



هيئة التشريع والإفتاء القانوني
Legislation & Legal Opinion Commission

القانونية

العدد الخامس - ربيع الأول ١٤٢٧هـ - يناير ٢٠١٦م

مجلة علمية قانونية محكمة نصف
سنوية تصدر عن هيئة التشريع
والإفتاء القانوني - مملكة البحرين

رئيس التحرير

المستشار / عبد الله بن حسن البوعينين
رئيس هيئة التشريع والإفتاء القانوني

هيئة التحرير

المستشارة / معصومة عبد الرسول عيسى
نائب رئيس هيئة التشريع والإفتاء القانوني

المستشار الدكتور / مال الله جعفر الحمادي
مدير إدارة التشريع والجريدة الرسمية

المستشار الدكتور / محمد عبد المحيد إسماعيل
المستشار بهيئة التشريع والإفتاء القانوني

مدير التحرير

المستشار / خالد إبراهيم عبد الغفار
مدير إدارة الإفتاء القانوني والبحوث

المعاونون لمدير التحرير

المستشار المساعد / جواهر عادل العبد الرحمن
مستشار مساعد بإدارة التشريع والجريدة الرسمية

المستشار المساعد / الشبخة مريم عبد الوهاب آل خليفة
مستشار مساعد بإدارة الإفتاء القانوني والبحوث

المستشار المساعد / سعود عبدالعزيز المالكي
مستشار مساعد بإدارة الإفتاء القانوني والبحوث

المستشار المساعد / نورة عبد الرؤوف البوعينين
مستشار مساعد بإدارة التشريع والجريدة الرسمية

المستشار المساعد / أحمد محمد المدوب
مستشار مساعد بإدارة الإفتاء القانوني والبحوث

الأستاذة / منيرة محمد المنصور
أخصائي تطبيقات حاسب آلي

القانونية:



@qanoniahB

هيئة التشريع والإفتاء القانوني:

@lloc_bahrain

الموقع الإلكتروني:

www.legalaffairs.gov.bh

للمراسلات

هيئة التشريع والإفتاء القانوني - مملكة البحرين

ص ب ٧٩٠ - المنطقة الدبلوماسية

هاتف: ١٧٥١ ٨٠٠٠ (٩٧٣)

فاكس: ١٧٥١ ٨٠٠٨ (٩٧٣)

البريد الإلكتروني: qanoniya@legalaffairs.gov.bh

طباعة وتوزيع مطابع الايام التجارية

رقم التسجيل لدى الإدارة العامة للمطبوعات والنشر

هيئة شؤون الإعلام

ISSN 2210-1985

محتويات العدد

٦- الأساس المنطقي في التمييز بين الإسناد الكاشف لطبيعة الواقعة وتوصيفها.
الأستاذ الدكتور محمد سليمان الأحمد ، أستاذ القانون المدني ، كلية الحقوق ، جامعة المملكة.

٧- بين الوسيط والعميل في الأوراق المالية الصادرة عن شركات المساهمة في القانون البحريني والقانون المصري.
الدكتور عماد رمضان ، أستاذ القانون التجاري المساعد ، كلية الحقوق - جامعة المملكة.

٨- البنیان القانوني لجريمة غسل الأموال.
الدكتور أمجد النقرش ، الأستاذ المساعد بجامعة العلوم التطبيقية ، مملكة البحرين.

٩- المسؤولية المجتمعية للجامعات الخاصة في مملكة البحرين.
الدكتور أمجد محمد منصور ، عميد كلية الحقوق سابقاً ، أستاذ القانون المدني المشارك ، جامعة العلوم التطبيقية ، و الدكتور أحمد رشاد الهواري ، عميد كلية الحقوق جامعة المملكة ، أستاذ القانون المدني المشارك.

البحوث بالإنجليزية:

Piercing the Corporate Veil

Comparative Perspectives to the Bahraini, English and American Legislative and Judicial Practice
By Ameera Hasan AlTaan
LLM, Queen Mary, University of London
Legal Counsel, Bahrain Chamber of Commerce and Industry

تقديم العدد : كلمة سعادة المستشار رئيس هيئة التشريع والإفتاء القانوني
كلمة هيئة التحرير

البحوث بالعربية :

١- ضمانات الحبس الإحتياطي في الدستورين البحريني والمصري على ضوء المعايير الدولية.
القاضي الدكتور سري محمود صيام ، رئيس محكمة النقض المصرية ، ورئيس مجلس القضاء الأعلى الأسبق بجمهورية مصر العربية.

٢- العمليات المصرفية (دراسة مقارنة بين التشريع الوضعي والشريعة الإسلامية).
المستشار هيثم حسن مبارك بوغمار ، مستشار بهيئة التشريع والإفتاء القانوني.

٣- التصور الشرعي للحق.
دكتور أحمد رشاد الهواري، أستاذ القانون المدني المشارك وعميد كلية الحقوق بجامعة المملكة.

٤- حقوق الطفل في القانون الدولي والشريعة الإسلامية ، دراسة مقارنة بتشريعات مملكة البحرين، ودولة الإمارات.
دكتور حسني موسى محمد رضوان، أستاذ مساعد القانون الدولي وحقوق الإنسان ، كلية الحقوق جامعة المملكة ، مملكة البحرين.

٥- مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص كأحد الضمانات الوقائية لحماية الحقوق والحريات العامة.
الدكتور علي إسماعيل مجاهد ، أستاذ القانون العام المشارك ورئيس قسم الدراسات العليا ، الأكاديمية الملكية للشرطة ، مملكة البحرين.



القانونية:

تشرف هيئة التشريع والإفتاء القانوني بإصدار القانونية وهي دورية علمية محكمة نصف سنوية متخصصة في المجال القانوني على المستوى المحلي والعربي والدولي. تصدر القانونية بالعربية والإنجليزية.

أولاً : المقدمة:

جاءت فكرة القانونية لتكون داعمة للثقافة القانونية فهي بمثابة إنطلاقة مضيئة للفكر القانوني العربي لنشر المعرفة القانونية للمتخصصين وكافة المعنيين بالبحث العلمي في المجال القانوني والقضائي بما يساهم في تطوير العمل الأكاديمي والتطبيقي معاً في المحافل القانونية على المستوى الإقليمي. وتعمل القانونية على تحقيق الأهداف الآتية:

1. المساهمة الجادة في إثراء الفكر القانوني من خلال نشر المستجدات من الأحكام على الصعيد القضائي ، والآراء الفقهية والبحثية الأكاديمية ، والمستحدث في مجال التشريع والإفتاء القانوني ، مع التأكيد على الجودة العالية للمادة العلمية المنشورة وصلتها الوثيقة بالواقع الوطني والعربي.
2. نشر الثقافة القانونية وصولاً إلى تعزيز الوعي القانوني لدى المواطن ومؤسسات الدولة.
3. تهيئة المناخ الملائم للمفكرين والباحثين لنشر نتاج أفكارهم وأنشطتهم العلمية والبحثية في المجالات القانونية.
4. التعريف بالتطور القانوني والتشريعي الذي تشهده مملكة البحرين ، في عصر العولمة الثقافية القانونية.
5. إيلاء عناية خاصة للأبحاث بالعربية والإنجليزية التي تتناول فروع القانون المقارن بالثقافتين القانونيتين العربية والشرق أوسطية في إطار تدويل بعض فروع القانون كإفراز حتمي لظاهرة العولمة الثقافية القانونية في عالمنا العربي.

ثانياً : المضمون: تصدر القانونية نصف سنوية ، وتتضمن الآتي:

- المضمون: تصدر القانونية نصف سنوية ، وتتضمن الآتي:
1. البحوث والمقالات.
 2. التعليق على الأحكام القضائية والفتاوى القانونية.
 3. متابعات قانونية (أهم المعاهدات الدولية و التشريعات الحديثة ، الترجمات ، مراجعات الكتب والمتابعات العلمية للمؤتمرات والندوات والأنشطة وندوات الدائرة المستديرة).

كلمة سعادة المستشار/ رئيس هيئة التشريع والإفتاء القانوني

تواصل القانونية نجاحها عاماً تلو الآخر لتصدر أعدادها بالعربية والإنجليزية تثري بها المعرفة القانونية والقضائية في عالمنا العربي وهي بهذه المثابة تمثل نبزاً وضاءً في المحافل القانونية العربية حيث عكست القانونية جهد السادة المستشارين بهيئة التشريع والإفتاء القانوني بمملكة البحرين وجهد الباحثين المشاركين بها فصارت هذه الدورية العلمية تشغل مكان القمة في مجال البحث العلمي القانوني المعاصر في عالمنا العربي.

وتأتي القانونية بهذه المثابة لتمثل سفراً عظيماً في مجال البحث القانوني العربي تجمع في أبحاثها بين منهج استقراء الواقع ومنهج إستنباط الأحكام مع المزج بينهما من جانب وبين المنهج الوصفي التحليلي من جانب آخر لتعكس الارتباط الوثيق بين العمل والنظر في المجال القانوني وتكرس فكرة أصولية قانونية مفادها أن البحث العلمي الرصين هو الأساس المطلوب للعمل القضائي التطبيقي حيث لا يوجد عمل تطبيقي قانوني دون بحث علمي متعمق.

وتعرض القانونية في هذا العدد نخبة من الأبحاث في مختلف فروع القانون العربي والمقارن بالعربية وبالإنجليزية، فتستهل هذا العدد ببحث للمستشار الدكتور سري محمود صيام رئيس محكمة النقض ورئيس المجلس الأعلى للقضاء بجمهورية مصر العربية (سابقاً) وذلك بعنوان ضمانات الحبس الاحتياطي في الدستورين البحريني والمصري على ضوء المعايير الدولية حيث يمثل البحث إضافة ملموسة للأنظمة القانونية العربية لا سيما أنه جاء مقارناً بأنظمة قانونية مختلفة الأمر الذي يشكل فكراً قانونياً مستثيراً بل وإثراءً فكرياً للواقع القانوني العربي وعلى الأخص بمملكة البحرين وجمهورية مصر العربية.

ويتلو ذلك بحث للمستشار هيثم حسن مبارك بو غمار المستشار بهيئة التشريع والإفتاء القانوني وجاء البحث في أحد الفروع المهمة للقانون وهو العمليات المصرفية والتشريعات البنكية حيث تناول العمليات المصرفية من منظور مقارن بين التشريع الوضعي والشريعة الإسلامية. والبحث يمثل خطوة جديدة مبتكرة في الفقه العربي لتنامي البحث القانوني في التشريعات المصرفية وعمليات البنوك من الوجهة القانونية.

وفي مجال التصور الشرعي للحق تقدم القانونية بحثاً للأستاذ الدكتور أحمد رشاد الهواري، أستاذ القانون المدني المشارك وعميد كلية الحقوق بجامعة المملكة وهو بحث يتسم بأصالة المعالجة البحثية المتعمقة من منظور مقارن بالشريعة الإسلامية.

ثالثاً: أهم قواعد وإجراءات النشر: تنشر القانونية البحوث في المجال القانوني وذلك بمراعاة الآتي:

1. الالتزام بمنهجية البحث العلمي.
2. الكتابة باللغة العربية أو باللغة الإنجليزية.
3. الالتزام بعدم النشر السابق للبحث في أية دورية أخرى، وأن لا تكون المادة العلمية المقدمة جزءاً من رسالة الماجستير أو الدكتوراه.
4. أن يكون اختيار موضوع البحث ذا طابع عملي، أو أن يطرح فكرة أو مفهوماً جديداً.
5. أن يتضمن البحث الإشارة إلى الأحكام القضائية في التخصص إن وجدت.
6. أن يتضمن البحث - أسفل كل صفحة - الهوامش التي تشير إلى المراجع والمصادر، مع مراعاة أن يكون ترقيم الهوامش متسلسلاً لكل صفحة مستقلة.
7. يجب ألا يقل البحث عن خمس وعشرين صفحة و ألا يزيد عن أربعين صفحة (مع مراعاة منهجية البحث العلمي) أما بالنسبة للمقالة القانونية والتعليق على الأحكام وغيرها فيجب ألا يزيد عدد الصفحات عن عشرين صفحة.
8. تعبر الآراء التي يحتوى عليها البحث أو المقالة عن آراء الباحث، وتنسب إليه، في إطار من حرية الرأي التي تكفلها القانونية.
9. تقدم البحوث وغيرها من أربع نسخ مطبوعة على الحاسب الآلي ومنسوخة على ورق مقاس (A4) على وجه واحد بمسافتين (بما في ذلك الحواشي، والمراجع والمقتطفات والملاحق) ومصحوبة بملخصين، أحدهما باللغة العربية والآخر باللغة الإنجليزية بما لا يزيد على (100) كلمة لكل منهما، وكذا قرص مرن (ديسك) مسجل عليه البحث والملخصان والبيانات الخاصة بالباحث.
10. الموافقة على نشر ملخص البحث أو المقالة أو التعليق على الأحكام القضائية والفتاوى القانونية والمتابعات القانونية.

رابعاً: رسالة القانونية:

لعل ماتضمنته هذه الدورية العلمية من أبواب - ومنها الأبحاث القانونية التي جاءت لتعكس الثقافات القانونية في الوطن العربي فضلاً عن الأبحاث بالإنجليزية التي تعتمد على السوابق القضائية Case Law في القانون والقضاء الأنجلوأمريكي - جاءت لتعكس المزج الذي فرض نفسه بين الثقافتين القانونيتين السائدتين في العالم وهما الثقافة القانونية في دول النظام اللاتيني Civil Law Legal Systems ، والثقافة القانونية في دول النظام الأنجلوأمريكي Common Law Jurisdictions ، هذا المزج هو نتاج العولمة الثقافية القانونية ، التي باتت تفرض نفسها على معطيات الواقع القانوني في عالمنا العربي. وتأتي الأبحاث المنشورة بالمجلة لتعكس تمسك هيئة التحرير بجودة البحث العلمي أثناء التحكيم ورقبه لمستويات النشر للأبحاث على الصعيد الدولي International Publishing Standards في الدوريات العلمية القانونية المحكمة.

والقانونية بهذه المثابة تجمع في طياتها بين العمل والنظر لتصبح سفراً عظيماً تنقش فيه من الأبحاث ما يشار إليه بالبنان في محافل الفكر القانوني العربي.

العلمية والطرح الفكري المقدم بها بما يتفق مع المعايير العالمية للجودة في مجال البحث العلمي.

وتعرض القانونية بحثاً قيماً بالإنجليزية للأستاذة أميرة الطاعن المحامية والباحثة القانونية بغرفة البحرين للتجارة والصناعة وذلك بعنوان **Piercing the Corporate Veil** حيث تناول فيه العديد من المسائل المتعلقة بقوانين الشركات وذلك من منظور مقارنة أحكام التشريع والقضاء البحريني والإنجليزي والأمريكي حيث جاء البحث متمماً بالثراء من حيث المنظور الفقهي والقضائي المقارن بالأنظمة القانونية على الصعيد الدولي ومزجاً بين الثقافتين القانونيتين اللاتينية والأنجلو أمريكية في الجزئية محل البحث.

والله أسأل أن تظل القانونية أملاً واعداً ورجاءً متحققاً في مدارج البحث القانوني ، وأسأله سبحانه وتعالى أن ينزل القانونية منزلة حسنة لدى القارئ البحريني والعربي وأن يجعلها على الدوام معيماً لا ينضب من المعرفة النظرية والتطبيقية وسلسلة متصلة من الإبداع الفكري والمعرفي في محافل العمل القانوني الراقى بعالمنا العربي.

والله من وراء القصد،،،

عبد الله بن حسن البوعينين

رئيس هيئة التشريع والإفتاء القانوني

المنامة - يناير ٢٠١٦

ويتناول البحث التالي للدكتور حسني موسى محمد رضوان أستاذ مساعد القانون الدولي وحقوق الإنسان بجامعة المملكة بمملكة البحرين موضوعاً جديداً في التشريع العربي المقارن ألا وهو حقوق الطفل في القانون الدولي والشريعة الإسلامية في إطار دراسة مقارنة لتشريعات مملكة البحرين ودولة الإمارات العربية المتحدة حيث جاء البحث ثرياً متممناً يتناول المادة العلمية محل البحث من منظور علمي مقارنة.

وتعرض القانونية بحثاً جديداً بعنوان مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص كأحد الضمانات الوقائية لحماية الحقوق والحريات العامة للدكتور علي إسماعيل مجاهد أستاذ القانون العام المشارك ورئيس قسم الدراسات العليا بالأكاديمية الملكية للشرطة بمملكة البحرين حيث يتناول البحث مفهوم وأبعاد مبدأ المساواة ، وتقسيماً مبدأ المساواة ويتسم البحث بأصالة المعالجة البحثية الأكاديمية ، وكذلك بالعمق في المعالجة للمادة العلمية محل البحث.

وفي بحث قيم يتناول الأساس المنطقي في التمييز بين الإسناد الكاشف لطبيعة الواقعة وتوصيفها يعرض الأستاذ الدكتور محمد سليمان الأحمد أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق جامعة المملكة بمملكة البحرين لأفكار متممة تتناول البحث في الاختصاص ، وماهية التكييف وماهية الطبيعة القانونية والعلاقة بين التكييف والطبيعة القانونية حيث جاء البحث متمماً بالنزعة التحليلية والعمق في المعالجة البحثية كما جاء متمماً بالجدة والابتكار.

ويعالج البحث التالي باللغة العربية موضوعاً من موضوعات القانون التجاري القيمة حيث جاء بعنوان بين الوسيط والعميل في الأوراق المالية الصادرة عن شركات المساهمة في القانون البحريني والقانون المصري حيث يتناول الدكتور عماد رمضان أستاذ القانون التجاري المساعد بكلية الحقوق بجامعة المملكة في مملكة البحرين بمزيد من التفصيل تعريف الوسيط المالي، والآثار القانونية لعقد الوساطة في الأوراق المالية، ومسئولية الوسيط في سوق الأوراق المالية في إطار دراسة تحليلية مقارنة تتسم بجودة المعالجة وأصالتها والخلوص الى نتائج منطقية تم استقارها من مقدمات سائغة تؤدي إليها فجاء البحث ثرياً في المعطيات العلمية القانونية التي تناولها.

ونعود إلى بحوث القانون الجنائي حيث يقدم الدكتور أمجد النقرش الأستاذ المساعد بجامعة العلوم التطبيقية بحثاً بعنوان البنيان القانوني لجريمة غسل الأموال يتناول فيه أركان جريمة غسل الأموال والوسائل المؤدية إليها في بحث يتسم بالجدة والابتكار.

وتقدم القانونية أخيراً وليس آخراً بحثاً بعنوان المسؤولية المجتمعية للجامعات الخاصة في مملكة البحرين لكل من الدكتور أمجد محمد منصور ، عميد كلية الحقوق سابقاً ، أستاذ القانون المدني المشارك جامعة العلوم التطبيقية ، والدكتور أحمد رشاد الهواري ، عميد كلية الحقوق بجامعة المملكة بمملكة البحرين ، وأستاذ القانون المدني المشارك ، والمقال يتسم بالجدة والابتكار فضلاً عن جودة المعالجة البحثية للمادة

كلمة هيئة التحرير

ليس من شك في أن القانونية قد حققت نقلة نوعية كبيرة تتمثل في انتشارها الكبير في العالم العربي نظراً لما تحتويه من أبحاث متنوعة بالعربية والإنجليزية في سائر فروع القانون. وعلى هدى من هذه السياسة لهيئة التحرير بمجلة القانونية فإن المجلة تعرض في هذا العدد نخبة من الأبحاث في القانون الجنائي والتشريعات المصرفية والقانونية المدني والشريعة الإسلامية ، والقانون الدستوري والقانون التجاري ، فضلاً عن مقال يتناول المسؤولية المجتمعية للجامعات الخاصة في مملكة البحرين ويبحثاً بالإنجليزية من منظور مقارنة بالنظام القانوني الأنجلو-أمريكي. ولعل القانونية قد راعت التنوع في الأبحاث التي تقدمها القارئ العربي والتي اتبعت منهجية عملية قانونية سليمة ومنضبطة بالإضافة إلى مراعاتها على الدوام العمق في المعالجة البحثية سواء للأبحاث المنشورة بالعربية والإنجليزية.

وفي سبيل ذلك تنشر القانونية بحثها الأول المتعلق بضمانات الحبس الاحتياطي في الدستورين البحريني والمصري على ضوء المعايير الدولية للقاضي الدكتور/ سري محمود صيام رئيس محكمة النقض المصرية ورئيس مجلس القضاء الأعلى الأسبق بجمهورية مصر العربية، وتعرض القانونية بحثها الثاني للمستشار هيثم حسن مبارك بو غمار المستشار بهيئة التشريع والافتاء القانوني للعمليات المصرفية من منظور يقارن بين التشريع الوضعي والشريعة الإسلامية وتعرض القانونية في بحثها الثالث إلى التصور الشرعي للحق وهو بحث للدكتور أحمد رشاد الهواري أستاذ القانون المدني المشارك وعميد كلية الحقوق بجامعة المملكة. وتضيف القانونية بحثاً بعنوان حقوق الطفل في القانون الدولي والشريعة الإسلامية دراسة مقارنة لتشريعات مملكة البحرين ودولة الإمارات للدكتور حسني موسى محمد رضوان أستاذ مساعد القانون الدولي وحقوق الإنسان بكلية الحقوق جامعة المملكة مملكة البحرين ، وفي مجال القانون الدستوري تعرض القانونية بحثاً بعنوان مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص كأحد الضمانات الوقائية لحماية الحقوق والحريات العامة للدكتور علي إسماعيل مجاهد أستاذ القانون العام المشارك ورئيس قسم الدراسات العليا، بالأكاديمية الملكية للشرطة، مملكة البحرين.

وتعرض القانونية بحثاً بعنوان الأساس المنطقي في التمييز بين الأسناد الكاشف لطبيعة الواقعة وتوصيفها للأستاذ الدكتور محمد سليمان الأحمد أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق ، جامعة المملكة وتضيف بحثاً آخر في رحاب القانون التجاري بعنوان بين الوسيط والعميل في الأوراق المالية الصادرة عن شركات المساهمة في القانون البحريني والقانون المصري للدكتور عماد رمضان أستاذ القانون التجاري المساعد بكلية الحقوق ، جامعة المملكة ، وأخيراً وليس أخيراً تعرض القانونية لبحث في مجال القانون الجنائي بعنوان البنيان القانوني لجريمة غسل الأموال للدكتور أمجد النقرش الأستاذ المساعد بجامعة العلوم التطبيقية بمملكة البحرين.

وتعرض القانونية بحثاً بعنوان المسؤولية المجتمعية للجامعات الخاصة في مملكة البحرين للدكتور أمجد محمد منصور عميد كلية الحقوق سابقاً وأستاذ القانون المدني المشارك ، جامعة العلوم التطبيقية والدكتور أحمد رشاد الهواري عميد لكلية الحقوق جامعة المملكة وأستاذ القانون المدني المشارك.

وتحرص القانونية على الدوام على أن تعرض البحوث باللغة الإنجليزية بحسبانها تعكس من منظور مقارن المزج بين النظام القانوني البحريني والنظام القانوني الأنجلو – أمريكي حيث تعرض بحثاً قيماً بعنوان PIERCING THE CORPORATE VEIL للباحثة أميرة الطاعن المحامية بغرفة البحرين للتجارة والصناعة.

وهيئة التحرير إذ تقدم هذه النخبة المنتقاة من البحوث للقارئ العربي بشكل أعم والقارئ البحريني بالأخص فإنها ترحب من الله تعالى أن تحقق المادة العلمية التي تقدمها القانونية النفع لكل باحث ولكل مشتغل بالقانون في عالمنا العربي وأن تروي ظمأه إلى المعرفة القانونية الرصينة.

والله الموفق،،،

هيئة التحرير

البحوث



ضمانات الحبس الاحتياطي فى الدستورين البحريني والمصري على ضوء المعايير الدولية القاضي الدكتور / سري محمود صيام

رئيس محكمة النقض المصرية ورئيس مجلس القضاء الأعلى الأسبق / جمهورية مصر العربية

تقديم وتقسيم :

يتواصل صدور أعداد « مجلة القانونية » فى رحاب « هيئة التشريع والإفتاء القانونى » بمملكة البحرين الشقيقة ، بديعة الإخراج ، رصينة العرض ، واسعة الأفق ، عابرة للحدود الوطنية والإقليمية ، وبدافع من الترقى الذى تصعد به المجلة سموً ورفعة ، عقدت العزم على أن تتوثق بين ما يوجد الله به على من حصاد فكر فى نطاق شواغل المجلة ، وبين إتاحتها لقارئها أواصر علاقة لاتفصم عراها ، وعن يقين أن الجزاء عن الاجتهاد من جانبى ابتغاء النفع محقق فى حالتى الصواب والخطأ .

والبحث الذى أعاننى الله عليه ، والذي أتمنى أن ينال حظه من النشر ، هو حلقة من بضع حلقات أرجو أن تصل إلى قراء هذه المجلة ، إن صادفت القبول ، وكان فى العمر بقية ، يتناول صورة جسيمة من صور المساس بالحق فى الحرية الشخصية التى احتفت بها المواثيق الدولية ، وتبأت فيها منزلة الصدارة فى مدارج الحقوق والحريات العامة ، وتمثل هذه الصورة فى الحبس الاحتياطي .

وقد أولى المشرع الدستورى فى مملكة البحرين وفى جمهورية مصر العربية ، الحبس المذكور رعاية فائقة كأخطر القيود على الحرية الشخصية فى نطاق ممارسة الحق فى حرية الإقامة والتنقل كليهما ، وذلك من حيث التنظيم الدقيق للقيود على هذه الممارسة ، وحقوق من تقيده حرته بأى قيد ، والمعايير الضامنة لتحديد أماكن الحجز أو الحبس ، وصون الكرامة الإنسانية لمقيد الحرية ، وضمان مقومات المعاملة الإنسانية البعيدة عن التعذيب أو الإغراء أو المعاملة الحاطة بالكرامة ، ابتغاء التوازن الدقيق بين المساس بالحرية الشخصية للإنسان ، ومقتضيات تحقيق الصالح العام .

وعلى الدرب ذاته يسلك قانوناً إجراءات الجنائية فى البلدين كليهما ، نهج الدستورين ، تفصيلاً لإجمالهما ، وتنظيماً دقيقاً لموجبات أحكامهما امتثالاً والتزاماً ، دون جحود أو نكران .

ويختص هذا البحث بتناول ضمانات الحبس الاحتياطي المذكور فى دستور مملكة البحرين لعام ٢٠٠٢م والمعدل فى عام ٢٠١٢م ، وفى دساتير مصر المتعاقبة الأسبق عام ١٩٧١ والسابق عام ٢٠١٢م والقائم عام ٢٠١٤م . وذلك فى ثلاثة مباحث يعنى أولها بموجبات أصل البراءة والحق فى الحرية الشخصية فى تنظيم الحبس الاحتياطي ، ويختص ثانياً ببيان الضمانات الدستورية للحبس الاحتياطي فى مملكة البحرين وفى مصر ، ويتكفل ثالثها بالحقوق الدستورية للمقبوض عليه وللمحبوس احتياطياً ، مع بيان المعايير الدولية فى كافة ما يعرض له البحث فى مناحيه المختلفة ، وذلك على النحو الآتى :

المبحث الأول

موجبات أصل البراءة والحق في الحرية الشخصية

ف تنظيم الحبس الإحتياطي

تنزله في مضامينها الرئيسية منزلة السمو والصدارة والتقدير ، وقد أكدته دستور مملكة البحرين المعدل الصادر في عام ٢٠٠٢م في البند (ج) من المادة (٢٠) منه والذي نص على أنه « ... ج - المتهم برئ حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية لممارسة حق الدفاع في جميع مراحل التحقيق والمحاكمة وفقاً للقانون » .

كما أورده الفقرة الأولى من المادة (٩٦) من الدستور المصري الجديد لعام ٢٠١٤ ، بما نصت عليه أنه « المتهم برئ حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية عادلة ، تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه ... » . ومن حسنات النص سالف البيان في دستور مملكة البحرين ، أنه أفصح في البيان ، على نحو يتأبى على اللبس ويستحيل على الخلف ، فقطع بجلاء أن أصل البراءة فيما يتطلبه احترامه من مقومات ، وأخصها المحاكمة الجنائية المنصفة وعمادها التمكين من ممارسة حق الدفاع ، لا يقتصر على مرحلة المحاكمة الجنائية ، كشأن المعيار الدولي سالف البيان والدستور المصري الجديد ، بل يرتد إلى مرحلة التحقيق الابتدائي السابقة على مرحلة المحاكمة تلك ، بحيث يبسط على كل مراحل الدعوى الجنائية سواء قبل المحاكمة في مرحلة التحقيق أو أثناءها وعلى امتداد حلقاتها وحتى يصدر فيها حكم بات بالإدانة ، وأياً كان الزمن الذي تستغرقه إجراءات هذه الدعوى وهو المدلول الذي اعتنقه القضاء الدستوري المصري (١) . وزاد النص في الدستور البحريني على تأكيد النطاق الزمني الواسع لأصل البراءة في الإنسان عندما يكون في موقف الاتهام ، الإلزام بأن تؤمن له كافة الضمانات الحتمية التي تتطلبها الممارسة الكاملة لحق الدفاع على النحو الذي تتحقق به غاياته وتنتج عنها مراميها ، فغدا هذا الإلزام مبدأ من مبادئ الدستور واجبة الأعمال ، وصار الاحترام له من جانب السلطة التشريعية حتمياً ليس للدولة أن تنكسر له ، أو تجعده وعلى أن يكون تنظيم مقتضياته بقانون أو بناء عليه دون نيل منه أو تحديد لجوهره ، امثالاً لحكم المادة (٣١) من دستور مملكة البحرين ذاته ونصها « لا يكون تنظيم الحقوق والحريات العامة المنصوص عليها في هذا الدستور أو تحديدها إلا بقانون أو بناءً عليه ، ولا يجوز أن ينال التنظيم أو التحديد من جوهر الحق أو الحرية » (٢) .

والحكم المتصل بأصل البراءة في دستور مصر الجديد لعام ٢٠١٤م ، كما أورده الفقرة الأولى من المادة (٩٦) سالف البيان ، يذكر له اتخاذ نهج إضافة وصف « العادلة » إلى المحاكمة القانونية ، بينما كان الدستور المصري الأسبق لعام ١٩٧١ ، قد أغفل هذا الوصف في نصه على أصل البراءة في المتهم في الفقرة الأولى من المادة (٦٧) منه ، وكذلك فإن دستور مملكة البحرين فيما سبق بيانه ، قد أغفل هذا الوصف الذي كان يجب إيرادها ، ليكون النص أكثر تعبيراً عن المحاكمة المنصفة التي أوردها المعايير الدولية .

ولئن كان ما سلف ، فإن المحكمة الدستورية العليا المصرية ، وفي ظل إغفال دستور مصر الأسبق لعام ١٩٧١ لوصف العادلة بالنسبة إلى المحاكمة القانونية ، قد أوردت في مدونات أحكامها الخاصة بأصل

(١) يراجع في المعنى الوارد بالمتن ، حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية ، جلسة ٢ من فبراير سنة ١٩٩٢ ، القضية رقم ١٣ لسنة ١٢ قضائية " دستورية " ، مجموعة الأحكام ، الجزء الخامس ، ص ١٨٥ .

(٢) يراجع دستور مملكة البحرين ، مطبوعات هيئة التشريع والإفتاء القانوني ، ٢٠١٢ .

كانت الحرية الشخصية ولا تزال وستظل مبتغى الإنسان منذ كان ، إليها كان دائماً سعيه ومن أجلها تواصل نضاله وكفاحه ، وهباته وثوراته ، ولا غرو فهي التي فطر الله الناس عليها ، عند مولدهم ، وظلت على توالى الحقب وتعاقب الأزمان غايتهم ، واسمي ما ترنو إليه نفوسهم ، كما دل التاريخ البشري على أن تجاهلها في نطاقها الحتمي ، وفي إطار تخومها المحققة للتوازن بين متطلباتها المشروعة وبين تحقيق أمن المجتمع ، قد أفضى إلى أعمال بربرية هزت الضمير الإنساني ، وأثبتت - على نحو ما أوردت ديباجة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان - ضرورة حماية النظام القانوني لها إذا أريد للبشر ألا يضطروا آخر الأمر إلى اللياذ بالتمرد على الطغيان والاضطهاد .

وليس أدل على حقيقة احتفاء الإعلان العالمي سالف الذكر بالحرية الشخصية لكل عضو من أعضاء الأسرة البشرية ، من تبوؤها منزلة الصدارة منه ، بنصه في المادة (١) على أنه « يولد جميع الناس أحراراً ومتساوين في الكرامة والحقوق . وهم قد وهبوا العقل والوجدان وعليهم أن يعاملوا بعضهم بعضاً بروح الإخاء » ، وما ساقته المادة (٣) أنه « لكل فرد حق في الحياة والحرية وفي الأمان على شخصه ، وكذلك ما أورده المادة (٩) أنه « لا يجوز اعتقال أي إنسان أو حجزه أو نفيه تعسفاً » .

وعلى الدرب أنف البيان ذاته سار العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦ فأكد في المادة (٩) أنه « لكل فرد حق في الحرية وفي الأمان على شخصه ، ولا يجوز توقيف أحد أو اعتقاله تعسفاً ، ولا يجوز حرمان أحد من حريته إلا لأسباب ينص عليها القانون وطبقاً للإجراءات المقررة فيه ... » على تفصيل لمقتضيات حماية عناصر الحق المذكور يتعين أن تخطى بالامثال ، وكذلك ما نصت عليه المادة (١٢) من العهد ذاته في شأن حق كل فرد في التنقل داخل إقليم الدولة التي وُجد فيها على نحو قانوني ، وحرية في اختيار مكان إقامته .

ويتناول هذا البحث في نطاق الحرية الشخصية أحكام الحبس الإحتياطي بحسبانه أبرز صور المساس بها ، وذلك من حيث ضماناته الدستورية في التشريعين البحريني والمصري وفي إطار المعايير الدولية ذات الصلة الوثقى التي لا انفصام لها وأول هذه المعايير الحاكمة لممارسة الحبس الإحتياطي أصل البراءة في الإنسان ، الذي احتفى به الإعلان العالمي سالف البيان ، وعنه أكدت المادة (١١) منه أن « كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئاً إلى أن يثبت ارتكابه لها قانوناً في محاكمة علنية تكون قد وفرت له فيها جميع الضمانات اللازمة للدفاع عن نفسه » ، ومن بعده نصت المادة (١٤) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية ، الذي سلفت الإشارة إليه ، في البند رقم (٢) منها ، على أنه « من حق كل متهم بارتكاب جريمة أن يعتبر بريئاً إلى أن يثبت عليه الجرم قانوناً ، وقد تكلفت المادة ذاتها بالبيان المسهب لعناصر المحاكمة المنصفة التي يجب أن يتمتع بها المتهم بحسبانه الحد الأدنى لضمانات هذه المحاكمة .

ومبدأ الأصل في الإنسان البراءة ، من أسمى المبادئ التي حرصت الدساتير ومازالت وستظل على أن

ويتأدى مما سلف ، أن أصل البراءة فى ظل المعايير الدولية ، وأحكام دستورى مملكة البحرين وجمهورية مصر العربية ، يتعين الأخذ فى الامتثال له وإعمال مقتضياته ، بمنهج التفسير الواسع ، الذى أكدت المحكمة الدستورية العليا المصرية فى أحكامها ذات الصلة حتمية اتباعه ، والذى أفضى إلى النتائج سالفة البيان ، وأدى إلى تلافى النتائج السلبية محل الانتقاد التى تحصل من التفسير الضيق للمبدأ المذكور .

ومرد الاحتفاء بأصل البراءة فى مقام سرد أحكام الحبس الإحتياطي أن هذا الأصل وثيق الصلة بالحرية الشخصية التى تعتبر حرية التنقل وحرية الإقامة من أبرز تجلياتها ، وأن ميزان التوازن بين مصلحة المجتمع من ناحية وبين حرية التنقل وحرية الإقامة من ناحية أخرى فى صدد الحبس الإحتياطي بالغ الدقة عسير التقدير ، بحسبان هذا الحبس أشد الإجراءات الجنائية مساساً بالحرية المذكورة ، وقد كان له ماضٍ ملوث شهد إساءة ظاهرة فى ممارسته فى كثير من الدول ، وفى ظل النظم الاستبدادية والتسلطية على وجه الخصوص ، حيث يتمثل كإجراء جنائى فى إيداع المتهم فى السجن أو الأماكن المخصصة للاحتجاز خلال مدده المقررة والتى تقتصر إلى وضع حد أقصى لهذا الحبس فى مجموعه لايحوز تجاوزه وذلك فى كثير من النظم الإجرائية الجنائية .

ويحتم ما سلف العناية الفائقة بمراعاة درجة التوازن بين معاناة وآلام الحبس الإحتياطي وبين مقتضيات الصالح العام ، وتلك رسالة قانون الإجراءات الجنائية الذى يقال ، وبحق ، أنه مرآة طبيعية تعكس قدر احترام الدولة للحرية الشخصية (١) .

والرابطة الوثقى بين التوازن المنشود لتنظيم الحق فى الحرية الشخصية وبين تنظيم أحكام الحبس الإحتياطي ، تحتم الوقوف على المنزلة التى أنزلها المشرع الدستورى لهذا الحق ، ومن قبله المواثيق الدولية التى تكفلت بوضع المعايير الدولية لحمايته ، من جهة كفالة صونه ، وتحديد ضمانات المساس به فى الأوضاع التى تحتم مقتضياتها هذا المساس ، ويحتل الحق فى حرية التنقل وحرية الحركة وحرية الإقامة مكان الصدارة فى نطاق صور الحق فى الحرية الشخصية ، بالنسبة إلى الصور الأخرى لهذه الحرية ، وقد أكدت الصور المذكورة الفقرة الأولى من المادة (١٣) من الإعلان العالمى لحقوق الإنسان لسنة ١٩٤٨ بنصها على أنه « لكل شخص الحق فى حرية الحركة والإقامة فى حدود كل دولة » .

وفى السياق سالف البيان أكدت الفقرة الأولى من المادة (١٢) من العهد الدولى الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦ على أنه « لكل فرد يوجد على نحو قانونى داخل إقليم دولة ما حق حرية التنقل فيه ، وحرية اختيار محل إقامته ، كما نصت الفقرة الثالثة من المادة ذاتها على أنه « لا يجوز تقييد الحقوق المذكورة بأى قيود غير التى ينص عليها القانون ، وتكون ضرورية لحماية الأمن القومى أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة ، أو حقوق الآخرين وحريةهم » .

وفى نطاق حرية التنقل نصت الفقرة الثانية من المادة (١٣) من الإعلان العالمى لحقوق الإنسان على أنه « لكل شخص الحق فى مغادرة أية دولة بما فيها بلده » ، كما نصت الفقرة الرابعة من المادة ذاتها على أنه

(١) الدكتور أحمد فتحى سرور ، تقديم الطبعة الأولى لكتابنا عن الحبس الإحتياطي فى التشريع المصرى ، تراجع الطبعة الثانية للكتاب المذكور ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠١٤م ، ص ٥ .

البراءة وفى تفسيرها القضائى للمادة (٦٧) فى فقرتها الأولى ، أن الدستور كفل فيها الحق فى المحاكمة المنصفة ، وأن أصلها مستمد من المادتين العاشرة والحادية عشرة من الإعلان العالمى لحقوق الإنسان التى تقر أولاهما أن لكل شخص حقاً مكتملاً ومتكافئاً مع غيره فى محاكمة علنية ومنصفة تقوم عليها محكمة مستقلة محايدة ، تتولى الفصل فى حقوقه والتزاماته المدنية ، أو فى التهمة الجنائية الموجهة إليه ، وتردد ثانيتهما فى فقرتها الأولى حق كل شخص وجهت إليه تهمة جنائية فى أن تفترض براءته إلى أن تثبت إدانته فى محاكمة علنية توفر له فيها الضمانات الضرورية لدفاعه (١) .

والبين من أحكام المواثيق الدولية ، ودستورى مملكة البحرين لعام ٢٠٠٢م وجمهورية مصر العربية لعام ٢٠١٤ ، أن أصل البراءة مقرر فيها جميعاً للمتهم ، وقد كان ذلك موضع نقد بالنسبة لدستور مملكة البحرين ينسحب على الدستور المصرى ، قولاً أن فى النص الصريح على أن ضمانات المحاكمة القانونية تخص المتهمين وتشمل مراحل التحقيق والمحاكمة وهى مراحل للدعوى الجنائية تقييد لقدرة القضاء على اتباع منهج التفسير الواسع الذى يضيف المشتبه فيهم إلى المتهمين كما يدخل مرحلة الاستدلال إلى جانب مراحل الدعوى الجنائية فيما يستأهل توفير الضمانات المشار إليها المترتبة على الأصل المذكور (٢) .

وأياً ما كان وجه النظر فى الرأى سالف البيان ، فإن المحكمة الدستورية العليا المصرية ، ورغم قصر دستور مصر الأسبق لتقرير أصل البراءة على المتهمين والضمانات على مرحلة المحاكمة ، قد أسهبت فى تفصيل هذا الأصل وفى ترتيب نتائجه ، فتوسعت فى نطاقه الشخصى ، بحسبانه مما تفرضه الفطرة وتوجيه طبائع الأشياء ، ومن ثم فلم تقتصره على المتهم بل ارتدت به إلى المشتبه فيه ، ومفاد ذلك الارتداد بمقتضيات أصل البراءة إلى مرحلة جمع الاستدلالات ، حين لا تكون صفة المشتبه فيه ثابتة للإنسان إلا فى خلال هذه المرحلة ، فإذا بدأت إجراءات مراحل الدعوى الجنائية فى حقه عُدم متهماً (٣) .

(١) يراجع فى أصل البراءة ، الدكتور سرى محمود صيام ، الحماية القضائية لحقوق المتهم الإجرائية ، دار الشروق ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٩ ، ص ٦٣ وما بعدها ، وأحكام المحكمة الدستورية العليا ، بجلسة ٢ من فبراير سنة ١٩٩٢ ، مجموعة الأحكام ، الجزء الخامس ، ص ١٨٥ ، وبجلسة ٣ من يوليو سنة ١٩٩٥ ، الجزء السابق ، ص ٤٥ ، وبجلسة ٥ من أكتوبر سنة ١٩٩٦ ، ١٩ من نوفمبر سنة ١٩٩٦ ، و ٥ من يوليو سنة ١٩٩٧ ، و ٣ من يناير سنة ١٩٩٨ ، الجزء الثامن ، ص ١٢٤ و ١٤٣ و ٢٨٦ و ٧٢١ و ١٠٤٢ على التوالى ، وقد وصف مجلس اللوردات البريطانى أصل البراءة فى الإنسان بأنه خيط ذهبى فى نسيج ثوب القانون الجنائى ، يراجع الدكتور أحمد فتحى سرور ، القانون الجنائى الدستورى ، الطبعة الثالثة ، دار الشروق ، ٢٠٠٤ ، هامش ص ٢٧٩ .

(٢) الدكتور خالد سرى صيام ، حقوق المتهم الإجرائية فى الدستور وقانون الإجراءات الجنائية البحرينية ، بحث غير منشور ، ص ٢٢ .

(٣) الدكتور عادل محمد فريد قورة ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، ١٩٨٧ ، ص ١٣٧ و ١٣٩ و ١٤٠ .

• وقد أشار إلى ما مفاده أن المذكرة التفسيرية لقانون العقوبات الإيطالى الصادر سنة ١٩٣٠ تسوى بين المشتبه فيه والمتهم ، ويلاحظ أن القضاء الأوروبى قد اتجه بعد تردد إلى أن أصل البراءة لا ينحصر فى إجراءات الخصومة الجنائية حيث تتحرك الدعوى الجنائية ، بل ينعكس أيضاً على إجراءات الاستدلال ، وقد قضت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بأن قرينة البراءة هى إحدى عناصر المحاكمة الجنائية المنصفة ، الدكتور أحمد فتحى سرور ، القانون الجنائى الدستورى ، الطبعة الرابعة ، ٢٠٠٦ ، ص ٢٥٨ ، وتراجع أحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية المشار إليها فى هامش ص ٣ من هذا البحث .

الدستوري لكل من التعبيرين (١) .

وتضع المادة (٣١) ذاتها قيوداً على تنظيم أو تحديد الحقوق والحريات العامة بقانون أو بناءً عليه لا ينبغي تجاهلها ولا يجوز تخطيلها ، تتمثل في عدم جواز أن ينال التنظيم أو التحديد من جوهر الحق أو الحرية .

والمادة النظرية للمادة (٣١) من دستور مملكة البحرين في الدستور المصري لعام ٢٠١٤م ، هي المادة (٩٢) وتتص على أنه « الحقوق والحريات اللصيقة بشخص المواطن لا تقبل تعطيلاً أو انتقاصاً ، ولا يجوز لأى قانون ينظم ممارسة الحقوق والحريات أن يقيد بها بما يمس أصلها وجوهرها » ، ومفاد هذا الحكم أنه ، وفقاً للدستور المصري ، فإن الأداة التشريعية اللازمة لتنظيم ممارسة الحق في الحرية الشخصية هي القانون ليس إلا ، وهو ما كان ينبغي أن ينص عليه دستور مملكة البحرين ، بحيث لا يتيح تنظيم أو تحديد هذه الممارسة بأداة أدنى من القانون ، ولو كان ذلك بناءً على تفويض من السلطة التشريعية .

وفي شأن المعايير الدولية الواجبة الاتباع في تنظيم كافة صور ممارسة الحق في الحرية الشخصية ، ورسم حدود هذه الممارسة ، ومقتضيات المساس بهذا الحق ، وأعلى مراتب صوره الحبس الإحتياطي ، تنص الفقرة الثانية من المادة (٢٩) من الإعلان العالمى لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨ على أنه « في ممارسة كل شخص لحقوقه وحرياته لن يتعرض كل شخص إلا للقيود التي يحددها القانون فقط ، بقصد التأكد من الاعتراف والاحترام الواجبين لحقوق الآخرين ... » .

وفي الشأن ذاته تنص الفقرة الأولى من المادة (٩) من العهد الدولى الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦ على أنه « لا يجوز حرمان أحد من حريته إلا لأسباب ينص عليها القانون وطبقاً للإجراءات المقررة فيه ، وعلى الدرب ذاته نهج الفقرة الثالثة من المادة (١٢) من العهد المذكور والتي لا تجيز تقييد حرية التنقل داخل إقليم الدولة وحرية اختيار محل الإقامة ، بأى قيود غير التي ينص عليها القانون وتكون ضرورية لحماية الأمن القومى أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة أو حقوق الآخرين وحرياتهم » .

ويشار بداءة ، إلى أن الحبس الإحتياطي - في الحدود سالفة البيان - ينبغي ألا يتحول بحال إلى عقوبة ، أو تدبير احترازي هو في مصاف العقوبات. وذلك التزاماً بقواعد الشرعية الدستورية التي لا تجيز توقيع عقوبة إلا بحكم قضائي وبعد محاكمة عادلة تتوفر فيها للمتهم ضمانات الدفاع عن نفسه .

وفي المعنى المذكور يقضى البند (ج) من المادة (٢٠) من دستور مملكة البحرين على أن الإدانة لا تثبت إلا في محاكمة قانونية تؤمن للمتهم فيها الضمانات الضرورية لممارسة حق الدفاع ، كما تنص المادة (٩٥) من الدستور المصري لعام ٢٠١٤م على ألا توقع عقوبة إلا بحكم قضائي ، كما يجب ألا يخرج الحبس الإحتياطي عن طبيعته الاستثنائية، وإذا تكفل الدستور ببيان الأهداف المبتغاة من الحبس الإحتياطي ، كشأن الأهداف التي حصرها الدستور المصري الجديد فيما يستلزمه التحقيق ، وذلك في المادة (٥٤) منه ، وجب التقييد بهذه الأهداف دون سواها ، وتحديد حالاتها في القانون ، وقد خلا دستور مملكة البحرين (١) يراجع في المعنى الوارد في المتن ، المحكمة الدستورية العليا ، بجلسة ٦ من أبريل سنة ١٩٩١ ، في الطعن رقم ١٧ لسنة ١١ قضائية دستورية ، مجموعة الأحكام ، الجزء الرابع ، ص ٣١١ .

« لا يجوز حرمان أحد تعسفاً من حق الدخول إلى بلده » ، واتصلاً بالحق في حرية التنقل الذي يمثل الحبس الإحتياطي أعلى درجات مصادراته تنص المادة (١١) من العهد الدولى الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الذى سلفت الإشارة إليه على أنه « لا يجوز حبس أى إنسان لمجرد عجزه عن الوفاء بالتزام تعاقدى » .

وفي إطار الحماية الدستورية للحق في الحرية بوجه عام التي يعتبر الحبس الإحتياطي مساساً بالغاً بها ، كما سلف البيان ، عدت المادة (٤) من دستور مملكة البحرين لعام ٢٠٠٢م وهي أول مواد الباب الثانى من هذا الدستور والمعنون « المقومات الأساسية للمجتمع » إن هذه الدعامات الحرية والمساواة والأمن والطمأنينة وأكدت وجوب أن تكفلها الدولة .

ونصت المادة (١٨) من الدستور ذاته في الباب الثالث المعنون « الحقوق والحريات العامة » على أنه « الناس سواسية في الكرامة الإنسانية ، ويتساوى المواطنون لدى القانون في الحقوق والواجبات العامة ، لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة » ومن قبلها حظر البند (ب) من المادة (١٧) إبعاد المواطن عن البحرين أو منعه من العودة إليها .

وعن نطاق تناول الدستور البحريني الحق في الحرية الشخصية ، على استقلال وعلى نحو مباشر ، نصت المادة (١٩) في البند (أ) منها على أنه « الحرية الشخصية مكفولة وفقاً للقانون » وتكفلت البنود الأخرى ببيان أحكام المساس بهذا الحق من ناحية صور هذا المساس وضرورة تحديدها بقانون ، وليس بأداة أدنى ، وأوجب أن يكون هذا التحديد تحت رقابة القضاء ، وفصلت أحكام حظر التعذيب بنوعيه المادى والمعنوى والإغراء والمعاملة الحاطة بالكرامة ، والزمتم المشرع بأن يتكفل بتجريم كافة صور السلوك لهذه المحظورات وبتحديد العقوبات المقررة لها ، وكفلت ذلك ليكون بين الناس جميعاً ، وعلى نحو لا يقتصر على المواطنين ، كما رتب بطلان كل قول أو اعتراف يصدر تحت وطأة أية صور من هذه الصور .

وكما كفلت المادة (١٨) من دستور مملكة البحرين الكرامة الإنسانية لكل الناس على سواء ، كان نهج الدستور المصري لعام ٢٠١٤م الذى نصت المادة (٥١) منه على أنه « الكرامة حق لكل إنسان ، ولا يجوز المساس بها ، وتلتزم الدولة باحترامها وحمايتها » .

ويشار إلى أن « عناية الدستور البحريني بتقرير مبدأ المساواة في الكرامة الإنسانية محمودة ، والنص سالف البيان يماثل نظيره في الدستور المصري في مادته (٥١) حيث نص على أن الكرامة حق لكل إنسان ، ولا يجوز المساس بها ، وتلتزم الدولة باحترامها وحمايتها ، ثم نص في المادة (٥٢) على مبدأ المساواة في الحقوق والحريات والواجبات العامة فجعله بين المواطنين ، فلا ينسحب إلى غيرهم ، وكان الأفضل أن يفصح الدستور المصري في المادة (٥٣) عن أن المساواة في الكرامة الإنسانية مقررة للناس كافة .

وامتثالاً لأحكام الدستور البحريني ، وبحسبان الحرية الشخصية من أهم الحقوق العامة للإنسان ، فإن تنظيمها يتعين أن يكون بقانون وليس بأداة تشريعية أدنى ، وكذلك شأن تحديد تخومها ، ورسم حدودها ، وذلك مفاد نص المادة (٣١) من هذا الدستور على أنه لا يكون تنظيم الحقوق والحريات العامة المنصوص عليها في هذا الدستور أو تحديدها إلا بقانون ، ولا يكون اللجوء في التنظيم أو التحديد إلى أداة تشريعية أدنى إلا بتفويض صريح من السلطة التشريعية ، كما هو مفاد عبارة « أو بناءً عليه » بمعنى أو بناءً على قانون ، وقد تكفلت المحكمة الدستورية العليا المصرية ببيان التفرقة بين استخدام المشرع

قانون الإجراءات الجنائية المصري الذي ينظم أحكام التحقيق بمعرفة النيابة العامة . وعلى الرغم مما حققته التعديلات المشار إليها من إنجازات ملموسة على طريق ترسيخ حقوق الإنسان ، فإن المشرع المصري - استمرراً في نهجه الذي سلكه للترقي بهذه الحقوق سيما حين يكون الإنسان في موقف الاتهام - قد أحدث بموجب القانون رقم ١٤٥ لسنة ٢٠٠٦ بتعديل بعض أحكام قانون الإجراءات تعديلات جذرية شاملة لأحكام الحبس الإحتياطي ، يرتفع بها إلى مصاف تشريعات الدول الديمقراطية العريقة في نطاق هذه الأحكام ، ويحقق بها توافقاً غير مسبوق مع أسس مراتب الشرعية الدستورية والإجرائية ، بمعاييرها العالمية ، وهو ما يستحق أن تباهى به مصر في العالمين .

وقد أوردت المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون رقم ١٤٥ لسنة ٢٠٠٦ المشار إليه أن المشروع استهدف استكمال مسيرة تعزيز قيم الشرعية الدستورية ، ومنها أصل البراءة ، ومواصلة نهج تنمية حقوق الإنسان ، الذي قطعت فيه مصر شوطاً طويلاً بإنشاء المجلس القومي لحقوق الإنسان بالقانون رقم ٩٤ لسنة ٢٠٠٣ ، وإصدار القانون رقم ٩٥ لسنة ٢٠٠٣ الذي ألغيت بمقتضاه محاكم أمن الدولة المنشأة بالقانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ ، وعقوبة الأشغال الشاقة .

ويشار إلى أن قانون الإجراءات الجنائية المصري قد طرأ عليه تعديل لاحق لتعديلات القانون رقم ١٤٥ لسنة ٢٠٠٦ ، وذلك بالقانون رقم ١٥٣ لسنة ٢٠٠٧ ، في محاولة لتلافي ما ارتآه من قصر في مدة الحد الأقصى للحبس الإحتياطي خلال مراحل الدعوى الجنائية كافة ، شاملة مرحلة الطعن بالنقض أول وثاني مرة^٩(١) ومرحلة إعادة المحاكمة من قبل هيئة أخرى بعد النقض أول مرة وبمعرفة محكمة النقض إذا نقضت الحكم الثاني مرة ، وذلك في مجال الأحكام الصادرة بالإعدام ، وقد أضاف هذا القانون لمواجهة ما ارتآه المشرع من ذلك ، إلى المادة (١٤٣) من قانون الإجراءات الجنائية فقرة جديدة نصها « ومع ذلك فلمحكمة النقض ولمحكمة الإحالة ، إذا كان الحكم صادراً بالإعدام ، أن تأمر بحبس المتهم احتياطياً لمدة خمسة وأربعين يوماً قابلة للتجديد دون التقيد بالمدد المنصوص عليها في الفقرة السابقة » .

وقد طرأ تعديل آخر على الفقرة المذكورة بموجب القرار بقانون رقم ٨٣ لسنة ٢٠١٢ ، الذي أصدره رئيس الجمهورية المؤقت بعد ثورة ٣٠ من يونيو سنة ٢٠١٣ وقد استهدف هذا التعديل أن يسرى الاستثناء المذكور من الحد الأقصى للحبس الإحتياطي بمدده المختلفة المشار إليها في الفقرة المعدلة والمنصوص عليها في الفقرة السابقة عليها ، على الأحكام الصادرة بالسجن المؤبد بالإضافة إلى الأحكام الصادرة بالإعدام . ويشار إلى أن دستور مملكة البحرين لعام ٢٠٠٢م ، وكما سلف البيان ، وإن لم يحصر أهداف الحبس الإحتياطي في نطاق ما يستلزمه التحقيق ، ابتدائياً أو نهائياً ، إلا أنه أكد في البند (ب) من المادة (١٩) منه على أن هذا الحبس وسائر صور تقييد الحرية ، إنما يكون جميعه وفق أحكام القانون وبرقابة من القضاء ، وهو ما مفاده أن حالات الحبس الإحتياطي يجب أن تستند إلى القانون ذاته دون أداة تشريعية أدنى ، وأن تكون الأوامر الصادرة به أو بمدده ، خاضعة لرقابة القضاء .

والبين من قانون الإجراءات الجنائية لمملكة البحرين الصادر بالقانون رقم ٤٦ لسنة ٢٠٠٢ والمعدل بالقانون

(١) الدكتور / أحمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية ، ٢٠١٤ ، الكتاب الأول - ص ١٠٢٣ .

من مثل هذا التحديد ، الذي يمكن أن يتضمنه قانون الإجراءات الجنائية البحريني ، كما سيرد البيان في موضع لاحق من هذا البحث .

ويتمثل ما يستلزمه التحقيق بوجه عام في مساعدة المحقق في مرحلة التحقيق الابتدائي على كشف الحقيقة التي يتغيا الوصول إليها ، وتهيئة الوسائل الكفيلة بذلك من خلال تمكينه من استجواب المتهم أو مواجهته بغيره من المتهمين أو الشهود أو بما يتكشف من أدلة كلما دعت الحاجة إلى هذه المواجهة ، والحيولة بين المتهم وبين العبث بأدلة الدعوى أو التأثير على المجني عليه أو الشهود بالترغيب أو التهيب ، وكذلك الأمر بالنسبة إلى إجراءات التحقيق النهائي في مرحلة المحاكمة الجنائية بما تستلزمه من حضور المتهم وسؤاله ومواجهته بالتهمة المسندة إليه واستجوابه في حالة قبوله وسماع الشهود في حضوره ، وغير ذلك مما ترى المحكمة لزومه لظهور الحقيقة ، فضلاً عن ضمان تنفيذ الحكم واجب التنفيذ الصادر بالإدانة فيما قضى به من عقوبات على المتهم وأخصها العقوبات السالبة للحرية ، احتراماً للقضاء وترسيخاً لثقة الرأي العام فيه باعتبار ما سلف جميعه أهم مقومات سيادة القانون ، وتحقيقاً للردع المتوخى من العقوبة ، وشفاء غليل المجني عليه الذي وقعت الجريمة اعتداءً على مصلحة من مصالحه المتمتعة بالحماية الجنائية ، أو على مصلحة ورثته بحسب الأحوال .

ويضاف إلى ذلك كله أن ضمان مثول المتهم خلال مراحل الدعوى الجنائية من شأنه أن يحقق عدالة جنائية سريعة وناجزة تنحسم بها الأمور وتتحقق بها - في وقت مناسب - أهداف الخصومة الجنائية ، وتؤدي إلى تخفيف عن كاهل القضاء الجنائي ، المثقل ، في قضايا الجنايات في مصر بوجه خاص ، بأعباء إعادة المحاكمات بسبب تخلف المتهمين عن المثول أمام القضاء ، وصدور العديد من الأحكام في غيبتهم دون عذر مقبول أو مسوغ معقول .

وقد اتجه الدستور المصري الجديد لعام ٢٠١٤ إلى علاج هذه الظاهرة ، الذي سبق إليه التشريع البحريني ، وذلك بما أورده هذا الدستور في المادة (٩٦) من إلزام المشرع بأن ينظم بقانون استئناف الأحكام الصادرة في الجنايات .

ولقد تكفل قانون الإجراءات الجنائية المصري منذ صدوره عام ١٩٥٠ بتنظيم أحكام الحبس الإحتياطي ، وطرأت على هذه الأحكام تعديلات عديدة ، اقتضاها العدول عن نظام قاضي التحقيق بموجب المرسوم بقانون رقم ٣٥٣ لسنة ١٩٥٢ ، ثم صدور الدستور الأسبق عام ١٩٧١ والذي استلزم التوافق مع المستجدات من أحكامه إجراء تعديلات تشريعية عديدة تضمنها القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢ ، ومن أهم حسنات هذا القانون أنه ألغى القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٦٤ بشأن بعض التدابير الخاصة بأمن الدولة والذي كان يستند إليه في الحبس المطلق^(١) ، وكذلك تم ، من بعد ، إلغاء محاكم أمن الدولة المنشأة بالقانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ ، وذلك بموجب القانون رقم ٩٥ لسنة ٢٠٠٣م الذي أجرى تعديلات هامة على أحكام الحبس الإحتياطي في مصر نصت عليها المادة ٢٠٦ مكرراً التي أضافها القانون الأخير إلى أحكام الباب الرابع من

(١) انظر في موضوع الحبس المطلق - المرحوم / المستشار كمال موسى المتيني - الحبس المطلق في التشريع المصري -

المبحث الثاني الضمانات الدستورية للحبس الإحتياطي في مملكة البحرين وفي مصر

أولاً : الحبس الإحتياطي مساس بالحق في الحرية الشخصية :

اعتبر دستور مملكة البحرين لعام ٢٠٠٢م ، الحبس الإحتياطي مساساً بالحرية الشخصية وهو ما يستخلص حتماً من تأكيد هذا الدستور في البند (أ) من المادة (١٩) منه أن الحرية الشخصية مكفولة وفقاً للقانون ، واقتراح هذا التأكيد ، والالتزام بهذه الكفالة ، مباشرة بأحكام البند (ب) من المادة ذاتها ، التي قطعت بحظر القبض على إنسان ، أو توقيفه ، أو حبسه أو تحديد إقامته أو تقييد حريته في الإقامة أو التنقل إلا وفق أحكام القانون وبرقابة من القضاء ، ثم إيراد ضمانات دستورية في البند (ج) ، في تتابع متواصل ، تحدد أماكن الحجز أو الحبس دون سواها والتي يكون تخصيصها بقانون ، وتتعلق بأوجه الرعاية الصحية والاجتماعية التي يجب أن تتوفر في هذه الأماكن ، وتتصل بخضوع هذه الأماكن لرقابة السلطة القضائية (١) .

وقد اقترن جميع ما سلف ، في البند (د) بتجريم تعريض أي إنسان للتعذيب المادي والمعنوي أو للإغراء أو للمعاملة الحاطة بالكرامة ، وبإلزام المشرع بأن يفرض لكل سلوك من ذلك العقوبة المناسبة ، فضلاً عن بطلان كل قول أو اعتراف يصدر تحت وطأتها أو نتيجة التهديد بها .

والضمانات سالفة البيان كفلها الدستور للكافة ، بدلالة عموم نص كفالة الحرية الشخصية ، والنص على أن هذه الضمانات مقررّة لكل إنسان ، ومن ثم فأحكام المادة (١٩) من الدستور جميعها ، لا تنحصر في نطاق المواطنين ، وتساير المعايير الدولية ذات الصلة في هذا الشمول .

وفي مصر اعتبر دستور سنة ١٩٧١م السابق الحبس الإحتياطي مساساً بالحق في الحرية الشخصية التي أكد أنها حق طبيعي وكفل صونها في المادة (٤١) منه ، بنصها على أنه «الحرية الشخصية حق طبيعي وهي مصونة لا تمس ، وفيما عدا حالة التلبس لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته بأي قيد أو منعه من التنقل إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع ، ويصدر هذا الأمر من القاضي المختص أو النيابة العامة ، وذلك وفقاً لأحكام القانون . ويحدد القانون مدة الحبس الإحتياطي» .

وقد تكفلت المادة (٥٤) من الدستور المصري الجديد لعام ٢٠١٤ بتصنيف الحق في الحرية الشخصية

(١) تنص المادة (١٩) من دستور مملكة البحرين لعام ٢٠٠٢م على أنه : " أ- الحرية الشخصية مكفولة وفقاً للقانون . ب- لا يجوز القبض على إنسان ، أو توقيفه ، أو حبسه ... أو تحديد إقامته ، أو تقييد حريته في الإقامة أو التنقل ، إلا وفق أحكام القانون وبرقابة من القضاء . ج- لا يجوز الحجز أو الحبس في غير الأماكن المخصصة لذلك في قوانين السجون المشمولة بالرعاية الصحية والاجتماعية ، والخاضعة لرقابة السلطة القضائية " ، وفي بيان المقصود بالاحتجاز تبين مجموعة المبادئ المتعلقة بحماية جميع الأشخاص الذي يتعرضون لأي شكل من أشكال الاحتجاز أو السجن والمعتمدة بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ١٧٣/٤٣ في ٩ كانون الأول / ديسمبر ١٩٨٨ ، أن " الاحتجاز " يعني حالة الشخص المحروم من حريته الشخصية دون إدانته في جريمة .

رقم (٣٩) لسنة ٢٠١٤ ، أنه لم يشر إلى دواعي الحبس الإحتياطي الذي تأمر به النيابة العامة ، وكذلك قاضى المحكمة الصغرى وفقاً لأحكام المادة (١٤٧) منه ، ولكنه جُنّي بإيراد هذه الدواعي بالنسبة إلى مدة أو مدد الحبس المتعاقبة ، التي تأمر بها المحكمة الكبرى الجنائية منعقدة في غرفة المشورة امتداداً لما أمرت به النيابة العامة وأمر به قاضى المحكمة الصغرى من حبس احتياطي ، إذ أورد نص المادة (١٤٨) من قانون الإجراءات الجنائية ذاته أن المدة أو المدد التي يصدر بها المد وفقاً لهذه المادة ، إنما تكون إذا اقتضت مصلحة التحقيق .

والجدير بالذكر أن تنظيم قانون الإجراءات الجنائية البحريني لأمر الحبس الإحتياطي اعتباراً من المادة (١٤٢) منه لم يشر إلى دواعي للحبس الإحتياطي ، عدا ما سلف بيانه ، وحصره هذه الدواعي في المادة (١٤٨) في نطاق مقتضيات التحقيق أمر محمود ، إذ تجنب الإشارة إلى صيانة أمن المجتمع في هذا الإطار ، ونهج إيراد الداعي المذكور في التشريعات محل انتقاد على نحو ما سيرد لاحقاً في هذا البحث .

ويعد إنجازاً كبيراً في مجال قانون الإجراءات الجنائية المصري الترقى بصون حق الإنسان في الحرية الشخصية ، الذي تحقق بتعديلات القانون رقم ١٤٥ لسنة ٢٠٠٦ التي أدخلها على بعض أحكام القانون المذكور ، الذي عززته وارتفعت بمقامه في مجال التشريع ضمانات أوفى وأشمل بقواعد دستورية تضمنها دستور سنة ٢٠١٤ الحالي ، والتي ارتقت بضمانات الحرية الشخصية ثم في هذا الدستور وفي القانون سالف البيان الذي يجب أن يظل دوماً قانون الحريات ، وكذلك الشأن بالنسبة إلى التعديلات التي طرأت على أحكام قانون الإجراءات الجنائية لمملكة البحرين بموجب القانون رقم ٣٩ لسنة ٢٠١٤ ، بالاستعاضة بنصوص جديدة عن نصوص المواد (١٤٧) و (١٤٨) و (١٤٩) منه ، وجميعها تتناول بالتحديد المدد المقررة للأمر بالحبس الإحتياطي ، ولأوامر مده ، والسلطات القضائية المختصة بذلك ، وكذلك الشأن بالنسبة إلى الأمر بالإفراج عن المتهم المحبوس احتياطياً سواء من تلقاء ذات النيابة العامة ، أو بناء على طلب المتهم ، وتنظيم حق التظلم من قرار رفض طلبه ، ومدة الفصل في هذا التظلم .

ويتأدى عما سلف جميعه ، أن الحاجة أصبحت ماسة إلى شرح كافة الضمانات الدستورية لتنظيم أحكام الحبس الإحتياطي في ضوء المعايير الدولية ذات الصلة ، وبإعمال مقتضيات ممارسة الحرية الشخصية في مجال التنقل والحركة والإقامة وما يدور في فلكها وذلك في مملكة البحرين وفي مصر لما تستلزمه هذه الأحكام من شرح يوضحها ، وبيان ينجلي به ما هو غامض منها ، وتأسيس يعين على الوصول إلى حلول قانونية صائبة لما يسفر عنه التطبيق من مشكلات عملية ، ينتفي به كل لبس ، ويصون من التردّي في الخطأ في مسائل وثيقة الصلة بالحريات ، في صورها سالفة البيان ، وذلك على النحو الذي يتكفل به هذا البحث في موضوعاته التالية .

والأشمل .
وينبغي التأكيد على أن الحبس الإحتياطي ، هو سلب للحرية ، والسلب أعلى مراتب تقييد الحرية ، كما أنه مقرون بالإيداع فى أحد الأماكن المقررة للحبس ، ومن ثم فإنه أشد مظاهر المساس بالحرية الشخصية جسامة ، وهو - بهذه المثابة - أولها بإعمال ضمانات التوازن بين توفير مقومات ممارسة هذه الحرية ، وأهمها : الحق فى التنقل وفى الحركة وفى الإقامة ومقتضيات المصلحة العامة التى تبرر الحبس الإحتياطي ، والتى كانت تتمثل فى مصر فى ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع وفق أحكام المادة (٤١) من الدستور الأسبق ، وأصبحت تقتصر على ما يستلزمه التحقيق إعمالاً لأحكام المادة (٥٤) من الدستور الجديد .
ويلاحظ أن البند (أ) من المادة (١٩) من دستور مملكة البحرين لعام ٢٠٠٢م ، وكذلك الفقرة الأولى من كل من المادة (٤١) من الدستور المصرى الأسبق ، والمادة (٥٤) من الدستور المصرى الجديد قد أوردت كل منها فى نصها تعبير الحبس دون أن تخصصه بالحبس الإحتياطي ، وهو ما قد يوحي بشمول الحبس للحبس الإحتياطي والحبس التنفيذى كليهما ، لكن تفسير الحبس فى السياق الذى ورد فيه فى كل نص من النصوص المشار إليها يقطع باقتضاره على الحبس الإحتياطي ، بدلالة إيراد الدستور المصرى ما يستلزمه التحقيق فى مجال بيان مبررات الحبس ، وهو ما يتأبى على الحبس التنفيذى كعقوبة سالبة للحرية ينبغي أن يصدر بها حكم قضائى ، وليس أمراً من النيابة العامة أو القاضى المختص أو المحكمة أثناء نظر الدعوى أو الطعن كما ورد فى الدستور الأسبق ، أو أمراً قضائياً مسبباً كما ورد فى الدستور المصرى الجديد كليهما .
وتقطع بالدلالة المذكورة ما تنص عليه المادة (٢٠) من دستور مملكة البحرين لسنة ٢٠٠٢م من أنه « المتهم برئ حتى تثبت إدانته فى محاكمة قانونية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية لممارسة حق الدفاع فى جميع مراحل التحقيق والمحاكمة وفقاً للقانون ، وما تنص عليه المادة (٩٥) من الدستور المصرى الجديد ، وهو ذات ما تضمنته الدساتير السابقة عليه من أنه لا توقع عقوبة إلا بحكم قضائى .

ثانياً : المبررات الدستورية للحبس الإحتياطي :

سبق بيان أن دستور مملكة البحرين لعام ٢٠٠٢م ، لم يشر إلى مبررات معينة للحبس الإحتياطي فى شأن الأمر بالحبس الإحتياطي الصادر لأول مرة أو ما يصدر من أوامر تالية بمد هذا الحبس ، وقد عهد بهذا البيان إلى القانون ، وذلك مفاد نصه فى البند (ب) من المادة (١٩) منه على أنه « لا يجوز القبض على إنسان أو توقيفه أو حبسه أو تحديد إقامته أو تقييد حريته فى الإقامة أو التنقل إلا وفق أحكام القانون وبرقابة من القضاء .

وقد عنى الدستور المصرى لسنة ١٩٧١ الأسبق فى المادة (٤١) ، على إيراد المبررات التى تجيز المساس بالحق فى الحرية الشخصية ، فى الصور المختلفة لهذا المساس التى أوردتها فى المادة ذاتها ، والمتتمثلة فى القبض والتفتيش والحبس وتقييد الحرية الشخصية بأى قيد والمنع من التنقل ، وهى الصور ذاتها التى أوردتها الفقرة الأولى من المادة (٣٥) من دستور عام ٢٠١٢ السابق ، واسقط منها دستور عام ٢٠١٤ الجديد ، دون مبرر ، المنع من التنقل ، على نحو ما ورد فى المادة (٥٤) منه مما سبق بيانه .

وقد حرص دستور سنة ١٩٧١ الأسبق على تحديد المبررات المشار إليها فى نطاق ما تستلزمه ضرورة

وبيان ضمانات عدم المساس بها ، بحسب الأصل ، وأحكام الخروج على هذا الأصل بنصها على أنه « الحرية الشخصية حق طبيعى ، وهى مصونة لا تمس ، وفيما عدا حالة التلبس ، لا يجوز القبض على أحد ، أو تفتيشه ، أو حبسه ، أو تقييد حريته بأى قيد إلا بأمر قضائى مسبب يستلزمه التحقيق .

ويجب أن يبلغ فوراً كل من تقييد حريته بأسباب ذلك ، ويحاط بحقوقه كتابة ، ويمكن من الاتصال بذويه وبمحاميه فوراً ، وأن يقدم إلى سلطة التحقيق خلال أربع وعشرين ساعة من وقت تقييد حريته .

ولا يبدأ التحقيق معه إلا فى حضور محاميه ، فإن لم يكن له محام ، ندب له محام ، مع توفير المساعدة اللازمة لذوى الإعاقة ، وفقاً للإجراءات المقررة فى القانون .

ولكل من تقييد حريته ، ولغيره ، حق التظلم أمام القضاء من ذلك الإجراء ، والفصل فيه خلال أسبوع من ذلك الإجراء ، وإلا وجب الإفراج عنه فوراً .

وينظم القانون أحكام الحبس الإحتياطي ، ومدته ، وأسبابه ، وحالات استحقاق التعويض الذى تلتزم الدولة بأدائه عن الحبس الإحتياطي ، أو عن تنفيذ عقوبة صدر حكم بات بإلغاء الحكم المنفذة بموجبه .

وفى جميع الأحوال لا يجوز محاكمة المتهم فى الجرائم التى يجوز الحبس فيها إلا بحضور محام موكل أو مندوب .

وتجدر الإشارة بما استحدثه دستور عام ٢٠١٤م من رعاية محمودة لذوى الإعاقة ، وذلك على نحو غير مسبوق فى دساتير مصر ، ولعل ذلك وفاء أمين بالالتزام الذى فرضته على الدول الأطراف الاتفاقية الدولية لحقوق الأشخاص ذوى الإعاقة لعام ٢٠٠٦م (١) .

وقد أوردت المادة (٤١) من دستور عام ١٩٧١ الأسبق ، إلى جانب الحبس الإحتياطي ، كمظهر من مظاهر المساس بالحق فى الحرية الشخصية صوراً أخرى من صور المساس بهذه الحرية هى : القبض ، والتفتيش ، وتقييد هذه الحرية بأى قيد ، وكذلك المنع من التنقل ، وقد أغفلت المادة (٥٤) من الدستور الجديد صورة المنع من التنقل ، ونرى أن عبارة « تقييد الحرية بأى قيد » تستوعب هذه الصورة ، ومع ذلك فإن حذف هذه الصورة غير مبرر .

ويشار إلى أن النص على الحق فى حرية التنقل ورد فى البند (١) من المادة (١٢) من العهد الدولى الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦ ، وكذلك البند (١) من المادة (١٣) من الإعلان العالمى لحقوق الإنسان لسنة ١٩٤٨م .

وقد سبق بيان أن البند (ب) من المادة (١٩) من دستور مملكة البحرين لسنة ٢٠٠٢م قد أورد تقييد الحرية فى التنقل ضمن القيود التى ترد على الحرية الشخصية ، مسابراً بذلك المعايير الدولية المذكورة ، ونهج هذا الدستور هو الأولى بالاتباع ، والتعبير بتقييد الحرية فى التنقل ، وليس المنع من التنقل هو الأوفى

(١) ينص البند (٣) من المادة (٥) من الاتفاقية الدولية لحقوق الأشخاص ذوى الإعاقة لعام ٢٠٠٦م على أنه " تتخذ الدول الأطراف ، سعياً لتعزيز المساواة والقضاء على التمييز ، جميع الخطوات المناسبة لكفالة توافر الترتيبات التيسيرية المعقولة للأشخاص ذوى الإعاقة " ، وينص البند (٤) من المادة ذاتها على أنه " لا تعتبر التدابير المحددة الضرورية للتعجيل بالمساواة الفعلية للأشخاص ذوى الإعاقة أو تحقيقها تمييزاً بمقتضى أحكام هذه الاتفاقية .

قانون الإجراءات الجنائية والمعدلة بالقانون رقم ١٤٣٦ لسنة ٢٠٠٩، من مبررات الحبس الإحتياطي، وضع حد للجريمة أو الحيلولة دون إعادة ارتكابها، وأكد على وجوب أن تكون مبررات الحبس الإحتياطي التي أوردتها هي الوسائل الوحيدة لتحقيق الأهداف المتوخاة من الحبس الإحتياطي .
ويؤكد الأستاذ الدكتور أحمد فتحى سرور على أن شرعية الحبس الإحتياطي يجب أن تتوقف على هدف معين هو مصلحة التحقيق فقط (٣) .

وأياً كان وجه الرأى فى مدى سلامة الاستناد فى الحبس الإحتياطي وغيره من صور المساس بالحرية الشخصية إلى مجرد ضرورة صيانة أمن المجتمع، فإن الدستور المصرى الجديد لعام ٢٠١٤م، قد انتصر للرأى القائل بعدم جواز الاعتماد على هذه الضرورة وحدها لاتخاذ إجراء الحبس الإحتياطي أو غيره من صور المساس المشار إليه، ذلك أن المادة (٥٤) من الدستور الجديد، قد اقتضت فى هذا النطاق على ما يستلزمه التحقيق، لتبرير اتخاذ إجراء مما سلفت الإشارة إليه وأشده الحبس الإحتياطي، وهو ترقى بصون الحرية الشخصية يحمى للدستورين السابق لعام ٢٠١٢ والجديد كليهما، ويقطع بهذه الدلالة استبعاد الضرورة المذكورة من الدستورين بعد أن كانت مقررة فى الدستور الأسبق .

ويترتب على نهج الدستور الجديد فى الاقتصاص على ما يستلزمه التحقيق لتبرير الحبس الإحتياطي أن ما اشتملت عليه المادة (١٣٤) من قانون الإجراءات الجنائية المصرى المعدلة بالقانون رقم ١٤٥ لسنة ٢٠٠٦ من النص على توقي الإخلال الجسيم بالأمن والنظام العام الذى قد يترتب على جسامه الجريمة كأحد دواعى الحبس الإحتياطي، وهو داع لا تقوم به حالة يستلزمها التحقيق يعتبر منسوخاً بحكم الدستور، ويتعين امتثالاً لأحكام المادة (٥٤) من الدستور المذكور القائم أن يبادر المشرع إلى تعديل المادة المشار إليها بإلغاء المبرر سالف البيان، حسماً لكل لبس، ونزولاً على القواعد الدستورية الملزمة لكافة السلطات، وامتثالاً لها دون جحود أو نكران .

ويؤكد ما سلف، ما ذهب إليه الفقه من أن استبعاد الفقرة الأولى من المادة (٥٤) من الدستور الجديد لعام ٢٠١٤ لصيانة أمن المجتمع، كمبرر يجيز الحبس الإحتياطي، يجعل حالة توقي الإخلال الجسيم بالأمن والنظام العام من حالات دواعى هذا الحبس، منسوخة بقوة الدستور، وأن حكم الدستور فى شأن هذا الاستبعاد هو حكم قابل للتطبيق مباشرة (٤) .

ويلاحظ أن ظاهر نص كل من المادة (٤١) من الدستور الأسبق والمادة (٥٤) من الدستور الجديد، يوحى باستثناء حالة الجريمة المتلبس بها من الخضوع للقواعد والضمانات المقررة فى هذه المادة لاتخاذ أية صورة من صور المساس بالحقوق فى الحرية الشخصية ومنها الحبس الإحتياطي، وهو الاستفادة من عبارة « وفيما عدا حالة التلبس » الواردة قبل العبارات المتضمنة لهذه القواعد وتلك الضمانات، بما قد يؤدي إلى الاعتقاد

(١) الدكتور أحمد فتحى سرور - الوسيط فى قانون الإجراءات الجنائية - الطبعة التاسعة، ٢٠١٤، الكتاب الأول، ص ١٠١٩ .

(٢) الدكتور أحمد فتحى سرور - الوسيط فى قانون الإجراءات الجنائية - الكتاب الأول، ٢٠١٤، مرجع سابق، ص ١٠١٨ .

التحقيق وصيانة أمن المجتمع، ومؤدى ذلك : أنه وفقاً لأحكام الدستور الأسبق، كان يجوز حبس أي فرد حبساً إحتياطياً ليس فى الأحوال التي تقتضيها ضرورات التحقيق فحسب، ولكن يجوز هذا الحبس أيضاً فى الأحوال التي تستلزمها صيانة أمن المجتمع، وبحيث ينتهى هذا الجواز فى غير هذين النوعين من الأحوال .

وفى ظل أحكام الدستور الأسبق فى شأن المبررات الدستورية للحبس الإحتياطي المشار إليها كان يثور التساؤل عما إذا كان يشترط لجواز الحبس الإحتياطي، توافر ضرورة من ضرورات التحقيق بالإضافة إلى مقتضى من مقتضيات صيانة أمن المجتمع كليهما، أم أنه يكفي بتوافر أحدهما دون الآخر لجواز الحبس الإحتياطي .

وكان رأينا أن صور المساس بالحقوق فى الحرية الشخصية التي أوردتها نص المادة (٤١) المشار إليها، وإن اختلفت جسامتها، تدور كلها فى فلك واحد بحسبانها صوراً للمساس بالحرية الشخصية بصريح هذا النص، وأن ضرورات التحقيق وضرورات صيانة أمن المجتمع التي حددها حكم هذه المادة كمبررات لاتخاذ أية صورة من الصور المذكورة من المساس بالحرية الشخصية جميعها فى منزلة واحدة فى تسويغ كل من هذه الصور، بحيث تعتبر قسائم متساوية يغنى أحدها عن الآخر، ومن ثم يكفي لجواز إصدار الأمر بأية صورة من صور ذلك المساس قيام ضرورة تترتب إلى الضرورات التي حددها النص، ما دامت هذه الضرورة تتعلق بالتحقيق أو تتصل بصيانة أمن المجتمع، ويترتب على ذلك أن أية ضرورة من هذه الضرورات تكفي وحدها مبرراً للحبس الإحتياطي سواء ارتدت إلى ما يستلزمه التحقيق، أو مثلت مقتضى من مقتضيات صيانة أمن المجتمع وإن لم تقم إلى جانبها ضرورة أخرى (١) .

وقد كان النص فى المادة (٤١) من الدستور المصرى الأسبق على ضرورة صيانة أمن المجتمع بمجردها كمبرر للمساس بالحرية الشخصية، وأعلى صور هذا المساس الحبس الإحتياطي منتقداً لدى الفقه، لا سيما بعد أن أورد القانون رقم ١٤٥ لسنة ٢٠٠٦ بتعديل بعض أحكام قانون الإجراءات الجنائية، وبخاصة أحكام الحبس الإحتياطي، ضمن مبررات هذا الحبس، فى المادة (١٤٣) من القانون الأخير توقي الإخلال الجسيم بالأمن والنظام العام الذى قد يترتب على جسامه الجريمة، وهو مبرر يرتد إلى ضرورة صيانة أمن المجتمع، دون أن يتصل بما يستلزمه التحقيق .

وقد استند الفقه فى النقد المشار إليه إلى أن المبرر سالف الذكر لا يصلح سنداً للحبس الإحتياطي، لأن التوقي المذكور يكون من خلال إجراءات الضبط الإدارى بما تتطلبه من اتخاذ تدابير أمنية معينة لا يجوز أن تصل إلى حد انتهاك حريات الناس (٢) .

وعلى خلاف ما يستند إليه الفقه فى النقد المشار إليه، فإن المشرع الفرنسى اعتبر فى المادة (١٤٤) من

(١) القاضى الدكتور سرى محمود صيام - الحبس الإحتياطي فى التشريع المصرى - الطبعة الأولى - دار الشروق - ٢٠٠٧ - ص ١٦ .

(٢) الدكتور أحمد فتحى سرور - الوسيط فى قانون الإجراءات الجنائية - المرجع السابق - ص ٨٤٨، وقد أشار فى الصفحة ذاتها إلى أن المحكمة الدستورية الفيدرالية فى ألمانيا أكدت دستورية النص على جواز الحبس الإحتياطي لمنع المتهم من العودة إلى الجريمة، وقالت بأن حماية المجتمع ضد الأعمال الإجرامية تصلح هدفاً للحبس الإحتياطي .

الجنائية البحريني للنص صراحة على أن الحبس الاحتياطي ، فى كافة أحوال الأمر به أو بمره لا يكون إلا لمقتضيات مصلحة التحقيق دون غيرها من الدواعى.

ثالثاً : سلطة الحبس الإحتياطي فى الدستور :

تضمنت المادة (٤١) من الدستور المصرى الأسبق تحديداً صريحاً للسلطة التي يجوز لها إصدار الأمر بالحبس الإحتياطي ، وبموجب حكم هذه المادة ، فإن هذا الأمر لا يجوز صدوره إلا من القاضى المختص أو النيابة العامة ، ومفاد ذلك أن المشرع فى تنظيمه لسلطة الحبس الإحتياطي كان مقيداً بهذا التحديد الدستوري ، فليس له أن يسند هذه السلطة لغير القاضى أو عضو النيابة العامة ، وإلا كان النص المخالف لهذا التحديد مشوباً بعدم الدستورية .

ويعنى القاضى المختص فى مصر ، عموم رجال القضاء فى محاكم السلطة القضائية العادية بمختلف أنواعها ودرجاتها(١) ، ومن بينهم القاضى المنتدب للتحقيق وفق أحكام المواد ٦٤ و٦٥ و٦٧ من قانون الإجراءات الجنائية المصرى ، وكذلك القاضى الجزئى ، والقضاة بالمحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف ومحكمة النقض(٢) ، بحيث يجوز أن يسند القانون إلى أيهم أو إلى دوائر منهم سلطة الحبس الإحتياطي ، وقد مارس المشرع ذلك بالفعل حين نص فى المادة (١٣٤) من قانون الإجراءات الجنائية المصرى المضافة بالقانون رقم ١٥٣ لسنة ٢٠٠٧ والمستبدلة بالقرار بقانون رقم ٨٣ لسنة ٢٠١٣ على حق محكمة النقض فى الحبس الإحتياطي إذا كان الحكم صادراً بالإعدام ، أو بالسجن المؤبد .

كما يقصد بالنيابة العامة الواردة فى الدستور : رجالها الذين ينظم شؤونهم قانون السلطة القضائية ، ويحدد اختصاصاتهم القانون ، وأخصه بالنسبة إلى الدعوى الجنائية قانون الإجراءات الجنائية ، وتتمتع النيابة العامة فى التنظيم القضائى المصرى بمركز قانونى متفرد ، إذ تعتبر بموجب ما استقر عليه قضاء

(١) كانت المادة (١٦٥) من دستور ١٩٧١ الأسبق تنص على أنه "السلطة القضائية مستقلة، وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، وتصدر أحكامها وفق القانون، وكانت المادة (١٧١) فى نفس الفصل المعنون "السلطة القضائية تجرى بأنه" ينظم القانون ترتيب محاكم أمن الدولة ، ويبين اختصاصاتها والشروط الواجب توافرها فيمن يتولون القضاء فيها ، ومن ثم فقد كان من يتولى القضاء فى محاكم أمن الدولة يدخل فى عداد القاضى المختص فى مفهوم المادة (٤١) من الدستور المذكور ، أما دستور سنة ٢٠١٢ السابق فكان ينص فى الفقرة الأخيرة من المادة (٧٥) منه على أنه "ولا يحاكم شخص إلا أمام قاضيه الطبيعى والمحاكم الاستثنائية محظورة ، وفى الفقرة الأولى من المادة (١٦٨) على أنه "السلطة القضائية مستقلة ، تتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها " ، دون النص على إنشاء محاكم أمن الدولة فى حالة الطوارئ، بحيث يصبح إنشاؤها فى هذه الحالة غير دستوري باعتبارها من طائفة المحاكم الاستثنائية التي حظرها الدستور ، وعلى ذات النهج سار الدستور الجديد بنصه فى المادة (٩٧) منه على أنه "... ولا يحاكم شخص إلا أمام قاضيه الطبيعى ، والمحاكم الاستثنائية محظورة " ودون إيراد لحكم يجيز إنشاء محاكم أمن دولة فى حالة الطوارئ، ومن ثم فلا محل لإضافة قضاة فى هذه المحاكم المحظورة إلى مفهوم الأمر القضائى فى الدستور .

(٢) ويسرى مصطلح "القاضى" على من كانوا مستشارين فى المحاكم المذكورة بناء على استبدال تسمية "القاضى" بتسمية "المستشار" أينما وردت فى قانون السلطة القضائية ، وذلك بموجب التعديل الذى طرأ على هذا القانون بالقانون رقم ١٤٢ لسنة ٢٠٠٦ .

بأن الحبس الإحتياطي فى حالة الجريمة المتلبس بها يمكن للمشرع تنظيم أحكامه دون التقييد بأحكام الفقرة الأولى من هذه المادة ، وهو ما قد يسلس إلى القول بأن الأمر بالحبس الإحتياطي فى هذه الحالة يمكن للقانون إسناده إلى غير القاضى المختص أو النيابة العامة. كما عبرت المادة (٤١) من الدستور الأسبق ، أو أن يكون أمراً غير قضائى وفقاً لتعبير المادة (٥٤) من الدستور الجديد ، وأنه لا يسرى بالنسبة للجريمة المتلبس بها وجوب تسبب الأمر وهو التسبب الذى استحدثه الدستور السابق والدستور الجديد . ونرى أن النتيجة سالفة البيان إن أمكن قبولها بالنسبة إلى القبض والتفتيش وتقييد الحرية الشخصية بقيد لا يصل إلى درجة جسامه الحبس ، كالحال بالنسبة إلى تقييد الحرية فى التنقل ، فإن النتيجة المشار إليها لا يمكن قبولها بحال بالنسبة إلى الحبس الإحتياطي بما يعنيه من سلب للحرية لمدة معينة مقترن بالإيداع فى الأماكن المخصصة للحبس قانوناً .

وسند الرأى المشار إليه فى ظل دستور مصر الأسبق أن الفقرة الأولى من المادة (٤١) من هذا الدستور ، وردت فى نهايتها عبارة « وذلك وفقاً لأحكام القانون»، كما نصت الفقرة الثانية منها على أنه « ويحدد القانون مدة الحبس الإحتياطي»، وتعنى العبارة الأولى تفويض المشرع الدستوري فى تحديد أحكام سريان الفقرة التي وردت فى نهايتها جميعها لأداة أدنى هى القانون ، كما يشير حكم الفقرة الثانية إلى انفراد الحبس الإحتياطي بأحكام خاصة ، وقد تكفل قانون الإجراءات الجنائية بتنظيم أحكام الحبس الإحتياطي على نحو يجعل الأمر به لا يصدر إلا من القضاة ورجال النيابة العامة ، واشترط ألا يكون إلا بعد استجواب المتهم بمعرفة النيابة العامة ، تباشره بنفسها دون أن تملك حقاً فى تفويض غيرها من مأموري الضبط القضائى فى النهوض به على خلاف سائر إجراءات التحقيق التي يجوز أن تفوض فى إجراء أو أكثر منها عدا المواجهة .

وعلى أية حال فقد أحسن الدستور المصرى الجديد صنفاً حين نص فى الفقرة الخامسة من المادة (٥٤) منه على أنه « وينظم القانون أحكام الحبس الإحتياطي ومدته ، وأسبابه ، وحالات استحقاق التعويض الذى تلتزم الدولة بأدائه عن الحبس الإحتياطي ... » وتفويض الدستور للقانون فى التنظيم الكامل للحبس الإحتياطي لا يدع مجالاً لقول حول استثناء لحالة الجريمة المتلبس بها من الضمانات المقررة للحبس فى المادتين (٤١) و(٥٤) من الدستورين الأسبق والجديد ، ويؤكد خضوع ذلك الحبس لهذه الضمانات على النحو المنصوص عليه فى قانون الإجراءات الجنائية .

ويذكر لدستور مملكة البحرين لعام ٢٠٠٢م ، أنه فى بيانه لضمانات تقييد الحرية الشخصية بالقيود التى أوردها البند (ب) من المادة (١٩) منه ، لم يشر إلى حالة التلبس على أى نحو يفيد استثناء هذه الحالة من تلك الضمانات .

كما أصاب قانون الإجراءات الجنائية لمملكة البحرين حين نص فى المادة (١٤٨) منه على أن مد الحبس من جانب المحكمة الكبرى الجنائية منعقدة فى غرفة المشورة لا يكون إلا إذا اقتضت مصلحة التحقيق ذلك ، إذ أن النص على هذا المقتضى يعالج إغفال المشرع الدستوري لبيان دواعى الحبس الإحتياطي فى نطاق مد الحبس الوارد فى المادة المذكورة ، لكنه لا يسرى على حالات الأمر بالحبس الإحتياطي أول مرة، أو مده من سلطة قضائية أخرى غير المحكمة الكبرى الجنائية ، ومن ثم يتعين تعديل قانون الإجراءات

والمعدلة بالقانون رقم ١٤٥ لسنة ٢٠٠٦ رئيس نيابة على الأقل ، كما أوجبت الفقرة الأولى من المادة (٢٠١) من قانون الإجراءات ذاتها فى حكمها المستحدث بالقانون رقم ١٤٥ لسنة ٢٠٠٦ أن تصدر أوامر النيابة العامة بالحبس الإحتياطي من وكيل نيابة على الأقل ، وهو دعم لضمانات الحق فى الحرية الشخصية يذكر لهذا القانون .

والواقع أن إسباغ الصفة القضائية على النيابة العامة ، قد اكتسب قيمة دستورية قبل دستورى ٢٠١٢ و ٢٠١٤ ، تتمثل فى تقرير المساواة بينها وبين القضاء فى إصدار الأمر بالحبس الإحتياطي ، وذلك بموجب نص المادة (٤١) من دستور ١٩٧١ الأسبق ، بما مفاده أن إسناد سلطة الحبس الإحتياطي إلى النيابة العامة كان يتحقق به الضمان القضائي الذي كفله هذا الدستور لممارسة هذه السلطة ، وذلك كالتشأن بالنسبة إلى القضاء سواء بسواء .

وفى الدستور المصرى السابق عام ٢٠١٢ ، استخدمت الفقرة الأولى من المادة (٢٥) منه تعبير « أمر قضائي » بدلاً من النص على صدور الأمر من القاضى المختص أو النيابة العامة ، ولا مجال لإثارة أى خلف فى شأن مغايرة بين التعبيرين ، فالأمر الصادر من القاضى المختص ، كما ورد النص فى الدستور الأسبق ، هو أمر قضائي بلا جدال ، كذلك فإنه وفقاً لأحكام الدستور السابق فإن الأمر الصادر من النيابة العامة هو أمر قضائي بحكم الدلالة القطعية لنص المادة (١٧٣) من هذا الدستور ، وكذلك الحال بالنسبة لدلالة نص المادة (١٨٩) من دستور ٢٠١٤ الجديد ، وحكهما ، كما سبق القول ، مستحدث ، يمثل فصل الخطاب فى الطبيعة الدستورية والقانونية للنيابة العامة ، وتتصل كل من الفقرة الأولى من كل من هاتين المادتين اللتين وردتا فى الفرع الثانى من الفصل الثالث من الباب الثالث دستور ٢٠١٢ الخاص بالسلطة القضائية ، وفى الفصل الثالث من الباب الخامس الخاص بالسلطة ذاتها فى دستور سنة ٢٠١٤ الجديد ، وهو النص الذى سلف بيانه .

ويترتب على ما سلف ، وبحكم الدستورين السابق والجديد ، أن الأمر القضائي المنصوص عليه فى المادة (٣٥) من الأول وفى المادة (٥٤) من الثانى ، يشمل ما يصدر عن النيابة العامة فى هذا النطاق على سبيل القطع واليقين .

ويتأدى مما سبق ، أن إسناد سلطة الحبس الإحتياطي إلى غير القاضى المختص أو النيابة العامة بأداة تشريعية أدنى من الدستور يكون مخالفاً له ، وتطبيقاً لذلك فقد قضت المحكمة الدستورية العليا ، فى ظل سريان دستور سنة ١٩٧١ الأسبق ، بأن المنع من التنقل لا يملكه إلا قاض أو عضو نيابة عامة يعهد إليه القانون بذلك دون تدخل من السلطة التنفيذية (١) .

ويشار إلى أن قانون الإجراءات الجنائية الفرنسى ، بموجب تعديله بالقانون رقم ٥١٦ لسنة ٢٠٠٠ الصادر فى ١٥ يونيه سنة ٢٠٠٠م ، وهو القانون المسمى بقانون « دعم قرينة البراءة وحماية الضحايا » قد سلب سلطة الحبس الإحتياطي من قاضى التحقيق ، وأسند هذه السلطة إلى قاض استحدثه لهذا الغرض ،

(١) دستورية عليا - جلسة ٤ نوفمبر سنة ٢٠٠٠ - القضية رقم ٢٤٣ لسنة ٢١ قضائية " دستورية " - مجموعة الأحكام ، الجزء التاسع ، ص ٧٧٧ .

محكمة النقض منذ عام ١٩٦١ شعبة أصيلة من شعب السلطة القضائية ، كما أن رجالها يتمتعون بموجب قانون السلطة القضائية الصادر بالقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بعد تعديل بعض أحكامه بالقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٨٤ ، بالحصانات والضمانات ذاتها التي يتمتع بها القضاة ، وقد امتدت هذه الحصانات والضمانات إلى النائب العام ، وقد أكدت المذكرة الإيضاحية للقانون الأخير ، فى مجال تبرير إضفاء هذه الحصانات والضمانات على رجال النيابة العامة ، أن هذه النيابة شعبة من شعب السلطة القضائية تهض بعمل قضائي هو التحقيق الجنائي .

ويذكر لدستور مصر السابق لسنة ٢٠١٢ النص فى الفقرة الأولى من المادة (١٧٣) منه على أنه « النيابة العامة جزء لا يتجزأ من القضاء ، تتولى التحقيق ورفع ومباشرة الدعوى الجنائية عدا ما يستثنيه القانون ، ويحدد القانون اختصاصاتها الأخرى » ، والتأكيد فى بداية الفقرة الثانية من المادة ذاتها على أن يكون النائب العام معيناً بقرار من رئيس الجمهورية ، بناء على اختيار مجلس القضاء الأعلى ، من بين نواب رئيس محكمة النقض والرؤساء بالاستئناف والنواب العامين المساعدين ، وقد وردت الأحكام المذكورة ذاتها فى الدستور الجديد لسنة ٢٠١٤م ، بنص المادة (١٨٩) منه الذى يكاد أن يكون مطابقاً لنص المادة (١٧٣) سالفة البيان (١) .

والنص فى الدستورين المذكورين على الأحكام آنفة الذكر غير مسبوق فى دساتير مصر السابقة على دستور سنة ٢٠١٢ السابق ، وقد حسم بقاعدة دستورية المركز القانونى للنيابة العامة بحسبانها جزءاً لا يتجزأ من القضاء ، ومن ثم فإنها بالقطع جهة قضاء ، ونرى عدم دقة ما أورده النص الدستورى فى هذا النطاق ، فالنيابة العامة ليست جزءاً من القضاء ، الذى نص الدستوران فى المادة (١٧٢) من الأول ، و (١٨٨) من الثانى على أنه « يختص القضاء بالفصل فى كافة المنازعات والجرائم ، عدا ما تختص به جهة قضائية أخرى ..» ، بينما النيابة العامة ، لا تختص بهذا الفصل ، وهى أمام القضاء الجنائي أحد طرفى الخصومة الجنائية ، ولها حق الطعن فى الأحكام حتى إن كان الطعن لمصلحة المتهم . ومن ثم فكان أولى بالمشروع الدستورى المصرى أن يعتبر النيابة العامة جزءاً من السلطة القضائية وليست جزءاً من القضاء ، وهو التعبير الذى استخدمته محكمة النقض فى حكمها الصادر فى عام ١٩٦١ حين أوردت فى مدوناته أن النيابة العامة شعبة من شعب السلطة القضائية ، وهو ذات ما تضمنته المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٨٤ بتعديل بعض أحكام قانون السلطة القضائية ، كما سلف البيان .

ويلاحظ أن أياً من الدساتير المصرية الثلاثة سالفة البيان لم يشترط فى إسناد سلطة الحبس الإحتياطي إلى النيابة العامة أن يباشرها مستوى معين من أعضائها ، بينما نص قانون الإجراءات الجنائية على أن يباشر سلطة الحبس الإحتياطي المبينة فى المادة (٢٠٦ مكرراً) المضافة بالقانون رقم ٩٥ لسنة ٢٠٠٣

(١) تنص المادة (١٨٩) من دستور عام ٢٠١٤ على أنه " النيابة العامة جزء لا يتجزأ من القضاء تتولى التحقيق ، وتحريك ومباشرة الدعوى الجنائية ، عدا ما يستثنيه القانون ، ويحدد القانون اختصاصاتها الأخرى ، ويتولى النيابة العامة نائب عام يختاره مجلس القضاء الأعلى ، من بين نواب رئيس محكمة النقض ، أو الرؤساء بمحاكم الاستئناف أو النواب العامين المساعدين ... " .

العامة» . وفى الصدد المشار إليه ، تنص المادة (١) من قانون السلطة القضائية البحريني الصادر بالقانون رقم (٤٢) لسنة ٢٠٠٢ على أنه « تمارس المحاكم سلطة القضاء وفقاً لأحكام هذا القانون » ، وتؤكد المادة (٢) من القانون ذاته على أن « القضاة مستقلون لا سلطان عليهم فى أداء اختصاصاتهم لغير القانون » . وفى بيان المحاكم المدنية ، التى من بين اختصاصاتها الفصل فى الجرائم وفقاً لحكم المادة (٦) من القانون سالف البيان ، أوردت هذه المادة من بين تلك المحاكم محكمة الاستئناف العليا المدنية والمحكمة الكبرى المدنية والمحكمة الصغرى ، وبينت المادة (٩) من القانون ذاته والمستبدلة بموجب المرسوم بقانون رقم (٣٥) لسنة ٢٠١٠ أن المحكمتين الأولى والثانية تؤلف كل منهما من رئيس وعدد كاف من الوكلاء والقضاة ، وتصدر أحكامها من ثلاثة قضاة ، ونصت المادة (١٠) المستبدلة بموجب الرسوم بقانون سالف الذكر على أن « تؤلف المحكمة الصغرى من قاضٍ منفرد » . أما النيابة العامة فى مملكة البحرين ، والتى سلف القول أن البند (ج) من المادة (١٠٤) من الدستور البحريني قد نص على أن القانون يضع الأحكام الخاصة بها ، فقد نصت المادة (٤٩) من قانون السلطة القضائية البحريني ، على أنه « النيابة العامة شعبة أصيلة من شعب السلطة القضائية ، وتمارس الاختصاصات المقررة لها قانوناً ... » ، وأكدت المادة (٥٥) من القانون ذاته والمستبدلة بموجب القانون رقم ٥٠ لسنة ٢٠٠٦ ، تبعية هذه النيابة للمجلس الأعلى للقضاء ، « ويتمتع أعضاء النيابة العامة عدا مساعدي النيابة ، وهى أدنى الدرجات ، بحصانة عدم القابلية للعزل ، بموجب المادة (٦٤) من قانون السلطة القضائية البحريني ، التى تنص على أنه « أعضاء النيابة العامة ، عدا مساعدي النيابة العامة ، غير قابلين للعزل إلا فى الحالات ووفقاً للإجراءات المنصوص عليها فى هذا القانون . ولا تنتهى خدمتهم إلا لأحد الأسباب المحددة بالمادة (٣٤) من هذا القانون ووفق قواعدها . ويشكل المجلس الأعلى للقضاء الذى يتبعه أعضاء النيابة العامة بمن فيهم النائب العام ، وفق حكم المادة (٦٩) من قانون السلطة القضائية البحريني المعدلة بموجب المرسوم بقانون رقم ٣٥ لسنة ٢٠١٠ من رئيس محكمة التمييز والنائب العام وعدد لا يقل عن خمسة من أعضاء السلطة القضائية الحاليين أو السابقين يتم تسميتهم بأمر ملكي لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد ، ويعهد الملك لرئيس محكمة التمييز رئاسة المجلس الأعلى للقضاء . وخالصة ما سلف ، أن كافة الجهات التى تملك سلطة الأمر بالحبس الإحتياطي أو بتجديده فى مملكة البحرين هى جهات قضاء امتثالاً لما يستفاد من توجه الدستور وإن لم ينص على هذا التحديد صراحة فى صلبه . وانطلاقاً مما سلف ، فإن قانون الإجراءات الجنائية البحريني قد قصر الجهات المشار إليها على الجهات القضائية متمثلة فى النيابة العامة ، وقاضى التحقيق ، وقاضى المحكمة الصغرى والمحكمة الكبرى الجنائية منعقدة فى غرفة المشورة ، والمحكمة المختصة ، وكلها جهات قضاء .

للنظر فى إصدار أمر الحبس المؤقت ، وتجديده ، سمي بقاضى الحريات والحبس المؤقت ، وهو قاضٍ بدرجة رئيس محكمة أو نائب رئيس محكمة يختاره رئيس المحكمة الابتدائية من بين قضااتها ، ولا يسند إليه الفصل فى أية قضايا أخرى . وذلك بهدف الفصل بين وظيفة التحقيق الابتدائي الذى يتولاه فى فرنسا قاضى التحقيق "Juge de instruction" ووظيفة إصدار الأمر بالحبس الإحتياطي التى جعلها أقرب إلى قضاء الحكم ، كما تنص المادة (١٣٧) من القانون المذكور على أن يكون الحبس الإحتياطي لسبب يتعلق بضرورة التحقيق أو باعتباره تديراً آمناً (١) .

ونرى الأوجه لمقارنة منهج قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي ، بمنهج قانون الإجراءات الجنائية المصري فى هذا الخصوص ، لما تتمتع به النيابة العامة فى مصر من مركز قانوني يختلف تماماً عن مركزها القانوني فى فرنسا ، ولما أسبغ على رجالها - كما سبق البيان - من ضمانات وحصانات قضاة الحكم ، مما لا يتمتع به رجال النيابة العامة فى فرنسا ، وذلك بالإضافة إلى ما استقر فى الدستور الجديد لعام ٢٠١٤ ، وفى الدستور السابق لعام ٢٠١٢ ، ومن قبله فى قانون السلطة القضائية الصادر بالقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ والمعدل بالقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٨٤ وفى أحكام القضاء من اعتبار النيابة العامة فى مصر شعبة أصيلة من شعب السلطة القضائية ، بالإضافة إلى ما تحقق للنيابة من ضمانات أوفى بموجب القانون رقم ١٤٢ لسنة ٢٠٠٦ بتعديل بعض أحكام قانون السلطة القضائية الذى ألغى تبعية النيابة العامة لوزير العدل ، كما ألغى حقه فى تبعية عضو النيابة العامة الذى كان مقرراً للوزير قبل التعديل ، وهو ما يفضى على النيابة العامة مزيداً من الاستقلال .

والبين من دستور مملكة البحرين لعام ٢٠٠٢ م ، أنه خلا من بيان السلطة التى يجب أن يعهد إليها ، الأمر بالحبس الإحتياطي أول مرة وكذلك بمد الحبس الإحتياطي فى المراحل المتتابعة للدعوى الجنائية ، ولمثل هذا التحديد فائدة قصوى ، باعتبار أن التحديد بأحكام دستورية يلزم السلطات كافة ومنها السلطة التشريعية التى لا تستطيع أن تعهد بالاختصاص إلى جهة أخرى ، قد تكون غير قضائية . وعلى الرغم من خلو الدستور البحريني من تحديد الجهة أو الجهات التى تملك سلطة ممارسة حق الأمر بالحبس الإحتياطي أو تجديده ، فقد حرص هذا الدستور فى البند (ب) من المادة (١٩) على تقرير أن تكون الأداة التشريعية لهذا التحديد هى القانون ، بدلالة النص على أن القيود على الحق فى الحرية الشخصية وأخصها الحبس لا تكون ممارستها إلا « وفق أحكام القانون » ، وذلك من ناحية أخرى هو مفاد عبارة « وبرقابة من القضاء ، التى وردت فى البند ذاته .

وقد كفل الدستور البحريني استقلال القضاء والقضاة بما أكده فى البند (ب) من المادة (١٠٤) الواردة فى الفصل الرابع المعنون « السلطة القضائية » ، من أنه « لا سلطان لأية جهة على القاضى فى قضاؤه ، ولا يجوز بحال التدخل فى سير العدالة ، ويكفل القانون استقلال القضاء ، ويبين ضمانات القضاة والأحكام الخاصة بهم » ، كما نص البند (ج) من المادة ذاتها على أنه « يضع القانون الأحكام الخاصة بالنيابة

(١) الدكتور / أحمد فتحى سرور - القانون الجنائي الدستوري - الطبعة الرابعة - ٢٠٠٦ دار الشروق - ص ٤٧٥ و ص ٤٧٦ ، الدكتور عبد الرؤوف مهدى - شرح القواعد العامة لقانون الإجراءات الجنائية - المرجع السابق - ص ٥٠٦ .

رابعاً : وجوب تنظيم القانون لأحكام الحبس الاحتياطي وأسبابه :

الجدير بالبيان أن دستور مملكة البحرين لعام ٢٠٠٢م ، قد ناط بالسلطة التشريعية بتنظيم الحبس الاحتياطي ، وجعل هذا التنظيم بقانون ، وهو مفاد ما سبق بيانه أن البند (ب) من المادة (١٩) من الدستور المذكور قد نصت على أنه « لا يجوز القبض على إنسان أو توقيفه أو حبسه أو تحديد إقامته أو تقييد حريته في الإقامة أو التنقل إلا وفق أحكام القانون وبرقابة من القضاء ، وقد سلف الذكر أن مفاد هذا النص أنه لا يجوز تنظيم أحكام الحبس الاحتياطي إلا بقانون ، ولا يجوز أن يكون هذا التنظيم بأداة تشريعية أدنى .

وقد نصت الفقرة الأخيرة من المادة (٣٥) من الدستور المصري لسنة ٢٠١٢ السابق على أنه «وينظم القانون أحكام الحبس الاحتياطي ومدته وأسبابه ..» ، وهو ذات ما ورد في بداية الفقرة الأخيرة من المادة (٥٤) من دستور سنة ٢٠١٤ الجديد ، ويشار إلى أن المادة (٤١) ، التي تناولت الحبس الاحتياطي في دستور سنة ١٩٧١ الأسبق ، اقتصر على النص في الفقرة الأخيرة منها على أنه « ويحدد القانون مدة الحبس الاحتياطي » دون إشارة إلى وجوب تنظيم الحبس الاحتياطي ذاته تنظيمًا كاملاً ، أو تنظيم أسبابه .

ويعنى التنظيم المشار إليه بالنسبة لأسباب الحبس الاحتياطي تحديد أسباب ودواعي هذا الحبس . وعلى الرغم من الحكم الدستوري الذي ورد في الدستور الأسبق ، والمعنى به مجرد وضع حد أقصى للحبس الاحتياطي في القانون ، والانتقادات التي وجهت إلى المشرع لإغفاله إعمال مقتضى هذا الحكم في القانون ، فقد ظل المشرع المصري متغاضياً عن الوفاء بهذا الالتزام مقابلاً له بالعصيان والنكران ، لمدة قاربت عقوداً أربعة ، حتى تم الامتثال له بالقانون رقم ١٤٥ لسنة ٢٠٠٦ بتعديل بعض أحكام قانون الإجراءات الجنائية ، وقد أنصب جانب كبير من أحكام التعديل على الحبس الاحتياطي متجاوزاً إلى مدى بعيد مجرد تحديد مدة الحبس الاحتياطي إعمالاً لحكم الدستور الذي اقتصر عليها .

أما إيراد أسباب الحبس الاحتياطي في القانون ، وفق إلزام الدستوريين السابق والجديد ، على نحو غير مسبوق ، فقد كان قد تم النص على هذه الأسباب بموجب القانون رقم ١٤٥ لسنة ٢٠٠٦ سالف البيان ، بما يعد سبقاً من جانب المشرع في مصر بادر إليه قبل المشرع الدستوري بنحو ست سنوات ، وقالت عنه المذكرة الإيضاحية لهذا القانون أنه استحداث يعتبر من أهم ما اشتمل عليه مشروع القانون ، بحسبان أن الحبس الاحتياطي هو من أخطر الإجراءات الجنائية التي تتخذ قبل المتهم في مرحلتى التحقيق والمحاكمة لما يترتب عليه من مساس مباشر يحق الإنسان في التنقل الذي كفله الدستور ، وذلك خلال مرحلتين من مراحل الدعوى الجنائية يلزم المتهم طوال مدتيهما أصل البراءة ، وبحيث لا تخرج عن نطاق الدواعى العامة للحبس الاحتياطي ، في حالة إيرادها في صلب الدستور .

ويجدر التنبيه إلى أن إلزام الدستوري بتنظيم القانون لأسباب الحبس الاحتياطي يعنى ، كما سلف البيان ، حصر القانون للأسباب والدواعى العامة التي تجيز صدور الأمر بالحبس الاحتياطي أو بتمديد كإصل عام . ويختلف مفهوم الإلزام المشار إليه ، عن المقصود الدستوري بصور الحبس الاحتياطي أو بتمديد كإصل عام . والذي يخص كل حالة أمر بالحبس أو بتمديد على حدة ، والذي يلزم لتحقيقه أن تدون الجهة القضائية التي أصدرت أمر الحبس أو مده ، ما استندت إليه من أسباب أو دواعى لاتخاذ هذا الإجراء والذي يكفى فيه

توافر سبب أو داع واحد وذلك فى نطاق ما نص عليه القانون مما يتفق مع أحكام الدستور فى هذا الصدد .

ووجه الإختلاف بين نهج المشرع الدستورى المصرى ، وبين مسلك المشرع الدستورى البحرينى أن الأول ، دون الثانى ، أورد فى الدستور عناصر التنظيم متمثلة فى أحكام هذا الحبس ومدته وأسبابه وحالات استحقاق التعويض عن غير المبرر منه .

خامساً : وجوب تسبب أوامر الحبس الاحتياطي :

يبين من دستور مملكة البحرين لعام ٢٠٠٢م ، أنه فى إيراد الأحكام المنظمة لتقييد الحرية فى الإقامة والتنقل ، وسلبها بالقبض أو التوقيف أو الحبس وذلك فى البنود (أ و ب و ج) من المادة (١٩) منه ، قد خلا من إيجاب تسبب الأوامر التى تصدر بأى قيد أو سلب مما سلف أو بتجديد أى من هذه الأوامر ، وأخصها جميعاً الحبس الاحتياطي ، وهو المقصود بالحبس المنصوص عليه فى هذه المادة .

والثابت أيضاً من قانون الإجراءات الجنائية البحرينى الذى طرأت عليه تعديلات جوهرية تخص تنظيم أحكام الحبس الاحتياطي بمقتضى القانون رقم (٣٩) لسنة ٢٠١٤ ، الذى استبدل نصوصاً جديدة بنصوص المواد (١٤٧) و (١٤٨) و (١٤٩) من القانون الأول أنها لم تتضمن إيجاباً بتسبب الأوامر الصادرة بالحبس الاحتياطي من النيابة العامة أو من قاضى التحقيق أو من أية جهة قضائية أخرى لأول مرة ، وكذلك الأوامر الصادرة بمد الحبس من قاضى المحكمة الصغرى أو من المحكمة الكبرى الجنائية منعقدة فى غرفة المشورة ، أو من المحاكم المختصة أثناء نظر الدعوى الجنائية فى مراحلها المختلفة .

ويتعين على ضوء ما سلف بيانه فى تأكيد أهمية تسبب الأوامر الصادرة بالحبس أو بتمديد ، واسترشاداً بمنهج المشرع المصرى ، الذى الزم بهذا التسبب فى قانون الإجراءات الجنائية المصرى بموجب التعديل الذى طرأ على هذا القانون بالقانون رقم ١٤٥ لسنة ٢٠٠٦ ، وقبل أن يتحول هذا الإلزام إلى مبدأ دستورى ، على نحو ما سلف بيانه ، أن يبادر المشرع فى مملكة البحرين إلى إجراء تعديل على قانون الإجراءات الجنائية يورد دواعى الحبس الاحتياطي فى نطاق مقتضيات التحقيق ليس إلا ، ويوجب تسبب الأوامر الصادرة به أو بتمديد .

والتعديل المقترح سالف البيان على قانون الإجراءات الجنائية فى مملكة البحرين ، يحقق وفاء بالالتزام الذى تنص عليه الفقرة الأولى من المادة (٩) من العهد الدولى الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦ ، من أنه « لكل شخص الحق فى الحرية وفى الأمان على شخصه ، ولا يجوز توقيف أحد واعتقاله تعسفاً ، ولا يجوز حرمان أحد من حريته إلا لأسباب ينص عليها القانون وطبقاً للإجراءات المقررة فيه » . وبالنسبة إلى التشريع المصرى الذى سلفت الإشارة إليه فقد خلا دستور سنة ١٩٧١ الأسبق من أى حكم يوجب أن يكون الأمر الصادر بالحبس الاحتياطي من القاضى المختص أو النيابة العامة مسبباً ، ومع ذلك ، وكما سلف البيان ، فقد حقق المشرع الجنائى المصرى سبقاً محموداً فى هذا المجال ، بإيجابه هذا التسبب فى الأمر المشار إليه سواء كان صادراً بالحبس أو بتمديد ، وذلك رغم عدم النص فى الدستور آنذاك على هذا الإلزام ، وقد تضمن هذا الحكم بإيجاب التسبب القانون رقم ١٤٥ لسنة ٢٠٠٦ المشار

منه ، وقد اشتمل هذا التنظيم على تحديد مدة الأمر بالحبس الإحتياطي ، أو بتجديده التى تملكها كل جهة من جهات القضاء التى نص عليها بما فى ذلك النيابة العامة وقاضى التحقيق ، إلا أنه لم يضع حداً أقصى للحبس الإحتياطي لا يجوز تجاوزه فى كافة مراحل الدعوى الجنائية .

وفى شأن التشريع المصرى فى الصدد المطروح فقد سبق بيان أن الفقرة الثانية من المادة (٤١) من الدستور المصرى لعام ١٩٧١ الأسبق كانت تنص على أنه « ويحدد القانون مدة الحبس الإحتياطي » ، وكان مؤدى ذلك أن الدستور المصرى قد استلزم أن يكون الحبس الإحتياطي لمدة محددة ، وأنه ترك للقانون تحديد تلك المدة ، ويشار إلى أن هذا الحكم لم يرد فى أي دستور سابق لدستور عام ١٩٧١ صدر فى مصر ، وكان أصل هذه الفقرة الذى اقترحت لجنة الحريات العامة المنبثقة عن اللجنة التحضيرية لوضع مشروع الدستور المذكور يضع حدوداً قصوى لمدة الحبس الذى تأمر به النيابة العامة ، ومحكمة أول درجة والمحكمة الاستئنافية أثناء التحقيق الابتدائي ، وسقفاً أعلى لا يتجاوزه الحبس الإحتياطي الذى تأمر به المحكمة أثناء نظر الدعوى (١) .

ومفاد ذلك ، أن مقصود النص فى الدستور الأسبق على تحديد القانون مدة الحبس الإحتياطي لا يقتصر على وضع الحد الأقصى له فى كافة مراحل الدعوى والذى لا يجوز تجاوزه ، بل يشمل وجوب تحديد مدته فيما يصدر من أوامر به أو بتجديده من أية جهة قضائية بالمفهوم سالف البيان المحدد بالقاضى المختص أو النيابة العامة ، وفى كل المراحل المتتالية لمراحل الدعوى الجنائية ، وعلى وجه الخصوص مرحلة التحقيق الابتدائي السابقة لمرحلة المحاكمة ، وبحيث تكون سلطة كل جهة قضائية محددة بمدته معينة لا تتعداها ، وهو النهج الذى كان مقترحاً أثناء وضع مشروع الدستور المذكور ، ولم يتم الأخذ به .

وبالإضافة إلى ما سلف وجوب تحديد حد أقصى للحبس الإحتياطي فى مجموعته لا يتجاوزه بأية حال فى مراحل الدعوى الجنائية كافة ، وحتى يصدر فى الدعوى الجنائية حكم بات ، وعدم جواز أن يكون هذا الحبس مطلقاً بغير قيد زمني (٢) ، وهو الحد الذى ورد بالقانون رقم ١٤٥ لسنة ٢٠٠٦ الذى تكفل بوضع الحد الأقصى المشار إليه وجعله شاملاً كافة مراحل الدعوى الجنائية ، ومن قبل هذا القانون فإن تأقيت الحبس الإحتياطي ، كلما صدر أمر به أو بتجديده فى كل مرحلة من مراحل التحقيق الابتدائي كان مكفولاً بقانون الإجراءات الجنائية .

وعلى ضوء ما سلف من بيان فى شأن التشريعين البحرينى والمصرى فى شأن تأقيت مدة الحبس الإحتياطي ، يجب تعديل أحكام قانون الإجراءات الجنائية البحرينية ، على النحو الذى يحقق تعيين الحد الأقصى لهذا الحبس المشار إليه سلفاً ، وعلى وجه الخصوص فى مرحلة التحقيق الابتدائي ، وقد كان الاقتصار فى تحديد الحد الأقصى للحبس الإحتياطي على مرحلة التحقيق الابتدائي هو نهج الحكومة المصرية فى مشروع القانون رقم ١٤٥ لسنة ٢٠٠٦ سالف البيان ، عند إحالته إلى السلطة التشريعية ، فقد كان يقصر تحديد المدة القصوى التى يجب ألا يتجاوزها الحبس الإحتياطي فى مجموع ما يصدر به من أوامر أو بمدته

إليه سلفاً ، وأوردت المذكرة الإيضاحية لمشروع هذا القانون فى شأن هذا الاستحداث ، أن تحديد حالات ومعايير ممارسة سلطة الحبس الإحتياطي وإيجاب تسبب الأوامر الصادرة به أو بتجديده ، يأتى كالشأن بالنسبة للأحكام الجنائية ، وفيه تيسير على النيابة العامة والقضاء فى مباشرة هذا الاختصاص ، وتبصير للمتهم ودفاعه بدواعى الحبس ، وعون على مراقبة سلامة التطبيق القانونى والتقدير القضائى فى هذا الخصوص .

ويذكر للدستور المصرى السابق لسنة ٢٠١٢ وللدستور الجديد لعام ٢٠١٤ كليهما ، عنايتهما بالارتفاع بالأحكام المذكورة فى شأن وجوب تسبب كل أمر يصدر بالحبس الإحتياطي أو بمدته إلى مصاف المبادئ الدستورية ، التى لا يجوز لتشريع أدنى مخالفتها ، وذلك بنص الأول فى الفقرة الأولى من المادة (٣٥) منه ، ونص الثانى فى الفقرة الأولى من المادة (٥٤) منه على أن يكون الأمر القضائى بالحبس أو بتقييد الحرية الشخصية بأى قيد مسبباً ، ونص الأول فى الفقرة الأخيرة من المادة (٣٥) ، والثانى فى الفقرة قبل الأخيرة من المادة (٥٤) ذاتيهما على أنه « وينظم القانون أحكام الحبس الإحتياطي ومدته وأسبابه .

ومفاد الجمع بين الفقرتين سالفى البيان من المادة (٥٤) من الدستور المصرى الجديد فى مجال تسبب الأوامر القضائية الصادرة بالحبس الإحتياطي أو بمدته ، أن هذه الأوامر لا بد أن تشتمل على هذه الأسباب وإلا كانت باطلة ، وأن الأسباب التى توردها هذه الأوامر لتبرير الحبس الإحتياطي ، يتعين ألا تخرج عن نطاق الأسباب التى يلزم الدستور المشرع بتحديدتها بالقانون ، ويؤيد جزاء البطلان لخلو الأمر أو قصوره فى التسبب ، أن وجوب التسبب مقرر إنفاذاً لقاعدة دستورية تنص على هذا الوجوب ، وكذلك ما سلفت الإشارة إليه من أن المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون رقم ١٤٥ لسنة ٢٠٠٦ ، أوردت أن تحديد حالات ومعايير الحبس الإحتياطي وإيجاب تسبب الأوامر الصادرة به أو بتجديده يأتى كالشأن بالنسبة للأحكام القضائية ، وأن فى هذا تبصير للمتهم ودفاعه بدواعى الحبس وعون على مراقبة سلامة التطبيق القانونى والتقدير القضائى فى هذا الخصوص .

وقد استقرت محكمة النقض المصرية على أن خلو الحكم الصادر بالإدانة من أسباب الحكم بالمخالفة لنص المادة (٣١٠) من قانون الإجراءات الجنائية أو قصوره فى بيانها يبطله (١) .

سادساً : إيجاب الدستور تأقيت الحبس الإحتياطي :

خلا دستور مملكة البحرين لعام ٢٠٠٢ م ، من إيجاب تأقيت مدة الحبس الإحتياطي ، وذلك كالشأن بالنسبة لتسبب الأوامر الصادرة بهذا الحبس أو بمدته ، وإن كان المشرع الدستوري فى المادة (١٩) من الدستور ذاته ، قد نص على ما يفيد أن تنظيم الحبس المذكور فى كافة مناحيه ، التى لم يحددها ، إنما يكون بقانون ، وبمراقبة من القضاء .

والبين من قانون الإجراءات الجنائية البحرينية أنه تكفل بهذا التنظيم فى المواد من (١٤٢) وحتى (١٦٤)

(١) المستشار كمال موسى المتينى - الحبس المطلق فى التشريع المصرى - ١٩٧٢ - ص ٨٩ .

(٢) الدكتور / أحمد فتحى سرور - الوسيط فى قانون الإجراءات الجنائية - المرجع السابق - ص ٨٥٣ .

بمقتضيات هذا الحكم بالنسبة لغير المصريين يكون مشوباً بعدم الدستورية .
وحسناً فعل دستور مصر سنة ٢٠١٤ الذى نص فى المادة (٥١) منه على أن الكرامة حق لكل إنسان ، ولا يجوز المساس بها ، وتلتزم الدولة باحترامها وحمايتها ، وأكد فى الفقرة الأولى من المادة (٥٥) منه أن كل من يقبض عليه أو يحبس ، أو تقييد حريته تجب معاملته بما يحفظ عليه كرامته ، ولا يجوز تعذيبه ولا ترهيبه ، ولا إكراهه ولا إيذاؤه بدنياً أو معنوياً ، كما نص فى الفقرة الثانية من المادة (٥٥) ذاتها على أنه « ومخالفة شئ من ذلك جريمة يعاقب مرتكبها وفقاً للقانون (١) » .

ثانياً : تجريم الدستور لكافة صور سلوك مخالفة أحكام المعاملة الإنسانية للمحبوس احتياطياً :

وقد سبق بيان أن دستور مملكة البحرين لعام ٢٠٠٢م ، فى الفقرة (د) من المادة (١٩) قد ألزم المشرع البحريني أن يحدد بقانون عقاب من يعرض أى إنسان للتعذيب المادى أو المعنوى أو للإغراء أو للمعاملة الحاطة بالكرامة ، ومفاد ذلك أن الدستور ذاته قد قضى بتجريم كافة صور السلوك المشار إليها المخالفة لمقتضيات المعاملة الإنسانية ، وجاء هذا التجريم بصيغة العموم ، وبحيث يشمل كافة المجنى عليهم سواء أكانوا ممن قيدت حريتهم أو من غيرهم ، والفئة الأولى هى الأولى بالحماية ، والعقوبة التى يقررها القانون عندما تقع عليهم صور السلوك المذكورة يجب أن تكون أشد .

والجدير بلفت النظر ، أن الدستور المصرى الجديد ، وكما سلف البيان ، قد نص على التجريم المشار إليه فى الدستور بعبارة أن اتيان أية صورة من صور سلوك التعذيب وغيرها من ضروب المعاملة التى سلف بيانها ، جريمة يحكم الدستور .

والنص على التجريم المذكور فى الدستور البحريني ، وفى الدستور المصرى هو نص غير قابل للتطبيق بذاته ، إعمالاً لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ، وهو ما أكده الدستوران كلاهما بنصه على أن من يقترف صورة من صور السلوك التى يقوم بها عنصر التجريم ، إنما يعاقب وفقاً للقانون ، ومن ثم صار حتماً

(١) تنص المادة (٥) من الإعلان العالمى لحقوق الإنسان الصادر عام ١٩٤٨ على أنه " لا يجوز إخضاع أحد للتعذيب ولا للمعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو الحاطة بالكرامة ، وينص البند (١) من المادة (٢) من العهد الدولى لحقوق الإنسان والمدنية والسياسية لسنة ١٩٦٦ ، على أنه " تتعهد كل دولة طرف فى هذا العهد باحترام الحقوق المعترف بها فيه وكفالة هذه الحقوق لجميع الأفراد الموجودين فى إقليمها والداخلين فى ولايتها" ، وينص البند (١) من المادة (١٠) من العهد ذاته على أنه " يعامل جميع المحرومين من حريتهم معاملة إنسانية تحترم الكرامة الأصيلة فى الشخص الإنسانى " ، وتقضى المادة (٤) من إعلان حماية جميع الأشخاص من التعرض للتعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو الحاطة بالكرامة الصادر فى ديسمبر سنة ١٩٧٥ بأن على كل دولة أن تتخذ ، وفقاً لأحكام هذا الإعلان ، تدابير فعالة لمنع ممارسة التعذيب وغيره مما سبق بيانه ، وكذلك الشأن بالنسبة إلى اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة الصادرة فى ديسمبر سنة ١٩٨٤ التى أوجبت فى المادة (٤) أن تضمن كل دولة طرف أن تعتبر جميع أعمال التعذيب كجرائم بموجب قانونها الجنائى ، وتنص المادة (١) من إعلان حماية جميع الأشخاص من التعرض للتعذيب فى ديسمبر سنة ١٩٧٥ على أن التعذيب شكل متفاهم ومتعمد من بين أشكال المعاملة أو العقوبة القاسية واللاإنسانية أو الحاطة بالكرامة ، وأنه امتهان للكرامة الإنسانية .

على مرحلة التحقيق الابتدائى ليس إلا ، وقد استقر الأمر أثناء نظر المشروع فى مجلس الشعب على أن يشمل هذا الحد مرحلة التحقيق وسائر مراحل الدعوى الجنائية .

المبحث الثالث

الحقوق الدستورية للمقبوض عليه وللمحبوس احتياطياً

أولاً : المعاملة الإنسانية :

من حسنات دستور مملكة البحرين لعام ٢٠٠٢م نصه فى المادة (١٨) منه على أن الناس سواسية فى الكرامة الإنسانية ، وتأكيده فى الفقرة (د) من المادة (١٩) على حظر تعريض أى إنسان للتعذيب المادى أو المعنوى ، أو للإغراء أو للمعاملة الحاطة بالكرامة ، وإلزامه السلطة التشريعية بسن القانون الذى يعين عقوبة كل من يأتى سلوكاً بالمخالفة لأى من هذه المحظورات ، ونصه على بطلان كل قول أو اعتراف يثبت صدوره تحت وطأة أى سلوك محظور مما سلف أو التهديد به .

ويأتى ما سلف جميعه وفاء بالمعايير الدولية المنصوص عليها فى العهود والمبادئ والاتفاقيات الدولية ، ومنها ما أوردهته ديباجة الإعلان العالمى لحقوق الإنسان من تأكيد الإيمان بكرامة وقيمة الشخص البشرى ، وما نصت عليه المادة (١) منه أن كل الكائنات البشرية ولدت أحراراً ومتساوية فى الكرامة والحقوق ، وكذلك ما أقرته ديباجة العهد الدولى الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦ لجميع أعضاء الأسرة البشرية بالكرامة الأصيلة فيهم ، وما نصت عليه المادة (٧) من العهد ذاته من عدم جواز إخضاع أحد للتعذيب ولا للمعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو الحاطة بالكرامة ، والحكم ذاته أكده المبدأ الأول من مجموعة المبادئ المتعلقة بحماية جميع الأشخاص الذين يتعرضون لأى شكل من أشكال الاحتجاز أو السجن الصادرة بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٤٣/١٧٣ فى ٩ من ديسمبر سنة ١٩٨٨ .

ويجدر التنويه بمنهج دستور مملكة البحرين أن أكد أن الحقوق التى أوردها فى شأن حق المحتجز والمحبوس فى المعاملة الإنسانية والمساواة فى الكرامة هى للناس جميعاً ، يتمتع بها كل إنسان قيدت حريته ، ولا تقتصر على المواطنين .

ولقد كانت المادة (٤٢) من دستور سنة ١٩٧١ الأسبق فى مصر تنص على أن : كل مواطن يقبض عليه أو يحبس أو تقييد حريته بأى قيد تجب معاملته بما يحفظ عليه كرامة الإنسان ، ولا يجوز إيذاؤه بدنياً أو معنوياً ، وكان مفاد ذلك أن للمحبوس احتياطياً حقاً دستورياً فى المعاملة الإنسانية على النحو الذى أوردهته هذه المادة محدداً فى حفظ كرامته ، وحظر إيذاؤه البدنى أو المعنوى .

وكان رأينا ، فى ظل الدستور الأسبق أن الحق فى المعاملة الإنسانية للمحبوس احتياطياً لا يقتصر على المواطنين ، وإنما يمتد إلى سواهم من المحبوسين احتياطياً سواء كانوا من المواطنين أو الأجانب ، وذلك بدلالة ما سبق إيراده فى شأن المادة (٤١) من ذلك الدستور التى استخدمت لفظة «أحد» بدلاً من لفظة « مواطن » فى شأن عدم جواز القبض أو الحبس أو تقييد الحرية بأى قيد إلا بأمر يصدر من القاضى المختص أو النيابة العامة ، ولا ريب فى أن النص فى أى قانون على ما يخل

الدولى الخاص بالحقوق المدنية والسياسية ، بنصها على أن يعامل المحروم من حريته معاملة إنسانية تحترم فيها الكرامة الإنسانية للشخص الإنسانى . وكان ما سلف هو النهج ذاته الذى سلكه دستور مصر الأسبق لسنة ١٩٧١ ، فقد قررت المادة (٤٢) منه للمحبوس احتياطياً حقاً فى ألا ينفذ هذا الحبس عليه إلا فى الأماكن الخاضعة للقوانين الصادرة بتنظيم السجون ، وهو ما يستفاد مما تنص عليه هذه المادة من ألا ينفذ القبض إلا فى هذه الأماكن ، ومن ثم فقد كان لا يجوز لقانون أن ينص على تنفيذ الحبس الإحتياطي فى غير الأماكن المذكورة ، وإلا تعيب بعدم الدستورية.

ويذكر لدستور سنة ٢٠١٢ السابق ، أنه وضع مبادئ دستورية فى شأن أماكن تنفيذ الحبس الإحتياطي ، ترفت بالأحكام المتعلقة بها إلى مستوى هذه المبادئ ، وعلى نحو واسع النطاق متعدد المناحي يلتزم المشرع بأن يوفق أوضاعه التشريعية وفقاً للمستحدث منها ، وبما يضمن فى حال تفعيلها حماية كرامة المحبوس باعتبار أن الحق فى هذه الكرامة ، كما سلف الذكر ، حق أصيل يتمتع به الإنسان بمجرد انتمائه إلى الجماعة البشرية ، وكذلك سلامته الصحية والنفسية.

فبعد أن كانت أحكام المادة (٤٢) من الدستور الأسبق - على السياق المتقدم - تكتفى بتنفيذ الحبس فى الأماكن الخاضعة للقوانين الصادرة بتنظيم السجون ، تاركة تنظيم ما عدا هذا التحديد للقانون، دون فرض التزامات دستورية معينة بشأن طبيعة هذه الأماكن ومواصفاتها يجب أن يخضع لها المشرع وعليه الامتثال لها ، عنى المشرع الدستورى ، فى الفقرة الثانية من المادة (٣٦) من الدستور السابق ، بالنص على ألا يكون الحجز أو الحبس إلا فى أماكن لائقة إنسانياً وصحياً ، وخاضعة للإشراف القضائى، وقد ارتفع الدستور بسلوكه هذا النهج بأحكام الشروط التى يجب توافرها فى الأماكن المذكورة من حيث اللياقة الإنسانية والصحية والخضوع للإشراف القضائى ، الذى يستوجب أن يتولى الإشراف على السجون قضاة تنفيذ جنائيون ، إلى مصاف المبادئ الدستورية (١) .

ويضاف إلى ذلك اعتبار الدستور السابق فى الفقرة الأخيرة من المادة (٣٦) مخالفة أي من هذه الشروط جريمة يعاقب عليها القانون ، على نحو ما سلف بيانه ، ويتصل به النص فى المادة (٢٧) من الدستور ذاته على أنه « السجن دار تأديب وإصلاح ، يخضع للإشراف القضائى ، ويحظر فيه كل ما يناهز

(١) النص على خضوع أماكن الحجز أو الحبس للإشراف القضائى هو نص غير مسبوق فى الدساتير المصرية ، ويمثل ركيزة أساسية لإصلاح هذه الأماكن للوصول إلى إصلاح حقيقى للمعاملة العقابية فى مصر ، ويعزز أهمية هذه الركيزة الاتجاه الحديث فى الفقه إلى اعتبار مرحلة التنفيذ العقابى حلقة من حلقات الشرعية الجنائية، تلى شرعية الجرائم والعقوبات ، والشرعية الإجرائية التى تقوم على أصل البراءة ، وشرعية التنفيذ العقابى تحتم الأخذ بنظام قاضى التنفيذ الجنائى ، وتبعية السجون لوزارة العدل ، ويذكر لقانون الإجراءات الجنائية البحرينية أنه نص على نظام " قاضى تنفيذ العقاب " كما فى المادة (٦٤) منه ، يراجع دور القضاء فى التنفيذ العقابى ، المستشاران سمير ناجى وسرى صيام ، بحث غير منشور .

مقضيًا أن يضع المشرع الجنائى البحرينى والمصرى النماذج القانونية للسلوك الإجرامى لهذه الجرائم فى بيان تتوافر به كافة العناصر القانونية لكل جريمة ، ويقرر العقاب المناسب لكل منها ، وذلك على نحو واضح جلى ، تتوافر فيه شروط الصياغة التشريعية للنصوص الجنائية ويقتضى إنفاذ أحكام الدستور، فى هذا المجال ، القيام بمراجعة تشريعية رشيدة للقانون الوضعى فى البحرينى وفى مصر للوفاء بالالتزام الدستورى فى هذا النطاق(١) .

ثالثاً : مكان تنفيذ القبض أو الحبس الإحتياطي :

البيان من دستور مملكة البحرين لعام ٢٠٠٢م ، نصه فى الفقرة (ج) من المادة (١٩) على أنه «لا يجوز الحجز أو الحبس فى غير الأماكن المخصصة لذلك فى قوانين السجون المشمولة بالرعاية الصحية والاجتماعية والخاضعة لرقابة السلطة القضائية ، ومفاد الحكم الدستورى سالف البيان ، الذى يسمو على أحكام القانون وسائر التشريعات الأدنى ، ولا تملك السلطة التشريعية إلا الامتثال له ما يأتى :

أ- أن الحكم الدستورى المذكور يسرى على الأشخاص المحتجزين ، وهم وفق مجموعة المبادئ المتعلقة بحماية جميع الأشخاص الذين يتعرضون لأى شكل من أشكال الاحتجاز أو السجن المعتمدة بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة فى ٩ كانون الأول / ديسمبر سنة ١٩٨٨ ، المحرومون من الحرية الشخصية قبل إدانتهم بجرائم معينة ، ومصطلح الحبس فى عمومها يستوعب المحبوسين احتياطياً ، والمحبوسين تنفيذاً لعقوبة سالبة للحرية ، ومن ثم فإن الحكم الدستورى يسرى بشأنهم ، بحسبانهم والمحتجزين يتمتعون بالكرامة الإنسانية على سواء .

ب- إن تحديد الأماكن التى يحتم الدستور أن يودع فيها المحتجزون والمحبوسون يتعين أن يكون بقوانين السجون ، وليس بأداة أدنى من القانون ، كما لا يجوز أن يفوض القانون فى هذا التحديد أداة تشريعية أدنى .

ج- إنه يتعين بحكم الدستور أن تكون الأماكن المشار إليها مشمولة بالرعاية الصحية والاجتماعية ، التى تصون للمحتجزين والمحبوسين صحتهم ، وتوفر لهم المستوى الذى يحقق سلامتهم البدنية والنفسية ، وكذلك تهيئ من الوسائل ما يضمن لهم ظروفًا اجتماعية تكفل إصلاحهم وتأهيلهم واتصالهم بأسرهم وبعمالهم الخارجى .

د- إن أماكن الاحتجاز والحبس لا بد وأن تكون خاضعة لرقابة السلطة القضائية سواء من حيث التحقق من الإيداع فى أماكن محددة على النحو سالف البيان أو مستوى الرعاية الصحية والاجتماعية ومدى وفائه بمقتضيات هذه الرعاية التى تصون الكرامة الإنسانية ، وتحقق حكم الفقرة (١) من المادة (١٠) من العهد

(١) أولت المحكمة الدستورية العليا اهتماماً فائقاً بخاصية الوضوح واليقين التى يجب أن تتسم بها النصوص الجنائية ، وأفاضت فى بيان المثالب التى تترتب على فقدان هذه الخاصية بقولها " غموض النص العقابى يعنى أن يكون مضمونه خافياً على أوساط الناس باختلافهم حول فحواه ومجال تطبيقه وحقيقته ما يرمى إليه ، وأوردت أنه يجب أن يراعى فى إعداد نصوص وأحكام التشريعات الجزائية خاصية الوضوح واليقين ، وأن يتم الركوز فى إعداد التشريع الجنائى إلى مناهج دقيقة فى الصياغة لا تنزلق إلى التعبيرات الفضفاضة أو الغامضة المحملة بأكثر من معنى .. " يراجع حكم المحكمة الدستورية العليا، جلسة ٧ من فبراير سنة ١٩٩٤ - مجموعة الأحكام - الجزء السادس - ص ١٥٤ .

٣. إضفاء الطبيعة الصحيحة الواجب أن تكون للسجن أياً ما كانت الطوائف المودعة فيه، وتتمثل في أنه دار إصلاح وتأهيل، وقد كان مما يؤخذ على الدستور السابق لعام ٢٠١٢، نصه في الفقرة الأولى من المادة (٢٧) منه على أنه «السجن دار تأديب وتهذيب وإصلاح»، بينما أن السجن لا ينبغي أن يكون - بحسب الأصل - دار تأديب وتهذيب، فالتأديب والتهذيب إنما يكونان للمخالفين لنظم السجون ولوائحها، والمفترض أنهم عدد قليل من المودعين، والمقرر أن الغاية من العقوبة السالبة للحرية هي الردع الخاص المتمثل في إعادة تنشئة المحكوم عليه وتهيئة سبل عودته إلى الاندماج في المجتمع كموطن شريف، والتأهيل الذي نص عليه الدستور الجديد هو الذي يجسد هذه الغاية (١). ويشار إلى خلو دستور مملكة البحرين من نص يبين المهمة الرئيسية التي يتعين أن تقوم بها السجون، وهو ما يمكن تلافيه بتعديل في قانون الإجراءات الجنائية البحرينية يستوفيه.

رابعاً : الحق في الإبلاغ بأسباب تقييد الحرية كتابة :

يبين من دستور مملكة البحرين لعام ٢٠٠٢ خلوه من نص على حق كل من تقييد حريته، بإبلاغه بأسباب تقييد هذه الحرية، وبيان الوسيلة التي يتم بها هذا الإبلاغ، وإن كان قانون الإجراءات الجنائية البحرينية الصادر بالقانون رقم ٤٦ لسنة ٢٠٠٢ قد تكفل بتأكيد الحق المذكور بنصه في الفقرة الثانية من المادة (٦١) على أنه ويواجه كل من يقبض عليه بأسباب القبض عليه .

وقد نصت المادة (٧١) من دستور مصر الأسبق لسنة ١٩٧١ على أنه « يبلغ كل من يقبض عليه أو يعتقل بأسباب القبض عليه أو اعتقاله فوراً » .

ويشار إلى ما ارتأيناه في ظل هذا الدستور الأسبق من أن لفظ «الاعتقال» الذي أورده النص الدستوري إنما ينصرف حتماً إلى الاعتقال والحبس كليهما، فهما يتفقان معا فيما يؤديان إليه من سلب للحرية، ولأن المشرع الدستوري عبر عن القبض أو الاعتقال في النص ذاته بالإجراء الذي يقيد الحرية الشخصية، والقبض والاعتقال والحبس جميعاً من قبيل هذا الإجراء، ومن ثم فلا ريب في شمول أحكام هذه المادة للحبس الإحتياطي، بما مؤداه أنه في ظل أحكام الدستور المشار إليه كان يجب إبلاغ المحبوس احتياطياً بأسباب حبسه فور حصوله، لمواجهة الموقف الذي ترتب على سلب حريته، فضلاً عما ارتئيناه من وجوب أن يتكفل القانون بتنظيم كيفية ممارسة هذا الحق في تلقى ذلك الإبلاغ، وهو حق ذو قيمة دستورية لا يجوز

كرامة الإنسان أو يعرض صحته للخطر (١) .

ويشار إلى أن الدستور المصري الجديد لعام ٢٠١٤م قد ترقى بالحقوق والضمانات والشروط المتعلقة بأماكن القبض أو الحبس، فأضاف إليها ما يستحق الإشادة، ويلزم المشرع باتخاذ تدابير تشريعية تتضمن توفير المستحدث منها، وفي هذا النطاق نصت المادة (٥٥) من ذلك الدستور على ألا يكون حجز أو حبس من يقبض عليه أو يحبس أو تقييد حريته إلا في أماكن مخصصة لذلك لاثقة إنسانياً وصحياً، وعلى أن تلتزم الدولة بتوفير وسائل الإتاحة للأشخاص ذوي الإعاقة، وعلى أن مخالفة شئ من ذلك جريمة يعاقب مرتكبها وفق القانون، كما نصت المادة (٥٦) على أنه « السجن دار إصلاح وتأهيل، وتخضع السجون وأماكن الاحتجاز للإشراف القضائي، ويحظر فيها كل ما يناهض كرامة الإنسان أو يعرض صحته للخطر » .

ويبين من المقارنة بين نصي المادتين (٣٦ و ٣٧) من الدستور السابق لسنة ٢٠١٢م وبين نصي المادتين (٥٥ و ٥٦) من الدستور الجديد لعام ٢٠١٤م، على السياق المتقدم، أن ترقى الدستور الأخير بالضمانات والشروط المشار إليها يتمثل فيما يأتي :

١. النص على أن يكون الحجز أو الحبس في أماكن مخصصة لذلك، والتخصيص لا يكون إلا بأداة تشريعية ملزمة تكون أكثر تفصيلاً، ولكن إضافة هذا الشرط في الدستور الجديد هو حكم قابل للتطبيق بذاته، حتى وإن لم يتضمنه نص في تشريع أدنى، ومن ثم يتعين امتثالاً لأحكام الدستور أعمال مقتضاه في التطبيق دون انتظار صدور قانون يلزم بذلك. ومفاد الشرط المذكور على النحو سالف البيان أن الاحتجاز أو الحبس في أماكن غير مخصصة لذلك يكون مخالفاً للدستور حتى وإن كانت هذه الأماكن لاثقة إنسانياً وصحياً (٢) .

٢. استحداث التزام الدولة بتوفير وسائل الإتاحة للأشخاص ذوي الإعاقة، وهو التزام دستوري غير مسبوق، يمثل وغيره في نصوص الدستور الجديد المختلفة رعاية واجبة للأفراد ذوي الإعاقة الذين يطلق عليهم ذوو الاحتياجات الخاصة تتيح لهم الاندماج في المحيط الاجتماعي الذي يعيشون في نطاقه، حتى ولو كان هذا المحيط هو مكان الاحتجاز أو الحبس .

(١) تنص الفقرة (١) من المادة (١٠) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الصادر عام ١٩٦٦ على أنه " يعامل جميع المحرومين من حريتهم معاملة إنسانية، تحترم الكرامة الأصيلة في الشخص الإنساني "، وتشير ديباجة هذا العهد إلى أن الحقوق المعترف بها فيه هي حقوق إنسانية مقررة لجميع أعضاء الأسرة البشرية .

(٢) وفقاً للمصطلحات المستخدمة في مجموعة المبادئ المتعلقة بحماية جميع الأشخاص الذين يتعرضون لأي شكل من أشكال الاحتجاز أو السجن يعني " القبض " اعتقال شخص بدعوى ارتكابه لجريمة أو بإجراء من سلطة ما، ويعنى " الشخص المحتجز كما سبق البيان في المتن " أي شخص محروم من الحرية الشخصية قبل أن يدان في جريمة، ويعنى " الشخص المسجون " أي شخص محروم من الحرية الشخصية لإدانته في جريمة - الدكتور محمود شريف بسيوني، الوثائق الدولية المعنية بحقوق الإنسان، المجلد الأول، الوثائق الدولية، دار الشروق، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣، ص ٦٥٦ .

(١) أورد أحد التقارير المقدمة إلى مؤتمر الأمم المتحدة السادس لمنع الجريمة، ومعاملة المجرمين في سنة ١٩٨٠ أن " إرسال الشخص إلى السجن إنما هو عقابه، فهو لا يرسل إليه لكي يعاقب فيه إذ أن العقاب هو أساساً حرمان هذا الشخص من حريته، دون التنفيذ العقابي، المستشاران سمير ناجي والدكتور سري صيام، مرجع سابق .

خامساً : الحق في إحاطة مقيد الحرية بحقوقه كتابة :

من حسنات الدستور المصرى الجديد لعام ٢٠١٤م أنه لم يكتف فى نص الفقرة الثانية من المادة (٥٤) منه بإيجاب إبلاغ مقيد الحرية بأسباب هذا الإجراء كتابة، وإنما أضاف إلى هذا الحق، وعلى نحو غير مسبق فى الدساتير المصرية السابقة كافة، الحق فى إحاطة كل من تقيده حرته بحقوقه كتابة، وهى إحاطة بالغة الأهمية تبصر مقيد الحرية بحقيقة موقفه القانونى من سائر مناحيه، وبما كفه له الدستور والقانون فى نطاق ما يتخذ قبله من إجراءات وأخصها إجراءات التحقيق الابتدائى .

ونرى أن الحق المقرر بالدستور المشار إليه، ليس من اليسير تطبيقه فى الواقع العملى، وأنه يتعين على السلطة المختصة، وهى النيابة العامة فى المقام الأول، الذى يشرف نائبها العام على أعمال الضبطية القضائية، أن تبادر إلى إعداد نماذج تتضمن البيانات بالحقوق التى يجب إحاطة من تقيده حرته بها، وأن يجرى تعميم هذه النماذج على جهات الضبطية القضائية والنيابات العامة كافة .

ويعد استحداث الحق المشار إليه تطبيقاً محموداً لأحكام المبدأ (١٣) من مجموعة المبادئ المتعلقة بحماية جميع الأشخاص الذين يتعرضون لأى شكل من أشكال الاحتجاز أو السجن المعتمدة بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ١٧٢/٤٣ فى الأول من ديسمبر سنة ١٩٨٨م، والتي سبق ذكرها غير مرة فى هوامش عدد من صفحات هذا البحث، وينص المبدأ (١٣) المشار إليه على أنه «تقوم السلطة المسؤولة عن إلقاء القبض أو الاحتجاز أو السجن على التوالى بتزويد الشخص لحظة القبض عليه وعند بدء الاحتجاز أو السجن أو بعدهما مباشرة بمعلومات عن حقوقه وبتفسير لهذه الحقوق وكيفية استعمالها» (١) .

ونرى أن صياغة المبدأ سالف الذكر فى مجموعة المبادئ آنفة البيان، على السياق المتقدم، أكثر تحديداً ووضوحاً وشمولاً من الصياغة التى تضمنها الدستور المصرى، على النحو الذى يتعين معه الاسترشاد بها فى صياغة الأحكام التى يلزم أن يشتمل عليها تعديل يطرأ على قانون الإجراءات الجنائية المصرى امتثالاً لأحكام المادة (٥٤) من الدستور الجديد.

والبين من دستور مملكة البحرين ومن قانون الإجراءات الجنائية البحرينية كليهما، خلوهما من النص على وجوب إبلاغ كل من تقيده حرته بحقوقه ومن ثم ذكر الوسيلة التى يتم بها هذا الإبلاغ، وبديهي أن إغفال الدستور ذكر هذا الحق، لا يمنع من النص عليه فى القانون المذكور، وهو ما ينبغى معه تعديله على النحو الذى يحقق تأكيد هذا الحق، حتى تتاح فرصة أن يتضمنه أى تعديل قد يتاح للدستور المذكور.

للقانون إنكاره، أو القعود عن تنظيم مقتضاه (١) .

وقد كان من حسنات دستور مصر السابق لسنة ٢٠١٢، نصه فى وضوح لا يقبل الالتباس، فى الفقرة الثانية من المادة (٣٥) منه على أنه «ويجب أن يبلغ كل من تقيده حرته بأسباب ذلك كتابة خلال اثنتى عشرة ساعة...» (٢).

والنص سالف الذكر قاطع الدلالة فى شموله كل صور تقييد الحرية، والحبس الإحتياطي أقصاها، ويذكر له تيسيره تفعيل حق الإبلاغ ببيان وسيلته واتقاء أى مظنه فى شأن وسيلة حصوله بالنص على أن تكون كتابة، وبالإضافة إلى ذلك ضمانه وجوب حصول الإبلاغ خلال اثنتى عشرة ساعة، وعلى ضوء ما توجبه المادة ذاتها من وجوب تقديم من تقيده حرته إلى سلطة التحقيق خلال أربع وعشرين ساعة من وقت تقييد حرته، فإن بداية حساب مدة الإبلاغ الكتابي تكون من هذا الوقت .

والتحديد سالف البيان كان سبباً محموداً وضمانة فاعلة للتحقق من حصول الإبلاغ، يحققه النص على أن يكون الإبلاغ كتابة، بينما لم يحدد الدستور الأسبق لعام ١٩٧١ وسيلته، وكذلك بتحديد فترة قصيرة ينبغى أن يحصل الإبلاغ خلالها، وهى اثنتا عشرة ساعة تبدأ كما سلف البيان من وقت حصول تقييد الحرية وهو تحديد يتلافى المرونة التى يسمح بها التعبير بالفورية، والخلف الذى يترتب على تحديد مفهومها فى التطبيق .

وقد تكفل الدستور المصرى الجديد لعام ٢٠١٤م، بتنظيم إجراءات الإبلاغ المشار إليه بنصه فى الفقرة الثانية من المادة (٥٤) منه على أنه «ويجب أن يبلغ فوراً كل من تقيده حرته بأسباب ذلك... كتابة» ونرى أن العودة إلى الفورية فى الإبلاغ، كالحال فى دستور سنة ١٩٧١ الأسبق، والعدول عن أن يكون الإبلاغ خلال اثنتى عشرة ساعة هو مما يؤخذ على الدستور الجديد، مع الأخذ فى الاعتبار أنه سلك نهج دستور عام ٢٠١٢م السابق فى إيجاب أن يكون الإبلاغ كتابة، فتحديد مدة الإبلاغ، حتى إن كان الميعاد تنظيمياً، يكون هو الأجدى، والأولى بالاتباع .

وعلى ضوء ما سلف فإن المأمول أن ينهج دستور مملكة البحرين، الترقى بالحق فى إبلاغ المقبوض عليه بأسباب تقييد حرته كتابة فى ميعاد قصير مضروب، بالنص عليه فيه كمبدأ دستوري وفاء بالالتزامات الدولية، ومسايرة لنهج الدساتير الحديثة وضمان التزام القانون الأدنى باحترام وتقنين هذا الحق وعدم المساس به .

(١) الدكتور سري محمود صيام - الحبس الإحتياطي فى التشريع المصرى - دار الشروق - الطبعة الأولى - ٢٠٠٧ - ص(٢١)، ويراجع ما سبق بيانه فى هامش صفحة (٣١) من تعريف القبض فى مجموعة المبادئ المتعلقة بحماية جميع الأشخاص الذين يتعرضون لأى شكل من أشكال الاحتجاز أو السجن، بأنه اعتقال شخص بدعوى ارتكاب جريمة أو بإجراء من سلطة ما .

(٢) تنص الفقرة (٢) من المادة (٩) من العهد الدولى الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على أنه " يجب إبلاغ أى شخص يتم توقيفه بأسباب هذا التوقيف لدى وقوعه " ، كما يتوجب إبلاغه سريعاً بأية تهمة توجه إليه، وينص المبدأ (١) من المبادئ المتعلقة بحماية الأشخاص الذين يتعرضون لأى شكل من أشكال الاحتجاز أو السجن على أنه " يبلغ أى شخص يقبض عليه، وقت إلقاء القبض، بسبب ذلك، ويبلغ على وجه السرعة بأية تهمة تكون موجهة إليه، الوثائق الدولية المعنية بحقوق الإنسان، المجلد الأول، الوثائق الدولية، الدكتور محمود شريف بسيونى، مرجع سابق، ص ٦٥٨ .

(١) الوثائق الدولية المعنية بحقوق الإنسان، المجلد الأول، الوثائق العالمية، الدكتور محمود شريف بسيونى، مرجع سابق، ص ٦٥٩ .

سادساً : تمكين من تقييد حريته من الاتصال بذويه وبمحاميه فوراً :

وقد خلا دستور مملكة البحرين لعام ٢٠٠٢م من النص على مثل الحق المذكور في التمكين من الاتصال ، أو مما يعطى مقيد الحرية الحق في إجراءاته ، على النحو الذى يتولى تهيئته بنفسه ، وغاية ما نص عليه قانون الإجراءات الجنائية البحريني هو ما أورده الفقرة الثانية من المادة (٦١) منه أن من يقبض عليه يكون له حق الاتصال بمن يرى من ذويه لإبلاغهم بما حدث والاستعانة بمحام .

والتمكين المشار إليه ، الذى ورد في الفقرة الثانية من المادة (٥٤) من دستور مصر الجديد سنة ٢٠١٤م تعبير مستحدث خلا منه أو من نظير للحق برمته الدستور السابق لسنة ٢٠١٢م في المادة (٣٥) المقابلة ، كما أنه لم يستخدم في المادة (٧١) من دستور مصر الأسبق لسنة ١٩٧١ ، التى عبرت عن الحق المذكور بقولها « ويكون له حق الاتصال بمن يرى إبلاغه بما وقع أو الاستعانة به على الوجه الذى ينظمه القانون » .

ونرى أفضلية التعبير الذى أورده الدستور الجديد والذى ألزم بأن يجرى تمكين كل من تقييد حريته من الاتصال بذويه وبمحاميه فوراً ، ذلك أن مجرد إعطاء الحق لمقيد الحرية بالاتصال لا يلقى عبئاً على السلطة المختصة في اتخاذ نشاط إيجابى في سبيل ممارسته وتوفير المكنة التى توفر إتاحتها ، بينما التمكين يعنى منح الحق وتهيئة الظروف لممارسته ، وتوفير المكنة لحصول الاتصال ، ونرى أن يكون النص في قانون الإجراءات الجنائية الذى يحقق توافقاً مع الدستور الجديد متمشياً مع مفهوم التمكين ومقتضياته .

ونرى ، من جهة أخرى ، أن يجرى تعديل لقانون الإجراءات الجنائية البحريني ، بإضافة الحق المذكور بالصيغة التى أوردها الدستور المصرى الجديد ، حتى يتاح فرصة الترقى بهذا الحق ليتضمنه دستور مملكة البحرين .

والحق المذكور مقرر في المادة (١٥) من مجموعة المبادئ التى سبقت الإشارة إليها غير مرة بنصها على أنه « لا يجوز حرمان الشخص المحتجز من الاتصال بالعالم الخارجى وخاصة بأسرته أو محاميه لفترة تزيد على أيام ، والنص في البند (١) من المادة (١٦) على الحق فى أن يطلب من السلطة المختصة أن يخطر أفراداً من أسرته أو أشخاصاً مناسبين يختارهم بالقبض عليه واحتجازه أو بالمكان الذى هو محتجز فيه ، والطلب من السلطة ، إنما يعنى التمكين .

سابعاً : إيجاب الدستور تقديم من تقييد حريته إلى سلطة التحقيق خلال أربع وعشرين ساعة من وقت حصول هذا التقييد :

والإيجاب المشار إليه ، ورد لأول مرة في الفقرة الثانية من المادة (٣٥) من دستور مصر السابق لسنة ٢٠١٢م بنصها على أن يقدم كل من تقييد حريته إلى سلطة التحقيق خلال أربع وعشرين ساعة من وقت تقييد حريته .

