



المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية

مجلة علمية محكمة

ISSN 2356-9301

ISSN 2356-931X

العدد الرابع مارس ٢٠١٥

محتويات العدد

مستند	الموضوع	الصفحة
1.	هيئة التحرير	3
2.	الهيئة الاستشارية	4
3.	افتتاحية العدد	8
	عنوان البحث	اسم الباحث
4.	مدى سيادة المستهلك في الإقتصاديين الرأسمالي والإسلامي	الأستاذ الدكتور/ صبرى عبد العزيز
5.	نحو التزام البنك بفحص المستندات في الاعتماد المستندي في ضوء قانون التجارة البحريني والمصري والنشرة 600 لسنة 2007م الصادرة عن غرفة باريس	دكتور/ عماد محمد رمضان أستاذ القانون التجاري المساعد كلية الحقوق - جامعة المملكة- البحرين
6.	دور القاضي الإداري في رقابة مبدأ تناسب الجزاء التأديبي	لعلام محمد مهدي طالب في صف الدكتوراة بقسم القانون العام بكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة تلمسان- الجزائر
7.	المسؤولية المدنية عن إفشاء السر المهني في قانون الأعمال	أ/ قايد حفيظة باحثة في صف الدكتوراه كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة مستغانم - الجزائر
8.	الحماية القضائية في القضاء الإداري الإستعجالي وصون الحريات الأساسية للأفراد	الدكتور/ مسعودي هشام أستاذ القانون العام كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الجيلالي اليابس سيدي بلعباس- الجزائر- المخبر الوطني المرافق العامة والتنمية
9.	النظام المالي في الإسلام وتطبيقاته في مصر الإسلامية	أ.د/ زياد علي محمد الكايد استاذ مساعد القانون الاداري والدستوري عضو هيئة تدريس كلية العلوم والآداب بشقراء - قسم ادارة الاعمال - جامعة شقراء
10.	المسؤولية المدنية للطبيب (دراسة مقارنة)	موسى بن محمد بن حمود التميمي قاض مساعد بسلطنة عمان

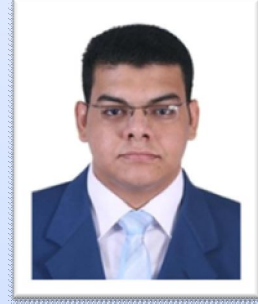
هيئة التحرير



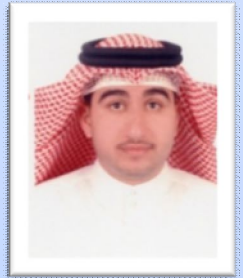
دكتور/ الهيثم عمر سليم
(نائب رئيس التحرير)



دكتور/ أحمد عبد الصبور الدجاوى
(رئيس التحرير)



الأستاذ/ أحمد رمضان حماية
(مدير التحرير)



الأستاذ / أنور عبد الوهاب
محمد النوف
(عضو هيئة التحرير)



الأستاذ / إسماعيل هارونا
(مدقق اللغة الإنجليزية)



دكتور / هشام محرم
محمد سنوسى
مستشار هيئة التحرير
ومدقق اللغة العربية



الأستاذ / محمد ثروت
(مستشار هيئة التحرير)



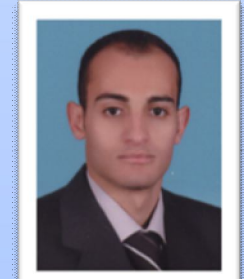
الأستاذ/ عبد الرحمن راشد
خالد عبد اللطيف الشيخ
(عضو هيئة التحرير)



الأستاذة / شريهان
إبراهيم منصور
(عضو هيئة التحرير)



الأستاذة / صفاء عمر
بلعاوي
(عضو هيئة التحرير)



الأستاذ / احمد راضي
شرف الدين
(عضو هيئة التحرير)

الهيئة الاستشارية

(أولاً) قسم الشريعة الإسلامية:



أ.د/ أحمد محمد لطفي أحمد
أستاذ الفقه المقارن المشارك
بكلية الشريعة والقانون
جامعة الأزهر – جمهورية
مصر العربية
وكلية الحقوق جامعة المملكة –
مملكة البحرين



أ.د/ مبروك عبد العظيم
أحمد المصري
أستاذ الفقه المقارن
كلية الحقوق- جامعة بني
سوف
جمهورية مصر العربية



أ.د/ أحمد محمد أحمد بخيت
أستاذ الفقه المقارن
كلية الحقوق- جامعة بني
سوف
جمهورية مصر العربية

(ثانياً) قسم القانون العام:



أ.د/ خالد موسى توني
أستاذ القانون الجنائي المشارك
كلية الحقوق- جامعة أسيوط- ج. م. ع
أكاديمية شرطة دبي
الإمارات العربية المتحدة



أ.د/ شعبان أحمد رمضان
أستاذ القانون العام المشارك
كلية الحقوق- جامعة أسيوط-
جمهورية مصر العربية



Prof. Philippe BLACHER
Professor of Public Law
Director of the Public Law Team
College of Law- Jean Moulin
Lyon 3- France



أ.د/ علي حسن الطوالبة
أستاذ القانون الجنائي المشارك
مستشار قانوني بمجلس الشورى
البحريني



أ.د/ محمد خليل موسى
أستاذ القانون الدولي العام المشارك
كلية الحقوق- جامعة العلوم
التطبيقية- مملكة البحرين



أ.د/ معمر رتيب محمد عبدالحافظ
أستاذ القانون الدولي العام المشارك
كلية الحقوق- جامعة أسيوط-
جمهورية مصر العربية



د.خالد عبدالحليم زكي محمد
مدرس القانون العام
كلية الحقوق- جامعة عين شمس
جمهورية مصر العربية
مستشار قانوني بمملكة البحرين



د.عاصم شكيب صعب
أستاذ محاضر في القانون الجنائي
كلية الحقوق- جامعة السلطان
قابوس- سلطنة عمان

(ثالثاً) قسم القانون الخاص:



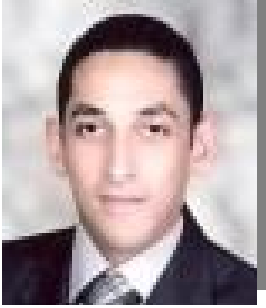
أ.د/ شحاته غريب شلقامي
أستاذ القانون المدني
وكيل كلية الحقوق بجامعة أسيوط-
(جمهورية مصر العربية (سابقاً)



أ.د/ خالد جمال أحمد حسن
أستاذ القانون المدني
كلية الحقوق- جامعة أسيوط- جمهورية
مصر العربية
كلية الحقوق- جامعة البحرين- مملكة
البحرين



أ.د/ سحر عبد الستار إمام
استاذ قانون المرافعات بكلية الحقوق-
جامعة المنوفية
رئيس قسم قانون المرافعات ووكيل كلية
الحقوق للدراسات العليا والبحوث سابقاً
المدير الأكاديمي لشعبة اللغة الانجليزية
ومدير وحدة ضمان الجودة والاعتماد



د.حسام الدين محمود محمد محمد حسن
مدرس القانون المدني
كلية الحقوق – جامعة المنصورة –
جمهورية مصر العربية



د.أيمن مصطفى البقلي
مدرس القانون المدني
كلية الحقوق – جامعة اسيوط- جمهورية
مصر العربية
وأستاذ القانون المدني المساعد بالمعهد
العالي للقضاء- سلطنة عمان



أ.د/ أمجد محمد منصور
أستاذ القانون المدني المشارك
كلية الحقوق- جامعة العلوم التطبيقية-
مملكة البحرين
عميد كلية الحقوق- جامعة المملكة- مملكة
(البحرين سابقاً)



د.مهند أحمد محمود صانوري
أستاذ القانون الدولي الخاص المشارك
قسم القانون الخاص – كلية الحقوق
جامعة العلوم التطبيقية – مملكة البحرين

رابعاً) قسم الاقتصاد والمالية العامة:



أ.د/ محمد رشدي إبراهيم
أستاذ الاقتصاد والمالية العامة المشارك
عميد كلية الحقوق- جامعة جنوب الوادي بقنا
جمهورية مصر العربية



أ.د/ محمد إبراهيم محمود الشافعي
أستاذ الاقتصاد والمالية العامة والتشريعات
الاقتصادية والمالية
رئيس قسم القانون العام بكلية القانون-
جامعة الشارقة- الإمارات العربية المتحدة
وأستاذ الاقتصاد والمالية العامة
والتشريعات الاقتصادية والمالية
بكلية الحقوق- جامعة عين شمس-
جمهورية مصر العربية



أ.د/ صبري عبدالعزيز إبراهيم
أستاذ الاقتصاد والمالية العامة
جامعة الأزهر- جمهورية مصر العربية



د.أشرف دوابة
مستشار وخبير دولي في التمويل
والاقتصاد الإسلامي



أ.د/ غزال منتسل العوسي
أستاذ الاقتصاد والمالية العامة المشارك
رئيس قسم المالية العامة والاقتصاد
كلية الحقوق- جامعة أسيوط- جمهورية
مصر العربية

افتتاحية العدد

بسم الله الرحمن الرحيم، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه وسار على نهجه إلى يوم الدين.

بعد صدور الأعداد الثلاثة الماضية، تعاود المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية التواصل مع محبيها وقراءها الأعزاء - من الباحثين والمهتمين بالدراسات القانونية والاقتصادية - لتضع بين أيديهم العدد الرابع من إصدارتها المتواصلة، والذي تواصل به المجلة مشوارها في مجال النشر العلمي القانوني والاقتصادي، متجاوزة العقبات ومتحدية المحن التي تقف في طريق هذا التواصل، فتشوق سماء العلم بما تقدمه من أبحاث علمية رصينة، هي حصاد فكر نخبة متميزة من العلماء وشباب الباحثين.

لقد جاء ميلاد المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية مباركا، وكللت الجهود بالنجاح والتفوق، حتى أصبحت المجلة تحظى بسمعة طيبة في الأوساط العلمية والبحثية، سواء من جانب الباحثين أو من جانب المؤسسات العلمية والبحثية، إلا أن مواصلة العمل بنفس الحماس وببنفس الحيوية يحتاج إلى بذل المزيد من الجهد وتحمل المشاق من أجل أن نحافظ على ما حققته المجلة من نجاح وتقدم في مجال النشر العلمي، وما كان هذا وذاك إلا بتوفيق الله سبحانه وتعالى للقائمين على إدارة المجلة والسادة الأساتذة أعضاء الهيئة الاستشارية بها، ومساندة السادة الباحثين والمهتمين بالدراسات القانونية والاقتصادية، الذين رفقوا المجلة بأعمالهم القيمة وآرائهم السديدة التي لاقت منا كل اهتمام وتقدير، فكان لها عظيم الأثر فيما وصلت إليه المجلة من نجاح وتقدم.

ويأتي إصدار هذا العدد الجديد، وقد خطت المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية خطوات واسعة نحو العالمية، وذلك بحصولها على الرقم المعياري الدولي للدوريات (ردمد) (ISSN 2356-9301) International Standard Serial Number ، (ISSN 2356-931X) للنسخة المطبوعة و (ISSN 2356-931X) للنسخة الإلكترونية، ولا يخفى على أحد الفوائد الكثيرة التي تقتزن بهذا الترقيم الدولي، مثل حماية حقوق الناشرين والباحثين، فضلا عن الانتشار الكبير للمجلة وما ينشر بها من بحوث علمية عن طريق قوائم

المطبوعات التي يقوم المركز الدولي بطباعتها وتوزيعها عالميا وسهولة الوصول للمجلة من خلال الرقم المعياري الدولي (ردمد)... إلخ.

ويحتوي هذا العدد الذي بين أيديكم على بعض البحوث القيمة لمجموعة من العلماء وشباب الباحثين في المجالين القانوني والاقتصادي، فيكتب الأستاذ الدكتور/ صبري إبراهيم عبدالعزيز، أستاذ الاقتصاد والمالية العامة، بجامعة الأزهر بجمهورية مصر العربية، بحثا بعنوان " مدى سيادة المستهلك في الاقتصادين الرأسمالي والإسلامي"، ويكتب الدكتور/ عماد محمد رمضان أستاذ القانون التجاري المساعد بجامعة المملكة بمملكة البحرين بحثا بعنوان " نحو التزام البنك بفحص المستندات في الاعتماد المستندي في ضوء قانون التجارة البحريني والمصري والنشرة 600 لسنة 2007م الصادرة عن غرفة باريس"، ويكتب الأستاذ / لعلام محمد مهدي، طالب في صف الدكتوراة قسم القانون العام بكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة تلمسان بالجزائر بحثا بعنوان " دور القاضي الإداري في رقابة مبدأ تناسب الجزاء التأديبي"، كما تكتب الباحثة/ حفيظة قايد، باحثة دكتوراه بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مستغانم بالجزائر، بحثا بعنوان " المسؤولية المدنية عن إفشاء السر المهني في قانون الأعمال"، وكذلك يكتب الأستاذ الدكتور/ مسعودي هشام أستاذ القانون العام بكلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الجيلالي الياابس سيدي بلعباس، المخبر الوطني المرافق العامة والتنمية بالجزائر، بحثا بعنوان " الحماية القضائية في القضاء الإداري الإستعجالي وصون الحريات الأساسية للأفراد"، كما يكتب الدكتور/ زياد علي محمد الكايد، أستاذ القانون العام المساعد بقسم إدارة الأعمال بكلية العلوم والاداب - جامعة شقراء بالمملكة العربية السعودية، بحثا بعنوان " النظام المالي في الإسلام وتطبيقاته في مصر الإسلامية"، وأخيرا يكتب الأستاذ/ موسى بن محمد بن حمود التميمي، قاض مساعد بسلطنة عمان، بحثا بعنوان " المسؤولية المدنية للطبيب - دراسة مقارنة".

وكعادتنا دائما ننتهز هذه المناسبة ونجدد العهد والدعوة مع السادة العلماء وشباب الباحثين في المجالين القانوني والاقتصادي بأن يمدونا بما هو جديد في مجالاتهم البحثية، حتى نتمكن من الاستمرار بذات القوة وعلى ذات النهج، وأن يكونوا على اتصال دائم بإدارة المجلة

لإبداء ما يرونه من ملاحظات وما يرونه من توصيات تساهم في تقدم ورقي المجلة التي تعمل من أجل خدمة العلم والعلماء.

ولا يفوتنا أخيرا أن نتقدم بخالص الشكر لكل من ساهم في هذا العدد من العلماء والباحثين، الذين أثروا هذا العدد بأبحاثهم العلمية القيمة، كما نتقدم بخالص الشكر للأساتذة الأجلاء أعضاء الهيئة الاستشارية بالمجلة، الذين لم يخلوا على المجلة وناشريها بعلمهم ووقتهم في تقييم ما يرد إلى المجلة من أبحاث علمية، فيرفضون ما لا يرقى للمستوى المطلوب، ويرشدون من شاب عمله خلا يمكن تداركه، ويشيدون ويثنون على الأعمال الجيدة، فهم لنا وللباحثين بمثابة النور الذي يضيء لنا جميعا الطريق ويضفي على أعمالنا قيمة ومشروعية، كما نتقدم بخالص الشكر لزملائي بالهيئة التحريرية الذين يبذلون الجهد الوقت في سبيل أداء الرسالة ورفع المجلة، والله من وراء القصد وهو يهدي السبيل،،،

رئيس التحرير

د. أحمد عبدالصبور الدجاوي

بحث بعنوان
مدى سيطرة المستهلك
في الاقتصادين الرأسمالي والإسلامي

إعداد
الأستاذ الدكتور
صبري عبد العزيز

مقدمة

يكتسب الاستهلاك موقعاً هاماً بين الكميات الاقتصادية الكلية، باعتباره احد مكونات الدخل القومى - (حيث يتكون من الاستهلاك+ الادخار) من ناحية. وكأحد شقى الطلب الفعلى (الذى يتشكل من الطلب على الاستهلاك + الطلب على الاستثمار) من ناحية اخرى. ولقد تفاوتت الأهمية التى اولتها المذاهب الاقتصادية المختلفة للاستهلاك، بحسب مدى اهتمامها بالطلب الكلى - (الحاوى للاستهلاك) - والعرض الكلى، وموقع كل منهما تجاه الآخر، تجنباً لوقوع ازمات إفراط فى الإنتاج، على نحو تميزت فيه نظرة كل من الفكرين المعاصر والإسلامى لهذا الموضوع.

فوفقا للنظرية التقليدية (أو الكلاسيكية) فقد كانت السيادة فى النظام الرأسمالى للمنتج: هو الذى يحدد نوع السلع والخدمات التى سيتم إنتاجها وكمياتها، وذلك وفقا لقانون سائ للمنافذ الذى يقضى بأن كل عرض يخلق الطلب المساوى له. ولكن لما أدى ذلك إلى إفراط المنتجين فى الإنتاج ووقعت أزمة الكساد العالمى عام 1929/ 1930، تغيرت نظرة الفكر الرأسمالى للموضوع على يد التقليديين الجدد (النيو كلاسيك) ليجعلوا السيادة للمستهلك: فعن طريق طلبه هو الذى يحدد نوع السلع والخدمات التى سيتولى المنتجون عرضها وكمياتها. وهى الفكرة التى طورها كينز ليجعل منها فكرة الطلب الفعال.

فهل هذه الفكرة هى السائدة فى نظرية المستهلك فى الفكر الإقتصادى الإسلامى ؟ هذا هو ما نحاول الإجابة عليه من خلال سطور هذا البحث فى فصلين متتاليين على النحو التالى:

الفصل الأول: تحليل سلوك المستهلك فى الإقتصاد الرأسمالى.

الفصل الثانى: تحليل سلوك المستهلك فى الإقتصاد الإسلامى.

الفصل الأول

تحليل سلوك المستهلك في الاقتصاد الرأسمالي

الاقتصاد الرأسمالي باتجاهاته المختلفة منذ التليديين والتقليديين الجدد ومن بعدهم كينز والنظرية الحديثة، تناولوا تحليل سلوك المستهلك كل وفق الفكرة التي تبناها. الأمر الذي يتطلب أن نتعرف بداية على هذه الأفكار التي تبناها، ثم نتعرض لتحليلهم الفني لهذا السلوك. وهو ما نعرض له في مبحثين على الترتيب التالي: (1)

المبحث الأول: الأساس الفكري لنظرية سلوك المستهلك في الاقتصاد الرأسمالي.

المبحث الثاني: التحليل الفني لسلوك المستهلك في الاقتصاد الرأسمالي.

-
- 1 د. أحمد أبو أسماعيل أصول الاقتصاد، القاهرة، دار النهضة العربية بلا عام نشر.
- د. أحمد بديع بليح، مبادئ الاقتصاد السياسي، المنصورة، مكتبة العالمية، 1978.
- د. أحمد جمال الدين موسي، دروس في الاقتصاد السياسي، بلا ناشر أو مكان نشر 1995.
- د. السيد أحمد عبد الخالق، الاقتصاد الكلي والسياسات الاقتصادية، الكتاب الثاني، المنصورة، بلا ناشر 1996.
- د. حازم الببلاوي، أصول الاقتصاد السياسي، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1974.
- د. حسين خلاف، مبادئ الاقتصاد، ج 1 القاهرة، بلا ناشر، 1950.
- د. حسين عمر، مقدمه علم الاقتصاد، نظرية القيمة، القاهرة، دار المعارف المصرية 1966.
- د. رفعت المحجوب، الاقتصاد السياسي، القاهرة، دار النهضة العربية 1968.
- د. زكريا بيومي، د. مصطفى حسني، مبادئ الاقتصاد السياسي، بلا مكان نشر أو ناشر 1997.
- د. سلوى سليمان، د. عبد الفتاح قنديل، مقدمة في علم الاقتصاد، القاهرة، دار النهضة العربية بلا تاريخ نشر.

-Frank (A.) Fetter: "Copital, Interest and Rent Emay in The Theory of Distrilution", 1977

Pastinetti:[Growth and Income Distrilrtion, Essays in Economic Theory] Camlridge University Press, Camlridge, 1975.

Stonier and Hague:[A Text Book Of Econcmic Thory] London, 1927.

Marshall (A):[Principles Of Economics], London Mac Millan 8 th. edit, 1920

المبحث الأول

الأساس الفكري لنظرية سلوك المستهلك

في الإقتصاد الرأسمالي

يتم التمييز هنا بين فكر كل من المدرسة التقليدية وكينز، باعتبار أن افكارهما تعد أهم ما ثار في الفكر المعاصر حول موضوع الاستهلاك، ونوضحهما في مطلبين على الترتيب التالي: (1)

المطلب الأول: الأساس الفكري للإستهلاك في الفكر التقليدي.

المطلب الثاني: الأساس الفكري للإستهلاك في الفكر الكينزي.

المطلب الأول

الأساس الفكري للإستهلاك في الفكر التقليدي

فقد دفعت ظاهرة (زيادة السكان)، في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر، وما استلزمته من زيادة في الانتاج، عددا من مفكرى المدرسة التقليدية إلى الاعتقاد، بأن الطلب الكلى يزد (بسبب تلك الزيادة السكانية) بشكل كاف للوقاية من وقوع ازيمات افراط انتاج عامة، التى أن وقعت فستكون لمدة قصيرة لا تلبث بعدها الحياة الاقتصادية أن تعود سريعا إلى سيرها الحسن. مما دعاهم إلى الاهتمام بجانب العرض على حساب الطلب.

وكان آدم سميث رائدهم فى ذلك، إلا أنه فى الوقت الذى استبعد فيه نقص الطلب عن العرض، معتبرا أن الادخار يمكن أن يضم نمواً مستمرا يقي من وقوع أزمة افراط انتاج، فقد اعتمد على الطلب فى تفسيره لظاهرة تقسيم العمل بالمبادلة وتحديد حجم الثروة، فتأثر عدد من

1) د. صقر أحمد صقر، النظرية الاقتصادية الكلية، الكويت، وكالة المطبوعات، 1977.

د. عبد الهادي النجار، دروس في الاقتصاد السياسي، القاهرة، مطبعة جامعة القاهرة، 1977.

د. عبد الهادي مقل، محاضرات في الاقتصاد السياسي، طنطا، مطبعة جامعة طنطا، 1977.

د. فوزي منصور، محاضرات في نظرية الثمن، القاهرة، دار النهضة العربية، 72 - 1937.

د. محمد دويدار، مبادئ الاقتصاد السياسي، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1982.

د. محمد رشيد رضا، د. عامر الفيتوري، مبادئ الاقتصاد، مالطا، Elga 1995.

د. مصطفى رشدي شيجه، علم الاقتصاد من خلال التحليل الجزئي، الإسكندرية دار المعارف، 1988.

التقليديين بذلك، واعتقدوا أن الزيادة في الاستهلاك، تؤدي إلى زيادة الانتاج، مما يجعل المشكلة مشكلة ايجاد مستهلكين لا منتجين.

انقسم التقليديون الى فريقين متعارضين في هذا الصدد:

أحدهما: بقيادة "جان باتيست ساي" و "ريكاردو":

إتجه إلى الدفاع عما يعرف (بقانون المنافذ) أو (قانون ساي)، الذي ينصرف إلى أن العرض يخلق طلبه، أى إلى التسليم بكفاية الطلب الكلى لمقابلة العرض الكلى، عند كل مستوى من مستويات التشغيل، بما من شأنه أن يمنع من قيام أزمة افراط انتاج عامة.

والثاني: بزعمه "مالتس وسيسموندى":

قام بالهجوم على (قانون المنافذ) والدفاع عن قانون "الطلب الفعلى"، الذي ينصرف إلى امكان نقص الطلب الكلى عن العرض الكلى، وبالتالي إلى امكان حدوث أزمة افراط انتاج عامة.

ولقد انعكس اختلاف هذين الفريقين على نظرتهم إلى الاستهلاك:

* **فالفريق الأول:** نظرا لاعتقاده في كفاية الطلب، فقد ذهب إلى عدم الحاجة إلى (الاستهلاك)، لأنه لا يسهم في تكوين ثروة (منتجات) جديدة، بل يحطم الثروة القائمة، ولا يفيد فى اشباع الحاجات اللازمة لتحريك الانتاج.

* **والفريق الثانى:** ففي معرض قناعته بعدم كفاية الطلب، فقد رأى مالتس أن (قوى الانتاج) ليست كافية وحدها لضمان حجم مناسب لها من الثروة، وأن تشغيلها تشغيلا كاملا يحتاج إلى (طلب فعلى) على المنتجات، وقصد به الطلب على الاستهلاك.

وقد فسر "مالتس" انخفاض "الطلب الفعلى" بانخفاض (الطلب على الاستهلاك)، الذي يتكون من قسمين: (طلب على الأراضي والرأسماليين) وهؤلاء ينخفض استهلاكهم رغم قدرتهم عليه، بسبب ضعف ميلهم إلى الاستهلاك وارتفاع ميلهم إلى الادخار. و(طلب العمال) الذين رغم ارتفاع ميلهم إلى الاستهلاك، الا أنهم ينخفض مستوى استهلاكهم، لضعف قدرتهم عليه. بسبب طبيعة النظام، الذي يستلزم أن يحصل العمال على أقل مما ينتجون من (فائض) يؤول إلى الرأسماليين، حتى لا يندم الربح الذي يدفعهم إلى تشغيلهم، لذلك لم يكن طلب العمال (أى استهلاكهم) كافيا لاستيعاب ما ينتجون.

ولعلاج انخفاض الطلب على الاستهلاك، فقد فاضل مالتس بين ثلاثة حلول: إما زيادة استهلاك العمال، برفع أجورهم، وقد استبعد هذا الحل حرصاً منه على باعث التراكم الرأسمالي، أو برفع استهلاك الرأسماليين، ولكنه استصعب تحقيق ذلك، بسبب عاداتهم في عدم استهلاكهم لكل أرباحهم، لزيادة ميلهم إلى الادخار، رغبة في تحسين أوضاعهم وتأمين عائلاتهم، وأخيراً بالاحتفاظ بطبقة المستهلكين غير المنتجين، الذي لا يعملون مباشرة في إنتاج السلع المادية، ورضى بالحل الأخير لضمان الطلب الفعلى اللازم لتشغيل كل القوى المنتجة، وتحقيق التوازن بين العرض والطلب الكليين.

ويؤخذ على مالتس في ذلك أنه ينادى بوجود طبقة من العالة المستهلكين فقط، الذين يعيشون على دخول غيرهم من المنتجين، وهو حل غير عادل كما قال ساي. فضلاً عن قصره للطلب الفعلى على الطلب على الاستهلاك، في حين أن غيره من التقليديين وكذلك كينز من بعدهم، قد جعلوا - بحق - من الطلب الفعلى شاملاً لكل من الطلب على الاستهلاك والطلب على الاستثمار معاً. إلا أنه يحسب له رفضه التسليم بأن العرض يخلق الطلب المساوئ له، وتوصله إلى اعتبار أن عدم كفاية الطلب هو الحالة العادية، معتمداً في ذلك على تحليل الميل للاستهلاك عند الطبقات الرأسمالية، والطبقات العاملة، وكلها أمور شكلت فيما بعد نقطة البدء للمدرسة الكينزية.

المطلب الثاني

الأساس الفكري للإستهلاك في الفكر الكينزي

فبعد أن أجهز كينز على النظرية التقليدية، في التشغيل وقانون ساي للمنافذ، ذهب إلى أن حجم التشغيل يتوقف على الطلب الفعلى، الذي هو في حالته العادية لا يكفي لتحقيق التشغيل الكامل، وأنه (أي الطلب الفعلى) يتكون من الطلب على أموال الاستهلاك والطلب على أموال الاستثمار، وأن الطلب على أموال الاستهلاك يتوقف على عاملين هما: حجم الدخل الصافي، والميل للاستهلاك، وبحث عن سبب تغير الاستهلاك، أيكون بسبب تغير حجم الدخل مع ثبات الميل للاستهلاك؟، أم بسبب تغير الميل للاستهلاك مع ثبات حجم الدخل؟

1- أما عامل الميل للاستهلاك:

فيمثل العلاقة بين مختلف مستويات الدخل، ومختلف مستويات الاستهلاك المقابلة لها، ويسمى بمنحنى الميل للاستهلاك (أو دالة الاستهلاك)، الذي يبين علاقة المفعولية بين متغيرين هما الاستهلاك والدخل.

وذهب إلى أن الميل للاستهلاك يتوقف على نوعين من العوامل: هما (عوامل موضوعية) تتمثل في الظروف التي تحيط بالدخل، و(عوامل شخصية)، ترتبط بالحاجات الشخصية والنزعات النفسية، وعادات أفراد الجماعة، ومبادئ توزيع الدخل بينهم، وخلص إلى أن تلك العوامل الشخصية والموضوعية، ثابتة في المدة القصيرة، مما جعله يفترض ثبات عامل الميل للاستهلاك في المدى القصير، واعتبر الدخل هو المتغير الأساسي الذي يحدد الاستهلاك في تلك المدة، بينما الميل للاستهلاك يعد متغيرا تابعا له، وقد نوه إلى أن منحنى الميل للاستهلاك، أى دالة الاستهلاك، هو المقصود بالثبات، أما (حجم الاستهلاك)، فليس ثابتا حتى في المدة القصيرة، إذ يتغير بتغير الدخل.

2- أما عامل الدخل:

فاعتبره - نظرا لثبات الميل للاستهلاك في المدة القصيرة، هو المتغير الأساسي الذي يحدد الاستهلاك في تلك المدة، وطرح " قانونه النفسى الأساسى " الذي يحكم ذلك، وهو أن الأفراد يتجهون كقاعدة عامة - إلى زيادة استهلاكهم بازدياد دخولهم، ولكن بنسبة أقل من مقدار الزيادة في الدخل لأنه سيدخر جانبا منه.

وقد عبر عن " قانونه النفسى الأساسى " بمصطلح " الميل الحدى للاستهلاك "، والذي يمثل نسبة تغير الاستهلاك (Δ هـ) بتغير الدخل (Δ ل)، أو النسبة المئوية لزيادة الاستهلاك تبعا لزيادة الدخل، وبالنسبة المئوية لهبوط الاستهلاك تبعا لهبوط الدخل، ونظرا لأن الزيادة في الاستهلاك تكون بنسبة أقل من الزيادة في الدخل بسبب الادخار فقد اعتبر كينز الميل الحدى للاستهلاك، ميلا ايجابيا عادة، تقل قيمته أى طريقة خاصة لتقسيم الدخل بين الاستهلاك والادخار، وأن الميل الحدى لاستهلاك ذوى الدخل العالية، أقل منه لذوى الدخل المحدودة.

أما مصطلح "الميل المتوسط للاستهلاك"، فيشير إلى نسبة الاستهلاك إلى الدخل هـ / ل عند مستوى معين للدخل، وهى النسبة التى تتفق من الدخل على الأغراض الاستهلاكية، وهذه النسبة يوجد لكل فئة كذلك طريقة خاصة لتقسيمها "أى لتقسيم دخلها المخصص للاستهلاك"

بين سلع الاستهلاك المختلفة (ضروريات وكماليات)، ويسمى ذلك "بالنموذج الخاص للاستهلاك".

وقد كتب لأفكار كينز حول الاستهلاك، السيطرة على معظم التحليلات الاقتصادية الحديثة المتصلة بها حتى أن عددا كبيرا من الاقتصاديين المسلمين قد اعتمد عليها في تحليلاته الزكائية، على نحو ما سيتضح من خلال الحديث عن فلسفة الفكر الاسلامي للاستهلاك، وكذا من خلال تحليل أثر الزكاة على الاستهلاك بعدها.

المبحث الثاني

التحليل الفنى لسلوك المستهلك

فى الإقتصاد الرأسمالى

سنتبع هنا منهجاً يتولى بداية تحليل سلوك المستهلك باعتبار أن السيادة له فى الفكر الرأسمالى على يد الحديين، وذلك بالتعرف على القوانين والنظريات التى تحكم هذا السلوك، ثم بعد ذلك نطبق هذه القوانين والنظريات على سلوكه الفعلى عند انفاقه لدخله. ومثل هذا المنهج يقتضى التعرف على القانون الذى اعتقد الفكر الحدى (أو النيوكلاسيكى) انه يحكم سلوك المستهلك وهو قانون تناقص المنفعة الحدية، ثم نقوم بتحليل سلوكه باستخدام المنفعة الحدية وفقاً لما تقضى به النظرية التقليدية، ثم نتعرض لتحليل سلوكه باستخدام منحنيات السواء حسبما تراه النظرية الحديثة.⁽¹⁾

وعلى ذلك فسيتم تقسيم هذه الموضوعات على مطالب ثلاثة على النحو التالى:

المطلب الأول: تحليل قانون تناقص المنفعة الحدية.

المطلب الثانى: تحليل سلوك المستهلك باستخدام المنفعة الحدية (النظرية التقليدية)

المطلب الثالث: تحليل سلوك المستهلك باستخدام منحنيات السواء (النظرية الحديثة)

(1) د. احمد بديع بليح، مبادئ الاقتصاد السياسى، المنصورة، مكتبة العالمية، 1992.

د. حسين عمر، مقدمه علم الاقتصاد، نظرية القيمة، القاهرة، دار المعارف المصرية 1966.

د. سلوي سليمان، د. عبد الفتاح قنديل، مقدمة علم الاقتصاد، القاهرة، دار النهضة العربية، بلا عام نشر.

د. عبد العزيز مهنا، أصول الاقتصاد السياسى فى التوزيع، القاهرة مكتبة النهضة المصرية 1938.

Adam Smith: " An Inquiry Jnto The Nature and Couses Of Nations", Methuen and Co. LTD, Fourth Ed. London, 1925.

Alfred Marshall: " Principles of Economics", 8 th. Ed, London 1920,Rep. 1947.

David Ricardo: " The Principles of Political Economy and Taxation", Everyman's Lirary,london 1955.

Frank (A.) Fetter: "Copital, Jnterest and Rent Emay in The Theory of Distrilution", 1977.

المطلب الأول

تحليل قانون تناقص المنفعة الحدية

Law of Diminishing Marginal Utility

مؤدى قانون تناقص المنفعة الحدية، هو أن الفرد (أى المستهلك) حين يسعى لإشباع حاجته من من سلعه ما (أو خدمة)، فإنه كلما تلقى وحدة إضافية منها، كلما تناقصت منفعتها لديه لإشباعها الجزء من حاجته مع الاستمرار فى استهلاكها إلى أن يصل للدرجة التى تنعدم منفعتها لديه، لإشباعها لكل حاجته منها.

وتفصيل ذلك هو أن حاجات الإنسان متعددة، كالحاجة إلى المأكل والمشرب والملبس والمأوى والعلم مثلاً، وأنه من الطبيعى أن يسعى لأشباع هذه الحاجات خاصة الضرورى منها وإلا تعرض للهلاك.

فالحاجة شعور بالحرمان يدفع صاحبها إلى اشباع هذا الحرمان حتى يقضى عليه. فكى يشبع حاجته إلى الطعام مثلاً فإنه يتناول عدداً من الأربعة: فعلى فرض أن الرغبة الأول أعطاه منافع أشبعت (10) درجات من جوعه، والرغبة الثانى منحه منافع بـ (6) درجات، والرغبة الثالث (3) درجات، والرغبة الرابع (درجة) واحدة، وبعدها يتوقف عن تناول الطعام لأنه عندها قد زال حرمانه واكتمل شبعه. فإذا استمر فى تناول الطعام بعد الرغبة الرابع فإنه سيجلب عليه ألماً لأنه أكل فوق طاقته لعدم حاجته إليه

ويلاحظ هنا انه باستمرار الاستهلاك تتناقص منافع السلعة المستهلكة لدى المستهلك (1، 3، 6، 10)، وهذا هو قانون تناقص المنفعة. ولكن هذا القانون ينطبق على المنفعة الحدية، وليس على المنفعة الكلية، على النحو:

المنفعة الحدية:

إذا كانت المنفعة تعرف بأنها اللذة (أو المنفعة أو الرضاء) الذى يشعر به المستهلك حين يستهلك وحدة من سلعة (أو خدمة ما). فإنه يستمر فى تناول وحدات منها إلى أن يشبع حاجته منها. فهنا المنافع التى أضافتها كل وحدة تم استهلاكها من السلعة (أو الخدمة) تسمى بالمنفعة الحدية، لأنها تمثل الحد الذى يتوقف عنده الاستهلاك، فهو الحد الفاصل بين الجوع و الشبع ففى المثال السابق لو توقف

المستهلك عند الوحدة (أو الرغبة) الرابع فسيلاحظ أن المنافع الحدية التي حققها الوحدات الأربع تتناقص مع استمرار الاستهلاك (كمن 10: 6: 3: 1) وهذا هو مفهوم قانون تناقص الغلة.

المنفعة الكلية:

ولكن يلاحظ أن قانون تناقص المنفعة لا ينطبق على المنفعة الكلية، وهي مجموع المنافع التي يحصل عليها من استهلاكه لجميع وحدات السلعة (أو الخدمة) ففي المثال السابق فإن المستهلك قد تناول أربع وحدات من الطعام لإزالة جوعه حققت له منافع كلية مجموعها $(1+3+6+10) = 20$ منفعة كلية فهذه المنفعة الكلية ليست هي التي تتناقص باستمرار الاستهلاك. بل على العكس فإن مجموعها يزيد، فعند الرغبة الثالث صارت $(1+3+6+10) = 20$ ، ومعنى لك أن المنافع الكلية تزيد باستمرار الاستهلاك (16: 19: 20).

ولكن العبرة هي بالكيف وليس بالكم، فالملاحظ أن ما تضيعه كل وحدة مستهلكه من منافع حدية للمستهلك، تتناقص باستمرار الاستهلاك لأنها تشبع جزءاً من حاجته، مما يخفف من هذه الحاجة، فلا تحتاج مع استمرار الاستهلاك إلا إلى منافع أقل حتى تشبع تماماً. فالجائع يتناول أول (وحدة) أو (رغبة) بشراهة فيحقق له منافع كبيرة: (10 درجات)، والثاني يحقق منافع أقل: (6 درجات). والثالث أقل: (3) درجات، والرابع أقل (درجة واحدة)، وهكذا إلى أن يشبع تماماً. فإذا استمر في الاستهلاك جلب عليه آلاماً لأنه أكل فوق طاقته، وكان نوعاً من الإسراف المنهى عنه في قوله تعالى: [وكلوا واشربوا ولا تسرفوا إنه لا يحب المسرفين].⁽¹⁾

شروط عمل القانون:

يشترط لسريان عمل القانون تناقص المنفعة الحدية توافر الفروض التالية:

1- أن تكون السلعة (أو الخدمة) المستهلكة قابلة للانقسام:

فهذه هي الحالة التي يمكن من خلالها التمييز بين أثر استهلاك كل وحدة منها على المنفعة الحدية والمنفعة الكلية، ولذلك لأن السلع التي تستهلك مرة واحدة أو هي غير قابلة للاستهلاك كالسيارة مثلا يصعب تطبيق هذا القانون عليها.

2- أن تكون جميع وحداتها متجانسة:

فهنا فقط يمكن أن تحل كل وحدة منها محل الأخرى لتصبح بديلا تاما عنها في تقديم نفس الإشباع، وإلا اضطراب عمل القانون. ففي المثال السابق لو كان الرغبة الثاني أكبر في حجمه من الأول والثالث أكبر منهما والرابع أكبر منهم جميعا لزادت منافع كل رغبة ولما أمكن قياس ذلك.

3- وحدة استعمالها:

بمعنى أن يتم استعمالها لإشباع رغبة واحدة وليس لإشباع رغبات متعددة. فإذا استخدم المستهلك مثلا ثلاث أكواب من الماء، أحدهما لإشباع العطش والثاني للاغتسال والثالث لرى الزرع، لتعددت وجوه استعمالها ولما أمكن سريان عمل القانون.

4- وحدة زمن استهلاكها:

بأن يتم استهلاكها في فترة زمنية متصلة، فتناول وحدات الخبز لوجبة واحدة هو الذي يمكن قياسه وفقا لهذا القانون. أما تناولها في أوقات مختلفة ولو على مدار اليوم في الفطار ثم العشاء مثلا، فسيجعلنا أمام حاجات متعددة تتعدد وتختلف منافعها.

إستثناءات من عمل القانون:

ينطبق قانون تناقص المنفعة الحدية على الأشخاص العاديين وفي الظروف العادية، أما في غير ذلك فلا يسرى عمل هذا القانون، كما لو كان المستهلك شخصا غير عادي، إذا ما كان بخيلا مثلا، أو لو كان مولعا باقتناء الأشياء النادرة أو ذات القيمة التاريخية كالتحف والعملات الأثرية، أو لو كان طالب علم يحتاج إلى كتب العلم أكثر من غيره، فاقتناء هذه الأشياء يكون أكثر منفعة عندهم من الشخص العادي. كذلك لو كان الشخص في ظروف غير

عادية أو استثنائية كظروف الحرب أو المجاعة أو المرض في مثل هذه الظروف الطارئة تزداد منافع الأشياء عن غيرها من الظروف.

والسؤال الذى يطرح نفسه هنا هو: هل تستثنى النقود كذلك من هذا القانون؟ ذهب رأى إلى استثنائها على اعتبار أن المنفعة خاصة فى السلع والخدمات وليس فى النقود، فالنقود ما هى إلا مجرد وسيط فى التبادل لا تطلب لذاتها، وبالتالي لا تتحقق منافعها عند الحصول عليها ولكن عند التخلي عنها.

ولكن الرأى الذى نرجحه هو الذى يخضع النقود لعمل هذا القانون، لأن مجرد الحرمان من المال هو حرمان من شىء يحبه الإنسان لمنفعه له عملاً بقوله تعالى: (وتحبون المال حُبًّا جَمًّا)⁽¹⁾، والنقود تندرج تحت المفهوم العام للمال الذى يشمل الأموال العينية والأموال النقدية. والنقود تزداد منافعها الحدية لدى الفقراء وتقل لدى الأغنياء، وهذا هو أساس فكرة الضرائب التصاعدية التى ترتفع أسعارها بزيادة دخل الفرد وثروته وتنخفض بانخفاضها، فتزداد تضحيته بارتفاع أسعارها.

(1) سورة الفجر من الآية 20 .

المطلب الثانى

تحليل سلوك المستهلك باستخدام المنفعة الحدية

(توازن المستهلك فى النظرية التقليدية)

إن الهدف الذى يسعى المستهلك لتحقيقه برشده الاقتصادى هو أن يحقق بدخله المحدود أقصى منفعة ممكنة لأقل نفقة ممكنة، أى أن يحقق أقصى إشباع ممكن لحاجاته المتعددة. وحين يحقق المستهلك هذا الهدف يكون قد وصل إلى حالة التوازن. ولكن كيف يصل إلى هذا التوازن ؟

يصبح المستهلك فى حالة التوازن عندما تتعادل المنفعة الحدية للوحدة الأخيرة من السلعة التى يستهلكها مع ثمنها السائد فى السوق. ولبيان ذلك نفترض ثبات كل من: دخل المستهلك وأثمان السلع الأخرى وأذواق المستهلكين.

فعلى فرض أن المستهلك سيشتبع حاجته إلى الجوع بتناول سلعة واحدة هى الخبز. وعلى فرض أن رغيف الخبز يساوى خمسة قروش وأن إنفاق القرش الواحد يعود عليه بمنفعة واحدة. فهنا يتوازن المستهلك عندما يكون:

ثمن السلعة = المنفعة الحدية أى أن: المنفعة الحدية للسلعة

ثمنها

فى مثالنا السابق فإنه سيقبل على استهلاك الرغيف الأول لأنه يعطى إشباعاً (أو منافع) أكبر من ثمنه، وسيستهلك الرغيف الثانى لأنه يمنحه منافع أكثر، وسيتوقف عند الرغيف الثالث لأنه سيساوى عنده منفعه الحدية مع ثمنه (5 / 5). فإذا توقف عند الرغيف الثانى فستصبح عليه منافع الرغيف الثالث، وإذا استمر الرغيف الرابع فسيجعل تضحيات أكثر.

هذا فى حالة استهلاكه لسلعة واحدة، أما فى حالة استهلاكه لأكثر من سلعة، فإنه يكون فى حالة توازن محققاً أقصى منفعة ممكنة من دخله المحدود حين تتساوى المنافع التى يحصل عليها من إنفاقه لآخر وحدة نقدية على السلع (أو الخدمات) المختلفة.

فإذا كانت المنفعة الحدية للسلعة (أو الخدمة) المستهلكة تعرف بقسمة منفعتها الحدية على ثمنها. وعلى فرض أنه سينفق دخله المحدود على ثلاث سلع هي (1، 2، 3) فإنه سيكون في حالة توازن عندما يكون:

$$م ح ن = 1 \text{ صحيح}$$

$$م ح 2$$

$$----- م ح ن = 1 \text{ صحيح}$$

ث 2

وترمز (م ح 1) إلى المنفعة الحدية للسلعة (1)، ث 1 ثمنها، أما (م ح ن) فهي المنفعة الحدية للنقود.

نقد النظرية:

تميزت هذه النظرية بأنها استطاعت بتفريقها بين المنفعة الحدية والمنفعة الكلية أن تحل لغز القيمة الذي حير آدم سميث. ولكنها تعرضت للنقد لأن أنصارها أمثال مارشال وبرتسون اعتقدوا بأنه من الممكن قياس المنفعة قياساً كمياً عن طريق المقاييس الموضوعية. وهو ما عارضه هيكس حين اعتبر المنفعة مسألة شخصية تتوقف على ميول الشخص النفسية. بالتالي فيصعب قياسها قياساً موضوعياً لاختلافها من شخص لآخر، ولكن يمكن فحسب قياسها نسبياً باستخدام فكرة منحنيات السواء.

المطلب الثالث

تحليل سلوك المستهلك باستخدام منحنيات السواء (توازن المستهلك في النظرية الحديثة)

النقد الذى تعرضت له النظرية التقليدية بعدم صحة إفتراضها بأن المستهلك يستطيع أن يقيس المنافع الحدية للسلع (أو الخدمات) التى يستهلكها قياسا كميا لعدم وجود وحدة قياس موضوعية تصلح لقياس المنفعة، هذا النقد دفع أنصار النظرية الحديثة نحو الاعتقاد بأن المنفعة يمكن أن تقاس قياسا نسبيا وليس كميا عن طريق استخدام منحنيات السواء.

فكرة منحنيات السواء:

ترجع فكرة منحنيات السواء إلى الاقتصادى ادجورث حيث استخدمها فى عرض نظريته فى المقايضة والتبادل، وقد أخذها عنه الإيطالى بارتينو عام 1906 ليستخدامها فى الاستدلال على عدم قابلية المنفعة للقياس الكمي، ولكن الذى بلور استخدامها فى تحليل سلوك المستهلك بالشكل الحديث الذى يتقادى القياس الكمي للمنفعة هما الاقتصاديان: هيكس وألين عام 1934. وتعنى فكرة منحنيات السواء أن المستهلك حين يوزع دخله المحدود بين استهلاك سلع (أو خدمات) معينة خلال فترة زمنية محددة، فإنه لا يقوم بإختيار هذه السلع أو الخدمات وفقاً لمنافعها الكمية وإنما يرتبها بحسب تفضيلاته الشخصية لها فى مجموعات متساوية الأهمية بالنسبة له.

فعلى فرض أن أسرة خصصت من دخلها المحدود (100) مائة جنيه فى الشهر لشراء سلعتين هما اللحم والسمك، فهنا لن تشتري هذه الأسرة بكل دخلها لحماً فقط أو سمكاً فقط. وإنما ستفاضل بين الكميات التى ستشتريها من هاتين السلعتين معاً بنفس الدخل المحدود. وعلى فرض أن ثمن كيلو اللحم بـ (20) ج وثمان كيلو السمك (10) ج. فإن هذه الأسرة مخيرة بين أربع مجموعات (أو أربع كميات) تشتريها من السلعتين حيثما هو موضح بالجدول التالى:

جدول رقم (1)

بيان جدول السواء

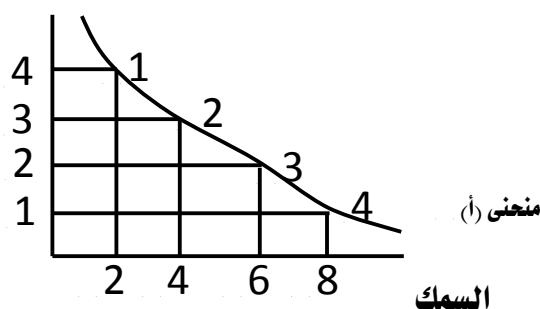
مجموعة 4	مجموعة 3	مجموعة 2	مجموعة 1	
1	2	3	4	لحم
8	6	4	2	سمك

المصدر: من إجتهادنا.

فهنا هذه الأسرة يستوى لديها أن تشتري بدخلها المحدود أية مجموعة أو توليفة من هذه المجموعات الأربع لأن كلاً من تقدم لها إشباعاً متساوياً ويمكن وضعها على المنحنى التالى:

شكل رقم (3)

بيان منحنى السواء



خصائص منحنيات السواء:

تختص منحنيات السواء بخصائص ثلاث هي:

1- أنها تنحدر من أعلى إلى أسفل ومن اليسار إلى اليمين:

فهذا الانحدار من أعلى إلى أسفل جهة اليمين يدل على أن أى نقص فى كمية إحدى السلعتين يعنى فى نفس الوقت زيادة كمية السلعة الأخرى فهذه العلاقة العكسية بين السلعتين له التى تضمن أن يظل المستهلك على نفس لمستوى (أو المنحنى) الذى يحقق له نفس الاشباع.

2- أنها لا تتقاطع:

منحنيات السواء تأخذ شكل منحنيات متوازية لا تتقاطع، وذلك لأن كل منحني منها يتضمن مجموعة من التوليفات من السلعتين تحقق إشباعاً يختلف عن الإشباع الذى تحققه مجموعة المنحني الآخر، وكلما إقترب منحني السواء من نقطة الأصل كلما دل على مستوى إشباع أقل، وكلما ابتعد المنحني عن نقطة الأصل كلما دل على مستوى إشباع أكبر على ما سيصبح من خريطة السواء.

3- أنها محدبة عند نقطة الأصل:

فالمستهلك حين يرغب فى إحلال كمية من إحدى السلعتين مكان كمية من السلعة الأخرى فإنه يضحى بكمية أكبر من السلعة الأولى ليستبدلها بكمية أقل من السلعة التى يرغبها، فلو أراد أن يحصل على (11) كجم من اللحم فإنه يضحى بكمية (22) كجم من السمك كى يحصل على نفس الإشباع وحتى يظل على نفس المنحني، والسبب فى اختلاف الكميتين المتبادلتين هو أن كلاً من السلعتين ليست بديلاً كاملاً للسلعة الأخرى، إذا لو كانت بديلاً كاملاً لها لأخذ منحني السواء شكل الخط المستقيم، لذلك فإنه كلما زاد استهلاكه للحم ونقص استهلاكه للسمك، فإن استمرار ذلك يؤدى إلى تناقص الأهمية النسبية للحم لديه، مما يجعله يستبدله بكميات أقل فى المرات التالية، مما يعنى أن معدل الاحلال بينهما يتناقص بزيادة الاستهلاك، الأمر الذى يجعل منحني السواء محدباً فى اتجاه نقطة الأصل، إذ لو كان معدل الاحلال الحدى بينهما متزايد وليس متناقضاً لأصبح منحني السواء مقعراً.

كيف يتوازن المستهلك مع منحنيات السواء:

حينما يضع المستهلك السلع التى يرغبها فى مجموعات على منحنيات، فإن الذى يحكمه هنا هو أدواقه تجاه هذه السلع. فمثلاً يمكن أن يضعها فى مجموعات ثلاث تمثل كل منها منحني معيناً، المنحني (أ) يضم كمية (2 لحم + 4 سمك) والمنحني (ب) يشمل كمية (3 لحم + 4 سمك) والمنحني (ج) يتضمن (5 لحم + 10 سمك).

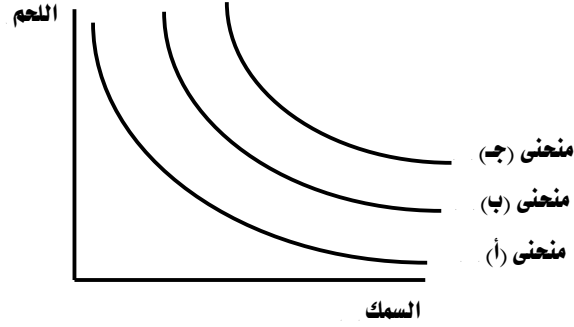
خريطة السواء:

بوضع هذه المنحنيات الثلاث على الشكل التالى يتضح أنها يحسب وضعها من نقطة الأصل تختلف درجات اشباعها، فالمنحني (أ) أقلها إشباعاً لأنه يتضمن كميات أقل، والمنحني (ب)

أعلى منه إشباعاً، والمنحنى (جـ) هو أعلاها جميعاً ويسمى الشكل الذى يتضمنها بخريطة السواء على النحو التالى:

شكل رقم (4)

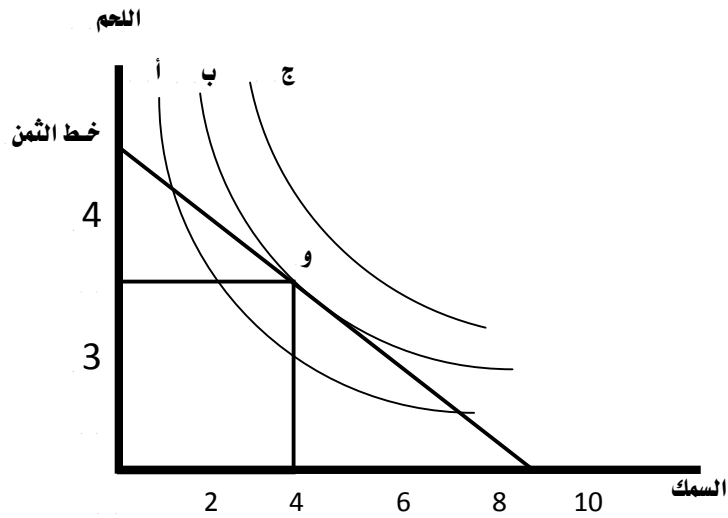
المتضمن خريطة السواء



خط الثمن (أو خط الميزانية):

خريطة السواء تتضمن تفضيلات المستهلك للكميات التى يرغبها من السلعتين وفقاً لذوقه أو لميله إليها، ولكنه حينما يصطدم بالواقع فإن الذى يحدد أى المنحنيات أفضل له هو دخله المحدود (أى ميزانية) وأما هاتين السلعتين فى السوق لأنه لا يستطيع أن يؤثر فيها وبالتالي فإنه سيضع منحنياته الثلاثة على خط الثمن على النحو التالى:

شكل رقم (5)



يلاحظ هنا أن دخل هذه الأسرة المحدودة = 100 جنيه شهرياً خصصتها لشراء (اللحم والسمك) وسعريهما فى السوق من هو (20) ج لكل كيلو اللحم، (10) ج لكل كيلو السمك وبالتالي فإن مجموعة المنحنى (أ) ستكون أقل المجموعات إشباعاً لأنها تتضمن كمية لحم = $20 \times 2 = 40$ جنيه + كمية سمك = $10 \times 4 = 40$ جنيه أى إجمالى 80 جنيه وهو أقل من دخل الأسرة، بينما المنحنى (ج) هو أعلاها إشباعاً لأنه يتضمن كمية أكبر (5 كجم + 10 كجم سمك = 200 ج) ولكنه غير ملائم لدخل الأسرة لأنه أكبر من دخلها.

وبالتالى فإن المنحنى (ب) هو أكثر المنحنيات الثلاثة ملائمة للأسرة لأنه يشمل كمية من اللحم (3 كجم) والسمك (4 كجم) = 100 ج وهو يساوى دخل الأسرة لذلك فإنه يلتقى مع خط الثمن أو خط الميزانية فى النقطة (و). وهذا المنحنى (ب) هو منحنى سواء هذه الأسرة لأنه يتضمن مجموعات أربعة من اللحم والسمك كما هو موضح من الشكل رقم (5) توازى دخل الأسرة محققة أقصى إشباع ممكن فى حدود دخلها المحدود.

كما يلاحظ أن توازن المستهلك يمكن أن يتغير غير أى من المنحنيات الأخرى، وذلك فى حالة إذا تغير دخلها أو أسعار السلع المشتراة، لأنه فى هذه الحالة سيتغير خط الثمن (أو الدخل) إلى وضع جديد يتماس معه منحنى آخر محققاً إشباعاً آخر يتناسب الدخل الجديد أو الأسعار الجديدة.

الفصل الثانى

تحليل سلوك المستهلك فى الإسلام

نظرية كينز فى الاستهلاك، والتي اعتبر فيها أن الاستهلاك يتوقف على عاملى الدخل والميل للاستهلاك وأن الأخير يتميز بثباته فى المدة القصيرة، مما يجعله تابعا لعامل الدخل ويفسح المجال له وحده ليحدد مستوى الاستهلاك، قد لاقى هذه النظرية رواجاً عند عدد من الاقتصاديين المسلمين الذين اعتمدوا عليها فى تحليلاتهم الاقتصادية والزكائية، بغير تحفظ، إلا من فكرة واحدة من أفكارها.

تلك الفكرة هى التى تتعلق بذهاب كينز إلى أن الميل الحدى لاستهلاك ذوى الدخل المنخفضة، يكون أعلى من الميل الحدى لاستهلاك ذوى الدخل المرتفعة. فعلى الرغم من أن البعض قد أخذ بها، إلا أن البعض الآخر قد تحفظ عليها ورأى أنها غير مؤكدة دوماً بالنسبة لهاتين الفئتين، حتى بالنسبة للفقراء فقد يدخرون جانباً من دخولهم الصافية إحتياطاً للمستقبل، وتجنباً للوقوع تحت وطأة الإقتراض الربوى المحرم، وتأثراً بنهى الإسلام عن الإسراف.

