



مجلة الفكر القانوني والاقتصادي

مجلة نصف سنوية محكمة
تصدرها كلية الحقوق جامعة بنها

" السنة الثامنة " العدد الثاني ٢٠١٨

▪ توجه جميع المراسلات إلى السيد أ.د / رئيس تحرير المجلة على العنوان التالي:

جمهورية مصر العربية

محافظة القليوبية بنها - كلية الحقوق

تليفون / فاكس : ٣١٧٦٢٦٤ - ٣١٧٦٢٦٥ - ٣١٧٦٢٦٣ / ٠١٣ (٢) +



مجلة الفكر القانوني والاقتصادي

مجلة نصف سنوية محكمة
تصدرها كلية الحقوق جامعة بنها

"السنة الثامنة" العدد الثاني، ٢٠١٨

- توجه جميع المراسلات إلى السيد أ.د. / رئيس تحرير المجلة على العنوان التالي:
- جمهورية مصر العربية
- محافظة القليوبية بنها – كلية الحقوق
- تليفون / فاكس : ٣١٧٦٢٦٤ – ٣١٧٦٢٦٥ – ٣١٧٦٢٦٣ / ٠١٣ / (+٢)

هيئة التحرير

▪ رئيس مجلس إدارة النشر العلمي :

الأستاذ الدكتور / السيد عبد الحميد فودة

عميد الكلية

▪ رئيس التحرير:

الأستاذ الدكتور / عصام حنفي محمود

أستاذ القانون التجاري

ووكيل الكلية لشؤون الدراسات العليا والبحوث

▪ مجلس إدارة النشر العلمي:

- الأستاذ الدكتور / محمد منصور حمزه

أستاذ الشريعة الإسلامية

ووكيل الكلية لشؤون التعليم والطلاب

- الأستاذ الدكتور / حنان عبدالعزيز مخلوف

أستاذ القانون التجاري

ووكيل الكلية لشؤون خدمة المجتمع وتنمية البيئة

- الأستاذ الدكتور / الانصاري حسن النيداني

أستاذ ورئيس قسم قانون المرافعات

- الأستاذ الدكتور / رضا عبدالحليم عبد المجيد

أستاذ ورئيس قسم القانون المدني

- الأستاذ الدكتور / أحمد محمد البغدادي

رئيس قسم فلسفة القانون وتاريخه - مدير وحدة الجودة بالكلية

▪ سكرتارية التحرير وأعمال الحسوب

الاستاذ/ جابر محمود يوسف — الأستاذ / محمد توفيق عبدالوهاب

قواعد النشر في المجلة

١. أن يتسم البحث بالعمق والأصالة والإضافة الجديدة إلى المعرفة ، والالتزام بأصول البحث العلمي وقواعده العامة ، ومراعاة التوثيق العلمي الدقيق لمواد البحث .
٢. أن يتعهد الباحث بعدم سبق نشر البحث أو الدراسة ، وعدم تقديمها للنشر في مجلة أخرى .
٣. ألا يكون البحث أو الدراسة جزء من رسالة الدكتوراه أو الماجستير التي تقدم بها الباحث ، أو جزء من كتاب له سبق نشره
٤. لا يجوز نشر البحث في مجلة علمية أخرى بعد إقرار نشره في مجلة الفكر القانوني والاقتصادي إلا بعد الحصول على إذن كتابي بذلك من رئيس التحرير بعد أخذ رأى هيئة التحرير .
٥. تقدم البحوث مطبوعة من ثلاث نسخ ، وينبغي التصحيح الدقيق في جميع النسخ ، بالإضافة إلى نسخة إلكترونية مكتوبة ببرنامج (word) على (C.D.) ونسخ البحوث التي تصل إلى المجلة لا ترد سواء نشرت أو لم تنشر .
٦. أن يرفق الباحث نبذة تعريفية عنه (سيرة ذاتية) + صورة شخصية .



الإشراف القضائي على تنفيذ الجزاءات الجنائية

”دراسة مقارنة“

اعداد

غيث جمعه سعيد

مقدمة

١- موضوع البحث:

نظرا لما تعانيه المؤسسات العقابية من ضعف في الأداء، حيث ظهرت العديد من الدراسات التي تُقيّم العقوبات السالبة للحرية، وكثر الحديث عن الأداء السلبي في كثير من الأنظمة، ولذلك من الأهمية بمكان الاتجاه إلى تقييم الجزاءات، فقد جاءت ضرورة الإشراف القضائي نظرا للحاجة إلى حماية حقوق المحكوم عليهم باعتبار أن القضاء هو الحارس الطبيعي لحقوق الإنسان، ولتجنب الشطط في التنفيذ من قبل الإدارة العقابية انطلاقا من أن مرحلة التنفيذ لا تقل أهمية وخطورة عن المراحل السابقة مما يتعين عدم فصلها أو إخفائها عن سلطان القضاء وإشرافه، فقد كانت السلطة التنفيذية وحدها المختصة بتنفيذ الأحكام الجنائية، أما السلطة القضائية يعد دورها منتهيا بمجرد صدور الحكم الواجب تنفيذه، عملا بمبدأ الفصل بين السلطات، ولكنه مع ظهور إشكاليات التنفيذ تدخلت التشريعات العقابية لتقرر ضرورة تخويل القاضي بالإشراف على العقوبة، وخرج قاضي الإشراف على التنفيذ إلى النور للمرة الأولى سنة ١٩٣٠ بظهور القانون الجنائي الإيطالي، ثم تطورت الأمور في فرنسا فصار الاختصاص المطلق للسلطات التنفيذية فقط في الجزاءات التأديبية داخل المؤسسات العقابية، وأصبح القضاء هو من يتخذ القرارات بعد الحكم القضائي في العقوبات داخل المؤسسات العقابية وخارجها، ومنذ سنة ١٩٥٨ أخذت فرنسا هي الأخرى بنظام الإشراف القضائي^(١)، ولا يغفل أحد ظهور السياسة الجنائية التنفيذية وازدهار جهودها، وما ترتب على ذلك من ظهور نماذج وأساليب جديدة لتنفيذ الجزاء، كونها تحدد أجهزة فنية مختصة تشرف على تطبيق العقوبة، تحتاج إلى تطوير علمي بشتى المجالات ذات الصلة، لأن عملها لا يقتصر على تنفيذ العقوبات داخل المؤسسات العقابية بل إيجاد أنظمة بديلة عن أنظمة العقوبات التقليدية يشرف عليها قضاء متخصص في التنفيذ، بغية تحقيق إنسانية القانون الجنائي في حالات إجرامية بسيطة^(٢)، وقاضي الإشراف على التنفيذ أو كما تسميه بعض الأنظمة قاضي تطبيق العقوبات يمكن أن يكون قاضيا مكلفا بهذا الإشراف من بين قضاء المحكمة الكلية التي يوجد في دائرتها المحكوم عليه، وتكون اختصاصاته عقوبة أو تدبير وقائي بسلبه للحرية بناء على تقارير الخبراء، وكذلك الإشراف على التدابير الوقائية المقيدة للحرية، والتدابير البديلة عن الحبس، ورعاية المفرج عنهم بشرط أو نهائيا.

(١) د. رمسيس بهنام، الإجرام والعقاب علم الجريمة وعلم الوقاية والتقويم، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٨،

ص ٣٠٨.

(٢) د. عبدالرحيم صدقي، موسوعة صدقي في القانون الجنائي المجلد ١٥، القانون الجنائي ودراسات فلسفية وسياسة جنائية متعمقة، المرجع السابق، ص ٣٥٣.

٢- أهمية البحث :

ونظرا لاتجاه السياسة الجنائية الحديثة نحو كيفية إعادة تقويم وعلاج اتجاهات الخلل بين أفراد المجتمع، وتبلور دور جديد للاتجاهات العقابية أدى إلى خلق نوع من الاتصال والتنسيق بين مراحل الدعوى الجنائية، لهذا لم يعد يختار القاضي الجنائي الجزاء على نوع وجسامة الجريمة المرتكبة فحسب وإنما أيضا يأخذ في اعتباره دراسة شخصية الجاني في جوانب شتى، نزولا على مبدأ تفريد العقاب، ولقد أولت الأنظمة الجنائية الحديثة اهتماما أكثر بمرحلة التنفيذ الجنائي، لأنها ثمرة الجهود التي تسعى لها السياسة العقابية، وأن يستحدث تشريعا يوحد القوانين الثلاثة في قانون واحد مستقل يسمى "قانون تنفيذ الجزاء الجنائي" وأن يلزم الدولة بتسخير الإمكانيات اللازمة من الدعم المادي والمعنوي لسد حاجات المؤسسات العقابية والبرامج التأهيلية، وأن يفسح المجال لأنواع الجزاءات الجنائية الحديثة كافة وعلى رأسها العقوبات البديلة، كي تواكب ما طرأ من تحول على الفكر التنفيذ للعقوبة والتدابير، فالحاجة باتت ملحة لاتباع سياسة جديدة للتنفيذ العقابي، تقوم على أساس دراسة ظروف المحكوم عليهم الاجتماعية والنفسية، والنظر إلى ما يرتكبون من جرائم على أساس أنها مظهر يكشف اعتلال في شخصية المحكوم عليه، حتى يتسنى وضع العلاج الملائم، وتهيئة الجو الصالح الذي يحتاجونه لضمان تحقيق التنفيذ العقابي في ضوء السياسة الجنائية الحديثة.

٣- إشكاليات وتساؤلات البحث :

إن المشكلة الرئيسة في تنفيذ العقوبات ومددها المتفاوتة، ويتطلب هذا الأمر برامج إصلاحية وتأهيلية متفاوتة ملائمة لتلك المدد، وقد يتعذر على مراكز الإصلاح تصميم وتنفيذ برامج حسب مدة العقوبة، كما أن الإمكانيات المادية والبشرية عادة ما تقف عائقا وسببا في فشلها، نظرا لمتطلباتها المرهقة، ومتغيرات التنفيذ تحتاج إلى التدخل القضائي، لمواكبة الأوامر الطارئة، وإن إشكالية الدراسة تنصب على توضيح وشرح وافٍ البرامج الحديثة لتنفيذ الجزاء الجنائي وكذلك المفاهيم المتعلقة بها وغاية التنفيذ، وتبين الدوافع التي تبرر إلحاح الباحث على تغيير الأساليب التقليدية، وتكشف عن جهوده في البحث عن حلول بديلة للجزاءات بسلطة يقرها القاضي.

وتنطلق إشكالية الدراسة من مساوئ الأنظمة التقليدية وإخفاقها في تحقيق الردع العام و الخاص، وتحقيق العدالة. وتعسف الجهات التنفيذية أحيانا في تطبيق القانون والأوامر القضائية، و أحيانا عدم مقدرتهم على تفسير الحكم، أو الاجتهاد الخاطئ في تفسيره، والإنتهاكات المستمرة لحقوق المحكوم عليه وحرياته المكفولة دستوريا ودوليا، من خلال تقارير الرصد الحكومية وغير الحكومية، وتقصير المؤسسات العقابية في التنفيذ الأنسب، وعدم مقدرته على تعديل الجزاء

الجنائي لان ذلك يعد مساسا بالأمر المقضي، وعلى كل مهتم برصد الظاهرة الإجرامية وسبل علاجها، أن يبحث عن حلول جديدة بدلا العقوبات السالبة للحرية، لأن المؤسسات العقابية قد تأتي بنتائج عكسية زيادة على أن الظروف التي تتم فيها غالبا ما تكون مذلة ومهينة وحاطة بالكرامة الإنسانية، حيث إن هناك أنماطا أخرى للعقوبة يجب دراستها، وإضافة إلى ما سبق ذكره هناك إشكاليات مسّت الدراسات السابقة لا سيما فيما يتعلق بتحديث الفكر العقابي، كما يعرض البحث تجارب بعض الدول العربية والعالمية، والتحديات التي تواجه العمل بالبدائل فيها بناء على التجارب الحديثة، ويثير البحث تساؤلات تتبادر للذهن عند الحديث تنفيذ الجزاءات داخل وخارج السجون :

ما هو الأساس القانوني للإشراف القضائي على تطبيق العقوبات ؟ وماهية التنفيذ العقابي وطبيعته القانونية؟ ، وما أهمية الإشراف القضائي على تنفيذ الحكم في إنجاح استراتيجية التخلص من التعسف في التنفيذ ؟ وما أهم المشاكل التي تترتب على تنفيذ العقوبات البديلة، وما دور قاضي تطبيق العقوبات واللجان المختلطة التي يرأسها ؟ وهل بالإمكان الطعن في قرارات اللجان وقاضي تطبيق العقوبات ؟.

٤- منهج البحث :

اتبع الباحث في الاشراف القضائي على تنفيذ الجزاءات الجنائية المنهج (الوصفي التحليلي) لتوصيف وتحليل الواقع والسياسة الجنائية المتبعة، بالإضافة إلى المنهج المقارن في بعض الأحيان كي يساعد الباحث في جوانب الموضوع كافة، ولاسيما في طرح التشريعات المقارنة والتجارب الناجحة ، وسعى الباحث محاولا بكل ما أوتي من جهد أن يبرز الجانب التشريعي والتنفيذي للعقوبة، مستفيدا من المصادر الرئيسية من الرسائل العلمية والدراسات والأبحاث والدوريات والمؤلفات المتعلقة بالتنفيذ الجنائي.

٥- خطة البحث :

تم تقسم خطة بحث الاشراف القضائي على تنفيذ الجزاءات الجنائية على النحو التالي :

المبحث الأول : الأساس القانوني للإشراف القضائي على تطبيق العقوبات وأهميته

المطلب الأول : ماهية التنفيذ العقابي وطبيعته القانونية

المطلب الثاني : الأساس القانوني للإشراف على تنفيذ العقوبات

المطلب الثالث : أهمية الإشراف القضائي على التطبيق

١- موضوع البحث:

نظرا لما تعانيه المؤسسات العقابية من ضعف في الأداء، حيث ظهرت العديد من الدراسات التي تُقيّم العقوبات السالبة للحرية، وكثر الحديث عن الأداء السلبي في كثير من الأنظمة، ولذلك من الأهمية بمكان الاتجاه إلى تقييم الجزاءات، فقد جاءت ضرورة الإشراف القضائي نظرا للحاجة إلى حماية حقوق المحكوم عليهم باعتبار أن القضاء هو الحارس الطبيعي لحقوق الإنسان، ولتجنب الشطط في التنفيذ من قبل الإدارة العقابية انطلاقا من أن مرحلة التنفيذ لا تقل أهمية وخطورة عن المراحل السابقة مما يتعين عدم فصلها أو إخفائها عن سلطان القضاء وإشرافه، فقد كانت السلطة التنفيذية وحدها المختصة بتنفيذ الأحكام الجنائية، أما السلطة القضائية يعد دورها منتهيا بمجرد صدور الحكم الواجب تنفيذه، عملا بمبدأ الفصل بين السلطات، ولكنه مع ظهور إشكاليات التنفيذ تدخلت التشريعات العقابية لتقرر ضرورة تحويل القاضي بالإشراف على العقوبة، وخرج قاضي الإشراف على التنفيذ إلى النور للمرة الأولى سنة ١٩٣٠ بظهور القانون الجنائي الإيطالي، ثم تطورت الأمور في فرنسا فصار الاختصاص المطلق للسلطات التنفيذية فقط في الجزاءات التأديبية داخل المؤسسات العقابية، وأصبح القضاء هو من يتخذ القرارات بعد الحكم القضائي في العقوبات داخل المؤسسات العقابية وخارجها، ومنذ سنة ١٩٥٨ أخذت فرنسا هي الأخرى بنظام الإشراف القضائي^(١)، ولا يغفل أحد ظهور السياسة الجنائية التنفيذية وازدهار جهودها، وما ترتب على ذلك من ظهور نماذج وأساليب جديدة لتنفيذ الجزاء، كونها تحدد أجهزة فنية مختصة تشرف على تطبيق العقوبة، تحتاج إلى تطوير علمي بشتى المجالات ذات الصلة، لأن عملها لا يقتصر على تنفيذ العقوبات داخل المؤسسات العقابية بل إيجاد أنظمة بديلة عن أنظمة العقوبات التقليدية يشرف عليها قضاء متخصص في التنفيذ، بغية تحقيق إنسانية القانون الجنائي في حالات إجرامية بسيطة^(٢)، وقاضي الإشراف على التنفيذ أو كما تسميه بعض الأنظمة قاضي تطبيق العقوبات يمكن أن يكون قاضيا مكلفا بهذا الإشراف من بين قضاء المحكمة الكلية التي يوجد في دائرتها المحكوم عليه، وتكون اختصاصاته عقوبة أو تدبير وقائي بسلبه للحرية بناء على تقارير الخبراء، وكذلك الإشراف على التدابير الوقائية المقيدة للحرية، والتدابير البديلة عن الحبس، ورعاية المفرج عنهم بشرط أو نهائيا.

(١) د. رمسيس بهنام، الإجرام والعقاب علم الجريمة وعلم الوقاية والتقويم، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٨،

ص ٣٠٨.

(٢) د. عبدالرحيم صدقي، موسوعة صدقي في القانون الجنائي المجلد ١٥، القانون الجنائي ودراسات فلسفية وسياسة جنائية متعمقة، المرجع السابق، ص ٣٥٣.

٢- أهمية البحث :

ونظرا لاتجاه السياسة الجنائية الحديثة نحو كيفية إعادة تقويم وعلاج اتجاهات الخلل بين أفراد المجتمع، وتبلور دور جديد للاتجاهات العقابية أدى إلى خلق نوع من الاتصال والتنسيق بين مراحل الدعوى الجنائية، لهذا لم يعد يختار القاضي الجنائي الجزاء على نوع وجسامته الجريمة المرتكبة فحسب وإنما أيضا يأخذ في اعتباره دراسة شخصية الجاني في جوانب شتى، نزولا على مبدأ تفريد العقاب، ولقد أولت الأنظمة الجنائية الحديثة اهتماما أكثر بمرحلة التنفيذ الجنائي، لأنها ثمرة الجهود التي تسعى لها السياسة العقابية، وأن يستحدث تشريعا يوحد القوانين الثلاثة في قانون واحد مستقل يسمى "قانون تنفيذ الجزاء الجنائي" وأن يلزم الدولة بتسخير الإمكانيات اللازمة من الدعم المادي والمعنوي لسد حاجات المؤسسات العقابية والبرامج التأهيلية، وأن يفسح المجال لأنواع الجزاءات الجنائية الحديثة كافة وعلى رأسها العقوبات البديلة، كي تواكب ما طرأ من تحول على الفكر التنفيذ للعقوبة والتدابير، فالحاجة باتت ملحة لاتباع سياسة جديدة للتنفيذ العقابي، تقوم على أساس دراسة ظروف المحكوم عليهم الاجتماعية والنفسية، والنظر إلى ما يرتكبون من جرائم على أساس أنها مظهر يكشف اعتلال في شخصية المحكوم عليه، حتى يتسنى وضع العلاج الملائم، وتهيئة الجو الصالح الذي يحتاجونه لضمان تحقيق التنفيذ العقابي في ضوء السياسة الجنائية الحديثة.

٣- إشكاليات وتساؤلات البحث :

إن المشكلة الرئيسية في تنفيذ العقوبات ومددها المتفاوتة، ويتطلب هذا الأمر برامج إصلاحية وتأهيلية متفاوتة ملائمة لتلك المدد، وقد يتعذر على مراكز الإصلاح تصميم وتنفيذ برامج حسب مدة العقوبة، كما أن الإمكانيات المادية والبشرية عادة ما تقف عائقا وسببا في فشلها، نظرا لمتطلباتها المرهقة، ومتغيرات التنفيذ تحتاج إلى التدخل القضائي، لمواكبة الأوامر الطارئة، وإن إشكالية الدراسة تنصب على توضيح وشرح وافٍ البرامج الحديثة لتنفيذ الجزاء الجنائي وكذلك المفاهيم المتعلقة بها وغاية التنفيذ، وتبين الدوافع التي تترتب إلهام الباحث على تغيير الأساليب التقليدية، وتكشف عن جهوده في البحث عن حلول بديلة للجزاءات بسلطة يقدرها القاضي.

وتنطلق إشكالية الدراسة من مساوى الانظمة التقليدية وإخفاقها في تحقيق الردع العام و الخاص، وتحقيق العدالة. وتعسف الجهات التنفيذية احيانا في تطبيق القانون والأوامر القضائية، و احيانا عدم مقدرتهم على تفسير الحكم، أو الاجتهاد الخاطئ في تفسيره، والإنتهاكات المستمرة لحقوق المحكوم عليه وحرياته المكفولة دستوريا ودوليا، من خلال تقارير الرصد الحكومية وغير الحكومية، وتقصير المؤسسات العقابية في التنفيذ الأنسب ، وعدم مقدرته على تعديل الجزاء الجنائي لان ذلك يعد مساسا بالأمر المقضي، وعلى كل مهتم برصد الظاهرة الإجرامية وسبل علاجها، أن يبحث عن حلول جديدة بدلا العقوبات السالبة للحرية، لأن المؤسسات العقابية قد تأتي بنتائج عكسية زيادة على أن الظروف التي تتم فيها غالبا ما تكون مذلة ومهينة وحاطة بالكرامة الإنسانية، حيث إن هناك أنماطا أخرى للعقوبة يجب دراستها، وإضافة إلى ما سبق ذكره هناك إشكاليات مسّت الدراسات السابقة لا سيما فيما يتعلق بتحديث الفكر العقابي، كما يعرض البحث تجارب بعض الدول العربية والعالمية، والتحديات التي تواجه العمل بالبدائل فيها بناء على التجارب الحديثة، ويثير البحث تساؤلات تتبادر للذهن عند الحديث تنفيذ الجزاءات داخل وخارج السجون :

ما هو الأساس القانوني للإشراف القضائي على تطبيق العقوبات ؟ وماهية التنفيذ العقابي وطبيعته القانونية؟ ، وما أهمية الإشراف القضائي على تنفيذ الحكم في إنجاح استراتيجية التخلص من التعسف في التنفيذ ؟ وما أهم المشاكل التي تترتب على تنفيذ العقوبات البديلة، وما دور قاضي تطبيق العقوبات واللجان المختلطة التي يرأسها ؟ وهل بالإمكان الطعن في قرارات اللجان وقاضي تطبيق العقوبات ؟.

٤- منهج البحث :

اتبع الباحث في الاشراف القضائي على تنفيذ الجزاءات الجنائية المنهج (الوصفي التحليلي) لتوصيف وتحليل الواقع والسياسة الجنائية المتبعة، بالإضافة إلى المنهج المقارن في بعض الأحيان كي يساعد الباحث في جوانب الموضوع كافة، ولاسيما في طرح التشريعات المقارنة والتجارب الناجحة ، وسعى الباحث محاولا بكل ما أوتي من جهد أن يبرز الجانب التشريعي والتنفيذي للعقوبة، مستفيدا من المصادر الرئيسية من الرسائل العلمية والدراسات والأبحاث والدوريات والمؤلفات المتعلقة بالتنفيذ الجنائي.

٥- خطة البحث :

تم تقسم خطة بحث الاشراف القضائي على تنفيذ الجزاءات الجنائية على النحو التالي :

المبحث الأول : الأساس القانوني للإشراف القضائي على تطبيق العقوبات وأهميته

المطلب الأول : ماهية التنفيذ العقابي وطبيعته القانونية

المطلب الثاني : الأساس القانوني للإشراف على تنفيذ العقوبات

المطلب الثالث : أهمية الإشراف القضائي على التطبيق

المبحث الثاني : دور قاضي تطبيق العقوبات في تنفيذ الجزاءات

المطلب الاول : مفهوم وسلطات قاضي تطبيق العقوبات

المطلب الثاني : قرارات قاضي التطبيق العقوبات واللجان المساعدة له

المطلب الثالث : طرق الطعن في قرارات قاضي تطبيق العقوبات

الخاتمة :

أولا: النتائج

ثانيا: التوصيات

المبحث الأول

الأساس القانوني للإشراف القضائي على تطبيق العقوبات وأهميته

لم يعد مقبولاً في ظل السياسات العقابية الحديثة هيمنة السلطة التنفيذية على جميع إجراءات التنفيذ، والافراد بتطبيق الأحكام دون تدخل للقضاء في تصحيح المسار لتحقيق الهدف من العقوبة، حيث إن فكرة الانتقام أو التنكيل بالمحكوم عليه باتت غير مقبولة، بل صار الهدف هو الإصلاح والتقويم، وفي ضوء هذه المتغيرات استوجب تدخل القاضي في مرحلة التنفيذ باعتبارها امتداداً لمرحلة المحاكمة التي يتم فيها اختيار وتحديد الجزاء الجنائي^(١)، ونظراً للضرورات التي تستوجب تدخل القاضي على الإشراف على تنفيذ العقوبات، إلا أن التشريعات قد اختلفت في كيفية الإشراف؛ فمنها من يمنح للقاضي سلطة واسعة كالتشريعات الأوروبية، ومنها من يخوله سلطة محدودة كالتشريعات العربية، ولم تقف المسألة عند هذا الحد بل تفاوتت التشريعات في أساليب الإشراف على تنفيذ العقوبات البديلة، وفي كل الأحوال ومهما كانت المبررات حول هذا الاختلاف فلقد باتت من المهم إشراف القضاء على تنفيذها^(٢)، وسنوضح في المطلب الأول ماهية التنفيذ العقابي، وفي المطلب الثاني الأساس القانوني للإشراف على تنفيذ العقوبات، وفي المطلب الثالث أهمية الإشراف القضائي على التطبيق .

المطلب الأول

ماهية التنفيذ العقابي وطبيعته القانونية

أولاً: مفهوم التنفيذ ومحلّه

من البديهيات القانونية أن مفهوم المحاكمة العادلة لا يستنفد مضمونها بمجرد صدور حكم قابل للتنفيذ مستوف للصيغ الإجرائية والأحكام الموضوعية النافذة، وإنما تشمل أيضاً التنفيذ الجنائي العادل لتكون المحاكمة عادلة، فالخطأ في التنفيذ قد يكون أكثر خطراً من الخطر في الحكم، التنفيذ الذي يعتد به هو ذلك المستند على إلزام قانوني أو قضائي، وهو كل قرار قضائي يحوز قوة تنفيذية، وإذا كانت الأحكام القضائية تعد أهم السندات التنفيذية بحسبانها تصدر من سلطة قانونية

(١) د. عبدالرحمن محمد أبو توتة، أصول علم العقاب، منشورات ELGA، فاليتا، مالطا، ٢٠٠١، ص ٢٦٣ .
(٢) محمد عبدالله نقرور، الإشراف القضائي على التنفيذ الجنائي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ب ت، ص ١٠٨ .

متخصصة، كما تبنى قراراتها على أساس متين من الواقع والقانون، فإنه لكي يحوز الحكم القضائي القوة التنفيذية يجب أن يتوافر فيه شرطان الأول قابليته للطعن عليه من عدمه، والثاني أن يتضمن الإلزام، وتبدأ مرحلة تنفيذ الجزاء الجنائي بصيرورة الحكم واجب التنفيذ، فالحكم يكون من الواقع والقانون، فالقانون يجرم الواقعة والقاضي ينتهي لتطبيق القانون على الواقعة بحكم قضائي، يأخذ طريقه إلى أن يصبح نهائياً تتوافر فيه ما يسمى بالقوة التنفيذية، أي بمعنى تحقيق مضمون الحكم بالقوة الجبرية باعتباره عنواناً للحقيقة^(١)، والقاعدة أنه يتعين تنفيذ الحكم الصادر بالعقوبة بمجرد صيرورته نهائياً، ويكون كذلك إذا كان غير قابل للطعن بالمعارضة أو الاستئناف، إلا أن المشرع الليبي على سبيل المثال أورد استثناءين على القاعدة الأول يقرر به تنفيذ العقوبة على الرغم من أن الحكم لم يصير نهائياً، والثاني يرجئ به تنفيذ العقوبة على الرغم من أن الحكم قد صار نهائياً، بمعنى أن هناك حالات للنفاذ القانوني وهي تسمى بالحالات التنفيذ الجوبي وحالات التنفيذ الجوازي^(٢)، وبناء عليه يستلزم التنفيذ في المواد الجنائية وجود عقوبة قابلة للتنفيذ والعقوبة تقتضي أن يكون هناك محاكمة صدر عنها حكم جنائي واجب التنفيذ^(٣)، والإشكال في التنفيذ هو كل منازعة متعلقة بتنفيذ السند تتضمن ادعاء ولو صح الأثر في التنفيذ، ويترتب عليه أن يكون التنفيذ جائزاً، أو غير جائزاً، صحيحاً أو باطلاً سواء أكان أساسه أسباب تتعلق بذات الحق أم الإجراءات، أم بوجود عيب فيها مبطل للتنفيذ، كحصول التنفيذ بدون سبق إعلان سنده^(٤).

ومرحلة التنفيذ العقابي هي مرحلة ترمي إلى تحقيق الهدف الأساسي من الدعوى الجنائية، وهي الدفاع الاجتماعي وتأهيل المحكوم عليه، بعد صيرورة الحكم قابلاً للتنفيذ، وتتخذ فيها مجموعة من أساليب المعاملة العقابية تساعد على تحقيق أغراض العقوبة، وهي عبارة عن أعمال إدارية وقضائية يكمل بعضها بعضاً، للوصول إلى الهدف المنشود، وهو حماية المجتمع، فالجهاز القضائي يعجز وحده عن تحقيق أهداف السياسة العقابية دون الرجوع إلى الإدارة العقابية، وما فيها من فنيين وأخصائيين ومرشدين، وقد اتجهت العديد من التشريعات إلى إنشاء لجان مختلطة للإشراف على عملية التنفيذ العقابي لضمان نجاحها^(٥).

أما محل التنفيذ فهو العقوبة، وهي ردة الفعل الاجتماعي تجاه الجريمة والمجرم، ونظراً لعدم كفاية العقوبة لمواجهة السلوك الإجرامي المتنامي، ظهرت فكرة التدابير الاحترازية بهدف علاج الخطورة الإجرامية، وأصبح الجزاء الجنائي يشمل العقوبة والتدابير الاحترازية وتوسيع مفهوم

(١) ياسين مفتاح ، الاشراف القضائي على التنفيذ القضائي، رسال ماجستير، جامعة الحاج لخضر-باتنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١١، ص ٣٥ .

(٢) د. مصطفى يوسف محمد علي، اشكالات التنفيذ الجنائية، منشأة المعارف ، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص ٢٠ .
(٣) محمد أحمد عابدين، التنفيذ الجنائي والمقاصد الجنائية، منشأة المعارف ، الإسكندرية، ٢٠١٧، ص ٩ .

(٤) المحكمة العليا الليبية، مجلة رقم ٩/٤، رقم الطعن ق٥٤/١٨، تاريخ الطعن ١٥/٥/١٩٧٣، رقم الصفحة ٧١ .
(٥) د. عطية عبدالسلام الفيثوري، التنظيم القضائي لمرحلة التنفيذ العقابي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٦، ص ١٥ .

التنفيذ، وتنقسم العقوبات في القانون المصري والليبي إلى عقوبات أصلية وتبعية وتكميلية، وفي القانون الفرنسي أصلية، وبدلية، وتكميلية، ويسند اختصاص التنفيذ في ليبيا ومصر إلى النيابة العامة المكلفة بمباشرة الدعوى العمومية، فلها دون سواها أن تشير بالطريق والوقت والإجراءات التي تنفذ بها العقوبات بشرط تتبع ذلك أحكام القانون والحكم الصادر بالعقوبة، ولكن متى وضع المحكوم عليه في المحل الذي يقتضي فيه عقوبته^(١).

ثانياً: أهداف التنفيذ

هناك رابطة بين الدولة والمحكوم عليه ينشأها التنفيذ الجنائي، وتمثل في الحقوق والالتزامات المتبادلة، فهي من أولويات حماية المشرع، فالدولة من خلال القانون الجنائي تهدف إلى حماية المصالح الاجتماعية سواء أكانت هذه المصالح مادية أم معنوية، وفي إطار تنفيذ أحكام القضاء تلزم الدولة بالتنفيذ العقابي متى طلب منها ذلك، ويلتزم المحكوم عليه باتباع الإجراءات التي ينص عليها القانون والخضوع لإجراءات التنفيذ التي تفرض عليه^(٢)، ونظراً لاتجاه السياسة الجنائية الحديثة نحو كيفية إعادة تقيوم وعلاج اتجاهات الخلل بين أفراد المجتمع، وتبلور دور جديد للاتجاهات العقابية أدى إلى خلق نوع من الاتصال والتنسيق بين مراحل الدعوى الجنائية، لهذا لم يعد يختار القاضي الجنائي الجزاء على نوع وجسامته الجريمة المرتكبة فحسب وإنما أيضاً يأخذ في اعتباره دراسة شخصية الجاني في جوانب شتى، نزولاً على مبدأ تفريد العقاب، واختلفت التشريعات في تحديد أهداف العقوبة، فقد حرص قانون العقوبات الفرنسي الجديد على تدعيم سلطة قاضي الحكم في تفريد العقوبة، وتناول ذلك في المادة (١٣٢-٢٤) كما نص على تجزئة تنفيذ العقوبة، ووقف تنفيذها، ونظام شبه الحرية، والاعفاء من العقوبة، وتأجيل النطق بها، أو التأهيل، وهو وضع المحكوم عليه في ذلك المركز القانوني الذي يقرره القانون، وهو ما يقتضي توفير العناصر والإمكانات والوسائل التي تمكنه من البقاء فيه، ويستهدف البرنامج التهذيبي وفقاً للمادة (٤٤٠) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي تدعيم الإرادة لدى المحكوم عليه، وإعداده للإفراج عنه، وحل مشكلاته الاجتماعية، وفي تشريعات الولايات المتحدة الأمريكية فإن أهم ما تتميز به هو الدور الذي ينبغي أن تقوم به من خلال عملية التنفيذ، حيث تختلف الأساليب باختلاف العوامل والتشريعات نظراً لارتفاع أعداد المحكوم عليهم وتكدس السجناء وكثرة المؤسسات العقابية، وكثيراً ما يتم ندب

(١) حسن عبدالحليم عناية، و صابر بن محمد يوسف، موسوعة الفقه والقضاء في التنفيذ الجنائي، المجلد الأول، العدل للإصدارات القانونية، ٢٠١٥، ص ١٤.

(٢) التنفيذ هو نعي على التنفيذ وليس نعيًا على الحكم، إذ بذلك يتميز الإشكال في التنفيذ عن الطعن في الحكم، فكل من النظاميين مجاله الخاص، وتقول المحكمة العليا الليبية في ذلك إن "الحكم المطعون فيه إنما صدر في إشكال في التنفيذ، ويجب على المحكمة التي تنظر في = الإشكال أن تبحث في العقبات التي يدعى باعتبارها للتنفيذ دون التعرض لأصل الحق المتنازع بشأنه في دعوى موضوعية، وإلا كان ذلك خروجاً على اختصاص محكمة الإشكال" طعن مدني "مرافعات" رقم ١٠-٢٠ سنة ١/٢ تاريخ ١٣.٦.١٩٦٤. ص ٣٩.

مشرعي الولايات المتحدة وأعضاء الفرع التنفيذي بها لعملية التطبيق، فالقاضي الذي يقرر ضررا ما قد وقع يجوز له استخدام القوة لإصدار حكم بالإلصاف كوسيلة لإصلاح الضرر، ونطاق الإصلاحات المتاحة كبير جدا، فالقضايا تختلف فيما يتعلق بالمواضيع ودواع الترضية المطلوبة، والمعالجات العملية تتطلب أشياء مثل لجان المشورة، ومشاركة المواطنين البرامج التعليمية، ولجان تقييم إجراءات حل النزاعات، وتعيين مشرف قضائي. والعلاجات لا تتطلب شكلا معيناً، فهي لم تحدد عددا معيناً من الوحدات السكنية أو المدارس أو مستوى معين لوضع السجون أو منشآت للصحة العقلية، لذلك نستخلص أن التنفيذ الجنائي، معقد وغير محدد، ويعتمد على السلطة التقديرية لكل ولاية من الولايات المتحدة الأمريكية وتشريعاتها الفيدرالية^(١).

وفي إيطاليا أورد قانون الإجراءات الجنائية الجديد التنفيذ الجنائي في الكتاب العاشر من القانون رقم (٤٤٧) بتاريخ ١٦ فبراير ١٩٨٨ تنفيذ القرارات القضائية، وتقوم سياسة تنفيذ العقوبة على ثلاثة مبادئ رئيسية: وهي حالة الخطورة الإجرامية لدى المحكوم عليه، ووضع العلاج الملائم لهم بالعمل على تخصيص المؤسسات العقابية، وتصنيف المحكوم عليهم، ثم تأمين مستقبلهم بعد الإفراج عنهم، ومحاولة إدماجهم في المجتمع، وبعد ظهور التدابير الاحترازية وظهور الحاجة إلى تعديلها واستبدالها وإلغائها، وكذلك ضرورة البث في إشكالات التنفيذ، استخدم المشرع أجهزة شبيهة قضائية أو قضائية في عملية الإشراف على التنفيذ، ونص الدستور الإيطالي على أنه لا يجوز أن تمثل العقوبة معاملة تتعارض مع الإنسانية، ويجب أن تهدف إلى إعادة تهذيب وتربية المحكوم عليه، ومن هنا كانت الثورة الحقيقية في مجال التنفيذ العقابي، وقد عملت الاتجاهات المعاصرة للمعاملة العقابية وخاصة إدخال نظام بدائل العقوبات السالبة للحرية على تدعيم موقف المشرع تجاه المبادئ التي وضعها في قانون التفويض سعياً وراء العمل بصورة واضحة بالمبادئ الدستورية الخاصة بالمعاملة العقابية، لذلك جاء الكتاب العاشر بعنوان "التنفيذ"^(٢).

وفي التشريعات العربية فقد حدثت طفرة تحديث للسياسة العقابية، وإن كانت على استحياء، ولم تضع استراتيجية للتخلص من العقوبات التقليدية، وأساليب تنفيذها البائسة، لأن قوانينها لازالت تركز تنفيذ العقوبات في السجون بالرغم من وضوح مساوئها، إلا أن هناك رغبة في تحديث هذه الأنظمة العقابية في بعض الدول.

ففي لبنان جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون العقوبات الصادر سنة ١٩٤٣ "أن المجرم أصبح المحور الثالث لهذا القانون، بعد أن كان الجرم والعقوبة هما المحوران الأساسيان لقانون العقوبات" وهذا يعني أن المشرع أصبح اهتمامه ينصب على شخصية المجرم وفقاً لمتطلبات إصلاحه وتأهيله

(١) روبرت أ. كارب، و كارب ورونالد ستيدهام، الإجراءات القضائية في أمريكا، ترجمة علا أبو زيد، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية، ١٩٩٧، ص ٤٤٧.

(٢) قانون الإجراءات الجنائية الإيطالي الجديد، ترجمه إلى العربية وعلق عليه، د. محمد إبراهيم زايد، د. عبدالفتاح مصطفى الصيفي، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ١٩٩٠، ص ٤٣.

اجتماعيا، وإعادته للمجتمع عنصرا سليما متوافقا مع النظم الاجتماعية والسلوكية في ضوء كون هذه الحقوق والحريات الأساسية هي أمور وثيقة الصلة بالطبيعة الإنسانية، والمشرع الكويتي كان أيضا حريصا على حقوق الإنسان في التنفيذ الجنائي، وأخذ خطوة متقدمة في تبني قانون مستقل بالتنفيذ الجنائي، متوافقا مع الحد الأدنى لمعاملة المسجونين، ومستجيبا للعموميات من أحكامه^(١). وفي ليبيا يستهدف التنفيذ الجنائي بصفة عامة إصلاح المحكوم عليه وتقويمه وعلاج انحرافه، وما يكتنف نفسيته من شذوذ، وأن يتم ذلك دائما في حدود تراعى فيها آدمية المحكوم عليه، رغم أن النظم الإصلاحية في كثير من أجزاء العالم تتأثر بطريقة ملحوظة بالآثار الواسعة للتقدم الاجتماعي والاقتصادي والتكنولوجي، وجاءت مواد التنفيذ الجنائي في قانون الإجراءات الجنائية المواد (١٧٧-١٧٢) والمواد (٤٥٥-٤٣٨-٢٤٣) وفي قانون العقوبات المواد (٤١-٤٢-٤٣-٤٥) بالإضافة إلى ذلك قانون السجون رقم ٥ لسنة ٢٠٠٥ بشأن مؤسسات الإصلاح والتأهيل، ونلاحظ أن القانون الليبي كالقانون المصري وغيره من التشريعات العربية تتناول التنفيذ الجنائي في عدة قوانين؛ وهي قانون العقوبات وقانون الإجراءات، وقانون السجون، وتفرق مواد بين هذه القوانين الثلاث يصعب تحقيق استقلال التنفيذ الجنائي، تنفيذ الحكم القضائي مرتبط ارتباطاً قوياً بالحكم بل هو ثمرة الحكم القضائي فليس للحكم قيمة بدون تنفيذ العقوبة، فالتهاون بتنفيذ العقوبة الجنائية - التي يعتبر تنفيذ عقوبتها قوة رادعة عن انتشار الجريمة وفسوها - يؤدي في النهاية إلى التلاعب بالأحكام القضائية والإستهانة بها، وتذهب بذلك هيبة الحكم القضائي ويصبح الترافع أمام القضاء وإصدار الحكم مجرد إجراء صوري لا قيمة له، فتننفي الحكمة من إيقاع العقوبة بالردع عن الوقوع في الجريمة^(٢).

لذلك يرى الباحث أن يولي المشرع المصري والليبي اهتماما أكثر بمرحلة التنفيذ الجنائي، لأنها ثمرة الجهود التي تسعى لها السياسة العقابية، وأن يستحدث تشريعا يوحد القوانين الثلاثة في قانون واحد مستقل يسمى "قانون تنفيذ الجزاء الجنائي" وأن يلزم الدولة بتسخير الإمكانيات اللازمة من الدعم المادي والمعنوي لسد حاجات المؤسسات العقابية والبرامج التأهيلية، وأن يفسح المجال لأنواع الجزاءات الجنائية الحديثة كافة وعلى رأسها العقوبات البديلة، كي توأكب ما طرأ من تحول على الفكر التنفيذ للعقوبة والتدابير، فالحاجة باتت ملحة لاتباع سياسة جديدة للتنفيذ العقابي، تقوم على أساس دراسة ظروف المحكوم عليهم الاجتماعية والنفسية، والنظر إلى ما يرتكبون من جرائم على أساس أنها مظهر يكشف اعتلال في شخصية المحكوم عليه، حتى يتسنى وضع العلاج

(١) أحمد عبدالظاهر الطيب، إشكالات التنفيذ في المواد الجنائية، ب د ، ١٩٩٤ ، ص ٢٦ .

(٢) إبراهيم بن يحيى بن إبراهيم الجهيمي، شراف الجهة القضائية على تنفيذ العقوبات الجنائية " دراسة مقارنة" ،

رسائل ماجستير، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض ، ٢٠٠٧ ، ص ٢٢ .

الملائم، وتهيئة الجو الصالح الذي يحتاجونه لضمان تحقيق التنفيذ العقابي في ضوء السياسة الجنائية الحديثة.

ثالثاً: مصادر أحكام التنفيذ

لقد وردت القواعد المنظمة للتنفيذ الجنائي ضمن عدة قوانين منها قانون الإجراءات الجنائية، وقانون تنظيم السجون وقانون العقوبات: ١. قانون الإجراءات الجنائية: ويهتم بتحديد التنظيم الإجرائي ضماناً لتحقيق المصلحة الاجتماعية في جميع أشكالها، سواء تلك التي تهم المجتمع بأسره، أو تلك التي تهم أعضاء المجتمع بصفتهم الفردية، وتختلف قواعد التنفيذ العقابي في قانون الإجراءات الجنائية عن قواعد التنفيذ في قانون المرافعات، فالأخير ينظم الدعوى المدنية، وفي هذه الحالة تتنازع مصلحتان خاصتان ليس لهما في الغالب سوى طبيعة مالية، أما قانون الإجراءات الجنائية فهو ينظم الدعوى العمومية وفيها يتنازع مصلحة المجتمع مع مصلحة الفرد، فضلاً عن اختلاف الغرض من التنفيذ في كل القوانين، ٢. قانون تنظيم السجون: ويهتم هذا القانون بتحديد العقوبات السالبة للحرية، وهي العقوبات التي يفقد فيها المحكوم عليه حريته الشخصية بإيداعه داخل مؤسسة عقابية تشرف عليها الدولة، وذلك مدة الفترة التي صدر بها الحكم، وهي دائماً عقوبات أصلية، تكفي بذاتها لتحقيق معنى الجزاء المقابل للجريمة، بغير أن يكون القضاء بها متعلقاً على الحكم بعقوبة أخرى، ومثالها السجن المؤبد، والسجن المشدد، والسجن أو الحبس بنوعيه البسيط ومع الشغل، ويقصد بالمؤسسات العقابية الأماكن المخصصة لتنفيذ العقوبات السالبة للحرية أو المقيدة للحرية، وهي السجون بمختلف أنواعها المفتوحة وغير المفتوحة، ففي قانون السجون الليبي رقم ٥ لسنة ٢٠٠٥ بشأن مؤسسات الإصلاح والتأهيل ينص على أن السجون هي أماكن إصلاح وتربية وتقويم لسلوك المحكوم عليهم وتأهيلهم، ليكونوا أعضاء صالحين في المجتمع، ٣. قانون العقوبات: يعبر هذا القانون عن حماية المصالح عن طريق النص على الأفعال التي تهددها، ويقرر جزاء مناسباً عند مخالفتها، وينص في بعض الأحيان على كيفية تنفيذ العقوبة كما هو الحال في قانون العقوبات اللبناني، وقانون العقوبات الليبي في المواد (٤١-٤٢-٤٣-٤٤-٤٥) ٤. تشريعات أخرى: وهناك تشريعات لها علاقة بالتنفيذ الجنائي، كالتشريعات المكملة التي لم ترد نصوصها في قانون الإجراءات الجنائية، ومنها في مصر القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ بتنظيم السلطة القضائية، ويتولى ترتيب المحاكم وتنظيم النيابة العامة والقضاء وغير ذلك مما يتعلق بشئونه، وكذلك في قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ وهو يجمع في طياته بين قواعد الإثبات الاجرائية والموضوعية، والقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ بتنظيم مهنة المحاماة وقانون الرسوم القضائية رقم ٩٦ لسنة ١٩٤٤ بشأن تقرير تحصيل الرسوم والإجراءات القضائية، والقانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٢ معدلاً بالقانون رقم ٦٢٦ لسنة ١٩٥٥ بتنظيم الخبرة أمام المحاكم، فضلاً عن أن ثمة نصوص متفرقة، ومنها نصوص متعلقة بالحيازة (٩٥٨، ٩٦٧) في المجموعة المدنية من النصوص المتعلقة بالأوراق المالية والإفلاس، وتضمنتها المجموعة

التجارية^(١). تعددت مصادر التنفيذ العقابي في بعض التشريعات إلا أن هناك أنظمة عقابية حديثة اتجهت الى تناول القواعد الخاصة بالتنفيذ العقابي في قوانين مستقلة، ومنها القانون الإيطالي رقم ٣٥٤ الصادر في سنة ١٩٧٥، وكذلك قانون العقوبات التركي رقم ٦٤٧ الصادر في سنة ١٩٦٥ وتم تعديله سنة ١٩٧٣، وقانون التنفيذ العقابي الأرجنتيني الصادر في سنة ١٩٥٨، واتجهت الجمهورية الروسية إلى الأخذ بقانون خاص لتنفيذ الجزاءات الجنائية عرف بتقنين العمل التقويمي والمعمول به بدء من يونيو ١٩٧١^(٢).

رابعاً: الطبيعة القانونية لمرحلة التنفيذ

لم يتفق الفقه الجنائي على الطبيعة القانونية لمرحلة التنفيذ، وأخذ الجدل يتمحور في ثلاثة اتجاهات على الأقل، الأول: يرى أن جميع إجراءات التنفيذ إدارية بحتة، والثاني: يرى أن إجراءات التنفيذ قضائية وفقاً لشرعية امتداد اختصاص القضاء، والاتجاه الثالث: يجمع بين الرأيين، ويصر على ضرورة إشراك السلطات القضائية والإدارية لنجاح مرحلة التنفيذ. الاتجاه الأول الطبيعة الإدارية لمرحلة التنفيذ: يعرف هذا الاتجاه بالرأي التقليدي في الفقه الجنائي، حيث يذهب أصحابه إلى أن دور القاضي ينتهي بالنطق بالعقوبة أو بالتدبير الاحترازي، كما أن الدعوى الجنائية تنقضي بذلك، وما يتخذ بعد ذلك من إجراءات تنفيذية يكون من شأن الإدارة العقابية وحدها، فضلاً عن أن إجراءات التنفيذ هي أعمال إدارية خالصة وهي بطبيعتها مختلفة عن القضائية ومن ثم لا يكون للقضاء شأن بها إلا في حالات استثنائية، وبالتالي لا يمكن أن يتمد دور السلطة القضائية ويختلط مع السلطة التنفيذية (الإدارة العقابية)، فلكل سلطة حدود في الاختصاص^(٣)، كما أن رجال القضاء مثقلون بأعباء قانونية وقضائية تدخل في صميم اختصاصهم، وذلك بسبب تكديس القضايا وتراكمها وازديادها يوماً بعد يوم وعدم وجود العدد الكافي من القضاة للتغلب على هذه المشكلة، فكيف سيتم عملهم لمرحلة التنفيذ وإشراكهم في عمل إداري بحت، فنخرجهم من رسالتهم السامية- تحقيق العدالة عند النطق بالحكم^(٤). ويرى أنصار هذا الاتجاه بوجود التفرقة بين تنفيذ الحكم، وهو ما اتصل بالشروط الأساسية للتنفيذ مثل التحقق من شخصية المحكوم عليه، ومدى قدرته على تحمل العقاب، وبصفة عامة كل ما يتعلق بإشكالات التنفيذ يعتبر أعمالاً قضائية تخضع لرقابة القضاء الجنائي، وبين تنفيذ العقوبة أو الجزاء الجنائي أعمال إدارية بحتة تتمثل في لوائح نظام السجن وانتظام الحياة اليومية وإدارة برامجها كافة، ويجب أن يكون لها سلطة مستقلة تمارس فيها سياسة التنفيذ العقابي بكل الأجهزة التي تديرها، ويبنى هذا الرأي على

(١) د. مصطفى يوسف محمد علي، إشكالات التنفيذ الجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص ٣٠.

(٢) د. عطية عبدالسلام الفيتوري، التنظيم القضائي لمرحلة التنفيذ العقابي، المرجع السابق، ص ١١.

(٣) د. مصطفى يوسف محمد علي، نفس المرجع ٢٠٠٨، ص ٣٧.

(٤) السيد أحمد محمد علام، ضمانات المحكوم عليه خلال فترة التنفيذ العقابي، المرجع السابق ٢٠١٢،

أساس أن تنفيذ العقوبة نشاط إداري للسلطة التنفيذية يخرج عن نطاق السلطة القضائية إدارة وإشرافاً، ولا داعي لتدخل القضاء في الإشراف على تنفيذ العقوبة، فالإدارة العقابية وحدها تستطيع تنفيذ العقوبة، وتحقيق الغاية منها، ويمكن للسلطة الإدارية الرقابة على التنفيذ بمجرد توافر السند التنفيذي وهو الحكم القضائي، وتنتهي بتحقيق جميع ما اشتمل عليه من أوامر وقيود^(١). الاتجاه الثاني الطبيعة القضائية لمرحلة التنفيذ: وبعبارة الاتجاه الأول يرى فريق آخر من الفقهاء وبخاصة الفقه الألماني أن تنفيذ العقوبات له خاصية قضائية، حيث يرفض التفرقة بين تنفيذ الحكم وتنفيذ العقوبة لأنها في رأيهم تفرقة مصطنعة، كما أن الأصل في خصوص تنفيذ الأحكام بعامة في القانون العام والخاص أن يرجع فيه إلى السلطة القضائية التي تتولى هذه المهمة كاملة وتتصدى للمنازعات التي تثور في هذا الخصوص. إن منح الإدارة العقابية سلطات أو استقلالية التنفيذ، قد يعرض الأحكام القضائية إلى تفريغها من محتواها، وتصبح غاية العقوبة الانتقام والألم بدلاً من العلاج والتأهيل، وأغلب مشاكل وأثار العقوبة تكون من أخطاء الإدارة العقابية وتفريدها بالتنفيذ دون الرجوع إلى السلطة القضائية أو طلب المساعدة والإشراف في هذه المرحلة، كما أن استقلال الإدارة يؤثر على هيبة القضاء، وتصبح الأحكام القضائية بلا معنى فالقضاء يفقد هيئته ويصبح مغلوباً على أمره في حال لم ينفذ الحكم أو نفذ بطريقة مخالفة لغايته، كونه لا يستطيع التدخل في السلطة التنفيذية^(٢). وازدادت الدعوة العلمية والعملية لوجوب إشراف ورقابة القضاء على التنفيذ في المحافل القانونية المحلية والدولية، ومن بين ما قيل تبريراً لهذه الدعوة أن تنفيذ الأحكام القضائية يتمتع بالطبيعة القضائية، لأنه لا يتمثل في التنفيذ المادي الحرفي لمنطوق الحكم فحسب بل إنه يخضع لتقدير سلطة التنفيذ في تحديد طرق المعاملة العقابية، ووسائلها ومدتها، في حدود معينة، من أجل تحقيق الغاية التي استهدف قاضي الحكم لها^(٣)، ومن هذا المنطلق أوصى المؤتمر الدولي العاشر لقانون العقوبات المنعقد في روما في أكتوبر سنة ١٩٦٩ بأن يزاوّل القاضي بين اختصاصاته تنفيذ العقوبة. الاتجاه الثالث: الطبيعة المختلطة لمرحلة التنفيذ: الحديث عن استقلال الإدارة العقابية

(١) السيد أحمد محمد علام، نفس المرجع، ص ٢٠٩.

(٢) أحمد عبدالظاهر الطيب، إشكالات التنفيذ في المواد الجنائية، ب د، ١٩٩٤، ص ٣٦.

(٣) تجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي اختار ترشيح فكرة القضاء المتخصص في التنفيذ الجنائي، حيث أحدث بمقتضى القانون الصادر بتاريخ ٩ مارس ٢٠٠٤ مؤسستين قضائيتين جديدتين، محكمة تطبيق العقوبات والغرفة الاستئنافية لتطبيق العقوبات، وهو توجه مهم شأنه تفعيل الأداء القضائي في ميدان الإشراف على التنفيذ الجنائي، ولمزيد من المعلومات انظر: عبدالعلي حفيظ، صلاحيات قاضي تطبيق العقوبات في مراقبة القضاء السجن، كلية الحقوق اكدال، الرباط، ٢٠١٧، ص ١٨.

أو السلطة القضائية في التنفيذ الجنائي لا يستقيم وفقا لأنصار هذا الرأي، لأن الروابط التي تتصل بالسلطة القضائية تتساوى مع صلتها بالإدارة العقابية في مرحلة التنفيذ، حيث تسمح بالتمييز، مما يعتبر داخلا في نطاق الأعمال القضائية، كما هو الشأن في إشكالات التنفيذ، ولا شك أن إشكالات التنفيذ تقضي أن يفصل فيها من توافرت فيهم صفة الحياد، ولما كانت منازعات التنفيذ تتعلق بالحرية الشخصية وكان القضاء هو الحارس الطبيعي للحريات فإن الفصل في منازعات التنفيذ هو من صميم الأعمال القضائية بلا جدال، وبين ما يعتبر عملا إداريا كما هو الشأن في نظم إدارة المؤسسات العقابية ذاتها وإخضاع المحكوم عليه لنوع معين من المعاملة العقابية وفي التشريع المصري عقد الاختصاص إلى قانون الإجراءات الجنائية بالنظر في إشكالات التنفيذ للقضاء وحده، وعلى الرغم من أن إجراءات التنفيذ في مصر لا تخضع لإشراف القضاء، كما استقر قضاء النقض على اعتبار إشكالات التنفيذ من إجراءات المحاكمة التي تقطع التقادم^(١)، ويترتب على الطبيعة القضائية لإشكالات التنفيذ أن القضاء هو المختص وحده بالفصل في إشكالات التنفيذ، ويعتبر قرار قاضي حكم يتعين أن يتبع بشأنه جميع الإجراءات التي تتخذ بصدد الأحكام، فالتنفيذ العقابي له جانبان أحدهما إداري، والثاني قضائي يقتصر على اختصاص المحكمة التي أصدرت الحكم على النزاعات التي تنشأ بسبب الخلاف حول تفسيره، وما عداها يعهد بنظر المحكمة التي أصدرت الحكم، فهي قانونا المختصة^(٢)، ومنطقيا الأولى بالنظر في تبعات أحكامها السطة التنفيذية ودورها الرئيسي في تنفيذ الأحكام القضائية لن يلغى جملة في تنفيذ أيضا العقوبات البديلة عن الحبس، والضحية أيضا ولاسرتهدور في أن تنفذ في حال العقوبات البديلة، من ناحية تخفيف الحكم وتاجيل أو إيقاف التنفيذ، وتشرف على هذا التنفيذ من المؤسسة القضائية، وعلى هذا النحو فإن ضعف الاتصال القائم حاليا بين المحاكم، فالمحاكم بحاجة إلى الادارية العقابية والسلطات التنفيذية. لتنفيذ التزامات القضائية. لذلك فإن وسائل القيد ضد المدان وضعت تحت سيطرة القاضي من حيث التطبيق، وزيادة صلاحيات السلطة القضائية

(١) نقض ١٧ فبراير سنة ١٩٧٥ مجموعة الأحكام من ٣٦ ص ١٦٢ طعن رقم ٣٥٢ لسنة ٤٤ ق . إذا قضت المحكمة بأنه "لما كانت المادة ١٧ من قانون الإجراءات الجنائية وقد جرى نصها - بعموم اللفظ - على أن إجراءات المحاكمة من الإجراءات التي تقطع مدة تقادم الدعوى الجنائية - وكان الإشكال في التنفيذ هو من قبل هذه الإجراءات . ولما كان الثابت من الاطلاع على المفردات المنظمة أن الطاعن كان قد استشكل في تنفيذ الحكم المطعون فيه، وأنه لم تمض بين أي إجراء وآخر من الإجراءات المتخذة في الإشكال المدة المقررة لانقضاء الدعوى بمضي هذه المدة بين آخر إجراء فيها وبين تاريخ نظر الطعن بالنقض، فإنه لامحل للقضاء بانقضاء الدعوى الجنائية بمضي المدة".

(٢) د. مصطفى يوسف محمد علي، إشكالات التنفيذ الجنائية، المرجع السابق، ص ٤٣ .



تحتاج الى قوى معاونة، تساعد في تنفيذ اوامرها مثلا إلقاء القبض على السجناء المؤقتين او إلغاء الوقف أو سحب تدبير تعديل عقوبة، وعلى الرغم من ذلك هناك نقص حقيقي في المعلومات التي تقدمها الشرطة عن التدابير التي تنفذها⁽¹⁾. ويرى الباحث الأخذ بالرأي المختلط الذي يرى أن الطبيعة القانونية لمرحلة التنفيذ الجنائي عمل قضائي وإداري في الوقت نفسه، فالتنفيذ العقابي تتضمنه قواعد النصوص القانونية التي قررها المشرع لحماية الحقوق والمراكز القانونية للمحكوم عليه، وإزالة ما يقع عليه من اعتداء، وبذلك يتسع وبحق لأن يكون له جانبان؛ أحدهما إداري تختص به السلطة الإدارية؛ ويقصد بها الجهة المنوطة بها متابعة التنفيذ داخل المؤسسات العقابية لدرابته بأساليب العقاب، والقيام بأعباء التنفيذ، والجانب الثاني: قضائي، وتختص به السلطة القضائية، ذلك لأنه يجب أن يكون للصفة القضائية تأثيرها ووجودها في مرحلة التنفيذ لضمان الإشراف الفعلي، والسبيل الوحيد لتطبيق وتفسير مقاصد منطوق الحكم وتراقب السلطة الإدارية فيما تقوم به ضمانا لحسن وصحة تنفيذ الجزاء الجنائي.

(1) Les mesures alternatives à l'incarcération : FICHE 5, pg 140

المطلب الثاني

الأساس القانوني للإشراف القضائي على تنفيذ العقوبات البديلة

بتطور مفهوم المسؤولية الجنائية والهدف من توقيع العقوبة، كان لزاما على القضاء بالتدخل في مرحلة تطبيق الجزاء، مما يتماشى مع هذا التحديث، إلا أن الفكر القانوني المعاصر لم يوضح مميزات الإشراف القضائي فحسب، بل ذهب إلى أبعد من ذلك بتكريس الجهد في البحث عن السند القانوني الذي يرتكز عليه هذا التدخل، وفإن الغاية من تطبيق العقوبات البديلة هو تجنب المحكوم عليه للعقوبات السالبة للحرية ولاسيما قصيرة المدة، ما يمثل ضمانا هامة لإصلاح المحكوم عليهم وتأهيلهم وفي الوقت نفسه احترام الحقوق والمحافظة عليها^(١)، وبناء عليه نتطرق الى الخلاف الفقهي حول الرقابة على التنفيذ. إن الأسس الفكرية المؤيدة للإشراف القضائي على تنفيذ العقوبات البديلة تتمثل في: أساس إجرائي، وحماية الحقوق والحريات، وامتداد الشرعية.

أولاً: الأسس الفقهية للتدخل القضائي في مرحلة تطبيق الجزاء الجنائي على الرغم من أن التدخل القضائي في التنفيذ كان معروفا منذ القدم^(٢)، إلا أنه مازالت هناك اتجاهات فقهية

(١) د. بشرى رضا راضي سعد، بدائل العقوبات السالبة للحرية وأثرها في الحد من الخطورة الإجرامية، دار الأوائل للنشر، عمان، ٢٠١٣، ص ١٨٠.

(٢) لقد كان التدخل العقابي معروفا في الشرائع القديمة، ففي الشريعة الإسلامية كان نظام قاضي التنفيذ يستمد مشروعيته من الكتاب والسنة ويقيم الجزاءات بحسب الأساس والأدلة التي بني عليها، وشرع نظام تنفيذ الحكم القضائي من قبل المحكمة أو القاضي أو الجهة المختصة بالتنفيذ في الكتاب، وذلك في آيات عديدة تأمر الحكام بالتنفيذ، ومنها قوله تعالى: " إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خَلْفٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ " وإقامة وتنفيذ الحد يكون من اختصاص الحاكم الذي يقضي بذلك وعادة ما يسمى القاضي، وقال تعالى " وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ " ففي هذه الآية أمر الله عز وجل بضرب القاذف وألا تقبل له شهادة، والضرب هنا الجلد الذي لا يكون الا بالتنفيذ... ولقد كان التنفيذ القضائي معروفا في القانون الكنائسي من وقت لآخر بهدف التحقق من توبة الجاني وإعادة إصلاحه وتأهيله، وكذلك القانون الروماني؛ حيث كانت المؤسسات العقابية تخضع لإشراف التنفيذ العقابي، ويذكر في هذا الصدد أن الامبراطور الروماني تيودوس كان قد سن قانونا باسمه ألزم فيه القضاء بالإشراف على المؤسسات مرة كل أسبوع على الأقل، وفي القانون الفرنسي القديم كان يعهد لأحد أعضاء النيابة العامة بمهمة الإشراف، ولعل تبرير

تعارض هذا التدخل لعدة أسباب أهمها الفصل بين السلطات القضائية والتنفيذية، واتجاهات فقهية أخرى ترى أن التدخل القضائي ضرورة تفرضها اعتبارات إنسانية واجتماعية وسياسية، ولقد أوصت العديد من المؤتمرات الدولية والهيئات الأممية بضرورة وجود السلطة القضائية في تنفيذ أحكامها لكون القضاء الحارس الطبيعي للحقوق والحريات، ونتيجة لتنامي فكرة التدخل القضائي كي تفرض وجودها كان لا بد أن تلقى رفضا في بداية الأمر لأن الاتجاه التقليدي سيرفض التغيير دائما لتخوفه من التجربة المجهولة حتى يفرض الاتجاه الحديث جدارته، وبهذا سوف نشير إلى أهم حجج الاتجاه المعارض والمؤيد لتدخل القضاء في التنفيذ الجنائي:

١- الاتجاه المعارض لتدخل القضاء في التنفيذ الجنائي (المذهب التقليدي): ويسمى بالاتجاه التقليدي الذي يرفض أي دور للقضاء في مرحلة التنفيذ لا بإشراف أو الرقابة، وذلك حسب وجهة نظرهم، فإن دور القاضي ينتهي بمجرد النطق بالجزاء الجنائي، وأن الدعوى الجنائية تنتهي بصيرورة الحكم باتا، ثم تأتي فترة جديدة، وهي فترة التنفيذ التي يغلب عليها الطابع الإداري، ويتعين أن تخضع لإشراف الإدارة العقابية، وإن كان للقضاء مجال فهو محدود يتمثل في حقه في زيارة المؤسسات العقابية للتحقق من أن القائمين على التنفيذ ملتزمون بتطبيق أساليب المعاملة العقابية، طبقا لأحكام القانون، وإبداء لملاحظاتهم وإرسالها إلى الإدارة العقابية^(١)، والأعباء المثقلة على كاهل القضاء بسبب تكدس القضايا وازديادها يوم بعد يوم وعدم وجود الوقت الكافي لإشراكهم في الأعمال الإدارية المتعلقة بالتنفيذ، وذلك ما يحول دون قيامهم بأي دور فعال في عملية التنفيذ كما هو مأمول^(٢).

٢. الاتجاه المؤيد لتدخل القضاء في التنفيذ الجنائي (المذهب الحديث)^(٣): يرى أنصار هذا الاتجاه أن مرحلة التنفيذ الجنائي جزاء لا يتجزأ من مرحلة الدعوى الجنائية، وبالتالي

ذلك يرجع الى ما كان يتمتع به القضاء قبل الثورة الفرنسية من سلطات واسعة في هذا المجال، وللمزيد من التفاصيل راجع : عبدالعزيز بن صالح إبراهيم، اختصاصات قاضي التنفيذ وتطبيقاتها في النظام السعودي، رسالة ماجستير، جامعة نايفة العربية للعلوم الأمنية ، الرياض ، ٢٠٠٨، ص ٣٥، وراجع أيضا : السيد أحمد محمد علام، ضمانات المحكوم عليه خلال فترة التنفيذ العقابي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ٢٠١٢، ص ٢٠١ .

(١) السيد أحمد محمد علام، ضمانات المحكوم عليه خلال فترة التنفيذ العقابي، المرجع السابق، ص ٢٠٢ .

(٢) د. عطية عبدالسلام الفيتوري، التنظيم القضائي لمرحلة التنفيذ العقابي، المرجع السابق ٢٠١٦، ص ٧١ .

(٣) حقق هذا المذهب ثورة في مجال التنفيذ الجنائي، وذلك بفرض مساهمة القضاء في الرقابة والإشراف على تنفيذ الجزاءات الجنائية، منذ القرن التاسع عشر وتحديدا بعد ظهور المدرسة الوضعية وذبوع تعاليمها على يد العلامة

لا ينتهي دور القضاء بمجرد النطق بالحكم، بل إنه وفقاً لمفهوم السياسة العقابية الحديثة يجب أن يمتد دور القاضي الجنائي بدءاً من الاتهام والتحقيق والمحاكمة حتى ينتهي بالتنفيذ الجزائي، واستند هذا الاتجاه على عدة حجج أهمها: أ. ظهور التدابير الاحترازية والإفراج الشرطي في الجرائم الجنائية، حيث احتل مكانة بارزة في معظم التشريعات المعاصرة، وهي جزاءات تتسم بالمرونة، وتحتاج إلى تعديلات ولا يملك تعديل الجزاء إلا القاضي، وبالتالي وجود السلطة القضائية في تنفيذها أمر ضروري ولازم لنجاحها. ب. ضمانات احترام الحقوق والحريات الفردية للمحكوم عليه، لكون القضاء الحارس الطبيعي لها، والقادر على التدخل في أي مرحلة لتصحيح أي خطأ من شأنه الإضرار بالمحكوم عليه أو المساس بحقوقه، ويحميه من تعسف التنفيذ الذي عادة ما يكون من الإدارة العقابية. ج. الفصل في إشكالات التنفيذ التي تثار أثناء التنفيذ العقابي، عند وجود القضاء في مرحلة التنفيذ يختصر الطريق على المحكوم عليه ويفصل مباشرة في أي إشكالات قد تثار في مرحلة التنفيذ، وذلك بسبب الزحام الشديد في عدد القضايا، فقضاء الحكم يحتاج إلى وقت للفصل في هذه الإشكالات، أما قضاء التنفيذ فيتم مباشرة لأن اختصاصه بتذليل العقبات أمام التنفيذ الصحيح الذي يحقق مقاصد الحكم. د. يحقق مبدأ استمرار العمل القضائي ويتماشى مع نظرية امتداد اختصاص القضاء إلى مرحلة التنفيذ والإشراف على الجزاء وتعديله وفقاً للتطورات التي تطرأ على شخصية المحكوم عليه. د. يمنع تعسف الإدارة العقابية في التنفيذ، ومنع تحكمها في أساليب المعاملة العقابية، وعدم تجاهلها لمبدأ التفريد العقابي⁽¹⁾، وعليه يجب تدخل القضاء للرقابة على أعمال الإدارة العقابية ومنعها من الشطط والاستبداد والمزاجية والمحاباة في التنفيذ. هـ. التدخل القضائي في التنفيذ يفرضه الواقع العملي، فقد أثبتت التجارب العملية جدارة تدخل القضاء وخاصة في قضايا المخدرات والسرقة، ويوضح إسهاماتها في تنفيذ العقاب المناسب حسب الأساليب الحديثة التي تحتاج دراسة شخصية المحكوم عليه وما يطرأ عليها في كل فترة، وإسهامات الأوامر القضائية في إعادة تأهيل المحكوم عليهم. وقد ظهر مبدأ التدخل القضائي في مرحلة التنفيذ الجزائي نتيجة لمجهودات فقهية منفردة أو مجتمعة تم التعبير عنها في إطار المؤتمرات الدولية، ويعزي هذا التطور أساساً إلى مجهودات فقهية ساهمت عبر العصور في تطور الجزاء الجنائي والمسئولية الجنائية بما يتناسب مع تحقيق سياسة الدفاع الاجتماعي التي تأخذ في عين الاعتبار شخصية المحكوم عليه في رد الفعل الاجتماعي على الجرم المرتكب، وبالتالي فإن إصلاح وتقويم المحكوم عليه أصبح غاية السياسات الجنائية المعاصرة، ولذلك يجب معرفة معنى تطور مفهوم الهدف من

لمبروزو وأشياعه، فحماية المحكوم عليه تتطلب إشرافاً للقضاء خاصة أن الإدارة العقابية قد أهدرت بعض الحقوق، وأصبح تدخل القضاء ضرورة ملحة لتصحيح مسارها. ولمزيد من التفاصيل انظر: د. عطية عبدالسلام الفيتوري، التنظيم القضائي لمرحلة التنفيذ العقابي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٦، ص ٧١ وما بعدها.

(١) ونعني بمبدأ تفرد العقوبة: تطبيقها بشكل فردي يتناسب مع السن والجنس والصفات الخلقية والوضعية الاجتماعية، ودراسة شاملة لشخصية المحكوم عليه قدر الإمكان.