والنص على هذه الضمانة فى الدستور يرتفع بها إلى مصاف المبادئ الدستورية ، ويعجل بعرض مقيد الحرية على سلطة التحقيق المختصة ، حتى لا يستمر مقيد الحرية أكثر من هذه الفترة القصيرة دون أن يصدر أمر بحبسه احتياطياً من السلطة القضائية المختصة .

وقد سار دستور مصر الجديد لسنة ٢٠١٤م على ذات النهج فأبقى على هذه الضمانة بطبيعتها الدستورية ،

بنصه فى الفقرة الثانية من المادة (٥٤) منه فى شأن من تقييد حريته «وأن يقدم إلى سلطة التحقيق خلال أربع وعشرين ساعة من وقت تقييد حريته»، وهو نص مطابق لما ورد فى هذا الشأن فى نص الفقرة الثانية من المادة (٣٥) من الدستور السابق سالف البيان .

ويشار إلى أن قانون الإجراءات الجنائية المصرى قد وفر الضمانة سائلة البيان منذ صدوره عام ١٩٥٠ دون إلزام دستورى ، وذلك بنصه فى الفقرة الأولى من المادة (٣٦) على أنه « يجب على مأمور الضبط القضائى أن يسمع فوراً أقوال المتهم المضبوط ، وإذا لم يأت بما يبرئه ، يرسله فى مدى أربع وعشرين ساعة إلى النيابة العامة المختصة »(١) .

ووجه الجدة فيما استحدثه الدستوران السابق والجديد أن الحكم المذكور، على السياق المتقدم ، قد صار مبدأ دستورياً يتحقق به للضمانة المذكورة سند دستورى يجعلها عصبية على الإلغاء ، مادام المبدأ باقياً فى الدستور .

والبين من دستور مملكة البحرين لعام ٢٠٠٢ أنه قد خلا من هذا الحكم ، وعدم إيراد مثل هذا الحكم فى الدستور يتمشى مع طبيعة الأحكام الدستورية ، فمكانه باعتباره أحد تفاصيل أحكام تقييد الحرية ، قانون الإجراءات الجنائية ، ومرد إيراده فى دستورى مصر السابق والجديد الظروف التى عاصرت إعدادهما بعد ثورة ٢٥ يناير عام ٢٠١١م بالنسبة للأول و ٣٠ من يونيو ٢٠١٣م بالنسبة إلى الثانى.

وفى الإطار المذكور فقد نص قانون الإجراءات الجنائية البحريني فى المادة (٥٧) منه على أنه «يجب على مأمور الضبط القضائى أن يسمع فوراً أقوال المتهم المقبوض عليه وإن لم يأت بما يبرئه يرسله فى مدى ثمان وأربعين ساعة إلى النيابة العامة . ويجب على النيابة العامة أن تستجوبه فى ظرف أربع وعشرين ساعة ثم تأمر بحبسه أو إخلاء سبيله .

وفى نطاق ما سلف ، فقد استقر قضاء محكمة النقض المصرية ، على أن عدم عرض المقبوض عليه على النيابة العامة خلال المدة المحددة فى القانون ، وهى فى قانون الإجراءات الجنائية المصرى أربع وعشرون ساعة من وقت حصول القبض ، لا يرتب أثراً بالنسبة للأدلة التى لا صلة لها بهذه المخالفة ، مادامت لم تسفر عن دليل منتج فى الدعوى. (٢)

(١) تنص المادة (٣٧) من مجموعة المبادئ المتعلقة بحماية جميع الأشخاص الذين يتعرضون لأى شكل من أشكال الاحتجاز أو السجن ، ديسمبر سنة ١٩٨٨ على إحضار الشخص المحتجز المتهم بتهمة جنائية أمام سلطة قضائية أو سلطة أخرى ينص عليها القانون ، على وجه السرعة ، عقب القبض عليه ، وتبث هذه السلطة دون تأخير فى قانونية وضرورة الاحتجاز.

(٢) نقض جنائى جلسة ٢ من أكتوبر ٢٠٠٥ ، الطعن رقم ٤٠٦١٧ لسنة ٧٤ق ، ص ٤٤٣ .

مراحل التحقيق والمحاكمة وفقاً للقانون» ، وانتصاراً لحقوق الإنسان فى الدفاع حين يكون فى موقف الاتهام ، وامتنالاً للإلزام الدستورى بتأمين ضمانات الدفاع فى مرحلة التحقيق الابتدائى وهى من المراحل الهامة السابقة للمحاكمة ، فإنه يتعين أن يتضمن قانون الإجراءات الجنائية البحرينى ، الحكم ذاته الذى أورده الدستور المصرى لعام ٢٠١٤ م ، فى شأن إيجاب حضور المحامى الموكل أو المنتدب عن المتهم المقيد للحرية فى المرحلة سائلة البيان.

تاسعاً : حق مقيد الحرية من ذوي الإعاقة فى توفير المساعدة اللازمة له أثناء التحقيق :

والحق المذكور من أهم تجليات حرص الدستور المصرى الجديد لسنة ٢٠١٤ على توفير رعاية شاملة لذوى الإعاقة ، وهم من يطلق عليهم ذوو الاحتياجات الخاصة ، وذلك فى مناحى كثيرة مما نظمها هذا الدستور ، وقد ورد هذا الحق فى سياق حقوق كل من تقيده حرته التى أوردها المادة (٥٤) منه ، بنص الفقرة الثالثة من المادة المذكورة على توفير المساعدة اللازمة لذوى الإعاقة فى مرحلة التحقيق الابتدائى ، وقد اختتمت هذه الفقرة بعبارة « وفقاً للإجراءات المقررة فى القانون ، وامتنالاً لهذا الحكم المستحدث من أحكام الدستور يتعين أن يتكفل قانون الإجراءات الجنائية ببيان ماهية المساعدة المطلوبة وغاياتها وآلياتها ووسائلها التى ستختلف بالقطع باختلاف كل نوع من أنواع الإعاقة عن النوع الآخر ، وهو ما يجب أن يعهد ببيانه إلى المختصين بشئون ذوى الاحتياجات الخاصة (١) .

وإزاء خلو دستور مملكة البحرين ، وقانون الإجراءات الجنائية البحرينى من حكم مماثل للحكم سالف البيان فى شأن ذوى الإعاقة مقيدى الحرية ، فالمأمول تعديل قانون الإجراءات الجنائية المذكور على نحو يشمل على نظير للحكم المشار إليه بتفصيل يجعله صالحاً للتطبيق.

(١) نص الإعلان الخاص بحقوق المعوقين الذى أصدرته الجمعية العامة للأمم المتحدة فى ٩ من ديسمبر سنة ١٩٧٥ على أنه يقصد بكلمة " المعوق " أى شخص عاجز عن أن يؤمن لنفسه ، بصورة كلية أو جزئية ضرورات حياته الفردية أو الاجتماعية العادية بسبب قصور خلقى أو غير خلقى فى قدراته الجسمانية أو العقلية " ، كما نص البند (١) من الإعلان ذاته على أنه " يجب أن يمكن المعوق من الاستعانة بمساعدة قانونية من ذوى الاختصاص حين يتبين أن مثل هذه المساعدة لا غنى عنها لحماية شخصه أو ماله ، وإذا أقيمت ضد المعوق دعوى قضائية يجب أن تراعى هذه المساعدة التى لا غنى عنها لحماية شخصية أو ماله ، وإذا أقيمت ضد المعوق دعوى قضائية يجب أن تراعى فى الإجراءات القانونية المطبقة حالته البدنية أو العقلية مراعاة تامة " .

ثامناً : إيجاب الدستور عدم التحقيق مع من قيدت حرته إلا فى حضور محاميه الموكل أو المنتدب من سلطة التحقيق :

وقد ورد النص على هذه الضمانة ، على نحو غير مسبوق ، فى دستور مصر السابق لسنة ٢٠١٢ بنصه فى الفقرة الثانية من المادة (٣٥) على ألا يجرى التحقيق مع من قيدت حرته إلا فى حضور محاميه ، فإن لم يكن ندب له محام .

وقد احتفظ الدستور الجديد لسنة ٢٠١٤م بالضمانة ذاتها فى الفقرة الثالثة من المادة (٥٤) منه فى شأن حقوق كل من تقيده حرته بنصها على أنه «ولا يبدأ التحقيق معه إلا فى حضور محاميه ، فإن لم يكن له محام ، ندب له محام» .

والنص فى الدستور الجديد أكثر دقة بحرصه على تأكيد ألا يبدأ التحقيق مع مقيد الحرية إلا فى حضور محام ، موكلاً أو منتدباً ، ويشير إلى أن حضور المحامى الموكل أو اتخاذ إجراءات ندب محام وحضوره يتعين تحقق أحدهما قبل البدء فى التحقيق مع مقيد الحرية ، ومخالفة هذه القواعد الدستورية وهى قابلة للتطبيق بذاتها دون حاجة إلى تعديل قانون الإجراءات الجنائية ليشملها ، وهو ما يحسن إجراؤه ، يترتب عليه بطلان ما يجرى من تحقيق مع من قدم إلى النيابة العامة مقيد الحرية دون حضور محام معه .

ومفاد حكم النص المذكور فى دستور سنة ٢٠١٢ السابق وفى دستور سنة ٢٠١٤ الجديد أن من قدم إلى سلطة التحقيق مقيد الحرية وجب فى جميع الأحوال ، ولو كان متهماً بجنحة لا يعاقب القانون عليها وجوباً بالحبس ، ألا يجرى التحقيق معه إلا فى حضور محاميه ، فإن لم يكن له محام ، التزمت سلطة التحقيق بندب محام له على نفقة الدولة .

ولئن كان ما استحدثه الدستور الجديد - على السياق المتقدم - هو ضمانات مهمة من ضمانات الدفاع ، غير أنها ترتب فى العمل - إزاء كثافة حجم ما يعرض على سلطة التحقيق من قضايا التلبس التى يكون فيها المتهمون مقيدى الحرية - صعوبات جمّة ، لسريانها على كل من قيدت حرته حتى ولو كان متهماً فى جنحة معاقب عليها بالغرامة وحدها أو بالحبس كعقوبة تخييرية مع الغرامة .

ويشار إلى أن الدستور الجديد لعام ٢٠١٤ قد استحدث ، على نحو غير مسبوق ، حكماً ضمنه الفقرة الأخيرة من المادة (٥٤) ونصها « وفى جميع الأحوال لا يجوز محاكمة المتهم فى الجرائم التى يجوز الحبس فيها إلا بحضور محام موكل أو منتدب » ، وأياً كان وجه الرأى فى هذه الضمانة غير المسبوقة ، وما يترتب عليها من مشكلات فى الواقع العملى ، فإننا نرى أن حكم هذا النص ليس موضعه المادة المذكورة التى تتناول أحكام القبض والتفتيش والحبس وتقييد الحرية فى مرحلة التحقيق الابتدائى ، بينما الحكم الوارد فى هذه الفقرة الأخيرة لا يسرى على مرحلة التحقيق الابتدائى الذى لا يكون إلا قبل المحاكمة .

والبين من دستور مملكة البحرين ، أنه خلا من نص صريح يوجب عدم إجراء التحقيق مع من قيدت حرته وتم عرضه على النيابة العامة أو قاضى التحقيق ، إلا فى حضور محاميه الموكل أو المنتدب من سلطة التحقيق ، وذلك كشأن الدساتير المصرية السابقة على دستور عام ٢٠١٢ .

ولكن الجدير بالذكر أن الدستور البحرينى ، قد نص فى الفقرة (ج) من المادة (٢٠) منه على أنه « المتهم برئ حتى تثبت إدانته فى محاكمة قانونية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية لممارسة حق الدفاع فى جميع

والبين من المقارنة بين نص الدستور السابق وبين نص الدستور الجديد ، على السياق المتقدم أن الدستور السابق أغفل تحديد بدء سريان الأجل الذي يتعين الفصل في التظلم خلاله ، وقد حاول الدستور الجديد تفادى هذا الإغفال فنص على بدء سريانه منذ اتخاذ « ذلك الإجراء » على حد ما أورد ، ويثير هذا التعبير لبساً في شأن المقصود « بذلك الإجراء » وهو ذات التعبير الذي ساقفه في تقرير حق التظلم من تقييد الحرية ، وذلك في النص ذاته مما قد يثير القول بأن الفصل في التظلم ينبغى أن يكون خلال أسبوع من تاريخ تقييد الحرية ، ومع أن ذلك تفسير مستبعد ، إلا أنه كان الأحرى أن ينص الدستور على سريان الأجل من تاريخ تقديم التظلم .

وبالإضافة إلى ما سلف فقد أوجب الدستور الإفراج الفوري عمن لا يتم الفصل في تظلمه خلال أجل الأسبوع المحدد وهو أفضل من نص الدستور السابق على الإفراج الحتمي المنقول عن المادة (٧١) من الدستور الأسبق ، ويعنى الإفراج فوراً الإفراج عن مقيد الحرية فور انقضاء مدة الأسبوع دون الفصل في التظلم .

ويشار في هذا الصدد إلى استحداث القانون رقم ١٤٥ لسنة ٢٠٠٦ تنظيمياً متكاملًا لاستئناف الأوامر الصادرة بالحبس الاحتياطي أو بتجديده .

ولئن كان دستور مملكة البحرين لسنة ٢٠٠٢م لم يتضمن حكماً ينص صراحة على حق التظلم من الأوامر الصادرة بالحبس الاحتياطي ، ابتداءً أو تجديداً ، فإن النص في الفقرة (ب) من المادة (١٩) من هذا الدستور على أنه « لا يجوز القبض على إنسان أو توقيفه أو حبسه أو تحديد إقامته أو تقييد حريته في الإقامة أو التنقل إلا وفق أحكام القانون . وبرقابة من القضاء ، مفاده وجوب أن يتقرر حق المحبوس احتياطياً في التظلم لجهة قضائية في الأوامر الصادرة به أو بمده » .

حادى عشر : إيجاب الدستور تنظيم القانون حالات استحقاق التعويض المادى عن الحبس الاحتياطي :

وقد ورد النص على ذلك في الفقرة الأخيرة من المادة (٣٥) من دستور مصر السابق لسنة ٢٠١٢م بنصها على أن ينظم القانون حالات استحقاق التعويض وأدائه عن الحبس الاحتياطي ، وهو إقرار للحق في التعويض المادى عن الحبس الاحتياطي غير المبرر ، يرد في الدستور لأول مرة ، بعد أن نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة (٣١٢ مكرراً) التي أضيفت إلى قانون الإجراءات الجنائية المصرى بالقانون رقم ١٤٥ لسنة ٢٠٠٦ ، بقولها « وتعمل الدولة على أن تكفل الحق في مبدأ التعويض المادى عن الحبس الاحتياطي وفقاً للقواعد والإجراءات التي يصدر بها قانون خاص .

وبورود النص الدستوري سالف الذكر المتمثل في الفقرة الأخيرة من المادة (٣٥) من الدستور سألقة البيان ، فقد كان حتماً مقضياً أن تبادر السلطة التشريعية بإصدار القانون المشار إليه في نص هذه الفقرة على نحو ما سلف بيانه ، غير أنها وحتى انتهى العمل بهذا الدستور لم تف بمقتضيات هذا الالتزام .

ولقد نهج قانون الإجراءات الجنائية البحريني في شأن التظلم من الحبس الاحتياطي نهجاً مختلفاً ، تمثل فيما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (١٤٩) المستبدلة بموجب القانون رقم (٣٩) لسنة

عاشراً : حق المحبوس احتياطياً أو غيره في التظلم من حبسه وضرورة الفصل فى التظلم خلال مدة معينة :

بالإضافة إلى ما سلف ، فقد نصت المادة (٧١) من دستور سنة ١٩٧١ المصرى الأسبق على إلزام المشرع بتنظيم وسيلة التظلم من أوامر الحبس الاحتياطي أمام القضاء ، باعتبار هذا الحبس قيد على الحرية الشخصية ، كالأشأن بالنسبة إلى القبض والاعتقال (١) ، كما أوجب أن يكون تنظيم القانون لحق التظلم على نحو يكفل الفصل فيه خلال مدة محددة ، ورتب الدستور ذاته على انقضاء المدة المحددة دون الفصل فى التظلم وجوب الإفراج الحتمي عمن صدر الأمر بحبسه احتياطياً ، وكان هذا الأثر قابلاً للتطبيق بذاته دون تدخل تشريعي .

ولقد امتثل المشرع لحكم المادة (٧١) من الدستور الأسبق المشار إليها في شأن أوامر الاعتقال التي تصدر إعمالاً لأحكام قانون الطوارئ ، فأجرى تعديلاً على هذا القانون بموجب القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢ ، كفل بمقتضاه للمعتقل حق التظلم أمام محكمة أمن الدولة العليا بعد مضي ثلاثين يوماً من أمر الاعتقال ، وأوجب على المحكمة أن تفصل فى هذا التظلم بقرار مسيب خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تقديم التظلم وذلك بعد سماع أقوال المعتقل والا تعين الإفراج عنه فوراً (المادة ٣ مكرراً) ، وهو تطبيق محمود لأحكام الدستور ، تحققت به ضمانات قضائية هامة فى حالة تقييد الحرية بالطريق الإداري (الاعتقال) طبقاً لقانون الطوارئ .

وكان رأينا فى ظل أحكام الدستور الأسبق(٢) أنه كان حرياً بالمشرع أن يسلك النهج ذاته بالنسبة إلى الحبس الاحتياطي الذي يصدر الأمر القضائي به من القاضي المختص أو النيابة العامة ، على النحو الذي سلف بيانه ، بحيث يكفل تنظيمًا فى قانون الإجراءات الجنائية للتعلم فى هذا الأمر أمام القضاء ، يتضمن تحديد مدة للفصل فيه ، يترتب على انقضائها دون حصول هذا الفصل الإفراج الحتمي عن المحبوس احتياطياً ، لكن المشرع أغفل الامتثال لحكم الدستور فى هذا النطاق ، ثم تدارك هذا الإغفال فى التعديل الذي تضمنه القانون رقم ١٤٥ لسنة ٢٠٠٦ .

وقد عالج دستور سنة ٢٠١٢ المصرى السابق أحكام التظلم المشار إليه فجعله حقاً لكل من تقييد حريته ، يمارسه هو أو غيره ، وأوجب - على نحو غير مسبوق - أن يكون الفصل فى هذا التظلم خلال أسبوع ، يبدأ بداهة من تاريخ تقديم التظلم ورتب على عدم الفصل فى التظلم خلال هذه المدة وجوب الإفراج حتماً عن مقيد الحرية ، « وقد تضمنت هذه الأحكام الفقرة الثالثة من المادة (٣٥) من الدستور المذكور بنصها على أنه « ولكل من تقييد حريته ، ولغيره ، حق التظلم أمام القضاء من ذلك الإجراء ، والفصل فيه خلال أسبوع ، وإلا وجب الإفراج حتماً » .

وقد تضمن دستور مصر سنة ٢٠١٤ الجديد الأحكام ذاتها بنصه فى الفقرة الرابعة من المادة (٥٤) على أنه « ولكل من تقييد حريته ، ولغيره ، حق التظلم أمام القضاء من ذلك الإجراء ، والفصل فيه خلال أسبوع من ذلك الإجراء ، وإلا وجب الإفراج عنه فوراً » .

(١) الدكتور / عبد الرؤوف مهدي - القواعد العامة للإجراءات الجنائية - المرجع السابق - ص ٥٢١ .

(٢) القاضي الدكتور سري صيام - الحبس الاحتياطي في التشريع المصرى - المرجع السابق - ص ٢٢ .

٢٠١٤، والتي أباحت هذا التظلم من المتهم إلى المحامي العام ثم إلى المحامي العام الأول ثم إلى النائب العام .

وقد سار على نهج الدستور المصرى السابق فى خصوص التعويض عن الحبس الإحتياطي غير المبرر الدستور المصرى الجديد لسنة ٢٠١٤ ، مترقياً بهذا الحق بما نص عليه فى الفقرة الخامسة من المادة (٥٤) من أنه « وينظم القانون أحكام الحبس الإحتياطي ، ومدته ، وأسبابه ، وحالات استحقاق التعويض الذى تلتزم الدولة بأدائه عن الحبس الإحتياطي(١) .

ووجه الترقى المشار إليه يتمثل فى النص صراحة على التزام الدولة بأداء التعويض عن الحبس الإحتياطي ، بعد أن كان الدستور السابق ينص على مجرد الأداء دون أن يحدد الملتزم به .

ودستور مملكة البحرين لعام ٢٠٠٢ ، قد خلا من حكم يقرر الحق فى التعويض عن الحبس الإحتياطي غير المبرر ، وكذلك الشأن فى صدد التزام الدولة بأداء هذا التعويض ، ويوجب الالتزام بالمعايير الدولية فى خصوص هذا الحق ، وفى المرحلة الحالية النص فى قانون الإجراءات الجنائية البحرينية عليه ، والتكفل بتنظيم أحكامه على نحو يجعلها قابلة للتطبيق .

خاتمة

تكفل هذا البحث ببيان الضمانات الدستورية لممارسة الحق فى إصدار الأمر بالحبس الإحتياطي أو بدمه ، والتي أوردها دستور مملكة البحرين لعام ٢٠٠٢ والمعدل فى عام ٢٠١٢ ، ودساتير جمهورية مصر العربية المتعاقبة فى أعوام ١٩٧١ و ٢٠١٣ و ٢٠١٤ ، مقترنة بالمعايير الدولية ذات الصلة ، وعلى نحو يمثل لموجبات أصل البراءة فى الإنسان ، وحقه فى ممارسة الحرية الشخصية فى صورها المتمثلة فى حرية الحركة ، وحرية الإقامة ، وحرية التنقل المتصلة بموضوع هذا البحث ، نأمل أن تكون الفرصة سانحة لنشر ما يتناول الضمانات القانونية للحبس الإحتياطي ذاته فى مملكة البحرين وفى مصر ، فى مجلة « القانونية » الرائدة. والجدير بالتأكيد أن ما اشتمل عليه هذا البحث ، فى نطاق موضوعه ، وما ساقه من أفكار وآراء ، فى بسط مضامينه ، لا يعدو ، فى مجموعه محض اجتهاد قد يصيب وقد يخطئ ، مادام أنه من صنع الإنسان ، المحكوم عليه دائماً بالنقصان .

اسأل الله أن يتحقق بما بذلت ما ابتغيت ، وهو من وراء القصد ، والهادى دوماً إلى سواء السبيل .

(١) ينص البند (٥) من المادة (٩) من العهد الدولى الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦ على أنه " لكل شخص كان ضحية توقيف أو اعتقال غير قانونى حق فى الحصول على تعويض "

العمليات المصرفية

دراسة مقارنة بين التشريع الوضعي والشريعة الإسلامية

المستشار / هيثم حسن مبارك بوغمار

المستشار بهيئة التشريع والإفتاء القانوني

تقديم:

يمثل العمل المصرفي عصب الحياة الاقتصادية في كافة دول العالم، فليس من شك في أن العمل المصرفي و التشريعات الاقتصادية لا سيما تشريعات المصارف في كافة دول العالم باتت من أهم فروع القانون قاطبة، وانتشرت الدراسات الأكاديمية باللغة العربية و باللغات الأجنبية تعالج العمليات المصرفية و جوانبها المختلفة.

ومن هذا المنطلق يعرض الحث المائل للمباحث التالية بشيء من التفصيل.

مبحث تمهيدي

المطلب الأول

مفهوم المؤسسة المصرفية

استنبط المشرع في مختلف القوانين العربية وصاغ تعريفات ومفاهيم عديدة للمؤسسات المصرفية بشكل عام ، فقد عرفه القانون اللبناني « تدعى مصرفاً المؤسسة التي موضوعها الأساسي أن تستعمل لحسابها الخاص في عمليات تسليم الأموال التي تتلقاها من الجمهور (١) » .
وعرف القانون السوري المصرف « بأنه المؤسسة التي تتولى بصورة اعتيادية قبول الودائع تحت الطلب ولأجل لا يتجاوز السنتين لاستثمارها في عمليات مصرفية » (٢) .
وعرفه القانون المصري « بأنه كل منشأة تقوم بصفة معتادة بقبول ودائع تدفع عند الطلب أو بعد أجل لا يتجاوز السنة » (٣) .

وباستقراءً للتعريف التي صاغتها القوانين سألفة الذكر نجد أن التعريفات ركزت على المفهوم المؤسسي للمصارف وفقاً لمنظومة قانونية يرتكز عليها العمل المصرفي بعيداً عن الفردية في هذا الشأن ، كما يتبين من نص القانون المصري أن هدف المشرع هو استيعاب أكبر عدد ممكن من المؤسسات المالية التي تقوم ببعض الأدوار المصرفية دون الحاجة إلى تعديل تشريعي مستقبلي فاستعاض عن لفظ « المؤسسة المصرفية » إلى لفظ « كل منشأة » ، علماً أن التعريفات تؤكد في جملتها أن العمل المؤسسي المصرفي هو ضمانه قانونية وتجارية للمصارف دون غيرها، وهو الإطار التوصيفي للمصرف باعتباره مؤسسة من جهة وباعتباره تاجراً من جهة أخرى، وفقاً للتفصيل التالي:

(١) المادة ١٢١ من قانون النقد والتسليف اللبناني بالمرسوم الإشتراعي رقم ٧٧ تاريخ ١٩٧٧/٦/٢٧

(٢) المادة ٨٥ الفقرة (١) من الباب الرابع (مهنة المصارف والصرافة) من قانون النقد الأساسي السوري رقم ٢٠٠٢/٢٣

(٣) القانون رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٢ وتعديلاته الخاص بالجهاز المصرفي والنقد المصري.

١- توصيف المصرف بأنه مؤسسة:

المطلب الثاني أنواع المؤسسات المصرفية

تتنوع المصارف كمؤسسات مصرفية تبعاً لعوامل قانونية أو اقتصادية أو تصنيفية معينة، فضلاً عن أن تنوعها قد يكون نتيجة إلى مصدر تمويل البنك أو الغرض من إنشائه على النحو التالي:

التقسيم الأول: من حيث الوضع القانوني للمصرف: مصارف عامة :

هي المصارف التي تمتلكها الدولة وتمتلك كامل رأسمالها وتشرف على أعمالها وأنشطتها. كالمصارف المركزية، المصارف الوطنية التجارية، المصارف المتخصصة أي متخصصة في مجال معين (مثل المصرف العقاري، المصرف الزراعي، المصرف الصناعي، مصرف التسليف).

مصارف خاصة :

هي المصارف التي يملكها أشخاص سواء كانوا طبيعيين أو معنويين ويتولون إدارة شؤونها ويتحملون كافة مسؤولياتها القانونية والمالية إزاء الدولة (ممثلة في المصرف المركزي).

مصارف مختلطة:

هي المصارف التي يشترك في ملكيتها وإدارتها كل من الدولة و الأفراد أو الهيئات. ولكي تحافظ الدولة على سيطرتها على هذه المصارف فإنها تقوم (تعهد) إلى امتلاك رأس المال بما يسمح لها بالإشراف عليها وتوجيهها بما ينسجم والسياسة المالية والاقتصادية للدولة.

التقسيم الثاني: من حيث طبيعة الأعمال التي تزاولها المصارف: مصارف تجارية :

هي المصارف التي تزاول الأعمال المصرفية من قبولها للودائع وتقديم القروض وخصم الأوراق التجارية أو تحصيلها وفتح الإعتمادات المستندية، وقد تمارس هذه المصارف أعمالاً أخرى غير مصرفية مثل : المشاركة في المشاريع الاقتصادية وبيع وشراء الأسهم والسندات.

مصارف صناعية:

وهي التي تقوم بتمويل الصناعات المختلفة بهدف التنمية الصناعية وفقاً لشروط، وأجال، تتسجم مع أهدافها. وهي المصارف التي تختص في التعامل مع القطاع الصناعي، وتساهم في عملية التنمية الصناعية من خلال دعم المشاريع الصناعية وذلك مقابل تقديم القروض ومنحها للتسهيلات المصرفية .

مصارف زراعية:

هي المصارف التي تتعامل مع المؤسسات الزراعية حيث تختص بتقديم كافة التسهيلات والخدمات المصرفية لمساعدة هذه المؤسسات لأداء دورها في عملية التنمية الزراعية سواء كانت هذه المؤسسات تابعة لأفراد أو جمعيات تعاونية.

ذهب الفقه المقارن إستنباطاً من قواعد القانون الوضعي إلى اشتراط العمل المؤسسي للمصارف لأنه ينسج عمليات مصرفية متكاملة ومنتظمة وفقاً لهيكلية مؤسسية معينة . ومن المقرر في هذا الشأن أنه يشترط في المصرف أن يكون مؤسسة أي مشروعاً، مما يعني أنه عبارة عن مجموعة أعمال متكاملة منتظمة تحت إدارة رئيس، وبواسطة أشخاص ومعدات بغية تحقيق غاية معينة. إلا أن هذا المشروع لا يصح أن يكون مؤسسة فردية بل لقد فرضت القوانين أن يتم تأسيسه بشكل شركة مقفلة أو شركة مساهمة. والتوصيف الهيكلي المؤسسي للمصرف على النحو الذي أوضحناه سلفاً يجعله أكثر قدرة على النهوض بالعمليات المصرفية وما تحتاجه من إدارة وتوزيع وتدقيق ، وخاصة إذا كان موضوع العمليات هي تجارة النقود .

٢- توصيف المصرف بأنه تاجر:

استطرداً مع موقف الفقه المقارن ومختلف القوانين الوضعية نجد أن العمليات التي يقوم بها البنك هي عمليات تجارية، وبالتالي تسبغ على المصرف مفهوم التاجر من كافة الجوانب وتحيطه بالتوصيف بأنه تاجر بكافة الأعمال التي يقوم بها.

وتجدر الإشارة إلى أن مختلف القوانين تناولت ذلك التوصيف، ولتوضيح الفكرة الماثلة يتعين تأصيل القواعد القانونية الواردة في مختلف القوانين التي أكدت اعتبار المصرف تاجراً، وأن العمليات التي يقوم بها تجارية، وتنوه أن القانون اللبناني والتراجم القانونية للبنانية للقانون الفرنسي تورد لفظ « البنك » لأعمال المصارف وهو ما يقيدنا في نقل المادة كما وردت في النص وترجمة نص القانون الفرنسي . فقد أشار قانون التجارة اللبناني إلى « أن أعمال الصرافة والبنك تعتبر أعمالاً تجارية بحكم ماهيتها الذاتية» (١) . وهذا مثبت بشكل صريح ، أن المهنة المصرفية هي مهنة تجارية بطبيعتها ، وكذلك نص قانون التجارة الفرنسي على « أن جميع عمليات الصرافة والبنكا والسمسرة هي أعمال تجارية» (٢) ، وعملاً بصراحة النص ، تعتبر المهنة المصرفية ، مهنة تجارية بطبيعتها ويعتبر المصرف تاجراً. وينتج عن كون المصرف تاجراً ، خضوعه للموجبات التي يخضع لها التاجر وهي مسك الدفاتر التجارية، والتسجيل في السجل التجاري ، وإضافة إلى هذين الموجبين اللذين يفرضهما القانون على التاجر ، يخضع المصرف بصورة خاصة للتسجيل في لائحة المصارف التي يضعها المصرف المركزي .

و بالجمله يترتب على توصيف المصرف بأنه تاجر كافة الآثار القانونية للمركز القانوني للتاجر في كافة القوانين المتعلقة بالتجارة والعمليات المصرفية، وبالتالي فإن كافة الحقوق والالتزامات التي يتمتع أو يلتزم بها التاجر يتمتع ويلتزم بها المصرف.

(١) نص الفقرة (٤) من المادة السادسة من قانون التجارة اللبناني بالمرسوم الاشتراعي رقم ٢٠٤ بتاريخ ٢٤ كانون الأول /

ديسمبر ١٩٤٢

(٢) ترجمة المادة (٦٢٢) من قانون التجارة الفرنسي

مصارف عقارية :

هي المصارف التي تقدم كافة التسهيلات والخدمات المصرفية للأفراد أو المؤسسات أو الجمعيات التعاونية السكنية لمساعدتها في إنشاء العقارات.

التقسيم الثالث: من حيث مصادر الأموال تنقسم المصارف إلى: مصارف مركزية:

هي المصارف التي تنشئها الدولة لتتولى عملية الإشراف والتوجيه والرقابة على الجهاز المصرفي كما أن لها حق إصدار العملة والاحتفاظ بالأصول السائلة الخاصة بالدولة كالذهب والعملة الأجنبية، ويكون رأسمال المصارف المركزية ما تخصصه الدولة لها وكذلك من ودائع المصارف التجارية لديها.

مصارف الودائع (المصرف التجاري):

هي المصارف التي تتكون أموالها الخاصة من رأس المال المملوك للشركاء وكذلك من الودائع التي يقدمها الأفراد والمؤسسات لغرض الاستثمار أو الحسابات الجارية.

مصارف الأعمال أو الاستثمار: هي المصارف التي تعتمد بشكل رئيسي على أموالها الخاصة بالإضافة إلى الودائع لأجل في قيامها بالأعمال التي أنشأت من أجلها ومن أهم هذه الأعمال تقديم القروض طويلة الأجل للمشروعات أو المساهمة فيها لأغراض الاستثمار، والقانون سمح لهذه المصارف بإنشاء شركات استثمارية.

التقسيم الرابع: من وجهة الشريعة الإسلامية : مصارف تقليدية (ربوية):

هي المصارف التي تعتمد على تجارة النقود وتتوسط بين الرأسماليين في عملية الإقراض والاقتراض، وتعتمد على الفائدة الربوية في عملية التمويل، ولا تعبا بما هو محظور في الإسلام .

مصارف إسلامية:

تقوم المصارف الإسلامية بالعمل وفق ما تفرضه الأحكام والقواعد في الشريعة الإسلامية، وقد تميزت هذه المصارف بتجنب التعامل بالفائدة أخذاً من المقترضين أو إعطاءً للمودعين، ولكن اتسمت علاقتها بعملائها بأنها علاقة شريك مع شريكه حيث لا يحدد عائداً مسبقاً على الأموال المودعة لديها أو تقدم أموال لعملائها وفقاً لقواعد البيع والشراء في صور التمويل بالمرايحة أو المضاربة أو المشاركة. وتقوم المصارف الإسلامية بأداء الخدمات المصرفية المختلفة، كذلك التي تقوم بها المصارف التقليدية مقابل عمولات تتقاضاها. (١)

(١) مجلة الإبتسامة ، الموسوعة العلمية ، بحوث علمية في أنواع المصارف من موقع الالكتروني <http://www.ibtesama.com>

عناصر العمليات المصرفية

إن القواعد التأصيلية للعمليات المصرفية قائمة على التعاقد بين المصرف وعمالته بصور مختلفة . وتختلف كذلك بين المصارف التقليدية والمصارف الإسلامية إلا أن القاسم المشترك هو وجود تعاقد بين طرفي العلاقة وقد تمتد لآخرين وفقاً لمنظومة إجرائية معينة وعناصر وغايات تجسدها حتمية قيام علاقات تعاقدية بالتعامل بين المصرف والعميل. وللقانون المصرفي والعمليات المصرفية صبغة فنية دقيقة لأنها تنظم موضوعاً فنياً خاصاً، ويبدو ذلك أن هذه القواعد تصل - أحياناً - إلى تنظيم التفاصيل ولا تقتصر على الأصول (١)، ويمكن اختزال هذه الصورة في مسألتين الأولى تلقي المصرف الأموال من العملاء والجمهور والثانية استعمال المصرف الأموال التي يتلقاها من الجمهور لحسابه الخاص وفقاً لمكونات تعاقد بين الطرفين تختلف من عملية لأخرى .

أولاً : تلقي المصرف النقود من الجمهور:

يشترط في كل مؤسسة تمارس مهنة مصرفية ، أن تتلقى أموالاً من الجمهور وتعتبر أموالاً متلقاة من الجمهور من قبل المصرف ، الودائع وحاصلات القروض (٢) . واستنباطاً من الكيفية التي يتلقى المصرف الأموال من الجمهور يتضح أن كافة جوانبها تعاقدية بين المصرف والجمهور على موضوع العقد وهو المال أو النقود وقد يتخذ ذلك صوراً عديدة في البنوك التقليدية منها الإيداع والقروض والاعتماد البسيط والاعتماد المستندي وهو ما يترتب عليه دفع العميل المال للمصرف ويخلق بذلك تكويناً لأحد العناصر المكونة للعملية المصرفية فبدون أن يتلقى المصرف هذا المال من العميل فإن الإطار القانوني للعملية التعاقدية لا تتم لتخلف ركناً مهماً في العملية المصرفية وهي النقود المتداولة أو ما نسميه اصطلاحاً محل العقد . واستجلاءً للتأسيس الذي أوردناه نجد أن النصوص القانونية الواردة في قانون التجارة البحريني وضعت الأساس التعاقدية للودائع تمثيلاً لإحدى العمليات المصرفية إذ نص على « الوديعة النقدية عقد يخول البنك حيازة النقود المودعة» (٣). فالأساس إذاً للعمل المؤسسي المصرفي هو تلقي المصرف النقود من العميل بناءً على عقد يتخذ شكلاً من الأشكال التجارية التي نص عليها القانون ، لكي يقوم المصرف بأداء التزامه تجاه العميل الذي أودع ماله لديه لغايات معينة تمثل إحدى صور العمليات المصرفية.

وننتقل الآن إلى الحديث عن العمليات المصرفية التقليدية حيث تنقسم إلى عدة مباحث على النحو التالي:

(١) المستشار محمد عزمي البكري: في شرح قانون التجارة الجديد ، دار محمود للنشر والتوزيع، بدون سنة طبع، ج

٢، ص ١٠٢٨

(٢) الياس نصيف: المرجع السابق ، ص ٢٧

(٣) لاحظ المادة (٢٧٥) من قانون التجارة البحريني رقم ٧ لسنة ١٩٨٧ ، الجريدة الرسمية العدد ١٧٣٩، الخميس ٢٦

مارس ١٩٨٧

وبعد هذا العرض التاريخي والهيكلية المؤسساتية للعمليات المصرفية في الفصل التمهيدي نود الإشارة الى اتباع الباحث في دراسته المنهج التحليلي التأصيلي المقارن وذلك من خلال تحليل وتأصيل النظم المصرفية في ضوء القواعد العامة وما أسفر عنه التطور والأزمات الاقتصادية من خصوصيات بشأنها ، ثم مقارنة تلك النظم بالشرعية الإسلامية وتفصيل كل القواعد القانونية في تكوينات العقود المصرفية التقليدية ومقارنتها مع التعاقدات المصرفية الإسلامية ، من كافة الأوجه على اننا لن نستعرض كافة العمليات المصرفية التقليدية ولكننا سنركز على بعض العمليات الواسعة الانتشار عملاً ، فضلاً على أنها مناط المقارنة مع العمليات المصرفية الإسلامية ، حتى يمكن التوصل إلى أفضل ما يمكن تبنيه في ضوء ما يسفر عنه البحث من نتائج وتوصيات.

وننتقل الآن الى الحديث عن العمليات المصرفية التقليدية حيث تنقسم الى عدة مباحث على النحو التالي:

العمليات المصرفية التقليدية

تقوم المصارف التقليدية بعمليات مصرفية في إطار الاستثمار والتمويل بأشكال عديدة أهمها الإيداع والإقراض والاعتماد البسيط والاعتماد المستندي والخصم والحساب الجاري وإيجار الخزائن الحديدية وغيرها من عمليات الائتمان وتتخذ أي عملية مصرفية احكام التعاقد بين العميل والبنك في صورة معينة تبعا لطبيعة المعاملة والغاية من العملية المصرفية - وقد سطر قانون التجارة البحريني في هذا الأساس الآتي: « تسري أحكام هذا الفصل على العمليات التي تعقدها البنوك مع عملائها تجارا كانوا أو غير تجار وأيآ كانت طبيعة هذه العمليات » (١) . وباستقراء المادة سالفة الذكر نجد أن المشرع البحريني أصل العمليات المصرفية بأنها عملية تعاقدية بين المصرف والعميل وهذا التأصيل مهم من ناحية انه في حال عدم وجود نصوص خاصة تنظم العملية المصرفية والآثار المترتبة عليها أو عدم وجود تنظيم قانوني محدد يلجأ المتعاقدان إلى القواعد العامة ، ورغم التأصيل التشريعي للعمليات المصرفية إلا أننا سوف نكون أمام حالات تعاقدية مركبة أو خاصة ولن نكون أمام حالات تعاقدية بمعناها البسيط وقد تكون العملية المصرفية تخضع لمكونات تأخذ عدة أوصاف تتمازج في العملية الواحدة وهنا موطن الصعوبة القانونية التي واجهها الفقه والقضاء المقارن حال تطبيق تلك الأحكام على العمليات المصرفية وعلى الدعوى التي عرضت على القضاء . والثابت أن ثقة الجمهور بالمصارف نابعة بإحاطة المشرع للعمليات المصرفية بالضمانات القانونية اللازمة لنأيها عن أوجه البطلان أو العيوب في الرضا بين المتعاقدين وهو الجزاء المترتب على فقدان العقد لأحد أركانه في الحالة الأولى أو شرط من شروط صحته كما في الحالة الثانية ، فضلا عن إن مجموع العمليات المصرفية هو قوام الاقتصاد الوطني والقومي لأي بلد بل بدأ يأخذ الشكل العنكبوتي وخيوطه تمتد لكافة أرجاء العالم فأى هزة اقتصادية في أي بلد يتأثر بها العالم بأسره وقد يكون ذلك سببه العملية

العمليات المصرفية التقليدية.

*المصرف الإسلامي:

يختلف دور المصارف الإسلامية في مسألة تلقي النقود من الجمهور تبعاً لإختلاف دور المصارف الإسلامية باعتبارها شريكاً حقيقياً في العملية المصرفية وقد يأخذ هذا الجانب في المصارف الإسلامية شكلاً من أشكال التمويل عن طريق المضاربة أو المشاركة أو المرابحة أو غيرها من طرق التمويل الإسلامية التي يتلقى فيها المصرف الإسلامي الأموال في صورة من صور البيوع سالفة الذكر خلافاً لدور المصارف التقليدية التي يكون دورها التوسط بين الرأسماليين بين الإيداع والإقراض بفائدة.

ثانياً: استعمال المصرف الأموال التي يتلقاها من الجمهور لحسابه الخاص:

هذا إطار يميز حال التعاقد في العملية المصرفية عن غيره من أي عملية تعاقدية أخرى ، فيشترط في المصرف ، أن يستعمل الأموال التي يتلقاها من الجمهور لحسابه الخاص ، ويتم استعمال الأموال في عمليات التسليف ، كعمليات إقراض النقود وعمليات فتح الاعتماد العادي والمستندي، وعمليات الحساب الجاري والعمليات المالية المختلفة (١) . إن العمليات سالفة الذكر تتركز عادة في المصارف التقليدية، ويكون عمل المصارف التقليدية بالغالب كما أشرنا إلى التوسط بين مجموعة من الجمهور ممن يقومون بإيداع أموالهم في المصرف مقابل فوائد معينة وبين التجار ومجموعة من الأفراد الذين يحتاجون إلى السيولة النقدية لتمويل مشاريعهم أو تغطية احتياجات ضرورية وعاجلة مما يضطرهم إلى الاقتراض من البنوك ويدفعون بالمقابل فائدة للمصرف . وكما أسلفنا سابقاً فإن الفرق بين عمليات الإيداع والإقراض يمثل في الغالب هامش الربح للمصرف.

*المصرف الإسلامي:

يتلقى المصرف الإسلامي الأموال من العملاء ليس باعتبارهم مودعين وإنما باعتبارهم مشاركين، أو مضاربين، بأموالهم وفقاً لصيغ تعاقدية قائمة على القواعد الشرعية الإسلامية مما يجعل المصرف الإسلامي شريكاً حقيقياً للأموال التي يتلقها من الجمهور ولا يقتصر دوره على هامش الربح بين عمليات الإيداع والإقراض التي تمارسها المصارف التقليدية.

وأن التوظيف والاستخدام الشرعي للمصرف الإسلامي يختلف بالأساس عن المصارف التقليدية حيث يقوم المصرف الإسلامي طبقاً للشرعية الإسلامية بجميع الأعمال المصرفية والتجارية وأعمال الاستثمار وإنشاء مشروعات التصنيع والتنمية الاقتصادية وال عمران والمساهمة فيها في الداخل والخارج، ويكون استثمار الودائع بواسطة المصرف وبصفته وكيلاً عن مجموع المودعين وله كافة الصلاحيات في تحديد أوجه الاستثمار - واختيار القائمين به وشروطه.

(١) الياس نصيف: المرجع السابق، ص ٢٨

(١) المادة (٢٧٤) من قانون التجارة البحريني رقم ٧ لسنة ١٩٨٧ ، الجريدة الرسمية العدد ١٧٣٩، الخميس ٢٦ مارس ١٩٨٧ .

المتفق عليها (١) ، ونص قانون التجارة البحريني على « الوديعة النقدية عقد يخول المصرف حيازة النقود المودعة والتصرف فيها بما يتفق ونشاطه المهني مع التزامه برد مثلها للمودع ويكون الرد بذات نوع العملة المودعة، ويجوز اشتراط فائدة في عقد الوديعة النقدية» (٢) . وباستظهار ما بين ثانياً النصوص القانونية سائلة الذكر سوف نرى حال عرض العمليات المصرفية للمصارف الإسلامية أن الفائدة المشار إليها في المادة سائلة الذكر وهي ما تسمى الفائدة الاتفاقية تخرج عن الإطار الشرعي ، وبالتالي فإن عملية إيداع النقود في المصارف التقليدية تختص بمكونات ربوية أثناء قيامها بتلك العملية المصرفية التي قد تكون تلك الفائدة غاية أساسية للمودع إضافة إلى حفظ نقوده من الضياع والتلف ، وبالتالي هناك الكثير من العملاء من يستثمر في صناديق الإيداع مشترطين في عقد الوديعة النقدية أن يكون الإيداع بفائدة يتفق عليها بين العميل والبنك . ويستفيد البنك بأن تمثل الودائع مورداً مهماً لاستثماراته وتنفيذ عملية الائتمان المصرفي، وكذلك إقراض الغير ويمكن الإشارة في هذا الجانب أن الوديعة المصرفية تتميز بخصية جوهرية هي أن البنك يكتسب ملكية النقود المودعة ويكون له حق التصرف فيها لحاجات نشاطه الخاص ، على أن يلتزم برد مبلغ مماثل إلى المودع (٣) .

*المصرف الإسلامي :

المصارف الإسلامية لا تأخذ بفكرة الوديعة النقدية لأن ودائع البنوك لا يمكن القول أنها وديعة يأخذها البنك أمانة يحتفظ بها ليردها إلى أصحابها، وإنما يستهلكها في أعماله ويلتزم برد المثل، وهذا واضح في الودائع التي يدفع المصرف عليها فوائد، فما كان ليدفع هذه الفوائد مقابل الاحتفاظ بالأمانات وردها إلى أصحابها كما أن البنك في كل الحالات ضامن لرد المثل، فلو كانت وديعة لما كان ضامناً، ولما جاز استهلاكها.

التكييف الشرعي للوديعة المصرفية:

الإيداع في الشرع لا يخرج كونه توكيلاً أو استبانة في حفظ المال، فقد جاء في منتهى الإرادات أن الإيداع « توكيل في حفظ المال تبرعاً، والوديعة هي المال المدفوع إلى من يحفظه بلا عوض» (٤)، والمتبع لأقوال الفقهاء في العقود ، يجد أنهم يبنون أحكامهم على القاعدة الشرعية المعروفة من أن « العبرة في العقود للمقاصد والمعاني وليس للألفاظ والمباني» (٥)، فالوديعة رغم أنها لا تخرج عن كونها توكيلاً أو استبانة في حفظ المال، إلا أنها إذا كانت مأذوناً في التصرف فيها باستعمال المودع والانتفاع به، فإنها تنقلب قرضاً (٦) وعليه إن وديعة النقود هي قرض، فقد جاء في المغنى لابن قدامة : « ويجوز استعارة الدراهم والدنانير ليزن بها، فإن استعارها لينفقها فهذا قرض».

وفي المبسوط للسرخسي : « عارية الدراهم والدنانير والفلوس قرض».

- (١) الدكتور مصطفى كمال طه ، الوجيز في القانون التجاري، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية، بدون سنة طبع ، ص ١٤٤
- (٢) المادة (٢٧٥) من قانون التجارة البحريني رقم ٧ لسنة ١٩٨٧ ، الجريدة الرسمية العدد ١٧٣٩ ، الخميس ٢٦ مارس ١٩٨٧
- (٣) الدكتور مصطفى كمال طه: المرجع السابق ، ص ١٤٤
- (٤) منتهى الارادات ١/٥٢٦ مشار إليه في: كتاب الدكتور عبد الله العبادي ، المرجع السابق، ص ١٤
- (٥) أعلام الموقعين في هذه القاعدة ، مشار إليه في: كتاب الدكتور عبد الله العبادي ، المرجع السابق، ص ١٤
- (٦) الدكتور عبد الله العبادي ، المرجع السابق، ص ١٤

المصرفية التي هي محور دراستنا الماثلة ، فما هو مناط بالمشرع في التشريع الوضعي هو سن القوانين والإشراف على تطبيقها بتعيين الجهة المسؤولة عن ذلك وهو البنك المركزي والذي ناط به المشرع مراقبة مدى التزام المصارف في تطبيق النصوص القانونية المنظمة للعمليات المصرفية - وهو في ذات السياق الذي نص عليه القانون رقم ٦٤ لسنة ٢٠٠٦ بإنشاء مصرف البحرين المركزي . وتأسيساً على ما سبق نبسط البحث ابتداء في العمليات المصرفية في التشريع الوضعي وسنركز على بعض العمليات المصرفية التقليدية لتحقيق أوجه المقارنة مع العمليات المصرفية في الشريعة الإسلامية. وسوف نتناول في هذا البحث عمليات الإيداع وعمليات الائتمان في التشريع الوضعي.

المبحث الأول عمليات الإيداع

ينقسم هذا المبحث إلى مطلبين أساسيين وهما عملية إيداع النقود وعملية إيداع الصكوك ، فالعميل الذي يودع المصرف أمواله قد يهدف إلى تجنب المخاطر مثل السرقة أو الضياع إذ يحفظها في مكان أمين. وذلك يشبه هدف المودع في عقد الوديعة المدنية على أن للعميل المودع أهدافاً أخرى لا يعرفها عقد الوديعة المدنية. فهو قد يرى أن يودع نقوده في المصرف لأجل أن يحصل على فائدة. وقد يودع صكوكه المالية ليس فقط لحفظها وإنما أيضاً لإدارتها وتحصيل إرباحها وفوائدها (١).

المطلب الأول وديعة النقود

عقد الوديعة عقد تبادلي بمقتضاه يعهد الأفراد والهيئات بنقودهم إلى أحد المصارف، الذي يصبح مالكاً لها، ليستعملها في نشاطه المهني، أو برد ما يعادلها دفعة واحدة، أو على دفعات متعددة، وقد يلتزم البنك فضلاً عن رد الوديعة بأداء مبلغ، إضافة إلى الفوائد إذا نص عليها عقد الإيداع أو القانون. ولتوضيح مفاهيم الوديعة النقدية في المنظور القانوني يتعين أولاً بيان ماهية الوديعة النقدية ، وبعد ذلك نعدد أنواع الودائع النقدية ، ومن ثم نبين الأحكام الخاصة بالوديعة النقدية ، وأخيراً نطرح الجدل الفقهي حول الطبيعة القانونية للوديعة النقدية ، وذلك تباعاً على النحو التالي:

أولاً : ماهية الودائع النقدية:

تعرف الودائع النقدية بأنها عقد بمقتضاه يسلم العميل مبلغاً نقدياً إلى المصرف الذي يلتزم برد هذا المبلغ بمجرد الطلب أو عند حلول الأجل المتفق عليه (٢). وعرفه جانب آخر من الفقه « الوديعة المصرفية هي عقد بمقتضاه يسلم شخص مبلغاً من النقود إلى المصرف الذي يلتزم برده لدى الطلب أو وفقاً للشروط

(١) الدكتور على البارودي، العقود وعمليات البنوك التجارية، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ص ٢٦٠

(٢) الدكتور حسني المصري : عمليات البنوك ، طبعة ١٩٨٧، ص ٨

المصرفية من الفائدة الربوية ، وأن استنباط كيفية العمل على تطبيقها سوف يكون بالإمكان ، وأسترشد في هذا الرأي بما نص عليه قانون التجارة البحريني في الكيفيات الإجرائية لفتح حساب الإيداع إذ نص على « ١- يقوم المصرف بفتح حساب للمودع تقيد فيه جميع العمليات التي تتم بين المصرف والمودع أو بين البنك والغير لحساب المودع » وإسقاطا لهذا النص نجد أغلب المصارف الإسلامية حال دراستنا الفصل الخاص بها تقوم بذات الكيفيات الإجرائية مادام خلت العملية من الفائدة الربوية .

٢- الودائع المستحقة بموجب إخطار سابق :

وهو حساب تقيد فيه المبالغ النقدية التي تودع لدى المصرف لفترة غير محددة، ولكن يتم الاتفاق بين المصرف والمودع على أن لا يطلب هذا الأخير استردادها إلا بعد إخطار المصرف بمدة معينة كيومين أو ثلاثة أو سبعة أيام. ويلاحظ أن المصرف لا يدفع عن هذه الوديعة فوائد، وان قبل ذلك فسيكون بنسبة ضئيلة تقل بكثير عن الفوائد التي تدفع بشأن حساب الإيداع لأجل. (١)

وفي المقابل ما يوفره هذا النوع من الودائع للبنك من فرصة استثمار الوديعة وفرصة تدبير المبلغ المطلوب رده فإنه يدفع عنها فائدة تتناسب مع المدة من تاريخ الإخطار حتى تاريخ الرد (٢). وقد تكون هذه الصور أوضح من الصورة السابقة في تطبيق الوديعة النقدية بما يخول البنك سلطة حيازة النقود المودعة والتصرف فيها وبما يتفق مع نشاطه الائتماني المصرفي .

وعموماً، في الأحوال التي يجوز فيها للمودع السحب الجزئي من الحساب، يعد هذا الحساب في حالة الحركة والتشغيل وإذا وافق المصرف على قبول إيداعات لاحقة في هذا الحساب نظير خضوع السحب لشروط الإخطار صار الحساب قابلاً للتشغيل سحياً وإيداعاً ولكن السحب منه مقيد بشرط الإخطار المسبق. (٣)

٣- الودائع المستحقة عند أجل محدد:

وهو حساب تقيد فيه الودائع الثابتة أي المبالغ التي تودع لدى المصرف لمدة معينة ولقاء فائدة محددة تمنح المودع حسب شروط الاتفاق. ولا يجوز للمودع سحب الوديعة الثابتة ممن الحساب قبل الأجل المحدد لها، الأمر الذي يعني أن هذا الحساب غير قابل للتشغيل، وبالتالي تتجسد أهميته في تثبيت وتمثيل قيمة الالتزام المترتب على المصرف المودع لديه في مواجهة العميل المودع دون أن يكون لهذا الأخير التصرف بالمبالغ المودعة سوى عند الاستحقاق. (٤)

وتكون الوديعة لأجل أو لاستحقاق معين ، عندما يتم الاتفاق بين المصرف والمودع على أنه لا يحق لهذا الأخير المطالبة بالاسترداد قبل أجل محدد بموجب الاتفاق ، ونظراً لكون هذا النوع من الودائع يؤدي

(١) الدكتور علي جمال الدين عوض: عمليات البنوك من الوجة القانونية دراسة العمليات المصارف في القضاء المصري والفرنسي وتشريعات البلاد العربية ، دار النهضة العربية ، طبعة عام ١٩٦٩، ص٣٦-٣٧ - الياس ناصيف : المرجع السابق ، ص٣٦٤

(٢) الدكتور حسني المصري: المرجع السابق، ص ١٠

(٣) الدكتور فائق محمود لشماع: المرجع السابق، ص ١٨٣

(٤) الدكتور فائق محمود لشماع: المرجع السابق، ص ١٧٨

وفي تحفة الفقهاء للسمرقندي: « كل ما لا يمكن الإنتفاع به إلا بإستهلاكه فهو قرض حقيقة، ولكن يسمى عارية مجازاً». (١)

وعليه فإن المصارف الإسلامية لا تتعامل بالودائع النقدية باعتباره قرض جر نفعاً وهذا ربا محرم شرعاً، وهذا الحكم ينسحب على كافة أنواع الودائع وصورها.

ثانياً: أنواع الودائع النقدية:

حدد المشرع أنواع الودائع النقدية والأساس التي يتم بموجبه التقسيم هو تاريخ استرداد الوديعة النقدية ، وتتنوع الودائع تأسيساً على ذلك إلى ودايع بموجب إخطار سابق والودائع لأجل والودائع المخصصة لغرض معين وقد نص على ذلك قانون التجارة البحريني إذ نص على « ١- ترد وديعة النقود بمجرد الطلب ما لم يتفق على غير ذلك ، وللمودع في أي وقت التصرف في الرصيد أو في جزء منه . ٢- ويجوز تعليق هذا الحق على إخطار سابق أو على حلول أجل معين» (٢) ونجد أن المشرع البحريني ذهب إلى تقسيم أنواع الودائع النقدية حسب الآتي :

١- الودائع المستحقة بمجرد الطلب :

وهو حساب تقيد فيه الودائع الوقتية والجارية، وهي مبالغ تودع لدى المصرف دون تحديد مدة، وللمودع الحق في سحبها حين الطلب دون أن تمنح له أية فائدة عليها ما لم يتفق على خلاف ذلك. ويلاحظ أن هذا الحساب الأكثر شيوعاً في التطبيق المصرفي نظراً لما يحقق من استبعاد لشبهة «الربا» ولما يترتب من مزايا تمكن المودع من السحب الجزئي المتكرر بمجرد الطلب، الأمر الذي يمكنه من الاستفادة من الحساب كوسيلة لتسوية ديونه، ومن الملاحظ بوجه خاص إن هذا الحساب يصلح أن يكون إطاراً قانونياً لاستقبال إيداعات نقدية لاحقة يرحب بها المصرف مع حق المودع في الاسترداد لدى الطلب الأمر الذي يزيد من قابلية تشغيل هذا الحساب. (٣)

ولما كان هذا النوع من الودائع يخول للعميل الحق في طلب استرداد الوديعة في كل وقت . ويلتزم المصرف برد الوديعة بمجرد إطلاعه على طلب العميل بالرد . فيتأتى أن هذا النوع من الودائع يشبع حاجة العميل المستمرة إلى استخدام وديعته النقدية في الوفاء بديونه التي تنشأ عن معاملاته اليومية ، ولذلك تعرف هذه الودائع بالودائع الجارية . وتعتبر الأكثر ذيوياً في العمل . ولما كان البنك ملتزماً برد الودائع بمجرد طلبها فإنه عادة لا يعطي عنها فوائد ما لم تبلغ الودائع قدراً معيناً (٤). وأرى في هذا الجانب أن هذا النوع من الودائع قد يتم أيضاً في المصارف الإسلامية وفقاً للضوابط الشرعية وخصوصاً حال خلت هذه العملية

(١) الدكتور كمال عبدالرحيم ، قضايا معاصرة بين الشريعة والقانون، الناشر مطبعة المدينة المنورة، الطبعة الأولى ٢٠٠٧/ ٢٠٠٨

(٢) المادة (٢٧٨) من قانون التجارة البحريني رقم ٧ لسنة ١٩٨٧، الجريدة الرسمية العدد ١٧٣٩، الخميس ٢٦ مارس ١٩٨٧

(٣) الدكتور فائق محمود لشماع: الحساب المصرفي دراسة قانونية مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٩هـ ١٤٢٠م، ص ١٨٤

(٤) الدكتور حسني المصري: المرجع السابق، ص ٩

قد يظهر أن هذا النوع يشكل زيادة في نسبة المخاطرة في الوديعة حيث إن المصرف يمكن أن يقوم باستثمار المال في مشاريع خاسرة ويوجد حلولاً شرعية حيث يمكن أن يحتوى عقد الوديعة على عقد تأمين يؤمن على رأس المال .

ويوجد حل آخر هو إيجاد طرف ثالث يكفل رأس المال المودع ويكون هذا الطرف مرتبطاً بالمصرف الإسلامي بشكل ما. (١)

وختاماً في مسألة الودائع النقدية في ميزان الشريعة الإسلامية يرى عدد محدود فقط من فقهاء المسلمين مثل شيخ الأزهر الشريف فضيلة الدكتور محمد سيد طنطاوي وكذلك الدكتور محمود حمدي زقزوق أن لا حرمة في معظم معاملات المصارف التقليدية، وقد خص بالذكر أنه يحل للمسلم أخذ فائدة عن المبالغ التي يودعها في المصرف، وكذلك الاقتراض من المصرف لغرض إقامة المشاريع أو شراء العقارات والسيارات. لكن هذه الآراء تعتبر شاذة عن إجماع بقية الفقهاء.

الثالث: الأحكام الخاصة بعقد فتح حساب الوديعة النقدية:

حساب وديعة النقود حساب مصرفي معروف في مختلف الأنظمة القانونية المختلفة كالقانون الانكليزي والقانون الفرنسي ، وعن القانون الفرنسي اخذ القانون العراقي و القانون المصري أحكام هذا الحساب . ولكن، على خلاف القانون الفرنسي (حيث لا يفتح هذا الحساب إلا بموجب اتفاق خاص ومستقل عن عقد وديعة النقود) قضى القانون العراقي وبعض القوانين العربية بأن «يفتح المصرف -بمناسبة وديعة النقود - حساباً للمودع لقيود العمليات التي تتم بينهما أو العمليات التي تتم بين المصرف والغير في ذمة المودع» (٢). وهكذا يكون فتح هذا الحساب التزاماً في ذمة المصرف لمجرد إبرام عقد وديعة النقود ، وقد أكدت القوانين العربية على الصفة الدائنة لهذا الحساب فقضت بأنه : لا يترتب على عقد الوديعة حق للمودع في سحب مبالغ من المصرف تزيد عما هو مودع فيه. وإذا أجرى المصرف عمليات يترتب عليها أن يصبح رصيد حساب المودع مديناً وجب على المصرف إخطاره فوراً لتسوية مركزه. لذلك أوجب القانون العراقي على سبيل المثال بأن يرسل المصرف بياناً بالحساب المودع مرة كل سنة في الأقل ما لم يقضي الاتفاق بخلاف ذلك. ويجب أن يتضمن البيان صورة من الحساب ومقدار الرصيد بعد آخر حركة له. ويلاحظ من النصوص المذكورة أن حساب وديعة النقود ليس من طبيعة منتجة للفوائد، ما لم يتفق على خلاف ذلك.(٣)

منفعة للمصرف أكثر من الودائع لطلب، باعتبار أن المصرف يتمكن من استعمال المبالغ بحرية تامة في استثمارته المختلفة حتى تاريخ الاستحقاق ، ويكون على علم مسبق بهذا التاريخ ، ويتمكن من العمل بسهولة ، دونما حساب المفاجآت المترتبة على الاسترداد التي قد تتعرض لها الودائع لدى الطلب ، لذلك يكون على استعداد لدفع فوائد مرتفعة نسبياً على الودائع لأجل أو لاستحقاق معين، وترتفع نسبة الفائدة كلما طال أجل الاستحقاق .

يتم هذا النوع من الودائع بنسبة أقل من الودائع لدى الطلب التي تعتبر أكثر ملاءمة وحرية للمودع، ويعتبر بمثابة قرض يعطيه المودع للمصرف الذي يتعهد برده في وقت معين. وعند حلول الأجل أو الاستحقاق المتفق عليه، وإذا لم يعلن المودع أو المصرف عن عدم رغبته بالتجديد، ولم يطالب المودع باسترداد الوديعة، تعتبر المدة المذكورة في الاتفاق مجددة من تلقاء نفسها بالشروط الرائجة بتاريخ الاستحقاق، وخاصة المتعلقة منها بسعر الفائدة (١)

وتجدر الإشارة إلى أن فتح هذا الحساب يكون بناءً على طلب تحرص المصارف على تضمينه شروطاً في غاية الدقة والصرامة لتنظيم العلاقة القانونية الناشئة عن فتح هذا الحساب واستحقاقاً واسترداد النقود المودعة فيه. (٢)

*الودائع لأجل في المصرف الإسلامي:

وهي تختلف اختلافاً جذرياً عن مثيلاتها في المصارف العادية التي تضمن أصل الوديعة والفائدة عليها، حيث أن المصارف الإسلامية لا تضمن الأصل ولا نسبة محددة تضاف عليها. وإنما يكون دور المصرف كوكيل للمودع في مواجهة المستخدمين لهذا المال. وهذه الوكالة على نوعين:

١-وكالة فيها تفويض من المودعين باستثمار الودائع في أي مشروع:

وهو ما يسمى بالودائع العامة حيث تقوم المصارف الإسلامية بتقديم الخدمات الائتمانية السابقة الذكر حيث يتم إنشاء وعاء يتم وضع الأرباح فيه وتوزيعها على المودعين بنظام النمر (أي المبلغ مضموناً في المدة) بعد استقطاع حصة المصرف مقابل الوكالة أو الإشراف.

٢-وكالة فيها تقييد من المودعين باستثمار ودائعهم في مشروعات محددة:

يقوم المصرف الإسلامي في هذه الحالة بدراستها والموافقة عليها وتحمل مخاطرها وتعود إليهم أرباحها بعد استقطاع حصة البنك مقابل الوكالة والإشراف، وهذا ما يسمى في مصطلح المصارف الإسلامية بالودائع المخصصة.

(١) الياس نصيف ، المرجع السابق، ص٣٦٤

(٢) الدكتور فائق محمود الشماع : المرجع السابق، ص١٧٨

(١) المصرفية الإسلامية، الموسوعة الحرة، موقع ويكيبيديا

(٢) لاحظ المادة (٢٤٠/أولاً) من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ ، وكذلك المادة ٣٠٢ من قانون التجارة

المصري الجديد مشار إليهما في كتاب الدكتور فائق محمود الشماع، المرجع السابق، ص١٧٦

(٣) الدكتور فائق محمود الشماع : المرجع السابق ، ص ١٧٧

يمس ما استحق منها قبل قبوله (١) .
حري بالبيان أن المصارف جرت على إعداد استثمارات خاصة لأغراض إبرام عقد الحساب، وهي استثمارات يتم ملؤها غالباً من قبل طالب فتح الحساب وتقدم للمصرف لتخضع لدراسة هذا الأخير لأغراض إصدار قراره بهذا الشأن. ولكن، تجدر الإشارة إلى أن الإجماع منعقد على أن فتح الحساب المصرفي تصرف لا يخضع للشكلية، حيث لا نص في القانون يلزم بإتباع شكل معين لإبرام هذا العقد وبالتالي، يمكن تجاوز المشار إليها في الاتفاق شفاهة على فتح الحساب (٢)

٢- الأهلية:

الصلاحية القانونية لطالب فتح الحساب شرط لازم، لان فتح الحساب المصرفي يعتبر من أعمال التصرف لا من أعمال الإدارة. (٣) وعليه إذا كان طالب الحساب شخصاً طبيعياً وجب أن يكون كامل الأهلية. وكما هو ثابت وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني أن الأهلية تنقسم إلى أهلية وجوب وأهلية أداء، وأهلية الوجوب تثبت للشخص منذ ولادته حتى وفاته، أما أهلية الأداء فهي أهلية الشخص على إبرام التصرفات القانونية وأن تكون أهلية كاملة لم ينتقصها عارض من عوارض الأهلية كالجنون والعتة والغفلة أو السفه ، ويستلزم الأمر في هذه الحالة قيام الممثل القانوني بفتح الحساب . وأنه وقت فتح الحساب كان للعميل الحق أن يعتبر المركز الدائن في الحساب كمقابل وفاء الأوراق التجارية والشيكات التي يسحبها على البنك. ومن ثم يجب أن تتوفر للعميل ليس أهلية إيداع النقود فحسب، بل أهلية سحبها كذلك. فلا يجوز فتح الحساب إلا لشخص تكاملت أهليته أو لمثله القانوني حال كان ناقص الأهلية أو عديمها. ويجوز فتح الحساب للأشخاص المعنوية مثل الجمعيات والشركات أو الأشخاص الاعتبارية مثل الوزارات والبلديات والمحافظات وغيرها بل يجوز فتح الحساب لشركة قيد التأسيس إذ أن لها شخصية معنوية طبعاً بالقدر

(١) وقد عرض على القضاء الفرنسي لدى التزام البنك بهذا الإجراء وكان ذلك بمناسبة إبرام عقد إيداع مصحوب بفتح حساب وديعة ، في قضية تتلخص في أن نصابا فتح حساب باسم مزيف مدى البنوك ثم أرسل خطاباً إلى بنك آخر بتوقيع مزور لأحد العملاء لهذا البنك الأخير يأمر فيه أن ينقل مبلغاً من حساب هذا العميل إلى حسابه هو المفتوح باسم مزيف ، ثم قام هو بسحب المبلغ من هذا الحساب الأخير . رفع عميل البنك الثاني الأمر إلى القضاء فحكم له على البنك الذي به حسابه والذي نفذ أمر النقل بثلاثي المسؤولية عن الضرر وبالتالي الباقي على البنك الآخر (استئناف داوي ٣ مايو ١٩٢٧) ، ولكن محكمة النقض الفرنسية برأت هذا البنك الأخير الذي سلم النقود = إلى صاحب الحساب وبذا استقرت المسؤولية عند البنك الذي نفذ أمر النقل الذي كان يجب أن يتحرى صحة الأمر الصادر إليه (نقض فرنسي ٢٨ يناير ١٩٣٠ دلويز الأسبوعي ١٩٣٠ ص ٣٩٥ وسيسي ١٩٣٠ - ١ - ٢٠٦) ويلاحظ الشراح أن محكمة النقض في حكمها هذا قالت لكي تبرئ البنك المفتوح لديه حساب الوديعة - أنه ليس في القانون ما يلزم البنك الوديع أن يتحرى من تلقاء نفسه شخصية المودع لا عند الإيداع ولا عند السحب ولا أن يناقش طبيعة حقه على المال المودع " وهذا القول هو الذي لفت النظر بالرغم من صحة الحكم في خصوص الواقعة : لأنه وإن يكون صحيحاً عند الإيداع فإنه غير صحيح عند السحب لان السحب منظوراً إليه من ناحية البنك وفاء يجب لكي يكون صحيحاً مبرئاً أن يتم للمودع أو من يمثله ، فضلاً على أنه حتى بالنسبة إلى الإيداع - جرت العادة المصرفية على التحقق من شخصية المودع تفادياً للغش، علي جمال الدين عوض، ص ٣٠ - ٣١ .

(٢) مراد منير فهميم: البنود ١٦٢، ١٦١، ١٧٩ من القانون التجاري، المشار إليه في الدكتور فائق محمود الشماع : المرجع السابق، ص ٢٧

(٣) الدكتور محسن شفيق: الموجز في القانون التجاري، طبعة ١٩٦٨-١٩٦٩ ص ٣٩٨

وحيث إن النصوص القانونية نظمت القواعد العامة و الكيفية الإجرائية لعملية فتح حساب الوديعة النقدية وما يتفق مع الطبيعة القانونية لعملية إيداع النقود في المصرف مع التركيز على الفروق التي سوف تتكشف عن آليات العمل في المصارف التقليدية عنها في المصارف الإسلامية وأوجه التقاطع بينهما في ما لا يخجل بقواعد الشريعة في المصارف الإسلامية، وحال تسليطنا الضوء على تلك القواعد المتعلقة بفتح حساب الوديعة، نجد أننا لا بد أن نعرج في البداية على القواعد العامة في هذا الشأن وبعد ذلك نتطرق للإجراءات التطبيقية لفتح حساب الوديعة وفقاً للقانون، وبعد ذلك نبين باقي الأحكام فيما يتعلق بتجارية العقد، وإثباته ، والآثار المترتبة عليه، وعلى النحو التالي :

(١) القواعد العامة في فتح حساب الوديعة النقدية:

١- رضا الطرفين :

التراضي هو قوام العقد، وهو ركن لازم لفتح الحساب المصرفي، ويشترط فيه أن يكون موجوداً وصحيحاً طبقاً للقواعد العامة (١)، بمعنى يشترط لفتح الحساب المصرفي اتفاق طرفي الحساب وهم المصرف من جهة وطالب فتح الحساب من جهة أخرى، كما يشترط لصحة التراضي أن تكون إرادة الطرفين خالية من كل عيب وصادرة عن ذي صلاحية (أي ذي أهلية في حالة التصرف أصالة أو ذي سلطة في حالة التصرف نيابة) ، وكل ذلك في ضوء أحكام القواعد العامة للقانون. (٢) وقد يكون رضا العميل ضمناً كما إذا كان هناك تعامل سابق بين البنك والعميل وترك العميل في يد المصرف مبالغ نقدية ليستطيع سحبها في أي وقت - وتثبت موافقة العميل كما يثبت عقد فتح الحساب أيضاً بتسليم العميل دفتر شيكات مقابل إيصال به - ولا بد أيضاً من موافقة المصرف - وللمصرف دائماً رفض فتح الحساب للعميل غير المرغوب فيه (٣) . مع ملاحظة أن المصرف هو الذي يحدد شروط العقد مقدماً في قائمة مطبوعة ولا يملك العميل إلا قبول هذه الشروط أو رفضها مما قد يؤدي إلى اعتبار العقد من عقود الإذعان ، بما يستتبعه ذلك من ضرورة تفسير أحكامه بما فيه صالح الطرف المذعن . وانه إذا تم العقد على أساس شروط معينة فإن المصرف لا يملك بمفرده تعديل هذه الشروط أثناء العقد. فإذا أراد المصرف أن يعدل لأئحته العامة التي يخضع لها العقد أو شروط عقد معين مع العميل فإن هذا التعديل لا يقيد العميل إلا متى قبله صراحةً أو ضمناً بأن أحيط به علماً وافترض قبوله من عدم اعتراضه عليه في ظروف تسمح باستنتاج هذا القبول ، وإلا تعذر إلزام العميل به دون رضاه . ويغلب عملياً إذا كانت الوديعة مستحقة لدى الطلب، أن يطلب المصرف من العميل استردادها إذا لم يقبل التعديل الجديد. وفي جميع الحالات لا يكون للتعديل أثر رجعي، بمعنى أنه حتى إذا قبله العميل صراحةً أو ضمناً فإن هذا القبول ينصرف إلى المستقبل فإذا ورد على سعر الفائدة لا

(١) لاحظ المواد (٣١-١٠٢) من القانون المدني البحريني و(٧٧-١٤١) من القانون المدني العراقي والمواد (٩٠-١٥٥) من القانون المدني الأردني.

(٢) الدكتور فائق محمود الشماع: المرجع السابق، ص ٢٦

(٣) الدكتور مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص ٢٨٣

ومن ثم اختلفت الاجتهادات في مدى انتظار الرشد: فذهب ابوحنيفة إلى انتهاء الولاية المالية على الشخص وإطلاق التصرف له بمجرد بلوغه، ولو سفيهاً متناً. لكن أمواله إذا بلغ سفيهاً يؤخر تسليمها إليه على سبيل الاحتياط والتأديب عملاً بالنص القرآني في عدم تسليمه ماله حتى يرشد؛ ولكنه لا ينتظر أكثر من تمام الخامسة والعشرين من عمره. فإذا أتمها يسلم إليه ماله ولو ظل سفيهاً. ولا يجوز في نظره الحجر على الكبير إلا بسبب العته أو الجنون، لأن في سلب أهلية الإنسان الحر العاقل ضرراً معنوياً بكرامته يفوق ضرره المالي الذي يراود اتقاؤه بالحجر عليه.

ولكن جمهور الفقهاء وصاحبي أبي حنيفة قد ذهبوا إلى خلاف ذلك، فقرروا وجوب استمرار الولاية المالية على الشخص إذا بلغ غير رشيد حتى يؤنس منه الرشد دون تحديد سن معينة للانتظار، وفقاً لظاهر النص القرآني السالف البيان، بحجة أن منع ماله عنه يستلزم حجره عن التصرف فيه، وإلا لم يكن لحبس ماله عنه فائدة.

وقرروا أيضاً وجوب إعادة الحجر عليه بحكم قضائي إذا ظهر منه سفه وتبذير بعد الرشد، معتبرين أن ضرر السفه عام لا خاص.

قال أبو بكر الجصاص:

« إن ضرر السفه يسري إلى الكافة، فإنه إذا أفنى ماله بالتبذير صار وبالاً وعبألاً على الناس وبيت المال، وهذا هو الراجح في المذهب الحنفي نفسه، وعليه العمل والمجلة. غير أن أبا يوسف يشترط لحجر السفه أن يقضي به القاضي ولو كان سفهه أصلياً منذ البلوغ. (١) »

٣- الجدارة الشخصية:

وهي أي معلومة أخرى لطالب الحساب يحرض المصرف التثبت منها قبل إصدار الموافقة على فتح الحساب ، حيث يسعى المصرف إلى التأكد من الهوية الشخصية لطالب فتح الحساب وعنوانه، فضلاً عن مهنته وسمعته، وهي أمور شخصية يبرر خضوعها لرقابة المصرف بفكرة حق هذا الأخير في رفض التعامل مع ذوي السمعة السيئة الذين يستخدمون الحساب لأغراضهم غير المشروعة ويستعملونه وسيلة للإضرار بالغير.

*المصرف الإسلامي:

قد يتضمن عقد تأسيس المصرف الإسلامي شرط أن يكون العميل مسلماً كما هي المادة (١١) من قانون إنشاء بنك فيصل الإسلامي إذ نصت على: « أن يكون المتعامل مع البنك مسلماً ملتزماً بالشريعة الإسلامية » إلا إن فقهاء الشريعة ومنهم د. حامد أبو طالب، عميد كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر، فقال «إنه من الناحية الشرعية ليس هناك مانع يعوق امتلاك غير المسلم جزءاً من شركة أو مصنع أو بنك يلتزم بأحكام الشريعة الإسلامية ما دام سيستمر في تطبيق أحكام الشريعة، وما دامت الأغلبية في يد المسلمين

(١) الدكتور مصطفى احمد الزرقا ، المدخل الفقهي العام، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م، دار القلم - دار الشامية، ج ١ ص ٨٢٣-٨٢٥

اللازم للتأسيس، بل حتى بعد إنقضاء الشركة أو انتهائها وتحديد وقت التصفية، ويقوم المصفي غالباً بفتح حساب للشركة تحت التصفية وإيداع حقوقها المتحصلة من الغير وسداد ما على الشركة من التزامات عن طريق هذا الحساب .

فضلاً عن ذلك فإن بعض الشراح الذين يرون أن العقد وديعة ناقصة أو وديعة عادية يعتبرون ذلك عملاً من أعمال الإدارة لا تلزم بالنسبة للعميل أهلية التصرف (١)، وبينهم من يعتبره قرضاً يستلزم أهلية التصرف لدى المقرض (٢). ومن الشراح الذين يعتبرون العقد قرضاً يكفي مع ذلك بأهلية الإدارة لدى المودع متى كان الإيداع لازماً لكي ينتج المال ثمرته وهذا شأن الإيداع في البنك (٣) بالرغم من أنه ينقل ملكية المال المودع إلى المصرف الوديعة . وأياً كانت الأهلية المطلوبة فإن على المصرف أن يتأكد من توافرها في المودع لدى الإيداع ، وكيفيه في ذلك إتباع الوسائل التي جرى عليها العرف (٤).

*الأهلية في الشريعة الإسلامية:

الأهلية مرتبطة بالرشد وهي صلاحية الشخص لإبرام التصرفات المالية، والرشد - كما فسره ابن عباس - هو صلاح العقل وحفظ المال، وهو يختلف باختلاف الأشخاص والبيئات (٥) والشريعة الإسلامية - وهي شريعة إنما جاءت لتكون مبادئها خالدة قابلة للتطبيق في كل زمان ومكان - لم تأت بتحديد سن للرشد، لأن زمن الرشد يختلف تبعاً لفطرة الشخص، كما يختلف باختلاف الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية العامة، وبحسب العلم والتربية والأخلاق العامة.

على أن نصوص الشريعة ودلائل أحكامها تدل على أنه: لا يعتبر رشداً قبل البلوغ. البلوغ شريطة مبدئية كنقطة ارتكاز للانتقال من طور القصور إلى طور الرشد. وقد يصاحب الرشد البلوغ وقد يختلف عنه. فتتبع دلائل وجود الرشد اعتباراً من البلوغ. ولذا جاء نص القرآن في هذا المقام بمبدأ عام ثابت وهو ربط

كمال أهلية الشخص بإيناس رشده بعد البلوغ كما تقدم، في قوله تعالى:

﴿ وَأَبْتَلُوا يَتِيمًا حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾ (٦)

أما تحديد سن لهذا الرشد فتركته الشريعة لولاة الأمر بحسب مقتضيات الزمن والسياسة الشرعية في المصالح المرسله.

(١) ومع إن الأستاذ ريبير يراه وديعة إلا انه لا يعده عملاً تحفظياً لان العقد يعطي المودع سلطة سحب الوديعة لدى الطلب (انظر ريبير رقم ٢١٣٦) مشار إليه في الدكتور علي جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص ٢٩

(٢) السنهوري الوسيط ج ٥ ص ٢٨٢

(٣) فان رين ، في القانون التجاري د ٣ بروكسل ١٩٦١ ص ٢١٥٢ ، مشار إليه في: الدكتور علي جمال الدين عوض المرجع السابق، ص ٢٩ .

(٤) اسكار وروج ٦ الخاص بعمليات البنوك سنة ١٩٣٩ ص ٣٢٥ ، مشار إليه في: الدكتور علي جمال الدين، المرجع السابق، ص ٣٠

(٥) المستشار احمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية على المال، دار الكتب القانونية، ١٩٩٨، ص ٦٤

(٦) سورة النساء الآية ٦

لا خلاف بين الفقهاء في الاعتداد بالبائع أن ظهر في صلب العقد، وأنه شرط لصحة التصرف عند ظهوره وإنما الخلاف في وسائل الإثبات وما حكمه، وأثره إذا ظهر، وهل القرينة تغني عن التصريح، فقد ذهب الإمام الشافعي رحمه الله إلى أنه إذا صرح بالعقد القصد الفاسد (صراحة) فسد التصرف. وفيما يتعلق بالسبب في عقد فتح حساب الوديعة كباعث للتعاقد، فإن الإطار العام في العقود المالية في الشريعة الإسلامية أن الباعث وحده ليس سبباً لإنشاء التصرف، فالتصرف لا ينشأ به وليس ركناً فيه أيضاً، فالركن ما هو داخل في ماهية الشيء، والباعث عنصر خارج عن العناصر البنوية للتصرف. وفي هذه الجزئية يتضح الفارق بين السبب في القانون الوضعي كركن من أركان العقد وبين السبب أو الباعث في الشريعة الإسلامية، وهو ليس بركن من أركان العقد وإنما عنصر خارج مكونات العقد نفسه. ورغم ذلك فيجب مشروعية الباعث حتى لا يتخذ العقد أو التصرف المشروع في ذاته وسيلة لتحقيق غرض غير مشروع يهدم مقاصد التشريع، فالباعث متصللاً بانعقاد العقد أصلاً أو لصحته عند الجمهور ولما كان خارجاً عن الركن هو الإرادة - الإيجاب والقبول - إلا أنه المحرك لها. فيجد اعتباره شرطاً للركن، وهذا ينطبق على جميع الصور التي تصدر عن باعث غير مشروع، وهناك فريق آخر من الفقهاء لا يعتبر القرائن كافية للدلالة على الباعث فإذا لم يمكن صاحب الباعث السبب من قصده وعالج المسألة بأسلوب آخر هو إجباره على إخراج المبيع من ملكه وأن كان التصرف صحيحاً إذا أثبت الباعث بعد الإنشاء - الإجبار على إخراج المبيع - أما إذا ثبت قبل التصرف بطل التصرف. (١)

٢) الإجراءات التطبيقية لفتح الحساب المصرفي للوديعة : ١ - طلب فتح الحساب:

طلب فتح الحساب يتقدم به الشخص إلى المصرف إعلاناً عن رغبته للتعاقد بهذا الشأن. ولا حظنا أن القانون لا يستلزم شكلية معينة لهذا الغرض، ومع ذلك، جرت المصارف على إعداد استمارة خاصة تتضمن فراغات يلجأ طالب فتح الحساب إلى ملئها بحيث باكتمال فراغاتها والتوقيع عليها تبرز إرادة طالب فتح الحساب في عرض إرادتي صريح مكتوب متضمن العناصر الأساسية والتفصيلية للتعاقد مع المصرف على فتح الحساب والتعامل بموجبه وقانوناً يعد تقديم هذه الاستمارة مملوءة وموقعة من جهة طالب فتح الحساب إيجاباً للتعاقد، في حين لا يمكن اعتبار الاستمارة قبل الملاء سوى أسلوباً من أساليب التهيئة والدعوة للتفاوض لأغراض العقد. (٢)

لدى تقديم طلب فتح الحساب إلى المصرف، يبادر هذا الأخير إلى دراسته ويمارس رقابة التدقيق على المعلومات الواردة في الطلب للتثبت من الصلاحية القانونية لطالب فتح الحساب من جهة، والجدارة الشخصية للتعامل معه من جهة أخرى، وذلك تجنباً لمخاطر التعامل مع شخص يهدف من فتح الحساب

فليس هناك أي ضرر، أما لو آلت ملكية ٥١٪ من الأسهم لغير المسلمين - وهو أمر غير متاح في حالة بنك فيصل، ففي هذه الحالة يستطيعون تغيير نظام البنك». وأضاف أبو طالب أنه بإمكانه أن يضع شرطاً مانعاً من التصرف أو يورد قيوداً على التصرف، كأن يشترط على المشتري ألا يتصرف فيما اشتراه خلال مدة زمنية معينة، وهو شرط جائز شرعاً وقانوناً. (١)

٤- المحل والسبب: هما الركنان الآخران اللذان يجب توافرهما بالإضافة إلى تحقيق التراضي على فتح الحساب. ومن الملاحظ أن السبب، وهو الباعث الدافع لفتح الحساب، يفترض متحقق الوجود لمجرد تحقق التراضي، حيث أن هذا الأخير يمثل التعبير عن الباعث الذي ينبغي أن يكون قد انصرف إلى اعتماد أسلوب الحساب المصرفي كوسيلة للتعامل مع المصرف وما يترتب على هذه الوسيلة من أحكام قانونية. ومن جانب آخر، يفترض أن الباعث، الذي ينبغي وجوده، غير مخالف للنظام العام والآداب العامة والنصوص الآمرة في القانون، بمعنى أن يكون الباعث على فتح الحساب المصرفي مشروعاً، وهو أمر مفترض ولا يستبعد إلا بإقامة الدليل على خلاف ذلك.

أما محل عقد الحساب المصرفي فهو «الديون» التي تدخل الحساب، حيث ينبغي طبقاً للقواعد العامة، أن تكون موجودة أو ممكنة الوجود ومعينة أو قابلة للتعين، فضلاً عن لزوم كونها قابلة للتعامل. (٢) وباستجماع الأركان سالفة الذكر والتي تمثل جوهر تفعيل الحساب المصرفي للتعامل مع المصرف.

* المحل والسبب في الشريعة الإسلامية:

إن من مقتضيات التعامل في الشريعة الإسلامية أن يكون محل العقد والباعث على التعاقد هو شيئاً غير محرم شرعاً. ولا تثار إشكالية في ذلك في شأن محل العقد إذا توافرت شروطه الشرعية وهي أن يكون شيئاً موجوداً معيناً، مشروعاً، ومقاصد الشريعة الإسلامية تحتوي على مدلول أوسع من النطاق القانوني الوضعي، حيث أن ما يعتبر مشروع في القانون قد لا يعتبر ذلك في الشريعة الإسلامية مثل «الربا» قد يكون العقد الربوي مشروع في الوجهة القانونية وليس كذلك في الشريعة الإسلامية وكل محل عقد محرم شرعاً يترتب عليه بطلان العقد من الناحية الشرعية، ولا يترتب العقد آثاراً شرعية إلا على النحو الذي ابتغاه الشارع، أما فيما يتعلق بسبب العقد وهو الباعث لدى المتعاقد لإبرام التصرف، قد استعمل الإمام الشافعي رحمه الله تعالى كلمة النية بمعنى الباعث حيث يقول: "أصل ما أذهب إليه، أن كل عقد كان صحيحاً في الظاهر لم أبطله بتهمة أو أجزته بصحة الظاهر واكره لهما النية إذا كانت لو أظهرت كانت تفسد العقد" (٣).

(١) جريدة الشرق الأوسط، الجمعة ٠٨ ذو الحجة ١٤٢٧ هـ ٢٩ ديسمبر ٢٠٠٦ العدد ١٠٢٥٨

(٢) الدكتور فائق محمود الشماع: المرجع السابق، ص ٣٠

(٣) الموقع العالمي للأقتصاد العالمي <http://www.isegs.com>، الباعث والمأل واثراً في العقود المالية.

(١) عبد الله إبراهيم زيد الكيلاني، نظرية الباعث وأثرها في العقود والتصرفات في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير منشورة، الموافقات الشاطبي ج ٢، المقاصد.

(٢) الدكتور فائق محمود الشماع: المرجع السابق، ص ٣١

بحجة أن حساباً آخر هو مدين وان دمج الحسابين يظهر رصيداً غير كاف لدفع قيمة الشيك. وتفرعاً على ذلك أيضاً لا تجوز المقاصة بين الحسابات، وبالتالي إذا أفلس العميل وجب على المصرف أن يدفع لوكيل التفليسة رصيد الحساب الدائن وأن يتقدم في التفليسة بقيمة الرصيد المدين لحساب آخر (١) ونصت المادة (٢٨٠) الفقرة الثانية من قانون التجارة البحريني على « إذا تعددت حسابات المودع في بنك أو في فروعه اعتبر كل حساب مستقلاً عن الآخر ما لم يتفق على غير ذلك »

ولتلافي هذه النتائج يعمد المصرف إلى الربط بين الحسابات بالاتفاق على الرهن، بحيث يكون الرصيد الدائن لحساب هنا من للرصيد المدين لحساب آخر، على أن الذائع هو الاتفاق على اندماج الحسابات بحيث تعتبر حسابات العميل كلها حساب واحد، وقد اقر الفقه والقضاء صحة هذا الاتفاق واقره القانون أيضاً لتعدد الحسابات أن كانت هي الأصل ولكن وضعها القانون كقواعد مكمله ومفسره يجوز للمصرف والعميل الإتفاق على خلافها.

ويترتب على الإتفاق على اندماج الحسابات أنه يجب الاعتداد بمجموع ارصده الحسابات للتحقق في وجود رصيد كاف لدفع قيمة الشيك وليس فقط برصيد الحساب المسحوب عليه الشيك. كما يحق للمصرف في حالة إخلال العميل أن يتمسك بالمقاصة بين أرصدة هذه الحسابات.(٢)

٤- حجية البيانات الواردة في دفتر الإيداع للحساب:

من المقرر قانوناً استناداً لنص المادة (٢٨٢) من قانون التجارة البحريني انه: « إذا أصدر البنك دفتر إيداع للتوفير فيجب أن يكون باسم من صدر لصالحه الدفتر وأن تدون فيه المدفوعات والمسحوبات وتكون البيانات الواردة في الدفتر والموقع عليها من موظف البنك حجة في إثبات البيانات المذكورة في العلاقة بين البنك ومن صدر لصالحه الدفتر. ويقع باطلاً كل إتفاق على خلاف ذلك.

وباستقراء المادة سالفه الذكر تبين أن المشرع البحريني قرر قاعدة أمره وأعطى لدفتر الحساب الواردة فيه البيانات المتعلقة بالمدفوعات والمسحوبات لها حجية على كل من المصرف والعميل ولا يجوز لهما أن يتفقا على عدم حجية تلك البيانات.

وبالنظر إلى نص المادة (٢٧٦) من قانون التجارة الفقرة (٢) إذ نصت على « ولا يقيد في الحساب العمليات التي يتفق الطرفان على عدم قيدها فيه »

وأرى إن المشرع قد تناقض مع نفسه في هذا الجانب حيث وضع القواعد الآمرة لعملية رصد المدفوعات والمسحوبات وعدم جواز بل بطلان الاتفاق على عدم تدوين تلك العمليات ويأتي من جانب آخر يجيز الاتفاق على عدم قيد العمليات التي يتفق عليها الطرفان - فيجب على المشرع أن يلغي المادة المتعلقة بجواز عدم القيد في الحساب العمليات التي يتفق الطرفان على عدم قيدها فيه فنصت الفقرة الثانية من المادة (٢٧٦) لإعطاء الحجية المتعلقة في قيد وتدوين كافة العمليات التي يجريها العميل مع المصرف ومادون في هذا الحساب ورفع اللبس بين نسيج النصوص القانونية.

(١) الدكتور مصطفى كمال طه: المرجع السابق، صفحة ٢٨٤

(٢) الدكتور مصطفى كمال طه المرجع السابق ص ٢٨٤

المصرف الوصول لأغراض غير مشروعة وترتيب ضرر للغير قد يسأل عنه المصرف. (١) من المقرر استناداً لنص المادة (٢٧٦) من قانون التجارة البحريني انه «١- يقوم البنك بفتح حساب للمودع تقيد فيه جميع العمليات التي تتم بين البنك و المودع أو بين البنك والغير لحساب المودع.٢- ولا يقيد في الحساب العمليات التي يتفق الطرفان على عدم قيدها فيه.»

تأسيساً على ذلك يتم فتح الحساب بعقد يبرمه المصرف و العميل. ويتم إيداع النقود عادة عند انعقاد العقد ومع ذلك لا يعتبر عقداً عينياً، بل هو عقد رضائي، أما تسليم النقود فهو أول التزامات العميل، ولا توجد نصوص خاصة تحكم قواعده، لذلك فالمرجع فيه يكون للقواعد العامة، وما جرى عليه عرف العمل، و البنود الخاصة التي يتضمنها الاتفاق والعقد يبني صله جديدة بين البنك و عميله. لذلك يهتم المصرف بالاطمئنان إلى عميلة، وقد يجري لذلك عادة يعطي التحريات اللازمة عن شخصه، وأهليته، دون أن يكون ذلك التزاماً على عاتقه إلا أن البنك كثيراً ما يكتفي - في الأحوال العادية - بالبيانات التي يقدمها المودع نفسه، ونماذج لتوقيعه و الإطلاع على بطاقته الشخصية.

وقد يضع البنك حداً أدنى للمبلغ الذي يصلح أن يفتح بمقتضاه الحساب. و بالنسبة للأشخاص المعنوية، يتحقق البنك من صحة وجود الشخص المعنوي و من سلطة الأشخاص الذين يمثلونه في القيام بتلك العمليات.(٢)

*المصرف الإسلامي:

تجدر الإشارة أننا قد نجد تشابهاً في هذا الجانب الإجرائي في عمليات فتح الحساب سواء في البنوك التقليدية و البنوك الإسلامية ويكون ذلك في الإطار الإجرائي فقط مع الفارق الذي سوف نستدركه عند دراسة عمليات البنوك الإسلامية من الجانب الموضوعي لا الإجرائي، لذلك فإننا نتطرق إلى هذا الجانب الذي يساعد على فتح الحساب من ذاته وهو إجراء مهم حال تعاقد العميل مع أي مصرف وينسحب هذا التشابه الإجرائي على كافة مكونات فتح الحساب من حيث تعدد الحسابات للشخص الواحد أو الحساب المشترك بين شخصين أو أكثر فهي جوانب إجرائية في كلا النظامين المصرفيين التقليدي والإسلامي.

٣- تعدد الحسابات المفتوحة لشخص واحد:

يجوز أن يكون للشخص الواحد عدة حسابات لدى المصرف الواحد، كأن يكون للتاجر حساب جاري لعملياته التجارية و حساب ودائع لأوراقه المالية، كأن يكون للتاجر حسابات متعددة لمختلف فروع نشاطاته التجاري. وفي هذه الحالة يقرر القضاء قاعدة استقلال الحسابات خروجاً على مبدأ وحدة الدين. وتفرعاً على ذلك إذا سحب العميل شيكا على حساب له رصيد كاف، فلا يجوز للبنك أن يفرض وفاء هذا الشيك

(١) الدكتور السيد محمد محمد اليماني.: مسؤولية البنك اتجاه الغير عن خطئه في فتح الحساب وتشغيله.محاضرات معهد الدراسات المصرفية /القاهرة ١٩٨١، ص٢٢٩

(٢) الدكتور علي البارودي: المرجع السابق، ص ٢٨٠

٥- فتح الحساب المشترك:

« قد يحدث أن يتفق عميلان أو عدة عملاء على فتح حساب واحد على وجه التضامن بالحساب المشترك، ويكون لكل منهم حق إيداع المبالغ في الحساب، كذلك يكون لأيهم حق سحبها منه، وهذا مثل من الأمثلة القليلة على التضامن الإيجابي. وهو منتشر في إنجلترا، خاصة بين الأزواج. أما في فرنسا فقد استخدم الحساب المشترك للتعايل على النظام المالي للزواج وعلى ضرائب التركات، ولذا وضعه القانون الفرنسي في ٢١ مارس سنة ١٩٠٣ تحت رقابة دقيقة جعلت الالتجاء إليه نادراً (١) »

وقد تضمنت نصوص قانون التجارة البحري الحساب المشترك فنصت في المادة (٢٨٢) فيه على « للبنك أن يفتح حساباً مشتركاً بين شخصين أو أكثر بالتساوي بينهم ما لم يكن هناك اتفاق بخلاف ذلك، مع مراعاة الأحكام الآتية:

- ١- يفتح الحساب المشترك من قبل أصحابه جميعاً أو من قبل شخص يحمل توكيلاً صادراً من أصحاب الحساب مصدقاً عليه من الجهة المختصة. ويراعي في السحب اتفاق أصحاب الحساب.
- ٢- إذا وقع حجز على رصيد أحد أصحاب الحساب المشترك فإن الحجز يسري على حصة المحجوز عليه من رصيد الحساب من يوم إعلان البنك بالحجز، وعلى البنك أن يوقف السحب من الحساب المشترك بما يوازي الحصة المحجوزة، ويخطر الشركاء أو من يمثلهم بالحجز خلال مدة لا تتجاوز خمسة أيام.
- ٣- لا يجوز للبنك عند إجراء المقاصة بين الحسابات المختلفة الخاصة بأحد أصحاب الحساب المشترك إدخال هذا الحساب في المقاصة إلا بموافقة كتابية من باقي الشركاء.

٤- عند وفاة أحد أصحاب الحساب المشترك أو فقد الأهلية القانونية يجب على الباقي إخطار البنك برغبتهم من عدمها في استمرار الحساب خلال مدة لا تتجاوز عشرة أيام من تاريخ الوفاة أو فقد الأهلية، وعلى البنك إيقاف السحب من الحساب المشترك حتى يتم تعيين الخلف قانوناً.»

وأرى استقراراً لمكونات النص السابق أنه يحتوي على العديد من القواعد القانونية العامة والتي أسقطها القانون على آليات العمل في مسألة فتح الحساب المشترك وحرص على التأكيد بشأن قواعد الوكالة في البند الأول وفي التضامن بشأن الحجز على الحساب في البند الثاني والمقاصة في البند الثالث فضلاً عن القواعد المتعلقة بالخلف العام في البند الرابع في حالة الوفاة أو فقد الأهلية سواء الوارث أو القيم على المحجوز عليه في حال فقد الأهلية.

إلا أن المشرع أحاط تلك القواعد العامة بتنظيم إجرائي تتوافق مع العملية المصرفية المتعلقة بفتح حساب مشترك وغايته في ذلك أهمية تلك العملية وتداخل الأحكام العامة فيما بينها وتكميل وتفسير القاعدة القانونية مما قد يترتب من آثار حال وقوع حالة من الحالات التي أشارت إليها المادة تفصيلاً.

وعليه أرى أنه موقف محمود من المشرع البحريني حال إحاطته تفصيلاً بالأحكام القانونية لعملية فتح

الحساب المشترك وترديده لأهم القواعد العامة التي قد تنسج حال القيام بتلك العملية لإزالة أي لبس أو غموض قد يتعرض له أصحاب الحساب أو البنك أو حتى الغير إذا كانوا دائنين لأصحاب الحساب أو يريدون الحجز على هذا الحساب.

٦- قفل الحساب

إن من المقتضيات التي قد تحدث للحساب هي قفل الحساب وذلك لأسباب عديدة ويترتب عليه آثار معينة حال قفل الحساب وهو ما يجعلنا نتعرض إلى هاتين الجزئيتين لأهميتهما:

أ- أسباب قفل الحساب:

تتجاسر الأسباب وتتنوع بما يترتب معه قفل الحساب ونشير منها إلى الآتي:

- ١- طلب أحد الطرفين من الآخر قفل الحساب على أن يكون في وقت مناسب.
- ٢- سحب العميل رصيد الدائن كله من الحساب، ويكون بالتالي قفل الحساب بناءً على طلب العميل.
- ٣- الاتفاق بين الطرفين البنك والعميل أثناء فتح الحساب بتجديده مدة معينة وعليه يتم قفل الحساب بعد انتهاء المدة، (وهي حالات لا تحدث إلا نادراً) .
- ٤- إذا طرأ على أهلية العميل طارئ (إذا توفى، أو حجر عليه أو أفلس) .
- ٥- إذا أفلس البنك أو تم تصفيته.

وهذه هي أرجح الأسباب وقد تكون هناك أسباب أخرى وقد تحدث عملاً بترتب عليها قفل الحساب. ويمكن الإشارة إلى « أن لا يؤدي توقيع الحجز تحت يد المصرف على رصيد الدائن لمصلحة العميل إلى قفله، وإنما يؤدي إلى تجميده مؤقتاً فلا يستطيع العميل أن يسحب من هذا الرصيد إلى أن يرفع الحجز فيستمر الحساب كما كان من قبل» (١).

ب - آثار قفل الحساب:

إن غلق الحساب يؤدي إلى وقف سريان الفوائد الاتفاقية متى وجدت ويكشف عن الرصيد النهائي الذي يستقر في ذمة احد الطرفين. فإن كان الرصيد مديناً وجب العميل طرف الحساب تسديده إلى المصرف فور إخباره، أما إذا كان الرصيد دائناً كان لهذا العميل استرداده فوراً وألا خضع لحكم التقادم الخاص بالحسابات المصرفية الدائنة (٢).

تصفية الحساب هو الأثر الأبرز لعملية قفل الحساب ويترتب عليه إما أن يكون الرصيد في الحساب دائن أو مدين، وفي حساب الدوائن غالباً ما يكون الحساب دائن لمصلحة العميل، وتصبح نتيجة التصفية نهائية بالاتفاق عليها أو بالحكم القضائي، فلا يجوز إعادة النظر فيها بعد ذلك إلا لإصلاح خطأ مادي أو خطأ في عملية الحساب أو ترك أو تكرار لأمر القيود ولا تقبل دعوى تصحيح الحساب حينئذ إلا إذا حدد المدعي المفردات التي وقع فيها الخطأ، وعزز إدعائه بالأدلة المناسبة (٣)

(١) الدكتور علي البارودي: المرجع السابق، ص ٢٩١

(٢) الدكتور فائق محمود الشماع: المرجع السابق، ص ٩٢

(٣) الدكتور علي البارودي: المرجع السابق، ص ٢٩١

(١) اسكارا بند ١٢٣٣ ص ٩٢٨ واسكارا ورد جزء ٦ بند ٤١٣ ص ٢٤٦ مشار إليه في: الدكتور علي البارودي المرجع السابق

ج - التمييز بين وقف الحساب وقفل الحساب:

١. وقف الحساب: يتم في المواعيد المتفق عليها أو كل شهر أو ثلاثة أشهر أو ستة أشهر وفقاً للعادات بوقف الحساب لخطئة تسمح بعمل ميزان مؤقت يكشف عن مركز حرق فيه من حيث الدائنية والمديونية واستخلاص الرصيد المؤقت وتجميد الفوائد إن كانت مشروطة، ثم يستأنف الحساب سيره إلى أن يقفل بصفة نهائية.
٢. قفل الحساب: عقد فتح الحساب من عقود الاعتبار الشخصي ولذا فهو يُقفل بوفاة العميل أو بالحجز عليه أو إفلاسه أو بانقضاء الشخص المعنوي (١) وكما أسلفنا حال تصفية البنك أو إفلاسه أو شطبه من قائمة المصارف.

* المصرف الإسلامي:

- حساب الودائع الاستثمارية في المصارف الإسلامية:

يقصد بحساب الودائع الاستثمارية في المصارف الإسلامية هي العقود التي يبرمها العملاء بقصد إيداع المبالغ النقدية في المصرف الإسلامي والحصول على أرباح مجزية من خلال عدة قنوات يطرحها البنك الإسلامي والتي سوف نتناولها تفصيلاً أثناء دراسة الفصل المتعلق بصيغ التمويل الإسلامية، ويمكن تقسيم حساب الودائع من وجهة نظر المصارف الإسلامية محل الدراسة إلى ما يلي:

حسابات الاستثمار المشترك: يشارك أصحاب هذه الحسابات بنسبة معينة من الأرباح تحدد حسب تعليمات يكون العميل على اطلاع عليها وهي بذات الوقت تتحمل المخاطرة في حالة الخسارة، ولو أن ذلك يكون بعيداً نوع ما إذا كان المصرف ذا خبرة ودراية. ومن خلال مقتضيات تأصيل قواعد البحث القانوني مقارنة بالشريعة الإسلامية، وما يجري عليه العمل المصرفي في المصارف محل الدراسة تنقسم هذه الحسابات من حيث طبيعتها إلى ما يلي:

حسابات توفير: وهي تتشابه مع مثيلاتها في المصارف التقليدية إلا أنها تختلف من حيث العائد المتوقع حيث تشترك هذه الحسابات في المصارف الإسلامية في عمليات الاستثمار بما يساوي ٥٠٪ من المعدل السنوي للرصيد الذي يكون داخلاً بالحساب وهناك شروط وضعتها المصارف محل الدراسة في كيفية احتساب العائد لهذه الحسابات، وقد أيدت الفتاوى الشرعية في المصارف محل الدراسة تلك الشروط نظراً لعدم وجود ما يدل على حرمتها.

ب- حسابات لودائع لأجل وبأشعار: وهي ودائع يشترط بها الأجل من أجل اشتراكها في عمليات الاستثمار وفقاً لشروط معينة أيضاً ويحدد العائد تبعاً لحجم الوديعة ومدة الأجل. وقد أوضحت الدراسة الميدانية حجم مبالغ الاستثمار المشترك في المصارف الإسلامية حسبها.

ج- حسابات الاستثمار المخصص: يعني هذا الاستثمار تخصيص مبلغ معين لغرض معين من الاستثمار وتطبق شروط معينة لهذا النوع من الاستثمار منها ما يلي:

إبرام عقد يفوض فيه العميل المصرف تفويضاً مطلقاً لاستثمار المبلغ المودع في المجال المطلوب فيه التمويل،

(١) الدكتور مصطفى كمال طه: المرجع السابق، ص ٢٨٦

وللمصرف الحق في إبرام عقد تفويض غيره فيما وكل فيه كله أو بعضه.

يتقاضى المصرف الإسلامي نسبة الربح المتفق عليها من صافي الأرباح المحققة.

باعتبار تجارية تلك العقود تكون سجلات المصرف الإسلامي هي البينة لإثبات أية قيود أو حسابات أو أرصدة خاصة بالاستثمار..

قد يشترط أصحاب الأموال شروطاً للاستثمار المخصص منها:

أ- عدم البيع بالأجل أو بدون كفيل أو رهن.

ب- اشتراط البيع بثمن لا يقل عن حد معين

ج- استثمار المصرف الإسلامي للأموال بنفسه.

د- يبقى رصيد حساب الاستثمار قائماً إلى حين تصفيته و التحاسب عليه.

ومن خلال هذه التقسيمات والتطبيقات العملية لها في المصارف الإسلامية محل البحث نجد أن هناك مراعاة لحقوق العملاء تتجسد فيها النواحي الإيجابية في التعامل المصرفي الإسلامي، وباعتبار العميل شريكاً حقيقياً في عملية إبرام عقود حسابات الاستثمار مما يتطلب الأمر ما يلي:

١- يجب الإفصاح ضمن إيضاح السياسات المحاسبية الهامة عن الأسس التي اتبعتها المصرف الإسلامي في توزيع الأرباح بين أصحاب حقوق الملكية وأصحاب حسابات الاستثمار المطلقة وحسابات الاستثمار المقيدة.

٢- الإفصاح عن الأسس التي اتبعتها المصرف الإسلامي في تحميل المصروفات على حسابات الاستثمار المطلقة.

٣- الإفصاح عما إذا كان المصرف الإسلامي قد أشرك حسابات الاستثمار المطلقة في إيرادات العمليات المصرفية.

ومن خلال المؤشرات المبينة أعلاه يتضح أن عملاء المصرف الإسلامي على اطلاع على مسيرة استثماراتهم مع المصرف مما يعزز النواحي الإيجابية في التعامل المصرفي الإسلامي حيث يسعى المصرف من جهته إلى تنمية المال وتثمينه في طرق شرعية صحيحة إقتداء بقوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ) (١) وينصب في هذا المعنى أن المصرف الإسلامي يضع التصور الواضح أمام عملائه عن نشاطه وطرق استثماره وتوظيفه للأموال بحيث تنفي علاقة الدائنية والمديونية كما هي في المصارف التقليدية التي تتوسط بين رأسمالين للمودعين والمقترضين وهامش ربحها هي الفائدة الناتجة عن ذلك وهي العملية المصرفية التي تجسدها في أعمال المصارف التقليدية. (٢)

٣) تجارية عقد الوديعة النقدية:

يعد العقد بالنسبة إلى البنك عملاً تجارياً في كافة الأحوال ، ولكنه بالنسبة إلى العميل لا يكون تجارياً إلا في حالات معينة، فهو مدني إذا كانت الوديعة بالمعنى الدقيق مقصوداً فيها به حفظ المال المودع ، أو مجرد استغلال الأموال للمودع الشخصية ، ولكنه يصبح تجارياً تطبيقاً لنظرية التبعية إذا كان العميل تاجراً وكان

(١) سورة النساء الآية ٢٩

(٢) الدكتور مجيد الشرع، النواحي الإيجابية في التعامل المصرفي الإسلامي في ظل معايير المحاسبة للمؤسسات المالية الإسلامية، حث مقدم إلى: المؤتمر العلمي الأول لكلية الاقتصاد والعلوم الإدارية، جامعة فيلادلفيا كلية العلوم الإدارية والمالية، ٢٠٠٢، ص ٥ بالتصرف

العقد متصلاً بتجارته .

٤) إثبات عقد الإيداع :

تؤثر تجارية العقد على طريفي إثباته فيجوز للعميل إثباته دائماً ضد البنك بكافة الطرق (١) لأنه عقد تجاري دائماً بالنسبة للمصرف ، أما في مواجهة العميل فيختلف الإثبات حسبما إذا كان العقد بالنسبة إليه تجارياً أو مدنياً . ويكون الإثبات من ناحية عملية عن طريق الإيصال الذي يعطيه البنك للعميل ودفتر الشيكات. ولا يثير إثبات عقد الوديعة في العمل إشكالات جديدة (٢).

وقد جرى العمل على تسليم إيصال حتى بالنسبة للملاء الذين بأيديهم دفتر حساب، وبذلك فإن أحدهما - الإيصال أو الدفتر - قد يغني عن الآخر (٣). وقد استنتج البعض من ذلك أن الدفتر ليس له في هذه الحالة أي دور في الإثبات وخاصة أن المصرف إنما يسلمه لعميله دون التزام عليه بذلك وإنما مجرد أن يمكنه من الإطلاع في كل وقت على مركز حسابه فلا يعتبر حجة على البنك، خاصة وأنه لا يكون موقفاً من الموظفين المختصين بتوقيع الإيصالات ولهذا يجب على العميل إذا أنكر المصرف الإيداع أن يقدم دليلاً على ذلك إيصالاً موقفاً عليه (٤)

لكن القضاء عموماً يذهب عكس ذلك مقدراً أنه في خصوص الإثبات في المواد التجارية يكون المرجع في تقدير الدليل إلى القاضي ويمكن: أن يعتبر بيانات الدفتر في قوة الشهادة (٥)

٥) آثار عقد الوديعة النقدية:-

يصبح البنك مالكا للمبالغ المودعة فيكون له أن يتصرف فيها وان يستعملها في عمليات الائتمان قصير الأجل ويعتبر المصرف إذن مجرد مدين بالمبلغ المودع (٦) فالأصل أن المصرف لا يعد مرتكباً لجريمة خيانة الأمانة إن هو تصرف في النقود المودعة، ولا يلزم بالمحافظة عليها بذاتها أو بمقدار معادل لها، كما يجوز للمصرف أن يتمسك بالمقاصة بين المبالغ المودعة ودين له في ذمه العميل (٧). ولذلك يكون الأصل أنه لا يجوز له أن يطلب عمولة على الخدمات الأخرى التي يؤديها للعميل.

ويرتب العقد في ذمة المصرف التزامات معنية في صالح العميل، فيلتزم المصرف برد قدر مساو للوديعة النقدية في الميعاد المتفق عليه ودفع الفوائد المشروطة، ولا يعفيه من هذه الالتزامات هلاك الوديعة بقوة قاهرة، إذ طالما تملك المبالغ النقدية المودعة فإنه يتحمل تبعه هلاكها بقوه قاهره. فيما يلي نتكلم عن هذين

الالتزامين:-

أولاً : التزام المصرف برد الوديعة:

يلتزم المصرف برد الوديعة النقدية في الميعاد المتفق عليه وعلى ذلك يلتزم المصرف برد الوديعة بمجرد الطلب، بموجب الإخطار السابق أو بحلول الأجل. وحقيقة الأمر إن المصرف لا يلتزم برد الوديعة بذاتها، بل يلتزم برد مقدار مساو ولا يوجد أي تأثير لارتفاع أو انخفاض قيمه النقود في اليوم المعين للرد ونجمل استقراء أحكام رد الوديعة في موضوع الالتزام بالرد والى من يجب الرد وأخيراً في تبعة هلاك الوديعة موضوع الرد على النحو التالي.

موضوع الالتزام بالرد (١): يلتزم المصرف أن يرد قدراً مماثلاً للنقود المودعة لديه دون اعتبار للتغير الطارئ على قيمتها في الفترة بين الإيداع والرد، فهو يرد مثل ما اقترضه وليس قيمه ما اقترضه (٢) واستقراءً لذلك إذا كانت الوديعة عمله أجنبية فأن المصرف يمتلكها ووجب عليه أن يردها إلى العميل بذات العملة وحتى إذا هبطت قيمتها عند اجل ردها.

إلا أن السعر القانوني الإلزامي يمنع الرد بهذه العملة ولذلك يجب الرد بالعملة الوطنية بعد تحول العملة الأجنبية إلى عملة وطنية والصعوبة هي في تحديد السعر الذي يتم تحويلها: فتذهب محكمة النقض الفرنسية إلى الأخذ في عقد القرض بسعر الصرف يوم الرد.

وبأخذ بعض الفقه والقضاء بذات الحل بالنسبة إلى الوديعة المصرفية باعتبارها قرضاً، بل أخذ بذلك بعض القضاء حتى لو اعتبرها وديعة بالمعنى الصحيح (٣).

٢- إلى من يجب الرد

أن النطاق الالتزام المثلي الملقى على عاتق المصرف رد الوديعة النقدية ولكن السؤال المطروح إلى من يجب على المصرف رد الوديعة النقدية ؟ من المقرر فقهاً أنه يجب رد الوديعة أو القرض إلى المودع نفسه أو إلى من يعينه (٤). ولكي يطمئن المصرف إلى تنفيذ التزامه بالرد على شخص المودع يتطلب منه عند الإيداع نموذجاً من توقيعه أو من توقيع وكيله ليضاهيه بتوقيع المستلم، ويواخذ المصرف إذا اخطأ ولم يتم بهذه المضاهاة بصورة جديده (٥)

ومن الواجب على المصرف التأكد من عدم حدوث أي عارض أصاب أهلية العميل من جنون أو عته أو غفلة أو سفه، فضلاً عن عدم حدوث ما يسمى مانع من موانع المسؤولية التي تستلزم تعيين مساعد قضائي يقوم بمساعدة الشخص، والذي على المصرف في هذه الحالة استدعاء الحالة الإجرائية الصحيحة لكي يكون تنفيذ التزامه بالرد إلى الشخص المعني بعينه أو بوكيله في حاله النيابة الاتفاقية أو إلى ممثله القانوني

(١) الدكتور حسني المصري: المرجع السابق، ص ١٧

(٢) السنهوري في الوسيط الجزء الأول رقم ٢٢٤ والجزء الثاني رقم ٤٤٧ والجزء الخاص بالقرض سنة ١٩٦٢ رقم ٣١٣ مشار إليه في: الدكتور علي جمال الدين عوض، ص ٣٤

(٣) عمليات البنوك علي جمال الدين عوض ص ٣٢

(٤) حكم إن مجرد إيداع نقود أو مستندات لدى البنك لصالح الغير لا يخول هذا الغير حقاً ضد البنك في المطالبة بالوديعة إذا لم يكن المودع أعطى هذا الغير وكالة في هذه المطالبة أو لم يكن هو الذي فتح الحساب لصالحه وحصل على الإيداع في هذا الحساب: محكمة (جان) للبلجيكان يناير ١٩٥٤ محليه بذلك ١٩٥٤ ص ٦٠٦ ويختلف الحل إذا تضمن الإيداع اشتراطاً على البنك لصالح الغير مشار إليه في الدكتور علي جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص ٣٥

(٥) الدكتور علي جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص ٣٦

(١) الدكتور علي جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص ٢١

(٢) الدكتور علي البارودي، المرجع السابق، ص ٢٨٣

(٣) الدكتور علي جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص ٢٢

(٤) اكس ٢٨ يوليو ١٩٢٩ جازيت ١٩٤٠ - ٢ - ٨٥٢ مشار إليه في: الدكتور علي جمال الدين عوض المرجع السابق، ص ٣٢ .

(٥) ديموج في الفصيلة المدنية ١٩٣٠ ص ١٠٨١ مشار إليه في الدكتور علي جمال الدين : المرجع السابق ص ٢٢

(٦) مصطفى كمال طه: المرجع السابق، ص ٤١٨

(٧) الدكتور حسن المصري: المرجع السابق، ص ٨٧

المخاطرة. بينما يقوم الاستثمار والتمويل المصرفي التقليدي على الفائدة ذلك العائد المضمون بغض النظر عن نتائج عمل الاستثمار أو المشروع. وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ضمان الربح وأرسى قاعدة: (الخراج بالضمان).

ويجب ألا يفهم خطأ أن ارتباط عائد الاستثمار الإسلامي المباح بالمخاطرة يعني عدم شرعية توحيها أو التحوط منها أو تقليها. إذ مع الأخذ بعين الاعتبار قاعدة الغنم بالغرم لأبد من اتباع سنة الرسول صلى الله عليه وسلم في قوله: « اعقلها وتوكل واحرص على ما ينفعك واستعن بالله ولا تعجز ». فالعقود الإسلامية تشمل الضمان والكفالة والرهن والتأمين التعاوني التكافلي وجميعها أدوات لتخفيف الخسارة وأن لم توفر الحماية الكاملة منها. (١)

٤- التزام المصرف دفع الفوائد:

في إطار الدراسة المقارنة للبحث المائل بين العمليات المصرفية التقليدية والعمليات المصرفية الإسلامية نجد أن التزام البنك بدفع الفوائد في المصارف التقليدية يمثل فارقاً شرعياً مهماً في العمليات المصرفية فالفائدة تمثل الربا التي تحرمها الشريعة الإسلامية، ويتعين علينا المضي في تأصيل هذا الالتزام لكي يتضح الفرق بين التعامل بالعمليات المصرفية التقليدية والعمليات المصرفية الإسلامية. الأصل أن القرض- والوديعة التي نحن بصدها قرض- عقد تبرع فلا تجب فوائد على المقرض حتى ولو كان القرض تجارياً، إلا إذا كان هناك اتفاق على ذلك بينه وبين المقرض.

وهو ما تقضي به صراحة المادة ٥٤٢ من القانون المدني البحريني إذ نصت على (إذا لم يكن هناك اتفاق على فوائد عد القرض بغير اجر). (٢)

وذهب جانب من الفقه إلى أن عادة ما تقتزن الوديعة النقدية المصرفية بفتح حساب. وذهب البعض إلى أن التزام المصرف بدفع الفوائد عن الودائع المدرجة في هذا الحساب لا يستند إلى عقد الوديعة، وإنما يستند إلى قيد الوديعة في الحساب، حيث يتعلق هذا الالتزام بقاعدة من قواعد الحساب المصرفي ذاته. وينبغي على هذا الرأي أنه لا يشترط الاتفاق على استحقاق فوائد على الودائع النقدية طالما افتقرت بفتح حساب،

(١) الدكتور حسن حزوري، رئيس قسم العلوم المالية والمصرفية، كلية الاقتصاد - جامعة حلب، المخاطر الواقعة على المصارف الإسلامية، بحث منشور على موقع سيريا بورصة، <http://www.syria-bourse.com> وقد تقدم إن الأستاذ ربير يرى في الوديعة المصرفية وديعة المعنى الصحيح ويضيف (في رقم ٢٠٥٦ و ٢١٤٢) إن الفوائد التي تقتضيها البنوك لا تنتج عن عقد الوديعة لأنه عقد مجاني بحسب أصله، وإنما تترتب نتيجة لقيد المبالغ المدعة في الحساب المصرفي، فترتيب الفوائد ناشئ عن قاعدة خاصة بالحساب وليس من عقد الوديعة (مشار إليه في: د. علي جمال عوض: المرجع السابق، ص ٣٧)

(٢) الدكتور حسني المصري: المرجع السابق ص ٢٠

في حالة القيم على المحجور عليه أو وكيل الغائب أو اشتراك المساعد القضائي في حال الشخص المصاب بعاهتين أو عجز جسماني شديد طرأ على حالة المودع وفقاً لما نص عليه قانون الولاية على المال البحريني بالمرسوم بقانون رقم (٧) لسنة ١٩٨٦.

وفي حالة وفاة العميل يتعين على المصرف رد الوديعة إلى ورثته وليس إلى وكيله، لأن الوكالة تنتهي بوفاة الموكل (١)، ويجب الإشارة إذا كان بين الورثة قاصر وجب على وصيه وهو ممثله القانوني أن يستلم الوديعة. وقد ذهب القانون الوضعي بشأن تقادم التزام المصرف برد الوديعة النقدية المصرفية بمضي ١٥ سنة يبدأ سريانها من اليوم الذي يتعين طلب استردادها.

ويسري هذا التقادم من يوم الإيداع في الودائع لدى الطلب أو من يوم حلول الأجل في الودائع لأجل، بيد أنه لما كانت معظم الحسابات التي تغذي بالودائع هي حسابات جارية، فإن التقادم العادي لا يسري إلا من يوم قفل الحساب. وينطبق نفس الحكم على التقادم الخمسي للفوائد (٢) بيد أن الوديعة إذا تقادمت على هذا النحو فلا يتعلق بها حق البنك، بل ينتقل الحق فيها إلى الخزنة العامة للدولة.

ومعنى ذلك أن مضي مدة التقادم على الوديعة النقدية المصرفية لا يبرئ ذمة المصرف من التزامه برد الوديعة. صحيح أنه يبرئه تجاه العميل ولكن لا يبرئه تجاه الدولة. فيظل المصرف ملتزماً بالوفاء بالودائع التي تقادمت إلى الدولة ويعتبر هذا الحكم مروقاً عن القواعد العامة التي بمقتضاها يتقرر التقادم لمصلحه المدين (البنك) (٣)

٣- هلاك الوديعة. لما كان المصرف يمتلك الوديعة فهو لا يبرأ بهلاكها بقوة قاهره بل يلتزم مع ذلك برد مثلها (٤)

*موقف المصرف الإسلامي في هلاك الوديعة:

أن مفهوم هلاك الوديعة بالنسبة لأي مصرف إسلامي تعني المخاطرة أي الهلاك الكلي أو الجزئي أو انخفاض قيمة الأصل الاستثماري.

وترتبط درجة المخاطرة في مضامين هلاك الوديعة في المصارف الإسلامية بمستوى العائد، وتفترض النظرية الاستثمارية أنه كلما زاد العائد المتوقع كلما صاحبه درجة مخاطرة أعلى، وكلما قل العائد المتوقع كلما قلت درجة مخاطرته.

وباستنظار الواقع المصرفي نجد ارتباط العمل المصرفي الإسلامي بمخاطر الهلاك أكثر منه في المصارف التقليدية، وذلك لأن العمل المصرفي الإسلامي قائم على المشاركة في الربح أي العائد والخسارة أي

(١) الدكتور حسني المصري: المرجع السابق، ص ١٩

(٢) الدكتور مصطفى كمال طه: المرجع السابق، ص ٤١٩

أن مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر الشريف قد أصدر قراره بالإجماع بحرمه الفوائد المصرفية (١) وكان ذلك بحضور ٣٥ دولة إسلامية وأنعقد في القاهرة عام ١٣٨٥هـ - ١٩٦٥م.

وأصدر مجمع الفقه بمنظمة المؤتمر الإسلامي الذي انعقد بمكة المكرمة في الفترة من يوم من ١٢ - ١٩ رجب ١٤٠٦هـ قراره في أن كل زيادة أو فائدة على الدين الذي حل أجله، وعجز المدين عن الوفاء به مقابل تأجيله وكذلك الزيادة أو الفائدة على القرض منذ بداية العقد هاتان الصورتان ربا محرم شرعا. (٢)

ثانياً: الطبيعة القانونية للوديعة النقدية :

اختلف الفقه حول الطبيعة القانونية للوديعة النقدية وتعددت الآراء حولها. رأي يرى أنها وديعة كاملة ورأي ثاني أنها وديعة ناقصة، وثالث يرى أنها قرض. ويمكن وجه الصعوبة في تحديد الطبيعة القانونية للوديعة النقدية في انه لا يسهل إدراجها، بصفة مطلقة، في أي من الأنظمة الثلاثة، إذ لا يكتفي أي نظام بمفرده لتفسير الالتزامات التي تقع على البنك والعميل، الأمر الذي دفع البعض إلى القول بأن الوديعة النقدية عقد من نوع خاص يخضع للعادات المصرفية، فيما يلي نعرض لهذه الآراء (٣)

الرأي الأول: الوديعة بالمعنى الدقيق:

وبمقتضاها يلزم البنك برد المبلغ المودع بذاته ولذلك يتعهد بحفظه (٧١٨م مدنى مصري)، كما يتمتع عليه أن يدفع طلب استرداد الوديعة بالمقاصة بين التزامه هذا وأي حق له قبل المودع المطالب بالاسترداد، كما يبرأ لوهلك الشيء المودع بقوة القاهرة (٤)

فالفقيه الفرنسي ريبير يغلب فكرة الحفظ ويعتبرها الهدف الحقيقي لهذه العملية، ومن ثم فهو يرى أن العقد وديعة، باعتبار الغاية الاقتصادية منه. إلا انه يعترف، مع ذلك بأن هذا الوصف لا يتفق مع النتائج العملية المترتبة على الإيداع. ومن بينها مثلا وقوع المقاصة بين ما يودعه العميل وما يترتب في ذمته من ديون للمصرف (بينما الأصل أن الشيء المودع لا يخضع للمقاصة) ومن بينهما كذلك أن يستعمل البنك هذه النقود لمصلحته (٥) ولكن هذه المبادئ الخاصة بعقد الوديعة لا تنطبق على الوديعة المصرفية: لأنه فيما عدا الحالة الاستثنائية لإيداع نقود بذاتها فإن البنك لا يقصد أبدا المحافظة على النقود التي تلقاها بذاتها بل يقصد استخدامها على أن يرد مثلها، كما أن القضاء يجيز له أن يدفع طلب الاسترداد بالمقاصة، ويقضي بمسؤوليته عن رد الوديعة لو هلك بقوة القاهرة فيلزمه أن يرد مثلها هذه الأحكام تباعد بين الوديعة العادية والوديعة المصرفية، ففي كليتهما يلتزم الوديع بالرد، لكن هناك في الأولى التزاما بالحفظ بينما في الثانية لا يلزم البنك بالمحافظة على ذات الوديعة وكل ما هنالك انه يحفظ الوديع حقه في استرداد مثل ما أودعه (٦)

- (١) الدكتور عبد الرحمن العدوي، قضايا معاصرة وساخنة عن استثمار الأموال في البنوك - الطبعة الأولى، دار الطباعة المحمدية، ٢٠٠٥، ص ٢
- (٢) الدكتور علي احمد السالوس، موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، دار الثقافة قطر، ص ١٩
- (٣) الدكتور حسن المصري: المرجع السابق، ص ١١
- (٤) الدكتور جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ٢٠
- (٥) ريبيرند ٢١٢٣ وبنو ٢١٢٤ ص ٨٦٣، مشار إليه في الدكتور علي البارودي، المرجع السابق، ص ٢٩٢
- (٦) الدكتور جمال الدين عوض، المرجع السابق ص ٢١

وانه يكتفي اتفاق الطرفين على فتح الحساب حتى تصبح الوديعة منتجة لفوائد (١). إلا أننا لا نؤيد هذا الرأي، ونرى مع البعض انه يلزم لكي يكون حساب الوديعة منتجا لفوائد، أن يتفق الطرفان على ذلك لأن حصول ذلك الاتفاق هو ما يميز حساب الوديعة النقدية، وهو حساب عادي، عن الحساب الجاري الذي يستحق عنه فوائد بقوة قانون.

والأصل أن تستحق الفوائد - حتى كان المصرف ملزما بها من اليوم الذي يتسلم فيه البنك المبلغ، وينتهي سريانها من اليوم الذي ينتهي فيه القرض أي الذي يجب فيه رد المبلغ إلى العمل (٢)

وقد قرر الفقه أيضا إذا كانت الوديعة تحت الطلب فالأغلب أن لا يرضى البنك أن يعطي عنها فوائد أو يعطي فوائد ضئيلة جدا، إذ لا يستطيع أن يعتمد عليها في عملياته. أما إذا كانت الوديعة للأجل، من نص صريح للعقد في ذلك. وفي ذلك يختلف حساب الودائع عن الحساب الجاري الذي ينتج فوائد بقوة القانون ودون حاجة إلى اتفاق خاص.

فإذا تم الاتفاق على الفوائد فأنها تسري منذ الإيداع. أو من الوقت الذي يحدده البنك والعميل لسريانها. ويجوز الاتفاق على تقاضي فوائد على الفوائد. ذلك أن العرف المصرفي جرى على إضافة رأس المال عند قطع الحساب في المواعيد الدورية التي يحددها البنك عادة ويوافق عليها العميل، إذ يشمل الرصيد الناتج عن القطع على الفوائد، وتسري فوائد جديدة على هذا الرصيد بما يتضمنه من فوائد سابقه (٣).

وأيا ما كان الأمر فإن بدء سريان الفوائد يختلف باختلاف ما إذا كانت الوديعة مقترنة بفتح حساب من عدمه. فإذا اقتربت الوديعة بفتح حساب وهو الغالب بدأ سريان الفوائد من يوم قيد الوديعة في الحساب وليس من يوم تسليمها، ما لم يتفق على خلاف ذلك. أما إذا لم تقترن الوديعة بفتح حساب فالأصل أن يبدأ سريان الفوائد من يوم التسليم. وينتهي سريان الفوائد في يوم الطلب بالنسبة للودائع المستحقة لمجرد الطلب، أو في يوم انتهاء المهلة المقررة للبنك بالنسبة للودائع المستحقة بموجب الإخطار السابق أو بحلول الأجل بالنسبة للودائع ذات الأجل. هذا وتسري القواعد العامة بشأن استحقاق الفوائد التأخيرية في حاله عدم قيام البنك بتنفيذ التزامه برد الوديعة وفوائدها في مواعيد استحقاقها (٤).

*مدى شرعية الفوائد المصرفية:

من المقرر في مضامين الشريعة الإسلامية أن تلك الفوائد أيا كان مصدرها الاتفاق أو القانون هي ربا فاحش ورد النهي عنها في القرآن الكريم في قوله تعالى « واحل الله البيع وحرم الربا»، وهذا التوصيف الذي غلقت به المصارف التقليدية مسمى الربا إلى فوائد أو خلافه يجعلنا نؤكد أنها فائدة محرمة شرعا، فتجد

- (١) الدكتور حسني المصري: المرجع السابق ص ٢٠
- (٢) يقضي القانون السوري (٤٠٢ / ٣) إن الفائدة تجب عند الاقتضاء ابتداء من اليوم الذي يلي كل إيداع إن لم يكن يوم عطلة لغاية أنها الذي يسبق أعاده كل ما لم يكن هناك اتفاق مخالف.
- (٣) الدكتور علي البارودي: المرجع السابق، ص ٢٨٢
- (٤) الدكتور حسن المصري: المرجع السابق، ص ٢٠

(ب) الرأي الثاني: الوديعة الشاذة أو الناقصة:

ويرى آخرون أنها وديعة شاذة (١) وفكرة الوديعة الشاذة تقترب هنا من فكرة القرض وبمقتضاه يلتزم المودع لديه، لا برد الشئ المودع ذاته، إنما برد مثله، وإنما تختلف عن القرض في أنها لمصلحة المودع وحده ، بحيث يستطيع أن يتنازل عن الأجل ويطلب الرد فوراً (٢)

ومؤدى هذا التكييف أن المصرف يمتلك المبالغ المودعة على اعتبار أن محل الوديعة أشياء مثليه، فيجوز استعمالها على أن يلتزم برد مقدار مساو لها في ميعاد الاستحقاق، والبنك لا يلتزم بحفظ المبالغ المودعة بذاتها- كما هو الحال في الوديعة الكاملة وإنما يلزم فقط بحفظ ما يماثل هذه المبالغ.

ويترتب على هذا الرأي أنه إذا أفلس البنك لا يجوز للعميل طلب استرداد الوديعة وإنما كل ماله أن يتقدم بدينه في التفليسة كدائن عادي يخضع لقسمة الغرماء، وذلك باعتبار حق المودع حقا شخصيا وليس حق ملكيه.

غير أن القائلين بهذا الرأي لم يعالجوا حالة ما إذا كانت الوديعة مخصصة لغرض معين، وحالة ما إذا كان محل الوديعة عمليات أثرية يريدها بذاتها لما لها من قيمة خاصة ، ففي هاتين الحالتين لا يمكن اعتبار البنك مالكا للمبالغ المودعة ، وإلا أمكن له التصرف فيها، وهو ما لا يجوز. (٣)

والواقع أن طبيعة الوديعة الشاذة محل خلاف في فرنسا، حتى لقد أنكر البعض تسميتها بالوديعة على أساس انه مادام الوديع مأذونا في استعمال الوديعة فقد سقط عنه التزام الحفظ لان الوديعة تهلك بالاستعمال والقول بفكرة القرض. ولم يدع القانون المصري مجالاً لفكرة الوديعة الشاذة، بل قضى في المادة (٧٢٦) منه انه (إذا كانت الوديعة مبلغاً من النقود أو أي شي آخر مما يهلك باستعمال وكان المودع مأذونه في استعماله اعتبر العقد قرضاً). (٤)

الرأي الثالث: عقد قرض:

ويذهب الرأي الراجح إلى اعتبار الوديعة النقدية عقد قرض بمقتضاه يمتلك البنك المبالغ المودعة لديه (٥). بمقتضى هذا الرأي يلتزم المقرض برد شي مماثل للوديعة ولا يلتزم بأي التزام بالحفظ، ويملك المال المقترض، ويتحمل خطر هلاكه بقوة قاهرة ويمكنه أن يتمسك بالمقاصة من طلب الاسترداد وما يكون له من حقوق قبل المودع ويفترق هذا العقد عن الوديعة الناقصة في انه لا يلزم المصرف الاحتفاظ بمبلغ مساو للمبالغ المودعة بل يترك له مطلق الحرية ويستتوي هذا التحليل غالبية الفقه الفرنسي (٦).

الرأي الرابع: عقد وديعة نقدية مصرفية:

ذهب فريق من الفقهاء إلى أنه يلزم إعطاء العقد التكييف التي تهدي إليه تسميته العملية ذاتها، أي عملية الوديعة النقدية المصرفية، والنظر في ضوء غرضه الاقتصادي ومحلله وما يفرضه من التزامات على عاتق الطرفين. فيجب القول بأن العميل الذي يودع نقوده في المصرف يهدف بالدرجة الأولى، إلى التخلص من عبء حفظ هذه النقود لديه وإلقاء العبء على عاتق المصرف العميل حيث يأذن لعميله بأن النقود لا تستهلك بالاستعمال، وبأنه لا يجني منفعة خاصة من استعمال الوديعة النقدية ولذا فإنه يكافئ هذه الوديعة بالفائدة التي يدفعها للعميل (١)

وترتيباً على ذلك فإن الفائدة الثابتة على الوديعة سوف نستظهر حال إجراء المقارنة مع العمليات المصرفية الإسلامية أن الفائدة هذه على الوديعة هي احد صور الربا ويتمثل بدفع مبلغ من النقود على أن يسترجع العميل المبلغ من الفائدة المتفق عليها فكل مال جر فائدة فهو ربا على الذي سوف نفصل فيه لاحقاً في الفصل المتعلق بعمليات المصارف الإسلامية .

ويباجاز ينظر هذا الرأي إلى الوديعة النقدية المصرفية باعتبارها عقداً له مقوماته الخاصة وذاتيته التي تميزه عن عقود القانون المدني، لذا فإنه يطلق عليه ((عقد الوديعة النقدية المصرفية (٢) وأرى أن هذا الرأي يعيبه الكثير وأبرزه ضرورة الارتداد للعقود في القانون المدني في بعض الأحيان وتمثيلاً على ذلك (عقد الوكالة) فاستلام المصرف مبلغاً من المال والتصرف فيه يعتبر أن البنك تصرف في المال وفقاً لقواعد الوكالة ويترتب عليه مسؤولية الوكيل.

الرأي الراجح هو الذي يذهب إلى اعتبار الوديعة عقد قرض، إلا أن ثمة استثناء قد يترتب على ذلك خاصة في الودائع النقدية المخصصة لغرض معين، أو الودائع النقدية التي يكون محلها نقداً يريد العميل الاحتفاظ بها ذاتها كما هي بالنقود الأثرية .

فيترتب على ذلك اعتبار إن فكرة تكييف العملية المصرفية على أنها قرض هي قرينه بسيطة فيجوز إقامة الدليل على عكس ذلك، ومن ثم لقاضي الموضوع أن يبحث قصد طرفي العقد حال تفسيره للعقد. موقف القضاء الفرنسي:

لم يثبت القضاء الفرنسي على فكرة واحدة مما تقدم بل نجد أحكاماً طبقت قواعد الوديعة (٣) كما قررت أحكام أخرى صدرت عن المحاكم الفرنسية أن الوديعة المصرفية عقد خاص يجمع بين قرض الاستهلاك والوديعة الشاذة (٤) أو وديعة شاذة مشتقة من قرض استهلاك، كما حكمت محكمة النقض الفرنسية حكماً حديثاً نسبياً لم يتضمن تعريفاً قانونياً ولكنه تعرض للمسألة في احد تطبيقاتها وهو الخاص بالمقاصة، وأقرت تمسك المصرف بالمقاصة ضد المودع، وهو ما استنتج منه الأستاذ ليسكو أن المحكمة تقترب من فكرة

(١) ليون كان ورنبو رقم ٦٧٤ ص ٦٢٢، محكمة إسكندرية الكلية في ١١ مارس ١٩٢١مشار إليه الدكتور علي البارودي ، المرجع السابق ص ٢٩٢

(٢) الدكتور علي البارودي ، المرجع السابق ص ٢٩٣

(٣) الدكتور حسن المصري، المرجع السابق ص ١٢

(٤) السنهوري في الوسيط ج ٧ مجلد ١ سنة ١٩٦٤ رقم ص ٣٨٥

(٥) الدكتور حسن المصري: المرجع السابق، ص ١٢

(٦) الدكتور علي جمال عوض: المرجع السابق، ص ٢٢

(١) الدكتور حسني المصري: المرجع السابق، ص ١٣

(٢) الدكتور حسني المصري: المرجع السابق ص ١٣

(٣) نقض أول ابريل ١٨٩٦ - ١ - ٥٨١ مشار إليه في: كتاب الدكتور جمال الدين عوض ، المرجع السابق، ص ٢٣

(٤) استئناف باريس ٢٢ نوفمبر ١٩٢٤ جازيت دي باليه ١٩٢٥ - ١ - ٤٥٦ مشار إليه في كتاب الدكتور جمال الدين: المرجع

السابق ص ٢٤

القرض بقدر ما تبعد فكرة الوكالة. (١)

في فرنسا لم يزل الفقه والقضاء مترددين بشأن تحديد طبيعة هذه الوديعة القانونية خاصة وأنه لا يوجد في القانون المدني الفرنسي نص يشبهه بنص المادة (م ٧٢٦ قانون مدني مصري). ولهذا نجد إتجاهها يذهب إلى تبني فكرة القرض كوصف حقوقي للوديعة النقدية المصرفية ، بينما يذهب إتجاه آخر في هذا البلد إلى اعتبارها وديعة ناقصة أو عارية إستهلاكية ، بينما يرجح إتجاه ثالث في الفقه فكرة « العقد ذو الطبيعة الخاصة » أو بمعنى آخر ، إن الوديعة النقدية المصرفية عقد من نوع خاص متميز عن العقود المدنية المسماة وأنه لا فائدة من محاولة تطويعه لإدخاله في إطار عقد من العقود المدنية المعروفة لأنه لامناس من اعتبار المسألة مسألة واقع وأن على قاضي الموضوع أن يبحث القصد الحقيقي للمتعاقدين (المصرف والمودع) دون التقيّد بفكرة عقد معين ، وعلى أساس هذا القصد يتخذ العقد صفته. (٢)

موقف المشرع البحريني:

من المقرر استنادا لنص المادة (٢٧٥) من قانون التجارة البحريني إذ نصت على « الوديعة النقدية عقد يخول البنك حيازة النقود المودعة والتصرف فيها بما يتفق ونشاطه المهني مع التزامه برد مثلها للمودع ويكون الرد بذات نوع العملة المودعة. ويجوز اشتراط فائدة في عقد الوديعة النقدية..» . واستنباطاً من النص السابق نستخلص في دراسة تحليله للمفاهيم القانونية في إطار العمليات المصرفية أن المشرع البحريني الزم المصرف برد المثلي للنقد المودع مع جواز اشتراط الفائدة بعقد الوديعة النقدية، مما يقترب معه المشرع البحريني من الرأي الراجح في الفقه من أن الطبيعة القانونية للوديعة النقدية هي قرض ، وهذا التأصيل يتضح في رأيي من انعكاس التعاقدات المصرفية بين طرفي العلاقة في العملية المصرفية وهما العميل والبنك فعندما يكون الممول هو البنك نكون أمام ما يسمى القرض مع اشتراط الفائدة وبمفهوم المخالفة عندما يكون العميل صاحب التمويل للبنك مع اشتراط الفائدة نكون أمام ما يسمى الإيداع ومع اختلاف المسمى إلا أن الطبيعة التحليلية المستخلصة من أطراف العلاقة التعاقدية ، ومحل التعاقد ، وسبب التعاقد ، يتضح جليا اتحاد العلة بين العمليتين مما يترتب معه أن المشرع البحريني ذهب ضمنا إلى تأصيل عقد الوديعة النقدية على أنها يتفق مع طبيعة القرض القانونية وأجاز اشتراط الفائدة على غرار القروض في العمليات الائتمانية.

*موقف الشريعة الإسلامية من طبيعة الوديعة النقدية:

مما تقدم نجد أن أكثر فقهاء الشريعة الإسلامية وضعوا تصورهم في مسألة طبيعة الوديعة النقدية بأنها تعتبر قرضاً محرماً شرعاً ، فقد جاء في المغنى لابن قدامه : « ويجوز استعارة الدراهم والدنانير ليزن بها ، فإن استعارها لينفقها فهذا قرض» .

وفي المبسوط للسرخسي : « عارية الدراهم والدنانير والفلوس قرض» .

وفي تحفة الفقهاء للسمرقندي: « كل ما لا يمكن الإنتفاع به إلا بإستهلاكه فهو قرض حقيقة ، ولكن يسمى عارية مجازاً» . (١)

وذهب آخرون على أنها تعتبر أجرا للاستعمال أي تدخل تحت باب عقد الإجارة .

ومنهم من قال أنها وديعة حيث يقال نحن لا نقرض البنك ولكن نودع لديه .

لا يمكن القول أنها وديعة يأخذها البنك كأمانه يحتفظ بها ليردها إلى أصحابها ، وإنما يستهلكها لأعماله ويلتزم برد المثل .

كما لا يمكن القول ان ودائع البنوك تدخل في باب الاجارة ، فيكفي النظر الى طبيعة النقود ، والى عملية الايداع من حيث الملكية والضمان والاستهلاك .

ولا يبق الا القرض وهو ينطبق تماما على عقد الايداع (٢) . وعليه فإن المصارف الإسلامية لا تتعامل بالودائع النقدية إذا كانت بفائدة بأعتباره قرض جر نفع وهذا ربا محرماً شرعاً ، وهذا الحكم يتفق مع تصور الشريعة الإسلامية لطبيعة الوديعة النقدية بأنها قرض .

المطلب الثاني إيداع الصكوك

أولاً: تعريف ومفهوم عقد وديعة الصكوك:

ذهب جانب من الفقه إلى تعريف وديعة الصكوك بأنها « عقد بمقتضاه يودع العميل صكوكه لدى البنك الذي يلتزم بحفظها وردها بذاتها في مقابل أجر يتقاضاه من العميل » (٣)

وذهب جانب آخر من الفقه فعرف عقد وديعة الصكوك بأنها « عقد متبادل ، بمقتضاه يتسلم المصرف المودع صكوكاً مالياً ويلتزم بحفظها ، وبتحصيل الحقوق المتعلقة بها ، ويردها مقابل أجره تحدد إتفاقاً أو عرفاً » .

ونرى أن التعريف الثاني أشمل وأدق من التعريف الأول وهو ما سوف يتراءى لنا ذلك حال الحديث عن الطبيعة القانونية المزدوجة لعقد وديعة الصكوك وما هو جارٍ عليه العمل واقعاً بشأنها لدى المصارف .

والواقع أن البنوك تجني مزايا مؤكدة من عمليات إيداع الصكوك منها تحصل من العميل على العمولة

(١) نقض ١٥ مايو ١٩٤٥ سيبري ١٩٤٦ -١-١ تعليق Lescot مشار إليه في: الدكتور علي جمال الدين عوض ، المرجع

السابق، ص ٢٤

(٢) الفقيه " إسكارا " ESCARRA من موقع الكتروني <http://forum.law-dz.com>

(١) الدكتور كمال عبدالرحيم ، المرجع السابق، ص ١٧٩

(٢) عبدالرحمن العدوي، قضايا معاصرة وساخرة ، مرجع سابق، ص ١٦

(٣) د. حسني المصري: المرجع السابق ص ٢١

رابعا : الطبيعة القانونية للعقد :

استنتاجاً لما سبق نجد إن المصرف في عقد وديعة الصكوك يترتب عليه التزام أساسي وهو حفظ الصكوك ، بيد أن الغرض الاقتصادي لوديعة الصكوك قد يتجاوز مجرد حفظها بذاتها إذ غالباً ما تقتزن هذه الوديعة بعمليات أخرى (١) وهي التزامات تبعية كاستيفاء أنصبة الإرباح أو الفوائد أو بدل الاستهلاك، أو تدقيق في السحوبات أو الحصول على قسائم جديدة وغيرها. وقد تحتل هذه الالتزامات التبعية مكاناً رئيسياً بالنسبة للمتعاقدين، لذا يترأى لنا ، إن إيداع الصكوك ليس عملاً بسيطاً ، بل هو عمل مركب متضمناً عقدين مختلفين هما:

عقد الوديعة وعقد الوكالة وقد تبرز أهمية الوديعة أو الوكالة بحسب مقاصد المتعاقدين.

ومن المتفق عليه إن حرية التعاقد هي الأساس الذي يعطي الأولوية لعقد الوكالة أو الوديعة، ويمكن القاضي من تحديد التزامات ومسؤوليات كل المتعاقدين، استناداً إلى حقوق والتزامات المودع والوديع أو الموكل والوكيل (٢)

والواقع أنه ما يجعل هذا المزيج بين العقدين في عمليه وديعة الصكوك أمراً مقبولاً لا ياباه الذوق القانوني السليم، هو طبيعتهما المتجانسة وان قواعدهما غير متنافرة بل إن هذه القواعد تدرج في تطورات مرنة بحيث يدق معيار التفرقة بينهما في بعض الأحيان، فنحن نعرف مثلاً إن المودع لديه قد ينفق في سبيل حفظ وصيانة الشيء المودع بعض المصروفات فيلزم المودع بأن يرد إليه ما انفق، ومن ناحية أخرى نرى الوكيل يلتزم بحفظ الأشياء التي تدخل في حيازته لحساب الموكل بمناسبة عقد الوكالة. فكان عمل كل من الوكيل والمودع لديه يتضمن بعضاً من عمل الآخر. إلا أن جانباً من الفقه يرى إن وديعة الصكوك هي وديعة عادية مما ينظمه القانون المدني، وإذا كان البنك يتقاضى أجراً عنها، فأن هذا الأجر ليس من شأنه أن يتبع تغيراً في الطبيعة القانونية للعقد. ومن ثم تخضع وديعة الصكوك لقواعد القانون المدني المتعلقة بالوديعة مع مراعاة الطابع الخاص للوديعة المأجورة (٣)

واستقراء للأراء الفقهية السابقة في الفقه المقارن أرى أن الرأي الأول والذي يعتبر عقد وديعة الصكوك هي وديعة ذات طابع مركب بين الوديعة والوكالة هو التمثيل الصحيح لطبيعة عقد وديعة الصكوك، وقد يحدث عملاً أن غاية العميل من إيداع الصكوك لدى البنك هو لإدارتها أكثر من غاية الحفظ المجرد وهو التصرف الذي يتطلب صورة من صور الوكالة التي قد تطلب على طبيعة عقد وديعة الصكوك.

خامساً : آثار عقد وديعة الصكوك

يترتب على عقد وديعة الصكوك التزامات وحقوق بين كل من المصرف والعميل تتلخص فيما يلي:-

التزامات المصرف: إن الالتزامات المترتبة على المصرف ترتبها على عقد الوديعة هي:

التزام المصرف بحفظ الصكوك:

المستحقة عن حفظ الصكوك وإدارتها. وإذا كان صحيحاً إن هذه العمولة غير مجزية في حد ذاتها إلا أن البنوك ترى في قبول هذه الودائع ما يشجع العملاء على التعامل معها فتجني من وراء ذلك أرباحاً طائلة، إذ يلجأ العملاء لخصم الأوراق التجارية والاقتراض وفتح الاعتمادات وإصدار خطابات الاعتماد والضمان (١)

ثانياً : أهلية العميل: يجب أن تتوفر في المودع أهلية الالتزام، بالرغم من أن الإيداع يقصد به في الأصل، الحفظ الذي يعتبر عملاً إدارياً، ولكن المودع يلتزم بدفع الأجرة، ويجب أن يكون لديه صلاحية إبرام التصرفات التي يكلف بها المصرف بشأن الصكوك المودعة (٢) ، إلا إذا كان قاصراً مأذوناً له بالإدارة وكان الوفاء بالأجر من قبيل التصرف في الدخل، أو كان المودع قاصراً بلغ السادسة عشرة وكان له دخل من عمله، لأنه في الحالتين يكون كامل الأهلية للتصرف في دخله.

نصت المادة ٤٣ من قانون الولاية على المال البحريني « للقاصر المأذون له أهلية التصرف فيما يُسلم إليه أو يوضع تحت تصرفه عادة لأغراض نفقته ويصح التزامه المتعلق بهذه الأغراض في حدود هذا المال فقط » ونصت المادة ٤٤ على أنه: « للمجلس أن يأذن للقاصر الذي بلغ السادسة عشرة من عمره في أن يبرم عقد العمل وفقاً لأحكام قانون العمل ، ويكون القاصر في هذه الحالة أهلاً للتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره ولا يجوز أن يتعدى أثر الالتزام القاصر حدود هذا المال الذي يكسبه من عمله.»

فإذا لم يكن المودع أهلاً كان الإيداع لمثله القانوني، وإلا أمكنه أن يطلب إبطال العقد وإن كان البنك يستطيع مطالبته بالأجر باعتباره مقابلاً للنفع الذي عاد على القاصر من العقد أما بالنسبة لما قد يطلبه العميل من البنك من عمليات متعلقة بالسندات المودعة فتلتزم كذلك أهلية العمل المطلوب القيام به (٣) ثالثاً: الصفة التجارية لعقد إيداع الصكوك :

من المقرر في القانون المقارن أن عقد وديعة الصكوك من العقود التجارية كما نص عليه قانون التجارة اللبناني في المادة ٦ الفقرة ٤ ونصت عليه المادة الثانية من المجموعة التجارية في القانون المصري وهو دائماً يعتبر عقداً تجارياً بالنسبة للمصرف أما بالنسبة للمودع فلا يكون تجارياً إلا بالتبعية، حسبما يكون المودع تاجراً أو غير تاجر (٤)

إذا كان العميل تاجراً وكانت وديعة الصكوك متعلقة بتجارته اعتبر عملاً تجارياً له، أما إذا كانت وديعة الصكوك داخله في دائرة أمواله الخاصة أو كان غير تاجر اعتبر عقد وديعة الصكوك مدنياً بالنسبة إليه، وتأسيساً على ذلك يجوز للعميل إثبات العقد في مواجهة المصرف دائماً بكافة طرق الإثبات ، ولكن لا يجوز للمصرف الإثبات في مواجهة العميل بالبينة ما لم يكن الأخير تاجراً وكانت الوديعة تتعلق بتجارته وهو ما يطلق عليه في القواعد العامة لقانون التجارة الأعمال التجارية بالتبعية.

(١) الياس نصيف: المرجع السابق ص ٣٩٩

(٢) د. حسني المصري : المرجع السابق ص ٢١

(٣) الدكتور على جمال الدين عوض عمليات البنوك ص ٦١١

(٤) الياس نصيف: المرجع السابق، ص ٤٠٠

(١) الدكتور حسني المصري: المرجع السابق، ص ٢٢

(٢) الياس نصيف: المرجع السابق، ص ٤٠٠

(٣) الدكتور مصطفى كمال طه ، المرجع السابق، ص ٤٤٩

وتأسيساً على ذلك يمكن إيجاز الالتزام بالرد بالاتي :-
 موعد الرد: ترد الوديعة في الوقت المتفق عليه، فإذا لم يكن متفقاً على موعد كان لكل الطرفين أن ينهي العقد في أي وقت ملائم(١)
 مكان الرد: يجب أن يكون في المكان المتفق عليه، وإذا لم يتفق على مكان الرد كان واجباً في مكان الإيداع ولو كانت الوديعة تحفظ في مكان آخر إذا كان المصرف قد اضطر إلى نقلها من مكانها(٢)
 وقد حدد المشرع البحريني مكان الرد بالنص الآتي: «ويكون الرد في المكان الذي تم فيه الإيداع. (المادة ٢/٢٨٩) تجاره بحريني.

لمن يكون الرد: يلتزم المصرف بمقتضى العقد أن يرد الوديعة للمودع أو لمن يعينه أو لورثته من بعده، وعلى البنك أن يتأكد من شخصيه الطالب بالرد ومن انه المودع، ويكون ذلك عملاً بأن يطابق توقيعه بالتوقيع الذي أخذه للمودع عند الإيداع(٣) أو بصمته إذا بصم في حال الإيداع.

٤- موضوع الرد: على المصرف أن يرد الصكوك المودعة بعينها ما لم يتفق أو ينص القانون على خلاف ذلك. ويترتب على الرد المثلي للصكوك عدم اعتباره رداً لان العبرة بالرد العيني للصكوك وهو الرد الذي يبرأ ذمة المصرف.

ج) الالتزامات التبعية :

تفرض العادات المصرفية على عاتق البنك الالتزام بإدارة الصكوك المودعة. وينشأ هذا الالتزام لا عن عقد الوديعة بل عن عقد يقوم بجواره بين المصرف وعميله وهو عقد الوكالة فيجب على البنك أن يقوم بتحصيل الكوبونات، وتحصيل قيمة السندات المستهلكة ، والتحقق من نتيجة السحب إذا كانت السندات المودعة من السندات ذات النسيب، وإخطار المودع بالعمليات التي على الصكوك كاستبدالها وتجديدها.

ويكون البنك مسؤولاً إذا قصر في القيام بهذه الواجبات ونشأ عن ذلك ضرر للعميل.(٤)

كما يقوم المصرف بتنفيذ الأوامر والتعليمات التي يوجهها إليه المودع، كتلك المتعلقة ببيع وشراء الصكوك، أو بتحويلها أو بغير ذلك من العمليات.

وان الالتزامات التبعية لا تتركز على نص تشريعي، وإنما على العقد الذي يحدد حقوق وواجبات كل من المصرف والمودع لجهة إدارة الصكوك المالية. وتطبق على ادارة الصكوك المالية المودعة مقابل عمولة قواعد الوكالة، وهذه القواعد تقضي بمسؤولية المصرف تجاه المودع، عند عدم تنفيذ التزاماته المبينة في

العقد على أساس إخلاله بالالتزامات تعاقدية (٥)

ولكن، ما هي الالتزامات التبعية التي تقع على عاتق المصرف عند صمت العقد ؟

(١) الدكتور علي جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص ٦٢١

(٢) الدكتور علي جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص ٦٢٢

(٣) والاحتياط الواجب على البنك لا يخضع لقاعدة موحدة بل إن مسلكه يجب تقديره في ضوء الظروف (٤) انظر تطبيقاً لذلك في حكم السين التجارية ١٨ أكتوبر ١٩٢٢ ولوز ١٩٢٤ -٢- ١٣٩-٢٠ تعليق Logic تحقيق

الدكتور علي جمال الدين عوض من كتاب عمليات البنوك ص ٦١٩

(٤) الدكتور مصطفى كمال طه: المرجع السابق، ص ٤٥١

(٥) الياس نصيف المرجع السابق ص ٤٠٥

من المستقر عليه في الفقه المقارن إن وديعة الصكوك عقد وديعة كاملة، لذلك فأن يد المصرف على الصكوك المودعة يد أمين. وينبني على هذا أن المصرف يلتزم بحفظ الصكوك بذاتها، وهو ما يعتبر ضرورياً لرد الصكوك بعينها إلى المودع بمجرد الطلب. فإذا تصرف المصرف في الصكوك المودعة لديه أو استعمالها لحساب نفسه فإنه يعد مرتكباً لجريمة خيانة الأمانة(١)

ويلتزم المصرف وفقاً للقواعد العامة، بحفظ الأشياء المودعة لديه، المحافظة عليها، فيتوجب عليه لأجل ذلك أن يبذل عناية الرجل المعتاد، ويعتبر مسؤولاً عن كل هلاك أو تجنب ما كان في الوسع اتقاؤه، مادام أن الوديعة مأجورة(٢)

ولا يحق للمصرف المودع لديه، أن يندب عنه مصرفاً أو شخصاً آخر، في المحافظه على الوديعة، إلا في إحدى الحالتين الآتيتين:

إذا أجاز له المودع ذلك صراحة .

إذا اقتضت الاحتفاظ ضرورة ماسة.

ب) الالتزام بالرد :

من المقرر قانوناً على المصرف أن يرد الصكوك عينها التي أودعت لديه استناداً الى نص المادة (٢/٢٨٩) من قانون التجارة البحريني: «إذ نصت على ويلتزم البنك برد الصكوك المودعة بعينها ما لم يتفق أو يقتض القانون بغير ذلك»

« ومع ذلك قد يتحرر المصرف من هذا الالتزام بالرد في حالات أربع هي : إذا حجز على الصكوك تحت يده أو عارض شخص في تصليحها للمودع مستنداً إلى ملكيتها لها، أو إذا تغير سند حيازة البنك فأصبح دائماً مرتهاً للصكوك أو إذا استعمل حق الحبس لحق مرتبط بالوديعة ذاتها، أو في حالة القوة القاهرة (٣) وتسري كذلك القواعد العامة فيما يتعلق بالالتزام بالرد : إذ يجب على البنك أن يسلم الصكوك للعميل بمجرد طلبه وللعميل أن يلزم البنك بتسليم هذه الصكوك في أي وقت» إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع عنده» وقد يشترط البنك مهلة مناسبة للرد.

