



مجلة جامعة الملك سعود

(دورية علمية محكمة)

المجلد الخامس والعشرون

الحقوق والعلوم السياسية (١)

يناير (٢٠١٣م)
صفر (١٤٣٤هـ)

النشر العلمي والمطابع - جامعة الملك سعود

ص.ب ٦٨٩٥٣ - الرياض ١١٥٣٧ - المملكة العربية السعودية



هيئة التحرير

- رئيس التحرير
- أ. د. علي بن سعيد الغامدي
أ. د. صالح بن رميح الرميح
أ. د. خالد بن عبدالله الرشيد
أ. د. إبراهيم بن محمد الشهوان
أ. د. أنيس بن حمزة فقيها
أ. د. مازن بن فارس رشيد
أ. د. علي بن عبدالله الصياح
أ. د. علي بن سالم باهمام
أ. د. عبدالعزيز بن سعود الغزي
أ. د. عبدالله بن محمد الدوسري
د. إبراهيم بن يوسف البلوي
د. منصور بن محمد السليمان
د. أسامة بن محمد السليمان
أ. د. علي بن محمد التركي

أعضاء هيئة التحرير الفرعية

- رئيساً
عضواً
عضواً
عضواً
عضواً
- د. أسامة بن محمد السليمان
أ. د. حسن عبدالحميد محمود حسين
أ. د. عبدالستار عبدالحميد سلمي
أ. د. عبدالله جبر العتيبي
أ. د. محمد علي المسعودي

© ٢٠١٣م (١٤٣٤هـ) جامعة الملك سعود

جميع حقوق الطبع محفوظة. لا يسمح بإعادة طبع أي جزء من المجلة أو نسخه بأي شكل وبأي وسيلة سواء كانت إلكترونية أو آلية بما في ذلك التصوير والتسجيل أو الإدخال في أي نظام حفظ معلومات أو استعادتها بدون الحصول على موافقة كتابية من رئيس تحرير المجلة.

مطابع جامعة الملك سعود ١٤٣٤هـ



المحتويات

صفحة

القسم العربي

نظام العضوية في منظمة التجارة العالمية وانضمام الدولة السعودية إليها وآثاره

محمد أرزقي نسيب ١

فصل الموظف العام بقوة النظام بموجب نظام الخدمة المدنية السعودي

«دراسة مقارنة مع النظام الفرنسي والمصري والأردني»

هاني بن علي الطهراوي ٣٥

الإثبات بالدليل الإلكتروني في الجرائم المعلوماتية

أسامة بن غانم العبيدي ٥٥

أعمال السيادة ومبدأ المشروعية وتطبيقاتها في المملكة «دراسة مقارنة»

الدين الجليلي بوزيد ٨٣

قواعد الاتصال الصناعي وأثرها على الوحدة القانونية للملكية العقار

زبن محمود الزبن ١١٥

نظام العضوية في منظمة التجارة العالمية وانضمام الدولة السعودية إليها وآثاره

محمد أرزقي نسيب

أستاذ مشارك، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الملك سعود

(قدم للنشر في ٨ / ٤ / ١٤٣٢هـ، وقبل للنشر في ٢١ / ٢ / ١٤٣٣هـ)

ملخص البحث. تتمحور هذه الدراسة حول النظام القانوني للانضمام لمنظمة التجارة العالمية، وما يفرضه نظامها القانوني من إجراءات وآليات ينبغي على كل دولة راغبة في الانضمام أن تتقيد بها، مما يقتضي - بالضرورة - تكييف النظام القانوني للدولة مع متطلبات النظام القانوني للمنظمة. وفي هذا السياق تلخص هذه الدراسة المراحل التي قطعتها الدولة السعودية في مفاوضاتها الجماعية والثنائية. وتوجز الدراسة العراقيل التي واجهها المفاوض السعودي، كما تظهر الدراسة حنكة ودراية المفاوض السعودي في التعامل مع الصعوبات ذات الطبيعة المختلفة، حيث تمكن من إقناع أطراف التفاوض من جهة والمحافظة على مصالح المجتمع السعودي وخصوصياته القانونية والثقافية من جهة ثانية، رغم احتمال ترتب بعض النتائج على انضمام الدولة السعودية مستقبلاً.

مقدمة

الانضمام إلى المنظمة وفقاً للآليات والضوابط المحددة في النظام القانوني للانضمام. في هذا المضمار سلكت المملكة العربية السعودية مسلكاً تميز باتباع إستراتيجية مزدوجة: احترام النظام القانوني للانضمام إلى المنظمة التجارية العالمية من جهة، والحفاظ والدفاع عن مصالحها الحيوية من جهة ثانية. انطلاقاً مما سبق تبرز أهمية البحث؛ مما يجعل من دراسة موضوع انضمام الدولة السعودية للمنظمة والمراحل التي قطعتها المفاوضات السعودية الجماعية والثنائية وما واكبها من صعوبات ذات الطبيعة المختلفة، مسألة تكتسي أهمية بالغة على الصعيدين: الأكاديمي والقانوني، وما يترتب عن ذلك من آثار.

تعد المنظمات الدولية ذات الطابع الاقتصادي ميداناً للتعاون الاقتصادي والتجاري والمالي بين أعضاء المجتمع الدولي، ونظراً لأهمية ودور هذه المنظمات فإن موثيقها وأنظمتها القانونية تجعل الانضمام إلى عضويتها من القضايا القانونية الهامة، بالنسبة للمنظمات والدول المعنية على حد سواء.

أهمية البحث

يشكل النظام القانوني المتصل بانضمام الدول إلى المنظمة العالمية للتجارة مسألة حيوية ومهمة، يتعين على الدولة الراغبة في الانضمام أن تراعي أحكامه، وأن تحضر

مشكلة البحث

مما لا شك فيه أن إشكالية البحث الذي نحن بصدده تتميز بكونها تشكل معضلة قانونية اقتصادية اجتماعية وثقافية؛ إذ إن الانضمام لمنظمة التجارة العالمية بشكل عام يطرح تساؤلات جوهرية عن مدى قدرة الدول الراغبة في الانضمام على الاستجابة لمطالبات النظام القانوني للمنظمة ومدى مرونة النظام القانوني للدولة، حتى ينسجم مع فلسفة المنظمة وتوجهها العام. إن انضمام الدولة السعودية للمنظمة العالمية للتجارة يطرح إشكالات عديدة على مختلف الأصعدة.

فالمشكلة الأساسية للبحث تتلخص في كون النظام القانوني السعودي المرتكز على الشريعة الإسلامية، قد لا ينسجم مع ضوابط وبعض أحكام النظام القانوني لمنظمة التجارة العالمية؛ فكان على المفاوض السعودي أن يسيّر المفاوضات بكثير من الدبلوماسية والذكاء. وفي هذا السياق تطرح سلسلة من التساؤلات التي تفرضها هذه الإشكالية. وعلى سبيل المثال: كيف تعامل المفاوض السعودي مع الصعوبات ذات الطابع القانوني والاقتصادي التي واجهت المفاوضات المتعددة الأطراف والثنائية؟ ما هي الحلول الملائمة التي توصل إليها مع الجانب الآخر؟ وغيرها من الأسئلة كالتالي تتعلق بالآثار المحتملة عن انضمام الدولة السعودية سواء على الصعيد الاقتصادي، الاجتماعي، وخاصة الثقافي.

أهداف البحث

تسعى هذه الدراسة إلى إبراز بعض العناصر التي تميز الانضمام للمنظمة التجارية العالمية، وخاصة عندما يتعلق الأمر بانضمام دولة ذات الطبيعة القانونية

المتميزة كما هو الشأن بالنسبة للدولة السعودية. وفي هذا السياق ترمي هذه الدراسة إلى تحقيق الأهداف الآتية:

١- إبراز الآليات القانونية المتصلة بالانضمام لمنظمة التجارة العالمية كما حددها النظام القانوني للمنظمة.

٢- مدى إمكانية تأثر النظام القانوني للدولة المنضمة بهذا الانضمام.

٣- مدى نجاح المفاوض السعودي في الحفاظ على الخصوصيات الاجتماعية والثقافية للدولة السعودية ونظامها القانوني.

منهج البحث

نظراً لطبيعة الدراسة التي نحن بصددها، فإن معالجتها تتطلب منهجاً مزدوجاً، المنهج التاريخي والمنهج التحليلي. إن اللجوء إلى المنهج التاريخي يساعد على فهم تطور منظمة التجارة العالمية، من غات ١٩٤٧ إلى غات ١٩٩٤. وهذا المسعى التاريخي يبين طبيعة الإجراءات المتعلقة بانضمام الدول.

أما المنهج التحليلي فيوضح الآليات الراهنة للانضمام، كما حدده النظام القانوني للمنظمة. في حقيقة الأمر، إن المنهجين المشار إليهما يتكاملان إلى حد كبير ويكونان منظومة متكاملة للانضمام للمنظمة.

تقسيم البحث

إن المنهجية العلمية تقتضي تقسيم وهيكلية الموضوع تقسيماً ثنائياً، وذلك من خلال ما فرضه عنوان الدراسة، ومن ثم يقسم الموضوع إلى فصلين أساسيين:

الفصل الأول: نظام العضوية في منظمة التجارة

العالمية بشكل عام

الفصل الثاني: انضمام المملكة العربية السعودية للمنظمة العالمية للتجارة وآثاره.

الفصل الأول: نظام العضوية في منظمة

التجارة العالمية وآثاره

تعد المنظمات الدولية تكتلات إرادية، سواء كانت عالمية أو إقليمية أو جهوية، فهي تنشأ باتفاق مجموعة من الدول، بهدف تحقيق مصالح مشتركة، مما يجعل الانضمام إلى المنظمات الدولية - أياً كانت طبيعتها - أمراً اختيارياً؛ وهو أمر ينسجم تماماً مع طبيعة التنظيم الدولي، وهي مسألة تؤكد مبدأ السيادة الذي يعد من دعائم العلاقات الدولية في المجتمع الدولي المعاصر^(١).

تختلف الوثائق المؤسسة للمنظمات الدولية في تحديد إطار موحد لقضية الانضمام لهذه المنظمات؛ غير أن هناك قواعد مشتركة لنظام العضوية في المنظمات الدولية، أياً كانت طبيعتها.

في الحقيقة تعد مسألة انضمام الدول لمنظمة التجارة العالمية امتداداً لما كان معمولاً به عند الانضمام إلى GATT^(٢) (الغات) = الاتفاقية العامة للتعريفات والتجارة. ويمكن للدولة الراغبة في الانضمام لمنظمة التجارة العالمية أن تختار أحد الطريقتين:

(١) صحيح تراجعت أهمية مبدأ السيادة بعد بداية التسعينيات من القرن العشرين، حيث ظهر اتجاه فقهي دولي ينادي بضرورة تجاوز السيادة الوطنية للدول عندما يتعلق الأمر بحماية الأقليات وحقوق الإنسان بشكل عام. وقد وجد هذا الاتجاه دعماً قوياً من طرف المنظمات الدولية غير الحكومية التي تمكنت من التأثير على مجلس الأمن التابع لمنظمة الأمم المتحدة، فسار في اتجاه يدعو إلى هجر المبدأ التقليدي المنبثق عن سيادة الدولة (عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول) وتدعيم مبدأ التدخل لحماية حقوق الإنسان. انظر تفاصيل الموضوع في: (نسب، ٢٠٠٩: ص ص ١٠-٢٥).

(٢) الرمز الإنجليزي هو: General Agreement on Trade and Tariffs

١- إجراء مفاوضات مع الدول الأعضاء وفقاً للمادة (٣٣) من الاتفاقية العامة للتعريفات والتجارة، أي الشروع في المفاوضات المتعددة الأطراف.

٢- التقدم بطلب الانضمام استناداً إلى نص المادة ٢٦ فقرة ٥/ ج.

رغم أن الغات لا تشكل منظمة عالمية من الناحية القانونية، غير أن كثيراً من أحكام اتفاقية تأسيس منظمة التجارة العالمية توحى بأن هذه المنظمة هي الوريث المباشر «للغات». وتبين بعض النصوص القانونية هذه الاستمرارية القائمة بين الكيانين (الغات و م.ت.ع) ما لم يرد نص صريح خلاف ذلك. ومما يوضح هذه الاستمرارية والتناوب بين (الغات) و(م.ت.ع) ما نصت عليه المادة ١٦ من وثيقة تأسيس م.ت.ع، حيث جاء فيها ما يلي: "ستقوم المنظمة بالإشراف على تنفيذ الاتفاقيات التجارية الأخرى المتعددة الأطراف والقرارات والإجراءات والممارسات المتبعة في إطار (الغات)؛ تطبيقاً لهذا النص وتماشياً مع الاتفاقيات التي تمخضت عنها جولة محادثات الأوروغواي، لم تعد (الغات) تشكل الأداة القانونية لتنظيم التجارة العالمية، إذ حددت نهاية (الغات) بسنة ١٩٩٤. ومن هذه المرحلة أضحى (الغات) تسمى (جات ١٩٩٤) بدلاً من (الغات ١٩٤٧) بعد اتفاق الأطراف المتعاقدة على ضرورة إصلاح النظام القانوني والهيكلي (للغات).

وهو ما حققته جولات المفاوضات المتعاقبة التي جعلت من (جات ١٩٩٤) كياناً قانونياً جديداً يتمتع بكل مقومات الشخصية القانونية للمنظمات الدولية.

وهذا الكيان الجديد هو: منظمة التجارة العالمية.

المبحث الأول: العضوية في منظمة التجارة العالمية بشكل عام

يثبت حق الانضمام للمنظمات الدولية بشكل عام، للدول كاملة السيادة، أي التي تملك القدرة على مباشرة الشؤون والاختصاصات الداخلية والدولية، بكل حرية واستقلالية، أي دون أن تخضع - في ذلك - للإشراف والرقابة من أية سلطة كانت (سيرير، ٢٠٠٢: ص ٤٢٧).
الواقع تختلف الوثائق التأسيسية للمنظمات الدولية حول شروط وإجراءات الانضمام إليها، وبالتالي لا يوجد نظام موحد في هذا الشأن، فهناك أنظمة مشددة لقبول الأعضاء، وهناك منظمات تعتمد إجراءات مرنة للانضمام إليها. ويمكن تصنيف منظمة التجارة العالمية ضمن الفئة الثانية من المنظمات، حيث انضمت إليها حوالي ١٠٩ دولة وكياناً دفعة واحدة على إثر توقيع ممثلي (الغات ١٩٤٧) في مركز المؤتمرات لمدينة مراكش المغربية يوم ١٥/٠٤/١٩٩٤ معبرين عن أكبر إتفاق عالمي لتنظيم التجارة الدولية. وقد وقع على (إعلان مراكش) ممثلوا (١٠٩) دولة من أصل (١٢٤) دولة باستثناء (١٩) دولة لم تتمكن من التوقيع على الإعلان لأسباب دستورية داخلية، حيث لم تتوصل إلى إنجاز الإجراءات القانونية الضرورية للمصادقة عليه (مجلة أوراق اقتصادية، ١٩٩٤: ص ص ١٧٤-١٧٥).
والدول الموقعة على إعلان مراكش تصنف ضمن الأعضاء الأصليين، وهي الدول والأطراف المتعاقدة في اتفاقية (الغات ١٩٤٧)، وهذا ما نصت عليه المادة (١٠) من نظام منظمة التجارة العالمية^(٣).

إلى جانب العضوية الأصلية لمنظمة التجارة العالمية، يتبنى النظام القانوني للمنظمة مبدأ العضوية بالانضمام، وتمثل آلية الانضمام في قبول الأعضاء الجدد وفق شروط يتفق عليها بين المنظمة والدولة الراغبة في الانضمام. وتتوج المفاوضات بصدور قرار من المؤتمر الوزاري بالموافقة على الانضمام. وينبغي أن يصدر المجلس قراره المتعلق بشروط اتفاقيات الانضمام بأغلبية ثلثي أعضاء المنظمة.

ومما يؤخذ على العضوية المزدوجة التي أخذت بها منظمة التجارة العالمية عدم وضوح النصوص القانونية المعالجة لطبيعة التفرقة بين الأعضاء الأصليين والأعضاء المنضمين من حيث الحقوق والالتزامات؛ وهذا «الوضع الغامض» مكن الدول القوية من فرض نفوذها على مسار واتجاه السياسة العامة لمنظمة التجارة العالمية التي أثرت فيها الدول الكبرى منذ أن ظهرت الإتفاقية العامة للتعريفات والتجارة التي شكلت نواة لمنظمة التجارة العالمية. كما يتبين ذلك من خلال شروط العضوية في المنظمة. (المطلب الأول)؛ وما يتصل بالعضوية الأصلية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الشروط المطلوبة للعضوية في منظمة التجارة العالمية

أجمع الفقه الدولي على أن شروط الانضمام للمنظمات الدولية - أيا كانت طبيعتها - ثنائية الطبيعة: موضوعية وشكلية.

الفرع الأول: الشروط الموضوعية: تتجسد هذه الشروط في الأمور الهامة - بالنسبة للمنظمة - التي ينبغي أن تتوفر في كل دولة راغبة في الانضمام، وتختلف هذه الأمور من حيث أهميتها وخطورتها من منظمة إلى أخرى. وبما أن منظمة التجارة العالمية منظمة

(٣) تترتب العضوية الأصلية لجميع الدول والكيانات التي تعتبر أطرافاً في اتفاقية (الغات ١٩٤٧) انظر المادة (١١) من النظام الأساسي لمنظمة التجارة العالمية.

الملحقة كلها كتلة واحدة، لا يمكن التملص من أي منها منفردة^(٤).

ومن ضمن الشروط الموضوعية التي يجب على الدولة الراغبة في الانضمام لمنظمة التجارة العالمية ضرورة إصلاح منظومتها التشريعية وتطويرها بما يتلاءم وينسجم مع النظام القانوني للمنظمة وقواعدها التجارية التي تمنع التمييز في المعاملة التجارية الدولية، وضرورة فتح الأسواق الوطنية أمام السلع الأجنبية إلى غير ذلك من التدابير التي يفرضها الانضمام للمنظمة.

الفرع الثاني: الشروط الشكلية: الواقع أن الشروط الشكلية المطلوبة للانضمام للمنظمات الدولية عموماً ولمنظمة التجارة العالمية خصوصاً هي شروط تتصل بالإجراءات التي لا بد من إتباعها لقبول أي دولة راغبة في الانضمام. وهذه الشكليات تختلف باختلاف طبيعة المنظمة الدولية التي يراد الانضمام إليها.

إن المتتبع لمسار وفلسفة منظمة التجارة العالمية يلاحظ أن اتفاقية تأسيسها تشكل معاهدة مفتوحة. ومن ثم تسمح للدول غير الأعضاء والأقاليم الجمركية التي تتمتع باستقلال ذاتي، وتدير علاقاتها التجارية بقدر من الحرية والاستقلالية؛ فهذه الوحدات مثل الدول يمكنها أن تنضم لمنظمة التجارة العالمية وفق شروط معينة متفق عليها^(٥). غير أن هذا لا يكفي للانضمام،

(٤) استثنى إعلان (مراكش) النهائي أربع اتفاقيات من المبدأ العام. حيث يجوز لكل دولة أن تختار الانضمام إليها أو عدمه، ومن ثم فهذه الاتفاقيات الأربعة تفرد كل منها بقواعد الانضمام الخاصة بها. وهذه الاتفاقيات هي: اتفاقية حول الاتجار في الطائرات المدنية، واتفاقيات حول المشتريات الحكومية، والاتفاقية الدولية بشأن منتجات الألبان، والاتفاقية الدولية بشأن اللحوم البقرية.

(٥) انظر المادة (١٢) من اتفاقية منظمة التجارة العالمية.

ذات طابع اقتصادي، فشروط الانضمام الموضوعية إليها لا بد أن تتعلق بنشاطها ووظائفها الأساسية. ومن ضمن هذه الشروط الموضوعية، أن تلتزم الدولة الراغبة في الانضمام للمنظمة بتطبيق وممارسة علاقاتها التجارية الخارجية، كما قررها النظام القانوني للمنظمة، وليس كما تحددها الدولة وفقاً لاعتباراتها الوطنية. كما يجب على الدولة أن تخضع نشاطها التجاري لأحكام الاتفاقيات اللاحقة، والمكملة لاتفاقية تأسيس المنظمة، وخاصة ما تمخض من نتائج نهائية، عن جولة المفاوضات في الأوروغواي (المصمودي، ١٩٩٤: ص ص ٤٠-٦٠).

ونلاحظ بخصوص هذه الشروط الموضوعية لانضمام الدولة لمنظمة التجارة العالمية: ضرورة ملاءمة السياسة الاقتصادية للدولة الراغبة في الانضمام للمنظمة مع فلسفة هذه الأجندة، مما يعني - منطقياً - التخلي عن المبادئ التي كانت قائمة في فلسفة وسياسة الدولة الراغبة في الانضمام وخاصة ما تعلق بسياسة الدعم لبعض المواد الأساسية، واسعة الاستهلاك؛ مما يعني في نهاية الأمر ضرورة إجراء إصلاحات جذرية في فلسفة الدولة الاقتصادية، وما قد ينبجم عن ذلك من مخاطر وقلقل اجتماعية وسياسية في الدولة المعنية (العبادي، ١٩٩٩: ص ص ١٣٤-١٣٥). فضلاً عن ضرورة إجراء إصلاحات جوهرية في هيكلها القانوني والاقتصادي، فإن الدولة الراغبة في الانضمام لمنظمة التجارة العالمية يجب عليها أن تتبنى بشكل صريح الإعلان النهائي لجولة محادثات أوروغواي الصادر بتاريخ ١٥/٠٤/١٩٩٤ بمدينة مراكش (المغرب). ويترتب عن ذلك موافقة الدولة على الاتفاقيات

بسبب انتهاكها للنظام القانوني للمنظمة أو عدم الوفاء بالتزاماتها الأساسية. ولا تتضمن اتفاقية تأسيس منظمة التجارة العالمية، أي نص يعالج مسألة إيقاف العضوية، وبالتالي فالنظام القانوني للمنظمة جاء حالياً من معالجة هذه المسألة، وهذا الفراغ القانوني قد يشكل حرجاً للمنظمة عندما تجد نفسها أمام عضو منتهك لنظامها القانوني، وأمام هذا النقص القانوني يمكن الرجوع إلى القاعدة العامة التي تقضي بأن السلطة أو الجهة التي تملك حق النظر وقبول الانضمام يمكنها أن تمارس سلطة إنهاء عضوية أي دولة خرقت أحكام الاتفاقية التأسيسية، بشكل يهدد نشاط المنظمة أو مصداقيتها (المجذوب، ٢٠٠٢: ص ٨٦٤).

المطلب الثاني: العضوية الأصلية في منظمة التجارة

العالمية

ذكرنا أن الأعضاء الأصليين في منظمة التجارة العالمية هم الأطراف التي شاركت في إعداد وتنفيذ الاتفاق العام للتعريف الجمركية والتجارة (الجات ١٩٤٧) وقد تولت المادة (١١) من النظام الأساسي (الاتفاقية) تحديد الأحكام الخاصة بالعضوية الأصلية في المنظمة.

وفي هذا السياق ورد في النص ما يلي: (يكون الأعضاء الأصليون للمنظمة ((الأطراف المتعاقدة في الجات ١٩٤٧)) وذلك اعتباراً من تاريخ نفاذ الاتفاقية الحالية والمجموعة الأوروبية، وذلك بقبولها الاتفاقية الحالية، والاتفاقيات التجارية متعددة الأطراف، والتي أرفقت جداول تنازلاتها وتعهداتها باتفاقية (جات ١٩٩٤) والتي أرفقت جداول التعهدات المحددة الخاصة بها باتفاقية التجارة في الخدمات). أما الفقرة الثانية من نفس المادة (١١) فقد أوردت وضع الدول

بل يتطلب من الدولة الراغبة في الانضمام أن تتجه وتتقدم إلى الجهات المختصة بالانضمام، أي مدير عام المنظمة، بطلب الانضمام وطلب الانضمام هو وسيلة، فقط للدخول في مفاوضات طويلة شاقة ومعقدة، قد تستغرق سنوات عديدة. وأثناء سلسلة المفاوضات تصطدم الدولة - وخاصة إن كانت من الدول النامية - بعقبات وأوضاع لا تتناسب مع خصائص المجتمع الذي تمثله: سواء كانت فكرية، أو إجتماعية، أو دينية. وخلال الجولات العديدة من المفاوضات تجد الدولة - الراغبة في الانضمام - نفسها مضطرة بقبول جميع الشروط المفروضة. وبعد المفاوضات العديدة مع الدول الأعضاء يأتي الإجراء الشكلي الأخير المتمثل في التصويت على انضمام الدولة المعنية، ولا يمكن قبول الانضمام إلا إذا حصل طلب الدولة على عدد الأصوات المطلوبة من الجهة المختصة بقبول انضمام الدول الجديدة. فالنظام القانوني لمنظمة التجارة العالمية يسند القبول والتصويت على طلب الانضمام للمؤتمر الوزاري، الذي يتخذ قراره بشأن طلب يصوت عليه بأغلبية ثلثي الأعضاء^(٦).

إذا كانت الشروط المذكورة آنفاً: سواء كانت موضوعية أو شكلية، فإن هناك عوامل وأسباب يمكن أن تشكل عوارض العضوية، وبالتالي إذا تحققت في دولة عضو تنزع عنها صفة العضوية. ونذكر هذه العوامل والعوارض مختصرة جداً عند انسحاب الدولة من المنظمة إرادياً. وقد يكون سبب إنهاء عضوية الدولة راجعاً إلى حل المنظمة لأسباب معينة، وهو سبب غير إرادي. وقد يعود سبب إنهاء عضوية الدولة في المنظمة إلى إجراءات عقابية تتخذ ضد الدولة المعنية،

(٦) انظر المادة ١٢ / ١ من اتفاقية تأسيس منظمة التجارة العالمية.

في تقدير مدى توفر شروط العضوية للدول الراغبة في الانضمام لمنظمة التجارة العالمية (سيرير، مرجع سابق: ص ٤٣٣).

ومما تجدر الإشارة إليه أن طبيعة العضوية في منظمة التجارة العالمية تتميز عن طبيعة العضوية في (الجات)، حيث كان أعضاؤها متجانسين - إلى حد كبير - ويمثلون إيديولوجية واحدة (رأسمالية) ومتساوون من حيث الوزن والقوة الاقتصادية. فكانت عملية المشاركة في نشاط (الجات) لا تحتاج إلى آليات وإجراءات طويلة ومعقدة، فكانت المشاركة تتم بمجرد القيام بترتيبات معينة، ولا تتضمن أي التزام قانوني واضح يثقل كاهل العضو الجديد، باستثناء: شرط الدولة الأولى بالرعاية بالنسبة للأطراف المتعاقدة. وهو شرط مألوف في المعاهدات والمنظمات الدولية، منذ عهد بعيد. وتشير طبيعة هذه الصيغة (الدولة الأولى بالرعاية) إلى الطابع المرن الذي ميز الانضمام إلى (الجات ١٩٤٧). وهذه المرونة تمكن أي دولة لا ترغب في أن تصبح طرفاً متعاقداً، أن تكون عضواً بدرجة أقل، حسب الصيغة القانونية التي تختارها الدولة (Flory, 1986: p 248).

المبحث الثاني: الآثار المترتبة عن العضوية في منظمة التجارة العالمية

تشير نصوص اتفاقية تأسيس المنظمة، وكذلك أحكام الاتفاقيات الملحق بها إلى اعتماد مبدأ المساواة بين الدول الأعضاء في ترتيب حقوق الدول الأعضاء والتزاماتها.

المطلب الأول: الحقوق المترتبة عن العضوية

تنص المادة ٧/٤ من الاتفاقية التأسيسية لمنظمة التجارة العالمية على حق التمثيل للدول الأعضاء في كافة الهيئات الرئيسية للمنظمة، وكذلك حقها في

الأقل نمواً (الأعضاء في منظمة التجارة العالمية)، حيث ربط النص المذكور المزايا والالتزامات التي تقع على تلك الدول، بدرجة نمو كل منها. ومهما يكن من أمر، فإن الانضمام لمنظمة التجارة العالمية يتطلب استيفاء إجراءات وآليات يقتضيها نظامها القانوني.

حددت المادة (١٢) من النظام الأساسي لمنظمة التجارة العالمية قضية الانضمام والإجراءات التي يجب اتخاذها لاستكمال عملية الانضمام. في هذا السياق، وبمقتضى نص المادة المذكورة: يجوز لأي دولة أو إقليم جمركي منفصل يملك استقلالاً ذاتياً كاملاً في إدارة علاقاته التجارية الخارجية، والمسائل الأخرى المنصوص عليها في اتفاقية «تأسيس المنظمة»، وكذلك الاتفاقيات التجارية متعددة الأطراف أن ينضم إلى منظمة التجارة العالمية^(٧).

الواقع أن آلية الانضمام لمنظمة التجارة العالمية تبدو عادية وبسيطة؛ وأن التمييز بين نوعي العضوية - في معظم المنظمات الدولية - تمييز شكلي، غير أن الوضع يختلف تماماً في منظمة التجارة العالمية؛ حيث ظهرت تفرقة واضحة بين الدول المؤسسة، التي تمتعت بمزايا جعلت منها دولاً تسيطر على قبول الأعضاء في المنظمة، ومعظم هذه الدول هي دول رأسمالية متقدمة؛ وتبرز هذه السيطرة في حق تلك الدول القليلة التحكم

(٧) أما الهيئة المختصة بقبول أي انضمام فهو: المؤتمر الوزاري، الذي يصادق على الانضمام، ويوافق على شروط اتفاق الانضمام بأغلبية ثلثي أعضاء المنظمة. كما يخضع الانضمام إلى اتفاق تجاري متعدد الأطراف، مما يجعل الدولة الطالبة للانضمام تجري سلسلة من المفاوضات مع الدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية. انظر: (مراد، ١٩٩٧: ص ص ٢٦-٢٧).

ومن أهم الحقوق المترتبة عن العضوية حق المشاركة في تعديل وتطوير أحكام الاتفاقية التأسيسية لمنظمة التجارة العالمية، وكذلك الاتفاقيات التجارية متعددة الأطراف، والتي شملتها جولة مفاوضات الأوروغواي طبقاً لمضمون المادة ١٠ / ١ / ٨ من الاتفاقية التأسيسية.

ومن ضمن الحقوق المترتبة عن العضوية حق كل الدول الأعضاء ترشيح مواطنيها للعمل في المنظمة بصفتهم موظفين دوليين، سواء في الأجهزة الرئيسة أو الأجهزة الفرعية للمنظمة. ومن المزايا التي تستفيد منها الدول الأعضاء حق الاستفادة من التسهيلات والتخفيضات الجمركية التي تطبقها الدول الأعضاء فيما بينها، كما يحق لكل دولة عضو في المنظمة أن تستفيد من فتح المجال أمام مواطنيها كمستثمرين في أسواق الدول الأعضاء، تطبيقاً للمبدأ الهام الذي تقوم عليه المنظمة (الدولة الأولى بالرعاية) (العبادي، ١٩٩٩: ص ٧٨).

ومن الحقوق الطبيعية لكل عضو في المنظمات الدولية عموماً ومنظمة التجارة العالمية على وجه الخصوص: حق الانسحاب الإرادي من عضوية المنظمة في أي وقت وفي أي ملبسات يقدرها العضو، بشرط اتباع الإجراءات القانونية المحددة في المادة ١٥ من اتفاقية تأسيس المنظمة^(١٠). وعلى سبيل المثال إذا تبين للعضو أن هناك تعارضاً بين التزاماته الناتجة عن العضوية مع السياسة العامة التي تنتهجها الدولة العضو، وخاصة في مجال المبادئ التي تعتقد الدولة أنها أساسية بالنسبة

(١٠) تنص المادة المذكورة على بعض الإجراءات، من ضمنها: تقديم طلب الانسحاب إلى المدير العام لمنظمة التجارة العالمية. ولا يبدأ مفعول الانسحاب إلا بعد مضي ستة أشهر من تاريخ تلقي المدير العام إخطاراً كتابياً بالانسحاب.

عضوية المجالس واللجان الفرعية؛ ويترتب عن هذا حق المشاركة في اجتماعات المنظمة لكل الدول الأعضاء ومساهمتها في اجتماعات الهيئات الفرعية سواء كانت لجاناً أو غيرها (فضل، ٢٠٠٠: ص ٨٣). هذا ولما كانت اجتماعات منظمة التجارة العالمية فضاءً دولياً، يتم فيه صياغة إستراتيجية التجارة الدولية، ووضع القواعد المنظمة لهذه التجارة سواء تعلق الأمر بتجارة السلع، أو تجارة الخدمات، فإن مشاركة الدول الأعضاء في هذا المحفل الدولي الهام تعد وسيلة قانونية وسياسية للدفاع عن مصالحها الوطنية^(٨).

ومما يميز حقوق الدول الأعضاء في هيئات المنظمة العالمية للتجارة قيامها على مبدأ المساواة في التصويت؛ حيث يتمتع كل عضو بصوت واحد في كل الأجهزة، وتتخذ القرارات ضمن المؤتمر الوزاري والمجلس العام بأغلبية أصوات الحاضرين طبقاً للفقرة الأولى من المادة ٩ من اتفاقية التأسيس.

هذا وقد يفسر مضمون المادة ٩ والمذكورة آنفاً على أنه يتجه نحو تفضيل بعض الأعضاء على الآخرين عند التصويت. إلا أن القراءة المتمعنة لنص المادة تبدي هذا الاحتمال، عندما أوردت الإشارة إلى إمكانية استمرار اتخاذ القرارات على النحو الذي كان معمولاً به في الاتفاقية العامة للتعريف والتجارة (GATT.1947)^(٩).

(٨) انظر الفقرة ٧ من المادة ٤ من اتفاقية تأسيس منظمة التجارة العالمية.

(٩) صحيح جاء في المادة ٩ ما يثير هذا الاحتمال عندما نصت على ما يلي: ((تستمر المنظمة في اتخاذ القرارات بتوافق الآراء، حسب الممارسة المتبعة، بموجب اتفاقية (الجات ١٩٤٧). ومتى تعذر التوصل إلى قرار بتوافق الآراء يتخذ القرار في المسألة المعروضة بالتصويت ما لم يرد خلاف ذلك (...)) بأغلبية أصوات الحاضرين، بالنسبة للمؤتمر الوزاري والمجلس العام (...)).

لمنظمة التجارة العالمية معلق على ضرورة الامتناع عن إبداء التحفظات على أي حكم من أحكام الاتفاقية التأسيسية، وخاصة ما تعلق بالقواعد التجارية، حيث يجب أن تخضع التحفظات لأحكام الاتفاقية التأسيسية^(١٢).

٣- ومن جهة أخرى يفرض الانضمام - على الدول - التزام التعاون الاقتصادي والتجاري مع كل الدول الأعضاء من أجل رفع مستويات المعيشة، وتحقيق التشغيل الكامل بهدف الوصول إلى حجم نهائي كبير ومستقر لاقتصاد عالمي حقيقي وفعال. كما تلتزم جميع الدول الأعضاء في المنظمة بالامتناع عن ممارسة أي ضغط أو نفوذ على موظفي المنظمة، أو ممثلي الدول الأعضاء، وأن تحترم وتكفل استقلاليتهم عند ممارستهم لمهامهم المتصلة بنشاط المنظمة^(١٣).

٤- أما في مجال الأعباء المالية، وما يتطلبه نشاط المنظمة من نفقات، فقد نصت المادة ٧/٤ من اتفاقية تأسيس منظمة التجارة العالمية على أن يتحمل كل عضو في المنظمة قسطاً من نفقات المنظمة، وأن يسدد مساهماته في الوقت المناسب، وفقاً للأئمة المالية المعتمدة من قبل المجلس العام للمنظمة.

هذا ويدخل ضمن التزامات الدول الأعضاء - وفقاً لاتفاقية التأسيس - ضرورة احترامها لقرارات المنظمة وأن تحل نزاعاتها المحتملة في مجالات التجارة

(١٢) انظر الفقرة الخامسة من المادة ١٦، من اتفاقية تأسيس منظمة التجارة العالمية.

(١٣) والواقع أن هذا الالتزام يشكل حصانة لموظفي المنظمة باعتبارهم يمارسون نشاطاً لحساب الشخصية القانونية الدولية (منظمة التجارة العالمية)؛ وبالتالي فهذا الالتزام يشكل ضمانه هامة لموظفي المنظمة، وفقاً للمادة ٨/٢ من اتفاقية التأسيس.

لتجارتها، ومتطلبات هذه السياسة التي قد لا تنسجم مع مبادئ المنظمة.

المطلب الثاني: الالتزامات المترتبة عن العضوية

إن المبدأ القائل: كل حق يقابله التزام، ينطبق تماماً على الأعضاء في منظمة التجارة العالمية؛ بما أن لكل دولة عضو حق فيما تمنحه العضوية من مزايا وفي مقابل ذلك لكل دولة التزامات واضحة محددة باتفاقية تأسيس المنظمة، وكذلك الالتزامات المترتبة عن الاتفاقيات التجارية متعددة الأطراف، ويمكن إجمال الالتزامات المترتبة عن العضوية في المنظمة في النقاط التالية:

١- على كل دولة عضو أن تتنازل عن جزء من حريتها التشريعية الوطنية وخاصة ما تعلق بسياساتها التجارية، والدخول في الترتيبات التجارية المفيدة، وتجنب المعاملات التفضيلية في علاقات التجارة الدولية. وفي سياق تنازل الدولة عن جزء من سيادتها التشريعية تلتزم بعدم فرض قيود جديدة على وارداتها، أو فرض رسوم جديدة، أو زيادتها على المستوى التفاوضي، ما لم يكن ذلك لأسباب جوهرية ويجب أن يكون ذلك لفترة زمنية محددة.. على أن يتم التفاوض بشأنها (قيود أو رسوم جديدة...) مع الدول الأخرى الأعضاء في المنظمة، التي قد تضار من هذه الإجراءات من أجل الوصول إلى حل ودي بشأنها يرضى به الجميع (سري، مرجع سابق: ص ٤٣٧).

٢- ضرورة أن تقوم الدولة الراغبة في الانضمام للمنظمة بتطوير نظامها التجاري بطريقة سريعة، وأن تكييف منظومتها التشريعية ونظامها الإداري بما يتلاءم والجهود الدولية المبذولة، خلال السنوات الماضية، الهادفة إلى تحرير التجارة الدولية^(١١)، كما أن الانضمام

(١١) انظر المادة ١٦/٤ من اتفاقية تأسيس منظمة التجارة العالمية. الوثائق النهائية لجولة أوروغواي.

موضوع انضمام الدولة السعودية لمنظمة التجارة العالمية والآثار المترتبة عن هذا الانضمام، ندرس هذا الفصل الثاني ضمن مبحثين أساسيين: مسار انضمام المملكة العربية السعودية لمنظمة التجارة العالمية (المبحث الأول). ثم نكرس المبحث الثاني للآثار المترتبة عن هذا الانضمام. المبحث الأول: مسار انضمام الدولة السعودية لمنظمة التجارة العالمية وعوائقه

إن التعرض لمسار انضمام الدولة السعودية لمنظمة التجارة العالمية يقتضي اتباع منهجية تميز من خلالها بين نوعين من المفاوضات التي خاضها المفاوض السعودي؛ بعبارة أخرى ينبغي النظر إلى تلك المفاوضات من زاويتين: مفاوضات متعددة الأطراف (المطلب الأول) ومفاوضات ثنائية (المطلب الثاني). ونعالج عوائق الانضمام في المطلب الثالث.

المطلب الأول: المفاوضات المتعددة الأطراف (الجماعية)

لقد بدأ اهتمام الدولة السعودية بالعلاقات التجارية ذات الطابع الدولي مبكراً؛ حيث أفصحت عن رغبتها في الانضمام إلى (الغات) كعضو مراقب منذ عام ١٩٨٥. وبعد ذلك تقدمت بطلب الانضمام. وقد صادف إجراءات انضمام المملكة إلى (الغات) تحويل هذه الأخيرة إلى منظمة التجارة العالمية، مما استدعى تحويل طلب انضمامها إلى المنظمة الجديدة (العالي، ١٩٩٨: ص ٤).

ولا شك أن المفاوضات المتعددة الأطراف تعد البوابة الهامة للوصول إلى عضوية منظمة التجارة العالمية، وعلى هذا الأساس شرعت الدولة السعودية منذ عام ١٩٩٣ في سلسلة من المفاوضات الجماعية مع أعضاء المنظمة. ونظراً لحساسية المواضيع التي تناقش في إطار المنظمة مع الدولة الراغبة في الانضمام، فقد

والميادين التي تختص بها المنظمة، طبقاً للأحكام والقواعد المقررة في النظام القانوني للمنظمة من جهة، وبمقتضى وثيقة التفاهم المتعلقة بتسوية النزاعات بين الدول الأعضاء. وأن حل النزاعات المحتملة بين أعضاء منظمة التجارة العالمية يسند إلى الجهة المحددة التي تسمى: جهاز تسوية المنازعات. ويتكون هذا الجهاز من ممثلي الدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية، ومن مهام هذا الجهاز ما يلي:

١- إدارة قواعد وإجراءات تسوية المنازعات المحتملة بين الدول الأعضاء في المنظمة.

٢- إدارة المشاورات وأحكام تتعلق بأحكام حل المنازعات الواردة في الاتفاقية التأسيسية لمنظمة التجارة العالمية والاتفاقيات المرفقة بها.

يفهم من هذا كله أن مهمة جهاز تسوية المنازعات في منظمة التجارة العالمية مهمة مزدوجة: تشاورية وقضائية (خالد، ٢٠٠١: ص ص ١٠-١١).

الفصل الثاني: عضوية المملكة العربية السعودية

في المنظمة العالمية للتجارة وآثارها

تمكنت الدولة السعودية من الانضمام لمنظمة التجارة العالمية بعد سلسلة من المفاوضات دامت قرابة اثني عشر عاماً، وبعد الجولات العديدة من المحادثات استطاع المفاوض السعودي إقناع المنظمة بضرورة انضمام المملكة إليها. وقد وقع وزير التجارة والصناعة السعودي - بتفويض من مجلس الوزراء - على وثيقة الانضمام للمنظمة؛ وعلى إثر ذلك أعلن المؤتمر الوزاري للمنظمة وبصفة رسمية، في اجتماعه بهونغ كونغ أواخر عام ٢٠٠٥ عن انضمام المملكة العربية السعودية لمنظمة التجارة العالمية؛ لتصبح العضو ١٤٩ في المنظمة. ولأهمية

السعودية خلال الفترة الممتدة من ٤ إلى ٦ مايو من عام ١٩٩٨ للاطلاع على وضعية حقوق الملكية الفكرية، ونظامها القانوني في المملكة، وكذلك العمل من أجل إنجاز مشروع مذكرة التعاون الفني بين منظمة (وايبو) والسلطات العمومية السعودية في ميدان حقوق الملكية الفكرية. وحرصاً من المنظمة على هذا التعاون أرسلت ترسانة من القوانين النموذجية والتعليقات على أنظمة المملكة المتعلقة بحقوق المؤلف وبراءات الاختراع والعلامات التجارية.

وهكذا يلاحظ أن المفاوضات متعددة الأطراف، التي خاضها الوفد السعودي مع منظمة التجارة العالمية بدأت بطلب المنظمة من المملكة بضرورة إجراء إصلاحات قانونية هامة في نظامها القانوني، كشرط أساسي لانضمام المملكة إليها. وفي نفس الإطار أكد وفد تجاري من الإتحاد الأوروبي، الذي زار المملكة قبيل إتمام المفاوضات الجماعية على أن مفاوضات منظمة التجارة العالمية طالبوا من المفاوضات السعودي الموافقة على لوائح تنظيمية في مجال التأمين وعلى قوانين حماية الملكية الفكرية، هذا من جهة، ومن ناحية أخرى ألح مفاوضو المنظمة على ضرورة تشكيل محاكم للفصل في المنازعات التجارية (الرشودي، ٢٠٠٨: ص ٢٧). ويبدو أن ممثلي المنظمة العالمية للتجارة لم يكتفوا بطلب إعادة النظر في النصوص القانونية وإصلاحها بما يتفق والنظام القانوني للمنظمة، وإنما طالبوا بالتعديل في المجال الشكلي، حيث أحوال على أن تنفذ مطالب المنظمة بنصوص قانونية وليس من خلال إصدار أوامر من سلطات أعلى في الدولة^(١٦) كما أكد ممثلو المنظمة على أن تعمل الدولة السعودية

استغرقت المفاوضات المتعددة الأطراف، التي خاضها المفاوض السعودي أكثر من عشر سنوات^(١٤).

هذا ولما كان الموضوع الأساسي الذي تدور حوله المفاوضات بين الدولة الراغبة في الانضمام إلى منظمة التجارة العالمية هو تحرير الأسواق الوطنية بالنسبة للدولة الراغبة في الانضمام، وهو من الأهداف التي أنشئت من أجلها المنظمة العالمية، فإن المفاوضات السعودي قد ركز بدوره على ضرورة رفع القيود المفروضة - من قبل الدول الأعضاء - على البتروكيماويات مقابل تحرير أسواقها الداخلية. ونظراً لأهمية المفاوضات المتعددة الأطراف فإن الوفد السعودي المفاوضات تشكل من عدد هائل من المسؤولين الكبار في الدولة، يمثلون مختلف القطاعات الحيوية في الحياة الاقتصادية السعودية؛ وقد ترأس الوفد السعودي - في المفاوضات الحاسمة لعام ١٩٩٦ - وزير التجارة ومعه مجموعة من الكفاءات والتخصصات الهامة^(١٥).

يبدو أن منظمة التجارة العالمية ركزت اهتمامها في مفاوضاتها الجماعية مع الوفد السعودي حول ضرورة أن تقوم الدولة السعودية بجملة من الإصلاحات على الصعيد التنظيمي، حتى ينسجم النظام القانوني السعودي مع مبادئ ونصوص اتفاقية تأسيس المنظمة والاتفاقيات الملحق بها، وخاصة أحكام المنظمة العالمية للملكية الفكرية (وايبو). وفي هذا السياق، وبعد جولة المفاوضات المتعددة الأطراف الأولى، قام وفد استشاري من المنظمة المذكورة آنفاً بزيارة المملكة العربية

(١٤) انظر الشرق الأوسط الاقتصادي. العدد ٦٣٦٦. الصادر بتاريخ ٣/٥/١٩٩٦م.

(١٥) انظر الجريدة الاقتصادية. العدد ٨٨٠٣ الصادرة بتاريخ ٢٣ جمادى الآخرة ١٤١٧هـ - ٤/١١/١٩٩٦م ص ٢٥.

(١٦) علماً بأن كل النصوص القانونية في المملكة العربية السعودية تصدر في شكل أوامر ومراسيم ملكية.

المنظمة بعدم التزام الدولة السعودية بكل ما يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، ومن ذلك:

١- عدم حماية المؤشرات الجغرافية الخمر والمشروبات الكحولية باعتبارها سلعاً محرمة.

٢- حذف الخمر والمشروبات الكحولية من قائمة تصنيف السلع والخدمات الملحق بنظام العلامات التجارية.

٣- نصت المادة الرابعة من نظام براءات الاختراع السعودي على عدم منح الحماية إذا كان الاستغلال التجاري منافياً للشريعة الإسلامية.

٤- كما منعت المادة الخامسة من نظام العلامات التجارية تسجيل أية علامة إذا كان محتواها يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية (الرشودي، مرجع سابق: ص ٢٧).

وهكذا بدا واضحاً أن المفاوضات المتعددة الأطراف (الجماعية) التي خاضها المفاوض السعودي لم تكن سهلة، بل كانت عسيرة استوجبت كثيراً من الحنكة والخبرة والدراية والدبلوماسية الهادئة، وهي صفات تحلى بها - بجدارة - الوفد السعودي الذي تكون من نخبة عبرت عن قدرة ومعرفة كبيرة لهياكل الاقتصاد والتجارة العالميين، وهو ما أثار إعجاب ممثلي الدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية.

وبعد اجتياز مرحلة المفاوضات الجماعية، بدأت سلسلة المفاوضات الثنائية، وذلك بطلب من عدد من الدول الأعضاء، كما جرى عليه العمل عند انضمام أية دولة لمنظمة التجارة العالمية.

المطلب الثاني: المفاوضات الثنائية

رغم الجهود التي بذلها المفاوض السعودي أثناء المفاوضات الجماعية، حيث تمكن من خلالها

لإيجاد نظام قضائي واضح للفصل في المنازعات المترتبة عن علاقات المملكة التجارية مع الدول الأعضاء^(١٧).

وفي مقابل هذه المتطلبات التي أفصح عنها ممثلو المنظمة العالمية للتجارة للوفد السعودي المفاوض، طلب هذا الأخير - بدوره - بضرورة تسهيل مهمة رجال الأعمال السعوديين، الذين سيتعاملون مع شركاء اقتصاديين في الخارج، وذلك بتمكينهم من الوقوف على الأبعاد القانونية لنشاطاتهم في الدول الأعضاء. كما ألح المفاوض السعودي على معرفة الإطار القانوني الذي يحكم السوق العالمية حتى يتمكن المصدرون السعوديون من الدخول إلى أسواق الدول الأعضاء لمنظمة التجارة العالمية دون أن يجدوا عراقيل ذات طابع تشريعي أو قضائي غير المتوقعة. في حقيقة الأمر تمكن المفاوض السعودي من قيادة المفاوضات الجماعية بقدر كبير من الدبلوماسية والحكمة، حيث تمكن من الإجابة عن جل الأسئلة المطروحة من قبل أعضاء المنظمة، وخاصة تلك الأسئلة المتصلة ببعض البنود والمقاطع الواردة في مذكرة وزارة التجارة الخارجية السعودية. وفي هذا السياق انعقدت سلسلة من المفاوضات بين الوفد السعودي، برئاسة معالي وزير التجارة وممثلي الدول الأعضاء، والتي استمرت مدة طويلة. أثناء المفاوضات الجماعية برزت عقبة قانونية تمثلت في القانون واللوائح التي تتعلق بحقوق الملكية الفكرية، تمس ما يعتبر حراماً في النظام القانوني السعودي المستمد من الشريعة الإسلامية. وفي هذا النطاق استطاع المفاوض السعودي أن يقنع أعضاء

(١٧) وقد استجابت المملكة لهذا المطلب بإصدارها نظاماً قضائياً جديداً، استحدثت هيئات قضائية مختصة بالنظر في المنازعات التجارية وغيرها. انظر المرسوم الملكي رقم ٧٨ الصادر بتاريخ ١٩/٩/١٤٢٨هـ.

ورغم أن الاقتصاد السعودي يعتمد - في جوهره - على البترول الذي يساهم في الناتج الإجمالي المحلي بأكثر من ٣٧ بليون ريال سنة ٢٠٠٤، فإن القطاع الزراعي يشكل دعامة هامة للاقتصاد الوطني السعودي، حيث بلغت نسبة مساهمته عام ٢٠٠٤ في الناتج الإجمالي المحلي ٨٪. فضلاً عن هذا كله فإن الزراعة تساهم في تحقيق هدف إستراتيجي للتنمية الاقتصادية وهو: توسيع القاعدة الإنتاجية للاقتصاد الوطني وتنويع صادرات الدولة، مما يؤدي إلى تخفيف الاعتماد على البترول، وإن القطاع الزراعي يساهم بشكل فعال في امتصاص البطالة وتوفير الوظائف الدائمة لليد العاملة المحلية: وهو قطاع يعمل فيه حالياً ما يقارب ٦٠٠ ألف عامل زراعي يمثلون إجمالاً حوالي (٩٪) من اليد العاملة، نسبة اليد العاملة الوطنية منهم ٤٨٪؛ مما يجعل القطاع الزراعي أفضل قطاع تتحقق فيه السعودية (العبيد، ٢٠٠٨: ص ٨٢). ولأهمية القطاع الزراعي وضرورة حمايته سعت المملكة العربية السعودية إلى إجراء مفاوضات ثنائية مع الشركاء الهامين، الذين تتعامل معهم في المنتجات الزراعية. وفي هذا السياق أبرمت المملكة العربية السعودية اتفاقاً ثنائياً مع الولايات المتحدة الأمريكية، يسمح بدخول المنتجات الزراعية الأمريكية إلى أسواق السعودية (الرشودي، مرجع سابق: ص ٢٨).

وهذا الاتفاق الثنائي مع الولايات المتحدة الأمريكية كان وسيلة سهلت عملية انضمام المملكة لمنظمة التجارة العالمية، ولم يقابله تصدير المنتجات الزراعية إلى أسواق الولايات المتحدة الأمريكية. بعد أن وقعت المملكة عدداً كبيراً من الاتفاقيات الثنائية مع عدد كبير من الدول الأعضاء بهدف الدخول إلى

إقناع أعضاء المنظمة، كان عليه أن يواجه - فضلاً عن المحادثات الرسمية - أعضاء المنظمة مُفردين. وعلى هذا الأساس بدأ المفاوضات السعودي سلسلة أخرى من المفاوضات على الصعيد الثنائي ضمن جولات مكوكية للعواصم الرئيسة للدول التي تعد شريكاً تجارياً للدولة السعودية، بقصد توضيح وجهات النظر وإزالة الأسباب والعوامل التي شكلت عائقاً في إنهاء عملية المفاوضات. إن المفاوضات الثنائية - في نطاق منظمة التجارة العالمية - تأتي غالباً بعد المفاوضات الجماعية، والتي من خلالها تبرز بعض القضايا التي يريد بعض الأعضاء التأكد منها أو الاستفسار حولها، مما يؤدي إلى إزالة الغموض والمعوقات أمام الدولة الراغبة في الانضمام. ومن أهم المسائل التي استوجبت المفاوضات الثنائية: ضرورة إقناع الدول الأعضاء في المنظمة بجدوى الانضمام. وفي هذا السياق يحق لكل عضو الاعتراض على عملية انضمام أية دولة، إذا لم تحقق رغبته في أحد البنود التي تخدم مصالحه التجارية. ومن جهة أخرى فإن المفاوضات الثنائية هامة - أيضاً - بالنسبة للدولة الراغبة في الانضمام لمنظمة التجارة العالمية، حيث تحاول حماية بعض السلع ذات الميزة النسبية. وفي هذا المضمار دافعت الدولة السعودية على بعض السلع الوطنية ذات الأهمية، وذلك برفع التعريفات الجمركية عليها، وهو إجراء يعد حقاً مكتسباً لكل الدول الأعضاء في المنظمة (الرشودي، مرجع سابق: ص ٢٧-٢٨).

فقد اعتبر المفاوضات السعودي سلة من السلع ذات البعد الإستراتيجي بالنسبة للاقتصاد السعودي والتي ينبغي حمايتها بالشكل الذي يضمن دورها الهام في تنمية الاقتصاد الوطني.

٤- تم التوقيع على بروتوكول الانضمام لمنظمة التجارة العالمية بتاريخ ١١/١١/٢٠٠٥م، وأصبحت الدولة السعودية عضواً في المنظمة في الشهر الموالي (١١/١٢/٢٠٠٥م). وهذا المسار الطويل من المفاوضات الجماعية والثنائية يشكل في حد ذاته تطوراً هاماً، من شأنه أن يمكن الاقتصاد السعودي من الانفتاح على الأسواق الخارجية، بعد تمتعه بالحماية لسنوات عديدة.

المبحث الثاني: عوائق انضمام الدولة السعودية لمنظمة التجارة العالمية

يمكن تقسيم هذه العوائق إلى نوعين: العائق القانوني (الفرع الأول). العائق الاقتصادي (الفرع الثاني).

المطلب الأول: العائق القانوني

في حقيقة الأمر، يشكل انضمام الدولة السعودية لمنظمة التجارة العالمية - عبر مسار انضمامها الطويل - تحدياً حقيقياً على مختلف الأصعدة؛ غير أن انضمام المملكة العربية السعودية واجه عائقاً جوهرياً يتجاوز العوامل الاقتصادية التي واجهتها الدول الأخرى المنضمة إلى المنظمة، التي لا يختلف نظامها القانوني مع المبادئ والقيم القانونية التي يعتمد عليها النظام القانوني لمنظمة التجارة العالمية. فالثقافة القانونية السائدة في معظم الدول الأعضاء ومبادئ القانون الدولي العام مستمدة - في مجملها - من فلسفة القانون الوضعي التي تجعل من سلطة الدولة التشريعية صاحبة السيادة، وبالتالي من السهل على سلطات الدولة أن تعد وأن تغير تشريعاتها حتى تنسجم مع مبادئ المنظمة العالمية للتجارة. أما بالنسبة للمملكة العربية السعودية التي تشكل الشريعة الإسلامية محور وأساس نظامها القانوني، فقد كان متوقعاً أن تبرز صعوبات وعوائق شديدة التعقيد؛ نظراً للتباين الواضح بين طبيعة النظام

الأسواق في قطاعي السلع والخدمات^(١٨). وبعد هذه الجولات العديدة من المفاوضات الجماعية والثنائية صادق المجلس العام لمنظمة التجارة العالمية على بروتوكول انضمام الدولة السعودية للمنظمة، وتم حضورها كعضو رسمي في المؤتمر السادس للمنظمة، المنعقد في هونغ كونغ، خلال الفترة الممتدة ما بين ١٣ إلى ١٨ ديسمبر ٢٠٠٥م، بعد أن أبرمت المملكة العديد من الاتفاقيات الثنائية مع الدول الأعضاء. وبهذا استكملت الدولة السعودية سلسلة المفاوضات الجماعية (متعددة الأطراف والثنائية)، مما أكد قدرة المملكة على التأقلم والانسجام مع النظام القانوني لمنظمة التجارة العالمية ومبادئها الأساسية؛ وذلك بعد جهود مضنية بُذلت خلال المدة التي استغرقتها مفاوضاتها مع المنظمة. ويمكن تلخيص تلك الجهود المبذولة فيما يلي:

١- خلال الجولات الأولى من المفاوضات تم التركيز على سياسات الدولة السعودية التجارية واستراتيجيتها المتبعة في ذلك.

٢- أنجز الفريق السعودي المفاوضات زيارات عديدة إلى عواصم الشركاء التجاريين الأساسيين للمملكة، بهدف تقريب المواقف، واستيضاح الجوانب العديدة المتصلة بعروض السلع والخدمات المقدمة من قبل المفاوض السعودي.

٣- تم التوقيع على اتفاقية ثنائية مع الولايات المتحدة الأمريكية، والتي شكلت تنويجاً للمفاوضات الثنائية التي خاضها المفاوض السعودي على الصعيد الثنائي، كما كانت هذه الاتفاقية بوابة أدخلت المملكة إلى منظمة التجارة العالمية.

(١٨) انظر جدول هذه الاتفاقيات الثنائية في ملحق رقم ١.

الملكية، هذه الرغبة تشير بوضوح إلى الاختلافات ذات الطابع الشكلي بين الأنظمة القانونية للدول الأعضاء والنظام القانوني السعودي. فالفجوة قائمة بين النظام القانوني السعودي وأنظمة الدول الأعضاء في مجال القانون واللائحة؛ والجهات المختصة بإعداد وسن القوانين. انطلاقاً من هذا التباين الشكلي في القانون بين الطرفين، كان متظراً أن يمتد الاختلاف والتباين إلى القانون ذاته ومبادئه والفلسفة التي يقوم عليها. وفي هذا المضمار بدت ملامح التعارض بين مبادئ منظمة التجارة العالمية والنظام القانوني السعودي المرتكز على الشريعة الإسلامية، وهو تعارض شكل أحد عوائق انضمام الدولة السعودية للمنظمة، حيث تعتبر المدة التي استغرقتها المفاوضات معها من أطول المدد التي عرفت في إطار انضمام الدول لهذه المنظمة. إن النظام القانوني لمنظمة التجارة العالمية نظام يركز على الفلسفة الرأسمالية في مظهرها الاقتصادي، والتي أصبحت العولمة أداة لتعميمها على المعمورة دون مراعاة لخصوصيات المجتمعات البشرية ولأنظمة الدول القانونية المختلفة. ومن هنا تصبح حرية السوق ورفع الحواجز أمام السلع والخدمات عقيدة النظام القانوني لمنظمة التجارة العالمية؛ وفتح الأسواق الوطنية لكل السلع والخدمات المتبادلة بين الدول الأعضاء. هذا المبدأ الذي ارتكز عليه النظام القانوني لمنظمة التجارة العالمية لم يصطدم - فلسفياً وإيديولوجياً - بشكل مباشر مع أنظمة الدول الأخرى الأعضاء في المنظمة؛ على عكس ما واجهته المملكة أثناء المفاوضات المتعددة الأطراف والثنائية؛ حيث كان معظم المندوبين يلحون ويطالبون السلطات السعودية بالسماح باستيراد بعض السلع المحرمة شرعاً مثل لحم الخنزير والمشروبات

القانوني الذي يحكم وينظم الحياة الاقتصادية والتجارية في نطاق منظمة التجارة العالمية. فالانضمام للمنظمة يتطلب خضوع الدولة الراغبة في الانضمام إلى شروط من أهمها: التزام الدولة المضممة بممارسة وتنفيذ علاقاتها التجارية الخارجية، كما قررها النظام القانوني لمنظمة التجارة العالمية. وهذا يعني - منطقياً - أن النظام القانوني للمنظمة سيفرض نفسه على الدولة الراغبة في الانضمام. وقد ظهر هذا واضحاً بخصوص الاتحاد الأوروبي: حيث كانت الدول الأعضاء تفضل اللجوء إلى الأساليب الدبلوماسية لحل النزاعات المحتملة بين الدول الأعضاء؛ إلا أن اتجاه المنظمة العالمية ومبادئها الأساسية، مدعومة بالولايات المتحدة الأمريكية فضلت اللجوء واستعمال الأسلوب القضائي (جلال، ٢٠٠٢: ص ص ١١-١٢).

ومما يبين حساسية الأنظمة القانونية - في نطاق منظمة التجارة العالمية - ما أبداه عدد كبير من ممثلي الدول الأعضاء إزاء تحفظ المفاوضات السعودي على عدد من مبادئ المنظمة. وفي هذا السياق طلب بعض المندوبين من المفاوضات السعودي بأن تلتزم سلطات الدولة السعودية بتنفيذ التزاماتها طبقاً للقانون وليس من خلال إصدار الأوامر والمراسيم^(١٩).

الواقع أن هذه الرغبة التي أبدتها كثير من المندوبين المتعلقة بضرورة تنفيذ الالتزامات وفقاً لنصوص قانونية بدلاً من إصدار الأوامر والمراسيم

(١٩) يبدو أن هذا الوضع كان قائماً قبل أن يقدم المفاوضات السعودي شرحاً وتبياناً لمعنى الأوامر والمراسيم الملكية، وهي نصوص تشريعية بالنسبة للنظام القانوني السعودي وليست أدوات تنفيذية كما هو الشأن بالنسبة للدول الأعضاء في المنظمة. انظر: (نسب، ١٤٢٨هـ).

المملكة لمنظمة التجارة العالمية بعاملين أساسيين، يتمثل العامل الأول في التسلسل الزمني لمساعي وإجراءات الانضمام، والعامل الثاني يتجسد في اتخاذ قرار الانضمام على مستوى الدولة. من حيث العامل الزمني: بدأت مساعي الانضمام بتشكيل اللجنة الوزارية سنة ١٤٠٤هـ. تتلخص مهمة هذه اللجنة الوزارية في بحث ودراسة مدى ملائمة انضمام المملكة للمنظمة، وذلك سنة ١٤٠٨هـ، أي بعد أربع سنوات من تشكيلها (أبو الفتوح، ٢٠٠٨: ص ص ٣٨-٣٩). وبعد الفترة الزمنية الفاصلة بين تشكيل اللجنة وبدء ممارسة مهامه وهي مدة طويلة نسبياً؛ بعد هذه الفترة الزمنية صدرت الموافقة عام ١٤١٣هـ معلنة عن الشروع في مسعى الانضمام؛ وفي ذات العام تكون الفريق السعودي المفاوض وأسندت مهمة الإشراف وتأطير المفاوضات إلى وزارة التجارة والصناعة. الواقع أن انضمام أية دولة لمنظمة التجارة العالمية يشوبه - دائماً - نوع من الحذر والتخوف، وخاصة عندما يتعلق الأمر بانضمام دولة ذات نظام قانوني يختلف في فلسفته ومصادره عن مبادئ النظام القانوني لمنظمة التجارة العالمية من جهة وتباين - في كثير من خصوصياته - مع الأنظمة القانونية للدول الأعضاء في المنظمة. وانطلاقاً من هذا الوضع يمكن القول أن مسعى انضمام المملكة العربية السعودية للمنظمة شكل نوعاً من التخوف المتبادل، فالدولة السعودية هاجسها الكبير تمثل في المحافظة على أصالة مرجعية نظامها القانوني، أي الشريعة الإسلامية، حتى لا تخضع أحكامها لضوابط وقواعد قانونية وضعية، وذلك حفاظاً على سمو تلك الأحكام باعتبارها وحيماً، وبالتالي لا يمكن قبول أية قواعد تناقض الشريعة الإسلامية، وفي ذات الوقت بدا للدول الأعضاء في المنظمة أن

الكحولية (ألسون، ٢٠٠٤: ص ٧٧)، وأثناء هذه المعركة القانونية بين المفاوض السعودي ومندوبي الدول الأعضاء بدا واضحاً التباين مع النظام القانوني للدول الأعضاء المنسجم في مجمله مع مبادئ منظمة التجارة العالمية من جهة والنظام القانوني السعودي المرتكز على الشريعة الإسلامية من جهة ثانية، شكل هذا التباين عائقاً قانونياً حقيقياً. وأمام هذا المأزق القانوني أبدى المفاوض السعودي قدراً كبيراً من الدبلوماسية والفطنة، استطاع من خلالها أن يقنع الطرف الآخر بأن الشريعة الإسلامية هي صاحبة السيادة في الدولة السعودية، وأن أي تعديل في النصوص القانونية المستندة إلى الشريعة يعد خرقاً لسيادة الشريعة؛ وهو أمر لا تقبله الدول الأعضاء في المنظمة لو وضعت في موقف يلزمها بتخطي إرادة صاحب السيادة، وفق أنظمتها الدستورية. وبهذا تمكن المفاوض السعودي من أن يفرض سيادة الشريعة على مبادئ النظام القانوني لمنظمة التجارة العالمية، مما مكن من التحفظ على تلك القواعد التي تلزم الدول المنظمة بضرورة فتح أسواقها لكل السلع والخدمات^(٢٠).

المطلب الثاني: العائق الإجرائي والاقتصادي

الفرع الأول: العائق الإجرائي: لا ريب أن المدة التي استغرقتها عملية انضمام المملكة العربية السعودية لمنظمة التجارة العالمية تعد من أطول المدد التي عرفتتها الدول للانضمام لهذه المنظمة؛ ويعزو بعض الباحثين هذه الظاهرة إلى المسائل الإجرائية التي مرت بها عملية المفاوضات. في هذا السياق يبرر تأخر انضمام

(٢٠) انظر حول موضوع تمسك السلطات السعودية بالشريعة الإسلامية أساساً ومصدراً للنظام القانوني للدولة: (نسيب، مرجع سابق: ص ٨٠، ٨١، ٨٢).

نوعاً من الدعم الخفي وتمويل لقطاع البتروكيمياويات (إم. باتيرشين، مرجع سابق: ص ٢٩).

ومن المواضيع التي شكلت عائقاً أمام انضمام الدولة السعودية لمنظمة التجارة العالمية، والتي تعين على المفاوضات السعودي مع كل المفاوضين: الأمريكي والأوروبي من هذه المواضيع قضية التأمين وشفافيته وكذلك مبدأ تحديد أسعار الغاز الطبيعي وكذلك ضرورة إقامة التوازن والتناسب بين القطاعين الخاص والعام. ويبدو أن المفاوضات الثنائية حول هذه المسائل وصلت إلى طريق مسدود، مما جعل المسؤول الأول في الدولة السعودية: الملك عبدالله يتدخل شخصياً لدى رئيس الوزراء البريطاني: بليز بصفتة رئيساً للاتحاد الأوروبي - آنذاك - وتمكن من إقناعه باستقرار أسعار الغاز في المملكة وشفافية هذا القطاع الحيوي، وهو منفتح على الاستشارات الأجنبية^(٢١).

المبحث الثالث: آثار انضمام الدولة السعودية لمنظمة التجارة العالمية

إن انضمام أي عضو جديد لمنظمة التجارة العالمية سينعكس أثره على جوانب مختلفة من الحياة التجارية للدولة المنضمة، وهذا بطريقة مباشرة، كما تتأثر مظاهر الحياة الأخرى، وخاصة منها ذات الصلة بالنشاط التجاري، كالمنظومة القانونية للدولة ومظاهر الثقافة في المجتمع، لكون أن منظمة التجارة العالمية تهتم ليس فقط بتبادل السلع، وإنما تعني أيضاً بالخدمات التي

المنظومة القانونية السعودية لا تنسجم مع النظام القانوني لتلك الدول. ولا شك أن هذا التعارض بين النظامين القانونيين انتهى - بعد المفاوضات الشاقة - إلى اعتراف الدول الأعضاء بخصوصيات النظام القانوني السعودي مما أدى بالمملكة إلى التمسك بثوابت الشريعة الإسلامية، وبالتالي فانضمامها للمنظمة لم يترتب عليه أي تنازل عن تلك الثوابت (أبو الفتوح، مرجع سابق: ص ٥٢).

الفرع الثاني: العائق الاقتصادي: كتب أحد الباحثين مقالاً بعنوان: كيف ستحمي المملكة نفسها - بعد انضمامها لمنظمة التجارة العالمية - من الانفتاح الليبرالي؟ سؤال جدير بالاهتمام رغم أن الاقتصاد السعودي منفتح ومرن إلى حد ما (إم. باتيرشين، ٢٠٠٧: ص ص ٢٨-٢٩).

بعد سلسلة من المفاوضات متعددة الأطراف والثنائية أقر ممثلو الدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمي خلال الجلسة التي عقدتها اللجنة المختصة المنعقدة بجنيف، بتاريخ ٢٨ سبتمبر ٢٠٠٥م وأجمعوا على قبول الدولة السعودية عضواً جديداً في المنظمة.

لقد برزت الصعوبة الأولى - خلال المفاوضات الثنائي مع الدول الأعضاء - بصدد احتمال تنافس المملكة العربية السعودية في مجال البتروكيمياوية لمنتجات المنشآت الأمريكية. وفي هذا السياق كانت المفاوضات الثنائية السعودية الأمريكية تتمحور حول قضية اعتبرها المفاوض الأمريكي حساسة، وهي: أن المفاوض الأمريكي يعتقد أن شركة أرامكو السعودية الحكومية تبرم صفقات بموجبها تباع النفط الخام لشركة بتروكيمياوية سعودية أخرى، وهي سابك، وبأسعار منخفضة. واعتبر الجانب الأمريكي هذه العمليات

(٢١) ولتفعيل هذه الرغبة في تجاوز عوائق الانضمام، بادرت السلطات السعودية بإنشاء المجلس الاقتصادي الأعلى والهيئة العامة للاستثمار، تلا هذا كله ظهور نصوص قانونية هامة تتعلق بالسوق المالية وقانون الاستشارات الأجنبية. انظر في الموضوع: (هنري أولسون، مرجع سابق، ص ١٢).

العالمية (المطلب الأول)، الآثار ذات الطابع الاقتصادي والتجاري الناجمة عن عملية الانضمام (المطلب الثاني)، وأخيراً الآثار المترتبة على الصعيد الثقافي (المطلب الثالث).

المطلب الأول: الآثار المترتبة على الصعيدين:

القانوني والقضائي

لا يخفى على المتخصصين في القانون الدولي العام والمنظمات الدولية المالية أن طبيعة المنظمة العالمية للتجارة لا تختلف عن السياق الإيديولوجي والفكري للمنظومة الدولية المالية، وعلى رأسها: صندوق النقد الدولي والبنك الدولي للإنشاء والإعمار والغات سابقاً. ولما كانت منظمة التجارة العالمية نابعة من رحم الغات، وهي امتداد لها؛ وبالتالي ففلسفة وطبيعة المنظمة العالمية للتجارة رأسمالية، ونظامها القانوني مستمد من الثقافة القانونية الغربية، مما جعل هذه المنظمة تعكس متطلبات الأنظمة القانونية الغربية بوضوح، دون الأخذ بعين الاعتبار بوجود الشريعة الإسلامية كنظام قانوني قائم بذاته، ومتميز عن النظام القانوني الوضعي.

ولما كانت المملكة العربية السعودية دولة قائمة على أساس الشريعة الإسلامية، التي تشكل مصدراً لكل أنظمتها (نسيب، مرجع سابق: ص ص ٨٠-٨٢ وما بعدها) أصبح متوقفاً أن يصطدم انضمام الدولة السعودية لمنظمة التجارة العالمية بطبيعة النظام القانوني السعودي. وفي هذا المضمار يمكن بحث مضمون هذا المطلب الأول في فرعين أساسيين: الآثار القانونية المترتبة على انضمام المملكة لمنظمة التجارة العالمية (الفرع الأول) والآثار القضائية المترتبة على هذا الانضمام (الفرع الثاني).

توطرها مبادئ وقواعد النظام الأساسي للمنظمة. بناء على ما تقدم فإن الدولة المنضمة للمنظمة ستجد نفسها ملزمة بالتأقلم مع مبادئ المنظمة حتى تستفيد فعلاً من عملية الانضمام، كما ينبغي على الدولة المنضمة أن تتحمل بعض الآثار السلبية المترتبة عن عدم قدرة اقتصادها ومؤسساتها على المنافسة. ومهما يكن من أمر فإن انضمام المملكة العربية السعودية لمنظمة التجارة العالمية رفع الحجم الإجمالي للتجارة الوطنية، حيث أصبح يمثل ثلثي إجمالي ناتجها المحلي. وفي سنة ٢٠٠٥ احتلت المملكة المرتبة الثانية عشرة كأكبر دولة مصدرة، والمرتبة الثانية والعشرين كأكبر دولة مستوردة في العالم. ومع هذا الموقع الهام فقد اهتمت خطة التنمية السابعة والثامنة باحتمال ظهور بعض الآثار التي ستترتب عن انضمام الدولة لمنظمة التجارة العالمية، بعد تزايد وتيرة اندماج الاقتصاد السعودي في الاقتصاد العالمي؛ وفي هذا السياق عملت الخطط الاقتصادية الوطنية على تهيئة الحياة الاقتصادية الوطنية حتى تتلاءم وتنسجم مع الأوضاع الاقتصادية الناجمة عن عملية الانضمام لمنظمة التجارة العالمية (القحطاني، ٢٠٠٨: ص ٧٨).

الواقع أن انضمام المملكة العربية السعودية لمنظمة التجارة العالمية سترتب عليه آثار على مختلف مجالات الحياة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وخاصة منها الجانبين التشريعي والقضائي، وذلك استجابة لمتطلبات الاتفاقية التأسيسية للمنظمة والاتفاقيات الأخرى الملحقة بها، حتى ينسجم ويتواءم النظامان: التشريعي والقضائي الوطنيان مع مبادئ وأسس النظام القانوني للمنظمة. انطلاقاً من هذا الوضع نبحت مضمون هذا المبحث وفق النقاط التالية: الآثار القانونية والقضائية المترتبة على انضمام الدولة السعودية لمنظمة التجارة

الإجراءات غير الجمركية، والتي من شأنها أن تعرقل التجارة وتطبيق كل التدابير المؤدية إلى احترام التزاماتها أمام المنظمة العالمية للتجارة، ومنها على وجه الخصوص:

- تطبيق نظامها التجاري بكيفية تضمن عدم حصول أية عراقيل لحرية الوصول إلى الأسواق، وهي حرية تحققت من خلال إلغاء التعريفات، ولا ينبغي فرض أية حواجز أخرى غير الرسوم الجمركية (الرشودي، مرجع سابق: ص ص ٦٥-٦٦).