وأمام هذا الفراغ النسبى لصياغة نظرية اسلامية فى الاستهلاك، رغم ثراء مبادئ الاقتصاد الإسلامى بالنصوص التى تعين على التعرف عليها، كان لابد من إجراء محاولة لاثبات خطوطها العامة. وتتلخص فى أن العامل الأساسى المحدد لمستوى استهلاك المسلم هو عامل (الوسطية فى الإنفاق)، بلا إسراف ولا تقتير. ويقتضى الأمر أن نحدد بالتفصيل مفهوم الوسطية فى الإسلام قبل أن نجتهد فى صياغة تلك النظرية. وهو ما نبرزه فى بحثين على الترتيب: (1)

المبحث الأول: مبدأ الوسطية فى الإنفاق.

المبحث الثانى: نظرية الاستهلاك فى الإسلام.

(1) د. محمد أنس الزرقاء: صياغة اسلامية لجوانب من دالة المصلحة الاجتماعية ونظرية السلوك للمستهلك. من بحوث المؤتمر العلمى الأول للاقتصاد الإسلامى، المنشور بمجلد الاقتصاد الإسلامى، المملكة العربية السعودية، المركز العالمى لأبحاث الاقتصاد الإسلامى، 1400 هـ، 1980م، ص 180.

المبحث الأول

مبدأ الوسطية فى الإنفاق

حدد القرآن حدود الإنفاق فى قوله تعالى: "ولا تجعل يدك مغلولة إلى عنقك ولا تبسطها كل البسط فتقعد ملوما محسورا"⁽¹⁾، وقوله تعالى: "والذين إذا انفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواما"⁽²⁾.

وبدل ذلك على أن حدود الإنفاق ثلاثة هى: حد الإسراف، وحد التقتير، وحد القوام (أو الوسطية). ولكنه نهى عن الحدين الأول والثانى: (الإسراف والتقتير)، وأمر بالثالث وهو حد الوسطية، ونوضحها تباعا:

الحد الأقصى - حد الإسراف أو التبذير (أو الترف):

الإسراف قد يكون فى المعاصى (أو فى الطاعات)، وقد يكون فى الإنفاق. أما الأول وهو المشار إليه فى قوله تعالى: (قل يا عبادى الذين أسرفوا على أنفسهم..)⁽³⁾، فليس محل الدراسة هنا.

ولكن الإسراف المعنى بالدراسة هنا هو الإسراف فى النفقة الذى يرادف التبذير. والذى يعنى الإفراط فى الإنفاق مجاوزا الحد المشروع (حد الدخل أو الحاجة)، الذى يصل بصاحبه إلى حالة من (الترف) الممنوع بقوله تعالى: (حتى إذا أخذنا مترفيهم بالعذاب إذا هم يجأرون)⁽⁴⁾.

وعلى ذلك فإن للإسراف (أو التبذير) صورتان هما:

1- الإنفاق فوق الدخل:

من قبيل الإسراف أن يجاوز الشخص فى إنفاقه حدود دخله، كأن يكون دخله ألفا من الجنيهات فيستدين - دون مقتض - ليصرف ألفين. أو كما قال ابن منظور فى لسان العرب⁵:

1- سورة الإسراء آية 29

2- سورة الفرقان آية 67

3- سورة الزمر من الآية 53

4- سورة المؤمنون آية 64

5- ابن منظور، لسان العرب، م س ج 1 ص 361

التبذير هو أن يبسط يده في إنفاقه حتى لا يبقى منه ما يقتات به. كما قال تعالى: (ولا تبسطها كل البسط فتقعد ملوما محسورا).⁽¹⁾

وقد أشار بدقة شديدة ابن كثير إلى ذلك في تفسيره لقوله تعالى: (ولا تبسطها كل البسط) (الآية) فقال: (أى ولا تسرف في الإنفاق فتعطى فوق طاقتك وتخرج أكثر من دخلك فتقعد ملوما محسورا).⁽²⁾ فلاحظ دقته في استخدامه للفظ الدخل هو مصطلح إقتصادي.

2- الإنفاق فوق الحاجة:

الإنفاق فوق الحاجة نوع من الإسراف الإستهلاكي المنهى عنه بقوله تعالى: (كلوا واشربوا ولا تسرفوا إنه لا يحب المسرفين)⁽³⁾. وقد عقب على هذه الآية ابن كثير بدقة كذلك في نفس الموضع وذلك بقوله: (أى ليسوا بمبذرين فيصرفوا فوق الحاجة).

فمن أشبع كل حاجاته الضرورية ثم أفرط في إشباع حاجاته الكمالية، فهو نوع من الترف المنهى عنه بقوله تعالى: (واتبع الذين ظلموا ما ترفوا فيه وكانوا مجرمين).⁽⁴⁾

الحد الأدنى - حد التقدير (أو البخل أو الكفاف):

التقدير نوع من البخل أو الشح المنهى عنه في قوله تعالى: (الذين إذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا)⁽⁵⁾. ويتحقق التقدير حين يمتنع الإنسان عن النفقة على نفسه وأهله ليجعلهم يعيشون يعيشون في حالة من ضيق العيش أو الكفاف أى الفقر، رغم قدرته على الإنفاق عليهم. قال القرطبي: (البخل هو إمتناع المرء عن أداء ما أوجب الله تعالى). وفيه يقول تعالى: (ولا يحسبن الذين يبخلون بما آتاهم الله من فضله هو خيرا لهم بل هو شر لهم).⁽⁶⁾

كما نهى عنه النبي (ص) بقوله: (واياكم والشح، فإن الشح أهلك من كان قبلكم: أمرهم بالقطيعة فقطعوا، وأمرهم بالبخل فبخلوا، وأمرهم بالفجور ففجروا).⁽⁷⁾

1- سورة الإسراء من الآية 29

2- ابن كثير، في تفسيره الكبير، ج 4 ص 138

3- سورة الأعراف من الآية 31

4- سورة هود من الآية 116

5- سورة الفرقان آية 67

6- سورة آل عمران من الآية 180

7- رواه أبو داود (1698) مختصرا، وأحمد (2/159) وقال الشيخ أحمد شاكر: إسناده صحيح.

الحد الأوسط - حد الوسطية (أو القوامه أو الكفاية):

حالة الوسطية فى الإنفاق هى حالة القوامه التى بين حدى الإسراف والتقتير، الواردة فى قوله تعالى: (الذين إذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواماً).⁽¹⁾ وقوله تعالى: (ولا تجعل يدك مغلولة إلى عنقك ولا تبسطها كل البسط فتقعد ملوماً محسوراً).⁽²⁾ وقد أشار إلى الوسطية ابن كثير (ج4 ص608) بقوله: (أى ليسوا بمبذرين فى إنفاقهم فيصرفون فوق الحاجة، ولا بخلاء على أهلهم فيقصرون فى حقهم فلا يكفونهم، بل عدلاً خياراً، وخير الأمور أوسطها).

فحد الوسطية هو حد الكفاية أو الغنى، الذى يوفر للإنسان مستوى ملائم من المعيشة، ويقع بين حدى الإسراف والتقتير المنهى عنهما. فلا يبذر المسلم فى نفقاته حتى حد الإسراف، وإلا كان ذلك من باب الترف الذى يعرضه للعقاب. ولا يبخل فى نفقاته حتى حد الكفاف أو الفقر، وإلا كان ذلك نوعاً من التقتير الذى كذلك للعقاب.

1- سورة الفرقان آية 67

2- سورة الإسراء آية 29

المبحث الثاني

نظرية الإستهلاك الإسلامية

إذا كان كينز قد أسس نظريته في الإستهلاك على أساس أن معدل الإستهلاك يتوقف على عاملين هما: الدخل والميل للإستهلاك، وأن عمل الدخل هو العامل الرئيسى المحدد لمستوى الإستهلاك، على اعتبار أن عامل الميل للإستهلاك ثابت في المدة القصيرة. فإن نظرية الإستهلاك الإسلامية التي نجتهد في طرحها، تتوقف بشكل رئيسى على عامل الوسطية في الإنفاق، وأن عاملى الدخل والميل للإستهلاك فيتبعانه. إذ لا عمل إلا في إطاره.

وتفصيل ذلك أنه في نطاق (الوسطية) يمكن للدخل أن يحدث أثره في الاستهلاك بالزيادة أو بالنقصان، وليس خارجها. فقد يشبع الفرد حاجاته الكفائية، وما يزيد عليها بما هو دون الإسراف، من دخل معين، ثم يكتسب دخلاً جديداً، فلا يرفع دخله الزائد من مستوى استهلاكه، حتى لا يدخل في حد الاسراف المحرم ويعرض نفسه للعقاب. كما قد ينخفض دخل نفس الشخص، ولكن المتبقى من دخله يحفظ له نفس مستوى الكفاية، فهنا أيضاً لا يؤثر ذلك في خفض حجم الاستهلاك عن حد الكفاية إلى حد الكفاف، والا عد بخلا يكسبه إثماً، لأنه يملك ما يحقق له الكفاية.

ولكن يلاحظ أن (الوسطية في الإنفاق)، هي في حقيقتها على مستويين، يقعان بين حدود (معيشية) ثلاثة هي: حد الكفاف وحد الكفاية وحد الاسراف، وهما:

الأول: وسطية دنيا: [تقع بين حد الكفاف والكفاية]

وهي لذوى الدخول الدنيا من الفقراء، فلأنهم لا يملكون إلا مادون الكفاية، لذا تقع وسطية إنفاقهم بين حدى الكفاف والكفاية. فلا يجوز أن ينزل عن حد الكفاف تقتيراً منهم على أنفسهم، وإلا عرضوا أنفسهم للهلاك وبالتالي للعقاب. كما لا ينبغي أن يقترضوا ليحاكوا الأغنياء في نفقاتهم المجاوزة لحد الكفاية، طالما أنهم لا يملكون نفقات بلوغه. إلا إذا ملكتهم الزكاة ذلك فهنا تنتقل وسطيتهم من المستوى الأدنى إلى الأعلى، الذي يمثل مستوى الوسطية العادى، على اعتبار أن الاسلام يضمن لكل أفراد (حد الكفاية).

-36-

بينما يمثل الخط العمودى (ع ع) وسطية الاستهلاك العليا (العادية)، فإن استهلاك الغنى كمية (حلال) قدرها (8 هـ) مبتغيا ثوابا قدره (ث 4)، يعد تصرفا شرعيا لعدم بلوغه حد الاسراف، فإن بلغه باستهلاك سلعا (حلالا) قدرها (10 هـ)، لتعرض رغم حلالها لعقاب يتوقع بـ (ب 4) بدخوله فى حيز الاسراف.

مما تقدم يتضح أنه فى الوقت الذي علق فيه الفكر الكينزى مستوى الاستهلاك على التغير فى الدخل، وجعل من الميل الاستهلاكى عاملا ثابتا وتابعا له، فإنه وفقا لاجتهادنا السابق ومن منظور اسلامى، يتحدد مستوى استهلاك المسلم فى اطار من الوسطية فى الانفاق (العليا والدنيا)، التى تشكل عاملا أساسيا، يتبعه ويعمل من خلاله عاملا الدخل والميل للاستهلاك، فى إطار من الحلال والحرام المقترنين بالثواب والعقاب.

بذلك يكون قد وضح جليا ما بين الفكرين المعاصر والاسلامى من فروق فى نظريتهما إلى (الاستهلاك). تم الخروج منه بنظرية للإستهلاك فى الفكر الإسلامى تتميز عن نظيرتها فى الفكر الوضعى على التفصيل السابق ذكره.

ختام البحث

وضح مما تقدم أن الفكر الرأسمالي: بمدارسه المختلفة قد تردد في نظرية الإستهلاك بين فكرتين:

- **إحدهما: وهي للمدرسة التقليدية:** جعلت السيادة في النشاط الإقتصادي هي للمنتج هو الذي يحدد بعرضه أنواع السلع التي سيتم توجيه الموارد الإقتصادية نحو إنتاجها، وتحديد كمياتها. وكان ذلك في إطار فكرة خاطئة طرحها الإقتصادي الفرنسي جان باتست ساي، وهي فكرة قانون المنافذ التي تقضى بأن كل عرض يخلق الطلب المساوي له، وإن ذلك لن يؤدي إلى وقوع إفراط في الإنتاج ! وهي الفكرة التي أدت إلى وقوع ذلك الإفراط في الإنتاج، ووقوع أزمة الكساد العظيم في العالم عام 1929 / 1930
- **والأخرى: كانت للمدرسة الحديثة أو التقليدية الجديدة وكذا كينز:** حيث صحت المسار لتولى السيادة للمستهلك في النشاط الإقتصادي، بطلبه أو بالطلب الفعال (وفق رأى كينز).
- **ولكن المدرسة الحديثة وكذا المدرسة الحديثة:** قد غالت في تحليلها لسلوك المستهلك لتبعده كثيرا عن الواقع. حيث جعلت منه مجرد آلة حاسبة يجرى في كل تصرف من تصرفاته الإستهلاكية حسابات منفعية معقدة وضعوها في منحنيات سوائية معقدة لايفعلها أى مستهلك مهما كانت درجة رشده كما توقعوا !
- ولكن بالمقابلة بين ذلك بالفكر الإقتصادي الإسلامي:** وضح أنه قد إنتهج منهجا وسطا يتسم بالواقعية في تحليله لسلوك المستهلك في إطار من الوسطية في إنفاقه لدخله. وبلغت واقعية هذا الإتجاه الفكرى في التفرقة بين وسطيتين إحدهما للأغنياء والأخرى للفقراء. مع طرح نظرية وسطية رشيدة في تحليل سلوك المستهلك.
- لينتهى البحث:** إلى تغلب النظرية الإسلامية بواقعيته، على نظيرتها في الفكر الرأسمالي بمغالاتها في تحليل سلوك المستهلك باستخدام فكرة منحنياتها السوائية المعقدة التي تبعد سلوك المستهلك عن الواقع.

المراجع

مراجع اقتصادية عامة:

1. د. أحمد أبو أسماعيل أصول الاقتصاد، القاهرة، دار النهضة العربية بلا عام نشر.
2. د. أحمد بديع بليح، مبادئ الاقتصاد السياسي، المنصورة، مكتبة العالمية، 1978.
3. د. أحمد جمال الدين موسي، دروس في الاقتصاد السياسي، بلا ناشر أو مكان نشر 1995.
4. د. السيد أحمد عبد الخالق، الاقتصاد الكلي والسياسات الاقتصادية، الكتاب الثاني، المنصورة، بلا ناشر 1996.
5. د. حازم الببلاوي، أصول الاقتصاد السياسي، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1974.
6. د. حسين خلاف، مبادئ الاقتصاد، ج 1 القاهرة، بلا ناشر، 1950.
7. د. حسين عمر، مقدمه علم الاقتصاد، نظرية القيمة، القاهرة، دار المعارف المصرية 1966.
8. د. رفعت المحجوب، الاقتصاد السياسي، القاهرة، دار النهضة العربية 1968.
9. د. زكريا بيومي، د. مصطفى حسني، مبادئ الاقتصاد السياسي، بلا مكان نشر أو ناشر 1997.
10. د. سلوى سليمان، د. عبد الفتاح قنديل، مقدمة في علم الاقتصاد، القاهرة، دار النهضة العربية بلا تاريخ نشر.
11. د. صقر أحمد صقر، النظرية الاقتصادية الكلية، الكويت، وكالة المطبوعات، 1977.
12. د. عبد الهادي النجار، دروس في الاقتصاد السياسي، القاهرة، مطبعة جامعة القاهرة، 1977.
13. د. عبد الهادي مقل، محاضرات في الاقتصاد السياسي، طنطا، مطبعة جامعة طنطا، 1977.
14. د. فوزي منصور، محاضرات في نظرية الثمن، القاهرة، دار النهضة العربية، 72 - 1937.
15. د. محمد دويدار، مبادئ الاقتصاد السياسي، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1982.
16. د. محمد رشيد رضا، د. عامر الفيتوري، مبادئ الاقتصاد، مالطا، 1995 Elga.
17. د. مصطفى رشدي شبحه، علم الاقتصاد من خلال التحليل الجزئي، الإسكندرية دار المعارف، 1988.

ثانياً: مراجع فى الاقتصاد الإسلامى:

18. د. رفعت المحجوب، دراسات إقتصادية إسلامية، القاهرة، معهد الدراسات الإسلامية، 1988.
19. د. سامى نجدى رفاعى، دراسة تحليلية لأثار تطبيق فريضة الزكاة على تعظيم العائد الأقتصادى والاجتماعى، من أبحاث المؤتمر العلمى السنوى الثالث، الذى عقدته كليه التجارة جامعة المنصورة بالقاهرة فى إبريل 1983، ج 3
20. عبد الرحمن يسرى، دراسات فى علم الاقتصاد الإسلامى، الأسكندرية، دار الجامعات المصرية 1988.
21. د. عبد العزيز مهنا، أصول الاقتصاد السياسى فى التوزيع، القاهرة مكتبة النهضة المصرية 1938.
22. د. عبد الهادى النجار، الإسلام والاقتصاد، الكويت، سلسلة عالم المعرفة عدد 63 جمادى الأولى، جمادى الآخرة، 1403 هـ — مارس آذار 1983 م
23. د. عوف الكفراوى، الآثار الاقتصادية والاجتماعية للاتفاق العام فى الإسلام، الإسكندرية مؤسسه شباب الجامعه 1983،
24. د. عيسى عبده. د. أحمد إسماعيل يحيى، الاقتصاد الإسلامى مدخل ومنهاج، القاهرة، دار الأعتصام، 1974.
25. د. محمد أنس الزرقاء: صياغة اسلامية لجوانب من دالة المصلحة الاجتماعية ونظرية السلوك للمستهلك. من بحوث المؤتمر العلمى الأول للاقتصاد الإسلامى، المنشور بمجلد الاقتصاد الإسلامى، المملكة العربية السعودية، المركز العالمى لأبحاث الاقتصاد الإسلامى، 1400 هـ، 1980م، ص 180.
26. د. محمد شوقى الفجرى، المذهب الأقتصادى فى الإسلام، القاهرة، الهيئة المصرية العامة للكتاب 1986.
27. د. محمد عفر، نحو النظرية الاقتصادية فى الإسلام، الدخل والاستقرار، القاهرة، الاتحاد الدولى للبنوك الإسلامية، 1401 هـ — 1981.
28. د. مختار متولى، التوازن العام والسياسات الاقتصادية الكلية فى اقتصاد إسلامى، جده مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامى، ع 1 مج 1 صيف 1403 هـ — 1983م ص 1: 34.

مراجع بلغة أجنبية:

29. *Adam Smith*: “An Inquiry Into The Nature and Causes Of Nations”, Methuen and Co. LTD, Fourth Ed. London, 1925
30. Alfred Marshall: “ Principles of Economics”, 8 th. Ed, London 1920,Rep. 1947.
31. David Ricardo: “ The Principles of Political Economy and Taxation”, Everyman’s Llibrary,london 1955
32. Frank (A.) Fetter: “Copital, Interest and Rent Emay in The Theory of Distrilution”, 1977
33. -Frank (A.) Fetter: “Copital, Interest and Rent Emay in The Theory of Distrilution”, 1977
34. -Pastinetti:[Growth and Income Distrilrtion, Essays in Economic Theory] Camlridge University Press, Camlridge, 1975.
35. -Stonier and Hague:[A Text Book Of Econcmic Thory] London, 1927.
36. -Marshall (A):[Principles Of Economics], London Mac Millan 8 th. edit, 1920.

بحث بعنوان
نحو التزام البنك بفحص المستندات
في الاعتماد المستندي
في ضوء قانون التجارة البحريني والمصري والنشرة
600 لسنة 2007م الصادرة عن غرفة باريس

دكتور

عماد محمد رمضان

أستاذ القانون التجاري المساعد

كلية الحقوق - جامعة المملكة - البحرين

ملخص البحث

يعد الاعتماد المستندي من أهم الآليات القانونية المصرفية الدولية في الربط بين الدول، بل ويعد من أحد أسباب العولمة والذي جعل من العالم قرية صغيرة بالربط التجاري بين قارات العالم، ذلك أن الهدف الأساسي منه الوفاء بالتزام المشتري (العميل لدى البنك) البائع في البلد الأجنبي حتي يطمئن كلا منهما إلي الوفاء بالتزاماتهما، لذلك فإن أغلب التشريعات تناولته ضمن نصوصها المنظمة لقانون التجارة، ولأهميته أيضاً فقد عملت غرفة التجارة الدولية بباريس علي تجميع قواعد وأعراف التعامل التجاري الدولي بالاعتماد المستندي في صورة قواعد تسترشد بها الدول الراغبة في تأصيل التنظيم القانوني له فقد أصدرت النشرة 500 لسنة 1993م والنشرة 600 لسنة 2007م والمعمول بها حالياً وقد أشار المشرع المصري بقانون التجارة الجديد 17 لسنة 1999م الي تطبيق نصوصها في حالة خلو التشريع من نص ينظم مسألة ما بالمادة 3/341 تسرى فيما لم يرد في شأنه نص خاص في هذا الفرع القواعد الواردة بالأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية الصادرة من غرفة التجارة الدولية. ولزم للتعرف علي الاعتماد المستندي والتصدي له بالتعريف الفقهي والقضائي والقانوني تالين ذلك بيان شروطه، وأطرافه والطبيعة القانونية له ومدى استقلال عقد فتح الاعتماد المستندي بين العميل والبنك وعقد البيع بين العميل والبائع في الدولة الأجنبية وبهذا الاستقلال يكون للمستفيد (البائع الأجنبي) حق في قبض ثمن المبيع من البنك في حال قبوله الاعتماد، إلا أن ذلك يتوقف علي مجموعة الإجراءات التي يتولاها البنك ومنها أهم وأخطر عملية وهي فحص المستندات من قبل البنك فاتح الاعتماد سواء بمفرده أو بواسطة بنوك متداخلة للتأكد من مطابقتها لشروط الاعتماد وإلا يكون للبنك التوقف عن تنفيذ الاعتماد، وله في ذلك سلطة مطلقة في عملية الفحص طبقاً للمعايير الدولية والأصول والقواعد المتبعة في عملية الفحص، فعليه أن يبذل عناية خاصة عند إجراء الفحص ليست كعناية الرجل المعتاد، لأن البنك يملك من الخبرة مالا يملكه أحد، كما تتحدد مسؤوليته في ضوء قبوله لها أو رفضه إياها مع وجود المبررات لذلك وإلا سئل أمام عمليه عن تقاعسه عن التزامه.

وقد وفرت النصوص القانونية سواء بالبحرين أو بمصر حماية مؤكدة لكلا أطراف

العلاقات القانونية طالما التزموا جميعاً بتطبيق النصوص المنظمة لها.

Abstract

The letter of credit from major international banking and legal mechanisms in linking countries, but is one of the one of the causes of globalization and who has made the world a small village commercial link between the continents of the world, so that the main aim is to meet the buyer's commitment to (the client's bank) seller in the foreign country until both of them to assure the fulfillment of their obligations, so the majority of legislation addressed within the texts of the Organization of the Trade Act, and its importance is also the International Chamber of Commerce has worked in Paris on the assembly rules and norms of international trade handled by documentary credit in the form of rules to guide countries wishing to consolidate the legal organization has issued a bulletin 500 for the year 1993 and the publication of 600 for the year 2007 and currently in force was Egyptian legislator pointed out the new Trade Law 17 of 1999, the application of its provisions in the case of the absence of legislation from the text regulating the issue of what to Article 341/3 apply where no provision in the will specifically provided in this section, the rules contained norms Consolidated for Documentary Credits issued by the International Chamber of Commerce. And necessary to identify the documentary credit and respond to the definition of jurisprudence and judicial and legal subsequent deadly that statement conditions, limbs and legal nature to him and the extent of independence held open letter of credit between the customer and the bank and the sales contract between the customer and the seller in a foreign country and this independence will be the beneficiary (seller foreign) the right to receive the sales price from the bank in case of acceptance of credit, but it depends on the set of actions performed by the Bank, including the most important and dangerous process which examined the documents by the Bank Light rely either individually or by overlapping banks to make sure

they conform to the terms of accreditation and only the Bank to stop implementation of the accreditation, and has in that absolute power in the screening process in accordance with international standards and the rules and practices followed in the screening process, it must make special care when the examination is not Kaanayp usual man, because the bank has experienced money owned by one, as determined by its responsibility in light of acceptance by it or reject them with a justification for that and only asked in front of his failure to process his commitment.

Legal texts have provided either in Egypt or Bahrain confirmed for both parties to the legal relations as long as all of us committed to the protection of the organization applying her texts.

مقدمة عامة

تتعدد وتتوسع العمليات المصرفية التي تقوم بها البنوك وعدها المشرع صراحة ضمن الأعمال التجارية أي تخضع في تطبيقها لنصوص القانون التجاري عند قيام أي منازعة بصدد، ومن تلك العمليات، الاعتماد المستندي الذي يمنحه البنك لعملائه عند تعاملهم مع الغير خاصة في عقود التجارة الدولية، أو عقود التجارة الداخلية، وبفيد الاعتماد المستندي بصورة أكبر في البيوع الدولية وخاصة البيوع البحرية، فكلًا من البائع والمشتري لا يعرف بعضهم البعض فكل في دولة مستقلة عن الآخر، فالبائع لا يريد إرسال البضاعة وهو غير مطمئن على ثمنها، وكذلك الأمر بالنسبة للمشتري لا يرغب في إرساله للثمن قبل الاطمئنان على إرسال البضاعة اليه وصفاً وكماً، فاذا ركن كل منهم الى ما يسيطر عليه الخوف وعدم الطمأنينة وفقدان الثقة بينهم لتعذر إبرام الصفقة وتعطلت حركة التجارة الدولية بين البلدين، وخير وسيلة لتحقيق الثقة بين الطرفين هو الاعتماد المستندي الذي يطلبه المشتري من البنك بفتح اعتماد مستندي، يسهل بلا شك اتمام عملية البيع الدولي وتسهيل حركة دخول البضائع الى الدول، ومن هنا تظهر أهمية البنوك في تمويل التجارة الدولية ويتعاضد دورها بصفة خاصة في فتح الاعتمادات المستندية.

ولأهمية الدور الذي يلعبه الاعتماد المستندي فقد تعددت القواعد والاتفاقيات الدولية المنظمة له، فتوجد النشرة رقم (600) الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بباريس تحت مسمى " الأصول والأعراف الموحدة للاعتماد المستندي والتي دخلت حيز التنفيذ عام 1993م، وأحدثها اتفاقية ISP98 والتي دخلت حيز التنفيذ عام 1999م، واتفاقية صادرة أيضاً عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (UNCITRAL) والتي تنظم الاعتماد المستندي المعد للاستعمال.

وتبدو هنا أهمية الاعتماد المستندي من زاويتين: - الأولى: أنه يوفر الثقة بين أطراف عقد البيع الدولي. والثانية: فيما يتعلق بمشكلة ارتفاع تكاليف البضاعة وشحنها لأنها بلا شك ترهق المشتري (المستورد) مالياً، وقد يهدده بالإفلاس.

المقدمة المنهجية للبحث

فرضيات البحث: - يفرض البحث عدة نقاط ينبغي تناولها من خلال البحث وهي:-

- 1- دور البنوك في إصدار الاعتمادات المستندية، والشروط التي يجب توافرها لإصدارها.
- 2- حق العميل في فتح اعتماد مستندي.
- 3- المستندات التي يجب توافرها لفتح الاعتماد سواء المقدمة بصورة أصلية أم بصورة إضافية ودور البنك في فحصها والتأكد من صحتها ومطابقتها لشروط فتح الاعتماد.
- 4- البحث في مدى مسؤولية البنك في فحص المستندات الأصلية أو الإضافية والمقرر بها فتح اعتماد، وذلك بتحديد أساس مسؤولية البنك، ومعيار المسؤولية، الجزاء المترتب على الإخلال بهذه المسؤولية.
- 5- دراسة الحالات التي يعفى فيها البنك من المسؤولية سواء كان إعفاءً مباشراً أم غير مباشر
- 6- حق البنك في رفض فتح اعتماد في حالة كون المستندات المقدمة مشكوك فيها أو كانت غير صحيحة، أو كان من شأنها التحايل على البنك للحصول على الاعتماد المستندي وحق البنك في سحب الاعتماد بعد فتحه إذا تبين له أن المستندات المقدمة مزورة.
- 7- حق العميل الأمر بفتح اعتماد في طلب التعويض إذا ثبت تقاعس البنك عن فتح اعتماد رغم توافر شروطه.

أهداف البحث:-

يهدف البحث الى تحقيق الآتي:-

- تحديد ماهية الاعتماد المستندي كأحد وأهم العمليات المصرفية ودوره في رواج حركة التجارة الدولية، وحركة انتقال البضائع بين الدول، كما يستوضح البحث تحديد التعريف الذي يعتمد عليه عند تحديد المقصود بالاعتماد المستندي.
- كما يهدف البحث الى تحديد الطبيعة القانونية للاعتماد المستندي، وصوره المختلفة.
- تحديد شروط اصدار الاعتماد المستندي، ومسؤولية البنك بفحص المستندات المقدمة من العميل الأمر بفتح الاعتماد والتحقق من مدى صحتها كي يتسنى له إجراء فتح الاعتماد.

- استقلال عقد فتح الاعتماد المستندي عن عقد البيع الدولي أو العقود التي نشأ الاعتماد في إطارها، أي استقلال الحق الذي نشأ للمستفيد على خطاب الاعتماد يمثل حقاً أصلياً وقائماً بذاته عن العلاقة القانونية التي تربط العميل بالمستفيد، أو العميل الأمر بالبنك.
 - حق البنك في فحص المستندات المقدمة من العميل والتي تمثل البضاعة، وحق البنك في رفض منح الاعتماد إذا تبين أن المستندات المقدمة مزورة أو غير صحيحة، وله الحق في ابلاغ الجهات المختصة بواقعة التزوير، كما أن البحث يتناول حق العميل في مطالبة البنك بالتعويض عن الاضرار التي أصابته جراء تقاعس البنك عن إصدار الاعتماد أو التأخير فيه، متى تحققت عناصر المسؤولية في حق البنك.
 - حق البنك في المطالبة برصيد الاعتماد من العميل الأمر إذا ثبت أنه بنى على غش أو تحايل من قبل العميل وذلك حين يطلب استلام البضاعة بدون ضمان مقابل تعهده الشخصي بإحضار المستندات اشكلية البحث:-
- إن أول ما يواجه البحث من اشكلية هو البحث في مدى مسؤولية البنك المصدر للاعتماد في فحص المستندات المقدمة من عميله بموجب عقد البيع بينه وبين البائع المورد، وما هو نوع الالتزام الذي يقع على البنك عند فحص مستندات الاعتماد، وهل هو التزام بتحقيق نتيجة أم ببذل عناية، وإن كان التزام ببذل عناية طبقاً لمضمون نص المادة 14 من نشرة باريس 600، فهل عناية الشخص الحريص، أم العناية المعقولة، وإذا بذل البنك عناية الحريص في فحص وتدقيق المستندات المقدمة من العميل وتبين أنها مزورة أو مشكوك في تزويرها ولم يكتشف ذلك فهل يتحمل العميل أم المستفيد (البائع) استرداد ما دفعه البنك للمستفيد، وهو ما يتوقف على نوع وأهمية المستند الذي يعتمد عليه في الحصول على الاعتماد المستندي، والتي تمثل البضاعة، فالبنك لا يتعامل مع البضاعة وإنما مع مستندات البضاعة المرسلة للمشتري، وهو ما يلقي على البنك عبء إثبات صحة المستندات من عدمه، وهو أمر ليس سهلاً، خاصة في ظل انفصال عقد البيع عن عقد فتح الاعتماد المستندي (م 4 / 1 من نشرة باريس 600 الصادرة سنة 2007م) فبالنظر الى بوليصة شحن البضاعة أو بوليصة التأمين على البضاعة تتحدد فيها البضاعة كما ووصفاً

ويستطيع البنك مطابقة مبلغ الاعتماد مع ثمن البضاعة، علي البنك فحص مستند بوليصة الشحن والتأكد من مدى صحته.

أهم المصطلحات المستعملة في البحث:

- الأمر بفتح الاعتماد، وهو العميل لدى البنك والمستورد للبضاعة الراغب في شراء البضاعة من بلد المصدر.
- البنك ففتح الاعتماد، وهو البنك الذي يقدم اليه المشتري طلباً بفتح اعتماد بموجب المستندات المقدمة منه والتي تمثل البضاعة.

منهجية البحث:

يتبع في إعداد البحث طريقة الوصف التحليلي و المقارن، والذي يعتمد على تحليل النصوص القانونية المتعلقة بفتح الاعتمادات المستندية ضمن الاعمال المصرفية سواء التي وردت في قانون التجارة البحريني رقم 7 لسنة 1987م أو القوانين الأخرى المقارنة كقانون التجارة المصري 17 لسنة 1999م، تحليل الآراء الفقهية وأحكام القضاء في هذا الشأن مع الاستعانة بالقوانين المقارنة محاولين إيجاد أفضل الحلول للمشاكل القانونية التي تواجه العميل أو البنك أو المستفيد عند استخدام الاعتماد المستندي.

تقسيمات البحث:

- سوف نقسم بحثنا في ضوء المعطيات التي بين أيدينا الى الفصل التمهيدي: يتناول فيه القواعد القانونية العامة التي تحكم آلية عمل الاعتماد المستندي من خلال تحديد ماهيته، وتحديد الطبيعة القانونية له، مع بيان أطراف الاعتماد المستندي وأنواعه أو صوره المختلفة، وفي الفصل الثاني: سنوضح كيف يستقل عقد فتح الاعتماد المستندي عن عقد البيع الدولي أو العقود التي نشأ الاعتماد في اطارها، أي استقلال الحق الذي نشأ للمستفيد على خطاب الاعتماد يمثل حقاً أصلياً وقائماً بذاته عن العلاقة القانونية التي تربط العميل بالمستفيد، أو العميل الأمر بالبنك.
- كما يقسم الى الفصل الثالث: وفيه يتم تناول سلطة البنك في فحص وتدقيق المستندات المقدمة، وحالة المستندات الغير صحيحة أو المزورة أو حالة الغش فيها.

خاتمة البحث:

النتائج التي تم التوصل اليها من خلال البحث.
التوصيات المقترحة.

الفصل التمهيدي

القواعد القانونية العامة

التي تحكم آلية عمل الاعتماد المستندي

ومن خلال ما تقدم فانه ينبغي أولاً تحديد ماهية الاعتماد المستندي بتعريفه أولاً ثم نتلوه ببيان الطبيعة القانونية للاعتماد المستندي والتكييف الفقهي والقانوني لها، مع تناولنا في مبحث مستقل عن تحديد أطراف عقد الاعتماد المستندي، وأخيراً مبدأ استقلال عقد الاعتماد المستندي عن العقود الأخرى المرتبطة به وسوف يتم تقسيم الدراسة في هذا الفصل الي:-

المبحث الأول:- ماهية الاعتماد المستندي.

المبحث الثاني:- وتحديد الطبيعة القانونية للاعتماد المستندي.

المبحث الثالث:- أطراف الاعتماد المستندي.

المبحث الأول

ماهية الاعتماد المستندي

الاعتماد المستندي أحد العمليات المصرفية التي يقوم عليها البنك لخدمة عملائه الراغبين في سداد ثمن لبضاعة تم شراؤها من الخارج - أي يقصد به تسويات المعاملات في مجال البيوع الدولية، وهنا ينبغي علينا أن نتصدى أولاً للتعريف بالاعتماد المستندي وصولاً لتحديد طبيعته القانونية.

لتحديد ماهية الاعتماد المستندي يجب أولاً التصدي لتعريفه: فتوجد عدة تعريفات له في الفقه والقانون وأيضاً في القضاء:

أولاً: تعريف الاعتماد المستندي في الفقه⁽¹⁾: -

فقد عرفه البعض بأنه " الاعتماد الذي يفتح البنك بناء على طلب شخص يسمى الأمر أياً كانت طريقة تنفيذه، أي سواء كان بقبول الكمبيالة أو بخصمها أو بدفع مبلغ لصالح عميل الأمر، ومضمون بحيازة المستندات الممثلة لبضاعة في الطريق أو معدة للإرسال ".

التعريف التشريعي: -

فقد تصدى المشرع البحريني لتعريف الاعتماد المستندي بالمادة 317 من قانون التجارة البحريني رقم 7 لسنة 1987م بأن الاعتماد المستندي عقد يتعهد البنك بمقتضاه بفتح اعتماد بناء على طلب احد عملائه ويسمى "الأمر" لصالح شخص اخر ويسمى "المستفيد" بضمان مستندات تمثل بضاعة منقولة او معدة للنقل..... " وفي القانون المصري نصت المادة 341 من قانون التجارة 17 لسنة 1999م بأن الاعتماد المستندي " عقد يتعهد البنك بمقتضاه بفتح اعتماد بناء على طلب أحد عملائه ويسمى الأمر: لصالح شخص آخر ويسمى المستفيد: بضمان مستندات تمثل بضاعة منقولة أو معدة للنقل."

1- مشار اليه في مؤلف فيصل محمود مصطفى النعيمات - مسؤولية البنك في قبول المستندات في نظام الاعتماد المستندي - دار وائل للنشر - الطبعة الأولى 2005م ص 18 وما بعدها. وفي ذات التعريف أنظر د. عكاشة محمد عبد العال - المرجع السابق ص 361 وما بعدها.

التعريف القضائي:-

فقد تصدى القضاء المصري هو الآخر لتعريف الاعتماد المستندي في العديد من أحكامه بالرغم من وجود التعريف التشريعي، ولعل السبب في ذلك يرجع الي أن القضاء رغب في التوسع في مفهوم الاعتماد المستندي ليشمل جميع الأحكام التي تنظم الاعتماد المستندي، فقد قضت محكمة النقض المصرية⁽¹⁾ بأن الاعتماد المستندي " تعهد مصرفي مشروط بالوفاء. صادر من البنك فاتح الاعتماد بناء علي طلب المشتري الأمر بالمطابقة لتعليماته والشرائط التي يحددها ويسلم للبائع المستفيد. مستهدفا الوفاء بقيمة السلعة أو السلع المشتراه خلال فترة محددة في حدود مبلغ معين، نظير مستندات مشتركة ويجري التعامل في ظله بين البنك فاتح الاعتماد والبنك المؤيد أو المعزز له — ان وجد — وبين كل من الأمر

1- تعريف محكمة النقض المصرية جاء بصورة أوسع بحيث شمل ليس التعريف فحسب بل الأحكام المنظمة للاعتماد المستندي، فقد جاء بالحكم بأن " الاعتماد المستندي تعهد مصرفي مشروط بالوفاء. صادر من البنك فاتح الاعتماد بناء علي طلب المشتري الأمر بالمطابقة لتعليماته والشرائط التي يحددها ويسلم للبائع المستفيد. مستهدفا الوفاء بقيمة السلعة أو السلع المشتراه خلال فترة محددة في حدود مبلغ معين، نظير مستندات مشتركة ويجري التعامل في ظله بين البنك فاتح الاعتماد والبنك المؤيد أو المعزز له — ان وجد — وبين كل من الأمر والمستفيد علي المستندات وحدها وسلامتها وتطابقا في مجموعها ومطابقتها للشروط الواردة في الطلب دون نظر الي البضاعة أو العلاقة الخاصة بين البائع والمشتري حول العقد الذي حكم علاقته بها، ومدي صلته ونفاده بينهما والمؤثرات التي تطرأ عليه، باعتبار فتح الاعتماد وطبيعته عملا تجاريا مستقلا عن عمليات البيع والشراء والعقود الأخرى التي يستند اليها — ولا يعتبر البنك فاتح الاعتماد أو المعزز له علاقة بها أو ملتزما بأحكامها، كما يخضع هذا التعامل أساسا للشروط الواردة في الطلب فتح الاعتماد، واذ هي التي تحدد التزامات البنك فاتح الاعتماد وحقوق وواجبات كل من الأمر والمستفيد فان قصرت عن مجابهة ما يثور من أنزعة أثناء تنفيذه، طبقت الأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية التي صاغتها غرفة التجارة الدولية بباريس واعتمدتها لجننتها التنفيذية في 1974/12/3 قبل تعديلها في أكتوبر سنة 1984، مع جواز تكملتها بنصوص ومبادئ القانون الداخلي لقاضي النزاع. واذ كان ذلك، وكانت هذه الشروط في تطبيقها تخضع لسلطة محكمة الموضوع في فهم الواقع في الدعوي تقدير الأدلة فيها وتفسير الاقرارات والاتفاقات والمشارطات وسائر المحررات بما تراه أوفي الي نية عاقيدها أو أصحاب الشأن فيها مستهدية في ذلك بوقائع الدعوي وظروفها وما تفيده العبارات في جملتها لا كما تفيده عبارة معينة فيها مستقلة عن باقي عباراتها دون رقابة لمحكمة النقض عليها، ما دامت لم تخرج في تفسيرها عن المعني الذي تحتمله عبارات المحرر ما دام ما انتهى اليه سائغا وله أصله الثابت بالأوراق. المادة 341 من قانون التجارة 17 لسنة 1999 " الطعن رقم 1225 لسنة 54 ق جلسة 9/7/1990 ص 409 س 41 ع 2.

والمستفيد علي المستندات وحدها وسلامتها وتطابقا في مجموعها ومطابقتها للشروط الواردة في الطلب دون نظر الي البضاعة أو العلاقة الخاصة بين البائع والمشتري حول العقد الذي حكم علاقته بها....."

كما جاء قضاء النقض المصري بتعريف آخر للاعتماد المستندي¹ بأنه " عقد بين البنك وعميل يتعهد فيه البنك بوضع مبلغ معين تحت تصرف العميل خلال مدة معينة فيكون لهذا الأخير حق سحبه كله أو بعضه بالكيفية التي يراها وفي مقابل فتح الاعتماد يلتزم العميل بأداء العمولة المتفق عليها وهو ملزم بأدائها ولو لم يستخدم الاعتماد المفتوح لصالحه كما يلتزم برد المبالغ التي يسحبها من الاعتماد وفوائدها اذا اشترطت فوائد.

1 الطعن رقم 692 لسنة 49 ق مجموعة أحكام النقض - المكتب الفني جلسة 28/3/1983 س 34 ص 825.

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية للاعتماد المستندي

أثير جدل كبير في الفقه القانوني حول الطبيعة القانونية التي تحكم الاعتماد المستندي، ومرد ذلك أن التزام البنك في هذا الاعتماد في مواجهة المستفيد يترتب دون أية علاقة قانونية نشأت بينهما، فتعددت بذلك النظريات الفقهية المكيفة لهذا الالتزام، ففيل بنظرية الكفالة، واتجه البعض الي أن الاعتماد المستندي يقوم علي فكرة الإنابة، وقيل بالإرادة المنفردة، وبالاشرط لمصلحة الغير، وقيل بغيرها، وسنعرض لهذه النظريات على النحو الآتي:

المطلب الأول

الاعتماد المستندي يقوم علي فكرة الإنابة

مفاد هذه النظرية أن أساس التزام البنك مرده إنابة الأمر إياه في الوفاء للمستفيد نيابة قاصرة يمكن معها للبنك الرجوع على الأمر إذا لم يقع الوفاء من البنك. غير أن هذه الفكرة لم تسلم من النقد، ومما قيل في حقها أن الإنابة لا تتعقد إلا بتوافر رضا الأطراف الثلاثة، أما الاعتماد المستندي فالمستفيد ليس طرفا مباشرا فيه، بحيث لا يلزم لانعقاده رضاه وإن كان يفيد منه. وفي نقد هاتين النظريتين تقول الأستاذة سميحة القليوبي: "لا يعتبر البنك الذي يقوم بفتح اعتماد للوفاء بقيمة البضاعة وكيلا عن المشتري أو كفيلا له، فالبنك ملتزم التزاما مستقلا عن العقد القائم بين البائع والمشتري، وأساس التزام البنك هو خطاب الاعتماد الموجه منه إلى المستفيد، فإذا قام هذا الأخير بتقديم المستندات الموضحة لشروط الاعتماد كان له حق مباشر في مواجهة البنك⁽¹⁾."

1- د. سميحة القليوبي - الأسس القانونية لعمليات البنوك، دار النهضة العربية 1998م ص: 112.

المطلب الثاني

الاعتماد المستندي

يقوم علي فكرة نظرية الاشتراط لمصلحة الغير

ومفاد النظرية أن العميل الأمر (المشتري) يشترط عند فتح الاعتماد لصالح البائع (المورد) أن يكون له حق مباشر قبل البنك عند قبوله خطاب الاعتماد، بعبارة أخرى أن البائع له الحق في استيفاء مبلغ الاعتماد دون الرجوع الي المشتري، وهنا لا يستطيع المشتري أو البنك الرجوع فيه. وهنا نجد أن الأمر (المشتري) يشترط على البنك المنشئ (المتعهد) حقا للمستفيد (المنتفع)، فالأمر المشتري يتعاقد باسمه هو لا باسم المستفيد، ويشترط على البنك حقا مباشرا للمستفيد يتلقاه هذا الأخير من عقد الاشتراط ذاته دون أن يمر هذا الحق بذمة المشتري أو المتعهد، ويحقق المشتري بهذا العقد مصلحة مادية ظاهرة هي الوفاء بدينه، وتسهيل حصوله على بضاعته⁽¹⁾.

إلا أن هذا الرأي جاء معيباً² لأن التزام المتعهد (البنك) في الاشتراط لمصلحة الغير مرتبط بعقد الاشتراط فهو التزام جديد لصالح المستفيد وهو التزام بعيدا عن علاقته بالعمل المشتري، في حين أن البنك في الاعتماد القطعي يتعهد بالتزام جديد ومستقل عن التزامه قبل المشتري.

1- موسوعة أعمال البنوك، د محي الدين اسماعيل علم الدين - دار النهضة العربية 2001م الجزء الثاني ص 958.

2- سيد محمد اليماني - الاعتمادات المستندية والطبيعة القانونية للالتزام البنك - رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة بدون تاريخ ص 423.

المطلب الثالث

الاعتماد المستندي يقوم علي فكرة الحوالة

يذهب هذا الاتجاه الي أن الاعتماد المستندي يقوم علي فكرة الحوالة، على اعتبار المصرف هو المحال عليه من قبل العميل المستورد (المشتري) الذي يعتبر محيلا والمحال هو البائع (المستفيد)، ذلك أن هذا الأخير -وهو صاحب البضاعة- لم يقبل التخلي عنها لمشتري لا يعرفه ولا يطمئن إليه، والذمة المالية للبنك يطمئن إليها كلا الطرفين -البائع والمشتري- فأحال المشتري - العميل الأمر - بائع البضاعة باستيفاء ثمنها من البنك، وبقبول بائع البضاعة ينتقل الثمن من ذمة المشتري إلى ذمة البنك، ويوضح الفقه الحديث هذا التكييف أكثر بقوله: "تبرز الحوالة في عملية الاعتماد المستندي في أن العميل المستورد يحيل المستفيد المصدر، باستيفاء ثمن البضاعة من البنك، وهو صاحب الذمة الميسورة، فهو مليء بالتعبير الشرعي، فالعميل هو المحال عليه، والثمن هو المحال به، ولاشك أن المستفيد يقبل هذه الحوالة، فيترتب عليه انتقال الثمن من ذمة العميل إلى ذمة البنك⁽¹⁾. هذا التكييف يعتمد أساسا من الناحية الشرعية على مذهب الحنفية في صحة الحوالة ولو لم يكن المحال عليه مدينا للمحيل، وهو خلاف ما عليه الجمهور، إذ إن طبيعة فتح الاعتماد "تتفق وما قالوه [أي الحنفية] في الحوالة، حيث إن البنك (المحال عليه) رضي بشغل ذمته تجاه المستفيد (المحال) ولم يكن البنك في الأصل مدينا لمعطي الأمر (المحيل)⁽²⁾.

1- د. محمد الشحات الجندي فقه التعامل المالي والمصرفي الحديث، دار النهضة العربية -القاهرة،

1989م ص 141

2- د. مصطفى عبد الله الهمشري - الأعمال المصرفية والإسلام الناشر الأزهر الشريف - مجمع البحوث الإسلامية، 1985ص: 212.

المطلب الرابع

الاعتماد المستندي يقوم علي فكرة الكفالة

طبقاً لهذا الرأي يعد البنك بمثابة كفيلاً متضامناً مع المشتري نحو الوفاء قبل البائع (المستفيد) بالتزامه بالوفاء بثمن البضاعة، واعتبر بعض الفقه⁽¹⁾ أن الكفالة المقصودة هنا كفالة من نوع خاص الاعتماد المستندي واجتزاء مراحلها، فيكون المصرف وكيلاً عن العميل في فحص المستندات وأداء الثمن، ويكون كفيلاً عنه في تعزيز ثقة المستفيد للإقدام على إرسال البضاعة، وكفيلاً له في الحصول على البضاعة كاملة سالمة من أي نقص أو عيب، فنكون حينئذ أمام الوكالة والكفالة في عقد واحد.

إلا أنه يؤخذ علي هذا الرأي بأنه يضيق من وظيفة البنك في ضمان سداد ثمن البضاعة، إلا أن وظيفة البنك الأساسية هي تسوية الثمن، كما أن الأخذ بهذا الرأي يجعل من التزام البنك التزام تابع لالتزام العميل مما يتعارض مع مبدأ استقلالية البنك تجاه المستفيد عن اية التزامات أخرى للعميل وخير دليل علي ذلك أن البنك لا يستطيع أن يدفع بانقضاء التزامه تجاه المستفيد في حال انقضاء التزام العميل قبل المستفيد، كما أن محكمة النقض المصرية⁽²⁾ استقرت عل أنه لا يمكن اعتبار بأن " علاقة البنك بالمستفيد تقوم علي أساس الكفالة فقد قضت بأن البنك الذي يقوم بتثبيت اعتماد مصرفي لوفاء ثمن صفقة تمت بين تاجرين لا يجوز اعتباره أميناً للطرفين إذ لا توجد لديه ودیعة بالمعنى المصطلح عليه قانوناً كما لا يصح وصفه بأنه ضامن أو كفيل يتبع التزامه التزام لمدين المكفول بل يعتبر التزامه في هذه الحالة التزاماً مستقلاً عن العقد القائم بين البائع و المشتري فلا يلزم بالوفاء إلا إذا كانت المستندات المقدمة إليه من البائع المفتوح لمصلحته الاعتماد مطابقة تماماً لشروط فتح الاعتماد.

و إذن فمتى كان الثابت من الحكم أن البائع خالف شروط فتح الاعتماد بأن شحن البضاعة من ميناء غير الميناء المنصوص عليها في تلك الشروط، و كان الشرط الذي يحدد

1- د. محمود سمير الشرقاوي - العقود التجارية الدولية - دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع - دار النهضة العربية 1989/1988م ص 566 فقرة 571.

2- أحكام محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 0414 لسنة 21 ق المكتب فنى 05 صفحة رقم 767 بتاريخ 15-04-1954م

ميناء الشحن هو من الشروط التي يجب مراعاتها وفقاً لما جرى به العرف التجاري في هذا الخصوص فإن الحكم إذ قرر أن البنك محق في عدم صرف قيمة الاعتماد لا يكون قد أخطأ في القانون و لا خالف العرف المقرر في هذا الشأن."

المطلب الخامس

الاعتماد المستندي يقوم علي فكرة الوكالة

تقوم النظرية ⁽¹⁾ علي أساس أن البنك وكيلاً عن المشتري (العميل الأمر) قبل المستفيد في سداد قيمة البضاعة محل التعاقد، وأنه في سبيل تنفيذ التزامه قبل المستفيد أنه أصبح ملزماً بموجب الوكالة أن ينفذ أوامر عميله بوضع مبلغ مالي تحت تصرف المستفيد. إلا أنه لا يمكن اعتماد هذه الفكرة لتحديد الطبيعة القانونية للعلاقة بين البنك والمستفيد بسبب استقلال العلاقات القانونية الناشئة عن عقد فتح الاعتماد المستندي، كما أنه يتعارض مع الواقع في أن علاقة العميل بالبنك لا تقوم علي فكرة الوكالة أو بعبارة أخرى ليس مصدرها عقد الوكالة وإنما مصدره عقد فتح الاعتماد المستندي وهو ما استقر عليه قضاء محكمة النقض المصرية ² فقد قضت بأن " للبنك الذي يفتح اعتماداً مستندياً للوفاء بثمن صفقة تمت بين تاجرين لا يعتبر وكيلاً عن المشتري في الوفاء للبائع بقيمة الاعتماد كما لا يعتبر ضامناً أو كفيلاً يتبع التزامه التزام عميلة المشتري بل يعتبر التزامه بهذه الحالة التزاماً مستقلاً عن العقد القائم بين البائع و المشتري يلتزم بمقتضاه الوفاء بقيمة الاعتماد متى كانت المستندات المقدمة إليه مطابقة لما تضمنه خطاب الاعتماد دون أن يكون للبنك في ذلك أدنى سلطة في التقدير أو

1- د. عبدالله مصطفى الهمشري - العمال المصرفية والاسلام - المرجع السابق ص 215.

2- حكم محكمة النقض المصرية الطعن رقم 0443 لسنة 45 ق المكتب فنى 35 صفحة رقم 551 بتاريخ 1984-02-27م وقضت في ذات الحكم بأن " المقرر في قضاء هذه المحكمة أن التناقض الذي يعيب الحكم هو ما تتعارض به الأسباب و تنهاتر فتتاحي و يسقط بعضها بعضاً بحيث لا يبقى منها ما يقيم الحكم و يحمله لما كان ذلك و كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه بإلزام البنك الطاعن بقيمة الاعتماد على أن سند الشحن المقدم من المطعون ضدها الأولى يتطابق مع ما ورد بشأنه في خطاب الاعتماد و أن المنازعة في شأن المسئول عن غرامة التأخير يخرج عن نطاق الاعتماد المستندي، فإن النعي على الحكم بالتناقض يكون وارداً على غير محل. انتهاء الحكم صحيحاً إلى حق المطعون ضدها البائعة في صرف قيمة الاعتماد حيث قدمت المستندات المطابقة لشروط فتح الاعتماد فإن هذا الحق لا يتأثر بالعلاقة الناشئة عن عقد البيع أو أن علاقة البنك الطاعن بالمطعون ضدها البائعة المفتوح لمصلحتها الاعتماد منفصلة عن علاقته بعميلة لمشتري، كما أنها منفصلة عن علاقة هذا العميل بالمطعون ضدها البائعة و إذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون فيما أورده رداً على دفاع الطاعن مما يكون معه النعي عليه بالقصور في التسبب على غير أساس.

التفسير أو الاستنتاج) ليس للبنك فاتح الاعتماد أن يدخل في اعتباره شروط عقد البيع و لا شروط عقد الاعتماد أو علاقته بعميلة المشتري كما أن محافظة البنك على مصلحته لا يمكن أن تكون أساساً للخروج على عبارات خطاب الاعتماد التي تحدد وحدها علاقته بالمستفيد من الاعتماد.

المبحث الثالث

أطراف الاعتماد المستندي

أولاً: العميل الأمر بفتح اعتماد مستندي:

وهو ذلك الشخص سواء كان طبيعياً أو اعتبارياً والذي يتوجه الي المصرف طالباً إبرام عقد فتح اعتماد مستندي لصالح شخص ثالث يسمى بالمستفيد، ولا يقصد بالآمر في هذا الصدد أن يستجيب البنك مباشرة لفتح الاعتماد بمجرد الطلب، ولكن سبب التسمية أن البنك إذا ما قبل فتح الاعتماد كان لزاماً عليه أن يتقيد بجميع البيانات التي أدرجها العميل في طلب فتح الاعتماد⁽¹⁾. فطلب فتح الاعتماد يكون بالموافقة أو الرفض أي أن البنك له الحرية المطلقة في فتح الاعتماد من عدمه، ولا يترتب على عدم الاستجابة للعميل بفتح الاعتماد أي مسئولية تجاهه، إلا أن هذه الحرية تحدّها من زاوية أخرى نظرية التعسف في استعمال الحق، بمعنى أن الرفض من قبل البنك يجب أن يكون مبنياً على معقولة إذا وجد أن هذا الشخص غير أهل للثقة لكي يحصل علي ائتمان البنك، كأن يكون العميل مشرف على الإفلاس، أو أن أوضاعه المالية مضطربة لا تسمح له بإبرام عقود تزيد من حجم مديونيته، إلا أنه إذا وافق البنك على فتح الاعتماد هنا يلتزم بتعليمات العميل، والبيانات التي يدرجها العميل بخطاب الاعتماد².

ثانياً: البنك مصدر الاعتماد:-

وهو البنك الذي يتوجه اليه العميل للتعاقد معه على فتح الاعتماد لصالح المستفيد، وعادة ما يكون البنك في بلد العميل، والذي يتعهد في مواجهة المستفيد بدفع قيمة الاعتماد إذا ما قدم المستفيد المستندات المطلوبة منه كما هو وارد بخطاب الاعتماد ومطابقة لما ورد به⁽³⁾.

1- د علي الأمير ابراهيم المرجع السابق ص 26 .

2- د بختيار صابر حسين - المرجع السابق ص 31 ، 32 .

3- د. عبد الفضيل محمد أحمد المرجع السابق ص 156، د عكاشة أحمد عبد العال - المرجع السابق ص

365، د. علي الأمير ابراهيم - المرجع السابق ص 26، د. بختيار صابر حسين - المرجع السابق ص

35 .