والمصرف يرد الصكوك إلى العميل أو نائبه. وهو يلتزم بالتحقق من شخصية وأهلية المسترد، فيتأكد من انه العميل نفسه أو ممثلة أو نائبه القانوني(٤)

و إذا أصبح المودع ناقص أهلية أو عديمها ، فلا يجوز الرد إلا لمثله القانوني . ويلاحظ أن استرداد الصكوك المودعة يعد من أعمال الإدارة يجوز أن يتولاه من له حق في إدارة أموال المودع. وإذا توفى المودع وجب الرد لورثته. (٥)

(١) د. حسني المصري: المرجع السابق، ص ٢٦

(٢) الياس نصيف: المرجع السابق، ص ٤٠٢

(٣) الدكتور مصطفى كمال طه: المرجع السابق، ص ٤٥١

(٤) الدكتور علي البارودي: المرجع السابق، ص ٢٥٦

(٥) الدكتور علي كمال الدين طه: المرجع السابق، ص ٤٥١

لحسابه ابتداءً، وإذا اضطر إلى إقامة الدعوى بسبب امتناع المصرف عن تأدية حقوقه فله أن يلجأ إلى استعمال دعوتين: الأولى دعوى شخصية ناشئة عن عقد الوديعة، يطالب على أساسها المودع باسترداد وديعته استناداً إلى العقد وإلى مسؤولية المصرف عن إخلاله بالتزامات تعاقدية والثانية دعوى الاسترداد، وتستند إلى ملكية المودع للصكوك المودعة لدى المصرف وغالباً ما تستعمل هذه الدعوى الثانية عند توقف المصرف عن الدفع وتصفيته، ويستطيع المودع في هذه الحالة أن يسترد وديعته مادام لا تدخل في ملكية المصرف المتوقف عن الدفع بل تبقى في ملكية المودع. (١)

*الصكوك في الشريعة الإسلامية:

لا شك أن الصكوك الإسلامية هي في الواقع بديل وبدل صحيح للسندات المالية سواء كانت سندات الخزانة الحكومية أو كانت سندات صادرة من خزائن المؤسسات المالية إذا ما تم تطبيقها تطبيقاً شرعياً سليماً. إلا أن أغلبية هذه الصكوك التي يزعم أحياناً بأنها إسلامية شرعية تعتمد على أصول وهمية لا من حيث الواقع وإنما من حيث التملك، فحملة الصكوك حينما هيأ لهم ما يعتبر لدى مدير صندوق هذه الصكوك أصولاً فهي أصول وهمية، من حيث إن حملة الصكوك لا يملكونها بحكم وجود قيود واشتراطات على تملك هذه الأصول، فمثلاً يأتي من عنده أصل من الأصول فيعرضه على مصدر أو مدير إصدار الصكوك وفي الأمر نفسه يشترط عليه أن يؤجره له، بمعنى يشترط بأع هذه الأصول على مدير إصدار هذه الصكوك أن يشتري هذه الصكوك وأن يؤجرها إلى بائعها وأن يعيدها إليه بعد مدة معينة يجري الاتفاق عليها كعشر سنوات مثلاً وبالسعر الذي اشتراها به، ثم بعد ذلك يعيد حامل الصكوك أو مدير حملة الصكوك هذا الأصل إلى بائعه الأول وبالثمن الذي بيعت به، وفي الأمر نفسه يقول مدير حملة الصكوك إنه يعطيهم نسبة معينة، وما زاد عن ذلك من الأجرة فهي له، على اعتبار أن ذلك حافز، بمعنى أنهم لا يستحقون لقاء تملكهم هذه الأسهم إلا نسبة معينة كما هو الحال مع من يأخذ فائدة ربوية على وديعة استثمارية وفق المؤشر العام للفائدة.

ولا شك أن هذه ليست هي الصكوك الإسلامية، وبناء على هذا فقد صارت سبباً من أسباب الأزمة المالية العالمية، وقد تحدث بعض فقهاء العصر عن حجم هذا التعامل فذكر أنه يبلغ ٨٥% من الحجم العام للصكوك الإسلامية، بمعنى أن الصكوك الإسلامية بحقيقتها وباشتمالها على القيود والشروط والمقتضيات الإسلامية لا تمثل من مجموع الصكوك المستخدمة إلا ١٥% والباقي ٨٥%. هذا ما هو في الواقع إلا ذر الرماد في العيون وظل مخيفاً على الفائدة الربوية، وبناء على هذا فقد صارت هذه الصكوك من أسباب وجود هذه الأزمة الثقيلة بسبب تعريضها عن شرعيتها وإلباسها التعامل الوهمي تحاليفاً على الشرع، لذلك فقد نادي مجموعة كبيرة من فقهاء العصر بضرورة تصحيح هذا المسار، وصدر من هيئة المراجعة والمحاسبة بيان بتوجيه الصكوك الإسلامية وأن تكون مشتملة على قيود وشروط تعطي القناعة التامة بأن حملة الصكوك يملكون أصولاً ملكاً كاملاً يتصرفون فيها عن طريق مديري هذه الصكوك تصرف المالك في أملاكه، وقد

من المقرر فقهاً وقضياً في حال صمت العقد عن بيان الالتزامات التبعية على المصرف حينئذ وبلا اجر إضافي القيام بتحصيل كوبونات الصكوك المودعة في الميعاد، وتحصيل قيمة الصكوك المستهلكة، ودفع ما يجب من رسوم لأن ذلك يدخل ضمن الإدارة المالية العادية للصكوك المودعة. إنما يتطلب الأمر اتفاقاً خاصاً فيما يتعلق بالتزام المصرف بإبلاغ المودع بالحوادث التي تمهه في إدارة الصكوك كأخطاره بزيادة رأس مال الشركة، لكي يباشر أولويته في الاكتتاب في الأسهم الجديدة، كذلك يتطلب اتفاق خاص يلزم المصرف بالحقوق من نتيجة سحب الصكوك وإذا دخل اليانصيب، و عليه في هذه الحالة إخطار العميل. ولا يقوم المصرف بدون نص صريح، باستعمال أي حق من الحقوق المتعلقة بالصكوك، كالحق في الاكتتاب بالأولوية مثلاً، ولكنه قد يقوم بها كفضولي يعمل لمصلحة عميلة عند غيابه. (١)

٢ - حقوق المصرف :

(أ) استيفاء أجرة الحفظ :

للمصرف حق في الحصول على أجرة على الحفظ ويكون للمصرف الحق في أجر لقاء الالتزامات التي يتحملها ويسمى بأجر الحفظ. ويحدد هو الأجرة عادة بحسب عدد قيمة الصكوك.

وللبنك ضماناً لاستيفاء الأجر حتى يستوفي حقه وله أيضاً التمسك بالامتياز المقرر بمقتضى القواعد العامة في القانون المدني لمصرفات حفظ المنقول (٢)

(ب) نفقات الحفظ وتعويض الخسائر : (٣)

إضافة إلى الأجرة، وعملاً بالمبادئ العامة في القانون المدني يحق للمصرف أن يحصل على تعويض عن الخسائر التي قد تترتب على عملية الإيداع ومن باب أولى للبنك استيفاء نفقات الحفظ من المودع.

(ج) استيفاء أجر عن العمليات التبعية :

يحق للمصرف أن يستوفي أجراً عن العمليات التي يقوم بها بصورة تبعية أو مقتضيات الأجر في هذه الحالة هي اجر الوكيل عن الأعمال التي يقوم بها لمصلحة الأصيل ويتفق فيما بينهما على تحديده بموجب بنود العقد ويتم تحديدها عرضاً في بعض الأحيان، وتستوفي عادةً من حساب المودع النقدي في البنك وكما سبق الإشارة إليه يحق للبنك حبس الصكوك المودعة لديه لاستيفاء الأجرة.

٣- حقوق العميل

يحق له أن يطالب باسترداد الصكوك المودعة في أي وقت يشاء، حتى لو تضمن العقد أجلاً لم يحل بعد للاسترداد، ذلك لأن الأجل يوضع في مصلحة المودع وليس في مصلحة المصرف أو الائتين معاً.

كما يحق له المطالبة بأرباح فوائد الصكوك المودعة لدى المصرف على أن يكون المصرف قد حصلها

(١) الدكتور علي البارودي المرجع السابق ٢٦٧

(٢) الدكتور مصطفى كمال طه المرجع السابق ص ٤٥٢

(٣) الياس نصيف المرجع السابق ص ٤٠٦

(١) الياس نصيف المرجع السابق ص ٤٠٧

المبحث الثاني إيجار الخزائن الحديدية

أولاً : ماهية عقد إيجار الخزائن الحديدية:

عرفة جانب من الفقه على أنه:

« هو عقد بمقتضاه يلتزم المصرف بأن يضع تحت تصرف المودع في المكان الذي يشغله خزانه حديدية أو صندوقاً حديدياً مقابل أجر يتناسب مع حجم الخزانه ومدة الانتفاع». (١)

وعرفة جانب آخر من الفقه « عقد بمقتضاه يضع البنك خزانه حديدية قائمة بمبناه تحت تصرف العميل الذي يستأثر باستخدامها في حفظ أشياءه مقابل أجر يتناسب مع سعة الخزانه ونوعها ومدة استخدامها» (٢)

وتأسيساً على ذلك يتم العقد بين المصرف والعميل والأصل أنه لا يقوم على الإعتبار الشخصي، ومع ذلك فهذا الاعتبار مراعي في حدود ضيقة مظهرها أن البنك قد يرفض التأجير لأشخاص معينين وأن العميل قد يفضل مصرفاً على مصرف آخر ويتم بمجرد توافق الإيجاب والقبول. والغالب أن يحصل التعاقد بتوقيع الطرفين على عقد مكتوب يطبعه المصرف ويحصل على توقيع من العميل عليه. ولا يملك العميل أن يناقشه ، بل أن الغالب إما أن يقبله كله أو لا يتعاقد وهو ما دفع بعض الشراح إلى اعتبار العقد في هذه الحالة عقد إذعان (٣)

وهذا العقد يحتفظ باستقلاله الكامل عن العمليات المصرفية الأخرى لذات العميل وهو لا يعود على البنك بفائدة خاصة، إذ لا يتسنى له أن يدخل الأشياء الموجودة في الخزانه من دائرة العمليات المصرفية التي يقوم بها ، والإيجار الذي يتقاضاه المصرف يبدو ضئيلاً إذا قورن بما يكلفه بناء الخزائن وصيانتها إلا أن المصرف يهدف من إبرام هذا العقد إلى إجتذاب العملاء (٤)

لذلك فإن هذه العملية المصرفية لا تثير جدلاً من واقع المقارنة بين المصارف الربوية التقليدية والبنوك الإسلامية إذ أن هذه العملية مجردة من الفوائد الربوية إذا احتفظ العقد بعناصره دون تداخل العمليات المصرفية الأخرى معه، وبالتالي تستطيع المصارف الإسلامية استخدام هذه العملية وفقاً لطبيعة العقد، على النحو الذي سوف نوضحه لاحقاً.

اتجه الآن كثير من المؤسسات المالية التي تقوم بإصدار هذه الصكوك، اتجاهاً وفق هذا البيان.

ونوه الفقهاء إلى أنه بعد ظهور عيب تطبيق الصكوك الإسلامية على وضع عشوائي فوضوي غير مبني على إرشاد شرعي، وبعد أن ظهر ذلك العيب وظهرت آثاره السيئة تبنت الهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية توجهها سليماً من خلال المراقبة والمتابعة للصكوك الإسلامية، وكذلك متابعة تطبيقها لتعزيز الطمأنينة والثقة بها، حيث إن كل جهة تقوم بإصدار صكوك إسلامية لا بد أن تكون الجهة الرقابية الشرعية لهذه المؤسسة ولا بد أن تكون قد درست النموذج الذي تسيّر عليه هذه الصكوك المراد إصدارها، وفي الأمر نفسه يمكن القول إن هناك مجموعة من الصكوك الإسلامية هي في الواقع تعدل مسارها وأضحت الآن ذات قيمة وذات قناعة بأنها بدل السندات القائمة. أما بالنسبة لوجوب وجود هيئات شرعية لتصحيح مسار الصكوك الإسلامية فقد وجدت الآن وحظيت برقابة حقيقية لمعاملات إيداع الصكوك، وطالما وجد نقص وخلل في التطبيق، وجدت العوامل لتصحيح هذا الاتجاه وبالتالي لتصحيح التطبيق.

ووجدت الآن صكوك إسلامية مبنية على مقتضيات شرعية من حيث التملك ومن حيث الاستغلال ومن حيث العائد الذي يعود لحملة الصكوك أنفسهم، وكذلك من حيث إفراز اختصاص مدير حملة صندوق هذه الصكوك وأنه يجب أن يشعر بأنه أجبر وأن ما يطمح إليه من تحفيزه لا يكون له إلا في حال وجود ما يعطي القناعة، وأنه يستحق أن يشجع وأن يعطى حافزاً. وفي الأمر نفسه كذلك هذا الحافز جاهدت الهيئات الشرعية لتلا يعطى كامل ما يتعلق بالباقي، بل ما بقي بعد التصفية يجب أن يرجع إلى حملة الصكوك، ولا بأس أن يعطى المدير إن كان مستحقاً للحفز والتشجيع نسبة من هذا المبلغ الباقي مثلاً ٥% أو ١٠% زيادة على أجرته التي يعطى إياها كأجرة سنوية أو شهرية. وبناء على هذا الأمل أن تعطي الصكوك الشرعية ثمارها وأن تعطي نتائجها ، وفي الواقع لو نظر في حقيقة هذه الصكوك لوجدت في الواقع أنها لا تختلف عن الصناديق الاستثمارية ولا عن الأسهم في الشركات المساهمة القائمة إلا من حيث الاصطلاح في أنها صالحة للتداول دون غيرها، ولعل هذا هو السبب في جعل لها إثارة على الصناديق الاستثمارية لأنها صالحة للتداول، فيكون عند العميل اليوم مثلاً مليون سهم في مؤسسة أو في صندوق صكوك إسلامية ويكون لديه القدرة على بيع ما تيسر منها أو شراء كذلك ما يعرض من ذلك، وفي الوقت نفسه تكون حقيقة بديلاً عن السندات.

ويشير الفقه إلى أن الذي حدث في بعض المصارف فيما يتعلق بالتعامل المصرفي الإسلامي

هو سوء التطبيق، فسوء التطبيق جاء فيما يتعلق مثلاً بالصكوك الإسلامية وأنهم كانوا ينظرون إلى الصكوك الإسلامية كبديل ولكنهم في الواقع من تطبيقها لم يبتعدوا عن السندات القائمة وإنما مشوا مع السندات القائمة فيما يسمى بالصكوك الإسلامية المنفذة، وبالتالي صارت تمشي مع طريف السندات بخطين متوازيين قريبين من بعضهما بعضاً ويلتقيان في حوض واحد، وبناء على هذا فقد جاء الانتقاد والاعتراض والإنكار على الصكوك الإسلامية. لكننا نقول ليس هذا موجهاً للصكوك الإسلامية وإنما موجه إلى سوء تطبيق الصكوك الإسلامية. (١)

(١) الشيخ الدكتور عبدالله المنيع، مجلة المصرفية الإسلامية، العدد المنشور يوم الأربعاء ٢٠١٠/٢/٣ من موقع المجلس العام للبنوك والمؤسسات المالية الإسلامية ، <http://www.cibafi.org>

(١) الياس نصيف المرجع السابق ص ١١٤

(٢) الدكتور حسني المصري المرجع السابق ص ٣١

(٣) الدكتور علي جمال الدين عوض المرجع السابق ص ٦٤٠

(٤) الدكتور علي البارودي المرجع السابق ص ٢٧٠

ثانياً: الطبيعة القانونية لعقد إيجار الخزائن الحديدية:

اختلف الفقه في الطبيعة القانونية للعقد المبرم بين المصرف وعميلة وفقاً للآتي:

١- توصيف العقد بأنه عقد وديعة:

«ذهب بعض الفقهاء أن عقد الإيداع لدى الخزائن هو عقد وديعة، لأن الغرض الأساسي منه هو حفظ وصيانة الأشياء المودعة، حتى ولو لم تكن هذه الأشياء قد وضعت بإستلام وتحت تصرف المصرف. فعقد الوديعة ليس من شأنه دائماً أن ينقل حيازة الأشياء المودعة إلى الوديع، كما هو الأمر في عقد الوديعة الفندقية حيث تبقى الأشياء المودعة في الفندق بإستلام وحيازة النزيل، وكما هو الأمر أيضاً في إيداع السيارة لدى الكراج».

ومن مؤيدي هذا الرأي العالمان ريبير وربولو، ويدعم أصحاب هذه النظرية رأيهم بالقول: «إن المودع لا يمكنه أن يصل إلى الأشياء المودعة في الخزنة الحديدية إلا بواسطة المصرف، وهذا ما يجعل العقد قريباً من عقد الوديعة». (١)

٢- توصيف العقد بأنه عقد حراسة: بإعتبار أن الموجب الأساسي المترتب على المصرف هو حراسة الخزنة الحديدية، وبالتالي الأشياء الموجودة فيها.

٣- توصيف العقد بأنه عقد إيجار: ذهب فريق ثالث يضم أكثرية رجال الفقه والقضاء إلى إعتبار أن هذا العقد هو عقد إيجار، بإعتبار أن المصرف يلتزم بوضع الصندوق الحديدي تحت تصرف المودع من أجل الإنتفاع به بحرية تامة دون أن يكون له حق الإطلاع على الأشياء الموجودة بداخله، بل يبقى المودع وحده هو الذي يعلم بمقدار وبيان هذه الأشياء، وقد يترك الخزنة الحديدية فارغة دون أن يؤثر ذلك في صحة عقد إيجارها. وقد يشترط المودع ألا يكون للخزنة إلا مفتاح واحد فقط، حتى يطمئن على عدم إطلاع المصرف على محتويات الصندوق الحديدي، ومثل هذا الشرط يعتبر صحيحاً (٢)

إذاً فالرأي السائد فقهاً وقضاً هو أن العقد هو عقد إيجار أشياء يلتزم بمقتضاه المصرف أن يمكن العميل المستأجر من الانتفاع بالخزائن الحديدية مدة معينة لقاء أجر معلوم. وقد اعترض على هذا الرأي بأن عقد الخزنة الحديدية لا يستجيب تماماً لإيجار الأشياء، إذ إن البنك يتحمل أساساً الإلتزام بالحراسة والحفظ، وهذا الأمر لا يدخل في نطاق إيجار الأشياء، ولذلك قيل بأن العقد لا يعتبر وديعة أو بعبارة أدق نوعاً من عقد الوديعة يمكن أن يسمى بعقد الحراسة، ولهذا التحليل ميزته في وصف العقد وفقاً للإلتزام الرئيسي للمصرف وهو الإلتزام بالحراسة (٣)

ولكن محكمة النقض الفرنسية قضت بأن العقد ليس بعقد وديعة وإنما هو عقد إيجار يتضمن التزاماً خاصاً على المصرف بالحراسة واتخاذ جميع التدابير اللازمة لحفظ الخزنة والأشياء التي تحتويها ملم يثبت القوة القاهرة. (١)

وأرى أن عقد إيجار الخزنة الحديدية هو عقد مختلط أو مزدوج بين عقد الإيجار وعقد الحراسة لأن لكل منهما أثر من الآثار القانونية المترتبة عليه وكل منهما يكمل الآخر في الإلتزامات المتقابلة بين المصرف والعميل والقول بخلاف ذلك قد يترتب عليه اشكالات قانونية. ويلاحظ أن عقد إيجار الخزائن يعد تجارياً دائماً بالنسبة إلى المصرف، أما بالنسبة إلى العميل فيكون مدنياً إذا كان العميل غير تاجر ويكون تجارياً أو مدنياً بالنسبة للعميل التاجر بحسب ما إذا كانت الخزنة تستخدم لحاجات تجارية (٢)

ثالثاً: آثار عقد إيجار الخزائن الحديدية:

ينتج عن العقد التزامات وحقوق لكل من المصرف والمودع على النحو التالي:

١- التزامات المصرف:

توجد التزامات أساسية مترتبة على المصرف وهي كالتالي:

أ- وضع صندوق حديدي بتصرف المودع.

إن الإلتفاق هو الذي يحدد حجم الصندوق أو الخزنة الموضوعة تحت تصرف المودع ويتم بذلك بتسليم المودع المفتاح والاحتفاظ لنفسه بمفتاح آخر. (٣)

ويلاحظ أن هذا الانتفاع حق شخصي للمستأجر بحيث على المصرف أن يتحقق من شخصية العميل كلما أراد الدخول إلى الخزنة، وتفرض مراعاة الاعتبار الشخصي أن البنك ملزم كذلك بتحقيق الأمان للعميل بحفظ الخزنة، ولذلك فمن واجبه ومن حقه أن يمنع الغرباء من الدخول إليها إلا أن مقتضيات القواعد العامة في الوكالة تدخل من ضمنها حق المودع بتوكيل آخر لإستخدام الوكالة بموجب توكيل خاص نظراً للإعتبار الشخصي الذي أوضحناه سلفاً ويكون حق الوكيل في إستخدام الخزنة صحيح ولا يوجد استثناء يرد على هذه الحالة تمنع الوكيل من استعمال الخزنة. ألا أنه قد يحدث أن تنتهي الوكالة بسبب العزل أو وفاة الوكيل أو لأي سبب آخر فنرى أن لا مسؤولية قانونية تترتب على البنك حال السماح للوكيل استعمال الخزنة ما لم يخطر بذلك ويعتبر الوكيل في هذه الحالة حائزاً للخزنة لمصلحة الخلف لعام لصاحب الخزنة وهم ورثته ويقع عليه إلتزام ردها إليهم وفقاً لمقتضيات القواعد العامة في هذا الشأن. وللعامل استخدام الخزنة في أي وقت، ولكن بشرط مراعاة المواعيد المتفق عليها ١٧٧. ولا يجوز للبنك مثلاً منع العميل من فتح الخزنة بدعوى أن العميل لم يستخدمها لفترة طويلة، أو لأن العميل لم يدفع للمصرف الأجر المتفق عليه. كما يجب على المصرف أن يحيط استخدام الخزنة بسرية تامة، ومن باب أولى لا يجوز له فتح الخزنة (٤)

(١) الدكتور مصطفى كمال طه: المرجع السابق، ص ٤٥٤

(٢) الياس نصيف: المرجع السابق، ص ٤١٦

(٣) الدكتور حسني المصري: المرجع السابق، ص ٣٦

(٤) الدكتور حسني المصري: المرجع السابق، ص ٣٧

(١) الياس نصيف: المرجع السابق، ص ٤١٣

(٢) الياس نصيف: المرجع السابق، ص ٤١٤

(٣) الدكتور مصطفى كمال طه: المرجع السابق، ص ٤٥٣

ب- تأمين حراسة على الصندوق الحديدي:
يترتب إلتزام المصرف بمراقبة وفرض حراسة على الصندوق الحديدي بغية المحافظة عليه من السرقات والتحوط بإستعماله على النحو المشروع، ويلتزم البنك أيضاً بصيانة الصندوق لكي يبقى بحالة جيدة تمكن العميل من استعماله.

ويثار سؤال بشأن مدى قدرة المصرف على صيانة الصندوق وفتحها وبين التزامه بالحفظ والحراسة للصندوق الحديدي؟
فأرى أن مسألة صيانة الصندوق يجب أن لا تنال من سرية استعمال العميل للصندوق والإلتزام على المصرف الأساسي بحفظ هذا الصندوق مما يتعين معه وجوب التنسيق مع العميل بحفظ الأشياء في صندوق آخر حتى تتم صيانة الصندوق وعدم تعريض محتويات الصندوق لأي عارض قد يترتب على عملية الصيانة.

ج- مسؤولية المصرف في حال إخلاله بالالتزام:

يترتب على المصرف مسؤولية لا تتجاوز الضرر الذي يصيب المودع بسبب هذا الإخلال، وقد اعتبر القضاء إن المصرف مسئول إذا أخل بالالتزام المحافظة على الخزنة وصيانتها، ونتج عن ذلك تلف محتوياتها بسبب تسرب المياه إليها (١) أو إلى سرقة هذه المحتويات (٢) ويظل المصرف مسؤولاً سواء حصلت السرقة عن طريق كسر الصندوق الحديدي أو استعمال مفاتيح مزورة، أو بطريقة فتح الخزنة بصورة غير مشروعة، من قبل شخص أهمل المصرف في التأكد من هويته.

ولكن المسؤولية ترتفع بسبب القوة القاهرة التي يقع عبء إثباتها على المصرف (٣) وأساس المسؤولية في هذه الحالة هي المسؤولية العقدية.
٢- إلتزامات المودع:
١- دفع الأجرة:

يحددها العقد أو العرف، ولا يجوز تعديلها أثناء العقد إلا برضا الطرفين، والغالب أن تدفع مقدماً عن كل مرة يسري فيها العقد وهي مدة سنة. ويدفع معها عند إبرام العقد مبلغاً كتأمين عن المدة التي يتأخر فيها المستأجر عن دفع الأجرة فيكون للبنك أن يخصم ما يستحق من أجرة متأخرة. وإذا كان للمستأجر حساب في البنك فتحصل الأجرة غالباً بطريق القيد في الحساب مقدماً. (٤) ويستطيع المصرف أن يلجأ إلى طلب فسخ العقد في حال إمتناع المودع عن القيام بالالتزام بوجه عام، وخاصة الإلتزام المتعلق بدفع الأجرة.

٢- استعمال الصندوق الحديدي وفقاً لشروط العقد أو العرف:
على المودع أن يستعمل الصندوق الحديدي وفقاً للغاية المعد لها وللشروط الواردة في العقد أو المتعارف عليها، لذلك يتمتع عليه بصورة خاصة أن يودع أشياء ممنوعة أو خطيرة أو مضرّة أو مزعجة. وقد ورد في

١- تمييز فرنسي ١١-٢-١٩٤٦ - دالوز ١٩٤٦-٣٦٥ مشار إليه في الياس نصيف: المرجع السابق، ص ٤١٧.

٢- (تمييز فرنسي ٢٩-١٠-١٩٥٢) مشار إليه في الياس نصيف: المرجع السابق، ص ٤١٧.

٣- الياس نصيف: المرجع السابق، ص ٤١٧.

٤- الدكتور علي جمال الدين عوض المرجع السابق، ص ٦٤٤.

١- (١) تمييز فرنسي ١١-٢-١٩٤٦ - دالوز ١٩٤٦-٣٦٥ مشار إليه في الياس نصيف: المرجع السابق، ص ٤١٧.

٢- (٢) (تمييز فرنسي ٢٩-١٠-١٩٥٢) مشار إليه في الياس نصيف: المرجع السابق، ص ٤١٧.

٣- الياس نصيف: المرجع السابق، ص ٤١٧.

٤- الدكتور علي جمال الدين عوض المرجع السابق، ص ٦٤٤.

خامساً: انتهاء العقد:

إيجار الخزانة عقد مستمر يبرم عادة لمدة محدودة تقبل التجديد إذا لم يخطر أحد الطرفين الآخر قبل انتهائها برغبته في إنهائه، ويشترط المصرف عادة حقه في إيقاف الإيجار في أي وقت يشاء دون أبداء الأسباب بشرط الإخطار و رد الأجرة للمدة الباقية. والأصل إن وفاة المستأجر لا تمنع استمرار العقد، ويشترط البنك عادة حقه في وقف استعمال الخزانة في حالة الوفاة حتى يقدم له مستندات خاصة لمن له حق استعمالها. ولا يمنع إفلاس المستأجر استمرار العقد، وكذلك وفاة المستأجر وإفلاسه. (١)

*إيجار الخزائن الحديدية في الشريعة الإسلامية:

إن من مقتضيات خدمة إيجار الخزائن الحديدية في إطار الشريعة الإسلامية كونها أحد بدائل العمليات المصرفية الربوية، فالعملاء الذين يرغبون بإيداع أموالهم للحفاظ من التلف، والحماية من السرقة؛ دون قصد الاستثمار وهذا ما يميزها عن جملة العمليات المصرفية الأخرى وهو خلق تلك العملية من نية المتعاقدين لإستثمار مالههم، وبخاصة إذا كانوا كثيرون الحاجة إلى هذه الأموال بحيث تكون تحت تصرفهم كما هو الحال في الحسابات الجارية، والتي لا تمنح المصارف الربوية - غالباً - عليها فائدة ربوية. وجملة القول أن العملاء يمكنهم التحول من إيداع أموالهم في الحسابات الجارية التي تضعها المصارف الربوية في الاستثمار وفي الإقراض بفائدة، إلى خدمة صناديق الأمانات، التي تحقق لهم الغاية نفسها؛ من الحفاظ والأمان وسهولة السحب.

وحقيقة التحول في ادوات العمليات المصرفية من خدمة إلى أخرى منوطاً بالمصارف، إذ من الواجب عليها تشجيع هذه الخدمة؛ لاستقطاب عدد كبير من المسلمين الذين يحجمون عن التعامل مع المصارف بدافع شبهة الحرام، أما إذا قدمت المصارف لهم خدمة مشروعة مأمونة فإن الأمر يتغير، وهذا الكلام لا يخص المصارف الإسلامية فحسب، بل ينسحب على المصارف الربوية إذا رغبت في توسيع نطاق الخدمة ويتميز عقد إيجار الخزائن الحديدية عن غيره من عقود المعاملات المصرفية بأنه عقد مستقل بالعمل نفسه. لا يعود للبنك منه أي فائدة تبعية سوى أنه عامل من عوامل اجتذاب العملاء، وإذا كان البنك يأخذ أجرة على تأجير الخزائن فإن هذه الأجرة في الغالب لا تتناسب مع تكاليف إنشاء هذه الخزائن ولا مع المسؤولية في الحفاظ عليها بعد استئجارها.

أما العميل فله فوائد أهمها ضمان سلامة وحفظ الأشياء التي أودعها في الخزانة الحديدية، و ضمان سريتها والقدرة على الاستمرار في السرية، بحكم أن مفتاحها بيده وحده، وأن البنك لا يمكن غيره من فتحها، بخلاف ما لو كان ذلك في بيته أو متجره، فإن المحافظة على سريتها والاستمرار على ذلك مما لا يستطيعه في الغالب. وقد يكون أهم سبب يقلل من التحول إلى هذه الخدمة بشكل أوسع هو عدم استطاعة المصرف استعمال الأموال لاستثماراته الخاصة حيث يقلل ذلك من ربحيته.

المبحث الثالث
عمليات الإئتمان

تعتبر عمليات الإئتمان من وظائف المصارف الأساسية وهي عبارة عن عمليات يرتضي بمقتضاها المصرف أن يمنح العميل أو أي شخص آخر بناء على طلبه مقابل فائدة أو عمولة محددة حالاً أو بعد وقت معين، ائتمانه بشكل رؤوس أموال نقدية أو بشكل آخر، مقابل ضمانات شخصية أو عينية أو حتى بدون ضمانات، على أن يلتزم برد المبلغ الذي حصل عليه من المصرف في وقت معين. (١)

ومن مقتضيات تلك العمليات الائتمانية يتبين لنا بشكل واضح أوجه حصول المصرف على الفائدة التي هي في الأساس منهجية البحث المائل الذي يمثل «الربا» في أوضح صورته، ويقوم البحث في فصول قادمة إلى إيجاد حلول شرعية مناسبة تعتمد على الأصول الشرعية الإسلامية بعيدة عن الربا أو ما يسمى الفائدة من العمليات الائتمانية، ولكي تتضح الصورة العملية لتلك العمليات يتعين دراستها على الأسس القانونية التي قامت عليها وطرح آلياتها عملاً في المبحث المائل.

ولا يعتمد المصرف من أجل توفير عمليات الإئتمان على رأس ماله فقط، إنما على كافة موارده التي تشمل إضافة إلى رأس المال، الودائع النقدية والأرصدة الدائنة للحسابات الجارية، والأرباح الحاصلة. وقد يتجاوز موارده جميعاً، فيعتمد إلى خلق الإئتمان مستنداً إلى الثقة فقط، فيكفل عميله اتجاه الغير ضماناً لتنفيذ تعهداته ويكون مضطراً إلى تنفيذ الكفالة في حال تأخر المكفول عن أداء الدين على أن يحل الدائن تجاه المكفول. وأكثر من ذلك، قد ينتج المصرف وعوداً بنقود لا يملكها هو ولا يملكها المودعون أيضاً، وذلك لأن الثقة بالمصرف تصل لدرجة اليقين، فيستند العميل على وعد المصرف بإعطائه نقوداً ولا يقوم بسحب هذه النقود، وإنما يستلم من المصرف دفتر شيكات ويتمكن بواسطته من تسديد ديونه والإنفاق على نشاطاته دون أن ينتقل المبلغ المقترض من صناديق المصرف. وهكذا يتسع نطاق الودائع، فتصبح القروض وداائع يستند إليها المصرف ليمنح قرضاً جديداً، ويتم التعامل بالأوراق والقيود بدلاً من التعامل بالنقود بصورة فعلية. (٢)

وتأسيساً على ذلك فإن تلك المنهجية من عمليات الإئتمان للمصارف التقليدية أو الربوية هي الأساس الذي على أساسه انهار الاقتصاد العالمي المالي بناءً على تلك العمليات الوهمية والمضاربات غير الحقيقية، سقط النظام المالي العالمي في أكبر أزمة تواجهه في عام ٢٠٠٨ وأستمرت حتى عام ٢٠٠٩، وتحاول الدول الكبرى النهوض به ولكن دون القدرة على ذلك مما جعل السياسة بل حتى رجال الدين المسيحيين وعلى رأسهم بابا الفاتيكان إلى دعوة كافة المصارف والمؤسسات المالية إلى إتخاذ منهجية الاقتصاد الإسلامي والعمليات المصرفية الإسلامية أساس لكي تنهض من أزمتها الطاحنة.

(١) الياس نصيف: المرجع السابق، ص ٤٢٣

(٢) الياس نصيف: المرجع السابق، ص ٤٢٣.

(١) الدكتور جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص ٦٥٠

القرض، إذا لم يكن هناك إتفاق مخالف وتعتبر نفقات الاسترداد والرد على المقترض.(١)

ثانياً: الصفة المدنية أو التجارية للقرض المصرفي:

القرض المصرفي يكون تجارياً دائماً بالنسبة للمصرف بوصفه من عمليات المصارف، أما بالنسبة للعميل المقترض فيكون مدنياً أو تجارياً بحسب صفة المقترض أو الغرض الذي يخصص له القرض. فيكون القرض تجارياً بالنسبة للعميل أيضاً إذا كان تاجراً واقترض لحاجات تجارية أو كان المقترض غير تاجر لغرض استخدام النقود المقترضة في عمل تجاري، ويكون الغرض مدنياً بالنسبة إلى العميل إذا كان غير تاجر ولم يكن الغرض من القرض استخدامه في عمل تجاري.

وإذا كان القرض عملاً مختلطاً تجارياً بالنسبة للمصرف ومدنياً بالنسبة إلى العميل، فلا يجوز تبويض آثار العملية تجاه كل من الطرفين، ولا يصح الأخذ بكلين مختلفين فيما يتعلق بتحديد النظام القانوني للفوائد أو طبيعة الرهن الذي يضمن القرض، بل يجب لزاماً الأخذ بكل موحد.

ولما كانت خصائص الإلتزامات التجارية تفسر ضرورة دعم الإئتمان، فمن الواجب لتحديد الطابع التجاري للإلتزام البحث عن طبيعة العمل الذي يقوم به المدين. فإذا لم يكن العمل الذي يقوم به المدين تجارياً فإن الإلتزام لا يكون تجارياً، أي كانت طبيعة العمل الذي يقوم به الدائن.

وقد أخذت بهذا الحل الدائرة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية(٢)، أما الدائرة المدنية ودائرة العرائض بهذه المحكمة فقد اعتمدت بشخص الدائن أي المصرف، وأعتبرت القرض الصادر من المصرف تجارياً دائماً أي كانت صفة القرض أو الغرض من القرض.(٣)

وقضت محكمة النقض المصرية في حكمين أصدرتهما في يونيو ١٩٦٣(٤)، عندما عرض الأمر عليها بصدد تقاضي المصرف فوائده على متجمد الفوائد حتى من المقترض غير التاجر والذي يعتبر بالنسبة له على هذا الأساس عملاً مدنياً. فقضت المحكمة إعتبار القروض التي تعقدها المصارف في نطاق نشاطها المعتاد عملاً تجارياً مهما كانت صفة المقترض وأياً كان الغرض الذي خصص له القرض، وبالتالي يحق للمصرف دائماً أن يتقاضى من المقترض فوائده على مجمل الفوائد استثناءً (٥) من القواعد العامة في القانون المدني. بيد أن هذا القضاء لا يبرأ من النقد في نظر الفقه المقارن، ذلك أن المشرع لم يستهدف بالقواعد الخاصة بالفوائد إلا حماية المدين المقترض وإن كانت هذه الحماية أقل في القرض التجاري منها في القرض المدني ويرجع هذا إلى اختلاف القواعد التجارية للفوائد عن القواعد المدنية مرجعه أن المقترض يحقق عادةً من المبالغ المقترضة لأعمال تجارية أرباحاً أكثر مما لو استثمرت في أعمال مدنية. ولذلك يجب لتحديد الطابع

وقد تتبع المصارف التقليدية عمليات توزيع الأئتمان فتصل إلى إستعمال مبالغ كبيرة من موارد المصارف بحيث لا يبقى محتفظاً في خزائنه إلا بإحتياطي نقدي قليل، من أجل مواجهة الطوارئ التي قد يتعرض لها. ومن المعلوم أن عمليات الأئتمان يرافقها عادة خطر عدم الإيفاء، ولكن نسبة الخطر تزيد وتقل بحسب ضعف أو قوة الضمانات التي يحصل عليها المصرف مقابل توزيع الأئتمان، ولكن مهما قويت الضمانات يبقى احتمال الخطر متوقعاً لإرتباطه بشخص المدين وبظروف مهنته ومشاريعه ولارتباطه أيضاً بظروف اقتصاديه عامة، وبأزمات مختلفة تتولد من زعزعة الإستقرار والأمان الإجتماعي، كحالات الحرب أو الزلازل أو الكوارث المختلفة التي تضطرب معها المشاريع، ويعجز المدين عن إيفاء ديونه مهما كانت الضمانات التي منحها المصرف مقابل عمليات ائتمان قوية(١)

وسوف نعرض فيما يلي ثلاث صور واضحة من الإئتمان المباشر:

وهي القرض ثم الاعتماد البسيط ثم الإعتماد المستندي في ثلاث مطالب متتالية.

المطلب الأول القرض

أولاً: تعريفه وسريان القواعد العامة عليه:

القرض المصرفي هو أقدم وأبسط صور الأئتمان، وفيه تسلم النقود مباشرة إلى العميل أو تقييد من الجانب الدائن لحسابه والعقد عقد قرض عادي يتضمن بيان الفوائد والعمولة وميعاد الرد.(٢)

وقد عرفه الفقه المقارن بأنه عقد يقتضى تنفيذه تسليم النقود المقترضة إلى العميل بمجرد إبرام العقد، وغالباً ما يكون العميل المقترض غير تاجر على الأخص عندما تكون عملية القرض عملية منفردة ولكن لاشيء يمنع من أن يرتبط القرض بفتح حساب جاري.

ويحدد الإتفاق بين البنك والعميل شروط هذا القرض وأجله وما يتقاضاه البنك من فوائد وعمولة والضمانات التي يقدمها العميل. ولا يقدم البنك عادة الإقراض على المكشوف أو بلا ضمانات، وغالباً ما يقدم العميل المقترض صكوكاً مالية فيصبح البنك دائناً مرتهاً لها. والقاعدة أن البنك كدائن مرتتهن لا يجوز له أن يستعمل هذه الصكوك المرهونة أو أن يتخذ بصدها أي إجراء.(٣)

ويتوجب على العميل أن يرجع أصل الدين مع الفائدة في الوقت المحدد، ولكن لا يجوز إجباره على الرد قبل حلول الأجل المعين لمدة العقد أو القرض، وإنما يجوز له أن يرد قبل الأجل ما لم يكن هذا الرد مضرراً لمصلحة المقترض. وإذا لم يعين أجلاً كان المقترض ملزماً بالرد عند أي طلب يأتيه من المقترض، وإذا أتفق الطرفان على أن المقترض لا يوفي إلا عند تمكنه من الإيفاء، أو حين تتسنى له الوسائل فللمقرض حينئذ أن يطلب من القاضي تعيين موعد الإيفاء. وعلى المقترض أن يرد المبلغ مع الفائدة في المكان الذي عقد فيه

(١) الياس نصيف: المرجع السابق، ص ٤٢٤

(٢) الدكتور مصطفى كمال طه: المرجع السابق، ص ٤٢٢

(٣) الدكتور علي البارودي: المرجع السابق، ص ٣٦٨

(١) الياس نصيف: المرجع السابق، ص ٤٢٦

(٢) نقض فرنسي جنائي ١٤ مايو ١٨٨٦ دلو ١٨٨٦-١-٢٨٨٦ مشار إليه في الدكتور مصطفى كمال طه ص ٤٢٣

(٣) نقض فرنسي مدني ٢٩ أبريل ١٨٦٨ دلو ١-٢١٢٠٠٠، عرائض ١٦ يناير ١٨٨٨ دلو ١-٨٨٨-٦٩ الدكتور مصطفى كمال طه ص ٤٢٣

(٤) الحكمان منشوران في مجموعة النقض السنة ٢٤١٤، ٩٣٦٠، ٩٤٦ مشار إليه في الدكتور علي البارودي: المرجع السابق، ص ٣٦٨

(٥) الدكتور علي البارودي: المرجع السابق، ص ٣٦٨

وكشروط رده ببلد آخر، فإن شرط في القدر حرم»
وجاء في المغنى أن « كل قرض شرط فيه أن يزيده، حرام بلا خلاف»
وقال صاحب المحلى « لا يحل أن يشترط أكثر مما أخذ أو أقل، وهو ربا مفسوخ»
وقد انعقد الإجماع على أن شرط الزيادة على الدين هو ربا.
وفي ذلك يقول الشوكاني، «أما إذا كانت الزيادة مشروطة في العقد فتحرم اتفاقاً»
ونقل ابن قدامه الإجماع على ذلك بقوله « كل قرض شرط فيه أن يزيده فهو حرام بلا خلاف، ثم قال ابن
المنذر: اجمعوا على أن المسلف إذا شرط على المستلف زيادة أو هدية فأسلف على ذلك أن اخذ الزيادة على
ذلك ربا. من ذلك يتضح أن الزيادة المشروطة قد انعقد الإجماع على أنها ربا. (١)

المطلب الثاني فتح الاعتماد البسيط

أولاً: تعريف ومفهوم عقد فتح الاعتماد البسيط:

اتجه الفقه المقارن إلى تعريف العقد على أنه عقد يلتزم المصرف بمقتضاه بأن يضع تحت تصرف عميله مبلغاً معيناً من النقود بحيث يكون له حق تناوله دفعة واحدة أو على عدة دفعات خلال مدة معينة، ويستفيد العميل من الاعتماد المفتوح كما يشاء إما بقبض المبلغ نقداً أو بسحب شيكات أو كمبيالات عليه أو بإصدار أوامر النقل المصرفية. (٢)

وقد عرفته المادة (٣١٤) من قانون التجارة البحريني على أنه « فتح الاعتماد عقد يتعهد البنك بمقتضاه بأن يضع تحت تصرف المستفيد بطريق مباشر أو غير مباشر أداة من أدوات الأئتمان وذلك في حدود مبلغ معين.»

وتأسيساً على ذلك يتبين إن لفتح الاعتماد البسيط مفهوم على خلاف القرض، يعد بموجبها فتح الاعتماد من بين أهم عمليات الأئتمان المصرفية وأكثرها ذيوها بين المصرف وعملائه من التجار، وهو اتفاق يتعهد المصرف بمقتضاه لا بإعطاء مبلغ من النقود كما هو الحال في عقد القرض وإنما بأن يضع هذا المبلغ تحت تصرف عميلة خلال مدة معينة. ويستفيد العميل من ذلك إما بقبض المبلغ كله أو بعضه خلال هذه المدة، أو بسحب شيكات عليه أو بأية كيفية أخرى يتفق عليها، وفي مقابل ذلك يتعهد العميل برد المبالغ التي يستعملها فعلاً وما قد يتفق عليه من فوائد وعمولة ومصروفات. (٣)

(١) الدكتور عبد الله عبد الرحيم العبادي، موقف الشريعة من المصارف الإسلامية المعاصرة، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م، ص ٤٦

(٢) الدكتور مصطفى كمال طه: المرجع السابق، ص ٤٢٤

(٣) الدكتور علي البارودي: المرجع السابق، ص ٣٦٩

المدني أو التجاري للقرض الاعتداد بشخص المقترض ولو كان مصرفاً، والقول بغير ذلك يهيئ للمصارف مركزاً ممتازاً لا مبرر له تتفرد به عن باقي المقترضين. (١)

*القرض في الشريعة الإسلامية وعائد الفائدة:

تعريف القرض لغةً وشرعاً:

تعريفه لغة: جاء في المصباح المنير «القرض ما تعطيه غيرك من المال لتتقاضاه والجمع (قروض)، وهو اسم (من اقترضته المال إقراضاً)، واستقرض (طلب القرض او اقترض) .

تعريفه شرعاً:

عرف الحنفية القرض: بأنه « ما تعطيه من مثلي لتتقاضاه»

كما عرفه المالكية: بأنه دفع مال في عوض متماثل معه تفضلاً من المقرض على أنه يتعلق بذمة المقرض، غير موجب إمكان عارية لا تحل»

وعرفه الشافعية: بأنه تملك الشيء على أن يرد مثله.»

وأما الحنابلة فأنهم عرفوه: بأنه «دفع المال إرفاقاً لمن ينتفع به ويرد مثله»

وفي دراسة تأصيلية مقارنة بالشريعة الإسلامية نجد أن عقد القرض يقتضي تنفيذ تسليم النقود المقترضة إلي العميل بمجرد إبرام العقد، وغالباً ما يكون المقترض غير تاجر، خاصة عندما تكون عملية القرض عملية منفردة، والاتفاق المبرم بين المصرف والعميل يحدد شروط القرض وأجله، وما يتقاضاه المصرف من فوائد، وعمولة، وكذلك الضمانات التي يقدمها العميل، والغالب أن المصرف لا يقدم على هذه العملية على المكشوف إلا إذا اخذ صكوكاً مالية تقابل ذلك فيصبح المصرف دائئاً مرتئناً، ولكن لا يحق للمصرف استعمال هذه الصكوك المرتئنة.

ويتطلب المصرف عادة في أنواع الأصول التي يقبلها كضمان لقروضه أن تكون قابلة للبيع دون صعوبة كبيرة، حتى يمكنه بيع الأصل في حالة عجز المدين عن الوفاء بدبته فيما اقترضه.

وهذه الصورة المبسطة من صور الائتمان المصرفية ليست هي الأسلوب الشائع في العمل، وذلك لعدم مرونتها، ومن جهة أخرى فأنها ليست ملائمة للحاجات التجارية فقد يكون التاجر ليس بحاجة إليها في المستقبل فضلاً مع وجود فائدة على المبلغ المقترض وقد يكون العميل لم يستفد منه.

حكم الزيادة(الفائدة) في القرض في الفقه الإسلامي :

سنورد أقوال الفقهاء في هذه المسألة لكي يتضح موقف الشريعة من هذه العملية الائتمانية متى احتوت على شرط الفائدة.

جاء في الدر المختار أن «القرض بالشرط حرام والشرط لغو»

وذكر النووي أنه « يحرم كل قرض جر منفعة كشرط رد الصحيح عن الكسر، أو الجيد عن الرديء،

(١) الدكتور مصطفى كمال طه: المرجع السابق، ص ٤٢٤

ثانياً: تكوين العقد وإثباته:

استقراء التعريف السابق يتضح لنا بأن عقد الإعتقاد البسيط هو عقد رضائي يتم بإتفاق الطرفين وقد يكون خطياً أو شفهيًا، ولكنه عادة ما يكون شفهيًا، ثم يعمد المصرف إلى إرسال خطاب للعميل بتأكيد فتح الأعتقاد. ويقوم هذا العقد على الإعتبار الشخصي، وينتج عن ذلك أن المصرف يلتزم فقط تجاه الموثوق به، أي العميل الذي فتح الإعتقاد لأجله ولا يتجاوز إلى الورثة، بل يعتبر العقد فاسخاً بمجرد وفاة العميل أو فقده لأهليته، ولا يكون المصرف ملتزماً اتجاه وكيل التفليسة.

ويعتبر عقد فتح الإعتقاد تجارياً بالنسبة للمصرف، وبالنسبة للعميل إذا كان تاجراً وأبرم العقد لحاجات تجارته، وإلا كان مدنياً بالنسبة إليه. ويجوز إثبات هذا العقد بكافة طرق الإثبات عندما يكون تجارياً. ويخضع عقد فتح الإعتقاد للقواعد العامة لصحة العقود، فيما يتعلق بشروط الرضا والأهلية والموضوع والسبب. (١)

ثالثاً: الطبيعة القانونية لعقد فتح الإعتقاد:

أختلف الفقه المقارن في تأصيل الطبيعة القانونية لعقد فتح الإعتقاد البسيط على النحو التالي:

الرأي الأول: عقد قرض:

اختلف الفقهاء حول تحديد الطبيعة القانونية لعقد فتح الإعتقاد، فقد ذهب رأي بأن عقد فتح الإعتقاد عقد قرض، إلا أن الإنتقاد الموجه إلى هذا الرأي «إن العميل قد لا يتسلم أي مبلغ إذا لم يكن في حاجة إليه، ومع ذلك يبقى العقد صحيحاً ومنتجاً لآثاره».

أما بالنسبة لعقد القرض، فإن استلام المبلغ شرط أساسي يتوقف عليه آثار العقد، لذلك نستطيع القول أن هناك فرقاً بين عقد فتح الإعتقاد وعقد القرض البات. (٢)

الرأي الثاني: قرض معلق على شرط واقف:

فقد ذهب رأي بأن عقد فتح الإعتقاد عقد قرض، ولكنه معلق على شرط واقف هو استخدام العميل للإعتقاد المفتوح لصالحه، لأن القرض - عند أصحاب هذا الرأي - عقد رضائي يتعقد بمجرد تزواج الإيجاب والقبول وما تسليم الشيء محل القرض إلا التزام يولد عن العقد ويقع على عاتق المقرض. (٣) وتقتضي هذه النظرية أن يكون العقد عقد قرض معلق على شرط واقف، هو استعمال العميل هذا الإعتقاد. وقد وجه انتقاد لهذا الرأي بأن العقد ليس قرضاً معلقاً على شرط واقف هو استفادة العميل من الإعتقاد المفتوح فعلاً، لأن عقد فتح الإعتقاد عقد بات منذ إبرامه. (٤)

الرأي الثالث: عقد وعد بالقرض:

ذهب جانب من الفقه المقارن «أن فتح الإعتقاد عقد وعد بالقرض، بمقتضاه يلتزم المصرف بأن يبرم مع العميل عقد القرض حيث يعبر العميل عن رغبته في استخدام مبلغ الإعتقاد الذي يقدم فيه البنك للعميل مبلغ الإعتقاد كله أو بعضه، فيصير العميل مديناً بإعتباره مقترضاً بعد أن كان دائناً بإعتباره موعوداً له بالقرض. (١) إذ أن المصرف يعد بإقراض النقود للعميل متى أظهر رغبته في ذلك في مدة معينة، وتحول هذا الوعد إلى قرض بات عندما يطلب العميل استعمال النقود الموضوعة تحت تصرفه. (٢)

*موقف محكمة النقض المصرية:

أن قضاء محكمة النقض المصرية تميل إلى الأخذ برأي أن عقد فتح الإعتقاد عقد غير مسمى أوجده العرف المصري واستقر على إحكامه، فمن العبث السعي إلى إتمامه في نطاق العقود التي سماها القانون، إذ قضت بأن «متى كانت ما خلصت إليه المحكمة، لا يتفق مع طبيعة عقود أو عمليات فتح الإعتقاد بمعناها الفني الدقيق، وهي تمثل ديناً على العميل دون أن تكون مغطاة كلياً أو جزء منها» (٣) وغالبية القانونيين يرون اعتباره وعداً بالقرض. (٤)

*في الفقه الإسلامي:

أن من مقتضيات العملية التعاقدية في القرض العادي أن يتعقد بالإيجاب والقبول، ويتم، ويثبت الملك فيه بالقبض.

وفي رواية عن أبي يوسف أنه يرى أن القبول ليس ركناً في القرض، ويكفي فيه الإيجاب، حيث إن الإقراض - كما يرى - إعارة والقبول ليس ركناً فيها. وهو المروي عن إمام من الشافعية، وقطع صاحب التتمة من الشافعية بأنه لا يشترط الإيجاب ولا القبول.

هذا بالنسبة للقرض العادي، حيث يتم الإيجاب والقبول مقروناً بالقبض - فهو - كما يقول الإمام ابن قدامة - «ويثبت الملك فيه بالقبض، فلا يملك المقترض استرجاعه».

وعند المالكية يملكه بمجرد العقد.

أما من وعد شخصاً بالقرض - كما هو الحال في فتح الإعتقاد - هل يلزمه ذلك الوعد؟ أم لا في الفقه الإسلامي؟

في المسألة ثلاثة اتجاهات: نقلها ابن حزم في المحلى:

الأول: أن من وعد شخصاً ليعطيه مالاً، سواء عينه أم لم يعينه فإن الوفاء ليس بلازم، ولكن الأفضل الوفاء بما وعد (ديانة) وإلى هذا ذهب ابن حزم وبه يقول أبو حنيفة والشافعي.

(١) الدكتور حسني المصري: المرجع السابق، ص ٥٥

(٢) المستشار محمد عزمي البكري: المرجع السابق، ج ٢، ص ١١٧٩

(٣) طعن رقم ٣١٨ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٧٢ مشار إليه في كتاب المستشار محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ج ٢، ص ١١٨٠

(٤) الدكتور علي البارودي، المرجع السابق، ص ٣٧٣

(١) الياس نصيف: المرجع السابق، ص ٤٣٠

(٢) الياس نصيف: المرجع السابق، ص ٤٣٣

(٣) محسن شفيق ص ٩٨ - ثروت عبدالرحيم ص ٩٧٩ مشار إليه في كتاب المستشار محمد عزمي البكري: المرجع السابق، ج ٢، ص ١١٧٩

(٤) الدكتور مصطفى كمال طه: المرجع السابق، ص ٤٢٥

وقد يذهب المصرف إلى وضع شرط في عقد فتح الإعتماد يخوله حق وضع حد لهذا العقد قبل حلول أجله، ولكن هذا الشرط يكون باطلاً لأنه يعتبر شرطاً إرادياً محضاً. ولكن بما أن عقد فتح الأعماد يقوم على ثقة المصرف بشخص العميل، فقد أستقر الرأي على حق المصرف بنقض العقد كلما قام سبب يؤدي إلى انتفاء الثقة أو انتهائها أو زعزعتها كحالات الإفلاس، التوقف عن الدفع، وطلب الصلح الإحتياطي، وعدم الملاءة، وفقد الأهلية أو نقصانها، وارتكاب أفعال تخل بالشرف والإستقامة، ودخول العميل في عمليات المقامرة، وغيرها من العمليات التي تخل بالإعتبار الشخصي. ولكن يتوجب على المصرف أن يقيم الدليل على وجود الأسباب التي تؤدي إلى انعدام الثقة، ويعود للقضاء أن يقدر جدية هذه الأسباب. (١)

إلتزامات العميل:

الإلتزام الطبيعي والرئيسي على العميل هو إرجاع المبلغ الذي سحبه بموجب الإعتماد، ويلتزم العميل بدفع الفوائد المتفق عليها عن المبالغ التي استخدمها ابتداء من يوم الاستخدام، وكما يلتزم بدفع عمولة المصرف وهي تكون مستحقة سواء استخدم الإعتماد أو لم يستخدم. ودفع العمولة هو للإلتزام الوحيد الذي يقع على عاتق العميل الذي لم يستخدم الإعتماد. (٢)

والتزام العميل برد مبلغ الإعتماد يعتبر التزاماً مستقبلاً لأنه لا يترتب بمجرد إبرام عقد فتح الإعتماد، إذ لا يقوم هذا الإلتزام إلا إذا سحب العميل فعلاً مبلغ الإعتماد. (٣)

خامساً: إقتران فتح الإعتماد بعقد الحساب الجاري:

يقترن عقد فتح الإعتماد عادة بعقد فتح الحساب الجاري، فيوضع المبلغ المتفق عليه كمدفوع في جانب أصول العميل، ويحقق ارتباط العقدين ميزة كبيرة لصالح العميل. ففي الحساب الجاري لا دين ولا وفاء إنما مدفوعات من جانب الأصول وأخرى في جانب الخصوم، فإن وفاء العميل للمصرف ببعض أو كل المبلغ الذي سحبه يعتبر مدفوعاً جديداً بمقتضى الحساب الجاري وليس وفاء لدين سابق. (٤)

وترتيباً على ذلك يتحقق للعميل منفعة يستطيع بموجبها سحب المبلغ لعدة مرات طول مدة الحساب المفتوح، وليس لمرة واحد فقط، على إعتبار أنه سداد لدين سابق.

والواقع العملي يؤكد على أن الحساب الجاري كل لا يتجزأ، ويخلق مكونات مترابطة لا ينظر تأسيساً عليها إلا إلى رصيده، وتتحصر الآثار القانونية على هذا الرصيد فقط.

الثاني: إن الوعد بالعقد يلزم الواعد (قضاء) إذا تبين السبب ودخل الموعد تحت التزام مالي مباشرة ذلك السبب بناء على الوعد، كمن وعد شخصاً بأن يقرضه مبلغاً من المال ليتزوج فتزوج فعلاً، وهذا هو المشهور عند المالكية.

وذهب أصبغ من المالكية إلى انه يكفي للإلتزام بالوعد ذكر السبب من زواج وغيره، ولو لم يتم مباشرة الزواج فعلاً.

الثالث: إن الوعد كله لازم، ويقضي به الواعد، ويجبر وهو ما نسب إلى ابن شرملة.

وذهب الشراح المعاصرون إلى تأييد الرأي الأخير بأعتباره هو المناسب لمبادئ الدين الحنيف وتعليماته لأن الله سبحانه وتعالى يقول: (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود أحلت لكم بهيمة الأنعام) (١).

وقد ورد في الحديث أن « آية المنافق ثلاث: إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا أوثمن خان» متفق عليه. هذا من حيث اللزوم أو عدمه، أما من حيث حكم أخذ الفائدة (٢)، قد انعقد الإجماع على أن شرط الزيادة على الدين هوربا، كما أسلفنا تفصيلاً في معرض الحديث عن القرض.

في إطار المعالجات التي قامت بها المصارف الإسلامية للإعتماد البسيط، نمت في الفترة الأخيرة لدى المصارف الإسلامية عملية الأتمان تلك، ولكنها ألغت الفوائد الربوية عليها، وأكتفت بالعمولة والمصروفات الإدارية ذات المبلغ الثابت والتي لا يشكل أي نسبة من نسب الفوائد أو حساب الفوائد التراكمية في حال التأخر عن السداد، مما يرفع الحرج عن البنك الإسلامي ويستفيد من إضفاء تلك العملية رغم عدم ربحيتها الحقيقية لها، لأنه يأخذ عمولة بسيطة جداً نظير استعمال تلك البطاقة الائتمانية، ولكن الغاية على ما يبدو هو كسب عملاء جدد للبنك الإسلامي والحصول على العمولة البسيطة، مع أخذ الضمانات اللازمة لحفظ حق المصرف.

رابعاً: آثار عقد فتح الإعتماد البسيط:

يترتب على هذا العقد إلتزامات على كل من المصرف والعميل على النحو التالي:

إلتزامات المصرف:

أهم هذه الإلتزامات أن يضع النقود التي وعد بها تحت تصرف العميل طوال الأجل المعين، ويتأكد هذا الإلتزام إذا كان العميل يدفع عمولة مقابل هذا الوعد. ومع ذلك فعدم الإلتزام على عمولة لا يعطي المصرف حق فسخ العقد حتى ولو لم يستعمل العميل المبالغ الموضوعة تحت تصرفه. (٣)

(١) الياس نصيف: المرجع السابق، ص٤٣٦

(٢) الدكتور مصطفى كمال طه: المرجع السابق، ص٤٢٦

(٣) الدكتور حسني المصري: المرجع السابق، ص٥٩

(٤) الدكتور علي البارودي: المرجع السابق، ص٣٧٠

(١) سورة المائدة آية ١

(٢) الدكتور عبد الله عبد الرحيم العبادي، المرجع السابق، ص٣٤-٣٥

(٣) الدكتور علي البارودي: المرجع السابق، ص٣٧٢

المطلب الثالث فتح الاعتماد المستندي

أولاً: تعريف ومفهوم عملية فتح الاعتماد المستندي :

استقراءً لما سبق في فتح الاعتماد البسيط وجدنا إن العلاقة المصرفية يستقطب طرفيها كل من البنك والعميل فقط أما في الاعتماد المستندي ففيه يلتزم البنك مباشرة إزاء الغير، بناءً على طلب العميل، إذاً يمكن تعريف الاعتماد المستندي بأنه « تعهد صادر من المصرف بناءً على طلب العميل (يسمى الأمر) لصالح الغير المصدر (يسمى المستفيد) يلتزم المصرف بمقتضاه بدفع أو بقبول كمبيالات مسحوبة عليه من هذا المستفيد، وذلك بشروط معينه واردة في هذا التعهد ومضمون برهن حيازي على المستندات الممثلة للبضائع المصدرة (١)

ومعنى ذلك أن دور المصرف هو التزامه إزاء الغير المصدر مباشرة، ويعتبر ذلك ميزة كبرى لكل من العميل وهذا الغير. إذ إن تدخل المصرف يضمن للبائع استيفاء الثمن وللعميل المشتري مطابقة مستندات الصفقة للشروط التي يتطلبها، كما يجب على هذا العميل تجميد جزء من رأسماله في الفترة بين إرسال قيمة البضاعة إلى المصدر (إذا اضطر إلى دفع الثمن مقدماً) وبين استلام البضاعة وبيعها، فالمصرف لا يدفع الثمن إلا عند استلام المستندات (٢)، وتأسيساً على ذلك فإن مقتضيات التطبيق العملي في التعامل المصرفي إيضاح تلك المراحل.

المرحلة الأولى: فتح الاعتماد:

إن من مقتضيات هذه المرحلة أن يقوم الزبون عند دخول المصرف من أجل أن يفتح اعتماداً مستندياً لاستيراد البضائع أن يبرز للمصرف أما فاتورة الصورة موضوع الاعتماد، أو المراسلات المثبتة، أو عقود البيع والشراء.

ويجب أن تتضمن هذه المستندات: نوع البضاعة، وصفتها، وكميتها وشروط التسليم والتأمين عليها، وطريقة الدفع واسم البائع، وأحياناً المصرف الذي يتعامل معه.

وينبغي أن يكون معلوماً، إن مطابقة توافر شروط الاعتماد مع الشروط والأعراف الدولية، هي على عاتق المصرف فاتح الاعتماد، وان تحديد المصرف المبلغ للاعتماد هو من اختصاصه أيضاً، بالإضافة إلى أنه هو الذي يعين المصرف المغطي للاعتماد.

ومن المهم جداً، أن تتفحص المصارف كافة المستندات والأوراق بدقة، للتحقق من أنها تبدو ظاهرياً، موافقة للأصول فإذا تبين أن المستندات تختلف ظاهرياً، عما نصت عليه شروط ومندرجات الاعتماد، فعلي المصرف المنشئ، عند استلامه هذه المستندات، أن يقرر على أساسها وحدها، إذا كان سيدلي بأن الدفع

(١) قارن تعريفات: الدكتور أمين بدر في محاضرة عن الاعتمادات المستندية بمعهد الدراسات المصرفية عام ١٩٥٧ والدكتور علي عوض ١٩٦٠ ص (١١٤)، ومحمد محمود فهمي في محاضرة عن الاعتمادات المستندية عام ١٩٦١ بمعهد الدراسات المصرفية ص (٦) مشار إليه في كتاب العقود وعمليات البنوك التجارية للدكتور علي البارودي ص (٣٧٧)
(٢) انظر في تفصيل ذلك محاضرات السيد محمد محمود فهمي بمعهد الدراسات المصرفية عام ٥٦ و ٥٩ و ٦١ مرجع وسيط العقود وعمليات البنوك التجارية للدكتور علي البارودي ص (٣٧٧).

الاعتمادات المستندية عمليات مهمة تعرفها التجارة الخارجية على وجه الخصوص، وبالذات تجارة استيراد وتصدير البضائع التي تنقل بطريق البحر، فلو فرضنا أن تاجراً بالقاهرة استورد شيئاً من تاجر بالهند وأراد تحصيل الثمن فإنه يسحب كمبيالة على المشتري بالقاهرة ويرفق بها المستندات الممثلة للبضاعة وهي سند الشحن وكذلك الفاتورة وبوليصة التأمين، ثم يجد إلى خصم الكمبيالة لدى المصرف الذي يتعامل معه، ويكون للمصرف بمقتضى حيازته للمستندات - رهن على البضاعة أو على تعويض التأمين إذا هلكت ثم يرسل المصرف الهندي الكمبيالة ومعها المستندات إلى وكيل له بالقاهرة ليقدمها إلى المسحوب عليه، أي المشتري الذي يدققها، ويتلقى المستندات التي تمكنه من استلام البضاعة من الناقل، فإذا لم يدفع المشتري الكمبيالة كان للمصرف الهندي - بواسطة وكيله - أن يتسلم البضاعة من الناقل ويباشر عليها حقه بصفته دائناً مرتهاً، وذلك معناه أن يبيع البضاعة بعيداً عنه في القاهرة، وغالباً يكون ذلك بثمن غير مناسب له، كي يصعب عليه أن ينقل حاصل البيع نقداً إلى الهند. وتقديراً لذلك يطلب البائع الهندي إلى عميله المصري أن يحدد له مصرفاً في القاهرة يسحب هو عليه الكمبيالة ويتعهد بقبولها ودفعها أو يدفعها مباشرة بمجرد تقديمها إليه، عندئذ يطلب المشتري إلى مصرفه بالقاهرة أن يتعهد بقبول أو دفع الكمبيالة التي يسحبها عليه البائع الهندي وفي حدود مبلغ والى تاريخ معين، ويفرض هذا التعهد في خطاب يسلمه المصرف إلى المشتري المصري الذي يرسله إلى البائع الهندي، فيسحب هذا الأخير الكمبيالة لا على المشتري ولكن على المصرف الذي عينه، وعندئذ يسهل على البائع خصم الكمبيالة لان البنك الهندي يثق في المصرف المصري الذي تعهد بالقبول أو بالدفع أكثر من ثقته بالمشتري، كما انه لن يضطر إلى بيع البضاعة في بلد بعيد عنه بل يطمئن إلى حصوله على قيمة الكمبيالة من المصرف المصري. بيد أن هذا الأخير يحزر الكمبيالة ليصبح دائناً لعميلة المشتري المصري بقيمة الورقة، وبسبب حيازته المستندات يكون له أن يتسلم البضاعة من الناقل وان يباشر حقه كمرتهن عليها إذا لم يرد عليه قيمة الكمبيالة المستندية التي دفعها (١)

واستخلاصاً من المثال السالف الذكر نستنتج العمليات الحركية لعملية فتح الاعتماد المستندي ومكوناته الإجرائية المعقدة نوعاً ما، لأنها عمليات قانونية ومتابعة الهدف منها الأمان المصرفي فضلاً على الفائدة الربحية من قيام المصارف بهذه العملية ونظراً أيضاً لأهمية هذه العملية من الناحية العملية، وهو ما يستلزم معه معالجة المطلب المائل تفصيلاً لفهم ومعرفة الآليات الإجرائية والقانونية الخاصة بعملية فتح الاعتماد المستندي:-

(١) الدكتور علي جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص ٢٨٧-٢٨٨

أو التداول أو القبول قد تم بصورة مغايرة لشروط ومندرجات الاعتماد أم لا (١) ، ويرسل المصرف إشعاراً بعد ذلك إلى المصرف الذي يطالب منه الإيفاء وبيان أن المستندات محفوظة لديه في فترة معقولة لدراسة وفحص المستندات من جانب المصرف المنشئ.

المرحلة الثانية: دفع قيمة الاعتماد:

السؤال المطروح في هذه المرحلة : ما هي المستندات المطلوبة لدفع قيمة هذا الاعتماد على افتراض أن المرحلة الأولى استكملت كافة مكوناتها الإجرائية والقانونية وإجابة لهذا السؤال يفترض إبراز المستندات التالية:-

- وثائق الشحن المنظمة وفقاً للأصول وتكون عادة من نسختين أصليتين أو أكثر
- فواتير مصدقة من غرفة التجارة، ومن قنصلية البلد المستورد، تشهد بمواصفات البضاعة ومنشأها.
- شهادة تأمين قابلة للتحويل
- أية مستندات أخرى وعاده تختلف تلك المستندات تأسيساً على وسائل الشحن إذا كان النقل بحرياً أو في النقل الداخلي ويختلف عنه في النقل البريدي أو النقل الجوي.
-

المرحلة الثالثة: مستندات الشحن المستعملة في الاعتمادات المستندية:

المستند الأول: وثيقة الشحن:

هي مستند يقدم من المصدر إلى المصرف الوسيط، ومن شأنه أن يثبت شحن البضاعة، في حال شحنها فعلاً، أو يثبت استلام شركة الملاحه للبضاعة، من قبل المصرف لشحنها. وتعتبر من المستندات الرئيسية في الاعتماد المستندي وقد استقر العرف على اعتبار أن وثيقة الشحن تكون بحرية إذ وردت عبارة «على الرصيف» أو «على ظهر الباخرة» وتتنوع وثائق الشحن على النحو التالي: وثيقة الشحن غير النظيفة: في حال وجود إضرار بالبضاعة المشحونة قبل شحنها أو بها عيوب ظاهرة. وثيقة الشحن المشوشة: هي الوثيقة التي يختلف فيها اسم الشاحن عن اسم المستفيد. وثيقة الشحن القديمة:

وذلك عندما يكون تاريخ شحن البضاعة على ظهر السفينة يزيد على ٢٤ يوماً من تاريخ تقديم أوراقها للمصرف.

ولابد من الإشارة إلى أن وثائق الشحن تختلف باختلاف وسائل الشحن، والمكان الذي تنقل إليه البضاعة. (٢)

(١) الياس نصيف: المرجع السابق، ص ٤٤١. د. صبري حمد خاطر، مرجع سابق، ص ٣٩٨.

(٢) الياس نصيف، المرجع السابق ص ٤٤٥

المستند الثاني : بوليصة التأمين أو وثيقة الضمان:

بوليصة التأمين هي الوثيقة الصادرة عن شركة التأمين المعتمدة من قبل المصدر أو المصرف الوسيط، والمتضمنة اعتماداً من شركة التأمين، بأن البضاعة المصدرة مؤمن عليها ضد بعض الأخطار المعينة في هذه البوليصة كالحريق والسرقة والكسر والتلف.....الخ، وتتضمن هذه البوليصة بيانات تفصيلية عن البضاعة المؤمن عليها، واسم المستفيد في حالة تحقق الخطر وعنوانه، ومكان وطريقة دفع التعويض والعملة التي يدفع بها. (١)

المستند الثالث : الفاتورة:

عبارة عن مستند يحرره المصدر، ويتضمن بياناً بالبضائع المرسله إلى المستورد، وجميع التفاصيل الخاصة بالبضاعة، من حيث العلامة والاسم التجاري، والنوع وسعر الوحدة، والكمية، والقيمة، ومصاريف النقل والشحن والتأمين، وتحرر الفاتورة على عدة نسخ، وتصدق من قبل غرفة التجارة في بلد المصدر.

المستند الرابع: شهادة جنسية البضاعة أو المنشأ:

وهي عبارة عن مستند يتضمن اسم البلد الذي تم فيه صنع البضاعة.

المستند الخامس: كشف مصاريف التأمين:

وهو الكشف الذي تحرره الشركة التي قامت بالتأمين على البضاعة، ويتضمن أقساط التأمين ضد الأخطار التي تم الاتفاق عليها.

المستند السادس: كشف مصاريف النقل:

وهو الكشف الذي تنظمه الشركة التي تقوم بعملية شحن البضاعة من مرفأ المصدر إلى مرفأ المستورد، ويتضمن قيمة المصاريف، ومن الضروري تقديم هذا المستند إذا كان الاعتماد المفتوح يتضمن قيمة البضاعة وبالإضافة إليها مصاريف الشحن.

المستند السابع: قوائم الوزن:

هي عبارة عن بيان تفصيلي بالبضاعة لجهة الأوزان القائمة والصافية، لكل طرد من الطرود، مع الإشارة إلى رقمه. (٢)

وقد آثرت في هذا البحث الإشارة التفصيلية إلى بعض المستندات الأصلية رغم أنها جوانب عملية إلا أنها من المكونات الأساسية للنواحي القانونية، فيجب فهم الرابط العملي في عملية فتح الاعتماد المستندي ولا

(١) الياس نصيف ، المرجع السابق ص ٤٤٦

(٢) الياس نصيف، المرجع السابق، ص ٤٤٨

تكتمل الصورة إلا إذا درسنا ماهية تلك المستندات وما دورها في عملية فتح الاعتماد المستندي.

ثانياً: أنواع الاعتمادات المستندية

للاعتدات المستندي صور وأنواع مختلفة تأسيساً على خصائص تعهد البنك وتتميز في هذا بين الاعتماد القابل للإلغاء والأعتدات غير قابل للإلغاء، والاعتماد غير القابل للإلغاء والمؤبد:

١- الاعتماد القابل للإلغاء:

وهو الاعتماد الذي يحتفظ فيه البنك بالحق في إلغاء الاعتماد والرجوع فيه في أي وقت. وهو مجرد عقد وكالة بين المصرف والمشتري بمقتضاه يتعهد المصرف للمشتري بقبول الكمبيالة المسحوبة عليه من البائع أو الوفاء بها. ولكنه لا ينشئ أية علاقة قانونية مباشرة بين المصرف والبائع. وخطاب الاعتماد الذي يرسل إلى البائع يتضمن إخطاراً من المصرف بأنه مجرد وكيل عن المشتري في الوفاء أو القبول وأنه يجوز بالتالي سحب الكمبيالة عليه. وللمصرف حق الرجوع في الاعتماد إذا أمره المشتري الموكل بذلك، أو إذا وجدت أسباب جديّة تبرر ذلك كإفلاس المشتري أو عدم تقديمه لمقابل الوفاء. وتقضي القواعد والعادات الموحدة بجواز سحب الاعتماد دون إخطار البائع، ولكن العمل جرى على إخطار البائع بذلك. وحتى سحب الاعتماد لم يكن للبائع إلا الرجوع على المشتري. (١)

٢- الاعتماد الغير قابل للإلغاء:

هو الاعتماد البات من جانب المالك ويكون فيه ملتزماً شخصياً وبطريقة مباشرة في مواجهه المستفيد وهي الصورة العادية.

ومما تجدر ملاحظته أن العمل قد جرى على الإيوجه المصرف فاتح الاعتماد خطابه مباشرة إلى شخص المستفيد، وإنما يوجه إلى فرع له من بلد المستفيد أو مراسل (مصرف) أجنبي. وذلك لسرعة تبادل المراسلات بين البنوك المعروفة في البلاد المختلفة. ويتولى الفرع في بلد المستفيد أو المراسل الأجنبي إبلاغ المستفيد بخطاب المصرف فاتح الاعتماد إلا أن ذلك لا يغير من الأثر القانوني لخطاب البنك المستفيد لا في التزام المصرف المباشر نحوه في هذا الاعتماد غير القابل للإلغاء. ودور الفرع أو المراسل الأجنبي لا يتعدى دور الإبلاغ دون أي التزام من جانبه، ويحرص هذا المراسل الأجنبي عند إبلاغ المستفيد بالخطاب أن يؤكد له مفهوم هذا الدور وأنه لا يتضمن أي التزام من جانبه أو تدخل في عملية فتح الاعتماد. (٢)

٣- الاعتماد غير القابل للإلغاء والمؤبد:

قد يسعى البائع إلى الاطمئنان الكامل فيشترط أن يتدخل مصرف بلده ليضيف تعهده إلى تعهد مصرف المشتري. فيلجأ بنك المشتري إلى مصرف مراسل في البلد الذي يقيم فيه البائع ويكلفه بتأييد اعتماده غير القابل للإلغاء فيصبح المصرف الثاني ملتزماً باتاً وشخصياً تجاه المستفيد البائع ابتداء من تاريخ هذا التأييد. ويسمى الاعتماد في هذه الحالة بالاعتماد غير القابل للإلغاء والمؤبد. (٣)

الاعتماد القابل للتحويل:

وذلك عندما يكون للمستفيد أن يحول الاعتماد إلى مستفيد جديد يكون له حق مباشر قبل المصرف بحيث يقبل الكمبيالات (١) التي يسحبها عليه هذا المستفيد الجديد. والقاعدة أن الاعتماد لا يقبل التحويل إلا مرة واحدة فقط مالم ينص فيه على غير ذلك (٢)

الاعتماد الثابت والاعتماد الدوري:

يكون الاعتماد عادةً ثابتاً ومحدداً، كما لو كان محدداً بمبلغ إجمالي وقدره مائة ألف دينار. ولكن قد يتم الاتفاق على أن يكون دورياً متجدداً، كما لو كان بمبلغ عشرة آلاف دينار لمدة عشرة شهور، وفي هذه الحالة، ينتهي حق المستفيد في المبلغ الشهري المتفق عليه، إذا انقضى الشهر دون استعماله، ولكنه يظل حقه قائماً بالنسبة للمبالغ المحددة لأشهر التالية.

ثالثاً: الطبيعة القانونية لالتزام المصرف تجاه البائع المستفيد

اجمع الفقه المقارن على استقلال التزام المصرف تجاه البائع عن عقد البيع و أجمعت الآراء على استقلال التزام المصرف تجاه البائع، عن عقد فتح الاعتماد بين المصرف وعميله المشتري.

كما أنه من الواضح أن التزام المصرف تجاه البائع لا يستند إلى أي عقد سابق بين الطرفين (٣) إلا أن التفسير القانوني تعدد بالنسبة لالتزام المصرف تجاه البائع، وكان منه الآتي:

١- عقد كفالة:

ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار التزام المصرف تجاه البائع المستفيد هو عبارة عن التزام أساسه القانوني نابع عن عقد الكفالة، حيث يلزم المصرف بأن يكفل المشتري تجاه البائع بمقدار الثمن. ولكن، وان كان المصرف يلتزم تجاه البائع بمقدار الثمن، إلا أن هذا الالتزام لا يعتبر كفالة بكل ما في الكلمة من معنى، لأن الكفالة تعتبر التزاماً بحتاً مرتبطاً بالالتزام أصلي، ولا وجود لهذا الالتزام، إلا حيث بالنسبة للمصرف، لاستقلال التزامه عن العلاقة القانونية القائمة بين البائع والمشتري (٤)

٢- الاشتراط لمصلحة الغير:

ذهب جانب آخر من الفقه إلى اعتبار التزام المصرف تجاه البائع المستفيد هو عبارة عن اشتراط لمصلحة الغير حيث أن المشتري يشترط في الاعتماد المستندي لصالح البائع فيكون للأخير حق مباشر ضد البنك يتأكد بقبوله خطاب الاعتماد، وعندئذ لا يستطيع المشتري ولا البنك الرجوع عنه.

ويعيب هذا التصوير أن التزام المشتري في الاشتراط لمصلحة الغير مرتبط بعقد الاشتراط، فالمشترط يلتزم التزاماً جديداً لصالح المستفيد ولكن هذا الالتزام ليس مستقلاً عن علاقته بالمشترط، في حين أن البنك في الاعتماد القطعي يتعهد بالالتزام جديد ومستقل عن التزامه قبل المشتري. (٥)

(١) مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص ٤٣

(٢) الدكتور علي البارودي، المرجع السابق، ص ٢٨١

(٣) الياس نصيف، المرجع السابق، ص ٤٥٣

(٤) الياس نصيف، المرجع السابق، ص ٤٥٤

(٥) انظر عوض هذا الرأي في هامل في تصليحه لوز الدوري ١٩٢٦-١-٢٠١، من هذا الرأي ديرك رقم ٧٨٢ د.علي جمال

٣- تفويض أو إنابة:

عقد البيع . أما البائع فيلتزم بتنفيذ الشروط الواردة في عقد البيع وبصوره خاصة تسليم البضاعة بحسب الصنف والأوصاف المتفق عليها .

كما يلتزم بتقديم المستندات المتعلقة بالبضاعة إلى المصرف (١)

٢- في العلاقة بين العميل (المشتري) والمصرف:

أ- التزامات العميل (المشتري):

الالتزام الأول: دفع العمولة:

يلتزم العميل (المشتري) بأن يدفع للبنك العمولة المتفق عليها . وتكون العمولة مستحقة بمجرد فتح الاعتماد وتكون مستحقة للبنك بصفة نهائية سواء استخدم الاعتماد أو لم يستخدم (٢)

الالتزام الثاني: رد المبلغ الذي دفعه المصرف للبائع مع الفوائد والنفقات التي تكبدها:

يلتزم المشتري بأن يرد للمصرف المبلغ الذي دفعه للمستفيد البائع في حدود قيمة الاعتماد المفتوح، وكذلك المصروفات التي يكون المصرف قد أنفقها كمصروفات الخطابات والبرقيات (٣)

الالتزام الثالث: الامتناع عن إصدار تعليمات من شأنها تعديل شروط فتح الاعتماد وغير القابل للإلغاء:

في حال أقدم المشتري على هذا التصرف، يتوجب على المصرف ألا يتخذ أو امره وإلا اعتبر مسؤولاً تجاه البائع المستفيد من فتح الاعتماد نظراً لالتزامه المباشر تجاهه (٤)

ب- التزامات المصرف:

الالتزام الأول: فتح الاعتماد وإخطار البائع به:

يلتزم المصرف بأن يفتح لصالح البائع اعتماداً وفقاً للشروط المتفق عليها بين المصرف والمشتري، وعلى المصرف أن يخطر البائع بخطاب يسمى خطاب الاعتماد بأنه فتح اعتماداً لصالحه بشروط معينه ويتعهد فيه بالكمبيالة المستندية المسحوبة عليه من البائع أو بقبولها في حدود مبلغ معين، ومتى وصل خطاب الاعتماد إلى البائع، فلا يجوز للمشتري الرجوع في الاعتماد أو إدخال أي تعديل على شروطه، لان المصرف يلتزم بمقتضى خطاب الاعتماد التزاماً باتاً قبل البائع.

الالتزام الثاني: فحص المستندات ونقلها :

يلتزم المصرف بفحص المستندات المقدمة إليه من البائع قبل قبول الكمبيالة المستندية أو الوفاء بها، ويتحدد هذا الالتزام بواسطة شروط في خطاب الاعتماد وليس بالشروط الواردة في عقد البيع نظراً لاستقلال عقد فتح الاعتماد المستندي عن عقد البيع. ثم يجب على المصرف أن يفحص المستندات بمنتهى الدقة والعناية ليتحقق بأنها مطابقة تطابقاً تاماً لبيانات خطاب الاعتماد أو بعبارة أخرى للتعليمات الصادرة إليه من المشتري (٥)

وذهب رأي ثالث من الفقه إلى اعتبار أن التزام المصرف اتجاه البائع المستفيد هو تفويض أو إنابة وذلك، لأن العميل الأمر المكتسب حقاً بالاعتماد، يفوض أو ينيب المستفيد في استعمال هذا الحق، وعندما يقبل المصرف بهذه الإنابة، يصبح ملتزماً مباشرة تجاه المستفيد المناب إليه، بصرف النظر عن علاقة المستفيد بالأمير أو المصرف المناب (١)

وقد وجه نقد لهذه النظرية إذ انه في الإنابة تقوم وحدة الدين، في حين في الاعتماد التزام العميل هو دفع الثمن، ويكون التزام المصرف دفع مبلغاً ليس له وصف الثمن، فضلاً على أن الإنابة لا تمنع المناب من التمسك على المناب لديه بالدفع التي للمنيب ضد المناب لديه (٢)

واستبعدت محكمة النقض المصرية كل تلك النظريات وذهبت مكتفية باعتبار التزام المصرف التزاماً مستقلاً عن العقد القائم بين البائع والمشتري (٣) وبالتالي الثابت إن الالتزام في هذه الحالة ذو طبيعة خاصة لا يخضع إلى النظريات المختلفة التي اشترنا إليها سلفاً ولا يرتب أي آثار قانونية تأسيساً عليها.

رابعاً: الآثار الناشئة عن فتح الاعتماد المستندي:

يرتب على فتح الاعتماد المستندي الآثار القانونية اللاحقة ، وفقاً للمركز القانوني لكل طرف في عقد فتح الاعتماد المستندي ، وعلى النحو التالي:

في العلاقة بين العميل الأمر و المستفيد:

أو ما نسميه العلاقة بين البائع والمشتري ، هي علاقة سابقة لعملية فتح الاعتماد ومستقلة عنها، تنتج عادة عن عقد بيع بين الطرفين، وطرفا العقد هما العميل الأمر (المشتري) والغير المستفيد (البائع) تحكم العلاقة بينها قواعد عقد البيع ، على أن يتم دفع الثمن عن طريق فتح الاعتماد المستندي حيث يعتبر المشتري مخلاً بالتزاماته، إذا امتنع أو تأخر أو لم يستطع، في الوقت المناسب القيام بالإجراءات الأمانة للاتفاق مع المصرف على فتح الاعتماد المستندي لصالح البائع الذي يستطيع عندئذ أن يفسخ العقد، وأن يطالب بالتعويض إذا اقتضى الأمر. وانطلاقاً من القواعد العامة، يتوجب على المشتري أن يحصل على فتح الاعتماد لمدة كافية يتسنى خلالها للبائع استعماله بطريقة معقولة ، إلا إذا نص العقد بصورة صريحة على شروط خاصة تتعلق بمدة فتح الاعتماد. وقد اعتبر القضاء الفرنسي أن المشتري يكون مسؤولاً، عندما يحصل فتح الاعتماد لمدة شحن البضاعة، ويقوم البائع بشحن البضاعة في اليوم الأخير من المهلة المحددة في العقد، ويقدم المستندات في اليوم التالي للشحن فيرفض المصرف قبولها.

كما اعتبر القضاء الفرنسي أن المشتري يعتبر مسؤولاً في حال عدم تسليم البائع إجازة الاستيراد، من أجل ضمها إلى المستندات المقدمة للمصرف، فرفض المصرف المستندات لهذا السبب مما أدى إلى فسخ

(١) الياس نصيف، المرجع السابق، ص ٥٤٤

(٢) د. علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ٤٦٢

(٣) نقض مصري ١٥ ابريل ١٩٥٤

(١) الياس نصيف: المرجع السابق، ص ٥٦

(٢) مصطفى كمال طه ، المرجع السابق، ص ٤٣٣

(٣) مصطفى كمال طه ص ٢٣٣

(٤) الياس نصيف، المرجع السابق، ص ٥٨

(٥) الدكتور مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص ٤٣٤

الالتزام الثالث: تسليم المستندات للعميل:

بعد فحص المستندات بدقة في المدة المحددة يجب على المصرف تسليم المستندات للعميل ليتمكن هذا الأخير من تسليم البضاعة، في أسرع وقت تفاديا لدفع رسوم ونفقات إضافية، على أنه يحق للمصرف أن يحبس هذه المستندات، التي تشكل ضمانا له من أجل استيفاء قيمه الاعتماد المدفوع للبائع والعمولة المستحقة (١)

٣- في العلاقة بين المصرف والبائع المستفيد:

التزامات البائع:

الالتزام الأول: تنفيذ البنود المحددة في كتاب الاعتماد: على البائع أن ينفذ بنود خطاب الاعتماد، وبصوره خاصة، تنظيم المستندات المطلوبة وإرسالها إلى المصرف خلال الوقت الذي يعتبر مفيدا (٢)

الالتزام الثاني: تقديم المستندات ضمن المهلة المحددة:

يتوجب على البائع أن يرسل المستندات المبينة في خطاب الاعتماد ضمن المهلة المحددة فيه، ووفقا للقواعد العامة في حال عدم تحديد مده في خطاب الاعتماد فتكون خلال المدة المعقولة، ولا يترتب على عدم وجود مهلة منصوص عليها في الخطاب أن يستفيد البائع من فتح الاعتماد مده غير محده لان ذلك يخرج العملية المصرفية من إطارها العملي والقانوني في أن واحد.

وتأسيسا على ذلك يكون تقدير معقولية المهلة من أطلاقات السلطة التقديرية لقاضي الموضوع.

ب-التزامات المصرف:

تختلف التزامات المصرف، تجاه البائع، باختلاف ما إذا كان الاعتماد قابلا للإلغاء أو غير قابل للإلغاء: في حالة قابلية الاعتماد للإلغاء:

لا يترتب على المصرف أي التزام تجاه البائع لان المصرف كما أسلفنا يقوم بدور وكيل عن المشتري وينفذ توجيهاته ولا يوجد التزام مباشر بين المصرف والبائع في هذه الحالة.

في حالة عدم قابلية الاعتماد للإلغاء:

يلتزم المصرف بشكل مباشر تجاه البائع، وبصورة مستقلة عن علاقة العميل الأمر (المشتري)، شرط أن يقدم البائع المستندات المحددة في خطاب الاعتماد، ويظل التزامه قائما بعيدا عن التوجيهات التي يصدرها المشتري حال إخلال البائع بالتزاماته الناشئة عن عقد البيع لاستقلالية كل منهما.

في حال البائع سيء النية:

إذا بدر من البائع غش أو سوء نية يترتب على ذلك بطلان التصرف وفقا للقواعد العامة لأن الغش يبطل التصرفات.

لذلك رأي القضاء الفرنسي، انه يجوز للمصرف الامتناع عن دفع قيمة الاعتماد للبائع، إذا تبين له أن هذا الأخير قدم مستندات مطابقة للتعليمات في الظاهر، ولكن المصرف كان يعلم بعدم صحتها حقيقة. في حال إبطال عقد البيع:

إن المصرف يتحرر من التزامه في حال إبطال عقد البيع، قبل تقديم المستندات إلى المصرف، لأنه في هذه الحالة قد يبني تقديم المستندات على غش، وعندئذ لا يستطيع المصرف إن يتحرر من التزامه، أو يصبح التزام المصرف بدون سبب، لأن إبطال العقد يؤدي إلى تحرير المشتري من دفع الثمن (١) فمن باب أولى إن يتحرر المصرف من دفع الاعتماد الذي سببه كان عقد البيع وأصبح بعد ذلك بدون سبب يقتضي معه إنهاء عقد فتح الاعتماد.

في حال تسليم المصرف المستندات وقبوله سند السحب المستندي قبل إبطال البيع:

يصبح في هذه الحالة المصرف، بقبوله، ملتزما بصوره مباشرة تجاه الحاصل حسن النية بصرف النظر عن عقد البيع، وحتى لو أبطل هذا العقد بعد قبول المصرف (٢) ولكن لا يلزم اتجاه الحامل سئ النية، تأسيسا على الإطار الذي أوضحناه في الفقرة الأولى بشأن البائع سئ النية، لأنه يعلم ببطلان عقد البيع، وللمصرف أن يرفض دفع المبلغ له لأنه يعتبر سئ النية.

خامساً: نهائية تنفيذ الاعتماد:

متى دفع المصرف للمستفيد انتهت علاقتهما، بمعنى انه لا يجوز للمصرف أن يرجع في تنفيذه لأي سبب كان، فإذا فرضنا إن في إصداره خطاب الاعتماد خالف تعليمات عميله أو أنه نفذ الخطاب نظير مستندات غير كاملة أو التزاماته بطريقة صحيحة، وكان الاعتماد مفتوحاً دون ضمان كافٍ وأعسر العميل بعد فتحه، ففي كل هذه الحالات يتعذر على البنك استرداد ما دفعه من عميله الذي سيرفض المستندات، وتكون له مصلحة كبرى في الرجوع على المستفيد البائع.

وقد لجأت محكمة اكس في حكم لها سنة ١٩٥١، إلى أن المصرف إذ دفع للبائع الثمن الذي يطلبه قد حل محل المشتري ضد البائع، ولذلك يكون له أن يرجع بما للمشتري ضده، ووجه الخطأ في هذا الحل أن المصرف وهو ينفذ الاعتماد إنما ينفذ التزاما عليه هو شخصيا وليس التزام المشتري ولذلك لا يحل محله، من ذلك يتبين أن تنفيذ المصرف الاعتماد نهائي، ولا يكون له الرجوع على البائع إلا إذا كان تحفظ تحفظاً واضحاً وهو ينفذ الاعتماد، لان التنفيذ هنا يكون معلقاً على شرط فاسخ هو رفض العميل المستند، وعندئذ يكون وفاء البنك للبائع بلا سبب. (٣)

(١) الياس نصيف، المرجع السابق، ص٤٦٤

(٢) الياس نصيف، المرجع السابق، ص٤٦٥

(٣) باريس ١٩ يناير ١٩٥٢ بالجملة التفصيلية ١٩٥٢ ص ٦١١ بمرجع وسيط د. علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص

(١) الياس نصيف، المرجع السابق، ص ٤٦٢

(٢) الياس نصيف، المرجع السابق، ص ٤٦٢

*الحكم الشرعي للاعتمادات المستندية وكيفية إجراءاته في المصارف الإسلامية:

١- مشروعية الاعتماد المستندي:

إن التعامل بالاعتماد المستندي يشتمل على وكالة بتقديم الخدمات الإجرائية ومن أهمها فحص المستندات، وعلى كفالة بضمان المؤسسة للمستورد، وكلاهما مشروع، فيكون الاعتماد المستندي مشروعاً بالشروط المبينة في هذا الإطار.

ويجوز للمؤسسة فتح الاعتمادات المستندية بمختلف أنواعها، وإصدارها، بناءً على أمر العميل أو بالأصالة عن نفسها- وتعزيرها، ويجوز لها المشاركة في ذلك، والتوسط فيه، كما يجوز لها تبليغها، وتعديلها، وتنفيذها، بالأصالة عن نفسها، أو نيابة عن مؤسسة أو بنك آخر، وفقاً لأي صورة من صور التنفيذ.

ومن مقتضيات عدم جواز تعامل المؤسسة بالاعتمادات المستندية سواءً بالأصالة عن نفسها أو نيابة عن الغير عميلاً أو مؤسسة، أو الإعانة على ذلك، إذا كانت تلك الاعتمادات تخص بضاعة محرمة شرعاً، أو عقداً باطلاً أو فاسداً بموجب ما تضمنه من شروط، أو تتضمن تعاملاً بالفوائد الربوية أخذاً أو إعطاءً، صراحةً كما في حالة القرض الذي ينشأ عند الدفع عن المستفيد في مثل الاعتماد غير المغطى كلياً أو جزئياً، أو ضمناً كما في حالات الحسم، والتداول (أي الدفع) للكميالات مؤجلة الدفع، والتأخر في الدفع.

ويوجد مرتكز مهم في التثبت من شرعية التعامل بالاعتمادات المستندية وهو أن يكون العقد الموثق بالاعتماد شرعياً من حيث تحقق أركانه، وشروطه، ونوع المبادلة من حيث كونها صرفاً أو بيعاً عادياً أو غير ذلك، وما يلحق بذلك من شروط إضافية خاصة. بتأجيل أحد البديلين أو كليهما، والنقل، والتأمين على البضاعة محل العقد. لأنه لا يجوز الإقدام على العقود المحرمة والباطلة أو الفاسدة في نظر الشرع، كما لا يجوز الإعانة على تنفيذها.

على المؤسسة أن تنفذ الاعتماد إذا كانت المستندات مطابقة للتعليمات إلا في حالة علمها بثبوت التزوير أو الغش فلا تلزم بتنفيذه، أما إذا صدر حكم قضائي ببطلان عقد البيع السابق على فتح الاعتماد فلا ينفذ الاعتماد إلا باتفاق جديد.

٢- العقد السابق على فتح الاعتماد:

يجوز أن يشترط البائع على المشتري في عقد البيع أن يتم دفع الثمن عن طريق اعتماد مستندي. وهذا الشرط صحيح يلزم الوفاء به من قبل المشتري.

ومن مقتضيات جواز توثيق البيوع الدولية بالاعتمادات المستندية، هو عدم مخالفة تلك البيوع لأحكام الشريعة الإسلامية.

إذا نص في عقد البيع على أن تفسيره خاضع للمصطلحات التجارية سارية المفعول أو لاتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، أو أي مرجعية أخرى؛ فإنه يجب أن يكون ذلك مقيداً بما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية.

ويجوز للمؤسسة أن تأخذ قيمة التكاليف الفعلية على الاعتمادات المستندية، ويجوز لها أن تأخذ أجرة على القيام بالخدمات المطلوبة سواءً أكانت مبلغاً مقطوعاً أم نسبة من مبلغ الاعتماد، ويشمل ذلك الاعتمادات

المستندية الصادرة والواردة، ويشمل تعديل الاعتمادات ما عدا التعديل بزيادة مدة الاعتماد، فلا يجوز لها أن تأخذ عليه إلا المصروفات الفعلية فقط، وتكون حينئذ مبلغاً مقطوعاً لا نسبة مئوية.

ولتحقيق الاعتمادات المستندية المتوافقة مع الشريعة الإسلامية يجب مراعاة الآتي:

أ- ألا يؤخذ في الاعتبار جانب الضمان عند تقدير الأجرة في الاعتمادات المستندية. وعليه فلا يجوز للمؤسسة أن تأخذ زيادة على المصروفات الفعلية في حال تعزيرها لاعتماد صادر من المصرف. وفي حكم التعزير المشاركة في الإصدار، والمشاركة في التعزير، وإصدار الاعتماد المعد للاستخدام (اعتماد الضمان) ما لم يتطلب ذلك خدمات أو تكاليف.

ب- ألا يترتب على ذلك فائدة ربوية أو يكون ذريعة إليه، وهذا مقتضى مهم في شرعية الاعتمادات المستندية. ج- ألا يتخذ اجتماع العقود في الاعتماد المستندي ذريعة إلى ما هو محرم شرعاً، كأخذ عائد على الضمان، أو القرض.

٣- الضمانات في الاعتماد المستندي:

يجوز للمؤسسة أن تتوثق لما يترتب عليها من التزامات بالاعتماد المستندي، أو تقدم توثيقاً لالتزامات المؤسسات والمصارف التي تتعامل معها بالاعتماد المستندي، أو تتوسط في ذلك، بأنواع الضمانات المباحة شرعاً، ومن ثم يجوز أن يكون غطاء الاعتماد المستندي نقوداً أو حجزاً على الحسابات المشروعة أو أوراقاً مالية مشروعة أو صكوك ملكية للعقارات، وكذا حبس مستندات الاعتماد التي تمثل البضاعة، كما يجوز أن يكون الغطاء خطاب اعتماد قابل للتحويل، وخطاب اعتماد ظهير، وخطابات الضمان المقدمة من مصرف المستفيد مقابل الدفعة المقدمة في اعتماد الدفعة المقدمة، أو المقدمة من المصارف المشاركة في الإصدار والتعزير، والتنازل عن المستحقات والأوراق التجارية كالكميالات، والسندات لأمر. ولا يجوز للمؤسسة أن تقبل أنواع الضمانات الآتية: السندات الربوية، أو أسهم الشركات ذات الأنشطة المحرمة، أو الفوائد الربوية. كما لا يجوز لها أن تقدم شيئاً من هذه الأنواع ضماناً لالتزاماتها تجاه المؤسسات والمصارف الأخرى، أو تتوسط في ذلك.

يجوز الاتفاق بين المؤسسة والأمر بفتح الاعتماد على استثمار مبلغ الغطاء النقدي وفقاً لأحكام شركة المضاربة.

٤- المراجعة في الاعتمادات المستندية:

في إطار هذه العملية يعلن العميل رغبته أن يشتري من المؤسسة بضاعة مستوردة عن طريق المراجعة باعتماد مستندي ولتحقيق تلك العملية وفقاً للأصول الشرعية يتوجب مراعاة الآتي:

أ- أن لا يسبق فتح الاعتماد إبرام عقد البيع بين الأمر والمستفيد (البائع)، سواء قبض الأمر البضاعة محل العقد أم لم يقبضها.

ب- أن تكون المؤسسة هي المشتري من المصدر ثم تباع إلى العميل مرابحة وفقاً للأحكام المرابحة للأمر بالشراء.

٥- مشاركة المؤسسة للعميل في البضاعة المستوردة بالاعتمادات المستندية:

في حالة مشاركة المؤسسة للعميل في شراء البضاعة قبل فتح الاعتماد وقبل إبرام العميل العقد مع المصدر

يجوز فتح الاعتماد باسم أي من طرفي المشاركة، ويجوز للمؤسسة بعد تسلم البضاعة أن تبيع نصيبها لطرف ثالث أو لشريكها مرابحة عاجلاً أو آجلاً بشرط ألا يكون البيع للشريك بوعد ملزم ولا مشروطاً في عقد المشاركة. ويجوز للمؤسسة أن تشارك العميل فيما اشتراه لنفسه، شريطة أن لا تبيع نصيبها إليه بالأجل. ٦- أحكام عامة:

إذا نص في الاعتماد على أنه خاضع للأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية حسب نشرة سارية المفعول، فإنه يجب تقييد ذلك بما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية، ويستحسن النص على بدائل يتفق عليها بين المؤسسة ومراسليها. ومن ثم يجب النص على عدم العمل بالمواد التي تنص على الفوائد من تلك الأصول والأعراف، وكذا المواد المتعلقة بالتداول مما فيه مخالفة شرعية. وينظر البديل المشروع.

لا يجوز للمؤسسة إجراء حسم لخصم كمبيالات اعتمادات القبول، أي شراؤها نقداً بأقل من قيمتها. لا يجوز للمؤسسة إجراء تداول للمستندات مؤجلة الدفع أو لكمبيالات اعتمادات القبول، أي شراؤها نقداً بأقل من قيمتها الاسمية. كما لا يجوز للمؤسسة أن تكون وسيطاً في ذلك بين المستفيد والمصرف المصدر أو البنك المعزز سواء بالدفع أو بالتبليغ.

لا يجوز للمؤسسة تداول مستندات الإطلاع أو كمبيالات الاعتمادات المستحقة الدفع بأقل من قيمتها لأنه من قبيل الصور الممنوعة في بيع الدين.

لا يجوز للمؤسسة - كلما أمكن - أن تتيح الكمبيالات التي أضافت عليها تعهداً بالدفع لعملائها المدنيين بها بغرض حسمها لدى مصارف أخرى تقبل ذلك.

يجب أن تنظم المؤسسات علاقاتها مع المؤسسات والمصارف المراسلة لها في مجال عمليات التغطية بين المراسلين المتضمنة تسوية الالتزامات بين المصارف المترتبة على الاعتماد المستندي، وغيره من العمليات المصرفية على أساس تجنب دفع الفوائد وكل ما هو ممنوع شرعاً لكي تكون عملية الاعتمادات المستندية في إطارها المتوافق مع الشريعة الإسلامية.

وعليه فإن المصارف الإسلامية تؤدي هذه الخدمة بأسلوبين:

الأسلوب الأول: أن يسدد العميل كامل المبلغ للمصرف ويتولى المصرف فتح الاعتماد وتسديد المبلغ قيمة الاعتماد بالعملة المطلوبة وهنا يتقاضى المصرف الإسلامي رسوم خدمة.

الأسلوب الثاني: وهو تنفيذ الاعتماد المستندي كإئتمان مصرفي يتم بتسديد المتعامل جزء فقط من قيمة الاعتماد ويقوم المصرف الإسلامي باستكمال سداد قيمة الاعتماد كعملية إئتمانية إسلامية (١) بأحد طرق التمويل الإسلامية.

الخاتمة

إن الدراسة التأصيلية التحليلية للمقارنة بين عمليات المصرفية التقليدية والعمليات المصرفية الإسلامية الهدف منها إيجاد البديل الإسلامي للمصارف الربوية فكان هذا مدعاة للتحويل في الفكر الاقتصادي من الناحية العملية التطبيقية لذلك يجب العمل على توسيع نطاق المصارف الإسلامية ووضع الضوابط الشرعية لمعاملات المصارف في ضوء الكتاب والسنة، ولا أجمل من تحقيق قصد الشارع الكريم فيما شرعه إلى عباده في كل مناحي الحياة ولا أهمها فيما يتعلق بالمال ومدى توظيفه لغايات الإنسان عن طريق الاستثمار والحصول على التسهيل والتيسير لدوران عجلة حياته. وهو ما استبطناه واقعا من التحليل القانوني المقارن للعمليات المصرفية بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي. وفي الختام نقدم هذه الدراسة التأصيلية لتكون شاهد على أهمية التحول من الربوية التي تفسد الاقتصاد حال عمل المصارف بمنهجيتها إلى الاستثمار الحقيقي بإطاره الشرعي الإسلامي بمنهجية البيع والشراء التي تنمي الاقتصاد الحر المنضبط بالشريعة الإسلامية وأحكامها، وليس الاقتصاد الحر الذي لا تحده حدود ولا تقيده قيود، مما يؤثر سلباً على كل مناحي الحياة ليست الاقتصادية فحسب وإنما الاجتماعية وغيرها.

وأطلع أن يكون هذا التأصيل التحليلي المقارن للعمليات المصرفية قد لامس الهدف منه واقتراب من الغايات التي ملأت سطور هذا البحث، وتكون استنتاجاته إحدى الأسس للتطبيق العملي الفعلي، وليس الجانب الأكاديمي النظري فحسب.

(١) المصرفية الإسلامية، الموسوعة الحرة، موقع ويكيبيديا

التصور الشرعي للحق

دكتور / أحمد رشاد الهواري

أستاذ القانون المدني المشارك وعميد كلية الحقوق بجامعة المملكة - مملكة البحرين

مقدمة:

لقد حظى الحق قديماً وحديثاً بمكانة عظيمة، فتناوله علماءنا في كتبهم وبحوثهم، فحاولوا وضع نظرية له، وحرصوا على تحديد مفهومه وبيان أنواعه، ودراسة جوانبه المختلفة، حيث قسموا الحقوق إلى قسمين كبيرين، لكل منهما خصائصه، القسم الأول منهما تدرج تحته مجموعة من الحقوق تقسم بحسب من هو صاحبها، وهي ثلاثة، حقوق الله الخالصة، وحقوق العباد الخالصة، وكذلك الحقوق المشتركة. أما القسم الثاني، فتدرج تحته حقوق من زاوية محلها، وتشمل الحقوق المالية وغير المالية، والحقوق الشخصية والعينية، وأخيراً الحقوق المجردة وغير المجردة.

منهج البحث:

يرمي هذا البحث إلى التعرف على التصور الشرعي للحق من خلال اتباع المنهج الوصفي، مع الإشارة إلى أن الفقه الإسلامي في هذه الدراسة يعتبر بجميع مذاهبه وحدة واحدة متكاملة، بحيث يقتصر العرض - بقدر المستطاع - على الرأي الغالب فيه دون الدخول في تفصيلات جزئية لا يتسع المقام لذكرها. كما يرمي هذا البحث إلى المساهمة، ولو بجزء يسير في المحاولات المبذولة في الفقه القانوني العربي لتطبيق الشريعة الإسلامية.

إشكاليات الدراسة:

لا جرم أن الوصول إلى وضع تصور شرعي للحق يثير العديد من الإشكاليات، والتي أهمها: إشكالية التعريف بالحق في الاصطلاح الشرعي، فضلاً عن إشكالية بيان تقسيماته المختلفة في الشريعة الإسلامية.

تقسيم الدراسة:

يمكن القول إن الفقهاء قسموا الحقوق إلى أقسام عدة وفق اعتبارات مختلفة. حيث تم تقسيم الحق باعتبار اللزوم وعدمه، وقسم كذلك باعتبار عموم النفع وخصوصه، وكذلك باعتبار وجود حق العبد وعدمه، وأيضاً باعتبار إمكان العبد إسقاط الحق من عدمه، وكذلك باعتبار نظرة الإسلام للحق، كما يقسمونه بالنظر إلى صاحب الحق، فهناك حقوق خالصة لله، وأخرى خالصة للعباد، وثالثة تشتمل على الحقين معاً، وحق الله فيه غالب، وأخيراً ما تشتمل على الحقين أيضاً، إلا أن حق العباد فيها غالب.

كذلك قسم الحق باعتبار العبادات والعادات، وباعتبار تمام الحق التام، وتخفيفه، وباعتباره محددًا وغير محدد، وباعتباره معيناً ومخيراً، وباعتباره مطلقاً ومقيداً، وباعتباره عينياً وكفائياً، وباعتباره ما يورث من

الحقوق وما لا يورث، وباعتباره مالياً وغير مالي، وغير ذلك. ونظراً لكثرة هذه الحقوق وتفرعها، فسنعصر الدراسة على أهم تقسيمين منها، فنتناول الحق بالنظر إلى صاحبه، والحق بالنظر إلى محله، ويسبق ذلك دراسة مفهوم الحق في المنظور الشرعي.

وعلى هدى ما سبق نرى تقسيم هذا البحث إلى ثلاثة مباحث، وذلك على النحو التالي:-

المبحث الأول: مفهوم الحق في المنظور الشرعي.

المبحث الثاني: أقسام الحق بالنظر إلى صاحبه.

المبحث الثالث: أقسام الحق بالنظر إلى محله.

المبحث الأول

مفهوم الحق من المنظور الشرعي

أولاً: الحق (١) لغة (٢): له معانٍ متعددة، تدور حول الثبوت والوجوب، فإذا كان الفعل حقاً يحق بضم الحاء في المضارع، فمعناه اليقين، وإذا كان الفعل حقاً يحق بكسر الحاء يحق بضم الحاء في المضارع، فمعناه اليقين، وإذا كان الفعل حقاً يحق بكسر الحاء في المضارع، فمعناه الثبوت، فالحق هو الثابت الذي لا يسوغ إنكاره (٣). قال سبحانه (لَقَدْ حَقَّ الْقَوْلُ عَلَى أَكْثَرِهِمْ فَهُمْ لَا يُؤْمِنُونَ) (٤)، والحق من أسمائه سبحانه، وقيل: من صفاته مصداقاً لقوله تعالى (ثُمَّ رُدُّوا إِلَى اللَّهِ مَوْلَاهُمُ الْحَقِّ) (٥)، وهو أيضاً، ضد الباطل (٦)، مصداقاً لقوله سبحانه: (وَلَا تَلْبِسُوا الْحَقَّ بِالْبَاطِلِ وَالْبَاطِلُ وَالْحَقُّ وَتَكْتُمُوا الْحَقَّ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ) (٧). وتطلق كذلك كلمة الحق على النصيب المحدد مثل قوله تعالى (والذين في أموالهم حق معلوم، للسائل والمحروم) (٨). وكلمة الحق لا تعنى دائماً الثبوت الفرضي والوجوبي، بل قد تعنى الثبوت على سبيل النذب، ويقول ابن العربي في تفسير قوله تعالى (حقاً على المتقين) حقاً: يعنى ثابتاً ثبوت نظر وتخصيص، لا ثبوت فرض ووجوب وتحقيقه أن الحق في اللغة هو الثابت، وقد ثبت المعنى في الشريعة ندباً، وقد ثبت فرضاً، وكلاهما صحيح في المعنى» (٩).

(١) وردت هذه الكلمة بمشتقاتها ومعانها المختلفة في القرآن الكريم مائتان وثلاث وثمانون مرة. راجع تفصيلاً محمد فؤاد عبد الباقي - المعجم لمفهرس لألفاظ القرآن الكريم - دار الحديث - الطبعة الثالثة ١٩٩١ - ص ٢٦٤، عثمان جمعة ضميرية - الحق في الشريعة الإسلامية - مجلة البحوث الإسلامية - الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد - العدد ٤٠ - ص ٣٥٢.

(٢) الحق: نقيض الباطل وجمعه حُقوقٌ وحقاقٌ وليس له بناء أدنى عدد. وحق الأمر يحق ويحق حقاً وحقوقاً: صار حقاً وثبت. وفي التنزيل (قَالَ الَّذِينَ حَقَّ عَلَيْهِمُ الْقَوْلُ) سورة القصص - آية ٦٣، أي ثبت. قال الزجاج: هم الجن والشياطين، وقوله تعالى (وَلَكِنْ حَقَّتْ كَلِمَةُ الْعَذَابِ عَلَى الْكَافِرِينَ) سورة الزمر - آية ٧١، أي وجبت وثبتت، وقوله سبحانه: (لِيُنذِرَ مَنْ كَانَ حَيًّا وَيَحِقَّ الْقَوْلُ عَلَى الْكَافِرِينَ) (يس: ٧٠). وحقه يحقه حقاً وأحقه كلاهما أثبتته، وصار عنده حقاً لا يشك فيه. وأحقه: صيره حقاً. وحقه وحقته: صدقه. وقال ابن دريد: صدق قائله. وحق الأمر يحقه حقاً وأحقه: كان منه على يقين. وحق حذر الرجل يحقه حقاً، وأحقه: فعل ما كان يحذره. وحقه على الحق وأحقه: غلبه عليه. واستحقه: طلب منه حقه.

انظر المخصص لأبي الحسن علي بن إسماعيل النحوي اللغوي الأندلسي، المعروف بابن سيده - دار إحياء التراث العربي - بيروت - ١٤١٧ هـ - ١٩٩٦ م - الطبعة الأولى - تحقيق: خليل إبراهيم جفال - ج ٤ ص ٣٦٦، وقيل إن الحق هو الثابت الذي لا يسوغ إنكاره، وهو في العرف الحكم المطابق للواقع يطلق على الأقوال والعقائد والأديان والمذاهب باعتبار اشتغالها على ذلك ويقابله الباطل، والحق يقال لموجد الشيء بحسب ما تقتضيه الحكمة ولذلك قيل في الله هو الحق وللموجود بحسب مقتضى الحكمة ولذلك قال فعل الله كله حق نحو الموت والبعث حق. انظر تفصيلاً، محمد عبد الرؤوف المناوي - التوقيف على مهمات التعاريف - دار الفكر المعاصر، دار الفكر - بيروت، دمشق الطبعة الأولى، ١٤١٠ - ص ٢٨٧، وانظر أيضاً، عثمان جمعة ضميرية - مرجع سابق - الجزء ٤٠ - ص ٣٤٩.

والشئ مستحق. شرعاً: أي ظهور كون الشئ حقاً وواجباً للغير. (ابن عابدين). - عند المالكية: رفع ملك شئ بثبوت ملك قبله. قضاء الاستحقاق في المجلة: (م ١٧٨٦): هو إلزام الحاكم المحكوم به على المحكوم عليه بكلام، كقوله: حكمت، أو أعط الشئ الذي ادعي عليك. ويقال لهذا: قضاء الإلزام، وقضاء الاستحقاق. الحق: واحد الحقوق يشمل ما كان لله، وما هو لعباده. - اسم من أسماء الله تعالى، أو من صفاته. - مقابل الباطل. - الثابت بلا شك. كما في قوله تعالى: (فورب السماء والأرض إنه لحق مثل ما أنكم تنطقون) (الذاريات: ٢٢). - الأمر المقضي. - الحزم، ومنه الحديث الشريف:

ثانياً: مفهوم الحق اصطلاحاً:

اختلف الأصوليون في تحديد مفهوم الحق، فمنهم من جعله مرادفاً للحكم الشرعي الذي هو خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير أو الوضع، أو هو فعل المكلف الذي تعلق بخطاب الشارع وهو ما يسمى بالمحكوم فيه وقد يكون حقاً لله أو للعباد أو اجتمع فيه الحقان، وأحدهما غالب (١٠).

والبعض الآخر أهمل فكرة الترادف وأعطاه معنى مستقلاً (١)، حيث ذكر أنه يأتي بمعنيين: الأول: هو الحكم المطابق للواقع ويطلق على الأقوال والعقائد والأديان والمذاهب، باعتبار اشتمالها على ذلك ويقابله الباطل. والثاني: أن يكون بمعنى الواجب الثابت (٢).
في حين عرفه البعض الآخر بأنه اختصاص يقرر به الشرع سلطةً أو تكليفاً (٣).
والحق وفقاً لهذا المفهوم تدرج تحته الحقوق الدينية كحق الله على عباده من صلاة وصيام ونحوهما، والحقوق المدنية كحق التملك، والحقوق الأدبية كحق الطاعة للوالد على ولده، وللزوج على زوجته، والحقوق العامة كحق الدولة في ولاء الرعية لها، والحقوق المالية كحق النفقة، وغير المالية كحق الولاية على النفس. ويلاحظ على هذا المفهوم أنه أظهر ذاتية الحق حيث أشار إلى الرابطة القانونية التي تربط الشئ بشخص معين، كحق البائع في الثمن يختص به، فإن لم يكن هناك اختصاص بأحد، وإنما كان هناك إباحة عامة كالاصطياد والاحتطاب والتمتع بالمرافق العامة، فلا يسمى ذلك حقاً، وإنما هو رخصة عامة للناس (٤).

(١) لقد حاول بعض الفقهاء المعاصرين تعريف الحق فقال الحق: هو الحكم الثابت شرعاً. ولكن يؤخذ على هذا التعريف أنه غير جامع إذ يطلق عليه لفظ الحق عند الفقهاء. فقد يطلق الحق على المال المملوك وهو ليس حكماً، ويطلق على الملك نفسه، وعلى الوصف الشرعي كحق الولاية والحضانة والخيار، ويطلق على مرافق العقار كحق الطريق والمسيل والمجرى. ويطلق على الآثار المترتبة على العقود كالالتزام بتسليم المبيع أو الثمن. راجع تفصيلاً، د. وهبة الزحيلي - الفقه الإسلامي وأدلته - دار الفكر - سورية - دمشق - الطبعة الرابعة - الجزء الرابع - ص ٣٦٥.

وعرفه الشيخ علي الخفيف: بأنه مصلحة مستحقة شرعاً. وهذا التعريف قريب الشبه من التعريف الذي تبناه المذهب الموضوعي في القانون الوضعي، لذا يصدق عليه ذات النقد، فيؤخذ عليه أنه يخلط بين الحق في ذاته، وبين الغاية أو المصلحة المقصودة من الحق، بمعنى أن هذا التعريف لم ينصب على الحق بذاتيته وحقيقته، وإنما اقتصر على بيان الغاية منه. في حين عرفه القاضي حسين المروزي الشافعي بأنه "اختصاص مظهر فيما يقصد له شرعاً". ويمتاز هذا التعريف بالآتي: ١ - يتناول هذا التعريف وصف الاختصاص بأنه "مظهر فيما يقصد له". ويتبين من ذلك أن طبيعة هذا الاختصاص تقوم على وجود آثار وثمار يختص بها صاحب الحق دون غيره في الأشياء التي شرع الحق فيها، وهذه الأشياء قد تكون مادية وقد تكون معنوية. ٢ - أنه عرف الحق بأنه اختصاص، وهو تعريف يبرز ماهية الحق بشكل يميزه عن غيره من الحقائق الشرعية الأخرى. تفصيلاً، عثمان جمعة ضميرية - مرجع سابق - الجزء ٤٠ - ص ٣٥٩ د. عبد الكريم زيدان - المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية - مؤسسة الرسالة - الطبعة السادسة عشرة - طبعة ٢٠٠٣ - هامش ص ١٨٤.

(٢) والواجب الثابت ينقسم إلى قسمين: حق الله وحق العباد. فأما حق الله فقد عرفه التفتازاني: بأنه ما يتعلق به النفع العام للعالم من غير اختصاص بأحد فينسب إلى الله تعالى لعظم خطره وشمول نفعه أو كما قال ابن القيم: حق الله مالا مدخل للصلح فيه كالحدود والزكوات والكمفارات وغيرها. وأما حق العبد فهو ما يتعلق به مصلحة خاصة له كحرمة ماله أو كما قال ابن القيم: وأما حقوق العباد فهي التي تقبل الصلح والإسقاط والمعاوضة عليها. تفصيلاً، أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي - الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني - تحقيق رضا فرحات - مكتبة الثقافة الدينية - ج ١ - ١١٧، والموسوعة الفقهية الكويتية - وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الطبعة الثانية، دارالاسلاسل - الكويت - الجزء ١٨ - ص ٧.

(٣) والسلطة: إما أن تكون على شخص كحق الحضانة والولاية على النفس، أو على شيء معين كحق الملكية. أما التكليف فهو التزام على إنسان إما مالي كوفاء الدين، وإما لتحقيق غاية معينة كقيام الأجير بعمله. تفصيلاً د. وهبة الزحيلي - مرجع سابق - الجزء الرابع - ص ٣٦٦.

(٤) انظر تفصيلاً، د. وهبة الزحيلي - مرجع سابق - ص ٣٦٦.

" إن الله أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث " أي: حظه ونصيبه الذي فرض له. - شرعاً: ما ثبت به الحكم. (ابن حجر) - في اصطلاح أهل المعاني: هو الحكم المطابق للواقع، يطلق على الأقوال، والعقائد، والأديان، والمذاهب، باعتبار اشتمالها على ذلك. (الجرجاني). - عند الإباضية: ما لشيء على آخر. أهل الحق: والحق العيني عند المالكية: هو المتعلق بعين الشئ. الحق من الأبل: ما دخل في السنة الرابعة، وأمكن ركوبه، والحمل عليه. (ج) حقائق، وأحق. (جج) - حق. - عند الحنفية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية والجعفرية، والإباضية: ما أتم الثالثة، ودخل في الرابعة. وفي قول عند الإباضية: ما دخل في الثالثة. الحق: تقول: هذه حقتي - من الأبل: الحق، أو مؤنثه. انظر سعدي أبو جيب - القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً - دار الفكر دمشق - سورية - الطبعة الثانية ١٤٠٨ هـ ١٩٨٨ - ج ١ - ص ٩٣، ٩٤.

(٣) د. أحمد النجدي - الضوابط الشرعية لأحكام التصرفات الإنسانية - دار النصر للتوزيع والنشر - طبعة ١٤١٧ هـ، ١٩٩٧ م - ص ٣٢.

(٤) يس - ٧.

(٥) الأنعام - ٦٢.

(٦) أبو عبد الله محمد بن محمد بن عرفة الورغمي - تفسير ابن عرفة المالكي - تحقيق: د. حسن المناعي - مركز البحوث بالكلية الزيتونية - تونس - ١٩٨٦ م - الطبعة الأولى - الجزء الأول - ص ٢٠٩، ويقول الرازي " الحق في اللغة هو الثابت لأنه يذكر في مقابلته الباطل فإذا كان الباطل هو المعدوم وجب أن يكون الحق هو الثابت " انظر تفصيلاً، محمد بن عمر بن الحسين الرازي - المحصول في علم الأصول - تحقيق: طه جابر فياض العلواني - الناشر: جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية - الطبعة الأولى، ١٤٠٠ - الجزء الأول - ٣٩٥.

(٧) البقرة - ٤٢.

(٨) المعارج - ٢٤، ٢٥.

(٩) انظر أحكام القرآن لأبي بكر ابن العربي - طبعة عالم الكتب - بيروت - ج ٤ - ص ١٢٥.

(١٠) د. أحمد النجدي - مرجع سابق - ص ٣٣.

المبحث الثاني

أقسام الحق بالنظر إلى صاحبه

تمهيد وتقسيم:

لقد قسم الفقهاء الحقوق بالنظر إلى صاحبها إلى ثلاثة أقسام: حقوق الله الخالصة ، حقوق العباد الخالصة ، والحقوق المشتركة ، وهي التي يجتمع فيها حق الله وحق العبد ويكون أحدهما غالباً. ونستعرض هذه الأنواع بشئ من التفصيل فيما يلي مخصصين لذلك المطالب الثلاثة الآتية:-

المطلب الأول: حقوق الله تعالى الخالصة.

المطلب الثاني: حقوق العباد الخالصة.

المطلب الثالث: الحقوق المشتركة.

المطلب الأول

حقوق الله تعالى الخالصة

حق الله الخالص هو الحق الذي يقصد منه التقرب إلى الله تعالى، وتعظيمه، وتحقيق النفع العام للبشر (١)، فلا يختص به أحد، وإنما هو عائد على مجموع الأفراد والجماعات، وينسب هذا الحق إلى الله تعالى تعظيماً، فلا يختص به أحد غيره (٢)، ويطلق عليه الحق العام (٣)، ونتناول فيما يلي خصائصه، ونلي ذلك بالحديث عن أنواعه.

أولاً: خصائص حقوق الله الخالصة:

تختص حقوق الله الخالصة بجملة من الخصائص تميزها عن غيرها من الحقوق، أهمها:-

١ - عدم قبولها للعفو عنها من البشر. ليس ذلك فحسب، وإنما لا تقبل هذه الحقوق التصالح عليها أو التنازل عنها. فأمرها يرجع إلى الله سبحانه وتعالى. فلا يسقط مثلاً حد السرقة بعفو المسروق منه أو صلحه مع السارق بعد بلوغ الأمر إلى الحاكم. ولا يسقط حد الزنا بعفو الزوج أو غيره أو إباحة المرأة نفسها (٤).

(١) تفصيلاً د. أحمد النجدي - مرجع سابق - ص ٤٠، وهي إما أمر بالقيام بعمل كالعبادات المختلفة، أو النهي عنه كجرائم الحدود. د. رمضان على الشرنباصي - النظريات العامة في الفقه الإسلامي - دار الجامعة الجديدة - طبعة ٢٠٠٣ - ص ٢٠٣

(٢) ومن ذلك حرمة البيت الحرام الذي يتعلق به مصلحة العالم باتخاذة قبلة لصلواتهم، ومثابة لهم، وكحرمة الزنى لما يتعلق بها من عموم النفع في سلامة الأنساب، وصيانة الفراش، وإنما ينسب الحق إلى الله تعالى تعظيماً، لأن الله عز وجل يتعالى عن أن ينتفع بشيء، فلا يجوز أن يكون شيء حقاً له بهذا الوجه، لأنه باعتبار الضرر أو الانتفاع هو متعال عن الكل.

تفصيلاً الموسوعة الفقهية الكويتية - مرجع سابق - ج ١٨، ص ١٤.

(٣) تفصيلاً د. وهبة الزحيلي - مرجع سابق - الجزء ٤ ص ٣٦٩.

(٤) تفصيلاً د. وهبة الزحيلي - مرجع سابق - الجزء ٤ ص ٣٧٠.

ويتميز هذا التعريف وفقاً لهذا المفهوم كذلك بأنه أشار لمنشأ الحق في نظر الشريعة الإسلامية، وهو إرادة الشارع، فالحقوق في الإسلام منح إلهية تستند إلى المصادر التي تستنبط منها الأحكام الشرعية، فلا يوجد حق شرعي من غير دليل يدل عليه، فمنشأ الحق هو الله تعالى؛ إذ لا حاكم غيره، ولا تشريع سوى ما شرعه. وليس الحق في الإسلام طبيعياً مصدره الطبيعة أو العقل البشري، إلا أنه منع مما قد يتخوف منه القانونيون من جعل مصدر الحقوق إلهياً، وبالتالي إطلاق الحرية في ممارسة الحق، وتقديراً لهذا الخطر، قرر الإسلام تقييد الأفراد في استعمال حقوقهم بمراعاة مصلحة الغير وعدم الإضرار بمصلحة الجماعة، فليس الحق مطلقاً وإنما هو مقيد بما يفيد المجتمع ويمنع الضرر عن الآخرين (١).

ومن نافلة القول أن نشير في هذا الصدد إلى استعمالات الفقهاء للفظه الحق، حيث تعددت استعمالات هذه اللفظة، وذلك على النحو التالي (٢):

أ - تطلق لفظه الحق بمعنى عام شامل، بحيث يقصد به كل ما يثبت للشخص من ميزات أو مكينات أو سلطات، سواء أكان الثابت مالياً أم غير مالي، والحق بهذا المعنى هو الذي يهمننا في هذه الدراسة.

ب - تطلق ويراد بها ما كان في مقابلة الأعيان والمنافع المملوكة، بحيث يراد به ما يثبت للأشخاص من مصالح بالاعتبار الشرعي، دون أن يكون لها وجود إلا بهذا الاعتبار: كحق الشفعة، وحق الطلاق، وحق الحضانة، وحق الولاية.

ج - تطلق أيضاً بالنظر إلى المعنى اللغوي فقط، فيقال: حقوق الدار، ويراد به: ما يثبت للدار من مرافق، كحق التعلي، وحق الشرب، وحق المسيل؛ لأنها ثابتة للدار ولازمة لها. ويقال: حقوق العقد ويقصدون بذلك: ما يتبع العقد من التزامات ومطالبات تتصل بتنفيذ حكمه، فعقد البيع حكمه نقل ملكية المبيع، وحقوقه: تسليم المبيع، ودفع الثمن، وأحكام تحمل تبعة هلاك المبيع... الخ.

د - يطلق مجازاً على غير الواجب؛ للحض عليه والترغيب في فعله، فيقال: حقوق الجوار، ويقصد بها، الأمور التي حثت عليها الشريعة في التعامل بين الجيران.

(١) ويعنى ذلك أن الحق في الشريعة يستلزم واجبين: واجب عام على الناس باحترام حق الشخص وعدم التعرض له، وواجب خاص على صاحب الحق بأن يستعمل حقه بحيث لا يضر بالآخرين انظر تفصيلاً د. وهبة الزحيلي - مرجع سابق - ص ٣٦٦.

(٢) د. وهبة الزحيلي - مرجع سابق - ص ٣٦٦ وما بعدها.

د - مؤونة فيها معنى العقوبة، فهو مؤونة لأن به دوام الأرض في يد أصحابها، وهو عقوبة للانقطاع أصحابها بالزراعة وتركهم الجهاد، لأن الخراج يتعلق بالأرض بصفة التمكّن من الزراعة، والاشتغال بها عمارة للعالم، وإعراض عن الجهاد.

هـ - حقوق دائرة بين العبادة والعقوبة (الكفارات)، ومن أمثلتها: كفارة الظهار، وكفارة الفطر في نهار رمضان عمداً، وكفارة الحنث في اليمين، وإنما جعلت الكفارة عقوبة لأنها وجبت جزاء على الفعل المحظور شرعاً، فالعقوبة في الكفارة من جهة الوجوب، وهي أيضاً عبادة، لأن أداءها يتطلب القيام ببعض أنواع العبادات، كالصوم والإطعام والعتق (١).

و - عقوبة خالصة وهي الحدود، كحد السرقة، وشرب الخمر، والزنى .

ز - عقوبة قاصرة كحرمان القاتل من الإرث، زجراً له لقتله مورثه. وهذه العقوبة قاصرة لأنه لم يلحق القاتل ألم في بدنه ولا نقصان في ماله، كل ما هنالك أنه حرم من تملك مال جديد (٢)، فهي ليست عقوبة كاملة أصلية. وإنما هي عقوبة إضافية للعقوبة الأصلية للقتل سواء أكان عمداً أم غير عمد، لأنه قصد حرمان هذا القاتل من تحقيق هدفه، وهو تعجل الميراث، ولذلك حرم من الميراث الذي يأتي إليه عن طريق المقتول، فالقاعدة الفقهية أن من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه (٣).

ح - حق قائم بنفسه ثابت لله تعالى يحكم ربوبيته ابتداءً، كالخمس في الغنائم، مصداقاً لقوله جل شأنه (وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَأَبْنِ السَّبِيلِ إِن كُنْتُمْ أَمْنْتُمْ بِاللَّهِ) (٤).

- (١) د. أحمد النجدي - مرجع سابق - ص ٤٠، فالحاكم هو الذي يؤدي على ترك العبادات أو التهاون بشأنها، وهو الذي يقيم الحدود والتعزيرات على العصاة منعاً من الفوضى وتثبيتاً من وقوع الجريمة. د. وهبة الزحيلي - مرجع سابق - الجزء ٤ ص ٣٧٠.
- (٢) لأن الزكاة قرنت بالصلاة والصوم وعدت من أركان الإسلام، مصداقاً لقوله صلى الله عليه وسلم: بني الإسلام على خمس: شهادة أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله، وإقام الصلاة، وإيتاء الزكاة، والحج، وصوم رمضان. تفصيلاً الموسوعة الفقهية الكويتية - مرجع سابق - ج ١٨، ص ١٥.
- (٣) والعبادة التي فيها معنى المؤونة هي واجبة على ناقصي الأهلية كالصبي المميز، ومنعدها كالمجنون والصبي غير المميز، إلا أن هناك من الفقهاء من يشترط فيها كمال الأهلية ترجيحاً لجانب العبادة على جانب المؤونة. د. أحمد النجدي - مرجع سابق - ص ٤٢.
- (٤) ويرى الجمهور أن الزكاة فيها معنى المؤونة، لأنها وجبت على الشخص بسبب خارج عن ذاته، وهو ملكيته للمال المستوفي لشروط الزكاة، وشكراً لله على بقاءه زائداً عن حاجته، وعدم هلاكه. كما أن كلا من زكاة المال وصدقة الفطر مساعدة للفقراء والمساكين وغيرهم من مصارف الزكاة. تفصيلاً الموسوعة الفقهية الكويتية - مرجع سابق - ج ١٨، ص ١٥.
- (٥) ولا ريب أن الله سبحانه وتعالى هو منبتها وهو الرائق، مصداقاً لقوله سبحانه: (أَمَّنْ خَلَقَ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضَ وَأَنْزَلَ لَكُمْ مِنَ السَّمَاءِ مَاءً فَأَنْبَتْنَا بِهِ حَدَائِقَ ذَاتَ بَهْجَةٍ مَا كَانَ لَكُمْ أَنْ تُنْبِتُوا شَجَرَهَا إِنَّ اللَّهَ مَعَ الَّذِينَ يَدْعُونَ). سورة النمل أي ٦٠، تفصيلاً الموسوعة الفقهية الكويتية - مرجع سابق - ج ١٨، ص ١٦.
- (٦) د. رمضان على الشرنباصي - مرجع سابق - ص ٢٠٤.
- (٧) د. أحمد النجدي - مرجع سابق - ص ٤٢، والموسوعة الفقهية الكويتية - مرجع سابق - ج ١٨، ص ١٦.

المطلب الثاني

حقوق العباد الخالصة

هذا النوع من الحقوق قصد منه حماية مصلحة الإنسان، لذا فإنه يتميز بجملة من الخصائص أهمها: -
 ١ - جواز التنازل عنه بالاسقاط حال العفو أو الصلح أو الإبراء أو الإباحة، كما أنه يمكن توارثه (١).
 ٢ - من حق صاحبه أو وليه إستفائه.

وهذا الحق قد يكون من ناحية أولى، عاماً كما قد يكون خاصاً، ومن أمثلة الحق العام للإنسان، الحفاظ على الصحة والأولاد والأموال، وتحقيق الأمن، وقمع الجريمة، ورد العدوان، والتمتع بالمرافق العامة للدولة. أما الحق الخاص فمن أمثلته رعاية حق المالك في ملكه، وحق البائع في الثمن والمشتري في المبيع، وحق الشخص في بدل ماله المتلف، ورد المال المغصوب، وحق الزوجة في النفقة على زوجها، وحق الأم في حضانة طفلها، والأب في الولاية على أولاده، وحق الإنسان في مزاولة العمل وغير ذلك من الحقوق (٢).

وهو ما ناحية ثانية، فإن هذا الحق قد يقبل الإسقاط وقد لا يقبله، ومن النوع الأول، (أي الحق القابل للإسقاط)، الحقوق الشخصية، إذ الأصل فيها أنها تقبل الإسقاط، كحق القصاص وحق الشفعة وحق الخيار. وهذا الإسقاط قد يكون بمقابل أو بغير مقابل (٣).

ومن النوع الثاني، (الحق الذي لا يقبل الإسقاط) (٤) جملة حقوق هي: الحقوق التي لم تثبت بعد للشخص، والحقوق اللصيقة بالشخصية، والحقوق التي يترتب على إسقاطها تغيير الحكم الشرعي، والحقوق التي يتعلق بها حق الغير، والجامع بين هذه الحقوق أنها لا تقبل الإسقاط على سبيل الاستثناء من الأصل العام المتقدم ومن أمثلتها:

أ - الحقوق التي لم تثبت بعد:

ويمثل له بإسقاط الزوجة حقها في المبيت والنفقة المستقبلية، وإسقاط المشتري حقه في خيار الرؤية قبل الرؤية، وإسقاط الوارث حقه في الاعتراض على الوصية حال حياة الموصي، وإسقاط الشفيع (مثل الشريك أو الجار) حقه في الشفعة قبل البيع، كل هذه الحقوق لا تسقط لأنها لم تنشأ بعد.

ب - الحقوق اللصيقة بالشخصية:

كإسقاط الأب أو الجد حقهما في الولاية على الصغير، فإن الولاية وصف ذاتي لهما لا تسقط بإسقاطهما.
 ج - الحقوق التي يترتب على إسقاطها تغيير الأحكام الشرعية:

ويمثل له بإسقاط المطلق حقه في إرجاع زوجته، وإسقاط الواهب حقه في الرجوع عن الهبة، وإسقاط الموصي حقه في الرجوع عن الوصية. ومنها أيضاً إسقاط مالك العين حقه في ملكها، وهذه الحقوق غير قابلة للإسقاط، لأن معنى إسقاط الحق في الملك إخراج المملوك عن ملك صاحبه إلى غيره، فتكون سائبة لا مالك لها، وقد نهى الشرع عن السائبة التي كانت في الجاهلية (١) بقوله تعالى: (مَا جَعَلَ اللَّهُ مِنْ بَحِيرَةٍ وَلَا سَائِبَةٍ وَلَا وَصِيَّةٍ وَلَا حَامٍ وَلَكِنَّ الَّذِينَ كَفَرُوا يَفْتَرُونَ عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ وَأَكْثَرُهُمْ لَا يَعْلَمُونَ) (٢).
 د - الحقوق التي يتعلق بها حق الغير:

ويمثل له بإسقاط الأم حقها في الحضانة، وإسقاط المطلق حقه في عدة مطلقاته، والمسروق منه حقه في حد السارق، لأن هذه الحقوق مشتركة، فهذه الحقوق لا تقبل الإسقاط، فإذا كان للإنسان ولاية على إسقاط حقه، فليس له ولاية على إسقاط حق غيره.

ومن ناحية ثالثة، فإن هذا الحق قد يقبل التورث وقد لا يقبله، ومن أمثلة الحقوق التي تورث حقوق الارتفاق كحق الشرب والمرور؛ لأنها حقوق تابعة للعقار ولازمة له، وكذلك خيار التعيين والعيب، لأن البيع في خيار التعيين لازم، والحق محصور في اختيار أحد الأشياء، والبيع تم في خيار العيب على أساس سلامة المبيع من العيب، فيثبت ذلك الحق للورثة دفعا للضرر والغبن.

أما الحقوق التي لا تورث فهي القاصرة على الشخص نفسه أو على الشيء ذاته، ومن أمثلتها حق الوكالة فلا يجوز لورثة الوكيل طلب سريان الوكالة لهم (٣) وحقوق الإبداع الأدبية. هذا ولقد اختلف الفقهاء في إرث الحقوق والمنافع هل يتم توريثها أم لا تورث (٤).

(١) لقد أصبح المبدأ المقرر أنه (لا سائبة في الإسلام). وعليه فإن العين في حكم الشرع لا بد أن يثبت فيها وصف الملك لأحد من الناس، فإسقاط المالك حقه في ملكها يترتب عليه تغيير حكم الشرع الثابت، وهذا باطل إذ ليس لأحد من الناس ولاية تغيير حكم الشرع المقرر. د. وهبة الزحيلي - مرجع سابق - ج ٤، ص ٣٧٢ وما بعدها.

(٢) سورة المائدة - آية ١٠٢.

(٣) د. أحمد النجدي - مرجع سابق - ص ٥٣.

(٤) فيري الحنفية أن الحقوق والمنافع لا تورث؛ لأن الإرث يجري في المال الموجود وهو الأعيان، وهذه ليست أموالاً عندهم. أما الديون فما دامت في الذمة فليست مالا لأنها أوصاف شاغلة لها، ولا يتصور قبضها حقيقة، وإنما يقبض ما يعادلها، لكنها تورث لأنها مال حكمي؛ أي شيء اعتباري يملكه الدائن، وهو موجود في ثروة المدين، فالدين مال من حيث المال. في حين يري الجمهور أن الحقوق والمنافع والديون تورث؛ لأنها أموال، ولقوله عليه الصلاة والسلام: «من ترك مالا أو حقاً فلورثته، ومن ترك كلاً أو عيالا فإلي». د. وهبة الزحيلي - مرجع سابق - ج ٤، ص ٣٧٢ وما بعدها، والموسوعة الفقهية الكويتية - مرجع سابق - ج ١٨ - ص ٢٨. الشيخ زادة - مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر - طبعة دار إحياء التراث العربي - الجزء ٧٤٦/٢، النفراوي - الفواكة الدواني - طبعة دار الفكر - الجزء ١٢/٧، اليهودي - شرح منتهى الإرادات - طبعة عالم الكتب، ج ٩٤/٢.

المطلب الثالث الحقوق المشتركة

الحق المشترك هو ما اجتمع فيه حق الله وحق العبد، لكن أحدهما يغلب على الآخر، فإما أن يغلب فيه حق الله تعالى أو يغلب حق العبد.

أ - حق الله غالب:

ومن أمثلة هذا النوع من الحقوق، المحافظة على عدة المطلقة، فحق الله هنا يتمثل في وجوب صيانة الأنساب عن الاختلاط، أما حق الإنسان فيتمثل في المحافظة على نسب أولاده، وفي هذا النوع يغلب حق الله، لأن في صيانة الأنساب نفعاً عاماً للمجتمع، وهو حمايته من الفوضى والانهييار (١). وهذا الحق يلحق بالقسم الأول، وهو حق الله تعالى باعتبار أنه هو الغالب، فيأخذ حكمه، فلا يجوز التنازل عنه.

ب - حق العبد (الإنسان) غالب:

ومن أمثلته حق القصاص الثابت لولي المقتول، فحق لله تعالى فيه يتمثل في تطهير المجتمع عن جريمة القتل، وحق العبد (الإنسان) يتمثل في شفاء غيظه وتطبيب نفسه بقتل القاتل، أو العفو عنه، وحق العبد هنا هو الغالب؛ لأن القصاص مبني على المماثلة، الثابتة بقوله تعالى: (وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَن لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ) (٢) والمماثلة ترجح حق العبد (٣)، وهذا الحق يلحق بالقسم الثاني، فيأخذ ذات الحكم، فيجوز لولي المقتول العفو عن القاتل، والصلح معه على مال، لكن هذا العفو لا يمنع ولي الأمر من أن يوقع بالمتهم عقوبة تعزيرية حماية للمجتمع، ومنع نقشي الجرائم (٤).

المبحث الثالث

أقسام الحق بالنظر إلى محله

تمهيد وتقسيم:

ينقسم الحق باعتبار محله المتعلق به إلى حق مالي وغير مالي، وإلى حق شخصي وحق عيني، وإلى حق مجرد وحق غير مجرد، وهو ما سنتناوله فيما يلي بإيجاز مخصصين لذلك الأغصان الآتية:

المطلب الأول: الحقوق المالية وغير المالية.

المطلب الثاني: الحقوق الشخصية والعينية.

المطلب الثالث: الحق المجرد وغير المجرد.

المطلب الأول

الحقوق المالية وغير المالية

أ - الحقوق المالية: هي الحقوق التي تتعلق بالأموال ومنافعها، أي التي يكون محلها المال أو المنفعة (١)، كالأعيان المالية حيث يمكن بيعها والاستعاضة عنها بمال، ومنها حق البائع في الثمن، والمشتري في المبيع، وحق الشفعة، وحقوق الارتفاق، وحق الخيار، وحق المستأجر في السكنى، ومنها أيضا حقوق مالية، ليس في مقابلة مال، كالمهر والنفقة، حيث يتعلق المهر بالزواج والدخول، وكلاهما ليس مالا، وكذلك النفقة تستحقها الزوجة مقابل احتباسها لحق الزوج (٢).

ب - الحقوق غير المالية:

وهي حقوق لا تتعلق بالمال، ومن أمثلتها، حق القصاص، وحق الحرية بجميع أنواعها، وحق المرأة في الطلاق أو التفريق، وحق الحضانة، وحق الولاية على النفس، ونحو ذلك من الحقوق السياسية والطبيعية (٣).

(١) د. وهبة الزحيلي - مرجع سابق - ج ٤، ص ٣٧٥.

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية - مرجع سابق - ج ١٨، ص ٤٠.

(٣) د. وهبة الزحيلي - مرجع سابق - ج ٤، ص ٣٧٥.

(١) ومن أمثلته أيضاً: صيانة الإنسان حياته وعقله وصحته وماله، فيها حقان، لكن حق الله غالب لعموم النفع العائد للمجتمع. وحد القذف (وهو ثمانون جلدة لمن يتهم غيره بالزنا) فيه حقان: حق للمقذوف بدفع العار عنه وإثبات شرفه وحصانته، وحق الله: وهو صيانة أعراض الناس وإخلاء العالم من الفساد، والحق الثاني أغلب. د. وهبة الزحيلي - مرجع سابق - ج ٤، ص ٣٧٠.

(٢) سورة المائدة: آية ٤٥.

(٣) د. وهبة الزحيلي - مرجع سابق - ج ٤، ص ٣٧١.

(٤) د. أحمد النجدي - مرجع سابق - ص ٤٨.

المطلب الثاني الحقوق الشخصية والعينية

يقصد بالحق الشخصي ذلك الحق الذي يقره الشرع لشخص على آخر (١). ومحلّه إما أن يكون قياماً بعمل، كحق البائع في تسلم الثمن، وحق المشتري في تسلم المبيع، وحق الإنسان في الدين وبدل المتلفات والمفصوبات، وحق الزوجة أو القريب في النفقة. وإما أن يكون امتناعاً عن عمل كحق المودع على الوديع في عدم استعمال الوديعة (٢).

وللحق الشخصي عناصر ثلاثة: هي صاحب الحق، ومحل الحق، والمكلف أو المدين، إلا أن العلاقة بين طرفي هذا الحق هي المتميزة أو البارزة، دون المحل وهو المال.

أما الحق العيني: فهو ما يقره الشرع لشخص على شيء معين بالذات. فالعلاقة القائمة بين صاحب الحق وشيء مادي معين بذاته، والتي بموجبها يمارس المستحق سلطة مباشرة على الشيء هي الحق العيني. مثل حق الملكية الذي به يستطيع المالك ممارسة أكمل السلطات على ما يملكه: وهي التصرف بالشيء واستثماره واستعماله. وحق الارتفاق المقرر لعقار على عقار معين كحق المرور أو المسيل أو تحميل الجذوع على الجدار المجاور. وحق احتباس العين المرهونة لاستيفاء الدين. وللحق العيني عنصران فقط هما: صاحب الحق، ومحل الحق.

وقد استعاض الفقه الإسلامي عن هذا التقسيم بتقسيم الحقوق إلى حق متعلق بالعين، وهو المسمى الحق العيني، وحق متعلق بالذمة وهو المسمى بالدين أو الحق الشخصي، وإن كلام الفقهاء في العين والدين يختلف عن كلام القانونيين في الحق الشخصي والحق العيني. وإن مرادهم بالعين ما هو أوسع من مراد القانون من الحق العيني، «فهو تشمل الحق العيني وبعضاً من الحقوق الشخصية، وهي الالتزام بالعين، مثل الالتزام بتسليم عين معينة وحفظها، وهذا راجع إلى أن العين محلها كل حق ذات محددة، سواء أكان ذلك لتمليكها، أم تملكها، أم منفعتها، أم تسليمها أم حفظها. وأما الدين: فهو كل حق محلّه مبلغ من النقود أو جملة من الأشياء المثلية، فهو أضيّق من مفهوم الحق الشخصي الذي هو رابطة بين شخصين تُخَوَّلُ أحدهما مطالبة الآخر بالقيام بعمل، أو الامتناع عن عمل، أو إعطاء شيء مثلياً كان أم غير مثلي، فالدين في الفقه الإسلامي صورة من صور الحق الشخصي (٣).

المطلب الثالث الحقوق المجردة وغير المجردة

يقصد بالحق المجرد ذلك الحق الذي لا يترك أثراً بالتنازل عنه صلحاً أو إبراءً، بل يبقى محل الحق عند المكلف (أو المدين) بعد التنازل كما كان قبل التنازل، فمرجه إلى رغبة المالك ومشيتته، إن رأى الخير في الانتفاع به فعل، وإلا ترك، دون أن يترتب على تركه أو التنازل عنه تغيير في حكم محلّه (١)، مثل حق الدين، فإن الدائن إذا تنازل عن دينه، كانت ذمة المدين بعد التنازل هي بعينها قبل التنازل، ولا يترتب على التنازل عن الحق أثر من الآثار. وكذلك حق الشفعة إذا أسقط الشفيع حقه في الشفعة، كانت ملكية المشتري للعقار بعد التنازل عن الشفعة هي بعينها قبل التنازل، ومثله حق المدعي في تحليف خصمه اليمين، وحق الخيار، والوظائف في الأوقاف من إمامة وخطابه وتدريس (٢).

أما الحق غير المجرد: فهو الذي يترك أثراً بالتنازل عنه، كحق القصاص فإنه يتعلق برقبة القاتل ودمه، ويترك فيه أثراً بالتنازل عنه، فيتغير فيه الحكم، فيصير معصوم الدم بالعفو بعد أن كان غير معصوم الدم، أي مباح القتل بالنسبة إلى ولي المقتول المستحق للقصاص، ولكن برأي الحاكم. وتظهر فائدة هذا التقسيم في أن:

الحق غير المجرد تجوز المعاوضة عنه بالمال، كحق القصاص وحق الزوجة يجوز لكل من ولي المقتول والزوج أخذ العوض المالي في مقابل التنازل عن حقه بالصلح. على خلاف الحق المجرد الذي لا يجوز الاعتياض عنه كحق الولاية على النفس والمال وحق الشفعة، ولا يجوز أيضاً الصلح عنه، وإتلافه لا يوجب الضمان (٣).

(١) وهناك من يعرفه بأنه "مطلب يقره الشرع لشخص على آخر، وهو كل علاقة شرعية بين شخصين يكون أحدهما فيها مكلفاً تجاه الآخر على أن يقوم بعمل فيه مصلحة ذات قيمة للآخر، أو أن يمتنع عن عمل منافع لمصلحته، ويقابل هذا الحق التزام من الآخر بأداء هذا الحق. وهذا الحق يتنوع فتارة يقتضي القيام بفعل، وتارة يقتضي امتناعاً عن فعل" د. عبد الله بن ناصر السلمي - الماطلة مظاهرها وأضرارها وأنواعها وأسبابها في الفقه الإسلامي - مجلة البحوث الإسلامية - الجزء ٧٩ - ص ٢٨٠.

(٢) د. وهبة الزحيلي - مرجع سابق - ج ٤، ص ٣٧٥.

(٣) د. عجيل جاسم النشمي - بيع الاسم التجاري - مجلة مجمع الفقه الإسلامي - المجلد الخامس - ص ١٨٧١.

(١) عثمان جمعة ضميرية - الحق في الشريعة الإسلامية - مجلة البحوث الإسلامية - مرجع سابق - ج ٤٠، ص ٣٦٣.

(٢) د. وهبة الزحيلي - مرجع سابق - ج ٤، ص ٢٧٧، الموسوعة الفقهية الكويتية - مرجع سابق - ج ١٩ - ص ٢٨٢.

(٣) الموسوعة الفقهية الكويتية - مرجع سابق - ج ٢٢ - ص ٨٢، د. عجيل جاسم النشمي - مرجع سابق - ص ١٨٦٩.

الخاتمة

قد يكون من المناسب بعد أن تعرفنا على مفهوم الحق وأنواعه من المنظور الشرعي أن نلقي الضوء على أبرز وأهم النتائج التي توصلنا إليها، والتي تبدو أكثر دلالة من غيرها، وذلك على النحو التالي: -

١ - للحق معاني متعددة أشملها ما قال به فقهاء الشريعة، وهو ما نؤيده، من أن الحق هو المصلحة الثابتة للشخص على سبيل الاختصاص والاستثناء والتي يقرها الشرع، فهذا التعريف نجده أشمل لعناصر الحق، فالحق جوهره الاستثناء، والاختصاص. وهما لا بد وأن يردا على محل، ومحل الحق هو المصلحة، فالمصلحة هي محل الحق وغايته. كما أنها تعد النتيجة الطبيعية لهذا الاستثناء، كما أن اعتراف المشرع، واقتراره بهذا الاختصاص، والاستثناء ضرورة لإمكان تحقق هذا الاستثناء فعلاً، وبدونه تصبح هذه المصلحة غير مشروعة. وبالتالي لا تصلح لأن تكون هدفا يسعى المجتمع لحمايته، فالحق لا يكون له وجود فعلي إلا إذا كان مشروعاً (أي معترفاً به من قبل المشرع) (١) .

ويعني ذلك إن عنصر الاستثناء يعتبر العنصر المميزة للحق، وهو يقتضى بطبيعة الحال وجود شخص معين يستأثر بشئ أو بقيمة معينة دون سواه بحيث ينفرد وحده بالفائدة أو الميزة التي يعطيها له الشئ أو القيمة، فصاحب حق الملكية مثلاً ينفرد دون سواه بالميزات التي يخولها له هذا الحق، فله وحده الحق في استعماله واستغلاله والتصرف فيه.

ولا يشترط لثبوت الاستثناء أن تكون للشخص صاحب الحق إرادة، فقد يثبت للمجنون وللصبي غير المميز، كما أنه قد يثبت للشخص رغم عدم تدخل إرادته مثل ثبوته للوارث وللغائب، ولعل الأخذ بهذا المعنى هو الذي يبرر ثبوت الاستثناء أو الحق للأشخاص الاعتبارية رغم عدم وجود إرادات حقيقية لها، ذلك أن الإرادة لا تلزم لوجود الحق وإنما تلزم لمباشرة ما يخوله هذا الحق أو الاستثناء من سلطات أو صلاحيات.

(١) ويجب أن ينصب الاستثناء على موضوع معين كأشياء أو قيم معينة، فقد يرد الاستثناء على أشياء مادية كورود حق الملكية أو حق الانتفاع مثلا على العقارات والمنقولات، وقد يرد على أشياء معنوية كورود حق المؤلف على نتاجه الذهني والفكري من أبحاث ومؤلفات ومخترعات. كما أنه قد يكون موضوع الاستثناء قيمة معينة سواء كانت هذه القيم موضوع الحق قابلة للتقدير المالى مثل الخدمات التي يقتضيها صاحب الحق من الغير والتي تتمثل في أداء عمل معين أو الامتناع عن عمل معين أو كانت قيمة لا تقبل الخضوع للتقدير المالى أو الاقتصادى كالقيمة اللصيقة بشخص الإنسان مثل الحقوق والحريات. تفصيلاً د. خالد جمال - الوسيط في مبادئ القانون البحريني - ص ٥٦٣.

٢ - للحق أنواع متعددة، حيث اهتم فقهاء الشريعة الإسلامية بتفصيلات الحقوق، فعنوا بدراسة آحاد الحقوق في جميع معاملات الإنسان وتصرفاته، سواء في علاقته بربه أو علاقته بأفراد مجتمعه، أو علاقته بدولته، فبينوا أحكام هذه التصرفات، وهذه الحقوق أكثر شمولية، وأوسع نطاقاً من الحقوق التي يتمتع بها الإنسان في القانون الوضعي. فبالرغم من أن الحقوق في القانون الوضعي من الكثرة بحيث لا يمكن حصرها في تقسيمات محددة، فهي تتعدد، وتتطور، بتطور المجتمع، إلا أنها تتعلق بحقوق الفرد قبل غيره من الأشخاص، وفي مواجهته دولته ومجتمعه.

٣ - أن هناك فارقاً أساسياً وجوهرياً بين التشريع الإسلامي، وبين كل النظم القانونية الوضعية (١)، يظهر أثره في فكرة الحق ظهوراً وافياً، وهذا الفارق يتمثل في أنه في الشرع الإسلامي، تعتبر الشريعة الإسلامية، هي مصدر الحقوق كلها، ولا يوجد حق مقرر للإنسان يخرج عن نصوصها أو قواعدها الكلية، وبذلك تكون الشريعة الإسلامية، هي أساس الحق ومصدره، وسنده وضمان وجوده والحفاظ عليه في المجتمع.

(١) على خلاف ذلك في القانوني الوضعي، إذ أن الحق فيه، هو أساس التشريع والقانون. ويرتبط وجوده بما يراه المجتمع حقاً، بحيث يصبح الحق - تبعاً لذلك - قانوناً ونظاماً في المجتمع، فالحق هنا، أساس القانون والنظام، الذي تضعه السلطة القائمة، أي كان مصدره.

حقوق الطفل في القانون الدولي والشرعية الإسلامية

دراسة مقارنة بتشريعات مملكة البحرين، ودولة الإمارات

الدكتور/ حسني موسى محمد رضوان

أستاذ مساعد القانون الدولي وحقوق الإنسان - كلية الحقوق - جامعة المملكة - مملكة البحرين

أولاً: مشكلة الدراسة:

يُعد الأطفال أكثر فئات المجتمع حساسية في حياة الأمم ومستقبلها؛ حيث إن الأطفال هم أهم الموارد التي يجب أن يكون لها الأولوية والاهتمام في أي مجتمع يسعى للتقدم، فهم رجال وأمهات المستقبل، الذين سوف تعتمد عليهم الدولة في المستقبل للنهوض بها، وتطويرها.

ونظراً لأنهم فئة ضعيفة تحتاج لمناصرتها، ومدد يد العون لها لتتمكن من تلبية احتياجاتها الأساسية، وتوسيع الفرص المتاحة لهم ليلبغوا الحد الأقصى من طاقاتهم وقدراتهم؛ كان هناك التزام على الحكومات بالاعتراف بجميع أطراف حقوق الطفل، وبأن تأخذها في الحسبان، وأن تقوم بسن التشريعات الكفيلة بحماية حقوق الأطفال، وأن تتبنى سياسات اجتماعية لتعزيز أعمال تلك الحقوق، وذلك من أجل تحقيق المصلحة الفضلى للأطفال؛ لذا تسعى هذه الدراسة لإلقاء الضوء على المواثيق الدولية المعنية بحماية حقوق الطفل ومقارنتها بأحكام الشريعة الإسلامية، مع الإشارة إلى تجربة مملكة البحرين ودولة الإمارات العربية المتحدة في مجال حماية حقوق الطفل؛ وذلك للإجابة على عدة تساؤلات أهمها التساؤل التالي:

ما مدى كفاية النصوص القانونية الواردة بقانون الطفل البحريني والتشريعات الإماراتية؟ وما مدى توافق نصوص الحماية الواردة بهذه التشريعات مع ما ورد بالنصوك والاتفاقيات الدولية المعنية بحقوق الإنسان بصفة عامة، وحقوق الطفل بصفة خاصة؟ وهل نصوص حماية الطفل الواردة بالتشريعات الوطنية للدول محل الدراسة تفي بالالتزامات الدولية بصون وحماية ورعاية حقوق الطفل؟ أم إنها بحاجة لسن تشريعات وطنية جديدة، أو إجراء تعديلات على التشريعات القائمة؟

ثانياً: أهمية الدراسة:

تكتسب الدراسة أهميتها من كونها تُعد أوائل الدراسات العلمية التي تتعرض لقانون الطفل البحريني رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٢ الذي يُعد من أحدث التشريعات التي أصدرها المشرع البحريني، والذي يمثل إنجازاً جديداً يُضاف لتاريخ المملكة، ويمنحها الريادة في إقرار أول قانون خاص وشامل بكل حقوق وواجبات الطفل على مستوى دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، كما يُعد تمرير هذا القانون أحد أكبر إنجازات مجلس النواب، حيث استغرق إنجازها في مجلس النواب أكثر من خمس سنوات متواصلة. وكذا تكتسب الدراسة أهميتها أيضاً من أنها توضح مدى التزام كل من مملكة البحرين، ودولة الإمارات العربية بالتزاماتهما الدولية في مجال حماية حقوق الإنسان بصفة عامة، وحقوق الطفل بصفة خاصة.