- تلتزم الدولة السعودية بعدم ربط عملية الترخيص للاستيراد بمعايير معينة (لا تتفق مع مبادئ م.ع.ت) مثل: مدى قدرتها على تشجيع صناعات محلية وتطويرها حتى تكون أهلاً للتصدير للخارج.

الواقع أن هذه التراخيص تشكل - في كل دولة - جزءاً من الإستراتيجية الوطنية لحماية الاقتصاد الوطني وتطويره، غير أن المنظمة العالمية للتجارة لا تقبل بهذا النوع من التشجيع للصناعة الوطنية؛ وبالتالي فالانضمام إلى المنظمة يتطلب نوعاً من التنازل عن مبدأ قانوني هام: الحماية القانونية للاقتصاد الوطني. ومن ضمن النصوص التي تأثرت بانضمام المملكة العربية السعودية إلى المنظمة العالمية للتجارة النظام القانوني السعودي القاضي بضرورة حصول أي مورد للسلع على شهادات تثبت صحة وثائق الجمارك من الدوائر القنصلية بالسفارات السعودية الموجودة بالدول التي تورد منها البضاعة. ومعلوم أن هذا الشرط القانوني يندرج ضمن متطلبات نظام المقاطعة العربية لإسرائيل^(٢٣). وفي هذا السياق التزمت الدولة السعودية بإلغاء هذا الشرط قبل نهاية ٢٠٠٧ (الرشودي، مرجع سابق: ص ٦٦).

الفرع الأول: الآثار المترتبة على الصعيد النظامي (القانوني): لقد شرعت الدولة السعودية بطريقة حثيثة للانضمام إلى منظمة التجارة العالمية منذ عام ١٩٩٥، غير أن جهود المملكة آنذاك اصطدمت بتعارض نظامها القانوني المتصل بالمنافسة والتأمين مع المبادئ والنصوص القانونية لمنظمة التجارة العالمية، إلى جانب وجود تباين واضح بين فلسفة حماية الحقوق الفكرية والأدبية المعتمدة في النظام القانوني السعودي المستند إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وبين المنظومة القانونية لحماية تلك الحقوق المعتمدة أساساً على نصوص دولية، وخاصة اتفاقية (برن)؛ إلى جانب اختلاف وجهات النظر حول مفهوم حقوق الإنسان بين الجانب السعودي والمفاهيم الغربية التي تبنتها المنظمة العالمية للتجارة. فكان التعارض واضحاً بين الطرفين حول فلسفة حقوق الإنسان، التي يتبناها كل طرف.

وفي مجال الأنظمة المتعلقة بالمنافسة والتأمين، وممارسة العنصر النسوي للنشاط الاقتصادي، وغير ذلك من المجالات القانونية التي تأثرت بانضمام المملكة إلى م.ع.ت^(٢٢). بدأ هذا التأثير واضحاً خاصة في مجال النصوص القانونية المتعلقة بالتصدير والإستيراد، حيث قامت السلطة التنظيمية، بتعديل الأنظمة التجارية القائمة، وإصدار نصوص جديدة، وكذلك في مجال التصدير والإستيراد قامت السلطات العمومية للدولة السعودية بالعديد من العمليات التي تهدف إلى تعديل الأنظمة التجارية القائمة، وإصدار نصوص جديدة تتلاءم مع متطلبات مبادئ المنظمة العالمية للتجارة. وفي هذا المضمار التزمت الدولة السعودية بإلغاء كل

(٢٣) انظر قرار مجلس جامعة الدول العربية، رقم ٢٧١٦ الصادر عن دورته الرابعة والثلاثين المؤرخ في ٧ سبتمبر ١٩٦٠.

(٢٢) المنظمة العالمية للتجارة.

- إذا كانت هذه التأثيرات تمس القواعد القانونية المنظمة للنشاط الاقتصادي للدولة التي تريد الانضمام إلى م.ع.ت. فإن كل دولة ترغب في الانضمام إلى هذه المنظمة لا بد أن تعيد النظر في ترسانتها التشريعية المتصلة خاصة بحقوق الملكية الفكرية، والتي تشكل أهم ملف في مفاوضات الدول مع المنظمة؛ ولا يمكن لأية دولة أن تطلب الانضمام للمنظمة إلا إذا قبلت بتعديل أنظمتها القانونية الخاصة بحقوق الملكية الفكرية. وفي هذا الإطار قامت السلطات الدستورية السعودية بخطوات تمثلت فيما يلي:
- الالتزام بالتطبيق التام لاتفاقية منظمة التجارة العالمية ذات الصلة بالجوانب التجارية المتصلة بحقوق الملكية الفكرية دون التمتع بفترة انتقالية.
- الانضمام إلى جملة من الاتفاقيات والمعاهدات الدولية حول الملكية الفكرية، مثل: معاهدي باريس وبيرن.
- تلتزم الدولة السعودية بتحديث وإصلاح نصوصها النظامية وإجراءاتها الإدارية ضماناً لحقوق الملكية الفكرية، وجعلها منسجمة مع مضمون إتفاقية (تربس)، وتأكيداً على إرادتها في الإستجابة لمتطلبات النظام القانوني لمنظمة التجارة العالمية ومسايرة للتطورات النظام القانوني لمنظمة التجارة العالمية، وانسجاماً مع التطورات الطارئة على قضية حقوق الملكية الفكرية اصدرت المملكة مايلي:
- قانون حقوق النشر والتأليف (٣٠ أغسطس ٢٠٠٣م).
- النصوص التنفيذية لقانون النشر والتأليف (٢٩ مايو ٢٠٠٤م).
- قانون يتعلق بمنح براءات الاختراع والرسوم الصناعية والأصناف النباتية والرسوم الصناعية (قانون براءات الاختراع الجديد ١٧ يوليو ٢٠٠٤م).
- اللائحة التنفيذية لقانون براءات الاختراع (٢٦ ديسمبر ٢٠٠٤م).
- قانون العلامات التجارية (١٧ أغسطس ٢٠٠٢م).
- اللائحة التنفيذية لقانون العلامات التجارية (عام ٢٠٠٥م).
- تعديل أنظمة حقوق النشر النافذة المفعول، بكيفية تضمن حماية ما يلي:
- التسجيلات الصوتية.
- حماية حقوق البث الإذاعي الواردة في معاهدة بيرن. ومسايرة لشروط الانضمام إلى المنظمة العالمية للتجارة، وخاصة منها ما تعلق بضرورة تطوير إجراءات التقاضي والمحاکمات، فقد التزمت الدولة السعودية بتعزيز اللوائح التنفيذية لأنظمتها المطبقة في محاكمها ومؤسساتها الإدارية (الرشودي، مرجع سابق: ص ٦٦، ٦٧، ٦٨).
- الواقع أن انضمام أية دولة لمنظمة التجارة العالمية يقتضي أن تجري الدولة المعنية بالانضمام عملية التلاءم بين نظامها القانوني ومبادئ المنظمة. وذلك انسجاماً مع ظاهرة العولمة، التي تشكل أداة استراتيجية لسيادة السوق، الذي تهدف المنظمة العالمية للتجارة إلى جعله معياراً حاسماً في تحديد السياسات الاقتصادية للدول الأعضاء.
- هذا ولا يخفى على أحد أن الانضمام للمنظمة العالمية للتجارة يتطلب انفتاحاً ومرونة في التشريع الداخلي للدولة الراغبة في الانضمام، وسواء تعلق الأمر بالنصوص المتصلة بشكل مباشر أو غير مباشر بالحياة الاقتصادية أو الثقافية. ولا ريب أن المملكة العربية السعودية ستعمل على جعل انظمتها تتفق مع مبادئ المنظمة العالمية للتجارة، سواء تلك الأنظمة المتعلقة

الاقتصادية والتجارية، بما يتلاءم مع مقتضيات النظام القانوني للمنظمة^(٢٤).

الواقع أن النصوص النظامية التي تأثرت بانضمام المملكة العربية السعودية لمنظمة التجارة العالمية لا تتعلق بالكيان الثقافي والحضاري للمجتمع السعودي وإنما هي أحكام تكاد تكون تقنية: تتعلق بالتبادل التجاري والسلعي والخدمات التي لا تمس بالمقومات الثقافية للمجتمع، وعليه فإن تطوير المنظومة القانونية السعودية استجابة لمتطلبات النظام القانوني للمنظمة كان من منطلق سيادي ووعي كامل لسلطات الدولة السعودية بأهمية عملية تحديث المنظومة القانونية الوطنية؛ وقد أدى هذا التطوير القانوني وتحديث النصوص النظامية إلى فوائد هامة بالنسبة للاقتصاد السعودي حيث انفتحت الأسواق الأجنبية على الإنتاج السعودي، واستفاد المستثمر السعودي في الخارج من المزايا التي يوفرها النظام القانوني لمنظمة التجارة العالمية (صباح، ٢٠٠٨: ص ص ٤١-٦١).

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على الصعيد القضائي:

إن الانضمام لمنظمة التجارة العالمية يستدعي نوعين من الإصلاحات: الإصلاحات الاقتصادية والإصلاحات ذات الطابع القانوني والقضائي، لوجود علاقة عضوية ومنطقية بين العاملين، الاقتصادي والقانوني، والقضائي. وفي سياق انضمام المملكة العربية السعودية لوحظ إلحاح عدد كبير من أعضاء منظمة التجارة العالمية على ضرورة انسجام المنظومة القضائية السعودية مع النظام

بالاستثمارات الأجنبية، أو المتصلة بالخدمات، وخاصة خدمات الأعمال كالملكية الأجنبية للخدمات المهنية والقانونية والمحاسبية. وهذه تشكل التزامات قانونية بالنسبة للمملكة العربية السعودية، التي ستعمل على إيجاد نوع من التوازن والتوافق بين متطلبين متعارضين إلى حد كبير:

ضرورة السماح للاستثمارات الأجنبية بإقامة مشاريع اقتصادية وثقافية وما يستتبع ذلك من استجلاب المستثمرين لبيد العاملة المؤهلة والتي توفر لهم النجاح والأرباح. وهذا الوضع يصطدم بمطلب وطني سعودي، ويعمل على توظيف اليد العاملة الوطنية قدر الإمكان، وهو مشروع وطني يكتسي أهمية بالغة بالنسبة للدولة السعودية التي تبذل جهوداً جبارة منذ عدة سنوات لبلوغ هدف وطني يتمثل في السعودية، مما جعلها (الدولة السعودية) تلتزم - نظاماً - المستثمرين الخواص بتوظيف نسبة معينة - حسب أهمية المنشأة - من السعوديين (تويجيري، ٢٠٠٤: ص ص ٢٥-٣٦).

ومن الآثار المنتظر ترتيبها على انضمام الدولة السعودية للمنظمة العالمية للتجارة ضرورة تطوير وتحديث الأجهزة القضائية لتواكب التطورات الهائلة التي اقتضتها شبكة العلاقات الاقتصادية والاجتماعية التي تطورت في المجتمع السعودي بوتيرة سريعة، مما دفع المنظم إلى استحداث مؤسسات قضائية هامة وذلك في إطار شامل لإصلاح القضاء، بمختلف تخصصاته: الإداري، المدني، التجاري وغير ذلك. كما اهتم مجلس الوزراء في المملكة العربية السعودية - منذ انضمام المملكة إلى المنظمة العالمية للتجارة - بضرورة مراجعة وتحديث الأنظمة والنصوص المتصلة بالحياة

(٢٤) وفي هذا السياق أصدر مجلس الوزراء قراره رقم (٦٦) المؤرخ في ١٧/٣/١٤٢١هـ يقتضي بأن تقوم كل الأجهزة الحكومية بمراجعة جميع الأنظمة ذات العلاقة بما يتفق مع مقتضيات انضمام المملكة إلى منظمة التجارة العالمية.

الشريعة الإسلامية والأنظمة المرعية وليس لأحد التدخل في القضاء^(٢٥).

وفي إطار تحديث القضاء وتطويره بما يتلاءم ومقتضيات النظام القانوني لمنظمة التجارة العالمية، ومتطلبات الانضمام إليها، بادر المنظم السعودي إلى استحداث محاكم تجارية كمؤسسات قضائية هامة في المنظومة القضائية السعودية.

وفي هذا الإطار نص المرسوم الملكي المشار إليه أعلاه على إنشاء المحاكم التجارية، التي تتطلب من قضاتها تكويناً وتدريباً خاصين، نظراً لتطور العلاقات التجارية وما طرأ عليها من أساليب وتقنيات، مما يجعل من تكوين خاص هؤولاء القضاة أمراً في غاية الأهمية (الحמיד، ٢٠٠٤: ص ص ١٨-١٩). وهذا الاتجاه تأكيد لما انتهت إليه مفاوضات جولة الأوروغواي التي فرضت الصبغة القانونية - القضائية على آليات تسوية النزاعات المحتملة بين الدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية، وهو اتجاه دافع عنه المفاوض الأمريكي خلال جولات المفاوضات بين الدول الأعضاء. وتجسيدا لهذا الاتجاه تبنت الدول الأعضاء نظام تطوير المنازعات عام ١٩٨٩م، وهو نظام يعزز التجارة الحرة والمعاملة بالمثل، تمهيداً لتوحيد المعايير التي يتم اتباعها في تسوية المنازعات ذات الطابع التجاري، بين الدول الأعضاء؛ كما يرمي هذا النظام إلى إيجاد حلول عادلة تقضي على أي خلاف في التطبيق العملي لأحكام هذا النظام، وهو اختلاف قد ينشأ عن التفاوت الاقتصادي بين الدول المتقدمة والدول المتخلفة (محمد، مرجع سابق: ص ١٣).

(٢٥) انظر المرسومين الملكتين رقم م/٧٨ الصادرين بتاريخ ١٤٢٨/٩/١٩هـ.

القضائي المبني في منظمة التجارة العالمية، وخاصة ما ورد في مذكرة التفاهم حول تسوية منازعات التجارة العالمية في إطار اتفاقية (غات ١٩٩٤)، وهو بمثابة نظام قضائي (حل المنازعات التجارية المحتملة بين أعضاء المنظمة، والذي تم التوقيع عليه في مدينة مراكش، في شهر إبريل سنة ١٩٩٥؛ وتم ذلك في إطار اقتراح المدير العام للغات عام ١٩٩٤ (محمد، ٢٠٠٢: ص ص ١٢-١٣).

وعلى هذا الأساس، فمذكرة التفاهم المشار إليها أعلاه تشكل النظام القانوني لحل المنازعات التجارية المحتملة بين الدول الأعضاء؛ ونتيجة لهذا تلتزم الدول الأعضاء في المنظمة بعدم اتخاذ أي إجراء من طرف واحد، يشكل إخلالاً بقواعد التجارة، وبالتالي فإن فصل النزاعات يتم في إطار النظام الذي أقرته منظمة التجارة العالمية.

الواقع أن الحياة والنشاط التجاريين يحتاجان إلى نظام قضائي يمتاز بخصائص لا تتوفر في الأنظمة القضائية العادية؛ ومن أهم خصائص القضاء التجاري السرعة في الفصل في المنازعات والمرونة والشفافية. غير أن هذه الخصائص قد لا يترتب عنها آثار إيجابية ما لم يكن جهاز القضاء مستقلاً وغير خاضع لأي ضغوطات أياً كانت طبيعتها. وفي هذا السياق يبدو واضحاً أن المنظم السعودي قد أخذ بعين الاعتبار أهمية وضرورة استقلال المؤسسة القضائية بالشكل الذي يمكنها من أداء وظيفتها بنزاهة وشفافية: من أجل تحقيق هذه الغاية جاء النظام القضائي الجديد السعودي ليؤكد على ضرورة استقلال الجهاز القضائي، حيث أكد المرسومان الملكتان رقم ٧٨ الصادر بتاريخ ١٤٢٨/٩/١٩هـ على أن: القضاة مستقلون لا سلطان عليهم في قضائهم لغير أحكام

جعل أحد المفكرين الاقتصاديين السعوديين يؤكد على ضرورة استعمال الوسائل القانونية والقضائية الضرورية لتمكين رجال الأعمال والمستثمرين من أن يجدوا أدوات قضائية تجعلهم يحصلون على حقوقهم من خلالها؛ وخاصة عندما يتعلق الأمر بالنزاعات ذات الطابع التجاري التي لا تحتمل الانتظار كثيراً إذا تم الإكتفاء باستعمال الوسائل القضائية التقليدية البطيئة بطبيعتها. ويرى هذا المفكر: أن كثيراً من الناشطين الاقتصاديين يصلون إلى مرحلة من اليأس تجعلهم يتنازلون عن جزء من حقوقهم. وعلى هذا الأساس فتوفير وسائل فض النزاعات التجارية يشجع المستثمرين ورجال الأعمال على مواصلة نشاطاتهم وهم مطمئنون بأن هناك جهات قضائية وشبه قضائية كفيلة بحل نزاعاتهم بالشكل الذي يرضي أطراف النزاع (الحמיד، مرجع سابق: ص ١٨).

لا ريب أن التنظيم القضائي السعودي الجديد المشار إليه سلفاً يعد خطوة متقدمة نحو تلاؤم المؤسسة القضائية السعودية مع متطلبات المنظمة العالمية للتجارة. وبقراءة متمعنة لمشروع الإصلاح القضائي السعودي يتبين أن هدف الإصلاح القضائي يتمثل أساساً في تطوير مرفق القضاء بالشكل الذي يتمكن معه كل طرف في علاقة تجارية أو اقتصادية بشكل عام من إيجاد أداة قضائية تضمن حقوقه في حالة وجوده طرفاً في نزاع تجاري. ويتحقق هذا الهدف بوسيلتين أساسيتين: استقلالية القضاء واستقطاب الكفاءات في شتى مجالات التخصص، إلى المؤسسة القضائية، حتى يصبح أداؤها متميزاً؛ وهذا يتطلب فتح باب تكوين القضاة وإعادة تأهيلهم وتمكينهم من اكتساب المهارات والمعارف المتصلة بالحياة التجارية وأساليب تسيير المؤسسات التجارية والمالية.

هذا ولا بد من الإشارة إلى الطبيعة المميزة للأعمال والنشاطات التجارية، لأن النزاعات المترتبة عنها ذات صبغة خاصة، حيث ينبغي أن تكون المنازعات التجارية خاضعة لإجراءات تختلف عن الإجراءات التي تخضع لها نزاعات أخرى. وتحقيقاً لهذا الغرض أكد النظام القانوني لمنظمة التجارة العالمية، ووفقاً لمذكرة التفاهم المشار إليها، على ضرورة الإنفتاح على وسائل حل المنازعات التجارية المساندة للأسلوب القضائي التقليدي، وفي هذا السياق أكد النظام القضائي للمنظمة على تبني نظام التحكيم، نظراً لما يمثله من حيادية واستقلالية بالنسبة للمحكمن، ولكن بشرط ألا يكونوا تابعين لحكومات الأطراف المتنازعة حتى تكون قراراتهم بعيدة عن أي تأثير، وهذا الأسلوب يتفق مع الدول ذات السيادة التي تفضل الحلول القضائية أكثر من تلك التي تفرض بقواعد جامدة الزامية. فنظام التحكيم التجاري يشكل -إذن- وسيلة تليبي رغبات أطراف النزاع، وبالتالي على الدول أن تتبنى هذا النظام. هذا ولما كان نظام التحكيم التجاري من الوسائل التي تمكن من الفصل في المنازعات بين الأطراف التجارية، بنوع من المرونة، فإن مذكرة التفاهم حول فض النزاعات ذات الطابع التجاري، ضمن منظمة التجارة العالمية، قد تبنت مبدأ التحكيم الذي يجوز للأطراف المتنازعة اللجوء إليه، بشرط إخطار جميع الأعضاء في منظمة التجارة العالمية من قبل الأطراف المتنازعة باللجوء إلى وسيلة التحكيم، وذلك قبل الشروع الفعلي في التحكيم (محمد، مرجع سابق: ص ١٩).

لقد أصبح التحكيم التجاري ظاهرة فرضت نفسها، خاصة في النشاط والمنازعات التجارية، مما

التجاري مخالفاً للشريعة الإسلامية. وهو نفس النص الذي أورده قانون العلامات التجارية في مادته الثانية. في حقيقة الأمر، أن المنظم السعودي عند معالجته لمسألة الرقابة على طلبات الاختراع، انطلق من موقع الحذر وعدم التسرع في البت في تلك الطلبات؛ وقد يُفسر موقف المنظم السعودي بضرورة التأكد والتثبت من مضمون الاختراع ومدى انسجامه مع الهيكل الثقافي للمجتمع السعودي. إنطلاقاً من هذا الحرص على عدم تعريض البنية الفكرية والثقافية للمجتمع لأي خطر اتخذت المنظومة القانونية السعودية موقفاً متشدداً إلى حد ما إزاء طلبات براءات الاختراع. وفي هذا الإطار فرضت المادة ١٣ من قانون الرقابة على براءات الاختراع نوعين من الرقابة على براءات الاختراع: الرقابة الشكلية والرقابة الموضوعية (نجيب، ١٤٢٩هـ: ص ص ١٠٥-١٠٦).

وحرصاً على صيانة البنية الفكرية والثقافية للمجتمع دأبت سلطات الدولة السعودية على ضرورة توافق كل الأنشطة التي يتم ممارستها في المملكة مع الشريعة الإسلامية، وفي هذا النطاق فرض المنظم السعودي شروطاً هامة وإجراءات مشددة إلى حد ما فيما يتعلق بتسجيل العلامات التجارية. صحيح كل الأنظمة القانونية ذات الصلة بموضوع العلامات التجارية تسعى إلى الوصول إلى هدفين أساسيين:

- حماية صاحب العلامة التجارية من أي اعتداء محتمل على إنجازها.

- حماية المستهلك من عمليات الغش، والتدليس والخداع والتضليل وغير ذلك من المضار التي قد تلحق بالمستهلك (نجيب، ١٤٢٦هـ: ص ص ٨٣-٨٦).

غير أن المملكة العربية السعودية لكونها دولة التزمت بالشريعة الإسلامية كنظام قانوني يحكم كل

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على الصعيد الثقافي يبدو واضحاً أن المفاوضات السعودي - خلال الجولات الكثيرة من المفاوضات - تمكن من إثبات موقف المملكة المتعلق بالتمسك بالهيكل الثقافي والحضاري للمجتمع السعودي. صحيح التزمت الدولة السعودية بمعظم الاتفاقيات والمعاهدات الدولية ذات الصلة بحقوق الملكية الفكرية التي لا تمس ولا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية. وفي هذا السياق أوردت قوانين ولوائح حقوق الملكية الفكرية التي تم إعدادها قصد الانضمام، نصوصاً تشير بشكل واضح ومباشر إلى عدم التزام الدولة السعودية بحماية ما يتعارض مع النظام القانوني الإسلامي (الشريعة الإسلامية) ومن الأمثلة على ذلك:

- ١- عدم حماية الخمر والمشروبات الكحولية لكونها سلعة محرمة في النظام القانوني السعودي^(٢٦).
- ٢- تم حذف الخمر والمشروبات الكحولية من قائمة تصنيف السلع والخدمات الملحقه بنظام العلامات التجارية
- ٣- وقد أكدت المادة الرابعة من قانون براءات الاختراع على عدم منح أية حماية إذا كان الاستغلال

(٢٦) لا بد من الإشارة والتنويه بهذا الموقف، الذي يعلي الشريعة الإسلامية على أي نظام قانوني وطني أو دولي، وهذا الموقف يتماشى تماماً مع كون السيادة في المجتمع الإسلامي للشريعة الإسلامية التي تشكل تعبيراً صادقاً عن إرادة صاحب السيادة الحقيقية (الله عز وجل). وهذا على خلاف معظم الدول الغربية التي تجعل السيادة في البشر (النواب في البرلمان). فإبراز الشريعة كصاحب السيادة في النظام القانوني السعودي أكسب الدولة السعودية احتراماً عالمياً. وهذا الموقف سيتشكل سلاحاً قانونياً هاماً تواجه به الدولة السعودية أية محاولة لجعل النصوص القانونية الوضعية تفوق على أحكام الشريعة الإسلامية مستقبلاً، إنطلاقاً من مبدأ السيادة الذي تعنتقه.

للمجتمع السعودي في المراحل القادمة، وهي مراحل مرتبطة بمتغيرات كبيرة على مستوى تطور تقنيات الاتصال وشبكة الإنترنت وما تتضمنه هذه الوسائل التقنية المتطورة من تركيز على الخطاب السياسي الغربي (الأمريكي) الداعي إلى نشر ثقافة المجتمع المدني بالمفهوم الغربي (شهين، ٢٠٠٦: ص ٤-٧ وما بعدها). وفي سياق «عولمة» الثقافة تزداد التدخلات الأجنبية وخاصة من الولايات المتحدة الأمريكية والدول الغربية عموماً في مسائل التعليم في العالم الإسلامي والمملكة العربية السعودية، بحجة تطوير وإصلاح المنظومات التربوية والتعليمية، ونشر بل وفرض نظرة غربية متعالية تتهم الإسلام بالتحيز ضد المرأة وإهدار حقوقها (الرشودي، مرجع سابق: ص ٤٥).

هذا وتفادياً للتدخل في القضايا الحساسة للمجتمع، بادرت السلطات السعودية إلى إقامة الحوار الوطني وتخصيص أحد اللقاءات لمناقشة قضايا المرأة، وضرورة النظر إليها كعنصر فعال في الحياة الوطنية وأنه لا بد أن تحتل مكانتها الشرعية والإنسانية في المجتمع (نسيب، مرجع سابق: ص ٢٥٦).

تماشياً مع هذا الاتجاه الذي تدشن، من خلال الحوار الوطني، الذي بادر خادم الحرمين الشريفين الملك عبدالله، عندما كان ولياً للعهد، والهادف إلى إدماج دور المرأة كعامل حيوي في تنمية المجتمع السعودي، قام خادم الحرمين الشريفين الملك عبدالله بتعيين إحدى السيدات في منصب هام في قطاع التربية والتعليم^(٢٧).

(٢٧) انظر الأمر الملكي رقم أ/٢٦، الصادر في جريدة أم القرى، بتاريخ ١٩/٢/١٤٣٠هـ

أنظمتها ونشاطاتها المختلفة، فهي لا تسعى فقط - من وراء فرض شروط معينة لتسجيل العلامات التجارية - لحماية صاحب العلامة والمستهلك، وإنما تسعى قبل ذلك كله إلى صيانة نظامها العام، المتمثل في الشريعة الإسلامية وما تقتضيه من أخلاقيات وسلوكيات يجب احترامها وحمايتها من كل ما من شأنه أن يحدث اضطراباً أو بلبلة من خلال إشاعة بعض المخترعات المتنافية مع أصول التربية الإسلامية، وأخلاقيات المجتمع الإسلامي. ومن هنا كان موقف المنظم السعودي من قضية فحص ومراقبة براءات الاختراع والعلامات التجارية حاسماً إلى حد كبير، حيث أخضع براءات الاختراع إلى فحوص دقيقة قبل تبنيها كما فعل - أيضاً - بالنسبة لتسجيل العلامات التجارية بهدف حماية الهيكل الثقافي والحضاري للمجتمع. وقد بقي المنظم السعودي ثابتاً على موقفه هذا إزاء المفاوضات العسيرة التي خاضها المفوض السعودي مع المنظمة العالمية للتجارة خلال ما يزيد على عشر سنوات من المحادثات الشاقة.

هذا ورغم الحرص الشديد الذي أبداه كل من المنظم والمفوض السعوديين، في مواجهة احتمالات تأثر المملكة بانضمامها للمنظمة العالمية للتجارة، على الصعيد الثقافي، فإنه لا تستبعد إمكانية تأثر المنظومة القانونية السعودية بمتطلبات الاستشارة والانفتاح على الأسواق، وما يتطلبه ذلك من مرونة تشريعية إزاء بعض الجوانب الثقافية التي قد تحترق المجتمع بفعل الانفتاح على عالم الاتصالات خاصة.

وانطلاقاً من هذا الواقع، قد يصعب الفصل بين انضمام المملكة العربية السعودية لمنظمة التجارة العالمية وتأثرها بظاهرة الجات، وما تحويه من مضامين ثقافية، مما يجعل التخوف وارداً على الجوانب الثقافية

وقد لا تبرز الآثار الثقافية للتبادل التجاري الحر إلا بعد فترة زمنية معينة.

إن ما ينبغي الإشارة إليه أن انضمام الدول للمنظمة مشروط باحترام وتبني مبادئ المنظمة، ومن تلك المبادئ: فتح الأسواق للاستثمارات^(٢٩) مما يجعل النفاذ إلى الأسواق أمراً ضرورياً تخضع له كل الدول الأعضاء. وهذا المبدأ سيعزز الاستثمارات الأجنبية في المملكة العربية السعودية، بعد أن أصبحت عضواً فاعلاً في المنظمة؛ وبالتالي فهي ملزمة بفتح مجالات الاستثمار للمنشآت والمشاريع الأجنبية، الاقتصادية والثقافية، وفقاً للنظام القانوني لمنظمة التجارة العالمية.

لا شك أن التعليم بمختلف مراحلها ومنظومته التربوية يشكل مجالاً للاستثمار والذي ينبغي تحريره من القيود، وفقاً لمبادئ منظمة التجارة العالمية. إن فتح مجال الاستثمار في ميدان التعليم، يُعد أخطر المجالات التي تتخوف منه الدول النامية، وخاصة ذات الرصيد الحضاري المختلف عن مكونات الحضارة الغربية. وفي هذا الإطار تعتبر الدولة السعودية من الدول التي تحرص كل الحرص على التمسك بالأصول الإسلامية لمنظومتها التربوية؛ ورغم ذلك فقد فتحت السلطات السعودية المجال للاستثمار الأجنبي في ميدان التعليم بنسبة متسامحة إلى حد كبير.

ينفرد نظام التعليم في الدولة السعودية، باعتياده على الشريعة الإسلامية وبأنه الوسيلة الفعالة والهامة في

(٢٩) رغم أن نص المادة ٣٥ من الجات يسمح بحبس جدول التنازلات التعريفية أو الإتفاق بأكمله عن عضو بالمنظمة، وبالتالي ليس إجبارياً على الدولة العضو أن تتعامل تجارياً مع جميع الدول بدون استثناء انظر في هذا الموضوع: (السعدون والعالى، ١٤١٩ هـ: ص ص ٢٥-٢٦).

الواقع أنه من الصعب فصل العوامل الاقتصادية والتجارية عن الثقافة، وبالتالي قد نخطئ إذا اعتبرنا أن التبادل السلعي وشبكة العلاقات التجارية لا صلة لها بالجانب الثقافي، الأمر الذي يجعل أية دولة منضمة لمنظمة التجارة العالمية تحسب ألف حساب لعلاقتها التجارية مع الدول الأخرى غير المتجانسة معها ثقافياً. فهذه الحساسية والحذر من العلاقات التجارية ينبغي أن ينتجا «وعياً ثقافياً» خاصة لدى الدول النامية. إن الاستهلاك السلعي يولد - بعد حين - نمطاً من الثقافة تنسجم مع متطلبات المجتمع المنتج لتلك السلعة، وهذه ظاهرة تعرضت لها الدول الأوروبية بعد الحرب العالمية الثانية وخاصة فرنسا، التي التزمت وفق أحكام مشروع مارشل^(٢٨) باستيعاب أكثر من ٦٠٪ من الإنتاج السينمائي الأمريكي، مما جعل الحياة الثقافية الفرنسية مشوهة، الأمر الذي دفع بالسلطات العمومية إلى اتخاذ إجراءات لإعادة الإعتبار للإنتاج السمعي البصري الفرنسي، من خلال ما نص عليه قانون ١٩٩٧، الذي يلزم القنوات التلفزيونية الفرنسية بأن تكون ٦٠٪ من برامجها التي تبثها من أصل أوروبي. وهذا القانون - في واقع الأمر - موجه ضد الإنتاج السينمائي والتلفزيوني الأمريكي (الرشودي، مرجع سابق: ص ٤٦).

إن هذه الأمثلة والتجارب يمكن أن تشكل نبراساً للدول النامية المنضمة للمنظمة العالمية للتجارة، حتى تكون حذرة ويقظة من كون أن تحرير التجارة، وفقاً لمتطلبات المنظمة العالمية للتجارة، لا يمكن أن يتم بدون أن تترتب آثار ثقافية على قضية تحرير التجارة، الذي تسعى المنظمة لتحقيقه، ضمن أهدافها الرئيسية.

(٢٨) مشروع أمريكي وجه لمساعدة الدول المتضررة من جراء الحرب العالمية الثانية وخاصة فرنسا.

الاقتصادية من جهة؛ ومن ناحية أخرى فإن الانضمام يرتب آثاراً قد تكون سلبية على الاقتصاد الوطني للدولة المنضمة؛ وهذا ما يدفعنا إلى دراسة الآثار الاقتصادية المترتبة عن انضمام الدولة السعودية للمنظمة من زاويتين: الآثار الإيجابية (الفرع الأول). والآثار السلبية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الآثار الاقتصادية الإيجابية المحتملة:
وصول المملكة العربية السعودية إلى منظمة التجارة العالمية، بعد أن أصبحت عضواً كامل الحقوق سينعكس إيجابياً على الصعيد الاقتصادي، لأن انضمامها للمنظمة يضعها في وضع قانوني يمكنها من المشاركة في توجيه قرارات المنظمة وتفعيلها بما يخدم مصالحها الاقتصادية الحيوية، عبر مساهمتها في مناقشة كل القضايا التي تطرحها المنظمة، مستفيدة من المنظومة التجارية العالمية، وخاصة هيئة فصل المنازعات بين الدول الأعضاء، وذلك من أجل الدفاع عن مصالحها الاقتصادية وحمايتها، ومن أهم تلك المصالح الحيوية تحرير استثناء النفط ومشتقاته من قبل عشرين دولة.

كما أن انضمام الدولة السعودية لمنظمة التجارة العالمية سيعزز الاستثمارات الأجنبية داخل الدولة السعودية، مما يوفر الأموال الضرورية لتنوع الاقتصاد الوطني المرتكز أساساً على النفط، وهو عامل يمكن الشركات السعودية من التصدير (أولسون، مرجع سابق: ص ١)، مما يؤدي إلى الإنفتاح على الاقتصاد العالمي الأمر الذي يوفر إمكانية النفاذ - بسهولة - إلى أسواق الدول الأعضاء في المنظمة، وذلك بسبب تخفيض الرسوم الجمركية أو إلغائها مع عدم التمييز في المعاملة بين منتجات المملكة ومنتجات الدول الأعضاء، وذلك تطبيقاً لمبادئ المنظمة. كما

غرس وتثبيت الهوية الإسلامية لدى الأجيال، حيث أن التعليم يركز منذ مراحل الأولى إلى الجامعي، على المبادئ الإسلامية، وذلك لتنشئة الطلاب، منذ نعومة أظفارهم حتى وصولهم مرحلة التعليم العالي، على المفاهيم الإسلامية قصد إيجاد بيئة تعليمية إسلامية، ترسخ في أذهان الطلاب القيم الإسلامية والعربية والثقافة المحلية واللغة العربية. وهذا ما ركز عليه المؤسس السعودي، في النظام الأساسي للحكم^(٣٠).

فالمنظومة التربوية السعودية تعد من أبرز المنظومات الحريضة على صيانة المقومات الجوهرية للمجتمع، وهو أمر أساسي لتحسين المجتمع من كل ما من شأنه أن يعرضه لتشويه في ثقافته وهويته العربية الإسلامية.

من آثار انضمام المملكة لمنظمة التجارة العالمية، على الصعيد التعليمي إزدياد عدد المدارس الأجنبية في المملكة حيث بلغ عدد المدارس في الدولة حوالي ١٧٠ مدرسة (٤٠ مدرسة في مدينة الرياض). ومعظم المدارس الخاصة التي انتشرت بعد فتح مجال الاستثمار في قطاع التعليم، لا تلبي متطلبات التعليم بالشكل المناسب والملائم، حيث سُجلت شكاوي عديدة من الأساليب والطرق التي تتبعها المدارس الخاصة، وخاصة ما تعلق بالتجاوزات الشرعية (سيار، ١٩٩٨).

المطلب الثالث: آثار انضمام الدولة السعودية

لمنظمة التجارة العالمية على الصعيد الاقتصادي

لا ريب أن انضمام أية دولة لمنظمة التجارة العالمية هدفه الأساسي الاستفادة من مزايا الانضمام

(٣٠) انظر المادة ١٠ من النظام الأساسي للحكم، الصادر بالأمر الملكي رقم (أ/٩٠) بتاريخ ٢٧/٨/١٤١٢ المنشور في الجريدة الرسمية (أم القرى) عدد ٣٣٩٧ بتاريخ ٢/٩/١٤١٢هـ.

المحلية والخدمات الوطنية والأجنبية إلى قواعد وضوابط صارمة، تقمع كل عمليات التلاعب بالأسعار والتقليد. كما أن فتح القطاع الخدمي أمام الاستثمار الأجنبي سيدعم الاقتصاد السعودي ويثريه بتجاربه وتقنيات هامة، فضلاً عن مساهمته في تدفق رؤوس الأموال والتقنية الحديثة في القطاع الخدمي، مما يضاعف القيمة المضافة المحلية (المرجع السابق: ص ١٢).

ومن الآثار الإيجابية التي ستترتب عن انضمام المملكة لمنظمة التجارة العالمية على الصعيد الخدماتي استفادة قطاع التكوين والتدريب.

إن صناعة التدريب والاستشارات مسألة حيوية بالنسبة للاقتصاد السعودي من جهة، ولتمكين اليد العاملة الوطنية من التأهل لممارسة وظائف تقتضي تكويناً وتدريباً خاصين؛ من جهة ثانية وعلى هذا الأساس فصناعة التدريب والاستشارات في المملكة العربية السعودية من الصناعات الهامة لسببين أساسيين: ١- سعي المؤسسات والشركات السعودية لرفع كفاءتها وقدراتها، في ظل المنافسة الوطنية والدولية. ولما كان التدريب - بكل أنواعه - عاملاً أساسياً في تطوير قدرات المنشآت فإن الاهتمام به يشكل مؤشراً ودافعاً لأصحاب المؤسسات الاقتصادية من أجل تحسين الأداء والإنتاج المحلي.

٢- تماشياً مع رغبة تطوير الأداء في المنشآت الاقتصادية أصدرت السلطات العمومية السعودية توجيهات رسمية بهدف ترشيد استخدام العمالة الأجنبية من جهة، وزيادة استعمال اليد العاملة الوطنية في إطار تطبيق برنامج السعودية من جهة ثانية. وفي إطار هذا المسعى أصبح التدريب عاملاً هاماً يمكن الحصول عليه من خلال التعامل مع الشركاء الاقتصاديين الأجانب،

أن الآثار الإيجابية للانضمام ستبرز على صعيد تحسين مناخ الاستثمار الذي سيستفيد من الإصلاحات القانونية والاقتصادية، التي شرعت فيها السلطات العمومية للدولة السعودية؛ ومن أهم هذه الخطوات الإصلاحية: تطبيق مبادئ المنظمة، وعلى رأسها مبدأ: الشفافية، ووضوح النصوص القانونية والإجراءات العملية لتطبيقها. هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى يمكن الانضمام لمنظمة التجارة العالمية اقتصاد الدولة المنضمة من الاستفادة من الجودة العالية التي تتصف بها البضائع المستوردة، وذلك يمكن الشركات المحلية من تطوير أساليب إنتاجها وتحسين الأداء وفاعلية الإنتاج، مما يترتب عنه تحسن في النمو الاقتصادي الوطني (الرشودي، مرجع سابق: ص ص ٥٥-٥٦).

كما أن تحرير التجارة الذي شكل مبدأ للانضمام لمنظمة التجارة العالمية يساعد على التخلص من الاحتكار في إنتاج وتسويق بعض السلع ذات الأهمية الإستراتيجية، والتي يستفيد منها قطاع كبير من المجتمع. كما أن السوق الحرة تجعل التنافس مفتوحاً ولن يبقى في الميدان إلا المؤسسات ذات الكفاءة الإنتاجية العالية، وهو عامل يساهم بشكل فعال في تطوير المنظومة الاقتصادية الوطنية، وجعلها قادرة على المنافسة على الصعيد الدولي (المرجع السابق، ص ٥٦).

أما على الصعيد الفردي، فإن الآثار الاقتصادية الإيجابية المرتقبة من انضمام الدولة السعودية لمنظمة التجارة العالمية ستبرز بشكل خاص على صعيد المستهلك الذي ستوفر أمامه مرونة أكبر في اختيار السلع والخدمات بأسعار أقل وجودة أعلى؛ وبمرور الزمن ستزداد ثقته في السلع المتوفرة التي ستتخلص من الغش والتدليس التجاريين حيث تخضع كل البضائع

جعله قطاعاً حساساً بالنسبة للدولة الراغبة في الانضمام لمنظمة التجارة العالمية، وكذلك بالنسبة للدول الأعضاء.

الواقع أن السياسة المتتهجة من قبل السلطات السعودية منذ منتصف السبعينيات من القرن العشرين اتجهت نحو تدعيم إنتاج القمح والشعير، نظراً لأهميتهما الإستراتيجية ضمن سياسة الدولة الهادفة إلى تحقيق الاكتفاء الذاتي، وضمان الاستقلال الغذائي للمجتمع. وفي إطار هذه الإستراتيجية تحملت ميزانية الدولة مبالغ هامة كانت تقدمها لمنتجي القمح والشعير. وخلال هذه الفترة كانت المؤسسة العامة لصوامع الغلال ومطاحن الدقيق الإطار الذي تقدم عبره مساعدات للمنتجين (آل إبراهيم، ٢٠٠٠: ص ٤٧).

إن انضمام دولة جديدة لمنظمة التجارة العالمية يفرض عليها التزاماً بعدم دعم القطاع الزراعي أو التقليل منه حسب جدول زمني معين من ناحية، ومن ناحية أخرى تتخلى الدولة تدريجياً عن استيراد المواد الزراعية الهامة، وتفتح المجال للقطاع الخاص ليقوم بذلك الدور؛ مما يعني ضرورة خصخصة نشاط استيراد القمح، الذي يشكل مادة إستراتيجية في المنظومة الاقتصادية الوطنية. انطلاقاً من هذه الحساسية لهذه المواد فقد استغرقت المفاوضات بين الوفد السعودي ومندوبي الدول الأعضاء مدة طويلة، وبعد هذه السلسلة من المفاوضات متعددة الأطراف والثنائية التزم المفاوض السعودي بتخفيض الدعم المحلي للمنتجات الزراعية لفترة تمتد لعشر سنوات، مع احتفاظ الدولة السعودية بحقها في الحفاظ على الدعم المسموح به في نطاق المنظمة، وهو دعم يصل إلى ٤٠٪. وهذا الدعم قد لا يلبي حاجة القطاع، مما قد يؤثر على

ضمن مبادئ منظمة التجارة العالمية والاتفاقيات الثنائية التي تبرمها الدولة السعودية مع الدول الأعضاء في المنظمة، حتى تستفيد المؤسسات الاقتصادية السعودية العامة والخاصة من الخبرات الأجنبية في مجال التدريب (كوثر، ١٤٢٠هـ: ص ٢٤).

ومما لا شك فيه أن الاقتصاد السعودي المعتمد - بنسبة كبيرة - على النفط حيث تمتلك المملكة العربية السعودية ٣٠٪ من المخزون العالمي للبترول العالمي، وتحتل المركز الأول في إنتاج النفط وتصديره، كما تدخل ضمن الدول الأولى المنتجة للغاز إذ تحتل المرتبة التاسعة. وهذا الموقع الممتاز يحث الدولة السعودية على إنشاء المنشآت والمراكز البحثية والتدريب، وخاصة:

- مراكز التدريب الفني والتعليم المهني في ميدان النفط ومشتقاته والغاز واستعمالاته (الرشودي، مرجع سابق: ص ٤٢).

الفرع الثاني: الآثار الاقتصادية السلبية المحتملة:
يمكن أن تترتب على انضمام المملكة العربية السعودية لمنظمة التجارة العالمية آثار سلبية على القطاع الزراعي، الذي كان محل عناية فائقة من قبل سلطات الدولة السعودية، وهو قطاع إستراتيجي في السياسة الاقتصادية السعودية منذ عقود، والذي حظي بدعم مالي هام خلال العقد الأخير من القرن العشرين^(٣١).

يشكل القطاع الزراعي في كل الدول، قطاعاً حيوياً وإستراتيجياً لما يمثله من تأثير على حياة المواطن ودوره في المنظومة الاقتصادية الوطنية، الأمر الذي

(٣١) انظر جدول دعم القطاع الزراعي لفترة ١٩٩٥ - ١٩٩٧ الملحق ٢.

خاتمة

تبين من خلال هذه الدراسة مدى أهمية الانضمام لمنظمة التجارة العالمية، بالنسبة للدول المعنية بالانضمام، أو المنظمة ذاتها، نظراً لما يوفره الانضمام من مزايا ذات الطبيعة المختلفة. غير أنه إلى جانب المزايا التي تستفيد منها الدول المنضمة للمنظمة. فإن الدول تتحمل جملة من الالتزامات والأعباء التي قد تؤثر على نظامها الاقتصادي، الذي ينبغي أن يستجيب لمطالبات المنظمة الاقتصادية المبنية على فلسفة ليبرالية، لا تأخذ بعين الاعتبار مبدأ العدالة الاجتماعية، التي تحرص كل الدول عليه، ولكن أيضاً على ضرورة الحفاظ على التوازن الاقتصادي والاجتماعي بين الطبقات الاجتماعية المكونة لمجتمعاتها. وفضلاً عن ضرورة استجابة الدول المنضمة لفلسفة المنظمة العالمية للتجارة، فإنها مدعوة - كذلك - لأن تكيف نظامها القانوني بما يتفق مع مبادئ وأهداف المنظمة. وفي هذا المضمار تبين من خلال هذه الدراسة مدى تمسك المفاوض السعودي بقيم وثوابت المجتمع من جهة؛ وتأكيد تفوق الشريعة الإسلامية كنظام قانوني للدولة السعودية في بعض القضايا الهامة من جهة ثانية؛ الأمر مكن الدولة السعودية من أن تتحفظ على كثير من المسائل المتعلقة بفتح الأسواق السعودية للبضائع الأجنبية، وكذلك الخدمات التي تتعارض مع نظامها القانوني؛ وهذا الوضع هو الذي يُفسر صعوبة المفاوضات التي خاضها الممثل السعودي، والمدة الطويلة التي استغرقتها عملية الانضمام إلى المنظمة العالمية للتجارة.

إنتاجيته ومردوده (الرشودي، مرجع سابق: ص ٥٩). غير أن تخفيض الدعم للقطاع الزراعي وخاصة لمنتجي القمح، وفقاً لمبادئ منظمة التجارة العالمية لا يمنع من أن توجه السلطات العمومية السعودية مبالغ أكبر لتقوية ودعم البنية التحتية للقطاع الزراعي؛ كتشييد السدود في المناطق الملائمة لمثل هذه المنشآت الهامة.

أما القطاع المصرفي السعودي فإنه سيواجه تحديات تعد من الآثار السلبية للانضمام لمنظمة التجارة العالمية، والمتمثلة أساساً في عدم قدرته منافسة البنوك الأجنبية التي ستجد مجالاً مفتوحاً لممارسة نشاطها في المملكة، وفقاً لاتفاقية منظمة التجارة العالمية. وهذه البنوك قوية وذات حجم كبير نتيجة الاندماج المصرفي الذي تعرفه بهدف تخفيض التكاليف ومواجهة المنافسة، كما أن هذه المؤسسات المالية الأجنبية تتوفر على تقنيات مصرفية متطورة وخبرة هائلة تمكنها من تقليص التكاليف وتقديم خدمات عالية الجودة (البادي، مرجع سابق: ص ٢٥).

وأياً كان الأمر فإن هذه السلبيات المحتملة، والتي قد يعاني منها القطاع الاقتصادي السعودي تشكل تأثيرات مؤقتة، ريثما يتأقلم القطاع مع الأوضاع الجديدة، وخلال فترة التأقلم هذه سيكتسب القطاع خبرة تمكنه من تجاوز الصعوبات التي قد تعترضه عند بداية المنافسة والاحتكاك بالمؤسسات الأجنبية المماثلة؛ مما يجعل من انضمام المملكة لمنظمة التجارة العالمية عملية تتضمن بعض المخاطر المؤقتة، وفي ذات الوقت تحتوي على مكاسب وإيجابيات هامة، ستعود على الاقتصاد الوطني بالفائدة، وبالتالي فالعامل الزمني سيعمل لتدعيم إيجابيات الانضمام أكثر مما يخدم سلبياته.

ملحق رقم ١

الجدول رقم (١). الاتفاقيات الثنائية التي تم توقيعها بين المملكة والدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية بشأن النفاذ إلى الأسواق في قطاعي السلع والخدمات.

م	اسم الدولة	تاريخ التوقيع	م	اسم الدولة	تاريخ التوقيع
١	اليابان	١٦ يناير ٢٠٠٠	٢٠	نيوزيلندا	٢٠ يناير ٢٠٠٤
٢	أستراليا	٢٩ مارس ٢٠٠٠	٢١	تايلاند	١٠ فبراير ٢٠٠٤
٣	باكستان	٦ إبريل ٢٠٠٠	٢٢	بولندا	١٧ فبراير ٢٠٠٤
٤	أورجواي	٦ إبريل ٢٠٠٠	٢٣	كوبا	١٧ فبراير ٢٠٠٤
٥	كوريا الجنوبية	٦ يوليو ٢٠٠٠	٢٤	سيريلانكا	٢٠ فبراير ٢٠٠٤
٦	المكسيك	١٨ سبتمبر ٢٠٠٠	٢٥	سويسرا	٢٤ فبراير ٢٠٠٤
٧	البرازيل	١٩ سبتمبر ٢٠٠٠	٢٦	الإكوادور	٢٥ فبراير ٢٠٠٤
٨	الأرجنتين	٢٦ سبتمبر ٢٠٠٠	٢٧	النرويج	٢٥ فبراير ٢٠٠٤
٩	فنزويلا	٢٧ سبتمبر ٢٠٠٠	٢٨	كندا	٢٦ فبراير ٢٠٠٤
١٠	ماليزيا	٢٥ أكتوبر ٢٠٠٠	٢٩	الصين	٣ إبريل ٢٠٠٤
١١	تركيا	١٨ فبراير ٢٠٠٣	٣٠	كيرجستان	٢١ إبريل ٢٠٠٤
١٢	الاتحاد الأوروبي	٣١ أغسطس ٢٠٠٣	٣١	إندونيسيا	٢٨ إبريل ٢٠٠٤
١٣	جمهورية التشيك	٢٣ أكتوبر ٢٠٠٣	٣٢	الفلبين	٢٩ إبريل ٢٠٠٤
١٤	جمهورية السلوفاك	٢٣ أكتوبر ٢٠٠٣	٣٣	الهند	١٦ يونيو ٢٠٠٤
١٥	هنغاريا	١٥ ديسمبر ٢٠٠٣	٣٤	بنما	٢٤ يونيو ٢٠٠٤
١٦	لاتيفيا	١٥ ديسمبر ٢٠٠٣	٣٥	السلفادور	٢٤ يونيو ٢٠٠٤
١٧	جنوب إفريقيا	١٧ ديسمبر ٢٠٠٣	٣٦	جمهورية الدومينيكان	٢٤ يونيو ٢٠٠٥
١٨	تايبوان	١٧ ديسمبر ٢٠٠٣	٣٧	جمهورية الهندوراس	٢٤ يونيو ٢٠٠٥
١٩	باراغواي	١٨ ديسمبر ٢٠٠٣	٣٨	الولايات المتحدة الأمريكية	٩ سبتمبر ٢٠٠٥

ملحق رقم ٢

تقديرات متوسط الدعم المحلي المرتبط بمنتجات محددة سنوياً بالمليون ريال في الفترة من ١٩٩٥ إلى ١٩٩٧م

البيان	الدعم السعري (دعم الإنتاج)	إعانة الإنتاج المقطوعة	إعانة مستلزمات الإنتاج	إجمالي الدعم	قيمة الناتج	نسبة الدعم إلى قيمة الناتج (%)
القمح	١٤٦١	--	--	١٤٦١	١١٣٥	١٢٩
الشعير	٢٢٥,٧	--	--	٢٢٥,٧	٢٩٧,٦	٧٥,٨
الذرة الرفيعة	--	٥	--	٥	١١٥	٤,٣
التمور	--	٣٢,٤	٧,٣	٣٩,٧	١٥٤٦	٢,٦
الدواجن	--	--	٣٣٧,٣	٣٣٧,٣	٢٥٥٦	١٤,٢
الماشية	--	--	١٢١٢,٤	١٢١٢,٤	١١٢١	١,٨
إنتاج الحليب	--	--	٢٢,٤٠	٢٢,٤٠	٢٦٢٥	٠,٨٥
الإجمالي	١٦٨٦,٧	٣٧,٤	١٥٧٩,٤	٣٣٠٣,٥	٩٣٩٥,٦	٣٥,٠٦

المراجع

الكتب

المراجع العربية

سرير، جمعة سعد. النظام القانوني لمنظمة التجارة العالمية. بنغازي (ليبيا): دار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، ٢٠٠٢م.

السعدون، يوسف طراد؛ العالي، عبدالرحمن يوسف. منظمة التجارة العالمية. الماضي والواقع والمستقبل. سلسلة كتاب الرياض. الرياض: مؤسسة اليمامة الصحفية، ١٤١٩هـ.

شيخ نجيب، عبدالرزاق. نظام العلامات التجارية في المملكة العربية السعودية: دراسة تحليلية مقارنة. الرياض: مركز بحوث كلية العلوم الإدارية، جامعة الملك سعود، ١٤٢٦هـ.

العالي، عبدالرحمن يوسف. آراء المديرين في المملكة العربية السعودية حول انعكاسات انضمام المملكة إلى منظمة التجارة العالمية. الرياض: مركز بحوث كلية العلوم الإدارية، جامعة الملك سعود، ١٤١٨هـ - ١٩٨٨م.

العناني، إبراهيم محمد. التنظيم الدولي: النظرية العامة. القاهرة: دار الفكر العربي، ١٩٧٥م.

فضل، علي مثنى. الآثار المحتملة لمنظمة التجارة العالمية على التجارة الخارجية والدول النامية. مكتبة القاهرة: مدبولي، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م.

المجذوب، محمد. التنظيم الدولي. ط٧. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٢م.

مراد، عبدالفتاح. شرح النصوص العربية لاتفاقيات لجات ومنظمة التجارة العالمية. القاهرة: دار الكتب والوثائق المصرية، ١٩٧٧م.

نزال العبادي، عبدالناصر. منظمة التجارة العالمية. عمان (الأردن): دار الصفاء للنشر والتوزيع، ١٩٩٩م.

نسيب، محمد أرزقي. تطور القانون الدستوري السعودي. الرياض: مركز بحوث كلية العلوم الإدارية، جامعة الملك سعود، ١٤٢٨هـ.

المراجع الأجنبية

Thiebaut, Flory. *Le Gatt Droit international et commerce mondial*. Paris: L.G.D.J., (1986).

رسائل جامعية

الرشودي، عبدالله صالح سليمان. «آثار انضمام المملكة العربية السعودية لمنظمة التجارة العالمية». رسالة ماجستير في المعاملات القانونية الدولية. القاهرة: الأكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا والنقل البحري، معهد النقل الدولي واللوجستيات. جامعة الدول العربية، ٢٠٠٨م.

صباح، صلاح أحمد. «أثر تحرير التجارة العالمية على النمو الاقتصادي». رسالة ماجستير. حلوان: كلية التجارة وإدارة الأعمال، جامعة حلوان (مصر)، ٢٠٠٨م.

القحطاني، مانع بن سعد بن سيف. «دور القطاع الخاص في صنع السياسات العامة الاقتصادية في المملكة العربية السعودية في ظل التحول في دور الدولة». رسالة دكتوراه. القاهرة: كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، قسم الإدارة العامة، جامعة القاهرة، ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م.

دوريات

أبو الفتوح، يحيى عبدالغني. «إنعكاسات انضمام المملكة العربية السعودية إلى منظمة التجارة العالمية». مجلة الإدارة العامة. الرياض: معهد الإدارة العامة المجلد ٤٧. العدد (١). (محرم ١٤٢٨هـ/يناير ٢٠٠٨م).

جلال، وفاء محمددين. «تسوية المنازعات التجارية الدولية في منظمة التجارة العالمية». بنك الكويت الصناعي. (٢٠٠٢م).

خالد، محمد جمعة. «آليات تسوية المنازعات في منظمة التجارة العالمية». مجلة تصدر عن مركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية. عدد (٦٤). (٢٠٠١م).

سيار، جميل. «الثقافة الإسلامية والاختراق الثقافي في ظل العولمة». مجلة الكلمة. بيروت. السنة ٥. العدد (١٨). (١٩٩٨م).

الشرق الأوسط الاقتصادي. العدد (٦٣٦٦). الصادرة بتاريخ (١٩٩٦م).

العبيد، عبدالله بن عبدالله. «واقع القطاع الزراعي السعودي في ظل انضمام المملكة لمنظمة التجارة العالمية: الاستثناءات والالتزامات والتحديات والفرص». مجلة الإدارة العامة. يصدرها كل ثلاثة أشهر. معهد الإدارة العامة. المجلد ٤٧.

العدد (١). (محرم ١٤٢٨هـ / يناير ٢٠٠٨م).

كوثر، عصام بن حسن. «ألغات ومؤسستها التدريبية». مجلة التدريب والتقنية. العدد (٣). (ربيع الأول ١٤٢٠هـ).

أرزقي، نسيب محمد. «مدى تأثير السيادة الوطنية في مظهرها الاقتصادي بظاهرة العولمة». المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية. كلية الحقوق. جامعة الجزائر. عدد (٢). (٢٠٠٩م).
آل إبراهيم، باسم بن أحمد. «الدعم الحالي والمستقبلي للقطاع الزراعي في إطار انضمام المملكة العربية السعودية لمنظمة التجارة العالمية». المجلة الاقتصادية السعودية. دورية. الرياض: مركز النشر الاقتصادي. السنة الأولى. العدد (٤). (ربيع الأول ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م).

أوراق اقتصادية. مجلة تصدر عن الاتحاد العام للغرف التجارية. العدد (١٠). (أغسطس ١٩٩٤م).

باتير شيني. «كيف ستحمي المملكة نفسها من الانفتاح الليبرالي». مجلة الديبلوماسي. الرياض: معهد الدراسات الديبلوماسية، وزارة الخارجية، المملكة العربية السعودية. العدد (٣٥). (رجب ١٤٢٨هـ / يوليو ٢٠٠٧م).

تويجري، محمد بن عبدالعزيز. «السعودة في ميزان رجال الأعمال». مجلة اقتصاديات. دورية. لندن: شركة المحاسبة والاستثمار. العدد (٢). (يناير ٢٠٠٤م).

الجزيرة الاقتصادية. العدد (٨٨٠٣). الصادرة بتاريخ (٢٣ جمادى الآخر ١٤١٧هـ - ٤/١١/١٩٩٦م).

WTO Membership System and Its Effects on Saudi Arabia as Joining Member

Mohamed Arezki Nacib

*Professor in Constitutional Law
Faculty of Law and Political Sciences
King Saud University*

(Received 8/4/1432H.; accepted for publication 21/2/1433H.)

Abstract. This study deals with the legal system of World trade organization membership and the requirements of proceedings and mechanisms, which should bind any state willing to be member in the WTO. This will necessarily require the state to adapt its laws to the requirements of the WTO laws.

Within this context, this study summarizes the major steps followed by Saudi Arabia in its bilateral and multilateral negotiations. It also reveals the obstacles, which have been encountered by the Saudi negotiator who showed wisdom and experience in dealing with the difficulties of different nature.

The Saudi negotiator succeeds to convince the parties to negotiation in one hand and to conserve the interests of Saudi society and its legal and cultural specificities, on the other hand, though some consequences may appear after the membership .

فصل الموظف العام بقوة النظام بموجب نظام الخدمة المدنية السعودي «دراسة مقارنة مع النظام الفرنسي والمصري والأردني»

هاني بن علي الطهراوي

أستاذ مشارك، المعهد العالي للقضاء

جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض

(قدم للنشر في ١٨/٦/١٤٣٢هـ، وقبل للنشر في ٢١/٢/١٤٣٣هـ)

ملخص البحث. تناول هذا البحث بيان الحالات التي يتم بموجبها فصل الموظف العام من وظيفته بصورة تبعية وبقوة القانون أو النظام. ونظراً لخطورة الآثار التي تترتب على هذا الإجراء لا بد أن يحاط بالضمانات اللازمة التي تكفل عدم إساءة استخدام السلطة، فقد يُفصل الموظف ولكن من غير الجهة المختصة بإصدار قرار الفصل التبعي، وقد يفصل بناءً على صدور حكم ابتدائي غير مكتسب للصفة القطعية، كما أنه قد يفصل لتفريق إحدى الجرائم ونسبتها إليه بصورة كيدية وشهادة زور كجريمة الرشوة أو التزوير مثلاً ويثبت فيما بعد براءته منها. ومن أهم الضمانات التي يمكن الاستناد إليها: (أولاً) ضرورة صدور قرار الفصل التبعي من السلطة الإدارية المختصة، (ثانياً) خضوع قرار الفصل التبعي لرقابة القضاء الإداري للتأكد من صحته وسلامة الأسباب التي بُني عليها.

مقدمة

وهذه هي العقوبات الأصلية (الجراح، ١٩٩٤م). وقد عرّفت محكمة النقض المصرية العقوبة الأصلية بأنها «العقوبة التي تستمد وصفها من كونها العقاب الأصلي أو الأساسي المباشر للجريمة والتي توقع منفردة بغير أن يكون القضاء بها معلقاً على الحكم بعقوبة أخرى»^(١).
ثانياً: عقوبات لا تكفي بذاتها لتحقيق معنى الجزاء المقابل للجريمة، ومن ثم لا توقع بمفردها، وإنما

تتولى الدولة القيام بمهامها وأنشطتها عن طريق موظفيها، وهؤلاء بشر عرضة للوقوع في الخطأ سواءً داخل أو خارج نطاق العمل الوظيفي، وقد يصل الفعل الخاطيء إلى درجة من الجسامته تستوجب فرض عقوبات صارمة لردع هذا الموظف وزجر غيره.

وتنقسم العقوبات من حيث كفايتها لتحقيق معنى الجزاء المقابل للجريمة إلى قسمين، أولاً: عقوبات تكفي لتحقيق هذا المعنى، ومن ثم يتصور الاكتفاء بها، أي أن تكون الجزاء الوحيد الذي ينطق به القاضي،

(١) نقض ١٧ مارس سنة ١٩٥٩، مجموعة أحكام النقض، ص ١٠، قم ٧٣، ص ٣٢٨.

الإداري المعاصر، وتأخذ مصر عن هذا النظام وتتأثر بها معظم الدول العربية والإسلامية ومنها السعودية في مجال القضاء الإداري فمنذ نشأة ديوان المظالم في المملكة وهو يستأنس برأي الخبراء والمستشارين المصريين، مع تميزه في إسناد العديد من أحكامه بقواعد الفقه الإسلامي، أما بالنسبة للأردن فهناك تشابه بين نظامي الخدمة المدنية السعودي والأردني مع وجود بعض أوجه الاختلاف.

ولا ريب أن المقارنة بين هذه الأنظمة سواءً من حيث النصوص القانونية (النظامية) أو الأحكام القضائية ستحقق الفائدة من حيث أنها أكثر دقة وأقرب للعدالة، وبالتالي فإن الإفادة من تجارب الأمم أمر تفره المصلحة العامة مادام يحقق منفعة أو يدفع ظلماً أو مفسدة. لذا سنقسم دراستنا إلى مبحثين على النحو التالي: المبحث الأول: حالات فصل الموظف العام بقوة النظام، والسلطة المختصة بإصدار قرار الفصل التبعي. المبحث الثاني: الطعن بقرار الفصل التبعي لدى القضاء الإداري.

المبحث الأول: حالات الفصل بقوة النظام (القانون) والسلطة المختصة بإصدار قرار الفصل التبعي سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي: المطلب الأول: حالات الفصل بقوة النظام (القانون) وستتناول في هذا المبحث الإجابة على الأسئلة التالية:

- ما المقصود بحالات الفصل التبعي بقوة النظام أو القانون؟
- هل هناك تشابه أم اختلاف بين هذه الحالات في دول المقارنة؟

توقع إلى جانب عقوبة أصلية. وهذه هي العقوبة التبعية (Peines accessoires Complementaires) (Bouzat, 1978). والملاحظ أن فقهاء النظام الجنائي والإداري قد تعرضوا لبيان المقصود بالعقوبة التبعية بصورة عامة، ومنهم الدكتور محمود نجيب حسني إذ يقول: «والمقصود بالعقوبة التبعية العقوبة التي تتبع عقوبة أصلية معينة، فهي لا تحتاج في توقيعها إلى النص عليها في الحكم، لأنها ملحقّة بالعقوبة الأصلية تدور معها وجوداً أو عدماً، دون تدخل القاضي» (حسني، ١٩٨٩).

ومن الجدير بالذكر أن ديوان المظالم عرض لتعريف هذا النوع من الفصل، فقد جاء في حيثيات أحد أحكامه القديمة بأنها تعني «الحالة التي يتم فيها فصل الموظف بقوة النظام بسبب إدانته جنائياً، ويكون الفصل عقوبة تبعية للعقوبة الجنائية الأصلية، المحكوم بها على الموظف، وللحكم الجنائي حجية قبل الإدارة فيما أثبتته في حق الموظف»^(٢). وبهذا التعريف أخذ بعض شراح النظام الإداري السعودي (عمار، ١٤٢٩هـ).

ويمكننا تعريف الفصل بقوة النظام (القانون) بأنه يعني: اختصاص السلطة الإدارية بإصدار قرار فصل الموظف العام تبعاً لصدور حكم قضائي بإدانة الموظف بارتكاب جريمة، في حالات محددة نص عليها المنظم. وبما أن قرار الفصل يصدر من السلطة الإدارية فلا بد من توافر الضمانات التي تكفل للموظف الحق بالطعن القضائي في هذا القرار للتأكد من صحته.

أما سبب اختيار فرنسا ومصر والأردن للمقارنة مع النظام السعودي، هو أن فرنسا هي مهد القضاء

(٢) الحكم الصادر عن ديوان المظالم في القضية رقم ٣٩/ق/١ لعام ١٤٠١هـ، مجموعة المبادئ الشرعية لعام ١٤٠١هـ، ص ٤٣٦ - ٤٣٧.

المقررة لمصلحة الجماعة، وحينما يقول الفقهاء إن العقوبة حق لله تعالى فإنهم يعنون بذلك أنها لا تقبل الإسقاط من الأفراد ولا من الجماعة (أي السلطة)، وهم يعتبرون العقوبة حقاً لله كلما استوجبته المصلحة العامة وهي رفع الفساد عن الناس وتحقيق الحماية والسلامة لهم (عودة، ١٩٩٢).

أما جرائم الحدود فهي سبع (العوا، ١٤٢٨هـ). لكل عقوبتها المقدرة بنص الكتاب والسنة وهي: جريمة الزنا، القذف، شرب الخمر، السرقة، الحرابة (أي خروج جماعة أو فرد ذي شوكة إلى الطريق العام بغية منع السفر فيه أو سرقة المسافرين أو الاعتداء على أرواحهم)، الردة (أي الكفر بعد الإسلام)، البغي (خروج طائفة مسلحة على الحاكم الشرعي بغية عزله عن الحكم بالقوة)^(٤).

ثانياً: الحكم على الموظف بارتكاب موجب القصاص في النفس: القصاص في اللغة مصدر من المقاصة وهي المماثلة أي القود في القتل والجرح، يقال اقتص منه فجرحه مثل جرحه أو قتله قوداً، وفي الشرع - مجازاة الجاني العامد بمثل فعله في القتل والجراح قوداً (عودة، ١٩٩٢)، لقوله تعالى ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ...﴾^(٥) وقوله سبحانه ﴿... وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ...﴾^(٦).

(٤) يمكن الاطلاع على تفاصيل جرائم الحدود المشار إليها في المراجع التالية:

(الحמיד، ١٤٠٢هـ: ص ٩٩ وما بعدها)، (أبو حسان،

١٩٩٠: ص ٣٠٣ وما بعدها).

(٥) سورة البقرة، آية: ١٧٨.

(٦) سورة المائدة، آية: ٤٥.

الفرع الأول: حالات الفصل بقوة النظام في النظام السعودي

تحدد التشريعات الحالات التي تخول السلطة الإدارية إصدار قرار بفصل الموظف وإنهاء خدماته بصورة تبعية لصدور حكم قضائي وتطبيقاً لذلك نصت المادة (١٢) من لائحة انتهاء الخدمة، وهي إحدى اللوائح التنفيذية لنظام الخدمة المدنية السعودي على ما يلي: يفصل الموظف بقوة النظام:

- ١- إذا حكم عليه بحد شرعي، من جهة قضائية مختصة مكتسب للصفة القطعية.
- ٢- إذا صدر بحقه حكم شرعي مكتسب للصفة القطعية بارتكاب موجب القصاص في النفس.
- ٣- إذا صدر عليه حكم من جهة قضائية مختصة مكتسب للصفة القطعية مصرح فيه بالإدانة والحكم بالعقوبة في الجرائم التالية (الرشوة، التزوير، الاختلاس، التهريب أو الترويح أو المتاجرة بالمخدرات أو المسكرات). ولا يؤثر وقف تنفيذ العقوبة الأصلية المحكوم بها على تطبيق هذا الحكم^(٣).

٤- إذا حكم عليه بالسجن مدة تزيد على سنة. وفيما يلي بيان للمقصود بفقرات المادة (١٢) من لائحة انتهاء الخدمة.

أولاً: إذا حكم على الموظف بحد شرعي من جهة قضائية مختصة مكتب للصفة القطعية. والحد الشرعي هو العقوبة المقررة حقاً لله تعالى أو هو العقوبة (٣) نص المرسوم الملكي رقم ٤٤ وتاريخ ٢٨/٧/١٤٢٥هـ على أنه (لا تسقط العقوبة التبعية.. إذا صدر عفو من ولي الأمر عن العقوبة الأصلية ما لم ينص في أمر العفو على خلاف ذلك).

فالعقوبات المبرحة وفقاً للمادة السابعة من التقنين الجنائي هي التي تصيب المحكوم عليه في حياته وحرية أي الإعدام والأشغال الشاقة والسجن. أما العقوبات الشائنة وفقاً للمادة الثامنة فهي التي تصيب المحكوم عليه في أهليته القانونية فقط، أي الحرمان من الحقوق المدنية، كعدم تقلد الوظائف العامة، غير أن العقوبات المبرحة الشائنة تؤدي بصفة تبعية (accessoire) إلى فقدان الحقوق المدنية (الجراح، ١٩٩٤).

لهذا أدخل المشرع الفرنسي في المادة (٢٤) من العنوان الأول للوظيفة العامة (قانون ١٣ يوليو ١٩٨٣م) إسقاط الحقوق المدنية أو المنع (بحكم قضائي) من شغل وظيفة عامة ضمن الحالات التي تؤدي إلى الاستبعاد النهائي من الوظائف وفقد صفة الموظف (Levasseur, 1983).

ويقوم التقنين الجنائي الفرنسي أيضاً على أساس تقسيم الجرائم حسب العقوبات المتعلقة بها إلى مخالفات، وجنح، وجنایات، فالجرائم التي يعاقب عليها بعقوبات احترازية Peines de police تسمى مخالفة وتلك التي يعاقب عليها بعقوبات جنحية peines correctionnelles تعتبر جنحة، بينما تأخذ الجريمة وصف (جنایة) إذا ما عوقب عليها بعقوبة مبرحة peine afflictive أو بعقوبة شائنة Infamantes^(٨).

وعليه فإن العقوبات المقررة في مجال الجنایات، تؤدي إلى التجريد المدني degradation civique الذي يقوم على استبعاد المحكوم عليه من كل الوظائف والحرمان من حق التصويت، والانتخاب والترشيح، أي من كافة الحقوق السياسية، والحرمان من كافة الحقوق المدنية كالشهادة أمام القضاء... (الجراح، ١٩٩٤).

ثالثاً: الحكم على الموظف بإحدى الجرائم التالية: الرشوة، التزوير، الاختلاس، التهريب أو الترويج أو المتاجرة بالمخدرات والمسكرات، وهذه الجرائم من الوضوح بحيث لا تحتاج إلى بيان.

رابعاً: إذا حكم على الموظف بالسجن مدة تزيد على سنة، أي إذا صدر عليه حكم في أي جريمة أخرى بالسجن شريطة أن تزيد مدته على سنة. كالجرائم الأخلاقية وجرائم حمل السلاح أو استعماله أو تصنيعه بدون ترخيص، أو تهريبه، حيث تصل العقوبات في نظام الأسلحة والذخائر إلى السجن مدة ثلاثين سنة^(٧).

ومن وجهة نظري فإنني أستحسن أن يكون الحكم بالسجن (مدة سنة)، لأن الحكم على المتهم بالسجن مدة سنة بموجب النص الحالي لا يستتبع عقوبة الفصل التبعي، فلا بد أن تزيد المدة على سنة ولو يوماً واحداً.

ومن جهة أخرى أرى بأن نص المادة (١٢/أ/٤) يشمل أي حالة يُحكم فيها على الموظف بالسجن مدة تزيد على سنة، لأن مثل هذا الحكم يعني ارتكاب الموظف لجريمة تتم عن عدم صلاحيته للبقاء في الوظيفة أو الخدمة العامة.

الخلاصة: أن ارتكاب الموظف لأي من الجرائم السابقة بموجب حكم قطعي صادر من محكمة مختصة، يترتب عليه فصل الموظف من وظيفته بصورة تبعية وبقوة القانون أو النظام.

الفرع الثاني: حالات الفصل بقوة القانون في دول المقارنة

يجري القانون الجنائي الفرنسي على تقسيم العقوبات إلى عقوبات مبرحة (afflictive) وشائنة (Infamantes)

(٧) راجع نصوص نظام الأسلحة والذخائر الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم ١٩٣ بتاريخ ٢٤/٧/١٤٢٦هـ.

(٨) انظر نص المادة الأولى من القانون الجنائي الفرنسي.

ويتميز العفو البسيط عن العقوبة الأصلية عن العفو الشامل، لأن الأخير يمحو عن العمل صفته الجنائية وذلك بمعنى العفو عن الجريمة والحكم الصادر بالإدانة وكل الآثار التي تكون قد وقعت سواءً من الناحية الجنائية أو الإدارية (عطية، ١٩٦٨) (عصفور، ١٩٦١) (سرور، ١٩٩١).

ومع ذلك فإذا كان الحكم قد صدر عليه لأول مرة فلا يؤدي إلى إنهاء الخدمة إلا إذا قدرت لجنة شؤون العاملين بقرار مسبب من واقع أسباب الحكم وظروف الواقعة أن بقاء العامل يتعارض مع مقتضيات الوظيفة أو طبيعة العمل» (البنداري، بدون سنة الطبع).

ويترتب على هذا الفصل من الوظيفة العامة كعقوبة تبعية «الحرمان من الوظيفة نفسها ومن المرتبات المقررة لها»^(١٢). كما يترتب على هذا الفصل عدم الصلاحية للتعيين في الوظائف العامة وذلك طالما أن الحكم بعقوبة الجنائية قائم ومنتج لآثاره الجنائية (سرور، ١٩٩١).

