرع الجنائي في بلورة قوانين زجرية تحمي الضحية وتقيه من المخاطر المحتملة، ولاسيما الفئات الأكثر تعرضا للخطر كالنساء والأطفال.

وإذا كانت المقاربة الجنائية في فهم بعض الجرائم محدودة بالنظر لتركيزها على المجرم وتهميشها للضحية، فإن علم الضحية حاول تجاوز هذه المنهجية الضيقة، وفتح سبل أوسع خارج مجال القانون بغية فهم ظاهرة "الضحية"، وكشف الأسباب الحقيقية التي تجعل بعض الفئات من الضحية عرضة للإيذاء دون غيرهم.

لذلك تبقى الغاية الأخيرة من تصنيف الضحايا هي إيجاد تفسير لظاهرة الجريمة من زاوية أغفلها القانون وتحاول باقي العلوم سد فراغها، فقد تأثر تطور علم الضحية بالاعتبارات التي تدعو إلى الوقاية من الجريمة، ولا يمكن أن تتحقق هذه الأخيرة إلا إذا استوعبنا بشكل دقيق أسباب ودوافع ارتكاب الجريمة، والتي يمكن إجمالها عموما في ثلاثة أسباب رئيسية: يتعلق السبب الأول بالدور المستفز (provocateur) الذي قد يلعبه الضحية تجاه المجرم، ويحيل السبب الثاني على ظروف ارتكاب الجريمة، كالمكان المهجور أو غير المؤمن،

¹Schafer, S. (1968). The Victim and HisCriminal: A Study in FunctionalResponsibility. New York, Random House.

²Clarke et Lewis, D. (1977). *Rape : The Price of Coercive Sexuality*. Toronto : The Women'sPress : « Dans les sciences sociales, blâmer la victime est devenu une rationalisation de plus en plus populaire pour les comportements « déviants » et criminels. [...] Ces dernières années, blâmer la victime a été institutionnalisé dans le monde universitaire sous la forme de la victimologie. [...] Le chercheur masculin trouve son échappatoire dans la victimologie. Il cherche la cause du problème dans le comportement de la victime et va se convaincre (et le public avec lui) qu'en changeant ce comportement, le problème peut être sous contrôle. La victimologie devient alors l'art de blâmer la victime ». P : 147, 148, 150. Traduction : Ezzat A. Fattah and Rabia Mzouji.

وهي أماكن تجتمع فيها كل شروط ارتكاب الجريمة، أما السبب الثالث فيمكن أن نفسره بنمط حياة الضحية، ويفيد ذلك أن بعض الأشخاص يعرضون حياتهم للخطر أكثر، وهو ما يزيد من احتمال أن يكونوا ضحية لسلوكهم المتهور.¹

❖ لائحة المصادر و المراجع:

- Baril (M), L'envers du crime ,Cahier no 2, Centre international de criminologie comparée, Université de Montréal, Montréal, 1984.
- H. ELLENBERGER, Relations psychologiques entre le criminel et la victime, Revue internationale de criminologie et de police technique - 1954 - pp. 103-121
- Fattah (E. A), La victime est-elle coupable ? Le rôle de la victime dans le meurtre en vue de vol, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, Montréal, 1971.
- Ezzat Abdel Fattah, Understanding Criminal Victimization : An Introduction to TheoreticalVictimology, 1991 .
- Tahone(R), « Le consentement de la victime ». Revue de droit pénal et de criminologie, 35, pp. 323-342,1952.
- Raymod De Ryckere et Henri Jaspar, Revue de droit pénal et de criminologie, N° : 7, Avril 1959, p : 589.
- Raymod De Ryckere et Henri Jaspar, op. Cit. P : 593.
- Fattah, E. A. (1966). « Quelques problèmes posés à la justice pénale par la victimologie ». Annales Internationales de Criminologie, 5, 2, p. 335-361.
- Schafer, S. (1968). The Victim and HisCriminal: A Study in FunctionalResponsibility. New York, Random House.
- V. Guêné, Le modèle biopsychosocial : de quoi parle-t-on ? Archives des Maladies Professionnelles et de l'Environnement, Volume 79, Issue 2, April 2018, Pages 161-167.
- WEMMERS, Jo-Anne. 2. L'histoire de la victimologie In : Introduction à la victimologie [en ligne]. Montréal : Presses de l'Université de Montréal, 2003 (généré le 14 avril 2024).

¹ WEMMERS, Jo-Anne, Ibid. p : 27- 42.

الدفع بحجية الأمر المقضي

Payment based on res judicata



القاضي الدكتور¹ : رامي أحمد حجازي ، دائرة قاضي القضاة الأردنية

Judge and Doctor : Rami Ahmed HIJAZI
Jordanian Supreme Judge Department

الملخص:

غاية القضاء فصل الخصومة بإيصال الحق لصاحبه ومنع التعرض إليه إذا تبين أنه غير محق في طلبه، وسبيل ذلك طرح النزاع للقضاء، فإذا أصدر القضاء حكماً وهو الحل المنهي للخصومة بين الخصوم ومرت جميع مراحل الطعن أصبح الحكم قطعياً ويطلق عليه بالتمسك بحجية الأمر المقضي به أي الجاهز للتنفيذ، ويشترط للتمسك بدفع حجية الأمر المقضي اتحاد السبب والموضوع والأشخاص، وهذا الدفع دفع حق عام تتعرض له المحكمة والخصوم وبأي مرحلة من مراحل الدعوى. الكلمات المفتاحية: القضاء، الدعوى، القضية مقضية .

Abstract :

The goal of the judiciary is to settle the dispute by conveying the right to its owner and preventing it from being attacked if it becomes clear that he is not right in his request. The only way to do that is to submit the matter to the judiciary. If the judiciary issues a ruling, which is the final solution to the dispute between the opponents, and passes through all the stages of appeal,

¹ -email : ramihejazi1977@gmail.com

even if there is no room left for appeal, its name becomes authoritative of the res judicata. Ready for implementation. To uphold the validity of a res judicata, it is required that the reason, subject, and persons be united. This defense is a defense of a general right to which the court and the opponents are exposed, at any stage of the case.

Keywords: judiciary, lawsuit, case decided.

المقدمة :

بسم الله الرحمن الرحيم ، الحمد لله رب العالمين، وأفضل صلاة وأتم تسليم على الهادي محمد سيد الخلق والمرسلين وبعده.

اشترك العلاقات بين الناس، وتشعبها سيؤدي إلى وجود الخصومات فيما بينهم، الأمر الذي من عرض هذه الخصومات على القضاء لفصلها لإعطاء الحق لأصحابه، أو بمنع المعارض من المطالبة بهذا الأمر لثبوت أنه لم يكن حقاً بل بقي زعماً.

أسئلة الدراسة :

1- ما هو الدفع بأن القضية مقضية.

2- هل حجية الأمر المقضي يختلف عنه في حجية أن القضية مقضية.

3- إذا صح هذا الدفع ما شروطه.

محددات الدراسة:

سيكون حد الدراسة بيان المعنى القانوني للدفع بأن القضية مقضية وبيان شروط صحة الدفع وما يتعلق به من أشياء تجعله واقعا مطبقا على أرض الواقع.

الدراسات السابقة :

لم يتناول الفقهاء القدامى الموضوع بهذه التسمية، لكن كانوا يثيرونها بعدم جواز نظر القاضي في قضايا قاض آخر فصل الدعوى؛ لأن الاجتهاد لا ينقض بمثله، وأن القضاء مرعي النفاذ إلا في حالات، ونتيجة للتطور التاريخي والتأصيل القانوني فقد تناول المعاصرين الموضوع ببعض جزئياته ومن ذلك :

ياسين، محمد، حجية الحكم القضائي بين الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية، دارد النفائس، 2015 م، والبحث أكثره فقهي وقد خلا من ذكر التطبيقات العملية للموضوع، بالإضافة إلى كثرة التطبيقات الفقهية، الذي يجعل الموضوع فكرة ولا يستطيع القارئ التطبيق عليها.

عبيدات، ابراهيم و أبو شنب أحمد عبد الكريم، حجية الأمر المقضي به بين الفقه الإسلامي والقانون الأردني، مجلة دراسات، مجلد، 39، العدد، 2012، 2، تناول البحث للشروط القانونية المتعلقة بالموضوع إلا أن البحث لم يتطرق إلى تطبيقات عملية، ولا نماذج لتوضيح الفكرة، فكان البحث نظريا أكثر منه تطبيقا

ويزيد عنه هذا البحث إلى ذكر مواضيع لم يذكره ذلك البحث ، وتطبيقات عملية لتوضيح الفكرة ؛ لترسخ في ذهن القارئ ومن خلالها يستطيع التطبيق وحده إذا طلب منه ذلك .

منهج البحث :

اتباع الباحث في البحث المنهج الاستقرائي التحليلي ، وذلك بتتبع جزئيات البحث من مضانها وبعد ذلك بيان العناصر والتطبيقات العملية عليها

تتلخص مشكلة الدراسة في الإجابة على السؤال الآتي : ما هي القضية المقضية وما هو ارتباطها بحجية الأمر المقضي وأيهما أعم من الآخر؟ ويتفرع عن هذا السؤال الأسئلة الآتية :

1- ما هي شروط اعتبار القضية مقضية ؟

2- ما هي أبرز التطبيقات العملية بهذا الخصوص ؟

أهداف الدراسة :

1- القضية المقضية: هي صفة في الحكم المنهي للخصومة بصورة نهائية تجعله عنوانا للحقيقة بما ورد فيه من صحة أو بطلان، ويؤدي إلى انقضاء الدعوى العامة، وعدم جواز طرح الخصومة مرة أخرى بأي شكل من الأشكال).

2- يشترط لاعتبار القضية مقضية اتحاد الخصوم والموضع والسبب.

3- كون القضية مقضية يجعلها دفع يتعلق بالنظام العام يثار من قبل المحكمة ومن الخصوم بأي مرحلة من مراحل الدعوى.

وقد قسم البحث على النحو التالي :

المبحث الأول، المصطلحات والتعريفات وما يتعلق به.

المطلب الأول: التعريف بالقضاء لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: تعريف الدفع وما يتعلق به.

المطلب الثالث: معنى الدفع بأن القضية مقضية.

المبحث الثاني: شروط الدفع بأن القضية مقضية.

المطلب الأول: اتحاد الخصوم.

المطلب الثاني : اتحاد السبب.

المطلب الثالث: اتحاد الموضوع.

المبحث الثالث: العلاقة ما بين القرينة والحكم الحائز على قوة الأمر المقضي.

المطلب الأول: التعريف بالقرينة.

المطلب الثاني: أقسام القرائن القانونية.

المطلب الثالث: القرارات الصادرة عن القاضي.

توطئة :

جميع الباحثين في هذا الدفع يريدون أن يصلوا في نهاية البحث إلى أن حجية الأمر المقضي ليست فكرة تراد لذاتها، وإنما باعتبارها وظيفة ووسيلة إجرائية قضائية أصدرت لتحقيق غاية محددة وهي تفادي المفسدة التي ستنتال هيبة القضاء بإصدار أحكام قد تتعارض نتيجة تغير الإجراءات والأدلة وطريقة عرضها على القضاء ، وفي ذلك تجديد للمنازعات التي ستصبح لامتناهية، وما يترتب على ذلك من تناقض في الأحكام¹.

المبحث الأول:

المصطلحات والتعريفات وما يتعلق بها.

سيتم الحديث في هذا المبحث عن المصطلحات التي ستمر في البحث .

المطلب الأول : التعريف بالقضاء لغة واصطلاحاً.

أولاً: القضاء في اللغة.

مصدر الفعل قضى، وله معان ما يهم البحث منها هو دلالتها على الحكم: تقول: قضى قضاء؛ أي حكم حكماً، ومنه قول الله تعالى: { وَقَضَى رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَيَالِ الَّذِينَ إِحْسَانًا }² أي أمر وحكم بذلك³.

ثانياً: القضاء في الاصطلاح.

عرفه الحنفية بأنه: (قول ملزم يصدر عن ولاية عامة)⁴.. ويرد على كثير من التعريفات للحكم أنها غير جامعة ولا مانعة؛ حيث أنها قد توردها بالتعريف القيود اللغوية، ومن ذلك هذا التعريف، حيث أن ولي الأمر قوله ملزم، وهذا يشمل القاضي والحاكم والمحتسب.

وقد عرفه الدكتور محمد نعيم ياسين بتعريف جامع أخرج ما ليس منه، وجعله حداً لا يخرج عنه شيء من مقتضياته، فقال الحكم: (هو فصل الخصومة بقول أو فعل يصدر عن القاضي ومن في حكمه بطريق الإلزام)⁵.

¹: عمري، عبد الرحيم، الدفع بعدم القبول الدفع بحجية الامر المقضي ، جامعة مولاي اسماعيل – مكناس - ، ص 8.

²: الإسراء آية 23.

³: أبو محمد مكي بن أبي طالب حَمَوْش بن محمد بن مختار القيسي القيرواني ثم الأندلسي القرطبي المالكي (المتوفى: 437هـ)، الهداية إلى بلوغ النهاية في علم معاني القرآن وتفسيره، وأحكامه، وجمل من فنون علومه، المحقق: مجموعة رسائل جامعية بكلية الدراسات العليا والبحث العلمي - جامعة الشارقة، بإشراف أ.د: الشاهد البوشيخي،: مجموعة بحوث الكتاب والسنة - كلية الشريعة والدراسات الإسلامية - جامعة الشارقة، الطبعة: الأولى، 1429 هـ - 2008 م، ج 6/ص 4171.

⁴: عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي البلدي، مجد الدين أبو الفضل الحنفي (المتوفى: 683هـ) الاختيار لتعليل المختار، عليها تعليقات: الشيخ محمود أبو دقيقة (من علماء الحنفية ومدرس بكلية أصول الدين سابقا)، مطبعة الحلبي - القاهرة (وصورتها دار الكتب العلمية - بيروت، وغيرها)، 1356 هـ - 1937 م، ج 2/ص 82.

⁵: ياسين، محمد نعيم، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النفائس، الطبعة الثانية، 2011، ص 623

وكون هذا التعريف جامع بأنه لم يجعل لفصل الخصومة طريقا واحدة بل جعل ذلك بكل طرق تصدر عن القاضي، ولما كان يجوز للقاضي انابة غيره في بعض أعماله ، كالتحكيم بين الزوجين والتفريق بينهما ؛ فيكون تفريق الحكمين بين الزوجين أحد أوجه القضاء .

وعرف في القوانين الوضعية بأنه: (القرار الصادر من محكمة مشكلة تشكيلا صحيحا في خصومة رفعت إليها وفق قواعد المرافعات) ¹.

ولا يكون فصل الخصومة إلا بالحجة ، والحجة : (ما دل به على صحة الدعوى، وقيل: الحجة والدليل واحد) ².

وكما مر فإن هذا التعريف غير مانع فمن طرق الحكم التحكيم ، والذي هو تفويض الطرفين أو تحكيم المحكمة لأشخاص للفصل في الخصومة، وما دور القاضي إلا التأكد من صحة الإجراءات فإن تحقق من ذلك حكم بتصديق القرار ؛ فهو محض للحكم لا مصدرا لها في الحقيقة والتطبيق .

المطلب الثاني : تعريف الدفع وما يتعلق به.

أولا: الدفع لغة: مصدر من دفع وله في اللغة عدة معان، ولعل أقربها للبحث ما يدل على الإزالة بالقوة ، يقال: (تدافعوا الشيء دفعه كل واحد منهم عن صاحبه، وتدافع القوم ، أي دفع بعضهم بعضاً) ³.

ثانيا: الدفع اصطلاحا: لم يضع فقهاء المسلمين تعريفا مصطلحيا لمعنى الدفع، إلا أنهم تناولوه بالبحث في ثنايا كتب القضاء، الدكتور محمد نعيم ياسين فقال: (لم يصرح الفقهاء بتعريف للدفع معتمدين ويعلل ذلك الأستاذ على أنه نوع من الدعاوى يقصد به أحد أمرين: إما إسقاط دعوى المدعي وإثبات عدم توجه أي حق له على المطلوب.) وقد عرف علي قراءة الدفع بأنه: (دعوى من قبل المدعى عليه، أو ممن ينتصب المدعى عليه خصما عنه، يقصد بها دفع الخصومة عنه أو إبطال دعوى المدعي) ⁴.

ويؤخذ على هذا التعريف بأنه غير جامع ولا مانع - فأما غير جامع فلأنه حصر الدافع بالمدعى عليه أو من يقوم مقامه ، والصحيح أن غير هؤلاء يستطيعون إثارة الدفع ، ويشمل ذلك المحكمة نفسها، أو المتضرر من الحكم الذي قد يصدر في الدعوى، وهو ما يعرف بتدخل الغير أو تدخل المحكمة نفسها ، أما غير مانع لأنه لم يقيد الدفع بمجلس القضاء وإن كان الاستعمال عرفا لا يكون إلا في الخصومة القضائية .

وقد اجتهد الباحث قاسم بني بكر فعرف الدفع بأنه: (دعوى معتبرة، من قبل الخصم أو المتضرر أو القاضي في وقت مخصوص، بهدف عدم سماع الدعوى، أو تأخير الفصل أو إنهاء الخصومة فيها، أو إبطالها كلياً أو جزئياً، أو فسخ الحكم أو تعديله) ⁵.

¹: ابو الوفا، أحمد، اصول المحاكمات المدنية، مكتبة مكاوي، بيروت، الطبعة الثانية ، 1979 م، 631.

²: علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني (المتوفى: 816هـ)، كتاب التعريفات، حققه و ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر، دار الكتب لعلمية بيروت - لبنان - الطبعة: الأولى 1403 هـ- 1983 م، ج 1/ ص 82.

³: الأزهرى، ابو منصور محمد بن أحمد (370 هـ)، تهذيب اللغة، تحقيق يعقوب عبد النبي، لدار المصرية، ج2/ ص 228

⁴: قراة، علي، 1925 م الاصول القضائية في المرافعات الشرعية، الطبعة الثانية، دون تاريخ مطبعة النهضة، ص 54.

⁵: بني بكر، قاسم، نظرية الدفع الموضوعي في الفقه الاسلامي والقانون وتطبيقاتها في القضاء الشرعي، دار الثقافة، الطبعة الأولى، 2009، ص 49.

لكن رغم جودة التعريف الأخير إلا أنه يؤخذ عليه أنه قيد الدفع بزمن مخصوص والصحيح أن بعض الدفوع غير مقيدة بزمن مخصوص، بل للخصم أو المحكمة إثارة الدفع بأي مرحلة من مراحل المحاكمة ولو بعد فصلها لدى المحكمة الأعلى، ومن ذلك الدفع بعدم أهلية أحد المتداعين، كذلك الدفع بعدم الاختصاص الوظيفي، كذلك الدفع بأن القضية مقضية موضوع البحث، فكان لا بد من إزالة هذا القيد ليستقيم المعنى، لذا فيضع الباحث التعريف التالي للدفع بتعريف الدفع بأنه: (دعوى معتبرة، من قبل الخصم أو المتضرر أو القاضي، بهدف عدم سماع الدعوى، أو تأخير الفصل أو إنهاء الخصومة فيها، أو إبطالها كلياً أو جزئياً، أو فسخ الحكم أو تعديله).

فهذا التعريف قد أزال الملاحظات على تعريف بني بكر السابق حيث أن بعض الدفوع قد تثار أثناء النظر للدعوى و بعد الفصل فيها ، بل أنه على الفرض البعيد لو سهت المحكمة عن هذا الموضوع واصدرت حكماً فيه - فيجوز للخصوم اثارته بعد الفصل بها، ويجب على النيابة العامة الشرعي في حال اخطرت رفع الدعوى للمطالبة بما يقتضيه القانون إن كانت ضمن اختصاصات النيابة العامة الشرعية.

المطلب الثالث : معنى الدفع بأن القضية مقضية.

غالبية الباحثين في موضوع الدفع بأن القضية مقضية لا يضعون تعريفاً له، بل يشرون مباشرة في شرح شروط الدفع بأن القضية مقضية دون تعريف لها، ولعل ذلك يعود إلى المتبادر فهمه من الموضوع المطروح، فيبحثون في الشروط الواجب توفرها في الحكم ليكون مقضياً، فيعرفون القضية المقضية بأنها: (صفة في الحكم البات تجعله عنواناً للحقيقة بما ورد فيه من صحة أو بطلان، ويؤدي إلى انقضاء الدعوى العامة، وعدم جواز طرح الخصومة مرة أخرى بأي شكل من الأشكال).¹

ففصل الخصومات يقطع المنازعات، ويضع حداً للخلافات التي تعد نتيجة ضرورية لاجتماع الناس، وتعاملهم، واحتكاك بعضهم ببعض ، وبالتالي لا يسمح بإعادة طرح الموضوع مرة أخرى إلا وفق ضوابط مذكورة لا يجوز مخالفتها .

والأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي تكون حجة فيما صدرت فيه من حقوق ، فلا يجوز قبول أي دليل ينقض هذه الحجية، و لكن هذا لا يكون له هذه الصفة بالقوة إلا وفقاً لشروط سيتم بحثها لاحقاً، وتقضى المحكمة بهذه الحجية من تلقاء نفسها في حال لم يثره الخصوم .

¹: جوخدار، أصول المحاكمات الجزائية، ج 1/ ص 138.

المبحث الثاني

شروط الدفع بأن القضية مقضية

بعد معرفة المراد بدفع بأن القضية مقضية فليس كل دفع بذلك يكون مقبولاً للسماع إلا إذا اجتمع

في هذا الدفع مجموعة من الشروط وهي:

المطلب الأول: اتحاد الخصوم.

المراد باتحاد الخصوم اتحادهم بصفاتهم¹ (مدع أو مدع عليه)، وليس بأشخاصهم، فلا يشترط لاعتبار الحكم حجة على الخصم أن يكون قد حضر الخصومة بنفسه في مراحل الدعوى بل يكفي أن يكون قد حضر بوكيل عنه يمثله قانوناً².

وتشبه الأحكام العقود في أن كليهما لا يلزم بأثره سوى من شارك فيه، إلا أن حجية الحكم تنصرف إلى الخلف العام في مواجهة سلفه، والدائن العادي والخلف الخاص وهو الذي يتلقى الحق عن سلفه وتسري عليه تصرفات هذا السلف³.

ومثال ذلك أن يرفع الزوج على زوجته دعوى موضوعها إثبات إيصال للمهر، ويصدر حكم فيها برد دعوى المدعي؛ لعجزه عن الإثبات، وحلف المدعى عليه (الزوجة) اليمين الشرعية على نفي ذلك؛ فترد المحكمة الدعوى، ويكتسب الحكم الدرجة القطعية باستنفاد طرق الطعن فيها، ثم يقوم هذا الزوج مرة أخرى برفع ذات الدعوى على ذات الزوجة بذات الموضوع، فعلى الزوجة أن تثير دفع بأن الدعوى مقضية لسبق الفصل فيها لذات الطلب (الموضوع) والخصوم (الزوجان)، والسبب (إيصال المهر)، وعلى المحكمة إذا علمت بذلك أن تتعرض للموضوع من تلقاء نفسها إن لم يذكر أسباباً جديدة لمنع المطالبة، وتقرر أن الدعوى مقضية، وترد الدعوى مرة أخرى لعدم صحتها ابتداء، حيث أن الدفع بسبق فصل الدعوى واكتسابه الدرجة القطعية من النظام العام، الذي تثيره المحكمة من تلقاء نفسها، ويجوز أثارته في أي وقت من أوقات المحاكمة وفي أي درجة لكن إذا نظرتها المحكمة الأعلى لا يجوز للأدنى نظرها وتتوقف فيها وترفعها للأعلى للفصل بها⁴.

ويترتب عليه أيضاً أن تطالب الزوجة لدى المحكمة المختصة بتنفيذ مهرها على زوجها المتوفى، ويبلغ الورثة فيقوم أحدهم برفع دعوى منع المطالبة، فعلى الزوجة أن تذكر للمحكمة أن الدعوى مقضية بموجب حكم صادر لذات الزوجين - رغم تغير الأشخاص -، عندها مع اكتمال الشروط الأخرى فعلى المحكمة رد الدعوى؛ لأن الورثة وهم خلف خاص يلحقهم ذات الأثر لمن خلفوه وهو الزوج⁵.

¹: امهمول، جواد، الزجيز في المسطرة المدنية، دار الثقافة العربية، المغرب، ص 90.

²: الناصري، نور الدين، الموجز في المسطرة المدنية، الطبعة الأولى، 2019، ص 37.

³: العبودي، عباس، شرح أحكام قانون البيئات الجديد (المعدل بالقانون رقم (37) لسنة 2001) دار الثقافة، عمان، 2004، ص 180.

⁴: الكزبري، مأمون والعبدلاوي، ادريس شرح المسطرة المدنية في ضوء القانون المدني المغربي، دار القلم، بيروت، دون تاريخ، ص 211.

⁵: ابوشنب، حجية الأمر المقضي به بين الفقه الإسلامي والقانون الأردني، ص 590.

ويقعد لهذا الأصل القاضي عليش حيث سئل: (ما قولكم) في جماعة يتملكون قطعة أرض بالإرث عن جدهم فادعى رجل أنه يستحق فيها الثلث بالإرث عن جدته لأبيه، ورفعهم للحاكم فأنكروا فادعى أنه له بينة فتلوم له ثم اعترف بأنه عجز عن إقامتها فحكم القاضي بعدم استحقاقه شيئا فيها، فهل إذا نازع هذا المحكوم عليه وأراد إقامة بينة لا تسمع دعواه ولا بينته والحالة هذه أفيدوا - الجواب - : فأجبت بما نصه: الحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا محمد رسول الله، نعم لا تسمع دعواه ولا بينته والحالة هذه إلا لعذر حلف عليه كنسيان بينة وعدم علم بها قال في المختصر: فإن نفاها واستحلفه فلا بينة إلا لعذر كنسيان قال الخريشي: ولا بد من يمينه على دعواه النسيان، ومثله عدم تقدم العلم أو الظن بالبينة أي ثم تذكرها أو أعلم بها فله القيام بها حينئذ بعد يمينه كما مر في النسيان¹.

فلا يلزم الحكم الصادر في قضية معينة إلا الخصوم والممثلين في الدعوى، فحجية الأحكام كحجية العقود لا تسري إلا على من كان طرفا فيها؛ لأنه ليس من العدل أن نعطي لحكم ما، حجيته على شخص لم يكن طرفا ممثلا بصفته في الدعوى².

وهذا من القرائن القاطعة التي لا يجوز لأحد الخصمين العمل على إثبات ما يخالفها، لدرجة أنه لا يجوز للخصم استجرار خصمه بإظهار عجزه وصولا إلى توجيه اليمين إلى الخصم، كونها تتعلق بالمصلحة العامة³.

لكن لو باشر ولي أو وصي أو وكيل عن غيره خصومة، وكان هذا الشخص المائل يتأثر في الدعوى ويطاله أثرها إلا أنه لم يمثل بشخصه (مدعى عليه أو مدعي) في الدعوى بل بصفته أنه وكيل أو ولي أو وصي في الدعوى، وأقام هذا الشخص دعوى معترضا على الدعوى التي كان يخاصم فيها، فلا يجوز لخصمه حينها أن يثير ضد هذا الشخص أن القضية مقضية بحقه⁴، فبالرغم من حضوره بصفته إلا أنه لم يكن حاضرا بشخصه مخاصما عنها في الدعوى فيحق لها إقامة دعوى، ولا يعد حضوره مانعا من سماع الدعوى عليه⁵.

المطلب الثاني : اتحاد السبب.