الجزاء، وتطور مفهوم المسؤولية الجنائية وعلاقتها بالمجهودات الفقهية الرامية إلى تدخل القضاء في تطبيق الجزاءات الجنائية:

١. الأسس الفقهية للتدخل القضائي في التنفيذ وتطور مفهوم الهدف من الجزاء الجنائي لقد تطور مفهوم الجزاء الجنائي وأصبح القانون يهدف إلى تكريس سياسة عقابية قائمة على فكرة الدفاع الاجتماعي، من خلال جعل تطبيق العقوبة وسيلة لحماية المجتمع بواسطة التربية والإدماج الاجتماعي، وهكذا بفضل المجهودات الفقهية ظهر إلى الوجود مفهوم جديد للجزاء الجنائي يأخذ بعين الاعتبار شخصية الجاني وتطورها خلال فترة تطبيق الجزاء، ولم تكن شخصية المجرم محل اعتبار في أي مرحلة من مراحل الخصومة الجنائية، حيث ينصب الحكم الجزائي مباشرة على الفعل الإجرامي، وتم هجر الأفكار التقليدية في الفكر الجنائي وتغير مفهوم الجزاء الجنائي من جزء ردي بحت إلى جزء إصلاح، ولكن مثل هذه التغيرات ما كانت لتحدث لولا التغيير في مجال المسؤولية الجنائية.

٢. الأسس الفقهية لتدخل القضاء في التنفيذ، وتطور مفهوم المسؤولية الجنائية إن حرية الاختيار أساس للمسؤولية الجنائية، والعقوبة الواجبة التطبيق هي التي تتناسب مع خطورة الفعل الإجرامي، وظل هذا المفهوم فترة طويلة، باعتبار أن المجرم قام بالفعل بمحض إردته وباختياره وبحريته، حتى دخل التطور الفكري على الأنظمة العقابية، وأصبحت فكرة اللامسؤولية الجزائية في مختلف التشريعات المعاصرة، وتعتبر المدرسة الوضعية الإيطالية رائدة في هذا المجال، بفضل ما توصلت إليه من نتائج مفادها أن المجرم يدفع إلى ارتكاب الجريمة بدوافع وتحت تأثير عوامل داخلية وخارجية، وتتمثل أساسا في الظرف الاجتماعية والاقتصادية، وبهذا يعتبر تحديد المسؤولية الجنائية على مستوى الحكم تحديدا نسبيا، ولا بد من تدخل القضاء في التنفيذ، ومن الضروري مساهمته للتأكد أكثر من مرة من درجة المسؤولية، وتغيير الجزاءات عند حدود كل مسؤولية ويتطور شخصية المحكوم عليه^(١).

ثانيا: الأسس التشريعية للتدخل القضائي في مرحلة تطبيق الجزاء الجنائي بتطور الآراء الفقهية التي غيرت مفهوم وأهداف الجزاء الجنائي، وبعد التطورات التي طرأت على السياسة العقابية، فقد نظر إليها نظرة شمولية سواء من حيث إجراءات تطبيقها أو كيفية تنفيذها، وهذا ما جعل التدخل القضائي في التنفيذ الجنائي ضرورة تملئها هذه الاعتبارات، وبطبيعة الحال يجب أن تظهر تشريعات تواكب هذا التغيير، تنطلق من أساس إجرائي وحقوقى يستند على مبدأ الشرعية .

١. الأساس الإجرائي للتدخل القضائي في تنفيذ الجزاء ويقوم على فكرة مناطها أن كل القرارات اللازمة لتنفيذ الجزاء الجنائي تعد نمطا من أنماط إشكالات التنفيذ، وبالتالي تعد مكملة للحكم

(١) فيصل بوخالفة، الإشراف القضائي على تطبيق الجزاء الجنائي في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج الأخضر، باتنة، الجزائر، ٢٠١٢، ص ١٥ .

الصادر بالعقوبة ومن صلب اختصاص القضاء، ومن ذلك مثلا أن يثور النزاع حول تنفيذ الحكم ذاته، على اعتبار أنه غير واجب التنفيذ أو يراد تنفيذه على غير المحكوم عليه، أو تنفيذه بخلاف الشكل الذي قضي به، أو الخلاف على مدة العقوبة ذاتها أو سقوطها، وكل هذه الإشكالات قد تكون معرقة لتنفيذ الحكم القضائي، وتتطلب تدخلا قضائيا للفصل في هذه الإشكالات، بمعنى أن سلطة القضاء يجب أن تكون حاضرة كي تمارس اختصاصها في تطبيق القانون بالشكل الصحيح وبشكل مباشر^(١). إن مفهوم الخصومة الجنائية يجب ألا يقتصر على المرحلة التي تبدأ بتحريك الدعوى الجنائية وتنتهي بحكم بات، بل إن ذلك يشكل المرحلة الأولى للخصومة أما التالية فتبدأ بتنفيذ الجزاء المقضي به، ومن ثم فلا يجوز فصل التنفيذ عن الخصومة التي يفصل فيها القاضي الجنائي، بل يجب أن تظل الإجراءات الجنائية مكتملة بعضها لبعض تحت سلطة القضاء^(٢).

٢. الأساس القائم على حماية الحقوق والحريات لاشك أن للقضاء دور أساسي لحماية حقوق المحكوم عليه، فهو الحارس الطبيعي لحقوق الإنسان، ويجب حماية المحكوم عليه مما قد يتعرض له من اعتداء على حقوقه أثناء التنفيذ، وهذا من صميم اختصاص القضاء، حيث إن حجز أو تقييد المحكوم عليه له أثر على الحقوق التي يتمتع بها الشخص الطبيعي التي تعد محل حماية بالقوانين المحلية والدولية كافة، لذلك نجد التدخل القضائي لتنفيذ الجزاء الجنائي أساسا قانونيا ودستوريا من أجل صون هذه الحقوق^(٣). فهو من ناحية ضمانه للمركز القانوني للمحكوم عليه في مرحلة تنفيذ الجزاء الجنائي، فالتنفيذ يجد مصدره في القواعد القانونية، إذ يولد علاقة قانونية وطيدة بين الدولة من جهة والمحكوم عليه من جهة أخرى، فالسلطة القضائية تتدخل لتصون وتحمي الحقوق والحريات التي تكفلها الدولة داخل المؤسسات العقابية وخارجها، ومن ذلك مثلا الحد الأدنى لمعاملة المذنبين. ومن ناحية أخرى ضمان للحقوق الشخصية التي تنص عليها جميع التشريعات والداستاتير، والتي تعطيه الحق في التمتع بالحقوق والحريات الأخرى التي لم يشملها الحكم القضائي لا بالتقييد ولا بالسلب، وفي حالة تعرض الإدارة لهذه الحقوق يحق للمحكوم عليه اللجوء إلى السلطة القضائية لاقتضاء حقوقه، ومن هنا تجد السلطة القضائية نفسها مجبرة على التدخل دائما في تنفيذ الأحكام الجنائية^(٤). وفي دولة الحق والقانون التيننشده جميعا، إن تطبيق القانون الجنائي لا يكون إلا عن طريق المراقبة القضائية التي تهدف إلى حل الخلاف المتجسد في النزاع بين الحق في العقاب

(١) د. محمد أحمد عابدين، التنفيذ الجنائي والمقاصة الجنائية، المرجع السابق، ص ١٠١ .

(٢) إحسان عبدالعزيز الصالح، الإشراف القضائي على تنفيذ العقوبة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ٢٠١١، ص ١٨١ .

(٣) د. محمد محمد مصباح القاضي، العقوبات البديلة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، ب ت، ص ٢٤٥ .

(٤) فيصل بوخالفة، الإشراف القضائي على تطبيق الجزاء الجنائي، المرجع السابق ٢٠١٦، ص ١٩ .

والحق في الحرية^(١)، بمعنى أنه يجب أن يسمح للمحكوم عليه إقامة دعوى قضائية في مواجهة الإدارة العقابية لاقتضاءها، عندما تمس حقوقه التي يكفلها له القانون، حيث إن تنفيذ المحكوم عليه لعقوبته لا يعني سلب حقوقه كافة، بل يحق له ممارسة ما تبقى له من الحقوق، و لقيام هذا التوازن بين المصالح لا بد من وجود قاضي الإشراف على التنفيذ، انسجاماً مع الالتزامات الوطنية بنص الدستور والقانون والالتزامات الدولية التي تحمي حقوق الإنسان في مراحل المحاكمة والتنفيذ الجنائي جميعها، فلا بد "أن يعامل جميع الأشخاص المحرومين من حرياتهم معاملة إنسانية مع احترام الكرامة المتأصلة في الإنسان"^(٢). ولقد أحاطت التشريعات الحديثة العقوبات البديلة بالعديد من الضمانات، وتجد هذه الضمانات سندها بحسب خصوصية كل عقوبة أو تدبير، باعتبارها تنطوي على أساليب ووسائل عديدة، ويترتب عليها أحياناً نقل المحكوم عليه من السجن إلى منزله أو مؤسسة يشتغل فيها أو أي تدبير قد يغير طبيعة الجزاء وجغرافيته وأسلوبه، لهذا يجب وضع ضمانات تتناسب مع التطور في الجزاء، ومن الضمانات التي قدمتها التشريعات المقارنة. أرضاء المحكوم عليه في حضور محام: استلزم بعض التشريعات رضاء المحكوم عليه بقبوله العقوبة البديلة عن الحبس، وذلك في حالة تطبيق هذا النظام من جانب القاضي أو بناء على طلب النيابة العامة، ولا شك أن هذا الشرط إضافة جديدة لحالات الاعتداد برضاء المحكوم عليه في التنفيذ العقابي، وفي هذا الخصوص اعتبر بعض الفقهاء أن نظام المراقبة الإلكترونية يعد بمثابة عقد لتنفيذ العقوبة يبرم بين قاضي تطبيق العقوبات والمحكوم عليه، ولم يكتف المشرع الفرنسي برضاء المحكوم عليه فحسب بل استلزم حضور محام، والعلة من ذلك تتمثل في ضرورة إحاطة المحكوم عليه علماً بكل ما يتعلق بالمراقبة والنتائج التي تترتب عليها حتى لا يكون قبوله للمراقبة ناتج عن رغبته في الخروج من السجن أو عدم دخوله بأي ثمن^(٣). ب. حماية كرامة المحكوم عليه وسلامة جسده: لا شك أن كرامة الإنسان وجسده محاطة بالحماية الدستورية والتشريعات المحلية كافة وكذا القانون الدولي، فلا يجوز توقيع أي جزاء يمس بكرامة الإنسان أو بجسده، وعلى هذا الأساس ظهر حديثاً الحقوق التي يقرها القانون ويضمنها للفرد المحكوم عليه، ويجب على الإدارة العقابية ولجنة تنفيذ العقوبات أن تحترمها، وهذه الحقوق تخضع للمنازعات المتعلقة بوجودها أو بمداهم للسلطة القضائية^(٤)، وهذا ما أكدته المحكمة الدستورية المصرية "فإن إدانة المتهم بجريمة إنما تعرضه لأخطر القيود على حريته، وأكثرها تهديداً لحقه في الحياة، وهي مخاطر لا سبيل إلى توقيعها إلا

(١) عطية عبدالسلام الفيتوري، التنظيم القضائي لمرحلة التنفيذ الجنائي، المرجع السابق، ص ٨٠.

(٢) الميثاق الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية الصادر بتاريخ ١٦ ديسمبر ١٩٦٦، المادة العاشرة الفقرة الأولى

(٣) د. أحمد عبداللاد المرابي، أصول علم الحديث، الجزء الثاني الجزاء الجنائي، المركز القومي للإصدارات

القانونية، القاهرة، ط ١، ٢٠١٧، ص ٢٧١.

(٤) علاء الدين زكي مرسي، الحد الأدنى لمعاملة المذنبين من منظور القانون الدولي الإنساني، دار الجامعة الجديدة،

الإسكندرية، ٢٠١٠، ص ١٦٦.

في ضوء ضمانات فعلية تراعي حق الفرد والحريّة^(١)، ولن تتحقق هذه الضمانات إلا بالإشراف القضائي على التنفيذ. ج. حق المحكوم عليه في الطعن في قرارات التنفيذ: يعد الطعن على الأحكام والقرارات الصادرة بشأن تنفيذ العقوبة البديلة أو أي عقوبات أصلية ضماناً أساسية من ضمانات المحكوم عليه خلال فترة التنفيذ، نظراً لما قد يشوبها من أخطاء موضوعية أو قانونية، ويمكن الطعن في هذه القرارات أمام القضاء العادي وأمام القضاء الإداري بحسب الطبيعة القانونية لكل قرار، وهذا ما سنتعرض له لاحقاً بالتفصيل، ولكن الجدير بالذكر أن الطعن على القرارات والأحكام بالنسبة للمحكوم عليه حق دستوري قانوني، لأنه يكفل له رفع الضرر وتصحيح القرار الخاطئ إما بإلغائه أو تعديله أو إرجائه، فمثلاً إذا سحب قاضي تطبيق العقوبات قرار المراقبة الإلكترونية، فيحق للمحكوم عليه الطعن في قرار السحب، وذلك خلال عشرة أيام من تاريخ صدور القرار بحسب القانون الفرنسي^٢.

٣. الأساس المبني على امتداد الشرعية في مرحلة التنفيذ: وهذا يعني أن التدخل القضائي في مرحلة التنفيذ الجزائي من أجل فرض رقابة صارمة على شرعية التنفيذ، تطبيقاً لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات فيحقق الغاية المرجوة منه بامتداد دور القاضي إلى مرحلة تنفيذها لمتابعة عملية التأهيل والنظر في التقارير والالتزامات التي فرضت على المحكوم عليه، ويتخذ الإجراءات المناسبة في كل مرحلة^(٣). إن الاتجاه الحديث في علم العقاب يذهب إلى ضرورة امتداد سلطة القضاء إلى الإشراف على تنفيذ الجزاء الجنائي حتى الإفراج عن المحكوم عليه من المؤسسة العقابية، أو انتهاء تنفيذ العقوبة أو انقضاؤها، لأن التطور في السياسية الجنائية تطلب بطبيعة الحال تطور في دور القضاء الجنائي في التنفيذ كي يواكب الأسس التي بني عليها الفكر العقابي الحديث^(٤).

(١) دستورية عليا ٢٠ مايو ١٩٩٥ قضية رقم ٥ لسنة ١٥ قضائية دستورية مجموعة الأحكام الدستورية العليا ج ٦ ق ٤٧ ص ٩٨٦، أشار إليه: السيد أحمد محمد علام، ضمانات المحكوم عليه خلال فترة التنفيذ العقابي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ٢٠١٢، ص ٢١١.

(٢) يحق الطعن في سحب المراقبة الإلكترونية أمام دائرة الجناح المستأنفة منعقدة للفصل في مسائل تطبيق العقوبات، الفقرة الثانية من المادة ٧٢٣-١٣ من قانون الإجراءات الجنائية، المضافة بالمادة الثامنة من قانون ١٩ ديسمبر ١٩٩٧، وأشار إليه: د. أحمد عبد الله المراغي، أصول علم العقاب الحديث، الجزء الثاني الجزاء الجنائي، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ط ١، ٢٠١٧، ص ٢٧٣، وأيضاً أشار إليه: د. عمر سالم، المراقبة الإلكترونية طريقة جديدة لتنفيذ العقوبة السالبة للحريّة خارج السجن، مرجع سابق، ص ١٣٩.

(٣) د. محمد عبدالله الوريكات، مبادئ علم العقاب، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩، ص ٢٤٨.

(٤) د. محمد عبدالله الوريكات، مبادئ علم العقاب، نفس المرجع، ص ٢٤٧.

٤. اعتبارات الضرورة العملية: هناك ضرورة عملية ملحة للأخذ بنظام قاضي الإشراف والتنفيذ، وأهمها أن النيابة العامة مثقلة بأعباء ومهام واختصاصات كثيرة على كاهلها، ومنها الإشراف على السجون وغيرها من أماكن تنفيذ الأحكام الجنائية، ما يجعل إشرافها على التنفيذ غير مجد بسبب التضخم في المسؤوليات، كما أثبتت التجربة أن الصلة الوثيقة التي تجمع السلطة التنفيذية بالنيابة العامة تجعلها غير مستقلة نظرا للتعامل اليومي والتعاون الذي يتجاوز القانون أحيانا، إضافة إلى ضرورة وجود قاض يفصل في مسائل قانونية لا تستطيع الإدارة العقابية الفصل فيها، وتستوجب الضرورة جهة محايدة ضمانا لحسن التطبيق. إن الزيادة الرهيبة التي تشهدها المحاكم في أعداد القضايا المنظورة والتي تحتاج إلى إمعان وتدقيق من قاضي الحكم، يجعل مهمة الإشراف صعبة وأحيانا مستحيلة، فلا يعقل أن نضيف إلى أعبائه عبء الإشراف والمراجعة والمراقبة والمتابعة لتنفيذ العقوبة، لذلك كانت الحاجة ملحة إلى وجود قاض يختص بالإشراف على التنفيذ وتطبيق العقوبات، مع ضرورة تأهيل قاضي التنفيذ وتدريبه بصورة مناسبة ضمانا لحسن أداء المهمة مع اطلاعهم على علم النفس الحديث، وعلم النفس العقابي والعلوم الإنسانية كافة^(١).

ويرى الباحث أنه يؤيد الاتجاه الذي يقول بأن الإشراف القضائي على إجراءات التنفيذ لا يتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات، ولا بعد القضاء على رسالته السامية ولا ينقص من قدرة ومكانة القضاء الرئيسية ولا تنازع الاختصاص كما يرى بعضهم، لأن القضاء لا سلطان عليه ويجب أن يفرض سلطته على الجهات كافة لضمان تطبيق القانون، وحماية حقوق المحكوم عليهم، فالقاضي عندما يباشر الإشراف على التنفيذ فهو لازل في مجال اختصاصه، فهو يباشر عملا قضائيا، والوظيفة القضائية لا تنتهي بمجرد النطق بالحكم بالجزاء إنما لا بد من متابعة التنفيذ الأمثل والمناسب والقانوني في ضوء التطورات التي تحدث لشخصية المحكوم عليه قبل وأثناء وبعد التنفيذ، وفي الواقع إن نظام الإشراف القضائي على إجراءات التنفيذ العقابي يتفق مع المبادئ الأساسية للسياسات العقابية المعاصرة، وتبنت العديد من التشريعات الأوروبية، تنفيذا لتوصيات المؤتمرات الدولية والجمعيات العلمية التي توصلت إلى أن التوسع في الإشراف القضائي من شأنه أن يحد من التعسف والانتقام أو الاستغلال ويبرز حماية أكثر على مستوى الحقوق والحريات الفردية، لذلك نهيب بالمشرع الليبي والمصري سد القصور والأخذ بنظام قاضي التنفيذ اتفاقا مع الفلسفة العقابية الحديثة التي انتهجاها في كثير من السياسات الجنائية .

(١) د. عصام عفيفي، مجموعة القواعد الجنائية في القضاء الجنائي، دار الكتاب الحديث، القاهرة، ٢٠٠٨،

المطلب الثالث

أهمية الإشراف القضائي في العقوبات البديلة

يذهب غالبية الفقه إلى أن أسلوب القضاء المتخصص في الإشراف على مرحلة التنفيذ العقابي هو الأفضل نظرا لما يحققه من مزايا وأهداف، وقد أثبت التجارب سرعة هذا النظام وقدرته على تحقيق أهداف السياسات العقابية الحديثة، ويساهم الإشراف القضائي في تحقيق العدالة والأمن والاستقرار في المجتمع، فلقد كان لهذا الإشراف أثره الواضح في الوقاية من الجرائم قبل حدوثها لما فيه من ردع، وعلاجها واستئصالها بعد الوقوع فيها^(١).

أولا : مزايا الإشراف القضائي . تتمثل أهمية الإشراف القضائي في تنمية شخصية المحكوم عليه، في أجواء إيجابية وتحت رقابة وإشراف جهة مستقلة تضمن ذلك، ومن مميزات التنفيذ القضائي : ١. ضمانات تأهيل وتنمية شخصية المحكوم عليه: إن الغاية من تطبيق العقوبات البديلة هو تجنب إخضاع المحكوم عليه للعقوبات السالبة للحرية ولا سيما قصيرة المدة، مما يشكل ضمانة هامة لإصلاحه وتأهيله، كما يمثل احتراماً لحقوق المحكوم عليه وحرياته الشخصية، فالقاضي المختص بتطبيق العقوبات البديلة لا شك أنه يتابع عن كثب التقارير الدورية الواردة من الجهات المختصة بتطبيق البرامج الإصلاحية، والتي تحدد مدى استجابة المحكوم عليه وحرصه على تنفيذ التزاماته، ومدى فعالية هذه البرامج، وعلى هذا الأساس للقاضي إذا ما تبين له عدم فعالية العقوبة البديلة في تحقيق أهدافها أن يتم تعديل أو تغيير البرنامج الإصلاحي، أو تغيير نمط العقوبة إذا تطلب الأمر، وتصحيح أي قصور من جانب المؤسسات أو المحكوم عليه، كي يضمن نجاح البرامج الإصلاحية والتأهيلية كافة، وللإشراف القضائي دور في المحافظة على حقوق المحكوم عليه وحرياته الشخصية واتخاذ جميع إجراءات الحماية، التي تضمن تطبيق العقوبات البديلة عن الحبس بشكل أفضل وبتفادى المساس بكل الحقوق، والحرية إلا بالقدر الضروري لتطبيق العقوبة^(٢). ٢. الإشراف القضائي وسيلة من وسائل نجاح العقوبات البديلة: أغلب الدول التي تبنت نظام العقوبات البديلة تعتمد على إشراف جهة قضائية تقرر تبديل العقوبة الأصلية بالعقوبة البديلة، ويبقى المحكوم عليه تحت رقابة هذه الجهة لمراقبة سلوكه وجدية التزامه، لتحقيق الغاية المرجوة منها، لذلك نجد أن قضاء تنفيذ الجزاءات الجنائية يساهم بشكل كبير في نجاح العقوبات البديلة، ومنذ أن ظهرت فكرة العقوبات البديلة كان الضامن لنجاحها رقابة وإشراف القضاء على صحة

(١) د. محمد عبدالله ولد محمد الشنقيطي، تنفيذ الأحكام في النظام القضائي تطوره التاريخي وأثره في تحقيق الأمن، مجلة العدل السعودية، مج ٧، ع ٤، شوال، ٢٠٠٥، ص ٣٤ .

(٢) د. بشرى رضا راضي، بدائل العقوبات السالبة للحرية وأثرها في الحد من الخطورة الإجرامية، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠١٣، ص ١٨٢ .

التنفيذ^(١). ٣. ارتباطه بالشرعية في الإجراءات الجنائية : حيث يرتبط نظام الإشراف القضائي على التنفيذ أو قاضي تطبيق العقوبات ارتباطاً وثيقاً بمبدأ الشرعية في مرحلة التنفيذ باعتباره الحلقة الثالثة من حلقات الشرعية الجنائية، التي تبدأ من التجريم والعقاب، ثم مراحل الدعوى الجنائية، ثم مرحلة التنفيذ الجنائي، فشرعية التنفيذ تؤسس على قانون يناقش أساليب التنفيذ وضمائنه وأهدافه، وحين يقرر القانون الجنائي تجريم فعل يقرر له الجزاء ويحدد شروط توقيعه، وتستمر شرعية الإجراءات، لأن السياسة التشريعية والتنفيذية ترتبط ارتباطاً وثيقاً بحماية المتهم والمحكوم عليه بضمانات إجرائية تستند على الشرعية، ويكمل بعضها في المراحل كافة^(٢). ٤. الاستقلالية والمرونة والتفريد في التنفيذ: يعتبر نظام الإشراف والتنفيذ القضائي الأسلوب المناسب لتحقيق أهداف تنفيذ العقوبة، وذلك لعدة أسباب أهمها توفير استقلالية ومرونة اتخاذ القرارات حول اختيار المعاملة المناسبة لكل فرد على حدة، وقدرته على تعديلها أو تصحيحها أثناء عملية التنفيذ، كما يستطيع القاضي تتبع شخصية المحكوم عليه والتطورات التي تعرفها الحالة^(٣). ٥. رفع القيمة الاجتماعية للمؤسسات العقابية: إذ تكفل أن تسير أعمال التنفيذ على نحو مطابق للقانون ومستهدف لأغراض العقوبات والتدابير، ويدرأ عن الإدارة العقابية الاتهام بالاستبداد بالمحكوم عليهم أو الاقتنيات على حقوقهم وحررياتهم، وهي بذلك تمد نشاط هذه الإدارة بالخبرة القانونية والقضائية، وتمدها بالاستقلالية والحيادية وهما طابع الوظيفة القضائية. ٦. يتيح للقضاء الخبرة العقابية: يتعامل قضاة التنفيذ مباشرة مع المؤسسات العقابية والمحكوم عليهم ومتابعة أحوالهم يكفل لهم مباشرة وظيفتهم وفق مفهومها الحديث، ويتيح لهم الحصول على الخبرة العقابية التي يقتضيها عملهم^(٤). ٧. تفادي البطء والتعقيد: وفي استعانة قاضي التنفيذ بمجموعة من المستشارين والخبراء والفنيين، يؤدي إلى تفادي البطء والتعقيد والروتين

(١) محمد صالح العنزي، الاتجاهات الحديثة في العقوبات البديلة، دار غيداء للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٥، ص ١١٥.

(٢) شرعية الإجراءات الجنائية الأصل أن تستمد السلطات العامة اختصاصها من نص تشريعي، وخاصة إذا كان الأمر منطوقاً على القهر والقسر إزاء المتهم، فاتخاذ أي إجراء جنائي لا يستند على نص أو قضي بعدم دستورية النص وانبنى على ذلك انتفاء شرعية الإجراءات مما يترتب عليه بالضرورة بطلانه وبطلان الآثار المترتبة عليه مباشرة . انظر د. محمود نجيب حسني، الدستور والقانون الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢، ص ٧.

(٣) محمد عبدالله أفرورو، الإشراف القضائي على التنفيذ الجنائي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ب ت، ص ١١٢.

(٤) د. محمود نجيب حسني، علم العقاب، المرجع السابق، ص ٢٩٩.

التقليدي، وبدءاً بالرأي المناسب دون عراقيل^(١)، حيث إنه عندما يسند تنفيذ العقوبات للمؤسسات العقابية تحتاج دائماً لإجراءات معقدة منها الإذن والموافقة المرجوة من السلطات القضائية أو من الجهات التنفيذية العليا، على أي تعديل أو أسلوب جديد للمعاملة العقابية، وتأخذ وقتها وقد تفقد قيمتها الإصلاحية نتيجة الروتين والإجراءات المعقدة .

ثانياً : الإشراف القضائي في المؤتمرات الدولية. نظراً للأهمية التي حظي بها نظام الإشراف القضائي على تطبيق العقوبات بشكل عام والعقوبات البديلة بشكل خاص، فلقد اهتمت المؤتمرات الدولية ببحث نظام الإشراف على التنفيذ وأهميته في حماية الحقوق الفردية، وقد انتهت هذه المؤتمرات إلى الموافقة عليه، وكان مؤتمر لندن المنعقد في سنة ١٩٢٥ أول من أيد الأخذ بهذا النظام، وقرر مؤتمر برلين الحادي عشر للقانون الجنائي وعلم العقاب المنعقد سنة ١٩٣٥ أن يتولى القضاء أو النيابة أو لجان مختلطة برئاسة قاضي اتخاذ القرارات الهامة التي تتعلق بتنفيذ العقوبات السالبة للحرية، وتناول المؤتمر الرابع لقانون العقوبات الذي عقد في باريس سنة ١٩٣٧ موضوع قاضي التنفيذ وأقر المؤتمر مبدأ الإشراف القضائي على تنفيذ العقوبات والتدابير الاحترازية، وكذلك أوصى المؤتمر الثالث للدفاع الاجتماعي في أنفرس سنة ١٩٥٢ بتدخل قاضي الإشراف على التنفيذ لاتخاذ القرارات كافة التي تتعلق بتقييد الحرية، وكذلك أوصى المؤتمر الدولي العاشر لقانون العقوبات، المنعقد في روما سنة ١٩٦٩ على ضرورة وأهمية إشراف القضاء على التنفيذ^(٢). وعلى الصعيد العربي أوصى المؤتمر الثامن لخبراء الشؤون الاجتماعية العرب سنة ١٩٦٤ بضرورة تدعيم وسائل الرقابة القضائية على التنفيذ العقابي، وتم التأكيد في التقرير النهائي للحلقة العربية الثالثة للدفاع الاجتماعي المنعقد سنة ١٩٧٣ على المبدأ ذاته، حيث نص على "أن مبدأ الإشراف القضائي على التنفيذ يعتبر دعامة عامة لتحقيق ضمانات المحكوم عليه في مرحلة التنفيذ العقابي"^(٣).

ثالثاً: الإشراف القضائي في التشريعات الحديثة. تأثرت بعض تشريعات الحديثة بالتوصيات الصادرة عن المؤتمرات الدولية، فأقرت مبدأ تدخل القضاء في مرحلة التنفيذ العقابي مع اختلاف الأسلوب المتبع، وعلى سبيل المثال قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي الصادر في ١٩٥٨ الذي أقر في المادة ٧٢١ مبدأ تدخل القاضي في تنفيذ العقوبات ليس داخل المؤسسات العقابية فحسب بل خارجها أيضاً، وقضى أن يعين قاضي تطبيق

(١) محمد عبدالله أفرورو، الإشراف القضائي على التنفيذ الجنائي، المرجع السابق، صـ ١١٨ .

(٢) د. محمد مصباح القاضي، العقوبات البديلة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، صـ ٢٤٥ .

(٣) د. عبدالرحمن محمد أبوتوتة، أصول علم العقاب، المرجع السابق، صـ ٢٦٦ .

العقوبات، كما أخذ بهذا النظام الإيطالي الذي ميز بين قاضي الإشراف أو المراقبة وقاضي التنفيذ، وجعل مهمة قاضي المراقبة الإشراف على تنفيذ التدابير من ناحية تحديد مدتها أو تعديلها وفقاً للتطور الذي يطرأ على الحالة الخطرة للمحكوم عليه، وإبداء الرأي في الإفراج الشرطي، أما قاضي التنفيذ فيختص بالفصل في الأمور أو المشاكل التي تثيرها تنفيذ العقوبة والتي تتطلب سرعة الفصل، ومن التشريعات الأوروبية التي تبنت هذا النظام القانون البرتغالي الصادر في ١٩٤٤، حيث ينص على إنشاء محكمة لتنفيذ العقوبات، كما تبنى المشرع الألماني هذا الاتجاه فأصدر في سنة ١٩٧٦ قانون تنفيذ العقوبات الذي بموجبه أدخل عرف تنفيذ العقوبات في جميع محاكم الدوائر، كما أخذ بنظام الإشراف القضائي القانون البرازيلي، وفي الجزائر استحدث منصب قاضي تطبيق العقوبات بموجب القانون (٢/٧٢) قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين في المادة (٧) وأطلق عليه اسم قاضي تطبيق الأحكام الجزائية، وهي تسمية واسعة باعتبار أن الأحكام الجزائية لا تشمل فقط العقوبات السالبة للحرية بل تشمل الأحكام الصادرة بالغرامة والتدابير الاحترازية، والعقوبات البديلة عن الحبس^(١). أما القانون المصري فلم يأخذ بمبدأ قاضي التنفيذ إلا بالنسبة للأحداث، وينبغي أن يقترن إدخال نظام قاضي التنفيذ لكل طوائف المحكوم عليهم، ومراجعة جميع لوائح تنفيذ العقاب، بما يتماشى مع تحديث النظام العقابي، ومن الأجدر التوسع بالأخذ بنظام قاضي الإشراف على التنفيذ الجنائي ومد نطاق تطبيقه من قضاء الأحداث إلى النظام القضائي الجنائي كله، وتحديد اختصاصه بصورة واضحة ومحددة في التشريع بشقيه الموضوعي والإجرائي أسوة بالمشرع الإيطالي والفرنسي^(٢).

وفي ليبيا لم يقر المشرع بعد مبدأ تدخل القضاء في الإشراف القضائي على التنفيذ على النحو الذي اتجهت إليه التشريعات السابق ذكرها بل ترك هذا الأمر للإدارة العقابية التي قرر المشرع إخضاعها لإشراف الهيئات القضائية في ممارسة المهام المنوطة بها على وجه الخصوص منها الإشراف على التنفيذ العقابي^(٣).

(١) د. عبدالرحمن محمد أبوتونه، نفس المرجع، ص ٢٦٧.

(٢) د. عصام عفيفي، مجموعة القواعد الجنائية في القضاء الجنائي، المرجع السابق، ص ٧٥.

(٣) د. عطية عبدالسلام الفيتوري، التنظيم القضائي لمرحلة التنفيذ العقابي، المرجع السابق، ص ١١٠.

المبحث الثاني

دور قاضي تطبيق العقوبات في تنفيذ الجزاءات

تدخل القاضي في إجراءات تنفيذ المحكوم عليه يعتبر وسيلة مهمة جدا لتحقيق الضمانات الممنوحة للمحكوم عليه خلال فترة التنفيذ، فالعقوبة لا تلغي كليا حقوق المحكوم عليه وإنما تضع لبعضها حدودا وقيودا، وأصبح ذلك من المسلم به ومن المبادئ الأساسية في علم العقاب الحديث . استحدث القضاء الجنائي لجنة تطبيق العقوبات برئاسة قاضي الإشراف والتنفيذ الذي يسمى قاضي تطبيق العقوبات في قانون الإجراءات الجنائية لمتابعة مهمة تنفيذ العقوبات، بتدخل قاضي التطبيق لدى المؤسسات العقابية للإشراف على التنفيذ وذلك بتحديد العناصر الأساسية للمعاملة العقابية، وهو ما يعني كفالة تفريد تنفيذ الحكم القضائي بتوجيه ورقابة تطبيقية من أجل بلوغ أهداف العقاب، ويقوم بمهام تتصل مباشرة بمصير المحكوم عليه⁽¹⁾. لقد امتدت الحماية القضائية للمحكوم عليهم داخل وخارج المؤسسات العقابية، بعد أن كانت تقف عند حد النطق بالحكم، وما يتخذ من إجراءات تنفيذية عادلة أو مجحفة لا يدخل في اختصاص القضاء، ولقد تم تدارك مساوئ التنفيذ بإقرار مبدأ الإشراف القضائي على التنفيذ الجنائي، ويرتبط هذا المبدأ بأهداف مهمة، الأول: الحرص على ضمان حماية حقوق المحكوم عليه في مرحلة التنفيذ الجنائي، التي تعتبر بمثابة شروط أساسية للتأهيل الاجتماعي للمحكوم عليه، وخرقها يؤدي دون شك إلى تعثر عملية الإصلاح، كما يشكل انتهاكا خطيرا لحقوق الإنسان الأساسية التي يجب على القضاء حمايتها. والثاني: تحقيق التفريد الحركي للعقوبة، عن طريق تفعيل بدائل العقوبات السالبة للحرية، وذلك متى استنفدت هذه الأخيرة وظيفتها الردعية والنفعية، عن طريق التدخل في تعديل الأمر القضائي المتضمن للعقوبة، كإيقاف تنفيذ العقوبة أو تأجيلها أو تجزئتها، أو استبدالها بتدبير من التدابير المقيدة للحرية كالوضع تحت الاختبار أو الوضع تحت المراقبة القضائية، أو العمل للمصلحة العامة، إلى غير ذلك من العقوبات البديلة، أو حتى ترشيح المحكوم عليه للاستفادة من العفو أو الإفراج المقيد بشرط، وكل ذلك سعيا نحو إصلاح المحكوم عليه، وضمن إدماجه الاجتماعي، وتجاوبه مع قواعد السلوك العام. والثالث: رئاسة قاضي تطبيق العقوبات للجنة التنفيذ يسعى إلى توحيد جهود كل المتدخلين في ميدان تنفيذ العقوبة، سواء أعلق الأمر بجهات قضائية كالنيابة وقاضي التحقيق وقاضي الأحداث، أم تعلق بجهات إدارية كمصلحة السجون والمؤسسات العقابية التي تأخذ حكمها، والجهات الإدارية العامة التي تساهم في عملية الإصلاح والتأهيل، وزارات الصحة

(1) عبدعلي حفيظ، صلاحيات قاضي تطبيق العقوبات في مراقبة الفضاء السجني، كلية الحقوق أكادال، الرباط، ٢٠١٧،

والشباب والتشغيل والتعليم، وكذا مؤسسات المجتمع المدني وجمعيات رعاية السجناء أو أسرهم أو الرعاية اللاحقة أو مؤسسات حقوق الإنسان، والجمعيات الطبية والإنسانية، وذلك للاستفادة من الاستشارات المتخصصة والخبرات الفنية التي تفيد عملية التنفيذ والتأهيل، وكذلك تساهم في توفير الوسائل المادية الضرورية لتحسين الأداء القضائي في مجال الإشراف على التنفيذ الجنائي^(١).

ولا يقتصر تدخل القاضي على تتبع تنفيذ العقوبات داخل المؤسسات العقابية، بل يتعداه إلى خارج هذه المؤسسات بالنسبة للمعاملة في الوسط المفتوح كالإفراج الشرطي، ووقف التنفيذ والاختبار القضائي وغيرها، وبهذا يتضح أن هناك قضاء مستقل يعتبر الأسلوب الأمثل للإشراف على تنفيذ العقوبات وتطبيقها في الأنظمة الحديثة، أي كانت هذه العقوبات سواء داخل المؤسسات العقابية أو خارجها، سواء أكانت العقوبة سالبة للحرية أم بديلة عنها^(٢) لذلك سوف يوضح الباحث مفهوم وسلطات قاضي تطبيق العقوبات في المطلب الأول، وقرارات قاضي التطبيق العقوبات واللجان المساعدة له في المطلب الثاني، وطرق الطعن في قرارات قاضي تطبيق العقوبات في المطلب الثالث.

المطلب الأول

سلطات قاضي تطبيق العقوبات

أولاً : مفهوم قاضي تطبيق العقوبات . تباينت التشريعات الجنائية في الأخذ بمبدأ الإشراف القضائي على تطبيق الجزاء الجنائي، فمنها من أخذ بأسلوب القاضي المتخصص، بمعنى أن يتفرغ القاضي فقط للقيام بهذه المهمة دون غيرها، ويصقل مهارته في إجراءات تنفيذ الجزاءات الجنائية كافة، حتى يقوم بهذه المهمة على أكمل وجه؛ ومنها من أخذ بأسلوب قاضي الحكم، وهذا يعني أن يعهد إلى القاضي الذي أصدر حكمه بمهمة الإشراف على تنفيذ هذا الحكم، ويتميز هذا الأسلوب بأنه يتيح للقاضي دراسة ظروف المحكوم عليه من خلال دراسته للقضية قبل وبعد الحكم، ويسهل عليه اتخاذ أنجع أساليب التنفيذ^(٣)، والإشراف القضائي مع فرض وحدة الدعوى الجنائية من خلال قيام السلطة القضائية بالتدخل في الإشراف والتنفيذ بحيث تنفرد باتخاذ القرارات في نطاق يتسع أو يضيق حسب اختلاف

(١) عبدعلي حفيظ، صلاحيات قاضي تطبيق العقوبات في مراقبة القضاء السجني، المرجع السابق، ص ٦ .

(٢) د. بشرى رضا راضي سعد، بدائل العقوبات السالبة للحرية وآثرها في الحد من الخطورة الإجرامية، المرجع السابق، ص ١٨٦ .

(٣) فيصل بوخالفة، الإشراف القضائي على تطبيق الجزاء الجنائي، المرجع السابق ٢٠١٦، ص ٤٠ .

التشريعات، ما يجرنا إلى معرفة أصل تسمية قاضي تطبيق العقوبات، وعلاقته بالإشراف والتنفيذ، ومفهوم قاضي تطبيق العقوبات، وبعض النماذج التي انتهجت هذا النهج: ١. أصل تسمية قاضي تطبيق العقوبات وعلاقته بالإشراف والتنفيذ: هذه التسمية ترجع إلى الرغبة في الكشف عن فكرة استمرار الدعوى الجنائية، وامتداد اختصاص القضاء لاختيار العقوبة أو التدبير والتدخل في تطبيق الجزاء، وأصبح الامتداد يشمل التحقيق الكلي بمعنى أنه إلى جانب النطق بالحكم لا بد أن يطبقه، ومن هنا جاء اصطلاح "قاضي تطبيق العقوبات"، وهناك من يرى أن مصطلح "قاضي التنفيذ" أشمل، وهو الأقرب للمراد لأن مهمة القاضي غير قاصرة على تطبيق نصوص القانون فحسب بل أيضا متابعة تنفيذها، هذا فضلا عن أن اصطلاح "التنفيذ" أقرب إلى حقيقة استقلال التنفيذ واستقلال قاضيه في مواجهة الحكم، كما أن اصطلاح العقوبات يجب حذفه لتكون التسمية "قاضي التنفيذ"، والتي تدل على شمولية اختصاصه بالتدابير الاحترازية إلى جانب العقوبات، وهذا ما ذهب إليه المشرع المصري، وهذه الاعتبارات تتفق مع استقلالية مرحلة التنفيذ والقواعد القانونية التي تحكمها والجهة القضائية التي تتولى الرقابة عليها^(١). وقد تأثرت بعض التشريعات العربية بالقانون الفرنسي في التعبير عن قضاء التنفيذ باصطلاح (التطبيق)؛ حيث سمي في لبنان (قاضي تطبيق العقوبة)، ووصفه المشرع الجزائري بتعبير (قاضي التطبيق) وجمع المشرع الليبي بينه وبين قضاء الحكم وسمي (قاضي الإشراف)^(٢). ٢. تعريف قاضي تطبيق العقوبات: هناك من يعرفه بأنه "هو القاضي الذي يشرف إشرافا مباشرا على تصنيف الجناة، وعلى كيفية تنفيذ العقوبة أو التدبير الاحترازي أو الوقائي، بما يلائم حالة كل صنف منهم، وتطور هذه الحالة أثناء التنفيذ، فهو لازم لحسن أداء رسالة العقاب في تقويم النفوس المنحرفة، عن طريق تخيير المعاملة المناسبة لكل منهم بحسب ما يتكشف عنه ملف الجاني، ونتائج الفحوص التي خضع لها قبل صدور حكم الإدانة وبعد صدوره، وفي كل مراحل التنفيذ المختلفة، وخصوصا للعقوبات طويلة المدة، وأيضا للجنة المصابين بأمراض نفسية أو عصبية، إن لم تبلغ مرتبة الإعفاء الكلي من المسؤولية بطبيعة الحال"^(٣)، ولم يتم تحديد تعريف لقاضي تطبيق العقوبات لأن تقييده بمهام معينة تعرقل مهمته، باعتبار أن العلاج العقابي وتكييف العقوبة مرتبطة بشخص المحكوم عليه وكان لزاما عدم تقييد القاضي المنوط له التنفيذ بنوع من الصلاحيات لتشعب طرق العلاج العقابي على اختلاف تطور

(١) د. عبدالعظيم مرسي وزير، دور القضاء في تنفيذ الجزاءات الجنائية، المرجع السابق ١٩٧٨، ص ٣٦٩.

(٢) د. عبدالعظيم مرسي وزير، دور القضاء في تنفيذ الجزاءات الجنائية، المرجع السابق، ص ٣٧٣.

(٣) د. عصام عفيفي، مجموعة القواعد الجنائية في القضاء الجنائي، المرجع السابق، ص ٣٤.

درجة إصلاحه واستعداده للتأقلم مع المجتمع^(١)، إن دور قاضي تطبيق العقوبات ينحصر في متابعة الأحكام الجنائية، باعتباره سلطة اتخاذ قرار خلال مرحلة التنفيذ مباشرة التي يتحدد فيها أساليب المعاملة العقابية، وعليه بذلك أن يشخص العقوبات وأنواع العلاج العقابي ويراقب كيفية تطبيقها والتعديل فيها إذا اقتضت الضرورة، ويراقب مشروعية تطبيق العقوبات السالبة للحرية، والعقوبات البديلة لضمان تطبيقها السليم لتدابير تفريد العقوبة^(٢). وهناك من يوصف قاضي تطبيق العقوبات بأنه مؤسسة مستقلة قائمة بذاتها، فلا هو من بين قضاة النيابة ولا هو من بين قضاة الحكم، وذهبوا إلى وصفه بأنه قاضي من نوع خاص، فهو يقترب من قضاة النيابة والحكم في نفس الوقت، الأمر الذي جعل المشرع الجزائري يعتبر منصب قاضي تطبيق العقوبات على مستوى كل مؤسسة عقابية، وذلك تسهيلا لممارسة مهامه، ويعين من طرف النائب العام في المجلس القضائي أمين ضبط يساعده، وهذا من ضمن اختصاصات لجنة تطبيق العقوبات ويقوم بدور القرار دون أن يكون له صوت تداولي في اللجنة، فإن كل هذه الاختصاصات والسلطات الممنوحة لقاضي تطبيق العقوبات تجعله مؤسسة قائمة بذاتها^(٣).

ثانيا: اختصاصات قاضي تطبيق العقوبات. مرحلة التنفيذ هي ثمرة جهود أجهزة العدالة لإرساء الأمن والاستقرار بالعدل والمساواة أمام القانون، وتهدف هذه المرحلة لعلاج المنحرفين وتقويمهم والوقاية من الجريمة في الوقت ذاته، لذلك يجب أن تتضمن قواعد تنفيذ العقوبة مبادئ أساسيين: الأول هو ضرورة توفر الحد الأدنى لاحترام أدمية المحكوم عليه وإنسانيته، والثاني هو ضرورة الاستفادة من العقوبة في إصلاح المحكوم عليه وتهذيبه وعلاجه لكي يعود صالحا في الجماعة، ويكون لقاضي التنفيذ الدور الأكبر سواء داخل المؤسسات العقابية أو خارجها^(٤). ويتولى قاضي تطبيق العقوبات إضافة إلى قراراته الملزمة في تنفيذ العقوبة تقديم المشورة والمقترحات للجهات المختصة، وبالضرورة يمنح القاضي اختصاصات إبداء رأيه للسلطات الإدارية، سواء أكانت تلك المسؤولة عن تطبيق العقوبة، أم عن تطبيق البرنامج الإصلاحية، وبعض التشريعات نصت على سبيل الحصر على اختصاصات قاضي تطبيق العقوبات، وهذه الاختصاصات يمارسها القاضي في الوسط المفتوح، وتهدف بدورها إلى إعداد المحكوم عليهم للحياة الاجتماعية الحرة، ويكون التدخل

(١) آمال أنال، أنظمة تكييف العقوبة وآليات تجسيدها، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ٢٠١٦، ص ٢٢٨.

(٢) د. محمد عبد الحميد مكي، تنفيذ الأحكام الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١، ص ٩٣.

(٣) مهيرة عفاف، دور قاضي تطبيق العقوبات في تنفيذ الأحكام الجزائية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، ٢٠١٧، ص ١٧.

(٤) د. مأمون محمد سلامة، أصول علم الإجرام والعقاب، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٩، ص ٣٣٧.

لأجل مباشرة الإشراف والرقابة على تنفيذ الأنظمة المستحدثة في المجال العقابي، والهدف منها تقويم المحكوم عليه وإعادته للتألف الاجتماعي من خلال دوده خارج المؤسسات العقابية، ويتم ذلك من خلال التعاون بينه وبين اللجان المختصة، وأهم الأنظمة المعمول بها في العقوبات البديلة عن الحبس، وقف تنفيذ العقوبة، والاختبار القضائي، والإفراج الشرطي، والوضع تحت المراقبة الإلكترونية، والعمل للمنفعة العامة^(١). ولقد منح قاضي تطبيق العقوبات صلاحيات واسعة في مرحلة التنفيذ الجنائي، منذ صيرورة الحكم الجنائي بإدانة المتهم نهائيا، وصدور أمر تنفيذه من الجهات المختصة، ومن بين الصلاحيات التي تبنتها التشريعات الحديثة مراقبة عملية العلاج العقابي، وتقديم الاستشارات اللازمة للإدارة العقابية: ١. الاختصاصات الرقابية والاستشارية لقاضي تطبيق العقوبات: والمقصود بالسلطة الرقابية لقاضي تنفيذ العقوبات تمكينه من مراقبة عملية إعادة التأهيل الاجتماعي للمحكوم عليهم، من خلال إحاطته بجميع الإجراءات التي تخص التأهيل داخل وخارج المؤسسات العقابية، والتدخل عند الاقتضاء في حالة الإخلال بمقتضياتها، وتمتد هذه السلطة لتشمل شؤون المحكوم عليهم والمؤسسات العقابية، وكذا أساليب العلاج، أما الاختصاصات الاستشارية لقاضي تطبيق العقوبات تمكّنه من إبداء الرأي للإدارة، بغرض اتخاذ قرار يمس بالمركز القانوني للمحكوم عليه، وفقا لتطور نتائج التأهيل والبرامج يخضع لها المحكوم عليه، ومنح هذا الاختصاص لتجعل من القاضي في احتكاك مباشر بمسيرة الإدارة العقابية، والخبراء الاجتماعيين والأطباء المتخصصين، ومع تطور الأطر القانونية المنظمة للمؤسسات العقابية تطورت الوظيفة الاستشارية لقاضي تطبيق العقوبات حتى أصبحت لجنة تطبيق العقوبات التي يرأسها قاض تتخذ قراراتها بالأغلبية في القرارات الإدارية، أما ما يخص القرارات التي تمس المركز القانوني للمحكوم عليهم فإن القرار الفصل للرئيس^(٢).

١. الاختصاصات التقريرية لقاضي تطبيق العقوبات : اقتضت السياسة العقابية الحديثة تزويد السلطات التقريرية للقاضي أثناء التنفيذ، لتمكينه من تتبع تطور مسار التفريد العقابي، ومن هذا المنطلق تعتبر الوظيفة التقريرية العصب الحيوي للتدخل القضائي في تنفيذ الأحكام الجنائية، وباعتبار أن الجزاء الجنائي يمكن تنفيذه كليا أو جزئيا، حيث يتم تنفيذ جزء خارج المؤسسات العقابية، تبعا لنوع الجزاء الملتم لشخصية المحكوم عليه، وبالتالي فإن طرق العلاج المطبقة خارج المؤسسات العقابية تختلف عن تلك المستخدمة داخلها، ومن ثمّ فإن اختلاف أساليب المعاملة العقابية في الوسطين المغلق والمفتوح سيؤدى بالضرورة إلى اختلاف القرارات التنفيذية، والصادرة من قاضي تطبيق العقوبات، والمتعلقة

(١) محمد عبدالله أفرورو، الإشراف القضائي على التنفيذ الجنائي، المرجع السابق، ص ١٣٦ .

(٢) مهريّة عفاف، دور قاضي تطبيق العقوبات في تنفيذ الأحكام الجزائية، المرجع السابق، ص ٤٣ .

بعملية العلاج العقابي، والتدابير اللازمة للمحكوم عليهم، وستعرف لاحقا على الطبيعة القانونية لهذه القرارات، وطرق الطعن فيها في حال خرجت عن المقاصد القانونية للتنفيذ الجنائي الحديث. ٢. اختصاصات قاضي تطبيق العقوبات داخل المؤسسات العقابية: طبيعة الاختصاصات التي توكل لقضاء تطبيق العقوبات داخل المؤسسات العقابية تنقسم إلى عقابية وغير عقابية، والاختصاصات العقابية تتمثل في اتخاذ القاضي قرارات ضرورية لتحديد نوع المعاملة العقابية وأساليب تنفيذها، حيث استقرت هذه المعاملة في ضوء وضع مبادئ محددة تنظم حياة السجين، وكيفية معاملته منذ إدخاله المؤسسة وتم تحديدها في ست عمليات، الفحص، والتصنيف، والتعليم والتثقيب، والعمل، والرعاية الصحية، والرعاية الاجتماعية^(١)، أما الاختصاصات غير العقابية تتمثل في التفتيش والمراقبة وإبداء الرأي في المقترحات، كما يختص بالنظر في مراقبة الجزاءات التأديبية التي تتخذ ضد المحكوم عليه، في حال مخالفة النظام والانضباط، ويسمى ذلك بالتفريد التنفيذي وتحدد المعاملة العقابية الملازمة لإصلاح المحكوم عليه في حدود المبادئ والقواعد العامة التي يحددها المشرع، بحكم الاتصال المباشر بالمحكوم عليه، حينما يجد أن العقوبة المحكوم بها لم تعد مناسبة لظروفه الشخصية، خاصة بعد انقضاء فترة زمنية من التنفيذ على ضوء ما يطرأ من تطور في سلوكه خلال فترة التنفيذ^(٢). ومن أهم الاختصاصات الموكلة لقاضي تطبيق العقوبات داخل المؤسسات العقابية مراقبة الجزاءات التأديبية، فيوجب القانون على المحكوم عليه احترام النظم واللوائح المعمول بها داخل المؤسسات العقابية التي تحفظ سير العمل اليومي للمؤسسة والانضباط، وعند مخالفة المحكوم عليه يخشى تعسف الإدارة في تأديبه مما يؤدي إلى ضياع جهود برامج التأهيل والإصلاح والتقويم أو انتهاك حقوق المحكوم عليه وحرياته، لهذا تظهر الحاجة الماسة إلى تدخل القضاء لفرض رقابته وضمن حقوق المحكوم عليه أثناء خضوعه للجزاءات التأديبية ومدى سلامة الإجراءات المتخذة^(٣). ومن الاختصاصات الموكلة لقاضي التنفيذ داخل المؤسسات العقابية النظر في أساليب المعاملة العقابية للمحكوم عليهم، بمعنى يمنح القاضي المحكوم عليه فرصة الاستفادة من الأساليب والمعاملات التي يمكن أن يكون لها دور أفضل في إصلاح وتأهيل المحكوم عليه لعدة اعتبارات وشروط معينة، وبهذا يجوز لقاضي تطبيق العقوبة تعديل القرار الصادر من قضاء الحكم، ومن هذه الأساليب نظام شبه الحرية، ونظام الوضع بالخارج، وتصاريح الخروج لاعتبارات إنسانية ونظام تجزئة العقوبات، فإن قاضي الإشراف على المؤسسات

(١) عبدالله الغني غانم، العقوبة والمؤسسات العقابية، مج ٧، ١٤، إبريل، ١٩٩٨، مجلة الفكر الشرطي المشاركة، ص ٢٢٢.

(٢) د. خالد بن سالم بن سعيد السعيد، الضوابط الدستورية للتجريم والعقاب والمحاكمة في النظام الأساسي لسلطنة عمان، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ٢٠١٢، ص ٣٦٧.

(٣) د. رجب علي حسين، تنفيذ العقوبات السالبة للحرية، دار المناهج للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١، ص ١٧٣.

العقابية في إيطاليا هو الذي يحدد نهائيا أسلوب تنفيذ العقوبة وتصنيف المحكوم عليهم والإيداع في المؤسسات شبه المفتوحة، وذلك بصدد تطبيق نظام الاحتجاز التدريجي والمتنوع والضمانات الفردية للمتهم أثناء التنفيذ^(١). إضافة إلى مراقبة الجزاءات التأديبية والنظر في أساليب المعاملة العقابية هناك اختصاص آخر لقاضي تطبيق العقوبات يتمثل في تخفيضات العقوبة، وهذا يعني العفو القضائي عن باقي العقوبة وفقا لشروط معينة ويكون في العقوبات السالبة للحرية، ويؤخذ في الاعتبار استجابة المحكوم عليه لبرامج الإصلاح والتأهيل مبكرا وحسن سيرته وسلوكه^(٢). وتطبيق العقوبات حديثا من اختصاص قاضي تنفيذ الأحكام داخل وخارج السجون والإشراف على ذلك، ولم يكن للمدعي العام سوى دور ثانوية، وخلافا لإسبانيا حيث يكون القاضي مسؤولا عن تنفيذ الأحكام، وينص القانون الفرنسي على مسؤولية تنفيذ الحكم مع وزارة العدل، وفي بعض البلدان الأوروبية يتم منحها لإدارة السجون، أما في فرنسا فإن قانون الإجراءات الجنائية كان يعتمد مكتب المدعي العام بتنفيذ العقوبة، لأن اختصاصه هو السعي للملاحقة القضائية، ودعم أو الاتهام أمام محكمة ابتدائية ولكن أيضا بالسبل والوسائل لضمان فعالية العقوبة التي يصدرها القاضي. وكثرة السلبات طالب برلمانيون في فرنسا السلطة التنفيذية التي هي في قمة التسلسل الهرمي من مكتب المدعي العام أن يقدم تقريرا سنويا عن الأوضاع السائدة فيه التي تنفذ الأحكام، حتى صدر مؤخرا قانون يكلف وزير العدالة بتقديم تقرير إلى البرلمان في التي تم تنفيذ الأحكام. على مستوى محاكم الاستئناف الدينا، و النائب العام، وعلى مستوى المحاكم من السلطة العليا النيابة العامة للجمهورية يجب أن يكتب كل عام تقريرا عن تنفيذ الأحكام. وفي ذلك الوقت كانت هناك مشكلة بخصوص دور المدعي العام على مستوى التطبيق والعقوبات، ولا تنطوي على تدخل قاضي إنفاذ الأحكام. ومنها الغرامات المالية التي تدخل الخزانة العامة التي فرضتها الشرطة أو الدرك، تعليق رخصة القيادة، ولكن عندما توقع عقوبات السجن يأتي دور القاضي، ومن ثم فإن قانون السجون لن يمنح النيابة صلاحيات بل مجال التدخل الجديد. والانتقاد الذي وجه إلى قانون السجون هو نزع سلطة انفاذ القانون من قبل السلطة القضائية وهذا الادعاء لا أساس له من الصحة لأننا عندما ننظر إلى قانون السجون، نرى أن القاضي من التطبيق فإن العقوبات لا تزال تسيطر على اغلب العقوبات. وفي هذا المجال الجديد للتدخل، سيقترح سبب تعديل العقوبات بعد فحص ملف كل محكوم عليه، إذا وافق الادعاء يرسل كل ذلك إلى قاضي التنفيذ الذي لديه سلطة التاجيل أو الاستعاضة بغير الحبس، و إذا كان في الفترة الماضية هذه الفترة ادارة السجن

(١) د. عطية عبدالسلام عبدالقادر الفيتوري، ضمانات حقوق السجين أثناء التنفيذ العقابي في القانون الليبي، المرجع السابق، ص ٣٦٢.

(٢) محمد عبدالله أفرورو، الإشراف القضائي على التنفيذ الجنائي، المرجع السابق، ص ١٢٦.

من تقرر مصير المحكوم عليه او تنهي علاقته بالقضاء ، فقد تم تلافي هذه المشكلة سمح لقاضي التنفيذ عقوبات تقرير كيفية واسلوب تنفيذ عقوبة وكذلك تعديل العقوبة ، وهذا النظام لا يقلق بل بلعكس يكمل الثغرات التي كان يعاني منها النظام الجنائي، فالحكم امر قضائي لا يسمح فقط للشرطة تفسير كيفية التنفيذ او التعامل مع متغيرات وظروف التنفيذ ، وهذه الاحالة المنتظمة للقاضي وإنفاذ الأحكام^(١) . ٤. اختصاصات قاضي تطبيق العقوبات خارج المؤسسات العقابية: ونعني بها المعاملة في حالة عدم تنفيذ العقوبة داخل المؤسسة أو بعد تنفيذها، وهنا يجوز للقاضي أن يأمر بتدبير أو أكثر من الجزاءات البديلة عن الحبس، عندما يرى ذلك أنسب للمحكوم عليه، وفقا لما يسمح به القانون، وبهذا يجنب المحكوم عليه قضاء العقوبة داخل أسوار المؤسسات العقابية، وينفذ العقوبة خارجها، بفرض التزامات من خلال فرض نمط معين من بدائل العقوبات السالبة للحرية أو أكثر، ويراقب المحكوم عليهم بعقوبة مع إيقاف التنفيذ، ووضعهم تحت الاختبار، فيراقبهم بنفسه، أو من خلال لجنة الوضع تحت الاختبار التي يرأسها، فيملك القرار بإلغاء الالتزامات المفروضة على الخاضع للحكم، ويملك اتخاذ قرار الإفراج الشرطي، وله اقتراح الإفراج عن المحكوم عليهم، وله إلغاء الإفراج الشرطي وسلطة القبض على المفرج عنه، ويتولى مساعدة المفرج عنهم ومراقبتهم مع الجهات ذات العلاقة^(٢) . وتهدف هذه الاختصاصات تجنب العقوبات السالبة للحرية، في حال لم يكن للمجرم خطرا بالمعنى الذي يهدد امن وسلامة المجتمع^٣ ،

(١) L'aménagement des peines privatives de liberté : l'exécution de la peine

Autrement, Collection Travaux & Documents, Impression : L'Artésienne=

=Mai 2013, pg 213.

(٢) د. محمد عبدالله الوريكات، مبادئ علم العقاب، المرجع السابق ، ص ٢٥٣ .

(٣) **Hélène Hurpy**: L'évolution de la notion de mesure privative de liberté, Association française de droit constitutionnel VIIe Congrès français de droit constitutionnel CONGRÈS DE PARIS 25, 26 et 27 septembre 2008, pg 4.

ومنح خيارات أخرى للقاضي لبدائل الحبس قصير المدة، وتختلف التشريعات التي أخذت بقضاء الإشراف على التنفيذ في تنظيم الاختصاصات في الوسط المفتوح، ويتميز القانون الفرنسي والإيطالي بأن جعل لقضاء تطبيق العقوبات دوراً مهماً خارج المؤسسات العقابية، ويتم ذلك من خلال التعاون بينه وبين لجان منها لجنة الاختيار القضائي ونظام وقف التنفيذ ونظام الوضع تحت المراقبة الإلكترونية ونظام الإفراج الشرطي ونظام رد الاعتبار ونظام العمل للمصلحة العامة وغيرها من الأنظمة الشبيهة التي ينفذ بموجبها الجزاء خارج المؤسسات العقابية^(١). وتختلف اختصاصات القاضي المختص بالإشراف على التطبيق من دولة إلى أخرى تبعا للسياسة التشريعية العقابية فتعطي بعض التشريعات سلطات واسعة للقاضي المختص بالإشراف على العقوبة بينما تضيق بعض التشريعات من نطاق تلك السلطات أو تحد منها، وتحديد مدى نطاق تلك الاختصاصات في مجال العقوبات البديلة، فيجب أن يرتبط بالغاية والهدف من إصلاح المحكوم عليه وتأهيله، لذلك لا تخرج عن القدرة اللازمة لاستمرار سير تلك العقوبة على الدرب الصحيح لتحقيق تلك الأهداف^(٢)، وتنقسم إجمالاً إلى قسمين؛ الأول اختصاصات رقابية واستشارية تشمل مراقبة المحكوم عليهم، وزيارة المؤسسات ومراقبتها، وتلقي التقارير المعلومات والشكاوى، ومراقبة التنفيذ، والثاني اختصاصات الاستشارية وهي إبداء الرأي والمشورة والفحص واللبث في الآراء الاستشارية في حال قدمت له من مدراء المؤسسات العقابية للاستناد عليها في قراراته^(٣). وعادة ما يسند إلى قاضي تطبيق العقوبات البديلة اختصاصات السماح للمحكوم عليهم بالعمل خارج المؤسسات العقابية، وتقرير انتقاعه بنظام شبه الحرية والتصريح له بالخروج مؤقتاً من المؤسسة، ويقرر القانون وجوب أخذ رأي قاضي تطبيق العقوبات قبل اتخاذ إجراءات معينة، أهمها وضع اللائحة الداخلية للمؤسسة العقابية التي يشرف عليها، ومنح الإفراج الشرطي، وطلب إخضاع المحكوم عليه لنظام عقابي مخفف، ويجوز إبداء رأيه قبل إصدار العفو، وأن يقترح ابتداء منح الإفراج الشرطي، وضمنان مباشرة اختصاصاته بصورة فعالة يلزمه القانون بزيارة كل مؤسسة تخضع لإشرافه مرة كل شهر على الأقل للتحقق من الظروف التي ينفذ فيها المحكوم عليهم عقوباتهم وعليه أن يستمع إلى المحكوم عليهم ومتابعة شكاوهم، ويراقب تنفيذ الالتزامات للمحكوم عليه بالإفراج الشرطي واتخاذ

(١) د. عبدالعظيم مرسي وزير، دور القضاء في تنفيذ الجزاءات الجنائية، المرجع السابق، ص ٥٤٣.

(٢) د. أيمن رمضان الزيني، العقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة وبدائلها، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ٥٠٦.

(٣) فيصل بوخالفه، الإشراف القضائي على تطبيق الجزاء الجنائي، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ٢٠١٦، ص ١٥٦.

القرارات اللازمة، ويقرر القاضي فيما يتعلق بإيقاف التنفيذ والإخضاع للاختبار القضائي، والرعاية اللاحقة للمفرج عنهم، ويحدد القانون القيود التي تفصل بين اختصاصاته واختصاصات مدير المؤسسة العقابية^(١). ولقد ظهرت أساليب متعددة وإن كانت كلها تصب في قالب، وهذه الأنظمة البديلة عن الحبس كما سبق أن فصلنا أنماطها في الباب الثاني، ولا بد أن يكون لقاضي تطبيق العقوبات دور في تنفيذ هذه الجزاءات الجنائية مهما تنوعت أنماطها. ونأخذ على سبيل المثال لا الحصر أسلوبا من أساليب المعاملة الجنائية للعقوبات البديلة بمعية قاضي تطبيق العقوبات بإجراءات تنفيذ الحكم بعقوبة العمل للمنفعة العامة: يبدأ قاضي التنفيذ باستدعاء المحكوم عليه بمحضر يضم بياناته، وبعد التأكد من سلامته الصحية، وقدرته على العمل والنظر في مؤهلاته، يختار له عملا بين الفرص المعروضة يتلاءم مع قدرته الفكرية والبدنية، والتي تساهم فعلا في الاندماج الاجتماعي دون أن تؤثر على حياته المهنية والعائلية، وبالنسبة لفئة النساء يتعين على قاضي تطبيق العقوبات مراعاة الأحكام التشريعية المتعلقة بتشغيل النساء، كعدم تشغيل النساء ليلا، وعدم إبعاد القصر عن أسرهم، وعدم تشغيل المرأة الحامل، مع ضرورة الأخذ بخصم المدة المحكوم بها إذا كانت بديلا عن سلب الحرية، وبهذا يصدر القاضي أمرا يحتوي على اسم المؤسسة التي تستقبل المعني، وكيفية أداء العقوبة، وطبيعة العمل، والتزامات المعني، وساعات العمل. وباقي الإجراءات تتمثل في إجراء معاملات العمل التي تتعلق بالضمان الاجتماعي والتأمين على الأخطار، والإشارة إلى عقوبة مخالفة تنفيذ الالتزامات كمرجعه للحبس في حال استبدال العقوبة، وضرورة موافاة قاضي التطبيق ببطاقة مراقبة أداء العمل وتبليغه بمخالفة الالتزامات. وفي حال تعرض تنفيذ عقوبة العمل للمنفعة العامة لإشكاليات التنفيذ التي تعيق التطبيق السليم، كعدم تأقلم المحكوم عليه مع برنامجه أو أوقاته، يتم عرض هذه الإشكاليات على القاضي ليتم الفصل فيها بتعديل البرنامج أو تغيير المؤسسة المستقبلة، مع الأخذ بالتجارب السابقة وحيل بعض المحكوم عليهم للتهرب من تطبيق الجزاء، وللقاضي وقف تنفيذ الجزاء لأسباب صحية أو اجتماعية، وفي حال وصول إخطار بنهاية تنفيذ العقوبة من المؤسسة المستقبلة، يقوم القاضي بإرسال إخطار نهاية تنفيذ العقوبة للنيابة وهي بدورها تخطر جهة السوابق الجنائية بذلك^(٢). ويرى الباحث مهمة قاضي تطبيق العقوبات محورية في إرساء العدالة الجنائية بتطبيق سياستها التطبيق الأمثل، فهو يحرص على توحيد جهود جميع المتدخلين في ميدان تنفيذ العقوبة، سواء أعلق الأمر بجهات قضائية كالنيابة العامة

(١) د. محمود نجيب حسني، علم العقاب، المرجع السابق، ص ٢٩٧.

(٢) د. فريدة بن يونس، تنفيذ الأحكام الجنائية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر

وقاضي التحقيق وقاضي الحكم، أو تنفيذية كإدارة المؤسسة العقابية والجهات التنفيذية الأخرى التي تتعاون مع هذه الإدارة، أو المؤسسات المدنية كالجمعيات العلمية والحقوقية والمنظمات الدولية، وباقي مكونات المجتمع لخلق تصور موحد ومناسب للمعاملة العقابية، والمساهمة في توفير الوسائل المادية الضرورية لتحسين الأداء القضائي في مجال الإشراف على التنفيذ.

المطلب الثاني

قرارات قاضي تطبيق العقوبات واللجان المساعدة له

لاشك أن العقوبات البديلة عن الحبس تحتاج إلى تحديثات تتوافق مع السياسة العقابية التي انتهجت نهجا جديدا لإعادة التوافق الاجتماعي للمحكوم عليه، وهو تشكيل فريق من المختصين والفنيين حتى يتم تبادل وجهات النظر في تحقيق أهداف التنفيذ الجنائي، وهذا الفريق يرأسه قاض لضمان شرعية الإجراءات والقرارات التي تتخذ في مرحلة التنفيذ، وهذا الأسلوب يمثل صورة من صور التعاون بين القضاء والإدارة العقابية، ويؤدي إلى تجنب مشاكل تنازع الاختصاص التي تنشأ في حال تدخل السلطة القضائية في التنفيذ، وستتعرف على طبيعة القرارات التي يتخذها القاضي ودور اللجان المختصة المساعدة للقاضي وطرق وإجراءات الطعن في قرارات التطبيق^(١).

أولا : الطبيعة القانونية لقرارات قاضي تطبيق العقوبات. كي نعرف الطبيعة القانونية لقرارات قاضي تطبيق العقوبات البديلة، لا بد أن نتعرف أولا عن طبيعة الإجراءات الواجب اتباعها لإصدار تلك القرارات، والجهة القضائية التي تتولى النظر في قانونية هذه القرارات، فإذا كانت قرارات قاضي التطبيق ذات طبيعة إدارية، فينظر في طعنها أمام القضاء الإداري، أما إذا كانت ذات طبيعة قضائية فسيتمولى القضاء الجنائي على النظر فيها؛ أي لا بد من معرفة الفصل بين القرارات الإدارية والقرارات التي تتعلق بمصير المحكوم عليه، فاتخاذ أي قرار من شأنه أن يؤثر على المركز القانوني للمحكوم عليه أو حقوقه وحرياته الشخصية لا يكون ذلك مجرد قرار إداري، وإنما يتعلق بتنفيذ العقوبة^(٢). وبالرغم من الاختلاف الذي وجدته بعض التشريعات الجنائية، حيث جعلت بعضها قرارات قاضي التطبيق إدارية وبعضها جعلتها جنائية وبعضها أخذ بالنظام المختلط، إلا أن الباحث يؤيد التشريعات التي جعلت ثلاثة معايير بتحدد بها طبيعة قرارات القاضي؛ الأول: مدى المساس بحدود العقوبة، والثاني: المركز القانوني للمحكوم، فإذا ترتب عليها مساس بحدود العقوبة، كتعديل مضمون الحكم القضائي تكون قرارات قضائية، أما إذا لم يترتب عليها أي مساس فتكون قرارات

(١) محمد عبدالله أفرورو، الإشراف القضائي على التنفيذ الجنائي، المرجع السابق، ص ٩٣ .