وقد أفرد المشرع الأردني أيضاً في نظام الخدمة المدنية رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٧م نصاً يقضي بفصل الموظف (إذا حكم عليه من محكمة مختصة بجناية أو جنحة مخلة بالشرف كالرشوة والاختلاس والسرقة والتزوير وسوء استعمال الأمانة والشهادة الكاذبة وأي جريمة مخلة بالأخلاق العامة، أو حكم عليه بالحبس من محكمة مختصة لمدة تزيد على ستة أشهر لارتكابه أي جريمة من الجرائم).

= تسقط العقوبات التبعية ولا الآثار الجنائية الأخرى المترتبة على الحكم بالإدانة ما لم ينص في أمر العفو على خلاف ذلك».

= (١٢) المادة ٢٦ من قانون العقوبات المصري.

غير أنه يلزم في هذا الشأن أن يكون الحكم الجنائي الذي يؤدي إلى الحرمان من الحقوق المدنية نهائياً، فتخلف هذا الشرط يعطي فقط للسلطة الإدارية المختصة إمكانية تحريك الإجراءات التأديبية على أساس الوقائع التي أدت إلى هذا الحكم الجنائي^(٩).

أما المشرع المصري فقد نص في الفقرة السابعة من المادة (٩٤) من القانون رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٨م الخاص بنظام العاملين المدنيين بالدولة على أن تنتهي خدمة العامل في حالة «الحكم عليه بعقوبة جنائية في إحدى الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات، أو ما يماثلها من جرائم منصوص عليها في القوانين الخاصة أو بعقوبة مقيدة للحرية في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة ما لم يكن الحكم مع وقف التنفيذ».

وقد حدد المشرع المصري العقوبات التبعية في المادة (٢٤) من قانون العقوبات وهي تشمل (أولاً): الحرمان من الحقوق والمزايا المنصوص عليها في المادة (٢٥)^(١٠)، (ثانياً) العزل من الوظائف. (ثالثاً): وضع المحكوم عليه تحت مراقبة البوليس (رابعاً) المصادرة.

وتلحق العقوبات التبعية الحكم بعقوبة جنائية ما لم يكن الحكم مع وقف التنفيذ، ومن ثم لا يؤثر فيها قرار العفو البسيط عن العقوبة الأصلية، وذلك ما لم ينص صراحة على شمولها بقرار العفو الشامل^(١١).

(٩) منشور الوزير المكلف بالوظيفة العامة (instruction no. 434). (F.P) والصادر في ١٣ مايو ١٩٥٩م «العنوان السابع».

(١٠) تشمل المادة (٢٥) سالفه الذكر الحرمان من الحقوق والمزايا الآتية: (أولاً) القبول في أي خدمة في الحكومة مباشرة أو بصفة متعهد أو ملتزم أي كانت أهمية الخدمة.

(١١) تنص المادة (٧٤) من قانون العقوبات المصري على أن «العفو عن العقوبة المحكوم بها يقتضي إسقاطها كلها أو بعضها، أو إبدالها بعقوبة أخف منها مقرر قانوناً، ولا

(خليل، ١٩٩٣). وهذا بالنسبة لاختصاصه الأصلي بتوقيع العقوبات التأديبية على الموظفين التابعين لوزارته. إلا أن الوزير يملك سلطة اتخاذ قرار تباعي بفصل الموظف العام والذي صدر بحقه حكم شرعي أو قضائي يقضي بإدائه بإحدى الجرائم أو العقوبات المنصوص عليها في المادة (١٢) من لائحة انتهاء الخدمة (والتي سبقت الإشارة إليها).

الاختصاص بإصدار قرار الفصل التباعي لمن هم في مستوى الوزير:

١- رئيس المصلحة المستقلة والرئيس الإداري للمؤسسة العامة بالنسبة لموظفي إدارتهم، والرئيس الإداري للمؤسسة العامة هو من يشغل أعلى منصب تنفيذي في المؤسسة أياً كان المسمى المعطى للوظيفة فأحياناً يطلق عليه رئيس المؤسسة وأحياناً يطلق عليه مدير المؤسسة.

٢- من يفوضهم الوزير في ممارسة صلاحياته التأديبية ويجب أن يكون هذا التفويض بقرار مكتوب، والتفويض هنا جزئي ينصب على بعض الصلاحيات التأديبية للوزير ومن هو في مستواه، بخلاف حالة رئيس المصلحة المستقلة، والرئيس الإداري للمؤسسة العامة حيث تكون لهم صلاحيات تأديبية ماثلة تماماً لما يملكه الوزير من صلاحيات في هذا الشأن^(١٣)، ويجري العمل على أن الوزير يحتفظ لنفسه شخصياً بسلطة توقيع الجزاءات التأديبية على كبار الموظفين بالوزارة، ويفوض سلطاته في التأديب لكبار العاملين حسب السلم الإداري.

(١٣) المادة (٤٦) من نظام تأديب الموظفين السعودي الصادر سنة ١٣٩١هـ.

ويعتبر الموظف في أي حالة من الحالات المنصوص عليها في هذا البند معزولاً حكماً من تاريخ اكتساب الحكم الدرجة القطعية (المادة ١٧١ فقرة أ).

المطلب الثاني: السلطة المختصة بإصدار قرار الفصل التباعي

هناك جهات إدارية معينة أناط بها المنظم السعودي أو المشرع في دول المقارنة إصدار قرار الفصل التباعي. ونبين فيما يلي هذه السلطات أو الجهات الإدارية في المملكة العربية السعودية، ثم في دول المقارنة.

الفرع الأول: صدور قرار الفصل التباعي من السلطة الإدارية المختصة في النظام السعودي

اختصاص السلطة الإدارية بالتأديب: وفقاً لنظام تأديب الموظفين الصادر عام ١٣٩١هـ فإن السلطة الإدارية المختصة بالتأديب هي: الوزير المختص، ومن في مستواه، أو من يفوضه.

الاختصاص التأديبي للوزير ومن في مستواه أو من يفوضه: لما كان الوزير هو الرئيس الإداري الأعلى لوزارته، فإن حسن ممارسته لسلطاته الرئاسية يستلزم منحه بعض الاختصاصات التأديبية، فيكون له الحق في توقيع جزاءات تأديبية على الموظفين الذين يثبت عليهم ارتكاب مخالفات إدارية أو مالية.

وقد حرص النظام المعمول به في المملكة العربية السعودية لتأديب الموظفين على تحقيق نوع من التوازن بين اختصاصات الوزير التأديبية والاختصاصات التأديبية للجهات الأخرى (هيئة الرقابة والتحقيق، وديوان المظالم)، لذلك نجد أن الوزير لا يملك توقيع عقوبة الفصل من الخدمة ولا العقوبات المقررة بالنسبة للموظف الذي انتهت خدمته، وإن كان يملك توقيع العقوبات الأخرى المنصوص عليها في نظام التأديب

الوزير المختص: الوزير هو المختص بتوقيع العقوبات التأديبية المنصوص عليها بالمادة (٨٠) من قانون العاملين المدنيين بالدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٨م، لكن هذه العقوبات لا تشمل الفصل من الوظيفة بصفة أصيلة. ومع ذلك فإنه يملك سلطة إصدار قرار تباعي بفصل الموظف العام بناءً على صدور حكم قضائي بإدانته بارتكاب إحدى الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات والتي سبقت الإشارة إليها. المحافظ: نصت المادة (٢٧) مكرراً من القانون رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٩م المعدل على أنه «يكون المحافظ رئيساً لجميع العاملين المدنيين في نطاق المحافظة، في الجهات التي نقلت اختصاصاتها إلى الوحدات المحلية ويارس بالنسبة لهم جميع اختصاصات الوزير، ويختص المحافظ بالنسبة للعاملين المدنيين بفروع الوزارات والجهات التي لم ينقل اختصاصها إلى الوحدات المحلية - فيما عدا الهيئات القضائية والجهات المعاونة لها - بما يلي: توقيع العقوبات التي يملكها الوزير ابتداءً، كما أن له ذات اختصاص الوزير من حيث التعقيب على القرارات التأديبية التي يوقعها غيره من الرؤساء في نطاق المحافظة».

وقد أضاف قانون الحكم المحلي لسنة ١٩٧٩م حكمين جديدين (الطماوي، ١٩٩٥):
أولهما: إلزام المحافظ بأن يُخطر السلطة المختصة بما اتخذ من إجراء أو أصدره من قرارات بالنسبة إلى الموظفين الذين يتبعونها، وذلك خلال سبعة أيام - وكانت ثلاثة في القانون المُلغى - من تاريخ اتخاذها، حتى تكون الجهة التي يتبعها الموظف

الفرع الثاني: صدور قرار الفصل التباعي من السلطة المختصة في دول المقارنة

أولاً: في القانون الفرنسي: ينعقد هذا الاختصاص للسلطة الإدارية المختصة أصلاً بتعيين الموظف، أي أن القانون الفرنسي حول السلطة الرئاسية بتوقيع هذا الجزاء واتخاذ قرار الفصل التباعي (Plantey, 1991).

ومع أن النصوص الخاصة بالتأديب في ظل النظام الفرنسي قد أوجدت (مجالس التأديب) ومنحتها الاختصاص بالنسبة لجميع طوائف الموظفين إلا أن اتخاذ القرار التباعي أي فصل الموظف بناءً على صدور حكم قضائي بارتكاب إحدى الجنايات المنصوص عليها في المادتين (٧، ٨) من قانون العقوبات الفرنسي والمادة (٢٤) من قانون الوظيفة العامة الصادر بتاريخ ١٣ يوليو ١٩٨٣م هو من اختصاص السلطة الرئاسية التي يتبعها الموظف (Salon, 1989).

ثانياً: في القانون المصري:

سلطة الوزير، والمحافظ، ورئيس مجلس الإدارة: وفقاً للمادة (٢) من قانون العاملين المدنيين بالدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٨م يكون لكل من الوزير المختص، والمحافظ المختص، بالنسبة لوحدات الحكم المحلي، ورئيس مجلس إدارة الهيئة العامة المختصة اختصاص تأديبي، وعلى الرغم من أن المشرع ساوى بين هؤلاء في الاختصاص التأديبي، فهم يملكون نوعين من الاختصاص التأديبي، الأول: التعقيب على قرارات الرؤساء الإداريين الذين يملكون سلطة التأديب، والثاني: ممارسة التأديب ابتداءً بالنسبة للموظفين الذين يتبعونهم.

والتزوير وسوء استعمال الأمانة واستثمار الوظيفة والشهادة الكاذبة، أو أي جريمة أخرى مخلّة بالأخلاق العامة.

• إذا حكم عليه بالحبس من محكمة مختصة لمدة تزيد على ستة أشهر لارتكابه أي جريمة أو جنحة من غير المنصوص عليها في البند الأول من هذه الفقرة.

• إذا صدر قرار من المجلس التأديبي بعزله.
(ب) يعتبر الموظف في أي حالة من الحالات المنصوص عليها في البندين (١) و(٢) من الفقرة (أ) من هذه المادة معزولاً حكماً من تاريخ اكتساب الحكم الدرجة القطعية.

(ج) في جميع الأحوال المنصوص عليها في هذه المادة/ يجب إعلام الموظف بأي وسيلة متاحة بالإجراءات المتخذة بحقه من المرجع المختص بتعيين مثيله في الدرجة والراتب خلال أسبوع من تاريخ علم الدائرة باكتساب الحكم الدرجة القطعية، أو تاريخ صدور القرار النهائي (للمجلس التأديبي).

يستفاد من نص الفقرة (ج) من المادة (١٧١) المشار إليها أن الجهة الإدارية المختصة بإصدار قرار الفصل التبعي بموجب الحالات المشار إليها في البندين (١) و(٢) هي ذات السلطة المختصة بالتعيين أصلاً، وقد أسس النظام هذا الاختصاص للوزير بالنسبة لموظفي وزارته من جميع الدرجات^(١٤) باستثناء موظفي الفئة العليا فإن مجلس الوزراء هو الجهة المختصة بإصدار مثل هذا القرار^(١٥).

المبحث الثاني: الطعن بقرار الفصل

التبعي لدى القضاء الإداري

بعد استنفاد الموظف المتهم لكافة الضمانات منذ لحظة إبلاغه بالمخالفة أو الجريمة المنسوبة إليه وحتى

على علم بما يتخذ قبله من إجراءات تأديبية، قد تُرتب عليها تلك الجهة آثاراً أخرى فيما يتعلق بحياته الوظيفية.

ثانيهما: بالنسبة للعاملين التابعين للهيئات العامة التي تمارس نشاطها في نطاق المحافظة، فإنّ المشرع قد وقف موقفاً وسطاً، إذ قصر سلطة المحافظ بالنسبة إليهم على مجرد «طلب التحقيق واقتراح توقيع الجزاءات التأديبية عليهم من السلطة المختصة» ومعنى ذلك أن الكلمة الأخيرة ستكون للجهة التي يتبعها الموظف. ولعل هذا التمييز يرجع إلى طبيعة النشاط الذي يزاوله هذا الفريق من العاملين، وهو نشاط اقتصادي، تحيط به اعتبارات لا يحسن الحكم عليها إلا لجهات الرياسة المختصة. وإذا حدث خلاف بين المحافظ، وبين تلك الجهات، فإنه سوف يجل عن طريق الوزير المختص بالإدارة المحلية، والوزير الذي يتبعه الموظف المراد توقيع عقوبة عليه.

رئيس مجلس الإدارة: وهو يمارس ذات اختصاصات الوزير والمحافظ التي سبق بيانها بالنسبة للعاملين في الهيئة العامة التي يرأس مجلس إدارتها، سواءً من حيث سلطة توقيع العقوبة ابتداءً أو من حيث التعقيب على القرارات الإدارية التي تصدر من غيره ممن يملكون سلطة التأديب (الجراح، ١٩٩٤).

ثالثاً: في النظام الأردني: تنص الفقرة (أ) المادة (١٧١) من نظام الخدمة المدنية الأردني رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٧م على حالات العزل من الوظيفة بقولها: يعزل الموظف في أي من الحالات التالية:

• إذا حكم عليه من محكمة مختصة بأي جنائية أو جنحة مخلّة بالشرف كالرشوة والاختلاس والسرقة

(١٤) المادة (١٤٩) من نظام الخدمة المدنية الأردني.

(١٥) المادتان (١٥٨، ١٥٩) من نظام الخدمة المدنية المشار إليه.

الحكم الأول: حكم رقم ١٠٧/د/١/١٠ لعام

١٤٢٦هـ^(١٦)

تتلخص الوقائع حسبما يتضح من أوراق القضية في تقدم/ المدعي إلى الديوان بلائحة دعوى ذكر بها أنه كان يعمل على وظيفة محاسب ببلدية جلاجل وتم إنهاء خدماته بتاريخ ٩/١/١٤٢٣هـ بموجب قرار طي القيد رقم (٢٢٧) بتاريخ ٢٧/١١/١٤٢٤هـ بسبب إدانته بجريمة الرشوة وقد تم تنفيذ العقوبة التي حكم بها عليه، ومضى على تنفيذها أكثر من ثلاث سنوات، وبناءً على المادة الرابعة الفقرة (و) من نظام الخدمة المدنية التي تتيح للموظف الرجوع إلى العمل بعد انقضاء ثلاث سنوات من تنفيذ العقوبة، تقدم بخطاب لديوان الخدمة المدنية يطلب إعادته للعمل طبقاً للمادة (٤/و) من نظام الخدمة المدنية رقم ٢٣ لسنة ١٣٩٧هـ والتي انقضت مدة الحرمان من العودة إلى العمل إلى ثلاث سنوات حيث تنص على ما يلي: "... يشترط فيمن يعين في إحدى الوظائف أن يكون: أ- ... ب- ... وغير محكوم عليه بحد شرعي أو بالسجن في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة ... حتى يمضي على انتهاء تنفيذ الحد أو السجن ثلاث سنوات على الأقل". وانتهى إلى طلبه إلزام المدعى عليها بإعادته إلى عمله.

أما بالنسبة لموضوع الدعوى فقد نصت المادة (١٣) من نظام الرشوة الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٣٦ وتاريخ ٢٩/١٢/١٤١٢هـ على أنه ((يترتب على الحكم بإدانة موظف عام أو من في حكمه بارتكاب إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا النظام العزل من الوظيفة العامة وحرمانه من تولي الوظائف العامة أو

(١٦) حكم ديوان المظالم، في القضية رقم ٨٦/م/ق لعام ١٤٢٦هـ.

تاريخ صدور القرار أو الحكم بإدانته، لم يبق أمامه سوى اللجوء إلى القضاء الإداري للطعن في القرارات الإدارية التي تقضي بفصله من عمله بما فيها تلك القرارات الصادرة بقوة القانون أو النظام بالاستناد إلى حكم قضائي بإدانة هذا الموظف.

وفي مجال رقابة القضاء الإداري على قرار الفصل التبعي يمكن طرح التساؤلات التالية:

١- هل صدر القرار من الجهة المختصة أم لا؟

٢- هل تضمن القرار سبب الفصل التبعي بشكل

واضح؟

٣- هل أصبح الحكم الجزائي بإدانة الموظف قطعياً أم مازال خاضعاً للطعن فيه؟ فإذا كان الحكم قطعياً فإن سلطة الإدارة مقيدة إذ يجب عليها إصدار قرار الفصل التبعي دون تأخير، وإلا فإن من حق المتضرر من الخطأ أو الجريمة التي ارتكبها الموظف - المطالبة بحقه في التعويض عما لحق به من ضرر.

ونستعرض فيما يلي بيان موقف ديوان المظالم بخصوص هذه الطعون، ثم نتبع ذلك ببيان موقف القضاء الإداري في دول المقارنة.

المطلب الأول: موقف ديوان المظالم السعودي من الطعون بقرارات الفصل بقوة النظام

باستقراء العديد من الأحكام يتبين لنا أن ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية قد بسط رقابته على قرارات الإدارة المتعلقة بفصل الموظفين بصورة تبعية بناءً على صدور حكم قضائي قطعي بإدانتهم بإحدى الجرائم أو العقوبات المنصوص عليها في (المادة الثانية عشرة) من لائحة انتهاء الخدمة المدنية لسنة ١٤٢٣هـ.

ومن حيث الموضوع فإن قرار الفصل استند إلى المادة ١٢/أ/٣ من لائحة انتهاء الخدمة التي تنص على أن (يفصل الموظف بقوة النظام لأسباب تأديبية في الحالات الآتية: إذا صدر عليه حكم من جهة قضائية مختصة مكتسب للصفة القطعية مصرح فيه بالإدانة بالعقوبة في الجرائم التالية: الرشوة - التزوير - الاختلاس - التهريب أو الاختلاس أو المتاجرة بالمخدرات والمسكرات) لذا فإن القرار كان موافقاً للنظام، مما تنتهي معه الدائرة إلى رفض الدعوى لعدم قيامها على سند صحيح، ولا ينال من ذلك ما ذكره وكيل المدعي من إيقاف عقوبة السجن، إذ أن فصل الموظف بقوة النظام متعلق بالإدانة وليس بتنفيذ العقوبة فمتى ثبتت الإدانة وجب الفصل دون النظر في قدر العقوبة ومدى تنفيذها أو عدمه ويؤكد ذلك نص المادة (١٢) من اللائحة على أن (لا يؤثر وقف تنفيذ العقوبة الأصلية المحكوم بها على تطبيق الحكم). فلهذه الأسباب وبعد المداولة حكمت الدائرة: برفض الدعوى رقم (٢٣٠٦/٣/ق لعام ١٤٣٠هـ) المقامة من المدعي ضد/ إدارة التربية والتعليم في حفر الباطن.

الحكم الثالث: حكم رقم ٣٤/د/هـ/١٢ لعام ١٤٢٩هـ^(١٨)

تم قيد القضية المذكورة بوارد فرع ديوان المظالم بالمنطقة الشرقية برقم ٣/٨٠٦/١٤/صفر ١٤٢٨هـ والمقامة من فرع هيئة الرقابة والتحقيق بالمنطقة الشرقية بخطابه رقم ٤٨/٤/٦١٨/١٣/صفر ١٤٢٨هـ المرفق به قرار الاتهام رقم (٩٨/ج) لعام ١٤٢٨هـ المتضمن إقامة الدعوى الجزائية الماثلة ضد

(١٨) في قضية استغلال النفوذ الوظيفي رقم ٣/٢٨٦٠/ق لعام ١٤٢٨هـ المقامة من: فرع هيئة الرقابة والتحقيق بالمنطقة الشرقية ضد المتهم... سعودي الجنسية (غير منشور).

القيام بالأعمال التي يُعد القائمون بها في حكم الموظفين العامين وفقاً لنص المادة الثامنة من هذا النظام، ونصت المادة (١٤) من ذات النظام، على أن ((لمجلس الوزراء إعادة النظر في العقوبة التبعية بعد مضي خمس سنوات من تاريخ انتهاء تنفيذ العقوبة)).

وبما أن المدعي سبق أن حكم عليه بالإدانة في جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذا النظام فإنه يحرم من تولي الوظائف العامة ولا يجوز تعيينه في إحدى الوظائف العامة إلا بعد النظر في هذا من قبل مجلس الوزراء بعد مضي خمس سنوات من تاريخ تنفيذ العقوبة، مما يتعين معه القول بسلامة قرار المدعي عليها محل الدعوى. وبالبناء على ما سبق حكمت الدائرة الفرعية التاسعة برفض الدعوى.

الحكم الثاني: الحكم رقم ١٠/د/ف/٢٥ لعام ١٤٣٠هـ^(١٧)

تتحصل وقائع هذه الدعوى بالقدر اللازم لإصدار هذا الحكم بأن المدعي تقدم بتاريخ ٢٤/١٠/١٤٣٠هـ إلى المحكمة الإدارية بالمنطقة الشرقية بصحيفة دعوى أحيلت إلى هذه الدائرة فحددت في سبيل نظرها عدة جلسات، وفيها سألت الدائرة وكيل المدعي عن دعوى موكله فأفاد أنه صدر بحق موكله الحكم الشرعي رقم ١/د/ج/١١ لعام ١٤٢٦هـ والقاضي بثبوت جريمة التزوير على موكله ومعاقبته بسجن سنة، وتغريمه بمبلغ ألف ريال، مع إيقاف تنفيذ السجن، وتم فصل موكله من عمله بعد خمس سنوات من الحكم بموجب القرار رقم ١١٨٩٦ بتاريخ ٢٠/٨/١٤٣٠هـ رغم إيقاف التنفيذ عن العقوبة.

(١٧) غير منشور لكونه من الأحكام الحديثة.

عليهم وأخرج مسدسه وهددهم وأخذ محافظهم وأخرج الفلوس منها، بالإضافة إلى إفادة المدعو/ يوسف أحمد أبو كساوي - سوداني الجنسية - الذي يفيد أن المتهم دخل عليه بمقر سكنه بزيه العسكري مدعياً أنه من البحث الجنائي وسأل عن مقر سكن العمال الهنود.

لذلك فإن الدائرة تنتهي إلى ثبوت تلك الجريمة ضده وإدانته بما نسب إليه وحيث إن ما قام به يعتبر إخلالاً بنزاهة الوظيفة والثقة في الدولة التي عهدت إليه القيام بواجب الأمن وحماية المواطنين والمقيمين، بل إن المتهم اتخذ تلك الوظيفة وسيلة لتحقيق مصالحه الشخصية وتسليطاً على الناس وترويعاً لهم من خلالها، مما يتعين معاقبته وردعه عن أن يعود لمثل ذلك الفعل المشين. فلهذه الأسباب وبعد المداولة والتأمل حكمت الدائرة بإدانة المتهم بجريمة استغلال النفوذ الوظيفي المنسوبة إليه وتعزيزه بتغريمه ثمانية عشر ألف ١٨٠٠٠ ريال. وقد أصبح الحكم نهائياً واجب النفاذ بقناعة طرفيه.

وعلى الرغم من الحكم على المتهم بالسجن سنة ونصف وهي مدة تزيد على سنة مما يوجب على السلطة الإدارية التي يتبعها هذا الموظف اتخاذ قرار تبعي بفصله، إلا أنها لم تصدر قراراً بفصله عن وظيفته.

لذلك قامت هيئة الرقابة والتحقيق برفع الدعوى المشار إليها أمام ديوان المظالم.

تعقينا على هذا الحكم

من ثنانيا عبارات هذا الحكم يتضح لنا أن المتهم قد اعترف بارتكابه لجريمة استغلال نفوذه الوظيفي.

وبناءً على هذا الاعتراف وحيث أن الإقرار يعتبر سيد الأدلة أي دليلاً قاطعاً على ارتكاب الموظف لهذا الفعل، صدر حكم (المحكمة العامة) بمدينة الخبر بإدانته بجريمة استغلال نفوذه الوظيفي متضمناً الحكم

المتهم بدائرة مدينة الدمام بالمنطقة الشرقية بوصفه عسكري برتبة جندي أول بشرطة محافظة الخبر لأنه بتاريخ ٢٢ شوال ١٤٢٧هـ قام باستغلال نفوذ وظيفته من خلال دخوله سكن عدد من العمالة الوافدة بزيه العسكري وسلب ممتلكاتهم.

وبسؤال المتهم عن قضية السلب المقامة ضده والمحالة إلى المحكمة العامة بالخبر أجاب بقوله: إن القضية أحيلت إلى فضيلة القاضي وقد صدر فيها حكمه بثبوت ما نسب إليّ وحكم بسجني سنة ونصف وجلدي أربعمئة جلدة. ولم اعترض على ذلك الحكم.

الأسباب: حيث إن هيئة الرقابة والتحقيق أقامت دعواها هذه ضد المتهم موجهة له تهمة استغلال النفوذ الوظيفي ومعاقبته وفقاً للمادة الثانية فقرة (ب) من المرسوم الملكي (٤٣) الصادر في ١٩ ذو القعدة ١٣٧٧هـ، وحيث إن الثابت من أوراق الدعوى ومن البلاغات المتعددة والمقدمة من العمال الشاكين والتي توافقت في مضمونها بقيام المتهم بدخول منازلهم وتفتيشها وسلب ما لديهم من نقود وجوالات مستغلاً لباسه العسكري وسلاحه الرسمي لتهديدهم، يؤكد صحة ذلك تَعَرَّف المبلّغين عليه مباشرة أثناء العرض، كما أنه وباعتراف المتهم في هيئة الرقابة والتحقيق بأنه لا توجد أي عداوة أو خلاف بينه وبين المدعين مما ينفي التهمة عنهم، يضاف إلى ذلك أن محضر التفتيش والمرفق صورته بأوراق القضية يوضح أنه تم العثور على عدد من الجوالات والمبالغ النقدية بحوزة المتهم وهو بلباسه العسكري، كما أن تلك البلاغات ضد المتهم تتوافق مع اعتراف زميل المتهم والمشارك معه في جريمة السلب والذي أفاد في التحقيقات بقيامه هو وزميله المتهم بالدخول إلى سكن عمال هنود وبنغال وأن المتهم دخل عليهم وتكلم

بموجب قرار الاتهام رقم ١٤٣٠هـ ضد الموظف، الذي يعمل في إدارة الطرق والنقل بمنطقة...، قيدت قضية بالرقم المشار إليه أعلاه وبإحالتها إلى هذه الدائرة حددت لها جلسة ٧/٣/١٤٣٠هـ وفيها حضر المتهم وممثل الادعاء والذي تلا قرار الاتهام قائلاً: إن فرع هيئة الرقابة والتحقيق يتهم الموظف المائل أمام الدائرة لأنه بتاريخ ٢١/٥/١٤٢٩هـ وبدائرة... خرج على مقتضى الواجب الوظيفي وارتكب ما يسيء إلى شرف الوظيفة العامة وكرامتها وسلك مسلكاً لا يتفق مع حسن السيرة والأخلاق؛ إذ تم القبض عليه في ذلك التاريخ من قبل مكافحة المخدرات بسبب العثور معه على قطعة حشيش، وصدر بحقه قرار من المحكمة العامة.. برقم.. وتاريخ ١٤٢٩هـ يقضي بإدانة المتهم بما نسب إليه من حيازة قطعة حشيش تزن (٧,١) جراماً لقصد الاستعمال واستعمال الحشيش المخدر، والحكم عليه بجلده ثمانين جلدة حداً وسجنه شهر من تاريخ إيقافه ومنعه من السفر لمدة سنتين، وقرر المدعى عليه القناعة. وصدر توجيه المبلغ لمدير شعبة مكافحة المخدرات برقم ١٤٢٩هـ بإنفاذ ما تقرر.

وإن فرع هيئة الرقابة والتحقيق يطلب من المحكمة الإدارية محاكمة المتهم، وتقرير الجزاء المناسب بحقه حسب المادة رقم ١٢/ب من لائحة انتهاء الخدمة الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم ١/٨٣١ وتاريخ ٣٠/٨/١٤٢٣هـ.

الأسباب: بعد سماع الدعوى والإجابة والاطلاع على أوراق الدعوى، وحيث أن بحث الاختصاص سابق على الخوض في موضوع الدعوى لأنه مسألة أولية يتحتم بحثها قبل الدخول في الدعوى، وبما أن الهيئة تطلب معاقبة المتهم استناداً للمادة (١٢/ب)

(بسجنه سنة ونصف) وجلده أربعائة جلدة. كما أن المتهم لم يعترض على الحكم فأصبح الحكم قطعياً. ويحق لنا أن نتساءل هل يجوز لهيئة الرقابة والتحقيق بالمنطقة الشرقية بعد ذلك أن تقوم بالتحقيق مع الموظف ورفع دعوى مرة ثانية أمام ديوان المظالم؟ ومن جهة أخرى هل يجوز لديوان المظالم الحكم مرة ثانية على الموظف بعقوبة أو عقوبات أخرى عن ذات الجريمة؟

من وجهة نظرنا لا ريب بأن الإجابة على هذين السؤالين ستكون بالنفي فالمبادئ القضائية لا تجيز المحاكمة عن ذات الفعل مرتين، كما أنها لا تجيز من حيث الأصل تعدد العقوبات (الأصلية) إلا بنص صريح، وكان على ديوان المظالم أن يحكم برد الدعوى لعدم الاختصاص كما جرى على ذلك قضاؤه في العديد من أحكامه. لأن الجهة المختصة بعد صدور حكم المحكمة العامة هي الجهة الإدارية التي يتبعها الموظف والتي يجب عليها إصدار قرار إداري يفصله من وظيفته إعمالاً لنص المادة (١٢/أ/٤) من لائحة انتهاء الخدمة؛ لأن الإدارة هي الجهة المخولة بإصدار قرار الفصل التبعي، والفصل هنا يكون بقوة النظام أي تبعاً لصدور حكم بسجن الموظف مدة تزيد على سنة.

وعلى هذا الأساس كان بإمكان المتهم أو وكيله (المحامي) الدفع بعدم اختصاص الديوان في هذه الحالة. وتأكيداً لوجهة نظرنا نشير إلى الحكم التالي.

الحكم الرابع: الحكم رقم /د/ت/أ لعام

١٤٣٠هـ^(١٩)

تتلخص وقائع هذه الدعوى في أن فرع هيئة الرقابة والتحقيق بمنطقة... أقام الدعوى التأديبية

(١٩) في القضية رقم/ ق/ لعام ١٤٣٠هـ المقامة من/ هيئة الرقابة والتحقيق بمنطقة... ضد المدعى عليه... (غير منشور).

حشيش بعد أن تم إلقاء القبض عليه من قبل مكافحة المخدرات بقصد الاستعمال أو الاتجار بها. لذا فإن الجهة المختصة باتخاذ قرار فصله من الخدمة هي الجهة الإدارية التي يتبعها هذا الموظف وليست المحاكم الإدارية بديوان المظالم، إعمالاً لنص المادة (١٢/أ) أما الفقرة (ب) من هذه المادة فتجيز محاكمة المتهم أمام المحاكم التأديبية أو الجزائية بديوان المظالم إذا كانت العقوبة الصادرة بحقه لا تستلزم فصله بقوة النظام. أما من صدر بحقه حكم شرعي قطعي بإدائته بالترويح للمخدرات أو المسكرات فينطبق عليه نص المادة (١٢/أ/٣)، إذ يتعين فصله بقوة النظام من الجهة الإدارية المختصة.

المطلب الثاني: رقابة القضاء الإداري في دول المقارنة على قرار الفصل التبعي

الفرع الأول: رقابة القضاء الإداري الفرنسي على

قرارات الفصل التبعي

يسيطر القاضي الإداري رقابته على العقوبات التأديبية بما فيها قرار الفصل التبعي بقوة القانون.

ونشير إلى حكم مجلس الدولة الصادر بتاريخ ٥ من مارس سنة ١٩٥٨م في قضية الأنسة Millou فقد أثبت مجلس الدولة صراحة الطابع التأديبي لهذا الفصل عندما استعان بنص المادة ١٣٤ من قانون ١٩ من أكتوبر سنة ١٩٤٦م الذي فصلت الموظفة المذكورة بمقتضاه بمجرد قرار من الوزير المختص صدر بناءً على حكم قضائي. أي (الفصل بقوة القانون) (Laubadere, 1986).

ويمكن أن نحتج في هذا الصدد بالموقف الذي اتخذته مجلس الدولة مؤخراً حيال تدابير الإيقاف والفصل المنصوص عليها بمرسوم ١٧ من مارس سنة ١٩٥٦م ضد الموظفين الذين انهمكوا في أعمال خطيرة

من لائحة انتهاء الخدمة، وحيث أن القرار الصادر من المحكمة العامة رقم وتاريخ ١٤/٦/١٤٢٩هـ المعاقب بموجبه المتهم قضى بإدانة المتهم والحكم عليه حداً، وحيث نصت المادة الثانية عشرة من لائحة انتهاء الخدمة على أن: (أ) يفصل الموظف بقوة النظام، ويعتبر الفصل لأسباب تأديبية في الحالات الآتية: ١- إذا صدر بحقه حكم شرعي من جهة قضائية مختصة مكتسب للصفة القطعية مصرح فيه بثبوت ارتكابه موجب حد من الحدود الشرعية، ومعاقبته بالجزاء حداً. ٢-... (ب) إذا صدر على الموظف حكم بعقوبة من أي جهة مختصة أنيط بها نظاماً توقيع عقوبات معينة ولم تكن هذه العقوبة موجبة للفصل بقوة النظام وفقاً للفقرة السابقة فيعرض الأمر على الجهة المختصة بالمحاكمة التأديبية لتقرر الجزاء التأديبي المناسب في حقه. وبذا يتبين أن المدعي صدر عليه حكمٌ بالحد، وعليه فإنه لا يدخل في مشمول الفقرة (ب) من المادة الثانية عشرة من لائحة انتهاء الخدمة، وبذلك فإنه لا اختصاص للمحاكم التأديبية في نظر هذه الدعوى.

وعليه، وبعد المداولة حكمت الدائرة: بعدم اختصاص المحاكم الإدارية بنظر الدعوى المقامة من فرع هيئة الرقابة والتحقيق، ضد المدعى عليه، وبالله التوفيق، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

تعقيبنا على هذا الحكم

كان ديوان المظالم مُحققاً فيما قضى به من عدم اختصاصه بنظر هذه الدعوى المقدمة من فرع هيئة الرقابة والتحقيق، والسبب في ذلك أن المتهم قد أدين بحكم شرعي صادر عن المحكمة العامة مصرح فيه ارتكابه موجب الحد، نظراً لثبوت حيازته لقطعة

كما قضت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر بتاريخ ٢٣ من يناير لسنة ١٩٨٢ «بأن الحكم على الموظف بسبب التهرب من الخدمة العسكرية والوطنية، يُنهي خدمته بقوة القانون لأن هذا الحكم يكشف عن عدم قدرته الطبيعية على تحمل أعباء العمل المنوط به، فلا يكون أهلاً له»^(٢٤).

وتقف المحكمة الإدارية العليا المصرية على كل من أحكام قانون العقوبات وقانون العاملين للتأكد مما تنطوي عليه الجريمة من عدم الصلاحية لشغل الوظيفة العامة.

فقد قضت بأنه «متى كان أساس العقاب الجنائي هو إعطاء شيك لا يقابله رصيد قائم وقابل للسحب وهو حماية للشيك باعتباره أداة وفاء يقوم مقام النقود، بوصفه أداةً للتعامل، لاسيما في مجال النشاط التجاري، فلا مرء في أن ارتكاب الموظف العمومي هذه الجريمة، إنما ينطوي على خروج على مقتضيات الوظيفة وإخلال بكرامتها ويستوجب عقوبة الفصل التبعي»^(٢٥).

الفرع الثالث: رقابة القضاء الإداري الأردني على

قرار الفصل التبعي بقوة القانون

سبق لنا بيان نصوص نظام الخدمة المدنية الأردني رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٧م التي تقرر فصل الموظف بقوة القانون إذا ارتكب إحدى الأفعال أو الجرائم المنصوص عليها في المادة (١٧١) بفقراتها الثلاث).

(٢٤) انظر: مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة السابعة والعشرين من أول أكتوبر سنة ١٩٨١م، ص ٢٥٨ وما بعدها.
(٢٥) حكم المحكمة الإدارية العليا في «نوفمبر ١٩٦٦م السابق الإشارة إليه، ص ٣٠٢، وانظر كذلك مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة الثانية عشر، العدد الأول، يناير - مارس ١٩٦٨م، ص ٢٠٩ وما بعدها.

على الأمن والنظام العامين، وصدرت بحقهم أحكام قضائية، ففضى بحق السلطة الإدارية باتخاذ قرار الفصل التبعي بقوة القانون في مثل هذه الحالات.

وقد استند المجلس في حكميه الصادرين في قضيتي Duehesne^(٢٠) و Bortaurt^(٢١) إلى اشتراك ذوي الشأن في ارتكاب إحدى الجنایات لاستخلاص النتيجة نفسها. وأثبت حكم المجلس الصادر بتاريخ ١٢ من نوفمبر سنة ١٩٥٥م في قضية Baillon التكييف لقرار الفصل التبعي بطريقة تثبت ارتكاب الموظف جريمة تتعلق بسلوك المدعي الوظيفي»^(٢٢).

الفرع الثاني: رقابة القضاء الإداري المصري على

قرارات الفصل التبعي

ورد في حيثيات أحد الأحكام الصادرة عن المحكمة الإدارية العليا بمصر «إذا نُقِضَ الحكم الذي صدر قرار الفصل تنفيذاً لمقتضاه وقضى ببراءة المتهم مما أُسند إليه لعدم صحة الواقعة وثبوت تليفها، فإن قرار الفصل التبعي يعتبر معدوماً، وكأنه لم يكن ولا تلحقه أي حصانة، ولا يزيل انعدامه فوات ميعاد الطعن فيه لأنه عدم والعدم لا يقوم، وساقط والساقط لا يعود، ومن ثم يكون الدفع بعدم قبول الطعن لتقديمه بعد الميعاد في غير محله»^(٢٣).

(٢٠) C.E. 9 november 1951, Rec. P. 523

(٢١) C.F. 2 novembre 1957, Rec. P. 575

(٢٢) Rec. P. 539, C.E. 19 juin. 1906. Carte;on, Rec. P. 588

(٢٣) حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٩٥٩/٦/٢٧، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها هذه المحكمة، السنة الرابعة من أول يونيو ١٩٥٩ إلى آخر سبتمبر ١٩٥٩، ص ١٦١٣ وما بعدها.

وكذلك حكمها الصادر في ١٩٦٥/٤/٢٤م، مجموعة السنة العاشرة ص ١١١٣ وما بعدها.

التأديبي، وعليه فإن تشكيل لجنة تحقيق ثلاثية للتحقيق مع المستدعي (الذي حكم بحكم جنائي اكتسب الدرجة القطعية) ومن ثم إحالته إلى المجلس التأديبي لمخالفته أحكام المادة (٤٠) من نظام الهيئة التدريسية ومن ثم الاستغناء عن خدماته بقوة النظام يتفق وأحكام المادة (٤١) من نظام الهيئة التدريسية.

(عدل عليا رقم ٩٠/١٣٠، العدد ١١/١٢، سنة ١٩٩٥م، ص ٣١٣٦).

٤- إن قرار محافظة العاصمة بربط المستدعي بكفالة عدلية مع إرسال صورة عن كتابه إلى مديرية سلطة المياه والري لأسباب تمس الأخلاق العامة (لا يعتبر حكماً بعقوبة جنائية أو جنحة) إذ ليس للمحافظ ولاية القضاء، وكذلك لا يعتبر قراراً بعقوبة تأديبية لأنه غير مخول بالمحاكمات التأديبية، وإن قراره إن هو إلا قرار إداري لا يدخل في عداد الأحكام الجنائية أو الجنحية ولا يعتبر حكماً بعقوبة تأديبية، وعليه فإن القرار الصادر عن المستدعي ضده أمين سلطة المياه الذي يقضي بالاستغناء عن خدمات المستدعي سنداً بقوة القانون لما تقدم، هو قرار مخالف للقانون وحقيق بالإلغاء.

(عدل عليا رقم ٩٢/٢١٤، العدد ١١/١٠، سنة ١٩٩٢م، ص ١٥٨٣)

٥- من المبادئ الفقهية المسلم بها أن الجريمة التأديبية مستقلة عن الجريمة الجزائية ويؤخذ بهذا التفريق بين إزالة العقوبة الأصلية والفرعية عن الجرم بالعفو العام وبين شروط الأهلية لاستقرار الموظف في الوظائف العامة.

٦- إن اقتراف جرمي القتل والسرقة يجعل مرتكبها غير محمود السيرة والسمعة ويجعل طلب إلغاء

ونشير فيما يلي لعدد من أحكام محكمة العدل العليا (المحكمة الإدارية الوحيدة في الأردن) بهذا الصدد ومنها قولها:

١- إن المادة (١٠/٣/هـ) من قانون تشكيل المحاكم النظامية قد خولت محكمة العدل العليا النظر في الطلبات التي يقدمها الموظفون العموميون بإلغاء القرارات الإدارية النهائية الصادرة بفصلهم بما في ذلك الفصل بقوة القانون لأحد الأسباب الواردة في نظام الخدمة المدنية. وحيث ثبت للمحكمة عدم صحة الجرم المسند للموظف المتهم فإنها تقرر إلغاء القرار الصادر بفصله.

(عدل عليا رقم ١٠٦/٨٢، العدد ٤، سنة ١٩٨٣م، ص ٤٨٥)

٢- إن المستدعية وهي مستخدمة دائمة في مؤسسة النقل العام تعتبر داخلية في مدلول كلمة (الموظف العام) بالمعنى المقصود في الفقرة الثالثة للمادة العاشرة من قانون تشكيل المحاكم النظامية، وبالتالي تختص محكمة العدل العليا بالنظر في الطعن المقدم منها لإلغاء قرار الاستغناء عن خدماتها، رغم صدوره بقوة النظام، لأن من حق المحكمة التأكد من سبب الفصل، وحيث ثبت لها عدم إدانة الموظفة بجرم الاختلاس، الأمر الذي يستوجب إلغاء القرار الصادر بفصلها من عملها.

(عدل عليا رقم ٨١/١٩، العدد ١٠، سنة ١٩٨١م، ص ١٦٨١).

٣- لرئيس الجامعة الأردنية اتخاذ الإجراءات التي يراها ضرورية بشأن المخالفات التي ترفع إليه وفرض العقوبة التأديبية المناسبة على المخالف أو تشكيل لجنة ثلاثية للتحقيق مع المخالف أو إحالته إلى المجلس

وفي المقابل التخلص من الموظف المنحرف في سلوكه وتصرفاته وذلك رعاية للمصلحة العامة.

وتظهر أهمية هذا البحث من خلال الموازنة بين هاتين المصلحتين دون إفراط أو تفريط.

ويُعد جزء الفصل من الوظيفة من أشد العقوبات التي يمكن أن توقع على الموظف العام.

وقد يفصل بقوة القانون أو النظام بقرار إداري تبعاً لصدور حكم قضائي بإدانته بإحدى الجرائم التي ينص عليها المشرع أو المنظم.

وعلى الرغم من صدور قرار الفصل في هذه الحالة بناءً على صدور حكم قضائي قطعي، إلا أننا ونظراً لخطورة الآثار المترتبة على هذا القرار نوصي ونؤكد على ضرورة صدور قرار الفصل التبعي من الجهة الإدارية المختصة، وكذلك إتاحة الفرصة لصاحب الشأن للطعن بقرار فصله أمام القضاء الإداري مما يحقق له العديد من الضمانات.

أما النتائج التي توصلنا إليها فهي:

أولاً: أن الإدارة قد تجانب الصواب فتصدر قرار الفصل بناءً على حكم ابتدائي لم يكتسب الدرجة القطعية.

ثانياً: قد يُدان الموظف بارتكاب إحدى الجرائم التي تستوجب فصله بقوة القانون أو النظام، وبعد فترة من الزمن يثبت أن هذه الإدانة كانت تستند إلى شهادات زور مثلاً، أو أنها لا تعد من الجرائم المنصوص عليها قانوناً أو نظاماً في هذه الحالة، لذا فإن إفساح المجال للموظف المفصول للطعن بقرار فصله يفتح له باب العدالة وهذا ما لاحظناه من حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر ومن عدد من أحكام محكمة العدل العليا الأردنية.

قرار فصله حقيقاً بالرد، لأنه صدر بقوة القانون سنداً للحكم القاضي بحبسه مدة تزيد على سنة.

(عدل عليا رقم ٨٦/٣٦، العدد (١)، سنة ١٩٨٧م، ص ٣١).

٧- إن قرار وزير التنمية برفض إعادة المستدعي إلى الوظيفة التي عُزل منها ليس من عداد القرارات الإدارية التي يطعن فيها بالإلغاء، وهي القرارات المبينة في المادة التاسعة من قانون محكمة العدل العليا، ونظراً لعدم وجود نص في نظام الخدمة المدنية أو أي من التشريعات الأخرى النافذة المفعول يميز الطعن بهذا القرار، فإن دعوى المستدعي تكون حقيقة بالرد شكلاً لعدم الاختصاص.

(عدل عليا رقم ٩١/٢٧٩، العدد ١٠/١١، سنة ١٩٩٢م، ص ١٥٨٩).

تعقيماً على هذا الحكم

على الرغم من كثرة الأحكام التي تجل فيها الموقف الحازم والجريء والمنصف لمحكمة العدل العليا الأردنية إلا أن هذا الحكم جدير بالنقد، فإذا كان هناك خطأ في قرار الفصل التبعي للموظف، أو كانت المدة المحددة لعودة الموظف المفصول إلى عمله قد انقضت، ورفضت السلطة الإدارية إعادته إلى عمله، فلا بد أن ينعقد الاختصاص بنظر قرار الرفض أو الامتناع للمحكمة الإدارية للبت في صحته أو عدمها ويمكن القول بأن قرار الرفض أو الامتناع يُعد قراراً إدارياً سلبياً يختص بنظره القضاء الإداري.

الخاتمة

يقتضي حسن أداء العمل الوظيفي الإبقاء على الموظف المنضبط في سلوكه والقيام بواجباته الوظيفية،

العدالة في وجهه، وإتاحة الفرصة له للطعن بقرار السلطة الإدارية بفسله بصورة تبعية لصدور حكم قضائي قطعي بحقه، وللقضاء الإداري أن يحكم بصحة هذا القرار أو عدم صحته.

المراجع

أولاً: المراجع القانونية

- الجراح، عناد رضوان. فصل الموظف العام. القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٩٤م.
- حسني، محمود نجيب. شرح قانون العقوبات: القسم العام. القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٨٩م.
- الخلو، ماجد راغب. القضاء الإداري. الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٠م.
- الحميد، عبدالله بن سالم. التشريع الإسلامي: دراسات مقارنة. الرياض: مطبعة النصر الحديثة، ١٤٠٢هـ.
- خليل، عادل عبدالرحمن. النظام الإداري السعودي. جدة: دار حافظ للنشر والتوزيع، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.
- سرور، أحمد فتحي. الوسيط في قانون العقوبات: القسم العام. القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٩١م.
- الظماوي، سليمان محمد. القضاء الإداري: قضاء التأديب. القاهرة: دار الفكر العربي، ١٩٩٥م.
- عصفور، محمد. «العقاب والتأديب في نظام الوظيفة العامة»، مجلة العلوم الإدارية، السنة ٣، العدد (٢)، ديسمبر (١٩٦١م)، ص ١٠٨.
- عطية، نعيم. «إنهاء الخدمة بحكم جنائي»، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة ١٢، العدد (٢)، أبريل، يونيو (١٩٦٨م)، ص ٥١٤.
- عمار، عبدالمحسن سيد. مبادئ النظام الإداري السعودي. ط. ٢. القاهرة: دار النهضة العربية؛

ثالثاً: أن الحكم بإدانة الموظف قد يصدر عن محكمة أو جهة غير مختصة، وقد أكدت لائحة انتهاء الخدمة في المملكة العربية السعودية في المادة (١٢) منها وبجميع فقراتها على ضرورة صدور الحكم القطعي من المحكمة المختصة.

رابعاً: إذا كان للإدارة الحق في فصل الموظف الذي صدر بحقه حكم قطعي، إلا أن قرار الفصل لا بد أن يصدر عن صاحب الصلاحية أي الشخص المختص الذي خوله القانون ذلك، فإذا صدر هذا الإجراء من غير الشخص المختص كان باطلاً. ويستثنى من ذلك أن يكون مفوضاً بصورة قانونية بوجود نص قانوني يُجيز التفويض. ومن الملاحظ أن القضاء الإداري الأردني (مثلاً بمحكمة العدل العليا) قد ألغى عدداً من قرارات الفصل التبعي إما لصدورها من غير المرجع المختص أو من غير المحكمة المختصة.

خامساً: أن الجهة المخولة بمتابعة الموظف المدان قد تخطئ في ممارسة اختصاصها وتطلب من جهة غير الجهة المختصة اتخاذ قرار الفصل التبعي.

وهذا ما لاحظناه خلال عرضنا لرقابة القضاء الإداري السعودي (الحكم الرابع) فبعد أن صدر الحكم القطعي الشرعي بإدانة الموظف بجريمة تعاطي المخدرات وهي إحدى الجرائم التي يترتب عليها فصل الموظف بقوة النظام في المملكة - إلا أن (هيئة الرقابة والتحقيق) تقدمت بطلب إلى ديوان المظالم لإصدار قرار الفصل، والذي قضى بعدم اختصاصه باتخاذ هذا الإجراء، لأن الجهة المختصة هي مرجعه الإداري وليس المحكمة الإدارية.

لكل هذه الأسباب تتجلى أهمية هذه الدراسة في إنصاف الموظف صاحب الشأن وعدم إغلاق باب

- جدة: دار حافظ للنشر والتوزيع، ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م.
- العوا، محمد سليم. *في أصول النظام الجنائي الإسلامي*. القاهرة: نهضة مصر للنشر والتوزيع، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م.
- عودة، عبدالقادر. *التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي*، بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
- محمد، أبو حسان. *أحكام الجريمة والعقوبة في الشريعة الإسلامية*. الزرقاء (الأردن): مطبعة المنار، ١٩٩٠م.
- ثانياً: القوانين والأنظمة واللوائح
- قانون العاملين المدنيين بالدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٨م.
- قانون الوظيفة العامة الفرنسي لسنة ١٩٨٣م.
- اللائحة التنفيذية لنظام الخدمة المدنية السعودي [لائحة انتهاء الخدمة الصادرة سنة ١٤٢٣هـ].
- نظام الخدمة المدنية الأردني رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٧م.
- نظام الخدمة المدنية السعودي الصادر سنة ١٣٩٧هـ.
- نظام تأديب الموظفين السعودي الصادر سنة ١٣٩١هـ.
- ثالثاً: مجموعات الأحكام
- أحكام حديثة (غير منشورة) لديوان المظالم السعودي للسنوات من ١٤٢٨هـ - ١٤٣٠هـ.
- مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا المصرية.
- مجموعة أحكام محكمة العدل العليا الأردنية.
- مجموعة أحكام محكمة القضاء الإداري المصرية.
- مجموعة المبادئ الإدارية التي قررها ديوان المظالم السعودي لعام ١٤٢٧هـ.
- رابعاً: المراجع الفرنسية
- De Laudadere, A.** *Traite' de droit administratif*, par Jean, claude, venzie, (1986).
- Planty, A.** *Traite' pratique de la fonction publique*, paris, (1991).
- Salon, A.** *De- linque et repression disciplinaire la fonction publique*, (1989).
- Levasseur, G.; Chavanne, A. et Montreuil, J.** *Droit penal et procedure penal*, (1983).
- Bouzat, P.** *Traite' de droit penal et de criminologie*, paris, (1978).

Dismissal of Public Employee in the Provisions of the Saudi Arabia Civil Service Law, A Comparative Study with the French, Egyptian and Jordanian Legal Systems

Hani Ali ALTahrawi

*Legal Policy Department, The Higher Judicial Institute
AL-Imam Muhammad Ibn Saud Islamic University*

(Received 18/6/1432 H.; accepted for publication 21/2/1433 H.)

Abstract. The Dismissal of public employee in the public order in the Saudi civil servant law "A comparative study with the French, Egyptian and Jordanian legislations" This research aims to clarify the cases where the public employee is could be occur from non-specialist court, Dismissal in public order, as the indictment non-formal judgment, or on concocted primary decision of or while the evidence later acquitted him. Accessory of Therefore, we deem it necessary first to issue resolution chapter before the CAA, and secondly that this resolution be subject to appeal grounds administrative courts to ensure its authenticity and integrity of this decision.

الإثبات بالدليل الإلكتروني في الجرائم المعلوماتية

أسامة بن غانم العبيدي

أستاذ القانون المشارك

معهد الإدارة العامة، الرياض

(قدم للنشر في ٢٣ / ١٠ / ١٤٣٢هـ، وقبل للنشر في ٢١ / ٢ / ١٤٣٣هـ)

ملخص البحث. أدى الانتشار الكبير في استخدام الحاسب الآلي وشبكة الإنترنت إلى زيادة كبيرة في الجرائم المرتكبة باستخدام هذه التقنية. حيث يستطيع مرتكب مثل هذا النوع من الجرائم استخدام وسائل حديثة تساعد في ارتكاب جرائمه دون أن يترك آثاراً تساعد في الوصول إليه ومحاكمته. ويتناول هذا البحث الإثبات الإلكتروني في الجرائم المعلوماتية والمشاكل التي تعترض الإثبات في الجرائم المعلوماتية، وكيفية التعامل معها. وقد بينا في المبحث الأول مفهوم الدليل المعلوماتي وخصائصه وشروطه. كما أوضحنا في المبحث الثاني تفتيش وضبط الدليل المعلوماتي وإجراءات استخلاصه والتعامل معه. كما بينا في المبحث الثالث الصعوبات التي تواجه إثبات الجرائم المعلوماتية. وأوضحنا في المبحث الرابع حجية الدليل المعلوماتي في بعض القوانين المقارنة.

مقدمة

على إتلاف الدليل خلال فترة زمنية قد لا تتجاوز الثواني المعدودة. إضافة إلى كم البيانات والمعلومات المخزنة في جهاز الحاسب الآلي وكيفية إثباتها، سواء من حيث وسيلة الإثبات أو الشخص القائم بالإثبات. وما إذا كانت تتوافر لديه القدرة والخبرة في استخلاص الدليل المعلوماتي. فاستخلاص الدليل المعلوماتي ينصب على المعطيات والبيانات والبرامج المخزنة في النظام المعلوماتي محل الإثبات. وهو ما يثير العديد من المشاكل، منها المعايير المقبولة للضبط والإثبات في الجرائم المعلوماتية ومعايير التحريز، إضافة إلى مدى

صاحب التطور الكبير في وسائل الاتصال الحديثة، ظهور أنماط جديدة من الجرائم لم تتضمنها التشريعات العقابية التقليدية، وتبدو النصوص الجزائية التقليدية عاجزة عن مكافحتها. فهناك ضرورة لوجود نصوص قانونية تقرر الإجراء القانوني الواجب إتباعه في مثل هذه الجرائم مع مراعاة الطبيعة الخاصة لها. فإثبات الجريمة المعلوماتية يختلف تماماً عن إثبات الجريمة التقليدية. فالجريمة المعلوماتية لا تترك أي آثار مادية في مسرح الجريمة، إضافة إلى أن مرتكبيها لديهم القدرة

هدف البحث وأهميته

صاحب التطور الكبير الذي شهده العالم تطوراً كبيراً في وسائل الاتصال تمثل في الاستخدام الكبير للحاسب الآلي وشبكة الإنترنت. إلا أن هذا التطور صاحبه انتشار كبير في جرائم الحاسب الآلي والإنترنت، مما جعل نصوص قانون العقوبات والإجراءات الجنائية التقليدية عاجزة عن مواجهتها والتصدي لها.

وهذه الجرائم تثير عدداً من الصعوبات من ناحية إكتشافها وصعوبة إثباتها. كما أنها لا تترك آثاراً خارجية، ويشكل انعدام الدليل عقبة كبيرة أمام كشف هذا النوع من الجرائم، كما أن سهولة مسح الدليل في وقت قصير تعد من أهم الصعوبات التي تواجه إثبات مثل هذا النوع من الجرائم، كما يمكن إرتكاب مثل هذا النوع من الجرائم من مسافات بعيدة، فقد يكون مرتكب الجريمة في دولة، ويرتكب جريمته في دولة أخرى. هذا فضلاً عن مسألة صعوبة ملاحقة مرتكبي مثل هذا النوع من الجرائم إذا ما كانوا يقيمون في دولة أخرى لا تربطها إتفاقيات بالدولة التي تحققت فيها الجريمة أو جزء منها، كما تثار مسائل تتعلق بصعوبات تعود للإختصاص القضائي مما يجد من إمكانية إثبات مثل هذا النوع من الجرائم، ولا شك أن معالجة هذه العقبات والصعوبات وحلها سيساهم إلى حد بعيد في إثبات جرائم المعلوماتية ومعاقبة مرتكبيها وبالتالي الحد من ارتكاب مثل هذا النوع من الجرائم. وهو ما نهدف إلى تحقيقه في هذا البحث ونأمل أن نوفق فيه.

خطة البحث

سوف يقسم هذا البحث إلى:

المبحث الأول: مفهوم الدليل الإلكتروني وخصائصه وشروطه.

مساس إجراءات ضبط محتويات نظام معلوماتي ما بخصوصية صاحبه. إذ قد يتضمن النظام المعلوماتي معلومات وبيانات يحرص صاحبها على سريتها أو تكون محل حماية.

ويناقش هذا البحث موضوع الإثبات الإلكتروني في الجرائم المعلوماتية من حيث مفهوم الدليل المعلوماتي وخصائصه وشروطه إضافة إلى تفتيش وضبط الدليل المعلوماتي وإجراءات استخلاصه والتعامل معه كما سيناقش الصعوبات التي تواجه إثبات الجرائم المعلوماتية إضافة إلى حجية الدليل المعلوماتي في بعض التشريعات المقارنة.

مشكلة البحث

مع الزيادة المتسارعة في الجرائم المرتكبة باستخدام تقنية الحاسب الآلي والإنترنت نشأت مشكلة ترتبط بالصعوبات التي تعترض إثبات مثل هذا النوع من الجرائم المستحدثة بما توجده من مشاكل تتعلق بعدم تركها لأثار مادية في مسرح الجريمة وصعوبات إستخلاص الدليل، إضافة إلى مشاكل التفتيش وضبط الدليل المعلوماتي وكيفية إستخلاصه والتعامل معه، سواء من جهات التحقيق أو النيابة العامة أو المحاكم، ومن هنا تتحدد مشكلة هذا البحث في كيفية استخدام والتعامل مع الدليل في إثبات مثل هذا النوع من الجرائم.

الدراسات السابقة

معظم الدراسات السابقة التي تناولت جرائم المعلوماتية لم تركز بشكل كبير على إثبات مثل هذا النوع من الجرائم، بل تناولت هذا الجانب بشكل موجز ومختصر. وقد تم ذكر العديد من المراجع ذات العلاقة بجرائم المعلوماتية في قائمة المراجع لهذا البحث ويمكن الرجوع إليها عند الحاجة.

سبيل القطع والجزم حدوث واقعة يترتب عليها نتائج قانونية^(١).

ويتضح لنا من التعريفين السابقين ضرورة فهم الإثبات بمعناه الواسع الذي يجمع مجمل الأفكار والقواعد العامة المتعلقة بالبحث عن الأدلة وإقامتها أمام القضاء، وتقديرها من جانبه، وأن مهمة قواعد الإثبات هي تحديد ما هو واجب وما هو جائز وما هو غير مشروع في هذه الأدلة.

المطلب الثاني: تعريف الدليل الإلكتروني

يمكن تعريف الدليل الإلكتروني بأنه «الدليل الذي يجده أساساً في العالم الافتراضي ويقود إلى الجريمة». (يونس، ٢٠٠٤؛ إبراهيم، ٢٠٠٩) فهو ذلك الجزء المبني على الاستعانة بتقنية المعالجة التقنية للمعلومات، والذي يؤدي إلى إقناع قاضي الموضوع بثبوت ارتكاب شخص ما لجريمة باستخدام الحاسب الآلي وشبكة الإنترنت.

كما عرف البعض الآخر الدليل الإلكتروني بأنه «الدليل المأخوذ من أجهزة الحاسب الآلي ويكون في شكل مجالات أو نبضات مغناطيسية أو كهربائية يمكن جمعها وتحليلها باستخدام برامج وتطبيقات وتقنية خاصة وهي

(١) كما يمكن النظر إلى الإثبات من خلال النتيجة التي يسفر عنها الدليل وهي إما الإدانة أو البراءة، كما يمكن النظر إليه من زاوية طرق الإثبات أو الوسائل التي يتوصل بها أطراف الدعوى لإثبات حقيقة واقعة معينة، كما يمكن النظر إلى الإثبات من ناحية إقامة الأدلة، أي البحث عنها وتقديمها إلى جهات التحقيق والمحاكم. أي وضع العناصر التي تبني عليها الواقعة من حيث حدوثها ونسبتها إلى الجاني تحت نظر المحكمة، وهو ما يتضمن إجراءات البحث عن الأدلة وهو ما يقتضي ويتطلب مشروعية تلك الأدلة.

انظر: (إبراهيم، ٢٠٠٩: ص ٢٧٤ وما بعدها)، و(فضل، ٢٠٠٧: ص ٣٥١ وما بعدها).

المبحث الثاني: تفتيش وضبط الدليل الإلكتروني وإجراءات استخلاصه والتعامل معه.

المبحث الثالث: الصعوبات التي تواجه إثبات الجرائم المعلوماتية.

المبحث الرابع: حجة الدليل الإلكتروني في بعض التشريعات الوطنية.

وسوف ننهي البحث بخاتمة نستعرض فيها النتائج والتوصيات.

منهج البحث

يعتمد هذا البحث على أسلوب الدراسة التحليلية بالاعتماد على المراجع العلمية القانونية والنصوص القانونية والنظامية ذات العلاقة في المملكة وبعض القوانين المقارنة.

المبحث الأول: مفهوم الدليل المعلوماتي

وخصائصه وأنواعه وشروطه

سيتضمن هذا البحث تحديداً لمفهوم الإثبات الجنائي وتعريف الدليل الإلكتروني إضافة إلى خصائص الدليل الإلكتروني وأنواع المخرجات الحاسوبية وشروط قبول الدليل الإلكتروني وذلك في خمسة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول: مفهوم الإثبات الجنائي

يقصد بالإثبات الجنائي إقامة الدليل لدى السلطات المختصة بالإجراءات الجنائية على حقيقة واقعة ذات أهمية قانونية. وذلك بالطرق التي حددها القانون ووفق القواعد التي أخضعها لها. (حسني، ١٩٨٨).

أما الدليل فيعرف على أنه «تحقق أو برهان من أجل معرفة القضاء لحقيقة حجاج معينة تثبت على

١- يستطيع المحققون باستخدام التطبيقات والبرامج المخصصة لهذا الغرض تحديد ما إذا كان الدليل الرقمي، قد تم العبث به أو تعديله وذلك لإمكانية مقارنته بالأصل. (إبراهيم، ٢٠٠٩؛ حجازي، ٢٠٠٧).

٢- صعوبة محو أو إزالة الدليل الإلكتروني، حتى في حالة قيام الجاني بإصدار أمر إزالته من جهاز الحاسب الآلي، فيمكن استرجاعه مرة أخرى بوسائل تقنية معينة في أحيان كثيرة، بل أن حتى محاولة الجاني محو أو إزالة الدليل يسجل كدليل أيضاً، حيث أن محاولة الجاني تلك يتم تسجيلها في ذاكرة الحاسب الآلي ويمكن استخدامها كدليل إثبات في مواجهته.

٣- إمكانية إحتواء الدليل الإلكتروني على سعة تخزينية عالية، فديسك أو فلاش صغير يمكنه تخزين آلاف الصفحات والصور الرقمية.

٤- يمكن عن طريق الدليل الرقمي تسجيل معلومات عن الجاني وبالتالي تحليلها واستخدامها كدليل إدانة ضده. (حجازي، ٢٠٠٧؛ إبراهيم، ٢٠٠٩).

ثانياً: الدليل الإلكتروني متنوع

فالدليل الإلكتروني يشمل كافة أنواع وأشكال البيانات والمعلومات الممكن تداولها إلكترونياً ويشمل هذا التنوع في البيانات الإلكترونية الرقمية مظاهر عدة، كأن يكون هذا المحتوى معلومات متنوعة قد تتضمن نصوصاً أو صوراً أو بيانات أو أصوات سمعية، فالعالم الرقمي عالم متجدد ومتطور ولا حدود له، وبالتالي فإن الدليل الإلكتروني هو الآخر دليل متنوع ومتطور. (فضل، ٢٠٠٧؛ إبراهيم، ٢٠٠٩).

مكون رقمي لتقديم بيانات ومعلومات في أشكال متنوعة كالنصوص المكتوبة أو الصور أو الأشكال والأصوات والرسوم وذلك من أجل الاستناد إليه واعتماده أمام القاضي المختص». (إبراهيم، ٢٠٠٩؛ Rossein, 2010) ومن ثم فإن الدليل الإلكتروني هو أي بيانات أو معلومات يتم استخلاصها من جهاز الحاسب الآلي وبشكل يمكن قراءته وتحليله بالاستعانة بأشخاص لديهم القدرة والمهارة على ذلك وبالاستعانة ببرامج الحاسب الآلي.

المطلب الثالث: خصائص الدليل الإلكتروني

هناك عدد من الخصائص التي تميز الدليل الإلكتروني عن غيره نوردتها على النحو الآتي:

أولاً: الدليل الإلكتروني دليل علمي تقني

فهو يحتاج إلى بيئة تقنية يتكون فيها لكونه من طبيعة تقنية المعلومات. والدليل الإلكتروني ليس بدليل مرئي يمكن فهمه واستيعابه بمجرد قراءته، ويتمثل في بيانات ومعلومات غير مرئية. وتبدو هذه المشكلة بشكل خاص بالنسبة لجرائم الحاسب الآلي والإنترنت مثل الجرائم التي يستخدم البريد الإلكتروني في ارتكابها، إذ يكون من الصعوبة على جهات التحقيق تحديد مصدر إرسال البريد الإلكتروني، ومن ثم فإنه لا وجود لدليل إلكتروني خارج بيئته الرقمية أو الإلكترونية، وهي في إطار جرائم الحاسب الآلي والإنترنت تتمثل في العالم الافتراضي أو الرقمي (Virtual World) وهو العالم المكون من أجهزة الحاسب الآلي والخوادم والمضيفات والشبكات. (فضل، ٢٠٠٧؛ إبراهيم، ٢٠٠٩).

ونتيجة للطبيعة العلمية والتقنية للدليل الإلكتروني فإنه يمتاز عن الدليل المادي التقليدي المأخوذ من مسرح الجريمة التقليدي بما يلي:

المطلب الرابع: أنواع الأدلة الإلكترونية في الجرائم المعلوماتية

يمكن تقسيم الأدلة التي يتم ضبطها والتحفيز عليها في الجرائم المعلوماتية والتي لها قيمة في إثبات تلك الجرائم إلى ثلاثة أنواع على النحو الآتي:

١- الأدلة الورقية

قد ينتج عن الجريمة المعلوماتية أوراقاً أو مستندات ناتجة عن استخدام الحاسب الآلي وشبكة الإنترنت في ارتكاب الجريمة، فقد يقوم الجاني بطباعتها وذلك لأغراض المراجعة للتأكد من تنسيق الوثيقة أو المستند المستخدم في ارتكاب الجريمة. ويستخدم الجاني في ذلك الطابعات (Printers)، للقيام بنسخ البيانات والمعلومات، مثل التقارير المالية وغيرها. وتلك البيانات أو البرامج قد تكون مخزنة بالحاسب الآلي أو متاحة على شبكة الإنترنت. والأوراق تعد من الأدلة التي يجب منحها الاهتمام عند القيام بالمعينة لمسرح الجريمة والتفتيش عن الأدلة المتعلقة بالجريمة^(٢).

(٢) ومن هذه الأوراق:

(أ) أوراق تحضيرية للجريمة يتم إعدادها بخط اليد كمسودة للتخطيط للجريمة المعلوماتية وكيفية ارتكابها أو تتضمن خطوات إرشادية لكيفية ارتكاب الجريمة المعلوماتية.
(ب) أية أوراق تمت طباعتها للتأكد من تمام الجريمة.
(ج) أية أوراق أصلية يطبعها الجاني ويحتفظ بها كمرجع أو لارتكاب الجريمة.

(د) أية أوراق ذات علاقة بالجريمة أو أوراق يستخدمها الجاني عند تقليد أو تزوير هذه الأوراق باستخدام الحاسب الآلي. انظر: (عبدالله، ٢٠٠٧: ص ٤٦ وما بعدها؛ حجازي، ٢٠٠٩: ص ١٥ وما بعدها).

انظر أيضاً: (Burke, 2010: 15).

٢- جهاز الحاسب الآلي المستخدم في الجريمة وملحقاته

يعد وجود جهاز الحاسب الآلي وفحصه فحصاً دقيقاً في غاية الأهمية للقول بأن الجريمة الواقعة هي جريمة معلوماتية أو حاسوبية، وأن الجريمة مرتبطة بالمكان أو الشخص الحائز لجهاز الحاسب الآلي. ويمكن للمتخصصين في مجال الحاسب الآلي تمييز نوع الحاسب الآلي المستخدم في ارتكاب الجريمة وسرعته وأسلوب التعامل معه في حالة ضبطه وتحريزه. حيث أن أجهزة الحاسب الآلي تتفاوت من حيث سرعتها في معالجة البيانات، وقدرتها على تخزين البيانات والمعلومات واسترجاعها عند الحاجة، وكذلك قدرتها على القيام بالمسائل والعمليات المختلفة. وكلما كانت هذه الأجهزة أكثر تطوراً من الناحية التقنية، فإن ذلك سيساعد مرتكب الجريمة المعلوماتية على ارتكاب جريمته. ويمكن فحص أجهزة الحاسب الآلي العائدة للمتهم والمجنى عليه وخاصة وحدة التخزين الدائمة والوحدات الفرعية الملحقة وتشمل القرص المرن وأقراص الليزر وأية وحدة تخزين أخرى يمكن استخدامها من قبل الجاني مثل الفلاش (Flash Memory) وغيرها. وكل هذه الأجهزة يمكن فحصها وتحديد الوسيلة والطريقة التي اتبعها الجاني في ارتكاب جريمته المعلوماتية. (منصور، ٢٠٠٩؛ إبراهيم، ٢٠٠٩)

ولا شك أن فحص جهاز الحاسب العائد للمجنى عليه يمكن المحقق من تتبع كيفية الدخول والوصول إلى المصدر الذي استخدمه الجاني في ارتكاب جريمته. والمجنى عليه قد يكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً كمؤسسة أو شركة أو هيئة حكومية أو غيرها.

٤- أقراص الليزر (CD rom)

وتتمتاز هذه الأقراص بالسعة التخزينية العالية، ولكنها أقل في قدراتها التخزينية وسرعتها من الأقراص الصلبة، وتبدو أهمية هذه الأقراص في الجرائم المعلوماتية في وجود عدد كبير من هذه الأقراص عامة مع جهاز الحاسب الآلي للمتهم، وعادة ما يدون الأشخاص على غلاف هذه الأقراص بيانات توضح محتوياتها، ويفترض بالمحقق الاستعانة بخبير مختص في الحاسب الآلي ليقوم بإفراغ هذه الأقراص والحصول على الأدلة المتمثلة في البيانات والمعلومات المتحصلة من هذه الأقراص لتقديمها أمام جهات التحقيق أو القاضي^(٣).

٥- أقراص الكارتريج (Cartridge Disks)

وهي أقراص تجمع بين خصائص القرص الصلب من حيث القدرة التخزينية الكبيرة وبين القرص المرن من حيث إمكانية تغييره من مكانه بقرص آخر. (حجازي، ٢٠٠٧).

وتناولنا السابق لمكونات الحاسب الآلي التخزينية إنما هو توضيح للأثار التي تنتج عن الجرائم المعلوماتية عادة، أو هي جزء من ماديات ومكونات الجرائم المعلوماتية التي ينبغي على المحقق البحث عنها وفحصها، واستخدامها في التحقيق لغرض إثبات أدلة الإدانة أو

(٣) ولا يشترط في جرائم الحاسب الآلي والإنترنت أن يتم ضبط وتحرير أقراص الليزر مع جهاز الحاسب الآلي الشخصي للمتهم، فقد يتم ضبطها وتحريرها في مكان آخر، ولكن ذلك لا يمنع ولا يحيد من اعتبارها جزءاً لا يتجزأ من ماديات ومكونات الجريمة أو الأدلة اللازمة لإثباتها ما دامت محتوياتها تشكل عنصراً من عناصر الجريمة. انظر: (حجازي، ٢٠٠٧: ص ٢١ وما بعدها).

ومن الأجزاء التي تستخدم في تخزين البيانات والمعلومات في الحاسب الآلي:

١- الأقراص المغناطيسية (Magnetic Disks)

وتعد الأقراص المغناطيسية من أفضل أنواع الوسائط (Mediums) والتي يمكن استخدامها في تخزين البيانات والمعلومات، وتتميز بإمكانياتها وقدراتها التخزينية العالية وسرعة تداول المعلومات التي تخزن عليها، ومن أهم الخصائص التي تميز الأقراص المغناطيسية إمكانية تعديل أي ملف مخزن عليها دون الحاجة إلى إنشاء ملف جديد.

٢- الأقراص المرنة (Floppy Disks)

وتستخدم الأقراص المرنة لتخزين الملفات التي لا تحتاج حجم تخزين عالي، لأن قدرتها التخزينية منخفضة، وهي قابلة للتلف بشكل أسرع وأسهل من وسائل تخزين المعلومات الأخرى. ويمكن مسح البيانات من القرص وإعادة تخزينها مرات عدة دون أن يفقد القرص المرن كفاءته. (إبراهيم، ٢٠٠٩؛ فضل، ٢٠٠٧؛ حجازي، ٢٠٠٧)

٣- الأقراص الصلبة (Hard Disks)

وهي عبارة عن أقراص معدنية رقيقة ومغطاة بإداة ممغنطة، علماً بأن طبقة التغطية المغناطيسية لهذه الأقراص تتم على سطح صلب مصنوع من سبائك الألمنيوم ومن هنا جاءت تسميتها بالأقراص الصلبة، والأقراص الصلبة هي من أكثر وحدات التخزين استخداماً لسرعتها وكفاءتها العالية، إضافة إلى قدراتها التخزينية العالية التي توفرها، وتكون عادة مركبة داخل حافظة جهاز الحاسب الآلي (Case) نظراً لحجمها الكبير.