المراجع

١. أبو الحسن علي بن إسماعيل النحوي اللغوي الأندلسي، المعروف بابن سيده - المخصص - دار إحياء التراث العربي - بيروت - ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م - الطبعة الأولى - تحقيق: خليل إبراهيم جفال.
٢. أبو عبد الله محمد بن محمد بن عرفة الورغمي - تفسير ابن عرفة المالكي - تحقيق: د. حسن المناعي - مركز البحوث بالكلية الزيتونية - تونس - ١٩٨٦م - الطبعة الأولى.
٣. د. أحمد النجدي - الضوابط الشرعية لأحكام التصرفات الإنسانية - دار النصر للتوزيع والنشر - طبعة ١٤١٧هـ، ١٩٩٧م.
٤. أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي - الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني - تحقيق رضا فرحات - مكتبة الثقافة الدينية.
٥. الشيخ زادة - مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر - طبعة دار إحياء التراث العربي.
٦. اليهوتي - شرح منتهى الإرادات - طبعة عالم الكتب.
٧. د. رمضان على الشرنباصي - النظريات العامة في الفقه الإسلامي - دار الجامعة الجديدة - طبعة ٢٠٠٣.
٨. سعدي أبو جيب - القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً - دار الفكر دمشق - سورية - الطبعة الثانية ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨.
٩. د. عبد الكريم زيدان - المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية - مؤسسة الرسالة - الطبعة السادسة عشرة - طبعة ٢٠٠٣.
١٠. د. عبد الله بن ناصر السلمي - المماثلة مظاهرها وأضرارها وأنواعها وأسبابها في الفقه الإسلامي - مجلة البحوث الإسلامية - الجزء ٧٩.
١١. عثمان جمعة ضميرية - الحق في الشريعة الإسلامية - مجلة البحوث الإسلامية - الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد - الجزء ٤٠.
١٢. د. عجيل جاسم النشمي - بيع الاسم التجاري - مجلة مجمع الفقه الإسلامي - المجلد الخامس.
١٣. محمد عبد الرؤوف المناوي - التوقيف على مهمات التعاريف - دار الفكر المعاصر، دار الفكر - بيروت، دمشق الطبعة الأولى، ١٤١٠.
١٤. محمد عبد الله محمد المعافري، أبوبكر ابن العربي - أحكام القرآن لابن العربي - طبعة عالم الكتب - بيروت.
١٥. محمد عمر الحسين الرازي - المحصول في علم الأصول - تحقيق: طه جابر فياض العلواني - الناشر: جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية - الطبعة الأولى، ١٤٠٠.
١٦. محمد فؤاد عبد الباقي - المعجم لمفهرس لألفاظ القرآن الكريم - دار الحديث - الطبعة الثالثة - ١٩٩١.
١٧. د. وهبة الزحيلي - الفقه الإسلامي وأدلته - دار الفكر - سورية - دمشق - الطبعة الرابعة.
١٨. الموسوعة الفقهية الكويتية - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الطبعة الثانية، دارالسلاسل - الكويت.

ثالثاً: فرضيات الدراسة:

تعتمد الدراسة على عدة فرضيات أساسية، لعل أهمها يتمثل في التالي:

١. إن إقرار قانون خاص بالطفل يكفل رعاية الطفولة ويضمن حقوقها ومستقبلها، وفي بالالتزامات الدولية.
٢. إن قواعد الحماية التقليدية لحقوق الطفل والتي تتمثل في بعض النصوص المتناثرة في التشريعات الوطنية لبعض الدول لم تعد كافية بوضعها الحالي لمواجهة الانتهاكات التي قد يتعرض لها الأطفال، كما أنها لم تعد كافية لوفاء الدول بالتزاماتها الدولية بحماية حقوق الطفل ومصالحه الفضلى؛ ومن ثم لا بد أن تقوم تلك الدول بسن قوانين خاصة وشاملة لحقوق الطفل.

رابعاً: منهجية الدراسة:

اقتضى التعرُّض لموضوع الدراسة اتباع المنهج التحليليِّ المقارن والذي على أساسه سوف نقوم بعرض وتحليل ومقارنة النصوص الواردة بالمواثيق الدولية المعنية بحقوق الطفل، مع مقارنتها بأحكام الشريعة الإسلامية المعنية بحماية حقوق الطفل؛ لاستيضاح مدى كفاية النصوص الوطنية مجال حماية حقوق الطفل، وبيان مدى توافق تلك النصوص مع الأحكام الواردة بالمواثيق الدولية.

المبحث التمهيدي

مفهوم الطفل (١)

سوف نخصص هذا المبحث لبيان مفهوم الطفل في اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل ١٩٨٩ مع إجراء تقييم لهذا التعريف، ثم نتبع ذلك ببيان مفهوم الطفل في كل من التشريع البحريني والإماراتي، ثم نختم هذا المبحث ببيان مفهوم الطفل، كما ورد بأحكام الشريعة الإسلامية.

المطلب الأول

مفهوم الطفل في المواثيق الدولية

عُرفت المادة الأولى من اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل التي اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام، بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٢٥/٤٤ المؤرخ في ٢٠ نوفمبر ١٩٨٩، ودخلت حيز النفاذ بتاريخ بدء النفاذ ٢ سبتمبر ١٩٩٠، والتي جاء بها أن الطفل يعني «كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشرة، ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك، بموجب القانون المنطبق عليه».

(١) جاء في تاج العروس للزبيدي أن الطفل بالكسر يعني الصغير من كل شيء أو المولود، راجع: تاج العروس من جواهر القاموس، محمد بن محمد بن عبدالرزاق الحسيني، أبو الفيض، الملقب بمرتضى، الزبيدي، ج ٢٩، ص ٣٦٩.

تقييم التعريف الوارد باتفاقية الطفل:

من نص المادة الأولى من الاتفاقية يتضح لنا أن الأطفال ينقسمون إلى قسمين:

أولاً- الأشخاص الذين لم يتموا الثامنة عشرة من العمر؛ فهنا الاعتبار الأول يأخذ بالعمر ويحدد عمراً محدداً للطفل.

ثانياً- الأشخاص الذين يبلغوا سن الرشد قبل الثامنة عشرة حسب القانون المطبق عليهم، وهنا يأخذ بمعيار القوانين الداخلية، ويحدد عمر الطفل حسب القانون الداخلي لدولة الطفل.

ولا خلاف بالنسبة للمعيار الأول؛ لأنه يعطي مساحة واسعة للحماية الممنوحة للأطفال؛ لأنها تحدد العمر بسن معينة، وتسد الباب أمام التأويلات والتفسيرات البعيدة عن روح الاتفاقية، لكن النزاع يثور عند المعيار الثاني الذي حددته المادة (١) من الاتفاقية لأنها لا تعتمد معياراً واضحاً (١) بل اعتمدت معياراً مرناً ومتراخياً، لا يلبي الجهود الدولية الرامية إلى حياة أهدأ للأطفال، وعالم ينعم بالأمن والاستقرار، ومن الواضح ما يسببه هذا التراخي في الاتفاقية من نتائج هي:

١. إتاحة الفرصة فتحت لكل من ينتهك حقوق الطفل أن يحتج بأن قانون الدولة التي ارتكب الانتهاك فيها لا يجرم الفعل الذي قام بارتكابه؛ مما يؤدي إلى قصور الجهود الإنسانية الرامية إلى حماية الأطفال.
٢. ظهور اتفاقيات إقليمية تحدد عمراً للرشد أقل من الثامنة عشرة، مساهماً بذلك لنهج اتفاقية حقوق الأطفال، عكس الجهود الدولية الرامية إلى اعتبار الثامنة عشرة كحد أدنى لنهاية مرحلة الطفولة.
٣. إنهاك العاملين في الحقل الإنساني من أجل حماية الأطفال عند أداء أعمالهم؛ وذلك من خلال تقيدهم بالقوانين الداخلية المطبقة على الأطفال والبحث عن عمر الطفل حسب قانونه بدلاً من ممارسة عمله الإنساني، وذلك ما يضع كل العاملين في ذلك المجال في محل بحث وتفسير؛ مما سيؤخر تطبيق القوانين الدولية (٢).

(١) راجع: د/ بوليحة شهيرة، حقوق الطفل بين المواثيق الدولية وقانون العقوبات الجزائري «دراسة مقارنة»، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١١، ص ١٤.

(٢) نقلاً عن: د/ أحمد علي أحمد سالم، حقوق الطفل في الإسلام، بحث منشور على الموقع الإلكتروني:

المطلب الثاني

مفهوم الطفل في التشريعات الوطنية

سوف نستعرض من خلال السطور التالية تعريفَ الطفل في التشريعات الوطنية المختلفة؛ في محاولة لبيان مدى اتساق تلك التشريعات مع التعريف المعتمد دولياً في نص المادة الأولى من اتفاقية الأمم المتحدة و قوانين حماية الطفل:

أولاً: مفهوم الطفل في التشريع البحريني:

تبني المشرع البحريني في تعريفه للطفل الوارد بالمادة الأولى من اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل؛ حيث نص في المادة الرابعة من قانون الطفل على أنه «يقصد بالطفل في هذا القانون كل من لم يتجاوز ثماني عشرة سنة ميلادية كاملة، وذلك مع مراعاة القوانين النافذة الخاصة بالمنظمة لمن هم دون هذا السن».

ويكون إثبات سنّ الطفل بموجب شهادة ميلاد، أو بطاقة شخصية، أو أي مستند رسمي آخر. وفي حال عدم وجود هذا المستند يتم تقرير السن بمعرفة الجهات التي يصدر بشأنها قراراً من وزير العدل والشؤون الإسلامية والأوقاف، بالاتفاق مع وزير الصحة.

ثانياً: مفهوم الطفل في التشريع الإماراتي:

عرّفت المادة الأولى من قانون الأحداث الجانحين والمشردين (رقم: ١٩٧٦/٩) الإماراتي الحدث بالقول: «يعد حدثاً في تطبيق أحكام هذا القانون من لم يجاوز الثامنة عشرة من عمره وقت ارتكابه الفعل محلّ المسألة، أو وجوده في إحدى حالات التشرد».

وتنص المادة (٦٣) من قانون العقوبات الاتحادي رقم ٣ لسنة ١٩٨٧ على أنه «تسري في شأن من أتم السابعة، ولم يتم ثماني عشرة سنة الأحكام المنصوص عليها في قانون الأحداث الجانحين والمشردين»، وكذا عرّف القانون الاتحادي رقم ٥١ بشأن مكافحة الاتجار بالبشر الإماراتي في مادته الأولى الطفل بأنه «أي شخص لم يجاوز الثامنة عشرة من عمره» (١).

ووفقاً لنص المادة الثانية من قانون الأحداث والجانحين والمشردين رقم ٩ لسنة ١٩٧٦: يثبت السنّ بوثيقة رسمية، سواء شهادة الميلاد، أو بطاقة تحقيق الشخصية الخاصة بوالده أو والدته، أو بجواز سفر أي من والديه، أو أي وثيقة رسمية أخرى، فإن تعذر ذلك نددت جهة التحقيق أو المحكمة طبيياً مختصاً لتقديره بالوسائل الفنية (٢). وباستخلاص التعريفات يتبين أن جميع التشريعات الإماراتية جاءت متفقة ومنسجمة مع تعريف المادة الأولى من الاتفاقية، حيث جاء تحديد سنّ الطفولة من السابعة حتى الثامنة عشرة.

(١) راجع: نص المادة ١ من القانون الاتحادي رقم ٥١ لسنة ٢٠٠٦ بشأن مكافحة جرائم الاتجار بالبشر.

(٢) د/ عبد الفتاح بيومي حجازي، المعاملة الجنائية والاجتماعية للأطفال "دراسة متممقة في قانون الطفل المصري مقارنة بقانون الأحداث الإماراتي"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص ٢٢ وما بعدها.

المطلب الثالث

مفهوم الطفل في الشريعة الإسلامية

وفقاً لما ورد في القرآن فإنّ الطفل هو: ابن الإنسان من حين يولد وحتى بلوغ الرشد، قال تعالى: (يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِن كُنْتُمْ فِي رَيْبٍ مِّنَ الْبَعْثِ فَإِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِّن تَرَابٍ ثُمَّ مِّن نُّطْفَةٍ ثُمَّ مِّن عِلْقَةٍ ثُمَّ مِّن مُّضْغَةٍ مُّخَلَّقَةٍ وَغَيْرِ مُخَلَّقَةٍ لِّنُبَيِّنَ لَكُمْ وَنُقِرُّ فِي الْأَرْحَامِ مَا نَشَاءُ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى ثُمَّ نَخْرِجُكُمْ طِفْلاً ثُمَّ لِتَبْلُغُوا أَشُدَّكُمْ وَمِنْكُمْ مَّن يَتُوفَىٰ وَمِنْكُمْ مَّن يَرُدُّ إِلَىٰ أَرْدَلِ الْعُمُرِ لِكَيْلَا يَعْلَمَ مِن بَعْدِ عِلْمٍ شَيْئًا وَتَرَى الْأَرْضَ هَامِدَةً فَإِذَا أَنزَلْنَا عَلَيْهَا الْمَاءَ اهْتَزَّتْ وَرَبَتْ وَأَنْبَتَتْ مِن كُلِّ زَوْجٍ بَهِيجٍ). (١)

وقال تعالى: (هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِّن تَرَابٍ ثُمَّ مِّن نُّطْفَةٍ ثُمَّ مِّن عِلْقَةٍ ثُمَّ يُخْرِجُكُمْ طِفْلاً ثُمَّ لِتَبْلُغُوا أَشُدَّكُمْ ثُمَّ لَتَكُونُوا شُيُوخًا وَمِنْكُمْ مَّن يَتُوفَىٰ مِن قَبْلِ وَلِتَبْلُغُوا أَجْلاً مُّسَمًّى وَلَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ) (٢). وكذلك قول الرسول: «رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ: عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّىٰ يَحْتَلِمَ، وَعَنِ النَّائِمِ حَتَّىٰ يَسْتَيْقِظَ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّىٰ يُفِيقَ». مع الأخذ في الاعتبار أهمية مرحلة الأجنة وعلاقتها المتكاملة مع مرحلة الطفولة (٣).

المبحث الأول

حقُّ الطفل في الحياة

تمهيد وتقسيم:

الحقُّ في الحياة أعلى ما يملكه الإنسان، وهو أصل كلِّ حقوق الإنسان (٤)؛ ومن ثمّ فالحقُّ في الحياة هو أهم حقوق الإنسان قاطبةً، وكلُّ حقوق الإنسان وحياته تظل محمولة على حقه في الحياة، والحياة هي هبة الله للإنسان، ولا تمنحها له الدولة، وإنما تلتزم الدولة دستورياً وقانونياً بالمحافظة على حقوق مواطنيها في الحياة، وعلى الحقِّ في سلامة الجسد الإنساني وعدم المساس به، سواء كان الجسد الإنساني يعود إلى طفل أو شخص بالغ. فالحقُّ في الحياة هو الحقُّ الأعلى الذي لا يجوز الخروج عليه حتى في أوقات الطوارئ العامة (٥). ونظراً لأهمية هذا الحق سوف نتناوله بالدراسة في ثلاثة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول: حقُّ الطفل في الحياة في المواثيق الدولية.

المطلب الثاني: حقُّ الطفل في الحياة في التشريعات الوطنية.

المطلب الثالث: حقُّ الطفل في الحياة في الشريعة الإسلامية.

(١) سورة الحج: الآية رقم ٥.

(٢) سورة غافر: الآية رقم ٦٧.

(٣) راجع: باسل علي العنزي، مفهوم الطفل وفق اتفاقية حقوق الأطفال لعام ١٩٨٩ على الموقع الإلكتروني: <http://www.ahewar.org>

(٤) راجع: د/ الشافعي بشير، قانون حقوق الإنسان، الطبعة الرابعة، منشأة المعارف، الإسكندرية ٢٠٠٧، ص ١٣٣.

(٥) راجع التعليق العام رقم ١٦ (مادة ٦ الحق في الحياة)، اللجنة المعنية بالحقوق المدنية والسياسية، الدورة الثالثة والعشرون (١٩٨٤).

المطلب الأول

حماية حقّ الطفل في الحياة في المواثيق الدولية

اهتمت المواثيق الدولية المعنية بحقوق الإنسان بالحقّ في الحياة اهتماماً بالغاً، باعتباره حقاً ذا قدسية، خاصة إذا كان الأمر يتعلق بالفئات الأكثر ضعفاً في المجتمع كالأطفال. وانطلاقاً من هذا المفهوم جرت محاولات عدة لتقنين حقوق الطفل؛ ففي ٢٦ ديسمبر من عام ١٩٢٤ أصدرت عصبة الأمم إعلان جنيف لحقوق الطفل، ولكن عندما اندلعت الحرب العالمية الثانية أصبح هذا الإعلان ليس له أية قيمة قانونية. وبعد قيام الأمم المتحدة، ظهر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ١٩٤٨م الذي نصّ على أنّ الحقّ في الحياة من الحقوق الأصيلة للإنسان، حيث جاءت المادة الثالثة من الإعلان العالمي لتنصّ على «لكل فرد الحقّ في الحياة والحرية وسلامة شخصه»، ولا شك أنّ الغرض من النصّ على حقّ الإنسان في الحياة في هذا الإعلان، يُعد تأكيداً لحقّ الطفل في البقاء والنمو، والحماية ضد أيّ خطر يمسّ حياته، خاصة أنه كائنٌ ضعيف أعزل (١).

ثم أُعيدت الكرة مرةً أخرى في ظلّ الأمم المتحدة؛ ففي عام ١٩٥٠ أعدّ المجلس الاقتصادي والاجتماعي مشروعاً جديداً يتضمن إعلان حقوق الطفل. وفي عام ١٩٥٧ كانت هناك بعض المناقشات حول الإعلان المقترح، إلا أنّ بعض الدول الأعضاء أعلنت أنها تفضل وضع اتفاقية ملزمة قانوناً وليس مجرد إعلان، ولكن الغالبية العظمى من الدول فضّلت صدور إعلان مقتضب ينصّ على المبادئ العامة فقط، وفي ٢٠ نوفمبر ١٩٥٩ اعتمدت الجمعية العامة بالإجماع إعلان حقوق الطفل.

وفي عام ١٩٦٦ صدر العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الذي تناول الحقّ في الحياة بطريقة أكثر تفصيلاً، حيث نصّت المادة السادسة من العهد على:

١. الحقّ في الحياة حقّ ملازمٌ لكل إنسان. وعلى القانون أن يحمي هذا الحقّ، ولا يجوز حرمان أحد من حياته تعسفاً.

٢. لا يجوز في البلدان التي لم تلغ عقوبة الإعدام، أن يحكم بهذه العقوبة إلا جزاء على أشد الجرائم خطورة وفقاً للتشريع النافذ وقت ارتكاب الجريمة، وغير المخالف لأحكام هذا العهد ولاتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها، ولا يجوز تطبيق هذه العقوبة إلا بمقتضى حكم نهائي صادر عن محكمة مختصة.

٣. حين يكون الحرمان من الحياة جريمة من جرائم الإبادة الجماعية، يكون من المفهوم بدهاء أنه ليس في هذه المادة أي نصّ يجيز لأية دولة طرف في هذا العهد أن تعفي نفسها، على أية صورة، من أيّ التزام يكون مترتباً عليها بمقتضى أحكام اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها.

٤. لأيّ شخص حُكِم عليه بالإعدام حقّ التماس العفو الخاص، أو إبدال العقوبة. ويجوز منح العفو العام أو العفو الخاص أو إبدال عقوبة الإعدام في جميع الحالات.

٥. لا يجوز الحكم بعقوبة الإعدام على جرائم ارتكبها أشخاص دون الثامنة عشرة من العمر، ولا تنفذ هذه العقوبة بالحوامل.

٦. ليس في هذه المادة أيّ حكم يجوز التذرع به لتأخير أو منع إلغاء عقوبة الإعدام من قبل أية دولة طرف في هذا العهد.

ويلاحظ وفقاً لهذه المادة أنّ الحقّ في الحياة هو الحقّ الوحيد الذي اقترن وصفه بعبارة «الحق الطبيعي»؛ وذلك للتدليل على سموه وقيميته.

أما فيما يتعلق بحماية حقّ الطفل في الحياة؛ فقد جاءت المادة (٦) من اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل لتُلزم الدولة الأعضاء الواقعة على الاتفاقية بضرورة حماية حقّ الطفل الأصيل في الحياة والنماء، بل وحضّت الدول على أن تكفل إلى أقصى حد ممكن بقاء الطفل ونموه.

المطلب الثاني

حقّ الطفل في الحياة في التشريعات الوطنية

سبق أن ذكرنا أنّ الحقّ في الحياة هو الحقّ الأعلى الذي لا يجوز الاعتداء عليه حتى في الظروف غير العادية؛ فجميع حقوق الإنسان تدور حول هذا الحقّ وجوداً وهدماً، لذا حرصت كافة الدساتير والتشريعات الوطنية على حماية هذا الحقّ وإحاطته بقدسية خاصة، وسوف نخصّص السطور التالية لبيان مدى الحماية التي كفلتها التشريعات الوطنية لحقّ الطفل في الحياة، وذلك على النحو التالي:

• التشريع البحريني:

كفل المشرع البحريني حماية حقّ الطفل في الحياة حينما نصّ في المادة الخامسة من الدستور على أنّ «الأسرة أساس المجتمع، قوامها الدين والأخلاق وحب الوطن، يحفظ القانون كيانها الشرعي، ويقوي أواصرها وقيمتها، ويحمي في ظلها الأمومة والطفولة، ويرعى النشء، ويحميه من الاستغلال، ويقويه الإهمال الأدبي والجسماني والروحي». كما تُعنى الدولة خاصة بنمو الشباب البدني والخلقي والعقلي (١). وتتبع الإشارة إلى أنّ المشرع البحريني قد أغفل النصّ على حماية حقّ الطفل في الحياة في قانون الطفل، غير أنّ كافة النصوص الواردة بهذا القانون تكفل حماية هذا الحقّ ضمناً.

• التشريع الإماراتي:

فيما يتعلق بحماية حقّ الطفل في الحياة في التشريع الإماراتي، فقد خصّص المشرع الإماراتي الباب السابع من الكتاب الثاني من قانون العقوبات الصادر عام ١٩٨٧ بموجب القانون الاتحادي رقم ٣، للجرائم الواقعة

(١) راجع نص المادة الخامسة من الدستور البحريني.

(١) راجع د/ حسني نصار، تشريعات حماية الطفولة، منشأة المعارف، الإسكندرية ١٩٧٣م، ص ٦٣.

وعن عبد الله بن مسعود قال: سألتُ - أو سُئِلَ - رسولَ الله: أيُّ الذنوبِ عندَ الله أكبرُ، قال: «أنَّ تجعلَ لله نداً وهو خلقك» قلت: ثم أيُّ؟ قال: «ثم أن تقتلَ ولدك خشيةً أن يطعمَ معك»، قلت: ثم أيُّ؟ قال: «أن تزنيَ بحليلة جارك» (١)، قال: ونزلت هذه الآية تصديقاً لقول رسول الله (وَالَّذِينَ لَا يَدْعُونَ مَعَ اللَّهِ إِلَهًا آخَرَ وَلَا يَقْتُلُونَ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَلَا يَزْنُونَ). (٢)

فحقُّ الإنسانِ في الحياة - ذكرًا أو أنثى - قررتَه شريعةُ الله في مُحكمِ التنزيل؛ فمن حقُّ كلِّ إنسانٍ أن يتمتعَ بحياته، وأن يعيشَ آمنًا على دمه ونفسه، ومن حقُّه أن يدافع عن نفسه ويدفع كلَّ خطرٍ يهدده.

والاعتداء على هذا الحقِّ جنائيةٌ عظيمةٌ لا ينبغي التساهل مع مقترفها، ولا ينبغي النظرُ إليه من منظورِ الرأفةِ والعطفِ والشفقة، ولا ينبغي النظرُ إليه من حيثِ فرديته؛ فالحفاظُ على الجماعةِ أولى من التبريرِ لخطأ الفرد أو عمده، يقول الله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحَرُّ بِالْحَرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنثَى بِالْأُنثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنْ أَعَدَّى بِغَيْرِ عَدَابٍ أَلَيْمٌ). (٣)

ومن حقِّ الحياةِ المشروعِ جاءَ تحريمُ الإجهاض؛ فلقد جاءت الأدلة الشرعية تحتُّ على الزواجِ والإنجابِ، وتُرغَّبُ في التناسلِ، وتحرَّمُ قتلُ الأولادِ والبناتِ بسببِ الفقرِ أو العارِ أو ما شابهَ ذلك، وتحظرُ الإجهاضَ إلا عندَ الضروراتِ القصوى؛ كأنَّ يُخشى على الأمِّ من الموتِ بسببِ خطرِ الجنينِ، فيباحُ إجهاضه؛ لأنَّ المحافظةَ على الأصلِ مقدَّمةٌ على المحافظةِ على الفرعِ. وتأكيداً على قيمةِ الحياةِ الإنسانيةِ جعل الإسلامُ للجنينِ المقتولِ خطأً ديةً معلومةً في الشريعةِ (٤).

المبحث الثاني

حقُّ الطفلِ في النسبِ

تمهيد وتقسيم:

النسبُ هو الرابطة التي تربط الإنسانَ بغيره من جهةِ الدمِ، والأسرةُ هي وعاءُ النسبِ، وفي ظلِّها تنشأ أولُ رابطة بين الإنسانِ وغيره من أفرادِ المجتمعِ الإنسانيِّ، وينبغي التنويه إلى أنه وإن كان ثبوت النسبِ حقًّا أصليًّا للأُمَّ لتدفع عن نفسها تهمةَ الزنا، أو تُعيَّر بولد ليس له أبٌ معروفٌ، فهو في الوقتِ نفسه حقُّ أصليٌّ للولد؛ لأنه يرتب له حقوقًا بيَّنها الشرعُ والقوانينِ الوضعية كحقِّ النفقةِ والرضاعِ والحضانةِ والإرثِ،

(١) فتح الباري شرح صحيح البخاري، أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، الناشر: دار المعرفة - بيروت، ١٣٧٩، باب قوله (وَالَّذِينَ لَا يَدْعُونَ مَعَ اللَّهِ إِلَهًا آخَرَ وَلَا يَقْتُلُونَ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَلَا يَزْنُونَ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ يَلْقَ أَثَامًا)، الجزء الثامن، ص ٤٩٣.

(٢) سورة الفرقان: الآية ٦٨.

(٣) سورة البقرة: الآية ١٧٨.

(٤) نقلا عن: الدكتور الشيخ علاء الدين زعتري، مقاصد الشريعة ودورها في الحفاظ على حقوق الطفل، بحث مقدَّم إلى مؤتمر كلية الشريعة - جامعة دمشق، ٢٠٠٨، ص ٨.

على الأشخاص، حيث شدَّد المشرِّع في المادة (٣٢٥) عقوبة كلِّ مَنْ يجرِّض أو يساعد طفلاً على الانتحار، في حين خصص نصَّ المادة (٣٤٠) لجريمة الإجهاض والتي تتمثل في إنهاء حالة الحمل عمداً قبل الموعد الطبيعي للولادة سواء كانت بإعدام الجنين داخل الرحم، أو بإخراجه منه قبل الموعد، ولو خرج حياً أو قابلاً للحياة.

ووفقاً لنصِّ المادة (٣٤٠) يلزم لكي تكون جريمة الإجهاض جريمة عمدية توافر القصد الجنائي، ويتمثل القصد الجنائي في عنصرَي العلم والإرادة؛ فيجب أن يكون الجاني وقت ارتكاب سلوكه الإجرامي عالماً بوجود الحمل، وأنَّ من شأن هذا السلوك إنهاء الحمل قبل ميعاد ولادته.

أمَّا إذا كان الجاني يجهل أنَّ المرأة حاملٌ فلا يعاقب عن جريمة الإجهاض؛ لانتهاء أحد أركانها لديه وهو القصد الجنائي، ويجب أن تكون إرادة الجاني قد اتجهت إلى فعل الإسقاط، وإلى النتيجة، فلا تقوم الجريمة إذا ثبت أنَّ إرادة الجاني لم تتجه إلى الفعل الذي أدى إلى الإجهاض. وحسبما نصت المادة (٣٤٠) يوجد فرضان لعقوبة جريمة الإجهاض: الأول إذا كانت عملية الإجهاض تمت بموافقة الحامل فإنَّ العقوبة هي السجن مدة لا تزيد على خمس سنوات، أمَّا إذا كانت الجريمة تمت بدون موافقة الحامل فإنَّ العقوبة السجن مدة لا تزيد على سبع سنوات.

المطلب الثالث

حماية حقِّ الطفلِ في الحياةِ في الشريعةِ الإسلاميةِ

قبل ظهور الإسلام اعتاد الكثير من الناس على قتل الأطفال؛ إمَّا خشيةً الفقر، وإمَّا لأنَّ المولود أنثى، فيتم قتلها عن طريق دفنها وهي ما تزال على قيد الحياة، وهو ما كان يُعرَف بظاهرة (وَأد البنات) مخافة العار، ولكن عندما ظهر الإسلام حارب تلك الظاهرة، وحَرَّمَ قتل النفس الإنسانية بغير حقِّ تحريماً قاطعاً، وأمر الآباءَ برعاية صغارهم، يقول المولى عزَّ وجلَّ: (وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْئًا كَبِيرًا) (١).

وفي موضع آخر من القرآن الكريم يقول المولى عزَّ وجلَّ: (قُلْ تَعَالَوْا أَتْلُ مَا حَرَّمَ رَبُّكُمْ عَلَيْكُمْ أَلَّا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ مِنْ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُكُمْ وَإِيَّاهُمْ وَلَا تَقْرَبُوا الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَّنَ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ذَلِكُمْ وَصَّاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ). (٢)

ويتضح من الآيات الكريمة أنَّ المولى عزَّ وجلَّ نهى عن قتل الأطفال خشيةً الفقر، ووصف من يفعل ذلك بأنه قد اقترف خطأً كبيراً، وذنوباً عظيماً.

(١) سورة الإسراء: الآية ٣١.

(٢) سورة الأنعام: الآية ١٥١.

أو الهيئات المختصة. (١)

المطلب الثاني

حقُّ الطفلِ في إثباتِ نسبه لوالديه في التشريعات الوطنية

حرصت التشريعات الوطنية على الالتزام بما وردَ بأحكام الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بحفظ النسب والعرض، وصيانتها من الفوضى والاختلاط والتداخل والتلاعب، فالنسل مقصدٌ شرعيٌّ للنكاح، واشترطت الشريعة الإسلامية في النسل أن يكون منضبطاً بمعرفة النسب الصحيح، وإلحاق الفروع بأصولها الحقيقية، ومراعاة الكرامة والعفة والحياء، ومنع كل ما يخلُّ بحقِّ الإنسان في النسب الصحيح، وحرمت التبني. ولقد سارت التشريعات العربية على هدى ما وردَ بأحكام الشريعة الإسلامية في هذا الصدد، وهو ما سوف يتضح لنا من دراسة ما وردَ بتلك التشريعات على النحو التالي:

• التشريع البحرينيُّ:

حرص المشرع البحرينيُّ على إقرار حقِّ الطفل في أن يتم إثبات نسبه لأبويه، وحظر نسب الطفل إلى غير والديه تحت أي ظرف من الظروف، وتحت أي مسمى يُقصد به التبني، حيث نصت المادة (٥) من قانون الطفل على أنه «لا يجوز أن يُنسب الطفل إلى غير والديه ويحظر التبني».

ولما كانت مملكة البحرين قد أحالت للشريعة الإسلامية كافة المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية، فوفقاً لنص المادة الثانية من الدستور البحرينيُّ «دينُ الدولة الإسلام والشريعة الإسلامية مصدرُ رئيسيُّ للتشريع» (٢).

وبناءً على ذلك، فإنَّ حقَّ الطفل في إثبات نسبه لوالديه يتم إثباته بالفراش الصحيح، وهو قيامُ الزوجية بين الرجل الذي يُنسب إليه الطفل، وبين من أنجبت المولود، ويتم إثباته بالإقرار بالبنوة وهو إقرارٌ بثبوت نسب المقر له ابتداءً، وبه يصبح الشخص المقر له ثابتاً بالنسب من المقر، وله جميع الحقوق الواجبة على الأب لأبنائه، كما يتم إثبات النسب بالبيئة، وذلك بإقامة البيئة بأن يثبت المدعي نسبه بشهادة شاهدين؛ فيحكم له القضاء بثبوت النسب واعتبار نسبه حقيقياً قامت صحته على البيئة الشرعية، وقد درجت المحاكم الشرعية في مملكة البحرين على القضاء بذلك.

فتلك هي سبل إثبات النسب وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، فالأصل هو إثبات النسب بالفراش الصحيح، وما عداها من سبل عبارة عن استثناء، ويجوز من خلال السبل الاستثنائية نسب الطفل الذي يولد خارج رباط الزوجية بما يترتب على ذلك من حقوق الإرث والحضانة والوصاية.

ووفقاً لنص المادة (٧٤) من قانون الأسرة البحرينيُّ رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٩، يكون ثبوت نسب الطفل البحرينيُّ بإحدى الطرق التالية:

(١) راجع نص المادة ٢١ من اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل.

(٢) راجع نص المادة الثانية من الدستور البحريني، متاح على الموقع الإلكتروني لهيئة التشريع والإفتاء القانوني: WWW.legalaffairs.gov.bh

ويتعلق به أيضاً حقُّ الله تعالى لاتصاله بحقوق وحرمان أوجب الله رعايتها، فلا تملك الأم إسقاط حقوق ولدها (١) أو المساس بحقوق الله سبحانه وتعالى. (٢)

ونظراً لأهمية الحق في النسب بالنسبة للطفل، سوف نستعرض بالدراسة حقَّ الطفل في إثبات نسبه في التشريعات الوطنية والدولية، وأخيراً موقف الشريعة الإسلامية من هذا الحق، وذلك وفقاً للتقسيم التالي:

المطلب الأول: حقُّ الطفل في إثبات نسبه لوالديه في المواثيق الدولية.

المطلب الثاني: حقُّ الطفل في إثبات نسبه لوالديه في التشريعات الوطنية.

المطلب الثالث: حقُّ الطفل في إثبات نسبه لوالديه في الشريعة الإسلامية.

المطلب الأول

حقُّ الطفل في إثبات نسبه لوالديه في المواثيق الدولية

على مستوى المواثيق الدولية، نجد أنه - وعلى الرغم من إقرار اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل ١٩٩٠ حقَّ الطفل في نسبه إلى والديه - إلا أن الاتفاقية أقرت نظام التبني، حيث نصت المادة (٢١) من الاتفاقية على أن «تضمن الدول التي تقرُّ و/ أو لتجيز نظام التبني إيلاء مصالح الطفل الفضلى الاعتبار الأول، والقيام بما يلي:

- تضمن ألا تُصرَّح بتبني الطفل إلا السلطات المختصة التي تحدد، وفقاً للقوانين والإجراءات المعمول بها، وعلى أساس كل المعلومات ذات الصلة الموثوق بها، أن التبني جائز؛ نظراً لحالة الطفل فيما يتعلق بالوالدين والأقارب والأوصياء القانونيين، وأن الأشخاص المعنيين - عند الاقتضاء - قد أعطوا عن علمٍ موافقتهم على التبني على أساس حصولهم على ما قد يلزم من المشورة؛
- تعترف بأن التبني في بلد آخر يمكن اعتباره وسيلة بديلة لرعاية الطفل، وإذا تضررت إقامة الطفل لدى أسرة حاضنة أو متبنية، أو إذا تضررت العناية به بأي طريقة ملائمة في وطنه؛
- تضمن، بالنسبة للتبني في بلد آخر، أن يستفيد الطفل من ضمانات ومعايير تعادل تلك القائمة فيما يتعلق بالتبني الوطني؛

(د) تتخذ جميع التدابير المناسبة كي تضمن، بالنسبة للتبني في بلد آخر، أن عملية التبني لا تعود على أولئك المشاركين فيها بكسب مالي غير مشروع، وتعزز، عند الاقتضاء، أهداف هذه المادة بعقد ترتيبات أو اتفاقات ثنائية أو متعددة الأطراف تسعى إلى ضمان أن يكون تبني الطفل في بلد آخر من خلال السلطات

(١) راجع حكم محكمة النقض المصرية، الطعن رقم ٧١ لسنة ٦٠ ق أحوال شخصية، جلسة ١٨/٥/١٩٩٣.

(٢) ولقد استقر قضاء محكمة النقض المصرية على أن «النسب حقُّ للولد فلا يصدق الزوجان في إبطاله ولو تعاونوا على أنه لم يحصل وطء، ومن ثم فإن إقرارهما أو أحدهما بعدم الدخول والخلو لا يتعدى إليه ولا يبطل حقه»، راجع حكم محكمة النقض المصرية، الطعن رقم ٢٢ لسنة ٣٥ ق أحوال شخصية، جلسة ١٥/٣/١٩٦٧.

- كما نصت المادة (٩٠) على أن:
١. الولد للفراش إذا مضى على عقد الزواج الصحيح أقل مدة الحمل، ولم يثبت عدم إمكان التلاقي بين الزوجين.
 ٢. يثبت نسب المولود في الوطاء بشبهة إذا ولد لأقل مدة الحمل من تاريخ الوط.
 ٣. يثبت نسب كل مولود إلى أمه بمجرد ثبوت الولادة.
 ٤. إذا ثبت النسب شرعاً فلا تسمع الدعوى بنفيه. (١)

المطلب الثالث

حقُّ الطفل في إثبات نسبه لوالديه في الشريعة الإسلامية

فيما يتعلق بحقُّ الطفل في إثبات نسبه لوالديه على مستوى الشريعة الإسلامية؛ فباستقراء مبادئ الشريعة الإسلامية ذات الصلة بحقوق الطفل، نجد أنه من أهم المبادئ التي كفلتها الشريعة الإسلامية للطفل هو حقه في النسب، ولهذا كان للنسب تقديره السماوي باعتباره من دلائل القدرة، فيقول سبحانه وتعالى: (وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا) (٢)، فحقُّ الولد في ثبوت نسبه لأبيه من أهم مقومات الحياة الشخصية، ولقد قرره الإسلام وحرص عليه، وقرره رسول الله بقوله: «الولد للفراش» (٣). ولقد منع الإسلام المساس بالنسب نهائياً، ولا يبطل نسب الولد نهائياً ومطلقاً إلا بأمر استثنائي ونادر وهو اللعان بين الزوجين، ونفي النسب، واعتبر الإسلام مجرد التهمة بالنسب أو التشكيك فيه موجباً لحدِّ القذف الثابت بنص القرآن في سورة النور (٤)، واعتبره رسول الله من الكبائر، والسبع الموبقات «وقدَّفُ المحصنات المؤمنات الغافلات» (٥).

كما لعن رسول الله من ادعى نسباً لغير أبيه، أو من جحد نسب ولده، ومن أدخلت على زوجها ولداً ليس منه، فقال رسول الله: «من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام» (٦). وقال أيضاً: «أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم، فليست من الله في شيء ولن يدخلها الله الجنة، وأيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه، أي يعلم أنه ولده، احتجب الله عنه، وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين» (٧).

(١) نص القانون متاح على الموقع الإلكتروني لوزارة العدل الإماراتية وعنوانه: <http://www.elaws.gov.ae/DefaultAr.aspx>

(٢) سورة الفرقان: الآية ٥٤.

(٣) الحديث صحيح رواه البخاري (٢٤٨١/٦٠)، ومسلم (٣٧/١٠).

(٤) محمد مصطفى الزحيلي، حقوق الأولاد على الوالدين في الشريعة الإسلامية، ص ٢٦ وما بعدها، البحث منشور على الموقع الإلكتروني: <http://www.islamfeqh.com/Nawazel/NawazelItem.aspx?NawazelItemID=262>

(٥) الحديث صحيح رواه البخاري (١٠١٧/٣) ومسلم (٨٣/٢) وأوله (اجتنبوا السبع الموبقات).

(٦) أخرجه مسلم كتاب الإيمان حديث رقم (١١٥).

(٧) أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى «كتاب اللعان: باب التشديد في إدخال المرأة على قوم من ليس منهم وفي نفي الرجل ولده».

١. عقد الزوجية الصحيح - أو الدخول بشبهة مع مراعاة نص المادة (٧٣) من هذا القانون، والتي تنص على أن أقل مدة للحمل ستة أشهر قمرية، وأكثرها سنة قمرية واحدة.
٢. الإقرار بشروطه المعتبرة شرعاً؛ فالنسب كما يثبت بالفراش يثبت أيضاً بالإقرار، والإقرار المجرد بالنسب ينطوي على اعتراف ببنوة الطفل بنوة حقيقية أنه تخلق من ماء الرجل الذي أقر بالنسب، ولهذا لا يجوز له أن ينفي هذا النسب بعد إقراره، وسبب ذلك أن النفي إنكار بعد إقرار فلا يسمع، أمّا فيما يتعلق بشروط الإقرار بالنسب على نفس المقر: فيجب أن يكون الولد يمكن أن يولد مثله مثل من أقر بنسبه إليه، وأن يكون المقر له بالنسب مجهول النسب، وألا يقول المقر إنَّ الطفل المقر له بالنسب ولده من الزنا؛ لأنَّ الزنا لا يثبت به النسب، وألا يكون هناك تنازع في إقرار النسب، وأن يصدق المقر له بالنسب في إقراره إذا كان مميّزاً، وأخيراً أن يكون الإقرار منطوياً على اعتراف حقيقي بالبنوة، وأن يكون موافقاً للشرع. (١)

٣. البينة الشرعية، وهي إحدى الطرق التي يثبت بها النسب، هي حجة متعددة لا يقتصر الحكم الثابت بها على المدعى عليه، بل يثبت أيضاً في حقه وحق غيره، والبينة في إثبات النسب قصد بها كل ما يبين الحق ويوضحه، دون تخصيص هذا المعنى بالشهادة فقط (٢).

ولهذا؛ فإنَّ من لا يثبت نسبه بإحدى هذه الطرق - وهو ما يعرف بالطفل اللقيط الذي تركه والداه بعد ولادته خوفاً من افتضاح أمرهما، لأنَّ الطفل نتاج علاقة غير شرعية تجلب العار لهما، أو تخلصاً منه لعدم قدرتهما على الإنفاق عليه، أو تم إجبارهما على التخلي عن صغيرهما دون ترك ما يدل على هويته - لم يغفل المشرع البحريني عن توفير حماية لمثل هؤلاء الأطفال الأبرياء، حيث نصت المادة (٩) من مرسوم بقانون رقم (٦) لسنة ١٩٧٠ والخاص بتنظيم تسجيل المواليد والوفيات على أنه: «يجب على كل من عثر على طفل حديث الولادة أن يسلمه إلى أقرب مخفر للشرطة، ويحرر محضراً بالملاسات والظروف التي وجد فيها المولود، يوضح به مكان العثور عليه، وتاريخه، ويُنَدب الطبيب الشرعي ليقرر السن التقريبي للطفل، ويختار للطفل اسماً، كما يختار لوالديه اسمين وهميين، وتثبت ديانة الطفل مسلماً، ويوضح بالمحضر اسم الشخص الذي عثر عليه، ولقبه، ومهنته، وعنوانه ما لم يرفض إثبات اسمه. وعلى مراكز الشرطة في البلاد والمؤسسات والملاجئ المعدة لاستقبال هؤلاء الأطفال أن يبلغوا دائرة الصحة عن كل طفل حديث الولادة عثر عليه، أو سلّم إليها؛ وذلك لتقيد المولود، وإصدار شهادة ميلاد له».

• التشريع الإماراتي:

نظم المشرع الإماراتي مسألة حقُّ الطفل في إثبات نسبه لوالديه في نص المادة (٨٩) من قانون الأحوال الشخصية (٢٠٠٥/٢٨)، حيث جعل حقَّ النسب يتحقق للطفل بعدة طرق هي: «الفراش» أو الزواج الصحيح - الإقرار - البينة - الطرق العلمية إذا ثبت الفراش».

(١) راجع: المستشار/ أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة البحريني "القسم الأول الزواج وآثاره الشرعية"، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١١، ص ١٢٨ وما بعدها.

(٢) د/ عبدالحليم منصور، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق ص ٤٣٦ وما بعدها.

المطلب الأول

حماية حقّ الطفل في الاسم في المواثيق الدولية

كفلت المواثيق الدولية حمايةَ الطفل في الاسم، حيث نصّت على ضرورة حماية حقّ الطفل في أن يكون له اسمٌ يميزه؛ فعلى سبيل المثال نصت المادة (٢/٢٤) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية ١٩٦٦ على أنه «يتوجب تسجيل كل طفل فور ولادته، ويُعطى اسماً يُعرف به».

كما نصّت المادة (١/٧) من اتفاقية حقوق الطفل لسنة ١٩٩٠ على ضرورة أن يتم تسجيل الطفل في السجلات الرسمية للدولة فور ولادته، ويكون له الحق من تلك اللحظة في الحصول على اسم يميزه، بل وألزمت الاتفاقية الدول في المادة (٨) بضرورة احترام حقّ الطفل في الحفاظ على هويته، بما في ذلك جنسيته واسمه وصلاته العائلية، على النحو الذي يقره القانون وذلك دون تدخل غير شرعي، وإذا حُرِم أيُّ طفل بطريقة غير شرعية من بعض أو كل عناصر هويته تلتزم الدول الأطراف في الاتفاقية بتقديم المساعدة والحماية المناسبين للطفل؛ من أجل الإسراع بإعادة إثبات هويته.

وينبغي تفسير هذا الحكم بأنه مرتبط ارتباطاً وثيقاً بالحكم الذي ينص على الحق في تداير خاصة للحماية، ويهدف إلى تعزيز الاعتراف بشخصية الطفل القانونية. والنص على حقّ الطفل في أن يكون له اسمٌ يتسم بأهمية خاصة بالنسبة للأطفال المولودين خارج إطار رباط الزوجية. ويهدف التزام تسجيل الأطفال بعد مولدهم إلى تقليل الخطر المتمثل في أن يصبحوا هدفاً للاختطاف أو للبيع أو للتجار غير المشروع، أو لضروب أخرى من المعاملة التي لا تتفق مع التمتع بالحقوق المنصوص عليها في العهد. ويجب أن تبيّن تقارير الدول الأطراف بالتفصيل التدابير المعتمدة من أجل ضمان التسجيل الفوري للأطفال المولودين في أراضيها. (١)

المطلب الثاني

حقّ الطفل في الاسم في التشريعات الوطنية

يُعتبر الحق في الاسم هو من أول الحقوق القانونية التي تثبت للطفل عند ولادته؛ ولهذا حرصت التشريعات الوطنية على الاهتمام بحمايته (٢)، وسوف نستعرض خلال السطور التالية مظاهر اهتمام المشرع الوطني بتنظيم حقّ الطفل في الاسم:

(١) التعليق رقم ١٧، المادة ٢٤ حقوق الطفل، اللجنة المعنية بالحقوق المدنية والسياسية، الدورة الخامسة والثلاثون (١٩٨٩).

(٢) راجع: د/ فاطمة زيدان، تشريعات الطفولة، مرجع سابق، ص ٢٧.

ولهذا حرص الإسلام على نقاء النسب والحفاظ على بناء الأسرة؛ فأبطل الكثير ممّا تعارف عليه من طرق من شأنها أن تموّه وتغيّب صلة الدم، مثل التبني؛ فقد حرّم الإسلام التبني بشكل قاطع، فقال سبحانه تعالى: (ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ) (١)؛ لذا أبدل الإسلام نظام التبني بنظام الكفالة التي تؤمن للطفل الذي حرّم من أسرته الطبيعية الرعاية التي يحتاجها، دون أن يؤدي ذلك إلى اختلاط الأنساب (٢).

المبحث الثالث

حقّ الطفل في الاسم

تمهيد وتقسيم:

يثبت الحق في الاسم لكل إنسان بصفته إنساناً، وذلك بصرف النظر عن جنسه أو جنسيته أو لونه أو دينه، وهو يثبت للإنسان بمجرد ميلاده؛ ولهذا فإن أول إجراء يتم بالنسبة للمولود هو إطلاق اسم معين عليه، والاسم يلازم الإنسان طوال حياته حتى مماته؛ لأنه يشترك مع مجموعة من الحقوق الشخصية الأخرى في حماية الجانب المعنوي لشخصية الإنسان، أو بعبارة أخرى المصالح المعنوية المرتبطة بشخص الإنسان. (٣)، والاسم الشخصي هو الاسم الذي يُطلق على الإنسان عند مولده، وهذا الاسم هو الذي يميز كل إنسان عن باقي أفراد أسرته أو عائلته لأنه خاص بكل شخص على حدة، والاسم الشخصي يلعب دوراً آخر غير تمييز الشخص بمفرده بين أسرته، حيث يشير إلى جنس الشخص، أي إلى ما كان ذكراً أو أنثى، ولكن توجد بعض الأسماء الشاذة المشتركة بين الجنسين، يمكن أن تُطلق على أيٍّ منهما. (٤)

وسوف نستعرض في السطور التالية نصوص حماية حقّ الطفل في الاسم في التشريعات الوطنية والمواثيق الدولية، ومقارنتها بما ورد بأحكام الشريعة الإسلامية في هذا الصدد، وذلك وفقاً للتقسيم التالي:

المطلب الأول: حقّ الطفل في الاسم في المواثيق الدولية.

المطلب الثاني: حقّ الطفل في الاسم في التشريعات الوطنية.

المطلب الثالث: حقّ الطفل في الاسم في الشريعة الإسلامية.

(١) سورة الأحزاب: آية ٥.

(٢) الأطفال في الإسلام "رعايتهم ونموهم وحمايتهم"، إصدارات جامعة الأزهر بالتعاون مع منظمة الأمم المتحدة للطفولة (يونسيف)، طبعة ٢٠٠٥، ص ٤.

(٣) محمد جاسم محمد عبد الله، الحق في الاسم وفقاً للنظرية العامة والمرسوم بقانون رقم ١ لسنة ١٩٨٨ بشأن تنظيم إجراءات دعاوي النسب وتصحيح الأسماء، معهد الكويت للدراسات القضائية، الكويت (د.ت).

(٤) عبدالناصر العطار. مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية، ط ٢، جامعة أسيوط د.ت. ص ٣٣١.

• التشريع البحريني:

حمى المُشرعُ البحرينيُّ حقَّ الطفل في الاسم، حينما نصَّ في المادة السادسة من القانون رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٢ والمتعلق بحقوق الطفل البحريني على أنه لكل طفل الحق في أن يكون له اسم يميزه، ونهى المُشرع عن أن يكون اسمُ الطفل منطوباً على تحقير من شأنه أو مهانة لكرامته أو منافياً للعقائد الدينية (١). ويسجّل هذا الاسم عند الميلاد في سجلات المواليد وفقاً لأحكام القانون الخاص بتسجيل المواليد والوفيات الصادر بموجب المرسوم رقم (٦) لسنة ١٩٧٠. (٢)

• المُشرعُ الإماراتي:

أمّا فيما يتعلق بمسلك المُشرع الإماراتي فيما يتعلق بحماية حقّ الطفل في الاسم، فقد نظّم المُشرعُ الإماراتي تلك المسألة، حيث نصّت المادة (٨٠) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ١٩٨٥/٥ على أن يكون لكل شخص اسم ولقب، ويلحق لقبه بأسماء أولاده، ثم نظّم المُشرعُ الإماراتي من خلال قانون خاص ومنفصل مسألة كيفية اكتساب الأسماء والألقاب وتغييرها وهو القانون الاتحادي رقم ١٨ والصادر بتاريخ ٣١ ديسمبر ٢٠٠٩ في شأن تنظيم قيد المواليد والوفيات، والذي نصّ في الفقرة الثانية من المادة السابعة على أنه من بين أهمّ البيانات التي يجب توافرها في الإبلاغ عن الولادة: جنس المولود واسمه، وأجاز المُشرعُ الإماراتي أن يكون للطفل اسم مركّب أو مزدوج. (٣)

المطلب الثالث

حقُّ الطفل في الاسم في الشريعة الإسلامية

طبايعُ النفوس تُقبل دائماً على كل ما هو حسن وجميل، وتنفّر من كل ما هو سيئ وقبيح، ومن أوجه الإقبال على الحسن: الاستبشار والتفاؤل بالاسم الحسن الجميل، والذي يقع من قلب السامع موقفاً جميلاً ويُحِبُّ إليه الخير، ولقد سبقت الشريعة الإسلامية الفراء التشريعات الوضعية في هذا الصدد؛ حيث ألزمت الشريعة الإسلامية الوالدين أن يحرصوا على تسمية أبنائهم بأسماء مستحبة وغير مستهجنة، ولا مثيرة للسخرية، فالأسماء القبيحة تُثير في نفس صاحبها عدم الرضا عن النفس، وتدفعه للانطواء على الذات، والانعزال عن الآخرين، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فالأسماء القبيحة تُثير السخرية والاستهتار من قبل الآخرين، مما يُؤلّد في نفس صاحبها مرارة، وجرحاً غائراً، وقد يدفعه ذلك إلى الخجل الشديد، وعدم القدرة على مواجهة الناس ومواقف الحياة، وقد يدفعه أيضاً إلى كراهية الناس والابتعاد عنهم، ومن هنا هدف الإسلام الحكيم في دعوته إلى التسمي بالأسماء الحسنة إلى ما يجب أن يسود في المجتمع من حبّ

(١) راجع: نص المادة ٦ من قانون الطفل البحريني رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٢.

(٢) راجع: نص المادة الثانية من القانون الخاص بتسجيل المواليد والوفيات الصادر بموجب المرسوم رقم (٦) لسنة ١٩٧٠.

(٣) راجع: نص المادة ٢/٧ من القانون الاتحادي الإماراتي رقم ١٨، والصادر بتاريخ ٣١ ديسمبر ٢٠٠٩ في شأن تنظيم قيد المواليد والوفيات.

وتألف وتفاؤل. (١)

لذا، فقد حبّب الإسلام تسمية الأولاد بالأسماء التي تحمل معاني العبودية لله تعالى، أو بأسماء الأنبياء؛ يقول رسولنا الكريم: «سَمَّوْا بِأَسْمَاءِ الْأَنْبِيَاءِ، وَأَحَبُّ الْأَسْمَاءِ إِلَى اللَّهِ عَبْدِ اللَّهِ وَعَبْدَ الرَّحْمَنِ، وَأَصْدَقُهَا حَارِثٌ وَهَمَامٌ، وَأَفْبَحُهَا حَرْبٌ وَمُرَّةٌ» (٢). كما ورد أيضاً في الحديث الشريف أن «حقّ الولد على الوالد: أن يُحسِّنَ اسمَه، ويعلمَه الكتابة، ويزوِّجَه إذا بلغ» (٣). وعن ابن عباس - رضي الله عنهما - قال: قالوا يا رسول الله، قد علمنا ما حقّ الوالد، فما حقّ الولد؟ قال: «أن يُحسِّنَ اسمَه، ويُحسِّنَ أدبَه» (٤). ومن أصدق ما جاء في ذلك أن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - جاء إليه رجل يشكي ابنه ويقول: يا أمير المؤمنين، إن ابني هذا يعقني. فقال عمرٌ للابن: أما تخافُ الله في عقوق والدك؟ قال الابن: يا أمير المؤمنين، أما للابن حقٌ على والده؟ قال عمرٌ: حقّه عليه أن يستنجب أمه، ويُحسِّنَ اسمَه، ويعلمَه كتاب الله. فقال الابن: فوالله ما استنجب أمي، وما هي إلا أمةٌ مُشتراة، ولا أحسن اسمي، بل سمّاني جعلاً، ولا علمني من كتاب الله آية واحدة! فالتفت عمرٌ إلى الرجل، وقال: تقول ابني يعقني؟ فقد عققته قبل أن يعقك!

المبحث الرابع

حقُّ الطفل في الجنسية

تمهيد وتقسيم:

يمكن تعريفُ الجنسية بأنها رابطة قانونية وسياسية بين الفرد والدولة، يصبح بمقتضاها واحداً من أعضائها الذين يدينون لها بالولاء، ويترتب على انتماء الشخص بجنسيته إلى دولة معينة اكتسابه صفة المواطن فيها (٥)؛ ومن ثم يمكن القول بأن الجنسية هي نقطة البداية الحتمية للحياة القانونية للشخص والتي لا كيان له بدونها (٦)؛ ومن ثم فإنها تُعتبر من حقوقه الأساسية في مواجهة الدولة التي يرتبط بها ارتباطاً فعلياً. وقد جاء في ديباجة اتفاقية لاهاي بشأن بعض المسائل المتعلقة بتنازع قوانين الجنسية أن مبدأ الحق في الجنسية مبدأ راسخٌ ويصبُّ في مصلحة الجماعة الدولية؛ حيث إن هذا المبدأ يهدف لرفع الضرر الجسيم الذي يحيط بالدولة من وجود أشخاص لا جنسية لهم، وكذلك الضرر الذي يحيط بهؤلاء الأشخاص بسبب عدم انتمائهم لجنسية معينة. ونظراً لانعدام الرابطة الوطنية لدى هؤلاء الأشخاص؛ فإن

(١) راجع: د/ بدر عبد الحميد، منهج الإسلام في تحسين الأسماء، بحث منشور على الموقع الإلكتروني: <http://www.saaaid.net/Doat/hamesabadr/106.htm>

(٢) أخرجه أحمد ٤/٢٤٥ و(البخاري) في الأدب المفرد (٨١٤) و(أبو داود) ٢٥٤٣.

(٣) رواه أبو نعيم في الحلية عن أبي هريرة، والديلمي في مسند الفروس، (فيض القدير ٣/٣٩٤).

(٤) رواه البيهقي عن ابن عباس (فيض القدير ٣/٣٩٤).

(٥) راجع: د/ محمد حسين عبدالعال، المدخل لدراسة القانون البحريني، الطبعة الثانية، مطبعة جامعة البحرين، ٢٠٠٦، ص ٣٤٧.

(٦) راجع: د/ طارق عزت رخا، قانون حقوق الإنسان، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦، ص ١٠٨.

الإجراءات الملائمة على الصعيد الداخلي، وبالتعاون مع الدول الأخرى؛ لضمان أن يكون لكل طفل جنسية عند مولده»^(١)

أمّا فيما يتعلق بحقّ الطفل في الجنسية في اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل، فقد نظمت الاتفاقية الحقّ في الجنسية في المادة السابعة منها، والتي نصّت على:

١. يُسجّل الطفل بعد ولادته فوراً، ويكون له الحقّ منذ ولادته في اسم، والحقّ في اكتساب جنسية، ويكون له - قدر الإمكان - الحقّ في معرفة والديه، وتلقّي رعايتهما.

٢. تكفل الدول الأطراف أعمال هذه الحقوق وفقاً لقانونها الوطني والتزاماتها بموجب الصكوك الدولية المتصلة بهذا الميدان، ولاسيما حيثما يُعتبر الطفل عديم الجنسية في حال عدم القيام بذلك.

ومن ثم ينبغي إيلاء اهتمام خاصّ، في إطار الحماية الواجب إيلاؤها للأطفال، بما لكل طفل من حقّ مُعلن في الفقرة ٣ من المادة (٢٤) من الاتفاقية في اكتساب جنسية. وإذا كان الهدف من هذا الحكم يتمثل في

تجنّب أن يحصل الطفل على قدر أقل من الحماية من جانب المجتمع والدولة؛ نتيجة لوضعه كطفل عديم الجنسية، فإنه لا يفرض بالضرورة على الدول أن تمنح جنسيتها للأطفال المولودين في أراضيها. بيد أن

الدول مطالبة باعتماد جميع التدابير الملائمة، داخلياً، وبالتعاون مع الدول الأخرى من أجل ضمان أن يكون لكل طفل جنسية وقت ولادته. وفي هذا السياق، لا يسمح بأيّ تمييز، في التشريع الداخلي، بالنسبة

لاكتساب الجنسية، بين الأطفال الشرعيين والأطفال المولودين خارج إطار رباط الزوجية، أو المولودين من آباء عديمي الجنسية، أو على أساس مركز أحد الوالدين أو كليهما من حيث الجنسية^(٢). ونظراً

لحساسية مسألة حقّ الإنسان في الجنسية وضرورة تنظيمه في الحالات، ليس في الحالات العادية فقط، بل أيضاً في الحالات الاستثنائية؛ فقد قامت الأمم المتحدة عام ٢٠٠٠ بعقد اتفاقية تنظّم من خلالها الحقّ في

الجنسية في حالة خلافة الدول والتي نصّت في مادتها الأولى على أنه «لكل فرد كان، في تاريخ خلافة الدول، يتمتع بجنسية الدولة السلف، بصرف النظر عن طريقة اكتسابه تلك الجنسية، الحقّ في أن يحصل على

جنسية دولة واحدة على الأقل من الدول المعنية. ليس هذا فحسب، بل اهتمت الاتفاقية بالأطفال بصفة خاصة، وكرست المادة (١٣) منها «للطفل الذي وُلد لشخص معني بعد تاريخ خلافة الدول، ولم يكتسب أيّ

جنسية، الحقّ في الحصول على جنسية الدولة المعنية التي وُلد في إقليمها»^(٣).

وجودهم يصبح خطراً، ولهذا فهناك أهمية لتمتع الفرد لجنسية دولة ما»، ولكن الدول اختلفت في توصيف هذه الرابطة الفعلية للفرد في مواجهتها؛ فذهبت الغالبية إلى منح جنسيتها للطفل المولود لأبٍ وطني سواء

أكان الميلاذ داخل حدود الدولة أو خارجها، أمّا الطفل المولود لأمّ وطنية وأبٍ أجنبي، فقد حرّمته العديد من التشريعات من حقّ اكتساب جنسية الأم^(١)، ولا شكّ في أن هذا التضارب في الممارسة يُعدّ إنكاراً لحقّ

الطفل في الحصول على جنسية الأم، وإهداراً خطيراً لحقّين إنسانيين هما: الحقّ في المساواة بين الرجل والمرأة في اكتساب الجنسية للطفل، وحقّ الطفل ذاته في أن يكتسب جنسية أمّ تربى في بطنها كأول وطن له،

ثم ترعرع في رعايتها، وتشرب من مواطنتها وولائها لدولتها التي تحمل جنسيتها^(٢).

ومن هنا، كان حرصُ المُشرّع سواء على المستوى الدولي أو الداخلي على تنظيم مسألة حقّ الطفل في الجنسية، حتى لا تكون بصدد مشاكل إنسانية خطيرة، حيث إن موضوع الجنسية يكتسب أهمية حيوية

وجوهريّة بالنسبة للطفل، حيث ترتب للطفل الحقوق والضمانات التي تكفلها الدولة لمن يحمل جنسيتها؛ فالطفل يحتاج إلى حماية ورعاية خاصة بسبب عدم نضجه الجسدي والعقلي؛ ومن ثمّ فإنّ تمتّعه بجنسية

دولة ما يوفر له الحماية التي يحتاجها في مرحلة الطفولة^(٣).

وسوف نستعرض - خلال السطور التالية - موقفَ الاتفاقيات الدولية المعنية بحقوق الإنسان من هذا الحقّ، ثم نتبع ذلك ببيان مسلك المُشرّع الوطني فيما يتعلق بحقّ الطفل في الجنسية، ومقارنة ذلك كله بما ورد

بأحكام الشريعة الإسلامية، وذلك وفقاً للتقسيم التالي:

المطلب الأول: حقّ الطفل في الجنسية في المواثيق الدولية.

المطلب الثاني: حقّ الطفل في الجنسية في التشريعات الوطنية.

المطلب الثالث: حقّ الطفل في الجنسية في الشريعة الإسلامية.

المطلب الأول

حقّ الطفل في الجنسية في المواثيق الدولية

ورد النصّ على الحقّ في الجنسية في العديد من المواثيق الدولية المعنية بحقوق الإنسان نذكر منها على سبيل المثال: الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ١٩٤٨ والذي نصت المادة (١٥) منه على أن «لكل فرد الحقّ

في أن يكون له وطن»، وأنه «لا يجوز حرمان أيّ شخص من انتمائه الوطني»، وكذا اعترف العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية ١٩٦٦ بحقّ «كل طفل في الحصول على جنسية». وقد فسرت لجنة حقوق الإنسان

واجبات الدول بموجب الميثاق الدولي للحقوق المدنية والسياسية، بحيث تشمل الالتزام «بتبني جميع

(١) راجع: د/ الشافعي بشير، قانون حقوق الإنسان، مرجع سابق، ص ١٥٣.

(٢) راجع: المرجع السابق ص ١٥٤ وما بعدها.

(٣) راجع: د/ فاطمة زيدان، مركز الطفل في القانون الدولي العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٢٣١ وما

بعدها.

(١) راجع نصوص العهد متاحة على الموقع الإلكتروني: html.umn.edu/humanrts/arab/b002.www1

(٢) التعليق رقم ١٧، المادة ٢٤ حقوق الطفل، اللجنة المعنية بالحقوق المدنية والسياسية، الدورة الخامسة والثلاثون (١٩٨٩).

(٣) راجع نص المادة الأولى من اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بجنسية الأشخاص الطبيعيين في حالة خلافة الدول لعام ٢٠٠٠.

المطلب الثاني

حقُّ الطفل في الجنسية في التشريعات الوطنية

تشكل الجنسية جزءاً لا يتجزأ من هوية كل كائن بشري، إلا أن مسألة منح الجنسية تعتبر من أكثر القضايا حساسية؛ نظراً لأن قضية الجنسية تُعد تعبيراً عن سيادة الدولة وهويتها، ومن ثم فإنها تدرج ضمن الولاية الداخلية لكل دولة، وقد أكد على ذلك نصُّ المادة الأولى من اتفاقية لاهاي عام ١٩٣٠ المبرمة تحت مظلة جمعية عصبة الأمم بشأن الجنسية، والتي جاء بها «لكل دولة أن تتخذ وفقاً لقانونها الخاص، من هم مواطنوها. ويجب أن يحظى هذا القانون باعتراف الدول الأخرى في حدود اتساقه مع الاتفاقيات الدولية، والعرف الدولي، ومبادئ القانون المتعارف عليها بشأن الجنسية».

وبعبارة أخرى، فإن الكيفية التي تمارس بها دولة ما حقها في تحديد مواطنيها، يجب أن تكون متسقة مع أحكام القانون الدولي ذات الصلة، وقد تطورت تلك الأحكام تدريجياً خلال القرن العشرين، بحيث أصبحت تُناصر حقوق الإنسان على ادعاءات سيادة الدول.

ومن ثم رأينا أن نستعرض أحكام بعض التشريعات الوطنية لبيان مدى توافقها مع معايير حقوق الإنسان فيما يتعلق بحق الطفل في الجنسية. وذلك على النحو التالي:

• التشريع البحريني:

لم يتعرض قانون الطفل البحريني لحق الطفل في الجنسية، ويبدو أن المشرع البحريني قد اكتفى بما ورد في أحكام قانون الجنسية البحريني؛ لذا سوف نستعرض حق الطفل في الجنسية وفقاً لما ورد بقانون الجنسية البحريني، حيث جاء قانون الجنسية البحريني لعام ١٩٦٣ وتعديلاته، مؤكداً على هذا الحق، فنص على حالات ثلاث يُعتبر فيها الطفل بحرانياً:

(أ) أن يكون أبوه بحرانياً عند الولادة؛

(ب) أن تكون أمه بحرينية من ولادته، على أن يكون مجهول الأب، أو لم تثبت نسبته لأبيه قانوناً؛

(ج) إذا وُلِد في البحرين لأبوين مجهولين، ويُعتبر اللقيط مولوداً فيها ما لم يثبت العكس.

كما منح القانون الجنسية البحرينية للأطفال القصر في حال حصول والدهم على الجنسية البحرينية، مع أحقيتهم خلال سنة من بلوغهم سن الرشد في اختيار جنسيتهم الأصلية، ويسرى ذلك أيضاً على كل من يولد للأب الحاصل على الجنسية البحرينية.

وحرصاً من المشرع البحريني على كفالة أقصى قدر من الحماية لحقوق الطفل؛ فقد أصدر القانون رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٩، والذي بموجبه قرر معاملة زوجة البحريني غير البحرينية وأبناء البحرينية المتزوجة من غير بحريني، معاملة البحريني في بعض الرسوم المقررة على الخدمات الحكومية، حيث نصت المادة الأولى منه على ما يلي: «تُعامل زوجة البحريني غير البحرينية، وأبناء البحرينية المتزوجة من غير بحريني معاملة المواطن البحريني في كل ما يخص الرسوم المقررة على الخدمات الحكومية الصحية، والتعليمية ورسوم

الإقامة؛ شريطة الإقامة الدائمة في مملكة البحرين».(١)

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع البحريني لم يغفل عن تنظيم حالة الطفل اللقيط، حيث قرر في نص المادة الخامسة من قانون الجنسية المعدل بالمرسوم بقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٨٩ على أنه «يُعتبر الشخص بحرانياً إذا وُلِد في البحرين لأبوين مجهولين، ويُعتبر اللقيط مولوداً فيها ما لم يثبت عكس ذلك».

• التشريع الإماراتي:

ينص قانون الجنسية وجوازات السفر الإماراتي رقم (١٧/١٩٧٢) في مادته الثانية على أنه: يُعتبر مواطناً بحكم القانون:

أ - العربي المتوطن في إحدى الإمارات الأعضاء عام ١٩٢٥ أو قبلها، الذي حافظ على إقامته العادية فيها حتى تاريخ نفاذ هذا القانون، وتُعتبر إقامة الأصول مكتملة لإقامة الفروع.

ب - المولود في الدولة، أو في الخارج لأب مواطن في الدولة بحكم القانون.

ج - المولود في الدولة، أو في الخارج من أم مواطنة بحكم القانون، ولم يثبت نسبه لأبيه قانوناً.

د - المولود في الدولة، أو في الخارج من أم مواطنة بحكم القانون، ولأب مجهول أو لا جنسية له.

هـ - المولود في الدولة لأبوين مجهولين، ويُعتبر اللقيط مولوداً فيها ما لم يثبت العكس.

ويتضح من نص المادة السابقة أن المشرع الإماراتي انتهج سلوك معظم الدول العربية التي ما زالت تمنح الطفل الجنسية اعتماداً على صلة الدم من ناحية الأب، وتمنع وتحرم الطفل من حقه في اكتساب جنسيتها إذا كان الطفل مولوداً لأم مواطنة وأب أجنبي، واشترط جهالة الأب أو عدم ثبوت نسب الطفل للأب؛ كي يستفيد الطفل من حقه في اكتساب جنسية أمه، وهذا يُعد إهداراً لحق الطفل قد يترتب عليه حالات مأساوية.

المطلب الثالث

حقُّ الطفل في الجنسية في الشريعة الإسلامية

قامت دولة الإسلام مستكملة أركانها وشروطها، فكان لها شعبها المميز، ونظامها ودستورها المنفرد. وإن دولة الإسلام كانت تحوي إلى جانب المسلمين، غير المسلمين من اليهود والنصارى والمجوس، وكان وجودهم في الدولة الإسلامية على التأييد، وقد أعطوا على ذلك العهد والمواثيق، وما زالوا يعيشون بيننا في أرضهم وديارهم، ولم يكن يُعرف في ذلك الزمان ما يسمى «الجنسية»؛ فالجنسية مصطلحٌ سياسيٌ جديدٌ بدأ بالظهور في أواخر القرن الثامن عشر، مع ظهور مبدأ القوميات في أوروبا؛ لذا فإن هذا المصطلح غير موجود في استعمال فقهاءنا المتقدمين، إلا أن الجنسية قديمة قدم الدولة.

وهنا لا بد أن نقرر بادئ ذي بدء، أن الإسلام ليس ديناً فحسب، ولكنه شريعة، فهو من حيث كونه ديناً

(١) نص القانون متاح على الموقع الإلكتروني لهيئة التشريع والافتاء القانوني البحرينية وعنوانه: WWW/legalaffairs.gov.bh

ينظم العلاقة بين الفرد وخالقه، ومن حيث كونه شريعةً ينظم المعاملات بين الأفراد والعلاقات التي تربط بالحكام، كما ينظم الروابط بين الدولة الإسلامية وبين سواها من الدول، وإذا أردنا أن نبحث مسألة الجنسية في الإسلام، فمن الخطأ أن نبحثها على الوجه الأول للإسلام؛ أي باعتباره ديناً، وإنما الصحيح أن نبحثها على الوجه الثاني، أي باعتباره شريعةً من الشرائع الشاملة، وهذه الشريعة قررت للأفراد تبعيةً لدولتها، هي ذاتها ما تُعرّف اليوم باصطلاح «الجنسية» ونطلق عليها الجنسية الإسلامية، وهذه الجنسية تمنحها الدولة الإسلامية التي هي الطرف الأول في رابطة الجنسية للفرد المسلم الذي هو الطرف الآخر في هذه الرابطة. ولما كان الأمر كذلك، كان لابد من وجود قواعد وقوانين تنظم شؤون الإقامة والتجنس، وتضع لهما الشروط التي تحفظ للمقيم حقوقه ومصالحه، وتصون حرّيته وكرامته، مقابل التزامه بما يعود على البلاد والعباد من النفع العام (١).

وهو ما سعت إليه الشريعة الإسلامية، وأرست قواعد وأحكامه، وكان لها السبق في ذلك فانفتحت على العالم الخارجي، وسمحت لأفراده بدخول أراضيها لقضاء حوائجهم، ورثبت لهم حقوقاً كبيرة. فغير المسلم له أن يدخل دار الإسلام للإقامة المؤقتة بمقتضى عقد الأمان، ويُسمى هذا المقيم «المستأمن» وله أن يصبح من رعاياها فيستوطن ويقيم فيها إقامة مؤبدة بمقتضى عقد الذمة، ويُسمى هذا المستوطن «الذمي» (٢). ويتفق جمهور الباحثين في مجال الشريعة الإسلامية على أن الشريعة الإسلامية عرّفت الجنسية بمفهومها المعاصر كرابطة بين الفرد والدولة، وإن لم يجر ذكر هذا الاصطلاح في الفقه الإسلامي، فإن هذا لا ينفي قيام المفهوم (٣).

تقوم عليها الكرامة الإنسانية وحقوق الإنسان.

وتقر اتفاقية حقوق الطفل بترابط جميع الحقوق الواردة فيها وعدم قابليتها للتجزئة؛ ومن ثمّ كان إعمال الحق في الصحة لازماً للتمتع بجميع الحقوق الأخرى، وإن إعمال الحق في الصحة يتوقف على إعمال العديد من الحقوق الأخرى المنصوص عليها في الاتفاقية.

فعلى سبيل المثال: إذا كان الطفل مريضاً أو لا يمكنه الوصول إلى خدمات الرعاية الصحية، فسيتعذر عليه الذهاب إلى المدرسة، ومن ثمّ يكون محروماً بالفعل من حقه في التعليم (١) وبالمثل، إذا لم تتحقق حقوق أخرى منصوص عليها في الاتفاقية، مثل الحق في التحرر من العنف (٢) فسيترب على ذلك أثرٌ مباشرٌ وسلبيٌ على حق الطفل في الصحة.

ومن الحقوق الأخرى المرتبطة أصالةً بإعمال الحق في الصحة: الحق في الحياة، والحق في عدم التمييز، فضلاً عن الحق في الحماية من العمل الذي يمكن على الأرجح أن يكون مضرّاً بصحة الطفل (٣)، وكذا الحق في التحرر من الاستغلال الجنسي والانتهاك الجنسي (٤)، والحق في عدم التعرض للتعذيب أو لغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة (٥).

المطلب الأول: حق الطفل في الرعاية الصحية في المواثيق الدولية.

المطلب الثاني: حق الطفل في الرعاية الصحية في التشريعات الوطنية.

المطلب الثالث: حق الطفل في الرعاية الصحية في الشريعة الإسلامية.

المطلب الأول

حق الطفل في الرعاية الصحية في المواثيق الدولية

الصحة حقٌ أساسيٌّ من حقوق الإنسان لا غنى عنه من أجل التمتع بحقوق الإنسان الأخرى؛ فهو يرتبط ارتباطاً وثيقاً بإعمال حقوق الإنسان الأخرى مثال «الحق في المأكل، والسكن، والعمل، والتعليم، والكرامة الإنسانية، والحياة، وعدم التمييز، والمساواة، وحظر التعذيب، والخصوصية، والوصول إلى المعلومات، وحرية تكوين الجمعيات، والتجمع، والتنقل». فهذه الحقوق والحريات وغيرها هي جوانب لا تتجزأ من الحق في الصحة؛ ومن ثمّ فقد نصت العديد من المواثيق الدولية المعنية بحماية حقوق الإنسان على أنه لكل إنسان الحق في أن يتمتع بأعلى مستوى من الصحة يمكن بلوغه، ويفضي إلى العيش بكرامة (٦). وسوف

المبحث الخامس

حق الطفل في الرعاية الصحية

الحق في الصحة حقٌ من حقوق الإنسان المكفولة للجميع، مكرّس في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وفي المادة (١٢) من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وفي المادة (٢٤) من اتفاقية حقوق الطفل. وإعمال حق الطفل في الصحة لا بد منه للتمتع بجميع الحقوق الأخرى المنصوص عليها في الاتفاقية. فبقاء الطفل وحمايته ونموه ونماؤه منعماً بصحة جسدية ونفسية جيدة هي الأسس التي

(١) نقلا عن: د/ سميح عواد الحسن، الجنسية والتجنس وأحكامهما في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار النوادر، دمشق، ٢٠٠٨، ص ٣ وما بعدها.

(٢) راجع: د/ سميح عواد الحسن، المرجع السابق ص ٣ وما بعدها.

(٣) راجع: د/ عبدالحليم منصور، د/ أحمد بخيت الغزالي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وما يجري عليه العمل في مصر ودول مجلس التعاون الخليجي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ٢٠٠٩، ص ٤١٠.

(١) مادة ٢٨ من اتفاقية حقوق الطفل.

(٢) مادة ١٩ من اتفاقية حقوق الطفل.

(٣) مادة ٢٢ من اتفاقية حقوق الطفل.

(٤) مادة ٣٤ من اتفاقية حقوق الطفل.

(٥) مادة ٢٧ من اتفاقية حقوق الطفل.

(٦) راجع: HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I) Page82.

الاستفادة من نظام للحماية الصحية يتيح التكافؤ في الفرص أمام الناس للتمتع بأعلى مستوى من الصحة يمكن بلوغه.

حقُّ الطفل في الرعاية الصحية في اتفاقية حقوق الطفل (١٩٨٩)

أكدت اتفاقية حقوق الطفل على الحماية الدولية للحق في التمتع بمستوى مناسب من الصحة، موضحةً أن الأطفال هم من مواطني الدولة، ولهم الحق في التمتع مثل كافة الأفراد بحقوقهم (١)؛ لذا شددت اتفاقية حقوق الطفل على حق الأطفال والمراهقين في التمتع بأعلى مستوى صحي يمكن بلوغه، وبالوصول إلى مرافق علاج الأمراض. وتوجّه اتفاقية حقوق الطفل الدول نحو العمل على ضمان حصول الطفل وأسرته على الخدمات الصحية الأساسية بما فيها الرعاية المناسبة للأمهات قبل الولادة وبعدها، وترتبط الاتفاقية بين هذه الأهداف وبين كفالة الحصول على المعلومات الملائمة للأطفال بشأن السلوك الوقائي المعزز للصحة، وتقديم الدعم للأسر والمجتمعات من أجل تنفيذ هذه الممارسات، ويتضح ذلك من استقراء نص المادة (٢٤) والتي جاء بها: ١- «تعترف الدول الأطراف بحق الطفل في التمتع بأعلى مستوى صحي يمكن بلوغه، وبحقه في مرافق علاج الأمراض وإعادة التأهيل الصحي. وتبذل الدول الأطراف قصارى جهدها لتضمن ألا يحرم أي طفل من حقه في الحصول على خدمات الرعاية الصحية هذه. (٢) ٢- تتابع الدول الأطراف أعمال هذا الحق كاملاً وتتخذ، بوجه خاص، التدابير المناسبة من أجل: (أ) - خفض وفيات الرضع والأطفال، (ب) - كفالة توفير المساعدة الطبية والرعاية الصحية اللازمين لجميع الأطفال، مع التشديد على تطوير الرعاية الصحية الأولية، (ج) - مكافحة الأمراض وسوء التغذية حتى في إطار الرعاية الصحية الأولية، عن طريق أمور منها تطبيق التكنولوجيا المتاحة بسهولة وعن طريق توفير الأغذية الغذائية الكافية ومياه الشرب النقية، آخذة في اعتبارها أخطار تلوث البيئة ومخاطره، (د) - كفالة الرعاية الصحية المناسبة للأمهات قبل الولادة وبعدها، (هـ) - كفالة تزويد جميع قطاعات المجتمع، ولاسيما الوالدين والطفل، بالمعلومات الأساسية المتعلقة بصحة الطفل وتغذيته، ومزايا الرضاعة الطبيعية، ومبادئ حفظ الصحة، والوقاية من الحوادث، وحصول هذه القطاعات على تعليم في هذه المجالات ومساعدتها في

(١) تنص المادة ٦ من اتفاقية حقوق الطفل على أنه: ١- تعترف الدول الأطراف بأن لكل طفل حقاً أصيلاً في الحياة. ٢- تكفل الدول الأطراف إلى أقصى حد ممكن بقاء الطفل ونموه...

(٢) جدير بالذكر أن اتفاقية حقوق الطفل ١٩٨٩ لم تغفل عن توفير الحماية للطفل المحروم بصفة مؤقتة أو دائمة من بيئته العائلية، ويتضح ذلك من نص المادة ٢٠ والتي جاء بها: "١- للطفل المحروم بصفة مؤقتة أو دائمة من بيئته العائلية أو الذي لا يسمح له، حفاظاً على مصلحته الفضلى، بالبقاء في تلك البيئة، الحق في حماية ومساعدة خاصتين توفرهما الدولة. ٢- تضمن الدول الأطراف، وفقاً لقوانينها الوطنية، رعاية بديلة لمثل هذا الطفل. ٣- يمكن أن تشمل هذه الرعاية، في جملة أمور، الحضانة، أو الكفالة الواردة في القانون الإسلامي، أو التبني، أو، عند الضرورة، الإقامة في مؤسسات مناسبة لرعاية الأطفال. وعند النظر في الحلول، ينبغي إيلاء الاعتبار الواجب لاستصواب الاستمرارية في تربية الطفل ولخلفية الطفل الإثنية والدينية والثقافية واللغوية."

نستعرض خلال السطور التالية حقَّ الطفل في الرعاية الصحية كما ورد بالمواثيق الدولية، وذلك على النحو التالي:

الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ١٩٤٨.

تناول الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الحق في الصحة ملقياً بعض الضوء على محتواه؛ إذ تنص المادة (١/٢٥) منه على أن «لكل شخص الحق في مستوى من المعيشة كاف للمحافظة على الصحة والرفاهية له ولأسرته، ويتضمن ذلك التغذية والملبس والسكن والعناية الطبية، وكذلك الخدمات الاجتماعية اللازمة، وله الحق في تأمين معيشتة في حالات البطالة والمرض والعجز والشيخوخة، وغير ذلك من فقدان وسائل العيش نتيجة لظروف خارجة عن إرادته...» (١)، وعلى الرغم من أن الإعلان قد نصَّ على الحق في الصحة، إلا أنه لم يحدد العناصر المكوِّنة لهذا الحق (٢).

العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية (١٩٦٦)

أكد العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية مجدداً على الحق في الرعاية الصحية لكافة العاملين، وكذلك حقهم في ظروف عمل تكفل السلامة والصحة (٣).

كما أكدت المادة (١٢) على ضرورة أن يتمتع كل إنسان بأعلى مستوى من الصحة الجسمية والعقلية يمكن بلوغه، وأوردت مجموعة من التدابير التي يتعين على الدول الأطراف في العهد اتخاذها لتأمين الممارسة الكاملة لهذا الحق، وينبغي ملاحظة أن تلك التدابير قد وردت على سبيل المثال وليس الحصر؛ كي تسترشد بها الدول الأطراف، وتشمل التدابير التي يتعين على الدول الأطراف في هذا العهد اتخاذها لتأمين الممارسة الكاملة لهذا الحق، تلك التدابير اللازمة من أجل العمل على خفض معدل موتى المواليد، ومعدل وفيات الرضع، وتأمين نمو الطفل نمواً صحيحاً، وتحسين جميع جوانب الصحة البيئية والصناعية، والوقاية من الأمراض الوبائية والمتوطنة والمهنية والأمراض الأخرى وعلاجها ومكافحتها، وتهيئة ظروف من شأنها تأمين الخدمات الطبية والعناية الطبية للجميع في حالة المرض.

ولا ينبغي فهم الحق في الصحة على أنه الحق في التمتع بصحة جيدة فقط؛ فالحق في الصحة يشمل حريات وحقوقاً على حد سواء، أما الحريات فتتضمن: حق الإنسان في التحكم في صحته وجسده، بما في ذلك حرية الجنسية والإنجابية، والحق في أن يكون في مأمن من التدخل، مثل الحق في أن يكون في مأمن من التعذيب، ومن معالجه طبيياً أو إجراء تجارب طبية عليه بدون رضاه. وأما الحقوق فتشمل الحق في

(١) راجع:

UN Universal Declaration of Human Rights. G.A. Res. 217A (III), art. 13.1, U.N. GAOR, 3d Sess., at 71, 74, U.N. Doc. A/810 (1948).<http://www.un.org/>

(٢) راجع:

Alicia Ely Yamin. JD, MPH: The Right to Health Under International Law and Its Relevance to the United States. American Journal of Public Health, VOL 95, 2005. متاح على الموقع الإلكتروني: <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1449334/>

(٣) راجع: نص المادة ٧ والتي تنص على "تعترف الدول الأطراف في هذا العهد بما لكل شخص من حق في التمتع بشروط عمل عادلة ومرضية تكفل على الخصوص: ... (ب) ظروف عمل تكفل السلامة والصحة."

نصّ الدستور البحريني في مادته الخامسة على أنّ الأسرة أساس المجتمع، قوامها الدين والأخلاق وحب الوطن، يحفظ القانون كيانها الشرعي، ويقوّي أواصرها وقيمتها، ويحمي في ظلها الأمومة والطفولة، ويرعى النشء، ويحميه من الاستغلال، ويقيه الإهمال الأدبي والجسماني والروحي. كما تُعنى الدولة خاصةً بنمو الشباب البدني والخلقي والعقلي. وتكفل الرعاية الصحية للمواطنين (١). كما نصّت المادة الثامنة على أنّ لكل مواطن الحق في الرعاية الصحية، وتُعنى الدولة بالصحة العامة، وتكفل وسائل الوقاية والعلاج بإنشاء مختلف أنواع المستشفيات والمؤسسات الصحية.

كما خصص المشرع البحريني الباب الثاني من قانون الطفل رقم (٣٧) لسنة ٢٠١٢ لتنظيم أحكام الرعاية الصحية للطفل، والذي بموجبه تكفل الدولة توفير خدمات الفحص الدوري للأم الحامل قبل الولادة، وكذلك خدمات الفحص الدوري للطفل عند الولادة للكشف عن الأمراض الوراثية والخطيرة، كما تلتزم بتوفير خدمات الفحوصات الدورية؛ للتأكد من النمو الصحي والسليم للطفل. (٢) ويجب تطعيم الطفل وتحصينه بالتطعيمات الوقائية من الأمراض المعدية، وذلك دون مقابل، فإذا رفض الوالدان أو المتولي رعاية الطفل علاجه، جاز لوزارة الصحة التدخل لحماية الطفل وتوفير العلاج اللازم له. (٣)

• التشريع الإماراتي:

كفل الدستور الإماراتي حقّ الطفل في الرعاية الصحية، حيث نصّ على كفالة هذا الحق في أكثر من موضع؛ فوفقاً لنصّ المادة ١٦ من الدستور، والمتعلقة بالمساعدات والتأمينات الاجتماعية، يلتزم المجتمع برعاية الطفولة والأمومة، ويحمي القصر وغيرهم من الأشخاص العاجزين عن رعاية أنفسهم لسبب من الأسباب؛ كالمرض أو العجز أو الشيخوخة أو البطالة الإجبارية، ويتولى مساعدتهم وتأهيلهم لصالحهم وصالح المجتمع، ثم جاءت المادة (١٩) من الدستور لتعيد التأكيد على التزام الدولة بالرعاية الصحية لكافة طوائف المجتمع، حين نصت على أنه يكفل المجتمع للمواطنين الرعاية الصحية، ووسائل الوقاية والعلاج من الأمراض والأوبئة، ويشجع على إنشاء المستشفيات والمستوصفات ودور العلاج العامة والخاصة.

المطلب الثالث

حقّ الطفل في الرعاية الصحية في الشريعة الإسلامية

من المسؤوليات الكبرى التي أوجبتها تعاليم الإسلام على الآباء والأمهات والمربين، مسؤولية العناية الصحية والجسمية للأطفال؛ لينشأوا متمتعين بسلامة البدن وقوة الجسم والحيوية والنشاط. ولقد أقرّ الإسلام حقّ الطفل الجنين على أمه في أن تحرص على صحتها البدنية، كي يخرج الجنين للوجود صحيحاً معافياً،

(١) راجع: نص المادة ٥ من الدستور البحريني.

(٢) مادة ١٣ من قانون الطفل البحريني.

(٣) مادة ١٤ من قانون الطفل البحريني.

حيث جعل للمرأة الحامل رخصة الإفطار في رمضان، وإلزامها بالإفطار إذا قرر الطبيب أنّ الصيام سوف يضرّ بالجنين، وقد ذكر الحديث الشريف: «إنّ الله وضع عن المسافر الصوم وشطر الصلاة، وعن الحبل وعن الموضع الصوم» (١) فللجنين الحق في ألا يتعرّض بواسطة أمه لأي ضرر كتعرّضه لقلّة الغذاء، إذ إنّ هناك واجب شرعي على الأم أن لا تفعل أي شيء يؤدي إلى الإضرار بنفسها، أو بجنينها، وهذا الواجب يستمد أصله من الحديث الشريف «لا ضرر ولا ضرار» (٢).

أمّا بعد الولادة، فقد فرض الإسلام كفالة الطفل وحضانتها ورضاعته من قبل أمه، وهذا ما ورد في الأمر الإلهي في قوله تعالى: (وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنَ كَامِلَيْنَ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ وَبَوْلُهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُم بِالْمَعْرُوفِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ) (٣). كما وردت أحاديث عدة عن النبي تأمرنا بالحفاظ على الصحة، مثال قول الرسول: «فإن لجسدك عليك حقاً» (٤) ومن هنا وجب على الأبوين والقائمين على شؤون الطفل العناية بصحته وسلامة جسمه، وإبعاده عن كل ما يضر به (٥). وكذا قوله: «كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته، والرجل راع على أهل بيته، والمرأة راعية على بيت زوجها وولده، فكلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته» (٦).

المبحث السادس

حقّ الطفل في التعليم

يشغل التعليم مكاناً مركزياً في مجال حقوق الإنسان، ويُعتبر أمراً أساسياً لضمان ممارسة حقوق الإنسان الأخرى. وللتعليم دور بالغ الأهمية في حياة الطفل بصفة خاصة؛ حيث إنه يعزز من قدراته الفردية، ويمكنه من ممارسة حقوقه التي كفلتها له المواثيق الدولية والتشريعات الداخلية، ومن هنا كان الاهتمام الكبير لأعضاء المجتمع الدولي بالعمل التقني من أجل تطبيق الحق في التعليم. وأن على الحكومات أن تفي بالتزاماتها القانونية والسياسية على السواء فيما يتعلق بتوفير تعليم للجميع يتسم بالجودة، وأن تقوم بتنفيذ ومراقبة الإستراتيجيات التعليمية على نحو أكثر فعالية (٧). ولقد خصصنا هذا المبحث لبيان مدى كفالة حقّ الطفل في التعليم في التشريعات الوطنية والمواثيق الدولية في مطلبين، ثم نختمه بالمطلب الثالث

(١) أخرجه أبو داود في سننه كتاب الصوم: باب اختيار الفطر ٣٢٩/٢ ح ٢٤٠٨، دار الحديث، القاهرة.

(٢) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير ٨٦/٢، حديث رقم ١٢٨٧.

(٣) سورة البقرة: الآية ٢٣٣.

(٤) صحيح البخاري، الجزء الثاني، ص ٦٩٧، كتاب الصوم: باب حق الجسم في الصوم.

(٥) راجع: سمر خليل محمود عبدالله، حقوق الطفل في الإسلام والاتفاقيات الدولية "دراسة مقارنة"، جامعة النجاح الوطنية، ٢٠٠٣، ص ١٢٦.

(٦) صحيح البخاري، الجزء الخامس، ص ١٩٩٦، كتاب النكاح: باب المرأة راعية في بيت زوجها.

(٧) راجع: <http://www.unesco.org>

والذي سوف نوضح من خلاله حقَّ الطفل في التعليم في الشريعة الإسلامية. وذلك وفقاً للتقسيم التالي:

المطلب الأول: حقُّ الطفل في التعليم في المواثيق الدولية.

المطلب الثاني: حقُّ الطفل في التعليم في التشريعات الوطنية.

المطلب الثالث: حقُّ الطفل في التعليم في الشريعة الإسلامية.

المطلب الأول

حقُّ الطفل في التعليم في المواثيق الدولية

يُعتبر الحقُّ في التعليم من الحقوق الأساسية التي كفلتها جميع المواثيق والمعاهدات الدولية والإقليمية؛ وقد وردت في ذلك عدة مواد في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والعهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، واتفاقية حقوق الطفل، واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وغيرها من مصادر القانون الدولي، وقانون حقوق الإنسان.

ولقد تم الاعتراف بالحق في التعليم لأول مرة على الصعيد الدولي، بموجب الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي صدر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٠ ديسمبر عام ١٩٤٨؛ وذلك في المادة السادسة والعشرين التي نصت على أنه: «لكل شخص الحق في التعلم، ويجب أن يكون التعليم في مراحله الأولى والأساسية على الأقل بالمجان، وأن يكون التعليم الأولي إلزامياً، وينبغي أن يعمم التعليم الفني والمهني، وأن ييسر القبول للتعليم العالي على قدم المساواة التامة للجميع، وعلى أساس الكفاءة» (١).

أمَّا العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية فنص في المادة (١٣) على أنه: تقرُّ الدول الأطراف في هذا العهد بحق كل فرد في التربية والتعليم. وهي متفقة على وجوب توجيه التربية والتعليم إلى الإنماء الكامل للشخصية الإنسانية، وكرامتها، وإلى توطيد احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية. وهي متفقة كذلك على وجوب استهداف التربية والتعليم تمكين كل شخص من الإسهام بدور نافع في مجتمع حر، وتوثيق أواصر التفاهم والتسامح والصداقة بين جميع الأمم ومختلف الفئات السكانية أو الإثنية أو الدينية، ودعم الأنشطة التي تقوم بها الأمم المتحدة من أجل صيانة السلم.

كما ورد ذكر الحق في التعليم في نص المادة (٢٨) من اتفاقية حقوق الطفل والتي جاء بها:

١- تعترف الدول الأطراف بحق الطفل في التعليم، وتحقيقاً للإعمال الكامل لهذا الحق تدريجياً وعلى أساس تكافؤ الفرص، تقوم بوجه خاص بما يلي:

(أ) جعل التعليم الابتدائي إلزامياً ومُتاحاً مجاناً للجميع،

(ب) تشجيع تطوير شتى أشكال التعليم الثانوي، سواء العام أو المهني، وتوفيرها وإتاحتها لجميع الأطفال، واتخاذ التدابير المناسبة مثل: إدخال مجانية التعليم، وتقديم المساعدة المالية عند الحاجة إليها،

(ج) جعل التعليم العالي، بشتى الوسائل المناسبة، متاحاً للجميع على أساس القدرات،

(د) جعل المعلومات والمبادئ الإرشادية التربوية والمهنية متوافرة لجميع الأطفال، وفي متناولهم،

(هـ) اتخاذ تدابير لتشجيع الحضور المنتظم في المدارس والتقليل من معدلات ترك الدراسة.

المطلب الثاني

حقُّ الطفل في التعليم في التشريعات الوطنية

نصت كافة الدساتير الوطنية على كفالة الحق في التعليم لكل طوائف المجتمع بدون تفرقة بسبب اللون أو الجنس أو الدين أو العرق أو أي سبب كان، وسوف نستعرض خلال السطور التالية مسلك المشرع الوطني فيما يتعلق بحماية وكفالة الحق في التعليم، وذلك على النحو التالي:

• التشريع البحريني:

اهتم المشرع البحريني بكفالة الحق في التعليم، وأحاطه بحماية دستورية؛ حيث نصت المادة السابعة من الدستور البحريني على أنه «أ- ترعى الدولة العلوم والآداب والفنون، وتشجع البحث العلمي، كما تكفل الخدمات التعليمية والثقافية للمواطنين، ويكون التعليم إلزامياً ومجانياً في المراحل الأولى التي يعينها القانون، وعلى النحو الذي يبين فيه، ويضع القانون الخطة اللازمة للقضاء على الأمية.

كما أصدر المشرع البحريني قانون التعليم رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٥، والذي كفل من خلاله حماية الحق في التعليم؛ حيث نصت المادة الثانية على أن «التعليم حق تكفله المملكة لجميع المواطنين، وتنبثق فلسفة التعليم من ثوابت وقيم الدين الإسلامي الحنيف، والتفاعل الإنساني والحضاري والانتماء العربي لمملكة البحرين، والإطار الثقافي والاجتماعي لشعب البحرين كامتداد لتراثه العريق وأحكام الدستور؛ وذلك سعياً لتحقيق سعادة المواطن وتقوية شخصيته واعتزازه بدينه وقيمه ووطنه وعروبته دعماً لتنمية المجتمع، وتحقيق رخائه وتقدمه»، وحرصاً من المشرع البحريني على حماية حق الطفل في التعليم جعل التعليم إلزامياً للأطفال من سن ٦ إلى ١٥ عاماً، ليس هذا فحسب، بل إن المشرع نص في المادة السابعة من قانون التعليم على أن «يكون التعليم الأساسي والثانوي مجاناً بمدارس المملكة» (١).

• التشريع الإماراتي:

تنص المادة (١٧) من الدستور الإماراتي على أن التعليم عامل أساسي لتقدم المجتمع، وهو إلزامي في مرحلته الابتدائية، ومجانياً في كل مراحل داخل الاتحاد، ويضع القانون الخطط اللازمة لنشر التعليم وتعميمه بدرجاته المختلفة، والقضاء على الأمية.

كما نص القانون الاتحادي رقم ١١ في شأن التعليم الإلزامي الصادر بتاريخ ١٧/٧/١٩٧٢م في مادته الأولى على أن يكون التعليم إلزامياً في مرحلته الابتدائية، ومجاناً في جميع مراحل داخل الاتحاد، وذلك بالنسبة

(١) راجع نص قانون التعليم رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٥. متاح على الموقع الإلكتروني: <http://www.moe.gov.bh/regulations/Index.aspx>

(١) راجع: نص الإعلان. متاح على الموقع الإلكتروني للأمم المتحدة وعنوانه: www.un.org

لمواطني الدولة من الذكور.

المطلب الثالث

حقُّ الطفل في التعليم في الشريعة الإسلامية

لقد كانت أولى آيات القرآن الكريم دعوةً للقراءة والمعرفة، قال تعالى: (اقْرَأْ بِاسْمِ رَبِّكَ الَّذِي خَلَقَ خَلَقَ الْإِنْسَانَ مِنْ عَلَقٍ × اقْرَأْ وَرَبُّكَ الْأَكْرَمُ) (١).

كما قدر القرآن مكانة العلم والعلماء، قال تعالى: (قُلْ هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ إِنَّمَا يَتَذَكَّرُ أُولُو الْأَلْبَابِ) (٢)، وقال سبحانه وتعالى: (شَهِدَ اللَّهُ أَنَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ وَالْمَلَائِكَةُ وَأُولُو الْعِلْمِ قَانِمًا بِالْقِسْطِ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ الْعَزِيزُ الْحَكِيمُ) (٣). وتتضح قيمة العلم والتعليم في الإسلام عندما جعل طلب العلم والتعليم مبرراً كافياً للتخلف عن الجهاد، حيث قال الله سبحانه وتعالى: (وَمَا كَانَ الْمُؤْمِنُونَ لِيَنْفِرُوا كَافَّةً فَلَوْلَا نَفَرَ مِنْ كُلِّ فِرْقَةٍ مِنْهُمْ طَائِفَةٌ لِيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ) (٤). وقد بلغ اهتمام الإسلام بالعلم، وحرصه على تعميمه أن جعله إحدى الوسائل المؤدية إلى الإفراج عن الأسرى، وهو ما تم مع أسرى غزوة بدر الذين طلب منهم تعليم أبناء المسلمين، حيث كان الرسول يطلب من كل من لم يستطع أن يفدي نفسه بالمال أن يعلم عشرة من أبناء المسلمين. (٥)

وقد ورد في الحديث الشريف أن التعليم حق للولد على والده، من ذلك قول رسول الله: «حقُّ الولد على الوالد: أن يُحَسِّنَ اسْمَهُ، ويعلمه الكتابة، ويزوجه إذا بلغ» (٦).

المبحث السابع

حقُّ الطفل العامل في الرعاية

تعتبر حقوقُ الأطفال العاملين المحرومين من الحماية والرعاية بسبب عملهم من بين أهم الموضوعات التي شغلت حيزاً كبيراً من اهتمام منظمة الأمم المتحدة؛ ومن ثم أصدرت العديد من الاتفاقيات الدولية لحماية حقوقهم، وكانت اتفاقية حقوق الطفل من أهم هذه الاتفاقيات والتي استندت إلى وجوب شمول حمايتهم بشكل متكامل (١). كما لم يغفل المشرع الوطني عن سنّ التشريعات الكفيلة بحماية هذه الطبقة المهمشة والضعيفة. وسوف نكرس هذا المبحث لبيان مدى كفاية نصوص الحماية الواردة بكل من المواثيق الدولية والتشريعات الوطنية، ومقارنتها بالأحكام المتعلقة بحماية الطفل العامل في الشريعة الإسلامية. وذلك وفقاً للتقسيم التالي:

المطلب الأول: حقُّ الطفل العامل في الرعاية في المواثيق الدولية.

المطلب الثاني: حقُّ الطفل العامل في الرعاية في التشريعات الوطنية.

المطلب الثالث: حقُّ الطفل العامل في الرعاية في الشريعة الإسلامية.

المطلب الأول

حقُّ الطفل العامل في الرعاية في المواثيق الدولية

عقدت منظمة العمل الدولية العديد من الاتفاقيات الدولية؛ بهدف توفير أقصى قدر من الحماية لحقوق العمال (٢)، وقد ضمنت تلك الاتفاقيات نصوصاً خاصة بحماية حقوق الطفل العامل في الرعاية المناسبة لنموه جسدياً وعقلياً، وكذا حمايته من كافة أشكال الاستغلال الاقتصادي، وألزامت منظمة العمل الدولية بموجب تلك الاتفاقيات أعضاء المجتمع الدولي بضرورة سنّ التشريعات الكفيلة بحماية هؤلاء الأطفال، ومن أهم هذه الاتفاقيات:

- الاتفاقية رقم ١٣٨ بشأن الحد الأدنى لسنّ الاستخدام؛ وتسري أحكام تلك الاتفاقية على جميع قطاعات النشاط الاقتصادي وتحمي جميع الأطفال، سواء كانوا يؤدون عملاً مأجوراً أم كانوا يعملون لحسابهم، وكذا تعطي تعريفاً دولياً أوسع وأكثر ملاءمة للحد الأدنى لسنّ الاستخدام. وتقتصر مقارنةً تدريجية ومرنة للمشكلة، ولاسيما فيما يتعلق بالدول النامية، فهي تلزم الدول الأعضاء التي تصادق

(١) راجع: حقوق الأطفال العاملين وحمايتهم، مقال منشور على الموقع الإلكتروني لشبكة معلومات حقوق الطفل: www.crin.org/

(٢) لمزيد من التفاصيل حول تلك الاتفاقيات: راجع الموقع الإلكتروني لمنظمة العمل الدولية وعنوانه: <http://www.ilo.org/global/lang--en/index.htm>

(١) سورة العلق: الآيات ١-٣.

(٢) سورة الزمر: الآية ٩.

(٣) سورة آل عمران: آية ١٨.

(٤) سورة التوبة: الآية ١٢٢.

(٥) راجع: د/ محمد إبراهيم أبوجريبان، عناية الشريعة الإسلامية بالطفولة مقارنة مع المواثيق والمبادئ الدولية والقانون الأردني، مجلة الجامعة الإسلامية، المجلد التاسع عشر، العدد الثاني يونيو ٢٠١١، ص ١٥٢.

(٦) رواه أبو نعيم في الحلية عن أبي هريرة، والديلمي في مسند الفروس، (فيض القدير ٣/٣٩٤).

المطلب الثاني

حقُّ الطفل العامل في الرعاية في التشريعات الوطنية

نصت اتفاقية حقوق الطفل على التزام الحكومات الوطنية بحماية وضمّان حقوق الأطفال، وعلى تحمّلها مسؤولية هذا الالتزام أمام المجتمع الدولي. وتُلزم الاتفاقية الدول الأطراف بتطوير وتنفيذ جميع إجراءاتها وسياساتها على ضوء المصالح الفضلى للطفل، وبيّنت الاتفاقية دور الحكومات في توفير المناخ المناسب لنمو الطفل جسدياً وعقلياً وعاطفياً ومعرفياً واجتماعياً وثقافياً، وحمايته من مختلف أشكال الاستغلال، بما في ذلك الأعمال الخطرة الضارة بصحته أو بنموه البدني أو العقلي أو الروحي أو المعنوي أو الاجتماعي أو لحقوقه في التعليم. وسوف نستعرض خلال هذا المطلب مدى كفاية التشريعات الوطنية للوفاء بالالتزامات الدولية للدول محل الدراسة، وذلك على النحو التالي:

• التشريع البحريني:

نصّت المادة (٧) من قانون الطفل البحريني على ضرورة أن يُراعى في تشغيل الطفل عدم الإضرار بسلامته أو صحته أو جوهر حقوقه المنصوص عليها في هذا القانون.

كما وضع قانون العمل في القطاع الأهلي رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٢ أحكاماً خاصة لتشغيل الأحداث، حيث حظر القانون تشغيل كل من لم يبلغ من العمر خمس عشرة سنة (١) وجعل عملهم مقصوراً على بعض الأعمال دون الأخرى، فلا يجوز تشغيلهم في الصناعات والمهن الخطرة والمضرة بالصحة، أمّا عن ساعات العمل فلا يجوز تشغيلهم فعلياً لمدة تزيد عن ست ساعات في اليوم الواحد، يتخللها فترة راحة أو أكثر لتناول الطعام لا تقل عن ساعة، بحيث لا يشتغل الحدث أكثر من أربع ساعات متصلة، كما لا يجوز تكليفهم بساعات عمل إضافية أو تشغيلهم في أيام الراحة، ولا يجوز أن تقل الإجازة السنوية عن شهر كامل، كما لا يجوز تحديد أجرهم على أساس القطعة أو الإنتاج. كما أوجب المشرع على صاحب العمل أن يتحقق من موافقة ولي أمر الطفل أو من له الوصاية عليه، بالإضافة إلى ضرورة إجراء فحص طبي دوري على الطفل؛ للتحقق من استمرار لياقته الصحية. كما قرر قانون العمل جزاءات على مخالفة أحكام تشغيل الحدث تطبّق على صاحب المنشأة، أو صاحب العمل، وأيضاً على الولي أو الوصي الذي تسبّب في تشغيله بالمخالفة لأحكام القانون. (٢)

• التشريع الإماراتي:

خصص المشرع الإماراتي الباب الثاني من القانون الاتحادي رقم ٨ بشأن تنظيم علاقات العمل الصادر بتاريخ ٢٠/٤/١٩٨٠؛ لبيان أحكام استخدام العمال وتشغيل الأحداث والنساء، حيث نصّ في المادة (٢٠) على أنه لا يجوز تشغيل الأحداث من الجنسين قبل تمام سن الخامسة عشرة، كما يحظر تشغيل الأحداث في الأعمال الخطرة أو المرهقة أو التي قد تضر بصحتهم، وقد صدر قرار وزاري تحت رقم ٥/١ بتاريخ

عليها أن تقرّر الحد الأدنى الخاص بها لسنّ الاستخدام وعلى وضع سلسلة من الحدود الدنيا للسنّ، ولا يمكن السماح لأيّ طفل في العمل دونها. وتتنوع هذه الحدود في السن تبعاً لمستوى نمو البلد ولنوع الاستخدام أو العمل.

• الاتفاقية رقم ١٨٢ لسنة ١٩٩٩ بشأن حظر أسوأ أشكال عمل الأطفال: وتُلزم تلك الاتفاقية الدول الأعضاء باتخاذ الإجراءات الفورية والفعالة لضمان حظر أسوأ صور عمل الأطفال، والقضاء عليها على وجه السرعة. وقد حددت الاتفاقية أسوأ صور عمل الأطفال، في المادة (٣) منها، وهي كالتالي: كافة أشكال الرقّ أو الممارسات الشبيهة بالرقّ، كبيع الأطفال والاتجار بهم وعبودية الدين والقنانة والعمل القسري أو الإجباري للأطفال لاستخدامهم في النزاعات المسلحة، واستخدام طفل أو تشغيله أو عرضة لأغراض الدعارة، أو لإنتاج أعمال إباحية أو أداء عروض إباحية.

استخدام طفل أو تشغيله أو عرضة لمزاولة أنشطة غير مشروعة، وترويج إنتاج المخدرات بالشكل الذي حدد في المعاهدات الدولية ذات الصلة أو الاتجار بها.

الأعمال التي يُرجح أن تؤدي بفعل طبيعتها أو بفعل الظروف التي تزاوّل فيها إلى الإضرار بصحة الأطفال أو سلامتهم أو سلوكهم الأخلاقي.

وتُلزم الاتفاقية الدول تنفيذ تدابير محدّدة بجدول زمني؛ للقضاء على أسوأ أشكال عمل الأطفال.

أما فيما يتعلق بموقف اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل من قضية عمالة الأطفال؛ فتجد أن الاتفاقية قد عالجت تلك المسألة بطريقة عملية، حيث إنها لم تذهب إلى حدّ المنع المطلق لتشغيل الأطفال، حيث إن هذا المنع لن يكون عملياً في ظلّ حاجة عدد كبير من العائلات إلى الدخل الذي يحققه أطفالها، حيث نصت في المادة (٣٢) منها على أنه:

١- تعترف الدول الأطراف بحقّ الطفل في حمايته من الاستغلال الاقتصادي، ومن أداء أيّ عمل يُرجح أن يكون خطيراً، أو أن يمثل إعاقةً لتعليم الطفل، أو أن يكون ضاراً بصحة الطفل أو بنموه البدني أو العقلي أو الروحي أو المعنوي أو الاجتماعي.

٢- تتخذ الدول الأطراف التدابير التشريعية والإدارية والاجتماعية والتربوية التي تكفل تنفيذ هذه المادة. ولهذا الغرض، ومع مراعاة أحكام الصكوك الدولية الأخرى ذات الصلة، تقوم الدول الأطراف بوجه خاص بما يلي:

أ. تحديد عمر أدنى، أو أعمار دنيا للالتحاق بالعمل.

ب. وضع نظام مناسب لساعات العمل وظروفه.

ت. فرض عقوبات أو جزاءات أخرى مناسبة لضمان تنفيذ هذه المادة بفعالية.

ويلاحظ أن الاتفاقية لم تفصل كثيراً في موضوع عمالة الأطفال، كما لم تقترح آليات جديدة لحمايتهم من الاستغلال، إلا أنه يمكننا القول بأن المادة (٣٢) من الاتفاقية وضعت مبادئ عامة يجب على الدول الأطراف الالتزام بها عند سنّ تشريعاتها الوطنية المعنية بحقوق الطفل.

(١) راجع: نص المادة ٢٤ من قانون العمل في القطاع الأهلي رقم ٣٦ لسنة ٢٠١٢.

(٢) راجع: نصوص المواد من ٢٣: ٢٨ من قانون العمل في القطاع الأهلي رقم ٣٦ لسنة ٢٠١٢.

وقد امتدت رحمة رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بخدمه لتشمل غير المؤمنين به أصلاً (١)، وذلك كما فعل مع الغلام اليهودي الذي كان يعمل عنده خادماً، فقد مرض الغلام مرضاً شديداً، فظل النبي يزوره ويتعده، حتى إذا شارف على الموت عادته وجلس عند رأسه، ثم دعا إلى الإسلام، فنظر الغلام إلى أبيه متسائلاً، فقال له أبوه: أطع أبا القاسم. فأسلم، ثم فاضت روحه، فخرج النبي - صلى الله عليه وسلم - وهو يقول: «الحمد لله الذي أنقذه من النار». (٢)

المبحث الثامن

حماية الطفل من الاستغلال الجنسي

إن الاستغلال الجنسي للأطفال هو صورة من صور الاتجار بالبشر، ويُعرف بأنه «اتصال جنسي بين طفل وشخص بالغ، من أجل إرضاء رغبات جنسية عند الأخير، مستخدماً القوة أو التهديد بها أو السيطرة عليه». ومعنى التحرش الجنسي أوسع من مفهوم الاستغلال الجنسي أو الاغتصاب البدني إذ يقصد به: كشف الأعضاء التناسلية، إزالة الملابس والثياب عن الطفل، ملامسة أو ملاطفة جسدية خاصة، التلصص على طفل، وتعرضه لصور فاضحة، أو أفلام أو أعمال شائنة غير أخلاقية كإجباره على التلطف بألفاظ فاضحة أو إشراكه في أحاديث ذات محتوى جنسي فاضح، أو بالاتصال الجسدي المباشر بالطفل أو اغتصابه (٣). وسوف نستعرض خلال هذا المبحث الجهود الدولية والوطنية لحماية الطفل من خطر الاستغلال الجنسي وكافة أشكال الاستغلال الأخرى، ثم نختمه ببيان سبل حماية الطفل من خطر الاستغلال الجنسي في الشريعة الإسلامية. وذلك وفقاً للتقسيم التالي:

المطلب الأول: حماية الطفل من الاستغلال الجنسي في المواثيق الدولية.

المطلب الثاني: حماية الطفل من الاستغلال الجنسي في التشريعات الوطنية.

المطلب الثالث: حماية الطفل من الاستغلال الجنسي في الشريعة الإسلامية

بشأن تحديد الأعمال الخطرة أو المرهقة أو المضرة بالصحة التي يحظر تشغيل الأحداث الذين تقل أعمارهم عن سبعة عشر عاماً فيها. كما شمل هذا القرار جدولاً بأقصى وزن للأعمال التي يجوز تكليف هؤلاء الأحداث بحملها أو جرّها أو دفعها. كما منعت المادة (٢٣) أصحاب المشروعات الصناعية من تكليف الحدث بأي أعمال ليلية. كما حدد المشرع الإماراتي الحد الأقصى لساعات عمل الحدث بست ساعات يومياً تتخللها فترة للراحة والطعام والصلاة؛ ففي كل الحالات لا يجوز أن يعمل الحدث لمدة أربع ساعات متصلة، ولا يجوز أيضاً تكليفه بأية أعمال إضافية أو تكليفه بالعمل في أيام الإجازات الرسمية لأي سبب كان.

المطلب الثالث

حق الطفل العامل في الرعاية في الشريعة الإسلامية

أعز الإسلام الخدم والعمال ورعاهم وكرّمهم، واعترف بحقوقهم لأول مرة في التاريخ بعد أن كان العمل في بعض الشرائع القديمة معناه الرق والتبعية، وفي البعض الآخر معناه المذلة والهوان؛ قاصداً بذلك إقامة العدالة الاجتماعية، وتوفير الحياة الكريمة لهم. (١)

دعا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أصحاب الأعمال إلى معاملتهم معاملة إنسانية كريمة، وإلى الشفقة عليهم، والبر بهم، وعدم تكليفهم ما لا يطيقون من الأعمال، «إخوانكم خولكم، جعلهم الله تحت أيديكم، فمن كان أخوه تحت يده فليطعمه مما يأكل، وليلبسه مما يلبس، ولا تكفوه مما يغلبهم، فإن كلفتموهم فأعينوهم». (٢)

ومن حقوق العامل التي حرص الإسلام على التأكيد عليها: حق العامل بعدم إرهابه إرهاباً يضرب بصحته ويجعله عاجزاً عن العمل، أو تكليفه ما لا يطيق، ولقد قال رسول الله في ذلك: «ما خففت عن خادمك من عمله، كان لك أجراً في موازينك»، كما يجب على صاحب العمل أن يوفيه للعامل أجره المكافئ لجهده دون ظلم أو مماطلة، فقال رسول الله: «أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه» (٣).

كما حرّم الإسلام ضرب العامل أو معاملته معاملة مهينة أو قاسية، فعن أبي مسعود الأنصاري قال: كنت أضرب غلاماً لي، فسمعت من خلفي صوتاً: «اعلم أبا مسعود لله أقدرك عليك منك عليه» فالتفت فإذا هو النبي فقلت: يا رسول الله، هو حر لوجه الله تعالى، قال: «أما إنك لو لم تفعل للفتك النار، أو لمستك النار». (٤)

(١) راجع: د/ راغب السرجاني، رسول الله وحقوق العمال والخدم، مقال منشور على الموقع الإلكتروني:

<http://islamstory.com/ar>

(٢) صحيح البخاري، كتاب الإيمان، برقم ٢٠، مسلم، كتاب الإيمان والندور، باب: إطعام المملوك مما يأكل، رقم: ١٦٦١.

(٣) رواه ابن ماجه بسند جيد عن ابن عمر، رضي الله عنه، ورواه أبو يعلى عن أبي هريرة رضي الله عنه، والطبراني عن جابر، والترمذي عن أنس رضي الله عنه، ورواه البيهقي عن أبي هريرة رضي الله عنه بلفظ: «أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه، وأعلموه أجره وهو في عمله».

(٤) سنن أبي داود، أبواب النوم: باب في حق المملوك، المسألة رقم ٥١٥٩.

(١) راجع: د/ راغب السرجاني، المرجع السابق.

(٢) رواه البخاري عن أنس بن مالك: كتاب الجنائز، إذا أسلم الصبي فمات هل يصل عليه، وهل يعرض على الصبي الإسلام (١٢٩٠)، والترمذي (٢٢٤٧)، والحاكم (١٣٤٢)، والنسائي في سننه الكبرى (٧٥٠٠).

للمزيد حول هذا الموضوع راجع: أحمد عاشور، سمر نجم، لبني غريب، التحرش الجنسي "أسبابه، تداعياته، آليات مواجهته" دراسة حالة المجتمع المصري، إصدارات كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، جامعة القاهرة، ٢٠٠٩.

(٣) للمزيد حول هذا الموضوع راجع: أحمد عاشور، سمر نجم، لبني غريب، التحرش الجنسي "أسبابه، تداعياته، آليات مواجهته" دراسة حالة المجتمع المصري، إصدارات كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، جامعة القاهرة، ٢٠٠٩.

المطلب الأول

حماية الطفل من الاستغلال الجنسي في المواثيق الدولية

سنخصص هذا المطلب لبيان جانب من الجهود الدولية لمكافحة جرائم الاستغلال الجنسي للأطفال؛ وذلك باستعراض نصوص الحماية الواردة بالمواثيق الدولية. وذلك على النحو التالي:

• اتفاقية حظر الاتجار بالأشخاص، واستغلال دعارة الغير ١٩٤٩.

جاءت ديباجة تلك الاتفاقية لتؤكد على أن الدعارة، وما يصاحبها من آفة الاتجار بالأشخاص لأغراض الدعارة، تتنافى مع كرامة الشخص البشري وقدره، وتعرض للخطر رفاه الفرد والأسرة والجماعة، كما نصت في مادتها الأولى على التزام الدول الأطراف بإنزال العقاب بأي شخص يقوم، إرضاءً لأهواء آخر، بقيادة شخص آخر أو غوايته أو تضليله، على قصد الدعارة، حتى برضاء هذا الشخص، وأيضاً بمعاقبة كل من يقوم باستغلال دعارة شخص آخر، حتى برضاء هذا الشخص.

• اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل ١٩٨٩.

نصت الاتفاقية على التزام الدول الأعضاء باتخاذ كافة التدابير التشريعية والإدارية والاجتماعية والتعليمية الملائمة لحماية الطفل من كافة أشكال العنف أو الضرر أو الإساءة البدنية أو العقلية والإهمال أو المعاملة المنطوية على إهمال، وإساءة المعاملة أو الاستغلال، بما في ذلك الإساءة الجنسية، وهو في رعاية الوالد (الوالدين) أو الوصي القانوني (الأوصياء القانونيين) عليه، أو أي شخص آخر يتعهد الطفل برعايته، ينبغي أن تشمل هذه التدابير الوقائية، حسب الاقتضاء، إجراءات فعالة لوضع برامج اجتماعية لتوفير الدعم اللازم للطفل ولأولئك الذين يتعهدون الطفل برعايتهم، وكذلك للأشكال الأخرى من الوقاية، ولتحديد حالات إساءة معاملة الطفل المذكورة حتى الآن، والإبلاغ عنها، والإحالة بشأنها والتحقيق فيها ومعالجتها ومتابعتها، وكذلك لتدخل القضاء حسب الاقتضاء (١).

كما ألزمت المادة (٢٤) من الاتفاقية الدول الأطراف بأن تتخذ كافة التدابير الملائمة سواء على مستوى التشريع الداخلي، أو بالتعاون مع الدول الأخرى؛ بهدف حماية الطفل من جميع أشكال الاستغلال الجنسي والانتهاك الجنسي، ومنع حمل، أو إكراه الطفل على تعاطي أي نشاط جنسي غير مشروع، أو الاستخدام الاستغلالي للأطفال في الدعارة أو غيرها من الممارسات الجنسية غير المشروعة، أو الاستخدام الاستغلالي للأطفال في العروض والمواد الداعرة (٢).

• البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع الأطفال، واستغلال الأطفال في البغاء وفي المواد الإباحية لعام ٢٠٠٠.

جاء بديباجة البروتوكول: أن الممارسة المنتشرة والمتواصلة المتمثلة في السياحة الجنسية التي يتعرض لها الأطفال بشكل خاص؛ نظراً لأنها ممارسة تشجع بصورة مباشرة على بيع الأطفال واستغلالهم في البغاء

(١) راجع: نص المادة ١٩ من اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل.

(٢) راجع: نص المادة ٣٤ من اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل.

وفي المواد الإباحية، أصبحت مسألة تثير قلق المجتمع الدولي؛ نظراً لما تمثله تلك الممارسات من خطر بالغ يعرقل تعليم الطفل ويضر بصحته وبنمائه البدني والعقلي والروحي والخلقي والاجتماعي؛ ومن ثم نصت المادة الأولى من البروتوكول على التزام الدول الأعضاء بحظر بيع الأطفال واستغلالهم في البغاء وفي المواد الإباحية، وأن تقوم بسن التشريعات الجنائية الكفيلة بمكافحة جرائم الاتجار بالأطفال لغرض الاستغلال الجنسي (١).

وجدير بالذكر أن البروتوكول الاختياري يطالب بمعاقبة، ليس الأشخاص الذين عرّضوا أو نقلوا الأطفال لغرض الاستغلال الجنسي أو العمل بالإكراه أو تجارة الأعضاء فحسب، بل أيضاً الذين قبلوا بالفعل تلك العروض (٢).

كما ينص البروتوكول على التزام الدول بحماية حقوق ومصالح الأطفال الضحايا، ويلزم الحكومات بتقديم الخدمات القانونية والأشكال الأخرى من الدعم. ويقضي الالتزام بإيلاء الأولوية لمصلحة الطفل الفضلى في أي من التعاملات مع نظام القضاء الجنائي، وينبغي أيضاً توفير العناية الطبية والنفسية اللازمة لإعادة تأهيل الضحايا ودمجهم في المجتمع (٣).

المطلب الثاني

حماية الطفل من الاستغلال الجنسي في التشريعات الوطنية

لم تعد مشكلة الاستغلال الجنسي للأطفال مشكلة عابرة، بل أصبحت مشكلة حقيقية في مجتمعاتنا، وباتت تشكل ظاهرة خطيرة تهدد أمن وسلامة أطفالنا. حيث يعد الاستغلال الجنسي واحداً من أخطر أعمال العدوان التي يمكن أن ترتكب ضد أي طفل، فهي جريمة بكل معنى الكلمة، ولعل هذا ما استدعى تضافر الجهود على المستويين الدولي والداخلي من أجل القضاء على تلك الظاهرة. وسوف نستعرض خلال السطور التالية مسلك المشرع الوطني في دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، من أجل بيان مدى كفاية النصوص التجريبية التي أوردها المشرع الوطني من أجل القضاء على ظاهرة الاستغلال الجنسي للأطفال:

• التشريع البحريني:

تعد مملكة البحرين الأفضل بين دول المنطقة في مجال مكافحة الاتجار بالبشر؛ لتطبيقها للقوانين بشكل

(١) راجع: نص المادة ١/٣ من البروتوكول.

(٢) راجع: http://www.unicef.org/arabic/crc/34726_34799.html

(٣) راجع: نص المادتين ٨، ٩ من البروتوكول.

كما جاء قانون الطفل البحريني رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٢ ليضع مزيداً من الضمانات الكفيلة بحماية الأطفال من خطر الوقوع ضحايا لمثل تلك الجرائم بالغة الخطورة، حيث نصّت المادة (٤٥) من القانون سالف الذكر على ألا يشترط لرفع الدعوى الجنائية المتعلقة بسوء معاملة الطفل الجسدية أو الجنسية تقديم شكوى شفهية أو كتابية إلى النيابة العامة أو إلى أحد مأموري الضبط القضائي، ولا يجوز في جميع الأحوال التنازل عن الدعوى الجنائية المتعلقة بسوء معاملة الطفل.

كما ألزم القانون الدولة بتوفير رعاية بديلة خارج العائلة لمن تعرّض من الأطفال لسوء المعاملة بصورة عاجلة ومؤقتة، وذلك إذا كانت حياة الطفل مهدّدة بالخطر، أو إذا وقع اعتداء جنسي عليه من الوالدين أو المتولي رعايته، وفي هذه الحالة تتولى النيابة العامة تعيين من يمثل الطفل قانوناً (١). كما تلزم الدولة باتخاذ كافة التدابير اللازمة لعلاج الطفل المجني عليه من الأمراض الجنسية التي قد تكون قد انتقلت إليه بسبب الاعتداء الجنسي (٢).

كما جرم المُشرّع البحريني أعمالَ استدراج الأطفال واستغلالهم جنسياً عبر الشبكة الإلكترونية «الإنترنت» وغيرها من وسائل الاتصال الحديثة (٣). وعاقب مرتكبها بالحبس والغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين (٤). كما عاقب المُشرّع البحريني كل من تحرّش جنسياً بطفل بالمداعبة أو إظهار العورة أو غرر به لمشاهدة الصور أو الأفلام الإباحية بأي شكل من الأشكال، بما فيها الإنترنت بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر (٥).

• التشريع الإماراتي:

تعد دولة الإمارات في مقدمة دول المنطقة التي تقوم بإصدار تشريع خاص بمكافحة جرائم الاتجار بالبشر؛ مما يدل على حرص المُشرّع الإماراتي على التصدي لجرائم الاتجار بالبشر وصور الاستغلال المختلفة للبشر، وبخاصة النساء والأطفال، فعاقبت المادة الثانية من القانون الاتحادي رقم (٥١) لسنة ٢٠٠٦ في شأن مكافحة الاتجار بالبشر بالسجن المؤبد كل شخص يقوم بتجنيد طفل أو نقله أو ترحيله أو استقباله بواسطة التهديد بالقوة أو استعمالها أو غير ذلك من أشكال القسر أو الاختطاف أو التحايل أو الخداع أو إساءة استعمال السلطة أو إساءة استعمال حالة الضعف؛ لغرض استغلاله جنسياً أو استغلاله في أعمال السخرة أو الخدمة قسراً أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق أو الاستعباد أو نزع الأعضاء. وحرصاً من المُشرّع الإماراتي على القضاء نهائياً على تلك الظاهرة الإجرامية؛ فقد عاقب على الشروع، وكذا الاشتراك في ارتكاب هذه الأفعال بعقوبة الجريمة التامة (٦).

صارم ساهم في الحد من الاتجار بالبشر رغم وجود عصابات الاتجار. وتشير الإحصائيات إلى انخفاض عمليات الاتجار بالبشر؛ حيث جاء تصنيف مملكة البحرين في المرتبة الثانية (تحت الملاحظة) عام ٢٠١٢م، وذلك في تقرير وزارة الخارجية الأمريكية (١).

وقد قامت حكومة البحرين بالتفاعل مع الاتجاهات الدولية المعاصرة من خلال منظومة متكاملة متعددة الجوانب تشمل الجانب التشريعي، حيث أصدرت مملكة البحرين القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ بشأن مكافحة الاتجار بالأشخاص يتضمن في فحواه مفهوم جريمة الاستغلال الجنسي، والعقوبة المقررة لها والمساعدة المقدمة لضحايا الجريمة والإجراءات التي تقوم بها السلطات العامة لمكافحة هذه الجريمة. ويضاف إلى ذلك الجانب التنفيذي؛ حيث قامت السلطات الرسمية بها باتخاذ عدد من التدابير للحد من هذه الظاهرة، هذا بالإضافة لجهود المملكة على المستوى الدولي الذي تمثّل في انضمامها لمعظم الاتفاقيات الدولية ذات الصلة (٢).

ووفقاً لنصّ الفقرة (أ) من المادة الأولى من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ بشأن مكافحة الاتجار بالأشخاص: يُقصد بالاتجار بالأشخاص، تجنيد شخص أو نقله أو تثقيبه أو إيواؤه أو استقباله بغرض إساءة الاستغلال، وذلك عن طريق الإكراه أو التهديد أو الحيلة أو باستغلال الوظيفة أو النفوذ أو بإساءة استعمال سلطة ما على ذلك الشخص، أو بأية وسيلة أخرى غير مشروعة سواء كانت مباشرة أو غير مباشرة. وتشمل إساءة الاستغلال: استغلال ذلك الشخص في الدعارة أو في أي شكل من أشكال الاستغلال أو الاعتداء الجنسي، أو العمل أو الخدمة قسراً أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق، أو الاستعباد، أو نزع الأعضاء.

وتنص الفقرة (ب) على أنه يُعتبر تجاراً بالأشخاص تجنيداً أو نقل أو تثقيب أو إيواء أو استقبال من هم دون الثامنة عشرة، أو من هم في حالة ظرفية أو شخصية لا يمكن معها الاعتداد برضاؤهم أو حرية اختيارهم، متى كان ذلك بغرض إساءة استغلالهم، ولو لم يقترن الفعل بأي من الوسائل.. وأخيراً افترضت الفقرة (ج) من المادة المذكورة أعلاه علم الجاني بالسن الحقيقية للمجني عليه الذي لم يبلغ من العمر ثماني عشرة سنة.

وحرصاً من المُشرّع البحريني على حماية الأطفال من خطر التعرض لمثل تلك الجرائم؛ نصّ في المادة الرابعة على تشديد عقوبة الجاني إذا كان المجني عليه طفلاً دون الخامسة عشر من العمر أو من ذوي الاحتياجات الخاصة أو أنثى، أو إذا أصيب المجني عليه بمرض لا يرجى الشفاء منه، كذلك حرص المُشرّع البحريني على أن يخضع ضحايا الاعتداء أو الاستغلال الجنسي لرعاية الدولة عن طريق مركز البحرين لحماية الطفل الموكل إليه علاج وتأهيل حالات الاعتداءات الجنسية أو الجسدية أو النفسية أو الحالات التي تعرّضت للإهمال وسوء المعاملة (٣).

(١) راجع: الموقع الإلكتروني لوزارة الداخلية البحرينية: www.npra.gov.bh

(٢) راجع: د. هشام عبدالعزيز مبارك، ماهية الاتجار بالبشر «بالنظر على القانون البحريني رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ بشأن مكافحة الاتجار بالأشخاص»، الأكاديمية الملكية للشرطة، مملكة البحرين، ٢٠٠٩، ص ٣.

(٣) راجع: نصوص المواد من ٩٠٧ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ بشأن مكافحة الاتجار بالإشخاص.

(١) راجع: نص المادة ٥٠ فقرة ٤ من قانون الطفل البحريني.

(٢) راجع: نص المادة ٥٢ من قانون الطفل البحريني.

(٣) راجع: نص المادة ٥٧ من قانون الطفل البحريني.

(٤) راجع: نص المادة ٦٦ من قانون الطفل البحريني.

(٥) راجع: نص المادة ٦٧ من قانون الطفل البحريني.

(٦) راجع: نص المادة ٨ من القانون الاتحادي رقم (٥١) لسنة ٢٠٠٦ في شأن مكافحة الاتجار بالبشر الإماراتي.

الاستخدام غير المشروع للمخدرات والمؤثرات العقلية، ولتنع استغلال الأطفال والشباب في إنتاج هذه المواد والاتجار بها على نحو غير مشروع (١). وسوف نخصص هذا المبحث لبيان الجهود الدولية والوطنية لحماية الطفل من مخاطر المخدرات والمؤثرات العقلية، ثم نختمه ببيان موقف الشريعة الإسلامية، وذلك وفقاً للتقسيم التالي:

المطلب الأول: حماية الطفل من المواد المخدرة والمؤثرات العقلية في المواثيق الدولية.

المطلب الثاني: حماية الطفل من المواد المخدرة والمؤثرات العقلية في التشريعات الوطنية.

المطلب الثالث: حماية الطفل من المواد المخدرة والمؤثرات العقلية في الشريعة الإسلامية.

المطلب الأول

حماية الطفل من المواد المخدرة والمؤثرات العقلية في المواثيق الدولية

تضمنت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية ١٩٨٨م الأحكام القانونية الدولية والتزامات الدول فيما يتعلق بالاتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية، كما أولت الاتفاقية اهتماماً خاصاً بالطفل، وقد أكدت على ذلك ديباجة الاتفاقية، بل إنها أشارت - ولأول مرة - إلى ضرورة حماية الفئات الاجتماعية الضعيفة، وخاصة الأطفال الذين أصبحوا عرضة للاستغلال في كثير من أرجاء العالم، باعتبارهم سوقاً غير مشروعة للاستهلاك ولأغراض إنتاج المخدرات والمؤثرات العقلية وتوزيعها، والاتجار فيها بصورة غير مشروعة؛ مما يشكل خطراً فادحاً إلى حد يفوق التصور. وقد نصت في مادتها الثالثة على أن يتخذ كل طرف ما يلزم من تدابير لتجريم الأفعال التالية في إطار قانونه الداخلي في حال تم ارتكابها عمداً:

١. إنتاج أيّ مخدرات أو مؤثرات عقلية أو صنعها، أو استخراجها، أو تحضيرها، أو عرضها، أو عرضها للبيع، أو توزيعها، أو بيعها، أو تسليمها بأيّ وجه كان، أو السمسرة فيها أو إرسالها، أو إرسالها بطريق العبور، أو نقلها، أو استيرادها، أو تصديرها خلافاً لأحكام اتفاقية سنة ١٩٦١، أو اتفاقية ١٩٦١ بصيغتها المعدلة، أو اتفاقية ١٩٧١.
٢. زراعة خشخاش الأفيون أو شجيرة الكوكا أو نبات القنب لغرض إنتاج المخدرات خلافاً لأحكام اتفاقية سنة ١٩٦١، أو اتفاقية سنة ١٩٦١ بصيغتها المعدلة.
٣. حيازة أو شراء أية مخدرات أو مؤثرات عقلية لغرض ممارسة أيّ نشاط من الأنشطة المذكورة في البند (١) أعلاه.
٤. صنع أو نقل أو توزيع معدات أو مواد، أو مواد مدرجة في الجدول الأول أو الجدول الثاني، مع العلم بأنها ستستخدم في أو من أجل زراعة أو إنتاج أو صنع المخدرات أو المؤثرات العقلية بشكل غير مشروع.

(١) راجع: قرارات الجمعية العامة، الدورة السادسة والستون، البند ١٠٨ من جدول الأعمال، بتاريخ ٣/٤/٢٠١٢، وثيقة A/RES/66/183.

المطلب الثالث

حماية الطفل من الاستغلال الجنسي في الشريعة الإسلامية

يُعتبر الاستغلال الجنسي للأطفال أحد صور جرائم الاتجار بالبشر، ولقد جاء الإسلام ليحرّم كافة صور ومظاهر الاتجار بالبشر، وليحرّم كافة الممارسات التي تمثل انتهاكاً لكرامة البشر، وخاصة النساء والأطفال الذين يمثلون الطبقة الضعيفة في المجتمع. فقد ذُكر أن أهل الجاهلية قبل الإسلام إذا كان لأحدهم جارية أرسلها تزني لتأتي له بالمال، فلما جاء الإسلام كان لعبد الله بن أبيّ، وهو رأس الكفر والمنافقين، جاريتان وكان يُكرههما على الزنا ويضربهما عليه ابتغاء المال، فجاءت الجاريتان تشتكيان لنبِيِّ الرحمة محمد - صلى الله عليه وسلم - فأَنْزَلَ قوله الحق سبحانه وتعالى: (وَلَا تَكْرَهُوا فِتْيَانَكُمْ عَلَى الْبِغَاءِ إِنْ أَرَدْتُمْ تَحْصِيَةً لِنَبْتِغُوا عَرَضَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَمَنْ يُكْرِهَنَّ فَإِنَّ اللَّهَ مِنْ بَعْدِ إِكْرَاهِهِمْ غَفُورٌ رَحِيمٌ) (١) وعن أبي هريرة - رضي الله عنه - عن النبي أنه قال: «قَالَ اللَّهُ: ثَلَاثَةٌ أَنَا خَصْمُهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ: رَجُلٌ أَعْطَى بِي ثُمَّ غَدَرَ، وَرَجُلٌ بَاعَ حُرًّا فَأَكَلَ ثَمَنَهُ، وَرَجُلٌ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَاسْتَوْفَى مِنْهُ وَلَمْ يُعْطِ أَجْرَهُ» (٢) ومن ثم يمكننا القول أن الشريعة الإسلامية تحمي الأطفال كما تحمي الكبار، وأنه لا خلاف بين الفقهاء على أنه من غرر بطفل أو اغتصبه، أو ارتكب معه أي نوع من أنواع الفواحش يعاقب بنفس العقوبة التي تُرتكب في حق الكبار، وقد تصل العقوبة إلى القتل حداً عقوبة على جريمة الإفساد في الأرض، حيث إن الاستغلال الجنسي، والإكراه على البغاء يُعد إفساداً للأخلاق، والذي هو بدوره من أنواع جرائم الإفساد في الأرض.

المبحث التاسع

حماية الطفل من المواد المخدرة والمؤثرات العقلية

تمهيد وتقسيم:

باتت مشكلة تعاطي المخدرات والمؤثرات العقلية من أخطر المشاكل التي تهدد أمن وسلامة البشرية جمعاء في الآونة الأخيرة؛ لما لها من آثار مدمرة على كافة نواحي الحياة، سواء النواحي الصحية أو الاقتصادية أو الأمنية والاجتماعية، وعلى كل فئات المجتمع ولاسيما الأطفال والشباب؛ ولعل هذا من أهم الأسباب التي دفعت المجتمع الدولي لتكثيف الجهود من أجل محاربة تلك الظاهرة، وإلى اتخاذ كافة التدابير المناسبة، بما فيها التدابير التشريعية والإدارية والاجتماعية والتثقيفية؛ من أجل حماية الأطفال والشباب من خطر

(١) سورة النور: الآية ٣٣.

(٢) رواه البخاري، كتاب البيوع، باب: إثم من باع حراً، ح: ٢٠٧٥.

وتكون العقوبة السجن المؤبد والغرامة التي لا تقل عن ثلاثة آلاف دينار ولا تتجاوز ثلاثين ألف دينار لكل من قام بتقديم مادة أو نباتاً مخدراً أو مؤثراً عقلياً أو تسليمها أو بيعها إلى قاصر أو دفعه إلى تعاطيها بأية وسيلة من وسائل الإكراه أو الغش أو الترغيب أو الإغراء أو التسهيل. (١)

• التشريع الإماراتي:

نص القانون الاتحادي رقم ١٤ في شأن مكافحة المواد المخدرة والمؤثرات العقلية الصادر بتاريخ ١٩/٩/١٩٩٥ والمعدل بموجب القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٥ على حظر جلب واستيراد وتصدير وصنع واستخراج وفصل وإنتاج وإحراز وتعاطي المواد المخدرة والمؤثرات العقلية (٢) كما عاقب المشرع الإماراتي كل من يقوم بالتحريض على تعاطي المخدرات بالسجن مدة لا تقل عن خمس سنوات وغرامة لا تقل عن عشرين ألف درهم. ويُعتبر ظرفاً مشدداً وقوع جريمة الدعوة أو التحريض أو التسهيل في أماكن التجمعات العامة أو وقوعها على أنثى أو حدث أو مريض مرضاً عقلياً أو شخص في حالة سُكر أو تخدير ظاهريين. (٣)

وما يؤخذ على هذا القانون أنه لا يكفل حماية كافية للطفل؛ لأنه لم ينص على حظر استخدام الطفل في تجارة المخدرات وترويجها، ولم يشدد على استخدامه في تجارة المخدرات، واكتفى فقط بشديد عقوبة التحريض على التعاطي.

المطلب الثالث

حماية الطفل من المواد المخدرة والمؤثرات العقلية في الشريعة الإسلامية

إن الشريعة الإسلامية إنما جاءت للمحافظة على ضروريات الحياة الخمس، والتي تُشكّل كينونة الإنسان المادية والمعنوية، وهي: الدين والنفوس والنسل والعقل والمال، وهذا الحفظ الذي جاءت به الشريعة له مستويان: مستوى الحماية، ومستوى الرعاية، أمّا مستوى الحماية فتُعنى به الوقاية وإبعاد الأضرار والمؤذيات، وأمّا مستوى الرعاية فيُعنى به السعي لتحقيق الغاية المرجوة وهي العبادة المطلقة لله تعالى. (٤)

والناظر لآثار المخدرات بكل أنواعها وسائر نتائجها يراها تشكل خطراً واضحاً واعتداءً سافراً وتهديداً قاطعاً لهذه الضروريات الخمس؛ فمتعاطي المخدرات لا يبالي بأحكام دينه، ولا يلتفت لواجبه نحو خالقه، فلا يحرص على طاعته، ولا يخشى معصيته؛ مما يترتب عليه فساد دينه وضياع آخرته. (٥)

كان حكمها التحريم القاطع بلا خلاف؛ وذلك لثبوت آثارها السلبية السيئة، ومضارها القاطعة اليقينية، ومخاطرها المحققة على الأفراد والمجتمعات البشرية، وأمّا الأدلة التي اعتمدها العلماء في تحريم المخدرات

(١) مادة ٣١ فقرة (ب/٢) من القانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٧ بشأن المواد المخدرة والمؤثرات العقلية

(٢) راجع: المواد ٧، ٦ من القانون الاتحادي رقم ١٤ في شأن مكافحة المواد المخدرة والمؤثرات العقلية.

(٣) راجع: مادة ٤٤ من القانون الاتحادي رقم ١٤ في شأن مكافحة المواد المخدرة والمؤثرات العقلية.

(٤) نقلا عن: د/ نوح علي سليمان، حكم الإسلام في المخدرات، بحث منشور على الموقع الإلكتروني لدائرة الإفتاء العام بالأردن، وعنوانه: <http://www.aliftaa.jo>

(٥) المرجع السابق.

٥. تنظيم أو إدارة أو تمويل أي من الجرائم المذكورة في البنود «١» أو «٢» أو «٣» أو «٤» أعلاه. ولم يقتصر التجريم عند هذا الحد، بل نصت الاتفاقية في الفقرة الفرعية (ج) من المادة سالف الذكر على أن الدولة الطرف مع مراعاة مبادئها الدستورية والمفاهيم الأساسية لنظامها القانوني ملتزمة بالتجريم والعقاب على أي:

١. اكتساب أو حيازة أو استخدام الأموال مع العلم، وقت تسلّمها، بأنها مستمدة من جريمة أو جرائم منصوص عليها في الفقرة الفرعية (أ) من هذه الفقرة أو مستمدة من فعل من أفعال الاشتراك في مثل هذه الجريمة أو الجرائم.
٢. حيازة معدّات أو مواد، أو مواد مدرجة في الجدول الأول والجدول الثاني، مع العلم بأنها تُستخدم أو ستُستخدم في زراعة مخدرات أو مؤثرات عقلية أو لإنتاجها أو لصنعها بصورة غير مشروعة.
٣. تحريض الغير أو حُضهم علانية، بأية وسيلة على ارتكاب أي من الجرائم المنصوص عليها في هذه المادة، أو على استعمال مخدرات أو مؤثرات عقلية بصورة غير مشروعة.
٤. الاشتراك أو المشاركة في ارتكاب أية جرائم منصوص عليها في هذه المادة، أو التواطؤ على ذلك، أو الشروع فيها أو المساعدة أو التحريض عليها أو تسهيلها، أو إبداء المشورة بصدد ارتكابها.
٥. كما جاءت اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل لتؤكد على التزام الدول بأن تتخذ كافة التدابير المناسبة، بما في ذلك التدابير التشريعية والإدارية والاجتماعية والتربوية، لوقاية الأطفال من الاستخدام غير المشروع للمواد المخدرة والمواد المؤثرة على العقل، وحسبما تحددت في المعاهدات الدولية ذات الصلة، ولمنع استخدام الأطفال في إنتاج مثل هذه المواد بطريقة غير مشروعة والاتجار بها. (١)

المطلب الثاني

حماية الطفل من المواد المخدرة والمؤثرات العقلية في التشريعات الوطنية

سوف نخصص هذا المطلب لدراسة مدى كفاية النصوص التجريبية الواردة بالتشريعات الوطنية لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية فيما يتعلق بحماية الطفل من خطر المخدرات والمؤثرات العقلية التي أصبحت أكبر خطر يهدد كافة طوائف المجتمع بما فيها الأطفال، وذلك على النحو التالي:

• التشريع البحريني:

نصت المادة (٣٠) من القانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٧ بشأن المواد المخدرة والمؤثرات العقلية، على أن يعاقب بالإعدام والغرامة التي لا تقل عن خمسة آلاف دينار ولا تتجاوز خمسين ألف دينار لمن يستخدم شخصاً قاصراً في جريمة جلب أو استيراد أو تصدير أو إنتاج أو صنع أو حيازة أو إحراز أو شراء أو بيع أو استلام أو تسليم مواد مخدرة.

(١) راجع: نص المادة ٣٣ من اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل.

فمنها:

أولاً: قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُتَّقُونَ) (١)، فالمخدرات تلتقي مع الخمر في علة التحريم، وهي الإسكار بإذهاب العقل، وسرَّ فضل الله تعالى على صاحبه به؛ فتشمل بحكمه.

ثانياً: قوله تعالى: (يُجِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ) (٢). ولا يتصور من عاقل أن يصنّف المخدرات إلا مع الخبائث.

ثالثاً: قوله تعالى: (وَلَا تَقْوُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ) (٣). فمن المبادئ الأساسية في الإسلام الابتعاد عن كل ما هو ضار بصحة الإنسان، وأن تعاطي المخدرات يؤدي إلى مضار جسمية ونفسية واجتماعية.

رابعاً: عن أم سلمة - رضي الله عنها - قالت: «نهى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن كل مسكر ومُفترّ» رواه أبو داود. والمخدرات بأنواعها مفترّة، بل فاتكة بالعقول والأجساد.

خامساً: قالت عائشة - رضي الله عنها: «إن الله لا يحرم الخمر لاسمها، وإنما حرّمها لعاقبتها؛ فكلُّ شراب تكون عاقبته كعاقبة الخمر فهو حرامٌ كتحريم الخمر» (٤).

حكم مُهَرَّبٍ ومُرَوِّجٍ المخدرات في الشريعة الإسلامية

أولاً: بالنسبة لمُهَرَّبِ المخدرات: صدر قرار مجلس هيئة كبار العلماء رقم ١٣٨ لسنة ١٤٠٧ بالنص على أن عقوبة مُهَرَّبِ المخدرات هي القتل؛ لما يسببه تهريب المخدرات وإدخالها البلاد من فساد عظيم لا يقتصر على المُهَرَّبِ نفسه، وأضرار جسيمة، وأخطار بليغة على الأمة بمجموعها. ويلحق بالمُهَرَّبِ الشخص الذي يستورد أو يتلقى المخدرات من الخارج فيمؤن بها المُروِّجين.

ثانياً: بالنسبة لمُرَوِّجِ المخدرات: أصدر مجلس هيئة كبار العلماء قراره رقم ٨٥ لسنة ١٤٠١ بالنص على أن عقوبة مُرَوِّجِ المخدرات، سواء كان ذلك بطريق التصنيع أو الاستيراد بيعةً وشراءً أو إهداءً، ونحو ذلك من ضروب إشاعتها ونشرها، تكون التعذير تعذيراً بليغاً بالحبس أو الجلد أو الغرامة المالية أو بها جميعاً حسبما يقتضيه النظر القضائي إن كان ذلك للمرة الأولى، وإن تكرر منه ذلك فيعزر بما يقطع شره عن المجتمع، ولو كان ذلك بالقتل لأنه بفعله هذا يُعتبر من المفسدين في الأرض وممن تأصل الإجرام في نفوسهم. وقد قرر المحققون من أهل العلم أن القتل ضربٌ من التعزير، قال شيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله تعالى: «ومن لم يندفع فساده في الأرض إلا بالقتل قتل؛ مثل قتل المُفَرِّقِ لجماعة المسلمين الداعي للبدع في الدين»، إلى أن قال: «وأمر النبي - صلى الله عليه وسلم - بقتل رجل تعمّد الكذب عليه» (٥).

(١) سورة المائدة: الآية رقم ٩٠.

(٢) سورة الأعراف: الآية ١٥٧.

(٣) سورة البقرة: الآية ١٩٥.

(٤) أخرجه الدارقطني.

(٥) للمزيد من التفاصيل: راجع الموقع الإلكتروني للرئاسة العامة للبحوث العلمية والإفتاء، بالملكة العربية السعودية، وعنوانه:

<http://www.alifta.net/>

الخاتمة

يتمتع الأطفال بجميع الحقوق الإنسانية، وهم بالإضافة إلى ذلك بحاجة إلى رعاية وحماية خاصة؛ نظراً لأنهم فئة ضعيفة تحتاج لمناصرتها ومد يد العون لها لتمكن من تلبية احتياجاتها الأساسية، وتوسيع الفرص المتاحة لهم ليبلغوا الحد الأقصى من طاقاتهم وقدراتهم.

لذا، كان هناك التزام على الحكومات بالاعتراف بجميع أطراف جميع أطراف حقوق الطفل، وبأن تأخذها في الحسبان، وأن تقوم بسن التشريعات الكفيلة بحماية حقوق الأطفال، وأن تتبنى سياسات اجتماعية لتعزيز أعمال تلك الحقوق، وذلك من أجل تحقيق المصلحة الفضلى للأطفال.

وقد خصصنا هذا البحث لإلقاء الضوء على تجربة دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية في مجال حماية حقوق الطفل، حيث تتعرض الدراسة لحقوق الطفل كما كفلها المشرع البحريني في القانون رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٢، ومقارنتها بما جرى عليه العمل في تشريعات دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية؛ للوقوف على مدى كفاية النصوص الواردة بتلك التشريعات، وكذا مدى توافق نصوص الحماية الواردة بتلك التشريعات مع ما ورد بالصكوك والاتفاقيات الإقليمية والدولية المعنية بحقوق الإنسان بصفة عامة، واتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل ١٩٨٩ بصفة خاصة.

كما قمنا بعمل مقارنة بين تلك النصوص وبين منهج الشريعة الإسلامية الغراء في حماية الطفل والمحافظة على حقوقه، كما وردت بالكتاب والسنة النبوية المطهرة، وأوضحنا كيف أن الشريعة الإسلامية قد وضعت منهجاً متكاملًا لحماية الطفولة، يعجز معه أي تشريع وضعي مهما اجتهد واضعوه عن كفاية حماية متكاملة لحقوق الطفل كما فعلت الشريعة الإسلامية.

النتائج:

خلص الباحث لعدة نتائج فيما يتعلق بموضوع الدراسة سوف نوردتها حسب الترتيب التالي:

١. إن الشريعة الإسلامية قد وضعت منهجاً متكاملًا لحماية الطفولة، يعجز معه أي تشريع وضعي مهما اجتهد واضعوا السياسات والقوانين عن إيجاد منظومة حماية متكاملة لحقوق الطفل كما فعلت الشريعة الإسلامية.

٢. إن قانون الطفل البحريني رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٢ في مجمله قد أولى مصلحة الطفل الفضلى كل الاعتبار، وأمن حقوق الطفل كحقه في الحياة، وحقه في التعليم، وحقه في التمتع بأعلى مستوى صحي، وحقه في التعبير، وحمايته من العنف الأسري والمجتمعي، ومن سوء المعاملة الجسدية والنفسية والجنسية، ووضع العقوبات والتدابير اللازمة لملاحقة مرتكبي تلك الجرائم، كما نص على إنشاء مركز خاص بحماية الطفل يضم بهيكله التنظيمي مكاتب فرعية عن وزارات العدل والداخلية والصحة والتربية والتعليم؛ ومن ثم فإن قانون الطفل البحريني يعتبر خطوة كبيرة على الطريق، وليس نهاية المطاف.

٣. خلصت الدراسة إلى أن قواعد الحماية التقليدية لحقوق الطفل، والتي تتمثل في بعض النصوص المتناثرة في التشريعات الوطنية لبعض الدول لم تعد كافيةً بوضعها الحالي لمواجهة الانتهاكات التي قد يتعرض لها الأطفال، كما أنها لم تعد كافيةً لوفاء الدول بالتزاماتها الدولية بحماية حقوق الطفل

ومصالحه الفضلى، ومن ثم لا بدَّ أن تقوم تلك الدول بسنِّ قوانين خاصة وشاملة لحقوق الطفل.
٤. أن ضعف البنية القانونية والتشريعية لدى بعض الدول يُعدُّ أحدَ أهمِّ أسباب تفشِّي ظاهرة العنف ضد الأطفال، وظاهرة الاتجار بهم لغرض الاستغلال سواء الجنسي أو الاقتصادي.

التوصيات:

١. أحمد عاشور، سمر نجم، لبنى غريب، التحرش الجنسي «أسبابه، تداعياته، آليات مواجهته» دراسة حالة المجتمع المصري، إصدارات كلية الاقتصاد والعلوم السياسية- جامعة القاهرة، ٢٠٠٩.
٢. أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة البحريني «القسم الأول: الزواج وآثاره الشرعية»، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١١.
٣. الشافعي بشير، قانون حقوق الإنسان، الطبعة الرابعة، منشأة المعارف، الإسكندرية ٢٠٠٧.
٤. بوليحة شهيرة، حقوق الطفل بين المواثيق الدولية وقانون العقوبات الجزائري «دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١١.
٥. حسني نصار، تشريعات حماية الطفولة، منشأة المعارف، الإسكندرية ١٩٧٣م.
٦. حمد إبراهيم أبو جريبان، عناية الشريعة الإسلامية بالطفولة مقارنة مع المواثيق والمبادئ الدولية والقانون الأردني، مجلة الجامعة الإسلامية، المجلد التاسع عشر، العدد الثاني يونيو ٢٠١١.
٧. سمر خليل محمود عبدالله، حقوق الطفل في الإسلام والاتفاقيات الدولية «دراسة مقارنة»، جامعة النجاح الوطنية، ٢٠٠٣.
٨. سميح عواد الحسن، الجنسية والتجنس وأحكامهما في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار النوادر، دمشق، ٢٠٠٨.
٩. طارق عزت رخا، قانون حقوق الإنسان، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦.
١٠. فاطمة زيدان، مركز الطفل في القانون الدولي العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٧.
١١. عبد الحليم منصور، أحمد بخيت الغزالي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وما يجري عليه العمل في مصر ودول مجلس التعاون الخليجي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٩.
١٢. عبدالفتاح بيومي حجازي، المعاملة الجنائية والاجتماعية للأطفال «دراسة متعمقة في قانون الطفل المصري مقارنة بقانون الأحداث الإماراتي»، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٣.
١٣. عبدالناصر العطار. مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية، ط٢، جامعة أسيوط، د.ت.
١٤. محمد جاسم محمد عبدالله، الحق في الاسم وفقاً للنظرية العامة والمرسوم بقانون رقم ١ لسنة ١٩٨٨ بشأن تنظيم إجراءات دعاوي النسب وتصحيح الأسماء، معهد الكويت للدراسات القضائية - الكويت (د.ت).
١٥. محمد حسين عبدالعال، المدخل لدراسة القانون البحريني، الطبعة الثانية، مطبعة جامعة البحرين، ٢٠٠٦.
١٦. هشام عبدالعزيز مبارك، ماهية الاتجار بالبشر «بالتطبيق على القانون البحريني رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ بشأن مكافحة الاتجار بالأشخاص»، الأكاديمية الملكية للشرطة- مملكة البحرين، ٢٠٠٩.

١. من خلال ما استعرضته الدراسة، وما توصلت إليه من نتائج، يوصي الباحث بالتالي:
١. ضرورة الإسراع بسنِّ التشريعات والقوانين، واتخاذ كافة التدابير الكفيلة بحماية حقوق الأطفال، والاستعانة في ذلك بالمبادئ الأخلاقية والجمهورية للقرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة؛ فالاحتكام لتلك المبادئ يعزز ويحقق العدالة والارتقاء بكرامة الجنس البشريِّ بأكمله.
٢. ضرورة توجيه المزيد من حملات التوعية الإعلامية المعنية بحقوق الطفل وكيفية حمايتها.
٣. ضرورة تفعيل دور مؤسسات المجتمع المدني في مجال حماية ورعاية الطفولة؛ فالمسؤولية لم تُعدَّ مسؤولية المؤسسات الحكومية فقط، بل لا بدَّ أن يكون هناك دور فعال لتلك المؤسسات، ولا بدَّ أن يكون هناك حراك مجتمعيٍّ شامل ومتكامل.
٤. تدريس مقرَّر خاصٍّ بحقوق الطفل والفئات المستضعفة في المجتمع، واعتباره مقرَّرًا إلزامياً؛ من أجل نشر ثقافة حقوق الطفل، وحتى يمكننا إيجاد جيل من الشباب الواعي بحقوقه وواجباته.
٥. ضرورة تسليط الضوء على كافة المسائل المتعلقة بحماية حقوق الطفل، وذلك من خلال عقد المزيد من الندوات والمؤتمرات العلمية التي تتيح تبادل الخبرات والثقافات.

ثانياً: البحوث والأوراق العلمية:

١. أحمد علي أحمد سالم، حقوق الطفل في الإسلام، بحث منشور على الموقع الإلكتروني: [uqu.edu.sa](http://www.uqu.edu.sa)
٢. باسل علي العنزي، مفهوم الطفل وفق اتفاقية حقوق الأطفال لعام ١٩٨٩ على الموقع الإلكتروني: <http://www.ahewar.org>
٣. بدر عبدالحميد هميسة، منهج الإسلام في تحسين الأسماء، بحث منشور على الموقع الإلكتروني: <http://www.saaaid.net/Doat/hamesabadr/106.htm>
٤. راغب السرجاني، أهمية العلم وقيمه في الإسلام، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: <http://islamstory.com/ar>
٥. راغب السرجاني، رسول الله وحقوق العمال والخدم، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: <http://islamstory.com/ar>
٦. علاء الدين زعتري، مقاصد الشريعة ودورها في الحفاظ على حقوق الطفل، بحث مقدّم إلى مؤتمر كلية الشريعة - جامعة دمشق، ٢٠٠٨.
٧. محمد مصطفى الزحيلي، حقوق الأَوْلاد على الوالدين في الشريعة الإسلامية، البحث منشور على الموقع الإلكتروني: <http://www.islamfeqh.com>
٨. نوح علي سليمان، حكم الإسلام في المخدرات، بحث منشور على الموقع الإلكتروني لدائرة الإفتاء العام بالأردن، وعنوانه: <http://www.aliftaa.jo>

ثالثاً: الدساتير والتشريعات الوطنية:

- مملكة البحرين: (دستور مملكة البحرين - قانون الطفل البحريني رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٢ - قانون الأسرة البحريني رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٩ - قانون تسجيل المواليد والوفيات البحريني رقم ٦ لسنة ١٩٧٠ - قانون الجنسية البحريني لعام ١٩٦٣ والمعدل بموجب القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٨٩).
- الإمارات العربية المتحدة: (الدستور الإماراتي - قانون الأحداث الجانحين والمشردين رقم ٩ لسنة ١٩٧٦ - قانون العقوبات الاتحادي رقم ٣ لسنة ١٩٨٧ - قانون مكافحة الاتجار بالبشر رقم ٥١ لسنة ٢٠٠٦ - قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥ - قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ - القانون الاتحادي بشأن تنظيم قيد المواليد والوفيات رقم ١٨ لسنة ٢٠٠٩ - قانون الجنسية وجوازات السفر رقم ١٧ لسنة ١٩٧٢).

رابعاً: المواثيق الدولية:

١. الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ١٩٤٨.
٢. اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل ١٩٨٩.
٣. العهدان الدوليان للحقوق المدنية والسياسية والحقوق الاقتصادية والاجتماعية ١٩٦٦.
٤. اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بجنسية الأشخاص الطبيعيين في حالة خلافة الدول لعام ٢٠٠٠.
٥. اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة والبروتوكول الاختياري الملحق بها عام ٢٠٠٦.

مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص كأحد الضمانات الوقائية لحماية الحقوق والحريات العامة

الدكتور/ علي إسماعيل مجاهد

استاذ القانون العام المشارك ورئيس قسم الدراسات العليا الأكاديمية الملكية للشرطة - مملكة البحرين

تمهيد وتقسيم :

الحريات العامة هي حقوق للفرد تجاه الدولة كفلتها الشريعة والدستور والقانون ، والإعلانات والمواثيق الدولية وتتم ممارستها في مواجهة السلطة العامة وفقاً للقانون ومصدر هذه الحريات هو الإرادة الشعبية التي قامت بوضع الدستور أو القانون ، والمستقر عليه فقهاً هو عدم التعارض بين الحرية والتنظيم ، بل إن التنظيم هو الذي يعطى المناخ الملائم لممارستها. وبدون التنظيم تصبح الحرية فوضى لا يمكن لفرد أن يتمتع بحريته في ظلها .

والحرية هي الركن الأساسي لأي نظام إجتماعي يقوم على الديمقراطية ، ولهذا اهتم المشرعون سواءً على الصعيد الداخلي ، أو على الصعيد الدولي بوضع القواعد المنظمة لممارسة الحريات والعمل على تمتع الأفراد بها خشية توغل سلطة الإدارة عليها مما قد يعطلها أو يقيدتها وقد يصل إلى حد منعها في بعض الأحيان .

فكان تركيز كل الدساتير والمواثيق الدولية بصورة أكبر على الحريات الشخصية والضمانات التي تكفل ممارستها والتمتع بها دون الانتقاص منها أو إهدارها لأهميتها الخاصة ولكونها من الحقوق الأساسية للصيقة بشخص الإنسان ، والصراع الدائم عليها بين الأفراد والسلطة .

وحماية الإنسان وحرية نصت عليها الشريعة الإسلامية منذ ما يقرب من أربعة عشر قرناً من الزمان ، كما نص عليها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في ١٠/١٢/١٩٤٨م ، والإنتفاضة الدولية للحقوق المدنية والسياسية، وغيرها من الاتفاقيات والمعاهدات والمواثيق الدولية ، وقد كانت مملكة البحرين سباقة دائماً إلى الاشتراك و التوقيع على الاتفاقيات والمعاهدات الدولية القائمة على حماية حقوق الإنسان، والنص دستورياً على تطبيق بنودها ضمن القوانين الوطنية الداخلية، وإحكام الرقابة القضائية على تنفيذها .

ولم يعد يكفي تقرير الحقوق والحريات ، بل أصبح من الضرورة توفير الظروف الملائمة لممارسة هذه الحقوق والحريات ومن ثم أتجه التطور المعاصر نحو كفالة المساواة الفعلية بين المواطنين، وذلك فضلاً عن تقرير المساواة القانونية فيما بينهم، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى يتجه التطور المعاصر « أيضاً » نحو كفالة المجتمع الدولي لحد أدنى من الحقوق والحريات لمواطني الدول أعضاء الجماعة الدولية .

ولا بد هنا من وجود الضمانات التي تكفل احترام حقوق الإنسان وحرياته الأساسية وتحول دون الاعتداء عليها والنيل منها ، ومنها الضمانات الوقائية التي تكفل توفير الحماية الدستورية والتشريعية لها ، والأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات مع التعاون بينها ، وإعمال مبدأ الشرعية ، ومنها الضمانات العلاجية مثل

وليس المساواة الفعلية ، بمعنى أن لكل فرد رسمياً الحق في التمتع بالحقوق والحريات الفردية على قدم المساواة مع الآخرين ؛ بغض النظر عن الإمكانيات المتاحة لدى كل منهم للتمتع فعلاً بالحقوق ، والحريات (١) .

فالحريات ، والحقوق العامة يتعين أن تخضع جميعها لمبدأ أساسي يحكمها ؛ ألا وهو مبدأ المساواة ، وذلك أن الأفراد يتساوون في الحقوق ، والواجبات لا تفرق بينهم بسبب الجنس ، أو اللون ، أو العقيدة ، أو الانتماءات السياسية ، أو اللغة (٢) .

وقد أكد القضاء الدستوري في مصر والولايات المتحدة (٣) أن المساواة المقصودة في دستوري البلدين إنما هي المساواة القانونية ، وليست المساواة الفعلية حيث أكدت المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية أن (٤) «إعطاء الأفراد فرصاً متكافئة في المجتمع لا يتطلب إزالة صور اللامساواة الفعلية ، أو المادية بين الأفراد ، والجماعات ، ولذلك ركزت المحكمة على تحقيق المساواة الاقتصادية ، والاجتماعية»

وذهبت المحكمة الدستورية العليا في مصر في ذات الإتجاه إذ تقول أن «المساواة المنصوص عليها في المادة ٤٠ من الدستور لا تعني أنها مساواة فعلية يتساوى بها المواطنون في الحريات ، والحقوق أياً كانت مراكزهم القانونية ، بل هي مساواة قانونية رهينة بشروطها الموضوعية التي ترد في أساسها إلي طبيعة الحق الذي يكون محلاً لها ، وما تقتضيه ممارسته من متطلبات ...» (٥) .

ولقد أكد دستور جمهورية مصر العربية لعام ٢٠١٢ على العديد من مبادئ المساواة وتكافؤ الفرص ، حيث بدأ في ديباجته بتريخ مفهوم المساواة في المبدأ الرابع ، والسابع منه (٦) . وأشار في العديد من موادها إلى

(١) د / محمود حلمي مصطفى ، المبادئ الدستورية العامة ، مكتبة النهضة العربية ، الطبعة السادسة ، القاهرة ، سنة ١٩٨٣ م ، ص ١٩٩

(٢) د / صلاح الدين فوزي ، النظم السياسية وتطبيقاتها المعاصرة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة ١٩٩٩ م ، ص ٧٧ .

(٣) د / حسام فرحات أبو يوسف ، الحماية الدستورية للحق في المساواة ، دراسة مقارنة بين النظام الدستوري المصري والنظام الدستوري الأمريكي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة ٢٠٠٤ م ، ص ٨٨ ، ٨٩ .

(4) Cynthia A.Vroom: Equal protection versus the principle of equality , American and French views , on Equality in the law , Capital University law Review , 2000, p204.

(٥) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٣٧ ، لسنة ٩ قضائية دستورية ، جلسة ١٩ مايو ، سنة ١٩٩٠ م ، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا الجزء الرابع ص ٢٥٦ .

(٦) نص المبدأ الرابع من مجموعة المبادئ الدستورية التي قام عليها دستور مصر لعام ٢٠١٢ على أنه " المساواة أمام القانون وتكافؤ الفرص لجميع المواطنين والمواطنات دونما تمييز أو محاباة أو وساطة وبخاصة في مجالات التعليم والتوظيف ومباشرة الحقوق السياسية والتمتع بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية وغيرها ، وإعطاء الأولوية لتحقيق العدالة الاجتماعية " . كما نص المبدأ السابع على أن " الوحدة الوطنية فريضة واجبة على الدولة والمجتمع ، وهي قاعدة الاستقرار والتماسك الوطني ويرسخ هذه الوحدة الوطنية نشر قيم التسامح والاعتدال والوسطية وكفالة الحقوق والحريات لجميع المواطنين دون تفرقة بين أبناء الجماعة الوطنية

الرقابة على دستورية القوانين ، والرقابة القضائية على أعمال الإدارة .

ولاشك إن هذه الضمانات تهدف جميعها إلى حماية الحقوق والحريات سواءً من اعتداء السلطة العامة أو من اعتداء الأفراد أنفسهم ، فالسلطة تميل بطبيعتها إلى فرض القيود على الحريات العامة ، وتلجأ إلى التوسع في الأفكار لمقابلة فكرة الحقوق والحريات كفكرة السلطة التقديرية أو الظروف الإستثنائية أو أعمال السيادة وكذلك قد يكون اعتداء الأفراد على الحريات أخطر من اعتداء السلطة العامة .

وليس هناك خلاف في أن الضمان الأساسي للحماية الفعالة للحقوق والحريات الأساسية لا بد أن يبدأ من الأفراد أنفسهم قبل أي طرف آخر لأنه لا جدوى من أي نظام يوضع لحماية الحقوق والحريات ما لم يتمسك به الأفراد وما لم يكن لديهم الوعي السياسي والإدراك الكافي لممارسة تلك الحقوق والحريات في حدود الدستور والقانون .

ومن أهم المبادئ التي أرسيتها الدساتير ، هو مبدأ المساواة بين المواطنين أبناء الوطن الواحد . فالمواطنون متساوون في التمتع بالحقوق دون أي تمييز فيما بينهم سوى ما يتمتعون به من كفاءة وخبرات وشروط موضوعية . فلا شك أن المساواة هي أساس الحريات ، ولا وجود لها إذا اقتصر التمتع بالحريه أو بحق معين على فئة دون فئة أخرى من المواطنين .

وقد أقر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان سنة ١٩٤٨م هذا المبدأ في مادته الأولى حيث أكد على أن « جميع البشر يولدون أحراراً ، ومتساوين في الكرامة ، والحقوق » ؛ وقرر في مادته الثانية أن « لكل إنسان حق التمتع بجميع الحقوق ، والحريات المذكورة في هذا الإعلان ، دونما تمييز من أي نوع ، ولا سيما التمييز بسبب العنصر ، أو اللون ، أو الجنس ، أو اللغة ، أو الدين ، أو الرأي - سياسياً أو غير سياسي - أو الأصل الوطني ، أو الإجتماعي ، أو الثروة ، أو المولد ، أو أي وضع آخر» .

وتوجد العديد من الفروع ، والتقسيمات الناتجة عن تطبيق مبدأ المساواة ، ومنها : المساواة أمام القانون ، والمساواة أمام القضاء ، والمساواة أمام التكاليف العامة والضرائب ، والمساواة في تولى الوظائف العامة . ولإيضاح المقصود بمبدأ المساواة ، وتقسيماته المتنوعة - في إيجاز- قمنا بتقسيم هذا المبحث إلي المطالب الآتية:

المطلب الأول : مفهوم وأبعاد مبدأ المساواة .

المطلب الثاني : تقسيمات مبدأ المساواة .

المطلب الأول

مفهوم وأبعاد مبدأ المساواة

مبدأ المساواة هو حجر الزاوية الذي يرتكز عليه كل تنظيم ديمقراطي في مجال الحقوق ، والحريات العامة . على أن مبدأ المساواة بين الأفراد في مفهوم الديمقراطية التقليدية هو المساواة القانونية أي الرسمية ،

غير ذلك. وتولى اهتماماً خاصاً بالمناطق النائية والفئات الأكثر احتياجاً. وتشجع الدولة حركة الترجمة من العربية وإليها^١ وكذا عن حق كل مواطن في التقدم بمقترحات مكتوبة إلى مجلس النواب بشأن المسائل العامة، أو شكاوي لإحالتها إلى الوزراء المختصين (م ١٣٨) (١)

كما أكد دستور مملكة البحرين لعام ١٩٧٣ م وتعديلاته على العديد من مبادئ المساواة، وتكافؤ الفرص، ومنها « العدل أساس الحكم، والتعاون، والتراحم صلة وثقى بين المواطنين، والحرية، والمساواة، والأمن، والطمأنينة، والعلم، والتضامن الإجتماعي، وتكافؤ الفرص بين المواطنين دعائم للمجتمع تكفلها الدولة » (٢) وقضت المادة (٥/ب) منه بالمساواة بين الرجل، والمرأة في ميادين الحياة السياسية، والاجتماعية، والثقافية، والاقتصادية وتنص المادة (١٥/أ) على « أن الضرائب، والتكاليف العامة أساسها العدالة الإجتماعية... »؛ وأخيراً فإن المادة (١٨) جاءت شاملة، ومؤكدة لمبدأ المساواة حيث تنص على « الناس سواسية في الكرامة الإنسانية، ويتساوي المواطنون لدى القانون في الحقوق والواجبات العامة، لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس، أو الأصل، أو اللغة، أو الدين، أو العقيدة»

وإذا كانت المساواة التي يكفلها الدستور هي المساواة القانونية، وليست المساواة الفعلية فإن هذه المساواة لا تختل إذا ما خص القانون بعض الفئات بمعاملة خاصة متميزة كالمعوقين، وأبناء شهداء الحرب، وغيرهم من ذوي الظروف الخاصة، أو هؤلاء الذين عانوا من التمييز في الماضي (مثل الأقلية السوداء في الولايات المتحدة الأمريكية) (٣)، وهو ما يعرف في الفقه، والقضاء الأمريكي بالعمل الإيجابي Affirmative Action، أو التمييز التعويضي Reverse Discrimination؛ وهو المعروف أيضاً في فرنسا بالمساواة من خلال القانون Equality Through The Law، أي أن يأتي القانون لتحقيق

المساواة، وفرضها، والتعويض عن ظلم الماضي.

كما لا يخل بالمساواة القانونية أيضاً العناية ببعض الأفراد كالمعتمدين، والمرضى بالرعاية الاجتماعية، والصحية من منطلق التكافل الذي أكدته الدستور، وأن قوة المجتمع، وتقدمه مرهونان بتعاون أفراد، ورعاية القوي للضعيف، وكفالة الغني للفقير، فذلك في صالح الجميع حكماً ومحكومين.

وذلك ينطبق على ما جاء في نص المادة (٥ / ج) من الدستور البحريني، والتي تقرر أنه « تكفل الدولة تحقيق الضمان الاجتماعي اللازم للمواطنين في حالة الشيخوخة، أو المرض، أو العجز عن العمل، أو اليتيم، أو الترميل، أو البطالة، كما تؤمن لهم خدمات التأمين الاجتماعي، والرعاية الصحية، وتعمل على وقايتهم من برائن الجهل، والخوف، والفاقة »؛ والمادة (١٥ / ب) والتي تقرر « ينظم القانون إعفاء الدخول الصغيرة من الضرائب بما يكفل عدم المساس بالحد الأدنى اللازم للمعيشة »؛ والمادة (٩ / ز)

(١) المادة (١٣٨): لكل مواطن أن يتقدم بمقترحاته المكتوبة إلى مجلس النواب بشأن المسائل العامة، وله أن يقدم إلى المجلس شكاوي يحيلها إلى الوزراء المختصين، وعليهم أن يقدموا الإيضاحات الخاصة بها إذا طلب المجلس ذلك، ويحاط صاحب الشأن بنتيجتها.

(٢) المادة الرابعة من دستور مملكة البحرين لعام ١٩٧٣ م، وتعديلاته.

(3) Louis Favoreiw : the Principle of Equality in the Jurisprudence of the Conceal Constitutional, Capital University Law Review, 2001.p169.

أهمية تحقيق مبدأ المساواة، وتكافؤ الفرص كضمانة وقائية مهمة للحفاظ على الحقوق والحريات العامة لجميع المواطنين دون أي تمييز، أو تفرقة^(١)

ثم جاء دستور عام ٢٠١٤م مؤكداً على مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص منذ ديباجته التي نصت على أن «... نكتب دستوراً يحقق المساواة بيننا في الحقوق والواجبات دون أي تمييز» كما ورد في متن الدستور أكثر من مادة للتأكيد على أهمية هذا المبدأ لكونه أساس الحريات، وحجر الزاوية في أي دولة تنادي بالديمقراطية حيث نصت المادة رقم (٥٣) على أنه « المواطنون لدى القانون سواء، وهم متساوون في الحقوق والحريات والواجبات العامة، لا تمييز بينهم بسبب الدين، أو العقيدة، أو الجنس، أو الأصل، أو العرق، أو اللون، أو اللغة، أو الإعاقة، أو المستوى الإجتماعي، أو الانتماء السياسي أو الجغرافي، أو لأي سبب آخر.

التمييز والحض على الكراهية جريمة، يعاقب عليها القانون. تلتزم الدولة باتخاذ التدابير اللازمة للقضاء على كافة أشكال التمييز، وينظم القانون إنشاء مفوضية مستقلة لهذا الغرض.

ومجرد وجود عبارات (لكل مواطن، لكل فرد، لكل إنسان، لجميع المواطنين...) في أكثر من موضع بالدستور المصري لعام ٢٠١٤م فهي إشارة إلى مبدأ المساواة، وتكافؤ الفرص في شتى المجالات، ومنها على سبيل المثال وليس الحصر حق جميع المواطنين في تولي الوظائف العامة على أساس الكفاءة فقط، ودون محاباة أو وساطة (م ١٤)، ولكل مواطن الحق في الضمان الإجتماعي (م ١٧) الحق في الغذاء الصحي (م ٧٩)، الحق في ممارسة الرياضة (م ٨٤)، حق مخاطبة السلطات العامة (م ٨٥).

وكذا المادة رقم (١٨) التي تؤكد على حق جميع المواطنين في تلقي الرعاية والعناية الطبية... والمادة رقم (١٩) بشأن حق كل مواطن في التعليم... والتزام النظام الإقتصادي إجتماعياً بضمان تكافؤ الفرص والتوزيع العادل لعوائد التنمية، وتقليل الفوارق بين الدخول لجميع المواطنين (م ٢٧) والمساواة في الضرائب والتكاليف العامة (م ٢٨)، وحق كل شخص في بيئة صحية سليمة (م ٤٦) المواطنون لدى القانون سواء (م ٥٣) ... والمساواة أمام القضاء (م ٩٧). حق كل مواطن في التمتع بالبحار والشواطئ والبحيرات والمحميات الطبيعية (م ٤٥).

ونص دستور عام ٢٠١٤م أيضاً، ولأول مرة في نصوص تقديمية عن حق كل مواطن بلا تمييز في تلقي الثقافة حيث نصت المادة رقم (٤٨) على أن « الثقافة حق لكل مواطن، تكفله الدولة وتلتزم بدعمه وبإتاحة المواد الثقافية بجميع أنواعها لمختلف فئات الشعب، دون تمييز بسبب القدرة المالية أو الموقع الجغرافي أو

(١) أنه "المواطنون لدى القانون سواء؛ وهم متساوون في الحقوق والواجبات العامة، لا تمييز بينهم في ذلك." كما ورد بالمادة الثامنة أن " تكفل الدولة وسائل تحقيق العدل والمساواة والحرية، وتلتزم بتيسير سبل التراحم والتكافل الاجتماعي والتضامن بين أفراد المجتمع، وتضمن حماية الأنفس والأعراض والأموال، وتعمل على تحقيق حد الكفاية لجميع المواطنين؛ وذلك كله في حدود القانون."، والمادة (٦٣) أيضاً أكدت على مبادئ العدالة والمساواة وتكافؤ الفرص في العمل بأن قررت " العمل حق وواجب وشرف لكل مواطن، تكفله الدولة على أساس مبادئ المساواة والعدالة وتكافؤ الفرص. كما نص الدستور السابق لمصر عام ١٩٧١ على ذات المبادئ حيث ورد في المادة رقم ٤٠ منه أن " المواطنون لدى القانون سواء، وهم متساوون في الحقوق، والواجبات العامة، لا تمييز بينهم بسبب الجنس، أو الأصل، أو اللغة، أو الدين، أو العقيدة "؛ كما قضت المادة الثامنة بأن " تكفل الدولة تكافؤ الفرص لجميع المواطنين "

مراكز لا تتحد معطياتها ، أو تتباين فيما بينها في الأسس التي تقوم عليها » .
 وفي ذات المضمون ورد حكم المحكمة الدستورية البحرينية يفيد (١) «... وحيث إن مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون الذي نص عليه الدستور في المادتين (٤) و (١٨) منه ، لا يعني أن تعامل فئاتهم على ما بينها من تفاوت في مراكزها القانونية معاملة قانونية متكافئة ، كما لا يقوم هذا المبدأ على معارضة صور التمييز جميعها ، ذلك أن من بينها ما يستند إلى أسس موضوعية ، ولا ينطوي بالتالي على مخالفة لنص المادتين السالف ذكرهما. بما مؤداه أن التمييز المنهي عنه بموجبهما هو ذلك الذي يكون تحكيمياً ، ذلك أن كل تنظيم تشريعي لا يعتبر مقصوداً لذاته ، بل لتحقيق أغراض بعينها يعتبر هذا التنظيم ملبياً لها. وتعكس مشروعية هذه الأغراض إطاراً للمصلحة العامة التي يسعى المشرع لبلوغها ، متخذاً من القواعد القانونية التي يقوم عليها هذا التنظيم سبيلاً إليها...» .
 ولقد تأكد الحق في المساواة في الإتفاقيات الدولية ، وإعلانات حقوق الإنسان ، حيث ورد النص عليه في المواد ١ و ٢ و ٧ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ، والمادتين ٢/٢ ، ٢ ، من اتفاقية الحقوق الاقتصادية ، والاجتماعية ، والثقافية ، والمواد ١/٢ ، ٢ ، ٦ ، ٢٧ من اتفاقية الحقوق المدنية ، والسياسية ، والمادة ٢ من الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان ، والمواد ١ و ٢ و ٩ و ٢٥ من الميثاق العربي لحقوق الإنسان (٢) .

المطلب الثاني

تقسيمات مبدأ المساواة

ذهب بعض الفقهاء إلى أن المساواة هي توأم الحرية ، لأنه بدونها تصبح ممارسة الحريات العامة كلمة عابثة (٣) . وقد أكد عالم الاجتماع (جان جاك روسو) في كتابه عن العقد الإجتماعي أن «الحرية لا يمكن أن تبقى بغير المساواة» ، ومبدأ المساواة يتشعب إلى الفروع الآتية :

المساواة أمام القانون .

المساواة أمام القضاء .

المساواة في تولي الوظائف العامة .

المساواة في الإنتفاع بالمرافق العامة .

المساواة في تحمل الأعباء والتكاليف والواجبات العامة .

(١) حكم المحكمة الدستورية البحرينية ، الحكم الثالث عشر ، بالجلسة العلنية المنعقدة يوم الاثنين ٣٠ مارس ٢٠٠٩م ، في الدعوى المفيدة بجدول المحكمة الدستورية برقم د/٣٠٦ لسنة (٤) قضائية ، نشر في الجريدة الرسمية بتاريخ ٢ أبريل ٢٠٠٩ في العدد رقم ٢٨٨٩ ، مملكة البحرين .

(٢) راجع ، المستشار سناء سيد خليل ، دراسة عن النظام القانوني المصري ومبادئ حقوق الإنسان ، برنامج الأمم المتحدة الإنمائي ، القاهرة ، سنة ٢٠٠٢م .

(3) J . Robert. les violations de la liberté individuelle commises part la administration. L . G . D . J . . 1956 ، p . 9 .

والتي تقرر « تتخذ الدولة التدابير اللازمة ... ، وتعمل على رفع مستوى الفلاح ، ويحدد القانون وسائل مساعدة صغار المزارعين ، وتمليكهم الأراضي ... » ، والمادة (٩ / و) « تعمل الدولة على توفير السكن لذوي الدخل المحدود من المواطنين » ؛ والمادة (١٢) التي تقضى بأن « تكفل الدولة تضامناً المجتمع في تحمل الأعباء الناجمة عن الكوارث ، والمحن العامة ، وتعويض المصابين بأضرار الحرب ، أو بسبب تأدية واجباتهم العسكرية»

وحق المساواة مهما كانت مكانته بين الحقوق ، والحريات العامة لا يمكن أن يكون إلا أحدها ، ويخضع لما تخضع له جميعاً من مبدأ أساسي هو «نسبية الحقوق ، والحريات العامة» فلا يوجد حق ، أو حرية مطلقة ، أو غير قابل لأن يرد عليه التقييد . فالمساواة المقصودة هنا ليست المساواة الحسائية ؛ حيث يمكن تمييز بعض الأفراد ، أو الطوائف (١) وهذا ما أيدته المحكمة الدستورية العليا بجمهورية مصر العربية ، حيث أكدت في العديد من أحكامها « أن المساواة المنصوص عليها في المادة ٤٠ من الدستور ليست مساواة حسائية ، ذلك أن المشرع يملك بمقتضى سلطته التقديرية ، ولتقتضيات الصالح العام وضع شروط موضوعية تتحدد بها المراكز القانونية التي يتساوي بها الأفراد أمام القانون بحيث إذا توافرت هذه الشروط في طائفة من الأفراد ، وجب إعمال المساواة بينهم لتمائل مراكزهم القانونية ، فإذا انتمى مناط التسوية بينهم بأن توافرت الشروط في بعضهم دون البعض الآخر ، كان لمن توافرت فيهم الشروط دون سواهم أن يتمتعوا بالحقوق التي كفلها القانون لهم» (٢) .

كما قررت أيضاً (٣) « أن مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون المنصوص عليه في المادة ٤٠ من الدستور - وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة - ليس مبدأ تلقينياً جامداً منافياً للضرورة العملية ، ولا هو بقاعدة صماء تنبذ صور التمييز جميعها ، ولا كافلاً لتلك الدقة الحسائية التي تقتضيها موازين العدل المطلق بين الأشياء ، وإذا جاز للدولة أن تتخذ بنفسها ما تراه ملائماً من التدابير ، لتنظيم موضوع محدد ، أو توفيقاً لشر ضرورة رده ، وكان دفعها للضرر الأكبر بالضرر الأصغر كاشفاً عن نزواتها ، ولا منبئاً عن اعتناقها لأوضاع جائره ، بل يتعين أن يكون موقفها إعتدالاً في مجال تعاملها مع المواطنين فلا تمايز بينهم إملاءً أو عسفاً ، ومن ثم فمن الجائز بالتالي أن تغاير السلطة التشريعية - وفقاً لمقاييس منطقية - بين

(١) راجع في مبدأ نسبية الحريات العامة ، د / سعاد الشرفاوي ، نسبية الحريات العامة وانعكاساتها على التنظيم القانوني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة ١٩٩٧م . د / ثروت بدوي ، النظم السياسية ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٩م ، ص ٤٢٤ .

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم ٣٨ ، لسنة ١٠ قضائية دستورية ، جلسة ٤ مايو ، سنة ١٩٩١م ، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا الجزء الرابع ص ٣٥٦ .

(٣) حكم المحكمة الدستورية المصرية ، القضية رقم ٣١ لسنة ١٧ قضائية دستورية ، جلسة ٢ يناير ، سنة ١٩٩٩م ، الجزء التاسع ، ص ١٢٣ .

على المواطنين كافة باعتباره أساس العدل ، والحرية ، والسلام الاجتماعي ، وعلى تقدير أن الغاية التي يستهدفها تتمثل أصلاً في صون حقوق المواطنين ، وحررياتهم في مواجهة صور التمييز التي تنال منها ، أو تقييد ممارستها ؛ وهذا المبدأ في جوهره وسيلة لتقرير الحماية القانونية المتكافئة التي لا يقتصر على الحقوق ، والحرريات المنصوص عليها في الدستور ، بل ينسحب مجال إعمالها كذلك إلى الحقوق التي يكفلها المشرع للمواطنين في حدود سلطة التقديرية ، وعلى ضوء السياسة التشريعية التي يراها محققة للمصلحة ، وأن صور عدم التمييز التي أوردتها م ٤٠ من الدستور التي تقوم على أساس من الأصل ، أو الجنس ، أو اللغة ، أو الدين لم ترد على سبيل الحصر فهناك صور أخرى من التمييز لها خطرها ، ومما يحتم اخضاعها لانتقالات هذه المحكمة من رقابة قضائية ؛ تطبيقاً لمبدأ المساواة أمام القانون ، ولضمان احترامه في جميع مجالات تطبيقه»

(٢) المساواة أمام القضاء :

وهو ألا يكون هناك أي تمييز بين الأشخاص في إجراءات التقاضي ، أو في المحاكم ، ويتساوي الجميع أمام جهات القضاء المتعددة.

وهذا ما أكدته دستور مملكة البحرين في مادته رقم (٢٠) فقره «و» والتي نصت على أنه « حق التقاضي مكفول ، وفقاً للقانون » ؛ وكذا حكم المحكمة الدستورية البحرينية الذي قرر أنه «...وحيث إن حق الدفاع من الضمانات التي أكد عليها الدستور المعدل ، وهي ضمانات يتمتع بها كافة الأفراد - مواطنين وأجانب - ، فلا يميزون فيما بينهم ، وإنما تتكافأ مراكزهم القانونية في مجال سعيهم لنيل حقوقهم ، وضمانات الدفاع التي كفلها الدستور المعدل للأفراد لا يمكن فصلها ، وعزلها عن حق التقاضي ، ذلك أنهما يتكاملان ، ويعملان معاً في دائرة الترضية القضائية ، ويضحي أكيداً أن التوازن بين حقوق الدفاع ، وحقوق الاتهام في الحصول على الترضية القضائية عبر الطعن بعدم الدستورية أمام المحكمة الدستورية ، يجد سنده ، وأساسه في مبدأ الحق في التقاضي ، ومبدأ المساواة أمام القانون ، وذلك حتى لا يكون تقييد ، وإنكار حق الأفراد في الطعن أمام المحكمة الدستورية وسيلة إذعان ، وخضوع للأفراد ، وأداة للتمييز فيما بينهم ، ومن ثم يكون الدفع بعدم قبول الدعوى الدستورية لهذا السبب جديراً بالرفض... (١)».

وكذلك مبدأ المحكمة الدستورية البحرينية الذي يؤكد على أنه « لا يميز الناس فيما بينهم في مجال حقهم في النفاذ إلى قاضيهم ، ولا في نطاق القواعد الإجرائية والموضوعية التي تحكم الخصومة القضائية عينها ، ولا في ضمانات الدفاع التي يكفلها الدستور أو المشرع للحقوق التي يدعونها ، ولا في اقتضاؤها ، ولا في طرق الطعن التي تنظمها » (٢).

وسيقوم الباحث بإيضاح مفهوم كلاً منهم ومحتويات كل فرع كالآتي :

(١) المساواة أمام القانون :

وتعني أن يكون الأفراد جميعاً متساوين في المعاملة أمام القانون - بمعناه الواسع الذي يشمل التشريع ، واللوائح بمختلف أنواعها - لا تمييز لأحد على الآخر . كما تعني المساهمة في القضاء على الإمتيازات الخاصة التي تحظى بها طائفة دون أخرى من أفراد الشعب .

وقد جاءت المادة رقم (١٨) من الدستور البحريني شاملة ، ومؤكدة لمبدأ المساواة أمام القانون ، حيث نصت على أن «... ويتساوي المواطنون لدى القانون في الحقوق ، والواجبات العامة...» كما أرسى المحكمة الدستورية البحرينية مبدأ المساواة في العديد من أحكامها إذ قررت أن « مبدأ المساواة أمام القانون يستهدف حماية حقوق المواطنين وحررياتهم في مواجهة صور التمييز التي تنال منها أو تقييد ممارستها » ، « مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون الذي نص عليه الدستور في المادتين (٤) و (١٨) منه ، لا يعني أن تعامل فتاتهم على ما بينها من تفاوت في مراكزها القانونية معاملة قانونية متكافئة ، كما لا يقوم هذا المبدأ على معارضة صور التمييز جميعها ، ذلك أن من بينها ما يستند إلى أسس موضوعية ، ولا ينطوي بالتالي على مخالفة لنص المادتين السالف ذكرهما . أساس ذلك : أن التمييز المنهي عنه بموجبهما هو ذلك الذي يكون تحكيمياً » (١)

وقد جاءت المادة رقم (٥٢) من الدستور المصري شاملة ومؤكدة لمبدأ المساواة أمام القانون حيث قررت أنه « المواطنون لدى القانون سواء ، وهم متساوون في الحقوق والحرريات والواجبات العامة ، لا تمييز بينهم بسبب الدين ، أو العقيدة ، أو الجنس ، أو الأصل ، أو العرق ، أو اللون ، أو اللغة ، أو الإعاقة ، أو المستوى الاجتماعي ، أو الانتماء السياسي أو الجغرافي ، أو لأي سبب آخر. التمييز والحض على الكراهية جريمة يعاقب عليها القانون . تلتزم الدولة باتخاذ التدابير اللازمة للقضاء على كافة أشكال التمييز. وينظم القانون إنشاء مفوضية مستقلة لهذا الغرض » (٢)

ولإينا في تلك المساواة ماورد في دستور عام ٢٠١٤م من أنه لا يجوز في غير حالة التلبس بالجريمة ، إتخاذ أي إجراء جنائي ضد عضو مجلس النواب في مواد الجنائيات والجنح ..إلا بإذن سابق من المجلس .

(م ١٢٣) ، وكذا الحصانة الممنوحة لرجال القضاء ، والدبلوماسيين ومبعوثي الدول.

وكذلك قررت المحكمة الدستورية العليا المصرية في حكم لها (٣) « أن الدساتير المصرية المتعاقبة بدءاً بدستور سنة ١٩٢٣ ، وانتهاءً بالدستور القائم ؛ قد رددت جميعاً مبدأ المساواة أمام القانون ، وكفلت تطبيقه

(١) حكم المحكمة الدستورية البحرينية ، القضية رقم د/٦/٣ لسنة ٤ قضائية دستورية ، قاعدة رقم ٦ ، جلسة ٣٠ مارس ٢٠٠٩ .

(٢) نص المادة رقم (٥٢) من الدستور المصري لعام ٢٠١٤م .

(٣) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية ، في ٢٩/٤/١٩٨٩ ، طعن ٥٧/٢١ دستوري ، القاهرة ، سنة ١٩٨٩م .

(١) حكم المحكمة الدستورية البحرينية ، الحكم الثامن عشر ، في الدعوى المقيدة بجدول المحكمة الدستورية برقم د/٥/٠٧ لسنة (٥) قضائية ، نشر في الجريدة الرسمية بتاريخ ٣١ ديسمبر ٢٠٠٩ في العدد رقم ٢٩٢٨ ، مملكة البحرين (٢) المبدأ رقم ١/١١ ، مجموعة مبادئ وأحكام المحكمة الدستورية ، الكتاب الثاني ، ص ٣١٨ .

وهذا ما أكدته الدستور المصري لعام ٢٠١٢م في المادتين ٧٥، ٧٨، والمواد أرقام ٩٧، ٩٨، و ١٠٠ من دستور عام ٢٠١٤م كضمانة لحماية الحقوق والحريات (١)

ولكن لا ينافي هذه المساواة تفريد العقوبة مثلاً في الأحكام الجنائية تبعاً لإختلاف ظروف المجرمين - ولو كانت الجريمة واحدة - ؛ ولا يجافي المساواة أمام القضاء أيضاً وجود محاكم خاصة بالمحاكم العسكرية ، ومحكمة القيم ، ومحاكم الأحداث ، والمحكمة المختصة بمحاكمة الوزراء ؛ وأمثلة ذلك في دستور عام ٢٠١٤م : تشكيل محكمة خاصة لرئيس الجمهورية حال مخالفته أحكام الدستور ، أو إتهامه بالخيانة العظمى أو أية جنائية أخرى «يكون اتهام رئيس الجمهورية بانتهاك أحكام الدستور، أو بالخيانة العظمى، أو أية جنائية أخرى، بناء على طلب موقع من أغلبية أعضاء مجلس النواب على الأقل، ولا يصدر قرار الاتهام إلا بأغلبية ثلثي أعضاء المجلس، وبعد تحقيق يجريه معه النائب العام. وإذا كان به مانع يحل محله أحد مساعديه. وبمجرد صدور هذا القرار، يوقف رئيس الجمهورية عن عمله، ويعتبر ذلك مانعاً مؤقتاً يحول دون مباشرته لاختصاصاته حتى صدور حكم في الدعوى. ويحاكم رئيس الجمهورية أمام محكمة خاصة يرأسها رئيس مجلس القضاء الأعلى، وعضوية أقدم نائب لرئيس المحكمة الدستورية العليا، وأقدم نائب لرئيس مجلس الدولة، وأقدم رئيسين بمحاكم الاستئناف، ويتولى الادعاء أمامها النائب العام، وإذا قام بأحدهم مانع، حل محله من يليه في الأقدمية، وأحكام المحكمة نهائية غير قابلة للطعن . وينظم القانون إجراءات التحقيق ، والمحاكمة ، وإذا حكم بإدانة رئيس الجمهورية أعفى من منصبه ، مع عدم الإخلال بالعقوبات الأخرى) . (٢)

وكذا إختصاص المحاكم العسكرية بالجرائم المتعلقة بالقوات المسلحة ، وضباطها وأفرادها ... (م ٢٠٤) ، والمحاكم الخاصة بالأطفال وأماكن إحتجازهم ... (م ٨٠). شريطة أن يتم تحديد إختصاص هذه المحاكم وفق ضوابط موضوعية تتفق مع الغاية من القانون الصادر بإنشائها ، وهي فعالية العدالة الجنائية بالنظر إلى ذاتية الجريمة ، أو ذاتية المجرم ، أو ذاتية الإثمين معاً ، وأن تتوافر للمتهم أمامها كافة الضمانات

(١) نصت المادة رقم ٧٥ من الدستور المصري لعام ٢٠١٢ في الفصل الرابع تحت عنوان ضمانات حماية الحقوق والحريات على أن «التقاضى حق مصون ومكفول للناس كافة. وتلتزم الدولة بتقريب جهات التقاضى وسرعة الفصل فى القضايا. ويحظر تحصين أى عمل أو قرار إدارى من رقابة القضاء. ولا يحاكم شخص إلا أمام قاضيه الطبيعى؛ والمحاكم الاستثنائية محظورة». كما نصت المادة ٧٨ على أن «حق الدفاع أصالة أو بالوكالة مكفول ...» ثم جاءت المادة رقم (١٨٦) لتشمل استقلال القضاة منذ التعيين ، وحتى نهاية الخدمة ، وضمان حيدهم ، وعدم خضوعهم لأي أحد لتحقيق العدالة ، وسيادة القانون. كما جاءت المادة رقم (٩٧) من دستور عام ٢٠١٤م لتقابل المادة رقم (٧٥) من دستور عام ٢٠١٢م بذات المعنى والمضمون بحق إتجاه المواطن إلى قاضيه الطبيعى ، وحظر = = المحاكم الإستثنائية ، أو تحصين أى عمل ، أو قرار صادر من السلطة التنفيذية من رقابة القضاء حيث نصت تلك المادة على أن «التقاضى حق مصون ومكفول للكافة. وتلتزم الدولة بتقريب جهات التقاضى، وتعمل على سرعة الفصل فى القضايا، ويحظر تحصين أى عمل أو قرار إدارى من رقابة القضاء، ولا يحاكم شخص إلا أمام قاضيه الطبيعى، والمحاكم الاستثنائية محظورة». وأيضاً قررت المادة رقم (٩٨) كفالة حق الدفاع بالأصالة ، أو بالوكالة ؛ وأكد الدستور في المادة رقم (١٠٠) منه كفالة تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ، وتجريم الإمتناع أو تعطيل تنفيذها ، حفاظاً على حقوق المواطنين ، وتحقيقاً لهيبة الجهاز القضائي ، والدولة القانونية .

(٢) المادة (١٥٩) من الدستور المصري لعام ٢٠١٤م .

(٣) د / أحمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق والحريات ، دار الشروق للطباعة ، القاهرة ، ط٢ ، ٢٠٠٠م ، ص ٧١٤ ، وما بعدها .

الدستورية (١) .

وقد نصت المادة ١٤ / ١ من العهد الدولى للحقوق المدنية ، والسياسية سنة ١٩٦٦م على أن «جميع الأشخاص متساوون أمام القضاء» ، كما نصت المادة ١٤ / ٣ على أن : لكل فرد عند النظر فى أى تهمة جنائية ضده الحق فى حد أدنى من الضمانات على سبيل المساواة التامة .

ويتطلب مبدأ المساواة أمام القانون مراعاة هذه المساواة عند وضع نصوص القانون ، وعند تطبيقه . ولهذا فإن المساواة أمام القانون ، والمساواة أمام القضاء يعتبران وجهان لعملة واحدة . وفى هذا المعنى قال المجلس الدستورى الفرنسى بأن «مبدأ المساواة أمام القضاء ليس إلا حالة خاصة لتطبيق مبدأ المساواة أمام القانون» .

(٣) المساواة في تولي الوظائف العامة :

ومقتضى ذلك أن يكون جميع المواطنين على قدم المساواة في تولي المناصب ، والوظائف العامة ، بشرط توفر ما يتطلبه القانون لتقلد مثل تلك الوظائف دون إعتبار لتمييز شخصي ، أو ديني ، أو فكري ، أو لجنس المتقدم للحصول على الوظيفة رجلاً كان ، أو امرأة ؛ ومن ثم فإن اشتراط الجنسية ، والسن ، واللياقة الصحية ، والصلاحية الأدبية ؛ وكذا أولوية بعض الفئات مثل المحاربين القدماء ، والمصابين في الحرب ، وزوجات الشهداء وابنائهم ، وذوي الاحتياجات الخاصة ؛ لا يجافي مبدأ المساواة في تقلد الوظائف العامة ، طالما جاء تطبيقه على المتقدمين دون تمييز ، ولمصلحة الوظيفة ذاتها (١) .

ولقد نصت المادة رقم ٦٤ من الدستور المصري لعام ٢٠١٢ على أحقية شهداء الواجب الوطني ومصابي الحرب وثورة ٢٥ يناير في التكريم والرعاية لزوجاتهم ، وابنائهم وإعطائهم الأولوية في فرص العمل (٢) . وكذا بالنسبة لذوي الاحتياجات الخاصة أكدت المادة رقم ٧٢ (٣) على إلتزام الدولة برعايتهم وتوفير فرص العمل لهم .

والمادة رقم (١٦) من دستور عام ٢٠١٤م والتي تؤكد على أهمية توفير فرص العمل لأسر الشهداء والمصابين ... (م ١٦) ، إلتزام الدولة بضمان حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة والأقزام ، وتوفير فرص العمل لهم ، مع تخصيص نسبة منها لهم (م ٨١) .

(١) راجع د / أنور أحمد رسلان ، الوظيفة العامة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة ١٩٧٧م ، ص ص ١٠٤-١٠٦ .
(٢) نصت المادة ٦٤ من الدستور المصري لعام ٢٠١٢ على أن « تكرم الدولة شهداء ومصابي الحرب وثورة الخامس والعشرين من يناير والواجب الوطنى، وترعى أسرهم والمحاربين القدامى والمصابين وأسر المفقودين فى الحرب وما فى حكمها. ويكون لهم ولأبنائهم ولزوجاتهم الأولوية فى فرص العمل . وكل ذلك وفقاً لما ينظمه القانون. »
(٣) نصت المادة ٧٢ من الدستور المصري لعام ٢٠١٢ على أن « تلتزم الدولة برعاية ذوى الإعاقة صحياً واقتصادياً واجتماعياً، وتوفر لهم فرص العمل، وترتقى بالثقافة الاجتماعية نحوهم، وتهيئ المرافق العامة بما يناسب احتياجاتهم. »

م ٩٧) . حق كل مواطن في التمتع بالبحار والشواطئ والبحيرات والمحميات الطبيعية (م ٤٥) ... وبالنسبة للدستور المصري لعام ٢٠١٢م المادة (٥٨) « لكل مواطن الحق في التعليم على الجودة، وهو مجاني بمراحله المختلفة في كل مؤسسات الدولة التعليمية، والزامي في مرحلة التعليم الأساسي، وتتخذ الدولة كافة التدابير لمدا الإلزام إلى مراحل أخرى. وتعنى الدولة بالتعليم الفني، وتشجعه، وتشرف على التعليم بكل أنواعه. وتلتزم جميع المؤسسات التعليمية العامة والخاصة والأهلية وغيرها بخطة الدولة التعليمية وأهدافها، وذلك كله بما يحقق الربط بين التعليم وحاجات المجتمع والإنتاج.» المادة (٦٢) « الرعاية الصحية حق لكل مواطن، تخصص له الدولة نسبة كافية من الناتج القومي. وتلتزم الدولة بتوفير خدمات الرعاية الصحية، والتأمين الصحي وفق نظام عادل على الجودة، ويكون ذلك بالمجان لغير القادرين. وتلتزم جميع المنشآت الصحية بتقديم العلاج الطبي بأشكاله المختلفة لكل مواطن في حالات الطوارئ أو الخطر على الحياة . وتشرف الدولة على كافة المنشآت الصحية، وتتحقق من جودة خدماتها، وتراقب جميع المواد والمنتجات ووسائل الدعاية المتصلة بالصحة؛ وتصدر التشريعات وتتخذ كافة التدابير التي تحقق هذه الرقابة.» المادة (٦٧) « المسكن الملائم والماء النظيف والغذاء الصحي حقوق مكفولة. وتتبنى الدولة خطة وطنية للإسكان؛ تقوم على العدالة الاجتماعية، وتشجع المبادرات الذاتية والتعاونيات الإسكانية، وتنظيم استخدام أراضي الدولة لأغراض العمران؛ بما يحقق الصالح العام، ويحافظ على حقوق الأجيال.» المادة (٦٨) « ممارسة الرياضة حق للجميع. وعلى مؤسسات الدولة والمجتمع اكتشاف الموهوبين رياضياً ورعايتهم، واتخاذ ما يلزم من تدابير لتشجيع ممارسة الرياضة.» المادة (٦٩) « لكل شخص الحق في بيئة صحية سليمة. تلتزم الدولة بصون البيئة وحمايتها من التلوث، واستخدام الموارد الطبيعية بما يكفل عدم الإضرار بالبيئة، والحفاظ على حقوق الأجيال فيها.»

ولا يتناهي مع مبدأ المساواة أمام المرافق العامة إقتضاء رسوم متفاوتة من الجمهور؛ على أن يقابل هذا التفاوت تفاوت آخر في درجة الخدمة ذاتها، مثل: تعدد الدرجات في وسائل النقل، ودور الرعاية الصحية. ولا يتناهي مع مبدأ المساواة أمام المرافق العامة أيضاً إيلاء المناطق النائية والفئات الأكثر احتياجاً اهتماماً خاصاً، أو إعفاء بعض الأفراد ذوي الإحتياجات الخاصة من الواجبات العامة، أو الرسوم والضرائب المستحقة لاستخدام بعض المرافق العامة ... مثل ما جاء في المادة رقم (٤٨) من الدستور المصري لعام ٢٠١٤م بشأن إتاحة المواد الثقافية « ... تولي إهتماماً خاصاً بالمناطق النائية والفئات الأكثر احتياجاً » ، والمادة رقم (٧٨) بشأن زيادة الإهتمام بالمناطق العشوائية « ... وضع خطة قومية شاملة لمواجهة مشكلة العشوائيات تشمل إعادة التخطيط وتوفير البنية الأساسية والمرافق، وتحسين نوعية الحياة والصحة العامة ، ... ورعاية الأطفال ولاسيما المعاقين منهم (م ٨٠) ، وإلتزام الدولة بضمان حقوق المسنين صحياً

والجدير بالذكر هنا أن القانون المصري رقم ٣٩ لسنة ١٩٧٥ بشأن تأهيل المعوقين المعدل بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٨٢م قد إختصهم بنسبة ٥% من مجموع عدد العاملين بكل وحدة من وحدات الجهاز الإداري للدولة والهيئات العامة والقطاع العام . وهو ما يعرف بنظام الوظائف المحجوزة .

كما نص الدستور البحريني - في أكثر من موضع - على مبدأ المساواة بين المواطنين ، وتكافؤ الفرص في تولي الوظائف العامة ، ومنها : المادة الرابعة التي تقضي « ... وتكافؤ الفرص بين المواطنين دعومات للمجتمع تكفلها الدولة » والمادة (١٣ / أ) « ... ، ولكل مواطن الحق في العمل ... » ، وكذلك أيضاً ما تنص عليه المادة (١٣ / ب) « تكفل الدولة توفير فرص العمل للمواطنين ، وعدالة شروطه » ؛ والمادة (م/١٦ ب) ، والتي تؤكد على أن « المواطنون سواء في تولي الوظائف العامة ، وفقاً للشروط التي يقررها القانون »

(٤) المساواة في الإنتفاع بالمرافق العامة :

أي تمتع كافة المواطنين بالخدمات ، والأنشطة التي تقدمها المرافق العامة دون أي تمييز من حيث نوع الخدمة ، أو المقابل الذي يدفع عنها ، حيث إن المرافق العامة تخضع لثلاثة مبادئ أساسية تضبط سيرها ، وهي مبدأ القابلية للتطور ، ومبدأ الاستمرارية ، ومبدأ المساواة (١) .

والمساواة أمام المرافق العامة ، هي أحد مخرجات العدالة الإجتماعية ، والتي أكد عليها دستور مملكة البحرين في أكثر من مادة مثل : كفاءة الخدمات التعليمية ، والثقافية للمواطنين (٢) ، وكذلك إنشاء مختلف أنواع المستشفيات ، والمؤسسات الصحية لكفالة حق المواطنين في الرعاية الصحية دون أي تمييز (٣) .

كما أكدت عليها الدساتير المصرية المتعاقبة وآخرها دستور عام ٢٠١٤م في أكثر من مادة ، فمجرد وجود عبارات (لكل مواطن ، لكل فرد ، لكل إنسان ، لجميع المواطنين ...) في أكثر من موضع في دستور عام ٢٠١٤م فهي إشارة إلى مبدأ المساواة ، وتكافؤ الفرص في شتى المجالات ، ومنها على سبيل المثال وليس الحصر حق جميع المواطنين في تولي الوظائف العامة على أساس الكفاءة فقط ، ودون محاباة أو وساطة (م ١٤) ، ولكل مواطن الحق في الضمان الإجتماعي (م ١٧) الحق في الغذاء الصحي (م ٧٩) ، الحق في ممارسة الرياضة (م ٨٤) ، حق مخاطبة السلطات العامة (م ٨٥) . وكذا المادة رقم (١٨) التي تؤكد على حق جميع المواطنين في تلقي الرعاية والعناية الطبية ... والمادة رقم (١٩) بشأن حق كل مواطن في التعليم ... والتزام النظام الإقتصادي إجتماعياً بضمان تكافؤ الفرص والتوزيع العادل لعوائد التنمية ، وتقليل الفوارق بين الدخول لجميع المواطنين (م ٢٧) والمساواة في الضرائب والتكاليف العامة (م ٣٨) ، وحق كل شخص في بيئة صحية سليمة (م ٤٦) المواطنون لدي القانون سواء (م ٥٣) ... والمساواة أمام القضاء (

(١) د / أنور أحمد رسلان ، مبادئ القانون الاداري ، مطبعة جامعة القاهرة ، القاهرة ، سنة ١٩٩٥م ، ص ٢٦٩ ، وما بعدها

(٢) المادة ٧/أ من دستور مملكة البحرين لعام ١٩٧٣م ، وتعديلاته .

(٣) المادة ٨/أ من دستور مملكة البحرين لعام ١٩٧٣م ، وتعديلاته .

٥. واجب الحفاظ على الأمن القومي ، والدفاع عن الوطن ، والتجنيد الإجباري (م ٨٦) (٢) .
٦. واجب المشاركة في الحياة العامة ، وحق الانتخاب والترشيح وإبداء الرأي في الإستفتاء . (م ٨٧)
٧. واجب إسهام المصريين المقيمين في الخارج لتنمية الوطن . (م ٨٨) .
- ولا يتنازل في مع مبدأ المساواة أمام الواجبات العامة ما جاء في دستور جمهورية مصر العربية لعام ٢٠١٤م من أنه : تولى الدولة اهتماماً خاصاً بالمشروعات المتوسطة والصغيرة ومتناهية الصغر في كافة المجالات (م ٢٨) . أو أن تلتزم الدولة بتخصيص نسبة من الأراضي المستصلحة لصغار الفلاحين وشباب الخريجين ، وحماية الفلاح والعامل الزراعي من الاستغلال (م ٢٩) . أو التزام الدولة برعاية مصالح المصريين المقيمين بالخارج ، ... وينظم القانون مشاركتهم في الانتخابات والاستفتاءات ، بما يتفق والأوضاع الخاصة بهم ، دون التقييد في ذلك بأحكام الاقتراع والفرز وإعلان النتائج المقررة بهذا الدستور . (م ٨٨)
- أو أن تعمل الدولة على تمثيل العمال والفلاحين تمثيلاً ملائماً في أول مجلس للنواب يُنتخب بعد إقرار هذا الدستور ، وذلك على النحو الذي يحدده القانون . (م ٢٤٣) أو أن تعمل الدولة على تمثيل الشباب والمسيحيين والأشخاص ذوي الإعاقة تمثيلاً ملائماً في أول مجلس للنواب يُنتخب بعد إقرار هذا الدستور ، وذلك على النحو الذي يحدده القانون (م ٢٤٤) .

قائمة المراجع

- (١) دستور مملكة البحرين لعام ١٩٧٣ ، وتعديلاته .
- (٢) الدساتير المتعاقبة لجمهورية مصر العربية وأخرها دستور عام ٢٠١٤م .
- (٣) د / أحمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق والحريات ، دار الشروق للطباعة ، القاهرة ، ط٢ ، ٢٠٠٠م .
- (٤) د / أنور أحمد رسلان ، الوظيفة العامة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة ١٩٧٧م .
- (٥) د / حسام فرحات أبو يوسف ، الحماية الدستورية للحق في المساواة ، دراسة مقارنة بين النظام الدستوري المصري والنظام الدستوري الأمريكي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة ٢٠٠٤م .
- (٦) د / محمود حلمي مصطفى ، المبادئ الدستورية العامة ، مكتبة النهضة العربية ، الطبعة السادسة ، القاهرة ، سنة ١٩٨٣م .
- (٧) د / صلاح الدين فوزي ، النظم السياسية وتطبيقاتها المعاصرة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة ١٩٩٩م .
- (٨) د / سعاد الشرقاوي ، نسبية الحريات العامة وانعكاساتها على التنظيم القانوني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة ١٩٩٧م .
- (٩) د / ثروت بدوي ، النظم السياسية ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٩م .
- (١٠) المستشار سناء سيد خليل ، دراسة عن النظام القانوني المصري ومبادئ حقوق الإنسان ، برنامج

، واقتصادياً ، واجتماعياً ، وثقافياً ، وترفيهياً ...

ومثل أيضاً ما جاء في المادة رقم (٢٣٦) من كفاءة الدولة وضع وتنفيذ خطة للتنمية الاقتصادية ، والعمرائية الشاملة للمناطق الحدودية والمحرومة ، ومنها الصعيد وسيناء ومطروح ومناطق النوبة في مصر ...

(٥) المساواة في تحمل الأعباء والتكاليف والواجبات العامة :

وذلك مثل المساواة أمام الضرائب « الضرائب ، والتكاليف العامة أساسها العدالة الإجتماعية ، وأداؤها واجب وفقاً للقانون » (١) وتعني تلك المادة عمومية الضريبة للخاضعين لها ، والمساواة بين المستفيدين من الإعفاءات الضريبية ، والمساواة في أداء الخدمة العسكرية لمدد متساوية لمن تماثلت مراكزهم القانونية ، أو الإعفاء منها ، ومع ذلك فإنه لا ينال مبدأ المساواة تقرير إعفاء من أداء الخدمة العسكرية لبعض الفئات كالمركزي ، والمعاقين ، وكذلك إعفاء لدفعات بكاملها من أداء الخدمة العسكرية .

ودستور مملكة البحرين لم يقتصر على إيراد الحقوق ، والحريات العامة ، وإنما أورد أيضاً الواجبات العامة في أربع واجبات أساسية :

(١) واجب حماية المال العام : حيث نص الدستور في المادة التاسعة فقرة (ب) على أن « للأموال العامة حرمة ، وحمايتها واجب على كل مواطن » .

(٢) واجب العمل : حيث فرض الدستور البحريني على المواطنين واجب العمل حيث نصت المادة ١٣ فقرة (أ) على أن « العمل واجب على كل مواطن ، تقتضيه الكرامة ، ويستوجبه الخير العام ، ولكل مواطن الحق في العمل ، وفي اختيار نوعه ، وفقاً للنظام العام والآداب » .

(٣) واجب أداء الضرائب والتكاليف العامة:

حيث نصت المادة (١٥/أ) من دستور مملكة البحرين على أن « الضرائب ، والتكاليف العامة أساسها العدالة الإجتماعية ، وأداؤها واجب وفقاً للقانون »

(٤) واجب الدفاع عن الوطن : حيث نص الدستور البحريني على هذا لواجب في المادة ٣٠ فقرة (أ) ، والتي أكدت على أنه « السلام هدف الدولة ، وسلامة الوطن جزء من سلامة الوطن العربي الكبير ، والدفاع عنه واجب مقدس على كل مواطن ، وأداء الخدمة العسكرية شرف للمواطنين ينظمه القانون » .

وبالنسبة إلى الدستور المصري لعام ٢٠١٤م ورد به العديد من الواجبات العامة ومنها :

١. « العمل حق ، وواجب ، وشرف تكفله الدولة . ولا يجوز إلزام أي مواطن بالعمل جبراً ، إلا بمقتضى قانون ، ولأداء خدمة عامة ، لمدة محددة ، وبمقابل عادل ، ودون إخلال بالحقوق الأساسية للمكلفين بالعمل » . (م ١٢) .

٢. أداء الضرائب واجب ، والتهرب الضريبي جريمة (م ٣٨) .

٣. واجب الإدخار « الادخار واجب وطني تحميه الدولة وتشجعه ، وتضمن المدخرات ، وفقاً لما ينظمه القانون » . (م ٣٩) .

٤. واجب المحافظة على أدوات الإنتاج (م ٤٢) .

(١) المادة ١٥/أ من دستور مملكة البحرين لعام ١٩٧٣ ، وتعديلاته .

(٢) الحفاظ على الأمن القومي واجب ، والتزام الكافة بمراعاته مسئولية وطنية ، يكفلها القانون . والدفاع عن الوطن ، وحماية أرضه شرف وواجب مقدس ، والتجنيد إجباري وفقاً للقانون .

الأساس المنطقي في التمييز بين الإسناد الكاشف

لطبيعة الواقعة وتوصيفها

الدكتور / محمد سليمان الأحمد

أستاذ القانون المدني - كلية الحقوق - جامعة الملكة - مملكة البحرين

١- غالباً ما تتضمن الدراسات القانونية، فضلاً عن التعريف بموضوع الدراسة، تحديد الأساس القانوني له، أو تأصيله قانونياً، أو توضيح النظام القانوني للموضوع، أو تعيين الأوضاع القانونية؛ أو تتعمق الدراسة القانونية لتبين التكييف القانوني للموضوع، أو تحديد طبيعته القانونية.

لكن غالباً ما يذهب قصد الباحثين إلي إعطاء معنى التكييف القانوني للطبيعة القانونية أو العكس، على الرغم من وجود الفارق بينهما. ويظهر الفارق بين هذين النمطين في علم القانون عندما نحدد نطاق تطبيق القانون المراد تطبيقه على الواقعة في كافة مراحل التطبيق؛ والقانون المراد تطبيقه على الواقعة ليس قانوناً واحداً لجنس واحد من الوقائع، بل هو يختلف باختلاف طبيعة الواقعة فهل هي واقعة ذات طبيعة مدنية أم جنائية أم تجارية..... إلخ؛ ثم أنه -أي القانون المراد تطبيقه- يختلف باختلاف صنف الواقعة بالنتيجة التي آل إليها تكييفها، وبالتالي فإن القانون المراد تطبيقه مرتبط بتكييف الواقعة وتحديد طبيعتها القانونية، وهنا تكمن أهمية البحث الذي سنعالجه في المباحث الأربعة الآتية :-

-المبحث الأول: البحث في الإختصاص.

-المبحث الثاني: ماهية التكييف.

-المبحث الثالث: ماهية الطبيعة القانونية.

-المبحث الرابع: العلاقة بين التكييف والطبيعة القانونية.

ثمّ نهي البحث بخاتمة تتضمن أهم النتائج والتوصيات

الأمم المتحدة الإنمائي، القاهرة، سنة ٢٠٠٣ م.

(11) Louis Favoreiw : the principle of equality in the jurisprudence of the Conseil Constitutional, Capital University Law Review, 2001

(12) Cynthia A.Vroom: Equal protection versus the principle of equality, American and French views, on Equality in the law, Capital University law Review, 2000.

(13) J. Robert. les violations de la liberté individuelle commises part la administration, L. G. D. J., 1956.

(١٤) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٣٧، لسنة ٩ قضائية دستورية، جلسة ١٩ مايو، سنة ١٩٩٠م، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا الجزء الرابع.

(١٥) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم ٢٨، لسنة ١٠ قضائية دستورية، جلسة ٤ مايو، سنة ١٩٩١م، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا الجزء الرابع.

(١٦) حكم المحكمة الدستورية المصرية، القضية رقم ٣١ لسنة ١٧ قضائية دستورية، جلسة ٢ يناير، سنة ١٩٩٩م، الجزء التاسع.

(١٧) حكم المحكمة الدستورية البحرينية، الحكم الثالث عشر، بالجلسة العلنية المنعقدة يوم الاثنين ٣٠ مارس ٢٠٠٩م، في الدعوى المقيدة بجدول المحكمة الدستورية برقم د/٣/٠٦ لسنة (٤) قضائية، نشر في الجريدة الرسمية بتاريخ ٢ أبريل ٢٠٠٩ في العدد رقم ٢٨٨٩، مملكة البحرين.

(١٨) حكم المحكمة الدستورية البحرينية، القضية رقم د/٣/٦ لسنة ٤ قضائية دستورية، قاعدة رقم ٦، جلسة ٣٠ مارس ٢٠٠٩.

(١٩) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية، في ١٩٨٩/٤/٢٩، طعن ٥٧/٢١ دستوري، القاهرة، سنة ١٩٨٩م.

(٢٠) حكم المحكمة الدستورية البحرينية، القضية رقم د/٣/٦ لسنة ٤ قضائية دستورية، قاعدة رقم ٦، جلسة ٣٠ مارس ٢٠٠٩.

(٢١) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية، في ١٩٨٩/٤/٢٩، طعن ٥٧/٢١ دستوري، القاهرة، سنة ١٩٨٩م.

(٢٢) حكم المحكمة الدستورية البحرينية، الحكم الثامن عشر، في الدعوى المقيدة بجدول المحكمة الدستورية برقم د/٤/٠٧ لسنة (٥) قضائية، نشر في الجريدة الرسمية بتاريخ ٣١ ديسمبر ٢٠٠٩ في العدد رقم ٢٩٢٨، مملكة البحرين

(٢٣) المبدأ رقم ١/١١، مجموعة مبادئ وأحكام المحكمة الدستورية، الكتاب الثاني

بين القانون بمعناه العام والقانون بمعناه الخاص (١) ، إذ كثيراً ما يلتبس على البعض التفريق بين القانون العام والقانون الخاص من جهة ، والقانون بمعناه العام والقانون بمعناه الخاص من جهة أخرى، نظراً لكثرة الاهتمام بفرعي القانون على حساب معنياه. القانون بمعناه العام ، يقصد به مجموعة القواعد القانونية المرعية في مجتمع ما والمنظمة للعلاقات الاجتماعية فيه والتي يلتزم الأشخاص باتباعها ، وإلا تعرضوا للجزاء المادي الذي تفرضه السلطة العامة ، كأن يقال القانون الفرنسي والقانون البحريني .. الخ . أما القانون بمعناه الخاص فيعني مجموعة القواعد القانونية التي تسنها السلطة المختصة بالتشريع في دولة ما لتنظيم أمر معين (٢) ، كأن يقال : القانون المدني ، القانون الجنائي ، قانون الضرائب ، ... الخ . وفائدة التمييز بين القانون بمعنييه العام والخاص تكمن في التمييز بين القانون الواجب التطبيق والقانون المختص بالتطبيق ، فالقانون الواجب التطبيق في حالة تنازع القوانين هو قانون بمعناه العام ، أما القانون المختص بالتطبيق فهو قانوناً بمعناه الخاص عموماً .

٤- إن القانون المختص بالتطبيق هو القانون الذي احتوى على القاعدة القانونية التي فيها فرضية الواقعة والحكم الموضوع لها ، إذ إن القاضي عندما تُعرض عليه واقعة معينة ، فإنه يتوجب عليه وحده (٣) أن يبحث ويفتش عن فرضية هذه الواقعة في مختلف القواعد القانونية حتى يجد لها حكماً مناسباً يطبقه عليها . وهذا يعني أن القانون المختص بالتطبيق هو القانون الذي له خصوصية التطبيق على هذه الواقعة ، لا بمعنى أنه يختص بالتطبيق على هذه الواقعة دون غيرها ، بل بمعنى أن الواقعة قد انحصرت تطبيق هذا القانون عليها دون غيره ، ثم أن هذا لا يعني حتمية وجود قانون واحد مطبق بمفرده على مفردات الواقعة ، بل قد تتعدد فقرات الواقعة فيختص كل قانون بالتطبيق على كل فقرة من فقرات هذه الواقعة ، كأن يتعرض قاضي محكمة البداية لواقعة تشتمل على عمل تجاري واخلاقاً بتنفيذ التزام موجب لنهوض المسؤولية المدنية ، فهنا يتحتم على القاضي تطبيق القانون التجاري على الفقرة التجارية ، كما أن عليه تطبيق القانون المدني على الفقرة المدنية الواردة في الواقعة ؛ لكن كيف يحدد جنس الفقرة ، فعلى أي أساس يضمني الصفة المدنية أو التجارية أو غيرها على هذه الفقرة أو تلك في الواقعة ؟ هذا ما سنجيب عليه في ماهية الطبيعة القانونية . ثم كيف سيحدد نوع ما تشتمل عليه الفقرة ، فهل هذه المسؤولية من قبيل المسؤولية العقدية أم أنها غير عقدية (تقصيرية) ؟ هذا ما سنجيب عليه في تحديد ماهية التكييف القانوني.

(١) . لاحظ: د. توفيق حسن فرج ، و د. محمد يحيى مطر ، الأصول العامة للقانون ، الدار الجامعية، بيروت ، ١٩٨٩ ، ص ١٤ . عبد الباقي البكري و د. علي محمد بدير وزهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ، دار الكتب ، الموصل ، ١٩٨٧ ، ص ١٧ . و د. سعيد مبارك ، أصول القانون، دار الكتب ، الموصل ، ١٩٨٢ ، ص ١٧ .
(٢) . لاحظ: عبد الباقي البكري و د. علي محمد بدير وزهير البشير ، المرجع السابق ، ص ١٧ .
(٣) . القاضي دائماً هو المعنى بإثبات القانون أياً كان وطنياً أو أجنبياً (لاحظ: الأستاذ مصطفى كامل ياسين ، كيف يُطبَّق القانون الأجنبي ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٥٧ ، ص ٨ . أ.د. عباس العبودي ، شرح أحكام قانون الإثبات العراقي ، دار الكتب ، الموصل ، ١٩٩٧ ، ط ٢ ، ص ٢٣ . وكذلك أ.د. عباس العبودي ، شرح أحكام قانون البيّنات الجديد ، دار الثقافة ، عمّان ، ٢٠٠٤ ، ص ٣٤ وما بعدها) .

المبحث الأول

البحث في الاختصاص

٢- يلاحظ أن كل علاقة قانونية ينشأ عنها نزاع معين ، تحتاج إلى قانون مختص بالتطبيق عليها ، إذ إن القاضي لا يستطيع إلا أن يقضي بقانون أو بموجب قانون ؛ فما المقصود بالقانون المختص بالتطبيق ؟ القانون المختص بالتطبيق هو القانون الموضوعي (١) الذي يحتوي على الحكم القانوني الخاص بفرضية الواقعة ، وفرضية الواقعة تشمل شقين :-

الأول: الفرضية المذكورة في القاعدة القانونية والتي ينص عليها المشرع عادة ويضع لها حكماً مناسباً (٢) .
الثاني: الواقعة ذاتها بكل عناصرها وظروفها الحاصلة والمعروضة على القاضي ، والتي بها تحولت فرضية الواقعة من مجرد فرضية افتراضها القانون إلى واقع حاصل حادث.

٣- إن القانون المختص بالتطبيق يختلف عن القانون الواجب التطبيق المعروف في القانون الدولي الخاص ، إذ إن وجوبية تطبيق الأخير، تتبع من وجود حالة تنازع القوانين ، كأن يبرم شخص عراقي في الأردن عقداً مع شخص سوري لغرض تنفيذه في لبنان ، فأى من هذه القوانين هو الواجب التطبيق على هذا التصرف (الواقعة بمعناها العام) ، أهو : القانون الأردني ، قانون دولة محل الإبرام ؛ أم القانون العراقي ، قانون دولة المتعاقد الأول ؛ أم القانون السوري ، قانون دولة المتعاقد الآخر ؛ أم القانون اللبناني ، قانون دولة تنفيذ العقد ؟

هنا يأتي دور قواعد الإسناد (٣) لتبين القانون الواجب التطبيق على هذه العلاقة المشوبة بعنصر أجنبي ؛ أما القانون المختص بالتطبيق فهو القانون الذي يحتوي على حكم فرضية الواقعة ، وهنا ينبغي التمييز

(١) . القاعدة الموضوعية هي القاعدة التي تقرر حقاً أو تعدله أو تغيره أو تلغيه ، فهي قاعدة تؤثر في المراكز القانونية ؛ وتقابلها القاعدة الإجرائية أو الشكلية . (لاحظ مؤلفنا : تنازع القوانين في العلاقات الرياضية الدولية ، دار وائل للنشر ، عمّان ، ٢٠٠٤ ، ص ٥٣) .

(٢) . تتكون القاعدة القانونية من عنصرين مهمين هما : الفرضية والحكم ؛ إذ أن الفرضية تفترض وقوع حدث في المستقبل يرتب عليه القانون حكماً ، وهذا الحكم هو الجواب على السؤال المفترض في الفرضية . (لاحظ للتفصيل بحثنا : عناصر القاعدة القانونية (الفرضية والحكم) ، مجلة الرافدين للحقوق ، كلية القانون جامعة الموصل ، العدد الخامس ، أيلول ، ١٩٩٨ ، ص ١٠٤ وما بعدها) .

(٣) . قواعد الإسناد هي مجموعة القواعد القانونية التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المراكز القانونية ذات العنصر الأجنبي ، فهي قواعد تواجه المراكز أو العلاقات الداخلية فيما يسمى بالحياة الخاصة الدولية (تعريف الأستاذ الدكتور شمس الدين الوكيل ، نقلاً عن الدكتور هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٧٥ ، ص ٥) .

المبحث الثاني ماهية التكييف

٥- يعد التكييف القانوني عملية قانونية ، تكون في أحيان معينة ، معقدة جداً ، فالتكييف في القانون يقابل التشخيص (تشخيص المرض) في الطب ، إذ يتم الاعتماد عليه في تطبيق حكم القاعدة القانونية على فرضيتها المتمثلة في الواقعة الحاصلة التي وضعها التكييف ضمن إطار الفرضية الموضوعية من قبل المشرع.

والتكييف القانوني هو عمل قضائي أولاً ، ثم أنه عمل فقهي ثانياً (١) ؛ فهو من حيث أنه عمل قضائي يقوم به القاضي بإعطاء الوصف القانوني السليم للواقعة المعروضة عليه تمهيداً لتطبيق الحكم القانوني الملائم عليها ؛ كما أنه عمل فقهي يقوم به الفقيه بتصنيف الوقائع حسب أوصافها ، فيجمع عدداً منها ويضعها في مجموعة واحدة ثم يقوم بتسمية هذه المجموعة ليتم من بعد ذلك إدراج الوقائع المماثلة ، وهذا ما جعل البعض يطلق لفظ التصنيف على التكييف(٢).

٦- وبعيداً عن الخوض في تفصيلات تعريف التكييف في اللغة والفقه والقانون(٣) ، نشير إلى أن كلمة (تكييف) على وزن (تفعيل) ، أي أن الذي يقوم بهذا الفعل هو الذي يجعل موضوع الفعل (متكيفاً)

(١). يذهب البعض إلى تقسيم التكييف إلى ثلاثة أنواع ، فقهي وقضائي وتشريعي (لاحظ : هدى سالم الأطرقي ، التكييف القانوني للجرائم في قانون العقوبات العراقي ، أطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة الموصل ، ٢٠٠٠ ، ص ٣٣ والمراجع التي أشارت إليها) ونحن نرى أن التكييف لا يمكن أن يكون تشريعياً ، لأن من يقوم بعملية التكييف من رجال القضاء والفقه ، إنما يستند إلى وصف المشرع أيما كان هذا الوصف أو نوعه أو عرضه ، فالمشرع ينشئ الأوصاف في نماذج أو (قوالب) - سَمَّها ما شئت - ، ويأتي دور القائم على عملية التكييف ليعطي الوصف القانوني السليم للواقعة ، وكأنما يضع الواقعة في (قالبها) الصحيح.

(٢). د. سامي بديع منصور و د. عكاشة عبد العال ، القانون الدولي الخاص ، الدار الجامعية ، بيروت ، ١٩٩٥ ، ص ٨٥ .
(٣). للتفصيل في تعريف التكييف في القانون ، لاحظ : رسالتنا للماجستير ، الوضع القانوني لعقود انتقال لابي كرة القدم المحترفين ، كلية القانون ، جامعة الموصل ، ١٩٩٧ ، ص ٧٩ وما بعدها . وأطروحتنا للدكتوراه ، المسؤولية المدنية للمساهمين في تنظيم الأنشطة الرياضية ، كلية القانون ، جامعة الموصل ، ٢٠٠٠ ، ص ١٦٤ وما بعدها . (وللتكييف في القانون الدولي الخاص دور مهم نابع من معناه في فقه هذا القانون) لاحظ : د. هشام علي صادق ، مرجع سبق ذكره ، ص ١١١ . د. محمد كمال فهمي ، أصول القانون الدولي الخاص ، دار الطالب ، الإسكندرية ، ١٩٥٥ ، ص ٢٢٧ . (يلاحظ أن الدكتور عز الدين عبد الله ، كان قد عرّف التكييف بأنه : (تحديد طبيعة العلاقة القانونية لردّها لنظام قانوني معين خصّه المشرع بقاعدة إسناد) ، وذلك في الطبقتين الأولى والثانية من مؤلفه (القانون الدولي الخاص) ، إلا أنه عدّل عنه في الطبعت الأخرى) . لاحظ : مؤلفه : القانون الدولي الخاص ، ج ٢ ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، ١٩٨٩ ، ٩ ط ، ص ١١٢ وما بعدها . ولاحظ على وجه الخصوص ، ص ١٤٤ ، والهامش (٢) في الصفحة نفسها .

(كما أن التكييف قد حظي باهتمام المختصين في القانون الجنائي وقد فاضوا في الكتابة في هذا الموضوع الحيوي) لاحظ لمزيد من التفاصيل : د. هدى سالم الأطرقي ، أطروحتها سبق ذكرها ، ص ٢٢ وما بعدها .

لحكم قانوني معين ، وهنا تنطبق المقولتين الأخيرين في الفلسفة ، مقولتي الفعل والانفعال(١) ، فالتكييف هو فعل من خارج الواقعة به تتفاعل الواقعة لتدخل في حيز القانون ، وهو يختلف عن الوصف القانوني في ذاته ، فالتكييف هو عملية لإعطاء هذا الوصف الذي يعد نتيجة تترتب على هذه العملية القانونية الصرفة ، هذه العملية تؤدي إلى وضع الواقعة في قالبها القانوني الصحيح ؛ وهنا لا بد من التعرّيج على مسالتين هما : أ. ما الحل فيما لو لم يوجد نموذج (قالب) قانوني توصف به الواقعة ؟ لا مشكلة لدينا عندما تتعدد مصادر القانون ، لكن المشكلة تظهر جلية في القانون الجنائي الذي يعتمد على مصدر واحد للتطبيق هو التشريع فقط ، وهنا يرى البعض (٢) أن على المحكمة في هذه الحالة أن تحكم بالبراءة لعدم وجود وصف قانوني لهذه الواقعة ، ونحن نرى أن البراءة جاءت من تكييف الواقعة فعلاً مباحاً ، لأن إصدار الحكم لا يستقيم إلا بعد الفراغ من عملية التكييف أي كانت نتيجتها ، ثم أن علينا أن نميز بين النموذج القانوني للواقعة والنموذج الإجرامي أو النموذج القانوني للجريمة ، فالنموذج الأول يخص توصيف الواقعة تجريباً أو إباحة سواء أكانت الإباحة طبيعية أم استثنائية (٣) ، أما النموذج الثاني فإنه يخص الواقعة تجريباً كأصل عام ، ثم إباحتها إباحة استثنائية فقط إذا توافر سبب من أسباب الإباحة (٤) ، لأن عدم انطباق النموذج الإجرامي على الواقعة سيجعلها مباحة إباحة طبيعية وبالتالي لا يطبق قانون العقوبات عليها ؛ عليه فالعبرة بالنموذج القانوني للواقعة أيما كان حكمه .

ب. هل أن التكييف يعني إسناد الواقعة إلى شخص ما ؟ على الرغم من أن البعض (٥) يرى شمول التكييف للإسناد ، لكنني أرى غير ذلك ، فالإسناد له معنى آخر في القانون ، لا سيما في القانون الجنائي (٦) ، يختلف عن معنى التكييف الذي يقتصر دوره على إعطاء الوصف القانوني السليم للواقعة ، وهذا دور كبير لا يقلل من شأنه خروج دور الإسناد منه ، والذي يقتصر على بيان نسبة الفعل إلى الفاعل بإسناد

(١). المقولات العشر في ميحث القيم (الأكسيولوجيا) هي : الجوهر ، الكم ، الكيف ، الإضافة ، الأين ، المتى ، الوضع ، الملك ، الفعل ، والانفعال . (لاحظ : د. امام عبد الفتاح امام ، محاضرات في المنطق ، دار الثقافة ، القاهرة ، ١٩٧٣ ، ص ٨٩ .) وقد نظم بعضهم بيتين ذكر فيهما أمثلة المقولات العشر ليسهل حفظها ، قال :

زيد الطويل الأزرق ابن مالك في بيته بالأمس كان (متكي)

في يده سيف لواه فالتوى فهذه عشر مقولات سوى

فزيد مثال الجوهر ، والطويل للكم ، والأزرق للكيف ، وابن للإضافة ، وفي بيته للأين ، وبالأمس للمتى ، ومتكي للوضع ، و في يده سيف للملك ، ولواه للفعل ، والتوى للانفعال . (لاحظ : محمد جواد مغنية ، معالم الفلسفة الإسلامية ، مكتبة الهلال ، بدون مكان وزمان النشر) ، ص ٦٥ .

(٢). لاحظ المراجع التي أشارت إليها د. هدى سالم الأطرقي ، أطروحتها للدكتوراه سبق ذكرها ، ص ٢٥ .

(٣). في التمييز بين الإباحة الطبيعية والإباحة الاستثنائية ، لاحظ : د. عبد الرؤوف مهدي ، الاتجاهات المعاصرة في أساس ونظام إباحة الجريمة الرياضية ، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، القاهرة ، العدد ٣ ، السنة ٢٧ ، ١٩٨٣ ، ص ١١ .

(٤). لاحظ : د. عبد الرؤوف مهدي ، بحثه السابق ، ص ١١ . ولاحظ : د. محمد سليمان الأحمد و د. نضال ياسين حمو ، المنشطات الرياضية ، دار جبهة للنشر ، عمان ، ٢٠٠٢ ، ص ١٦ .

(٥). د. هدى سالم الأطرقي ، أطروحتها سبق ذكرها ، ص ٢٥ .

(٦). لاحظ : د. رؤوف عبيد ، السببية الجنائية بين الفقه والقضاء ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٤ ، ط ٤ ، ص ٣ .

ب-التكييف هو عملية (قوننة) الواقعة، إذ إنه عن طريق التكييف القانوني تتحول الواقعة من مجرد مسألة اجتماعية أو اقتصادية أو سياسية أو ما تشاكل ذلك، إلى مسألة قانونية؛ و(القوننة)- إن صح التعبير- أعني بها صهر الواقعة بمفرداتها وملابساتها، وجعلها واقعة مؤهلة لتطبيق القانون عليها، فالتكييف هو تأهيل الواقعة لتطبيق القانون عليها. (١)

ج-التكييف عملية ممهدة لتطبيق القانون، وقد يكون التكييف أول ما يبدأ به التطبيق؛ وقد ذكرنا أن التكييف يشبه التشخيص في الطب، فالطبيب لا يستطيع أن يعالج ما لم يشخص المرض، والمعالجة القانونية لأية مشكلة لا تتم إلا بإعطائها الوصف القانوني السليم الملائم لتطبيق الحكم عليها.

د-التكييف عملية، فضلا عن أنها تمهيدية، فهي حتمية؛ إذ يتحتم دائماً وأبداً تكييف الواقعة تمهيداً لتطبيق حكم القانون عليها، سواء أكان هناك لبس أم لم يكن. فالأشخاص، وهم أحد أهم عناصر الغالبية العظمى من الوقائع، لا يدركون حقائق المعاني القانونية للألفاظ والكلمات المستخدمة في معاملاتهم بصورة عامة، لكن المختص بعملية التكييف يحاكي مفردات الواقعة ويترجمها ضمن فرضيتها القانونية لتطبيق الحكم عليها، وهذا الأمر حتمي في كل وقت وحين في نطاق تطبيق القانون المختص.

هـ-التكييف هو عمل يختص به قاضي الاختصاص، إذ لا تكييف لواقعة غير معروفة بطبيعتها القانونية، فهذه الواقعة لا يعرف ما قانونها المختص بأمثالها؛ فعملية معرفة كون هذه المسؤولية مدنية أو جنائية أو إدارية، ليست بتكييف؛ وعملية معرفة كون هذا العقد مدنياً أو تجارياً أو إدارياً، ليست بتكييف؛ وعملية معرفة كون دفع هذا المبلغ أو ذاك على سبيل الغرامة أو التعويض أو الضريبة، ليست بتكييف؛ لأن ما يميز

(١) في بحث منشور لنا، ميزنا بين القوننة و(القوننة)، فالقوننة تعني، أنها التدخل القانوني في بعض الأوضاع غير القانونية، وغير القانونية بمعنى أنها، إما كانت غير مشروعة، فشرعها القانون، كما في الزواج المثلي وتعاطي المخدرات، حيث يقال قوننة الزواج المثلي أو قوننة تعاطي المخدرات، في قوانين البلاد التي قوننت مثل هذه الأوضاع، أو أنها أوضاع، وإن كانت مشروعة، لكن القانون لم ينظمها بعد، مثلاً قوننة التظاهرات، وقوننة التوقيع الإلكتروني، وغيرها. فالقوننة هي تحول الأوضاع من أوضاع غير قانونية إلى قانونية، عبر قيام التشريعات بتنظيمها وإقرارها وحمايتها، لكن ما نقصده ب(القوننة)، يتباين مع ذلك، وإن كان قريباً منه في المعنى، فالعقد ليس بالوضع غير القانوني لكي يحتاج إلى قوننة، بل هو لا يحتاج إليها أصلاً، إنما هو وضع لا يقدر القانون على نكرانه أبداً، لكن القانون جعل وسيلة لوضع بند عقدي مفترض فيه يعبر عن الإرادة العقدية العامة، عن طريق فتح قناة في العقد، والقناة التي يفتحها القانون في العقد، لا شك أن أفضل مصطلح للتعبير عنها يتمثل في ال(قوننة)، (إذن فالقوننة) هي قناة يضعها القانون في العلاقات العقدية عموماً، وفي بعضها على وجه الخصوص، لإعتبرات معينة، تعبيراً عن الإرادة العقدية العامة، لتحقيق مصلحة عقدية جماعية تمثل في الأساس في منع كل عقد من أن يحقق لطرفيه مصالح على حساب الإضرار بالجماعة ضرراً لا يقره العاقدان لأنفسهما وهما يبرمان عقدهما المشترك. وإن كان مصطلح ال(قوننة) غير دراج في لغتنا العربية، لكنه بالإمكان إدراجه في لغتنا القانونية الخاصة، شأنه شأن استخدامات كثيرة درج الفقه والقضاء ورجال القانون على استخدامها في القوانين والأحكام والمؤلفات الحقوقية، دون أن يكون لها أساس في اللغة الفصحى، كما في استخدام مصطلح (الغير) و(البعض) وما شاكل ذلك، والمهم أن يكون لهذا الاستخدام ضرورة ومعنى خاص على وفق اللغة المهنية الدارجة. (لاحظ، بحثنا: (قوننة) العقد، منشور في مجلة دراسات قانونية وسياسية، تصدرها كلية القانون والسياسة بجامعة السلمانية، إقليم كردستان-العراق، السنة الأولى، العدد (٢)، كانون الأول، ٢٠١٣، ص ١١).

مادي كان أو معنوي(١). كما أن التكييف يختلف عن الإسناد القانوني الذي يتعلق بإسناد واقعة تتنازع عدة قوانين بشأن التطبيق عليها، إلى أحد هذه القوانين، سواء أكان التنازع بين قوانين عدة دول أو بين قوانين مختلفة في داخل الدولة، وسنبين وجه الاختلاف عند البحث في ماهية الطبيعة القانونية.

٧- والتكييف القانوني يتصف، عموماً، بالصفات الآتية:-

أ-انه عمل قانوني، يتم به إعطاء الوصف القانوني السليم للواقعة (بمعناها العام) المعروضة على القاضي أو الفقيه، فهذا العمل لا يحاكي طبيعة الواقعة، بل يحاكي مفرداتها ومدى انسجامها مع القوالب القانونية الموضوعية من قبل القانون، إذ إن القانون يضع أوصافاً معينة لوقائع يفترض وقوعها في المستقبل (٢) لكن دون أن يدخل في تفصيلات الواقعة الحياتية الحاصلة فعلاً في الواقع والتي تخرج من مدارك الافتراض منطقاً، لا رغبة من المشرع بل لأن تفصيلات الواقع متنوعة وكثيرة وغير متناهية (٣)، وبالتالي فالمشرع لا يستطيع استيعاب كل ما سيقع في المستقبل، فكل ما بفعله هو وضع (القوالب) -إن صح التعبير-، فيأتي دور القاضي أو الفقيه أو من يقوم بهذه المهمة (٤)، بإدراج الواقعة الحاصلة الحادثة ووضعها في قالبها المناسب. فالوصف موضوع من قبل القانون، ووضعها هنا للأوصاف لا يعني أنه يكيف الوقائع -كما سبق أن ذكرنا- بل لكون من يضع الأوصاف أصلاً إنما يقوم بالتشريع، أما من يطبق هذه الأوصاف على الواقعة، فإنه يقوم بالتكييف لأنه لا يضع بل يعطي وصف القانون، وهذا أيضاً ما يدل على اتصاف الوصف بالقانوني.

(١). لاحظ: د. ماهر عبد شويش ود. محمد سليمان الأحمد وهيثم حامد المصاروة، نظرية تعادل الأسباب في القانون الجنائي، دار الحامد، عمان، ٢٠٠٠، ص ١٤.

(٢). لاحظ: بحثنا، فكرة التطور القانوني بين تبدل القانون وتغير الواقع (دراسة تحليلية استخلاصية لعنصر (المستقبل) في القاعدة القانونية، مجلة بحوث مستقبلية، تصدرها كلية الحداثة والجامعة، العدد الأول، ٢٠٠٠، ص ٢٩٧.

(٣). وهنا يقترح التكييف من القياس، كأساس الأخير يقوم على فكرة أن النصوص متناهية وأن الوقائع غير متناهية فكيف يمكن أن يدرك المتناهي غير المتناهي (لاحظ: أ.د. مصطفى الزلي، أصول الفقه الإسلامي في نسجته الجديد، مركز عبادي، صنعاء، ١٩٩٦، ص ١٠٤ وما بعدها.) والقياس قد يكون أحد أدوات عملية التكييف لأن الواقعة قد لا يمكن إعطاؤها الوصف القانوني الصحيح إلا بقياسها على واقعة أخرى منصوص عليها، ثم أن التكييف غير محصور فقط في دائرة الأوصاف المنصوص عليها بل يشمل الأوصاف الموضوعية من قبل المصادر غير النصية أيضاً.

(٤). من الممكن أن يقوم غير القاضي والفقيه بمهمة التكييف، فرجل الإدارة يمكن أن يقوم بتكييف الوقائع الإدارية المعروضة عليه، وكذا المحامي فيما يعرض عليه من قضايا.

المبحث الثالث

ماهية الطبيعة القانونية

٨- عندما يتم تعريف قانون ما ، فإنه يتم تعريفه بموضوعاته المدرجة تحت ظله ، فالقانون المدني هو مجموعة القواعد التي تنظم المعاملات المدنية ، والقانون الدستوري هو مجموعة القواعد التي تحدد شكل الدولة ونظام الحكم فيها وتضمن الحقوق والحريات العامة والأساسية و تنظم اختصاصات السلطات الثلاث في الدولة والعلاقة فيما بينها ؛ وهكذا إذن فالقانون هو الذي يحدد طبيعة الوقائع من وجهة النظر القانونية ، إذ إن للأشياء طبائع أخرى من زوايا متعددة ، لكن القانون يحدد طبيعتها القانونية فحسب ، بمعنى القانون المختص بها .

٩- إن القانون عندما يحدد الطبيعة القانونية للأشياء فإنه يحاكي ذات الواقعة في نظره وليس في نظر الواقع ، من هنا يلاحظ أن القانون هو الذي ينشئ الطبيعة القانونية للوقائع ، أما الكشف عن هذه الطبيعة فيتم من قبل من يهتم بالكشف عنها ، فيكون عن طريق عملية يطلق عليها (الإسناد القانوني) ، وهذا الإسناد يختلف عن إسناد مكونات الواقعة ، كإسناد النتيجة إلى الفعل وإسناد الفعل إلى الفاعل ، فالإسناد القانوني يعني نسبة الواقعة إلى قانون يطبق عليها ، فتحدد طبيعة الواقعة من خلال إسنادها لقانون معين ، والمقصود بالقانون هنا القانون بمعناه الخاص ، أي القانون المختص بالتطبيق - كما ذكرنا في المبحث السابق - ؛ فإذا كانت الواقعة تتعلق بمعاملة مالية خاصة ونحن لا نعرف طبيعة هذه الواقعة ، فهل أن هذه المعاملة مدنية أم تجارية ؟ فإذا أسندنا هذه المعاملة إلى قواعد القانون المدني فقد فهمنا أن هذه الواقعة ذات طبيعة مدنية ، وكذلك الحال فيما لو أسندت الواقعة إلى قواعد القانون التجاري .

١٠- إن الإسناد الكاشف للطبيعة القانونية يختلف عن الإسناد في القانون الدولي الخاص ، إذ إننا لا نستطيع تطبيق قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص إلا إذا كنا أمام علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي ، أما الإسناد الكاشف للطبيعة القانونية فيمكن أن يكون في كافة العلاقات القانونية الوطنية الخالصة والمشوبة بعنصر أجنبي . والإسناد الكاشف للطبيعة القانونية ليس حتماً في كل الوقائع إلا في تلك التي يشك في طبيعتها القانونية ولأي قانون تخضع ؟ بعكس ما رأيناه في التكييف القانوني ، وهذا ما يفرق بين الإسناد الكاشف للطبيعة القانونية والتكييف القانوني ، لكن ماذا عن الطبيعة القانونية في ذاتها ؟

١١- في الوقت الذي رأينا فيه أن التكييف يتعلق بمقولتي الفعل والانفعال منطلقاً ، نجد أن الطبيعة القانونية تتعلق بمقولة (الكيف) (١) ، أي (كيف) جوهر الواقعة ، إذ إن الطبيعة القانونية ثابتة في الأشياء ، هذا الثبات هو :-

(١) . لاحظ ما سبق ذكره في الهامش رقم (١٠) من هذا البحث . ولاحظ أيضاً : الأستاذ عبد الرحمن حسن حبنكة الميداني ، ضوابط المعرفة وأصول الاستدلال والمناظرة ، دار القلم ، دمشق - بيروت ، ١٩٧٥ ، ط١ ، ص٢٣٩ .

قانون عن آخر يعتمد ، أساساً ، على موضوع هذا القانون وما يتميز به عن موضوعات القوانين الأخرى ، وموضوع القانون يعني المفردات العامة التي يختص القانون بها ، وهذه المفردات قد أعطاه القانون طبيعة معينة تجعلها تخضع لقانون معين دون غيره ؛ فإذا أردنا معرفة أن هذه المسؤولية مدنية أو جنائية أو إدارية ، فإننا بصدد تحديد طبيعتها القانونية ، لأنه بهذا التحديد سيتعين القانون الأولى بالتطبيق ، وهو القانون المدني (فيما لو كانت المسؤولية مدنية) ، أم القانون الجنائي (فيما لو كانت المسؤولية جنائية) ، أم القانون الإداري (فيما لو كانت المسؤولية إدارية) ؛ وكذلك الأمر بالنسبة للعقد ، فالعقد إذا كان مدنياً فسنتطبق عليه القانون المدني ، وإذا كان تجارياً فسيختص به القانون التجاري (١) ، وإذا كان إدارياً فيتعين إسناده إلى القانون الإداري ؛ مع ملاحظة الإحالات القانونية إلى القواعد العامة ؛ وهكذا بالنسبة للالتزام بالدفع ، فإذا كان على سبيل الغرامة عدّ الموضوع ذا طبيعة جنائية ، أما إذا كان الدفع على سبيل التعويض فالموضوع ذو طبيعة مدنية ، وأما إذا كان الدفع على سبيل الضريبة فإننا أمام قضية مالية عامة ينطبق عليها قانون الضرائب . وعملية تحديد الطبيعة القانونية للواقعة يمكن أن نطلق عليها بالإسناد كما سيجي بيان ذلك .

و- ينعقد التكييف على مرحلتين ، مرحلة إلحاق الواقعة بوصف قانوني يجعلها تخضع لنمط قانوني معين (٢) في قانون معين ؛ ومرحلة توظيف الواقعة لصهرها في فرضية القاعدة القانونية الخاصة بها تمهيداً لتطبيق حكم القاعدة عليها . ولربما يكون بإمكاننا أن نسمي التكييف الأول بـ (التكييف التوصيفي) ، والثاني بـ (التكييف التوظيفي) ؛ ففي الأول نلحق الواقعة بنظامها القانوني ، وفي الثاني نلحقها بحكمها الخاص بها ؛ فمثلاً لو عرضت قضية أمام القاضي تتعلق بمسؤولية مدنية ، فإن عليه أولاً أن يوصف الواقعة فهل هي مسؤولية عقدية أم غير عقدية (تقصيرية) ، وهذا هو التكييف التوصيفي ، وبه تلحق الواقعة إما بنظام المسؤولية العقدية أو بنظام المسؤولية الأخرى ، فإذا وجد القاضي أنها مسؤولية غير عقدية ، فأية فرضية تنصهر بها الواقعة المعروضة ؟ هنا يأتي دور التكييف التوظيفي .

(١) . ينتقد بعض الفقهاء استخدام مصطلح (العقد التجاري) ويربر انتقاده بأن هذا الاستخدام (يؤحي بوجود فئة مستقلة من العقود ذات صفة تجارية بحتة اقتضاها التعامل التجاري ، تقوم إلى جانب العقود المدنية ، في حين أن العقود التجارية لا تختلف ، في حقيقتها ، لا من حيث الأركان ولا من حيث شروط الصحة ولا من حيث أسباب الانقضاء ، عن العقود المدنية ، لذلك يؤكد كبار الفقهاء في فرنسا أنه لا توجد (عقود تجارية) ، بالمعنى الدقيق ، وإنما توجد عقود مسماة توصف بالمدنية أو التجارية تبعاً لصفة أطراف العقد والغرض من التعاقد (لاحظ: د. محمد حسن الجبر ، العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية ، مطابع جامعة الملك سعود ، الرياض ، ١٩٨٤ ، ص٢) . (وقد أيد بعض الفقهاء هذا الاتجاه) لاحظ: د. علي البارودي ، القانون التجاري اللبناني ، ج٢ ، الدار المصرية ، بيروت ، ١٩٧١ ، ص٥ .

(٢) . النمط القانوني يشمل مجموعة من الفكر القانونية المشتركة في العرض ، وبمجموع الأنماط القانونية يتكون في القانون ما يسمى بالنظام القانوني ، فمثلاً يعد كل من إبرام عقد الزواج والخطبة والمهر وشكل الزواج والنفقة والنسب والدخول والخولة والعدّة والخلع والتفريق والطلاق ، أنماطاً قانونية في نظام الزواج . (لاحظ في تعريف النظام القانوني كل من: د. مالك دوهان الحسن ، المدخل لدراسة القانون ، ج١ ، مطبعة الجامعة ، بغداد ، ١٩٧٢ ، ص١٨ . أ. عبد الباقي البكري ، أ. زهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ، مطبعة التعليم العالي ، الموصل . ١٩٨٩ ، ص٢٧) .

المبحث الرابع

العلاقة بين التكييف القانوني والطبيعة القانونية

١٥- العلاقة بين التكييف القانوني والطبيعة القانونية ، هي علاقة بين الذات والتفاعل مع مفرداته ، فالطبيعة القانونية هي الذات القانونية للواقعة ، فهي جواب للسؤال عن (كيف) لجوهر الذات ، لكن (كيف) هنا من القانون واليه ؛ أما التكييف القانوني فهو عمل يقوم به شخص مختص في القانون له أدواته القانونية في التعامل مع مفردات الذات (ذات الواقعة) ، فيقوم ب(قوننتها) أولاً من خلال جعل القضية الواقعة قضية قانونية تتطلب وضع حل قانوني لها ، فالتكييف مرتبط بفاعل يأتي من خارج الذات ليضفي عليها وصف قانوني تمهيداً لتطبيق حكم القانون عليها .

١٦- وعلى الرغم من اختلاف معنى التكييف القانوني عن معنى الطبيعة القانونية ، فإن هناك علاقة وأوجه للشبه بينهما يمكن تحديد أهمها في الآتي :-

أ- إن محل كل من التكييف القانوني والطبيعة القانونية هو الواقعة ، ولا نعني بالواقعة هنا المعنى الضيق الخاص ، بل المعنى الواسع العام لها ، فهي تعني كل حدث حاصل بإرادة أو بدونها قابلاً للحكم عليه مهما كان ، فيصدق وصف الواقعة على كل ما يمكن أن تترتب الأحكام القانونية عليه ، والواقعة لا تقبل حكم القانون عليها ما لم تكن محلاً للإثبات (١) ، فكل واقعة تقبل الإثبات تصلح أن تكون محلاً للتكييف القانوني والطبيعة القانونية . عليه فإن كل من العقود ، والاتفاقات بين الأشخاص القانونية مهما كانوا ، داخل الدولة الواحدة أو على مستوى العلاقات الدولية ، والمسؤوليات ، والوقائع المادية ، طبيعية كانت أو بفعل الإنسان ، والجرائم سواء أكانت جنائيات أو جنحاً أو مخالفات ، وعقوباتها ، والعمو والصفح ، والخلافة عامة كانت أو خاصة ، شخصية كانت أو عينية ، وكافة المعاملات والحوادث المنشئة لكافة الحقوق عينية أو شخصية أو معنوية ، والقرارات الإدارية ، والأحكام القضائية ، والإجراءات على أنواعها ، وأعمال السيادة ، بل وحتى القرارات التشريعية ، هي وقائع بالمعنى العام لها ، لأنها أحداث قابلة للحكم عليها .

فالعقد قابل للحكم عليه بالصحة أو البطلان أو الفسخ ، وكذا الاتفاقات الأخرى ، والمسؤولية تقبل الحكم عليها بترتيب آثارها من عدمه ، وكذا الحوادث طبيعية أو بفعل الإنسان سواء شكلت جريمة أو فعلاً مباحاً ، كما أن أي قرار إداري قابل للحكم عليه بالنفاذ أو التوقف أو البطلان ، وكذا الحكم القضائي فإنه قابل للحكم عليه بالتصديق أو النقض ، فإذا كان مما لا يقبل الطعن ، فإنه يقبل الحكم عليه فقهاً ، وإن لم يكن هذا الحكم ملزماً ؛ بل حتى القوانين والتشريعات ، فهي أحداث قابلة للحكم عليها ، فهل التشريع موافقاً للدستور أم لا ، وهل الدستور معبراً عن إرادة الشعب ، وهل أن هذا القانون أو ذاك مقنعاً ، متزناً ، عادلاً ، مواكباً للتطور ، قابلاً للتطبيق ، جامداً ، مرناً ، هل حل مشكلة ، أم زاد الطين بلة ، ...إلخ ، وأعني

(١) . لاحظ : أ.د. عباس العبودي ، كتابه في قانون الإثبات العراقي ، سبق ذكره ، ص ٤٤ وما بعدها . وكتابه في قانون البيئات الأردني الجديد ، سبق ذكره ، ص ٤٢ وما بعدها .

أ- ثبات قانوني ، فالقانون هو المحدد الأصلي للواقعة .

ب- ثبات نسبي ، لأن القانون قد يغير من الطابع القانونية للأشياء .

ج- ثبات موضوعي ، فالطبيعة ثابتة في الموضوع وإن لم تصل إلى علم من ينبغي إدراكها .

١٢- إن الطبيعة القانونية معلومة وينحصر معرفتها في حقيقة ذهنية رسخها القانون تتعلق بدرجة هذه الواقعة أو تلك ضمن قائمة مجموعة معينة من القواعد القانونية ، يطلق عليها بالمجموعة القانونية ؛ ويقصد بالمجموعة القانونية ، نصوص القانون المشرعة التي تحكم حقلاً من حقول الحياة الاجتماعية الذي تتسم روابطه بوحدة طبيعتها ، فيقال المجموعة المدنية والمجموعة التجارية والمجموعة العقابية (١) .

٣- إن تحديد مفهوم الطبيعة القانونية مرتبط بادرار الكليات الخمس في علم المنطق ، وهي : الجنس والنوع والفصل والعرض والخاص والعرض العام (٢) . فالجنس مجموعة من أنواع مشتركة في صفات معينة وإن اختلفت في حقائقها ، فالجنس في حالة الإنسان هو الحيوان أما النوع فمجموعة من أشياء مشتركة في حقائقها وإن اختلفت في خصائصها وميزاتها ومشخصاتها ، فالإنسان نوع من الكائنات الحية . أما الفصل فهو ما يميز النوع عن غيره من الأنواع ، فالإنسان نوع ، لكن ما يميزه عن أبناء جنسه من الأنواع الأخرى ، أنه ناطق . أما العرض الخاص فهو استدراك كل النوع وخصائصه وإن لم تبدو فاعلة ، كالضحك عند الإنسان وإن لم يضحك . أما العرض العام فهو صفة غير ذاتية في حقيقة الشيء ، بل تتحقق في أفراد وأفراد غيره ، كوصف التنفس في الإنسان (٣) .

١٤- إن الطبيعة القانونية للأشياء وتكييف الوقائع تتطلب منا تعريف الواقعة وتحديد صفاتها وخصائصها وتمييزها عن غيرها من أنواع الوقائع الأخرى ومن ثم تحديد طبيعتها وتكييفها القانوني . ونبدأ بالتعريف الذي يقصد به (القضية التي تحدد لنا الصفات الجوهرية للشيء ، أو تلك الصفات التي بناءً عليها أطلق عليه اسمه ، فالاسم هو موضوع القضية ، والمحمول هو الصفات التي إذا فقدها الشيء فقد وجوده معها ، إذ التعريف هو ماهية الشيء وكيانه ، وتلك الماهية مؤلفة من الجنس والفصل وهي متساوية في نطاقها مع الموضوع الذي تعرفه ، أو أن التعريف ينطبق على كل فرد من أفراد الموضوع ، مثل (حيوان ناطق) بالنسبة للإنسان (٤) . فالتعريف هو تحديد ماهية الشيء ، أي جوهره ؛ وتحديد الصفات هو العرض العام ؛ والخصائص هو العرض الخاص ؛ وتمييز الشيء عن ما يشته به هو الفصل ؛ وتحديد تكييفه القانوني هو تحديد نوعه؛ وبالنهاية لا يبقى سوى تحديد الطبيعة القانونية للشيء ، أي تحديد جنسه .

(١) . لاحظ : أ. عبد الباقي البكري وأ. زهير البشير ، مرجع سبق ذكره ، ص ٢٦ .

(٢) . لاحظ : د. إمام عبد الفتاح إمام ، مرجع سبق ذكره ، ص ٩٨ . وأ. د. مصطفى إبراهيم الزلي ، الصلة بين علم المنطق والقانون ، مطبعة شفيق ، بغداد ، ١٩٨٦ ، ص ٢٤ .

(٣) . لاحظ : أبو الحسن علي بن محمد بن علي الجرجاني (السيد الشريف) ، التعريفات ، دار الشؤون الثقافية العامة ، بغداد ، (دون سنة نشر) ، الصفحات على التوالي: ٤٨ ، ١٣٤ ، ٩٥ ، ٥٧ ، ٨٦ . ولاحظ : الأستاذ عبد الرحمن حسن حبنكة الميداني ، مرجع سبق ذكره ، ص ٣٥ . والأستاذ محمد المبارك عبد الله ، المنطق في شكله العربي ، مطبعة وزارة التربية ، بغداد ، ١٩٨٤ ، ط ١ ، ص ٢٨ وما بعدها .

(٤) . لاحظ : د. إمام عبد الفتاح إمام ، مرجع سبق ذكره ، ص ٩٦ .

الواجب التطبيق على واقعة ما ، وثيق الصلة بكل من المعنيين العام والخاص للقانون ، سواءً أكان القانون المراد معرفته ، واجب التطبيق على علاقة دولية أو علاقة وطنية غير مشوبة بعنصر أجنبي ، فالمهم بالنسبة للعلاقات الدولية الخاصة المشوبة بعنصر أجنبي ، هو تحديد القانون بمعناه العام ، ما دام هناك عدة قوانين لدول مختلفة تتنازع في التطبيق على ذلك النوع من العلاقات ، لذا فإن حل النزاع بين هذه القوانين ، لا يتم إلا بتحديد أي من هذه القوانين هو واجب التطبيق على تلك العلاقات (١) ، كأن يبرم شخص عراقي عقداً في الأردن مع شخص سوري لغرض تنفيذه في لبنان ، (المثال المطروح أنفاً) (٢) ، فأى من هذه القوانين هو الواجب التطبيق على هذا التصرف (الواقعة بمعناها العام) ؟

١٨- لكن العملية لم تنته بعد ، إذ أن تحديد القانون الأردني - مثلاً - في مثالنا أعلاه ، على العلاقة الدولية الخاصة المشوبة بعنصر أجنبي ، لم يحل سوى بعض المشكلة ، إذ بقي تحديد مسألتين مهمتين هما:

أ- تحديد نوعية القانون المطبق على الواقعة ، فلا يكفي أن نقول أن القانون الأردني هو الواجب التطبيق عليها ، بل لا بد من تحديد نوعية هذا القانون ، وهو القانون المدني ، أم القانون التجاري ، أم قانون المالكين والمستأجرين ؟ وبهذا التعيين يتحدد القانون بمعناه الخاص . وهو لا غنى عنه في العلاقات الدولية الخاصة المشوبة بعنصر أجنبي ، ولا غنى عنه في العلاقات الوطنية الصرفة كذلك .

ب- تحديد نوع الواقعة ، فإن كانت عقداً فهل هو عقد بيع أم هبة أم إيجار ، .. ، إلخ ، وإن كانت مسؤولية ، فهل هي مسؤولية تقصيرية أم عقدية ؟؟

ومن خلال تحديد هاتين المسألتين في الموضوع ، يتضح لنا أن المسألة الأولى ، إنما تتعلق بتحديد الطبيعة القانونية للواقعة ، أما المسألة الثانية فتتعلق بالتمييز القانوني لها ، فالطبيعة القانونية تعني إخضاع الواقعة لقانون (بمعناه الخاص) ، أي لتنظيم قانوني معين ، أما التمييز القانوني فيعني إعطاء الوصف القانوني السليم للواقعة .

١٩- لكن علينا أن نشير إلى نقطتين مهمتين هما :

أ- قد يظن البعض أنه من الواجب - أولاً - تحديد القانون بمعناه الخاص ، ثم التحول إلى تعيين القانون بمعناه العام ، فيما لو كانت العلاقة مشوبة بعنصر أجنبي ، على أساس أن القاضي عندما يطبق قانوناً أجنبياً على علاقة دولية خاصة ، فإن أول عمل يقوم به هو (تكييف) تلك العلاقة (٣) ، ومن ثم تعيين القانون بمعناه العام .

(١) . لاحظ: د. حسن الهداوي و د. غالب الداؤودي ، القانون الدولي الخاص ، القسم الثاني ، دار الكتب ، الموصل ، ١٩٨٨ ، ص ١١ .

(٢) . لاحظ: الفقرة (٢) من البحث .

(٣) لاحظ: د. ممدوح عبد الكريم حافظ ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، ١٩٧٧ ، ط ٢ ، ص ٢٦٦ . ولاحظ أيضاً: د. حسن الهداوي ، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي ، مطبعة الإرشاد ، بغداد ، ١٩٧٢ ، ص ٥٩ وما بعدها .

بالحكم هنا هو الرأي القانوني المبدي في الواقعة من قبل القائم بعملية التكييف أو الإسناد الكاشف للطبيعة القانونية ، سواء أكان ملزماً ، كالحكم القضائي ، أم غير ملزم ، كأفكار الفقهاء وآرائهم .

ب- إن أدوات كل من القانون في إضفاء الطبيعة القانونية على الوقائع المجردة ، والقائم بعملية الإسناد الكاشف لهذه الطبيعة ، والمكيّف القانوني للواقعة ، هي أدوات قانونية ومنطقية ، فالمرشع - على سبيل المثال - هو الذي يحدد الطبيعة التجارية لبعض الأعمال ، كالشراء بقصد البيع ثانية بربح ، ومن ثم لو عرضت قضية تتعلق بعمل مفاده شراء شيء معين لغرض بيعه ثانية بربح ، يصبح لدينا تصور عن طبيعة هذه الواقعة وما يصدق عليها (٧) ، لكن كيف نكيفها ؟ فإذا بدأنا بالتكييف التوصيفي وكان شراء الشيء لغرض بيعه ثانية بطريقة البيع الإيجاري ، فهنا نكون أمام تساؤل ، هل أن هذا التصرف بيع أم إيجار ؟ هنا لا بد من استخدام أداة قانونية ومنطقية ، فالعقد (جنس) وله (أنواع) ، ولكل نوع مميزات (تفصله) عن غيره ، وهذه المميزات هي (أعراض خاصة) به نأخذها بعين الاعتبار بعيداً عن (الأعراض العامة) المشتركة بين أكثر من عقد . إذن على القائم بالتكييف أن يدرك عناصر وخصائص كل عقد على حدة ، فإذا توافرت العناصر الجوهرية لأحد العقود في الواقعة المعروضة ، رجحت كفة هذا العقد على العقود الملتبس توافرها في الواقعة ، الأداة هنا بجانب كونها منطقية فهي قانونية ، فالقانون هو الذي يحدد العناصر الجوهرية للعقد ، فعندما يرى القاضي أن التصرف في المثال أعلاه يغلب عليه وصف البيع لتوافر عناصره الجوهرية ، فإنه يكون قد انتهى من التكييف التوصيفي ، ليأتي إلى التكييف التوظيفي ، فما هي المشكلة وما هو الحكم القانوني الخاص بها والمطبق على الفرضية الواردة في القاعدة القانونية ، والتي ألحقت الواقعة المعروضة بها ، وهنا سيكيف القاضي المشكلة فهل هي تتعلق بإبرام العقد أم تنفيذه أم فسخه وانقضائه ؟؟ بأداة قانونية منطقية .

ج- ولا ننسى أن كل من التكييف القانوني والطبيعة القانونية يلعب دوراً مهماً في القانون الدولي الخاص ؛ إذ إن من يريد أن يكيف واقعة ما مشوبة بعنصر أجنبي ، أو يحدد طبيعتها القانونية ، فإنه يهدف من وراء ذلك إلى إخضاع هذه الواقعة لقانون ما ؛ معنى هذا: أن التكييف القانوني يشترك مع الطبيعة القانونية في أنهما - بتحديدتهما وتعيينهما - يهدفان إلى تعيين القانون الواجب التطبيق على الواقعة التي تتنازع عليها عدة قوانين ؛ لكن ما هي نوعية القانون الذي يراد إخضاع الواقعة لاختصاصه ؟

١٧- يهمل غالبية المختصين في علم القانون موضوعاً مهماً في المدخل إلى دراسة هذا العلم ، ألا وهو تحديد المعنيين العام والخاص للقانون ، وقد سبق لنا أن حددنا هذين المعنيين ، وبعد إدراك هذين المعنيين للقانون ، يلاحظ أن العملية تمر بمراحل حتى نصل إلى هدف كل من التكييف وتحديد الطبيعة ، وما لهذين النمطين القانونيين من دور فاعل في اختيار القواعد القانونية التي يشتمل عليها القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية الخاصة المشوبة بعنصر أجنبي . إن تحديد القانون

(١) . التصور هو مدرك ذهني مرتبط بالمفهوم ويقصد بالمفهوم المعنى الذهني الذي يثيره اللفظ في الأذهان ، واللفظ دلالة كلامية عليه . وأما الماصدق أو (المصدق) فهو الفرد أو الأفراد التي ينطبق عليها اللفظ إذ يتحقق فيها مفهومه الذهني . (لاحظ: الأستاذ عبد الرحمن حسن حبيكة الميداني ، مرجع سبق ذكره ، ص ٤١) .

صحيح إن أول مرحلة من مراحل تطبيق القانون الأجنبي تكمن في التكيف ، لكن يجب إدراك معرفة المفهوم الدقيق للتكيف في مجال القانون الدولي الخاص من جهة ، وفي مجال المعاملات المالية من جهة أخرى ، فالتكيف - كما مر بنا - هو : (تحديد الوصف السليم للرابطة القانونية المطروحة أمام القاضي لينتهي إلى كون العقد محل النزاع هو عقد إيجار أو عقد بيع ... الخ) (١) ؛ فالغاية من التكيف - إذن - كما يقول بعض الفقهاء (٢) - هي : (وصل الحالة القانونية بإحدى الفكر المسندة لا بأحد النظم القانونية كما يقال عادة ، لأن تقسيم الأنظمة القانونية ليس مطابقاً لتقسيم الفكر المسندة ، بل أن ثمة فكراً مسندة لا تعتبر بذاتها مكونة لأنظمة قانونية كأثار الزواج وأشكال التصرفات) . لذا فإن تحديد وصف العقد بأنه يدخل ضمن نطاق القانون المدني أو القانون التجاري ، هو ليس تكييفاً له ، بل تحديداً لطبيعته القانونية التي توصلنا بالنهاية إلى تحديد القانون بمعناه الخاص ، وهذا هو الفرق بين التكيف القانوني والطبيعة القانونية .

أما ما يتعلق بتحديد نمط الواقعة من حيث انتمائها لنظام محدد ، فهو استاذ لها وليس تكييفاً ، فتحديد وصف الواقعة يختلف عن تحديد وصف المشكلة التي انقذت بها مشكلة التنازع بين القوانين ، فكون المشكلة الأخيرة متصلة بكون المسألة هي مسألة أهلية أم شكل - على سبيل المثال - ، هي وجه أخير لاسناد الواقعة لنظام ، وهذا يدخل في الطبيعة لا في التكيف .

ولغرض تعيين القانون الواجب التطبيق على العقد - مثلاً - ، يجب أولاً تكييف هذا العقد ، ومن ثم تحديد القانون بمعناه العام ، على فرض وجود عنصر أجنبي في العقد ؛ هذا إذا لم يلتبس على القاضي تحديد وصف المشكلة التي خلقت وضع التنازع ، فهو يحتاج لتحديد الطبيعة القانونية لهذا الوجه فقط ، ومن ثم يُسند الواقعة الى قانونها ، أي أنه يقوم بتعيين القانون بمعناه الخاص (تحديد الطبيعة القانونية) .

ب- إن كون العلاقة القانونية ، علاقة دولية خاصة (٣) مشوبة بعنصر أجنبي ، أو علاقة وطنية العناصر ، لا يغير من طبيعتها القانونية ، فالعقد - مثلاً - إذا كان عقداً مدنياً ، فإنه يبقى بهذا الوصف ، وإن شابه عنصراً أجنبياً ، مما يعني أن العقود المدنية والتجارية ، من الممكن أن تكون دولية مثلما يمكن أن تكون وطنية ، ذلك لأنها تعدّ من عقود القانون الخاص (٤) .

الخاتمة

وتتضمن أهم النتائج والتوصيات على النحو التالي:-

٢٠- النتائج : ويمكن إجمالها في الآتي :

أ- يختلف مفهوم التكيف القانوني عن مفهوم الطبيعة القانونية ، في حين يعني التكيف إعطاء الوصف القانوني الصحيح للواقعة المعروضة ، تعني الطبيعة القانونية نوعية الواقعة من وجهة النظر القانونية ، فالتكيف يتصل بعمل يقوم به القاضي أو الفقيه في العادة ، فهو مرتبط بمقولتي الفعل والانفعال في علم المنطق ، أما الطبيعة القانونية فهي متعلقة بمقولة الكيف في علم المنطق .

ب- لتحديد الفاصل بين التكيف القانوني والطبيعة القانونية أهمية بالغة في تحديد نطاق القانون المختص ، فالطبيعة تحدد نوع القانون المطبق ، (القانون بمعناه الخاص) ، كما لو كان قانوناً مدنياً أو قانوناً تجارياً أو قانوناً للأحوال الشخصية أو ما إلى ذلك ، أما التكيف فهو انطلاقة تطبيق القانون على الواقعة ، إذ به (تتقنون) الواقعة ، فتظهر في فرضية القاعدة القانونية ليطبق عليها بعدد حكم القاعدة الوارد على فرضيتها ، وهذا ما دفعنا إلى تقسيم التكيف إلى نوعين ، تكييف توصيفي وتكييف توظيفي .

ج- إن محل كل من التكيف والطبيعة هو الواقعة بمعناها العام ، الذي به يقصد بالواقعة كل حدث يقع ويكون قابلاً لترتيب الحكم عليه ، والواقعة تكون صالحة لأن تكون محلاً لكل من التكيف والطبيعة ، متى ما كانت صالحة محلاً للإثبات.

د- القانون هو الذي يحدد الطبائع القانونية للوقائع ، وعادة ما يكون لدى رجل القانون تصور عن هذه الطبائع ، لكن إن التبس عليه الأمر ، فإن عليه أن يقوم بعملية الإسناد الكاشف للطبيعة القانونية.

هـ- إن لكل من التكيف القانوني والطبيعة القانونية دوراً مهماً في القانون الدولي الخاص ، في حالة وجود العلاقات القانونية الخاصة ذات العنصر الأجنبي ، إذ إن قواعد الإسناد في هذا القانون تشير دوماً إلى القانون الواجب التطبيق على الواقعة ، من خلال تحديدها (للقانون بمعناه العام) ؛ لكن العملية تتطلب كذلك تعيين (القانون بمعناه الخاص) في الدولة التي أشارت قواعد الإسناد إلى اختصاص قانونها ، وهنا يتحتم الرجوع إلى الإسناد الكاشف للطبيعة القانونية . وقبل هذا ينبغي أولاً معرفة وصف الواقعة ، وهنا يأتي دور التكيف القانوني .

(١) . لاحظ: د. هشام علي صادق ، مرجع سبق ذكره ، ص ١١١ .

(٢) . د. محمد كمال فهمي ، مرجع سبق ذكره ، ص ٣٢٧ .

(٣) العلاقات الدولية إما أن تكون عامة أو خاصة ، فالعلاقات الدولية العامة هي القائمة بين الدول أو بينها والمنظمات الدولية العامة ، أما العلاقات الدولية الخاصة فهي القائمة بين الأفراد (رعايا الدول) ، أو بين الأشخاص المعنوية الدولية الخاصة غير الحكومية ، والفرق بين النوعين من العلاقات الدولية ، أن العامة منها تخضع لقواعد القانون الدولي العام ، أما الخاصة منها فتخضع لقواعد القانون الدولي الخاص .

(٤) في المعنى نفسه لاحظ : د. حسن الهداوي و د. غالب الداؤودي ، مرجع سبق ذكره ، ص ٢٢ وما بعدها .

- ٢١- التوصيات : ويمكن إجمالها في الآتي :
- أ- إجراء الدراسات المعمقة في تحديد ماهيات المصطلحات المستخدمة في كل الدراسات القانونية ، كمصطلحات : الأساس القانوني ، والتأصيل القانوني ، والإطار القانوني ، والنظام القانوني ، والوضع القانوني ، والمركز القانوني ، وكذلك التكييف القانوني والطبيعة القانونية .
- ب- استخدام الأدوات المنطقية في التمييز بين الأنماط القانونية المختلفة ، سواء تلك الأنماط المتعلقة بأحكام الفقه القانوني ، أو تلك المتعلقة بأصول الفقه القانوني .
- ج- وضع منهج جديد في كليات القانون تحت عنوان (أصول الفقه القانوني) ، يتناول دراسة كيفية التعامل مع النصوص القانونية والتعريف بالمبادي القانونية والقواعد الكلية والدلالات واستنباط الأحكام والتحليل والتكييف والتفسير وما إلى ذلك ، والاستفادة من تراثنا الإسلامي الغني في هذا المجال والمتمثل في أصول الفقه الإسلامي .
- النص في القانون المدني على تعريف المصطلحات القانونية العامة المتعلقة بأصول التفسير والتكييف ، ووضع فواصل لمعاني كل المصطلحات القانونية.
- هـ - العمل على سن قانون التفسير العام للنصوص وأصول تطبيقها ، ليكون معيناً للقضاء في تفسير القوانين ، وبالتالي حسن تطبيقها تحقيقاً للعدالة .
١١. أ. عبد الباقي البكري و أ. زهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ، مطبعة التعليم العالي ، الموصل ، ١٩٨٩ .
١٢. أ. عبد الباقي البكري ود. علي محمد بدير و أ. زهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ، دار الكتب ، الموصل ، ١٩٨٧ .
١٣. د. عبد الرحمن حسن حبنكة الميداني ، ضوابط المعرفة وأصول الاستدلال والمناظرة ، دار القلم ، دمشق ، بيروت ، ١٩٧٥ ، ط ١ .
١٤. د. عبد الرؤوف مهدي ، الاتجاهات المعاصرة في أساس ونظام إباحة الجريمة الرياضية ، بحث منشور في مجلة إدارة قضايا الحكومة ، القاهرة ، العدد الثالث ، السنة ٢٧ ، ١٩٨٣ .
١٥. د. عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص ، ج ٢ ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، القاهرة ، ١٩٨٩ ، ط ٩ .
١٦. د. علي البارودي ، القانون التجاري اللبناني ، ج ٢ ، الدار المصرية ، بيروت ، ١٩٧١ .
١٧. د. مالك دوهان الحسن ، المدخل لدراسة القانون ، ج ١ ، مطبعة الجامعة ، بغداد ، ١٩٧٢ .
١٨. د. ماهر عبد شويش ود. محمد سليمان الأحمد وهيثم حامد المصاروة ، نظرية تعادل الأسباب في القانون الجنائي ، دار الحامد ، عمان ، ٢٠٠٠ .
١٩. أ. محمد جواد مغنية ، معالم الفلسفة الإسلامية ، مكتبة الهلال ، (بدون مكان وسنة نشر) .
٢٠. د. محمد حسن الجبر ، العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية ، مطابع جامعة الملك سعود ، الرياض ، ١٩٨٤ .
٢١. د. محمد سليمان الأحمد ، تنازع القوانين في العلاقات الرياضية الدولية ، دار وائل للنشر ، عمان ، ٢٠٠٤ .
٢٢. محمد سليمان الأحمد ، عناصر القاعدة القانونية (الفرضية والحكم) ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، كلية القانون ، جامعة الموصل ، العدد الخامس ، ١٩٩٨ .
٢٣. محمد سليمان الأحمد ، فكرة التطور القانوني بين تبدل القانون وتغير الواقع ، بحث منشور في مجلة بحوث مستقبلية ، كلية الحداثة الجامعة ، العدد الأول ، ٢٠٠٠ .
٢٤. د. محمد سليمان الأحمد ، المسؤولية المدنية للمساهمين في تنظيم الأنشطة الرياضية ، أطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة الموصل ، ٢٠٠٠ .
٢٥. محمد سليمان الأحمد ، الوضع القانوني لعقود انتقال لاعبي كرة القدم المحترفين ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة الموصل ، ١٩٩٧ .
٢٦. د. محمد سليمان الأحمد ود. نضال ياسين حمو ، المنشطات الرياضية ، دار جهينة للنشر ، عمان ، ٢٠٠٣ .
٢٧. أ.د. محمد سليمان الأحمد ، (قنونة !) العقد ، منشور في مجلة دراسات قانونية وسياسية ، تصدرها كلية القانون والسياسة بجامعة السليمانية ، إقليم كردستان-العراق ، السنة الأولى ، العدد (٢) ، كانون الأول ، ٢٠١٣ .

قائمة المراجع

١. أبو الحسن علي بن محمد بن علي الجر جاني (السيد الشريف) ، التعريفات ، دار الشؤون الثقافية العامة ، بغداد ، (بدون سنة نشر) .
٢. د. إمام عبد الفتاح إمام ، محاضرات في المنطق ، دار الثقافة ، القاهرة ، ١٩٧٣ .
٣. د. توفيق حسن فرج ود. محمد يحيى مطر ، الأصول العامة للقانون ، الدار الجامعية ، بيروت ، ١٩٨٩ .
٤. د. حسن الهداوي ، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي ، مطبعة الإرشاد ، بغداد ، ١٩٧٢ .
٥. د. حسن الهداوي ود. غالب الداؤودي ، القانون الدولي الخاص ، القسم الثاني ، دار الكتب ، الموصل ، ١٩٨٨ .
٦. د. رؤوف عبيد ، السببية الجنائية بين الفقه والقضاء ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٤ ، ط ٤ .
٧. د. سامي بديع منصور ود. عكاشة عبد العال ، القانون الدولي الخاص ، الدار الجامعية ، بيروت ، ١٩٩٥ .
٨. د. سعيد مبارك ، أصول القانون ، دار الكتب ، الموصل ، ١٩٨٢ .
٩. أ.د. عباس العبودي ، شرح أحكام قانون الإثبات العراقي ، دار الكتب ، الموصل ، ١٩٩٧ ، ط ٢ .
١٠. أ.د. عباس العبودي ، شرح أحكام قانون البيئات الجديد ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠٤ .

بين الوسيط والعميل في الأوراق المالية الصادرة عن

شركات المساهمة في القانون البحريني والقانون المصري

الدكتور/ عماد رمضان

أستاذ القانون التجاري المساعد - كلية الحقوق - جامعة المملكة - مملكة البحرين

مقدمة :- التعريف بموضوع البحث

تصدر شركات المساهمة ذات الاكتتاب العام أوراقاً مالياً عبارة عن الأسهم والسندات، والتي يصرح لها القانون بإصدار أوراق مالية تطرح في اكتتاب عام بهدف إما تجميع رأس المال بإصدار أسهم أو الحصول على المال اللازم لتسيير أمور الشركة أثناء عملها عن طريق طرح سندات للاكتتاب العام، ويتم التعاقد مع جمهور المكتتبين عن طريق أحد البنوك أو إحدى المؤسسات المرخص لها بتلقي الاكتتابات، وقد تهدف الشركة المساهمة من ذلك في الرغبة الى زيادة رأس المال، ونظراً لأن المشرع في قانون الشركات سواء البحريني أو المصري نظم قواعد خاصة بشركات المساهمة، بأن جعل الاعتبار المالي فيها هو الأساس ومن ثم يكون للمساهم كامل الحرية في الدخول أو الخروج منها دون أن تتأثر الشركة بكيانها القانوني، خلافاً لشركات التضامن، والتي تنتهي بمجرد خروج الشريك أو وفاته أو فقد أهليته لوجود اعتبار شخصي ومهم للشريك المتضامن، وحرية خروج ودخول المساهمين بشركة المساهمة هو سر نجاح هذه الشركات في الوسط الاقتصادي لأي دولة وهو ما جعل المشرع ينظر اليها بعين الاعتبار خلافاً للشركات الأخرى، كذلك، وقد نظمها بنصوص قانونية خاصة، سواء فيما يتعلق بتأسيسها أو بنشاطها أو مقدار رأس المال فيها .

ورأسمال الشركة المساهمة بصفة عامة ينقسم الى أسهم متساوية القيمة، يعبر السهم عن جزء من رأس المال يكون للمساهم المكتتب فيه، ويعطيه حقوقاً ويفرض عليه عدة التزامات، ومن أهم هذه الحقوق والتي تمثل دراستنا هو حق الخروج من الشركة بتنازله عن سهمه أو أسهمه الى الغير أو الشركة نفسها والحصول على قيمة السهم الاسمية التي دفعها عند دخوله الشركة بالإضافة الى نصيبه في الأرباح التي تحققت بالشركة، والقاعدة أن الشركة تتولى إتمام عملية التنازل وتقييد ذلك في دفاترها الخاصة بالأوراق المالية، إلا أن هذا الأمر قد يشغل الشركة عن إدارة مشروعها، فتعهد به الشركة الى شركة أخرى أو شخص آخر بإجراء هذه العملية يسمح له القانون بمباشرة هذه العملية لصالح الشركة المصدرة للأوراق المالية، وهو ما يطلق عليه الوسيط، أي الذي يتوسط في شراء أو بيع الأسهم أو السندات لصالح الشركة أو العملاء، بل أن المشرع سواء بالبحرين أو بمصر أنشأ سوقاً يسمى سوق الأوراق المالية بهدف الترخيص لشركات المساهمة بإصدار أوراق مالية (الأسهم والسندات) والرقابة على تداول الأسهم ومراقبة الأسعار التي يتم من خلالها بيع الأوراق المالية، بهدف منع التلاعب في أسعارها وحوادث مضاربات قد تضر بالشركة ذاتها أو بالمساهمين، وغالباً ما يكون للوسيط الدور الأكبر في هذه العملية، لأسباب حاصلها أنه أول من يطلع على الأسعار اليومية للأوراق المالية، ومن خلالها يقرر البيع أو الإنتظار لحين حدوث إرتفاع رغم عدم تلقيه أمراً من المساهم أو صاحب السند (العميل) .

٢٨. د. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، دار الطالب، الإسكندرية، ١٩٥٥.

٢٩. أ. محمد المبارك عبد الله، المنطق في شكله العربي، مطبعة وزارة التربية، بغداد، ١٩٨٤، ط١.

٣٠. أ. د. مصطفى إبراهيم الزلي، أصول الفقه الإسلامي في نسيجه الجديد، مركز عبادي، صنعاء، ١٩٩٦.

٣١. أ. د. مصطفى إبراهيم الزلي، الصلة بين علم المنطق والقانون، مطبعة شفيق، بغداد، ١٩٨٦.

٣٢. أ. مصطفى كامل ياسين، كيف يطبق القانون الأجنبي، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٧.

٣٣. د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٧، ط٢.

٣٤. د. هدى سالم الأطرقي، التكيف القانوني للجرائم في قانون العقوبات العراقي، أطروحة دكتوراه في كلية القانون، جامعة الموصل، ٢٠٠٠.

٣٥. د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٥.

الوسيط الذي يستطيع شراء أو بيع من خلال الأسعار المعلنة له دون علم المساهم أو صاحب السند ، ولذلك فمن واجب المشرع وإعمال الفكر القانوني للتصدي لهذه الظاهرة بترتيب نصوص قانونية تلزم الوسيط والسماح بالإفصاح عن أية معلومات تتعلق بأي عملية ، والجزاء المترتب على مخالفة ذلك هو البطلان النسبي، كي يكون للمساهم أو صاحب السند سلطة إجازة أو عدم إجازة ما قام به الوسيط أو السماح لهذه العملية أو العمليات المشكوك فيها ، فليس فقط الجزاء المدني أو الجنائي وإنما أيضاً البطلان .

الفصل الأول

التعريف بالوسيط المالي

تمهيد وتقسيم:

يستعين التاجر في مباشرة نشاطه التجاري بعدد غير قليل من الأشخاص، حيث لا يستطيع غالباً أن يباشر نشاطه التجاري على الوجه الأكمل بمفرده خاصة إذا كانت التجارة التي يقوم بها على قدر من الأهمية فهو يلجأ لهذه الفئة من الأشخاص لتصريف أو إرسال ما يحتاج إليه من سلع أو خدمات وذلك للتوسط بينه وبين غيره من العملاء وأصحاب المصانع والمتاجر التي لها علاقة بنوع التجارة التي يباشرها من هؤلاء الأشخاص فئة الوسطاء (السماصرة) (١) وقد عُرف الدلال (٢) (السماسر) (٣) منذ وقت بعيد فقد كان الأخير منذ العصور الوسطى حلقة وصل بين التجار الأجانب والتجار من أبناء بلده، وتزايدت

(١) د. سميحة القليوبي، الوسيط في شرح القانون التجاري المصري، الجزء الثاني، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠٧م، ص ٤٦٩.

(٢) المقصود بالدلال: هو الشخص الذي يتولى الجمع بين شخصين لإبرام عقد معين مثل عقد البيع أو الإيجار. هو مشتق من كلمة الدلالة وتعني: ما جعلته للدليل أو الدلال. وقال ابن زيد الدلالة بالفتح صرفه الدلال، العلامة جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، مادة دلال، الجزء الخامس، دار صادق، بيروت، سنة ٢٠٠٥م، ص ٢٩٢.

(٣) يُعرف السماسر بأنه: الشخص الذي يمارس نشاطاً معيناً يتمثل بالبحث عن الراغبين في التعاقد، وتعريف كل منهم للآخر، والتقريب بين وجهات النظر، وتقديم المعلومات التي حوزته عن الظروف المحيطة بالصفقة والذي يتمثل بحلقة الوصل بين الأطراف، أنظر د. علي سيد قاسم، قانون الأعمال، العقود التجارية في القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م، الجزء الرابع، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون ذكر سنة النشر، ص ١٩١، ويُعرف السماسر لغة بكسر السين الأولى، اسم من قام بالسماصرة، والمصدر السمسرة وهو أن يتوكل الرجل من الحاضرة للبادية فيبيع له ما يجلبونه، والفعل سمسر، والمرأة سمساره، الجمع: سماصرة، ولفظ السماسر فارسي معرب، أنظر في ذلك: أبو الفضل جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ص ٢٥٤، محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، المطبعة الخيرية بالجمالية، مصر، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، ١٣٠٦هـ، ص ٢٨٠، وقد ورد أن الرسول -صلى الله عليه وسلم- سمي السماسرة تجاراً ولم يسمهم بالاسم الذي اشتهروا به وهو السماسرة، وذلك فيما رواه النسائي في سننه عن قيس بن أبي رزة قال (كنا في عهد رسول الله -صلى الله عليه وسلم- نسمي السماسرة، فمر بنا رسول الله -صلى الله عليه وسلم- فسمانا باسم هو أحسن منه فقال يا معشر التجار: إن البيع يحضره اللغو والحلف فشوبوه بالصدق). سنن النسائي شرح الحافظ جلال الدين، السيوطي وحاشية الإمام السندي أبي عبد الرحمن بن شعيب النسائي، دار إحياء التراث العربي بيروت، كتاب البيوع، الجزء السابع، دون ذكر سنة النشر ص ٢٤٧.

وستتناول موضوع (الوسيط المالي) وفق المقدمة التالية :-

أولاً : التعريف بموضوع البحث: ينصب أولاً على معرفة الدور القانوني للوسيط المالي أو السماسر في عملية بيع وشراء الأوراق المالية لصالح العملاء والشركة في ظل القانون المصري والبحريني ، وثانياً على مسؤوليات الوسيط أو السماسر تجاه سوق الأوراق المالية والشركة المصدرة لها وحامل الورقة المالية .

ثانياً : أهداف الدراسة:

- تعريف الوسيط المالي والدور الذي يضطلع به قانوناً في الوساطة في الأوراق المالية.

- بيان الإلتزامات التي تقع على عاتق الوسيط المالي بعلاقته بالشركة المصدرة للأوراق المالية والعميل.

- تحديد مسؤولية الوسيط عن الإخلال بالالتزامات نحو طرفي العلاقة القانونية.

ثالثاً: منهجية الدراسة: استخدام المنهج الاستقرائي المقارن لتحديد أوجه الشبه والخلاف في الأنظمة القانونية المقارنة حول دور الوسيط المالي والمسؤولية المدنية التي تقع على عاتقه لإخلاله بالتزاماته تجاه العميل.

رابعاً : هيكلية الدراسة:

الفصل الأول : ويتناول تعريف الوسيط المالي .

الفصل الثاني :- الآثار القانونية لعقد الوساطة في الأوراق المالية .

الفصل الثالث :- مسؤولية الوسيط في سوق الأوراق المالية .

خامساً : المشكلات التي يثيرها البحث:

أولاً: قلة المراجع المتخصصة في الوسيط أو السماسر في الأوراق المالية التي تصدرها شركات المساهمة ، وإن كانت هناك مؤلفات عامة تناولت آلية إدارة بورصة الأوراق المالية والأشخاص المرتبطة بها ، كما شملت القوانين المختلفة دور الوسيط أو السماسر في الأوراق المالية في عمليات التداول وما يتلقاه من تعليمات من العميل مقابل العمولة التي يحصل عليها ، إلا أنها جميعاً لم تعالج الوسائل الكفيلة التي يلتزم من خلالها الوسيط أو السماسر بالمحافظة على سرية المعلومات لصالح العميل واكتفت فقط بجزاءات توقع عليه .

ثانياً :- فمهما بلغت الدراسات ذروتها في حصر وبيان دور الوسيط أو السماسر والتزاماته ومسؤولياته والجزاءات التي توقع عليه ، فإنها لم تصل بعد الى نتيجة محددة في ردع الوسطاء والسماصرة عن أفعال غير مشروعة وإفشاء أسرار العملاء باعتبار أنه أول من يتلقى المعلومات من خلال سوق الأوراق المالية عن نتائج أسعار الأوراق المالية لشركة ما ، ذلك أن الجزاء لا يتناسب مع حجم المكاسب التي يحققها الوسيط أو السماسر، فمرحلة تداول الورقة المالية يبدأ من تاريخ صدور وإطلاقها في التداول وحتى انقضاء الشركة وبالتالي توقف تداولها، وفي كل هذه المراحل تمر الورقة بعدة أسعار ، ففي بداية إصدارها تصدر بسعر اسمي كما هو مدون بها، وعند إطلاقها في التداول يكون لها سعر تجاري تتحكم فيه عدة عوامل منها نجاح الشركة في مشروعها الاقتصادي ، وحجم التداول على الورقة ، والمرحلة الأخيرة تكون من نصيب

لتداول الأوراق المالية وشعور المستثمرين بالاطمئنان بكون مدخراتهم تتداول في مكان منظم تتوافر فيه الشفافية (١) والإفصاح والرقابة والإشراف ويتم التداول من قبل الوسطاء (السماسرة) المحترفين لهذه المهنة، فيكون السوق المكان الأمثل الذي تتجمع فيه مدخرات الأفراد الذين ليسوا بحاجة لهذا الادخار لفترة زمنية معينة ولديهم الرغبة في استثمار أموالهم بطريقة مشروعة ومضمونة، ويقابل هذه الفئة الأشخاص طالبو النقود والذين هم بحاجة إلى سيولة مالية حيث يمتلك هؤلاء الأشخاص مشروعات إنتاجية وهذه المشروعات قد تحتاج إلى أموال لمواكبة تواصلها، فيكون سوق المال (بورصة) المناخ الملائم للاستثمار، بالإضافة إلى الوقاية من حدوث المضاربات غير المشروعة والتي قد تسبب أضراراً بالغة بالاقتصاد القومي ومدخرات المستثمرين مما نتج عن ذلك حدوث العديد من الأزمات التي كان لها دور سلبي على أسواق المال ومن أبرزها الأزمة المالية الحالية التي حدثت في عام ٢٠٠٨م والتي تعد من أشد الأزمات التي شهدتها العالم في أسواق المال والتي سببت انهيارات مالية لغالبية دول العالم وأسواق المال (بورصات) بالذات والتي لا تزال تأثيراتها قائمة إلى هذا اليوم.

ومن هنا فإن دراستنا في هذا الفصل تقتضي منا بيان مفهوم الوسيط المالي وشروطه والطبيعة القانونية للوسيط أو السمسار وذلك من خلال المباحث التالية:

المبحث الأول: تعريف الوسيط أو السمسار.

المبحث الثاني: شروط يلزم توافرها في الوسيط المالي والطبيعة القانونية للوسيط أو السمسار.

المبحث الأول

تعريف الوسيط أو السمسار

تمهيد وتقسيم:

تبرز خصوصية أسواق المال (بورصات) من خلال تخصصها للتعامل بنوع محدد من الأوراق المالية، ومن قبل أشخاص محددين، ذلك أن القواعد القانونية السائدة في تلك الأسواق تفرض بأن يتم التعامل بالأوراق المالية من قبل أشخاص محترفين لمزاولة هذا النشاط وهم الوسطاء (السماسرة) المجازون وذلك حماية للمصلحة العامة، ذلك لأن أثر العمليات التي تجري في أسواق المال (بورصات) لا تتعلق بالمتعاملين وحدهم، وإنما يمتد إلى كل من يتداول الورقة المالية بين يديه، لذلك قصرت التشريعات التي سنعرضها لاحقاً بأن

(١) يقصد بالشفافية قيام شركات ذات الاكتتاب العام بتوفير المعلومات المتعلقة بنشاطها ووضعها تحت تصرف المساهمين وإتاحة الفرصة لمن يريد الاطلاع عليها وعدم حجب هذه المعلومات عنهم بالإضافة إلى الإفصاح عن هذه المعلومات لدى سوق المال (البورصة) وبيان نشاط الشركة ومع حقها بالاحتفاظ بسريتها بعد موافقة الهيئة في سوق المال (بورصة).

للمزيد من التفصيل عن الشفافية أنظر د. عصام حنفي محمود مرسى، التزام الشركات بالشفافية والإفصاح، بحث منشور ضمن أعمال المؤتمر العلمي السنوي الثالث لكلية الحقوق جامعة بنها والذي كان يحمل عنوان "الجوانب القانونية والاقتصادية للاستثمار في مصر خلال الفترة من ١٧-١٨ أبريل سنة ٢٠٠٦م، ص ٣.

أهمية مهنة الدلال (السمسار) في العصر الحديث نتيجة تزايد المشروعات الإنتاجية الضخمة والتي تحتاج إلى أشخاص يعرفون بتجار التجزئة، وكذلك المستهلكين للسلع والخدمات التي تقدمها هذه المشروعات والتي تحتاج إلى الدلالين (السماسرة) للتعرف على أصحاب المشروعات الأخرى والتي تتعامل بالسلع التي توزعها والتعرف على أشخاص يتولون أداء خدمات معينة كالتنقل والتغليف والشحن. (١)

ومن هنا يستمد الوسيط (السمسار) في سوق المال مفهومه من مفهوم الدلالة (السمسرة) حيث يتمثل عمل الوسيط (السمسار) في سوق المال ببيع وشراء الأوراق المالية لحساب المستثمرين (٢) والفرق بينه وبين الدلال (السمسار) العادي هو أن محل عمل الوسيط (السمسار) في سوق المال قاصر على تداول الأوراق المالية (الصكوك) (٣)، في حين أن محل عمل الدلال (السمسار) لا يقتصر على نوع محدد بالتعامل، وإنما يتعامل بكل أنواع البضائع والسلع والعقارات وغيرها بالإضافة إلى أن الوسيط (السمسار) يتعاقد في سوق المال نيابة عن المستثمر، فكأن الهدف الأساسي من تدخل الوسطاء (السماسرة) هو حماية المستثمرين نتيجة المضاربات (٤) غير المشروعة التي يرتكبها المضاربون المحترفون بهدف تحقيق أرباح سريعة ولا يهمهم المصلحة الاقتصادية العليا للبلاد ولا مصلحة المستثمرين الذين ليس لديهم الخبرة العميقة بأوضاع السوق وتقلبات أسعار الأوراق المالية فيه، مما يؤدي إلى تعرضهم لخسائر فادحة من قبل المضاربين الجشعين. لذا اضطرت التشريعات التي سنعرضها لاحقاً من قصر تداول الأوراق المالية في أماكن منظمة وخضوع عمليات التداول إلى الرقابة والإشراف، ويتم التداول بواسطة الوسطاء (السماسرة) المتخصصين بهذا النشاط، ويطلق على هذا المكان تسمية سوق الأوراق المالية أو بورصة (٥) والذي يكون المكان المناسب

(١) د. فايز نعيم رضوان، القانون التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠٣م، ص ٧٦٩.

(٢) عرفت المادة (٢/٢٢٨) من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال المصري رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م المستثمر أو العميل بأنه (أي شخص طبيعي أو معنوي يتعامل مع السمسار بفتح حساب له في تعاملات الأوراق المالية سواء قام السمسار بتنفيذ التعامل أو لم يتم به)، القانون منشور في الجريدة الرسمية العدد (٢٥) مكرر، صدر القانون بتاريخ ٢١ ذي الحجة، سنة ١٤١٢هـ، الموافق ٢٢ يونيو (حزيران) سنة ١٩٩٢م، واللائحة المنشورة في جريدة الوقائع المصرية العدد ٨١ (تابع) في ١٩٩٣/٤/٨م.

(٣) يعرف الصك بأنه وثيقة مكتوبة لإثبات الحق فيقال صك الدين أو صك الملكية للتدليل على وثيقة إثبات الدين وامتلاك الأشياء، وهو تمثيل مادي للحقوق والإلتزامات)، د. عصام حنفي محمود موسى، صكوك التمويل والاستثمار التي تصدرها شركات المساهمة، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة ١٩٩٥م، ص ٢١.

(٤) والمقصود بالمضاربة: هي محاولة التنبؤ بسعر المستقبل القريب للاستفادة من السعر الحالي والمضاربة لا تنحصر في العمل الذهني فقط بمعنى الاقتصاد على ملاحظة وتتبع ظروف السوق والتنبؤ بالأسعار، بل لا بد من أن تتحول إلى فعل وهو التدخل بالشراء عند انخفاض الأسعار ثم البيع عند الارتفاع. للمزيد أنظر د. صالح البربري، الممارسات غير المشروعة في بورصة الأوراق المالية، ط١، مركز المساندة القانونية، القاهرة، سنة ٢٠٠١م، ص ٢٧٩-٢٨٠-٢٨٢. وأنظر كذلك القضاء المصري في الحكم الصادر عن محكمة القضاء الإداري، دائرة المنازعات الاقتصادية والاستثمار، الدائرة السابعة بالجلسة المنعقدة علناً في يوم السبت الموافق ٢٧/٦/٢٠٠٩م في الدعوى رقم (٧٨١٩) لسنة (٦٢) ق المقامة من شركة (س) لتداول الأوراق المالية ضد الهيئة العامة لسوق المال / الهيئة العامة للرقابة المالية، ص ٧.

(٥) يقصد بالبورصة أنها المكان المخصص للتعامل في أنواع معينة من الأموال فإذا تعلق الأمر بسلع أو بضائع كالمحاصيل الزراعية أطلق عليها بورصة البضائع، وإذا تعلق الأمر بالتعامل في الأسهم والسندات وغيرها من الأوراق أطلق عليها بورصة القيم المنقولة أو بورصة الأوراق المالية). أستاذنا د. محمود مختار أحمد بري، قانون المعاملات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٩٦م، ص ١٣٧.

وفي قانون التجارة المصري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ فقد نصت المادة ١٩٢: السمسرة عقد يتعهد بمقتضاه السمسار لشخص بالبحث عن طرف ثانٍ لإبرام عقد معين والتوسط في إبرامه « ويعد تقريباً نفس التعريف الوارد بقانون التجارة البحريني ، مع اختلاف اسم السمسار في القانون المصري عنه بالقانون البحريني والذي أطلق عليه الدلال ، ويطلق عليه أحياناً الوسيط والتي تأتي من التعريفات السابقة وهذه التسمية إنما جاءت من خلال وظيفته بأنه يتوسط شخصين العميل الذي يربطه به عقد السمسرة والثاني وهو المتعاقد مع عميله ، والدلال أو الوسيط أو السمسار لا يتدخل علي الإطلاق في العملية القانونية وإنما يتوقف دوره عند إتمام العقد مع الغير ويستحق أجره بمجرد إبرام العقد بين عميله والغير وهو ما نصت عليه المادة ٣/١٩٤ من قانون التجارة المصري بقولها « ويستحق السمسار الأجر بمجرد إبرام العقد ولو لم ينفذ كله أو بعضه .»

ويقصد بالدلالة طبقاً للمادة (١) تحت بند تعاريف في القرار رقم (١٣) لسنة ١٩٨٨ بإصدار اللائحة الداخلية لسوق البحرين للأوراق المالية الملغى بالقانون رقم ٥٧ لسنة ٢٠٠٩م بإنشاء وتنظيم سوق البحرين للأوراق المالية :-

« السعي في إبرام عقود بيع ورهن وهبة أسهم الشركات، والشهادات المؤقتة التي تمثلها، والسندات، وإجراء الصفقات في أية أوراق مالية لحساب الغير، أو أية وظائف أخرى يحددها المجلس نظير عمولة » وقد جاءت نفس المادة في الفقرة التالية وعرفت الدلال بأنه « يقصد به الشخص المرخص له من قبل المجلس للقيام بأعمال الدلالة في الصفقات المتعلقة بالأوراق المالية المتداولة في السوق، وكذلك الشخص الذي يقوم بأعمال الدلالة نيابة عن شركة مرخص لها بالدلالة من المجلس للقيام بأعمال الدلالة في الصفقات المتعلقة بالأوراق المالية المتداولة في السوق. »

بعدما تبين لنا بأن الوسيط (السمسار) يُلقب بالدلال وفقاً للتشريع البحريني يتولى الجمع والتقريب بين المتعاقدين لإبرام عقد معين مقابل عمولة يحصل عليها من المتعاقدين، أما وسيط (سمسار) الأوراق المالية فيعرف بأنه (الشخص المرخص بموجب قانون السوق المالي وأنظمتها وتعليماته، ويقوم بأعمال محددة تهيؤه لأن يكون حلقة وصل فعالة بين مجموع المستثمرين والجهات المصدرة للأوراق المالية من أسهم وسندات وغيرها من الأوراق المالية، ويتقاضى عمولة محددة لقاء خدماته عند تنفيذه أوامر البيع والشراء الخاصة بعملائه من الطرفين ولقاء تغطية وتسويق الإصدارات(١). وهذا التعريف يوضح لنا بداية بأن تعريف وسيط (سمسار) الأوراق المالية يستوجب أن يكون مرخصاً للعمل بموجب السوق المالي الذي يمارس نشاطه فيه وتكون مهمته الأساسية هي التوسط بين طالبي وعارضي الأموال لقاء عمولة يحصل عليها الوسيط (السمسار) من المستثمرين.

وقد عرّف البعض الوسيط (السمسار) من عدة جوانب فهناك من عرفه من جانب الكفاءة والحرص والضمان والالتزام بتنفيذ صفقات المستثمرين في مكان منظم وهو سوق المال (بورصة) وذلك بأنه (شخص ذو دراية

(١) د. محمد سويلم ، إدارة البنوك وبورصات الأوراق المالية ، الشركة العربية للنشر والتوزيع ، القاهرة ، سنة ١٩٩٢م ، ص ٢٧٣.

يكون التعامل في الأوراق المالية على فئة محددة من الأشخاص، وبناءً على ذلك ليس هناك أدنى شك في اعتباره وسيط (سمسار) الأوراق المالية العنصر الفعال في سوق المال (بورصة) نظراً لدوره في إبرام عقود بيع وشراء الأوراق المالية لحساب المستثمر على أن يبذل قدرًا من العناية والاهتمام يمكنه من تنفيذ أوامر المستثمر بشكلها الصحيح. (١)

وإذا كان التعامل في سوق المال (بورصة) لا يمكن أن يتم إلا من خلال وسيط (سمسار) فإن الوساطة (السمسرة) ليست متاحة لأي شخص حيث تفرض التشريعات شروطاً والتزامات بالإضافة إلى كونها مقيدة بشرط الحصول على الإجازة اللازمة لممارستها في سوق المال (بورصة). (٢)

فالوسيط يعني لغة: الشخص الذي يتوسط بين المتخاصمين، أو المتوسط بين المتبايعين أو المعاملين أو المعتدل بين شئيين، وهو مشتق من كلمة (وسط) وتعني وسط الشيء: ما بين طرفيه وهو منه. (٣) .

واصطلاحاً : فيقصد به (الشخص الذي يتولى التقريب بين الأطراف الراغبين بالتعاقد كالبيع أو الإيجار فهو يقوم بعمل مادي وهو التوسط لإيجاد متعاقد آخر لإبرام عقد معين) (٤)، ويرى بعض فقهاء القانون بأن الوسيط (السمسار) يحترف مهنة معينة وهي الوساطة (السمسرة) ولديه إلمام بتفاصيلها قد لا يعرف التاجر نفسه الذي يوسطه أو غيره من المتعاقدين معه هذه التفاصيل(٥)، وقد ذهب بعض الفقه إلى القول بأن الوساطة (السمسرة) تعد عملاً تجارياً بطريق الاحتراف(٦)، فعقد الوساطة (السمسرة) لا يخضع لأحكام قانون التجارة إذا كان القائم به غير محترف للوساطة (السمسرة) أو قام به مرة واحدة(٧)، وتأتي تسمية الوسيط من تسمية الوساطة والتي يطلق عليها المشرع الإماراتي تسمية (الدلالة) بينما المشرع الكويتي يطلق عليها تسمية (سمسرة)، وقد عرف المشرع البحريني الوساطة (الدلالة) في المادة (٢٠٤) من قانون التجارة البحريني ٧ لسنة ١٩٨٧ « الدلالة عقد يتعهد فيه الدلال لشخص بالبحث عن طرف ثانٍ لإبرام عقد معين متوسطاً في إبرامه مقابل أجر »

(١) د. إبراهيم أحمد جركس، اختيار المحفظة في سوق بغداد للأوراق المالية، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الخامس لكلية الإدارة والإقتصاد، جامعة بغداد للفترة من ١٠/١٠/١٩٩٢، ص ٣.

(٢) د. آلاء يعقوب يوسف، مسؤولية الوسيط المدنية تجاه المستثمر في سوق الأوراق المالية، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهدين، المجلد الأول، العدد ١٣، حزيران، سنة ٢٠٠٥م، ص ١٧١.

(٣) د. إبراهيم جركس، د. عبد الحليم منتصر، د. عطية الصوالحي، د. محمد خلف الله أحمد، المعجم الوسيط، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، حرف الواو، بدون ذكر سنة النشر، ص ١٠٣١.

(٤) د. سميحة القليوبي، شرح قانون التجارة المصري، مرجع سابق، ص ٢٦١.

(٥) د. طارق عبد الرؤوف رزق، الوكالات التجارية والسمسرة، عقود التوسط في القانون الكويتي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠٨م، ص ٢٦١.

(٦) يقصد بالاحتراف هو (ممارسة الشخص لمهنة معينة بصفة مستمرة ومتكررة)، د. سميحة القليوبي، الوسيط في شرح القانون التجاري المصري الجديد، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠٥م، ص ١٧٨. كما عرفه بعض الفقه الآخر بأنه (تكريس للنشاط على نحو منظم ومستقر، بغية الارتزاق والتكسب، فيقتضي لتحقيقه توافر الانتظام والاستمرارية في إدارة النشاط فلا يكفي وقوع أعمال متناثرة منعزلة تمارس بين حين وآخر للقول بوجود الاحتراف). د.

محمود مختار أحمد بري، قانون المعاملات التجارية، الأعمال التجارية والتاجر، الأموال التجارية وفقاً لقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠٠م، ص ٧٨-١٢٣.

(٧) د. سميحة القليوبي، شرح قانون التجارة، مرجع سابق، ص ٢٦٧.

- أ- ترويج وتغطية الإكتتاب في الأوراق المالية.
 ب- الاشتراك في تأسيس الشركات التي تصدر أوراقاً مالية أو في زيادة رؤوس أموالها.
 ج- رأسمال المخاطر.
 د- المقاصة والتسوية في معاملات الأوراق المالية.
 هـ- تكوين وإدارة محافظ الأوراق المالية وصناديق الاستثمار.
 و- السمسرة في الأوراق المالية.

ووفقاً لهذا النص نرى أن المشرع المصري قد حصر ممارسة مهنة وساطة (سمسرة) الأوراق المالية من قبل أشخاص معنويين، بعد أن كان المشرع المصري يسمح للأشخاص الطبيعيين بمزاولة مهنة الوساطة في سوق المال (بورصة)، كما قد نص المشرع المصري على ضرورة أن تكون شركات الوساطة (السمسرة) في الأوراق المالية مرخصاً لها بمزاولة هذا النشاط، فقد نصت المادة (٢٨) من قانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ بأنه (لا يجوز مزاولة الأنشطة المنصوص عليها في المادة السابقة إلا بعد الحصول على ترخيص بذلك من الهيئة والقيود بالسجل المعد لديها لهذا الغرض)، كما أنه لا يمكن أن تتم عمليات التداول في سوق المال (بورصة) إلا بواسطة هذه الشركات والإلا وقع التعامل باطلاً (١)، وقد استثنى المشرع المصري بعض الحالات التي يجوز فيها بيع وشراء الأوراق المالية دون تدخل شركات الوساطة (السمسرة) بشرط أن تكون الأوراق المالية غير مسجلة بجداول السوق. (٢)

المبحث الثاني

الشروط الازم توافرها في الوسيط المالي والطبيعة القانونية للوسيط أو السمسار

تمهيد وتقسيم:

إن معنى الوسيط (السمسار) في الأوراق المالية بأنه الشخص المعنوي أو الطبيعي المخول بأعمال الوساطة (سمسرة) في سوق المال (بورصة) يجدر بنا هنا أن نبين في هذا المبحث ومن خلال المطالب التالية:
 المطلب الأول: الشروط الواجب توافرها في الوسيط المالي .
 المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للوسيط أو السمسار.

- (١) فقد نصت المادة (٢/١٨) من قانون سوق رأس المال المصري رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م والتي جاء بها ضمناً بأنه (ويكون التعامل في الأوراق المالية المقيدة بالبورصة بواسطة إحدى الشركات المرخص لها بذلك = والإلا وقع التعامل باطلاً.....).
 (٢) د. صلاح أمين أبو طالب، مرجع سابق، ص ٧٤.

وعلم وكفاءة في شؤون الأوراق المالية، ويقوم بعقد صفقات بيع وشراء الأوراق المالية من خلال سوق المال «بورصة»، وفي المواعيد الرسمية المحددة لحساب العملاء مقابل عمولة محددة يحصل عليها من البائع والمشتري ويعتبر الوسيط (السمسار) ضامناً لصحة كل صفقة تم تنفيذها بيعاً وشراءً، وهناك من عرف الوسيط (السمسار) من جانب ضمان سلامة العملية التي يقوم بها سواء كانت بيعاً أو شراءً وذلك بأنه (الشخص الذي يقوم بعملية بيع وشراء الأوراق المالية مع ضمان سلامة العملية ولا يجوز إتمام أي صفقة في الأوراق المالية إلا عن طريقه) (١)، كما عرفه البعض الآخر من جانب أن يكون معاوناً للمستثمرين بأنه (الشخص الذي يتولى معاونة المستثمرين الراغبين في بيع أوراقهم المالية لغيرهم من المستثمرين مقابل عمولة يتقاضاها منهم) (٢)، ويعتبر نشاط الوساطة (السمسرة) في تداول الأوراق المالية نوعاً من الاستثمار المالي غير المباشر (٣) والذي يتمثل بالتوسط بين المشرعات الكبيرة والتي هي بحاجة إلى تمويل مالي وبين المدخرين أو المستثمرين أي أنه توسط بين من لديهم فائض ادخاري وليست لديهم الخبرة اللازمة أو الإمكانيات في استثمار هذا الفائض وبين أولئك الذين يملكون الخبرة والمشروعات ولا يتقصهم سوى التمويل لإتمام هذه المشروعات وكلا الطرفين يسعى إلى تحقيق مكاسب وأرباح من جراء ذلك (٤).
 أما المشرع المصري فلم يتعرض لتعريف الوسيط (سمسار) الأوراق المالية في قانون سوق رأس المال المصري رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢، إنما أورد فقط تنظيمياً لشركات الوساطة (السمسرة) في الباب الثالث من القانون المذكور والخاص بالشركات العاملة في مجال الأوراق المالية في المواد (٢٧) إلى (٣٥)، ويقصد بالشركات العاملة في مجال الأوراق المالية طبقاً لنص المادة (٢٧) من قانون سوق رأس المال المصري الشركات التي تباشر نشاطاً أو أكثر وفقاً للأنشطة التالية:

(١) الموسوعة الشاملة لسوق الأوراق المالية، مشار إليها في الموقع الإلكتروني على الإنترنت:

<http://www.vipmiss.com/vp/showthread.php?t=34052>

(٢) عرف بعض الفقه الإنكليزي وسيط (سمسار) الأوراق المالية بأنه (الشخص الذي يتولى معاونة المستثمرين الراغبين في بيع أوراقهم المالية لغيرهم من المستثمرين مقابل عمولة يتقاضاها منهم) والذي عبر عنه:

"A Broker security sales person who helps investors sell their securities to other investors for a commission. un like dealers brokers never take title to securities" francis jack clark. management o investments Mc Graw Hill Book Company New York. 1982. P. 620.