(٢) فيصل بوخالفة، الإشراف القضائي على تطبيق الجزاء الجنائي، المرجع السابق ٢٠١٦، ص ٢٠٠ .

إدارية بحته، والمعيار الثالث: إذا كان قرار القاضي المشرف على تطبيق العقوبة مكملا للحكم الصادر أم لا، فإذا كان القرار مكملا للحكم يكون قضائيا، أما إذا كان متعلق بأسلوب تطبيق العقوبة كما هو الحال في تحديد المكان الذي سيتم فيه تنفيذ عقوبة العمل للمنفعة العامة مثلا أو المؤسسة التي سيودع فيها للعلاج فإن هذا القرار ذو طبيعة إدارية، وهذا ما أخذ به المشرع الفرنسي^(١). ولقد وضع المشرع الجزائري معيارا آخر لطبيعة القرارات التي يتخذها قاضي تطبيق العقوبات، ومسألة الطعن في القرارات، مختصرة على نوعين وهي قرارات التوقيف المؤقت للعقوبة، وقرارات الإفراج الشرطي، فأجاز للنائب العام الطعن فيها، بينما منح وزير العدل أحقية الطعن في حالة إذا كانت هذه القرارات تؤثر على الأمن والنظام^(٢).

ثانيا : دور اللجان المختلطة المساعدة لقاضي تطبيق العقوبات. يقوم هذا النظام على أساس اختلاط أشخاص وجهات التنفيذ الجنائي، ويتم عن طريق لجان قضائية مختلطة تتشكل من عناصر قضائية وأخرى إدارية تضم مجموعة من الفنيين المتخصصين في جوانب الشؤون العقابية، واللجان المختلطة، وهي فريق من الخبراء المتخصصين والفنيين يرأسه قاضي تطبيق العقوبات، لتبادل الآراء والتعاون حول تطبيق العقوبات، ويشكل من السلطة القضائية والتنفيذية وقد تدخل جمعيات علمية أو مدنية في هذه اللجان، وتبدو أهمية هذه اللجان في تطبيق العقوبات في أنها حلقة وصل بين القاضي والمحكوم عليه، وقد لقي الأخذ باللجان المختصة في بعض الأنظمة الجنائية ترحيبا من غالبية أعضاء الجمعية العامة للسجون في مؤتمرها الشهير بفرنسا سنة ١٩٣١ كما أشارت إليه توصيات باريس سنة ١٩٣٧^(٣). وتختلف اللجان باختلاف الأنظمة القانونية التي تتبناها، وتضم قاضيا متخصصا وخبراء وفنيون يساعدون على اتخاذ القرار، وبالرغم من الجدل الذي أثير حول تشكيل تلك اللجان وتبعيتها وأعضائها، فهناك من الفقهاء من يرى بمشاركة الإدارة العقابية، ووجه لهذا الاقتراح انتقادا لأنه لا يصح أن يكون أغلبية أعضاء اللجنة من الإدارة العقابية إذ لا يعقل أن يعمل القضاء تحت إمرة الإدارة التنفيذية في حال أخذ بأصوات الأغلبية، وهناك من يرى إضافة عضوية جمعيات الرعاية اللاحقة التي تعبر مهمتها ضرورية لمتابعة المفرج عنهم، وهو عمل لا يقدر عليه القضاء أو الإدارة العقابية، لذلك من باب أولى أن تضم اللجنة في عضويتها أكثر من جهة، ويرشح قاضي لهذه اللجنة لمعرفته بشخصية المحكوم عليه وظروف محاكمته. وأخذ بذلك النظام البلجيكي، حيث تشكل اللجنة من قاض ومحام وطبيب وملحق الطب النفسي، وتبت في أمر الإفراج النهائي أو الإفراج تحت التجربة للمحكوم عليه، كما تبت في مدة الاحتجاز والمؤسسة التي يتم فيها، كما نظم القانون نوعا آخر من اللجان التي تلعب دورا مهما في مجال وقف التنفيذ والاختبار القضائي، وتشكل من قاض ومحام وموظف يعينه وزير العدل، كما توجد مجالس لإعادة التنشئة وتضم عدة شخصيات من بينها قاض، وممثل للنياحة العامة، ويتم استشارتها بخصوص

(١) د. عبدالعظيم مرسي وزير، دور القضاء في تنفيذ الجزاءات الجنائية، المرجع السابق، ص ٣٨٧ .

(٢) آمال أنال، أنظمة تكييف العقوبة وآليات تجسيدها، المرجع السابق، ص ٢٥٦ .

(٣) د. عبدالعظيم مرسي وزير، نفس المرجع، ص ٢٨١ .

الإفراج الشرطي والاختبار، كما تساعد المحكوم عليهم داخل السجون، وتعمل على مساعدة قدامى السجناء بهدف تنشئتهم^(١). وهناك اختصاص مكاني يتعلق بمكان تنفيذ العقوبة ومحل المؤسسة، وهناك أيضا لجان مركزية ولجان محلية. ويحدد كل قانون اختصاصات وإجراءات كل لجنة، أما بالنسبة للاختصاص النوعي فهو الرقابة العامة على التنفيذ وتعديل أساليب النظام المطبق للجزاء، وكل ما يخص إجراءات وأساليب تنفيذ العقوبة، وقد يبقى الاختصاص النوعي في إطار التدابير الاحترازية غير محددة المدة لاختيار واحدة منها أو استبدالها بأخرى، وهذا يتوقف على النظام القانوني المتبع في كل دولة.

وأخذ المشرع الجزائري باللجان المساعدة، ولكنه فرق بينها وبين لجنة تطبيق العقوبات في التشكيل والمهام والاختصاص النوعي والمكاني، حيث تتمثل في نوعين؛ الأول: لجان مركزية متمثلة في اللجنة الوزارية المشتركة لتنسيق نشاطات إعادة تربية المحبوسين وإعادة إدماجهم الاجتماعي، وتتابع ضمان تطبيق السياسة العقابية، ويرأسها وزير العدل، وتتكون من عدة وزارات أخرى، وتتولى تنسيق القطاعات في إعادة الإدماج، وتقييم وضعية البيئة المفتوحة، والإفراج الشرطي، وإعداد ومتابعة برامج الرعاية اللاحقة. والنوع الثاني: لجنة تطبيق العقوبات وتشكل برئاسة قاضي تطبيق العقوبات، ومدير المؤسسة العقابية، ورئيس الاحتباس، ومسئول كتابة الضبط القضائي، وطبيب، وأخصائي نفسي، ومدرب المؤسسة، ومساعد اجتماعي، وتتولى مهام ترتيب وتوزيع المحبوسين، ومتابعة تطبيق العقوبات السالبة للحرية والبديلة عنها عند الاقتضاء، ودراسة طلبات إجازات الخروج، والتوقيف المؤقت لتطبيق العقوبة، وطلبات الإفراج الشرطي، وطلبات الوضع في الوسط المفتوح، والحرية النصفية، والورشات الخارجية، ومتابعة برامج إعادة التربية وتفعيل آلياتها^(٢). ولمعرفة المزيد عن اللجان المختلطة وجب الإحاطة ببعض سماتها، والإجراءات اللازمة بشأنها، وسنحاول التطرق إلى كيفية تشكيل هذه اللجان واختصاصها والإجراءات التي تتم أمامها وتقديرها. ١. تشكيل اللجان القضائية المختلطة: يختلف تشكيل هذه اللجان من تشريع إلى آخر بحسب الأنظمة القانونية التي تتبناها هذه التشريعات، وبحسب إمكانياتها من الكوادر المتخصصة و الموارد المادية، إلا أنه من المستقر عليه أن هذه اللجان تضم قاضيا رئيسا وبعض العناصر الفنية التي لها دراية بالشئون العقابية، وأعضاء بهدف اتخاذ القرارات المناسبة^(٣)، وعلى سبيل المثال

(١) د. عبدالعظيم مرسي وزير، دور القضاء في تنفيذ الجزاءات الجنائية، المرجع السابق، ص ٣٩١ .

(٢) فيصل بوخالفة، الإشراف القضائي على تطبيق الجزاء الجنائي، المرجع السابق ٢٠١٦، ص ١٩٥ .

(٣) يوجد اتجاهان بصدد تشكيل هذه اللجان، وأحدهما يميل إلى التشكيل الثابت لهذه اللجان ، أي بمعنى أنها لجان دائمة، والثاني: يميل إلى التشكيل المتغير حسب الظروف التي تحدث أثناء التنفيذ، وأهمية الموضوعات التي تعرض على اللجنة.

ففي الاتجاه الأول الذي يرى ضرورة ثبات اللجنة القضائية المختلطة يرى أن تتكون هذه اللجنة من ثلاثة عناصر؛ الأول: الخبرة الفنية، وتتمثل في وجود قاضي متخصص في مجال الشئون العقابية يعاونه في ذلك

يمكن أن يكون في عضوية اللجنة خبراء من جهات لها علاقة ببرامج التأهيل والإصلاح والتربية، والتدريب، وتساهم الدولة بعضوية وزاراتها وهيئاتها، ومن أهمها وزارة الصحة، والتشغيل، والتعليم، والاستثمار، والثقافة، والبحث العلمي، والشباب والرياضة، ولجان حقوق الإنسان، وهيئات العمل الإنساني، وجمعيات الرعاية الاجتماعية. ٢. اختصاص اللجان القضائية المختلطة: هناك نوعان من الاختصاصات للجان المختلطة؛ الأول: مكاني، والثاني: نوعي، فالاختصاص المكاني يختلف بحسب تبني نظام اللجان المركزية أو اللجان المحلية أو الجمع بينهما، ويهدف إلى التقرب من شخصية المحكوم عليه والاطلاع على الظروف التي أدت به إلى اقتراف الجريمة، وهناك من يرى أن معيار الاختصاص المكاني هو مكان صدور الحكم حتى تتمكن اللجنة من الحصول على كل المعلومات الموجودة بملف الدعوى، وهناك من يرى أن يكون موطن المحكوم عليه حتى يتم التعرف على البيئة المحيطة به، وهناك رأي ثالث يرى أن الاختصاص المكاني للجان المختلطة هو مكان التنفيذ حتى يكون مقرب من المؤسسة العقابية، والرأي الأخير هو الأفضل لكونه يسهل الحصول على المعلومات ويساعد على تحديد أساليب التأهيل والإصلاح^(١)، أما الاختصاص النوعي فهو تحديد اختصاصات اللجنة المختلطة بحسب كل تشريع،

مجموعة من الخبراء المتخصصين في العلوم النفسية والاجتماعية والطبية، بهدف الإسهام في إصلاح وتأهيل المحكوم عليه اجتماعياً، والعنصر الثاني: إداري يتمثل في ضرورة إشراك الإدارة العقابية في مجال الإشراف على تنفيذ الجزاءات الجنائية، نظراً لاتصالها الدائم بالمحكوم عليه، ولمعرفتها بالشئون العقابية، والعنصر الثالث: الرعاية اللاحقة؛ فيجب أن تسهم جمعيات الرعاية اللاحقة في اللجان، نظراً لاهتمامها الزائد بالمحكوم عليه قبل وبعد الإفراج، وذلك لعجز الإدارة العقابية عن القيام بهذه المهام، بسبب عدم توافر الوسائل اللازمة التي تؤهلها بالقيام بذلك.

أما الاتجاه الثاني المتغير والذي يرى ضرورة تشكيل اللجان المختلطة حسب الموضوعات المعروضة أمامها، ومدى تنوعها، وتغيرها، حتى يتسنى اختيار الفنيين المؤهلين للتعامل مع هذه الموضوعات، فكل حالة على حدة، وينادي هذا الاتجاه بضرورة تمكين رئيس اللجنة منفرداً باتخاذ القرار إذا تعلق الأمر بحماية المحكوم عليه خلال فترة التنفيذ، أو الفصل في أي نزاع ينشأ بينه وبين الإدارة العقابية. ولمزيد من التفاصيل انظر: د. السيد أحمد محمد علام، ضمانات المحكوم عليه خلال فترة التنفيذ العقابي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ٢٠١٢، ص ٢٣٨. وأيضاً انظر: د. عبد العظيم وزير، دور القضاء في تنفيذ الجزاءات الجنائية، المرجع السابق ص ٢٨١-٢٨٥.

(١) ذهب المشرع الألماني إلى إسناد السلطة القضائية اختصاصات هامة تتعلق بتنفيذ عدد من التدابير الاحترازية والعقوبات في القانون الصادر سنة ١٩٦٦، وأعطى الاختصاص إلى محكمة خاصة لتطبيق العقوبات، وبالفعل صدر القانون الخاص بإنشاء هذه المحاكم سنة ١٩٦٨ في مادته ٧٨/أ، حيث أشارت إلى إنشاء غرف لتطبيق العقوبات داخل كل محكمة إقليمية يقع في دائرة اختصاصها مؤسسات عقابية للبالغين من المحكوم عليهم بالسجن أو الحبس

إما اختصاص عام على التنفيذ، حيث يكون لها حق الرقابة على كل إجراءات التنفيذ بما لها من تعديل وتغيير أساليب التنفيذ العقابي، أو اختصاص معين يتعلق بأعمال، وأساليب فردية في حدود العقوبة السالبة للحرية، وتترك أمور الفصل في القرارات العقابية إلى القاضي رئيس اللجنة^٣ إجراءات اللجان القضائية المختلطة: أغلب التشريعات التي تأخذ بنظام اللجان القضائية المختلطة تكون هناك إجراءات إدارية خاصة بها، يجب اتباعها، وتناسب مع أساليب التنفيذ العقابي، وتتفق مع مضمونه، إلا أنه هناك من يرى اتخاذ الإجراءات المتبعة في المحاكم، من إعلان الخصوم وحضور ممثل النيابة، وشفوية وحضورية المرافعة، وتمكين المحكوم عليه من تقديم دفوعه وطلباته وتوضيحاته، وتمكينه من الاطلاع على الأوراق المقدمة بالدعوى، وقراراتها قضائية، ويتم الطعن فحدها بنفس إجراءات الطعن على الأحكام القضائية، إلا إن هذا الرأي لا يلقى رواجاً واسعاً كونه يوسع دائرة التقاضي، ويعقد إجراءات التنفيذ^(١).

٤. تقدير اللجان القضائية المختلطة: لاشك أن اللجان المختلطة خطوة مهمة، وتطور حديث في التنفيذ العقابي الجنائي، عن طريق اشتراك السلطة القضائية في الإدارة العقابية معاً في الرقابة والإشراف على تنفيذ الجزاءات الجنائية، ويبني روح التعاون التام الذي يحقق غايات السياسة الجنائية، واكتساب الخبرات فيما بينهم، وتفيد السلطة القضائية من خبرة وإمكانيات وقدرة الإدارة العقابية على التنفيذ، وكذلك الإدارة العقابية تفيد الخبرة القانونية العلمية والعملية والتوجيه الصحيح لتنفيذ القانون وتفسيره بما يحقق مقاصده^(٢).

وبالرغم من كل هذه المزايا إلا أن اللجان القضائية المختلطة لم تسلم من النقد، ويقول بعض الفقهاء: إنها لم تقدم الضمانات الكافية للمحكوم عليه خلال فترة التنفيذ. إن هذه اللجان لا تبدي مبدأ الحياد والاستقلالية، كونها تتخذ قراراتها بالأغلبية، وهم أعضاء الإدارة العقابية. ب. إن أعضاء اللجنة ليس لديهم الوقت الكافي لدراسة شخصية المحكوم عليه بسبب تكديس القضايا. ج. لا يوجد بهذه اللجان الضمانات القانونية الكافية لكونها ذات طبيعة إدارية، ولا يمكن القيام بتقديم الخدمات المطلوبة بسرعة وفي الوقت نفسه، توفير الضمانات اللازمة. د. من الممكن أن تهيمن الإدارة العقابية على قرارات وإجراءات اللجنة، لخبرتها في التنفيذ والإجراءات، وذلك ما يضعف دور القضاء، ويمكن أن يكون دوره استثنائياً بدلاً من أن يكون رئيساً، مما ينجم عنه أن يظل التنفيذ إدارياً، ويصبح التدخل القضائي شكلياً^(٣). والباحث يؤيد الرأي الذي يقول لا مفر من الأخذ بنظام

المنعي أو التدمي، وظهر مشروع قانون تطبيق الجزاءات الجنائية سنة ١٩٧١ في ألمانيا، وأحدث نقلة نوعية في التنفيذ الجنائي، ولمزيد من التوضيح انظر: د. عطية عبدالسلام الفيتوري، التنظيم القضائي لمرحلة التنفيذ العقابي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٦، ص ١٠١.

(١) السيد أحمد محمد علام، ضمانات المحكوم عليه خلال فترة التنفيذ، المرجع السابق، ص ٢٤٣.

(٢) فيصل بوخالفة، الإشراف القضائي على تطبيق الجزاء الجنائي، المرجع السابق، ص ١٨٧.

(٣) السيد أحمد محمد علام، ضمانات المحكوم عليه خلال فترة التنفيذ، المرجع السابق، ص ٢٤٥.

اللجان القضائية المختلطة، ولا بد أن يكون تشكيل هذه اللجنة من قاض متخصص، وعلى دراية كافية بالشئون العقابية، ومتفرغ لمجال التنفيذ العقابي، على أن يتولى رئاسة هذه اللجنة، وأن تتخذ القرارات بالأغلبية العددية في الأعمال الإدارية البحتة، مثل نقل المحكوم عليه من مؤسسة إلى أخرى أو توقيع جزاء تأديبي أو تعديل أساليب الفصل والتصنيف، أما القرارات القضائية فيجب أن يسمح فيها بالتداول والمناقشة وإبداء الرأي، ولكن القرار النهائي يكون بيد القاضي رئيس اللجنة، ولا ينبغي أن يتخذ في مثل هذه المسائل قرارات من سلطة تنفيذية أو سلطة مختلطة، لأنه ضمانات من ضمانات المحكوم عليه خلال فترة التنفيذ، ومثل هذه القرارات؛ كالإفراج الشرطي، وتعديل العقوبة، والمراقبة الإلكترونية، وإيقاف التنفيذ.

المطلب الثالث

الطعن في قرارات قاضي تطبيق العقوبات

استقر حق المحكوم عليه في إعادة نظر الإدانة الخاطئة التي تصدر ضده في الفقه الجنائي، إلا أن الأبحاث كلها تتجه إلى البحث في التوازن الذي يمكن أن يرضي من جهة متطلبات المجتمع، ومتطلبات العدالة التي توجب مراجعة الإدانة الخاطئة، وكذلك أخطاء تنفيذ العقوبة^(١)، وبهذا استقر الفقه والقضاء على أن الإشكال في التنفيذ هو نعي على التنفيذ ذاته، وليس على الحكم الذي يتم التنفيذ بموجبيه، وقد حدد القانون طرق الطعن في الأحكام وحددها على سبيل الحصر، إذا استنفدت هذه الطرق أصبح الحكم جائزا لحجية الأمر المقضي، فلا يجوز النعي عليه بأي وسيلة كانت، ويترتب على ذلك أن الخصم لا يمكن له استظهار أي عيب في الحكم بعد استنفاد طرق الطعن، أما في مرحلة التنفيذ والاستشكال فليس فيها طريق للطعن في الحكم، بل هي وسيلة من أجل الطعن في تنفيذ الحكم، ويتاح أمام الخصم الاعتراض على إجراءات التنفيذ بغية الحيلولة دون الاستمرار لتصحيح المسار، أو إرجاء التنفيذ لأي سبب كان، أو تعديله، بمعنى أن الإشكال يجب أن يكون مقيدا من ناحية السبب^(٢). إن القرارات الصادرة عن قاضي تطبيق العقوبات في إطار لجنة تطبيق العقوبات قد يشوبها البطلان، ومن ثم فإن المشرع قد أقر مكانة قانونية متمثلة في الطعون الممنوحة لكل ذي صفة، والتي يمكن تقديمها أمام الجهة المختصة المنصوص عليها قانونا، وتكون طرق الطعن في قرارات قاضي التطبيق شبيهة بشكل كبير مع طرق وإجراءات الطعن في الأحكام القضائية، والاختلاف فقط في المركز القانوني للجاني، حيث إنه في مرحلة المحاكمة لا تصل إدانته إلى اليقين، وبالتالي يجب أن تتوفر له الضمانات القضائية، ومن بينها تعدد درجات التقاضي، وتعدد طرق الطعن، أما في مرحلة تطبيق العقوبة فهو مدان بلا أدنى شك، وبالتالي يتحول مركزه

(١) د. محمد زكي أبو عامر، شائبة الخطأ في الحكم الجنائي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٥،

ص ٣٨٩.

(٢) تاقعة عبد الرحمن، تنفيذ الأحكام الجزائية في التشريع الجزائري، مذكرة التخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، الدفعة ١٢، الجزائر، ٢٠٠٤، ص ٦٣.

من متهم إلى محكوم عليه، ولن تكون الإجراءات نفسها، وتكون طرق الطعن في القرارات ذات الطبيعة القضائية الصادرة من قاضي تطبيق العقوبات متشابهة مع طرق الطعن في الأحكام القضائية، أما القرارات ذات الطبيعة الإدارية فيكون الطعن فيها بالإلغاء أمام القضاء الإداري^(١). ولم تنص أغلب التشريعات العقابية على طرق محددة للطعن في القرارات التي يصدرها القاضي المشرف على تطبيق العقوبة، بل إن الغالب منها لم يفسح المجال أمام إمكانية الطعن في تلك القرارات، على الرغم من أن إمكانية الطعن تجعل القاضي أكثر حرصاً وتدقيقاً لتفادي الخطأ، كما أنه يتفادى مستقبلاً الوقوع في نفس الخطأ، ولكن ذلك لا يعني أنه ليس هناك تشريعات تتيح الطعن بل إن منها ما يجعل المحكمة الجنائية هي السلطة المختصة بالفصل في الطعون، إذا ما اختار المشرع هذه الصورة الرقابية، فيلزم أن ينظم القانون الجهة صاحبة الحق في الطعن، وهل تكون النيابة وحدها، أم الإدارة العقابية والمحكوم عليه، كما يجب أن يحدد ما إذا كانت قرارات قاضي تطبيق العقوبات تصدر مشمولة بالنفاد، باستثناء حالات الاستعجال، أم يكون للطعن أثر واقف، وكذلك فيما يتعلق بتنظيم نوع خاص من القضاء المستعجل أمام رئيس المحكمة. كما يمكن للمشرع أن يضع رقابة على الشرعية والملاءمة من خلال عدة فرضيات؛ الأولى: رقابة داخلية بواسطة لجنة تطبيق العقوبات، والثانية: إضفاء صفة القضائية على سلطات قاضي تطبيق العقوبات، ومن المتصور أن يكون قرار القاضي درجة أولى ومحكمة الاستئناف درجة الثانية، والفرضية الثالثة: الرقابة بواسطة جهة قضائية خاصة، وأخرها: رقابة قضائية على قرارات قاضي تطبيق العقوبات وللمحكمة الجنائية وفقاً للإجراءات العادية المتبعة النظر في قرارات التطبيق^(٢). واختلفت التشريعات في الرقابة على قرارات قاضي التطبيق؛ ففي فرنسا لم ينص المشرع على طرق الطعن بل تم الحد من سلطات القاضي المشرف على تطبيق العقوبة، فيلزم موافقة النيابة العامة على التدبير قبل أن يدخل حيز التطبيق الفعلي، أما المشرع الإيطالي فقد أجاز الطعن في محكمة الاستئناف سواء المقدم من قبل المحكوم عليه أو النيابة العامة في المادة (٦٨٠) من قانون الإجراءات الجنائية، أما المشرع البرتغالي فلم يجيز الطعن إلا في القرارات التي تضر بالمركز القانوني للمحكوم عليه، وأنشأت محكمة واحدة للنظر في الطعون، أما المشرع البرازيلي فأجاز للمحكوم عليه والنيابة العامة الطعن في قرارات قاضي التطبيق وتقديم الطعن للمحكمة الفيدرالية، بطرق الطعن الثلاث المعارضة والاستئناف والنقض، وحدد المشرع السوري في المادة (٢/٢٧٧) من قانون المرافعات طريقة واحدة للطعن في قرارات قاضي التطبيق، وهي الطعن أمام محكمة الاستئناف، وسار على نفس الدرب المشرع اللبناني^(٣)، وفي الجزائر بموجب القانون رقم ٤/٠٥ المؤرخ في ٢٠٠٥/٢/٦ المتضمن تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، وتنقسم طرق الطعن إلى طرق عادية وأخرى غير عادية، فالأولى تتمثل في المعارضة

(١) د. أيمن رمضان الزيني، العقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة وبدائلها، المرجع السابق، ص ٥٣٢ .

(٢) د. عبدالعظيم مرسي وزير، دور القضاء في تنفيذ الجزاءات الجنائية، المرجع السابق، ص ٣٨٧ .

(٣) د. أيمن رمضان الزيني، العقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة وبدائلها، المرجع السابق، ص ٦٣٤ .

والاستئناف، أما الثانية: فهي طرق الطعن غير العادية وهي الطعن بالنقض، والتماس إعادة النظر في الحالات المحددة قانوناً^(١). ويرى الباحث تمكين النيابة العامة والمحكوم عليه فقط من الطعن في قرارات قاضي تطبيق العقوبات، لأن التعسف في التنفيذ عادة ما يكون من قبل المؤسسات العقابية أو بمساهمتها في تضليل القاضي، فمن غير المعقول أن تكون هي الخصم والحكم، لأن النيابة تمثل مصلحة المجتمع الذي يتطلع للأحكام الصحيحة أو مصلحة المتهم أو المحكوم عليه، والمصلحة العامة في تحقيق العدالة بتطبيق القانون على الوجه الصحيح، فالنيابة العامة خصم عادل، وهو ما يمثل شرط المصلحة في الطعن^(٢). أما فيما يتعلق بجهة الاستئناف فمن الأهمية بمكان أن تكون محكمة تطبيق العقوبات أو دائرة خاصة هي المسئولة في النظر في الطعن بالاستئناف في القرارات والأحكام القضائية التي يصدرها القاضي المشرف على تطبيق العقوبة، ويكون الطعن بالنقض في القرارات التي تمس المركز القانوني للمحكوم عليه أو حقوقه وحرياته الشخصية^٣. ويعد الطعن على الأحكام والقرارات الصادرة بشأن التنفيذ العقابي ضماناً أساسية من ضمانات المحكوم عليه خلال فترة التنفيذ، نظراً لما قد يشوبها من أخطاء موضوعية، أو قانونية، لذلك سوف نعرض كيفية الطعن على قرارات التنفيذ العقابي أمام القضاء العادي، وكيفية الطعن على قرارات التنفيذ العقابي أمام القضاء الإداري.

أولاً: كيفية الطعن على قرارات التنفيذ العقابي أمام القضاء العادي. يعتبر حق الطعن على القرارات والأحكام بالنسبة للمحكوم عليه حقاً دستورياً قانونياً^(٤)، لأنه يكفل له رفع الضرر، وتصحيح القرار الخاطيء، إما بإلغائه، أو تعديله، أو إرجائه، فالطعن على الحكم هو الرخصة المقررة لأطراف الدعوى لاستظهار عيوب الحكم الصادر فيها، مطالبين القضاء المختص بإلغائه

(١) فيصل بوخالفة، الإشراف القضائي على تطبيق الجزاء الجنائي، المرجع السابق، ص ١٩٩ .

(٢) د. فارس مناجي سعود المطيري، النظرية العامة للسلطة التقديرية للقاضي الجنائي، رسالة دكتوراه، كلية

الحقوق جامعة القاهرة، ٢٠١٣، ص ٣٧١ .

(٣) **Mohammad Reza GOUDARZI: LA PEINE PRIVATIVE DE LIBERTÉ**

ÉTUDE DE DROIT COMPARÉ FRANCO-IRANIEN, Thèse En vue de l'obtention du grade de Docteur en Droit (Doctorat Nouveau régime – Droit privé – Droit pénal) Présentée et soutenue publiquement, Université Nancy 2, Faculté de Droit, Sciences économiques et Gestion, le juillet 2011, pg 157.

(٤) نص الدستور المصري في المادة ٦٧ "يحظر النص في القوانين تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء".

أو تعديله على الوجه الذي يزيل عنه عيوبه^(١)، وفي هذا الصدد أكدت المحكمة الدستورية العليا في مصر على " أن طرق الطعن في الأحكام لا تعدو وسائل إجرائية ينشئها المشرع ليوفر من خلالها سبيل تقويم اعوجاجها، بل هي في واقعها اتصال بالحقوق التي تتناولها، سواء في مجال إثباتها أو نفيها، أو توضيحها"^(٢)، والمشرع المصري اختار التقاضي على درجتين، وينبغي أن تستكمل ملاحظتهما، وأن يكون استفادتهما بعد الانتفاع من ضماناتهما دون نقصان، ذلك لأن التقاضي على درجتين كلما كان مقررا بنصوص أمره يجب أن يتحدد وفق أسس موضوعية لا يندرج تحتها مجرد سرعة الفصل في القضايا بما يناقض طبيعتها، وإنما يشغله ما يقتضيه الصالح العام، ومبدأ المساواة أمام القانون، وفي ضوء ذلك فإن التقاضي على درجتين يعد مبدأ إجرائيا عاما، لا يجوز أن يلحقه المساس إلا بنصوص تشريعية صريحة، ولا يعد انتهاكا لحق كفله الدستور للجميع، وطرق الطعن على قرارات التنفيذ العقابي تنقسم إلى قسمين؛ عادية وغير عادية، أما بالنسبة للعادية فإنها تشمل: ١. المعارضة: في الحكم الغيابي، وتتم عن طريق طرح الدعوى أمام نفس المحكمة التي أصدرت الحكم. ٢. الاستئناف: والذي يكون في الحكم الحضورى أمام درجة قضائية أعلى تسمى محكمة ثاني درجة، وتنتظر الطعن في الأحكام الصادرة من محاكم أول درجة في الميعاد القانوني. أما الطرق غير العادية فهي التي يجوز فيها للخصوم الالتجاء إليها في الأحوال التي أوردها المشرع على سبيل الحصر، وتختلف طرق الطعن العادية عن غير العادية في أن الأولى توقف التنفيذ بقوة القانون ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، أما الثانية فلا تحول دون تنفيذ الحكم ما لم يتوفر حالات وشروط معينة تقضي بها المحكمة بإيقاف التنفيذ مؤقتا. وطرق الطعن في القرارات غير العادية وهي النقض والتماس إعادة النظر، لقد اختلف الفقهاء حول جواز الطعن على قرارات الإدارة العقابية وقاضي التنفيذ، وتنقسم الآراء بين مؤيد ومعارض. الاتجاه المعارض للطعن: يرى أنصار هذا الاتجاه عدم جواز الطعن على قرارات قاضي التنفيذ، لأن إباحة الطعن على هذه القرارات يتعارض مع الهدف منها، وهو إصلاح المحكوم عليه وإعادة تأهيله اجتماعيا، كما أنها تؤدي إلى تأخير صدور القرارات، وبالتالي تأخير تنفيذها، وهذا ما يعرقل عملية الإصلاح والتأهيل. الاتجاه المؤيد للطعن: يرى أنصار هذا الاتجاه جواز فتح باب الطعن على القرارات التي يصدرها قاضي التنفيذ والمتعلقة بإجراءات التنفيذ العقابي، شأنها شأن أي قرارات أخرى، ولكن يجب التفرقة بين القرارات المتعلقة بالفصل في مسألة قانونية أو واقعة، وهذه القرارات تعد بمثابة حكم قضائي يجوز الطعن عليها، مثل القرارات المتعلقة بالإفراج الشرطي ورد الاعتبار ووقف التنفيذ، أما النوع الثاني: القرارات التنظيمية التي تتمثل في أساليب المعاملة العقابية، مثل قرار نقل المحكوم عليه من مؤسسة إلى أخرى أو تنزيله درجة أو فئة معينة، ولا شك أن هذه القرارات إدارية بحتة، لا يجوز الطعن عليها وتعتبر قرارات نهائية. ويرى الباحث تأييد الاتجاه الذي يبيح الطعن على قرارات قاضي التنفيذ، لأن فيه ضمانات لحقوق المحكوم عليه خلال فترة التنفيذ، ولذلك في حال صدر ضده قرار يشوبه الخطأ والنقصان، يتمكن عن طريق هذا الطعن الالتجاء إلى

(١) السيد أحمد محمد علام، ضمانات المحكوم عليه خلال فترة التنفيذ العقابي، المرجع السابق، ص ٣٣٧.

(٢) دستورية ٥ اغسطس ١٩٩٥ في القضية رقم ٦١ لسنة ١٧ ق. د الجريد الرسمية العدد ٨، في ١٩ فبراير ١٩٩٨.

القضاء ورفع الضرر أو تصحيح الخطأ أو تعديلته أو إرجائه، وهذا ما انتهجته التشريعات الحديثة المقارنة، ومنها التشريع الفرنسي الذي أضفى على معظم قرارات قاضي تطبيق العقوبات الصبغة القضائية التي يجوز الطعن عليها بطرق الطعن المقررة قانونا.

ثانيا: كيفية الطعن على قرارات التنفيذ العقابي أمام القضاء الإداري. بادئ ذي بدء يجب أن نميز بين الأعمال الإدارية والقضائية كي يتسنى لنا اللجوء إلى القضاء الإداري للطعن في قرار التنفيذ الذي يتخذ من قبل النيابة العامة أو قاضي التنفيذ أو الإدارة العقابية، ويبدو أن تمييز العمل الإداري عن العمل القضائي يسيرا عندما يعلن المشرع صراحة عن كون عمل ما عملا إداريا، أو تكون الهيئة التي صدر عنها العمل قد أعطاه المشرع صراحة الصفة الإدارية، لكن الإشكال يطرح عندما يوكل إلى بعض المؤسسات القيام بأعمال إدارية رغم كونها تحمل الصبغة القضائية. كما هو الشأن بالنسبة للنيابة العامة، فقد يحدث بعض الالتباس في تمييز أعمالها بين الأعمال التي تعتبر أعمالا إدارية، وتلك التي تعتبر أعمالا قضائية، لذلك فقد عمل الفقه على ابتكار المعيار الموضوعي في تمييز العمل الإداري عن العمل القضائي، وهو معيار لا يركز على طبيعة الصادر عنها العمل بقدر ما يركز على طبيعة العمل ذاته، وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن الأعمال والقرارات الإدارية تستند إلى فكرة السلطة التقديرية، حيث إن هذه الأعمال تصدر عن سلطة تتمتع باختصاص تقديري، بينما تصدر الأحكام وباقي الأعمال القضائية عن سلطة ذات اختصاص مقيد، وهناك من يذهب إلى أن القرارات الإدارية تصدر عن تصرف تلقائي أما الأحكام القضائية فإنها لا تصدر إلا بطلب من الأفراد. ولم يقتصر القاضي الإداري على المعيار الشكلي في تمييز العمل الإداري عن العمل القضائي، أي لم يركز على طبيعة الصادر عنها العمل بقدر التركيز على طبيعة العمل ذاته، فالقرارات مثلا التي تصدرها النيابة العامة، ويمكن إدخالها في زمرة الأعمال القضائية هي الأعمال التي يجب أن تصدر في حدود سلطتها القضائية، وليس في نطاق سلطتها الإدارية، والفيصل بين الحالتين كقاعدة عامة هو تعلق القرار بجريمة من الجرائم المنصوص عليها في القانون من عدمه، ففي حالة تعلق القرار بجريمة فقط يكون القرار الصادر عن النيابة العامة مشمولاً بالصفة القضائية، وإلا فإنه يكون ذا طبيعة إدارية⁽¹⁾. القضاء الإداري لا يملك سلطة قضائية كاملة كتلك التي يملكها القضاء العادي بالنسبة للأفراد، إذ إنه لا يملك توجيه أوامر إلى الإدارة للقيام بعمل معين، أو الامتناع عن عمل، إعمالا بمبدأ الفصل بين السلطات، ولكنه يمارس رقابته على

(1) جمال العزوي، أهمية التمييز بين القضائي و الإداري في عمل النيابة العامة، مجلة العلوم القانونية :

أعمال الإدارة في صورتها رقابة الإلغاء وقضاء التعويض^(١). ولقد قضت الإدارية العليا في مصر بأن "جميع التصرفات التي تصدر عن النيابة العامة بصفتها الأمنية على الدعوى العمومية، والمشرفة على رجال الضبطية، هي أعمال قضائية، أما التصرفات التي تصدر منها خارج هذه الصفة بحسبانها هيئة إدارية فهي أعمال إدارية"^(٢). وأيضاً ميزت المحكمة الإدارية العليا في مصر بين الأعمال القضائية للنيابة العامة والأعمال الإدارية التي يجوز الطعن عليها أمام القضاء الإداري، إذ إنه وفقاً للحكم الصادر في ١٠ يونيو ١٩٧٨ الذي جاء فيه "أن النيابة العامة هي في حقيقة الأمر شعبة أصلية من شعب السلطة التنفيذية، تجمع من طرف السلطة القضائية، ومن آخر السلطة الإدارية، حيث خصتها القوانين بصفتها أمينة على الدعوى العمومية بأعمال من صميم الأعمال القضائية، وهي تلك التي تتصل بإجراءات التحقيق و الاتهام كالقبض على المتهمين، وحبسهم، وتفتيش المنازل، ورفع الدعوى العمومية، ومباشرتها وحفظها، إلى غير ذلك من الإجراءات المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجنائية وغيرها من القوانين، وهذه التصرفات تعد من الأعمال القضائية التي تخرج عن دائرة رقابة المشروعية التي يختص بها مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري بمباشرتها على القرارات الإدارية، أما التصرفات الأخرى التي تباشرها النيابة العامة خارج نطاق هذه الأعمال القضائية، فإنما تصدر من النيابة العامة بصفتها سلطة إدارية وتخضع تصرفاتها في هذا الشأن لرقابة المشروعية التي هي من اختصاص القضاء الإداري، وهي الرقابة على القرارات الإدارية متى توافرت بها مقومات القرار الإداري بمعناه الاصطلاحي المقرر قانوناً^(٣). أما الطعن في قرارات الإدارة العقابية فلا يوجد مشكلة، لأن قرارها إدارية بحتة، وإجراءاتها محددة سلفاً، ويتبع بشأنها نظام التظلم

(١) دعوى الإلغاء: هي الدعوى التي يرفعها فرد أو هيئة زاعماً بطلان قرار إداري مخالف للقانون، وإبطال آثاره القانونية كافة، وتعرف بقضاء الإلغاء، أما دعوى التعويض: أو قضاء التعويض: فهو الوسيلة الوحيدة لتعويض الأفراد عن الأضرار التي أصابهم من جراء القرارات الإدارية المنعقدة أو الخارجة عن نطاق الشرعية، ومن ثم فإن قضاء التعويض يكمل قضاء الإلغاء حيث يؤدي إلى إلغاء القرار الإداري المعيب إلى تصحيح الأوضاع، وإلغاء شرعيته، بينما يؤدي إلى جبر الأضرار الناجمة عن هذا القرار المعيب الذي حكم بإعدامه، ومن ثم فإن دعوى الإلغاء يترتب عليها غالباً دعوى تعويض، راجع: السيد أحمد محمد علام، ضمانات المحكوم عليه خلال فترة التنفيذ العقابي، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة، ٢٠١٢، ص ٣٤٥، أيضاً د. أنور أحمد رسلان، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٣٣٤ وما بعدها .

(٢) محكمة القضاء الإداري ٧ مارس ١٩٧٢ المجموعة السادسة والعشرين ص ٥٨، أشار إليه السيد أحمد محمد علام، المرجع السابق ص ٣٤٦.

(٣) طعن رقم ٧٨ لسنة ٢٣ قضائية أشار إليه السيد أحمد محمد علام، المرجع السابق ص ٣٤٧ .

الإداري ، وليست كقرارات النيابة العامة في تنفيذ الأحكام الجنائية، لأن النيابة العامة يجب أن تحدد الطبيعة القانونية للقرار أفضائي أم إداري، حتي يجوز الطعن فيه أمام القضاء الإداري، أما الإدارة العقابية فيجوز للمحكوم عليه اتباع طرق التظلم الذي يتم في صورة التماس يقدم الى مصدر القرار ملتصقا بتعديل القرار الذي جاء مجحفا بحقوقه، مبينا الأسباب التي توضح هذا الإجحاف^(١). وفي فرنسا اعترف المشرع الفرنسي للمؤسسات العقابية بالشخصية المعنوية للمؤسسات العقابية، بمقتضى القانون الصادر في ٢٢ يونيو ١٩٧٨ وجعل مجلس إدارتها يتشكل من المدير العام للمؤسسة، ويتم تعيينه من قبل السلطات التنفيذية، بالإضافة إلى ممثلين للمجالس النيابية، والمجالس المحلية، وكذلك ممثلين للجمعيات التي تهتم بشئون السجون، وعليه فيجوز في القرارات التي تصدر من الإدارة العقابية التظلم منها، والطعن فيها أمام القضاء الإداري الفرنسي، وقد طبق مجلس الدولة ذلك وأصدر قرارات عديدة باختصاصه في طلب إلغاء قرار الإدارة العقابية بنقل المحكوم عليه من مؤسسة عقابية إلى أخرى^(٢).

والوضع يختلف في حالة القرارات التي تتعلق بالأعمال الإدارية الداخلية اللازمة لتسيير المرفق، بمعنى أن هناك قرارات محصنة ضد الطعن في نطاق ضيق، وهي التي تصدرها الإدارة العقابية بهدف المحافظة على الأمن والنظام، فهي بمنأى عن الطعن عليها، وهذا ما أخذ به مجلس الدولة الفرنسي^(٣)، ولكن يجب ألا يتوسع في نطاق القرارات التي تعد من

(١) أنشأت إيطاليا محاكم للتنفيذ تبت باعتبارها درجة ثانية بالنسبة للطعن في القرارات الصادرة من الإدارة العقابية، كما أن قراراتها تبقى قابلة للطعن أمام محكمة النقض، ولمزيد من المعلومات يمكن الاطلاع على: عبدعلي حفيظ، صلاحيات قاضي تطبيق العقوبات في مراقبة الفضاء السجني، كلية الحقوق أكدال، الرباط، ٢٠١٧، ص ١٧.

(٢) السيد أحمد محمد علام، ضمانات المحكوم عليه خلال فترة التنفيذ العقابي، المرجع السابق، ص ٣٤٩.

(٣) حكم مجلس الدولة في قضية CAILLOC في ٢٧ نوفمبر ١٩٨٤، إن القرار الذي اتخذه مدير السجن بإيداع المحكوم عليه في قسم الحراسة المشددة، وهو محبوس احتياطيا نظرا لخطورة هذا النزول على الأمن والنظام داخل المؤسسة العقابية، يعد من قبيل القرارات الداخلية اللازمة لسير المرفق، مما لا يجوز الطعن عليه بالإلغاء.

— وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أنه قد تم إلغاء الحراسة المشددة في فرنسا سنة ١٩٨٢ ، وقد ذهب هذا الفقيه الى اعتبار الحبس الانفرادي أو الحبس في ظل الحراسة المشددة يتعلق بإدارة السجن وفقا لمقتضيات الأمن والنظام داخل المؤسسة العقابية، ومن ثم يجب ألا تخضع لرقابة القضاء طالما أنه غير تعسفي، وهذا ما قرره أحكام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، واللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان، أن تصنيف المحكوم عليهم وحبسهم انفراديا أو إيداعهم في قسم الحراسة المشددة يدخل في اختصاص إدارة السجن، فتقوم بها وفقا لسلطاتها التنفيذية، ويجب أن

قبيل الأعمال الداخلية للإدارة العقابية، خاصة إذا تعلق الأمر بالمركز القانوني للمحكوم عليه، حتى لا يكون ذريعة من قبل الإدارة العقابية لانتهاك حقوق وضمانات المحكوم عليه المكفلة داخل السجون، ولا يكون ذريعة لإصدار قرارات تعسفية عدائية تعرقل من إصلاحه، ويكون شماعة تعلق عليها إدارة هذه المؤسسات أخطاءها، وكلما يطالب المحكوم عليه بالطعن يرفض؛ بحجة أن القرار المتخذ ضده من قبيل الأعمال الداخلية التي لا يجوز الطعن عليها بالإلغاء. ويرى الباحث أنه من الأهمية بمكان أن تخضع القرارات كافة حتى الأعمال الداخلية المتعلقة بالأمن والنظام إلى الطعن بالإلغاء، أو التظلم المباشر أمام لجنة تطبيق العقوبات، والنظر فيها بأسرع وقت، ولا يستطيع رفع الظلم حتى بتقديم الشكوى للجهات الرئاسية؛ فإنها لا تهتم بذلك حيث ينظر إلى المجرم على أنه يتحائل على القانون بهذه الطلبات، ويفتري على الحراس والإدارة للانتقام منهم، لذلك يجب أن يخضع كل ما يعد من قبيل القرارات الإدارية أو الأعمال الداخلية لرقابة القضاء، وإذا كانت الأعمال الداخلية للإدارة العقابية بمنأى عن الطعن عليها، فيجب أن تخضع لإشراف ورقابة قضاء التنفيذ بشكل يضمن عدم المساس بحقوق المحكوم عليه، خاصة إذا تبين أنها قرارات تعسفية لم يقصد منها سوى النيل والكيد بالمحكوم عليه، والاعتداء على حقوقه وحرياته الفردية. ويعد الطعن والاستئناف في المحاكم الاستئنافية من أكثر المؤسسات أهمية في الولايات المتحدة الأمريكية، حيث تضمن هذه المحاكم من خلال النظر في الأحكام الصادرة من محاكم الموضوع والهيئات الإدارية، قيام هذه الهيئات بأعمالها حسبما يقتضي القانون، وتحقيق العدالة ما بين المتقاضين على أساس من القوانين المعمول بها، إضافة إلى ذلك فإن محاكم الاستئناف تقدم التفسيرات المرجعية للأحكام التشريعية والنصوص الدستورية، وتشير القاعدة العامة إلى أن "الطرف المتضرر" يجوز له إقامة دعوى استئناف، أي إن الفرد الذي يعد طرفاً في إجراءات تتولاها محاكم الموضوع، وتؤثر تأثيراً سلبياً في حكم محكمة الموضوع يجوز له التمسك بحق النظر في الأحكام التي تختص بها المحكمة الاستئنافية^(١).

تكون بمنأى عن العقاب . مشار إليه : السيد أحمد محمد علام، نفس المرجع، ص ٣٥٠، وأيضاً د. غنام محمد غنام، حقوق الإنسان في السجون، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤، ص ٨١ .

(١) دانيال جون ميدور، جوردانا سيمون برنشتين، محاكم الاستئناف في الولايات المتحدة الأمريكية، ترجمة: د. مصطفى رياض، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية، القاهرة، ٢٠٠١، ص ٥٣ .

الخاتمة

في الوقت الذي تجد فيه العقوبات البديلة سبيلها للتطبيق كجزء من السياسة العقابية، وحين يلزم القاضي بضرورة الأخذ بالعقوبة البديلة عن الحبس، فإنه يحتاج إلى منظومة قانونية وتنفيذية وقضائية تساعده في النطق بهذه البدائل، وأن تجد بعد ذلك نظاماً قانونياً يستوعب تطبيقها، ولا بد من أن يواكب الواقع الذي يساعد ولا يعرقل تطبيقها، وقبل كل شيء كي تستند على الشرعية يجب أن تكون العقوبات البديلة مقننة مستندة على نص قانوني يحدد معالم العقوبة، فلا يمكن تطبيقها إلا بضوابط أهمها التقنين، وتحديد معايير اللجوء إليها، والقابلية للتنفيذ، والتسيب، وآليات التنفيذ، أو الجهة المسؤولة عن تنفيذها، ولقد تباينت سياسة تقنين العقوبات البديلة عن الحبس قصير المدة من نظام لآخر، فبعضها أجاز للقاضي بأن يحكم بعقوبات تقليدية غير السالبة للحرية المنصوص عليها، وتمنح للقاضي السلطة في اختيار العقاب المناسب كعقوبة أصلية بدلاً من الحبس، أو يحكم بالحبس بحسب ما يراه مناسباً، بينما نصت تشريعات عقابية أخرى صراحة على العقوبات البديلة، وأجازت للقاضي اختيار إحدها، والتشريع الأكثر عداءً لحبس قصير المدة، وقد ألغت بعض التشريعات الحبس قصير المدة بشكل نهائي من نصوص قانون العقوبات. أما ما يخص الإشراف القضائي على تنفيذ الجزاء الجنائي فإنه يأخذ طرقاً متميزة لنزع الفكر الإجرامي الذي أصاب المحكوم عليه، وإعادة تأهيله للحياة الاجتماعية وإصلاح شأنه الداخلي والخارجي، بما يجعل سلوكه إيجابياً نافعاً، بدلاً من سلبي ضار، وهذا هو غاية الجزاء الجنائي في العصر الحديث، وهذا يتطلب إخضاعه لبرنامج علاجي تأهيلي يستوجب تدخل القضاء في تنفيذه لاتخاذ القرارات الملائمة في الوقت المناسب، باعتبار الجزاء فرض بحكم قضائي، فلا بد أن يكون القاضي حاضراً في حال تنفيذه، لأنه السلطة الوحيدة التي تستطيع تصحيح مسار تنفيذ الحكم في أي وقت وأي مرحلة، وقد تم استناد هذا التدخل على أسس تشريعية وفقهية مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بالهدف من توقيع الجزاء على المحكوم عليه، وهذا ما تناولناه في المبحث الأول: الأساس القانوني للإشراف القضائي وأهميته .

لقد أحدث التدخل القضائي في مرحلة تنفيذ الجزاء الجنائي ثورة حقيقية في مجال القانون الجنائي بصفة عامة، وفي مجال العقوبات البديلة التي تعبر عن تحديث الفكر الجنائي، ومن باب أولى أن يبنى نجاح الجزاءات الجنائية على نجاح الإشراف القضائي على التنفيذ، لهذا اعتمدت أغلب التشريعات المعاصرة قاضي تطبيق العقوبات واللجان المختلطة التي يرأسها لتساعده في اتخاذ القرار المناسب الذي يكفل حقوق المحكوم عليهم وتطبيق الأساليب العقابية بما يتناسب مع شخصية الجاني وجرمه، كما تعطي هذه القوانين المكنة للطعن في قرارات لجان تطبيق العقوبات، ولضمان المسار الصحيح في التنفيذ.

النتائج :

ومما تقدم يمكن استخلاص النتائج التالية :

= أظهرت الدراسة أهمية قضاء العقوبة خارج أسوار المؤسسات العقابية، وخاصة في صيانة الحقوق والحريات، كما دافعت الدراسة عن اعتبارات الحرية الشخصية في العقوبات السالبة للحرية والبديلة عنها أيضا، باعتباره مطلباً مقدساً دستورياً، ودولياً قبل أن يكون مطلباً فردياً. وحان الوقت لتبني سياسة جزائية حديثة؛ فالتحولات الإيجابية لهذه المجتمعات على الأصدمة كافة جعلت منها أكثر تطلعا لمسيرة الحداثة والأخذ بأحسن التجارب العلمية الرائدة دولياً.

= أظهرت الدراسة العديد من نقاط التلاقي في التشريعات العربية فيما يخص بدائل العقوبات التقليدية، والاختلاف في البدائل الحديثة وعدم التوسع فيها بالرغم من الحاجة الماسة لذلك، كما أظهرت أن الانظمة الجنائية الأوروبية فتحت الباب واسعا من أجل تقادي مساوئالعقوبات السالبة للحرية، ودور القاضي في تنفيذ العقوبات البديلة.

= ويرى الباحث أن العقوبات البديلة لازال يكتنفها شيء من الغموض، ويحول دون تطبيقها، لأن العرف القضائي جرى على عدم الخوض في مشقة التطبيق والنظر في ضوابطها، واعتاد القضاء على عقوبات وجدوا سلفهم عليها، وهم على نهجهم سائرون، وجنبوا أنفسهم مشقة الاجتهاد، والأخذ بالرخص والبدائل المتاحة لهم، مما أدى إلى جدل وسوء فهم في بعض الأحيان حيال استخدامها، لذلك نحتاج إلى تهيئة الرأي العام بشرح فوائدها وبيان سلبيات السجن.

= ويعتقد الباحث الجزاءات التي يشرف على تنفيذها القاضي حل حقيقي وإنساني يساعد على مكافحة الجريمة، وحفظ الأمن والاستقرار داخل البلد، ويؤدي إلى الردع العام والخاص، وليس ذلك فحسب بل يحقق فوائد ووظائف لمرتكبي الجرائم والمجتمع، فتحقق الأمن العام من خلال توفير إجراءات المحاسبة والمراقبة القضائية مباشرة، وتحويل أو تغيير المجرمين أو المتهمين إلى مواطنين منتجين، وتجعلهم أكثر اعتمادا على أنفسهم للانخراط في العمل الشريف، وتدرجيا يصبحوا مواطنين صالحين منتجين، وتوفر لهم مهارات التوظيف، والعلاج من الإدمان وكل أشكال التدخل والعلاج المختلفة. ويمكن القول بأن العقوبات البديلة أو بدائل السجن أهم خيارات العدالة الناجزة، القائمة على الغور في روح القانون؛ حيث تعمل على تهذيب نفسية المجرم وإصلاحه وتأهيله وإدماجه في المجتمع وخفض معدلات الجريمة مستقبلاً.

= ومن النتائج المهمة استحداث قاضي تطبيق العقوبات في بعض الأنظمة العقابية، مع ظهور النظام القانوني للعقوبات البديلة، ويعتبر الإشراف القضائي خطوة هامة في ظل سعي المشرع الى تحديث النظام العقابي، فالتدخل القضائي في مرحلة تطبيق الجزاء الجنائي من أهم المبادئ الأساسية التي اعتمدها مدرسة الدفاع الاجتماعي، ومواكبة للفكر العقابي المعاصر، والإشراف القضائي على تنفيذ الجزاء يحد من تعسف الإدارة العقابية، ويأتي ضمن سياسة عقابية شاملة تهدف إلى تحقيق المزيد من الضمانات للمحكوم عليه، وتكفل أن تسير إجراءات تنفيذ العقوبة بالشكل القانوني الصحيح، أما ما يخص أنظمة العقوبات البديلة عن الحبس التي تتلائم مع شخصية الجاني، فإن الإشراف القضائي على التنفيذ يمنح فرصة تلافية لأخطاء الماضي، ويقرر سلطات جديدة للقضاء الجنائي تعيد رسم العلاقة بين المؤسسة العقابية والمحكوم عليه في شكل جديد، وتحت إشراف جهة محايدة تضمن تناغم الأدوار بالشكل الصحيح، وتحد من فشل برامج الإصلاح والتأهيل، وتضمن سعي الأطراف كافة إلى منفعة العدالة والمجتمع .

التوصيات

بناء على ما تقدم وفي نهاية المطاف وبعد هذه الرحلة البحثية التي تم التوقف على أهم المحطات التي تتعلق بالتنفيذ الجنائي وما أسفرت عنه من نتائج، يرى الباحث أن يقدم مجموعة من التوصيات :

= يوصي الباحث بإعادة النظر في التشريعات الجنائية، والجزاءات الجنائية وطرق التنفيذ والجهات التي يجب ان تشرف على التنفيذ وتعديل الجزاء كل ما تغيرت الظروف، وإجراء مراجع شاملة لهذه التشريعات، لمواكبة الفكر العقابي الحديث، عبر مراحل الاتهام، والتحقيق، والمحاكمة، والتنفيذ العقابي، والعمل على تعديلها ليكون القانون الواجب التطبيق تتوفر فيه كل الضمانات اللازمة، ويتمشى مع مقاصد العدالة الجنائية المتقدمة.

= يوصي الباحث بضرورة تعيين قاضي تنفيذ الجزاءات الجنائية واعتباره من قضاء الحكم، كي تكون مهمته اكثر استقرارا وتحقق الغاية من تدخل القضاء في التنفيذ، وأن يكون هذا القاضي متفرغ لتنفيذ الجزاءات فقط ولا تنسند له اي مهمة اخرى غير تلك الخاصة بعملية الاشراف والتنفيذ، ومنح قاضي التنفيذ سلطة اصدار اوامر الضبط والاحضار واوامر القبض بالنسبة للمحكوم عليهم واستفادوا من تنفيذ العقوبة خارج السجن عند مخالفتهم لاوامر التنفيذ .

= لا بد من تخصص قضاء التنفيذ والمأمهم بالعلوم ذات العلاقة الاجرام والعقاب، من خلال دورات تكوينية تعقد لهذا الغرض.

= ضرورة إيجاد لجنة الاشراف على تنفيذ العقوبات برئاسة قاضي تنفيذ العقوبات، وتحديد مهامها وكيفية الطعن في قراراتها، وان يكون راس اعضاء اللجنة استشاريا بينما قرارات التنفيذ تكون بيد رئيسها قاضي تطبيق العقوبات. وانشاء هيئة قضائية على مستوى المجلس الاعلى للقضاء تتولى النظر في الطعون المرفوعة ضد قرارات قاضي تطبيق العقوبات .

= سرعة النظر في احوال المؤسسات العقابية من قبل لجنة تنفيذ الجزاءات الجنائية، وتقديم مقترحاتها لاتخاذ ما يلزم من قبل قاضي التنفيذ، وتصحيح كافة الاخطاء التي وقعت فيها المؤسسات العقابية .

= يوصي الباحث بأن تنص التشريعات صراحة على الضمانات القانونية كافة، التي تحمي المحكوم عليه من مساس العقوبة البديلة بحقوق الإنسان واحترام كرامته، واشتراط القانون موافقة الجاني على التدابير غير الاحتجازية المفروضة قبل أو بعد الإجراءات الرسمية أو المحاكمة التي تفرض التزاما على الجاني، التزاما مع قواعد طوكيو ٣.٤. في الممارسة العملية، وعدد المرات التي يتم فيها الحصول على هذه الموافقة، ونوع الموافقة لفظية او مكتوبة، أو موثقة.

واخضاع القرارات المتعلقة بفرض تدابير غير احتجازية للمراجعة من قبل لجنة أو سلطة قضائية مستقلة أخرى، بناء على طلب من الجاني، أو بناء على طلب أقاربه، أو بناء على طلب المحامي أو النيابة، وفقا لقواعد طوكيو ٣.٥. وكافة طرق الطعن والإستئناف في القرارات الإدارية والقضائية. كما يحق للمحكوم عليه (وأسرته) في الخصوصية يحترم في طلبه في ضمان السرية في السجلات الشخصية، تغلق أمام أطراف اخرى، ويقتصر الوصول إلى هذه السجلات على الأشخاص المعنيين مباشرة بالتصرف فيها أو إلى أشخاص آخرين مفوضين حسب القانون قواعد طوكيو ٣.١٢، ومراعاة مصالح المجني عليه.

= إدخال بدائل جديدة إلى المنظومة الجزائية في البلدان العربية، وليس ضروريا الأخذ بجميع التدابير البديلة عن الحبس، ويكفي الأخذ بالجزاءات التي يمكن تطبيقها على أرض الواقع بالنظر إلى كل الظروف المساعدة على التطبيق اجتماعيا واقتصاديا وثقافيا في كل بلدة، كما يوصي الباحث ألا تتعارض البدائل المراد تطبيقها مع حقوق الإنسان، وأن يحاط فرض أو إلغاء العقوبات البديلة بمجموعة من الضمانات تكفل عدم المساس بالوضع القانوني للمحكوم عليه.

= موافقة المحكوم عليه على إخضاعه للبديل، لاسيما إذا كان البديل عملاً لصالح المجتمع، كأن يكون العمل في مؤسسة عامة ولا يرغب المحكوم عليه بأداء هذا العمل للأثار السلبية من الناحية النفسية، لذا لا بد أن تكون العقوبة البديلة متوافقة مع رغبة المحكوم؛ إذ لا يمكنه

القيام بالعمل إذا لم يكن موافقا عليه ابتداء، أو عنده عدم رغبة في تبديل العقوبة الأصلية لعدم استعداده لتنفيذها، والأخذ بنظر الاعتبار الظروف الشخصية والاجتماعية بالنسبة للمحكوم عليه، وكذلك ظروف الجريمة، كي يكون البديل متناسبا مع حجم الجريمة، والبعد عن التشهير بالجاني، وعن كل ما يسبب أثرا سلبيا من وصم وإحراج أمام العائلة والأقران أو الجيران أو غيرهم. وتحدد الشروط والضوابط للعقوبة البديلة بحسب الظروف والإمكانات لكل بلد، فمن الممكن أن تحدد الفئة العمرية، أو أنواع الجرائم، أو صفات المحكوم عليهم، ومدة الحبس.

= يجب ألا تلحق العقوبة ضررا بالمحكوم عليه سواء من الناحية الجسدية أو النفسية.

= يجب أن يكون هناك من الضمانات الجدية التي تدعم الأمل في تأهيل المحكوم عليه اجتماعيا بعد الإفراج عنه، وهو ما يتبع مثلا في الإفراج الشرطي، حتى لا يقف حسن سلوك المحكوم عليه حائلا أمامه من الاستعادة من هذا التدبير قبل الميعاد المحدد لنهاية مدة محكوميته؛ بل يتعين دائما إفساح المجال أمام المحكوم عليهم بالنظر إلى أن الاستفاده من نظام بدائل العقوبة؛ لأنها لا تتوقف على مصلحة المحكوم عليه بل يجب منحها في ضوء مصلحة المجتمع . ويتعين ألا تكون شروط بدائل الحبس مفروضة على المحكوم عليهم؛ إنما يجب أن تكون قابلة للتفريد بحسب شخصية وظروف كل محكوم عليه على حدة؛ وأن يكون هناك قابلية للتعديل تبعاً للظروف التي تطرأ على شخصية المحكوم عليه ومتطلبات ومفترضات تأهيله اجتماعيا.

= يجب إعطاء سلطة إلغاء العقوبة البديلة لذات القاضي المختص الذي أمر بها أو لقاضي تنفيذ العقوبة بحسب النظام القانوني، وهناك مؤسسة خاصة في كثير من البلدان التي تطبق نظام العقوبات البديلة، وهي مؤسسة قضائية خاصة تنشئ لهذا الغرض، وتسمى في بعض الأنظمة بقاضي تنفيذ العقوبة، وهو الذي يقرر تبديل العقوبة الأصلية بعقوبة بديلة، ويظل المذنب تحت رقابة القضاء من أجل إعادة النظر في العقوبة عند الحاجة، ووقفها إذا تحققت الغاية منها أو إبدالها بالحبس إذا تبين أنها غير مجدية، و يسمح بالطعن في كل ما يصدر عن هذا القضاء من قرارات أمام محكمة الاستئناف. وألا يعهد إلى السلطة الإدارية بإبدال العقوبات السالبة للحرية على النحو الذي يجري عليه العمل في بعض التشريعات، وخاصة فيما يتعلق بالإفراج الشرطي، بل يتعين أن يعهد بذلك إلى السلط القضائية؛ لأنه يتضمن تعديلا في مدة العقوبة، وهو بهذا الوصف يعني مساسا بقوة الشيء المحكوم به؛ باعتباره تعديلا لأهم آثار الحكم.

= الأخذ بنتائج الدراسات السابقة في وضع الشروط أو الضوابط لإقرار الجزاءات، فمن الممكن أن تترك بدائل العقوبات أثرا سلبيا على المذنب، وبالتالي قد لا تحقق أهدافها المرجوة، وليس ذلك فحسب بل يمكن أن تؤدي إلى عكس ما أريد منها، ومن أجل أن تبقى تلك العقوبات ضمن الأهداف



المنشودة، لابد من وضع شروط وضوابط تكون إطاراً قانونياً وشرعياً لا يمكن تجاوزه، ويجب اتخاذ البدائل من قبل السلطة القضائية أو الادعاء العام .

= إن التحديث او التغيير في العقوبات لا يقع على عاتق المشرع والقاضي والمؤسسات العقابية فقط بل يمتد الى تغيير ثقافة مجتمع بدعم من مؤسسات حقوقية وانسانية واجتماعية ، والاعلام والثقافة والدراسات والبحوث التي تطور هذا المفهوم وتندارك مشاكل التطبيق، كما تحتاج العقوبات البديلة الى ارادة سياسية لوضع خطة تحقق تطلعات رجال القانون والقضاء .

= مازال البحث في الجزاءات الجنائية في حاجة إلى دراسات إحصائية على مستوى الدول العربية يكشف لفقهاء القانون الجنائي الحاجات التشريعية الملحة والفرضيات الجديدة على أساس واقع مرتبط بالبيئة العربية، مما يخول للتشريعات المستقبلية الخروج من أزمة الأحكام التقليدية وأنماطها. كما يوصي الباحث ان يتم يعكف الباحثين على دراسة امكانية تطبيق الجزاءات والتدابير غير الاحتجازية، والتحديات التي تواجهها، وصعوبات إنفاذ هذه الأحكام، لعدم الوصول الى تقوض مصداقيتها، وتحديد الصعوبات الرئيسية التي تواجهها، وقياس فعاليت هابطرق علمية وادراسات دقيقة اوسع واشمل، وتحديد مشاكل تطبيق هذا النوع من العقوبات فهي في الفترة بين إعلان التدابير وتنفيذها، وفعالية السيطرة وقدرتها على منع معاودة الاجرام. انتهى بحمد الله



المراجع

الكتب

- = أحمد عبدالظاهر الطيب، إشكالات التنفيذ في المواد الجنائية، ب د ، ١٩٩٤ .
- = أحمد عبداللاه المراغي، أصول علم الحديث، الجزء الثاني الجزاء الجنائي، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ط١، ٢٠١٧ .
- = أمال أنال، أنظمة تكبيف العقوبة وآليات تجسيدها، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ٢٠١٦ .
- = د. أيمن رمضان الزيني، العقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة وبدائلها، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥ .
- = بشرى رضا راضي سعد، بدائل العقوبات السالبة للحرية وأثرها في الحد من الخطورة الإجرامية، دار الأوائل للنشر، عمان، ٢٠١٣ .
- = حسن عبدالحليم عناية، و صابرين محمد يوسف ، موسوعة الفقه والقضاء في التنفيذ الجنائي، المجلد الاول، العدل للإصدارات القانونية، ٢٠١٥ .
- = دانيال جون ميدور، جوردانا سيمون برنشتين، محاكم الاستئناف في الولايات المتحدة الأمريكية، ترجمة: د. مصطفى رياض، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية، القاهرة، ٢٠٠١ .
- = د. رمسيس بهنام، الإجرام والعقاب علم الجريمة وعلم الوقاية والتقويم، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٨ .
- = د. رجب علي حسين، تنفيذ العقوبات السالبة للحرية، دار المناهج للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١ .
- = روبرت أ. كارب ، و كارب ورونالد ستيدهام، الإجراءات القضائية في أمريكا، ترجمة علا أبو زيد، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية، ١٩٩٧ .
- = د. عبدالرحمن محمد أبو توتة، أصول علم العقاب، منشورات ELGA، فاليتا، مالطا، ٢٠٠١ .
- = د. عبدالرحيم صدقي، موسوعة صدقي في القانون الجنائي المجلد ١٥، القانون الجنائي ودراسات فلسفية وسياسة جنائية متعمقة، جامعة القاهرة، ب ت .
- = عبدالعلي حفيظ، صلاحيات قاضي تطبيق العقوبات في مراقبة القضاء السجن، كلية الحقوق اكدال، الرباط، ٢٠١٧ .
- = د. عبدالعظيم مرسي وزير، دور القضاء في تنفيذ الجزاءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٨، ص٣٧٣ .
- = د. عصام عفيفي، مجموعة القواعد الجنائية في القضاء الجنائي، دار الكتاب الحديث، القاهرة، ٢٠٠٨ .
- = د. عمر سالم، المراقبة الإلكترونية طريقة جديدة لتنفيذ العقوبة السالبة للحرية خارج السجن، د. عطية عبدالسلام الفيتوري، التنظيم القضائي لمرحلة التنفيذ العقابي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٦ .

- = د. علاء الدين زكي مرسي، الحد الأدنى لمعاملة المذنبين من منظور القانون الدولي الإنساني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، ٢٠١٠.
- = د. مأمون محمد سلامة، أصول علم الإجرام والعقاب، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٩.
- = مصطفى يوسف محمد علي، اشكالات التنفيذ الجنائية، منشأة المعارف ، الإسكندرية، ٢٠٠٨.
- = د. محمد أحمد عابدين، التنفيذ الجنائي والمقاصد الجنائية، منشأة المعارف ، الإسكندرية، ٢٠١٧.
- = د. محمد محمد مصباح القاضي، العقوبات البديلة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، ب ت.
- = د. محمد عبدالله الوريكات، مبادئ علم العقاب، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩ .
- = محمد صالح العنزي، الاتجاهات الحديثة في العقوبات البديلة، دار غيداء للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٥.
- = د. محمد عبدالحميد مكي، تنفيذ الأحكام الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١ .
- = د. محمد عبدالله الوريكات، مبادئ علم العقاب، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩ .
- = د. محمود نجيب حسني، علم العقاب، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٢، ١٩٧٣.
- = د. محمود نجيب حسني، الدستور والقانون الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢.
- = فيصل بوخالفه، الإشراف القضائي على تطبيق الجزاء الجنائي، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ٢٠١٦.
- = د. محمد زكي أبو عامر، شائبة الخطأ في الحكم الجنائي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٥.

الرسائل العلمية

- = إبراهيم بن يحيى بن إبراهيم الجهيمي، شراف الجهة القضائية على تنفيذ العقوبات الجنائية " دراسة مقارنة" ، رسائل ماجستير ، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض ، ٢٠٠٧.
- = إحسان عبدالعزيز الصالح، الإشراف القضائي على تنفيذ العقوبة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ٢٠١١
- = السيد أحمد محمد علام، ضمانات المحكوم عليه خلال فترة التنفيذ العقابي، رسالة الدكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ٢٠١٢.
- = تاقدة عبد الرحمن، تنفيذ الأحكام الجزائية في التشريع الجزائري، مذكرة التخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، الدفعة ١٢، الجزائر، ٢٠٠٤.
- = د. خالد بن سالم بن سعيد السعيد، الضوابط الدستورية للتجريم والعقاب والمحكمة في النظام الأساسي لسلطنة عمان، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ٢٠١٢ .
- = عبدالعزيز بن صالح إبراهيم، اختصاصات قاضي التنفيذ وتطبيقاتها في النظام السعودي، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، الرياض ، ٢٠٠٨.
- = فيصل بوخالفه، الإشراف القضائي على تطبيق الجزاء الجنائي في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج الاخضر، باتنة، الجزائر، ٢٠١٢.



= د. فارس مناجي سعود المطبيري، النظرية العامة للسلطة التقديرية للقاضي الجنائي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ٢٠١٣، ص ٣٧١ .
= د. فريدة بن يونس، تنفيذ الأحكام الجنائية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، ٢٠١٣ .

= محمد عبدالله نقرور، الإشراف القضائي على التنفيذ الجنائي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ب ت .

= مهريّة عفاف، دور قاضي تطبيق العقوبات في تنفيذ الأحكام الجزائية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، ٢٠١٧ .
= ياسين مفتاح، الإشراف القضائي على التنفيذ القضائي، رسالة ماجستير، جامعة الحاج لخضر باتنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١١ .