الإلكتروني المستخلص من الحاسب الآلي للأصل الموجود بداخله. بحيث لا يكون هناك دفع بأن المعلومات أو البيانات غير صحيحة أو غير دقيقة بسبب عدم صحة أو عدم دقة عمل الحاسب الآلي. كما يتعين مناقشة هذه الأدلة في المحكمة إعمالاً لمبدأ شفوية المحاكمة. فمخرجات الوسائل الإلكترونية تعد أدلة إثبات قائمة في أوراق الدعوى التي ينظرها القاضي، ولكن لا بد أن يسمح القاضي بمناقشتها في حضور الخصوم في الدعوى حتى يمكن الاعتماد عليها كأدلة أمام المحكمة. (منصور، ٢٠٠٩؛ إبراهيم، ٢٠٠٩).

٤- أن تكون هذه الأدلة قد تمت مناقشتها في

المحاكمة الجنائية

وهذا من المبادئ الأساسية في الإجراءات الجنائية، فلا يصح أن يأخذ القاضي بدليل قدمه أحد الخصوم إلا إذا عرضه بشكل شفوي وعلني في جلسة المحاكمة بحيث يعلم به الخصوم الآخرين فتتاح لهم مناقشته والرد عليه إن شأؤوا أو أن يبدو رأيهم في قيمته الإثباتية. ويستطيع القاضي بناء على هذه المناقشات بين الخصوم أن يصل إلى تكوين عقيدته بخصوص قيمة هذا الدليل الإثباتية. وقد نص قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي في الفقرة (٢) من المادة (٤٢٧) منه على أنه «لا يجوز للقاضي أن يؤسس حكم إلا على أدلة طرحت عليه أثناء المحاكمة ونوقشت أمامه في مواجهة الأطراف». كما نص نظام الإجراءات الجزائية السعودي في المادة (١٤٢) منه على أنه «إذا رفعت الدعوى على عدة أشخاص في واقعة واحدة وحضر بعضهم وتحلف بعضهم رغم تكليفهم بالحضور فيسمع القاضي دعوى المدعي وبياناته على الجميع. ولا يحكم على الغائبين إلا

النفي. وهو ما يحتاج إلى خبرة فنية كبيرة لا تتوافر إلا لمختص وخبير في مجال الحاسب الآلي والإنترنت.

المطلب الخامس: شروط قبول الدليل الإلكتروني

١- أن تكون هذه الأدلة يقينية

أي أن لا تكون ظنية وأن تقترب من الحقيقة قدر الإمكان. ويترتب على ذلك أن كافة مخرجات الوسائل الإلكترونية من مخرجات ورقية أو إلكترونية أو أقراص مغناطيسية (CD) أو غيرها تخضع لتقدير المحكمة ويجب أن تقوم المحكمة باستنتاج الحقيقة منها بما يتفق مع اليقين ويتعد عن الشك والظن.

٢- أن تكون هذه الأدلة قد تم التحصل عليها

بطرق مشروعة

أي أن تلك الأدلة الإلكترونية قد تحصل عليها ضمن أطر المشروعية^(٤) أي وفقاً لأحكام ونصوص القانون. فمبدأ المشروعية يقتضي عدم قبول أي دليل تم الحصول عليه بشكل غير مشروع. وبالتالي فإن أي دليل تم الحصول عليه بشكل مخالف للقانون يجب أن يستبعد ولا يؤخذ به. فالإدانة في أي جريمة يجب أن تُبنى على أدلة مشروعة.

٣- أن تكون هذه الأدلة ذات علاقة بموضوع

الجريمة

أي أن تكون هناك علاقة بين الدليل المتحصل وبين الواقعة محل الدعوى. كما يشترط مطابقة الدليل

(٤) ويستلزم مبدأ المشروعية عدم قبول أي دليل يكون تم الحصول عليه بطريقة غير مشروعة، فحرية القاضي في تكوين عقيدته في الإثبات لا يعني قبول الدليل بأي طريقة تم الحصول عليه، بل أن ذلك مقيد بالالتزام بالنصوص القانونية وبالتالي فإن الدليل الذي يتم الحصول عليه بشكل غير مشروع يكون باطلاً. انظر: (فضل، ٢٠٠٧: ص ٣٧١؛ إبراهيم، ٢٠٠٩: ص ١٨٩ وما بعدها).

بخبراء مختصين في مجال الحاسب الآلي وجرائم الحاسب الآلي. (Tegland, 2010, Overly, 2010).

المطلب الثاني: التعرف على أماكن وجود الدليل الإلكتروني
يمكن أن يكون جهاز الحاسب الآلي هو محل

جريمة السرقة، أو أنه تم استخدامه في ارتكاب جرائم معلوماتية، أو أنه مستودع تخزين الأدلة التي تدين الجاني في الجرائم المعلوماتية بارتكاب جرائمه. وقد تكون هذه الأدلة مخزنة في جهاز «بلاكبيري» (Blackberry) مثلاً أو قرص مرن (Floppy Disk) أو قرص صلب أو سي دي (CD) أو شريحة إلكترونية صغيرة (Electronic Chip) ومن السهولة على الجاني أن يعدل أو يغير أو يتلف أي صور أو كتابة أو صوت أو أية بيانات أو معلومات مخزنة على تلك الوسائط. ويجب بالتالي على المحقق أو الخبير وكذلك رجال الشرطة أن يقوموا بحماية وتخزين وتفتيش وقبل ذلك التعرف على هذه الأجهزة وفقاً للاشتراطات القانونية ووفقاً لأفضل الممارسات المهنية.

ويجب أولاً التعرف على محل جريمة السرقة. وهل كان الحاسب الآلي هو محل جريمة السرقة أم أن المسروق هو برامج هذا الحاسب الآلي؟ أم هل استخدم الحاسب الآلي من قبل الجاني في ارتكاب جرائم؟ وهل تم استخدام بطاقات هوية مزورة أو مسروقة في ارتكاب الجريمة؟ أو أن الحاسب الآلي المسروق قد استخدم في تزوير بطاقات هوية أو مستندات مزورة؟ وينطبق هذا الأمر أيضاً على الماسحات (Scanners) والطابعات الملونة (Colored Printers) وهل تم استخدامهم في ارتكاب الجرائم بواسطة الجاني؟ أم أن الحاسب الآلي استخدمه الجاني فقط في تخزين البيانات والمعلومات فقط؟ كما هو الحال لو خزن تاجر مخدرات أسماء زبائنه وأرقام هواتفهم في حاسبه الآلي مثلاً. أم أن الجاني

بعد حضورهم». وهذا يدل على أن المنظم السعودي أكد على حق الخصوم في معرفة جميع الأدلة المقدمة ضدهم حتى يستطيعوا تنفيذها والرد عليها إن شاؤوا أو القبول بها إن أرادوا ذلك^(٥).

المبحث الثاني: تفتيش وضبط الدليل الإلكتروني

وإجراءات استخلاصه والتعامل معه

سنبين في المطلب الأول من هذا المبحث كيفية التحضير للقيام بالتفتيش والضبط للدليل الإلكتروني، ثم نتناول في المطلب الثاني كيفية التعرف على أماكن وجود الدليل الإلكتروني، ثم سنتطرق في المطلب الثالث لكيفية القيام بالتفتيش والضبط في الأدلة الإلكترونية، ثم سنتناول في المطلب الرابع إجراءات استخلاص الدليل الإلكتروني. أما في المطلب الخامس فسننتقل إلى قواعد التعامل مع الأدلة الإلكترونية. ثم سنتطرق في المطلبين السادس والسابع إلى البرامج المستخدمة في جمع الأدلة الإلكترونية والأنظمة التي يجب على المحقق فحصها للحصول على الدليل الإلكتروني.

المطلب الأول: شروط تفتيش وضبط الدليل الإلكتروني
حتى يمكن استخدام الدليل الإلكتروني الذي تم التحصل عليه من الحاسب الآلي المضبوط يجب أن يتوافر إذن قانوني صحيح ونافذ أو أن يكون هناك استثناء من هذا الإذن كما في حالات التلبس مثلاً. كما يجب على المحقق استخدام طرق تحصيل الأدلة المناسبة حتى لا يتلف أو يغير الدليل. ويستعين المحقق في ذلك

(٥) نظام الإجراءات الجزائية السعودي، الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم (م/٣٩) وتاريخ ٢٨/٧/١٤٢٢ هـ والمرسوم الملكي رقم م/٣٩ وتاريخ ٢٨/٧/١٤٢٢ هـ. انظر أيضاً: (فضل، ٢٠٠٧: ص ٣٧٣ وما بعدها).

٢- حماية جهاز الحاسب الآلي والأجهزة المرتبطة به والأدلة الناتجة عنه

وينبغي على المحقق عند وصوله إلى مسرح الجريمة المعلوماتية أن يقوم بتوزيع المسؤوليات للقيام بالتفتيش، ومن الضروري أن يكون لدى المحقق ومعاونيه فهم للأشياء التي قد يعثروا عليها وكيفية التعامل معها. وعند القيام بالتفتيش يجب على المحقق أن يضع في اعتباره أنه قد لا يجوز له التفتيش أو الضبط في أماكن معينة لم ينص عليها في إذن التفتيش. وإذا استدعت الظروف تفتيش أشياء أو أماكن غير مذكورة في إذن التفتيش فيجب هنا استصدار إذن جديد أو تعديل الإذن الصادر. (حجازي، ٢٠٠٧؛ موسى، بدون تاريخ)

ويجب على المحقق تصوير مسرح الجريمة وجهاز الحاسب الآلي وجميع الأجهزة المرتبطة به ويجب أن يحدد ما إذا كان من الممكن إقفال جهاز الحاسب الآلي ويجب على المحقق أن يستعين بالخبير في تحديد ذلك. وإذا أقفل الجهاز فيجب أن يدرك المحقق أن إطفاءه للجهاز يمكن أن يؤدي إلى ضياع المعلومات المخزنة فيه، وهنا يجب على المحقق عمل نسخة احتياطية (Backup) للملفات المخزنة في الحاسب الآلي. كما يجب عليه وضع شريط لاصق خاص بالأدلة على فتحات جهاز الحاسب ضماناً لعدم إدخال أو إخراج أي شيء فيه أو العبث بالأدلة المخزنة فيه. ويجب على المحقق أيضاً وضع ملصقات لتمييز أجهزة الحاسب في حال تعددها. كما يجب عليه نقل المضبوطات بحرص تام لإتمام عملية التحريز على النحو الصحيح. كما يجب على المحقق إبقاء جميع المضبوطات بعيدة عن التأثيرات المغناطيسية وغيرها من الظروف البيئية والتخزينية المؤذية للديسكات

استخدم هذا الحاسب في اختراق موقع بنك مثلاً وقام بسرقة معلومات ائتمانية عائدة لعملاء هذا البنك وقام بتخزينها في حاسبه الآلي أيضاً، وبالتالي يعد هنا الحاسب الآلي أساسياً في ارتكاب الجريمة وفي تخزين المعلومات المسروقة وهي الدليل الإلكتروني هنا.

وهنا تبرز مسألة هامة وهي هل سيقوم المحقق بتفتيش جهاز الحاسب الآلي في مكان وجوده أم أنه سيقوم بنقله إلى المعمل الجنائي للقيام بهذا الفحص والتفتيش؟ وتبرز مسألة هامة أخرى وهي هل يعيد المحقق جهاز الحاسب الآلي وبرامجه والملفات المتعلقة به للمالك أم لا؟ وهل يفعل ذلك قبل المحاكمة أم بعدها؟ هذه كلها أسئلة هامة تعتمد في إجابتها إلى ما تقرره القواعد الإجرائية المنظمة للتحقيق وظروف القضية وهي تتفاوت من قضية لأخرى والإجابة عليها تعتمد على ما يراه المحقق محققاً لمصلحة القضية في الدرجة الأولى ثم مصلحة الأطراف في الخصومة. (Overly, 2009 ; Mauet, 2010).

المطلب الثالث: القيام بالتفتيش والضبط في الأدلة الإلكترونية

عند القيام بتفتيش الحاسب الآلي أو ضبطه يجب على المحقق الالتزام بالأمور التالية:

١- حماية مسرح الجريمة (Crime Scene)

يجب على المحقق، عند وصوله إلى مسرح الجريمة (المكان الذي يوجد فيه الحاسب الآلي) منع الأشخاص غير المصرح لهم بدخول مسرح الجريمة والذين قد يفسدوا الدليل، كما يجب على المحقق القيام بتوثيق مسرح الجريمة ومواقع جمع الأدلة والحالة التي وجدت عليها، كما يجب عليه أخذ البصمات من مسرح الجريمة وجهاز الحاسب الآلي.

والمكان الذي تم فيه التعامل مع الملف المحتوي للدليل الإلكتروني وتنزيل البيانات محل الاتهام. كما تشمل على ضمان تشغيل جهاز الحاسب الآلي بالطريقة الفنية الصحيحة، والتحقق من عدم وجود وسائل حماية على برامج الحاسب الآلي محل التفتيش من شأنها إعاقة الوصول إلى الدليل الإلكتروني. (موسى، بدون تاريخ؛ عبدالمطلب، ١٤٢٨).

٢- مرحلة استخلاص وضبط الدليل الإلكتروني
يجب تحديد كيفية تسليم وتسليم الدليل الإلكتروني وقت نقل الحيازة الفعلية له حيث تنتقل بموجب هذا التحديد مسؤولية التعامل مع هذا الدليل الإلكتروني من المتهم إلى الشرطة والمحقق. ويجب على المحقق عمل نسخ للملفات الموجودة في القرص الصلب وحفظها في الأرشيف. (موسى، بدون تاريخ؛ عبدالمطلب، ١٤٢٨) كما يمكن الاستعانة بمزودي خدمة الإنترنت (Internet Providers) في الحصول على الأدلة الإلكترونية. وهذه الشركات كشركة جوجل (Google) وياهو (Yahoo) ونيت سكيب (Netscape) وإم إس إن (msn) وغيرها من مزودي خدمة الإنترنت تقوم بتحميل بيانات مستخدميها ومن ثم يمكن الاستعانة بمثل هذه الشركات للوصول إلى مرتكبي الجرائم المعلوماتية. كما يمكن الرجوع إلى البريد الإلكتروني (e-mail) للتعرف على بيانات المستخدم وبالتالي تحديد هوية المتهم عن طريق الرجوع إلى الرسائل المرسله منه، ومن ثم تحديد المكان الذي تم إرسال الرسالة الإلكترونية منه. (إبراهيم، ٢٠٠٩).

٣- مرحلة حماية الدليل الإلكتروني
يجب على المحقق أو الخبير أن يقوم بحماية الدليل الإلكتروني لأن ذلك من شأنه منع الطعن بصحة الدليل أمام القضاء.

والفلاشات المضبوطة وغيرها من الأجهزة المرتبطة بعمل الحاسب الآلي المضبوط. وعند وصول الحاسب الآلي وملحقاته إلى المعمل الجنائي يجب تفريغ هذا الجهاز بحرص شديد. ويجب على المحقق التأكد من وجود جميع المحتويات حسب ما دون في سجل النقل. كما يجب توثيق تاريخ ووقت وصول المواد واسم الشخص المسؤول عن استلامها وتفريغها. كما يجب على المحقق التأكد من عدم حصول أي عبث أثناء نقل تلك الأجهزة. (حجازي، ٢٠٠٧؛ موسى، ٢٠٠٩؛ Overly, 2010).

المطلب الرابع: إجراءات استخلاص الدليل الإلكتروني
تتمثل إجراءات استخلاص الدليل الإلكتروني وتقديمه للنيابة العامة والقضاء في عدة مراحل نوردها كالآتي:

١- مرحلة إعداد المعدات المستخدمة في استخلاص الدليل الإلكتروني
وتتمثل هذه المرحلة في عدد من الإجراءات التحضيرية قبل ضبط الدليل الإلكتروني وتشمل الحصول على الإذن بالتفتيش للحاسب الآلي والمعدات المرتبطة به، وضبط وفحص الحاسب الآلي محل التفتيش. والالتزام بهذه الإجراءات يجنب المحقق طعن المتهم بطلان الدليل أو عدم مشروعيته لعدم إتباع الإجراءات القانونية. كما تتضمن هذه المرحلة توثيق الأدلة الإلكترونية للتحقق من صحة ومشروعية الإجراءات المستخدمة لاستخلاص الدليل الإلكتروني.

وتشكل عملية التوثيق والتدقيق للدليل الإلكتروني جزءاً من الاختبار والفحص (Examination) بخصوص تتبع أو تعقب جميع النشاطات المؤثرة على البيانات والمعلومات. وتشمل عملية التوثيق والتدقيق الزمان

العبث به أو تعديله أو تغييره بأي شكل من الأشكال. وحتى لا يتم الدفع من المتهم بأنه تم العبث بهذا الدليل.

٤- يجب على المحقق أو الخبير أن يتنبه لمسألة وجود فيروسات في الدليل الإلكتروني والذي من الممكن أن يؤدي إلى إفساد أو إتلاف الدليل ويجب استعمال برامج مضادة للفيروسات للتحقق من عدم وجود فيروسات في البرامج الحاسوبية التي يتم فحصها.

٥- يجب على المحقق أو الخبير أن يقوم بنقل وتعزيز الدليل الإلكتروني بشكل جيد وبحرص شديد حيث أن العوامل البيئية وظروف التخزين يمكن أن تؤثر بشكل سلبي على الدليل الإلكتروني، حيث أن الحرارة والمجالات المغناطيسية، والدخان، والرطوبة، كل هذه العوامل يمكن أن تؤدي إلى تلف الدليل الإلكتروني. فمجرد وضع القرص المرن (floppy disk) بالقرب من جهاز هاتف أو ستريو (Stereo) يمكن أن يعرض القرص المرن لموجات كهرومغناطيسية يمكن أن تؤدي إلى تلف هذا القرص المرن وبالتالي يصبح لا قيمة له.

٦- يجب على المحقق أن يستعين بخبير متمرس في مجال الحاسبات الآلية وشبكة الإنترنت. ويشترط في هذا الخبير أن يجمع بين المؤهل العلمي المناسب والخبرة العملية. ويجب على هذا الخبير أن يكون متقناً للغات البرمجة وأنظمة التشغيل الجديدة وتحليل البرامج وأنظمة التشغيل حتى يستطيع أن يصل إلى مصادر الأدلة الإلكترونية وحفظ هذا الدليل من التلف أو التدمير. (Carlson, 2010 ; Overly, 2010).

٤- مرحلة تقديم الدليل الإلكتروني أمام

القضاء

وهذه المرحلة تتمثل في تقديم الدليل الإلكتروني الذي يتم التحصل عليه أمام المحكمة المختصة لتقرر رأيها فيه وفي صحته وتقرر إما أن تعتمد عليه أو أن ترفضه. (موسى، بدون تاريخ؛ عبدالمطلب، ١٤٢٨؛ Rossein, 2010; Kotler, 2009).

المطلب الخامس: قواعد التعامل مع الأدلة الإلكترونية ينبغي على الخبير أو المحقق المكلف بالتفتيش أو التحقيق في الجرائم الإلكترونية أن يتبع القواعد الآتية عند تعامله مع الأدلة الإلكترونية:

١- أن يتجنب تدمير أو إتلاف الدليل الإلكتروني بشكل غير مقصود، فتشغيل المحقق أو الخبير للحاسب الآلي العائد للمتهم أو للمجنى عليه أو تشغيل أحد البرامج المخزنة عليه من الممكن أن يؤدي إلى تغيير أو إتلاف، أو العبث بمحتوى الدليل الإلكتروني. ويفترض بالمحقق أو الخبير أن يصنع نسخة من القرص الصلب قبل تشغيل الحاسب الآلي.

٢- أن يقوم المحقق أو الخبير بتوثيق نظام الحاسب الآلي بشكل عام. أي تحديد نوع جهاز الحاسب الآلي ونظامه التشغيلي (Operating System)، ونوعية البرامج المستخدمة فيه (Software) والتي تم استخدامها في صنع الدليل. كما ينبغي على المحقق أو الخبير إجراء فحص يدوي على نظام الحاسب الآلي (Physical inspection) وأخذ صور لهذا النظام بما في ذلك أي أجهزة أو معدات مرتبطة بنظام الحاسب الآلي محل التحقيق. (Tegland, 2010; Overly, 2010).

٣- يجب على المحقق أو الخبير أن يحافظ على الدليل الإلكتروني في حرز مغلق مناسب ضماناً لعدم

بالمتهم أو الأقراص المضبوطة أو يستخدم لقراءة البرامج في صورتها الأصلية، كما يمكن المحقق أو خبير الحاسب الآلي من البحث عن أسماء ملفات معينة أو كلمات معينة.

٥- برامج كشف الديسك (مثل برنامج AMA

Disk, View Disk

ويمكن من خلال هذا البرنامج الحصول على محتويات القرص المرن، مهما كانت أساليب تهيئة القرص، وهذا البرنامج له نسختان، نسخة عادية خاصة بالأفراد ونسخة خاصة بالشرطة ورجال الأمن.

(Carlson, 2010)

٦- برامج اتصالات (مثل برنامج LAN TASTIC)

وهذا البرنامج يستطيع ربط جهاز الحاسب الآلي العائد للمحقق بجهاز الحاسب الآلي العائد للمتهم لنقل ما به من معلومات وبيانات وحفظها في جهاز نسخ المعلومات ثم إلى القرص الصلب.

والطرق السابقة هي من أهم الطرق المتبعة لجمع وتحصيل الأدلة الإلكترونية. والتي يفترض بالمحقق وخبراء الحاسب الآلي القيام بها واستخدامها للوصول إلى تلك الأدلة نظراً لدقة هذه الأدلة والتقنية العالية التي يتم استخدامها في ارتكاب هذه الجرائم. (داود،

٢٠٠٠؛ Carlson, 2010)

المطلب السابع: الأجهزة والأنظمة التي يجب على

المحقق فحصها للحصول على الدليل الإلكتروني

للحصول على الدليل الإلكتروني يوجد أنظمة يجب أن يقوم المحقق أو الخبير بفحصها. وهذا يتطلب أولاً أن يقوم المحقق أو الخبير بفحص نظام الاتصال بالإنترنت، وثانياً يجب أن يقوم المحقق أو الخبير بفحص مكونات الحاسب الآلي وذلك على النحو الآتي:

المطلب السادس: البرامج المستخدمة في جمع الأدلة الإلكترونية

١- برنامج إذن التفتيش (Computer Search

Warrant Program)

وهو برنامج قاعدة بيانات (Data Base)، يسمح بإدخال المعلومات الهامة المطلوبة لترقيم الأدلة وتسجيل البيانات منها. ويستطيع هذا البرنامج إصدار إيصالات باستلام الأدلة والبحث في قوائم الأدلة المضبوطة لتحديد مكان وجود دليل معين أو تحديد الظروف المرتبطة بضبط هذا الدليل.

٢- قرص بدء تشغيل الحاسب الآلي (Bootable

Diskette)

وهو قرص يمكن المحقق من تشغيل الحاسب الآلي، إذا كان نظام التشغيل فيه محمياً بكلمة مرور (Password)، ويجب أن يكون القرص مزوداً ببرنامج مضاعفة المساحة، لأن الجاني من الممكن أنه استخدم هذا البرنامج لمضاعفة مساحة القرص الصلب.

(Overly , 2010)

٣- برنامج النسخ (Copy Program)

وهو برنامج يمكن تشغيله من قرص مرن ويسمح بنسخ البيانات من الحاسب الآلي الخاص بالمتهمة ونقلها إلى قرص آخر. وهذا البرنامج يفيد في الحصول على نسخة من المعلومات قبل أي محاولة لإتلافها من الجاني. ومن هذه البرامج على سبيل المثال

برنامج (Lap Link)

٤- برنامج معالجة الملفات

وهو برنامج يمكن المحقق من العثور على الملفات في أي مكان على الشبكة أو على القرص الصلب، ويستخدم لتقييم محتويات القرص الصلب الخاص

مسار ارتكاب الجريمة، ويستند هذا الرأي إلى أنه حتى وإن أمكن للمحقق أو الخبير تحديد مسار الإنترنت فإن ما يتحصل عليه هو دليل رقمي يحتاج إلى تكملته وتقويته بأدلة إثبات أخرى. إذ أنه لا يكفي وحده في الإثبات. ذلك أن ما يتوصل إليه من خلال الدليل الإلكتروني إنما هو عنوان إلكتروني فقط (IP Address) وهذا غير كافي في نسبة الفعل الإجرامي إلى مالك الحاسب الآلي. إذ من الجائز ألا يكون هو مرتكب الفعل الإجرامي كما لو كان جهاز الحاسب الآلي التابع له قد سُرق أو أنه كان مؤجراً (كما هو الحال في مقاهي الإنترنت مثلاً) أو قد يكون الفاعل الحقيقي قد مارس الاحتيال باستخدامه للعنوان الإلكتروني لشخص آخر، أما الرأي الثاني فيرى إمكانية تتبع مسار الإنترنت وبالتالي يمكن الوصول بواسطة هذا التتبع إلى تحديد مسار الفعل الإجرامي وبالتالي تحديد الفاعل.

٢- فحص النظام الأمني للشبكات

ينبغي على المحقق أو الخبير فحص النظام الأمني للشبكات. وتعد الشبكات غير المحصنة بالتشفير (Encryption) أكثر عرضة للاختراق، وبالتالي فإن فحصها يتطلب وقتاً أكبر للحصول على دليل إلكتروني. في حين أن الشبكات المحصنة بالتشفير تكون ذات صعوبة أقل في الحصول على الدليل الإلكتروني. حيث أن الاختراق هنا يكون أكثر وضوحاً من خلال فحص حركة الدخول إلى الشبكة^(٧).

(٧) كما يمكن للمحقق أو الخبير استخدام خاصية التتبع التصفح (ID Track Number) والتي تسمح لمن يطلع عليها معرفة العنوان الإلكتروني (IP Address)، ومن ثم تتبع مسار الشبكة التي تزود حركة التصفح، ومن ثم يستطيع الخبير الوصول إلى عنوان المشترك في الشبكة. انظر: (إبراهيم، ٢٠٠٩: ص ٢٠٨ وما بعدها).

١- فحص نظام الاتصال بشبكة الإنترنت وتتبع

مسارها

ينبغي على المحقق أو الخبير أن يقوم بفحص نظام الاتصال بشبكة الإنترنت لغرض تحديد مكان ارتكاب الجريمة وجهاز الحاسب الآلي الذي استخدم في ارتكاب الجريمة وبالتالي تحديد هوية الجاني. ويقتضي ذلك قيام المحقق أو الخبير بفحص كل ما يتعلق بنظام الاتصال بشبكة الإنترنت، كالشبكات المحلية والعالمية والبيانات والنظام الأمني لشبكة الإنترنت ونظام الاتصالات القائم وبرمجيات الإنترنت. فالبحث في نظام البريد الإلكتروني مثلاً قد يؤدي إلى الوصول إلى دليل يفيد في إثبات الجريمة، كما لو كان مرتكب الجريمة قد قام بوضع نسخة من هذا الملف في خادم البريد الإلكتروني (e-mail server) عبر شبكة الإنترنت والخاص بهذا الشخص بحيث يمكنه الوصول إليه في أي وقت ومن أي مكان. (حجازي، ٢٠٠٩).

كما يجب على المحقق تتبع مسار شبكة الإنترنت أي الحركة التراسلية للنشاط الممارس من خلال الإنترنت. فالحاسب الآلي بمجرد تعرفه على المسار يقوم تلقائياً باختيار البروتوكول التراسلي الذي من خلاله يقوم باستدعاء البيانات. ويستخدم في تتبع مسار الإنترنت نظام الفحص الإلكتروني (Electronic Trail) وهو يستخدم في تتبع الحركة العكسية لمسار الإنترنت^(٦). وهناك رأيان في مسألة إمكانية تحديد مسار شبكة الإنترنت من عدمه، فيذهب رأي إلى أنه لا يمكن تحديد

(٦) وقد تم تطبيقه في أكثر من جريمة، مثل تتبع مبتكر فيروس ميلسا (Melisa Virus). انظر: (إبراهيم، ٢٠٠٩: ص ٢٠٣ وما بعدها).

انظر أيضاً: (Hill, 2010. Qt 24-).

٣- فحص بروتوكول شبكة الإنترنت

يجب على المحقق أو الخبير أن يبحث في قواعد البيانات لدى مسجلي بروتوكول الإنترنت. وأي شخص يحصل على بروتوكول الإنترنت يستطيع استخدام شبكة الإنترنت. ويستطيع المحقق أو الخبير أن يقوم بتحديد صاحب هذا البروتوكول بواسطة البحث في قاعدة البيانات الخاصة بالمسجلين في شبكة الإنترنت. كما يستطيع المحقق أو الخبير استخدام برامج خاصة متوافرة عبر شبكة الإنترنت تستطيع أن ترصد بروتوكولات شبكة الإنترنت.

٤- فحص الخادم (Server)

يجب على المحقق أو الخبير أن يقوم بفحص الخادم (Server). والخادم هو حاسب ضخم وظيفته تحقيق حركة الاتصال بالمواقع والصفحات الإلكترونية. (موسى، بدون تاريخ؛ حجازي، ٢٠٠٧).

المبحث الثالث: الصعوبات التي تواجه

إثبات الجرائم المعلوماتية

تتميز جرائم الحاسب والإنترنت بصعوبة اكتشافها وإثباتها، وترجع صعوبة إثبات تلك الجرائم إلى خصائص تقنية المعلومات ذاتها، وبشكل خاص السرعة الفائقة التي ترتكب بها، وهو ما يسهل عملية ارتكابها ويسهل طمس وتغيير معالمها ومحو آثارها قبل اكتشافها، إذ يستطيع الجاني أن يرتكب جريمته دون أن يترك أية آثار تدل عليه، وإذا كان هناك دليل أو أثر فيستطيع الجاني تدميره والتخلص منه خلال ثوان معدودة. فمرتكب هذه الجريمة يسعى إلى طمس وتدمير معالمها. إضافة إلى أن رغبة المجنى عليه في كثير من الأحيان في إخفاء مسألة ارتكاب الجريمة في حقه رغبة في حماية سمعته وإخفاء

أسلوب ارتكاب الجريمة حتى لا تتفشى طريقة ارتكابها لآخرين، وهذا يدفع المجنى عليه إلى عدم الإبلاغ عن ارتكاب الجريمة والامتناع عن مساعدة السلطات المختصة في الكشف عن الجريمة وإثباتها وتعقب مرتكبيها. (هروال، ٢٠٠٧؛ فضل، ٢٠٠٧)

وستتناول في هذا المبحث الصعوبات التي تعترض إثبات الجرائم المعلوماتية وذلك على النحو الآتي:

أولاً: امتناع المجنى عليه عن الإبلاغ عن الجريمة

يحرص المجنى عليه وخاصة إذا كان مؤسسة أو بنكاً أو شركة على إخفاء حقيقة تعرضه لإحدى الجرائم المعلوماتية كالإختراق أو السرقة أو الإحتيال أو الإلتلاف أو غيرها من الجرائم المعلوماتية. ومن ثم عدم بيان عدم قدرتها عن تحقيق أمن معلوماتها وبياناتها أو معلومات عملائها وبياناتهم، وبالتالي ما يؤدي إلى ضعف ثقة عملائها بقدرتها على حماية بياناتهم ومعلوماتهم وبالتالي أموالهم. فتكتفى تلك المؤسسات أو الجهات عادة باتخاذ إجراءات إدارية داخلية دون الإبلاغ عن الجرائم التي تعرضت لها للجهات الأمنية المختصة. (رستم، ١٩٩٤؛ فضل، ٢٠٠٧) وفي إحدى الدراسات التي أجريت في الولايات المتحدة الأمريكية أظهرت نتائجها أن ٢٪ فقط من كل جرائم الحاسب الآلي والإنترنت هي التي يتم الإبلاغ فيها للسلطات المختصة. وفي دراسة أخرى تمت لهذا الغرض تبين أن المؤسسات والشركات تدخل في حسابها ضرورة الموازنة بين ضرورة الإفصاح عن الجرائم المرتكبة ضدها وبين ضرورة الحفاظ على سمعتها عند عملائها والخسائر التي قد تترتب على العلانية^(٨).

(٨) انظر [http:// new, bbc.co.uk/90/pr/Arabic/world- news/ newsadi.stm](http://new.bbc.co.uk/90/pr/Arabic/world-news/newsadi.stm)

انظر أيضاً: (حجازي، ٢٠٠٩: ص ٦٨ وما بعدها).

شكوى^(١١) كما نصت المادة (٢٧٤) من قانون العقوبات الاتحادي الإماراتي على أنه «يعاقب بغرامة لا تتجاوز ألف درهم كل من علم بوقوع جريمة وامتنع عن إبلاغ ذلك للسلطات المختصة. أما القانون المصري وكذلك النظام السعودي فلا يعاقبان جنائياً على عدم الإبلاغ عن وقوع الجريمة المعلوماتية^(١٢)».

ثانياً: الصعوبات المتعلقة بكون الجرائم المعلوماتية لا تترك آثاراً مادية ملموسة

جرائم الحاسب الآلي والإنترنت تتميز بأنها جرائم لا يتخلف عنها آثار كتابية، كما أن الجاني في تلك الجرائم يستطيع تدمير الأدلة والتخلص منها في ثوان معدودة. فالآثار الناتجة عن جرائم الحاسب الآلي والإنترنت ليست كالأثار التي تتخلف عن الجرائم التقليدية، وذلك لأن جرائم الحاسب الآلي هي عبارة عن نبضات إلكترونية ولا يترك فيها الجاني آثاراً مادية ملموسة كالبصمات أو الحامض النووي أو سلاح الجريمة أو حتى المسروقات أو الجثة كما هو الحال في الجرائم التقليدية. فالجاني في الجرائم المعلوماتية يستطيع أن يرتكب جريمته من بيته، أو من أي مكان آخر. وكون الأثار المتخلفة عن جرائم الحاسب الآلي والإنترنت هي آثار ذات طبيعة غير مادية فإن هذا يمثل صعوبة بخصوص إثباتها ولا يمكن التغلب على هذه الصعوبة إلا بالاعتماد على نمط في الإثبات يتفق وطبيعة هذه الجرائم. لكن هذا لا يعني أن جرائم

كما أن تلك المؤسسات والشركات تدخل ضمن حساباتها أن الإبلاغ عن الجرائم المعلوماتية التي ترتكب ضدها قد يؤدي إلى إحاطة المجرمين علماً بنقاط الضعف في الأنظمة المعلوماتية لدى تلك المؤسسات والشركات المجنى عليها. ويختلف المشرعون في مسألة إلزام المجنى عليه أو غيره بالإبلاغ عن وقوع الجريمة المعلوماتية من عدمه. فبعض التشريعات تلزم في ذلك وبعضها لا تلزم الإبلاغ عن وقوع الجريمة.

فالتشريع الإماراتي على سبيل المثال يجعل من الإبلاغ عن الجرائم إلزاماً كقاعدة عامة، ومن يخالف ذلك يتعرض لعقوبة، فقد نص قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي الإماراتي على أنه «كل من علم بوقوع جريمة ما يجوز للنيابة العامة رفع الدعوى عنها بغير شكوى أو طلب، أن يبلغ النيابة العامة أو أحد مأموري الضبط القضائي عنها^(٩)»، كما نص القانون نفسه على أنه «يجب على كل من علم من الموظفين العموميين أو المكلفين بخدمة عامة أثناء تأدية عمله أو بسبب تأديته بوقوع جريمة من الجرائم التي يجوز للنيابة العامة رفع الدعوى عنها بغير شكوى أو طلب أن يبلغ فوراً النيابة العامة أو أقرب مأموري الضبط القضائي»^(١٠).

كما نص قانون العقوبات الاتحادي الإماراتي على أنه «يعاقب بالغرامة كل موظف غير مكلف بالبحث عن الجرائم أو ضبطها أهمل أو أرجأ إبلاغ السلطة المختصة بجريمة علم بها في أثناء أو بسبب تأديته وظيفته، ولا عقاب إذا كان رفع الدعوى معلقاً على

(١١) م (٢٧٢)، فقرة (٢)، قانون العقوبات الاتحادي الإماراتي.

(١٢) لكن توجد نصوص في القانون المصري تعاقب على عدم الإبلاغ عن جرائم معينة مثل جرائم أمن الدولة. انظر المادة

(٩٨) من قانون العقوبات المصري.

(٩) المادة (٣٧)، قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي الإماراتي رقم (٣٥) لعام ١٩٩٢م.

(١٠) المادة (٣٨)، قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي الإماراتي.

المقبوض عليهم إلى أكثر من ١٠٠ شخص، وذكرت وزارة الداخلية المصرية أن المشتبه بهم كانوا ضمن تشكيل إجرامي يضم أمريكيين، قاموا بالإستيلاء على أموال عائدة لمواطنين أمريكيين من خلال حصولهم على بيانات بطاقتهم الائتمانية بطرق احتيالية متنوعة، منها قيامهم بعمل تحويلات من تلك البطاقات لحسابات وهمية داخل الولايات المتحدة الأمريكية خاصة بالمشتبه بهم الأمريكيين. وبعد وصول الأموال لشركائهم الأمريكيين، عن طريق سحب تلك الأموال، وتقسيمها فيما بينهم بنسب محددة، يتم تحويل النسب الخاصة بالمشتبه بهم المصريين عن طريق إحدى شركات تحويل الأموال. وذكرت وزارة الداخلية المصرية أنها ضبطت مع المتهمين المصريين الذين أُلقي القبض عليهم داخل مصر، ٢١ جهاز حاسب آلي، و ٨ حاسبات آلية محمولة، و ٥ فلاش ميموري (ذاكرة حاسوبية فلاش)، و ٢ USB مودم للدخول على شبكة الإنترنت، إضافة لعدد كبير من الأسطوانات المدمجة، و ٣ كاميرات ويب، و ٣٣ جهاز تلفون محمول، و ٢٣ كارت ذاكرة، و ١٢ خط تلفون لشركات مختلفة. وذكرت الداخلية المصرية أن القبض على هذه المجموعة الإجرامية جرى في إطار التعاون الدولي بين أجهزة وزارة الداخلية المصرية، وقسم جرائم الحاسبات الآلية بالولايات المتحدة الأمريكية في مكتب التحقيقات الفيدرالية (FBI). بعد أن أكدت التحريات وجود أشخاص مشتبه بهم من الأمريكيين المتواجدين في الولايات المتحدة، اتفقوا فيما بينهم مع أشخاص مصريين متواجدين في مصر، على تكوين تشكيل إجرامي تخصص في الاستيلاء على أموال مواطنين أمريكيين من خلال تحصلهم على بيانات بطاقتهم الائتمانية بطرق احتيالية متنوعة.

الحاسب الآلي والإنترنت لا تتخلف عنها آثار أو أدلة مادية بشكل مطلق، بل من الممكن أن تترك بعض الآثار والأدلة المادية تتخذ شكل المعلومات المخزنة في البرامج الحاسوبية على سبيل المثال أو البرامج أو المعلومات أو البيانات أو الصور والوثائق التي قام الجاني بالاستيلاء عليها أو التلاعب بها وتغييرها. كل هذه يمكن الاعتماد عليها كأدلة إثبات على ارتكابه الجريمة. (فضل، ٢٠٠٧؛ عبدالله، ٢٠٠٧؛ الهيتي، ٢٠٠٢).

وبسبب صعوبة تحصيل الأدلة في جرائم الحاسب الآلي والإنترنت يرى الخبراء في مجال الحاسب الآلي، أن هذه الجرائم تمثل تحدياً كبيراً لرجال الشرطة والمحققين ذلك أن رجل الشرطة أو المحقق الذي انحصرت معلوماته ومهاراته وخبراته في الجرائم التقليدية سيجد صعوبة بالغة في التعامل مع الجرائم المعلوماتية التي تستخدم فيها تقنية الحاسب الآلي والإنترنت. (فضل، ٢٠٠٧؛ حجازي، ٢٠٠٧) وتبرز هنا أهمية وجود رجال شرطة ومحققين متخصصين في مجال التعامل مع جرائم الحاسب الآلي والإنترنت مع ما تتميز به هذه الجرائم من ضرورة توافر مهارات وتخصص كبيرين لدى المحققين في هذه التقنية حتى يستطيعوا كشف هذه الجرائم والوصول إلى الجناة والكشف عن الأدلة التي تدينهم سيما وأن المجرم في هذه الجرائم لديه الخبرة الفنية والمعرفة الكبيرة التي تمكنه من اقرار جريمته، والأمثلة العملية على ذلك كثيرة، ومن هذه الأمثلة:

١- أعلنت وزارة الداخلية المصرية أنها قبضت على ٢٣ متهمًا، وصادرت معدات استخدموها في سحب أموال من بنوك أمريكية، وذلك بالتعاون مع مكتب التحقيقات الفيدرالية (FBI) وتوقعت أن يصل عدد

صلاحيتها وهو منتصف يونيو من ذات العام وقام دونه بالحصول على البريد الإلكتروني لمشتريين آخرين، وأرسل لهم برنامجاً يبدو وكأنه أداة للتخطيط، إلا أنه كحصان طروادة (Trojan Horse) الذي يسمح له بالتجسس على أعمالهم وأسرارهم عن طريق اختراق حاسباتهم الآلية. وقالت لجنة الرقابة المالية الأمريكية أن المتهم قام باستخدام كلمة السر ومعلومات شخصية أخرى تحصل عليها بنفس الطريقة باختراق حساب في شركة ووترهاوس (Water House) واستخدمه كمشتري مزيف لأسهمه عديمة القيمة تقريباً^(١٥).

وقالت لجنة الرقابة المالية إن هذه الصفقة الوهمية أنقذته من خسارة قدرها ٣٧ ألف دولار أمريكي، ولكن المالك الشرعي لحساب ووترهاوس لاحظ الخسائر الكبيرة. وحاول المتهم تغطية عملياته غير المشروعة عبر استخدام شبكات الإنترنت في ألمانيا وإيرلندا وأستراليا. وطالبت لجنة الرقابة المالية برد كل المبالغ التي استولى عليها منه، بالإضافة إلى دفع تعويضات عن الأضرار التي تسبب بها.

ويتضح لنا من الأمثلة السابقة الحاجة إلى محققين ورجال شرطة مؤهلين تأهيلاً جيداً في مجال تقنية الحاسب الآلي حتى يستطيعوا تحصيل هذه الأدلة الإلكترونية اللازمة للوصول إلى الجناة وإثبات ارتكابهم لجرائمهم أمام القضاء ليحكم عليهم بالعقوبة المناسبة إذ بدون ذلك لن يستطيع هؤلاء المحققين أن يصلوا إلى الجناة ولا أن يتحصلوا على أدلة الإثبات ومن ثم يفلت الجناة بأفعالهم الإجرامية^(١٦).

(١٥) انظر جريدة الشرق الأوسط، ٩ أكتوبر، العدد ١١٢٧٣، ص ٢٢.

(١٦) BBC Arabic News at <http://news.vote.bbc.co.uk/>، العدد ١٦٨١٦، ص ٧.

وذكرت الـ (FBI) أن ضحايا هذه الشبكة قد خسروا لحد الآن ما يزيد على مليوني دولار أمريكي^(١٣).

٢- ألفت شرطة محافظة جدة القبض على هاجر سعودي يبلغ من العمر ١٥ عاماً، بعد اعترافه بارتكاب جريمة اختراق المواقع وسرقة البريد الإلكتروني لدواعي العبث والتسلية، واعترف الحدث الملقب «رينو» أمام المحقق بقيامه بسرقة البريد الإلكتروني واختراقه المواقع^(١٤).

٣- اتهم مكتب الإدعاء العام في ولاية ماسا شوسيتس الأمريكية شخصاً يدعى (فان دونه) البالغ من العمر ١٩ عاماً، بالاحتيال في السندات المالية، والاحتيال عن طريق البريد والإنترنت، والتسبب في خسائر عن طريق الاستخدام غير المشروع للحاسب الآلي. واتهم دونه باختراق الحسابات الخاصة للعملاء في شركات السمسة الأمريكية بهدف بيع وشراء أسهمهم، بالإضافة إلى انتحاله لشخصيات وهمية على شبكة الإنترنت للتغطية على حركاته. واتهم دونه بأنه قام بشراء ٩١٠٠٠ إحتالية أسهم في إحدى شركات التقنية وهي شركة سيسكو سيستمز بسعر عشرة دولارات للوحدة الواحدة في أواخر يونيو، والتي بدت في حينها أنها ستصبح بلا قيمة بسبب اقتراب موعد انتهاء مدة

(١٣) وتوضح المضبوطات المذكورة مدى الحاجة إلى رجال شرطة ومحققين متخصصين في تقنية الحاسب الآلي حتى يستطيعوا التعامل مع هذه الأجهزة والأدوات وبالتالي الوصول إلى أدلة الإثبات التي تؤدي إلى إدانة المتهمين بارتكاب جرائمهم. إذ بدون الحصول على هذه الأدلة لن تتمكن جهات العدالة من إدانة هؤلاء المتهمين وبالتالي معاقبتهم على جرائمهم. انظر جريدة الشرق الأوسط، ٩٠ أكتوبر ٢٠٠٩م، العدد ١١٢٧٣، ص ٢٢.

(١٤) انظر جريدة الحياة، الأحد، ١٩ أبريل ٢٠٠٩م، العدد ١٦٨١٦، ص ٧.

النظام المعلوماتي قد يتطلب آلاف الصفحات، وقد لا ينتج عن هذه الأوراق أية معلومات تفيد التحقيق^(١٧).

خامساً: الصعوبات المتعلقة بنقص الخبرة لدى القائمين على مكافحة الجرائم المعلوماتية

من الصعوبات التي تواجه عملية استخلاص الدليل المعلوماتي نقص الخبرة لدى رجال الشرطة والمحققين وكذلك القضاة، إذ قد لا تكون لدى هؤلاء معرفة جيدة بالحاسب الآلي وشبكة الإنترنت والأدلة المعلوماتية وكيفية التعامل معها. وهذا يدعو إلى ضرورة تأهيل رجال الشرطة والمحققين وكذلك القضاة بخصوص الجرائم المعلوماتية وطبيعة الأدلة المعلوماتية ودورها في الإثبات. وقد نص النظام السعودي على تولى هيئة الاتصالات وتقنية المعلومات تقديم الدعم والمساندة الفنية للجهات الأمنية المختصة خلال مراحل ضبط هذه الجرائم والتحقيق فيها وأثناء المحاكمة. على اعتبار أن هيئة الاتصالات وتقنية المعلومات في المملكة لديها الإمكانيات المادية والبشرية للقيام بهذه المهمة وتقديم الدعم الفني والتقني للجهات الأمنية^(١٨).

(١٧) وهذا على عكس ما هو الأمر عليه في الجرائم التقليدية كالسرقة أو القتل أو السطو، ذلك أن وفرة المعلومات والأدلة في مثل هذه الجرائم يساعد سلطات التحقيق ويساعد المحكمة في استخلاص الدليل الجنائي في مثل هذه الجرائم، وهذا الأمر يوضح أهمية ندب خبراء متخصصين في مجال الحاسب الآلي والإنترنت حتى يستطيعوا فرز وتصنيف ودراسة وتحليل هذا الكم الهائل من البيانات والمعلومات الذي قد ينتج عن الجريمة المعلوماتية. انظر: (حجازي، ٢٠٠٩: ص ١٠٩ وما بعدها). انظر أيضاً: (هروال، ٢٠٠٧: ص ٣٥ وما بعدها).

(١٨) م (١٤)، نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية السعودي الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم (٧٩) وتاريخ ١٤٢٨/٣/٧هـ. والمرسوم الملكي رقم م / ١٧ وتاريخ ١٤٢٨/٣/٨هـ.

ثالثاً: الصعوبات المتعلقة بتخاذ الجناة احتياطات تمنع الحصول على الأدلة

من الإشكالات التي تصعب مسألة إثبات جرائم الحاسب الآلي والإنترنت هي عدم إمكانية الحصول على الدليل بسبب استخدام الجناة لوسائل تتجاوز مسألة تدمير الأدلة التي تدينهم. فالجناة في مثل هذه الجرائم يعتمدون على التخفي عبر شبكة الإنترنت تحت ستار فني وتقني، فجرائم الحاسب الآلي والإنترنت تتم في بيئة لا علاقة لها بالأوراق والمستندات وإنما تتم باستخدام الحاسب الآلي وشبكة الإنترنت. ويستطيع الجاني أن يعبث في بيانات الحاسب الآلي وبرامجه، وذلك خلال مدة قصيرة قد لا تتجاوز الثواني المعدودة، كما يستطيع الجاني أن يقوم بمحو هذه البيانات والمعلومات خلال ثوان معدودة، قبل أن تصل السلطات إليه. (هروال، ٢٠٠٧؛ حجازي، ٢٠٠٩) كما قد يلجأ الجناة إلى استخدام كلمات المرور (Passwords) لمنع أي شخص من الدخول إلى مواقعهم وملفاتهم والوصول إليهم.

رابعاً: الصعوبات المتعلقة بضخامة حجم البيانات والمعلومات للدليل المعلوماتي

من الصعوبات التي تواجه رجال الشرطة وسلطات التحقيق في الجرائم المعلوماتية الكم الضخم من البيانات والمعلومات التي قد تكون مخزنة في النظام المعلوماتي محل التحقيق، إذ تحتاج هذه البيانات والمعلومات إلى دراسة وفحص حتى يستطيع المحقق أن يستخلص منها الدليل المعلوماتي، وبالتالي يتعين على المحقق أن يتحلى بالصبر والقدرة على فحص ودراسة هذا الكم الهائل من البيانات والمعلومات المخزنة في النظام المعلوماتي، وتشكل ضخامة هذه البيانات والمعلومات تحدياً كبيراً للمحقق في الجرائم المعلوماتية. ذلك أن طباعة كل ما هو موجود ومخزن في

قانونية تتعلق بقواعد الاختصاص، ونطاق سريان القانون، وعدم وجود مفهوم عام حول تعريف القانون للنشاط الإجرامي المتعلق بهذه الجرائم المعلوماتية. كذلك عدم وجود معاهدات لتسليم المجرمين أو للتعاون بين الدول المختلفة لمواجهة الجرائم المعلوماتية والتحقيق فيها ومحكمة مرتكبيها، فمع الزيادة الهائلة في استخدام شبكة الإنترنت حول العالم، أصبحت هذه الجرائم لا تقف عند الحدود الجغرافية وبالتالي تبرز صعوبات حول مدى إمكانية تطبيق النصوص الجنائية خارج إقليم الدولة. (عبدالله، ٢٠٠٧) ولهذا تبرز أهمية التعاون الدولي بين دول العالم في إطار مواجهة هذه الجرائم المستحدثة بحيث يمكن إرسال المعلومات والأدلة بخصوص الجريمة إلى الدولة التي يوجد فيها المتهم ومطالبتها بالتحقيق فيها ومحكمته أو تسليمه للدولة التي تضررت من جريمته.

المبحث الرابع: حجية الدليل الإلكتروني

لدى بعض التشريعات الوطنية

لم تتفق التشريعات الوطنية في الدول المختلفة على مسألة الإثبات في الجرائم المعلوماتية. فمن التشريعات من أوجد قوانين خاصة للتعامل مع الجرائم المعلوماتية وقبول الأدلة الإلكترونية. واكتفت دول أخرى ومنها غالبية الدول العربية بالقوانين التقليدية للتعامل مع مثل هذه الجرائم بتطويعها لمعاقبة مرتكبي الجرائم المعلوماتية ومنها قانون العقوبات وقانون الإثبات. وستتطرق في هذا المبحث إلى موقف تشريعات بعض الدول الغربية والعربية من مفهوم الإثبات الإلكتروني واستخدام وسائل الإثبات الإلكترونية وقبول الدليل الإلكتروني وذلك في مطلبين على النحو الآتي:

سادساً: الصعوبات الناشئة عن قصور التشريعات الخاصة بمكافحة الجرائم المعلوماتية

من الصعوبات التي تواجه القائمين على مكافحة جرائم الحاسب الآلي والإنترنت قصور التشريعات والقوانين التقليدية عن مواجهة هذا النوع من الجرائم المستحدثة. فالتطور التقني المتسارع والتنامي الكبير في استخدام تقنية الحاسب الآلي وشبكة الإنترنت واكبه انتشار الجرائم التي تستخدم فيها هذه التقنية. لأن الجريمة المعلوماتية تتقدم وتنتشر بسرعة كبيرة توازي سرعة تقدم التقنية نفسها، مما يؤثر سلباً في محاربة هذه الجرائم ومعاينة مرتكبيها. فهذا التطور الكبير في تقنية الحاسب الآلي والإنترنت لا يواجهه بذات المستوى تطور في النصوص والتشريعات القانونية. فالقوانين التقليدية بنصوصها الحالية لا تكفي لمواجهة تلك الصور المستحدثة من الجرائم، وحيث تشترط غالبية النصوص القانونية الصفة المادية في الشيء محل ارتكاب الجريمة مما يتعارض مع الطبيعة المعلوماتية، وبالتالي لا تدخل تلك الصور ضمن طائلة التجريم والعقاب. (حجازي، ٢٠٠٩؛ فضل، ٢٠٠٧).

سابعاً: الصعوبات المتعلقة بكون جرائم المعلوماتية جرائم عابرة للحدود

تعد جرائم الحاسب الآلي الإنترنت جرائم مستحدثة وهي من الجرائم العابرة للحدود الوطنية للدول وهو ما يزيد من الصعوبات التي تواجه السلطات المختصة في الدول المختصة في شأن اكتشافها ومن ثم إثباتها. فهي ليست جرائم ترتكب في أماكن قريبة من مكان المجنى عليه، بل قد تكون بعيدة عنه، الشيء الذي يجعل من تحديد المكان الذي ارتكب منه الجاني جريمته أمراً صعباً. إضافة إلى ما يترتب على هذا الأمر من إشكاليات

المطلب الأول: حجية الدليل الإلكتروني في بعض الدول الغربية

أولاً: فرنسا

يأخذ المشرع الفرنسي بمبدأ حرية الأدلة وحرية القاضي في تقدير هذه الأدلة، كما أن الفقه الفرنسي يتناول مسألة قبول الأدلة الإلكترونية في المواد الجنائية ضمن موضوع أشمل وهو مسألة قبول الأدلة الناشئة من الآلات أو الأدلة العلمية مثل رادارات قياس سرعة السيارات وآلات التصوير والتسجيل وغيرها. ومن ثم فإن القاضي الفرنسي يملك حرية تقدير الأدلة بها فيها الأدلة المعلوماتية. ولكن يشترط القانون الفرنسي أن يكون الدليل المعلوماتي يقينياً حتى يستطيع القاضي الحكم بالإدانة، ويتم الوصول إلى ذلك عن طريق ما يستنتجه القاضي مما يعرض عليه من أدلة سواء كانت أدلة ورقية تنتجها الطابعات، أو كانت أدلة لا ورقية أو إلكترونية كالأشرطة والأقراص المغناطيسية وغيرها من الوسائط الإلكترونية غير الورقية. كما ينص قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي في المادة (٤٢٧) منه على أنه « لا يجوز للقاضي أن يؤسس حكمه إلا على أدلة طرحت أثناء المحاكمة ونوقشت أمامه في مواجهة الأطراف. ومن ثم فإن القاضي الجنائي الفرنسي ليس له أن يأخذ بأدلة إثبات أو نفي لم تكن قد عرضت أثناء المحاكمة، ولم يناقشها أطراف الدعوى، وينطبق ذلك على الأدلة الإلكترونية بجميع أشكالها، فإذا قدمت كأدلة فلا بد من مناقشتها وتمكين الخصوم من الإطلاع عليها، ولا بد أن يفحصها القاضي ويقرر رأيه فيها. وهو ما يتطلب أن يكون له معرفة ودراية بمثل هذه الأدلة. (حجازي، ٢٠٠٧)

ثانياً: بريطانيا

اعترف المشرع الإنجليزي بحجية الدليل الإلكتروني. ولكنه اشترط دقة وسلامة المعلومات والبيانات الناتجة عنه، فقد نصت المادة (٦٩) من قانون الإثبات الجنائي لعام ١٩٨٤م على أن الناتج من الوسائل الإلكترونية لا يقبل كدليل إذا تبين وجود سبب معقول يدعو إلى الاعتقاد بأن هذا الناتج غير دقيق أو أن بياناته غير سليمة أو أن الحاسب الآلي محل التفتيش لا يعمل بصورة سليمة. والجدير بالذكر إلى أن الأدلة الإلكترونية الناشئة عن الوسائل الإلكترونية تقبل كوسائل إثبات في المملكة المتحدة وذلك بالنسبة للبرامج والبيانات المخزنة فيها، وبالنسبة للنسخ (Copies) المستخرجة من البيانات والمعلومات المخزنة في الحاسب الآلي، شريطة أن تكون هذه الأدلة قد تم الحصول عليها بطريقة مشروعة^(١٩).

(١٩) ومن أمثلة الطرق غير المشروعة التي قد تستخدم ضد المتهم في الجرائم المعلوماتية استخدام وسائل الإكراه المختلفة من أجل حمله على فك الشفرة للنظام المعلوماتي المحمي أو إنهالك قواه حتى يدلي بمعلومات معينة حول قاعدة بيانات أو غيرها. ونصت المادة (٧٦) من قانون الإثبات الجنائي الإنجليزي لعام ١٩٨٤م أن اعتراف المتهم يتم رفضه باعتباره دليلاً إذا لم تستطع سلطة الإدعاء أن تثبت أنه لم يتم الحصول عليه بواسطة الإكراه أو أنه كان نتيجة سلوك معين يجعل هذا الاعتراف مشكوكاً في صحته، كما أن المادة (٧٨) من القانون نفسه تخول المحكمة سلطة استبعاد الدليل الإلكتروني إذا ثبت لها أنه يتعارض مع عدالة إجراءات الدعوى. كما أن المادة (٧٦) من القانون ذاته تنص على أنه «إذا كان الاعتراف غير مقبول فإن كل ما يترتب عليه من نتائج تصبح غير مشروعة وغير مقبولة» وتستوي في ذلك الأدلة التقليدية والأدلة المعلوماتية. انظر: (هروال، ٢٠٠٧: ص ٤٥ وما بعدها). انظر أيضاً: (فضل، ٢٠٠٧: ص ٣٧٣ وما بعدها). انظر أيضاً: (Overly, 2010-2011ed at 3-5).

ثالثاً: الولايات المتحدة الأمريكية

أقر المشرع الأمريكي بالحجية للأدلة الإلكترونية. ونصت التشريعات للعديد من الولايات الأمريكية على ذلك. فقد نص قانون الحاسب الآلي لعام ١٩٨٣م الصادر في ولاية نيويورك على أن مخرجات الحاسب الآلي تعتبر مقبولة بوصفها أدلة إثبات فيما يتعلق ببيانات وبرامج الحاسب الآلي المخزنة بداخله.

كما نص قانون الإثبات (Rules of Evidence) الصادر في ولاية نيويورك على أن النسخ المستخرجة من البيانات والمعلومات التي يحتويها الحاسب الآلي تكون مقبولة في الإثبات. وقد أصدر القضاء الأمريكي العديد من الأحكام التي تدلل على قبول الأدلة الإلكترونية كأدلة إثبات شريطة توافر المشروعية في الحصول على الدليل الإلكتروني ودون وجود تعدي على الحياة الخاصة للأفراد^(٢٠).

(٢٠) وتظهر أهمية اعتماد الأدلة الإلكترونية كوسيلة إثبات ما أعلنه مكتب التحقيقات الفيدرالية (FBI) من أن مستخدمي الإنترنت في الولايات المتحدة قدموا مليوني شكوى تتعلق بأنشطة إجرامية مزعومة على شبكة الإنترنت إلى المركز المختص التابع له والذي أنشئ عام ٢٠٠٠م. وتراوحت الشكاوى من سرقة الهوية الشخصية إلى الاستخدام غير المشروع لبطاقات الائتمان أو الحسابات البنكية، وذلك بإجمالي خسائر تقدر بـ ١,٧ مليار دولار على الأقل.

وذكر مكتب التحقيقات الفيدرالي بأن مركز شكاوى جرائم الإنترنت التابع له سجل أول مليون شكوى قبل نهاية عام ٢٠٠٧م، أي في السنوات السبع الأولى من العمل. ولم يستغرق الأمر سوى ثلاث سنوات أخرى لسجل المركز المليون الآخر، وذلك حتى شهر نوفمبر من عام ٢٠١٠م. وتعكس هذه الزيادة الكبيرة في عدد الشكاوى التزايد المستمر بجرائم الإنترنت. وتوضح هذه الزيادة الكبيرة أهمية وضرورة قبول الأدلة الإلكترونية في مجال الإثبات وتدريب المحققين والقضاة على كيفية التعامل معها =

المطلب الثاني: حجية الدليل الإلكتروني في بعض التشريعات العربية

أولاً: جمهورية مصر العربية

ترك المشرع المصري لأطراف الخصومة حرية الإثبات في تقديم كل الأدلة التي بحوزتهم شريطة كونها مشروعة إلى القضاء. ويكوّن القاضي عقيدته من أي دليل يقدم أمامه. وللقاضي كامل الحرية في أن يستعين بكافة طرق الإثبات للوصول إلى الحقيقة ما دامت مشروعة. وينطبق ذلك أيضاً على الأدلة الإلكترونية، فالقاضي يستطيع أن يأخذ بالدليل الإلكتروني ما دام تم التحصل عليه بشكل مشروع، وما دام القاضي قد اقتنع بصحته وسلامته. (حجازي، ٢٠٠٧؛ إبراهيم، ٢٠٠٩).

وقد حظر قانون الإجراءات الجنائية المصري إطلاع مأموري الضبط القضائي على الأوراق المختومة أو المغلقة الموجودة في منزل المتهم أثناء تفتيشه، ونرى أن الأمر ذاته ينطبق على البيانات المخزنة في الحاسب الآلي والمحمية بشكل كلي أو جزئي ضد الإطلاع إما عن طريق التشفير أو الترميز أو بأي وسيلة فنية ضد الاختراق. والسبب في حظر الإطلاع على الأوراق المغلقة والمغلقة والمختومة، هو رغبة صاحبها في عدم الإطلاع عليها، بدليل أنه قام بإغلاق هذه الأوراق أو تغليفها بأي طريقة. (حجازي، ٢٠٠٧) وذات العلة

= وشروطها. انظر جريدة الرياض، الرياض الاقتصادي الخميس، ١٨ نوفمبر ٢٠١٠م. العدد ١٥٤٨٧. ص ٦. انظر أيضاً: (إبراهيم، ٢٠٠٩: ص ١٩٧ وما بعدها). انظر أيضاً: (Shreves, 2010 ed at 1-2). انظر أيضاً: (A. Mauet and D. Wolfson, 2009. at 2-6).

السعودية في المادة (٢) منه على أن من أهداف هذا النظام هو «إرساء قواعد نظامية موحدة لاستخدام التعاملات والتوقيعات الإلكترونية، وتسهيل تطبيقها في القطاعين العام والخاص، بوساطة سجلات إلكترونية يُعَوَّل عليها». فاستخدام المنظم السعودي لكلمة «يعول عليها» يعني أن لها كامل الحجية في الإثبات^(٢١).

كما أكد المنظم السعودي على حجية الأدلة الإلكترونية والمستخلصات الإلكترونية بنصه على أن يكون للتعاملات والسجلات والتوقيعات الإلكترونية حجيتها الملزمة، ولا يجوز نفي صحتها أو قابليتها للتنفيذ، ولا منع تنفيذها بسبب أنها تمت - كلياً أو جزئياً - بشكل إلكتروني، بشرط أن تتم تلك التعاملات والسجلات والتوقيعات الإلكترونية بحسب الشروط المنصوص عليها في هذا النظام^(٢٢) كما نص المنظم السعودي على أنه إذا اشترط أي نظام في المملكة حفظ وثيقة أو معلومات لأي سبب، فإن هذا الشرط يتحقق عندما تكون تلك الوثيقة أو المعلومة محفوظة أو مرسلة في شكل إلكتروني بشرط مراعاة ما يلي:

(أ) حفظ السجل الإلكتروني على نحو يتيح استخدامه والرجوع إليه لاحقاً.

(ب) بقاء السجل الإلكتروني محفوظاً على نحو يتيح استخدامه والرجوع إليه لاحقاً.

(ج) أن تحفظ مع السجل الإلكتروني المعلومات التي تمكّن من معرفة المنشئ والمرسل إليه، وتاريخ

(٢١) الفقرة (١)، المادة (٢) نظام التعاملات الإلكترونية السعودي الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم م/١٨ وتاريخ ١٤٢٨/٣/٨هـ.

(٢٢) الفقرة (١)، المادة (٥)، نظام التعاملات الإلكترونية السعودي.

تتوافر في البيانات المعلوماتية، حيث لا يمكن الدخول إلى النظام المعلوماتي بدون الحصول على مفتاح الشفرة أو كلمة السر (Password).

وبذلك يكون صاحب ذلك النظام قد أعلن رفضه مسبقاً الإطلاع غير المصرح به من الغير ما لم يكن الراغب في الإطلاع مصرحاً له بالإطلاع عن طريق توافر كلمة السر إلى هذه البيانات وذلك ما لا يتوافر لمأمور الضبط القضائي القائم بالتفتيش. فالمادة (٥٢) من قانون الإجراءات الجنائية المصري تحظر الإطلاع على البيانات والمعلومات التي قام صاحبها بحمايتها ضد الإطلاع غير المصرح به أيّاً كان الوسط الذي يحتوي على البيانات والمعلومات، ويستوي في ذلك أن يكون الوسط تقليدياً كالأوراق والمستندات أو غير تقليدي كالوسائط الإلكترونية والشرائط المغنطة والأقراص المرنة، والذاكرات الداخلية للحاسب الآلي، وشبكة الإنترنت، فمتى تحقق الغلق أو الإقفال بأي طريقة فإنه يحظر على مأمور الضبط القضائي الإطلاع على هذه البيانات والمعلومات المخزنة في النظام المعلوماتي. ونرى صحة هذا التوجه ولكننا نرى أيضاً ضرورة إصدار المشرع المصري لتشريع يتعامل مع الجرائم المعلوماتية نظراً للطبيعة الخاصة لمثل هذا النوع من الجرائم والتي قد لا تتوافق مع نصوص القوانين التقليدية. (فضل، ٢٠٠٧؛ الرومي، ٢٠٠٨) إذ أن القوانين التقليدية لا يمكنها استيعاب هذه الصور الإجرامية المستحدثة لأن ذلك يتعارض مع مبدأ المشروعية الجنائية ومنهج التفسير الضيق للنصوص العقابية، وما يتطلبه ذلك من عدم جواز القياس عليها.

ثانياً: المملكة العربية السعودية

أخذ المنظم السعودي بحجية الدليل الإلكتروني في الإثبات. فلقد نص نظام التعاملات الإلكترونية

ب) الطريقة التي استخدمت في المحافظة على سلامة المعلومات.

ج) الطريقة التي حددت بها شخصية المنشئ^(٢٧).
كما ساوى المنظم السعودي بين التوقيع الإلكتروني والتوقيع الخطي في حجية الإثبات^(٢٨).

كما عهد المنظم السعودي إلى هيئة الاتصالات وتقنية المعلومات تقديم الدعم والمساندة الفنية للجهات الأمنية المختصة خلال مراحل ضبط الجرائم المعلوماتية والتحقيق فيها وأثناء المحاكمة. وهي تساعد الجهات الأمنية في الحصول على الأدلة الإلكترونية^(٢٩).

الخاتمة

مع الانتشار الكبير في استخدام الحاسب الآلي وشبكة الإنترنت أصبحت الجرائم المعلوماتية من المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها كل من يستخدم شبكة الإنترنت. فالجرائم المعلوماتية هذه التقنية كوسيلة لإرتكاب جرائمهم المختلفة من سرقة واحتيال واختراق وإتلاف وغيرها من الجرائم المعلوماتية الآخذة بالتزايد والانتشار يوماً بعد يوم. كما أن الحاسب الآلي وملحقاته وكذلك شبكة الإنترنت يتم استخدامها لإخفاء الأدلة التي تدينهم. ويثار في شأن إثبات الجرائم المعلوماتية الحاجة إلى الاعتماد على الأدلة

(٢٧) الفقرات (٢) - (٤)، المادة (٩)، نظام التعاملات الإلكترونية السعودي.

(٢٨) الفقرة (١)، المادة (١٤)، نظام التعاملات الإلكترونية السعودي.

(٢٩) المادة (١٤)، نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية السعودي، الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم (٧٩) وتاريخ ١٨/٣/١٤٢٨هـ. والمرسوم الملكي رقم م/١٨ وتاريخ ١٨/٣/١٤٢٨هـ.

إرسالها وتسلمها وقتها^(٢٣). كما ساوى المنظم السعودي بين الوثيقة أو السجل أو المعلومة المقدمة في شكل إلكتروني مع تلك المقدمة بشكل مكتوب^(٢٤).

ونص المنظم السعودي على أنه يعد السجل الإلكتروني أصلاً بذاته عندما تستخدم وسائل وشروط فنية تؤكد سلامة المعلومات الواردة فيه من الوقت الذي أنشئ فيه بشكله النهائي على أنه سجل إلكتروني^(٢٥).

كما نص النظام السعودي على أن التعامل الإلكتروني أو التوقيع الإلكتروني يعد دليلاً في الإثبات إذا استوفى سجله الإلكتروني متطلبات حكم المادة (الثامنة) من هذا النظام^(٢٦).

كما نص المنظم السعودي على قبول التعامل الإلكتروني أو التوقيع الإلكتروني قرينة في الإثبات، والقرينة لا ترقى إلى مرتبة الدليل، حتى وإن لم يستوف سجله الإلكتروني متطلبات حكم المادة (الثامنة) من هذا النظام.

وأكد المنظم السعودي على أن كل من التعامل الإلكتروني، والتوقيع الإلكتروني، والسجل الإلكتروني حجة يُعتمد بها في التعاملات، وأن كلاً منها على أصله (لم يتغير منذ إنشائه) ما لم يظهر خلاف ذلك.

كما نص المنظم السعودي على أنه «يراعى عند تقدير حجية التعامل الإلكتروني مدى الثقة في الآتي:

أ) الطريقة التي استخدمت في إنشاء السجل الإلكتروني أو تخزينه أو إبلاغه، وإمكان التعديل عليه.

(٢٣) المادة (٦)، نظام التعاملات الإلكترونية السعودي.

(٢٤) المادة (٧)، نظام التعاملات الإلكترونية السعودي.

(٢٥) المادة (٨)، نظام التعاملات الإلكترونية السعودي.

(٢٦) الفقرة (١)، المادة (٩)، نظام التعاملات الإلكترونية السعودي.

أولاً: النتائج

١- تثير الجرائم المعلوماتية بعض الصعوبات في مجال الحصول على الأدلة الجنائية، فسلطات التحقيق اعتادت على كون الإثبات مادياً وملموساً، ولكن في البيئة الإلكترونية لا يستطيع المحقق تطبيق إجراءات ووسائل الإثبات التقليدية على البيانات والمعلومات المخزنة في الحاسب الآلي.

٢- يتسم التحقيق في الجرائم المعلوماتية بصعوبة وتعقيد بالغين مما يتطلب تأهيل رجال الشرطة والمحققين تأهيلاً مناسباً في مجال الحاسب الآلي والإنترنت وطرق مكافحة الجرائم المعلوماتية وتدريبهم على آليات الوصول إلى الأدلة المعلوماتية وحفظها من التلف أو الضياع تمهيداً لاستخدامها أمام المحاكم المختصة. وليس بالضرورة أن يكون المحقق خبيراً في الحاسب الآلي وشبكة الإنترنت، لكن لا بد له من أن يكون ملماً بالآلية عمل الحاسب الآلي حتى يستطيع التعامل مع خبراء الحاسب الآلي وبالتالي كشف الجرائم وجمع الأدلة.

٣- يجب على المحقق في الجرائم المعلوماتية اتخاذ كافة الإجراءات الاحتياطية التي ينبغي عليه اتخاذها في مسرح الجريمة في الجرائم المعلوماتية، واتخاذ التدابير اللازمة لحماية الأدلة المعلوماتية من التلف أو الضياع أو العبث بها. إذ أن هناك إمكانية للتلاعب في هذه البيانات والمعلومات المخزنة في الحاسب الآلي أو محوها عن طريق تدخل الجاني أو أي شخص آخر عبر شبكة الإنترنت عن طريق وحدة طرفية، كما أن الجاني يستطيع طمس معالمها ومحو آثارها.

٤- يوجد قصور في التشريعات الإجرائية الواجب اتباعها لمواجهة الجرائم المعلوماتية في مرحلة

الإلكترونية على اعتبار أن هذه الجرائم هي جرائم غير تقليدية ولا يمكن الوصول إلى هذه الأدلة وتحديدتها إلا بواسطة خبير متخصص في مجال الحاسب الآلي. فالدليل الإلكتروني اللازم لإثبات الجريمة المعلوماتية يختلف عن الدليل الجنائي في الجريمة التقليدية، وذلك من حيث كمية البيانات والمعلومات في الحاسب الآلي وكيفية إثباتها، سواء من حيث وسيلة الإثبات أو من يقوم بالإثبات، وما إذا كانت تتوافر لدى رجال الشرطة الخبرة اللازمة من عدمها.

وهناك العديد من التحديات والصعوبات التي تواجه المحققين في البحث عن الأدلة الإلكترونية التي تدين مرتكب مثل هذه الجرائم، وقد تطرقنا لتلك التحديات في هذا البحث ومنها امتداد نطاق التفتيش إلى نظم معلوماتية غير النظام المعلوماتي محل التفتيش، وهذا يثير مسألة مدى مشروعية مثل هذا الإجراء ومدى مساسه بحق الخصوصية للمعلومات العائدة لأصحاب تلك النظم المعلوماتية التي يمتد إليها التفتيش. وتثير أيضاً مشاكل حول مدى مساس إجراءات ضبط محتويات النظام المعلوماتي بخصوصية معلومات مالكة (المتهم). فقد يتعدى نطاق التفتيش المدى المقبول ليشمل جميع محتويات النظام المعلوماتي وما قد يتضمنه من معلومات وبيانات وصور خاصة تعود للمتهم قد تكون سرية أو تتمتع بحماية القانون أو لطبيعتها أو تعلقها بجهات أخرى.

وقد هدفنا في هذا البحث إلى دراسة موضوع حجية الأدلة الإلكترونية في الإثبات ومدى هذه الحجية.

وبناء على ما ذكر تم التوصل في نهاية هذا البحث إلى النتائج والتوصيات الآتية:

وبالتالي تقدير الأدلة المعروضة عليهم والحكم فيها بشكل صحيح.

٥- ضرورة الاستعانة بخبير متخصص في مجال الحاسب الآلي والإنترنت حتى يستطيع تحديد الآثار التي ترتبت على اختراق الحاسب الآلي وتجميع الأدلة التي تساعد في إثبات الجريمة على الجاني.

٦- ضرورة عقد إتفاقيات دولية تعالج السلبات التي تنتج عن تطبيق القوانين الوطنية على جرائم المعلوماتية ومنها تعدد القوانين والقانون الواجب التطبيق وجمع الأدلة والإثبات الجنائي وغيرها، كما يجب على الدول المختلفة الدخول في إتفاقيات ثنائية تنظم المسائل المتعلقة بتلك الجرائم والتعاون فيما بينها لمكافحة مثل هذه الجرائم.

٧- ضرورة إلزام مزودي خدمة الإنترنت (Service Providers) بالتحقق من هوية مستخدمي شبكة الإنترنت من العملاء الذين يقومون بتوصيلهم بالحاسبات الخادمة (Servers) حتى يمكن تحديد هوياتهم في حالة ارتكابهم لجرائم معلوماتية.