ثالثاً: المستفيد:-

وهو ما يعرف في عقد البيع الدولي البائع أو المصدر للبضاعة وغالباً ما يكون في بلد أجنبي عن بلد العميل، وهو ذلك الشخص الذي تعاقد مع العميل الأمر (المشتري) قبل فتح الاعتماد، ويتم فتح الاعتماد لمصلحته بناء على هذا العقد، ولكي يتم الوفاء له من قبل البنك ففتح الاعتماد لابد وأن يرسل مستندات البضاعة والذي يتولى البنك بفحصها لبحث مدي تطابقها مع ما ورد ب خطاب الاعتماد، وله الحق في تسلم مبلغ الاعتماد طالما أنه نفذ التزامه نحو البنك حتي ولو الغي العقد الأصلي أو فسخ أو حكم بطلانه (عقد البيع المبرم بين المستفيد والعميل الأمر) لاستقلال كلا منهما عن الآخر.

رابعاً:- البنك المُبلَّغ أو المراسل أو المؤيد:

في بلد البائع أو ما يسمى بالبنك المُبلَّغ وأحياناً يسمى بالبنك الوسيط والذي يقع علي عاتقه إبلاغ المستفيد بفتح الاعتماد، فقد يتولى مهمة إبلاغ المستفيد مباشرة البنك المصدر للاعتماد، ولكن نظراً لكون المستفيد غالباً ما يكون أجنبياً، فإن البنك المصدر يكلف بنكاً آخر يختاره في بلد المستفيد لإبلاغه بفتح الاعتماد، ويسمى أحياناً بالبنك المراسل لكون مهمته تقتصر فقط في إبلاغ المستفيد بما تم وما سيتم في إجراءات فتح الاعتماد، فقد تقتصر مهمته فقط علي التبليغ دون تحمل أي مسؤولية، إلا أنه في أغلب الأحوال قد يطلب العميل من البنك المصدر للاعتماد من البنك المراسل أو الوسيط التدخل بصورة أكبر في تأييده للاعتماد ومن ثم يصبح البنك الوسيط أو المراسل ملزماً الى جانب المصدر بالوفاء للمستفيد بقيمة الاعتماد طالماً أن الأخير وفي بالتزامه بتقديم مستندات البضاعة، ويطلق على البنك الوسيط هنا والمبلغ البنك المؤيد وهو ما رده القضاء المصري في أحد احكامه فقد قضت محكمة النقض المصرية بأن الاعتماد المستندي " تعهد مصرفي مشروط بالوفاء، صادر من البنك ففتح الاعتماد بناء علي طلب المشتري الأمر بالمطابقة لتعليماته والشروط التي يحددها ويسلم للبائع المستفيد، مستهدفاً الوفاء بقيمة السلعة أو السلع المشتراه خلال فترة محددة في حدود مبلغ معين، نظير مستندات مشترطة ويجري التعامل في ظلّه بين البنك ففتح الاعتماد والبنك المؤيد أو المعزز....." (1).

1- الطعن رقم 1225، للسنة القضائية 54، بجلسة 1990/7/9م - مشار اليه بمؤلف الدكتور محمد خيرى، والاستاذ سمير الأمين - الاعتمادات البنكية وخطاب الضمان طبقاً لقانون التجارة الجديد - الطبعة الأولى 2011، المركز القومي للإصدارات القانونية - القاهرة.

الفصل الأول

مدي استقلال عقد الاعتماد المستندي

عن العقود المرتبطة به

بالبحث في الطبيعة القانونية للعقود التي أبرمت بين الأطراف الثلاثة أي عقد البيع بين المستفيد والعميل وعقد فتح الاعتماد المستندي، نجد أن هناك ارتباطاً وثيقاً بينهم، فلا يفتح الاعتماد لصالح المستفيد إلا بإبرام عقد البيع أو عقد التوريد، فهل هناك تلازماً بينهم أم أن كل منهم مستقلاً عن الآخر، بعبارة أخرى، هل يتوقف تنفيذ عقد الاعتماد المستندي على تنفيذ عقد البيع أم لا ؟

أجابت علي ذلك نص المادة - 317- من قانون التجارة البحريني 7 لسنة 1987م بقولها:-
2- ويعتبر عقد الاعتماد المستندي مستقلاً عن العقد الذي فتح الاعتماد بسببه ويبقى البنك أجنبياً عن هذا العقد. " والمادة 2/341 من القانون 17 لسنة 1999م بإصدار قانون التجارة المصري والتي جاء فيها " عقد الاعتماد المستندي مستقل عن العقد الذي فتح الاعتماد بسببه ويبقى البنك أجنبياً عن هذا العقد "، ويقصد باستقلال الاعتماد أن يكون الحق الذي نشأ للمستفيد من خطاب الاعتماد حقاً أصلياً أي قائماً بذاته ومستقلاً عن العلاقات القانونية التي تربط العميل الأمر بفتح الاعتماد بالمستفيد في عقد البيع وهو المورد (1)(1)، فينشأ الاعتماد المستندي مستقلاً عن كافة العقود المرتبطة به والتي نشأ الاعتماد بناء عليها كعقد البيع أو التوريد وعقد فتح الاعتماد مستندي ويمكن توزيع العقود المرتبطة به لبحث استقلالية كل منهم عن عقد الاعتماد المستندي وفق المطالب الآتية:-

المبحث الأول: عقد فتح الاعتماد مستقل كمرحلة أولى عن خطاب الاعتماد.

المبحث الثاني: استقلال خطاب الضمان عن عقد البيع أو عقد التوريد (عقد الأساس)

المبحث الثالث: مبدأ الاستقلال في القضاء.

المبحث الأول

عقد فتح الاعتماد يستقل

كمرحلة أولى عن خطاب الاعتماد

النتيجة النهائية لعقد فتح الاعتماد المستندي هو إخطار المستفيد بفتح اعتماد لمصلحته، ويكون الإخطار بموجب خطاب الاعتماد والذي يحرره البنك ويرسله إلى المستفيد، وهما عمليتان منفصلتان عن بعضهما البعض، فالمرحلة الأولى والتي تشمل اتفاق العمل مع البنك لفتح الاعتماد لمصلحة المستفيد تستقل تماماً عن المرحلة الثانية في إنهاء إجراءات فتح الاعتماد وإصدار خطاب الاعتماد وبإخطاره للمستفيد ينشأ حق مباشر له قبل المصرف والذي يصبح بموجبه ملتزماً التزاماً مباشراً ومستقلاً عن عقد فتح الاعتماد.

ومن هنا تستقل علاقة المصرف بالعمل وعلاقة المصرف بالمستفيد، بمعنى أن العمل لا يستطيع بعد صدور خطاب الاعتماد صدوره تعليمات 21 للبنك تتعلق بالمستفيد، وكذلك لا يستطيع المستفيد أن يصدر تعليماته للبنك تتعلق بالمستفيد لاستقلال كلا العلاقتين، وتتجلى حالة الاستقلال من حيث مضمون الالتزام في كلا العلاقتين، فمضمون الالتزام البنك قبل العمل هو فتح الاعتماد وإصدار خطاب الاعتماد، أما مضمون الالتزام الثاني في العلاقة بين البنك والمستفيد هو الوفاء بالمبلغ المحدد في خطاب الإصدار سواء كان نقدياً، بموجب حوالة أو بكمبيالة.

ويترتب على هذه الاستقلالية⁽¹⁾، أنه لا يمكن للبنك فاتح الاعتماد أو المعزز أن يدفع في مواجهة المستفيد ببطان العلاقة الأصلية (عقد البيع أو عقد التوريد)، فإذا أصابه بطلان مثلاً أو فسخ باتفاق الطرفين فلا يجوز للبنك أن يتوقف عن تنفيذ التزامه بالوفاء، حتى ولو صدرت إليه أوامر من العمل، لأن المستفيد أصبح له حق مباشر ومستقل تجاه البنك فلا يمنعه من تنفيذ التزامه إلا القوة القاهرة أو بسبب أجنبي خارج عن إرادته، فلا يحتج البنك مثلاً بأن العمل لم ينفذ التزامه ليمتنع عن تنفيذ التزامه قبل العمل.

1- بختيار صابر حسين - المرجع السابق ص 48 وما بعدها، اكرام ابراهيم حمدان الزعبي ص 105 وما بعدها.

المبحث الثاني

استقلال خطاب الضمان

عن عقد البيع أو عقد التوريد (عقد الأساس)

إذا كان هناك تلازماً بين عقد البيع أو التوريد وبين عقد فتح الاعتماد المستندي، بمعنى أن عقد فتح الاعتماد المستندي يستند بالضرورة على عقد الأساس، فإن القاعدة القانونية والتي أشرنا إليها، استقلال عقدي الاعتماد المستندي وعقد الأساس، فعقد البيع أو التوريد هما أكثر العقود استعمالاً بين طرفي العلاقة القانونية في عقد الأساس (العميل - المستفيد) والذي موجه تم الاتفاق بينهما على البيع ويبقى تسوية الثمن وخير وسيلة للوفاء به هو الاعتماد المستندي، لأنه غالباً ما يكون البائع (المستفيد) والمشتري (العميل) في بلدين مختلفين، ويتوجه العميل - لتنفيذ التزامه وهو الوفاء بالثمن - للبنك لفتح اعتماد مستندي لصالح البائع، وموافقة البنك على ذلك يترتب عليه التزامه بإتمام فتح الاعتماد وإصدار خطاب الاعتماد وإخطار المستفيد بأنه على استعداد تام لسداد الثمن مقابل تقديم مستندات معينة مشار إليها بخطاب الاعتماد. ويرى رأي⁽¹⁾ أن السبب في استقلال عقد الأساس (البيع مثلاً) عن عقد فتح الاعتماد المستندي من حيث المحل والأطراف، فمحل عقد البيع غالباً ما يكون بضاعة أما خطاب الاعتماد فمحلله قبوله اسناد السحب أو سداد قيمة البضاعة، وبالنظر إلى أطراف العقد فنجد أن عقد البيع أطرافه هما البائع (المستفيد) والمشتري (العميل)، أما أطراف خطاب الاعتماد فهما المصرف والمستفيد.

ويترتب على استقلال خطاب الاعتماد عن عقد البيع (الأساس) الآتي:-

- التزام المصرف يظل قائماً قبل المستفيد حتى ولو بطل عقد البيع، الأمر الذي يجعل المستفيد من الاعتماد مطمئناً في حصوله على حقه ولا يتأثر بأي نزاع بشأن عقد البيع أو أي عقد نشأ الاعتماد في ظله، فلا يجوز للبنك أن يدفع في مواجهة المستفيد ببطالان العلاقة الأصلية، ولا يمتنع عن الوفاء بما التزم به قبل العميل متى وفي المستفيد بما طلبه منه البنك

1 أكرم إبراهيم حمدان الزعبي - المرجع السابق ص 107.

من مستندات فتح الاعتماد، وأن امتناع البنك عن الوفاء يجعله مسؤولاً أمام المستفيد ويلتزم بتعويضه إذا أصابه ضرر جراء امتناع البنك عن الوفاء في الميعاد المحدد في خطاب الاعتماد، إلا إذا أثبت البنك بكافة طرق الإثبات أن سبب الامتناع يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه.

- كما أن للاستقلال حماية للمستفيد قبل البنك، فاستقلال خطاب الاعتماد يحميه من خطر إفلاس البنك، إذ يخرج مبلغ الاعتماد من تفليسة البنك باعتباره مملوكاً للمستفيد لحظة تلقيه الخطاب وتنفيذ ما طلب منه البنك من توفيره للمستندات المطلوبة أو يعطيه حق التقدم على غيره من جماعة الدائنين في الحصول على دينه قبل أصحاب الديون العادية والديون المشمولة برهن، كما أن مبدأ استقلال خطاب الاعتماد عن العقد الأصلي يحميه من خطر إفلاس العميل للتهرب من التزامه نحو سداد مبلغ الاعتماد للبنك بعد تنفيذ البنك لالتزامه.

- إذا حدد مبلغ الاعتماد في خطاب الاعتماد فهو المستحق للمستفيد، وبناء عليه إذا قدم المستفيد مستندات أخرى تفيد بزيادة المبلغ فغن البنك لا يسأل إلا في حدود المبلغ المدون في عقد الاعتماد وخطاب الاعتماد الصادر عن البنك فاتح الاعتماد، كما يري رأي⁽¹⁾ بأنه لا تدفع قيمة الاعتماد كاملة بل أقل القيمتين قيمة البضاعة كما هي محددة بمستندات الاعتماد أو قيمة الاعتماد الواردة بخطاب الاعتماد، ويرى ذات الرأي السابق أن فكرة الاستقلالية التي نشأت عرفاً ثم قانوناً وهو ما أدى بالنهاية إلى نتيجة تخدم أطراف عقد الاعتماد وهي قاعدة حظر الدفع المستمدة من عقد الاعتماد وعقد الأساس (عقد البيع أو عقد التوريد) في مواجهة المستفيد والمصرف، وهو ما يعد من الضمانات القوية التي تدعم ثقة المصدرين بعقد الاعتماد وطمأنتهم للحصول على مستحقاتهم حتى ولو بطل عقد الأساس أو كان علي الأقل قابلاً للبطلان⁽²⁾.

1- أكرم إبراهيم حمدان الزعبي - المرجع السابق ص 108، 109.

2- فيصل محمود مصطفى النعيمات - مسؤولية البنك عن قبول المستندات في نظام الاعتماد المستندي - دار وائل للنشر بالأردن- الطبعة الأولى 2005م ص 35، 36، د. بختيار صابر حسن - المرجع السابق ص 54 - 61.

المبحث الثالث

مبدأ الاستقلال في القضاء

أكد القضاء في العديد من أحكامه علي مبدأ الاستقلال في العلاقات القانونية التي تنشأ عن عقد فتح الاعتماد المستندي وعقد البيع، فقد تناولت محكمة النقض المصرية هذا المبدأ في العديد من أحكامها فقضت بأن⁽¹⁾ " البنك الذي يقوم بتثبيت اعتماد مصرفي لوفاء ثمن صفقة تمت بين تاجرين لا يعتبر وكيلا عن المشتري في الوفاء للبائع بقيمة الاعتماد كما لا يعتبر

1- (المادة 341 من القانون 17 لسنة 1999 بإصدار قانون التجارة).
(المادة 699 من القانون المدني).

(الطعن رقم 402 لسنة 44 ق جلسة 2/2/1978 ص 51)

وفي حكم آخر لمحكمة النقض المصرية حول ارساء مبدأ استقلال عقد فتح الاعتماد وخطاب الاعتماد وعقد الأساس فقد حكمت بأن " الاعتماد المستندي تعهد مصرفي مشروط بالوفاء. صادر من البنك فاتح الاعتماد بناء علي طلب المشتري الأمر بالمطابقة لتعليماته والشرائط التي يحددها ويسلم للبائع المستفيد. مستهدفا الوفاء بقيمة السلعة أو السلع المشتراه خلال فترة محددة في حدود مبلغ معين، نظير مستندات مشتركة ويجري التعامل في ظلها بين البنك فاتح الاعتماد والبنك المؤيد أو المعزز له - ان وجد - وبين كل من الأمر والمستفيد علي المستندات وحدها وسلامتها وتطابقا في مجموعها ومطابقتها للشروط الواردة في الطلب دون نظر الي البضاعة أو العلاقة الخاصة بين البائع والمشتري حول العقد الذي حكم علاقته بها، ومدي صلته ونفاذه بينهما والمؤثرات التي تطرأ عليه، باعتبار فتح الاعتماد وطبيعته عملا تجاريا مستقلا عن عمليات البيع والشراء والعقود الأخرى التي يستند اليها - ولا يعتبر البنك فاتح الاعتماد أو المعزز له علاقة بها أو ملتزما بأحكامها، كما يخضع هذا التعامل أساسا للشروط الواردة في الطلب فتح الاعتماد، واذ هي التي تحدد التزامات البنك فاتح الاعتماد وحقوق وواجبات كل من الأمر والمستفيد فان قصرت عن مجابهة ما يثور من أنزعه أثناء تنفيذه، طبقت الأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية التي صاغتها غرفة التجارة الدولية بباريس واعتمدتها لجنتها التنفيذية في 3/12/1974 قبل تعديلها في أكتوبر سنة 1984، مع جواز تكملتها بنصوص ومبادئ القانون الداخلي لقاضي النزاع. واذ كان ذلك، وكانت هذه الشروط في تطبيقها تخضع لسلطة محكمة الموضوع في فهم الواقع في الدعوي تقدير الأدلة فيها وتفسير الاقراءات والاتفاقات والمشارطات وسائر المحررات بما تراه أوفي الي نية عاقدتها أو أصحاب الشأن فيها مستهدفة في ذلك بوقائع الدعوي وظروفها وما تقيد به العبارات في جملتها لا كما تقيد به عبارة معينة فيها مستقلة عن باقي عباراتها دون رقابة لمحكمة النقض عليها، ما دامت لم تخرج في تفسيرها عن المعني الذي تحتمله عبارات المحرر ما دام ما انتهى اليه سائغا وله أصله الثابت بالأوراق. (المادة 341 من قانون التجارة المصري الجديد رقم 17 لسنة 1999) (الطعن رقم 1225 لسنة 54 ق جلسة 9/7/1990 ص 409 س 41 ع 2)

ضامنا أو كفيلا يتبع التزام عمليه المشتري بل يعتبر التزامه في هذه الحالة التزاما مستقلا عن العقد القائم بين البائع والمشتري يلتزم بمقتضاه الوفاء بقيمة الاعتماد متي كانت المستندات المقدمة اليه من البائع المفتوح لمصلحته الاعتماد مطابقه تماما لشروط الاعتماد. لما كان ذلك، وكان يبين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه علي أنه وان كانت المستندات التي قدمتها الطاعنة الي البنك — المطعون ضده الأول — مطابقه تماما لشروط فتح الاعتماد الا أنه لا يسوغ لها المطالبة بقيمة الاعتماد طالما قد استردت البضائع المببوعة وأعادت شحنها الي مصر لما يترتب علي ذلك من تعذر تسليم البنك مستندات الشحن، وهذا الحكم أخطأ في تطبيق القانون، ذلك أنه وقد نشأ للطاعنة حق في صرف قيمة الاعتماد بتقديمها المستندات المطابقة لشروط فتح الاعتماد، فان هذا الحق لا يتأثر بما حدث بعد ذلك من الزام السلطات البريطانية للطاعنة أيا كان السبب — بإعادة شحن البضاعة المببوعة الي مصر، اذ أن علاقة البنك — المطعون ضده الأول — بالطاعنة المفتوح لمصلحتها الاعتماد منفصلة عن علاقته بعميله المشتري، كما أنها منفصلة عن علاقة هذا العميل بالطاعنة البائعة — فهو وشأنه في الرجوع عليها بما عسي أن يكون له من حقوق ناتجة عن عقد البيع لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر، فانه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون "

الفصل الثالث

التزام البنك في فحص المستندات المقدمة

ومسؤوليته عن فحصها

سلطة البنك في فحص المستندات مستمدة من القانون وهي تمثل بذات الوقت سلطة للبنك والتزام علي البنك فقد نصت المادة 323 من قانون التجارة البحريني بأنه " يجب ان تحدد بدقة في الاوراق الخاصة بطلب فتح الاعتماد المستندي او تأييده او الاخطار به المستندات التي تنفذ في مقابلها عمليات الوفاء او القبول او الخصم. 2- على البنك ان يتحقق من مطابقة المستندات لتعليمات الأمر بفتح الاعتماد والواردة في خطاب الاعتماد المرسل الى المستفيد. 3- فاذا رفض البنك المستندات وجب عليه ان يخطر الأمر فوراً بالمخالفة التي لاحظها في المستندات. " وتعد مسؤوليته عن قبول وفحص وتدقيق تلك المستندات وحالة المستندات الغير صحيحة أو المزورة أو حالة الغش فيها، باعتبارها من أهم الخطوات التي يتخذها البنك حيال المستندات المقدمة من المستفيد بناء على خطاب فتح الاعتماد من قبل الأمر بالفتح، فلا يقف دور البنك على تلقي المستندات من المستفيد وبحث مدى مطابقتها لما ورد في خطاب الاعتماد، وإنما تمتد سلطته في فحص المستندات للتأكد من صحتها وسلامتها من الناحية القانونية، فهل للبنك سلطة مطلقة في الفحص للمستندات المقدمة، وماذا لو تبين للمصرف أن المستندات المقدمة على الأقل غير مطابقة لما ورد بخطاب الاعتماد الصادر عن البنك، أو أنها مزورة أو وقع بها غش؟

فعملية الفحص للمستندات المقدمة من قبل المستفيد تعد من أهم المراحل في عملية فتح الاعتماد بل وأدقها وذلك لأنها تعد الضمان الوحيد والأساسي للعميل (المشتري) تجاه البائع، ومن ناحية أخرى تعد الوسيلة الوحيدة للتأكد من سلامة البضاعة محل الاعتماد لصعوبة معاينة البضاعة من قبل البنك، ويرجع ذلك لأن البنك لا يتعامل مع البضاعة وإنما المستندات، كما أن الوفاء للمستفيد بقيمة البضاعة من البنك فاتح الاعتماد يتم على أساس المستندات وحدها دون الرجوع لمعاينة البضاعة، ونظراً لأن المستندات والتي تعبر عن البضاعة من الأهمية بمكان، فلا بد من تحديد المستندات والتي تقدم للبنك من قبل المستفيد البائع كي يتمكن

البنك من فحصها ومدى مطابقتها لشروط الاعتماد، لذلك سنتناول في هذا الفصل تحديد المستندات والتي تقدم للبنك لفحصها في المبحث الأول، وفي المبحث الثاني: يتناول البحث التزام البنك بفحص وتدقيق المستندات المقدمة من المستفيد وموقف البنوك المتداخلة من فحصها، وفي المبحث الثالث: مسؤولية البنك عند فتح الاعتماد بمستندات غير صحيحة.

المبحث الأول

المستندات التي يلزم تقديمها

من المستفيد للبنك فاتح الاعتماد

وهي المستندات التي يلتزم البائع أو المستفيد (المصدر) بإرسالها الى المشتري والتي بموجبها يتم فتح الاعتماد، والتي يتولى البنك فحصها طبقاً لتعليمات العميل الأمر. وهذه المستندات قد تكون ورقية مكتوبة وقد تكون الكترونية ويتم إرسالها بطريق التبادل الإلكتروني عن طريق الإنترنت بالتبادل عن طريق المواقع الإلكترونية لكل من طرفي العلاقة القانونية⁽¹⁾. وسوف نتناول أهم المستندات التي يلتزم بتقديمها المستفيد للبنك بموجب خطاب الاعتماد وهي إما أن يكون مستندات ورقية أو تكون مستندات الكترونية وذلك علي التفصيل الآتي:-

المطلب الأول

المستندات الورقية

المستندات التي يلتزم بتقديمها المستفيد عند اخطاره بخطاب الضمان هي عبارة عن مستندات ورقية أشارت اليها نصوص قانون التجارة البحريني 7 لسنة 1987م فقتت المادة 323- يجب ان تحدد بدقة في الاوراق الخاصة بطلب فتح الاعتماد المستندي او تأييده او الاخطار به المستندات التي تنفذ في مقابلها عمليات الوفاء او القبول او الخصم. 2- على البنك ان يتحقق من مطابقة المستندات لتعليمات الأمر بفتح الاعتماد والواردة في خطاب الاعتماد المرسل الى المستفيد. " والمستندات هي في الأصل ورقية كي يتمكن البنك فاتح الاعتماد مع البنك المؤيد إن كان موجودا من فحصها والتأكد من مطابقتها لشروط العقد، وجاءت المادة 3 /ب من ملحق الأصول والأعراف الموحدة بالنشرة 600 لسنة 2007م والصادرة عن غرفة التجارة الدولية بباريس بتعريف المستند الورقي بأنه يعني وثيقة صادرة بالنمط الورقي التقليدي، وجاءت النشرة المشار اليها بتعداد للمستندات التي يلزم توافرها أو

1 - د. علي الأمير ابراهيم - المرجع السابق الإشارة اليه ص 139 وما بعدها .

من الممكن توافرها في المواد من 17 وحتى 27، وفي ضوء ذلك سوف نتناول أهم المستندات الورقية التي يلزم توافرها من جانب المستفيد وهي: -

1- سند الشحن:-

ويمكن تعريفه بصفة عامة بأنه صك مكتوب يصدره الناقل أو من يمثله قانوناً الي الشاحن أو من يمثله قانوناً عن البضاعة المراد شحنها الى بلد المشتري (فاتح الاعتماد) أيا كانت طريقة التسليم سواء في مخازن الناقل أو على واسطة النقل أو في مكان تواجد مخازن المشتري وذلك في مجال النقل البري، أما في مجال النقل البحري فإن سند الشحن البحري هو ذلك المحرر الذي يوقعه ربان السفينة بأنه تسلم البضاعة لنقلها بحراً الى العميل، ويعد من أهم المستندات التي تقدم تنفيذاً للبيوع البحرية المقترنة بنقل بحري، لأن سند الشحن يدل علي أنه للعميل يستطيع بموجب هذا السند إجراء التصرفات القانونية علي البضاعة المشحونة مثل نقل ملكيتها للغير وهي علي ظهر السفينة، أو رهنها للغير علي الرغم من ان البضاعة مازالت في حوزة الربان، كما أن سند الشحن البحري يؤدي وظيفة أخرى وهي وظيفة ائتمانية باعتباره يمثل البضاعة، كما أن لسند الشحن سواء البري أو الجوي أو البحري يمثل أهمية كبيرة للبنك فاتح الاعتماد، فهو يعد ضماناً لحقوق البنك لأنه في حوزته ويتولى فحصه بعناية وينتهي الي الوفاء بقيمة الاعتماد للمستفيد إذا ما تبين له صحة المستند، ولا يردده الي العميل إلا بعد استيفاء قيمة ما دفعه للمستفيد ويضاف اليها الفوائد والعمولة وفي حالة عجزه عن الوفاء للبنك الحق في الحجز على البضاعة لاستيفاء حقوقه.

وسند الشحن عموماً له أنواع متعددة، فيوجد سند الشحن الاسمي والسند الإذني والسند لحامله والسند الإذني أو لأمر والذي يصدر لأمر شخص محدد يذكر في الصك ذاته ويتم تداوله بطريق التظهير كطريقة من طرق تداول الأوراق التجارية، وتداوله يعني انتقاله الي شخص آخر فيستطيع العميل أن يتصرف في البضاعة علي الرغم من عدم حيازته لها بالتنازل عن ملكية الحق الثابت فيها أو رهنها للغير، أما السند لحامله فهو لا يذكر فيه اسم المستفيد أو المرسل اليه وإنما يذكر فيه لحامله ويتم تداوله بطريق التسليم أي المناولة اليدوية من العميل إلي الغير إذا رغب في تصريف البضاعة قبل تسلمها من الراسل أو من ربان

السفينة إذا كنا بصدد شحن بحري وهو ما يلزم أن تكون البضاعة محددة وصفاً بالسند كي يتمكن العميل من التصرف فيها أو رهنها.

2- وثيقة التأمين أو بوليصة التأمين: - وهي وثيقة تصدرها شركة التأمين ومعتمدة منها بهدف تغطية المخاطر التي قد تحدث للبضاعة أثناء عملية الشحن سواء البحري أو الجوي أو البري، والتي يقوم بإرسالها المستفيد أو البائع الى البنك ضمن المستندات المطلوبة لفتح الاعتماد⁽¹⁾، إلا أنه يجب الأخذ في الاعتبار اختلاف نوع المخاطر المغطاة في وثيقة التأمين باختلاف طبيعة البضاعة وأسلوب شحنها والمدة التي تستغرقها لإيصال البضاعة وظروف دول العبور⁽²⁾. ويجب أن يكون سند التأمين علي البضاعة سليماً موقعاً إما من الشركة ذاتها

1- د. محمود الكيلاني - الموسوعة التجارية والمصرفية - المجلد الرابع - عمليات البنوك - دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان 2008م ص 222.

2- د. على الأمير إبراهيم - المرجع السابق الإشارة اليه ص 145.

وحسب نص المادة 28 من النشرة 600 الصادرة عن غرفة باريس بشأن القواعد والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية " مستند التأمين والغطاء التأميني أ- مستند التأمين، مثل بوليصة التأمين أو شهادة التأمين أو الإقرار الصادر بموجب غطاء تأمين مفتوح يجب أن يظهر أنه صادر وموقع من قبل شركة تأمين أو مكتبتي تأمين أو وكلائهم أو المفوضين عنهم. أي توقيع من قبل الوكيل أو المفوضين يجب أن يبين إن كان الوكيل أو المفوض يوقع بالنيابة عن شركة التأمين أو مكتبتي التأمين. ب- عندما يشير مستند التأمين أنه صادر من أكثر من نسخة أصلية، فيجب تقديم جميع النسخ الأصلية. ج- لا تقبل اشعارات التأمين. د- تقبل بوليصة التأمين بدلاً من شهادة التأمين أو الإقرار الصادر بموجب غطاء التأمين المفتوح. هـ- يجب أن لا يتجاوز تاريخ مستند التأمين تاريخ الشحن، إلا إذا بين مستند التأمين أن التغطية التأمينية فعالة من تاريخ لا يتجاوز تاريخ الشحن. و- 1- يجب أن يبين مستند التأمين مبلغ التأمين المغطى وأن يكون بنفس عملة الاعتماد. 2- إذا تطلب الاعتماد أن تكون تغطية التأمين نسبة من قيمة البضائع أو من قيمة الفاتورة أو ما شابه ذلك، فإن ذلك يعتبر الحد الأدنى المطلوب من التغطية. إذا لم ينص الاعتماد على نسبة الغطاء التأميني المطلوب، فإن الحد الأدنى للتغطية سيكون 110% من قيمة البضاعة (سي اي اف CIF) أو (سي اي بي CIP). في حال عدم التمكن من تحديد قيمة البضاعة (سي اي اف CIF) أو (سي اي بي CIP) من خلال المستندات، يجب احتساب مبلغ الغطاء التأميني على أساس المبلغ المطلوب الوفاء به أو تداوله أو من القيمة الاجمالية للبضائع كما هي ظاهرة في الفاتورة أيهما أكبر. 3- يجب أن يبين مستند التأمين أن الاخطار المغطاة على الأقل هي بين مكان استلام البضائع أو شحنها وبين مكان تفريغها أو مكان وصولها كما هو منصوص عليهما في الاعتماد. ز- يجب أن ينص الاعتماد على نوع التأمين المطلوب وكذلك الأخطار الإضافية المطلوب تغطيتها، إن وجدت، سيقبل مستند التأمين بصرف النظر عن أي أخطار غير مغطاة إذا تضمن الاعتماد استخدام عبارات غير دقيقة مثل "الاخطار العادية" أو "الاخطار المعتادة". ج- عندما ينص الاعتماد على أن يكون التأمين " ضد كافة الأخطار " وتم تقديم مستند تأمين يحتوي على عبارة " كافة الأخطار " سواء كان معنوناً " كافة الأخطار " أم لا فإن مستند التأمين سيكون مقبولاً بغض النظر عن أية أخطار مستثناة. ط- من الممكن أن يشير مستند التأمين الى أي استثناء. ي- من الممكن أن يتضمن مستند التأمين إشارة الى أن الغطاء التأميني خاضع للإعفاء النسبي أو الإعفاء المخصوص. "

مصدرة الوثيقة أو من وكيله أو النائب عنه أو أحد فروعها بأن يكون غطاء التأمين مفتوح وأن يكون بذات التاريخ أي معاصراً لتاريخ فتح الاعتماد لتقديمه الى البنك فاتح الاعتماد وأن يبين نوع المخاطر التي سوف يغطيها ونسبة الغطاء كما يجب أن يبين مستند التأمين طبقاً لنص المادة 28/و/ ز/ح ان الاخطار المغطاة على الاقل هي بين مكان استلام البضائع أو شحنها وبين مكان تفرغها أو مكان وصولها كما هو منصوص عليهما في الاعتماد. ز- يجب أن ينص الاعتماد على نوع التأمين المطلوب وكذلك الأخطار الإضافية المطلوب تغطيتها، إن وجدت، سيقبل مستند التأمين بصرف النظر عن أي أخطار غير مغطاة إذا تضمن الاعتماد استخدام عبارات غير دقيقة مثل "الاخطار العادية" أو "الاخطار المعتادة". ح- عندما ينص الاعتماد على أن يكون التأمين " ضد كافة الأخطار " وتم تقديم مستند تأمين يحتوي على عبارة " كافة الإخطار" سواء كان معنوناً " كافة الاخطار" أم لا فإن مستند التأمين سيكون مقبولاً بغض النظر عن أية أخطار.

3- الفاتورة التجارية:-

تعتبر الفاتورة إحدى المستندات الهامة التي تطلب في جميع الاعتمادات المستندية وتكون صادرة عن المستفيد في الاعتماد وتبين قيمة البضاعة المرسله وكمية ومواصفات هذه البضاعة. وعادة يطلب تصديق الفواتير التجارية من قنصلية بلد المصدر، وعدم تصديق الفواتير من إحدى القنصليات يُعرض المستورد إلى دفع غرامة تقطع من قيمة المستندات عند وصولها، وقد تطلبت المادة 18 من النشرة 600 الشروط التي يلزم توافرها في الفاتورة التجارية فقد نصت علي أن

أ- " 1- يجب أن تبدو أنها أصدرت من قبل المستفيد (الا في الحالات المنصوص عليها في المادة 38)

2- يجب أن تصدر باسم طالب الاصدار.

3- يجب أن تصدر بنفس عملة الاعتماد.

4- ليست بحاجة الى توقيع

ب - يمكن للمصرف المسمى الذي يتصرف بناء على تسميته أو المصرف المعزز إن وجد أو المصرف المصدر أن يقبل فاتورة تجارية صادرة بمبلغ يزيد عن المبلغ المسموح به في

الاعتماد ويكون قراره هذا ملزماً لجميع الاطراف شريطة ان لا يكون المصرف المعني قد أوفى أو تداول أي مبلغ يزيد عن المبلغ المسموح به في الاعتماد.
ج- يجب أن يطابق وصف البضائع او الخدمات الأداء في الفاتورة التجارية لوصفها في الاعتماد.

فمن أهم البيانات التي يلزم وجودها بالفاتورة التجارية طبقاً لما سردتها المادة 18 من النشرة 600 هي ثمن البضاعة واقساط التأمين وأجرة النقل والمصروفات الأخرى، فمن ناحية الثمن يجب أن يبين في الفاتورة ما إذا كان الثمن فوب او سيف (FOP & CIF)¹ كما يجب أن تكون القيمة الإجمالية للبضاعة بالفاتورة في حدود قيمة الاعتماد الذي قام البنك بفتحه، والتمن من متطلبات قبول الفاتورة إذا كان الثمن مطابقاً لشروط الاعتماد دون زيادة وإلا رفض البنك الفاتورة، كما يجب أن يتطابق وصف البضاعة في الفاتورة مع شروط الاعتماد، أي تتضمن وصف تفصيلي لها من حيث الاسم التجاري ودرجة جودة البضاعة وعلامتها التجارية، إلا أنه إذا اشترط أن تكون الفاتورة موقعة من البائع أو وكيله ومصدقاً عليها من الغرفة التجارية أو من ايه جهة أخرى فيلزم أن تكون الفاتورة علي هذا النحو كما تطلبته شروط الاعتماد، كما ينبغي أن تكون الفاتورة محدداً بها وصف حجم البضاعة من كمية البضاعة والأوزان وعلامات الشحن.

وإذا تطلب فتح الاعتماد عدة نسخ من الفاتورة التجارية فإنه ينبغي توافر العدد المطلوب منها وهي مسئولية البنك فاحص المستندات التأكد من العدد المطلوب وذلك للتحقق من مطابقة هذا العدد مع شروط فتح الاعتماد.

كما يجب أن تكون الفاتورة بلغة الاعتماد ما لم يتطلب إصدارها بلغة أخرى وبالعملة الجاري التعامل بها ما لم يتفق علي عملة أخرى مقبولة الدفع.

1 د. علي الأمير ابراهيم - المرجع السابق ص 315 وما بعدها.

المطلب الثاني

المستندات الإلكترونية

المستندات المقدمة من المستفيد والتي يرسلها لإتمام عملية الاعتماد لا تعتمد فقط علي المستندات الورقية وإنما أيضا تتسع لتشمل المستندات الإلكترونية أي تلك التي ترسل عبر الموقع الإلكتروني لكلا الطرفين علي الأنترنت أي البائع المستفيد والمشتري الأمر، بل تعتبر المستندات الإلكترونية تحقق مزايا قد لا تحققها المستندات الورقية، فهي أسرع للوصول للبنك فاتح الاعتماد، فالفقه⁽¹⁾ يري بأن فكرة المحرر لا تشمل فقط المحرر المكتوب بل أيضاً الإلكتروني وهو ما يستدعي تغيير في المفهوم القانوني التقليدي السائد ويرى كذلك أن علي رجال القانون أن يغيروا من نظرهم للمحرر فلا يقتصر على المحرر الورقي بل أيضا المحرر أو المستند الإلكتروني، كما أن القضاء المصري⁽²⁾ استقر أيضا في أحكامه علي اعتماد المستندات الإلكترونية كبديل عن الورقية في اتمام عملية فتح الاعتماد المستندي.

وعلي صعيد الاتفاقيات الدولية فنجد أن اتفاقية نيويورك بشأن التقدم في البيوع الدولية للبضائع لسنة 1972م تشير الي أن مصطلح الكتابة لا يشير فقط الي الرسائل المتبادلة بل أيضا الي المراسلات في شكل برقية أو توكس وفي الوقت الراهن عبر المواقع الإلكترونية ". كما أن قانون التجارة البحريني 7 لسنة 1987م لم يتطرق الي فكرة المستند الإلكتروني بالمادة 323 بقولها - " يجب ان تحدد بدقة في الاوراق الخاصة بطلب فتح الاعتماد المستندي او تأييده او الاخطار به المستندات التي تنفذ في مقابلها عمليات الوفاء او القبول او الخصم. 2- على البنك ان يتحقق من مطابقة المستندات لتعليمات الأمر بفتح الاعتماد والواردة في خطاب الاعتماد المرسل الى المستفيد. 3- فاذا رفض البنك المستندات

1- د. علي الأمير ابراهيم - المرجع السابق ص 147 وما بعدها، د. بختيار صابر ص 155-166.

2- فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه " يتعين علي البنك فاتح الاعتماد في حالة طلب تعزيز من مصرف آخر الالتزام بشروط وتفاصيل الاعتماد بأن يتضمن اخباره للبنك المؤيد أو المعزز سواء طلب ذلك برقيا أو تلغرافيا أو بواسطة جهاز التلكس أو بالتلنبت البريدي كافة الشروط التي ضمنها المشتري طلبه فتح الاعتماد حتي يكون المستفيد علي علم تام بكافة الحقوق والالتزامات المترتبة علي ذلك الاعتماد. المادة 346 من قانون التجارة 17 لسنة 1999م.

(الطعن رقم 1225 لسنة 54 ق جلسة 9/7/1990م ص 409 س 41 ع 2)

وجب عليه ان يخطر الأمر فوراً بالمخالفة التي لاحظها في المستندات. " ولفظ المستندات جاء عاماً لذلك نرى من وجهة نظرنا أنه ينطبق على كلا النوعين الورقي والإلكتروني ويؤكد ذلك ما ورد في قانون المعاملات الإلكترونية البحريني الصادر بالمرسوم بقانون 28 لسنة 2002م فقد نصت المادة (1) منه تحت عنوان تعاريف:-

التوقيع الإلكتروني: معلومات في شكل إلكتروني تكون موجودة في سجل إلكتروني أو مثبته أو مقترنة به منطقياً، ويمكن للموقع استعمالها لإثبات هويته. كما جاء بالمادة 7 من ذات القانون وتتاول المستندات الأصلية وكيف يمكن حفظها ونص على أن:-

1- إذا أوجب القانون تقديم أو حفظ أصل أي مستند، فإن تقديمه أو حفظه في شكل سجل إلكتروني يفي بهذا الغرض إذا تحققت الشروط الآتية:

أ- توفر الضمان الكافي لسلامة المعلومات التي تضمنها السجل الإلكتروني منذ إنشائه في وضعه النهائي كسجل إلكتروني، سواء كان أصل المعلومات وارداً في شكل إلكتروني أو خطي.

ب- في حالة الإلزام بتقديم أصل المستند إلى شخص معين، فإنه يجب أن يكون السجل الإلكتروني قابلاً للدخول عليه واستخراجه وحفظه وعرضه بشكل قابل للفهم من قبل هذا الشخص.

ج- موافقة الجهة العامة التي يخضع النشاط لإشرافها - إن وجدت - على أن يتم الحفظ في شكل سجل إلكتروني واستيفاء أية اشتراطات تحددها هذه الجهة.

2- لأغراض البند (1/ أ) من هذه المادة يراعى:

أ - أن معيار تقييم سلامة المعلومات، هو أن تظل هذه المعلومات التي تضمنها السجل الإلكتروني كاملة دون أن يطرأ عليها أي تغيير، فيما عدا إضافة أي اعتماد أو تغيير يطرأ في السياق المعتاد للإنشاء أو المعالجة أو البث أو التسلم أو الحفظ أو العرض.

ب- أن تقييم درجة الضمان يكون على ضوء الظروف التي أنشئ فيها السجل، بما في ذلك الغرض من إنشائه.

أما فيما تناولته الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بباريس فالأغرب أن النشرة 500 الصادرة عن غرفة باريس لسنة 1993م

لم تشر الى المستند الإلكتروني إلا ان اللائحة في النشرة اشارت بالمادة 20 /ب علي قبول المستندات الموقعة بخط اليد أو بالفاكس أو التتقيب أو الأختام أو الرموز أو بأي وسيلة توثيق ميكانيكية أو الكترونية، كما أن النشرة 600 لسنة 2007م والتي تتضمن الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بباريس لم تتضمن أيضاً إشارة الي المستندات الإلكترونية لاعتمادها ضمن المستندات التي يلتزم بتقديمها المستفيد بناء علي خطاب فتح الاعتماد والتي تدخل ضمن عملية الفحص بالرغم من أنها حديثة نسبياً، ويبدو ان الغرفة مازالت تعتمد علي المستندات المادية الورقية كأساس لإكمال عملية فتح الاعتماد وهو ما يبدو ظاهراً من نص المادة 17 / ب تحت عنوان المستندات الأصلية والنسخ " سيعتبر المصرف أي مستند علي أنه إن كان يحمل في ظاهره توقيع أصلي، علامة أصلية أو لاصق أصلي لمصدر المستند، إلا إن دل المستند نفسه علي أنه غير أصلي. "

إلا أنه بمراجعة ملحق النشرة 600 لسنة 2007م والذي يعتبر جزء لا يتجزأ من النشرة 600 حسبما نصت عليه المادة 1/أ من الملحق فقد نصت ذات المادة في فقرتها ب بأن " تطبق أحكام ملحق الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية للتقديم الإلكتروني كمكمل للأصول ولأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية حيثما نص الاعتماد علي انه خاضع لهذا الملحق " وفي ضوء النص المتقدم فإن النشرة 600 راعت في تقديم المستندات الإلكترونية وتعامل شأنها شأن المستندات الورقية ولها حجيتها في الإثبات وتخضع لعملية الفحص من قبل البنك ويكون الفحص في اليوم التالي لليوم المصرفي الذي يتسلم فيه إشعار المستفيد بالاكتمال⁽¹⁾ طالما انه تم التوقيع عليها إلكترونياً، ونري أنه بهذا الملحق حل محل الفكر القديم حول استعمال نظام تبادل البيانات الكترونياً (EDI)⁽²⁾ الذي أو جد بديلاً للرسائل الإلكترونية والذي يسمح بنقل رسائل الكترونية من موقع الي آخر.

وفي قانون التجارة المصري 17 لسنة 1999م لم نجد نصاً يؤكد علي أحقية المستفيد في ارسال المستندات الكترونياً فقد جات المادة 342 منه ونصت علي أنه " يلتزم البنك

1- راجع نص المادة 7 / أ من ملحق النشرة 600 لسنة 2007م بشأن الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية

2- د. بختيار صابر حسين - المرجع السابق - ص 168

الذى فتح الاعتماد بتنفيذ شروط الوفاء والقبول والخصم المتفق عليها في عقد فتح الاعتماد اذا كانت المستندات مطابقة لشروط فتح الاعتماد. " وجاء لفظ المستندات عاما ونري أنه ايضا يشمل المستندات الورقية والإلكترونية، إلا أن المشرع في ذات القانون بالمادة 341/3 نصت علي أنه "00000 تسرى فيما لم يرد في شأنه نص خاص في هذا الفرع القواعد الواردة بالأعراف الموحدة للاعتماد المستندية الصادرة من غرفة التجارية. " وبهذا النص يكون المشرع قسم حسم مشكلة المستندات الإلكترونية وأنها تعامل شأنها شأن المستندات الورقية حسبما جاء بالملحق الخاص بالنشرة 600 لسنة 2007م بالمادة 1/ب من الملحق، وبهذا فنجد ان المشرع المصري - بخلاف المشرع البحريني - كان اكثر استجابة لمتطلبات التغيير المستمر في الأحكام التي تنظم عملية الاعتمادات المستندية بالإحالة الي الأعراف الموحدة للاعتماد المستندية الصادرة من غرفة التجارية سواء قديما أو ما صدر عنها حديثاً بالنشرة 600 لسنة 2007م

المبحث الثاني

التزام البنك بفحص وتدقيق المستندات

المقدمة بتعليمات العميل

يلتزم البنك بفحص وتدقيق المستندات والتي تعبر عن البضاعة، فالمستندات تؤدي وظيفة مزدوجة، فهي من ناحية إثبات لتنفيذ البائع لالتزامه طبقاً للشروط الواردة بكتاب الاعتماد فوثيقة الشحن مثلاً دليل على تخلص البائع عن حيازته للبضاعة محل العقد، ومن ناحية أخرى تعد هذه المستندات وسيلة لنشوء حق قانوني للبنك مصدر الاعتماد، فهي تمثل البضاعة المشحونة الأمر الذي تخول البنك صفة الدائن المرتهن، فهي تمكنه من الحجز على البضاعة في حالة تقاعس المشتري (العميل) عن سداد قيمة البضاعة، إلا أنه لنشوء هذه الحقوق لابد من أن تكون المستندات والمعبرة عن البضاعة صحيحة وسليمة غير معيبة وأن تكون مطابقة للشروط الواردة في طلب فتح الاعتماد، لذلك يتطلب هذا المبحث أولاً التعرض للقواعد القانونية التي تحكم التزام البنك بالفحص في القانون البحريني بالمادة 323 من القانون 7 لسنة 1987م والقوانين المقارنة توافرها لفحص المستندات من قبل البنك في المطلب الأول، وفي المطلب الثاني يتناول البحث طبيعة التزام البنك بفحص المستندات وبالمطلب الثالث، نتعرض لموقف البنوك المتداخلة من فحص المستندات. المطلب الرابع: موقف البنوك المتداخلة نحو الالتزام بفحص المستندات

المطلب الاول

القواعد القانونية التي

تحكم التزام البنك بفحص المستندات

في قانون التجارة البحريني 7 لسنة 1987 في الفصل السادس والخاص بالاعتماد المستندي ورد نص المادة 323 الفقرة الثانية " 2- على البنك أن يتحقق من مطابقة المستندات لتعليمات لأمر بفتح الاعتماد والواردة في خطاب الاعتماد المرسل الى المستفيد 3- فاذا رفض البنك المستندات وجب عليه ان يخطر الأمر فوراً بالمخالفة التي لاحظها في

المستندات." وفي قانون التجارة المصري 17 لسنة 1999م فقد عالج عملية فحص البنك للاعتماد المستندي في المادة (1/347) على البنك أن يتحقق من مطابقة المستندات لتعليمات الأمر بفتح الاعتماد. " أما بالنسبة لعملية الفحص المستندي فقد أحال بشأنها المشرع المصري الي نصوص النشرة 600 لسنة 2007م بالمادة 3/ 341 " تسرى فيما لم يرد في شأنه نص خاص في هذا الفرع القواعد الواردة بالأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية الصادرة من غرفة التجارة الدولية. وقد جاءت النشرة بالمادة 14 شارحة آلية فحص المستندات المقدمة من المستفيد تحت عنوان معيار فحص المستندات فقد نصت المادة 14 / أ " يجب علي المصرف المسمى الذي يتصرف بناء على تسميته والمصرف المعزز إن وجد، والمصرف المصدر أن يفحصوا التقديم، استنادا إلي المستندات وحدها، لتحديد ما إذا كانت المستندات تشكل في ظاهرها تقديماً مطابقاً أم لا "، وبالمادة 15 تحت عنوان التقديم المطابق للمستندات لشروط الاعتماد.

والتزام البنك هنا بعملية الفحص ليست تقديرية، أي لا ترجع الي سلطة البنك التقديرية أو البنك المعزز إن وجد وإنما سلطته في عملية الفحص مستمدة من القانون⁽¹⁾ سواء بالتشريع البحريني أو المصري أو ما ورد بالنشرة 600 لسنة 2007م الصادرة عن غرفة التجارة الدولية باريس.

ففي المادة 323 / 2 من قانون التجارة البحريني والتي جاء فيها بانه على البنك أن يتحقق من مطابقة المستندات لتعليمات لأمر بفتح الاعتماد والواردة في خطاب الاعتماد المرسل الي المستفيد. والواضح انها جاءت بصيغة الأمر ومخاطبة المشرع للبنك هنا يعني الزامه بعملية الفحص، إلا أن آلية عملية الفحص لم يتصدى لها المشرع صراحة وإنما جاء بالفقرة الثالثة من ذات المادة بقوله " فاذا رفض البنك المستندات وجب عليه ان يخطر الأمر فوراً بالمخالفة التي لاحظها في المستندات " كما أنه من المستغرب في التشريع البحريني أنه لم يحيل عملية فحص وتدقيق المستندات الي قانون آخر او القواعد والأعراف الموحدة الواردة بالنشرة 600 لسنة 2007م الصادرة عن غرفة التجارة الدولية مثلما فعل المشرع المصري والذي أحال كل ما لم به نص بشأن الاعتماد المستندي الي النشرة القواعد والأعراف

1- راجع د على الامير ابراهيم - المرجع السابق - ص 61، وما بعدها.

الصادرة عن غرفة التجارة الدولية سواء منها ما ورد بالنشرة 500 أو ما ورد بالنشرة 600 وكأنما راعي المشرع المصري مواكبة أحدث التطورات في تتبع إجراءات الاعتماد المستندي، وفي ذلك فإن عملية فحص المستندات لم يرد بها نص في قانون التجارة المصري 17 لسنة 1999م وإنما جاء النص عاماً بالمادة 1/347 بأنه على البنك أن يتحقق من مطابقة المستندات لتعليمات الأمر بفتح الاعتماد، وهو ما يفهم بأن معيار فحص المستند يرجع به الي نص المادة 14 بفقراتها الواردة بالنشرة 600 الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بباريس، وكان ينبغي أن يحذو المشرع البحريني مثلاً فعل المشرع المصري بشأن معيار الفحص للمستند. علي اعتبار أن فنية فحص المستندات المقدمة من المستفيد تخضع لقواعد محددة ولا تخضع مطلقاً لسلطة البنك التقديرية وإلا اختلفت قواعد الفحص من بنك لآخر وهو أمر غير مرغوب، لذلك فإن المادة 1/348 من قانون التجارة المصري والتي نصت علي انه " لا مسئولية على البنك إذا كانت المستندات في ظاهرها مطابقة للتعليمات التي تلقاها من الأمر." وهو في الحقيقة يناقض ما ورد بقواعد فحص المستندات الواردة بالمادة 14 من النشرة 600، فظاهر المستندات لا تكفي للقول بصحتها أو عدم صحتها وإنما يستلزم الأمر الفحص الفني الدقيق، أن يبذل البنك في سبيل ذلك عناية الرجل المعتاد حتي يتحقق من صحة المستندات من عدمه لكي ترفع عنه المسؤولية في فحص المستندات، ونفس ما رده المشرع البحريني في المادة 1/ 324 من أنه لا يسأل البنك إذا كانت المستندات مطابقة في ظاهرها للتعليمات التي تلقاها من الأمر. علي الرغم من أن قواعد وأعراف نصت علي ذلك إلا أن الصيغة جاءت مبدئياً في عملية الفحص بالمادة 14/ أ بقولها (يجب علي المصرف المسمى الذي يتصرف بناء علي تسميته والمصرف المعزز إن وجد، والمصرف المصدر أن يفحصوا التقديم، استناداً إلي المستندات وحدها، لتحديد ما إذا كانت المستندات تشكل في ظاهرها تقديماً مطابقاً أم لا " إلا أن الفحص الظاهري ينصرف الي المستندات لا إلي عملية الفحص فالفحص هنا ينبغي أن يكون دقيقاً، كما أن عملية الفحص تخضع هنا للمعيار الدولي للأصول المصرفية حسبما ورد بذات المادة بالفقرة (د)، وهنا يلزم علي المصارف المصرية عند التعرض للفحص الظاهري للمستندات يجب اتباع المعيار الدولي للأصول المصرفية كما ورد المادة 14/د من النشرة 600 والتي أصبحت جزءاً من التشريع المصري حسبما نصت عليه المادة

3/341 من قانون التجارة المصري، كما يجب التنبيه علي المشرع البحريني الي ضرورة ذلك، أي باتباع المعايير الدولية للأصول المصرفية عند التعرض بالفحص الظاهري للمستندات.

ومن كل ما سبق يمكننا القول بأن المقصود من الصحة الظاهرية للمستندات التحقق من سلامة المستندات نوعا وكما وصنفاً، فلا سلطة للبنك من صحة أو صدق ما تحويه المستندات طالما أنها ظاهريا مطابقة لما ورد بشروط الاعتماد فلا يجوز بحال أن يفحص المستندات فنيا أو أن يستنتج منها ما هو صحيح، وهو ما قضت به محكمة النقض المصرية⁽¹⁾ بأن " أساس نظام الاعتماد المستندي غير القابل للإلغاء هو استقلاله عن عقد البيع القائم بين البائع والمشتري يلتزم بمقتضاه البنك الذي فتح الاعتماد بالوفاء بقيمته، متى كانت المستندات المقدمة اليه مطابقة تماما لما تضمنه خطاب الاعتماد دون أن يكون له في ذلك أدني سلطة في التقدير أو التفسير أو الاستنتاج، وفي ذات الوقت ليس للبنك أن يستقل دون موافقة عميله بتعديل شروط الاعتماد وعليه اذا ما قدمت له مستندات الشح من المستفيد أن يقوم بمطابقتها علي ما ورد بشأنها في خطاب الاعتماد بحيث اذا لم يعترض عليها خلال أجل معقول يكفي لفحصها اعتبر ذلك قبولا لها بحالتها التي قدمت بها بما يترتب عليه التزامه بالوفاء بقيمة الاعتماد."

1- الطعن رقم 372 لسنة 48 ق جلسة 18/2/1985 س 36 ص 282.

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية لالتزام البنك بفحص المستندات

إذا كان البنك ملزماً قانوناً بفحص المستندات المقدمة من المستفيد لبحث مدى مطابقتها لشروط الأمر بفتح الاعتماد، إلا أنه يثور التساؤل عن طبيعة هذا الالتزام وهل هو التزام ببذل عناية أم بتحقيق نتيجة أي التوصل إلى كون المستندات المقدمة سليمة بالفعل أم يكفي فقط بالجدية في الفحص وببذل عناية الرجل المعتاد في عملية الفحص دون أن يصل إلى نتيجة محققة في كون المستندات مطابقة بالفعل وسليمة من الناحية القانونية⁽¹⁾. إذ تعد عملية الفحص من مراحل عملية الاعتماد المستندي فعليه يتوقف إما أن يوافق البنك وله أن يرفض، لذلك فإنه علي البنك أن يفحص المستندات جيداً للتأكد من مطابقتها لشروط الاعتماد لأنه من خلال ذلك يستطيع العميل معرفة ما إذا كان البائع سينفذ شروط البيع من عدمه، كما أن عملية الفحص تمكن البنك لإجراء رهن علي المستندات، إلا أنه يجب مراعاة أنه عند إجراء عملية الفحص لا تمتد سلطة البنك إلى فحص شروط عقد البيع أو فحص البضاعة ذاتها لأنه كما سبق وأن ذكرنا باستقلال العمليات القانونية المرتبطة بعملية فتح الاعتماد، كما أن عملية الفحص الدقيق من جانب البنك تؤدي إلى اتمام تنفيذ عقد البيع بين العميل المشتري والبائع المستفيد من الاعتماد لأن البنك يتولى سداد ثمن البضاعة المتفق عليها بعقد البيع. إلا أن

1- المصرف الذي يفتح اعتماداً مستندياً للوفاء بثمن صفقة تمت بين تاجرين لا يلزم بالوفاء إلا إذا كان هناك تطابق كامل بين المستندات وشروط فتح. الاعتماد دون أن يكون للبنك في ذلك أدنى سلطة في التقدير أو التفسير وإذا كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن المطعون عليه الثاني - البنك - رفض صرف قيمة الاعتماد للطاعن بناء علي ما اكتشفه من مخالفة بيانات الشهادة الزراعية الصحية لبيانات البضاعة في باقي المستندات المقدمة من حيث عدد الصناديق المعبأة فيها ووزن كل صندوق، وأن تلك الشهادة تحمل تاريخاً لاحقاً لتاريخ الشحن مما شكك البنك في سلامتها فضلاً عن خلوها من بيان صلاحية البضاعة وفق ما تنص عليه شروط فتح الاعتماد، فإن الحكم إذ انتهى إلى أن المطعون ضده الثاني محق في عدم الصرف لالتزامه بتعليمات المطعون ضدها الأولي التزاماً صرفياً لا يكون قد أخطأ في فهم الواقع. المادة 342 ق. التجارة

(الطعن رقم 198 لسنة 39 ق جلسة 26/1/1976 ص 292 - مجموعة أحكام النقض المصرية - المكتب الفني.