الدوريات

= د. محمد عبدالله ولد محمدن الشنقيطي، تنفيذ الأحكام في النظام القضائي تطوره التاريخي وأثره في تحقيق الأمن، مجلة العدل السعودية، مج ٧، ع ٤، شوال، ٢٠٠٥ .
= د. عبدالله عبدالغني غانم، العقوبة والمؤسسات العقابية، مج ٧، ع ١٤، إبريل، ١٩٩٨، مجلة الفكر الشرطي الشارقة .

احكام المحاكم

= المحكمة العليا الليبية، مجلة رقم ٩/٤، رقم الطعن ق/١٨/٥٤، تاريخ الطعن ١٥/٥/١٩٧٣ .

= محكمة النقض المصرية، " طعن مدني "مرافعات" رقم ١٠-٢٠ سنة ١/٢ تاريخ ١٩٦٤. ١٣.٦.٣٩

= المحكمة العليا الليبية، نقض ١٧ فبراير سنة ١٩٧٥ مجموعة الأحكام من ٣٦ ص ١٦٢ طعن رقم ٣٥٢ لسنة ٤٤ ق .

= محكمة النقض المصرية، دستورية عليا ٢٠ مايو ١٩٩٥ قضية رقم ٥ لسنة ١٥ قضائية دستورية مجموعة الأحكام الدستورية العليا ج ٦ ق ٤٧ ص ٩٨٦، أشار إليه: السيد أحمد محمد علام، ضمانات المحكوم عليه خلال فترة التنفيذ العقابي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ٢٠١٢ .

= المحكمة العليا الليبية، دستورية ٥ اغسطس ١٩٩٥ في القضية رقم ٦١ لسنة ١٧ ق. د الجريد الرسمية العدد ٨، في ١٩ فبراير ١٩٩٨ .

= محكمة القضاء الإداري ٧ مارس ١٩٧٢ المجموعة السادسة والعشرين ص ٥٨، أشار إليه السيد أحمد محمد علام، المرجع السابق.

= طعن رقم ٧٨ لسنة ٢٣ قضائية أشار إليه السيد أحمد محمد علام، ضمانات المحكوم عليه خلال فترة التنفيذ العقابي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ٢٠١٢ .



مواقع الانترنت

= Les mesures alternatives à l'incarcération : FICHE 5, pg 140

<http://www.vie-publique.fr/politiques-publiques/prison-reinsertion-detenu/alternatives-prison>

= جمال العزوزي، أهمية التمييز بين القضائي و الإداري في عمل النيابة العامة، مجلة العلوم القانونية : <http://www.marocdroit.com>

المراجع الاجنبية

= L'aménagement des peines privatives de liberté : l'exécution de la peine Autrement, Collection Travaux & Documents, Impression : L'Artésienne Mai 2013.

= Hélène Hurpy: L'évolution de la notion de mesure privative de liberté, Association française de droit constitutionnel VIIe Congrès français de droit constitutionnel CONGRÈS DE PARIS 25, 26 et 27 septembre 2008.

= Mohammad Reza GOUDARZI: LA PEINE PRIVATIVE DE LIBERTÉ

ÉTUDE DE DROIT COMPARÉ FRANCO-IRANIEN, Thèse En vue de l'obtention du grade de Docteur en Droit (Doctorat Nouveau régime – Droit privé – Droit pénal) Présentée et soutenue publiquement, Université Nancy 2, Faculté de Droit, Sciences économiques et Gestion, le juillet 2011.



السر المهني، أساس إقراره وأسباب

إسقاطه في التشريع الجزائري

اعداد

د/ فاتح قبش

جامعة أدرار - الجزائر

المقدمة

من الواجبات المهنية التي حرص المشرع الجزائري على جعلها من أبرز الالتزامات الواقعة على عاتق الموظف أو العامل قبل شروعه في القيام بمهامه الوظيفية، واجب الالتزام بكتمان جانباً من المعلومات التي يسمح تواجده داخل مصالح المؤسسة أو الهيئة المستخدمة له بالاطلاع عليها، وذلك دون أن تعطى له فرصة التعرف على طبيعة المعلومات الداخلة في هذا النطاق، والأساس الذي يقوم عليه التزامه ببقائها قيد الكتمان، مما قد يدفع بالموظف إلى الميل كل الميل إلى حرمان الأفراد من الاطلاع على المعلومات التي لا يطلبونها من المصلحة التي يعمل بها في إطار تمتعهم بحقهم في الإعلام.

والغريب في التشريعات التي تأمر الموظف بهذا الواجب أنها عادة ما تأمره من جهة أخرى بالتخلي الوجوبي عن التزامه بالسر المهني لأسباب قد لا يعبر عنها المشرع بطريقة صريحة ومباشرة في نصوصه القانونية الأمر بذلك.

فعلى أي أساس اتجه المشرع الجزائري إلى إلزام الموظف بواجب الالتزام بالسر المهني؟ وما هي الأسباب التي تجعل المشرع يأمر الموظف بعدم تمسكه بالسر المهني في حالات معينة؟

على ضوء هذه الإشكالية قسم هذا البحث على النحو الآتي:

المطلب الأول: مفهوم السر المهني:

الفرع الأول: تعريف السر المهني لغة:

الفرع الثاني: تعريف السر المهني في الاصطلاح القانوني.

المطلب الثاني: أساس إقرار السر المهني في القانون الجزائري.

الفرع الأول: احترام إرادة صاحب السر.

الفرع الثاني: حماية الطابع السري لبعض المعلومات.

الفرع الثالث: المحافظة على سلامة المصالح الفردية والجماعية.

المطلب الثالث: أسباب إنهاء الالتزام بالسر المهني.

الفرع الأول: حالة وجود مصلحة ورضا صاحب السر بإفشائه.

الفرع الثاني: الاستجابة لواجب التبليغ عن الجرائم.

الفرع الثالث: حالة ضرورة الإدلاء بالشهادة أمام القضاء وتقديم الخبرة.

المطلب الأول: مفهوم السر المهني:

قبل الشروع في دراسة صلب هذا الموضوع لا بأس من تخصيص هذا المطلب للبحث في المعاني اللغوية والاصطلاحية لمصطلح السر المهني على النحو الآتي:

الفرع الأول: تعريف السر المهني لغة:

السر المهني مصطلح مركب من كلمتين إحداهما عامة وهي السر، وثانيهما خاصة وهي صفة تربط السر أو تخصصه بمجال ممارسة المهنة.

١/ تعريف السر لغة.

السر في اللغة جمع أسرار، وهو كل ما يخفى ويكنم أو يستكنم عليه، فيقال أسر فلاناً حديثاً بمعنى أخفاه^١، والسر والإسرار والسرائر، ما يقوم به الإنسان من أعمال سرية سواء كانت خيراً أو شراً، فهو خلاف الإعلان^٢، ومنه قوله تعالى: (وَالَّذِينَ صَبَرُوا ابْتِغَاءَ وَجْهِ رَبِّهِمْ وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَأَنْفَقُوا مِمَّا رَزَقْنَاهُمْ سِرًّا وَعَلَانِيَةً وَيَدْرُؤُونَ بِالْحَسَنَةِ السَّيِّئَةِ أُولَئِكَ لَهُمْ عُقْبَى الدَّارِ)^٣، وقوله تعالى: (يَوْمَ تُبْلَى السَّرَائِرُ)^٤.

وعليه يمكن القول بأن المعنى اللغوي لكلمة السر يُختصر في كل ما يكتمه الشخص في وجدانه، سواء كان من تلقاء نفسه أو بطلب من غيره.

٢/ تعريف السر المهني لغة:

١ ينظر: أحمد بن يوسف بن عبد الدايم الحلبي: *عمدة الحفاظ في تفسير أشرف الألفاظ، معجم لغوي لألفاظ الكريم القرآن*، (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان)، ج٢، ص١٧٩/ أحمد بن محمد بن علي الفيومي: *المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي*، (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان)، ج١، ص٢٧٥.

٢ محمد ابن منظور: *لسان العرب*، بدون طبعة، (دار صادر، بيروت، لبنان). دار بيروت للطباعة والنشر، بيروت، لبنان)، ج٣، ص٣٥٧/ محمد مرتضى الزبيدي: *تاج العروس*، (دار صادر، بيروت، لبنان)، ج٣، ص٢٦٢/ محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي: *مختار الصحاح*، ط١٩٨٣م، (دار الفكر العلمية - بيروت، لبنان)، ص٢٩٤.

٣ سورة الرعد، الآية ٢٢.

٤ سورة الطارق، الآية ٩.

كلمة المهني صفة مشتقة من فعل مهن يمهن مهنة، بمعنى خدم يخدم خدمة، يقال مَهَنَ يَمَهِّن مَهْنًا إذا عمل في صنْعته، ومَهَنَهُم مهنة إذا خدمهم، وحذق في عمله وقام به بإتقان^١.

لذلك فإن نعت كلمة السر بعموم معناها بصفة المهني الغرض منه تخصيصها بما يجب كتمه من أسرار ذات علاقة بالمهنة أو الخدمة أو الحرفة الممارسة من طرف شخص ما.

الفرع الثاني: تعريف السر المهني في الاصطلاح القانوني:

بعد البحث في المعاني اللغوية لمصطلح السر المهني سيخصص هذا الفرع للبحث في معانيه الاصطلاحية العامة والخاصة.

١/ التعريف الاصطلاح العام للسر المهني:

لقد اتجه كثير من الباحثين إلى وضع عدد من التعريفات العامة لمصطلح السر المهني دون إشارة منهم إلى طبيعة المهنة التي يتعلق بها من بينها:

تعريف السر المهني بأنه: «واقعة أو صفة ينحصر نطاق العلم بها في عدد محدود من الأشخاص إذا كانت هناك ثمة مصلحة يعترف بها القانون لشخص أو أكثر في أن يظل العلم بها محصوراً في ذلك النطاق»^٢، وتعريفه بأنه: «صفة ما يتضمن انحصار نطاق العلم به في عدد محدود من الأشخاص، إذا كانت ثمة مصلحة لشخص أو أكثر في أن يظل العلم بها محصوراً في ذلك النطاق»^٣، والملاحظ في هذين التعريفين اتفاقهما على وصف السر

^١ ابن منظور: المرجع السابق، ج٥، ص ٥٤٤/ الفيومي: المرجع السابق، ج٢، ص ٥٨٣م/ أحمد بن فارس بن زكريا: معجم مقاييس اللغة، تحقيق وضبط: السلام محمد هارون، ط٢، ١٩٧٩م، (دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة مصر)، ج٥، ص ٢٨٣م/ محمد بن يعقوب الفيروزبادي: القاموس المحيط وبهامشه تعليقات وشروح، (نسخة مصورة عن الطبعة الثالثة للطبعة الأميرية، المكتبة المصرية للكتاب، مصر)، ج٤، ص ٢١/ مجمع اللغة العربية: المعجم الوسيط، ط٤، ٢٠٠٤م، (مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، مصر)، ص ٨٩٠.

^٢ حمدي أمين عبد الهادي: إدارة شؤون موظفي الدولة، أصولها وأساليبها وإصلاحها، ط٣، (دار الفكر العربي، القاهرة، مصر)، ص ٤٧.

^٣ عبد الحميد المنشاوي: جرائم القذف والسب وكشف الأسرار، طبعة ٢٠٠٠م، (دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر)، ص ١٣١.



المهني بأنه تلك الصفة التي تستلزم طبيعتها أن لا يتجاوز العلم بها نطاق عدد معين من الأشخاص، بشرط أن يكون ذلك بدافع الحماية المطلوبة للمصلحة التي يقر القانون بضرورة حمايتها لصالح شخص أو جهة معينة، ويعاب عليهما عدم إشارتهما إلى الصفة التي تجمع بين هؤولاء الأشخاص الذين يحصر في نطاقهم العلم بهذا السر، كالوظيفة التي يمارسونها بالشكل الذي يتيح لهم صلاحية الاطلاع على المعلومات الداخلة في نطاق هذا السر.

كما يعرف من هذه الزاوية بأنه: «كل ما يعرفه الأمين أثناء أو بمناسبة ممارسة مهنته، وكان في إفشائه ضرر لشخص أو لعائلة، إما لطبيعته أو بحكم الظروف التي تحيط به»^١، أو هو: «ما يحصل عليه العامل جراء ممارسته لمهنة لدى رب العمل، ويحظر القانون إفشاؤه»^٢، أو أنه: «ما يفضي الإنسان إلى آخر مستكتمًا إياه من قبل أو من بعد، ويشمل ما حفت به قرائن دالة على طلب الكتمان إذا كان العرف يقتضي كتمانها كما يشمل خصوصيات الإنسان وعيوبه التي يكره أن يطلع عليها الناس»^٣، وهي التعريفات التي يتجلى اشتراكها، في ربط مفهوم السر المهني بكل ما يطلع عليه الإنسان أو العامل من معلومات أثناء ممارسته لوظيفته، بشرط أن تشير القرائن أو يأمر القانون أو المتضرر من إفشائها بوجود كتمانها حماية لمصلحة عامة أو خاصة معينة.

^١ محمد صبحي نجم: شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، (ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر)، ص ١١١.

^٢ بشار عدنان ملكاوي: معجم تعريف مصطلحات القانون الخاص، ط ١، ٢٠٠٨م، (دار وائل، عمان، الأردن)، ص ١٢٠.

^٣ مجمع الفقه الإسلامي: فتوى السر في المهن الطبية، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، عدد ٢٠، مارس ١٩٩٤م، (المملكة العربية السعودية)، ص ٢٠٧.

٢/ التعريف الاصطلاحي الخاص للسر المهني.

على خلاف التعريفات الاصطلاحية العامة السابقة اتجه فريق آخر من الباحثين إلى تعريف السر المهني بالنظر إلى المهنة التي يتعلق بها من بينها:

- تعريف السر الطبي بأنه: «كل ما يراه الطبيب أو جراح أسنان ويسمعه ويفهمه أو كل ما يؤتمن عليه خلال أدائه لمهنته»^١، أو أنه: «الالتزام المفروض على جميع أعضاء الهيئة الطبية بأن لا يفشوا ما اطلعوا عليه وما علموه أثناء ممارسة مهنتهم»^٢، وهما التعريفان اللذان اشتركا في إشارتهما إلى قيام وجوب الالتزام بكتمان السر المهني على أساس الاستجابة الأولية لإرادة صاحب السر.

- تعريف التحقيق القضائي بأنه: «عدم تمكين الجمهور ووسائل الإعلام من الاطلاع على المعلومات المتعلقة بإجراءات التحقيق وتحرياته، وعلى ما يدون في محاضره من شهادات وأقوال، مع إمكانية حرمان بعض أطراف الدعوى من الاطلاع على بعض إجراءات التحقيق»^٣، وهو التعريف الذي يتطابق مع إرادة المشرع المتعلقة بتنظيمه لمجريات التحقيق القاضي في المواد ١١ و ٤٦ و ٨٥ من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري المعدل سنة ٢٠٠٧م.

- تعريف السر المصرفي بأنه: «الموجب الملقى على عاتق المصارف بحفظ القضايا الاقتصادية والمالية والشخصية المتعلقة بالزبائن والأشخاص الآخرين ولو بنسبة أقل، والتي تكون قد آلت إلى علمهم أثناء ممارستهم لمهنتهم، أو في معرض هذه الممارسة، مع التسليم بوجود قرينة على حفظ التكتّم لمصلحة هؤلاء الزبائن»^٤، ويفهم من هذا التعريف أن الالتزام بالسر المصرفي يقع على عاتق الشخص المعنوي المتمثل في المؤسسة المصرفية أو البنكية لكن دون إهمال المسؤولية التي تقع على عاتق عمالها المكلفين قانوناً بواجب حماية السر المهني.

^١ المرسوم التنفيذي، رقم ٢٧٦/٩٢ الصادر بتاريخ ٠٦ جوان ١٩٩٢م المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم ٥٢، الصادرة بتاريخ ٠٨ جوان ١٩٩٢م.

^٢ شريف بن أدلول بن إدريس: كتمان السر وإفشاؤه في الفقه الإسلامي: ط ١٩٩٧م، (دار النفائس لنشر والتوزيع، عمان الأردن)، ص ٥٣.

^٣ ينظر: محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية، ط ٠٣، ١٩٩٥م، (دار النهضة العربية، القاهرة، مصر)، ص ٩٤.

^٤ ينظر: بالي سمير فرقان: السرية المصرفية، ط ٢٠٠٢م، (منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان)، ص ١٢.

- تعريف سر المحاماة بأنه: «عدم إبلاغ الغير بمعلومات أو وثائق تتعلق بقضية أسندت إليه...»^١، بمعنى أن يلتزم المحامي بكتمان كل ما يتعلق بقضية موكله من وثائق ومعلومات سواء كان مدعياً أو مدعى عليه.

وعليه فإن هذه الطائفة من التعريفات قد اتجهت إلى حصر المفهوم الاصطلاحي للسر المهني في واجب التزام الموظف أو العامل أو المؤسسة المستخدمة له، بكتمان المعلومات التي يطلعون عليها بحكم وظيفتهم حماية لمصالح معينة أو استجابة لإرادة صاحب السر أو المشرع.

كما اتضح بأن تقييد مصطلح السر بصفة المهني يؤدي إلى تخصيص المعلومات التي تدخل في نطاقه بالمعلومات التي يطلع عليها الموظف بسبب الوظيفة التي يمارسها بطريقة حرة كالمحامي أو في المؤسسة المستخدمة له كعمال المصارف، مع استثناء المعلومات التي يطلع عليها العامل خارج وظيفته حتى وأن شكل إفشائها مساساً بنفس المصالح التي يحميها القانون من وراء إلزام الموظفين بالسر المهني.

المطلب الثاني: أساس إقرار السر المهني في القانون الجزائري.

لاشك في أن كل تشريع تبني نصوصه المقررة لحقوق وواجبات الأفراد على أسس معينة، تتمثل عادة في الأهداف التي تتشكل منها مشروعيتها، لهذا سيخصص هذا المطلب للبحث في الأساس الذي يقوم عليه تكليف الموظف بواجب الالتزام بالسر المهني في التشريع الجزائري.

الفرع الأول: احترام إرادة صاحب السر.

لقد اتجه المشرع الجزائري إلى إلزام الموظف بواجب الالتزام بالسر المهني على أساس ضرورة احترامه لإرادة صاحب السر في عدم إفشاء المعلومات المتعلقة به التي يطلع عليها عند مزاولته لمهنته في المؤسسة

المستخدمة له^٢، وقد ارتكز على هذا الأساس في تكليفه للموظف بهذا الواجب بطريقتين وهما:

^١ المادة ١٣ من القانون رقم ٠٧/١٣ الصادر بتاريخ ٢٩ أكتوبر ٢٠١٣م، المتضمن تنظيم مهنة المحاماة، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم ٥٥، الصادرة بتاريخ ٣٠ أكتوبر ٢٠١٣م.

^٢ أخذ بهذا المبدأ في تحديد الأساس الذي يقوم على واجب الالتزام بالسر المهني فقهاء القانون القائلون بنظرية الإرادة لتفصيل أكثر ينظر: أحمد كامل سلامة: الحماية الجنائية لأسرار الدولة، ط ١٩٨٨م، (مطبعة جامعة القاهرة، مصر)، ص ٤٣. شريف بن أدول بن إدريس: المرجع السابق، ص ٤٧/ ريس محمد: (مسؤولية الأطباء المدنية عن إفشاء السر الطبي في ضوء القانون الجزائري)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٥، العدد ٠١، ٢٠٠٩م.، ص ٢٥١/ سندواوي مفتاح: (جريمة إفشاء الموظف العام أسرار وظيفته وأثره على وضعه التأديبي)، المقال منشور على الرابط :

أولاً: المراعاة الضمنية لإرادة صاحب السر.

يمكن الاستدلال على طريقته الضمنية في الأخذ بضرورة احترام إرادة صاحب السر بما يأتي:

١٠ / مراعاته لإرادة صاحب السر من خلال اتجاهه إلى إقرار واجب الموظف في الالتزام بالسر المهني بمقتضى نصوص قانونية أمرة لا يمكن الاتفاق على مخالفتها، مع العلم أن المشرع عادة ما يُعبر من خلال أحكامه القانونية بطريقة نيابية عن إرادة الجهة التي يستهدف حمايتها، وهو وما يعني عدم إمكانية قيام المخاطب بواجب الالتزام بالسر المهني بمخالفة إرادة صاحب السر بدعوى أنه لم يطلب منه كتمان سره مادام النص القانوني يلزمه بذلك نيابة عنه.

ومن أمثلة النصوص القانونية الأمرة بهذا الواجب في التشريع الجزائري، النص الوارد في قانون العمل الذي يُلزم العامل بعدم إفشاء وكشف المعلومات المهنية، ومضمون الوثائق الداخلية الخاصة بالهيئة المستخدمة^١، وهو النص الذي يشمل بلا شك كل العمال دون استثناء، بغض النظر إلى طبيعة المهنة أو الوظيفة التي يمارسونها في مختلف القطاعات المهنية.

ويضاف إلى هذا النص العام، النصوص الواردة في القوانين الأساسية لمختلف الفئات العمالية، كالقانون الخاص بموظفي الشرطة^٢، والمستخدمين العسكريين^٣، والقضاة^٤، والموظفين المعنيين بقانون النقد والصراف^٥، بالإضافة إلى أعضاء سلطة ضبط السمعي البصري وأعوانها المخاطبين

...www.ba-menoufia.com/pdf/1304235176c2356fe99...، تاريخ الزيارة ٢٠ مارس ٢٠١٥م.

^١ ينظر: المادة ٠٧ من القانون رقم ١١/٩٠ الصادر بتاريخ ٢١ أفريل ١٩٩٠م المتضمن علاقات العمل، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم ١٧، الصادرة بتاريخ ٢٥ أفريل ٢٠٩٩م.

^٢ ينظر: المادة ١٦ من المرسوم التنفيذي ١٠/٣٢٢ الصادر ٢٢ ديسمبر ٢٠١٠م، المتضمن القانون الأساسي للموظفين المنتميين للأسلاك الخاصة بالأمن الوطني، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم ٧٨، الصادرة بتاريخ ٢٦ ديسمبر ٢٠١٠م.

^٣ ينظر: المادة ٤٥ من الأمر رقم ٠٢/٠٦ الصادر بتاريخ ٢٨ فيفري ٢٠٠٦م المتضمن القانون الأساسي للمستخدمين العسكريين، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم ١٢، الصادرة بتاريخ ٠١ مارس ٢٠٠٦م.

^٤ ينظر: المادة ١١ من القانون العضوي رقم ١١/٠٤ الصادر بتاريخ ٠٦ سبتمبر ٢٠٠٤م المتضمن القانون الأساسي للقضاة، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم ٥٧، الصادرة بتاريخ ٠٨ سبتمبر ٢٠٠٤م.

^٥ ينظر: المادة ٢٥ من الأمر رقم ٠٤/١٠ الصادر بتاريخ ١٦ أوت ٢٠١٠م المعدل والمتمّم بالأمر رقم ١١/٠٣ المؤرخ بتاريخ ٢٦ أوت ٢٠٠٣م، المتعلق بالنقد والصراف، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم ٥٠ الصادرة بتاريخ ٠١ سبتمبر ٢٠١٠م.

بأحكام القانون المتعلق بالنشاط السمعي البصري^١، دون نسيان الإشارة إلى قيام المشرع بإحالة أغلب نصوصه الأمره بهذا الواجب إلى المادة ٣٠١ من قانون العقوبات، تأكيداً منه على الخطورة التي يشكلها التخلي عنه وضمن احترامه من طرف جميع المكلفين به.

١٠٢ / حرص المشرع على مراعاة إرادة صاحب السر من خلال تخصيص عقوبات محددة لكل مخالف للنصوص الأمره بواجب الالتزام بالسر المهني، كنصه على معاقبة «جميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلي بها إليهم وأفسوها، في غير الحالات التي يوجب عليهم فيها القانون إفشاءها»^٢، مع النص على: «معاقبة كل من يعمل بأية صفة كانت في مؤسسة وأدلى أو شرع في الإدلاء إلى أجنب أو جزائريين يقيمون في بلاد أجنبية، بأسرار المؤسسة التي يعمل بها دون أن يكون مخولاً له بذلك»^٣، بحيث يلاحظ في هذين النصين ربط استحقاق العقوبة المخصصة للشخص الذي يخالفهما، بشرط ارتكاب ذلك في غير الحالات التي يسمح القانون فيها بذلك، بمعنى أن مخالفة النصيين السابقين تعد مخالفة صريحة لإرادة المشرع المعبرة عن إرادة صاحب السر.

١٠٣ / رغبته في احترام إرادة صاحب السر من خلال تكليفه للموظف بواجب الالتزام بالسر المهني قبل شروعه في أداء وظائفه، من خلال إقحام هذا الالتزام في العبارات المكونة للقسم الذي يؤديه عند استلامه لمهامه الوظيفية، ويمكن التمثيل على ذلك باليمين التي يؤديها:

- مستخدمو أمانات الضبط للجهات القضائية^٤.

- الموظفون المنتمون إلى الأسلاك الخاصة بالأمن الوطني^٥ والأسلاك الخاصة بإدارة الجمارك^٦.

^١ ينظر: المادة ٦٦ من القانون رقم ٠٤/١٤ الصادر بتاريخ ٢٤ فيفري ٢٠١٤م المتعلق بالنشاط السمعي البصري، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم ١٦، الصادرة بتاريخ ٢٣ مارس ٢٠١٤م.

^٢ المادة ٣٠١ من الأمر رقم ١٥٦/٦٦ الصادر في ٠٨ جوان ١٩٦٦م المتضمن قانون العقوبات الجزائري، المعدل والمتمم بمقتضى القانون رقم ٠٢/١٨ الصادر ١٩ جوان ٢٠١٦م، الجريدة الرسمية رقم ٣٧، الصادرة بتاريخ ٢٢ جوان ٢٠١٦م.

^٣ المادة ٣٠٢ من قانون العقوبات الجزائري.

^٤ ينظر: المادة ٠٤ من المرسوم التنفيذي رقم ٠٨ / ٠٩ الصادر بتاريخ ٢٤ ديسمبر ٢٠٠٨م المتضمن القانون الأساسي الخاص بمستخدمي أمانات الضبط للجهات القضائية، الجريدة الرسمية رقم ٧٣، الصادرة بتاريخ ٢٨ ديسمبر ٢٠٠٨م.

^٥ ينظر: المادة ٠٨ من المرسوم التنفيذي ٣٢٢ / ١٠ السابق.



- الموثقون^٢، القضاة^٣ والمحضرون القضائيون^٤.

- الممارسون الطبيون في الصحة العمومية^٥.

٤/٠ اتجاه المشرع إلى مراعاة إرادة صاحب السر في تشريعه لواجب كتمان السر المهني من خلال إقدامه على تكليف الموظف بهذا الواجب حتى بعد انتهاء مهامه الوظيفية بسبب التقاعد أو الإقالة أو الاستقالة أو غيرها من الأسباب القانونية لانتهاء علاقات العمل^٦، حيث اتجه المشرع الجزائري إلى إلزام الموظفين المنتمين إلى الأسلاك الخاصة بإدارة السجون^٧، والموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بالأمن الوطني^٨ والمستخدمين الشبهيين للأمن الوطني^٩ والمستخدمين العسكريين^{١٠} بواجب الالتزام بالسر المهني في كل زمان ومكان وبعد انتهاء الخدمة أو العودة إلى

^١ ينظر: المادة ٠٧ من المرسوم التنفيذي رقم ٢٨٦/١٠ الصادر بتاريخ ١٤ نوفمبر ٢٠١٠م المتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بإدارة الجمارك، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم ٧١، الصادرة بتاريخ ٢٤ نوفمبر ٢٠١٠م.

^٢ ينظر: المادة ٠٨ من القانون رقم ٠٢/٠٦ الصادر بتاريخ ٢٠ فيفري ٢٠٠٦م المتضمن تنظيم مهنة الموثق، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم ١٤، الصادرة بتاريخ ٠٨ مارس ٢٠٠٦م.

^٣ ينظر: المادة ٠٤ من القانون العضوي ١١/٠٤ السابق.

^٤ ينظر: المادة ١٧ من القانون رقم ٠٣/٠٦ الصادر بتاريخ ٢٠ فيفري المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم ١٤، الصادرة بتاريخ ٠٨ مارس ٢٠٠٦م.

^٥ ينظر: المادة ٠٥ من المرسوم التنفيذي رقم ٣٩٣/٠٩ الصادر بتاريخ ٢٤ نوفمبر ٢٠٠٩م، المتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين الطبيين العاملين في الصحة العمومية، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم ٧٠، الصادرة بتاريخ ٢٩ نوفمبر ٢٠٠٩م.

^٦ ينظر المادة ٦٦ من القانون ١١/٩٠ السابق.

^٧ ينظر: المادة ١٦ من المرسوم التنفيذي رقم ١٦٧/٠٨ الصادر بتاريخ ٠٧ جويلية ٢٠٠٨م المتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بإدارة السجون، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم ٣٠، الصادرة بتاريخ ١١ جوان ٢٠٠٨م.

^٨ ينظر: المادة ١٦ من المرسوم التنفيذي رقم ٣٢٢/١٠ السابق.

^٩ ينظر: المادة ٠٨ من المرسوم التنفيذي رقم ٣١٣/١٠ الصادر بتاريخ ٢٢ ديسمبر ٢٠١٠م، المتضمن الأحكام الخاصة المطبقة على المستخدمين الشبهيين للأمن الوطني، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم ٧٨، الصادرة بتاريخ ٢٦ ديسمبر ٢٠١٠م.

^{١٠} ينظر: المادة ٤٥ من الأمر ٠٢/٠٦ السابق.

الحياة المدنية، فيما اكتفى بإلزام أعضاء سلطة ضبط النشاط السمعي البصري بهذا الواجب طيلة عدتهم وبعد سنتين فقط من انتهائها^١.

٥/٠/ حرص المشرع على احترام إرادة صاحب السر عند إلزام الموظف بالسر المهني من خلال تكليفه بمقتضى نصوص قانونية أخرى، تلزمه بواجب التحفظ في كل زمان ومكان وفي كل الظروف^٢، وعدم إدلاءه بأية معلومات لوسائل الإعلام أو الرأي العام دون ترخيص مسبق^٣.

ثانياً: المراعاة الصريحة لإرادة صاحب السر.

لقد حرص المشرع على مراعاة واحترام إرادة صاحب السر، كأساس لتكليف الموظف بواجب الالتزام بالسر المهني في عدد من نصوصه الجزائية من بينها:

١/٠/ قيام المشرع بتقييد استحقاق العقوبات المقررة لمخالفة واجب الالتزام بالسر المهني بعبارة «... في غير الحالات التي يوجب عليهم فيها القانون إنشاءها ويصرح لهم بذلك»^٤، وعبارة «...دون أن يكون مخولاً له بذلك»^٥، بحيث تدل هذه العبارات دلالة واضحة على أن استحقاق العقوبة يكون في حالة مخالفة إرادة المشرع أو صاحب السر المتمثلة رغبتهما في إبقاء المعلومات المسربة قيد الكتمان.

٢/٠/ نص المشرع الأمر بواجب امتناع الطبيب وجراح الأسنان والصيدلي عن إنشاء الأحداث المعنية بالسر المهني، إلا إذا أعفاهم مريضهم من ذلك^٦ بطريقة شخصية، دون أن يتعارض هذا النص مع مدونة أخلاقيات الطب التي تلزمهم بواجب كتم ما يرووه ويسمعونه ويفهمونه أو يؤتمنون عليه أثناء أدائهم لمهامهم^٧، ما دام عدم التزامهم بكتمانها لا يتعارض مع إرادة المريض الذي سمح لهم بإفصائها.

٣/٠/ اتجاه المشرع إلى إلزام الجهات المكلفة بالتحقيق القاضي بعدم إفشاء أو إطلاع الأشخاص الذين لا صفة لهم قانوناً، في الإطلاع على ما توصلت إليه من وثائق أو أدلة أو معلومات أثناء

^١ ينظر: المادة ٦٦ من القانون ٠٤/١٤ السابق.

^٢ ينظر: المادة ٠٦ من الرسوم التنفيذية ٠٨/٤٠٩ السابق، المادة ١٧ من المرسوم التنفيذي رقم ٠٨/١٦٧ السابق/ المادة ١٨ من المرسوم التنفيذي ١٠/٣٢٢ السابق.

^٣ ينظر: المادة ٢٢ من المرسوم التنفيذي ١٠/٢٨٦ السابق/ المادة ١٧ من المرسوم التنفيذي ٠٨/١٦٧ السابق.

^٤ المادة ٣٠١ من قانون العقوبات الجزائري

^٥ المادة ٣٠٢ من قانون العقوبات الجزائري.

^٦ ينظر: المادة ٢٠٦ من القانون رقم ٠٨/١٣ الصادر بتاريخ ٣٠ جوان ٢٠٠٨م المعدل والمتمم للقانون ٨٥/٤٤ المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم ٤٤، الصادرة بتاريخ ٠٣ أوت ٢٠٠٨م.

^٧ ينظر: المادة ٣٧ من المرسوم التنفيذي ٩٢/٢٧٦ السابق.

قيامها بالتحري في مختلف الجرائم، وتفتيش المواقع المتصلة بها، دون حصولهم على إذن مسبق من المتهم أو ذوي حقوقه أو الموقع على هذه الوثائق والأدلة¹ في إشارة صريحة لواجب احترام إرادتهم في إبقاء المعلومات والوثائق السابقة قيد الكتمان، ما لم يأذنوا بخلاف ذلك.

الفرع الثاني: الفرع الثاني: حماية الطابع السري لبعض المعلومات:

لا شك في أن حق الإنسان في الاطلاع على مختلف دروب المعلومات من الممكن أن يتعرض لضوابط قانونية محددة، سواء كانت هذه المعلومات متعلقة بالحياة العامة أو الخاصة، وذلك انطلاقاً من كونها تختلف من حيث طبيعتها بين قابلة للإعلان وداخلة في نطاق السرية²، لذلك اتجه المشرع الجزائري إلى مراعاة هذا الاختلاف عند إقراره لواجب التزام الموظفين بالسر المهني، ويمكن الاستدلال على ذلك بما يأتي:

١/ أذنه بعنصر عدم علانية المعلومات والوثائق التي يطلع عليها الموظف عند ممارسته للمهنة كسبب من أسباب واجب الالتزام بكتمانها من خلال نصه على أنه: «يجب على الموظف الالتزام بالسر المهني. ويمنع عليه أن يكشف محتوى أية وثيقة بحوزته أو أي حدث أو خبر علم به أو اطلع عليه بمناسبة ممارسة مهامه»³ إذ في استعمال المشرع لعبارة «علم به أو اطلع عليه بمناسبة مهامه» دليل على أن مضمون هذه المعلومات يتميز بطابعه السري، لأنه لم يكن للموظف أن يحصل على العلم بها ما لم يمارس لوظيفته ومهامه في المكان والزمان الذي توجد فيه، أو في الظرف الذي مكنه من الاطلاع عليها، على خلاف باقي الأشخاص الذين لا يمكن لهم الوصول إليها بحكم ابتعادهم عن الوظيفة التي يمارسها.

¹ ينظر: المادتين ٤٦، ٨٥ من الأمر رقم ١٥٦/٦٦ الصادر بتاريخ ٠٨ جوان ١٩٦٦م المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المعدل والمتمم بمقتضى الأمر رقم ٠٢/١٥ الصادر بتاريخ ٢٣ جوان ١٩١٥م، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم ٤٠، الصادرة بتاريخ ٢٣ جوان ٢٠١٥م.

² لقد عمل بهذا المبدأ في تحديد الأساس الذي يقوم عليه واجب الالتزام بالسر المهني فقهاء القانون المنتمون إلى نظرية التفريق بين المعلومات السرية والعلنية، لتفصيل أكثر ينظر: شريف بن أدول بن إدريس: المرجع السابق، ص ٤٦.

³ المادة ٤٨ من الأمر رقم ٠٣/٠٦ الصادر بتاريخ ١٥ جون ٢٠٠٦م المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم ٤٦ الصادرة بتاريخ ١٦ جوان ٢٠٠٦م.



١٠٢ / قيام المشرع الجزائري بإلزام الجهات المكلفة بالتحري والتحقق القضائيين بأن تبقى جميع الإجراءات التي تقوم بها في طابعها السري، مما يعني عدم جواز التصريح بها أو إعلانها ما لم يسمح لها القانون بذلك^١.

١٠٣ / تكليفه القضاة بواجب المحافظة على سرية المداولات وعدم كشفهم للمعلومات المتعلقة بالملفات القضائية، إلا إذا نص القانون صراحة على خلاف ذلك^٢، وهو ما يعني أن الأصل فيها السرية لا العلانية.

١٠٤ / تحميله المحامي واجب المحافظة على سرية التحقيق بشكل صريح دون أية استثناءات^٣، في دلالة على أن الأصل في المعلومات التي يطلع بحكم وظيفته تعد ذات طابع سري، إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك.

١٠٥ / تحميله أعضاء سلطة ضبط النشاط السمعي البصري واجب «الامتناع عن اتخاذ أي موقف علني حول المسائل التي تداولت بشأنها سلطة ضبط السمعي البصري، أو التي طرحت عليهم في إطار ممارسة مهامهم»^٤، بمعنى واجب التزامهم بعدم إخراج ما اطلعوا عليه من معلومات من طابعها السري إلى العلني.

١٠٦ / نصه على واجب التزام كل موظف في الشرطة بالسهر على «حماية وثائق المصلحة وأمنها أيا كانت الدعائم المستخدمة»^٥، مما يعني واجب التزامه بعدم إخراجها للعلن أو هتك سريتها.

١٠٧ / تكليفه المستخدمين العسكريين بواجب المحافظة على جميع الأسرار التي يطلعون عليها في إطار أو بمناسبة ممارسة نشاطهم وعدم إفشائها، باستثناء الحالات المحددة التي

^١ ينظر: المادة ١١ من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

^٢ ينظر: المادة ١١ من القانون العضوي ١١/٠٤ السابق

^٣ ينظر: المادة ١٤ من القانون ٠٧/١٣ السابق.

^٤ المادة ٧١ من القانون ٠٤/١٤ السابق.

^٥ المادة ١٧ من المرسوم التنفيذي ٣٢٢/١٠ السابق.

يسمح فيها القانون بإفشائها^١، وهو ما يدل على أن المعلومات ذات الطابع العسكري الأصل فيها السرية.

الفرع الثالث: المحافظة على سلامة المصالح الفردية والجماعية.

لقد عمل المشرع من خلال إقراره لواجب الالتزام بالسر المهني على استهداف حماية المصالح الفردية أو الجماعية من الضرر الذي يلحق بها^٢، بسبب عدم التزام الموظف بكتمان هذا السر، أو بسبب مغالاته وتعسفه في كتمان كل ما يصل إلى علمه من معلومات عند ممارسته لوظيفته، ويمكن الاستشهاد على ذلك بما يأتي:

١٠١ / اتجه المشرع إلى الأخذ بسرية إجراءات التحري والتحقيق كأصل عام، حماية منه لمصلحة العدالة وحقوق المتقاضين، وحرصاً منه على عدم الإضرار بحقوق الدفاع، مع إشارته إلى أن العمل على حماية هذه المصالح لا يعني المغالاة في إضفاء الطابع السري عليها، للحيلولة دون انتشار المعلومات الناقصة وغير الصحيحة التي قد يترتب عن شيوعها الإخلال بالنظام العام كمصلحة عامة، والمساس بحق المواطن في الإعلام والاطلاع على المعلومات التي تهمه أو تخصه. ولهذا سمح المشرع لممثلي النيابة العامة دون سواهم بأن يُطلعوا الرأي العام بعناصر موضوعية مستخلصة عن الإجراءات السابقة، بشرط أن لا تتضمن أي تقييم للاتهامات المتمسك بها ضد الأشخاص المتورطين في القضايا محل البحث والتحقيق^٣.

١٠٢ / قيام المشرع بتكليف القضاة بواجب المحافظة على مضامين الجلسات أو المرافعات القضائية التي تجرى على خلاف الأصل بطريقة سرية حماية للنظام العام والآداب العامة^٤.

١٠٣ / اعتراف المشرع في قانون الإعلام للصحفيين بحقهم في عدم الإدلاء بهوية المصادر التي تزودهم بالمعلومات في إطار ممارستهم لحقهم في الوصول إلى مصادر الخبر، وذلك

^١ ينظر: المادة ٤٥ من الأمر ٠٢/٠٦ السابق.

^٢ لقد أخذ بهذا المبدأ في تحديد الأساس الذي يقوم عليه واجب الالتزام بالسر المهني، فقهاء القانون القائلون بنظرية الضرر لتفصيل أكثر ينظر: أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص ٣٩. شريف بن أدلول بن إدريس: المرجع السابق، ص ٤٥.

^٣ ينظر: المادة ١١ من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

^٤ ينظر: المادة ٢٨٥ من قانون العقوبات الجزائري.

بهدف حمايته لمصلحة وسائل الإعلام والصحفيين المتمثلة في حاجتهم إلى تدفق المعلومات، وتدعيم عنصر الثقة الذي تقوم عليه علاقاتهم مع مصادر المعلومات من خلال نصه على: «يعد السر المهني حقا بالنسبة للصحفي والمدير المسؤول عن كل وسيلة إعلام طبقا للتشريع والتنظيم المعمول به»^١، دون أن يعرض التمتع به لضوابط معينة مثلما كان عليه الحال في الأمر رقم ٥٢٥ / ٦٨ المتضمن القانون الأساسي للصحفيين المهنيين الذي قيد حقهم في السر المهني باستثناء ما تعلق منه بقضايا الأسرار العسكرية الماسة بأمن الدولة الداخلي والخارجي^٢، أو كما كان عليه الحال في قانوني الإعلام ٠١/٨٢ و ٠٧/٩٠ اللذان قيدها بعدم تعلقه بما يمس بالنظام العام والأمن العام وسرية التحقيق القضائي أو يمس بالاقتصاد الوطني والأطفال والمراهقين وغيرها^٣.

المطلب الثالث: أسباب إنهاء الالتزام بالسر المهني.

إذا كان المشرع قد عمل على إلزام الموظف بواجب كتمان السر المهني بمقتضى نصوص صريحة وأمرة، فإن ذلك لا يعني بأن الموظف مطالب بتحمل هذا الواجب بشكل مطلق، لأن المشرع عادة ما يطالبه من جهة أخرى بإلزامية تخليه عن تمسكه بكتمانته في حالات معينة^٤ وهي:

الفرع الأول: حالة وجود مصلحة ورضا صاحب السر بإفشائه.

أولا/ حالة وجود مصلحة:

- ^١ المادة ٨٥ من القانون العضوي رقم ٠٥/١٢ المتعلق بالإعلام، الصادر بتاريخ ١٢ جانفي ٢٠١٢م، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم ٠٢، الصادرة بتاريخ ١٥ جانفي ٢٠١٥م.
- ^٢ ينظر: المادة ٥٥ من الأمر رقم ٥٢٥/٦٨ الصادر بتاريخ ٠٩ سبتمبر ١٩٦٨م المتضمن القانون الأساسي للصحفيين المهنيين الجزائريين، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم ٧٥، الصادرة بتاريخ ١٧ سبتمبر ١٩٦٨م.
- ^٣ ينظر: المادة ٤٨ من القانون رقم ٠١/٨٢ المتضمن قانون الإعلام، الصادر بتاريخ ٠٦ فيفري ١٩٨٢م، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم ٠٦، الصادرة بتاريخ ٠٩ فيفري ١٩٨٢م/ المادة ٣٧ من القانون رقم ٠٧/٩٠ الصادر بتاريخ ٠٣ أفريل ١٩٩٠م المتضمن قانون الإعلام، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم ١٤، الصادرة بتاريخ ٠٤ أفريل ١٩٩٠م.
- ^٤ ينظر: المادة ٣٠١ من قانون العقوبات الجزائري.



لا شك وأن الهدف من وراء إلزام الموظف بالسر المهني هو الرغبة في حماية المصالح الخاصة والعامة التي تتضرر بسبب إفشاء الموظف للمعلومات المطالب بكتمتانها، لكن رغم ذلك فإن المشرع كثيرا ما يلزمه بالتخلي عن التمسك بعدم إفشائه إذا كانت هناك ثمة مصلحة أكبر من المصالح السابقة، ويمكن الاستدلال على ذلك بنص المشرع الجزائري على ما يأتي:

١٠/١ نصه على واجب الموظف في الامتناع عن كشف محتوى أية وثيقة أو حدث أو خبر علم به أو اطلع عليه عند ممارسته للمهنة، باستثناء الحالات التي تقتضيها ضرورة المصلحة^١، كإلزامه الأطباء بواجب التبليغ عن الأمراض المعدية التي يكتشفونها عند ممارستهم للمهنة، دون حاجة لاستئذان المرضى المصابين بها حماية للصحة العامة التي يمكن أن تتضرر بفعل انتقال العدوى للآخرين^٢، مع التزامهم بتقديم الملفات الطبية للجهات القضائية المختصة، استجابة لمقتضيات أوامر التفتيش^٣ والتحقيق القضائي التي تستهدف مكافحة انتشار الجريمة، ومتابعة المجرمين الذين يعثون بالمصالح العامة والخاصة التي يحميها القانون.

١٠/٢ إلزامه الصحفيين بالكشف عن مصادر معلوماتهم في الحالة التي يتعلق الأمر بتسريب المعلومات التي يؤدي كشفها أو نشرها إلى المساس بالمصالح العامة، كالنظام والأمن العام، والدفاع الوطني والاقتصاد الوطني الاستراتيجي وأسرار التحقيق القضائي، أو المساس بالمصلحة الخاصة كالمعلومات المتعلقة بالأطفال والمراهقين^٤.

ثانيا/ رضا صاحب السر بإفشائه.

بعد أن اتخذ المشرع الجزائري احترام إرادة صاحب السر في بقاء ما يخصه من معلومات قيد الكتمان كأساس لإقرار واجب الموظف في الالتزام بالسر المهني، اتجه من ناحية إلى اعتبار تخلي صاحب السر عن إرادته السابقة من أهم الأسباب التي جعلته يسمح للموظف بإنهاء التزامه بكتمان السر المهني لكن شريطة أن يُعبر صاحب السر عن إرادته في التنازل عن سرية ما يخصه من معلومات بطريقة صريحة خالية من كل عيوب

^١ ينظر: المادة ٤٨ من الأمر ٠٣/٠٦ السابق.

^٢ ينظر: المادة ٥٤ من القانون ١٣/٠٨ السابق.

^٣ ينظر: المادة ٢٠٦ من القانون ١٣/٠٨ السابق.

^٤ ينظر: المادة ٣٧ من قانون الإعلام ٠٧/٩٠.

الرضا^١، كإقدامه بنفسه على إفشائها بأية وسيلة إعلامية كانت، أو باتجاه إرادته دون أي إكراه إلى إعطاء الأمر أو الإذن لغيره بإفشائها^٢، وقد خول المشرع مهمة التعبير عن هذا الرضا لجهات مختلفة وهي:

١/٠١ تخويله مهمة التعبير عن هذه الإرادة للمشرع نفسه، من خلاله تذييل لنصوصه الأمره بواجب التزام الموظفين بالسر المهني بعبارة « ماعدا في الحالات المحددة في القانون»^٣، أو بعبارة « إلا إذا نص القانون صراحة على خلاف ذلك»^٤ في إشارة منه إلى إمكانية تعيين القانون للحالات التي يجوز فيها للموظف التخلي عن هذا الواجب.

١/٠٢ إعطاءه مهمة التعبير عن هذه الإرادة للجهة المعنية بالسر، كتذييله للنص المقرر لهذا الواجب في القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، والقانون الأساسي للموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بعبارة «إلا بترخيص مكتوب من السلطة السلمية المؤهلة»^٥، واشتراط الكتابة والأهلية هنا دليل على حرص المشرع على تحقق الإرادة التامة لصاحب السر في تخليه عن سرية المعلومات والوثائق المتعلقة به، مع التمثيل لهذا الاتجاه بنص المشرع على اعتبار السر الطبي من الواجبات التي ينبغي الالتزام بها، باستثناء حالة وجود رخصة من المريض الذي يكون حرا في كشف كل ما يتعلق بصحته^٦، وللإشارة فإن وفاة صاحب السر لا تعتبر من علامات الرضا بإفشاء أسرار^٧، لأن المشرع قد نص صراحة على أنه: «لا يلغى السر المهني بوفاة المريض إلا لإحقاق حقوق»^٨.

١/٠٣ قيامه بتخويل مهمة التعبير عنها للقانون والجهة المعنية بالسر معا، من خلال إنهائه للنص الذي ألزم به العامل بواجب المحافظة على مضمون الوثائق الداخلية للهيئة المستخدمة لهم بعبارة: « إلا إذا فرضها القانون أو طلبتها سلطتهم السلمية»^٩.

الفرع الثاني: الاستجابة لواجب التبليغ عن الجرائم.

^١ ينظر: محمد صبحي نجم: المرجع السابق، ص ١١٤

^٢ ينظر: محمد صبحي نجم: المرجع السابق، ١١٥.

^٣ ينظر: المادة ٤٥ من الأمر ٠٦/٠٢ السابق.

^٤ ينظر: المادة ١١ من القانون العضوي ١١/٠٤ السابق

^٥ ينظر: المادة ٤٨ من الأمر ٠٣/٠٦ السابق.

^٦ ينظر: المادة ٢٠٦ من القانون ١٣/٠٨ السابق.

^٧ المادة ٤١ من المرسوم ٢٧٦/٩٢ السابق.

^٨ المادة ٠٧ من القانون ١١/٩٠ السابق.



إذا حدث وأن تحصل الموظف بحكم مهنته على معلومات تشير إلى إمكانية حدوث جريمة معينة، فإنه يكون عندئذ مجبرا على التخلي عن تمسكه المطلق بكتمان سره المهني، وذلك دفعا للضرر الذي يترتب عن ارتكاب هذه الجريمة المحتملة، واستجابة منه للنصوص القانونية التي تأمره بذلك من بينها:

01/ نص قانون العقوبات الذي يعاقب «...كل شخص علم بوجود خطط أو أفعال لارتكاب جرائم الخيانة أو التجسس أو غيرها من النشاطات التي يكون من طبيعتها الإضرار بالدفاع الوطني ولم يبلغ عنها السلطات العسكرية أو الإدارية أو القضائية فور علمه بها»¹، شريطة عدم الإخلال بالواجبات المترتبة عن التزام الموظف بالسر المهني، مع نصه على معاقبة كل شخص علم بارتكاب جريمة الاتجار بالأشخاص والأعضاء البشرية أو بجريمة تهريب المهاجرين، ولم يبلغ عنها السلطات المختصة حتى وإن كان ملزما بكتمان سر المهنة².

02/ إقدام المشرع على تكليف الأطباء بواجب التبليغ عن سوء معاملة الأطفال القصر والأشخاص المحرومين من الحرية التي تصل إلى علمهم بمناسبة قيامهم بمهامهم الوظيفية³، مع تحميل المحامي واجب التبليغ عن موكله الذي قد يصرح له بأنه بصدد التخطيط لارتكاب جريمة معينة⁴، دون أن يتعارض ذلك مع واجبهم في التمسك بالسر المهني.

03/ اتجاه المشرع الجزائري في إطار تشريعه الرامي إلى مكافحة جرائم الفساد، إلى تمكين الإعلاميين والصحفيين من الحصول على المعلومات المتعلقة بهذه الجرائم وكشفها، شريطة عدم إخلالهم بحرمة الحياة الخاصة وشرف وكرامة الأشخاص، ومقتضيات الأمن الوطني والنظام العام وحياد القضاء⁵، دون أن يشير المشرع إلى المسؤولية المترتبة عن تسريب مثل هذه المعلومات التي يمكن أن يقوم الموظف بحجبها تحت غطاء التزامه بالسر المهني.

¹ المادة 91 من قانون العقوبات الجزائري.

² ينظر: المواد 303 مكرر 10، 303 مكرر 25، 303 مكرر 37 من قانون العقوبات الجزائري.

³ ينظر: المادة 206 من القانون 13/08 السابق.

⁴ ينظر: محمد صبحي نجم: المرجع السابق، 115.

⁵ ينظر: المادة من القانون رقم 01/06 الصادر بتاريخ 20 فيفري 2006م المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية الجزائرية، رقم 14، الصادرة بتاريخ 08 مارس 2006م.



الفرع الثالث: الإدلاء بالشهادة أمام القضاء وتقديم الخبرة.

بعد أن جعل المشرع من رضا صاحب السر ومقتضيات مكافحة الجريمة من الأسباب المسقطّة لواجب الموظف في الالتزام بالسر المهني، اعتبر واجب الاستجابة لواجب الإدلاء بالشهادة أمام الجهات القضائية سببا آخر لإسقاطه، ويمكن الاستدلال على ذلك بما يأتي:

١/ قانون العقوبات الذي يجبر الأشخاص على إدلائهم بشهادتهم دون أي تمسك بالسر المهني عند دعوتهم للمثول أمام القضاء في قضايا الإجهاض، رغم عدم إلزامهم بالتبليغ عن حالات الإجهاض التي تصل إلى علمهم عند ممارستهم للمهنة^١، وقانون الإجراءات الجزائية الذي يلزم جميع الأفراد بالاستجابة للجهات القضائية التي تدعوهم للإدلاء بشهادتهم، مع مراعاة الأحكام القانونية المتعلقة بسر المهنة^٢.

٢/ الأمر رقم ٠٤/١٠ المتعلق بالنقد والقرض الذي يلزم المعنيين به بالسر المهني، باستثناء الحالات التي يدعون فيها للإدلاء بشهاداتهم في الدعوى ذات الطابع الجنائي^٣.

^١ ينظر: المادة ٣٠١ من قانون العقوبات الجزائري.

^٢ ينظر: المادة ٩٧ من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

^٣ ينظر: المادة ٢٥ من الأمر ٠٤/١٠ السابق.



٠٣ / قانون الإعلام ٠٧/٩٠ الذي كان يعتبر السر المهني حق للصحفيين وواجب عليهم، لكن مع منعهم من اتخاذه ذريعة أمام السلطة القضائية للتهرب من الإدلاء بشهادتهم، كلما تعلق الأمر بقضايا أو جرائم الصحافة التي يكون موضوعها نشر المعلومات المتعلقة بمجالات الدفاع الوطني، والاقتصادي الاستراتيجي، والتحقيق والبحث القضائيين، أو المساس بأمن الدولة أو بالأطفال والمراهقين^١.

٠٤ / اعتراف المشرع للخبراء الذين تستعين بهم السلطة القضائية في إجراءات التحقيق بحقهم في السر المهني، مع مطالبتهم من جهة أخرى بالإجابة على الأسئلة التي تطرحها عليهم السلطة القضائية بخصوص المسائل والقضايا التي يحتاج التحقيق فيها لأرائهم المتخصصة، حيث نص المشرع بشكل صريح على أنه لا يلزم الطبيب وجراح الأسنان والصيدلي بكتمان السر المهني سواء كان مطلوباً من القضاء أو خبيراً لديه فيما يخص موضوع محدد متعلق أو مرتبط بمهنته^٢.

^١ المادة ٣٧ من قانون الإعلام ٠٧/٩٠.

^٢ ينظر: المادة ٢٠٦ من القانون ٠٨/١٣ السابق.

الخاتمة

بعد دراسة هذا الموضوع يمكن الوقوف عند النتائج الآتية:

- يقوم إقرار المشرع لواجب الموظف في الالتزام بالسر المهني في التشريع الجزائري على عدة أسس تتلخص في الحيلولة دون وقوع الضرر المترتب عن إفشاء المعلومات ذات الطابع السري، أو دون احترام إرادة الجهة المعنية بكتمتها سواء تمثلت في المشرع أو صاحب السر.
- يسقط واجب الموظف في الالتزام بالسر المهني في التشريع الجزائري بطريقة استثنائية في حالة دعوته للإدلاء بخبرته أو شهادته أمام القضاء، أو استجابته لواجب التبليغ عن الجرائم المنصوص عليه في قانون العقوبات، ويسقط بطريقة جزئية أو كلية في حالة رضا صاحب السر بإفشائه.
- تتقاطع أسس إقرار المشرع الجزائري لواجب الموظف في الالتزام بالسر المهني مع أسباب إسقاطه في حالة استهداف حماية المصلحة العامة أو الفردية بطريقة ترجيحية.
- يظهر من خلال استقراء النصوص الأمرة بواجب التزام الموظف بالسر المهني وأسباب إسقاطه، أن المشرع قد مال إلى تغليب الالتزام به لا إلى تسهيل إسقاطه، بحيث لا يمكن للموظف أن يقوم بالتخلي عنه بطريقة انفرادية دون حصوله على تصريح قانوني مسبق.
- يمكن لمغالاة المشرع في إلزام الموظف بكتمان السر المهني أن تساهم في جعله أكثر اتجاها إلى التعسف في الالتزام بكتمانه، على حساب اجتهاده في كشف ما ينبغي كشفه من معلومات للجمهور، خاصة بعد أن تبين عدم وجود ما يدل على معاقبة المشرع للمتعسفين في كتمانه.

قائمة المصادر والمراجع

- ١٠١ / أحمد بن فارس بن زكريا: معجم مقاييس اللغة، تحقيق وضبط: السلام محمد هارون، ط ٢٠٠٢، (دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر).
- ١٠٢ / أحمد بن محمد بن علي الفيومي: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان).
- ١٠٣ / أحمد بن يوسف بن عبد الدايم الحلبي: عمدة الحفاظ في تفسير أشرف الألفاظ، معجم لغوي لألفاظ الكريم القرآن، (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان).
- ١٠٤ / أحمد كامل سلامة: الحماية الجنائية لأسرار الدولة، ط ١٩٨٨م، (مطبعة جامعة القاهرة، مصر).
- ١٠٥ / بالي سمير فرقان: السرية المصرفية، ط ٢٠٠٢م، (منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان).
- ١٠٦ / بشار عدنان ملكاوي: معجم تعريف مصطلحات القانون الخاص، ط ٢٠٠٨م، (دار وائل، عمان، الأردن).
- ١٠٧ / حمدي أمين عبد الهادي: إدارة شؤون موظفي الدولة، أصولها وأساليبها وإصلاحها، ط ٢٠٠٣، (دار الفكر العربي، القاهرة، مصر).
- ١٠٨ / رايس محمد: (مسؤولية الأطباء المدنية عن إفشاء السر الطبي في ضوء القانون الجزائري)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٥، العدد ١، ٢٠٠٩م.
- ١٠٩ / سنداوي مفتاح: (جريمة إفشاء الموظف العام أسرار وظيفته وأثره على وضعه التأديبي)، المقال منشور على الرابط : www.ba-menoufia.com/...pdf/1304235176c2356fe99 ، تاريخ الزيارة ٢٠ مارس ٢٠١٥م.
- ١١٠ / شريف بن أدلول بن إدريس: كتمان السر وإفشاؤه في الفقه الإسلامي: ط ١٩٩٧م، (دار النفائس لنشر والتوزيع، عمان الأردن).
- ١١١ / عبد الحميد حميد المنشاوي: جرائم القذف والسب وكشف الأسرار، طبعة ٢٠٠٠م، (دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر).
- ١١٢ / مجمع الفقه الإسلامي: فتوى السر في المهن الطبية، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، عدد ٢٠، مارس ١٩٩٤م، (المملكة العربية السعودية).
- ١١٣ / مجمع اللغة العربية: المعجم الوسيط، ط ٢٠٠٤م، (مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، مصر).
- ١١٤ / محمد ابن منظور: لسان العرب، بدون طبعة، (دار صادر، بيروت، لبنان). دار بيروت للطباعة والنشر، بيروت، لبنان).
- ١١٥ / محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي: مختار الصحاح، ط ١٩٨٣م، (دار الفكر العلمية - بيروت، لبنان).
- ١١٦ / محمد بن يعقوب الفيروزبادي: القاموس المحيط وبهامشه تعليقات وشروح، (نسخة مصورة عن الطبعة الثالثة للمطبعة الأميرية، المكتبة المصرية للكتاب، مصر).



- ١٧/محمد صبحي نجم: شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، (ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر).
- ١٨/محمد مرتضى الزبيدي: تاج العروس، (دار صادر، بيروت، لبنان).
- ١٩/محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية، ط ٠٣، ١٩٩٥م، (دار النهضة العربية، القاهرة، مصر).

ثانيا: النصوص القانونية.

- ١/٠ الأمر رقم ٠٢/٠٦ الصادر بتاريخ ٢٨ فيفري ٢٠٠٦م المتضمن القانون الأساسي للمستخدمين العسكريين، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم ١٢، الصادرة بتاريخ ٠١ مارس ٢٠٠٦م.
- ٢/٠ الأمر رقم ٠٣/٠٦ الصادر بتاريخ ١٥ جون ٢٠٠٦م المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم ٤٦ الصادرة بتاريخ ١٦ جون ٢٠٠٦م.
- ٣/٠ الأمر رقم ٠٤/١٠ الصادر بتاريخ ١٦ أوت ٢٠١٠م المعدل والمتمم بالأمر رقم ١١/٠٣ المؤرخ بتاريخ ٢٦ أوت ٢٠٠٣م، المتعلق بالنقد والصرف، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم ٥٠ الصادرة بتاريخ ٠١ سبتمبر ٢٠١٠م.
- ٤/٠ الأمر رقم ١٥٦/٦٦ الصادر بتاريخ ٠٨ جون ١٩٦٦م المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المعدل والمتمم بمقتضى الأمر رقم ٠٢/١٥ الصادر بتاريخ ٢٣ جون ١٩١٥م، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم ٤٠، الصادرة بتاريخ ٢٣ جون ٢٠١٥م.
- ٥/٠ الأمر رقم ١٥٦/٦٦ الصادر في ٠٨ جون ١٩٦٦م المتضمن قانون العقوبات الجزائري، المعدل والمتمم بمقتضى القانون رقم ٠٢/١٨ الصادر ١٩ جون ٢٠١٦م، الجريدة الرسمية رقم ٣٧، الصادرة بتاريخ ٢٢ جون ٢٠١٦م.
- ٦/٠ الأمر رقم ٥٢٥/٦٨ الصادر بتاريخ ٠٩ سبتمبر ١٩٦٨م المتضمن القانون الأساسي للصحفيين المهنيين الجزائريين، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم ٧٥، الصادرة بتاريخ ١٧ سبتمبر ١٩٦٨م.
- ٧/٠ القانون العضوي رقم ١١/٠٤ الصادر بتاريخ ٠٦ سبتمبر ٢٠٠٤م المتضمن القانون الأساسي للقضاء، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم ٥٧، الصادرة بتاريخ ٠٨ سبتمبر ٢٠٠٤م.
- ٨/٠ القانون العضوي رقم ٠٥/١٢ الصادر بتاريخ ١٢ جانفي ٢٠١٢م، المتعلق بالإعلام، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم ٠٢، الصادرة بتاريخ ١٥ جانفي ٢٠١٥م.
- ٩/٠ القانون رقم ١١/٩٠ الصادر بتاريخ ٢١ أفريل ١٩٩٠م المتضمن علاقات العمل، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم ١٧، الصادرة بتاريخ ٢٥ أفريل ٢٩٩٠م.
- ١٠/القانون رقم ٠١/٠٦ الصادر بتاريخ ٢٠ فيفري ٢٠٠٦م المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية الجزائرية، رقم ١٤، الصادرة بتاريخ ٠٨ مارس ٢٠٠٦م.
- ١١/القانون رقم ٠٢/٠٦ الصادر بتاريخ ٢٠ فيفري ٢٠٠٦م المتضمن تنظيم مهنة الموثق، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم ١٤، الصادرة بتاريخ ٠٨ مارس ٢٠٠٦م.
- ١٢/القانون رقم ٠٣/٠٦ الصادر بتاريخ ٢٠ فيفري المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم ١٤، الصادرة بتاريخ ٠٨ مارس ٢٠٠٦م.



- ١٣/القانون رقم ١٣/٠٨ الصادر بتاريخ ٣٠ جوان ٢٠٠٨م المعدل والمتمم للقانون ٤٤/٨٥ المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم ٤٤، الصادرة بتاريخ ٠٣ أوت ٢٠٠٨م.
- ١٤/القانون رقم ٠٧/١٣ الصادر بتاريخ ٢٩ أكتوبر ٢٠١٣م، المتضمن تنظيم مهنة المحاماة، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم ٥٥، الصادرة بتاريخ ٣٠ أكتوبر ٢٠١٣م.
- ١٥/القانون رقم ٠٤/١٤ الصادر بتاريخ ٢٤ فيفري ٢٠١٤م المتعلق بالنشاط السمعي البصري، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم ١٦، الصادرة بتاريخ ٢٣ مارس ٢٠١٤م.
- ١٦/القانون رقم ٠١/٨٢ الصادر بتاريخ ٠٦ فيفري ١٩٨٢م المتعلق بالإعلام، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم ٠٦، الصادرة بتاريخ ٠٩ فيفري ١٩٨٢م.
- ١٧/المرسوم التنفيذي رقم ١٦٧ /٠٨ الصادر بتاريخ ٠٧ جويلية ٢٠٠٨م المتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بإدارة السجون، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم ٣٠، الصادرة بتاريخ ١١ جوان ٢٠٠٨م.
- ١٨ / المرسوم التنفيذي رقم ٤٠٩ /٠٨ الصادر بتاريخ ٢٤ ديسمبر ٢٠٠٨م المتضمن القانون الأساسي الخاص بمستخدمي أمانات الضبط للجهات القضائية، الجريدة الرسمية رقم ٧٣، الصادرة بتاريخ ٢٨ ديسمبر ٢٠٠٨م.
- ١٩/المرسوم التنفيذي رقم ٣٩٣ /٠٩ الصادر بتاريخ ٢٤ نوفمبر ٢٠٠٩م، المتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين الطبيين العاملين في الصحة العمومية، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم ٧٠، الصادرة بتاريخ ٢٩ نوفمبر ٢٠٠٩م.
- ٢٠/المرسوم التنفيذي رقم ٢٨٦/١٠ الصادر بتاريخ ١٤ نوفمبر ٢٠١٠م المتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بإدارة الجمارك، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم ٧١، الصادرة بتاريخ ٢٤ نوفمبر ٢٠١٠م.
- ٢١/المرسوم التنفيذي رقم ٣١٣/١٠ الصادر بتاريخ ٢٢ ديسمبر ٢٠١٠م، المتضمن الأحكام الخاصة المطبقة على المستخدمين الشبهيين للأمن الوطني، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم ٧٨، الصادرة بتاريخ ٢٦ ديسمبر ٢٠١٠م.
- ٢٢/المرسوم التنفيذي رقم ٣٢٢ /١٠ الصادر ٢٢ ديسمبر ٢٠١٠م، المتضمن القانون الأساسي للموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بالأمن الوطني، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم ٧٨، الصادرة بتاريخ ٢٦ ديسمبر ٢٠١٠م.
- ٢٣/المرسوم التنفيذي رقم ٢٧٦/٩٢ الصادر بتاريخ ٠٦ جوان ١٩٩٢م المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم ٥٢، الصادرة بتاريخ ٠٨ جوان ١٩٩٢م.



حق العدول عن التعاقد عبر الإنترنت في الفقه الإسلامي

(دراسة مقارنة)

الباحث

فوزي أحمد القطوف

المقدمة

الحمد لله حمداً كثيراً طيباً مباركاً كما يحب ربنا ويرضى، والصلاة والسلام على خير خلقه محمد بن عبد الله، ما من خير إلا ودل أمته عليه، وما من شر إلا وحذرنا منه، وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهداه إلى يوم الدين، أما بعد:

فيعد الحق في العدول عن التعاقد من أهم الآليات الحمائية التي تمكن المستهلك من مراجعة اختياراته وإعادة النظر في قبوله ومن ثم تعاقدته، وذلك حتى يتم تجنب النتائج التي يمكن أن تترتب عن القبول المتسرع، وهذا الحق يمثل في الواقع خروجاً عن مبدأ القوة الملزمة للعقد، فهو حق استثنائي فُررَ للمستهلك المتعاقد عن بعد، ومنها العقود المبرمة عبر الإنترنت^(١).

ولم يظهر حق المستهلك في الرجوع عن التعاقد إلا حديثاً وبمناسبة حماية المستهلك من التسرع في بعض أنواع البيوع. وهي تلك التي يسعى فيها البائع إلى تسهيل عملية البيع والتعاقد المستهلك، عن طريق إغرائه بكافة صور الدعاية والإعلان. والتي قد تكون خادعة ومضللة نتيجة لاستخدام التقنيات الحديثة والمؤثرات الصوتية والبصرية التي تعمل على عرض السلع والخدمات في مناخ ساحر، يؤدي إلى وقوع المستهلك تحت ضغط نفسي فيندفع إلى التعاقد متسرعاً دون ترو وتدبر لما هو مقدم عليه.

وقد أقر المشرع الفرنسي هذا الحق في سائر المعاملات التي يكون المستهلك طرفاً فيها. وقد كرس هذا الحق بداية بمقتضى القانون الصادر في ١٢/٧/١٩٧١م الخاص بالتعليم بالمراسلة، والذي خول المشرع بمقتضاه لطالب العلم عن طريق المراسلة حق الرجوع في تعاقدته الذي سبق له أن أبرمه مع المؤسسة التعليمية بإرادته المنفردة، وقبل مضي ثلاثة أشهر من تاريخ بدء تنفيذ العقد وتسلم الطالب وسائل التعليم، وهذا الخيار متروك لمحض إرادة الطالب وظروفه الخاصة، على أن يلتزم بتعويض المؤسسة التعليمية التي تعاقد معها بمبلغ لا يزيد عن ٣٠% من أجر التعليم^(٢).

وفي مجال الائتمان صدر القانون رقم (٧٨/٢٢) الصادر في ١٠/١/١٩٧٨م الخاص بالسعي والترويج للتمويل الائتماني، حيث منح هذا القانون المستهلك (المقترض) الحق في الرجوع في تعهده خلال مدة سبعة أيام تبدأ من تاريخ قبول العرض المقدم من المقرض^(٣).

(١) أحمد عبدالقواب محمد بهجت، إبرام العقد الإلكتروني، (دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩م)، ص ١١٧.

(٢) محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة ومدى حجيتها في الإثبات، (منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٨م)، ص ٨٣.

(٣) عبد العزيز المرسي حمود، الحماية المدنية الخاصة برضا المشتري في عقود البيع التي تتم عن بعد، مع

التطبيق على البيع عن طريق التلفزيون بوجه خاص، (دار الكتب العلمية، مصر، ٢٠٠٥)، ص ٧١.



وفي مجال التأمين، صدر القانون رقم (٨١/٥) بشأن عقود التأمين وعمليات رسملة الدخل (إضافة الربح إلى رأس المال): أضاف هذا القانون مادتين جديدتين إلى قانون التأمين تتعلقان بالتأمين على الحياة وهما المادتان (L132-5-1) و(L132-5-2)، ونصت المادة الأولى منهما على أن "لكل شخص طبيعي قدم طلب تأمين، أو وقع على وثيقة التأمين الحق في العدول عن هذا الطلب بشرط إبداء المؤمن له رغبته في العدول بخطاب مصحوب بعلم الوصول خلال ثلاثين يوماً من تاريخ دفع القسط الأول"^(١).