أما اتحاد السبب ويقصد به اتحاد الأساس القانوني الذي تبنى عليه الدعوى فالسبب هو المصدر الذي يتولد عنه موضوع الدعوى، الواقعة القانونية التي يتولد عنها الحق المدعى به فهو المنفعة التي يبتغي الخصم تحقيقها برفع دعواه.

¹: محمد بن أحمد بن محمد عليش، أبو عبد الله المالكي (المتوفى: 1299هـ)، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، دار المعرفة، بدون طبعة بدون تاريخ، ج 2/ ص 289.

²: إبراهيم، حافظ جعفر، حجية الأمر المقضي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة النيلين، 1421 هـ، 2001، ص 111

³: عارف علي عارف القرة داغي ، مسائل فقهية معاصرة، دار IUUM Pres، 2011 م، 1432 هـ، ص 46.

⁴: الكزبري، مأمون والعبدلاوي، ادريس شرح المسطرة المدنية في ضوء القانون المدني المغربي، ص 216.

⁵: العبودي، شرح أحكام قانون البيئات الجديد، ص 181.

يختلف الدفع باعتبار الغاية من إثارته فقد يكون السبب تصرفاً قانونياً كالعقد وما نتج عنه من آثار والتزامات، وقد يكون واقعة مادية كالفعل الضار بالاعتداء على شخص أو على ماله وقد يكون الفعل الضار مثلاً للالتزام وسبباً للدعوى أيضاً.

فحتى يصح سماع دفع الأمر المقضي لا بد أن يكون سبب رفع الدعوى الثانية هو نفسه سبب رفع الدعوى الأولى التي فصل فيها الحكم الذي يتمسك الخصم بحجته، وهذا الحكم وصل بمراحله إلى المرحلة النهائية التي لم يبق بعدها طريقاً من طرق الطعن¹.

فالدعوى التي يقيمها شخص بفسخ العقد لعدم تنفيذ العقد لا تمنع من إقامة دعوى فسخ أخرى ضد ذات الشخص لسبب آخر من أسباب الفسخ كالإخلال بالتنفيذ، فدعوى الحضانة مثلاً قد ترفع من الأم على الأب، فيدفع الأب الدعوى بأن الأم متزوجة بأجنبي عن الصغير، فتقر الأم، فترد الدعوى وتمضي المدد وطرق الطعن حتى يكتسب الحكم الدرجة القطعية فتكون الدعوى الثانية لها أحد احتمالين:

الأول: أن تبق الحالة الأولى كما هي دون تغيرات على المراكز القانونية، فيثير المدعى عليه الدعوى بسبق الفصل فيها لذات الأسباب والحل والموضوع فتقر المدعية بذلك فعلى القاضي حينها رد الدعوى.

الثاني: تغير السبب المانع للاستحقاق كطلاق الأم من زوجها الأجنبي، أو أن المدعى عليه يشكل خطراً على الصغار سواء كان الخطر إيجابياً كالضرب واتلاف أموالهم أو سلبياً كعدم إرسالهم للمدراس أو متابعة تدريسهم وترك تطبيبتهم، فيثير الزوج الدفع بأن الدعوى مقضية، فتدفع الزوجة الدفع بأن المانع زال، أو تغير سبب الطلب، فإذا زال المانع عاد الممنوع فتثبت ذلك، فيقضى لها².

فإذا كانت الطلبات في الدعوى الثانية هي نفسها في الدعوى السابقة من حيث الحق المطالب به، فتقديم الدعوى بقوالب لفظية جديدة وعبارات مختلفة في الدعويين لا يؤثر على توافر شروط القضية المقضية ما دام الموضوع واحداً فيهما³، وعليه يكون رد الدعوى الثانية لتوافر وحدة الخصوم والسبب والحل متفقاً، فالمقصود بالحل أن يكون موضوع الدعوى التي صدر فيها الحكم الأول هو نفس موضوع الدعوى الحالية ويكون ذلك بأن يتحقق القاضي في الدعوى الثانية أن قضاءه فيها لا يعدو عن كونه تكراراً لما سبق الفصل به، ففي هذه الحالة يجوز الاحتجاج بهذا الحكم لرد الدعوى الثانية، وعدم نظرها من قبل المحكمة لاتحاد⁴.

فحين يصبح موضوع الدعوى نهائياً، بين ذات الأطراف، ولذات السبب، فيمتنع على الخصم المطالبة بإعادة المحاكمة إلى طور التسطير والسؤال والذي هو أول مراحل الدعوى ولو بمجرد اظهار العجز عن الاثبات وطلب التحليف، وعلى المحكمة أن ترد الدعوى لذلك⁵.

¹: أبو شنب، أحمد عبد الكريم، عبيدات، رضوان إبراهيم، حجية الأمر المقضي به بين الفقه الإسلامي والقانون الأردني، دراسة مقارنة، دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 39، العدد 2 لسنة 2012، ص. 592.

²: قرار المحكمة العليا الشرعية رقم القرار: 473-2023/50، تاريخ الطعن: 2023/4/2، موقع قسطاس <https://qistas.com>

³: أمهمول، الوجيز في المسطرة المدنية، ص 90.

⁴: العبودي، شرح أحكام قانون البيئات الجديد، ص 181.

⁵: أبو الوفا، أحمد، أصول المحاكمات المدنية، 625-628.

ويصبح الحكم باتا ومقضيا بترك الطرفين الطعن فيه بمضي المدد المقررة قانونا¹، ويصبح بعد ذلك بحكم الأمر المقضي الذي هو بحقيقة الحال أعلى رتبة من دفع القضية المقضية، فحجية الأمر المقضي تبقى سارية حتى استنفاد الخصوم الطعن بها، وهي تبقى ظنية الدلالة على الحال، حتى فراغ طرق الطعن العادية عليه، أو ترك الخصوم الطعن عليه خلال المدد التي قدرها القانون، فإذا مضى ذلك اكتسب الحكم الدرجة القطعية فيرتقي أمر تسميتها إلى حجية الأمر المقضي، وهنا لا يجوز الطعن بأي طعن على الأمر المقضي²، وعلى الفرض أنه طعن فلا يكون سببا في وقف القضية المنفذة لدى دوائر التنفيذ، فهو في هذه المرحلة لا يثير دفعا موضوعيا يقصد به التخلص من الحق، بل هو دفع يختلف عنه أنه يبتغي المحافظة به على الحق وهو بذلك يختلف أيضا عن الدفع الشكلي³.

المطلب الثالث : اتحاد الموضوع :

الفرع الأول : معنى اتحاد الموضوع :

يشترط للتمسك بدفع القضية مقضية فضلا عما ذكر سابقا أن يتحد الموضوع أيضا، أي أن ترفع الدعوى في ذات الموضوع الذي صدر حكم قطعي فيه عن جهة قضائية تملك إصداره. فلو صدر حكم في دعوى معينة موضوعها مطالبة بملكية أرض مثلا، وردت الدعوى، ومضت المدد القانونية؛ فاكسب الحكم الدرجة القطعية، فهذا الحكم وإن أصبح قطعيا، لا يمنع صاحب القضية الأولى من رفع دعوى أخرى يطالب فيها بإثبات ملكية المباني التي على الأرض، لاختلاف الموضوع، لكن يمتنع عليه أن يرفع دعوى بذات الموضوع مرة أخرى هذا بالنسبة للقانون المدني⁴.

فالهدف من هذا الشرط هو ألا يعود القضاء لمرحلة الصفر بمرحلة التقاضي ليفصل في أمور سبق وأن فصل بها بين ذات الخصوم ونفس المراكز القانونية وذات الأسباب والموضوع دون حدوث أمر مستلزم لالتماس إعادة النظر الذي يعد من الطرق غير العادية للطعن في الأحكام ولها شروطها الخاصة⁵.

وليس كل ما يصدر عن القاضي يعتبر حكما قضائيا بالمعنى الاصطلاحي بل بعض ما يصدر عن القاضي يكون بحكم الولاية على الأشياء، ومن ذلك الإذن ببيع أموال المجنون والقاصر فهذه لا تعد أحكاما قضائية ولا تحوز قوته، ويجوز للقاضي الرجوع عنها بالطلب وبرأيه الخاص، كما يجوز الطعن عليها لدى الجهات المختصة⁶.

¹ ابو الوفا ، المصدر السابق 628.

² كيره، مصطفى كامل، قانون المرافعات الليبي، منشورات الجامعة الليبية - دارصادر، الطبعة الأولى، دون تاريخ نشر، ص 697.

³ صاوي، أحمد السيد ، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دون دارنشر، 2010 م، ص 352.

⁴ كيره، قانون المرافعات الليبي، 736.

⁵ صاوي، الوسيط في شرح القانون المدني والتجاري، ص 372.

⁶ ياسين، حجية الحكم القضائي، ص 60-61.

الفرع الثاني : العلاقة ما بين حجية الأمر المقضي وبين حكم قوة الأمر المقضي.

كثير ما يتم الخلط ما بين حجية الأمر المقضي وبين ما يعرف بحجية القضية المقضية وإن كان بينهما بعض الشبه إلا أنهما مختلفان في الاثر، وكذلك في وقف القضية المنفذة إذا ما طعن بأحدهما. يجب التمييز بكثير من العناية بين حجية الأمر المقضي و قوة الأمر المقضي، فكثيراً ما يقع الخلط بينهما في الفقه والقضاء والتشريع وكثيراً ما تستعمل إحدى العبارتين ويكون المقصود بها العبارة الأخرى. فالفرق الجوهرى بين حجية الأمر المقضي و قوة الأمر المقضي هو مرتبة الحكم القضائي، فحجية الأمر المقضي فيه تكتسبها جميع الأحكام القضائية وبمجرد صدورها، إلا أنها تظل قلقة حتى يصير الحكم نهائياً، فإذا صار نهائياً انقلبت حجية الأمر المقضي فيه إلى قوة الأمر المقضي فيه. فقوة الأمر المقضي هو حكم قطعي نهائي سواء كان قطعياً أو ابتدائياً تثبت له حجية الأمر المقضي؛ لأنه حكم قضائي فصل في خصومة، ولكن هذا الحكم لا يرتقي لمرتبة " قوة الأمر المقضي " إلا إذا أصبح نهائياً غير قابل للطعن لدى محكمة أعلى بأن كان في ذاته غير قابل للطعن أو كان قابلاً للطعن وانقضت مواعيد أو طعن فيه ورفض الطعن، ففي جميع الأحوال يكون الحكم نهائياً حائزاً لقوة الأمر المقضي ولو كان قابلاً للطعن بطريق غير اعتيادي، إما إذا كان الحكم قابلاً للاستئناف فإنه لا يجوز قوة الأمر المقضي، ولكن تكون له حجية الأمر المقضي وتبقى هذه الحجية قائمة ما دام الحكم قائماً حتى لو طعن فيه بالاستئناف، فإذا ألغى نتيجة الطعن زال وزالت معه حجيته.

كما أن هناك فرق بين (حجية الامر المقضي) وبين (اكتساب الحكم للقوة التنفيذية) فحجية الامر المقضي به : هي صفة للحماية القضائية التي يحصل عليها الشخص بواسطة الدعوى التي تنتهي بحكم قضائي. أما القوة التنفيذية : فهي صفة في الحكم تعطي الشخص الحق في الحصول على الحماية القضائية بواسطة التنفيذ الجبري . ولا يجوز قانوناً الخلط بين " حجية الامر المقضي به" و "القوة التنفيذية للأحكام".¹

الفرع الثالث : آثار قوة الأمر المقضي :

بعد أن تم معرفة الفرق ما بين حجية الأمر المقضي وبين حكم قوة الأمر المقضي سيتم بحث آثار حيابة الدعوى لقوة الأمر المقضي ويمكن تلخيص هذه الاثار بما يلي:
أولاً: امتناع المساس بالحكم بأي شكل من الأشكال إلغاء كان أو تعديلاً.

ثانياً: امتناع العود مرة أخرى للبحث في موضوع الدعوى التي حازة قوة الأمر المقضي.²

ثالثاً: يجوز الحكم حجية أمام جميع المحاكم بمختلف أنواعها ، وبشكل خاص في الدعاوى المتصلة بالواقعة المحكوم بها والمنظورة أمام القضاء.³

¹ : والى ، فتحي قانون القضاء المدني للدكتور فتحي والي ، ج 1/ ص 276.

² : بوبشير محند أمقران: قانون الإجراءات المدنية (نظرية الدعوى نظر الخصومة – الإجراءات الاستثنائية) ، ص 146.

³ : عمر ، نبيل اسماعيل ، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دارالجامعة الجديدة ، 2006 م ، 363.

المبحث الثالث

العلاقة ما بين القرينة والحكم الحائز على قوة الأمر المقضي

يبحث دارسوا القانون حجية الأمر المقضي تحت بند التعريف بالقرينة وأقسامها فما هي القرينة وما

أقسامها وما مدى الحجية فيها.

المطلب الأول : التعريف بالقرينة :

يمكن تعريف القرينة شرعا بأنها الوسيلة التي يتوصل بها إلى استنتاج أساسي تطمئن إليه النفس لإثبات واقعة أو نفيها، عند انعدام البيينة القاطعة، ويترتب على استنتاجه حكم واجب التنفيذ، سواء كانت هذه الوسيلة أداة أو واقعة أو حالا مصاحبة لما أو لمن يراد الحكم عليه بالإدانة أو بعدمها¹.

فالقرينة على هذا النحو اشارة ظاهرة تقارن أمرا خفيا لتدل عليه ، فيحكم بها عند انعدام الدليل الطبيعي ، والمتبع لتعريف بعض الفقهاء للقرينة يجد أن استعمالهم لها للدلالة على " علامة تدل على أمر آخر وهو المراد، بمعنى أن هناك واقعة مجهولة يراد معرفتها فتقوم هذه العلامة أو مجموعة العلامات بالدلالة عليها"²

المطلب الثاني : أقسام القرائن القانونية.

قسم القانون القرائن إلى قسمين وهما:

الأول: القرينة القضائية: وهي كل استنتاج لواقعة مجهولة من واقعة معلومة، بحيث يكون الاستنتاج ضروريا بحكم اللزوم الفعلي، وليس فيها شيء يمكن اعتباره قطعيا، وللمحكمة أن تأخذ به وهذه يمكن اثبات عكسها.

الثاني: قرائن قانونية: القرائن القانونية هي صلة ينشئها القانون بين وقائع معينة، ويكون ذلك بنصوص قانونية صريحة³، والقرائن القانونية على نوعين هي القرائن القانونية القاطعة فهي تؤدي دورا رئيسا في الإثبات لذلك فهي تغني من تقررت لمصلحته عن اية طريقة من طرق الإثبات، إذ تنص الفقرة الثانية من المادة 40 من قانون الإثبات الأردني على أن (القرينة التي ينص عليها القانون تغني من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك) وعليه فإذا ثبت قيام الواقعة أساس القرينة فانه يجب على القاضي ان يأخذ بحكم القرينة فيجعلها أساسا لحكمه حتى ولو بدا له عدم مطابقته للواقع في الدعوى المنظورة وإلا كان حكمه عرضة للنقض، وهذا يعني ان المشرع فرق بين نوعين من القرائن القانونية الأولى تتعلق بالنظام العام أي تلك الموضوعة لحماية مصلحة عامة وهي ما تعرف بالقرائن القانونية البسيطة وهذه يجوز اثبات عكسها بأي دليل من أدلة الإثبات بما في ذلك الإقرار واليمين أما النوع

¹ الشيخ ، محمد الحاج الناصر، الاثبات بالقرائن والامارات، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، تصدر عن منظمة المؤتمر الاسلامي بجدة، العدد 12، المجلد 3، ص 98.

²: أبو بكر، عوض عبد الله ، نظام الإثبات في الفقه الإسلامي ، مجلة الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة ، ص 62.

³: محمد ، محمد نصر، أدلة الاثبات في الأنظمة المقارنة ، (د،د)، 212، 1433، 193-195.

الثاني فهي القرائن القانونية القاطعة التي تتعلق بالنظام العام أي التي وضعت لحماية مصلحة عامة وهذه لا تقبل إثبات العكس ولو بالإقرار واليمين فقط.

جاء في المادة لمادة 41 من قانون البينات المعمول به فيما يتعلق بحجية الأحكام التي حازت الدرجة القطعية في (الباب الرابع - القرائن)..(1- الأحكام التي حازت الدرجة القطعية تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه القرينة ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه القوة إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتعلق النزاع بالحق ذاته محلاً وسبباً.

2- ويجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة من تلقاء نفسها.

ويتضح أن الحكم القضائي البات المكتسب الدرجة القطعية يكون حكماً بالأمر المقضي في حال اكتسابه الدرجة القطعية، وهذا الاكتساب لا يكون إلا بعد مضي الطعون ومددها عليه، وللمحكمة أن تتعرض للموضوع من تلقاء نفسها إذا توفرت الشروط المذكورة في المادة.

لكن ما يجب التنبيه إليه أن حجية الحكم المقضي، وإن كانت تدل على فصل الخصومة، فإذا لم تمر الإجراءات القانونية التي تجعلها في درجة الأمر المقضي، تبقى ظنية الدلالة على الثبوت، ولا تفيد القطع، ومع ذلك لو أقيمت دعوى بين الطرفين، واتحدت العناصر الأخرى، فعلى المحكمة وقف إجراءات الدعوى الجديدة المتكونة لا من أجل سبق الفصل في الدعوى، لكن لأنه إجراءات الدعوى القديمة لم تنتهي بعد ولم يحدث أمر يزيل السابقة منهما.

حجية الأمر المقضي يكون هو من الناحية الترتيبية القضائية مر بجميع المراحل التي يجوز للخصم أن يتبعها، والبت بالحكم لا يبقى مجالاً لطعن آخر، فإذا وصل الحكم لهذه المرحلة يكون اسمه الحكم القطعي أو الحكم البات... (وهي الأحكام التي لا تقبل الطعن في الطرق العادية، كالاعتراض على الحكم الغيابي أو الاستئناف، وإن كان الحكم قابلاً للطعن فيه بالطرق غير العادية كإعادة المحاكمة، والتمييز)¹.

وعلى هذا فالقوانين مختلفة في وصول الحكم للدرجة الباتة فبعض القوانين تجعله قطعياً في مرحلة أولى ولو كان صادراً عن محكمة البداية، ومنها ما يجعله يترقى في الدرجات حتى النهاية كالتمييز، وبعضها يجعله بالاستئناف قطعياً إذا لم يكن بحاجة إلى إذن بالطعن وهنا يكون قطعياً، فإن كان بحاجة لإذن وأيد بالاستئناف يصبح قطعياً، لأن الأصل عدم الإذن بالطعن.

ففي القانون الأردني فيما يتعلق بالحكام الشرعية يكون قرار محكمة الاستئناف الشرعية، في الدعاوى والقرارات المتعلقة بالتركات أو قرارات رئيس التنفيذ قطعياً إذا كان صادراً في كل القرارات المذكورة سابقاً²، وبناء عليه، لا يجوز الطعن بقرارها الصادر بشأن تلك القرارات لدى المحكمة العليا الشرعية³، وأما

¹: أبو الوفا، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ص645، أبو البصل، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ونظام القضاء الشرعي، ص198-199.

²: سواء أكانت قرارات في الدعاوى، أم في معاملات التركات، أم قرارات لرئيس التنفيذ.

³ ينظر: الفقرة ب من المادة 137، والفقرة د من المادة 143 من قانون أصول المحاكمات الشرعية، وينظر: الفقرة ب من المادة 9 من قانون التنفيذ الشرعي.

قرار محكمة الاستئناف فيما يتعلق بالأحكام في أحوال معينة¹ فإنه يمكن الطعن فيه لدى المحكمة العليا الشرعية².

المطلب الثالث : القرارات الصادرة عن القاضى.

ما يصدر عن القاضى أثناء نظر الجلسات إما أن يسمى قرارا وإما أن يسمى حكما وسيتكلم عن ذلك بشيء من الاختصار.

ما يصدر عن القاضى، يقسم إلى أربعة أقسام³، وهى كالاتى:

(1) القرار الإعدادي: وهو القرار "الذي يتضمن تدبيراً سهلاً تحقيق الدعوى ورؤيتها، ويمهد أسباب الحكم فيها"⁴، ويمثل له بقرار المحكمة بإعادة تبليغ المدعى عليه الذي لم يتبلغ، أو قرار المحكمة ببيان أوصاف المدعى به، ونحو ذلك، وهذا القرار يجوز للمحكمة الرجوع عنه وبالتالي لا يجوز آثار دفع القضية المقضية فيه أصلاً لأنه محل نظر.

(2) القرار المؤقت: وهو القرار "الذي يتضمن تدبيراً مؤقتاً تقتضيه الدفع الفرعية، ويكون بالنسبة لذلك الفرع نهائياً، وإنما لا يفضى إلى رفع المحكمة يدها عن الدعوى"⁵، ويمثل له في القضاء الشرعى، قرار القاضى على المدعى عليه بتقديم كفالة إلى حين انتهاء الدعوى، خوفاً من تهريب أمواله إلى الخارج⁶، وهذا القرار يجوز للمحكمة الرجوع عنه.

(3) قرار القرينة: وهو القرار "الذي يهين الحكم ويشعر بالأمر الذي سيحكم به"⁷، ويمثل له بقرار المحكمة بتصوير يمين الاستظهار للمدعية في دعوى الدين على التركة، وهو قرار ملزم للمحكمة ولا تستطيع الرجوع عنه، وهناك اختلاف في هذا القرار من حيث جواز الرجوع من غير فهذا الشرط غير متفق عليه.

(4) القرار القاطع أو الحكم الأخير: وهو القرار "الذي تفصل به الدعوى، وتنتهى في تلك المحكمة، وبعد صدوره يستطيع كل من الطرفين أن يستأنفه، إذا كان قابلاً للاستئناف، ويستأنف معه بالاستصحاب كل قرار آخر صادر في تلك الدعوى"⁸.

¹ : نعني بهذا الأحكام المنهية للخصومة.

²: ينظر: المادة 158 من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

³: ينظر: -الخوري، فارس، أصول المحاكمات الحقوقية، الأردن، الدار العربية، ط2، 1987م، ص505، أبو البصل، عبد الناصر، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ونظام القضاء الشرعي، دار الثقافة، الأردن، ط1، 2005م، ص204.

ص195.

⁴: الخوري، أصول المحاكمات الحقوقية، ص505.

⁵: المرجع السابق ص505.

⁶: ينظر: أبو البصل، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ونظام القضاء الشرعي، ص195.

⁷: ينظر: الخوري، أصول المحاكمات الحقوقية، ص505.

⁸: المرجع السابق ص506.

وما يعنيا فيما يصدر عن القاضى هو النقطة الأخيرة من البحث السابق وهى القرار القاطم، فمتى وصل الحكم للدرجة القطعية أصبح اسمه الحكم بالأمر المقضى، وبهذه المرحلة تنتهى كل مراحل التقاضى العادية وهو شرط أن يكون الحكم باتا كما يسميه البعض.

ولما كان عمل القضاة كأي عمل بشريّ يُحتمل فيه الخطأ والصواب، كان لا بد من إيجاد طريقة معينة للحد من الخطأ المتوقع، فكان ذلك بتعدد درجات التقاضى يقوم على أن تكون المحكمة الأعلى مراقبة أحيانا لعمل المحكمة الأدنى، فلا يبقى مع هذا التحرز مجالا للخطأ، وإن القضاء كما هو معلوم من جملة ما يراعه الإمام ويقوم على الحفاظ عليه وفق نظرية المصلحة للمسلمين، وإن في التعدد في درجات التقاضى مزيداً من الرعاية للقضاء¹. وهذا الأخير له تقسيمات باعتبارات متعددة منها قطعيته وعدم قطعيته، و الأحكام من حيث قابليتها للطعن.

ويقسم من حيث ذلك إلى ما يلي:

أولاً: حكم ابتدائي. وهي الأحكام التي تصدر من محكمة ابتدائية ويجوز الطعن فيها بالمحكمة الأعلى.
ثانياً: حكم نهائي: وهي الأحكام التي لا تقبل الطعن إذا نص القانون على أنه لا يطعن بها، ويكون الحكم باتا بذات الحكم سواء كان صادرا عن محكمة الدرجة الأولى في حدود نصابها الانتهائي أو صادرة عن محكمة الدرجة الثانية.

ثالثاً: الأحكام الحائزة لقوة الشيء المقضي به: وهي الاحكام التي لا تقبل الطعن فيها بطرق الطعن العادية، الاعتراض والاستئناف ولو كان الحكم قابلا للطعن فيه بطرق الطعن غير العادية كإعادة المحاكمة والتميز.

فالمخصم لا يمكنه أن يعيد مسألة صحة الإجراءات التي صدر وفقها الحكم السابق الصدور، لأنها قرينة على الصحة². فإن كان الحكم القضائي يصدر عن قاض غير معصوم من الخطأ والسهو وبين خصوم قد يعجزون عن إثبات ادعاءاتهم ولإشباع غزيرة العدالة في أنفس هؤلاء، أتاح لهم القانون وسيلة اختيارية للحصول على فحص جديد لقضيتهم أي طرق الطعن في الحكم، وحتى تقف المنازعات عند نهاية حتمية تم حد هذه الطرق بخصم زمني ونوعي، بحيث تتدرج مع استنادها حصانة الحكم من الطعن³... فمن حاز على حكم قضائي بات قطعي فقد اعطي قرينة الصديق على مدعاه⁴ فيكون معنيا من عبء الإثبات مرة أخرى (أما القرينة القانونية فهي ليست دليلا للإثبات، بل هي إعفاء منه (Disqense de Preuve). فالمخصم الذي تقوم لمصلحته قرينة قانونية يسقط عن كاهله عبء الإثبات، إذا القانون هو الذي تكفل باعتبار الواقعة المراد إثباتها ثابتة بقيام القرينة، وأعفى الخصم من تقديم الدليل عليها... ولكن يجب على الخصم إثبات

¹: أبو الفوارس، قتيبة، تعدد درجات التقاضي في نظام القضاء الشرعي الأردني، رسالة ماجستير، جامعة اليرموك، 2019، ص 36.

²: العبودي، عباس، شرح أحكام قانون البيئات الجديد (المعدل بالقانون رقم (37) لسنة 2001) دار الثقافة، عمان، 2004، ص 180

³: مصطفى، جمال محمد، شرح أصول المحاكمات الجزائية، دون معلومات نشر، ص 157

⁴: ياسين، محمد نعيم، حجية الحكم القضائي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار النفائس، الطبعة الأولى، 2015، ص 19.

الواقعة التي تقوم عليها القرينة القانونية: على أن القرينة القانونية إذا كانت إعفاء من إثبات الواقعة المراد إثباتها، فهي ليست إعفاء من إثبات الواقعة التي تقوم عليها القرينة، والتي يعتبر القانون أن إثباتها هو إثبات للواقعة الأولى).¹

وفي هذا الصدد، ميز الفقه المقارن بين طرق الطعن العادية التي إذا تحصن معها الحكم وصف بأنه حائز لقوة الشيء المقضي به وطرق الطعن غير العادية التي إذا تحصن معها الحكم وصف بأنه بات، هاتان الدرجتان ينبغي ألا تختلطا بفكرة الحجية وألا تعدا شرطا لاكتمالها، فبعد أن يستنفذ الخصم الطرق القانونية يصبح الحكم الصادر بعد ذلك عنوان الحقيقة².