المراجع

أولاً: الكتب والبحوث العربية

إبراهيم، خالد ممدوح. فن التحقيق الجنائي في الجرائم الإلكترونية. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٩م.

إبراهيم، خالد ممدوح. حجية البريد الإلكتروني في الإثبات: دراسة مقارنة. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٨م.

إبراهيم، خالد ممدوح. الجرائم المعلوماتية. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٩م.

الإستدلال والتحقيق خاصة تلك المتعلقة بإجراءات التفتيش والمعاينة وضبط الأدلة في البيئة الإلكترونية.

٥- لم يتعرض المنظم السعودي لحجية الأدلة المعلوماتية، وعلى الرغم من خلو النظام السعودي من التطرق لهذه المسألة فإنه يمكن الاعتماد على الأدلة الإلكترونية في إثبات أو نفي الجريمة، وتكون لها قوة القرائن في الإثبات.

٦- يشترط في الأدلة المعلوماتية أن تكون يقينية حتى يمكن الحكم على المتهم بالإدانة، ويحدث ذلك عن طريق ما يستنتجه القاضي من خلال ما يقدم إليه من هذه الأدلة المعلوماتية.

ثانياً: التوصيات

١- ضرورة قيام المشرعين في الدول المختلفة بإصدار تشريعات خاصة بجرائم الحاسب الآلي والإنترنت وتطوير قواعد الإجراءات الجنائية وقواعد الإثبات وذلك نظراً لأن طبيعة هذه الجرائم تصعب من عمل سلطات التحقيق فيما يتعلق بالحصول على الأدلة التي تدين المتهم بارتكاب تلك الجرائم.

٢- ضرورة استحداث وحدة متخصصة في التحقيق والتحري في جرائم المعلوماتية لتتولى التحقيق في هذه الجرائم والوصول إلى مرتكبيها والحصول على الأدلة التي تدينهم تمهيداً لتقديمهم إلى المحاكمة.

٣- ضرورة تأهيل رجال الشرطة والمحققين تأهيلاً جيداً في مجال تقنية الحاسب الآلي والإنترنت حتى يستطيعوا التحقيق في هذا النوع من الجرائم. كما ينبغي عقد دورات تدريب أثناء الخدمة لهم لتحديث معلوماتهم وقدراتهم على مكافحة هذه الجرائم.

٤- ضرورة عقد دورات تدريبية للقضاة الذين يقومون بنظر مثل هذه القضايا حتى يستطيعوا فهمها

هروال، نبيلة هبة. الجوانب الإجرائية لجرائم الإنترنت. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٧م.
 الهيتي، محمد مرهج. جرائم الحاسوب. عمان: دار المناهج للنشر والتوزيع، ٢٠٠٢م.
 يونس، عمر أبوبكر. الجرائم الناشئة عن استخدام الإنترنت. القاهرة: جامعة عين شمس، ٢٠٠٤م.

ثانياً: المراجع الأجنبية

Burke, Sturat. *Use of Electronic Records in Litigation: Protecting Electronic Evidence. Guide to Records Retention*, (2010).
Carlson, Ronald L. *Electronic Evidence: Trial Handbook for Georgia Lawyers*. 2010-2011 ed.
Hill, Clark. *Legal and Practical Implications of Advancements in Information Technology and Other Electronic Evidence*. Michigan Construction Law Manual, (2010).
Kotler, James. "A Survey of Sanctions Awarded for E-Discovery Violations." *Proof*, Vol. 17, No. (2), American Bar Association, (Winter 2009).
Mauet, Thomas A. and Wolfson, Warren D. *Electronic Evidence*. Aspen Publishers Trial Evidence, (2009).
Overly, Michael R. *Best Practice for Seizing Electronic Evidence in California*.
Rossein, Merrick T. *Nuts and Bolts of Electronic Evidence*. Employment Discrimination Law and Litigation, (November 2010).
Shreve, H. Bruce. *Electronic Evidence*. Louisiana Series, 2010 ed.
Tegland, Karl B. *Electronic Copies as Evidence*. Washington Practice, Handbook Washington Evidence, (2010).

ثالثاً: القوانين والأنظمة

قانون الإجراءات الجنائية المصري.
 قانون العقوبات المصري.
 قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي.
 قانون الإجراءات الجزائية الإتحادي الإماراتي رقم (٣٥) لعام ١٩٩٢م.

حجازي، عبدالفتاح بيومي. الإثبات الجنائي في جرائم الكمبيوتر والإنترنت. القاهرة: دار الكتب القانونية، ٢٠٠٧م.
 حجازي، عبدالفتاح بيومي. الدليل الجنائي والتزوير في جرائم الكمبيوتر والإنترنت. د.ب: د.ن، ٢٠٠٩م.

حسني، محمود نجيب. شرح قانون الإجراءات الجنائية. ط٢. القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٨٨م.
 داود، حسن طاهر. جرائم نظم المعلومات. الرياض: جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ٢٠٠٠م.
 رستم، هشام فريد. الجوانب الإجرائية للجرائم المعلوماتية: دراسة مقارنة. أسيوط: مكتبة الآلات الحديثة، ١٩٩٤م.

الرومي، محمد أمين. المستند الإلكتروني. القاهرة: دار الكتب القانونية، ٢٠٠٨م.
 عبدالله، عبدالكريم عبدالله. جرائم المعلوماتية والإنترنت: الجرائم المعلوماتية. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٧م.
 عبدالمطلب، ممدوح عبد الحميد. «أدلة الصور الرقمية». ندوة المجتمع والأمن. الدورة الخامسة. كلية الملك فهد الأمنية، ١٤٢٨هـ.

فضل، سليمان أحمد. المواجهة التشريعية والأمنية للجرائم الناشئة عن استخدام شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت). القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٧م.

منصور، محمد حسين. الإثبات التقليدي والإلكتروني. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٩م.
 موسى، مصطفى محمد. التحقيق الجنائي في الجرائم الإلكترونية. القاهرة: د.ن، ٢٠٠٩م.

١٨/٣/٨هـ، والمرسوم الملكي رقم م/١٨

وتاريخ ٨/٣/١٤٢٨هـ.

رابعاً: الصحف

جريدة الشرق الأوسط، ٩ أكتوبر ٢٠٠٩م، العدد
١١٢٧٣. ص ٢٢.

جريدة الحياة، الأحد، ١٩ إبريل ٢٠٠٩م، العدد
١٦٨١٦.

جريدة الرياض، الرياض الاقتصادي، الخميس، ١٨
نوفمبر، ٢٠١٠م العدد ١٥٤٨٧. ص ٦.

خامساً: الإنترنت

[http:// new, bbc.co.uk/90/pr/Arabic/world- news/
newsadi.stm.](http://new.bbc.co.uk/90/pr/Arabic/world-news/newsadi.stm)

BBC Arabic News at [http:// news vote. bbc. Co. uk/
Arabic /business.](http://news.vote.bbc.Co.uk/Arabic/business)

قانون العقوبات الاتحادي الإماراتي.

قانون الإثبات الجنائي الإنجليزي لعام ١٩٨٤م.

نظام الإجراءات الجزائية السعودي الصادر بالمرسوم

الملكي رقم (م/٣٩) وتاريخ ٢٨/٧/١٤٢٢هـ
ونشر بجريدة أم القرى في العدد رقم (٣٨٦٧)

وتاريخ ١٧/٨/١٤٢٢هـ.

نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية السعودي الصادر

بقرار مجلس الوزراء رقم (٧٩) وتاريخ

٧/٣/١٤٢٨هـ، والمرسوم الملكي رقم م/١٧

وتاريخ ٨/٣/١٤٢٨هـ.

نظام التعاملات الإلكترونية السعودي، الصادر

بقرار مجلس الوزراء رقم (م/١٨) وتاريخ

Electronic Evidence in Information Crimes

Osama Ghanem Alobaidy (J.S.D)

Associate Professor of Law

Institute of Public Administration, Riyadh, Saudi Arabia

(Received 23/10/1432 H.; accepted for publication 21/2/1433 H.)

Abstract. With the proliferation of computers and related storage devices as well as the internet, so does the use of these devices in conducting criminal activities. Technology is employed by criminals as a means of communication, a tool for theft and extortion, and a repository to hide incriminating evidence of contraband materials. Computers and digital media are increasingly involved in unlawful activities. The computer may be contraband Fruits of the crime, a tool of the offense, or a storage container, holding evidence of the offense. Investigation of any criminal activity may produce electronic evidence. Computer and related evidence range from the mainframe computer to the Pocket- sized personal data assistant to the floppy diskette, CD, or the Smallest electronic chip device. It is important that investigators and judges recognize, protect, seize and search such devices in accordance with applicable laws, Policies and best practices and guidelines. This paper deals with electronic evidence in electronic crimes and difficulties encountered in Proving such crimes and how to deal with such crimes.

أعمال السيادة ومبدأ المشروعية وتطبيقاتها في المملكة «دراسة مقارنة»

الدين الجليلي بوزيد

أستاذ القانون العام المشارك كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة الملك سعود

(قدم للنشر في ١٣ / ١١ / ١٤٣٢هـ، وقبل للنشر في ٢٧ / ٤ / ١٤٣٣هـ)

ملخص البحث. البحث يتناول أحد أكثر الموضوعات مثارا للجدل وهي نظرية أعمال السيادة وتطبيقاتها في المملكة. وقد توزع موضوع البحث على أربعة مباحث تناولت في المبحث الأول تعريف أعمال السيادة ومعياريها والإشكالية التي واجهت الفقه والقضاء في الاتفاق على تعريف موحد أو معيار يمكن أن يسعف القاضي في ضبط العمل السيادي. وفي المبحث الثاني تعرضت لموقف الفقه والقضاء المقارن من النظرية وركزت على موقف ديوان المظالم، حسب نص المادة ١٤ من نظامه الجديد، ومن خلال بعض القضايا التي عرضت عليه. والمبحث الثالث خصصته لمناقشة مدى إمكانية التعويض عن أعمال السيادة، والذي انتهت إليه أنه لا مانع من إقرار التعويض، وهو مبدأ لا يتنافى مع الشريعة، بشرط تعديل المادة ١٤ من نظام الديوان، التي تحول دون ذلك بصيغتها الحالية. وفي المبحث الرابع قيمت النظرية وانتهت إلى أنها نظرية تجدها في أنظمة السلطة القضائية في كافة الدول بما فيها المملكة وهي نظرية تقتضيها وظيفة الحكم في حدود يرسمها القضاء.

مقدمة

من اختصاص القضاء، شكل في نظر البعض خرقا لهذا المبدأ وانتهاكا لمبادئ أساسية، ورد النص عليها في كل الدساتير، كالحق في اللجوء إلى القاضي، بل ذهب البعض إلى حد القول بعدم دستورية القوانين التي تحصن بعض أعمال السلطة التنفيذية وطالبوا بإلغائها، ورغم الأساس القانوني (التشريعي) الذي أصبح يسند هذه النظرية في كثير من القوانين، وتطبيقاتها القضائية، إلا أنها لا زالت في نظر الكثير وصمة عار في جبين المشروعية.

لقد اعتبر مبدأ المشروعية أو خضوع السلطة العامة (الإدارة) والأفراد للقانون، من أهم المبادئ التي وضعت حدا للاستبداد وتجاوزات الإدارة، وعلو حكم القانون ورفع شعار «القانون فوق الجميع». ونظرا لكون السلطة التنفيذية أكثر السلطات احتكاكا بالحقوق والحريات الفردية، انصب مبدأ المشروعية في الأساس على خضوع أعمال هذه السلطة للقانون، غير أن تحصين بعض أعمال السلطة التنفيذية وإخراجها

خروجاً على مبدأ المشروعية، وتعطيلاً للمبدأ الدستوري القاضي بالحق في اللجوء إلى القضاء، وفي المقابل هناك من يقر بوجود النظرية ويدعو إلى وضع ضوابط لوصف العمل بالسيادي للحد من إساءة استعماله، ثم ظهرت إشكالية أخرى تتعلق بمعيار أعمال السيادة. وقد انصب البحث على معالجة هذه الإشكاليات على ضوء التطبيقات القضائية في المملكة والتطبيقات المقارنة. ثم تعرض البحث لدراسة مدى إمكانية التعويض عن أعمال السيادة وهل هناك مبادئ من الشريعة والقانونية تدعم هذا التوجه في الفقه المعاصر.

أهداف الدراسة

تتمثل أهداف الدراسة فيما يلي:

- ١- تحديد مفهوم العمل السيادي وضوابطه.
- ٢- التعرض بالدراسة والنقد لأهم المعايير التي قيل بها لتمييز أعمال السيادة عن أعمال السلطة التنفيذية الأخرى.
- ٣- التعرض لتطبيقات قضاء ديوان المظالم لنظرية أعمال السيادة والمعيار الذي اعتمده القضاء السعودي.
- ٤- دراسة مدى إمكانية التعويض عن أعمال السيادة وتحديد الأساس الشرعي والقانوني.

منهجية الدراسة

تعتمد هذه الدراسة على الأسلوب التحليلي والنقدي، وذلك باستعراض النظريات والمبادئ القانونية، والتطبيقات القضائية وتحليلها ونقدها.

خطة البحث

قسمت البحث إلى أربعة مباحث تناولت في المبحث الأول تعريف أعمال السيادة ومعيارها وفي المبحث الثاني تعرضت لموقف الفقه والقضاء المقارن من النظرية والمبحث الثالث خصصته لمناقشة مدى إمكانية

وفي المقابل يرى البعض الآخر أن نظرية أعمال السيادة لا تتعارض مع مبدأ دولة القانون، وهي حقيقة يقتضيها مبدأ الفصل بين السياسة والقضاء، فهي ليست خروجاً على مبدأ المشروعية بقدر ما هي مرونة فيه تحفظ للحاكم مكانته في مواجهة سلطة القاضي، وتعطي شرعية لتصرفاته، ذلك أن الحاكم لا بد أن يتمتع بنوع من الحرية في اتخاذ ما يلزم من قرارات باعتباره حاكماً، وفي هذا الاتجاه يرى البعض أنه لا تعارض بين الشريعة ونظرية أعمال السيادة. وعلى العموم لا زالت، نظرية أعمال السيادة أو أعمال الحكومة من أكثر موضوعات القانون الإداري مثاراً للجدل والخلاف، وحتى مع التسليم بوجودها لم يفلح القضاء الإداري في مسيرته الطويلة في إيجاد معيار موحد لهذه الطائفة من أعمال السلطة التنفيذية التي أخرجت من اختصاص القضاء بنوعه الإلغاء والتعويض، بموجب نصوص قانونية. وفي توسع مثير لتطبيقات هذه النظرية تم توظيفها لإخراج بعض القوانين من رقابة القضاء الدستوري (المحكمة الدستورية)، رغم عدم وجود النص على تحصين بعض القوانين من الرقابة الدستورية، بعكس أعمال الحكومة التي تجد سنداً في كثير من القوانين المنظمة لأعمال السلطة القضائية.

وفي ظل هذا التباين في الآراء ارتأيت الخوض في الموضوع محاولاً البحث في حقيقة هذه النظرية وبيان موقف الفقه والقضاء المقارن من النظرية وتطبيقاتها في النظام السعودي وقضاء ديوان المظالم.

أهمية الدراسة

تتجلى أهمية الدراسة في أنها تتناول موضوعاً محل جدل وتباين في الآراء الفقهية والتطبيقات القضائية، وهو نظرية أعمال السيادة، فهناك من يرفض النظرية ويعتبرها

تبنته المحكمة الأمريكية العليا في تبرير استبعاد بعض أعمال الحكومة من رقابتها، والحقيقة أن الطابع السياسي للعمل الحكومي هو الذي شكل المعيار الأول بين معايير تمييز أعمال الحكومة كما سنرى لاحقاً في ثنايا هذا البحث (حافظ، ١٩٨٣).

كما ينبغي التمييز بين الأعمال الحكومية Actes de gouvernement وأعمال الحكومة Actes de gouvernement، فالأعمال الحكومية أشمل من أعمال الحكومة، فأعمال الحكومة جزء من الأعمال الحكومية، والمعنى الصحيح هي أعمال الحكم (actes de gouverner). والحقيقة أن الإشكالية ليست في تعريف أعمال الحكومة وإنما في تحديد معيارها أو حصرها لذا ذهبت التعريفات في ذلك مذاهب شتى كل يحاول أن يعكس تعريفه حقيقة النظرية، وفيما يلي بعض التعريفات (Carpentier, 2006).

١- هو العمل الذي تباشره الحكومة - بمقتضى سلطتها العليا في سبيل تنظيم القضاء والإدارة والنظام السياسي والدفاع عن كيان الدولة وسلامتها في الداخل والخارج، (المليجي، دون سنة طبع).

٢- أعمال الحكومة هي العمل الذي يتصل بالسيادة العليا للدولة والإجراءات التي تتخذها الحكومة بما لها من سلطات الحكم للمحافظة على سيادة الدولة وكيانها في الداخل والخارج^(٢).

٣- هي الأعمال التي تباشرها سلطة الحكم في الدولة من أجل الحفاظ على كيان الدولة واستقلالها (ساير داير، ١٩٧٥).

التعويض عن أعمال السيادة وفي المبحث الرابع قيمت النظرية ثم خاتمة بينت فيها نتائج الدراسة.

المبحث الأول: تعريف أعمال الحكومة

قبل أن نتعرض للتعريفات نرى ضرورة رفع الالتباس في التسمية، فالبعض يسميها أعمال السيادة والبعض الأخر يسميها أعمال الحكومة، جاء في المادة الرابعة عشر من نظام ديوان المظالم عبارة أعمال السيادة، والحقيقة أن هناك التباس وقع في الترجمة من الفرنسية إلى العربية فالكلمة في أصلها الفرنسي Actes de gouvernement والترجمة الحرفية لها هي أعمال الحكومة وليس أعمال السيادة، فأعمال السيادة هي من موضوعات القانون الدستوري والدولي، وهي حسب الفقيه بودان سلطة عليا على المواطنين والرعايا لا يحدها القانون (الصاوي، ١٤١٢هـ) والسيادة بهذا المعنى هي للشيعة الإسلامية في المملكة حسب النظام الأساسي للحكم «يستمد الحكم في المملكة العربية السعودية من كتاب الله وسنة رسوله. وهما الحكمان على هذا النظام وجميع أنظمة الدولة» المادة السابعة وبالتالي فالصحيح هو أعمال الحكومة وأساس ذلك أنها، طائفة من أعمال السلطة التنفيذية تحديداً، تخرج عن رقابة القضاء، فهي لا تعني سوى السلطة التنفيذية. وحتى الاشتقاق اللغوي بعيد عن المعنى اللغوي، فالسيادة مصدرها في اللغة العربية^(١) ساد أو ساد على أو ساد في، وهي تعني الهيمنة والغلبة أو السيطرة، وليس هذا هو المقصود بالمعنى الاصطلاحي لأعمال الحكومة. كما أطلق على هذه الطائفة من أعمال السلطة التنفيذية «الأعمال السياسية»، وهذا المصطلح الأخير

(٢) المحكمة الدستورية العليا، في القضية رقم ٤٨ لسنة ٤ ق وتاريخ ٢١/١/١٩٩٤ م، المجموعة ص ٦٦٩.

(١) ابن منظور، لسان العرب.

ثالثاً: المقصود بالسلطة التنفيذية الأجهزة التنفيذية وعلى رأسها رئيس الدولة (الملك) والحكومة (مجلس الوزراء) والوزراء ومن في حكمهم (رئيس الدائرة المستقلة في النظام السعودي). ولا يمكن وصف العمل بأنه من أعمال الحكومة إذا كان صادراً من من هو أقل من الوزير، والسبب أن لفظ الحكومة لا يشمل ما دون الوزير، في مفهوم القانون الدستوري. والقاعدة أن كل ما تدرجنا من رئيس الدولة إلى أدنى تضييق دائرة أعمال الحكومة وتكاد تنحصر في أعمال رئيس الدولة ومجلس الوزراء.

رابعاً: رقابة القضاء: الحصانة من رقابة القضاء حصانة شاملة تشمل رقابة الإلغاء والتعويض وتقدير المشروعية والتفسير، ولا يمكن للقضاء أن يختص بأي وجه من الرقابة. وقد أكد ديوان المظالم على هذا المبدأ بقوله في أحد الأحكام «من غير الجائز نظاماً للديوان النظر في طلبات التعويض عن أعمال السيادة باعتبار أنه غير مختص بالنظر في أصل النزاع، فمن ثم وتبعاً لذلك لا يكون مختصاً بما يتفرع عن هذا الأصل وهي طلبات التعويض عن هذه الأعمال»^(٥).

خامساً: وبما أننا بصدد قرارات إدارية فلا وجه للكلام عن الرقابة الدستورية، فهي لا تنعقد سوى بصدد القوانين، ولا تعارض بين أعمال الحكومة والرقابة على دستورية القوانين، رغم أن بعض التطبيقات الحديثة سحبت نظرية أعمال الحكومة (السيادة) على القوانين لتخرجها من رقابة القضاء الدستوري^(٦).

٤- وعرفها البعض بأنها الأعمال الصادرة من السلطة التنفيذية المحصنة من رقابة القضاء^(٣). والحقيقة أن كل التعريفات تدور حول حقيقة واحدة، وهي أن أعمال الحكومة طائفة من أعمال السلطة التنفيذية تخرج من اختصاص القضاء، لكنها اختلفت في إسناد إخراجها من سلطة القضاء. والتعريف الذي نراه، ويضمن الحد المتفق عليه، هو أن أعمال الحكومة هي طائفة من أعمال السلطة التنفيذية لا تخضع، بطبيعتها، لرقابة القضاء (إلغاء وتعويضاً)^(٤).

وما يمكننا استنتاجه من التعريفات السابقة ما يلي: أولاً: أن أعمال الحكومة (السيادة) لا تخرج عن أعمال السلطة التنفيذية، فهي لا تشمل أعمال السلطتين القضائية والتشريعية، كما لا تشمل الأعمال التشريعية الصادرة من السلطة التنفيذية في حدود اختصاصاتها الدستورية (Olivier, 1994). ولا ينبغي الخلط بينها وبين أعمال السيادة التي تصدر باسم الدولة من سلطاتها الثلاث وهي سلطة الدولة في إصدار القوانين (الأنظمة) والفصل في المنازعات المتعلقة بتطبيقها، كما أنها لا تشمل ما يصدر من السلطة التنفيذية بتفويض من السلطة التشريعية (اللوائح التفويضية) (العجمي، ١٩٩٧).

ثانياً: ليست كل أعمال السلطة التنفيذية تتمتع بهذه الحصانة، بل جزء قليل منها، وقد حاول الفقه والقضاء وضع معيار للتمييز بين طائفة الأعمال المحصنة وتلك التي يمكن الطعن فيها أمام القضاء.

(٥) حكم ديوان المظالم رقم ٢٧٤/ت/١ لعام ١٤١٧ في القضية رقم ١/٨٠٩/١ ق لعام ١٤١٥.

(٦) «لا تعارض بين الرقابة على دستورية القوانين وأعمال =

(٣) Certains actes pris par des autorités administratives bénéficient d'une immunité absolue

(٤) Ils échappent à tout contrôle juridictionnel. CE. 23 (٤) 1995/septembre 1992, GISTI et MRAP; Ass. 29/9

ولكن الجدل حول النظرية لم ينته وانتقل إلى البحث في مدى دستورية النصوص التي أقرت حصانة بعض أعمال السلطة التنفيذية، وحتى مع التسليم بوجودها بقيت إشكالية وضع معيار لها يهتدي به القاضي لتحديد اختصاصه.

المبحث الثاني: نشأة نظرية أعمال الحكومة (السيادة) ومعيارها

أعمال الحكومة بنيت على موقف سياسي اتخذه القضاء الفرنسي (مجلس الدولة) تاريخياً وهي ليست نظرية قانونية في أساسها، وكل محاولات البحث عن معيار لهذه الطائفة من أعمال السلطة التنفيذية كان هدفها إيجاد تبرير قانوني لموقف سياسي (Michel, 1952)، وحسب البعض (Houriou, 1895) من غير المجدي البحث عن تبرير قانوني، فاعتراف القاضي يرجع إلى اعتبار عملي وسياسي، بل أبعد من ذلك أن النظرية أحد الإشكاليات التي واجهت مبدأ الفصل السلطات، وهذا ما يبرر فشل كل المعايير التي حاولت تبرير هذه النظرية (واصل، ٢٠٠٦)، وعلى حد قول ديلو بادير «إن ميدان أعمال السيادة يتسم بالمرور من التعريف العقلي إلى المفهوم التجريبي، والذي لم يسلم بدوره من التضييق الدائم. أو هي أعمال بطبيعتها يمكن النظر فيها من قبل القاضي وهي ليست كذلك استثناء». (de laubadere, 1988 De) وقبل استعراض المعايير ومناقشتها نعرض للنشأة التاريخية للنظرية في القانون الفرنسي.

المطلب الأول: النشأة التاريخية لنظرية أعمال الحكومة

عمد رجال الثورة الفرنسيين إلى تطويع مبدأ المشروعية ففسروه تفسيراً خاصاً وخاطبوا بهدف إبعاد القضاء أو البرلمانات التي كانت في نظرهم تمثل عائقاً

سادساً: الأعمال المقصودة هي الأعمال القانونية أي القرارات الصادرة من السلطة التنفيذية (الأمر الملكي، الأمر السامي)، ولا تشمل الأعمال المادية، فهي تعبير عن إرادة السلطة بهدف إحداث تغيير في المراكز القانونية (Devolve, 1983)، كما لا تشمل العقود التي تكون الإدارة العامة طرفاً فيها (الدغثير، ١٩٩٠).

سابعاً: مراعاة الظروف الذي صدر فيها العمل، قد يوصف العمل في ظروف (سياسية) ما بأنه من أعمال الحكومة بينما قد تزول عنه هذه الصفة في ظروف أخرى وعلى حسب قول محكمة القضاء الإداري في مصر «لم يتيسر وضع تعريف حاسم أو وصف دقيق لأعمال السيادة إذ أن ما يعتبر عملاً إدارياً عادياً قد يرقى في ظروف وملاسات سياسية في دولة ما إلى مرتبة أعمال السيادة، وقد يهبط في ظروف إلى مستوى الأعمال الإدارية». ويضطلع القاضي بمهمة إعطاء التكييف المناسب للعمل.

ثامناً: أعمال الحكومة تختلف من حيث طبيعتها عن أعمال الإدارة، فأعمال الحكومة هي أعمال تصدر من الحاكم فيما يضطلع به من سلطة الحكم، ولا يمكن أن تخضع لرقابة القاضي حتى لا يتحول القاضي إلى حاكم فعلي.

الحقيقة أن نظرية أعمال الحكومة تجاوزت مرحلة الاعتراف بها وأصبح لها سند في قوانين السلطة القضائية في كثير من دول العالم وفي نظام ديوان المظالم،

= السيادة - ولا تلازم بينها - أساس ذلك أن الرقابة على دستورية القوانين تهدف إلى إعلاء كلمة الدستور باعتباره أعلى القواعد القانونية بينما أعمال السيادة هي نوع من الأعمال تخرج من رقابة القضاء لاعتبارات سياسية ورقابة القضاء عليها لا تتفق وطبيعة ولاية السلطة القضائية». المحكمة الإدارية بمصر حكم رقم ١٠٣٠ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٢/١٢/١٩٨٧.

بأنها ثغرة في بناء دولة القانون، التي هي هدف الدولة الديمقراطية (Chevalier, 2003)^(٧).

المطلب الثاني: معيار أعمال السيادة

لقد قيل بعدة معايير أهمها معيار الباعث السياسي ومعيار طبيعة العمل ومعيار القائمة القضائية، والمشكلة التي واجهت هذه المعايير هو تمييز أعمال الحكومة عن باقي أعمال السلطة التنفيذية، ولما كان مصدر الأعمال جهة واحدة كان لا بد من البحث عن معيار موضوعي يفرز طائفة أعمال الحكومة عن باقي أعمال السلطة التنفيذية، إذ لا جدوى من المعيار الشكلي أو العضوي (حافظ، ١٩٨٣).

أولاً: معيار الباعث السياسي

يعتبر هذا المعيار أول ما ظهر في أحكام مجلس الدولة الفرنسي في الفترة ما بين ١٨٦٧ و ١٨٩٢ ومضمون المعيار أن العمل يعتبر من أعمال الحكومة متى كان الباعث على إصداره تحقيق مقصد سياسي هدفه حماية الحكومة من أعدائها في الداخل والخارج. وقد تكرر استعماله في أحكام مجلس الدولة ابتداء من ١٨٢٢^(٨).

(٧) Immunité juridictionnelle accordée aux actes de gouvernement apparaît donc comme une faille dans la construction d'un Etat de droit pose en objectif de l'Etat démocratique.

(٨) من أشهر هذه القضايا مطالبة السيد Jacques Laffitte بدفع مؤخرات ريع حصل عليها من الأميرة Borghese أخت نابليون الأول وكان تبرير المجلس أن طلب السيد لافيت يتعلق بمسألة سياسية يرجع الفصل فيها حصرياً للحكومة.

«la réclamation du sieur Laffitte tient à une question politique dont la décision appartient exclusivement au Gouvernement». C.E.1 MAI 1822 ; Laffitte. Rec.1821-1825.p.202

وفي قضية أخرى أكد مجلس الدولة الفرنسي على معيار الباعث السياسي بقوله "des actes politiques qui ne sont pas de nature à être déferés pour excès de pouvoir en notre Conseil d'Etat par la voie contentieuse C.E.9 mai 1867. Duc d'Aumale et Michel Levy. Leeb.p472

أمام الإصلاحات التي يريدون إدخالها، فاعتبروا تعرض القضاء للفصل في المنازعات التي تنشأ بين الإدارة والإفراد تدخلاً في شؤون الإدارة (Blancpain, 1979) خلافاً لما يقضي به مبدأ فصل السلطات، حيث تختص كل سلطة بالعمل الذي خصها به الدستور، ولا تتدخل في شؤون السلطة الأخرى، ولم يكن القضاء قادراً على مواجهة الإدارة (رجال الثورة) فسلم بهذا التفسير، الخاطيء وأصبح القضاء يحكم بعدم الاختصاص إذا ما عرضت عليه منازعة الإدارة طرفاً فيها، وظهرت في مرحلة أولى نظرية الإدارة القاضية وفي مرحلة لاحقة أنشئ مجلس الدولة كمستشار للإدارة، ولكن بعد عودة الملكية إلى فرنسا سنة ١٨١٤ اعتبر مجلس الدولة من مخلفات النظام البائد وعملوا على التخلص منه أو تقليص اختصاصاته خاصة في مواجهة الإدارة القاضية، فتنبه مجلس الدولة لما يحاك ضده وانتهج سياسة مرنة اتجاه الإدارة للإبقاء على نفسه وقبل بإخراج طائفة من أعمال السلطة من اختصاصه تحت مسمى أعمال الحكومة. وباتتقال مجلس الدولة إلى مرحلة القضاء المفوض سنة ١٨٧٢ استقرت نظرية أعمال الحكومة. ولأن هذه النظرية جاءت تحت ظرف سياسي لم يضع لها المجلس نفسه معياراً وإنما ترك الأمر للقاضي نفسه ليتكيف مع السياسة، وهي النظرية التي كانت، (Rivero, 1951) ولا زالت، محط اختلاف دائم بين الفقه والقضاء الفرنسيين، خاصة أن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان لم تدن النظرية بل على العكس انتهجت سياسة مرنة في المسائل التي ترى فيها بعض الدول الأعضاء حساسية معينة تتعلق بالسيادة (ABRAHAM, 1990). ولم تفلح كل المحاولات التي حاولت تبرير أعمال الحكومة قانونياً الأمر الذي أدى إلى وصفها من بعض الفقه

شيء من الحاكم لمصلحة يراها وإن لم يرد بهذا دليل جزئي»^(١٠).

وجهت انتقادات شديدة لهذا المعيار لأنه لا يضع ضابطاً محدداً يمكن القاضي من تحديد العمل الحكومي، بل يجعل ذلك في يد السلطة التنفيذية التي تستطيع أن تخرج بعض الأعمال من رقابة القضاء بدعوى الباعث السياسي^(١١).

والحقيقة أن هذا النقد لا ينال من هذا المعيار لما يلي: إن الذي ينتهي إليه أمر تكييف التصرف هل هو من أعمال الحكومة أم لا هو القاضي وليس السلطة التنفيذية، فلا خوف من ادعاء الحكومة فهو من حيث المبدأ لا يلزم القاضي ويمكن للقاضي أن يرفض ادعاء الحكومة وهذا ما حصل بالفعل في قضية مشهورة عرضت على مجلس الدولة الفرنسي رفض فيها ادعاء ممثل الحكومة حيث دفع بالباعث السياسي^(١٢). كما أكد ديوان المظالم هذا المبدأ بقوله «إن القضاء هو الجهة المختصة في تقرير الوصف النظامي للعمل المطروح عليه هل هو عمل إداري من أعمال الحكومة يختص بنظره باعتباره من

والحقيقة أن هذا المعيار ظهر في سياق تاريخي معين حيث كان مجلس الدولة لا زال متأثراً بفكرة القضاء المحجوز، حيث كانت أحكامه خاضعة لتصديق رئيس السلطة التنفيذية، وبعد أن تحول إلى قضاء مفوض كان لا بد أن يساير الحكومة ولا يتعرض لقراراتها (السياسية) فابتدع معيار الباعث السياسي (Serrand, 1996).

وفي تطور لاحق حور مجلس الدولة المعيار بحيث أصبحت أعمال الحكومة هي الأعمال السياسية بالنظر إلى المجال الذي اتخذت فيه وقصرها على الأعمال بين السلطات العامة، وكان لا فريير^(٩) من أكبر المدافعين عن الاتجاه حيث ذهب إلى القول بأن السلطة التنفيذية تتولى في الواقع وظيفتين أساسيتين هما الحكم والإدارة وبناء على ذلك فإن ما تصدره من قرارات وما تتخذه من إجراءات قد تقوم بها باعتبارها حكومة، وقد يصدر منها بوصفها إدارة، والطائفة الأولى من الأعمال يغلب عليها الطابع السياسي، ومن ثم تخرج من رقابة القضاء وتخضع لرقابة الهيئات السياسية، وهي المجالس النيابية، فالمبادئ العامة للقانون وطبيعة الأشياء تقضي بضرورة التمييز بين العمل الحكومي والعمل الإداري.

ودعمت هذه النظرية نظرية أخرى سادت في الفقه الفرنسي، وهي نظرية أو مبدأ الضرورة السياسية (Raison d'Etat) والتي تقضي بضرورة احترام سياسة الحاكم وعدم التعرض للقرارات التي يتخذها لحماية الأمة، فقد تقتضي المصلحة العليا التضحية بالقانون ومبدأ المشروعية في حدود معينة. ومن هذا المعنى يقترب تعريف ابن نجيم للسياسة الشرعية بأنها «فعل

(١٠) ابن نجيم، البحر الرائق، شرح كتر الدقائي، ص ١١/٥

(١١) «Desormais, les actes de gouvernement sont uniquement les actes politiques en raison des matieres dans lesquelles ils sont accomplis»
Conseil d'Etat .ass.72008/11/ Comite national des interprofessions des vins (appellation d'origine).

(١٢) هي قضية الأمير نابليون بمناسبة دعوى رفعت ضد قرار وزير الحرب بحرمان الأمير نابليون من درجة جنرال مقاطعة (General de Division) ودفع الوزير بأن القرار الباعث عليه سياسي غير أن مجلس الدولة رفض هذا الدفع وتصدى لموضوع الدعوى.

C.E.19 Fevrier 1875 .Prince Napoleon.Rec.p155

ونفس الموقف اتخذته المجلس في قضية:

Duc d'Aumale et Prince Murat .Srey.1889 3p.19

(٩) P.Serrand .bacte de gouvernement .contribution a la theorie des fonctions juridiques de l'Etat.Th.Parie2 1996.

وهناك من يرى أن أعمال الحكومة هي الأعمال التي تندرج تحت مفهوم الدستور أو الاختصاصات التي تقوم بها الحكومة تنفيذاً للدستور، وهي ما يتعلق بتنظيم وسير السلطات العامة والإجراءات المرتبطة بالأمن الخارجي والداخلي وعلاقة الدولة بغيرها من الدول. أما الوظيفة الإدارية فهي التطبيق اليومي للأنظمة واللوائح وما يتصل بعلاقة الأفراد بعضهم البعض.

هذا المعيار هو الآخر ينقصه الوضوح، فهو محل المشكلة بمشكلة أخرى أكثر تعقيداً، فمجلس الوزراء في المملكة مثلاً يصدر قرارات إدارية باعتباره جهة تنفيذية وأيضاً يمارس وظيفة الحكومة بلا منازع، نهيك عن سلطاته التنظيمية (التشريعية) وعليه يصعب التمييز بين ما يعتبر منها من قبيل أعمال الحكومة وما هو من أعمال الإدارة، كما أنه من الصعب التمييز بين ما يعتبر تنفيذاً لنصوص دستورية، وخاصة في مجال الحريات الفردية، وما لا يعتبر كذلك، بل أن مجلس الوزراء يصدر قرارات لها وظيفة النظام تعرف في المملكة بمسمى التنظيم.

ثالثاً: معيار القائمة القضائية

لم تفلح المعايير السابقة في تمييز أعمال الحكومة، ففضل البعض استقراء أحكام القضاء، وخاصة مجلس الدولة الفرنسي ومحكمة التنازع، ووضعوا بذلك قائمة اعتبرت من أعمال الحكومة وهي تمثل الحد الأدنى المتفق عليه، وتتبع أعمال القضاء نجد أنها شملت ثلاثة محاور أساسية وهي:

١- العلاقة بين السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية (البرلمان) من أهمها قرارات السلطة التنفيذية التي تساهم بها في العملية التشريعية (التنظيمية) كتقديم

القرارات الإدارية التي يختص بنظرها وفقاً لأحكام المادة الثامنة من نظامه أو عملاً من أعمال السيادة يمتنع عليه النظر فيه وفقاً لأحكام المادة التاسعة من نظامه...»^(١٣).

هذا المعيار جاء في سياق البحث عن معيار للتمييز بين أعمال الحكومة والأعمال الإدارية الأخرى القابلة للطعن أمام القضاء، فهو محاولة لتسهيل مهمة القاضي. ولكن المشكلة الحقيقية التي واجهت هذا المعيار وإصابته في الصميم هي إشكالية التمييز أو تحديد الباعث السياسي، فالسلطة التنفيذية تمارس وظيفة الإدارة والحكومة والباعث أو النية لا يمكن التعويل عليها في تحديد طبيعة العمل، فضلاً عن عدم إمكانية كشفه وتحديد موضوعياً.

ثانياً: المعيار الموضوعي

كان هذا المعيار محاولة لتجاوز النقد الذي وجه لمعيار الباعث السياسي بتركيزه على موضوع العمل، وليس الباعث عليه، وفرق بين الموظفتين الحكومية والإدارية، واعتبر من أعمال الحكومة كل الأعمال التي تصدر من السلطة التنفيذية باعتبارها حكومة غير أن مسألة تحديد طبيعة الوظيفة الحكومية لم تكن واضحة وكانت هناك محاولات لتحديد طبيعة هذه الأعمال منها ما قال به العميد هوريو الذي يرى بأن «يحكم يعني صلاحيات اتخاذ الإجراءات أو القرارات المهمة في المجالات الرئيسية في الدولة»^(١٤) وأن وظيفة الحكم تعني حسب هوريو حل المشاكل الاستثنائية التي تهم الوحدة السياسية والصهر على المصالح العليا للأمة.

(١٣) الحكم رقم ٣٠/ت/٣ لعام ١٤٠٧

(١٤) «Gouverner consiste a prendre les grandes mesures dans les domaines essentiels»

واللجوء إلى القضاء الدولي والتفاوض في بعض القضايا الدولية وجميع ما يصدر من ممثلي الدولة المعتمدين بصفتهم الرسمية.^(١٧) ومن أحدث هذه القضايا في القضاء الفرنسي الدعوى التي رفعتها الجمعية المعارضة للحرب في العراق (Comite contre la guerre en Irak)، والتي طالبت فيها بإلغاء قرار وزير الدفاع المبلغ من وزير الخارجية، الذي يسمح للقوات الجوية الأمريكية البريطانية باستعمال المجال الجوي الفرنسي للعبور إلى ساحة العمليات، وادعت الجمعية أن القرار معيب بتجاوز للسلطة (exces de pouvoir). غير أن مجلس الدولة حكم بعدم الاختصاص لأن القرار متعلق بإدارة^(١٨) العلاقات الدولية لفرنسا، وهو بذلك من أعمال السيادة التي لا تقبل الطعن أمام المجلس^(١٩).

كما اعتبر من أعمال الحكومة الأعمال الصادرة من الهيئات الدبلوماسية في حماية رعايا الدولة في الخارج^(٢٠) وكذا آثار الحرب.

٣- التدابير الخاصة بسلامة الدولة وأمنها الداخلي والخارجي، فكل الأعمال التي تلزم للمحافظة على كيان الأمة وأمنها يجب إخراجها من اختصاص القضاء، من ذلك إعلان الأحكام العرفية وإعلان حالة الطوارئ، وقد ورد النص على ذلك في المواد ٦١، ٦٠،

مشروع قانون للبرلمان أو الامتناع عن تقديمه^(٥) كما تشمل هذه الطائفة قرارات التصديق على القانون أو الامتناع، وكذلك كل الصلاحيات التي لرئيس الدولة في مواجهة السلطة التشريعية^(٦) بموجب الصلاحيات الدستورية كحل البرلمان وتعيين الحكومة وحلها (المواد ٥٧ و ٥٨ من النظام الأساسي للحكم).

٢- الأعمال المتصلة بالشؤون الخارجية: تشمل هذه الطائفة أكثر أعمال الحكومة لاتصالها بمجال يهيمن عليه مبدأ سيادة الدولة، والذي يعني عدم خضوع الدولة في إدارة علاقتها الخارجية لأية سلطة أخرى بما فيه القضاء الوطني من أهم هذه الأعمال الاتفاقيات الدولية من تصديق وانضمام وانسحاب وقطع العلاقات الدبلوماسية وإعلان الحرب والانضمام إلى الأحلاف العسكرية،

(١٥) في قضية عرضت على مجلس الدولة عرفت بقضية تالغران (Tallagrand) طلب فيها المدعي التعويض عن نزع ملكية مدرسته من طرف الحكومة الجزائرية بعد الاستقلال، وكان هناك قانون يقضي بأنه سيصدر لاحقا قانون يحدد كيفية التعويض ومقداره، غير أن الحكومة الفرنسية لم تقدم للبرلمان مثل هذا القانون مما دفع بالشخص إلى رفع دعوى أمام مجلس الدولة طالبا بإلغاء قرار الحكومة السليبي بعد تقديم مشروع القانون، فرفض المجلس الدعوى على أساس أن القرار (السليبي) يدخل في علاقة الحكومة بالبرلمان وهو من أعمال الحكومة. Conseil d'Etat. novembre 1968. Tallagrand. Rec.p.607

(١٦) من ذلك أيضا في القائمة الفرنسية:

- قرار رئيس الجمهورية بدعوة لانعقاد أو إغلاق الدورة البرلمانية في الدورات الاستثنائية.
- مبادرة الحكومة باقتراح القوانين
- سلوك أعضاء الحكومة في مناقشة البرلمان
- تعيين أعضاء المجلس الدستوري
- قرار رئيس الجمهورية بإحالة مشروع قانون على الاستفتاء
- قرار الرئيس وفقا لأحكام المادة ١٦ من الدستور.

(١٧) C.E. Ass.72008/11/.Comite national des interprofessions des vins a appellation d'origine.

(١٨) Tribunal Supreme, chambre de contentieux administratif, session pleniere, 4Avril 1997 (declassification du CESID).

(١٩) C.E.30 decembre 2003

(٢٠) «Ces questions se rattachent a l'exercice du pouvoir du Gouvernement dans les relations internationales ;ils ne peuvent pas etre atakes devant le Conseil.» Conseil d'Etat 12 fevrier1976 Dupuy.Rec.p.47

وليس موضوعات. وهي في الحقيقة تشكل الحد الأدنى المتفق عليه.

رابعاً: معيار الاختصاص: يرى أصحاب هذا المعيار أن مسألة الاختصاص كفيلة بتحديد مجال أعمال الحكومة، حيث يخرج من اختصاص القضاء المسائل المتعلقة بالسلطة التشريعية وأعمال المتعلقة بالعلاقات الدولية، وهذا هو مجال أعمال الحكومة، فالقانون المطبق على هذه الأعمال يختلف عن القانون الذي تخضع له أعمال السلطة التنفيذية العادية (القانون الإداري)، فالعلاقة بين السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية يحكمها القانون الدستوري وهذه ليست من اختصاص القضاء، كما علاقة السلطة التنفيذية بالسلطة الأجنبية تخضع للقانون الدولي العام وهو ليس قانون وطني. وعليه فإن القضاء الوطني (القضاء الإداري) غير معني بأعمال السيادة بسبب الاختصاص. وقد قال بهذا المعيار مفوض الحكومة أمام مجلس الدولة الفرنسي (سيليه) بمناسبة عرضه لتقريره في أحد القضايا أمام مجلس الدولة الفرنسي^(٢٣).

نقد المعيار:

رغم أن هذا المعيار حاول حل الإشكالية على أساس الاختصاص، لكنه لم يستطع تفسير تحصيل أعمال معينة من أعمال السلطة التنفيذية دون غيرها من أعمال نفس السلطة، فارتباط التصرف بعلاقة معينة ليس كافياً لتبرير هذه الحصانة. بل أن بعض الأعمال ذات العلاقة بهذه الأعمال اعتبرت من الأعمال التنفيذية العادية كتفسير الاتفاقيات الدولية وقواعد تنفيذها وفق قاعدة الأعمال القابلة للانفصال.

٦٢ من النظام الأساسي للحكم في المملكة^(٢١). وتبرير تحصيل هذه الإجراءات أنها تتعلق بمصالح عليا وتتطلب السرية ولا يمكن أن يطلع عليها القضاء. من ذلك ما أقرته المحكمة العليا الاسبانية (قسم المنازعات الادارية) حيث رفضت المحكمة طلب إلغاء قرار مجلس الوزراء الذي رفض إعادة تصنيف بعض الوثائق التي اعتبرت سرية، بناء على طلب قاضي في إطار التحقيق في قضايا جنائية. وعللت المحكمة ردها بأن إعادة تصنيف هي من صميم اختصاص الوظيفة السياسية التي أسندها الدستور إلى الحكومة باعتبار الأمر له علاقة بالأمن والدفاع عن الدولة^(٢٢).

نقد المعيار:

١- القائمة القضائية غير مستقرة وغير شاملة، بمعنى أن القاضي هو الذي يحدد طبيعة العمل كل مرة يعرض عليه، وقد ثبت أن كثيراً من الأعمال التي اعتبرت من أعمال الحكومة تراجع عنها القضاء في مناسبة أخرى، وأدرج أخرى لم تكن لها هذا الوصف، ونعتقد أن هذا شيء طبيعي ولكن من يضمن حياد القاضي وعدم انزلاقه نحو السياسة وعرقلة الحكومة؟

٢- القائمة طويلة فهي تشمل جزء كبيراً من أعمال السلطة التنفيذية، فتشمل علاقتها بالسلطة التشريعية وإدارة العلاقات الخارجية وما تعلق بالمصالح العليا وسلامة الدولة وأمنها، وهذا الأخير من أكثرها تأثيراً على الحريات، فهي عبارة عن عناوين

(٢١) الصادر بموجب الأمر الملكي رقم أ/ ٩٠ بتاريخ

١٤١٢/٨/٢٧

(٢٢) Chaire.M.A.D.P. Seminaire :les actes publics non justiciable en droit administratif compare,europeen et global.7 mars 2008.p

- عدم قابلية النظرية للتبرير القانوني.
- وجود النظرية على التماس بين السياسة والقانون.

هذا الغموض الذي رافق النظرية منذ نشأتها عبر عنه الفقيه Rene Chapus بقوله «أعمال الحكومة الوحش أو الضحية» (Chapus, 1958). والإشكالية التي واجهت الفقه هو كيفية التوفيق بين مبدأ خضوع الإدارة للقانون ورقابة القضاء الإداري، واستثناء بعض أعمال السلطة التنفيذية من هذا المبدأ (Melleray, 2001).

لقد أيد بعض الفقه في البداية نظرية أعمال السيادة، خاصة الفقه الفرنسي وبنا موقفه على نص المادة ٢٦ من قانون ٢٤ ماي ١٨٧٢ الخاص بمحكمة التنازع والذي بموجبه «من حق الوزراء، أن يثيروا أمام محكمة التنازع (فرع المنازعات)، القضايا التي تخرج من اختصاص المحاكم الإدارية»^(٢٤). واعتبروا هذا النص سندا صريحا لأعمال الحكومة، غير أن هذا السند لم يكتب له النجاح وذهب المؤيدون إلى البحث عن سند آخر، وكان أقواها التمييز بين أعمال الإدارة وأعمال الحكومة، وقالوا أن السلطة التنفيذية تضطلع بوظيفتين الحكم والإدارة، فما يصدر منها باعتبارها حكومة لا يخضع لرقابة القضاء، بوصفها هيئة سياسية، وهذا لا يعني حسب دوجي أن هذه الأعمال غير قابلة لرقابة القضاء بطبيعتها، بل لأن تنظيم القضائي في الدول المختلفة لم يصل بعد إلى سحب هذه الرقابة عليها. (Auvret-Fink, 1995).

كما امتدت نظرية أعمال الحكومة إلى مجالات غير تلك التي حددها المعيار كمجال التدابير التي تتخذها السلطة التنفيذية لحماية أمنها الداخلي والمحافظة على سلامة الدولة، بل امتدت إلى حالات لا علاقة بكل هذه المسائل، كالمسائل المتعلقة بالنظام العام.

المبحث الثالث: موقف الفقه والقضاء

من نظرية أعمال السيادة

لقد اعتبر أغلب الفقه نظرية أعمال السيادة استثناء حقيقيا على مبدأ المشروعية، أو تحايل على خضوع السلطة العامة للقانون، واعتداء على حقوق الأفراد وحريةهم وبالذات حق اللجوء إلى القاضي، وهو من حقوق الإنسان الأساسية التي تضمنتها الدساتير، من ذلك ما جاء في المادة ٤٧ من النظام الأساسي للحكم «حق التقاضي مكفول بالتساوي للمواطنين والمقيمين في المملكة ويبين النظام الإجراءات اللازمة لذلك». غير أن القضاء لم يجار الفقه في هذا الموقف الرافض للنظرية إذ انه محكوم بالنصوص التي تحكم اختصاصه والتي أخرجت أعمال السيادة من ولايته وأنصب جهد القضاء على محاولة التضييق من مجال النظرية للحد من آثارها.

المطالب الأول: الفقه

تباينت آراء الفقهاء بين معارض ومؤيد، ويرجع هذا الاختلاف، في تقديرنا، إلى عدة عوامل يمكن إجمالها فيما يلي:

- التطور الذي عرفه مبدأ المشروعية ومسؤولية الإدارة.

- عدم وجود معيار موحد للنظرية.

- عدم استقرار الاجتهاد القضائي على أساس موحد للنظرية.

(٢٤) Les ministres ont le droit de revendiquer devant le tribunal des conflits les affaires portées a la section du contentieux et qui n'appartiennent pas aux tribunaux administratifs».

في حقيقتها استجابة لضرورة سياسية عملية يستلزمها الدفاع والحرص على الصالح العام. وأخيرا هناك من يرى أن أعمال السيادة هي أعمال الحكم التي تختلف عن أعمال الإدارة، وعلى القاضي (الإداري) أن يمتنع عن نظر الأعمال التي ليست من أعمال الإدارة، على أساس أن القاضي الإداري هو قاضي الإدارة ولا يمكنه التصدي لأعمال أو أنشطة خارجة نشاط عن الإدارة (الإداري).

على نقيض الرأي الأول شن أغلب الفقه هجوما عنيفا على نظرية أعمال الحكومة باعتبارها خروجاً على مبدأ المشروعية، وتعدي على اختصاص السلطة القضائية بمنعها من النظر في بعض منازعات أعمال السلطة التنفيذية، كما أنها تعطل النصوص الدستورية التي تكفل حق التقاضي، واعتبر البعض النظرية متعارضة مع دولة القانون. (Duez, 2006) ويعتقد هؤلاء أن القول بالنظرية من شأنه أن يثير الريبة والسخط على الحكومة لموقفها المتعارض مع سيادة القانون وتمنعها من الخضوع للقانون في بعض أعمالها، واستشهد بعضهم بنص المادة ٦٨ من الدستور المصري لسنة ١٩٧١ «التقاضي حق مصون ومكفول للناس ولكل مواطن حق اللجوء إلى قاضيه الطبيعي، وتكفل الدولة تقريب جهات القضاء من المتقاضين وسرعة الفصل في القضايا. ويحظر النص في القوانين على تحصيل أي عمل أو قرار من رقابة القضاء». وقد قالوا أن النص في القوانين على تحصيل بعض من أعمال السلطة التنفيذية يعتبر غير دستوري (الحلوى، ١٩٨٥). وعاب هذا الفريق على المحكمة الدستورية في مصر اعترافها بأعمال السيادة في أحد أحكامها^(٢٦).

(٢٦) حكم المحكمة الدستورية (مصر) في الدعوى رقم ٢ لسنة ١ ق عليا الصادر في ٦ نوفمبر عام ١٩٧١.

ونشير في هذا الصدد إلى أن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان (Cour de Strasbourg) لم تدين النظرية ولم تر فيها تعارضا مع المادة ٦١ من الاتفاقية حقوق الإنسان (Abraham, 1990)^(٢٥).

وقد ساق أنصار النظرية مجموعة من المبررات منها أن الحكومة حسب لفريرار يجب أن تكون «قادرة على اتخاذ إجراءات مهمة في المجالات الأساسية أو الرئيسية» وهي حسب هوريو «تملك القدرة على حل المسائل الاستثنائية التي تهم الوحدة الوطنية والأهداف العامة الوطنية». كما يرى البعض بأنها حقيقة قانونية وإنكارها فيه خلط بين الأمان والحقائق القانونية، وأن وجود النظرية حسب هؤلاء يكتسي بعض الأهمية للحفاظ على كيان الدولة الداخلي والخارجي.

وادعى البعض أن النظرية يسندها مبدأ الاختصاص الذي يحكم السلطات فقواعد الاختصاص كفيلا بإخراج ما عرف بأعمال السيادة من رقابة القضاء، لأن هذه الأعمال قد تتصل بعلاقات السلطة التنفيذية بالسلطة التشريعية، كقرار حل البرلمان، وهي من اختصاص المجلس الدستوري أو من ضمن المسؤولية السياسية للحكومة، أو أنها تتصل بإدارة العلاقات الدولية وتثير مسائل تتعلق بالقانون الدولي كالحرب وهي مسائل بطبيعتها لا تدخل في مدلول المنازعات الادارية التي يختص القضاء بنظرها. وهي

(٢٥) Aucune disposition de la Convention européenne des droits de l'homme ne consacre de manière générale l'existence d'un droit de recours des particuliers contre les actes de l'administration. «Tout régime qui a l'ambition de réaliser l'Etat de droit doit biffer de ses institutions ce symbole defectueux qu'est l'acte de gouvernement. A la solution simpliste et rudimentaire qu'il consacre en vafeur de la liberté de l'Exécutif.»

بحد من التقدير فيما تستوجه سلطة الحكم، وكما أكدنا أن تكييف العمل يتأثر بظروف الحال فما يعتبر من أعمال السيادة قد لا يعتبر كذلك في ظرف آخر، وفي نفس الوقت لا ينبغي استغلال هذه النظرية لإخراج أعمال السلطة التنفيذية من رقابة القضاء وهناك آليات يمكن أن تحد من التعسف ستعرض لها لاحقاً.

المطلب الثاني: القضاء

لا جدال في أن النظرية قضائية المنشأ، ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي، بل هي حسب البعض جسدت سياسة حكيمة لمجلس الدولة تحاشي عن طريقها مواجهة النظام الجديد -بعد عودة الملكية- وتجنب بذلك إمكانية سحب رقابة أعمال السلطة التنفيذية من بين يديه. غير أن زوال السبب التاريخ لم يفض إلى إلغاء النظرية، وأصبح لها أساس من النصوص القانونية في الدول المختلفة، والقضاء ليس له حق استبعاد نص تشريعي^(٢٧) وانصب جهد القضاء في مسيرته الطويلة على وضع ضوابط لهذه النظرية لتقليل من آثارها على الحقوق والحريات الفردية.

أولاً: القضاء المقارن

الخطوة الأولى التي خطاها القضاء هي الاعتراف لنفسه بحق إضفاء صفة أعمال الحكومة على العمل من عدمه، وهذه الخطوة يجب أن توضع في سياقها التاريخي حتى تظهر أهميتها، ذلك أن السلطة التنفيذية كثيراً ما

كما طالب البعض بإلغاء هذه النظرية من النظام القانوني والاستعاضة عنها بنظريات أخرى تستوعب حاجة الإدارة إلى بعض الصلاحيات الاستثنائية من ذلك نظرية الضرورة والسلطة التقديرية.

وهناك رأي ثالث، يسلم أصحابه بأنه لا يمكن إنكار نظرية أعمال السيادة والدور الذي تؤديه في حماية كيان المجتمع والدولة، ولكن في نفس الوقت لا بد من احترام حق التقاضي ويمكن حسب هذا الرأي التوفيق بين الإبقاء على النظرية وكفالة حق التقاضي على النحو التالي:

أولاً: يجب إقرار حق التعويض عن أعمال الحكومة في حالة الضرر، وهذا لا يعطل نشاط الحكومة وفي نفس الوقت يحقق مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة. ثانياً: حصر أعمال السيادة حصراً دستورياً بنص صريح في الدستور، وهذا من شأنه أن يقيد المشرع العادي أو السلطة التشريعية ويجول دون تحصين أي عمل، ولن يكون في وسع السلطة التنفيذية الادعاء بأن عمل ما من أعمال السيادة إذا لم يكن ضمن القائمة المحددة.

رأيي الخاص: الدعوة إلى إنكار أعمال السيادة قائمة على رفض التمييز بين أعمال الحكم وأعمال الإدارة، ونعتقد أن هذا الرأي ربما بني على سوء فهم للنظرية وسوء تطبيقها أو الانحراف في تطبيقها، وهذا لا ينال من النظرية فكل مبدأ قانوني يمكن أن يساء تطبيقه أو فهمه، فنظرية أعمال السيادة في حقيقتها تعبر عن ممارسة الحاكم لبعض الأعمال التي تستوجبها سلطة الحكم أي باعتباره حاكماً، ولا ينبغي أن يكون ذلك للقاضي، وإلا أصبح القاضي هو الحاكم، ولا يمكن حصر ذلك في قائمة، لأن سلطة الحكم تستوجب أن يتمتع الحاكم

(٢٧) نص المادة ٢ من قانون تنظيم القضاء الكويتي رقم ١٩ - ١٩٩٥ جاء في المادة «ليس للمحاكم أن تنظر في أعمال السيادة، ولها دون أن تلغي الأمر الإداري أو توقف تنفيذه أو تؤوله -أن تفصل في المنازعات المدنية والتجارية التي تقع بين الأفراد والحكومة، عدا الحالات التي ينص فيها القانون على غير ذلك».

الخطوة الثانية هي سعي القضاء إلى تقليص مجال النظرية فابتدع نظرية الأعمال القابلة للانفصال (actes detachables)، ومفاد النظرية أن هناك حالات، في مجال العلاقات الدولية، يمكن فيها فصل القرار، لعدم ارتباطه المباشر بالعلاقات الدولية، وبالتالي التمييز بين العمل السيادي وما يلزم لتنفيذه من إجراءات داخلية، فتفسير اتفاقية دولية وتطبيقها يمكن فصله عن إبرام الاتفاقية وبالتالي يمكن للقضاء النظر في الإجراءات التنفيذية استناداً إلى نظرية الأعمال القابلة للانفصال^(٢٩)، من ذلك تحديد السلع المعفاة من الضرائب تطبيقاً لنص في اتفاقية دولية يعطي للدولة حق تحديد هذه السلع فهذا عمل يمكن فصله، وضع معايير لتوزيع التعويضات التي دفعتها دولة لضحايا دولة أخرى بموجب اتفاقية دولية بين الدولتين^(٣٠). غير أن هذه الخطوة، لم يكتب لها النجاح بل عرفت انتكاسة في تطبيقات أخرى، من ذلك أن مجلس الدولة رفض إلغاء قرار وزير الدفاع المبلغ عن طريق وزير الخارجية، والقاضي بالسماح لقوات التحالف في الحرب على العراق باستعمال المجال الجوي الفرنسي، واعتبر القرار غير قابل للانفصال عن إدارة العلاقات الخارجية، الذي اعتبر دائماً من أعمال السيادة^(٣١).

أما الخطوة الثالثة تتمثل في محاولة إيجاد سند لقبول طلبات التعويض دون الإلغاء، ويستند إلى أساس اعتمده القضاء في بعض أحكامه في قبول التعويض عن الأعمال الإدارية المشروعة، وهو المساواة أمام الأعباء العامة، غير أن هذا الاتجاه اعترضته النصوص التشريعية

استبعدت بعض الأعمال من الخضوع لرقابة القضاء بمجرد الادعاء بأنه عمل سيادي أو أن الباعث عليه هو باعث سياسي، وقد عبرت عن ذلك المحكمة الإدارية العليا في مصر بقولها «الأصل أن معيار التفرقة بين الأعمال الإدارية وبين أعمال السيادة مرده إلى القضاء الذي ترك له المشرع سلطة تقرير الوصف القانوني للعمل المطروح عليه، وما إذا كان عملاً إدارياً عادياً يختص بنظره أو عملاً من أعمال السيادة يمتنع عن النظر فيه»^(٢٨) فالقضاء هنا أعطى لنفسه سلطة رسم حدود اختصاصه في مراقبة أعمال الحكومة، وله سلطة تقديرية في ذلك (De Malberg, 2004). ومن أكثر الأمثلة إثارة للجدل في الوطن العربي موقف القضاء المصري من الدعوى التي رفعت للمطالبة بفتح معبر رفح ورفضت من قبل القضاء (المحكمة الإدارية) على أساس أنها من أعمال السيادة.

وانتهى الاجتهاد القضائي إلى الاتفاق على مجموعة من الأعمال تعتبر من أعمال السيادة وهو ما عرف بالقائمة القضائية، غير أن الأعمال الواردة في القائمة المذكورة لم تكن مانعة بل تمثل الحد الأدنى الذي يمكن اعتباره محل إجماع في رأي القضاء، وفيما عدا هذه القائمة يترك الأمر لقاضي الموضوع لتحديد طبيعة العمل وهل هو من الأعمال التي تخرج من ولايته.

غير أن هذه الخطوة، مع عدم كفايتها، مرهونة بالاستقلالية التي يتمتع بها القضاء، وخاصة أنه سيكون على تماس مع السياسة، وربما فتحت الباب للصراع بين الحاكم والقضاء، وهي إحدى الإشكاليات التي قد تنتج عن الفصل الجامد للسلطات.

(٢٩) Conseil d'Etat. 29 juin 1990

(٣٠) Conseil d'Etat 29 juin 1924 Goldschmidt. Rec. p.607

Conseil d'Etat 13 juillet 1967 Commune d'Aubue.

Rec. p.308

(٣١) C.E.30 Decembre 2003. Comite contre la guerre en Irak

(٢٨) حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٠/١٢/١٩٦٦

«أن المادة التاسعة من نظام الديوان قد نصت على عدم اختصاص الديوان بنظر كافة الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة بصفة عامة ومطلقة مما يجعلها تشمل طلبات الإلغاء والتعويض.....»

ويقول أيضا «.....وحيث أن مما يخرج عن اختصاص الديوان النظر في الدعاوى المقامة ضد الأوامر الملكية إلغاء وتعويضا.....الأمر الذي يكون معه الفصل في موضوع الدعوى خارجا عن الاختصاص الولائي لديوان المظالم باعتباره من أعمال السيادة المذكورة في المادة التاسعة من نظام ديوان المظالم»^(٣٤).

وفي حكم آخر يرى الديوان أنه «ومما يتعين معه الجزم باعتبار القرار الإداري القاضي بمصادرة القروء موضوع النزاع متخذا لأمر سياسية، وعليه فإن القرار المذكور يعد والحال هذه واقعا ضمن ما يسمى بأعمال السيادة في اصطلاح هذا العصر مما يتعين مع ذلك الحكم بعدم اختصاص الديوان.....»^(٣٥)

ويقول أيضا «أنه يخرج من اختصاص ديوان المظالم جميع القضايا المتعلقة بما يطلق عليه في اصطلاح العصر الحاضر اسم القرارات الادارية المرتبطة بأعمال السيادة.....»

خلاصة هذه الأحكام أن ديوان المظالم لا يمكنه النظر في أعمال السيادة بموجب نظامه الحالي، أما تخريج ذلك، من الناحية الشرعية، بالنسبة للديوان، ومن الناحية الإجرائية فإنه «من المقرر في الشريعة الإسلامية أن الجهة القضائية إنما تلي من القضاء ما كان داخلا في نطاق ما وليت عليه من ذلك دون ما هو خارج عنه،

التي تمنع القضاء من التعرض لأعمال السيادة إلغاء وتعويضا، كما هو الحال في نص المادة ١٤ من نظام ديوان المظالم، كما سنبين لاحقا في ثنايا هذا البحث^(٣٢). ولم يصدر من القضاء، خاصة القضاء الفرنسي، أي حكم يقر للعمل بصفته كعمل من أعمال الحكومة ثم عوض عنه وهو نفس الوضع في القضاء السعودي والسبب كما ذكرت هو وجود النص النظامي الذي يحول دون ذلك.

ثانياً: قضاء ديوان المظالم

لقد وردت الإشارة إلى نظرية أعمال الحكومة (أعمال السيادة) في المادة ٩ من نظام ديوان القديم والمادة ١٤ من نظامه الجديد «لا يجوز لمحاكم ديوان المظالم النظر في الدعاوى المتعلقة بأعمال السيادة أو النظر في الاعتراضات على ما تصدره المحاكم غير الخاضعة لهذا النظام - من أحكام داخلة في ولايتها أو ما يصدره المجلس الأعلى للقضاء ومجلس القضاء الإداري من قرارات». ونشير هنا إلى أن هذا الحظر يسري أيضا على محاكم القضاء العام، ليس على أساس النص المذكور وإنما كون القضاء العام ليس مختصا بنظر المنازعات التي تكون جهة إدارية عامة طرفا فيها (المادة الأولى من نظام ديوان المظالم).

كما أكد ديوان المظالم على عدم اختصاصه بنظر أعمال السيادة في كل المناسبات وهذه بعض الأحكام: «تنسب رقابة الديوان على الجهات الإدارية من قرارات وتشمل الرقابة مدى نظامية القرار وأسبابه وغاياته لا يستثنى من ذلك إلا أعمال السيادة»^(٣٣). وفي هذا السياق تؤكد الهيئة:

(٣٢) (Companie generale d'energie radioelectrique) C.E. Ass, 301966/3/

(٣٣) حكم الديوان رقم ٨/ت/١ وتاريخ ١٤١٢هـ مجموعة القضاء ص ٢٥٢

(٣٤) الحكم رقم ٣٥/د/ف/ لعام ١٤٢٨هـ في القضية رقم

١٧٠٧/١/ق لعام ١٤٢٨.

(٣٥) حكم هيئة التدقيق رقم ٢٧٤/ت/١ لعام ١٤١٥هـ.

فإنه يتعين اعتبار ما اصطلاح على تسميته قرارات الدولة السياسية المرتبة بعلاقتها الخارجية بأعمال السيادة أمرا غير خارج عن مبادئ الشريعة الإسلامية وتعاليمها السامية..... ولا فرق في فقه الشريعة الإسلامية أن يعهد ولي الأمر لجهة القضاء الإداري عند توليتها جميع القرارات التي تخرج من ولايتها وبين أن يأتي مصطلح يدل على جميع تلك القرارات ..»^(٣٨)

والذي نراه أن عدم اختصاص ديوان المظالم بأعمال السيادة أمر محسوم بالنصوص (ذنيات، ١٤٣١هـ)، ولكن الإشكالية التي قد تواجه القضاة في ديوان المظالم هي معيار أعمال السيادة وكما أشرنا أعلاه هناك عدة معايير يهتدي بها القاضي في تحديد طبيعة العمل وهل هو من أعمال السيادة أم لا. ولا يوجد معيار محدد يلزم القاضي، وقد أشار الديوان في بعض أحكامه إلى بعض المعايير المعتمد في الفقه والقضاء المقارن من ذلك معيار القائمة القضائية جاء في الحكم «من المعروف في اصطلاح أهل العصر، أن من ضمن الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة تلك الطلبات الناشئة عن القرارات الادارية المرتبطة بالسيادة العليا للدولة التي تدخل ضمن إطار علاقتها بالدول الأخرى والمنظمات الإقليمية والدولية ونحوها». ونفس الحكم يشير إلى معيار الباحث السياسي بقوله «ومما يتعين معه الجزم باعتبار القرار الإداري القاضي بمصادرة القروء موضوع النزاع متخذاً لأمر سياسية، وعليه فإن القرار المذكور يعد والحال هذه واقعا ضمن ما يسمى بأعمال السيادة في اصطلاح هذا العصر مما يتعين مع ذلك الحكم بعدم اختصاص الديوان.....»

بحيث لا يجوز لها شرعا أن تقبل نظر أي دعوى لم يجعل ولي الأمر لها في نظرها ولاية، فإنه يتعين على الدائرة بادئ ذي بدء النظر في مدى ولاية ديوان المظالم في قبول سماع موضوع الدعوى والفصل فيها قبل الدخول في ذلك...»^(٣٦). ذلك أن من حق ولي الأمر، صاحب الولاية العامة أن يولي القضاء عاما من حيث النوع والمكان أو أن يحدد ذلك من حيث الأمرين أو احدهما ولا جدال في أن ما لم تول عليه الجهة القضائية أصلا لا يجوز لها شرعا أن تنظره لعدم ولايتها عليه. فالمسألة في تقديري محسومة شرعا ونظاما من حيث مدى اختصاص الديوان بأعمال السيادة.

وجاء في حكم آخر للديوان «وحيث أن ولي الأمر وكذا نائبه هو ولي المظالم والذي يستمد منه الديوان ولاية الفصل فيما يعرض عليه من منازعات ومن ثم فإنه إذا ما تصدى ولي الأمر أو نائبه لنزاع أو أصدر بشأنه قرارا فإن هذا القرار يعد صادرا من الأصيل وبالتالي فإنه لا يجوز للنائب أو الوكيل - وهو ديوان المظالم - أن يعقب على مثل هذا القرار... فضلا عما تقدم فإن ما يصدر عن ولي الأمر أو نائبه في شؤون الرعية يعتبر من قبيل أعمال السيادة التي تخرج من اختصاص ديوان المظالم وفقا لنص المادة التاسعة من نظامه...»^(٣٧) وقد أكد الديوان في بعض أحكامه على أن نظرية أعمال السيادة لا تتعارض مع الشريعة الإسلامية فجاء في الحكم «وحيث لا يوجد في فقه الشريعة الإسلامية ما يمنع من إطلاق هذه التسمية (أعمال السيادة) على نوع معين من القرارات الادارية في الاصطلاح.... لذا

(٣٨) حكم ديوان المظالم رقم ١٨/١/٣/د/أ/١٩ لعام ١٤١٥هـ مدقق من هيئة التدقيق بموجب الحكم رقم ٢٥/٢/ت لعام ١٤١٦هـ (غير منشور).

(٣٦) حكم الديوان رقم ١٤/د/١/٣ لعام ١٤١٧هـ.
(٣٧) الحكم رقم ٤٤/د/ف/٣ لعام ١٤١١هـ في القضية رقم ٢٠٢٤/١ لعام ١٤١٢هـ (غير منشور).

من احترام تطبيق النصوص النظامية. ولكن قد يكون الأمر السامي لا علاقة له بذلك بل قرار حكم، فقد يرى الحاكم إعفاء الضابط من الخدمة لأسباب قد تتعلق بأسرار الدولة وأمنها، وفي هذه الحالة لا يمكن للقاضي أن يتعرض لهذا النوع من الأعمال باعتبارها من أعمال الحكم وليس أعمال الإدارة، لأنه لو تصدى القاضي للنزاع لأصبح هو الحاكم، وهو الذي تصير إليه أمور الحكم عمليا، إذ بإمكانه إلغاء قرارات الحاكم. وأعمال السيادة بهذا المفهوم لها تطبيقات في كل الأنظمة الدستورية بصيغ مختلفة، ولا بد من الفصل بين الحاكم والقاضي، ولا يمكن أن يجمع القاضي بين السلطة القضائية، التي هي الفصل في الخصومات، وبين السلطة الحكم التي هي تدبير شؤون الدولة، ولا بد أن تكون الكلمة الأخيرة للحاكم في شؤون الحكم وليس من حق القاضي التعقيب على قراره، وأعطى لذلك مثلا من الولايات المتحدة، كم مرة عزل الرئيس الأمريكي وزراء الدفاع وقادة الجيوش الأمريكية في العراق وأفغانستان وغيرها، هل تصدى القضاء الأمريكي لقرارات الرئيس في هذه الحالات؟

ومن الناحية التطبيقية في النظام السعودي تعتبر من أعمال الحكم، ومن ثم من أعمال السيادة، من حيث المبدأ، الأوامر الملكية، والأوامر السامية وقرارات مجلس الوزراء، وسبب ذلك أنها من أعمال الحكم وليس من أعمال الإدارة، أما قرارات الوزراء فيجب النظر إلى القرار ومدى ارتباطه بأعمال الحكم في كل حالة على حدا والأمر متروك لتقدير قاضي الموضوع، وخاصة القرارات الصادرة من وزارة السيادة. وعلى العموم يجب على القاضي النظر في مدى ارتباط العمل القانوني بسلطة الحكم. ولا ينبغي الخلط بين أعمال السيادة وما

وفي حكم آخر أشار إلى المعيار الموضوعي، جاء في الحكم «أعمال السيادة التي تخرج عن اختصاص الديوان هي الأعمال والتدابير التي تصدر من ولي الأمر باعتباره سلطة حكم لا سلطة إدارة»^(٣٩) وفي تعليقنا على مسلك قضاء الديوان أقول أن اجتهادات الديوان لم تخرج عن ما هو سائد في القضاء المقارن، وقضاؤه لا يمكن أن يخرج من مقتضى النصوص المنظمة لاختصاصه وهي المادة ١٤ من نظامه. والمؤكد أن قاضي الموضوع هو الذي يحدد طبيعة العمل وله الاستعانة بأي معيار يراه مناسباً لتكييف العمل حسب ظروف الحال.

ونعتقد أن الفاصل في اعتبار العمل من أعمال السيادة هو مدى ارتباط العمل بأعمال الحكم ويرجع للقاضي سلطة تحديد مدى ارتباط العمل بأعمال الحكم، وهذا المعيار يستوعب كل المعايير الأخرى، ونقصد بأعمال الحكم كل ما يصدر من الحاكم بهذه الصفة، وتفسير ذلك أن إخضاع أعمال الحكم لرقابة القاضي تجعل من القاضي حاكماً، وأضرب لذلك مثالا لو صدر أمر ملكي بعزل وزير أو ضابط سامي هل يمكن القول باختصاص القضاء بتقدير مدى مشروعية القرار (الأمر الملكي)؟ الجواب، ينبغي النظر إلى طبيعة العمل ومدى علاقته بممارسة الحكم، فقد يكون الأمر السامي مجرد قرار تنفيذي للنظام الذي يحكم المركز القانوني للضباط من حيث الترقية وإنهاء الخدمة وفق الشروط المنصوص عليها في النظام ففي هذه الحالة هو عمل إداري تنفيذي يمكن أن تشوبه بعض العيوب ويمكن للقاضي التأكد

(٣٩) حكم الديوان رقم ١٤٩/ت/٢ وتاريخ ١٤١٣هـ، مجموعة القضاء الإداري في خمس سنوات، المستشار حسن توفيق حسونة، ص ٢٤.