(٣) يقصد بالاستثمار المالي غير المباشر بأنه الاستثمار الذي يتخذ شكل قروض مقدمة من الأفراد أو الهيئات أو الشركات الأجنبية في شكل اكتتاب في الأسهم والسندات الصادرة من الدول المستقلة لرأس المال أو هيئاتها العامة التي تنشأ فيها على أن لا يخول المستثمر الأجنبي إدارة الشركة أو السيطرة عليها، للمزيد: راجع د. خليل حسن خليل، دور رؤوس الأموال الأجنبية في التنمية الاقتصادية المختلفة مع دراسة خاصة لمصر، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٦٠م، ص ٨١.

(٤) د. نصر علي أحمد طاحون، شركة إدارة محافظ الأوراق المالية في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠٢م، ص ٢٣٤.

المطلب الأول

الشروط الواجب توافرها في الوسيط المالي

- إليه اعتباره في جميع الحالات.
٧. ألا يقل مؤهله العلمي عن الثانوية العامة أو ما يعادلها أو أن تكون لديه خبرة في الأمور المالية أو الأعمال التجارية يقبلها المجلس، ويجوز للمجلس أن يعدل أو يضيف أيًا من المؤهلات المطلوبة وفقاً لما يراه مناسباً.
٨. أن يساهم طوال مدة عضويته في نظام المقاصة والتسوية والإيداع والسجل المركزي في صندوق الضمان المشترك بحد أدنى قدره ١٠,٠٠٠ دينار بحريني .
٩. يجب أن لا يقل رأسمال صانع السوق عن ١٠٠,٠٠٠ دينار بحريني، ويجوز للمجلس زيادة حصة هذه القيمة بالنسبة للمتعاملين الأفراد.
١٠. أن يلتزم الدلال أو صانع السوق بتسديد جميع الالتزامات المالية تجاه السوق بما فيها رسوم وعمولات السوق.
١١. أن يكون مسجلاً لدى وزارة التجارة والزراعة وحاصلاً على عضوية غرفة تجارة وصناعة البحرين.
١٢. أن يكون مُلمّاً بالأنظمة المتعلقة بالتداول والمقاصة المطبقة في السوق.
١٣. لا يجوز لأي دلال أو صانع السوق تحويل أو بيع رخصة الدلالة أو صناعة السوق لأي شخص آخر، إلا بعد موافقة مجلس إدارة السوق المسبقة على ذلك.
١٤. أن يكون مستوفياً لأية شروط أخرى يحددها المجلس.
- الشروط التي يلزم توافرها في الشخص المعنوي لممارسة مهنة الدلالة :-
- الشروط المشار إليها للشخص الطبيعي تختلف كلية عما أورده المشرع بذات القرار فيما يتعلق بالشخص المعنوي أو الاعتباري، فقد تطلب شروطاً أساسية في الشركات التي تزاوُل مهنة الدلالة وأهمها أن تكون شركة من شركات المساهمة أو ذات المسؤولية المحدودة المنظمة طبقاً لقانون الشركات البحريني والحالي رقم ٢١ لسنة ٢٠٠١ ، ولا يجوز لغيرهما من الشركات مزاوله هذا النشاط أو أن يكون غرضها الرئيسي، لأن المشرع البحريني حصر هذا النشاط في نوع شركات الأموال ، وثانياً أن يكون النشاط الرئيسي للشركة هو القيام بأعمال الدلالة .
- إذاً فيشترط فيمن يقبل كشركة يرخص لها بالقيام بأعمال الدلالة أو صناعة السوق في السوق ما يلي:
- أن تكون شركة بحرينية مساهمة أو شركة ذات مسئولية محدودة وجميع الشركاء فيها من البحرينيين. ويستثنى من الشرط المذكور الشركات التالية:
- أ - الشركات التي يسمح لها بمزاوله أعمال الدلالة أو صناعة السوق والمؤسسة وفقاً لأحكام المرسوم بقانون رقم (٢٨) لسنة ١٩٧٥ بخصوص الشركات التجارية وتنظيمها.
- ب- فروع الشركات الأجنبية والشركات المعفاة و ذلك للقيام بأعمال الدلالة وصناعة السوق في الأوراق المالية العالمية.
- أن تكون شركة متفرغة لأعمال الدلالة أو صناعة السوق في الأوراق المالية، أو أية أعمال أخرى لها علاقة بنشاط السوق بعد موافقة مجلس إدارة السوق. أما الشروط الأخرى الواردة بالمادة ١٦ من اللائحة الداخلية

نظراً لكون الوسطاء في الأوراق المالية غالباً ما يكون اشخاصاً معنوية - ولا مانع أن يكونوا اشخاصاً طبيعية - فالمشرع البحريني في المادة (١٦) من المرسوم بقانون رقم (٤) لسنة ١٩٨٧ الملغي بالقانون ٥٧ لسنة ٢٠٠٩ (١) بإنشاء وتنظيم سوق البحرين للأوراق المالية نص على أن :-

تشمل عضوية السوق:

١. دلال الأوراق المالية الطبيعيين والاعتباريين.
 ٢. صانعي السوق الطبيعيين والاعتباريين.
- وهذا النص جاء عاماً ليشمل الشخص المعنوي والطبيعي والذين يرغبان في مزاوله مهنة الدلالة في الأوراق المالية، إلا أن المشرع البحريني وضع شروطاً تنظم عمل الدلال كشخص طبيعي تختلف عن الدلال كشخص معنوي وردت بالمادة ١٦ من اللائحة الداخلية لسوق المال البحريني الصادرة بالقرار رقم ١٣ لسنة ١٩٨٨ وجاء فيها :-

يشترط لقبول الشخص الطبيعي دلالاً أو صانع سوق في السوق ما يلي: -

١. أن يكون بحريني الجنسية ومقيماً في البحرين ويستثنى من ذلك الدلالون أو صانعو السوق الذين سبق أن رُخص لهم بمزاوله مهنة الدلالة أو صناعة السوق في الأوراق المالية قبل العمل بقانون سوق البحرين للأوراق المالية ولائحته الداخلية.
٢. أن يكون الدلال متفرغاً لأعمال الدلالة في الأوراق المالية.
٣. يجب على الدلالين و صانعي السوق تقديم حسابات ختامية وميزانية سنوية مدققة حسب الأصول المتبعة من مدقق مرخص وفي موعد أقصاه ثلاثة شهور من نهاية السنة المالية وحسابات نصف سنوية معتمدة من قبل مدقق مرخص، ويجوز للسوق طلب المعلومات والمستندات المذكورة من أن لآخر كلما دعت الحاجة لذلك .
٤. ألا يقل سنه عن خمس وعشرين سنة ميلادية.
٥. أن يكون حسن السيرة والسلوك.
٦. ألا يكون قد أشهر إفلاسه في البحرين أو خارجها، وألا يكون قد سبق الحكم عليه بالإدانة في البحرين أو خارجها في جنائية، أو بعقوبة مقيدة للحرية في جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة، ما لم يكن قد رُدد

(١) لم يتعرض القانون الحالي الي تعريف الدلال أو السمسار او الي اية تعريفات ، وإنما جاء القانون ٥٧ لسنة ٢٠٠٩م ليغني القانون ٤ لسنة ١٩٨٤م بشأن انشاء سوق البحرين للأوراق المالية ، ويحوله الي شركة مساهمة تخضع في احكامها لقانون الشركات البحريني ٢١ لسنة ٢٠٠١م ، وان كنت اري أنه من الأجدر بالقانون الجديد أن يبقي علي التنظيمات الأخرى خاصة فيما يتعلق بالوسيط المالي أو الدلال في الأوراق المالية ، التي نص عليها القانون الملغي ٤ لسنة ١٩٨٤م .

أما المشرع المصري فقد نص في المواد (٢٧) و (٢٩) من قانون سوق رأس المال المصري رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ حول إجراءات تأسيس شركات الوساطة (السمسرة) وإجراءات وشروط ترخيص هذه الشركات، وذهب بعض الفقه (٣) الى القول من أن عبارات الفقرتين الأولى والثانية من المادة (٢٧) المشار إليها تنص على ما يلي:

١- أن الأنشطة المشار إليها تنحصر في مجال تنشيط وتشجيع كل ما يتعلق بالتعامل في الأوراق المالية سواء كان التعامل متعلقاً بترويج أو تغطية الاكتتاب في هذه الأوراق أو الاشتراك في تأسيس أو زيادة رأسمال الشركات التي تُصدر هذه الأوراق أو المقاصة والتسوية في معاملات هذه الأوراق أو السمسرة فيها أو ما يتعلق بإدارة محفظة هذه الأوراق وصناديق الاستثمار. (٤)

٢- أن الأنشطة المشار إليها الواردة على سبيل الحصر لا المثال، بمعنى لكي تُعد شركة المساهمة من الشركات العاملة في مجال الأوراق المالية وفقاً لأحكام القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ المشار إليها يجب أن يكون غرضها أحد الأنشطة المحددة على سبيل الحصر في المادة (٢٧) من القانون المذكور والمشار إليها أو بعض هذه الأنشطة.

بعقوبة جنائية أو بعقوبة مقيدة للحرية أو في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة، ما لم يكن قد رُد إليه اعتباره.

٦- يكون رأسمال شركة الدلالة في الأوراق المالية ٣٠,٠٠٠ دينار بحريني بالنسبة للشركات ذات المسؤولية المحدودة و ٢٠٠,٠٠٠ دينار بحريني للشركات المساهمة.

٧- ويجوز للمجلس زيادة الحد الأدنى لرأس المال.

٨- أن تساهم الشركة طوال مدة عضويتها في نظام المقاصة والتسوية والإيداع والسجل المركزي في صندوق الضمان المشترك بحد أدنى قدره ٥٠,٠٠٠ دينار بحريني (٦).

٩- يكون رأسمال شركة صناعة السوق في الأوراق المالية ٢٠٠,٠٠٠ دينار بحريني كحد أدنى ويجوز للمجلس زيادته.

١٠- أن تكون مسجلة لدى وزارة التجارة والزراعة وحاصلة على عضوية غرفة تجارة وصناعة البحرين.

١١- أن يكون ممثل الشركة مُلمّاً بالأنظمة المتعلقة بالتداول والمقاصة المطبقة في السوق.

١٢- لا يجوز لأي شركة دلالة أو صناعة السوق تحويل أو بيع رخصة الدلالة أو صناعة السوق لأية شركة أخرى، إلا بعد موافقة مجلس إدارة السوق المسبقة على ذلك.

١٣- أن تكون مستوفية لأية شروط أخرى يحددها المجلس.

(٣) د. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠٨م، ص ١٠٧٣، ١٠٧٤.

(٤) يقصد بصندوق الإستثمار بأنه وعاء ادخاري يتولى توظيف أموال المدخرين المعهودة إليه سعياً نحو تحقيق أهداف المدخرين لتحقيق عائد مناسب غليهم مقابل ورقة مالية يمنحها إليهم تسمى وثيقة استثمار قابلة للتداول في سوق المال. للمزيد من التفصيل أنظر: د. علي عبد الله عبدة، إدارة صناديق الإستثمار الأوراق المالية من الوجة القانونية، رسالة دكتوراه، مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة ٢٠٠٦م، ص ٥٠.

لسوق المالي فيمكن الإشارة إليها بالهامش والتي تتعلق بالالتزامات التي تقع علي عاتق الشركات التي تزاوّل مهنة الوساطة أو الدلالة في الأوراق المالية . (١)

(١) ويشترط فيمن يقبل كشركة يرخص لها بالقيام بأعمال الدلالة أو صناعة السوق في السوق ما يلي:

١- أن تكون شركة بحرينية مساهمة أو شركة ذات مسؤولية محدودة وجميع الشركاء فيها من البحرينيين. ويستثنى من الشرط المذكور الشركات التالية:

أ- الشركات التي يسمح لها بمزاولة أعمال الدلالة أو صناعة السوق والمؤسسة وفقاً لأحكام المرسوم بقانون رقم (٢٨) لسنة ١٩٧٥ بخصوص الشركات التجارية وتنظيمها.

ب- فروع الشركات الأجنبية والشركات المعفاة وذلك للقيام بأعمال الدلالة وصناعة السوق في الأوراق المالية العالمية.

٢- أن تكون شركة متفرغة لأعمال الدلالة أو صناعة السوق في الأوراق المالية، أو أية أعمال أخرى لها علاقة بنشاط السوق بعد موافقة مجلس إدارة السوق. =

= واستثناء من المادة (١٦) ثانياً بند (١) من اللائحة الداخلية لسوق البحرين للأوراق المالية، يجوز الترخيص لشركات الدلالة الأجنبية لممارسة أعمال الدلالة في الأوراق المالية أو صناعة السوق في السوق، شريطة أن يكون للشركة المعنية خبرة مميزة في مجال الأوراق المالية تثري مهنة الدلالة في السوق وتضيف إليها بعداً عالمياً يساهم في جذب الاستثمارات الأجنبية. وتسري على شركات الوساطة الأجنبية نفس شروط قبول الشركات البحرينية، كأعضاء في السوق وفق أحكام المادة (١٦) (ثانياً) من اللائحة الداخلية، بالإضافة إلى أية شروط إضافية أخرى يحددها مجلس إدارة السوق (١).

٣- يجب على شركات الدلالة وشركات صناعة السوق تقديم حسابات ختامية وميزانية سنوية مدققة حسب الأصول المتبعة من قبل مدقق مرخص خلال ثلاثة أشهر من انتهاء السنة المالية للشركة وحسابات نصف سنوية معتمدة من قبل مدقق ويجوز للسوق طلب المعلومات والمستندات المذكورة من الشركة من أن لآخر كلما دعت الحاجة لذلك (٢).

٤- أن يكون القائمون بأعمال الدلالة أو صناعة السوق:

أ- بالنسبة للعاملين في الشركات البحرينية:

أن يكون بحريني الجنسية وحاصلاً على مؤهل علمي لا يقل عن شهادة برنامج ممثلي الاستثمار " المجموعة السابعة سابقاً " بالإضافة إلى الثانوية العامة أو ما يعادلها أو لديه من الخبرة والمران الكافيين في الأمور المالية والتجارية ما يقبله المجلس ويكون ذا سمعة طيبة ومتفرغاً لأعمال ومهام وظيفته (٣).

ب- بالنسبة للشركات غير البحرينية وفروع الشركات الأجنبية والشركات المعفاة:

يجوز أن يكون القائمون بأعمال الدلالة أو صناعة السوق فيها غير بحرينيين وأن يكونوا حاصلين على مؤهل علمي لا يقل عن شهادة برنامج ممثلي الاستثمار " المجموعة السابعة سابقاً " بالإضافة إلى الشهادة الجامعية أو ما يعادلها أو لديهم من الخبرة والمران الكافيين في الأمور المالية والتجارية ما يقبله المجلس، ويكونوا ذوي سمعة طيبة ومتفرغين لأعمال ومهام وظيفتهم (٤).

كما يجوز استثناءً من المادة (١٦) (أولاً) بند (١) من اللائحة الداخلية لسوق البحرين للأوراق المالية الترخيص لغير البحرينيين من ذوي الخبرة في مجال الدلالة في الأوراق المالية للعمل كموظفين في شركات الدلالة المرخص لها بالقيام بأعمال الدلالة أو صناعة السوق في سوق البحرين للأوراق المالية، وتسري عليهم الشروط الخاصة بقبول الشخص الطبيعي دلالاً أو صانع سوق في السوق المنصوص عليها في المادة (١٦) (أولاً) من اللائحة الداخلية للسوق، بالإضافة إلى أية شروط أخرى يحددها مجلس إدارة السوق (٥).

٥- ألا تكون الشركة أو مديرها أو الشركاء المفوضون بإدارتها أو القائمون بأعمال الدلالة أو صناعة السوق فيها قد أُعلن إفلاسهم في البحرين أو خارجها أو حُكم على أحدهم

رأس المال المصري هو أن المشرع المصري أجاز لشركات التوصية بالأسهم بمزاولة مهنة الوساطة في سوق المال (بورصة) دون الشركة ذات المسؤولية المحدودة، مما لاقى ترحيباً من بعض الفقه (١)، وذلك على أساس أن الشركات ذات المسؤولية المحدودة تتمثل بضعف ائتمانها بالإضافة إلى تجانس هذه الشركات مع ما نص عليه المشرع المصري في المادة (٥) من قانون الشركات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ والتي تحظر قيام هذا النوع من الشركات باستثمار الأموال لحساب الغير، والتي تقضي بأنه (يجوز أن تتولى شركات التوصية بالأسهم أو الشركات ذات المسؤولية المحدودة أعمال التأمين أو أعمال البنوك أو الادخار أو تلقي الودائع أو استثمار الأموال لحساب الغير). (٢)

أما المشرع المصري فقد نص على الشخص الطبيعي الذي يمثل الوسيط (السمسار) ويتولى تنفيذ أوامر المستثمرين في سوق المال (بورصة) والذي يسمى بممثل الوسيط (السمسار) فقد نصت المادة (٨٩) من اللائحة التنفيذية (٣)، لقانون سوق رأس المال المصري رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ على ما يلي:

يشترط فيمن يباشر عمليات التداول بالبورصة ممثلاً لشركة السمسرة ما يأتي:-

١. أن يكون متمتعاً بالأهلية القانونية.
٢. أن يكون حسن السمعة.
٣. ألا يكون قد سبق فصله تأديبياً من الخدمة أو منعه تأديبياً بصفة نهائية من مزاولة مهنة السمسرة أو أي مهنة حرة أو حكم عليه بعقوبة جنائية أو جنحة في جريمة ماسة بالشرف أو الأمانة أو بعقوبة مقيدة للحرية في إحدى الجرائم المنصوص عليها في قوانين شركات أو قانون سوق رأس المال أو حكم بشهر إفلاسه.
٤. استيفاء الخبرة أو اجتياز الاختبار أو الدراسات التي يصدر بشأنها أو بتنظيمها قرار من الهيئة.
٥. أن يكون متفرغاً ولا يعمل بأي وجه وبأية صفة في شركة سمسرة أخرى أو في الأعمال التجارية.
٦. أن يكون حاصلاً على مؤهل عال.

وبهذا فإن الشروط مشابهة من حيث المضمون وفقاً لما هو منصوص عليه لدى المشرع البحريني في قانون سوق البحرين للأوراق المالية رقم ٤ لسنة ١٩٨٧ م، في شروط ممثل الوسيط (السمسار) من حيث المتمتع بالأهلية القانونية وحسن السمعة وألا يكون محكوماً بعقوبة سالبة للحرية وكذلك حصوله على شهادة جامعية أو مؤهل دراسي إلا فيما يتعلق بنص الفقرة (٤) من المادة (٨٩) من اللائحة التنفيذية المشار إليها في قانون سوق رأس المال المصري رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢، والتي تنص على أن يستوفي ممثل الوسيط (السمسار) الخبرات واجتياز الاختبارات أو الدراسات التي تنظمها (الهيئة العامة لسوق المال / الهيئة العامة للرقابة المالية)، ومن جانبنا نؤيد ما جاء به المشرع المصري بأن يخضع ممثل الوسيط (السمسار) للاختبارات والدراسات التي تؤهله للعمل كممثل عن الوسيط (السمسار) وهو ما يتفق مع ما نص عليه

- (١) د. سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص ١٠٧٦.
- (٢) القانون منشور في الجريدة الرسمية، العدد (٤٠) في أول أكتوبر (تشرين الأول) سنة ١٩٨١ م.
- (٣) اللائحة منشورة في جريدة الوقائع المصرية، العدد ٨١، تابع في ٨/٤/١٩٩٣ م، بقرار وزير الإقتصاد رقم ١٣٥ لسنة ١٩٩٣ م، بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال المصري رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ م.

والواضح من وجهة نظر هذا الفقه (١) أن قصد المشرع فيما يتعلق بالأنشطة الواردة في الفقرة الأولى من هذه المادة، هو العمل على تشجيع وتمية وتنشيط كل ما يتعلق بالأوراق المالية بيعاً وشراءً وإدارة وتأسيساً للشركات التي تصدرها وذلك بقصد تشجيع التعامل في هذه الأوراق بين الأفراد والمؤسسات المعنية بها، ذلك لخلق سوق نشط للأوراق المالية على غرار كبرى البورصات العالمية ليتناسب مع السياسة الاقتصادية الحالية التي بدأت الحكومة في انتهاجها وهو الإتجاه نحو سياسة الإقتصاد الحر، كما أن المفهوم من عبارات الفقرة الثانية من ذات المادة والتي تجيز للوزير المختص، أن يضيف أنشطة أخرى تتصل بمجال الأوراق المالية بعد موافقة مجلس (إدارة هيئة سوق المال / الهيئة العامة للرقابة المالية) (٢)، وفي حالة إضافة أية أنشطة أخرى فإنها تُعد مجازة بالإضافة إلى ما نص عليه القانون بالمادة (٢٧) وتصبح جميع الأنشطة الأساسية والمضافة محددة أيضاً على سبيل الحصر لا يجوز القياس عليها أو التوسع في تفسيرها بغير الطريق الذي رسمه القانون لها في المادة (٢٧)، لا سيما وأن هذه الأحكام المحددة للأنشطة تُعد إستثناء من الأصل العام وهو حرية اتخاذ شركة المساهمة لأغراضها ونشاطها طبقاً لأحكام قانون الشركات المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١.

والملاحظ أن المشرع المصري في المادة (٢٩ / ف أ) من قانون سوق رأس المال المصري رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ والتي تنص على (أن يكون طالب الترخيص شركة مساهمة أو شركة توصية بالأسهم بعد حصولها على الترخيص اللازم لمزاومتها هذا النشاط والذي سنتحدث عنه فيما بعد. ومن ثم لا يجوز لأي شركة غير الشركات المشار إليها أن تزاول مهنة الوساطة (السمسرة) في الأوراق المالية في سوق المال (بورصة) المصري، الأمر الذي نال ترحيباً لدى بعض الفقه (٣) لما نص عليه المشرع المصري بقصر هذا النشاط على شركة المساهمة وشركة التوصية بالأسهم دون غيرهما من الشركات الأخرى على اعتبار أن هذا النوع من الشركات يخضع لرقابة فعالة من قبل (الهيئة العامة لسوق المال / الهيئة العامة للرقابة المالية). وبهذا يتفق مع ما جاء باللائحة الداخلية لسوق البحرين للأوراق المالية على ما جاء به المشرع المصري على أن يكون وسيط (سمسار) الأوراق المالية شركة من شركات الأموال، ولكن الفرق بينهما أن المشرع البحريني رخص للشركة ذات المسؤولية المحدودة الي جانب الشركة المساهمة، كما أن المادة (٢٩/أ) من قانون سوق

(١) د. سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص ١٠٧٣-١٠٤٧.

(٢) أصبحت "الهيئة العامة لسوق المال"، جزء من "الهيئة العامة للرقابة المالية"، استناداً للمادة الأولى من الفصل الأول من قانون تنظيم الرقابة على الأسواق والأدوات المالية غير المصرفية رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٩ م = والتي تنص على أن (تتشأ هيئة عامة للرقابة على الأسواق والأدوات المالية غير المصرفية تسمى الهيئة العامة للرقابة المالية، تكون لها شخصية اعتبارية عامة، وتتبع الوزير المختص ويشار عليها في تطبيق أحكام هذا القانون بـ "الهيئة").

كما نصت المادة (٢) من هذا القانون بأن (تختص الهيئة بالرقابة والإشراف على الأسواق والأدوات المالية غير المصرفية بما في ذلك أسواق رأس المال، وبورصات العقود الآجلة، وأنشطة التأمين، والتمويل العقاري، والتأجير التمويلي، والتخصيم، والتوريق). القانون منشور في الجريدة الرسمية العدد (٩) مكرر في أول مارس سنة ٢٠٠٩ م.

(٣) د. سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص ١٠٧٥.

في حين ذهب جانب آخر من الفقه (٢) إلى اعتبار ارتباط الوسيط (السمسار) مع المستثمر تتمثل بعقد وكالة، وسندهم بهذا الرأي بأن الوسيط (السمسار) ليس فقط دلالاً (سمساراً عادياً) تكون مهمته التقريب بين البائع والمشتري، وإنما الوسيط (السمسار) يمثل المستثمر في بيع وشراء الأوراق المالية لا سيما وأن قوانين أسواق المال (بورصات) لا تسمح للمستثمرين بدخول قاعة التداول عند بدء جلسات التداول، وإنما يقتصر الدخول على الوسطاء (السماسرة) فقط المخولين بالدخول، وبذلك يرتبط الوسيط (السمسار) مع المستثمر بعقد وكالة، وهذا الرأي له سنده ما اتجهت إليه محكمة النقض المصرية في تعريف الدلال (السمسار) بأنه (وكيل يكلفه أحد العاقدين للتوسط لدى العاقد الآخر لإتمام صفقة بينهما بأجر مستحق له بمقتضى اتفاق صريح أو ضمني يستفاد من طبيعة عمله عند نجاح وساطته بإبرام الصفقة على يديه)، (٣) وقد اختلف الفقه في تحديد طبيعة هذه الوكالة فذهب البعض إلى اعتبارها وكالة عادية في حين ذهب جانب آخر من الفقه إلى اعتبارها وكالة بالعمولة وسنوضح هذه الآراء فيما يأتي:

ذهب بعض الفقه إلى اعتبار وسيط (سمسار) الأوراق المالية وكيلاً عادياً وسندهم بهذا الرأي هو أن وسيط (سمسار) الأوراق المالية يتعاقد باسم ولحساب المستثمر، وضامناً لتنفيذ هذه الصفقات، كما أن علاقة الوسيط (السمسار) بالمستثمر تخضع لأحكام الوكالة المأجورة وهي الوكالة العادية، ذلك لأن الوسيط (السمسار) يتعاقد بصريح القانون باسم ولحساب المستثمر، وتكييف حرفة الوسيط (السمسار) في هذه الحالة يكون بالنشاط الغالب لذا يستغرق عقد الوكالة عقد الوساطة (السمسرة). (٢)

في حين ذهب بعض الفقهاء (٤) إلى اعتبار أن وسيط (سمسار) الأوراق المالية وكيلاً بالعمولة واستندوا في هذا الرأي إلى أحد ثلاثة معايير التي تميز الوكيل بالعمولة عن غيره، فالمعيار الأول هو طريقة مباشرة الوسيط (السمسار) لعمله بأنه يتعاقد باسمه الشخصي ولكن لحساب المستثمر كما هو الحال بالنسبة للوكيل بالعمولة، أما المعيار الثاني فهو أن وسيط (سمسار) الأوراق المالية وكيلاً بالعمولة استناداً إلى محل التعاقد وهي الأوراق المالية التي تعتبر من المنقولات لأن المتعارف عليه أن الوكيل بالعمولة يتعامل بالمنقولات كالبضائع وغيرها من السلع الأخرى وبما أن الأوراق المالية تعتبر من المنقولات فإن وسيط (سمسار) الأوراق المالية هو وكيل بالعمولة، أما المعيار الثالث وهو أن وسيط (سمسار) الأوراق المالية هو وكيل بالعمولة استناداً لطبيعة العمل المسند إليه، وبالتالي يعد الوسيط (السمسار) وكيلاً بالعمولة إذا كان العمل الموكل له تجارياً.

(١) د. علي العريف، شرح أحكام القانون التجاري المصري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، القاهرة، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، سنة ١٩٤٧م، ص ٦٢٤، د. صلاح الدين ناهي، الوسيط في شرح القانون التجاري العراقي، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، بغداد بدون ذكر مكان النشر، سنة ١٩٥٣م، ص ٢٣٤.

(٢) حكم محكمة النقض المصرية (الدائرة المدنية) الصادر في ٧ يناير سنة ١٩٧٥م، السنة ٢٦، ص ١٢٤.

(٣) د. عصام حنفي محمود، وسطاء الأوراق المالية، مجلة كلية الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، فرع أسيوط، العدد ١٢، الجزء الثاني، سنة ٢٠٠١م، ص ١٦٢.

(٤) د. محمود مختار أحمد بريري، قانون المعاملات التجارية، المرجع السابق، ص ١٥٢. وكذلك د. مصطفى كمال طه، القانون التجاري المصري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة ١٩٩٩م، ص ٣٣٩.

المشعر البحريني بتوافر الشهادة الجامعية أو مؤهل دراسي مثل الوسيط (السمسار)، وهذا غير وافٍ بالغرض من وجهة نظرنا لاعتبار أن عمليات التداول في سوق المال (البورصة) تتطلب من القائمين بهذه العمليات الخضوع للاختبارات اللازمة قبل تنفيذهم لأي أمر من أوامر المستثمرين والتي تتطلب الدقة والعناية والحرص والسرية التامة لتعلقها بأوراق مالية تؤثر على مصالح المستثمرين والاقتصاد القومي، وهنا يتفق المشعر البحريني مع المشعر المصري في الشروط اللازم توافرها في الدلال أو الوسيط بالأوراق المالية كشخص طبيعي، وتعد تقريبا نفس الشروط في كلا التشريعين .

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية لعمل الوسيط أو السمسار في علاقته بالعميل

يُعد الوسيط (السمسار) في علاقته مع سوق المال (بورصة) في مركز قانوني تنظيمي، ولكن علاقته مع المستثمر - وأن تدخل القانون في تنظيم بعض جوانب هذه العلاقة إلا أنه لم يحددها بشكل تام، - لا تعدو أن تكون علاقة عقدية يحكمها الاتفاق بين الطرفين الوسيط (السمسار) والمستثمر، لذلك اختلف الفقهاء في تكييف هذه العلاقة فاتجه رأي إلى اعتبارها علاقة دلالة (سمسرة) عادية، واتجه آخرون إلى اعتبارها وكالة عادية والآخرون اعتبروها وكالة بالعمولة بل ذهب البعض الي أبعد من ذلك واعتبروها علاقة الوسيط (السمسار) بالمستثمر بأنه وسيط (سمسار) ضامن، هذا ما سوف نوضحه فيما يلي:

ذهب بعض الفقه (١) إلى أن علاقة وسيط (سمسار) الأوراق المالية مع المستثمر هي علاقة عقدية تتمثل بعقد دلالة (سمسرة) عادية، ويستند أصحاب هذا الرأي إلى أن وسيط (سمسار) الأوراق المالية لا يعمل باسمه ولحسابه وإنما يعمل باسم ولحساب المستثمر ويكون دوره الإرشاد بالبيع أو الشراء الذي فيه مصلحة للمستثمر كتقديمه النصيحة التي تلائم إمكانية المستثمر فيما لو كان الأخير يعتمد مصدر رزقه على الاستثمار في سوق المال (بورصة) وليس لديه مصدر آخر يكسب من ورائه، فيكون دور الوسيط (السمسار) مراعاة الحالة المالية بمثل هذا النوع من المستثمرين عند بيع أو شراء الأوراق المالية، فلا يجوز له شراء أوراق مالية قد تنخفض قيمتها في وقت محدد ثم ترتفع بعد وقت آخر، حتى لو كان متأكداً بأن هذه الأوراق سوف تحقق أرباحاً عالية بعد مدة وجيزة، ففي هذه الحالة يجب تقديمه النصيحة للمستثمر هل يلائمه هذا التنفيذ أم لا وإلى آخره، وبذلك فيكون عمل الوسيط (السمسار) مادياً على الرغم من أنه تصرف قانوني، لذلك فإن الطبيعة القانونية لعقد الوساطة (السمسرة) في الأوراق المالية وفقاً لأصحاب هذا الرأي هي عقد دلالة وليس وكالة عادية أو وكالة بالعمولة، لأن عقد الوكالة يكون تصرفاً قانونياً.

(١) د. محمد كامل أمين ملش، شرح القانون التجاري التكميلي، القاهرة، مطبعة دار الكتاب العربي، سنة ١٩٥٢م، ص ٢٨٥.

٩٥ لسنة ١٩٩٢ والتي تنص على أن (التزام الشركة بشراء وبيع الأوراق المالية باسم ولحساب العميل)، وهذه المادة تؤيدنا بالقول بأن الطريقة التي يتعامل الوسيط (السمسار) تتشابه مع الوكالة العادية، وذلك لتعامله باسم ولحساب المستثمر، كما أن المادة المذكورة تتنافى بأن يكون وسيط (سمسار) الأوراق المالية وكيلاً بالعمولة باعتبار أن الأخير يتعامل باسمه ولكن لحساب المستثمر (العميل)، إلا أنه لا يمكن اعتبار الوسيط (السمسار) وكيلاً عادياً على الرغم من تشابه عمل الوكيل العادي مع وسيط (سمسار) الأوراق المالية من حيث أن كلاهما يقوم بعمل قانوني وليس عملاً مادياً، إلا أن هناك فرقاً بين الاثنين وهو أن الوكيل العادي لا يقتصر نشاطه على عمل معين بعكس وسيط (سمسار) الأوراق المالية الذي يقتصر نشاطه في تداول الأوراق المالية والأنشطة الأخرى المرخص له القيام بها من قبل هيئة السوق، كما أن عقد الوساطة (السمسرة) في الأوراق المالية من عقود المعاوضة (١)، كما أنه لا يوجد نص قانوني يشير بأن وسيط (سمسار) الأوراق المالية وكيل عادي.

كما أن القاعدة العامة في الوكالة بأنه لا يجوز للوكيل أن يقيم نفسه طرفاً ثانياً في الصفقة فقد نصت المادة (١/١٥٦) من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ (٢) والتي تقضي بأنه (لا يجوز للوكيل أن يقيم نفسه طرفاً ثانياً في الصفقة المكلف بإبرامها إلا استثناء في الحالات الآتية:

١- إذا أذن له الموكل في ذلك.

٢- وإذا كانت تعليمات الموكل بشأن الصفقة صريحة ومحددة ونفذها الوكيل بدقة.

٣- وإذا كانت الصفقة تتعلق بسلعة لها سعر محدد في السوق واشتراها الوكيل أو باعها بهذا السعر). على خلاف وسيط (سمسار) الذي لا يجوز له أن يقيم طرفاً ثانياً في الصفقة وهو ما سنعرضه لاحقاً. كما لا يمكن اعتبار وسيط (سمسار) الأوراق المالية في سوق المال البحريني والمصري دلالاً أو وسيطاً عادياً وذلك لوجود فرق بين الاثنين حيث إن الأخير يقتصر دوره على التقريب بين الطرفين فهو يقوم بعمل قانوني يتولى القيام ببيع وشراء الأوراق المالية. وبالتالي فإن وسيط (سمسار) الأوراق المالية في سوق المال البحريني والمصري ليس وكيلاً بالعمولة أو وكيلاً عادياً أو حتى دلالاً (وسيطاً) عادياً.

كما يرى بعض الفقه أنه لا يمكن اعتبار وسيط (سمسار) الأوراق المالية سمساراً ضامناً فقط، صحيح أنه يضمن تنفيذ الصفقة إلا أن تعاقدته في قاعة التداول نيابة عن المستثمرين يجعله وكيلاً عن المستثمر (٣) ويمكن أن نستخلص من خلال ما تقدم بأن الطبيعة القانونية التي تبناها المشرع البحريني والمصري لعمل الوسيط (سمسار) الأوراق المالية بأنها وساطة ووكالة ذات طبيعة خاصة مع ضمان التنفيذ، فهو وكيل ذو طبيعة خاصة وذلك لأنه يجمع بين صفتي الدلال (السمسار) والوكيل فعند قيام الوسيط (السمسار) بعرض الأوامر بقاعة التداول في سوق المال (بورصة)، فهنا يكون عمله دلالاً (سمساراً) ولكنه لا يقتصر

(١) د. طاهر شوقي مؤمن، عقد بيع الأوراق المالية في البورصة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠٧م، ص ٣٩٤.

(٢) القانون منشور في الجريدة الرسمية العدد (١٩) مكرر في ١٧/٥/١٩٩٩م.

(٣) د. عصام حنفي محمود موسى، وسطاء الأوراق المالية، مرجع سابق، ص ١٦٢.

و من الفقه (١) من إعتبره وسيطاً (سمساراً) أي وكيلاً وهذه الوكالة تتعقد بحسب طريقة التعاقد فإذا ذكر الوسيط (السمسار) اسم المستثمر وقت إجراء عملية التداول فإنه يعتبر وكيلاً عادياً ويعتبر المتعاقدون معه مسئولين بالذات أمام بعضهما البعض، ولكن إذا لم يذكر الوسيط (السمسار) اسم المستثمر فإنه يعتبر في هذه الحالة وكيلاً بالعمولة أي تطبق عليه الأحكام العامة في الوكالة بالعمولة، وبناءً على ذلك يصبح مسؤولاً بالذات أمام من تعاقد معه.

وهناك من الفقه (٢) اعتبر وسيط (سمسار) الأوراق المالية وسيطاً (سمساراً) ضامناً واستندوا بهذا الرأي إلى نص المادة (١٨) (٣) من قانون سوق رأس المال المصري رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م بأنه (يكون التعامل في الأوراق المالية المقيدة بالبورصة بواسطة إحدى الشركات المرخص لها بذلك، والا وقع التعامل باطلاً، وتضمن الشركة سلامة العملية التي تتم بواسطتها). ففي هذه الحالة يصبح الوسيط (السمسار) ضامناً.

إلا أنه في القانون البحريني فقد ورد الوسيط المالي في علاقته بالعميل أو المستثمر مرة بأنه نائب عن المستثمر أو العميل بالمادة (٢٤) من اللائحة الداخلية لسوق البحرين للأوراق المالية :

يتصرف الدالون نيابة عن المستثمرين في الأوراق المالية وفقاً للأوامر التي يتلقونها منهم،.....»

ومرة أخرى بأنه مفوض عن العميل بالمادة ١/٢٠٧ من قانون التجارة البحريني رقم ٧ لسنة ١٩٨٧

١- إذا كان الدلال مفوضاً من طرفى العقد استحق أجراً من كل منهما « وكذا المادة ٢١٥ من ذات القانون » إذا فوض عدة دلالين لعقد واحد كانوا مسئولين بالتضامن عن العمل المكلفين به إلا إذا رخص لهم في العمل منفردين » وفي المفهوم الأول أن الدلال نائب عن المستثمر فإن النيابة تتسع لتشمل الوكالة بأنواعها الاتفاقية والقانونية والقضائية كما أن التفويض نوع من أنواع النيابة ، إذاً فكلا المصطلحين يؤيدان معناً واحداً أن الدلال أو الوسيط في القانون البحريني نائب أو مفوض بالاتفاق للتصرف في الأوراق سواء بالبيع أو الشراء، ونظراً لكون الدلال يتوسط في بيع أو شراء الأوراق المالية لقاء عمولة، إذاً فهو يمارس عملاً تجارياً فلا يمكن أن نخلع عليه بأنه وكيل عادي، كما أنه لا يمكن أن نخلع عليه بأنه وكيل بالعمولة لأن تعريف الوكيل بالعمولة حسبما نصت عليه المادة ١٧٥ من قانون التجارة البحريني يتصرف باسمه ولكن لحساب الموكل وهو ما يتناهي مع طبيعة عمل الوسيط أو الدلال الذي لا يتدخل في التصرف القانوني بين العميل والغير، ومثار المسألة بأن المادة (١/٢٥٦) (٤) من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال المصري رقم

(١) د. محسن شفيق، الوسيط في القانون التجاري المصري، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، مطبعة اتحاد الجامعات، سنة ١٩٥٥م، ص ٢٧.

(٢) د. سميحة القليوبي، الوسيط في شرح القانون التجاري المصري، الجزء الثاني، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠٧م، ص ٤٩١-٤٩٢.

(٣) المادة رقم (١٨) مستبدلة بالقانون رقم ١٥٨ لسنة ١٩٩٨م، الجريدة الرسمية، العدد ٢٤، تابع (أ) في ١١/٦/١٩٩٨م.

(٤) المادة (٢٥٦) مستبدلة بقرار وزير الاستثمار رقم ٥٤ لسنة ٢٠٠٤م. الوقائع المصرية، العدد ٢٥٩ (تابع) في ١٧/١١/٢٠٠٤م.

الفصل الثاني

الآثار القانونية لعقد الوساطة في الأوراق المالية

تمهيد وتقسيم:-

لأهمية الدور الذي يلعبه عقد الوساطة أو السمسرة في الأوراق المالية فقد أولي به المشرع البحريني بالقانون رقم ٤ لسنة ١٩٨٧ بإنشاء وتنظيم سوق البحرين للأوراق المالية واللائحة الداخلية لسوق البحرين للأوراق المالية الصادرة بالقرار رقم ١٣ لسنة ١٩٨٨ الملغي، والمصري ورد بالقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ ولائحته التنفيذية بشأن سوق رأس المال اهتمام خاص ، وذلك لكونه ينظم حقوق طرفي العلاقة القانونية الخاصة بين الوسيط والشركة المصدرة للأوراق المالية، وكونه يؤثر بشكل غير مباشر على التوجه الاقتصادي للدولة، فقد أفرد له تنظيمًا خاصًا للطبيعة الخاصة التي ينفرد بها هذا عن عقود السمسرة العادية والتي تناولها بالتنظيم قانون التجارة المصري ١٧ لسنة ١٩٩٩ م (١)، فكان لا بد وأن يبرم العقد على نحو ينتج أثره القانوني بين أطراف العلاقة ، سواء وضع العقد في نموذج خاص تصدره هيئة سوق المال أم كان العقد مبرمًا طبقًا للقواعد العامة ، فقد نصت المادة (٢٥٦) من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ المصري « تلتزم الشركة بإبرام عقد فتح حساب مع كل عميل من عملائها يتضمن طبيعة التعامل بينهما وجميع التزامات وحقوق الطرفين بما يتفق مع أحكام القانون وهذه اللائحة وذلك على وثائق تعدها الشركة لهذا الغرض وفقاً للنموذج المرفق بهذا القرار

وهو ما يتضح لنا بجلاء أن إبرام عقد الوساطة في الأوراق المالية بين الشركة الوسيطة والشركة المصدرة للأوراق المالية ينبغي وفقاً للقانون المصري أن يوضح حقوق والتزامات الطرفين، وهو ما يعبر عنه بالآثار القانونية لعقد الوساطة أو السمسرة، وأن أي إخلال بأية من هذه الحقوق أو الالتزامات تتعدد معه المسؤولية سواء من جانب الشركة الوسيطة أو الشركة المصدرة للأوراق المالية أو العميل ، ونظرا لكون البحث ينصب على مسؤولية الوسيط المالي فسوف يكون بحثنا في حقوق والتزامات الوسيط ونتائج الإخلال بهما، وفي ضوء ما تقدم سوف يقوم الباحث بتقسيم الفصل الي الآتي :-

المبحث الأول :- حقوق الوسيط تجاه العميل والشركة .

المطلب الأول :- حقوق الوسيط قبل العميل (حائز الورقة المالية)

المطلب الثاني :- حقوق الوسيط تجاه الشركة مصدرة الأوراق المالية .

المبحث الثاني :- الالتزامات التي تقع عاتق الوسيط المالي أو السمسار

المطلب الأول: التزامات الوسيط تجاه العميل حائز الورقة المالية .

المطلب الثاني : التزامات الوسيط أو السمسار قانوناً تجاه الشركة وسوق الأوراق المالية .

(١) د . هشام أحمد ماهر زغلول - المسؤولية المدنية لشركات السمسرة في الأوراق المالية - الطبعة الأولى - دار النهضة العربية ٢٠١٣م - ص ٢٧٤فقرة ٨٢ .

عمله عند هذا الحد وإنما يقوم بإبرام عقد البيع أو الشراء نيابة عن المستثمر عند تنفيذ الصفقة داخل قاعة التداول في سوق المال (بورصة) مع وسيط (سمسار) آخر فهنا يكون دوره وكيلاً، وأحياناً يكون الوسيط (السمسار) نفسه بائعاً ومشترياً عند تلقيه الأمر المتقابل، بالإضافة إلى أنه قد تم مراعاة الخبرة والكفاءة والنزاهة عند اختياره كوسيط وقدرته على ممارسة هذه المهنة واحترافه فيها بموجب الشروط التي تتطلبها قوانين أسواق المال كما سبق وأن عرضنا هذا، والتي لا تتوافر لدى غيره مع احتكاره لهذا النشاط، ناهيك عن تسمية المشرع له بوسيط أو سمسار الأوراق المالية كما سبق ذكره، وتتشابه طريقة تعامله عادة مع الوكيل بالعمولة في حال إذا أبرم عقد الوساطة (السمسرة) باسمه ولحساب المستثمر، ولا نستطيع أن ننسب الطبيعة القانونية للوسيط (سمسار) الأوراق المالية إلى الوكيل بالعمولة أو الوكيل العادي لوجود فرق بينهما كما أوضحنا هذا، وقد استقر القضاء المصري في العديد من أحكامه علي أن تحديد طبيعة العلاقة القانونية بين الوسيط والعميل يتوقف علي التكييف القانوني للعقد المبرم بينهم فقد حكمت محكمة النقض المصرية بأن (١) «مسألة تكييف العقد (أي تحديد طبيعته وإعطائه الوصف القانوني الصحيح)، مسألة قانونية محضة، يختص بها قاضي الموضوع، تحت رقابة محكمة النقض (أو التمييز)».

حيث أنه من المسلم به في فقه القانون المدني أنه متى كشف القاضي عن إرادة المتعاقدين، كيفها بعد ذلك التكييف القانوني الصحيح غير متقيد بتكييف المتعاقدين، ثم رتب على هذا التكييف آثاره القانونية. وهو خاضع في التكييف وما رتبته من آثار لرقابة محكمة النقض (أو التمييز)، لأنه يطبق القانون على الواقع، وتطبيق القانون يعد من المسائل القانونية التي تختص محكمة النقض بمراقبتها » وفي حكم آخر لمحكمة النقض المصرية بأنه «ومن المقرر في قضاء محكمة النقض المصرية أن: «العبارة في تكييف العقود هي بحقيقة ما عناه العاقدون منها، وتعرف هذا القصد من سلطة محكمة الموضوع، ومتى تبينت تلك المحكمة إرادة العاقدين على حقيقتها، فإن عليها أن تكييفها بعد ذلك التكييف القانوني الصحيح غير متقيدة في ذلك بتكييف العاقدين».

(١) مشار اليه بمؤلف للدكتور/ عبد الرزاق أحمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني" - الجزء الأول: " مصادر الالتزام" - المجلد الأول: "العقد" - الطبعة الثالثة ١٩٨١ القاهرة - بند ٢٨٨ - ص ٨٠٤ وهامشها).

(٢) (محكمة النقض المصرية / الدائرة المدنية / الطعن رقم ١٠٧ لسنة ٣٧ قضائية / جلسة ١٩٧١/١٢/٢٨ مجموعة المكتب الفني / السنة ٢٢ / ص ١١١٥ / فقرة ٥)

المبحث الأول

حقوق الوسيط تجاه العميل والشركة

يترتب على الانعقاد الصحيح لعقد الوساطة في تداول الأوراق المالية التي يصدرها العميل الشركات التجارية والمصدرة للأوراق المالية (الأسهم والسندات) وبين الوسيط أو الراغب في شراء أو بيع أوراقه المالية عدة آثار قانونية تحقق التوازن بين حقوق والتزامات كلا طرفي أو أطراف العقد حسب الأحوال ، ومن أهم حقوق الوسيط أو السمسار هي :-

- قصر أعمال الوساطة على الوسيط في الأوراق المالية دون غيره وهو ما يسمى بحق القصر .
- الحق في الحصول على العمولة والمصروفات .
- ضمانات التنفيذ لحقوق الوسيط أو السمسار . وسنوالي بحثها في ثلاثة مطالب في ضوء التشريع والآراء الفقهية والتي قيلت في هذا الصدد .

المطلب الأول

حقوق الوسيط قبل العميل

للسمسار في الأوراق المالية عدة حقوق قبل العميل بعضها مالي والآخر غير مالي وسنوالي بشيء من التفصيل بيان تلك الحقوق والتي أفرزها عقد الوساطة أو السمسرة وهي :-

حق القصر للوسيط المالي

وهو ما نجده في القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ بشأن رأس المال المصري بالمادة ٢٧ / و والتي منعت مزاوله نشاط السمسرة في الأوراق المالية أو الوساطة بشأنها إلا بعد الحصول على الترخيص اللازم بذلك من الهيئة العامة لسوق المال ، أي أن المشرع قصر مزاوله هذا النشاط فقط على الشركات المرخص لها بذلك ، ولا يجوز لأي شخص أو جهة مزاوله هذا النشاط حتى لا يكون عرضة للجزاء المنصوص عليه بالمادة ٦٣ من قانون سوق رأس المال المصري ، فلا يجوز للسماسرة العاديين أو الوكلاء بالعمولة إجراء عملية التوسط في بيع وشراء الأوراق المالية ، نظراً لأن المشرع المصري حصر هذا النشاط فقط على سمسرة الأوراق المالية والمنظمة بالقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ .

ولا يقتصر هذا الحق على الأوراق المالية المقيدة بالبورصة وإنما أيضاً أي ورقة مالية غير مقيدة ، فلا يستطيع من لم يحصل على ترخيص بمزاوله نشاط الأوراق المالية أن يزاول نشاطه بيعاً أو شراء لهذه الأوراق بحجة أنها غير مقيدة ببورصة الأوراق المالية ، لأنه يمثل حق احتكار للوسيط في الأوراق المالية لا يجوز التعدي علي هذا الحق ، لاحتكاره من قبل المرخص لهم بذلك .

الجزاء على مخالفة هذا القيد : فإذا كان المشرع المصري قد أولى قيد حق الاحتكار أو القصر على

شركات السمسرة أو الوساطة المرخص لها بذلك في مزاوله مهنة الوساطة في بيع وشراء الأوراق المالية سواء المقيدة أو غير المقيدة بالبورصة فإن المخالفة بذلك لهذا القيد يترتب بطلان عملية البيع أو الشراء حسبما نصت عليه المادة ١٨ من قانون سوق المال المصري رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ بقصر مزاوله هذا النشاط على الشركات المرخص لها بذلك وإلا وقع التعامل باطلاً « بمعنى أن إجراء عملية البيع أو الشراء بواسطة السمسار غير المرخص له بمزاوله الوساطة في الأوراق المالية أو الأفراد العاديين أو الوكلاء بالعمولة يعد بيعاً أو شراءً غير صحيح ولا يترتب أي أثر في نقل ملكية الورقة المالية وبالتالي لا يستطيع المتنازل اليه من ممارسة حقوقه على الورقة المالية قبل الشركة ، لأن الشركة في ذاتها لا تعتد بهذا التنازل لعدم إجرائه طبقاً لما نص عليه المشرع في تنظيم عملية التنازل عن الأوراق المالية بواسطة الشركات المرخص لها بذلك ، وبالتالي العودة الي الحالة الأولى قبل التعاقد .

ولم يكتف المشرع المصري بهذا الجزاء المدني وإنما شمل أيضاً الجزاء الجنائي على المخالفة لهذا القيد بهدف حماية تلك الشركات ممن يزاول المهنة بغير ترخيص بالعقوبة بالحبس لمدة لا تزيد على خمس سنوات وغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تزيد على عشرين مليون جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين ، هذا مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد منصوص عليها في أي قانون آخر .

الحق في العمولة أو الأجر

من الحقوق الأساسية التي يهدف اليها الوسيط أو السمسار في الأوراق المالية هو الحصول على العمولة المتفق عليها في عقد السمسرة والذي يلتزم بسداده المستثمر للوسيط ، طالما وأن الوسيط قام بتنفيذ التزامه ببيع أو شراء الأوراق المالية سواء أسهم أو سندات ، وبعبارة أخرى أن تنفيذ العملية جاء لسعيه وتدخله لإبرام العقد فالحصول على العمولة إذا يرتبط بتنفيذ ما اتفق عليه الوسيط والمستثمر ، وقد نص المشرع البحريني في قانون التجارة رقم ٧ لسنة ١٩٨٧ صراحة علي أن الدلال يستحق الأجر بتمام العملية التي توسط فيها بالمادة ٢٠٥ والتي جاء فيها « إذا لم يعين أجر الدلال في القانون أو الاتفاق وجب تعيينه وفقاً لما يقضي به العرف فإذا لم يوجد عرف قدرته المحكمة تبعاً لما بذله الدلال من جهد وما صرفه من وقت في القيام بالعمل المكلف به . »

وفي المادة - ٢٠٦ - من ذات القانون والتي جاء فيها :-

- ١ - لا يستحق الدلال أجره إلا إذا أدت وساطته إلى إبرام العقد .
- ٢ - ويستحق الأجر بمجرد إبرام العقد ولو لم ينفذ كله أو بعضه .
- ٣ - وإذا كان العقد معلقاً على شرط واقف فلا يستحق الدلال أجره إلا عند تحقيق الشرط .

كما جاء بالمادة ٢٠٧ من ذات القانون بأنه «

١- إذا كان الدلال مفوضاً من طرفي العقد استحق أجره من كل منهما .

٢- ويكون كل من المتعاقدين مسؤولاً قبل الدلال بغير تضامن بينهما عند دفع الأجر المستحق عليه ولو اتفقا على أن يتحمل أحدهما جميع نفقات الدلالة .

أجل إنهاء المهمة المكلف بها نحو شراء أو بيع للأوراق المالية ، كما أنه طبقاً للقواعد العامة يكون للوسيط للدلال الحق في الفوائد التأخيرية علي ما يستحق له ففي المادة ٢٢٨ من القانون المدني المصري والتي تنص علي انه « لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير قانونية كانت أو اتفاقية أن يثبت الدائن ضرراً لحقه من هذا التأخير. » ويكون التأخير عاملاً جوهرياً لاستحقاق الفائدة في حال تأخر العميل في سداد العمولة المتفق عليها أو المصروفات التي تستحق للوسيط أو الدلال، ويعني القانون الدلال من تقاضي المصروفات إذا أضر بصرفه مصلحة أحد طرفي العقد فحسبما نصت عليه المادة ٢٠٩ من قانون التجارة رقم البحري ٧ لسنة ١٩٨٧م بأنه « لا يجوز للدلال المطالبة بالأجر أو استرداد المصروفات إذا أضر بمصلحة أحد المتعاقدين أو إذا حصل من أحد المتعاقدين على وعد بمنفعة خلافاً لما يقضى به حسن النية».

الحق في الحبس

للسيط الحق في حبس الأوراق المالية التي في حوزته والناجئة عن شرائها لحساب العميل ، أو ناتج البيع للأوراق المالية بناءً على أوامر العميل طبقاً للقواعد العامة في حالة امتناع العميل دون وجود مبرر أو مسوغ قانوني عن سداد مستحقات الوسيط السالف ذكرها والتي تتمثل في العمولة والمصروفات والفائدة إن كان لها مقتضى فقد نصت المادة ٢٤٦/ من القانون المدني المصري علي أنه « لكل ملتزم بأداء شيء أن يتمتع عن الوفاء به ، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتببط به ، أو مادام الدائن لم يتم بتقديم تأمين كافٍ للوفاء بالتزامه هذا».

ويقابل ما نص عليه المشرع الكويتي بالمادة رقم ٣١٨ - لكل من التزم بأداء شئ أن يتمتع عن الوفاء به ، ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام عليه مستحق الأداء ، ومرتببط بالتزام المدين ، أو ما دام الدائن لم يقدم تأميناً كافياً للوفاء بالتزامه. ومع ذلك لا يجوز لحائز الشيء أو محرزه أن يتمتع عن رده حتى يستوفى ما هو مستحق له من مصروفات أنفقها على الشيء إذا كان التزامه بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع وكذلك ما نصت عليه المادة ٣١٩ من ذات القانون بأن المادة رقم ٣١٩ على الحابس أن يحافظ على الشيء ، وأن يقدم حساباً عن غلته. وإذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التلف ، للحابس أن يحصل على إذن من المحكمة في بيعه وفقاً لإجراءات تحددها ، وله أن يبيعه دون إذن المحكمة في حالة الاستعجال ، وينتقل الحق في الحبس من الشيء إلى ثمنه فالوسطاء يتحملون شخصياً تجاه من يتعاقد معهم لحساب العملاء بناءً على أوامرهم ، فلا شك أن يبحثوا عن وسائل لحماية أنفسهم من عدم تنفيذ العميل لالتزامه ، أو من خطر إعسار أو إفلاس العميل ، والحق في الحبس يعد بلا شك من أهم ضمانات للوسيط في الحصول علي حقوقه ، واستعمال الوسيط للحق في الحبس إذا توافرت الشروط الآتية :-

- ١- أن يكون حق الوسيط قبل العميل واجب الأداء، بمعنى الا يكون محل منازعة ومنظورة أمام القضاء فيجب أن يكون محقق الوجود ومستحق الأداء سواء تعلق حق الوسيط بالعمولة أو المصروفات أو الفائدة المحصلة علي كلاهما ، فلا يتحقق حق الحبس إذا كان أياً منها محل نزاع بدعوى منظورة أمام القضاء .
- ٢- امتناع العميل عن سداد مستحقات الوسيط أو السمسار بدون مبرر قانوني ، أي دون وجود أي مسوغ

« السمسرة عقد يتعهد بموجبه السمسار لشخص بالبحث عن طرف ثان لإبرام عقد معين والتوسط لإبرامه ، في مقابل أجر» إلا أن ذات المشرع وبالمادة ٣٠٨ من ذات القانون وضعت شروطاً لازمة لاستحقاق الوسيط أو السمسار للعمولة وهي :- الأول : لا يستحق السمسار أجره إلا إذا أدت وساطته إلي إبرام العقد . الثاني : ويستحق الأجر بمجرد إبرام العقد ولو لم ينفذ كله أو بعضه .

الثالث : وإذا كان العقد معلقاً علي شرط واقف ، لم يستحق السمسار أجره إلا إذا تحقق الشرط وبالرجوع الي موقف المشرع المصري في صدد العمولة نجد أن القرار الوزاري رقم ٤٨٧ لسنة ١٩٩٤ الصادر عن وزير التجارة والصناعة المصري في شأن تحديد العمولة المستحقة لشركة السمسرة ، والذي نص في مادته الأولى علي أن تكون عمولات السمسرة في الأوراق المالية التي تتقاضيها شركات السمسرة وفقاً لما يلي :-

يتم الاتفاق بين شركات السمسرة وعملائها علي العمولة التي تتقاضيها عن العمليات التي تقوم بها وفي العملية الواحدة التي لا تتجاوز قيمتها عشرة آلاف جنيه مصري أو ما يعادلها بالعملة الأجنبية يكون الحد الأقصى للعمولة خمسة من ألف من القيمة بالنسبة للأسهم واثنين في الألف بالنسبة للأوراق المالية الأخرى وفي جميع الأحوال يكون الحد الأدنى للعمولة جنيهاً للعمولة الواحدة ، وتعتبر العملية الواحدة في تطبيق الأحكام المتقدمة متى تمت على أسهم شركات واحدة أو ورقة مالية تصدرها جهة واحدة »

المصروفات والفوائد

يستحق الوسيط المصروفات التي انفقها في سبيل اتمامه لعملية البيع أو الشراء للأوراق المالية، فلا يستحق فقط العمولة بل أيضاً الى جانبها المصروفات، والفوائد إن كان لها مقتضى من وقت الاتفاق في حالة التأخير عن سداد العمولة أو المصروفات المستحقة للوسيط وذلك تطبيقاً للقواعد العامة في الوكالة ، فقد نصت المادة ٧١٠ من القانون المدني المصري « علي الموكل أن يرد للوكيل ما أنفقه في تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الاتفاق (١) » ولاشك أن تنفيذ عملية بيع أو شراء للأوراق المالية يحتاج بلا شك لمصروفات ينفقها الوسيط في سبيل اتمام ما التزم به تجاه المستثمر، وهذه المصروفات تحمل على جانب المستثمر وتحصل الي جانب العمولة المستحقة للوسيط، وقد يتأخر في تحصيل العمولة أو المصروفات ومن هنا يستحق الوسيط أيضاً للفائدة عن التأخير في سداد ما اتفق عليه، ولا ريب أن الفائدة هنا تجارية ، فهي لا تحصل منفردة بل تحصل الي جانب العمولة والمصروفات في حال استحقاقها.

وفي قانون التجارة البحري رقم ٧ لسنة ١٩٨٧ فقد نصت المادة ٢٠٨ - بأنه :- لا يجوز للدلال استرداد المصروفات التي تحملها في تنفيذ العمل المكلف به إلا إذا اتفق على ذلك، وفي هذه الحالة يستحق المصروفات ولو لم يبرم العقد. وبمفهوم المخالفة يكون للوسيط أو الدلال الحق في تقاضي المصروفات التي تكبدها من

(١) د . محمد حسن عبد المجيد الحداد - السمسرة في الأوراق المالية - دار الكتب القانونية - القاهرة ، طبعة ٢٠١٢م ص ٢٤٣، ٢٤٤

الامتياز والذي يعطيه الأولوية في تحصيل دينه علي غيره من الدائنين التاليين له في المرتبة كأصحاب الديون المرهونة أو الديون العادية. ويرتبط بهذا الحق ليس فقط الحق في الحبس، وإنما أيضاً حق التتبع أي تتبع الأوراق المالية أو ثمنها في أي يد كانت والتقدم علي غيره من الدائنين لاستيفاء حقه المتمثل في العمولة أو الأجر والمصروفات التي أنفقها الوسيط في سبيل تنفيذ التزامه، إلا أن رأياً آخر في الفقه (١) يري بأن الوسيط أو السمسار ليس له حق الامتياز حق التتبع والأولوية علي الأوراق المالية لشركة السمسرة، وبالتالي فهي تقسم مع باقي الدائنين دينها قسمة غرماء وسندهم في ذلك بأن القانون المدني المصري جاء خالياً من النص علي ذلك .

المطلب الثاني

التزامات الوسيط قبل العميل

يقابل ما للوسيط من حقوق قبل العميل التزامات مفروضة عليه بموجب ما اتفقا عليه أو ما ارتبطت مع الوسيط من عقد التوسط لحساب العميل، وقد تصدي المشرع البحريني لأهم التزامات الوسيط المالي بالمادة ٩ قرار رقم (٤) لسنة ١٩٩٩ باعتماد قواعد وإجراءات التداول الآلي بسوق البحرين للأوراق المالية أثناء الفترة التجريبية ولخصها في الآتي :-

- ١- على الدلال البائع بذل كل مساعيه لبيع الأوراق والأدوات المالية المدرجة في أول يوم للتداول يلي يوم استلامه لتعليمات العميل.
- ٢- يكون الدلال البائع مسئولاً عن التأكد من أن العميل هو المالك المسجل للأوراق أو الأدوات المالية، وعليه أيضاً التأكد من توفر عدد كاف من الأوراق المالية للبيع، ومن عدم وجود رهن مسجل على الأوراق أو الأدوات المالية في المستودع المركزي للأوراق المالية أو مسجل الأسهم. وإذا اتضح عدم وجود عدد كاف من الأوراق أو الأدوات المالية يغطي الأمر أو وجود رهن على الأوراق أو الأدوات المالية، يرفض ذلك الأمر تلقائياً بواسطة نظام التداول الآلي بالسوق.
- ٣- على الدلال المشتري أن يبذل كل مساعيه لشراء الأوراق المالية المدرجة في أول يوم للتداول يلي يوم استلامه لتعليمات العميل.
- ٤- يكون كل من الدلال البائع والمشتري مسئولاً عن تزويد السوق بمعلومات كافية عن عملائه تمكن السوق من إعداد أوراق عقد العميل نيابة عن شركة الدلالة، ويجب توفير هذه المعلومات قبل تنفيذ التداول. وفي حالة عدم وجود تفاصيل كافية عن العميل لدى السوق لن يتم قبول الأمر بواسطة نظام التداول الآلي. وبشيء من التفصيل نستوضح أهم الالتزامات التي تقع علي عاتق الوسيط أو شركة السمسرة :-

(١) د . عبدالله الطائي - مسؤولية الوسيط المدنية تجاه المستثمر في سوق الأوراق المالية - دراسة مقارنة - منشورات زين الحقوقية - بيروت لبنان - الطبعة الأولى ٢٠١٥م ص ١٧٩، ١٨٠ .

قانوني يتمتع فيه العميل عن سداد مستحقات الوسيط من العمولة أو المصروفات .

٣- أن يكون الوسيط نفذ التزامه قبل العميل بصدد ما أسند اليه من إتمام العملية سواء بشراء أو بيع الأوراق المالية بناءً علي أمر العميل، وأساس التزام الوسيط هو أداء عمل ، وقد نفذ ما أمر به العميل ، فالفرض هنا أن الوسيط يحوز الأوراق المالية أو ثمن ناتج بيعها وأن ملكية الأوراق تعود للعميل أو الثمن المتحصل يستحق العميل كي يستطيع الوسيط أن يمارس الحق في الحبس

٤- لكي يمارس الوسيط الحق في الحبس قانوناً يجب أن يكون هناك ارتباط بين الحق في الحبس والأوراق المالية أو الثمن المتحصل منها ، فإذا لم يوجد مثل هذا الارتباط فلا حق له في الحبس ، كأن يكون العميل مديناً للوسيط بدين خارج نطاق العملية المكلف بها من قبل العميل .

وهنا يلزم لكي يمارس الوسيط أو السمسار الحق في حبس ما في حوزته سواء أوراقاً مالية أو مبالغ متحصلة من بيعها لابد وأن تتوافر تلك الشروط ، فإذا تخلف أي منها فلا يستطيع الوسيط أو السمسار أن يمارس الحق في الحبس ، لأنه في هذه الحالة يعد معتدياً على حق العميل ، إلا أنه من جهة أخرى يجب على الوسيط المحافظة على ما بحوزته من أوراق مالية أو مبالغ متحصلة من بيعها لحساب العميل ، وأن يردها الى العميل إذا ما أوفى بالتزامه قبله سواء بالوفاء بالمبالغ المستحقة في ذمته كالعقود والمصروفات ، أو بالإبراء أو بإجراء المقاصة أو بأي طريقة أخرى من طرق الوفاء ، وينقض الحق في الحبس أيضاً عند إصرار العميل علي عدم الوفاء وبالرغم من ذلك قام الوسيط ببيع الأوراق المالية التي سبق شراؤها تنفيذاً للأوامر العميل بالشراء وهو ما يسمى بالتنفيذ بالبورصة . (١)

حق الامتياز

من أهم الضمانات القانونية طبقاً للقواعد العامة والتي وردت بالمادة ١/٢٤٦ من القانون المدني المصري (حق الامتياز) المقرر للدائن سواء منصوص عليه قانوناً أو بالاتفاق بين طرفي علاقة المديونية، ويعني الامتياز تخويل صاحب الحق تتبع المال موضوع الحق والحاق به واستعادته من أي يد كانت والتنفيذ عليه فضلاً عن تقدمه على غيره من الدائنين التاليين له في المرتبة .

ودين الوسيط أو الدلال هو دين ممتاز باعتباره ديناً تجارياً، وحق الامتياز مستمد نص المادة ١/١٥٩ من قانون التجارة الجديد (٢) « للوكيل فضلاً عن حقه في الحبس امتياز على البضائع وغيرها من الأشياء التي يرسلها اليه الموكل أو يودعها لديه أو يسلمها له »

ويستفاد من النص السابق أن محل الامتياز هو الأوراق المالية التي في حوزة الوسيط أو الدلال والتي توسط لشراؤها لحساب العميل، ناتج بيع أوراق مالية توسط لبيعها (٣) ، كي يستطيع الوسيط ممارسة الحق في

(١) د. محمد عبد المجيد الحداد المرجع السابق - ص ٢٤٧، ٢٤٨

(٢) قانون التجارة المصري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م

(٣) محمد فراج عمر المازني - مسؤولية السمسار عن إتمام العمليات الحاضرة للبورصة دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق جامعة القاهرة بدون تاريخ - ص ٢١٤ .

الالتزام بالسرية

أوجبت التشريعات المختلفة علي الوسيط أو الدلال عدم المساس بأسرار العملاء بإفشافها للغير، لأن المساس بها يعد خرقاً للثقة والأمانة التي أودعها العميل للوسيط، وهذا الالتزام يتحقق تلقائياً وبقوة القانون ولو لم ينص عليه في الاتفاق المبرم بينهم، فلا يجوز للوسيط أن يفشي للغير عن معلومات أو بيانات تتعلق بمهنته أو شخصه بحيث لا يكون أمراً معروفاً أو ظاهراً وشائعاً للكافة، فقد نصت المادة ٢٣٠ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق راس المال ٩٥ لسنة ١٩٩٢ المصري علي أن « تلتزم الشركة بالمحافظة علي السرية التامة لبيانات عملائها وعدم إفشاء أية معلومات عنهم أو عن معاملاتهم إلي الغير بدون موافقتهم الكتابية المسبقة وفي حدود هذه الموافقة وذلك باستثناء الحالات التي يلزم فيها تقديم معلومات محددة الي البورصة أو الجهات الرقابية أو لقضائية ووفقاً لما تفرضه القوانين من ذلك »، ويعتبر هذا الالتزام من الأهمية بمكان لأنه يدور في مجال حيوي من مجالات تداول الأموال وهو سوق الأوراق المالية، ويترتب علي الإخلال بهذا الالتزام ليس فقط الجزاء المدني والمتمثل في التعويض وإنما أيضا يوجد جزاء جنائي نصت عليه المادة ٦٤ من القانون ٩٥ لسنة ١٩٩٢ والتي نصت علي أنه « مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد منصوص عليها في أي قانون آخر يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنتين وبغرامة لا تقل عن عشرين الف جنيه ولا تزيد عن خمسين الف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من أفشي سراً اتصل به بحكم عمله تطبيقاً لإحكام هذا القانون ، أو حقق نفعاً منه أو زوجته أو أولاده أو أثبت في تقاريره وقائع غير صحيحة، أو أغفل في هذه التقارير وقائع تؤثر في نتائجها » ولكن السؤال المطروح ما هو الأساس الذي يبني عليه التزام الوسيط بالمحافظة على أسرار عميله ؟

للإجابة علي هذا السؤال يتنازع رأيان (١) ، الأول يري أن التزام الوسيط مصدره الاتفاق وهو عقد الوكالة القائم بين العميل والوسيط ، لأن عقد الوكالة يقوم أصلاً علي الأمانة التي توجد بين العميل والوكيل وتلقي علي عاتق الوكيل التزام مؤداه عدم الإضرار بصالح العميل .
بينما يري الرأي الثاني أن مصدر التزام الوسيط أو السمسار هو القانون وأساس التزامه هو نص المادة ٦٤ من القانون ٩٥ لسنة ١٩٩٢ والمادة ٢٣٠ من ذات القانون .

وفي التشريع البحريني لم يتعرض المشرع لالتزام الوسيط أو الدلال بالسرية ومن ثم فمرجوعه الي القواعد العامة التي تحكم العقود، كما أنه يفهم من نص المادة ٤/٩ من القرار رقم (٤) لسنة ١٩٩٩ باعتماد قواعد وإجراءات التداول الآلي بسوق البحرين للأوراق المالية أثناء الفترة التجريبية والتي جاء فيها « - يكون كل من الدلال البائع والمشتري مسؤولاً عن تزويد السوق بمعلومات كافية عن عملائه تمكن السوق من إعداد أوراق عقد العميل نيابة عن شركة الدلالة، ويجب توفير هذه المعلومات قبل تنفيذ التداول. وفي حالة عدم وجود تفاصيل كافية عن العميل لدى السوق لن يتم قبول الأمر بواسطة نظام التداول الآلي.

(١) ، محمد فراج عمر المازني - المرجع السابق ص ٢٣٢ وما بعدها

د . محمد عبد المجيد الحداد - المرجع السابق ص ١٦٨ وما بعدها .

« وهو ما يعد بمفهوم المخالفة أن الوسيط المالي يلتزم بالمحافظة علي أسرار العملاء ولا يجوز إطلاع غيره عليها إلا الاستثناء الوارد بالمادة ٤/٩ المشار اليها ومن باب اولي الجهات الرقابية والقضائية لها الحق في الاطلاع علي أسرار العملاء تحقيقاً للمصلحة العامة، وغير هذا الاستثناء يكون الوسيط أو الدلال مسؤولاً عن إفشاء أسرار عملائه إضراراً بهم وقد فرض المشرع البحريني جزاء بالمادة ١٤ من قانون انشاء وتنظيم سوق البحرين للأوراق المالية رقم ٤ لسنة ١٩٨٧ الملغي فيما يقع من مخالفات لأحكام هذا القانون والتي قد تتمثل في إيقاف التعامل مع الوسيط المالي أو شطبه من العضوية أو الوقف عن العمل مدة لا تزيد عن أربعة أشهر .

الإلتزام بالإفصاح والشفافية

ومضمون الالتزام أن يقوم الوسيط بعرض الشروط التي عرضها العميل بدقة وامانة عرضاً أميناً على الطرف الآخر مبيناً للأخير ظروف العملية التي توسط فيها من حيث مزاياها ومخاطرها دون مبالغة أو تقصير، وبعبارة أخرى ينبغي علي الوسيط أو الدلال أن يقدم كل المعلومات الكافية لإتمام العملية بالحيدة وان لا يعرض بشروط يعجز معها العميل عن اتمام الصفقة أو في غير صالح العميل، وهو ما نصت عليه المادة (٢١) من اللائحة الداخلية لسوق البحرين للأوراق المالية الملغية على أنه « يلتزم الدلالون بتقديم كافة البيانات والمعلومات والإحصائيات والمستندات التي تطلبها منهم إدارة السوق بالشكل وفي المواعيد التي تحددها، ولإدارة السوق التحقق من صحة هذه البيانات والمعلومات بأية وسيلة تراها مناسبة.

ويعد هذا الالتزام من أهم الالتزامات التي تقع علي عاتق الوسيط، وهو من الالتزامات القانونية التي اوجب فيها المشرع المصري الوسيط أو السمسار في الأوراق المالية ضرورة مراعاة الدقة والأمانة لدي إصدارها لأي إعلان عن الأوراق المالية سواء كان موجهاً الي عملائه أو الجمهور، في أن يدلي بكل المعلومات حول نوع الورقة والشركة المصدرة لها وكافة البيانات لإحاطة العميل بكل ما يلزمه لاتخاذ القرار المناسب نحو الشراء وعدمه لها ، فقد حظر المشرع الوسيط حجب أي معلومات جوهرية أو حقائق علي نحو يؤثر في سلامة اتخاذ العميل لقراره أو الجمهور بصفة عامة، أو بقصد إحداث أي نوع من التضليل أو الالتباس لديهم ، كما حظر المشرع المصري على الوسيط تضمين الإعلان أي تصريح مبالغ فيه أو ذي تأثير مذل.

(١)

ويرجع اهتمام المشرع بمبدأ الشفافية والافصاح في سوق المال خاصة من جانب الوسطاء في الأوراق المالية الي مراقبة المستثمرين لاستثماراتهم وحمايتهم ، ومساعدتهم في اتخاذ القرار المناسب ، فالمعلومات تمثل عصب التعامل في بورصات الأوراق المالية ، ويتوقف قرار الشراء أو البيع لها علي تلك المعلومات المعلنة ، أما المعلومات غير المعلنة إذا كانت تتعلق بورقة مالية أو بجهة وتتضمن حقيقة أو ميزة لم تنشر بعد للكافة

(١) د . هشام أحمد ماهر زغلول - المسؤولية المدنية لشركات السمسرة في الأوراق المالية - دراسة مقارنة - الطبعة الأولى ٢٠١٢م - دار النهضة العربية - القاهرة - ص ٥٨٨ وما بعدها ، المادة ، ٢٤٢ ، ٢٢١ من اللائحة التنفيذية للقانون ٩٥ لسنة ١٩٩٢م بشأن قانون سوق المال المصري . ، د محمد فراج عمر المازني - المرجع السابق ص ٢٤١ .

عليه بالإفلاس، أو أنه ناقص أو عديم الأهلية، وهذه من مهام الوسيط، حتى لا يستل أمام عميله عن خطئه في إبلاغه بمعلومات غير صحيحة ويستفاد ذلك من نص المادة ٢٠٣ من قانون التجارة المصري الجديد ١٧ لسنة ١٩٩٩ بقولها « لا يضمن السمسار يسر طريق العقد الذي يتوسط في إبرامه ولا يسأل عن تنفيذ العقد أو عن قيمة أو صنف البضائع المتعلقة به إلا إذا ثبت الغش أو الخطأ الجسيم في جانبه » .

وعلى ذلك لكي يتحلل الوسيط من المسؤولية أن يثبت بكافة طرق الإثبات بأنه قدم لعميله البيانات اللازمة نحو المتعاقد الآخر وأنه راعي الدقة والأمانة في عرضها عليه وأن الغش أو الخطأ الجسيم لم يكن له دخل فيه وإنما جاء نتيجة سوء نية الطرف الآخر المتعاقد معه لإخفائه معلومات هامة عن وضعه المالي أو أهليته، كأن يكون مشرفاً على الإفلاس أو صدر بالفعل ضده حكم بالإفلاس ولم يتنبه إليه السمسار أو الوسيط .

وفي ضوء ما سبق يلتزم الوسيط أو السمسار بالأوامر التي صدرت إليه من العميل بأمانة ودقة (١) وأن يراعي فوق ذلك حسن النية في تعامله مع العميل بأن ينقل إليه أوامر العميل بأمانة، والإخلال بذلك يجعله عرضة للمسؤولية إذا أصاب العميل ضرر ناتج عن خطأ الوسيط نحو نقل بيانات غير صحيحة أو غير مطابقة مع أوامر العميل، فإذا ما تحققت الرابطة بين خطأ الوسيط أو السمسار والضرر الذي أصاب العميل انعقدت مسؤولية الوسيط ويلتزم بالتعويض عن هذا الضرر .

التزام الوسيط بتقديم كشف حساب لعملائه

من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق الوسيط التزامه بتقديم كشف حساب عن كل عملية أجراها لحساب العميل يبين فيها ما تسلمه من نقود لشراء الأوراق المالية (أسهم أو سندات) وما تكبده من مصروفات في سبيل إتمام الصفقة سواء بالبيع أو الشراء، ومصدر الالتزام ما نص عليه المشرع المصري في اللائحة التنفيذية لقانون سوق المال ٩٥ لسنة ١٩٩٢ بالمادة ٢٦٤ منه والتي نصت على أن « علي الشركة استكمال إجراءات عقد العملية وإخطار البورصة وشركة المقاصة بتنفيذها خلال المواعيد القانونية المقررة ، وعليها إخطار العميل في خلال ٢٤ ساعة من تنفيذ العملية التي تمت، علي أم يتضمن الإخطار بياناً تفصيلياً عما تم التعامل عليه من أموال وأوراق مالية وما تم خصمه من عمولات ، وذلك كله دون الإخلال بالتزام الشركة بإرسال بيانات دورية الي عملائها » . وما ورد بالمادة المذكورة هو قيد زمني والتزام واضح على الوسيط أو السمسار أن يخطر عميله خلال ٢٤ ساعة من اتمامه العملية سواء بالبيع أو الشراء ، فعلي سبيل المثال في حال الشراء يبين عدد الأوراق المالية التي تم شراؤها ونوعها أي أسهم أم سندات وسعرها ، وفي حال البيع أيضاً عليه أن يبين السعر الذي تم به البيع ، بالإضافة الى ما سبق ، فإن هناك التزام آخر يقع على عاتق الوسيط ألا وهو التزامه بتقديم كشف حساب دوري للعميل حسبما يتفق عليه الطرفان من المدة

، وتعد ذا تأثير على أسعار الأوراق المالية ، وبالعموم فإن المعلومات الغير معلنة هي تلك الغير متاحة للعميل أو للجمهور سواء كلية أو بجزء منها بحيث يؤثر بالفعل علي قرار العميل أو أي من الجمهور ، ويرجع سبب التجريم هنا في حالة حجب أي معلومات للعميل أو الجمهور من قبل الوسطاء أو شركات السمسرة بصفة عامة إلى أن هذه المعلومات هي في الأصل حق لكل مساهم أو مالك لصكوك السندات داخل الشركة الواحدة ، فلا يقبل قانوننا أن يستحوذ البعض علي تلك المعلومات دون البعض الآخر ، الأمر الذي إخلالاً بمبدأ المساواة بين أصحاب الأسهم أو السندات داخل الشركة الواحدة، كما أن المستثمر يفترض فيه الإلمام التام بتلك المعلومات قبل الدخول الى الشركة بشراء أسهمها ، وهنا تجدر بنا الإشارة الى ان اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال المصري ٩٥ لسنة ١٩٩٢ وفي الباب السادس منه والخاص بالأحكام المنظمة لشركات تكوين وإدارة المحافظ المالية بأنه علي أن شركة السمسرة (الوسيط) تعد من بين الأشخاص الملزمين بالامتناع عن التعامل علي المعلومات غير المعلنة . (١)

ويتحدد نطاق الإفصاح للعميل عن جميع المخاطر التي تحيط بالصفقة والتي سوف يقدم العميل عليها ، ومنها الآثار القانونية المترتبة علي تنفيذ أوامر العميل والالتزامات الناشئة عنها، متي كان الوسيط علي علم بها ، وذلك تطبيقاً لمبدأ حسن النية في التعامل، وجدير بالذكر فإن التزام الوسيط أو الدلال هنا بذل عناية الرجل المهني الحريص، أي عليه الإفصاح بكل المعلومات التي تؤثر في تنفيذ الصفقة بالسلب أو بالإيجاب وهو التزام عام يغطي المرحلة السابقة في التعاقد، حتى لا تعيب ارادة العميل بالوقوع في غلط، أو تدليس من قبل الوسيط لقيام التصرف علي معلومات مغلوطة أو غير صحيحة تجعل عملية البيع أو الشراء عرضة للبطلان بالإضافة للجزاء الجنائي. (٢)

وأغلب التشريعات الخاصة بسوق المال تلزم الوسيط بالإفصاح للعملاء عن كافة المعلومات والبيانات حول العمليات التي يرغب عملائه في اتمامها وان يقدم مصلحة العميل علي مصلحته، فنجد نص المادة ٢٤٣ / ٤ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال المصري ٩٥ لسنة ١٩٩٢ بأن « يحظر علي الشركة اتباع اساليب في عملها تنطوي علي الغش أو التدليس وبصفة خاصة : ٤- إخفاء أو تغيير أو الامتناع عن الحقائق الجوهرية المتعلقة بالتعامل علي الأوراق المالية « بالاستثمار » ، وامتدادا لهذا الالتزام فقد نصت المادة ٢٠٠ من قانون التجارة المصري ١٧ لسنة ١٩٩٩ بقولها « علي السمسار ولو لم يكن مفوضاً إلا من أحد طرفي العقد أن يعرض الصفقة علي الطرفين بأمانة وأن يوقفهما علي جميع الظروف التي يعلمها عن الصفقة، ويكون الوسيط مسئولاً قبلهم عما يصدر منه من غش أو خطأ جسيم ” والالتزام الذي يقع علي عاتق الوسيط أو الدلال هنا هو التزام ببذل عناية الرجل المهني الحريص ووفق ما يقضي به العرف التجاري (٣) ، فعلى سبيل المثال يجب على الوسيط إخطار عميله بأن الطرف الآخر الراغب في التعاقد معه مشرف على الإفلاس لعجزه عن سداد ديونه أو حدوث اضطراب في أعماله التجارية تجعله عرضة للحكم

(١) د . محمد عبد المجيد الحداد - المرجع السابق ص ١٨٠ .

(٢) د . محمد تنوير الرافعي - صغار المستثمرين ودور هيئة سوق المال في حمايتهم مقارنة بأسواق المال الأجنبية - دراسة مقارنة ٢٠٠٧م - دار النهضة العربية - القاهرة ص ٥٦٦ .

(٣) د . محمد حسن عبد المجيد الحداد - المرجع السابق ص ٢٠٠ .

(١) ص ١٦٨ . د . ريان هاشم حمدون - التنظيم القانوني للتداول الإلكتروني للأوراق المالية - دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية - ٢٠١٣م

الفصل الثالث

مسؤولية الوسيط أو السمسار المدنية وفقاً للقواعد العامة قبل العميل والشركة

يرتبط العميل أو المستثمر بصفة عامة مع الوسيط (سواء شخص اعتباري أو طبيعي) بعلاقة تعاقدية ، يطلب فيها العميل من الوسيط إدارة أوراقه المالية نحو البحث عن طرف آخر للتصرف فيها سواء بالبيع أو رهنها أو هبتها للغير أو أي تصرف بموجبه، أو شراء مجموعة من الأسهم أو السندات والتي تطرحها شركات المساهمة المرخص لها بذلك في اكتتاب عام ، وطبقاً للقواعد العامة في تنظيم عقود البيع، فإن الوسيط يجب أن يراعي في عمله ظروف التعاقد بين العميل والطرف الآخر ، وأن يصل بالعميل الى اتمام الصفقة على أكمل وجه ، وبالرغم من عدم تدخل العميل في العملية التعاقدية ، وأن مهمته تنحصر فقط في البحث عن مشترٍ أو بائع للأوراق المالية التي يحوزها من عميله، إلا أن المشرع فرض عليه عدة التزامات نحو العميل مصدرها العقد المبرم بينه وبين الوسيط وهو عقد السمسرة، وهي تتم بذاتها عن أهمية دور الوسيط نحو اتمام الصفقة في العلاقة القانونية الثانية بين العميل والمتعاقد الآخر والتي يبتغيها العميل ، وأن الإخلال بالالتزامات التي يفرضها عقد السمسرة أو الوساطة قد يؤدي لمسؤولية الوسيط المدنية تجاه العميل، وتعني المسؤولية المدنية بصفة عامة « هي إخلال الفرد - طبيعياً أو اعتبارياً - بما التزم به قبل الغير قانوناً أو اتفاقاً والجزاء فيها تعويض الضرر الناشئ عن هذا الإخلال (١) » وهو ما ينطبق على السمسار أو الوسيط باعتباره مهنياً متخصصاً في مجال الأوراق المالية ومن ثم ينطبق عليه ما ينطبق على شخص أخطأ في حق الغير سواء كان شخصاً طبيعياً أم اعتبارياً لم يبذل في التزامه عناية الرجل المعتاد ، إلا أن خصوصية مهنة الوساطة جعلت الوسيط يدخل تحت ما يسمى بالمسؤولية المهنية ، والتي تتطلب عناية تفوق عناية الرجل المعتاد وهي عناية الرجل الحريص علي تحقيق مصالحه الشخصية نظراً لأهمية الدور الاقتصادي الذي يلعبه الوسيط .

وفي ضوء ذلك يمكننا تحديد خصائص مسؤولية الوسيط وهي :-

- مسؤولية الوسيط مسؤولية مهنية :- فالقاعدة العامة لمسؤولية الوسيط تنطبق عليه من خطأ سبب ضرر للعميل مع ارتباط الخطأ بالضرر بعلاقة سببية ، الا أن تخصص شخص مرتكب الخطأ (الوسيط أو السمسار) في مجال مهنته يفترض وصف هذا الخطأ بالخطأ المهني وبناء عليه فإن مسؤولية الوسيط هنا مسؤولية مهنية ، ويمكن تحديد للخطأ المهني طبقاً لما تقتضيه الأصول والأعراف والعادات المهنية المتخصصة ، وهي تختلف بحسب نوع النشاط الذي يمارسه الشخص القائم به وأياً كان نوع الإخلال الذي سببه الوسيط باعتباره مهنياً متخصصاً في مجال تداول الأوراق المالية لديه الخبرة والكفاءة في إتمام أي صفقة بالبحث عن أفضل الأساليب والسعر المناسب مع عامل الزمن، وسواء كانت عقدية أم تقصيرية .

(١) ، والعقدية - دار المعارف الإسكندرية الطبعة الثانية ١٩٧٩م ص١١ - د. حسين عامر وعبد الرحيم عامر المسؤولية المدنية التقصيرية

اللازم تقديمها خلالها كأسبوع أو شهر أو ربع سنوي.....الخ. وأخيراً يقع علي عاتق الوسيط التزام مهم ألا وهو التزامها بتقديم المستندات المؤيدة لكشف الحساب عن المبالغ التي دفعها أو تلك المحصلة من البيع وذلك عند نهاية التعاقد المبرم بينهم، أي تقديم فواتير السداد في حالة الشراء أو البيع من جانبها، وإذا أظهرت العملية الحسابية للوسيط عن وجود مديونية للعميل على الشركة فعليها أن ترد ما في ذمتها من دين لصالح العميل من تاريخ الإصدار وليس من تاريخ المطالبة القضائية طبقاً للقواعد العامة (١)، وفي حال التشكك في صحة كشف الحساب المقدم، فإن عبء الإثبات يكون على الوسيط والذي يثبت بكافة طرق الإثبات صحة الحساب المقدم لعميله، وللأخير الحق في أن يطلع علي دفاتر الشركة والسجلات والفواتير الموجودة لدي الشركة والتي حصلت عليها من الغير، إلا أن هناك رأياً يري بأن إطلاع العميل يمثل خرقاً للسرية، لأن في اطلاعه يمكنه من الاطلاع علي معاملات الغير، وفي هذه الحالة قد يعترض الوسيط على ذلك، الأمر الذي لا يكون أمام العميل سوى اللجوء الي القضاء الذي يتدب خبيراً للقيام بذلك وعادة ما يتم انتداب الخبير من الهيئة العامة لسوق المال حفاظاً على أسرار باقي العملاء لدي الوسيط أو السمسار .

التزام الوسيط بالبحث عن طرف ثاني

من أبرز الالتزامات التي تقع علي عاتق الوسيط أو السمسار هو البحث عن طرف ثانٍ للتعاقد معه وإتمام العملية حسب رغبة العميل سواء ببيعاً أو شراءً، وهو ما نصت عليه صراحة نص المادة ١/٢٠٤ من قانون التجارة البحريني ٧ لسنة ١٩٨٧م " -الدلالة عقد يتعهد فيه الدلال لشخص بالبحث عن طرف ثانٍ لإبرام عقد معين متوسطاً في إبرامه مقابل أجر . « ونفس مارددته المادة ١٩٢ من قانون التجارة المصري ١٧ لسنة ١٩٩٩ « السمسرة عقد يتعهد بمقتضاه السمسار لشخص بالبحث عن طرف ثانٍ لإبرام عقد معين والتوسط في إبرامه »

، والملاحظ من المادة المذكورة بأن التزام السمسار هو التزام ببذل عناية وليس تحقيق نتيجة ، فعلى السمسار أن يبذل العناية المطلوبة منه في البحث عن الطرف الآخر للعميل والسعي لإتمام الصفقة، وقد ينص بالعقد على مرحلة التفاوض فقط مع الطرف الآخر وعند هذه المرحلة أي نجاح التفاوض مع الطرف الآخر يخطر العميل بنجاح المفاوضات، وفي كلا الحالتين لا يتدخل الوسيط أو السمسار في إبرام العقد وإنما يقف فقط موقف المراقب حتى تمام العقد أو تمام التفاوض .

(١) د . عاشور عبد الجواد عبد الحميد - النظام القانوني للسمسرة في الأوراق المالية - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية -- القاهرة - بدون تاريخ ص ٩٠ بند ١١٧ . د . هشام أحمد ماهر زغلول المرجع السابق - ص ٦٣٤ .

ضامن لتصرفات التابع وأنه يعمل تحت رقابته وأمرته .
وعلى ذلك يمكن القول بأن المسؤولية تقع على الوسيط الناتجة عن خطأ ارتكبه أحد موظفيه التابعين له بالشروط الآتية :

١- وجود رابطة تبعية بين الموظف والوسيط وغالباً ما يكون مصدرها عقد العمل بين الموظف التابع والوسيط المتبوع، وبمقتضى هذه الرابطة يكون للمتبوع سلطة الرقابة والتوجيه علي التابع من خلال مجموعة الأوامر التي يتلقاها التابع في تنفيذه لها .

٢- أن يقع خطأ من التابع : والخطأ هنا يعنى مخالفة التابع لتعليمات المتبوع (الوسيط) حيث وقع الخطأ على العميل مما سبب له ضرراً ، فلا يسأل الوسيط إلا بحصول الخطأ من أحد تابعيه، وحصول الخطأ هنا ناتج عن إهمال المتبوع في الرقابة علي تصرفات التابع، وللتخلص من هذه المسؤولية يمكن للوسيط انتفاء الخطأ من التابع له أو انتفاء الخطأ في الرقابة والتوجيه وتبقي هنا المسؤولية قائمة على التابع والذي يمكن للعميل الرجوع عليه بالتعويض .

٣- أن يقع خطأ التابع أثناء عمله : أي الأخطاء ترتكب أثناء تأديتهم لعملهم سواء بالتنفيذ أم بالمخالفة لأوامر الوسيط ، ولا يقصد خلال العمل أي أثناء ساعات الدوام الرسمي له وإنما يقصد بها وقت تنفيذ أو أمر الوسيط في أي وقت طالما أن العلاقة بينهم قائمة ، فإذا ما تسلم الموظف من العميل مثلاً أوراقاً مالية لبيعها للغير ولم يتم بقيدها في سجلات الوسيط مما ترتب عليه تأخرها في عملية البيع ، فهنا يسأل الوسيط عن الضرر الناتج عن خطأ الموظف التابع له بالتعويض .

وسؤال آخر ألا وهو إذا كان للوسيط فروع أخرى فهل يسأل الوسيط مسؤولية شخصية عن تصرفات الفرع الخاطئة ؟

الفرع للوسيط ما هو إلا جزء تابع للأصل وهو المركز الرئيسي ينفذ السياسة العامة له وتعليماته وما يصدر عن المركز الرئيسي من قرارات تستهدف بالأول تحقيق مصلحة الوسيط، فغالباً ما يكون للمركز الرئيسي للوسيط فروع تيسر التعامل مع العملاء وتستهدف مصلحتهم، ويكون للفرع ممثل قانوني عنه يعمل باسم الفرع ولحسابه وليس لمصلحته الشخصية، والفرع ما هو إلا جزء من الأصل وما ينسب للفرع من أخطاء ينسب للأصل وبناءً عليه إذا أخطأ ممثل الفرع عن الوسيط المالي يسأل إما الفرع أو المركز الرئيسي للوسيط وللمتضرر من العملاء حق رفع دعواه إما على الفرع طالما أنها داخلة في اختصاصه أو المركز الرئيسي .

ولطالما تحققت المسؤولية للوسيط أو السمسار أياً كان نوعها وشكلها فلا بد لنا أن نتعرض بشيء من التفصيل حول عناصر المسؤولية المدنية للوسيط أو السمسار حتى نقف على مساءلته ، لذلك سنتناول من خلال هذا المبحث الآتي :

المطلب الأول :- عناصر المسؤولية المدنية للوسيط أو السمسار.

الفرع الأول :- الخطأ الناتج عن تصرفات الوسيط أو السمسار قبل العميل أو الشركة.

الفرع الثاني :- الضرر الذي أصاب العميل أو الشركة مصدرة الأوراق المالية .

الفرع الثالث :- العلاقة السببية بين خطأ الوسيط والضرر الذي أصاب العميل أو الشركة.

- مسؤولية موضوعية :- الوسيط هنا شخص متخصص في مجال مهنته وهذه الفكرة تفرض عليه تحمل تبعاتها والالتزام بتعويض الطرف الآخر عن أي خطأ ناتج عن ممارستها حتى ولو لم يثبت خطأ الوسيط في ذلك مادام الخطأ لم ينسب الي العميل ولم يكن من الممكن نسبة هذه المسؤولية الي شخص آخر. وأياً كان نوع الخطأ المنسوب الي الوسيط سواء كان عقدياً ناتجاً عن الإخلال بالالتزام مصدره عقد السمسرة ، أو خطأ تقصيرياً ناتجاً عن الإخلال بالالتزام قانوني لأي شخص .

أشكال المسؤولية المدنية التي تقع علي عاتق الوسيط :

١- المسؤولية الشخصية للوسيط :

الأصل أن يمارس الوسيط أو السمسار عمله بنفسه إذا كان شخصاً طبيعياً ، ومن ثم فإنه يسأل شخصياً عن أية أخطاء تكون قد صدرت منه أثناء تنفيذه لما التزم به في عقد السمسرة أو ما فرضه عليه القانون ، أو طبقاً لما هو متبع في سوق الأوراق المالية من أعراف أو عادات أو أصول ، وعادة ما يكون الوسيط شخصاً اعتبارياً ، والطبيعة المادية له لا يمكن بحال أن يزاول نشاطه إلا من خلال ممثل شخصي طبيعي يعبر عن إرادته ، والسؤال الذي يطرح نفسه هل يسأل الوسيط مسؤولية مباشرة عن خطأ ممثليه أم لا يسأل عن أخطاء ممثليه إذا كان الخطأ منسوباً فقط للممثل القانوني له ؟

الممثل القانوني للوسيط أو السمسار غالباً ما يكون المدير المفوض أو عضو مجلس الإدارة، وأن ما يأتيه من تصرفات بناءً على تعليمات صدرت إليه من الوسيط شخصياً وعليه تنفيذها وبناءً على ذلك فإن كل ما يصدر عن الممثل القانوني له وكأنها صادرة من الوسيط شخصياً، فإن الخطأ الذي يقع من الممثل القانوني للوسيط قبل العميل وكأنه وقع من الوسيط لأنه يتصرف باسمه ولحسابه، وبناءً عليه لا يسأل الممثل القانوني وإنما الوسيط أو السمسار عن الخطأ الذي وقع بحق أحد العملاء، ونتيجة لذلك فإن دعوى المسؤولية ترفع ضد الوسيط وليس الممثل القانوني له وهو المسؤول شخصياً عن تنفيذ الحكم الصادر بالتعويض - إن كان له مقتضى - عما أصاب (العميل) المدعي من أضرار جراء تصرف ممثليه إلا إذا أثبت الوسيط أو السمسار أن المدير المفوض والممثل القانوني له كان يستهدف من وراء تصرفه ليس مصلحة الوسيط وإنما مصلحة الممثل الشخصية .

٢- المسؤولية غير الشخصية للوسيط :

قد يتولى إدارة شؤون الوسيط بنفسه فيما إذا كان شخصاً طبيعياً، ولكن إذا كان اعتبارياً فلاشك في احتياجه لشخص أو مجموعة من الأشخاص الطبيعيين يتولون إدارة الوساطة، فبغض النظر عن مدير الوسيط أو ممثله القانوني فيوجد عدة مستخدمين يعملون عن تنفيذ ما يسند اليهم من أعمال إدارية، والسؤال المطروح ماذا لو تصرف أحد موظفي الوسيط التابعين له إدارياً مسبباً بتصرفه خطأ بحق أحد عملائه مما سبب له ضرراً فهل يسأل الوسيط قبل العميل أم يسأل الموظف التابع له إدارياً؟

للإجابة على هذا السؤال لابد من تحديد طبيعة العلاقة بين الموظف والوسيط، ومما لا شك فيه أنه توجد علاقة تبعية بينهما ، فالتابع هو كل شخص وضع نفسه تحت إمرة شخص آخر لتنفيذ ما يكلف به من أعمال تستند اليه لمصلحته ولحساب المتبوع، والموظف الإداري ما هو إلا تابع للوسيط، ويترتب علي هذه العلاقة بأن يسأل الوسيط طبقاً للقواعد العامة عن خطأ تابعيه عن أية أضرار قد تصيب العميل علي أساس أنه

المطلب الثاني :- عزل الوسيط أو السمسار:

الفرع الأول :- عزل الوسيط قانوناً .

الفرع الثاني :- عزل الوسيط اتفاقاً.

المطلب الأول

عناصر المسؤولية المدنية

طبقاً للقواعد في القانون المدني فإن عناصر المسؤولية تتحدد بالخطأ الصادر عن الوسيط وأن يرتب الخطأ ضرراً محققاً بالعميل، وأن توجد بينهما رابطة سببية أي بين الخطأ والضرر حتي تكتمل عناصر المسؤولية ويلتزم الوسيط بجبر الضرر الذي ألحقه بالعميل، وفي ضوء ذلك سوف نقسم المطلب الى ثلاثة فروع رئيسية تتناول أركان المسؤولية وهي :

الفرع الأول:- الخطأ الناتج عن تصرفات الوسيط أو السمسار قبل العميل أو الشركة.

الفرع الثاني :- الضرر الذي أصاب العميل أو الشركة مصدرة الأوراق المالية .

الفرع الثالث:- العلاقة السببية بين خطأ الوسيط والضرر الذي أصاب العميل أو الشركة .

الفرع الأول

الخطأ الناتج عن تصرفات الوسيط أو السمسار قبل العميل أو الشركة

طبقاً للقواعد العامة بالقانون المدني البحريني فقد نصت المادة ١٥٨ نصت علي أن « كل خطأ سبب ضرراً بالغير يلزم من أحدثه بالتعويض » وفي القانون المدني المصري بالمادة ١٦٣ منه نصت علي أن « كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض ، وتتعقد مسؤولية الشركة طبقاً لما تقدم نتيجة الإخلال بأحد الالتزامات الملقاة علي عاتقها والناتجة عن العقد (عقد السمسرة) المبرم ما بين الوسيط أو السمسار والعميل والتي سبق وأن تناولناها، ولفظ الخطأ بالقواعد العامة ورد عاماً أي يشمل نوعي الخطأ العقدي والتقصيري، وتتحقق المسؤولية بالعقد إذا ما امتنع الوسيط عن تنفيذ ما التزم به بموجب عقد السمسرة أو مجرد التأخير في تنفيذ التزامه نحو العميل وسواء كان عن عمد أو إهمال ، ولكن إذا إمتد الخطأ الي الغير والذي لا تربطه علاقة تعاقدية مع الغير فإن المسؤولية تختلف هنا وتصبح مسؤولية تقصيرية، لأنها تستمد من الخطأ في تطبيق القوانين واللوائح ويصبح الخطأ هنا تقصيرياً ، وبعبارة أخرى فإذا ما انحرف الوسيط أو السمسار في الأوراق المالية عن السلوك المعتاد طبقاً لما نصت عليه قوانين تنظيم سوق رأس المال ، أو طبقاً لما هو معتاد بين الوسطاء في الأوراق المالية وترتب علي هذا السلوك ضرر للغير يلتزم أيضاً بالتعويض . فالغاية من اقرار نظام المسؤولية العقدية هو محاولة جبر الضرر واعادة التوازن الى المراكز الاقتصادية المختلفة للمتعاقدين نتيجة الأخطاء المنسوبة للوسيط في العلاقة التعاقدية، فالمنطق يفرض أن تقوم المحكمة المعروض عليها النزاع بإلزام الطرف المتسبب في وقوع الضرر بأداء التعويض المناسب للطرف

المتضرر العميل ويستوي في ذلك أن يكون هذا التعويض اصلاً للعيب أو الخلل الموجب للمسؤولية أو عبارة عن تمتع الطرف المضروب بمبالغ نقديه اذا كان العيب أو الضرر مستعصياً عن إصلاح الخطأ الذي أحدثه الوسيط أو الشركة ، وبما أن مقدار هذا التعويض يختلف باختلاف حجم وخطورة الضرر اللاحق بالمضروب فإننا سنقوم برصد معالم هذا التعويض .

والقاعدة أن الالتزام الذي يقع علي عاتق الوسيط أو السمسار هو التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة، فإذا ما قام الوسيط ببذل عناية الرجل المعتاد (مالم يتفق على غير ذلك كبذل عناية الرجل المهني الحريص) فلا ينعقد بشأنه أية مسؤولية ، فقد ورد بالمادة ١/٢١١ من القانون المدني المصري يكون المدين ملتزماً ببذل عناية عندما يكون « قد وفي الالتزام إذا بذل في تفيذه من العناية ما يبذله الشخص العادي ولو لم يتحقق الغرض المقصود، وهذا مالم ينص القانون أو الاتفاق علي غير ذلك » كما ورد بذات المادة في الفقرة الثانية منها « في كل حال يبقي المدين مسئولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم » ومن ثم وطبقاً للنصوص المتقدمة يسأل الوسيط عن أخطائه حتي ولو اتفق الوسيط مع العميل علي إعفائه من المسؤولية ، كأن يخفي علي عميله السعر الحقيقي الذي تم به الشراء . فالوسيط أو السمسار عليه أن يبذل في سعيه نحو إتمام الصفقة عناية الرجل المعتاد ، وعند تقدير هذه العناية يؤخذ في الاعتبار العادات والأعراف المتبعة بالبورصة ، والتي يمكن الاسترشاد بها عند تقدير السلوك الذي يتبعه الوسيط عند اجراء الصفقة مع المتعاقد الآخر والعميل باعتباره مهنيًا متخصصاً ، وبالرغم من اتفاقنا حول نوع الالتزام الملقى علي عاتق الوسيط إلا أن الفقهاء اختلفوا حول نوع الالتزام هل هو تحقيق نتيجة أم بذل عناية؟ وفي ضوء ما تقدم سوف يقوم الباحث أولاً بعرض أنواع الخطأ الذي سببه الوسيط بعميله سواء بصورة مباشرة أم بصورة غير مباشرة ، وهل التزامه نحو العميل بتحقيق نتيجة نحو إتمام الصفقة المتفق عليها في عقد السمسرة أم التزام ببذل عناية، وإذا كان الزاماً ببذل عناية فما هي نوع العناية المطلوبة ؟

أولاً : تحديد المقصود بالخطأ :

طبقاً للقواعد العامة فإن الخطأ ينقسم الى نوعين الأول الخطأ العقدي والناتج عن الإخلال بالتزام عقدي، والخطأ التقصيري والناتج عن الإخلال بالتزام فرضته القوانين واللوائح .

١- الخطأ العقدي :- كما سبق وأشارنا بأن الخطأ العقدي هو ذلك الناتج عن الإخلال بالتزام عقدي، ويتحقق الإخلال إما بعدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ عن العقد أو أنه نفذته تنفيذاً معيباً، أو تأخر في تفيذه ، فقد نصت المادة ١٢٨ من القانون المدني البحريني علي أنه « العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز لأحدهما أن يستقل بنقضه أو تعديل أحكامه إلا في حدود ما يسمح به الاتفاق أو ما يقضي به القانون . »

وهو نفس ما رده القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ بالمادة ١٤٧ « العقد شريعة المتعاقدين » ورد بالمادة بالفقرة الأولى من المادة ١٤٨ من ذات القانون « يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه » وفي ضوء النصوص المتقدمة فقد الزم المشرع المدين بأن يقوم بتنفيذ التزامه علي نحو ما ورد بالعقد، فإذا لم يتم بذلك تحقق الخطأ العقدي في حقه ولزم التعويض، ويستوي في عدم التنفيذ عدم قيامه أصلاً بالتنفيذ أو تراخيه في ذلك، وسواء عدم تنفيذ ما جاء عن عمد أو إهمال، أو كان عدم التنفيذ راجعاً لسبب

المدين يكون ببذل عناية اذا كانت النتيجة التي يراد تحقيقها محتملة والعكس، والتزام الوسيط هنا هو تحقيق نتيجة طبقاً للتطبيق السابق لأن الهدف الذي يسعى اليه الطرفان في عقد السمسرة هي تسليم الصكوك والوفاء بالثمن، ومن ثم فإن أساس مسؤوليتها هو الخطأ العقدي المفترض، أي يفترض تحقق الخطأ من جانب الوسيط في حال عدم تحقق النتيجة .

ويذهب الرأي الثاني وعلي عكس الرأي الأول : بأن التزام الوسيط هو التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة، وسنده في ذلك ما استقر عليه قضاء النقض المصري في ذلك فيما يتعلق بتنظيم الوكالة بالعمولة في قانون التجارة المصري « فكل ما لم يرد به نص خاص في الوكالة بالعمولة يتعين الرجوع الي القواعد العامة في القانون المدني في شأن تنظيم الوكالة العادية ، وحيث لم ينظم قانون التجارة ١٧ لسنة ١٩٩٩ طبيعة التزام الوكيل بالعمولة، فيكون الرجوع الي القانون المدني المصري فطبقاً لنص المادة ٧٠٤ اعتبرت بأن التزام الوكيل قبل الموكل هو التزام ببذل عناية الرجل المعتاد وليس التزاماً بتحقيق نتيجة، وتطبيقاً علي ذلك وحيث إن طبيعة التزام الوكيل بالعمولة والوسيط واحدة فيكون التزام الوسيط أو السمسار نحو العميل التزاماً ببذل العناية وليس بتحقيق النتيجة.

ويذهب رأي ثالث تأييداً للرأي الأول: بأن طبيعة التزام الوسيط كطبيعة التزام الوكيل بالعمولة قياساً علي حالة الوكيل العادي هي أيضاً التزام ببذل عناية، ولكنهم تشددوا في نوع العناية المطلوبة فهي ليست بعناية الرجل المعتاد كما ذكر أصحاب الرأي لسابق وإنما يلزم من الوسيط أن يبذل في عناية الرجل الحريص وهي أشد أنواع العناية المطلوبة عند تنفيذ الالتزامات من طبيعة محتملة، وبناءً علي ذلك يكون الخطأ في جانب الوسيط إذا ما انحرف عن سلوك الشخص الحريص، وهو ما أيده رأي في الفقه المصري (١) وذلك لسببين :- الأول :- ارتباط عمل شركات السمسرة داخل سوق رأس المال بالاقتصاد القومي والمصلحة العامة الثاني :- أن الوسيط في علاقته بالعميل شخص متخصص ومحترف لمهنته، فيجب عليه أن يكون شديد الحرص عند إجراء أي تعاملات لصالح العميل وأن يبذل في ذلك عناية الرجل الحريص بل أشد حرصاً، ولا يتوقع منه أن يبذل في تنفيذ التزامه نحو العميل عناية الرجل المعتاد، وعليه تقع مسؤوليته عن خطئه إذا لم يبذل في تنفيذ التزامه قبل العميل عناية الرجل الحريص، وهذا الرأي ما يرجحه الباحث لما فيه من الواقعية ما يستوجب معه مساءلة الوسيط نحو خطئه في عدم تنفيذ ما اسنده اليه العميل ولم يبذل في سبيل تنفيذه لها بالعناية المطلوبة وهي عناية الرجل المهني الحريص باعتباره مهنياً متخصصاً في عمليات بيع وشراء للأوراق المالية، فلا يكتفي بعناية الرجل المعتاد لأن أي شخص لا يستطيع أن ينفذ ما يسند اليه من بيع للأوراق المالية مثلاً حسبما يبغي العميل ، وإنما تأتي من متخصص وهو السمسار أو الوسيط .

(١) د. حسام الدين الأهواني - مسؤولية شركات السمسرة في الأوراق المالية تجاه عملائها في ظل قانون سوق رأس المال - بحث مقدم الي مؤتمر مسؤولية المهنيين بكلية القانون جامعة الشارقة المنعقد في الفترة من ٢- ٥ ابريل ٢٠٠٤م - ص ٣٠ وما بعدها.

أجنبي (كقوة القاهرة) طالما أنه لم يقطع علاقة السببية بين الخطأ والضرر، فإذا أثبت المدين قطع رابطة السببية فلا تقع عليه المسؤولية، فإذا أهمل الوسيط او الدلال في بيع الأوراق المالية في الميعاد المضروب من قبل العميل مما فوت عليه فرصة البيع بسعر جيد، أو قام بالبيع في غير الوقت المحدد في عقد السمسرة أو بسعر أقل مما هو محدد طبقاً لما اتفق عليه، كان مسؤولاً عن تعويض العميل عما أصابه من أضرار جراء إخلاله بتنفيذ التزامه.

طبيعة التزام الوسيط تجاه العميل الناشئ عن عقد السمسرة :

الإلتزام العقدي والذي يترتب علي الإخلال به مسؤولية عقدية قد يكون التزاماً بتحقيق نتيجة معينة أو غاية محددة، أي تحقيق النتيجة المرجوة من الإلتزام الوارد بالعقد، وقد يكون الإلتزام لا يهدف الي تحقيق نتيجة محددة وإنما يهدف الي بذل الجهد للوصول الي غاية محددة، أي يلتزم المدين ببذل عناية معينة قد تزيد أو تقل حسبما يقضي به القانون أو الاتفاق، فالعناية المطلوبة هي عناية الرجل المعتاد والذي لو وجد في نفس ظروفه لبذل نفس العناية، وهناك عناية الرجل الحريص علي تحقيق مصالحه الشخصية وهي أشد من النوع الأول، ولكن ما نوع الإلتزام الذي يقع على عاتق الوسيط تجاه العميل والذي مصدره عقد السمسرة:أهو إلتزام ببذل عناية أم بتحقيق نتيجة أو غاية معينة، يوجد خلاف فقهي حول تحديد نوع الإلتزام أهو إلتزام ببذل عناية وما هي نوع العناية المطلوبة لو اعتمدنا هذا الرأي، أم هو الإلتزام بتحقيق نتيجة معينة وهو اتمام الصفقة التي يلتزم بها الوسيط ؟

يذهب الرأي الأول (١) الي أن الإلتزام الوسيط أو السمسار هو الإلتزام بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية: وسندهم في ذلك بأن القول بأن الإلتزام الوسيط ببذل عناية لا يتفق ما ذهب اليه نصوص قانون سوق رأس المال ولائحته التنفيذية رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ والتي تقرر بالمادة ٢/١٨ من القانون بأن الوسيط (شركة السمسرة) تلتزم بضمان سلامة العملية التي توسطت فيها وتحمل كامل المسؤولية عن جميع الصفقات التي قامت بإبرامها مالم تنفذ في الموعد المحدد، كما أنها تلتزم بتقديم أوراق مالية سليمة بدلاً من الأوراق المعيبة وذلك في حالة ما إذا نفذت عملية على ورقة مالية غير جائز تداولها قانوناً أو محجوزاً عليها (٢) ، ويرى هذا الرأي أن النصوص المشار اليها تقطع بأن الإلتزام الوسيط هو تحقيق نتيجة وليس فقط ببذل عناية ، فالإلتزام الوسيط مثلاً بشراء مجموعة من صكوك الأسهم أو بيعها هو الإلتزام محدد ولا تبرأ ذمته من ذلك إلا بتنفيذ هذا الإلتزام، كما ذهب هذا الرأي الي أبعد من ذلك واعتبروا أن الإلتزام الوسيط كالتزام الوكيل بالعمولة وفي مركز قانوني واحد من حيث إن الوكيل بالعمولة ضامن لإتمام الصفقة المكلف بها من قبل الموكل من ملاءة عميله وتسليم الثمن، ومن ثم فالتزامه هو تحقيق نتيجة وليس بذل عناية وكذلك الحال بالنسبة للوسيط أو السمسار فهو يضمن الطرف الثاني المتعاقد مع العميل فيكون التزامه بتحقيق نتيجة، كما أيد هذا الرأي بحجة أخرى ألا وهي أن الفقه والقضاء في فرنسا يكاد يجمع على أن الإلتزام الوسيط هنا هو الإلتزام بتحقيق نتيجة وليس بذل عناية، وبنوا رأيهم على معيار الإحتمال، فالإلتزام

(١) راجع في ذلك د. هشام أحمد ماهر زغلول - المرجع السابق ٢٣٥ وما بعدها

(٢) راجع نص المادة ٩٥ من اللائحة التنفيذية للقانون ٩٥ لسنة ١٩٩٢م المصري

تحقق ركن الخطأ في جانب الوسيط أو السمسار أو أحد تابعيه :

ولكي نقول بتوافر حالات الخطأ من جانب الوسيط نعرض لبعضها:

عدم التحقق من أهلية العميل وشخصيته : باعتبار دور الوسيط يقف عند حد التوفيق بين البائع والمشتري ولا يتدخل مطلقاً في التعاقد وإنما يتم مباشرة بين العميل والمتعاقد الآخر، إذاً فلا بد له التأكد من أهلية العميل قبل البحث عن المتعاقد الآخر لأن الأهلية لا تقتض، (١) كي ينفذ الالتزام الملقى علي عاتقه نحو عميله، وهو إتمام الصفقة، فإذا ما تبين أثناء التعاقد أن العميل كان ناقص أو عديم الأهلية مثلاً فيسأل أمام المتعاقد الآخر عن إهماله حول جمع المعلومات عن عميله، لأنه لا يجوز للوسيط الادعاء بجهله بأهلية العميل، لأن من أهم واجبات الوسيط نحو المتعاقد الآخر تبصيره بالبيانات اللازمة نحو العميل لإتمام العملية، فإذا ما أجري الوسيط عملية لحساب عميله غير المميز يسأل عن خطئه أمام الغير لأنه طبقاً للقواعد العامة في القانون المدني المصري « ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله وتكون جميع تصرفاته باطلة » . (٢)

أما إذا كانت الصفقة لحساب الصبي المميز فتكون تصرفاته المالية دائرة بين النفع والضرر حسبما نصت علي ذلك المادة ٢/١١١ من القانون المدني المصري « إذا كان الصغير مميزاً فإن العمليات التي تكون محلاً لها الأوراق المالية باعتبارها من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر، ويزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد أو إذا صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة حسب الأحوال ووفقاً للقانون » وفي ضوء النص المشار إليه فيكون التصرف الصادر عن الصبي المميز عرضة للإبطال إذا كان محل التعامل أوراقاً مالية، إلا إذا أجاز الصبي بعد بلوغه سن الرشد أو من وليه أو من المحكمة حسب الأحوال. أما إذا كان الصبي المميز قد حصل علي إذن من المحكمة التجارية المختصة بالإتجار وكان أقل من ثمانية عشر عاماً فإنه يكون كاملاً للأهلية التجارية إذا كان نشاطه في الأوراق المالية جزءاً من نشاطه التجاري المأذون له به، وعلي الوسيط أن يتأكد من إذن المحكمة .

وإذ حدد المشرع البحريني صراحة سن الأهلية التجارية بالمادة ١٠ من قانون التجارة ٧ لسنة ١٩٨٧ والتي نصت علي أن « كل بحريني بلغ الثماني عشرة سنة ولم يقم به مانع قانوني يتعلق بشخصه أو بنوع المعاملة التجارية التي يباشرها يكون أهلاً للإشتغال بالتجارة».

الأمر الذي يرجع فيه للقواعد العامة في القانون المدني لتحديد القواعد التي تحكم الأهلية بوجه عام، وما إذا كان كاملاً للأهلية المدنية أم ناقصها أم عديم الأهلية، وإذا كان معيار تحديد الأهلية هو معيار زمني، إلا أن المشرع من جهة أخرى أعطى لمن أصابه عارض من عوارض الأهلية حكم هؤلاء كالمجنون والمعتوه فكلاهما يأخذ حكم عديم الأهلية، أما السفهية وذوو الغفلة فكلاهما يأخذ حكم ناقص الأهلية، وهنا يجب علي الوسيط أو السمسار أن يتحقق من ذلك، أي ما إذا كان العميل مصاباً بأحد الأمراض العقلية والتي تؤثر على الأهلية وبالتالي تؤثر علي صحة التصرفات القانونية سواء بالبطلان المطلق أو البطلان النسبي،

(١) د. عبد الفضيل محمد احمد : بورصات الأوراق المالية - مكتبة الجلاء بالمنصورة - دون سنة نشر ص ١٦٩ فقرة ١٦٩.

(٢) راجع في ذلك نص المادة ١/١١٠ من القانون المدني المصري ١٢١ لسنة ١٩٤٨م

حسبما انتهيا من تحديد طبيعة التزام الوسيط وهو التزام ببذل عناية المهني الحريص وليس عناية الرجل العادي، ومن ثم يتحقق ركن الخطأ إذا ما أهمل الوسيط سواء عن عمد أو غير عمد عن إتمام ما أسند إليه، أو تراخي في تنفيذه أو قام بالتنفيذ ولكن ليس بالصورة المطلوبة، والخطأ لا يقف عند حد الوسيط أو الشركة المصدرة له بل يمتد الخطأ أيضاً الي أحد تابعيه طالما أن علاقة التبعية مازالت قائمة وقت وقوع الخطأ فلا يشترط المشرع أن يكون المتبوع قد اختار تابعه إذ إن علاقة التبعية قد تقوم رغم كون التابع فرضاً على المتبوع (١)، وهو ما نص عليه المشرع المدني المصري في المادة ١٧٤، إذ قررت رابطة التبعية تقوم ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه متى كانت له سلطة فعلية في الرقابة و التوجيه»، بالإضافة إلى أن نفس الشروط في تحقق مسؤولية المتبوع عن الأفعال التابع و هما :

- وجود علاقة تبعية

- خطأ تأدية الوظيفة أو بسببها

ناهيك على أن هذه المسؤولية هي مسؤولية مفترضة. أي أنه لم يبذل في عمله العناية المطلوبة، وعند تقدير تلك العناية يجب أن يؤخذ في الحسبان عادات وأعراف البورصة المتبعة بداخلها والتي يلزم الاستهداء بها عند تقدير سلوك الوسيط، ومن ناحية أخرى يجب أن يكون العميل مالكاً للأوراق المالية المراد التصرف أو تتوافر لديه النية في شراء أوراق مالية صحيحة، فإذا ما كانت ملكية العميل للأوراق المالية غير صحيحة - كأن يكون قد حصل عليها بطريق غير مشروع، أو كان الغرض من إبرام الصفقة غسل أموال مصدرها غير مشروع أو إحداث تغيير في سعر الورقة المالية أو منافسة غير مشروعة - فإن عدم تنفيذ الوسيط لأمر العميل لا يعقد المسؤولية بشأنه، فلكي يتحقق ركن الخطأ فلا بد - طبقاً للقواعد العامة - أن يكون العميل مالكاً ملكية صحيحة للأوراق المالية.

(١) علاقة التبعية قوامها سلطة الرقابة و التوجيه - وجوب بيانها في دعوى المسؤولية " لما كان مفاد نص المادة ١٧٤ من القانون المدني و علي ما جري به قضاء هذه المحكمة أن مسؤولية المتبوع عن الضرر الذي يحدثه تابعة بعمله غير المشروع تقوم علي خطأ مفترض في جانب المتبوع فرضاً لا يقبل إثبات العكس متي كان هذا العمل قد وقع منه أثناء تأدية وظيفته أو بسببها أو ساعدته هذه الوظيفة أو هيأت له إتيان فعله غير المشروع و تقوم علاقة التبعية كلما كان المتبوع سلطة فعلية علي التابع في الرقابة و التوجيه ولو كانت هذه الرقابة قاصرة علي الرقابة الإدارية كما تقوم تلك العلاقة علي توافر الولاية في الرقابة و التوجيه بحيث يكون للمتبوع سلطة فعلية في إصدار الأوامر إلي التابع في طريقة أداء عمله و في الرقابة عليه في تنفيذ هذه الأوامر و محاسبته سواء في طريق العلاقة العقدية أو غيرها و سواء استعمل المتبوع هذه السلطة أو لم يستعملها طالما كان في استطاعته ذلك و من ثم فإن قوام علاقة المتبوع بالتابع هو ما للمتبوع علي التابع من سلطة فعلية في توجيهه و رقابته و يكفي لتحقيقها أن يقوم بها تابع آخر نيابة عنه و لحسابه بما لازمه : أن يعني الحكم عند تكييف الأساس القانوني لدعوى المسؤولية التي يقيمها المضرور علي المسئول عن الضرر الذي لحقه من العمل غير المشروع الذي أرتكبه تابعة علي أساس تلك المسؤولية أن يعرض لدلالة قيام علاقة التبعية و الولاية في الرقابة و التوجيه و يبين بما فيه الكفاية مدي توافر ذلك ،،

الطعن رقم ٣٦٠٨ لسنة ٧١ ق جلسة ٢٥ / ١٢ / ٢٠٠٢ - مجموعة أحكام النقض الصادرة سنة ٢٠٠٢ - ٢٠٠٤ - هيئة قضايا الدولة - المكتب الفني - ص ٢٧٦ - بند (١٥٠)

باسمه الشخصي، فإذا ما تم عزله من منصبه فعلى الشركة إخطار الوسيط بذلك وإلا تقع عليها مسؤولية التعامل مع من لا صفة له ولا يتحمل الأصيل ذلك (شخصاً طبيعياً أم اعتبارياً) .
تسليم العميل أوراقاً مالية غير سليمة من الناحية القانونية :

قد تنتهي العملية القانونية التي أبرمها العميل مع الغير بواسطة السمسار الي تسلمه أوراقاً مالية غير صحيحة كأن تكون مزورة أو غير منسوبة الي صاحبها أو مالكة العميل إذا ما رغب في بيع أوراقه المالية، ولكي يتفادي الوسيط المسؤولية عن بيع أوراق مالية غير صحيحة عليه أن يتأكد من أن الأوراق المالية محل التعامل منسوبة الي مالكة بأن يطلع على الاسم المدون فيها هل هي باسم العميل أم لا ومقارنته بالاسم المدون على الصك، أو أن تلك الأوراق غير صادرة عن شركات المساهمة والمرخص لها بإصدار أسهما أو سندات في اكتتاب عام أو انتهت مدة استعمالها أو سبق استعمالها، ومن المفترض تسلمها للشركة مصدرة الصك، ففي كل هذه الحالات ينبغي علي الوسيط أن يسلم العميل أوراقاً سليمة عوضاً عن الأوراق غير الصحيحة، وإلا يعد مسؤولاً عن خطئه في تسليمه للعميل أوراقاً مالية لم يتأكد من صحة ملكيتها، وفي ذلك تنص المادة ٩٦ من اللائحة التنفيذية للقانون ٩٥ لسنة ١٩٩٢ بشأن سوق رأس المال علي أن «تلتزم شركة السمسرة التي نفذت عملية على خلاف أوامر العميل أو علي ورقة مالية غير جائز تداولها قانوناً أو محجوز عليها بتسليم ورقة غيرها خلال أسبوع من تاريخ المطالبة، وإلا وجب عليها تعويض العميل وذلك دون إخلال بحقوقها في الرجوع على المتسبب في التعويض » .

كما يعد مسؤولاً أيضاً أمام الغير عن خطئه في ثبوت عدم ملكية العميل للأوراق المالية الراغب في بيعها، لأن الوسيط عليه أن يتأكد من ملكية الأوراق المالية لعميله بأي طريق كان مع مراجعة الشركة مصدرة الأوراق المالية: هل صدرت باسم عميله أم لا إذا كانت اسهماً إسمية أم إذا كانت لحامله فعليه أيضاً أن يتأكد من أن حيازة العميل لها حيازة صحيحة وأنه لم يحصل عليها بطرق غير مشروعة كسرقة مثلاً أو بطريق الاحتيال، أو أنها غير محجوز عليها لدين عليه للغير والتي أوقعها تحت رهن.

إخلال الوسيط بتنفيذ التزامه بتسليم الأوراق المالية أو الثمن :

فالتزام الوسيط أو السمسار نحو عميله هو تسليمه الأوراق المالية الناتجة عن شرائه لها بموجب ما اتفقا عليه في عقد السمسرة في حالة إذا رغب العميل في شراء أوراق مالية، أو الثمن إذا رغب في بيع أوراق مالية مملوكة ملكية صحيحة له، فعلى الوسيط تسليم العميل الأوراق المالية أو الثمن في الموعد المحدد المتفق عليه بعقد السمسرة أو المدة التي يحددها القانون على ذلك، والتأخير في عملية التسليم لا يترتب عليه بطلان عملية البيع وإنما إذا أصاب العميل ضرر بالتزم بالتعويض، مع الزامه بالتسليم بطريق التنفيذ الجبري، ويتم التسليم طبقاً للمواعيد المحددة وفقاً لقواعد إدارة السوق (١) فإذا كان عدم التسليم راجعاً لأسباب خارجة عن إرادة الوسيط كأن رفض البائع تسليم الأوراق المالية أو سرقت منه أو فقدها فللوسيط أن يثبت

كما أنه علي الوسيط التأكيد بأن قرار الحجر علي المجنون أو المعتوه قد تم تسجيله، فإذا ما تم تنفيذ ما أمر به العميل المجنون أو المعتوه قبل تسجيل قرار الحجر فلا مسؤولية علي الوسيط أما بعد تسجيل قرار الحجر فلا يجوز للوسيط أو السمسار أن ينفذ ما أمر به العميل لأن تصرفاته في النهاية تنتهي بالبطلان المطلق غير قابل للتصحيح (٧) ومن ثم تتعدد مسؤولية الوسيط على ذلك ويسأل بالتعويض لكل من أصابه ضرر جراء إهماله في تتبع أهلية العميل .

كما يجب على الوسيط أيضاً أن يتأكد من بعض بيانات العميل الشخصية كالاسم بالكامل وعنوان المخاطبة فيه أو محله المختار، ونوع العميل أهو شخص طبيعي أم اعتباري (شركة مثلاً) وهل مازالت مقيدة بالسجل التجاري تتمتع بشخصيتها القانونية أم زالت عنها ، كما أنه على الوسيط أو السمسار التأكيد من جنسية العميل وهو بيان في منتهي الأهمية ، لأن الدولة ممثلة في وزارة التجارة والصناعة تضع قائمة بأشخاص غير مرغوب في التعامل معهم من جنسيات دول محددة خشية السيطرة المالية والإدارية على الشركات المساهمة الوطنية وبالنهاية التحكم في جزء من اقتصاد الدولة، لأن هؤلاء يكونون العداء لتلك الشركات أو الدولة ، فإذا ما تم التعامل معهم فإن التصرف الذي تحقق لصالحهم لا ينتج أي أثر قانوني ، ويسأل هنا الوسيط أو السمسار عما أصاب الغير من أضرار جراء ذلك .

وإذا كان العميل قد صدر ضده حكم بشهر إفلاسه من عدمه ، فإذا صدر ضده حكم بشهر إفلاسه فلا بد من التأكيد من تاريخ شهر الإفلاس، لأن المحكوم ضده تغل يده عن إجراء أية تصرفات قانونية ولا يسمح له بمزاولة أي نشاط تجاري ومنها التعامل في الأوراق المالية ، فلا يقبل من الوسيط أو السمسار أن يبرم عملية لصالح عميله المحكوم ضده بالإفلاس، أما إذا كانت قبل حكم شهر الإفلاس فيجب أيضاً النظر بعين الاعتبار عن فترة الريبة وهي تلك التي تسبق حكم الإفلاس وتأخذ حكم فترة بعد الحكم فيكون التصرف فيها من قبل العميل بناءً على وساطة السمسار أو الوسيط باطلة بطلاناً مطلقاً لوجود مانع قانوني ألا وهو حكم شهر الإفلاس .

كما يجب على الوسيط أن يتأكد من أن العميل يعمل لحسابه أم لحساب الغير، كأن يكون وكيلاً عن العميل، وهنا عليه التأكيد من صفة الوكالة ومدى سريانها وهل هي وكالة عامة أم خاصة بشراء الأوراق المالية أو بيعها، لأن الوكالة العامة هنا لا تصلح للتعامل في الأوراق المالية، بل يلزم وكالة خاصة. فإذا ما تم عزل الوكيل وانقطعت علاقة الوكالة وتم تنفيذ أوامر الوكيل عن العميل على الرغم من ذلك فيسأل الوسيط أو السمسار عن خطئه الناتج عن قبوله التعامل علي وكالة منتهية، الا أنه هنا كي تتعدد مسؤولية الوسيط لا بد من إخطاره بعزل الوكيل وبالتالي انتهاء صفته من قبل العميل (٢) ، فإذا لم يخطره بذلك ونفذ الوسيط ما أمر به الوكيل المعزول فلا مسؤولية عليه ، كذلك الحال بالنسبة لممثلي الشركات التجارية فيقع على الوسيط أو السمسار عبء التأكيد من بقاء صفة ممثل الشركة وأنه يتعامل باسم الشركة وليس

(١) د. عبد الفضيل محمد أحمد - المرجع السابق ص ١٧٠ فقرة ١٦٩.

(٢) د. محمد فراج عمر المازني - مسؤولية السمسار عن إتمام العمليات الحاضرة للبورصة - رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة - بدون تاريخ ٤٩٥ وما بعدها

(١) د. محمد فراج عمر المازني - المرجع السابق ص ٥٠٥

الملزمين بالسرية ، بالإضافة الى ما يتم المحافظة عليه من أسرار في حوزة الوسيط، والمدى الزمني الذي يلتزم الوسيط بالمحافظة على سرية تلك المعلومات .

فأما من حيث نطاق الالتزام الشخصي فقد قصد المشرع شركة السمسرة أو الوسيط المالي ، ونظراً لأن الوسيط المالي غالباً ما يكون شخصاً اعتبارياً - لأن المشرع المصري قصر مزاوله مهنة الوساطة فقط على شركة المساهمة و التوصية الأسهم - فمن الصعوبة بمكان تصور إفشاء أسرار عملائه، وإنما يأتي ذلك من خلال العاملين التابعين له من مديريين وإداريين والعاملين لما يحوزون من معلومات يجب الحفاظ عليها، فلا يقصد المشرع هنا الوسيط كشخص اعتباري وإنما العاملون لديه والواقع عليهم هذا الالتزام بالسرية . ومن حيث موضوع الالتزام بالسرية، فهو أية بيانات أو معلومات تخص العميل سواء كانت بيانات شخصية له أو معلومات حول نوعية الأوراق التي يحوزها الوسيط وعددها واسم الشركة المصدرة لهذه الأوراق المالية، وكذلك كافة المراسلات المتبادلة بين العميل والوسيط والمكاتبات والأشرطة والأقراص التي تخص العميل، وبالإجمال يمكن القول بأنه عند التزام الوسيط بالمحافظة على السرية يدخل في نطاقها المعلومات الشخصية أو المالية والمعلومات الجوهرية وغير الجوهرية فهو التزام مطلق على عاتق الوسيط ، فلا يجوز لها بأية حال من الأحوال إفشاء أسرار عملائه للغير سواء عمداً بقصد الحاق الضرر بعميله أم عن غير عمد من خلال إطلاع الغير خلسة على بيانات لعملائه كاطلاعه على سجل أو أحد مراسلات العملاء له، وهنا تتعدد المسؤولية على الوسيط والذي يلتزم بالنهاية بتعويض العميل الذي أصابه ضرر جراء خطأ الوسيط سواء العمدي أم غير العمدي، إلا إذا أثبت بكافة طرق الإثبات أنه أتخذ في المحافظة على أسرار عميله الحيطة والحذر من أجل المحافظة على أسرار عميله وأنه بذل العناية المطلوبة منه وهي عناية الرجل المهني الحريص .

إلا أنه إذا كانت هذه هي القاعدة أي الالتزام المطلق نحو عدم إفشاء أية أسرار للعميل وأياً كان نوع البيان أو المعلومة المراد إفشاء سريتها، إلا أن هذا الحظر يرد عليه استثناء يرى فيه المشرع (١) ضرورة النص عليها لاعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة ولضمان مباشرة الهيئات الرقابية لدى الدولة من مباشرة مهامها لأنه في النهاية يؤدي الي مصلحة العميل، كتمكين إدارة البورصة والجهات الرقابية القضائية علي حد سواء في الاطلاع على بيانات العملاء وفي الحدود المقررة قانوناً ، كما يجوز لغير هذه الجهات أيضاً الاطلاع عليها مع الأخذ في الاعتبار الضوابط على عملية الاطلاع حتى لا تصل الي الغير، كالثروة أو الشركة الأم إذا كان العميل فرعاً لشركة تجارية، أو الشريك المتضامن في شركة التضامن، كما يجوز للولي أو الوصي الاطلاع على أسرار من في ولايته أو وصايته للقصر أو المحجور عليهم ، كذلك يجوز للمساعد القضائي المعين من قبل المحكمة .

أما من حيث النطاق الزمني لالتزام الوسيط بالاحتفاظ بالسرية :

حسبما أكد عليه المشرع المصري بالمادة ٢٣٠ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق المال ٩٥ لسنة ١٩٩٢ ما قرره من التزام شركة السمسرة طيلة فترة التعاقد بين العميل والوسيط وحتى بعد انتهاء العلاقة التعاقدية

أن عدم التسليم كان خارجاً عن إرادته ولا يد له فيه حتى لا تتعدد مسؤوليته .

ويكون التسليم لذات العميل أو من يمثله قانوناً حتى تبرأ ذمة الوسيط من التزامه نحو العميل، فإذا كان العميل ناقصاً أو عديم الأهلية يتم تسليم الأوراق المالية لمن يمثله قانوناً .
إفشاء لإسرار العملاء :

من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق الوسيط المالي وهو التزامه بأسرار عملائه ومصدر الالتزام قد يكون العقد المبرم بين العميل والوسيط المالي، وقد يكون مصدر التزام الوسيط بالسرية هو القانون، فكما سبق وأشرنا الى أن التزام الوسيط هو التزام ببذل عناية ودرجة العناية المطلوبة هي عناية الرجل المهني الحريص، وعليه يلتزم الوسيط بالمحافظة على المستندات المسلمة اليه والأوراق المالية لحفظها لحين التصرف فيها بالبيع أو المبادلة وعدم إفشاء ما بها من بيانات للغير خاصة منافسو العميل، فالإفشاء في ذاته يعد جريمة إفشاء الأسرار يسأل عنها جنائياً .

وفي القانون المصري نجد نص المادة ٦٤ من القانون ٩٥ لسنة ١٩٩٢ (١) يعاقب كل من أفشى سراً اتصل به بحكم عمله أو حقق نفعاً منه هو أو زوجته أو أولاده بالحبس مدة لا تقل عن سنتين وبغرامة لا تقل عن عشرين ألف جنيه ولا تزيد على عشرين مليون جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين ، بالإضافة الي جزاء إداري يتمثل في الحرمان من مزاوله المهنة أو النشاط الذي وقعت بسببه الجريمة لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات . ويأخذ حكم الوسيط ممثله القانوني وأي من موظفيه التابعين له إدارياً أي من يعملون تحت إدارته فالخطأ الذي وقع من أي منهم يسأل عنه الوسيط، فلو أفشى أي منهم عن أسرار عميل ما بحكم عمله يعد خطأ وكأنه صادر عن الوسيط، ويسأل هنا من خلال دعوى مسئولية المتبوع عن أفعال تابعيه (٢) ، ولا يمنعه بعد ذلك في تحريك دعوى الرجوع على تابعه الذي تسبب في إحداث الضرر بمقدار التعويض الذي دفعه الوسيط للعميل للضرر الذي أصابه، أما إذا أناب الوسيط غيره في إتمام الصفقة فيسأل كل منهم بالتضامن عن الأضرار الناتجة عن خطأ النائب (٣) وإذا كان الوسيط ضمن مجموعة وسطاء اتفق معهم العميل لتنفيذ عملية لبيع الأوراق المالية مثلاً كان مسؤولاً معهم بالتضامن عن أي خطأ وقع منهم كإفشاء سرية العميل من جانب أحدهم وهو ما نص عليه صراحة المشرع البحريني بالمادة ٢١٥ علي أنه « إذا فوض عدة دالين لعقد واحد كانوا مسئولين بالتضامن عن العمل المكلفين به الا اذا رخص لهم في العمل منفردين»

نطاق التزام الوسيط بالمحافظة على سرية العملاء :

التزام الوسيط بالمحافظة على أسرار عملائه من أهم الالتزامات القانونية والتعاقدية الملقاة على عاتقه، وبالنظر الي نص المادة ٢٣٠ من قانون سوق رأس المال السبق الاشارة اليها نجد أنها حددت الاشخاص

(١) راجع أيضاً نص المادة ٢٣٠ من اللائحة التنفيذية للقانون ٩٥ لسنة ١٩٩٢م المصري بشأن سوق رأس المال وبصها كالتالي " تلتزم الشركة بالمحافظة على السرية التامة لبيانات عملائها وعدم إفشاء أية معلومات عنهم أو عن معاملاتهم الي الغير بدون موافقتهم الكتابية المسبقة وفي حدود هذه الموافقة"

(٢) د/ عبد الفضيل محمد أحمد المرجع السابق ص ١٩٨ بند ١٩١

(٣) - راجع في ذلك نص المادة ٣١٩ من قانون التجارة الكويتي ٦٨ لسنة ١٩٨٠م

(١) المادة ٢٣٠ من القانون ٩٥ لسنة ١٩٩٢م المصري بشأن سوق رأس المال

أولاً : أنواع الضرر التي تصيب العميل :

سبق الإشارة الى أن الضرر المادي وهو ما يصيب المضرور في جسمه أو ماله ، أي الإخلال بمصلحة العميل ذات قيمة مالية ، فالضرر المادي هو الذي ينتقص من ذمة العميل المالية ، ويجب أن يكون هذا الإخلال محققاً فلا يكفي أن يكون محتملاً ، وعليه فإنه لكي يتحقق الضرر المادي للعميل لابد من توافر شرطين : الأول :- هو الإخلال بمصلحة مالية للعميل :

حق العميل قبل الوسيط يعد من قبيل الحقوق الشخصية مصدره العقد المبرم بينهم (عقد السمسرة) حيث يلتزم بموجب هذا العقد بالتوسط لشراء أو بيع ما بحوزة العميل من أوراق مالية مقيدة بالبورصة صالحة للتداول مع التزامها بإتمام العملية حسبما اتفقا عليه الطرفان ، وعدم إفشاء أية معلومات تتعلق بالعمل ، كما تلتزم أيضاً عند إتمام عملية لبيع أوراق مالية أن يكون في الميعاد المحدد وبالثمن المتداول وقت تلقي الأمر ، فالإخلال بهذه الالتزامات يترتب عليه حتماً ضرر مادي يصيب العميل في ماله ، فعقد البيع للأوراق المالية في الميعاد المحدد يترتب عليه البيع بالسعر الأقل والفارق يمثل خسارة للعميل ، كما أن إفشاء الوسيط لسرية المعلومات كبيان نوع الأوراق المالية أو عددها أو الشركة مصدرة الأوراق يعد إخلالاً للالتزام الوسيط نحو العميل ، الأمر الذي يعد في جانب الوسيط خطأ يستوجب المسؤولية ، فالأمر الصادر من العميل الى الوسيط مثلاً ببيع أوراق مالية بناءً على معلومات من الوسيط بأن سعرها الحالي مبلغ معين وتبين فيما بعد أن سعرها أعلى من السعر الذي باع به الوسيط والفارق بينهما يمثل خسارة للعميل ، وهو ما يعد خطأ واضحاً يستوجب تعويض العمل عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب .

الثاني :- أن يكون الضرر محقق الوقوع :

ويقصد بالضرر المحقق الوقوع الذي وقع بالفعل أو سيقع حتماً في المستقبل طالما أن تحققه أمر مؤكد ، أي أن الضرر ثابت يقيناً لا احتمالياً ويستوي أن يكون قد وقع بالفعل ، كأن تشتري الشركة أوراقاً مالياً للعميل بناءً على أمره غير جائز التعامل فيها قانوناً ، أو الضرر سيقع مستقبلاً في حالة إذا ما أفشى أحد العاملين التابعين للوسيط أو الوسيط نفسه أسرار عميله خاصة إذا كان الأخير ذا سمعة تجارية ومركز تجاري معروف ، والضرر المستقبل متفق عليه فقهاً وقضاء (١) ولا يمكن عده استثناء من مبدأ التعويض عن الضرر ، فالضرر المستقبل تحقق بالفعل ولكن تراخت آثاره كلها أو بعضها مستقبلاً ، فالعميل الذي كشفت

(١) وهو ما استقرت عليه أحكام النقض المصرية في أحد أحكامها فقد قضت بأنه « يشترط للحكم بالتعويض عن الضرر المادي أن يكون هناك إخلال بمصلحة مالية للمضرور ، وأن يكون هذا الضرر محققاً فإذا أصاب الضرر شخصاً بالتبعية عن طريق ضرر أصاب شخصاً آخر فلا بد من توفر حق لهذا الغير يعتبر الإخلال به ضرراً أصابه ، وإذن فالعبرة في تحقق الضرر المادي للشخص الذي يدعيه نتيجة لوفاة آخر هو أن يثبت أن المجني عليه كان يعوله فعلاً وقت وفاته وعلى نحو مستمر دائم وأن فرصة الاستمرار في ذلك في المستقبل كانت ومحقة فيقدر القاضي ما ضاع على المضرور من فرصة بفقد عائلة ويقضي له بتعويض على هذا الأساس.

بينهما ، وهذا يعني بأنه يلتزم الوسيط بالمحافظة على السرية حتى بعد انقضاء العلاقة التعاقدية أيًا كان سبب الانقضاء ، والسبب يرجع الي أن مهنة الوساطة خاصة في مجال التعامل على الأوراق المالية تقوم على الثقة والأمانة وأخلاقيات المهنة والتي يفترضها العميل في الوسيط عند إبرامه عقد السمسرة لديه ، إلا إذا اتفق العميل مع الوسيط على مدى زمن محدد ينتهي فيه التزام الوسيط بالسرية إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة ، إلا أنه يحده من ناحية أخرى الا يكون الاتفاق مخالفاً للنظام العام ، كأن ينحصر المدي الزمني في عملية واحدة أو بعد انتهاء مدة محددة.

الفرع الثاني

الضرر الذي أصاب العميل أو الشركة مصدرة الأوراق المالية

لا يكفي الخطأ بذاته لقيام المسؤولية المدنية قبل الوسيط أو السمسار أيًا كان صورته وأياً كان حجمه وأياً كان مصدره ، وإنما يلزم لقيام المسؤولية أن يسبب الخطأ الصادر عن الوسيط أو السمسار سواء منه شخصياً أو من أحد تابعيه أو أحد فروعه ضرر بالعميل أو الغير ، والضرر هو الأذى الذي يلحق بالعميل في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة ذات قيمة مالية أو لم يكن (١) والضرر الذي يصيب العميل جراء خطأ الوسيط قد يتمثل في فوات فرصة تحقق ناتج مادي أو قد يتفادي خطر الخسارة التي قد تلحقه . وهو نوعان :- الضرر المادي وهو ما يصيب المضرور في جسمه أو ماله طبقاً للقواعد العامة ، أما الضرر الأدبي أو المعنوي فهو ما يصيب المضرور في شعوره أو شرفه أو عاطفته ، ولم تفرق التشريعات المختلفة بين نوعي الضرر عند قيام المسؤولية المدنية بعناصرها المعروفة ، إلا أن الفرق بينهما ينحصر فقط في حجم التعويض أو نطاقه هل صادر عن خطأ تقصيري أم تعاقدي . وهنا تجدر الإشارة الي الضرر المتحقق قد يكون مباشراً أو غير مباشر ، وطبقاً للقواعد العامة فلا يعوض المضرور إلا عن الضرر المباشر متوقفاً كان أم غير متوقع . إلا أن هذا يدور في نطاق المسؤولية التقصيرية أم في نطاق المسؤولية العقدية فلا يسأل إلا عن الضرر المباشر المتوقع كقاعدة عامة الا في حائتي الغش والخطأ الجسيم (٢) ، ومن هذا المنطلق سوف نتولى عرض أنواع الضرر مع تحديد نطاق التعويض عن الضرر مع بيان كيفية إثبات الضرر وذلك على النحو التالي :-

أولاً :- أنواع الضرر التي تصيب العميل .

ثانياً :- نطاق التعويض عن الضرر .

ثالثاً :- إثبات ركن الضرر

(١) د. فتحي عبد الفتاح أبو بكر : دروس في مصادر الالتزام للعام الجامعي ١٩٨٨/١٩٨٩ م كلية الشريعة والقانون بأسبوط جامعة الأزهر ص ٢٤٥ .

(٢) د . هشام أحمد ماهر زغلول - المرجع السابق ص ٦٧٩ وما بعدها .

أ- يتناول التعويض عن العمل غير المشروع الضرر ولو كان أدبياً .
 ب- ويشمل الضرر الأدبي على الأخص ما يلحق الشخص من أذى جسماني أو نفسي نتيجة المساس بحياته أو بجسمه أو بحريته أو بعرضه أو بشرفه أو بسمعته أو بمركزه الاجتماعي أو الأدبي أو باعتباره المالي . كما يشمل الضرر الأدبي كذلك ما يستشعره الشخص من الحزن والأسى .
 ويشمل الضرر الأدبي على الأخص ما يلحق الشخص من أذى حسي أو نفسي، نتيجة المساس بحياته أو بجسمه أو بحريته أو بعرضه أو بشرفه أو بسمعته أو بمركزه الاجتماعي أو الأدبي أو باعتباره المالي. كما يشمل الضرر الأدبي كذلك ما يستشعره الشخص من الحزن والأسى وما يفترقه من عاطفة الحب والحنان نتيجة موت عزيز عليه . ومع ذلك لا يجوز الحكم بالتعويض عن الضرر الأدبي الناشئ عن الوفاة إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية . ويستوى الضرر المادي مع الأدبي في وجوب التعويض عنهما إذا تحققا بالفعل أو مستقبلاً ، وسواء كنا بصدد مسؤولية عقدية أم تقصيرية فحسب نص المادة ١/٢٢٢ من القانون المدني المصري « يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً ، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل الي الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طلب به الدائن أمام القضاء » (١)

إلا أن الضرر المادي والمعنوي والذي يجوز التعويض عنه يلزم أن تتوافر فيه عدة شروط :

١- أن يكون الضرر محققاً أي وقع بالفعل ، أو علي الأقل سيقع حتماً في المستقبل طالماً أن أمر تحققه صار مؤكداً .

٢- أن يكون الضرر قد أصاب حقاً من الحقوق للعميل قانوناً أو اتفاقاً أو مصلحة مشروعاً له
 ٣- أن يكون الضرر الذي وقع علي العميل ضرراً مباشراً ، أي الناتج عن الإخلال بالتزام عقدي أو تقصيري كعدم تنفيذ الالتزام أو تفيذه على نحو غير مرضي أو التأخير في عملية التنفيذ .
 ٤- أن يكون الضرر شخصياً :- بمعنى أن يقع علي شخص العميل، وعلي القضاء أن يتأكد من ذلك، ومن ثم لا يقبل دعوى أي من النائب عن العميل أو أحد ابنائه إلا في حالة الوفاة فيكون للخلف العام الحق في طلب التعويض عما أصاب مورثه من ضرر تطبيقاً لنص المادة ١٦٣ من القانون المدني البحريني بأنه « لا يجوز الحكم بالتعويض عن الضرر الأدبي الناشئ عن الوفاة إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية ، وبناءً علي ما سبق فلا تقبل دعوي التعويض إلا للعميل الذي وقع عليه الضرر شخصياً أو من مورثه . »

(١) « من المقرر- وعلى ما جرى به قضاء النقض- أنه يتعين على محكمة الموضوع أن تبين في حكمها عناصر الضرر التي أقامت عليها قضاءها بالتعويض ، كما أنه من المقرر أيضاً أن تعين العناصر قانوناً للضرر والتي جب أن تدخل في حساب التعويض من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض ، وأنه يتعين أن يكون الضرر مباشراً محققاً ومن ثم فلا يجوز التعويض عن ضرر غير مباشر أي لا يتصل بالضرر كما لا يجوز التعويض عن الضرر الاحتمالي، ويتعين أن يكون التعويض قاصراً على جبر الضرر الذي يلحق بالضرر نفسه . لما كان ذلك وكان اسم المطعون فيه قد قضى = للمطعون ضده الثالث بالتعويض على سند من القول بأن هذا المبلغ تعويض عما أصابه من ضرر أدبي دون أن يبين وجه هذا الضرر أو عناصره أو الأسس التي بنى عليها هذا القضاء وهو ما لا يغني عنه ما ساقه في هذا الصدد بالنسبة لباقي المطعون ضدهم لاختلاف عناصر التعويض الأدبي المذكورة بالنسبة للأب والأم عن تلك الواجب البيان بالنسبة للأخ فإنه يكون صعباً بالقصور في هذا الخصوص .

(٢) الطعن رقم ١١١١ لسنة ٥٤ ق جلسة ١١/٢٧/١٩٨٤ م مجموعة أحكام النقض المصرية)

أسراره للغير قد أصابه بالفعل ضرر محقق حتي وإن تراخت آثاره مستقبلاً بأن تم بيع أوراقه المالية بخسارة أو عجزه عن الكسب مستقبلاً .
 وعلي غرار الضرر المستقبلي المحقق الوقوع فهناك الضرر الاحتمالي، وهو الضرر الذي لا يمكن التعويض عنه لأنه يدخل فيه عنصر الاحتمالية والتخمين ولا يمكن القول بأنه ضرر محقق يمكن التعويض عنه إلا إذا تحقق بالفعل فإذا ارتفعت أسعار الأسهم مثلاً وطلب العميل من الوسيط بيع الأسهم ونفذ الأمر الصادر اليه، وباع بالأسعار العادية دون ارتفاع في قيمتها فلا يسأل الوسيط بالتعويض، لأن الاحتمال أن تباع هنا ورايد في عدم تحقق الربح ولا يمكن القول بحتمية الربح، إلا أنه يجب من زاوية أخرى التفرقة ما بين الضرر الاحتمالي الذي لا يمكن التعويض عنه وبين تفويت الفرصة والتي يجب التعويض عنها إذا كانت أمراً محتملاً، فإن تفويتها أمر محقق، فإذا علم أحد العملاء أن شركة ما سوف تطرح أسهماً للاكتتاب العام بهدف زيادة رأسمالها وطلب من الوسيط ان يسارع في شراء الأسهم بعدد كبير كي يتسنى له بيعها بسعر أعلى ، إلا أن أحد العاملين أهمل في متابعة الأمر للعميل مما فوت عليه فرصة تحقيق مكاسب كان من الممكن تحقيقها لو أن الشركة أنهت إجراءات القيد وشراء الأسهم حال صدور الأمر، وهنا يمكننا القول بأن الشركة قد فوتت عليه فرصة تحقيق أرباح ، ومسألة حجم التعويض فإنها ترجع لتقدير قاضي الموضوع في ضوء العناصر المحيطة بالصفحة .

الضرر الأدبي أو المعنوي :

فقد استقر الفقه والقضاء (١) نحو اعتبار الضرر الأدبي كالضرر المادي من حيث التعويض وأنه يصلح أساساً للتعويض وأنه يجب أن تتوافر فيه ذات الشروط التي تطلبها التعويض عن الضرر المادي فقد اختلف الفقه حول كون الضرر الأدبي يجوز التعويض عنه من عدمه وسبب الخلاف هو أن الضرر الأدبي لا يقوم بمال ومن الصعوبة تحديد مقدار التعويض، والضرر المادي حسبما استقر عليه القضاء هو ما يصيب الشخص في مصلحة مالية ، أما الضرر الأدبي فعلي خلاف الضرر المادي أي لا يصيبه في مصلحة مادية ملموسة وإنما قد يصيب الإنسان في شرفه أو اعتباره أو عاطفته أو شعوره أو سمعته بين أوساط التجار أو المستثمرين . وهو ما نصت عليه وأكدت القواعد العامة في القانون المدني البحريني بالمادة ١٦٢ والتي نصت على أن «

(نقض جلسة ١٢/٣/١٩٥٦ س ٧ ق ٩٩ مجموعة أحكام النقض المصرية ص ٢٢٠).

وفي حكم آخر عن التعويض عن الضرر المحقق فقد قضت محكمة النقض المصرية بأن « من المستقر عليه - في قضاء هذه المحكمة - أنه يشترط للحكم بالتعويض عن الضرر المادي الإخلال بمصلحة مالية للضرر، وأن يكون الضرر محققاً بأن يكون وقوعه في المستقبل حتمياً، والعبارة في تحقق الضرر المادي ٠٠٠٠٠٠ - ، أما مجرد احتمال وقوع الضرر في المستقبل فلا يكفي للحكم بالتعويض، كما إنه إذا كانت الفرصة أمراً محتملاً فإن تفويتها أمر محقق يجيز للضرر أن يطالب بالتعويض عنها، ولا يمنع القانون من أن يدخل في عناصر التعويض ما كان الضرر يأمل الحصول عليه من كسب من وراء تحقق هذه الفرصة إلا أن ذلك مشروط بأن يكون هذا الأمل قائماً على أسباب مقبولة . (نقض مدني - الطعن رقم ٢٨٥٣ لسنة ٧٤

ق - جلسة ٢٢/٥/٢٠٠٥ مجموعة أحكام النقض المصرية)

(١) د . عبدالله الطائي - المرجع سابق الإشارة اليه ٢٤٧.

(٢) راجع د. عبدالله الطائي - المرجع سابق الإشارة اليه ص ٢٤٣ وما بعدها .

إثبات ركن الضرر:

يعد ركن الضرر من أهم أركان المسؤولية لاستحقاق التعويض وبدون هذا الركن أي بدون ركن الضرر بنوعيه المادي والأدبي لا يمكن بحال التعويض عن هذا الخطأ، بعبارة أخرى لو توافر ركن الخطأ فقط دون تحقق الضرر فلا تقام المسؤولية .

فمن الأهمية بمكان أن يكون الضرر موجوداً ومتحققاً بالفعل ناتج عن الخطأ الذي ارتكبه الوسيط أو علي الأقل تحققه حتماً في المستقبل، والضرر هنا لا يعني علي سبيل المثال تقاعس الوسيط عن تنفيذ ما أمره به العميل ولكن علي العميل إثبات أن خطأ الوسيط هو الذي سبب له الضرر الشخصي والمباشر، فليس معني عدم تنفيذ الشركة لالتزاماتها قبل العميل أن يتحقق الضرر، وعلى من يدعيه إثباته وله في ذلك حرية الإثبات ومنها البيئة والقرائن فالضرر كالخطأ واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات ، وبالعموم فإن وقوع الضرر مسألة موضوعية يفصل فيها القاضي ولا رقابة عليه من محكمة التمييز ، ويدخل ضمن رقابة محكمة التمييز أيضاً التعويض عن الضرر الأدبي للعميل شخصياً أو انتقاله الى ورثته . (١)

الفرع الثالث

العلاقة السببية بين خطأ الوسيط وضرر العميل

إذا قام الخطأ من جانب الوسيط وثبت في حقه أو من جانب الشركة المصدرة للأسهم ورتب ضرراً محققاً بالعميل وثبت بالفعل الضرر للعميل، فلا يكفي لتعويض العميل عما أصابه من أضرار، بل لابد من توافر رابطة السببية بين الخطأ والضرر، بمعنى أن يكون الخطأ الصادر من الوسيط أو من الشركة المصدرة للأوراق المالية هو الذي سبب الضرر، ولا بد من اثبات وجود هذه الرابطة السببية وألا يستحق العميل التعويض لانقطاع رابطة السببية .

وتمثل رابطة السببية الركن الثالث من أركان المسؤولية، وهي تعد الرابطة المباشرة بين الخطأ والضرر وذلك لأن الخطأ هو السبب في حصول الضرر وهو يعد النتيجة الطبيعية للخطأ المرتكب، والخطأ هنا واقع من الوسيط نفسه أو أحد تابعيه أو من الشركة المصدرة للأوراق المالية والذي يفترض إخلالاً قانونياً أو عقدياً من جانبهم، فإذا كان الخطأ الحاصل لم يشكل بذاته إخلالاً قانونياً أو عقدياً بالعميل فلا يصلح تماماً اعتبار الخطأ هنا موجب للمسؤولية حتي يكون الضرر المتحقق مبنياً علي الخطأ، كما لا يكفي لتحقيق مسؤولية الوسيط ارتكابه لخطأ أثناء عمله أو بمناسبة ذلك وإصابة العميل بضرر وإنما يجب أن يكون هذا الخطأ هو الذي الحق ضرراً بالعميل دون غيره، وعلاقة السببية وإن ارتسمت بوصفها رابطاً لسببية إلا أنها تمثل ركناً مستقلاً عن كلاهما (الخطأ والضرر)، فقد توجد رابطة السببية دون خطأ والعكس صحيح

(١) د. هشام أحمد ماهر زغلول - المرجع السابق ص ٦٩٢ . وراجع في ذلك أيضاً الدكتور / محمد فراج عمر المازني المرجع السابق ص ٥٢٦ وما بعدها

فقد يوجد الخطأ بدون وجود هذه الرابطة وذلك في أحوال انقطاع هذه الرابطة لوجود سبب أجنبي أو خطأ المضرور ذاته أو كان الخطأ من الغير وليس من الوسيط أو الشركة، أما إذا ثبت بالفعل أن الضرر كان نتيجة حتمية لخطأ الوسيط أو الشركة فلا يعفي أيأ منهم من المسؤولية العقدية أو التقصيرية إذا وجدت إلا بإثبات أن انقطاع هذه الرابطة لسبب خارج عن ارادته أو سبب أجنبي لا يد للوسيط فيها أو الشركة المصدرة للأوراق المالية، وفي ضوء ما تقدم نبين الحالات التي تنعدم فيها هذه الرابطة لإعفاء الوسيط والشركة من المسؤولية وإثبات هذه الرابطة السببية وعلي من يقع عبء الإثبات وكيف يمكن اثبات هذه الرابطة وذلك علي النحو التالي :

أولاً : الحالات التي تنقطع فيها رابطة السببية

ثانياً : اثبات رابطة السببية

أولاً : الحالات التي تنقطع فيها رابطة السببية:

تنص المادة ١٦٥ من القانون المدني المصري على أنه ” إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه ، كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير ، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك “(١). وعلى ذلك فالسبب الأجنبي الذي يترتب عليه انعدام رابطة السببية هو: القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ وخطأ المضرور وخطأ الغير « ويلاحظ على هذا النص (١) أنه لم يبين المقصود بالسبب الأجنبي، واكتفى بالتمثيل له بذكر صورة تقليدية وهي الحادث الفجائي أو القوة القاهرة وخطأ المضرور وخطأ الغير، والقضاء المصري غالباً ما يكتفي عند تحديد السبب الأجنبي بأن يرد التطبيقات الثلاثة للسبب الأجنبي كلها أو بعضها أو الاكتفاء بالقول أن السبب الأجنبي الذي لا يد له فيه .