النتائج والتوصيات :

أولاً: النتائج :

- 1- القضية المقضية: (صفة في الحكم البات تجعله عنوانا للحقيقة بما ورد فيه من صحة أو بطلان، ويؤدي إلى انقضاء الدعوى العامة، وعدم جواز طرح الخصومة مرة أخرى بأي شكل من الأشكال).
- 2- شروط الدفع بأن القضية مقضية اتحاد الخصوم والموضع والسبب.
- 3- الدفع بأن القضية مقضية دفع يتعلق بالنظام العام يثار من قبل المحكمة ومن الخصوم بأي مرحلة من مراحل الدعوى.

التوصيات :

- 1- العمل على أرشفة القرارات والأحكام لخدمة حفظ الأحكام القضائية من العودة إلى نقطة الصفر إذا لم يثرها الخصوم.
- 2- تقنين ضوابط العمل بدفع القضية مقضية، وإنهاء أي خلاف بهذا الخصوص من خلال تلك القوانين.

¹ السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني (نظرية الالتزام) دون معلومات نشر، ج1/ص 539-540.

²: جوخدار، حسن، أصول المحاكمات الجزائية، منشورات جامعة حلب، دون معلومات نشر، 138.

❖ المصادر والمراجع :

- الأزهري، أبو منصور محمد بن أحمد (370 هـ)، تهذيب اللغة، تحقيق يعقوب عبد النبي، الدار المصرية، (دم،ن)
- امهمول، جواد، الزجيز في المسطرة المدنية، دار الثقافة العربية، المغرب.
- جوخدار، حسن، أصول المحاكمات الجزائية، منشورات جامعة حلب، دون معلومات نشر.
- الشيخ محمد الحاج الناصر، الإثبات بالقرائن والإمارات، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، تصدر عن منظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، العدد 12، المجلد 3
- عبد الله بن محمود بن مودود الموصللي البلدحي، مجد الدين أبو الفضل الحنفي (المتوفى: 683هـ) الاختيار لتعليل المختار، عليها تعليقات: الشيخ محمود أبو دقيقة (من علماء الحنفية ومدرس بكلية أصول الدين سابقا)، مطبعة الحلبي - القاهرة (وصورتها دار الكتب العلمية - بيروت، وغيرها)، 1356 هـ - 1937 م
- علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني (المتوفى: 816هـ)، كتاب التعريفات، حققه وضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر، دار الكتب لعلمية بيروت - لبنان - الطبعة: الأولى 1403 هـ - 1983 م.
- العبودي، عباس، شرح أحكام قانون البيئات الجديد (المعدل بالقانون رقم (37) لسنة 2001) دار الثقافة، عمان، 2004.
- عمري، عبد الرحيم، الدفع بعدم القبول الدفع بحجية الأمر المقضي، جامعة مولاي إسماعيل - مكناس.
- أبو البصل، عبد الناصر، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ونظام القضاء الشرعي، دار الثقافة، الأردن، ط 1، 2005 م أبو الوفا، أحمد، أصول المحاكمات المدنية، مكتبة مكاوي، بيروت، الطبعة الثانية، 1979 م
- أبو الفوارس، قتيبة، تعدد درجات التقاضي نظام القضاء الشرعي الأردني، رسالة ماجستير، جامعة اليرموك، 2019 م.
- أبو محمد مكي بن أبي طالب حمّوش بن محمد بن مختار القيسي القيرواني ثم الأندلسي القرطبي المالكي (المتوفى: 437هـ)، الهداية إلى بلوغ النهاية في علم معاني القرآن وتفسيره، وأحكامه، وجمل من فنون علومه، المحقق: مجموعة رسائل جامعية بكلية الدراسات العليا والبحث العلمي - جامعة الشارقة، بإشراف أ. ذ. الشاهد البوشيخي، مجموعة بحوث الكتاب والسنة - كلية الشريعة والدراسات الإسلامية - جامعة الشارقة، الطبعة: الأولى، 1429 هـ - 2008 م.
- بني بكر، قاسم، نظرية الدفع الموضوعي في الفقه الإسلامي والقانون وتطبيقاتها في القضاء الشرعي، دار الثقافة، الطبعة الأولى، 2009 م.

- أبو شنب، أحمد عبد الكريم، عبيدات، رضوان ابراهيم، حجية الأمر المقضي به بين الفقه الإسلامي والقانون الأردني -دراسة مقارنة -، دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 39، العدد 2 لسنة 2012 م.
- قراعة، علي، 1925 م الأصول القضائية في المرافعات الشرعية، الطبعة الثانية، دون تاريخ مطبعة النهضة.
- الناصري، نور الدين، الموجز في المسطرة المدنية، الطبعة الأولى، 2019.
- السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني (نظرية الالتزام)، دون معلومات نشر.
- صاوي، أحمد السيد، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دون دار نشر، 2010 م،
- الكزبري، مأمون و العبدلاوي، ادريس شرح المسطرة المدنية في ضوء القانون المدني المغربي، دار القلم، بيروت، دون تاريخ.
- كيره، مصطفى كامل، قانون المرافعات الليبي، منشورات الجامعة الليبية - دار صادر، الطبعة الاولى، دون تاريخ نشر.
- ياسين، محمد نعيم، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النفائس، الطبعة الثانية، 2011.
- ياسين، محمد نعيم، حجية الحكم القضائي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار النفائس، الطبعة الأولى، 2015م.

مسطرة الصلح غير القضائي في إطار

القانون رقم 18.12 بين الفعالية والمحدودية¹

Non - Judicial Conciliation Mechanism

under Law No. 18.12-Effectiveness and Limitations



ابتسام كليولة : باحثة بصف الدكتوراه ، كلية

العلوم القانونية والسياسية ، جامعة ابن طفيل القنيطرة

btissam glioula : Doctoral researcher, Faculty of

Legal and Political Sciences, Ibn Tofail University, Kenitra

ملخص :

يعتبر الصلح غير القضائي من أبرز المستجدات التشريعية التي جاء بها القانون رقم 18.12 المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل، وهو ذلك الاتفاق المبرم بين المصاب بالحادثة أو ذوي حقوقه والمقاولة المؤمنة للمشغل من أجل تمكينهم من الاستفادة من المصاريف والتعويضات، ولعل الهدف من اللجوء إلى هذه المسطرة هي حل النزاع بشكل ودي وعدم إطالة النزاع وتشجيعا كذلك للجوء إلى الوسائل البديلة لحل المنازعات، غير أنه يطرح تطبيق هذه المسطرة من الناحية العملية مجموعة من الإشكالات والتي سنحاول

¹ Ce travail est réalisé avec le soutien du CNRST dans le cadre du Programme « Phd-ASsociate Scholarship - Pass ».

الوقوف عندها بنوع من التفصيل قصد توضيح مدى فعالية ومحدودية هذا المستجد التشريعي في تحقيقه عدالة اجتماعية.

الكلمات المفاتيح : الأجير، المقاوله المؤمنة للمشغل، الصلح غير القضائي، التعويض عن حوادث الشغل، محضر الصلح.

Summary:

Non-judicial settlement is considered one of the most notable legislative developments introduced by Law No. 18.12 concerning compensation for workplace accidents, it is the agreement reached between the injured party or their beneficiaries and the employer's insurance company to enable them to receive compensation and cover expenses, the purpose of resorting to this procedure is to resolve the dispute amicably, avoid prolonging the conflict, and encourage parties to use alternative dispute resolution methods, however, the practical application of this procedure presents a number of issues, which we will explore in some detail to clarify the effectiveness and limitations of this legislative innovation in achieving social justice.

Keywords : the employee, the employer's insurance company, non-judicial settlement, compensation for workplace accidents, settlement agreement.

مقدمة :

شكل موضوع إصلاح نظام التعويض عن حوادث الشغل أحد أهم الأوراش الكبرى التي أولهاها المشرع المغربي أهمية خاصة نظرا للدور الحيوي الذي يمارسه هذا النظام في توفير الحماية الاجتماعية للمصابين بحوادث الشغل أو لذوي حقوقهم في حالة الوفاة وملاءمة أحكامه مع التطورات الاقتصادية والاجتماعية التي عرفها المغرب وكذلك مع أحكام قانون المسطرة المدنية ومدونة التأمينات ومدونة الشغل ومدونة الأسرة والوسائل البديلة لفض النزاعات من أجل تخفيف الضغط على المحاكم.

وإيماننا منه بذلك فقد أبى إلا أن يدخل جملة من الإصلاحات العميقة والتدرجية على أحكام هذا الظهير، حيث خرج إلى النور القانون رقم 18.12 المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل والأمراض المهنية¹

¹ القانون رقم 18.12 المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل الصادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 190.14.1، صادر في 6 ربيع الأول 1436 (29 ديسمبر 2014)، منشور بالجريدة الرسمية عدد 6328 بتاريخ فاتح ربيع الآخر 1436 (22 يناير 2015)، ص 489.

الذي نسخ ظهير 6 فبراير 1963 بمقتضى المادة 194 منه، حيث راجع بكيفية شاملة كل المساطر المرتبطة بالتعويض عن حوادث الشغل أبرزها إحداث مسطرة جديدة للصلح¹.

حاول المشرع من خلال القانون 12.18 تجسيد التوجهات الحديثة للسياسة القضائية ببلادنا وذلك بتفعيل الطرق البديلة لحل النزاعات الخاصة بالتحكيم والصلح لتخفيف الضغط على المحاكم، وبذلك خصص للصلح حيزا مهما متمثلا في الباب الأول من القسم الخامس والمعنون بمسطرة الصلح².

وتعتبر مسطرة الصلح كمرحلة قبلية على المرحلة القضائية من مستجدات القانون 18.12، الذي أقر تتبعها في حالة وجود شركة مؤمنة للمشغل عن حوادث الشغل، فقبل صدور هذا القانون كان ظهير 1963، ينص على الصلح كإجراء لا يتم إلا في المرحلة القضائية في الفصول من 214 إلى 223 ويحيل على مقتضيات قانون المسطرة المدنية التي تعتبر محاولة الصلح إجراء جوهريا لا بد للمحكمة من القيام به في بداية الجلسة³.

وبالتالي فإن القانون 18.12 أصبح يميز بين نوعين من الصلح الأول غير قضائي ويتم بين الضحية وشركة التأمين والثاني قضائي يتم بين الضحية والمشغل غير المؤمن⁴.

ويقصد بالصلح غير القضائي حسب مقتضيات المادة 133 من قانون 18.12 المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل: "الاتفاق المبرم بين المصاب بالحادثة أو ذوي حقوقه والمقاولة المؤمنة للمشغل من أجل تمكينهم من الاستفادة من المصاريف والتعويضات المنصوص عليها في المادة 37 أعلاه وتلك المنصوص عليها في القسم الرابع من هذا القانون...".

وتجدر الإشارة، إلى أن اعتماد مسطرة الصلح غير القضائي كآلية جديدة هي تسريع وثيرة تصريف المنازعات والملفات التي لا ضرورة لإحالتها على القضاء، وكرسها المشرع بشكل جلي ضمن أحكام مدونة الشغل⁵. فهذه المسطرة إذن تكتسي أهمية قصوى انطلاقا من كونها آلية ناجعة وفعالة للمساهمة في تخفيف العبء عن كاهل القضاء وتسريع وثيرة الاستفادة من التعويضات⁶.

ويهدف المشرع من خلالها " وبفضل هذه المسطرة التوافقية، التسريع بالتعويض والاستغناء عن المسطرة الإدارية والقضائية التي تثقل كاهل القضاء وتفرض تحريات لا جدوى منها أحيانا، خاصة إذا اعتبرنا أن أزيد

¹ عز الدين المولي، الضمانات الحمائية للمصاب بحادثة شغل خلال مسطرة الصلح، مقال منشور بمجلة القانون المغربي، العدد 48، ص 83.

² أمبارك جانوي، قراءة في بعض مستجدات القانون 12.18 المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل والأمراض المهنية، مقال منشور بسلسلة فقه القضاء التجاري، العدد الثاني، ص 140.

³ عبد الغني لعماري، قراءة أولية في القانون 18.12 المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل، مقال منشور بمجلة الفقه والقانون، العدد 23 يوليو 2015، ص 49.

⁴ أمبارك جانوي، مرجع سابق، ص 141.

⁵ تقرير لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان بمجلس المستشارين حول مشروع قانون رقم 26.10 يتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل، دورة أكتوبر 2011، الصفحة 89، أشار إليه سعيد بعزيز، نظام التعويض عن حوادث الشغل على ضوء القانون الجديد رقم 18.12، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس الرباط، السنة الجامعية 2014-2015، ص 32.

⁶ سعيد بعزيز، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، مرجع سابق، ص 32.

من 80 في المائة من الإصابات تسفر عن عجز لا تتجاوز نسبته 10 في المائة، ناهيك عن الطابع الإلزامي لهذه الإجراءات الذي يمنع إبرام أي اتفاق بين الأطراف خارج نطاق القضاء، في وقت تشهد فيه حوادث الشغل ارتفاعا متزايدا¹.

وتناول المشرع المغربي مسطرة الصلح في المواد من 132 إلى 140 في الباب الأول من القسم الخامس من القانون رقم 18.12 المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل بعنوان مسطرة الصلح، والتي لم يكن منصوصا عليها في ظهير 6 فبراير 1963 السابق، حيث اشترط المشرع من خلالها على كل مصاب تعرض لحادثة شغل أن يسلك هذه المسطرة، قبل اللجوء إلى القضاء، وهو ما يصطلح عليه بمسطرة الصلح الإداري أو الاتفاقي، ويتم بين المصاب أو ذوي حقوقه وشركة التأمين.

وفي حالة فشله يحق للأجير اللجوء مباشرة إلى القضاء، قصد المطالبة بالتعويضات، وهنا على المحكمة وقبل الفصل في موضوع الدعوى أن تجري صلح بين طرفي الدعوى وهو ما يسمى بالصلح القضائي². وفي هذا الصدد فقد تعذر تبني مقترح يقضي بمنح الحق للمصاب أو ذوي حقوقه في اختيار تتبع المسطرة الإدارية للصلح أو المسطرة القضائية، على أساس أن هذا الاقتراح يتنافى مع الأهداف الأساسية للمسطرة الجديدة، خاصة وأن هذه المسطرة تضمن استفادة المصابين أو ذوي حقوقهم من التعويضات المضمونة قانونيا وليس التفاوض بشأنها³.

ويثير موضوع المداخلة إشكالية رئيسية مفادها :

مدى كفاية المستجدات التشريعية المتعلقة بمسطرة الصلح غير القضائي في توفير ضمانات قانونية للمصاب بحادثة شغل أو ذوي حقوقه؟

للإجابة عن هذه الإشكالية ارتأينا تقسيم هذا الموضوع إلى محورين على الشكل التالي :

المحور الأول : الإشكالات التي يطرحها تطبيق مقتضيات مسطرة الصلح غير القضائي.

المحور الثاني : محضر الصلح غير القضائي.

¹ وزارة التشغيل والشؤون الاجتماعية، الجدول التلخيصي لنتائج وخلصات الدراسة المنجزة حول التعديلات المقترحة في لجنة القطاعات الاجتماعية بمجلس النواب، الجزء الثاني، المادة 132، أشار إليه سعيد بعزيز، نظام التعويض عن حوادث الشغل في ضوء القانون رقم 18.12، مقال منشور بمجلة الخزامى للدراسات القانونية والاجتماعية، العدد الثامن، ماي 2022، ص 312.

² رضوان بدر أحمد شرف الغيلي، مسؤولية المشغل عن حوادث الشغل والأمراض المهنية بين القواعد العامة والمقتضيات الخاصة، أطروحة لنيل الدكتوراه في العلوم القانونية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض مراكش، السنة الجامعية، 2020-2021، ص 358.

³ وزارة التشغيل والشؤون الاجتماعية، الجدول التلخيصي لنتائج وخلصات الدراسة المنجزة حول التعديلات المقترحة في لجنة القطاعات الاجتماعية بمجلس النواب، الجزء الثاني، المادة 132، أشار إليه، سعيد بعزيز، نظام التعويض عن حوادث الشغل على ضوء القانون الجديد رقم 18.12، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، مرجع سابق، ص 313.

المحور الأول :

الإشكالات التي يطرحها تطبيق مقتضيات مسطرة الصلح غير القضائي

ورد في مقتضيات المادة 132 من قانون 18.12:

" يجب على المصاب بجائحة الشغل أو ذوي حقوقه تتبع مسطرة الصلح مع المقاوله المؤمنة للمشغل، وذلك قبل القيام بالإجراءات القضائية طبقاً لأحكام هذا القانون وأحكام الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 الصادر في 11 من رمضان 1394 (28 سبتمبر 1974) بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية، كما ثم تغييره وتتميمه..."¹.

وانطلاقاً من مقتضيات المادة 132 يتبين أن المشرع فرض على المصاب أو ذوي حقوقه تتبع مسطرة الصلح مع المقاوله المؤمنة للمشغل قبل اللجوء إلى القضاء، مع ملاحظة أن صياغة المادة جاءت غامضة لما استعملت عبارة " قبل القيام بالإجراءات القضائية طبقاً لأحكام هذا القانون"، فهل ذلك يعني أن المصاب ملزم بتتبع مسطرة الصلح قبل مباشرته لأي دعوى في قانون 18.12، أم أن مسطرة الصلح تلزمه فقط عند مطالبته بالتعويضات؟

في الحقيقة، لما كان الغرض من مسطرة الصلح هو محاولة حل مشكل التعويضات ودياً بين المصاب والمقاوله المؤمنة، فإن التفسير السليم هو أن تكون المسطرة محصورة فقط في دعوى التعويض، أما باقي الدعاوى التي يمكن أن تتفرع عن هذه الدعوى ومنها دعاوى الغرامة الإجبارية بمختلف أنواعها فلا نعتقد أنها معنية بهذه المسطرة لأن المصاب يكون قد سلكها عند مطالبته بالتعويضات وباءت بالفشل لعدم تقديم المقاوله المؤمنة لعروض أو لرفضها من قبل المصاب أو ذوي حقوقه بعد التوصل بها².

من خلال تنظيم المشرع المغربي لإجراءات الصلح في المواد من 132 إلى 140 من القانون رقم 18.12، يتبين أن المشرع أوجب على كل مصاب بجائحة شغل أو ذوي حقوقه أن يباشر مسطرة الصلح مع المقاوله المؤمنة للجهة المشغلة التي يشتغل لديها، حيث تعتبر هذه المسطرة إلزامية قبل القيام بالإجراءات القضائية، وإلا كان مصير الدعوى أمام المحكمة عدم القبول³.

وتتم مسطرة الصلح الإداري بمبادرة من شركة التأمين التي يجب عليها تقديم عروض للمصاب أو لذوي حقوقه بواسطة رسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل داخل أجل أقصاه ثلاثين يوماً من تاريخ إيداع شهادة الشفاء أو شهادة الوفاة، والتوصل بهما، ويتعين على المصاب أو ذوي حقوقه إبلاغ الجهة المؤمنة بقبول أو رفض عروض المصاريف والتعويضات المقدمة، داخل أجل الثلاثين يوماً الموالية لتاريخ التوصل بالرسالة المشار إليها، وفي حالة موافقته عليها يتم توقيع الطرفين، أي الضحية وشركة التأمين على محضر الصلح،

¹ الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 الصادر في 11 من رمضان 1394 (28 سبتمبر 1974) بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية، الجريدة الرسمية عدد 3230 مكرر بتاريخ 13 رمضان 1394 (30 سبتمبر 1974). ص 2741، كما ثم تغييره وتتميمه.

² محسن جبيلو، مسطرة الصلح غير القضائي في القانون رقم 18.12 المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل والأمراض المهنية، مقال منشور بمجلة الحقوق، العدد 21 سنة 2015، ص 141.

³ رضوان بدر أحمد شرف الغيلي، مرجع سابق، ص 358.

ويتعين على هذه الأخيرة منح التعويضات المستحقة والمتفق عليها للضحية، داخل أجل ثلاثين يوماً الموالية لتاريخ توقيع محضر الصلح.¹

لكن مسطرة الصلح هذه، وبهذه الكيفية فيها انتصار وتحيز كبير لفائدة شركات التأمين على حساب مصالح المواطن، ولن تشفع الفقرة الأخيرة من المادة 133 من هذا القانون في قول غير ذلك، لأن المصاب أو ذوي حقوقه يجهلون أصلاً كيفية احتساب المصاريف والتعويضات حتى يمكن لهم أن يتقدموا بالطعن في محضر الصلح، إذا كانت التعويضات تقل عن تلك المضمونة قانوناً، وتبقى حالة وحيدة هي التي يمكن للمصاب أو ذوي حقوقه اللجوء فيها للقضاء مباشرة، دون سلوك مسطرة الصلح المنصوص عليها في المادة 18 من قانون 18.12، في الحالة التي يكون فيها المشغل غير خاضع لإجبارية التأمين أو لعدم إبرامه لعقد التأمين ويمكن للطرفين أمام القضاء أن يبرموا صلحاً قضائياً أمام المحكمة الابتدائية كما نصت على ذلك المادة 140 من قانون 18.15.²

وهكذا فإن المقابلة المؤمنة هي التي تبادر إلى إجراء الصلح حسب مفهوم المادة 134 من القانون رقم 18.12، بعد توصلها من المشغل بالتصريح بالحادث ومرفقاتها (الشواهد الطبية)، لكن التساؤل الذي يثار بهذا الشأن هو أنه في حالة إذا ما لم تبادر مقابلة التأمين إجراء الصلح، فهل يحق للمصاب أو ذوي حقوقه القيام بذلك؟

بالرجوع إلى مقتضيات القانونية المنظمة لمسطرة الصلح، تبين أنه لا وجود لأي مقتضى قانوني يعطي للمصاب أو ذوي حقوقه هذه الإمكانية، وقد ذهب جانب من الفقه المغربي³ إلى القول بأنه، لا مانع من ذلك مادام أن شركة التأمين لم تقم بأي إجراء، ومادامت كذلك مسطرة الصلح يتعين القيام بها قبل اللجوء إلى القضاء⁴، بالإضافة إلى أن الصلح لا يتم إلا برضى وموافقة الطرفين، فهو إذا تصرف إرادياً يحق للمصاب أو ذوي حقوقه القيام به.

¹ أمبارك جانوي، قراءة في بعض مستجدات القانون رقم 18.12 المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل والأمراض المهنية، مقال منشور بالموقع الإلكتروني www.marocdroit.com، أشار إليه رضوان بدر أحمد شرف الغيلي، مرجع سابق، ص 360.

² أمبارك جانوي، قراءة في بعض مستجدات القانون رقم 18.12 المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل والأمراض المهنية، مقال منشور بالموقع الإلكتروني www.marocdroit.com، أشارت إليه بنعلي فتيحة، التعويض عن حوادث الشغل وفق القانون 18.12، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول وجدة، ص 60 و61.

³ حميد مسعودي، قراءة في القانون رقم 18.12 المتعلق بحوادث الشغل والأمراض المهنية، مقال منشور بمجلة فضاء المعرفة القانونية، العدد الثاني 2019، ص 335.

محمد بلهاشي التسولي، التعويض عن حوادث الشغل والأمراض المهنية في إطار القانون الجديد رقم 18.12، المطبعة والوراقة الوطنية، الطبعة الأولى، 2017، ص 282.

⁴ محمد بلهاشي تسولي، مرجع سابق، ص 282.

ومراعاة للحالة الصحية التي يكون فيه المصاب عند إصابته بالحادثة، وحتى يتمكن المصاب أو ذوي حقوقه من ضمان حقوقهم على الوجه المطلوب قانونا، رخص لهم المشرع المغربي القيام بتوكيل محامي واحد أو أكثر للإشراف وتتبع مسطرة الصلح مع المقابلة المؤمنة للمشغل¹.

وكما سبق بيانه، فإن إلزامية مسطرة الصلح من عدمها نتج عنه اختلاف بين الأحكام الصادرة من بعض محاكم قضاء الموضوع في المغرب، حيث هناك اتجاهين، الاتجاه الأول يرى أن هذه المسطرة إلزامية يترتب عن عدم احترامها من طرف الأجير المصاب أو ذوي حقوقه عدم قبول الدعوى أمام المحكمة الابتدائية، ومن ضمن هذا التوجه ما قضت به محكمة الاستئناف بالقنيطرة، إذ قضت في القرار الصادر عنها بتاريخ 2016/6/18، بإلغاء الحكم الابتدائي المستأنف والحكم بعدم قبول الدعوى ومما جاء في حيثيات القرار أعلاه: "حيث أن الفصل 132 من القانون رقم 18.12 نص على ما يلي: "يجب على المصاب بحادثة الشغل أو ذوي حقوقه تتبع مسطرة الصلح مع المقابلة المؤمنة للمشغل، وذلك قبل القيام بالإجراءات القضائية طبقا لأحكام هذا القانون..."، وحيث إن الصلح الذي أقره القانون الجديد أصبح إجراء شكليا يجب على الضحية سلوكه قبل اللجوء إلى المسطرة القضائية وأن هذا الإجراء أصبح إجراء جوهريا لا يمكن تجاوزه وهو من النظام العام وبالتالي فمن شأن الإخلال به يجعل الدعوى سابقة لأوانها.

وحيث أنه لا يوجد بالملف ما يثبت أن الضحية قام بمسطرة الصلح الإدارية وفق ما تستجوبه مقتضيات القانونية المذكورة، خاصة وأن طلب إجراء الصلح المدلى بها من طرف المستأنف عليه خلال هذه المرحلة والمؤرخ في 2015/10/30 جاء لاحقا لإقامة الدعوى ولم تتوصل به شركة التأمين إلا بتاريخ 2015/11/4 أي بعد الطعن بالاستئناف مما يجعل الحكم المستأنف معيبا ويتعين إلغاؤه والحكم بعدم قبول الدعوى"².

أما بالنسبة للاتجاه الثاني، فقد ذهب عكس ما ذهب إليه الاتجاه الأول، معتبرا أن مسطرة الصلح المنصوص عليها في المادة 132 المذكورة سلفا، غير إلزامية ويمكن الاستغناء عنها واللجوء إلى الإجراءات القضائية³، ومن هذا التوجه ما سارت عليه محكمة الاستئناف بطنجة، حيث جاء في إحدى قراراتها ما يلي: "إن مقتضيات القانون رقم 18.12 المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل، وإن كان قد صدر بصيغة وجوب فيما يتعلق بسلوك مسطرة الصلح الإداري قبل رفع دعوى التعويض أمام القضاء في إطار المادة 132، فإنه لم يترتب أي جزاء على عدم احترام هذه المسطرة، وإلا كان قد تم التنصيص على ذلك صراحة علما أن القاعدة - المنع يكون بنص والسكوت عنه مباح - علما أنه حسب مقتضيات الفقرة الأخيرة من المادة 133 تحول للمصاب الحق في الطعن في اتفاق الصلح المبرم أمام المحكمة الابتدائية المختصة إذا كانت المصاريف والتعويضات الممنوحة للمصاب أو ذوي حقوقه مبلغها يقل عن تلك المضمونة في هذا القانون فما النفع إذا

¹ بموجب نص الفقرة الثانية من المادة 132 من القانون رقم 18.12 المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل.

² قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالقنيطرة تحت عدد 33 بتاريخ 2016/6/18، في الملف الاجتماعي عدد 2015/1502/154، أشار إليه نوري محمد رضا، نظام التعويض عن حوادث الشغل والأمراض المهنية دراسة في مستجدات القانون رقم 18.12، بحث نهاية التكوين الأسامي للملحقين القضائيين، سنة 2017، ص 46.

³ رضوان بدر أحمد شرف الغيلي، مرجع سابق، ص 362.