إلى القضاء، ذلك أن تنظيم السلطات في الإسلام ومبدأ الولاية العامة يعطي لولي الأمر (الملك) سلطة التصدي للنزاع بنفسه كما له التعقيب على أحكام القضاء باعتباره المرجع الأعلى أو قاضي القضاة، أو النظر فيما يرد إليه من تظلمات ضد أحكام القضاة باعتباره ناظر المظالم. ولا يعتبر ذلك تدخلاً في عمل القضاء أو النيل من استقلاله، لأن ولي الأمر يمارس اختصاصاً أصيلاً استناداً إلى مبدأ الولاية العامة. (الجربوع، ١٤٣٢هـ).

وعليه فإن نظرية أعمال السيادة تبدو قليلة الأهمية في ظل مفهوم صاحب الولاية العامة في المنظور الإسلامي، باعتباره مرجع السلطات كلها.

وأشير بهذا الصدد إلى تطبيقات ناظر المظالم في التاريخ الإسلامي، فهي تجربة رائدة عاجت سلبيات الفاصل الجامد بين السلطات فصاحب الولاية العامة يمكنه التصدي للشكاوى ورفع الظلم، إن وجد، ولا يتقيد بالشكليات الإجرائية التي تحول بينه وإنصاف المظلومين، فهي لا تعني سوى القاضي، ونعتقد أن هذا الطريق يمكن أن يحد من آثار التحصين الذي يحد من سلطة القاضي في التعامل مع أعمال السيادة، إلغاء وتعويضاً، ويفتح طريقاً موازياً يمكن أن يسلكه المتضرر، جاء في المادة الثامنة من النظام الأساسي للحكم «يقوم الحكم في المملكة العربية السعودية على أساس العدل والشورى والمساواة وفق الشريعة الإسلامية».

أما من حيث تبريرها النظري أو الفلسفي، فالقول بأن الشريعة الإسلامية لا تقر هذه النظرية لأنها تخضع كل من الحاكم والمحكوم لأحكامها، وأن السيادة للشريعة (الفوزان، دون سنة طبع)، وأن حق التقاضي من الحقوق الأساسية التي كفلتها الشريعة الإسلامية

تتخذها السلطات الأمنية من إجراءات مقيدة للحريات فهذه المسائل من صميم اختصاصها للمحافظة على النظام العام ولا يجوز للقاضي التدخل في سلطتها التقديرية، وكل ما يضبط عملها هو احترام النصوص الإجرائية التي تضبط ممارستها لنشاطها، ولا يجوز لها إساءة استعمال السلطة، كما أن ذلك لا يمنع الأفراد من اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعويض في حالة الضرر على أساس الخطأ المرفقي، إن وجد، أو المساواة أمام الأعباء العامة في حالة خلو العمل الإداري من أي خطأ، فقد يستهدف الإجراء المصلحة العامة، ومع ذلك يفتح الحق في التعويض بشرط توفر الضرر الخاص والجسيم واليد النظيفة.

أعمال السيادة هي طائفة من أعمال السلطة التنفيذية، تقتضيها المصلحة، والحاكم عندما يتصرف بهذه الصفة ينبغي ألا يخرج عن هذا الهدف، فكثير من القضايا التي أخرجت على أنها من أعمال السيادة كان بالإمكان أن يصل القاضي إلى نفس النتيجة فقط بالإشارة إلى الأساس النظامي أو القانوني للعمل، أو لمخالفته النظام العام، كما أن كثيراً من هذه الأعمال مبني على السلطة التقديرية أو نظرية الظروف الاستثنائية التي تعدل في شروط المشروعية العادية.

وهناك ملاحظة مهمة يجب الإشارة إليها وهي أن أعمال السيادة إنما تخرج من اختصاص القضاء فقط ويمكن التظلم منها دائماً إلى الجهة التي اتخذت القرار، بل ويمكن لولي الأمر، بناء على تظلم أو من تلقاء نفسه، تكليف القضاء، بالنظر في قضية معينة حتى لو كانت من أعمال السيادة والقاضي هنا يستند إلى إرادة ولي الأمر، ذلك أنه ليس هناك مانع شرعي يمنع ولي الأمر من تجريد ما اعتبر من أعمال السيادة من هذه الصفة وإحالتها

كما أن إخراج أعمال الحكومة من رقابة القضاء لا يعني تحصنها من أي رقابة بل هناك الرقابة السياسية أو رقابة ولي الأمر ذاته الذي بإمكانه التصدي للنزاعات أو إحالتها إلى القضاء، كما فعل الخليفة عمر بن عبد العزيز في قضية جيوش فتح سمرقند، علماً أن الخليفة سمع الشكوى أو التظلم من أهل سمرقند باعتباره ناظر المظالم وأحالها إلى القضاء.^(٤٠) والاحتجاج بتعويض الرسول صلى الله عليه وسلم الذين قتلهم خالد بن الوليد رضي الله عنه، لا يتعارض مع أعمال السيادة فقط سبق القول أن يمكن لصاحب الولاية العامة التصدي للعمل السيادي بإلغائه، أو الاكتفاء التعويض عنه متى قدر ذلك.

المبحث الثالث: التعويض عن أعمال السيادة

لا زالت قواعد تنظيم السلطة القضائية في معظم الدول تحول دون القول بإمكانية التعويض عن أعمال السيادة بحكم من القاضي، كما هو الحال في المملكة بموجب نص المادة ١٤ من نظام ديوان المظالم، بينما يرى البعض أنه لا يوجد مبرر مقنع يمنع التعويض عن أعمال السيادة، خاصة في الشريعة الإسلامية التي تحرم أكل أموال الناس بالباطل قال تعالى ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ٢١﴾.^(٤١) ويؤيد بعض من الفقه المعاصر مبدأ التعويض عن أعمال السيادة، وذلك للحد من آثارها الضارة.

(٤٠) استشهد بها الدكتور محمد بن براك الفوزان في إنكاره لأعمال السيادة، انظر: مؤلفه مسؤولية الدولة عن أعمالها غير المشروعة وتطبيقاتها الادارية، مرجع سابق ص ٤٧٧ وما بعدها.

(٤١) الآية ٢٩ من سورة النساء

لجميع، فهذا متفق عليه، لكن النظرية لا علاقة لها بذلك فهي أيضاً تقر سمو الشريعة ومبدأ المشروعية، والنظرية لا ترد إلا على بعض أعمال الحاكم (السلطة التنفيذية) فيما يلزم لو وظيفة الحكم، وبما لا يخالف الشريعة أو تقتضيه الضرورة، ولا تعني أبدا الخروج عن الشريعة أو تكريس الاستبداد. وربما وقع الالتباس عند البعض من الترجمة فوق الخلط بين أعمال الحكومة وبين مفهوم السيادة في القانون الدستوري والدولي، والصحيح هو أنها أعمال الحكم، ومن المؤكد أن الشريعة لا تجعل من القاضي حاكماً، وأن القاضي مفوض من الحاكم وتابع له وهو الذي يعينه، وإذا كان للقاضي سلطة التعقيب على قرارات الحاكم المتعلقة بالحكم، أصبح هو الحاكم الفعلي إذ بإمكانه إلغاء أي قرار يتخذه الحاكم ولن يستطيع ولي الأمر تدبير أمور الدولة إلا بموافقة القضاء، وهذا غير معقول، فالقاضي تابع للحاكم وليس العكس، وهذا لا يعني تبرير للاستبداد، وإنما هو تأصيل لوظيفة الحاكم، الذي يحكم في إطار مشروعية نافذة، وهي الشريعة الإسلامية وقد أكد النظام الأساسي على هذا المعنى فجاء في مادته الأولى «المملكة العربية السعودية دولة عربية إسلامية ذات سيادة تامة دينها الإسلام ودستورها كتاب الله وسنة رسوله ولغتها هي اللغة العربية.. وعاصمتها مدينة الرياض». وأضافت المادة السابعة من النظام الأساسي للحكم: «يستمد الحكم في المملكة العربية السعودية من كتاب الله وسنة رسوله وهما الحكمان على هذه النظام وجميع أنظمة الدولة». كما أن حق التقاضي كفهله النظام الأساسي أيضاً جاء في المادة ٤٧ من النظام الأساسي «حق التقاضي مكفول بالتساوي للمواطنين والمقيمين في المملكة ويبين النظام الإجراءات اللازمة لذلك».

أمام الأعباء، لكن هذا الحكم الوحيد لم يكن كافياً للقول بإقرار مبدأ للتعويض عن أعمال السيادة^(٤٣). وقد كان القانون الإسباني رائداً في هذا الاتجاه بالنسبة لدول الاتحاد الأوروبي، حيث صدر القانون رقم ٢٩ بتاريخ ١٣ جويلية ١٩٩٨، المتضمن إصلاح القضاء الإداري، فقد تضمن القانون المذكور نصاً صريحاً في مادته الثانية فقرة «أ» بموجبه ينعقد الاختصاص لجهة القضاء الإداري بنظر التعويض عن أعمال السيادة مهما كانت طبيعة القرار المنتج للضرر.^(٤٤) والملاحظ أن القانون الإسباني لم يبلغ أعمال السيادة وإنما أعطى للقضاء صلاحية النظر في التعويض المرتبط بأعمال السيادة. وبالرجوع إلى بعض الأحكام التي صدرت بعد القانون المذكور نجد أن القضاء ركز بالدرجة الأولى على مسألة عدم الشرعية كشرط لإقرار التعويض ولم يقر التعويض بمجرد الضرر وأكد على السلطة التقديرية للحكومة وأنه لا ينبغي التمسك بالمطالبة ما دامت أن الحكومة احترمت الإجراءات الواجب اتخاذها وفقاً للقانون^(٤٥) وتأكد ذلك في الكثير من القضايا التي عرضت على القضاء الإسباني، حتى الآن، وكلما احترمت الحكومة القيود الدستورية أعتبر عملها مشروعاً ولا تعويض

لقد كان المدخل لرفض التعويض في البداية المبدأ القائل حسب Lafferriere «مفهوم السيادة أن تسود أو تفرض على الكل دون أن تطالب بأي مقابل». (Lafferriere, 1896)^(٤٦) وقد أسند هذا المبدأ عدم مسؤولية الدولة نهاية القرن التاسع عشر، ثم بدأت القوانين الغربية، ابتداءً من حكم بلانكو الشهير سنة ١٨٨٣، تعترف تدريجياً بمسؤولية الدولة، مع الإقرار باختلاف قواعدها عن قواعد المسؤولية في القانون المدني ثم تطور أساسها من الخطأ إلى المسؤولية الموضوعية (دون خطأ) وبقيت نظرية أعمال السيادة استثناءً يجد سنده في النصوص.

كما أن هناك جانب من الفقه يرى أنه لا تعارض بين أعمال السيادة ومبدأ التعويض، فإذا كان الإلغاء غير ممكن أليس من الإنصاف تعويض المتضرر من أعمال السيادة؟ فهدف تحصيل العمل السيادة هو الإبقاء على الإجراء الذي اتخذته الحاكم بما تقتضيه المصلحة العامة، ولا يجوز ذلك دون تحمل الجماعة نتائج الضارة إعمالاً لمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة وبالتالي يمكن أن ينعقد الاختصاص للقاضي بموضوع التعويض فقط دون الإلغاء.

لقد لقي مبدأ المطالبة بالتعويض عن أعمال السيادة ترحيباً من خصوم النظرية ورأوا فيه خطوة نحو إلغائها، ولكن هذا المكسب لم يتحقق حتى الآن ولا زالت أعمال السيادة في منأى من أية رقابة أو تعويض، وفي قضية معزولة قبل مجلس الدولة الفرنسي التعويض عن اتفاقية دولية على أساس الإخلال بمبدأ المساواة

(٤٣) C.E.Ass.30 mars 1966. Compagnie generale d'energie radioelectrique.leb.p257.G.AJA.N 90

(٤٤) Reguladora de la jurisdiccion contencioso-administrativa»

Article 2 -a.»ordre juridictionel administrattif contentieux connaitra des questions sucitees en ce qui concerne;la protection des droits fondamentaux ,les competences liees et la determination des indimnisations correspondantes ,en relation avec les actes de gouvernement(...)quelle que soit la nature des dites actes»

(٤٥) قرار قرار المحكمة العليا الإسبانية رقم (200/R1064) بتاريخ ٢٧ ماي ٢٠٠٣. (نقلا عن النص الفرنسي).

(٤٦) «Le propre de la souverainte est de s'imposer a tous sans qu'on puisse reclamer d'elle aucune compensation.»

عليه، بمعنى أن القضاء الاسباني ربط مسألة التعويض بمخافة القانون أو الخطأ المرفقي، كما أنه توسع كثيرا في مسألة السلطة التقديرية لتجنب إدانة الحكومة^(٤٦).

غير أن هذه المبادرة الاسبانية لم تقنع باقي دولة الاتحاد وخاصة فرنسا بالتخلي عن فكرة الحصانة المطلقة، ففي ايطاليا في قضية Markovic رفض القضاء الايطالي وكذا محكمة العدل الأوروبية التعويض على أساس نظرية أعمال الحكومة^(٤٧).

وفي قضاء الديوان وردت الإشارة إلى مسألة التعويض عن أعمال السيادة في أحد أحكام الديوان «وتشير الهيئة في هذا الصدد إلى أن ما انتهى إليه حكم الدائرة المؤيد من التدقيق على النحو السالف بيانه من عدم اختصاص ديوان المظالم لا يحول دون تعويض المدعية من قبل المدعى عليها عما لحقها من خسائر وأضرار نتجت بسبب المصادر.....، وتوصي الهيئة بضم حكمها هذا إلى حكم الدائرة المؤيد وإبلاغها معا^(٤٨)».

ما ورد في هذه الفقرة من حكم هيئة التدقيق اعتبره البعض تحولا واضحا في قضاء ديوان المظالم نحو التعويض عن أعمال السيادة، بل اعتبره البعض إقرارا من الديوان لمبدأ التعويض عن أعمال السيادة، الفوزان (دون سنة طبع)، ويرى هؤلاء أن التعويض عن أعمال السيادة تسنده الشريعة الإسلامية وتحتمله قاعدة لا ضرر ولا ضرار الواردة في الحديث الشريف، ولكن قبل التطرق إلى هذه النقطة أود الإشارة إلى سوء فهم هذه الفقرة:

أولاً: إن القاضي في قضية الحال وهي قضية شركة روابي، لم يشير إلى اختصاص الديوان بنظر التعويض، وليس له ذلك، بل عاب على الدائرة الادارية تصديها للتعويض ونقض حكمها واعتبر ذلك مخالفا للنظام.

ثانياً: أشار الحكم إلى إمكانية تعويض المدعية من المدعى عليها، ولم يحكم القاضي بالتعويض، ولا ينبغي أن يفهم من الفقرة الواردة في الحكم أن القاضي أمر الجهة الإدارية المدعى عليها، فمن مبادئ القضاء الإداري أن القاضي لا يمكنه توجيه أوامر إلى الإدارة. فالذي يفهم من الفقرة الواردة في حكم هيئة التدقيق أن القاضي ربما أراد الإشارة إلى ما ورد في الأمر

(٤٦) في إحدى القضايا طعن شخص في قرار مجلس الحكومة الذي رفض بموجبه طلب الشخص المذكور استفادته من إجراءات العفو من عقوبة جنائية وتعويضه عن ذلك فرفضت المحكمة وأكدت المحكمة العليا أن المسألة تتعلق بسياسة الحكومة العقابية وبالتالي تخرج من اختصاص القضاء الإداري R.J 2001 / 6227 المحكمة العليا الاسبانية. نقلا عن النص الفرنسي «les actes publics non justiable en droit administratif compare, europeen et global.7 mars 2008. Chaire.M.A.D.P

(٤٧) تتلخص وقائع هذه القضية في أن الحكومة الايطالية شاركت في حرب كوسوفا التي أعلنتها حلف OTAN سنة ١٩٩٩ وسمحت باستعمال قواعدها الجوية لطائرات الحلف وفي ٢٣ أبريل ١٩٩٩ أدت ضربات جوية، انطلاقا من ايطاليا، إلى تحطيم عمارة فيها إذاعة وتلفزيون صربية (Radio-Televizije) وقتل بعض أفراد عائلة وأقارب المدعي فرفع دعوى أمام القضاء الايطالي لمطالبة بالتعويض، وعندما عرض النزاع على محكمة النفض الايطالية سنة ٢٠٠٢ في القضية رقم ٨١٥٧ حكمت بعد الاختصاص مستندة إلى نظرية أعمال الحكومة وجاء في الحكم (ترجمة النص الفرنسي) «إن اختيار خطوط إدارة المعارك الحربية من أعمال السيادة وعليه لا يمكن لأي قاضي مراقبة الطريقة التي تمت بها إدارة العمليات».

Le choix d'une ligne de conduit des hostilities fait partie des actes de gouvernement.....Par rapport a des actes de ce type, aucun juge n'a pas le pouvoir de controller la facon dont Fonction a ete exercee. Arrêt Markovic.par.114

(٤٨) حكم هيئة التدقيق الإداري «الدائرة الأولى رقم ٢٧٤/ت/١ لعام ١٤١٧هـ في القضية رقم ٨٠٩/١/ق لعام ١٤١٥هـ.

التعويض لتصدى للنزاع وحكم بالتعويض وهذا لم يحصل في قضية الحال، ولو تم ذلك لكانت فيه مخافة ظاهرة لنص المادة ١٤ من نظام الديوان.

كما يمكن أن نفهم من حكم التدقيق أن القاضي يحيل المدعية إلى الطريق الآخر الذي يمكن أن تعوض عن طريقه وهو التظلم إلى ولي الأمر، وهذا الطريق لا يحتاج إلى إجراءات خاصة وهو من باب رد المظالم وليس ذلك للقاضي، بل ربما أراد القاضي أيضا تنبيه الجهة الإدارية التي أصدرت قرار المصادرة أنه لا مانع من النظر في تعويض المدعية خارج ساحة القضاء حتى لو كان العمل سياديا.

وعليه فديوان المظالم لم يحكم باختصاصه بنظر أعمال السيادة سواء تعلق الأمر بإلغاء أو التعويض. ولا يمكن القول بإمكانية نظر طلبات التعويض دون الإلغاء، إلا بتعديل المادة ١٤ من نظام ديوان المظالم. وربما شكلت إشارة ديوان المظالم إلى مسألة التعويض على النحو المذكور أعلاه، دافعا للمطالبة بإقرار التعويض عن أعمال السيادة، كما سنين لاحقا.

ونؤكد أن المنع لا يسري سوى في مواجهة القضاء وطريق التظلم إلى ولي الأمر لطلب التعويض يظل مفتوحا حسب نص المادة ٤٣ من النظام الأساسي للحكم «مجلس الملك ومجلس ولي العهد مفتوحان لكل مواطن ولكل من له شكوى أو مظلمة ومن حق كل فرد مخاطبة السلطات العامة بما يعرض له من الشؤون.» بل أن عبارة عدم الاختصاص ديوان المظالم تفيد ضمنا بأن هناك طريقا آخر يمكن أن يسلكه المدعي. (Cayla, 1994) (٤٩)

السامي رقم ٣٧٩/٤ م في ١٤١٦/٢/٥ حيث جاء فيه «الموافقة على الإجراء (القرار) المتخذ بمصادرة القروود أما بالنسبة لمطالبة الشركة بالتعويض عن قيمتها وما خسرت في تدريبها وتأهيلها فتقرير ذلك يعود إلى القضاء...».

والذي يمكن فهمه من الفقرة الأخيرة في الأمر السامي أنه لا يعترض على التعويض، ولكنه أحال النظر في هذا الشق إلى القاضي الذي عليه أن ينظر في مدى ولايته بنظر التعويض. وإعمالا لنص المادة ١٤ من ديوان المظالم لا يمكن القاضي النظر في التعويض عما اعتبر من أعمال السيادة. والذي زاد الالتباس أن القضاة في الدائرة الادارية تصدوا لموضوع التعويض وتم رفض الدعوى لعدم مشروعية الطلب باعتباره مخالفا للشريعة، وبمفهوم المخالفة لو كان لا يخالف الشريعة كان بإمكانهم الحكم بالتعويض. علما أن الحكم نقض على مستوى هيئة التدقيق. بل أن الهيئة لم تجار الدائرة فيما انتهت إليه واعتبرت فهمها للنص مخالف للنظام ولما استقر عليه الفقه والقضاء الإداريين من عدم اختصاص الديوان بنظر أعمال السيادة إلغاء وتعويضا.

والحقيقة أن ما انتهت إليه هيئة التدقيق في حكمها يتماشى مع صحيح نص النظام (المادة ١٤ من نظام ديوان المظالم) ولكن الفقرة الأخيرة في الحكم هي التي أثارت الالتباس، ولا اعتقد أن القاضي استثنى التعويض وأعطى لنفسه حق النظر في طلبات التعويض، ولكن القاضي أراد الإشارة إلى أنه لا مانع، وفقا لقواعد العدل والإنصاف وعلى أساس الضرر يزال، أن تعوض المدعي عن الضرر الذي لحقها من جراء المصادرة من طرف المدعى عليها، ولكن يقينا ليس ذلك من صلاحية القاضي، فلو قدر القاضي أنه مختص بنظر طلبات

(٤٩) La declaration d'incompetence est une signe au requérant qu'il peut s'adresser ailleurs»

ومن ثم فأساس تحصين أعمال السيادة من التعويض هو نفس أساس تحصين القوانين (الأنظمة) من التعويض. ومع ذلك يمكننا القول أن مبدأ التعويض عن الضرر من أعمال السيادة، لا يتعارض مع الشريعة الإسلامية، فأكل أموال الناس بالباطل مرفوض، وإصلاح الضرر الناتج عن العمل السيادي واجب إذا تسبب في ضرر لفرد بعينه أو مجموعة معينة بشروط محددة، فالقاعدة أن الضرر يزال، وكما جاء في الحديث الشريف «لا ضرر ولا ضرار»^(٥٢) ونفترض التالي:

١- تعديل نص المادة ١٤ من نظام ديوان المظالم بحيث يخرج من اختصاص الديوان الإلغاء دون التعويض، وفق ضوابط يتضمنها التعديل استناداً إلى مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، وهو المبدأ الذي طبقه ديوان المظالم في كثير من أحكامه، فهو يستند إلى أساس من العدل والإنصاف، وخاصة عندما يكون المتضرر نضيف اليد واكتسى ضرره بعض الجسامة والخصوصية، فلا مانع من تعويضه تحقيقاً للمساواة بينه وبين باقي المتفعين من العمل السيادي مصدر الضرر، وهو المبدأ الذي يسند إصلاح الضرر في كل الحالات التي يكون الإجراء المتخذ من الحاكم (الدولة) يتم للصالح العام، وحتى لو كان مشروعاً، ودون تعدي من المتضرر.

٢- في غير حالات التعويض، أي الإلغاء، يرفع الأمر، بطلب من المتضرر، إلى صاحب الولاية العامة، باعتباره ناظر المظالم، فهو طريق مفتوح لكل

والذي ننتهي إليه أن القول بالتعويض عن أعمال السيادة في النظام السعودي لا أساس له في ظل المادة ١٤ من نظام الديوان في وضعها الحالي.

كما أن القول بالتعويض عن أعمال السيادة قد يتعدى إلى القول أيضاً بالتعويض عن التشريع (الأنظمة)، خاصة أن ولي الأمر في المفهوم الإسلامي يضطلع بالوظيفة التنظيمية (التشريعية) أيضاً (المدرس، ١٤٢٣هـ) ولم يقر أي قانون التعويض عن التشريع، وهناك حالة وحيدة عوض فيها القضاء الفرنسي عن التشريع كما ذكرنا.^(٥٠) وفي النظام السعودي معظم حالات أعمال السيادة تتم بموجب أمر ملكي وهو تعبير عن إرادة الملك باعتباره رئيساً للدولة أو صاحب الولاية العامة، وقد يكون بقرار مجلس الوزراء، باعتباره سلطة حكم. وكما يقول الفقيه Chapus إن حصانة أعمال السيادة لا تبرر فقط، بأن أعمال الحكومة تختلف عن أعمال الإدارة، وإنما بموجب العملية التشريعية نفسها، فهي الأعمال التي تشاك بها السلطة التنفيذية في سلطة إماء القانون أو التشريع (ediction de La loi) (Chapus, 2000)^(٥١) وعليه يجب أن تتمتع أعمال السيادة بنفس الحصانة التي تتمتع بها القوانين (الأنظمة) فأعمال السيادة هي تعبير عن وجه من أوجه السيادة إلى جانب التشريع، وإذا رجعنا إلى النظام الإسلامي يبدو ذلك واضحاً في مبدأ صاحب الولاية العامة (ولي الأمر)، وهي السلطة التي تشتق منها باقي السلطات، وتستمد منها الوظائف أو السلطات تفويضاً لا تقاسماً في ظل سمو الشريعة.

(٥٢) عن أبي سعيد سعد بن سنان الخدري رضي الله عنه: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (لا ضرر ولا ضرار)، حديث حسن رواه ابن ماجه والدارقطني وغيرهما مسنداً، ورواه مالك في الموطأ مرسلًا: عن عمرو بن يحيى عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم، فأسقط أبا سعيد، وله طرق يقوي بعضها بعضاً.

(٥٠) C.E..Ass.14 janfier1938 societe la Fleurette

(٥١) «immunité juridictionnelle des actes de gouvernement se justifie par le fait „non pas qu'ils relèvent d'une fonction gouvernementale distincte de la fonction administrative „mais directement de la fonction législative elle-meme.»

المشروعية إلى الشرعية وهذه النظرية قضائية في أصلها ظهرت في القضاء ثم الفقه الفرنسيين، وبصرف النظر عن الاعتبار التاريخي، لم يحكم مجلس الدولة الفرنسي في كل تاريخه ببطلان النظرية أو اعتبرها خرقاً لمبادئ حقوق الإنسان، أو أنها تنتهك مبدأ فصل السلطات أو مبدأ استقلالية القضاء.

وهذه بعض المبررات التي استند إليها الفقه الفرنسي:

١- المصالح العليا للدولة (la raison d'état) وبمقتضى ذلك أنه يمكن في حالات معينة تبرير تجاوز القانون والمشروعية للمحافظة على كيان الدولة، وخاصة في مجال العلاقات الخارجية والحرب.^(٥٥) ورغم أن بعض هذه الصلاحيات يمكن أن تغطيها حالة الضرورة أو السلطة التقديرية، إلا أن هناك ظروف قد تحيط بالعمل الحكومي لا يمكن إدخالها في إحدى الحالتين وقد ترتبط بموقف سياسي تراه الحكومة يخدم المصلحة العامة العليا، كما يرى Chapus ينبغي أن نفهم أن قد يحصل في مجال أعمال الحكومة، أن السلطة العامة (الحكومة) قد تحتاج أن تطلق يدها ويكون ذلك شرعياً (legitime)، ولا ينبغي التسليم بجنون الرقابة، كما ينبغي أن نعلم أنه لا تعارض بين أعمال الحكومة ودولة القانون^(٥٦).

٢- مبدأ فصل السلطات، الذي يرسم الحدود بين السلطات الثلاث يفرض على القاضي نوع من الحياد

من له مظلمة أو شكوى، وهو طريق موازي لا ينبغي التقليل من شأنه، خاصة أن ولي الأمر هو مرجع جميع السلطات، وهو مطالب حسب الشريعة بتحقيق العدالة ورفع الظلم، ومن الناحية الإجرائية^(٥٣) له صلاحية التصدي للخصومات والفصل فيها ولا يشكل ذلك تعدياً على القضاء كما أشرنا أعلاه، وحسب الماوردي من اختصاصات الناظر المظالم «النظر في تعدي الولاة على الرعية وأخذهم بالعسف في السيرة، فهذا من لوازم النظر في المظالم الذي لا يقف على ظلامه متظلم، فيكون لسيرة الولاة متصفحا عن أحوالهم مستكشفا ليقويهم إن أنصفوا ويكفهم إن عسفوا ويستبدل بهم إن لم ينصفوا.....»

٣- كل الأنظمة الديمقراطية وغير الديمقراطية تحتفظ للحاكم (رئيس الدولة) بصلاحيات لا يراقبه فيها القاضي، ولا يعتبر ذلك خروجاً على القانون، من ذلك حقه في حل البرلمان وحل الحكومة وإعلان حالة الطوارئ وغيرها، إذن فالقول بعدم مشروعية أعمال السيادة مطلقاً غير صحيح، وكل ما في الأمر ينبغي ألا يتعسف الحاكم في استخدامها.

المبحث الرابع: أعمال السيادة في الميزان

نظرية أعمال الحكومة، أو السيادة، من النظريات التي أسسها فهمها، (Chapus, 2000)^(٥٤) كما أسسها تطبيقها في كثير من الحالات، وهي في اعتقادي تتجاوز مسألة

(٥٥) «La theorie des actes de gouvernement presente un caractere necessaire ineluctable»elle correspond en effet a un certain raison d'Etat qui est dans la nature des choses politiques et gouvernementales»

(٥٦) «tout autant qu'il ne fait pas ceder a la folie des controles, il faut bien voir qu'il n'y a pas incompatibilite entre acte de gouvernement et «Eat de droit»

(٥٣) الماوردي، علي بن محمد بن حبيب، الأحكام السلطانية ط ٢، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، القاهرة ١٣٨٦ هـ ص ٨٠ وما بعدها.

(٥٤) «Entorse au principe de la soumission de la puissance publique au droit»

من أعمال السلطة التنفيذية^(٥٨) من ذلك نص المادة ١٤ من نظام ديوان المظالم، والقاضي عندما يمتنع عن نظر الدعوى المتعلقة بأعمال السيادة فهو يطبق النص المنظم لاختصاصه، وكان من الأخرى أن ينصب النقاش على مدى دستورية النص المحصن لهذه الطائفة من الأعمال. ٢- الحق في اللجوء إلى القاضي يشكل دعامة

أساسية في الحصول على العدالة، وهو حق نصت عليه كل الدساتير، غير أن تنظيم ممارسة هذا الحق لا تلغيه إلا في الحدود التي تهدد وجوده ذاته، فقد يرسم النظام طريقاً آخرًا لحماية الحق غير طريق القضاء كما هو الحال في اللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي، وبعض المجالس (المجلس الدستوري الذي يختص في بعض الدول بالطعون الانتخابية) بإعطاء العدالة ليس حكرًا على القاضي، بل يمكن أن تقوم بذلك أجهزة يحددها النظام، كما أن الحاكم نفسه يمكنه تحقيق العدالة.

٣- إن إخراج أعمال السيادة من رقابة القضاء لا يعني عدم خضوعها لأي رقابة فيمكن التظلم منها إلى السلطة أصدرتها (ولي الأمر) وإثارة أوجه التجاوز فيها، كما أن الرقابة السياسية يمكن أن تساهم في توجيه أعمال السلطة التنفيذية، ونعتقد أن هدف تحصين هذه الأعمال هو الحيلولة دون أن يتحول القاضي إلى حاكم، أي يسلب السلطة التنفيذية سلطة القرار (السياسي) الذي هو من صميم اختصاصها كحكومة.

(٥٨) انظر على سبيل المثال:

في مصر المادة ١٧ من نظام السلطة القضائية في الأردن المادة ١٣ لسنة ١٩٩٢ من قانون محكمة العدل العليا - في سوريا نص المادة ١٢ من قانون مجلس الدولة عمان: قانون محكمة القضاء الإداري المادة ٧، الصادر بموجب المرسوم السلطاني رقم ٩٩/٩١/٩٩ بتاريخ ١٢/١١/١٩٩٩ السودان: المادة ٨ من قانون السلطة القضائية لسنة ١٨٨٤ هـ

أو عدم التدخل حتى يحافظ على التوازن بين السلطات ولا ينبغي أن يكون مرجحاً لسلطة على أخرى أو أن يجل محل أحد السلطات^(٥٧). وتجسيدا لهذا المبدأ عمد الدستور الفرنسي إلى إخراج رقابة دستورية القوانين من سلطة القضاء حتى يبقى القاضي بعيداً عن السياسة وأسندت لهيئة مستقلة هي المجلس الدستوري.

٣- الباعث السياسي: ذلك أن كثيرا من قرارات الحكومة تكون ذات طابع سياسي ظاهر وعليه من الصعب رسم الحدود بين السياسة والمشروعية، مثال ذلك من صلاحيات رئيس الدولة التعيين في المناصب العليا، فلو كان للقاضي مراقبة أو إلغاء هذه التعيينات يكون القاضي هو الحاكم وهذا غير منطقي، فلا بد إذا من الاعتراف بحدود لا يمكن للقاضي تجاوزها في مواجهة الحاكم.

وأخيراً نقول أن نظرية أعمال السيادة تستند إلى حقائق لا يمكن القفز عليها أو إنكارها وهي نابعة من ضرورة أن تظل السلطة التنفيذية هي المسؤولة عن إدارة شؤون الدولة وقد يستوجب الحفاظ على مصلحة الدولة أن تأتي أعمالاً ولا يمكن للقاضي أن يتعرض لهذه الأعمال وإلا أصبح هو الحاكم، ونوضح ذلك بما يلي:

١- من الناحية الشكلية الإجرائية النظرية ليست خروجاً على المشروعية (الإدارية)، التي تقضي بخضوع الإدارة للقانون، والسلطة التنفيذية عندما تصدر أعمالاً من هذا النوع فهي تستند في تحصينها إلى القانون ذاته، ذلك أن معظم قوانين الدول تنص صراحة في أنظمتها القضائية على تحصين هذه الطائفة

(٥٧) من ذلك أن مجلس الدولة الفرنسي قضى بعد اختصاصه للنظر في صفة الأشخاص الذين تعينهم الحكومة في المجلس الدستوري. C.E.1999 (Madame.Ba).

يجب تعريف أعمال الحكومة في طبيعتها الفلسفية التي تعتمد على الفصل بين وظيفة القاضي والحاكم، فالحاكم لا ينبغي أن يكون تابعا بينها القاضي دائما تابع للحاكم فهو الذي يفوضه، وعليه فالحاكم يمكن أن يكون قاضيا كذلك، ومن غير المنطقي أن يحاكم التابع المتبوع بينما يمكن أن يحل المتبوع محل التابع بناء على تفويض. فالحاكم لا بد أن يضطلع بمسؤوليتها في إدارة شؤون الدولة ولا بد أن يكون سيد قراره، ولا ينبغي أن تعلق إرادته سلطة أخرى بما يجرده من هذه السلطة، وعليه يمكننا القول بأن أعمال السيادة هي الأعمال التي تصدر من رئيس الدولة باعتباره الحاكم وأعماله هي أعمال الحكم، وليس أعمال الحكومة، ذلك أن الحكومة قد تقوم بأعمال من طبيعة غير أعمال الحكم، وأعمال الحكم هي حسب الموردي كل ما يلزم لحراسة الدين وسياسة الدنيا ذلك «أن تدبير الأمة موكول إليه وعلى اجتهاده محمول» وهكذا لا بد أن يكون الإمام قويا لكي يحرس الدين ويقود الدولة ويوجهها ويباشر أمورها، والقوة هنا عند الإمام، في فهمي، لها معنى نفاذ حكمه أو قراره وعدم الخضوع لجهة تراقب أعماله. وهذا المعنى لا يؤدي إلى الاستبداد، فالاستبداد هو عدم الخضوع لأي مرجعية ملزمة تحد سلطة الحاكم وينبغي أن يضطلع الحاكم بمسؤولية الحفاظ على المجتمع أو الأمة وحمايتها، ولا ينبغي له أن يخرج عن الشريعة أو القانون النافذ إلا في حدود الضرورة التي تقدر بقدرها. يقول أحد الفقهاء الفرنسيين (Carre de Malberg) «تتميز الوظيفة الإدارية ويجب أن تعرف بتبعيتها للقانون (التشريع) وعليه كلما تصرفت السلطة الإدارية بناء على صلاحيات تشريعية، لا يوجد مبرر، مهما اتسعت أعمالها أو استندت إلى السلطة التقديرية، إسنادها إلى نظرية أعمال الحكومة،

٤- ليست كل أعمال السلطة التنفيذية تخرج من رقابة القضاء، بل أن نسبتها بين القضايا الادارية التي ترفع ضد الدولة لا تكاد تذكر، وربما حمل البعض على النظرية لتحقيق أهداف سياسية.

٥- تخضع أعمال السيادة لنوع من رقابة المشروعية فالقاضي عليه التأكد من وجودها القانوني فمثلا اتفاقية دولية يجب أن تتم المصادقة عليها حتى يمكن اعتبارها من الأعمال المحصنة تم الاستناد إليها من طرف الحكومة فالقاضي يتأكد من مسألة وجود التصديق، ويقدر الملابس التي اتخذ فيها العمل حتى اعتبرت من أعمال السيادة.

٦- نعتقد أن إخضاع كل أعمال كل السلطة التنفيذية للقضاء قد تجعل من القاضي حاكما، إذ باستطاعتها إبطال أي إجراء أو قرار يتخذه الحاكم (الملك) بدعوى عدم المشروعية، وهذا فيه دمج بين السلطتين (التنفيذية والقضائية). علما أن الدساتير الغربية أعطت لرئيس الدولة حق مباشرة بعض مظاهر السلطة القضائية ففي حكم شهير لمجلس الدولة الفرنسي اعتبر قرار رئيس الجمهورية بإصدار العفو من أعمال القضاء بمعنى أن الرئيس يتصرف باعتباره مرجع أعلى للسلطة القضائية^(٥٩). وعليه ينبغي أن يبقى الحاكم في منأى من أن يراقبه القاضي في شؤون الحكم، ولا بد أن يتحرر، ولا ينبغي المبالغة في الرقابة، ولا تعارض بين أعمال السيادة وسيادة القانون.^(٦٠)، وأعتقد أنه

(٥٩) p.89.3/C.E 28 mars 1947 Gombert;Sirey1947

(٦٠) «...les pouvoirs public aient legitiment besion d'avoir les mais libres .et tout autant qu'il ne fait pas ceder a la folie des controles ,il faut bien voir qu'il n;a pas incompatibilite entre acte de gouvernement et «etat de droit».

٨- إن مبدأ الفصل بين السلطات في الشريعة يتسم ببعض المرونة نتيجة الأخذ بمبدأ «صاحب الولاية العامة» وأعتقد أن أعمال السيادة في النظام الإسلامي ليست لها ذات الأهمية التي لها في النظام الغربي، الذي يعتمد في بعض تطبيقاته الفصل الجامد بين السلطات، ذلك أن صاحب الولاية العامة هو المرجع الأعلى لجميع السلطات، بما في ذلك السلطة القضائية، في ظل مرجعية عليا هي الشريعة.

٩- إن الكلمة الفصل في اعتبار العمل من أعمال السيادة من عدمه تكون للقاضي، وعليه يمكن للقاضي نزع صفة «السيادي» عن التصرف إذا قدر أنه ليس كذلك، وبهذا يمكن للقاضي حماية المشروعية بطريقة غير مباشرة، وعلى حسب محكمة التنازع الفرنسية «لا ينبغي أن تتخذ أعمال السيادة غطاء لعدم المشروعية الفاضحة»^(٦١).

وكما أسلفت الرقابة القضائية ليست هي الرقابة الوحيدة على أعمال الحاكم بل هناك رقابة أخرى من طبيعة وظيفة الحاكم وهي الرقابة السياسية بالصيغ التي تنظمها الدساتير المختلفة. وأعتقد أن نظرية أعمال السيادة وجدت مخرجا لصراع محتمل بين السلطة التنفيذية (الحاكم) والسلطة القضائية، بحيث منعت هذه الأخيرة من التصدي لما يعتبر من أعمال الحكم، ولكنها لا تحصن أعمال السيادة إلا في مواجهة القاضي، بمعنى أنها لا تمنع من أن يسلك المتضرر طريقا آخر.

وفي الأخير نرى أن أعمال السيادة تبقى ضرورية تقتضيها بعض ضرورة المصلحة العليا التي هي من

بالعكس عندما تتصرف السلطة التنفيذية استنادا إلى الدستور مباشرة تكون في مجال أعمال الحكومة وتخرج أعمالها من رقابة القضاء». (de Malberg, 2004) كما أن إعطاء القاضي سلطة مراقبة أعمال الحاكم من شأنه أن يوجد ازدواجية فعلية في الحكم، فإذا اسر الحاكم على موقفه من مسألة معينة وعارض القضاء فمن تكون له الكلمة الفاصلة؟ بطبيعة الحال الحاكم وليس القاضي، فالوظيفة الأساسية للقاضي هي الفصل في الخصومات وليس الحكم، وأوضح ذلك بالمثال التالي: لو أن الحاكم (الملك) أقال وزيرا من مهامه أو اتخذ قرارا بغلق الحدود مع دولة مجاورة، فهل يمكن القول بإحالة الأمر للقضاء للنظر في إلغاء قرار الحاكم؟ ولو فرضنا أن القضاء تصدى للدعوى ألا يكون القاضي هو الحاكم؟ ويصبح القاضي هو الذي يدير الحكم من خلال قبوله الطعن في كل قرارات الحاكم، إذن لا بد من التسليم بأن هناك طائفة من أعمال الحاكم (أعمال الحكم) لا تخضع لرقابة القضاء. والمؤكد أن حتى الذين هاجموا النظرية يسلمون بوجودها، فلو سألت أحدهم هل يمكن للوزير أن يتظلم للقاضي من قرار إعفائه من مهامه؟ بالتأكيد سيجب بلا، فما هو المبرر؟ (بصرف النظر عن وجود النص القانوني).

٧- يمكن تجنب الاستناد إلى أعمال السيادة بطريقة قانونية أسهل في كثير من الحالات، بإعمال مبدأ السلطة التقديرية، فمثلا اعتبر قرار منع الجنسية من أعمال السيادة (في الكويت) بينما اعتبر في المملكة من السلطة التقديرية، علما أن الإدارة ليست ملزمة بتسبب قراراتها إلا حيث يشترط القانون ذلك، كما أن القرار المبني على السلطة التقديرية قد يشوبه عيب الانحراف أو إساءة استعمال السلطة ومن ثم يكون عرضة للإلغاء القضائي.

(٦١) «les actes de gouvernement ne saurait en aucun cas servir de couverture a une illegalite flagrante». Rec.C.E.p183et Revue Administrative.1951 p.44.

طبيعة السياسة والحكم وكل ما في الأمر ينبغي عدم المبالغة أو التعسف في توظيفها، وهذه مسؤولية سياسية وأخلاقية، ولا مانع من إقرار مبدأ التعويض عن أعمال السيادة وفق ضوابط واضحة كما بينا.

الخاتمة

لقد شكلت أعمال الحكومة أو أعمال السيادة موضوع خلاف واعتبرها البعض ثغرة في بناء المشروعية، وتعديا على حق اللجوء إلى القاضي، ورغم الانتقادات التي وجهت للنظرية، إلا أنها بقيت قائمة تجد سندها القانوني في معظم القواعد المنظمة لاختصاصات السلطة القضائية، ومنها نظام ديوان المظالم الجديد (والقديم).

وما يمكن قوله بعد استعراضنا لأقوال المؤيدين والمعارضين، والتطبيقات القضائية أن النظرية لا يمكن إلغاؤها لاختلاف سلطة الحكم عن الإدارة، فالسلطة التنفيذية تضطلع بالوظيفتين وكان لا بد أن تخرج أعمالها المتعلقة بالحكم من رقابة القضاء، وذلك لسبب فني وهو أن إعطاء القاضي سلطة رقابة كل أعمال الحكم يحوله إلى حاكم فعلي وينهار مبدأ فصل السلطات، خاصة بين السلطتين التنفيذية والقضائية، وهذا ما يفسر لنا وجود تطبيقات للنظرية في كل الدول بصرف النظر عن طبيعة الحكم فيها، سواء بالنص عليها في أنظمة السلطة القضائية، أو منح رئيس الدولة الحق في اتخاذ بعض القرارات دون إمكانية رقابة القضاء عليها وأضرب لذلك مثلا من الولايات المتحدة الأمريكية التي يعطي دستورها الحق لرئيس الدولة باستعمال حق الفيتو ضد أي قانون يوافق عليها الكونغرس، كما يضطلع بتعيين وإعفاء ضباط القوات المسلحة من مهامهم دون رقابة القضاء. كما نعتقد أن النظرية لا تخالف الشريعة الإسلامية وأن

خضوع الحاكم للشريعة لا يعني أن يصبح القاضي هو الحاكم، بل أن النظرية تفقد أهميتها في ظل تنظيم السلطات في النظام الإسلامي، فصاحب الولاية العامة (رأس الدولة) يعتبر المرجع الأعلى لجميع السلطات، ولا يمكن القول بتقاسم السلطات بما في ذلك السلطة القضائية، وهذا لا يعني المساس باستقلالية القضاء التي يعني ألا يتدخل الحاكم في شؤون القضاء عند الفصل في القضايا، ولكن بإمكانه التعقيب على أحكام القضاء إما باعتباره قاضي الأول أو باعتباره ناظر المظالم.

مع ذلك يمكننا القول أن هناك حالات كثيرة استغلت فيه النظرية لإخراج بعض أعمال السلطة التنفيذية المتعلقة بشؤون الإدارة من سلطة القضاء وهذا شيء طبيعي أيضا إذ لم يخلو أي مبدأ قانوني من التجاوز أو الانحراف في استعماله، بدرجات متفاوتة، ولكن الحل ليس في الإلغاء النظرية، فذلك غير ممكن ونوصي بما يلي:

١- القول بإلغاء نظرية أعمال السيادة أمر غير واقعي، ويؤدي إلى الخلط بين وظيفة الحكم والقضاء، ومن شأن ذلك أن يتحول القاضي إلى حاكم. والنظرية كما بينا لا تخالف أحكام الشريعة، لكن يمكن أن يحدث تعسف في استعمالها يستوجب الحد منه، إما عن طريق القضاء وذلك بنزعه صفة أعمال السيادة عن العمل (الحكومي) والتقليص من حالات التستر وراء النظرية، كما يجب تفعيل الرقابة السياسية في مواجهة الحكومة وحثها على الأخلاق السياسية، والكف عن الظلم.

٢- النظر بجدية في إقرار التعويض عن أعمال الحكومة دون إلغائها واعتقد أن هذا أمر ممكن ويتمشى مع مبادئ العدل والإنصاف التي تدعها الشريعة الإسلامية واستنادا إلى مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة.

ساير داير، عبد الفتاح. «نظرية أعمال السيادة: دراسة مقارنة». رسالة دكتوراه. القاهرة: د.د.، ١٩٧٥م. الصاوي، صلاح. نظرية السيادة وأثرها على شرعية الأنظمة الوضعية. د.م.د.، د.ن.، ١٤١٢هـ. العجمي، ذهيان. «القيود الواردة على حق التقاضي ومدى مخالفتها لنصوص الدستور». رسالة ماجستير. كلية الحقوق، جامعة الكويت، ١٩٩٧م.

الفوزان، محمد بن براك. مسؤولية الدولة عن أعمالها غير المشروعة وتطبيقاتها الإدارية. الرياض: مكتبة الاقتصاد والقانون، د.ت.

الماوردي، علي بن محمد بن حبيب. الأحكام السلطانية. ٢. القاهرة: مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، ١٣٨٦هـ.

المدرس، مروان محمد محروس. مسؤولية رئيس الدولة في النظام الرئاسي والفقهاء الإسلاميين: دراسة مقارنة. الأردن: دار الإعلام، ٢٠٠٢م.

مليجي، أحمد. نطاق ولاية القضاء. القاهرة: دار النهضة العربية، د.ت.

واصل، محمد. «أعمال السيادة والاختصاص القضائي». مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية. المجلد الثاني، ٢٠٠٦م.

ثانياً: المراجع الأجنبية

Abraham.(Ronny). Les incidences de la convention européenne des droits de l'homme sur le contentieux administratif Francais R.F.D.A.1990 A. de laubadere J.-CI.Venezia,Y.Guademet.;traite de droit administratif,tome1,10 edi.1988.

Auvret-Fink (J), Les actes de gouvernement, irreductible peau de chagrin?.R.D.P 1995.

Blancpain.(F),La formation historique de la notion d'acte de administratif unilateral.th.Paris 2.1979.

٣- في المملكة نقترح تعديل المادة ١٤ من نظام ديوان المظالم بحيث يمنح ديوان المظالم ولاية النظر في التعويض عن أعمال السيادة، واعتقد أن هذا الأمر سيلقى قبولا من المنظم السعودي، فهناك أنظمة في المملكة يتم بموجبها التعويض حتى عن الكوارث الطبيعية فمن باب أولى، إذا كان الضرر ناتجا عن فعل السلطة العامة بهدف حماية المجتمع أو لحسابه، ونتج عنه ضرر خاص وجسيم.

٤- إصدار قواعد تحدد شروط التعويض وحدوده، حيث يجب أن يكون الضرر فعلي أو حقيقي (مادي أو معنوي) وأن يمس شخصا بعينه أو عددا محددًا من الأفراد، ولا تعويض إذا كان الضرر عاما، بل يعتبر ذلك من باب الأعباء العامة كفرض الضرائب والرسوم، وأن يكون المتضرر نضيف اليد، إذ لا تعويض لمن شكل فعله، الذي استوجب إصدار العمل السيادي، جريمة أو يهدد أمن الدولة وسلامة المجتمع. والله ولي التوفيق

المراجع

أولاً: المراجع العربية

الجربوع، أيوب بن منصور. «اختصاص ديوان المظالم بوصفه جهة قضاء إداري». مجلة العدل. العدد (٥١)، لسنة ١٤٣٢هـ.

حافظ، محمود. أعمال السيادة في التشريع المصري. القاهرة: عالم الكتاب، ١٩٨٣م.

الحلو، ماجد راغب. القضاء الإداري. د.م: دار المطبوعات الجامعية، ١٩٨٥م.

الدغيشر، فهد بن عبد العزيز. رقابة القضاء على أعمال الإدارة: ولاية الإلغاء أمام ديوان المظالم. د.م: دار النهضة العربية، ١٩٩٠م.

- Melleray (Fabrice) L'immunité juridictionnelle des actes de gouvernement en question. R.F.D.A. sept-oct. 2001.
- Michel (Virally). L'introuvable acte de gouvernement. R.D.P. 1952.
- Paul Duez. Les actes de gouvernement. Dalloz. 2006
- Rene Chapus. Droit administratif general. tome 1. 14 ed. Montchrestien. 2000.
- Rivero (Jean); Apologie pour les 'faiseurs de systeme. Dalloz 1951.
- Serrand (P.). L'acte de gouvernement. contribution a la theorie des fonctions juridiques de l'Etat. Th. Paris 2. 1996.
- Carre De Malberg (Raymond) Contribution a la theorie generale de l'Etat. tome 1 Dalloz. 2004.
- Carpentier (Elise), l'acte de gouvernement n'est pas insaisissable. RFDA 2006.
- Cayla. Olivier; le controle des mesures d'execution des traites reduction ou negation de la theorie des actes de gouvernement. R.F.D.A. 1994.
- Chevalier (Jaques); l'Etat de droit. coll. Clefs. politique. Montchrestien. Paris. 4 ed. 2003.
- Devolve (Pierre). L'acte administratif. coll. Droit public, Sirey. Paris 1983.
- Houriou (Mourice). Droit Administratif. Sirey 1895. 3
- Laferriere (V); traite de la jurisdiction administrative et de recours contentieux. t. 2. Berger-Levrault. Paris. 2 ed. 1896.

**The Acts of Government and the Principle of
Legality and Its Application in the Kingdom
"A Comparative study"**

Dine Bouzid

*Associate Professor Department of Public Law
College of Law and Political Science, King Saud University*

(Received 13/11/1432H.; accepted for publication 27/4/1433H.)

Abstract. The research deals with one of the most controversial subjects, which is the theory of sovereignty acts and its applications in the Kingdom. The subject is divided into four sections. The first section deals with the definition of sovereignty acts, their criterion and the problem faced by the jurisprudence and the judiciary with regard to a common definition or standard which can help the judge to control the sovereign act. The second section studies the position of comparative jurisprudence towards the theory. It focuses on the attitude of Grievances council, with towards Article 14 of its new statute through some of the issues that were brought before it. The third section discusses the possibility of compensation for the acts of sovereignty and concludes, that there is no objection to the adoption of compensation and that it is a principle compatible with Shari'a, provided that Article 14, which prevents compensation in its current form, is amended. The fourth section evaluates the theory and concludes that it is based on the judicial authority in all countries including Saudi Arabia; and that it is a theory required by governance within the limits determined by the judiciary.

قواعد الاتصال الصناعي وأثرها على الوحدة القانونية للملكية العقار

زبن محمود الزبن

أستاذ القانون المدني المساعد

كليات الشرق العربي للدراسات العليا (كليات الفيصل سابقاً)

السعودية / الرياض

(قدم للنشر في ١٤ / ١١ / ١٤٣٢هـ، وقبل للنشر في ١٢ / ٧ / ١٤٣٣هـ)

ملخص البحث. يعتبر الاتصال سبباً من أسباب كسب الملكية في التشريع الأردني ويشكل واقعاً قانونياً يتمثل في اندماج شيئين مملوكين لشخصين مختلفين سواء أكان هذا الاندماج بإرادة الإنسان أو بفعل الطبيعة، وقد يقع الاندماج ما بين العقار والعقار أو المنقول والعقار أو المنقول بالمنقول أو المنقول والمنقول. تنهض هذه الدراسة على تسليط الضوء على حالة إتصال المنقول بعقار بفعل الإنسان، والذي يطلق عليه «الاتصال الصناعي» بهدف إيجاد إجابة للعديد من التساؤلات، مؤداها: هل قواعد الاتصال تسعى لتنظيم أثر الإتصال ومن ثم تنصب على تسوية العلاقات المنبثقة عنه، ما بين مالك الأرض ومقيم البناء؟ وهل سعت قواعد الاتصال لحل مشكلة تحديد الملكية فعلياً؟ بمعنى هل قواعد الاتصال يمكن اعتبارها نظرية عامة تطبق على الحالات المشابهة في حالة سكوت المشرع أو الأطراف على بيان مصير المحدثات؟ وإذا كان المشرع الأردني قد جعل من الاتصال وحدة لحق الملكية قرينة بسيطة حسب أحكام المادة (١١٣٧) من القانون المدني الأردني، فهل يترتب على إثبات عكسها إضافة حقوق عينية جديدة؟ ومن ثم تؤدي إلى تجزئة حق الملكية.

المقدمة

وبما أن الأرض عقاراً بالأصل ويتصف بالديمومة فإن ما ينشأ عليها من أغراس ومبانٍ يعد فرعاً، وسنداً للقاعدة المعروفة الفرع يتبع الأصل فإن الأمر يتطلب إيجاد حلول مناسبة لتحقيق الوحدة المادية للعقار من خلال قواعد الاتصال، فهذه الأخيرة تشكل ضمانات أساسية لحماية الوحدة المادية للعقار ذات الطابع الأحادي. ولما كانت قواعد الاتصال في حد ذاتها تسعى لتحقيق الوحدة المادية للعقار، إلا أنه لا يمكن اللجوء

يتحقق الاتصال الصناعي بفعل الإنسان وتدخله، بمقتضاه يندمج المنقول في العقار اندماجاً يستحيل الفصل بينهما دون تلف، مما تمتد صفة العقار الى المنقول ليصبح عقاراً بطبيعة، فالاندماج ما بين ملكيتين يحقق الاتصال مما يتطلب الأمر في ذلك لتحديد ملكية العقار الناجم عن الإندماج في ملكية واحدة، سنداً للقاعدة التي أفرزتها التشريعات المعاصرة (الأرض ما فوقها وما تحتها لملكها).

حل مشكلة السكن التي عرفها الأردن وغيره من بلاد العالم.

وبما أن التوجه إلى البناء العمودي يشكل في حد ذاته تطوراً في نظام البناء، فهذا يفرض علينا أن نساير هذا التطور تشريعياً من خلال سن أنظمة وقوانين ملائمة، فهكذا كان لقواعد الاتصال أثراً على نظام البناء الحديث، فسعت هذه القواعد إلى تعزيز الوحدة القانونية للعقار وذلك من خلال الحلول المختلفة التي حملتها بين نصوصها والتي تنصب باتجاه أحادية الملكية سواء كان البناء أفقياً أو عمودياً، وفي نفس الاتجاه كرست قواعد الاتصال فكرة التجزئة القانونية للعقار على المستوى العمودي، بحيث مكنت المالك من إنشاء عدة عقارات داخل العقار الواحد وذلك من خلال أحكام المادة (١١٣٧) من القانون المدني الأردني التي كان أثرها على قواعد الاتصال بجعلها قواعد مكتملة.

فلهذه القواعد أثر مباشر على تجزئة محل الحق (الأرض) مما يحولها إلى عقارات متعددة داخل العقار الواحد يساند بعضها بعضاً تمثيلاً مع الظروف الاقتصادية والاستشارات العقارية.

وعلى الرغم من ذلك تنوعت الهياكل العقارية من حيث الشكل وأيضاً من حيث الأنظمة التي تحكمها فقد يكون محل حق الملكية (العقار) يشكل مبنى واحداً وملكية واحدة (مالك الأرض وما يعلوها) كما هو الحال مثل نظام المنازل أو الفيلات وهذا قائم على أساس مبدأ تبعية الأرض، إلا أنه قد يجزأ بين عدة ملاك مما يشكل خرقاً لمبدأ التبعية ولهذا نرى أن هذه الأهمية لقواعد الاتصال تتمحور بأنها تحمل في طياتها نهجين

إليها أو العمل بها، إلا عندما تكون ملكية الأصل تختلف عن ملكية الفرع، وحدث الاندماج بينهما، فقواعد الاتصال في هذه الحالة تحمل في طياتها حلول مناسبة تحفظ من خلالها الوحدة المادية وتحقق وحدة حق الملكية. إلا أنه يجب ألا تفوتنا الإشارة في هذا المجال إلى أن قواعد الاتصال تشكل نظاماً مكماً أي يمكن للأطراف الاتفاق فيما بينها على خلاف الحلول الواردة به. مما يمكن تعطيله واستبعاده سناً لأحكام المادة (١١٣٧) التي تعد من القواعد الأساسية بالاتصال الصناعي لأنها افترضت أن كل ما يبنى أو ينشأ فوق الأرض يندمج فيها ويصبح ملكاً لصاحب الأرض ما لم يثبت عكس ذلك فكلما ظهرت البيئات والدلائل المطلوبة قانوناً لإثبات عكس القرينة الواردة في المادة (١١٣٧) تطبق قواعد الاتصال، وبهذا تشكل هذه القواعد حلاً في تحديد ملكية المباني والمنشآت من جهة وتسوية الخلافات والنزاعات من جهة أخرى إلا أن هذا يجعلنا أمام التساؤل التالي هل يمكن لقواعد الاتصال أن تشكل نظرية عامة لحل كافة النزاعات الناجمة عن البناء فوق ملك الغير وهل يمكن لهذه القواعد أن يكون لها أثراً على عمليات البناء.

أهمية الموضوع

ترتكز هذه الدراسة على مجموعة من القواعد القانونية التي تساير الأزمة السكنية الحادة الناتجة عن ارتفاع نسبة النمو الديمغرافي، وظاهرة الهجرة من البوادي إلى المدن، التي كان لها أثراً على حجم الأراضي الصالحة للبناء، بسبب ازدياد الطلب عليها، مما أصبح الإنسان يتجه نحو البناء العمودي بدلاً من البناء الأفقي، فظاهرة البناء العمودي تركت أثراً في

الفرع الثالث: مدى إمكانية تطبيق قواعد الاتصال على حالات التجاوز اليسير في البناء على أرض الغير.

المطلب الثاني: مدى فاعلية قواعد الاتصال الصناعي في حالة إنشاء المباني والمحدثات على أرض الغير ضمن العلاقة العقدية.

الفرع الأول: المحدثات والمباني المقامة من المستأجر في العين المؤجرة.

الفرع الثاني: قواعد الاتصال الصناعي وتطبيقها على المنشآت والمباني المقامة من المنتفع.

المبحث الثاني: مدى أثر قواعد الاتصال في حماية الوحدة القانونية للعقار.

المطلب الأول: انعكاس قواعد الاتصال على الوحدة القانونية للعقار.

الفرع الأول: الوضعية القانونية للقرينة الواردة بالمادة (١١٣٧).

الفرع الثاني: إثبات عكس القرينة الواردة في المادة (١١٣٧).

المطلب الثاني: الحقوق العينية الناجمة عن إثبات عكس القرينة الواردة في المادة (١١٣٧).

الفرع الأول: حق المساطحة.

الفرع الثاني: حق الحكر.

المبحث الأول: قواعد الاتصال

والبناء فوق ملك الغير

يتحقق الاتصال الصناعي باندماج المنقول بالعقار من خلال إنشاء المباني وغرس الغراس فوق سطح الأرض أو بعمقها. فالقاعدة أن مالك الأرض

قانونين، أحدهما يشكل حماية خاصة لأحادية الملكية العقارية والثاني يشكل تجزأً لمحل حق الملكية تماشياً مع الظروف الاقتصادية.

مشكلة الدراسة

تنهض مشكلة الدراسة على جملة من التساؤلات مؤداها هل يمكن لقواعد الاتصال أن تشكل حماية فعلية للوحدة المادية للعقار؟ وإلى أي مدى يمكن تطبيق قواعد الاتصال على حالات البناء فوق ملك الغير؟ وإذا كانت قواعد الاتصال تتأسس في الأصل على فكرة تبعية الأرض فما أثر هذه القواعد على تحقيق تجزئة الوحدة المادية للعقار وخرق مبدأ التبعية؟

خطة الدراسة

إن الأسئلة المطروحة تقتضي الإجابة عنها في ضوء النصوص القانونية من خلال المنهج التحليلي لتلك النصوص مقارنة مع التشريعات الأخرى في المسائل التي سكت المشرع الأردني عن تنظيمها مستعينين في ذلك بآراء الفقه وأحكام القضاء.

وباختصار فإن موضوع الاتصال بفعل الإنسان يتطلب منا بيان حالاته وأثره على حق الملكية وأنه بالعطف على ما تقدم ستعرض للإجابة على هذه التساؤلات ضمن منهجية متوازنة لتحقيق النتيجة المرجوة من هذا البحث على النحو التالي:

المبحث الأول: قواعد الاتصال والبناء فوق

ملك الغير.

المطلب الأول: البناء فوق ملك الغير خارج

العلاقة العقدية.

الفرع الأول: البناء فوق ملك الغير بسوء النية.

الفرع الثاني: البناء فوق ملك الغير بحسن النية.

المطلب الأول: البناء فوق ملك الغير خارج العلاقة العقدية
 قد يكون البناء فوق ملك الغير دون أن يكون هناك علاقة تعاقدية ما بين مالك الأرض ومالك المواد بحيث يشغل البناء كامل الأرض وقد يأخذ جزءاً منها بصورة تجاوز على جزء صغير كبعض أمتار من أرض الغير وهذا ما سنتناوله من خلال هذا المطلب بحيث سيكون الفرع الأول من هذا المطلب البناء فوق ملك الغير بسوء النية وفي الفرع الثاني البناء بحسن النية أما الفرع الثالث منه يكون مدى تطبيق قواعد الاتصال في حالة التجاوز اليسير على أرض الغير.

الفرع الأول: المحدثات التي يقيمها صاحب المواد على أرض الغير بسوء النية

نظم المشرع الأردني هذه الحالة في المادة (١١٤٠) من القانون المدني وقد نصت على أنه: «إذا أحدث الشخص بناءً أو غراساً أو منشآتٍ أخرى بمواد من عنده على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضا صاحبها، كان لهذا أن يطلب قلع المحدثات على نفقة من أحدثها فإذا كان القلع مضرّاً بأرض الغير فله أن يملك المحدثات بقيمتها مستحقة القلع».

من خلال استقرائنا لأحكام المادة السابقة يتضح بأن القانون المدني الأردني قد تناول الحلول المناسبة لهذه الحالة وجعلها بين يدي مالك الأرض لتحديد خياره، فهذه الخيارات أو الحلول المطروحة، تطرح عدة تساؤلات تتمثل فيما يلي: هل هذه الحلول مفروضة على مالك الأرض، أي هل هناك معايير وضوابط لكل خيار ورد بالمادة المذكورة؟ وما هو التكييف القانوني لتملك صاحب الأرض للمحدثات المقامة على أرضه؟

وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فقرتين نخصص الفقرة الأولى: لدراسة شروط تملك صاحب الأرض

تتمد سلطاته إلى عناصر الأرض (السطح والعمق) ويمارس حق الانتفاع من استعمال واستغلال عليها، فإذا كان الاتصال الطبيعي يجرم مالك الأرض من أرضه لكونه يتحقق دون إرادة الملاك^(١)، فإن الأمر يختلف بالنسبة للاتصال الصناعي والذي يتم بإرادة الإنسان وعلى نفقته، وإذا اعتبرنا أن المنقول المتصل بالأرض يعد جزءاً منها، فإن هذا راجع إلى كون سلطات المالك تمتد إلى ذلك الجزء الذي التصق واندمج فيها مما يفرض علينا أن لا نغفل عن حق مالك المنقول بالتعويض حتى لا يتحقق الإثراء على حساب الغير بلا سبب.

ولئن كان مالك المنقول الذي اندمج بالأرض واتصل بها يقع عليه عبء إقامة الدليل على ملكية ما أحدثه أو أنه قد أذن له مالك الأرض بإنشاء المباني والغراس عليها (الاتصال أو الاندماج) كون ظاهر الحال يكذبه، وهذا ما قضت به أحكام المادة (١١٣٧) من القانون المدني الأردني التي تقضي بأنه «كل بناء أو غرس أو عمل قائم على أرض يعتبر أن مالك الأرض قد أقامه على نفقته وأنه يخصه ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك».

وبناءً على ما سبق سنتناول في هذا المبحث حالات الاتصال والكسب الفوري للملكية، حيث نعرض في المطلب الأول: البناء فوق ملك الغير خارج العلاقة العقدية، أما المطلب الثاني فندرس فيه: مدى فاعلية قواعد الاتصال الصناعي في حالة انشاء المباني والمحدثات أرض الغير ضمن العلاقة العقدية.

(١) جاء في المادة (١/١١٣٢) من القانون المدني الأردني: «يجوز لمالك الأرض التي تتحول عن مكانها بسبب حادث وقع قضاء أن يطالب بها إذا تحققت معرفتها ويضمن صاحب الأرض الأكثر قيمة، لصاحب الأرض الأقل قيمة قيمتها ويمتلكها. ولا تسمع دعوى المطالبة بها بعد مضي سنة على وقوع الحادث».

فالأرض تعد بمثابة مكعبٍ أو وعاءٍ^(٢)، ترد عليه سلطات المالك، وذلك وفقاً لأحكام المادة (١٠١٩) التي تقول: «١- مالك الشيء يملك كل ما يعد من عناصره الجوهرية بحيث لا يمكن فصله عنه دون أن يهلك أو يتلف أو يتغير.

٢- وكل من ملك أرضاً ملك ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها علوا وعمقا إلا إذا نص القانون أو قضى الاتفاق بغير ذلك». وعليه لا يمكننا أن نتصور بأن دمج المواد مع الأرض تشكل مالا على الشيوع وذلك لعدم ملاءمته وعدم انقسامه مادياً (زكي، ١٩٧٨: ص ٣٤٣) وهذا ما يكرس وحدة العقار؛ لأن بانقسامه قد ينشأ عدة عقارات وكل منها يأخذ صفة الأصل^(٣)، علماً بأن الأرض هي التي تشكل

لهذه المحدثات، ونعرض في الفقرة الثانية التكيف القانوني لتملك صاحب الأرض للمحدثات المقامة على أرضه.

الفقرة الأولى: شروط تملك صاحب الأرض للمحدثات المقامة على أرضه: بالرجوع إلى مقتضيات المادة (١١٤٠) من القانون المدني يلاحظ أن مالك الأرض لا يستحق ملكية المحدثات والمباني إلا ضمن الشروط التي تضمنتها المادة السالفة الذكر وتمثل فيما يلي:

١- أن تكون المواد مملوكة للغير وليس لمالك الأرض: لقد سبق لنا القول إن الاندماج ليس إلا اندماج شيئين منفصلين ومملوكين لشخصين مختلفين أحدهما مالك للأصل والآخر مالك للفرع، فالأرض تشكل أصلاً بغض النظر عن قيمتها، وكل ما يندمج بها يعد فرعاً، وهذا ما يستخلص من خلال أحكام المادة (١١٤٠) عندما نصت «إذا أحدث شخص بناءً أو غراساً بمواد من عنده على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره». فالمواد تعد بحد ذاتها عبارة عن منقولات قبل دمجها وتعود ملكيتها للباني، أما إذا تم اتحاد ودمج هذه المواد المنقولة ما يصعب فصلها عن الأرض، فتصبح عقاراً، وتفقد صفتها كمنقول حيث تمتد إليها سلطات المالك بحكم اتصالها بالأرض (أزركي، ١٩٩٣: ص ٤٨)، فدمج المواد بالأرض دون فصلها تشكل وحدة للعقار بالطبيعة وتعتبر جزءاً منه وهذا ما أكده المشرع الأردني من خلال أحكام المادة (٥٨) والتي عرفت العقار بأنه: «كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف أو تغيير في هيئته فهو عقار وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول».

(٢) إن المقصود بالمكعب الهوائي هو أبعاد ونطاق الملكية التي حددها الفقه المالكي وقد ذهب الفقه المالكي إلى أن من ملك الأرض له أن يبني فيها ويرفع البناء قدر ما شاء شرط عدم الإضرار بغيره، وقد اختلف الفقه في هذا النطاق بخصوص نطاق ملكية الأرض وقد أجمعوا على أن ما فوق الأرض من الهواء يمكن ويجوز بيعه، لكن بالنسبة لما تحت الأرض أن الملك في هذا الإطار يقدر فالمالك لا يملك ما تحت الأبنية من تحوم الأرض بخلاف الهواء فإنه يمتد إلى عنان السماء ولهذا جاءت فكرة المكعب الهوائي وهو ما يبارس المالك سلطاته عليه. انظر: (الصوفي، ٢٠٠٢: ص ١٥١).

(٣) أن معيار التمييز بين المنقول والعقار لا يعد من النظام العام طالما أن العقار بطبيعته يصبح منقولاً بإرادة الأطراف من خلال العقد، وهذا ما يلاحظ عند شراء منزل من أجل هدمه أو جني الثمار، وقد نصت المادة (٧٣) من قانون التنفيذ الأردني رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٢ على ما يلي: «أ) يجوز لكل دائن أن يطلب من الرئيس تعيين حارس قضائي وأن يفوضه في حصاد المحصولات وجني الثمار وبيعها. ب) تباع المحصولات والثمار بالميزاد أو بأي طريقة أخرى». وبالمقابل إذا تمت المقارنة بين نص المادة السابقة مع أحكام =

نيته (النشار، ١٩٩٩: ص ٣٢)، وهذا التصور في الإثبات راجع إلى القاعدة التي تقول «بأن الأصل في الشخص حسن النية ومن يدعي العكس عليه عبء إثبات ذلك». فحسن النية قرينة مفترضة يجوز إثبات عكسها، ولنا أن نتساءل كيف نحدد سوء النية لدى الباني؟

أما سوء النية فيتحقق لدى الباني بمجرد علمه بأن الأرض مملوكة لغيره وليس من حقه إنشاء المباني والأغراس عليها، إلا أنه يمكن أن يتم الاعتداد بالمعيار الموضوعي ومفاده بأن الباني لديه اعتقاد بأن الحق بإنشاء المباني فوق أرض الغير، فالاعتقاد قائم هنا على فكرة الخطأ الجسيم الذي يتساوى مع فكرة العلم (سوء النية) التي يقوم عليها المعيار الشخصي (الأهواني، ١٩٩٣: ص ٥٧).

إلا أن المشرع الأردني قد اعتمد المعيار الشخصي دون المعيار الموضوعي وكان الأجدر بالتشريع الأردني أن يعتمد المعيارين معاً.

٣- تحقق الضرر إذا تمت الإزالة والقلع:

يشترط المشرع الأردني لتملك مالك الأرض للمباني والمنشآت أن يترتب على إزالتها ضرر يلحق به وبمصالحه الخاصة، بغض النظر عن حجم الضرر، فقيام المنشآت والمباني في أرض الغير يعد خطأ عمدياً وتعدياً على ملكية الغير، مما يترتب على ذلك تعويضاً لصاحب الأرض بسبب ما لحقه من أضرار تكمن في حرمانه من استعمال واستغلال أرضه والتمتع بها وبمقابل ذلك قد أوجد المشرع تعويضاً عينياً عن هذا الضرر يكمن في التملك أو الإزالة. والأصل في هذه الأمور أن

الأصل، والتجزئة لا تتم إلا من خلال حق الملكية وعناصرها (أزركي، مرجع سابق: ص ٣١).

٢- أن يتحقق سوء النية: من بدهة القول إن قواعد الاتصال في القانون المدني الأردني في غالبيتها ليست إلا تجسيداً لقواعد الفقه الإسلامي، وهذا ما يلاحظ من خلال أحكام المادة (١١٤٠) عندما وردت من خلالها عبارة «يعلم بأن الأرض غير مملوكة له» فهذه العبارة في أساسها ودلالاتها تفيد سوء النية، فمالك المواد الذي يقوم بإنشاء المباني والمحدثات على أرض غيره وهو على علم بأن الأرض ليست في ملكه ودون زعم وسبب شرعي^(٤)، فسوء النية لدى المحدث يترك عبئاً ثقيلًا على مالك الأرض لإثباتها. فإذا ادعى مالك الأرض أن الباني سيء النية فيجب عليه إثبات سوء

= المادة (٥٨) من القانون المدني والتي تحدد مفهوم العقار بالطبيعة من خلال فكرة الثبات والاستقرار فهل نستطيع القول بأن المادة (٧٣) حالة استثنائية من القاعدة العامة الواردة بالمادة (٥٨) وذلك من خلال تعريفها للعقار أم أن المادة (٧٣) ما هي إلا تطبيق للنظرية العامة للمنقول بحسب المآل؟

في واقع الحال أن المشرع الأردني كغيره من التشريعات العربية وعلى الخصوص التشريع العراقي لم ينظم نظرية عامة في خصوص المنقولات بحسب المآل إلا من خلال نصوص قانونية متفرقة.

انظر: (البشير وطه، ١٩٨٢: ص ١٨).

(٤) محمد شكري سرور، الذي يقول في هذا الصدد: «... إذا كان يعلم أن الأرض مملوكة لغيره، وأنه ليس له حق في إقامة ما يستحدثه فيها من بناء أو أغراس أو منشآت أخرى، فيلزم أذن توافر الأمرين معاً ولا يغني أحدهما عن الأخر». موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني الكويتي، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، منشورات جامعة الكويت، ١٩٩٨، ص ٥٨.

والقلع (العبيدي، ٢٠٠٩: ص ١٠٧). وهذا ما أكده قضاء محكمة التمييز الأردنية التي جاء في أحد أحكامها: «إن البناء لبانيه ولو كانت على أرض الغير حتى يعمل صاحب الأرض خياره في طلب القلع أو التملك وفقاً للمادة ١١٤٠ والمادة ١١٤١ من القانون المدني الأردني»^(٥).