السؤال المطروح الآن حول الالتزام الملقى علي عاتق البنك عند فحص المستندات أهل التزام ببذل عناية أم بتحقيق نتيجة ؟

تباينت الآراء حول تحديد الطبيعة القانونية لالتزام البنك عند فحصه لمستندات البضاعة فذهب البعض الي اعتبار ان التزام البنك هو التزام نحو تحقيق نتيجة¹ بحيث يلتزم البنك بتقديم مستندات صحيحة للعميل بعد اتمام عملية الفحص، ويذهب هذا الرأي الي أنه يتوجب علي البنك أن يسلم العميل مستندات في ظاهرها سليمة حتي لا يسأل البنك قبل العميل عن صحة المستندات من عدمه، ولا يعفي من هذه المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي - كقوة القاهرة أو حادث فجائي، ويرى أصحاب هذا الرأي أن التزام البنك نحو الفحص هو التزام حرفي، و دور البنك في هذا الفحص شكلي أي يقتصر دوره علي المطابقة المادية بين المستندات المقدمة وشروط الاعتماد دون أن يكون له أدنى سلطة في تقدير مضمون المستند أو تفسير مصطلحاته، وبناء عليه تقام مسؤولية البنك إذا ثبت أنه قبل المستندات وهي غير مطابقة حتى لو أثبت بكافة طرق الإثبات أنه بذل العناية المطلوبة أي عناية الرجل المعتاد أو عناية الرجل الحريص في فحص المستند، فالعميل عندما يتعاقد مع البنك لفتح اعتماد مستندي فإنه يقبل منه نتيجة محددة وهي أن يقبل المستندات المطابقة لشروط الاعتماد أو يرفضها إذا كانت غير مطابقة.

ويذهب رأي آخر الي ان التزام البنك بفحص المستندات التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة، بمعنى أن البنك عليه أن في فحصه لمستندات الاعتماد ومدي مطابقتها لشروط الاعتماد أن يبذل أقصى درجات العناية وحجتهم في ذلك أن البنك لا يسأل أمام العميل إذا اكتنف المستندات غموضاً، إلا أنهم اختلفوا في درجة العناية المطلوبة هل هي عناية الرجل الحريص أم عناية الرجل المعتاد.

1- د. علي الأمير ابراهيم - المرجع السابق - ص 108، د. بختيار صابر حسين - المرجع السابق ص 189 وما بعدها .

ففي الاتجاه المرجح⁽¹⁾ الي أن درجة العناية هي عناية الرجل الحريص دليلهم أن البنك يملك من الخبرة في فحص المستندات ما لا يملكه الرجل العادي الذي لا تتوافر لديه خبرة في ذلك، فيستطيع البنك أن يحدد ما إذا كان المستند مقبولا أم لا، كما أن تعليمات العميل تجعله يتشدد في إجراء عملية الفحص، وبالتالي فإن الاختلاف عما ورد بالمستندات عن تعليمات الأمر أو عما جري عليه العرف المصرفي يرجع الي قلة عناية البنك في عملية الفحص.

1 د. بختيار صابر حسين - المرجع سابق الإشارة اليه 190 وما بعدها. د. فيصل محمود مصطفى النعيمات - المرجع السابق ص 173 وما بعدها. د حسين محمد بيومي - دار الفكر العربي ص 137 الفقرة الثانية.

المطلب الثالث

مسئولية البنك عند فتح الاعتماد

بمستندات غير صحيحة

يقتصر دور البنك المصدر للاعتماد أن يفحص المستندات المقدمة من المستفيد دور أن يتطرق الى فحص البضاعة ذاتها محل عقد الأساس، وأن المستندات تعبر عن البضاعة محل التعاقد من حيث الوصف والكمية وبلد المنشأ وبلد الشحن وغيرها من المستندات التي تعبر عن البضاعة تعبيراً دقيقاً، وفي ضوءها يتم فتح الاعتماد إذا كانت مطابقة لشروط الطلب المقدم من العميل الأمر بالفتح، كل ذلك يتوقف على كون المستندات صحيحة من عدمه، ويتوقف كذلك عن البنك الذي يتولى عملية الفحص، هل هو البنك المصدر أم البنك المؤيد أم البنك المنفذ، الفاحص للمستندات، يتحمل نتيجة فتح اعتماد بمستندات غير صحيحة أي لا تعبر تعبيراً صحيحاً عن البضاعة، وقبل التطرق لمسئولية البنك المصدر للاعتماد عن فحص المستندات يجب أولاً تحديد مسؤوليته عن فتح الاعتماد بمستندات مزورة. وعليه سنوف نقسم المطلب الى الآتي:-

الفرع الاول: مدى مسؤولية البنك في حالة التزوير أو غش المستفيد.

الفرع الثاني:- تنفيذ عقد الاعتماد بمستندات غير صحيحة.

الفرع الاول

مدى مسئولية البنك في حالة التزوير أو غش المستفيد

يقصد بالغش من قبل المستفيد قيامه متعمداً وإرادته بتقديم مستندات تبدو في ظاهرها مطابقة لشروط الاعتماد ولكنها غير ذلك، أي أنها تحوى على غير الحقيقة تزويراً أو عيباً، وهو ما لا يظهر بالفحص العادي للمستندات، ويظهر هذا بوضوح عندما يرسل البضاعة غير مطابقة للمستندات أو لم يرسلها بالمرة، وأرسل مستندات لا تعبر عن بضاعة نهائياً، وهي في الحقيقة مستندات مزورة سواء كل المستندات أو بعضها مما يجعل الاعتماد معيباً، وإذا كان البنك قد قام بتنفيذ التزامه بدفع قيمة البضاعة للمستفيد أو خصم شيكات لصالح المستفيد، فالسؤال الذى يطرح نفسه هل يسأل البنك في هذه الحالة قبل العميل، أم أنه يعفى من المسئولية إذا أثبت أنه بذل العناية المطلوبة في فحص المستندات والتأكد من أنها سليمة خاصة في غياب البضاعة محل التعاقد ؟

بداية لابد من أن نحدد ما هو المستند أي الشكل الذى يوجد فيه ومدى كفايته وصحة المستند، وحالة المستند المزور، والأثر القانوني المرتب على المستند المزور في حالة قبول البنك المصدر له.

وسنقوم بتقسيم المطلب الي الآتي:-

أولاً:- تزوير مستندات الاعتماد من جانب المستفيد.

ثانياً:- الغش في المستندات من جانب المستفيد.

أولاً: تزوير مستندات الاعتماد من جانب المستفيد:

تعد من أهم التزامات البنك نحو عميله هو فحص المستندات المقدمة من المستفيد⁽¹⁾ بعد صدور خطاب الاعتماد وإبلاغه به، ويسري ذات الالتزام علي البنوك المتداخلة في حال وجودها، بغية التأكد من مطابقة المستندات لما ورد في شروط الاعتماد، دون الرجوع الي

1- د. فيصل محمود مصطفى النعيمات - المرجع السابق ص 61 وما بعدها، د. خالد عبدالله علي السوفاني - رجوع البنك علي المستفيد بعد تنفيذ الاعتماد المستندي غير قابل للرجوع فيه (دراسة مقارنة) بحث منشور بمجلة الشريعة والقانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة السنة السادسة والعشرون - العدد الثاني والخمسون اكتوبر 2012م ص 174 وما بعدها.

محل البيع وهي البضاعة، حتي لا يتعرض البنك للمسؤولية يلتزم بالفحص طبقاً للمعيار الدولي للأصول المصرفية حسبما نصت عليه المادة 14 /د من النشرة 600، ودور البنك عند فحص المستندات يقف عند الفحص الظاهري لها والتأكد من مطابقة المستندات لشروط الاعتماد، أي التحسس الظاهري لها كما ورد بالمادة 1/324 من قانون التجارة البحريني بأنه "لا يسأل البنك إذا كانت المستندات مطابقة في ظاهرها للتعليمات التي تلقاها من الأمر" وبالمادة 1/ 348 من قانون التجارة المصري في نفي مسؤولية البنك في حال قيامه بالفحص الظاهري لها بقولها " لا مسؤولية على البنك إذا كانت المستندات في ظاهرها مطابقة للتعليمات التي تلقاها من الأمر." كما ورد ذات النص في النشرة 600 لسنة 2007م بالمادة 14/ أ " يجب علي المصرف المسمى الذي يتصرف بناء على تسميته والمصرف المعزز إن وجد، والمصرف المصدر أن يفحصوا التقديم، استناداً إلي المستندات وحدها، لتحديد ما إذا كانت المستندات تشكل في ظاهرها تقديماً مطابقاً أم لا." وطبقاً لما تقدم فإن المقصود بعملية الفحص هو الفحص الظاهري فقط وبالتالي لا يهم هنا ما إذا كانت المستندات باطلة أي تتطوي علي تزوير طالما أن التزوير غير ظاهر بالمستندات، ويقصد بالمستند المزور⁽¹⁾ هنا أن يعده المستفيد بنفسه أو بعلمه دون أن يكون صادر عن الشخص المخول بإعداده، ومثاله كأن يقوم البائع بوليصة التأمين بنفسه علي النموذج المعد لذلك وكأنه صادر عن شركة التأمين، وهو ما قرره المواد السابقة نحو اعفاء البنك من المسؤولية إذا ما قام بتنفيذ التزامه ببذل العناية المطلوبة منه بفحص ظاهر المستندات دون أن يتوصل الي تزويرها، وبمفهوم المخالفة تقام مسؤولية البنك قبل العميل إذا ما ثبت أن المستندات في ظاهرها تزوير وبالرغم من ذلك قبلها، كما تقام المسؤولية ايضاً إذا ثبت أن البنك لم يبذل العناية المطلوبة منه في الفحص الظاهري لها وقبل مستندات تبين فيما بعد أنها في ظاهرها مزورة، لأنه في الحالة الخيرة دليلاً واضحاً علي إهمال البنك أو تقاعسه عن فحص مستندات قبلها.

1- أ. معزي صونيه الغش وأثره علي الالتزام المصرفي المستقل في عقد الاعتماد المستندي في القانون الجزائري - بحث منشور بمجلة المفكر العدد العاشر - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة محمد خيضر ص 406.

وعلي هدي ما تقدم فإذا ما بذل البنك العناية المطلوبة للفحص ولم يكتشف التزوير أو كان غير ظاهر بعملية الفحص فإن له الرجوع علي العميل بما وفاه من ثمن البضاعة، ولا يستطيع العميل هنا أن يدفع عنه المسؤولية بأن البنك عليه التأكد من صحة المستندات قبل إجراء المطابقة، لأن دور البنك ينحصر في الفحص الظاهري، ولا يقصد هنا بالفحص الظاهري أي السطحي، لأن المعني المقصود من الفحص هو التدقيق جدياً في الشيء وهو التزام يقع علي البنك ببذل بالعناية المطلوبة منه، وأن المقصود بفحص ظاهر المستندات أن يكون هو المرجع الوحيد للحكم علي مطابقتها أم عدم مطابقتها، ولا يتوقف تنفيذ التزام البنك نحو الفحص بالاستعانة بخبير أو مدقق أو التحري عن صدق أو عدم صدق تلك المستندات، إلا انه ينبغي التنبيه بأنه علي البنك ألا يتجاهل أي علامة خطر موجودة بالمستندات تنبئ عن عدم صدق ما تحتويه من معلومات⁽¹⁾.

ثانياً: الغش في المستندات من جانب المستفيد:

الغش ما هو إلا عمل مغاير للحقيقة يلحق بمضمون المستندات بعكس التزوير فهو يلحق بشكل المستندات، وبالرغم من أهمية الغش كأساس لا متنازع البنك عن الوفاء للمستفيد في حال ثبوته إلا أن المشرع سواء بالبحرين أو بمصر لم يتصدى له بالتعريف أو بالتنظيم، هو ما اختلف الفقه² حوله من اتجاه موسع لمفهوم الغش ومضيق له من ناحية أخرى، فأما الاتجاه الموسع فيري أن الغش لا يقتصر علي مجرد الاستعانة بوسائل احتيالية، بل كل ما من شأنه الإضرار بالعميل الأمر، بينما الاتجاه الضيق يري أن مفهوم الغش يجب أن يقتصر فقط على الغش بمعناه التقليدي أي فقط المصحوب بوسائل احتيالية وعلل هذا الاتجاه وجهة نظره بأن التوسع في مفهوم الغش يؤدي تعطيل الفائدة المرجوة من الاعتماد المستندي وإفساح الطريق للعملاء والبنوك من الإفلات من تنفيذ التزاماتهم، كما أن التوسع في مفهوم الغش يخالف أن الغش لا يفترض بل لابد من إقامة الدليل عليه، كما أنه سيؤدي الي وجود رابطة قانونية بين

1- د. عبد الله خالد السوفاني - المرجع السابق ص 175.

2- د. حمدي محمد مصطفى - الغش من المستفيد في خطاب الضمان المصرفي وأثره علي التزام البنك طبقاً لاتفاقية الأونسيترال 1995م بحث منشور بمجلة الشريعة والقانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة - العدد الخمسون 2012م السنة السادسة والعشرون ص 37 وما بعدها

عقد الاعتماد والعقد الأصلي مخالفاً ما استقرت عليه التشريعات والقواعد الموحدة بالنشرة 600 من استقلال عقد الاعتماد عن عقد الأساس (عقد البيع).

وبالرجوع الي القواعد الموحدة بالنشرة 600 نجد انها اعفت البنك من المسؤولية إذا ما بذل البنك العناية المطلوبة منه في فحص ظاهر المستندات وكانت مطابقة لخطاب الاعتماد والمادة 341/ 1 من قانون التجارة البحريني والمادة 348 من قانون التجارة المصري، وتتحقق حالة الغش هنا عندما تقدم مستندات في ظاهرها صحيحة وسليمة إلا أنها لا تطابق الواقع بعلم المستفيد البائع، كاختلاف بين وصف البضاعة بالمستندات ووصفها واقعياً من حيث الجودة أو الكمية مثلاً أي قد تكون من نوع رديء خلافاً لما تم وصفه أو أن الكمية المحددة بالمستندات كانت أقل مما ذكر باستثناء ما جري عليه العرف التجاري من احتساب نسبة عجز الطريق الذي يحصل للبضاعة أثناء عملية النقل وما نصت عليه المادة (242/ 1) من قانون التجارة المصري 17 لسنة 1999م " لا يسأل الناقل عما يلحق الشيء عادة بحكم طبيعته من نقص في الوزن أو الحجم أثناء النقل مالم يثبت أن النقص نشأ عن سبب آخر."

والقاعدة ان الغش يفسد كل شيء، فلكي يعفي البنك من المسؤولية عليه إثبات أنه بذل في فحصه المستندات العناية المطلوبة منه وهي عناية الرجل الحريص وليس عناية الرجل المعتاد باعتبار أن البنك ليس كأى شخص عادي عند فحصه مستند ما فهو من أهل الخبرة في هذا المجال، فلو بذل العناية المطلوبة منه فلا يسأل حتماً قبل العميل عن الغش الصادر من جانب المستفيد، حتي ولو ثبت فيما بعد أن هناك غشاً وقع بالفعل من جانب المستفيد مالم يكن الغش ظاهر ومن السهولة كشفه فهنا تقام المسؤولية علي البنك.

فإذا كان الفحص الظاهري للمستندات جاء تكريساً لمبدأ استقلالية الاعتماد المستندي، إلا أن هذا سوف يؤدي الي فتح الباب أم استغلال هذا الاستقلال بالحصول علي قيمة الاعتماد بغير وجه حق باستعمال الغش أو وسائل احتيالية في عقد البيع، لأن البنك لا شأن له بهذا العقد ولا يتدخل لإثبات صحة أو عدم صحة العقد.

إلا أن السؤال المطروح هل يؤدي الغش الثابت بالمستندات أو في عقد البيع الي تعطيل مبدأ استقلالية عقد الاعتماد المستندي، بعبارة أخرى هل يؤثر الغش في عقد البيع الي

تدخل البنك لوقف صرف قيمة الاعتماد إذا ما تبين وجود غش في عقد الأساس وما هو مقدار الغش سواء في المستندات أو في عقد البيع ؟

القاعدة أن الغش يفسد كل شيء وهنا يعد الغش استثناء يوجب وقف صرف قيمة الاعتماد، ذلك استعمال مستندات مزورة أو احتيالية بقصد الحصول علي قيمة الاعتماد يؤدي الي الخروج علي مبدأ حسن النية في العقود، وبالتالي فإن انهيار هذا المبدأ يؤدي بالفعل الي انهيار مبدأ الاستقلالية، وسواء كان الغش قد وقع من المستفيد ذاته أو أشخاص آخرين سخرهم لذلك كسمسار الشحن والذي قام بإعداد سند الشحن أو الناقل الذي غير من تاريخ النقل أو من قام بتغليف البضاعة إذا غير من تاريخ الصلاحية أو محرر الفاتورة التجارية إذا شملت تغيير في بعض بياناتها لصالح المستفيد، إلا أنه يجب الانتباه الي أن الغش في المستندات يختلف عن استعمال المستفيد لطرقا احتيالية ذلك ان الغش يأتي أثنا التنفيذ بينما الطرق الاحتيالية تكون أثناء إبرام العقد، وهو بالضرورة أمر خفي عن البنك فاستعمال الطرق الاحتيالية من قبل المستفيد في عقد البيع يجعل العقد عرضة للإبطال ويؤثر بالفعل علي احقية المستفيد في استحقاق قيمة الاعتماد.

فالغش في الاعتمادات المستندية يقصد به⁽¹⁾ تقديم مستندات مزورة أو احتيالية، والمستند المزور الذي يعده المستفيد بنفسه أو يعد بعلمه دون أن يكون صادرا ممن هو مخول بتحريره، كأن يعد المستفيد الفاتورة التجارية بنفسه أو سند الشحن بنفسه لوضع بيانات تحقق مصلحته الذاتية، ويرى الفقه⁽²⁾ أنه يكون لكل من العميل الأمر والبنك المعارضة في الوفاء، فإذا ثبت للبنك بالدليل القاطع وجود غش بالمستندات أثناء اجراء عملية الفحص ان يمتنع عن الوفاء بمبلغ الاعتماد، فليس مجرد الشك بالمستندات ولو قام علي قرائن قوية لا يبرر امتناع المصرف عن الوفاء، فالقاعدة أن الغش لا يفترض ولكن يجب أن يقام علي أدلة مادية قطعية.

1- د. اكرم ابراهيم الزغبى - مسؤولية المصرف المصدر في الاعتماد المستندي - دار وائل للطباعة والنشر - الأردن عمان - الطبعة الأولى 2000م ص 153.

2- د. أكرم ابراهيم الزغبى - المرجع السابق ص 152 وما بعدها.

أما العميل الأمر فليس له الحق في المعارضة في الوفاء إذا كان هناك غش ثبت من قبل المستفيد في عقد البيع وكان المشتري حسن النية إلا بعد الحصول على أمر قضائي يمنع المصروف عن الوفاء.

المطلب الرابع

موقف البنوك المتداخلة نحو الالتزام بفحص المستندات

الأصل أن البنك فاتح الاعتماد يصدر خطاب الاعتماد ويتولى إرساله إلى المستفيد أو يسلمه للعميل الأمر ليرسله بدوره إلى المستفيد الذي عليه أن يتقدم بمستندات البضاعة محل البيع إلى البنك المصدر، وهذه العملية لا يقوم بها هنا إلا بنكاً واحداً، ولكن من الناحية العملية غالباً ما تتدخل عدة بنوك لإتمام عملية فتح الاعتماد⁽¹⁾ والأصل أن يتولى عملية الفحص البنك فاتح الاعتماد إلا إذا وجد البنك المعزز أو المؤيد له، بعبارة أخرى إذا تدخل بنك آخر لإتمام الاعتماد فإن له دور واضح في عملية الفحص للمستندات المقدمة من العميل بناء على خطاب الاعتماد، فقد نصت المادة 14/أ من النشرة 600 لسنة 2007م علي أنه " يجب علي المصرف المسمى الذي يتصرف بناء علي تسمية المصرف المعزز إن وجد أن يفحصوا التقديم، استناداً الي المستندات وحدها، لتحديد ما إذا كانت المستندات تشكل في ظاهرها تقديمًا مطابقاً أم لا. إلا أن التزام أي من البنوك المتداخلة في عملية الفحص إلى جانب بنك الاعتماد يتوقف على نوع التدخل:-

1- فقد يتدخل بنك للتبليغ فقط وتسليم المستندات لتوصيلها إلى البنك فاتح الاعتماد وليس له أي دور في عملية التنفيذ، فليس له أي دور في عملية فحص المستندات سوى مهمة ساعي البريد في توصيل أو تسليم ما طلب منه⁽²⁾، وله في سبيل ذلك التحقق من الصحة الظاهرية للمستندات فطبقاً لنص المادة 9/ب من النشرة 600 لسنة 2007م " بتبليغ الاعتماد أو التعديل، يعتبر المصرف المبلغ مقتنع بالصحة الظاهرية للاعتماد أو التعديل وأن ذلك التبليغ يعكس بشكل دقيق شروط وأزمة الاعتماد أو التعديل المستلمة"، وفي نص المادة (346/2) من قانون التجارة المصري 17 لسنة 1999م " لا يعتبر مجرد الإخطار بفتح الاعتماد المستندي البات المرسل إلى المستفيد عن طريق بنك آخر تأييداً من هذا البنك للاعتماد " وتقتصر مسؤوليته فقط على العناية المعقولة للتحقق من السلامة الظاهرية للاعتماد الذي يقوم

1- د. علي الأمير إبراهيم - المرجع السابق ص 113 الفقرة الثانية

2- د علي الأمير إبراهيم - المرجع السابق ص 126، 125. د. حسين محمد بيومي علي - المرجع السابق 145 وما بعدها، د بخنيتار صابر حسين - المرجع السابق ص 239 وما بعدها.

بإبلاغه لبنك المصدر بملاحظاته حول المستندات من حيث صحة التوقيع وسلامة صدور المستندات من الجهة الخولة لها بهدف تفادي أي تزوير يكون قد وقع بها، وهنا فلا يجوز بحال للمستفيد أن يحرك دعواه قبل البنك المبلغ إذا ما ثبت أن المستندات غير سليمة ظاهرياً وذلك لأنه لا توجد علاقة قانونية بين البنك المبلغ والمستفيد، وإنما العلاقة تنحصر بين البنك المصدر والبنك المرسل ولا تمتد هذه العلاقة الي المستفيد والمرسل، وعليه ان يتوجه الي البنك المصدر للاعتماد لمطالبته بتنفيذ الاعتماد.

2- وقد يتدخل بنك آخر بناء على طلب البنك المصدر أو منشئ الاعتماد بناء على تكليف منه لتنفيذ والوفاء بمبلغ الاعتماد للمستفيد سواء بالدفع أو القبول أو خصم كمبيالات مقدمه منه ويطلق عليه البنك المعزز، ويلعب نفس الدور الذي يلعبه البنك المصدر للاعتماد في بلد المشتري، ويختلف دوره عن دور البنك المبلغ، ذلك أنه يتولى فحص المستندات ويقبلها وينفذ ما ورد بالاعتماد شأنه شأن البنك المصدر.

والبنك المنفذ هو المسئول الاول عن عملية الفحص بتكليف من البنك المصدر والبحث في مدى مطابقتها لشروط خطاب الاعتماد إلا أنه بالرغم من ذلك فلا علاقة مباشرة بين المستفيد والبنك المنفذ وبالتالي لا مسئولية تقع عليه في حال عدم التنفيذ قبل المستفيد لأن المستفيد ليس له حق مباشر علي البنك المنفذ وليس له أية علاقة قانونية تربط بينهما، إلا انه إذا ما قدمت المستندات اليه من المستفيد مباشرة يتولى فحصها خلال المدة المقررة بالمادة 14/ ب والتي جاء بها " يكون لكل من المصرف المسمى الذي يتصرف بناء علي تسميته والمصرف المعزز، إن وجد، والمصرف المصدر مدة أقصاها خمسة أيام عمل مصرفية تلي يوم التقديم لتحديد ما إذا كان التقديم مطابقاً 00000" فإذا ما أدرك البنك أن هذه المستندات مطابقة لشروط الاعتماد بان قام بالفحص طبقاً للقواعد والأصول المصرفية والمعيار الدولي وبذل في فحصه العناية المطلوبة منه، حيث لا سلطة تقديرية في المستندات أو تفسير غموض فيها أو تأويلها، يلتزم بتنفيذ التزامه نحو المستفيد بصرف مبلغ الاعتماد نقداً أو بخصم كمبيالة يسحبها علي البنك المصدر أو بقبوله لهذه الكمبيالة.⁽¹⁾

1 - د. علي الأمير ابراهيم - المرجع السابق ص 127 وما بعدها .

3 - وقد يتدخل البنك لتأييد خطاب الاعتماد الصادر من البنك المصدر، وهنا يكون كلا من البنك المصدر والبنك المؤيد في مركز قانوني واحد⁽¹⁾ ذلك أن تأييد البنك الآخر للاعتماد يعد أعلى درجات الضمان للمستفيد (البائع) الذي يضمن استيفاء حقه من بنكين أو ذمتين ماليتين منفصلتين، ومن ثم يلتزم البنك المؤيد بما يلتزم به البنك المصدر من الفحص الدقيق للمستندات ومدى مطابقتها لشروط طلب فتح الاعتماد، و التأييد في حد ذاته يقيم علاقة مباشرة بين المستفيد والبنك المؤيد بموجبها يستطيع المستفيد (البائع) الرجوع مباشرة عليه يطالبه بقيمة الاعتماد، ولا يستطيع البنك المؤيد التنصل من التزامه طالما أن المستفيد وفي بالتزامه نحو تقديم مستندات البضاعة، وعليه القيام بعملية الفحص مباشرة دون تكليف من البنك المصدر طالما اعلن موافقته تأييد البنك المصدر في تنفيذ الاعتماد وطالما أن البنك المؤيد اطمئن الي أن الاعتماد اصبح قطعياً⁽²⁾، ويتولى الفحص تطبيقاً للقواعد المنظمة له، ولا يتطرق بحال الي مدى صحة المستند وإنما تنحصر عملية الفحص في الفحص الظاهري للمستندات ومدى مطابقتها لشروط الاعتماد فلا يجوز له تفسير نصوص بعقد البيع أو تعديله أو فحص البضاعة لأن البنك يتعامل مع مستندات وليس بضاعة ولن كل منهم مستقل عن الآخر، وقد يقتصر دور البنك المؤيد على تأييد الاعتماد وقد يحرر خطاب اعتماد جديد وهنا يلتزم منفردا بإجراء عملية الفحص الظاهري للمستندات والتأكد من مطابقتها لشروط الاعتماد وتنفيذ التزامه قبل المستفيد البائع مع بقاء العلاقة القانونية الأصلية قائمة بين البنك فاتح الاعتماد والمستفيد.

1- د. علي الأمير ابراهيم - المرجع السابق ص 129 وما بعدها

2- د. حسين محمد بيومي - المرجع السابق ص 146.

خاتمة البحث

يهدف الاعتماد المستندي الي رواج حركة التجارة الدولية بين الدول لأنه يعتمد بصورة أساسية علي تسوية المعاملات بين التجار في دول مختلفة، فالغالب أن البائع والمشتري من دولتين مختلفتين ولا يعرف بعضهم البعض وبالتالي قد تتعدم الثقة بينهم عند سداد الثمن وتسليم المبيع فكان خير وسيلة هي الاعتماد المستندي، والذي يتم فتحة عن طريق المشتري (عميل البنك) ويسمي بالآمر في بلده والذي يتعاقد مع البنك علي هذا الأساس لحساب البائع (المستفيد من الاعتماد) وبموجب عقد فتح الاعتماد يلتزم البنك بسداد ثمن البضاعة بموجب هذا العقد، إلا أن عقد فتح الاعتماد المستندي ينفصل بأحكامه عن عقد البيع ويسمي بعقد الأساس أي الذي علي اساسه فتح الاعتماد، وبموجب عملية قانونية يقوم بها البنك لإتمام إنهاء إجراءات الاعتماد المستندي والتي تتمثل في إرسال خطاب الي البائع والذي يسمي بخطاب الاعتماد ومضمونه أن البنك وافق علي فتح الاعتماد ومطلوب منه إرسال مستندات البضاعة لمطابقتها للشروط الواردة في عقد فتح الاعتماد، وبتمام المطابقة يتم فتح الاعتماد لحساب البائع المستفيد ويلتزم البنك نحوه بالوفاء بثمان البضاعة.

إلا أنه أحيانا قد يحدث تلاعب في مستندات البضاعة كسند الشحن أو بوليصة التأمين أو الفاتورة التجارية والتي تعبر عن وصف البضاعة بالكامل، وهنا يأتي دور البنك للتأكد من المطابقة الظاهرية لها، دون ان يتعرض لمدي صحة المستند من عدمه لأنها من المسائل التي تخرج عن ولاية البنك، إلا انه أحيانا قد يكتشف البنك من خلال الفحص الظاهري لمستندات البضاعة أن غير مطابقة فيكون له الامتناع عن الوفاء، أو يكتشف تزويرا ظاهرا بالأوراق فعليه ان يبلغ العميل بالامتناع عن استكمال الاعتماد لكونه بني علي والقاعدة أن الغش يفسد كل شيء، كان تكون بوليصة التأمين غير صادرة عن شخص المخول له بها من خلال البيانات الواردة بها، كما يكون للعميل (مشتري البضاعة) أن يأمر البنك بعد الوفاء للبائع إذا اكتشف أنه يوجد غش بالمستندات أو بالبضاعة ذاتها، ككونها تحمل وصفاً أو كما أو نوعا غير الوارد بعقد البيع بشرط ان يكون ذلك قبل تمام الاعتماد، لأن البنك هنا أصبح ملزما بالوفاء نهائياً.

وقد ركّز البحث علي عملية فحص المستندات سواء ورقية أم الكترونية باعتبارها من أخطر وأهم مراحل عملية فتح الاعتماد المستندي لأن الفحص يمثل نقطة تحول بين فتح الاعتماد أو عدم إتمامه، لذلك فهي مسألة تقع علي عاتق البنك، والالتزام الملقى علي عاتقه هو التزام ببذل عناية إلا ان العناية المطلوبة منه عند الفحص هي عناية الرجل الحريص لا عناية الرجل المعتاد، باعتباره يملك من الخبرة ما يجعله يكتشف الغش بسهولة وهل المستند مطابق ام لا، ولا يقصد هنا بالمطابقة الظاهرية أن البنك يقرأ مطابقة ما ورد بمستندات البضاعة مع شروط الاعتماد وإنما هي عملية فنية يقوم بها البنك لتدقيق المستندات ومدي صلاحيتها لإتمام العملية سواء قام بها البنك بنفسه أم اسند ذلك الي بنك آخر غالباً ما يكون ببلد البائع والذي يسمى بالبنك المؤيد أو المعزز فهو يقوم بذات الدور الذي يقوم به البنك فاتح الاعتماد، أما البنك المبلغ أو المراسل فليس له أي دور في عملية الفحص وإنما ينحصر دوره في التبليغ أو إرسال المستندات الي البنك فاتح الاعتماد.

بحث بعنوان دور القاضي الإداري في رقابة مبدأ تناسب الجزاء التأديبي

لعلام محمد مهدي

طالب في صف الدكتوراة بقسم القانون العام

بكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة تلمسان- الجزائر

ملخص

تمثل العقوبة التأديبية في مجال الوظيفة العامة القرار التأديبي الذي يخضع لنفس القواعد التي تخضع لها سائر القرارات الإدارية المعروفة في مجال المنازعات الإدارية، وبذلك تعد المنازعات الوظيفية من أكثر المنازعات الإدارية شيوعاً وأهمية. ولهذا كان موضوع مبدأ التناسب في الجزاءات التأديبية أحد جزئيات المنازعات الوظيفية التي أثارت اختلافاً كبيراً بين الفقه والقضاء الإداريين بين مؤيد ورافض.

وفي سبيل الحصول على عقوبة عادلة ومنصفة، لابد من مراعاة واحترام السلطة التأديبية لهذا المبدأ، خاصة وأنه يساعد في التوازن بين مبدأ فاعلية الإدارة في أداء واجباتها وانضباط في العمل، و مبدأ ضمان حق الموظف العام في حصوله على عقوبة عادلة. كلمات مفتاحية: منازعات الوظيفة العامة- الرقابة القضائية- مبدأ التناسب- إجراءات التأديب- عقوبة عادلة.

Résumé

La sanction disciplinaire dans la fonction publique est une décision disciplinaire qui est soumise aux mêmes règles du reste des décisions administratives connues dans le domaine du contentieux administratif. Donc, les contentieux de la fonction publique sont considérés parmi les contentieux très fréquentés et l'importance. Pour cela, le principe de proportionnalité dans les mesures disciplinaire est l'un des contentieux qui font une grande différence entre la jurisprudence et la justice administrative.

Pour assurer une mesure disciplinaire juste et équitable, il faut respecter l'autorité disciplinaire de ce principe, cela permettra d'avoir une efficacité administrative dans l'exercice de ces fonctions et la discipline dans le travail, afin de garantir les droits de l'employé.

Les mots clés: Les contentieux de la fonction publique, contrôle judiciaire, le principe de proportionnalité, mesures disciplinaires, mesure juste et équitable.

Summary

The disciplinary sanction in the public function is a disciplinary decision submitted to the same rules of the other administrative decisions in the administrative litigation. Therefore, litigation of the public service is considered among the most frequently matter.

For this, the problem of the principle of proportionality in action discipline is one of the litigation that makes a big difference between the case law and judicial decisions.

The proportionality principle how best to ensure a fair punishment and equitable vis-à-vis the mistakes committed by the official. and upshot administrative efficiency in the performance of these functions and discipline in working to ensure the rights of the employee.

Keywords: Litigation of public service, judicial, the proportionality principle, discipline, fair and equitable measure.

مقدمة

إذا كانت متابعة الموظف المخطئ وتقويمه حق أصيل من حقوق السلطة التأديبية، فإنه من حقه أيضا أن يُضمن له توقيع جزاء عادل بعيد عن الهوى والقسوة. وكل ذلك بقصد الحصول على توافق بين فاعلية الإدارة و ضمانات الموظفين في مجال التأديب.

وإذا كان موضوع الاعتراف الكامل لحق القاضي الإداري في رقابة الوجود المادي للخطأ وصحة تكيفه لم يعد يثر أي خلاف⁽¹⁾، فإن الخلاف انصب في عهد قريب حول مدى سلطته في الرقابة على تقدير تناسب الخطأ مع العقوبة المقررة له، ليتم التساؤل عن الدور يلعبه القاضي الإداري في هذه الحالة. فهل له البحث في التناسب باعتباره ضمانا فعالة وجدية لحقوق الموظفين في مواجهة سلطة التأديب؟ أم أن الأمر يقتصر على التأكد من احترام السلطة التأديبية للنصوص القانونية عند توقيعها للعقوبة التأديبية؟

ولأجل ذلك طور القضاء الإداري أساليب رقابته على السلطة التقديرية لسلطة التأديب حيث بلغت حد البحث في ملائمة القرار التأديبي للتأكد من مشروعيته. فبعدما كان تقدير أهمية وخطورة الخطأ والتناسب بينه وبين ما يقابله من جزاء ضمن إطلاقا لإدارة التي لا يمكن الرقابة عليها، أصبحت السلطة التأديبية طبقا لمبدأ المشروعية مطالبة بإقامة ذلك التناسب تحت رقابة القاضي الإداري⁽²⁾.

ومن منطلق أهمية الرقابة القضائية التي تسعى إلى حماية مبدأ مشروعية الجزاء التأديبي، فإن تنظيم مسألة التناسب يعتبر من أهم وأقوى الضمانات المقررة لحماية حقوق الموظف العام، لأنه يتيح للموظف المتضرر الحق في مخاصمة

1- انظر، عبد العزيز خليفة، قضاء التأديب، ضوابط الضمانات التأديبية في الوظيفة العامة، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2008، ص 323.

2- انظر، مخاشف مصطفى، رقابة القضاء الإداري للقرار في مجاله التقديري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد 08، كلية الحقوق سيدي بلعباس، الجزائر، 2011، ص 124.

السلطة التأديبية أمام القاضي الإداري باعتباره قاضي حامي للحقوق والحريات، من خلال البحث في التناسب بين الخطأ والعقوبة⁽¹⁾.

وما يبرر هذه الرقابة طبعاً هو عدم تحديد المشرع للأخطاء التأديبية التي تعبر عن سبب العقاب على سبيل الحصر، كما أنه لم يربط كذلك بينها وبين ما يقابلها من عقوبات كما هو الحال في المجال الجنائي، وجعل هذا الربط من اختصاص السلطة التقديرية لسلطة التأديب في حدود احترام قاعدة المجموعات أو الدرجات⁽²⁾.

وبناء على ذلك، سيعالج هذا الموضوع من خلال مطلبين، يتم التعرض للجانب النظري الذي يتم من خلاله تحديد الإطار القانوني لرقابة التناسب (المطلب الأول)، ثم يليه بعد ذلك التطرق إلى الجانب التطبيقي لرقابة التناسب من طرف القضاء الإداري المقارن وموقفه منها باستعراضه وسائل الرقابة القضائية على التناسب في مجال التأديب (المطلب الثاني).

1- فرغم أن القضاء الإداري كان يعلن باستمرار أنه قضاء مشروع لا رقابة له على جوانب الملاءمة، إلا أنه بدأ يفرض رقابته على الجانب التقديري لعمل الإدارة، ويؤكد في هذه الصدد أن رقابته في نطاق المشروعية قد تستند إما لملاءمة العمل الإداري كشرط في مشروعيته، أو بتوسيع نطاق فكرة المشروعية بالاستناد إلى المبادئ العامة للقانون كمبدأ التناسب. انظر، أحمد أحمد الموفى، بعض ملامح الاتجاهات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية، دار النهضة العربية، مصر، 2008، ص 06.

2- انظر، المادة 183 من الأمر رقم 06-03 المؤرخ في 15-07-2006، المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، ج. ر. ج. ج. العدد 46، الصادرة في 16-07-2006.

المطلب الأول

فكرة التناسب في القرار التأديبي

إن فكرة التناسب في القرار التأديبي تقتضي تحديد مفهومه في إطار الجزاءات التأديبية (الفرع الأول)، ثم بيان الأساس القانوني للرقابة القضائية عليه (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم التناسب في الجزاءات التأديبية

للقوف على مفهوم التناسب (La proportionnalité) باعتباره تعبير ينصرف إلى أكثر من معنا وجب تحديد معناه في اللغة والاصطلاح (أولاً)، وللاستكمال مفهوم تناسب الجزاءات التأديبية، لابد من تحديد طبيعته (ثانياً)، كما أن تداخله مع بعض التعبيرات خاصة السلطة التقديرية والملاءمة يستوجب تمييزه عنها (ثالثاً).

أولاً: معنى التناسب في اللغة والاصطلاح:

ينصرف معنى التناسب في اللغة العربية من الاشتقاق اللغوي من أصل كلمة نسب ويعني القرابة والانتساب وإستنسب الشيء فوجده ملائماً. ومناسبة بمعنى تماثلاً، وتناسباً بمعنى القرابة والارتباط بين شيئين⁽¹⁾. وفي اللغة الفرنسية تعني العلاقة والصلة والارتباط بين شيئين أو أشياء وجعلها متناسبة بمعنى متكافئة ومتوازنة⁽²⁾.

أما في الاصطلاح فينصرف في معناه العام إلى العلاقة بين شيئين أو تعبير عن صلة تنسم بالتوافق أو التوازن بين شيء ثابت وآخر متغير. ويعني في الاصطلاح القانوني بوجه عام، بأنه تعبير عن صلة توافقية بين حالة معينة وأخرى مناظرة لها، نتيجتها توازن مقبول بينهما. أما في مجال التأديب يعني تقدير العقوبة التأديبية نوعاً ومقداراً، بما يتوافق مع جسامته وخطورة المخالفة المرتكبة، أو هو تقدير الإجراء (المحل) الذي يتناسب مع خطورة وأهمية

1- انظر، خليفة سالم الجهمي، الرقابة القضائية على التناسب بين العقوبة والجريمة في مجال التأديب، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2009، ص 94.

2- انظر، يوسف شلالة، المعجم العملي للمصطلحات القانونية والتجارية والمالية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، د. ت. ن.، ص 1006.

المخالفة (السبب)⁽¹⁾، والعنصر الثابت في هذه العلاقة هو السبب الذي يمثل المخالفة، أما العنصر المتغير صعودا ونزولا فهو المحل الذي يعبر عن العقوبة الموقعة.

ثانيا: طبيعة عيب عدم التناسب :

بما أن التناسب يدور حول علاقة توافقية بين عنصرين من عناصر القرار الإداري، فإنه يجب تحديدهما، والأكد في هذا الصدد أن هذين العنصرين ينتميان إلى العناصر الداخلية له، غير أن الفقه اختلف في تحديدهما رغم اتفاقه على أن السبب الذي يمثل المخالفة يكون حاضرا كأحدهما. فمنهم من جعل التناسب يقوم على علاقة بين السبب والهدف (1)، ومنهم من جعل تلك العلاقة تقوم بين السبب والمحل (2).

1- التناسب هو علاقة السبب بالهدف: هناك من يرى⁽²⁾ بأن التناسب هو تعبير عن علاقة تقوم بين الوسيلة والغاية، والقضاء بعدم التناسب بين الجزاء والمخالفة التأديبية يرتبط بعيب الغاية. ومرد ذلك أنه لا يمكن الرقابة على التصرفات التي تجريها السلطات الإدارية في المجال التقديرى، وبما أن أمر مناسبة العقوبة الموقعة مع المخالفة المرتكبة يندرج في نطاق السلطة التقديرية لسلطة التأديب، فإنه لا يمكن الرقابة على سوى ذلك التقدير باعتباره من إطلاقات الإدارة إلا في نطاق عيب الانحراف بالسلطة باعتباره العيب الملازم لها، وعدم التناسب ما هو إلا بديل عن كلمة التعسف في استعمال السلطة.

غير أن ربط عدم التناسب بعيب الانحراف بالسلطة لا يستقيم كون الانحراف بالسلطة عيب قصدي يقوم على استعمال السلطة لتحقيق هدف غير المحدد قانونا،

1- خليفة سالم الجهمي، المرجع السابق، ص 95-97.

2- انظر، سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الثالث، قضاء التأديب، دراسة مقارنة، دار الفكر العربى، 1995، ص 659-660-662؛ أحمد أحمد الموفى، المرجع السابق، ص 14؛ قوسم حاج غوثي، مبدأ التناسب في الجزاءات التأديبية والرقابة القضائية عليه، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه،

تخصص القانون العام، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان، الجزائر، 2011-2012، ص 113.

حيث أنه قد يقع عدم التناسب من دون أن تقصد السلطة التأديبية الخروج عن هدف التأديب وهو ضمان سير المرفق العام بإنتظام وإضطراب⁽¹⁾.

2- التناسب هو علاقة السبب بالمحل: يرى أصحاب هذا الاتجاه وهو الراجح بأن الرقابة على التناسب ماهي إلا رقابة على عنصر السبب في صورتها القصوى (Contrôle maximum)⁽²⁾، التي تتضمن التحقق من أهمية وخطورة الحالة الواقعية ومدى التناسب بينها وبين الإجراء المتخذ.

ويستند هذا الاتجاه إلى أن القضاء الإداري قد أضاف إلى عناصر المشروعية بما له من دور إنشائي وكاشف، قاعدة قانونية مقتضاها أنه يشترط لشرعية الجزاء التأديبي ألا يتسم بالشفقة المفرطة أو القسوة المجحفة، حيث أن رقابة التناسب في هذه الحالة لا تعدو أن تكون رقابة للمشروعية، ومخالفتها تعد مخالفة للقانون بمفهومه الواسع، والذي يشمل جميع القواعد القانونية بما فيها تلك التي يضعها القضاء وعلى رأسها المبادئ العامة للقانون⁽³⁾.

ثالثاً: تمييز التناسب عن السلطة التقديرية والملاءمة

إن العلاقة التي تربط التناسب بالسلطة التقديرية من ناحية والملاءمة من ناحية أخرى، ساهمت في الخلط بين معنى كل واحد منها، الأمر الذي يستدعي تمييز كل منهما عن التناسب:

1- تمييز التناسب عن السلطة التقديرية: تكون سلطة الإدارة تقديرية (Pouvoir Discretionnaire) عندما يترك لها القانون الذي يمنحها هذه السلطة، الحرية في التدخل أو الامتناع عن التدخل وفي اختيار وقت التدخل وفي تقدير خطورة الحالة الواقعية وأنسب

1- انظر، محمد حسنين عبد العال، فكرة السبب في القرار الإداري ودعوى الإلغاء، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1971، ص185؛ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، دراسة فقهية مدعمة بأحدث أحكام مجلس الدولة، دار الفكر العربي، الإسكندرية، مصر، 2001، ص 324.

2- انظر، مايا محمد نزار أبو دان، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، دراسة مقارنة بين فرنسا ومصر ولبنان، ط 1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2011، ص23.

3- قوسم حاج غوثي، المرجع السابق، ص 216.

الوسائل لمواجهتها⁽¹⁾. والتناسب بين أهمية السبب والمحل، يمثل أحد أهم مجالات السلطة التقديرية وجوانبها، إذ أنه ليس كل السلطة التقديرية وإنما جزء من الكل.

2- تمييز التناسب عن الملاءمة: يعتبر مصطلح الملاءمة (L'opportunité) من المصطلحات القانونية الأكثر تداخلا مع مصطلح التناسب، فالملاءمة تعني الإصلاح والجمع والاتصال بين شيئين أو طرفين فأكثر وجعلهما متلائمين. كما تعني الاتفاق والانسجام⁽²⁾.

فيقال فرصة مناسبة أو ملاءمة، في محله، في الوقت المناسب، ملاءمة أو مناسبة الإجراء. والملاءمة بصفة عامة هي صفة في القرار الإداري تتحقق إذا كان مناسباً أو موافقاً أو صالحاً، من حيث الزمان والمكان والظروف والاعتبارات المحيطة، إلى جانب مراعاة التوافق والتناسب بين السبب والإجراء المتخذ (المحل)⁽³⁾.

ليظهر بأن التناسب هو توافق في أحد أهم عناصر الملاءمة فقط، من حيث السبب مع المحل، وبالتالي فإن الملاءمة أوسع نطاق من التناسب باعتبار هذا الأخير عنصراً من عناصرها، وليكون أحد ملاءمات القرار الإداري في مجال السلطة التقديرية⁽⁴⁾.

والنتيجة التي يمكن الوصول إليها من خلال التمييز بين كل من السلطة التقديرية والتناسب باعتباره أحد مجالاتها، والملاءمة والتناسب باعتباره أحد أهم عناصرها، هي أنه يمكن أن يتحقق التناسب في القرار الإداري من غير أن تتحقق ملاءمته، وذلك لعدم تحقق بقية عناصر الملاءمة، كعدم ملاءمة وقت التدخل على سبيل المثال، فيكون هنا القرار ملائماً من حيث التناسب من غير أن يكون ملائماً من حيث وقت إصداره.

1- انظر، حمد عمر حمد، السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها، ط1، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2003، ص95.

2- انظر، علي بن هادية وبين لحسن اليلش والجيلاني بن الحاج يحي، القاموس الجديد للطلاب، معجم عربي مدرسي ألف ياي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991، ص 1133.

3- مايا محمد نزار أبو دان، المرجع السابق، ص 65-67.

4- خليفة سالم الجهمي، المرجع السابق، ص 101.

الفرع الثاني

الأساس القانوني للرقابة القضائية

على التناسب في القرار التأديبي

ولتبرير هذه الرقابة الاستثنائية لأبد من البحث عن أساس لها، والذي يقوم على قاعدة التدرج في ذكر الجزاءات التأديبية (أولاً)، وعلى اعتبار التناسب أحد المبادئ العامة للقانون التي كشفها القضاء الإداري (ثانياً).

أولاً: قاعدة التدرج في ذكر الجزاءات التأديبية:

باعتبار الجزاء التأديبي العنصر المتغير الثاني في العلاقة التي يقوم عليها التناسب في القرار التأديبي، فقد ورد ذكره في أربع درجات متفاوتة في الشدة من الأخف إلى الأشد على سبيل الحصر¹، على أن هذا التدرج مقصود من المشرع حتى يسمح للسلطة التأديبية اختيار عقوبة من بين العقوبات التي تتناسب مع جسامة المخالفة المرتكبة، مما يجعل منه أساساً قانونياً للرقابة القضائية على التناسب.

وعلى هذا الأساس، فإن المخالفة التأديبية تمثل الفعل، والعقوبة أو الجزاء يشكل رد الفعل عنها، وهو ما يقتضي أن يكون رد الفعل متناسباً مع الفعل لإقامة توازن بينهما. وفي هذا الإطار يكون قياس العقوبة بمدى جسامة المخالفة، بحيث توقع أخف العقوبات على المخالفات التأديبية الأقل جسامة، وأشد العقوبات لأكثرها جسامة.

ثانياً: التناسب أحد المبادئ العامة للقانون:

إن خصائص القانون الإداري تجعل القضاء الإداري اللاعب الرئيسي في وضع قواعد القانون الإداري وتطويرها، وهو يقوم بهذه العملية ليس باعتباره قضاء تطبيقي كالقضاء المدني وإنما زيادة على ذلك هو قضاء مبتدع لقواعد قانونية وذلك بإحدى الطريقتين:

1- المادة 163 من الأمر 06-03، سابق الإشارة إليه.

إما بلعبه الدور الإنشائي أو الخلاق لقواعد قانونية¹، يرحزح بها ما كان من الملاءمة إلى المشروعية، ويجعل ملاءمة العمل الإداري شرطاً في مشروعيته، وهو بذلك يراقب بعض عناصر الملاءمة عن طريق تقرير قواعد قانونية توسع من نطاق المشروعية⁽²⁾.

أو بتصرفه كمعلن وكاشف للمبادئ العامة للقانون، باعتبارها أصلاً موجودة، ويدخلها ضمن المنظومة التشريعية، حيث يمكن وصف هذا الأمر بالاختصاص المقيد عن طريق القضاء، أو هو مجرد انتقال لعناصر التقييد من دائرة التشريع إلى المبادئ العامة للقانون⁽³⁾.

-
- 1- انظر، محمد مصطفى حسن، الرقابة القضائية على حدود السلطة التقديرية للإدارة- دراسة مقارنة-، مجلة العلوم الإدارية، العدد 01، السنة 22، مصر، 1980، ص 108-109.
 - 2- انظر، صلاح يوسف عبد العليم، أثر القضاء الإداري على النشاط الإداري للدولة، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 85.
 - 3- انظر، سامي جمال الدين، القضاء الإداري- الرقابة على أعمال الإدارة- مبدأ المشروعية- تنظيم القضاء الإداري- دراسة مقارنة، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 2003، ص 225.

المطلب الثاني

وسائل الرقابة القضائية على التناسب في مجال التأديب

بما أن هذه الضمانة من صنع القضاء، فبدوره أوجد وسائل فنية ذات صياغة مختلفة للرقابة على التناسب من خلال تأصيله لها بنظريتي الغلو في القضاء الإداري المصري (الفرع الأول)، ونظرية الخطأ الظاهر أو الغلط البين في القضاء الإداري الفرنسي (الفرع الثاني)، ليتم التطرق بعدها لموقف القضاء الإداري الجزائي من هذه الرقابة (الفرع الثالث).

الفرع الأول

نظرية الغلو في القضاء الإداري المصري

يعتبر القضاء الإداري المصري سباق في بسط رقابته على تناسب الجزاءات التأديبية في مجال الوظيفة العامة، تحت مسمى - نظرية الغلو -.

ويعني الغلو في اللغة الزيادة والارتفاع والمغالاة في الشيء، كما يتصل بالإسراف والتجاوز والمبالغة. أما كاصطلاح قانوني في مجال الرقابة على التناسب، فيقصد به التعبير عن عدم الملاءمة الظاهرة، أو المفارقة الصارخة، أو التفاوت الصارخ بين درجة خطورة المخالفة التأديبية وشدة العقوبة الموقعة⁽¹⁾.

ليظهر الغلو كوسيلة أو أداة قضائية من صنع القضاء المصري في القرار الشهير الصادر عن المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ 11-11-1961، حيث قررت أنه: "ولئن كانت للسلطات التأديبية ومن بينها المحاكم التأديبية، سلطة تقدير خطورة الذنب الإداري، وما يناسبه من جزاء بغير معقب عليها في ذلك. إلا أن مناط مشروعية هذه السلطة شأنها شأن أي سلطة تقديرية أخرى ألا يشوب استعمالها غلو، ومن صور هذا الغلو عدم الملاءمة الظاهرة، بين درجة الذنب الإداري وبين الجزاء ومقداره... وعلى هذا الأساس يعتبر استعمال سلطة تقدير الجزاء في هذه الصورة مشوبا بالغلو. فيخرج التقدير من نطاق المشروعية إلى عدم المشروعية، ومن ثم يخضع لرقابة هذه المحكمة، ومعيار عدم المشروعية في هذه الصورة

1- خليفة سالم الجهمي، المرجع السابق، ص 117-118.

ليس معياراً شخصياً، وإنما هو معيار موضوعي قوامه أن درجة خطورة الذنب الإداري لا تتناسب مع نوع الجزاء ومقداره...¹.

ويعتبر هذا القرار نقطة تحول هامة غيرت المسار التقليدي للقضاء الإداري المصري المتمتع عن رقابة التناسب لكونه عنصر من عناصر الملاءمة، وأرسى مبدأ التناسب الذي أضى عنصراً مهماً تتطلبه كل عملية تأديبية.

الفرع الثاني

نظرية الخطأ الظاهر في القضاء الإداري الفرنسي

تمكن القضاء الإداري الفرنسي من بسط رقابته على التناسب رغم أن تدخله جاء متأخراً عن نظيره المصري من خلال صياغته - نظرية الخطأ الظاهر في التقدير Erreur (manifeste) -. ويظهر أن مجلس الدولة الفرنسي في رقابته على تناسب القرارات التأديبية قد مر بمرحلتين متباينتين: - مرحلة امتناعه عن رقابة التناسب وذلك قبل قضية (Lebon) سنة 1978- ثم مرحلة قبوله رقابة التناسب بعد قضية (Lebon) سنة 1978. فبالنسبة لمرحلة امتناعه كان دائماً يبرر موقفه بأن التناسب بين المخالفة التأديبية والجزاء التأديبي هو من إطلاقا السلطة التقديرية لسلطة التأديب التي لا يمكن الرقابة عليها، وأن رقابته تقف عند حد التحقق من الوجود المادي للوقائع وصحة تكييفها².

سرعان ما غير موقفه في قضية (Lebon) سنة 1978 اثر استعانت به بنظرية الخطأ الظاهر أو الغلط البين، وتتلخص وقائع هذه القضية في أن السيد (Lebon) مدرس في أكاديمية بمقاطعة (Toulouse) اتهم بارتكابه أفعال وإشارات مخلة بالحياء إلى تلاميذه في الفصل، والتي على أساسها عوقب بالإحالة إلى المعاش. ليرفع دعوى ضد قرار الإحالة أمام محكمة (Toulouse) التي رفضت طلبه لعدم كفاية السبب. وإثر ذلك تقدم بطعن أمام مجلس

1- المحكمة الإدارية العليا المصرية، 11-11-1961، في القضية رقم 563 لسنة 07 (ق)، نقلاً، عن علي جمعة محارب، التأديب الإداري في الوظيفة العامة، دراسة مقارنة في النظام العراقي والمصري والفرنسي والإنجليزي، ط 1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2004، ص 372.

2- على سبيل المثال قراره في 16-03-1946، قضية (Cowent). أشار إليه، خليفة سالم الجهمي، المرجع السابق، ص 248.

الدولة الذي رفضه وخلص بتاريخ 09-06-1978، إلى أن هذا الفعل ثابت ويشكل خطأ يبرر عقوبة الإحالة إلى المعاش، دون أن يشوب ذلك غلط بين أو خطأ ظاهر في التقدير⁽¹⁾. وهكذا أضحى القاضي الإداري يتصدى للقرارات التأديبية التي يتخللها عدم تناسب ظاهر سواء من حيث الغلط البين في التقدير الذي ينتج عنه جزاء به إفراط في الشدة أكثر من اللازم، أو ذلك الذي ينطوي على إفراط في الشفقة أقل من اللازم (تقريب)⁽²⁾. وتأخذ هذه النظرية في الحسبان إمكانية وقوع السلطة التأديبية أثناء مزاولتها لسلطاتها التقديرية في خطأ، إلا أنه لا يحق لها أن تقع في خطأ بين أو ظاهر. ويكون كذلك إذا كان عدم التناسب بين أهمية وخطورة المخالفة والعقوبة ظاهراً أو بيناً أو جسيماً. ويعرف الخطأ البين على أنه عيب جسيم يشوب تقدير السلطة التأديبية للوقائع من حيث حقيقة ظروفها وأهميتها، وما يستتبعها من عقوبة غير مناسبة. أو هو الخطأ الجسيم في تقدير الوقائع التي تبرر صدور القرار التأديبي⁽³⁾. والمعيار المعتمد للتسليم بعدم مشروعية قرار تأديبي لخطأ ظاهر (Erreur manifeste) هو كل من المعيار اللغوي الذي يعتمد على السطوع والظهور وتجاوز الخطأ في التقدير لدرجة المعقولة⁽⁴⁾، الأمر الذي يجعل منه ظاهراً حتى لغير المتخصصين من القانونيين،

1- C.E, 09 juin 1978, Lebon, Rec., p. 245, précise que: « Dans cette affaire, le Conseil d'Etat a estimé que la sanction (mise à la retraite d'office) prononcée à l'encontre d'un instituteur qui s'était rendu coupable de <gestes indécents sur des fillettes de sa classe> n'était pas entachée d'une erreur manifeste d'appréciation ». Cité par, Emmanuel AUBIN, Droit de la fonction publique, 2E éd, Gualino éditeur, paris, 2004, p. 235; C.E, 26 juillet 1978, Vinolay, Rec., p. 315. Cité par, Jean-Marie AUBY et Jean-Bernard AUBY, Droit de la fonction publique- fonction publique de l'Etat- fonction publique territoriale- fonction publique hospitalière-, 3é éd, Dalloz, Paris, 1997, p. 248.