من تقديم المصاب أو ذوي حقوقه لدعوى تعويض مباشرة أمام المحكمة اختصارا للوقت وتفاديا لأي طعن لاحق في هذا الاتفاق، مما يبقى دفع الجهة المؤمنة بخصوص مسطرة الصلح غير ذي أساس ويتعين رده"¹. وبدورنا أيضا، نسير مع الاتجاه الذي يقضي بكون مسطرة الصلح التي تتم بين الأجير المصاب أو ذوي حقوقه والمقاول المؤمنة للمشغل، مسألة إلزامية، لما فيه من مصلحة للأجير المصاب وذوي حقوقه في حل النزاع بشكل ودي وعدم إطالة النزاع، وتشجيعا كذلك للجوء إلى الوسائل البديلة لحل المنازعات. وقد تم حسم الخلاف في هذه المسألة من قبل محكمة النقض حيث أكدت محكمة النقض صحة الرأي الذي تبناه الاتجاه الأول، والذي يرى بأن مسطرة الصلح إلزامية ويترتب عن عدم احترامها عدم قبول الدعوى²، وذلك حين قضت محكمة النقض في القرار الصادر بتاريخ 2018/6/20 بما يلي: "حيث تبين صحة ما أثير بوسيلة الطعن أن الحادثة التي تعرض لها مورث المطلوبين في النقض، وقعت بتاريخ 2015/1/28، وهي بذلك تخضع لمقتضيات القانون رقم 18.12 المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل والذي تضمن مقتضيات بصيغة الوجوب على سلوك المصابين بحوادث الشغل أو ذوي حقوقهم مسطرة الصلح قبل اللجوء إلى القضاء، وأنه لما كان الثابت من أوراق الملف خلوه مما يفيد قيام ذوي حقوق المالك سلوك مسطرة الصلح كما تجيب ذلك مقتضيات القانون أعلاه.

فإن دعواهما التي بادرا إلى تقديمها للقضاء تكون مخالفة لهذه المقتضيات الواجبة الاتباع، ومحكمة الاستئناف لما ردت الدفع المثار من قبل الطاعنتين بهذا الخصوص بتعليل جاء فيه "إن النصوص القانونية المنظمة للإجراء المذكور (الصلح) وإن كانت قد جعلت الوجوب فإنها لم تقرر أي جزاء على عدم سلوك هذه المسطرة مما يتعين معه رد الدفع فإنها قد تكون قد بنت قرارها على تعليل فاسد في هذا الجانب باعتبار أن استعمال المشرع عبارة يجب بخصوص سلوك مسطرة الصلح يفيد الإلزام وعدم التقيد بما ذكر يشكل إخلال بمقتضيات قانونية واجبة الاتباع حتى ولم يرتب المشرع أي جزاء على هذا الإخلال ومحكمة الاستئناف لما نحت غير هذا المنحى بهذا الخصوص كان قرارها معللا تعليلا فاسدا مخالفا للقانون ومعرضا للنقض"³. وتطرح مقتضيات الفصل 134⁴ إشكال آخر يتعلق بمسألة تبليغ الملف الطبي إلى المقاول المؤمنة للمشغل؟

¹ قرار محكمة الاستئناف بطنجة رقم 1076 في الملف الاجتماعي عدد 1502-106-121 المؤرخ 2016/11/3، أشار إليه، نوري محمد رضا، مرجع سابق، ص 48.

² رضوان بدر أحمد شرف الغيلي، مرجع سابق، ص 364.

³ قرار محكمة النقض تحت عدد 2517 بتاريخ 2018/6/20 في الملف الاجتماعي عدد 2017/2/5/1691، أشار إليه، حميد مسعودي، قراءة في القانون رقم 18.12 المتعلق بحوادث الشغل والأمراض المهنية، مجلة فضاء المعرفة القانونية، مرجع سابق، ص 335.

⁴ ينص الفصل 134 من قانون 18.12 على أنه: "يجب على المقاول المؤمنة للمشغل تقديم عروض المصاريف والتعويضات للمصاب أو لذوي حقوقه بواسطة رسالة مضمونة الوصول مع الإشعار بالتوصل، وذلك داخل أجل أقصاه ثلاثين يوما من تاريخ إيداع شهادة الشفاء أو شهادة الوفاة أو التوصل بهما".

بعيدا عن الجانب الطبي الفني الذي يبقى من اختصاص الطبيب المعالج، نستطيع أن نقول إن استقرار المواد من 19 إلى 25 يسمح باستنتاج مفاده أن المصاب أو ذوي حقوقه غير معنيين بتاتا بتبليغ الملف الطبي إلى المقاوله المؤمنة، ولقد قلنا بهذا الاستنتاج عند بداية بحث هذه النقطة لأن شركات التأمين عمليا غالبا ما تدفع بعدم قيام المصاب أو ذوي حقوقه بتبليغها بمختلف الشواهد الطبية حتى يتسنى لها صرف التعويضات اليومية.

إن الفقرة الثانية من المادة 19 تفرض على المصاب أو ذوي حقوقه أو من يمثلهم موافاة المشغل مباشرة بثلاث نظائر من الشهادة الطبية الأولية داخل الأربع والعشرين ساعة الموالية لتاريخ تحريرها، وذلك حتى يتسنى للمشغل إرفاق التصريح بنظير منها طبقا لأحكام المادة 16، بما يعني أن دور المصاب أو ذوي حقوقه يتوقف عند تبليغ الشهادة إلى المشغل الذي يبقى هو الملزم بإرفاقها بالتصريح المتحدث عنه بموجب المادة 15، وفضلا عن ذلك، فالفقرة الأخيرة من المادة 20 كانت صريحة وواضحة عندما ألزمت المشغل بإيداع نظير من الشهادة الطبية لدى المقاوله المؤمنة داخل الثمانية والأربعين ساعة الموالية لتاريخ التوصل بها، وهي نفس الفقرة المحال عليها في تبليغ شهادة الشفاء بنص الفقرة الأخيرة من المادة 21 وفي تبليغ التقرير الطبي في حالة العجز الدائم بنص الفقرة الأخيرة من المادة 22 من نفس القانون، بل وأكثر من ذلك، فمقتضيات المواد 23 و24 و25 تؤكد بشكل صريح على أن المشغل هو الملزم بإيداع مختلف الشواهد الطبية لدى المقاوله المؤمنة في ظرف الثمانية والأربعين ساعة الموالية لتاريخ التوصل بها ما لم تحل دون ذلك قوة قاهرة أو أسباب مشروعة.

يبدو إذن - نصيا على الأقل - أن الجدل المثار بشأن إلزام العامل المصاب بتبليغ الملف الطبي للمقاوله المؤمنة محسوم وليس هناك أي مقتضى يلزمه بذلك قبل مباشرته لمسطرة الصلح تطبيقا للمادة 132 وما بعدها من قانون 18.12، وهذا التفسير هو الذي يسايره العمل القضائي¹، حيث جاء في حكم صادر عن ابتدائية فاس أنه: "توصل شركة التأمين بطلب الصلح والملف الطبي للمصاب والتصريح بحادثة شغل دون أن تبادر إلى تفعيل مقتضيات المادة 22 من قانون 12.18 ولم تقدم أي عروض يجعلها المخلة بتطبيق مسطرة الصلح ويعطي للمصاب الحق في اللجوء إلى القضاء"².

إن الهدف من إثارة هذا النقاش له ارتباط بحق العامل ضحية حادثة الشغل في الاستمرار في استخلاص أجره بعد الحادثة، فإذا كانت المادة 61³ من قانون 18.12 في فقرتها الثانية تحمل المشغل الأجرة الكاملة ليوم

¹ محسن جيلو، مرجع سابق، ص 142 و143.

² حكم رقم 721 بتاريخ 2016/07/05 صادر عن المحكمة الابتدائية بفاس في الملف الاجتماعي عدد 2016/1502/140، منشور بالعدد الأول من نماذج من العمل القضائي للمحكمة الابتدائية بفاس - الجزء الثاني - سنة 2017، ص 442، أشار إليه، 143.

³ تنص مقتضيات المادة 61 من قانون 18.12 على أنه: "يتحمل المشغل أو مؤمنه التعويض اليومي المستحق للمصاب ابتداء من اليوم الموالي لتاريخ وقوع الحادثة وطيلة مدة العجز المؤقت إلى غاية يوم الشفاء أو يوم الوفاة، وذلك دون تمييز بين أيام العمل وأيام العطل الرسمية أو الأعياد. ويتحمل المشغل الأجرة الكاملة ليوم وقوع الحادثة أيا كانت طريقة أدائها.

يساوي التعويض اليومي، طيلة مدة العجز المؤقت عن العمل، ثلثي الأجر اليومي كما هو محدد في الفرع الثاني من هذا الباب."

وقوع الحادثة أيا كانت طريقة أدائها، فإنه يرفض الاستمرار في أداء أجرة أيام العجز الموالية بحجة أن ذلك من اختصاص مؤمنه بالرغم من صراحة الفقرة الأولى من نفس المادة، ولذلك يبقى العامل المصاب خلال فترة العجز الكلي المؤقت دون أجرة بما يعنيه ذلك من تهديد مباشر لمعيشه اليومي، حيث ترفض المقاوله المؤمنة صرف تعويضاته اليومية بذريعة عدم توصلها بملفه الطبي حتى يتسنى لها معرفة مدة العجز الكلي المؤقت، فلا يبقى أمامه إلا مباشرة دعوى الغرامة الإجبارية عن التأخير في صرف التعويضات اليومية وما يترتب عليها من دفعات ترمي في معظمها إلى التملص من تمكينه من هذه التعويضات¹.

وأما في الحالة التي لا تتوصل فيها المقاوله المؤمنة بالملف الطبي للضحية من قبل المشغل، فهنا نستحضر مباشرة مقتضيات الفقرة الثانية من المادة 180 التي كلفت المعني بالأمر برفع طلب الاستفادة من المصاريف والتعويضات مباشرة إلى المقاوله المؤمنة للمشغل قصد إتباع مسطرة الصلح، والملاحظ عمليا أن السادة الحامين يلجؤون مباشرة إلى هذه المسطرة لعرفتهم المسبقة بأن المشغلين لا يعملون على تبليغ الملفات الطبية لعمالهم المصابين إلى المقاولات المؤمنة، وبذلك يكونون قد أغلقوا كل مداخل تنصل المقاولات المؤمنة من مسؤوليتها في الأداء، وهكذا جاء في حكم صادر عن ابتدائية فاس أن سلوك مسطرة الصلح من طرف المصاب مع المقاوله المؤمنة مسطرة إلزامية وإجبارية قبل القيام بالإجراءات القضائية طبقا للمادة 132 من قانون 18.12 تحت طائلة عدم قبول الطلب وأن قيامه بالتصريح بالحادثة لدى المقاوله المؤمنة وتبليغها بطلب عرض الصلح وبالملف الطبي الكامل يكون قد احترمت مقتضيات الفصل 132 قبله².

وفي نفس السياق، تلزم المادة 132 في فقرتها الأولى من القانون رقم 18.12 المتعلق بحوادث الشغل بمناسبة حديثه عن مسطرة الصلح غبر القضائية على اتباع الأجير المصاب أو ذوي حقوقه لمسطرة الصلح مع المقاوله المؤمنة، وبالتالي فإن التمثيل يكون كمبدأ عام من طرف من يهمه الأمر، إلا أن الفقرة الثانية من نفس المادة تنص على أنه: "ويمكن للمصاب أو ذوي حقوقه أن يوكلوا عنهم محاميا واحدا أو أكثر، طبقا لأحكام هذا القانون رقم 28.08 المنظم لمهنة المحاماة للإشراف وتتبع مسطرة الصلح مع المقاوله المؤمنة للمشغل".

وما يمكن أن نستشفه من الفقرة الثانية من هذه المادة أنها استعملت صيغة تفيد الخيار بين تنصيب محام من عدمه، فالصيغة وردت كالاتي "ويمكن للمصاب أو ذوي حقوقه أن يوكلوا عنهم محاميا واحدا أو أكثر..."، لذلك فإن فرضية إلزامية المحامي تنتفي في هاته الحالة، والسبب في هذا أن الأمر يتعلق بتعاقد أو اتفاق ولا يتعلق الأمر بمسطرة أمام القضاء والتي تلزم بمقتضاه تنصيب المحامي.

والحكمة من التنصيب على هذا المقتضى إنما هو لتكريس الطابع الحمائي للطرف الضعيف، حيث إن الأجير يكون في مواجهة مؤسسة عملاقة والتي تملك من وسائل الضغط ما يؤدي إلى العصف بحقوق الأجير المصاب، خصوصا أن فئات عريضة من الطبقة العاملة لا تعرف حقوقها بشكل يجعلها تدافع عنها بكل

¹ محسن جيبيلو، مرجع سابق، ص 143.

² محسن جيبيلو، مرجع سابق، ص 144.

وعى، والواقع العملي يبرهن على ذلك، ولذلك نشيد بالوعي الذي أبداه المشرع الاجتماعي عندما نص على إمكانية تنصيب محام في إطار عقد الصلح غير القضائي¹.

المحور الثاني:

محضر الصلح غير القضائي

يترتب عن اتفاق الصلح غير القضائي تحرير محضر يوثق مضمون هذا الاتفاق حيث ينتج أثرا مهما، والمتمثل في أنه غير قابل للطعن اللهم في حالات محددة، إلا أننا نتساءل عن مدى حجية هذا الصلح مقارنة بالمذكور في مدونة الشغل؟

فبالرجوع إلى منطوق المادة 133 من القانون رقم 18.12 المنظم لحوادث الشغل فإنها تنص في فقرتها الثالثة على أن: "الاتفاق المبرم نهائي وغير قابل لأي طعن أمام المحكمة الابتدائية المختصة ما عدا إذا كانت المصاريف والتعويضات الممنوحة للمصاب أو لذوي حقوقه مبلغا يقل عن تلك المضمونة في هذا القانون، مما يتبين معه أن القانون رقم 18.12 المتعلق بحوادث الشغل جعل من الصلح غير القضائي غير قابل لأي طعن أمام المحكمة".

إلا أنه بتمعنا في هذا المقتضى نكتشف إغفال مسألة التوقيع، خاصة وأنها قد نصت في موضع آخر من ذات القانون عن دور مفتش الشغل، والذي أنيط به دور المشرف والمراقب، عكس مدونة الشغل التي كانت أكثر تقدمية حينما نصت على هذا المقتضى وذلك وفقا لمنطوق المادة 41 من مدونة الشغل والموافقة لمضمون المادة 133 من القانون رقم 18.12 المنظم لحوادث الشغل، إلا أنها أضفت عليها نوعا من الضمانة والمتمثل في "توقيع مفتش الشغل"²، وهذا ما دعمته محكمة النقض في قرار لها³، حيث جاء فيه ما يلي: "إن اتفاق الأجير والمشغل على تسليم الثاني للأول مبلغا ماليا من أجل تعويضه عن كافة حقوقه وإبرام ذلك الاتفاق في إطار الصلح التمهيدي المنصوص عليه في المادة 41 من مدونة الشغل وأمام مفتش الشغل في نطاق الاختصاص المخول له بمقتضى المادة 532 من نفس المدونة يعد منهيًا للنزاع ولا يقبل أي طعن أمام القضاء"، والذي يتضح معه بجلاء أن المشرع قد خان الصواب عندما لم ينص على هذا المقتضى في قانون حوادث الشغل.

وإذا كانت مسطرة الصلح جوانب إيجابية، من حيث التخفيف من النزاعات المعروضة على المحاكم، وتبعا لذلك ستسمح للضحية أو ذوي حقوقه من الحصول على التعويض خلال أجل معقول ووفق مسطرة سريعة،

¹ حسن هروش، مسطرة الصلح أمام شركات التأمين وإشكالياتها القانونية والواقعية، ندوة وطنية في موضوع قراءة في القانون الجديد رقم 18.12 لحوادث الشغل والأمراض المهنية، أشار إليه عبد الغني عياش، مظاهر الحماية في إطار القانون رقم 18.12 المتعلق بحوادث الشغل، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، مرجع سابق، ص 73.

² عبد الغني عياش، مظاهر الحماية في إطار القانون رقم 18.12 المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، مرجع سابق، ص 74.

³ قرار عدد 491 بتاريخ 2012/3/15 ملف عدد 2010/1/5/1028، مركز النشر والتوثيق القضائي بمحكمة النقض، التقرير السنوي لمحكمة النقض 2012، المطبعة الجديدة الرباط 2013، ص 113، أورده عبد الغني عياش، مرجع سابق، ص 74.

فإن هناك من الفقه¹، من يتخوف من هذه المسطرة خاصة أن المشرع جعل مسطرة الصلح تتم خارج القضاء، حيث كان حريا به أن يبقي الصلح غير القضائي سواء تعلق الأمر بمشغل مؤمن أو مشغل غير مؤمن تحت إشراف ورقابة القضاء حماية للمصاب أو ذوي حقوقه من أي غبن قد يكون مصدره عقد صلح مباشر مع المقاوله المؤمنة أو مع المشغل في حالة عدم التأمين، كما أن نفس الفقه يعيب على المشرع عدم تعميمه لهذه المسطرة على كل فئات الأجراء سواء أكان مؤمنا أو غير مؤمن.

وتجدر الإشارة، إلى أن محضر الصلح بين الطرفين نهائيا وغير قابل لأي طعن أمام المحكمة الابتدائية المختصة، إلا أنه استثناء من هذه القاعدة يمكن رفع دعوى الطعن ومراجعة مضمون هذا المحضر، إذا كانت المصاريف والتعويضات الممنوحة للمصاب أو ذوي حقوقه مبلغا يقل عن تلك المضمونة في هذا القانون. حيث يمكن للمصاب أو شركة التأمين المطالبة بتعديل محضر الصلح إذا لحقه خطأ مادي أو كان التصريح بالحادثة غير صحيح أو ثم الاتفاق على الإيراد دون مراعاة قواعد التخفيض الجزئي للإيرادات أو إكراه أو تدريس أو حسب ما نصت عليه مقتضيات الفصل 278 من قانون المسطرة المدنية.

ويتعين تقديم طلب التعديل داخل أجل 30 يوما الموالية من تاريخ أداء المصاريف والتعويضات. (الفقرة الثانية من المادة 152)، حيث إذا انصرم الأجل لا يبقى أمام الأطراف إلا سلوك المسطرة القضائية طبقا للفقرة الثانية من المادة 152 والمادة 153 من القانون تحت طائلة سقوطه بمرور 15 سنة من تاريخ التوقيع على المحضر².

وحسب مقتضيات المادة 137 من قانون 18.12 يجب على المقاوله المؤمنة أن تقوم بأداء مختلف المصاريف والتعويضات المضمونة قانونيا داخل أجل الثلاثين يوما الموالية لتاريخ التوقيع على محضر الصلح، لكن ما العمل في حالة عدم التزامها بالأداء؟

بالرجوع إلى البند الثاني من المادة 185 من نفس القانون نجد أنه يعاقب المشغل أو مؤمنه عن عدم القيام بأداء التعويضات أو الإيرادات للمصاب أو ذوي حقوقه بعد انصرام أجل الثلاثين يوما الموالية لتاريخ التوقيع على محضر الصلح بغرامة تتراوح بين 20000 درهم و50000 درهم، ولذلك فما على المتضررين من عدم تنفيذ محضر الصلح إلا اللجوء إلى النيابة العامة قصد وضع شكاية في مواجهة المشغل أو المقاوله المؤمنة الراضة لتنفيذ محضر الصلح.

وإذا كان واضحا أن المشرع تعمد وضع غرامات بمبالغ كبيرة لردع المقاولات المؤمنة الراضة لتنفيذ محضر الصلح، فإن ذلك ليس من شأنه أن يفرض على هذه المقاولات تنفيذ تلك المحاضر، ذلك أنه إذا تابعت النيابة العامة المقاوله من أجل هذه الجريمة وحصل أن أحييت على المحكمة وعوقبت بالغرامة كما يقضي

¹رشيدة أحفوض، التعويض عن حوادث الشغل على ضوء العمل القضائي، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، طبعة 2014، ص 221.

²عزالدين المولي، مرجع سابق، ص 92.

بذلك نص القانون، فإن ذلك لا يفرض عليها بعد ذلك تنفيذ محضر الصلح، لذلك كنا نتمنى أن يكون النص الزجري متضمنا لوجوب تنفيذ محضر الصلح من قبل المقابلة المحكوم عليها بالغرامة¹.

خاتمة :

ومجمل القول، فمسطرة الصلح غير القضائي كمستجد تشريعي جاء به المشرع المغربي في إطار القانون 18.12 المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل يروم من إحداثها حل النزاع بشكل ودي بين المصاب أو ذوي حقوقه والمقابلة المؤمنة دون اللجوء إلى القضاء الذي قد تطول مساطره، كما حاول إحاطة مسطرة الصلح أثناء سريانها بمجموعة من القواعد الآمرة، من أجل ضمان التوازن بين الطرفين وضمان حماية أكثر للمصاب كطرف ضعيف في المعادلة الصلحية.

وقد قمنا على امتداد صفحات الموضوع تناول المقتضيات القانونية المتعلقة بمسطرة الصلح غير القضائي، والحديث بنوع من التفصيل عن محضر الصلح حيث حاول المشرع المغربي صياغة محضر قانوني يعتمد على أسس قانونية سليمة كنوع من الحماية القانونية للمصاب كطرف ضعيف في المعادلة الصلحية أمام المقابلة المؤمنة التي لها مستشارين قانونيين في هذا المجال.

وبالرغم من الضمانات القانونية التي توفرها مسطرة الصلح غير القضائي، نستخلص عدم وضوح بعض النصوص القانونية المنظمة لمسطرة الصلح، وما يترتب على ذلك من إشكالات عملية وما ينجر على ذلك من إضاعة لحقوق المتقاضين أو تأخر حصولهم عليها.

¹ جيلو، مرجع سابق، ص 147.

❖ لائحة المصادر و المراجع :

الكتب :

- رشيدة أحفوض، التعويض عن حوادث الشغل على ضوء العمل القضائي، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، طبعة 2014.
- محمد بلهاشيمي التسولي، التعويض عن حوادث الشغل والأمراض المهنية في إطار القانون الجديد رقم 18.12، المطبعة والوراقة القانونية، الطبعة الأولى 2017.

الأطروحات :

- رضوان بدر أحمد شرف الغيلي، مسؤولية المشغل عن حوادث الشغل والأمراض المهنية بين القواعد العامة والمقتضيات الخاصة، أطروحة لنيل الدكتوراه في العلوم القانونية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض مراكش، السنة الجامعية 2020-2021.

الرسائل:

- بنعلي فتيحة، التعويض عن حوادث الشغل وفق القانون 18.12 رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول وجدة، السنة الجامعية 2015-2016.
- سعيد بعزیز، نظام التعويض عن حوادث الشغل على ضوء القانون الجديد رقم 18.12، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس الرباط، السنة الجامعية 2014-2015.
- عبد الغني عباش، مظاهر الحماية في إطار القانون رقم 18.12 المتعلق بحوادث الشغل، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سلا، جامعة محمد الخامس الرباط، السنة الجامعية 2015-2016.
- موساوي عبد الحكيم، الحماية القانونية للأجير على ضوء القانون الجديد رقم 18.12 المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية المتعددة التخصصات تطوان، جامعة عبد المالك السعدي، السنة الجامعية 2015-2016.
- نوري محمد رضا، نظام التعويض عن حوادث الشغل والأمراض المهنية دراسة في مستجدات القانون رقم 18.12، بحث نهاية التكوين الأساسي للملحقين القضائيين، سنة 2017.

المقالات :

- امبارك جانوي، قراءة في بعض مستجدات القانون 12/18 المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل والأمراض المهنية، مقال منشور بمجلة العلوم القانونية، العدد الثاني.

- حميد مسعودي، قراءة في القانون رقم 18.12 المتعلق بحوادث الشغل والأمراض المهنية، مجلة فضاء المعرفة القانونية، يصدرها مركز إدريس الفاخوري للدراسات والأبحاث في العلوم القانونية بوجدة، العدد الثاني 2019.
- سعيد بعزیز، نظام التعويض عن حوادث الشغل في ضوء القانون رقم 18.12، مقال منشور بمجلة الخزامى للدراسات القانونية والاجتماعية، العدد الثامن، ماي 2022.
- عز الدين المولى، الضمانات الحمائية للمصاب بحادثة شغل خلال مسطرة الصلح، مقال منشور بمجلة القانون المغربي، العدد 48.
- محسن جبيلو، مسطرة الصلح غير القضائي في القانون رقم 18.12 المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل والأمراض المهنية، مقال منشور بمجلة الحقوق، العدد 23، 2021.
- محمد بنحساين، بعض جوانب النقص في القانون رقم 18.12 المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل، مقال منشور بمجلة الأبحاث والدراسات القانونية، العدد 11-12 مزدوج 2.

الآجال القانونية في الدعاوى الأسرية وإشكالية التطبيق - دعاوى الزواج وآثاره أنموذجا

Legal Deadlines in Family Lawsuits and the Problem
of Application - Marriage lawsuits and their effects as an example



إبراهيم أوكراز : باحث في سلك الدكتوراه
كلية الشريعة جامعة سيدي محمد بن عبد الله - فاس

Brahim okhraz : Doctoral researcher-Faculty of Sharia,
Sidi Mohammed Ben Abdullah University - Fez

الملخص :

تعتبر مدونة الأسرة من بين القوانين الخاصة التي تضمنت مجموعة من الإجراءات المسطرية، بالنظر إلى طبيعة وخصوصية قواعدها التي نظمت جل مقتضياتها؛ بدءا بعقد الزواج وإثبات العلاقة الزوجية، مروراً بالالتزامات المترتبة عنه من نفقة ونسب وحضانة، وانتهاءً بانحلال الرابطة الزوجية، وقد تم تكريسها بمقتضيات وقواعد قانونية صريحة، يفهم من خلالها أن مشروع مدونة الأسرة جاء بفلسفة جديدة ترمي إلى عدم التعقيد والتأخير، وتكريس مبدأ المرونة والتبسيط في اقتضاء الحقوق، ويتجلى ذلك في وضع آجال محددة يجب على القضاء احترامها من خلال إصدار الأحكام في أسرع الآجال، وبجودة تحول دون ضياع الحقوق، فتحديد

الأجال من شأنه أن يخلق في نفوس المتقاضين ارتياحاً، ويشجعهم على اللجوء إلى القضاء؛ لأن التجربة أثبتت أن المساطر الطويلة لا تبعث على الارتياح، وتدخل اليأس في نفوس المرتفقين، كما أنها تفقد الناس الثقة في مرفق القضاء لعدم نجاعة وجودة الأحكام الصادر عنه، بالإضافة إلى بطء يسئ إلى الجهاز القضائي بشكل عام.

الكلمات المفتاحية : الأسرة - الأجل القانوني - الدعوى القضائية - الزمن القضائي.

Abstract :

The Family code is among the special laws that ensure procedural measures, considering the nature and specificity of its rules. It regulates various aspects, starting from marriage contracts and proof of marital relationships, to obligations arising from it such as alimony, parentage, and custody, culminating in marital dissolution. It has been codified with explicit legal provisions aimed at simplicity, flexibility, and expediency in securing rights. This is evident in the establishment of specific deadlines that the judiciary must respect, issuing judgments promptly and with quality to prevent rights from being lost.

Setting deadlines aims to create satisfaction among litigants and encourage them to resort to the judiciary. Long procedural delays have been shown to breed dissatisfaction and despair among litigants, undermining trust in the judiciary due to ineffective and slow judgments. This also burdens the judicial system in general.

Keywords : Family, Legal Deadline, Lawsuit, Judicial Time.