هذا التوجه الفقهي والقضائي المتضمن أن التملك يكون من خلال تعبير مالك الأرض عن إرادته ذلك، إلا أننا نرى أن هذا الاتجاه لم يبين الوقت الذي يتم فيه التملك للمباني والمحدثات ولم يضع أجلاً لممارسة مالك الأرض لحقه في الخيار، فإسناد هذا الأمر إلى إرادة مالك الأرض قد يُبقي الأمر عائماً، خاصة إذا لم يصل إلى علمه، من بنى على أرضه المباني والمنشآت، كما أن القول بأن تملك المحدثات معلق على إرادة مالك الأرض، فهذا يعني أن المالك مخير في أن يملك أو لا يملك، علماً بأن مفهوم أحكام المادة (١١٤٠) على خلاف لهذا التصور الفقهي، فالمالك ليس مخيراً وإنما وضعت لتملكه ضوابط ليملك هذا الخيار.

ومن خلال المعطيات يتبين هذا التصور وفقاً لما يلي:

(أ) إذا كانت المادة (١١٤٠) تحول مالك الأرض إمكانية إزالة وقلع المحدثات فهذا لا يعني أنه يعترف للباني بملكية المباني والمنشآت، فمالك الأرض يملك المباني بمجرد إدماجها إلا إذا وجد بأن المباني والمنشآت تضر بأرضه ولا تخدم مصالحه، فيطلب إزالتها.

تكون الإزالة هي الحل طبقاً لقواعد المسؤولية عن الفعل الضار.

ولكن بسبب ما تركه الإزالة من إضرار تلحق بالأرض وبالمالك فقد تم وضع خيار آخر يتناسب مع مصالح المالك بشكل خاص وبالمصالح الاقتصادية بشكل عام وهو تملك المباني والمنشآت. فإذا اجتمعت هذه الشروط الثلاثة تحققت ملكية المباني والمحدثات لمالك الأرض على أن يملكها مستحقة القلع أي قيمتها أنقاصاً، إلا أن التساؤل الذي يمكن طرحه في هذا الإطار هو: هل التملك من طرف مالك الأرض معلق على موافقته؟

لقد اختلفت توجهات الفقه في هذا الشأن، فهناك من يرى أن المباني تبقى على ملكية من أقامها إلى أن يعبر مالك الأرض عن إرادته بشأنها. ويرى هذا الاتجاه أن الاتصال مكنته يعترف القانون بها لبعض الأشخاص في تملك بناء أو أغراس أقامها الغير لمصلحته مقابل أداء تعويض لهذا الأخير (أزركي، مرجع سابق: ص ٢٩). وهناك من يرى بأن تملك صاحب الأرض للمباني والمنشآت معلق على شرط يتضمن عدم إمكانية نزعها أو تملكها من صاحب الأرض بناءً على إرادته وإنما يملكها من تاريخ إنشائها وليس من تاريخ التعبير عن إرادته، فالشرط هنا هو شرط واقف وليس شرطاً إرادياً، لأن إرادة المالك إختلطت بظروف خاصة (السنهوري، ٢٠٠٠: ص ٢٩١؛ سرور؛ مرجع سابق: ص ٥٩).

أما شرح القانون المدني الأردني فإنهم يرون أن تملك المباني يتوقف على إرادة صاحب الأرض، إن شاء تملك وإن شاء طلب الإزالة

(٥) تمييز حقوق رقم ٩١٣ / ١٩٨٦ تاريخ ٢٩ / ٢ / ١٩٨٧ منشورات موسوعة مداد القانونية.

وقد ذهب المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني بالقول: «إن مثل هذا التعويض لا هو بالعيني ولا هو بالمالي، ولكنه قد يكون أنسب ما تقتضيه الظروف في بعض الصور»^(٧).

وهذا ما كرسته أحكام المادة (٢٦٩) من القانون المدني الأردني في فقرتها الثانية والتي جاء فيها: «ويقدر الضمان بالنقد على أنه يجوز للمحكمة تبعاً للظروف وبناءً على طلب المضرور بأن تأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه أو أن تحكم بأداء أمر معين متصل بالفعل الضار وذلك على سبيل التضمين».

يظهر من النص السالف الذكر أن الأصل في التعويض أن يكون نقدياً، إلا أنه يمكن الخروج عن هذا الأصل إذا ارتأت المحكمة ذلك أنه سند للظروف ومراعاة لطلب المضرور (البدراوي، ١٩٦٨: ص ٤٥)، فالمادة (١١٤٠) وما ورد فيها يدعو إلى تحقق المسؤولية الناشئة عن الفعل الضار واستحقاق التعويض لصاحب الأرض عن الأضرار التي لحقت به، وأن التعويض النقدي مستبعد في هذا الصدد لسببين هما:

(أ) أن الفعل الذي ارتكب من طرف الباني له طبيعته الخاصة.

(ب) أن التعويض يضع المالك في مركز المثري على حساب الغير، فإنه يحقق الإثراء بلا سبب على حساب الباني (العبيدي، مرجع سابق: ص ١٠٨).

ولهذا قد استبعد المشرع من أحكام ومقتضيات المادة (١١٤٠) التعويض النقدي، واقتصر على التعويض العيني سنداً لأحكام المادة (٢/٢٦٩) من القانون المدني الأردني التي تركت الأمر للقاضي الموضوع بإقرار

(٧) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، الجزء الأول، أعداد المكتب الفني بنقابة المحامين عمان، الأردن، ص ٤٦٦.

(ب) إن المشرع من خلال أحكام المادة (١١٤٠) لم يحقق حلاً لمشكلة الملكية لكونه لم يشر إلى تملك مالك الأرض للمباني والمحدثات، وإنما جاءت عبارة (فله أن يملك المحدثات) فهذه دلالة على الاتصال الفوري بسبب الإدماج فالإدماج يؤدي إلى وحدة العقار، والاتصال يؤدي إلى وحدة حق الملكية.

والتساؤل المثار في هذا الصدد ما هو التكييف القانوني لتملك صاحب الأرض للمحدثات المقامة على أرضه من قبل الغير؟ وهو ما سنعرض له في الفقرة الثانية من هذا المطلب.

الفقرة الثانية: التكييف القانوني لتملك صاحب الأرض للمحدثات المقامة على أرضه من قبل الغير: إذا كانت أحكام المادة (١١٤٠) من القانون المدني الأردني قد خولت المالك تملك المباني والمنشآت حسب الشروط السالفة الذكر، فإن هذا يفرض علينا سؤالاً وهو: ما هو التكييف القانوني لتملك مالك الأرض لما تم إنشاؤه من مباني على أرضه؟ فهل يعد العمل الذي قام به الباني غصباً أو تعدياً أو ما يعرف بالخطأ العمدي؟ مما نجم عنه إلحاق أضرارٍ بمالك الأرض ولجبر الضرر الذي لحق بالمالك قد منحه المشرع خيارين هما حق التملك، أو الإزالة (زكي، مرجع سابق: ص ٣٥٩).

فخيار التملك يرجع تكييفه القانوني إلى فكرة التعويض غير النقدي، وهو يعد إحدى صورتي التنفيذ بالمقابل، والذي قد يكون نقدياً أو غير نقدي^(٦).

(٦) يقصد بالتعويض غير النقدي: التعويض الذي يمنح للمتضرر تعويضاً لجبر الضرر دون أن يصل إلى حد إزالته من الوجود نهائياً من صورة فسخ العقد لعدم التنفيذ ورغم أن التعويض قد يكون عينياً أو نقدياً إلا أن الفقه لم يجمع على ذلك أي أن هناك من أنكر وجود التعويض العيني، (الدغيمر، ١٩٨١: ص ٢٥٣).

ثانياً: إن لجوء الباني لإنشاء هذا المحدثات بسوء النية يعتبر تعدياً وغصباً.

ثالثاً: التحديد القانوني للتعويض وحصره فقط بثمن المواد المستحقة القلع، قائم بالأساس على أحكام المادة (٢٩٤) من القانون المدني الأردني والتي تقول: «١- من كسب ما لا من غيره بدون تصرف مكسب وجبت عليه قيمته لهذا الغير ما لم يقض القانون بغير ذلك. ٢- لو خرج ملك شخص من يده بلا قصد واتصل قضاء وقدرراً بملك غيره اتصالاً لا يقبل الفصل دون ضرر على أحد المالكين يتبع الأقل في القيمة الأكثر بعد دفع قيمته ما لم يقض القانون بغير ذلك».

وخلاصة القول إن خروج المشرع عن أحكام التعويض المشار إليه بالمادة (٢٩٤) يعود أساساً إلى سوء النية للباني، لأنه لو كان حسن النية لكان هنالك حلول أكثر إنصافاً من ذلك، وهذا ما نلاحظه من خلال القرار الصادر عن محكمة التمييز الأردنية والذي جاء فيه: «إذا كان المميز هو أحد أصحاب الحصص في قطعة الأرض موضوع الدعوى المشتركة فيما بينه وبين المميزين قد بنى الطابق الأول من البناء والمقام عليها من ماله الخاص وبإذن شركائه، ورفع المميز دعوى القسمة للعقار المذكور، وعليه واستناداً للمفهوم المخالف لنص المادة (١١٣٧) من القانون المدني فإن المميز ضده يستحق قيمة الطابق التي يجب أن تؤخذ بعين الاعتبار عند إجراء القسمة»^(٨).

أما الباني سيء النية فليس لديه ما يقرره في هذا المجال فكانت أولى الخيارات لمالك الأرض قلع وإزالة المنشآت التي أقيمت فوق أرضه وكان ذلك احتراماً

التعويض العيني انطلاقاً من فكرة التلازم بين الأداء العيني والضرر الحاصل للمالك فالتعويض العيني يعد مقاصدة للضرر الحاصل جبراً له، ولكي يتحقق ذلك يجب أن يرتبط التعويض بالضرر وملائم لطبيعته، فالتعويض العيني هو قيد على حرية المضرور خلافاً للتعويض النقدي، ولهذا يجب أن يكون التعويض متجانساً مع طبيعته (الدغيمر، مرجع سابق: ص ٢٦٦).

وهذا مبرر رئيسي لتكييف الحلول الواردة فلو افترضنا أن المشرع لم يورد نصاً خاصاً لحالة البناء فوق ملك الغير لكانت أحكام المادة (٢٦٩) هي الحل المناسب لها.

فالتعويض يجب أن يتناسب مع ما فقده المتضرر وحرمانه من الانتفاع من الأرض فلا بد من منحه تعويضاً يتناسب مع ما فقده (الدغيمر، مرجع سابق: ص ٢٦٦)، ويعد هذا التكييف منطقياً لأن التعويض إذا كان نقدياً لتحقق الإثراء على حساب الباني بلا سبب، وهو ما لم يعالجه المشرع. ولهذا نرى أن هذا ما يتفق مع الحالة الواردة في مادة (١١٤٠) لجبر الضرر مع مراعاة التوازن بين المصالح المختلفة لكل الأطراف (العبيدي، مرجع سابق: ص ١٠٨).

وتأسيساً على ما سبق، فإن ممارسة مالك الأرض لحقه بتملك المباني والمنشآت التي أقامها الغير فوق أرضه والتي أضفت له منفعة وفائدة اقتصادية جعلت من هذه المنافع العائدة على المالك أن يكون تملكه بمقابل قيمة المواد مستحقة القلع (الأهواني، مرجع سابق: ص ٦٧؛ السنهوري، مرجع سابق: ص ٢٨٠) وذلك للأسباب التالية:

أولاً: تشجيع مالك الأرض على التملك دون مزاوله حقه بالهدم لما لهذا الخيار من آثار سلبية (الأهواني، مرجع سابق: ص ٦٧).

(٨) تمييز حقوق رقم (٢٥٧٨ / ٢٠٠٣) تاريخ ٦ / ١١ / ٢٠٠٣، منشورات موسوعة مداد القانونية.

إن استقراءنا للنص السالف الذكر يلاحظ بأن المشرع قد صب اهتمامه على مصلحة المحدث حسن النية الذي يعتقد بأن ما أنشأه من محدثات أقامها بزعم سبب شرعي، فقد خول المشرع الأردني للبانى الذي يزيد قيمة محدثاته على قيمة الأرض بأن يملك الأرض بثمان المثل جبراً على صاحبها، فخير التملك الذي تطرحه المادة (١١٤١) يعد من الخيارات الخطرة لأنه يشكل خرقاً واضحاً لحماية حق الملكية التي عززتها كافة التشريعات، إضافة أيضاً إلى أن تصرف البانى يعد في حد ذاته اعتداءً على حق التصرف الذي يشكل أحد عناصر حق الملكية.

وعلى الرغم من الأهمية التي منحها المشرع للبانى حسن النية إلا أنه لم يحدد معياراً لها بل إنه لم يستخدم مصطلح حسن النية وإنما استخدم الزعم بالسبب الشرعي للتملك، وهذا ما يدفعنا بالتساؤل عن قصد المشرع بمصطلح الزعم بسبب الشرعي؟

في بداية الأمر إن المشرع الأردني قد تجنب استخدام مصطلح (سيء النية وحسن النية) مستخدماً عبارات أكثر اتساعاً كما هو الشأن بزعم السبب الشرعي فهذا المصطلح تناولته المادة (١١٢٠) من القانون المدني العراقي الذي استعاره من مجلة الأحكام العدلية وتحديدًا المادة (٩٠٦) منها^(٩).

وعلى الرغم من تداول هذا المصطلح إلا أنه ليس هناك تعريف له واختلقت الآراء في تفسيره،

(٩) لقد نصت المادة ٩٦ من المجلة «إذا كان المغصوب أرضاً وكان الغاصب أنشأ عليه بناء أو أغراساً يجبر الغاصب بقلعها وإن كان المقلع مضرراً بالأرض، ولو كان فيه الأشجار أو البناء أزيد من قيمة الأرض وكان قد أنشأ أو غرس بزعم سبب شرعي، ٢٠٠٠».

للملكية صاحب الأرض وردعاً للبانى، فطلب الإزالة أو القلع يشكل دعوى ملكية وليست دعوى حيازة، فطلب الإزالة أو القلع يعد متفرعاً عن طلب ثبوت الملكية ويفصل فيه طبقاً لقواعد الاتصال المقررة في القانون المدني (النشر، مرجع سابق: ص ٥).

ومما لا شك فيه أن خيار القلع والإزالة ما هو إلا تطبيقاً للقواعد العامة في المسؤولية الناشئة عن الفعل الضار لكون من أقام هذه المحدثات وهو عالمٌ بأنه أقامها على ملك الغير يعد متعمداً، ونتيجة للأضرار الناجمة عن التعدي فقد منح المشرع لملك الأرض الحق في إزالة التعدي على ملكه (زكي، مرجع سابق: ص ٣٥٩).

وهذا ما اتجه إليه القضاء الأردني حيث جاء في قرار لمحكمة التمييز: «إذا أقيمت دعوى المالك للمطالبة بالجزء المعتدى عليه من قطعة الأرض خالية من أي بناء فيكون تكليف الدعوى على أنها تعدي وغصب طبقاً لأحكام المادة (٢٧٩) من القانون المدني تطبيقاً سلبياً للقانون على الواقع ولا يرد الادعاء يلزم تطبيق أحكام المادة (١١٤٠) بحق المدعى عليه مادام لم يفصح المدعي عن رغبته بتملك البناء المقام على الجزء المعتدى عليه من الأرض».

الفرع الثاني: البناء فوق ملك الغير بحسن النية

نصت المادة (١١٤١) من القانون المدني الأردني على أنه (إذا أحدث شخص بناء أو أغراساً أو منشآت أخرى بمواد من عنده على أرض مملوكة لغيره بزعم سبب شرعي فإن كانت قيمة المحدثات قائمة أكثر من قيمة الأرض كان للمحدث أن يملك الأرض بثمان مثلها وإذا كانت قيمة الأرض لا تقل عن قيمة المحدثات كان لصاحب الأرض أن يملكها بقيمتها قائمة).

فالعبرة في حسن النية وقت نشوء البناء، فتقدير حسن النية أمر مستقل يستقل به قاضي الموضوع ولا رقابة عليه من محكمة التمييز (سعد، ٢٠٠٤: ص ٣٦٠).

وعليه فقاضي الموضوع يجب عليه استخلاص حسن النية من الوقائع التي تؤدي إليه، فإذا ما ظهر لمحاكمة التمييز بأن ما توصل إليه قاضي الموضوع لا يقوم على أساس ثابت ومقبول فإن حكمه يكون معرضاً للنقض لمحكمة التمييز (سوار، ١٩٩٥: ص ٨٠٣).

ولما كان المشرع الأردني كغيره من التشريعات قد اهتم بالوضعية القانونية للباي حسن النية من خلال الخيارات المطروحة في المادة (١١٤١) فهل لهذا الاهتمام أثر على مصير قواعد الاتصال؟ لقد كان لحسن النية أثر على قواعد الاتصال ويكمن هذا الأثر فيما يلي:

أولاً: أن حسن النية أدت بالخروج عن قاعدة أساسية (الفرع يتبع الأصل): إن لتحقق حسن النية لدى الباي أثر على الخيارات التي طرحها المشرع الأردني له، فمن المعلوم أن صاحب الأرض يمتلك المحادثات والمباي بحكم قاعدة الفرع يتبع الأصل، إلا أن المشرع الأردني قد استبدل هذه القاعدة بمعيار القيمة وجعل القيمة الأقل تتبع القيمة الأكثر، وتقدر القيمة انطلاقاً من قيمة الأرض فعندما تكون قيمة الأرض تساوي أو تزيد عن قيمة المحادثات وهي قائمة ينظر إلى قيمة الأرض خالية فأيهما كانت قيمته أكثر يعد أصلاً والآخر تابع (ياسين، ٢٠١١: ص ٢٨).

وإذا كانت قيمة الأرض تتساوى مع قيمة المباي والأغراس وهي تشكل تابعاً فيتملك صاحب الأصل أي الأرض التابع بقيمته قائماً^(١١).

وهناك من فسره بأنه سبب من أسباب التملك الظاهر عند إنشاء المباي أو الغراس، كأن يتلقى الباي الأرض بسبب إرث أو وصية أو شراءً من أحد، ثم يظهر بعد ذلك أنه غير مستحق لها، وهناك من حصرها بالإرث، والبعض الآخر يرى إلى الزعم بالسبب الشرعي على أنه يتعلق بالباي الذي يقوم بالبناء دون التعدي سناً إلى قاعدة الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف.

ومن هذا المنطلق ذهب شراح القانون المدني الجزائري إلى القول بتحديد حسن النية على خلاف الزعم بالسبب الشرعي، فيعتبر الباي حسن النية عندما يكون اعتقاده بأنه له الحق في إقامة المباي والمنشآت، بغض النظر على أن يكون حائزاً للأرض بالمعنى القانوني فيكفي أن يعتقد بأنه مالكا للأرض، فالاعتقاد يخوله قيام المباي والمنشآت (جرور، ٢٠٠٤: ص ٤٢).

ومن باب المقارنة ما بين موقف الفقه الجزائري ونظيره الأردني نجد أنهما يلتقيان في فكرة الاعتقاد بالبناء دون الاعتقاد بملكية الأرض وهذا توجه مخالف لما هو عليه الحال بالنسبة للقانون الفرنسي الذي يشترط أن يكون لدى المحدث أو الباي سند للملكية، وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسي في حكم صادر لها في تاريخ ١٢/٧/٢٠٠٠. والذي يشترط سندا للملكية لتحقق حسن النية لدى الباي^(١٠) إلا أن التساؤل الذي يمكن طرحه في هذا النطاق يكمن في متى يجب توفر حسن النية؟

يعد الباي حسن النية إذا كان يعتقد وقت إنشاء المحادثات والغراس أن الأرض مملوكة له وحسن النية أمر يفترض على من يدعي خلافه أن يقيم الدليل على ذلك،

(١١) لقد حددت مجلة الأحكام العدلية قيمة المحادثات من خلال المادة ٨٨٤ حيث نصت على «قيمة الشيء قائماً هي قيمة الأبنية أو الأشجار حال كونها قائمة في محلها وهو أن =

(١٠) قرار صادر من محكمة النقض الفرنسي بتاريخ ١٢/١٠/٢٠٠٠ انظر: (جرور، المرجع السابق: ص ٣٢).

قد أوجد مخرجاً لمالك الأرض بحيث بإمكانه استبعاد قواعد الاتصال التي كانت تكسبه ملكية المنشآت وترك نقل ملكيتها إلى الباني ومقابل تعويضٍ عادلٍ عن قيمة الأرض (كيرة، ١٩٩٣: ص ٤١٠).

وإذا كان القانون المدني الأردني قد وضع الخيارات لكلا الطرفين (صاحب الأرض ومقيم البناء) إلا أن هذه الخيارات تجعلنا أمام جملة من التساؤلات منها، ما هو الحل في حالة امتناع الطرفين عن استعمال الخيارات المطروحة؟ وهل يمكن لمحدث البناء أن يلجأ إلى نزع محدثاته؟

يرى الفقه أنه في حالة امتناع الطرفين عن استخدام خيارهما الذي منحه لهما المشرع يتم بيع الأرض بما عليها من منشآت ومبانٍ ويوزع الثمن بين صاحب الأرض والباني حسب نسبة كل منها.

أما الرأي الآخر فيرى أنه يتم النظر إلى الأرض والبناء على أنها ملك قائم على الشركة فإذا تم الاتفاق ما بين صاحب الأرض والباني على استغلالها كان لكل منهما غلته بنسبة قيمة ملكه، فإذا افترضنا أن الأرض تساوي نصف قيمة البناء كان لصاحب الأرض نصف الغلة وإذا تساويا كان لكل منهما النصف وليس ما يمنع أن يقسم العقار مع الباني قسمة المهايأة (ياسين، مرجع سابق: ص ١٣٠-١٣١).

إلا أن التساؤل المطروح في هذا النطاق ما مدى إمكانية تنازل المحدث عن حقه في تملك الأرض استناداً للقاعدة (الفرع يتبع الأصل) قبل صدور الحكم؟ في واقع الأمر ليس هناك ما يمنع أن يملك مالك الأرض المنشآت والمباني، وإن كانت تفوق قيمة الأرض مقابل تعويض عادل وهذا ما كرسته التشريعات منها القانون المدني المصري والعراقي والأردني لأن هذه

ثانياً: إن معاملة الباني حسن النية معاملة تفضيلية خاصة يعد استثناءً من قواعد الاتصال: إن المعاملة التي كرسها المشرع الأردني للباني حسن النية تشكل في حد ذاتها استثناءً من القواعد العامة للاتصال والتي تتضمن إزالة البناء وحماية الملكية الخاصة لصاحب الأرض، ومن ثم فإن هذه الحالة ما هي إلا تعطيل لمفعول قواعد الاتصال وتقاعس عن حماية الملكية من أجل مراعاة الباني حسن النية، لأن المنشآت والمباني التي أقامها قد وصلت إلى حد الجسامة مما يؤدي بإزالتها إلى إرهابه من جهة أولى ومن جهة ثانية (سعد، ٢٠٠١: ص ٣١٤) لاستبعاد أي حرج قد يقع على صاحب الأرض فجاءت المادة (١١٤١) لإنقاذه من الحرج.

وإذا نظرنا إلى موقف التشريع المصري نلاحظ أنه قد راعى وضعية الباني حسن النية وذلك من خلال أحكام المادة (٩٢٥) من قانونه المدني والتي قضت بالقول (إذا كانت المنشآت قد بلغت حداً من الجسامة يرهق صاحب الأرض أن يؤدي عنها ما هو مستحق عنها كان له أن يطلب تمليك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل) وبهذا النص يكون المشرع المصري

= تقوم الأرض مع الأبنية أو الأشجار ومرة تقوم وهي خالية عنها فالفاضل والتفاوت الذي يحصل بين القيمتين هو قيمة الأبنية أو الأشجار قائمة. نصت المادة ٧٨٥ من المدني الجزائري «إذا كان أقام المنشآت، المشار إليها في المادة ٧٨٤ مدني يعتقد حسن النية بأن له الحق في إقامتها فليس لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة وإنما يجبر بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل أو مبلغاً مساوياً لما زاد في قيمة الأرض بسبب هذه المنشآت، هذا ما لم يطالب صاحب المنشآت نزعها. غير أنه إذا كانت المنشآت قد بلغت حداً من الأهمية وكان تسديدها رهنًا لصاحب الأرض جاز له أن يطلب مالك الأرض الذي أقام المنشآت نظير تعويض عادل».

قيمة الأرض، من موادٍ، وأجور يد عاملة، يضاف إلى الذمة المالية للمالك الأرض (خاطر، ٢٠٠٥: ص ٥٢٩). وعلى الرغم من هذا التوجه إلا أننا نرى على خلاف ذلك للأسباب التالية:

أولاً: إن الالتزام بدفع قيمة ما يضاف إلى الأرض (قيمة المباني) هو التزام بموجب نص القانون.

ثانياً: إن الاتصال الصناعي هو واقعة مادية يتحقق بالادماج ما بين الأرض والمباني ولا يمكن الفصل بينهما فالقول ينصب على المباني وليس على المواد التي تم بها البناء وبعبارة أخرى إن الخيارات تقع على البناء وليس على المواد.

ثالثاً: إذا ردت قيمة المواد إلى الباني تطبيقاً لقواعد الإثراء بلا سبب فلماذا وجدت المادة (١١٤١) لمعالجة وضعية الباني حسن النية إذن (السنهوري، ٢٠٠٠: ص ٢٨٨).

فأحكام التملك الواردة في المادة (١١٤١) لا يمكن إلا إن تكون ضمن أحكام الاتصال الصناعي وأدق الحلول التي تضمنتها المادة السالفة الذكر هي حلولاً قائمةً في الأصل على إرادة الطرفين واختيارهما، وهذا ما يجعلنا نطرح السؤال التالي: ما هو الحكم في حالة عدم ممارسة أي من الطرفين لحقه في الاختيار خاصة وأن المشرع الأردني لم يحدد مدة زمنية لذلك؟ فرغم صمت المشرع عن تحديد الفترة الزمنية إلا أن هذا لا يجنب عنا الرجوع إلى القواعد العامة في التقادم حيث تكون مدة التقادم هنا خمسة عشر عاماً، وبمرور هذه المدة دون ممارسة حق التملك يفقد صاحب الحق حقه بذلك (سليم، ٢٠٠٠: ص ٨٩).

إن تعامل المشرع مع الباني حسن النية ضمن قواعد خاصة يؤدي إلى استبعاد لفكرة إزالة البناء

التشريعات وغيرها قد عطلت فاعلية القلع والإزالة، إلا أن التشريع المصري قد أقر بمبدأ (الفرع يتبع الأصل) واعتبر الأرض أصلاً دائماً لأنه ينظر إلى طبيعة الأرض وليس إلى قيمتها، فالأرض في أصلها ثابت أما البناء والمنشآت وإن كانت عقاراً بالطبيعة، إلا أن ثباتها أمر نسبي فمن الممكن أن يتحول إلى أنقاض (ياسين، مرجع سابق: ص ١٣١) وإذا كان المشرع الأردني قد خرج عن قواعد الاتصال الصناعي في حالة البناء من الغير بحسن النية مراعاة لهذا الأخير من فرض الإزالة من طرف مالك الأرض، فهل الخيارات التي منحت لكل من الباني حسن النية ومالك الأرض تشكل تطبيقاً لقواعد الإثراء بلا سبب؟

وفي واقع الأمر قد عالج المشرع الأردني هذه الوضعية خارج نطاق قواعد الاتصال باعتبارها استثناء عليها، وانطلق من قاعدة الإثراء بلا سبب وهي (الأقل قيمة يتبع الأكثر) وذلك سندا لأحكام المادة (٢٩٤) من القانون المدني الأردني التي نصت (لو خرج ملك شخص من يده بلا قصد واتصل قضاء وقدرًا بملك غيره لا يقبل الفصل دون ضرر على أحد المالكين تبع الأقل في القيمة الأكثر بعد دفع قيمته ما لم يقض القانون بغير ذلك).

ولهذا يرى البعض أن معالجة العلاقة ما بين الباني حسن النية ومالك الأرض من خلال الخيار المطروح وهو أن يقوم صاحب الأرض بدفع قيمة المواد وأجرة العمل وهذه القيمة هي التي افتقرها الباني، أو دفع مبلغاً يساوي ما زاد من الثمن بقيمة الأرض، فهذه الزيادة هي التي إغتنى بها صاحب الأرض، وهذا تطبيقاً لقواعد الإثراء بلا سبب (جرور، مرجع سابق: ص ٤٧).

فالإثراء هنا إثراء إيجابي لكونه يتضمن زيادة للعناصر الإيجابية للذمة المالية للمثري، فما يضاف إلى

فالتعويض العيني يعد تعويضاً جوازيًا لا يلزم القاضي، وإنما يمكن الحكم به وفقاً للظروف إذ ليس من الضروري استجابة طلب الدائن، بل يجب النظر إلى طلبه إن كان مناسباً أو غير مناسب، بمعنى يجب إن يراعى إن كان التعويض العيني يترك ضرراً جسيماً أو إرهاباً للمدين والعلة بالصفة الجوازية للتعويض تعود إلى طبيعة التعويض الذي قد يؤدي إلى افتعال نزاعات جديدة بين المدين والدائن، فالتعويض العيني قد يؤدي إلى تدخل المدين وهذا ما يجعل الأخير يمتنع عن ذلك، وانطلاقاً مما تقدم فإن للقضاء أن يرفض طلب الباني بالإزالة أو باسترداد المواد المستهلكة، إن كان ذلك الإجراء فيه إرهاباً للمدين (عبدالسلام، ٢٠٠٨: ص ٩٢).

لما كانت خيارات التملك الواردة في المادة (١١٤١) قائمة في الأصل على معيار القيمة كان على المشرع الأردني إستبعاده وتركيز الخيارات ما بين تملك المباني أو الإزالة من مالك الأرض مع النظر إلى التعويض حسب مقتضيات المادة (٣٥٥) المدني الأردني، أي يجب أن تكون الخيارات المطروحة بناءً على الأولويات وبعبارة أخرى يغير مالك الأرض بتملك المباني، وفي حالة عدم رغبته في ذلك يطلب الإزالة والقلع لهذه المحدثات، لكون الباني يعد معتدياً على ملكية الغير، أما إن لجأ الباني إلى الإزالة والقلع واسترداد مواده فله الأولوية في ذلك وصاحب حق فيه (العبيدي، مرجع سابق: ص ١١٣).

ولا يمكن لصاحب الأرض إن يعطل هذا الأخير ويقيها على أرضه نقيضاً لما جاء بالنسبة للباني سبب النية.

ويتعين القول بأن عدم نص المشرع على إمكانية الإزالة والقلع ليس هناك ما يمنع من ممارستها من طرف صاحبها على أن لا يلحق إضراراً في الأرض.

وقلعه، خلافاً لما هو الحال بالنسبة للباني سبب النية فهل يمكن للباني أو المحدث للمنشآت والبناء حسن النية أن يطلب إزالة البناء؟ إن المشرع الأردني قد عطل فاعلية الإزالة والقلع بشكل عام سواء أكان من جهة مالك الأرض أو مالك البناء، وبغض النظر عن قيمة المباني والمحدثات إن كانت أقل من قيمة الأرض أو أكثر منها، فرغم صراحة النص الأردني في هذا الخصوص، إلا أن هناك جانب من الفقه يخالف ما جاء في النص، فيمكن الباني من إزالة المنشآت والمباني التي أقامها على الأرض إذا كانت تفوق قيمة الأرض قبل صدور حكماً قضائياً بتملك الأرض (جرور، مرجع سابق: ص ٤٦).

أما الاتجاه المخالف لهذا الرأي فإنه يرى أن الباني وإن كان يتحمل بقوة القانون الآثار المترتبة على إحكام الاتصال إلا أنه لا يمكن أن يمنع وإرادته المنفردة تعطيل وظيفة الاتصال كسبب من أسباب التملك عند طلبه قلع وإزالة المباني المستحدثة على أرض الغير (زهرة، ١٩٩٩: ص ١٢٨).

إلا أنه يمكن القول بأن المشرع الأردني قد سعى من خلال الخيارات المطروحة في المادة (١١٤١) من توفير حماية وضمانة خاصة للباني بحكم حسنة نيته، فإذا سعى هذا الأخير إلى خيار الإزالة والقلع الذي استبعده المشرع من النص فله ذلك، على أن لا يكون خياره بالإزالة والقلع يرتب أضراراً جسيمة تلحق في الأرض، سنداً للقواعد العامة تحديداً المادة (٣٥٥) من القانون المدني الأردني والتي نصت (... على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاباً للمدين جاز للمحكمة بناءً على طلب المدين أن تقصر حق الدائن على اقتضاء عوض نقدي إذا كان لا يلحق ضرراً جسيماً).

مرور مدة التقادم فإن القضاء في هذه الحالة يرد الدعوة للمدعي بمرور مدة التقادم.

الفرع الثالث: التجاوز اليسير على ملك الغير

قد يحدث في كثير من الأحيان عندما يقوم الشخص بالبناء على أرضه أن يتجاوز حدود ملكه وهو بصدد عملية البناء على جزء من أرض جاره، فأما أن يكون التجاوز عن حسن نية أو نتيجة خطأ في ضبط حدود البناء، أو يكون هذا التجاوز بسوء النية (عمدياً) على أرض الغير، فهذا الوضع يضعنا أمام عدة تساؤلات منها هل هذه الحالة تتطلب تطبيق القواعد العامة في الاتصال الصناعي، أم أن الأمر يتطلب تعطيل أحكام الاتصال الصناعي وتطبيق القواعد العامة المتعلقة بحماية الملكية من كل تعدي يقع عليها؟

وهل تطبيق إحدى القواعد المطروحة يؤدي إلى حلول مقبولة لدى الأطراف (صاحب الأرض ومقيم البناء)؟ إن هذه التساؤلات قد فرضت نفسها بسبب الفراغ التشريعي الذي تركه المشرع الأردني بخصوص معالجة هذه الحالة^(١٢).

قبل الإجابة عن هذه التساؤلات أود التحدث عن موقف كل من الفقه والقضاء في كل من فرنسا ومصر، فالفقه الفرنسي انقسم إلى اتجاهين مختلفين وهما:

الاتجاه الأول: يذهب إلى تطبيق أحكام الاتصال وتحديد المادة (٥٥٥) من القانون المدني الفرنسي والتي تشير إلى التمييز بين الباني حسن النية والباني سيئ النية

(١٢) هناك العديد من التشريعات التي لم تنظم حالات التجاوز على أرض الغير منها التشريع السوري والمغربي والعراقي والأردني خلافاً لما هو عليه الحال بالنسبة للتشريع المصري الذي نظم هذه الحالة في المادة ٩٢٨ والقانون المدني الجزائري في المادة ٩٨٨.

وإذا نظرنا إلى موقف المشرع المصري في هذا النطاق لوجدنا بأنه أكثر وضوحاً خاصة عندما جعل من إزالة المباني والمحدثات حقاً للباني، وليس واجباً أو التزاماً عليه، فلا يجوز لصاحب الأرض أن يلزمه ويجبره على إزالة المباني، إلا أن طلب الإزالة مقيد بعدم الإضرار بالأرض ولهذا يرى الدكتور جمال الدين (...). ولكن يتعين القول بأن حق صاحب المنشآت في نزاعها رهين بعدم الإضرار بالأرض وأن المشرع لم ينص على هذا القيد كما نص عليه في حالة سوء النية (زكي، مرجع سابق: ص ٣٦٤).

فمن الملاحظ أن الإزالة والقلع، رهين بعدم إحداث ضرر في الأرض، فلو لحق ضرر بالمالك فالإزالة تعيد الحالة إلى ما كانت عليه فهذا التصور ما هو إلا تطبيق لمبدأ التعويض العيني لأن الضرر يجب أن يقع على المالك حتى لا تتحقق الإزالة (زكي، مرجع سابق: ص ٣٦١).

وبهذا، السؤال الذي يطرح نفسه متى يمكن للأطراف مزاوله حقهم في الخيار؟ لم يحدد المشرع الأردني فترة زمنية للأطراف من أجل مزاولتهم الخيارات المطروحة وهذا ما يحتم علينا الرجوع إلى مدة التقادم التي نص عليها المشرع من خلال المادة (١١٨١) من القانون المدني الأردني فقد نصت على (من حاز منقولاً أو عقاراً غير مسجل في دائرة التسجيل باعتباره مالكا له أو حاز حقاً عينياً على منقول أو حقاً عينياً غير مسجل على عقار وأستمرت حيازته دون انقطاع خمسة عشر سنة فلا تسمع عليه عند الإنكار دعوى الحق العيني من أحد ليس بعذر شرعي) وخلاصة لما تقدم فإن المشرع الأردني لم يحل مشكلة الملكية سواء كانت للباني أو لمالك الأرض فالباني الذي يرجع إلى القضاء لرفع دعوى تملك بعد

الزاوية الأولى أن التجاوز يشكل مساساً بحق الملكية وتعطيلها إذ يمكن القول بأن التجاوز شبيهاً بنزع الملكية للمصلحة الخاصة وهذا مبرر كافٍ لتطبيق المواد السالفة الذكر.

الزاوية الثانية يشكل التجاوز اندماجاً ما بين الأرض والمباني التي أقيمت عليها ففي هذه الحالة يمكن اللجوء لقواعد الاتصال لحل النزاع ما بين الأطراف لأن فكرة الاندماج قائمة بالأصل على تبعية المباني للأرض، فالمطالبة بالقلع والإزالة لا سند لها إلا في قواعد الاتصال لحل مشكلة التجاوز (أزركي، مرجع سابق: ص ٥٩).

الاتجاه الثاني: جاء مخالفاً لما عليه الاتجاه الأول حيث يرى أن المادة (٥٥٥) من المدي الفرنسي لا يعتد بها في حالة التجاوز على ملك الغير لكون المادة السالفة الذكر تطبق على البناء المتكامل والذي يؤدي إلى زيادة في قيمة الأرض، أما التجاوز اليسير للحائط على أرض الغير لا يؤثر على قيمة الأرض، فقواعد الاتصال الواردة بالنص لا تطبق إلا على المنشآت والبناء النافع والدليل على ذلك، بأن المادة (٥٥٥) تناولت موضوع القيمة المضافة إلى قيمة الأرض بسبب المنشآت والمباني المقامة عليها^(١٣).

وإضافة إلى ما سبق فإن حسن النية لدى الباني تجعل من المالك بأن يملك المباني وهذا لا يتم إلا برضى الطرف الآخر، فيرى هذا الاتجاه أنه من الضروري الرجوع إلى القواعد التي تحمي الملكية الخاصة وذلك من خلال إزالة وقلع المنشآت والمباني بغض النظر عن

فإذا كان الباني حسن النية يملك صاحب الأرض جزء البناء المقام على أرضه ولا يمكنه إلزام الباني بالإزالة أو القلع ويجب على مالك الأرض إن يؤدي إلى هذا الأخير تعويضاً عادلاً، أما إذا كان الباني سيئ النية فيمكن للمالك الأرض أن يطلب منه إزالة المباني وقلعها.

فأحكام المادة (٥٥٥) فرنسي تطبق على كل حالات البناء فوق ملك الغير، ولو كان هذا البناء يشكل تجاوزاً يسيراً. وقد ذهب الفقه الفرنسي في هذا الاتجاه محاولاً التوفيق بين المادة (٥٤٥) مدني فرنسي والتي تنص على (أنه لا يمكن إجبار أي شخص على التخلي عن ملكيته إلا من أجل المصلحة العامة ومقابل تعويض عادل) (الصافي، ١٩٩١: ص ١٦٠). وبين أحكام المادة (٥٥٥) من نفس القانون التي سبقت الإشارة إليها وهي تشكل قاعدة من قواعد الاتصال الصناعي، فالمالك الذي يواجه حالة التجاوز سواء كان هذا التجاوز كلي أو جزئي يمكنه الاستناد على أحكام المواد (٥٤٥) و(٥٥٥) رغم اختلاف هدف كل منهما، فالمالك يمكنه استرجاع أرضه التي وقع عليها التجاوز في كل حالاته وبغض النظر عن سوء أو حسن النية لدى الباني، فأحكام المادة (٥٥٥) والتي من خلالها يمكنه قلع المباني المقامة على أرضه، فالمادة المذكورة تشكل وسيلة تنظيمية للمباني المقامة فوق أرضه وفي هذه الحالة، يمكن للمالك الأرض قلع المحدثات بسبب ما لحقه من ضرر وبهذا يمكن التوفيق بين النصين (٥٤٥) و(٥٥٥)، أما المادة (٥٤٥) فإنها تعطل تملك الباني للأرض المتجاوز عليها بحكم أنه لا يجوز نزع الملكية إلا للمنفعة العامة (أزركي، مرجع سابق: ص ٥٩).

وفي هذا السياق يجب النظر إلى حالة التجاوز من

زاويتين:

(١٣) Gabriel Marty et Pierre Raynaud-Droit Civil - TomeII ;2eme volume les biens Sirey-Paris 1965-note 121 page 163. Claude Renard et Jacques Hansenne.

وقد ذهب الفقه المصري بالقول بأنه من غير الممكن تمليك مالك الأرض جزءاً يسيراً من البناء المتجاوز به، لأنه ليس من مصلحة مالك الأرض في ذلك، ولا يمكن لمالك البناء طلب الإزالة أو القلع إذا كان الباني حسن النية، فالحل العادل يكمن في تمليك جزء من الأرض لمالك البناء مع تعويض عادل لصاحب الأرض (الأهواني، مرجع سابق: ص ١١٥-١١٦).

وعلى الرغم من أن المشرع المصري قد نظم هذه الحالة من خلال أحكام المادة (٩٢٨) إلا أن تطبيق هذه المادة موقوف على جملة من الشروط منها: «١- أن يكون الباني قد جار على أرض غيره وهو يقوم بالبناء في أرضه، ولهذا تستبعد المادة المذكورة في حالة أن الباني لم يقوم بإنشاء المباني في أرضه. فالتجاوز هنا يشكل تعدياً بسبب عدم وضوح ملامح الحدود بالنسبة للباني عندما وردت عبارة جار التي تفيد أن الباني قام بالبناء على أرضه.

٢- أن يكون نطاق البناء جزءاً يسيراً من الأرض الملاصقة ويحدد هذا الجزء بالنظر إلى المساحة المعتدى عليها في إطار أرض الجار، وغالباً ما ينحصر هذا الجزء بعدة أمتار.

٣- أن يكون المعتدي حسن النية كأن يعتقد بأنه بني فوق أرضه.

٤- يجب أن ينحصر تطبيق المادة في البناء وليس في غيرها من حالات إقامة المنشآت بشكل متجاوز» (الأهواني، مرجع سابق: ص ١١٦).

وبناء على ما تقدم من الآراء الفقهية والتوجه القانوني لوضعية حالة التجاوز اليسير على ملك الغير في كل من فرنسا ومصر، فالسؤال المطروح ما هو الحل لهذه الوضعية في إطار التشريع الأردني، فهل يمكن إن نعتد بالقواعد العامة للاتصال الصناعي من أجل وضع

سوء أو حسن النية لدى الباني لأنه لا يجوز لأي شخص أن يعتدي أو يمس ملكية الغير، إلا أن الانتقاد الأساس يكمن في تطبيق قواعد الاتصال على حالة التجاوز في حسن النية.

وخلاصة لذلك يكتفي هذا الاتجاه بتطبيق المادة (٥٤٥) مدني فرنسي المتعلقة بحماية الملكية الخاصة ومن ثم ليس هناك ضرورة للجوء إلى قواعد الاتصال لأن بتطبيقها يثار حرج بشأن الباني حسن النية الذي لا يمكن إلزامه بالإزالة أو القلع وهذا ما يطبق على مالك الأرض ولهذا اكتفى هذا الاتجاه بأحكام المادة (٥٤٥) لتكون أساساً لحل مشكلة التجاوز^(١٤).

أما بالنسبة لموقف الفقه والقانون المصري، فقد حدد القانون المدني المصري موقفه من خلال أحكام المادة (٩٢٨) خلافاً لبعض التشريعات العربية الأخرى، فقد منحت المادة المذكورة سلطة تقديرية للقضاء في إقرار الإزالة أو التعويض منعاً للتعسف في استعمال الحق، وفي هذا الصدد يرى الفقيه حسن كيره (... وهذا ما حدا بالمشرع إلى إن يخول المحكمة سلطة تقديرية جوازية في منع هذا التعسف بإجبار الجار على تمليك الباني مقابل تعويض عادل لجزء ضئيل من أرضه الذي جار عليه الباني بشأنها.

ومن هذا المنطلق يفترض استبعاد قواعد الاتصال والقواعد العامة، لأن تمسك الجار بحقه بتملك جزء من مباني الجار أو إزالتها قد يؤدي إلى التعسف باستعمال الحق ولهذا كان المشرع المصري واضحاً في منح القضاء سلطة في تقدير التعويض أو الإزالة (كبيرة، مرجع سابق: ص ٤١٦).

وهاتان المشكلتان لا حل لهما إلا من خلال قواعد الاتصال الصناعي (أزركي، مرجع سابق: ص ٥٩) التي تمنح ملكية المباني التي تم التجاوز بها على أرض الغير لصاحب الأرض وله أن يطلب إزالتها وقلعها. إلا إن هذا التصور من الصعب الاعتماد عليه لحل إشكاليات التجاوز كيفما كانت في ظل التشريع الأردني، لأن التجاوز في البناء على ملك الغير لا يشكل في حقيقة الأمر سوى مساساً بحق المالك بالانتفاع بجزء من ملكه، بل يمتد إلى أكثر من ذلك، بحرمانه من حقه بالتصرف أيضاً، مما يجوز له المطالبة بالهدم والإزالة سواء كان الباني حسن النية أو سيء النية فالمادة (١٠١٨) من المدني الأردني حددت الملكية بأنها انتفاعاً واستغلالاً وتصرفاً، كما لا يفوتنا القول بأن التجاوز في حد ذاته يؤدي إلى حرمان المالك من حق الملكية، وهذا في حقيقة الأمر يتعارض مع أحكام المادة (١٠٢٠) من القانون المدني الأردني والتي نصت في فقرتها الثانية (ولا يستملك ملك أحد إلا للمنفعة العامة وفي مقابل تعويض عادل). ومن باب القياس نستدل بالقواعد المتعلقة في الغراس والتي يفتقدها المشرع الأردني في هذا الإطار نستشهد في أحكام المادة (١١٤١) من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية والتي نصت: ١- المالك الهواء أو منفعته الذي امتدت فيه أغصان شجرة غيره مطالبته بالإزالة ما امتد إلى هوائه ولو لم يترتب على ذلك ضرر له فإن أبي ضمن ما تلف بسببه وله بلا حاجة إلى حكم القضاء إزالة ما امتد إلى ملكه ولو بالقطع إذا لم يكن إزالة الضرر إلا به ولا شيء عليه، ٢- ويسري هذا الحكم على عروق الشجر الذي امتدت في أرض الغير) فالجار الذي تمتد إليه أغصان أشجار جاره يرغم هذا الأخير على قطعها، وتكون له الثمار التي تسقط منها. ونصت على

حلولاً مناسبة للتجاوز على أرض؟ أم يمكن اللجوء إلى القواعد العامة لحماية حق الملكية؟ فإذا كان الأصل أن حق الملكية يخول المالك سلطة الانتفاع والاستغلال، وبعبارة أخرى يمكن للمالك إنشاء المباني والأغراس في أرضه وينتفع بها كيفما شاء طبقاً لقواعد القانون وهذا ما أشارت إليه الفقرة الثانية من المادة (١٠١٨) من القانون المدني الأردني التي نصت (المالك الشيء وحده أن ينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتاجها ويتصرف فيه عيناً بجميع التصرفات الجائزة شرعاً).

فمن الملاحظ إن النص السالف الذكر يمنح للمالك الانتفاع والاستغلال كسلطة يمارسها هذا الأخير على ملكية أرضه، فهذا النص يخوله حق الإزالة والقلع للبناء المتجاوز به، إلا أن الإزالة لا تشكل حلاً وإنما هي جزاء يطبق لحماية الملكية دون تحديد ملكية البناء المتجاوز به، كما أن سلطة التصرف التي وردت في الفقرة الأولى من المادة (١٠١٨) لا تمت بصلة لحالة التجاوز على أرض الغير، بينما التجاوز ينصب على الانتفاع والاستغلال المادي للعقار وليس التصرف به (أزركي، مرجع سابق: ص ٥٤) وبهذا تستبعد القواعد العامة لحماية الملكية، وأمام هذه المعطيات يرى البعض أن القواعد العامة لحماية الملكية (المادة ١٠١٨) والمادة (١٠٢٠) لا تعد أساساً لحل إشكالية التجاوز اليسير، وإنما حلها يكمن في قواعد الاتصال الصناعي لأنها تحتوي على حلٍ للمشاكل الناجمة عن عملية التجاوز، وتكمن في:

أولاً: مساس التجاوز بحق الانتفاع والاستغلال لملك الأرض ثانياً: تعيين مالك البناء المتجاوز به على ملك الغير.

ثالثاً: كما أن تطبيق المادة (١١٤١) على حالات التجاوز يفترض أن يتم الاعتداد بكافة النتائج المترتبة عن تطبيق هذه المادة مما لا يتمكن صاحب الأرض أن يطلب الإزالة، لأن الإزالة معطلة فعلياً في إطار أحكام المادة المذكورة فكيف يمكن أن تفعل الإزالة في حالة التجاوز اليسير؟ ولهذا فيجب على مالك الأرض أن يتملك البناء المتجاوز به مقابل أداء قيمته قائماً ولو ذهبنا أبعد من ذلك بحيث يتملك مالك الأرض البناء المتجاوز به مع حقه بالقلع والإزالة بناءً على القواعد العامة لحماية الملكية، فهذا يؤدي إلى نوعاً من عدم الاستقرار في النشاط العقاري، فما أن يطمئن الأطراف إلى حل مشكلة التجاوز بدفع قيمة المباني للباني حسن النية حتى يطلب مالك الأرض الإزالة والقلع بناءً على قواعد حماية حق الملكية. وبناءً عليه فإن قواعد حماية حق الملكية المادة (١٠١٩) في مجال التجاوز قد تحل بعض المشاكل المتعلقة بالتجاوزات فمن جهة تحل مشكلة التمتع وتصرف للجار بالجزء المتجاوز به ويمكن إن كل تطاول على أرضه يطالب بهدم البناء المتجاوز به، كما أنه يمكن حل مشكلة المباني حيث تعود هذه الأخيرة المتجاوز بها سواء كان الباني حسن النية ولكن بطريقة غير شرعية لأن الأمر هنا يتعلق بتجزئة أفقية للعقار وبصورة غير قانونية ما دام مالك الأرض لم يرتضي ذلك ويكون لهذا الأخير حق المطالبة بالهدم بأثر رجعي من تاريخ واقعة البناء.

خلاصة لما تقدم إذا كان المشرع الأردني لم يتطرق صراحة لحل مشكلة التجاوز في البناء على أرض الغير فإن قواعد الملكية قد تحل مالك الأرض منع كل تجاوز على أرضه بغض النظر عن نية الباني وهذا فإننا نقترح عليه أن ينظم حلاً لهذه المشكلة من خلال نصوص خاصة على النهج الذي نهجه القانون المدني المصري.

ذلك أيضاً المادة (١١٩٦) من مجلة الأحكام العدلية (إذا امتدت أغصان شجرة بستان أحد إلى دار جاره أو بستانه فللجار أن يكلفه تفرغ هوائه بربط الأغصان وجرها إلى الوراء أو قطعها ..) (الفتاوي، ٢٠٠٦: ص ٦٠).

بناءً على ما تقدم لا يمكن أن نعتد بقواعد الاتصال كحلٍ لإشكالية التجاوز على ملك الغير وإنما يمكن الاعتداد بالقواعد العامة التي سبق الإشارة إليها لحل مشكلة التجاوز إلا أن هذا يجعلنا نتساءل ما هي أسباب استبعاد قواعد الاتصال لحل مشكلة التجاوز؟ في واقع الأمر هناك جملة من الأسباب يمكن أن نجملها بما يلي:

أولاً: لقد نصت المادة (١١٣٧) على (كل بناء أو غرس أو عمل قائم على الأرض يعتبر أن مالك الأرض قد أقامه على نفقته وأنه يخصه مال يقيم دليلاً على عكس ذلك) فلو نظرنا إلى تطبيق هذه المادة لتبين لنا بأن البناء المقام على الأرض يجب أن يتناسب مع رغبة صاحب الأرض ويعود عليه بالمنفعة، وهذا لا يتوفر بالبناء المتجاوز به على أرض الغير لأن التجاوز غالباً ما يكون على عدة أمتار بالأرض ولا يزيد في قيمتها.

ثانياً: أما ما يتعلق بالمادة (١١٤١) والمتعلقة في الباني حسن النية فقد أشارت هذه المادة إلى معيار القيمة لتمكن مالك الأرض أن يتملك المباني مع تعويض قيمتها، وهذا لا يمكن تصوره من الناحية العملية لأن التجاوز في الأصل لا يؤدي إلى الزيادة في القيمة بل قد يعطي نتيجة عكسية تؤثر في قيمة الأرض، كما إن تطبيق هذه المادة يصبح مالك الأرض مالكا للبناء المقام فوق أرضه مما يحقق الشيوع بين الجارين إذ يستحيل الاتفاق بينهما على القسمة مستقبلاً (زكي، مرجع سابق: ص ٣٦٨).

المطلب الثاني: مدى فاعلية قواعد الاتصال في حالة إنشاء المباني والمحدثات ضمن الدائرة العقدية

قد يثار النزاع ما بين الباني وصاحب الأرض التي تربطها علاقة تعاقدية على الانتفاع والاستغلال بالعقار بشأن ما ينشأ المنتفع من مباني وأغراس على الأرض، فهل يمكن أن نعالج هذه الحالات ضمن قواعد الاتصال الصناعي؟ أم أن هناك نصوصاً خاصة تتكفل بمعالجتها وتسوية النزاع الذي قد يحدث بين الطرفين؟ هذا ما سنجيب عليه من خلال هذا المطلب بالفرعين التاليين. الفرع الأول: المحدثات والمباني المقامة من المستأجر في العين المؤجرة، الفرع الثاني: مدى تطبيق قواعد الاتصال على المنشآت المقامة من طرف المنتفع.

الفرع الأول: المحدثات والمباني المقامة من المستأجر في العين المؤجرة

لقد عرف المشرع الأردني عقد الإيجار في المادة (٦٥٨) من القانون المدني الأردني ونصت على (الإيجار تمليك المؤجر للمستأجر منفعة مقصودة من الشيء المؤجر لمدة معينة لقاء عوضاً معلوماً)^(١٥).

وقد أجمع الفقه أن الإيجار بيع للمنافع وتمليك لها وليس تمليك للعين، فيكون تمليك المنفعة فيه لمدة معينة وهذا ما نهجه المشرع الأردني من خلال النص السالف الذكر، فإذا انعقد العقد بين المؤجر والمستأجر التزم المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، فإن لم يمكنه ذلك فالعقد باطل (حمزة، ٢٠٠٥: ص ٣٠٠)، فتحدد الشيء المؤجر من الأمور الرئيسية في

(١٥) لقد استقى المشرع الأردني هذا التعريف من المذهب الحنفي والحنبلي، وعرفته مجلة الاحكام العدلية بالمادة ٤٠٥ (... بيع المنفعة المعلومة في ما يقابله عوض المعلوم).

عقد الإيجار والانتفاع به وقد عرفت المادة الثانية من قانون المالكين والمستأجرين^(١٦) العقار بقولها المال غير المنقول المؤجر لغير الاستغلال الزراعي) وقد نظم المشرع الأردني جملة من الالتزامات تقع على كاهل المستأجر وأهمها عدم إحداث أي تغيير في العين المؤجرة ففقت المادة (٦٩٤) بقولها في هذا الشأن (لا يجوز للمستأجر أن يحدث في المأجور تغييراً بغير إذن المؤجر إلا إذا كان يستلزم إصلاح المأجور ولا يلحق ضرراً بالمؤجر) والتغير الوارد في النص السالف الذكر هو التغير المادي في المأجور مثل إضافة الجدران أو الزيادة في عدد الغرف أو أي تغيير مادي يقع على العين المؤجرة، إلا إن التساؤل المطروح في هذا السياق ما هو مصير المنشآت والمباني التي يقيمها المستأجر في العين المؤجرة؟ إن الإجابة عن هذا التساؤل خلقت جدلاً فقهيّاً أدى إلى انقسام الفقه إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: لقد سعى هذا الاتجاه إلى التمييز بين الانتفاع المخول للمستأجر، فإذا كان هذا الانتفاع يمكنه من إدراك بعض التحسينات على العين المؤجرة كإعادة التوزيع في الغرف وإضافة بعض التحسينات مثل سخان تسخين المياه أو مكيف الهواء، فإن هذه التغييرات لا تمس بتخصيص العقار، أما إن كانت التغييرات جوهرية على العقار، فيعد هذا عمل تعسفياً لأن المستأجر يجب عليه رد العين المؤجرة كما استلمها، ولا يمكنه إنشاء المباني أو التغيير في هيكل العقاري إلا بموافقة من المؤجر^(١٧).

(١٦) قانون المالكين والمستأجرين رقم ١١ لسنة ١٩٩٤ تاريخ ١٩٩٤/٧/٣ والمعدل بالقانون رقم ٣٠ لعام ٢٠٠٠ والمنشور بالجريدة الرسمية رقم ٤٤١٥ تاريخ ٢٠٠٠/٨/٣١.

(١٧) يمثل هذا الاتجاه المذهب الفردي الحر، الذي أثر بالتشريعات اللاتنية كالشريع الفرنسي والتشريعات التي تأثرت بهذا الأخير فهذا الاتجاه يدافع عن حق الملكية =

فنص في المادة (٧٠١) من القانون المدني الأردني على:
«١- إذا أحدث المستأجر بناءً أو غراساً في المأجور ولو بأذن المؤجر كان للمؤجر عند انقضاء الإيجار إما مطالبتة بهدم البناء أو قلع الغراس أو أن يملك مستحدث بقيمته مستحق القلع إن كان هدمه أو إزالته مضراً بالعقار.

٢- فإن كان الهدم أو الإزالة لا يضر بالعقار فليس للمؤجر أن يقيه بغير رضا المستأجر».

فإنشاء المحدثات والمباني من طرف المستأجر تعد حالة خاصة أفرد لها المشرع حكماً خاصاً عاملاً من خلاله المستأجر معاملة الباني سيئ النية، فإذا رغب المؤجر الاحتفاظ بالمنشآت والمباني فله أن يملكها عند انقضاء عقد الإيجار، فالملكية للمباني لا تتحقق بالاندماج وإنما تتحقق بانتهاء عقد الإيجار، ألا أنه حفاظاً على العين المؤجرة أجاز النص للمؤجر تملك المباني على أنها مستحقة القلع، مراعاة لظروف المؤجر من جهة وحفاظاً على وحدة الملكية العقارية من جهة أخرى (عرفه، ١٩٥٥: ص ٣٠٧)، لكن لو افترضنا أن المستأجر قد أنشأ المباني دون إذن المؤجر، هل يمكن تطبيق قواعد الاتصال الصناعي من القانون المدني الأردني؟ في واقع الأمر أن تطبيق قواعد الاتصال وتحديدتها في إطار العلاقة العقدية رغم عدم تضمين العقد مصير المنشآت.

مما يجعلنا أمام اشكالية هامة فإذا كان الاتصال الصناعي ينظم البناء فوق ملك الغير فهل نستطيع أن نعتبر المستأجر غيراً في إطار العلاقات العقدية أم أنه يمكن التعامل مع المادة (١١٤٢) على إطلاقها، مما يمكن تطبيقها على كافة الأشخاص ولو كانوا هؤلاء أصحاب حقوق عينية أو كانت مثبتة لهم حقوق شخصية عليها، كما هو الشأن بالنسبة للمستأجر؟ للإجابة على هذا التساؤل يتطلب الأمر أن نتناول

الاتجاه الثاني: يرى هذا الاتجاه أن المؤجر عندما يبرم عقد الإيجار يكون قد تخلّى عن جزء من سلطاته وهذا التخلي يمنح للمستأجر الصفة المستقلة عن المؤجر، مما يمكنه من أن يتمتع بالعين المؤجرة بشكل واسع كتشييده للمباني وإجراء التغييرات في الجدران بالإضافة أو النقصان ما دام أنه يمكن له إزالتها بعد انتهاء عقد الإيجار، فمما يمكن القول عنه بأن اعتراض المؤجر على أعمال المستأجر يشكل تعطيلاً وخرقاً لمبدأ استقلالية المستأجر، لأن المؤجر بالأصل أن يؤمن للمستأجر منفعة هادئة خلال سريان عقد الإيجار^(١٨).

وانطلاقاً من هذه الاتجاهات نرى بأنه ليس للمستأجر أن يقوم بأي تغييرات مادية بالعين المؤجرة في ظل أحكام التشريع الأردني، لأن هذا الأخير قد نظم وضعية ومصير المنشآت التي يقوم بها المستأجر وهذا ما نلاحظه من خلال أحكام المادة (٦٩٢) من القانون المدني الأردني والتي نصت على (المأجور أمانة في يد المستأجر يضمن ما يلحقه من نقص أو تلف أو فقدان عن تقصيره أم تعديه، وعليه أن يحافظ عليه محافظة الشخص العادي) لكن لو فرضنا أن المستأجر قد تجاوز المنفعة المقررة له في العقد وأقام في إجراء التغييرات في العين المؤجرة فهل من الممكن أن تطبق عليه قواعد الاتصال لمصلحة المستأجر.

في واقع الأمر لقد خص المشرع الأردني لهذه الحالة نصاً خاصاً ضمن القواعد المنظمة لعقد الإيجار

= الفردية ويعد مالك العقار سيداً رغم تأجيله للعقار، فالعقد الذي يبرمه المؤجر هو الذي يحدد التغييرات على العقار. انظر: (الصافي، ١٩٩١: ص ١٨٧).

(١٨) Aubry et Rau – cours de droit civil français-6ème - Tome V – note 365 page 205

وفي نفس الاتجاه ويهدف توسيع نطاق تطبيق أحكام المادة (٥٥٥) من القانون المدني الفرنسي ذهب البعض إلى إعطاء مفهوماً جديداً لكلمة الغير، فلا يكفي أن يتطرق الاتفاق الذي يجمع بين الطرفين، للبناء والأغراس حتى يفقد الباني صفة الغير بل لا بد من أن يفرض على هذا الأخير الالتزام بالبناء، كما هو الحال بالنسبة لعقد الإيجار الذي يلتزم من خلاله المستأجر تشييد بنايات جديدة، فيما دام لا يوجد مثل هذا الالتزام فالباني فوق أرض الغير يتصرف من تلقاء نفسه ولا يتصرف كمدن يخضع لتدابير تجزئة قانونية أو تعاقدية، فباعباره غيراً، وتعد المادة (٥٥٥) مجال تطبيقه إلا عند التزام الباني بالبناء أو الأغراس (الصافي، مرجع سابق: ص ١٩٣).

واستناداً على ما سبق فإن فقهاء القانون المدني الفرنسي سعوا إلى تطبيق القواعد العامة للاتصال على كل من أنشأ المباني والأغراس على أرض الغير باستثناء الحالات التي يكون فيها علاقات تعاقدية سواء كان مصدر هذه العلاقة العقد مثل علاقة المؤجر للمستأجر، أو بموجب القانون كعلاقة مالك الرقبة بصاحب حق الانتفاع.

بهذا يرى الفقه بأن أحكام الاتصال تسري على المنتفع إذا أقام هذا الأخير المباني دون ترخيص من مالك الأرض، أو إذا أقام المنتفع المباني في الأرض دون تحديد مصيرها، أو إذا أقام المالك المباني ثم بطلت ملكيته (زكي، مرجع: ص ٣٧٢) وفي نفس الإطار يرى الفقيه محمد عرفة (...و مع ذلك فإننا نرى وجوب استبعاد أحكام الالتصاق في سائر الحالات التي يحكمها نص قانوني خاص.

وبعبارة أخرى تعتبر الدعوى المؤسسة على هذه الأحكام دعوة احتياطية كدعوى الإثراء بلا سبب

التوجه الفقهي في هذا الشأن، فقد ظهر اتجاهين لتحديد مفهوم الغير أحدهما مفهوم ضيق، حيث الغير كل من أقام المنشآت والبنيات دون أن تربطه أي رابطة قانونية مع مالك الأرض، فالخائز الذي يمارس سلطة فعلية على عقار الغير، أو مشتري العقار الذي تراجع عن شرائه فبسبب رجوعه إلى ما قبل عملية الشراء، فإذا انعدمت العلاقة العقدية يجب اعتبار من كان طرفاً فيها من الأعيان (الصافي، مرجع سابق: ص ١٩٢).

أما الاتجاه الثاني فقد توسع في مفهوم الغير واعتبر الباني غيراً بالنسبة للملكية العقارية فكل شخص غريب عن الملكية العقارية يعد غيراً حتى ولو كان هناك رابطة تعاقدية مع مالك العقار، فالمستأجر والمنتفع يعدان غيراً، إذ يطبق عليهما أحكام الاتصال الصناعي، وقد ذهب هذا الاتجاه إلى التمييز. إذا كان هناك اتفاق بين مالك الأرض والباني من حيث موضوع العلاقة التعاقدية، والحالة التي لا يوجد فيها اتفاق بينهما على إنشاء المباني، ففي الفرضية الأولى وهي حالة الاتفاق لا يعتبر الباني من الغير بالنسبة لإنشاء المباني والأغراس فهذه الأخيرة تشكل بصورة الرئيسية أو تبعية موضوع علاقة الالتزام التي تربطها، وهذا ما ينطبق على عقد الإيجار.

الذي يتضمن شرطاً يسمح للمستأجر بإنشاء المباني والمنشآت (الصافي، مرجع سابق: ص ١٩٢). أما الفرضية الثانية فتعتبر الباني الذي قام بإنشاء المباني على العين المؤجرة غيراً لأنها تمت خارج نطاق العلاقة العقدية التي بينهما، فالعقد لم يتضمن شرطاً أو بنداً يشير أو يلزم المستأجر بأقامة المنشآت^(١٩).

(١٩) 1- J-P Delmas-saint-hilaire ; De l'application de l'article 555 du code civil dans les rapports des personnes qu'unit un lien d'obligation, Revue trimestrielle de droit civil ; Sirey 1959. Tome 57 ; p437.

يعني بأن هذه القواعد تقتصر على الأشخاص الذين يقومون بإنشاء المباني والغراس خارج الدائرة العقديّة؟ مما يمكننا أن نعتبر الغير الوارد بهذه النصوص وكل أجنبي على العلاقة التعاقدية.

وعلى الرغم من عدم تفسير الغير الوارد بالقواعد العامة للاتصال الصناعي فإن المشرع الأردني قد جعل من المباني والمنشآت المقامة من طرف المستأجر خاضعة للأحكام الخاصة وتحديدًا أحكام المادة (٧٠١) من القانون المدني الأردني، وبما أن قواعد الاتصال تعد من القواعد المكتملة يمكن الاتفاق على مخالفتها من خلال العقد، ولما كان العقد بقواعده وشروطه له الأولوية في التطبيق على القواعد العامة للاتصال والقواعد الخاصة المنظمة بوضعية المباني التي يقيمها المستأجر فإن العلاقة التعاقدية تتطلب منا الوقوف على فرضيتين:

الفرضية الأولى: وجود رخصة في البناء دون تحديد مصير المنشآت.
الفرضية الثانية: وجود الرخصة في البناء مع تحديد مصير المنشآت.

ففي الفرضية الثانية التي يتم من خلالها تحديد مصير المنشآت والمباني يطبق الاتفاق بشأنها إن كانت هذه المباني تخضع للإزالة أو لتملك المؤجر مقابل دفع قيمتها إن تضمن الاتفاق ذلك.

أما الفرضية الأولى والتي يتضمن الاتفاق بشأنها إذنا أو رخصة في البناء إلا أن في الاتفاق لم يحسم مصيرها بعد انتهاء عقد الإيجار فتطبق بشأنها أحكام المادة (٧٠١) من القانون المدني الأردني والتي تعد جزءاً من أحكام عقد الإيجار.

وبناء على ما تقدم فإننا لا نرى هناك ضرورة بالرجوع إلى القواعد العامة لمعالجة وضعية المنشآت

لا يلجأ إليها إلا عند افتقاد الحل القانوني فإذا تلمسنا للحالة القانونية المعروضة حلاً في النصوص القانونية الخاصة فلم نجده، فإننا نحكم عندئذ بنصوص الالتصاق بصرف النظر عن كل من أقام المنشآت حائزاً قانونياً أو حائزاً عرضياً، ولذلك نرى بأن واضعي القانون المدني الجديد قد جانبوا الصواب عندما اتخذوا من حالة المستأجر الذي يبني في الأرض المستأجرة مثلاً للحالات التي تدرج تحت حكم المادة (٥٩٢)، إذ إن ما يقيمه المستأجر في الأرض المؤجرة من بناء أو أغراس لا يخضع لأحكام الالتصاق بل لحكم المادة (٥٩٢) التي تضمنت حلولاً خاصة لهذه الحالة بالذات (عرفه، مرجع سابق: ص ١٠٩).

ومن باب المقارنة ما بين التشريع المصري والتشريع الأردني نلاحظ أن القانون المدني المصري قد خص هذه الحالة من خلال النص عليها في المادة (٥٩٢) التي جاء بها (١) - إذا أوجد المستأجر في العين المؤجرة بناء أو أغراساً أو غير ذلك من التحسينات مما يزيد في قيمة العقار التزم المؤجر ألا يرد للمستأجر عند انقضاء الإيجار ما أنفقه من تحسينات أو ما زاد في قيمة العقار ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بغير ذلك. ٢- فإذا كانت تلك التحسينات قد استحدثت دون علم المؤجر أو رغم معارضته كان له أيضاً أن يطلب من المستأجر إزالتها وله أن يطلب فوق ذلك تعويضاً عن الضرر الذي يصيب العقار من هذه الإزالة إن كان للتعويض مقتضى. ٣- فإذا اختار المؤجر أن يحتفظ بهذه التحسينات في مقابل رد أحد القيمتين المتقدم ذكرها جاز للمحكمة أن تنظر إلى أجل الوفاء بها).

أما القانون المدني الأردني فلم يحدد الأشخاص الذين يخضعوا لقواعد الاتصال، بأحكامها فهل هذا

مباشرة عند ترتيب المالك لهذا الحق للغير على العين التي يملكها وقد يكون هذا الحق بمقابل أو غير مقابل (العبيدي، ٢٠١٠: ص ١٩٨).

وبما أن حق الانتفاع يجمع ما بين الاستعمال والاستغلال فيحق للمنتفع الحصول على ثماره أيضاً كان نوعها طبيعية أو صناعية أو مدنية، ولا يحق له الحصول على منتجاته لأنها تنتقص من الأصل، ويكون استغلال المنتفع للعقار بشكل مباشر كأن يتولى زراعة الأرض وبذرها، أو قد يكون بصورة غير مباشرة كأن يقوم بتأجير العقار والاستفادة من فوائده، وقد نصت المادة (١٢٠٨) من القانون المدني الأردني على ذلك حيث جاء بها (ثمار الشيء المنتفع به من حق المنتفع مدة انتفاعه) مما تجدر الإشارة بأن هذا النص مطابق لموقف القانون المدني المصري والذي قضى من خلال أحكام المادة (٩٨٧) (لأن للمنتفع الانتفاع بثمار الشيء المنتفع به طيلة مدة انتفاعه).

وعلى الرغم من أهمية هذا الحق وما يمد صاحبه من صلاحيات على العقار المنتفع به إلا أنه يطرح علينا بعض التساؤلات منها هل يمكن للمنتفع إنشاء المباني والأغراس؟ وهل يمكن له من تغيير تخصيص العقار؟ فإذا كانت القاعدة العامة تشير بأن ليس للمنتفع إنشاء المباني والأغراس التي تؤدي إلى تغيير طبيعة العقار، إلا أنه قد يلجأ المنتفع إلى إنشاء الأغراس والمباني على العقار المنتفع به بموجب الاتفاق ما بين مالك الأرض والمنتفع، إلا أن الإشكالية المطروحة في هذا النطاق هي أن الاتفاق قد ينصب على إنشاء المباني دون تحديد مصيرها بعد انتهاء حق الانتفاع.

وقد يلجأ المنتفع إلى إقامة المباني أيضاً دون موافقة مالك الرقبة، فهل لهذه الحالات حل ضمن القواعد

التي يقيمها المستأجر ما دام هناك نص خاص بها؛ لذلك فإننا نرى تعطيل أحكام الاتصال وعدم تطبيقها على المنشآت المقامة من المستأجر.

فهل يمكن استبعاد قواعد الاتصال بخصوص المنشآت المقامة من طرف الشخص الذي له حق انتفاع على أرض الغير؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه في الحالة الثانية.

الفرع الثاني: مدى تطبيق قواعد الاتصال على المنشآت المقامة من طرف المنتفع

لقد عرف المشرع الأردني حق الانتفاع من خلال أحكام المادة (١٢٠٥) من القانون المدني الأردني على أنه (الانتفاع حق عيني للمنتفع استعمال عين تخصص الغير واستغلالها ما دامت قائمة على حالها وإن لم تكن رقبته مملوكة للمنتفع).

فحق الانتفاع يعد قيدياً خطيراً يرد على حق الملكية، بل هو أثقل الحقوق على الإطلاق المنبثقة عن حق الملكية، من حيث تجزئتها، لكونه ينتزع من المالك عنصران هامان وهما حق الاستعمال وحق الاستغلال، لأنه عندما يفتقد المالك لهذين العنصرين يفتقد كل مظهر مادي واقتصادي للعقار ولا يبقى له إلا المظهر القانوني المعنوي الذي لا أثر له في الحياة الاقتصادية مما تصبح الملكية تافهة لا تعود على صاحبها إلا بئس بخس إن سعى إلى بيعها وهي مثقلة بحق الانتفاع (الصوفي، ٢٠٠٢: ص ٧٦٠).

وقد حدد المشرع الأردني أسباب كسب حق الانتفاع بالعقد والوصية، أو بمرور الزمان وهناك بعض التشريعات أضافت إلى هذه الأسباب حق الشفعة، ويعد العقد أكثر الأسباب شيوعاً في كسب حق الانتفاع، فيكون العقد ناقلاً أو منشئاً له يعتبر العقد منشئاً بصورة

بالنسبة للإثراء بلا سبب، فقواعد الإثراء تلزم برد قيمة المواد التي أقيمت بها المنشآت إلى صاحبها إن كانت قائمة فإن لم تكن قائمة لزم ردها بعينها وهذا يعني بأن المواد تنزع وترد إلى صاحبها وهذا لا ينسجم مع أحكام المادة (١١٤٢) (العبيدي، مرجع سابق: ص ١١٧).

إلا أننا نرى أنه يمكن إسناد الأساس القانوني لفكرة التعويض بحسب المادة السابقة إلى الإيجاب القانوني على التعاقد، وهذا ما اتجه إليه بعض الفقه الذي يرى بأن التعويض قائم على فكرة الضرورة. بينما استند البعض الآخر إلى فكرة التعسف في استعمال الحق وكلا التوجهين يلتقيان في حقيقة واحدة، فإذا كان المشرع قد استبعد الإزالة واكتفى بالتعويض بأنه يقدر الإزالة التي تعد ضرراً أشد من إبقاء الحالة في الأصل التي تعد اعتداءً على الملكية (إسماعيل، ٢٠٠٧: ص ٨٨).