فقد تطلب المشرع طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية أنه لكي تقام المسؤولية كاملة أن تتوافر أركانها جميعاً من الخطأ والضرر والرابطة السببية بينهم، فإذا تخلف أي منها فلا تقام المسؤولية علي الوسيط أو الشركة المصدرة، وعلي المضرور أن يثبت بكافة طرق الإثبات أن الخطأ الصادر من الوسيط أو من الشركة هو الذي أحدث الضرر المباشر الذي وقع عليه، إلا إذا أثبت الوسيط أو الشركة أن السببية غير موجودة أو منقطعة بأن الخطأ الصادر عنه لم يكن هو السبب المباشر لإحداث الضرر وأن هناك أسباباً أجنبية هي التي تدخلت لإحداث هذا الضرر أو قد يكون الضرر ناتجاً عن تصرف العميل نفسه أو خطأ صدر عن الغير سبب ضرراً بالعميل ، فقد أعفي المشرع البحريني ١٦٥ من صدر منه الخطأ من التعويض إذا ثبت أن سبباً أجنبياً، فقد نصت علي أنه إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص بخلاف

(١) المزيد من التفصيل يراجع في ذلك د. عبدالله الطائفي - مسؤولية الوسيط المدنية تجاه المستثمر في سوق الأوراق المالية - دراسة مقارنة ط أولي ٢٠١٥م مكتبة زين الحقوقية لبنان ص ٢٨١ وما بعدها .

ويري فريق آخر من الفقهاء أنه يمكن التمييز بينهما علي أساس أن القوة القاهرة حادّة خارجي عن الشيء الذي تحقق به المسؤولية بينما الحادّة الفجائي، كزلزال أو عاصفة بينما يكون الحادّة الفجائي حادّاً داخلياً ناشئاً عن الشيء ذاته كانهجار الآلة المستخدمة مثلاً، وذهب ذات الرأي إلي نفي المسؤولية في حالة القوة القاهرة دون الحادّة الفجائي، إلا أن هذه النظرية تعرضت للانتقاد علي أساس أنه لا يعمل بها إلا عند تطبيق نظرية تحمل التبعة إذ يصح القول هنا بأن الشخص يكون مسؤولاً عن الحادّة الفجائي دون القوة القاهرة (١)، وأياً ما كان الرأي فإن المستقر عليه فقهاً وقضاً بأن القوة القاهرة والحادّة الفجائي لا يمكن التمييز بينهما وهما شيء واحد، وتقدير حالة القوة القاهرة يرجع لقاضي الموضوع فمثلاً يعد من القوة القاهرة الحروب ووقوع زلزال انتشار الأوبئة أو حدوث اضطرابات غير متوقعة، وتقدير ما إذا كنا بصدد قوة القاهرة أو حادّة فجائي من شأن محكمة الموضوع والتي تبني أسباب حكمها بالإعفاء على مدى توافر القوة القاهرة أو الحادّة الفجائي وفي ضوء ذلك قضت محكمة النقض بإعمال القاضي لسلطته التقديرية دون رقابة عليه من محكمة النقض (٢) فقد قضت بأن « تقرير ما إذا كانت الواقعة المدعى بها تعتبر قوة القاهرة هو تقدير موضوعي يملكه قاضي الموضوع في حدود سلطته التقديرية » فإذا كان الحكم المطعون قد نفي قيام القوة القاهرة بما قرره من أن الطرفين كانا يتوقعان وقت إبرام العقد عدم إمكان الحصول على إذن استيراد لشحن البضاعة إلى مصر فنص صراحة فيه على أنه إذا لم يحصل الطاعن على الإذن في الموعد المتفق عليه تباع البضاعة في الخرطوم لحسابه، وكان المعنى الظاهر لهذا الشرط أنه يشمل جميع حالات عدم الحصول على إذن الاستيراد، فإن الحكم إذ اعتمد هذا المعنى الذي تحمله عبارة العقد الظاهرة ورتب على ذلك قضاءه لا يكون قد خالف القانون »

ويعد من قبيل القوة القاهرة أو الحادّة الفجائي صدور قرار بقطع خدمات الاتصالات والإنترنت علي مستوى الدولة يعد من الأسباب الأجنبية والذي يعفي معه الوسيط أو الشركة المصدرة للأوراق المالية من المسؤولية عن عدم تنفيذ الأوامر الصادرة اليه من عميله، لأن قطع الاتصال بين الوسيط وعميله أو الوسيط والشركة المصدرة للأسهم فوت عليه فرصة الشراء للأوراق المالية أو بيعها بسعر مناسب، لعدم تمكن الوسيط بإخبار العميل بإجراء الصفقة سواء بالبيع أو الشراء وهو ما عبر عنه المشرع الكويتي بالمادة ٢٣٣ في القانون المدني « بأن السبب الأجنبي خارج عن إرادتهما هو المسبب لضرر العميل ولا يد لهؤلاء في

(١) راجع د. أحمد ماهر زغلول المرجع السابق ص ٦٩٦ وما بعدها .

(٢) فقد قضت محكمة النقض بإعمال القاضي لسلطته التقديرية دون رقابة عليه من محكمة النقض فقد قضت بأن « تقرير ما إذا كانت الواقعة المدعى بها تعتبر قوة القاهرة هو تقدير موضوعي يملكه قاضي الموضوع في حدود سلطته التقديرية فإذا كان الحكم المطعون قد نفي قيام القوة القاهرة بما قرره من أن الطرفين كانا يتوقعان وقت إبرام العقد عدم إمكان الحصول على إذن استيراد لشحن البضاعة إلى مصر فنص صراحة فيه على أنه إذا لم يحصل الطاعن على الإذن في الموعد المتفق عليه تباع البضاعة في الخرطوم لحسابه، وكان المعنى الظاهر لهذا الشرط أنه يشمل جميع حالات عدم الحصول على إذن الاستيراد، فإن الحكم إذ اعتمد هذا المعنى الذي تحمله عبارة العقد الظاهرة ورتب على ذلك قضاءه لا يكون قد خالف القانون =» لطنع رقم ٢٥٨ لسنة ٢١ مكتب فني ١٧ صفحة رقم ٣٦٧ بتاريخ ٢٢-٢-٢٠٠٢ مجموعة أحكام النقض لمصري عام ١٩٦٦م

ذلك وفي المادة ١٦٦ من ذات القانون فقد خفض المشرع مقدار التعويض عن محدث الخطأ (الوسيط أو الدلال) إذا ساهم معه خطأ العميل نفسه فجاء نص المادة كالتالي :- إذا أسهم خطأ الشخص مع خطأ المضرور في إحداث الضرر، فإنه غير ملزم بالتعويض إلا بقدر يتناسب مع ما كان لخطئه من أثر في وقوع الضرر بالنسبة إلى خطأ المضرور نفسه .

وفي المادة رقم ١٦٧ من ذات القانون بأن : « من احدث ضرراً ، وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو عرضه أو ماله أو عن نفس الغير أو عرضه أو ماله ، كان غير مسئول عن تعويضه، طالما أنه لم يجاوز القدر الضروري لدفع الأذى ، فإن تجاوز هذا القدر، التزم بتعويض تراعي فيه مقتضيات العدالة » ومن النصوص السابقة يتضح بجلاء أن المشرع راعي توازن المصالح بين أطراف المسؤولية فإذا كان المضرور يستحق التعويض فلا بد من إثبات مصدر الضرر بالفعل وإلا لا يستحق تعويضاً عن هذا الضرر، بمعنى أنه يكون للوسيط أو الشركة إثبات بأن الضرر نشأ عن سبب أجنبي كقوة القاهرة أو حادّة فجائي أو فعل المضرور نفسه أو كان الضرر ناتجاً عن خطأ الغير، أو أسهم الغير مع خطأ الوسيط أو الشركة المصدرة للأسهم، أو أن الخطأ الصادر كان ناتجاً عن حالة دفاع شرعي عن نفسه أو ماله أو نفس الغير أو ماله . وفي ضوء ذلك سوف نتناول الأسباب التي وردت بالمادة ١٦٥ من القانون المدني البحريني علي النحو التالي :- أ- انعدام السببية لوجود السبب الأجنبي:

فقد جاء المشرع البحريني بالمادة ١٦٥ من القانون المدني صريحاً نحو إعفاء الوسيط أو الدلال من المسؤولية إذا أثبت أنه يوجد سبب أجنبي خارج عن إرادته سبب ضرراً بالعميل ولا يد له في إحداثه، وهو نفس ما رده المشرع المصري بالمادة ١٦٥ من القانون المدني المصري رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٨ « إذا اثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه ، كحادثة فجائي أو كقوة القاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ من الغير ، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ، ما لم يوجد نص أو اتفاق يقضي بخلافه »

القوة القاهرة أو الحادّة الفجائي :- والقوة القاهرة أو الحادّة الفجائي يؤديان نفس الوظيفة، بمعنى أنه إذا توافر أي منها يؤدي إلي الإعفاء من المسؤولية، ولكن اختلف الفقهاء حول كونهما شيئاً واحداً أم شيئاً مختلفين، فمنهم من يري أنهما مختلفان، بمعنى أن القوة القاهرة هي التي يستحل دفعها، أما الحادّة الفجائي هو الذي يستحيل توقعه في ظل الظروف العادية، إلا أن هذا الرأي ينتقده البعض علي أساس أن القوة القاهرة يستحيل فقط دفعها وإنما أيضاً لا يمكن توقعها، وكذلك الحال بالنسبة للحادّة الفجائي والذي يستحيل توقعه أيضاً يستحيل دفعه لذلك لا بد من الجمع بينهما حتي تتحقق حالة انقطاع رابطة السببية وبالتالي الإعفاء من المسؤولية وهو ما قضت به محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها فقد قضت بأن «يشترط في القوة القاهرة التي يترتب عليها عدم المسؤولية عن تعويض الضرر الناتج عن عدم تنفيذ العقد أن يكون من شأنها - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - جعل الوفاء بالالتزام مستحيلاً وأن تكون غير متوقعة الحصول وقت التعاقد ويستحيل دفعها » (١)

(١) الطعن رقم ٢٩٣ لسنة ٢٢ مكتب فني ١٧ صفحة رقم ١٨٨٩ بتاريخ ١٣-١٢-١٩٦٦

إحداثه»

بالضرر خطأ الوسيط أو الشركة ، ولكن يخفف من مسؤولية الوسيط أو الشركة فقط دون نفي المسؤولية عنهما ، ويقف خطأ العميل بقبوله للضرر الي جانب خطأ الوسيط أو الشركة في إحداث الضرر وتقع بينهما المسؤولية ، بمعنى أن الخطأ هنا وقع مشتركاً بينهما خطأ الوسيط أو الشركة ورضاء العميل بالضرر .
خطأ الغير في إحداث الضرر :

وهو ما عبرت عنه المادة ١٦٥ من القانون المدني البحريني بقولها « اذا اثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن أو فعل المضرور أو فعل الغير ، كان غير ملزم بالتعويض ، وذلك ما لم يوجد نص يقضي بخلافه » يقصد بالغير (١) هنا الشخص غير الموجود في العلاقة القانونية بين الوسيط أو الشركة المصدرة للأوراق المالية وبين العميل وإنما شخص أجنبي عنهما تماماً تدخل بفعله لإحداث الضرر - ويقاس خطأ الغير هنا بالانحراف عن السلوك المعتاد أو المألوف للشخص المعتاد - للعميل ، فهو ليس من التابعين للشركة أو الوسيط لأن تصرفات التابعين له الخاطئة لا تنسب اليهم وإنما الى المتبوع طالما أن علاقة السببية قائمة وقت إتيان التصرف الخاطئ الذي أضر بالعميل (٢) ، وإنما تدخل بسلوكه لإحداث الضرر بالعميل دون تدخل من جانب الوسيط أو الشركة ، فتستطيع الشركة المصدرة للأوراق المالية أو الوسيط أن يدفع عنه المسؤولية إذا أثبت بكافة طرق الإثبات أن خطأ الغير هو الذي تدخل في إحداث الضرر للعميل وليس من جانبه أو من التابعين له أو العاملين بالشركة كرئيس مجلس الادارة أو رئيس الحسابات أو أحد المستخدمين لديه ، أما إذا ساهم خطأ الغير مع خطأ الشركة أو الوسيط في إحداث الضرر بالعميل فهنا ينبغي البحث عن مدى استغراق أحد الخطأين للآخر ، بعبارة أخرى ينبغي البحث عن أي من الخطأين ساهم بصورة كبيرة في إحداث الضرر، فإذا استغرق خطأ الوسيط أو الشركة خطأ الغير بقي الوسيط أو الشركة وحدها مسؤولة عن تعويض العميل عما أصابه من أضرار جراء تصرف الوسيط الخاطئ، أما العكس فإذا استغرق خطأ الغير خطأ الوسيط أو الشركة المصدرة للأوراق المالية محل التعامل ، فلا مسؤولية تقع علي أي منهما

(١) يعتبر من الغير هنا شركات القيد والايادع المركزي للأوراق المالية . - وكذلك يعتبر من الغير هنا البنك الذي يتولى حفظ الأوراق المالية .

(٢) وقد قضت محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها بأن « مسؤولية السيد تتحقق كلما كان فعل التابع قد وقع منه أثناء تأدية وظيفته أو كلما استغل وظيفته أو ساعدته هذه الوظيفة على إتيان فعله الضار غير المشروع أو هيأت له بأي طريقة كانت فرصة ارتكابه سواء ارتكبه لمصلحة المتبوع أو عن باعث شخصي و سواء كان الباعث الذي دفعه إليه متصلاً بالوظيفة أو لا علاقة له بها إذ تقوم مسؤولية المتبوع في هذه الأحوال على أساس استغلال التابع لوظيفته أو إساءة استعمال الشئون التي عهد إليه المتبوع بها متكفلاً بما افترضه القانون في حقه من ضمان سوء اختياره لتابعه و تقصيره في مراقبته . الطعن رقم ١٨٩ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٥٦/٤/١٧ - مجموعة أحكام النقض المصرية الصادرة عام ١٩٥٦ م .

وفي حكم آخر لذات المحكمة فقد قضت بأن « مفاد نص الفقرة الأولى من المادة ١٧٤ من القانون المدني أن المتبوع يكون مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى وقع الخطأ من التابع وهو يقوم بأعمال وظيفته ، أو أن يقع -- - الخطأ منه بسبب هذه الوظيفة . وأنه يكفى أن تكون هناك علاقة سببية قائمة بين الخطأ ووظيفة التابع بحيث يثبت أن التابع ما كان يستطيع ارتكاب الخطأ أو ما كان يفكر فيه لولا الوظيفة . ويستوى أن يتحقق ذلك عن طريق مجاوزة التابع لحدود وظيفته ، أو عن طريق الإساءة في استعمال هذه الوظيفة ، أو عن طريق استغلالها ، و يستوى كذلك أن يكون خطأ التابع قد أمر به المتبوع أو لم يأمر به ، علم به أو لم يعلم ، كما يستوى أن يكون التابع - في ارتكابه الخطأ المستوجب للمسئولية - قد قصد خدمة متبوعه ، أو جرت نفسهه - يستوى كل ذلك ما دام التابع لم يكن يستطيع ارتكاب الخطأ لولا الوظيفة . الطعن رقم ١٠٩٢ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٠/١/١٢)

خطأ المضرور :- وهو ما عبرت عنه أيضاً المادة ١٦٥ من القانون المدني البحريني بقولها « إذا اثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن أو فعل المضرور او فعل الغير ، كان غير ملزم بالتعويض ، وذلك ما لم يوجد نص يقضي بخلافه » من مضمون النص أن خطأ المضرور نفسه يعتبر سبباً أجنبياً عن خطأ الوسيط أو الشركة المصدرة (١) وبالتالي تنتفي معه مسؤولية الوسيط أو الشركة لانعدام رابطة السببية بين خطأ الوسيط والضرر الحاصل ، ذلك أن تدخل الوسيط بالخطأ يعني أن الخطأ ليس صادراً من الوسيط أو الشركة ، ومن هنا يلزم توافر شرطين أساسيين حتي يعد خطأ المضرور نفسه هو السبب في إحداث الضرر وهما :-

الأول : أن يكون الفعل الصادر عن المضرور خطأ طبقاً لما هو متعارف عليه عند تقدير الخطأ بصفة عامة أي خرج بسلوكه عن المألوف لسلوك الشخص المعتاد .

الثاني :- أن يكون للخطأ الصادر عن العميل دور ملحوظ في إحداث الضرر . بمعنى أن الخطأ كان له مصدران من الوسيط أو الشركة المصدرة للأوراق المالية من جانب وخطأ صدر من العميل نفسه ، فإذا كان خطأ العميل يستغرق خطأ الوسيط أو الشركة أي كان أشد جسامة من خطأ الوسيط أو الشركة فتعفي الشركة أو الوسيط من المسؤولية ولا يرجع العميل على أي منهما بالتعويض بحجة أنه أصابه ضرر جراء تصرف العميل أو الشركة ، أما علي العكس من ذلك إذا استغرق خطأ الوسيط أو الشركة المصدرة لخطأ العميل أي كان أشد جسامة من خطأ العميل فهنا تقام مسؤولية كلا منهما قبل العميل ، وفي حال إذا كان المضرور نفسه هو الذي تعمد الخطأ مما كان له أثر كبير في إحداث الضرر فهو الذي يسأل عنه منفرداً ولا يسأل هنا الوسيط أو الشركة ، بل تمتد مسؤولية العميل هنا لتشمل تعويض الوسيط أو الشركة المصدرة عما أصابها من أضرار سواء مادية أو معنوية كالتأثير علي سمعتها في أوساط سوق المال .

إلا أن المشرع البحريني جاء بحكم في القواعد العامة في القانون المدني يري بأنه إذا كان الخطأ مشتركاً بين العميل والوسيط ، فللمحكمة أن تقضي بالتعويض بقدر الضرر الذي وقع علي العميل فقط دون كامل التعويض عن كامل حجم الضرر بما فيها الخطأ الذي صدر من العميل ذاته ، بعبارة أخرى للمحكمة انقاص مقدار التعويض بما يقابل خطأ الدائن وهو ما نصت عليه المادة رقم ١٦٦ من القانون المدني البحريني « إذا أسهم خطأ الشخص مع خطأ المضرور في إحداث الضرر ، فإنه غير ملزم بالتعويض إلا بقدر يتناسب مع ما كان لخطئه من أثر في وقوع الضرر بالنسبة إلى خطأ المضرور نفسه» .

كما أن رأياً بالفقه (٢) يري أنه أحياناً قد يرضى العميل بالضرر الواقع عليه من الوسيط أو الشركة فهل يعد هنا خطأ من جانب العميل يستغرق خطأ الوسيط أو الشركة ويبقى هو المسؤول وحده عن التعويض ، ويرى هنا بأن رضاء العميل يختلف تماماً عن تعمد العميل إحداث الضرر ، لأن رضاء العميل بالضرر لا ينفي الخطأ الواقع في جانب الوسيط أو الشركة ، ولا يمكن أن يستغرق خطأ المضرور هنا مجرد رضائه

(١) د . عبدالله الطائي - المرجع السابق ص ٢٨٩ .

(٢) راجع د. هشام أحمد ماهر زغلول المرجع السابق الإشارة اليه ص ٧٠٢ وما بعدها

- وهي نظرية تكافؤ الأسباب (١)، بمعنى أن كل سبب كان له دخل في إحداث الضرر فجميع هذه الأسباب والتي تدخلت في إحداث الضرر كلها متكافئة وكل واحد منها يعتبر سبباً في إحداثه سواء كانت أسباباً عارضة أو منتجة، بعبارة أخرى ينبغي أن يكون لكل سبب دخل في إحداث الضرر الذي أصاب العميل وتقام المسؤولية عن كل منهم .

النظرية الثانية : نظرية السبب المنتج : والتي نرجحها :- ويرى أنصار هذه النظرية بأن الأسباب المتعددة وهي الوسيط أو الشركة المصدرة للأوراق المالية يسأل أي منهم عن الضرر الحاصل للعميل إذا كان هو السبب المباشر أو المنتج لإحداث الضرر كان من ضمن الأسباب المنتجة لا الأسباب العارضة فهي وحدها تكفي لقيام المسؤولية وإنما الأسباب المنتجة ، فهنا ينبغي التفرقة بين الأسباب العارضة والأسباب المنتجة وأن الأخيرة وحدها هي المسببة للضرر ولا يجوز الجمع بينهما عند قيام المسؤولية طبقاً لما انتهت إليه النظرية السابقة ، فالسبب العارض هو سبب غير مألوف حدوثه بينما السبب المنتج هو السبب المألوف ، فإذا كان كل منهم له دخل في حدوث الضرر إلا أن السبب المألوف هو الذي يحدث في العادة الضرر .

ثانياً :- تسلسل النتائج: ويعنى أن سبباً واحداً والذي صدر عن الوسيط ولكن تعددت النتائج التي تحققت، أي حدوث أضرار متعددة منها المباشرة وأخرى غير المباشرة، والسؤال المطروح هل يسأل عنها الوسيط بالإجمال أو الشركة المصدرة لها أم يسألوا فقط عن الضرر المباشر؟ طبقاً للقواعد العامة بالقانون المدني المصري (٢) إذا لم يكن التعويض مقدراً بالعقد أو بنص في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره ، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخير في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول، وهو ما يفهم منه بأن التعويض يشمل الضرر المباشر فقط أما الضرر غير المباشر فلا يجوز التعويض عنه، ويمكن القول بأن الضرر المباشر وهو ما كان نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخير في الوفاء به ويمكن تحديده أو وضع معيار محدد له وهو إذا لم يكن في استطاعة الوسيط أو الشركة المصدرة له توقيه ببذل جهد معقول من جانبها، وبعبارة أخرى فإن الأضرار المباشرة ما هي إلا نتيجة طبيعية للخطأ الذي أحدثها، أي تنحصر فيها العلاقة السببية ولا تخرج عنها بعكس الأضرار غير المباشرة أي تلك التي لا تكون نتيجة طبيعية للخطأ الذي أحدث الضرر وهنا تقطع العلاقة السببية بينها وبين الخطأ.

ثانياً : إثبات رابطة السببية

رابطة السببية هي الركن الثالث من أركان المسؤولية، بمعنى أن علاقة السببية لا تقوم إلا بتوافر الخطأ و الذي سبب الضرر، وبدون أي منهم لا يمكن القول بوجود رابطة السببية والتي أحياناً من جهة أخرى قد تقطع لأسباب خارجة عن إرادة من صدر منه الخطأ كالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي أو أحياناً خطأ

(١) لمزيد من التفصيل أنظر مرجع الدكتور / هشام أحمد ما هر زغلول - المرجع السابق ص ٧١٢ وما بعدها .

(٢) نص المادة ٢٢١ من القانون المدني المصري ١٢١ لسنة ١٩٤٨م

ويبقى الغير وحده المسؤول عن تعويض العميل عما أصابه من أضرار، أما إذا ساهم كل منهما في إحداث الضرر بدرجة متساوية فيبقى كل منهما مسؤولاً عن تعويض العميل وهو ما يطلق عليه الخطأ المشترك ، بمعنى أن يشترك خطأ الوسيط أو الشركة المصدرة للأسهم مع خطأ الغير في إحداث الضرر .

وهو ما نصت عليه المادة ١٦٩ من القانون المدني المصري بقولها : « إذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار كانوا متضامين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي، إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض » وهي تقابل نص المادة ١٦٠ من القانون المدني البحريني بقولها « اذا تعدد الأشخاص الذين حدث الضرر بخطئهم، التزم كل منهم، في مواجهة المضرور، بتعويض كل الضرر . ويتوزع غرم المسؤولية فيما بين المسؤولين المتعددين بقدر دور خطأ كل منهم في احداث الضرر. فإن تعذر تحديد هذا الدور، وزع عليهم غرم المسؤولية بالتساوي » والملاحظ هنا أن المشرع فرض المسؤولية التضامنية فيما بين المسؤولين عن الفعل الضار، ويكون للعميل هنا حق رفع دعواه بالتعويض على أي منهم وله أن يرجع على أي منهم بكامل قيمة التعويض ، ولمن سدد التعويض أن يرجع على الطرف الآخر بنصيبه فيما سده بموجب دعوى الرجوع .

السبب غير منتج أو غير مباشر:

قد تتعدد الأسباب في إحداث الضرر، بعبارة أخرى ليس خطأ الوسيط وحده الذي أحدث الضرر بالعميل ولكن تتدخل أسباب أخرى ساهمت معه وبنفس القدر في إحداث الضرر، وهو ما يؤدي الي انقطاع السببية بين خطأ الوسيط والشركة وبالتالي لا يسأل الوسيط عن الأضرار التي لحق بالعميل نتيجة تدخل أسباب أخرى ساهمت في إحداث هذا الضرر .

وقد تتعدد النتائج عندما لا يكون خطأ الوسيط وحده المسبب للضرر ولكن قد تتعدد النتائج أي تتعاقب الأضرار التي تحدث للعميل وبالتالي فمن الصعوبة تحديد الضرر الواجب التعويض عنه الأمر الذي يؤدي بالنهاية الي صعوبة مطالبة الوسيط أو الشركة المصدرة بالتعويض عن الأضرار .

أولاً : تعدد الأسباب : ويقصد به أن تتداخل عدة أسباب أخرى لإحداث الضرر الي جانب خطأ الوسيط أو الشركة ، فهل يعد خطأ الوسيط أو الشركة وحده هو المسؤول عن تعويض العميل أم يؤخذ في الحسبان الأسباب الأخرى، هنا لا بد من تحديد مدى استغراق أي من الأخطاء المشار إليها خطأ الآخرين، أم أن جميع هذه الأسباب متساوية وساهمت جميعها بالتساوي في إحداث الضرر؟

ففي الحالة الأولى :- إذا استغرق أي خطأ من الأخطاء المتعددة والتي يدخل فيها خطأ الوسيط أو الشركة المصدرة للأوراق المالية أي ساهم بقدر كبير في إحداث الضرر عن باقي الأسباب الأخرى التي ساهمت في إحداث ضرر العميل ، فهذا الخطأ وحده المسؤول عن تعويض العميل المضرور .

أما في الحالة الثانية :- إذا تساوت الأسباب جميعاً في إحداث الضرر فهنا من الصعوبة تحديد أي من الأسباب المباشرة أو التي ساهمت بقدر كبير في إحداث هذا الضرر، بعبارة أخرى إذا تعددت الأسباب دون أن يستغرق أحدهما الآخر، فهل تعد جميعها مسؤولة عن حدوث الضرر أم أنه يوجد سبب مباشر أو فعال في إحداث هذا الضرر أو أحياناً السبب المنتج لإحداث الضرر، تنازع هذا الوضع نظريتان النظرية الأولى

الفرع الأول

الأسباب الإرادية لانتهاء مهمة الوسيط

فقد يكون عقد السمسرة محدد المدة أي مؤقتاً في وقت معين، أو محددًا وذلك كما لو وسط الوسيط السمسار في البحث عن متعاقد يرتضي التعاقد معه، لمدة شهر أو سنة من تاريخ إبرام عقد السمسرة، فهذا سبب من أسباب انتهاء عقد السمسرة وفقاً للقواعد العامة، والتي لا تتعلق بالمهمة المكلف بها السمسار وإنما بالمدة التي تقتضي بتنفيذ هذه الأعمال، وحيث لم يتعرض المشرع البحريني أو المصري الى تحديد أسباب انقضاء عقد الوساطة أو السمسرة في الأوراق المالية أو انقضائه بصفة عامة الأمر الذي يتعين علينا الرجوع الي القواعد العامة في القانون المدني لكل منهم ويؤيد ذلك ما نص عليه المشرع البحريني بالمادة ٢ من قانون التجارة البحريني « مع مراعاة ما نص عليه في المادة ٩٦ تسري على المسائل التجارية قواعد العرف التجاري فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون أو غيره من القوانين المتعلقة بالمسائل التجارية ويقدم العرف الخاص أو العرف المحلي على العرف العام فإذا لم يوجد عرف تجاري طبقت أحكام القانون المدني » والمادة ٢ من قانون التجارة المصري والتي جاء فيها ” تسري على المواد التجارية أحكام الاتفاق بين المتعاقدين، فإذا لم يوجد هذا الاتفاق، سرت نصوص هذا القانون أو غيره من القوانين المتعلقة بالمواد التجارية، ثم قواعد العرف التجاري والعادات التجارية، فإذا لم يوجد عرف تجاري أو عادة وجب تطبيق أحكام القانون المدني »

و بالرجوع إلى أحكام القانون المدني عند عدم وجود نصوص خاصة بتنظيم عقد السمسرة يرى الباحث ان أسباب انقضاء عقد السمسرة طبقاً للقواعد العامة هي: تنفيذ المهمة المكلف بها السمسار أو الوسيط ، أو انتهاء الأجل المحددة لعقد السمسرة، أو بوفاء العميل، أو بخروجه عن اهليته، أو بعزل السمسار أو اعتزاله، كما أنه يوجد أسباب أخرى لانقضاء عقد السمسرة مستمدة من القواعد العامة لانقضاء العقد ، كاستحالة التنفيذ، أو فسخ العقد، أو تحقق الشرط الفاسخ المعلق عليه العقد) وبالرغم من أن عقد السمسرة يعتبر عقداً تجارياً لذا فهو ينتهي بتحقيق أسباب انتهاء العقود التجارية بصفة عامة .

و حسب نص المادة (٧١٤) من القانون المدني المصري التي نصت على تنتهي الوكالة بانتهاء العمل الموكل فيه أو بانتهاء الأجل المعين للوكالة وتنتهي أيضاً بموت الموكل أو الوكيل وهو نفس ما رده المشرع الكويتي في المادة ٧١٦ من القانون المدني الكويتي تنتهي الوكالة بإتمام العمل الموكل فيه أو بانقضاء الأجل المعين للوكالة ، كما تنتهي أيضاً بموت الموكل أو موت الوكيل أو بفقد أحدهما أهليته ، فيما أن عقد السمسرة عقد زمني لذا فهو ينتهي بانتهاء المدة المحددة لانقضاء عقد السمسرة، قد تكون مدة معينة محددة في الشهر أو السنة، كما قد يكون العقد غير محدد المدة، بحيث لا يكون الوقت الذي ينقضي فيه عقد السمسرة معروفاً، ومثال ذلك إذا كان الاتفاق بين العميل والوسيط أن يوسط العميل السمسار أو الوسيط طيلة وجود العلاقة القانونية القائمة مع العميل أو طيلة حياة السمسار، وهو ما يسمى بعقد السمسرة غير محدد المدة

الغير أو خطأ المضرور نفسه، فإذا ما أخطأ الوسيط وسبب ضرراً للعميل، فعلى العميل أن يثبت بكافة طرق الإثبات أن خطأ الوسيط أو الشركة هو الذي سبب الضرر الذي حاق به، فالإثبات هنا يقع على عاتق المدعي وهو العميل أن يثبت الخطأ من جانب الوسيط أو أحد تابعيه متى كانت علاقة التبعية قائمة وقت حدوث الخطأ متى كان بسببه أو بمناسبة تواجده في العمل، فإذا ما أنكر الوسيط فإن عبء الإثبات ينتقل هنا الي الوسيط أو الشركة المصدرة والذي له أن ينفي عنه الخطأ بكافة طرق الإثبات أو يثبت بأن الخطأ كان راجعاً الي سبب أجنبي أو قوة قاهرة أو أن الخطأ كان صادراً عن العميل نفسه أو صدر عن الغير، فحسب نص المادة ٢١٥ من القانون المدني المصري « إذا استحال علي المدين أن ينفذ الالتزام عيناً، حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه » وهذا يعني أن إثبات توافر ركن الخطأ وإثبات ركن الضرر من جانب العميل يفترض وجود علاقة سببية بينهما طالما أن الخطأ ثابت والضرر قائم وكان نتيجة لهذا الخطأ .

المطلب الثاني

انتهاء مهمة الوسيط في سوق الأوراق المالية

المهمة الرئيسية التي من أجلها تعاقد العميل مع الوسيط أو السمسار هي لإتمام عملية أو أكثر من العمليات المتعلقة بالبورصة كإجراء أسهم أو سندات أو بيعها مقابل عمولة للوسيط ، وأن عقد السمسرة أو الوساطة هو الذي يحقق تلك العلاقة القانونية والتي بموجبها يلتزم الوسيط بالبحث عن أفضل السبل لإتمام العملية بنجاح سواء بالشراء أو بالبيع مع إختياره لنوع الأوراق المالية والسعر المناسب في كل الأحوال علي أن يلتزم العميل بدفع العمولة التي التزم بها بموجب هذا العقد ، وقد ينتهي العقد بمجرد إتمام العملية وقد يمتد فترة من الزمن ، والسؤال المطروح هو هل يجوز إنهاء العقد (عقد السمسرة) قبل إنهاء العملية ، وهل يكون لأي من الطرفين (الوسيط - العميل) إنهاء العقد وما هي الآثار التي تترتب علي إنهاء العقد ، بعبارة أخرى هل يجوز للعميل أن يعزل الوسيط منفرداً لأي سبب من الأسباب القانونية التي تؤدي إلي عزله؟ وهل يجوز الاتفاق علي إنهاء عزل الوسيط قبل إتمام ما تم الاتفاق عليه ؟

الفرع الأول :- الأسباب الإرادية لانتهاء مهمة الوسيط.

الفرع الثاني :- الأسباب الإرادية لانتهاء مهمة الوسيط.

ترجع إلى الطبيعة، وذلك كأن يكلف السمسار بالبحث عن مشتري للمنزل الذي يريد بيعه العميل، ثم يتبين بعد ابرام العقد أن المنزل قد إنهار بفعل زلزال أو فيضانات أصابت المنطقة. وإما أن تكون الاستحالة قانونية، وهي كأن تكون السلعة التي توسط السمسار لشراؤها، قد منعت الدولة من بيعها وشراؤها. ويتم تقدير الاستحالة وفقاً لمعيار موضوعي لا شخصي، ألا وهو معيار الشخص العادي، الذي يوجد في مثل هذه الظروف، هل يستطيع القيام بالمهمة المكلف بها أم لا؟ (١)

٢- يكون سبب استحالة التنفيذ كما هو واضح من النصوص السابقة، سبباً أجنبياً لا يد للسمسار فيه كالقوة القاهرة، وفعل الغير، وخطأ العميل، حيث يقع على السمسار عبء اثبات حدوث السبب الأجنبي الذي وقع وجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً بالنسبة إليه. فإذا توفرت الشروط السابقة فإن سبب انقطاع عقد السمسرة يكون هو استحالة التنفيذ.

ثانياً: افلاس العميل أو السمسار:

فهذا السبب مستمد من الأحكام العامة المنظمة للإفلاس والواردة في قانون الإفلاس والصلح الواقي منه الصادر بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٨٧م ففي نص المادة ١٧/١ « علي أن :-

١- تعين المحكمة في حكم الإفلاس وكلياً لإدارة التفليسة وتصفية أموالها إذا انتهت بالاتحاد ويسمى هذا الوكيل ((أمين التفليسة)). فالملاحظ أن القانون ١١ لسنة ١٩٨٧م لم يش صراحة الي غل يد المحكوم عليه بالافلاس كما نص المشرع المصري، لكن جاء مضمون المادة ١٧ / ١ دليل علي ذلك، لأن تعين أمين التفليسة لإدارة التفليسة دليل علي حلوله محل المفلس في إدارة أمواله .

وفي قانون التجارة المصري حيث نصت المادة ٥٨٩ / ١ من على أنه ” تغل يد المفلس بمجرد صدور حكم شهر الافلاس عن ادارة امواله والتصرف فيها، وتعتبر التصرفات التي يجريها المفلس من يوم صدور حكم شهر الافلاس حاصلة بعد صدوره“ فبناء على النصوص السابقة نرى أن افلاس العميل او السمسار، بعد ابرام عقد السمسرة يؤدي إلى انقضاءه، لأن كل من العميل المفلس والسمسار المفلس لا يستطيع التصرف في امواله او ادارتها بنفسه حيث تغل يده عنها (٢) ، ومن ذلك ابرام عقود السمسرة مع أيأ من العملاء . ثالثاً: فسخ عقد الوساطة أو السمسرة :

بما أن عقد السمسرة عقد ملزم للجانبين لذا فهو يرتب التزامات متبادلة بين طرفيه العميل والسمسار فإذا أخل أحد الأطراف بأحد الالتزامات التي يرتبها عليه العقد فإنه يحق للطرف الآخر المطالبة بتنفيذ العقد أو بالفسخ حيث ينتهي العقد إذا رفض التنفيذ لأن الفسخ ما هو إلا من جراء التخلف في التنفيذ، وذلك حسب نص المادة رقم ١٤٠ من القانون المدني البحريني « في العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه عند حلول أجله ، وبعد إعداره ، جاز للمتعاقد الآخر ، إن لم يفضل التمسك بالعقد ، أن يطلب من القاضي فسخه ، مع التعويض إن كان له مقتضى ، وذلك ما لم يكن طالب الفسخ مقصراً بدوره في الوفاء بالتزاماته. ويجوز للقاضي ، عند طلب الفسخ ، أن ينظر المدين الى أجل يحدده ، إذا

أو غير محدد لميعاد معين فإذا كان العقد محدداً بمدة معينة، فإن السمسار يستحق الأجر عن العقود التي أبرمت بواسطته خلال هذه المدة. أما بالنسبة للعقود الأخرى، والتي حال انتهاء المدة من تنفيذها فهو لا يستحق، وبعيداً عن حالة انتهاء عقد السمسرة بالطريق العادي فإنه توجد عدة أسباب قانونية تنتهي بها علاقة الوساطة بين العميل أو الوسيط وهي :

أولاً: استحالة تنفيذ عقد السمسرة

إذا تم ابرام العقد بين العميل والسمسار وشرع السمسار في تنفيذ عقد السمسرة الذي بينهما ولكن اثناء هذا التنفيذ، أصبح تنفيذ العقد مستحيلاً، وذلك كأن يكون السمسار مكلفاً من قبل العميل بموجب عقد السمسرة بالبحث عن مشتري لأوراق مالية (أسهم أو سندات) ، ولكن بعد أن بذل السمسار كل جهده لإيجاد مشتري لهذه الأوراق المالية، ووجد المشتري صدور قرار من وزير التجارة والصناعة يمنع تداولها، لذا عدل المشتري عن شراء تلك الأوراق (١) . فهذا السبب مستمد من المادة ٣٦٤ من القانون المدني البحريني والتي نصت على أنه ” ينقض الالتزام ، اذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه «وكذلك ما نصت عليه المادة (٣٧٣) من القانون المدني المصري والتي نصت على أنه»: ينقض الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه بسبب أجنبي لا يد له فيه“ فمن خلال النصوص السابقة نرى أنها تناولت الاستحالة في التنفيذ كسبب من أسباب انقضاء الالتزام أو العقد لذا فلا بد أن تتوفر في استحالة التنفيذ الشروط التالية:

١- أن يترتب الالتزام على عاتق السمسار بموجب عقد سمسرة، وأن يكون تنفيذه ممكناً، بمعنى

أنه إذا كان الالتزام منذ نشوؤه مستحيلاً فان العقد في هذه الحالة يكون باطلاً بانعدام محله . (٢)

٢- أن يصبح تنفيذ الالتزام على السمسار مستحيلاً استحالة تامة ومطلقة، أما إذا أصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً فإن ذلك لا يؤدي إلى انقضاء عقد السمسرة، حيث يمكن للقاضي وفقاً لنظرية الظروف الطارئة أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إذا اقتضت العدالة ذلك فطبقاً للقواعد العامة في القانون المدني البحريني بأنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها إن تنفيذ الالتزام التعاقدية وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك. من القانون المدني المصري حيث يقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك“ ، والمادة (١٤٧ نصت على أنه : ” ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية، وإن لم يصبح مستحيلاً ، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك“ .

والاستحالة الواردة في النصوص الواردة هي الاستحالة التامة أو المطلقة وهي إما أن تكون مادية التي

(١) د. سميحة القليوبي ، شرح العقود التجارية ، ط ٢، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٢ ص ٣١٤

(٢) د. عبد القادر الفار - احكام الإلتزام ، ط ٦، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠١ ص ٢١١

(١) د. عبد القادر الفار ، احكام الإلتزام، مرجع سابق، ص ٢١٢

(٢) د. هاني محمد دويدار، النظام القانوني لتجارة، ط ١، بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ١٩٩٧م

جميع التدابير والوسائل اللازمة للمحافظة على مصالح العميل، سواء كانت تلك المستندات قد تسلمها الوسيط من العميل أو من غيره .

أما إذا تعدد الوسطاء الماليون أو السماسرة فقد نصت المادة ٢١٥ من قانون التجارة البحريني علي أن « إذا فوض عدة دلالين لعقد واحد ، كانوا مسئولين بالتضامن عن العمل المكلفين به، إلا إذا رخص لهم في العمل منفردين. » فإن وفاة أحدهم لا يؤدي إلى انتهاء عقد السمسرة، بل ينتهي مع من توفيه منهم دون الآخرين ، إلا إذا كان العقد ينص على أن الوسطاء متضامنون يعملون مجتمعين ففي هذه الحالة ينتهي عقد السمسرة بموت أحدهم .

٢- إذا كان الوسيط شخصاً اعتبارياً عبارة عن شركة مثلاً وهذا هو القائم :

فإذا انحلت تلك الشركة ، فإن عقد السمسرة ينقضي بانحلال الشركة ، مهما كان سبب هذا الانقضاء أو الانحلال حتى لو كان اختيارياً باتفاق جميع الشركاء ، أو بإفلاس الشركة ، لأن الإفلاس يترتب عليه فقدان الشركة لأهليتها القانونية ولا تستطيع أن تزاول نشاطها بنفسها وإنما بواسطة أمين التفليس الذي يتولي تصفية أموال شركة الوساطة في الأوراق المالية . ، كما ينقضي عقد السمسرة إذا صدر حكم قضائي باعتبار الشركة منحلة ودخولها مرحلة التصفية .

فقدان الوسيط للأهلية القانونية أو الحجر عليه : كما وينقضي عقد السمسرة بفقدان الوسيط لأهليته، وذلك كأن يصاب بجنون أو عته أو سفه، وأن يكون قد صدر حكم قضائي عليه كالحكم بالإفلاس مثلاً، وذلك لأنه من شروط مزاوله مهنة الوساطة أن يكون الوسيط كاملاً للأهلية القانونية التي تمكنه من مزاوله نشاطه، يتعين أن يتوافر فيه بالإضافة إلى شرط الأهلية الخاصة، أن يتمتع بأهلية الأداء القانونية حتى يتمكن من القيام بالمهمة المكلف بها، والتي تعتمد على الخبرة في المفاوضات، والقدرة على الإقناع التي تعتبر سر نجاح السمسار (١)، لذا فإن فقدان السمسار لهذه الأهلية يؤدي إلى انقضاء عقد الوساطة أو السمسرة وفقاً للقواعد العامة، وبما أن السمسار يمارس عملاً تجارياً بطبيعته، ومن ثم فهو تاجر يتطلب فيه الأهلية التجارية ففي حالة فقدان السمسار لأهليته بسبب الحجر عليه لإصابته بالجنون أو العته أو السفه، فإن القواعد العامة أوجبت على الوارث أو الوصي إذا كان يعلم بعقد السمسرة المبرم بين العميل والسمسار أن يخطر العميل بذلك وأن يتخذ التدابير اللازمة كافة لحماية مصلحة العميل .

أما إذا كان العميل لا يعلم بالحجر على السمسار فإن عقد السمسرة لا ينتهي بالنسبة إليه ويتوجب عليه متابعة تنفيذ عقد السمسرة، لكن حين يعلم بالحجر على السمسار لا يعود عليه التزام بالتنفيذ. (٢)

(١) راجع في ذلك دكتورة سميحة القليوبي ، شرح العقود التجارية ، مرجع سابق، ص ٤٤٢ وما بعدها . د. محمد مرشحة ، فادي سلطان ، العقود المسماة، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، منشورات جامعة حلب، ١٩٩٠ ، ص ١٩٠

(٢) د . هاني محمد دويدار ، النظام القانوني للتجارة، مرجع سابق، ص ١٠٢

اقتضته الظروف ، كما أن له أن يرفض الفسخ ، إذا كان ما لم يوف به المدين قليلاً بالنسبة الى التزاماته في جملتها » وقد نصت المادة ١٥٧ من القانون المدني المصري على أنه ” في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزاماته جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى “. ومن خلال النصوص السابقة يتضح لنا أنه إذا تخلف السمسار في أثناء تنفيذه لعقد السمسرة، عن أحد الالتزامات التي تقع على عاتقه ويرتبها العقد، وذلك كأن يعمل لمصلحة المتعاقد الآخر أو أن يخفي معلومات ضرورية عن العميل تتعلق بالسوق أو الأسعار، أو أن يتواطأ مع المتعاقد الآخر. ففي مثل هذه الحالات يحق للعميل أن يطالب السمسار بتنفيذ الالتزامات التي يرتبها عليه عقد السمسرة، أو أن يطالبه بفسخ العقد المبرم بينهما، ويكون ذلك بعد إعداره، أي بعد إعدار العميل السمسار أو الوسيط .

كما يكون للعميل الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق به من جراء مخالفة الوسيط أو السمسار للعقد المبرم بينه وبين العميل. (١) أو عن الكسب الذي فات العميل من جراء هذه المخالفة، وذلك إذا اختار العميل الفسخ، فيكون للمحكمة أن تحكم به إذا كان له مقتضى.

وما ينطبق على السمسار ينطبق على العميل، في مخالفته للالتزام الذي يقع على عاتقه بموجب عقد السمسرة، كأن يمتنع العميل عن دفع جزء من الأجر والنفقات التي يتطلبها تنفيذ العقد وذلك حسبما تم الاتفاق عليه بينه وبين العميل وذلك بعد أن شرع السمسار بالقيام بالمهمة، إمتنع العميل عن الدفع، ففي هذه الحالة يحق للسمسار أن يتمسك في مواجهة العميل بعد إعداره بالفسخ .

وفاة السمسار أو الوسيط أو اعتزاله أو فقدانه الأهلية:

١- إذا كان الوسيط أو السمسار شخصاً طبيعياً :

ينقضي عقد السمسرة بوفاة الوسيط أو اعتزاله مهنة السمسرة في الأوراق المالية أو شطبه من سجل الوسطاء الماليين فقد نصت المادة ٦٥٨ من القانون المدني البحريني « تنتهي الوكالة بإتمام العمل الموكل فيه أو بانقضاء الأجل المعين للوكالة، كما تنتهي أيضاً بموت الموكل أو موت الوكيل أو بفقد أحدهما اهليته » وينقضي عقد السمسرة بوفاة السمسار أو الوسيط، وذلك لأن عقد السمسرة من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي للوسيط ، (٢) أي التي يكون لشخصية السمسار أثر في انعقاد العقد، فلا يجوز للسمسار أن ينيب عنه غيره إلا بموافقة العميل .

إذا توفى السمسار فلا يستمر عقد السمسرة مع ورثة السمسار إلا إذا وافق العميل على ذلك وبمجرد جديد، وذلك لأن انتهاء عقد السمسرة بالوفاة أو بوفاة السمسار وفقاً للقواعد العامة لا يعتبر من النظام العام بحيث يجوز الاتفاق على مخالفته ، بالإضافة الي ما سبق فإنه يجب عليه أن يتخذ التدابير كافة التي تتطلبها الظروف للمحافظة على حسن تنفيذ عقد السمسرة وذلك رعاية لمصلحة العميل. كما أوجب القانون على ورثة الوسيط أو الوصي الاحتفاظ بالأوراق والمستندات الخاصة بتنفيذ عقد السمسرة واتخاذ

(١) د. سحر رشيد حميد النعيمي ، الاتجاهات المختلفة في تنظيم الوكالة التجارية، ط ١، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٤م ص ١٤٤

(٢) د. سميحة القليوبي ، شرح العقود التجارية، مرجع سابق، ص

الفرع الثاني

الأسباب الإرادية لإنهاء مهمة الوسيط

قد ينقضي عقد السمسرة لاعتبارات ترجع إلى كونه عقد غير لازم ، وكونه غير لازم فيكون إنهاء أو انقضاء هذا العقد إنما يرجع لإرادة العميل الحرة ، لأن طبيعة عمل السمسار تختلف عن طبيعة عمل الوكيل وذلك لأن طبيعة عمل الوكيل تشمل الأعمال المادية بالإضافة إلى الأعمال القانونية، لكن الأمر يختلف بالنسبة لطبيعة عمل الوسيط التي يقتصر على الأعمال المادية دون القانونية، وهي التي تتمثل في البحث عن عملاء والدخول في مفاوضات لتقريب وجهات النظر لبرام العقد الذي يتوسط في إبرامه، دون أن يكون الوسيط طرفاً في هذا العقد (١) ، وبناءً على أن طبيعة السمسرة تختلف عن طبيعة عقد الوكالة، فإن القيود الواردة على عزل الوكيل أو اعتزاله والمتعلقة خصوصاً بحق الآخر في الوكالة والتي تعتبر في هذه الحالة غير قابلة للعزل من قبل الوكيل، لا تنطبق بالنسبة لعزل أو اعتزال السمسار للاختلاف بين عقد الوكالة وعقد السمسرة. وبما أن عقد السمسرة عقد غير لازم إذن ينقضي بعزل السمسار أو اعتزاله.

أولاً: عزل السمسار:

للعامل أن يعزل السمسار في الوقت الذي يريده قبل تنفيذ عقد السمسرة وفقاً لقواعد الوكالة وذلك حسب نص المادة ٦٥٩ من القانون المدني البحريني « للموكل في أي وقت أن يعزل وكيله أو يقيد وكالته ولو وجد اتفاق يخالف ذلك. على أنه إذا كان للوكيل أو للغير مصلحة في الوكالة ، فإنه لا يجوز للموكل أن ينهيها أو يقيدها دون موافقة من له المصلحة. وفي كل حال ، يلتزم الموكل بتعويض الوكيل عما يلحقه من ضرر من جراء عزله في وقت غير مناسب أو بغير مبرر معقول ” . و يعتبر هذا العزل سبباً من أسباب انقضاء عقد السمسرة لأن عقد السمسرة من العقود المبرمة لمصلحة العميل والقائمة على الاعتبار الشخصي والثقة المتبادلة بين العميل والسمسار، فإذا انتزعت هذه الثقة بأن تارت الشكوك حول كفاءة السمسار في تنفيذ عقد السمسرة أو في حسن نيته، ورأى العميل أن مصلحته لم تعد قائمة في عقد السمسرة فله أن يعزل السمسار ويتم العزل بإرادة من العميل وحده، وفقاً لقواعد الوكالة ولم يشترط القانون أن يصدر هذا العزل بشكل خاص، وبالتالي فإن أي تعبير يصدر من العميل للسمسار يفيد بعزله، ويرتب آثاره، وقد يكون هذا التعبير خطياً وشفوياً أو بالهاتف أو بالفاكس أو بأي وسيلة اتصال حديثة، ولا يشترط اتباع شكل معين في العزل ما لم يكن القانون قد نص على غير ذلك، ويجب أن يكون عزل السمسار في وقت مناسب وبعد مقبول وإلا كان العميل مسؤولاً عن تعويض الضرر الذي أصاب السمسار من جراء عزله في وقت غير مناسب وبعد مقبول. وهنا يستحق السمسار التعويض عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب أيضاً إذا أثبت أن العزل وقع في وقت غير مناسب وبعد غير مقبول.

١- يضمن الوكيل ما ينجم عن تنازله عن التوكيل في وقت غير مناسب أو بغير مبرر من ضرر للموكل إذا كانت الوكالة بأجر . كما قد يكون صريحاً أو ضمناً كأن يقوم العميل بإبرام عقد سمسرة آخر لتنفيذ نفس مضمون المهمة المكلف بها السمسار الذي يرغب بعزله، أو أن يقوم العميل بنفسه بالبحث عن المتعاقد الآخر الذي كلف السمسار بالبحث عنه (١) وحتى ينتج العزل آثاره بالنسبة للسمسار يجب إعلام السمسار به، ولا يشترط أن يتم الإعلام بشكل معين، بل المهم وصوله إلى علم السمسار (٢) ويجب على العميل الذي عزل السمسار أن يقوم بتعويضه إذا وقع إنهاء العقد دون إخطار سابق أو إذا حدث في وقت غير مناسب.

ثانياً: اعتزال السمسار

يجوز للسمسار أو الوسيط أن يعزل نفسه بنفسه (٣) ، أي يجوز له أن يعزل نفسه بإرادته المنفردة ويشترط حتى يكون اعتزال السمسار صحيحاً أن يقوم بإبلاغ عميله عن ذلك العدول، ولا يشترط في هذا الإبلاغ شكل معين، فيمكن أن يكون على شكل برقية أو خطاب أو أن يكون كتابة أوشفاهة، كما يشترط فيه أن يكون فور اعتزاله حتى لا يكون فيه اهدار للوقت ويشترط في الاعتزال، كما سبق أن ذكرنا، أن يكون في وقت مناسب وبعد مقبول، وإلا كان السمسار مسؤولاً عن تعويض الضرر الذي سببه للعميل (٤) إذا اعتزل أو تنحى عن تنفيذ عقد السمسرة في وقت غير مناسب وبعد غير مقبول، فعلى سبيل المثال إذا لم ينتظر السمسار إلى حين تمام صفقة تعود بالربح الكبير على العميل وذلك بعد أن بدأ فيها. والأصل أن كلا من السمسار والعميل حر في إنهاء عقد السمسرة بإرادته المنفردة إلا أن هذه الحرية ليست مطلقة ويرد عليها قيود تحد منها وهي كما يلي:

والمادة (١٦٣) من قانون التجارة المصري والتي نصت على أنه ” يجوز لكل من طرفي عقد الوكالة التجارية إنهاء العقد في كل وقت، ولا يستحق التعويض إلا إذا وقع إنهاء العقد دون إخطار سابق أو في وقت غير مناسب، وإذا كان العقد معين المدة وجب أن يستند انهاءه إلى سبب جدي وإلا استحق التعويض “.

فمن خلال النصوص السابقة يرى الباحث أن المشرع المصري ألزم كلاً من الوسيط إذا اعتزل والعميل إذا عزل الوسيط بالتعويض إذا وقع العزل أو الاعتزال بدون سبب مشروع فقط وذلك بغض النظر عما إذا أصاب الوسيط من ضرر جراء ذلك العزل. وأما بالنسبة للمشرع المصري فقد ألزم الوسيط أو السمسار، إذا أثبت العميل أن اعتزال الوسيط كان في وقت غير مناسب وبعد غير مقبول، وأصابه ضرر من جراء ذلك، ألزمه بتعويض العميل عما فاتته من كسب، وما أصابه من خسارة .

(١) د . هاني محمد دويدار - المرجع السابق ص ١٠١

(٢) د.عبد القادر العطير ، الوسيط في شرح القانون التجاري، مرجع سابق، ص ٣٦٦.وما بعدها

(٣) د. محمد مرشحة ، ، فادي سلطان ، القانون المدني - العقود المسماة ، مرجع سابق، ص ١٧٢

(٤) د . منير قزمان ، الوكالة التجارية، في ضوء الفقه والقضاء، الاسكندرية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٥ ، ص ١٧٦

(١) د . زهير عباس كريم ، و حلو أبو حلو، الوجيز في شرح القانون التجاري، مرجع سابق، ص ٤٢١

خاتمة

مهنة الدلالة من أهم الأعمال التجارية التي وضع لها المشرع اعتبارات ذات أهمية نظراً لقرب هؤلاء من جمهور المستثمرين خاصة الصغار منهم، فالوسيط وأحياناً يسمى بالسمسار أو أحياناً يسمى بالدلال، وقد يكون شخصاً طبيعياً تتوافر لديه خبرة لا بأس بها وقد يكون شركة مرخصاً لها بمزاولة مهنة الوساطة في الأوراق المالية، عمله التجاري ينصب على البحث عن متعاقد يناسب في شروطه ما طلبه منه عميله لإتمام عمله بنجاح فيتوقف على نجاح الصفقة بقدر سعي الوسيط أو الدلال في ذلك، وهي حرفة يتوقف عملها على الخبرة المترسخة لدي الوسيط ومعرفة التامة بأمور السوق المالي، وحجم الشركات المساهمة أو تلك التي تأخذ شكل شركات مساهمة كالشركات القابضة والتي تطرح أسهمها في اكتتاب عام أو بالأحرى المقيدة بالبورصة أو سوق الأوراق المالية، نظراً لأن أغلب التشريعات خاصة بالمنطقة العربية تشترط التعامل فقط بالأوراق المالية للشركات المقيدة أسهمها في سوق الأوراق المالية، وبالتالي يخرج من دائرة التعامل الأوراق المالية الغير مقيدة بالبورصة ولا يجوز بحال علي الوسيط أن يتدخل لإبرام صفقة سواء بالشراء أو بالبيع لمثل هذه الأوراق وإلا بطل التعامل، كما قد تشترط أغلب التشريعات ومنها التشريع الكويتي والمصري على أن يكون الوسيط أو السمسار سواء شخصاً طبيعياً أو شخصاً اعتبارياً لا بد وأن يكون مسجلاً لدي بورصة الأوراق المالية، ويمتنع علي غير هؤلاء مزاولة نشاط في مجال الأوراق المالية وإلا تعرض هؤلاء لجزاءات مدنية وجنائية.

ويشترط فيمن يزاول هذه المهنة أن يكون كاملاً للأهلية القانونية إذا كان شخصاً طبيعياً، أو مقيداً بالسجل التجاري إذا كان شخصاً اعتبارياً بالإضافة الي القيد بالبورصة كي يتمكن من مزاولة هذا النشاط (الوساطة في الأوراق المالية)، فلا يكفي أن يكون سمساراً عادياً أو دلالاً يتوسط في أي تصرف قانوني وإنما فقط يقتصر عمله علي الدلالة في الأوراق المالية ولا يجوز له ان يزاول مهنة الوساطة في غيرها ويرتبط العميل بالوسيط بموجب عقد السمسرة أو الوساطة وقد يكون العقد دائماً أو محدد المدة أو مرتبطاً بعملية أو أكثر من عمليات البورصة، وكأي عقد يفرض التزامات في ذمة طرفيه، فيلتزم العميل عند إتمام الصفقة المكلف بها الوسيط بالعمولة، بالإضافة الي الفوائد التأخيرية إذا تأخر العميل في سداد الأجرة بالإضافة الي التعويض عما أصاب الوسيط من أضرار، وللوسيط المالي أن يحبس ما تحت يده من مستندات أو أوراق مالية تخص العميل لحين الوفاء بالأجرة او العمولة المستحقة له طبقاً للقواعد العامة، وله أن يستوفي الأجرة من مبالغ مالية تحت يده الناتجة عن بيع الأوراق المالية، ومن جهة ثانية يلتزم الوسيط بإتمام الصفقة حسبما اتفق عليه بالعقد، بالإضافة إلي المحافظة علي سرية العميل سواء من الوسيط بنفسه أو من يعمل تحت رعايته أو تابعاً له، كما يلتزم أيضاً بتقديم كشف حساب عن العملية أو العمليات التي أجراها الوسيط لحساب العميل، كما يلتزم الوسيط بالإفصاح والشفافية أي الإدلاء بالمعلومات بدقة وأمانة للعميل حتي يكون علي بينة من إتخاذ قراره علي نحو سليم.

ويترتب علي الإخلال بأي من الإلتزامات الملقاه علي عاتق الوسيط أو العميل المسؤولية العقدية، فإذا كانت التزامات الوسيط واضحة فعليه تنفيذها وإلا سئل عن تعويض العميل المضرور، والخطأ المتوقع من

جانب الوسيط هو نتيجة إخلاله بأحد التزاماته، كالكشف عن أسرار عميله لمنافسيه سواء منه أو تابعيه مما أصابه بضرر بالغ كالحكم عليه بالإفلاس، أو التراخي في إجراء كشف حساب للعميل أو التراخي في تنفيذ ما أسنده اليه العميل مما رتب ضرر بالعميل، وإثبات الخطأ واضح في حق العميل ويقع علي الأخير إثبات خطأ الوسيط بكافة طرق الإثبات وأن الخطأ الصادر عن الوسيط هو المسبب للضرر أي أن هناك ارتباطاً سببياً بينهما، وللوسيط التخلص من المسؤولية بإثبات أن الخطأ لم يصدر عنه أو من أحد تابعيه وإنما سبب أجنبي لا يد له فيه، أو أن الخطأ صادر عن العميل نفسه أو صدر الخطأ عن الغير ولا يد له فيه، أو هو بالفعل صدر عنه ولكن اشتركت معه أسباب أخرى تدخلت معاً لإحداث الضرر وأن الأسباب الأخرى إستغرقت خطأه أو كان لها النصيب الأكبر في إحداث الضرر.

ومتى ثبت الضرر الواقع علي العميل جراء خطأ الوسيط تقام المسؤولية عليه والمسؤولية هنا عقدية لوجود الرابطة العقدية بين العميل والوسيط (السمسار) وقد تمتد مسؤولية الوسيط لتشمل أيضاً المسؤولية التصهيرية إذا قصر الوسيط في إتيان تصرف أو إتيان تصرف مخالف للقانون كمزاولة نشاط أعمال الوساطة بالرغم من عدم حصوله على ترخيص بذلك من البورصة أو مخالفة تطبيق القواعد الخاصة بالبورصة عند تعامله لصالح العميل ويسأل هنا مسؤولية تقصيرية الي جانب مسؤوليته العقدية.

النتائج

- 1- الوسيط شخص طبيعي أو اعتباري لا بد وان يحصل علي ترخيص مسبق من الجهة المختصة ومزاولته لمهنة الوسيط بغير ترخيص يتعرض لجزاءات مدنية وجنائية، فالسمسرة العادية لا تشمل السمسرة في الأوراق المالية وإنما يقتصر من يزاولها علي من حصل علي ترخيص مسبق.
- 2- يلتزم الوسيط باحترام إرادة العميل - طالما أنها لا تخالف النظام العام أو الآداب - عند تنفيذه لأوامر العميل بموجب العقد المبرم بينهم، فإذا ما رغب العميل في شراء أوراق مالية من نوع معين أو بيعها بثمن محدد وفي وقت معين لا بد وأن تحترم إرادته، إلا إذا رأي الوسيط أو السمسار أن ما يطلبه العميل لا يتلاءم مع مصلحته في ضوء المعلومات المتوافرة لديه باعتباره أكثر خبرة من العميل في حسن إتمام الصفقة علي نحو مرضٍ.
- 3- المحافظة علي أسرار العميل والالتزام بالإفصاح والشفافية عن المعلومات التي تخص العميل ليس فقط مصدرها عقد السمسرة وإنما هو التزام قانوني بالأول يقع علي عاتق الوسيط بالمحافظة علي أسرار العميل بالإضافة الي أعمال مبدأ حسن النية عند تعامله مع العميل بالإفصاح والشفافية
- 4- مسؤولية الوسيط لا تشمل فقط الوسيط ذاته وإنما أيضاً تصرفات الموظفين التابعين له طالما أن علاقة التبعية قائمة وقت حدوث الخطأ الذي سبب ضرراً بالعميل ويسأل عنه الوسيط علي مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه طالما أنها ارتكبت أثناء العمل أو بسببه.
- 5- يشمل التعويض عن الضرر الذي أصاب العميل ليس فقط الضرر المادي وإنما أيضاً الضرر الأدبي والذي يصيب العمل في سمعته وشرفه أو مركزه التجاري بين طائفة التجار.

بالتكسب ولو علي حساب العميل بإدخال أحد أقاربه أو معارفه كأنه متعاقد مع العميل، وهو ما يهدد مصلحة العميل .

قائمة بأهم المراجع

- د. سميحة القليوبي، الوسيط في شرح القانون التجاري المصري، الجزء الثاني، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠٧م .
- د. فايز نعيم رضوان، القانون التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠٣م .
- د. عصام حنفي محمود موسى، صكوك التمويل والاستثمار التي تصدرها شركات المساهمة، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة ١٩٩٥م .
- د. محمود مختار أحمد بريري، قانون المعاملات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٩٦م .
- د. عصام حنفي محمود مرسى، التزام الشركات بالشفافية والإفصاح، بحث منشور ضمن أعمال المؤتمر العلمي السنوي الثالث لكلية الحقوق جامعة بنها والذي كان يحمل عنوان «الجوانب القانونية والاقتصادية للاستثمار في مصر خلال الفترة من ١٧-١٨ أبريل سنة ٢٠٠٦م .
- د. إبراهيم أحمد جركس، اختيار المحفظة في سوق بغداد للأوراق المالية، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الخامس لكلية الإدارة والاقتصاد، جامعة بغداد للفترة من ١٠/١٠/١٩٩٢م .
- د. آلاء يعقوب يوسف، مسئولية الوسيط المدنية تجاه المستثمر في سوق الأوراق المالية، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهريين، المجلد الأول، العدد ١٣، حزيران، سنة ٢٠٠٥م .
- د. إبراهيم جركس، د. عبد الحليم منتصر، د. عطية الصوالحي، د. محمد خلف الله أحمد، المعجم الوسيط، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، حرف الواو، بدون ذكر سنة النشر، ص ١٠٣١ .
- د. نادية محمد معوض، دور سماسرة الأوراق المالية كوسطاء للتداول، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠٩م .
- د. طارق عبد الرؤوف رزق، الوكالات التجارية والسمسرة، عقود التوسط في القانون الكويتي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠٨م .
- د. محمود مختار أحمد بريري، قانون المعاملات التجارية، الأعمال التجارية والتاجر، الأموال التجارية وفقاً لقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠٠م .
- د. محمد الصيرفي، البورصات، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة ٢٠٠٨م، ص ٤١ .
- د. محمد سويلم، إدارة البنوك وبورصات الأوراق المالية، الشركة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، سنة ١٩٩٢م، ص ٢٧٣ .
- د. خليل حسن خليل، دور رؤوس الأموال الأجنبية في التنمية الاقتصادية المختلفة مع دراسة خاصة لمصر، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٦٠م، ص ٨١ .
- د. نصر علي أحمد طاحون، شركة إدارة محافظ الأوراق المالية في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة،

٦- يعنى الوسيط من المسؤولية المدنية بنوعيتها (العقدية والتقصيرية) إذا أثبت بكافة طرق الإثبات أن الخطأ الذي سبب ضرراً بالعمل كان راجعاً لسبب أجنبي لا يد له فيه كقوة القاهرة أو حادث فجائي ومعيار تحديد السبب الأجنبي يرجع الي السلطة التقديرية لقاضي الموضوع ، أو إذا أثبت أن الغير تدخل بفعله لإحداث الضرر ، أو أن الضرر نفسه هو من أحدث الضرر أو علي الأقل شارك بالنصيب الأكبر في حدوثه أى استغرق خطأ الوسيط أو السمسار .

التوصيات

- نظراً لأهمية دور الوسيط المالي أو السمسار الذي يختلف عن السمسار العادي في دعم حركة سوق المال باعتبارهم أول من يطلع على أسعار الأوراق المالية، والأوراق المالية المقيدة حديثاً عن شركات مساهمة تأسست حديثاً، وما يتوقع لزيادة أسعارها وانخفاضها ولأهمية السوق المالي في دعم الاقتصاد بالدولة الأمر الذي نري فيه توجيه المشرع نحو إصدار قانون مستقل ينظم عمل الوسيط أو السمسار وتحديد مسؤوليته قبل العملاء .
- التدخل التشريعي لإدخال نظام التداول الإلكتروني ومن ثم تفعيل دور الوسيط الإلكتروني تسهيلاً على العملاء من بذل جهد ومال في سبيل متابعة ماتم انجازه من قبل الوسيط أو السمسار .
- قيد الوسطاء الماليين يحتاج الي إعادة نظر تشريعية فلا يكفي فقط إعلان الرغبة في مزاوله أي شخص طبيعي أو اعتباري لهذه المهنة وإنما لابد من إجراء اختبار كامل على ما سيمارسه في نشاط الوساطة، بالإضافة الي إعطائه تدريبه في مجال الوساطة للتعامل في الأوراق المالية كي يتمكن الوسيط من مزاولته لنشاطه على نحو صحيح وحرصاً علي مصلحة العملاء لأن الجهل بمهنة الوساطة في الأوراق المالية يعصف بلا شك بمصلحة العملاء خاصة في ظل المنافسة الحرة بين الوسطاء الماليين .
- التدخل التشريعي بمنع مزاوله أشخاص طبيعية أو اعتبارية لمهنة الوساطة غير مرخص لهم بذلك إبتداء قبل الشروع فيها وليس بعد المزاوله وتوقيع عقوبات جنائية أو غرامات ، لأن ذلك يؤدي بالفعل الي نتائج سيئة علي العملاء الذين وقعوا في فخ وسطاء ماليين غير مرخص لهم بذلك، ويتحقق ذلك بالمرجعة الدورية للوسطاء الماليين الذين أعلنوا مزاولتهم لهذه المهنة ، وخاصة الوسطاء الذين إعتزلوا مهنة الوساطة أو شطب قيدهم من سجل الوسطاء لوقوعهم في أخطاء قانونية أو إفلاسهم أو فقدانهم للأهلية القانونية اللازمة لمزاوله هذه المهنة .
- إذا كان دور الوسيط المالي ينحصر في التوسط بين العميل وبين المتعاقد الآخر ويقف عند هذه المرحلة ولا يتدخل مطلقاً في العملية القانونية أو يكون طرفاً في العقد المبرم بين العميل والمتعاقد الآخر، فيجب إجراء تعديل تشريعي بالألا يكون الوسيط أو أحد أقاربه الي الدرجة الرابعة أو من لهم صلة وثيقة بالوسيط للتدخل في العقد المبرم مع العميل ضماناً للحياضية أو الوقوف عند حد الوساطة، وحتى لا يحقق الوسيط مصلحة شخصية تعلق مصلحة العميل في ذلك، لأنه كما سبق الذكر أن الوسيط أول من يطلع علي تعاملات البورصة من أسعار الأوراق المالية من ارتفاع وهبوط، ويملك من المعلومات ما يجعله يحقق مصلحة شخصية له

- سنة ٢٠٠٣م، ص ٢٣٤.
- د. صلاح أمين أبو طالب، مرجع سابق، ص ٧٤.
- د. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠٨م،
- د. علي عبد الله عبدة، إدارة صناديق الإستثمار الأوراق المالية من الوجهة القانونية، رسالة دكتوراه، مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة ٢٠٠٦م، ص ٥٠.
- د. محمد كامل أمين ملش، شرح القانون التجاري التكميلي، القاهرة، مطبعة دار الكتاب العربي، سنة ١٩٥٣م،
- د. علي العريف، شرح أحكام القانون التجاري المصري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، القاهرة، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، سنة ١٩٤٧م .
- د. صلاح الدين ناهي، الوسيط في شرح القانون التجاري العراقي، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، بغداد بدون ذكر مكان النشر، سنة ١٩٥٣م .
- د. عصام حنفي محمود، وسطاء الأوراق المالية، مجلة كلية الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، فرع أسيوط، العدد ١٣، الجزء الثاني، سنة ٢٠٠١م .
- د. مصطفى كمال طه، القانون التجاري المصري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة ١٩٩٩م .
- د. محسن شفيق، الوسيط في القانون التجاري المصري، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، مطبعة اتحاد الجامعات، سنة ١٩٥٥م .
- د. سميحة القليوبي، الوسيط في شرح القانون التجاري المصري، الجزء الثاني، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠٧م .
- د. طاهر شوقي مؤمن، عقد بيع الأوراق المالية في البورصة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠٧م .
- د. هشام أحمد ماهر زغلول - المسؤولية المدنية لشركات السمسرة في الأوراق المالية - الطبعة الأولى - دار النهضة العربية ٢٠١٣م .
- د. محمد حسن عبد المجيد الحداد - السمسرة في الأوراق المالية - دار الكتب القانونية - القاهرة ، طبعة ٢٠١٢م .
- محمد فراج عمر المازني - مسؤولية السمسار عن إتمام العمليات الحاضرة للبورصة دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق جامعة القاهرة بدون تاريخ - ص ٢١٤ .
- د. عبد الله الطائي - مسؤولية الوسيط المدنية تجاه المستثمر في سوق الأوراق المالية - دراسة مقارنة - منشورات زين الحقوقية - بيروت لبنان - الطبعة الأولى ٢٠١٥م ص ١٧٩، ١٨٠ .
- د. محمد تنوير الرافي - صغار المستثمرين ودور هيئة سوق المال في حمايتهم مقارنة بأسواق المال الأجنبية - دراسة مقارنة ٢٠٠٧م - دار النهضة العربية - القاهرة .
- ريان هاشم حمدون - التنظيم القانوني للتداول الإلكتروني للأوراق المالية - دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية - ٢٠١٣م .
- د. عاشور عبد الجواد عبد الحميد - النظام القانوني للسمسرة في الأوراق المالية - دراسة مقارنة - دار

البنيان القانوني لجريمة غسل الأموال

الدكتور/ أمجد النقرش

الأستاذ المساعد بكلية الحقوق - جامعة العلوم التطبيقية - مملكة البحرين

تمهيد :

البنيان القانوني للجريمة يتحدد من خلال ما يتطلبه القانون من مكونات لهذه الجريمة، وتمثل هذه المكونات في أركان الجريمة، وأيضاً وقد يتطلبه المشرع، بالإضافة إلى ذلك لابد من شرط سابق على ارتكابها، أو عناصر مفترضة أو خاصة يؤثر توافرها أو تخلفها على الجريمة وجوداً أو عدماً، ففكرة أركان الجريمة التقليدية لا تستوعب كل بنيانها القانوني، فالقانون يتطلب فضلاً عن الركن المادي والركن المعنوي، توافر حالة واقعية أو قانونية يفترض توافرها قبل وقوع الجريمة وتسمى بالشرط المفترض، فيتحدد إطار النظام القانوني في هذه المكونات. ومن جماع هذه المكونات يكون السلوك المؤثم ويستحق فاعله الجزاء المقرر في نص التجريم.

وسوف نتعرض في هذا الموضوع إلى دراسة هذه الأركان في مبحث أول ومبحث ثانٍ للوسائل المؤدية لها:

المبحث الأول : أركان جريمة غسل الأموال.

المبحث الثاني : الوسائل المؤدية لجريمة غسل الأموال.

المبحث الأول

أركان جريمة غسل الأموال

تمهيد :

لكل جريمة من الجرائم ركنان أحدهما مادي والآخر معنوي، ولكل منهما مكوناته وخصوصيته في تكوين الجريمة، فالركن المادي للجريمة هو وجهها الخارجي الظاهر فعن طريقه تقع الأعمال التنفيذية للجريمة، أما الركن المعنوي فهو الإرادة الإجرامية لارتكاب الجريمة ولا يكون صاحبها مسؤولاً إلا إذا توافرت لديه أهلية جنائية هي الإدراك أو التمييز أو حرية الاختيار. فهي تعبر عن قدرة الجاني على توجيه إرادته إلى ما يخالف القانون، وستقوم بدراسة أركان جريمة غسل الأموال من خلال تقسيمه إلى مطلبين :

المطلب الأول : الركن المادي لجريمة غسل الأموال.

المطلب الثاني : الركن المعنوي لجريمة غسل الأموال.

المطلب الأول

الركن المادي في جريمة غسل الأموال

تمهيد :

للركن المادي قيمة دستورية ، فلا يتصور وجود قانون عقوبات في الدول الديمقراطية يعاقب على مجرد النوايا ما لم تكن مترجمة في أفعال مادية تتخذ صورة الركن المادي للجريمة، وعلى هذا النحو أكدت المحكمة الدستورية العليا في مصر عدم دستورية النص الذي يعاقب على حالة الاشتباه المبنية على مجرد الاشتهار أو سبق صدور عدة أحكام على المتهم في جرائم معينة، باعتبار أن هذه الجريمة خالية من الركن المادي (١).

ويمكن القول بأن جريمة غسل الأموال هي أقرب ما تكون إلى جرائم السلوك المجرد، حيث عمد المشرع حال تحديده للواقعة محل التجريم، سواء في ظل اتفاقية فيينا، أو في ظل القانون الفرنسي، إلى تجريم السلوك الإجرامي فقط، وجعله مناطاً للعقاب، سواءً فيما يتعلق بتحويل الأموال غير المشروعة أو نقلها، أو إخفاء أو تمويه حقيقتها، أو اكتسابها أو حيازتها أو استخدامها. وذلك دون أن يشترط المشرع في أي من هذه الأحوال تحقق نتيجة إجرامية بعينها.

ولا يتميز الركن المادي في الجرائم الاقتصادية ومنها جريمة غسل الأموال بشيء مختلف عما هو محدد في قانون العقوبات العام، فهو يتكون من السلوك الإجرامي والنتيجة الخطرة والعلاقة السببية بينهما، والسلوك قد يتكون من عمل أو امتناع (٢).

وفي ضوء ذلك سوف نتناول بشيء من التفصيل، العنصرين اللذين يقوم بهما الركن المادي لهذه الجريمة وهما : سلوك غسل الأموال في مطلب أول، ومحل الجريمة في مطلب ثانٍ.

يتجلى الركن المادي لجريمة غسل الأموال إلى:

أولاً: السلوك المكون لجريمة غسل الأموال.

ثانياً: محل جريمة غسل الأموال.

أولاً: السلوك المكون لجريمة غسل الأموال

تمهيد :

يجب أن تترجم النوايا في الجرائم إلى أفعال خارجية يمكن الوقوف عليها واستظهارها وإلا فلا توجد جريمة، وهذا يعتبر تطبيقاً لمبدأ مادية الجريمة متفرعاً عن المبدأ الأسمى في القانون الجنائي " شرعية الجرائم والعقوبات " فهو الأصل الوحيد في مجال التجريم والعقاب، ولا يجوز بالتالي معاقبة شخص عن فعل ليس موصوفاً جنائياً أو جنحةً أو مخالفة.

ويكمن جوهر غسل الأموال، بمفهومه الدقيق، في مختلف صور السلوك المادي التي تهدف إلى إضفاء مظهر مشروع على الأموال ذات المصدر الجرمي، وهو ما عنيت اتفاقية فيينا بتجريمه ومعاقبته وأيضاً التشريع الفرنسي (١).

من صور السلوك الإجرامي لهذه الجريمة، إخفاء متحصلات الجريمة بكتمان، أو حجب مصدرها الجنائي، أو التنازل عنها، أو إحباط وإعاقة اقتناء أثرها وطمس الأدلة والقرائن الدالة على مصدرها الجنائي، أو تعويق اكتشافها، أو ملاحقتها قضائياً أو مصادرتها، أو إخفاء مظهر كاذب عليها بما يعطيها تأويلاً وتسويغاً كاذباً يخالف حقيقة الواقع، أو تأويلاً وتسويغاً فاسداً ينطوي على غش وتدليس، أو تحويل الأموال بالاستخدام السيئ للمؤسسات المالية أو بالتحويلات البرقية إلى الخارج عبر الحدود الوطنية.

وقد يتخذ الفعل صورة بيع المتحصلات في مقابل الحصول على أموال عينية تتمثل في المعادن النفيسة كالذهب، وتحف ومجوهرات، وقد يتخذ أيضاً إعادة استثمار تلك المتحصلات (٢).

صور السلوك المادي في اتفاقية فيينا :

يبرز " السلوك " المكون لجوهر الركن المادي، بجريمة غسل الأموال في ثلاثة مظاهر، أو ثلاث صور أساسية، أوردتها المادة الثالثة من اتفاقية فيينا، وصاغت بها تعريفها القانوني لمفهوم " غسل الأموال "، وقصدت بذلك تضييق الخناق على كافة الأشخاص المتورطين بصورة مباشرة أو غير مباشرة، في أنشطة غسل الأموال، وأياً كانت الوسائل والتقنيات المصرفية وغير المصرفية، التي يلجأون إليها في هذا الصدد ولو كانت وسائل وتقنيات مشروعة في حد ذاتها.

(١) د. سليمان عبد المنعم - مسؤولية المصرف الجنائية عن الأموال غير النظيفة - دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية - ١٩٩٩. ص ١١٤ - ويترتب على أعمال هذا المبدأ نتيجتين هامتين لا عقاب على مجرد النوايا الإجرامية من ناحية واستبعاد معاقبة الأشخاص استناداً إلى ما يعرف بالخطورة الإجرامية التي تستخلص من مسلكتهم المعيشية أو مظاهر النقص في تكوينهم العضوي أو العقلي من ناحية أخرى.

(٢) د. سعيد عبد اللطيف حسن المرجع السابق، ص ٣٤٠.

(١) د. أحمد فتحي سرور - الوسيط في قانون العقوبات - القسم العام ، المرجع السابق، ص ٢٧١.

(٢) د. محمود محمود مصطفى - الجرائم الاقتصادية في القانون المقارن - الجزء الأول - الطبعة الثانية - مطبعة جامعة القاهرة - ١٩٧٩ - ص ١٠٤.

وهذه الصور الثلاث هي :

وهناك صور عديدة للتحويلات المصرفية منها :

- التحويل المصرفي داخل نفس البنك لعميل واحد، ويفترض في ذلك وجود حسابين للعميل بنفس البنك. أحدهما يتعلق بنشاطه التجاري، والآخر خاص بنفقاته الشخصية.
 - التحويل المصرفي بين عميلين، (الأمر والمستفيد) داخل نفس البنك.
 - التحويل المصرفي بين حسابين مستقلين في نفس البنك، سواء لنفس الشخص أو لشخصين مختلفين، وتعد الطرق المصرفية من أهم الوسائل التي يلجأ إليها المتاجرون بالمخدرات لغسيل الأموال.
- فعندما يقوم الجاني بعمل غير مشروع ليدر أرباحاً عليه أن يجد وسيلة للسيطرة على هذه الأموال دون جذب الانتباه إلى النشاط الأصلي أو الأشخاص المتورطين فيها، وذلك عن طريق إخفائها وتغيير الشكل الأصلي لها أو تحويل الأموال بحيث لا تجذب الانتباه.

أما المقصود بنقل الأموال فهو انتقالها من بلد إلى آخر أو من مكان لآخر ويقصد بها التدفقات النقدية قصيرة الأجل التي تهرب للخارج لأغراض المضاربة وهو ما يطلق عليه رأس المال الساخن (Hot Money) وقد ناقش خبراء ومسؤولون من ٣٦ دولة التكنولوجيا وكيفية استخدامها في عمليات غسل الأموال خلال اجتماعهم في سان فرانسيسكو بالولايات المتحدة الأمريكية خلال شهر إبريل ١٩٩٦م وذلك تحت إشراف الائتربول الدولي. فقد تبين في هذا المؤتمر أن نوعاً جديداً من التكنولوجيا الإلكترونية التي تتعامل مع الأوراق النقدية وانتقال أرصدة الأموال من شخص لآخر عبر الدول وعلى مستوى العالم باستخدام التليفون أو بواسطة شبكة الإنترنت دون الحاجة إلى المرور عبر البنوك، الأمر الذي يتيح لعصابات الجريمة المنظمة استخدامها في القيام بعملية غسل الأموال القذرة دون الوقوع في أيدي القائمين على تنفيذ القانون ومكافحة الجرائم الاقتصادية (١).

ويتم تهريب الأموال عبر الدول، بوسائل مماثلة لتلك المستخدمة في تهريب المخدرات ذاتها، وبواسطة مهربين محترفين، وتعد السفن والطائرات التجارية والعامية، أكثر الوسائل استعمالاً، كما يتم إخفاء الأموال داخل الحقائق والأمتعة والشحنات والطرود المختلفة، وعادة ما يتم استبدال العملات النقدية الصغيرة بعمولات أكبر قيمة، لزيادة القدرة على نقل النقود، أو تحويل النقود إلى شيكات مصرفية شخصية للتخلص من المبالغ الكبيرة السائلة، ثم تُهَرَّب "الصكوك" النقدية إلى الخارج لاستخدامها في تمويل صفقات المخدرات، أو في الإنفاق المترف لكبار المهربين، أو في فتح حسابات بالبنوك والشركات الأجنبية، حيث يجري إدماج هذه الأموال في النظام المالي الدولي.

ثانياً - إخفاء أو تمويه حقيقة الأموال الناتجة عن الجريمة :

أما الصورة الثانية المكونة للسلوك الإجرامي لنشاط غسل الأموال فهي إخفاء أو تمويه مصدر وحقيقة الأموال المستمدة من جريمة، وكل تمويه ينصب على حقيقة هذه الأموال أو مصدرها، أو مكانها، أو طريقة التصرف فيها، أو حركتها، أو الحقوق المتعلقة بها، أو ملكيتها، مع العلم بأنها مستمدة من جريمة من الجرائم المنصوص عليها في الاتفاقية، أو فعل من أفعال الاشتراك في مثل هذه الجرائم.

١. تحويل الأموال أو نقلها (م٣/١/ب/١).

٢. إخفاء أو تمويه حقيقة الأموال (م٣/١/ب/٢).

٣. اكتساب أو حيازة أو استخدام الأموال (م٣/١/ج/١).

جاءت اتفاقية فيينا مبينة لهذا السلوك الإجرامي المكون لغسيل الأموال وأنماط هذا السلوك. من تحويل للأموال أو نقلها مع العلم بأنها مستمدة من جريمة من الجرائم المنصوص عليها في الاتفاقية، وتمويه مصدر الأموال أو الدخول غير المشروعة، وأخيراً في استخدام هذه الأموال مع العلم بأنها مستمدة من جناية أو جنحة.

أولاً - تحويل أو نقل الأموال المتحصلة مع العلم أنها مستمدة من الجريمة :

وتتمثل الصورة الأولى في عمليات نقل عائدات جرائم المخدرات، أو أية جريمة أخرى، بهدف إخفاء أو تمويه المصدر غير المشروع لهذه الأموال، أو مساعدة أي شخص متورط في ارتكاب هذه الجريمة على الإفلات من العقاب.

فإجراء عمليات مصرفية أو غير مصرفية، يكون الهدف منها تحويل هذه الأموال الناتجة من الأنشطة المختلفة المتحصلة عن جريمة إلى شكل آخر مثل تحويل العملة المحلية الضعيفة المتحصلة من الجريمة إلى مجوهرات أو لوحات نادرة أو سبائك ذهبية، ثم القيام ببيعها في الخارج مقابل عملة قوية مثل الدولار أو الجنيه الإسترليني، أو الحصول على شيكات مصرفية بالقيمة، وبعد ذلك يقوم الجاني بفتح حسابات له بقيمة هذه الشيكات لدى البنوك المسحوب عليها الشيكات وبإجراء العديد من التحويلات المصرفية بواسطة البنوك المسحوب عليها الشيكات وفروعها ومراسيلها بحيث يصعب التعرف على المصدر الحقيقي لهذه الأموال (١).

بداية يجب تحديد معنى تحويل الأموال مع العلم بأنها مستمدة من جريمة من الجرائم المنصوص عليها في المادة "٣" فقرة "أ" وبين معنى نقل هذه الأموال.

فالتحويل المصرفي بمعناه الدقيق هو عملية يقوم بها البنك لنقل مبلغ نقدي معين من حساب أحد العملاء (الأمر) وقيده في حساب آخر، لنفس العميل أو لعميل آخر (المستفيد). ويكون ذلك التحويل بناءً على أمر العميل (الأمر)، إما شفاهة وهو أمر نادر الوقوع، أو في صورة خطاب أو نموذج تحويل مصرفي يوقعه العميل، أو في شكل تلغراف أو توكس، أو فاكس، إلى جانب بعض الصور المستحدثة للتحويلات المصرفية، وهي (التحويلات الإلكترونية للأموال) التي تتم داخل وعبر البلدان بسرعة فائقة، وسرية تامة، وبهذا العمل فإنه يقلل إلى حد كبير من المخاطر التي تمكن أن تشي بالمصدر الجرمي للأموال المحولة.

(١) د. هدى قشقوش - جريمة غسل الأموال في نطاق التعاون الدولي، المرجع السابق، ص ٢٣.

(١) د. حمدي عبد العظيم، المرجع السابق، ص ٤٧.

أو تحويل أموال تعلم أنها متحصلة من جناية أو جنحة (١). فهذا الأمر يعتبر محل نظر، فقبول المصرف إيداع الأموال في حساب أحد العملاء لا يعني أن المصرف قد أصبح حائراً بالفعل لهذه الأموال، فإن التصرف في هذه الأموال يبقى لصاحب الحساب المصرفي وحده، وأما المصرف فلا يتجاوز دوره مجرد تسجيل العملية المصرفية، فالمصرف الذي يقبل إيداع هذه الأموال المتحصلة من مصدر غير مشروع لا يحوزها باسمه أو لحسابه، وإنما تظل هذه الأموال باسم ولحساب المستفيد منها.

وفي هذه الحالة لا يعدو أن يكون موقف المصرف في عدم تحريه عن مصدر هذه الأموال موقفاً سلبياً، لا تقوم جريمة الإخفاء، لعدم وجود نص يعاقب على هذه السلبية.

وعلى ذلك، فنشاط غسل الأموال المتحصلة من الاتجار في المواد المخدرة، أو غيرها من الأنشطة الإجرامية في السلع والخدمات غير المشروعة لا يجوز أن تدرج تلقائياً تحت وصف جريمة الإخفاء المحددة في المادة "٤٤" مكرراً من قانون العقوبات المصري. نظراً لخصوصية هذا النشاط الذي تميزه عن طبيعة نشاط إخفاء الأشياء المتحصلة من أية جناية أو جنحة أخرى، وأنه لو كانت النصوص العقابية العامة تكفي لاستيعاب نشاط غسل الأموال، لما كانت هناك حاجة تدفع مشرعي بعض الدول إلى تجريم هذا النشاط بتشريعات خاصة (٢).

أما تمويه حقيقة الأموال، والتي جاء بها النص فإنه يختلف عن معنى الإخفاء، فيقصد به تدوير هذه الأموال وإدخالها مجموعة عمليات معقدة ومتتابعة من العمليات المالية والمصرفية، لتمويه الصفة غير المشروعة لهذه الأموال وقد يطلق أيضاً على هذه العملية "عملية التشطير" وهي تمويهها بعدد من التحويلات الداخلية والخارجية، بحيث يتعذر الوصول إلى مصدرها الحقيقي (٣).

ثالثاً - استخدام عائدات الجرائم واكتسابها أو حيازتها مع العلم وقت تسلمها بأنها مستمدة من جريمة أو جرائم أفصحت عنها الاتفاقية :

أما الصورة الثالثة للسلوك المكون لنشاط جريمة غسل الأموال فتتمثل في استخدام عائدات الجرائم واكتسابها أو حيازتها مع العلم وقت تسلمها بأنها مستمدة من جريمة أو جرائم، مما أفصحت عنه اتفاقية فيينا في المادة "٣.ج-١" وكذلك من فعل من أفعال الاشتراك في مثل هذه الجرائم.

فيعتبر تلقي الأموال من غاسليها سواء أكانت على سبيل التبرج والكسب، أو من قبيل الرشوة أو مقابل عمل أو أداء خدمة، وسواء أكانت هذه الأموال نقوداً سائلة أو تحويلات مصرفية أو مقابل عينياً فعلاً يعاقب عليه، مجرد حيازة هذه الأموال سواء أكانت مملوكة للحائز أو مملوكة للغير على سبيل الأمانة، أو مودعة في حساب وديعة أو حساب جارٍ أو استخدام هذه الأموال في أي غرض، سواء أكان مشروعاً أم غير مشروع، وكل ذلك شريطة أن يعلم المتلقي وقت تسلمه لهذه الأموال بأنها متحصلة من جريمة من الجرائم

هذا ما نصت عليه المادة ٣-ب-٢ من اتفاقية فيينا، حيث قررت أن غسل الأموال يعني: "إخفاء أو تمويه حقيقة الأموال، أو مصدرها، أو مكانها، أو طريقة التصرف فيها (الحقوق المتعلقة بها) أو ملكيتها مع العلم بأنها مستمدة من جريمة أو جرائم من المنصوص عليها في الفقرة أ من المادة ٣ لهذه الاتفاقية وهي الجرائم المتعلقة بالمخدرات".

وهذه الصورة تشكل جريمة غسل الأموال في جوهرها، فقد حرصت الاتفاقية على اعتبارها جريمة جنائية، تستوجب عقاب مرتكبها، إذا كان يعلم أن الأموال التي تنصب عليها أي من هذه الأفعال هي أموال متأتية من إحدى جرائم المبينة في الاتفاقية، أو فعل من أفعال الاشتراك في هذه الجرائم.

فالإخفاء يعني الحيازة المستترة للأموال، لكي لا يدرك الغير حقيقة مصدرها أو مكانها أو طريقة التصرف فيها أو تحركها، والإخفاء في جريمة غسل الأموال يقترب من معنى إخفاء الأشياء المسروقة، والتي أكدت عليها المادة ٤٤ مكرراً من قانون العقوبات المصري بقولها "كل من أخفى أشياء مسروقة أو متحصلة من جناية أو جنحة مع علمه بذلك، ويعاقب مع الشغل مدة لا تزيد على سنتين، وإذا كان الجاني يعلم أن الأشياء التي يخفيها متحصلة من جريمة عقوبتها أشد، حكم عليه بالعقوبة المقررة لهذه الجريمة" (١).

وإذا نظرنا إلى هذا النص لأول وهلة لرأينا دعوته إلى التسليم بأن نشاط غسل الأموال يدخل في نطاق الإخفاء المذكور في هذه المادة، فالمشرع لم يحدد على سبيل الحصر الجرائم التي يمكن إخفاء أو حيازة متحصلاتها، فصياغة النص تتسع للأشياء المتحصلة من أية جناية أو جنحة، وأياً كان نوعها. وعلى ذلك أصبح من المتصور أن يرد الإخفاء على أي شيء تحصل من جناية أو جنحة، ولم يعد هناك ما يمنع من أن يرد فعل الإخفاء على أموال متحصلة من نشاط الاتجار غير المشروع في المواد المخدرة، أو غيرها من التجارة الإجرامية المنظمة في السلع والخدمات غير المشروعة (٢).

مع اتساع النص فإن فعل الإخفاء يكفي فيه مجرد حيازة الشيء، أو مجرد تسلم الشيء المتحصل من جناية أو جنحة، فلا يشترط فيه الإحراز المادي بل يكفي اتصال الجاني بالأشياء المتحصلة من جناية أو جنحة. إن هذا النص يستوعب الحيازة، والاستعمال، الانتفاع، والوساطة في بيع الشيء وتداوله، ولو كان هذا الوسيط لم يتصل مادياً بالشيء، ومن ثم فإن الدور الذي يقوم به المصرف أو المؤسسة المالية في قبول أو تحويل أو استثمار أو استخدام الأموال والعائدات يندرج تحت فعل الإخفاء المذكور في المادة ٤٤ مكرراً من قانون العقوبات المصري. وقد وجه نقد في اعتبار نشاط غسيل الأموال صورة من جريمة الإخفاء فمن المسلمات في جريمة الإخفاء أنه يلزم أن يصدر من الجاني نشاط إيجابي يتمثل في حيازة الشيء أو تسلمه أو حجزه، أو أن يكون سلطانه مبسوطاً عليه ولو لم يكن في حيازته الفعلية فلا يكفي مجرد علم الشخص بارتكاب الجريمة، بل يلزم أن يصدر عنه نشاط إيجابي يدخل في مفهوم الركن المادي، مثل الإخفاء أو الحيازة وهنا يبرز التساؤل عما إذا كانت تتوافر في مسلك المؤسسة المالية أو المصرفية، والتي تتقبل إيداع

(١) نقض جنائي ١٧ نوفمبر ١٩٦٩. مجموعة أحكام محكمة النقض. س. ٢٠. ق. ٢٩. ص ١٢٩٤.

(٢) د. إبراهيم عيد نايل. المواجهة الجنائية لظاهرة غسيل الأموال. المرجع السابق. ص ٥٦.

(٣) د. هدى قشقوش. جريمة غسيل الأموال في نطاق التعاون الدولي. المرجع السابق. ص ٢٦.

(١) المادة (٤٤ مكرراً) من قانون العقوبات المصري أضيفت بموجب القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٤٧.

(٢) د. إبراهيم عيد نايل. المواجهة الجنائية لظاهرة غسيل الأموال، المرجع السابق، ص ٥٤.

غير مباشر، من إحدى جرائم المخدرات، أو من إحدى الجنايات أو الجنح بوجه عام، وهو ما يشمل كافة صور إخفاء أو تمويه حقيقة الأموال غير المشروعة، أو مصدرها، أو مكانة، أو طريقة التصرف فيها، أو حركتها، أو الحقوق المتعلقة بها، أو ملكيتها.

ولم يتطلب المشرع الفرنسي حدوث هذا التمويه بوسيلة معينة حيث أشار أنه من الممكن أن يتم "بأية وسيلة كانت" ويستوي أن يكون مقترف سلوك التمويه شخص طبيعي أو معنوي يرمي به إلى تسهيل "تمويه" المصدر الجرمي للأموال أو الدخول غير المشروعة، إنما يندرج في نطاق الركن المادي لجريمة غسل الأموال.

ومن ناحية أخرى، لم يحدد المشرع طبيعة أو نوع "الجريمة الأولية" التي تحصل منها المال أو الدخل غير المشروع مكتفياً بالإشارة لكونها إحدى جرائم المخدرات أو بوصفها جنائية أو جنحة بوجه عام، وبالتالي يعد مرتكباً لجريمة غسل الأموال كل من قام بتمويه مصدر الأموال أو الدخول غير المشروعة، سواء تعلق الأمر بنشاط الاتجار غير المشروع بالمخدرات، أو بأي نشاط إجرامي آخر.

يتبين مما سبق أن المشرع الفرنسي قد جعل جريمة غسل الأموال أقرب ما تكون إلى "جرائم القالب الحر ذات الصياغة الفضفاضة".

يستدل من هذه الصورة أن المشرع الفرنسي لم يحدد هذه الأفعال ولا الوسائل التي تتم فيها، وهنا نجد اتساعاً في مفهوم النص، فهو لم يختص بالجرائم الناتجة عن المخدرات فقط، بل إنه قد جرم كل فعل تحصلت منه أموال من جنائية أو جنحة، على خلاف القانون الصادر سنة ١٩٩٠م، فقد كان يقتصر على عمليات تجارة المخدرات.

ولعل مرد ذلك إلى خصوصية النشاط المالي والمصرفي، وإمكانية تدوير الأموال غير النظيفة، وسهولة إحلالها في صور أخرى جديدة من ناحية، وعدم تحديد الجريمة الأولية، والتي تحصلت عنها هذه الأموال غير النظيفة من ناحية أخرى فقام قانون ١٩٩٦م قد تكلم بشكل أوسع عن الجريمة المنظمة.

فالصورة الأولى لهذا السلوك تتضمن تسهياً وبأية وسيلة كانت للتبرير الكاذب لمصدر الأموال أو الدخول غير المشروعة. بمعنى أن شخصاً يسهل تبريراً غير حقيقي لمصدر الأموال أو الدخول الخاصة بفاعل جنائية أو جنحة. فليس بالضرورة أن يكون الفاعل هو مرتكب الجنائية أو الجنحة (١).

والحقيقة أن هذا التعبير الواسع الذي استخدمه المشرع الفرنسي تفسره رغبة المشرع في ملاحقة الوسائل الفنية غير المحدودة لغسل الأموال، فجريمة غسل الأموال تتطلب حتماً لتحقيقها فعلاً إيجابياً، ولا يمكن القيام بالجريمة إذا تم التسهيل من خلال امتناع عن فعل، أي من خلال موقف سلبي محض، وبما أن هذه الجريمة تكون عوناً أو مساعدة إلا أنها فعل أصلي تقع به جريمة مستقلة.

(١) المواجهة الجنائية لغسيل الأموال. ندوة علمية نظمها مركز بحوث ودراسات مكافحة الجريمة ومعاملة المجرمين، كلية الحقوق - جامعة القاهرة - ديسمبر / كانون أول - ١٩٩٧. ص ٢٠.

المنصوص عليها في الاتفاقية أو من فعل من أفعال الاشتراك في هذه الجرائم، ويشمل التجريم في هذه الحالة الأشخاص الطبيعيين والمعنويين كالبانوك ومكاتب الصرافة والشركات المختلفة.

وقد حرصت اتفاقية فيينا أن تشمل بالتجريم أي فعل من أفعال الاشتراك في مثل هذه الجرائم، ودعوتها للدول الأطراف إلى اتخاذ التدابير اللازمة لتجريم هذه الأفعال من تحريض لهم أو حظهم علانية وبأية وسيلة على ارتكاب أي من الجرائم المتعلقة بغسيل الأموال، ويقصد بالتحريض العلني هنا، التحريض العام الموجه علناً للجمهور، أو لجماعة غير معينة من الناس، ويعاقب بالعقاب المقرر لها إذا ترتب عن هذا الإغراء وقوع الجنائية أو الجنحة بالفعل (١) والاشتراك في ارتكاب أي من الجرائم المقررة في المادة السادسة من اتفاقية باليرمو (ب/٢) أو التواطؤ أو التآمر على ارتكابها، ومحاولة المساعدة والتحريض على ذلك وتسهيله وإسداء المشورة بشأنه (٢).

نلاحظ في هذه الاتفاقية أن جريمة غسل الأموال جريمة عمدية فلا يتصور وقوعها بطريق الخطأ أو الإهمال.

صور السلوك في القانون الفرنسي :

القانون الفرنسي الجديد رقم "٩٦ - ٣٩٢" لسنة ١٩٩٦م في الباب الأول منه في كيفية مكافحة غسل الأموال، والاتجار في المواد المخدرة وتعزيز التعاون الدولي في مجال ضبط ومصادرة عائدات الجريمة. أما في الباب الثاني منه فقد تضمن العديد من النصوص الخاصة بمكافحة الاتجار في المواد المخدرة والعقاب عليها.

فقد عرفت المادة "٣٢٤ - ١" الغسل بأنه "كل فعل من شأنه تسهيل التبرير الكاذب، وبأية وسيلة كانت، حول مصدر أموال أو دخول فاعل جنائية أو جنحة تحصل منها على عائد أو فائدة مباشرة أو غير مباشرة، ويعتبر أيضاً من قبيل الغسيل تقديم المساعدة في عملية تحويل أو إخفاء أو إيداع العائد المباشر أو غير المباشر لأية جنائية أو جنحة".

إن نظرة متأنية في هذا النص تفرز لنا على الفور صورتين يقوم بها السلوك المكون لجريمة غسل الأموال. الصورة الأولى: وتتمثل في أي فعل من شأنه تسهيل التبرير الكاذب، وبأي وسيلة كانت، لمصدر الأموال أو الدخول المتحصلة عن جنائية أو جنحة (٣).

وتشمل هذه الصورة مختلف الأفعال التي تسهل، وبأي وسيلة كانت التبرير الكاذب للمصدر الجرمي للأموال أو الدخول غير المشروع، وإضفاء مظهر مشروع على الأموال والدخول المتحصلة، بطريق مباشر أو

(١) المادة (١٧١) من قانون العقوبات المصري التي تنص على أنه: "كل من أغرى واحداً أو أكثر، بارتكابه جنائية أو جنحة بقول أو صاح جهرياً علناً، أو بفعل أو إيماء صدر منه علناً أو بكتابه أو رسوم أو صور شمسية، أو رموز، أو بأية طريقة أخرى من طرق التمثيل جعلها علانية، أو بأية وسيلة من وسائل العلانية، يعد شريكاً في فعلها ويعاقب بالعقاب المقرر لها، إذا ترتب على هذا الإغراء وقوع تلك الجنائية أو الجنحة بالفعل.

(٢) اتفاقية باليرمو المادة السادسة (ب/٢)، الأمم المتحدة، ٢٠٠٠.

(٣) د. إبراهيم عيد نايل - المواجهة الجنائية لظاهرة غسيل الأموال - المرجع السابق - ص ٨٢.

يقصد بالمساعدة تقديم العون إلى الفاعل بأية صورة يكون الهدف منها جعل تنفيذ الجريمة أكثر سهولة، أو أكثر أماناً وهو بذلك يسهل تحقيق النتيجة، سواء بتقديم وسيلة أو القيام بعمل يسهل التنفيذ، أو يزيح عقبة كانت تعترضه، أو يقلل من تأثيرها، ويعد تقديم العون إلى الفاعل أكثر وسائل الاشتراك شيوعاً من الناحية العملية، ومن ثم تثار بصدد المشكلات القانونية الكبرى للمساهمة الجنائية (١).

أولاً - المساعدة في عمليات التحويل :

المقصود بذلك المساعدة في التحويل بطريق مباشر أو غير مباشر للعائدات لأية جناية أو جنحة، فهي تشمل سائر صور المساعدة، وأهمها التحويل المصرفي، وهذا التحويل يتمثل في تفرغ حساب الأمر وبناء على طلبه من مبلغ نقدي، وتقييد هذا المبلغ في جانب الدائن لحساب آخر قد يكون باسم نفسه أو باسم شخص يسمى المستفيد أي أنه في هذه العملية تتطلب وجود حسابين تنتقل النقود من أحدهما للآخر، وكذلك فهو ينسحب هذا التجريم في التحويل المصرفي، أو نقل الأموال المتحصلة عن نشاط غير مشروع على كافة صور التحويل كالتحويلات الإلكترونية للأموال فهذه الصورة تعتبر جيدة لنشاط غسل الأموال لأنها تتسم بالسرعة وفيها تضمن مزية السرية (٢)، فالتحويل إخفاء الآثار المتعلقة بأصل النقود وذلك بتمريرها عبر العديد من العمليات المالية.

أما فنون التحويل ووسائله فقد تتنوع تنوعاً كبيراً وتزداد تعقيداً مع تطور الفنون المالية التي يشهدها عالم اليوم، ولكي تتقن عملية الغسل عن طريق التحويل، فإنه غالباً ما يتم بشكل متكرر، فتبدل النقود بالفيش التي تستخدم في ألعاب القمار، ومن ثم تحويلها إلى شيكات يعتبر مثلاً مبسطاً لعمليات التحويل، ويتم اللجوء إلى هذه الوسيلة لإعطاء تبرير كاذب للدخل بإعطائه مصدر الكسب الناتج عن المقامرة.

وقد ظهرت أيضاً ما يسمى بشركات الواجهة (Front company)، وهي شركات أجنبية مستترة يصعب على حكومات الدول الإطلاع على مستنداتها السرية وهذه الشركات بدون هدف تجاري فكل ما تقوم به هو غسل الأموال المتحصلة من مصدر غير مشروع وأموال مخدرات بصفة خاصة، وذلك من خلال تضليل الحكومات، والوساطة لتحويل حصيلة تجارة المخدرات إلى أموال نظيفة يسهل التعامل بها (٣)، وسوف نتكلم بشيء من التفصيل عن هذه الشركات والطرق التي تتبعها في عمليات غسل الأموال في فصل لاحق.

ونتيجة لذلك تجد السلطات القائمة في تعقب نشاط غسل الأموال صعوبات كبيرة في ملاحقة التحويلات الإلكترونية والبرقية التي ترد من العالم ليس فقط بسبب ضخامة وتشعب هذه التحويلات ولكن أيضاً بسبب الصعوبات الفنية الموجودة في نظام التحويلات الإلكترونية نفسه (٤).

(١) د. أحمد عوض بلال - النظرية العامة للجريمة - دار النهضة العربية - القاهرة، ٢٠٠٠ - ص ٨٥٢، وإذا كان الفاعل الذي قدم التبرير الكاذب هو نفسه فاعل الجريمة الأصلية، فإنه يعاقب بالعقوبة المقررة للجناية أو الجنحة التي تحصلت منها الأموال أو الدخول ثم يحكم بمصادرة الأموال والدخول كعقوبة تكميلية وجوبية.

(٢) د. سليمان عبد المنعم - مسؤولية المصرف الجنائية عن الأموال غير النظيفة - المرجع السابق - ص ١٢٨.

(٣) د. حمدي عبد العظيم - غسل الأموال في مصر والعالم، المرجع السابق، ص ٢٨.

(4) Scott Sultzer. Money Laundering : The scope of the problem and Attempts to combat it. 1995. p. 150.

يمكن هنا استخلاص التبرير الكاذب لمصدر الأموال، أو الدخول من خلال سؤال الشخص عن مصدر هذه الأموال، أو من خلال الظروف المحيطة، فالمرشح لم يتطلب وسيلة معينة لحصول هذا التبرير، فقد يكون التبرير الكاذب " بأية وسيلة كانت" ويستوي أن يقوم بهذا التبرير شخص معنوي أو طبيعي، ويجب أن يكون هذا التبرير الذي تم تسهيله منطوياً على ذلك، أي متضمناً مجافاة للحقيقة، سواء أكان كلياً أو جزئياً.

ونلاحظ من ذلك أن المشرع الفرنسي مع ذكره للأموال والدخول، فهو قد قصد بالأموال المادية وغير المادية ويستوي أن يكون المال المادي عقاراً أو منقولاً، كما يشمل أيضاً الوثائق المثبتة لحق أو صفة على هذا المال.

أما مصطلح الدخول فقد أراد المشرع توسيع نطاق التجريم ليشمل، ليس فقط تسهيل التبرير الكاذب للنتائج المباشرة للجريمة، وإنما تسهيل التبرير الكاذب/ لما تدره عمليات توظيف هذه الأموال من أرباح، وهو ما يمكن اعتباره ناتجاً غير مباشر للجريمة الأصلية. أي أن طبيعة هذه الجريمة محل الدراسة تستبعد أن يتعلق الأمر بفائدة معنوية، ومن ثم فإن الفائدة المقصودة هي الفائدة ذات الطبيعة المادية.

وأخيراً فإن النص على تجريم هذه الصورة من صور غسل الأموال تكمن أهميته في أن النيابة العامة ليست في حاجة لأن تثبت أن الأموال أو الدخول التي انصبت عليه عملية التبرير الكاذب ناتجة عن الجناية أو الجنحة الأصلية، إنما يكفي أن يثبت أن هناك واقعة تبرير كاذب، وأن صاحب هذه الأموال أو الدخول قد ارتكب جناية أو جنحة وحصل منها على أموال أو دخول. حيث إن المشرع الفرنسي يكون بذلك قد أقام قرينة موضوعية غير قابلة لإثبات العكس.

وقد حرص المشرع الفرنسي في قانون مكافحة غسل الأموال المتحصلة عن الاتجار غير المشروع بالمخدرات الصادر عام ١٩٩٠م على إخضاع كافة المؤسسات المالية لأحكام هذا القانون وهو يشمل المؤسسات والهيئات والتجمعات والشركات التي تباشر نشاطاً مالياً، كالمصارف بمختلف أنواعها، وشركات التأمين، وسمسرة الأوراق المالية وكذلك التجار الصيارفة، فكل ما تقوم به إحدى هذه المؤسسات أو الأشخاص في تسهيل تمويه مصدر الأموال المتحصلة عن المخدرات يدخل في نطاق الركن المادي لجريمة غسل الأموال ويعتبر سلوكاً مكون لها.

أما الصورة الثانية : فتأخذ شكل المساعدة بطريقة أو بأخرى في عمليات تحويل أو إخفاء، أو إيداع العائد المباشر أو غير المباشر لأية جناية أو جنحة، وهو ما يعني تتبع الأموال غير النظيفة في سائر صورها، حتى لو تم إحلالها، أو توظيفها في أموال أو مشروعات أخرى وهو ما يضمن فعالية الملاحقة الجنائية في مواجهة سائر الحيل المصرفية والتي تبدو في ذاتها مشروعاً (١).

(١) د. سليمان عبد المنعم - مسؤولية المصرف الجنائية عن الأموال غير النظيفة - المرجع السابق - ص ١٢١.

ومن ثم فإن التجريم إذا كان يشمل بداية أي فعل ينطوي على تقديم المساعدة في إخفاء الأموال المتحصلة مباشرة من الجريمة، فإنه يطول أيضاً كل ما يعمد - بأية وسيلة كانت - إلى تقديم المساعدة في إخفاء السيارات واليخوت والمعدات، والتحف والمجوهرات، وغيرها من المنقولات والمقتنيات المادية، التي يتم شراؤها، بأموال متحصلة من الاتجار غير المشروع بالمخدرات، أو أية جناية أو جنحة أخرى، كما يشمل التجريم أيضاً إخفاء الأموال المتأتية من بيع المنقولات، المتحصلة مباشرة عن الجريمة وهو ما يعد تطبيقاً لفكرة الحلول العيني التي تتيح في نطاق جريمة الإخفاء تعقب الأموال والأشياء ذات المصدر غير المشروع في كافة الصور التي قد تتحول إليها (١).

ثالثاً - المساعدة في عمليات الإيداع :

يمثل هذا الفعل الخطوة الأولى والأكثر بساطة في عمليات غسل الأموال من خلال إيداع مبالغ العملات الورقية، وبكميات هائلة في مؤسسات مصرفية تقليدية أو غير تقليدية، أو من خلال تجارة التجزئة فهي تعتبر وسط نشيط ومغز لتوظيف الأموال المتحصلة عن الاتجار في المخدرات، أو شراء المقتنيات الباهظة الثمن، وبإخراج الأموال غير النظيفة عبر الحدود، ويقصد بالمؤسسات المصرفية التقليدية التي تزاوّل النشاط المالي للدولة بما فيها المصارف التجارية، ومؤسسات الادخار والإقراض، مصارف التسليف، المصارف التعاونية وسائر المصارف التي تخضع لإشراف ورقابة المصرف المركزي للدولة، وغير التقليدية، وهي التي تقدم خدمات مشابهة كمكاتب الصرافة، السمسرة، مكاتب الخدمة البريدية، والتلغرافية ومكاتب صرف الشيكات. ولهذا تعمل كثير من الدول إلى تضمين تشريعاتها إلزام المصارف بالتحري عن مصدر الأموال المودعة لديها إذا تجاوزت حدود معينة (٢).

من خلال ما تقدم نرى بأن سلوك المساعدة في تحويل أو إخفاء أو إيداع العائد المباشر أو غير المباشر لأية جناية أو جنحة يعد جريمة أصلية وليس مجرد صورة من صور المساهمة التبعية، فالمرجع الفرنسي قد عاقب على هذا السلوك بنص خاص "الفقرة الثانية من المادة ٣٢٢.١ من قانون العقوبات الفرنسي" ونلاحظ أيضاً بأنه يترتب على ذلك نتيجتين: الأولى: استقلال المسؤولية الجنائية لمن يقوم بهذا السلوك عن مسؤولية غيره، والثانية: أنه من الجائز ملاحقة الشروع في هذه الجريمة بينما كان الأصل امتناع الملاحقة حالة اعتبار سلوك المساعدة صورة للمساهمة الجنائية التبعية.

في هذا المقام لا بد لنا من الإشارة إلى إحدى القضايا الحديثة تم إيداع الأموال المتحصلة عن جرائم المخدرات في عدة بنوك، ثم تحويلها برقياً إلى حساب سري في أحد البنوك في مدينة تامبا بولاية فلوريدا الأمريكية، ثم إعادة تحويل هذه الأموال مرة أخرى مروراً ببنوك في ولاية نيويورك إلى بنوك لكسمبورج ولندن، حيث استخدمت في شراء شهادات إيداع، ثم استخدمت هذه الشهادات كضمان لقرض ضخ تم الحصول عليه وبعده، تم تحويل مبالغ القرض ذاته إلى الحساب السري بمدينة تامبا لتأخذ الأموال دورتها مرة أخرى لتجارة المخدرات في أوجواي.

ثانياً - المساعدة في عمليات الإخفاء :

يقصد بهذه العملية الحيازة للأموال أو المتحصلات المستمدة من جريمة، يستوي في ذلك أن تكون هذه الحيازة حيازة مستترة أم علنية، وقد أثر المشرع الفرنسي تضمين هذه الصورة للسلوك المكون لجريمة غسل الأموال لتوسيع دائرة الملاحقة الجنائية. وعدم ترك أحد يفلت من العقاب حتى لو اقتصر دوره على مجرد الحيازة لأموال ومتحصلات يعلم بأنها متحصلة من جناية أو جنحة (١).

ويثور التساؤل حول طبيعة فعل المساعدة في إخفاء الأموال أو العائدات غير المشروعة، وهل يعد هذا الفعل مجرد صورة من صور المساهمة الجنائية في الجريمة الأولية، أم يشكل في حد ذاته - جريمة أصلية - قائمة بحد ذاتها؟

يعتقد البعض بأن فعل المساعدة في إخفاء الأموال ذات المصدر الجرمي، يشكل - بحسب الأصل - صورة من صور المساهمة الجنائية في الجريمة الأولية، والتي قد تتمثل في إحدى جرائم المخدرات أو غيرها من الجنايات أو الجنح الأخرى، التي تحصلت منها هذه الأموال، وإن كان المشرع الفرنسي قد أثر أن يرتقي بالصفة الجرمية لهذه الصورة، ويعاقب عليها بحسبانها جريمة أصلية، وليس باعتبارها مجرد فعل من أفعال المساهمة، مع ما يترتب من نتائج مهمة، تتعلق بالمسؤولية الجنائية، وجواز ملاحقة الشروع في هذه الجريمة (٢).

وقد جاء في البند الثالث (أ) من توصيات المؤتمر الدولي السادس لقانون العقوبات بأنه "تتطلب المعاقبة على الجرائم الاقتصادية توسعاً في فكرة الفاعل وأشكال المساهمة الجنائية، وإمكان تطبيق الجزاءات الجنائية على الأشخاص المعنوية"، وتعني هذه التوصية توسيع دائرة المسؤولين عن الجرائم الاقتصادية ومنها جريمة غسل الأموال بحيث تشمل المسؤولين عن فعل الغير والأشخاص المعنوية (٣).

نلاحظ أن الأفعال التي تتحقق بها جريمة غسل الأموال تتحقق بفعل أي شخص سواء من كانت له المتحصلات الناتجة عن جناية أو جنحة أو من يساهم أو يشترك معه في إخفاء أو إعاقة التعرف على منشأها أي أنه من كان فاعلاً أصلياً أو مجرد شريك لفاعل وسواء أكان شخصاً طبيعياً أم معنوياً.

(١) د. سليمان عبد المنعم - مسؤولية المصرف الجنائية عن الأموال غير النظيفة - المرجع السابق - ص ١٢٥.

(٢) د. سليمان عبد المنعم - المرجع السابق - ص ١٢٧.

(٣) د. محمود محمود مصطفى - الجرائم الاقتصادية في القانون المقارن، المرجع السابق، ص ١٠٧.

(١) د. سليمان عبد المنعم - المرجع السابق - ص ١٢٨.

(٢) د. إبراهيم عيد نايل - المواجهة الجنائية لظاهرة غسل الأموال - المرجع السابق - ص ٨٥، القانون الأمريكي قد أزم المصارف بالتحري عن مصدر الأموال المودعة لديها وتبرير مصدر هذه الأموال، إذا زادت الأموال المودعة عن عشرة آلاف دولار.

محل جريمة غسل الأموال

تمهيد :

يشترط القانون في بعض الجرائم توافر شرط إضافي يسمى بالشرط المفترض وهو حالة واقعية أو قانونية يحميها القانون ويفترض توافرها قبل وقوع الجريمة، ولكي تقوم جريمة غسل الأموال لا بد من قيام جريمة أولية وسابقة نتج عنها أموال غير مشروعة فجريمة غسل الأموال جريمة تابعة لجريمة أولية وهذه الجريمة الأولية من الجرائم التي تدر عائداً مادياً على فاعلها أو مرتكبيها.

وسندرس محل جريمة غسل الأموال في فرعين :

الفرع الأول : محل جريمة غسل الأموال في اتفاقية فيينا.

الفرع الثاني : محل جريمة غسل الأموال في التشريع الفرنسي.

الفرع الأول

محل جريمة غسل الأموال في اتفاقية فيينا

أوضحت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية المنعقدة في فيينا خلال الفترة من ٢٥ نوفمبر / تشرين ثاني إلى ٢٠ ديسمبر / كانون أول ١٩٨٨م الجرائم التي تعتبر محلاً لجريمة غسل الأموال باعتبار أن هذه الجريمة جريمة عمدية تابعة، لأن ارتكاب إحدى صور السلوك الإجرامي المكون لجريمة غسل الأموال يفترض وجود محل الجريمة (الركن المفترض)، وقد حددت هذه الاتفاقية هذا الركن بأنه متحصلات أو أموال قد نتجت عن ارتكاب جريمة معينة، ففي الفقرة ٢٧ من المادة الأولى لهذه الاتفاقية عرفت المتحصلات بأنها "أي أموال نتجت بشكل مباشر أو غير مباشر من ارتكاب جريمة نصت عليها المادة ٣ من الاتفاقية"، وهي الجرائم المتعلقة بالمخدرات، إنتاجها، أو صنعها، أو استخدامها، أو تحضيرها أو عرضها للبيع أو توزيعها (١).

أما المقصود بتعبير الأموال فهي: "الأصول أياً كان نوعها، مادية كانت أم غير مادية، منقولة أم ثابتة، ملموسة أم غير ملموسة، والمستندات القانونية أو الصكوك التي تثبت تملك هذه الأموال أو أي حق متعلق بها" ويمكننا القول ونتيجة لهذين التعريفين أن محل جريمة غسل الأموال تمثل كافة صور الأموال، التي يمكن أن تكون عليها هذه المتحصلات، مهما كانت طبيعة تلك الأموال وهو بذلك ينصرف في مفهوم المعاهدة إلى الأموال متى كان مصدرها نشاطاً غير مشروع بشكل جنائي أو جنحة.

فمحل الجريمة يشمل كافة الأموال المتحصلة من الاتجار غير المشروع في المخدرات، أياً كانت طبيعة هذه الأموال، فقد تكون أصولاً مادية، منقولة "كالسيارات والطائرات واليخوت الخاصة، والمجوهرات والتحف وغيرها من المقتنيات الثمينة" أو عقارية "كالأراضي والمباني" وقد تكون أموالاً غير مادية، وهي ما يقال لها بحقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية.

يتسع هذا المفهوم ليشمل المستندات والصكوك القانونية المثبتة للملكية هذه الأموال، أو لأي حق آخر متعلق بها. وهذا الأمر يسهم بدرجة كبيرة في تيسير إجراءات تعقب الأموال ذات المصدر الجرمي، وتجميدها ومصادرتها، لا سيما في ظل الأساليب المتطورة والمعقدة التي يلجأ إليها غاسل الأموال، للإفلات من أجهزة تنفيذ القانون.

فعند القول أن يكون عائداً مباشراً فهذا يعني بأنها لازالت تحتفظ بذاتيتها "كنقود بيع المخدرات" وأما صيرورتها متحصلة بطريق غير مباشر عن الجريمة الواقعة فهو يغطي كافة صور الأموال التي تجد مصدرها في نشاط غير مشروع حتى لو تبدلت أو تحولت (كالمقتنيات التي يتم شراؤها بالأموال المستمدة من بيع لوحات فنية مسروقة). وهكذا فإن تعريف الأموال يمكنه استيعاب كافة صور المتحصلات دون قصرها على الأموال النقدية أو المنقولة فهو يشمل مظاهر الملكية الرمزية كالمستندات القانونية أو الصكوك المثبتة لهذه الملكية، وأن اختلاط المتحصلات بأموال أخرى ذات مصدر مشروع لا يحول دون ملاحقة هذه الأموال جنائياً (١).

وقد أثار عبارة "بطريق مشروع أو غير مشروع" جدلاً واسعاً بين الدول المختلفة، وقد تبلور ذلك في اتجاهين :

الاتجاه الأول : رأى بأن يقتصر النص على المتحصلات المستمدة من جرائم اتجار المخدرات بطريق مباشر فقط، وذلك للاعتبارات التالية :

١. عدم وضوح عبارة "بطريق مباشر وغير مباشر"، بما يصعب معه على بعض البلدان إدراجها ضمن تعريفها للمتحصلات، في تشريعاتها الوطنية.
 ٢. ملاحقة أي شخص دون توافر شبهات كافية يتنافى مع الحقوق التي تكفلها الدساتير والتشريعات الوطنية، لاسيما حق الملكية، وحماية المعلومات الشخصية، ومبدأ افتراض البراءة.
- وكان يمثل هذا الاتجاه عدد كبير من الدول من بينها النمسا، اليابان، تركيا، كندا.

(١) د. سليمان عبد المنعم - دروس في القانون الدولي الجنائي - دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية ٢٠٠٠ - ص ٢٤٣.
معاهدة فيينا قد أكدت على هذا المعنى المتحصلات بأموال اكتسبت من مصادر مشروعة، كانت هذه الأموال خاضعة للمصادرة في حدود ما يعادل القيمة المقررة للمتحصلات المختلطة وذلك دون الإخلال بأية حقوق تتعلق بالتحفظ عليها أو تجميدها (نص المادة ٥-٦/ب من المعاهدة).

(١) د. هدى قشقوش - جريمة غسل الأموال في نطاق التعاون الأولى - المرجع السابق - ص ١٩.

الذي يتخذ في هذه الجريمة صورة "القصد الجنائي أو العمد". والركن المعنوي ليس فكرة أخلاقية، ولكنه فكرة قانونية، ولكن الفكرة أو العلاقة بين الفكرتين قائمة. ويأخذ الركن المعنوي للجريمة إحدى صورتين، القصد الجنائي والخطأ العمدي. وتشتك الصورتان معاً في أن كلاً منهما إرادة أئمة القانون بالنظر إلى الوجهة التي انصرفت إليها. فجريمة غسل الأموال هي جريمة عمدية، قوامها "إرادة" السلوك أو النشاط المكون لركنها المادي، و"العلم" بكافة العناصر الجوهرية، التي تغلف هذه الجريمة خصوصيتها القانونية، والتي تتجسد بالأساس في ضرورة العلم بالمصدر الجرمي للأموال غير المشروعة. ويفترض في الركن المعنوي بوصفه اتجاهاً إرادياً منحرفاً أن يكون معاصراً للركن المادي، متمثلاً في النشاط الإجرامي الذي أفضى إلى النتيجة (١).

وسوف نتطرق في هذا المبحث إلى دراسة بعض الجوانب المتعلقة بالركن المعنوي لجريمة غسل الأموال، لا سيما فيما يتعلق بتحديد طبيعته في مطلب أول واستخلاص العناصر المكونة في مطلب ثانٍ. وستعرض لدراسة الركن المعنوي لجريمة غسل الأموال في: أولاً: تحديد طبيعة الركن المعنوي لجريمة غسل الأموال. ثانياً: عناصر الركن المعنوي لجريمة غسل الأموال.

أولاً: تحديد طبيعة الركن المعنوي لجريمة غسل الأموال

تمهيد:

لقيام المسؤولية الجنائية يتطلب القانون أن يتوافر لدى الجاني إرادة إجرامية، ويكاد يكون السائد في القانون المقارن أن الشارع لا يتقيد في الركن المعنوي للجريمة الاقتصادية بنفس الأحكام المقررة في القانون العام، وتعليل ذلك أن القوانين الاقتصادية من الأهمية ما يقتضي تطلب منتهى اليقظة في مراعاتها وإقفال الباب أمام أسباب الخروج عليها (٢).

ويتمثل الركن المعنوي لجريمة غسل الأموال في اشتراط العلم بالمصدر غير المشروع للعائدات أو المتحصلات عن جريمة، فجريمة غسل الأموال جريمة عمدية لا يتوافر بنياها القانوني إلا إذا انصرفت إرادة الشخص إلى ارتكابها، ودون أن يشوب هذه الإرادة إحدى عوارض الوعي أو حرية الاختيار.

وستعرض لدراسة الركن المعنوي من خلال أربعة فروع:

الفرع الأول: الركن المعنوي للجريمة وفقاً لنصوص اتفاقية فيينا.

الفرع الثاني: الركن المعنوي للجريمة وفقاً للتشريع الفرنسي.

الفرع الثالث: الركن المعنوي للجريمة في التشريع الأمريكي.

الفرع الرابع: نوع القصد في جريمة غسل الأموال.

الاتجاه الثاني: على خلاف الاتجاه الأول رأى الإبقاء على عبارة "بطريق مشروع أو غير مشروع"، وقدم تبريراً لذلك:

١. هذه العبارة تعطي تعريفاً واسعاً، يشمل جميع مصادر الأموال المكتسبة بصورة غير مشروعة، ومن ثم الإبقاء عليها يتيح للمحاكم أن تقبل دليل اكتساب المتحصلات، من أي مصدر كان، وبأية وسيلة.
 ٢. هذه العبارة من شأنها تعزيز التدابير المتوخاة، لمراقبة الاتجار غير المشروع بالعقاقير المخدرة، كما أنها تشمل جميع الأساليب الممكنة لتحويل المتحصلات.
- وقد رجح هذا الاتجاه، الذي أيد الاحتفاظ بعبارة "بطريق مشروع أو غير مشروع" عدة دول منها: كولومبيا، استراليا، المغرب، الكويت، الولايات المتحدة الأمريكية.

الفرع الثاني

محل جريمة غسل الأموال في التشريع الفرنسي

نصت المادة "٣٢٤ - ١" من قانون العقوبات الفرنسي الجديد أن محل جريمة غسل الأموال هو العائد المباشر أو غير المباشر لأية جناية أو جنحة، رغم أن المشرع الفرنسي قد غاير في التسمية إذ إنه قد تحدث في الفقرة الأولى من هذه المادة بالقول "غسيل الأموال أو الدخول"، وفي الفقرة الثانية من نفس المادة قد استخدم تعبير "رؤوس الأموال أو الأصول" وتغاير هذه التسميات لا ينفي توحد معناها أو مدلولها، في جميع الحالات هو المال المتحصل من مصدر غير مشروع في كافة صورته وفي سائر الأشكال التي يندمج فيها، أو يتحول إليها (١)، فالمشرع الفرنسي قد أخذ بذات "المفهوم الموسع" الذي اعتمده اتفاقية فيينا للمتحصلات الإجرامية، التي تشكل قوام محل جريمة غسل الأموال.

المطلب الثاني

الركن المعنوي لجريمة غسل الأموال

تمهيد:

لا يكفي لوقوع الجريمة توافر مادياتها الظاهرة والواضحة أمام العيان، وإنما يجب بالإضافة إلى ذلك أن تتعاصر مع هذه الماديات إرادة إجرامية تبعث هذه الماديات إلى الوجود، وهذا ما يعبر عنه بالركن المعنوي،

(١) د. أحمد فتحي سرور - الوسيط في قانون العقوبات - القسم العام - المرجع السابق - ص ٢٤٥.

(٢) محمود محمود مصطفى - الجرائم الاقتصادية في القانون المقارن - الجزء الأول - المرجع السابق - ص ١١٣.

(١) د. إبراهيم عيد نايل - المواجهة الجنائية لظاهرة غسل الأموال - المرجع السابق - ص ٨٦.

الفرع الأول

الركن المعنوي للجريمة وفقاً لنصوص اتفاقية فيينا

حرصت اتفاقية فيينا على الإشارة إلى الركن المعنوي لجريمة غسل الأموال واستخدام عائدات الجرائم في أكثر من موضع، وقد جاء بها في تحديد طبيعة هذه الجريمة بأنها عمدية وهذا ما يعني بأن هذه الجريمة لا يمكن تصور وقوعها بطريق الخطأ أو الإهمال في المادة الثالثة البند الأول منها، حيث قررت " وفي حال ارتكابها عمداً" (١)، وهو ذات المعنى الذي أكدت عليه اتفاقية باليرمو، في مادتها السادسة "تجريم غسل العائدات الإجرامية" (٢).

وقد أبرزت اتفاقية فيينا في معرض نصوصها عنصر العلم كمضمون للركن المعنوي في الصور الثلاث التي يتجسد فيها الركن المادي للجريمة في قولها " مع العلم بأنها مستمدة من إحدى الجرائم المنصوص عليها في الاتفاقية".

١. من حيث إخفاء أو تمويه حقيقة الأموال بقولها " مع العلم بأنها مستمدة من جريمة من الجرائم المنصوص عليها في الاتفاقية.

٢. من حيث تحويل الأموال أو نقلها بقولها " مع العلم بأنها مستمدة من جريمة من الجرائم المنصوص عليها في الاتفاقية".

٣. من حيث اكتساب أو حيازة أو استخدام الأموال بقولها " مع العلم وقت تسلمها بأنها مستمدة من جريمة من الجرائم المنصوص عليها في الاتفاقية" (٣).

وباعتبار الركن المعنوي، وبوصفه الرابطة النفسية التي تجمع الجاني بالركن المادي لا بد أن تتجه إلى عنصرين، هما النشاط الإجرامي والنتيجة المترتبة عليه. ولما كان القصد الجنائي هو صورة الركن المعنوي في الجرائم العمدية، ومنها جريمة غسل الأموال فلا بد أن ينصرف مدلوله إلى الرابطة النفسية متوجهة نحو الركن المادي برمته (٤).

فهذه الجريمة لا تتطلب قصداً خاصاً لقيامها، إذ تقوم بتوافر العلم وإرادة السلوك الإجرامي والنتيجة التي يترتب عليه. وأيضاً القول بتوافر القصد الجنائي يجب تعاصره مع السلوك الإجرامي، فإذا توافر لحظة إتيان السلوك قامت الجريمة. ولا يتوافر القصد إذا تخلف لحظة إتيان السلوك (٥).

(١) د. سليمان عبد المنعم - مسؤولية المصرف الجنائية عن الأموال غير النظيفة - المرجع السابق - ص ١٣٤.

(٢) اتفاقية باليرمو في مادتها السادسة.

(٣) د. هدى قشقوش - جريمة غسل الأموال في نطاق القانون الدولي - المرجع السابق - ص ٢٩.

(٤) د. أحمد فتحي سرور - الوسيط في قانون العقوبات - القسم العام - المرجع السابق - ص ٣٥٠.

(٥) د. إبراهيم حامد طنطاوي - جرائم الاعتداء على الوظيفة والمال العام والرشوة والترحيل - ط١، المكتبة القانونية - القاهرة - ٢٠٠٠ - ص ٤١٧.

أما من حيث طرق الاستدلال على الركن المعنوي فقد أوضحت اتفاقية فيينا في المادة الثالثة منها - البند الثالث على أنه يجوز الاستدلال من الظروف الواقعية الموضوعية على العلم أو النية أو القصد المطلوب، ليكون ركناً لجريمة غسل الأموال ومن الجرائم المنصوص عليها في الاتفاقية (١).

نرى أن جريمة غسل الأموال يجب أن يتوافر فيها القصد الجنائي، إذ انه يجب أن يكون الجاني على علم بأن الفعل الذي يقوم به يشكل جريمة، وإرادة الجاني وتوقعه النتيجة من الفعل الذي يقوم به هو ما يشكل جريمة غسل الأموال، والجهل بالوقائع أو الغلط فيها ينفي القصد الجنائي فلا يجوز افتراض العلم، فعلم الجاني بالنتيجة وتوقعها لها يكون قد أَرادها، وهي في نشاط غسل الأموال تعني إخفاء المصدر غير المشروع للأموال المتحصلة عن جنابة أو جنحة.

الفرع الثاني

الركن المعنوي لجريمة غسل الأموال في التشريع الفرنسي

المشروع الفرنسي لم يتعرض في نص المادة ٣٢٤ - ١ من قانون العقوبات الفرنسي الجديد لطبيعة الركن المعنوي لهذه الجريمة خلافاً لما فعله في نص المادة ٢٨٢٢٢ من نفس القانون، فقد كان يستوجب في هذا النص أن تقع جريمة غسل الأموال المتحصلة عن إحدى جرائم المخدرات عمداً، ويمكن فهم إغفال ذلك إلى أن المشروع الفرنسي من خلال ما قد استحدثه في نص المادة ١٢١ - ٣ من قانون العقوبات الجديد إذ يقرر هذا النص أنه "لا جنابة ولا جنحة دون أن تتوافر نية ارتكابها" (٢)، فهذه المادة تؤكد بوضوح على أحد المبادئ التقليدية الراسخة في قانون العقوبات وهو مبدأ لا جريمة بغير ركن معنوي، وبالتالي فقد عمم المشروع من اشتراط ركن العمد في الجرائم. ما لم يقرر بنص خاص العقاب عن الخطأ في صورته المختلفة (٣).

ويستخلص استلزام توافر القصد الجنائي من القواعد العامة في قانون العقوبات الفرنسي، فالمشروع لم ينص في خصوص هذه الجريمة على إن كان تحققها في حالة الإهمال أو عدم الاحتياط، ومن ثم يرجع إلى الأصل العام الذي يتحتم توافر القصد الجنائي أي العمد.

(١) د. سليمان عبد المنعم - دروس في القانون الجنائي الدولي - المرجع السابق - ص ٢٤٧.

وقد حذت اتفاقية المجموعة الأوروبية الصادرة في ١٩٩١ حذو اتفاقية فيينا في هذا الخصوص فتتص المادة الأولى من التوصية الصادرة في الاتفاقية الأوروبية على استخلاص العلم أو النية أو الباعث كركن للجريمة من خلال الظروف الواقعية الموضوعية.

(٢) المادة (٣/١٢١) من قانون العقوبات الفرنسي والتي نصت على أنه : "لا جنابة ولا جنحة دون توافر القصد على ارتكابها"، أنظر الدكتور / شريف سيد كامل تعليق على قانون العقوبات الفرنسي الجديد القسم العام - دار النهضة العربية - الطبعة الأولى ١٩٩٨ - ص ٩٠.

(٣) المادة (٢/٣/١٢١) من قانون العقوبات الفرنسي.

القانون (١).

فإن تجريم السلوك يتسع ليشمل المساعدة التي تقدم من الغير إلى غاسلي الأموال، طالما أن الغير كان يعلم بالمصدر غير المشروع للأموال المتحصلة من مصدر غير مشروع، ولكن لا يلزم لإثبات جريمة غسل الأموال في حق الغير أن يعلم بذات الفعل التي تحصلت منه الأموال غير المشروعة، ولكن يكفي في ذلك مجرد علمه بأن هذه الأموال قد نشأت عن مصدر ما غير مشروع (٢)، وهو ما يعني التوسع في مفهوم العلم كشرط لارتكاب الجريمة، بحيث يتحقق إذا ثبت توافر كميات كبيرة من النقود أو الأموال ذات القيمة دون معرفة مصدرها المشروع.

وفي قضية أخرى اعتبر القضاء الأمريكي أن الجريمة متحققة، وتتلخص وقائعها في أنه بناء على علاقة غرامية نشأت بين إحدى السيدات التي تدعى (Mary Smith) وإحدى الصيارفة في فرع نشط لبنك أطلق عليه (XYZ)، أبلغت (Mary Smith) الصراف الذي يدعى (John James) بأن لديها مبالغ ضخمة من النقود، لم تحدد مصدرها في البداية، ثم أعلنت في مرحلة لاحقة أنها تقوم بعمليات لحساب منظمة كبرى لألعاب القمار التي تتم بطريقة سرية، وشرحت له أنها تحتاج إلى إدخال هذه الأموال في التعامل المالي بطريقة تحول دون اكتشافها والواقع أن (Mary Smith) لم تخبر (John James) بكل الحقيقة، حيث ثبت فيما بعد أنها تجري عمليات نقدية متعددة، ولكن لحساب شبكة للاتجار في المخدرات وليس لحساب منظمة لألعاب القمار غير المشروعة. وقد وافق John James على مساعدة صديقه، واقترح عليها أن تقوم بفتح حساب بالفرع الذي يعمل فيه وأن تودع مبالغ متعددة يقل كل منها عن عشرة آلاف دولار في أيام مختلفة من الأسبوع وفي الأيام التي لم تقم فيها بإيداع نقدي كان الصراف يشتري لها شيكات من البنك بمبالغ نقدية تقل عن كل منها عن عشرة آلاف دولار، فضلاً عن أن الإيداع كان يتم بأسماء وهمية متعددة بناءً على بطاقات مزورة أعدتها Mary Smith ولم يكن الصراف يخبر رؤسائه بالبنك بالصفقات التي يقوم بإجرائها لحساب صديقه، وبهذه العمليات تمكنت Mary Smith خلال شهرين من غسل أموال تصل إلى ٢٠٥٥٥٥ دولاراً. إلا أنه وبمناسبة القبض على أحد أعضاء شبكة الاتجار في المخدرات تم الإدلاء بمعلومات كاملة عن هذه الوقائع.

وقد انتهى القضاء الأمريكي إلى أن John James و Mary Smith قد ارتكبا الأفعال اللازمة لتوافر عناصر جريمة "غسيل الأموال القذرة عن طريق الصفقات المالية" فالأموال المستخدمة ناتجة عن نشاط إجرامي غير مشروع، إذ هي من حصيلة الاتجار في المخدرات، كما أنه قد توافر للعلم لدى كل من John و Mary بأن هذه الأموال مصدرها إحدى صور النشاط غير المشروع، إذ تعلم Mary تحديداً طبيعة هذا النشاط، أما John، فقد اعتقد بأن هذه الأموال مصدرها ألعاب القمار غير المشروعة وهي أيضاً جريمة جنائية في الولاية التي يقع في البنك في نطاقها، كما أن الاثنين باشرا عمليات بهدف متابعة تدعيم النشاط الإجرامي الذي أنتج النقود، وارتكبا أفعالهما من أجل إخفاء أصل وملكية

وعلى الرغم من أن اتفاقية ستراسبورج لم تشترط القصد الجنائي للفعل في جريمة غسل الأموال، وأن القانون الصادر في ١٣ مايو / أيار ١٩٩٦ الخاص بالجريمة العامة لغسيل الأموال قد جاء منطقياً، لإعمال هذه الاتفاقية في القانون الوطني الفرنسي. إلا أن المشرع الفرنسي ظل مخلصاً للمبادئ الأساسية المستقرة في قانون العقوبات، وذلك بعدم النص على الاكتفاء باستخلاص القصد الجنائي بالظروف الموضوعية الخاصة بالجريمة (١).

فجريمة غسل الأموال شأنها شأن أي جريمة أخرى لا يعاقب عليها في صورتها غير العمدية متى كان المشرع لم ينص على ذلك صراحة، فإن كلاً من اتفاقية فيينا ١٩٨٨م. والتشريع الفرنسي المشار إليه قد عاقبا على نشاط غسل الأموال، أو الاشتراك فيه بوصفه جريمة عمدية. وهكذا لا يتصور قيام هذه الجريمة قانوناً إلا بإرادة النشاط المكون لركنها المادي من ناحية، والعلم بالعناصر الجوهرية متمثلاً بضرورة العلم بالمصدر غير المشروع للأموال غير النظيفة (٢).

وهو بذلك قد وافق اتفاقية فيينا في أن هذه الجريمة عمدية، قوامها إرادة السلوك والعلم بكافة العناصر المكونة لها، فلا بد أن يعلم الجاني أنه يجري الغسل على أموال متحصلة عن جنابة أو جنحة أو يعلم أيضاً أن الشخص الذي تخصه هذه الأموال قد ارتكب جنابة أو جنحة تدر عائداً مادياً (٣).

الفرع الثالث

الركن المعنوي لجريمة غسل الأموال في التشريع الأمريكي

القانون الأمريكي يتخذ العمد صورة العلم، بمعنى الإحاطة والإدراك والفهم، ويتضمن ما يطلق عليه "التعمي أو العمى العمدي"، ويعني غض النظر، أو إغماض العين عن قصد وسوء نية وإصرار، وقد أكد القضاء الأمريكي عن مسؤولية البنك وموظفيه ومديره نتيجة الإخفاق في تنفيذ قانون سرية البنوك، ففي إحدى القضايا، قضت الدائرة الأولى بمحكمة الاستئناف بأن المؤسسة المالية يمكن أن تتحمل مسؤولية جنائية كهيئة معنوية وفقاً لمبدأ "العمى العمدي"، وفيما يتصل بغسيل الأموال وفي تلك القضية أيدت المحكمة ما أصدره القاضي إلى هيئة المحلفين من توجيهات، مفادها: إن البنك كمؤسسة عليه مسؤولية معينة بوصفه هيئة قائمة بذاتها، وإن عدم الاكتراث بما يتطلبه القانون يعد كافياً لإثبات نية مخالفة

(١) د. محمود كبش. السياسة الجنائية في مواجهة غسل الأموال. الطبعة الثانية. دار النهضة العربية. ٢٠٠١. ص ١٥٢.

(٢) د. سليمان عبد المنعم. دروس في القانون الجنائي الدولي. المرجع السابق. ص ٢٥٠.

(٣) المواجهة الجنائية لغسيل الأموال. مركز بحوث ودراسات مكافحة الجريمة ومعاملة المجرمين. ندوة علمية. ديسمبر / كانون أول. ١٩٩٧. ص ٢٢، أيضاً الدكتور / مصطفى طاهر. المرجع السابق. ص ١١٠.

(١) د. سعيد عبد اللطيف حسن. جرائم غسل الأموال بين التفسير العلمي والتنظيم القانوني. المرجع السابق. ص ٢٥٤.

(٢) د. جلال محمدين. دور البنوك في مكافحة غسل الأموال. المرجع السابق. ص ٦٤.

وهكذا فالقصد الجنائي هو قوام الركن المعنوي للجريمة العمدية، ويعني ذلك انصراف إرادة الجاني إلى السلوك، مع إحاطة علمه بالعناصر الأخرى للجريمة، وبتعبير آخر، فإنه يلزم أن تتوافر لدى الجاني إرادة معتمدة قانوناً، أي إرادة مميزة لا يشوبها عارض من عوارض الوعي والإدراك وحرية الاختيار، وإن تتجه هذه الإرادة إلى إتيان أحد الأفعال المؤتممة، مع علم الجاني بطبيعة النشاط أو السلوك الإجرامي الذي يقارفه.

ثانياً: عناصر الركن المعنوي لجريمة غسل الأموال

تمهيد :

الركن المعنوي للجريمة يتكون من مقومات معنوية بعضها ذهني والآخر نفسي، ولذلك فإن له أهمية أساسية في النظرية العامة للجريمة. فهو أساس مسؤولية الشخص عن ماديات الجريمة، إذ إنه لا يمكن أن يسأل شخص عن جريمة ما لم تقم علاقة بين مادياتها ونفسيته، كما أنه ضمان للعدالة. فالعدالة لا تقبل إدانة شخص لا علاقة نفسية له بماديات الجريمة ولذلك فإننا سوف نتعرض لدراسة عناصر الركن المعنوي في فرعين :

الفرع الأول: إرادة النشاط المكون لجريمة غسل الأموال.

الفرع الثاني: طبيعة العلم بالمصدر غير المشروع للأموال.

الفرع الأول

إرادة النشاط المكون لجريمة غسل الأموال

لقيام الجريمة قانوناً يتطلب عدم انتفاء ركنها المعنوي، وهو ينتفي لتخلف إرادة النشاط المكون للجريمة سواء أتمثل في فعل إيجابي أم في مجرد امتناع، فالقضاء يستبعد وصف الجريمة إذا كان الفعل الذي قام به الجاني غير إرادي، وغير معبر عن إرادة مطلقة، أو إرادة غير واعية. فانتفاء هذه الإرادة يحول دون قيام الجريمة، وأيضاً يتخلف ركن العمد حتى ولو كان النشاط إرادياً واعياً ولكنه مشوب بعبء الإكراه (١). وفي كافة الأحوال فإن استظهار القصد الجنائي أو العمد في الحكم الصادر بالإدانة أمر ضروري يترتب على إغفاله قصور الحكم بما يعيبه ويستوجب نقضه (٢).

هذه الأموال، فضلاً عن ذلك، فقد كان هدفهما تجنب تقديم معلومات يتطلبها قانون سرية الحسابات المصرفية واعتبر القضاء الأمريكي - في هذه القضية - البنك مسؤولاً عن هذه الأفعال، وحتى مع عدم توافر علم مديره، وعلى الرغم من أن الوقائع التي ارتكبت مخالفة لكافة الإجراءات والتعليمات الداخلية للبنك، طالما أن فاعلها هو أحد العاملين فيه (١).

الفرع الرابع

نوع القصد في جريمة غسل الأموال

لا يحفل المشرع - عادة - بالغاية أو الغرض الذي يرمي الجاني إلى تحقيقه من وراء جريمة مكتفياً باشتراط توافر عنصرين: الإرادة والعلم، "وهو ما يعبر عنه بالقصد العام" الذي يحيط بأركان الجريمة، على أن المشرع قد يتطلب - أحياناً - توافر قصد خاص، فيعتبر أن الغاية أو الغرض عنصر من عناصر القصد الجنائي في بعض الجرائم، إذا رأى أن خطورة الفعل تتمثل في انصراف نية الجاني إلى تحقيق هذه الغاية أو ذلك الغرض، وليس في مجرد توجه إرادته إلى النتيجة غير المشروعة. ومن ثم فالقصد الخاص يتضمن اتجاه الإرادة، وإحاطة العلم بعنصر أبعد من أركان الجريمة، وهو الغاية من السلوك، وعلى ذلك يمكن القول بأن القصد الخاص يتضمن في ثنياه القصد العام، ثم يزيد عليه ويقود ما تقدم إلى التساؤل عن طبيعة القصد الجنائي، اللازم توافره لقيام جريمة غسل الأموال، وفقاً للنموذج التجريبي الذي طرحته اتفاقية فيينا وهل يكفي لذلك (القصد الجنائي العام) إعمالاً للقواعد العامة، أم أنه يتعين توافر (قصد خاص) يتمثل في انصراف علم الجاني وإرادته، إلى تحقيق واقعة أو غاية أخرى غير مشروعة من وراء نشاطه الإجرامي.

يتبين من النصوص التجريبية في اتفاقية فيينا أنه يلزم توافر ذلك القصد الخاص في صورة واحدة من الصور الثلاث التي أوردتها اتفاقية فيينا للسلوك الإجرامي في جريمة غسل الأموال، وهي تحويل أو نقل الأموال التي لم تكتفي بمجرد اتجاه إرادة الجاني إلى مباشرة النشاط الإجرامي الذي يقوم به الركن المادي مع علمه بذلك وإنما استوجبت أن يحقق الجاني أحد غرضين، أولهما: إخفاء أو تمويه المصدر الجرمي للأموال غير المشروعة، وثانيهما: مساعدة أي شخص متورط في ارتكاب إحدى جرائم الاتجار غير المشروع بالمخدرات على الإفلات من العقاب القانونية لأفعاله. وهنا ينزل الغرض غير المشروع منزلة (القصد الخاص) (٢)، ومن ثم كأنه يتعين لوقوع جريمة غسل الأموال في هذه الصورة وحدها (تحويل أو نقل الأموال)، ودون غيرها من الصور الأخرى، أن تتوافر لدى الجاني إضافة إلى القصد الجنائي العام، إرادة تحقيق أحد الغرضين غير المشروعين (٣).

(١) د. محمود كبش، السياسة الجنائية في مواجهة غسل الأموال - المرجع السابق - ص. ١٠٣، ١٠٤.

(٢) د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم الخاص، ط٤، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠ ص ١٠٠.

(٣) د. مصطفى طاهر - المرجع السابق - ص ١١١، ١١٢.

(١) نقض جنائي ١٨ يناير ١٩٧٠ مجموعة أحكام محكمة النقض - س ٢١ - ق ٣٩ - ص ٩٤.

(٢) نقض جنائي ١٨ أكتوبر ١٩٦٦، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ١٧، ق ١٨٢، ص ٩٨٥، لكن المحكمة ليست ملزمة رغم ذلك بالحديث استقلالاً عن توافر العمد أو القصد الجنائي متى كان يستفاد من وقائع الدعوى كما يوردها الحكم، نقض جنائي ١٠ ديسمبر ١٩٧٨ مجموعة أحكام محكمة النقض س ٢٩، ق ١٨٧، ص ٩٠١.

العناصر الأساسية اللازمة لقيام الركن المادي للجريمة، فالعلم بالوقائع وليس بالقانون، إذ إنه لا يشترط لتوافر القصد الجنائي أن يعلم الجاني بنص قانون العقوبات الذي ينشئ الجريمة المنسوبة إليه (١). وما ينفي العلم هو الجهل أو الغلط، فالقواعد التي تقرر توافر الجهل أو الغلط هي بذاتها القواعد التي تؤكد تخلف العلم، والقواعد التي تؤكد تخلف الجهل أو الغلط هي بذاتها القواعد التي تؤكد توافر العلم. ويكون العلم يقينياً إذا كان لا يدور في ذهن الجاني غير احتمال واحد، فالجاني حين يقدم على قيامه بالفعل يكون عالماً بكافة العناصر والوقائع التي يتكون منها الكيان المادي للجريمة على نحو لا يداخله أي شك أو احتمال (٢).

وقد ذهب البعض إلى أن قبول البنك إيداع أو تحويل الأموال غير المشروعة مع علمه بالجريمة الأولية التي أنتجت الأموال التي تودع إليه، من شأنه تيسير غسل الأموال، واعتبار البنك بذلك مساهماً في النشاط الإجرامي لغسيل الأموال (٣).

وفي ضوء ذلك يتأكد افتراض علم الجاني بالصفة الجرمية للسلوك، وعدم قبول الدفع بجهله بكون التبرير الكاذب لمصدر الأموال غير المشروعة، أو تحويل أو نقل الأموال، أو إخفائها أو تمويه حقيقتها، يشكل "جريمة جنائية"، طالما كان قانون العقوبات، أو أحد القوانين المكمل له يشمل على تجريم وعقاب هذه الصور من السلوك المادي.

فالجاني في جريمة غسل الأموال يكون عالماً بكل العناصر المكونة للجريمة لا سيما وأن هذه الجريمة ناتجة عن جريمة أولية وسابقة على نشاط غسل الأموال، وكما قلنا سابقاً إن علم الجاني بالنتيجة وتوقعه لها يكون قد أرادها. وبالتالي فالقاعدة العامة في العلم المكون للقصد الجنائي الذي يجب أن ينصب على الوقائع المتعلقة بموضوع الحق المعتدى عليه ومكان وزمان ارتكاب الفعل يجب توافرها كعناصر للعلم بالوقائع في نشاط غسل الأموال، وهذا ما أكدته اتفاقية فيينا في نص المادة ٣-ج. ١ أن العلم بالنشاط يجب أن يتوافر معاصراً للنشاط (٤).

وهذا يؤكد على أن قيام الركن المعنوي في جريمة غسل الأموال منوط بتوافر العلم اليقيني أي العلم الحقيقي والفعلي، بحقيقة المصدر الجرمي للأموال غير المشروعة، واستبعاد صنفين من صنف العلم الأخرى الذي يؤدي الأخذ بها إلى تشويه الركن المعنوي في هذه الجريمة، وهما العلم المفترض والعلم الحكمي، فالعلم المفترض يؤدي إلى تغيير طبيعة عنصر العمد أو القصد الجنائي، في هذه الجريمة، والذي

وفي جريمة كجريمة غسل الأموال فالقول بتوافرها قانوناً يتطلب إرادة إحدى صور النشاط المكون لركنها المادي، وانصراف نية الفاعل، أو غرضه إلى تحقيق النتيجة المحظورة قانوناً. فالجاني يجعل النتيجة هدفاً يسعى إلى الوصول إليه عن طريق نشاطه الإجرامي (١).

والجاني لن يسأل مسئولية عمدية ما لم يكن عالماً بعناصر الواقعة الإجرامية، وأن تتجه إرادته إلى إحداثها، فالإرادة جوهر القصد، وهي تشكل مع العلم القصد الجنائي، إذ أنه لا يمكن أن يبنى على العلم وحده، بل يلزم توافر الإرادة، وأيضاً لا يمكن الاكتفاء بالإرادة وحدها، بل يلزم توافر العلم، فإنه يعد شرطاً أساسياً لاتجاه النتيجة غير المشروعة (٢).

ولكن هناك صعوبات تعترض سبيل استخلاص عنصر النية الإجرامية في بعض صور غسل الأموال من ناحية، فضلاً عن صعوبة إثارة بعض الأسباب التقليدية لانقضاء أو تعيب الإرادة بصدد هذه الجريمة، فانصراف نية الجاني إلى إتيان إحدى صور السلوك أو النشاط المكون لركنها المادي يتباين فيما بينها والتثبت من توافرها، وإن كان ذلك يبدو أمراً ميسوراً، في حالة نقل أو إخفاء الأموال غير المشروعة؛ إلا أنه يغدو عسيراً، في حالات إيداع أو تلقي أو توظيف أو تحويل هذه الأموال خاصة في ضوء العمليات المتنوعة والمعقدة والتقنيات المتطورة وفائقة السرعة، الذي تتم بها هذه الأنشطة، من خلال المؤسسات المالية، المصرفية وغير المصرفية داخل وعبر البلدان المختلفة.

ولأن جريمة غسل الأموال جريمة عمدية، فإنها تتطلب توافر القصد الجنائي بعنصره العلم والإرادة، فيجب أن تتجه إرادة الفاعل إلى إحدى الصور المكونة للسلوك الإجرامي، وأن يكون عالماً بالنتيجة الإجرامية المترتبة على هذا النشاط.

فالصور الثلاث التي نصت عليها اتفاقية فيينا في نشاط غسل الأموال من تحويل الأموال وإخفاء أو تمويه مصدر هذه الأموال، واكتساب أو حيازة أو استخدام هذه الأموال دالة على وجوب توافر إرادة الفعل مع اقترانه بالعلم. فيجب توافره معاصراً للنشاط في قولها: بأن يكون الفاعل على علم بأنها مستمدة من جريمة (٤).

الفرع الثاني

طبيعة العلم بالمصدر غير المشروع

العلم أحد العناصر التي لا يقوم بدونها ركن العمد أو القصد الجنائي، فيشترط لتوافر هذا القصد أن يتصور الجاني حقيقة الشيء الذي تتجه إرادته نحو ارتكابه، ولكي يتوافر العلم يجب أن يحيط بجميع

(١) د. أحمد فتحي سرور. الوسيط في قانون العقوبات. القسم الخاص. المرجع السابق. ص ٣٥٥.

(٢) د. إبراهيم عيد نايل. أثر العلم في تكوين القصد الجنائي. دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢، ص ٣٢.

(٣) د. هدى قشقوش. جريمة غسل الأموال في نطاق التعاون الدولي. المرجع السابق. ص ٣٣.

(١) د. أحمد فتحي سرور. الوسيط في قانون العقوبات. القسم العام. المرجع السابق. ص ٣٦٧.

(٢) د. إبراهيم عيد نايل، أثر العلم في تكوين القصد الجنائي، المرجع السابق. ص ٦٩.

(3) Pedro R. David. Organized Crime. money laundering Harmonization of legislation. Journal of money laundering control. 1999. p. 63-65.

(٤) د. هدى قشقوش. جريمة غسل الأموال في نطاق التعاون الدولي. المرجع السابق. ص ٢١، نقض جنائي ١٥ فبراير ١٩٩٤، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٤٥، ق ٦٢، ص ٢٦٧، نقض ٣ مارس، ١٩٩٤، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٤٥، ق ٦٢، ص ٣٥٢.

المبحث الثاني

الطرق والوسائل المؤدية لجريمة غسل الأموال

تمهيد :

تعد عمليات غسل الأموال إحدى الظواهر ذات الأثر السلبي على النظام الاقتصادي التي تتم بداخله، والتي تزايدت خطورتها وعواقبها السلبية مؤخراً نتيجة التقدم التكنولوجي الكبير الذي أتاح التنوع في أساليب غسل الأموال، واستخدام الجديد منها، والأكثر مرونة عبر قنوات متشعبة ومعقدة أتاحت الوصول السهل إلى كافة البلدان.

وكذلك لا بد لنا من معرفة مراحل عمليات غسل الأموال منذ بداية هذه العمليات، والأساليب التي تتم فيها ومن خلالها هذه العمليات.

وستقوم بدراسة هذه المراحل والأساليب التي تؤدي إلى عمليات الغسل من خلال مطلبين:

المطلب الأول: مراحل عمليات غسل الأموال

المطلب الثاني: أساليب جريمة غسل الأموال

عمليات غسل الأموال تمر عادة بثلاث مراحل أساسية مترابطة: مرحلة الإيداع، وقد يطلق عليها أيضاً مرحلة التوظيف، والمرحلة الثانية مرحلة التعتيم أو مرحلة الترقيد، أما المرحلة الثالثة والأخيرة فهي مرحلة الاندماج أو التكامل، وقد تتشابك وتتداخل في أحيان كثيرة، بحيث يكون الفصل بين هذه المراحل على درجة عالية من الصعوبة.

وستتعرف في هذا المبحث على أساليب غسل الأموال، والفنونات التي تدخل فيها هذه الأموال وستعرض لدراسة مراحل العمليات مرحله بعد أخرى، محاولين تعقب هذه المراحل منذ البداية إلى نهاية دخول هذه الأموال واندماجها في الأموال المشروعة.

فتعرض في المطلب الأول المراحل الثلاث لجريمة غسل الأموال ومن ثم الأساليب المستخدمة خلالها في مطلب ثان.

المطلب الأول: مراحل عمليات غسل الأموال.

المطلب الثاني: أساليب عمليات غسل الأموال.