بسم الله الرحمن الرحيم وبه أستعين ، إن الأسرة هي النواة الأولى لبناء المجتمعات، وأصغر وحدة قياسية في الهندسة الاجتماعية، وتقدم المجتمعات اليوم، لم يعد يقاس بالنجاح الاقتصادي والثقافي فقط، بل يقاس كذلك باهتمام الدول بالأسرة والسهر على ضمان حقوقها، مما يجعلها في مصاف الدول المتقدمة، والمغرب على غرار باقي الدول الساعية للنهوض بأحوال الأسرة، قام بإصدار مدونة الأسرة التي تعتبر ثمرة لمسلسل تشاركي مبني على التعاون والتشاور المؤسس لرؤية حديثة تنسجم مع السياق الوطني والدولي.

وتعتبر هذه المدونة من بين القوانين الخاصة التي تضمنت مجموعة من الإجراءات المسطرية، بالنظر إلى طبيعة وخصوصية قواعدها التي نظمت جل مقتضياتها بدءا بعقد الزواج وإثبات العلاقة الزوجية، مروراً بالالتزامات المترتبة عنه من نفقة ونسب وحضانة، وانتهاءً بالحلل الرابطة الزوجية، وقد تم تكريسها بمقتضيات وقواعد قانونية صريحة، يفهم من خلالها أن مشرع مدونة الأسرة جاء بفلسفة جديدة ترمي إلى عدم التعقيد والتأخير، وتكريس مبدأ المرونة والتبسيط في اقتضاء الحقوق، ويتجلى ذلك في وضع آجال محددة يجب على القضاء احترامها من خلال إصدار الأحكام في أسرع الآجال، وبجودة تحول دون ضياع الحقوق، فتحديد الآجال من شأنه أن يخلق في نفوس المتقاضين ارتياحاً، ويشجعهم على اللجوء إلى القضاء؛ لأن التجربة أثبتت أن المساطر الطويلة لا تبعث على الارتياح، وتدخل اليأس في نفوس المرتفقين، كما أنها تفقد الناس الثقة في مرفق القضاء لعدم نجاعة وجودة الأحكام الصادر عنه، بالإضافة إلى بطءٍ يسئ إلى الجهاز القضائي بشكل عام، وتكمن أهمية هذا الموضوع في تسليط الضوء على الآجال القانونية التي حددها المشرع الأسري والتي قصد من ورائها تسريع البت في الدعاوى القضائية وتبسيط مساطرها، لضمان الحقوق والحفاظ على مؤسسة الأسرة، فالآجال القانونية لها أهمية بالغة؛ لارتباطها الوثيق بالدعوى التي ترفع للسلطة القضائية قصد الاعتراف بحق أو حمايته، وعلى غرار كل مادة من مواد القانون التي تنفرد بآجال خاصة تخدم الفلسفة التشريعية التي شرعت من أجلها، وفق ما تتميز به من خصائص عن باقي المواد الأخرى، فالأمر يصدق - كذلك - على المادة الأسرية التي سعى المشرع إلى تبسيط مساطرها، وتنفيذ إجراءاتها، داخل آجال معقولة؛ لخصوصيتها وعلاقتها بتنظيم أهم خلية في المجتمع، هذا من حيث الأهمية الموضوعية، أما الأهمية العملية فتتمحور في الوقوف على الصعوبات التي تعترض العمل القضائي في تفعيل هذه الآجال، والتي قد تحول أحيانا دون تطبيقها السليم، ولتعدد هذه الآجال فسأقتصر على دراسة الآجال القانونية في دعوى الزواج وآثاره.

بناء على ما سبق يمكن القول: إن إشكالية هذا البحث تتمحور في تساؤل عام هو: ما غاية المشرع من التنصيص على الآجال القانونية في مدونة الأسرة؟ وما مدى حرصه على تفعيلها في الدعاوى الأسرية؟

ومن هذا التساؤل تتفرع العديد من التساؤلات والاشكالات وهي على الشكل التالي:

ما مدى التزام الجهاز القضائي والمتقاضين بالتفعيل السليم لهذه الآجال؟ وما الجزاء المترتب عن الإخلال بهذه الآجال باعتبارها قاعدة قانونية؟ وهل حققت هذه الآجال الغاية التي وضعت من أجلها؟ وما دور هذه الآجال في تحقيق الأمن القضائي الأسري؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية سأقسم الموضوع إلى محورين سأتناول في الأول، الآجال القانونية في دعاوى الزواج، على أن أتحدث في المحور الثاني عن الآجال القانونية في دعاوى آثار الزواج.

المحور الأول:

الآجال القانونية في دعوى الزواج

بعد استقرائي لمواد كتاب الزواج من مدونة الأسرة، وقفت على العديد من الآجال والتي سأتحدث عنها على النحو الآتي:

أولاً: أجل إيداع نسخة من عقد زواج المغاربة المقيمين بالخارج بالمصالح القنصلية المغربية

حرصاً من المشرع المغربي على حقوق المغاربة المقيمين بالخارج ونظراً لاختلاف الأنظمة القانونية للدول المنظمة للروابط الأسرية لمواطنيها وللأجانب المقيمين على أرضها في إبرام عقد الزواج بالخارج، نصت مدونة الأسرة على مقتضى جديد فيما يخص المسطرة المتبعة لإبرام عقد الزواج بالخارج، ففي المادة 15 منها تطرقت للجوانب المسطرية التي يتعين على المغاربة اتباعها بخصوص عقود زواجهم، إلا أن هذه الإجراءات لم تسلم من بعض الإشكالات، خاصة فيما يتعلق بأجل إيداع نسخة من العقد المبرم بالخارج بالمصالح القنصلية، ولدارسة هذه الإشكالات لابد من الحديث عن إجراءات ضبط وتسجيل عقود الزواج المبرمة بالخارج.

أ_ إجراءات ضبط وتسجيل عقود الزواج المبرمة بالخارج :

يمكن للمغاربة القاطنين بديار المهجر إبرام عقود زواجهم وفق المسطرة العادية، وذلك أمام القنصليات المغربية بالدول الأجنبية، ولكن أمام تعسف بعض الدول الأجنبية، وعدم اعترافها بعقود الزواج المبرمة فوق ترابها وفق الإجراءات والشكليات الخاصة بقانون بلدهم، جاءت مدونة الأسرة بمقتضيات جديدة فيما يخص زواج مغاربة الخارج، حيث نصت المادة 15 من المدونة على ما يلي: " يجب على المغاربة الذين أبرموا عقد

الزواج طبقا للقانون المحلي لبلد إقامتهم، أن يودعوا نسخة منه داخل أجل ثلاثة أشهر من تاريخ إبرامه بالمصالح القنصلية المغربية التابع لها محل إبرام العقد.

إذا لم توجد هذه المصالح، ترسل النسخة داخل نفس الأجل إلى الوزارة المكلفة بالشؤون الخارجية.

تتولى هذه الأخيرة إرسال النسخة المذكورة إلى ضابط الحالة المدنية، وإلى قسم قضاء الأسرة محل ولادة كل من الزوجين.

إذا لم يكن للزوجين أو لأحدهما محل ولادة بالمغرب، فإن النسخة توجه إلى قسم قضاء الأسرة بالرباط، وإلى وكيل الملك بالمحكمة الابتدائية بالرباط.

يتضح من خلال ما سبق أن المشرع المغربي لم يكتف فقط بتنظيم عقد الزواج المنجز في الخارج، بل تتولى كذلك أمر تتبعه وإعلانه، فأوجب لهذا الغرض على كل المغاربة الذين تزوجوا وفق أحكام المادة 14 أن يودعوا نسخة من العقد داخل أجل ثلاثة أشهر من تاريخ إبرامه بالمصالح القنصلية المغربية التابع لها محل إبرامه، وأن يرسلوا نسخة منه داخل نفس الأجل إلى الوزارة المكلفة بالشؤون الخارجية عند تعذر وجود المصالح القنصلية¹.

ولعل الغاية من نص المشرع على هذا الإجراء هو إشهار عقد الزواج لدى المصالح المغربية، وتسجيله بالسجلات المسوكة لدى ضابط الحالة المدنية المختص، كما هو الحال بالنسبة للزواج المبرم طبقا للمادة 65 من المدونة، وذلك بموجب المادة 68 من نفس المدونة، بالإضافة إلى أن المشرع اعترف بالزواج المدني الجاري به العمل في الدول الغربية، تكريسا منه للقاعدة المقررة من مبادئ القانون الدولي الخاص، والمادة الثانية من "اتفاقية لاهي لسنة 1976 حول إبرام عقد الزواج"، والتي تؤكد على أن شكل التصرف يخضع لمحل إبرامه²، وهذا الإجراء حصر على المغاربة الذين تزوجوا طبقا للقانون المحلي لبلد إقامتهم، تطبيقا لمقتضيات المادة 14، أما المغاربة الذين أبرموا عقودهم في المصالح القنصلية تطبيقا لمقتضيات المادة 38 من مرسوم 29 أكتوبر 1970، فإنه لا يشملهم هذا الإجراء؛ لأن الزواج تم في المصالح القنصلية ذاتها التي تقوم بجميع الإجراءات التوثيقية من التسجيل والاحتفاظ بالنظائر وغيرها من الوسائل التي تؤكد إثبات الزواج³.

¹ - نجيب شوقي قراءة في مسطرة إبرام عقد الزواج طبق أحكام المادتين 14 و15 من مدونة الأسرة الجديدة، مدونة الأسرة عام من التطبيق الحصيلة والآفاق، أشغال الندوة الوطنية المنعقدة بكلية الحقوق بوجدة يومي 17 و18 فبراير 2005، منشورات مجموعة البحث في القانون والأسرة سلسلة الندوات العدد الأول، ط2006، ص231.

² - سناء الماحي، الإطار القانوني لزواج مغاربة الخارج، ندوة دولية بعنوان تطبيق مدونة الأسرة في المهجر، مختبر البحث في قانون الأسرة والهجرة سلسلة الندوات العدد 4، دارابي رقرق، ص242.

³ - محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، ط السادسة، 2013، ص56.

وإذا كانت هذه المادة 14 من م. أ. تتميز ببساطتها في جوانبها الإجرائية، فإنها في الواقع تطرح مجموعة من الإشكالات.

ب_ الإشكالات التي تطرحها المادة 15 على مستوى الأجل المنصوص عليه؛

الإشكال الأول: إذا تم إيداع نسخ عقد الزواج لدى المصالح القنصلية أو الوزارة المكلفة بالشؤون الخارجية خارج الأجل المحدد، ماذا يكون مصير هذه العقود؟ تم ماذا لو لم يتم إيداع هذه النسخ أصلاً؟ يبدو أن المشرع المغربي لم ينص على الجزاء في حالة مخالفة ذلك، وهو ما يعني أن الإخلال بمقتضيات المادة 15 لا يؤدي إلى بطلان العقد¹ حتى وإن لم تحترم فيه الإجراءات المنصوص عليها في المادة 15 من مدونة الأسرة، بشرط أن تتوفر على الشروط الموضوعية المنصوص عليها في المادة 14 من م. أ. وذلك لأن الإجراءات المنصوص عليها في المادة 15 ما هي إلا إجراءات ضبطية، الغرض منها تسهيل عقود الزواج المدنية المبرمة في الخارج - من طرف مواطنين مغاربة - لأنه لو كان الأمر كذلك لكان المشرع المغربي قد نص على الجزاء الذي يترتب عن عدم احترام هذه الإجراءات²، وبناء عليه إذا تم الإدلاء بعقد الزواج غير المستند للإجراء المذكور في دعوى قضائية بالمغرب فلا تأثير لغيابه على العقد مادام هذا العقد مستوفياً لكل أركانه وشروطه، ولا ينقص من قوته الثبوتية.

الإشكال الثاني: قديدخل الزوجان إلى المغرب ومجوزتهما عقد الزواج المدني المبرم بينهما، فيتقدمان معا أو يتقدم أحدهما بنسخة من العقد للمصالح المعنية، فهل يتم قبول ذلك منهما في إطار تبسيط الإجراءات الإدارية؟ أم إنه لا بد من سلوك المسطرة الإدارية المنصوص عليها في المادة 15؟

يبدو أن الجهات المعنية تتفهم فلسفة المشرع القاضية بتبسيط الإجراءات في وجه الجالية المغربية المقيمة بالخارج، وبدأت فعلاً تقبل بتسلم النسخ دون اشتراط أن يكون ذلك على الطريقة الإدارية المنصوص عليها، يبدو ذلك جلياً من خلال بعض الحالات، نذكر منها حالة مغربية متزوجة بـ فلسطيني بكندا وفق الشكل المدني أواخر سنة 2008، تقدمت بنسخة من عقد الزواج إلى وزارة الخارجية أوائل سنة 2009 خارج الأجل، وتم قبول ذلك منها³، لكن هناك من له رأي آخر في الموضوع، حيث يرى بأنه يجب على الزوجين اللذين لم يقوموا بإيداع نسخة عقد الزواج في قنصلية بلد إقامتهم أن يسلكوا مسطرة التذليل لتصحيحه في

¹ -معمربومكوسي، تذييل الأحكام الأجنبية في المادة الأسرية بين النص القانوني والعمل القضائي، منشورات مجلة العلوم القانونية، ط1. 2015، ص96 و97.

² - سناء الماحي، الإطار القانوني لزواج مغاربة الخارج، مرجع سابق ص243.

³ - محمد المهدي، النظام القانوني لزيجات وأطلقة المغاربة المقيمين بالخارج بين النص وإشكالات التطبيق، تطبيق مدونة الأسرة في المهجر، أشغال ندوة دولية بتاريخ 8 و9 أبريل 2010، ص292.

حالة ما إذا تخلف أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 14 من م. أ. وذلك للتأكد من عدم مخالفته للنظام العام ومقتضيات مدونة الأسرة¹.

ويمكن رصد إشكال آخر على مستوى صياغة المادة 15 بحيث إن أول ملاحظة يمكن تسجيلها عليها هي أنها لم توضح لنا الإجراءات بخصوص وزارة الشؤون الخارجية، فالفقرة الثانية من المادة نصت على ما يلي: " تتولى هذه الأخيرة إرسال النسخة المذكورة إلى ضابط الحالة المدنية، وإلى قسم قضاء الأسرة محل ولادة كل من الزوجين". فعبارة " تتولى هذه الأخيرة" تعود على وزارة الشؤون الخارجية وليس على القنصلية، فهل معنى هذا أن عقود الزواج التي تحال على القنصلية لا ترسل إلى ضابط الحالة المدنية وإلى قسم قضاء الأسرة؟ في حقيقة الأمر يمكن القول: بأن هناك خللا في الصياغة؛ لأن أقسام قضاء الأسرة ومصالح الحالة المدنية تودع لديها نسخ من عقود الزواج التي تم إيداعها لدى المصالح القنصلية، كما يتبين من خلال بعض عقود الزواج المطلع عليها².

ونظرا لأن مدونة الأسرة سمحت بإبرام عقود الزواج وفق الإجراءات الإدارية المحلية لبلد الإقامة، وأكدت - لاعتبارها صحتها وحجيتها في المغرب - على توفر الشروط المطلوبة في المادة 14 من المدونة، فإنه يتعين على الجهات المعنية القيام بجملات تحسيسية بالنسبة لأفراد الجالية المغربية لإقناعهم بأن العقود المذكورة لها حجيتها في المغرب، ويتعين توجيه نسخها إلى ضابط الحالة المدنية، وإلى قسم قضاء الأسرة محل ولادة كل من الزوجين، (المادة 15 من المدونة)، كما يتعين ربط الاتصال بالسلطات المركزية لبلد الإقامة قصد إخبارها بمقتضيات المدونة، وبحث إمكانية التنصيص في العقود على الشروط والبيانات المطلوبة حتى يسهل الاعتراف بها في المغرب.

ويمكن التنسيق بين القاضي والمصالح القنصلية، ليتم الاطلاع على هذه العقود والتأكد من مطابقتها لما يفرضه القانون، قصد تدارك كل نقص، وفي هذه الحالة يجب إبلاغ المعني بعقد الزواج بإتمام الإجراءات وإضافة البيانات التي تعالج كل نقص³.

إن التطبيق العملي للمادة 15 خاصة فيما يتعلق باحترام آجال إيداع نسخة من عقد الزواج بالمصالح القنصلية، أفرز عدة مشاكل، يرجع بعضها إلى جهل المواطنين بالخارج للمقتضيات القانونية الواجب سلوكها

¹-معمربومكوسي، مرجع سابق، ص 97.

²- إلهام شيكري: تذييل الأحكام الأجنبية في المادة الأسرية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص وحدة التكوين والبحث في تشريعات الأسرة والمهجر، كلية العلوم القانونية والاجتماعية جامعة محمد الأول وجدة 2007-2008، ص 65.

³- وزارة العدل مديرية الشؤون المدنية، منشور رقم 13 س 2 بتاريخ 12 أبريل 2004 حول تطبيق مقتضيات مدونة الأسرة على أفراد الجالية المغربية المقيمين بالخارج.

في إنجاز عقود زواجهم، وجعلها منسجمة مع القانون الوطني، أمام غياب جزاء عند عدم احترام هذه مقتضيات، وهو ما يحتم على الأجهزة الإدارية والقضائية المغربية القيام بدورها في التحسيس بأهمية ممارسة الإجراءات المتعلقة بزيجاتهم داخل الآجال المحددة ووفق المساطر المحددة حتى تكون عقودهم صحيحة مطابقة للقانون، ومرتبة لآثارها في بلد إقامتهم وبلدهم الأصلي¹.

ثانيا : أجل إيداع الزوج الراغب في التعدد لمستحقات الزوجة والأولاد :

إذا كان المشرع المغربي قد عالج موضوع تعدد الزوجات في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة في الفصل 30 بشكل محتشم جدا² وكذا التعديلات اللاحقة التي أتت سنة 1993، والتي لم تأت بجديد يذكر سوى أنها أعطت الحق للمرأة في إمكانية اشتراط عدم التزوج عليها كما جاء في الفصل 31 من قانون الأحوال الشخصية الملغى³.

غير أن مدونة الأسرة اتخذت موقفا أكثر جرأة عندما قننت موضوع التعدد، وإجراءاته، والقيود الواردة عليه، ضمن الباب الثاني من القسم الثالث من الكتاب الأول المتعلق بالزواج الذي خصصه المشرع للموانع المؤقتة، وبالضبط في المواد 40 إلى 46 من مدونة الأسرة.

جاء في المادة 45 من مدونة الأسرة: "إذا ثبت للمحكمة من خلال المناقشات تعذر استمرار العلاقة الزوجية، وأصرت الزوجة المراد التزوج عليها على المطالبة بالتطليق، حددت المحكمة مبلغا لاستيفاء كافة حقوق الزوجة وأولادها الملزم الزوج بالإفناق عليهم.

يجب على الزوج إيداع المبلغ المحدد داخل أجل لا يتعدى سبعة أيام.

تصدر المحكمة بمجرد الإيداع حكما بالتطليق، ويكون هذا الحكم غير قابل لأي طعن في جزئه القاضي بإنهاء العلاقة الزوجية.

يعتبر عدم إيداع المبلغ المذكور داخل الأجل المحدد تراجعا عن طلب الإذن بالتعدد.

¹ - طلبة ماستر قضاء الأسرة الفوج الأول، عرض بعنوان زواج المغاربة المقيمين بالخارج طبقا للمادتين 14 و15 من مدونة الأسرة كلية الشريعة فاس جامعة سيدي محمد بن عبد الله. 2017 - 2018. ص23.

² - حيث كان ينص على:

أ- إذا خيف عدم العدل بين الزوجات لم يجز التعدد.

ب- للمتزوج عليها إذا لم تكن اشترطت الخيار أن ترفع أمرها للقاضي لينظر في الضرر الحاصل لها، ولا يعقد على المرأة الثانية إلا بعد

اطلاعها على أن مريد الزواج منها متزوج بغيرها.

³ - جاء في الفصل 31 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة " للمرأة الحق في أن تشتراط في عقد النكاح ألا يتزوج عليها زوجها، وأنه إذا لم يف الزوج يبقى للزوجة حق طلب فسخ الزواج".

قد يثبت للمحكمة من خلال المناقشات، بل ومنذ الوهلة الأولى، تعذر استمرار العلاقة الزوجية بين الطرفين، ولو عن طريق محاولة إصلاح ذات البين بينهما، وفي هذه الحالة الأخيرة، إذا طالبت الزوجة بتطليقها من زوجها، حددت المحكمة للزوج مبلغا ماليا لاستيفاء كافة حقوق الزوجة وأولادهما الذين لازال الزوج ملزما من الناحية القانونية بالإئناق عليهم¹، مع العلم أن عدم إيداع المبلغ المذكور داخل أجل سبعة أيام يعتبر تراجعاً منه عن طلب الإذن بالتعدد، وهو أجل جد قصير يندرج بدوره في إطار التشدد في القيود على الإذن بالتعدد²، والذي اتخذته المشرع كهدف له، وتصدر المحكمة بمجرد إيداع المبالغ حكما بالتطليق لا يقبل أي طعن في جزئه القاضي بإنهاء العلاقة الزوجية، بخلاف ما يتصل بالمستحقات، حيث للطرفين أن يطعنا في تقديرها تطبيقاً لمقتضيات المادة 128 من مدونة الأسرة³، فالمشرع حدد للزوج أجل سبعة أيام، واعتبر عدم إيداع الزوج للمبلغ تراجعاً عن طلب الإذن بالتعدد، وهي إجراءات أقل ما يمكن القول عنها إنها إجراءات ذات طابع استعجالي غلت يد الأطراف، وكذلك المحكمة في التروي في الأمر أكثر، كما يؤخذ عن المادة المذكورة عدم مراعاتها مصلحة الأطفال حالة تواجدهم أسوة بما نصت عليه المادة 81 من م. أ. والتي أوجبت القيام بمحاولتين للصالح تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوم⁴.

¹ - وهي الحقوق المنصوص عليها عموماً في المواد 83 و84 و85 من م. أ.

² - وحسب إحصائيات رسمية لوزارة العدل المغربية تضمنتها دراسة تحليلية إحصائية بمناسبة عشر سنوات من تطبيق مدونة الأسرة، صادرة في عام 2014، فإن "رسوم الزواج المتعلقة بالتعدد تعرف نوعاً من الاستقرار منذ سنة 2004" وتسجل الإحصائيات أيضاً ارتفاعاً في نسبة رفض طلبات الإذن بالتعدد، ويمكن الإشارة هنا على سبيل المثال، إلى أن عدد طلبات الإذن بالتعدد المقدمة خلال عام 2013 وصل إلى 5811 طلباً، تم قبول 1822 طلباً منها في مقابل رفض 2105 طلبات. ويلفت المصدر نفسه إلى أن "الأذن الممنوحة من قبل المحاكم لا يعني بالضرورة أنها تساوي عدد رسوم زواج التعدد" مع العلم أن "كثيراً من هذه الأذن لا يتم استعمالها من طرف طالبيها لسبب أو لآخر"، مشيراً إلى أن رسوم زواج التعدد "لم تتجاوز خلال فترة تطبيق المدونة عتبة 0.34 في المئة من العدد الإجمالي لرسوم الزواج". ينظر في هذا الصدد مقال منشور بصفحة أصوات مغربية بعنوان "تعدد الزوجات بالمغرب شروط صارمة ولكن www.maghrevoices.com تمت زيارة الموقع فاتح يونيو 2019.

³ - محمد الكشور، الواضح في شرح مدونة الأسرة ط 3. 2015. ص 338 و339.

⁴ - حسن عجيبي، التعدد والشقاق على ضوء أحكام المادة 45 من مدونة الأسرة، مقال منشور بالصفحة الإلكترونية لمحكمة.

<https://www.mahkamaty.com> تمت زيارة الموقع يوم 10 يونيو 2019.

ثالثا : أجل طلب فسخ عقد الزواج من طرف المكره أو المدلس عليه :

أخذ المشرع المغربي بموقف الجمهور¹ حيث اعتبر الإكراه عيبا يمكن معه فسخ العقد، وجعله كأن لم يكن، وهو ما يظهر من خلال المادة 63 من م. أ²، فالمشرع طبقا للقواعد العامة أعطى لضحية عيب الإكراه والتدليس الخيار بين إبطال العقود ودعوى التعويض مع بقاء العقد قائما.

وبالعودة إلى مدونة الأسرة أجد أن المشرع أشار إلى عيوب الرضا كما نص عليها في قانون الالتزامات العقود، حيث نصت المادة 12 من مدونة الأسرة على " تطبق على العقد المشوب بإكراه أو تدليس، الأحكام المنصوص عليها في المادتين 63 و66 بعده"، فهذه المادة أوجدها المشرع لحماية أحد أطراف العلاقة الزوجية من الإكراه، ومنحه إمكانية فسخ عقد الزواج والمطالبة بالتعويض.

والإكراه هو ضغط مادي أو أدبي يقع على الشخص، فيولد لديه رهبة أو خوفا تحمله على التعاقد، فهو يصيب الإرادة في أحد عناصرها، وهو عنصر الحرية والاختيار، إذ المكره لا يريد أن يتعاقد، ولكن الرهبة التي ولدها الإكراه تدفعه إلى التعاقد والإكراه ليس بذاته هو الذي يفسد الرضا ويعيب الإرادة، وإنما يفسدها ويعيبها ما يولده الإكراه في نفس المتعاقدين من رهبة أو خوف.

فقد يكره أحد الزوجين الآخر على التعاقد إما إكراها مائيا أو معنويا، حيث يعدم الإرادة ولا يترك للمكره أي اختيار بإجباره على التعاقد حيث تنعدم الإرادة تماما.

أما الإكراه المعنوي فهو يترك مجالا للمتعاقد أن يتعاقد أو يلحقه ضرر فيما بعد، وقد يتعاقد توكيا لهذا الضرر، فهناك رهبة وخوف من ضرر قد يلحقه هي التي تجعله يتعاقد، فإرادة المتعاقد تكون معيبة والعقد يستوجب الإبطال³.

والتدليس هو عبارة، عن مجموعة من الوسائل الاحتيالية التي يمارسها أحد المتعاقدين قصد إخفاء الحقيقة وتضليل الطرف الآخر الشيء الذي يحمله على التعاقد⁴.

¹ - جمهور الفقهاء منهم الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وابن حنبل، الإكراه عندهم يبطل العقود حتى لو تعلق الأمر بالزواج، لأن الإكراه يعدم الرضا وبالتالي فالعقد باطل، واستدل الجمهور على رأيهم هذا بقوله تعالى: ﴿من كفر بالله من بعد إيمانه إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان ولكن من شرح بالكفر صدرا فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم﴾ [سورة النحل آية 106]. ينظر في هذا الصدد سبل السلام في شرح بلوغ المرام من جميع أدلة الأحكام " للصنعاني، المجلد الثاني الجزء الثالث، مكتبة الرسالة الحديثة دون تاريخ الطبعة، ص 122.

² - جاء في هذه المادة: " يمكن للمكره أو المدلس عليه من الزوجين بوقائع كان التدليس بها هو الدافع إلى قبول الزواج أو اشتراطها صراحة في العقد، أن يطلب فسخ الزواج قبل البناء وبعده، خلال أجل لا يتعدى شهرين من يوم زوال الإكراه، ومن تاريخ العلم بالتدليس مع حقه في طلب التعويض.

³ - عبد القادر العرعري، نظرية العقد، ط3 مطبعة الأمنية الرباط 2013، ص 159

⁴ - جاء في الفصل 52 من ق.ل.ع: " التدليس يخول الإبطال، إذا كان ما لجأ إليه من الحيل أو الكتمان، أحد المتعاقدين أو نائبه أو شخص آخر يعمل بالتواطؤ معه، قد بلغت في طبيعتها حدا بحيث لولاها لما تعاقد الطرف الآخر، ويكون التدليس الذي يباشره الغير نفس الحكم إذا كان الطرف الذي يستفيد منه عالما".