2- «La disproportion manifeste est donc illégale (que la sanction a été trop sévère ou qu'elle ait été trop légère) ». Jean-Marie AUBY et Jean-Bernard AUBY, op. cit., p. 248.

3- انظر، علي خطار شطناوي، الضوابط القضائية التي أوردتها محكمة العدل العليا على ممارسة الإدارة لصلاحياتها التقديرية، مجلة علوم شريعة والقانون، المجلد 26، العدد 01، الأردن، 1999، ص 15.

4- انظر، عبد العال حاحة وأمال يعيش تمام، التطورات القضائية في الرقابة على الملاءمة بين قضاء الإلغاء وقضاء التعويض، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر - بسكرة، العدد 03، الجزائر، 2006،

ويمكن قياس ذلك بالرجل العادي⁽¹⁾. والمعيار الموضوعي الذي يبرز دور القاضي في عملية البحث عن هذا الخطأ والكشف عنه عن طريق دراسته لملف الدعوى والظروف التي أحاطت بتقدير السلطة التأديبية للوقائع. لأن الاكتفاء بالمعيار اللغوي يجعل دور القاضي سلبيا في هذه الرقابة يقتصر على الإلغاء دون البحث والكشف عنه.

وتفرض هذه الرقابة على رجل الإدارة التزامه بالحذر والتأني عند مباشرته سلطاته التقديرية، وذلك بألا يرتكب في خصوص تقدير أهمية الوقائع خطأ جسيما أو فادحا⁽²⁾. ليصبح الغلط البين في نهاية المطاف عنصرا جديدا من عناصر رقابة المشروعية⁽³⁾، والتناسب كأحد المبادئ التي تحكم العقوبة التأديبية⁽⁴⁾، وإذا لم يتحقق، فإن القرار يكون معرضا للإلغاء على أساس مخالفة القانون بالمفهوم الواسع.

ومن الأمور التي تقوم السلطة التأديبية بمراعاتها عند التقدير حتى لا تقع في غلو أو غلط بين، والتي هي بمثابة ضوابط أو معايير مشددة ومخففة لتحقيق التناسب⁽⁵⁾، حيث تقوم على: تقييم الأضرار الناتجة عن الخطأ وتأثيرها على المرفق؛ كذلك مراعاة الظروف والملابسات التي ارتكب فيها الخطأ بحيث لا تتساوى مخالفة مرتكبة عن عمد مع مخالفة مرتكبة عن إهمال أو غفلة؛ كذلك مدى مساس الخطأ بكرامة الوظيفة وسمعتها، وكل ذلك حتى يقع الجزاء عقابيا أو معقولا. لأنه لا يعقل أن يتم اصطيد عصفور بمدفع، أو قتل ذبابة بمطرقة. وهذا ما تظن له المشرع الجزائري من خلال المادة 161 من الأمر 06-03 سابق الإشارة إليه.

1- انظر، علي حسين أحمد الفهداوي، الرقابة القضائية على الغلط البين في التقدير من قبل الإدارة، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الأنبار، العدد 05، العراق، د. ت. ن.، ص 33.

2- انظر، زروق العربي، التطور القضائي لمجلس الدولة الفرنسي في رقابة السلطة التقديرية للإدارة ومدى تأثير القضاء الجزائري بها، مجلة مجلس الدولة، العدد 08، الجزائر، 2006، ص 123.

3- Charles DEBBASCH, Droit administratif, 6e éd, Economica, Paris, 2002, p. 807.

4- René CHAPUS, Droit administratif général, Tome2, 8e éd, Montchrestien, Paris, 1996, p. 295.

5- انظر، علي بن موسى بن فقيهي، التناسب بين المخالفة التأديبية للموظف العام والعقوبة التأديبية، دراسة مقارنة بين النظام السعودي والفقہ الإسلامي، ط 1، مكتبة القانون والاقتصاد، السعودية، 2013، ص

وتقييم هاتين النظريتين من حيث الفاعلية في كبح ومواجهة السلطة التقديرية للإدارة، يستلزم التمييز بينهما. فهما يتفقان في اعتبار أن كل من هما وسائل لرقابة التناسب؛ ويتحققان في حالات الإفراط في الشدة وحالة الإفراط في اللين أو الشفقة (صورتا عدم التناسب)؛ وأن المعيار الذي تقومان عليه هو المعيار الموضوعي.

غير أنهما يتباعدان أو يختلفان في نقطة مهمة، وهي أن مجلس الدولة الفرنسي بنظرية الغلط البين، يكتفي بإلغاء القرار التأديبي متى استشعر بوجود خطأ بين في التقدير، ويحيل النزاع للسلطة التأديبية صاحبة الاختصاص التي لا يمكنها في هذه الحالة توقيع نفس العقوبة التي قام بإلغائها، وإنما توقع عقوبة أخرى تراها مناسبة للخطأ المقترف. في حين أن المحكمة الإدارية العليا المصرية لا تكتفي بالإلغاء وإنما تحل نفسها محل السلطة التأديبية المختصة سواء الرئيس الإداري (نظام رئاسي) أو المحكمة التأديبية المختصة (نظام قضائي)، وتتصدى من جديد لتوقيع العقوبة التي تراها مناسبة. وبهذا التعقيب تكون قد تعدت على اختصاصات الغير⁽¹⁾.

الفرع الثالث

موقف القضاء الإداري الجزائري من رقابة التناسب

يجب الإشارة أولاً، إلى أنه يمكن اعتبار ضوابط تحديد العقوبة التأديبية الواردة في المادة 161 من الأمر 03-06، والتي سبق الإشارة إليها، بمثابة اعتراف ضمني من المشرع لتقرير رقابة التناسب.

أما عن موقف القضاء الإداري الجزائري من هذه الرقابة، فإنه لم يستغني عنها رغم أن تطبيقه لها جاء متأخراً، وكل ما يمكن قوله أنه لا يوجد تطبيقاً لها بنفس الكثافة التي عليها في القضائين المصري أو الفرنسي، ومرد ذلك أكيد لفتوة عهده مقارنة بهما. وبذلك يكون قد اكتفى بتبني نظرية مجلس الدولة الفرنسي - الغلط البين - كوسيلة لرقابته على التناسب من خلال استخدامه بعض الألفاظ التي توحى بذلك، والتي في مجملها تدور حول الغلط البين في تقدير مدى خطورة الخطأ الذي ارتكبه الموظف.

1- انظر، عادل الطبطبائي، الرقابة القضائية على مبدأ التناسب بين العقوبة التأديبية والمخالفة التأديبية، مجلة الحقوق بجامعة الكويت، العدد 03، السنة 06، الكويت، 1982، ص 95.

ومن تطبيقاته في مرحلة وحدة القضاء، القرار الصادر له بتاريخ 07-12-1985 عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى سابقا، في قضية (ب. م. ش) ضد (وزير الداخلية والمدير العام للأمن الوطني). وانتهى إلى أن السلطة التأديبية كانت محقة في تقديرها مدى التناسب بين المخالفة المقترفة والجزاء الموقع، وهذا ما يظهر من قرار المحكمة كالتالي: "من المقرر قانونا أن الأخطاء التأديبية تشمل كل تقصير مرتكب في ممارسة الوظيفة والأفعال المرتكبة خارج الوظيفة.... ومن ثم فإن الإدارة باتخاذها قرار عزل الموظف الذي كان قد انتهج سلوكا لا يتماشى وصفته كعون من أعوان الشرطة. والذي كان في نفس الوقت قد خرق التزام الاحترام والطاعة للسلطة الرئاسية، قد التزمت بتطبيق القانون وكان بذلك قرارها سليما. ولما كانت الأخطاء المهنية المرتكبة من الموظف كافية لتبرير عزله، فإن الإدارة كانت محقة بقرارها بتسليط هذا الجزاء"⁽¹⁾. فرقابة التناسب من خلال هذا القرار جاءت ضمنية من خلال التصريح بسلامة القرار، في عبارة أن الأخطاء المرتكبة كافية لتبرير توقيع هذه العقوبة بالذات.

وفي مرحلة ازدواجية القضاء التي جاء بها دستور 1996، تابع مجلس الدولة نهج الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى والمحكمة العليا في رقابة التناسب، ومن بين القرارات الصادر عنه في مجال رقابته على تناسب الجزاء التأديبي، القرار الصادر بتاريخ 26-07-1999، في قضية السيد (ب. ي) ضد مدير التربية لولاية سيدي بلعباس، ومن وقائع هذه القضية أن السيد (ب. ي) كان موظف كمقتصد بمديرية التربية والتعليم، حيث أنه توبع بجريمة إنشاء محل للفسق ووقعت عليه عقوبة شهرين حبسا نافذا وغرامة قدرها 2000 دج.

وتبعاً لذلك أوقف عن العمل وأحيل على المجلس التأديبي الذي قام بتوقيع عقوبة التسريح. فقام السيد (ب. ي) برفع دعوى قضائية أمام الغرفة الإدارية بمجلس قضاء سيدي بلعباس مطالبا إرجاعه للعمل، والتي رفضت دعواه لعدم التأسيس. فاستأنف ذلك القرار أمام مجلس الدولة الذي قضى بتأييد القرار المستأنف مسببا قراره بأن الفعل الذي أتاها الموظف

1- المجلس الأعلى (سابقا)، الغرفة الإدارية، 07-12-1985، ملف رقم 42568، أشار إليه، عبد العال حاحة وأمال يعيش تمام، الرقابة على تناسب القرار الإداري ومحلّه في دعوى الإلغاء، مجلة المنتدى القانوني، جامعة محمد خيضر - بسكرة، العدد 05، الجزائر، 2010، ص 143.

يمثل جنحة، ويتنافى مع الواجبات المفروضة عليه... ومن جهة أخرى؛ فالثابة فقها وقضاء، أن رقابة القاضي الإداري لا تمتد إلى تقدير نسبة درجة العقاب المسلط، إلا إذا تبين له عدم التلازم الواضح بين نسبتي الخطأ والعقوبة، وهو أمر غير متحقق في قضية الحال بالنظر إلى خطورة الخطأ الثابت في حق المستأنف، وحيث بات في ضوء ما تقدم أن العقوبة المسلطة على العارض قائمة على أساس سليم من الوقائع والقانون⁽¹⁾.

ويمكن التعبير عن عيب التناسب في ظل قانون الوظيفة العامة الجزائي بالنظر لتكريسه قاعدة الدرجة تقابلها الدرجة حسب المادة 183 من الأمر 06-03، فقط حينما يقع غلط بين في تقدير حقيقة خطورة الخطأ وأهميته، ويتجلى ذلك عند إدراجه في مجموعة أو درجة غير صحيحة، مما تستتبعه حتما عقوبة كنتيجة غير مناسبة حتى لو كانت من نفس الدرجة التي قدر فيها الخطأ. ومثال ذلك، عوض تقدير الخطأ بالنظر إلى خطورته على أنه من الدرجة الثانية، قدر على أنه من الدرجة الثالثة، مما تستتبعه إحدى عقوبات نفس الدرجة. وبالتالي ما بني على باطل فهو باطل، لأن الجزاء ما هو إلا نتيجة لذلك التقدير، وهنا يظهر عدم التناسب الذي يمكن الرقابة عليه.

1- مجلس الدولة، الغرفة الرابعة، 26-07-1999، فهرس 371 (قرار غير منشور)، مقتبس عن، لحسن بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، ج1، ط 5، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 183 وما بعدها.

خاتمة

بعدما تم استعراض دور القاضي الإداري في تكريس مبدأ التناسب من خلال صياغته لنظريات حاسمة- الغلو في القضاء الإداري المصري- و- الغلط البين في القضاء الإداري الفرنسي-. يمكن الخروج ببعض الملاحظات:

إذا كانت السلطة التأديبية تتمتع بسلطة تقديرية واسعة في مجال التأديب، فإن هذه السلطة ليست امتيازاً أو تحكماً، بل تخضع لعدد من المبادئ عليها مراعاتها منها مبدأ المشروعية ومبدأ الملاءمة، ولذلك توسعت رقابة القضاء الإداري لتشمل مدى التناسب بين الخطأ والعقوبة باعتباره عنصراً من عناصر الملاءمة.

إن رقابة التناسب تعد انتصاراً وإضافة لكفة الضمانات، بل ومن أهم الضمانات التأديبية، لأنها تمس جوهر العمل الإداري وهو السلطة التقديرية وتتدخل في جزئيات التقدير بأن تفرض (الرقابة) على رجل الإدارة التزامه بالحدز والتأني عند مباشرته العمل التقديرية، وذلك بالألا يرتكب في خصوص تقدير درجة خطورة المخالفة التأديبية خطأ جسيماً أو فادحاً. كما أنها لم تنقص شيء من فاعلية الإدارة رغم أنها ضيقت من مدى السلطة التقديرية لسلطة التأديب في حالات الغلط البين في التقدير.

فعندما ألغى القاضي الإداري القرار التأديبي لعدم تناسب الجزاء التأديبي مع المخالفة المقترفة، لم يكن ذلك تطاولاً منه على السلطة التقديرية التي تتمتع بها سلطة التأديب في هذا المجال باعتبار أن التناسب أحد أهم مجالاتها، وإنما غايته في ذلك السهر على حسن توظيف تلك السلطة بما يحقق مصلحة المرفق العام من ناحية، ومصلحة الموظف بضمان حصوله على عقوبة عادلة من ناحية أخرى، ليصبح الغلط البين أو الغلو في نهاية المطاف عنصراً جديداً من عناصر رقابة المشروعية؛ وتنظيم مسألة التناسب من أهم وأقوى الضمانات المقررة لحماية حقوق الموظف العام، لأنه يتيح له الحق في مخاصمة السلطة التأديبية أمام القاضي الإداري باعتباره قاضي حامي للحقوق والحريات، من خلال البحث في التناسب بين الخطأ التأديبي والعقوبة المقررة له.

جعل التناسب مبدأً من المبادئ التي تحكم العقوبة التأديبية، ينجر عنه إلغاء القرار التأديبي على أساس مخالفة القانون بالمفهوم الواسع.

قائمة المراجع والمصادر المعتمدة

أولاً: باللغة العربية:

- 1- عبد العزيز خليفة، قضاء التأديب، ضوابط الضمانات التأديبية في الوظيفة العامة، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2008.
- 2- مخاشف مصطفى، رقابة القضاء الإداري للقرار في مجاله التقديرى، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد 08، كلية الحقوق سيدي بلعباس، الجزائر.
- 3- أحمد أحمد الموفى، بعض ملامح الاتجاهات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية، دار النهضة العربية، مصر، 2008.
- 4- الأمر رقم 03-06 المؤرخ في 15-07-2006، المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، ج. ر. ج. ج. العدد 46، الصادرة في 16-07-2006.
- 5- خليفة سالم الجهمي، الرقابة القضائية على التناسب بين العقوبة والجريمة في مجال التأديب، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2009.
- 6- يوسف شلالة، المعجم العملي للمصطلحات القانونية والتجارية والمالية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، د. ت. ن.
- 7- سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الثالث، قضاء التأديب، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، 1995.
- 8- قوسم حاج غوثي، مبدأ التناسب في الجزاءات التأديبية والرقابة القضائية عليه، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، تخصص القانون العام، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان، الجزائر، 2011-2012.
- 9- محمد حسنين عبد العال، فكرة السبب في القرار الإداري ودعوى الإلغاء، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1971.
- 10- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، دراسة فقهية مدعمة بأحدث أحكام مجلس الدولة، دار الفكر العربي، الإسكندرية، مصر، 2001.

- 11- مايا محمد نزار أبو دان، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، دراسة مقارنة بين فرنسا ومصر ولبنان، ط 1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2011.
- 12- حمد عمر حمد، السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها، ط 1، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2003.
- 13- علي بن هادية وبن لحسن اليلش والجيلاني بن الحاج يحي، القاموس الجديد للطلاب، معجم عربي مدرسي ألف ياي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991.
- 14- محمد مصطفى حسن، الرقابة القضائية على حدود السلطة التقديرية للإدارة- دراسة مقارنة-، مجلة العلوم الإدارية، العدد 01، السنة 22، مصر، 1980.
- 15- صلاح يوسف عبد العليم، أثر القضاء الإداري على النشاط الإداري للدولة، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.
- 16- سامي جمال الدين، القضاء الإداري- الرقابة على أعمال الإدارة- مبدأ المشروعية- تنظيم القضاء الإداري- دراسة مقارنة، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 2003.
- 17- علي جمعة محارب، التأديب الإداري في الوظيفة العامة، دراسة مقارنة في النظام العراقي والمصري والفرنسي والإنجليزي، ط 1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2004.
- 18- علي خطار شطناوي، الضوابط القضائية التي أوردتها محكمة العدل العليا على ممارسة الإدارة لصلاحياتها التقديرية، مجلة علوم شريعة والقانون، المجلد 26، العدد 01، الأردن، 1999.
- 19- عبد العال حاحة وأمال يعيش تمام، التطورات القضائية في الرقابة على الملاءمة بين قضاء الإلغاء وقضاء التعويض، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر- بسكرة، العدد 03، الجزائر، 2006.
- 20- علي حسين أحمد الفهداوي، الرقابة القضائية على الغلط البين في التقدير من قبل الإدارة، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الأنبار، العدد 05، العراق، د. ت. ن.

- 21- انظر، زروق العربي، التطور القضائي لمجلس الدولة الفرنسي في رقابة السلطة التقديرية للإدارة ومدى تأثير القضاء الجزائري بها، مجلة مجلس الدولة، العدد 08، الجزائر، 2006.
- 22- علي بن موسى بن فقيه، التناسب بين المخالفة التأديبية للموظف العام والعقوبة التأديبية، دراسة مقارنة بين النظام السعودي والفقہ الإسلامي، ط 1، مكتبة القانون والاقتصاد، السعودية، 2013.
- 23- عادل الطبطبائي، الرقابة القضائية على مبدأ التناسب بين العقوبة التأديبية والمخالفة التأديبية، مجلة الحقوق بجامعة الكويت، العدد 03، السنة 06، الكويت، 1982.
- 24- عبد العال حاحة وأمال يعيش تمام، الرقابة على تناسب القرار الإداري ومحلّه في دعوى الإلغاء، مجلة المنتدى القانوني، جامعة محمد خيضر - بسكرة، العدد 05، الجزائر، 2010.
- 25- لحسن بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، ج1، ط 5، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.

ثانيا: باللغة الفرنسية

- 1- Charles DEBBASCH, Droit administratif, 6e éd, Economica, Paris, 2002.
- 2- René CHAPUS, Droit administratif général, Tome2, 8e éd, Montchrestien, Paris, 1996.
- 3- Emmanuel AUBIN, Droit de la fonction publique, 2e éd, Gualino éditeur, paris, 2004.
- 4- Jean-Marie AUBY et Jean-Bernard AUBY, Droit de la fonction publique- fonction publique de l'Etat- fonction publique territoriale- fonction publique hospitalière-, 3e éd, Dalloz, Paris, 1997.
- 5- C.E, 26 juillet 1978, Vinolay, Rec., p. 315.
- 6- C.E, 09 juin 1978, Lebon, Rec., p. 245.

بحث بعنوان المسؤولية المدنية عن إفشاء السر المهني في قانون الأعمال

أ/ قايد حفيظة

باحثة في صف الدكتوراه

كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة مستغانم - الجزائر

الملخص

تقوم المسؤولية المدنية عموماً عندما يخل الفرد بما التزم به أمام الغير قانوناً أو اتفاقاً، فالطبيعة القانونية للمهنة أو الوظيفة تمنح لأصحابها وفي إطار تأديتها الإطلاع على أسرار ومعلومات قيمة، و التي تعتبر السبب في رفعة أرباب المهنة وفي زيادة أموالهم.

يحق لصاحب السر طلب حماية هذه الأسرار والتي تعتبر أموالاً معنوية منقولة، عن الطريق الجزائي برفع دعوى قضائية إلا أنه أمام صعوبة إثبات إفشاء الأسرار خاصة الإفشاء الشفوي للمعلومات السرية، فلا يستفيد صاحب السر شيئاً، فيبقى أمامه الحق إقامة دعوى مدنية للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به جراء الإستعمال الغير العادل للسر التجاري، بإعتبار القانون المدني القانون العام الذي يحمي كافة الحقوق المادية والمعنوية، فيحق لصاحب السر الإستفادة من قواعد المسؤولية التقصيرية عندما يقوم المؤتمن على السر بتصرفات مخالفة لأحكام القانون المدني، كما تقوم مسؤولية عقدية عند مخالفة أحد المتعاقدين لإلتزامه وقيامه بالإفشاء أو تسريب معلومات امتيازية.

كما قد يستفيد صاحب السر في حال إستغلال سره التجاري من حماية القانون المدني الجزائي عن طريق رفع دعوى الإضرار بلا سبب حسب المادة 141 من القانون المدني الجزائي، ويستطيع أيضاً رفع دعوى استعجالية لوقف إساءة استعمال معلوماته السرية حسب المادة 918 من قانون إجراءات مدنية وإدارية الجزائي.

الكلمات المفتاحية: السر - المهنة - الإثبات، الإفشاء - المسؤولية المدنية - الإثراء بلا سبب

Résumé

La responsabilité civile en général bouleversé quand commise par un individu, y compris devant les autres en droit ou d'un accord, la nature juridique de la profession ou de l'occupation est accordée aux propriétaires effectués dans le cadre de l'accès à des secrets et de la valeur de l'information, et qui est la raison de l'élévation des employeurs de la profession et d'augmenter leur argent.

Mot de passe propriétaire droit de demander la protection de ces secrets, qui sont Imola biens morale, pour la manière pénal pour déposer une plainte, mais en face de la difficulté est d'établir la divulgation de secrets privés d'information confidentielle divulgation orale, pas le propriétaire de la chose de prestations secrète, reste devant le droit d'établir une action civile en réparation des dommages causés à fait par l'utilisation de secrétaire non le commerce équitable, comme un droit civil et en common law qui protège tout le matériel de l'homme et morale, ont droit au propriétaire mot de passe pour profiter des règles de la responsabilité civile délictuelle lorsque chargé des actions secrètes contraires aux dispositions du Code civil, que la responsabilité nodal lorsque l'infraction un entrepreneur pour son engagement et sa divulgation ou de fuite d'informations privilégiées.

Comme le mot de passe propriétaire en cas de l'exploitation du secret commercial pour protéger la loi civile algérienne peut bénéficier par sue Alatherar sans cause conformément à l'article 141 de la loi civile algérienne, et peut aussi tenter une action urgente pour arrêter l'abus secret de son information conformément à l'article 918 de la loi sur les procédures algérienne civile et administrative.

المقدمة

تقوم المسؤولية المدنية عموماً عندما يخل الفرد بما التزم به أمام الغير قانوناً أو اتفاقاً، والجزاء هو التعويض عن الضرر الناشئ عن هذا الإخلال، والمسؤولية المدنية للمؤمنين على الأسرار المهنية لها أهمية للأسباب التالية:

1- التزايد المطرد للدعوى المقامة على طائفة المهنيين أو الموظفين المؤمنين على الأسرار المهنية، فسبقاً كانت المسؤولية المثارة حول واجب كتمان السر المهني نادرة، وعندما تجردت العلاقة من المستوى الشخصي إلى علاقات الأعمال و التجارة تزايدت الدعوى المرفوعة بشأنها.

2- غالباً، الجزاء التأديبي لا يرجع الحقوق لأصحابها ولا يعوضهم عن الخسائر، والجزاء الجنائي معقد وطويل الأجل، فيبقى الطريق المدني هو الحل لاسيما بالنظر إلى المستوى المادي للمتضرر خاصة في مجال الأعمال الحرة.

ونتساءل من هذا المنطلق أي من المسؤولتين المكرستين في القانون المدني تكفل الحماية الفعالة للسر المهني في قانون الأعمال؟، وهل هناك آليات قانونية في القانون المدني الجزائري يمكن أن تكفل الحماية للسر المهني في قانون الأعمال؟⁽¹⁾.

هذا ما سنحاول دراسته وتحليله وفقاً للخطوة التالية:

الخطوة: (2)

- المبحث الأول:** ثنائية المسؤولية المدنية عن إفشاء السر المهني في مجال الأعمال
- المطلب الأول:** المسؤولية العقدية عن إفشاء السر المهني في قانون الأعمال.
- المطلب الثاني:** المسؤولية التقصيرية لإفشاء السر المهني في قانون الأعمال.
- المبحث الثاني:** الآليات القانونية المدنية لحماية السر المهني من الإفشاء.
- المطلب الأول:** دعوى الإثراء بلا سبب عن فعل إفشاء السر المهني في قانون الأعمال.
- المطلب الثاني:** الدعوى الإستعجالية كأداة لحماية السر المهني في قانون الأعمال.
- الخاتمة.**

1- انور طلبة، المسؤولية المدنية، المسؤولية التقصيرية، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، الطبعة الاولى، 2005، ص. 06.

المبحث الأول

ثنائية المسؤولية المدنية

عن إفشاء السر المهني في مجال الأعمال

ومما لاشك فيه أن الطبيعة القانونية للمهنة أو الوظيفة تمنح لأصحابها وفي إطار تأديتها الإطلاع على أسرار ومعلومات قيمة، كان سببا في رفعة أرباب المهنة وفي زيادة أموالهم على حساب المهنة ذاتها⁽¹⁾. فلصاحب السر الصناعي أو التجاري الحق في إقامة دعوى مدنية للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به جراء الإستعمال الغير العادل للسر التجاري⁽²⁾، وهو مانص عليه التشريع المقارن كالمرشح الأردني في المادة السابعة من قانون المنافسة غير المشروعة والأسرار التجارية بأن لصاحب السرا التجارية المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر نتيجة إساءة استعمال هذا السر⁽³⁾.

ويجب الملاحظة إلى أن المسؤولية التقصيرية عن إفشاء السر المهني في قانون الأعمال، قد تكون تقصيرية تنتج عن مخالفة قواعد القانون المدني، كما يمكن أن تكون عقدية مسؤولية عقدية، وذلك عند مخالفة أحد المتعاقدين لإلتزامه وقيامه بإفشاء أو تسريب المعلومات، ولقد ثار جدال فقهي كبير حول ما إذا كانت المسؤوليتان شيئ واحد ام هما منفصلتان؟،

واستقر الوضع على أن كلا المسؤوليتان تعتبران جزاء على الإخلال بالإلتزام سابق، كما هو الحال في الإلتزام بالسر المهني، وهذا الإلتزام القانوني هو أساس المسؤولية التقصيرية، أي عدم الإضرار بالغير، في حين أن الإلتزام السابق في المسؤولية العقدية إتفاقي ويتمثل في إعطاء شيء أو القيام بعمل أو الإمتناع عن عمل وهنا تختلف المسؤوليتان، فالمسؤولية

1- محمد حبيب، مدى المسؤولية المدنية عن الإخلال بالسر المهني أو الوظيفي، المرجع السابق، ص. 1.
2- المادة 124 ق.م.ج. المعدلة بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل و المتمم للقانون المدني، التي تنص على أن: " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه و يسبب ضرر للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض". في حين كانت تنص المادة قبل التعديل على أن: " كل عمل أيا كان يرتكبه المرء ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض ".، ونلاحظ ان التعديل اضاف كلمة "بخطئه" أي أن من يتسبب في اضرار الغير ولو بدون قصد يسأل مدنيا عن التعويض.
-En ce sens, v. art. 1382.C. civ. fr.

3- عمر كامل السوادة، الأساس القانوني لحماية الأسرار التجارية، المرجع السابق، ص. 132.

التقصيرية جزاء عام يرتبه القانون على من أخطأ وسبب بخطأه ضرر للغير فهي إذن الأصل العام، أما المسؤولية العقدية فهي إستثناء لايسري إلا في حالة إخلال أحد الطرفين بالتزامه، فنقوم إذن المسؤولية العقدية على أساس توافر شروط، إذا انتفى أي منها وجب الرجوع للأصل العام وهو المسؤولية التقصيرية⁽¹⁾.

1- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة 8، 2008، ص. 119.

المطلب الأول

المسؤولية العقدية عن

افشاء السر المهني في قانون الأعمال

يجب توافر ثلاثة شروط رئيسية لقيام المسؤولية العقدية، و تتمثل فيما يلي:

الفرع أول

قيام العقد صحيح

فهنا نتعرض لمسألتان، قبل قيام العقد وبعد انحلال العقد.

أ – قبل إنعقاد العقد: La période précontractuelle.

قد تقوم مفاوضات بين شخصين لإبرام عقد، فإذا كان أحدهما قد وعد الآخر والتزم بإرادته المنفردة بالبقاء على وعده مدة معينة – وطالما الطرف الآخر لم يعلن رغبته – فإن الواعد يلتزم بالبقاء على وعده طوال المدة المحددة، فإذا أخل بوعده كان للموجه اليه الوعد إذا أصابه ضرر من هذا الإخلال أن يرجع على الواعد بالمسؤولية العقدية، لأن الوعد يعتبر عقدا تمهيديا، وإن لم يكن هناك وعد بل مفاوضات بين الطرفين تمهيدا لإتمام العقد، فالقضاء يدين كافة صور المنافسة غير المشروعة التي تتم في هذه المرحلة، ومن هذا القبيل، استغلال شركة تجارية لمعلومات سرية أو لبراءة اختراع والعقد لازال في مرحلة التفاوض، فهذا التصرف غير مشروع ويسبب خسائر لمالك السر، وعادة ما يطلب صاحب السر او المعلومة مبلغا ماليا ككفالة لضمان التزامه بحفظ السرية المعرفة التي تصل اليه وتخضع من المبلغ الإجمالي حال إبرام العقد النهائي ولقد اختلف القضاء حول القدر الذي يجب ارجاعه لصاحب السر⁽¹⁾، وفي تقدير الضرر الذي لحق الطرف المتفاوض نتيجة افشاء سره المهني لعدد لامعوم من الجمهور، ويذهب أغلب الفكر القانوني إلى أن هذه المسؤولية تقصيرية وليست عقدية، لإعتبار أن العقد لم يبرم بعد⁽²⁾.

1- خليل حسن ققادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الجزء 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة 2، 2005، ص.145.

2- انظر عمر كامل السوادة، الاساس القانوني لحماية الاسرار التجارية، المرجع السابق، ص.139.

ب- بعد إنحلال العقد : La période postcontractuelle

ويكون هذا في الحالة إنتهاء عقد العمل مع صاحب العمل، فيبرم العامل عقدا جديدا مع صاحب مصنع اخر، ويطلعه على أسرار صنع السلعة في المصنع الأول، والتي أحاط بها أثناء عمله في المصنع الأول، فاستطاع صاحب المصنع الثاني انتاج هذه السلعة بفضل الأسرار التي افشاها العامل، وأن ينافس المصنع الأول، ويسبب له ضرر بهذه المنافسة، فهل يكون لصاحب المصنع الأول أن يرجع على عامله السابق بالمسؤولية العقدية، يختلف الجواب بحسب ما إذا كان عقد العمل قد تضمن شرطا يمنع العامل من افشاء أسرار الإنتاج، فيكون العامل قد خالف شرطا عقديا⁽¹⁾، وتكون مسؤوليته عقدية، وما إذا كان عقد العمل الأول لم يتضمن هذا الشرط، فتكون هنا المسؤولية غير عقدية، لأن العقد انتهى ولا يترتب عن ذلك إلا مسؤولية تقصيرية، ونفس الأمر بالنسبة لإنهاء عقد عمل غير محدد المدة في وقت غير ملائم، فالإنهاء من حق الطرفين ما دام العقد غير محدد المدة، ولكن استعمال هذا الحق في وقت غير ملائم يعتبر من قبيل التعسف في استعمال هذا الحق، وقد استقر القضاء الفرنسي على اعتبار المسؤولية في هذه الحالة تقصيرية لأن العقد قد انقضى⁽²⁾.

الفرع الثاني

أن ينشأ الضرر مباشرة عن عدم تنفيذ الالتزام العقدي

كما هو الحال بالنسبة لرؤساء مجلس إدارة الشركة أوالمؤسسات أو محافظي الحسابات، فالتزامهم يتمثل في كتمان أسرار الشركة التي اطلعوا اثناء تأدية وظائفهم، فيمنع عليهم الإخلال بهذا الواجب وإفشاؤها للغير وهو ما ينشأ عنه الإضرار بمصالح الشركة فور الإخلال بهذا الواجب⁽³⁾.

1- المادة 106 ق.م.ج التي تنص على أن: " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه أو تعديله، إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون".

2- أنظر علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 121.

3- أنظر المادة 71 من القانون رقم 10-01، السابق الذكر، وايضا المادة 158 من الأمر رقم 90-10، السابق الذكر.

الفرع الثالث

أن يكون من أصابه الضرر أحد المتعاقدين أو خلفا عاما له

فإذا كان غريبا عن العقد وأصابه ضرر جراء إفشاء المعلومات السرية أي الإخلال بالتزام عقدي، فالمسؤولية هنا تقصيرية، وأثير إشكال في هذا الصدد عما إذا كان المنتفع في الإشتراط لمصلحة الغير يعتبر طرفا في العقد؟، لاشك في ذلك لأنَّ المنتفع حقا مباشرا عن عقد الإشتراط وبمقتضاه يستطيع أن يطالب المتعهد بتنفيذ التزامه، وإذا أصاب المنتفع ضرر نتيجة استغلال الغير لنفس المال المعنوي المنقول أي السر التجاري أو الصناعي يمكنه المطالبة بالتعويض⁽¹⁾.

فالمسؤولية العقدية والتي تفترض كما اسلفنا الذكر، وجود عقد صحيح تعتبر أداة فعالة تحقق حماية السر المهني خاصة إذا تضمن العقد شروط تلزم الأطراف بعدم الإفشاء عن المعلومات السرية التي يطلعون عليها، ومثال هذه الشروط في عقود الترخيص الصناعي إذ يرخص دائما المرخص على البقاء المعارف والمعلومات الفنية التي يزودها للمرخص له في سرية تامة، ولقد ذهب رأي آخر إلى أبعد من ذلك إذ لا يشترط في الإلتزام بالسرية أن يتضمن العقد بندا صريحا يفرض الإلتزام بعدم الإفشاء السر، إذ يجوز أن يستخلص من الظروف أن الإرادة الضمنية لطرفي العقد اتجهت لذلك، أو يمكن أن يستمد الإلتزام بالسرية من إتفاق مستقل يلحق بالعقد الأصلي، إذ أن الطرف المضروب من إفشاء السر التجاري لا يحتاج النص صريح في العقد لإثبات أن الطرف الآخر مؤتمن على السر إذ يفترض ذلك ضمنا، ومن العقود التي قد تتضمن شروطا تتعلق بالمحافظة على سرية عقود الإستيراد و التصدير وإبرام الصفقات التجارية والتسويق وغيرها⁽²⁾.

1- خليل حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 146،، وايضا زينة

غانم عبد الجبار الصغار، المنافسة غير المشروعة للملكية الصناعية، المرجع السابق، ص. 321.

2- حسام الدين عبد الغني الصغير، حماية المعلومات غير المفصح عنها و التحديات التي تواجه الصناعات، المرجع السابق، ص. 352.

- En ce sens, v. C. GAVALDA, *Le secret des affaires*, op.cit., pp. 298-300.

وعليه فمتى توافرت الشروط الثلاثة السالفة الذكر، تحققت المسؤولية العقدية عن إفشاء السر المهني، فإذا لم تتوفر هذه الشروط، فلا مناص من تحقق مسؤولية أخرى، فما هي هذه الأخيرة، وكيف يستفيد المتضرر من تعويض إفشاء سره التجاري أو الصناعي؟.

المطلب الثاني

المسؤولية التقصيرية

لإفشاء السر المهني في قانون الأعمال

تتجسد الحماية المدنية أساساً بتقرير المسؤولية التقصيرية باعتبارها تتضمن القواعد العامة التي تحمي كافة الحقوق المعرضة للإعتداء نتيجة الإخلال بالتزامات يفرضها القانون، والتي يعد كتمان السر المهني من ضمنها، والحماية تتم غالباً بمقتضى دعوى المنافسة غير المشروعة المبنية على القواعد العامة¹، ومن البديهي أنه لا يشترط لرفع الدعوى سوء النية من التاجر المنافس، الأمر الذي على أساسه يتابع مغتصب أو مفشي السر عن طريق دعوى المنافسة غير المشروعة خاصة ضد من استقاد من السر، ومن أشكال المنافسة غير المشروعة التي تمس السر المهني وهي المنافسة الطفيلية، وهي فكرة تفجرت مع الفقه الفرنسي، إذ عرفها بأنها الفعل الذي يقوم بمقتضاه الشخص بالتطفل على خطى و مسار الغير بالاستفادة من جهوده ومن سمعته و نشاطاته ومنتجاته وخدماته²، ويندرج ضمن التطفل فكرتين إذ أنه يظهر أحياناً في العلاقة ما بين المنافسين ويتحقق عن طريق إستفادة المنشأة من شهرة أو جهود أو استثمارات منافستها لهدف خلق خطر لدى المستهلكين، وتسمى هذه الحالة "بالمنافسة الطفيلية"، كما يظهر في غياب كل علاقة تنافسية وذلك بالاستلھام أو النقل للقيم اقتصادية، تسمح بالإنفراد وتعطي ايجابيات المنافسة لمؤسسة تنتمي لقطاع مختلف، وهذا ما يسمى بالتصرف الطفيلي، ويستمد أهميته في كونه يشكل امتداد للمنافسة غير المشروعة، بحيث يؤدي الى متابعة تصرفات كان يصعب أو لايمكن إدانتها بدعوى غير مشروعة كإفشاء

1- يقصد بالأحكام العامة قواعد القانون المدني.

2 - V.Y.SAINT.GAL.op.cit., p. 18: « la concurrence parasitaire, comme son non l'indique consiste pour un tiers a vivre en parasite dans le sillage d'un autre, en profitant des efforts qu'il a réalisés et de la réputation de son non de ses activités et de ses produits ou services. »

- لوراد نعيمة، التقليد في الملكية الصناعية و التجارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، وهران، 2007-2008، ص. 118.

الأفكار والتقنيات المهنية، مع أنها مخالفة للقانون⁽¹⁾، وينجر عن ذلك وجوب منح المؤتمن على السر أوصاحب السر تعويضات بسبب الضرر اللاحق به نتيجة إفشاء السر المهني⁽²⁾.

الفرع الأول

شروط المسؤولية التقصيرية

عن إفشاء السر المهني في قانون الأعمال

أ - ارتكاب الخطأ من المؤتمن على السر:

لا تتحقق المسؤولية إلا إذا كان هناك خطأ وهو عموماً انحراف الشخص عن سلوك الرجل العادي، وقد ينتج عن الإهمال العادي أي عدم القيام بالعناية المهنية المطلوبة من الشخص العادي، كالإهمال الصادر من أحد المهنيين أو الموظفين أو أعضاء مجلس الإدارة أو أرباب عمل المؤسسات، أو حتى في إطار الأعمال أو المهن الحرة، ويكون نتيجة عدم أخذ العناية المفترضة في المهنة، لاسيما في حال الأسرار الصناعية أو التجارية التي تكون في شكل مخططات أو تقنيات أو معلومات مخزنة في أجهزة الية كما هو الحال في البنوك والمؤسسات المالية، فالإهمال يضر بمصالح هذه الأخيرة، أو يكون الإهمال إجمالي أي عدم قيام المؤتمن على السر بالحد الأدنى من العناية المطلوبة، ويكون أيضاً خطأ في حالة الغش أي عن طريق الكشف التديسي للمعلومات السرية بكشفها وتسريبها مقابل عوض³، فكافة التشريعات المنظمة لقانون الأعمال جزائية ومقارنة، تحمي أملاك الأفراد وحقوقهم، والتي يعتبر السر المهني من ضمنها، حيث ينص المشرع الجزائري على أخذ الحيطة في الإلتزام بعمل، وهي مبادئ و عناصر تدخل ضمن اطار السر المهني، إذ ينص على أنه في الإلتزام بعمل، إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء، أو أن يقوم بإدارته، أن يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه، فإن المدين يكون قد أوفى بالإلتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل

1- لوراد نعيمة، المرجع السابق، ص119.

2- فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، الحقوق الفكرية، المرجع السابق، رقم 178، ص. 168.

3 - En ce sens, P. GAVALDA, op. cit., n° 251, pp. 302-303.

- وعلي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 162.

ما يبذله الشخص العادي ولو لم يتحقق الغرض المقصود، هذا ما لم ينص القانون أو الإتفاق على غير ذلك، وعلى كل حال يبقى المدين مسؤولاً عن غشه أو عن خطأه الجسيم⁽¹⁾.

ب - ضرر يصيب الغير بفعل إفشاء سر المهنة:

يقوم القضاء المدني على مبدأ "لا مسؤولية بدون ضرر"، فالضرر هو الذي يحدد مقدار التعويض على حسب درجة المسؤولية التقصيرية، فلا يكفي حدوث خطأ من المكلفين بكتمان الأسرار بل يجب أن يضر هذا الخطأ بالغير⁽²⁾، ويقع على المضرور من الإفشاء عبئ اثبات الخطأ والضرر، ويعتبر الضرر واقعة مادية تخضع في اثباتها بكافة وسائل الإثبات كالبيئة و القرائن، ويشترط في الضرر المستوجب للتعويض أن يكون وقع فعلاً أو سيقع حتماً في المستقبل، أما الضرر الإجمالي، فلا يستوجب التعويض، وكذلك لأهمية لما إذا الضرر الناجم عن الإفشاء مادياً أو أدبياً، أو كبيراً أو صغيراً، وإن كان هناك بعض الأحكام القضائية التي قضت بالمنافسة غير المشروعة والتي يعد التجسس عن الأسرار الصناعية وتسريب المعلومات السرية أهم أساليبها، ورغم عدم وجود ضرر يرى جانب من الفقه أنه لا محل للخلط بين دعوى المنافسة غير المشروعة، ودعوى المسؤولية المدنية، لأن هذه الأخيرة تهدف لتعويض الضرر الناجم عن الإفشاء، بينما دعوى المنافسة غير المشروعة لا تقتصر على التعويض بل تهدف لحماية السر المهني باعتباره مال معنوي منقول، من الإعتداء الذي يتعرض له، كما يجوز للمضرور من الإفشاء لاسيما في الأعمال الفردية أو الحرة رفع دعوى المنافسة غير المشروعة، أو كان يخشى وقوع ضرر في المستقبل⁽³⁾.

فيستفيد المتضرر من إفشاء سر صناعته من دعوى المنافسة غير المشروعة لجبر الضرر، ولكن ليس للمدعي طلب التعويض إلا إذا اثبت أن ضرراً قد أصابه، ويتم إثبات ذلك بمايلي:

1- المادة 172 ق.م.ج.، وتقابلها نفس المادة 211 من القانون المدني المصري.

2- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 162.

3- عمر كامل السوادة، المرجع السابق، ص. 124.

- En ce sens, v. C.GAVALDA, le secret des affaires, *op. cit.*, n°252., p. 304.

1- أن تكون المعلومة محل إساءة الاستعمال تشكل فعلا سرا صناعيا أو تجاريا من حيث توافر الشروط اللازمة للسرية، ولها قيمة اقتصادية وتجارية، ويتخذ حائزها كافة التدابير للحفاظ على سريتها.

2- أن يكون الإعتداء على هذا السر يشكل إساءة لإستعمال السر الصناعي و التجاري كالإخلال بعقد من العقود السرية، وأنه تم الحصول عليه بطرق أخرى غير مشروعة.

3- حدوث ضرر نتيجة إساءة استعمال السر التجاري أو الصناعي، أي أنه ينبغي عليه إثبات العلاقة السببية بين الفعل و النتيجة إساءة إستعمال السر التجاري.

أما المدعي عليه قد يثير عددا من الدفوع في مواجهة المدعي منها:

1- أن المعلومات المدعى بإساءة استعمالها لا تشكل سرا تجاريا بالمعنى القانوني لعدم توافر شروطها.

2- أنه حصل على هذه المعلومة بطريقة مشروعة نتيجة جهده و أبحاثه المستقلة⁽¹⁾.

ج - العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر عن فعل الإفشاء للسر المهني:

والمقصود قيام علاقة مباشرة ما بين الخطأ الذي ارتكبه الشخص والضرر الذي أصاب الغير، فإذا إنعدمت العلاقة السببية بسبب أجنبي لا يكون هناك مجال للمطالبة بالتعويض، وقد تنعدم العلاقة السببية رغم وجود الخطأ ولكنه لم يكن السبب المنتج أو السبب المباشر، مثلا كأن تكون المعلومات قد وصلت للجمهور نتيجة قوة قاهرة كزلزال أو حريق أدى لكشفها، فلا بد من إثبات المدعي لوجود علاقة سببية بين إفشاء السر من المؤتمن عليه بحكم مهنته أو وظيفته و الضرر الذي أصابه⁽²⁾.

1- ذكرى عبد الرزاق محمد، حماية المعلومات السرية من حقوق الملكية الفكرية، المرجع السابق، ص.

324. وايضا عمر كامل السوادة، المرجع السابق، ص. 126 و 128.

2- خليل احمد حسن قdade، المرجع السابق، ص. 155.

الفرع الثاني

مسؤولية المؤسسات و الشركات عن أعمال تابعيها

بالرجوع إلى القانون المدني، نجد أن الأعمال التي يقوم بها تابعي المؤسسات والشركات تخضع لنص المشرع الجزائي الذي ينص على أن المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبتها، وتتحقق علاقة التبعية ولو لم يكن المتبوع حراً في إختيار تابعه متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع⁽¹⁾.

ولقد حاول الفقه الجزائري إيجاد أسس لقيام هذه المسؤولية، فهناك من قال بفكرة الضمان، ومن قال بفكرة الكفالة، وآخرون نادوا بفكرة الخطأ المفترض أو تحمل فكرة التبعية، وإنقذت جميع هذه الأفكار ولم تصمد، فمسؤولية المتبوع تبقى قائمة إذا تم إفشاء السر المهني تحت رقابته وتوجيهه، والعكس صحيح إذ تنتفي مسؤولية المتبوع إذا لم يقع الفعل حال تأدية الوظيفة أو المهنة⁽²⁾، وينص المشرع الجزائي على أنه يحق للمتبوع الرجوع على تابعه في حالة إرتكابه خطأ جسيماً و يعتبر إفشاء الأسرار المهنية من ضمنها⁽³⁾، ولتحقق مسؤولية المتبوع أي المؤسسات و الشركات يجب توافر شروط معينة هي:

أ- قيام علاقة تبعية بين التابع و المتبوع:

فالمتبوع هو من له على شخص آخر سلطة فعلية في رقبته، أما التابع فهو يخضع لسلطة المتبوع ويتلقى منه الأوامر، ومصدر علاقة التبعية في المؤسسات والشركات التجارية بمقتضى عقد يلتزم التابع أي الأمين على السر لكونه تابع فيعمل لحساب المتبوع وتحت إشرافه، كما المادة أنه لا يشترط أن يكون حراً في إختيار تابعه، ولا يشترط أن يمارس المتبوع أي رب عمل المؤسسة أو المستخدم أو رئيس مجلس إدارة الشركة سلطة الرقابة و التوجيه بنفسه بل يجوز أن يباشرها نائبه القانوني⁽⁴⁾.

1- المادة 136 ق.م.ج.

2- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 234 و 236.

3- المادة 137 ق.م.ج.

4- خليل حسن قدارة، المرجع السابق، ص. 272.

ب - ارتكاب التابع الإفشاء أثناء تادية وظيفته أو بمناسبتها:

1 - إرتكاب الأمين على السر المهني فعلا ضارا:

أي صدور الإفشاء منه شخصيا، فلا تترتب عليه المسؤولية إذا قام غيره بالإفشاء

2 - إرتكاب الإفشاء حال تأدية وظيفته او بسببها:

ويقصد بالضرر أثناء الوظيفة أي العمل الذي يعتبر من اختصاص الوظيفة، كالحصول على المعلومات السرية بحكم المهنة أو الوظيفة، ويفترض وجود علاقة وطيدة بين الإفشاء والمهنة.

3 - الضرر بسبب الوظيفة:

يكون في حالة تجاوز أعمال الوظيفة مع وجود صلة مباشرة بين الضرر والوظيفة فما كان ليتم الإفشاء وتسريب المعلومة لولا الوظيفة، أما إذا اقتصر على تسهيل القيام بالفعل الضار أو المساعدة على ارتكابه وتهيئة الفرصة، فالمتبوع هنا لا يسأل عن فعل تابعها من قام بالإفشاء، إذا لم تكن الوظيفة ضرورية للقيام بالإفشاء، وهذا التصور مستبعد في السر المهني لأن الوظيفة أو المهنة هي أساس الإطلاع على الأسرار⁽¹⁾.

الفرع الثالث

التعويض عن إفشاء السر المهني في قانون الأعمال

تنص كافة التشريعات القانونية على تقرير التعويض وفقا للقواعد العامة إذ ينص المشرع الجزائي على أن كل عمل أيا كان يرتكبه المرء بخطأه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض⁽²⁾، ويعود تقدير التعويض للسلطة التقديرية للقضاء، إذ يقدر ما لحق به من ضرر وما فاتته من كسب، بشرط أن يكون نتيجة طبيعية للفعل الضار⁽³⁾، وبالتالي فالتعويض عن إساءة استعمال السر التجاري أو الصناعي سيكون عما لحق المدعي

1- جبالى وعمر، المسؤولية الجنائية للاعولن الاقتصاديين، المرجع السابق، ص. 120.

2- المادة 124 ق.م.ج.

3- المادة 266 من القانون الاردني التي تنص على أن: " يقدر التعويض في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر و ما فاتته من كسب، بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار"، اشار اليه عمر كامل السوادة، المرجع السابق، ص. 126.

أو مالك السر من خسائر نتيجة إساءة استعمال السر وما فاتته من كسب، ويقاس في ذلك على أساس ما حققه المدعى عليه من ربح نتيجة استعمال هذا السر، كما قد يتضمن عقد المنافسة شرط السرية، وتم تضمين العقد بشرط جزائي، وهو ما تعتمد المؤسسات و البنوك والشركات كضمان عند الإخلال به و الحصول على تعويض كشرط جزائي⁽¹⁾.

1- والشرط الجزائي: "هو عبارة عن تعويض اتفاقي يحدد فيه المتعاقدان التعويض عن الضرر الذي يلحق بالدائن نتيجة عدم تنفيذ المدين للالتزام، وعند وجود هذا الشرط، فللمحكمة ان تحكم به، ولكن ب في ذات الوقت لها السلطة التقديرية في تعديل الشرط الجزائي، بالزيادة أو النقصان بما يتناسب و الضرر الحاصل". انظر علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 191.

المبحث الثاني

الآليات القانونية المدنية

لحماية السر المهني من الإفشاء

لقد نادت عدة اتجاهات فقهية بإمكانية الإستفادة من الحماية المدنية عن طريق دعوى الإثراء بلا سبب لحماية الاسرار التجارية والصناعية⁽¹⁾، ولقد نص المشرع الجزائري على أن كل من نال عن حسن نية من عمل الغير أو من شيء له منفعة ليس لها ما يبررها يلزم بتعويض من وقع الإثراء على حسابه بقدر ما استفاد من العمل أو الشيء⁽²⁾.

المطلب الأول

دعوى الإثراء بلا سبب عن

فعل إفشاء السر المهني في قانون الأعمال

لقد نادت عدة اتجاهات فقهية بإمكانية الإستفادة من الحماية المدنية عن طريق دعوى الإثراء بلا سبب لحماية الاسرار التجارية والصناعية⁽³⁾، ولقد نص المشرع الجزائري على أن كل من نال عن حسن نية من عمل الغير أو من شيء له منفعة ليس لها ما يبررها يلزم بتعويض من وقع الإثراء على حسابه بقدر ما استفاد من العمل أو الشيء⁽⁴⁾.

الفرع الأول

شروط الإثراء بلا سبب في القانون المدني الجزائري

أ- إثراء المدين:

أو المؤتمن على السر فلا بد من أن يحقق إثراء المدين سواء كان معنوياً أو مادياً وهو الأغلب، ويتحقق بالمال بعد تسريب السر أو التقنية المتبعة في المهنة.

ب - افتقار الدائن أي صاحب السر الصناعي أو التجاري:

و يكون هذا الافتقار مترتباً عن إثراء من قام بالإفشاء، أي وجود علاقة سببية بينهما.

1- الفالح فاطمة، إفشاء السر المهني في القانون الجنائي الاقتصادي، المرجع السابق، ص. 122.

2- المادة 141 ق.م.ج.

3- الفالح فاطمة، إفشاء السر المهني في القانون الجنائي الاقتصادي، المرجع السابق، ص. 122.

4- المادة 141 ق.م.ج.

ج - إنعدام السبب القانوني:

فيجب ألا يكون الإثراء بعد القيام بالإفشاء ناشئاً عن عقد ترخيصاً، أو سبب قانوني آخر كالإذن بالأفشاء، أو كأن ينص القانون.

وعليه فالإثراء بلا سبب يقوم على عنصرين الإثراء والإفشاء وعلاقة سببية وإنعدام السبب القانوني بعد الإعتداء على السر المهني، ولا يشترط في الإثراء بلا سبب الخطأ المطلوب في المسؤولية التقصيرية، والذي يقوم على الانحراف عن سلوك الرجل المعتاد⁽¹⁾.

الفرع الثاني

الجزاء المترتب عن الإثراء بلا سبب.

يثور التساؤل حول ما إذا يجب على المثرى أن يعرض المفقّر بعد توافر الشروط السابقة الذكر، وما هي حدود التعويض؟، لقد نص المشرع الجزائري على أن التعويض يتم بقدر ما أثير به⁽²⁾، - وهذا ما أخذ المشرع الفرنسي والمغربي-، ويترتب على ذلك أن يثرى المفقّر على حساب المثرى إذا كان ما أثير به المثرى تزيد عن قيمة ما افتقر به المفقّر، ويتعين على المفقّر حينئذ أن يرد هذه الزيادة إلى المثرى، إذ هي إثراء بلا سبب، وهذا ما يكرس المنطق في التعويض.

ويجب الإشارة إلى أن دعوى الإثراء بلا سبب دعوى إحتياطية، لا يلجأ إليها المدعي أو المضرور من الإفشاء إلا إذا انعدمت الوسيلة للحصول على حقه متى توافرت شروط الإثراء⁽³⁾، وتتقادم دعوى الإثراء بلا سبب وفق ما نص عليه المشرع الجزائري بانقضاء عشر (10) سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من لحقته الخسارة بحقه في التعويض، وتسقط دعوى التعويض عن إفشاء السر المهني في قانون الأعمال في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة (15) سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق⁽⁴⁾، وهذا التطويل يؤدي إلى عدم الإستقرار في الأوضاع القانونية.

1- علي علي سليمان، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 234 و 235.

2- المادة 141 ق.م.ج.

3- الفالح فاطمة، المرجع السابق، ص 125. و أيضاً علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 236.

4- المادة 142 ق.م.ج.

الفرع الثالث

تقديم دعوى المسؤولية المدنية

عن إفشاء السر المهني في قانون الأعمال

تتقدم الدعوى المدنية سواء العقدية أو التقصيرية عن الأضرار الناجمة عن إفشاء السر المهني، ومن تم التخلص من أي إلتزام بالتعويض بمضي خمس عشرة سنة من يوم وقوع الفعل الضار⁽¹⁾ سواء علم المضرور بالضرر الناجم عن الإفشاء أم لم يعلم، أما التشريعات المقارنة فيميز المشرع المصري بين ما إذا المضرور قد علم بمحدثه، فتكون مدة التقادم ثلاث(3) سنين من يوم هذا العلم، أما إذا لم يكن هناك علم بالضرر ولا بمحدثه، فتكون مدة التقادم خمس عشرة(15) سنة من يوم وقوع الفعل غير المشروع⁽²⁾.

إلا أن مسألة التقادم في أحكام القانون التجاري، وعندما يتعلق الأمر بإفشاء السر المهني من المكلفين قانونا بعدم الإخلال بواجب الكتمان، فإن المشرع لم يرد أحكاما لهذه النقطة لافي أحكام القانون التجاري ولا في أحكام القانون رقم 91-08 على عكس ما فعل في دعوى المسؤولية المدنية للقائمين بالإدارة، إذ أورد في نص المادة 715 مكرر(26)⁽³⁾، من القانون التجاري الجزائري تقدم تلك الدعوى بمرور ثلاث سنوات ابتداء من تاريخ وقوع الفعل الضار، أو من الوقت العلم به إن كان قد أخفي. فيثور التساؤل في هذا الصدد حول ما إن كان النص المدني أو النص التجاري هو الذي سيطبق؟، فالجواب يكون بالنفي، لإعتبار أن التقادم من النظام العام ويحتاج لنص صريح بالتشريع، ولم ينص على تطبيق أحكام المادة 715 مكرر 26 المتعلقة بتقدم دعوى المسؤولية ضد القائمين بالإدارة، خلافا للتشريع الفرنسي⁽⁴⁾.

1- المادة 133 ق.م.ج.

2- عبد الحكم فودة، ومحمد احمد، شهادة الزور و اليمين الكاذبة و افشاء الاسرار، المرجع السابق، ص. 321.

3- V. arts. L. 225 – 241 et L.225- 25 C. com. fr.