وقد انتهت بعض التشريعات العربية كالقانون التونسي^(٢) والقانون المصري^(٣) هذا النهج في حين لم ينظم المشرع الليبي هذا الحق بقوانين خاصة؛ مما أثار التساؤل لدى الباحث حول إمكانية الأخذ بهذا الحق كتطبيق للقواعد العامة في القانون المدني الليبي وتحديد إطار هذه الحماية ونجاعتها في حماية المستهلك.

وتحقيق هذا الهدف اقتضى إتباع المنهج الوصفي التحليلي المقارن؛ بحيث نوضح موقف من هذه المسألة، ثم نقوم بتحليل القواعد العامة في القانون المدني والنصوص ذات العلاقة في قوانين حماية المستهلك للوصول إلى أفضل الوسائل الكفيلة بتوفير الحماية اللازمة للمستهلك في التعاقد عبر الإنترنت.

وسوف نتحدث - بمشيئة الله - عن مفهوم حق المستهلك في العدول في الفقه الإسلامي والقانون (المبحث الأول)، ثم الأساس القانوني والفقه لحق المستهلك في العدول عن التعاقد (المبحث الثاني)، وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول

حق المستهلك في العدول في الفقه الإسلامي والقانون

تمهيد:

(١) المرجع السابق، ص ٧١.

(٢) المادة (٣٠) من قانون المبادلات التجارية التونسي والتي أعطت المستهلك فترة تروي مدتها (١٠) أيام من تاريخ استلام البضاعة أو من تاريخ العقد بالنسبة للخدمة. الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، ١١ جمادى الأولى ١٤٢١هـ، ١١ أوت ٢٠٠٠، سنة ١٤٣، عدد ٦٤.

(٣) قانون رقم (٦٧) لسنة ٢٠٠٦ بشأن حماية المستهلك المصري. وزارة التجارة والصناعة الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية.

يعتبر حق العدول أو الرجوع عن العقد هو المكمل للحق في الإعلام، فهو حماية للمستهلك من خلال عدوله عن عقد تسرع في قبوله وتوقيعه دون رضى مستنير أو معرفة كافية، إذ أشارت المادة (٢٠-١٢٠.L) من قانون الاستهلاك الفرنسي^(١) عن مبدأ حق المستهلك بالرجوع عن العقد المبرم عن بعد، في مهلة سبعة أيام عمل، دون ان يكون ملزماً بأي تبرير عن عدوله عن العقد، وعليه ان يتحمل المصاريف الناجمة عن اعادة البضاعة فقط لا غير.

إنَّ حق العدول في القانون الوضعي، يقابله في الفقه الاسلامي العقد غير اللازم، باعتبار ان صاحب الخيار يكون غير ملزم في فترة الخيار، كما ان أصالة اللزوم في العقود لا تشمل مورد الخيار، وقبل الخوض في غمار البحث لابد من تعريف خيار الرجوع مع بيان طبيعته وأحكامه على عقد الاستهلاك ضمن المطلب الآتية:

المطلب الأول

خيار الرجوع في الفقه الإسلامي

نتناول هذا المطلب من خلال مفهوم خيار الرجوع (الفرع الأول) وتمييزه عن غيره (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم خيار الرجوع

تحت هذا الفرع نتناول تعريف خيار الرجوع (أولاً) ثم بيان الطبيعة الفقهية له (ثانياً) وذلك كما يلي:

أولاً: تعريف خيار الرجوع

الخيار في اللغة: مصدر من الاختيار والاصطفاء والانتقاء، والفعل منه اختار، ويقال أنت بالخيار أي اختر ما شئت، وخيره بين الشيين أي فوّضَ إليه اختيار أحدهما، ويريد به الفقهاء أن يكون لأحد العاقدين أو لكليهما حق إمضاء العقد أو فسخه^(٢)، وجاء في معنى المحتاج بأنه

هو " طلب خير الأمرين من إمضاء العقد أو فسخه"^(٣)، وجاء أيضا في كشاف القناع

(١) سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الإنترنت دراسة مقارنة، (دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٨م)، ص ٣٣٣.

(٢) أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، (دار الفكر، بيروت، ١٩٧٩م)، (٢/٢٣٢).

(٣) الخطيب الشربيني، معنى المحتاج معرفة معاني ألفاظ المنهاج، (دار الكتب العلمية، ١٩٩٤م، ١٥٤١٥)، (٢/٤٠٢).

أنه هو " طلب خير الأمرين وهما هنا الفسخ أو الإمضاء"^(١)، فإذا اشترى شخص شيئاً يجوز له شرعاً أن يشترط على البائع أن يكون له الخيار مدة يتمكن فيها من الرؤية والمشاورة، حتى إذا اقتنع أجازته وإلا رده ورجع في بيعه.

ولفظ الرجوع في اللغة يطلق على عدة معان مدارها على الانصراف، والرد، والعود، والإبدال، والمطالبة^(٢).

والرجوع هو مصدر الفعل رَجَعَ يَرْجِعُ رُجْعاً وَرُجُوعاً وَرَجَعِي وَرَجَعَانَا ومرجعاً ومرجعة: إذا انصرف، وفي التنزيل: «إِنَّ إِلَىٰ رَبِّكَ الرُّجْعَىٰ»^(٣) أي المصير والمرجع، وقوله تعالى: (حَتَّىٰ إِذَا جَاءَ أَحَدَهُمُ الْمَوْتُ قَالَ رَبِّ ارْجِعُونِ)^(٤)، يخبر - تعالى - عن حال المحتضر عند الموت من الكافرين أو المفرطين في أمر الله - تعالى - وقولهم عند ذلك وسؤالهم الرجعة إلى الدنيا ليصلح ما كان أفسده في مدة حياته^(٥)، واسترجعت منه الشيء إذا أخذت منه ما دفعته إليه^(٦)، ويأتي بمعنى الرد، يقال: راجع الشيء ورجع إليه، ورجعته أرجعه رجعاً ومرجعاً: إذا رد، والمرجوع: المردود^(٧)، ويقال: ارتجع الشيء إليه: رده وأعادته إليه، وارتجع المرأة وراجعها مراجعةً ورجاعاً: رجعها إلى نفسه بعد الطلاق، والاسم الرجعة، وفي الكليات: الرجوع يعني العود إلى ما كان عليه مكاناً، أو صفة، أو حالاً، ويقال: رجع إلى مكانه وإلى حالة الفقر أو الغنى، ورجع إلى الصحة أو المرض، أو غير ذلك من الصفات^(٨).

ويأتي الرجوع أيضاً بمعنى الإبدال، يقال: ارتجع به شيئاً: استبدل^(٩)، ويقال: أرجع الله

(١) منصور بن يونس البهوتي الحنبلي، كشاف القناع عن الإقناع، تحقيق: هلال مصيلحي مصطفى هلال، (دار الفكر، ١٩٨٠)، (١٤٠٢)، (٣/١٩٨).

(٢) ابن منظور، لسان العرب، (دار صادر، بيروت)، مادة (رجع)، (٨/١١٤).

(٣) سورة العلق، الآية رقم (٨).

(٤) سورة المؤمنون، من الآية (٩٩).

(٥) الحافظ عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن عمر ابن كثير الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، (دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٩هـ، ١٩٩٨م)، (٤/٢٦٣).

(٦) ابن منظور، لسان العرب، مادة (رجع)، (٨/١١٤).

(٧) محمد بن أبي بن عبدالقادر الرازي، مختار الصحاح، (مكتبة لبنان، بيروت، تحقيق: محمود خاطر، سنة

١٤١٥هـ، ١٩٩٥)، مادة (رجع)، ص ٢٦٧.

(٨) أبو البقاء أيوب بن موسى الحسني الكفوي، الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، (مؤسسة الرسالة، بيروت، ط ٢، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م)، ص ٤٧٨.



همه سروراً أي أبدل همه سروراً^(٢)، ويأتي كذلك بمعنى المطالبة، يقال: ارتجع على الغريم: طالبه^(٣).

أما الرجوع في الاصطلاح فقد عرفه الكاساني بأنه: "فسخ العقد بعد تمامه"، وفسخ العقد بعد تمامه يصح بدون القضاء أو الرضا كالرد بالعيب في البيع بعد القبض^(٤)، كما عرفه البعض بأنه: "نقض العقد القابل لذلك بالإرادة المنفردة لأحد العاقدين بشروط مخصوصة"^(٥)، وقيل في تعريفه أيضاً أنه عبارة عن "رد العقد القابل لذلك، والعودة إلى حال ما قبل العقد وفق شروط مخصوصة"^(٦).

وبالنظر إلى هذين التعريفين يتضح أنهما يتفقان مع تعريف الكاساني، فضلاً عن أنهما يتفقان فيما بينهما على أن الرجوع يرد على عقود مخصوصة - العقد القابل لذلك وفق شروط مخصوصة-، إلا أن التعريف الثاني يتميز عن التعريف الأول من حيث:-

١- أنه تعريف عام يشمل العقود التي يتم فيها الرجوع بإرادة منفردة، والتي يتم فيها الرجوع بإرادتين.

٢- اهتمامه بإبراز الآثار المترتبة على الرجوع في التعاقد، وهي إعادة المتعاقدين إلى ما كانا عليه قبل التعاقد.

وتجدر الإشارة إلى أن تعريف الكاساني للرجوع يتميز عن التعريفين السابقين بإظهاره جوهر الرجوع، وهو أنه يتم بدون قضاء أو رضا.

ويبدو لنا من التعريفات السابقة أن خيار الرجوع هو الخيار الذي يمنح للمشتري الحق في الرجوع عن العقد أو الإبقاء عليه إذا اقترن بعلم من وجه إليه الخطأ.

ثانياً: الطبيعة الفقهية لخيار العدول

- (١) مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز، (وزارة التربية والتعليم، مصر، ١٩٩٤م)، مادة (رجع)، ص ٢٥٦.
- (٢) السيد محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، مجموعة محققين، (دار الهداية، بدون تاريخ)، مادة (رجع)، (٧٧/٢١).
- (٣) لسان العرب، مادة (رجع) (١١٤/٨).
- (٤) علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق: علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، (دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٨٢م)، (١٢٨/٦).
- (٥) إسماعيل عبد النبي عبد الجواد، انقضاء العقد بالإلغاء والرجوع في القانون المدني: دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، (رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر، سنة ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م)، ص ١١٦.
- (٦) فتح الله أكنم تفاعلة، نظرية الرجوع في العقود والتصرفات في الفقه الإسلامي، (رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر، ١٤١٦هـ، ١٩٩٥م)، ص ١٥.

مفهوم خيار العدول عن العقد في قوانين حماية المستهلك يقترب من الخيارات في الفقه الإسلامي، ولمزيد من تسليط الضوء على الموضوع في الفقه الإسلامي نبحث في طبيعته الفقهية، وذلك كما يلي:

١- الوعد بالتعاقد

تعريف الوعد لغة: وعده الأمر ربه عِدَّةً وَوَعَدًا وَمَوْعِدًا وموعدة وموعداً، وهو من المصادر التي جاءت على مفعول ومفعولة كالمحلوب والمرجوع والمصدوقة والمكذوبة.

والوعد يستعمل في الخير والشر، يقال: وعدته خيراً، ووعدته شراً، فإن أريد استعمال اللفظ في الخير فقط قالوا: الوعد والعدة، وإن أرادوا قصره على الشر قالوا: الإيعاد والوعيد، أو زادوا الهمزة في أوله وأدخلوا الباء على الموعد به، يقال: أوعدته بالضرب، كما يطلق الوعد على العهد، يقول الله -تعالى- في شأن موسى -عليه السلام- مع قومه: (أَفْطَالٌ عَلَيْكُمُ الْعَهْدُ أَمْ أَرَدْتُمْ أَنْ يَجَلَ عَلَيْكُمُ غَضَبٌ مِّن رَّبِّكُمْ فَأَخْلَفْتُم مَّوْعِدِي)^(١)، كما يطلق الوعد على الإخبار على حدوث خير في المستقبل، يقال: أرض واحدة كأنها تعد بالنبات، وسحاب واحد كأنه يعد بالمطر وهكذا^(٢).

أما في اصطلاح الفقهاء فقد عرفه العيني^(٣) بقوله: "الوعد هو الإخبار بإيصال الخبر في المستقبل، والإخلاف جعل الوعد إخلاقاً، وقيل عدم الوفاء به"^(٤)، وعرفه ابن عرفة المالكي بقوله: "العدة إخبار عن إنشاء المخير معروفاً في المستقبل"^(٥)، أو هو ما يفرضه الشخص على نفسه لغيره بالإضافة إلى المستقبل لا على سبيل الالتزام في الحال^(٦) كقول إنسان لآخر: سأعطيك إذا نجحت في الامتحان مائة جنيه، أو أن يفرضه مبلغاً من المال إذا اشترى منزلاً معيناً أو سلعة معينة.

ويختلف العقد عن الوعد من حيث المعنى، فالعقد يتضمن إنشاء التزام في الحال، أما الوعد فيكون في المستقبل، وأما من حيث الحكم فهو أن الوعد يستحب الوفاء به، وأن الوفاء به من مكارم

(١) سورة طه، من الآية رقم ٨٦.

(٢) ابن منظور، لسان العرب، (٤٦١/٣)؛ الرازي، مختار الصحاح، (٧٤٠).

(٣) هو: محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد، أبو محمد، بدر الدين العيني الحنفي: مؤرخ، علامة، من كبار المحدثين. من كتبه (عمدة القاري في شرح البخاري، ومغاني الأخبار في رجال معاني الآثار في مصطلح الحديث ورجاله)، (ت ٨٥٥ هـ). ينظر: شمس الدين أبو الخير محمد بن عبد الرحمن بن أبي بكر بن عثمان بن محمد السخاوي، الضوء اللامع لأهل القرن التاسع، (منشورات دار مكتبة الحياة، بيروت)، ١٠/١٣١، البدر الطالع ٢/٢٩٤، شذرات الذهب ٨/٦٠٦.

(٤) محمود بن أحمد العيني بدر الدين أبو محمد، عمدة القاري بشرح صحيح البخاري، (المكتبة البابي الحلبي،

١٩٧٢م، ج ١)، ص ٢٤٨؛ بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص ٣٦٦.

(٥) محمد أحمد عيش، فتح المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، (د.م. دن، د.ت، ج ١)، ص ٢٥٥.

(٦) عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، (دار الهنا للطباعة والنشر، ١٩٥٣م)، (٤٥/١).

الأخلاق، والعقد يلزم الوفاء به من العاقد ويجبر القاضي من يمتنع عن القيام بما استوجبه العقد على تنفيذه، ولا يجبر الواعد على الوفاء بوعده قضاءً وإنما هو مخير بين أن يفى بوعده وبين ألا يفى به على رأي جمهور الفقهاء، وقال ابن شبرمة: إن الواعد يلزم على الوفاء بوعده قضاءً، وذهب المالكية على الرأي الصحيح عندهم إلى القول بأن الوعد يلزم الواعد ويقضي به إذا دخل الموعد بسبب الوعد في شيء كمن يعد شخصاً بأن يقرضه مبلغاً من المال إذا تزوج^(١).

وقد استدل الفقهاء على ذلك بنصوص من القرآن الكريم والسنة النبوية تأمر بالوفاء بالوعد والعهد، وتحذر من الإخلاف، وتصف مخلف الوعد بالنفاق، ومن هذه النصوص قول الله - تبارك وتعالى -:

﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾^(٢).

وكذلك قوله - سبحانه وتعالى -:

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٣).

١- ومن السنة قول النبي - عليه الصلاة والسلام -: "لَا إِيمَانَ لِمَنْ لَا أَمَانَةَ لَهُ، وَلَا دِينَ لِمَنْ لَا عَهْدَ لَهُ إِذَا أُوْتِمَنَ خَانَ خَالِصًا وَمَنْ كَانَتْ فِيهِ خَصْلَةٌ مِنْهُنَّ كَانَتْ فِيهِ خَصْلَةٌ مِنَ النِّفَاقِ حَتَّى يَدْعَهَا"^(٤) وقوله - صلى الله عليه وسلم -: "أَرْبَعٌ مَنْ كُنَّ فِيهِ كَانَتْ مُنَافِقًا خَالِصًا، وَمَنْ كَانَتْ فِيهِ خَصْلَةٌ مِنْهُنَّ كَانَتْ فِيهِ خَصْلَةٌ مِنَ النِّفَاقِ حَتَّى يَدْعَهَا إِذَا أُوْتِمَنَ خَانَ، وَإِذَا حَدَّثَ كَذَبًا، وَإِذَا عَاهَدَ غَدَرَ، وَإِذَا خَاصَمَ فَجَرَ"^(٥).

ومن خلال ما سبق يمكن القول بأن حق المشتري في خيار الرجوع يدخل ضمن الوعد بالتعاقد، وقد تكون المدة المحددة للخيار هي فترة وعد بالبيع، وبعد انتهاء هذه الفترة يصبح العقد نافذاً، وخاصة أن الموعد له يحتفظ بحرية قبول العقد، أي أنه يتمتع بالخيار كالمشتري في خيار

(١) على أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي أبو محمد، المحلي بالآثار، تحقيق محمد منير الدمشقي (دائرة الطباعة المنيرية، ١٣٥٠هـ) (٢٨/٨)؛ شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المشهور بالقرافي، الفروق بهامش الكتابين تهذيب الفروق والقواعد السنية الفقهية في الأسرار، (عالم الكتب، بيروت، دون تاريخ نشر)، (٥٨/٤).

(٢) سورة الإسراء، من الآية رقم ٣٤.

(٣) سورة المائدة، من الآية رقم ١.

(٤) أحمد بن حنبل الشيباني، مسند أحمد، (مؤسسة قرطبة، القاهرة). (١٣٥/٣)، رقم (١٢٤٠٦)، قال عنه الألباني في السلسلة الصحيحة: صحيح.

(٥) محمد بن اسماعيل أبو عبد الله البخاري، صحيح البخاري، دار ابن كثير، بيروت، ١٤٣٧هـ، ١٩٨٧، ط٣،

(٢١/١)، رقم (٣٤)، (٢) كتاب الإيمان، (٢٣) باب علامة المنافق.

الشرط في قبول البيع أو رفضه، والواقع أن هذا التحليل ليس بمنأى عن النقد ففي البيع بخيار الشرط يكتمل الوجود الشرعي للعقد، ولكنه يمنح فترة يجوز فيها للمشتري قبول البيع أو فسحه، أما الوعد بالتعاقد فلا يكتمل الوجود الشرعي فيه إلا بعد إبداء الموعد له الرغبة في التعاقد، ومن ناحية أخرى فإن انقضاء المدة المحددة في الوعد بالتعاقد يترتب عليها انقضاء العقد، بينما بانقضاء المدة في خيار الشرط يصبح العقد نافذاً^(١).

٢- البيع بالعربون

يرجع أصل العربون في اللغة العربية إلى: عَرَبَيْنَ، عَرَبَيْهَ: أي أعطاه العربون، والعامية من الناس تسمي العربون رعبون^(٢)، والعربون: ما يعجل من الثمن على أن يحسب منه إذا مضى البيع، وإلا استحق للبائع^(٣).

أما في اصطلاح الفقهاء فهو: أن يعطى المشتري البائع شيئاً من الثمن ويقول: إن تم البيع بيننا فهو من الثمن، وإلا فهو لك^(٤).

وتعقيباً على التعريف السابق يرى الباحث أن للبيع بالعربون في الفقه الإسلامي أمرين:

الأمر الأول: أنه يعتبر عقداً غير لازم بالنسبة للمشتري فقط، فخيار العدول عن البيع يثبت للمشتري فقط بمقتضى العربون الذي دفعه، أما البائع فالعقد لازم بالنسبة له، وبالتالي لا يجوز له العدول عن العقد، كما يترتب على رجوع المشتري عن العقد فقد العربون الذي دفعه.

الأمر الثاني: أن الاتفاق على العربون في عقد البيع من قبيل الاتفاق الذي يشترط فيه القبض، أي دفع العربون بالفعل عند التعاقد من جانب المشتري وقبضه من جانب البائع، وهذا واضح تماماً من أقوال الفقهاء التي سبقت الإشارة إليها.

- مشروعية بيع العربون

اختلف الفقهاء في حكم بيع العربون على قولين:

القول الأول: عدم جواز الأخذ بالعربون

(١) أبو الخير عبد الوهيد الخويلدي، حق المشتري في فسخ العقد المبرم بوسائل الاتصال الحديثة، (دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٦م)، ص ١٤٧-١٤٨.

(٢) أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، (المكتبة العلمية ببيروت)، (٤٠١/٢).

(٣) مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز، ص ٤١٢.

(٤) المرجع السابق، ص ٥٩١.

ذهب جمهور العلماء من الحنفية^(١) والمالكية^(٢) والشافعية^(٣) إلى أنه إذا اشترط المتعاقدان بأن يكون العربون مستحقاً للذي قبضه إذا عدل المتعاقد الآخر عن العقد فإن ذلك يبطل الشرط والعقد معاً، واستدلوا على عدم جوازه بحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: "نَهَى النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، عَنْ بَيْعِ الْعُرْبَانِ"^(٤)، فضلاً عما يتضمنه هذا البيع من شرط فاسد لما يحتوي عليه من الغرر، بالإضافة إلى أنه بمنزلة الخيار المجهول، فإذا اشترط أن يكون للمشتري رد المبيع من غير ذكر مدة فلا يصح، كما لو قال: ولي الخيار أو متى شئت رددت السلعة ومعها درهماً، وهذا هو مقتضى القياس، كما أن العربون بمثابة أكل المال بالباطل الذي حرمه الإسلام لقوله - تعالى -: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾^(٥). وعندما ننظر إلى هذه الآية الكريمة نجد أن الله - سبحانه وتعالى - نهى عن أكل أموال الناس بالباطل أي بغير حق، ومن أكل المال بالباطل يبيع العربان (العربون)، لأنه من باب القمار والغرر والمخاطرة، ومن باب أكل المال بالباطل بغير عوض ولا هبة، وذلك باطل بالإجماع^(٦).

القول الثاني: جواز الأخذ بالعربون

ذهب فقهاء الحنابلة^(٧)، وابن سيرين^(٨)، وسعيد بن المسيب^(٩) إلى جواز بيع العربون استناداً

(١) أبو زكريا محيي الدين بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب، (دار إحياء الكتب العربية، ١٤١٥هـ، ١٩٩٥م) (٤٠٨/٩).

(٢) محمد بن عبدالله الخرشبي، مختصر خليل للخرشي وبهامشه حاشية الشيخ العدوي، (دار الفكر)، (٧٨/٥).

(٣) أبو عبدالله محمد بن محمد بن عبدالرحمن المالكي المغربي الشهير بالحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، (دار الرضوان للنشر، ١٤٣١هـ، ١٢٠١م)، (١٢٦/٥).

(٤) محمد بن يزيد أبو عبدالله القزويني، ابن ماجه، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي (دار الفكر، بيروت)، (٨٣٨/٢)، رقم (٢١٩٢)، (١٢) كتاب التجارات، (٢٢) باب بيع العربان، قال عنه الألباني: ضعيف. (٥) سورة النساء، من الآية رقم ٢٩.

(٦) أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن والمبين لما تضمنه من السنة وآي الفرقان، تحقيق: أحمد البردوني، إبراهيم أطفيش، (دار الكتب المصرية، القاهرة، ط٢، ١٣٨٤هـ - ١٩٦٤م) (١٥٠/٥).

(٧) أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني على مختصر أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخرقبي (دار الكتاب العربي، ١٤٠٣هـ)، (٥٨، ٥٩/٤).

(٨) هو: محمد بن سيرين البصري، الأنصاري بالولاء، أبو بكر. تابعي، كان أبوه مولى لأنس بن مالك، ثم كان هو كاتباً لأنس، كان إماماً وفتية في علوم الدين بالبصرة، تفقه وروى الحديث، واشتهر بالورع وتعبير الرؤيا، (ت ٥١١٠هـ)، ينظر: أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، تهذيب التهذيب، (ت ٨٥٢هـ)، مطبعة دائرة المعارف النظامية، الهند، الطبعة، ١٣٢٦هـ، ١٤/٩، تهذيب الأسماء واللغات ٨٢/١.

إلى ما روي عن نافع بن عبد الحارث أنه اشترى لعمر بن الخطاب دار السجن من صفوان ابن أمية بأربعة آلاف درهم فإن رضي عمر كان البيع نافذاً، وإن لم يرض فلصفوان أربعمائة، قال الأثرم: قلت لأحمد: تذهب إليه؟ قال: أي شيء أقول؟ هذا عمر رضي الله عنه^(٢)، ومن هنا قال الإمام أحمد بن حنبل: لا بأس ببيع العربون لأن عمر فعله.

كما أجاز بعض فقهاء المالكية^(٣) التعاقد بالعربون إذا جرى الاشتراط باحتسابه جزء من الثمن عن تنفيذ العقد، وإذا حصل العطل رد العربون إلى دافعه.

وقد ذكر الشوكاني دليلاً آخر لصحة بيع العربون، وهو ما أخرجه عبد الرزاق في مصنفه عن زيد بن أسلم أنه سئل رسول الله ﷺ عن العربان فأحله^(٤).

بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم تبين لي - والله اعلم بالصواب - ترجيح الفريق القائل بجواز التعاقد بالعربون؛ لأنه ليس من البيوع التي فيها الضرر سواء في العوضين أو في الأجل، فالعقد الواقع عليه العربون عقد معلوم وليس به أي غرر، والثمن معلوم ومحدد ولا يوجد به غرر، حيث إن من يقبض العربون يضع في حساباته واحتمالاته أمر العطل، كما أن المدة محددة ومعلومة حسيماً جرى عليه العرف، كما أن الحديث الذي استند إليه الفريق الأول ضعيف ومنقطع، والاستدلال بالآية الكريمة «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ»^(٥). استدلال في غير محله، فالآية تضع قاعدة عامة ولا تختص بحكم العربون بالذات، كما أنها جعلت في نهايتها أن أساس المعاملات هو الرضا، وهو موجود ومتحقق في التعاقد بالعربون.

وقد يتشابه البيع بالعربون مع البيع بخيار الرجوع خلال مدة معينة، ومضي هذه المدة يعني تأكيد البيع، وفي حالة الرفض لا يفقد المشتري العربون وإنما يسترده من البائع، لكن ومع ذلك فهناك فرق بينهما، فالبيع بالعربون أوسع نطاقاً من البيع المتضمن خيار الرجوع في المدة المحددة، فالأول ينطبق على جميع العقود، بينما خيار الرجوع لا ينطبق إلا على بيع المنقولات عبر المسافات.

٣- بيع الوفاء

يعد بيع الوفاء نوعاً خاصاً من البيوع يتعهد بموجبه المشتري بأن يرد المبيع إلى البائع،

(١) هو: سعيد بن المسيب بن حزن بن أبي وهب، من كبار التابعين، وأحد الفقهاء السبعة بالمدينة المنورة، جمع بين الحديث والفقه والزهد والورع. وكان أحفظ الناس لأفضية عمر بن الخطاب رضي الله عنه - وأحكامه حتى سمي راوية عمر. ينظر: صفة الصفوة ٤/٢، وطبقات ابن سعد ٥/٨٨.

(٢) المرجع السابق، (٤/٣١٢).

(٣) الخرشي، مختصر خليل، (٥/٧٨).

(٤) محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار من أسرار منتقي الأخبار، تحقيق محمد صبحي بن حسن حلاق، (دار ابن الجوزي، ١٤٢٧هـ، المملكة العربية السعودية)، (١٠/٤٨).

(٥) سورة النساء، من الآية رقم ٢٩.

ويرد هذا الأخير الثمن خلال مدة معينة؛ فقد نصت المادة (١١٨) من مجلة الأحكام العدلية على أن: "بيع الوفاء هو البيع بشرط أن البائع متى رد الثمن يرد المشتري إليه المبيع، وهو في حكم البيع الجائز بالنظر إلى انتفاع المشتري به، وفي حكم البيع الفاسد بالنظر إلى كون كل من الفريقين مقتدرًا على الفسخ، وفي حكم الرهن بالنظر إلى أن المشتري لا يقدر على بيعه"^(١)، وصورته تكون كقول شخص لآخر اشتريت منك هذه السيارة بخمسة آلاف دينار على أن أردّها لك أو أبيعها منك على تلك الصورة، وهنا ينعقد البيع بالوفاء، كما أنه إذا ابتاع شخص داره من آخر بغبن فاحش وقال له متى رددت إلى الثمن أفسخ البيع؛ فالبيع أيضا بيع وفاء^(٢)، وإذا تم البيع دون ذكر شرط الوفاء ثم اشترطه يكون البيع بالوفاء؛ لأن الشرط اللاحق يلحق بأصل العقد عند أبي حنيفة، ولكن إذا اختلف العاقدان فقال أحدهما: إن البيع بيع وفاء، وقال الآخر: إنه بيع بات فالبينة حينئذ على مدعي بيع الوفاء؛ لأنه يدعي خلاف الظاهر، والقول لمدعي البيع بات بيمينه إلا إذا قامت قرينة على خلاف ذلك، كما لو ادعى المشتري أن البيع بات وكان في الثمن غبن فاحش فحينئذ لا يقبل قوله بيمينه؛ لأن الظاهر مكذب له، ومثل ذلك لو وضع المشتري على الثمن ربحاً^(٣).

وقد حدث خلاف كبير بين علماء الفقه الإسلامي بشأن الحكم الشرعي لهذا العقد، ويعود السبب في هذا الاختلاف إلى الطبيعة المختلطة له، فهو في ظاهره بيع، ولكنه يحقق أغراض القرض المضمون برهن حيازي، وعلى كل حال يمكن تصنيف الآراء التي قيلت بشأنه إلى اتجاهين رئيسيين: يرى أنصار الاتجاه الأول^(٤) أن بيع الوفاء عقد غير صحيح، ويشمل هذا الاتجاه ثلاثة آراء على النحو التالي:

(١) على حيدر، درر الحكم شرح مجلة الأحكام، تعريب: المحامي فهمي الحسني، (دار عالم الكتب، الرياض، ١٤٢٣هـ، ٢٠٠٣م)، (١/١١١)؛ وقد نصت المادة (٤٥٤) من مرشد الحيران على أن: "بيع الوفاء هو أن يبيع شيئاً بكذا أو بدين عليه بشرط أن البائع متى رد الثمن إلى المشتري أو أداه الدين الذي له عليه يرد له العين المبيعة وفاء"، محمد قدرى باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، (المطبعة الكبرى، الأميرية، مصر، ١٣٠٨هـ-١٨٩١م، ط٢)، ص٧٣.

(٢) على حيدر، درر الحكم في شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، (١/٤٣١).

(٣) المرجع السابق، (١/٤٣٢).

(٤) عثمان بن علي الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وبهامشه حاشية أحمد بن يونس الشهير بالشليبي، (دار الكتاب الإسلامي، ط٢)، (١٨٣/٥)، زين الدين بن إبراهيم بن محمد ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، (دار المعرفة، دون تاريخ)، (١/٨).



الأول: بيع الوفاء بيع باطل^(١)

ذهب فقهاء المالكية والشافعية وجمهور من المذهب الحنفي إلى الحكم ببطلان هذا العقد؛ وذلك لأن شرط الوفاء أو شرط استرداد المبيع عند رد الثمن شرط مناقض لمقتضى عقد البيع المتمثل في تملك المبيع للمشتري على وجه الدوام، كما أنه لا يوجد دليل على جواز شرط الوفاء، بالإضافة إلى ذلك فإن بيع الوفاء لا يقصد منه حقيقة البيع، وإنما يقصد منه الوصول إلى الربا؛ لأن انتفاع المشتري بالمبيع دون مقابل يعد من قبيل الربا.

ويبدو أن ما ذهب إليه أنصار هذا الرأي بخصوص شرط الوفاء يتفق مع موقفهم من الشروط عموماً؛ فالحنفية والشافعية لا يجيزون الشروط إلا إذا كانت من مقتضى العقد أو ملائمة لمقتضى العقد، أو جرى بها عرف حسب رأي الحنفية، أما المالكية والحنابلة فتصح عندهم الشروط ما لم تكن مناقضة لمقتضى العقد أو مخالفة للشرع، فعلى رأيهم جميعاً لا يصح شرط الوفاء؛ لأنه شرط مناقض لمقتضى عقد البيع الذي يستلزم نقل المالك بشكل دائم^(٢).

(١) انظر: الخطاب، مرجع سابق ٣٧٧/٤، الزيلعي، مرجع سابق، (١٨٣/٥)، ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، (٨/٦)، الفتاوي الهندية ٢٠٩/٣.

(٢) عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، مرجع سابق، (١٥١/٣)

الثاني: بيع الوفاء بيع فاسد

ذهب بعض فقهاء المذهب الحنفي^(١) إلى اعتبار هذا العقد بيعا فاسدا لعدم تحقق الرضا، فهم يعتبرونه كبيع المكره، ولذلك فقد أجروا عليه أحكام البيع الفاسد كثبوت ملكية المبيع للمشتري إذا حصل القبض، وثبوت الحق للبائع في فسخ العقد، ويرى هؤلاء الفقهاء أن سبب فساد بيع الوفاء هو شرط الفسخ عند القدرة على إيفاء الدين.

الرأي الثالث: بيع الوفاء رهن باطل

ذهب بعض فقهاء المالكية^(٢) إلى أن بيع الوفاء رهن باطل؛ لأنه يؤدي إلى سلف بمنفعة، فالمشتري ينتفع بالمبيع إلى أن يرد له الثمن وفي ذلك ربا.

في حين يرى أنصار الاتجاه الثاني أنه عقد صحيح، ويشمل هذا الاتجاه رأيين هما:

الأول: بيع الوفاء رهن صحيح

ذهب بعض فقهاء الحنفية^(٣) إلى أن بيع الوفاء يعد رهنا وليس بيعا؛ وذلك لأن البائع قد اشترط على المشتري أخذ المبيع عند قضاء الدين وبذلك يكون قد أتى بمعنى الرهن، لأنه هو الذي يؤخذ عند قضاء الدين، والعبارة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني، وعليه فقد جعلت الكفالة بشرط براءة الأصل حوالة؛ وإن جميع أحكام الرهن تثبت لهذا العقد، فلا يملكه المشتري ولا ينتفع به، وإذا استأجره البائع لا تلزمه أجرته، إلا أنه يأخذ على هذا الرأي أنه يعول وبشكل كامل على المقاصد دون أن يلتفت إلى الألفاظ، وهذا الأمر لا يمكن قبوله بهذا الإطلاق؛ لأنه يجعل من استخدام الألفاظ عبثا ولا فائدة من ذلك.

الثاني: بيع الوفاء بيع صحيح منتج لبعض أحكامه

ذهب بعض الفقهاء من متأخري الحنفية والشافعية إلى جواز بيع الوفاء على سبيل الاستثناء من القواعد العامة وذلك لحاجة الناس إليه؛ وقد لجأوا إليه تخلصا من الربا، فتطبق بشأن هذا البيع القاعدة الفقهية القائلة بأنه: "إذا ضاق الأمر اتسع"^(٤)، وقد ورد في كتاب حاشية رد المحتار أن: "القول الجامع لبعض المحققين أنه فاسد في حق بعض الأحكام حتى ملك كل منهما الفسخ، صحيح في حق بعض الأحكام كحل منافع المبيع، ورهن في حق البعض حتى لو لم يملك المشتري يبيعه من آخر ولا رهنه وسقط الدين بهلاكه، فهو مركب من العقود الثلاثة كالزرافة فيها صفة البعير، والبقرة

(١) الزيلعي، تبيين الحقائق، (١٨٣/٥).

(٢) الهادي السعيد عرفة، حكم بيع الوفاء وهل يعتبر رهنا؟ (مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، عدد ١٧، سنة ١٩٩٥م)، ص ٢٥٦.

(٣) الزيلعي، تبيين الحقائق، (١٨٣/٥).

(٤) ابن نجيم، البحر الرائق، (٨/٦).

والنمر جوز لحاجة الناس إليه بشرط البديلين لصاحبهما^(١).

ويكيف بيع الوفاء بأنه بيع غير لازم لا يكون فيه المشتري مالكا للمبيع، لذلك يثبت للبائع وفاء له أن يرد الثمن ويأخذ المبيع، كذلك للمشتري أن يرد المبيع للبائع ويسترد الثمن منه^(٢).

وعلى الرغم من التشابه بين بيع الوفاء والبيع المتضمن خيار الرجوع حيث يحتفظ فيه المشتري برد المبيع إلى البائع واسترداد الثمن، إلا أن بيع الوفاء يختلف عن خيار الرجوع في البيع، ففي بيع الوفاء يكون حق الرجوع للبائع، بينما يملك البائع والمشتري قبول المبيع أو رده خلال المدة المحددة في خيار الرجوع، كما أنه إذا مضت مدة الخيار دون أن يفسخ العقد أصبح لازما وتاماً، أي أن ملكية المبيع تثبت للمشتري في حين لا يطبق هذا الحكم في بيع الوفاء؛ لأن المبيع بحكم المرهون في يد المشتري، وبالتالي إذا لم يفسخ البائع العقد برد الثمن لا يمتلك المشتري المبيع، وإنما يباع ليستوفي حقه من ثمنه^(٣).

الفرع الثاني

تمييز خيار الرجوع في التعاقد عن غيره في الفقه الإسلامي

يشترك الرجوع في التعاقد مع بعض صور إنهاء العقد، وخاصة تلك التي يمكن ممارستها بالإرادة المنفردة، وذلك في العديد من السمات على نحو ينبغي معه التمييز بينها وبين هذا الحق، لما يساهم ذلك في إلقاء المزيد من الضوء على طبيعته ونظامه والآثار التي تترتب على إعماله، وسنكتفي هنا بثلاثة ألفاظ فقط هي الفسخ، والإلغاء، والإبطال، وذلك على النحو التالي:

أولاً: الفسخ

الفسخ في اللغة: مصدر الفعل فسخ، ويأتي بمعنى الإزالة، يقال: فسخت الشيء أي أزلته

عن موضعه، وبمعنى الرفع، يقال: فسخت العقد فسخاً: رفعته^(٤).

وفي الاصطلاح: عرفه الكاساني بقوله: "رفع للعقد من الأصل وجعله كأن لم يكن"^(١)، وعرفه ابن

(١) محمد أمين بن عمر المعروف بابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، (بدون بيانات)، (٤٠٩/٥).

(٢) على حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، ص ٣٢-٤٣٥، راجع المادة (٤٠٢) من المجلة التي تقرر أنه إذا مات أحد المتبايعين وفاء انتقل حق الفسخ "الرجوع" إلى الوارث؛ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الرجوع في التعاقد كوسيلة لحماية الرضا، دراسة لفكرة العقد غير اللازم في الشريعة الإسلامية وتطبيقاته في القانون الوضعي، (مجلة المحامي، السنة الثامنة، يوليو، أغسطس، سبتمبر ١٩٨٥م)، ص ٤٤.

(٣) راجع المادة (٤٥٧) من مرشد الحيران.

(٤) لسان العرب، مادة (فسخ)، (٤٤/٣)، مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، بدون بيانات، مادة (فسخ)، (٢٧٦/١)، الفيومي، لمصباح المنير، (٤٧٢/٢).



السبكي^(٢) بأنه: "هو حل ارتباط العقد"^(٣)، وعرفه الزركشي، فقال: "الفسخ معناه: رد الشيء واسترداد مقابلة"^(٤).

ونظرا لما يوجد من تقارب بين الرجوع والفسخ خاصة في الآثار المترتبة على كل منهما، وهي رفع العقد واعتباره كأن لم يكن نجد أن من الفقهاء من يطلق أحدهما على الآخر لاجتماعهما في المعنى، ويظهر ذلك واضحا من خلال النظر إلى الصور التي ساقها الفقهاء في أبواب الهبة، والوصية، وغيرها من عقود التبرعات، والعقود الجائزة من الطرفين كالوكالة، والعقود اللازمة من جانب واحد كالرهن، واللازمة من الجانبين في حال وجود مسوغ شرعي -خيار العيب-، حيث عبر الفقهاء فيها عن الرجوع بقولهم فسخت الهبة، أو الوصية، أو الرهن، أو البيع^(٥).

ولكن لا يعني هذا التقارب بين الرجوع والفسخ، وإمكانية إطلاق أحدهما على الآخر أن كل رجوع هو فسخ، فهناك تصرفات كثيرة لا تدخل في إطار مفهوم الفسخ، وهي في حقيقتها رجوع، ومن ذلك: رجوع الكفيل على المكفول له، ورجوع المحال على المحيل ..، وغيرها من التصرفات التي هي بمعنى المطالبة، والمطالبة صورة من صور الرجوع، وعلى ذلك فإن الفسخ أحد أفراد الرجوع وصورة من صورته، فالرجوع أعم منه، إذ كل فسخ رجوع، ولكن ليس كل رجوع هو فسخ^(٦).

ثانيا: الإلغاء

إن للإلغاء في اللغة معنيين أولهما: ألغيت الشيء: أبطلته^(٧)، وكان ابن عباس - رضي الله عنهما - يلغي طلاق المكره أي: يبطله، وثانيهما: الإلقاء والإسقاط؛ قال باطلا وبابه عدا يقال وألغى

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، (٢٨٢/٥).

(٢) هو: أبو نصر عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي الأنصاري الشافعي الملقب بتاج الدين ، كان من أبرز علماء الشافعية في القرن الثامن، تولى القضاء والتدريس والخطابة في أماكن عدة في الشام ومصر ، توفي سنة (٧٧١ هـ)، من مؤلفاته : (طبقات الشافعية الكبرى والوسطى والصغرى ، والإبهاج في أصول الفقه ، وجمع الجوامع في أصول الفقه، وغيرها)، ينظر: شذرات الذهب (٦ / ٢٢١)، والأعلام (٤/١٨٤)، ومعجم المؤلفين (٦/٢٢٦)، والدرر الكافية (٣/٢٣٢) .

(٣) انظر: السيوطي، مرجع سابق، ص ٢٨٧.

(٤) انظر: الزركشي، مرجع سابق، ص ٤٧٣.

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع، (٦/١٢٨).

(٦) فتح الله أكتثم، مرجع سابق ، ص ٥٠.

(٧) لسان العرب، (مادة لغا) ، (١٥/٢٥٠).



الشيء: أبطله، وألغاه من العدد ألقاه منه، ومنه قوله تعالى: (لَا تَسْمَعُ فِيهَا لِغَايَةٍ) ^(١) أي كلمة ذات لغو. ^(٢)

أما الإلغاء في الاصطلاح فلا يخرج عن معناه اللغوي، ويمكن أن نعرفه بأنه: "إزالة الرابطة العقدية واعتبارها كأن لم تكن".

وقد استعمل الفقهاء الرجوع والإلغاء بمعنى واحد في كثير من المواضع؛ لأن لكليهما ذات الأثر الشرعي من رفع العقد ونقضه، وعليه فإن الفقهاء عندما يعبرون بلفظ الرجوع فيما يقبل الرجوع من العقود فإنما يعنون بذلك إلغائها واعتبارها كأن لم تكن، وعلى ذلك يمكن القول بأن كل ما كان رجوعاً كان إلغاءً، والعكس صحيح ^(٣).

ثالثاً: الإبطال

الإبطال لغة: الباطل ضد الحق، وبطل بطلاً وبطولاً وبطلاناً بضمهم: ذهب ضياعاً وخسراً ^(٤).

والإبطال: يقال في إفساد الشيء وإزالته، حقا كان ذلك الشيء أو باطلاً ^(٥)، قال تعالى: (لِيُحَقِّقَ الْحَقَّ وَيُبْطِلَ الْبَاطِلَ) ^(٦).

وفي الاصطلاح يعرفه جمهور الفقهاء (المالكية والشافعية والحنابلة) ^(٧) بأنه: كل ما يقابل الصحيح فهو باطل غير منعقد؛ سواء أكان في أركانه أو في أوصافه.

جاء في المجموع: "الباطل اسم جامع لكل ما لا يحل في الشرع كالربا، والغصب، والسرقة، والخيانة، وكل محرم ورد به الشرع" ^(٨)، وعرفه الحنفية بأنه: "ما لم يشرع بأصله ولا وصفه" ^(٩).

ونظراً للتقارب الموجود بين الرجوع والإبطال في الآثار المترتبة على كل منهما من حيث

(١) سورة الغاشية، الآية رقم ١١.

(٢) الرازي، مختار الصحاح، (مادة لغا)، ص ٦١٢.

(٣) فتح الله أكنم، مرجع سابق، ص ٥٦.

(٤) الفيروز آبادي، القاموس المحيط، (١/١٢٤٩).

(٥) الزبيدي، تاج العروس، مادة (أبطل)، (٨٩/٢٨)، الفيومي، لمصباح المنير، (١/٥٢)؛ مختار الصحاح، ص ٧٣.

(٦) سورة الأنفال، من الآية (٨).

(٧) الشمس الدين بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي، القاهرة)، (٣/٥٤).

(٨) النووي، المجموع، (٩/١٤٥).

(٩) الزيلعي، تبيين الحقائق، (٤/٤٤).



إنهاء العقد واعتباره كأن لم يكن نجد من الفقهاء من يطلق أحدهما على الآخر^(١)، ولكن لا يعني ذلك أن كل إبطال يعتبر رجوعاً، فإبطال الصلاة أو الصوم -مثلاً- لا يسمى رجوعاً، فالإبطال أعم من الرجوع، ومن هنا نجد أن العلاقة بينهما ليست علاقة تماثل، بل علاقة تباين جزئي، فكل رجوع يعد إبطالا وليس كل إبطال يعد رجوعاً^(٢).

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، (٣٨٠/٧).

(٢) فتح الله أكتّم، مرجع سابق، ص ٥٦.

المطلب الثاني

حق المستهلك في العدول عن العقد المبرم عبر الإنترنت في القانون

إن إعطاء أحد المتعاقدين إمكانية العدول عن التعاقد أمر ينطوي على خطورة كبيرة، وذلك لما يشكله ذلك من انتهاك لمبدأ القوة الملزمة للعقد، والذي يعني أنه بتمام التعاقد لا يجوز لأحد الأطراف أن ينهيه بإرادته المنفردة، وإعمالاً لهذا المبدأ فإن المستهلك الذي يتعاقد على سلعة أو خدمة ما بموجب عقد صحيح عليه أن يلتزم بتنفيذ هذا العقد حتى ولو تبين له بعد التعاقد أن تلك السلعة أو الخدمة لا تلبى احتياجاته أو رغباته، أو لا تفي بالغرض الذي من أجله أبرم العقد، وعليه لا بد من تحديد مفهوم حق العدول تحديداً دقيقاً لضمان تطبيقه في النطاق الذي حدده المشرع وعدم مجاوزة ذلك النطاق، وإلا ترتب على ذلك نتائج خطيرة تؤثر على تعزيز الثقة بالتعاقد، وسيتم تناول هذا الموضوع في هذا المطلب من حيث التعرض لمفهوم حق العدول وخصائصه (الفرع الأول)، ثم مبررات منح المستهلك حق العدول عن العقد المبرم عبر الإنترنت وتمييزه عن غيره (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم الحق في العدول عن التعاقد الإلكتروني

لبيان مفهوم حق المستهلك في العدول عن العقد، نتناول تعريف هذا الحق، وخصائصه، طبيعته على النحو الآتي:

أولاً: تعريف حق المستهلك في العدول

عرف رأي في الفقه حق العدول بأنه: "إثبات حق المشتري في إمضاء العقد أو فسخه عند رؤية المعقود عليه إذا لم يكن رآه عند العقد أو قبله"^(١)، وتم تعريفه أيضاً بأنه: "سلطة أحد المتعاقدين بالانفراد بنقض العقد والتحلل منه دون توقف ذلك على إرادة الطرف الآخر"^(٢)، كما عرفه بعض الفقه الفرنسي بأنه "بمثابة الإعلان عن إرادة مضادة يعتزم من خلاله المتعاقد العدول عن إرادته وسحبها واعتبارها كأن لم تكن، وذلك بهدف تجريدها من أي أثر كان لها في الماضي أو يكون لها في المستقبل"^(٣)، وبمقتضى حق العدول يستطيع المستهلك في التعاقد عن بعد إذا رأى أن مواصفات السلعة أو الخدمة لا تتطابق مع نوقه، أو شعر بأن رضاه قد شابه عيب من العيوب،

(١) عبد الحق حميش، حماية المستهلك الإلكتروني، بحث مقدم للمؤتمر الأعمال المصرف الإلكترونية بين الشريعة والقانون ٩-١٠ ربيع الأول ١٤٢٤هـ، الموافق ١٠/١٢/٢٠٠٣م كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ص ١٢٩٠.

(٢) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المصادر الإرادية للالتزام، (دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥م)، ص ٣٨٤.

(٣) أيمن مساعدة، علاء خصاونة، خيار المستهلك في الرجوع في البيوع المنزلية زبيوع المسافة، (مجلة الشريعة والقانون، العدد ٤٦، الأردن، أبريل، ٢٠١١م)، ص ١٦٣.

وكذلك يستطيع المستهلك بمقتضاه الرجوع عن العقد بإرادته المنفردة خلال مدة محددة دون حاجة إلى تقديم تبرير خاص، أو دفع أي مقابل مالي باستثناء مصروفات رد المبيع إذا كان لها مقتضى، وهذا الحق يستأثر به المستهلك دون المهني، وقد تم تشريعه بموجب قواعد أمره من النظام لا يجوز الاتفاق على مخالفتها^(١).

مما تقدم يمكننا تعريف العدول عن التعاقد بأنه: حق المستهلك في العدول عن العقد بإرادته المنفردة، وإعادة أو استبدال السلعة أو رفض الخدمة خلال مدة معينة يحددها القانون أو اتفاق دون بيان الأسباب، مع التزام المهني أو مقدم الخدمة حسب الأحوال برد الثمن دون أية نفقات من جانبه سوى مصاريف الرد.

ويبدو من التعريفات السابقة أن حق العدول حق إرادي محض يترك تقديره لإرادة المشتري بالرغم من أنه يمس القوة الملزمة للعقد، ويمارس المشتري هذا الحق وفقا لما يراه محققا لمصلحه، وهو ليس ملزما بأن يبدي أسبابا معينة لهذا العدول، ومعنى هذا أن استعمال المشتري لهذا الحق لا يؤدي إلى قيام مسؤوليته^(٢).

ثانيا: خصائص حق العدول

يتميز حق العدول عن العقد بخاصيتين الأولى متعلقة بالصفة التقديرية لممارسة الحق والثانية بالنظام العام.

١- الصفة التقديرية للحق في العدول

وفقا لنص المادة (١٦١-١٦٢) من قانون الاستهلاك الفرنسي يتضح أن الحق في العدول عن العقد حق شخصي مقرر للمستهلك يخضع لتقديره المطلق وفقا لما يراه محققا لمصلحه، دون أن يكون ملزما بإبداء أسباب العدول^(٣)، وهو ما يدل على أن ممارسة هذا الحق يترك لمطلق إرادة المستهلك وتقديره الشخصي، ولا يترتب على قيام المستهلك بممارسة هذا الحق قيام مسؤوليته^(٤)، ورغم ذلك فإن البعض قد انتقد إخضاع حق العدول لمحض تقدير المستهلك قائلا: إن رخصة السحب لها صفة تقديرية محضة، وهذا محل طعن فيها، إذ أنها بهذا الشكل تمثل شرطا إراديا

(١) يوسف شندي، أثر خيار المستهلك في الرجوع في التعاقد على تحديد لحظة إبرام العقد، (مجلة الشريعة والقانون، العدد الثالث والأربعون، شعبان، ١٤٣١هـ، يوليو ٢٠١٠م)، ص ٢٥٨.

(٢) خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، (دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٨)، ص ٢٢٥.

(٣) سامح عبد الواحد التهامي، مرجع سابق، ص ٣٢١.

(٤) ممدوح محمد على مبروك، أحكام العلم بالمبيع وتطبيقاته في ضوء تقدم وسائل التكنولوجيا المعاصرة: دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٩٨، ص ٥٩٤.

محضاً، وذلك الشرط المعروف محظور بمقتضى المادة (١١٧٤) مدني فرنسي، وكذلك حرم القضاء هذا الشرط^(١).

والواقع أن الصفة التقديرية لحق العدول تثير تساؤلاً حول مدى استلزام حسن نية المستهلك حال مباشرته لهذا الحق، وضرورة عدم تعسفه في هذا الشأن.

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في بعض أحكامها^(٢) إلى أن للمستهلك أن يمارس حقه في العدول ولو كان سيئ النية؛ وذلك لكون هذا الحق مرتبطاً بالنظام العام، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للقاضي مراقبة سلوك المستهلك لتقدير ما إذا كان متعسفاً أو سيئ النية من عدمه، وفي إطار عقد التأمين انتهت ذات المحكمة^(٣) إلى أن حق العدول في ضوء المادة (1-5-132-1) من قانون التأمين الفرنسي يهدف لمجازاة المهني تلقائياً بسبب إغفال إعلام المستهلك بشأن حقه في العدول، وقد قضت المحكمة في هذا الصدد بأن حسن نية المؤمن له ليس لازماً، وأن حق العدول هو حق تقريبي للمؤمن له كشخص طبيعي^(٤).

أما المشرع المصري _ على خلاف نظيره الفرنسي _ فقد قيد حق المستهلك في ممارسة حقه في العدول عن التعاقد بأن تكون السلعة أو الخدمة غير مطابقة للمواصفات أو الغرض الذي تم التعاقد عليها من أجله، فيشترط لممارسة المستهلك لهذا الحق أن يذكر الأسباب والمبررات الدافعة إلى العدول، وإقامة الدليل عليها بكافة طرق الإثبات، ولا يترك الأمر لمطلق إرادة المشتري وتقديره الشخصي، بل تخضع في ذلك لرقابة القضاء^(٥).

٢- حق العدول مرتبط بالنظام العام

يعد حق المستهلك في العدول حقاً قانونياً يتعلق بالنظام العام، وبالتالي لا يجوز التنازل عنه مسبقاً، كما يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً كل شرط أو اتفاق يقيد من ممارسة هذا الحق أو يحد منه، لأنه يهدف إلى حمل البائع على مراعاة حسن النية في تنفيذ العقد، وتسليم سلع مطابقة للكيفية والمواصفات والغرض الذي وضحه في إعلانه عنها، فضلاً عن حماية الرضا الذي يعد ركناً من أركان العقد، وأخيراً فإن ذلك يدخل في إطار القواعد القانونية التي تهدف إلى حماية الطرف الضعيف في العقد، لكن يجوز للمشتري التنازل عن هذا الحق بعد نشأته وثبوته له، وذلك بعدم

(١) أحمد محمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، (دار النهضة العربية، ١٩٩٤م)، ص ٩١.

(٢) انظر على سبيل المثال: Cass. civ. 9 juillet 2009, precit.:

(٣) مصطفى أحمد أبو عمرو، التنظيم القانوني لحق المستهلك في العدول: دراسة مقارنة، (دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٦م)، ص ٤٤.

(4) G. R. aymond, La protection du consommateur dans les opérations de crédit, Gaz. Pal. 10-11 Nov. 1978. p4.

(٥) قانون حماية المستهلك المصري رقم (٦٧) لسنة ٢٠٠٦م، وزارة التجارة والصناعة الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية، مرجع سابق، ص ٥.

ممارسته خلال المدة المحددة^(١).

ثالثاً: الطبيعة القانونية لحق العدول

لبيان الطبيعة القانونية لحق العدول سنعرض للتحليلات التي ذكرت في شأنها، والتي يمكن استبعادها للوصول إلى بيان هذه الطبيعة على التفصيل التالي:

١- الوعد بالتعاقد

الوعد بالتعاقد هو عبارة عن عقد يلتزم بمقتضاه أحد طرفي العقد بأن يعقد العقد الأساسي عندما يظهر الموعود له - وهو الطرف الثاني- قبوله به في إبرامه خلال مدة متفق عليها بينهما، والوعد بالتعاقد عقد حقيقي تم بالتزام من قبل الواعد وقبول من قبل الموعود له، وهو بذلك يمهّد لعقد يراد إبرامه في فترة لاحقة، وبالتالي فهو عقد ملزم لطرف واحد هو الواعد^(٢)، وقد يكون عقد الوعد ملزماً لكلا طرفي العقد، وفي هذه الحالة يحتفظ بموجبه طرفاً العقد الأساسي بالحق في إبرامه خلال مدة معينة يتفقان عليها ابتداءً، بحيث يستطيع كل منهما أن يظهر رغبته خلال تلك المدة في التعاقد من عدمه، فإذا انتهت المدة الزمنية اللازمة لذلك دون أن يعبر من له الحق بذلك عن رغبته في إبرام العقد سقط الوعد، وزال كل ما التزم به كل من الطرفين تجاه الطرف الآخر^(٣).

ويتعين في الوعد بالتعاقد باعتباره عقداً أن تتوافر فيه الشروط العامة اللازمة لقيام العقد من رضا، ومحل، وسبب، وأن تعين جميع المسائل الجوهرية لانعقاد البيع وهي المبيع والثمن، كما يجب أن يعين في كلا العقد المدة الزمنية التي يتوجب خلالها على أحد العاقدين أو كليهما إظهار رغبته في التعاقد، وتعيين المدة قد يتم بصورة صريحة في الاتفاق، أو أنها تستخلص بصورة ضمنية من ظروف الاتفاق، فإذا لم تعين هذه المدة كان الوعد باطلاً^(٤).

ويستند بعض علماء الفقه إلى فكرة الوعد بالعقد من جانب واحد لتبرير عدم التزام صاحب خيار

(١) عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية : دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون ، (رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٤ م)، ص ٧٧٠.

(٢) عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، (دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢م)، ص ١٢٩.

(٣) عبد المجيد الحكيم، الكافي في شرح القانون المدني الأردني، والقانون المدني العراقي، والقانون المدني اليمني: الالتزامات والحقوق الشخصية، الجزء الأول في مصادر الالتزام، المجلد الأول: في العقد، القسم الأول: التراضي، (بدون ناشر، ١٩٩٣م)، ص ٢٤٥.

(٤) أنور سلطان، العقود المسماة شرح عقدي البيع والمقايضة، (دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٥) ص ٩٨-٩٩؛ محمد عبد الله الدليمي، العقود المسماة أحكام البيع والتأمين والوكالة في القانون الليبي، (الجامعة المفتوحة، ليبيا، ٢٠٠٠م)، ص ٤٠.

الرجوع -المستهلك- بصورة نهائية خلال مدة الخيار، إذ أن موقف صاحب خيار الرجوع يماثل إلى حد ما موقف المستفيد من الوعد بالعقد من جانب واحد، ففي كلتا الحالتين إتمام العقد أو تركه يبقى مرهوناً طوال مدة الخيار بالإرادة المنفردة لصاحب الخيار، كما أن المدة التي منحها المشرع للمستهلك للعدول عن التعاقد تمثل مدة الوعد بالعقد^(١).

والواقع أنه لا يمكن التسليم أيضاً بهذا الرأي؛ لأن حق المستهلك بالعدول يختلف عن الوعد بالتعاقد اختلافاً جذرياً، ويظهر ذلك فيما يلي:

- حق العدول عن التعاقد الإلكتروني يخول للمستهلك حقوقاً أوسع، فإلى جانب إمكانية العدول عن العقد يستطيع المستهلك تغيير المبيع بأخر مع الإبقاء على العقد، بينما لا يملك الموعود له خلال مهلة الوعد بالمبيع إلا قبول أو عدم قبول إبرام العقد النهائي^(٢).

- المدة المحددة في الوعد بالمبيع مصدرها اتفاق المتعاقدين مادام أن الوعد بالتعاقد هو اتفاق يتم بتطابق إرادتي المتعاقدين، أما المدة المحددة لممارسة حق العدول فهي محددة بنص تشريعي.

- البيع الإلكتروني يعتبر بيعاً تاماً وعقداً ملزماً للجانبين، إلا أن المشرع خول للمستهلك الحق في إعادة النظر في المبيع أو البيع خلال مدة محددة وذلك لأسباب خاصة أهمها: حماية المستهلك من التسرع في إبرام العقد، وهذا خلاف الوعد بالمبيع فإن الوجود القانوني للعقد النهائي لا يكتمل قبل إبداء الموعود له الرغبة في التعاقد، وهذا ما يعني أن آثاره القانونية قبل إبداء الرغبة^(٣).

٢- التعاقد بالعربون

يقصد بالعربون ذلك المبلغ من المال، أو أي شيء آخر يدفعه أحد المتعاقدين إلى الآخر وقت إبرام العقد^(٤)، وذلك بقصد المحافظة على حق العدول عن التعاقد لكل من المتعاقدين، ويغلب أن يكون العربون مبلغاً من النقود يقدمه المشتري للبايع حين التعاقد، ويعد جزءاً من الثمن إذا تم تنفيذ العقد، ولدفع العربون في التشريعات المدنية إحدى دلالتين: الأولى هي احتفاظ كل من الطرفين المتعاقدين بحق العدول عن الصفقة ونقض العقد مقابل خسارة هذا العربون، فإذا عدل عنه دافعه خسره، وإذا عدل عنه من دفع إليه رده ورد مثله إلى من دفعه، وبهذا يكون العربون عربون عدول، أما الثانية فهي دلالة التأكيد على أن العقد أصبح باتاً لا يجوز العدول عنه^(٥).

ومما سبق نجد أن دلالة العربون قد تكون هي دلالة العدول، والمشرع الليبي يأخذ بفكرة أن العربون يعطي أحد الطرفين الحق في العدول عن التعاقد، كما ورد في نص المادة (١٠٣) من

(١) يوسف شندي، مرجع سابق، ص ٢٦٢؛ عبد العزيز المرسي حمود، مرجع سابق، ص ٩٥.

(٢) أحمد السعيد الزقرد، حق المشتري في إعادة النظر في عقود البيع بواسطة التلفزيون (مجلة الحقوق، الكويت، العدد ٣، السنة ١٩، ١٩٩٥م)، ص ٢٢٣.

(٣) ممدوح محمد علي مبروك، مرجع سابق، ص ٦٠١.

(٤) أنور سلطان، العقود المسماة، مرجع سابق، ص ١١٣؛ عبد المنعم فرج الصده، مرجع سابق، ص ١٣٧.

(٥) عبد المجيد الحكيم، مرجع سابق، ص ٢٦٤؛ محمد عبدالله الدليمي، مرجع سابق، ص ٣٤.

القانون المدني الليبي على أن "١- دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه إلا إذا قضى بغير ذلك، ٢- فإذا عدل عن دفع العربون فقده، وإذا عدل من قبضه رد ضعفه، هذا ولو لم يترتب على العدول أي ضرر"، فيمكن اعتبار المبلغ المدفوع بدء في التنفيذ، وتحديدًا عندما يتفق الأطراف صراحة على ذلك، أو يعطى تكييف الشرط الجزائي فيأتي تعويضاً عن الضرر في حال الإخلال بالتنفيذ أو الفسخ، وفي المقابل إذا لم يكن هناك اتفاق نهائي بعد فيمكن ترجمته على أنه خيار عدول بمقتضاه يحق لكل طرف هجر الاتفاق مع خسارته قيمة العربون، وهذا ما يسمى بدلالة العربون^(١)، وتطبق هذه الأحكام على البيوع المبرمة عبر الإنترنت، بل ويعتبر البيع بالعربون المبرم عبر الإنترنت من أهم الوسائل التي يلجأ إليها المشتري في العقود التي يبرمها بهذه الوسيلة، ويحسم أمره بإتمام هذه العقود أو العدول عنها، وفي جميع الأحوال يختص قاضي الموضوع باستخلاص دلالة العربون مستنداً في ذلك إلى الإرادة المشتركة للأطراف والعرف، فيمكنه الأخذ بدلالة العدول أو الثبات بحسب الأحوال.

وبذلك يكون التعاقد بالعربون أقرب ما يكون إلى حق المستهلك في العدول عن التعاقد المبرم من خلال الإنترنت من حيث كونهما يشتركان في خاصية عدم اللزوم، حيث يتمتع المشتري في الحالتين بالحق في خيار العدول خلال مدة معينة، وتقويت هذه المدة يعني تأكيد البيع، كما أن المشتري يفقد العربون عند عدوله، وهو أيضا يتحمل مصاريف الرد عند العدول عن تنفيذ تعاقدته الإلكتروني^(٢)، إلا أن بينهما اختلافات واضحة أهمها:

- يتمتع المشتري في البيع الإلكتروني بالحق في العدول خلال مدة محددة دون أن يفقد أي جزء من ثمن المبيع على عكس المشتري بالعربون، والذي يفقده إذا عدل باعتباره ثمناً للعدول.

- حق المشتري في العدول يتميز بالطابع أو بالصفة التقديرية، كما أن المشتري عند عدوله يتحمل مصاريف الرد، والتي يستفيد بها شخص من غير المتعاقدين ألا وهو الناقل وليس البائع، بخلاف الحال في العربون حيث يستفيد البائع بالمبلغ المدفوع مقابل استعمال المشتري لخيار العدول^(٣).

- صاحب حق الفسخ وفق خيار العدول هو المستهلك، فهو مقصور عليه دون البائع الذي لا يستطيع العدول عن العقد وإلا تعرض للمسئولية العقدية، وهذا بعكس العدول في البيع بالعربون فهو مقرر لكل من طرفي العقد "البائع والمشتري"، حيث إن الاعتبارات التي يقوم عليها خيار العدول في البيع بالعربون أنه مدفوع الثمن، فإذا عدل من دفعه فقده، وإذا عدل من قبضه رد ضعفه^(٤).

- العربون يرد على العقود بشكل عام، أما خيار العدول المقرر لحماية المستهلك فيقتصر على

(١) وهذا الاتجاه أخذ به المشرع المصري في المادة ١٠٣ من القانون المدني المصري لسنة ١٩٤٨.

(٢) ممدوح محمد على مبروك، مرجع سابق، ص ٦٠٢.

(٣) المرجع السابق، ص ٦٠٣.

(٤) محمد السعيد رشدي، مرجع سابق، ص ١٣٣.

بعض العقود الاستهلاكية المبرمة عن بعد، ومنها البيع المبرم عبر الإنترنت^(١)، أما من حيث الآثار المترتبة على ممارسة حق العدول وآثار العربون فإن مباشرة حق العدول يؤدي للتدخل من عقد الاستهلاك وذلك بالإرادة المنفردة للمستهلك، أما آثار العربون فتتوقف على الدلالة التي يتبناها المشرع له، فإذا كان يأخذ بدلالة العدول فإنه يجوز لمن دفعه العدول مع خسارة هذا العربون، أما إذا كان العدول من جانب من قبضه فإنه يردده ومثله معه، وإذا كان أداء العربون بدلالة البت فإن دفعه يؤدي لاستقرار العقد وعدم إمكان العدول عنه.^(٢)

٣- البيع بشرط التجربة

البيع بشرط التجربة هو البيع الذي يحتفظ فيه المشتري بحق تجربة المبيع خلال فترة معينة ليتأكد من صلاحيته للغرض المقصود منه أو يقصد الاستيثاق من أن المبيع يستجيب لحاجته الشخصية^(٣)، وذلك خلال مدة معينة قبل أن يصدر قبولاً نهائياً، فله أن ينقض العقد إذا تبين له عدم صلاحية الشيء المبيع للغرض الذي تم الشراء من أجله، أو أن المبيع لا يلئم حاجاته ورغباته، وهذا البيع يتم بحسب الأصل تحت شرط واقف وهو قبول المشتري المبيع بعد تجربته ما لم يتفق المتعاقدان صراحة أو ضمناً على اعتباره بيعاً معلقاً على شرط فاسخ، وهو عدم قبول المشتري المبيع بعد تجربته^(٤)، وهذا واضح من نص الفقرة الثانية من المادة (٤١٠) من القانون المدني الليبي حيث يقضي بأن "يعتبر البيع بشرط التجربة معلقاً على شرط واقف وهو قبول المبيع، إلا إذا تبين من الاتفاق والظروف أن المبيع معلق على شرط فاسخ"^(٥)، ومنعي ذلك أنه في البيع بشرط التجربة تتوقف كل آثار العقد إلى أن يقبل المشتري المبيع بعد تجربته، فإذا تحقق الشرط أصبحت كل آثار العقد نافذة من وقت التعاقد ما لم يتفق المتعاقدان صراحة أو ضمناً على اعتبار البيع بشرط التجربة معلقاً على شرط فاسخ، فعندئذ تترتب آثار العقد فور انعقاده، بحيث إذا رفض المشتري المبيع زال العقد بكل آثاره، ويكون لهذا الزوال أثر رجعي^(٦).

وبالمقارنة بين البيع بشرط التجربة والحق في العدول فإننا نستطيع تلمس بعض أوجه التقارب بينهما من حيث أن كليهما يجد مجاله في المرحلة التي تلي إبرام العقد، وكلاهما يمكن ممارسة الحق في الرجوع أو فسخ العقد بالإرادة المنفردة دون رضا المتعاقد الآخر أو مشاركته، وكذلك

(١) أحمد السعيد الزقرد، مرجع سابق، ص ٢٢٥.

(٢) نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، عقد البيع (دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط٢٠٠٤)، ص ١٠١.

(٣) سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، (منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٥)، ص ٨٤.

(٤) نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، مرجع سابق، ص ٧٩.

(٥) الجماهيرية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية العظمى الهيئة العامة لشئون القضاء، القانون المدني الليبي.

(٦) محمد السعيد رشدي، مرجع سابق، ص ١٢٢.

دون اللجوء إلى القضاء، ومن ثم فليس هناك اختلاف بين الخيارين إلا في خاصية واحدة وهي أن شرط التجربة يثبت بالاتفاق، في حين أن خيار العدول يثبت بإرادة المشرع وينص أمر^(١)، وقد تعرض هذا الرأي لعدة انتقادات أهمها:

- أن إعادة النظر في المبيع برده إلى البائع هو حق إرادي محض يترك تقديره لمشينة المشتري دون رقابة عليه في قراره من خبير أو قاض، على خلاف رد المبيع بشرط التجربة فلا يترك تقديره لمطلق إرادة المشتري، بل يخضع لرقابة القضاء استنادا لتقرير الخبراء حول مدى تعسفه في رفض المبيع، كما يستطيع البائع أن يثبت أن نتيجة التجربة كانت مرضية، وأن المشتري يتعسف في رفض المبيع^(٢).

- إذا كانت التجربة تقتصر على عقود البيع سواء تم إبرامه بالوسائل التقليدية أو الإلكترونية بحيث يستفاد نطاقه من اسمه ذاته، وهو بيع السلع والمنتجات التي يحتاج المشتري لتجربتها للتحقق من ملاءمتها لحاجاته، أما خيار المستهلك في العدول عن التعاقد فيشمل بالإضافة إلى عقود البيع والتأمين عقود التوريد بالخدمات كما هو الحال في التعاقد عن بعد أو عبر الإنترنت^(٣).