ويشترط في الإكراه أن تكون الوسائل المستعملة في هذا العيب هي الدافع إلى التعاقد، وقد حدد المشرع أجلا قصيرا للمطالبة بالفسخ أو التعويض، حدده في شهرين من يوم زوال الإكراه أو من تاريخ العلم بالتدليس، واستثناء من آجال التقادم المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود والمحددة في خمس سنوات، فيما يخص الجرائم وأشبه الجرائم من الوقت الذي بلغ فيه إلى الطرف المتضرر حصول الضرر ومن المسؤول عليه، بحيث لا تبدأ مدة هذا التقادم إلا من الوقت الذي يتوفر فيه العلم بهاذين الأمرين معا، ومقصد المشرع من تحديد هذا التقادم في شهرين هو الحفاظ على استقرار الأسرة.

وبهذا إذا تحققت العلاقة السببية بين الفعل والضرر، فإنه يحق للمتضرر طلب التعويض طبقا للقواعد العامة للمسؤولية التقصيرية، ولكن الإشكال المطروح هو أن المادة 63 من م.أ لم تحدد ما إذا كان التدليس أو الإكراه الصادر من الغير موجبا للفسخ ويمكن من المطالبة بالتعويض؟

وللإجابة عن هذا الإشكال لابد من الرجوع إلى المقتضيات العامة في قانون الالتزامات والعقود، التي تقضي بأن المسؤولية التقصيرية عن العمل الشخصي تقتضي صدور العمل غير المشروع عن الشخص ذاته، وهكذا يمكن طلب الفسخ أو المطالبة بالتعويض في حالة الإكراه الذي يقع على شخص قريب من المكره¹.

إلا أن أثر الإكراه على العقد يختلف بين قانون الأسرة وقانون الالتزامات والعقود، ففي هذا القانون الأخير يقرر حكم القابلية للإبطال، في حين أن مدونة الأسرة قررت التعويض على الفسخ إذا وجد له مبرر، كما أن المشرع في مدونة الأسرة اشترط لإيقاع الفسخ أن يتم خلال أجل لا يتعدى شهرين من يوم زوال الإكراه، وهذا مخالف لمدة التقادم المحددة في سنة، كما هو ظاهر من خلال الفصل 311 من ق.ل.ع.²، ومن الاجتهادات القضائية التي قامت بتكريس مقتضيات المادة 63 من م.أ. حكم صادر عن ابتدائية الرباط، حيث قررت المحكمة فسخ العقد مع حق المدعية في التعويض الذي قدر ب 20 ألف درهم، وقد كانت وقائع الحكم تدور حول امرأة تقدمت بطلب الحكم بفسخ العقد لأنه تم تحت الإكراه، ما دام أن الزوج - الذي هو أستاذها - كان قد أكرهها على الزواج به وإلا رسبت في السنة الجامعية فاضطرت تحت ذلك الإكراه الزواج به مع تعليق الدخول بها إلى ما بعد ظهور الامتحانات.

¹ - ياسين العويض، الإكراه والتدليس بين مدونة الأسرة وقانون الالتزامات والعقود، مقال منشور بمجلة منازعات الاعمال الالكترونية www.frssiwa.blogspot.com تمت زيارة الموقع يوم 19 يونيو 2019.

² - جاء في الفصل 311 من ق.ل.ع: " يكون لدعوى الإبطال محل في الحالات المنصوص عليها في الفصل 4 و39 و55 و56 من هذا الظهير وفي الحالات الأخرى التي يحددها القانون، وتتقادم هذه الدعوى بسنة في كل الحالات التي لا يحدد فيها القانون أجلا مخالفا، ولا يكون لهذا التقادم محل إلا بين من كانوا أطرفا في العقد".

وبعد ظهور نتائج الامتحانات تقدمت الزوجة بطلب الفسخ في الأمد القانوني المحدد في المادة 63 من المدونة معززة طلبها بشهادة الليف تثبت أنها سبق وقد رفضته¹.

ومن الاجتهادات القضائية كذلك في هذا المجال أجد ابتدائية بركان قضت بما يلي: "... وحيث إن المدعى عليه بذاك يكون قد احتال على المدعية وأخفى عنها واقعة زواجه من غيرها وذلك بتقديمه شهادة الخطوبة على أساس أنه عازب خلافا للحقيقة".

وحيث إن المادة 63 من مدونة الأسرة تنص على أنه يمكن للمكره أو المدلس عليه من الزوجين بوقائع كان التدليس بها هو الدافع إلى قبول الزواج أو اشتراطها صراحة في العقد أن يطلب فسخ الزواج قبل البناء وبعده خلال أجل لا يتعدى شهرين من يوم زوال الإكراه، ومن تاريخ العلم بالتدليس مع حقه في المطالبة بالتعويض.

وحيث إنه والحال ما ذكر فإن المدعى عليه يكون قد احتال على المدعية وأخفى عنها واقعة زواجه من غيرها ...، مما يكون معه طلب المدعية مبنيا على أساس قانوني، ويتعين الاستجابة له، وحيث إن المحكمة بما لها من سلطة تقديرية ارتأت تحديد التعويض المناسب في مبلغ 5000 درهم.²

المحور الثاني:

الآجال القانونية في دعاوى آثار الزواج

في هذا المحور سأحدث عن الآجال القانونية التي نص عليها المشرع في آثار الزواج، وباستقراء مواد باب الزواج المنصوص عليها في مدونة الأسرة، أجد أن النفقة هي الأثر الوحيد الذي يثير إشكالات على مستوى العمل القضائي، ولصبغتها الاستعجالية أشار المشرع بضرورة البت في قضايا النفقة خلال أجل أقصاه شهر واحد، كما نص على ذلك في المادة 190 من م.أ. لذا سأحدث عن هذا الأجل وما يثيره من إشكالات قانونية وقضائية.

ينص الفصل 179 مكرر من قانون م.م على أنه: "بيت في طلبات النفقة باستعجال، وتنفيذ الأوامر والأحكام في هذه القضايا رغم كل طعن، ريثما يصدر الحكم في موضوع دعوى النفقة، للقاضي أن يحكم بنفقة مؤقتة لمستحقيها في ظرف شهر من تاريخ طلبها، مع اعتبار صحة الطلب والحجج التي يمكن الاعتماد عليها..."

¹-حكم المحكمة الابتدائية بالرباط عدد 17/2005 في الملف رقم 101/2005 بتاريخ 14-01-2005 غير منشور.

²- حكم المحكمة الابتدائية ببران عدد 969/05. ملف شخصي عدد 205/04 بتاريخ 24-01-2005 غير منشور.

وبعض النظر عن الاختلاف الفقهي فيمن يعود له اختصاص البت في النفقة، فتوحيد المحاكم بخصوص هذا الإشكال في اتجاه إعطاء الاختصاص لقاضي الموضوع بالنظر في دعوى النفقة، سواء كانت مؤقتة أو نهائية، مع استفادته من المسطرة الاستعجالية - خاصة أن الحكم الصادر لا يمكن أن يكون إلا مساسا بالموضوع - ويبدو أن هذا الرأي هو الراجح.

وعلى خلاف الأصل - أي إقامة الدعوى في محكمة الموطن الحقيقي أو محل إقامة المدعى عليه¹، نصت المادة 28 من ق. م. م. على أنه خلافا لذلك تقام الدعوى في دعاوى النفقة أمام محكمة موطن أو محل إقامة المدعى عليه، أو موطن محل إقامة المدعي، باختيار هذا الأخير².

وقد أورد المشرع في المادة 190 م. أ. مقتضيات يظهر منها رغبة المشرع في إنهاء الكثير من مظاهر الممارسة العملية السائدة، والتي يطغى عليها التأخر في الفصل في قضايا النفقة في الكثير من الأحيان، مع أن موضوع النفقة لا يقبل التأخر لارتباطه بالمعيش اليومي، فنص على وجوب البت في قضايا النفقة في أجل أقصاه شهر واحد، وهذا الأجل هو عبارة عن أجل تحفيزي قصد منه الإسراع بإصدار حكم النفقة، على اعتبار صعوبة احترام ذلك الأجل³، وهذه الاستحالة الواضحة من خلال الأحكام القضائية المتعلقة بالنفقة يكون سببا فيها - بالإضافة إلى الأطراف - النيابة العامة التي أصبحت طرفا أصليا في كل القضايا ومنها النفقة، حيث تكون تارة حاضرة وأحيانا أخرى تغيب في الجلسات، مما يدفع بالحكمة إلى تأخير الملفات من أجل إحالتها عليها⁴. ونظرا للدور الحيوي للنفقة فقد خصها المشرع المغربي بعدد من الضمانات القانونية حماية لهذا الحق وتجسيدها له في أرض الواقع وتمكيننا لأصحابه منه بسهولة وسرعة بالقدر الكافي، وهذه الضمانات ماثرة في قوانين مختلفة موضوعية وإجرائية ومن أبرزها⁵:

- اعتبار المسطرة في قضايا النفقة شفوية ومعفاة من أداء الرسم القضائي بقوة القانون، بحكم طابعها المعيشي الإعالني، حسبما نص عليه القانون المتعلق بالمصاريف القضائية لسنة 1984، وبالذات المادة الثانية

¹ - الفصل 27 من قانون المسطرة المدنية.

² - ضمانات إجراءات تقدير نفقة المتعة، سرعة البت والتنفيذ، مقال منشور بالموقع الإلكتروني <http://www.blog.saeed.com> تمت زيارة الموقع يوم 22 يونيو 2019.

³ - ولكن الواقع العملي بأقسام قضاء الأسرة يشهد على عكس هذا، لأن التقيد بأجل الشهر بالنسبة لقضايا النفقة يؤدي أحيانا إلى عدم احترام الأجل المحددة قانونا للاستدعاء حسب الفصلين 40 و41 من ق.م.م. والتي قد يترتب عن مخالفتها البطلان عند التمسك بها من ذي مصلحة. ينظر في هذا الصدد، أحمد الأمراني، السلطة التقديرية للقاضي في تحديد نفقة الأبناء، مقال منشور بمجلة الأبحاث والدراسات القانونية العدد الأول ماي 2013، ص 167 و168.

⁴ - محمد الشافعي، قانون الأسرة المغربي بين الثبات والتطور، الطبعة الأولى 2004 المطبعة والوراقة الوطنية مراكش ص 98.

⁵ - عادل حاميدي، مرجع سابق ص 525 وما بعدها.

منه¹، إذ كيف لمن لا يجد ما ينفقه، أن يؤدي الرسوم القضائية عن طلبه المتعلق بالنفقة؟ وكذا تحديد أجل قصير للفصل فيها محدد في شهر بعد أن كان أمد البت يزيد في المتوسط عن السنة، وإعطاء القضاء إمكانية اقتطاع المبالغ المتعلقة بها من منبع الربح الذي يتقاضاه الملزم وتمكينه من اتخاذ جميع الضمانات التي تسمح بتنفيذ الحكم.

- شفع الحكم القاضي بالنفقة بالنفاذ المعجل وإتاحة تنفيذه رغم كل طعن عملا بمقتضيات المادة 190 من مدونة الأسرة.

- جعل النفقة في عداد الديون الممتازة المحصنة ضد أي حجز أو مقاصة، كما جاء في الفصل 1248 من ق.ل.ع. وكذا ما كرسه الفصل 488 من ق.م.م، وزكاه العمل القضائي، حيث جاء في أمر صادر عن رئيس المحكمة الابتدائية بتازة: " حيث إن ما دفعت به المدعى عليها غير مؤسس قانونا، ذلك أن مقتضيات الفصل 488 من ق.م.م واضحة وصريحة في كون النفقات لا تقبل التحويل ولا الحجز، وليس بها أي استثناء يميز للدائن بدين النفقة في إيقاع الحجز على مبلغ النفقات، لضمان أداء دينه المذكور، الشيء الذي تبقى معه تلك المقتضيات عامة.. هذا من جهة أما من جهة أخرى فإن مقتضيات الفصل 365 من ق.ل.ع تنص على أنه لا تقع المقاصة إذا كان أحد الدينين نفقة أو غيرها من الحقوق التي لا يجوز الحجز عليها.

وحيث إنه لذلك يكون الحجز المضروب على مبالغ النفقة المودعة بصندوق المحكمة مخالفا للقانون، وعليه يكون الطلب الرامي إلى رفعه مؤسسا مما ينبغي الاستجابة له"².

- اعتبار الأحكام القضائية المتعلقة بالنفقة أحكاما وقتية لا تخول أصحابها مراكز ثابتة، ومن ثمة تجوز مراجعتها زيادة أو نقصا، كلما تغيرت الظروف التي أدت إلى صدورهما، وذلك بعد انصرام سنة من تحديدها إلا في ظروف استثنائية، وهو ما تخوله صراحة مقتضيات المادة 192 من مدونة الأسرة والتي جاء فيها: " لا يقبل طلب الزيادة في النفقة المتفق عليها، أو المقررة قضائيا أو التخفيض منها، قبل مضي سنة، إلا في ظروف استثنائية".

هذا ويعتبر شرط مرور السنة على تاريخ فرض النفقة، من المقتضيات التي يراعيها القضاء المغربي قبل مراجعة النفقة، حيث جاء في حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بالناظور أنه: " وحيث مضى أكثر من سنة

¹ جاء في الفصل الثاني من القانون المتعلق بالمصاريف القضائية ظهر شريف 54-84-1 بتاريخ 25 رجب 1404
27 أبريل 1984 بمتابعة قانون المالية لسنة 1984 " استثناء من الأحكام الواردة في الفصل الأول أعلاه تتمتع بالإعفاء من الضراب والرسوم المقررة فيه

.....
- الطلبات المتعلقة بالنفقة.

²- أمر استعجالي رقم 400/05، صادر بتاريخ 28 دجنبر 2005. ملف عدد 05/369 أشار إليه عبد القادر قرموش، الدور القضائي الجديد، ص 277.

على إقرار نفقة الابن... المطلوب مراجعتها"¹، ورغم ربط طلب مراجعة النفقة بمضي سنة على تاريخ فرضها، فإن المجلس الأعلى لا يعتبر الشرط المذكور من النظام العام فلا يكون للدفع بعدم مرور السنة أي أثر، إذا أثير ذلك أمامه أول مرة، مما يدل على أن محكمة الموضوع لا يمكنها إثارة ذلك تلقائياً، فعلى المحكمة أن تتأكد من شرط مرور سنة على تقدير النفقة في حالة ما إذا تم الدفع أمامها بذلك، وإلا كان الحكم وحسب ما قرره المجلس الأعلى يستوجب النقض"².

فإذا كانت المراجعة تنصرف إلى رفع أو خفض مبلغ النفقة الشهري أو السنوي فيتعين مراعاة ما إذا كانت هذه الظروف الاستثنائية أمراً طارئاً أو دائماً، إلا أن قصور النص يفرض المرونة في تفسيره³.

- استمررا ر سريان نفقة المصابين بالإعاقة والعاجزين عن الكسب، ونفقة البنت حين توفرها على الكسب أو وجوب نفقتها على زوجها، أو إتمام 25 سنة بالنسبة للأبناء الذين يتابعون دراستهم خلافاً للأحوال العادية الموجبة لسقوط النفقة ببلوغ المحضون ثمانية عشر سنة، كما نصت على ذلك المادة 198 من م. أ. وتجدر الإشارة إلى أن كل توقف عن أداء النفقة وخصوصاً نفقة الأولاد لمدة أقصاها شهر دون عذر مقبول، تطبق على المتوقف عن أدائها أحكام إهمال الأسرة⁴، كما نصت على ذلك المادة 202 من م. أ. لكن كل هذه الضمانات التشريعية الإجرائية والموضوعية المعتبرة تحتاج إلى ضمانات أخرى تنفيذية، تيسر اقتضاء الحق المقضي به، فالحكم الصادر بأيسر السبل وفي أقرب الآجال يبقى مجرد حبر على ورق أبيض، إذا لم يجد السبيل إلى التنفيذ وفي أقرب الآجال.

خاتمة :

وفي الختام يمكن القول: إن الآجال القانونية في الدعوى الأسرية تقوم بدور ووظيفة بالغة التأثير والأهمية، فهي من جهة تنظم المسطرة القضائية وتحدد عمرها الافتراضي، كما تعقلن الإجراءات المصاحبة لها، وتضبط آجال الإجراءات القانونية والتقنية التي يجب أن تتخذ، ويقسم الأجل أو الزمن إلى زمن موضوعي وزمن إجرائي، على غرار وجود قواعد موضوعية، وأخرى إجرائية، فيتجلى الموضوعي في أحكام الزواج والطلاق وآثارهما، أما الإجرائي فنجد على مستوى التقاضي واقتضاء الحقوق، ولا ينبغي أن يتجاهل الفرق بين قانون الموضوع وقانون الشكل.

¹ -حكم رقم 1020 صادر بتاريخ 07-06-25. غير منشور.

² - قرار رقم 171 بتاريخ 17-07-1972 مجلة القضاء والقانون عدد 124 ص 640.

³ - أحمد الخليلي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج 2 آثار الولادة والأهلية والنيابة القانونية، ط 1، 1995، دار النشر المعرفة: ص 198.

⁴ -جنحة إهمال الأسرة المنصوص على عقوبتها في المواد 479 إلى 483 من القانون الجنائي وذلك دون حاجة إلى اتباع الإجراءات الخاصة بهذه الجنحة في الحالات الأخرى من إنذار أو صدور حكم بالنفقة. ينظر في هذا الصدد الدليل العملي لمدونة الأسرة، ص 123.

وبالإضافة إلى وجود الضمانات التشريعية الإجرائية والموضوعية المتعلقة بالأجل فلا بد من ضمانات أخرى تنفيذية، تيسر اقتضاء الحق المقضي به، فالحكم الصادر بأيسر السبل وفي أقرب الآجال، يبقى مجرد حبر على ورق إذا لم يجد السبيل إلى التنفيذ، وإن تحديد هذه الآجال من شأنه أن يخلق في نفوس المتقاضين ارتياحا ويشجعهم على اللجوء إلى القضاء؛ لأن التجربة أثبتت أن المساطر الطويلة كما سبق وأن أشرت، لا تبعث على الارتياح وتدخل اليأس في نفوس المرتفقين، كما أنها تفقد الناس الثقة في مرفق القضاء لعدم نجاعة وجودة الأحكام الصادر عنه بالإضافة إلى بطءٍ يسئ إلى الجهاز القضائي بشكل عام، فكم من حقوق ذهبت سدى؟ وكم من مصالح ثابتة شطبت بجرة قلم نتيجة عدم احترام الآجال؟ وكم من شخص أدى الثمن وضحى عبثاً بأمواله، أو بحريته، جهلاً أو تهاونا منه بالتقيد بالمواعيد.

دون أن ننسى أن المشرع لم يحدد جزاء على عدم الالتزام ببعض الآجال مما يخلق تماطلا على مستوى الدعاوى الأسرية وأحيانا الاستهانة بها رغم أن لمشرع الدستوري نص على حق التقاضي وصدور الأحكام داخل آجال معقولة، وهو مقتضى سيسعف في معالجة إشكالية البطء في الإجراءات، على أن تكون ضوابط تلك الآجال محددة على ضوء طبيعة أنواع القضايا التي تعرض على أنظار المحاكم.

❖ لائحة المصادر والمراجع :

- أحمد الخليلي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج2 آثار الولادة والأهلية والنيابة القانونية، ط1 1995، دار النشر المعرفة
- إلهام شيكري: تذييل الأحكام الأجنبية في المادة الأسرية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص وحدة التكوين والبحث في تشريعات الأسرة والمهجر، كلية العلوم القانونية والاجتماعية جامعة محمد الأول وجدة 2007-2008.
- أمر استعجالي رقم 400/05، صادر بتاريخ 28 دجنبر 2005. ملف عدد 05/369 أشار إليه عبد القادر قرموش، الدور القضائي الجديد
- حسن عجمي، التعدد والشقاق على ضوء أحكام المادة 45 من مدونة الأسرة، مقال منشور بالصفحة الالكترونية لمحكمتي.
- حكم المحكمة الابتدائية بالرباط عدد 17/2005 في الملف رقم 101/2005 بتاريخ 01-01-2005 غير منشور.

- حكم المحكمة الابتدائية ببركان عدد 969/05. ملف شخصي عدد 205 /04 بتاريخ 2005-01-24 غير منشور.
- حكم رقم 1020 صادر بتاريخ 25-06-07. غير منشور.
- سناء المحي، الإطار القانوني لزواج مغاربة الخارج، ندوة دولية بعنوان تطبيق مدونة الأسرة في المهجر، مختبر البحث في قانون الأسرة والهجرة سلسلة الندوات العدد 4، دار ابي رقرق،
- ضمانات إجراءات تقدير نفقة المتعة، سرعة البت والتنفيذ، مقال منشور بالموقع الإلكتروني. <http://www.blog.saeed.com> تمت زيارة الموقع يوم 22 يونيو 2019
- طلبة ماستر قضاء الأسرة الفوج الأول، عرض بعنوان زواج المغاربة المقيمين بالخارج طبقا للمادتين 14 و15 من مدونة الأسرة كلية الشريعة فاس جامعة سيدي محمد بن عبد الله. 2017 - 2018.
- عبد القادر العرعاري، نظرية العقد، ط3 مطبعة الأمانة الرباط 2013، ص 159
- قرار رقم 171 بتاريخ 17-07-1972 مجلة القضاء والقانون عدد 124 ص 640.
- محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، ط السادسة، 2013
- محمد الشافعي، قانون الأسرة المغربي بين الثبات والتطور، الطبعة الأولى 2004 المطبعة والوراقة الوطنية مراكش
- محمد الكشيبور، الواضح في شرح مدونة الأسرة ط 3. 2015. ص 338 و339.
- محمد المهدي، النظام القانوني لزيجات وأطلقة المغاربة المقيمين بالخارج بين النص وإشكالات التطبيق، تطبيق مدونة الأسرة في المهجر، أشغال ندوة دولية بتاريخ 9 و8 أبريل 2010
- قانون الالتزامات والعقود
- معمر بومكوسي، تذييل الأحكام الأجنبية في المادة الأسرية بين النص القانوني والعمل القضائي، منشورات مجلة العلوم القانونية، ط1. 2015
- مقال منشور بصفحة أصوات مغربية بعنوان "تعدد الزوجات بالمغرب شروط صارمة ولكن www.maghrebvoices.com! تمت زيارة الموقع فاتح يونيو 2019.
- نجيب شوقي قراءة في مسطرة إبرام عقد الزواج طبق أحكام المادتين 14 و15 من مدونة الأسرة الجديدة، مدونة الأسرة عام من التطبيق الحاصيلة والآفاق، أشغال الندوة

الوطنية المنعقدة بكلية الحقوق بوجدة يومي 17 و18 فبراير 2005، منشورات مجموعة البحث في القانون والأسرة وسلسلة الندوات العدد الأول، ط2006

– قانون المسطرة المدنية

– وزارة العدل مديرية الشؤون المدنية، منشور رقم 13 س 2 بتاريخ 12 أبريل 2004 حول تطبيق مقتضيات مدونة الأسرة على أفراد الجالية المغربية المقيمين بالخارج.

– ياسين العويض، الإكراه والتدليس بين مدونة الأسرة وقانون الالتزامات والعقود، مقال منشور بمجلة

منازعات الاعمال الالكترونية www.frssiwa.blogspot.com

أحكام عمارة الحائط المشترك

في الفقه الإسلامي والقانون العقاري المغربي

The Rulings of Building a Shared Wall in Islamic Jurisprudence and Moroccan Real Estate Law



جابر الأنصاري¹ : باحث بسلك الدكتوراه ، بإشراف الأستاذ :

الدكتور زكرياء المرابط كلية الآداب والعلوم الإنسانية ، جامعة القاضي عياض

Jabir ELANSARI : Doctoral researcher, under the supervision
of Professor: Dr. Zakaria Al-Murabit Faculty of Arts and Human
Sciences, Cadi Ayyad University

¹ - Email : j.elansari.ced@uca.ac.ma

الملخص:

إن للشريك في الملكية المشتركة أن يتصرف فيها بكافة أنواع التصرفات، إلا أن هذه التصرفات التي يجريها الشريك محكومة بعدم الإضرار بباقي الشركاء، أو التعدي على حقوقهم، لذلك تبدو أهمية هذه الدراسة من خلال توضيح الحدود التي يستطيع أن يباشر الشريك فيها سلطاته، وخصوصاً سلطة إصلاح وعمارة العقار المشترك، حيث تناولت في هذا البحث أحكام عمارة الحائط المشترك والذي يعد ملكاً لجميع الجيران، في كل من الفقه الإسلامي والقانون العقاري المغربي، وقد تم التركيز في هذا البحث على أقوال الفقهاء، مع عرض أدلتهم ومناقشتها، ثم الترجيح بينها، قبل الإشارة إلى توجه المشرع المغربي في تنظيم أحكام عمارة الحائط المشترك، وما يؤيدها من أحكام قضائية. وقد تم حصر ذلك في مسائل ثلاث؛ المسألة الأولى: إذا انهدم الحائط بنفسه، المسألة الثانية: إذا هدمه أحد الشريكين، المسألة الثالثة: انتفاع الممتنع عن العمارة بالحائط. وقد خلصت الدراسة إلى عدة نتائج أهمها: أن الشريك لا يجوز له التصرف في الحائط المشترك بغير إذن شريكه. ومن أهم توصيات البحث: ضرورة التعاون بين علماء الشريعة وفقهاء القانون المختصين في المجال العقاري لوضع الأسس لمفاهيم فقه البنين، وصياغة محاورها وفق مقاصد الشريعة الإسلامية وأصولها العامة وقواعدها الكلية، لتحديد الثابت والمتغير منها، وذلك لمجاراة ومواكبة تطور العلم والبنين وفقاً لمتطلبات الزمان والمكان.

الكلمات المفتاح : الحائط المشترك، الفقه، القانون.

Abstract :

A partner in joint ownership has the right to dispose of it in all types of dispositions, but these actions taken by the partner are governed by the condition that they do not harm the other partners or infringe upon their rights. Therefore, the importance of this study lies in clarifying the limits within which the partner can exercise their powers, especially the authority to repair and construct the shared property. This research addresses the rules regarding the construction of a shared wall, which is considered the property of all neighbors, according to both Islamic jurisprudence and Moroccan real estate law. The research focuses on the scholars' opinions, presenting and discussing their evidence, and then weighing them before pointing out the Moroccan legislator's approach in organizing the rules for constructing the shared wall, supported by judicial rulings. One of the most important recommendations of the research is the necessity for cooperation between Sharia scholars and legal experts in the real estate field to establish the foundations for the concepts of construction jurisprudence and formulate its themes in accordance with the objectives of Islamic Sharia.

Keywords : shared wall, jurisprudence, law.

مقدمة :

الحمد لله الحكيم الخبير، والصلاة والسلام على البشير النذير، وعلى آله وصحبه، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، وبعد :

فلقد منّ الله - سبحانه وتعالى - على أهل الإسلام خاصة والبشرية عامة، بجعله فيهم فقهاء على مر العصور يدركون حاجات مجتمعاتهم، فيجتهدون في صياغة الأحكام الفقهية وفقاً لمتطلبات العصر، منطلقين من هداية القرآن الكريم والسنة النبوية، وما جاءت به الشريعة من رعاية المصالح والحقوق، ودرء المفساد ورد المظالم. فأدى تطور الدول وتوسع مدنها إلى ظهور ما يمكن تسميته بالملكية المشتركة؛ كالحائط المشترك، والبناء المكون من الشقق والطبقات، وحقوق الارتفاق وغيرها، نتجت عنها نزاعات بين الملاك المشتركين وتساؤلات أجاب عنها الفقهاء، شكلت قواعد -يحتكم إليها عند اللزوم- تهدف إلى تحديد وتنظيم العلاقات العمرانية بين الملاك والسيطرة على البناء وحل المشاكل التي قد تنجم بين مستخدمي العقار المشترك.