4- لقد أخضع المشرع الفرنسي تقدم المسؤولية لمندوب الحسابات لنفس تقدم دعوى المسؤولية ضد القائمين بالإدارة، إذ نص على هذا في المادة 235 التي تحيل للمادة 247 من القانون التجاري الفرنسي، وهذه الأخيرة تقابها المادة 715 مكرر 26 ق.ت.ج.

ولقد نص المشرع الجزائري على أن تقادم دعوى التقصيرية في المادة 133 من القانون المدني الجزائري بصفة عامة وإن كانت مرتبطة بدعوى تقادم جزائية من قبل القاضي الجزائري⁽¹⁾ يكون بمضي خمس عشرة سنة من يوم وقوع الفعل الضار، سواء تمثل هذا الأخير في جريمة كالإفشاء العمدي للسر المهني أو خطأ مدني محض، فلم تفرق الإرادة التشريعية بينهما.

1- المادة 10 ق.إ.ج.ج.

المطلب الثاني

الدعوى الإستعجالية

كأداة لحماية السر المهني في قانون الأعمال

يمنح القانون لمالك السر التجاري أو الصناعي في حالة الإعتداء على سره وتسريبه اللجوء الى قاضي الأمور المستعجلة⁽¹⁾، طالبا فيها وقف الإساءة لإستعمال السر التجاري أو الحجز التحفظي على المواد التي تحتوي على السر، أو المحافظة على الأدلة ذات الصلة بالإعتداء على السر المهني، و يستطيع مالك السر التجاري تقديم هذه الدعوى المستعجلة بصورة مستقلة وقبل إقامة الدعوى المدنية، أو تقديم طلب مستعجل عند رفع الدعوى المدنية أو أثناء النظر فيها، ويطلب وقف إستمرار الإفشاء أو استغلال السر، وعليه إرفاق طلبه بمبلغ من المال تقدره المحكمة و تقديم هذا المبلغ هو أمر وجوبي، ويشترط لقبول هذا الطلب:

1— ان يقدم مالك السر الصناعي أو التجاري مبلغ من المال أو كفالة مصرفية أو نقدية تقدرها المحكمة.

2 — أن يثبت مالك السر أن الإعتداء وقع فعلا، أو وشيك الوقوع وكان يعلم رب العمل أن أحد العاملين لديه قد بعث سره التجاري لأحد المنافسين عن طريق البريد مثلا أو عن طريق أحد الأشخاص أو الى الخارج، فيكون الإعتداء هنا وشيك الوقوع.

3 — أنه يخشى إختفاء الدليل على الإعتداء على السر أو إتلافه.

فإذا أجابت المحكمة دعواه فيفصل قاضي الإستعجال في هذه الحالة، في أجل ثمان و أربعين ساعة من تاريخ تسجيل الطلب⁽²⁾، وتبلغ العريضة رسميا إلى المدعي أو المدعى عليهم بإنتهاك السر المهني، وتمنح للخصوم آجال قصيرة من طرف المحكمة لتقديم مذكرات الرد أو ملاحظاتهم، ويجب احترام هذه الآجال بصرامة و إلا استغني عنها دون إعدار³، وللمستدعى ضده في الطلب المستعجل أن يستأنف الأمر الإستعجالي في أجل خمسة عشر يوم

1- المادة 918 ق.إ.م.أ.ج. التي تنص على أنه: " يأمر قاضي الاستعجال بالتدابير المؤقتة، ولا ينظر في اصل الحق، ويفصل في اقرب الآجال. "

2 - المادة 920 الفقرة 2 ق.إ.م.أ.ج.

3- المادة 928 ق.إ.م.أ.ج.

مالم يوجد نصوص مخالفة، وتسري هذه الآجال من يوم التبليغ الرسمي للأمر أو الحكم الى المعني بالأمر⁽¹⁾، وللمستدعي ضده المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر إذا أثبت أن المستدعي غير محق في طلبه الإستعجالي المتضمن إفشاء السر، ويجوز للمحكمة في جميع الأحوال أن تستعين بأهل الخبرة والإختصاص⁽²⁾، وللمحكمة أن تقرر مصادرة المنتجات موضوع المنافسة غير المشروعة والناجمة عن التجسس أو الرشوة أو السرقة أو إفشاء أو تسريب المعلومات السرية و المواد وكذا الأدوات المستعملة فيها بصورة رئيسية، وللمحكمة إما أن تقرر إتلافها أو التصرف فيها لأي غرض غير تجاري⁽³⁾.

1- المادة 950 فقرة 1 و 2 من ق.إ.م.إ.ج.

2- انظر المادة 939 ق.إ.م.إ.ج. التي تنص على أن: "يجوز لقاضي الإستعجال، ما لم يطلب منه أكثر من اثبات حالة الوقائع، بموجب أمر على عريضة، أن يعين خبيراً ليقوم بدون تأخير باثبات حالة الوقائع التي من شأنها أن تؤدي إلى نزاع أمام الجهة القضائية، يتم إشعار المدعى عليه المحتمل من قبل الخبير المعين على الفور"

3- الفالح فاطمة، المرجع السابق، ص. من 139 الى 142.

الخاتمة

ونستخلص من جملة ماتقدم أن السر المهني في قانون الأعمال يحظى بحماية دولية بموجب عدة اتفاقيات انضمت لها الجزائر أو هي في طريق الإنضمام إليها، ويحظى بحماية محلية بموجب عدة نصوص وفي كافة الميادين المنظمة لقانون الأعمال بما فيها القانون الجزائي العام والخاص والقانون التجاري، وهذه الحماية الواسعة تعكس يقضة كافة التشريعات حول ضرورة تكريس الثقة في المهن والوظائف التي يقوم عليها المجتمع، وفي حال عجز باقي الفروع القانونية عن حماية السر المهني نظرا لصعوبة وانعدام الإثبات خاصة في حال إفشاء المعلومات المهنية السرية بطريقة شفوية ببقة الطريق المدني هو الحل أمام أصحاب الأسرار المهنية باعتبار أن القانون المدني بكافة نصوصه وأحكامه هو أب القوانين ويسد الفراغ التشريعي في جميع فروع القانون، أضف إلى أن عدم الالتزام بالكتمان والتحفظ كواجب قانوني وأخلاقي سيؤدي إلى عدم مصداقية الأعمال التجارية نتيجة وصول السر لأشخاص غير مؤهلين علميا أو ثقافيا لحمل السر والمهنة، بهدف الربح والمنافسة غير المشروعة في السوق الوطني الذي أصبحت فيه المنتجات المقلدة ظاهرة يومية، هذا بغض النظر عن الأضرار الناجمة عن إستهلاكها، خاصة إذا لم يتم الحصول على كل السر بل على جزء منه وهو ينعكس سلبا على المنتجات وعلى المستهلكين، نظرا للنقص والعيب في التركيب مايؤدي إلى ضرر محتم.

قائمة المراجع

- 1 _ أهم النصوص القانونية الخاصة بالتشريع الجزائري (حسب تاريخ النشر):
 - _ المرسوم رقم 66-87 المؤرخ في 28 أبريل 1966 المتضمن تطبيق الأمر رقم 66-86 المتعلق بالرسوم والنماذج الصناعية الجريدة الرسمية 3 مايو 1966، العدد 35، ص.410.
 - _ الأمر 66-154 المؤرخ في 8 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، الجريدة الرسمية 11 جوان 1966، العدد 47، ص.1.
 - _ الأمر 66-156 المؤرخ في 8 جوان 1966 المتضمن قانون العقوبات الجزائري، الجريدة الرسمية 11 جوان 1966، العدد 49، ص. 530.
 - _ الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية 30 سبتمبر 1975، العدد 78، ص. 990.
 - _ الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري الجزائري، الجريدة الرسمية 19 ديسمبر 1975، العدد 101، ص. 1073.
 - _ المرسوم رقم 82-302 المؤرخ في 11 سبتمبر 1982 المتعلق بتطبيق علاقات العمل الفردية، الجريدة الرسمية 16 نوفمبر 1982، العدد 37، ص.
- المراجع العامة (حسب تاريخ النشر):
 - _ فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، الأعمال التجارية، التاجر والحرفي، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، 1995.
 - _ وحي لقمان فاروق، سلطات ومسؤوليات المديرين في الشركات التجارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1998.
 - _ زينة غانم عبد الجبار الصغار، المنافسة غير المشروعة للملكية الصناعية، الطبعة الثالثة، الإسكندرية، 2007.
 - _ علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثامنة، 2008.

المراجع الخاصة (حسب تاريخ النشر):

_ ماجد عمار، السرية المصرفية ومشكلة غسيل الأموال، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.

_ بدوي أحمد محمد، جريمة إفشاء الأسرار والحماية الجنائية للكتمان المصرفي، القاهرة، 1999.

_ محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر، المسؤولية الجزائية عن إفشاء السر المصرفي، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، 2000.

_ عمر كامل السوادة، الأساس القانوني لحماية الأسرار التجارية، دار الجامعة الجديدة، الطبعة الأولى، عمان، 2009.

أهم النصوص القانونية الخاصة بالتشريع الفرنسي:

- code de la propriété intellectuelle, Dalloz, 1997.
- code commerce, Dalloz, 97éd. 2002.
- traité de droit civil, les biens, Delta, 2006.
- Droit pénal comparé, 105éd. Dalloz, 2008.

المقالات باللغة الفرنسية:

- P. BOUZAT, la protection juridique du secret professionnel en droit pénal comparé, R.X. crime droit pénal, 1960.p.464.
- A. ULOSE, Le secret professionnel et la liberté de la Défiance, Gaz. Pal, 1971, p.40.

بحث بعنوان الحماية القضائية في القضاء الإداري الاستعجالي وصون الحريات الأساسية للأفراد

الدكتور مسعودي هشام

أستاذ القانون العام كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة الجيلالي اليابس سيدي بلعباس - الجزائر -

المخبر الوطني المرافق العامة والتنمية

المخلص

باعتبار سلطة التنفيذ مطالبة بإشباع حاجات الأفراد العامة وحماية حقوقهم وحرياتهم، هذا من جهة، وحماية النظام العام داخل الدولة، من جهة أخرى؛ فإن ذلك لا يتحقق إلا باستخدام كافة وسائل الضبط الإداري شتى وسائله، ونظراً لما تملكه الإدارة من سلطة تمكنها من أداء المهام المنوطة بها، فإنه قد تسيء استعمال سلطتها وتستبد بها في مواجهة حقوق وحريات الأفراد؛ لذلك كان من الضرورة بمكان إيجاد توازن بين مقتضيات حفظ النظام العام، والحفاظ على حقوق وحريات الأفراد، وبما أن القضاء سلطة مستقلة فإن بسط رقابتها على أعمال الإدارة تعد أهم ضمانات لحقوق وحريات الأفراد، وذلك بالنظر لعدم كفاية وفعالية الرقابة الذاتية للإدارة.

الكلمات المفتاحية:

المشروعية، النظام العام، المصلحة العامة، القرار الإداري، السلطة والحرية، الحرية الأساسية، الضمانات، الدعوى، القضاء الإداري، القضاء الإستعجالي.

Résumé

Comme autorité d'exécution revendication à satisfaire les besoins des personnes du public et la protection de leurs droits et libertés, d'une part, et la protection de l'ordre public dans l'État, d'autre part, cela ne peut être réalisé en utilisant tous les moyens de contrôle administratif et divers et liquide, et en raison de leur autorité de gestion pour leur permettre d' exécuter les tâches qui lui sont confiées il peut être un mauvais usage de l'autorité et tyrannise les dans le visage des droits et libertés des personnes, de sorte qu'il était nécessaire de trouver un équilibre entre les exigences de maintien de l'ordre public et la préservation des droits et des libertés des personnes, y compris l'élimination d'une autorité indépendante, l'extension de son contrôle sur le travail du Ministère est la garantie la plus importante des droits et des libertés des personnes, et étant donné le manque de pertinence et l'efficacité de la gestion de l'autocensure

Abstract

As enforcement authority claim to satisfying the needs of individuals the public and the protection of their rights and freedoms on the one hand, and the protection of public order within the state, on the other hand, this can only be achieved by using all means of administrative control and various and liquid, and because of their management authority to enable them to perform the tasks entrusted to it, it may be misusing the authority and tyrannize them in the face of the rights and freedoms of individuals ; so it was necessary to find a balance between the requirements of maintaining public order, and the preservation of the rights and freedoms of individuals, including the elimination of an independent authority, the extension of its control over the Department's work is the most important guarantee of the rights and freedoms of individuals, and given the lack of adequacy and effectiveness of the management of self-censorship.

مقدمة

بامتداد سلطة التنفيذ على سائر إقليم الدولة عن طريق فروع هذه السلطة من إدارات مختلفة يبرز ذلك التصادم بين هدف ومبتغى الإدارة في تحقيق وإشباع الحاجيات العامة للجمهور، سواء عن طريق مختلف المرافق العامة بتقديم خدمات عامة للمجتمع في صورة نشاط إيجابي، أو في فرض النظام العام عن طريق الضبط الإداري بشتى وسائله كنشاط سلبي، من وجهة نظر الفرد داخل المجتمع. ومنه فإن كلا من النشاطين ما هما إلا تعبير عن المصلحة العامة بحيث يتضح الفارق بين هذه الأخيرة وبين غاية الفرد في تحقيق منفعة الشخصية الذاتية، أي بتوفير وضمان ما قد يحول دون مساس نشاطات الإدارة بمصالحه الشخصية كصورة وقائية، أو الحصول على مقابل ذلك بصورة علاجية لمساس المصالح الشخصية للأفراد.

فإذا كان القائمون على الحكم يسيئون استعمال السلطة ويستبدون بها، فسيكون الخطر في هذه الحالة أشد، بما للدولة من سلطة واسعة وقوة ضخمة من جهة، وكون الفرد أعزلا في مواجهتها من جهة أخرى. ومن ثم بدأ السعي الحثيث للوصول إلى حل يوفق بين عناصر مختلفة ومتصارعة هي السلطة و الحرية، وكيف يمكن إيجاد الدولة التي يقوم فيها نظام الحكم على قواعد وأسس دستورية ملزمة، يتعسر على الحكام خرقها أو تجاوزها دونما إتباع لإجراءات خاصة تحول دون تعسفهم بالحقوق والحريات، ذلك ما سيتم تناوله في هذه المحاولة وفق الموازنة بين النظام العام ممثلا في مهام السلطة ومصالح الأفراد الشخصية مع إيجاد ذلك التوازن مرة أخرى بين المصلحتين، من خلال وسائل السلطة العامة في مواجهة الأفراد في ظل تكملة للأسس والمبادئ العامة، في الإطار الأول من خلال إيجاد المواءمة بين حقوق الأفراد وسلطات الإدارة العامة.

ذلك ما سوف يتجلى كله من خلال ما يعرف بالرقابة القضائية على أعمال الإدارة، باعتبارها واحدة من أقوى وأهم ضمانات الحرية الأساسية مقابل ما تقوم به الإدارة عموما، وفي سبيل ما تصبو إليه من تحقيق النظام العام على وجه الخصوص لاسيما أمام عدم كفاية وفعالية الرقابة الإدارية الذاتية، على أن هذا الأسلوب الإجرائي كوسيلة لتحقيق التوازن

المنشود بين النظام العام⁽¹⁾ والحريات الأساسية ممثلاً في الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، يتدرج من صورة على قدر من الفعالية في حماية الحرية الأساسية إزاء ما يصدر عن الإدارة من أعمال الغاية منها حفظ النظام العام بعناصره، إلى صورة أقوى فعالية من الأولى وهو ما سيتم الوقوف عليه في إبراز كل من الصورتين، ليتم تحصيل مفعولهما في كفالة الحرية كموضوع دستوري، يتطلب نوعاً من الحماية الفعالة إزاء سلطات الإدارة الواسعة والمتعددة، مما يقتضي التحول عن الطريق العادي للتقاضي أمام القضاء الإداري، بدعوى تجاوز السلطة ضد تعسف الإدارة بالحريات من خلال قراراتها والتي يعتقد أن غير مشروعة، ومن ثم لا يكون لذلك التحول سوى أن يسلك المتقاضي في سبيل حماية حرياته من اعتداءات الإدارة عن طريق القضاء الاستعجالي وفق ما نص عليه المشرع ضمن القانون رقم 09/08 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ضمن ما يعرف بالاستعجال الإداري. وعليه يطرح التساؤل حول جوانب وصور حماية الحريات استعجالياً؟ وهل هي من قبيل الضمانات الفعالة لها من خلال ما تبناه المشرع الجزائري ضمن القانون السالف الذكر؟ ذلك ما يأتي الحديث عنه تباعاً.

1- على الرغم من صعوبة وضع تعريف جامع مانع للنظام العام بسبب مرونة هذا المفهوم، حيث يختلف باختلاف الزمان والمكان إلا أن ذلك لم يمنع من وضع بعض التعاريف لهذا المفهوم، فحسب البعض يعني " تلك الحالة الواقعية التي تعارض حالة واقعية أخرى هي الفوضى والاضطرابات"، كما يعني الأساس السياسي والإجتماعي والإقتصادي والخلقي الذي يقوم عليه كيان الدولة كما ترسمه القوانين النافذة فيها، وبعبارة أخرى هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم المصالح التي تهتم المجتمع مباشرة أكثر مما تهتم الأفراد... انظر الدكتور عادل السعيد أبو الخير - الضبط الإداري وحدوده - الهيئة المصرية للكتاب - مصر، 1993، ص 186 وما يليها.

وبذلك فهو يتمثل في تلك الحقيقة التي تشمل غياب الفوضى. - انظر الدكتور محمد أحمد فتح الباب السيد - سلطات الضبط الإداري في مجال ممارسة حرية الاجتماعات العامة - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراة - جامعة عين شمس، مصر، 1993، ص 38 وما يليها.

ويذهب البعض الآخر إلى اعتبار النظام العام هو مسؤولية السلطة الضبطية عن السهر على تحقيق الهدوء سواء تحقق هذا الهدوء أو وجد ما يعكره بصورة ما توجب عليها إعادة النظام إلى حالته بوسائل مختلفة... انظر الدكتور منيب محمد ربيع - ضمانات الحرية في مواجهة سلطات الضبط الإداري - رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، 1981 ص 65.

المبحث الأول

حماية الحرية الأساسية

عن طريق دعوى وقف تنفيذ القرار الإداري

قد يعجز القانون على بيان تنظيم حرية من الحريات العامة تنظيمًا مفصلاً⁽¹⁾ وضبطها ضبطاً ينتمي معه أي إغفال لبيان أوجه ممارستها، الأمر الذي يحتم تدخل الضبط الإداري بجانب التنظيم التشريعي، تكملة لما قد يشوب من إغفال إزاء هذا التنظيم، عن طريق التنظيم الضبطي للحرية الأساسية التزاماً من هذا التنظيم الأخير من غاياته ومقاصده في مقتضيات استتباب وصون النظام العام من أي تهديد أو إخلال، إلا أنه ورغم ذلك وجب موافقة التدابير الضبطية في القيام بمهمتها مع القواعد العليا في سلم القواعد التنظيمية من جهة، واحترام مبدأ المشروعية قبل ذلك كله بما يفيد احترام الدستور والقانون من جهة أخرى وعليه فبالرغم من الاعتراف بموقف الإدارة السلبي اتجاه الحريات، إلا أنه وجب التسليم بأن يعهد إليها بشيء من تنظيم هذه الحريات في سبيل قيامها بوظيفتها في صون النظام العام، ولما كان النشاط الضبطي للإدارة وثيق الصلة بهذا الأخير من جهة وأكثر اتصالاً بالحرريات بحكم علاقتها بهذا الأخير، فإن الحديث سوف ينصرف في هذا الموضع إلى ما يعرف بقرارات الضبط الإداري في إشارة إلى تأثير الحريات الأساسية بشكل كبير جراء تلك القرارات. وإذا كان الأمر كذلك فإنه لا بد من خضوع ذلك النوع من النشاط الإداري لما يسمى بمبدأ المشروعية في معنى موافقة ومطابقة قرارات الضبط الإداري للقانون بمفهومه الواسع، خاصة وأن الأمر يتعلق في هذا الموضع باحتمال المساس بالحرريات الأساسية فتلتزم الإدارة في ممارسة نشاطها الضبطي الهادف إلى حفظ النظام العمومي بالحدود التي وضعها لها المشرع، حيث يجب عليها أن تمارس اختصاصها وفقاً لهذه الحدود فإذا خرجت الإدارة الضبطية عن

1- Gustaaf Baeteman (Premier président de conseil d'état) et Geert Debersaques (Auditeur au conseil d'état), Le contrôle juridictionnel des décisions ; Les rôles respectifs des juridictions administratives et judiciaires et leur relation, rapport belge pour le XVI^e colloque "entre le Conseil d'Etat et les juridictions suprêmes de la C.E.E.", organisé à Stockholm du 15 au 17 juin 1998.P03

ذلك النطاق أو عن تلك الحدود فإن أعمالها بهذا الشأن تعتبر غير مشروعة ويجوز الطعن فيها بالإلغاء أمام القضاء المختص.

كما يمكن إقامة مسؤولية الإدارة عن الأضرار المترتبة عن أعمالها الضبطية غير المشروعة، إضافة إلى إمكانية أن يشكل التجاوز لتلك الحدود جريمة إذ ما توفرت عناصرها المحددة في المادة: 107 من القانون⁽¹⁾ (العقوبات الجزائي التي تنص على أنه: "يعاقب الموظف بالسجن المؤقت من 5 إلى 10 سنوات إذا أمر بعمل تحكيمي أو ماس سواء بالحرية الشخصية للفرد أو بالحقوق الوطنية للمواطن أو أكثر)، غير أنه في أغلب الحالات لا ينص التشريع المتعلق بصيانة النظام العام على نطاق وحدود وسلطة الإدارة في هذا المجال، ففي مثل هذه الأحوال يتفق الفقه الإداري⁽²⁾ أن هناك مبادئ قانونية عامة يجب الالتزام أو التقيد بها عند تقرير أية وسيلة من وسائل صيانة النظام العام لاستخدامها من قبل سلطة الضبط الإداري المختصة بهذا النشاط، وتتمثل هذه المبادئ أو القيود في تقيد سلطة الضبط بمبدأ المشروعية من جهة وبالحرية العامة من جهة ثانية، فلا يتسنى ذلك إلا عن طريق الرقابة القضائية على قرارات الضبط الإداري والتي تمثل ضماناً هامة وأساسية لحماية الحريات العامة للمواطنين، فالإدارة تمارس نشاطها في مجال الضبط الإداري بغرض حماية النظام العام في هذا المجال تقوم بتنظيم ممارسة الأفراد لحرياتهم وأوجه نشاطهم فتحدد مجالات هذا النشاط وتورد عليها من القيود ما تتطلبه المحافظة على النظام العام، فتقوم الإدارة إذن وهي بصدد ممارسة مهامها المعهودة لها في تحقيق الصالح العام بوسائل وأساليب معينة لها من الطبيعة الاستثنائية ما يميزها عن أعمال الأشخاص الخاصة، إذ المقصود من ذلك سلطة إصدار القرارات الإدارية سواء تنظيمية أو فردية، لتكون بذلك وسيلة مخولة للإدارة تتدخل بموجبها لتنظيم وضبط العلاقات المختلفة داخل المجتمع، باعتبارها صاحبة الاختصاص الأصلي في تلبية الحاجات العامة للجمهور وما تلك التلبية إلا سعيًا لبلوغ وتحقيق الصالح

1 - أنظر قانون العقوبات الجزائي المعدل والمتمم

2- أنظر: د/ محمود سعد الدين شريف- "أساليب الضبط الإداري والقيود الواردة عليه" - مقال منشور

بمجلة مجلس الدولة، مصر، دار النشر للجامعات المصرية، السنة الثانية - يناير 1951، ص79 وما

بعدها

العام⁽¹⁾ غير أن الأمر يدعو إلى التمعن أكثر في نشاط الإدارة بهذا الخصوص وهو ما يعني احتمال مساس ذلك النشاط بالمصلحة الخاصة الفردية فتتضرر هذه الأخيرة بالنتيجة لذلك كون تلك القرارات الإدارية أعمالاً قانونية إدارية انفرادية لا مشاركة للفرد فيها حتى، كتصرفات إدارية أخرى مثل العقود، وإن لم تكن مشاركة الفرد فيها طبيعية وعادية كالعقود الخاصة، إلا أنها تبقى تصرفات إدارية تتوقف على وجود إرادة أخرى. وترتباً على ذلك فإن الإشكال يثار بشأن كيفية حماية المصلحة الخاصة وموازنتها قبل ما تتمتع به الإدارة من سلطة إصدار القرار الإداري بالإرادة المنفردة لها، لاسيما وأن هذا الأخير يتمتع بقرينة المشروعية بمجرد صدوره عن السلطة الإدارية، وإن كان الأمر لم يطلق على عنانه بحكم ما هو مخول لذوي الشأن في اللجوء إلى القضاء الإداري بدعوى تجاوز السلطة ضد ما صدر عن الإدارة من قرارات إدارية تأسيساً على عدم مشروعيتها، إلا أن ذلك سوف لن يفي بالغرض المطلوب بنوع من الفعالية، مراعاة لما يأخذه الحكم في دعوى الموضوع من وقت طويل يكون القرار الإداري المتعلق بحرية معينة قد استغرق جميع آثاره من جهة، واحتمال صدور القرار القضائي في صالح الإدارة المدعى عليها من جهة ثانية، وفي ذلك حاجة وضرورة لنوع آخر من الحماية والموازنة للمصلحة الخاصة وهو ما يتجلى في إتباع وسلوك الطريق الإستعجالي كصورة وقائية لمصلحة الفرد في منع أو دفع أي مساس للإدارة بقراراتها المختلفة.

1- تتأتى القوة التنفيذية للقرار الإداري مثله مثل القانون من غايته الرامية إلى تحقيق الصالح العام، وأن السلطة الإدارية وهي تقوم بأداء مهامها فإنها تتصف بالنزاهة التي يفترض أن تلازم كل تصرفاتها المتخذة في سبيل المصلحة العامة دون السعي لتحقيق أي غاية شخصية، فوظيفة الإدارة هذه إنما تأكيد لسيادة القانون وحماية النظام في العلاقات الاجتماعية فهي وظيفة أناطها بها الدستور كوثيقة مكتوبة بين الشعب و الحاكم، بما يعني أن الشعب هو من أوكل إلى الإدارة ممارسة هذه السلطة فليس له بعد ذلك شل القوة التنفيذية لقراراتها، ذلك أن الحياد التام في تصرفاتها أمر مفترض فلا تحصل على حق لنفسها، وإنما تقرر لهذا الفرد أو ذاك أو للمصلحة العامة وعلى العموم طبقاً للقانون.

انظر في هذا الخصوص الدكتور: عصام نعمة اسماعيل - الطبيعة القانونية للقرار الإداري - دراسة تأصيلية مقارنة في ضوء الفقه والاجتهاد منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت لبنان - الطبعة الأولى - 2009، ص 215.

فيفترض كل قرار إداري كعمل قانوني صادر بالإرادة المنفردة للإدارة سواء كانت على تفاوت مركزها من حيث المركزية واللامركزية، قرينة صدورهما وفق القانون بمفهومه الواسع بالنظر لأنها في الأخير تبتغي المصلحة العامة، وهو ما يعرف بقرينة المشروعية بالنظر لما ينجم عنه إلزام الأفراد باحترام ما تتضمنه تلك القرارات من أوامر ونواه، ما يجعلها تتصل بشكل أو بآخر مع المصلحة الخاصة للأفراد، إذ وعلى فرض تضرر هذه المصلحة فإن السبيل عندها هو اللجوء إلى القضاء المختص، في ظل ما يعرف على الإدارة من تمسك وإلحاح على مشروعية أعمالها، كما لو رفع تظلم أمامها أو أمام جهة إدارية أخرى تعلق من أصدرت القرار، وهو ما يجعل الإدارة مدعى عليها في غالب الأحيان حتى يكاد يكون ذلك أصلاً، بإيلاء اعتبار خاص ومتميز للمصالح الفردية، ليتم مخاصمة ذلك القرار بإجراءات قانونية محددة ومعينة وفق دعوى تجاوز السلطة (دعوى الإلغاء)، غير أن ذلك لا يترتب عليه أحياناً النتيجة المرجوة من تلك المنازعة أصلاً، لاسيما إذا ما وافق حكم القضاء على ما أصدرته الإدارة ومن ثم تزول الرغبة نوعاً ما في سلوك هذا الاتجاه كوسيلة لحماية المصلحة الخاصة من مساس الإدارة بها، إذ لا يتبقى لدى المتضرر سوى إتباع طريق آخر وقائي له من الفعالية ما يفتقر إليه الطريق الأول في إشارة لنظام وقف التنفيذ للقرارات الإدارية، لذلك كان لابد من التطرق في مطلب أول إلى الطبيعة القانونية لنظام وقف التنفيذ، ثم بيان حمايته للحرية الأساسية في مطلب ثان.

المطلب الأول

الطبيعة القانونية

لنظام وقف تنفيذ القرارات الإدارية

لعل بداية ذلك تنطلق من طرح تساؤل وإشكال يتمحور حول تصور نظام لوقف التنفيذ يحافظ على مصالح الأفراد، وفي الوقت ذاته لا يعوق مباشرة العمل الإداري. فلا يتسنى ذلك إلا بتأكيد الطابع الدستوري لنظام وقف تنفيذ القرارات الإدارية إذ المتفق عليه أن هذا الأخير يجد أساساً له في الدستور لكونه من مقتضيات حقوق أساسية وجوهرية للأفراد، كالحق في التقاضي والحق في الدفاع والحق في محاكمة عادلة... وحقوق أخرى من هذا القبيل ارتبطت ضمناً بهذا النظام كسبيل من بين عديد السبل في تحقيق ذلك التوازن المطلوب، ومن ثم كغالة تنفيذ مهمة القضاء في تحقيق العدالة ليشكل في نفس الوقت أحد أشكال حق التقاضي، على اعتبار أن سلطة وقف التنفيذ تعد تقييداً عن سلطة الإلغاء، فيظهر النظام مرة أخرى كإحدى ضمانات المحاكمة العادلة، على أساس أن وصف أي محاكمة بالعدالة يقتضي أن تكون الحماية القضائية فعالة. ومنه لا يتسنى ذلك إلا إذا كان الحكم الصادر في طلب الإلغاء فعالاً، وهذا معناه أن يكون القرار المطلوب وقف تنفيذه لم ينفذ بعد، حيث من العدل تفادي الضرر الذي سيتعرض له الطاعن جراء تنفيذ القرار الإداري إذا لم يمكن تداركه لو حكم بالإلغاء⁽¹⁾، خاصة وأن كون القرار الإداري قابلاً للتنفيذ بمجرد استكمال عناصره - حسب رأي الفقه الإداري⁽²⁾

- لا يعني إلزام الإدارة بتنفيذه فور صدوره، فلا يكون ذلك إلا حيث يتمخض التنفيذ عن خير للأفراد أما في حالة العكس ومنازعة في شرعيته أو حتى في ملائمة إصداره، فإن للإدارة سلطة تقديرية في إرجاء التنفيذ حتى يتبين لها وجه الحق في المنازعة انقضاء لكل مسؤولية قد تترتب على العجلة في التنفيذ.

-
- 1 - الدكتور: عصمت عبد الله الشيخ - جدوى نظام وقف تنفيذ القرارات الإدارية - في تحقيق التوازن المطلوب بين الإدارة والأفراد - دار النهضة العربية - القاهرة، 2005، 2006، ص 162، 163.
 - 2 - انظر الفقيه سليمان محمد الطماوي - النظرية العامة للقرارات الإدارية - دراسة مقارنة - دار الفكر العربي - طبعة 1976، ص 542.

انطلاقاً من ذلك فإن نظام وقف التنفيذ هذا يعد إستثناء من أصل متعارف عليه، هو أن الطعن في القرارات الإدارية لا يوقف تنفيذها ويكون للإدارة الخيار بين التمهّل حتى يصدر الحكم، أو تنفيذ القرار المطعون فيه على مسؤوليتها فيما يسمى بالأثر غير الواقف للطعن تأسيساً في ذلك على أسس عملية تتمثل تحديداً في فكرة المصلحة العامة، أي في الممارسة الفاعلة للعمل الإداري فضرورات سير المرفق العام بإنتظام واطراد، تتطلب خضوع الأفراد للقرارات الإدارية حتى ولو كانوا متشككين في مشروعيتها حتى يحكم بإلغائها، ذلك أنه لو سمح بوقف تنفيذ القرارات الإدارية بمجرد تحريك دعوى الإلغاء، سيكون في ذلك تأخير وتعطيل للعمل الإداري ومن ثم إضرار المصلحة العامة والتي يجب أن تغلب عند التعارض على المصلحة الخاصة، إضافة إلى أسس نظرية أخرى لهذا النظام فيما يعرف على القرار الإداري بالطابع التنفيذي⁽³⁾ من خلال ذلك يتبين أن وقف تنفيذ القرار الإداري إجراء وقائي ومؤقت، فيه حماية مستعجلة لا تحتل الانتظار لحين البت النهائي في أمرها. وهو ما يقرر أصل عام يقضي بانعدام الأثر الواقف للطعن بالإلغاء على نفاذ القرار الإداري والذي يعد نافذاً بمجرد صدوره رغم الطعن بإلغائه، ما لم تأمر الجهة القضائية المختصة بوقف تنفيذه⁽⁴⁾، على أنه لا يجب تصور وقف التنفيذ كاختصاص مخول للقضاء دائماً، بل يبقى صورة أولى من صور وقف التنفيذ، في إشارة إلى إمكانية الإدارة في ذلك على أساس ما يرفع إليها من تظلمات إدارية سواء رئاسية أو ولائية في هذا المجال، وإن كان ذلك يتوقف على وجود إرادة واعية لدى السلطة الإدارية تتسم بنوع من الموضوعية في مراجعة أعمالها، لاسيما منها القرارات الإدارية التي تصدرها تحقيقاً للصالح العام بعيداً عن كل الاعتبارات الشخصية التي قد يسعى رجل الإدارة إلى إخفائها، بتصرفات إدارية معينة ادعاء بتحقيق المصلحة العامة، فبعد التعرف على نظام وقف التنفيذ كإجراء وقائي استثنائي وجب عندها التعرض لأثر هذا النظام في الوصول إلى موازنة المصلحة الخاصة أمام مفاهيم عديدة ومتعددة تتصل في الأخير بمفهوم المصلحة العامة للمجتمع.

1- الدكتور: عصمت عبد الله الشيخ، المرجع السابق، ص14 وما يليها.

2 - Genevière Gonduin ; L'oralité dans la procédure de référé, RFDA 2007, P45.

وتأكيداً على ذلك تنص المادة 833 من القانون 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: " لا توقف الدعوى المرفوعة أمام المحكمة الإدارية تنفيذ القرار الإداري المتنازع فيه، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك..."

المطلب الثاني

أثر وقف التنفيذ في حماية الحرية الأساسية

وجب التذكير بداية أن الحديث سيقصر على وقف التنفيذ من قبل القضاء دون الخوض فيما يمكن أن يكون للإدارة من اختصاص في هذا المجال، وبحصر الحديث في ذلك فقط فإن نظام وقف التنفيذ له من الخصوصية ما يجعل لذلك أثر بالغاً في تحقيق موازنة وحماية لمصلحة الفرد إلى حد معين يجعل من تميزها أمراً واضحاً وجلياً، ومن ثم فإن تلك الخصوصية في حد ذاتها تعتبر من قبيل وسائل وأساليب تحقيق تلك الغاية.

فبالرجوع لنظام وقف التنفيذ عموماً ولطابعه الوقتي خصوصاً فإنه يتسم بميزات أولها سرعة الإجراءات، ذلك أن الحكم الصادر في طلب وقف التنفيذ هو حكم صادر في مسألة مستعجلة لذا قررت معظم التشريعات إجراءات موجزة لوقف التنفيذ بما يتناسب مع فكرة الاستعجال المبررة لطلب وقف التنفيذ⁽¹⁾، وثانيها طابع التأقيت في الحكم الصادر في طلب وقف التنفيذ إذ يرجع ذلك إلى الطابع الإستعجالي للإجراء المأمور به من طرف القاضي، فيقدر مداه بقدر الضرورة الملجئة إليه إضافة إلى كونه مبني على دعوى أخرى في الموضوع ليكون غير فاصل في أصل الحق⁽²⁾.

وبناء عليه فإن قصر الإجراءات من جهة، وما يترتب عليها من صدور أحكام وقتية غير فاصلة في أصل النزاع من جهة أخرى ما هو في حقيقة الأمر إلا السعي للحفاظ قدر المستطاع لاستقرار الحقوق والمراكز القانونية ولو لمدة زمنية معينة. غير أن ذلك يتوقف مرة أخرى على شروط وجب مراعاتها في هذا الخصوص، على أنه يجب التنويه بادئاً أن القرارات الإدارية موضوع أعمال قاعدة الأثر الواقف هي تلك القرارات التي يجوز الطعن فيها بالإلغاء، فهي إذن القرارات

1- مثل ما نصت عليه المادة 835 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائي بقولها: "يتم التحقيق في طلب وقف التنفيذ بصفة عاجلة..."

2- حيث نصت المادة 918 من القانون رقم 09/08 على أنه: "يأمر قاضي الاستعجال بالتدابير المؤقتة..."

الإدارية الفردية التي ترتب التزامات معينة في ذمة الأفراد، والقرارات الإدارية بالرفض الصريح أو بالامتناع.⁽¹⁾

وعليه فإنه وبالرجوع لشروط طلب وقف تنفيذ القرار الإداري يتوقف من حيث الشكل على طلب الإلغاء وجودا وعدما⁽²⁾، وهو ما نصت عليه المادة 834 في فقرتها الثانية من القانون رقم 09/08 بقولها: "... لا يقبل طلب وقف تنفيذ القرار الإداري ما لم يكن متزامنا مع دعوى مرفوعة في الموضوع..."، هذا من جهة مع وجوب أن ينصب طلب وقف التنفيذ على قرار إداري تنفيذي من جهة ثانية. غير أن الأمور لن تتضح أكثر إلا من خلال بيان ما يتوقف عليه طلب الوقف للقرار الإداري من حيث الموضوع، وهو ما يعني الإشارة للشروط الموضوعية لهذا الطلب والمتمثلة في شروط تستبين من خلالها خصوصية هذا النظام وما له من بالغ الأثر في صيانة المصالح الخاصة وإن كان ذلك مؤقتا لتستهل هذه الشروط بوجوب أن يحدث القرار المطعون فيه بالإلغاء تغييرا في الوضع القانوني القائم، لأن وقف التنفيذ هو تجسيد لهذا الوضع المغير للمراكز القانونية التي كانت قائمة حتى الحكم في الموضوع حماية للطاعن⁽³⁾، وتبعاً لذلك لزم الأمر لإعمال هذا النظام عدم قيام الإدارة بتنفيذ القرار الإداري المطعون فيه بالإلغاء أو لم تكمل بعد تنفيذه كالقرار الصادر بحرمان طالب من فرصة دخول الامتحان، أو بهدم منزل أثري، أو منع مريض من السفر للعلاج... ذلك أن وقف التنفيذ إجراء مستعجل الهدف منه أن تكف الإدارة عن الاستمرار في التنفيذ فورا، فإن تم التنفيذ من قبل الإدارة وهي تسرع في ذلك، يصبح وقف التنفيذ بلا جدوى من طلبه وإن كان هناك من يعتقد العكس بوجوب طلب الوقف حتى لو استكمل تنفيذ القرار الإداري المطعون فيه، إذ في العزوف عن هذا الطلب بهذه الحجة في إتمام التنفيذ واستغراقه لكل الإجراءات المتطلبة في ذلك، بصفة عاجلة من قبل الإدارة خاصة بالنظر لما هو متاح لها من وسائل تمكنها من ذلك إضرارا بالمصالح الخاصة⁽⁴⁾.

1 - الدكتور: عبد الله الشيخ، المرجع السابق، ص 39.

2 - وكذا ما نصت عليه المادة 926 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم 09/08.

3- الدكتور: عبد الله الشيخ، جدوى نظام وقف تنفيذ القرارات الإدارية في تحقيق التوازن المطلوب بين الإدارة والأفراد، المرجع السابق، ص 55.

4 - الدكتور: عصمت عبد الشيخ، المرجع السابق، ص 63، 64.

وإذا كان طلب وقف التنفيذ طلباً إستعجالياً فإن شرط الاستعجال متطلب بدرجة من الوجوب هو الآخر وإلا أدى ذلك إلى رفض الطلب⁽¹⁾، فيما يعني ذلك الضرر الصعب الإصلاح أو المتعذر تداركه أي الخشية من فوات الوقت، إذ أن هذه الخشية ليست مقصودة لذاتها، وإنما لنا تقضي إليه من أثر حاصله ضرر محقق يبتغى من تدخل القاضي منع تفاقمه أو آخر محتمل يرقى بهذا التدخل للحيلولة دون وقوعه، ليعد الضرر جوهر الاستعجال مما يقتضي سرعة التدخل القضائي⁽²⁾، غير أن شرط الاستعجال بالمعنى المتقدم لن يكون كافياً حتى لو اجتمع من الشروط الأخرى السالف ذكرها ما لم يؤسس طلب وقف التنفيذ على أسباب جدية تحمل على ترجيح إلغاء القرار الإداري محل طلب الوقف ذلك ما ورد النص عليه في المادة 919 من القانون رقم 09/08 بقولها: "...ومتى ظهر له من التحقيق وجود وجه خاص من شأنه إحداث شك جدي حول مشروعية القرار..." مع التنكير أن هذا التحقيق ظاهري فقط الغرض منه التأكد والتحقق من قيام حالة الاستعجال من جهة وجدية طلب الطاعن في رفض ما قد يقدمه هذا الأخير من مفتريات لا أساس لها من جهة ثانية، ومن ثم ظهر نظام وقف التنفيذ ذا أهمية في إحداث توازن بين الأفراد والإدارة بالنظر إلى أن كثيراً من الإدارات خاصة المحلية منها تعجز عن وزن نتائج أعمالها بدقة فلا يكفي لردها مجرد جزاء مالي، كما أن هناك من نتائج التنفيذ ما لا يمكن إصلاحه بأي مبلغ من المال في قياس على الآثار التاريخية مثلاً، يضاف إلى ذلك تشدد القضاء في منح التعويض المالي واقتصار الوسيلة عن علاج الأضرار المستمرة والتعويض عنها بالكامل⁽³⁾.

غير أنه وعلى الرغم من تلك الخصوصيات والمميزات التي تطبع نظام وقف التنفيذ فتجعله ذا أثر فعال في توفير الحماية للمصالح الخاصة، إلا أن ما يتوقف عليه من شروط تعد

1- يشير مجلس الدولة الجزائري إلى عنصر الإستعجال في طلب وقف التنفيذ بعبارة "النتائج السلبية للطاعن والخسائر المعتبرة" - قرار مجلس الدولة الجزائري الصادر بتاريخ 1999/06/28، مشار إليه في مؤلف الأستاذ حسين بن الشيخ آث ملويا- المنتقى في قضاء مجلس الدولة- الجزء الثالث، ص 264.

2- الدكتور: محمد باهي أبو يونس- الحماية القضائية المستعجلة للحرية الأساسية- دراسة لدور قاضي الأمور المستعجلة الإدارية في حماية الحرية الأساسية وفقاً لقانون المرافعات الإدارية الفرنسي الجديد- دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية- الطبعة 2008، ص 60، 64.

3- الدكتور: محمد فؤاد عبد الباسط- وقف تنفيذ القرار الإداري- دار الفكر الجامعي- الإسكندرية، طبعة 1999، ص 47.

في هذا الموضوع بمثابة قيود يصعب بلوغها أحيانا ليؤدي بالنتيجة إلى قصور هذه الحماية بالنظر لعدد الاعتبارات نستهلها بأول شرط شكلي، ألا وهو توقف طلب الوقف على دعوى مرفوعة أمام القضاء مما يعني تبعية⁽¹⁾ هذه الحماية لوسيلة أخرى هي دعوى تجاوز السلطة خاصة من ناحية المضمون، كما أنه وعلى فرض التسليم بفعاليته في تحقيق التوازن المطلوب بين الصالح العام والصالح الخاص إلا أن نظام وقف التنفيذ يظل مقتصرًا على القرارات الإدارية كأعمال قانونية دون الأعمال المادية مما يدفع إلى إضفاء صفة القصور عليه، إذ وفق منطق تبعية الوقف للطعن لا يتصور طلب وقف تنفيذه وإلا كان غير مقبول لانتفاء شرط التبعية بالنسبة له⁽²⁾، لاسيما إذا ما وضع في الحسبان اعتبار تضرر المصلحة الخاصة جراء الأعمال المادية والمعتبرة تنفيذا للقرارات الإدارية كأعمال قانونية، ليبقى ختامًا الإشارة إلى أن نظام وقف التنفيذ يظل متوقفاً على عدم إضرار النطق به بمصلحة أخرى عامة أو مصالح خاصة أخرى⁽³⁾، فكلها عوامل واعتبارات على تعددها تداخلت فيما بينها لجعل الحماية المقصودة من وراء نظام وقف التنفيذ كوسيلة للارتقاء بالمصلحة الخاصة في ظل ما يعطى من أولوية للمصلحة العامة، غير أنها تبقى رغم تلك السلبيات في صورة شروط نظام الوقف واحدة من بين عديد الأساليب المهمة في بلوغ التوازن المنشود بين المصالح المتعارضة مصالح الدولة ومصالح الأفراد في صورة ما لهم من حريات .

1 - الدكتور: محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص14.

2 - نفس المرجع السابق، ص15، في تفصيل للمؤلف للحماية المستعجلة عن الحماية بطريق وقف التنفيذ للحرية الأساسية، هذه الأخيرة والمعتبرة أوضح مثال وقياس للمصلحة الخاصة للفرد.

3 - في ذلك تنص المادة 911 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يجوز لمجلس الدولة إذا أخطر بعريضة رفع وقف التنفيذ المأمور به من طرف المحكمة الإدارية، أن يقرر رفعه حالا، إذا كان من شأنه الإضرار بمصلحة عامة أو بحقوق المستأنف...."

المبحث الثاني

حماية الحرية الأساسية

عن طريق نظام الحماية المستعجلة

لما كان الأمر يتعلق بوحدة من أسمى القيم الإنسانية وهي الحريات الأساسية استدعت الحاجة نوع من العجلة لتحقيق أقصى كفالة لها، فبغية الوصول إلى هدف المحافظة على الحريات والحقوق الأساسية للفرد، لابد أن يقوم هذا اللجوء على حسن سير القضاء بما في ذلك حسن التقدير في فحص ادعاءات أطراف النزاع، وفي إصدار الأحكام بخصوص الدعاوى المعروضة على القضاء، لذا يستوجب الأمر منح الخصوم الطرق والمواعيد المناسبة لإثبات ادعاءاتهم وتقديم دفاعهم، وانطلاقاً من هذا فقد تكون بعض الأوضاع قائمة على نزاع ويستدعي ذلك العجلة والسرعة في الفصل باتخاذ إجراءات ضرورية ووقائية للمحافظة على الحقوق فكانت تلك هي الغاية المرجوة من القضاء المستعجل⁽¹⁾، بالنظر لما قد يحسب من سلبات أمام القضاء بإجراءاته العادية غير الإستعجالية لاسيما في أحد جوانبه كذلك المتعلقة بالمحافظة على الحريات الأساسية المنتهكة من قبل سلطات الضبط الإداري، وما تملكه في هذا المجال من سلطة اتخاذ إجراءات وإصدار قرارات انفرادية، لاسيما وأن هذه الأخيرة تتمتع بقرينة المشروعية بمجرد صدورها عن السلطة الإدارية، وإن كان الأمر لم يطلق على عنانه بحكم ما هو مخول لذوي الشأن في اللجوء إلى القضاء الإداري بدعوى تجاوز السلطة ضد ما صدر عن الإدارة من قرارات إدارية تأسيساً على عدم مشروعيتها، إلا أن ذلك سوف لن يفي بالغرض المطلوب بنوع من الفعالية إذا ما وضع في الحسبان طول أمد إجراءات التقاضي العادية تلك من جهة، واحتمال صدور القرار القضائي في صالح الإدارة المدعى عليها من جهة ثانية، وفي ذلك حاجة وضرورة لنوع آخر من الحماية للحرية الأساسية، وهو ما يتجلى في إتباع وسلوك الطريق الإستعجالي كصورة وقائية لمصلحة الفرد في منع أو دفع أي مساس

1 - حول التعاريف المختلفة للقضاء المستعجل ينظر الدكتور: الغوثي بن ملحة - القضاء المستعجل وتطبيقاته في النظام القضائي الجزائري - الديوان الوطني للأشغال التربوية - الطبعة الأولى، الجزائر 2000 ص 07.

Professeur ; Benoit Plessix, Le caractère provisoire des mesures prononcées en référé, article en -rfda- N°1janvier-février 2007 P 76

للإدارة بقراراتها المختلفة، فالقضاء الإستعجالي بصفة عامة يتدخل للأمر بصفة مؤقتة⁽²⁾ كلما يتطلب الأمر السرعة والعجلة لدرء الخطر المهدد أو الماس بالحقوق أو الحريات الأساسية والذي يصعب تداركه مستقبلا، فمن خلال ذلك يتضح أنه لا يجوز التوجه إلى القاضي الإستعجالي إلا بتوافر عنصرين، أولهما فكرة أو شرط الإستعجال وثانيهما عدم المساس بأصل الحق .

1 – Professeur ; Franck Moderne, Vert la banalisation des procédures d'urgence, article en –rfda– N°1 janvier–février 2007 P93.

المطلب الأول

عنصر الإستعجال

شرط أساسي لاختصاص القاضي الإستعجالي وعنصر من عناصره متمثلاً في تلك الضرورة التي لا تحتمل التأخير، أو أنه ذلك الخطر المباشر الذي لا يكفي تجنبه مباشرة الدعوى عن طريق الإجراءات العادية ولو قصرت واختصرت المواعيد، فهو إذن يظهر في كل حالة يؤدي فيها التأخير في الإجراء المؤقت إذا لم يكن من شأنه المساس بالموضوع، إلى عرض مصالح أحد الخصوم للضرر، أو إلى فوات المصلحة وضياع الحق، فضلاً عن زوال المعالم مع إمكانية أن يكون ذلك منصبا على الحريات الأساسية، ومنه يتبين أن للاستعجال طابع وقائي أكثر منه طابعاً علاجياً نظراً لما يهدف إليه من ابتغاء عدم المساس بالحقوق والحريات الأساسية، إذا كانت مهددة بخطر محقق وشيك يخشى في حالة المماطلة أن تستجد أوضاع وظروف يصعب إن لم نقل يستحيل تداركها لو اتبعت الإجراءات العادية في التقاضي فهو بذلك فكرة واقعية تترك للقضاة السلطة التقديرية في التعامل مع وجود هذا الشرط أو العنصر من عدمه أو انتفاؤه فيكون قاضي الإستعجال، بذلك مطالب باتخاذ إجراءات استعجاليه المقصود منها بقاء الأوضاع على حالها، أو البت في نزاع يتصل بالنزاع الأصلي إلى حين يتم فيه الفصل في هذا الأخير.

فلما أن تكون الأوامر الصادرة عن القضاء الإستعجالي بتأدية عمل كتوجيه الأمر للسلطة الإدارية باستخدام القوة الجبرية لإخلاء عقار من شاغليه بغير سند قانوني تنفيذاً لحكم الطرد الصادر عن القضاء في مما يمثل حماية لحرية التملك، والأمر بتسليم المدعي طالب اللجوء وصلاً بطلبه باللجوء مما يمكنه من الإقامة ريثما يتم البت نهائياً في ذلك الطلب في صورة حماية حرية الإقامة، والأمر بتسليم جواز السفر، وأمر العمدة برفع الأختام التي وضعها على الباب الرئيسي لأحد المراكز التجارية لما يمثله من محافظة وصيانة لحرية التملك وحرية التجارة، والأمر بوقف تنفيذ قرار إبعاد المدعي والأمر بمنح المدعي رخصة بالإقامة كصورة لحماية تنقل وإقامة الأشخاص بحرية، وإما أن تكون الأوامر بالامتناع عن عمل بأن يوجه القاضي الاستعجالي أمراً للإدارة بالامتناع عن اتخاذ تصرفاً معيناً، كالأمر بامتناع إدارة إحدى المستشفيات عن إجبار أحد المرضى على الخضوع لنوع من العلاج،

والأم للإدارة بالألا تضع العراقيل أمام تنفيذ عقد تأجير مقر للاجتماعات والمؤتمرات⁽¹⁾ وعليه فإن محل كل من الدعويين يختلف عن الآخر وذلك لوجود الخطر المحدق المهدد للحريات الأساسية، إضافة إلى الاستمرار لهذه الحالة والمتمثلة في الاستعجال حتى يتسنى للمعني تأسيس طلبه أمام القضاء الإستعجالي حسب الاجتهاد القضائي الجديد لمجلس الدولة الفرنسي، بما يفيد الشك الصارم في عدم مشروعية القرارات الإدارية أو جدية أسباب الطعن، وهذا لوقف تنفيذ هذه القرارات.⁽²⁾

يجب على الطالب وقف تنفيذ القرار الإداري أمام مجلس الدولة أن يثبت أن عملية تنفيذه ستؤدي إلى أضرار خطيرة لا يمكن تداركها بعد استجابة مجلس الدولة لطلبه بإلغاء القرار موضوع الطعن.

وهذه هي العلة من وراء تقديم طلب وقف التنفيذ، فإذا كان تنفيذ القرار لا يترتب عليه ضرر لا يمكن تداركه، فإن طلب وقف التنفيذ فاقدا لمبرراته.

فجاء في قرار لمجلس الدولة، تطبيقاً لهذه القاعدة:

"حيث أن المدعى رفع تظلماً إلى وزير الداخلية يرمي إلى إلغاء القرار الإداري الصادر بالطرد ضده و قام برفع الطلب الحالي متلمساً من مجلس الدولة وقف تنفيذه إلى غاية الفصل في مدى شرعيته..... حيث ثابت مما سبق أن القرار الإداري محل طلب وقف التنفيذ لم يصدر عن الجهة الإدارية المختصة و هي وزارة الداخلية كما انه لم يبلغ للمدعى و من ثم يحتمل إبطاله.

ويجعل دفع المدعي جدية مما يتعين قبولها و الطلب معا علما أن تنفيذ هذا القرار قد يسبب للمدعي أضرارا لا يمكن تصليحها في حالة إبطال القرار.

وقضى مجلس الدولة بوقف تنفيذ القرار إلى غاية الفصل في مدى شرعيته بعد رفع دعوى البطلان أمام مجلس الدولة، و في حالة عدم رفعها في الآجال المحددة بالمواد من 278

1 - الدكتور: محمد باهي أبو يونس- الحماية القضائية المستعجلة للحرية الأساسية- دراسة لدور قاضي الأمور المستعجلة الإدارية في حماية الحرية الأساسية وفقا لقانون المرافعات الإدارية الفرنسي الجديد- دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية- طبعة 2008، ص 159، 165، 166.

2 - Professeur. Patrice chrétien, La notion d'urgence, rfda(N°1 janvier-février 2007,P 39-40.

إلى 280 من قانون الإجراءات المدنية فإنها تسقط فعالية هذا الأمر بقوة القانون. نظرا لحالة الاستعجال القصوى ينفذ هذا الأمر فوراً على المسودة و قبل تسجيله"⁽¹⁾.

1 - قانون رقم 09/08 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجريدة الرسمية رقم 21.

المطلب الثاني

عدم المساس بأصل الحق

اشترط القانون إضافة إلى وجوب توافر عنصر الاستعجال أن لا يمس الأمر الإستعجالي أصل الحق، فلا يسوغ للقاضي الإستعجالي البت في أصل النزاع تاركاً ذلك لقاضي الموضوع، كل ما في الأمر أن يتخذ الإجراء حسب الطلب والذي يراه مناسباً للحفاظ على حقوق الأطراف، فيكون بذلك المقصود بالحق الممنوع على القاضي الإستعجالي المساس به هو التسبب القانوني، بالامتناع عن النطق أو الحكم بالتفسير أو التأويل الذي من شأنه المساس بموضوع النزاع، ولن يتوقف الأمر على ذلك فحسب بل يلحق ذلك بفرض ما يعرف بالغرامة التهديدية كضمانة تلحق بالأمر القاضي بحماية الحرية لغرض مواجهة احتمال امتناع أو تحايل الإدارة على تنفيذه⁽¹⁾، ومن ثم اعتبرت الحماية المستعجلة للحرية الأساسية على قدر من الفعالية مقارنة بالحماية المقررة للحرية الأساسية بطريق وقف تنفيذ القرارات الإدارية الضبطية الماسة بهذه الأخيرة، بالنظر لأن الطريق الأول للحماية مستقل إذ يطلب بمجرد حصول الاعتداء على الحرية أو احتمال المساس بها في حين يعد الطريق الثاني تبعا لطعن (دعوى) أقيم ضد قرار إداري مس الحرية أو عاق ممارستها، كما أن الحماية المستعجلة للحرية الأساسية شاملة لجميع الأعمال الإدارية القانونية منها والمادي، في يقتصر وقف التنفيذ على القرارات الإدارية كأعمال قانونية دون الأعمال المادية⁽²⁾.

وتدعيما مرة أخرى لفعالية الحماية المستعجلة للحرية الأساسية يبدو أن المشرع الجزائري اتجه نحو تكريس ذلك، إذ وبالرجوع لمضمون نص المادة 926 من ق.إ.م.إ فإنه يعتقد أن دعوى وقف التنفيذ كصورة أولى لحماية الحرية الأساسية من قرارات السلطة الإدارية ذات الطابع الضبطي، لابد من ضرورة اقترانها بذلك القرار الإداري كعمل قانوني، وبالنتيجة وجب من تأسيس الدعوى الإدارية الاستعجالية عليه كشرط لقبولها، في حين لا

1 - الدكتور: يوسف دلاندة- الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد- دار هومة، الجزائر- طبعة 2009، ص 148، 149.