إن من غير الممكن تكليف خيار الرجوع القانوني في التعاقد على أنه شرط واقف أو فاسخ، لأن هذا الشرط يعتبر من العناصر المكتملة للعقد، ولا يعيق كقاعدة عامة اتفاق الإرادة إلا إذا وجد اتفاق مخالف، كما أن شرط التجربة أمر موضوعي يرتبط بمحل العقد بالدرجة الأولى سواء أعطي تكليف الشرط الواقف أو الفاسخ، وهذا ما يبرر الرقابة القضائية، في حين أن خيار الرجوع القانوني لا يدخل في دائرة التعاقد، وليس له أي ارتباط بالمحل بل برضا المستهلك، ومن ثم فهو أمر ذاتي يقدره المستهلك وحده، ويمارسه إذا أراد الرجوع عن العقد بإرادته المنفردة خلال مدة معينة دون أية رقابة أو مساءلة^(٤).

الفرع الثاني

مبررات حق العدول وتمييزه عن غيره

لدراسة هذا الفرع يتعين تحديد مبررات ممارسة المستهلك حق العدول عن العقد (أولاً)، ثم بيان تميزه عن غيره من التصرفات المشابهة (ثانياً).

أولاً: مبررات حق العدول

ولعل من أهم هذه المبررات التي تستوجب منح المستهلك العدول عن العقد الذي سبق

(١) قريب من هذا المعنى، أيمن مساعدة، علاء خصاونة، مرجع سابق، ص ١٦٤.

(٢) ممدوح محمد على مبروك، مرجع سابق، ص ٥٩٧.

(٣) يوسف شندي، مرجع سابق، ص ٢٧٠.

(٤) المرجع السابق، ص ٢٧١.

وأبرمه، ما يلي:

أ- عجز نظرية عيوب الإرادة عن توفير الحماية للمستهلك الإلكتروني: على الرغم من أهميتها وضرورتها لحماية رضا المتعاقد، إلا أنها تبدو عاجزة عن إسداء هذه الحماية في كثير من الحالات التي لا تتوافر فيها شروط إعمالها، كذلك التي يصدر فيها رضا المتعاقد خالياً من عيوب الإرادة التقليدية، ولكنه لا يعبر عن رغبته الحقيقية وإرادته المتنورة، سواء كان ذلك نتيجة تسرعه وعدم اتخاذه الوقت الكافي للتدبير والتأمل، أو لعدم خبرته فيما يتعلق بالمعقود عليه^(١).

ومن هنا كانت فكرة المشرعين في الأخذ بهذا الحق، وذلك لحماية رضا المستهلك من التسرع في إبرام العقد وعدم أخذه الوقت الكافي للتفكير، وذلك عن طريق إيجاد وسيلة فنية هي منحه مدة للتفكير، والتروي بعد التوقيع على العقد يجوز له فيها العدول عنه، وهذه الاعتبارات أيضاً هي التي أسس عليها الحق في العدول^(٢)، ولا شك في أن الأخذ بهذه المكنة يقلل من عيوب الإرادة، فإذا وقع المستهلك في غلط أو غبن أو استغلال أو أي من عيوب الإرادة، فإن إعادة السلعة خلال مدة العدول دون إبداء الأسباب أسهل عليه من إثبات وجود غلط أو أي عيب من عيوب الإرادة، ومن جهة أخرى يمكننا عد التسرع وعدم التمهل في التعاقد عيباً يشوب إرادة المستهلك، ولكنه ليس من العيوب التقليدية للإرادة فهو عيب ناتج عن الطبيعة الجديدة للتعاقد، وهي التعاقد عبر الإنترنت^(٣).

ب- تعذر رؤية المعقود عليه قبل وأثناء إبرام العقد: يترتب على البيع عن بعد باستخدام الوسائل الحديثة كالتلفزيون والإنترنت وغيرهما من الوسائل عدم قدرة المستهلك على يروية المبيع، حيث تعرض البضائع للبيع في مناخ ساحر باستخدام تقنيات فنية عالية تؤدي إلى إيهام المشتري بأن السلعة المعروضة للبيع، ذات نوعية وجودة خاصة، أو تحرضه على سلع غير ضرورية، أو غير ذات أولوية، ناهيك عن أن عرض السلعة نفسه لا يخلو من الدعاية لها، وبالتالي فقد بدا واضحاً ضرورة حماية المشتري من الضغط النفسي والأدبي الذي تمثله هذه الوسائل في عرض السلع والخدمات، فيندفع إلى الشراء دون تمهل أو تدبير، ثم يكتشف بعد ذلك أن التعاقد لا يعبر عن إرادته الحقيقية^(٤)، فهذه الوسائل مهما كانت درجة دقتها في عرض البضائع وفي الوصول إلى خصائص السلعة، إلا أنها جميعاً تشير إلى أن التعاقد قد تم بين غائبين، فضلاً عن أن الراغب في الحصول على السلعة أو الخدمة لا يتيسر له رؤية المعقود عليه أو تعيينه والعلم به علماً ناقياً للجهالة، أضف إلى ذلك أن هذه العقود التي تتم عن بعد

(١) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الرجوع في التعاقد كوسيلة لحماية الرضا، مرجع سابق، ص ١١.

(٢) أحمد السعيد الزقرد، مرجع سابق، ص ٢٣١.

(٣) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الرجوع في التعاقد كوسيلة لحماية الرضا، مرجع سابق، ص ١٧، عمر محمد عبد

الباقي، مرجع سابق، ص ٨٥٤.

(٤) أحمد السعيد الزقرد، مرجع سابق، ص ٢٠٣.

غالباً ما ينقلص فيها دور المفاوضات^(١).

لكن تبدو فكرة عدم رؤية المبيع غير كافية للدفاع عن هذا الحق؛ ذلك لأن وصف السلعة وصفاً دقيقاً، واستخدام برامج تعرض السلعة من كل الجهات أو تكون ثلاثية الأبعاد قد تضعف معها فكرة عدم الرؤية، ومن هنا فإن مبدأ الحق في العدول الذي يمثل خروجاً على القوة الملزمة للعقد يجد مبرره الأساسي في ضرورة حماية المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في مواجهة المهني أو المحترف، وعليه فإن هذا الحق لم يرتبط وجوده بتنظيم التعاقد عن بعد، وإنما ارتبط هذا الوجود ببداية التشريعات الهادفة إلى حماية المستهلك^(٢).

ج- الأثر السلبية لوسائل الاتصال: ان التقدم الهائل في عالم المعلومات والاتصال اللاسلكية كالإنترنت، شكل وسيلة ضغط وإغراء لإقناع المستهلك بشراء السلعة المعروضة عليه، كما تتمثل في ضعف خبرة المستهلك والضغط عليه لدرجة قد تجبره على شراء ما لا يتطابق مع احتياجاته، أو حتى ما يخرج عن نطاق اهتماماته وحاجاته، ومن ثم يندم على ذلك، و بالتالي في ظل هذه الظروف قرر المشرع وضع حماية لهذا الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية وذلك من خلال حق العدول ومنحه فرصه لتدارك وإعادة النظر في قراره وذلك من خلال مدة معينة والتي حدده التوجيه الأوروبي في ٧ أيام على الأقل من تاريخ إعلام المستهلك بخيار الرجوع^(٣).

كما أنه من بين المبررات التي كانت السبب وراء إقرار الحق في العدول لفائدة المستهلك تشجيع التعاقد الإلكتروني أو الثقافة الاستهلاكية التي تتم عبر الوسائل الإلكترونية ذلك أنها كانت في بداياتها وذلك من خلال تشجيع البيوع الاستهلاكية العابرة للقارات والتي تتم عبر الإنترنت.

و خلاصة القول: إن إقرار حق العدول مثل للمستهلك نوعاً جديداً من الحماية الخاصة، إضافة إلى ما ورد في القواعد العامة، وذلك من خلال التعامل مع سلبيات التعاقد عن بعد والبيوع المنزلية والقروض الاستهلاكية.

ثانياً: تمييز خيار العدول عن غيره

يتشابه حق المستهلك في العدول عن البيع المبرم عبر الإنترنت مع إمكانية تحلل المتعاقد من العقد في بعض الحالات وفقاً للأحكام العامة المنظمة للعقد، كما هو الحال بالنسبة للبطان، والفسخ، كما كفل قانون المستهلك الفرنسي للمستهلك فرصاً أخرى للتفكير في العقد قبل إبرامه أو العدول عنه، على أن هذا التشابه لا يحول دون تمييز حق العدول واستقلاله عن تلك الأفكار.

(١) عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص ٨٥٤.

(٢) محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، مرجع سابق، ص ٥٥.

(٣) أيمن مساعد، علاء خصاونة، مرجع سابق، ص ١٦٨.

١- خيار العدول والبطلان

يتشابه النظامان في الأثر المترتب عليهما، وهو زوال العقد زوالاً كلياً منذ لحظة إبرامه واعتباره كأن لم يكن، إلا أن هذه النتيجة المشتركة لا تلغي ما بينهما من فوارق جوهرية تتمثل فيما يلي:

- البطلان جزء بترتب على ما يصيب العقد من خلل في أحد أركانه عند تكوينه يمنع من ترتب الآثار عليه، فالعقد يكون منعماً من الناحية القانونية، ومن ثم فلا حاجة لتقرير البطلان إلا إذا نازع فيه أحد المتعاقدين^(١)، بينما العدول عن التعاقد الإلكتروني يلحق عقداً صحيحاً واجب التنفيذ من حيث الأصل، ولكن المشرع منح المستهلك فرصة إنهائه خلال مدة معينة بعد نشوئه^(٢).
- البطلان لا يزول بالتقادم، إذ يبقى العقد باطلا مهما تقادم الزمن^(٣)، بينما حق العدول عن العقد المبرم عن بعد يكون مؤقتاً بمدة معينة يمارس خلالها العدول، وهذه المدة تختلف من قانون لآخر، إلا أنها في الغالب لا تقل عن سبعة أيام^(٤).
- وبالرغم من التقارب الموجود بين النظامين إلا أن هناك فروقا حقيقية بينهما نذكر منها:
- القابلية للإبطال لا تمنع من تحقيق العقد لآثاره، في حين أن العدول عن التعاقد يمنع العقد من إنتاج آثاره حتى تمر المدة المحددة لممارسته.
- أن خيار العدول يتم بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين دون توقف ذلك على إرادة المتعاقد الآخر، ودون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء، أما إبطال العقد فلا يتم إلا عن طريق القضاء أو الاتفاق^(٥).
- العقد القابل للإبطال يكون بناء على أسباب محددة مسبقاً تتعلق بما يعترى ركن الرضا من خلل، حيث يلتزم المتعاقد بإثبات أن أرادته قد شابها عيب من عيوب الإرادة، بينما حق العدول عن التعاقد الإلكتروني لا يلزم صاحبه بتقديم أسباب تبرر عدوله، بل يتقرر بناء على رغبته

(١) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الرجوع في التعاقد كوسيلة لحماية الرضا، مرجع سابق، ص ١٠٠، انظر من المادة (١٣٨) إلى المادة (١٤٤) من القانون المدني الليبي.

(٢) موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الإلكترونية: دراسة مقارنة، (مكتبة السنهوري، العراق، ٢٠١١م)، ص ٢٢٠.

(٣) محمد على البدوي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول مصادر الالتزام، (المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، طرابلس، ليبيا، طبعة الرابعة، ٢٠٠٣م)، ص ١٨٠.

(٤) موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص ٢٢٠.

(٥) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الرجوع في التعاقد كوسيلة لحماية الرضا، مرجع سابق، ص ١٠٠.

ومشيتته^(١).

٢- خيار العدول والفسخ

الفسخ هو انحلال للرابطة العقدية لعدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ ما عليه من التزام، فهو جزء برتبته القانون على عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العقدي، وهو ما يترتب عليه زوال العقد^(٢)، ويشترك الفسخ مع الرجوع في التعاقد فكلاهما يؤدي إلى إزالة وهدم العقد واعتباره كأن لم يوجد أصلاً^(٣)، كما يهدف حق العدول عن التعاقد إلى العمل على استيثاق المتعاقد من رضاه فيما يتعلق بتأنيبه وتمهله لدى إبرام العقد وهي مرحلة تنفيذ العقد، كما أن أحكام كل منهما تنطبق بشأن عقد نشأ صحيحاً مستجمعاً كافة أركانه وشروطه صحته، وبمعنى آخر فإن الفسخ والعدول لا يردان على تصرف الإرادة المنفردة ولا على عقد باطل؛ حيث ينحسر نطاقهما في إطار العقود الصحيحة الملزمة للجانبين فقط، وبذلك يتفق مع فسخ العقد الذي يرتبط بعدم تنفيذ الالتزامات المتقابلة على نحو يؤدي إلى انحلال الرابطة العقدية^(٤)، إلا أنهما يختلفان في جوانب عديدة منها:

- يؤسس الحق في الفسخ على جانب من قواعد العدالة ومبادئ حسن النية، فالعدالة تقضي بعدم التزام شخص بعقد لم ينفذ طرفه الآخر التزامه المقابل، وذلك خلافاً لحق العدول عن التعاقد الذي يستمد أساسه من فكرة العقد غير اللازم.
- تخضع دعوى الفسخ للتقادم العادي، إذ إن المشرع لم يورد لتقادمها مدة معينة، وبالتالي فهي تتقادم خلال خمسة عشر سنة طبقاً للقانون المدني الليبي والمصري، وثلاثين سنة في القانون المدني الفرنسي، في حين أن حق العدول عن التعاقد الإلكتروني لا يخضع لهذه المدة الطويلة، وإنما يمارس خلال أيام معدودة تختلف من نظام لآخر، ففي القانون الفرنسي والتوجيه الأوروبي تقدر بسبعة أيام، وفي القانون المصري تقدر بخمسة عشر يوماً، وفي القانون التونسي تقدر بعشرة أيام.
- يعد الفسخ بمثابة جزاء لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العقدي، لذلك فقد اكتسب خصائص النظام الجزائي بالمعنى الواسع والذي لا يفيد معني العقوبة، وإنما يعبر به عن وسيلة لحماية أمر قانوني^(٥)، بينما الحق في العدول عن التعاقد الإلكتروني هو حق إرادي محض أو مكنة

(١) عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص ٧٨٧-٧٨٨.

(٢) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام بالعقد العمل غير المشروع، الإثراء بلا سبب، القانون، (دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الجزء الأول، بدون سنة نشر)، ص ٦٩٣.

(٣) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الرجوع في التعاقد كوسيلة لحماية الرضا، مرجع سابق، ص ١٠٠.

(٤) عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص ٧٩٢-٧٩٣.

(٥) عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص ٧٩٤-٧٩٥.

قانونية^(١)، وهو يبتعد عن فكرة الجزاء، وذلك نظراً لهدفه المتمثل في الاستيثاق من رضا المتعاقد فيما يتعلق بتربيته وتمهله في مرحلة تنفيذ العقد، كما أن إعمال هذا الحق لا يترتب عليه التعويض في مواجهة صاحبه، لأن تصرفه لا يعتبر خطأ ولم يترتب عنه أي ضرر، على خلاف إعمال الفسخ الذي قد يصاحبه التعويض رغم أن الدائن استرد ما سدده، وأساس التعويض في هذه الحالة هو خطأ المدين أو تقصيره^(٢).

- أن الفسخ لا يكون إلا بحكم قضائي^(٣)، أو باتفاق الطرفين، فإذا كان بحكم قضائي وهو الأصل العام للفسخ فإن القاضي يملك بصدده سلطة تقديرية، فهو يملك الإجابة إلى طلب الفسخ أو رفضه، كما أن المدين نفسه يملك وقف وإعاقفة الفسخ عن طريق تنفيذه للعقد، أما العدول عن التعاقد فيتم بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين دون توقف على إرادة المتعاقد الآخر، ودون حاجة إلى حكم قضائي^(٤).

٣- حق العدول وعيوب الإرادة

إذا كان حق العدول وعيوب الإرادة يهدفان إلى حماية إرادة المستهلك ويتفقان في الأثر وهو زوال العقد، فإن ذلك لا يعني تطابقهما واعتبار أن كلا منهما مرادف للآخر، فواقع الأمر أنهما فكرتان مستقلتان متكاملتان من أجل توفير الحماية المرجوة للمستهلك، ويتضح ذلك أكثر إذا علمنا أن تمتع الأخير بحق العدول لا يمنعه من الاستفادة من الحماية القانونية التي توفرها له نظرية عيوب الإرادة متى توافرت شروطها، ومن ذلك فإنه مع تسرع المستهلك في إبرام العقد تحت تأثير التدليس يكون له أن يختار بين أحكام حق العدول وقواعد عيوب الإرادة، ويعني ذلك أنه بإمكانه اللجوء لهما في ذات الوقت مما يعني استقلالهما وليس تطابقهما^(٥)، وعلى الرغم من ذلك تظل هناك أوجه اختلاف بين الرجوع في التعاقد، وبين طلب الإبطال لتعيب الإرادة، وقد يساهم إلقاء الضوء عليها في إظهار الطبيعة الخاصة بحق العدول، وذلك على النحو الآتي:-

- في ما يتعلق بحماية المتعاقد

يعالج حق العدول رضا المتعاقد من جانب أن تصرفه وإقباله على التعاقد قد أتى على نحو متسرع ودون ترو في الوقت الذي تسعى فيه نظرية عيوب الإرادة إلى ضمان كون رضا المتعاقد حراً وصحيحاً وواضحاً، أي أن عدم التأني وعدم التمهل وإن كان لا يدرج ضمن عيوب الإرادة التقليدية إلا أنه يتعلق بالرضا والإرادة أيضاً، وليس ذلك في شكلها التقليدي، وإنما في مظهر جديد

(١) موقف حماد عبد، مرجع سابق، ص ٢٣٢.

(٢) عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص ٧٩٤-٧٩٥.

(٣) راجع المادة (١٥٩) من القانون المدني الليبي.

(٤) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الرجوع في التعاقد كوسيلة لحماية الرضا، مرجع سابق، ص ١٠١.

(٥) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الرجوع في التعاقد كوسيلة لحماية الرضا، مرجع سابق، ص ٨٦.

لها وهو عيب التسرع في التعاقد^(١).

- فيما يتعلق بالشروط

حدد المشرع شروطاً يلزم توفرها لإعمال أحكام كل عيب من عيوب الإرادة، وتختلف تلك الشروط بالقطع عن الشروط اللازمة لإعمال أحكام خيار العدول، ويعني ما سبق أن عيوب الإرادة تمثل سبباً موضوعياً لإنهاء العقد، بينما يعد خيار العدول سبباً شخصياً لهذا الإنهاء^(٢).

- فيما يتعلق بنطاق الحماية

لا يمتد إعمال حق العدول إذا كان تشريعياً ليشمل كل تعامل بين المستهلك والبائع، وإنما يقتصر على تعاقد معين قدر المشرع فيه أهمية منح المستهلك هذا الحق، ومثال ذلك في القانون الفرنسي: البيع الذي يبرمه المستهلك في غير مكان البائع باعتباره أن البائع عندئذ يحاول بوسائل الإغراء والتسهيلات المختلفة انتزاع رضا المستهلك دون ترو منه أو تفكير في أمر التعاقد، وذلك خلافاً لنظرية عيوب الإرادة التي تصلح للتطبيق على كافة العقود، ويستفيد منها الطرف الذي شاب إرادته أحد عيوب الإرادة^(٣)، وتجدر الإشارة أخيراً إلى أن خيار العدول يرد على عقد نشأ صحيحاً، بينما العقد الذي تكون إرادة أحد عاقديه عيباً من عيوبها يصبح قابلاً للإبطال، ورغم ذلك فهو نافذ ومنتج للآثار التي تترتب عليه بمجرد انعقاده.

وهكذا يتضح من مقارنة حق المستهلك بالعدول مع غيره من الأنظمة القانونية الأخرى أن له طبيعة خاصة حددها القانون، فعلى الرغم من وجود بعض أوجه التشابه بين هذا الحق وهذه الأنظمة إلا أن هناك اختلافات جوهرية تفصل بينه وبينها بحيث يتعذر إلحاقه بأي منها.

المطلب الثالث

موازنة بين الفقه الإسلامي والقانون فيما يتعلق بخيار الرجوع تتناول هذه الموازنة من حيث تعريف خيار الرجوع وخصائصه (الفرع الأول) ومن حيث طبيعته (الفرع الثاني) ومن حيث تمييزه عن غيره (الفرع الثالث).

الفرع الأول

الموازنة من حيث التعريف والخصائص

أ- من حيث التعريف

- يختلف القانون المدني مع الفقه الإسلامي من حيث خيار الرجوع الاتفاقي، ففي القانون المدني له صور وتطبيقات متعددة يأتي في مقدمتها العربون، والبيع بشرط التجربة، والبيع بالمذاق، والهدف من التجربة هو تمكين المستهلك من التحقق من صلاحية المبيع للغرض الذي اشتراه من أجله أو لحاجاته الشخصية، أما الخيار الاتفاقي في الفقه الإسلامي فيتمثل في الخيارات كخيار الشرط، والنقد، والوصف، والتعيين، وهذه الخيارات قررت في الفقه بقصد الاستيثاق من الرضا والتأكد

(١) عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص ٧٨٦.

(٢) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الرجوع في التعاقد كوسيلة لحماية الرضا، مرجع سابق، ص ٨٨.

(٣) عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص ٧٨٧.

من صحته، وما يستوجبه من منح المتعاقد مهلة يتمكن من خلالها من التحري والتروي في أمر الصفقة، وما يعود عليه من نفع^(١).

- يتفق القانون المدني مع الفقه الإسلامي من حيث الخيار التشريعي كخيار المجلس، الرؤية، والعيب، وهذا الخيار الذي عرفه ونظمه فقهاء المسلمين منذ مئات السنين هو عينه الخيار التشريعي في الرجوع في التعاقد الذي ظهر حديثاً في القوانين الوضعية^(٢). وله نفس الغرض والغاية وهي منح مهلة للتروي والتدبر في أمر التعاقد حتى يأتي موافقاً ومطابقاً لحقيقة ما ارتضاه المتعاقد، فكلاهما يقوم على أساس حماية الرضا، ليس من عيوب التقليدية، وإنما من عيب التسرع فيه وعدم التمهل والتروي في تكوينه^(٣).

ب- من حيث خصائص خيار الرجوع

يتبين لنا من مناظرة خصائص خيار الرجوع في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي أنهما متفقان تماماً في الخصائص التالية:

- أن خيار الرجوع عن التعاقد حق إرادي محض يستقل به أحد العاقدين دون إرادة الطرف الآخر في نطاق العقود التي يجوز فسخها وهي: العقود الجائزة سواء كانت في حق العاقدين فيكون لكل منهما حق فسخها، أو كانت في حق أحدهما دون الآخر فيكون للأول حق الفسخ دون الثاني.
- أن هذا الخيار استثناء يخرج على مبدأ القوة الملزمة باعتباره شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه أو تعديله أو إلغاؤه، وأن هذا الاستثناء تفرضه طبيعة العقد المراد إلغاؤه لحكمة يعلمها الشارع تتمثل في رفع الضرر، وتحقيق العدالة، ورعاية مصالح العباد.

(١) محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الفقه الإسلامي، (دار الفكر العربي، مصر، ١٩٩٦م)، ص ٣٦٣.

(٢) ابن قدامة، المغني، (٧/٤).

(٣) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الرجوع في التعاقد كوسيلة لحماية الرضا، مرجع سابق، ص ٧٦.

الفرع الثاني الموازنة من حيث طبيعة خيار الرجوع

بالموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي من حيث طبيعة خيار الرجوع فيهما نجد أنهما يتفقان في أمور ويختلفان في أمور أخرى، وذلك على النحو التالي:

- يتفقان في الوعد بالتعاقد، حيث إننا لا نجد أي اختلاف بين ما قاله فقهاء الشريعة الإسلامية، وما ذكره فقهاء القانون في الوعد بالتعاقد من حيث إنه عقد يتضمن العناصر الجوهرية للعقد الموعود به من المبيع، والثمن، وتحديد المدة.

- يختلفان في بيع العربون، ففي الفقه الإسلامي نجد أنه لم يتعرض لما ورد في الفقه القانوني في حالة ما إذا كان البائع هو الذي كره البيع فهل يرد مثل العربون الذي أخذه كما جاء في القانون أم لا؟ لا نجد مانعاً عند الإمام أحمد بن حنبل، فهو الذي أجاز التعاقد بالعربون وأن يرد البائع ما أخذه من المشتري ومثله معه، لأنه إذا جاز أن يكون الخيار للمشتري على أن يخسر العربون جاز أن يكون للبائع على أن يرد العربون ومثله معه للمشتري، فكما قاس الإمام أحمد صورة بيع العربون الذي للمشتري فيه الخيار على صورة البيع البات يتلوه تقابل يدفع المشتري مقابلته شيئاً، كذلك يمكن أن تقاس صورة العربون الذي للبائع فيه الخيار على الصورة التي أوردتها الإمام مالك في الموطأ وهي أن يكون البيع باتاً، ثم يندم البائع فيدفع للمبتاع شيئاً ويتقابل معه^(١)، وبهذا نجد أن الفقه القانوني يتفق مع ما ذهب إليه الإمام أحمد في مذهبه، كما أن بيع العربون في الفقه الإسلامي يكون غير لازم بالنسبة للطرفين حيث يجوز لأيهما العدول عن العقد، أما في القانون فالبيع غير لازم بالنسبة للمشتري فقط، ولكنه لازم بالنسبة للبائع كذلك^(٢)، ومع ذلك يتفق القانون مع الفقه الإسلامي في ضرورة دفع العربون بالفعل عند إبرام البيع، وهذا ما يعبر عنه بالقبض في الفقه الإسلامي، وبالعينية في القانون الوضعي.

- يختلفان في بيع الوفاء، حيث جعله القانون المدني بيعاً باطلاً، واعتبرته بعض القوانين بمثابة رهن حيازي، في حين جعله الفقه الإسلامي في حكم البيع الجائز بالنظر إلى انتفاع المشتري به، وفي حكم البيع الفاسد بالنظر إلى قدرة كل من المتعاقدين على فسخ العقد، وفي حكم الرهن بالنظر إلى أن المشتري لا يقدر على بيع المبيع إلى الغير.

مما سبق يتضح أن الأنظمة المشابهة لخيار الرجوع في الفقه الإسلامي على الرغم من تنوعها إلا أنها تكاد تكون متقاربة في الدلالة على معنى الرجوع، والنتيجة المترتبة عليه من إنهاء العقد وعودة المتعاقدين إلى حالة ما قبل التعاقد.

بينما لا نجد مثل هذا التقارب بين الأنظمة المشابهة لحق العدول في القانون المدني في

(١) عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، (٣/٩٦).

(٢) ومع ذلك يرى البعض أنه يجوز أن يكون الخيار للبائع مقابل رد ضعف العربون، أي يكون غير لازم بالنسبة للطرفين كما هو الحال في القانون، عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، (٣/١٠٢).

الدلالة على معنى الرجوع، وإن كانت النتيجة المترتبة على كل منها واحدة، وهي زوال العقد. ومن ذلك يمكن القول بأن القانون المدني يختلف عن الفقه الإسلامي في دلالة الألفاظ على معنى الرجوع، ولكنهما يتفقان في النتيجة المترتبة على هذه الأنظمة.

المبحث الثاني

أساس حق العدول: شروطه وإجراءاته في الفقه الإسلامي والقانون

يرى بعض الفقهاء أن حق العدول في التعاقد يحول دون انعقاد العقد بصورة فورية ونهائية بمجرد تبادل الرضا، ويستندون في ذلك إلى ثلاثة أسباب رئيسية هي: التكوين التعاقي للرضا، والتعليق على شرط، والعقد غير اللازم^(١)، وفيما أسسه البعض الآخر على أنظمة فقهية اشتهر بها الفقه الإسلامي، ومهما يكن من أمر فإن السؤال عن مدى ضرورة توافر شروط معينة، أو اتباع إجراءات محددة لإعماله يبقى قائماً، ومحاولة الإجابة عنه هي موضوع هذا المبحث الذي سيتم تناوله - بعون الله - في مطلبين، بحيث نخصص الأول منهما لدراسة أساس هذا الحق في الفقه الإسلامي والقانون، وأما الثاني فنخصصه لدراسة شروط وإجراءات حق العدول في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، أما المطلب الثالث والأخير فنخصصه للموازنة بين موقف الفقه الإسلامي والقانون بشأن أساس حق العدول وشروطه وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول

الأساس القانوني والفقه لحق العدول عن التعاقد

نتناول هذا المطلب في فرعين، الأول منهما نعرض فيه للأساس الفقهي الإسلامي لحق المستهلك في العدول عن العقد (الفرع الأول) أما الثاني فهو لبيان الأساس القانوني لذلك الحق (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الأساس الفقهي لحق المستهلك في العدول

بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية نستطيع الاستناد إلى نظرية الخيارات لتأسيس خيار الرجوع الممنوح للمستهلك، فقد جاءت أحكام الشريعة الإسلامية بمعالجة راقية لرضا المتعاقدين وضمنان إرادة مستنيرة لهما، وقد تمثل ذلك تحديداً في تبني هذه الأحكام والقوانين المستمدة منها لنظرية الخيارات التي اشتهر بها الفقه الإسلامي، والتي تعطي للمتعاقد حق فسخ العقد في العديد من الحالات والظروف خلافاً لمبدأ القوة الملزمة للعقد.

وتجدر الإشارة بداية إلى أن هناك صورتين من الخيارات الفقهية، تضم الأولى صور اتفاقية

(١) يوسف شندي، مرجع سابق، ص ٢٦٠.

بمقتضاها يجوز لكلا الطرفين أو أحدهما الرجوع عن التعاقد في مرحلة تنفيذ العقد كخيار الوصف وخيار النقد والتعين، وهي من الأفضل استبعادها من مجال الدراسة لعدم اتصالها الوثيق بالمعني الدقيق بحق العدول محل البحث باعتباره مقرر بنص تشريعي، أما الصورة الثانية للخيارات والتي نستطيع الاستناد إليها لتأسيس حق العدول الممنوح للمستهلك بنص تشريعي في العقد الإلكتروني باعتباره عقد مبرم عن بعد، هي تلك الخيارات المبررة بحكم الشرع وهي: خيار العيب، وخيار الرؤية، وخيار المجلس^(١).

أولاً: خيار العيب

يتمثل خيار العيب في أن يكون للمتملك الحق في إمضاء العقد أو فسخه إذا وجد عيباً في محل العقد المعين بالتعيين لم يطلع عليه عند التعاقد^(٢)، وهو أيضاً أن يكون لأحد المتعاقدين الحق في فسخ العقد بسبب عيب في الشيء المعقود عليه لم يعلم به أثناء إبرامه للعقد، ولم يرض به بعد الاطلاع عليه واكتشافه^(٣).

ويرجع سبب إعطاء العاقد خيار العيب إلى أن الرضا هو أساس التعاقد، فإذا اشترى شخص شيئاً ما ثم تبين له بعد ذلك أن به عيباً من العيوب فقد انهار هذا الأساس، فلو علم بوجود هذا العيب لما أبرم العقد^(٤)، ولهذا فإن خيار العيب يتشابه مع حق العدول عن التعاقد الإلكتروني من عدة أوجه منها:

١ - من حيث ثبوت الخيار

يعد خيار العيب من الخيارات الشرعية التي تثبت بحكم الشرع دونما حاجة إلى اشتراط ذلك في العقد^(٥)، وهو ما يتطابق مع حق العدول المقرر بنص تشريعي دون الحاجة إلى اتفاق الأطراف على ذلك، وهذا ما يمثل مصدراً لحماية موضوعية للمستهلك الذي قد تضطره الظروف إلى التعاقد في ظل حاجته للسلع أو الخدمات.

٢ - من حيث صاحب الخيار

أن هذا الخيار مقرر لمصلحة المشتري دون البائع، لأنه هو الذي تضرر من وجود العيب، ويمارسه بإرادته المنفردة دون توقف ذلك على إرادة الطرف الآخر، فالخيار إنما شرع استرداً

(١) عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص ٨٠٠.

(٢) بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص ٥٣٨.

(٣) عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك: دراسة مقارنة، (منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٧م)، ص ٥١٥.

(٤) محمد سعيد جعفرور، الخيارات العقدية في الفقه كمصدر للقانون الجزائري، (دار هومة، الجزائر، ١٩٩٨)،

ص ٥١، محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص ٣٨٠.

(٥) عبد الله عبد الله محمد العلفي، أحكام الخيار في القانون المدني اليمني: دراسة مقارنة بالقانون المدني المصري، (رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٨٨م)، ص ٤٦٩؛ ابن قدامة، المغني، (٤/٢٣٨).

لما يصيب المشتري من ضرر، يقول الكاساني: "إذا لم يسلم المبيع إلى المشتري يثبت له الخيار، لأن المشتري يطالبه بتسليم قدر الغائب بالعيب بحكم العقد، وهو عاجز عن تسليمه فيثبت الخيار، لأن السلامة لما كانت مرغوبة المشتري ولم يحصل عليها، فقد اختل رضاه بالعقد وهذا يوجب الخيار"^(١)، وهو ما يتوافق مع حق العدول عن التعاقد الإلكتروني الذي يثبت للمستهلك فقط^(٢)، كما أن لكل ممن له حق خيار العيب وصاحب الحق في العدول حق الاختيار بين أمرين: إما إجازة العقد أو فسخه، وبالرغم من ذلك فإن حق العدول يختلف عن خيار العيب من عدة جوانب نذكر منها:

- حق العدول مؤقت يجب أن يمارسه المستهلك خلال فترة زمنية محددة، على خلاف خيار العيب الذي ليس له وقت معين، إنما يثبت متى ظهر العيب الموجب للرد، وحتى ولو كان بعد العقد بزمن طويل^(٣).

- حق العدول لا يقتضي إعماله وجود عيب في الشيء محل العقد على خلاف العيب الذي يقتضي إعماله وجود عيب في الشيء المعقود عليه، لأن السلامة من العيوب من مقتضيات العقد^(٤).

- من حيث إمكانية اشتراط المتصرف البراءة من العيب، وهذا جائز بشرط إنتفاء الغش وسوء النية، أما خيار المستهلك في العدول فهو من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفته، ولا يستفيد المهني شيئاً من شرط الإعفاء منه ولو كان حسن النية^(٥).

- حق العدول يمارسه المستهلك بإرادته المنفردة دون حاجة إلى موافقة الطرف الآخر، ودون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء، أما خيار العيب فإن الحق في الرد والفسخ عند بعض الفقهاء ليس على هذا الإطلاق، فقد ذهب الحنفية كما ذكر البعض "أن الرد بعد القبض يتوقف على رضا الطرف الآخر أو على القضاء به، وذلك لأن العقد قد تم بالقبض فلا ينفرد أحد المتعاقدين بفسخه، فالفسخ رفع للعقد الذي لا ينعقد بإرادة واحدة، فلا يفسخ العقد إلا باتفاقهما"^(٦). وبخلاف ذلك ذهب الجمهور إلى إقرار حق من تقرر له هذا الخيار في رد المبيع دون حاجة إلى رضا المتعاقد الآخر، ودون اللجوء إلى القضاء، لأن الرد حق يثبت له شرعاً فيملك الاستبداد به منفرداً^(٧)، والأولى بالاتباع هو رأي الجمهور ذلك أن البائع يفترض علمه بالعيب، ومن ثم يكون من واجبه أن يظهره للمشتري بأبعاده الحقيقية.

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، (٢٧٤/٥).

(٢) محمد عمر عبد الباقي، مرجع سابق، ص ٧٩٧.

(٣) بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص ٥٤١.

(٤) عبد المنعم موسي إبراهيم، مرجع سابق، ص ٥١٥.

(٥) يوسف شندي، مرجع سابق، ص ٢٧٧-٢٧٨.

(٦) الكاساني، بدائع الصنائع، (٢٩٦/٥).

(٧) ابن قدامة، المغني مع الشرح الكبير، (٢٣٨/٤).

ثانياً: خيار الرؤية

لقد سبق تعريف الخيار لغة، أما الرؤية لغة فهي: مصدر لفعل رأى يرى، وهي النظر بالعين والقلب، ويقال: رأيته بعيني رؤية رأي العين؛ أي حيث يقع البصر عليه، والرؤية بالعين تتعدى إلى مفعول واحد، وبمعنى العلم تتعدى إلى مفعولين؛ فيقال: رأى زيدا عالماً^(١).

وخيار الرؤية اصطلاحاً: هو "حق يثبت به للمتملك الفسخ أو الإمضاء عند رؤية محل العقد المعين الذي عقد عليه ولم يره"^(٢)، وعرفته مجلة الأحكام العدلية في المادة (٣٢٠) بقولها: "من اشترى شيئاً ولم يره كان له الخيار إلى أن يراه، فإذا رآه إن شاء قبله وإن شاء فسخ البيع، ويقال لهذا الخيار خيار الرؤية"^(٣).

إن الرؤية هي سبب ثبوت الخيار، فإن تسميته بخيار الرؤية جاءت من إضافة السبب إلى مسببه، أي خيار سببه الرؤية^(٤)، وهو من الخيارات الشرعية التي تثبت دون اشتراطها لحماية المشتري من الضرر والغبن والخداع ونحوه.

وتعتمد فكرة خيار الرؤية المقررة شرعاً على أن تعريف المبيع بأوصافه وإن كان نافياً للجهالة إلا أن رؤيته تفيد علماً أدق مما يفيد وصفه، لذا فإن الهدف من إعمال هذا الخيار هو انتفاء الجهالة الفاحشة المفضية للنزاع، والدافع لشرعية الخيار هو الاستيثاق من تمام الرضا، والتأكد من وجوده، وتعريف العاقد بما يعود عليه من النفع، وما يقدم في سبيله، والموازنة بينهما تجعله على بينة من حقيقة ما يقوم به^(٥).

- مشروعية خيار الرؤية

اختلف الفقهاء في ثبوت خيار الرؤية لمن لم ير محل العقد تبعاً لاختلافهم في صحة العقد على الشيء الغائب غير المرئي، وذلك على قولين:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية^(٦) والمالكية^(٧)، والحنابلة^(٨) إلى مشروعية خيار الرؤية، واستدلوا على ما ذهبوا إليه بأدلة منها:

(١) ابن منظور، لسان العرب، (٤/٢٩١)؛ الرازي، مختار الصحاح، ٢٦٧.

(٢) عبد الستار عبد الكريم أبو غدة، الخيار وأثره في العقود مدخل إلى نظرية الخيار: دراسة فقهية لأحكام ٣٣ خياراً، (مطبعة مقهوي، ١٣٠٥هـ، ١٩٨٥م، ط١)، ص ٤٩٣.

(٣) على حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، (١/٢٦٩).

(٤) عبد الستار أبو غدة، مرجع سابق، ج ١، ص ٤٩٣.

(٥) عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص ٨٤٠-٨٤١.

(٦) الزيلعي، تبیین الحقائق، (٤/٢٤)، الكاساني، بدائع الصنائع، (٥/٢٠٨).

(٧) ابن رشد، بداية المجتهد، (٣/١٧٤).

(٨) ابن قدامة، المغني، (٤/٧٧).



ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: "مَنْ اشْتَرَى شَيْئًا لَمْ يَرَهُ فَهُوَ بِالْخِيَارِ إِذَا رَأَهُ"^(١)، وقوله ﷺ: "من اشترى ما لم يره فله الخيار إذا رآه إن شاء أخذه، وإن شاء تركه"^(٢).

ووجه الدلالة: أن خيار الرؤية ثبت بهذين الحديثين حيث إنه إذا اشترى الإنسان ما لم يره فهو بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن المتفق عليه، وإن شاء رده ولا حرج في ذلك.

كما استدلوا بما روي عن ابن عباس ؓ أن رسول الله ﷺ قال: "لَيْسَ الْخَبْرُ كَالْمُعَايَنَةِ"^(٣).

ووجه الدلالة: أن الوصف لا يغني عن الرؤية، لأن الرؤية تفيد ما لا تفيد العبارة، ولا تحصل به معرفة المبيع^(٤).

القول الثاني: ذهب الشافعي في مذهبه الجديد^(٥) والحنابلة^(٦) في قول إلى عدم ثبوت خيار الرؤية لعدم جواز التعاقد على العين الغائبة.

واستدلوا بأن رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ "نَهَى عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ"^(٧)، **ووجه الدلالة:** أن النبي - صلى الله عليه وسلم - نهى عن بيع الغرر، والمعلوم أن بيع العين الغائبة التي لا يراها المشتري غرر؛ لأنها مجهولة غير مرئية بذاتها.

نوقش هذا الاستدلال: "أن الغرر يكون لو لم يثبت له الخيار، ونحن أوجبنا له الخيار عند الرؤية فلا غرر"^(٨).

(١) على بن عمر أبو الحسن الدارقطني البغدادي، سنن الدارقطني (دار المعرفة، بيروت، ١٩٦٦، ٥١٣٦٨، ٤/٣)، رقم (٨)، (١٣) كتاب البيوع..

(٢) البيهقي، (٢٦٨/٥)، رقم (١٠٧٢٨)، (١٣) كتاب البيوع، (٦) باب من قال يجوز بيع العين الغائبة، وهو حيث مرسل، الزيلعي، نصب الرأية، ج ٤، ٩.

(٣) مسند أحمد، (٢١٥/١)، رقم (١٨٤٢)، مسند عبد الله بن عباس بن عبد المطلب عن النبي صلى الله عليه وسلم، قال عنه الألباني في السلسلة الصحيحة: صحيح.

(٤) زكريا بن محمد بن أحمد الأنصاري، أسنى المطالب شرح روضة الطالب، (المكتبة الإسلامية)، (١٨/٢).

(٥) الشيرازي، المهذب، (٢٦٣/١).

(٦) ابن قدامة، المغني، (٧٧/٤).

(٧) مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي، دار احياء التراث العربي، بيروت (١١٥٣/٣)، رقم (١٥١٣)، (٢١) كتاب البيوع، (٢) باب بطلان بيع الحصة والبيع الذي فيه غرر.

(٨) ابن همام، فتح القدير، مرجع سابق، (٣٣٦/٦).

كما استدلوأ بأن النبي ﷺ قال: "لَا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ"^(١)، ووجه الاستدلال بهذا الحديث أن المراد هو النهي عن بيع ما ليس بحاضر مرئي للمشتري؛ لأن شراء ما كان رأه صحيح وإن لم يكن حاضرا عند العقد، وهو أمر مجمع عليه.^(٢)

نوقش الاستدلال: بأن المراد المنهي عن بيع ما ليس في ملك الإنسان، لا ما ليس بحاضر مرئي. بدليل قصة الحديث^(٣).

والرأي الراجح من وجهة نظر الباحث والله أعلم هو ما ذهب إليه الجمهور من جواز بيع العين الغائبة وإثبات الحق للمشتري في خيار الرؤية وذلك للأسباب التالية:

- قوة الأدلة التي استدلت بها القائلون بذلك، والرد على استدلال المذاهب الأخرى.
- أن في إبطال صحة بيع الغائب مطلقا إضرار وتعطيل لمصالح التجار؛ لأن الإنسان قد يحتاج إلى شراء شيء غائب، كما هو الحال في هذه الأيام، فالتجار يستوردون البضائع من بلاد بعيدة على حسب المواصفات والمقاييس، فإذا قلنا بعدم الصحة تضرر التجار بذلك. والله أعلم.

والسبب في تقرير خيار الرؤية هو عدم رؤية محل العقد، وهو نفس السبب الذي دفع بعض التشريعات إلى تقرير حق العدول لمصالح المستهلك في العقود المبرمة عن بعد، فالمستهلك في هذا النوع من البيوع يشتري سلعة لم يرها أصلا، أو أنه رآها بطريقة غير كافية على شاشة من خلال زجاج أو مرآة، مما يعني أنه لم يتمكن من تعيينها تعيينا نافيا للجهالة قبل أو أثناء إبرام العقد^(٤)، لذلك فخيار الرؤية وحق العدول يتطابقان من عدة جوانب منها:

١- من حيث ثبوت الخيار

يثبت خيار الرؤية عند القائلين به شرعا لا شرطا لكل شخص تعاقد على محل لم يره، فيكون له به مجال للندار كما عسى أن يصيبه من ندم، غير أن خيار الشرط عند المالكية لا يثبت شرعا، بل يمكن أن يثبت شرطا من المتعاقد إذا تعلق بمحل لم يره^(٥)، وكذلك حق العدول فهو مقرر بنص القانون في الدول التي تبنته في قوانين حماية المستهلك، بالإضافة إلى إمكانية الأخذ به بموجب

(١) أبو داود، (٣٠٥/٢)، رقم (٣٥٠٣)، (١٧) كتاب البيوع، (٧٠) باب في الرجل يبيع ما ليس عنده. البيهقي

(٢٦٧/٥) رقم (١٠٧٢٥)، (١٣) كتاب البيوع، (٥) باب من قال لا يجوز بيع العين الغائبة.

(٢) انظر: السرخسي، مرجع سابق، (٦٨/١٣).

(٣) انظر: ابن الهمام، مرجع سابق، (٣٣٦/٦).

(٤) أحمد السعيد الزقرد، مرجع سابق، ص ٢٠٤؛ أيمن مساعدة، علاء خصاونة مرجع سابق، ص ١٩٢.

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع، (٢٩٢/٥)؛ ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، (دار الكتب العلمية، بيروت، ط ٢، ١٩٩٢م)، ص ٣٢٩.

اتفاق الأطراف^(١).

٢ - من حيث جواز التنازل عنهما

لا يجوز التنازل عن خيار الرؤية لكونه ثابتاً بحكم الشرع، ويرجع ذلك إلى أهمية المصلحة محل الحماية والمتمثلة في الاستيثاق من رضا المشتري بالمبيع^(٢)، وهو ما يتفق مع الحق في العدول عن التعاقد الإلكتروني حيث لا يجوز للمستهلك بأي حال من الأحوال النزول عنه لتعلقه بالنظام العام، وبالتالي يقع باطلاً كل اتفاق يحد أو يقيد من ممارسة المشتري لهذا الحق^(٣).

٣- من حيث صاحب الحق فيهما

صاحب الخيار في الرؤية هو المشتري الذي لم يتمكن من رؤية المبيع وقت التعاقد، فالمشتري هو من يتسلم العين، والبائع بحسب الأصل لا يتسلم إلا نقوداً، ومن المستقر عليه أنه لا خيار في الأثمان، ومن جانب آخر فإن الرؤية معلقة بالشراء، ذلك أن المبيع كان عند البائع وفي ملكه قبل البيع فكان يمكن أن يراه، وبالتالي فلا حاجة له للخيار لعدم وجود المقتضى، ويتفق ذلك مع الحديث الشريف: "من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه"^(٤)، ولقضاء جبير بن مطعم بمحضر من الصحابة، إذ قضى بهذا الخيار للمتملك رغم أن عثمان أيضاً لم ير الأرض التي باعها^(٥)، وهذا هو الحال فيما يتعلق بحق العدول الذي خوله المشرع للمستهلك الذي لم يتمكن من رؤية الشيء المبيع.

٤ - من حيث الهدف من تقريرهما

يتمثل الهدف من تقرير خيار الرؤية في منح المشتري فرصة للتفكير والتروي في أمر التعاقد حتى يأتي رأي موافقاً ومطابقاً لحقيقة ما ارتضاه المتعاقد، ويتفق هذا الواقع مع الدافع من تقرير حق العدول عن العقد المبرم عن بعد في أمرين: يتمثل الأول في أن المستهلك في هذا النوع من البيوع إما أنه لم يتمكن من رؤية المبيع، أو أنه رآه بطريقة غير كافية تحول دون قدرته على تعيين المبيع تعييناً نافياً للجهالة، أما الثاني فيتمثل في أن المشتري كان تحت ضغط إعلامي، الأمر الذي دفعه إلى التعاقد دون التأكد من مدى ملائمة المعقود عليه لحاجاته أو رغباته^(٦).

لكنه وإن كان خيار الرؤية يعطي للمستهلك حق فسخ العقد أو إمضائه لعدم تمكن المشتري من رؤية المبيع أثناء التعاقد، إلا أنه وبعد رؤية المبيع فعلى المشتري ممارسة حقه في خيار الرؤية أو المضي في العقد على عكس خيار العدول الذي يثبت للمستهلك خلال مدة محددة سواء أكان قد

(١) أيمن مساعدة، علاء خصاونة، مرجع سابق، ص ١٩٣.

(٢) محمد عمر عبد الباقي، مرجع سابق، ص ٨٦٤؛ بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص ٥٣٧.

(٣) أحمد السعيد الزقرد، مرجع سابق، ص ٢١٤.

(٤) سبق تخريجه، ص ٣٩.

(٥) محمد عمر عبد الباقي، مرجع سابق، ص ٨٤٦-٨٤٧.

(٦) المرجع السابق، ص ٨٦٣، أحمد السعيد الزقرد، مرجع سابق، ص ٢١٣.

رأي المبيع أم لم يره^(١)، ويشترط لثبوت خيار الرؤية عدة شروط منها ما يتعلق بالعقود التي يرد عليها، وقد حصرها أغلب الفقهاء في عقد البيع إذا كان المبيع مما يتعين بالتعيين، وعقد إجارة الأعيان، والصلح عن دعوى المال، وقسمة غير المثليات ونحو ذلك؛ لأن هذه العقود تنسخ برد هذه الأشياء فيثبت فيها خيار الرؤية^(٢)، أما خيار العدول فلا يقتصر على القيميات فقط، بل يشمل كل العقود المبرمة عن بعد التي ترد على السلع أو الخدمات، إضافة إلى أن حق العدول مرتبط بمدة معينة، أما خيار الرؤية فيذهب الرأي الغالب إلى إطلاقه، كما أن خيار الرؤية لا يتيح إلا نقض العقد، فهو لا يسمح للمشتري باستبدال السلعة بأخرى، بعكس خيار العدول الذي يمنح المستهلك حق استبدال السلعة بأخرى مطابقة لرغبته^(٣)، كما أن العلة في كليهما مختلفة، فعلة خيار الرؤية هي عدم رؤية المبيع، أما الغاية من الحق في العدول فهي إعطاء المستهلك المشتري دون المهني هذا الحق، وعلّة ذلك هي حماية المستهلك وجعل رضاه تاماً.

وبناء على ما سبق يمكننا القول بأن الهدف من تقرير خيار الرؤية يتشابه إلى حد كبير مع خيار العدول الذي أقرته العديد من التشريعات الحديثة، إلا أن هذا لا يعني أنهما نظام واحد؛ نظراً للاختلافات الجوهرية الموجودة بينهما من حيث النطاق، والشروط، والمدة، والغاية.

ثالثاً: خيار المجلس

هو أن يكون لكل من المتعاقدين حق فسخ العقد أو إمضائه ما دام في مجلس العقد ما لم يفترقا بأيدانها، أو يخير أحدهما الآخر فيختار العقد^(٤)، وقد عرفه البعض بأنه أمر عارض يقع على العقد اللازم فيفقد الزوم خلال فترة مجلس العقد بقوة القانون (الشرع)، وبه يستطيع أي من المتعاقدين إمضاء العقد أو فسخه بإرادة منفردة^(٥).

وقد اختلف الفقهاء في إثبات هذا الخيار فالشافعية^(٦)، والمالكية^(٧)، والحنابلة^(٨) على إثباته، والحنفية^(٩)، وأكثر المالكية^(١٠) على عدم إثباته، وسوف نقتصر في هذا المقام على إلقاء الضوء على

(١) أيمن مساعدة، علاء خصاوية، مرجع سابق، ص ١٩٥.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، (٢٩٥/٥)؛ ابن نجيم، البحر الرائق، (٢٨/٦، ٢٩).

(٣) أيمن مساعدة، علاء خصاوية، مرجع سابق، ص ١٩٥.

(٤) بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص ٥٤٦.

(٥) عبد الله عبد الله محمد العلفي، مرجع سابق، ص ٨٢.

(٦) النووي، المجموع، مرجع سابق، (٧٧/٩).

(٧) الحطاب، مواهب الجليل، مرجع سابق، (٢٢٤/٥).

(٨) ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، (١٣٠/٤)، البهوتي، كشف القناع، مرجع سابق، (١٩٨/٣).

(٩) الكاساني، بدائع الصنائع، (٢٢٨/٥)؛ الزيلعي، تبيين الحقائق، (٣/٤)؛ البائري، العناية شرح الهداية، (٢٥٨/٦).

أدلة ثبوته دون أدلة نفيه لعدم تحقيقها لأي مردود إيجابي في مجال دراسة مقومات حماية المستهلك في مرحلة تنفيذ العقد.

وقد استدل أصحاب الرأي الأول على أنه يحق لكلا المتعاقدين الرجوع فيما صدر منهما من إيجاب أو قبول إذا كان مجلس العقد ما زال قائماً لم ينفذ بأدلة من السنة النبوية، ومنها:

- ما رواه ابن عمر - رضي الله عنهما - عن النبي ﷺ أنه قال: (الْمُتَّبَاعَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخِيَارِ عَلَى صَاحِبِهِ مَا لَمْ يَتَّفَقَا إِلَّا بَيْعَ الْخِيَارِ)^(٢).

- كما روى ابن عمر - رضي الله عنهما - عن النبي ﷺ أنه قال: (إِذَا تَبَاعَ الرَّجُلَانِ فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَّفَقَا وَكَانَا جَمِيعًا، أَوْ يُخَيَّرُ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ، فَإِنْ خَيَّرَ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ فَتَبَاعَا عَلَى ذَلِكَ فَقَدْ وَجِبَ الْبَيْعُ، وَإِنْ تَفَرَّقَا بَعْدَ أَنْ تَبَاعَا وَلَمْ يَتْرُكْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا الْبَيْعَ فَقَدْ وَجِبَ الْبَيْعُ)^(٣).

ووجه الدلالة: أن هذه الأحاديث وغيرها مما ورد في هذا الباب تدل على أن كل واحد من المتعاقدين بالخيار في إمضاء العقد أو فسخه ما دام في المجلس لم يتفرقا^(٤)، وهذا ينطبق على التعاقد بين غائبين كما هو الحال في العقود الإلكترونية.

والغرض من تقرير خيار المجلس هو معالجة التسرع في إبرام العقد، فقد يشتري شخص شيئاً ثم يتضح له أن الصفقة قد جاءت في غير مصلحته تماماً، فيندم ويحتاج إلى استدراك الأمر، لهذا فإن خيار المجلس يشترك مع خيار العدول عن التعاقد من عدة جوانب منها:

١- ثبوت الخيارين بحكم الشرع

(١) قال الحطاب: (...ونبه المصنف بأداة الحصر على أن خيار التروي إنما يكون بالشرط، أي بأن يشترطه أحد المتبايعين أو كلاهما لا بالمجلس كما يقول ابن حبيب والشافعي وابن حنبل، قال ابن الحاجب: الخيار ترو ونقيصة، فالخيار بالشرط لا بالمجلس للفقهاء السبعة، ابن حبيب هو بالمجلس...)، (مواهب الجليل، مرجع سابق، (٢٢٤/٥))

- وقال المواق: (... والأصل في البيع للزوم، والخيار عارض، ثم هو متنوع إلى خيار التروي وإلى خيار نقيصة، النوع الأول: خيار التروي وهو ما لا يقف على فوات وصفه، وسببه الشرط دون المجلس، بل لا يثبت خيار المجلس بالعقد ولا بالشرط.... من المدونة: إذا انعقد البيع فلا خيار لواحد من المتبايعين إلا أن يشترطاه...)، محمد بن يوسف العبدري المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل، (دار الكتبة العلمية، بدون سنة طبع)، (٣٠١/٦).

(٢) البخاري، (٧٤٣/٢)، رقم (٢٠٠٥)، (٣٩) كتاب البيوع، (٤٤) باب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا.

(٣) البخاري، (٧٤٤/٢)، رقم (٢٠٠٦)، (٣٩) كتاب البيوع، (٤٥) باب إذا خير أحدهما صاحبه بعد البيع فقد

وجب البيع، مسلم، (١١٦٣/٣)، رقم (١٥٣١)، (٢١) كتاب البيوع، (١٠) باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين.

(٤) شرح النووي على صحيح مسلم، (١٧٣/١٠).

إن السنة النبوية هي المصدر الرئيسي لخيار المجلس، وبالتالي فإنه ثابت بحكم الشرع دون حاجة إلى اتفاق الطرفين^(١)، وهو ما يتطابق مع حق العدول عن التعاقد الإلكتروني المقرر بنص تشريعي.

٢- مدى جواز التنازل عن الخيارين

بالنظر إلى ما استقر عليه الفقهاء من أن هذا الحق ثابت بحكم الشرع الأمر الذي يجب معه عدم الاتفاق على استبعاده^(٢)، وهو ما يتوافق مع حق العدول عن تنفيذ التعاقد الإلكتروني الذي يرتبط بالنظام العام، وبالتالي يقع باطلاً كل شرط يخالف ذلك^(٣).

٣- فيما يتعلق بممارسة الخيارين

من مقتضي ثبوت خيار المجلس وخيار العدول أن يمارسه من تقرر له بإرادته المنفردة دون حاجة إلى موافقة الطرف الآخر، ودون الاضطرار إلى اللجوء إلى القضاء، فضلاً عن ذلك لا يلتزم بتقديم أسباب تبرر ذلك^(٤).

٤- الغاية من تقريرهما

إن الغاية من تقرير خيار المجلس هي إعطاء المتعاقد فرصة للتروي والتدبر في العقد حتى لا يأتي قراره بالتعاقد متسرعاً، وذلك اتفاقاً مع هدف حق العدول محل الدراسة، وهو الاستيثاق من رضا المتعاقد فيما يتعلق بتمهله وتأنيه لدى إبرام العقد^(٥).

ولكن رغم التشابه الموجود بينهما إلا أن خيار المجلس يختلف كلياً عن خيار العدول وذلك من خلال ما يلي:

خيار المجلس ممنوح للمتعاقدين خلال عملية إبرام العقد وفي الفترة ما بين الإيجاب والقبول، أما خيار العدول عن التعاقد الإلكتروني فهو ممنوح للمستهلك فقط دون البائع، وذلك في مرحلة تنفيذ العقد بحيث يكون العقد مبرماً تم تبادل الإيجاب والقبول فيه لكن للمستهلك أن يرجع عنه؛ لأنه أبرم في ظروف قد دفعته للتعاقد على ما لا يليق حاجته^(٦).

الفرع الثاني

الأساس القانوني لحق المستهلك في العدول

(١) محمد عمر عبد الباقي، مرجع سابق، ص ٨٦٩.

(٢) المرجع السابق، ص ٨٧٠.

(٣) ممدوح محمد علي مبروك، مرجع سابق، ص ٥٩٤.

(٤) محمد عمر عبد الباقي، مرجع سابق، ص ٨٦٧.

(٥) المرجع السابق، ص ٨٦٧.

(٦) أيمن مساعدة، علاء خصاونة، مرجع سابق، ص ١٩٦.

أثار الأساس القانوني لحق العدول عن التعاقد الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت جدلاً واسعاً، حيث طرح الفقه القانوني أكثر من نظام قانوني ليكون أساساً لحق العدول وهي كما يلي: التكوين التعاقي للرضا، وربط جانب من الفقه بين حق العدول وفكرة الشرط، وأخيراً ظهر اتجاه يؤسس هذا الحق على فكرة العقد غير اللازم، ولكن افتقرت جميع هذه التفسيرات لوجود سند تشريعي يدعمها.

أولاً: التكوين التعاقي للرضا

تقوم فكرة تكوين التعاقي للرضا على أساس أن عقد الاستهلاك المقترن بخيار العدول لا ينعقد في لحظة زمنية واحدة، أي بمجرد صدور القبول من المستهلك؛ بل إن تكوين العقد يحتاج إلى فترة من الزمن تبدأ بالقبول وتنتهي بانتهاء فترة التروي، ويتم ذلك بتصرفين من قبل المستهلك: الأول هو قبوله للعقد في بداية المدة، والثاني هو تأكيده لهذا القبول في نهايته. فإذا لم يشأ المستهلك تأكيد رضاه الذي أصدره، وعمد إلى سحب هذا الرضا خلال مدة التروي فإنه يحول بذلك دون إبرام العقد، ومن ثم فإنه ينسحب من عقد غير تام، وليس من عقد ملزم^(١)، وأياً كان العقد الذي ينطوي على خيار العدول التشريعي فإنه لا يبرم بصفة نهائية وهو ما يزال في طور التكوين، وأن المهلة القانونية التي منحها المشرع للمستهلك ما هي إلا فترة للتفكير والتروي، ولا يوجد العقد بالفعل إلا بعد انتهاء المدة التي قد تتيح للمستهلك الوقت للتفكير، ومن ثم يكون رضاه قد نضج واكتمل، ووفقاً لهذا الرأي فإن رضا المستهلك يتكون من مرحلتين .

ويقف على رأس أنصار فكرة التكوين التعاقي للعقد، الفقيه الفرنسي "كاليه- أولوا" الذي يرى أن خيار الرجوع لا يشكل اعتداء على القوة الملزمة للعقد، فهو يأتي في لحظة لم ينعقد فيها العقد بعد^(٢)، كما أنّ المشرع يكون متشككاً في الرضا الأول لاندفاع المستهلك في قبول الإيجاب المعروض عليه دون أن يمنح الفرصة اللازمة لدراسة مدى ملائمة المبيع لحاجته.

ويرى الباحث أنّ فكرة التكوين المتدرج للعقد قد تقدم تفسيراً منطقياً لمهلة التروي والتفكير هذه التي لا ينعقد العقد إلا بانقضائها وإن أصدر المستهلك رضاه فهي تتفق مع طبيعة هذه المدة والغاية التي قررت من أجلها، ويمكن اعتمادها أساساً للعدول في النوع الأول من العدول الذي لم يتم فيه تنفيذ الالتزامات إلا أنه من غير المقبول القول بان هذه الفكرة تصلح أساساً للعدول عن العقود التي تم تنفيذها. حيث إن تدرج القبول وكذلك الالتزامات قد تم واكتمل، فلولا اكتمال القبول لما نفذ المستهلك أهم التزاماته الملقاة على عاتقه وهو دفع الثمن، وأيضاً لو قلنا بعدم نضوج القبول لما قام البائع بتسليم المبيع، فتنفيذ الالتزامات دليل على أن العقد بجميع عناصره قد تكون، ذلك لأن أحد العناصر الأساسية لركن الرضا هو القبول، فبدون تكماله وتطابقه مع الإيجاب لما أمكن

(١) مصطفى محمد الجمال، مرجع سابق، ص ٢٢٢.

(٢) كاليه أولوى- قانون البيع في المنزل وحماية المستهلكين - دالوز ١٩٧٣- تقرير دوري، ص ٢٦٦، نقلاً عن

مصطفى محمد الجمال، مرجع سابق، ص ٢٢٢، يوسف شندي، مرجع سابق، ص ٢٦١، إبراهيم الدسوقي أبو الليل،

العقد غير اللازم، مرجع سابق، ص ١٢٤، ١٢٣.

القول بوجود العقد وبالنتيجة لم نستطع الحديث عن تنفيذ العقد^(١). كما أن جانباً كبيراً من الفقه الفرنسي يرفض فكرة التكوين التعاقبي للرضا كاساس قانوني لتفسير حق العدول في العقود المبرمة عن بعد، مستنديين في ذلك إلى عدد من النصوص الواردة في قانون الاستهلاك الفرنسي^(٢)، إذ يرى أن حق العدول لا يحول دون الانعقاد الفوري لعقد المستهلك بمجرد تبادل الرضا. ويتفق هذا الرأي مع ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ ١٠/٦/١٩٩٢ الذي أكدت فيه أن: "وجود خيار الرجوع لا يشكل عائقاً أمام الانعقاد الفوري للعقد"^(٣).

ونظراً لعدم توفيق أصحاب هذا الرأي في إيجاد أساس قانوني لحق المستهلك في العدول، حاول البعض الآخر من الفقهاء البحث عن هذا الأساس في فكرة الشرط.

ثانياً: التعليق على شرط

ذهب جانب من الفقه^(٤) إلى أن الأساس القانوني للعدول التشريعي يكمن في اعتبار العقد المصحوب بهذا الحق معلقاً على شرط واقف هو اختيار المستهلك إمضاءه بعد مرور الفترة المحددة لذلك، أو معلقاً على شرط فاسخ هو اختيار المستهلك في سحب رضاه خلال المدة المقررة للعدول في القانون، ففي الحالة الأولى لا ينتج العقد آثاره إلا عند تحقق الشرط، فإن تحقق أنتج هذا الأثر من تاريخ إبرامه. وفي الحالة الثانية ينتج العقد آثاره إلى حين تحقق الشرط، فإذا تحقق زالت هذه الآثار رجعيًا^(٥).

ولكن سرعان ما تبين أن فكرة الشرط لا تصلح أساساً قانونياً لحق العدول؛ فمن ناحية تعبر فكرة الشرط الفاسخ عن أمر خارجي عن العقد، في حين أن الخيار الناشئ عن مدة العدول يتعلق بالتراضي المكون للعقد وليس أمراً خارجاً عنه، وحتى لو سلمنا بأن خيار العدول هو شرط، فإن هذا الشرط غير مشروع وباطل وفق القواعد العامة؛ لكونه شرطاً إرادياً محضاً^(٦)، ومن ناحية أخرى فإن اعتبار حق العدول شرطاً واقفاً غير ملائم؛ لأن التزامات المستهلك وحدها هي التي

(١) ناصر خليل جلال، مرجع سابق، ص ٣٥٥.

(٢) انظر: مثلاً المواد التالية من قانون الاستهلاك الفرنسي التي تبين بوضوح أن العقد يبرم مباشرة بمجرد تبادل الرضا وحتى قبل انتهاء مدة الرجوع :

L. 311-15, L121-20, L121-25, L121-27.

(3) Cass. 1ere Civ., 10 juin 1992: Contrats. Conc. Consom. 10/1992, n195, obs.

نقلاً عن يوسف شندي، مرجع سابق، ص ٢٦٢. Raymond G.

(٤) مصطفى محمد الجمال، مرجع سابق، ص ٢٢١.

(٥) الأثر الرجعي: رجوع الأثر المترتب على تحقق الشرط إلى الماضي، انظر: قلنجي، ص ٤٢.

(٦) عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص ٧٧٤.

يتوقف تنفيذها خلال فترة الخيار، أما المهني فعليه تنفيذ التزاماته خلال هذه الفترة، فضلاً عن أنه يقع تحت طائلة الحظر الذي أنت به المادة (١١٧٤) من القانون المدني الفرنسي فيما يتعلق بالشرط الواقف، ويعد اختيار من تقرر له حق العدول، وعدم الرجوع في العقد خلال الفترة المحددة كمهلة للرجوع، فإنه غالباً ما يكون شرطاً إرادياً محضاً^(١)، ويكون غير قائم وفقاً للقانون المدني الليبي في المادة (٢٥٤) التي تنص على أنه "لا يكون الالتزام قائماً إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفاً على محض إرادة الملتزم"^(٢).

ثالثاً: العقد غير اللازم

يستند الدكتور إبراهيم الدسوقي أبو الليل^(٣) إلى تأسيس حق العدول عن تنفيذ التعاقد المبرم عن بعد على فكرة العقد غير اللازم، فالعقد رغم إبرامه صحيحاً يكون نافذاً في مواجهة أحد طرفيه فقط، أما طرفه الآخر وهو من تقرر له هذا العدول فلا يلزمه العقد، حيث يكون لأحد الأطراف وهو المستهلك التحلل من العقد وفسخه بإرادته المنفردة دون الحاجة إلى اتفاق الأطراف بهذا الخصوص، ودون الحاجة أيضاً للجوء إلى القضاء، ومن ثم فإن العقد لا يكون باتاً إلا بعد انقضاء مدة العدول.

وحق الرجوع عن العقد بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين أو كليهما إما أنه يرجع لطبيعة العقد كما في عقود الوكالة، والعارية، والرهن، وقد يكون العقد غير لازم لطروء أمر خارج عنه، كما إذا لحقه خيار من الخيارات كخيار الرؤية، أو خيار الشرط^(٤)، وفي جميع هذه الحالات لا يصبح العقد لازماً كقاعدة عامة إلا بعد فوات مدة الخيار أو مدة عدم اللزوم، وبالتالي توجد أوجه شبه كبيرة بين فكرة عدم لزوم العقد، والحق في العدول عن العقد المبرم عبر الإنترنت، فكلاهما يرافق عقداً مبرماً ويمكن نقضه بالإرادة المنفردة لصاحب الخيار دون تراض أو تقاض، كما يتوجب استعمال الخيار خلال مدة معينة وإلا سقط ولزم العقد، ويمكن ممارسة الخيار في حال استناده إلى القانون دون دفع أي مقابل مالي، وأخيراً يسعى كلاهما إلى ضمان رضا المتعاقد وحمله على التروي والتفكير قبل أن يلزم نفسه نهائياً بالعقد، ولكن رغم هذا التشابه الكبير بينهما إلا أن فكرة العقد غير اللازم لا تصلح أن تكون أساساً قانونياً لتبرير خيار المستهلك في العدول عن العقد المبرم عبر الإنترنت، وذلك لاختلافهما من عدة أوجه^(٥) أهمها ما يلي:

أ. يرى البعض أن عدم لزوم العقد يأتي كأثر للخيار ويوجد بعد وجوده، في حين يجب أن يكون

(١) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم، مرجع سابق، ص ١٥٤.

(٢) المادة رقم (٥٤) من القانون المدني الليبي ١٩٨٨.

(٣) مصطفى محمد الجمال، مرجع سابق، ص ٢٢٤، عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص ٧٧٥.

(٤) محمد السعيد رشدي، مرجع سابق، ص ١٤٠.

(٥) يوسف شندي، مرجع سابق، ص ٢٧٤.

الأساس سابقاً على وجود الأثر^(١)، وعليه فيرون أن خيار الرجوع في التعاقد الثابت بحكم الشرع يجد أساسه في القاعدة الشرعية "لا ضرر ولا ضرار"^(٢)، فخيار الرؤية مثلاً يمكن المتعاقد الذي لم ير المعقود عليه من فسخه عند رؤيته إذا لم يتوافق مع رغباته، كما أن خيار العيب الخفي يهدف إلى السماح للمتعاقد بإزالة الضرر الناجم عن عدم سلامة المعقود عليه^(٣).

ب. العقد غير اللازم لا يحول دون ترتيب العقد لآثاره، وكل ما في الأمر أن المتعاقد يملك إنهاء العقد بإرادته المنفردة، فضلاً عن أن إمكانية إنهاء العقد مقيدة بعدم إلحاق الضرر بالغير، في حين أن خيار العدول يحول دون ترتيب العقد لآثاره حتى تمر المدة المحددة لممارسة خيار العدول هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن خيار العدول يكون دون تبرير وتعريض معين للمحترف كون المستهلك يستعمل خياراً متاحاً له، وذلك على خلاف خيار المتعاقد في فسخ العقد في حالة لزمه.

ج. خيار رجوع المستهلك في التعاقد المبرم عبر الإنترنت يشمل العقود الواردة على السلع والخدمات، بينما خياراً الرؤية والعيب في العقود غير اللازمة لا ينطبقان إلا إذا كان موضوع العقد أشياء مادية ملموسة كالسلع والمنتجات، أما الخدمات فتخرج من نطاق تطبيقهما، كما أن خيار الشرط ورغم انطباقه على العقود التي تكون محلها سلعاً أو خدمات، إلا أن مصدره الاتفاقي يجيز التنازل عنه أو تعديله بإرادة الأطراف، في حين أن الرجوع الثابت بنص القانون هو من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على مخالفته^(٤).