كما نظم الفقه الإسلامي مسألة الجوار في الخطط السكنية، وما توجه هذه العلاقة من ضروريات الحفاظ على البيئة الحضرية، فضلاً عن وجود بيئة عمرانية مستقرة، ويشمل هذا العنصر أحكام الاشتراك في الجدار الواحد، عند بنائه أو هدمه أو استغلاله...، وكلها في الواقع مسائل تحقق المصلحة الفردية، دون أن تعارض مصلحة الآخرين في مجال البناء، وخاصة تلك التي تتعلق بالمخاطر الناتجة عن تهالك البنيان والجدران.

فإذا فصل حائط بين عقارين؛ فقد يكون حائطاً مشتركاً، وقد يكون حائطاً فاصلاً غير مشترك ولكن مملوك خاصة لصاحب أحد العقارين. والحائط المشترك هو الحائط الفاصل بين عقارين ويملكه صاحباهما على وجه الشروع. وينشأ الحائط مشتركاً إذا أقامه الجاران بين عقاريهما بالاتفاق، أو أقامه أحدهما ثم شارك الآخر فيه. لذا؛ نجد المشرع المغربي قد عرف الحائط المشترك بأنه الحائط الفاصل بين عقارين والذي يعد مشتركاً بينهما إلى نهاية خط الاشتراك ما لم يقيم الدليل على خلاف ذلك¹.

أما في حال انهدام هذا الحائط، فلا يخلو الأمر إما أن يكون انهدامه بفعل لا دخل لأحدهما فيه، أو أن يكون انهدامه بفعل أحدهما. فإذا أراد أحدهما عمارته وامتنع الآخر فهل يجبر على العمارة معه أم لا؟ ثم إذا انفرد أحدهما بالعمارة؛ هل ينتفع الممتنع بالحائط؟

في إجابتنا على هذه الإشكالات أعتمد التقسيم التالي :

المسألة الأولى : إذا انهدم الحائط بنفسه.

المسألة الثانية : إذا هدمه أحد الشريكين.

المسألة الثالثة : انتفاع الممتنع بالحائط.

¹ - مدونة الحقوق العينية المادة: 28.

وباتباع طريقة المقارنة¹ التي هي من صور المنهج الحوارية؛ أدرس هذه المسائل محاولاً الاستقراء التام للمادة في مظانها، وتتبع المصادر التي ذكرت مجال الحائط المشترك أو تطرقت إلى بعض قضاياها، سواء في نوازل فقه البيان أو القانون العقاري المغربي، وإعادة تركيبها تركيباً علمياً متناسقاً، ثم شرح القضايا العلمية المتعلقة بعمارة الحائط المشترك، وذلك بتحليل نصوصها ومحاولة تعليل المواقف وربط الآراء بأسبابها، لصياغة أحكام عمارة الحائط المشترك، في دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون العقاري المغربي قصد إيجاد حلول للنوازل المستجدة.

مدخل تمهيدي : بناء المفهوم :

الحائط اسم فاعل من حاط، وهو الجدار، وسمي حائطاً لأنه يحوط ما فيه، فهو جدار فاصل بين شيئين؛ بنى حائطاً حول قصره. والحائط: البستان. والجمع: حيطان، وحوائط².

أما الاشتراك فمصدره (شرك) الشين والراء والكاف، أصلاً؛ أحدهما يدل على مقارنة وخلاف انفراد، والآخر يدل على امتداد واستقامة. الشَّرْكَةُ والشَّرِكَةُ سَوَاءٌ: مُخَالَطَةُ الشَّرِيكَيْنِ، وهو أن يكون الشيء بين اثنين لا ينفرد به أحدهما، يقال: اشتركتنا بمعنى تشاركنا، وقد اشترَكَ الرَّجُلَانِ وتَشَارَكَا وشارَكَ أحدهما الآخر. ويقال: شاركتُ فلاناً في الشيء، إذا صرت شريكه. وأشركتُ فلاناً، إذا جعلته شريكاً لك؛ ومُشْتَرِكٌ: ذو ملكية مشتركة، وعمل مُشْتَرِكٌ : عمل يساهم فيه العديد من الناس، وحية مشتركة جماعية، ويقال فريضة مشتركة: يستوي فيها المقتسمون³.

وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : " المُسْلِمُونَ شُرَكَاءُ فِي ثَلَاثٍ: الْمَاءِ، وَالْكَلْبِ، وَالنَّارِ"⁴. وبالتالي فالملكية المشتركة هي ما تعلق بجزء نسبي غير معين وغير محدد، بحيث تكون كل ذرة في الملك الشائع مشتركة بين جميع الشركاء، فإذا كانت الدار مثلاً مشتركة بين خمسة أشخاص كان لكل واحد منهم الخمس في كل ذرة من ذراتها دون الاستثناء بنصيب معين منها.

وعليه فقد ينشأ الشروع بالتصرف؛ كالعقد أو الوصية مثلاً، وقد ينشأ بالواقعة؛ كالمراث والالتصاق⁵ والحيازة؛ كأن يحوز شخصان أو أكثر أرضاً حيازة مشتركة⁶.

والحائط المشترك هو صنف من الملكية المشتركة بحيث يكون لكل واحد من الملاك المشتركين أن ينتفع ويتصرف في حصته كما يرى، على أن يحترم حقوق الآخرين.

¹ - الدراسات المقارنة: هي البحوث التي تسعى إلى إبراز مواطن الوفاق أو الخلاف، بين قضيتين أو قضايا، في موضوع واحد، مع تفسير ذلك وتعليله.

قصد إيجاد حل للإشكال وأجوبة للتساؤلات المترتبة عنه. انظر: أبجديات البحث في العلوم الشرعية: فريد الأنصاري، دار السلام-مصر، الطبعة الثالثة، سنة 2013م، ص:112.

² - تهذيب اللغة باب الحاء والطاء: 119/5. لسان العرب حرف الطاء فصل الحاء المهمة: 279/7.

³ - انظر: لسان العرب حرف الكاف فصل الشين المعجمة: 449-448/10، مقاييس اللغة كتاب الشين باب الشين والراء وما يثلثهما: 265/3.

⁴ - إسناده صحيح؛ أخرجه أحمد في مسنده: 174/38، وابن ماجة في سننه: 528/3.

⁵ - الالتصاق هو اندماج أو اتحاد شيئين متميزين ومملوكين للملكين مختلفين، بحيث يتعذر الفصل بينهما دون تلف. راجع: الوسيط في شرح القانون المدني: عبد الرزاق السنهوري. ج:9، دار إحياء التراث العربي-بيروت، لبنان. ص:243.

⁶ - مجلة الأحكام العدلية م:1060 ص:204. مجلة الأحكام الشرعية م:1791 ص:539.

المسألة الأولى:

انهدام الحائط بما لا دخل لأحد الشريكين فيه

إذا انهدم الحائط المشترك بما لا دخل لأحدهما فيه، وكان حاجزا وسترة بين الدارين، فأراد أحدهما بناءه وأبى الآخر، فقد اختلف في إجبار الممتنع على العمارة معه على ثلاثة أقوال:

القول الأول :

إنه يجبر على البناء مع شريكه.

وهو رواية عن الإمام أحمد، قال القاضي أبو يعلى: هي أصح الروايات¹، وهي المذهب عند الحنابلة²، وهو رواية عند المالكية³، وهو القديم عند الشافعية⁴، وهو قول الفقيه أبي الليث⁵ من الحنيفة⁶.

القول الثاني:

فيه تفصيل؛ فإذا كانت عرصة⁷ الحائط لا تتسع لبناء حائطين فإنه يجبر على البناء مع شريكه، أما إذا كانت العرصة التي عليها الحائط عريضة، بحيث لو قسمت أصاب كل واحد منهما ما يمكنه أن يبني فيه حائطاً لنفسه، لم يجبر.

وهو المعتمد عند المالكية⁸، وقول قاضيخان⁹ من الحنفية وهو المفتى به عندهم¹⁰.

¹ - انظر: المغني: 45/7، الإنصاف: 265/5، المحرر في الفقه لابن تيمية: 343/1.

² - انظر: المغني: 45/7 الهداية لأبي الخطاب ص: 270، الفروع لابن مفلح: 443/6، الإنصاف: 265/5.

³ - انظر: النوادر والزيادات: 97-96/11، الإشراف للقاضي عبد الوهاب: 598/2، الإعلان لابن الرامي البناء ص: 49، الكافي لابن عبد البر: 942/2، مواهب الجليل: 150/5.

* ذكر ابن أبي زيد: "وَجِبْرَ أَنْ يَبْنِي مَعَهُ أَوْ يَبِيعَ نَصِيبَهُ مِنَ الدَّارِ مِمَّنْ يَبْنِي، وَلَيْسَ يَبِيعُ نَصِيبَهُ مِنَ الْحَائِطِ فَقَطْ إِذْ لَا يَشْتَرِي ذَلِكَ أَحَدًا". النوادر والزيادات: 14/11.

⁴ - انظر: الحاوي الكبير: 400/6، المهذب: 141/2، حلية العلماء: 19-18/5، كفاية النبيه: 83/10، الشرح الكبير للرافعي: 109/5.

⁵ - هو نصر بن محمد بن أحمد بن إبراهيم السمرقندي الحنفي الفقيه أبو الليث المعروف بإمام الهدى - الإمام الكبير صاحب الأقوال المفيدة والتصانيف المشهورة توفي سنة 373 هـ من تصانيفه: تفسير القرآن، والنوازل في الفقه، وخرانة الفقه. انظر: الجواهر المضبية: 544-545/3، الفوائد الهية ص: 220.

⁶ - انظر: لسان الحكام لابن الشحنة ص: 409، تبين الحقائق: 196/4، الفتاوى الهندية: 100/4.

⁷ - أسن الحائط وساحته.

⁸ - انظر: النوادر والزيادات: 97/11، الكافي كافي لابن عبد البر: 942/2، القوانين الفقهية ص: 223، البيهجة في شرح التحفة: 563/2، مواهب الجليل: 150/5.

⁹ - هو فخر الدين أبو المفاخر حسن بن منصور أحمد بن أبي القاسم بن محمود الأوز جندي المشهور بقاضيخان من كبار فقهاء الحنفية بالمشرق مجتهد في المسائل توفي سنة: 592 هـ من تصانيفه: الفتاوى، والأمالي، وشرح الجامع الصغير، وشرح الزيادات. انظر: الجواهر المضبية: 94-93/2، الفوائد الهية ص: 64-65.

¹⁰ - انظر: المبسوط: 93/17، جامع الفصولين: 154/2، الفتاوى الهندية: 102/4، تبين الحقائق: 196/4، لسان الحكام لابن الشحنة ص: 409.

القول الثالث :

لا يجبر الشريك على العمارة مع شريكه مطلقا.

وبه قال الحنفية¹، وهو جديد قولي الشافعي والصحيح عند الشافعية²، وهو رواية ثانية عن الإمام أحمد اختارها ابن الجوزي³ وابن قدامة⁴ وهو رواية ثانية عند المالكية⁵.

الأدلة :

أدلة القول الأول :

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

1. ما رواه الإمام مالك عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه أن رسول الله ﷺ قال: "لا ضرر ولا ضرار"⁶.

وجه الاستدلال: لما نفى النبي صلى الله عليه وسلم لحق الإضرار دل على وجوب الإيجاب، لأن الشريك إذا امتنع عن البناء مع شريكه يلحق الضرر بنفسه وبشريكه، فيجبر الممتنع على الاشتراك في البناء دفعا للضرر، وصيانة للأموال المشتركة عن التعطيل⁷.

ويناقش بأن استعمال الحديث في نفي الضرر عن الطالب ليس بأولى من استعماله في نفي الضرر عن المطلوب، لأن ضرر طالب العمارة يقابله ضرر الممتنع منها، بإجباره على ذلك والضرر لا يزال بالضرر. ويجب أن التضرر بتكاليف البناء يقابلها الانتفاع بالحائط، كما أن تضرر الممتنع بالتكاليف أخف من تضرر شريكه بعدم البناء.

2. إنفي ترك البناء إضرارا، فيجبر عليه كما يجبر على القسمة إذا طلبها أحدهما⁸.

ويناقش بما يلي:

¹ -انظر: كتاب الحيطان للصدر الشهيد: 184-185/1، فتح القدير لابن الهمام: 323/7.

² -انظر: الحاوي الكبير: 401/6، الإشراف للقاضي عبد الوهاب: 598/2، المهذب: 141/2، حلية العلماء 18-19/5، الشرح الكبير للرافعي: 109/5، كفاية النبيه في شرح التنبيه: 83/10.

³ -هو الشيخ الإمام الحافظ المفسر جمال الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد بن علي بن الجوزي الحنبلي ينتهي نسبه إلى أبي بكر الصديق، ولد سنة تسع أو عشر وخمسمائة وسمع من خلائق وكان رأسا في التذكير بلا مدافعه وكان بحرا في التفسير علامة في السير والتاريخ موصوفا بحسن الحديث ومعرفة فنونه فقها عليما بالإجماع وله مصنفات عظيمة توفي سنة 597 هـ. انظر: سير أعلام النبلاء: 384-365/21، البداية والنهاية: 28/13-30.

⁴ -انظر: المغني: 46/7، الإنصاف: 266-265/5، الكافي لابن قدامة: 122/2.

⁵ -انظر: النوادر والزيادات: 97-96/11، الكافي لابن عبد البر: 942/2، مواهب الجليل: 150/5، القوانين الفقهية ص: 223.

* إلا أن يكون على الجدار بناء لأحد الشريكين فيجبر الممتنع باتفاق أهل المذهب. انظر: الإعلان لابن الرامي ص: 49-50.

⁶ - موطأ مالك -رواية يحيى- ت الأعظمي. رقم: 2758، ج: 4، ص: 1078.

⁷ -انظر: الإشراف للقاضي عبد الوهاب: 598/2، المغني: 46-45/7، كفاية النبيه في شرح التنبيه: 83/10، الشرح الكبير للرافعي: 109/5.

⁸ -انظر: المغني: 45/7، الكافي لابن قدامة: 122/2، الشرح الكبير على المقنع: 208/13.

أ- هذا قياس مع وجود الفارق؛ لأن القسمة ليست غرماً والعمارة غرم، فالقسمة دفع للضرر عنهما بما لا ضرر فيه، والبناء فيه مضرة لما فيه من الغرامة وإنفاق المال، ولا يلزم من إجباره على إزالة الضرر بما لا ضرر فيه إجباره على إزالته بما فيه ضرر، بدليل قسمة ما في قسمته ضرر¹.

ويجاب عن ذلك بأن القسمة لا يلزم منها دفع الضرر عنهما، بل قد يتضرر أحدهما، لاسيما وأن الضرر المانع من القسمة هو مالا يمكن معه انتفاع أحدهما بنصيبه مفردا. وإذا كان كذلك فإن الضرر الذي يلحقه بالإجبار على العمارة كالضرر الذي يلحق بالقسمة أو قريب منه فيصح القياس.

ب- إن في ترك البناء مع الشريك إضراراً قول غير مسلم، لأن الضرر إنما حصل بانهدامه، فترك البناء ترك لما يحصل النفع به، وهذا لا يمنع الإنسان منه بدليل حالة الابتداء.

ج- إذا سلمنا أن في ذلك إضراراً، ففي الإجبار على البناء ضرر أيضاً، ولا يزال الضرر بالضرر، فقد لا يكون للممتنع نفع في الحائط، أو يكون الضرر عليه أكثر من النفع، أو يكون معسراً ليس معه ما يبني به فيكلفه الغرامة مع عجزه².

3. يجبر الممتنع على البناء كما يجبر على النقص³ إذا خيف سقوطه عليهما⁴.

ويناقش بأنه قياس مع وجود الفارق من وجهين:

أحدهما: أن نقض الحائط فيه إزالة لضرر أكبر من الضرر اللاحق بتركه فيقدم عليه.

الثاني: أن في نقض الحائط إزالة لضرر عنه، فلا يقاس عليه البناء لدفع الضرر عن غيره مع إلحاق الضرر به. ويجاب عنه بأن الضرر اللاحق بالشريك عند ترك البناء أكبر من الضرر اللاحق بالممتنع بدفع تكاليف البناء فيقدم عليه.

4. انتفاع المالك بملكه أمر مستحق، ويجب على شريكه تمكينه منه، فإذا دار الأمر بين تعطيل الحق

بالكلية وبين المعاوضة عليه، فالمعاوضة عليه أولى؛ لأنه يرجع فيها إلى الانتفاع بالبدل، بخلاف التعطيل⁵.

5. عمارة الحائط فيها إنفاق مشترك يزول به الضرر عن الشريكين، فيجبر الممتنع، كالإنفاق على

العبد المشترك⁶.

ويمكن أن يجاب عن هذا بالفارق بين الحائط والعبد، فالحائط يمكن قسمته بخلاف العبد، وبالتالي فهو قياس مع وجود الفارق.

¹ - انظر: الحاوي الكبير: 401/6، المغني: 46/7، كفاية النبيه في شرح التنبيه: 84/10، الشرح الكبير على المقنع: 209/13.

² - انظر: المغني: 46/7.

³ - نقض البناء وهو هدمه. لسان العرب: 242/7.

⁴ - انظر: المغني 45/7، الشرح الكبير على المقنع: 208/13.

⁵ - انظر: قواعد ابن رجب: 6/2، ونحوه في الإشراف للقاضي عبد الوهاب: 598/2.

⁶ - انظر: المهذب: 141/2، البيان للعمرائي: 268/6، الكافي لابن قدامة: 122/2.

أدلة القول الثاني:

حاولوا الخروج من الخلاف، وذلك بقولهم: إن العرصة إذا كانت تتسع لحائطين فإنهما يجبران على القسمة، لينفرد كل واحد بملكه. وإذا انفرد كل واحد بملكه فإنه لا يجبر على أن يبني في ملكه ما لا يريده، إذ إن المتصرف في ملكه له حرية التصرف في استعمال أملاكه واستغلالها وليس لأحد أن يزاحمه في هذا الاستعمال أو التصرف.

أما إذا كانت عرصة الحائط لا تتسع لبناء حائطين، فإنه يجبر الممتنع على البناء مع شريكه، لأن ترك البناء فيه ضرر للشريكو تعطيل لمنافع الحائط، والباقي لا يتضرر ببناؤه إذ يحصل له بدل ما أنفق¹. ويناقش من وجهين:

أحدهما: أن في قسمة العرصة خلافاً، ولو سلم بصحة الإيجاب على قسمتها فإن هذا محمول على طلبهما أو طلب الممتنع من البناء للقسمة.

الثاني: لو طلبها الممتنع من البناء وقيل بالإيجاب على القسمة، فإن في عدم جبره على البناء مراعاة لجانبه، مع أنه ينتفع لا محالة بهذا البناء وضرره أخف، وليس هو أولى بالمراعاة من جاره المتضرر بترك البناء.

أدلة القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

1. قول النبي صلى الله عليه وسلم: "لا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطَيْبِ نَفْسٍ مِنْهُ"²، فلم يجبر على إنفاق ماله بغير طيب نفس منه³.

2. إنه ملك لا حرمة له في نفسه فلم يجبر مالكة على الإنفاق عليه كما لو انفرد به.

ونوقش: بأن عدم حرمة الملك إن لم يوجب فحرمة شريكه الذي يتضرر بترك البناء موجب، وفارق البناء المفرد من حيث إنه لا يفوت به حق ولا يتضرر به⁴.

3. لا يجبر على عمارة ملكه وإن تضرر به الغير؛ كما إذا كان خربه بعذر فيه، ولا على عمارة ملكه في حال الانفرد؛ فوجب ألا يجبر على ذلك في حال الاشتراك؛ كزراعة الأرض⁵.

ويجاب بأن هناك فارقاً بين ترك العمارة مع شريكه في الحائط وبين ترك الزراعة معه في الأرض، فإن الضرر حاصل في الأول دون الثاني.

4. هذا بناء حائط فلم يجبر عليه كالأبتداء⁶.

¹ - انظر: المبسوط: 93/17، المغني: 54/7، البهجة في شرح التحفة: 563/2، جامع الفصولين 154/2.

² - أخرجه أحمد في مسنده: 299/34، والبيهقي في السنن الكبرى: 166/6.

³ - كفاية النبيه في شرح التنبيه: 83/10.

⁴ - انظر: المغني: 46/7، الشرح الكبير على المقنع: 209/13.

⁵ - انظر: الحاوي الكبير: 401/6، المهذب: 141/2، كفاية النبيه في شرح التنبيه: 83/10.

⁶ - انظر: المغني: 46/7، الشرح الكبير على المقنع: 209/13.

ويناقش بأنه غير مسلم، لأن حق كل واحد منهما متعلق به، فمالم بين أصلاً قد لا يكون فيه ضرر عليه ولا منفعة له فيه، فإذا أجبر على البناء كان ذلك أخذاً لماله بغير حق، بعكس المنهدم فإن لكل واحد منهما منفعة بنائه، وعليه ضرر بترك البناء بدليل بنائهما له في الأصل، فإذا امتنع أحدهما فإنه يجبر، لظهور قصد الإضرار بجاره بتحميله نفقة البناء وحده مع انتفاعهما به معا.

5. لا يخلو الأمر من أن يجبر على بنائه لحق نفسه، أو لحق جاره أو لحقيهما جميعاً، فلا يجوز أن يجبر عليه لحق نفسه بدليل ما لو انفرد به، ولا لحق غيره كما لو انفرد به جاره، فإذا لم يجب على كل واحد منهما حال الانفرد فكذلك إذا اجتمعا¹.

ويناقش بأن هذا غير مسلم؛ لأن عدم جبره إذا كان لحق نفسه لا يفوت به حق لغيره، ولا يتضرر به الغير، وقد رضي بتركه مع حاجته إلى بنائه. وأما عدم جبره إذا كان لحق جاره فلا أنه يأخذ حكم ما لو انفرد به جاره. إلا أن للاجتماع ما ليس للانفراد، فاجتماع الحقين في الحائط المشترك يوجب حكماً يختلف في الحكم عن انفراد الحقين.

وبيان ذلك: أن جاره لو انفرد بالعمارة لا تنتفع هو -المتنع- بهذا الحائط لا محالة، فكان انتفاعه داخلاً ومختلطاً في انتفاع جاره دخولاً واختلاطاً شائعاً، فأجبر لهذا الانتفاع المشترك.

6. إن المتنع قد لا يكون له نفع بالحائط فإجباره على المشاركة في البناء فيه إتلاف لماله فيما لا يستفيد منه².

ويناقش من وجهين :

أحدهما: لا يسلم عدم انتفاعه من كل وجه.

الثاني: لو سلم عدم انتفاعه لم يمنع من إجباره دفعا للضرر عن شريكه.

7. قد يكون المتنع معسراً فيكون إجباره تكليفاً له بما لا يطيق³.

ويناقش من وجهين:

أحدهما: أنه في هذه الحالة لا يجبر، ولا يلزم من عدم إجباره في هذه الحالة عدم إجباره مطلقاً.

الثاني: لو سلم أنه يجبر مع إعساره فإنه ينظر حتى يوسر.

الترجيح:

يظهر أن الراجح هو القول الأول، أي إجبار الشريك على البناء مع شريكه؛ لأنه يدفع الضرر عن الشريك، والأصل أن تكون نفقة إصلاح الأملاك المشتركة أو تجديدها إذا لم تعد صالحة للغرض الذي خصصت له، مناصفة بين الشريكين.

¹-انظر: الحاوي الكبير: 401/6، المغني: 46/7، الإشراف للقاضي عبد الوهاب: 598/2، المهذب: 141/2.

²-انظر: المغني: 46/7، الشرح الكبير على المقنع: 210/13.

³-انظر: المرجعين السابقين.

وبذلك يجبر الحاكم الممتنع إن كان موسراً، فإن لم يمتثل أخذ الحاكم من ماله وأنفق عليه، وإن لم يكن له مال فأنفق عليه شريكه بإذن الحاكم، رجع عليه متى قدر، فإذا بنى الشريك الحائط بماله تفرعت عن ذلك مسألة أخرى وهي انتفاع الشريك الممتنع بالحائط المشترك الذي بناه شريكه.

وهذا ما سار عليه القانون المغربي بتأكيده على أن النفقات الضرورية لصيانة وتجديد الحائط المشترك يتحملها جميع الشركاء كل بحسب حصته فيه، ولكل مالك الحق في أن يجبر باقي المالكين على المساهمة معه. ولهذا يخصص كل سنة رصيد مالي خاص ضمن ميزانية اتحاد الملاك المشتركين - تمول بمساهمات الملاك المشتركين - من أجل تحمل أشغال الصيانة الكبرى للأماكن المشتركة. إلا أن المشرع المغربي فصل بين تهدم الحائط كلياً وبين تهدمه جزئياً، فإذا تهدم الحائط كلياً لا يتخذ قرار إعادة البناء إلا باتفاق جميع الملاك، أما إذا تهدم جزئياً فيتخذ قرار إصلاح الجزء المتهدم بأغلبية ثلاثة أرباع أصوات الملاك المشتركين، هذا وفي حالة النزاع يتم اللجوء إلى المحكمة المختصة للفصل بينهم¹.

المسألة الثانية :

في هدم أحد الشريكين للحائط المشترك :

وفيها حالتان :

الحالة الأولى: إذا كان هدمه صلاحاً

إذا هدم أحد الشريكين الحائط المشترك، بحيث يكون الهدم لضرورة كخوف سقوطه، فهدمه أحدهما وأراد بناءه وأبى الآخر، فهل يجبر شريكه على البناء معه أم لا؟

القول الأول:

يجبر الممتنع على البناء مع شريكه.

وهو المذهب عند الحنابلة، ورواية عند المالكية، وقول عند الحنفية².

القول الثاني:

إن كانت عرصته تنقسم وتتسع لبناء حائطين لم يجبر وإلا أجبر على البناء مع شريكه.

وهو المعتمد عند المالكية³، وعليه الفتوى عند الحنفية⁴.

¹ - راجع مدونة الحقوق العينية المادة 29، نظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية المادة 24 والمادة 45، النظام النموذجي للملكية المشتركة المادة 47، قانون الالتزامات والعقود الفصل 968.

² - انظر: المغني: 49/7، الشرح الكبير على المفتح: 218/13، القوانين الفقهية ص: 223، مجمع الضمانات ص: 287-288، جامع الفصولين: 155/2، البهجة في شرح التحفة: 563/2، وكشاف القناع: 414/3.

³ - انظر: البهجة شرح التحفة: 563/2، مواهب الجليل: 151/5.

⁴ - فتح القدير: 323/7، المبسوط: 93/17، جامع الفصولين: 154/2، الفتاوى الهندية: 102/4، تبين الحقائق: 196/4.

القول الثالث :

لا يجبر شريكه على البناء معه.

وهو مذهب الحنفية¹، وهو الصحيح من قولي الشافعية²، ورواية عن الإمام مالك، ورواية عن الإمام أحمد³.

الأدلة :

أدلة هذه الأقوال هي نفسها أدلة أقوالهم فيما إذا انهدم الحائط بنفسه، لأن الفقهاء لا يفرقون بين هدم الحائط على يد أحد الشريكين إذا كان آيلاً للسقوط، وبين انهدام الحائط بنفسه وقد تقدمت.