يقوم على إرادة السلوك وتوافر العلم بكافة العناصر الواقعية الجوهرية اللازمة لقيام الجريمة قانوناً. كما أن العلم الحكمي المستخلص ضمناً من جملة ظروف وملابسات، قد لا تتطابق حقيقة الواقع والضرورة، ولا ترقى بالتالي إلى مستوى العلم اليقيني بالمصدر الجرمي للأموال غير المشروعة. ووجود ذلك يؤدي إلى تغيير طبيعة الركن المعنوي في هذه الجريمة، وصيروته مبنياً على مجرد الخطأ أو الإهمال، وليس على العمد.

وكذلك يجب تحديد وقت توافر العلم بالمصدر غير المشروع للأموال الذي يتعين أن يتحقق فيه هذا العلم. وكما قلنا سابقاً بأن العلم بالنشاط يجب أن يتوافر معاصراً له، وبذلك يتضح لنا بأن جريمة غسل الأموال، وبالنظر إلى الزمن الذي يستغرقه اكتمالها جريمة وقتية يتطلب قيامها أن يكون القصد الجنائي معاصراً للنشاط الإجرامي، أي تعاصر ركنها المادي والمعنوي، أي توافر العلم بالمصدر الجرمي للأموال لحظة بدء النشاط أو السلوك المؤتمم أياً كانت صورته، فإذا توافر علم الجاني بالمصدر الجرمي لهذه الأموال، في ذلك الوقت اكتملت الجريمة.

في ضوء ما تقدم، يمكن القول بأن: تحويل الأموال غير المشروعة أو نقلها، باستخدام التقنيات الفورية المتطورة، هو أقرب ما يكون إلى الجرائم الوقتية، والتي يشترط لاكمال بنائها القانوني تعاصر النشاط المادي مع العلم بمصدر الأموال غير المشروعة.

وهذا ما قد تضمنت اتفاقية فيينا الإشارة إلى كيفية استخلاص الركن المعنوي لجريمة غسل الأموال في المادة (٣/٣)، بقولها: "يجوز الاستدلال من الظروف الواقعية الموضوعية على العلم أو النية أو القصد المطلوب، ليكون ركناً جريمة من الجرائم المنصوص عليها في الفقرة الأولى من هذه المادة (١).

وقد توسع المشرع الدولي في مفهوم العلم أحد عناصر القصد الجنائي، حيث نصت المادة (٣/٣٥) من القانون النموذجي على أنه "يجوز الاستدلال من الظروف الواقعية الموضوعية على العلم أو النية أو القصد المطلوب" وهذا يؤكد إمكانية الاستدلال من أي ظروف واقعية على وجود القصد ولم يشترط المشرع قصداً خاصاً، بل إنه اكتفي بالقصد العام (٢).

نلاحظ بأن جريمة غسل الأموال جريمة عمدية، وذلك من خلال بيان أركان هذه الجريمة، فقد تناولنا الركن المادي، وقد بينا فيه السلوك المكون لجريمة غسل الأموال، ومحل هذه الجريمة، فهذه الجريمة ناتجة عن جريمة أولية وسابقة على نشاط غسل الأموال، وقد ذكرت اتفاقية فيينا الجرائم التي تعتبر محلاً لجريمة غسل الأموال من خلال نصوصها، وكذلك القانون الفرنسي. ومن ثم انتقلنا إلى الركن المعنوي في بيان وتحديد طبيعة هذا الركن في هذه الجريمة، فقد بحثنا هذا الركن وفقاً لنصوص اتفاقية فيينا، والتشريع الفرنسي ومن ثم التشريع الأمريكي وقد تعرضنا في بيان الركن المعنوي لعناصر العمد كمضمون للركن المعنوي في هذه الجريمة وذلك من خلال إرادة النشاط المكون لجريمة غسل الأموال وقد بحثنا أيضاً طبيعة العلم بالمصدر غير المشروع ووقت توافر هذا العلم.

(١) د. سليمان عبد المنعم - دروس في القانون الجنائي الدولي - المرجع السابق - ص ٢٧٣.

(٢) د. هدى قشقوش - المرجع السابق - ص ٤٦.

لديها فرص كبيرة، لكشف وتتبع هذه الأموال، من خلال المستندات والبيانات المسجلة بشأنها، في المؤسسات المالية، المصرفية وغير المصرفية على السواء.

ويقوم بالإيداع أصحاب الأموال أنفسهم، أو عن طريق طرف آخر، ويستغل القائمين بعمليات الغسيل إجراء تخصيص الوديعة المعترف بها في كل البنوك، فيقومون بنقل الأموال أو تحويلها إلى شكل آخر من أشكال الثروة، أو توظيفها في مجال آخر، بالاكتتاب في المشروعات الصناعية والتجارية، أو الحصول على القروض بضمان الوديعة. وبهذه الحالة تكون أموالهم الناتجة عن النشاط الإجرامي أو غير المشروع قد قطع شوطاً في طريق إضفاء صفة المشروعية عليها. (١)

وتكمن خطورة قبول مثل هذه الأموال في اطمئنان تجار المخدرات للقيام بالاتجار بالمخدرات عبر دول مختلفة دون التعرض لمطاردة السلطات الحكومية، مع سهولة تحويل الأرباح المحققة من تجارة المخدرات عبر البنوك المحلية إلى الخارج، دون أن تتعرض السلطات الحكومية أو المصرفية لها، ومن ثم سهولة الاستخدام الفوري في شراء مستلزمات عينية و سلع معمرة وأصول مختلفة ومشاركات في شركات استثمار، بالإضافة أيضاً إلى المخدرات وما يرتبط بها من أرباح مرتفعة، وكذلك الأنشطة المختلفة الأخرى غير المشروعة مثل التهريب من الضرائب، واستغلال النفوذ، وتقديم العمولات والرشاوى المرتبطة بالعقود الدولية لتوريد السلاح أو بعض السلع الاستراتيجية، والتي يتم إيداع حصيلتها خارج البلاد أو إنفاقها على مشتريات عينية. (٢)

ومثال ذلك ما يحصل عليه زعماء المافيا الروسية من مليارات الدولارات أكثرها من مصادر غير مشروعة كالتجارة بالرفيق الأبيض ونوادي القمار وتجارة المخدرات، فيقومون بإجراء إيداعات وتحويلات في البنوك الروسية لإجراء المزيد من الدمج بين الأموال المشروعة وغير المشروعة، ومن ثم يتم تحويل هذه الأموال من هذه البنوك إلى بنوك أمريكا وخاصة نيويورك، وهي بالطبع لا تعلم شيئاً عن مصادر هذه الأموال، وتقوم هذه البنوك الأخيرة بإجراء تحويلات أخرى إلى بنوك أمريكية في ولاية ميامي فيقوم شركاء لزعماء العصابات الروسية باستلام هذه الأموال، ثم استخدامها في شراء عقارات وأراضٍ في مناطق تتميز بارتفاع أسعارها ووجود احتمالات لزيادة الأسعار في المستقبل ثم تسجل هذه الأراضي والأملك بأسماء هؤلاء الزعماء، وهنا يستطيع أن يدعي المالك الروسي أن مصدر ثروته هو أملاك في أمريكا وأن تضخم ثروته يرجع أساساً لارتفاع أسعار هذه الأراضي والعقارات باستمرار، وبهذا يصبح مصدر الأموال نظيفاً. (٦٢)

(١) د. حمدي عبد العظيم - غسل الأموال في مصر والعالم - المؤلف - الطبعة الثانية - ٢٠٠٠ ص ٤١.

(٢) د. عبد المطلب عبد الحميد - العولة واقتصاديات البنوك - الدار الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص ٢٥٤.

Human Development report 1999- p-89

Published for the united nation Development programmer]unDP] New York 1999
يُجري الاتجار كل عام بعدد من النساء يقدر (٥٠٠٠٠٠) امرأة من شرق أوروبا ورابطة الدول المستقلة إلى

غرب أوروبا يعملن في مناطق ألمانيا الحمراء، وفي هولندا تقل أعمار ٥٧٪ من النساء المتجر بهن عن ٢١ عام.

(٣) مجلة الأهرام الاقتصادي - العدد ١٦٠٣ - ص ٧٢ - ٢٧ سبتمبر / أيلول - ١٩٩٩.

المطلب الأول

مراحل عمليات غسل الأموال

تمهيد :

تهدف هذه المراحل في مجملها إلى إخفاء المصدر الجرمي للعائدات غير المشروعة، ودفعها للامتزاج والاندماج في هياكل وآليات الاقتصاد المشروع، بما يحقق للمجرمين وللمنظمات الإجرامية فرصاً أوسع للتصرف بحريه في هذه العائدات بعيداً عن متناول أجهزة تنفيذ القانون.

تمر عمليات غسل الأموال بثلاث مراحل أساسية هي على النحو التالي :

الفرع الأول : مرحلة الإيداع.

الفرع الثاني : مرحلة التعميم على المصدر غير المشروع للأموال.

الفرع الثالث : مرحلة الإدماج.

الفرع الأول

مرحلة الإيداع Placement

مرحلة الإيداع تعني التخلي المادي عن النقود المتحصلة من النشاط الإجرامي أو النشاط غير المشروع، سواء الأموال الناتجة عن المخدرات أو التجارة بالرفيق الأبيض أو تجارة الأعضاء البشرية أو التجارة بالسلاح بهدف إبعاد الشبهة عن هذا المصدر أو أي عمل تقوم به الجريمة المنظمة، وذلك بأن يتم إيداعها أو توظيفها في أحد البنوك أو المؤسسات المالية وسواء كانت في بنوك محلية أو خارجية، أو عن طريق فتح الحسابات، أو الودائع أو شراء أوراق مالية أو استثمارها في محال المجوهرات، فمالك هذه الأموال يسعى بشتى الوسائل إلى تغيير شكل هذه الأموال أو إيداعها، فمن خلال هذا الأسلوب، وعندما يقوم بتحويل هذه الأموال إلى أوراق مالية، فإنه يمكنه السيطرة عليها وتسهيل حركة وانتقال هذه الورقة أو الصك أكثر من الأموال النقدية. (١)

وتعتبر هذه المرحلة الأكثر تعقيداً لتجار المخدرات، وعائدات هذه الجرائم الخطيرة والأكثر تعقيداً أيضاً

لرجال المباحث والقانونيين القائمين بالتحري عن مصدر هذه الأموال. (٢)

فهي الإيداع تعد بصفة عامة، من أخطر مراحل غسل الأموال وأكثرها حرجاً، بالنسبة للمنظمات الإجرامية التي تكون أموالها في هذه المرحلة عرضة للهجوم، من جانب سلطات تنفيذ القانون، التي تكون

(١) د. جلال وهاء محمدين - دور البنوك في مكافحة غسل الأموال - مرجع سابق - ص ١٠.

(٢) د. هدى ششوقش - جريمة غسل الأموال في نطاق التعاون الدولي مرجع سابق - ص ٥٢.

٦. يجب أن تكون أساليب استخدام مرحلة التعميم منظمة بعملية "الدفع من خلال الحساب" حيث يقوم بنك أجنبي بفتح حساب لدى إحدى البنوك المحلية، ويستخدم هذا الحساب من عملاء البنك الأجنبي لإدارة نشاطهم المشبوه عن طريق سحب شيكات عليه، أو إيداع الأموال فيه، ثم نقلها بعد ذلك إلى البنك الأجنبي في الخارج. (١)

٧. هي تكرار التحويل من حساب بنكي لحساب بنكي آخر، ويمكن بعد ذلك تحويل النقود الموزعة في كل حساب إلى حسابات متعددة أخرى ولهذا الغرض يستعان بالوسائل الفنية المتطورة لضمان سرعة التحويل، ويتم اللجوء بصفة خاصة إلى شركة متخصصة في إجراء هذه التحويلات السريعة "Swift". (٢)

وأكثر ما تطبق هذه المرحلة على إندونيسيا فمع غياب تشريع ملائم لمكافحة غسيل الأموال، ووجود نظام صارم يحافظ على سرية المعاملات في البنوك، فإن غسيل الأموال، جرائم التهرب والرشوة، واستغلال السلطة والنفوذ يمارس جنباً إلى جنب مع غسيل أموال المخدرات.

إذاً إن المحصلة النهائية لهذه المرحلة هي تضليل الجهات الأمنية والرقابية والقضائية على المصدر غير المشروع للأموال المراد غسلها، من خلال عمليات مصرفية معقدة ومتعددة يترتب عليها الفصل بين المصدر غير المشروع وتلك الأموال، من خلال مستندات تساعد على تضليل هذه الجهات الرقابية والأمنية.

الفرع الثالث

مرحلة الاندماج "Integration"

وتمثل هذه المرحلة النهائية في عملية غسيل الأموال، حيث يعاد ضخ هذه الأموال غير المشروعة التي تم التعميم عليها في الاقتصاد القومي الظاهر والرسومي، كما لو كانت أموالاً مشروعة نظيفة المصدر، وتوظيف هذه الأموال بحرية دون خوف المطاردة والمصادرة والمحاسبة، إذ أنها تكتسب مظهراً قانونياً، وتودر في حلقة الاقتصاد، وتصبح كأنها ناتجة عن أنشطة اقتصادية مشروعة (٣)، ومن ثم يكون من العسير التمييز بين الدخل غير المشروع والدخل المشروع، وتعود الأموال غير المشروعة ثانية إلى أيدي المجرمين بعد أن تكون قد أصبحت أموالاً نظيفة.

الفرع الثاني

مرحلة التعميم على المصدر غير المشروع للأموال "Layering"

تعد هذه المرحلة الثانية بعد مرحلة الإيداع، وتعني القيام بعدة عمليات في إطار تغيير الشكل الذي استخدمت فيه الأموال، وإجراء بعض العمليات فيها وتجزئتها وتوزيعها على أنشطة وأشكال متنوعة، فيقوم أصحاب الأموال الناتجة عن النشاط الإجرامي وغير المشروع بإجراء العديد من هذه العمليات على ودائعهم، للفصل بين مصدرها الأصلي وحصيلتها الأموال باستخدام إجراءات وعمليات مالية متعددة ومعقدة تؤدي إلى التعميم على المصدر غير المشروع، مع تدعيم ذلك بالمستندات التي تساعد على تضليل السلطات الأمنية والأجهزة الرقابية، وقد يتم أيضاً الافتراض بضمانها وتوظيف القرض ثم سحب الأموال وتسديد القرض. (١)

وتعد هذه المرحلة أكثر المراحل تعقيداً، وأكثرها اتصافاً بالطبيعة الدولية، فغالباً ما تجري وقائعها في بلدان متعددة وتتطوي على استخدام العديد من الأساليب المتشعبة والمتنوعة والتي تتمثل في:

١. نقل الأموال بسرعة فائقة من دولة إلى أخرى، لا سيما صوب المرافق أو الملاذات المالية الآمنة (٢)، وذلك من خلال التحويلات المالية البرقية، أو باستخدام النظم المصرفية السرية، وفروعها المنتشرة في العديد من البلدان، والتي تقدم خدماتها بقدر أكبر من السرية والسرعة، وتكلفة أقل، ولا تخلف تحويلاتها أية آثار مستتية على خلاف الحال بالنسبة للنظم المصرفية الشرعية.
٢. توزيع الأموال بين استثمارات متعددة، وفي بلدان مختلفة، مع إعادة بيع الأصول المشتراة، ونقل استثمارات باستمرار، لتجنب اقتفاء آثارها، من جانب السلطات المختصة.
٣. التواطؤ مع المصارف الوطنية والأجنبية، واستخدامها بطاقات الدفع الإلكتروني المعروفة بالبطاقات الذكية (Smart Card) والحسابات الرقمية المتغيرة.
٤. الاستفادة من خدمات نوادي القمار، في تغيير العملة، وإصدار شيكات، وتحويل الأموال إلى نوادي قمار أخرى.
٥. (التحويل الإلكتروني) Electronic Transfer الذي ينتقل به الأموال بسرعة فائقة إلى بنوك خارج البلاد مما يصعب معه ملاحقة أو تعقب مصدرها، إلى بلدان تتبنى بنوكها قواعد صارمة للسرية.

(١) د. السيد أحمد عبد الخالق - الآثار الاقتصادية والاجتماعية لغسيل الأموال، المرجع السابق، ص ٤.

(٢) يقصد بالملاذات المالية الآمنة أو بلدان الملاذ المالي، تلك البلدان التي تتجه صوبها، وتلوذ بها العائدات الإجرامية، نظراً لما تتمتع به هذه البلدان من مزايا خاصة، أهمها ما يلي : اتساع نطاق السرية المصرفية والمالية، ضعف إشراف ومراقبة المصارف المركزية، عدم عرقلة عمليات الصرف الأجنبي، تسهيل قوانين ونظم تأسيس الشركات، جودة مرافق النقل والاتصالات، القرب من مراكز إنتاج = المخدرات والاتجار المشروع بها، استقرار الأوضاع الاجتماعية والسياسية، للمزيد من التفاصيل راجع:

(Block) Alan A : Masters of paradise. Transaction publishers. U.S 1997.

(١) د. جلال محمددين - دور البنوك في مكافحة غسيل الأموال - المرجع السابق - ص ١٣-١٤.

(٢) Swift هو اختصار لأسم "الشركة العالمية للاتصالات السلكية المالية بين البنوك" Society for worldwide interbank financial telecommunications. إذ بفضل هذه الشركة يمكن لأي مبلغ من النقود أن ينتقل عبر العالم في خلال دقائق محدودة.

(٣) د. هدى قشقوش - جريمة غسيل الأموال في نطاق التعاون الدولي - المرجع السابق - ص ٥٤.

التصرفات العينية، شركات الواجبة (الشركات الوهمية)، وأخيراً استخدام بعض الأنظمة التكنولوجية الحديثة، مثل التحويل عبر "الإنترنت"، وفيما يلي شرح لهذه الأساليب.

الفرع الأول

البنوك المحلية

تعتبر هذه الطريق الأكثر شيوعاً، ومن أهم الوسائل المستخدمة التي يتم خلالها عمليات غسل الأموال، حيث يتم إيداع الأموال المشبوهة والناجمة عن الأعمال غير المشروعة والأعمال الإجرامية في إحدى البنوك، أو العديد من هذه البنوك بفتح حساب لصاحب هذه الأموال سواء أكان تاجر مخدرات أو مرتكب أي جريمة خطيرة، مثل الاتجار بالرقيق الأبيض ليتم تحويلها بعد ذلك إلى البلد الذي سيتم استثمارها فيه، وهي في الغالب الموطن الأصلي للمودع، وبذلك يكون البنك قد قام بغسيل الأموال الناتجة عن هذه الأعمال أو الجرائم، وجعلها تبدو وكأنها أموال مشروعة. (١)

فمركب الجريمة يقوم بإيداع الأموال بالبنك، واستبدالها بشيكات أو حوالات لحامله، ثم تتداول هذه المستندات والشيكات في عمليات وهمية أو مشروعات داخلية أو خارجية. ومن ثم يقوم بإقراض هذه الودائع النقدية وتوظيفها والحصول على عائد منها، ويقوم كذلك بفتح اعتمادات مستندية من خلال منظمي الأموال، وبالتالي استخدام هذه الأموال في عمليات خاصة بالتجارة الدولية والعمليات الخاصة بالتحويلات الرأسمالية والتدفقات الخاصة بالاستثمار الأجنبي من خلال إيداع مبلغ كبير في بلد معين بحجة عمل مشروع استثماري كبير، ثم سحب وتحويل هذا المبلغ وإيداعه في بلده الأصل، وعند سؤاله عن مصدر الأموال المحولة في دولته يقوم بتقديم هذه التحويلات من البنوك على أنها جاءت نتيجة لنشاط اقتصادي وتجاري في بلد آخر، ولكنه في حقيقة الأمر لم يقم بأي عمليات تجارية، وهو بذلك قد قام بعملية غسل لهذه الأموال وإخفاء مصدرها. (٢)

ورغم أن البنوك مازالت هي الآلية الأساسية للتصرف في العائدات الإجرامية، إلا أن المؤسسات المالية غير المصرفية أصبحت تمثل الطريق الأكثر جاذبية لغسيل الأموال بين الآليات المصرفية المشروعة، وقد لوحظ بعد التحولات المهمة لأنشطة غسل الأموال من القطاع المصرفي التقليدي، إلى القطاع غير المصرفي، لاسيما في مجال التأمين والسندات المالية، فضلاً عن الاتجاه إلى بعض الأعمال والمهن غير المالية، فقد اتجهت المنظمات الإجرامية إلى استغلال التقنيات والوسائط الحديثة للدفع والاتصال والائتمان، وهذا يتيح لها إجراء التحويلات المالية وإدارة الصفقات المهمة بطريقة مأمونة وسريعة للغاية.

بالإضافة إلى ما ذكر، فقد برزت إلى الوجود طبقة إجرامية محترفة جديدة ومتميزة بعيدة إلى حد

(١) لواء. محمد عبد اللطيف فرج. تجريم عمليات غسل الأموال في مصر والأنظمة المقارنة، المرجع السابق، ص ٢٤٢.

(٢) د. عبد المطلب عبد الحميد. العولة واقتصاديات البنوك. المرجع السابق. ص ٢٥٨.

وعادة ما يكون البنك طرفاً أصلياً مشاركاً في عمليات غسل الأموال، وإن تعذر في الغالب إثبات سوء النية أو التواطؤ مع أصحاب الدخل غير المشروع، وقد تستخدم بعض أدوات العمل المصرفي لإضفاء نوع من الشرعية على هذه الأموال، مثل خطابات الاعتماد، والضمانات المصرفية. (١)

هذا إلى أن الكثير من عمليات غسل الأموال تستدعي أن يشارك فيها عدة بنوك في آن واحد، وبواسطة مراسلين لهم على مستوى العالم، بحيث يصعب تعقب هذه الأموال في حالة الإيداع في بنك مقره خارج البلاد، سواء أكانت الأنشطة غير المشروعة المولدة للأموال تتحقق في نفس الدولة الأجنبية أم خارجها، حيث الموطن الأصلي لصاحب الأموال غير المشروعة، وبذلك تدور الأموال القذرة غير المشروعة داخل الجهاز المصرفي وخارجه عبر شبكات رئيسية وفروع لها ومراسلين في الخارج، وقد تكون هذه الشبكات المصرفية موجودة في دولتين أو بنوك في عدة دول وفي مناطق مختلفة من العالم.

وبوجه عام، فإنه قد ينظر إلى المراحل الثلاث المتقدمة لغسيل الأموال باعتبارها عملية واحدة، وتشمل ثلاثة أنواع من النشاط المتصل والمترايط، أكثر من كونها تمثل ثلاث مراحل متميزة ومنفصلة، كما يمكن أن تتزامن هذه المراحل فيما بينها بعضها أو كلها، بحسب الظروف العامة للأطراف المعنية. ومن الممكن أيضاً تخطي مرحلة أو أكثر أو انتهاج الطرق وأساليب جديدة تماماً لغسيل الأموال غير المشروعة (٢)، فقد لوحظ خلال السنوات الأخيرة تزايد الطابع الفني "التقني" أو الحرفية المهنية في عمليات غسل الأموال سواء فيما يتعلق بطبيعة الوسائل المستخدمة منها أو بنوعية الأشخاص القائمين بها.

المطلب الثاني

وسائل عمليات غسل الأموال

تمهيد :

تتم عمليات غسل الأموال بأساليب وأشكال متنوعة وعديدة تدرج من البساطة إلى التعقيد، وبحسب ظروف وطبيعة العملية. وقد كان للتكنولوجيا دور خطير في تطوير الأساليب التي تستخدم في عملية غسل الأموال، وسوف نتدرج في شرح هذه الأساليب تباعاً، ومن هذه الأساليب البنوك المحلية، والدور الذي تلعبه في جريمة غسل الأموال، في التهريب، إعادة الاقتراض، بطاقات الائتمان، شركات الصرافة، القيام ببعض

(١) د. سعيد عبد اللطيف حسن. جرائم غسل الأموال بين التفسير العلمي والتنظيم القانوني المرجع السابق. ص ١٧٣.

(٢) د. عبد المطلب عبد الحميد. العولة واقتصاديات البنوك. المرجع السابق. ص ٢٥٦، ويعتبر شراء العقارات وسيلة تقليدية لإعادة الأموال غير النظيفة مرة أخرى لتدخل في الاقتصاد القومي ويمكن شراء العقارات بواسطة شركات واجهة باستخدام الأموال المشبوهة، ثم يعاد بيعها لتبدو حصيلة البيع وكأنها قد جاءت من مصدر مشروع.

أولاً - فرض ضريبة على الأموال المهربة إلى الخارج.
ثانياً - تعقب الأموال الهاربة غير المشروعة، وإعادةتها إلى البلاد بعد استصدار أحكام قضائية ضد أصحاب الأموال غير المشروعة، وتجميد الحسابات في البنوك الأجنبية لمنع المهربين من الاستفادة بها، أو عدم إتمام عملية غسلها، توطئة لعودتها إلى البلاد بصفة مشروعة، فتجد في بعض البلدان تسهيلات يتم منحها لجذب رؤوس الأموال فيقوم أصحاب الأموال القذرة مستغلين هذه التسهيلات الائتمانية والجمركية والمالية التي تقدم لهم، فلا تفرض قيود على هذه الأموال، أو يبحث في مدى مشروعية مصدرها، مما يؤدي بالاقتصاد القومي إلى الانهيار بعد فترة في هذه الدول.

ثالثاً - توفير العديد من المزايا وحوافز الاستثمار، وتسهيل الإجراءات الإدارية، وتطوير النظم في مواقع الخدمات والتراخيص والموانئ والمطارات وغيرها، من أجل تشجيع المستثمرين المحليين على استثمار أموالهم داخل البلاد بدلاً من هروبها للخارج.

ومن هنا يتضح لنا أن هناك أموالاً مشروعة لا بد من معالجتها أيضاً ومنع تهريبها إلى الخارج، بالإضافة إلى الأموال غير المشروعة المهربة للخارج، فهذه الأموال عادة ما تجد طريقها إلى البنوك الخارجية، لتكون بمنأى عن اكتشاف حقيقتها والتعرض لمخاطر المصادرة أو التجميد وسائر العقوبات الجنائية.

ورغم أنه أقدم وأسطح الطرق التي ابتكرها غاسلو الأموال، إلا أنه لازال مستخدماً على نحو واسع حتى في أكثر البلاد تقدماً. إذ يعتبر حجم الأموال التي يتم تهريبها خارج الولايات المتحدة الأمريكية بنحو خمسين مليار دولار سنوياً. (١)

حيث يقوم المهرب مثلاً بعبور حدود الولايات المتحدة الأمريكية إلى المكسيك، ثم يعود مرة أخرى إلى الولايات المتحدة من منفذ قانوني، ويعلن لسلطات الجمارك فيها عن المبالغ التي بحوزته ليكون دخوله بها قانونياً، ثم يقوم بإيداع هذه المبالغ في البنوك الأمريكية ولا يلزم حينئذ بالكشف عن مصدر هذه الأموال، أو ملء الطلب البنكي الخاص بذلك وذلك لأن دخوله قد حصل بطريقة قانونية، ثم يعمد إلى التصرف بهذا المبلغ، إما باستثمارها داخل الولايات المتحدة، أو إعادة تحويلها بنكياً إلى بلد آخر وقد اتبع المهربون هذه الطريقة بإتقان بالغ.

ففي عام ١٩٨٠م قام أحد رجال المباحث الفيدرالية الأمريكية بضبط إحدى زعيمات عصابات المافيا ومعها مليون وأربعمائة وثلاثون ألف دولار مخبأة في ست علب من لعبة المونوبولي، وفي فبراير عام ١٩٨٥ تم ضبط مسافرين على طائرة خاصة أقلعت من ولاية تكساس الأمريكية ومعهما مبلغ ٩, ٥ ملايين دولار للخروج بها من الولايات المتحدة الأمريكية، وكذلك تم ضبط أحد الرجال التابعين لرئيس بنما الأسبق (نوريجا)، وهو يقوم بتهريب مبلغ ١٤٦ مليون دولار، وهو مسافر على إحدى الطائرات إلى بنما، وذلك عام ١٩٨٣م.

كبير عن الصورة النمطية للمجرمين، تضم محاسبين ومصرفيين ومحامين وغيرهم من المحترفين الذين يحترفون مهنة غسل الأموال، وإن كانوا غير مشاركين في الأنشطة الإجرامية الأساسية كجرائم المخدرات، إلا أنهم على استعداد دائم لتقديم خدماتهم وخبراتهم لتجار المخدرات.

الفرع الثاني

التهريب "Smuggling"

كان التهريب من أبرز الأساليب المستخدمة في غسل الأموال، حيث يقوم مالكي هذه الأموال الناتجة عن العمليات الإجرامية، والأنشطة غير المشروعة بتهريبها إلى خارج البلاد سواء بأنفسهم، أو عن طريق آخرين مقابل مبالغ معينة. وقد كان يتم بأساليب بسيطة مثل إخفائها في الجيوب السرية للحقائب، أو بوضعها في علب حفاظات الأطفال، وغيرها من الطرق التي تؤدي إلى قيام نقل الأموال خارج البلاد، إما بحراً أم براً أم جواً، بل إنه يمكن إرسال هذه الأموال عن طريق طرود بريدية إلى خارج البلاد.

قد لوحظ في الآونة الأخيرة تزايد اللجوء إلى أسلوب تهريب النقد، وبكميات كبيرة، خاصة في البلدان التي تفرض قيوداً صارمة على نقل أو تحويل الأموال للخارج، أو توجب الإبلاغ عن العمليات المالية التي تبلغ قيمتها حداً معيناً. والجدير بالذكر أن تهريب النقد لا يعد في حد ذاته غسلاً للأموال بمعناه الفني الدقيق، وإن كان غالباً ما يرتبط به ويمهد له.

وقد يتخذ هروب الأموال عدة أشكال مثل:

- إيداع الأموال الناتجة عن عمليات أو أنشطة ممنوعة في البنوك الخارجية.
- إيداع مبالغ نقدية من قيمة الديون الخارجية المقترضة من الخارج بأسماء أفراد في بنوك أجنبية في شكل عمولات ورشاو في حالة صفقات استيراد المواد الغذائية، وصفقات السلاح والبتروك وغيرها.
- إنشاء فروع لشركات أجنبية وهمية، لتحويل الأموال للخارج.
- التلاعب في قيم فواتير الصادرات والواردات، بالاتفاق بين المصدرين والمستوردين، وإيداع الفرق بين القيم الحقيقية المدونة بالفواتير في حسابات أفراد بالبنوك الأجنبية.
- إيداع بعض أموال حصيلة مدخرات العاملين بالخارج وعدم استفادة الدولة من هذه الأموال في الاستثمار القومي وعدم خضوع هذه الأموال للضرائب، ورغم أن هذه الأموال لم تدخل إلى البلاد من البداية، ومن ثم لم تخرج منها، إلا أنها تبدو في حكم الأموال الهاربة لعدم قدرة البلاد على الاستفادة منها، سواء بشكل مباشر أو غير مباشر.

ولعلاج ذلك لا بد من اتخاذ مجموعة من الإجراءات الكفيلة بعدم هروب هذه الأموال إلى الخارج، خصوصاً الأموال غير المشروعة.

(١) د. جلال محمد بن - دور البنوك في مكافحة غسل الأموال - المرجع السابق - ص ١٧.

وقد حرصت أغلبية الدول على مقاومة التهريب كوسيلة لغسيل الأموال عن طريق الرقابة الجمركية في مداخل البلاد وعلى الحدود، وتجريم عدم الإفصاح عما يحمله المسافر من أوراق نقدية إذا تجاوزت حدود مبالغ معينة.

في نهاية البحث لابد من مكافحة جريمة غسل الأموال لما تحمله هذه الجريمة من مساوئ اقتصادية ومشاكل داخل الدولة لا يحمد عقباها.

المسؤولية المجتمعية للجامعات الخاصة في مملكة البحرين

الدكتور أحمد رشاد الهواري

عميد كلية الحقوق جامعة المملكة – البحرين
أستاذ القانون المدني المشارك

الدكتور أمجد محمد منصور

عميد كلية الحقوق سابقاً
أستاذ القانون المدني المشارك
جامعة العلوم التطبيقية

المقدمة

بادئ ذي بدء يمكن القول أن بروز فكرة المسؤولية المجتمعية كان في مطلع ثمانينيات القرن الماضي (١)، حيث شهدت هذه الفكرة تطوراً كبيراً منذ انهيار الاتحاد السوفيتي، وما صاحبه من سقوط المذهب الاشتراكي، وتبني معظم الدول للرأسمالية كمذهب اقتصادي، يتولى فيه القطاع الخاص الدور الأكبر في تحقيق التنمية الاقتصادية.

وفي هذا الإطار لعب القطاع الخاص دوراً محورياً في تحقيق التنمية، ولكنه اقتصر فيه على تحقيق الربح وجمع المال، دون النظر إلى احتياجات المجتمع، الأمر الذي كان من شأنه ظهور الحاجة إلى كبح جماح أصحاب الأعمال، بحيث لا يقتصر دورهم على المساهمة في تحقيق التنمية الاقتصادية، وإنما أن يمتد هذا

(١) وقد سبق ذلك ظهور ضعيف للشركات في المجال الاجتماعي، حتى أنه، لوحظ قبل الحرب العالمية الثانية، أن خمس شركات فقط هي التي انخرطت في الأعمال الخيرية في الولايات المتحدة الأمريكية، (سميث، ١٩٨٣).

Justin I. Miller and Doug Guthrie - COMMUNITIES. LABOR. AND THE LAW: THE RISE OF CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY IN THE UNITED STATES -Research in the Sociology of Organizations. Volume 33. 143-173 – p.144.

ويعتبر Howard Bowen الأب الروحي لفكرة المسؤولية الاجتماعية للشركات.

Rosamaria C. Moura-Leite and Robert C. Padgett- Historical background of corporate social responsibility - SOCIAL RESPONSIBILITY JOURNAL - VOL. 7 NO. 4 2011. - p.530.

ويؤرخ البعض من أمثال جوتر باكمان وجلبيرت بيرك المسؤولية الاجتماعية للمشروعات الصناعية في الولايات المتحدة الأمريكية مبتدئاً بفترة الستينيات من القرن الماضي، وأرخها آخرون أمثال كيث دافيس بفترة الخمسينيات من ذات القرن، في حين يرى فريق ثالث أمثال فيرن بهلر أنها تعود إلى بداية الثلاثينات من القرن المنصرم. د. محمد البادي – العلاقات العامة والمسؤولية الاجتماعية - مكتبة الأنجلو المصرية - الطبعة الأولى - ١٩٨٠ - ص ٢٦.

أما على المستوى العربي فيمكن القول أن مصطلح المسؤولية المجتمعية قد بدأ في التداول عام ٢٠٠٠. د. يوسف ذياب عواد - دليل المسؤولية المجتمعية للجامعات - جامعة القدس المفتوحة - رام الله - طبعة ٢٠١٠ - ص ٢

تحتاج إلى تعاون أفرادها لتحقيق نهضتها ورفيها (١). ويُعد القطاع الخاص أحد أفراد تلك الأسرة (٢)، وعليه أن يقوم بالدور المنوط به كشريك مهم في تحقيق التنمية المستدامة، وتحسين ظروف باقي أفراد المجتمع المعيشية سواء من الناحية الاجتماعية أو الاقتصادية أو السياسية أو البيئية (٣). والجامعات الخاصة - باعتبار أنها إحدى وحدات القطاع الخاص، والذي بدوره يُعد أحد أفراد المجتمع - يقع على عاتقها التزامات مهمة في مواجهة المجتمع، هذه الالتزامات يمكن إجمالها في المسئوليات الثلاث الآتية: التعليم والتعلم والبحث العلمي وخدمة المجتمع. وهي عادة ما تهتم بأولى تلك المسئوليات، أي التعليم والتعلم، وتهمل الآخرى وبصفة خاصة ما يتعلق بالمسؤولية عن خدمة المجتمع. ولا يعني ذلك أن المسؤولية الاجتماعية وخدمة المجتمع، مفهومان مترادفان، فلكل منهما جوهره وحدوده، وهو ما سنتعرف عليه من خلال هذه الدراسة.

وعلى ذلك تبدو أهمية هذه الدراسة من أهمية الموضوع الذي تتصدى له، وما يتمتع به من حداثة، وكذلك لحاجته إلى تحديد الإطار القانوني له، هذا الإطار الذي يتمثل في تحديد مفهوم المسؤولية الاجتماعية والتكيف القانوني لها، وكذلك تحديد التزامات الجامعات الخاصة حيال المجتمع، والجزاء الذي يمكن تطبيقه عليها في حالة إخلالها بتلك الالتزامات.

مشكلة الدراسة:

لقد أصبح دور مؤسسات القطاع الخاص محورياً في عملية التنمية، وهو ما أثبتته النجاحات التي حققتها الاقتصاديات المتقدمة، إذ أدركت مؤسسات القطاع الخاص أنها غير معزولة عن المجتمع، وتنبهت إلى ضرورة توسيع نشاطاتها لتشمل ما هو أكثر من النشاطات الإنتاجية، بإيلاء هموم المجتمع والبيئة اهتماماً كافياً، فمفهوم المسؤولية المجتمعية هو وليد لمتطلبات التنمية المستدامة والشراكة في التنمية الاقتصادية بين الدولة والقطاع الخاص لبناء مستقبل أفضل للأجيال القادمة بهدف إيجاد ودعم برامج اجتماعية

رابعاً: فيما يتعلق بمكافحة الفساد:

المبدأ ١٠: يتعين على المؤسسات التجارية مكافحة الفساد بكل أشكاله، بما فيها الابتزاز والرشوة.

(١) فلم يعد للعمل الفردي نصيب في تقدم المجتمعات، حيث أضحت النجاح والتقدم قريناً للعمل الجماعي، الأمر الذي يتطلب بلا شك تحديد الدور الذي يجب أن يقوم به كل فرد من أفراد المجتمع.

(٢) لا شك أن الشركات هي جزء لا يتجزأ من المجتمعات التي تعمل فيها. لذا يجب على المديرين التنفيذيين للشركات أن يعلموا أن النجاح على المدى الطويل يعتمد على استمرار العلاقات الطيبة مع طائفة واسعة من الأفراد والجماعات والمؤسسات. فالشركات الذكية تعرف أن هناك تحديات تواجه نجاحها، ومن أهم هذه التحديات، التحديات الاجتماعية والبيئية، وغيرها. علاوة على ذلك، فإن الجمهور العام لديه توقعات عالية من القطاع الخاص من حيث اتباع سلوك مسؤول اجتماعياً. كما يتوقع المستهلكو السلع والخدمات أن تعكس هذه الشركات سلوكاً اجتماعياً وبيئياً يحقق لها ميزة تنافسية. تفصيلاً.

Paul Hohnen - Corporate Social Responsibility- An Implementation Guide for Business - Op - p

(٣) د. يوسف ذياب عواد - مرجع سابق - ص ٢.

الدور ليشمل التنمية بمفهومها الواسع (١). وبالفعل شهدت السنوات العشرين الماضية تغييراً جذرياً في العلاقة بين قطاع الأعمال والمجتمع، فبدأ دور القطاع الخاص في المجتمع في التطور حيث اضطلع بمهام البيئة والتنمية والعمالة وغيرها من الموضوعات التي تقوم عليها التنمية المستدامة (٢).

هذا ولقد أولت المجتمعات عناية خاصة بفكرة المسؤولية الاجتماعية (٣)، حيث بدأت تلك العناية بشكل فردي، وتمثلت في محاولات البعض تقديم خدمات فردية للمجتمع، ثم سرعان ما شهدت تطوراً كبيراً كنتيجة طبيعية لتصور الجهود الفردية في مواجهة تعاضم الأخطار التي تهدد استقرار المجتمعات وديمومتها. فبعد أن غدا العالم قرية صغيرة تحت تأثير التقدم العلمي المذهل، تفاقمت مشاكله واتسع نطاقها، وأصبحت المجتمعات في حاجة ماسة إلى تضافر جهود أبنائها وتضامنهم، ولما لا؟ والمجتمع ما هو إلا أسرة كبيرة

(١) د. محمد البادي - المرجع السابق - ص ٢٥.

(2) UNIDO and the World Summit on Sustainable Development. Corporate Social Responsibility: Implications for Small and Medium Enterprises in Developing Countries. Vienna. 2002.vii .

وفي ذلك يقول Idar Kreutzer، الرئيس التنفيذي لشركة Storebrand، ٢٠٠٥ نحن ملتزمون بتحقيق التنمية الاقتصادية، كما نلتزم بأن نضع في اعتبارنا كيف نفع ذلك؟ فالشركات لاكتسب الميزة التنافسية إلا من خلال الاستجابة لاحتياجات المجتمع. لذا نحن لا نزهدهم إلا من خلال مساعدة المجتمع على أن يزدهر. تفصيلاً.

Paul Hohnen - Corporate Social Responsibility- An Implementation Guide for Business - International Institute for Sustainable Development Winnipeg, Manitoba - Canada - March. 2007- p.1.

(٣) وفي هذا الإطار صدر عن منظمة الأمم المتحدة إعلان عالمي خاص بالمسؤولية المجتمعية عرف ب The United Nation Global Compact UNGC وقد تضمن هذا الإعلان مجموعة من المبادئ تم التوافق عليها، وهي:

أولاً: فيما يتعلق بحقوق الإنسان:

المبدأ ١: يتعين على المؤسسات التجارية دعم حماية حقوق الإنسان المعلنه دولياً واحترامها؛

المبدأ ٢: يتعين عليها التأكد من أنها ليست ضالعة في انتهاكات حقوق الإنسان.

ثانياً: فيما يتعلق بمعايير العمل:

المبدأ ٣: يتعين على المؤسسات التجارية احترام حرية تكوين الجمعيات والاعتراف الفعلي بالحقوق في

مساومة الجماعة؛

المبدأ ٤: يتعين عليها القضاء على جميع أشكال السخرة والعمل الجبري؛

المبدأ ٥: يتعين عليها الإلغاء الفعلي لعمل الأطفال؛

المبدأ ٦: يتعين عليها القضاء على التمييز في مجال التوظيف والمهن.

ثالثاً: فيما يتعلق بالبيئة:

المبدأ ٧: يتعين على المؤسسات التجارية التشجيع على اتباع نهج احترازي إزاء جميع التحديات البيئية.

المبدأ ٨: يتعين عليها الاضطلاع بمبادرات لتوسيع نطاق المسؤولية عن البيئة؛

المبدأ ٩: يتعين عليها التشجيع على تطوير التكنولوجيات غير الضارة بالبيئة ونشرها

وللإجابة على تلك التساؤلات نخصص المطلبين الآتيين:-
المطلب الأول: ماهية المسؤولية المجتمعية والتكيف القانوني لها.
المطلب الثاني: التزامات الجامعات الخاصة تجاه المجتمع.

المطلب الأول

ماهية المسؤولية المجتمعية والتكيف القانوني لها

يُعد مصطلح المسؤولية المجتمعية من المصطلحات الحديثة النشأة نسبياً، فقد بدأ تداول هذا المصطلح في مطلع ثمانينيات القرن الماضي كنتيجة لتعاظم الدور الذي تقوم به هيئات المجتمع المدني في المجتمع الحديث، هذا الدور الذي كان له أبلغ الأثر في زيادة قناعة الحكومات بأهمية مشاركة القطاع الخاص في النهوض بالمجتمع (١). وعلى الرغم من حداثة مفهوم المسؤولية المجتمعية إلا أنه حظي باهتمام عالمي وإقليمي واسع النطاق (٢). هذا الاهتمام دفع الكثيرون إلى محاولة وضع تعريف جامع له. على الجانب الآخر، وبالرغم من أهمية تحديد مفهوم المسؤولية المجتمعية إلا أن تحديد التكيف القانوني لها قد يبدو لنا أكثر أهمية. وعلى هدى ذلك نتعرض فيما يلي لماهية المسؤولية المجتمعية والتكيف القانوني لها من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: ماهية المسؤولية المجتمعية.

الفرع الثاني: التكيف القانوني للمسؤولية المجتمعية.

(١) د. يوسف ذياب عواد - مرجع سابق - ص ٢. ومن هيئات المجتمع المدني جماعات الضغط، وقد بدأ دور تلك الجماعات في الظهور نتيجة لكثرة الحوادث البيئية والإنسانية ومنها ما تسببت به شركة Exxon oil spill in Alaska سنة ١٩٨٩ من تلوث كبير للمياه نتيجة تسرب أكثر من أحد عشر جالون من النفط في عرض المحيط، وهو ما أدى إلى فناء جزء كبير من الأحياء البحرية، وكذلك ما حدث في مصنع الكيماويات في بوبال بالهند سنة ١٩٨٤ من موت أكثر من ١٥٠٠٠ شخص. ومن هذه الجماعات جماعة السلام الأخضر العالمي. د. يوسف ذياب عواد - ذات المرجع - ص ٥.
(٢) الأمانة العامة لاتحاد غرف دول مجلس التعاون الخليجي - ورقة عمل بعنوان "مساهمات الغرف التجارية الخليجية في المسؤولية الاجتماعية" مقدمة إلى مؤتمر "تحديات المسؤولية المجتمعية للقطاع الخاص وتفاعلاتها مع التنمية ومتطلباتها" الفترة من ٢٦ - ٢٧ مايو ٢٠١٢ - ص ٢. ولاشك أن ذلك نتيجة طبيعية لما شهده العالم من اعتراف متزايد بدور القطاع الخاص في المجتمع، سواء فيما يتعلق بالموظفين أو العملاء أو المجتمعات، أو البيئة، أو المنافسين، أو الأعمال التجارية أو الشركاء أو المستثمرين أو المساهمين أو الحكومات وغيرها. تفصيلاً.

Paul Hohnen - Corporate Social Responsibility- An Implementation Guide for Business - Op - p.1.

واقتصادية وثقافية مستدامة مستقاة من الاحتياجات والأولويات الوطنية، وهذا المفهوم يقوم على الاستثمار في الموارد البشرية، وخلق فرص عمل، وتوفير بيئة عمل صحية وأمنة جنباً إلى جنب مع حل المشكلات الاجتماعية والبيئية وتعزيز التنمية المستدامة، ومن هنا تكمن أهمية تطوير برامج المسؤولية الاجتماعية وفقاً لظروف مجتمعاتنا العربية والإسلامية واحتياجاتها لتحقيق التنمية، أي تطبيقات خاصة بنا وليست قوالب مستقاة من الغرب، ثلاثية أضلاع التنمية المستدامة وهي النمو الاقتصادي والتقدم الاجتماعي وحماية البيئة، ولا شك أن الجامعات الخاصة تستطيع أن تلعب دوراً مهماً في الاتجاهات الثلاث. ومن هذا المنطلق تتبلور مشكلة الدراسة في سؤال علمي: ما الالتزامات التي تقع على عاتق الجامعات الخاصة في مملكة البحرين، والتي تقوم عليها مسؤولياتها الاجتماعية؟ وما هو جزاء الإخلال بالمسؤولية المجتمعية للجامعات الخاصة؟ وما أهم العقبات والمعوقات التي تواجهها للقيام بمهامها؟ أهداف الدراسة: تهدف هذه الدراسة إلى التعرف على طبيعة المسؤولية الاجتماعية للجامعات الخاصة بمملكة البحرين والتزامات هذه الجامعات في مواجهة المجتمع.

نوع الدراسة:

وتنتمي الدراسة إلى الدراسات الوصفية التي تصف وتحلل الظاهرة موضوع البحث في ضوء التشريع البحريني، وتعتمد على الملاحظة العلمية والنقدية.

تقسيم البحث:

لا شك أن المسؤولية الاجتماعية تتسم بالشمول؛ فهي وإن قصد بها - وفقاً للمفهوم الضيق للمسؤولية الاجتماعية - الاشتراك في المجتمع وتقديم خدمات له، إلا أن النظر للمسؤولية المجتمعية نظرة متفحصة يجدها تشمل كافة أنواع المسؤوليات، سواء أكانت تلك المسؤولية اقتصادية أم سياسية أم أخلاقية، ولما لا؟ وهي تحوي العديد من الأبعاد، فتشمل البيئة والعمالة والتعليم والبحث العلمي والاقتصاد ومحاربة الفساد والفقير ونقل التكنولوجيا، وغيرها، باعتبار أن تلك المحاور والأبعاد عامل مساند لتحقيق التنمية المجتمعية (١). وهذه الأخيرة هي الهدف المهم الذي نسعي إلى تحقيقه من خلال إقرار نظام المسؤولية الاجتماعية. ولما كانت الجامعات الخاصة تلعب دوراً مهماً في تحقيق تنمية المجتمع فقد رأينا أن نتناول هذا الدور من خلال وضع إطار قانوني للمسؤولية الاجتماعية لها، فما تقدمه الجامعات الخاصة من خدمات للمجتمع - ويمكن إدراجه ضمن المسؤولية الاجتماعية لها - لا يعتبر تبرعاً منها، وإنما هو واجب والتزام ملقى على عاتقها، الأمر الذي يثور معه العديد من التساؤلات والإشكاليات لعل أهمها، ما المقصود بالمسؤولية المجتمعية؟ وما هو التكيف القانوني لها؟ وما هي التزامات الجامعات الخاصة تجاه المجتمع؟

(١) الأمانة العامة لاتحاد غرف دول مجلس التعاون الخليجي - ورقة عمل بعنوان "مساهمات الغرف التجارية الخليجية في المسؤولية الاجتماعية" مقدمة إلى مؤتمر "تحديات المسؤولية المجتمعية للقطاع الخاص وتفاعلاتها مع التنمية ومتطلباتها" - مرجع سابق - ص ٢.

الفرع الأول

ماهية المسؤولية المجتمعية

وهناك من عرفها بأنها الالتزام المستمر من قبل الشركات بالتصرف أخلاقياً، والمساهمة في تحقيق التنمية الاقتصادية، والعمل على تحسين نوعية الظروف المعيشية للعاملين وعائلاتهم والمجتمع ككل (١). وعرفت مسودة الأيزو بأنها مجموعة الأعمال التي تقوم بها المؤسسة، لتتحمل مسؤولية آثار أنشطتها السلبية على المجتمع والبيئة، بحيث تكون هذه الأفعال متناغمة مع مصالح المجتمع والتنمية المستدامة، وتكون قائمة على السلوك الأخلاقي والامتثال للقانون والجهات العاملة فيما بين الحكومات، وتكون مدمجة في الأنشطة المستمرة للمؤسسة (٢).

ويلاحظ على هذه التعريفات الآتي:

١ - إن المسؤولية المجتمعية وفقاً لهذه التعريفات تدور حول تحمل شركات القطاع الخاص لمسئوليتها تجاه أصحاب المصالح من العاملين والبيئة والمجتمع. وهي تتحمل هذه المسؤولية استناداً إلى أمرين، الأول: أن المسؤولية الاجتماعية تجد أصولها في القوة الاقتصادية لأصحاب الأعمال. حيث يترتب على تمتع أصحاب الأعمال بتلك القوة آثار سلبية في بعض المجالات، كتلوث البيئة. ومن المفروض أن يتحمل من يملك تلك القوة النتائج المترتبة على استخدامها، فالغرم بالغنم. أما الثاني: فيتمثل في كون المسؤولية المجتمعية تكون في مقابل ما يستفيد به أصحاب الأعمال من المجتمع، ومن هنا يكون عليها أن تساهم معهم في مواجهة المشكلات والظروف المتغيرة (٣).

٢ - إن المسؤولية الاجتماعية تهدف إلى تحقيق التنمية وتحسين مستوى معيشة أفراد المجتمع، فهي لا تحظر على أصحاب الأعمال تحقيق الأرباح، ولكنها تجعل تنمية المجتمع اجتماعياً وبيئياً جزءاً من العملية الانتاجية. ومن ثم فإن المسؤولية المجتمعية جاءت للتوفيق بين الإعتبارات المتصلة بالمصالح الخاصة ممثلة في حق أصحاب المشروعات الخاصة في تحقيق الربح، والإعتبارات المتصلة بمسئوليتهم الاجتماعية.

ولا شك أن ذلك سيعود بالفائدة على أصحاب الأعمال أنفسهم، فمن المؤكد أن التزام أصحاب الأعمال بمقتضيات المسؤولية المجتمعية من شأنه المساعدة في زيادة أرباحهم على المدى الطويل، كما أن من شأنه المحافظة على أرباحهم الحالية من التآكل، فهو من ناحية أولى يلعب دوراً هاماً في التسويق للمنشأة، ومن ناحية ثانية فإنه يساعد المنشأة على الاحتفاظ بعملائها، كما أنه من ناحية ثالثة، يساعد أفراد المجتمع على التمتع ببيئة نظيفة، وحياة أفضل من جميع النواحي التعليمية والثقافية والصحية، ومن ثم يقدم هذا المجتمع لأصحاب تلك المنشآت عمالاً أكفأ، ومستهلكين أفضل، وجيراناً أوفى. وهو كما يطلق عليه هنري البرت، وروبرت باركت نوع من "الجوار الحسن"، وهذا الجوار يستلزم أمرين: الأول؛ يتمثل في سلوك المنشآت سلوكاً لا يفسد البيئة التي تتجاور فيها مع أفراد آخرين، لهم نفس الحقوق. والثاني؛ يتمثل في التزام تلك المنشآت بمساعدة جيرانها على حل مشاكلهم (٤).

(١) د. أحمد خضر - مرجع سابق - ص ٤.

(٢) د. يوسف ذياب - مرجع سابق - ص ٧.

(٣) في تفصيل ذلك انظر ، د. محمد البادي - مرجع سابق - ص ٥٢ وما بعدها.

(٤) د. محمد البادي - مرجع سابق - ص ٥١، ٥٢. د. أحمد خضر - مرجع سابق - ص ٤

لقد تعددت التعريفات التي قيلت بشأن المسؤولية المجتمعية (١)، وهي وإن اختلفت في المبنى فقد اتفقت في المعنى، ومن أهم التعريفات التي قيل بها في هذا الشأن، ما عرفها به مجلس الأعمال العالمي للتنمية المستدامة، حيث عرفها بأنها الالتزام المستمر من قبل شركات الأعمال بالتصرف بشكل أخلاقي بما يساهم في تحقيق التنمية الاقتصادية ويحسن نوعية الظروف المعيشية للقوة العاملة وأسرههم بالإضافة إلى السكان المحليين والمجتمع ككل (٢).

في حين عرفها البنك الدولي بأنها "التزام أصحاب النشاطات التجارية بالمساهمة في التنمية المستدامة من خلال العمل مع موظفيهم وعائلاتهم والمجتمع المحلي والمجتمع ككل لتحسين مستوى معيشة الناس بأسلوب يخدم التجارة ويخدم التنمية في آن واحد" (٣).

(١) هناك العديد من الاصطلاحات التي اطلقت على مضمون المسؤولية الاجتماعية، حيث اطلق عليه اصطلاح الأهتمام الاجتماعي، وكذلك الضمير الاجتماعي، والمشاركة الاجتماعية، فضلاً عن الاستجابة الاجتماعية، إلا أن اصطلاح المسؤولية الاجتماعية هو أكثر تلك المصطلحات شيوعاً واستعمالاً. د. محمد البادي - مرجع سابق - ص ٥٢.

(2) World Business Council for Sustainable Development (WBCSD).. Meeting changing expectations: Corporate social responsibility. 1999. p 3 UNIDO and The World Summit on Sustainable Development. Corporate Social Responsibility: Implications for Small and Medium Enterprises in Developing Countries. p.5 .

انظر تفصيلاً، جيهان أبو زيد - المسؤولية المجتمعية للقطاع الخاص وتفاعلاته مع المجتمع المدني - ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر "تحديات المسؤولية المجتمعية للقطاع الخاص وتفاعلاتها مع التنمية ومتطلباتها" - ص ٦. انظر أيضاً الدليل الإرشادي للسياسات والإجراءات - إعداد مركز مراس للاستشارات الإدارية - مجلس المسؤولية الاجتماعية بالرياض - طبعة ٢٠١٠ - ص ١٥.

وعرفها Drucker بأنها التزام منظمة الأعمال تجاه المجتمع الذي تعمل فيه. في حين عرفها الباحثان (Pride and Ferrell) بأنها التزام المنظمة بتعظيم أثرها الإيجابي والتقليل من أثرها السلبي على المجتمع. د. يوسف ذياب - مرجع سابق - ص ٦. د. أحمد خضر - المفهوم الاجتماعي للحكومة والمسؤولية الاجتماعية للشركات - بحث منشور على موقع كلية الحقوق جامعة طيبة - سنة ٢٠١٣ - ص ٤

(٣) الدليل الإرشادي للسياسات والإجراءات - ص ١٥. World Bank. Opportunities and options for governments to promote corporate social responsibility in Europe and Central Asia: Evidence from Bulgaria, Croatia and Romania. Working Paper. March 2005.p.1

الضرر الذي تستهدف تعويضه الأولى نشأ عن الإخلال بالتزام عقدي، فهي تستلزم وجود ارتباط بين كل من المضرور والمسئول بعقد سابق لحصول الضرر، بينما المسؤولية التقصيرية تتطلب لقيامها إخلال الشخص بالتزام قانوني (١) فهي تتحقق دون أن يكون هناك أي علاقة تعاقدية سابقة تربط المسئول مع المضرور. وفي الحالتين يتعرض المسئول في المسؤولية القانونية لجزاء مادي ملموس عند ارتكابه لخطأ عقدي (كما هو الحال في المسؤولية العقدية) أو لخطأ تقصيري (كما هو الحال في المسؤولية التقصيرية) (٢). أما المسؤولية الأدبية فهي تقوم على أساس ذاتي محض، فهي مسؤولية للشخص في مواجهة ضميره ومجتمعه وربه، ومن ثم فهي تتحقق ولو لم يقع ضرر على شخص ما أو وجد الضرر ولكنه وقع على المسئول ذاته بحيث يصبح مسئولاً ومضروباً في ذات الوقت (٣)، وفي هذه الحالة يتعرض المسئول في المسؤولية الأدبية لجزاء معنوي يتمثل في وخزات الضمير أو استنكار المجتمع لسلوكه المخالف للمبادئ والمثل الأخلاقية، ولا يستطيع القاضي أن يتدخل في نطاق المسؤولية الأخلاقية لتعويض المضرور ولو تجاوزت أضراره النفسية أضعاف ما قد يحدث له أو لغيره في نطاق المسؤولية القانونية من أضرار مادية أو أدبية (٤). وعلى الرغم من ذلك فإن المسؤولية الأدبية أوسع نطاقاً من المسؤولية القانونية (٥).

وعلى هدي ما سبق يمكن التمييز بين المسؤولية الأدبية والمسؤولية القانونية في الآتي (٦):

١. تقوم المسؤولية الأدبية على عنصر ذاتي وهو الضمير، وهي مسؤولية أمام الله أو أمام المجتمع أو أمام الضمير ذاته، ومن ثم فإن المسئول فيها هو خصم وحكم في الوقت ذاته. في حين أن المسؤولية القانونية تقوم على عنصر موضوعي وهي مسؤولية شخص أمام شخص آخر.
٢. تعد المسؤولية الأدبية أعم من المسؤولية القانونية وأوسع نطاقاً منها؛ وذلك لأنه لا يشترط فيها الإضرار بالغير. بالمقابل لذلك فإن المسؤولية القانونية لا تقوم إلا إذا كان هناك ضرر لحق بالغير الذي يمكن أن يكون فرداً بذاته أو المجتمع بأكمله.
٣. أن المسؤولية الأدبية لا يمكن الإفلات من العقاب فيها، حتى لو أخل الشخص بالتزام أخلاقي في الخفاء؛ وذلك لأنها تقوم على الضمير، والفاعل فيها هو الخصم والحكم. في حين أنه يمكن الإفلات من العقاب في المسؤولية القانونية في حال ما إذا أخل الشخص بالتزام قانوني ولم يعلم المضرور بشخص مرتكب هذا الفعل، وذلك لأن الجزاء في مثل هذه الحال تفرضه السلطة العامة، وإذا لم تعلم هذه السلطة بالمخالفة التي وقعت لا يمكن لها أن تتدخل وتجازي الفاعل.

- (١) د. مصطفى الجمال - القانون المدني في توبه الإسلامي - مصادر الالتزام - الطبعة الأولى - بدون سنة طبع - ص ٥٢٧، ٥٢٨.
- (٢) د. خالد جمال - النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني البحريني - مرجع سابق - ص ٣٢٩.
- (٣) د. عبد الرزاق السنهوري - مرجع سابق - ص ٦١٤.
- (٤) د. خالد جمال - النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني البحريني - مرجع سابق - ص ٣٢٩.
- (٥) د. عبد الرزاق السنهوري - مرجع سابق - ص ٦١٤.
- (٦) الموسوعة العربية - المجلد الثامن عشر - ص ٦١٢ http://www.arab-ency.com/index.php?module=pnencyclopedia&func=display__term&id=12413&vid=33

هذا ولقد دعا الفقه الإسلامي إلى المسؤولية الاجتماعية للأغنياء وشجع عليها، باعتبار أنها نوعاً من الزكاة، والزكاة ركن من أركان الإسلام، وهو ما يظهر جلياً من قول ابن عمر رضي الله عنه سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول "بُنِيَ الْإِسْلَامُ عَلَى حَمْسٍ: شَهَادَةِ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَأَنَّ مُحَمَّدًا رَسُولُ اللَّهِ، وَإِقَامِ الصَّلَاةِ، وَإِيتَاءِ الزَّكَاةِ، وَحَجِّ الْبَيْتِ، وَصَوْمِ رَمَضَانَ" (رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ (رقم: ٨)، وَمُسْلِمٌ (رقم: ١٦)).

٣ - أن المسؤولية الاجتماعية هي التزام أخلاقي يقع على عاتق أصحاب الأعمال، كما يرى أصحاب هذه التعريفات، ومن ثم فهي ذات طابع تطوعي غير إلزامي، وهو ما سيتم تناوله فيما بعد عند الحديث عن التكييف القانوني للمسؤولية الاجتماعية للجامعات الخاصة.

الفرع الثاني

التكييف القانوني للمسؤولية المجتمعية

لا جرم أن المسؤولية هي مرادف للمديونية أو الالتزام، فالالتزام عادة يقابله جزاء إذا لم يتم تأديته، حيث يُعد امتناع الشخص عن الوفاء بالتزامه رضاً سبباً لتحريك المسؤولية ضده (١)، وكذلك الحال إذا أخل الشخص بالتزامه سواء العقدي أو القانوني فيكون ذلك سبباً لتحريك دعوى المسؤولية ضده، ومن ثم إذا خلا الالتزام من ثمة مسؤولية (جزء) خرج من نطاق المسؤولية القانونية وأضحى بمثابة مسؤولية أدبية أو أخلاقية (٢).

والمسؤولية القانونية أنواع عدة، منها المسؤولية المدنية (٣) والتي تقوم كجزاء على فعل موجه ضد أحد الأفراد، وهي نوعان، مسؤولية تقصيرية وأخرى عقدية، وكل من المسئوليتين تقوم على أساس تعويض المضرور عن الضرر الذي أصابه (٤)، إلا أن المسؤولية العقدية تختلف عن المسؤولية التقصيرية، في أن

(١) د. خالد جمال - دروس في أحكام الالتزام في ظل نصوص القانون المدني البحريني - جامعة البحرين - الطبعة الأولى - ٢٠٠٩ - ص ٦٤.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - الجزء الأول - مصادر الالتزام - ص ٦١٣. مع مراعاة أن كثيراً من الالتزامات القانونية كانت في الأصل مجرد واجبات أخلاقية ثم ارتقت مع مرور الزمن وشعور المجتمع بجأجه الملحة لوجودها في مجال المعاملات إلى مصاف الالتزامات القانونية. د. خالد جمال - مرجع سابق - هامش ص ٦٥.

(٣) وهناك أيضاً المسؤولية الجنائية، والتي تقوم كجزاء على فعل موجه ضد المجتمع، فتتحقق متى ما ارتكب شخص ما عملاً يُعد جريمة وفقاً لقانون العقوبات. والغرض منها يتمثل في إزالة الضرر عن المجتمع، وذلك بتوقيع العقوبة الرادعة على الجاني حتى يعتبر به الآخرين ويرتدعون بما أصابه من عقاب، مما يؤدي إلى حماية المجتمع.

(٤) حيث تستهدف المسؤولية المدنية جبر الضرر الذي أصاب المضرور من جراء الخطأ العقدي أو الخطأ التقصيري الذي ارتكب في مواجهته، وتعويضه تعويضاً مالياً يزيل عن كاهله الآثار المادية التي حدثت له أو يخفف عنه على الأقل من وطأة آلامه ومعاناته النفسية، ومن ثم تعني المسؤولية المدنية فقط بإزالة آثار الفعل الضار الذي وقع بالمضرور في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له. د. خالد جمال - النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني البحريني - جامعة البحرين - الطبعة الثانية ٢٠٠٢ - ص ٣٢٨.

المؤسسة الأخيرة التي تسهم في إعداد الفرد وتدريبه لتحمل المسؤولية قبل ولوجه إلى سوق العمل (١) . ولا شك أن التزامات الجامعات الخاصة تجاه المجتمع لا تقف عند حد خدمة المجتمع (أي الشراكة المجتمعية) ، فمما لا جدال فيه أن مفهوم المسؤولية الاجتماعية للجامعات الخاصة أوسع وأعمق بكثير من مجرد الشراكة المجتمعية، حيث تلتزم تلك الجامعات بممارسة مجموعة من المبادئ والقيم (٢) من خلال وظائفها الرئيسية المتمثلة في التدريس والبحث العلمي والشراكة المجتمعية والإدارة المؤسسية. ونستعرض فيما يلي التزامات الجامعات الخاصة من خلال عرض وظائفها الرئيسية:

أولاً: التعليم والتعلم

لا جرم أن التعليم والتعلم بل نوعيته وحدائته هي المهمة والوظيفة الأولى للجامعات، ولا يتوقف دور الجامعة في هذا الشأن على مجرد نقل المعلومة أو توفير احتياجات سوق العمل، وإنما يقع عليها مجموعة من الالتزامات بهذا الخصوص أهمها:

١ - التزام الجامعات الخاصة بضمان إتاحة الفرص المتساوية في التعليم للجميع، بما في ذلك ذوي الاحتياجات الخاصة (٣) والفئات الفقيرة والأقل حظاً في المجتمع. وفي هذا الإطار ينبغي على تلك الجامعات من ناحية أولى (فيما يتعلق بذوي الاحتياجات الخاصة) إنشاء مركز لخدمة هذه الفئة ومساعدتها وتذليل العقبات التي تحول دون تمكنها من مواصلة تعليمها، على أن

(١) د. فخري مصطفى - المسؤولية الاجتماعية للجامعات الفلسطينية نحو دمج ذوي الاحتياجات الخاصة في المجتمع - ص٤. " وتزداد المسؤولية الاجتماعية للجامعات بدرجة أكبر في الاقتصاد الحديث المدفوع بعوامل العولمة والتقدم في تقنية المعلومات والابتكار العلمي والتقني والتنافسية العالمية. وتحتاج الجامعات لتطبيق تقنيات ومعرفة جديدة لمجابهة التحديات العالمية الرئيسية بما فيها تغير المناخ والفقر والصحة والغذاء والصراعات. وأن يكون لديها أهدافاً بعيدة المدى للتحديات التي تواجه المجتمع، وأن تشجع السلام العالمي، وأن تغرس في نفوس الطلاب الفهم والتقدير للثقافات المتنوعة والرغبة في تقديم المساعدة للآخرين وجعل العالم مكاناً أفضل للعيش فيه". انظر البيان الختامي لمؤتمر المسؤولية الاجتماعية للجامعات الذي عُقد في المملكة العربية السعودية - ١٤٣٤ هجرياً

<http://www.mohe.gov.sa/ar/news/Pages/news7-6-1434-2.aspx>

(٢) ومن هذه المبادئ والقيم الالتزام بالعدالة والمصداقية والتميز وتعزيز المساواة الاجتماعية والتنمية المستدامة والاعتراف بالكرامة والحرية للفرد وتقدير التنوع والتعدد الثقافي وتعزيز حقوق الإنسان والمسؤولية المدنية. انظر البيان الختامي لمؤتمر المسؤولية الاجتماعية للجامعات الذي عُقد في المملكة العربية السعودية - ١٤٣٤ هجرياً.

<http://www.mohe.gov.sa/ar/news/Pages/news7-6-1434-2.aspx>

(٣) لا شك أن الخدمة التعليمية التي تقدم للطلاب من ذوي الاحتياجات الخاصة لا تقل أهمية عن الخدمات الأخرى غير التربوية التي تقدم لهم، بل قد تفوق في أهميتها تلك الخدمات، لأن التعليم يمكن الطالب المعاق من تلقي خبرات ومعارف تعينه في جوانب أخرى من حياته، وتؤمن له الاستقلالية التي يسعى لها. وإذا كان الأمر كذلك فيما يتعلق بالتعليم بصفة عامة فإن أهميته في مرحلة التعليم الجامعي تفوق المراحل التعليمية التي تسبقها، وبخاصة لأولئك الطلاب الذين تؤهلهم قدراتهم على الالتحاق بهذه المرحلة الدراسية المهمة، فهي الحلقة التي تؤمن الاستقلال الوظيفي مستقبلاً. ذات المعنى د. فخري مصطفى دويكات - المسؤولية الاجتماعية للجامعات الفلسطينية نحو دمج ذوي الاحتياجات الخاصة في المجتمع - ص٣.

وهنا يثور التساؤل بشأن التكييف القانوني للمسؤولية المجتمعية أو بمعنى آخر هل تعد المسؤولية المجتمعية نوعاً من أنواع المسؤولية المدنية؟ أم أنها نوع من أنواع المسؤولية الأدبية؟

لا ريب أن تحديد التكييف القانوني للمسؤولية المجتمعية للجامعات الخاصة أمر في غاية الصعوبة، فهي قد تكون مسؤولية عقدية، وذلك في الحالات التي تقدم فيها الجامعة خدمة التعليم والتعلم، لارتباطها مع الطلاب بعقد تعليم، وهي في ذلك تلتزم بما تتضمنه سياساتها ولوائحها التنفيذية من قواعد تنظم علاقتها بهؤلاء الطلاب، باعتبار أن هذه اللوائح جزء من العقد المبرم بينهم وبينها.

وهي على الجانب الآخر قد تكون مسؤولية تقصيرية، وذلك في الحالات التي تقدم فيها الجامعة خدمة البحث العلمي، أساسها وجود التزام قانوني يناط بها القيام به، باعتبارها مؤسسة من مؤسسات التعليم العالي، ويتمثل هذا الالتزام، كما تنص عليه لوائح التعليم العالي، في المشاركة في إنتاج المعرفة لخدمة المجتمع وتحسين نوعية وجود الحياة فيه، وذلك عن طريق البحث العلمي الجاد والمبتكر.

ومن ناحية ثالثة، فإن المسؤولية المجتمعية يمكن إدراجها ضمن المسؤولية الأدبية، وذلك في الحالات التي تقدم فيها الجامعة خدمة المشاركة المجتمعية، حيث تقوم الجامعة بالمساهمة في تنمية المجتمع، عن طريق إيجاد مواطنين منتجين ومسؤولين، فضلاً عن تشجيع المشاركة الواسعة في المجتمع المدني وتنمية مهارات ومعارف أفراد المجتمع بشكل عام. والمسؤولية الاجتماعية هنا مسؤولية أدبية لأن القانون لم يرتب عليها آثاراً قانونية، ولم يضع لها جزاءً في حالة الإخلال بها.

ونعتقد بأن المسؤولية المجتمعية للجامعات الخاصة لا يمكن اعتبارها عملاً خيرياً أو تطوعياً، تقوم به الجامعة أو لا تقوم به، وإنما هي مسؤولية قانونية (١)، تتضمن التزامات عدة، كالتعليم والبيئة وحقوق الإنسان والبحث العلمي وغير ذلك من الالتزامات، وهذه الالتزامات هي حقوق للمجتمع، فإذا أخلت بها تلك الجامعات كانت مسئولة عن تعويض المجتمع عن الأضرار التي تحدث له من جراء هذا الإخلال.

المطلب الثاني

التزامات الجامعات الخاصة تجاه المجتمع

لا جرم أن الوظيفة الأساسية للجامعات تتمثل في تطوير قدرات الطلاب ومهاراتهم، وتنمية مواهبهم على نحو يصبحون معه قادة للفكر والرأي، وعناصراً صالحة ومنتجة، ترتقي بها الأمم والمجتمعات. فالجامعات تمثل الأساس الذي تنمو في إطاره السمات الشخصية للمتعلمين، حيث يعدّ التعليم من أهم الروافد التي يتشكل منها فكر الإنسان فيزيده عمقاً واتساعاً، وبوساطته يزداد وعيه الثقافي والسياسي، ودوره الاجتماعي ويساعد على التكيف مع الظروف والمستجدات والمتغيرات التي يواجهها في حياته، كما تعد الجامعات من المؤسسات التربوية الرئيسية في إعداد الشباب لتسلم الدور القيادي والتخصصي في المجتمع، وهي تعد أيضاً

(١) قريب من ذلك، أحمد خضر - مرجع سابق - ص ٥

يقوم هذا المركز بإجراء عملية تقييم دوري للخدمات المقدمة للطلبة ذوي الاحتياجات الخاصة بهدف تطويرها بناء على مستجدات العصر.

كما ينبغي على الجامعات الخاصة العمل على تجهيز مرافقها بما يتناسب مع احتياجات هؤلاء الطلبة وتقديم الدعم المالي والفني لأنشطة وبرامج الجمعيات الأهلية العاملة في مجال رعاية وتربية ذوي الاحتياجات الخاصة. ولا شك أن ذلك من شأنه صهر تلك الفئة في بوتقة المجتمع، بحيث تُعدّ عنصراً فاعلاً ومنتجاً. وليس عالة عليه.

ومسؤولية الجامعة هنا مسؤولية عقدية باعتبار أن الجامعة عند التحاق الطالب المعاق فيها تبرم معه عقد تعليم، وهي تلتزم استناداً إلى هذا العقد بتوفير الخدمات السابق الإشارة إليها، فإذا لم تقم بذلك كان من حق هؤلاء الطلاب إقامة المسؤولية العقدية ضد الجامعة، إذا ثبت وجود خطأ عقدي منها، ومن ثمّ إلزامها بتعويض الطلاب المضروبين.

ومن ناحية ثانية (فيما يتعلق بالفئات الفقيرة والأقل حظاً في المجتمع): تلتزم الجامعات الخاصة بتخصيص منح دراسية للفئات الفقيرة والمهمشة. ولا يشترط أن تكون هذه المنح مجانية بشكل كامل فيمكن أن تكون المنحة في شكل تخفيض للمصروفات المطلوبة منهم أو المساعد في توفير وظائف لهم أو كفيل يساعدهم مادياً على سداد مصروفات الدراسة.

٢ - تلتزم الجامعات الخاصة بضمان ألا تخضع برامجها الأكاديمية والبحثية فقط لمتطلبات سوق العمل، فينبغي أن تستهدف برامجها التنمية البشرية للطلاب وتطوير أفكارهم وثقافتهم ووعيهم بقضايا المجتمع واحتياجاته، كما يجب عليها أن تشجع المناهج متعددة التخصصات لربط العلوم الطبيعية التطبيقية بالعلوم الاجتماعية، والتأكد من شمول برامجها لبعض المقررات المتخصصة التي تسهم في تكوين شخصية الإنسان، ومن ذلك حقوق الإنسان والبيئة ومكافحة الفساد، وأخلاقيات المهنة والبحث العلمي. فضلاً عن التزامها بتعريف الطلاب بالمفاهيم الأخلاقية والمسؤولية الاجتماعية وإدراك التحديات العالمية، وترسخ مفاهيم الشفافية والعدالة والعمل بروح الفريق والقيادة لديهم. الأمر الذي يساعد على الارتقاء بالمجتمع ككل، وخلق جيل جديد يهدف إلى تطوير العلوم والسلوكيات.

٣ - تلتزم الجامعات الخاصة بالعمل على تشجيع برامج التبادل الثقافي والطلابي بين المؤسسات التعليمية في البحرين ونظرائها في البلدان الأخرى، وبذلك يمكن للجامعات المساعدة بقدر أكبر في تعزيز مفهوم التعدد الثقافي وتحسين مهارات فهم الثقافات الأخرى.

ثانياً: البحث العلمي

لا ريب أن البحث العلمي أضحى ضرورة لا غنى عنها في إنتاج المعرفة، وتطوير المجتمع، وتحسين مستوى المعيشة فيه، فهو وسيلة لقيادة المجتمع ليصبح شريكاً ومنتجاً وفاعلاً في الحضارة الإنسانية بدأت العديد من الجامعات في وضعه ضمن أولوياتها، ومن ذلك الجامعات الخاصة التي نجدها دائماً ما تحرص على النص في رسالتها على أن من أهم وظائفها المساهمة في تطوير البحث العلمي، وهي في هذا الإطار لا يقتصر دورها على تشجيع البحث العلمي وتخصيص نسبة من أرباحها لهذا الغرض، وإنما تلتزم أيضاً باتخاذ كل الخطوات اللازمة لتجنب الانتحال والسرقة العلمية (١) في الأوراق البحثية والأطروحات والرسائل وغيرها. الأمر الذي يستتبع التزام تلك الجامعات بغرس قيم الأمانة العلمية في نفوس أساتذتها وطلابها. كما تلتزم الجامعات الخاصة بربط البحث العلمي بحاجات المجتمع والاقتصاد والتنمية بحيث يتم تحويل المعرفة الناتجة عن تلك البحوث إلى منتج صناعي تجاري بدلاً من أن تكون تلك البحوث حبيسة داخل أسوار الجامعة. فلا بد وأن تكون الجامعات مساهماً رئيسياً في التنمية الاقتصادية في المجتمع بما تقدمه من معارف يستفيد منها شركاء المجتمع الآخرين، ومن ذلك الشركات الصغيرة والمتوسطة، والشركات الكبرى، والحكومات، ومن ثمّ الاقتصاد بشكل عام.

ثالثاً: الشراكة المجتمعية

لقد أصبحت الشراكة المجتمعية، وما تقدمه الجامعات الخاصة من خدمة للمجتمع جزء من رسالة الجامعات الخاصة، في مملكة البحرين، وغيرها من الدول، فلا يقتصر دور تلك الجامعات على التعليم وإنتاج المعرفة (البحث العلمي)، وإنما يدخل ضمن مهامها المساهمة في إيجاد مواطنين منتجين ومسؤولين وتشجيع المشاركة الواسعة في المجتمع المدني وتنمية المهارات والاتجاهات لتحقيق ذلك، فتلتزم الجامعات بنقل التقنيات والمعارف الحديثة، والابتكارات إلى المجتمع، فضلاً عن تشجيع أفراد المجتمع على التعليم المستمر. ويتم ذلك عن طريق انخراط طلابها وأساتذتها في خدمة المجتمع، وهو ما يعزز الشعور بالمسؤولية لديهم حيال باقي شركاء المجتمع، ويجعلهم راغبين في العمل على تحسين نمط الحياة لكل فئاته.

إن المؤسسات التعليمية مطالبة دائماً بتحمل مسؤولياتها وأن تجعل كون المسؤولية المجتمعية مؤسسية قضية هامة من خلال الخطط الإستراتيجية بما يمكن من الانتقال من مفهوم الخدمة التطوعية (الخيرية) إلى

(١) وتعتبر السرقات العلمية من أهم القضايا التي تتعلق بالبحث العلمي، حتى أن البعض يعتبرها القضية الأخلاقية الوحيدة في البحث العلمي، وفي هذا المجال نشير إلى المصطلح الذي تبناه البعض، وهو عملية غسيل الأبحاث، تشبيهاً لها بجريمة غسيل الأموال، ويقصد بها السرقة العلمية المباشرة وغير المباشرة، عن طريق تحويل الأفكار أو تعديل السياق أو تغيير الالفاظ. د. عزة عبد العظيم - تقييم الباحثين الأكاديميين لدى الالتزام بأخلاقيات البحث العلمي في مجال الدراسات الإعلامية - ص ٧. بحث منشور على <http://site.iugaza.edu.ps/jdalou/files/02/2012>

مفهوم المسؤولية المجتمعية التي تشعر بها هذه المؤسسات تجاه مجتمعتها .

فالمسؤولية المجتمعية هي ثقافة والتزام ضمن خطط المؤسسات التعليمية الإستراتيجية ،صحيح أن الدور الرئيسي لهذه المؤسسات يتمثل في الرسالة العلمية المعرفية ، إلا أن العصر الذي نعيش فيه قد فرض على هذه المؤسسات التعليمية مسؤوليات وأدوار تتعلق بجوانب الحياة المختلفة وأساسها تنمية المجتمع والنهوض به .

وفي هذا الإطار ينبغي أن تتجدد وتتطور صيغ المشاركة بين الجامعات والمجتمع من خلال تطوير مافوق قائم من صيغ ، واستحداث صيغاً جديدة تلبى احتياجات ومتطلبات هذا التطور .

الخاتمة

يتضح لنا مما سبق أن المسؤولية الاجتماعية حظيت بتعريفات متعددة ومتنوعة، بسبب حداثة نشأتها، وهي تركز على ضرورة إيجاد نوع من التوازن ما بين مصلحة المجتمع ككل ومصلحة المؤسسة والمتعاملين معها، وذلك من خلال أمرين، الأول: عدم تعمد تلك المؤسسات إلحاق الضرر بالمجتمع نتيجة لممارستها لأنشطتها وأعمالها المختلفة، أما الثاني فيتمثل في عمل تلك المؤسسات على تحقيق رفاهية المجتمع والارتقاء به.

ومن ثم يمكن تحديد مضمون المسؤولية الاجتماعية للجامعات الخاصة بالالتزام بالقيام بمجموعة من الأعمال التي الزمها بها القانون (وهي التعليم والتعلم، والبحث العلمي، وخدمة المجتمع) أو أرسنها القواعد الأخلاقية السائدة في المجتمع، والتي تتحمل من خلالها آثار أنشطتها السلبية على المجتمع من جانب، والمساهمة في تنميته وتحسين مستوى معيشة أفراد من جانب آخر. والتي يكون الإخلال بها سبباً للإلتزام بتعويض الأطراف المضرورة.

فلا ريب أن المسؤولية الاجتماعية للجامعات الخاصة لا تقتصر على مجرد المشاركة في الأعمال الخيرية (وهو سلوك أخلاقي) وإنما هي تشمل أيضاً الإلتزام بالأنظمة والقوانين المتبعة، سواء ما يتعلق منها بالنواحي الصحية والبيئية أو ما يتعلق بحقوق الإنسان والتي من ضمنها حقوق العاملين فيها والإلتزام بالمنافسة العادلة، والشفافية في العمل، ومكافحة الفساد المالي والإداري والأخلاقي، هذا فضلاً عن الإلتزام بتحسين الخدمة التعليمية والبحثية.

التوصيات:

لكي تتمكن المؤسسات التعليمية الخاصة من القيام بدورها في المسؤولية المجتمعية ، فإن هناك بعض التوصيات التي نراها قد تسهم في تفعيل هذا الدور:

١- من الضروري أن يهتم الأكاديميون والباحثون بالمسؤولية المجتمعية في بحوثهم ومؤلفاتهم ودراساتهم ، وذلك للرفي بثقافة الأفراد والمؤسسات و بهذه المسؤولية المجتمعية بشكل عام ، والمسؤولية المجتمعية للجامعات الخاصة على وجه الخصوص .

٢- ينبغي أن تضع الجامعات الخاصة نصب عينها أن تكون المسؤولية المجتمعية مؤسسية وذلك بتضمينها خطة كل جامعة (ضمن خطتها الإستراتيجية) اعتماداً على دراسات وبحوث للوقوف على احتياجات المجتمع بشكل دائم .

٣ - ضرورة أن تكون هناك إدارة متخصصة في الجامعة تعنى بالمسؤولية المجتمعية ومتابعة هذا الأداء بشكل مستمر .

٤- أن تعقد مؤتمرات متخصصة بشكل دوري لمناقشة الأسس العامة للمسؤولية المجتمعية للجامعات ، وعرض التجارب الناجحة لتقويمها وتطويرها وتعميمها في هذا الصدد .

المراجع

١- د.أحمد خضر ، المفهوم الإجتماعي للحوكمة والمسؤولية الإجتماعية للشركات ،بحث منشور على موقع كليات الحقوق جامعة طيبة ، ٢٠١٣ .

٢- د . جيهان أبو زيد ، المسؤولية المجتمعية للقطاع الخاص وتفاعلاته مع المجتمع المدني ، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر "تحديات المسؤولية المجتمعية للقطاع الخاص وتفاعلاتها مع التنمية ومتطلباتها .

٣- الدليل الإرشادي للسياسات والإجراءات ، إعداد مركز مراس للإستشارات الإدارية ، مجلس المسؤولية المجتمعية بالرياض طبعة ٢٠١٠ .

٤- الموسوعة العربية ، المجلد الثامن عشر

www.arab-ency.com

٥- الأمانة العامة لاتحاد غرف دول مجلس التعاون الخليجي ، ورقة عمل بعنوان "مساهمات الغرف التجارية الخليجية في المسؤولية الإجتماعية" ، مقدمة إلى مؤتمر " تحديات المسؤولية المجتمعية بالقطاع الخاص وتفاعلاتها مع التنمية ومتطلباتها " الفترة من ٢٦-٢٧ مايو ٢٠١٢ .

٦- د.خالد جمال ، دروس في أحكام الإلتزام في ظلل نصوص القانون المدني البحريني ، مطبوعات جامعة البحرين، ٢٠٠٩ .

٧- د.خالد جمال ، النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني البحريني ، مطبوعات جامعة البحرين ٢٠٠٢ .

- ٨- د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام .
- ٩- د. عزة عبد العظيم ، تقييم الباحثين الأكاديميين مدى الالتزام بأخلاقيات البحث العلمي في مجال الدراسات الإعلامية ، بحث منشور على site.jugaza.edu.ps/jdalou/files/2012
- ١٠- د. فخري مصطفى ، المسؤولية الاجتماعية للجامعات الفلسطينية نحو دمج ذوي الاحتياجات الخاصة في المجتمع .
- ١١- البيان الختامي لمؤتمر المسؤولية الاجتماعية للجامعات الذي انعقد بالمملكة العربية السعودية ١٤٣٤ هـ www.mohe.gov.sa/ar/news/pages/news7-6-1434-2
- ١٢- د. محمد البادي ، العلاقات العامة والمسؤولية الاجتماعية ، مكتبة الأنجلو المصرية ، الطبعة الأولى ١٩٨٠ م .
- ١٣- د. يوسف ذياب عواد ، دليل المسؤولية المجتمعية للجامعات ، جامعة القدس المفتوحة - رام الله ، ٢٠١٠ .
- 14-Paul Hohnen - corporate social responsibility- An Impl -
mentation Guide for Business - OP - P.1
- 15-world Bank opportunities and options for governments to promote corporate social responsibility in Europe and central Asia: Evidence from Bulgaria Croatia and Romania. Working paper March 2005 .p.1

البحوث بالإنجليزية



مقال بالإنجليزية





Piercing the Corporate Veil ◁Comparative Perspectives to the Bahraini, English and American Legislative and Judicial Practice▷

*By Ameera Hasan AlTaan
LLM, Queen Mary, University of London
Legal Counselor, Bahrain Chamber of Commerce and Industry*

Introduction:

For the sake of purifying the smooth flow and continuation of companies' business without disturbing the interests of its members, the services, and the interests of society in large, and for the purpose of maintaining prevailing commercial and corporate quality in the country without tampering with fraud and deceptive methods, comes this comparative research, which highlights, from legal point of view, the issue of piercing the corporate veil of a company -in whatever form it choose to be established- whenever it has proven to be used as a shield or veil to pass personal or illegitimate purposes contrary to the purposes of the law and regulations. This paper reflects the latest amendments to the Bahraini Commercial Companies Law, with some practical applications, and comparing it with the prominent issues raised in the English and American courts and jurist opinions.

The major effect of piercing is that a company's partners will no longer be able to rely on the corporate shield –especially in the limited liability company- when they are planning to use this corporate shield to hide the real rooted reason of their doubtful actions or omissions and therefore they might be liable in their own funds.

We will discuss various cases of corporate veil piercing as well as the surrounding issues that revolve around how to get closer to the shareholder, director, owner's personal monies, such as the extent of the auditor's responsibility, and whether the insurance on director's liability will stand or not, we will also mention new concept, which is the "reverse piercing" where the American lawyers might tend to apply for reasons of achieving the justice and fairness. The areas of international arbitration, especially the international investments arbitrations pose a tremendous importance because of its complexity and the difficulty of Enforcing the arbitration award.

The purpose of this research is not to integrate a plan of action with regard to the multiple aspects in this tremendous area of law, but to highlight the relevant important legal provisions that clarify the importance of the members of boards of directors or managers' conduct based on the utmost

expected duties that fully affect their individual and collective interests in the community.

The scope of the research:

The research is limited to the Bahraini, English and American legislative and judicial practice. There is limited reference to arbitration –particularly international arbitration.

Brief content:

As a brief description of the content, we will start with defining the “Corporate Veil” as the basic rule and the “corporate veil piercing” as an exception and in which types of companies it will apply. We will discuss also the latest principles of the Case law in English and American Law, in addition to discussing briefly the surrounding issues as aforesaid mentioned in the introduction.

1. Shortcut definition of “Corporate Veil”

The most important outcome of establishing a company is the legal existence as it has independent personality from its partners, this was not recognized from the outset, as evidenced by the old legal regulations, there were no separation of company’s accounts and its partners receivables. The emergence of companies and different trade relations in the Middle Ages intensify the need to separate the company’s accounts from the partners’ personal funds and to consider the company as an independent personality autonomous from its partners and its monies shall be the guarantee to creditors, a matter that improves monitoring of the companies’ overall business.

In English Law, there is a correlation between two ideas; the first one is the (Incorporation by registration which was introduced in 1844) and the second idea is the (limited liability of a company) which was followed in 1855. Subsequently in 1897 in *Salomon v. Salomon & Co. Ltd.* the House of Lords effected the principles of corporate entity and limited liability into the English law where it has been decided that a company is a distinct legal person entirely different from the members of that company (shareholders, officers, directors...etc.) with separate rights and liabilities. Some argue that it is a vital fiction in the sense that individuals might balk at launching new ventures if it meant their personal assets were readily at risk .

Of course, the doctrine was recognized much earlier than in *Salomon*, see, for instance, *Edmunds v Brown and Tillard* (1668), where members were held not liable on the bond of a corporation after its dissolution, and *Foss v Harbottle* 1843. The true significance of *Salomon’s* case in its more immediate context is that it confirmed the legitimacy of the “private” company and paved the way for its recognition by statute in 1907 .

(1) See: *Piercing the Corporate Veil, when is too much fiction a bad thing?* By will Hill Tankersley and Kelly Brenan, the *Alabama Lawyer*, January 2010. Vol. 71, No.1.

Cases and materials in Company Law, LS Sealy, Seventh edition, Oxford University Press.

Therefore, it is deeply rooted that a corporation or a company is treated as a separate legal person, which is solely responsible for the debts it incurs and the sole beneficiary of the credit it is owed, therefore, many business owners or partners establish their ventures under a corporate structure in an effort to protect their personal assets from claims made by internal and/or external intervening factors, and therefore any liability incurred by the company does not extend to its shareholders (beyond any money paid for the purchase of their shares), and its directors (beyond any personal liability, which they might have, for violation of their duties as directors of the company). This, in a nutshell, creates the sense of “corporate (fictional) veil” as a fundamental legal term to intensify that assets and liabilities of a corporation are separate from the assets and liabilities of its shareholders and that this rule protects shareholders from being liable personally for the company’s debts and other obligations.

This article firstly explains what is understood by the terms corporate veil’s piercing. Secondly, it discusses several English Law cases that are dealing with this issue and how it has developed over time. Thirdly, it compares this doctrine with the approach accepted in the American Law and discusses the doctrine under the Bahraini Law especially under the new amendments of the current Commercial Companies Law. It also deals with some economic implications of lifting the corporate veil.

“Piecing the Corporate Veil” (The exception of the rule):

In the English Law, although the Salomon principle has never been doubted, however, under certain circumstances the courts may be poised to disregard this principle and “lift the corporate veil.” Nevertheless, the cases in which the courts have allowed the veil to be lifted are difficult to predict and no clear set of principles has emerged yet.

From the creditors’ point of view, the consequence of the limited liability principle is that creditors’ claims are restricted to the company’s assets and cannot be asserted against the shareholders’ assets. On the other hand, shareholders benefit from the limited liability principle because (i) once the business is successful, it is them who gain the profit, and (ii) in the event that the company is wound up their liability would be limited only to the value of their unpaid shares or their guarantee; i.e. the satisfaction of unsecured creditors’ claims is endangered without shareholders being responsible.

All in all, if a company has been legally “pierced,” then the corporation shield will be disregarded and its constituent members will be held personally liable in their own funds. (2)

(2)http://nationalparalegal.edu/public_documents/courseware_asp_files/businessLaw/Directors&Officers/PiercingCorporateVeil.asp

This triggered if sufficient reason for piercing occurred, such as when “the notion of legal entity is used to defeat public convenience, justify wrong, protect fraud or defend crime. Some has expressed that the law will regard the corporation as an association of persons.” (3) Others said that this is the most litigated issue in corporate law .” (4)

The phrase “piercing the corporate veil” was described in a case in 1973 as “now fashionable”. (5) In 1987, the phrase “lifting the corporate veil” was referred to as being “out-of-date”. (6) The English courts expressly separate the meaning of the two phrases. Staughton LJ, in *Atlas Maritime Co SA v Avalon Maritime Ltd*,(7) stated that: “To pierce the corporate veil is an expression that I would reserve for treating the rights and liabilities or activities of a company as the rights or liabilities or activities of its shareholders. To lift the corporate veil or look behind it, on the other hand, should mean to have regard to the shareholding in a company for some legal purpose.” In Australia, the distinction between the meaning of the two phrases is perhaps not as widely recognised, with courts sometimes referring to lifting when the effect is piercing.(8)

Young J, in *Pioneer Concrete Services Ltd v Yelnah Pty Ltd*,(9) defined the expression “lifting the corporate veil” as meaning “[t]hat although whenever each individual company is formed a separate legal personality is created, courts will on occasions, look behind the legal personality to the real controllers.” It is important to note that courts may refer to “lifting” or “looking beyond” the corporate veil at any time they want to examine the operating mechanism behind a company. Although the ultimate effect of piercing is to “look beyond the corporate veil”, (10) we use the phrase “piercing the corporate veil” in preference to the phrase “lifting the corporate veil”, in order to reinforce their separate meaning.

However, in the course of reading cases in this area you will find the process variously described as “peeping”, “penetrating”, “parting”, “lifting” or piercing the veil of incorporation . (11)

(3) *United States v. Milwaukee Refrigerator Transportation Co.*, 142 F. 247. 255 (7th Cir. 1905)

(4) Thompson, *Piercing The Veil Within Corporate Groups: Corporate Shareholders As Mere Investors*, 13 *Conn.J.Int'l L.* 379, 383 (Spring 1999).

(5) *Brewarrana v Commissioner of Highways* (1973) 4 SASR 476, 480 (Bray CJ).

(6) *Walker v Hungerfords* (1987) 44 SASR 532, 559 (Bollen J).

(7) *Atlas Maritime Co SA v Avalon Maritime Ltd (No 1)* [1991] 4 All ER 769.

(8) See, for example, *Commissioner of Land Tax v Theosophical Foundation Pty Ltd* (1966) 67 SR (NSW) 70 (NSWCA, Herron CJ, Sugerman and McLelland JJA).

(9) *Pioneer Concrete Services Ltd v Yelnah Pty Ltd* (1986) 5 NSWLR 254 (SCNSW, Young J).

(10) *Briggs v James Hardie & Co Pty Ltd* (1989) 16 NSWLR 549, 558 (Rogers AJA).

(11) Alan Dignam and John Lowry, *Company Law*, Oxford University Pressm 4th edition, page 30.

1.1 Types of entities conferring their members a limited liability:

Usually, the concept of piercing the corporate veil accompanies the “limited liability companies” or the companies that has the abbreviation of “LLC” in some countries, where this abbreviation stands as a warning to the third parties who may be dealing with that company that the liability of its members is limited to their contribution in the company’s capital, and other certain types of companies. But, it is vital to say that although joint stock companies, either public or private, do not have the abbreviation of “LLC” attached to them, the liability of their shareholders is also limited to their shareholding subscription in the issued share capital of the company in question. The concept of limitation of liability of shareholders in public joint stock companies has had a positive impact on encouraging public stock market investment and has boosted the concept of the initial public offering as an indispensable source of corporate finance .(12)

In some jurisdictions, there are reasons (13) , based upon principles of economic efficiency, can be provided for why companies are granted limited liability .(14) Firstly, limited liability decreases the need for shareholders (we call them partners in Bahrain) to monitor the managers of companies in which they invest because the financial consequences of company failure are limited. Shareholders may have neither the incentive (particularly if they have only a small shareholding) nor the expertise to monitor the actions of managers. The potential costs of operating companies are reduced because limited liability makes shareholder diversification and passivity a more rational strategy. Secondly, limited liability provides incentives for managers to act efficiently and in the interests of shareholders by promoting the free transfer of shares. This argument has two parts to it. The first part is the free transfer of shares is promoted by limited liability, because, under this principle the wealth of other shareholders is irrelevant. If a principle of unlimited liability applied, the value of shares would be determined partly by the wealth of shareholders. In other words, the price at which an individual shareholder might purchase a share would be determined in part by the wealth of that shareholder which was now at risk because of unlimited liability. The second part of the argument is derived from the fact that if a company is being managed inefficiently, shareholders can be expected to be selling their shares at a discount to the price which would exist if the company were being managed efficiently.

(12) <http://www.tamimi.com/en/magazine/law-update/section6-/october2-/piercing-the-corporate-veil-under-the-uae-companies-law-when-can-shareholders-be-responsible.html>

(13) Ian M Ramsay and David B Noakes, *Piercing the Corporate Veil in Australia*, 19 *Company and Securities Law Journal* (2001).

(14) These reasons are drawn from F Easterbrook and D Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law*, 44-41 ,1991.

In the area of piercing the corporate veil in Bahrain as will be discussed later, the law has only mentioned the Joint Stock Company, the Limited Liability Company and the Single Person Company, the other types of companies will be mentioned because, as seen above, they are treated in most of their provisions with one of those three types.

Actually, the issue of single person company is getting an intense attention. The ability to specify whether the corporate veil should be pierced could be difficult sometimes but of course not impossible. If we take an example –as mentioned by some authors in other jurisdictions- of a defendant convicted of a drug trafficking offence who earns his living by a legitimate manufacturing business which he owns and which is incorporated as a limited company. In the absence of anything untoward relating to the company the income of the company is not income of the defendant and so, for example, the “criminal lifestyle assumptions” – as in some jurisdictions- cannot be applied to the deposits into the company bank account. The Bahraini Companies Law mentioned –expreselly- in (Article 296) in the Single Person Company the situation that, “If the capital owner liquidates the company or suspends its activities, in a mala fide manner, before the expiry of its term or before the realization of its objectives he shall be liable for its obligations to the extent of his personal property. He shall also be liable to the extent of his personal property if he does not separate his personal interests from the interests of the company”.

If we discussed the other types of companies, it is worth mentioning that the Bahraini Companies’ Law has specified that in the General Partnership Company in Article (35), “The Company’s creditors shall have a claim on the company’s assets, and shall have also a claim on the private assets of any partner who used to be a member of the company at the time of contracting. All partners shall jointly be liabl towards the company’s creditors, and any agreement to the contrary shall not be valid towards third parties”.

The law, to the same effect, classified the Limited Partnership Company in the same category of the General Partnership Company, and that the Limited Partnership By Shares Companies are treated - as per Article 249- the same as the Joint Stock Company.

There is only one part left- excluding the “Association in participation” company- which is the “holding company”, and in accordance with Article (304) of the Bahrain Law, it ”shall be subject to the provisions regulating the company which it has taken its form as well as its provisions set out in this law to the extent that they do not conflict with the provisions of this Part”. Article (299) of the Law stated that: ”A holding company must own

more than half the capital of the affiliated company. It may take one of the following forms:

- i. A joint-stock company
- ii. A limited liability company
- iii. A single person company.

2. Introducing the doctrine of Piercing the Corporate Veil in Bahrain:

The doctrine of piercing the corporate veil has been endorsed in the new amendments to the current Bahraini Commercial Companies' Law of 2001, the new amendments is effective under the Law no. (50) of 2014. This should be interpreted with other commercial and civil common principles such as the principal and agent theory, direct liability for affiliate's own torts, interference with contracts, and fraud, taking into account that the current law has also mentioned this doctrine to a reasonable extent, as will be highlighted later.

Article 18bis of the new amendments outlined the circumstances for veil piercing as follows:

Article (18bis)

a) The promoter (founder), partner, capital owner, the company's manager or the member of the board of directors in the shareholding company (Joint Stock Company), closed shareholding company, limited liability company or single person company, as the case be, shall be liable to the extent of all his funds for any damages that may be sustained by the company, partners, shareholders or third parties, in any of the following cases:

1. If he has provided false or untrue particulars about the company's capital in its Memorandum or Articles of Association or in its dealing with third parties, or in any of its documents, which would prejudice financial confidence in the company.

2. If he uses the company for fraudulent or illegitimate purposes.

3. If he treats the company's funds as his own personal funds.

4. If he does not separate his personal interest from the company's interest.

5. If he causes incurring obligations by the company despite the fact that he certainly or purportedly knows that the company is not able to perform such obligations on their maturity, or if such obligations have been incurred due to his gross negligence or wrongdoing.

6. If he causes the company's inability to pay the taxes and fees due to government or to public entities or organizations, and he knows certainly or purportedly this, or if the company's inability to pay such taxes and fees is due to his gross negligence or wrongdoing.

7. If he violates the provisions of the Law or the company's Memorandum or Articles of Association.

The Law goes on to put some other guidelines on the liability, in order to scrutinize the situations that might surround the doubts of veil piercing as follows:

b) Liability shall not be precluded if the violation has been committed as a result of a resolution adopted during the meeting of the board of directors, the constituent assembly or general assembly, unless he opposed the resolution that gave rise to the liability and recorded his objection in the minutes of the meeting. The absence of a member from the meeting in which the resolution was passed shall not be a reason for exemption from liability, unless he proves his lack of knowledge of the resolution or that he had knowledge of it but was unable to object to it.

c) The liability referred to in Paragraph (a) of this article shall either be personal relating to the promoter, partner, capital owner, manager or member of the board of directors, or joint in case of severalty of those who committed the violation.

The above texts are self-explanatory to the meaning and guidelines mentioned.

The prongs that the Veil Piercing doctrine consists:

2.1 In the Bahraini Law:

The above mentioned seven events are the prongs of the doctrine in the Bahraini Law, it is suggested to refer to no. 2 as per the above-mentioned article as (fraud or facade), no. 3 as (alter ego) and no. 4 as (instrumentality), these terminologies are being used in other jurisdictions as will be explained later on. The other events of veil piercing could be briefed as follows:

1- Providing false or untrue information that are prejudicing the financial confidence in the company.

2- Incurring obligations on the company while the inability to meet them existed.

3- Mismanagement (willfully or negligently): (1) Inability to pay tax or formal fees to a reason belongs to him/her. (2) Violating the law and/or the Articles or Memorandum of Association.

Moreover, the Bahraini Law put additional guidelines in order to promote the good management conduct such as the need for an explicit opposition to the meeting's resolution where the violation was decided in. Another hurdle is that the absence from a meeting where the violation was decided should not stand as an excuse, because the due diligence gestures should be taken. It is very important to mention that the above guidelines were already –to some extents- mentioned in the current Bahrain Commercial Companies Law of 2001 in Article 185-186 concerning the Joint Stock Company, in which it stated that:

Article 185: “The chairman and the members of the board shall be jointly liable before the company, the shareholders and third parties for all acts of

fraud and misuse of powers and any violation of the law or the company's articles of association and for mismanagement. Any condition to the contrary shall be null and void. A decision by the general assembly absolving the board of directors of liability shall not preclude instituting action of liability against it”.

Article 186:” The liability referred to in the foregoing paragraph shall be either personal relating to a specific member or joint for all board members. In the last case the members shall be jointly liable for paying compensation unless some of them has objected to the decision causing the liability and put their objection on the minutes of the meeting. The absence of a member from the meeting, in which the resolution was passed, shall not be a reason for exemption from liability unless he proves that he was unaware of the resolution or that he was aware of it but was unable to object to it. If more than one member commit the wrongdoing, they shall be jointly liable towards the company. The liability actions shall be time-barred after the elapse of five years from the date of the general assembly meeting at which the board of directors reported on its management”.

The abovementioned prongs, especially the one relating to fraud and other deceptive manner, mismanagement and non-compliance with the provisions of law and the required regulations as will be discussed later on does not exclude the criminal liability. It is with due importance to mention the enriched-examples mentioned in the Bahrain Penal Code that already punished similar events, we can take Articles 403,404, 405 and 406. Article 403 mentioned the penalties of every bankrupt trader who caused losses to his creditors “if his personal or domestic expenses are of an extravagant nature. Second: if he spends substantial sums of money in gambling or in fraudulent or speculative activities. Third: If he purchases goods for sale below the prices thereof, borrows funds, issues financial instruments or uses such other methods as may involve severe losses but seeking to obtain funds with a view to delaying the adjudication of his bankruptcy. Fourth: if he attempts, after ceasing to make payment, to satisfy debts owed to one creditor to the detriment of all the creditors”.

Article 404 mentioned the penalties of every bankrupt trader who is deemed to be bankrupt by default in any of the following events “First: if he enters into a contract in favor of a third party and without consideration offering substantial undertakings compared with his financial position at the time of giving such undertakings. Second: if he does not maintain commercial books or if his books are incomplete or not properly maintained so as to reflect the truth of his liabilities or entitlements or if he does not make the required stock-taking according to the Commercial Law. Third: if he does not comply with the regulations governing the Commercial Registry.

Fourth: if he fails to present a statement for ceasing to make payment on the date specified for this purpose in the Commercial Law, if he fails to submit the balance sheet or if there is proof as to the incorrectness of the details furnished by him after ceasing to make payment in accordance with the said Law. Fifth: if he fails to personally appear before the Bankruptcy Judge or to provide the details and information requested by the said judge or if such details are found to be incorrect. Sixth: if he allows, after ceasing making payment, a special privilege to one of his creditors with the intent of gaining his agreement to a settlement. Seventh: if he was declared bankrupt yet again before fulfilling the undertakings arising from a previous settlement”.

Article 405 mentioned the penalties for the commercial companies that should be declared bankrupt and its members should be liable if “If they assist in the Company’s cessation to make payment by making a false announcement concerning the subscribed or paid-up capital, by publishing an incorrect balance sheet, by distributing false dividends or by taking by way of deceit for their account what is in excess of what they are entitled to under the Company’s Memorandum of Association”.

Article 406 discusses the responsibility of the concerned persons “if they willfully neglect the publication of the Company’s Memorandum of Association in the manner laid down by the law. Third: If they commit acts in contravention of the Company’s Articles of Association or if they ratify and confirm such acts”.

The above text-based examples could be used as a presumptions that turns the burden of proof to the potential responsible individuals, taking into account the definition of fraud provided in the Bahrain Civil Code of 2001, in which it mentioned in Article (90) that: ”Lies or intentional silence on the part of one of the parties as to a fact or as to the accompanying circumstances shall constitute fraudulent misrepresentation if it can be proved that the contract would not have been concluded by the other party had he had knowledge thereof”.

The areas of “alter ego” and “instrumentality” that promote the possibility of veil piercing is mentioned in the Bahrain Bankruptcy Law particularly in Article no. 15 which stated that: “Where a petition of bankruptcy of a company is submitted, the Court may adjudicate the bankruptcy of any person who conduct business operations for his own account by using the company name and disposing of the company’s properties as his own”.

Holding the managers of the Limited Liability Company’s liable in their private property is mentioned in current company law of 2001 in Article (263) which stated that “The name of the company shall be followed by the phrase (with Limited liability). Such particulars shall be mentioned in all

the company's contracts, invoices, advertisements, papers and publications, or else the company's managers shall be jointly liable to the extent of their private property towards third parties". Another examples of joint-liability is already mentioned with regard to the Joint-Stock Companies and the Holding Comapnies such as those mentioned in the margin (footnote). (15)

(15) Article (108) of the Company Law Law which stated that: "If a joint-stock company is incorporated in a way incompatible with the law, any concerned party may request the company to undertake the necessary correction within one month from the date of his request. If the company does not affect the required correction within this period, the concerned person can claim at the High Civil Court the nullity of the company within one year from the date of incorporation. However, the shareholders shall not use the nullity of the company as an excuse against third parties. The company shall be liquidated as a going concern without prejudice to the right of any concerned party to institute legal proceedings for joint liability against the founders, the members of the first board of directors and the first auditors". Also, Article (130)"In the case of offering new shares for public subscription, a prospectus shall be issued containing, in particular, the following details:

1. The reasons of the capital increase.
 2. The resolution of the extraordinary or the ordinary general assembly, as the case may be, authorizing the capital increase.
 3. The capital of the company at the time of issuing the new shares, the amount of the proposed increase, the number of the new shares and the issue premium, if any.
 4. A statement on the in-kind shares, if any.
 5. A statement on the average profits distributed by the company during the three years preceding the capital increase.
 6. A declaration from the auditor certifying the details mentioned in the prospectus.
- ii. The chairman of the board of directors and the auditor shall sign the prospectus and shall be jointly liable for the accuracy of the details contained therein". The same applies in Article 143 in the case of the call for public subscription for the loan bonds.

Another example is Article (115) which stated that:

"i. The shareholder shall pay the value of the shares on the due dates. Interests shall be charged for the delay in payment once the date falls due without the need for serving a notice.

ii. If a shareholder fails to pay a due installment, the board of directors shall be entitled to sell the share after serving a notice to the defaulting shareholder by registered mail with a delivery note. If the shareholder does not pay the amount within ten days from the date of receiving the notice, the company may sell the share in the Bahrain Stock Exchange or in a public auction. However, the defaulting shareholder may pay the due installment until the date of the auction in addition to the expenses incurred by the company.

iii. The company shall recover from the proceeds of the sale the delayed installments and expenses and refund to the shareholder any excess amounts. If the proceeds fall short of the company's entitlements the company shall claim the difference by using the ordinary methods". And I assume the "ordinary methods" as mentioned earlier is to refer to the personal monies of the shareholder.

It is important also to highlight that the "holding company", in order to implement the provisions of piercing the corporate veil, a holding company must own more than half the capital of the affiliated company and it should be established mainly to:

- i. To manage its affiliated companies or to participate in the management of other companies in which it has shares, and to provide the necessary support for such companies.
- ii. To invest its funds in shares, bonds and other securities.
- iii. To own real estates and other assets necessary for undertaking its activities within the limits permitted by law.
- iv. To offer loans, guarantees and financing to its affiliated companies.
- v. To own industrial property rights including patents, trade and industrial marks, concession and other intellectual rights, and to use and lease them to its affiliated companies or to other companies.

• **Liability arising from the control of the holding company over its subsidiaries:**

The holding company must own more than half the capital of the affiliated company. It may take one of the following forms: (A joint-stock company) – (A limited liability company) – (A single person company), and because of that the holding company should be treated as per the form it takes among the three mentioned above, then it is the need to insert the same provisions of veil piercing, but the minor difficulty came if the losses, errors, defaults, mistakes, mismangemnets or violations came through the subsisdary company affiliaterd to it. This isuuse is governed by these condiotins :(16)

1. The existence of the parent company.
2. The existence of a subsidiary company or companies where the parent company contributes to a large proportion of the company's shares.
3. That the parent company controls the subsidiaries through owning a large percentage of its shares.
4. That the subsidiary company shall enjoy independent legal personality from the parent company.

As mentioned above, the subsidiary company enjoys an independent legal personality from the holding company, but this independence is only legal and not realistic; the holding company actually manages an integrated economic projects, and this project which it sits at the helm of it, allows it to impose administrative and financial control over its subsidiaries, and that is what the legal basis for the responsibility of the holding company for the debts of the subsidiary company comes from, i.e. because it is the major contributor to the company's capital, enabling it to appoint members of the Board of Directors, or dismiss them, and then to control the decisions of the board.

However, we are of the opinion that there is no need to resort to such a justification to establish the responsibility of the holding company for the subsidiary company's debt; because, a holding company with subsidiaries form an integrated economic unit combine to have all financial accounts, especially when the company is a wholly-owned Holding Company where its budget clearly shows that - this budget- is only a combine pool of accounts

(16) مدى مسؤولية الشركة الأم الأجنبية عن ديون شركتها الوليدة المصرية ” دراسة في بعض جوانب الإفلاس الدولي لمجموعة الشركات - (16) متعددة الجنسيات (القسم الأول والثاني) . د. شريف محمد غنام - مجلة الحقوق- مجلس النشر العملي - جامعة الكويت - العدد الأول والثاني - السنة السابعة والعشرون - ربيع الآخر 1424 - مارس و يونيو 2003

of the holding company and its subsidiaries. This means that there is a financial and economic integration between the holding company and its subsidiaries. This is why some tend to say that the court may, in the case of subsidiaries' debt, take collective action against all the companies (holding and subsidiary companies), as one economic unit, although both of them are an independent company, because the independent legal personality for each of these companies is only a symbolic figure that does not exist in reality.

Finally, it must be pointed out that the Bahraini Companies Law has shown, clearly, the financial unity of the holding company and its subsidiaries when it ruled in Article (303) that, "A holding company shall prepare at the end of each financial year an aggregated balance sheet and profit and loss accounts for it and all its affiliated companies together with the notes and statements thereon in accordance with the international accounting principles".

2.2 The application of such doctrine in the courts:

Most of the cases in the Kingdom of Bahrain's Cassation Court are mostly relating to the limited liability company in which the directors (partners or managers) will be held liable in their personal monies for their willful or negligent actions or omission to comply with laws and regulations, and most of them were relating to the old Commercial Company Law of 1975 (i.e. before the current Commercial Companies Law of 2001), we can take some examples without disclosing the names of the parties as follows:

Appeal no. 32 of 1997, case no. 2/ 1988/ 2394/ 8 (17), the Cassation Court established that: "Managers in the limited liability company are liable to third parties for violation of provisions of the law and the mismanagement according to the text of articles 156, 157 and 235 of the Commercial Companies Law 1975 on the basis of the provisions of the tort, and they should be held personally liable for their own mistake and if they multiply, they should be jointly held responsible in solidarity to compensate third parties for damage caused as a result of this default , if it was manifested from the company's Memorandum of Association that the management was given to the appellant (the manager) and another partner without specifying the authority of each of them, and that the First Instance Court's judgment assessed the evidence based on the expert's report that the managers of the company did not renew its registration in the commercial register since

تاريخ الجلسة 1997-9-28 - مكتب فني 8 - رقم الجزء 1 - رقم الصفحة 397 (17)

1982 and never have appointed an auditor to their accounts as requested by the texts of the Memorandum of Association and did not submit to the Ministry of Commerce any of the company's annual budget or an account of profits and losses or an annual report on its activities and its financial position as Article 243 of the Commercial Companies Law required. The company's presence was not in the same as the registered address with the Ministry of Commerce's records or in any other place in Bahrain, a matter that indicates that they ceased to operate without taking action of resolve and liquidation in accordance with the law. Therefore, their responsibility is jointly recognized to compensate the respondent from their own personal monies”.

In another appeal no. 73 of 1991(18) , the Cassation Court concluded that: “it was originally scheduled in the law that the responsibility of the partners in the limited liability company is limited to the extent of their shares and that the company's creditors are not entitled to demand or execute on their own money, but that if managers to one of the partners alone or with others has been put in charge, it is subject to the provisions of Article 235 of the Commercial Companies Law of 1975 which requires the responsibility of managers in solidarity towards the company, partners and third parties for violating the provisions of law or the Articles of Association or mismanagement according to the rules set forth in the joint stock company. This responsibility remains even after the dissolution as long as those were in charge of managing directors and they should be considered as liquidators until appointing a liquidator in accordance with the provisions of Article 258 of the law, regardless of whether the actions that triggered the managers to compensate constitute a crime according to the provisions of the Penal Code and the Commercial Companies' Law”.

Other example is in Appeal no. 441 of 2002 (19) in which the court stated that.....The text in Article 217 of the Commercial Companies Law of 1975 that limited liability company shall have a special name ... and this name must be followed with the phrase “limited liability company” with a capital statement, all of this should be mentioned in all the company's contracts, invoices, papers, communications and publications, and if all of this were not mentioned, the managers of the company should be jointly liable in their own money to third parties, and then the target of the capital statement is to protect dealers with the company , therefore, the dealers (third parties) who benefit from the recourse to the manager's own money are only those with good faith in order to benefit from this recourse.

(18) تاريخ الجلسة 1992-3-8 - مكتب فني 3 - رقم الجزء 1 - رقم الصفحة 66

(19) تاريخ الجلسة 2003-12-1 - مكتب فني 14 - رقم الصفحة 653

2.3 In the English law:

After the case of Salomon, the House of Lords' opinion dominated, until 1916, where veil lifting did occur in exceptional circumstances. The court for example in *Daimler Co Ltd v Continental Tyre and Rubber Co (Great Britain) Ltd* (1916) lifted the veil to determine whether the company was an "enemy" during the First World War. As the shareholders were German, the court determined that the company was indeed an enemy. (20)

In *Gilford Motor Co Ltd v Horne* (1933) a former employee who was bound by a covenant not to solicit customers from his former employers set up a company to do so. The court found that the company was but a front for Mr. Horne and issued an injunction.

In *Jones v Lipman* (1962) Mr. Lipman had entered into a contract with Mr. Jones for the sale of land. He formed a company in order to avoid the transaction and conveyed the land to instead. He then claimed he no longer owned the land and could not comply with the contract. The judge again found the company was but a façade and granted an order for specific performance. In *Re Bugle Press* (1961) majority shareholders in a company set up a second company in order to force a compulsory purchase of a minority shareholder's shares. The second company then made an offer for the shares in the first company and the majority shareholders accepted. As this meant that over 90 per cent of the shareholders had accepted it therefore triggered a compulsory purchase of the minority shareholder's shares under the Companies Act, . The Minority shareholder objected and the court prevented the transaction again as the second company was but a mere façade for the majority shareholders.

Other examples were followed in which we can conclude that there are certain prongs in the English Law which most scholars listed them as follows:

- 1- Fraud, sham or façade.
- 2- Unity ownership (Alter Ego, the individual treated the and regarded the corporation as his or her alter ego)
- 3- Unity of interest (instrumentality, using the corporation as a conduit through which he or she conducted his or her personal business).
- 4- Abuse of power, wrongful conduct and mismanagement (Whether the corporation was grossly undercapitalized; Failure to observe corporate formalities; Non-payment of dividends; Insolvency of the debtor corporation at the time; Siphoning of funds of the corporation by the dominant stockholder; non-functioning of other officers or other directors; Absence of

(20) Dignam and Lowry.

corporate records; not holding shareholder/director meetings to not making sure the officers follow any bylaws; two shareholders owned all stock and shareholders behavior in lease negotiations suggested they were acting for their behalf rather than for the corporation.

5- The Agency.(21) It was already decided in the Salomon case that if a company acts as an agent for another party the corporate veil might be lifted. However, the courts seem to be unwilling to determine that a principal/agent relationship exists, especially when concerning an individual controlling shareholder. Yet, the courts are less reluctant to imply that a principal/agent relationship exists when the alleged agency is between a holding company and its subsidiary, probably because in these circumstances the management of the holding company may have a better opportunity to take advantage of the limited liability principle.

In Adams v Cape the Court of Appeal held that the veil of incorporation could in essence be pierced when there was an express agency agreement, for example, between the parent and the subsidiary company. In the absence of such an agreement, no agency relationship can be presumed. According to the facts of the case, the U.S. Company rendered certain services to Cape Industries plc and even acted as its agent in relation to some specific transactions, but this was not sufficient to constitute a general agency agreement. Consequently, though there is no presumption of an agency it can be implied, i.e. agency is not automatic but also not precluded. The English Court of Appeal in Ebb Vale Urban District Council v South Wales Traffic Area Licensing Authority considered the relationship between the parent and 100 per cent owned subsidiary company. It was stated that under “the ordinary rules of law a parent company and subsidiary company, even a hundred per cent subsidiary company, are distinct legal entities, and in the absence of a contract of agency between the two companies one cannot be said to be the agent of the other.” According to Cohen LJ this was clearly established by Salomon v Salomon and Co Ltd. In another English case DHN Food Distributors Ltd v Tower Hamlets London Borough Council, the Court of Appeal, or more precisely Lord

Denning MR, always keen on lifting the corporate veil, treated a group of companies as a single economic entity and enabled compensation for compulsory purchase of land to be paid.

From this decision it had been said that there is “a short step” to “the proposition that the courts may disregard Salomon’s principle whenever

(21) Anna Farat & Denis Michon, Lifting the Corporate Veil, Limited Liability of the Company Decision-Makers Undermined? Analysis of English, U.S., German, Czech and Polish Approach. Common Law Review. Czech.

it is just and equitable to do so.” Such situations are nowadays considered as exceptional and the verdict in the DHN case has been subject to doubt several times since, e.g. in *Woolfson v Strathclyde Regional Council and Industrial Equity Limited and Others v Tower Hamlets*. In *Woolfson* the House of Lords not only distinguished the earlier decision of the Court of Appeal in DHN but also doubted whether the Court of Appeal “properly applied the principle that it is appropriate to pierce the corporate veil only where special circumstances exist indicating ... a mere façade concealing true facts.”

The different judicial approaches to the question of whether a company has acted as an agent make it difficult to rationalise the judgments. In *The Electric Light and Power Supply Corporation Limited v Cormack*(22), Rich AJ refused to pierce the veil of a one-man company. The defendant had contracted with the plaintiffs to use their power supply for his works for two years, and not to install any other form of motive power during that period. During the two-year period, the defendant sold his works to a company of which he was the manager and shareholder. The new company then installed motive power other than that supplied by the plaintiffs. Rich AJ refused to find that the defendant had breached the contract, viewing it as a personal undertaking. Rich AJ held that “[t]hese acts are in fact being done, not by the defendant personally, but by him as agent for A.W. Cormack Ltd., which even if a “one-man company” is a different entity.” Rich AJ found no evidence that the sale of the business by the defendant was done with the object of evading his personal obligations.

According to some jurists, the current position of English Courts is that, it is important to mention that the creditors are, inter alia, protected by numerous statutory provisions concerning the lifting of the corporate veil. The Parliament is always authorized to enact exceptions to the Salomon principle and has done so several times. The courts, therefore, have to accept that even though the principle of separate legal entity may cause injustice, unless the Parliament in its Act provides so, the court should not interfere. A crucial exception enacted by the UK Parliament is Section 213 of the 1986 Insolvency Act. Accordingly, the creditors are protected where the business of the company has been carried out to defraud them, and the courts on a winding-up are entitled to look behind the corporate veil in such a case.

To summarise the English common law exceptions to the Salomon principle according to Michelle G. Hicks, it is fair to say that the courts probably will not lift the corporate veil in order to impose liability on a

(22) *The Electric Light and Power Supply Corporation Limited v Cormack* (1911) 11 NSWSR 350 (SCNSW, Rich AJ).

shareholder for the company's debts. He also states that "in rare instances the courts will look to the substance rather than the form to deny benefits of corporate status which they think should not be enjoyed." He goes on contemplating that it is difficult to predict when the courts will do so, however, the judges' subjective perception of fairness or policy might be a useful guide.

It has also been presented that the notion that "the judges are increasingly prepared to disregard the autonomous personality of companies to facilitate the legitimate interests and expectations of those who come in contact with them, is clearly 'overstatement' of the position."

2.3.1 Principles governing veil piercing in English case law:

The below principles might work as guidance to the courts in deciding, whether the circumstances of a particular case, justifies the piercing of the corporate veil.

In *VTB Capital plc v. Nutritek International Corp & Others*, the High Court held that it was not appropriate to pierce the corporate veil and allow contractual claims to proceed against the defendants, who were not contracting parties to the loan agreement, i.e., the puppeteer could not be placed into the puppet's contract. . The facts are set out below.

VTB entered into a loan agreement with a third party (RAP) in order to fund the acquisition of various dairy companies from Nutritek. RAP subsequently defaulted on the loan. VTB alleged that it had been induced to enter into the loan agreement by fraudulent misrepresentations made by Nutritek as to Nutritek's control of RAP and the value of the dairy companies. After entering into the loan agreement, VTB discovered that RAP and Nutritek were under common control and, therefore, the transaction was not 'at arm's length'. VTB initially pleaded causes of action against the defendants in deceit and unlawful means conspiracy, but later applied to amend its particulars of claim in order to bring a contractual claim against the second, third and fourth defendants. VTB's application was refused.

On appeal, the Court of Appeal upheld the decision of the High Court; it was not open to the English courts to hold, once the corporate veil has been pierced, that a puppeteer was a party to a puppet company's contract. The Court of Appeal also used the opportunity to re-state and clarify the

general principles a court should apply when deciding whether to pierce the corporate veil (23):

1. Ownership and control of a company are not of themselves sufficient to justify piercing the veil

2. The court cannot pierce the corporate veil, even when no unconnected third party is involved, merely because it is perceived that to do so is necessary in the interests of justice

3. The corporate veil can only be pierced when there is some impropriety

4. The company's involvement in an impropriety will not by itself justify a piercing of its veil: the impropriety "must be linked to use of the company structure to avoid or conceal liability"

5. It follows that if the court is to pierce the veil, it is necessary to show both control of the company by the wrongdoer and impropriety in the sense of a misuse of the company as a device or façade to conceal wrongdoing.

6. A company can be a façade for such purposes even though not incorporated with deceptive intent; "the question is whether it is being used as a façade at the time of the relevant transaction(s)"

7. A piercing of the corporate veil will not be available only if there is no other remedy available against the wrongdoers for the wrong they have committed.

In the case of *Prest -v- Petrodel Resources Limited* Lord Sumption, in delivering the leading judgment, concluded that the corporate veil could, absent any statutory provision, only be pierced when "a person is under an existing legal obligation or liability or subject to an existing legal restriction which he deliberately evades or whose enforcement he deliberately frustrates by interposing a company under his control" and only then for the purpose of "depriving the company or its controller of the advantage that they would otherwise have obtained by the company's separate legal personality". Lord Sumption described the principle of piercing the corporate veil as a limited one because "in almost every case where the test is satisfied the facts will disclose a legal relationship between the company and its controller which will make it unnecessary to pierce the corporate veil."

In conducting a lengthy review of the authorities Lord Sumption distinguished between cases that applied what he termed the "concealment principle" and the "evasion principle". The concealment principle does not involve piercing the corporate veil. The interposition of a company to conceal the identity of the real actors will not deter the courts from identifying them, assuming that their identity is legally relevant. The court in that situation is not disregarding the "facade", but only looking behind it

(23) Latham and Watkins, In Practice, Janine Perkins, The London Dispute Newsletter, October 2012.

to discover the facts which the corporate structure is concealing. This could be done for instance by applying the laws of trust or agency. The evasion principle is different in that it entitles a court to disregard the corporate veil “if there is a legal right against the person in control of it which exists independently of the company’s involvement and a company is interposed so that the separate legal personality of the company would defeat the right or frustrate its enforcement”.

However, there were differences of opinion in *Petrodel* amongst the seven Justices. Lord Walker expressed doubts over the doctrine’s existence. Lady Hale (with whom Lord Wilson agrees) was uncertain whether all previous cases come within Lord Sumption’s formulation. At the other end of the spectrum Lords Mance and Clarke leaved open the possibility of piercing the corporate veil in circumstances beyond those envisaged by Lord Sumption. Lord Neuberger agrees with Lord Sumption but added his own analysis to his judgment.

What seemed clear, however, was that the majority of the Supreme Court acknowledge, albeit obiter, the existence of the doctrine of piercing the corporate veil and that it extends at least as far as the test formulated by Lord Sumption.

- Criminal side of piercing in English Law:

In English criminal law there have been cases in which the courts have been prepared to pierce the veil of incorporation. For example in confiscation proceedings under the Proceeds of Crime Act 2002 monies received by a company can, depending upon the particular facts of the case as found by the court, be regarded as having been ‘obtained’ by an individual (who is usually, but not always, a director of the company). In consequence those monies may become an element in the individual’s ‘benefit’ obtained from criminal conduct (and hence subject to confiscation from him)(24) . The position regarding ‘piercing the veil’ in English criminal law was given in the Court of Appeal judgment in the case of *R v Seager*(25) in which the court said: There was no major disagreement between counsel on the legal principles by reference to which a court is entitled to “pierce” or “rend” or “remove” the “corporate veil”. It is “hornbook” law that a duly formed and registered company is a separate legal entity from those who are its shareholders and it has rights and liabilities that are separate from its shareholders. A court can “pierce” the carapace of the corporate entity and look at what lies behind it

(24) David Winch, “Confiscation: lifting the veil of incorporation” (2013)

(25) <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Crim/2009/1303.html>

only in certain circumstances. It cannot do so simply because it considers it might be just to do so. Each of these circumstances involves impropriety and dishonesty. The court will then be entitled to look for the legal substance, not the just the form. In the context of criminal cases the courts have identified at least three situations when the corporate veil can be pierced. First if an offender attempts to shelter behind a corporate façade, or veil to hide his crime and his benefits from it. Second, where an offender does acts in the name of a company which (with the necessary mens rea) constitute a criminal offence which leads to the offender's conviction, then "the veil of incorporation is not so much pierced as rudely torn away": per Lord Bingham in *Jennings v CPS*, paragraph. Thirdly, where the transaction or business structures constitute a "device", "cloak" or "sham", i.e. an attempt to disguise the true nature of the transaction or structure so as to deceive third parties or the courts.

2.4 In the US Laws:

The doctrine of lifting the corporate veil (in the US mostly under the name of "piercing the corporate veil" or "disregard of legal entity") has its true origins in the American law and – in contrast to Europe – it is considered there to be a normal part of the legal system. Whereas European judges, not excluding the English ones, rather carefully reach a conclusion to dislodge the separate legal entity of the company, their American colleagues hand down rulings in favour of creditors, apparently without much doubt. If one realizes that apart from Texas there are no statutory examples of restrictions regarding the institution of piercing the corporate veil, it remains apparent what a great deal of responsibility they shoulder.

The maxim that a company is a separate legal entity distinct from its members was established in the USA even earlier than in the UK in the case of *Bank of Augusta v. Earle* (1839). Attempts to disregard the separate entity preserve a close link to equity. This may be the reason for which in the United States the piercing of the corporate veil has been equated to a lightning: "it's rare, severe and unprincipled." One can say that every factual state develops its own set of elements that should be taken into account. Traditional tests aim to prevent fraud and achieve equity. For the reason of clarity some authors have tried to provide a viable alternative to the rather changeable combination of facts and proposed using the term "the totality of circumstances rule". Notwithstanding how practical it seems in the debates, it remains still a blanket term and is just a better name of saying that the doctrine of piercing the veil is based on different elements adjudicated ad casu. In fact, much is dependent on the judge and what he/she considers an equitable result. Consequently, the outcomes of similar cases may diverge.

The U.S. courts lift the company's immunity in a variety of situations. The piercing concept does not come from the laws of the states or federal government but it is a judicial creation which varies from state to state. The scope of abuses relating to groups of companies is the most popular reason for which the courts disregard the separate entity principle. If a controlled company is organized as a mere tool in the hands of a parent enterprise and the separateness of the two corporations has ceased (instrumentality rule), one can assume that holding only the subsidiary corporation liable for any damages resulting from fraud or dishonesty of the parent company would result in injustice. Similar conclusion can be drawn under the alter ego doctrine which is also demonstrated by showing a blending of identities between two corporations and thus, in practice, it is difficult to distinguish them.

Courts primarily rely on two tests to determine the circumstances under which to pierce the corporate veil. Under these tests, both the elements and standards of proof are fairly consistent⁽²⁶⁾. The “alter ego” test is equitable in nature and pierces the corporate veil in situations where fraud, illegality, or injustice must be avoided or public policy goals would be defeated.⁽²⁷⁾ The “instrumentality” test, on the other hand, requires a showing that the controlling shareholder exercised “extensive controls over the acts of the entity giving rise to the claim of wrongdoing.” Regardless of the test used, the determination of piercing the corporate veil is a fact-intensive issue and is typically decided by a jury.⁽²⁸⁾

The fact-intensive nature of these two tests leads to an extensive overlap of factors, which explains in part why some courts use the tests interchangeably.⁽²⁹⁾ At the most general level, “these two tests essentially

(26) 114 AM. JUR. PROOF OF FACTS 3d 403, §6; see *White v. Winchester Land Dev. Corp.*, 584 S.W.2d 56, 61–63 (Ky. Ct. App. 1979) (examining the instrumentality theory and the alter ego theory); see also *House of Koscot Dev. Corp. v. Am. Line Cosmetics, Inc.*, 468 F.2d 64, 67 (5th Cir. 1972) (appearing to use the two theories interchangeably); see also *FMC Fin. Corp. v. Murphree*, 632 F.2d 413, 422 (5th Cir. 1980) (explaining that it is “inappropriate to attempt to apply any verbalization of the test in a mechanical manner”).

(27) John H. Matheson, *The Limits of Business Limited Liability: Entity Veil Piercing and Successor Liability Doctrines*, 31 WM. MITCHELL L. REV. 411, 420 n.28 (2005) (citing *Richard v. Bell Atl. Corp.*, 946 F. Supp. 54, 61 (D.D.C. 1996)).

(28) *Johnson & Johnson Consumer Cos., Inc. v. Aini*, No. 02-CV-6624 (DLI), 2009 WL 6055841, at *7 (E.D.N.Y. Dec. 1, 2009) (citing *Carte Blanche PTE., Ltd. v. Diner Club Int'l, Inc.*, 758 F. Supp. 908, 914 (S.D.N.Y. 1991)); see also *Fulgini Orilio & F.LLI S.p.A v. Lettieri*, No. 05 Civ. 3718(SMG), 2007 WL 1834750, at *3 (E.D.N.Y. June 26,

(29) See 114 AM. JUR. PROOF OF FACTS 3d 403, § 1 (“In piercing the corporate veil, the courts frequently employ terms such as ‘alter ego,’ ‘instrumentality,’ and ‘sham,’ but the use of such words in judicial opinions is of little help to the practitioner; such labels serve as shorthand for a conclusion but provide no guidance as to what factors were considered in reaching that conclusion.”); Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel, *Limited Liability and the Corporation*, 52 U. CHI. L. REV. 89, 89 (1985) (“There is a consensus that the whole area of limited liability, and conversely of piercing the corporate veil, is among the most confusing in corporate law.”); see also *AE Rests. Assocs., LLC v. Giampietro* (In re Giampietro), 317 B.R. 841, 846 (Bankr. D. Nev. 2004).

require proof of a unity of interest between the individual and entity and an inequitable result would follow as a consequence.”(30) Some jurisdictions add a third element, “proximate cause”, which requires that the underlying control and breach of duty “proximately cause the injury or unjust loss complained of” (31)

In the coming paragraphs we will give brief reviewing of the need for such a doctrine and a glanced view of its prerequisite application.

- Reverse Piercing under US Laws:

Under the US Laws, in some instances, parties may seek to “reverse pierce”. “Reverse Pierce’ treats the assets of the LLC as owned by the member in order to avoid fraud on creditors.

The term “reverse piercing” the corporate veil refers to a doctrine whereby courts disregard the corporation as an entity separate from one of its shareholders. In this sense, reverse piercing is similar to the more familiar doctrine of piercing the corporate veil. The difference is that in regular, “forward” veil piercing, a creditor of the corporation is typically attempting to hold a shareholder personally liable for debts of the corporation, whereas in reverse piercing a creditor of the shareholder is typically trying to hold the corporation liable for debts of the shareholder.

One might wonder why reverse piercing is necessary. The creditor of a shareholder can already indirectly reach the corporation’s assets because the creditor can reach the shareholder’s stock, which could be sold to pay the claim. The answer is complex because reverse piercing arises in more varied contexts than traditional veil piercing. Under some statutes it might be advantageous to treat the assets of a corporation as assets of the shareholder. In other contexts, it might simply be easier to bypass the two-step process of proceeding against the stock and then dissolving the corporation or selling the stock.

Examples:

C. F Trust, Inc. v. First Flight LTD Partnership, (Va. 2001) – The Virginia court permitted reverse piercing of the corporate veil where a judgment debtor used his limited partnership interest to evade creditors. The court was persuaded by the fact that the debtor maintained control over the

(30) 114 AM. JUR. PROOF OF FACTS 3d 403, § 6; Trustees of the Graphic Commc’ns Intern. Union Upper Midwest Local 1M Health & Welfare Plan v. Bjorkedal, 516 F.3d 719, 728–29 (8th Cir. 2008); Troyk v. Farmers Grp., Inc., 90 Cal.Rptr.3d 589, 619 (Ct. App. 2009).

(31) Davenport v. Quinn, 730 A.2d 1184, 1196 (Conn. App. Ct. 1990); see also E. Market St. Square, Inc. v. Tycorp Pizza IV, Inc., 625 S.E.2d 191, 196 (N.C. Ct. App. 2006).

partnership and its distributions despite official transfer of control and ownership to another person, and the debtor siphoned business assets for his own personal use and without a business purpose.

In re Phillips, (Colo.2006) – The court stated that Colorado law allows reverse piercing of the corporate veil when justice requires. Mallard Automotive Group, Ltd. V. Le Clair Management Corp., (D. Nev. 2001)- The Nevada court held that a party seeking to hold a corporation responsible for an individual’s debt under reverse piercing does not have to prove that the corporate form was disregarded. Litchfield Asset Management Corp. v. Howell, (Conn. App.2002) – The Connecticut court found the evidence was sufficient to disregard the corporate form and hold limited liability company responsible for the debtor’s personal debt where the debtor used company funds to pay for the debtor’s personal expenses and used corporate funds as her own; the corporation did not pay her a salary but paid her expenses directly; the debtor owned 97 percent of the stock and all of the stock of the second corporation; and both companies operated outside of the same office space over the debtor’s garage.

State Bank of Eden Valley v. Euerle Farms, Inc., it was held that the family farm was the alter ego of its occupants and the corporate veil was properly reverse pierced to reach property. LFC Marketing Group. Inc. v. Loomis, (Nev. 2000)- The Nevada court listed reverse piercing cases and found use of the doctrine was appropriate where a corporation is being used to hide assets or secretly conduct business to avoid pre-existing liability of controlling debtor.

In any case, reverse piercing is controversial. The doctrine is problematic when the relevant corporation has multiple shareholders, and even when there is only one shareholder it can give creditors of a shareholder an advantage they would not normally have relative to creditors of the corporation. As a result, reverse piercing is less universally recognized than traditional veil piercing, not having been accepted in all state courts .(32)

3. The need for corporate veil piercing:

We reached the idea that this corporate rule represents, in some judicial cases, a principle of fairness and justice and acts as an alarm to the owners, shareholders, directors and others that certain cases of liability may be initiated by creditors and tort claimants against them. This means creditors can go after the owners’ home, bank account, investments, and other assets to satisfy the corporate debt.

(32) <http://witnesseth.typepad.com/blog/reverse-piercing.html>

The doctrine of corporate veil piercing matters because of the need to achieve these goals of:

- Corporate structure presumptively respected
- Establish the suitable jurisdiction
- Establish liability
- Expand pool of recoverable assets
- Facilitate discovery of truth and the real operations behind the company

In the UK, the taxation authorities have been actually aware of the potential for group structure to avoid taxation by moving assets and liabilities around the group. Thus there are numerous examples of taxation legislation directed at ignoring the separate entities in the group.

The need for this famous section of law goes beyond the pure corporate disputes to the disputes between individuals or corporate persons and the state as a sovereign body, for example if a company set up a corporation or a structure of group of companies in order to evade the enforcement of one or more of its then existing liabilities, it remains forever so pierced to the advantage of every other third party creditor thereafter. We can take example of the Republic of Congo in the case of (*Kensington International Limited V. Republic of Congo*).

In *Kensington International Limited -v- Republic of the Congo* (November 2005), the Congo attempted to avoid its debts by trading oil through a network of companies. These companies and the relevant transactions were found to be shams. In such circumstances, the court could pierce the corporate veil.

- Background

Cotrade SA (a wholly-owned subsidiary of SNPC (see above)) entered into a contract with Africa Oil & Gas Corporation (AOGC) for the sale of oil. AOGC sold the oil to Sphynx (BDA) Limited (Sphynx). Sphynx then sold the oil to Glencore Energy UK Limited (Glencore).

Kensington sought an order that Glencore pay to Kensington the monies Glencore owed to Sphynx on the basis that receipt of money by Sphynx would, in reality, be receipt by the Congo. The court should therefore pierce the corporate veil and treat Glencore's debt to Sphynx as a debt which was, in reality, due to the Congo. The court agreed.

- The law

In his judgment Mr Justice Cooke summarised the principles of law relating to sham contracts. The following propositions are worth noting:

o to justify the court “piercing the corporate veil”, an element of impropriety or dishonesty will be required;

o a “sham” agreement is one where the parties do not honour the rights and obligations which are set out in the agreement. It serves as a smokescreen as to the true nature of their contractual relations. In reality, the agreement is not effective;

o the transfer of assets (even if not at an undervalue) so as to divest a company of those assets for the purpose of ensuring they would not be available to meet existing liabilities may justify piercing the corporate veil;

o a court will look for the substance of a matter and, in doing so, will look for the legal substance rather than its economic substance, if different; and

o the corporate veil will not be lifted where the corporate structure was created in order to evade rights of relief which third parties might, in the future, acquire. The corporate structure could legitimately be used so as to ensure that the legal liability (if any) in respect of particular future activities of the group (and, correspondingly, the risk of enforcement of that liability) would fall on a particular member of the group, rather than upon its parent or associated companies.

· The court’s decision

SNPC and Cotrade were part of the state and had no independent existence. Debts owed to either of them were debts owed to the Congo. The transactions in question were all held to be shams, and therefore third party debt orders for the purchase price of the relevant cargo of oil were made.

AOGC, run by a Mr Gokana, who was also the President and Director General of SNPC and a special adviser to the President of the Congo, used AOGC’s name and bank account for the sales by SNPC and Cotrade, disregarding the corporate personality, organisation or interests of AOGC and without the knowledge of anyone else at AOGC. The same position applied to Sphynx. Very little money passed through its bank account and, with regard to the cargo at issue, the monies were remitted direct from Sphynx’s purchaser into the AOGC account from which Cotrade was paid.

Mr Gokana had made all the arrangements between AOGC and Sphynx; they were not at arm’s length. He also indirectly controlled the contractual documents between AOGC and Cotrade. The documents were of a “shambolic nature”, which rather gave the game away and illustrated the sham nature of the transaction.

3.1 A question to be raised: What is the Auditors’ responsibility?

Some may raise the question that the company law shall not have provisions of piercing the veil because it might be better to blame the

auditors in any matter of fraud or commingling of assets or other potential situations.

However, small corporations are less likely than their larger counterparts to observe corporate formalities, which makes them more vulnerable to a piercing of their corporate veil, we mean by formalities: holding annual meetings of directors and shareholders or members, keeping accurate, detailed records (called “minutes”) of important decisions that are made at the meetings, adopting company bylaws, and making sure that officers and agents abide by those bylaws.

The case of the *Stone & Rolls Ltd v Moore Stephens* [2009] UKHL is a leading case relevant for the English company law and the law on fraud and *ex turpi causa non oritur actio* (Latin expression that stands for: “from a dishonorable cause an action does not arise”) a legal doctrine which states that a plaintiff will be unable to pursue legal remedy if it arises in connection with his own illegal act. The House of Lords decided by a majority of three to two that where the director and sole shareholder of a closely held private company deceived the auditors with fraud carried out on all creditors, subsequently the creditors of the insolvent company would be barred from suing the auditors for negligence from the shoes of the company. The Lords reasoned that where the company was only identifiable with one person, the fraud of that person would be attributable to the company, and the “company” (or the creditors standing in its insolvent shoes) could not rely on its own illegal fraud when bringing a claim for negligence against any auditors. The facts were: Stone Rolls Limited (“Company”) wholly owned and directed by Stojevic (“S”). Moore Stephens were auditors who performed Audits for Company between 1996–1998. S deceitfully siphoned company assets away and falsified accounts to show more profitable transactions than the actual case. In previous litigation, a Czech bank successfully sued Company and S. Company went into liquidation. Company’s creditors acting in company’s name sued Auditors for failing to detect fraud, they claimed USD 174million. Moore Stephens argued that if they were negligent, it would be contrary to public policy to let Company sue them. Based on principle that claimant cannot come to court to make a plea while replying on his own illegal behavior, (Doctrine of “*Ex Turpi Causa Non Oritur Actio*”, the High Court decided S’s action and state of mind were attributed to the Company. Auditors had a duty to detect fraud, it was the very thing they were engaged to do. Court of Appeal held that Auditors could rely on defence of *Ex Turpi Cause*. The House of Lords held that Auditors could rely on defense to prevent the Company’s claim for negligence. S was the exclusive owner and controller and S’s fraudulent intentions were attributed to the Company, as fraudulent acts done for Company’s benefit and the company deemed to be aware of S’s fraud. Auditors owed a duty to perform their audit diligently to

the Company (not to individual shareholder/creditors), if the company tried to bring a claim for breach of Auditor's duty, Company would be relying on its illegality.

In Bahrain, the auditors have their own unique role, which is already mentioned in the Decree Law no. 26 of 1996 concerning the Auditors in which Article (25) has stated clearly that: "The owner of the auditing office shall be responsible for compensation of damage to the customer or third parties caused by gross negligence and professional errors occurred during the performance of the office's work, and in the case of multiple auditing offices, the owners should collectively be responsible in solidarity of compensation. The owner of the auditing office must arrange insurance cover to cope with this responsibility".

Also the Bahraini Company Law of 2001 has many articles that deals with this issue such as Article 220 which concerns the joint-stock company's auditor, it stated that:" "The auditor shall be responsible for the accuracy of the details included in his report in his capacity as the representative of all the shareholders, and each shareholder shall have the right to discuss, at the meeting of the general assembly, the report of the auditor and seek clarifications on its contents. The auditor shall be liable towards the company for any damages sustained by the company as a result of his mistakes. If the company has more than one auditor and they were involved in the mistake they shall become jointly liable towards the company. The civil liability action referred to in the foregoing paragraph shall be barred after the lapse of one year from the date of the general assembly meeting at which the auditor's report was read. If the act attributed to the auditor constitutes a crime, the civil liability action shall not lapse except with the lapse of the general action. The auditor shall also be liable to pay compensation for any damage that may be sustained by any bona fide shareholder or third parties as a result of his professional error or of not complying with the accounting principles and standards".

It is important to mention that in October 2015, the amendment to the law - (Decree Law no. 28 of 2015) has replaced Article 286-c and Article 361-d to reflect the following:

"The managers, from one side, and the auditors form the other side, shall forward to the ministry of commerce - within six months from the end of the fiscal year- a copy of the balance sheet, the profit and loss account, the annual report and the signed and stamped auditor's report regarding the financial position of the company in according with the model created by the ministry. And in case the loss of the company exceeded half of its capital, the managers and the auditor should submit to the ministry a copy of the signed and stamped auditor's report. In all cases, the ministry may request

any financial data, documents, reports or additional information that it sees necessary”.

Article 361-d: Without prejudice to any severer penalty provided for in the Penal Code or in any other law, imprisonment and a fine not less than five thousands Bahraini Dinars and not exceeding ten thousands Bahraini Dinars or either of these two penalties shall be imposed on:

“Each board member, director or auditor participated in the preparation or adoption of the budget or sent to the ministry letter in accordance with the provisions of paragraph (c) of Article (286) of this law in a way that does not reflect properly the truth about the financial position of the company or an account of profits and losses that does not reflect properly all the company’s profits or losses for the fiscal year, or does not send to the ministry any of the financial statements, documents, reports, or letters required in accordance with the provisions of paragraph (c) of Article (286) of this law”.

3.2 Directors and Officers Liability Insurance, does it stand?

In Bahrain, we mentioned a closer link to insurance of professional liability in the aforementioned Article (25) of the Auditors Law, in which it stated that: “The owner of the auditing office shall be responsible for compensation of damage to the customer or third parties caused by gross negligence and professional errors occurred during the performance of the office’s work, and in the case of multiple auditing offices, the owners should collectively be responsible in solidarity of compensation. The owner of the auditing office must arrange insurance cover to cope with this responsibility”.

In the United States, Canada, England and Wales, and Australia, directors and officers insurance is provided so that competent professionals can serve as supervisors of organizations without fear of personal financial loss. Directors are typically not managing the day-to-day operations of the organization and therefore cannot ensure that the organization will be successful; further, business is inherently risky. Thus the “business judgment rule” has developed to shield directors in most instances, i.e. the “directors of a corporation . . . are clothed with [the] presumption, which the law accords to them, of being [motivated] in their conduct by a bona fide regard for the interests of the corporation whose affairs the stockholders have committed to their charge”. (33)

(33) *Gimbel v. Signal Cos.*, 316 A.2d 599, 608 (Del. Ch. 1974).

However, insuring negligence in supervising organizations, or wrongful acts and misrepresentation in financial statements is controversial due to its effect on accountability. In the United States, corporate boards have a “duty of care”, but if personal financial consequences for violating that duty of care are lacking, the boards may not perform proper due diligence. In the famous case of *Smith v. Van Gorkom* (1985), the Delaware Supreme Court found a board grossly negligent and therefore liable. The decision created a backlash and a statute change in Delaware which allowed a corporation to amend its charter to eliminate directors’ personal liability for violation of the duty of care; a version of this statute has been passed in all states, and most large corporations have such an “exculpatory clause”.(34)

In some cases scholars propose that the risk of personal liability for corporate officers be increased . (35)

The types of claims are dependent upon the nature of the company. Directors and officers of a corporation may be liable if they damage the corporation in breach of their legal duty, mix personal and business assets, or fail to disclose conflicts of interest. State law may protect the directors and officers from liability (particularly exculpatory provisions under state law relating to directors). Even innocent errors in judgment by executives may precipitate claims.

The types of claims are dependent upon the nature of the corporation. For public companies, claims are primarily due to lawsuits by shareholders after financial difficulties, with a 2011 Towers Watson survey finding that 69% of publicly traded companies had claimed for a shareholder lawsuit in the past 10 years as opposed to 21% of private companies .(36) Other claims arise from shareholder-derivative actions, creditors (particularly after entering the zone of insolvency), customers, regulators (including those that would bring civil and criminal charges), and competitors (for anti-trust or unfair trade practice allegations). For nonprofits, claims are typically related to employment practice and less commonly regulatory or other fiduciary claims .(37) For private companies, claims are often from competitors or

(34) Drury LL. (2007). What’s the Cost of a Free Pass? A Call for the Re-Assessment of Statutes that Allow for the Elimination of Personal Liability for Directors. *Tennessee Journal Business Law*.

(35) Sharfman B. (2008). The Enduring Legacy of *Smith v. Van Gorkom*. 33 *Del. J. Corp. L*.

(36) Directors and Officers Liability: 2011 Survey of Insurance Purchasing Trends. Towers Watson. <https://www.towerswatson.com/en/Insights/IC-Types/Survey-Research-Results/2012/03/Directors-and-Officers-Liability-2011-Survey-of-Insurance-Purchasing-Trends>

(37) D&O Insurance Overview. Boundas, Skarzynski, Walsh & Black LLC. http://www.bswb.com/wp-content/uploads/2012/08/DO_Public_vs_Private2.pdf

customers for antitrust or deceptive business practices (38) and one survey of 451 executives found that lawsuits cost an average of USD 308,475 .(39)

One relatively neglected area is the personal liability to non-shareholders that directors may face due to torts committed as a result of negligent supervision .(40)

However, intentional illegal acts or illegal profits are typically not covered under Directors and Officers insurance policies; coverage would only extend to “wrongful acts” as defined under the policy, which may include certain acts, omissions, misstatements while acting for the organization.

Due to exclusions and as a matter of public policy, coverage is not provided for criminal fraud. Therefore, a company may not indemnify a director against liability arising from :

- willful misconduct or breach of trust by the director.
- the director acting without the necessary authority
- reckless trading or fraudulent acts of the director
- a fine related to an offence committed by the director unless the fine was based on strict liability. (There are limited exceptions to the prohibition on payment of fines.)

4. The Corporate Veil Piercing in International Arbitration:

We mentioned before the difficulty of bringing in the parties that have not signed an arbitration agreement. These could be parent companies, subsidiaries, private individuals, governmental and quasigovernmental entities, and states.

Generally, arbitrators distinguish between “consenting non-signatories” to arbitration agreements that seek to arbitrate, and “non-consenting non-signatories” that resist arbitration . (41) The tribunals that join

(38) Why Do Privately-Held Firms Purchase Directors & Officers Liability Insurance. Andreini & Company. Generally citing: William E. Knepper and Ann Bailey, *Liability of Corporate Officers and Directors* (4th Edition).

(39) Petrin M. (2010). *The Curious Case of Directors’ And Officers’ Liability For Supervision and Management: Exploring the Intersection Of Corporate and Tort Law*. American University Law Review.

(40) Stadermann F, Banis C. (2008). From ‘Severability Clause’ to ‘Innocent Directors Clause’ in Dutch D&O Policies. British Insurance Law Association.

(41) See William W. Park, Non-Signatories and the New York Convention, 2 J. DISP. RESOL. INT’L 84, 105 (2008).

non-signatories rely either on implied consent or disregard of corporate personality (42). There is no clear line between these two justifications, however, as tribunals often pierce the corporate veil as a means to enforce the parties' original intent.

One of the most well-known examples of piercing the corporate veil for the benefit of consenting non-signatories is the Dow Chemical International Chamber of Commerce arbitration .(43) In that case, the tribunal allowed parent companies to be claimants despite the fact that the arbitration clauses were between the defendant and subsidiary companies of the same parent group.

The tribunal relied on “the common intent of the parties . . . such as it appears from the circumstances that surround the conclusion and characterize the performance and later the termination of contracts.” The tribunal also followed “usages conforming to the needs of international commerce, in particular in the presence of group of companies.”³³ According to the single entity theory applied by the tribunal, “[a] group of companies, despite the legal status of each of the companies, represents a single economic reality which the arbitral tribunal must take into account when ruling on its jurisdiction.”

However, application of the “group of companies” doctrine remains uncommon. Some authorities suggest only one out of every four cases that purport to apply the “group of companies” doctrine did actually extend jurisdiction over nonsignatories.

When it comes to arbitration under bilateral investment treaties, the legal regime is somewhat different. It has been suggested that the rules relevant to shareholder claims under investment protection treaties need to be regarded as *lex specialis* as established by specific treaties. This is so despite the fact that, under the national law of most jurisdictions, shareholders are not allowed to bring claims on behalf of the company in which they own shares. The inclusion of shareholdings into the definition of investment in a bilateral investment treaty would normally result in piercing the corporate veil for the benefit of the shareholder.

(42) Piercing the corporate veil in International Arbitration, Yaroslau Kryvoi Ph.D., Cleveland State university Engages Scholarship @CSU , The Global Business Law Review , Law Journals, 2011.

(43) *Id.* at 103 (citing *Dow Chemical v. Isover St. Gobain*, ICC Case No. 4131, 1983 J. Dr. Int'l 899 (1932)).

It is not enough to persuade the tribunal to pierce the corporate veil under applicable law. The enforcement of awards piercing the corporate veil creates additional problems, which is out of our scope in this stage.

Concluding remarks:

It is very important to promote Bahrain as an attractive investment environment, and these investments should be cautious and serious where risks could be inherent in such company structure in some unforeseen or deliberate consequences. As long as Bahrain represents a recipient country for foreign direct investment, a well-defined doctrine of veil piercing is essential to focus on – for example- that the shareholder in any form of companies especially the Limited Liability ones is no longer immune from responsibility at the expense of creditors or tort victims.

A courts' reluctant (or we can call it the conservative/adamant) approach has been proved – by juristic or cases in the English and American Jurisdictions -where the challenge is whether the corporate veil has to be pierced or not and on what circumstances. Some noticed that, the degree of this reluctance varied, as it becomes with very slow motive in public companies rather than the small and medium sized companies or companies with single individual. The same less frequency occurred in the case of parent companies rather than one or more individual shareholders and in tort cases rather than contract cases. It is not to say that “to pierce” is a simple process; especially in proving it in order to reveal all the scenes behind the walls of facts, but it is also not an impossible mission.

We came to note, through various cases earlier, that, despite the well-established theory that justify piercing the corporate veil, the general rule of corporate law is to maintain the legal separateness of the corporate form. Piercing the veil remains an exception. Approaches towards piercing the veil differ not only from one jurisdiction to another, but also within one national system of law.

It is suggested that as long as the purpose of veil piercing is to maintain smooth corporate behavior, I think we need to reconsider it again, I am not saying that we might consider it as the basic method and not as an exception, because this opinion – despite being coherently expressed by minority of foreign authors- may drastically ruin the well-respected corporate structured vision, but we need to dig deep attention to it, particularly with the new effect to accelerated globalization and rising productivity, high tech rapid improvements, opening of international foreign investments and giving them the access to markets, the outsourced industrial production with higher than ever speed. Some corporations may not be able to perform

normally by supporting employment and their fiscal reserves and policies. National debt has been accumulating in an accelerated way. The inability of states and international bodies to prevent from corporate direct and indirect violations to human rights issues, violations to environment, violations to workers' rights or violations to the consumers –being the end users- rights... etc. These issues require the judges to look into one given case as a single consistent and indivisible unit when it comes to decide that the corporate veil would be pierced.

References:

Books and research papers:

- 1- Cases and materials in Company Law, LS Sealy, Seventh edition, Oxford University Press.
- 2- Alan Dignam and John Lowry, Company Law, Oxford University Press 4th edition, page 30.
- 3- Thompson, Piercing The Veil Within Corporate Groups: Corporate Shareholders As Mere Investors, 13 Conn.J.Int'l L. 379, 383 (Spring 1999).
- 4- R Grantham and C Rickett (eds), Corporate Personality in the 20th Century, 1998.
- 5- David Winch, "Confiscation: lifting the veil of incorporation" (2013)
- 6- John H. Matheson, The Limits of Business Limited Liability: Entity Veil Piercing and Successor Liability Doctrines, 31 WM. MITCHELL L. REV. 411, 420 n.28 (2005) (citing Richard v. Bell Atl. Corp., 946 F. Supp. 54, 61 (D.D.C. 1996)).
- 7- Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel, Limited Liability and the Corporation, 52 U. CHI. L. REV. 89, 89 (1985).
- 8- Drury LL. (2007). What's the Cost of a Free Pass? A Call for the Re-Assessment of Statutes that Allow for the Elimination
- 9- D&O Insurance Overview. Boundas, Skarzynski, Walsh & Black LLC.
- 10- Why Do Privately-Held Firms Purchase Directors & Officers Liability Insurance. Andreini & Company. Generally citing: William E. Knepper and Ann Bailey, Liability of Corporate Officers and Directors (4th Edition).
- 11- Sharfman B. (2008). The Enduring Legacy of Smith v. Van Gorkom. 33 Del. J. Corp. L.
- 12- Petrin M. (2010). The Curious Case of Directors' And Officers' Liability For Supervision and Management: Exploring the Intersection Of Corporate and Tort Law. American University Law Review.
- 13- Stadermann F, Banis C. (2008). From 'Severability Clause' to 'Innocent Directors Clause' in Dutch D&O Policies. British Insurance Law Association.
- 14- د. طعمة الشمري ، مجلس إدارة الشركة المساهمة، دراسة قانونية مقارنة في القانون الكويتي -قوانين الولايات المتحدة الأمريكية،- كلية الحقوق- جامعة الكويت- مؤسسة الكويت للتقدم العلمي - إدارة التأليف والترجمة - 1985

Legal Journals:

1- Latham and Watkins, In Practice, Janine Perkins, The London Dispute Newsletter, October 2012.

2- Piercing the Corporate Veil, when is too much fiction a bad thing? By will Hill Tankersley and Kelly Brennan, the Alabama Lawyer, January 2010. Vol. 71, No.1.

3- Anna Farat & Denis Michon, Lifting the Corporate Veil, Limited Liability of the Company Decision-Makers Undermined? Analysis of English, U.S., German, Czech and Polish Approach. Common Law Review. Czech.

4- Soteris Pittas, Cyprus: Lifting The Corporate Veil, SOTERIS PITTAS & CO LLC.

5- Personal Liability for Directors. Tennessee Journal Business Law.

6- Corporate Responsibility for Litigation Expenses of Management, Harris W. Seed, March 1952, California Law Review, Volume 40 | Issue 1.

7- مدى مسؤولية الشركة الأم الأجنبية عن ديون شركتها الوليدة المصرية " دراسة في بعض جوانب الإفلاس الدولي لمجموعة الشركات متعددة الجنسيات (القسم الأول والثاني) . د. شريف محمد غنام - مجلة الحقوق- مجلس النشر العملي - جامعة الكويت - العدد الأول والثاني - السنة السابعة والعشرون - ربيع الآخر 1424 - مارس و يونيو 2003