ونخلص مما تقدم إلى أن جميع الأفكار السابقة لا تصلح أساساً لتبرير حق المستهلك في العدول عن التعاقد، والأساس الذي يراه الباحث من وجهة نظره فاعلاً للعدول التشريعي هو النص القانوني الصريح في القوانين التي نصت عليه، والتي منحت للمستهلك هذا الخيار لاسيما في العقود التي تتم عن بعد ومنها عقود التجارة الإلكترونية، فهذا الحق يمثل في الواقع أداة تشريعية تلعب دوراً أساسياً في حماية هؤلاء الذين يتعاقدون في الغالب دون تمهل وترو، ودون إمكانية حقيقية لمناقشة شروط تعاقداتهم، ويخضعون لتأثير الإعلان وما يحمله من ضغط وحث على التعاقد^(٥)، حيث إن القوة الملزمة للعقد تثبت للعقود الصحيحة النافذة ما لم يقرر المشرع خلاف ذلك، وفي

(١) عبد الله عبد الله محمد العلفي، مرجع سابق، ص ٣٦.

(٢) انظر: ابن السبكي، مرجع سابق، ٤١/١، السيوطي، مرجع سابق، ص ٨٣، ابن نجيم، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص ٧٣، أحمد بن محمد مكي، أبو العباس، شهاب الدين الحسيني الحموي الحنفي، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، (دار الكتب العلمية، ٥١٤٠٥، ١٩٨٥م)، ٢٧٣/١.

(٣) عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص ٧٧٨.

(٤) يوسف شندي، مرجع سابق، ص ٢٧٨.

(٥) محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد قراءة في القانون المقارن: دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، (المكتبة القانونية، مصر، ٢٠٠٥م)، ص ٥٧.

عقود الاستهلاك قضى المشرع بخلاف المبدأ الذي يثبت القوة الملزمة للعقد بأن أعطى للمستهلك مكنة الرجوع استثناءً من المبدأ العام وخروجاً عليه، وقد اقتضته حماية المتعاقد الضعيف عموماً والمستهلك في عقود الاستهلاك على وجه الخصوص، وهذا يمثل بلا شك ضماناً للمتعاقد الضعيف، إذ يستطيع التراجع عما تعهد به خلال المهلة المحددة قانوناً أو اتفاقاً لذلك^(١).

المطلب الثاني

شروط حق العدول في الفقه الإسلامي والقانون

الأصل المتفق عليه أن العقد شريعة المتعاقدين، ومن ثم لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق أطرافه، أو للأسباب التي يقدرها القانون، وقد خرج المشرع عن هذا الأصل ومنح المستهلك بإرادته المنفردة حق العدول عن التعاقد، لكن هذا لا يعني أنه حق مطلق من كل قيد، أو أنه يخرج عن نطاق نظرية التعسف في استخدام الحق بشكل قاطع، وإنما يعني فقط أن حق العدول مقيد توقف ممارسته على توافر شروط معينة.

وسنتناول -بعون الله - هذه الشروط التي ينبغي توافرها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في الفرعين التاليين:

الفرع الأول

شروط حق العدول في الفقه الإسلامي

هناك جملة من الشروط لاستعمال حق العدول في الفقه الإسلامي وهي:-

أولاً: أن يتعلق خيار الرجوع بعقد من العقود التي يجوز فيها الرجوع، كالعقود غير اللازمة، والعقود اللازمة التي بها موجب شرعي من خيار أو عيب.

ثانياً: أن يكون المعقود عليه قائماً بحاله لم يطرأ عليه أي تغيير، سواء أكان هذا الرجوع بسبب عيب، أو خيار، أو إقالة، أو استحقاق، أو غيرها^(٢).

ثالثاً: ألا يساء استعمال حق الرجوع بحيث يلحق الضرر بالآخرين، كاسترداد المعير لعاريته في بعض الأحوال عند جمهور الفقهاء^(٣)، وكفسخ المضارب للمضاربة قبل نضوض^(٤) رأس المال

(١) محمد عبدالظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، (المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، القاهرة، ٢٠٠١-٢٠٠٢م)، ص ٦٠.

(٢) فتح الله أكتم، مرجع سابق، ص ٩١.

(٣) الدسوقي، حاشية الدسوقي، (٤٣٩/٣)؛ الشيرازي، المهذب، (٣٦٤/١)، البهوتي، كشاف القناع، (٦٥/٤)؛ الشربيني، مغني المحتاج، (٢٧٠/٢).

(٤) (ناض) بالمد وتشديد المعجمة وهو ما ضرب (من الدراهم) الفضة الخالصة (و) من الدنانير الخالصة، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، دار الفكر، (٦٤/٢).

المضارب به ؛ لأن ذلك يمنع من استيفائه^(١).

رابعاً: علم الطرف الآخر بالرجوع

وقد اختلف الفقهاء في اشتراطه على رأيين: الرأي الأول ذهب إلى أنه لا يشترط علم الطرف الآخر بالرجوع، وهذا هو قول الشافعية في الأصح، والحنابلة في إحدى الروايتين، وأبى يوسف من الحنفية^(٢)، أما الرأي الثاني فذهب إلى أنه يشترط علم الطرف الثاني بالرجوع. وهذا هو قول أبى حنيفة، ومحمد بن الحسن، والمالكية في المعتمد، والشافعية في أحد الوجهين^(٣)، ومهما يكن من أمر فإن لكل من الرأيين أدلته التي يمكن استعراضها كما يلي:-

أدلة الرأي الأول: استدل القائلون بصحة الرجوع وإن لم يعلم الطرف الآخر بما يلي:

١- أن الخيار حق خالص لمن شرط له، فإن تصرف بمقتضى حقه هذا ورجع عن العقد وفسخه فإن تصرفه يكون صحيحاً نافذاً تماماً، كما لو طلق الزوج زوجته فإن الطلاق يقع صحيحاً علمت به الزوجة أو لم تعلم^(٤).

٢- أنه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه فلا يتوقف على علمه كالإجارة، ولهذا لا يشترط رضاه وصار كالوكيل بالبيع^(٥).

٣- أن الخيار شرع لدفع الضرر والغبن لمن شرط له، فلو لم يكن متمكناً من فسخ العقد والرجوع عنه من غير علم العاقد الآخر لفات المقصود من الخيار^(٦).

أدلة الرأي الثاني: استدل القائلون بعدم صحة الرجوع قبل بلوغ العلم إلى الطرف الآخر بما يلي:

أن ما قام به أحد العاقدين من فسخ البيع في حق الغير لا يسلم من الضرر؛ لأنه عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فتلزمه غرامة القيمة بالهلاك- فيما إذا كان الخيار للبائع- أو لا يطلب لسلمته مشترياً- فيما إذا كان الخيار للمشتري-، وهذا نوع حكم العزل في حقه ما لم يعلم

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، (٥١٢/٣)؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، (٥٣٥/٣)؛ البيهوتي، كشف القناع، (٥١٢/٣).

(٢) الشريبي، مغني المحتاج، (٦١/٢)؛ تكملة المجموع، (١٦٠/١٢)؛ وجاء فيه ما نصه: "وله أن يرد بغير رضا البائع ومن غير حضوره؛ لأنه رفع عقد جعل إليه فلا يعتبر فيه رضا صاحبه ولا حضوره كالطلاق"، ابن نجيم، البحر الرائق، (١٨/٦)؛ الكاساني، بدائع الصنائع على ترتيب الشرائع، (٢٧٣/٥).

(٣) ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، (٥٨٠/٤)، وجاء فيه ما نصه: "فإن فسخ بالقول "لا" يصح" إلا إذا علم الآخر في المدة، فلو لم يعلم لزم العقد"، ابن نجيم، البحر الرائق، (١٨/٦)، وجاء فيه ما نصه: "قوله فلو أجاز من له الخيار بغيبته صاحبه صح ولو فسخ فلا"، الدسوقي، حاشية الدسوقي، (٣٥٦/٣).

(٤) المراجع السابقة، نفس المواضع.

(٥) ابن نجيم، البحر الرائق، (١٨/٦)؛ السرخسي، المبسوط، (٤٤/١٣).

(٦) فتح الله أكتنم، مرجع سابق، ص ٣٥٣.

به^(١).

ويمكن مناقشة دليلهم هذا بأن العاقدين بتراضيهما على شرط الخيار أصبح العقد غير لازم بحق من اشترط الخيار، بل ويكون مسلطاً على فسخ العقد والرجوع عنه فلا يتوقف على علم الآخر، ولا ضرر في هذا على البائع؛ لأن البيع بشرط الخيار لا يمنع من البحث عن مشتر آخر بقصد فسخ البيع.

وأما القياس على عزل الوكيل فغير مسلم به؛ وذلك لأن الوكيل ينعزل إذا عزله الموكل، علم الوكيل بخبر العزل أو لم يعلم^(٢).

والذي يبدو للباحث أن الرأي الراجح هو ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول من عدم اشتراط علم الطرف الآخر بالفسخ؛ وذلك لقوة أدلتهم وسلامة حجتهم، والله أعلى وأعلم.

الفرع الثاني

شروط حق العدول في القانون

قرر البعض أنه إذا تقرر حق العدول في التعاقد فإنه لا يخضع من حيث الأصل لشروط أو إجراءات خاصة لاستعماله، بل يكفي مجرد تعبير المستهلك عن إرادته في الرجوع عن التعاقد الذي أبرمه خلال المدة المحددة لذلك^(٣). ويستوي في ذلك أن يكون التعبير عن هذه الإرادة صريحاً، أو يكون ضمناً، كأن يتصرف المستهلك بالمبيع خلال المدة المحددة لممارسة هذا الخيار، فإن فعل ذلك فإنه يدل ضمناً على اختياره إمضاء العقد وتنفيذه، مع ملاحظة أن السكوت لا يعتبر تعبيراً ضمناً عن خيار الرجوع عن العقد؛ لأن السكوت سلوك سلبي، وهذا ما أكدته المشرع الليبي في المادة (٩٨) من القانون المدني التي لم تعترف بالسكوت كوسيلة للتعبير عن الإرادة إلا في إطار القبول وفي حالات خاصة، كأن يكون هناك تعامل سابق بين المتعاقدين على اعتبار السكوت قبولا واتصل بالإيجاب بهذا التعامل، أو يتمخض الإيجاب لمصلحة من وجه إليه^(٤).

غير أن هذا لم يمنع المشرع من القيام بفرض إجراءات خاصة لأعمال الرجوع في التعاقد، ومن ذلك ما تقررته المادة (٧) من التوجيه الأوروبي رقم ١٢٢ لسنة ٢٠٠٨م من أنه على المستهلك الذي يريد مباشرة حق العدول أن يكون ذلك باستخدام دعامة ورقية أو من خلال أي وسيلة أخرى ثابتة، ويجب أن يصل هذا النموذج إلى المهني قبل انقضاء مهلة العدول، وقد أورد هذا التوجيه ملحقاً يتضمن نموذجاً للعدول (الملحق ٧)، ويؤكد هذا النص على ضرورة أن تحترم مهلة العدول بحيث تصل الصيغة قبل انتهاء تلك المدة^(١).

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، (٣٧/٦)؛ ابن عابدين، رد المحتار، (٥٨٠/٤)؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، (٣٥٦/٣).

(٢) الشربيني، مغني المحتاج، (٢٣٢/٢).

(٣) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الرجوع في التعاقد كوسيلة لحماية الرضا، مرجع سابق، ص ١١٦.

(٤) المادة (٩٨) من القانون المدني الليبي.

(^١) Ec Directive 122/2008, (Ec official jurnal, 2/3, 2009) p 7 and 18.

كما أن المشرع الفرنسي في بعض حالات الرجوع يلزم البائع أن يرفق بالعقد نموذجاً معيناً يجب على من تقرر له خيار الرجوع استيفائه وإعادته للمتعاقد الآخر برسالة مسجلة مع علم الوصول^(١)، غير أنه من الناحية العلمية ينبغي الإشارة إلى أنه يكون من مصلحة المستهلك عند استعماله لهذا الحق أن يعبر عن عدوله من خلال وسيلة تمكنه من إثبات هذا العدول في حال منازعة المهني في حدوثه، وهو ما يمكن تحقيقه مثلاً من خلال تضمين عدوله لخطاب موصى عليه بعلم الوصول^(٢)، أو أي وسيلة أخرى تكفل إثبات مباشرة حق العدول كإرسال فاكس أو رسالة إلكترونية، أو من خلال ورقة رسمية كإصدار رسمي على يد محضر، على أنه لا يجوز ممارسة حق العدول من خلال دعوى قضائية^(٣)، فضلاً عن أن ممارسته لا تؤدي إلى قيام مسؤولية المستهلك طالما لم يخرق الأحكام القانونية المنظمة له.

وبالعودة إلى الواقع العملي والتطبيقي لهذا الحق نجد أن بعض العقود المبرمة عبر الإنترنت تؤكد على هذه القاعدة، وتتص على إجراءات ضرورية ولازمة لمباشرتها، بل وأكثر من ذلك فقد قدمت نموذجاً للعدول.

وقد ورد مثال لهذا النموذج في المادة (٦) من الشروط العامة للمركز التجاري Infonie تحت عنوان "المدة المقررة لإعادة النظر من أجل رد الثمن أو الاستبدال"، وهذا هو نص النموذج:

(يكون لك وفقاً للمادة L.121.16 من تقنين الاستهلاك الفرنسي مدة سبعة أيام محسوبة من وقت التسليم لإعادة القطعة لنا من أجل استبدالها أو استرداد ثمنها، وذلك دون أي مقابل باستثناء نفقات النقل.

وننصحك أن تعيد إرسال السلعة إلينا بالبريد الموصى به على العنوان التالي.....

ويتعين عليك أن ترد السلعة جديدة كما هي، وفي عبوتها الأصلية في حالة جيدة أيضاً، وسوف نرد لك الثمن الذي دفعته في مقابلها، وعليك أن تتحمل نفقات رد إعادة التصدير إلا إذا كان هناك خطأ من جانبنا، وننوه إلى أننا سوف نرفض الرسائل إذا كانت من النوع الذي يتحمل المرسل إليه نفقاتها.

ولا يجوز رد القطع التي تلفت أو اتسخت بسبب من قبل المشتري، فإذا حدث وأعيدت إلينا مثل هذه القطع فسوف نحفظ بها وتظل تحت تصرف المشتري الذي يظل ملتزماً بالوفاء بقيمتها، ولا يجوز إرجاع شرائط الكاسيت المسموعة والمرئية المسجلة، أو الاسطوانات، أو برامج الكمبيوتر، أو المنتجات الصحية، أو أدوات التجميل إلا إذا ظلت مغلقة دون فتحها. وعلى أي حال فإننا نحفظ بحقنا في رفض طلبات الشراء المستقبلية من طرفكم، وذلك في حالات الإرجاع غير

(١) هذا ما تنص عليه المادة (٢/٧) من التشريع الفرنسي الصادر عام ١٩٧٨م.

(٢) محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، مرجع سابق، ص ٦٦.

(٣) سامح عبد الواحد التهامي، مرجع سابق، ٣٣٨، عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص ٧٧٩

المألوفة أو المشوبة بالتعسف)^(١).

إضافة إلى صيغة العدول للعقد السالف ذكره هناك عقود أخرى وضعت فيها صيغة للعدول بشروط وضوابط تختلف عن تلك المقررة في حق العدول عن العقد المبرم عبر الإنترنت، لكن مع التحفظ بأن لا يؤدي ذلك إلى الإنقاص من الحماية المقررة للمستهلك بنصوص أمرة، ومن الأمثلة على ذلك نموذج العدول الذي نص عليه عقد أحد المراكز التجارية الأمريكية CDNow، وهو على النحو التالي:

"أننا نضمن لك بصفة مطلقة رضاك عن منتجاتنا وخدماتنا، ولكن يجوز لك أن ترجع أية سلعة خلال ثلاثين يوماً من تسليمها لك مع استردادك لكامل الثمن عدا تكاليف النقل، مع ملاحظة أنه لا نقبل الصادرات اليابانية إذا فتحت، وكذلك منتجات T-shirts إذا كانت معيبة"، ومن الواضح أن هذا العقد يقرر ميزة للمستهلك إذ يطيل مدة الرد إلى ثلاثين يوماً بدلاً من مدة الأيام السبعة التي نص عليها القانون"^(٢).

- جزاء تخلف الإجراءات المطلوبة للعدول

وفقاً للمادة L.121.23 من قانون الاستهلاك الفرنسي فإنه في إطار عقد البيع في محل إقامة المستهلك أو محل عمله يجب أن تتضمن نسخة العقد عدة بيانات منها البيان رقم (٧) الخاص بحق العدول وشروط ممارسته، ومن ذلك أيضاً المواد L.121.25، L.121.24.1، L.121.26 من قانون الاستهلاك الفرنسي، حيث ان بطلان العقد هو الجزاء الذي قرره القانون عن إغفال البيانات الواردة في المواد المذكورة والخاصة بحق العدول وشروط ممارسته.

والخلاصة: أنه مما سبق يتبين لنا أن الشرط الأساسي لاستعمال خيار الرجوع في التعاقد هو ممارسته خلال الفترة المحددة له، وإلا سقط الخيار وأصبح العقد لازماً باتاً لا رجوع فيه^(٣)، وأن يكون من بين العقود غير المستثناة من نطاق حق العدول^(٤)، وهذا يعني أن حق الرجوع لا يقبل الانقسام فلا يملك المستهلك تنفيذ شق منه فقط والرجوع عن الباقي، وإذا اختار المتعاقد الرجوع عن العقد الذي أبرمه كان رجوعه نهائياً فليس له بعد ذلك أن يتمسك بهذا العقد، ولكنه حق مؤقت

(١) أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، (دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠)، ص ١٠٤-١٠٥.

(٢) المرجع السابق، ص ١٠٦.

(٣) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الرجوع في التعاقد كوسيلة لحماية الرضاء، مرجع سابق، ص ١١٧.

(٤) كوثر سعيد عدنان خالد، سميحة مصطفى القليوبي، حماية المستهلك الإلكتروني في ضوء قانون حماية المستهلك المصري والتوجيهات الأوروبية والقانون الفرنسي وقانون الأونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية معلقاً عليها بأحدث أحكام محكمة النقض المصرية والفرنسية والمحاكم الاقتصادية، (دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط ٢، ٢٠١٦م)، ص ٦٤٦.

ينقضي باستعماله أو بفوات المدة المحددة لاستخدامه^(١).

المطلب الثالث

موازنة بين الفقه الإسلامي والقانون في أساس حق العدول وشروطه

نتناول في هذا المطلب في فرعين، نبين في الأول منهما الموازنة في أساس حق العدول، وفي الثاني الموازنة في شروط خيار العدول على النحو التالي:

الفرع الأول

الموازنة في أساس حق العدول

تبين لنا فيما سبق أن الفقه الإسلامي يتفق مع القانون المدني في عدة أمور، ويختلفان في أمور أخرى وذلك على النحو التالي:

- يتفق كل منهما على منح المستهلك مهلة زمنية للتروي والتفكير هي سبعة أيام في القانون المدني، وفي الفقه الإسلامي ثلاثة أيام أو بحسب الحاجة، بحيث لا يكتمل الوجود الشرعي والقانوني للعقد إلا بعد انتهاء هذه المهلة المحددة، ولا تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري إلا بعد إبرام العقد في الفقه الإسلامي، بينما في القانون المدني تنتقل الملكية أثناء المهلة المحددة وهي "مدة الخيار".
- يختلف القانون المدني مع الفقه الإسلامي، حيث أعطت المادة الأولى من القانون الفرنسي رقم (٢١-٨٨) الصادر في ١٩٨٨/١/٦ للمشتري تغيير المبيع بأخر دون المساس بجوهر العقد، وقد يجمع بين الخيارين خلال المهلة المحددة. أما الفقه الإسلامي فقد أعطي للمشتري الحق في قبول المبيع أو الفسخ دون مطالبة البائع بتغيير العين المبيعة.

الفرع الثاني

الموازنة في شروط خيار الرجوع

يتضح مما سبق أن القانون المدني يتفق مع الفقه الإسلامي حول اعتبار حق الرجوع في التعاقد بطبيعته المؤقتة، بحيث يجب أن يمارس خلال فترة محددة، ويرجع ذلك إلى ما يترتب على الرجوع من مساس بمبدأ استقرار التعامل، وما يؤدي إليه من وصم العقد المقترن به الخيار من شك وريبة وعدم تيقن، لذلك يجب ألا تطول فترة الشك هذه.

كما يتفق القانون المدني مع الفقه الإسلامي في ضوابط استعمال الحق في الرجوع وذلك لمنع التعسف في استعماله، أما فيما يتعلق بشرط علم المتعاقد الآخر بالرجوع فإن القانون يتفق مع ما انتهينا إليه من ترجيحنا لهذا الرأي في الفقه الإسلامي، وهذا ما يؤكد على سبقه للقوانين الوضعية في ذلك.

(١) عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص ٧٨١.

الخاتمة

توصلت هذه الدراسة إلى جملة من النتائج وعدد من التوصيات ويمكن بيان ذلك كما يلي:-

أولاً: نتائج الدراسة

- ١- إن خيار العدول عن العقد والذي جاءت به القوانين الوضعية قد سبقهم إليه الفقه الإسلامي منذ عصر نزول الوحي، إذ تم منح المتعاقدين خيار العدول عن العقد في خيار المجلس وخيار الرؤية بحكم الشرع، فباستطاعة أي من المتعاقدين العدول عن العقد بمحض إرادته دون أن يكون ملزماً ببيان أسباب ومبررات العدول، وهو كذلك خيار مؤقت ينقضي بانقضاء المجلس.
- ٢- إن حق العدول في القانون الوضعي مقرر بنص القانون كما هو الحال في الفقه الإسلامي .
- ٣- القواعد العامة للقانون المدني غير كافية لحماية المستهلك من التسرع في التعاقد، ولا توفر الغطاء التشريعي لهذه المنطقة الخالية من التنظيم والحماية التي افرزتها تطورات الحياة الاقتصادية.
- ٤- حق المستهلك في العدول غايته حماية المستهلك من التسرع والتهور في التعاقد، بالزام المستهلك نفسه بضرورة إصدار قبوله بالعقد عن تأني وتروي هادئ ومدروس، كما هو الحال في الفقه الإسلامي.
- ٥- يعد حق المستهلك بالتروي والتفكير حقاً تقديرياً للمستهلك في شكل ممارسته فلم يفرض القانون والفقه الإسلامي شكلاً محدداً للممارسته من قبل المستهلك.
- ٦- المبرر من حق العدول عن العقد يتمثل بالضعف المعرفي للمستهلك تجاه تلك الخبرة العلمية والفنية والمهنية التي يتمتع بها المهني.
- ٧- إن الكثير من الآراء التي قيلت بصدد تحديد أساس قانون للعدول عن العقد يمكن تنفيذها حسب نطاقه الشخصي والموضوعي والزمني، فضلاً عن ذلك فإن غايته تستقل أيضاً عن الأهداف المرجوة من تلك الأفكار والحقوق المماثلة.

ثانياً: أهم التوصيات

- ١- نوصي بتعزيز الحماية للمستهلك في ظل تنامي وتعاظم التعاقدات الإلكترونية عبر الإنترنت، وذلك عبر قوانين وأنظمة متطورة تستجيب وتواكب التطورات العلمية في مجال الاتصال.
- ٢- إلزام البائع بإعلام المستهلك بحقه في عن العدول قبل إبرام العقد، وذلك لعلاج الضعف القانوني والمعرفي لدى المستهلكين. وإلزام المستهلك بدفع تكاليف إعادة البضائع إلى البائع.

٣- نرى ضرورة عقد دورات متخصصة وبشكل دوري للتوعية المستهلكين بحقوقهم في العدول من حيث مهلته ونطاقه وآثاره وذلك لعلاج الضعف القانوني والمعرفي لدى المستهلكين.

قائمة بأهم المراجع

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: كتب التفسير وعلوم القرآن

- ١- أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن والمبين لما تضمنه من السنة وآي الفرقان، تحقيق: أحمد البردوني، إبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة، ط٢، ١٣٨٤هـ - ١٩٦٤م.
- ٢- الحافظ عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن عمر ابن كثير الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٩هـ، ١٩٩٨م.

ثالثاً: كتب الحديث وعلومه

١. أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢٤هـ، ٢٠٠٣م.
٢. أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، دار الكتاب العربي، بيروت.
٣. أحمد بن حنبل الشيباني، مسند أحمد، مؤسسة قرطبة، القاهرة.
٤. محمد بن اسماعيل أبو عبدالله البخاري، صحيح البخاري، دار ابن كثير، بيروت، ١٤٣٧هـ، ١٩٨٧م، ط٣.
٥. محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، تحقيق محمد صبحي بن حسن حلاق، دار ابن الجوزي، ١٤٢٧هـ، المملكة العربية السعودية.
٦. محمد بن يزيد أبو عبدالله القزويني، ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر، بيروت.
٧. محمود بن أحمد العيني بدر الدين أبو محمد، عمدة القاري بشرح صحيح البخاري، المكتبة البابي الحلبي، ١٩٧٢م.
٨. مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار احياء التراث العربي، بيروت.

رابعاً: كتب الفقه

المراجع الفقهية للحنفية

- ١- زين الدين بن إبراهيم بن محمد ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة.
- ٢- عثمان بن علي الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وبهامشه حاشية أحمد بن يونس الشهير بالشلبي، دار الكتاب الإسلامي، ط٢.
- ٣- علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق: علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٨٢م.
- ٤- علي حيدر، درر الحكم شرح مجلة الأحكام، تعريب: المحامي فهمي الحسني، دار عالم

الكتب، الرياض، ١٤٢٣هـ، ٢٠٠٣م.
٥- محمد أمين بن عمر المعروف بابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، بدون بيانات.

٦- محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت ١٤٠٩هـ، ١٩٨٩.
مراجع الفقه المالكية

١- ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢، ١٩٩٢م.
٢- أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المالكي المغربي الشهير بالحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار الرضوان للنشر، ١٤٣١هـ، ٢٠١٠م.
٣- شمس الدين بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي، القاهرة.
٤- شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المشهور بالقرافي، الفروق، بهامش الكتابين تهذيب الفروق والقواعد السنية الفقهية في الأسرار، عالم الكتب، بيروت، دون تاريخ نشر.

٥- محمد أحمد عيش، فتح المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، دم، دن، دت.
٦- محمد بن عبد الله الخرشني، شرح مختصر خليل للخرشي وبهامشه حاشية الشيخ العدوي، دار الفكر.

٧- محمد بن يوسف العبدري المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، بدون سنة طبع.

مراجع الفقه الشافعية

١- أبو الحسن تقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي، تكملة المجموع، مطبعة التضامن الأخوية بالحسين، القاهرة.
٢- أبو زكريا محيي الدين بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب، دار الفكر، بيروت.
٣- جلال الدين عبدالرحمن السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، دار الكتب العلمية، ١٤١٨هـ، ١٩٩٧م.
٤- الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، ١٤١٥هـ، ١٩٩٤م.

٥- زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، أسنى المطالب شرح روض الطالب، دار الكتب العلمية، ط١، بيروت، ١٤٢٢هـ، ٢٠٠٠م.

مراجع الفقه الحنابلة

١- عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني في فقه الامام، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٥هـ.

٢- منصور بن يونس البهوتي الحنبلي، كشف القناع عن متن الإقناع، تحقيق: هلال مصيلحي مصطفى هلال، دار الفكر، ١٤٠٢هـ.

خامساً: المراجع الفقهية في المذاهب الأخرى

الفقه الظاهري:

- ١- على أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي أبو محمد، المحلي بالآثار، تحقيق محمد منير الدمشقي، داره الطباعة المنيرية، ١٣٥٠هـ.
- سادساً: كتب اللغة
- ١- ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت.
- ٢- أبو البقاء أيوب بن موسى الحسني الكفوي، الكلبيات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط٢ ١٤١٩هـ، ١٩٩٨م.
- ٣- أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، بيروت، ١٣٩٩هـ، ١٩٧٩م.
- ٤- أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، (ت ٥٧٧٠هـ)، المكتبة العلمية، بيروت.
- ٥- السيد محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جوهر القاموس، مجموعة محققين، دار الهداية، بدون تاريخ.
- ٦- مجدالدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، بدون بيانات.
- ٧- مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز، وزارة التربية والتعليم، مصر، ١٩٩٤م.
- ٨- محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، بيروت، تحقيق: محمود خاطر، سنة ١٤١٥هـ، ١٩٩٥م.

سابعاً: المؤلفات الحديثة في الفقه الإسلامي

- ١- بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، بدون سنة نشر.
- ٢- عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دار الهنا للطباعة والنشر، ١٩٥٣م.
- ٣- عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود مدخل إلى نظرية الخيار: دراسة فقهية لأحكام ٣٣ خياراً، مطبعة مقهوي، ١٣٠٥هـ، ١٩٨٥م، ط٢.
- ٤- محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، مصر، ١٩٩٦م.
- ٥- محمد قدرى باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، المطبعة الكبرى، الأميرية، مصر، ١٣٠٨هـ-١٨٩١م، ط٢.

ثامناً: المراجع والمؤلفات القانونية

١. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المصادر الإرادية للالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥م.
٢. أبو الخير عبد الونيس الخويلدي، حق المشتري في فسخ العقد المبرم بوسائل الاتصال

٣. الحديثة، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية، ٢٠٠٦م. أحمد عبدالنواب محمد بهجت، إبرام العقد الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩م.
٤. أحمد محمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية ، ١٩٩٤م .
٥. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠م.
٦. أنور سلطان، العقود المسماة شرح عقدي البيع والمقايضة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٥.
٧. خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٨.
٨. سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الإنترنت دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٨م.
٩. سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٥.
١٠. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام بالعقد، العمل غير المشروع، الإثراء بلا سبب، القانون، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الجزء الأول، بدون سنة نشر.
١١. عبد العزيز المرسي حمود، الحماية المدنية الخاصة برضا المشتري في عقود البيع التي تتم عن بعد، مع التطبيق على البيع عن طريق التلفزيون بوجه خاص، دار الكتب العلمية، مصر، ٢٠٠٥.
١٢. عبد المجيد الحكيم، الكافي في شرح القانون المدني الأردني، والقانون المدني العراقي، والقانون المدني اليمني: الالتزامات والحقوق الشخصية، الجزء الأول في مصادر الالتزام، المجلد الأول: في العقد، القسم الأول: التراضي، (بدون ناشر، ١٩٩٣م.
١٣. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢م.
١٤. عبد المنعم موسي إبراهيم، حماية المستهلك: دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٧م.
١٥. محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة ومدى حجيتها في الإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٨م.
١٦. محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوروبي، المكتبة القانونية، مصر، ٢٠٠٥م.
١٧. محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٦م.
١٨. محمد سعيد جعفر، الخيارات العقدية في الفقه كمصدر للقانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، ١٩٩٨.
١٩. محمد عبد الله الدليمي، العقود المسماة أحكام البيع والتأمين والوكالة في القانون الليبي، الجامعة المفتوحة، ليبيا، ٢٠٠٠م.
٢٠. محمد عبدالظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، المؤسسة الفنية

- للطباعة والنشر، القاهرة، ٢٠٠١-٢٠٠٢م.
٢١. محمد على البدوي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول مصادر الالتزام ، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، طرابلس، ليبيا، طبعة الرابعة، ٢٠٠٣م.
٢٢. محمد على البدوي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول مصادر الالتزام ، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، طرابلس، ليبيا، طبعة الرابعة، ٢٠٠٣م.
٢٣. مصطفى محمد جمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٢.
٢٤. نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، عقد البيع، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٤.

تاسعاً: الرسائل الجامعية

رسائل الماجستير

١. عبد الله ذيب عبد الله محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية ، نابلس ، فلسطين ، ٢٠٠٩م.

رسائل الدكتوراه

١. إسماعيل عبد النبي عبد الجواد، انقضاء العقد بالإلغاء والرجوع في القانون المدني: دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر، سنة ١٤٠٢ هـ، ١٩٨٢م.
٢. عبد الله عبد الله محمد العلفي، أحكام الخيار في القانون المدني اليمني: دراسة مقارنة بالقانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٨٨م.
٣. عمر محمد عبد الباقي خليفة، الحماية العقدية : دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون ، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٤م.
٤. فتح الله أكثم تفاع، نظرية الرجوع في العقود والتصرفات في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر، ١٤١٦هـ، ١٩٩٥م.
٥. ممدوح محمد على مبروك ، أحكام العلم بالمبيع وتطبيقاته في ضوء تقدم وسائل التكنولوجيا المعاصرة: دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٩٨.

عاشراً: الأبحاث والمجلات

١. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الرجوع في التعاقد كوسيلة لحماية الرضا، دراسة لفكرة العقد غير اللازم في الشريعة الإسلامية وتطبيقاته في القانون الوضعي، مجلة المحامي، السنة الثامنة، يوليو، أغسطس، سبتمبر ١٩٨٥م.
٢. أحمد السعيد الزقرد، حق المشتري في إعادة النظر في عقود البيع بواسطة التلفزيون، مجلة الحقوق، الكويت، العدد ٣، السنة ١٩، ١٩٩٥م.
٣. أيمن مساعدة، علاء خصاونة ، خيار المستهلك في الرجوع في البيوع المنزلية زبيوع المسافة، مجلة الشريعة والقانون، العدد ٤٦، الأردن، أبريل، ٢٠١١م.
٤. عبد الحق حميش، حماية المستهلك الإلكتروني، بحث مقدم للمؤتمر الأعمال المصرف الإلكترونية بين الشريعة والقانون ٩-١٠ ربيع الأول ١٤٢٤هـ، الموافق ١٠/١٢/٢٠٠٣م كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي، جامعة الإمارات العربية المتحدة.



٥. الهادي السعيد عرفة، حكم بيع الوفاء وهل يعتبر رهنا؟ مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، عدد ١٧، سنة ١٩٩٥م.
٦. يوسف شندي، أثر خيار المستهلك في الرجوع في التعاقد على تحديد لحظة إبرام العقد، مجلة الشريعة والقانون، العدد الثالث والأربعون، شعبان، ١٤٣١هـ، يوليو ٢٠١٠م.



الحادي عشر: المراجع الأجنبية

- 1- Ec Directive 122/2008, (Ec official journal, 2/3, 2009).
- 2- G. R aymond, La protection du consommation dans operations de credit, Gaz. Pal.10-11 Nov. 1978.

الثاني عشر القوانين:

١. الجماهيرية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية العظمى الهيئة العامة لشئون القضاء، القانون المدني الليبي، اعداد الادارة العامة للقانون، ١٩٨٨.
٢. القانون التونسي رقم (٨٣) لسنة ٢٠٠٠ م بشأن المبادلات والتجارة الإلكترونية.
٣. قانون حماية المستهلك المصري رقم (٦٧) لسنة ٢٠٠٦ م، وزارة التجارة والصناعة الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية.



**الضوابط الانتخابية للمرشح لعضوية المجالس البرلمانية
وفقا للتشريع المصري والعماني
-دراسة مقارنة-**

الباحث

قاسم بن محمد بن سعيد الخروصي

المقدمة

أولاً:- موضوع الدراسة.

تعد عملية تحقيق الديمقراطية عملية مستمرة لا تنتهي أبداً وتتطلب جهوداً مستمرة من أجل ترسيخها وضمان عدم الانقراض عليها وتشكل عملية بناء مجتمع ديمقراطي أهم الضمانات وهو ما يرتبط بتجاوز المفاهيم الضيقة للديمقراطية إلى تصور أكثر شمولاً يتضمن الجوانب الإجرائية والموضوعية والمؤسسات الرسمية وغير الرسمية ومختلف فئات المجتمع ويشمل أيضاً المجال السياسي والاقتصادي والتربوي والإعلامي.

ولم تعد المشاركة السياسية للشعوب في الحكم تقتصر على الانتخابات الرئاسية، بل امتدت بفعل انتشار الأفكار الديمقراطية إلى انتخاب السلطة التشريعية التي تقوم بدور التشريع والرقابة على أعمال السلطة التنفيذية إضافة إلى انتخاب المجالس التي، تتولي تسيير الشؤون المحلية، بذلك أضحت الانتخاب يمس كافة المجالات مما يعطي النظام الانتخابي أهمية سياسية كبيرة وإن اختيار الممثلين المحليين والوطنيين بطريقة ديمقراطية وفق نظام انتخابي شفاف بعيداً عن الضغط والتزوير، يولد إحساس المواطنين بانتمائهم إلى مجتمع تصان فيه الحقوق السياسية ومبني على أسس ديمقراطية وقيم حضارية واجتماعية متجذرة وأصلية مما يجعل النظام الانتخابي يتميز بأهمية اجتماعية كبيرة خاصة وأنه يساهم في تغيير واقع اجتماعي مقسم على واقع سياسي موحد.

وتشهد الدول عمليات الانتخاب بشكل دوري، وتعد الانتخابات مدخلاً للديمقراطية، نظراً للارتباط الوثيق بين الانتخاب والديمقراطية في العصر الحديث، وأصبح يمثل الوسيلة الأساسية لإسناد السلطة بواسطة الإرادة الشعبية، والأداة التي تسمح بإسهام الشعب في صنع القرار السياسي بصورة تتلاءم مع مقتضيات العصر.

ويعد الانتخاب الوسيلة الأساسية للمشاركة في العمل السياسي وكلما أقيمت دوله ما على ممارسة العملية الانتخابية أوجدت ضوابط توضع لممارسة العملية الانتخابية ودخول الأعضاء لمجالس النواب.

١ وتشكل الانتخابات البرلمانية أهمية خاصة ومن المرحل الهامة في تاريخ مصر الحديث والدول العربية والخليجية إذا تأتي بعد ثورات الربيع العربي والتي أثرت بشكل مباشر وغير مباشر على الدول المجاورة، لذلك جاء الاهتمام بهذه الدراسة نظراً للتغيرات السياسية التي أثرت على التحول الديمقراطي في كافة الدول العربية.

ثانياً:- أسباب اختيار الموضوع.

يرجع سبب اختياري لموضوع الضوابط الانتخابية كدراسة مقارنة بين التشريعات المصرية والتشريع العماني؛ ذلك لأن العملية الانتخابية بعد الثورة المصرية تعاقبت أكثر من مرة، مما كان لها ضوابط للترشح للبرلمان واعدت لها قوانين حديثة تحتاج إلى مزيد من البحث والدراسة، وبما أن المشرع يسعى دائماً في الدول الحديثة إلى تحقيق استقرار أكثر في الأوضاع السياسية والعملية وممارسة الناخبين للعملية الانتخابية بشكل حر، بصرف النظر عن طبيعة الدول ذلك لأن الاستقرار في حد ذاته غاية اجتماعية، تهدف كافة الدول إلى تحقيقه، عن طريق إيجاد ضوابط ناجحة للترشح والتمثيل البرلماني والذي يعبر عن إرادة الشعب، فهذه الاستقرار يعد هدفاً مشتركاً بين الدول المتقدمة والنامية على حد سواء، وبما أنه لم تستطع البلدان النامية الوصول إلى عملية انتخابية بدون ما يتخللها عوائق تمس العملية الانتخابية فكان ولا بد من دراسة تلك الضوابط وخاصة في الدول النامية والبحث على ما يمثل الاستمرار في سير العملية الانتخابية، بشكل حر ونزيه ووضع نصوص تشريعية تخدم هذه العملية، لذلك كله توجهت إلي اختيار موضوع الضوابط الانتخابية دراسة مقارنة بين التشريع المصري والتشريع العماني .

ثالثاً:- أهمية دراسة الموضوع.

ولئن كان موضوع الانتخابات لا يثير صعوبة في الدول النامية، إلا أن الضوابط التي أعدت للترشح وخاصة بعد الثورة المصرية والتغيير السياسي والذي أعقبه تغيرات في العمليات الانتخابية والتي أعدت لتلائم المراحل الجديدة في التاريخ السياسي المصري ويتضح لنا أهمية الدراسة من خلال معرفة إعداد المشرع في كل من دول الدراسة للضوابط الانتخابية من خلال معرفة القوانين التي سنت لها وما هي هذه الضوابط التي

تناسبت مع هذا التغيير الديمقراطي في الدول العربية وما يترتب عليها من نتائج لها تأثير في سير العملية الديمقراطية.

رابعاً:- نطاق الدراسة.

مما لا شك فيه أن موضوع الضوابط الانتخابية يعد من المواضيع الهامة في الدول العربية والدول النامية، خاصة في هذه الحقبة من الزمن التي تمر بها الدول العربية، ومن المعلوم أن أي دراسة قانونية تعتمد على المنهج الوصفي دون المنهج التحليلي، وأسلوب السرد دون أسلوب المقارنة، فإنها لا تقدم جديداً يذكر، ولتحقيق الهدف أخذنا بالمنهجين معاً المنهج الوصفي وبالمنهج التحليلي، كما أخذنا بأسلوب السرد وأسلوب المقارنة أحياناً أخرى.

سادساً:- التقسيم المقترح للدراسة.

الفصل الأول: إجراءات الترشح لعضوية المجالس البرلمانية في مصر وسلطنة عُمان.

الخاتمة والتوصيات.

الفصل الأول

إجراءات الترشح لعضوية المجالس البرلمانية في مصر وسلطنة عُمان

تمهيد وتقسيم :-

غني عن البيان أن مرحلة الترشح لا تقل أهمية عما يسبقها من مراحل في أي عملية انتخابية، فجميع مراحل العملية الانتخابية مرتبطة بعضها ببعض، ولا شك أن المتعارف عليه دستورياً وقانوناً، وذلك لإعمال المبدأ الديمقراطي في أي عملية انتخابية، حيث يتطلب ذلك بأن يتم فتح باب الترشح وبصورة متساوية أمام جميع المواطنين، وهو ما يطلق عليه " عمومية الترشح " وهو يعد إحدى الركائز الهامة والضمانات الأساسية لحق الانتخاب، وذلك على أساس أن حقي الانتخاب والترشح هما حقان متكاملان لأي عملية انتخابية، وذلك في إطار المبادئ الأساسية لممارسة هذا الحق لتحقيق التنافس بينهم حتى يفاضل الناخب ويختار بإرادته الحرة من يصلح منهم لتولي المناصب القيادية.

حيث يتمثل الإشراف في قيام الهيئة الوطنية للانتخابات على العمليات الانتخابية بتطبيق النصوص القانونية والدستورية المنظمة لأي عملية انتخابية، وكذلك الإشراف على إجراءات الترشح بها، والتأكد من جدية كل مرشح في التقدم للترشح لأي عملية انتخابية متى توافرت فيه الضوابط اللازمة لكل عملية انتخابية، وذلك عن طريق تشكيل لجان لتلقي واستلام طلبات الترشح وفحصها والتأكد من مطابقتها للقانون.

فقد انتهج النظام المصري نظامين لإجراءات الترشح لعضوية مجلس النواب وهما نظام القائمة والذي نظمته المادة التاسعة من قانون مجلس النواب، والنظام الفردي وقد نظمته المادة العاشرة من ذات القانون.

أما في سلطنة عمان بالنسبة لإجراءات الترشح فقد نظم قانون انتخابات أعضاء مجلس الشورى هذه الإجراءات في المواد من (٣٥) وحتى (٤٢).

وسوف يتناول الباحث إجراءات الترشح لعضوية مجلس النواب المصري في المبحث الأول وإجراءات الترشح لعضوية مجلس عمان (الدولة والشورى) في المبحث الثاني.

المبحث الأول

إجراءات الترشح لعضوية مجلس النواب

تمهيد وتقسيم:

إن المبادئ الديمقراطية توجب ألا يمنح أي من المرشحين لعضوية المجالس النيابية أي ميزة غير منصفة وهو الأمر الذي يمكن كفالاته بتضمين القوانين والإجراءات الانتخابية بصورة واضحة الشروط والمؤهلات الخاصة بالمرشحين.

ويتعين ألا يميز القانون، فيما يتعلق بحق الترشيح ضد المرأة أو ضد أية مجموعات عرقية أو أقليات معينة، وتحتم المبادئ الديمقراطية في ذات الوقت ألا تواجه الأحزاب السياسية أية قيود غير معقولة تحول بينها وبين المشاركة في العملية الانتخابية، بل ينبغي أن يمد القانون حمايته إلى مرشحي تلك الأحزاب وأن يتم تحديد إجراءات تعيينهم وشروط وزمان الترشيح ومكانه وذلك كله على وجه الدقة (١).

حيث خلصت المحكمة الدستورية العليا في العديد من أحكامها إلى أن المساواة أمام القانون وسيلة لتقرير الحماية المتكافئة للحقوق جميعاً، لأن هذا المبدأ ركيزة أساسية للحقوق والحريات، وهو العاصم من التمييز والمجافي للشرعية الدستورية (٢)، فيجب أن يعامل جميع المرشحين معاملة متكافئة دون تمييز أو بين مرشح وآخر، أو حزب على آخر.

ويكون الإشراف على إجراءات الترشح لانتخابات مجلس النواب عن طريق اللجان الانتخابية في المحافظات التابعة للهيئة الوطنية للانتخابات، وذلك بالإعلان عن فتح باب الترشح لانتخابات مجلس النواب بالطرق القانونية التي حددها القانون، سواء بالإعلان عنها بالنشر في الجريدة الرسمية، أو الإعلان في مقر مراكز الشرطة أو المحاكم الموجودة في كل مدينة. وتقوم لجان الانتخابات في المحافظات بتشكيل لجان لتلقي طلبات الترشيح وفحصها.

وسوف يتناول الباحث إجراءات الترشح لمجلس النواب في ثلاثة مطالب كالتالي:-

المطلب الأول:- الهيئة الوطنية للانتخابات والإشراف القضائي.

المطلب الثاني:- الجهة المختصة بتلقي طلب الترشح وإجراءات تقديمه وفحصه.

المطلب الثالث:- الدعاية الانتخابية .

(١) د. حسين محمد مصلح، د. عوني سالم النقرشي، الانتخابات البرلمانية وفقاً لقانون ٤٦ لسنة ٢٠١٤م في شأن انتخاب مجلس النواب، دار النهضة العربية، شارع عبد الخالق ثروت، القاهرة، ص ١٠٠.

(٢) د. عبد الحكيم فوزي سعودي: ضمانات الأشراف والرقابة على الانتخابات دراسة مقارنة بالنظام الفرنسي، مرجع سابق، ص ١٥٥.

المطلب الأول

الهيئة الوطنية للانتخابات والإشراف القضائي

تمهيد وتقسيم:

نص الدستور المصري لسنة ٢٠١٤م في المواد أرقام (٢٠٨)، (٢٠٩)، (٢١٠) على تشكيل هيئة مستقلة تختص دون غيرها بإدارة العمليات الانتخابية في مصر، وغني عن البيان أن الانتخابات في جمهورية مصر العربية كانت تشرف عليها لجننتين مستقلتين وهما اللجنة العليا للانتخابات، والتي تتولى الإشراف على الانتخابات البرلمانية، ولجنة الانتخابات الرئاسية التي تتولى الإشراف على انتخابات رئاسة الجمهورية، ولكل من اللجننتين موازنة مستقلة مما يكلف الدولة مبالغ طائلة لكي تمارس كل لجنة اختصاصاتها، من أجل ذلك قام المشرع الدستوري في دستور ٢٠١٤م بتفادي ذلك، حيث قام بإسناد مهمة الإشراف على العمليات الانتخابية في مصر سواء الانتخابات الرئاسية، أو انتخابات مجلس النواب، أو انتخابات المجالس المحلية، أو الاستفتاء إلى الهيئة الوطنية للانتخابات، ومنحها المشرع الدستوري سلطة الإشراف على جميع العمليات الانتخابية سواء الرئاسية أو البرلمانية، أو المحلية، ولها السلطة الكاملة بإدارة الاستفتاءات والانتخابات، بدءاً من إعداد قاعدة بيانات الناخبين وتحديثها وتقسيم الدوائر الانتخابية، وسلطة وضع ضوابط للحملات الانتخابية لكل العمليات الانتخابية وإدارة عملية الاقتراع داخل الدولة أو للمصريين بالخارج، حتى إعلان نتيجة الانتخاب (١).

كما نص الدستور على الشكل العام لتشكيل الهيئة " يقوم على إدارة الهيئة الوطنية للانتخابات مجلس من عشرة أعضاء ينتدبون ندباً كلياً بالتساوي من بين نواب رئيس محكمة النقض، ورؤساء محاكم الاستئناف، ونواب رئيس مجلس الدولة، وهيئة قضايا الدولة، والنيابة الإدارية، يختارهم مجلس القضاء الأعلى، والمجالس الخاصة للجهات والهيئات القضائية المتقدمة بحسب الأحوال، من غير أعضائها، ويصدر بتعيينهم قرار من رئيس الجمهورية. ويكون ندبهم للعمل بالهيئة ندباً كلياً لدورة واحدة مدتها ست سنوات، وتكون رئاستها لأقدم أعضائها من محكمة النقض. ويتجدد نصف عدد أعضاء المجلس كل ثلاث سنوات. وللهيئة أن تستعين بمن ترى من الشخصيات العامة المستقلة، والمختصين، وذوى الخبرة في مجال الانتخابات دون أن يكون لهم حق التصويت، يكون للهيئة جهاز تنفيذي دائم يحدد القانون تشكيله، ونظام العمل به، وحقوق وواجبات أعضائه و ضماناتهم، بما يحقق لهم الحياد والاستقلال والنزاهة" (٢).

كما نص الدستور أيضاً على أن " يتولى إدارة الاقتراع، والفرز في الاستفتاءات، والانتخابات أعضاء تابعون للهيئة تحت إشراف مجلس إدارتها، ولها أن تستعين بأعضاء من الهيئات القضائية. ويتم الاقتراع، والفرز في الانتخابات، والاستفتاءات التي تجرى في السنوات العشر التالية لتاريخ العمل بهذا الدستور، تحت إشراف كامل من أعضاء الجهات والهيئات القضائية.

وذلك على النحو المبين بالقانون. وتختص المحكمة الإدارية العليا بالفصل في الطعون على قرارات الهيئة المتعلقة بالاستفتاءات والانتخابات الرئاسية والنيابية ونتائجها، ويكون الطعن على

(١) المادة رقم (٢٠٨) من الدستور المصري لسنة ٢٠١٤م.

(٢) المادة رقم (٢٠٩) من الدستور المصري لسنة ٢٠١٤م.

انتخابات المحليات أمام محكمة القضاء الإداري. ويحدد القانون مواعيد الطعن على هذه القرارات على أن يتم الفصل فيه بحكم نهائي خلال عشرة أيام من تاريخ قيد الطعن" على أن يتم التظلم أولاً أما الهيئة (١).

بمعنى أن الطعون تقدم إلى المحكمة المختصة وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في قانون مجلس الدولة، وتفصل المحكمة المختصة في الطعون على قرارات الهيئة بحكم نهائي غير قابل للطعن خلال ١٠ أيام من تاريخ قيد الطعن دون العرض على هيئة مفوضي الدولة ويتم تنفيذ الحكم بمسودته ودون إعلان، وتنتشر الهيئة ملخص الحكم في الجريدة الرسمية وفي جريدتين يوميتين واسعتي الانتشار وعلى نفقة خاسر الطعن.

أما بخصوص القرارات التي تصدر من اللجان العامة للهيئة الوطنية للانتخابات فيكون الطعن عليها أمام الهيئة الوطنية للانتخابات دون غيرها، فلكل مرشح الحق في الطعن في القرارات الصادرة من اللجان العامة أمام الهيئة الوطنية للانتخابات دون غيرها.

تفصل الهيئة الوطنية للانتخابات في الطعن خلال اليومين التاليين بعد سماع أقوال الطاعن وإخطاره للحضور أمامها، وتضع الهيئة الوطنية للانتخابات القواعد والإجراءات التي تتبع في نظر الطعون والفصل فيها.

وبصدور القانون رقم (١٩٨) لسنة ٢٠١٧م في شأن إنشاء الهيئة الوطنية للانتخابات وأنه وفقاً للأحكام الانتقالية الواردة في قانون الهيئة، فقد جاء نص المادة رقم (٣٣) " تنول إلى الهيئة جميع أموال وأصول ومستندات وأوراق لجنة الانتخابات الرئاسية، واللجنة العليا للانتخابات، وذلك فور تشكيل الهيئة". (٢)، وأيضاً نص المادة رقم (٣٤) " يتولى إدارة الاقتراع والفرز في الاستفتاءات والانتخابات أعضاء تابعون للهيئة تحت إشراف مجلس إدارتها، ولها أن تستعين بأعضاء من الهيئات القضائية، ويتم الاقتراع والفرز في الاستفتاءات والانتخابات في السنوات العشر التالية للعمل بالدستور تحت إشراف كامل من أعضاء الجهات والهيئات القضائية على النحو المبين في هذا القانون وقرارات الهيئة". (٣)، وأيضاً نص المادة رقم (٣٥) " تُستبدل عبارة (الهيئة الوطنية للانتخابات) بعبارتي (اللجنة العليا للانتخابات) و (لجنة الانتخابات الرئاسية)، وعبارة (رئيس الهيئة) بعبارتي (رئيس اللجنة العليا) و (رئيس لجنة الانتخابات الرئاسية)، وعبارة (الجهاز التنفيذي) بعبارة الأمانة العامة)، وعبارة (المدير التنفيذي) بعبارة (الأمين العام)، وذلك أينما وردت في القانون رقم (٢٢) لسنة ٢٠١٤م، وقانون تنظيم مباشرة الحقوق السياسية الصادر بالقرار بقانون رقم (٤٥) لسنة ٢٠١٤م، وقانون مجلس النواب الصادر بالقرار بقانون رقم (٤٦) لسنة ٢٠١٤م، أو في أي قانون آخر" (٤)، وأيضاً نص المادة رقم (٣٦) من قانون الهيئة " يُلغي الفصل الثاني من قانون تنظيم مباشرة الحقوق السياسية

- (١) المادة رقم (٢١٠) من الدستور المصري لسنة ٢٠١٤م.
(٢) المادة (٣٣) من القانون رقم (١٩٨) لسنة ٢٠١٧م بإصدار الهيئة الوطنية للانتخابات.
(٣) المادة (٣٤) من القانون رقم (١٩٨) لسنة ٢٠١٧م بإصدار الهيئة الوطنية للانتخابات.
(٤) المادة (٣٥) من القانون رقم (١٩٨) لسنة ٢٠١٧م بإصدار الهيئة الوطنية للانتخابات.
الصادر بالقرار بقانون رقم (٤٥) لسنة ٢٠١٤م " (١) وسوف نتطرق بشيء من التفصيل عن الهيئة والإشراف القضائي كالاتي:-

أولاً:- الهيئة الوطنية للانتخابات.

الهيئة الوطنية للانتخابات هيئة مستقلة، لها الشخصية الاعتبارية، وتتمتع بالاستقلال الفني والمالي والإداري، ويكون مقرها الرئيسي محافظة القاهرة، ويجوز لها عند الضرورة أن تعقد اجتماعاتها في مقر تحدده، ويجوز بقرار من الرئيس، بعد موافقة المجلس، إنشاء فروع لها في الداخل (٢).

" إن الهيئة الوطنية للانتخابات مستقلة ومحيدة لا تتبع أحد ولديها استقلال مالي وإداري، وأعضائها متفرغين تفرغاً تاماً لإدارة شؤون الانتخابات، وأنهم يبدؤون عملهم، قبل ١٢٠ يوماً من الانتخابات لاستقبال طلبات الترشيح، وأنه من الضرورة المشاركة في الانتخابات، وعدم العزوف عن الانتخابات، فصوت المواطن له أهمية بالغة (٣).

١- اختصاصات الهيئة.

تختص الهيئة دون غيرها بإدارة الاستفتاءات، والانتخابات الرئاسية، والنيابية، والمحلية، وتنظيم جميع العمليات المرتبطة بها، والإشراف عليها باستقلالية وحيادية تامة على النحو الذي ينظمه هذا القانون ولا يجوز التدخل في أعمالها أو اختصاصاتها (٤).

وتعمل الهيئة في هذا الإطار على ضمان حق الاقتراع لكل ناخب، والمساواة بين جميع الناخبين والمترشحين خلال الاستفتاءات والانتخابات.

٢- مجلس إدارة الهيئة وتشكيله.

يُشكل المجلس من عشرة أعضاء بالتساوي من بين نواب رئيس محكمة النقض، ورؤساء محاكم الاستئناف، ونواب رئيس مجلس الدولة، ونواب رئيس هيئة قضايا الدولة، ونواب رئيس هيئة النيابة الإدارية، يختارهم مجلس القضاء الأعلى والمجالس الخاصة والعليا للجهات والهيئات القضائية المتقدمة بحسب الأحوال، من غير أعضاء هذه المجالس، على ألا تقل المدة الباقية لبلوغ أي منهم سن التقاعد عن ست سنوات عند نديهم ويُخطر رؤساء الجهات والهيئات القضائية المتقدمة وزير العدل بأسماء الأعضاء الذين تم اختيارهم، ويصدر بتعيينهم قرار من رئيس الجمهورية بناءً على عرض وزير العدل (٥).

ويرأس الهيئة أقدم أعضائها من محكمة النقض، ويمثلها أمام القضاء وفي صلاتها بالغير، وتكون له السلطات والاختصاصات المقررة للوزير المختص ووزير المالية بمقتضى القوانين واللوائح.

(١) المادة (٣٦) من القانون رقم (١٩٨) لسنة ٢٠١٧م بإصدار الهيئة الوطنية للانتخابات.

(٢) المادة (٢) من القانون رقم (١٩٨) لسنة ٢٠١٧م بإصدار الهيئة الوطنية للانتخابات.

(٣) د. صلاح الدين فوزي محمد، أستاذ القانون العام، ندوة الأحكام الدستورية والقانونية للانتخابات الرئاسية، ودور الهيئة الوطنية للانتخابات، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، بتاريخ ٢٠١٧/١٢/٣م.

(٤) المادة (٣) من القانون رقم (١٩٨) لسنة ٢٠١٧م بإصدار الهيئة الوطنية للانتخابات.

(٥) المادة (٥) من القانون رقم (١٩٨) لسنة ٢٠١٧م بإصدار الهيئة الوطنية للانتخابات.

أ- مدة المجلس.

يكون تعيين أعضاء المجلس عن طريق الندب الكلي لدورة واحدة مدتها ست سنوات، غير قابلة للتجديد.

وفي حالة وجود مانع لدى أي من أعضاء المجلس يحول دون استكمال مدة عضويته، تختار الجهة أو الهيئة القضائية بحسب الأحوال، من يحل محله، على أن يستكمل المدة المتبقية لعضوية سلفه بالمجلس.

ويتجدد نذب نصف أعضاء المجلس كل ثلاث سنوات، ويحدد المجلس أسماء الأعضاء الذين تنتهي مدة نذبهم عند انقضاء أول ثلاث سنوات، وذلك من خلال قرعة يجريها الرئيس بين كل عضوي جهة أو هيئة قضائية، في موعد أقصاه ثلاثة أشهر قبل انقضاء الثلاث سنوات.

ويتم استكمال عدد أعضاء المجلس بذات الإجراءات المنصوص عليها في الفقرتين الأولى والثانية من المادة (٥) من هذا القانون (١).

" إن الندوة فرصة لمواكبة التطور الذي مر به القانون، عبر الدساتير المختلفة التي مرت على مصر عبر العصور، من حيث شروط المشاركين في الانتخابات من حيث أهليتهم، واستيفانهم للمعايير المطلوبة" (٢).

ب- اختصاصات المجلس.

المجلس هو السلطة العليا المهيمنة على شئون الهيئة، والمختص بتصريف أمورها، ووضع وتنفيذ السياسات اللازمة لتحقيق أغراضها وأهدافها ولممارسة اختصاصاتها، كإصدار القرارات واللوائح الداخلية المتعلقة بالشؤون المالية والإدارية والفنية للهيئة دون التقيد بالقواعد الحكومية، ووضع اللوائح التي تنظم شئون العاملين بالهيئة، وإقرار مشروع الموازنة السنوية، واعتماد الحساب الختامي للهيئة،.....(٣).

ج- اجتماعات المجلس وقراراته.

يجتمع المجلس بدعوة من رئيسه مرة واحدة على الأقل كل شهر، وعند غياب الرئيس يحل محله عضو المجلس من نواب رئيس محكمة النقض.

ويجوز دعوة المجلس لاجتماع غير عادي بناءً على طلب من رئيسه، أو طلب كتابي من ثلاثة من أعضائه.

ولا يكون الاجتماع صحيحاً إلا بحضور ثمانية من أعضائه على الأقل من بينهم الرئيس أو من يحل محله، وتصدر قراراته بأغلبية لا تقل عن ستة من أعضائه(٤).

ويحضر المدير التنفيذي اجتماعات المجلس دون أن يكون له حق التصويت، ويتولى أمانه سر المجلس.

وللمجلس أن يستعين بمن يرى من الشخصيات العامة المستقلة، والمختصين، وذوى الخبرة في مجال الانتخابات كمستشارين للمجلس أو للقيام بأعمال محددة، وتجوز دعوتهم لحضور اجتماعات المجلس، والاشتراك في مداولاته، دون أن يكون لهم حق التصويت.

(١) المادة (٦) من القانون رقم(١٩٨) لسنة ٢٠١٧م بإصدار الهيئة الوطنية للانتخابات.

(٢) د. شريف خاطر، عميد كلية حقوق المنصورة، ندوة الأحكام الدستورية والقانونية للانتخابات الرئاسية، ودور الهيئة الوطنية للانتخابات، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، بتاريخ ٢٠١٧/١٢/٣م.

(٣) المادة (٧) من القانون رقم(١٩٨) لسنة ٢٠١٧م بإصدار الهيئة الوطنية للانتخابات.

(٤) المادة (٨) من القانون رقم(١٩٨) لسنة ٢٠١٧م بإصدار الهيئة الوطنية للانتخابات.

د- مداولات المجلس وإعلان القرارات.

جميع مداولات المجلس سريه، ويكون لاجتماعاته محاضر تدون فيها هذه المداولات، ويجوز تسجيلها وحفظها بالوسائل الإلكترونية(١).

ويتم إعلان قرارات المجلس فور صدورها، وتنشر قرارات المجلس المتعلقة بعملية الاستفتاءات والانتخابات في الجريدة الرسمية.

هـ - واجبات ومحظورات وحقوق وضمائم العاملين بالهيئة.

يحضر على رئيس وأعضاء المجلس، والمدير التنفيذي ونوابه، والأعضاء، وأي من العاملين في الهيئة ما يأتي(٢):-

١- الترشح في أي من الانتخابات خلال فترة عمله في الهيئة.

٢- ممارسة أي وظيفة أو مهنة أو عمل آخر بأجر أو بدون أجر، خلال فترة عمله بالهيئة.

٣- إفشاء أية أسرار أو معلومات أو بيانات تحصل عليها بمناسبة أداء عمله، لأي شخص أو جهة، داخلية أو خارجية.

٤- تلقي أو قبول أي أموال أو مزايا أو تبرعات أو هبات أو هدايا أو عطايا من أي نوع، وتحت أي مسمى بسبب أو بمناسبة عمله بالهيئة.

٥- المشاركة بأي صورة كانت في حملات الدعاية في الاستفتاءات والانتخابات.

استثناء من أحكام قانون الكسب الغير مشروع الصادر بالقانون رقم (٦٢) لسنة ١٩٧٥م، يقدم رئيس وأعضاء الهيئة الوطنية للانتخابات، والمدير التنفيذي ونوابه، إقرار ذمة مالية عند تعيينهم، وفي نهاية كل عام، وعند ترك عملهم(٣).

كما يتعين عليهم أن يقدموا إقراراً بالتزامهم بعدم قيام حالة من حالات تعارض المصالح المنصوص عليها في القانون رقم (١٠٦) لسنة ٢٠١٣م في شأن حظر تعارض مصالح المسؤولين في الدولة.

لا يجوز أن يكون أي من رئيس أو أعضاء الهيئة الوطنية للانتخابات، أو المدير التنفيذي أو نوابه، أو أي من أعضاء الجهاز أو العاملين به، قريباً لأحد المترشحين حتى الدرجة الرابعة في أي انتخابات، وعلى المترشح في هذه الحالة الإفصاح عن ذلك كتابه عند تقديم أوراق الترشح ليتخذ المجلس الإجراءات المناسبة في هذا الشأن، بما فيها جواز ندب من يحل محل أي من المشار إليهم وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون(٤).

(١) المادة (٩) من القانون رقم(١٩٨) لسنة ٢٠١٧م بإصدار الهيئة الوطنية للانتخابات.



(٢) المادة (٢٢) من القانون رقم (١٩٨) لسنة ٢٠١٧م بإصدار الهيئة الوطنية للانتخابات.

(٣) المادة (٢٣) من القانون رقم (١٩٨) لسنة ٢٠١٧م بإصدار الهيئة الوطنية للانتخابات.

(٤) المادة (٢٤) من القانون رقم (١٩٨) لسنة ٢٠١٧م بإصدار الهيئة الوطنية للانتخابات.

ولا يجوز أن يكون رئيس أي لجنة عامة أو فرعية أو لجان المتابعة، أو أحد أعضائها، قريباً لأحد المترشحين في نطاق الدائرة التي تقع فيها اللجنة، وعليه في هذه الحالة إخطار رئيس المجلس كتابة بذلك عند تقديم أوراق الترشح، ويتم في هذه الحالة نذب أي من المشار إليهم خارج نطاق الدائرة الانتخابية.

في حالة مخالفة أحد أعضاء الجهات والهيئات القضائية العاملين بالهيئة أو المنتدبين لها، لأي من الالتزامات الواردة في المواد (٢٢، ٢٣، ٢٤) من هذا القانون، يتولى مجلس القضاء، الأعلى والمجالس الخاصة العليا لهذه الجهات والهيئات بحسب الأحوال، اتخاذ الإجراءات المقررة في قوانينها (١).

ويُعد العاملون في الهيئة، من غير أعضاء الجهات والهيئات القضائية، في حكم الموظف العام في مجال تطبيق قانون العقوبات.

د- ضمانات رئيس وأعضاء المجلس وأعضاء الجهاز.

لا يجوز إنهاء نذب رئيس وأعضاء المجلس، أو إعفاء المدير التنفيذي ونوابه من مناصبهم، إلا في الأحوال الآتية:-

١- طلب إنهاء النذب أو تقديم الاستقالة كتابة.

٢- فقد أحد شروط الصلاحية لوظيفته الأصلية.

٣- الإخلال بأي من واجبات وظيفته المنصوص عليها في هذا القانون، أو القيام بأي عمل من شأنه الإضرار بالمصالح العليا للبلاد (٢).

وفي جميع الأحوال، لا يجوز إنهاء النذب في الحالتين المنصوص عليهما في البندين (٢ ، ٣) من هذه المادة، إلا بعد صدور قرار من مجلس القضاء الأعلى أو المجالس الخاصة أو العليا للجهات والهيئات القضائية التي ينتمي إليها العضو، بحسب الأحوال، بثبوت مسؤليته أو فقدته أحد شروط الصلاحية، وذلك بعد اتخاذ الإجراءات المقررة في قوانينها.

لا يجوز إعفاء أي من العاملين بالهيئة الوطنية للانتخابات، من غير أعضاء الجهات والهيئات القضائية من وظيفته، إلا وفقاً لأحكام المساءلة التأديبية المنصوص عليها في قانون الخدمة المدنية (٣).

- (١) المادة (٢٥) من القانون رقم (١٩٨) لسنة ٢٠١٧م بإصدار الهيئة الوطنية للانتخابات.
- (٢) المادة (٢٦) من القانون رقم (١٩٨) لسنة ٢٠١٧م بإصدار الهيئة الوطنية للانتخابات.
- (٣) المادة (٢٧) من القانون رقم (١٩٨) لسنة ٢٠١٧م بإصدار الهيئة الوطنية للانتخابات.

ز- الضبطية القضائية.

تمنح صفة الضبطية القضائية في الجرائم المنصوص عليها في قانون تنظيم مباشرة الحقوق السياسية، وفي أي من القوانين ذات الصلة، أثناء الاستفتاءات والانتخابات لكل من (١):-

- ١- رئيس وأعضاء مجلس إدارة الهيئة.
- ٢- المدير التنفيذي ونوابه وأعضاء الجهاز التنفيذي للهيئة والعاملين به.
- ٣- الأعضاء.

ثانياً:- الإشراف القضائي على الانتخابات.

بعد موافقة مجلس النواب المصري، خلال الجلسة العامة برئاسة رئيس المجلس، وذلك وفقاً لنص المادة (٣٤) من قانون الهيئة الوطنية للانتخابات، وبشأن تقييد الإشراف القضائي، بمدة عشر سنوات، إعمالاً للنص الدستوري وفقاً للمادة (٢١٠) من دستور ٢٠١٤م وقد كان الرأي من قبل الفقيه الدستوري الدكتور/ صلاح الدين فوزي " إن موافقة مجلس النواب على المادة رقم (٣٤) من مشروع قانون الهيئة الوطنية للانتخابات، والخاصة بإلغاء الإشراف القضائي على الانتخابات قرار دستوري بامتياز، موضحاً أنه لا يوجد في أي دولة في العالم تضع خلف كل صندوق اقتراع قاضي، على اعتبار أن إلغاء الإشراف القضائي على الانتخابات يمكن القضاة من ممارسة عملهم في نظر القضايا بدون تأجيلات بسبب الانتخابات، خاصة في ظل إصرار الدولة على سرعة إجراءات التقاضي، مؤكداً أن ابتعاد القضاة عن الإشراف على الانتخابات قرار صائب يصب في مصلحة الجميع، بعيداً عن التشكيك في ذمة الموظفين، متابِعاً " (٢) أن هذا القرار سيعظم من الثقة ويشيع حسن الظن ويلغي التمييز بين الوظائف المختلفة".

وأضاف الدكتور/ صلاح الدين فوزي، أن المادة رقم (٢١٠) من دستور ٢٠١٤م، تنص على " يتولى إدارة الاقتراع، والفرز في الاستفتاءات، والانتخابات أعضاء تابعون للهيئة تحت إشراف مجلس إدارتها. ويتم الاقتراع، والفرز في الانتخابات والاستفتاءات التي تجرى في السنوات العشر التالية لتاريخ العمل بهذا الدستور، تحت إشراف كامل من أعضاء الجهات والهيئات القضائية، وذلك على النحو المبين بالقانون. وتختص المحكمة الإدارية العليا بالفصل في الطعون على قرارات الهيئة المتعلقة بالاستفتاءات والانتخابات الرئاسية والنيابية ونتائجها، ويكون الطعن على

انتخابات المحليات أمام محكمة القضاء الإداري. ويحدد القانون مواعيد الطعن على هذه القرارات على أن يتم الفصل فيه بحكم نهائي خلال عشرة أيام من تاريخ قيد الطعن" (٣).

(١) المادة (٢٨) من القانون رقم (١٩٨) لسنة ٢٠١٧م بإصدار الهيئة الوطنية للانتخابات.

(٢) الموقع الرسمي لمجلس النواب المصري، <http://www.parliament.gov.eg>.

(٣) المادة رقم (٢١٠) من الدستور المصري لسنة ٢٠١٤م.