الترجيح:

الراجح هو القول الأول لظهوره وقوة أدلته؛ فيما أن لمريد البناء حقاً في الحائط المشترك، ولم يأت بما يوجب حرمانه من ذلك الحق، فله أن يجبر شريكه على البناء معه، كما لو تهدم الحائط بنفسه، بل إن الهادم للحائط في هذه الحالة فعل الواجب وأزال ضرراً كان سيحصل بسقوط الحائط لو ترك.

إلا أن المشرع المغربي اشتراط هدم الحائط المشترك كلياً لتفاد جميع الملاك المشتركين، بينما حصر اتخاذ قرار هدمه جزئياً في أغلبية ثلاثة أرباع أصوات الملاك المشتركين⁴، وبالتالي فنفقة إصلاحه تكون كما لو تهدم الحائط بنفسه وقد سبق بيان ذلك.

الحالة الثانية: إذا لم يكن هناك موجب لنقضه

لا خلاف بين الفقهاء في أنه لا يجوز لأحد الشركاء نقض الحائط المشترك بدون إذن شريكه، إذا لم يكن هناك موجب لنقضه كخوف سقوطه، لأنه تصرف في المشترك وإتلاف له بغير موجب يقتضيه⁵.

فإذا هدم أحد الشريكين الحائط وكان هذا الهدم لغير ضرورة تستدعيه، ولا مصلحة فيه للحائط كونه كان سليماً. ففي هذه الحالة؛ هل يجبر الهادم على بنائه وإعادةه كما كان أو لا يجبر؟

اختلف في ذلك على قولين :

¹ - انظر: كتاب الحيطان للصدر الشهيد: 184/1-185، فتح القدير لابن الهمام: 323/7.

² - لأنهم نصوا على أن الهادم يجبر على إعادة ما هدمه، حتى ولو كان الهدم لضرورة، وبالتالي فلا يجبر شريكه على البناء معه. انظر: الشرح الكبير للرافعي: 109/5.

³ - المغني: 46/7، الإنصاف: 265/5-266، الكافي لابن قدامة: 122/2.

⁴ - نظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية المادة: 21-22.

⁵ - انظر: القوانين الفقهية ص: 223، الشرح الكبير للرافعي: 106/5، بدائع الصنائع: 264/6، المغني: 34/7-35، جامع الفصولين: 155/2، البهجة: 563/2، مواهب الجليل: 151/5-152، المحرر في الفقه: 343/1.

القول الأول :

إنه يجبر على إعادته.

وبه قال الحنفية¹، والمالكية²، والحنابلة³، والصحيح عند الشافعية⁴.

القول الثاني:

لا يجبر الهادم على إعادة بناء الحائط الذي هدمه وإنما يغرم نقضه -أي أرش النقض⁵- وهذا قول عند الشافعية⁶.

ذكر ابن العماد⁷ مذهب الشافعي فقال: "إن أتلف الهادم أجزاء الجدار لزمه غرامة مثلها، وإن هدمه فقط من غير إتلاف أجزاءه، فالشريك بالخيار؛ إن شاء كلفه رده كما كان وعليه نص الشافعي الذي نقله البغوي⁸، وإن شاء غرمه أرش ما نقص وعليه يحمل كلام البويطي⁹"¹⁰.

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

- إنه هدم ملك غيره وأتلفه بغير موجب فيجبر على إعادته.
- إن الضرر حصل بفعل الهادم، حيث أتلف محل حق أحدهما، فلزمه إعادته كما كان قبل الهدم.¹¹

¹- انظر: تحفة الفقهاء للسمرقندي: 191/3، فتح القدير: 323/7، جامع الفصولين: 156/2.

²- انظر: الإعلان لابن الرامي البناء ص: 46، البهجة في شرح التحفة: 563/2، مواهب الجليل: 151/5.

³- انظر: المغني: 49/7، الإقناع: 207/2.

⁴- انظر: الشرح الكبير للرافعي: 109/5.

⁵- أرش النقض: هو ما بين قيمته صحيحاً ومنقوضاً. انظر: فتح الجواد بشرح الإرشاد لابن حجر: 181/2.

⁶- انظر: الشرح الكبير للرافعي: 109/5، الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر الهيتمي: 59/3.

⁷- هو شهاب الدين الشافعي المعروف بابن العماد - أحمد أئمة الشافعية. مهر وتقدم في الفقه وكان كثير الفوائد والاطلاع دمث الأخلاق توفي سنة 808، من تصانيفه: التعقبات على المهمات، وشرح المنهاج. انظر: البدر الطالع: 93/1-94، شذرات الذهب: 110/9.

⁸- هو: أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد الفراء البغوي الشافعي الإمام الحافظ الفقيه المجتهد محيي السنة كان من العلماء الريانيين ذا تعبد ونسك وقناعة باليسير توفي سنة 516 هـ، من تصانيفه: (معالم التنزيل) و(شرح السنة) و(التهديب). انظر: طبقات الشافعية الكبرى للسبكي: 75/7، وفيات الأعيان لابن خلكان: 136/2-137.

⁹- البويطي: هو أبو يعقوب يوسف بن يحيى البويطي المصري الإمام العلامة صاحب الإمام الشافعي لازمه مدة وتخرج به وفاق الأقران. كان إماماً زاهداً رانياً متهجداً دائم الذكر والعكوف على الفقه، قال الشافعي: ليس في أصحابي أحد أعلم من البويطي. توفي في قيده مسجوناً بالعراق سنة: 231 هـ. انظر: وفيات الأعيان 61/7-64، طبقات الشافعية الكبرى: 162-170/2.

¹⁰- هذا مذهب الشافعية بناء على ما اعترض به ابن العماد على ما فهمه أصحاب الشافعي من نصوصه، حيث إن أصحاب الشافعي انقسموا إلى فريقين؛ فريق قال: إن المذهب إجباره على العمارة مطلقاً. ومن هؤلاء البغوي والرافعي والنووي وطائفة وقالوا: إن هذا نص الشافعي. ومنهم من قال: إن المذهب إلزامه بالأرض مطلقاً. وقالوا: إن هذا نص الشافعي في البويطي. وقد جمع ابن العماد بين القولين فأثبت جمعه في الأصل، وهو الذي ارتضاه الشهاب الرملي في حاشيته. انظر: الشرح الكبير للرافعي: 109/5، بداية المحتاج في شرح المنهاج: 210/2، أسنى المطالب في شرح روض الطالب مع حاشية الشهاب الرملي: 224/2.

¹¹- انظر: المغني 49/7، بدائع الصنائع: 264/6، البهجة في شرح التحفة: 563/2، فتح الجواد لابن حجر: 181/2.

أدلة القول الثاني :

استدل أصحاب هذا القول بأن الحائط ليس مثلياً¹، وإذا كان غير مثلي فإنه لا يجبر على بناء حائط مكانه، لأنه لا يعلم ماهو الحائط المهدم حتى يبيّن مثله مكانه².
ويناقش: بأن هذا غير مسلم لأن الحائط من المثليات، فإن كان من الطين بنى مثله من الطين وإن كان من الأحجار بنى من الأحجار وهكذا.
أما إذا قلنا بأنه لم يكن مثلياً فإن الهادم قد أتلف ملك غيره فلزمه إعادته كما كان.

الترجيح:

الراجح هو القول الأول لأن هدم الحائط لغير مصلحة تصرف في المشترك بما يضر به بغير إذن، وهذا لا يجوز فقها وقانوناً³، كما لو تصرف في ملك الغير، ولا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه⁴، لأن هذا يعتبر تعدياً فهو ضامن للضرر، وذلك مقتضى الشريعة الإسلامية في إزالة الضرر وإجبار من فعله على إزالته.

وهو ما سار عليه المشرع المغربي من خلال منح كل مالك الحق في إقامة دعوى للحفاظ على حقوقه في العقار المشترك أو لإصلاح الضرر اللاحق به، وإلزام مرتكب ذلك بتعويض الضرر الذي أحدثه للغير⁵، وإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه⁶.

غير أنه استثنى إذن الشريك فيما إذا كانت لأحد الشريكين مصلحة جيدة ومقبولة تدفعه لهدم الحائط المشترك، شرط أن يعيد بناءه كله على نفقته وحده، وذلك مع التعويض إن كان له محل⁷.

¹ - مثلي: الذي له شبيه ونظير في الصفات، وهو ما يمكن الحصول على مثله، ومنه المماثلة. انظر: لسان العرب: 610/11، معجم لغة الفقهاء ص: 404، معجم الفروق اللغوية ص: 494.

² - انظر: الشرح الكبير للرافعي: 109/5.

³ - المغني: 35-34/7، المبسوط: 192/30، الفتاوى الفقهية الكبرى: 84/4، مدونة الحقوق العينية المادة: 30، قانون الالتزامات والعقود الفصل: 963. قرار الغرفة المدنية بمحكمة النقض: "ليس للشريك في الحائط المشترك أن يتصرف فيه بإقامة بناء أو منشآت عليه إلا بموافقة شريكه" القرار رقم 11 الصادر بتاريخ 06 يناير 2022 في الملف المدني عدد: 2020/10/1/2251، منشور في البوابة القضائية للمملكة المغربية.

⁴ - الفصول في الأصول للجصاص: 250/3، إيضاح المحصول من برهان الأصول للمازري ص: 228.

⁵ - نظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية المادة: 35، قانون الالتزامات والعقود الفصل: 77.

⁶ - قرار الغرفة المدنية بمحكمة النقض "إن المحكمة لما قضت بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه اعتماداً على الخبرة التي أثبتت أن إزالة الجدران هو السبب في تشقق جدران الغرف والدعامات الأساسية يكون قرارها معللاً تعليلاً سليماً ومطابقاً للقانون" القرار رقم 36 الصادر بتاريخ 19 يناير 2016 في الملف المدني عدد: 2015/5/1/3212، منشور في البوابة القضائية للمملكة المغربية.

⁷ - راجع: مدونة الحقوق العينية المادة: 30-31، قانون الالتزامات والعقود الفصل: 963.

المسألة الثالثة :

انتفاع الشريك بالحائط المشترك الذي بناه شريكه

إذا انهدم الحائط المشترك وقام أحد الشريكين ببناؤه وإعادةه كما كان قبل انهدامه، فهل يحق لشريكه الممتنع أن ينتفع به؟

اختلف في ذلك على ثلاثة أقوال :

القول الأول :

إذا أبى أحد الشريكين بناء الحائط المشترك -الذي انهدم- مع شريكه، يقال لطالب العمارة إن شئت فابن من مالك وضع خشبك على الحائط، وامنع صاحبك من الانتفاع به، حتى يرد عليك نصف قيمة البناء مبنياً، أو نصف ما أنفقته على القول الصحيح المفتى به عندهم.

وهذا قول عند المالكية¹، وهو القديم عند الشافعية²، وإلى هذا ذهب الحنفية؛ إلا أنهم فرقوا بين البناء بإذن القاضي وبدون إذنه، فقالوا: إن بنى الجدار بإذن القاضي فإنه يستوفي من شريكه نصف ما أنفق فيه، وإن بناه بغير إذن من القاضي فنصف قيمة البناء³.

القول الثاني :

يحرم الشريك من الانتفاع بالجدار المشترك الذي بناه شريكه، حتى يعطيه نصف قيمة البنيان منقوضاً، فيمكنه من الانتفاع به ووضع خشبه عليه، أو يأمره بقلع حائطه ليعيدا البناء معاً، وليس له أن ينتفع بالحائط المشترك حتى يفعل أحد هذين الأمرين.

وهذا قول الإمام مالك -رحمه الله- وهو القول الثاني عند المالكية⁴.

القول الثالث :

فيه تفصيل: بين ما إذا بنى الجدار بآلته القديمة وما إذا بناه بآلة جديدة؛ فإن بناه بآلته وأنقاضه فالحائط بينهما على الشركة كما كان، ولشريكه الذي لم يبن أن ينتفع به، وإن بناه بآلة من عنده منع شريكه من الانتفاع به حتى يؤدي نصف القيمة، وقيل المنع حتى يؤدي ما يخصه من الغرامة.

وإلى هذا التفصيل ذهب الشافعية. وأضاف الحنابلة أن الباني يخير بين أخذ نصف قيمة بناء الحائط، وبين أخذ آلته في حال طلب الشريك الانتفاع بالحائط المشترك.

واستدل أصحاب هذا القول: بأن الحائط المبني بالآلة القديمة عاد بعينه، وليس للباني فيه إلا أثر تأليفه، أما الحائط المبني بآلة جديدة فهو ملك خاص للباني في هذه الحالة⁵.

¹ - انظر: الإعلان لابن الرامي البناء ص: 50، مواهب الجليل: 151/5.

² - انظر: الشرح الكبير للرافعي: 110/5.

³ - انظر: الفتاوى الهندية: 103-102/4.

⁴ - انظر: النوادر والزيادات: 97/11، الإعلان في أحكام البنيان ص: 50.

⁵ - انظر: المهذب: 142-141/2، المغني: 47-46/7، الكافي لان قدامة: 122/2، الشرح الكبير للرافعي: 110/5، الشرح الكبير على المقنع: 213-211/13،

الإنصاف: 266/5.

الترجيح :

يظهر رجحان القول الأول، إذ لا يحق للجار الشريك أن ينتفع بالجدار المشترك إلا إذا أدى لشريكه نصف ما أنفق على بنائه، لأن الأصل أن تكون نفقة إصلاح الجدار المشترك أو تجديده إذا لم يعد صالحا للغرض الذي خصص له أو تهدم؛ مناصفة بين الشريكين، فلما رفض أحدهما البناء، صار الجدار ملكا للباني، إلا أن يرد عليه الآخر نصف ما أنفق على تهيئة الجدار من جديد، فيصير ملكا لهما. وهذا يستفاد أيضا مما أدرجه المشرع المغربي في مسألة تعلية الجدار المشترك، حيث أقر أنه يمكن للجار الذي لم يساهم في نفقات التعلية أن يصبح شريكا في الجزء المعلى إذا دفع نصيبه في نفقاتها، وبالتالي لا يبقى الحائط المجدد مشتركا إلا بتعويض من جده¹.

¹ - مدونة الحقوق العينية المادة: 30-31.

خاتمة :

نخلص من خلال هذا البحث إلى جملة من النتائج والتوصيات، وهي كما يلي:

1. الضرر الناتج عن تصرف الإنسان في الحائط المشترك بما يضر شريكه يعد ضرراً معتبراً يمنع الإنسان منه.
2. إن الحائط المشترك إذا كان يحتاج إلى نفقه وامتنع أحد الشركاء من الإنفاق؛ فإنه لا يجبر إذا كان المشترك مما يحتمل القسمة، أما إذا كان مما لا يحتمل القسمة فإنه يجبر على الصحيح.
3. إن التصرف في الحائط المشترك لا يجوز من غير إذن جميع الشركاء، فإذا انهدم الحائط بنفسه وامتنع أحد الشركاء عن البناء، فإنه يجبر. وإن هدمه أحد الشريكين لمصلحة الحائط؛ كخوف سقوطه فإنه لا يجبر على إعادته وحده، ويجبر مع شريكه. وإن كان الهدم لغير مصلحة الحائط أو لمصلحة الهادم، فإنه يجبر على إعادته في أصح القولين.
4. اختلف الفقهاء في انتفاع الشريك بالحائط المشترك الذي بناه شريكه، وترجح منع الشريك الممتنع من الانتفاع به حتى يؤدي نصف القيمة.
5. ضرورة التعاون بين علماء الشريعة وفقهاء القانون المختصين في المجال العقاري لوضع الأسس لمفاهيم فقه البنين، وصياغة محاورها وفق مقاصد الشريعة الإسلامية وأصولها العامة وقواعدها الكلية، لتحديد الثابت والمتغير منها، وذلك لمجاعة ومواكبة تطور العلم والبنين وفقاً لمتطلبات الزمان والمكان.

وصلى الله وسلم على نبينا محمد.

❖ لائحة المصادر والمراجع :

- أجدديات البحث في العلوم الشرعية: فريد الأنصاري، دار السلام-مصر، الطبعة الثالثة، سنة 2013م.
- أسنى الطالب في شرح روض الطالب: زكريا الأنصاري. دار الكتاب الإسلامي، دون ذكر الطبعة وتاريخ الطبع.
- الإشراف على نكت مسائل الخلاف: القاضي عبد الوهاب. تحقيق: الحبيب بن طاهر. دار ابن حزم، بيروت-لبنان، الطبعة الأولى، سنة 1999م.
- الإعلان بأحكام البنيان: ابن الرامي البناء. تحقيق: فريد بن سليمان. مركز النشر الجامعي، تونس، سنة 1999م.
- الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: شرف الدين الحجاوي. تصحيح وتعليق: عبد اللطيف السبكي. دار المعرفة للطباعة والنشر، لبنان، دون ذكر الطبعة وتاريخ الطبع، منشور رقميا بالمكتبة الشاملة.
- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: علاء الدين المرداوي. تحقيق: محمد الفقي. دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 1955م.
- البداية والنهاية: ابن كثير. مطبعة السعادة، مصر، دون ذكر الطبعة وتاريخ الطبع، منشور رقميا بالمكتبة الشاملة.
- البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع: محمد الشوكاني. دار المعرفة، بيروت-لبنان، دون ذكر الطبعة وتاريخ الطبع، منشور رقميا بالمكتبة الشاملة.
- البهجة في شرح التحفة: أبو الحسن التسولي. تحقيق: محمد عبد القادر شاهين. دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى، سنة 1998م.
- البوابة القضائية للمملكة المغربية.
- البيان في مذهب الإمام الشافعي: أبو الحسين يحيى العمراني. تحقيق: قاسم محمد النوري. دار المنهاج، جدة، الطبعة الأولى، سنة 2000م.
- الجواهر المضية في طبقات الحنفية: عبد القادر القرشي. تحقيق: عبد الفتاح محمد الحلو. دار هجر للطباعة والنشر، القاهرة، الطبعة الثانية، سنة 1993م.
- الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي: علي بن محمد الماوردي. تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود. دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى، سنة 1999م.
- السنن الكبرى: أبو بكر البيهقي. تحقيق: محمد عبد القادر عطا. دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الثالثة، سنة 2003م.
- السنن: ابن ماجه القزويني. تحقيق: شعيب الأرناؤوط، عادل مرشد، محمد كامل قره بللي، عبد اللطيف حرز الله. دار الرسالة العالمية، الطبعة الأولى، سنة 2009م.

- الشرح الكبير على المقنع: ابن أبي عمر. تحقيق: عبد الله التركي، وعبد الفتاح محمد الحلوهجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، جمهورية مصر العربية، الطبعة الأولى، سنة 1995م.
- العزيز شرح الوجيز: أبو القاسم الرافعي. تحقيق: علي محمد عوض، وعادل أحمد عبد الموجود. دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى، سنة 1997م.
- الفتاوى العالمية المعروفة بالفتاوى الهندية: جماعة من المؤلفين برئاسة: نظام الدين البرنهابوري البلخي. المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، الطبعة الثانية، 1310هـ.
- الفتاوى الفقهية الكبرى: ابن حجر الهيتمي. ضبطه وصححه: عبد اللطيف عبد الرحمان، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، دون ذكر الطبعة وتاريخ الطبع، منشور رقمياً بالمكتبة الشاملة.
- الفروع: شمس الدين بن مفلح. تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي. مؤسسة الرسالة-بيروت، دار المؤيد-الرياض، الطبعة الأولى، سنة 2003م.
- الفصول في الأصول: أبو بكر الرازي الجصاص. وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة الثانية، سنة 1994م.
- الفوائد البهية في تراجم الحنفية: أبو الحسنات اللكنوي. عني به: محمد بدر الدين وأبو فراس النعساني. مطبعة السعادة، مصر، الطبعة الأولى، سنة 1324هـ.
- القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية: ابن جزي الكلبي. تحقيق: ماجد الحموي، دار ابن حزم، بيروت-لبنان، الطبعة الأولى، سنة 2013م.
- الكافي في فقه الإمام أحمد: ابن قدامة المقدسي. دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى، سنة 1994م.
- الكافي في فقه أهل المدينة: ابن عبد البر. تحقيق: محمد أحمد ولد ماديك. مكتبة الرياض الحديثة، المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية، سنة 1980م.
- المبسوط للسرخسي: محمد السرخسي. مطبعة السعادة، مصر، دون ذكر الطبعة وتاريخ الطبع، منشور رقمياً بالمكتبة الشاملة.
- المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل: مجد الدين بن تيمية. مطبعة السنة المحمدية، 1369هـ.
- المغني: ابن قدامة المقدسي. تحقيق: عبد الله التركي، عبد الفتاح محمد الحلوه. دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الطبعة الثالثة، سنة 1997م.
- المهذب في فقه الإمام الشافعي: أبو إسحاق الشيرازي. دار الكتب العلمية، لبنان، دون ذكر الطبعة وتاريخ الطبع، منشور رقمياً بالمكتبة الشاملة.
- النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات: ابن أبي زيد القيرواني. تحقيق: مجموعة من المحققين. دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 1999م.
- الهداية على مذهب الإمام أحمد: أبو الخطاب الكلوزاني. تحقيق: عبد اللطيف هميم، وماهر ياسين الفحل. مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، سنة 2004م.

- الوسيط في شرح القانون المدني: عبد الرزاق السنهوري. دار إحياء التراث العربي، بيروت-لبنان، دون ذكر الطبعة وتاريخ الطبع.
- إيضاح الحصول من برهان الأصول: أبو عبد الله محمد المازري. تحقيق: عمار الطالبي. دار الغرب الإسلامي، تونس، الطبعة الأولى، سنة 2001م.
- بداية المحتاج في شرح المنهاج: بدر الدين ابن قاضي شهبه. عنى به: أنور الشياخي الداغستاني. دار المنهاج للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، سنة 2011م.
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: علاء الدين الكاساني. مطبعة الجمالية، مصر، الطبعة الأولى، سنة 1328هـ.
- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: عثمان بن علي الزيلعي. المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، الطبعة الأولى، 1314هـ.
- تحفة الفقهاء: علاء الدين السمرقندي. دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الثانية، سنة 1994م.
- تقرير القواعد وتحرير الفوائد: ابن رجب الحنبلي. تحقيق: خالد المشيقح، عبد العزيز العيدان، أنس اليتامي. ركائز للنشر والتوزيع، الكويت، الطبعة الأولى، سنة 2019م.
- تهذيب اللغة: محمد الأزهرى. تحقيق: محمد عوض مرعب. دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 2001م.
- جامع الفصولين لقدوة الأمة وعمل الأئمة: ابن قاضي سماونه. منشور رقمية في موقع: جامع الكتب الإسلامية.
- حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء: أبو بكر الشاشي. تحقيق: ياسين أحمد درادكه. مكتبة الرسالة الحديثة، الأردن، الطبعة الأولى، سنة 1988م.
- سير أعلام النبلاء: شمس الدين الذهبي. تحقيق: مجموعة من المحققين. مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة، سنة 1985م.
- شذرات الذهب في أخبار من ذهب: ابن العماد الحنبلي. تحقيق: محمود الأرناؤوط. دار ابن كثير، سوريا، الطبعة الأولى، سنة 1986م.
- طبقات الشافعية الكبرى للسبكي: تاج الدين، ابن السبكي. تحقيق: محمود الطناحي، وعبد الفتاح محمد الحلو. هجر للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، الطبعة الثانية، سنة 1413هـ.
- ظهير شريف رقم 1.02.298 صادر في 25 من رجب 1423هـ (03 أكتوبر 2002) بتنفيذ القانون رقم 18.00 المتعلق بنظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية، منشور في الجريدة الرسمية عدد 5054 بتاريخ 2 رمضان 1423هـ (7 نوفمبر 2002).

- ظهير شريف رقم 1.11.178 الصادر في 25 من ذي الحجة 1432هـ (22 نوفمبر 2011) بتنفيذ القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، منشور في الجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 27 ذو الحجة 1432هـ (24 نوفمبر 2011).
- فتح الجواد بشرح الارشاد: ابن حجر الهيتمي. تحقيق: عبد اللطيف حسن عبد الرحمان. دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى، سنة 2005م.
- فتح القدير على الهداية: كمال الدين، ابن الهمام. شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، الطبعة الأولى، سنة 1970م.
- قانون الالتزامات والعقود، ظهير شريف 9 رمضان 1331هـ (12 أغسطس 1913)، صيغة محينة بتاريخ 11 يناير 2021.
- كتاب الحيطان دراسة فقهية لأحكام البناء والارتفاق: الصدر الشهيد. تحقيق: عبد الله نذير أحمد مزي. المكتبة المكية، مؤسسة الريان، الطبعة الأولى، 2014م.
- كشف القناع عن متن الإقناع: منصور البهوتي. تحقيق: هلال مصيلحي هلال. مكتبة النصر الحديثة، المملكة العربية السعودية، دون ذكر الطبعة وتاريخ الطبع، منشور رقمياً بالمكتبة الشاملة.
- كفاية النبيه في شرح التنبيه: ابن الرفعة. تحقيق: مجدي سرور باسلوم. دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى، سنة 2009م.
- لسان الحكام في معرفة الأحكام: لسان الدين بن الشحنة. البابي الحلبي، مصر، الطبعة الثانية، 1973م.
- لسان العرب: ابن منظور. دار صادر، لبنان، الطبعة الثالثة، سنة 1414هـ.
- مجلة الأحكام الشرعية: أحمد بن عبد الله القاري. تحقيق: عبد الوهاب إبراهيم، محمد إبراهيم علي. مطبوعات تهامة، السعودية، الطبعة الثالثة، سنة 2005م.
- مجلة الأحكام العدلية: لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية. تحقيق: نجيب هواويني. الناشر: نور محمد، كارخانه تجارت كتب، آرام باغ، كراتشي. دون ذكر الطبعة وتاريخ الطبع، منشور رقمياً بالمكتبة الشاملة.
- مجمع الضمانات: غانم بن محمد البغدادي. دار الكتاب الإسلامي، دون ذكر الطبعة وتاريخ الطبع.
- مرسوم رقم 2.17.354 صادر في 3 صفر 1439هـ (23 أكتوبر 2017) بتحديد النظام النموذجي للملكية المشتركة، منشور في الجريدة الرسمية عدد 6635 بتاريخ 13 ربيع الآخر 1439هـ (فاتح يناير 2018).
- مسند الإمام أحمد بن حنبل. تحقيق: مجموعة من المحققين بإشراف: عبد الله التركي. مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، سنة 2001م.
- معجم الفروق اللغوية: أبو هلال العسكري. تحقيق: الشيخ بيت الله بيات. مؤسسة النشر الإسلامي، الطبعة الأولى، سنة 1412هـ.
- معجم لغة الفقهاء: محمد رواس قلعجي. دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، 1988م.

- مقاييس اللغة: أحمد بن فارس. تحقيق: عبد السلام محمد هارون. دار الفكر، سوريا، طبعة 1979م.
- مواهب الجليل في شرح مختصر خليل: الخطاب الرعيني. دار الفكر، سوريا، الطبعة الثالثة، 1992م.
- موطأ الإمام مالك: رواية يحيى الليثي. تحقيق: محمد مصطفى الأعظمي. مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية، أبوظبي، الطبعة الأولى، سنة 2004م.
- وفيات الأعيان: ابن خلكان. تحقيق: إحسان عباس. دار صادر، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 1994م.

مجلة الفقه والقانون

المملكة المغربية / ردمد : 0615 - 2336

www.majalah-droit.ma