وإذا كانت المادة السالفة تعد حلاً لإنشاء المباني والمحدثات بعد الحصول على إذن مالك الأرض فما هو الحل الذي يمكن الاعتماد عليه إذا قام المنتفع بإنشاء المباني دون إذن المالك؟

في حقيقة الأمر، لم يتطرق المشرع الأردني إلى هذه الحالة ولكن ليس هناك ما يمنع من اللجوء إلى أحكام المادة (١١٤٠)، والتي تتعلق في الباني سيئ النية حيث يمكن أن نعتد بها من باب القياس، وهذا ما دفع بعض التشريعات إلى حصر حالات البناء بسوء النية وحسن النية دون التطرق إلى الحالة المشار إليها في المادة (١١٤٢) لأن ما جاء فيها يعد تكريساً لحسن النية مادام أن المنتفع قد حصل على ترخيص لإنشاء المباني من مالك الرقبة.

واستنتاجاً مما سبق فإن تطبيق التعسف باستعمال الحق يعد أساساً لحماية المصالح الخاصة ومما يمكن قوله: أن عدم مطالبة صاحب الأرض بتملك المباني

المنظمة لحق الانتفاع أم أن الأمر يتطلب الرجوع إلى قواعد الاتصال الصناعي خاصة أن هذا الأخيرة لم تحدد الأشخاص الذين ينطبق عليهم أحكام المادة (١١٤٢) من القانون المدني الأردني؟

إن الإجابة عن هذا التساؤل يفرض علينا التمييز بين الحالة التي يكون فيها اتفاق ما بين مالك الأرض والمنتفع على إنشاء المباني دون تحديد مصيرها، والحالة التي تنشأ فيها المباني دون ترخيص المالك.

ففي الحالة الأولى، الأصل أن يقدم العقد على القواعد العامة للاتصال بحكم أن هذه الأخيرة قواعد مكملة يجوز مخالفتها، إلا أن عدم تحديد مصير المباني بعد انتهاء مدة الانتفاع يفرض علينا الرجوع للقواعد العامة لتحديد مصيرها، وتسوية العلاقة ما بين مالك الأرض والمنتفع، وفي هذا النطاق يتم تطبيق أحكام المادة (١١٤٢) والتي نصت على (إذا أحدث شخص منشآت بمواد من عنده على أرض غيره فإن لم يكن بينهما اتفاق على مصير ما أحدثه فلا يجوز لصاحب الأرض أن يطلب قلع المحدثات ويجب عليه إذا لم يطلب صاحب المحدثات قلعها أن يؤدي إليه قيمتها قائمة) فيعد هذا النص حلاً منطقياً على ألا يلجأ الباني إلى قلع هذه المحدثات تعسفاً بذلك فالمشرع هنا عطل القلعة من المالك إلا أن هذا الأخير يمكن له قلعها بعد دفع قيمتها، كما أن مزاوله القلع من الباني مشروط بعدم إلحاق الضرر بالأرض.

وإذا كان القانون المدني الأردني قد منح مالك الأرض حق تملك المباني قائمة، فعلى أي أساس يمكن إسناد هذا التملك؟ إن تملك مالك الأرض للمواد قائمة مرتبط بفكرة الإثراء بلا سبب إلا أن المشرع قد خرج عن هذا النطاق بخصوص التعويض، كونه حصر التعويض بقيمة المواد دون التكاليف الأخرى خلافاً لما هو وارد

٢- سنداً للقواعد العامة للمسؤولية الذي جعل المشتري بالبيع الباطل بحكم الغاصب، وجعل الخيار للمالك بدفع قيمة ما تم إضافته إلى أعمال المغصوب حتى لو كانت هذه التشطيبات قد أدت إلى رفع قيمة العقار.

٣- أن القرار السابق لم يبين أية قيمة تدفع للغاصب، فالقيمة الفعلية من وقت اللجوء للتشطيبات أم أن القيمة التي يعتد بها بعد إثارة النزاع؟

والأصل في القرار أن يبين القيمة التي يجب دفعها مع مراعاة فوارق قيمة العملة بين إنشاء التشطيبات وبين إقرارها من تاريخ إثبات النزاع، إلا أنه من خلال أحكام المادة (١١٣٧) من القانون المدني يمكن القول أن هناك إشارة غير مباشرة، بأن المشرع الأردني قد ساوى بين البناء والغراس والتحسينات عندما استخدم عبارة «كل بناء أو غرس أو عمل قائم على الأرض يعتبر أن مالك الأرض قد أقامه على نفقته» فمفهوم العمل في هذه المادة قد يشمل التحسينات والإضافات، فلو قام المنتفع بغرس أشجار الزينة أو قام بوضع مناظر جمالية على العقار المنتفع به فعلى مالك العقار أن يدفع تعويضاً للمنتفع، إلا أنه إنطلاقاً من هذا التصور، فإنه يعني بأن مالك الرقبة ملزم بتعويض المنتفع عن كافة النفقات والمصاريف التي قد أنفقها على العقار، وهذا من شأنه أن يحمل مالك الرقبة أعباء الكثير من التحسينات كونها غير واضحة وأنه بالتعويض عنها يرهق مالك الرقبة بالنفقات، وقد لا يفكر في إنفاقها في ملكه والمنتفع عندما يقوم بهذه التحسينات يعتبر أنه قد أحدثها لمنفعته الشخصية دون أن يكون لديه أمل في استرداد نفقاتها ولذلك ليس له ما استحدثه منها (مشموخي، مرجع سابق: ص ٣٧٠).

ومنع القلع يعني أنه تنازل ضمناً عن مطالبة المحدث بالقلع، إلا أن التساؤل الذي قد يطرح نفسه هل يمكن أن نلجأ للقواعد العامة للاتصال الصناعي فيما يتعلق بالتحسينات التي يقوم بها المنتفع كتجميل البناء وطلائه وتغطية الأرض وغرس المزروعات للزينة؟ لم يشر المشرع الأردني لهذه الأشكالية من خلال النصوص المنظمة لحق الانتفاع، إلا أن القضاء الأردني تصدى لهذه الإشكالية، فجاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية: «تعتبر يد المشتري على العقار في البيع الباطل يداً غير مشروعة أو يد غصب، وبناء على ذلك تمسك البائع باسترداد الشقة المباعة (عظم) ورفضه إفراغها للمشتري بدائرة التسجيل رغم قبضة لثمنها. ملزماً له برد الثمن الذي دفعه المشتري وكذلك قيمة التشطيبات التي أنفقها المشتري على العقار المبيع عملاً بالمادة (٣/٢٨٦) من القانون المدني لأن أعمال التشطيبات كانت في بناء قائم عظم، هي إتمام النواقص في البناء القائم للانتفاع به على الدرجة المقصود من قيمة الزيادة أو تمليك الغاصب للمغصوب وتضمينه قيمته ولا ينطبق حكم المادة (١١٤٠) من القانون المدني على التشطيبات؛ لأنها ليست من قبيل إحداث بناء بالمعنى المقصود في هذه المادة»^(٢٠).

من خلال استقراء القرار السابق يمكن لنا أن نوضح ما يلي:

١- استبعاد تطبيق أحكام الاتصال الصناعي سواء كانت متعلقة بسوء النية، أو بالزعم الشرعي، بحكم أنه اعتبر التشطيبات بحكم التحسينات.

(٢٠) تمييز حقوق رقم (٨٧/١١٤) تاريخ ١٩/٣/١٩٨٧، منشورات مركز عدالة.

المبحث الثاني: مدى أثر قواعد

الاتصال في حماية الوحدة

القانونية للعقار

لقد سعت قواعد الاتصال الصناعي إلى المحافظة على الوحدة القانونية للعقار من خلال منع تركيب أكثر من حق عيني على العقار، إلا أن هذه القواعد وبصفتها قواعد مكملة فهل يمكن تجاوزها وتحقيق التجزئة القانونية للعقار؟ هذا ما ستتم الإجابة عليه خلال هذا المبحث والذي سنتناوله في مطلبين الأول: انعكاس قواعد الاتصال على الوحدة القانونية للعقار وفي المطلب الثاني النتائج القانونية الناجمة عن إثبات عكس القرينة الواردة في المادة ١١٣٧.

المطلب الأول: انعكاس قواعد الاتصال على الوحدة القانونية للعقار

لقد نص المشرع الأردني في المادة ١١٣٧ على أن «كل بناء أو غرس أو عمل قائم على أرض يعتبر أن مالك الأرض قد أقامها على نفقته وأنه يخصه ما لم يقيم دليل على عكس ذلك» فمن الملاحظ أن المشرع الأردني قد جعل من الوحدة القانونية للعقار ظاهراً أصلاً قابل لإثبات العكس إلا أن هذه المادة تكتسي أهمية خاصة وأثراً مباشراً على عمليات البناء ولهذا فإنها تطرح تساؤلات عدة منها: هل القرينة الواردة في النص تفيد إمكانية تجزئة الوحدة القانونية للعقار؟ وما هو المقصود بمصطلح الدليل الوارد بالنص لغاية إثبات عكس القرينة، هذا ما سيتم الإجابة عليه في هذا المطلب الذي تم تقسيمه إلى فرعين، الفرع الأول: القواعد القانونية النازمة لحكم القرينة، والفرع الثاني: إثبات الحقوق العينية الناجمة عن عكس القرينة.

الفرع الأول: الوضعية القانونية للقرينة الواردة

بالمادة (١١٣٧)

إن التجزئة اصطلاحاً تعني فصل عدة عناصر مجتمعة عن بعضها البعض، فهل من المنطق أن نطبق هذا المفهوم على العقار؟ قد يتبادر، للوهلة الأولى، أن هذا السؤال ليس له أي أهمية، لأنه من الثابت أن حق الملكية وموضوعه عنصران متداخلان؛ لكون حق الملكية على خلاف مما هو عليه بالنسبة للحقوق العينية الأخرى، فهو يحتوي ويضم جميع المنافع التي يمثلها في العقار.

والتدقيق في هذا الطرح قد يؤدي إلى نتيجة مفادها أن تطابق العقار وحق الملكية الذي ينصب عليه لا يعني بتاتا انعدام أوجه الاختلاف بينهما، ويمكن ملاحظة الاختلاف عند تطبيق التجزئة في إطارها الضيق على حق الملكية. إننا نلاحظ أن المشرع الأردني عندما أقر فصل عناصر الأرض ما كان الفصل إلا فصلاً للسلطات التي يمنحها حق الملكية وتوزيعها بين المالك والمستفيد، وهذا ما يلاحظ من خلال أحكام المادة (١٠١٩) من القانون المدني الأردني عندما استعمل عبارة «أو قضى الاتفاق بغير ذلك».

فالتجزئة بالمفهوم الضيق ينجم عنها النتائج التالية:

- أن التجزئة توزع السلطات في حق الملكية بشكل غير متساوي بين المالك والمستفيدين من التفرعات.
- أن التجزئة في شكل تفرعات تحتفظ للمالك بإمكانية استعادة وحدته الأصلية للعقار.
- أن العقار الذي تجرى عليه هذه العملية يبقى محتفظاً بوحدته التي لا تتصدع بسبب ما طرأ على حق الملكية.

عكس القرينة المشار إليها؟ إن حالة إثبات عكس القرينة تنصب على تحديد ملكية المنشآت والمباني وهل تمت إقامتها بموجب اتفاق أو تفويض، فإذا ثبت ذلك فإنه يتحقق الخروج عن وحدة حق الملكية والتي تأسست بالأصل على الاتصال، إضافة إلى ما سبق فإن القرينة الواردة في المادة (١١٣٧) من القانون المدني الأردني هي قرينة مزدوجة تنصرف الأولى إلى: ملكية الأرض، حيث تترجم على أن مالك الأرض يملك ما فوقها وما تحتها كتحديد لنطاق حق الملكية، ومن ثم فإن مالك الأرض لا يقع عليه عبء إثبات عكسها.

والثانية: تفيد بفكرة الاندماج ما بين الأرض وما عليها حيث تشكل وحدة العقار بالطبيعة فكل بناء أو منشآت تقام فوق الأرض أو حتى تحتها تعد من عمل صاحب الأرض أي هو الذي قام بإنشائها على نفقته. وقد سارت على هذا النهج محكمة التمييز الأردنية وذلك في قرارها الذي جاء فيه: أن مالك الأرض يملك ما فوقها عملاً بنص المادة (١٠١٩) من القانون المدني، وأن ملكية الشريك على الشيوع هذا الحق عملاً بنص المادة (١٠٣٠) من نفس القانون، مشروط بأن لا يرد دليل على عكس هاتين المادتين. يستفاد من المادة (١١٣٧) من القانون المدني على أن: «كل بناء أو غراس أو عمل قائم على الأرض يعتبر أن مالك الأرض قد أقامه على نفقته وأنه يخصه ما لم يقيم الدليل على ذلك».

إذا أثبتت الميزة أنها قد ساهمت في دفع ثمن وتكاليف الأشجار: «فإنه لا حق لها بها، ولا بأي تعويض يدفع عنها...»^(٢١).

(٢١) قرار صادر عن محكمة التمييز رقم (١٩٩٧/٢٢٢٢) تاريخ ١٧/١/١٩٩٨ منشورات مركز عدالة.

لكن تطبيق التجزئة بالمفهوم الواسع يؤدي إلى تفكيك وحدة العقار بفصل عناصره بعضها عن بعض، وينتج عن ذلك إضفاء صفة منقول على العقار، فهذه التجزئة لا تحوي المعنى القانوني كونها لا تبقى على صفة العقار لما يتولد عنها (أزركي، مرجع سابق: ص ٥٦). والجدير بالذكر أن المشرع الأردني تخلّى عن وحدة العقار بطبيعته، أي أنه أقر وبشكل صريح إمكانية تجزئة حق الملكية، فإذا كان الاتصال يؤسس وحدة حق العقار فإنه لا يشكل سوى قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس وهذا ما يلاحظ من خلال أحكام المادة (١١٣٧) من القانون المدني والتي تنص «كل بناء أو غرس أو عمل قائم على الأرض يعتبر أن مالك الأرض قد أقامه على نفقته، وأنه يخصه ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك» فهل يعني أنه إذا تم إثبات العكس إنشاء حق ملكية إضافي لا يتعارض مع وحدة العقار؟ لقد تبني المشرع الأردني وحدة حق الملكية من خلال أحكام المادة السابقة وإمكانية تجزئة وفصل عناصر العقار بالطبيعة.

فمن المقرر بأن المادة السالفة الذكر قد تضمنت قرينة دالة على أن كل ما يقام من مباني أو منشآت تعتبر مقامة على الأرض من صاحب الأرض وعلى نفقته، إلا أن هذه القرينة بسيطة يجوز لغير المالك أن يثبت عكسها، فعبء الإثبات يقع على كل من يدعى مخالفتها، ويثبت ذلك بكافة طرق الإثبات المقررة باعتبارها واقعة مادية، بأنه قد غرس الغراس وأقام المنشآت على نفقته.

ولكن إذا ادعى المالك أنه قد أذن له بإقامة المنشآت أو حول له الحق في إقامة المنشآت وتملكها، فهذه تعد تصرفات قانونية تخضع للقواعد العامة (مشموخي، مرجع سابق: ص ٣٧٠)، إلا أن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد: ما هي نتيجة إثبات

المدعي عليه ومعارضيه للمدعي في هذه الملكية فإن عجز المدعي عن إثبات أحدهما خسر الدعوى^(٢٢).

فحق الملكية حق جامع مانع يخول صاحبه بحسب الأصل سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف (كحلول، ٢٠١٠: ص ١٦٨) وهذا ما أشارت إليه أحكام المادة (١١١٨) من القانون المدني الأردني فحق الملكية يخول المالك ملكية العلو والسفل بالقدر الذي يحدده القانون وهذا ما أكدته المادة (١١٣٧) السالفة الذكر.

لقد سعى المشرع الأردني إلى حماية الوحدة القانونية للعقار متلاشياً تراكم حقوق الملكية العقارية بعضها فوق بعض وهذا ما نلاحظه من خلال النظر في الحلول القانونية التي أوجدها المشرع لتسوية وتصفية النزاعات التي تنشأ بين الأطراف في حالات إقامة المباني فوق أرض الغير، وتظهر ملامح المحافظة على الوحدة القانونية للعقار من خلال أحكام المادة (١١٣٧) والقواعد العامة المنظمة لحق الملكية.

فقد عُرف حق الملكية من خلال الفقرة الأولى من المادة (١٠١٨) حيث نصت على (حق الملكية هو سلطة المالك في أن يتصرف في ملكه تصرفاً مطلقاً عينياً ومنفعة واستغلالاً)، ونصت الفقرة الثانية من المادة المذكورة على (ولمالك الشيء وحده أن ينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتاجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة شرعاً).

ونصت المادة (١٠١٩) على:

١ - مالك الشيء يملك كل ما يعده من عناصره الجوهرية بحيث لا يمكن فصله عنه دون أن يهلك أو يتلف أو يتغير.

(٢٢) قرار صادر عن محكمة التمييز الأردني منشور مجموعة قرارات محكمة التمييز ١٩٨٦، ص ٢٨٤، مشار إليه لدى نجلاء فليح، م.س، ص ٢٨٤.

ومما يمكن قوله أن القرينة الواردة في المادة السابقة من القانون المدني تطرح التصورين التاليين:

• التصور الأول: عندما يكون الباني أو مقيم الإنشاءات مستفيداً من حق عيني بحيث يخوله حق تملك المباني، ففي هذا الإطار لا مجال لتطبيق قواعد الاتصال على أن تثبت تسجيل الحق الذي يخوله تملك ما بناه.

• التصور الثاني: هي الحالة التي لا يكون للباني فيها حق عيني يمكنه من تملك ما بناه في هذا المجال ولا يمكنه أن يملك ما بناه، وإنما يحق له مطالبة صاحب الأرض بالتعويض، من خلال ذلك يكون مجالاً واسعاً لتطبيق الإتصال كقرينة بسيطة في نطاق التصور الأول هو العقار بالطبيعة المتجسدة في البناء ككل.

الفرع الثاني: إثبات عكس القرينة الواردة في

المادة (١١٣٧)

تعد القاعدة بأن المدعي هو من يدعي خلافاً للظاهر وذلك لكونها تشكل علة وأساساً لمبدأ البيئة على من ادعى واليمين على من أنكر، فعبء الإثبات كما هو معلوم لا يقع على الذي يأخذ في المبادرة في رفع الدعوى فقط أي لا يقع على مقدم الدعوى دائماً وإنما قد يقع على من يدلي بواقعة ما، تأكيداً لصحة إدعائه أو أي دفع آخر يخالف الظاهر (فليح، ٢٠٠٣: ص ١٣٧).

ومن ملامح الظاهر في إطار الحياة الإنسانية أن كل إنسان يستقل بملكه ولا يعارض غيره في ما لا يملك، فمن يدعي خلاف للظاهر فإنه يكلف في الإثبات وهذا ما قضت به محكمة التمييز الأردنية (أن الحكم للمدعي في دعوى منع المعارضة بأرض يتطلب منه إثبات أمرين الأول ملكيته للأرض والثاني منازعة

لذلك يعد أصلاً من شأنه أن ينشأ وضعاً ظاهراً يقع عبء الإثبات على ما يدعو خلافه، فلخص الملك بجميع سلطاته ونطاقه لصاحبه خالياً من أي حقوق عينية أو شخصية إلى أن يتم إثبات عكس الأصل على كل من يدعي خلافاً لذلك (زهرا، ٢٠١٠: ص ٢٢٧) وانطلاقاً من استقراءنا للنصوص السالفة الذكر والتي حددت نطاق حق الملكية وسلطات المالك يتبين لنا بأن هذه النصوص ما هي إلا قرينة بسيطة فمن أثبت ملكية الأرض ليس عليه أن يثبت امتداد حقه للعلو والسفل بل تقوم القرينة لمصلحته، فإن ملكية جميع هذه العناصر ثابتة إلا أن يثبت العكس بذلك، وعندئذ من يتحمل عبء من يدعي بخلاف هذه القرينة أن يقيم الدليل على ما يدعيه (زهرا، ٢٠١٠: ص ٢٢٨).

إن إثبات عكس القرينة قد يؤدي إلى تجزئة حق الملكية التي حافظ المشرع على حمايتها من خلال القواعد العامة وقواعد الاتصال الصناعي، وبما أن القرينة بسيطة فإنه يمكن إثبات عكسها مما قد ينجم عن ذلك تجزئة لمحل الحق.

فهذه المقتضيات القانونية تكمن في إبراز دور المشرع الأردني في الحفاظ على وحدة حق الملكية العقارية ومنع تراكم الحقوق العينية على العقار الواحد ويتضح ذلك من خلال إنشاء المباني والمنشآت فوق ملك الغير من الجانبين:

الجانب الأول: يكمن في أحكام المادة (١١٣٧)

من القانون المدني الأردني.

وبموجب هذا النص يكفي للمالك إثبات ملكية الأرض ليحمل الطرف الآخر إثبات ما يقوم على عكس القرينة الواردة بالنص، فيمكن للباني إثبات ذلك من خلال وجود تصرفاً قانونياً بينه وبين المالك ما من شأنه

٢- وكل من ملك أرضاً ملك ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها علواً وعمقا إلا إذا نص القانون أو قضى الاتفاق بغير ذلك).

فهذه المقتضيات القانونية لقد حددت التفرعات ونطاق حق الملكية العقارية، فمن حيث التفرعات فقد ذكرت الفقرة الثانية للمادة (١٠١٨) الغلال والثمار سواء كانت ثماراً طبيعية أو صناعية فهذه كلها عائدة للمالك بطريق الاتصال، كما ذكرت المادة (١٠١٩) في فقرتها الثانية نطاق حق الملكية العقارية والذي يكمن فيما فوق الأرض وما تحتها، فجميع ما يبطن الأرض وما فوقها يعد تابعا للمالك، فتخلص بمالك الأرض ملكية ما يبطنها كالحجارة والرمال، وكما تخلص له ملكية ما فوقها بما في ذلك البناء والغرس والزرع ويحق له إنشاء المباني ضمن ما تحدده القوانين والأنظمة^(٢٣).

فمن خلال أحكام هذه المادة المذكورة بأن كل من يدعي خلافاً لما ورد فيها كأن يثبت بأن له حقا عينيا متفرعا عن حق الملكية، سواء كان هذا الحق مساطحة، أو حكرا أو أي حق آخر، فالإدعاء مثل هذه الحقوق اتجاه مالك الأرض ومخالفة للظاهر يجب عليه إثبات خلاف الظاهر الذي يعد أصلاً. فمن خلال النصوص السالفة الذكر نلاحظ أن الحقوق العينية تعتد بالوضع الظاهر حفاظاً على مبدأ استقرار المعاملات في الحقوق العقارية (فليح، مرجع سابق: ص ١٧٤)، وتأكيداً

(٢٣) مالك الشيء يملك عناصره الجوهرية التي لا يمكن فصله دون تلف هذه العناصر لها حكم الشيء الذي يعد محلاً لحق الملكية فملكية البناء تمتد إلى كافة الملحقات وملكية الأرض تملك تمتد إلى البناء انطلاقاً من الاندماج ما بين الأرض والبناء سنداً للفرع يتبع الأصل، انظر: (زهرا، مرجع سابق: ص ٢٢٣).

المشتركة للمالك ولصاحب المواد، بالنسبة لصاحب المواد فإنه لا يستطيع استرجاع مواده بعد إجراء التغيير عليها نتيجة البناء^(٢٤) فمجرد اندماج المواد بالأرض تتحقق الوحدة المادية للعقار مما يستحيل إزالتها أو استردادها لانعدام فائدتها، فيتملكها صاحب الأرض طبقاً لقواعد الاتصال التي تضمن الوحدة القانونية للملكية العقارية، وإذا طلب صاحب المواد إزالة هذه المباني بعد استهلاكها فيعد ذلك من قبيل التعسف باستعمال الحق القائمة على فكرة الإضرار بالمالك (الأهواني، مرجع سابق: ص ٤٧).

أما ما يتعلق بالشخص الذي يقوم بالبناء فوق أرض غيره فقد تناولت المادة (١١٤٠) من القانون المدني الأردني والتي نصت على (إذا أحدث الشخص بناء أو غراساً أو منشآت أخرى بمواد من عنده على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضا صاحبها كان لهذا أن يطلب قلع المحدثات على نفقة من أحدثها، فإذا كان القلع مضراً بأرض الغير فله أن يتملك المحدثات بقيمتها مستحقة القلع).

فلاحظ بأن هذا النص يحمل ضمن أحكامه قسوة شديدة باتجاه الباني لكون عمله يشكل اعتداء على الوحدة القانونية للعقار ولحمايتها منح لمالك الأرض خيارات التملك أو الإزالة و القلع على نفقة من أقامها.

أما إذا كان الباني حسن النية مع اختلاف المعاملة ما بينه وبين سيئ النية جاءت التفرقة في هذه الآثار لتحقيق التوازن بين مصالح الأطراف مراعيًا المشرع

(٢٤) نص المشرع المصري في المادة ٩٢٤ من القانون المدني، على أنه «إذا أقام الشخص مواد من عنده منشآت على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضا صاحب الأرض كان لهذا أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض أن كان له وجه...»

أن يتملك المباني والمنشآت دون سطح الأرض، فإذا أثبت الباني ذلك فلا يجوز للمالك أن يتمسك بأحكام الاتصال إلا إذا انعدم الاتفاق بينهما (كحلول، ٢٠١٠: ص ١٧١). وإذا كان الأصل بأن مالك الأرض يملك ما تم عليها من مبان ومنشآت إلا أنه يمكن الخروج عن هذا الأصل في إثبات عكس القرينة الواردة في النص، والخروج عن الأصل يكمن في إقامة المباني والمنشآت من طرف الغير، مما يحقق اختلاف المالكات وتدخل قواعد الاتصال لتسوية العلاقة ما بينهما وتوحيد حق الملكية العقارية (كيرة، مرجع سابق: ص ٤٠٥).

الجانب الثاني: تسوية الخلافات الناشئة ما بين مالك الأرض ومقيم البناء من خلال قواعد الاتصال. فمن الملاحظ بأن قواعد الاتصال تتدخل لتسوية الخلافات الناشئة ما بين مالك الأرض ومقيم البناء سندا لأحكام المادة (١١٣٩) والتي تنص على (إذا بنا مالك الأرض على أرضه بمواد مملوكة لغيره أو بذرها بحبوب غيره بدون إذنه فإن كانت المواد قائمة وطلب صاحبها استردادها وجب على صاحب الأرض إعادتها إليه، وأما إن كانت هالكة أو مستهلكة فيجب عليه دفع قيمتها لصاحبها، في كلتا الحالتين على صاحب الأرض تعويضاً إن كان له وجه).

فإن استقرئنا للنص السالف الذكر نلاحظ بأن مالك الأرض الذي يقيم على أرضه منشآت ومباني بمواد عائدة لغيره أن يتملك تلك المباني على الرغم من معارضة صاحب المواد شريطة أن يؤدي لهذا الأخير قيمة تلك المواد وقت استعمالها، فهذا ما يبرر حماية المشرع للوحدة القانونية للعقار وذلك عن طريق الحفاظ على القيم المضافة على ملكية الأرض، فلو افترضنا بأن هناك أمراً بالقلع أو الإزالة للمنشآت المقامة فلا تتحقق بذلك المصلحة

أجل سريان هذا الحق ساريا تجاه المتعاقدين أو الغير (العساف، ٢٠٠٩: ص ١٢٦) وقد أكد المشرع الأردني على التسجيل وفقا للنصوص القانونية الخاصة وهذا ما نصت عليه في المادة الثالثة من نظام التسجيل الأراضي الأردني على (تجري معاملة بيع الحقوق والمنافع في الأرض في دائرة التسجيل بموجب عقد بيع لكل مشتري).

وبهذا يصبح التسجيل وسيلة إثبات ما نجم عن عكس القرينة من حقوق لأن الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية يجب أن تسجل كيف ما كان حالها، إلا أنه يجب التنويه بأن التسجيل شرط للإثبات والانعقاد أيضا ركنا بالعقد بجانب التراضي، وهذا ما نصت عليه المادة (١١٤٦) من المدني الأردني (تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية في المنقول والعقار متى استوفى العقد أركانه وشروطه طبقا للقانون).

فالتسجيل يعد قيدا وحجة مطلقة لا يمكن الاعتراض عليها من أي جهة لأنه مشكل قرينة قاطعة لصاحبها لا تقبل إثبات العكس ولو حتى عن طريق الطعن بالتزوير أو بالغش الرجوع بالتعويض خلال المدة المحددة للقانون (الزعي، ١٩٨٦: ص ١٦٢).

ومن الملاحظ أن المادة (١١٤٨) من القانون المدني أشارت إلى تسجيل الحقوق وليس التصرفات المنشئة لها، ولهذا فيعد التسجيل هو الدليل الذي يمكن لمن ادعى خلاف الأصل أن يثبت به الحق وبخلاف ذلك ينعدم أثر الحقوق المترتبة عن عكس القرينة اتجاه الأطراف والغير. فأي حق عيني ينشأ من خلال إثبات عكس القرينة الواردة في المادة (١١٣٧) لا يعتد به ولا يعد نافذا إلا بتسجيله.

ويرى الفقه بأن العقد الناقل أو المنشئ للحق العيني إذا كان غير مسجل فإنه تترتب عليه الآثار التي

في عين الاعتبار وضعية الباني حسن النية الذي قد أقام المباني دون إدراك ووعي، بما أقامه من مبان على أرض غيره معتقدا بأنها أرضه خلافا للباني سيئ النية الذي يعلم بأن الأرض التي بنا فوقها تعود للغير، فحق الاتصال الصناعي في مجال البناء يسعى أساسا للمحافظة على وحدة الملكية العقارية لكونه يقوم وهو تبعية على أساسي مبدأ تبعية الأرض وهذا ما أكده الفقه الفرنسي حين أشار بأن الهدف من الاتصال هو المحافظة على القيم المضافة للملكية العقارية^(٢٥).

على الرغم من أهمية المادة (١١٣٧) من القانون المدني الأردني لكونها تشكل ضمانة أساسية للوحدة المادية للعقار إلا أنها تطرح تساؤلات عدة منها ما هو المقصود بمصطلح (الدليل) الوارد فيها لغايات إثبات عكس القرينة، وهل يمكن من خلالها تجزئة محل حق الملكية؟

الملاحظ بأن المادة (١١٤٨) مدني جعلت من انتقال ملكية الحقوق العينية إلى الغير لا تتم إلا بالتسجيل فمن خلال هذا النص يتبين لنا بأن المشرع الأردني قد جعل القيد في السجل قوة إثباتية مطلقة بحيث يمكن أن يحتج به اتجاه الكافة، فقد جعل من التسجيل منشئا للحق العيني ومصدرا وحيدا له، فالتسجيل واجبا من

(٢٥) وقد علل بذلك الفقه بأن المشرع قد افترض بأن أقدر شخص على تحديد التخصيص الأكثر فائدة للأرض من الناحية الاقتصادية هو مالكيها ولهذا اعترف له بملكية المباني المقامة فوقها دون صاحب المواد مراعيًا بذلك المعطيات الاقتصادية التالية:

- ١- حسن استغلال الأرض
- ٢- إن الشخص الذي يعد أكثر استغلالا هو مالك الأرض.
- ٣- يفضل عدم تقسيم الملكية العقارية أفقيا ومنع تركيب الحقوق العينية بما فيه ذلك مساسا بمروديتها. انظر: (الصافي، مرجع سابق: ص ٢٣٧).

(جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله...) فالمادة (٢٦) استخدمت مصطلح التصرفات، وهو أكثر شمولية من مفهوم العقود وبهذا تكون المادة (٢٦) قد شملت كافة التصرفات سواء كانت هذه التصرفات صادرة عن إرادتين، أو بإرادة منفردة كالوصية والوقف. أما بالنسبة للتشريع الفرنسي فقد نص على هذه القرينة من خلال أحكام المادة (٥٣٥) من القانون المدني المقابل للمادة (١١٣٧) أردني، والتي تضمنت في طياتها قرينتين، الأولى: وهي القرينة المنصبة على الملكية، نفسها بمعنى بأن مالك الأرض هو مالك أيضا بكل ما يدمج بها من مبانٍ ومنشآت وأغراس.

أما القرينة الثانية مفادها بأن كل ما يوجد فوق الأرض من مبانٍ ومنشآت قد تم إقامته على نفقة المالك، ويمكن لكل من يدعي خلاف ذلك أن يدحض هذه القرائن عن طريق إثبات عكسها وهذا ما أجمع عليه الفقه في مصر عندما أكد على أن قواعد الاتصال الصناعي ما هي إلا قواعد مكملة يمكن مخالفتها، مستندا على أحكام المادة (٩٢٢) من القانون المدني المصري حيث نصت المادة المذكورة على (كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غرس أو منشآت أخرى تعتبر من عمل صاحب الأرض أقامها على نفقته وتكون مملوكة له) فهذه الفقرة جاءت بالأصل والظاهر فمن خلالها يمكن إستبعاد قواعد الاتصال، إلا أن هذا الأصل أو الظاهر لا يمكن أن يكون على إطلاقه (سعد، مرجع سابق: ص ٣٠٥)، فالظروف قد تفرض على مالك الأرض بخلاف ما جاء بالأصل ومن ثم يمكن دفع هذه القرينة من خلال إثبات عكسها وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (٩٢٢) يجوز مع ذلك (أن يقام الدليل على أن أجنبيا قد

تترتب عن العقود عامة ماعدا الأثر الخاص للانتقال الملكية والذي يتطلب التسجيل فلو نظرنا إلى عقد البيع المتعلق بحق عيني، فيعد هذا العقد عقدا رضائيا تنتج آثاره بمجرد توافق الطرفين، فعدم خضوعه لأحكام التسجيل العيني لم يغير من طبيعته وإنما يغير في أثر من آثاره وهو نقل الملكية فهذا الأثر لا يعد قائما مجرد انعقاد العقد بل يؤجل إلى حين التسجيل، فالعقود الغير مسجلة تعطي للمستفيد منها كالمشتري مثلا حقا شخصيا بطلب تسجيلها (عبد، ٢٠٠٧: ص ٩٨).

إلا أن هذا التوجه لا يمكن أن نعتد به في ظل القانون المدني الأردني لأن التسجيل هو ركنا في العقد المتعلق بنقل الحقوق العينية وهذا ما درجت عليه محكمة التمييز في كثير من أحكامها التي كانت تؤكد على بطلان عقود البيع العقاري التي تتم خارج دائرة التسجيل^(٢٦). وبناء على ما تقدم فإن مفهوم الدليل الوارد في المادة (١١٣٧) من القانون المدني لا يمكن أن نتصوره خارج نطاق التسجيل العيني، فالتسجيل هو انعقاد وشرط إثبات لنشوء الحق العيني ووجوده اتجاه الأطراف والغير أي اتجاه الناس كافة^(٢٧).

أما المشرع المصري فجعل القيد المتعلق بالحقوق العينية يرد على التصرفات المنشئة والمقررة وهذا ما قضت به المادة (٢٦) من قانون السجل العيني التي نصت

(٢٦) قرار صادر عن محكمة التمييز رقم ٦٣/١٠٦، منشور في مجلة نقابة المحامين، ١٩٦٣، ص ٢٨٥/ مشار إليه لدى (الزعيبي، مرجع سابق: ص ٦٤).

(٢٧) نصت الفقرة الثانية من المادة ١٦٣ من قانون المدني الأردني على «.... يعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث... والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف والعقار...».

فالتصحيح في التسجيل يتم وفق إجراءات معينة، فيتقدم صاحب الأرض طلباً إلى مدير التسجيل المختص مرفقاً به الوثائق المختصة ودفع الرسوم القانونية ثم بعد ذلك يتم الكشف على الأرض والتأكد من وجود المحدثات والمباني فوق الأرض ثم إدخالها على قيد السجل الخاص بالأرض ويجري التصحيح الأول ويدرج رقم وتاريخ المعاملة في حقل الملحوظات فتصحيح سجل الأموال غير المنقولة هو نتيجة لأي تحسينات أو إضافة أو إزالة أو تسجيلاً أو تغييراً في اسم المالك أو المتصرف بعد انتهاء أعمال التسوية وذلك سنداً لأحكام المادة (٦/١٦) من قانون تسوية الأراضي والمياه (العساف، مرجع سابق: ص ١٢٦) التي نصت على أنه (عندما يثبت للمدير وقوع خطأ في قيد من قيود سجل الأموال غير المنقولة، نشأ عن سهو كتاب أو سهو في المساحة يجوز له أن يعمل على تصحيح ذلك الخطأ بدون الرجوع إلى شخص أو هيئة أخرى.

أما بالنسبة لموقف التشريع المصري من تسجيل المنشآت والمباني الذي أقيمت على أرض الغير فنلاحظ أن من الأصل أن يقوم صاحب الأرض بإخطار أمين السجل بما أنشأ من محدثات على أرضه، لأن إنشاء هذه المنشآت تشكل تغييراً مادياً في شكل الوحدة العقارية مما يلزم المالك بإخبار أمين السجل عن هذه المحدثات، إلا أن مالك الأرض قد يصرح للغير بإقامة المنشآت على أرضه وتملكها، ففي هذه الحالة تعد ملكية المنشآت للغير على أنها قد أحدثت تغييراً مادياً في شكل الوحدة العقارية مما يقتدي بإخبار أمين السجل عنها، مع الاعتبار بأن إقامة هذه المنشآت بناء على تصريح مالك الأرض تشكل في حد ذاتها قيوداً يرد على ملكية مالك الأرض، مما يتطلب من أمين السجل أن يقوم بتقييدها

أقام هذه المنشآت على نفقته كما يجوز أن يقام الدليل على أن مالك الأرض قد حول أجنيا ملكية منشآت كانت قائمة من قبل أو حوله الحق في إقامة المنشآت وتملكها).
فإثبات عكس القرينة يكون طبقاً للقواعد العامة في الإثبات، فإذا نجح المدعي في إثبات العكس أثرت مشكلة الاتصال وتطبيق قواعده لتسوية النزاعات الناجمة على ذلك (كيرة، مرجع سابق: ص ٤٨٠).

أما ما يتعلق بالجزاءات الناجمة عن عدم التسجيل فإن الحقوق العينية فإنها لا تنشأ ولا تنتقل بين ذي الشأن أو بالنسبة لغيرهم مما يفقدها كافة آثارها القانونية لعدم قيدها (أبو النجا، ١٩٧٨: ص ٣٤٦).
وبناء على ما تقدم هل يمكن لصاحب الأرض تسجيل المباني والمنشآت المقامة على أرضه من طرف الغير؟

إن عملية التسجيل تعند بالرسم العقاري للأرض، ولا تنحصر إلا فيها أما الأعراس والمنشآت لا تكسب نفس الطابع إلا عند تسجيلها في السجل العقاري بغض النظر إن كانت للمالك أو لصاحب البناء، فالقرينة الواردة في المادة (١١٣٧) وردت في الأصل لصالح مالك الأرض فكل ما ينشأ من مباني أو منشآت على أرض الغير يمكن للمالك أن يمارس حقه عليها بصفته مالكاً إلا أن استبعادها راجعاً لما يقع بشأنها أي نزاع محتمل خاصة في ما يتعلق بمزاولة حق الملكية عليها (الصافي، مرجع سابق: ص ٢٤٠)، إلا أن هذا التوجه الفقهي لا يتفق مع واقع التشريع الأردني لأن المادة السابعة من نظام تسجيل الأراضي لسنة (١٩٥٣) قد نصت على ما يلي (عند إنشاء أبنية أو غرس أشجار أو إحداث أي إنشاءات أخرى على الأرض يجوز إجراء معاملة تصحيح في التسجيل وفق أحكام قانون التصرف المعمول به وقتئذ).

والذي نظمت أحكامه من خلال جملة من النصوص القانونية^(٢٩).

فهذا الفصل ينجم عنه تجزئة وتفرعات لحق الملكية فموضوع تجزئة عناصر الملكية يعد شكلاً من أشكال الاستثارة، خاصة أن الظروف الاقتصادية الحالية قد تعرض على مالك الأرض أن يتنازل عن تمرکز السلطات الثلاث الاستعمال والاستغلال والتصرف الذي منحه المشرع للغير (زهرة، ١٩٨٧: ص ١٧٣).

فإذا كان الاستعمال يشكل منفعة كبيرة للمالك إلا أنه قد تتضاعف هذه المنفعة في حالة تنازل المالك عن تمرکز السلطات الثلاث في يده.

هذا التصور جاء ليحل محل النظرية القائلة بأن العوائد الاقتصادية لوحدة الملكية أكثر منفعة من تجزئتها، وبانتصار فكرة تجزئة سلطات المالك وفصل عناصر الأرض كمحل لحق الملكية وتنازل المالك عن أحد عناصرها، ما هو إلا عكس القرينة الواردة في المادة (١١٣٧) والتي قرر بمقتضاها المشرع بأن كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غرس أو عمل قائم يعد من عمل صاحب الأرض ما لم يثبت أن المالك قد خول الغير إحداثها.

فهذه المادة تعد قاعدة أساسية لموضوع فصل عناصر الأرض وما حق المساطحة إلا تطبيقاً لها فإذا نشأ هذا الحق سواء من خلال العقد أو الوصية، تشتت وحدة حق الملكية ومن ثم يجعل من الاتصال قرينة بسيطة يجوز إثبات عكسها.

فحق المساطحة كما عرفه المشرع الأردني في المادة (١٢٢٥) من القانون المدني بأنه:

(٢٩) نظم المشرع الأردني قواعد حق المساطحة في المواد (١٢٢٥-١٢٣٢) من القانون المدني.

في القسم الخاص بالقيود الواردة على الملكية من صحيفة الوحدة العقارية، أما إذا كانت هذه المحدثات من مباني وأغراس أنشأت من طرف الغير دون علم المالك فيطبق عليها قواعد الاتصال مما يضطر معه المالك إخطار أمين السجل بها إذا تمسك بتملكها سنداً بقواعد الاتصال لكونها سبباً من أسباب كسب الملكية (أبو النجا، مرجع سابق: ص ٥٠٣).

المطلب الثاني: الحقوق العينية الناجمة عن إثبات عكس القرينة الواردة في المادة (١١٣٧)

من أهم الحقوق العينية الناجمة عن إثبات عكس القرينة الواردة في المادة (١١٣٧) حق المساطحة وحق الحكر وستتناول كل منها من خلال القانون المدني الأردني.

الفرع الأول: حق المساطحة

يعد حق المساطحة من الحقوق المتفرعة عن حق الملكية أي أحد عناصر الأرض وهو سطحها، فإذا أمعنا في ذلك نجد أن المشرع الأردني قد أقر فصل عناصر الأرض^(٢٨) ونظم أحكامها وهذا ما يلاحظ من خلال حق المساطحة فهذا الحق يعد تطبيقاً لعملية الفصل،

(٢٨) من تطبيقات فصل عناصر الأرض التي نص عليها المشرع الأردني في حق الحكر حيث نصت المادة (١٢٤٩) من القانون المدني: (الحكر عقد يكسب المحكر بمقتضاه حقاً عينياً يخوله الانتفاع بأرض موقوفة بإقامة المباني عليها أو استعمالها للغراس....).

ومن النصوص الخاصة لفصل عناصر الأرض ما ورد بنظام الاستثارة بالمناطق الحرة رقم (٤٣) لسنة ١٩٨٧ والصادر بمقتضى المادة الثامنة من قانون مؤسسة المناطق الحرة رقم ٣٢ لسنة ١٩٨٤ وتعديلاته حيث نصت الفقرة (ب/٢) من المادة (١٨) (يعد مجلس الإدارة نماذج عقود الإيجار ويحدد شروطها بما في ذلك جواز أيلولة المنشآت للمؤسسة بعد انتهاء عقد الإيجار).

وهذا ما يلاحظ من خلال المادة (١٢٣١) عندما نص من خلالها على أنه (لا ينتهي حق المساطحة بزوال البناء أو الغراس قبل انتهاء المدة)^(٣١). فإذا كان المشرع الأردني قد أقر بملكية المباني والمنشآت للمساطح بحيث منح له حق التصرف بها بكافة أنواع التصرفات القانونية بالبيع والرهن، فهل هذا يخول للمساطح استمرارية التملك بعد انتهاء المدة المتفق عليها، ومن ثم يمكنه بيعها أو قلعها أو تركها، وبعبارة أخرى هل المباني التي أقامها تخضع لأحكام الاتصال بعد نهاية العقد؟

= يرى جانب من الفقه بأن النص المغربي ليس له أي صلة بحق المساطحة وفي هذا المجال يرى مأمون الكزبري: «ومما يجب الانتباه إليه هو أن حق السطحية لا يترتب إلا على سطح الأرض أما الحقوق التي تترتب على سطح البناء فهي ليست من قبيل حق المساطحة بل يعتبرها البعض من الحقوق الاتفاقية والبعض يرى بأنها ملكية الطبقات» (الكزبري، ١٩٨٧: ص ٥١٧).

(٣١) وهذا ما جعل الفقه يختلف حول تحديد طبيعة حق المساطحة حيث من يرى بأن حق المساطحة هو حق ملكية قائم بذاته ومن ثم فإن هذا الحق ينصب على ملكية البناء والمنشآت، وهناك اتجاه آخر من الفقه يرى بأن حق المساطحة يقع على الغراس والبناء حيث إنه يقسم حق الملكية ويجزئها ولا ينشأ إلا بوجود المباني والمنشآت وقد استند الفقه الفرنسي على أحكام المادة ٥٩ من القانون المدني الفرنسي. وهناك من يرى بأن حق المساطحة ما هو إلا حالة من حالات حق الانتفاع، انظر: (الصد، ١٩٨٢: ص ١٦٩). إلا أن هذه الاختلافات لا يمكن إثارتها في التشريع الأردني كونه قد حسم كل الاختلافات عندما صنف حق المساطحة ضمن الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية، وهذا ظاهر عند تعريفه لحق السطحية في المادة ١٢٢٥ من القانون المدني الأردني بقوله: «حق المساطحة حق عيني يعطي صاحبه الحق في إقامة بناء أو أغراس على أرض الغير». ويرى علي العبيدي (بأن الحق موجود قبل إقامة المحدثات من قبل المساطح)، (العبيدي، مرجع سابق: ص ٢١٢).

(حق عيني يعطي صاحبه الحق في إقامة بناء أو أغراس على أرض الغير) فالبناء الوارد بالنص يعد مجموعة من المواد أيأ كان نوعها، تتصل بالأرض بإرادة الإنسان وصنعه بغض النظر عن الغاية المتفق عليها بين مالك الأرض والمساطح.

إن قيام البناء والمنشآت يجب أن يتم في الوقت الذي يريده المساطح وبالكيفية التي يسعى إليها (العبيدي، ٢٠٠٢: ص ١٢٨)، إلا أن هذا الأصل يمكن الخروج عنه وتجاوزه بموجب نص أو اتفاق وتأسيساً على ذلك يلاحظ أن المشرع الأردني لم يحدد فترة زمنية لإنشاء المباني والغراس على سطح الأرض فحق المساطحة بالتشريع الأردني ينشأ دون المباني فكأنه منح صاحبه حرية اختيار الوقت، وهذا ما يلاحظ من صياغة النصوص القانونية ومنها المادة (١٢٢٥) التي خولت هذا الحق دون أن تشير إلى الفترة التي يجب أن يتم إنشاء المباني فيها.

كما يلاحظ أيضاً أن المشرع لم يجعل تهدم البناء سبباً من أسباب إنهاء هذا الحق وكأن المشرع أقر بالمفهوم المجرد للعقار^(٣٠).

(٣٠) كما يمكن القول بأن نشوء حق المساطحة يقع قبل إنشاء المباني وهذا القول يعني أن المشرع قد اعتد بالمفهوم المجرد للعقار وليس المفهوم المادي له أي أن حق المساطحة قد يقع على الفضاء الذي فوق الأرض وهذا لم يتطرق له المشرع الأردني من خلال نصوص القانون المدني خلافاً لبعض التشريعات التي كرست فكرة بيع الفضاء مثل المشرع المغربي من خلال أحكام المادة ٤٨٣ من قانون الالتزامات والعقود والتي نصت: «يقع صحيحاً بيع جزء محدد من الفضاء الطليق أو الهواء العامودي الذي يرتفع فوق بناء قائم فعلاً ويسوغ للمشتري أن يبني فيه بشرط تحديد طبيعة البناء وأبعاده، ولكن لا يسوغ للمشتري أن يبيع العامود الهوائي الذي يعلوه بغير رضا البائع الأصلي».

القول مالك الأرض خير بين أمرين إما أن يطالب بقلع المنشآت أو تملكها مستحقة القلع.

الفرع الثاني: حق الحكر

لقد عرف المشرع الأردني حق الحكر من خلال المادة (١٢٤٩) على أنه (عقد يكسب المحكر بمقتضاه حق عينياً يخوله الانتفاع بأرض موقوفه لإقامة مباني عليها أو استعمالها للغراس أو لأي غرض آخر لا يضر بالوقف لقاء أجر محدود) فالحكر يعد تفرعاً من تفرعات حق الملكية إذ إنه يخول المحكر الانتفاع بالإرض الموقوفه مع بقاء رقبتهما لجهة الوقف وهو يشكل حقاً عينياً، ويختلف عنه من حيث طول المدة وبإنتهائه، فإذا كانت الحقوق العينية الأخرى المتفرعة عن حق الملكية تنتهي بوفاة المنتفع من الحق، خلافاً للحكر فهو لا ينتهي إلا بإنتهاء أجله ومدته أطول من الحقوق العينية الأخرى ولا يعد حق الحكر نافذاً إلا بخضوعه لإجراءات التسجيل (العساف، مرجع سابق: ص ١٢٠) التي نصت عليها المادة (١٢٥٠) من القانون المدني الأردني والتي قضت بالقول «... ويجب بإذن المحكمة وأن يسجل بعد ذلك في دائرة التسجيل».

ويحمل الحكر في القانون المدني الأردني مفهومين أو صورتين أن دق التعبير، الصورة الأولى وتفيد بأن الحكر يعد عقداً لأنه اتفاق ما بين متولي الوقف والمحكر الذي ينشأ بموجبه حق الحكر.

أما الصورة الثانية فيعد الحكر حقاً عينياً أصلياً متفرعاً عن حق الملكية^(٣٣)، يخول للمحكر

(٣٣) قد ذهب قضاء التمييز الأردني إلى تحديد الحكر على أنه حق عيني حيث قضت محكمة التمييز بما يلي «بأن حق الحكر لا يعتبر شخصياً للمحكر بالعقد وإنما حق عيني، وإنما يترتب لصاحبه على الأرض الموقوفه، فهي تقدم على الملكية الأصلية وجميع التصرفات المتعلقة به يجب أن تتم =

فإذا أجاز المشرع الأردني للمساطح للقيام بكافة التصرفات القانونية على المباني والمنشآت، فهذا عائد لطبيعة هذا الحق وتوقيته، أي أنه حق ملكية مؤقت^(٣٢) لا يجوز أن تزيد مدته عن خمسون عاماً وهذا ما أكده المشرع الأردني في المادة (١٢٢٨)، إلا أن المشرع قد حدد مصير المباني والمنشآت من خلال أحكام المادة (١٢٣٢) عندما أحال تحديد مصير المباني التي أقامها المساطح إلى أحكام المادة (٧٠١) من القانون المدني والمتعلقة بمصير المنشآت التي أقامها المستأجر.

فإن مصير المحداثات عند انقضاء هذا الحق تمنح للمالك الأرض حق المطالبة بهدم الأبنية أو قلع الغراس أو تملك المحداثات مقابل تعويض يدفعها للمساطح بقيمتها مستحقة القلع وهذا الخيار يمنح للمالك إذا كان القلع مضر بالعقار فيجوز له أن يملك المحداثات، ولكن برضى صاحب الحق.

ومن الملاحظ أن المشرع قد عامل المساطح معاملة الباني سيئ النية طبقاً لأحكام المادة (١١٤٠) لأنه يمكن مخالفة أحكام المادة (١١٣٢) التي تحدد مصير المنشآت بموجب العقد والاتفاق، لكن في حالة سكوت العقد بالنسبة للمنشآت يطبق النص السالف الذكر، وخلاصة

(٣٢) إلا أن هذا التحديد له دوافع تشريعية يسعى المشرع من ورائها أن لا يتجاوز تجزئة الملكية فالتجزئة قد يكون لها أثر بمرودية الشيء من الناحية الاقتصادية، علماً بأننا لا ننسى بأن حق المساطحة قد يتصف بالديمومة عندما يكن حق المساطحة من توابع حق الارتفاق والذي يتصف بالدوام، فدوام هذا الأخير يعكس ذلك على حق المساطحة الذي يجعله يتمتع بصفة الديمومة بحكم أنه يتبعه، وهذا يظهر بشكل بارز عندما يقيم صاحب العقار المخدم منشآت فوق الأرض الخادمة، لكي يتمكن من ممارسة حق الارتفاق فإنه يستفيد من حق المساطحة بشكل دائم. (أزركي، مرجع سابق: ص ٦٧).

النص يعد جواباً على تساؤل يدور حول حكم البناء والغراس، ففي هذه الحالة إن دلت على شيء فهذا يدل على أن ما بناه صاحب الحكر أو ما غرسه في الأرض المحتلة يعد مملوكاً له فحقه إذن حق ملكية (البدرابي، مرجع سابق: ص ٢٩٦) وهو حق يتميز عن حق الحكر بأن يتصرف في كل حق مستقل عن الآخر أو يتصرف فيها معاً.

وإذا تم تحديد ملكية المباني والمنشآت لصاحب الحكر فما هو مصيرها عند انتهاء مدة الحكر أو فسخه؟ إن وضعية المنشآت والمباني التي أقامها صاحب الحكر على أرض محكرة نلاحظ أنها تلتقي مع القواعد العامة للاتصاق الصناعي من حيث إن المحكر عندما سعى إلى إقامة المباني والغراس كان على علم بأنه غير مالك للأرض، ومن ثم يمكن معاملته استناداً إلى أحكام المادة (١١٤٠) من القانون المدني.

فعلى الرغم من هذا التشابه إلا أن المشرع قد أقر نصاً خاصاً خارج نطاق القواعد العامة للاتصال ليحدد فيها مصير المباني والمنشآت حيث جاءت المادة (١٢٦١) لتنص على ما يلي:

١- للمحكر إذا فسخ عقد التحكير أو انتهى الأجل المحدد له أن يطلب إزالة البناء أو الغراس أو استبقاءهما مقابل دفع أقل قيمتي مستحقي الإزالة أو البقاء ما لم يتفق على غير ذلك.

٢- وللمحكمة أن تقرر وسيلة الوفاء بمقابل البناء أو الغراس وميعاد سداه عند عجز المحكر عن الوفاء.

فيلاحظ على النص بأن مالك الأرض مخير بين طلب الإزالة والإبقاء وإذا اختار الإبقاء فعليه دفع قيمة المواد مستحقة القلع، وهي القيمة الأقل وهذا الحل

الانتفاع بالأرض الموقوفه (العبيدي، مرجع سابق: ص ٢١٦).

وإستناداً لما تقدم فإن التساؤل الذي يطرح نفسه ما مدى إمكانية تنازل مالك الأرض عن أحد عناصر محل الملكية للغير؟

لقد عرف المشرع الأردني تطبيقات فصل عناصر الأرض، وهذا ما يلاحظ من خلال حق المساطحة والحكر إلا أنه لم يجعل من الفصل إلا استثناءً على وحدة العقار.

وإذا كان القانون المدني الأردني قد كرس وحدة الملكية من خلال أحكام المادة (١١٣٧) وجعلها قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها، مما رتب على ذلك جملة من النتائج القانونية أهمها:

ظهور حقوق عينية إضافية تكون نتيجة إثبات عكس القرينة الواردة في هذه المادة، وهذا ما نلاحظه عندما سعى المشرع لإفراد حق الحكر كحق عيني إضافي نتيجة تنازل المالك عن أحد سلطاته للغير، وهي سلطة استعمال الأرض بإنشاء الغراس والمباني من طرف الغير، فهذه المنشآت تعد ملكية جديدة^(٣٤) نص عليها المشرع من خلال أحكام المادة (١٢٥٣) حيث نصت هذه المادة بأن: «الأبنية التي يقيمها المحكر والغراس التي يغرسها على الأرض المحتلة تكون ملكاً له يصح بيعها ورهنها ووقفها والوصية بها وتورث عنه» فهذا

= في دوائر التسجيل عملاً بالمادة الثانية من قانون التصرف بالأموال المنقولة» قرار صادر عن محكمة التمييز رقم ١٩٥٥/٤٦، تاريخ ١٩٩٥/٣/٣، مشار إليه لدى (العساف، مرجع سابق: ص ١٢٠).

(٣٤) لا يعد حق الحكر من الحقوق الشخصية لذا يجوز للمحكر أن يتصرف به بكل أنواع التصرفات القانونية، عبد المنعم البدرابي، الحقوق العينية، م.س. ص ٢٩٦.

تعد أثراً من آثار الاتصال بالمشروع إقتصار على تسوية هذه العلاقات دون الفصل في موضوع الملكية.

ثانياً: لم يحدد المشروع الأردني فترة زمنية قصوى أو دنيا لمالك الأرض أو لمقيم البناء من أجل ممارسة حقه في الخيارات التي تم طرحها من خلال النصوص القانونية. ثالثاً: لقد عمل المشروع على ترجيح خيار التملك على الإزالة في بعض الحالات، كما سبق الإشارة إليها عندما أقر بدفع قيمة المواد مستحقة القلع مغنياً التعويض عن الأضرار التي قد تلحق بالمالك مما يجعلنا نرجع إلى القواعد العامة.

رابعاً: لقد عالج المشروع الأردني العلاقة بين الباني حسن النية ومالك الأرض استناداً على معيار القيمة وهذا يتنافى مع قواعد العدالة والإنصاف لأن الحلول الواردة في النص تؤدي إلى حرمان مالك الأرض من ملكيته، لأن الباني قد بنى في أرض غيره خطأً، وهذا يتطلب معاملة الباني طبقاً لقواعد المسؤولية المدنية، والتي قد تكون أكثر إنصافاً من ما هو عليه الحال، خاصة وأن المشروع قد استبعد الإزالة والقلع والتي قد تشكل جزءاً من الحل.

خامساً: أغفل المشروع معالجة التجاوزات اليسيرة، التي تتم على أرض الغير، ولم يضع حلولاً لهذه الحالة كما هو الحال بالنسبة للتشريع المصري.

سادساً: لقد اقتصر المشروع الأردني في تحديده لنطاق حق الملكية على العناصر الجوهرية للحق علماً بأن نطاق هذا الحق تمتد إلى ما يدمج بالأرض من مباني وأغراس ومحدثات وتمتد سلطات المالك إلى ما يدمج بإرضه، تأكيداً للوحدة المادية للعقار.

سابعاً: لقد أقرّ المشروع وحدة العقار ووحدة حق الملكية من خلال أحكام المادة (١١٣٧) من القانون

الذي أوجده المشروع لا يمكن اللجوء إليه إذا وجد عقد يخالف ذلك.

وقد ارتأى المشروع بمنح صلاحية للقضاء من أجل إمهال المحكر في الدفع إذا تطلبت ظروفه ذلك، وخلاصة القول ينشئ حق المحكر حقين متميزين أحدهما على الأرض حيث يتنازل عن حقه للغير بشرط أن يقوم هذا الغير بإصلاح وتحسين الأرض المحكرة. والحق الآخر هو حق ملكية يقع على المباني والمنشآت، وهكذا يتجزأ حق الملكية وتعد تجزئته إثبات عكس القرينة التي وردت في المادة (١١٣٧).

علماً بأن البعض يرى أن حق المحكر ما هو إلا حالة من حالات فصل عناصر الأرض، كما هو الحال فصل السطح عن الأرض. إلا أننا لا نتفق مع هذا الاتجاه لأن هذا الفصل لا يتفق مع مفهوم العقار بالطبيعة، والمحدد نطاقه بالسفل والعلو، ففصل أحد العناصر من عناصر العقار بالطبيعة، يؤدي إلى منح استقلالية وتمتع المحكر بحق عيني متراكب فوق حقوق عينية أخرى وتعددتها. (وإعطائه صفة العقار بالطبيعة مما ينجم عن ذلك تعدد العقارات بطبيعتها) (أزركي، مرجع سابق: ص ٦٧).

الخاتمة

لقد تناولنا من خلال هذا البحث الاتصال بفعل الإنسان والذي يسمى (الاتصال الصناعي) وأثره على وحدة حق الملكية انطلاقاً من النصوص القانونية عارضين إلى أهم الحالات المطروحة في الواقع العملي وتوصلنا إلى جملة من النتائج وهي:

أولاً: أن المشروع الأردني قد سعى من خلال القواعد العامة للاتصال (النظرية العامة) إلى تسوية العلاقة ما بين مالك الأرض ومقيم البناء فهذه العلاقات

ما هي إلا جزء من المادة (١١٤١) وتأكيداً على ذلك فإن العديد من التشريعات لم تتناول هذه الحالة مقتصرة فقط على الباني حسن النية وسوء النية، وكأن المشرع أراد أن يحقق التناسق بين الحالتين.

وبناء على ما تقدم من نتائج نوصي بما يلي:
أولاً: يجب على المشرع أن لا يحد من النصوص القانونية بالآثار الناجمة على الاتصال فحسب، بل يجب أن ينكب على ممارسة الحق بالاتصال كوسيلة لكسب الملكية. ثانياً: أن يلجأ المشرع الأردني إلى تحديد الملكية انطلاقاً من ضوابط وحلول أكثر موضوعية، كتحديد فترة زمنية قصوى لكل طرف من أجل ممارسة حقه بالخيارات المطروحة.

ثالثاً: لتحديد سوء النية أو حسن النية على المشرع أن يعتمد المعيار الموضوعي وليس المعيار الشخصي أو المعياري معاً.

رابعاً: حذف المادة (١١٤٢) من القانون المدني بحكم وجود المادة (١١٤١) تعد كافية لاستيعاب ما ورد في المادة (١١٤٢).

خامساً: عدم ربط خيار الإزالة والقلع الوارد بالمادة (١١٤٠) بالضرر بشكل مطلق وكان من الأفضل أن يتصف الضرر بالضرر الفاحش.

سادساً: استبدال تملك المحدثات بعبارة «الاحتفاظ بالمحدثات» الواردة في المادة (١١٤٠) لكونها أكثر دقة ودلالة على الملكية.

سابعاً: معاملة المسطح الذي قام بإنشاء المباني معاملة الباني حسن النية وذلك تماشياً لما وقع به المشرع عندما عامل المستأجر الذي قام بإنشاء المباني بإذن المؤجر معاملة الباني سيء النية سنداً للمادة (٧٠١) من القانون المدني.

المدني على أنها قرينة بسيطة يجوز إثبات عكسها إلا أن هذا النص يشوبه عيب في الصياغة والمضمون، فاستخدام المشرع عبارة (كل بناء أو أغراس أو عمل قائم) والأصل أن تنحصر العبارة في البناء أو الغراس ويستبعد (العمل القائم) لأن مفهوم العمل قد يؤخذ على إطلاقه ويشمل حالات لا يمكن خضوعها لحالات الإتصال الصناعي كما هو الحال بالنسبة للتشطيبات وغيرها.

ثامناً: لقد تعامل المشرع الأردني مع المساطح الذي يقوم بإنشاء المباني، والمحدثات معاملة الباني سيء النية وكان الأجدر به أن يتعامل معه بخلاف ذلك خاصة وأن حق المساطحة هدفه وأساسه قائم بالأصل على إنشاء الغراس والمباني.

تاسعاً: لقد تعامل المشرع الأردني مع حق المساطحة كحق موجود فعلاً من وقت إبرام العقد، وليس من وقت استحداث المنشآت والمباني والأغراس، وهذا ما يتنافى مع المفهوم المادي للعقار والحقوق العينية المترتبة عليه.

عاشراً: لقد تضمنت المادة ١١٤٠ حلولاً لمشكلة المباني المقامة من طرف الغير بسوء نية من خلال القلع والإزالة إلا أن هذه الحلول، هي حلول تنظيمية، مما يتطلب الأمر البحث عن قواعد خاصة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن قلع المباني، مما يلزمنا في هذا النطاق الرجوع الى القواعد العامة للمسؤولية.

أخيراً: كما أن المشرع الأردني قد أعطى الأولوية للباني الذي أقام المحدثات والمباني بإذنه من صاحب الأرض وهذا يعد تجاوزاً وحلاً غير عادل، وهذا ما نلاحظه أيضاً من خلال أحكام المادة (١١٤١) عندما منح خيارات التفضيل للباني حسن النية، وهذا ما يجعل المشرع متناقضاً مع نفسه خاصة أن الحالة الواردة بالمادة (١١٤٢)

والتقانون المغربي. الرباط: دار القلم للطباعة والنشر، ٢٠٠٢م.

السنهوري، عبد الرزاق. الوسيط في شرح القانون المدني. ج ٩: أسباب كسب الملكية. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٠م.

الصدده، عبد المنعم فرج. الحقوق العينية الأصلية في القانون اللبناني والمصري. بيروت: دار النهضة العربية، ١٩٨٢م.

الكزبري، مأمون. التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي. ج ٢: العينية الأصلية والتبعية. الرباط: شركة الهلال العربية للطباعة، ١٩٨٧م.

سرور، محمد شكري. موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني الكويتي: دراسة مقارنة. ط ٢. الكويت: منشورات جامعة، ١٩٩٨م.

سعد، نبيل ابراهيم. الحقوق العينية الأصلية. الإسكندرية: منشأة المعارف، ٢٠٠٤م.

سليم، عصام أنور. التملك بالتقادم على خلاف الثابت بالسجل العيني. الإسكندرية: دار المعارف، ٢٠٠٢م.

عبد السلام، عرب السيد. أحكام تقدير التعويض وأثر تغيير القوة الشرائية للنقود. القاهرة: دار النهضة، ٢٠٠٨م.

المراجع الخاصة

النشار، جمال خليل. النية وأثرها في البناء في ملك الغير. الإسكندرية مصر: دار الجامعة الجديدة، ١٩٩٩م.

العبيدي، زينة غانم. حق المساطحة: دراسة مقارنة. عمان: مكتبة الحامد للنشر والتوزيع، ٢٠٠٢م.

عرفه، محمد علي. أسباب كسب الملكية. د.م: مكتبة النهضة المصرية، ١٩٥٦م.

ثامناً: حذف عبارة «أي عمل قائم» الواردة في المادة (١١٣٧) القانون المدني الأردني لكونها ذات دلالة واسعة قد تشمل التشطيطات والإضافات التي لا يمكن أن تخضع لقواعد الاتصال.

تاسعاً: إضافة نص خاص ضمن قواعد الاتصال يعالج التجاوزات اليسيرة على أرض الغير كما هو الشأن لبعض التشريعات المقارنة.

المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية

المراجع العامة

أزركي، عبد القادر. محاضرات في الحقوق العينية بالتشريع المغربي. ألفت على طلبة الدراسات العليا جامعة الحسن الثاني. الدار البيضاء، المغرب، العام الجامعي ١٩٩٥، ١٩٩٤م.

إسماعيل، حمدي محمد. القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة. القاهرة: دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٧م.

أبو النجا، ابراهيم. السجل العيني في التشريع المصري، ١٩٧٨م.

البشير، محمد طه؛ غني، حسون طه. الحقوق العينية بالجمهورية العراقية. منشورات وزارة البحث العلمي، ١٩٨٢م.

العبيدي، علي هادي. الوجيز في شرح القانون المدني: الحقوق العينية. ط ٢. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٥م.

العساف، تيسير. السجل العقاري: دراسة مقارنة. بيروت: منشورات الحلبي، ٢٠٠٩م.

الصوفي، محمد بن علي. الحقوق العرفية العينية الإسلامية: دراسة مقارنة بين الفقه المالكي

زهرة، محمد. "فصل عناصر الأرض: دراسة مقارنة." مجلة الحقوق الكويتية. السنة الثانية. العدد (٢). تصدر عن كلية الحقوق. جامعة الكويت. ١٩٨٧م.

ثانياً: المراجع باللغة الفرنسية

-Gabriel Marty et Pierre Raynaud-Droit Civil – TomeII ;2eme volume les biens – Sirey-Paris 1965-note 121 page 163. Claude Renard et Jacques Hansenne.

-Gilles Goubeaux – la règle de l'accessoire en droit privé-LGD] –Paris 1969-note 182 pages 315 et S.

-Aubry et Rau –cours de droit civil français-6ème -Tome V – note 365 page 205

1- J-P Delmas-saint-hilaire ; De l'application de l'article555 du code civil dans les rapports des personnes qu'unit un lien d'obligation, Revue trimestrielle de droit civil ; Sirey 1959. Tome57 ;p437.

المواقع الإلكترونية

www.medadonline.com موسوعة مداد القانونية

www.adaleh.com مركز عدالة

القوانين والأنظمة

القانون المدني الأردني

قانون المالكين والمستأجرين الأردني

قانون تسجيل الأراضي والمياه الأردني

القانون المدني المصري

القانون التسجيل العيني المصري

القانون المدني الفرنسي

مشموخي، ندين محمد. حق الانتفاع: دراسة مقارنة. بيروت لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٦م.

ياسين، جمال الحاج حسن. الالتصاق الصناعي: دراسة مقارنة. بيروت: منشورات الحلبي، ٢٠١١م.

الرسائل والأطروحات

جرجور، أسيا. «المباني المقامة على أرض الغير في القانون الجزائري»، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ٢٠٠٣م.

الدغمير، سعيد. «التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض في التشريع المغربي». أطروحة دكتوراه. جامعة محمد الخامس، الرباط المغرب، ١٩٨١م.

الصافي، عبد الحق. «أثر الالتصاق والسطحية في مجال البناء على ضوء التشريع المغربي». أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، ١٩٩١م.

المقالات والأبحاث

العبيدي، علي الهادي. «قراءة جديدة لأحكام الاتصال بالعقار بفعل الإنسان في القانونين الأردني والإماراتي». مجلة دراسات. المجلد ٣٦. تصدر عن عمادة البحث العلمي بالجامعة الأردنية. ٢٠٠٩م.

الفتلاوي، صاحب. «الالتزامات الجوار في العقارات المبنية: دراسات مقارنة». مجلة البصائر. مجلد ١٠. العدد (١). جامعة البتراء، ٢٠٠٦م.

الزعيبي. «مدى قوة تسجيل البيوع العقارية في سجل الأراضي الأردني». الدراسات. الجامعة الأردنية، مجلد ١٣، العدد (٩). ١٩٨٦م.

Industrial Adhesion and Its Impact on Ownership Unity Right

Zaben Alzaben

*Assistant Professor of Civil Law
Faculty of Law, Graduate Studies*

(Received 14/11/1432 H.; accepted for publication 12/7/1433 H.)

Abstract. Contact is one of the reasons of attaining proprietorship in the Jordanian legislation. It results from the integration of two owned things by two different persons, regardless whether or not such integration was through the will of the human or by act of nature. It may arise between two real estates; movable property and real estate; or even between two movable properties. This study aims to shed the light on the contact of the movable property with a real estate by the human act which is termed as «Artificial Contact», in order to find out answers to many questions such as: Do the contact rules seek to organize the contact effects?, and hence, focused on the settlement of the emerging relationships between the landlord and other parties? Do such rules actually solve the problem of the of determining the property? In other words, can we consider the contact rules as a general theory applicable to the similar cases in the case of the silence of the legislator or the parties with regard to the fate of the constructions? Moreover, this study examines whether the Jordanian legislator had considered the contact as a simple proof of property right according to Article (1137) of the Jordan Civil Code, and if not so, can we add new Real rights? Which may lead to the segmentation of the property right?



The Journal of King Saud University

- 1- (Three Issues a Year): Educational Sciences, Islamic Studies.
- 2- (Two Issues a Year): Arts, Administrative Sciences, Engineering Sciences, Science, Agricultural Sciences, Architecture and Planning, Languages and Translation, Computer and Information Sciences, Tourism and Archaeology, Law and Political Science, Dental Sciences.

Method of Payment:

1- Cash: At King Saud University Libraries Building 27.
2- Cheque: In favor of **King Saud University Library** account.
3- Drafts: SAMBA, King Saud University branch.
Account No. 2680740067, code No. 501. A copy of the draft should be faxed to the address given below.

Annual Subscription Rates:

- 1- Within the Kingdom SAR 20.00.
2- Outside the Kingdom USD 10.00 or equivalent for all journals except:
• Educational Sciences, Islamic Studies.
For these, subscription rates:
SAR 30.00 within the Kingdom
USD 15.00 outside the Kingdom

All correspondences should be addressed to: University Libraries, King Saud University, P.O. Box 22480, Riyadh 11495, Kingdom of Saudi Arabia
Tel.: +966 1 4676112 Fax: +966 1 4676162
E-mail: libinfo@ksu.edu.sa Website: www.ksu.edu.sa

-----✂-----
Subscription Form Date: / /

Name:

Organization:

Address: P.O. Box:

Zip Code: City: State: Tel.:

Fax: E-mail:

Specific issue(s): Number of copies ()

Payment: Cash Cheque Draft

Subscription: New subscription Renewal of subscription

Period of subscription: 1 year 2 years 3 years 4 years 5 years More

Contents

Page

Arabic Section

WTO Membership System and Its Effects on Saudi Arabia as Joining Member (English Abstract) Mohamed Arezki Nacib	34
Dismissal of Public Employee in the Provisions of the Saudi Arabia Civil Service Law, A Comparative Study with the French, Egyptian and Jordanian Legal Systems (English Abstract) Hani Ali Al-Tahrawi	53
Electronic Evidence in Information Crimes (English Abstract) Osama Ghanem Alobaidy (J.S.D.)	82
The Acts of Government and the Principle of Legality and Its Application in the Kingdom, “A Comparative Study” (English Abstract) Dine Bouzid	113
Industrial Adhesion and its Impact on Ownership Unity Right (English Abstract) Zaben Alzaben	157

• **Editorial Board** •

Ali S. Al-Ghamdi *(Editor-in-Chief)*
Saleh R. Al-Remaih
Khaled A. Al-Rasheid
Ibrahim M. Al-Shahwan
Anis H. Fakeeha
Mazen Faris Rasheed
Ali A. Sayah
Ali Salem Bahamam
Abdulaziz S. Al-Ghazzi
Abdullah M. AlDosari
Ibrahim Y. Albalawi
Mansour M. Al-Sulaiman
Osama M. Alsulaimani
Ali M.T. Al-Turki *(Co-ordinator)*

Division Editorial Board

Osama M. Al-Sulaimani *Division Editor*
Hassan Abdelhamid Mahamoud
Abd El-Sattar A. Selmy
Abdullah Jabr Alotaibi
Mohamed Ali Messaoudi

© 2013 (1434H.) King Saud University

All rights are reserved to the *Journal of King Saud University*. No part of the journal may be reproduced or transmitted in any form or by any means, electronic or mechanical, including photocopying, recording, or via any storage or retrieval system, without written permission from the Editor-in-Chief.



Printed at King Saud University Press, 2013 (1434H.)

J. King Saud Univ., Vol. 25, Law & Political Sci. (1), pp. 1-157 Ar., Riyadh (2013/1434H.)

**Journal of
King Saud University**
(Refereed Scientific Periodical)

Volume 25
Law & Political Science (1)

January (2013)
Safar (1434H.)



Academic Publishing & Press – King Saud University
P.O. Box 68953, Riyadh 11537, Saudi Arabia



**IN THE NAME OF ALLAH,
MOST GRACIOUS, MOST MERCIFUL**