ويعود تاريخ الإشراف القضاء المصري في الإشراف والرقابة على الانتخابات الرئاسية إلى عام ١٨٦٦ بانتخاب مجلس شورى النواب في عهد الخديوي إسماعيل ومنذ ذلك التاريخ كلفت وزارة الداخلية بالإشراف على العملية الانتخابية برمتها، وبالرغم من نص دستور ١٩٧١م في مادته (٨٨) على إشراف أعضاء الهيئات القضائية على الاقتراع والفرز إلا أن الإشراف ظل مقصوراً على وزارة الداخلية وكان يندب وزيرها بعضاً من أعضاء الهيئات القضائية للإشراف على اللجان العامة وعلى بعض اللجان الفرعية.

واقصر دور الإشراف القضائي على الانتخابات في مصر قبل حكم المحكمة الدستورية عام ٢٠٠٠م، على فرز الأصوات التي وصلت إليه فقط التي كانت من خلالها يكشف امتلاء صناديق الاقتراع ببطاقات انتخابية غير مطابقة، إلا أن حكم الدستورية فسّر الإشراف القضائي على الانتخابات في دستور ١٩٧١م بتخصيص قاض على كل صندوق.

المطلب الثاني

الجهة المختصة بتلقي طلب الترشح وإجراءات تقديمه وفحصه

وفيما يتعلق بالشروط الشكلية أو الإجراءات الخاصة بالترشح لعضوية مجلس النواب المصري فقد نص عليها المشرع في القانون رقم (٤٦) لسنة ٢٠١٤م بإصدار قانون مجلس النواب والقانون رقم (١٩٨) لسنة ٢٠١٧م في شأن الهيئة الوطنية للانتخابات وسوف نتطرق بشيء من التفصيل لهذه الإجراءات على النحو التالي:-

أ- لجنة تلقي طلبات الترشح لمجلس النواب.

تتولى لجنة تلقي طلبات الترشح التابعة للهيئة الوطنية للانتخابات في المحافظة باستلام طلبات الترشح المقدمة من الأحزاب عن طريق ممثل قانوني لكل قائمة حزبية، سواء كانت القائمة تتضمن مرشحين من حزب واحد أو أكثر، أو كانت مشكلة من مرشحين مستقلين غير منتمين لأحزاب أو كانت تجمع بينهما (١)، وذلك بطلب يقدم على النموذج الذي تعدّه اللجنة لذلك مصحوباً بالمستندات التي تحددها اللجنة لإثبات صفة كل مترشح، ويقدم طلب الترشح في الدائرة المخصصة للانتخاب بالنظام الفردي كتابته للجنة المعنية خلال المدة التي تحددها اللجنة، على ألا تقل عن خمسة أيام من فتح باب الترشح ويكون طلب الترشح مصحوباً بالمستندات الآتية:-



- ١- بيان يتضمن السيرة الذاتية للمرشح، وبصفة خاصة خبرته العلمية والعملية.
- ٢- صحيفة الحالة الجنائية لكل مرشح القوائم موشحي الفردي.
- ٣- بيان ما إذا كان المرشح مستقلاً، أو منتمياً إلى حزب، واسم الحزب المنتمي له.
- ٤- إقرار ذمة مالية للمرشح ولزوجته وأولاده القصر.
- ٥- الشهادة الدراسية الحاصل عليها.

(١) المادة (١٠) من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٤٦ لسنة ٢٠١٤م بإصدار قانون مجلس النواب.

- ٦- شهادة تأدية الخدمة العسكرية، أو ما يفيد الإعفاء منها طبقاً للقانون.
- ٧- إيصال بإيداع مبلغ ثلاثة آلاف جنية، يودع بخزانة المحكمة الابتدائية والمختصة بصفة تأمين للنظام الفردي.
- ٨- المستندات الأخرى التي تحددها الهيئة الوطنية للانتخابات لإثبات توفر الشروط التي يتطلبها القانون للترشح. وتنظم اللجنة كيفية نشر البيانات اللازمة لكفالة الحق في المعرفة.
- وتسري الأحكام المنصوص عليها في الفقرات السابقة على مترشيحي القوائم، على أن يتولي ممثل القائمة الانتخابية اتخاذ إجراءات ترشحهم بطلب يقدم على النموذج الذي تعده الهيئة الوطنية للانتخابات، مصحوباً بالمستندات التي تحددها اللجنة لإثبات صفة كل مترشح القائمة، وإيصال مبلغ ستة آلاف جنية بصفه تأمين للقائمة المخصص لها (١٥) مقعداً ويزاد هذا المبلغ إلى ثلاثة أضعاف للقائمة المخصص لها (٤٥) مقعداً (١).
- ألزمت المادة رقم (١٠) من قانون مجلس النواب، طالب الترشح بأن يرفق بطلب الترشح إيصال إيداع مبلغ ثلاثة آلاف جنية بصفة تأمين، والغاية من هذا التأمين كما أوضحتها المادة (٢٦) من القانون ذاته هو خصم تكاليف إزالة الملصقات الانتخابية، على أن يرد هذا المبلغ أو المتبقي منه بعد خصم تلك التكاليف إلى المترشح، ولقد جاء تقدير المشرع في كل هذا قائماً على أسس موضوعية، هادفاً إلى تحقيق غايات لا خلاف حول مشروعيتها (٢).
- وإن من اختصاصات الهيئة الوطنية للانتخابات تتمثل في فتح باب الترشح، وتحديد المواعيد الخاصة به، والإجراءات والمستندات والأوراق المطلوب تقديمها عند الترشح. (٣).
- ونحن نرى من أن مبلغ التأمين الخاص بالقوائم كان يتعين أن يكون متناسباً مع ما هو مقرر للمرشح الفردي الذي يتم دفع ثلاثة آلاف جنية للمترشح الفردي ومن ثم فإن القائمة المخصص لها خمسة عشر مقعداً يكون التأمين الخاص بها خمسة وأربعون ألف جنية وكذلك بالنسبة للقائمة المخصص لها خمسة وأربعون مقعداً يكون التأمين الخاص بها مائة وخمسة وثلاثون ألف جنية.
- وتعتبر جميع الأوراق والمستندات التي تقدم أوراقاً رسمية في تطبيق أحكام قانون العقوبات ٣.



"مع عدم الإخلال بالقواعد والأحكام المنظمة لاستقالة رجال القوات المسلحة والشرطة وأعضاء المخابرات العامة وأعضاء الرقابة الإدارية، لا يجوز قبول أوراق ترشحهم أو ترشح أعضاء الهيئات القضائية أو الوزراء أو نوابهم أو المحافظين أو نوابهم أو رؤساء أو أعضاء الهيئات المستقلة أو الأجهزة الرقابية قبل تقديم استقالتهم من وظائفهم أو مناصبهم وتعتبر الاستقالة مقبولة من تاريخ تقديمها.

ويعتبر رؤساء وأعضاء مجالس إدارة الهيئات العامة وشركات القطاع العام وشركات قطاع الأعمال وكذلك العاملين في الجهاز الإداري للدولة أو في القطاع العام أو قطاع الأعمال العام في

(١) المادة (١٠) من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٤٦ لسنة ٢٠١٤م بإصدار قانون مجلس النواب.

(٢) أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء الخامس عشر، المجلد الأول، مرجع سابق، ص ٥٥٢.

(٣) المادة (٣) الفقرة (٤) من القانون رقم (١٩٨) لسنة ٢٠١٧م بإصدار الهيئة الوطنية للانتخابات.

إجازة مدفوعة الأجر من تاريخ تقديم أوراق ترشحهم حتى انتهاء الانتخابات(١)"

نرى هذا الأمر غير محمود للمشرع فكان يتعين أن يساوي هذه الفئة بالفئات المنصوص عليها في الفقرة السابقة ويطلب منهم تقديم استقالتهم وليس منحهم إجازة مدفوعة الأجر.

يحدد المترشح الدائرة التي يرشح فيها ولا يجوز لأحد أن يجمع بين الترشح في دائرتين بالنظام الفردي أو في قائمة انتخابية وعلى مقعد فردي، أو في أكثر من قائمة انتخابية فإن جمع بين أي منهما يعتد بالترشح الأخير بحسب الثابت في السجل المنصوص عليه في المادة رقم (١٤) من هذا القانون(٢).

"تفيد طلبات الترشح بحسب ساعة وتاريخ ورودها في سجلين يخصص أحدهما للمترشحين بالنظام الفردي، ويخصص الثاني لمترشحي القوائم وتعطي عنها إيصالات ويتبع في شأن تقديمها وحفظها الإجراءات التي تحددها الهيئة الوطنية للانتخابات(٣)"

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها على هذه الإجراءات بقولها:- "تقدم طلبات الترشح ويتم فحصها بمعرفة اللجان المشكلة لهذا الغرض في مقار الوحدات المحلية بالطريقة التي يعينها المحافظ بقرار منه وذلك لمدة عشرة أيام على الأقل بعد انتهاء الميعاد المحدد للترشح- لكل مرشح لم يدرج اسمه ضمن هذه الكشوف أن يتظلم إلى اللجنة المشكلة لفحص الاعتراضات ثم تفرغ أسماء المرشحين من واقع الكشوف في بطاقات الاقتراع والتي يفرغ فيها الناخب صوته الانتخابي"(٤).

ب- لجنة فحص طلبات الترشح لمجلس النواب.

تنولي فحص طلبات الترشح والبيت في صفة المترشح من واقع المستندات التي يقدمها طبقاً لحكام المادة رقم (١٠) من هذا القانون، وإعداد كشوف المترشحين، لجنة أو أكثر في كل محافظة برئاسة قاضي بدرجة رئيس المحكمة الابتدائية من الفئة (أ) وعضوية قاضيين بالمحاكم الابتدائية يختارهم مجلس القضاء الأعلى، ويتولي الأمانة الفنية للجنة ممثل لوزارة الداخلية يختاره وزيرها (٥). حيث يتم تشكيلها بقرار من رئيس الهيئة الوطنية للانتخابات.

وإن من اختصاصات الهيئة الوطنية للانتخابات تلقي طلبات الترشح، وفحصها، والتحقق من استيفائها للشروط المطلوبة، والبيت فيها، وإعلان أسماء المترشحين(٦).

(١) المادة (١١) من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٤٦ لسنة ٢٠١٤م بإصدار قانون مجلس النواب.

(٢) المادة (١٢) من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٤٦ لسنة ٢٠١٤م بإصدار قانون مجلس النواب.

(٣) المادة (١٤) من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٤٦ لسنة ٢٠١٤م بإصدار قانون مجلس النواب.

(٤) راجع في تفاصيل ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في القضية رقم ١٤٥٣٣ لسنة ٢٠١٤م بق جلسة ١٥/٤/٢٠٠٣م.

(٥) المادة (١٥) من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٤٦ لسنة ٢٠١٤م بإصدار قانون مجلس النواب.

(٦) المادة (٣) الفقرة (٥) من القانون رقم (١٩٨) لسنة ٢٠١٧م بإصدار الهيئة الوطنية للانتخابات.

١٤

مع مراعاة ما هو منصوص عليه في المادة رقم (١٠) من هذا القانون، يعرض في اليوم التالي لإقفال باب الترشيح، بالطريقة وفي المكان الذي تعينه الهيئة الوطنية للانتخابات، كشفاً يخصص أولهما لمرشحي المقاعد الفردية وثانيهما لمرشحي القوائم، ويتضمن الكشفان أسماء

المرشحين والصفة التي ثبتت لكل منهما كما يحدد في الكشف الأول اسم القائمة التي ينتمي إليها المترشح ويستمر عرض الكشفين للأيام الثلاثة التالية، وتنتشر الهيئة الوطنية للانتخابات خلال الميعاد ذاته أسماء المترشحين كل في دائرته الانتخابية في صحيفتين يوميتين واسعتي الانتشار (١).

ولكل من تقدم للترشح ولم يرد اسمه في الكشف المعد لذلك أن يطعن على قرار اللجنة المنصوص عليها في المادة رقم (١٥) من هذا القانون بعدم إدراج اسم أي من المترشحين أو بإثبات صفة غير صحيحة أمام اسمه أو اسم غيره من المترشحين في الكشف المدرج فيه اسمه.

وأكدت المحكمة الإدارية العليا في حكمها أن البطلان هو مصير الانتخابات التي يغفل فيها إدراج أسم مرشح، فقد جاء أنه " إذا أغفلت الجهة الإدارية إدراج أسم أحد المرشحين أو بعضهم الواردة في الكشف النهائية المشار إليه ضمن بطاقات الاقتراع وأجريت الانتخابات بالرغم من ذلك فإنها تكون قد أجريت على خلاف أحكام القانون وغير جديرة بالحماية القانونية وعلى القضاء إذا ما عرض عليه أمر هذه الانتخابات أن يهدرها ويعدم أي أثر قانوني لها " (٢).

وسوف نتناول موضوع الطعون الانتخابية بالتفصيل في الفصل الرابع من هذا البحث.

" ويكون لكل مترشح أو حزب له مترشحون بالدائرة الانتخابية ولممثلي القوائم بالدائرة ذاتها الحصول من الهيئة الوطنية للانتخابات أو الجهة أو الجهات التي تحددها على بيان بأسماء الناخبين في هذه الدائرة على قرص مدمج يتضمن اسم الناخب ولجنته الانتخابية ورقمه فيها مقابل أداء رسم مقداره مائتا جنية (٣).

ويسلم القرص المدمج إلى الطالب خلال ثلاثة أيام على الأكثر من تاريخ تقديم الطلب بشرط سداد الرسم.

" لكل مترشح أن يتنازل عن الترشيح بإعلان على يد محضر أو أي وسيلة رسمية أخرى تحددها الهيئة الوطنية للانتخابات إلى لجنة انتخابات المحافظة قبل يوم الانتخابات بخمسة عشر يوماً على الأقل ويثبت التنازل أمام أسماء في كشف المترشحين في الدائرة إذا كان قد قيد في هذا الكشف.

ويجوز التعديل في مترشحي القائمة أو التنازل عن الترشيح منها بطلب يقدم إلى الهيئة الوطنية للانتخابات من ممثل القائمة قبل الانتخابات بخمسة عشر يوماً على الأقل.

وهذا ما أكده قانون الهيئة والممثل في إعداد القائمة النهائية للمترشحين وإعلانها، وإعلان ميعاد التنازل عن الترشيح وإجراءاته (٤).

- (١) المادة (١٦) من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٤٦ لسنة ٢٠١٤م بإصدار قانون مجلس النواب.
- (٢) د. منصور محمد محمد الواسعي: حقا الانتخاب والترشح وضماناتها، مرجع سابق، ص ٥١٤.
- (٣) المادة (١٨) من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٤٦ لسنة ٢٠١٤م بإصدار قانون مجلس النواب.
- (٤) المادة (٣) الفقرة (٢١) من القانون رقم (١٩٨) لسنة ٢٠١٧م بإصدار الهيئة الوطنية للانتخابات.
- وتنشر الهيئة الوطنية للانتخابات التنازل عن الانتخاب الفردي أو التعديل والتنازل في القوائم وذلك في صحتين يوميتين واسعتي الانتشار قبل الموعد المحدد للانتخابات بعشرة أيام ويعلن التنازل عن الترشيح يوم الانتخابات على باب اللجان الفرعية (١)"

المطلب الثالث

الدعاية الانتخابية

أصبح للدعاية الانتخابية في الوقت الراهن وخاصة نتيجة التطور السريع في تكنولوجيا الإعلام والانتشار الواسع النطاق لوسائله والذي شهد تقدماً ملحوظاً منذ العقود الأولى من القرن العشرين والذي كان له آثار ملموسة في المساهمة في إضفاء الكثير من الفاعلية على عملية الدعاية الانتخابية، والذي بات مع التطور سهلاً ميسوراً بحيث لا يجد أي سياسي حاذق صعوبة تذكر في إدراك أهمية تلك الوسائل المستحدثة بالنسبة للدعاية، حيث يستطيع أي مرشح إذا ما أحسن

استخدامه تدعيم فرصته في الفوز، أما إذا لم يحسن هذا الاستعمال فإن فرص تحقيق الفوز تكاد أن تكون منعدمة، حيث يستطيع المرشح من خلال الدعاية الانتخابية تعريف جمهور الناخبين بنفسه وبشخصيته ورؤيته حول حل مشاكلهم وهمومهم وشرح برنامجه السياسي من خلالها.

ويعرفها أحد الفقه العربي بأنها " محاولة التأثير في الجماهير عن طريق عواطفهم ومشاعرهم والسيطرة على سلوكهم لتحقيق أهداف معينة قد تكون سليمة أو غير سليمة أو ذات قيمة مشكوك فيها مع التضحية بكل شيء في سبيل تحقيقها" (٢).

بينما يعرفها البعض الآخر بأنها " مجموعة الأعمال التي يقوم بها الحزب أو المرشح بهدف إعطاء صورة حسنة لهيئة الناخبين من خلال البرنامج الانتخابي له، ومحاولة التأثير فيهم بكل الإمكانيات المتاحة من خلال قنوات الاتصال بالجماهير من أجل الفوز في الانتخابات" (٣).

فلكل حزب وكل مرشح الحق في الدعاية الانتخابية اللازمة له وأساس ذلك أن هذه الدعاية مرتبطة بالحق في الترشيح لكي يتصل المرشح بجماهير الناخبين لعرض أفكاره وبرنامجه الانتخابي (٤)، ولكي يتعرف الناخبون على شخصية المرشح بما يؤهل للاختيار الصحيح – فالدعاية الانتخابية تعد من الضمانات الأساسية لتحقيق العملية الانتخابية – لا يسوغ لجهة الإدارة أن تحجب عن أي مرشح الحق في هذه الدعاية مادام أنه لم يخرج عن الضوابط المقررة لها وإلا كان ذلك اعتداء غير مشروع على هذا الحق يستوجب رقابة القضاء لرفعه (٥).

- (١) المادة (٢٠) من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٤٦ لسنة ٢٠١٤م بإصدار قانون مجلس النواب.
- (٢) د. حسين محمد مصلح، د. عوني سالم النقراشي، الانتخابات البرلمانية وفقاً لقانون ٤٦ لسنة ٢٠١٤م في شأن انتخاب مجلس النواب، مرجع سابق، ص ١٣٢.
- (٣) د. عبد الحكيم فوزي سعودي: ضمانات الأشراف والرقابة على الانتخابات دراسة مقارنة بالنظام الفرنسي، مرجع سابق، ص ١٦٨.
- (٤) د. منصور محمد محمد الواسعي: حق الانتخاب والترشح وضماداتها، مرجع سابق، ص ٥١٨.
- (٥) محكمة القضاء الإداري جلسة ١١/٥/٢٠٠٠م طعن رقم ٥٦٦ لسنة ٥٥ قضائية - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري في شأن الطعون الانتخابية- إصدار المكتب الفني من أول أكتوبر ٢٠٠٠م إلى آخر أبريل.

وسف يتناول الباحث الدعاية الانتخابية وفقاً للقانون رقم (٤٥) لسنة ٢٠١٤م بإصدار قانون تنظيم مباشرة الحقوق السياسية على النحو الآتي:-

أ- الحق في الدعاية.

تنص المادة التاسعة عشر من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٤٦ لسنة ٢٠١٤م بإصدار قانون مجلس النواب بأنه " يتعين الالتزام في الدعاية الانتخابية بمبادئ الدستور على الوجه المبين بالفصل الرابع من قانون مباشرة الحقوق السياسية "(١).

وقد تم التطرق للدعاية الانتخابية من حيث اختصاصات الهيئة والمتمثل في تحديد ضوابط الدعاية الانتخابية، والتمويل والإنفاق الانتخابي والإعلان عنه، والرقابة عليها، وتحديد تاريخ بدء الحملة الانتخابية ونهايتها(٢).

وتنص المادة (٢٣) من القانون رقم ٤٥ لسنة ٢٠١٤م بإصدار قانون تنظيم مباشرة الحقوق السياسية على أنه:- " لكل مرشح الحق في إعداد وممارسة دعاية انتخابية لمخاطبة الناخبين لإقناعهم ببرنامجه الانتخابي، وذلك بكل الطرق التي يجيزها القانون وفي إطار القواعد التي تضعها الهيئة الوطنية في هذا الشأن(٣).

ويجوز للمترشح أن يخطر اللجنة العليا باسم شخص يمثله لديها يعهد إليه بمسئولية الإدارة الفعلية للدعاية الانتخابية.

وعن دور القضاء المصري في هذه المرحلة من الانتخابات نجد أن هناك مبادئ قد أرسنها محكمة القضاء الإداري يستعان ويستهدى بها في هذا الصدد منها جلسة خمسة نوفمبر ٢٠٠٠م في الدعوى رقم ٥٦٦ لسنة ٥٥ق:-

" أن المشرع كفل لكل من الأحزاب السياسية وكذلك لكل مرشح من المرشحين لعضوية مجلس الشعب، الحق في عمل الدعاية الانتخابية اللازمة، وذلك على أساس أن هذه الدعاية مرتبطة بالحق



في الترشح وأنه بدونها لا يتسنى للمرشح الاتصال بجماهير الناخبين في الدائرة المرشح لها وعرض أفكاره وبرنامجه الانتخابي عليهم، كما يتسنى للناخبين بدورهم التعرف على شخصية المرشح بما يؤهل للاختيار الصحيح له" (٤).

ب- مدة الدعاية والصمت الدعائي.

" تبدأ الدعاية الانتخابية من تاريخ إعلان القائمة النهائية للمرشحين حتى الساعة الثانية عشرة ظهراً من اليوم السابق على التاريخ المحدد للاقتراع، وفي حالة انتخابات الإعادة تبدأ في اليوم التالي لإعلان نتيجة الاقتراع في الجولة الأولى وحتى الساعة الثانية عشرة ظهراً اليوم السابق على التاريخ المحدد للاقتراع في انتخابات الإعادة" (٥).

(١) المادة (١٩) من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٤٦ لسنة ٢٠١٤م بإصدار قانون مجلس النواب.

(٢) المادة (٣) الفقرتين (١٢،١١) من القانون رقم (١٩٨) لسنة ٢٠١٧م بإصدار الهيئة الوطنية للانتخابات.

(٣) المادة (٢٣) من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٤٥ لسنة ٢٠١٤م بإصدار قانون مباشرة الحقوق السياسية.

(٤) محكمة القضاء الإداري جلسة ٢٠٠٠/١١/٥م طعن رقم ٥٦٦ لسنة ٥٥ قضائية - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري في شأن الطعون الانتخابية- إصدار المكتب الفني من أول أكتوبر ٢٠٠٠م إلى آخر أبريل.

(٥) المادة (٢٤) من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٤٥ لسنة ٢٠١٤م بإصدار قانون مباشرة الحقوق السياسية.



وتحظر الدعاية الانتخابية في غير هذه المواعيد بأية وسيلة من الوسائل.

وقد حددت مدة الدعاية الانتخابية من الهيئة الوطنية للانتخابات بمدة (١٨) يوماً تبدأ من يوم ٢٩ سبتمبر وتنتهي في ١٦ أكتوبر ٢٠١٥م أي قبل بدء الصمت الانتخابي حيث تبدأ عملية الانتخاب يوم ١٨، ١٩ أكتوبر داخل مصر، ويلاحظ أن المشرع قد حظر القيام بالدعاية الانتخابية مثله في ذلك مثل نظيره الفرنسي وذلك خلال اليومين السابقين على العملية الانتخابية وهذا من شأنه تحقيق عده فوائد(١):-

- ١- عدم التأثير في اتجاهات الناخبين التصويتية والذي يتخذ صور متعددة يوم الاقتراع.
 - ٢- الحد من ظاهرة تزامم المرشحين وأنصارهم أمام لجان الانتخاب الذي كثيراً ما كان عائقاً يحول دون قيام تلك اللجان بأعمالها على الوجه المطلوب.
 - ٣- الحد من أعمال البلطجة التي يقوم بها بعض أنصار المرشحين.
 - ٤- الحد من ظاهرة الرشوة الانتخابية التي يقوم بها بعض المرشحين في يومي الانتخاب حيث أن هذين اليومين هما المناسبان لتلك الظاهرة غير المشروعة.
 - غلق الأبواب أمام بعض المرشحين الذين يستخدمون أساليب غير مشروعة وغير أخلاقية في دعايتهم الانتخابية كالإشاعات مثلاً.
- ونحن نرى أن يثدد المشرع في القوانين للانتخابية على حظر استخدام المظاهرات في الحملات الانتخابية كنوع من الدعاية، وكذلك تجمعات أنصار المرشحين في الشوارع والميادين العامة، حتى لا يؤدي ذلك إلى استخدام العنف والمصادمات بين المواطنين.



ج - الحد الأقصى للإنفاق على الدعاية.

" يكون الحد الأقصى لما ينفقه كل مرشح في الدعاية الانتخابية في النظام الفردي خمسمائة ألف جنيه، ويكون الحد الأقصى للإنفاق في مرحلة الإعادة مائتي ألف جنيه.

ويكون الحد الأقصى لما ينفقه المترشحون على القائمة المخصص لها (١٥) مقعداً مليونين وخمسمائة ألف جنيه، ويكون الحد الأقصى للإنفاق في مرحلة الإعادة مليون جنيه، ويزاد الحدين المشار إليهما إلى ثلاثة أمثال للقائمة المخصص لها (٤٥) مقعداً" (٢).

حيث يلعب العنصر المالي دوراً غير مجهول فالمعلوم في أي حملة انتخابية أن وسائل الدعاية الانتخابية حالياً تحتاج إلى نفقات باهظة، ونظراً لاختلاف وتباين المراكز المالية للمرشحين، فإن من شأن ذلك الإخلال بمبدأ المساواة بين المرشحين على نحو غير مشكوك فيه، ومن ثم أصبحت الحاجة إلى تدخل المشرع لوضع تنظيم دقيق للعنصر المالي للدعاية وذلك بالطريقة التي تؤدي

(١) د. حسين محمد مصلح، د. عوني سالم النقراشي، الانتخابات البرلمانية وفقاً لقانون ٤٦ لسنة ٢٠١٤م في شأن انتخاب مجلس النواب، مرجع سابق، ص ١٤٤ - ١٤٥.

(٢) المادة (٢٥) من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٤٥ لسنة ٢٠١٤م بإصدار قانون مباشرة الحقوق السياسية المعدلة بقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٩٢ لسنة ٢٠١٥م.



إلى كفالة مبدأ المساواة بين المرشحين وتحقق تكافؤ الفرص فيما بينهم(١).

د- تلقي التبرعات.

للمترشح أن يتلقى تبرعات نقدية أو عينية من أي شخص طبيعي مصري، أو من الأحزاب المصرية، بشرط ألا يجاوز التبرع العيني والنقدي من أي شخص أو حزب عن (٥%) من الحد الأقصى المصرح به للإففاق على الدعاية الانتخابية(٢).

ويُحظر تلقي تبرعات بالزيادة على هذه النسبة ويلتزم المرشح بإخطار اللجنة العليا بأسماء الأشخاص والأحزاب التي تلقي منها تبرعات ومقدار التبرع.

وتحدد الهيئة الوطنية الإجراءات التي تتبع لتقدير القيمة النقدية للتبرعات العينية والتي يتعذر تقديم فاتورة معتمدة بقيمتها ولنا على هذا النص تحفظاً وهو أن المشرع قد خص بالجهات المتبرعة الطبيعيين ومنعها عن الأشخاص الاعتباريين كالشركات والجمعيات والنقابات عدا الأحزاب السياسية وهذا أمر يخالف مبدأ تكافؤ الفرص والمساواة بين الأشخاص الاعتباريين والأشخاص الطبيعيين هذا من جانب ومن جانب آخر فإن قيمة التبرع هي قيمة هزيلة لا ترقى لمستوى المساعدة في دعاية انتخابية على اعتبار أنه مبلغ لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يساعد المرشح أو القائمة على تخطي عملية الدعاية الانتخابية لذا نرى رفع هذه النسبة بما يتناسب مع نفقات الحملات الانتخابية من خلال إجراء مسح ميداني لهذه النفقات.



هـ - رصد أموال الدعاية في حساب بنكي.

يشترط لقبول أوراق الترشيح أن يقوم المرشح بفتح حساب بالعملة المحلية في أحد البنوك التي تحددها اللجنة العليا، يودع فيه ما يتلقاه من التبرعات النقدية وما يخصصه من أمواله، كما تقيد فيه القيمة النقدية للتبرعات العينية

وعلى البنك أو مكتب البريد والمرشح إبلاغ الهيئة أولاً بأول بما يتم إيداعه وقيدته في هذا الحساب ومصدرة، كما يقوم المرشح بإخطار الهيئة الوطنية بأوجه إنفاقه من هذا الحساب (٣)؛

وذلك خلال المواعيد ووفق الإجراءات التي تحددها.

ولا يجوز الإنفاق على الحملة الانتخابية من خارج هذا الحساب. وتتولى الهيئة الوطنية توزيع الرصيد المتبقي في ذلك الحساب.

(١) د. حسين محمد مصلح، د. عوني سالم النقراشي، الانتخابات البرلمانية وفقاً لقانون ٤٦ لسنة ٢٠١٤م في شأن انتخاب مجلس النواب، مرجع سابق، ص ١٤٦.

(٢) المادة (٢٦) من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٤٥ لسنة ٢٠١٤م بإصدار قانون مباشرة الحقوق السياسية.

(٣) المادة (٢٧) من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٤٥ لسنة ٢٠١٤م بإصدار قانون مباشرة الحقوق السياسية.



هذا النص جاء في نهايته بما يعني أن يقوم المترشح بإخطار الهيئة الوطنية بأوجه إنقاصه من هذا الحساب المودع لدى البنك خلال المواعيد وطبقاً لإجراءات التي تحددها الهيئة الوطنية للانتخابات وهذا أمر لا يمكن السيطرة عليه أو التأكد من صحته وكان الأجر بالمشروع ألا ينص على ذلك ويترك هذا الأمر والبحث فيه عندما يكون هناك مخالفة في ذلك وتم الإبلاغ عنها (١).

و- محظورات الدعاية الانتخابية.

يجب الالتزام في الدعاية أثناء الانتخابات والاستفتاءات بأحكام الدستور والقانون والقرارات التي تصدرها الهيئة الوطنية للانتخابات.

ويحظر بغرض الدعاية القيام بأي من الأعمال الآتية (٢):-

- ١- التعرض لحرمة الحياة الخاصة للمواطنين أو المرشحين.
- ٢- تهديد الوحدة الوطنية أو استخدام الشعارات الدينية أو التي تدعو للتمييز بين المواطنين أو تحض على الكراهية.
- ٣- استخدام العنف أو التهديد باستخدامه.
- ٤- استخدام المباني والمنشآت ووسائل النقل المملوكة للدولة أو لشركات القطاع العام وقطاع الأعمال العام. ومقار الجمعيات والمؤسسات الأهلية.
- ٥- استخدام المرافق العامة ودور العبادة والجامعات والمدارس والمدن الجامعية وغيرها من مؤسسات التعليم العام والخاصة.
- ٦- إنفاق الأموال العامة أو أموال شركات القطاع العام أو قطاع الأعمال العام أو الجمعيات والمؤسسات الأهلية.



٧- الكتابة بأية وسيلة على جدران المباني الحكومية أو الخاصة.

٨- تقديم هدايا أو تبرعات أو مساعدات نقدية أو عينية أو غير ذلك من المنافع أو الوعد بتقديمها سواء أكان ذلك بصورة مباشرة أم غير مباشرة.

وحظرت القوانين الانتخابية المرشح إزاء حملته الانتخابية بعدم إطلاق إشاعات كاذبة عن سلوك وتصرفات المرشحين الآخرين، حيث يقوم بعض المرشحين بإطلاق بعض الشائعات الكاذبة وإقناع جمهور الناخبين بها، حتى يجذب إليه جمهور الناخبين، ومن ناحية أخرى ينفر الناخبين من المرشح الآخر وإبعادهم عنه (٣).

(١) د. حسين محمد مصلح، د. عوني سالم النقراشي، الانتخابات البرلمانية وفقاً لقانون ٤٦ لسنة ٢٠١٤م في شأن انتخاب مجلس النواب، مرجع سابق، ص ١٤٩.

(٢) المادة (٣١) من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٤٥ لسنة ٢٠١٤م بإصدار قانون مباشرة الحقوق السياسية.

(٣) د. عبد الحكيم فوزي سعودي: ضمانات الأشراف والرقابة على الانتخابات دراسة مقارنة بالنظام الفرنسي، مرجع سابق، ص ١٧٧.



ز - حظر استغلال صلاحيات الوظيفة العامة في الدعاية.

يُحظر على شاغلي المناصب السياسية وشاغلي وظائف الإدارة العليا في الدولة، الاشتراك بأية صورة من الصور في الدعاية الانتخابية بقصد التأثير الايجابي أو السلبي على نتيجة الانتخابات أو على نحو يخل بتكافؤ الفرص بين المرشحين(١).

ح - حظر تلقي تبرعات من جهات محده.

بمراعاة ما ورد في المادة (٢٦) من هذا القانون يُحظر تلقي أية مساهمات أو دعم نقدي أو عيني للإففاق على الدعاية الانتخابية لمرشح أو للتأثير في اتجاهات الرأي العام لتوجيه لإبداء الرأي على نحو معين في موضوع مطروح للاستفتاء؛ وذلك من أي من الجهات الآتية(٢):-

١- شخص اعتباري مصري أو أجنبي.

٢- دولة أو جهة أجنبية أو منظمة دولية.

٣- كيان يساهم في رأسماله شخص مصري أو أجنبي طبيعي أو اعتباري أو أية جهة أجنبية أيا كان شكلها القانوني.

خ - ضوابط التغطية الإعلامية.

يجب على وسائل الإعلام المرخص لها بالعمل في مصر، عند قيامها بتغطية إعلامية للانتخابات أو الاستفتاء، أن تُراعي الموضوعية وفقاً للأصول المهنية المتعارف عليها، وأن يأتي التغطية في نطاق إلقاء الضوء على البرامج الانتخابية للمرشحين أو مناقشة موضوعية ومحايدة للموضوع المطروح للاستفتاء.

وفي هذا المجال يجب عليها وبصفة خاصة الالتزام بالآتي (٣):-

- ١- عدم خلط الرأي بالخبر، وعدم خلط الخبر بالإعلان.
- ٢- مراعاة الدقة في نقل المعلومات، وعدم تجهيل مصادرها.
- ٣- استعمال عناوين معبرة عن المتن.
- ٤- عدم نشر صور بعيدة الصلة عن موضوع التغطية.
- ٥- عدم الخلط بين المسميات أو التعميم غير الجائز أو اقتطاع جمل من الأقوال بالمخالفة لمتن هذه الأقوال.
- ٦- عدم سؤال الناخب عن المرشح الذي سينتخبه أو ينتخبه، أو سؤاله عن الرأي الذي سيبيده في الاستفتاء.

- (١) المادة (٣٤) من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٤٥ لسنة ٢٠١٤م بإصدار قانون مباشرة الحقوق السياسية.
- (٢) المادة (٣٥) من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٤٥ لسنة ٢٠١٤م بإصدار قانون مباشرة الحقوق السياسية.
- (٣) المادة (٣٢) من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٤٥ لسنة ٢٠١٤م بإصدار قانون مباشرة الحقوق السياسية.



- ٧- عدم إجراء أي استطلاع رأي أمام لجان الانتخابات أو الاستفتاء أو في نطاق جمعية الانتخاب.
 - ٨- الكشف المسبق عن الهوية الانتخابية للضيوف أو تحيزاتهم الفكرية بشأن الموضوع محل الاستفتاء.
 - ٩- عدم توجيه أسئلة إباحية ذات تحيز واضح.
 - ١٠- عدم الانتقاص من حق كل طرف في الرد أو التعليق على ما يتعرض له من هجوم أو مدح.
 - ١١- عدم نشر إعلانات مجانية أو بمقابل للمرشح أو لمن يجاهر برأيه بشأن الاستفتاء وذلك بعد الميعاد المحدد قانوناً للدعاية.
 - ١٢- عدم استخدام الشعارات الدينية لتأييد أو رفض مرشح أو موضوع معروض على الاستفتاء.
- إن الدعاية الانتخابية بمختلف وسائلها تعد من الضمانات الأساسية لتحقيق فاعلية العملية الانتخابية، ولا يسمح لجهة الإدارة أن تحجب عن أي مرشح الحق في هذه الدعاية ما دام لم يثبت أنه خرج على الضوابط المقررة لها إلا كان ذلك اعتداء غير مشروع على هذا الحق يستدعي رقابة القضاء لرفعة (١).

(١) محكمة القضاء الإداري جلسة ٢٠٠٠/١١/٥ م طعن رقم ٥٦٦ لسنة ٥٥ قضائية - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري في شأن الطعون الانتخابية- إصدار المكتب الفني من أول أكتوبر ٢٠٠٠ م إلى آخر أبريل.

المبحث الثاني

إجراءات الترشح لعضوية مجلس عُمان (الدولة والشورى)

تمهيد وتقسيم:

ويعتبر حق الانتخاب والترشح مرآة كاشفه لمدى ما وصلت إليه الدول من تقدم في مجال التجربة الشورية، ولا يكفي القول بوجود هذه الحقوق مجرد النص عليها في الدساتير، وإنما يجب أن تكون هذه القوانين ممكنة التطبيق في الواقع العملي حتى تضمن مشاركة أكثر أتساعاً.

ومن مقتضى الأسس الديمقراطية في تكوين السلطة التشريعية أن يتم إتاحة الفرصة كاملة لسائر المواطنين على قدم المساواة لا كتساب صفه المرشح إذا ما أعلنوا عن رغبتهم في ذلك، إلا أن عمومية الترشح على هذا النحو هو أمر يستحيل تحقيقه، إذ تتطلب بعض الاعتبارات القانونية والسياسية والاجتماعية أحياناً تحديد بعض الشروط الموضوعية والشكلية غير المنافية لمقتضيات مبادئ المساواة والمواطنة والديمقراطية، والتي من شأنها الحد من دائرة من يمكنهم التقدم للترشح في انتخابات هذه المجالس النيابية، بما يؤدي إلى حرمان البعض من الحق في الترشح(١).

بما أن مجلس الدولة يتكون من أعضاء يعينون من السلطان ويجب أن لا يزيد عددهم بالرئيس عن عدد أعضاء مجلس الشورى(٢)، فإن الدراسة في هذا المبحث سوف تقتصر على إجراءات الترشح لعضوية مجلس الشورى فقط على النحو الآتي:-

المطلب الأول:- إجراءات الترشح لعضوية مجلس الشورى.

المطلب الثاني:- الدعاية الانتخابية لعضوية مجلس الشورى.

(١) د. شهاب بن أحمد بن علي الجابري: شرح قانون انتخابات أعضاء مجلس الشورى العماني، مرجع سابق، ص ١٢٤.

(٢) المادة (٥٨) مكرراً من النظام الأساسي للدولة.

المطلب الأول

إجراءات الترشح لعضوية مجلس الشورى

تمر عملية الترشح لعضوية مجلس الشورى بعدد من الإجراءات تبدأ منذ لحظة تحديد موعد تقديم طلب الترشح، وحتى إعلان القوائم النهائية بأسماء المرشحين، إلى غير ذلك من إجراءات تتعلق بتحديث بيانات المرشح وسحب طلبه وترشحه.

وقد نظم قانون انتخابات أعضاء مجلس الشورى هذه الإجراءات في المواد من (٣٥) وحتى (٤٢)، ولذلك من الأهمية بمكان الوقوف على هذه الإجراءات على النحو الآتي:-

أ- تقديم الطلب والجهة المختصة بتلقيه.

حدد قانون انتخابات أعضاء مجلس الشورى عدد من الإجراءات لتنظيم عملية تقديم طلبات الترشح بحيث تبدأ بصدور قرار من وزير الداخلية بتحديد موعد بدء وانتهاء فترة الترشح (١)، والتي حولت وزير الداخلية إصدار قرار بتحديد موعد بدء وانتهاء تقديم طلبات الترشح وموعد سحبها، شريطة نشر هذا القرار في الجريدة الرسمية وفي صحيفتين يوميتين على الأقل.

ويعتبر الإجراء المتعلق بتحديد ميعاد معين لتقديم طلبات الترشح من أهم الإجراءات المتعلقة بحق الترشح، بحيث يترتب على عدم التقدم بالطلب خلال الموعد المحدد تفويت المواطن لحقه في الترشح، وعادة ما تكون فترة فتح باب الترشح أسبوعين وهي فترة معقولة لكل من يرغب في الترشح لعضوية مجلس الشورى أن يقدم طلبه خلالها، إذا ما أخذنا في الاعتبار بأن القرار الخاص بتحديد هذه الفترة يصدر قبل المدة المحددة لتقديم الطلبات بوقت كافي (٢).

وأجازت المادة المشار إليها أعلاه لوزير الداخلية - عند الاقتضاء - إصدار قرار بمد المواعيد المشار إليها أو تحديد مواعيد جديدة في ولاية أو أكثر مع مراعاة نشر تلك المواعيد وفقاً للحكم السابق، وهذا الاستثناء جاء لمعالجة بعض الظروف التي تطرأ خلال فترة الترشح المحددة كظروف استثنائية طارئة بسبب الأحوال الجوية على سبيل المثال، أو قد لا يتقدم أحد في ولاية معينة خلال الميعاد، فهنا يجوز فتح ميعاد جديد للترشح في هذه الولاية.

ويقدم طلب الترشح من المواطن الذي يرغب في الترشح لعضوية مجلس الشورى، ويجوز تقديم الطلب من وكالة القانوني(٣).

ويقدم الطلب إلى والي الولاية التي يرغب المواطن في الترشح عنها أو نائب الوالي في نفس الولاية، ولمعالجة وضع الولايات التي قد لا يوجد بها والي أو نائب والي لأي سبب كان، وحرصاً من المشرع في التقيد بالمواعيد القانونية لتقديم طلبات الترشح، بحيث تكون موحدة في جميع الولايات، فقد أجاز لوزير الداخلية تفويض من يراه لاستلام الطلب، ويكون تقديم الطلب

(١) المادة (٣٥) من المرسوم السلطاني رقم (٢٠١٣/٥٨م) بإصدار قانون انتخابات أعضاء مجلس الشورى.

(٢) د. شهاب بن أحمد بن علي الجابري: شرح قانون انتخابات أعضاء مجلس الشورى العماني، مرجع سابق، ص ١٤٥.

(٣) المادة (٣٦) من المرسوم السلطاني رقم (٢٠١٣/٥٨م) بإصدار قانون انتخابات أعضاء مجلس الشورى.

وفقاً للنموذج الذي يعد لهذا الغرض، بحيث يشتمل على عدد من البيانات الشخصية لمقدم الطلب والتي تدور حول الشروط المحددة لذلك، ويحدد فيه المستندات التي ترفق مع الطلب (١).

ب- فحص طلب الترشح.

تمر عملية فحص طلبات الترشح بعدد من الإجراءات، حيث جاء النص " تتولي الوزارة تسلم طلبات الترشح لفحصها والتنسيق بشأنها مع الجهات المعنية (٢)"

فإن استخدام المشرع لمصطلح الفحص للدلالة على أكثر من معني، فهو يدل على التحقق من النواحي الشكلية لتقديم طلب الترشح من حيث تقديمه في الميعاد القانوني وعلى النموذج المعد لذلك والتأكد من استيفائه المستندات اللازمة، وأن يكون قد قدم إلى الجهة التي حددها القانون لاستلامه، بحيث يترتب على عدم مراعاة هذه الإجراءات عدم قبول طلب الترشح من الناحية الشكلية هذا من جانب، ومن جانب آخر التحقق من توافر شروط الترشح في مقدم الطلب من واقع المستندات المقدمة من حيث الجنسية والسن والقيود في السجل الانتخابي وغيرها من الشروط، وتلك التي يتطلب الأمر التحقق بشأنها بالتنسيق مع الجهات المعنية (٣).

ومن ثم تقوم لجنة الانتخابات بفحص طلبات المرشحين الواردة من الوزارة وإعداد كشف بأسمائهم مشفوعاً برأيها، ترفعه إلى اللجنة الرئيسية لمراجعتها واعتمادها (٤).

لم يحدد قانون انتخابات أعضاء مجلس الشورى مدة معينة لانتهاء من إجراءات فحص طلبات الترشح، على اعتبار أن فحص هذه الطلبات يتطلب التنسيق بشأنها مع الجهات المعنية، وذلك لإجازتها أمنياً، ومع ذلك تحرص الوزارة على تحديد ميعاد معين في الخطة الزمنية لسير الانتخابات التي تحدد من خلالها كافة الإجراءات والفترات الزمنية المقدره لتنفيذها، لا يخالف المواعيد القانونية المنصوص عليها في أحكام القانون.

ج- إعداد قوائم المرشحين وإعلانها.

بعد أن تنتهي وزارة الداخلية من استكمال إجراءات فحص تلك الطلبات والتنسيق بشأنها مع الجهات المعنية، تقوم بإعداد كشف بأسماء المرشحين المستوفين لشروط الترشح لعضوية مجلس الشورى، تعرضه على اللجنة الرئيسية للانتخابات، والتي تقوم بدورها بإعداد قوائم أولية بأسماء المرشحين وترتيبها هجائياً بدون ألقاب، وترسلها إلى لجان الانتخابات في الولايات لإعلانها في

(١) المادة (١٣) من اللائحة التنظيمية للانتخابات الفترة السابعة الصادرة بموجب قرار وزير الداخلية رقم (٢٦/٢٠٠٣م) وتعديلاته.

(٢) المادة (٣٧) من المرسوم السلطاني رقم (٥٨/٢٠١٣م) بإصدار قانون انتخابات أعضاء مجلس الشورى.

(٣) د. شهاب بن أحمد بن علي الجابري: شرح قانون انتخابات أعضاء مجلس الشورى العماني، مرجع سابق، ص ١٤٧-١٤٨.



(٤) المادة (١٤) من اللائحة التنظيمية لانتخابات الفترة السابعة الصادرة بموجب قرار وزير الداخلية رقم (٢٠٠٣/٢٦م) وتعديلاته.

مكان بارز بمكتب الوالي في كل ولاية، بحيث تعلن قوائم المرشحين الأولية الخاصة بمرشحي هذه الولاية فقط (١).

ومن ثم يفتح باب الاعتراضات على تلك القوائم أما لجنة الانتخابات والطعن في القرارات التي تصدرها هذه اللجنة أمام اللجنة العليا للانتخابات وسوف نتناول هذا الجانب بالتفصيل في الفصل الرابع الخاص بالاعتراضات والطعون الانتخابية.

وفي حالة عدم الطعن على تلك القرارات، فإنه يتعين على اللجنة الرئيسية للانتخابات خلال ثلاثة أيام من تاريخ تسليمها قرارات لجان الانتخابات في الولايات بتعديل القوائم الأولية للمرشحين وترتيبها هجائياً بدون ألقاب وإرسالها إلى لجان الانتخابات في الولايات لتكون هي القوائم النهائية للمرشحين (٢)، ومن ثم تعلن في مكان بارز بمكتب الوالي على النحو الذي أعلنت فيه القوائم الأولية للمرشحين (٣).

ولقد أجاز المشرع لوزارة الداخلية نشر أو إعلان أي قوائم أو بيانات بالوسيلة التي تراها مناسبة، وذلك دون الإخلال بأحكام النشر والإعلان المنصوص عليه في هذا القانون (٤).

ومن ثم يمكن نشر تلك القوائم من خلال الصحف المحلية، وكذلك عبر المواقع الإلكترونية التي تحددها وزارة الداخلية، وذلك من باب التسهيل على الناخبين للإطلاع على تلك القوائم وليتسنى لهم تقديم اعتراضاتهم عليها إذا توفرت لديهم الأسباب القانونية لمثل هذه الاعتراضات.

د- تحديث بيانات المرشح وسحب طلب الترشح.

أجاز المشرع لأي مرشح تحديث بياناته الشخصية بموجب طلب يقدمه إلى اللجنة الرئيسية للانتخابات على النموذج المعد لذلك، على أن هذا الحق في تعديل البيانات الشخصية للمرشح مشروط بتقديم الطلب قبل إعلان القوائم النهائية للمرشحين، بحيث يحظر تعديل البيانات بعد إعلان القوائم النهائية، على اعتبار أن هذه القوائم هي التي سيتم بموجبها التصويت، ومن ثم لا بد أن يكون هناك استقرار في هذه القوائم من جانب ومن جانب آخر تبني على هذه القوائم إجراءات فنية وإدارية ويتم التعامل مع أسماء المرشحين من واقع هذه القوائم (٥).

ورغبة من المشرع في إتاحة الفرصة للمرشح الذي يرغب في العدول عن طلب ترشحه، فقد أجاز له سحب طلبه، أيًا كان سبب ذلك العدول دون اشتراط تسبب طلبه (٦).

(١) المادة (٣٧) من المرسوم السلطاني رقم (٢٠١٣/٥٨) بإصدار قانون انتخابات أعضاء مجلس الشورى.

(٢) المادة (٤١) من المرسوم السلطاني رقم (٢٠١٣/٥٨) بإصدار قانون انتخابات أعضاء مجلس الشورى.

(٣) المادة (١٥) من اللائحة التنظيمية للانتخابات لفترة السابعة الصادرة بموجب قرار وزير الداخلية رقم (٢٠٠٣/٢٦) وتعديلاته.

(٤) المادة (٧٤) من المرسوم السلطاني رقم (٢٠١٣/٥٨) بإصدار قانون انتخابات أعضاء مجلس الشورى.

(٥) المادة (٤٢) من المرسوم السلطاني رقم (٢٠١٣/٥٨) بإصدار قانون انتخابات أعضاء مجلس الشورى.

(٦) المادة (٤٣) من المرسوم السلطاني رقم (٢٠١٣/٥٨) بإصدار قانون انتخابات أعضاء مجلس الشورى.

ولم يحدد المشرع مدة زمنية معينة لسحب طلب الترشح، كما كان عليه الحال في اللائحة التنظيمية للانتخابات مجلس الشورى التي قيدت سحب طلب الترشح بشهرين من يوم الانتخاب، إلا أن ذلك لا يعني أن هذا الحق مطلقاً ويمكن أن يقدم في أي وقت، وإنما يتم تحديد الميعاد لسحب طلب الترشح في النموذج المعد لذلك والذي يقدم بموجبه سحب طلب الترشح (١).

ويقدم طلب سحب الترشح من المرشح أو وكيله القانوني إلى رئيس لجنة الانتخابات في الولاية التي ترشح عنها، ويقوم رئيس لجنة الانتخابات بإخطار اللجنة الرئيسية للانتخابات بذلك في اليوم التالي لشطب اسم المرشح، والتي تقوم بدورها بإخطار اللجنة العليا للانتخابات بذلك.

وبموجب هذا الطلب يتم حذف اسم المرشح من قوائم المرشحين، ويعتبر طلب ترشحه كأن لم يكن.

المطلب الثاني

الدعاية الانتخابية لعضوية مجلس الشورى

تعتبر الدعاية الانتخابية وسيلة من وسائل تعريف المرشح بنفسه لناخبيه، فمن خلالها يستطيع الناخب تكوين القناعات والمعايير الخاصة بعملية اختيار المرشح لعضوية مجلس الشورى، فصفات الكفاءة والجدارة يختلف تقديرها من ناخب لآخر، والدعاية الانتخابية تعتبر وسيلة لها الأثر الإيجابي في تحديد تلك المعايير لدى الناخب أثناء التصويت لمرشحه لعضوية المجلس.

تحظى الدعاية الانتخابية باهتمام كبير في الانتخابات وتعتبر ضماناً أساسية لنجاحها ووسيلة حيوية من وسائلها بالرغم من تفاوتها من دولة إلى أخرى وفقاً لتفاوت الاتجاهات السياسية والاقتصادية والاجتماعية في تلك الدول المختلفة.

فالدعاية الانتخابية تعطي الناخبين قدر كبير من المعلومات حول طبيعة المرشحين وصفاتهم وما يتمتعون به من إمكانيات علمية وثقافية ومالية على النحو الذي يشعرون معه بأنهم إنما يختارون الأمثل والأصلح لتمثيلهم(٢).

والدعاية الانتخابية للمرشح - أياً كان - مهمة وضرورية تماماً لأن الجمهور يحتاج دائماً إلى أن يدرك أن الانتخابات أصبحت قريبة، ومن ثم يجب تجنيد المؤيدين وتحريكهم للعمل لصالح الحملة الانتخابية للمرشح، فضلاً عن ضرورة إقناع المترددين بأهمية التصويت في اتجاه معين.

وتهدف الدعاية الانتخابية إلى تدعيم الثقة في المرشح وتوفير المعلومات والبيانات للمواطنين بصفة عامة والناخبين بصفة خاصة ومحاولة التأثير فيهم بكل الوسائل والأساليب المتوفرة من خلال جميع قنوات الاتصال والإقناع بهدف تحقيق الفوز في الانتخابات، ويتم تكثيف هذه الدعاية وتركيزها في الأسابيع التي تسبق يوم التصويت.

(١) د. شهاب بن أحمد بن علي الجابري: شرح قانون انتخابات أعضاء مجلس الشورى العماني، مرجع سابق، ص ١٥٠.

(٢) د. شهاب بن أحمد بن علي الجابري: شرح قانون انتخابات أعضاء مجلس الشورى العماني، مرجع سابق، ص ١٥٣.



ولا تكون ممارسة الدعاية الانتخابية مطلقة للمرشح يمارسها بالشكل والكيفية التي يراها مناسبة، وإنما لابد من وجود قواعد قانونية تحدد الشكل والأطر الذي يجب أن تكون عليه الدعاية.

وتراعي الدعاية الانتخابية المساواة بين كافة المرشحين للتعريف بأنفسهم، وبنفس الوسائل للجميع وسوف يتطرق الباحث لموضوع الدعاية الانتخابية وفقاً للضوابط والإجراءات المنصوص عليها في قانون انتخابات أعضاء مجلس الشورى وهي كالآتي:-

أ- أسس وقواعد الدعاية الانتخابية.

للمرشح حق القيام بالدعاية الانتخابية، ولكن بضوابط وشروط مشروعه تسيير في فلك الشرعية القانونية بما لا تؤثر على الناخبين بطريقة مباشرة أو غير مباشرة من أجل استماله وجذب أصواتهم لصالحه عن طريق الكذب أو الاحتيال أو تخويف هؤلاء الناخبين(١).

وفي الواقع أن للمشرع العماني فلسفة خاصة في معالجة الدعاية الانتخابية بما يتناسب وظروف المجتمع العماني، حيث أجاز للمرشح القيام بالدعاية الانتخابية للتعريف بنفسه؛ ووضع ضابطاً مهماً لبدء الدعاية الانتخابية بحيث يكون من تاريخ إعلان القوائم النهائية للمرشحين حتى اليوم السابق ليوم التصويت(٢).

كما نص المشرع على أن " يصدر بتحديد قواعد ووسائل وإجراءات ورسوم الدعاية الانتخابية قرار من الوزير (وزير الداخلية) بعد التنسيق مع الجهات المختصة"(٣).

ونستخلص مما تقدم عدد من الأسس التي قررها قانون انتخابات أعضاء مجلس الشورى وهي:-

١- إن الدعاية الانتخابية مكفولة لجميع المرشحين.

أقر القانون قاعدة مهمة بأن كفل حق الدعاية الانتخابية لكل مرشح وذلك في إطار المساواة أمام القانون، فلم يخلق أي تمييز بين مرشح أو آخر رجلاً كان أم امرأة أو مرشحي ولاية دون أخرى، فكل مرشح ورد أسمة في القائمة النهائية للمرشحين يكون من حقه أن يمارس الدعاية الانتخابية.

٢- نطاق الدعاية الانتخابية.

حدد قانون انتخابات أعضاء مجلس الشورى نطاق الدعاية الانتخابية، بحيث تكون من أجل تعريف المرشح بنفسه.

فتعتبر الدعاية الانتخابية وسيلة من وسائل تعريف المرشح بنفسه للناخب، فمن خلالها يستطيع الناخب تكوين القناعات والمعايير الخاصة بعملية اختيار المرشح لعضوية مجلس الشورى.

(١) د. شهاب بن أحمد بن علي الجابري: شرح قانون انتخابات أعضاء مجلس الشورى العماني، مرجع سابق، ص ١٥٩.

(٢) المادة (٤٤) من المرسوم السلطاني رقم (٢٠١٣/٥٨م) بإصدار قانون انتخابات أعضاء مجلس الشورى.

(٣) المادة (٤٥) من المرسوم السلطاني رقم (٢٠١٣/٥٨م) بإصدار قانون انتخابات أعضاء مجلس الشورى.



٣- تحديد فترة الدعاية الانتخابية.

حدد قانون انتخابات أعضاء مجلس الشورى الفترة الزمنية لممارسة الدعاية الانتخابية، بحيث تبدأ من تاريخ إعلان القوائم النهائية للمرشحين - على النحو الذي أوضحته عند الحديث عن حق الترشيح - باعتبار أنه وبإعلان هذه القوائم - التي مرت بمراحل المراجعة والاعتراضات والطعون الانتخابية - أصبح المرشح مهيناً قانوناً للمنافسة على عضوية مجلس الشورى. وتنتهي الدعاية باليوم السابق ليوم التصويت الذي يحضر فيه القيام بالدعاية الانتخابية - وذلك لأجل ترك الفرصة للناخب لإعمال فكرة وآرائه واستخدام صوته بحرية تامة دون تأثير عليّة في ذلك من المرشحين (١).

٤- يكون تحديد القواعد والإجراءات ورسوم الدعاية الانتخابية بقرار من وزير الداخلية.

أحال قانون انتخابات أعضاء مجلس الشورى لوزير الداخلية إصدار قرار بتحديد قواعد الدعاية الانتخابية من حيث أوجه ممارسة هذه الدعاية والتي تكون عادة بالسماح للمرشح بوضع المواد الإعلانية سواء كانت عن طريق الملصقات أو المطويات أو بالتقاء المرشح بالناخبين أو باستخدام وسائل التقنية الحديثة، كما بين القرار إجراءات ممارسة هذه الدعاية والرسوم المستحقة على ذلك. كما أن من الأهمية بمكان أن يتم حظر عدد من أشكال السلوك التي قد يلجأ إليها البعض أثناء الدعاية الانتخابية والتي من شأنها الإخلال بالمظهر الحضاري، وأيضاً الأماكن التي يحظر فيها ممارسة الدعاية الانتخابية وأن يمنع أي إساءة للمجتمع العماني أو حتى الإساءة إلى أحد المرشحين أو التأثير في سير العملية الانتخابية.



ب- ضوابط الدعاية الانتخابية.

نص المشرع على أنه يحظر على المرشح أو من ينوب عنه تنظيم وعقد الاجتماعات وإلقاء الخطب الانتخابية في الساحات العامة ودور العبادة والمعاهد والأبنية الحكومية والمؤسسات الخاصة أو ما شابهها، كما يحظر عليه استخدام مكبرات الصوت أو نشر أية إعلانات تخص الانتخابات بما في ذلك الصور والرسوم والكتابة على الجدران ووسائل النقل المختلفة(٢).

كما نص على أنه مع عدم الإخلال بأحكام المادة (٤٤) من هذه اللائحة للمرشح أن يعرف بنفسه خلال الفترة المحددة في المادة (٤٣) من اللائحة باستخدام أي من وسائل الدعاية الانتخابية التالية(٣):-

أولاً:- وضع مواد إعلانية (الملصقات).

١- تحدد المواد الإعلانية بالملصقات المثبتة في اللوحات الإعلانية المخصصة للإعلان من الجهات ذات الاختصاص.

(١) د. شهاب بن أحمد بن علي الجابري: شرح قانون انتخابات أعضاء مجلس الشورى العماني، مرجع سابق، ص ١٦١.

(٢) المادة (٤٤) من اللائحة التنظيمية لانتخابات الفترة السابعة الصادرة بموجب قرار وزير الداخلية رقم (٢٦/٢٠٠٣م) وتعديلاته.

(٣) المادة (٤٥) من اللائحة التنظيمية لانتخابات الفترة السابعة الصادرة بموجب قرار وزير الداخلية رقم (٢٦/٢٠٠٣م) وتعديلاته.

- ٢- يقتصر وضع المواد الإعلانية للمرشح في نطاق الولاية المترشح عنها.
- ٣- يقدم طلب الترخيص بوضع مواد إعلانية إلى لجنة الانتخابات في الولاية مرفقاً به الشكل المقترح للوحة ومضمون العبارات المراد إعلانها.
- ٤- يتم الرد على طالب الإعلان في مدة لا تتجاوز خمسة أيام من تاريخ تقديم الطلب.
- ٥- يجب أن يتضمن الطلب تحديد المكان الذي توضع مواد الإعلان به.
- ٦- تقتصر المواد الإعلانية على صورة المرشح واسمه كاملاً وعنوانه وسيرته الذاتية ومؤهلاته العلمية والعملية والمثبتة من الجهات المختصة.
- ٧- تحدد عدد اللوحات لكل مرشح بما لا يزيد عن عشرين لوحة وذلك حسب المواصفات والاشتراطات الفنية الموضوعة من قبل بلدية الولاية والجهات المختصة الأخرى.
- ٨- يعتمد في تحديد حجم الملصق المثبت على اللوحة حجم اللوحات الإعلانية القائمة في نطاق الولاية والمواصفات والاشتراطات التي تحددها البلدية أما في حالة عدم توفر هذه اللوحات فإنه يتعين أن يكون حجم الملصق بمقاس ١ × ١ متر وبما يتفق مع المواصفات والاشتراطات التي تحددها البلدية والجهات المختصة الأخرى.
- ٩- يوقع المرشح تعهداً بإزالة الملصقات والإعلانات الدعائية قبل يوم من التصويت على نفقته.

ثانياً:- وضع مواد إعلانية (المطويات).

- ١- للمرشح أن يعرف بنفسه عن طريق نشر المواد الإعلانية في المطويات.
- ٢- يقدم طلب الترخيص بنشر مواد إعلانية في المطويات إلى لجنة الانتخابات في الولاية مرفقاً به الشكل المقترح للمطوية ومضمون العبارات المراد إعلانها.
- ٣- يتم الرد على طالب النشر في مدة لا تتجاوز خمسة أيام من تاريخ تقديم الطلب.
- ٤- تقتصر المواد الإعلانية في المطويات على صورة المرشح واسمه كاملاً وعنوانه وسيرته الذاتية ومؤهلاته العلمية والعملية والمثبتة من الجهات المختصة.

ثالثاً:- الالتقاء بالناخبين.

- ١- يمكن للمرشحين الالتقاء بالناخبين في مزار الأندية وجمعيات المرأة العمانية بعد موافقة الجهات المسؤولة عنها.
- ٢- يقدم طلب الترخيص بالالتقاء بالناخبين إلى لجنة الانتخابات في الولاية قبل أسبوع على الأقل من موعد عقد اللقاء مرفقاً به ما يفيد موافقة الجهة المختصة بالنادي أو الجمعية والأيام المقترحة للقاء الناخبين.
- ٣- للمرشح الحق في اقتراح مكان خاص للدعاية الانتخابية ومن ذلك / الخيام والمزارع والمجالس العامة والقاعات المتخصصة والأماكن الخاصة بالمرشح أو أحد المواطنين أو الأراضي ذات المساحات الواسعة أو الملكية الخاصة أو ما يماثلها / ويجب أن يقدم طلب الترخيص بذات الإجراءات المنصوص عليها في البنود السابقة.
- ٤- يتم الرد على الطلب بالموافقة أو الرفض أو إجراء تعديل عليه في موعد أقصاه أسبوع من تاريخ تقديم الطلب.
- ٥- في حالة تغيير مكان اللقاء المقترح يجب على المرشح تحرير طلب كتابي يقدم إلى لجنة الانتخابات في الولاية بشأن المكان المقترح.
- ٦- يتعين أن يكون حديث المرشح في إطار الدعاية الانتخابية ووفقاً لأحكام اللائحة التنظيمية للانتخابات في الولاية بشأن المكان المقترح.
- ٧- يحظر استخدام مكبرات الصوت الخارجية حفاظاً على السكينة العامة وعدم إزعاج الآخرين.

رابعاً:- النشر في وسائل الاتصالات.

- يسمح بالنشر في وسائل الاتصالات الإلكترونية الآتية:-
- ١- الرسائل الإلكترونية القصيرة والوسائط الإلكترونية بالهاتف المتنقل العالمي.
 - ٢- الشبكة العالمية للمعلومات (الانترنت).
 - ٣- وسائل الإعلام الخاصة والمسموعة.
 - ٥- يتحمل المرشح تكلفة الإعلان الراغب بنشره والمسؤولية عن محتواه.



خامساً:- ضوابط عامة.

- ١- يجب التقيد بالفترة المسموح بها للقيام بالدعاية الانتخابية وهي من تاريخ إعلان القوائم النهائية للمرشحين وتستمر لليوم السابق مباشرة لليوم المحدد لإجراء الانتخابات الذي يحظر فيه القيام بأي نوع من أنواع الدعاية الانتخابية.
- ٢- يجوز للمرشح التعاقد مع المؤسسات والشركات المتخصصة لتصميم متطلبات دعايته الانتخابية وفق أحكام اللائحة التنظيمية لانتخابات مجلس الشورى وهذه الضوابط.
- ٣- مراعاة المحافظة على المظهر والنظافة العامة عند ممارسة الدعاية الانتخابية.
- ٤- تعد هذه الضوابط المرجع لتنظيم عملية الدعاية الانتخابية.

الخاتمة

إن موضوع الضوابط الانتخابية للترشح لمجلس عمان موضوع مهم للغاية نظراً لحدائته بعد إجراء التعديلات الدستورية على النظام الأساسي للدولة الصادر في ٢٠١١م، وكذلك ضوابط الترشح لعضوية مجلس النواب المصري في ظل دستور ٢٠١٤م، الذي هو الآخر جدير بالدراسة في ظل الأحداث التي طرأت على النظام السياسي المصري واستقراره بصور الدستور لسنة ٢٠١٤م، والذي تمثلت من خلاله السلطة التشريعية في الأخذ بنظام المجلس الواحد وهو مجلس النواب.

ولكون موضوع هذه الدراسة تتعلق بأهم فروع القانون العام وهو القانون الدستوري، كما تتعلق بدراسة الضوابط الانتخابية للترشح لعضوية المجالس البرلمانية، لذلك يتطلب حسن تشكيل البرلمان وفصله عن السلطة التنفيذية، كما يتطلب شروطاً خاصة للترشح لعضوية البرلمان، ويتوافر تلك الشروط، وباستقلال البرلمان يكون العضو قادراً على ممارسة وظيفته البرلمانية سواءً الوظيفة التشريعية في إقرار القوانين، أو الوظيفة الرقابية المتمثلة في الرقابة على أداء الحكومة.

وعلى الرغم من توافر العديد من المراجع والدراسات في هذا الموضوع، فإن موضوع هذه الدراسة وخاصة فيما يتعلق بالضوابط الانتخابية لمجلس عمان لا يخلو من بعض التحديات وذلك لقلة وندرته مراجعه بسبب حدائته، لكن لا يعني عدم الوصول إلى نتائج أو التقدم بتوصيات، حيث خلصنا إلى بعض النتائج والتوصيات جاءت على النحو الآتي:

أولاً: النتائج:-

- ١ - تعد الانتخابات أحد مقومات وأسس نظام الحكم الرشيد والحياة الديمقراطية، فهي الوسيلة التي يستطيع المواطنون من خلالها حماية حرياتهم وحقوقهم السياسية، ويتطلب ذلك وجود قانون انتخابي عادل يمثل المعيار الأساسي لضمان نزاهة العملية الانتخابية، بما يؤمن صحة ودقة التمثيل، مستنداً إلى معايير موضوعية لا تتغير لحسابات النخبة السياسية الحاكمة.
- ٢ - لا يفتقر من مبدأ مباشرة هذا الحق بعدة شروط موضوعية وشكلية، والتي تهدف إلى مجرد تنظيم الحق في الاقتراع بشكل يكفل تحقيق الصالح العام، وصالح العملية الانتخابية ذاتها.
- ٣ - لا يعد التصويت الإلكتروني بديلاً عن التصويت بالوسائل التقليدية ولا ينهي دورة، بل يعد وسيلة لرفع كفاءة وإدارة العملية الانتخابية من خلال استبدال الطرق التقليدية من أوراق وصناديق إلى وسائل إلكترونية.
- ٣ - النظام الانتخابي في مصر وسلطنة عمان أسند مهمة الأشراف على الانتخابات إلى لجان مستقلة تماماً عن السلطة التنفيذية، مثل لجنة الانتخابات الرئاسية واللجنة العليا للانتخابات التشريعية في دستور ١٩٧١م، وإلى الهيئة الوطنية للانتخابات في دستور ٢٠١٤م، في

جمهورية مصر العربية، أما سلطنة عمان فقد أسند مهمة الإشراف على الانتخابات إلى اللجنة العليا للانتخابات.

ثانياً:- التوصيات.

من خلال هذا الجزء سوف نحاول أن نقدم ما نراه مناسباً لحل بعض المسائل من وجهة نظرنا المتواضعة، والتي سبقنا بها الدارسون لموضوع الضوابط الانتخابية للترشح لعضوية المجالس البرلمانية في جمهورية مصر العربية وسلطنة عمان، وخلصنا إلى بعض التوصيات؛ بعضها متعلق بمجلس النواب المصري والبعض الآخر متعلق بمجلس عمان، ونجملها في الآتي:-

. مجلس النواب المصري.

- 1- ضرورة تدخل المشرع لتنظيم استخدام الوسائل الالكترونية في الدعاية الالكترونية في الدعاية الانتخابية بشيء من التفصيل، خاصة مع تنامي استخدام تلك الوسائل ودورها في الحملات الانتخابية، وتأثيرها في النتائج الانتخابية لسهولة خرق فترة الصمت الانتخابي من خلالها، فقد طغت الوسائل الالكترونية على الوسائل التقليدية المستخدمة في الدعاية الانتخابية.
- 2- نقترح أن يقوم المشرع المصري بتعديل سقف الدعاية الانتخابية، فالمشرع المصري حدد سقف الدعاية الانتخابية لكافة المرشحين دون النظر إلى الطبيعة الجغرافية للدائرة الانتخابية، وعدد السكان بها، فقد يكون المبلغ كبيراً إذا ما تم إنفاقه على دائرة لا تشمل وحدات إدارية متباعدة، أو أن عدد سكانها قليل بالمقارنة بدائرة أخرى، لذلك نقترح أن يجعل المشرع سقف الإنفاق ٥٠,٠٠٠ جنية ويزداد بمقدار (١) جنية عن كل نسمة في الدائرة.
- 3- نقترح تغيير تشريعي بمد رقابة الجهاز المركزي للمحاسبات على حسابات الحملات الانتخابية للمرشحين في الانتخابات التشريعية - وذلك على غرار الوضع في الانتخابات الرئاسية - ، ومن شأن ذلك إضفاء مصداقية وشفافية على مراقبة تمويل الحملات الانتخابية باعتبار أن من يقوم بذلك إحدى الهيئات المستقلة.
- 4- تقرير عقوبات على كل مرشح تجاوز حد التمويل الانتخابي، تتمثل في الحرمان من الترشح لأي انتخابات لفترة زمنية معينة، لأن المرشح الذي تجاوز حد التمويل الانتخابي لن يمنعه من تكرار فعله دفع غرامة مالية لأنها لن تكون رادعاً له.
- 5- إلزام المرشحين (الخاسرين، والفائزين) بنشر حساباتهم عن الدعاية الانتخابية مع المستندات الدالة على ذلك في وسائل الإعلام المحلية، وعلى الموقع الالكتروني للهيئة الوطنية للانتخابات.