2 - لتفصيل أكثر حول ذلك ينظر الدكتور: محمد باهي أبو يونس- الحماية القضائية المستعجلة للحرية الأساسية- المرجع السابق، ص 167.

يستلزم الوضع من المدعي استعجالاً ضرورة صدور القرار الإداري من السلطة الإدارية إذا ما تعلق الأمر بالحماية المستعجلة، فهي إذن تقوم ضد كل الأعمال الإدارية القانونية منها والمادية، ومن ثم كان توجه المشرع وفق ذلك بنصه في المادة 921 بعبارة "ولو في غياب القرار الإداري المسبق"، ضمن ما يعرف بحالة الاستعجال القصوى، والتي يمكن التمثيل لها بالاعتداء على الحريات، بدليل اعتبار هذه الأخيرة مسألة دستورية وبذلك المثابة يكون الاعتداء عليها اعتداء على النصوص الدستورية في حد ذاتها، وحينها لا يمكن التماس وتصور أخطر من المساس بالحريات.

غير أنه ورغم ما يعرف على فعالية الطريق الإستعجالي لحماية الحرية الأساسية من تعسف الإدارة بها إلا أن تلك الفعالية تضل محدودة بحكم اعتبار أوامر القاضي الإستعجالي مؤقتة غير متمتعة في ذلك بحجية الأمر المقضي به، مما يحظر على القضاء الإستعجالي إلغاء القرار الإداري مصدر الاعتداء، وهو ما يجعلها في الأخير حماية مقتصرة على وقت معين غير منهيبة بصفة قاطعة للمساس بالحرية الأساسية للأفراد .

المطلب الثالث

شرط الجدية

يسمى شرط الجدية أو المشروعية أو جدية الوسائل المعتمدة، ويتجسد شرط الجدية في الوسائل المثارة في عريضة الطعن والهدف من هذا الشرط هو ضمان عدم عرقلة نشاط الإدارة بدون مبرر معقول.

وما يتميز به هذا الشرط عن شرط الاستعجال هو أنه يأخذ وضعه من دائرة المشروعية ويكتسب معناه من القرار محل الطعن، لأنه يستشف من خلال الدراسة الظاهرية لوثائق الملف شرط عدم التعمق في جوهر النزاع الذي يبقى من اختصاص محكمة الموضوع. ومن المعايير المعتمدة لإقرار هذا الشرط:

- 1- أن يكون هناك احتمال رجحان إلغاء القرار المطلوب إيقاف تنفيذه.
- 2- أن يتم استخلاص هذا الرجحان من خلال تفحص ظاهر أوراق الملف دون المساس بجوهر الحق.

وقد تردد الاجتهاد القضائي على ترديد هذا الشرط بل يتشدد في التأكد من وجود الجدية التي تتمثل في قيام طلب وقف التنفيذ على أسباب جدية و واقعية حسب الظاهر من الأمور دون عدم الخوض في جوهر النزاع وأصل الحق موضوع الطعن على اعتبار أن وقف التنفيذ هو حكم مؤقت يستلزم عدم الخوض في الجوهر.⁽¹⁾

فلا يمكن الاستجابة لطلب وقف تنفيذ القرار إلا إذا كان يستند على أسباب جدية تبرره، يجسدها خرق الإدارة للمقتضيات القانونية و مساسها بحقوق الأفراد، غير أن مثل هذا الشرط يبرز صعوبة فحص جدية الوسائل و تأسيسها دون الرجوع إلى العريضة الطعن المقدمة في الموضوع من أجل إلغاء القرار الإداري المطلوب وقف تنفيذه، و يبدو في نظرنا أن هذا هو السبب الذي جعل المشرع ينص في المادة 834 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على ضرورة تزامن طلب وقف التنفيذ مع عريضة الطعن بالإلغاء أو مع النظام

1- عزيز البودالي - إيقاف تنفيذ القرارات الإدارية - مجلة الإشعاع - المغرب، عدد 13، السنة 1998، ص38.

المرفوع أمام الجهة القضائية المختصة، فوجود عريضة الطعن بملف موضوع الطاعن يسمح لمجلس الدولة بالوقوف على جدية الوسائل المعتمدة فيه و مدى تأسيسها، أن الخلفية تبررها كذلك و في نظرنا إسناد نفس التشكيلة التي تنظر في دعوى الموضوع اختصاص الفصل في الطلبات الرامية إلى وقف التنفيذ، حسبما ورد في المادة 836 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

لكن توافر مثل هذا الشرط في طلب وقف التنفيذ لا يعني أن الاستجابة له ستؤدي حتما إلى الاستجابة إلى طلب إلغاء القرار المقدم أمام قاضي الموضوع، إذ يستجيب القاضي لطلب وقف تنفيذ القرار إلى غاية الفصل في دعوى الإلغاء المرفوعة ضده، لكنه يرفض في الأخير طلب الإلغاء، وعكس هذه الفرضية صحيح أيضا، إذ يرفض القاضي طلب وقف تنفيذ القرار، لكنه يستجيب في الأخير لطلب إلغاءه.

و قد عمد مجلس الدولة في الكثير من قراراته إلى الاستناد على جدية الوسائل المعتمد عليها في طلب وقف تنفيذ لقبوله أو رفضه، فاستجاب لهذا الطلب بعد أن اعتبر أن تصرف المدعى عليها يشكل خرقا لحق الدفاع و لقاعدة متعلقة بالنظام العام أو يشكل تعدي فجاء في أحد قراراته:

" حيث أن المعية تلتزم وقف تنفيذ مقرر العزل الذي اتخذته وزير العدل اتجاهها.

حيث أنها تثير خرقا للإجراءات الشكلية أنها لم تستلم استدعاء اللجنة التأديبية إلا بتاريخ 2001/02/14 من أجل حضور جلسة 2001/02/22.

حيث أنها تقدم للنقاش شهادة من قابض البريد و المواصلات التي يتبين انه تم التأشير على الرسالة يوم 2001/02/13 و تم تسليتها يوم 2001/02/14.

حيث و دون الحاجة إلى فحص الأوجه المثارة فان النظام الداخلي لغرفة الموثقين ينص أن تاريخ الاستدعاء للمثول أمام اللجنة التأديبية لا يمكن أن يقل عن 12 يوما كاملة.

حيث أن هذه القاعدة من النظام العام و عدم احترامها يعد خرقا لحق الدفاع دستوريا و بالتالي يبرر وقف التنفيذ ".

و جاء في قرار آخر لنفس المجلس:

" حيث يتبين من الملف أن المدعية يونيون بنك قامت برفع الدعوى الحالية متمسكة وقف التنفيذ رسالتين صادرتين بتاريخ 2000/08/03 عن الأمين العام لمجلس النقد و القرض ببنك الجزائر بدعوى أنها تشكل تعديا طبقا للمادة 171 مكرر 3 لأنه رفض طرح طلبها الرامي إلى رفع رأسمالها على المجلس النقد و القرض و اشترط اعتماد السيد ا ح بصفته رئيس مجلس إدارتها من طرف محافظ بنك الجزائر في حين أن هذا الاعتماد وارد في القانون.

حيث أن المدعى عليه يلتزم رفض الطلب لعدم توفر القضية على عناصر الاستعجال و لكون الرسالتين لا تشكلان قرارا إداريا في مفهوم الاجتهاد القضائي و إنما تشكلان أعمالا تحضيرية غير قابلة للتنفيذ.

حيث يتبين من أحكام المادة 6 من النظام الداخلي لمجلس النقد و القرض أن الأمين العام يتكفل بتحضير الملفات التي تعرض على المجلس و من ثم لا يمكن له أن يناقش أو يفسر القانون و يحل محل اختصاص مجلس النقد و القرض كما حصل في قضية الحال مما يتعين القول انه ارتكب تعديا على حقوق المدعية بعرقلة عرض ملفها على المجلس قبل رفع هذه الدعوى ".

أما إذا كانت الأوجه المثارة في الطلب لا تبرر الاستجابة له، و تواجه دفوعا جديده من الإدارة التي تتمسك به، فإن مجلس الدولة يقضي برفضه. فجاء في احد قرارات مجلس الدولة.

"حيث أن مساهمي البنك التجاري الصناعي الجزائري يلتزمون وقف التنفيذ القرار رقم 8 المتخذ من طرف اللجنة المصرفية المتضمن سحب الاعتماد التصفية و تعيين مصف. حيث أن المخالفات المعايينة من طرف اللجنة المصرفية للشروع في إجراء تأديبي ضد البنك التجاري الصناعي الجزائري تبدو جدية و ليس من شأن الأوجه المثارة على ضوء ما وصل إليه التحقيق الحالي في الملف تبرير وقف التنفيذ القرار المطعون فيه ".

الخاتمة:

من ما سبق يظهر جليا الدور الحمائي لقاضي الاستعجال الإداري في حماية الحرية الأساسية حيث يكاد يكون الملاذ الأخير للمواطنين مما يجعله متميزا في نوعية الرقابة التي يمارسها في تجاه الإدارة، وهو التميز الذي يعول عليه في مواجهة الإدارة كطرف غير متكافئ مع الموطن الضعيف، بفرض رقابتها على أعمالها وتحقيق التوازن بين مصالحه من جهة ومصلحة الدولة والمجتمع من جهة أخرى، وإن كانت محدودية تلك الحماية تقتضي منح القاضي الإداري الاستعجالي سلطات ومكنات أوسع بحكم ما يواجهه من تمتع الإدارة بامتيازات واسعة، فرضتها ضرورة حياة المجتمع على تعدد جوانبها، الأمر الذي اقتضى معه إسناد القيام على شؤون المجتمع للسلطة الإدارية على تدرجها، مسلحة بتلك الوسائل والأساليب غير المتعارف عليها في مجال القانون الخاص، مما تجعل من العلاقة القانونية بين أطراف الخلاف موسومة بطابع الخصائص الاستثنائية غير المألوفة في مجال روابط القانون الخاص الضابط لعلاقات الأفراد فيما بينهم، ومن ثم كان المشرع مطالبا بالتوجه أكثر نحو إيجاد نوع من الحماية الفعالة لاسيما وأن الأمر يتعلق بحرية الفرد في المجتمع، لا بد للمشرع اليوم في التفكير في حماية حقوق وحرريات الأفراد بالقدر الكافي الذي يفكر فيه بحماية المصلحة العامة، الأكيد أننا سنذهب ذات يوم من حماية المصلحة العامة لحماية الحقوق والحرريات الأولى بالرعاية.

الهوامش

المراجع باللغة العربية:

المراجع العامة:

- 1- د. سليمان محمد الطماوي- النظرية العامة للقرارات الإدارية- دراسة مقارنة- دار الفكر العربي- طبعة 1976.
- 2- د. عصام نعمة اسماعيل- الطبيعة القانونية للقرار الإداري- دراسة تأصيلية مقارنة في ضوء الفقه والإجتihad- منشورات الحلبي الحقوقية- بيروت لبنان- الطبعة الأولى 2009.
- 3- د. عادل السعيد أبو الخير- الضبط الإداري و حدوده- الهيئة المصرية للكتاب، مصر، 1993.
- 4- د. محمد فؤاد عبد الباسط- وقف تنفيذ القرار الإداري- دار الفكر الجامعي- الإسكندرية- طبعة 1999.
- 5- د. يوسف دلاندة- الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد- دار هومة، الجزائر- طبعة 2009.

المراجع الخاصة:

- 1- د. الغوثي بن ملحة -القضاء المستعجل وتطبيقاته في النظام القضائي الجزائري - الديوان الوطني للأشغال التربوية الجزائر - الطبعة الأولى - 2000.
- 2- د. محمد باهي أبو يونس- الحماية القضائية المستعجلة للحرية الأساسية- دراسة لدور قاضي الأمور المستعجلة الإدارية في حماية الحرية الأساسية وفقا لقانون المرافعات الإدارية الفرنسي الجديد- دار الجامعة الجديدة للنشر- الإسكندرية- الطبعة 2008.
- 3- د. حسين بن الشيخ آث ملويا- المنتقى في قضاء مجلس الدولة- الجزء الثالث- مطبعة عنابة الجزائر، الطبعة الأولى، 2004.
- 4 - د. عصمت عبد الله الشيخ- جدوى نظام وقف تنفيذ القرارات الإدارية- في تحقيق التوازن المطلوب بين الإدارة و الأفراد- دار النهضة العربية- القاهرة، 2005، 2006.

المجلات والرسائل الجامعية:

المجلات:

1- د. محمود سعد الدين شريف- "أساليب الضبط الإداري والقيود الواردة عليه " مقال منشور بمجلة مجلس الدولة - مصر - دار النشر للجامعات المصرية- السنة الثانية - يناير 1951.

الرسائل الجامعية:

1- د. محمد أحمد فتح الباب السيد- سلطات الضبط الإداري في مجال ممارسة حرية الاجتماعات العامة - دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه -جامعة عين شمس، مصر، 1993
2- د. منيب محمد ربيع- ضمانات الحرية في مواجهة سلطات الضبط الإداري- رسالة دكتوراه - جامعة عين شمس، مصر، 1981.

المراجع باللغة الفرنسية:

- 1-Professeur ; Benoit Plessix, Le caractère provisoire des mesures prononcées en référé, article en -rfda- N°1 janvier-février 2007 P 76
- 2-Professeur ; Franck Moderne, Vert la banalisation des procédures d'urgence, article en -rfda- N°1 janvier-février 2007 P93
- 3-Gustaaf Baeteman (Premier président de conseil d'état) et Geert Debersaques (Auditeur au conseil d'état), Le contrôle juridictionnel des décisions; Les rôles respectifs des juridictions administratives et judiciaires et leur relation, rapport belge pour le XVIe colloque "entre les Conseil d'Etat et les juridictions suprêmes de la C.E.E.", organisé à Stockholm du 15 au 17 juin 1998.P03
- 4-Genevière Gonduin ; L'oralité dans la procédure de référé, RFDA 2007, P45.
- 5- Professeur. Patrice chrétien, La notion d'urgence, rfda (N°1 janvier-février 2007,P 39-40.

بحث بعنوان النظام المالي في الإسلام وتطبيقاته في مصر الإسلامية

أ.د/ زياد علي محمد الكايد

استاذ مساعد القانون الاداري والدستوري

عضو هيئة تدريس كلية العلوم والآداب بشقراء

- قسم ادارة الاعمال - جامعة شقراء

ملخص

تتناول هذه الدراسة النظام المالي في الإسلام وتطبيقاته في مصر الإسلامية بحيث تناولت مفهوم بيت المال ونشأته ووظائفه في مبحث تمهيدي، وبيان الإيرادات المالية في الإسلام في مبحث أول، ونفقات ومصارف بيت المال في الإسلام في مبحث ثان، والرقابة المالية في الإسلام في مبحث ثالث، مع بيان تطبيقات ذلك على الوضع الذي كان سائدا في مصر إبان الحكم الإسلامي لها.

وقد خلصت الدراسة إلى أن النظام المالي الإسلامي كان ولا زال يشكل النموذج الذي يحتذى به في كل زمان ومكان لحل كافة المشاكل التي قد تواجه المجتمع، إلى جانب أن هذا النظام يتسم بنوع من الاتزان والانضباط مما ساعد بشكل كبير على تحديد موارد الدولة ونفقاتها بالشكل الذي جعل كفتي الميزان متساويتان لا ترجيح لأحدهما على الأخرى، مما حدا بالباحث إلى التوصية بإتباع القواعد المطبقة في النظام المالي الإسلامي حتى يكون هو النظام السائد في الدولة، لا سيما في ظل الأوضاع الحالية والتي تشهد أزمة مالية عالمية عجز الخبراء والمختصين والسياسة والاقتصاديين عن حلها.

الكلمات الدالة: نظام مالي، إيرادات، نفقات.

Abstract

This study discusses the Islamic financial system and its applications in Egypt. The introductory chapter of the study includes the definition of (BAYET AL-MAAL), its establishment and its purposes and aims. In the first chapter, the researcher manifests the financial incomes in Islamic religion, while in the second chapter he introduces the expenses of (BAYET AL-MAAL). In the third chapter, the researcher highlights the importance of Islamic supervision showing the great effects of all preceding rules upon the prevailing circumstances in Egypt during the Islamic era.

The study concluded that the Islamic financial system has been and stills a model to be followed in all ages and places to deal with any problem that may confront society. In addition, this system is characterized by discipline and balance, the thing that helps a lot in determining the country's incomes and expenses in a way that keeps things balanced and controlled.

Believing in all the preceding conclusions, and convinced with the usefulness of applying all Islamic financial rules and strategies, the researcher strongly recommends the system to be applied in the country, especially under the current circumstances that witness an international financial crisis. A crisis that all experts, politicians, economists and specialists failed to deal with and overcome.

Keywords: Financial System, revenues, expenses.

المقدمة

النظام المالي في أي زمان ومكان يشكل بالدرجة الأولى انعكاسا واضحا للنظام السياسي والاجتماعي والاقتصادي الذي يقوم فيه، وما ينتج عن هذا الانعكاس من سمات عامة وخصائص فان النظام المالي يصطبغ بها، ولذلك فان هذا النظام يسعى بعد ذلك إلى تحقيق الأهداف والغايات السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي يقوم عليها المجتمع بأسره. والنظام المالي حين يحقق هذه الأهداف فان له في ذلك العديد من الوسائل والأساليب وهي هنا النفقات العامة والإيرادات العامة، فمن خلالها يحقق النظام المالي غايته في مساندة ودعم النظام العام. وما يمكن قوله هنا أن النظام المالي يتأثر بشكل مباشر بتطور دور الدولة، فنرى أن دوره يكون دورا "محيادا" -إن جاز لنا التعبير- عندما تكون الدولة حارسة، فأغراض النفقات العامة هي أغراض الدولة في الدفاع والأمن والعدالة، ثم أن الإيرادات تحصل لتحقيق عين الأغراض، وفي الدولة المتدخلة يتطور النظام المالي تبعا لتطور الدولة وهكذا دواليك.

والنظام المالي الإسلامي يقوم في إطار النظام العام وهو "الإسلام" بشتى تفرعاته العديدة سواء في النواحي الدينية أو الاجتماعية أو الاقتصادية، ولذلك فان الإسلام يعكس أثره على النظام المالي وفي نفس الوقت يعمل هذا النظام على دعم رسالة الإسلام في النواحي الدينية والاجتماعية والاقتصادية، وهو في ظل تأثره بالإسلام اكتسب سمات وخصائص معينة تؤهله للقيام بدوره في دعم أهداف رسالة "الإسلام".

ولا بد من الإشارة هنا إلى تميز النظام المالي في الإسلام بتأثيره المعنوي إذ انه يسعى إلى تحقيق الأخلاق الكريمة للشعوب، فالتجارة على سبيل المثال لا تلهي التاجر عن ذكر الله، رجال لا تلهيهم تجارة ولا بيع عن ذكر الله واقام الصلاة وإيتاء الزكاة " صدق الله العظيم".⁽¹⁾ والنظام المالي الإسلامي واكب الإسلام في تحريمه القاطع للربا والذي يترتب عليه أثار سيئة جدا حيث ظلم الأغنياء للفقراء والمعسرين.

ومن أهم سمات النظام المالي الإسلامي انه لا يقتصر ولا يكتفي بمورد واحد بل تتعدد موارده، فهناك الزكاة والخراج وضريبة العشور وغيرها، وهذا التعدد له ميزته حيث انه

1 - القرآن الكريم، الآية (37) من سورة النور.

يضمن تزايد أموال الدولة فتساهم الدولة في ضوء إيراداتها بتقديم أحسن الخدمات للمجتمع الإسلامي. والنظام المالي الإسلامي نظام متزن منضبط لان الإسلام كذلك، ولذلك لا عجب أن كان الرسول صلى الله عليه وسلم يراقب من يستعملهم من الولاة والعمال وكذلك فعل أصحابه من بعده.

كل ذلك يؤدي للقول أن النظام المالي الإسلامي نظام كامل متكامل، صالح لكل زمان ومكان، لا يعبر عن مرحلة تاريخية معينة بدأت وانتهت، وعليه فإن نظاما يمتاز بهذه المميزات العظيمة حق علينا أن نتناوله ولو بصفحات قليلة بشي من البحث، لا سيما في وقتنا هذا إذ عجز الخبراء والمحللون من جهابذة الاقتصاد والمال في كافة أنحاء العالم عن إيجاد الحلول التي تواجه العالم بظهور شبح أزمة مالية عالمية وطأت قدماها شتى أنحاء المعمورة. ولم يكن -على الإطلاق- عبثا تقرير الباحث لـ "مصر الإسلامية" كناحية تطبيقية لهذه الدراسة، إذ كان في ذلك فكرة ومغزى، ذلك أن الدولة الإسلامية في الفترة التي نبحت في مصر كانت في أوج ألقها وتوهجها من الناحية المالية، حيث بيت المال المسلمين وحيث الإيرادات المالية، مما يعني تطبيقا صحيحا وكاملا للنظام المالي الإسلامي، ولم نرى دولة أو فترة تاريخية تألق فيها تطبيق النظام المالي الإسلامي كتلك التي وجدنا في مصر، فكان ذلك سببا ومبررا وجيها لاختيارها كتطبيق للنظام الذي نبحت.

وعليه فإن الغرض من هذه الدراسة بيان مؤشرات محددة لعناصر النظام المالي الإسلامي في الدولة، وكيف يمكن لهذا النظام وتطبيقه التطبيق الصحيح معالجة الخلل الواضح في العديد من الأنظمة المالية المطبقة في عصرنا الحالي، دون أن يلجأ الباحث إلى عقد المقارنة، حيث لا يتسع البحث لمثل هذه المقارنة مع التأكيد على أهميتها القصوى.

وقد تناولت الدراسة العناصر التي تشكل منها النظام المالي الإسلامي وبيان أهم المرتكزات التي يستند إليها هذا النظام، مع تقديم لمحة عن تطبيق هذا النظام في مصر إبان فترة الحكم الإسلامي لها، دون تناول أي تفاصيل مسهبة للحديث عن النظام الإسلامي ودون الخوض في تفاصيل وطبيعة الأنظمة المالية المطبقة في وقتنا الحاضر.

وسوف يتبع الباحث المنهج الوصفي التحليلي المقارن، الوصفي في تناول مفهوم النظام المالي الإسلامي، والتحليلي في تحليل الوضع الذي كان قائما في مصر الإسلامية،

والمقارن في مقارنة الأحكام التي يطبقها النظام المالي الإسلامي بغيرها من الأحكام المطبقة بهذا الخصوص.

خطة البحث: عمل الباحث على تناول مفهوم النظام المالي الإسلامي وتطبيقاته في مصر الإسلامية، وعلى ذلك قُسمَ البحث إلى مبحث تمهيدي وثلاثة مباحث رئيسية هي:

المبحث التمهيدي: في مفهوم بيت المال ونشأته ووظائفه.

المبحث الأول: الإيرادات المالية في الإسلام.

المبحث الثاني: نفقات ومصارف بيت المال في الإسلام.

المبحث الثالث: الرقابة المالية في الإسلام.

المبحث التمهيدي

في مفهوم بيت المال ونشأته ووظائفه

لم تكن بداية عهود الدولة الإسلامية تحظى بأهمية كبيرة من الناحية المالية، ويعلّل البعض ذلك بأن الأموال في تلك الفترة كانت قليلة -نسبياً- لا تكاد تفيض عن حاجات الدولة والأفراد المتنوعة والمستمرة وكانت السياسة التي اتبعها الرسول (ص) أنه لا يؤخر تقسيم الأموال أو إنفاقها لوجهها⁽¹⁾.

ويمكن القول أن الدولة الإسلامية في عهد الرسول لم تعرف بيت المال المنظم، والذي يحدد بدقة إيرادات ونفقات الدولة الإسلامية، لكننا لا نوافق صاحب الرأي السابق رأيّه في اقتصار علة ذلك على "قلة الأموال" وحدها، وهي التي من الممكن أن تكون سبباً من أسباب عدم تنظيم الناحية المالية في الدولة الإسلامية وعدم إنشاء هيئة مستقلة "بيت مال" لذلك، إلا أن هذا الأخير بحد ذاته وعدم وجوده لا يعني البتة عدم وجود تنظيم مالي في الدولة الإسلامية، ونحن نرى في شخص الرسول الدليل الكافي على أنه كان يعنى بنفسه على عمليات ضبط أموال دولته على قلة عدد أفرادها آنذاك، ويؤيد ذلك ما كان الرسول يطلبه من حفظه كاتبه من ضرورة أن يبقى إلى جانبه ويذكره بكل شيء.

إلا أن الأمور فيما بعد تغيرت من حيث اتساع الدولة الإسلامية بعد الفتوحات الإسلامية العديدة، فكان من نتائج ذلك أن زادت أموال الدولة فزادت الإيرادات لتعدد مصادرها وزادت النفقات لازدياد عدد أفراد الدولة فكان لا بد والأمر كذلك من تنظيم العملية المالية، وعليه فقد عمل الخليفة عمر بن الخطاب على إنشاء "بيت مال" للمسلمين. وكان الغرض من بيت المال هو ضبط إيرادات الدولة ونفقاتها بحيث يعتبر بيت المال هو الجهة التي يتعلق بها كل مال يستحقه ويحصل عليه المسلمين، وهو أيضاً الجهة التي يتعلق بها كل حق وجب صرفه للمسلمين وهو ما يطلق عليه موارد الدولة واستخداماتها، وقد كان لبيت المال فروع في مختلف أقاليم الدولة الإسلامية.

1 - محمد ضياء الدين الرئيس، 1961، الخراج والنظم المالية للدولة الإسلامية، مكتبة الانجلو المصرية، الطبعة الثانية، 1961، ص 138. وانظر كذلك قطب إبراهيم محمد، 1988، السياسة المالية للرسول، الهيئة المصرية العامة للكتاب.

وعليه فان ضبط نفقات الدولة وإيراداتها ثم مراقبة عمل من يقوم على بيت المال كانت أمور يهدف إليها بيت المال، ويذكر قدامة بن جعفر أن الغرض من إنشاء بيت المال إنما هو محاسبة صاحب بيت المال على ما يرد عليه من الأموال ويخرج إلى دواوين الخراج والضياح من الحمول وسائر الورود وما يرفع إلى ديوان النفقات مما يطلق في وجوه النفقات وكان المتولي لها جامعاً للنظر في الأمرين ومحاسباً على الأصول والنفقات بمعنى أن صاحب بيت المال يحاسب أصحاب الدواوين الأخرى على إجمالي إيراداتهم وما يقومون بإنفاقه⁽¹⁾.

ويمكن حصر وظائف بيت المال في الأمور التالية:

أولاً: مراقبة أوامر الصرف والتي يقوم بإصدارها ولي الأمر وكذلك مراقبة أوامر تحصيل الإيرادات وذلك حتى يتم تسجيلها في البيت قبل أن تخرج.

ثانياً: الإشراف على جميع المستندات الموجودة في بيت المال بوضع علامة مميزة كدلالة على أن هذه المستندات تم تقييدها والإشراف عليها من قبل الموظف المختص في بيت المال.

ثالثاً: التعامل بالمستندات كان هو الأساس في بيت المال، ولذلك فان الصرف كان لا يتم إلا من خلال هذه المستندات، وبعبارة أخرى يمكن القول أن المستندات المعتمدة من قبل بيت المال كانت هي المستندات التي يقدمها بالشكل والنموذج الذي يريده.

رابعاً: تنظيم عملية ضبط الإيرادات من خلال تقديم مستندات مبين عليها اسم العمل أو الجهة صاحبة المال الذي سيتم إيداعه في بيت المال.

خامساً: مراقبة وضبط المصروفات إذ يتولى بيت المال تحديد وتقييد جميع المصروفات الخارجة ويكون ذلك عن طريق نماذج معينة يتم اعتمادها بواسطة تأشيرته، ويكون ذلك من خلال مسك سجلات تفصيلية يذكر فيها أسماء أصحاب الاستحقاقات وأصحاب المرتبات ويتم بيان اسم المقرر أو المستحق له ثم يتم قيد ما يرفع لكل مستحق قبالة اسمه بمقتضى توقيعاتهم أو طبقاً للاستمارات المحفوظة في بيت المال⁽²⁾.

1 - عوف محمود الكفراوي، 1989، سياسة الإنفاق العام في الإسلام وفي الفكر المالي الحديث، دراسة مقارنة، مؤسسة شباب الجامعة، ص 518.

2 - عوف محمود الكفراوي، 1989، سياسة الإنفاق العام، مرجع سابق، ص 521.

سادسا: يتولى بيت المال عن طريق موظفيه عملية تنظيم وضبط مخازن الغلال، إذ كان يشرف على تسجيل وقيد كميات هذه الغلال الداخلة في بيت المال، وكان ينظم ويراقب عملية صرف هذه الغلال، وكان يتبع لذلك إجراءات معينة كان لا بد من اتخاذها، فعلى سبيل المثال عند عملية توريد الغلال إلى بيت المال كان لا بد أن يرتبط ذلك برسالة قادمة من الجهة التي أرسلت منها هذه الغلال ثم يقوم بعد ذلك أمين المخازن بعملية التدقيق على الأوراق ويقوم بمراقبة الكميات والأوزان الواردة ثم عملية المقارنة بين ما هو موجود على الأوراق وبين الكميات الفعلية من هذه الغلال ومن ثم قيد هذه الكميات في سجلات بيت المال تحت اسم "الجهة المرسله".

سابعا: الجرد السنوي: يتولى المسئولون في بيت مال المسلمين في نهاية كل سنة بتقديم تقرير أشبه ما يمكن تسميته في أيامنا هذه بالموازنة السنوية، وفيه يتم بيان جميع النفقات أو المصروفات الخارجة والإيرادات الداخلة من وإلى بيت المال.

أي أن بيت المال في الدولة الإسلامية كان بمثابة "وزارة المالية" في وقتنا الحاضر ولذلك فإن مركز النظام المالي الإسلامي والمحرك الأساسي له كان نابعا من بيت المال حيث موارد الدولة الإسلامية ونفقاتها بشتى أنواعها تمر أو لا بد أن تمر عبر هذا البيت، ولذلك لا عجب بان كان الإشراف عليه يحظى بأهمية كبيرة من قبل خلفاء المسلمين وفي شتى العصور.

بيت المال في مصر:

كان الخليفة عمر بن الخطاب هو من أنشأ بيت المال في مصر، وذلك كما هو الحال في بقية أنحاء الدولة الإسلامية، وكانت اللغة المستعملة في ذلك الوقت هي اليونانية والنبطية، إلى أن تم تعريب اللغة في عام 87 هـ. أما العاملين في بيت المال فكانوا من أهل الذمة وذلك عائد إلى تفرسهم على أعماله سواء كان ذلك في عهد الولاة أم في العهود التالية، وكان مقر الديوان في جامع عمرو بن العاص وفيه كانت توجد خزانة بيت المال، وبعد استقلال مصر عن الدولة العباسية انقطعت صلة بيت المال بالمركز الرئيسي في بغداد وأصبح يشرف على إيرادات الدولة ومصروفاتها ديوان أو أكثر تحت مسميات جديدة كديوان المجلس

في العصر الفاطمي وحل محله في العصر الأيوبي ديوان النظر وديوان التحقيق وسمي في عهد المماليك الدفتار دار⁽¹⁾.

ويلاحظ أن مقر بيت المال كان يرتبط بالظروف السياسية ففي الأوقات التي كانت فيها مصر جزء من الدولة الإسلامية وتربطها بها رابطة التبعية كان مقر بيت المال في عاصمة الخلافة، فكان في المدينة ثم انتقل إلى دمشق ومن ثم إلى بغداد ثم إستانبول، وأما في الأوقات التي كانت فيها مصر مستقلة لا تتبع لأحد فكان يوجد بها بيت مال خاص بها وحدها. يلاحظ كذلك أن حصيلة الأموال التي كانت تتم جبايتها من مصر كان يرسل جزء منها إلى بيت المال في العاصمة، وهو الجزء الباقي بعد خصم نفقات الإصلاح والتعمير ورواتب ونفقات الجيش والموظفين، وكان بيت المال في الأوقات التي كانت تتمتع فيها مصر بالاستقلالية يستقبل موارد الدولة من الضرائب وكان الحاكم سواء الخليفة أو السلطان يتمتع بسلطة تكاد تكون مطلقة بالنسبة للتصرف بهذه الأموال، ويلاحظ هنا أنه قد جرت التفرقة ما بين أموال بيت المال وأموال الحاكم الخاصة، إلا أنه من الناحية العملية لم تكن هنالك أي فواصل بين النوعين، ومن الجدير ذكره أن أموال الحاكم الخاصة والتي كانت له شأن أي فرد من أفراد المجتمع كانت تجد مصدرها إما في الميراث أو في عائد التجارة أو في المصادر⁽²⁾.

1 - صوفي أبو طالب، 2000، تاريخ القانون في مصر، الجزء الثاني، العصر الإسلامي، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، ص 161 - 162.

2 - عادل بسيوني، تاريخ القانون المصري، مصر الإسلامية، مكتبة نهضة الشرق، ص 82-83. وانظر كذلك احمد إبراهيم حسن، 1997، تاريخ القانون المصري في العصور الإسلامية والرومانية، دار المطبوعات الجامعية، ص 319 وما بعدها.

المبحث الأول

الإيرادات المالية في الإسلام

كان الراعي على شؤون الدولة الإسلامية يحرص على كفاية المسلمين لخدماتهم الأساسية اللازمة لاستمرار حياتهم، وهذه يمكن إيجازها في الدفاع والقضاء والأمن والتكافل الاجتماعي، وكان لا بد من أن توفر الدولة الموارد الكافية لتقديم هذه الخدمات، وبما أن خزانة الدولة جيوب رعاياها فان موارد الدولة كان أن لا بد أن تحصل من هؤلاء الرعايا، ومن هنا اهتم القائمون على شؤون الدولة بتعيين موارد محددة على سبيل الحصر تهدف إلى جمع أكبر قدر ممكن من الأموال لإنفاقها على المسلمين في شتى المجالات، ويمكن تقسيم موارد الدولة الإسلامية إلى العديد من الفروع:

المطلب الأول

الموارد الدورية

(الزكاة - الخراج - الجزية - عشور التجارة)

الموارد الدورية هي دعامة النظام المالي والمورد الرئيسي لبني مال المسلمين، والدورية تعني السنوية وهذا يعني أن هذه الموارد ثابتة ويتم تحصيلها بشكل مستمر ودائم وتشمل هذه الموارد:

الفرع الأول

الزكاة

الزكاة لغة هي النماء والطهارة، والزكاة من أركان الإسلام وقد ورد النص عليها مرارا وتكرارا في القرآن الكريم "واتوا الزكاة"، ويقول الرسول "بني الإسلام على خمس شهادة أن لا إله إلا الله وأن محمدا عبده ورسوله وإقام الصلاة وإيتاء الزكاة وصوم رمضان وحج البيت".

ويشترط الفقه الإسلامي شروطا عدة لمن يخضع للزكاة ومنها أولا أن يكون مالكا للنصاب ملكا تاما بمعنى أن يملك النصاب وهو الحد الأدنى المقرر شرعا لإخراج ضريبة الزكاة أي الحد بين الفقير والغني وبين معطي الزكاة ومستحقها، فيشترط أن يكون ملكه لهذا النصاب ملكا تاما، ويشترط ثانيا مرور الحول على نصاب الزكاة أي مرور اثني عشر هلالا،

وفي ذلك يقول الرسول (ص) "لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول" ⁽¹⁾، فيما عدا زكاة الزروع والثمار فان وقت استحقاقها هو يوم الحصاد.

وتجب الزكاة في الأموال التالية: صنفان من المعدن الذهب والفضة اللتين ليستا بحلي وثلاثة أصناف من الحيوان الإبل والبقر والغنم وصنفان من الحبوب الحنطة والشعير وصنفان من الثمار التمر. والإسلام حين فرض الزكاة فانه لا يميز بين المسلمين الذين تجب عليهم الزكاة، كما أن الإسلام لا يسمح باستثناء أي شكل من أشكال المال دون فرض الضريبة عليها ومن هنا فان النظام الكامل للزكاة جاء نظاما متكاملًا لا تشوبه شائبة ولا يعتريه نقص وفي ذلك يقول أبو عبيده إنما يجب على كل مال الزكاة... سوى المتاع فأسقط عنه الزكاة ⁽²⁾.

أما مقدار الزكاة أو سعرها فهي تختلف تبعا لنوع المال، ففي الذهب والفضة يكون مقدار الزكاة ربع العشر أي 2.5%، أما الركاز من الذهب والفضة ففيه الخمس، وفي الإبل والبقر والغنم فالسعر تصاعدي بالشرائح حيث يطبق على كل منها سعر معين يرتفع بالانتقال من شريحة إلى أخرى، أما في الحبوب والثمار فانه يجب أن نفرق بين حالتين: الأولى ما سقى بالسماء أي بماء المطر فان مقدار الزكاة هنا يكون 10% أي أننا نأخذ من يوم حصاده العشر، والحالة الثانية ما سقى بالدالية أي ما سقى بعمل الإنسان ففيه نصف العشر أي أن الضريبة هنا تكون 5% من المحصول وفي ذلك مراعاة من الشارع الإسلامي بالخصم مقابل التكاليف عند حساب الضريبة. أما زكاة عروض التجارة فإنها 2.5% وزكاة الفطر صاع من تمر أو صاع من شعير على كل مسلم أو ما يوازي ذلك، ويمكن تقدير الثمن وإخراج الزكاة نقداً.

وفيما يتعلق بتحصيل الزكاة فان هذه الأخيرة حق واجب يقوم ولي الأمر بجبايته بنفسه أو بمن ينوب عنه، فهي ليست من قبيل التبرع أو المنحه أو الإحسان أو الإعانة، حيث يقول الله سبحانه وتعالى في محكم تنزيله "وات ذا القربى حقه والمسكين وابن السبيل" ⁽³⁾،

1 - جمال الدين عبدالله الزيلعي، 1995، نصب الرأية في تخريج احاديث الهداية، دار الحديث، الطبعة الأولى، ص 384.

2 - أبو عبيد القاسم، 1969، كتاب الأموال، تحقيق وتعليق محمد خليل هراس، مكتبة الكليات الأزهرية، ص 584.

3 - الآية 26 من سورة الإسراء.

وعليه فالزكاة فريضة إجبارية، وكان الرسول يقوم بجمعها وكان يقوم بإرسال ولاته وعماله لكي يجمعونها من القبائل التي أسلمت وهي بعيدة عنه، وكان عمال الدولة المختصين يقومون بتحصيل الزكاة طبقاً لأحكام الشريعة بالنسبة للأموال الظاهرة وهي الزروع والثمار والإبل والبقر والغنم، أما بالنسبة للأموال الباطنة وهي زكاة النقود وعروض التجارة فكان أصحابها يذهبون بها إلى الرسول وواليه أو إلى الخليفة من بعده.

وكان العاملون على الزكاة يحددون وعاء الضريبة بطريقة مباشرة ويقومون بتحصيل هذه الضريبة وفق الأسعار التي حددتها الشريعة، وفي جميع أنواع الزكاة لا يجب أن يأخذ العامل عليها أفضل أنواع الأموال ولا أقلها جودة وإنما يأخذ وسط المال. وينطبق على الزكاة في مصر نفس القواعد السابقة حيث أن وعاءها كان يشمل النقد (الذهب والفضة) والسوائم والزروع والثمار وعروض التجارة ويشترط لاستحقاقها أن يصل المال محل الضريبة حد معين كما يشترط مضي عام.

الفرع الثاني

الخراج

وهو ما وضع على رقاب الأرض من حقوق تؤدي عنها، ويعتبر الخليفة عمر بن الخطاب هو أول من أنشأ الخراج عندما لاحظ عدم قسمة الأرض بين من افتتحها، ويعتبر الخراج من أهم موارد الدولة الإسلامية وأهم ما يجبي من غير المسلمين حيث اتسعت الفتوحات الإسلامية وكثرت الأراضي الخراجية. ويمكن تقسيم الأراضي الزراعية التي يتم وضع الخراج عليها إلى قسمين:

القسم الأول: الأراضي التي يتم افتتاحها بالصلح على خراج معلوم فأهلها ملزمون بما صولحوا عليه ويؤدونه إلى المسلمين لا يلزمهم أكثر منه وهذه الأراضي نوعين، نوع تولى عنها أهلها دون قتال وتحال هذه الأراضي إلى وقف للمسلمين ويفرض عليها الخراج وأجره لا يتغير بإسلام ولا ذمة، وأراضي أقام فيها أهلها وتم الصلح على أساسه وهذه الأراضي هي الأخرى على نوعين أراضي تنازلوا عن ملكيتها للمسلمين وبالتالي تأخذ حكم النوع الأول ويكون الخراج المفروض عليهم أجره لا تسقط بإسلامهم، والنوع الثاني ما أقاموا عليه

واستبقوه من أراضيهم يملكون رقابها ويصالحون عنها بخراج يوضع عليها فهو الخراج جزية تؤخذ منهم ما أقاموا على شركهم وتسقط عنهم بإسلامهم.

القسم الثاني: الأراضي التي فتحت قهرا أي الأراضي التي فتحها المسلمون بالحرب، ولقد اختلف الفقه على حكم هذه الأراضي: فقال بعضهم هي غنيمة تخمس وتقسم أربعة أخماسها للقاتلين والخمس الباقي لمن سمى الله في كتابه، وبعضهم أحال حكمها إلى الإمام إن رأى أن يجعلها غنيمة فيخمسها ويقسمها كما فعل الرسول (ص) في خيبر، وإن رأى يجعلها فيئا فلا يخمسها ولا يقسمها بل تكون موقوفة على المسلمين عامة كما فعل الخليفة عمر بالسواد.

ويتحدد مقدار الخراج الذي يوضع على الأرض تبعا لجودتها وطرق ريها ونوع زروعها وقربها أو بعدها عن الأسواق، وينقسم من حيث طريقة تحديده إلى خراج وظيفة والواجب فيه قدرا معيناً عن كل مساحة معلومة من الأرض يتعلق بذمة المنتفع ويؤدى سنويا مقابل الانتفاع بالأرض، وخراج مقاسمة ويكون الواجب منه نسبة معينة مما تخرجه الأرض كالخمس أو الربع أو الثلث يتعلق بثمارها. ويسقط الخراج عن الأرض كليا أو جزئيا إذا هلك زرعها كله أو بعضه لسبب لا يمكن لصاحبه تجنبه كالصقيع أو الجفاف أو أن يتعذر الاحتراز عنها⁽¹⁾.

والفقه يختلف حول طبيعة الخراج، فهناك من يرى في الخراج نوع من الضريبة والتي يتم فرضها على الأرض في حين أن جمهور الفقهاء يعتبر الخراج أجره للأرض وهي التي أصبحت بعد فتحها ملكا عاما للأمة الإسلامية وملك أصحابها لها ليس ملك رقبة وإنما هم ملك منفعة، فإذا أسلم أربابها بعد ذلك وانتقلت ملكيتها إلى مسلم فإن الخراج يبقى مضروبا عليها.

ونود الإشارة هنا إلى أن ما تحتمله الأرض من خراج يختلف تبعا لأمر ثلاثة:

أولا: درجة خصوبة الأرض: يزيد الخراج على الأراضي الجيدة التي تأتي بالإنتاج الوفير.

ثانيا: نوع المحاصيل المزروعة بالأرض: حيث أن هنالك من المحاصيل ما يرتفع ثمنه ومنها ما يقل ثمنه أي أن الخراج يكون متماشيا مع قيمة المحصول.

1 - عبد الحميد محمد القاضي، اقتصاديات المالية العامة والنظام المالي في الإسلام، حقوق الطبع محفوظة للمؤلف، ص 430.

ثالثاً: الطريقة التي تروى بها الأرض: ذلك أن ما تلزمه معونة في سقيه لا يتحمل من الخراج مثل ما يتحمله سقي الزرع بالمطار.

ولا بد لواقع الخراج أن يراعي اختلاف الأرض والزرع واختلاف السقي ليعلم ما تحتمله الأرض من ضريبة من غير زيادة تجحف بأهل الخراج ولا نقصان يضر بأهل الفئ ولا يجعل قيمة الخراج غاية ما تحتمله الأرض ليجعل فائضا لأرباب الأرض. ومراعاة للعدالة يعفى من الخراج الأراضي التي أصابها الفيضان أو انقطع عنها الماء مما اتلف الزرع أو أصابته آفة قضت عليه، فلا خراج عليها لأنه فات التمكن من الزراعة وهو النماء التقديري المعتبر في الخراج، على أنه إن عطل صاحب الأرض أرضه عليه أداء الضريبة لأن التمكن كان ثابتاً وهو الذي فوته، وحتى لا يلجا إلى ذلك الذميين لتقويت الخراج على المسلمين، أما إذا حدثت ظروف أدت إلى عجز المكلف عن الدفع فإن الضريبة تخفض عنه.

ويتبين لنا أن الخراج ضريبة عينية على الأراضي الزراعية فرضت دون النظر إلى شخص الممول ولكن بأسعار تحتملها الأراضي المفروضة عليها وتترك فائض كما أنها تراعي ظروف الممول الشخصية بما تتضمنه من إعفاءات بإدخال بعض العناصر الشخصية على هذه الضريبة العينية⁽¹⁾. وبالنسبة لفرض هذه الضريبة في مصر فإن الفقه يؤكد على عدم وجود صورة واضحة عن نظام الخراج الذي طبق في مصر خصوصاً في عصر الولاة. ويبدو من كتابات المؤرخين القليلة أنه اتبع في مصر نظام خراج الوظيفة ومن بعض الوثائق يتبين أن خراج فدان القمح في العصر الفاطمي كان في المتوسط ثلاثة أرباب في الوجه القبلي أما خراج الوجه البحري فكان يؤخذ نقداً. ولا تشير الوثائق المصرية إلى خراج المقاسمة حتى بعد فرضه في عهد المهدي عن طريق وزيره أبي عبد الله إذ ظل النظام المطبق في مصر نظام خراج الوظيفة وكان متوسط دينارين عن كل جريب (فدان) أو ما بين اربدين وثلاثة

1 - عوف محمود الكفراوي، 1993، المالية العامة في الإسلام، حقوق الطبع محفوظة للمؤلف، ص 79.

ارداب من الغلال⁽¹⁾. مع الإشارة إلى انه لم يثر الشك لدى أي من المعاصرين حول تملك المصريين لأراضيهم وتمتعهم بناتجها⁽²⁾.

-
- 1 - صوفي أبو طالب، تاريخ القانون في مصر، مرجع سابق، ص 141 - 142، وانظر كذلك: حسن عبد الحميد، 1998، تاريخ القانون المصري الروماني والإسلام، دار النهضة العربية، ص 234.
 - 2 - فتحي المرفصاوي، 1993، القانون في مصر، العصر الإسلامي، دار النهضة العربية، ص 78. ولا بد من التفريق هنا ما بين الأراضي الخراجية التي تخضع لضريبة الخراج وما بين أراضي العشر التي تخضع للزكاة، وهذه الأخيرة كانت في مصر قليلة جدا وهي تشمل: الأرض الموات التي أحيها المسلمون والأرض التي كانت مملوكة للإمبراطور الروماني وأسرته ملكية خاصة كذلك الحطام وأسرهم آلت إلى بيت مال المسلمين منذ العصر الأموي وجرى العمل على تمليك بعضها فصارت أرض عشرية. مع ملاحظة أن اعتناق أصحاب الأرض الخراجية للإسلام لا يحيل الأرض إلى عشرية بل تظل على ما كانت عليه خراجية. انظر حول ذلك: صوفي أبو طالب، 2000، تاريخ القانون في مصر، مرجع سابق، ص 146-147.

الفرع الثالث

الجزية

وهي الضريبة المقررة على من دخل في ذمة المسلمين من أهل الكتاب وغيرهم جزاء حمايتهم في أشخاصهم وأموالهم والدفاع عنهم وإعانتهم في حاجتهم⁽¹⁾. وقد ورد النص عليها في القرآن حيث يقول الله عز وجل: "قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون" صدق الله العظيم، ويقول الرسول (ص) "ليس على مسلم جزيه"⁽²⁾ وتؤخذ الجزية من الذميين ويشترط لذلك أن يكون دخل الذمي من مصدر غير محرم في الإسلام ولا تجب الجزية إلا على الرجال الأحرار العقلاء فلا تجب على امرأة أو على صبي أو على مجنون أو على عبد⁽³⁾.

وفيما يتعلق بمقدار الجزية فالجزية نوعان النوع الأول جزية يتم وضعها بالصلح والتراضي وتقدر في هكذا حالات وفق ما يتم الاتفاق عليه بين الأطراف، والنوع الثاني جزية يقوم الإمام بوضعها على الكفار الذين هزمهم وأقرهم على أموالهم، وكان الرسول (ص) يضع دينارا في السنة جزية على كل حالم، ويذهب الإمام أبو حنيفة إلى تقسيم الذميين إلى ثلاثة أقسام:

- 1 - عبد الحميد محمد القاضي، اقتصاديات المالية العامة، مرجع سابق، ص 432.
- 2 - الآية: رقم 29 من سورة التوبة، والحديث: جمال الدين عبدالله الزيلعي، مرجع سابق، ص 338.
- 3 - يختلف الفقهاء حول من يجب أن تؤخذ منهم الجزية فعند الحنفية وبعض المالكية والحنابلة أن الجزية لا تقتصر على أهل الكتاب إنما تؤخذ من جميع الكفار الذين دخلوا في ذمة المسلمين إلا مشركي العرب والمرتدين فلا يقبل منهم إلا الإسلام أو القتل لعموم قوله تعالى في سورة التوبة "قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله....، وعند الشافعية لا تؤخذ الجزية إلا من أهل الكتاب وهم اليهود والنصارى. كذلك اختلفوا فيمن تجب عليه الجزية فأوجبها بعض الفقهاء على كل حالم من ذكر أو أنثى حر أو عبد ويروى عن الرسول انه كتب إلى أهل اليمن يقول انه من كان على يهوديته أو نصرانيته فانه لا يفتن عنها وعليه الجزية على كل حالم من ذكر أو أنثى عبد أو أمه دينار أو قيمته من المعافى، إلا أن جمهور الفقهاء يرى أنها لا تجب إلا على الرجل العاقل الحر ولذلك فان الرسول (ص) كان ينهى عن قتل النساء والأطفال والعجزة والكهول ممن لا قتال فيهم.

القسم الأول: أغنياء يؤخذ منهم 48 درهما. القسم الثاني: أوساط يؤخذ منهم 24 درهما. القسم الثالث: فقراء يؤخذ منهم 12 درهما. وأما عن كيفية تحصيل هذه الجزية فان هنالك من يذكر أن الجزية تحصل على النحو التالي:

1. يؤخذ من الأغنياء في كل شهر 4 دراهم.

2. يؤخذ من متوسطي الحال في كل شهر درهمان.

3. يؤخذ من الفقراء في كل شهر درهم واحد.

فالجزية بالشكل السابق ذكره إنما هي ضريبة تراعي مقدرة المكلف على الدفع، والتشريع الإسلامي يضع حدوداً لهذه المقدرة بحيث لا يجبر جبر المكلف على بيع الضروريات حتى يصبح قادراً على دفع مبلغ الضريبة، كما خفض فئات الضريبة على الطبقات الفقيرة وتسهيلاً لسدادها وتخفيفاً لعبء الضريبة جعلها تسدد على أقساط شهرية، كما يتبين لنا مدى سماحة الإسلام دين ودولة مع أهل الأديان الأخرى ومدى الرفق على أهل الجزية بإعفاء من يعجز منهم عن الكسب من أداء الضريبة بل ويقرر له راتب من بيت مال المسلمين⁽¹⁾.

ويرى بعض الفقه أن السبب القانوني لدفع الجزية هو عقد الذمة الذي بمقتضاه يقبل الذميون دفع الجزية ليكف المسلمون عن قتالهم وقد حدث ذلك بالنسبة لمصر حينما عقدت معاهدة بابلون الأولى التي حددت مركز المصريين والبيزنطيين وبمقتضاها أصبح المصريون أهل ذمة يؤدون الجزية⁽²⁾.

والجاري في مصر كان دفع الجزية، إلا أنه يلاحظ أن الرهبان فيها كانوا يعفون من دفع هذه الجزية حتى ولاية عبد العزيز بن مروان على مصر، والذي قام بعمل إحصائية لعدد الرهبان في مصر ثم قام بفرض دينار واحد كجزية، ويرجع السبب في ذلك ما لوحظ من زيادة ثروة هؤلاء الرهبان ثم أن الكثير من سكان مصر حاولوا التستر وراء الكنيسة للتهرب من دفع الجزية وغيرها من الأعباء المالية مما أضر بإيرادات الدولة المالية إلا أن الوضع

1 - عوف محمود الكفراوي، 1993، المالية العامة في الإسلام، مرجع سابق، ص 82.

2 - حسن عبد الحميد، مرجع سابق، ص 329.

عاد كما كان عليه في السابق في عهد عمر بن عبد العزيز حيث أمر بإعفاء الرهبان من دفع الجزية.

وكانت الجزية تحصل في مصر ومنذ معاهدة بابلون على (3) أفساط تتفاوت تبعاً لاختلاف الولاية من ناحية وتبعاً للقدرة المالية للشخص من ناحية أخرى، والذي يلاحظ أن إيرادات الجزية بدأت بالتناقص بعد ازدياد عدد الأفراد الذين يعلنون إسلامهم فلا تجب عليهم الجزية.

وتسقط الجزية إذا عجزت الدولة الإسلامية عن الدفاع عن أهل الذمة كما تسقط عن اشتراك برضاه وبموافقة ولي الأمر في الدفاع عن دار الإسلام، وتمشياً مع هذه المبادئ وما جرى عليه العمل في صدر الإسلام فإنه لا محل لإلزام أهل الذمة في دار الإسلام في العصور الحديثة في البلاد الإسلامية التي تجعل التجنيد إجبارياً ومنها مصر التي بدا إلغاء الجزية فيها بقرار أصدره الوالي سعيد عام 1855 بعدما أصبح التجنيد إجبارياً بالنسبة لكل المصريين مسلمين وأقباط⁽¹⁾.

وتدل وثائق العصور التالية لعصر الولاية على أن الجزية أصبحت تعرف باسم "الجوالى" وعرفت في مصر العثمانية باسم "الوركو الشرعي" وإن مقدارها كان يتم أحياناً على أساس توحيدها (ديناران للفرد) وأحياناً أخرى على أساس القدرة المالية للشخص، وكذلك الحال بخصوص مواعيد استحقاقها مرة واحدة في السنة أو تقسيطها على مدار السنة⁽²⁾.

1 - صوفي أبو طالب، 2000، تاريخ القانون في مصر، مرجع سابق، ص 132.

2 - صوفي أبو طالب، 2000، تاريخ القانون في مصر، مرجع سابق، ص 137.

الفرع الرابع

عشور التجارة

وهي الضرائب التي كان يتم تحصيلها على البضائع التي يتولاها التجار الكفار، والتي يأتون بها من دار الحرب إلى البلاد الإسلامية، وكانت تشمل البضائع التابعة للتجار من أهل الذمة، وأول من وضع هذه الضريبة في الإسلام كان عمر بن الخطاب، ويبدو أن الداعي الأول لخلق مثل هذه الضريبة تمثل في اتساع مساحة الدولة الإسلامية بعد أن استمرت الفتوحات الإسلامية وبالتالي أصبح مطلوبا من القائمين على الدولة الإسلامية تأمين الخدمة لأفراد الدولة، مما احتاج معه الأمر إلى البحث عن موارد مالية إضافية لتحمل الأعباء الجديدة.

ولا بد من اختيار عمال العشور من بين الرجال الذين كانوا يتمتعون بالصدق والأمانة. وعن مقدار الضريبة وكيفية تحصيلها فإن العاشر وهو من كان يقوم بتحصيل هذه الضريبة كان يأخذ من أهل الذمة نصف العشر ومن أهل الحرب العشر من كل ما يمرون به على العاشر، وإذا علم العاشر كم يأخذ أهل الحرب من تجار المسلمين إذا مروا ببلادهم فإنه يحصل منهم نفس النسبة إذا مروا عليه، فإن علم أنهم يأخذون منا ربع العشر أو نصف العشر يأخذ بقدره وإن كانوا يأخذون الكل لا نأخذ الكل لأنه غدر وإن كانوا لا يأخذون أصلا لا نأخذ.

وكان العاشر يقوم بتقدير الضريبة على قيمة ما يمر به تاجر أهل الذمة أو تاجر أهل الحرب من أموال التجارة بشرط أن تبلغ القيمة النصاب وهو مائتي درهم أو عشرين مثقالا وكان يتم تحصيل الضريبة وفقا للنسب الآتية:

1. 5% من أموال تجارة أهل الذمة.

2. 10% من أموال تجارة أهل الحرب.

واختلف الفقه حول الخمر والخنازير، إذ يعد الخمر والخنازير مالا إذا امتلكه أهل الذمة، لذلك فإذا مروا به على العاشر اخذ منهم ضريبة هذا المال على أن هنالك من يرى

مضاعفة هذه الضريبة في صدد حالات الخمر والخنازير وجانب آخر لا يرى داع لمضاعفة الضريبة⁽¹⁾.

وتحصل الضريبة مرة واحدة في السنة ولو مر صاحب المال على العاشر أكثر من مرة، مالم يخرج من حدود الدولة الإسلامية إلى البلاد المجاورة فان خرج ثم عاد ولو بنفس التجارة تحصل منه الضريبة على الأموال التي أتى بها لأنه عندما يرجع فانه يرجع بأمان جديد.

وعن العشور في مصر فان العرب فرضوا فيها المكوس وهي ضرائب كانت تفرض على البضائع الداخلة وكان مقر صاحب المكس في قرية أم دنين شمال الفسطاط، وفرضوا كذلك ضرائب على البضائع القادمة من خارج مصر ولكنها تمر عبر مصر وفي أيام الدولة الفاطمية اعتبرت المكوس من أهم موارد الدولة، ويذكر الفقه أهم الثغور التي كانت ترد إليها عروض التجارة الأجنبية كالإسكندرية ورشيد ودمياط على البحر الأبيض وسواكن وعيذاب على البحر الأحمر أما المكوس الداخلية فكان يجري تحصيلها في الفسطاط والقاهرة. وفي العصر الأيوبي تم إلغاء جانب من هذه المكوس، ومع ازدهار التجارة في العصر المملوكي وزيادة التعامل التجاري لا سيما مع الدول الأوروبية فقد أدى ذلك إلى ازدياد النشاط الضريبي، وجرت العادة على دفع رسوم مقدارها 2% من القيمة التي كان يأتي بها التاجر الأجنبي ويدخل بها أحد الثغور المصرية، ومن ذلك أن سمح لهؤلاء التجار بإحضار الخمرة وقد بلغت رسومها في السنة أربعين ألف دينار، ويذكر المقريري أن مكس ساحل الغلة كان في عصر المماليك يدر على الدولة في اليوم الواحد بضعة وسبعين ألف درهم وهذه المكوس تفرض على الغلال المجلوبة إلى مينائي القاهرة والفسطاط وكان مقدارها اقل قليلا من درهم عن كل إردب وكانت مكوس التجارة بنوعيتها تمثل موردا هاما من موارد بيت المال⁽²⁾. كما أن بعض الولاة توسعوا في فرض ضرائب غير عادية على الأسواق وأصحاب الدواب والمراعي وعلى المرافق والمعادن (ضرائب شهرية) كذلك زادت الضرائب غير العادية في عهد المماليك حتى أطلق عليها اسم المظالم.

1 - عوف محمود الكفراوي، 1993، المالية العامة في الإسلام، مرجع سابق، ص 84.

2 - صوفي أبو طالب، 2000، تاريخ القانون في مصر، مرجع سابق، ص 144.

المطلب الثاني الموارد غير الدورية

وهي الموارد التي تتسم بعدم الثبات وعدم الاستقرار أي أن تحصيلها لا يكون في وقت ثابت ولا بمقدار ثابت، إنما هو مختلف تبعاً لتطور الأوضاع والظروف، ويذكر الفقه العديد من هذه الموارد غير الدورية والتي تتغير وتتوحد باستمرار ومع مرور الوقت تبعاً لاختلاف الزمان والمكان. وسيكتفي الباحث في هذا المطلب بدراسة موردي الغنائم والفيء وذلك في فرعين:

الفرع الأول الغنائم

المقصود بالغنيمة ذلك المال الذي يظفر به المسلمون ويحوزونه عن طريق القتال أي أنه يحصل بالقوة والإكراه، ويقول الله عز وجل في كتابه العزيز "واعلموا أنما غنمتم من شيء فإن لله خمسه وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل"⁽¹⁾.

وخمس الغنائم يشكل مورداً من موارد الدولة، ويقول الرسول الغنيمة لمن شهد الواقعة، ويجب أن تتم القسمة بالعدل وخمس الغنائم من موارد بيت المال أما الأربعة أخماس فليست من موارد بيت مال المسلمين إلا في حالة الأراضي المفتوحة عنوة، وقد يرى الإمام وقفها على المسلمين وعدم تقسيمها وهنا تعتبر جميع إيراداتها من موارد بيت المال. وحالياً نلاحظ أن الدول الإسلامية تنفق مبالغ كبيرة للاهتمام بالشؤون الحربية ومن ثم فمن المتعذر تقسيم الغنائم على النحو السابق ذكره. ولقد توالى الغنائم في عهد أبو بكر الصديق إثر توجيئه الجيوش لغزو الشام والعراق واتسع إيراد الدولة في عهد عمر بن الخطاب مع مواصلة الفتوحات الإسلامية في مشارق الأرض ومغاربها.

والذي يجدر ذكره هنا أن الخليفة عمر بن الخطاب قد عمل على تغيير مفاهيم خمس الغنائم إذ كان السائد سابقاً أن البلد الخاسر في الحرب تصبح أمواله وأهله غنيمة للمنتصرين يجوز استرقاقها، إلا أن عمر بن الخطاب رفض ذلك ووضع عدة مبادئ مستمدة من روح

1 - الآية رقم (41) من سورة الأنفال.

الإسلام ومنها عدم جواز استرقاق الأحرار من أهل البلاد المفتوحة وترك الخيار لهم بين الإسلام أو دفع الجزية كذلك عدم جواز استرقاق الأسرى وهم الرجال المقاتلون الذين رفضوا الدخول في الإسلام وتطبيق الخيار بين المن (إطلاق سراحهم دون مقابل) أو الفداء (تبادل الأسرى لو بالمال) وتظل الأرض لأصحابها من أبناء البلاد المفتوحة ويفرض عليها خراج ولا تقسم بين المحاربين وتكون الأموال المنقولة غنيمة للمقاتلين وهي السلاح والمال والمشايه والاسلاب.

الفرع الثاني

الفيء

وهو المال الذي يؤخذ من الكفار عفوا من غير قتال، حيث يقول الله عز وجل "وما أفاء الله على رسوله منهم فما أوجفتم عليه من خيل ولا ركاب ولكن الله يسلط رسله على من يشاء والله على كل شيء قدير، ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فله وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل كي لا يكون دولة بين الأغنياء منكم"⁽¹⁾. ويشبهه جانب من الفقه بأنه مال الهدنة الذي صولح عليه الكفار كالجزية والخراج وما تركه أهله بدون قتال⁽²⁾.

والفيء وهو مورد من موارد الدولة وموارد بيت المال إنما يستخدم لسداد حاجات المسلمين، ولقد ذكر ابن رشد أن الإمام كان يعطي منه للمقاتلين والحكام والولاة وكان ينفق فيه في النوائب التي تنوب المسلمين كبناء القناطر وإصلاح المساجد وغير ذلك. وقد جرى أبو بكر الصديق في خلافته على المساواة بين الناس في أعطيتهم من الفيء دون النظر لطلب البعض تفضيل السبق والفضل بفضلهم لما رآه من أن السبق والفضل أجرهما على الله وان المساواة في ذلك خير من الإيثار.

1 - الآية 6-7 من سورة الحشر.

2 - عوف محمود الكفراوي، 1993، المالية العامة في الإسلام، مرجع سابق، ص 89.

المبحث الثاني

مصارف ونفقات بيت المال في الإسلام

ذكرنا أن بيت المال في النظام المالي الإسلامي كان يعتبر بمثابة خزانة الدولة أو وزارة مالىتها، فإليه تورّد أموال الدولة ومنه تخرج نفقاتها، ومع تنوع وتعدد موارد الدولة ومع ازدياد عدد السكان كان لا بد في مقابل ذلك أن تتعدد وتنوع نفقاتها ومصاريفها في محاولة من القائمين على هذه الدولة لسداد وكفاية حاجات أفرادها وتقديم أفضل خدمات ممكنة لهم، وعلى أن يكون تقديم هذه الخدمة في الوجوه التي خصصت لها. وعلى ذلك فإنه يمكن تقسيم نفقات ومصارف الدولة الإسلامية إلى قسمين:

القسم الأول: نفقات محددة على سبيل الحصر. القسم الثاني: نفقات عامة.

المطلب الأول

نفقات محددة على سبيل الحصر

ويمكن حصر هذه النفقات بنوعين: النوع الأول: وهو خاص بتوزيع أموال الزكاة للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفي الرقاب والغارمين وفي سبيل الله وابن السبيل. النوع الثاني: وهو خاص بتوزيع خمس الغنائم وهو لله وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل.

الفرع الأول

مصارف الزكاة

كانت الزكاة ببداية إقرارها في مكة تؤدى بشكل اختياري أي غير ملزمة، ولم تصبح ملزمة إلا بعد أن هاجر الرسول إلى المدينة وكانت أوجه صرفها بيد الرسول يوزعها على الفقراء.

وبعد نزول قوله تعالى " إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفي الرقاب والغارمين وفي سبيل الله وابن السبيل فريضة من الله والله عليم حكيم⁽¹⁾. حيث حدد الله سبحانه وتعالى أوجه الإنفاق في الوجوه التالية:

1 - الآية 60 من سورة التوبة.

أولاً: الفقراء: والفقير هو الذي لا شيء له مطلقاً ولا قدرة له على الكسب ويرى البعض انه من له شيء دون الكفاية.

ثانياً: المساكين: والمساكين هو الذي له شيء ولكن لا يكفيه، ويرى البعض أن المسكين أسوأ حالاً من الفقير بدليل قوله تعالى "أو مسكيناً ذا متربة"⁽¹⁾. أي أن يده لاصقة بالتراب من العدم.

ثالثاً: العاملون على الزكاة: وهم الذين يبعثهم الإمام لجباية الزكاة في جميع مراحلها سواء من يجمعونها أو يحفظونها أو ينقلونها ومن يساعدونهم من المحاسبين والكتبة ومن يكلونها أو يزنونها أو يعدونها. على أن هنالك شروطاً معينة في العامل الذي يقوم على الزكاة فيجب أن يكون رجلاً أميناً وان يختار جمع الصدقات في البلدان أقواماً يرتضونهم ولا يتولى الزكاة عمال الخراج.

وأما عن المقدار الذي يأخذونه فيرى أبو حنيفة أنهم يأخذون على قدر أعمالهم وكفاية أمثالهم بالمعروف والعاملون عليها يأخذون ولو كانوا أغنياء لأنه اجر عمل، أما الشافعي فيرى أن يكون لهم الثمن باعتبار أن المذكورين ثمانية أصناف.

رابعاً: المؤلفة قلوبهم: وهم الذين لم يرسخ الإيمان في قلوبهم فيعطون من الزكاة تأليفاً لهم، وكان الرسول (ص) يتالفهم لاكتفاء شرهم وكي يكونوا أعواناً للإسلام والمسلمين وهنالك طريقتين التوزيع الزكاة عليهم فان كان مسلماً أعطي من أموال الزكاة وان كان مشركاً أعطي من أبواب المصارف الأخرى كالفيء والغنائم. والمؤلفة قلوبهم أربعة أصناف صنف منهم تتألف قلوبهم لمعونة المسلمين، وصنف تتألف قلوبهم للكف عن المسلمين، وصنف تتألف قلوبهم لترغيبهم في الإسلام، وصنف تتألف قلوبهم لقومهم وعشائهم في الإسلام.

خامساً: وفي الرقاب: ويشمل المكاتب وغيره والمكاتب هو الرقيق الذي علق سيده عتقه على قدر من المال يدفعه إليه فيعطى من الزكاة معاونة له على تحريره، وكذا يفك منها الأسرى المسلمين، وبذلك يكون الإسلام أول نظام يستخدم الأموال لمنح الحرية للعبيد والأسرى.

سادساً: والغارمين: والغارم هو المدين الذي يستدين لغير معصية وعجز عن الوفاء فيعطى من الزكاة مساعدة له على قضاء دينه ومثله من استدان لتسكين فتنة بين قوم فيعطى ولو كان

غنيا كان يقع بين فريقين عداوة وضغائن يتلف بها نفس أو مال ويتوقف الصلح بينهما على من يتحمل التعويض عن النفس والمال فيسعى إنسان في الصلح ويتحمل ذلك التعويض.

سابعاً: وفي سبيل الله: أي الغازي في سبيل الله فيعطى من الزكاة لان انقطاعه للجهاد أقعده عن العمل والكسب وليس هذا من باب التشجيع على البطالة فهذا الصنف قد أثر مصلحة الأمة على مصلحة نفسه، ويرى البعض أن سبيل الله يشمل الغزو الشرعي وغيره من مصالح الإسلام ويجوز صرف الزكاة في المنافع العامة وما تقتضيه حاجات الأمة.

ثامناً: ابن السبيل: وهو المسافر المنقطع عن أهله وماله فيعطى من الزكاة وان كان غنياً في بلده وذلك معاونة له على بلوغ غايته ولان انقطاعه عن ماله جعله معدماً، وهو كذلك الذي يريد السفر في غير معصية فيعجز عن بلوغ مقصده إلا بمعونة تبلغه مقصده.

في مصر كان ولاية الأمور يجبون الزكاة من المسلمين، على انه لم يكن من اللازم أن توزع أموال الزكاة على جميع المستحقين الذين ذكروا سابقاً بل يجوز أن تدفع لصنف واحد منهم كما قرروا أن سهمي الفقراء والمساكين يجب أن تصرف لأهل القرية أو المدينة التي أخذت منها الزكاة أما غير هذين السهمين فليس محدد المكان⁽¹⁾.

1 - صوفي أبو طالب، 2000، تاريخ القانون في مصر، مرجع سابق، ص 166.

الفرع الثاني

مصارف الغنائم

كان للرسول سهم في حياته ينفقه على نفسه وأزواجه وما فضل عن ذلك يجعله في المصالح العامة وعلى أهل الفاقة وسهم آخر لذوي قرباه وهم بنو هاشم وبنو عبد المطلب الذين خضعوا للإسلام وقد تغير نظام التوزيع هذا في عصر أبو بكر وعصر عمر فقد أصبح سهم الرسول وسهم ذوي القربى يصرف في مصالح المسلمين وكذلك الجيوش. ويجمع جمهور العلماء بأن أربعة أخماس الغنيمة للغنمين إذا خرجوا بإذن الإمام وفي ذلك ذكر الماوردي "أما أربعة الأخماس ففيه قولان أحدهما أنه للجيش خاصة لا يشاركهم فيه غيرهم ليكون معدا لأرزاقهم والقول الثاني أنه مصروف في المصالح التي منها أرزاق الجيش وما لا غنى للمسلمين عنها⁽¹⁾.

أما فيما يتعلق بمصارف ما يلحق بالخمس يقول أبو يوسف "في كل ما أصيب من المعادن منه قليل أو كثير الخمس ولو أن رجلا أصاب من معدن اقل من وزن مائتي درهم فضة أو اقل من وزن عشرين مثقالا ذهب فيه الخمس وليس هذا على موضع الزكاة وإنما هو على موضع الغنائم وليس في تراب ذلك شيء وأما الركاز فهو الذهب والفضة الذي خلقه الله عز وجل في الأرض يوم خلقت فيه أيضا الخمس فمن أصاب كنزا عاديا في غير ملك أحد فيه ذهب أو فضة أو جوهر أو ثياب فإن ذلك الخمس وأربعة أخماسه للذي أصابه وهو بمنزلة الغنيمة⁽²⁾.

أما فيما يخرج من البحر فاختلف الناس في العنبر واللؤلؤ فالأكثر من العلماء قال على أن لا شيء فيها كما يروى عن ابن عباس وجابر وهو رأي سفيان ومالك جميعا، أما من أوجب الخمس فيما يخرج من البحر تشبيها بما يخرج من البر من المعادن فراهما بمنزلة واحده، وذهب من لا يرى ذلك إلى أنهما مفترقان، يقولون فرقت بينهما سنة رسول الله (ص)

1 - ورد هذا عند عوف الكفراوي، 1993، المالية العامة في الإسلام، مرجع سابق، ص 214.

2 - ورد هذا عند عوف الكفراوي، 1993، المالية العامة في الإسلام، مرجع سابق، ص 216.

إذ جعل في الركاز الخمس وسكت عن البحر فلم يقل عليه شيئاً. وقال أبو عبيدة كذلك هما عندنا ليسا بمتساويين وذلك أنا رأينا حكم البحر والبر مختلفين في غير خلة ولا اثنتين⁽¹⁾.

ويختلف الفقه حول مصارف الفبيء فهناك من يرى بان يكون الفبيء لجميع المسلمين فقيرهم وغنيهم، فالإمام يعطي منه للمقاتل وللحاكم وللوالي وينفق منه في النوائب التي تتوب المسلمين ولا خمس في شيء منه وبذلك قال الجمهور، وقال الشافعي بل فيه الخمس والخمس مقسوم على الأصناف الذين ذكروا في آية الغنائم وهم الأصناف الذين ذكروا في الخمس بغير الغنينة وان الباقي هو مصروف حسب اجتهاد الإمام ينفق منه على نفسه وعلى عياله.

ولا يذكر الفقه القانوني أي إشارات واضحة على تطبيق القواعد السابقة على الدولة المصرية إبان حكم الإسلام لها لكن ظاهر الأمور يوحي بان تطبيق هذه الأحكام كان يشمل جميع أراضي المسلمين إذ كان أمير المؤمنين وبيت المال حريصين على تحديد مصارف الزكاة والغنينة بشكل يكفل إنفاقها على الأوجه الشرعية الصحيحة والمقررة شرعا في كتاب الله وسنة رسوله.

1 - أبو عبيد القاسم، مرجع سابق، ص 482.

المطلب الثاني نفقات عامة

وهي تشمل جميع النفقات التي لا يرد فيها نصوص محددة بمعنى أن مسألة تحديد مثل هذه النفقات يكون متروكا للاجتهاد، مع ضرورة عدم جواز خلط الموارد ذات المصارف الخاصة بتلك المصارف العامة ويمكننا حصر النفقات العامة في النظام المالي الإسلامي في نوعين:

الفرع الأول

نفقات المصالح العامة في الإسلام

وهذه المصارف أو النفقات كثيرة وفيما يلي نورد بعض الأمثلة عليها:

أولاً: **مخصصات رئيس الدولة:** كانت حكومة الرسول دينية تستمد سلطتها من نبوة القائم بأمرها وكانت مظاهر الحكومة السياسية بيد الرسول فهو من كان يقود الجيوش ويفصل في الخصومات ويجبي الأموال، وحين تولى أبو بكر الخلافة بعد وفاة الرسول كانت حرفته التجارة واستمر فيها لمدة ستة أشهر لكنه لم يتمكن من الجمع بينها وبين الاشتغال بأمر الخلافة فقام بمشاورة المسلمين في هذا الموقف فأشار عليه المسلمون بأن يتفرغ لأمر الخلافة وفرضوا له ستة آلاف درهم في العام⁽¹⁾.

وبنفس المعنى فان سيدنا عمر بن الخطاب حينما آلت إليه مقاليد الخلافة لم يكن له حق معلوم في مال المسلمين فقد كان تاجرا يقوت نفسه وأهله من أعمال التجارة وظل كذلك حتى فتحت القادسية ودمشق فجمع الصحابة وشاورهم في التفرغ لأمر المسلمين وان يفرضوا له ما يكفيه وأهله فاجمعوا أن يفرضوا له في السنة ستة آلاف درهم.

ثانياً: **عطاء العمال في الإسلام:** انشأ الرسول مجلس للشورى يتكون من أربعة عشر عضواً وكان اختيارهم مناصفة بين الأنصار والمهاجرين وإلى جانب هذا المجلس كان هنالك صاحب السر "السكرتير الخاص" وهنالك الأمين على خاتم الرسول وكان للرسول كتبة للمداينات وكتبة أموال الصدقات وكتبة الغنائم وكتبة المصاحف، وبعد تقسيم رقعة الدولة الإسلامية إلى ولايات

1 - إبراهيم فؤاد احمد، الإنفاق العام في الإسلام، ص 93.

كان في كل ولاية عمال ولم يكن لهؤلاء العمال مخصصات ثابتة أو نظام معين يحدد أرزاقهم بكل شهر أو كل عام إنما كان ذلك بحسب الظروف وفي عصر عمر تغير نظام الأعطيات وحددت رواتب الولاة والعمال وقد تقرر أن يكون راتب بعض هؤلاء العمال شهريا والبعض الآخر تقرر أن تكون رواتبهم يومية وسنوية وبعض العمال كانت رواتبهم شهرية ويومية.

ثالثا: النفقات الحربية: تم تقسيم الدولة الإسلامية للعديد من المناطق الحربية وفي كل منطقة كانت هنالك معسكرات لإقامة الجند وكانت في هذه المعسكرات حظائر كبيرة للخيول بها ما لا يقل عن أربعة آلاف حصان في كل حظيرة بمعدات على أتم الاستعداد في كل وقت، ويرى جانب من الفقه أن النفقات الحربية يمكن تقسيمها إلى قسمين: القسم الأول: هنالك أعطيات الجند والأجور والمرتبات التي تمنح للجند وما في حكمها، والقسم الثاني: نفقات الإمدادات والتموين وتشمل الأسلحة والمعدات الحربية بمختلف أنواعها كذلك إمدادات الجيش من الملابس والأغذية ومستلزمات العلاج⁽¹⁾.

رابعا: نفقات القضاء في الإسلام: في بداية نشأة الدولة الإسلامية كان الرسول هو القاضي الوحيد وهو الذي يحكم بين الناس بما ينزله الله عز وجل من الوحي حيث يحضر المتخاصمان إليه مختارين فيسمع كلامهما وكانت طريقة الإثبات بالبينة وشهادة الشهود والكتابة وغيرها. وبعد اتساع مساحة الدولة الإسلامية سمح الرسول لبعض أصحابه بفض الخصومات بين الناس وفقا لكتاب الله وسنة رسوله والقياس.

أما في عصر الخلفاء الراشدين فتميز بان القاضي كان يحكم بما يومية إليه اجتهاده إذ لم تكن المذاهب الإسلامية قد تكونت بعد وكان عمر بن الخطاب أول من خصص راتب للقاضي ففرض لسليمان بن ربيعة خمسمائة درهم في كل شهر واستمرت رواتب القضاة على هذا النحو زمن الخلفاء الراشدين وارتفعت الأجور بعد ذلك حيث وصلت حدها الأعلى في زمن العباسيين.

خامسا: نفقات المهاجرين: يمكن القول أن أول نواة الدولة الإسلامية كان مع هجرة الرسول من مكة إلى المدينة وفي هذه الأخيرة بدا تكوين المجتمع الإسلامي ففي مكة لم يكن المجتمع الإسلامي قد تبلور بعد واستكمل مقومات وجوده حيث كان المسلمون قلة يطاردهم مشركي

1 - عوف الكفراوي، 1993، المالية العامة في الإسلام، مرجع سابق، ص 236.

مكة فيلقون الاضطهاد وكان أكثر الذين دخلوا في الإسلام في ذلك الوقت من الفقراء والأرقاء وعليه فإن مهاجري مكة الذين هاجروا مع الرسول إلى المدينة كانوا بمثابة "مشكلة اجتماعية" فكان من المفروض على الدولة أن تتولى كفايتهم وحمايتهم وتأمين العيش الكريم لهم وقد تمكن الرسول من حل هذه المشكلة فقام أنصار المدينة بكفالة إخوانهم المهاجرين وذلك بعد أن آخى الرسول بين أصحابه من المهاجرين والأنصار.

سادسا: أشرف العطاء: يعتبر هذا النوع من النفقات بمثابة الترقيات أو العلاوات التي تمنح للأفراد، ويتم منحها عادة لأهل السابقة في الإسلام والذين اشتركوا في الفتوحات الإسلامية الأولى تكريما لهم لاشتراكهم في تلك الحروب التي أدت إلى ترسيخ أركان الإسلام وتثبيت دعائمه وكان أشرف العطاء يعطى للفرسان الذين كانوا يقاتلون بشجاعة في ميادين المعركة.

سابعا: نفقات إنشاء مقر الدولة: كان لا بد للدولة الجديدة من اتخاذ مقر لها للعبادة ولتصريف أمور المسلمين فكان ذلك عن طريق بناء أول مسجد في الإسلام وكان ذلك حينما تعاون المسلمون جميعا في وضع الحجارة للمسجد وفي نفس الوقت تم إنشاء بيتين من الطين لاحقين بالمسجد ليسكن فيهما الرسول مع أسرته والتي بعث في طلبها من مكة كما خصص الرسول جزء من المسجد لسكنى بعض المسلمين الذين لا سكن لهم وعرف هؤلاء بأهل الصفة.

الفرع الثاني

نفقات بيت مال الضوائع والنفقات الأخرى

اعتبر بيت مال الضوائع مورداً من موارد الدولة وهو كل مال ليس له مالك أو لم يعرف له مالك كمال اللقطة التي مضت عليها فترة التعريف ولم يظهر صاحبها وكالتركات التي ليس لها مستحق، فمن وجبت عليه دية في قتل خطأ أو في جرح ولا مال له فانه يؤدي ذلك من بيت مال الضوائع.

أما النفقات الأخرى: لا تقتصر نفقات الدولة الإسلامية على الأمور السابق بيانها، فالفقه يذكر العديد من النفقات الإضافية، فقد رخص التشريع الإسلامي لولي الأمر أن يقتصر للوفاء بالنفقات الضرورية في حالة عدم وجود ما يكفي ذلك في بيت مال المسلمين، وعرفت الدولة الإسلامية التمويل بواسطة الاقتراض وإذا ما أصاب المسلمين مصيبة ولم يكن في بيت مال المسلمين ما يسد حاجاتهم فعلى ولاية الأمر انتداب المسلمين للتبرع.

كذلك أجاز التشريع الإسلامي لولي الأمر عند الضرورة أن يوظف على الناس أي أن يفرض عليهم الضرائب حسب مقتضيات الضرورة التي يقدرها في حال عدم كفاية الإيرادات السابقة، يضاف إلى كل ذلك الإنفاق العام الذي ينفقه الأفراد دون إكراه وفي سبيل الله وهذا الإنفاق أوسع نطاقاً من فريضة الزكاة التي لا تقع إلا على نسبة محدودة من مال الفرد.

ثم شرع النظام المالي الإسلامي مسالة العقوبات المالية أو الكفارات كمورد لا حد له لمساعدة الفقراء والمساكين فحين يصبح المسلم غير قادر على صوم رمضان لمرض الم به فانه يطعم عن كل يوم مسكيناً، وإذا تعمد الفرد الإفطار وهو قادر على الصوم كان عليه صوم شهرين متتابعين فان لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً.

ومن موارد الدولة "الصوافي" وهي الأراضي التي جاءت من الفتح وبقيت دون مالك إذ جلا عنها أهلها، إذ يتم استثمار هذه الأراضي ويرصد إيراد الاستثمار لبيت المال، وقد لا تكفي لسد حاجات التكافل الاجتماعي فلا يكون في بيت المال ما يسد تلك الحاجات،

فيفرض الإسلام على أهل كل بلد أن يساعدوا فقراءهم ويكلوهم الضروري لحاجاتهم الغذائية والمعيشية.

خراج مصر: يشير الفقه إلى عدم وجود إحصاءات دقيقة عن عدد السكان أو مساحة الأراضي الزراعية، ولا مقدار ما كان يجبى من مصر من خراج بمعناه الواسع (موارد بيت المال) ولا مقدار ما كان يرسل إلى مقر الخلافة وهو ما يطلق عليه اسم "الفضل" وفي ضوء المتاح من المعلومات كان عدد سكان مصر وقت الفتح العربي يتراوح بين خمسة وسبعة ملايين نسمة وكانت مساحة الأراضي الزراعية حوالي ثلاثة ملايين فدان وقدر المؤرخون مقدار الخراج أي كل الإيرادات -نقدا- على أنه أربعة ملايين دينار في عهد الخلفاء الراشدين، وفي عهد بني أمية كانت تدور بين ثلاثة وخمسة ملايين حسب الإصلاحات المالية وكان يرسل منها لمقر الخلافة حوالي 600 ألف دينار (وفي رواية أخرى 200 ألف دينار)، أما الباقي فكان ينفق في مصر، وفي العصر العباسي بلغت الإيرادات أربعة ملايين دينار ولا يوجد إحصاءات دقيقة عن مقدار الإيرادات في عصور إمارات الاستيلاء والدول المستقلة في مصر⁽¹⁾.

1 - صوفي أبو طالب، 2000، تاريخ القانون في مصر، مرجع سابق، ص 168، وانظر كذلك حسن عبد الحميد، 1998، تاريخ القانون المصري والروماني والإسلام، مرجع سابق، ص 345.

المبحث الثالث

الرقابة المالية في الإسلام

إن بحث النظام المالي لأي دولة وفي أي عصر لا يقتصر على بحث موارد ونفقات هذا النظام، لأن المسألة عندئذ ستكون على ما نعتقد "مبتورة" تحتاج إلى إتمامها، إذ لا بد من التطرق لمسألة الرقابة على مالية الدولة ولا يقصد بالرقابة في المجال الذي نبحت فرض القيود بقدر ما هو بيان وتحديد عناصر الرقابة والتي كانت تتبع في ظل النظام المالي الإسلامي، عل أنه ينبغي أن لا يغيب عن ذهن القارئ مسألة "الرقابة الذاتية" التي تنبثق من عقيدة المسلمين في شتى العصور، وهذه الأخيرة ميزت النظام المالي الإسلامي عن كثير من النظم المعاصرة سواء تلك التي اختارت طريق التحرر الواهم تحت مسمى الرأسمالية أو الاشتراكية أو غيرها.

وعليه فإن خطة الدراسة في هذا المبحث تتطلب منا مطالب ثلاثة:

المطلب الأول: في مفهوم الرقابة المالية وأشكالها.

المطلب الثاني: أجهزة الرقابة المالية في الإسلام.

المطلب الثالث: الرقابة المالية في مصر الإسلامية.

المطلب الأول

مفهوم الرقابة المالية وأشكالها

الفرع الأول

مفهوم الرقابة المالية

الرقابة لغةً هي المحافظة والانتظار فالرقيب يعني الحافظ والمنتظر⁽¹⁾. والرقابة شرعاً المحافظة والانتظار، أما الرقابة من الناحية القانونية فهي عبارة عن حق دستوري يخول صاحبه سلطة إصدار القرارات اللازمة لإنجاح مشروعات الخطة⁽²⁾.

1 - مختار الصحاح، ص 252.

2 - السيد خليل هيك، 1997، الرقابة على المؤسسات العامة الإنتاجية والاستهلاكية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، منشأة المعارف، ص 176.

ولقد أسس الإسلام مسألة الرقابة والمحاسبة للمسلم وذلك حين قال الله سبحانه وتعالى في كتابه الكريم "وترى كل أمة جاثية كل أمة تدعى إلى كتابها اليوم تجزون ما كنتم تعملون هذا كتابنا ينطق عليكم بالحق إنا كنا نستنسخ ما كنتم تعملون"⁽¹⁾. لذلك تتبثق مسألة الرقابة من حيث المبدأ من العقيدة والشريعة والأخلاق، فالعقيدة هي الأساس الأول والضروري للإسلام وتتطلب من المسلم أن يؤمن بالله وملائكته وكتبه ورسله واليوم الآخر وإن يؤمن بقضاء الله وخيره وشره وقد قضت سنة الله في خلقه أن يكون للعقائد سلطان على ما يقوم به الفرد من أعمال وتصرفات.

والعقيدة هي الجانب النظري الذي يدعو إليه الإسلام ويطلب الإيمان به إيماناً لا يرقى إليه الشك فالعقيدة هي الأصل الذي تبنى عليه الشريعة، ومن ثم لا وجود للشريعة في الإسلام إلا بوجود العقيدة والشريعة ما هي إلا تلبية لانفعال القلب بالعقيدة، والعقيدة والشريعة من غير خلق شجرة لا ثمر لها والأخلاق دون عقيدة وشريعة ظل لشيء غير مستقر⁽²⁾.

وقد وضع الرسول القواعد التي تقوم عليها عملية الرقابة حيث حدد إيرادات الدولة وكان يضع مقادير الزكاة ثم الجزية وبين طريقة تحصيلها ثم حدد طرق الإنفاق العام وأحكامه، وكان الرسول يبعث إلى الأقاليم بأمرائه وعماله على الصدقات ويوضح لهم هذه القواعد والأحكام.

وفي عهد الخلفاء الراشدين كانوا يسيرون على نهج الرسول فكانوا يحاسبون عمالهم خاصة مع ازدياد موارد الدولة وكثرة نفقاتها مما كان يتعين معه رقابة اشد، ومن هنا نشأ بيت المال لضبط إيرادات الدولة ونفقاتها، وكان من أهم ملامح الرقابة في عهد عمر بن الخطاب أن الإيرادات لم تكن تحصل إلا بالحق، ثم أن تكون النفقات في مواضعها الشرعية الصحيحة، وكان عمر في سبيل المحافظة على الأموال العامة يقوم بإحصاء ثروة عماله قبل توليهم الولايات وكان يبيت الرقباء والعيون ويرسل المفتشين، وزادت أهمية الرقابة في العصر الأموي حيث بدأت عملية إنشاء الدواوين والأجهزة الخاصة بالرقابة وقد شهد العصر العباسي تقدماً ملحوظاً في النظم الإدارية والرقابية للدولة.

1 - الآية 28-29 من سورة الجاثية.

2 - عوف الكفراوي، 1989، سياسة الإنفاق العام، مرجع سابق، ص 467.

الفرع الثاني

أشكال الرقابة المالية في الإسلام

من خلال تحليل أنشطة الرقابة المالية التي كانت تتم في أيام الإسلام الأولى يتضح لنا أنها كانت تتضمن الأشكال الحديثة للرقابة، وذلك بأنها كانت تلائم نظام الإسلام وتعاليمه:

أولاً: الرقابة المالية الداخلية: تنبع الرقابة المالية الداخلية في الإسلام من النفس البشرية فهي رقابة ذاتية كونها الإسلام في نفس المسلم، فقد وضع قواعد لإنماء المال والحصول عليه يطبقها المسلم بينه وبين ربه دون رقيب خارجي اكتفاء برقابة الله سبحانه ومن شأن هذه القواعد سواء نزلت بالقرآن أو وردت في السنة أن تحمي المال العام من الضياع والإسراف.

وهكذا نلاحظ أن المنهج الإسلامي كفيل إذا ما طبقه المسلم لتحقيق الرقابة على المال العام ذلك أن الإسلام يعتبر المال ملكاً لله سبحانه وتعالى والإنسان مستخلف عليه في الأرض ومفوض به ونائب عن الله في إدارته، ولذلك فمن بيده المال يجب أن يلتزم فيه حدود الله سواء في طريقة التحصيل أو في تنمية هذا المال.

ثانياً: الرقابة المالية السابقة في الإسلام: ومن الأمثلة على هذه الرقابة:

- ما ورد من حديث شريف عن الرسول "من ولى لنا شيئاً فلم تكن له امرأة فليتزوج امرأة ومن لم يكن له مسكن فليتخذ مسكن ومن لم يكن له مركب فليتخذ مركباً ومن لم يكن له خادم فليتخذ خادماً فمن اتخذ سوى ذلك كنزاً أو إبلاً جاء الله به يوم القيامة غملاً أو سارقاً".
 - ما طلبه سعد بن أبي وقاص بعد فتح العراق من أمير المؤمنين عمر بن الخطاب حينما سأله الناس أن يقسم بينهم مغانمهم وما أفاء الله عليهم فقد أراد إقرار التصرف المالي من الخليفة قبل حدوثه وما لجا إليه عمر من جمع الناس لينظروا في الأمر فاجمعوا على عدم القسمة.
- ويتضح من الأمثلة السابقة أن أصول الرقابة المالية السابقة على العمليات المالية كانت مطبقة في الإسلام وإن مبادئها كانت مقررة وإن كانت لم تكن بتلك التفصيلات التي نشهدها في وقتنا الحاضر، حيث أن ذلك لم يكن له ما يستدعيه في ذلك الوقت بسبب نقاء المجتمع الإسلامي وتطبيق أحكام الدين ووجود الرقابة الذاتية داخل نفس المسلم.

ثالثاً: الرقابة المالية اللاحقة في الإسلام: وتتم الرقابة اللاحقة بعد تمام العملية المالية، وفيما يلي أمثلة على هذا الشكل من الرقابة:

- استعمل الرسول رجلاً فجاء يقول هذا لكم وهذا اهدي إلي، فقام الرسول وحمد الله وأثنى عليه وقال ما بال العامل نبعثه فيقول هذا لكم وهذا اهدي إلي، أفلا جلس في بيت أبيه وبيت أمه فلينظر هل يهدي إليه أم لا؟ والذي نفس محمد بيده لا يأتي أحد منهم شيء إلا جاء به على رقبته يوم القيامة إن كان بغيره له رغاء أو بقرة لها خوار أو شاة بغيره ثم رفع يده حتى رأينا عفرة إبطيه ثم قال اللهم هل بلغت اللهم هل بلغت. (1)
- كان عمر يحصي على العمال أموالهم وكان شديد المحاسبة لهم ويشاطرهم هذه الأموال فلما قدم أبو هريرة من البحرين قال له عمر يا عدو الله وعدو كتابه أسرقت مال الله، قال لست بعدو الله ولا عدو كتابه ولكني عدو من عاداهما ولم اسرق مال الله قال فمن أين اجتمعت لك عشرة آلاف درهم، فقال خيلي تناسلت وعطائي تلاحق وسهامي تلاحقت.

رابعاً: الرقابة المالية في الإسلام من حيث الأداء: وهي رقابة تهدف إلى التأكد من تحقيق الأهداف وفقاً للمستوى المقرر من الكفاءة وهي رقابة يركز عليها الإسلام للتأكد من تحقيق تعاليم الإسلام وأحكامه عند أداء العمليات المالية، وفيما يلي أمثلة على هذا النوع من الرقابة:

- حدث أن مرت بعمر بن الخطاب غنم الصدقة فرأى فيها شاة ذات ضرع ضخم فقال ما أظن أهل هذه أعطوها وهم طائعون لا تأخذوا ضررات المسلمين (أي تتحوا عن ذات اللبن التي يكون فيها طعام لأهلها) (2).

خامساً: الرقابة المالية في الإسلام في مجال الإدارة: عرف الإسلام الرقابة الإدارية ممثلة في نظام الحسبه، والحسبه شرعاً هي الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ويقوم بها أصلاً المحتسب ابتغاء ثواب الله وهي تلائم طريقة الضبط الإداري، والقائمون بالحسبه يراقبون القائمين على الخدمات العامة من التجار وأصحاب المهن والحرف ويقومون بإصلاح المرافق العامة.

1- انظر: احمد بن علي بن حجر العسقلاني، 1986، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، دار الريان للتراث، كتاب الحيل، حديث رقم 6578، ص 356.

2 - أبو عمر يوسف بن عبدالله البر، 1993، الاستنكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار، ج 9، ص 189.

المطلب الثاني

أجهزة الرقابة المالية في الإسلام⁽¹⁾

الفرع الأول

نظام الحسبة

الحسبة في الإسلام هي الأمر بالمعروف إذا ظهر تركه والنهي عن المنكر إذا ظهر فعله وإصلاح ما بين الناس ودليله في القرآن "ولتكن منكم امة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون"⁽²⁾. وفي السنة "لتأمرن بالمعروف وتنهون عن المنكر أو ليسلطن الله عليكم شراركم ثم يدعو خياركم فلا يستجاب لهم".

والحسبة في الإسلام مقصودها أن يكون الدين كله لله وان تكون كلمة الله هي العليا وذلك بطاعته وطاعة رسوله ولما كان المسلمون إذا اجتمعوا لا بد لهم من أمور يعقلونها ويحتلبن بها المصلحة وأمر يجتنبونها لما فيها من المفسدة ولما كانت النفس البشرية بطبيعتها أمارة بالسوء لهذا وجب أن يكون بينهم أمر مطاع يأمر بتلك المصالح وينهى عن تلك المفاسد⁽³⁾.

وقد وضع فقهاء المسلمين شروطا لمن ينوء بأعباء الحسبة ومنها أن يكون المحتسب مسلما حرا بالغا عاقلا قادرا وان يكون عالما بأحكام الشريعة ليعلم ما تأمر به وما تنهى عنه وأن يكون عادلا فيما يأمر به وينهى عنه وان يكون عاملا بما يعلم ولا يكون قوله مخالف لفعله وان لا يأمر بما لا يؤتمر به، ثم أن يكون قادرا على الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر بيده ولسانه وعليه أن يكون صبورا على ما يصيبه من الأذى فان ذلك من عزم الأمور.

1 - لمزيد من التفاصيل انظر: عوف محمود الكفراوي، 1983، الرقابة المالية في الإسلام، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ص 149 وما بعدها.

2 - الآية 104 من سورة آل عمران.

3 - عوف الكفراوي، 1983، الرقابة المالية في الإسلام، مرجع سابق، ص 154.

ويجب أن يقتدي المحتسب بالرسول (ص) فيواظب على سنته بالإضافة إلى الفرائض بطبيعة الحال ثم أن يقتصد المحتسب بقوله وفعله وجه الله تعالى وطلب مرضاته فلا يبالي في احتسابه ببيغض الناس له وسخطهم عليه.

أما عن اختصاصات والي الحسبة من الناحية المالية فتذكر كتب الفقه فيما يتعلق بهذه الاختصاصات وفيما يلي بعضها:

أولاً: للمحتسب أن يراقب المرافق العامة للدولة والتي لا غنى عنها لجماعة المسلمين فيعمل على صيانتها وتوفير الموارد المالية اللازمة من بيت مال المسلمين.

ثانياً: يجب على المحتسب أن يراقب تحصيل إيرادات الدولة فإذا وصل إلى علمه أن قوماً يمنعون إخراج نصيب الدولة في أموالهم أو يتهربون من الدفع بإخفاء أموالهم الباطنة فإن لوالي الحسبة أن يحصل منهم جبراً هذه الإيرادات.

ثالثاً: على والي الحسبة أن يحول دون إنفاق الأموال العامة بغير الأبواب المخصصة لها شرعاً.

رابعاً: كان المحتسب يقوم بمراقبة الحالة الاقتصادية وله أن يتدخل في الشؤون الاقتصادية. أما عن الوسائل التي كان يقوم بها المحتسب لتحقيق أهدافه فهي تمر بمراحل عدة تبدأ بالتعريف ببيان حكم الشريعة ثم النهي بالوعظ والنصح والتخويف من الله ثم التقرع العنيف والقول الغليظ الخشن ثم التهديد والتخويف ثم التغيير باليد ثم الضرب والحبس وأخيراً الاستعانة بالأعوان والسلاح وهذا الأسلوب الأخير لا يلجأ إليه المحتسب إلا حين لا يقدر بنفسه على منع المخالف.

ويتضح من ذلك أن نظام الحسبة في الدولة الإسلامية هو أحد نظم الرقابة المالية والاقتصادية في الدولة حينما منح الحق لوالي الحسبة أن يتدخل لوضع الأمور في نصابها بحيث أصبح لزاماً أن يوجد الرقيب الخارجي الذي تقوم مراقبته على الحزم وقوة العقاب مقام رقابة الغير وعليه فإن ولاية الحسبة في الدولة الإسلامية تعتبر أفضل طريقة للكشف عن المتلاعبين بأموال الدولة وبمصالح الناس طمعاً في تحقيق أرباح ومكاسب غير مشروعة.

الفرع الثاني

ولاية المظالم

العدل من أهم سمات المجتمع الإسلامي ومع ذلك فالظلم وهو الوجه المقابل للعدل لا بد له من وجود والإسلام رغم عدالته وسماحته كان يتعرض هو الآخر إلى وجه من وجوه الظلم ظلم من حاكم إلى محكوم أو غيره فكيف نرد لهذا المظلوم حقه؟ بدأ ولاية أمور المسلمين بعد أن شاع الظلم النظر في مظالم الناس في سبيل رد الحقوق لأصحابها، والنظر في المظالم لم يكن يتناقض مع القضاء بل إن وظيفته أوسع من وظيفة القاضي وأعلى وكان هدفه بالدرجة الأولى يقتصر على رفع الظلم.

وأعمال والي المظالم على نوعين الأول أعمال يتولاها والي المظالم من تلقاء نفسه بغير حاجة إلى تظلم يرفع إليه والثاني ينظر فيه بناء على ما يقدم إليه من تظلمات:

- **النوع الأول:** كان والي المظالم ينظر في أجور العامل إذ يرجع إلى القوانين العادلة ويحمل الناس عليها ويأخذ العامل بها حيث يتحرى أن يكون التحصيل دون أذى ثم يقوم والي المظالم بمراجعة ما يثبته كتاب دواوين الأموال من إيرادات مصروفات للتأكد من أن الإيرادات قد أضيفت وقيدت بالدفاتر بدون نقص كما وينظر والي المظالم في حسن تأدية القائمين على الشؤون المالية بأعمالهم والواجبات المطلوبة منهم ويتصفح والي المظالم الأوقاف العامة ليتأكد أن ريعها يجري وفقاً لشروط واقفيها وله أن يرجع في ذلك إلى الدواوين المحفوظ بها الحجج أو الكتب القديمة.

- **النوع الثاني:** وهي المظالم التي ينظر بها الوالي بناء على ما يقدم إليه من تظلمات، فإذا تظلم المرتزقة من نقص أرزاقهم أو تأخرها عنهم فإن والي المظالم يرجع في ذلك إلى ديوان فرض العطاء لمعرفة أسباب التأخير والأمر بالصرف. ويقوم والي المظالم برد الأموال التي اغتصبت سواء كانت مغتصبة من الولاية أو الحكام أو من الأفراد بغير حق كما يرد للعامة ما اغتصب منهم من أموال سواء في ذلك كان المال المغتصب أضيف للمال العام أو أخذه الحاكم لنفسه.

الفرع الثالث

الدواوين (رقابة السلطة التنفيذية)

تتركز السلطة التنفيذية في الدولة الإسلامية في "ال خليفة" والذي كان يتولاها بنفسه أو يوكلها إلى غيره هذا إلى جانب مباشرته للسلطات الأخرى، والخليفة هو الراعي وهو المسئول وكان من حقه أن يتولى كل أعمال الدولة وأن ينفذ أي نظام يراه كفيلا بتنفيذ ما عاهد به الأمة عند مبايعته وقد كان من اختصاصات الخليفة تقدير العطايا وما يستحقه بيت المال من غير إسراف ولا تقتير ودفعه في وقت لا تقديم فيه ولا تأخير. ولا تقتصر مهمة الخليفة في رقابته لأموال الدولة على مراعاة الحقوق وعدم تمييزه أحد من الرعية عن غيره في هذه الأموال بل كان يجب عليه أن يختار الأصلح لولاية الأمور، أي أن يختار الرجل المناسب في المكان المناسب، وعليه فإن رقابة الخليفة رقابة تهدف إلى إصلاح المجتمع وتقويم المعوج من أفراداه وليست بالرقابة المانعة التي تمنع من وقوع الخطأ بما تضع من قيود ولوائح تمس من حرية متولي الأمور وتمنعهم من التصرف بل هي رقابة تصرف أصلا إلى التوجيه والإرشاد⁽¹⁾. ولعبت الدواوين دور هام في تحقيق الرقابة المالية في الدولة الإسلامية، والديوان موضوع لحفظ ما يتعلق بحقوق الدولة من الأعمال والأموال ومن يقوم بها من الجيوش والعمال، ونشأت الدواوين أول ما نشأت في عهد عمر بن الخطاب وكان هدفها رقابي بحث نتيجة ازدياد الفتوحات واتساع رقعة الدولة، وأقسام الدواوين عديدة فقسم يختص بالجيش من إثبات الجند وتعيينهم وقسم خاص بالأعمال من رسوم وحقوق وقسم يختص بالعمال من تقليد وعزل وقسم خاص ببيت المال من إيرادات ونفقات.

1 - عوف الكفراوي، 1983، الرقابة المالية في الإسلام، مرجع سابق، ص 196.

الفرع الرابع

نظام بيت المال

إن الهدف من نشأة بيت المال كان ضبط الإيرادات والنفقات ومحاسبة القائمين ولكي يؤدي البيت هذا الغرض كان لا بد من وضع نظم رقابية منها انه يجب أن تمر بديوان بيت المال جميع أوامر الصرف الصادرة من ولي الأمر لتقيد به قبل إرسالها للديوان المختص بالصرف وكان لصاحب ديوان بيت المال علامة يضعها على هذه المستندات بعد قيدها بالسجلات.

وكان بيت المال يمسك سجلات وأوامر تفصيلية للإيرادات التي ترد من مختلف الجهات ويتم مراجعة ما يصل من الإيرادات والمقبوضات من هذه الجهات ويقوم ديوان بيت المال بضبط ما يتم من مصروفات بإمساك سجلات تفصيلية بأسماء أرباب الاستحقاقات والمرتبات والأجور ويقوم موظفي ديوان بيت المال بأعمال المراجعة فمنهم من يختص بمراقبة جميع مفردات الحساب ومنهم من يقوم بمراجعة تعليق المياومه وهنالك حسابات ختامية في نهاية كل سنة تكون على شكل الميزان ويجب أن يتوازن جانبيها دلالة على صحة الحساب.

المطلب الثالث

الرقابة المالية في مصر الإسلامية

عرفت مصر الإسلامية نظام الرقابة المالية حيث وجدت هذه الرقابة بمعظم أشكالها وأنواعها، ففي عصر بني أمية كان القاضي يراقب أموال الدولة وكان أول من راقبها عبد الرحمن بن معاوية قاضي مصر من قبل والي مصر عبد العزيز بن مروان عام 86 هـ. وفي العصر العباسي كان قاضي المنازعات يفصل في ولاية المظالم والحسبة وبيت المال، وكانت الأموال في مصر تتبع بيت مال المسلمين الموجود في العاصمة المركزية فكانت الناحية الرقابية تتأني من المركز، وبعد أن حصلت مصر على جانب من الاستقلالية كان لها بيت مال خاص بها يوجد في عاصمتها ولكن الحكام من خلفاء وسلاطين مارسوا على أموال بيت المال سلطات رقابية مطلقة فكان للخليفة أو السلطان حق التصرف في تلك الأموال وإن يستعملها بالطريقة التي يراها مناسبة.

واتبع في مصر الإسلامية نظام دقيق للإشراف على الأموال ففي عهد عبد الملك بن مروان عمد إلى التحقيق مع الجباة وموظفي الخراج عند اعتزالهم أعمالهم وكانوا يعزرون حتى يقرروا بأسماء من أودعوا عندهم أموالهم ويردون إلى بيت المال ما قد يكونوا قد سلبوه من أموال.

ومن أوجه الرقابة في مصر النظر في تعدي الولاة على الرعية وتصفح أموالهم ورد ما أخذه عمال الجباة بزيادة وبدون وجه حق إلى أصحابه وتصفح أموال كتاب الدواوين ومراقبتهم.

وقد أحكمت الرقابة المالية في مصر بشكل بين في عهد الدولة العباسية أما في العصور التي تلت العصر العباسي فإننا لم نجد زيادة على القواعد والأساليب التي طبقت في أيام الدولة العباسية إلا بعض التفصيلات أو التنظيمات التي لا تعدل في الجوهر:

ففي عهد معز الدولة كان أبو علي خازن بيت المال وكان رجلاً كثير التمويه يدعي الفقر والقصد في الإنفاق حتى كان المعز يعتقد أن هذا الرجل عضه الفقر بأنياه وأنه لا يملك من حطام الدنيا شيئاً فأشار الوزير المهلب على الخليفة بأن يحاسب خازنه فبحث عن أمواله وتصرفاته وقد لجأ في محاسبته إلى ما يلجأ إليه رجال الشرطة السرية فصار يكمن له ويتبع

خطواته وتعقب حركاته ويخلو لبعض غلمانه يسألهم ويرهبهم حتى استطاع أن يعرف أين يختزن المال فدخل حجرة أعدها أبو علي لذلك وحفر فيها وعثر على المال ووجد بين الأشياء المدفونة آلة من الخشب شبيهة بالميزان لا شيء فيها ثم قلبها فإذا عليها كتابة بخط رديء وإذا المكتوب رموز وأسماء قوم ثم عرف الوزير بعد ذلك أن هذه الكتابة والرموز هي أسماء لقوم أودع الخازن لديهم ما جمع من أموال. وفي عهد الإخشيد كان يهتم بمحاسبة ولاته وعماله وكتابه ووضع إلى جانب نظام محاسبتهم نظام مصادرة أموالهم.

ويمكن القول أن الرقابة المالية في مصر الإسلامية كانت درجاتها تتباين من فترة زمنية إلى أخرى بين الزيادة والنقصان، إلا أن الثابت أن أجهزة الرقابة بشكل عام كانت على الأغلب موجودة وفعالة إذ كانت تؤدي عملها وإن كانت نسبة الأداء الجيد قد تفاوتت من فترة لأخرى.

الخاتمة

حاول الباحث من خلال هذه الدراسة التركيز على أهم الأسس والمبادئ التي يقوم عليها النظام المالي الإسلامي، وقد خلص الباحث إلى العديد من النتائج والتوصيات:

نتائج البحث:

- 1- إن دراسة النظام المالي في أي دولة يشكل انعكاسا مباشرا للنظم الأخرى القائمة في تلك الدولة، وهو بذلك يؤثر ويتأثر بهذه النظم سواء كان ذلك بالإيجاب أو بالسلب.
- 2- كان ولا زال النظام المالي الإسلامي النموذج الرائد الذي يحتذى به والذي نراه صالحا للتطبيق في كل زمان ومكان.
- 3- اتسم النظام المالي بالشمولية والكمال ووجد حولا ناجعة لكافة المشاكل التي قد تترتب على الأوضاع الاقتصادية أو السياسية التي قد تعصف بالمجتمع، لاسيما في ظل الأزمات المالية.
- 4- يعتمد النظام المالي الإسلامي بالدرجة الأولى على رعايا وأفراد المجتمع، منطلقا من حقيقة قوية تتمثل في الالتزام الذاتي للأفراد والنابع من قوة العقيدة وعمق الشريعة ومثانة الأخلاق، وتلك شكلت مقومات أساسية لتدعيم مبدأ "الإيرادات والنفقات" على السواء، فالدفع عن طيب خاطر لا الجبر، والإنفاق على من يستحق.
- 5- يتسم النظام المالي الإسلامي بالاتزان والانضباط وقد ساعد ذلك بشكل كبير في تحديد موارد الدولة ونفقاتها بشكل جعل كفتي الميزان متساويتان لا ترجيح لأحدهما على الأخرى، وهو نظام مرن يتلاءم مع الظروف الاقتصادية والسياسية وحتى العسكرية، فلا يوجد تقيد أعمى بحرفية النصوص، الأمر الذي سمح لولاة الأمر بالاجتهاد في سبيل إيجاد الموارد المالية، مع مراعاة الخطوط العريضة التي وضعها القرآن الكريم وسنها الرسول.
- 6- لم نجد في التطبيق العملي من خلال تتبع الأنظمة المالية المطبقة في دول العالم في الوقت الحاضر ما يشكل نظاما متكاملا كالنظام المالي الإسلامي، وعجزت الأنظمة الحديثة عن حل كثير من المشاكل التي طرأت عليها، في حين اثبت النظام الإسلامي نجاح تطبيقه في جل أوقات الدولة، وكان ذلك جليا من خلال تتبعنا لتطبيق هذا النظام على الدولة المصرية.

التوصيات:

1. نقترح أن يتم إعادة النظر بالسياسة المالية المطبقة في الأردن ليتم تطبيق النموذج المالي في الدولة الإسلامية، مع الأخذ بعين الاعتبار متطلبات العصر الحديث، بحيث ينعكس تطبيق هذا النظام على مالية الدولة بما يحقق الفائدة.
2. نقترح إيجاد آلية فعالة لتحصيل أموال الزكاة وفقا لما يقرره الشرع، وذلك لما من هذا المورد المالي من آثار هامة على الوضع الاقتصادي للدولة.
3. نقترح الأخذ بعين الاعتبار المبادئ الأساسية التي يطبقها النظام المالي الإسلامي، لا سيما وان المشرع بصدد إصدار قانون جديد للضريبة.

بحث بعنوان المسؤولية الحرفية للطبيب (دراسة مقارنة)

إعداد
موسى بن محمد بن حمود التميمي

قاض مساعد بسلطنة عمان

ملخص

مهنة الطب من المهن المهمة في حياة الناس؛ إذ إنها تتعامل مع الجنس البشري باعتباره المكوّن الرئيس لأي حضارة وتقدّم. وهي الطب ليست مهنة خدمية فحسب، بل إلى جانب ذلك مهنة علمية إنسانية أخلاقية، قائمة على التزامات إنسانية وفنية. لذا كان لا بد لها من أسس تقوم عليها، ومعايير يلتزم بها؛ وضوابط تحكمها وتوضح الحقوق والواجبات بين الطبيب والمرضى. من هذا المنطلق جاء هذا البحث الذي بين أيدينا ليعرض جانباً مختصراً من المسؤولية المدنية للطبيب، لإيضاح أهم الجوانب المتعلقة به مع ربطها بالتشريعات القانونية والأحكام القضائية المعمول بها، سواء في سلطنة عمان أو غيرها من الدول وخصوصاً العربية منها. وقد تناول هذا البحث تأريخ مشروعية مهنة الطب، والتزامات وأركان المسؤولية المدنية للطبيب، ودعوى التعويض في المسؤولية المدنية للطبيب وأسس تقدير التعويض. وتوصل البحث إلى النتائج الآتية:

- 1- مهنة الطب مهنة حساسة ولها أهمية بالغة، ولم تكن وليدة العصور المتأخرة من تاريخنا البشري، بل إنها قديمة وتضرب جذورها في أعماق التاريخ الإنساني، وقد كانت موجودة في الحضارات السابقة.
- 2- مهنة الطب مشروعة في القانون والفقه الإسلامي ولها اعتبارات وأدلة كثيرة على مشروعيتها.
- 3- يلتزم الطبيب تجاه المريض بالتزامات إنسانية وطبية من حيث طبيعة العلاقة.
- 4- اختلف أهل القانون في طبيعة التزام الطبيب؛ فعدّها بعضهم التزاماً بتحقيق نتيجة، وعدّها آخرون التزاماً بتحقيق نتيجة. واتجه الأغلب إلى كونها التزاماً ببذل عناية، وتخرج استثناء في بعض الحالات لتكون التزاماً بتحقيق نتيجة.
- 5- اختلف الفقهاء في طبيعة المسؤولية المدنية للطبيب هل هي عقدية أم تقصيرية، واتجه الغالب إلى اعتبارها مسؤولية عقدية في الأصل، وتقصيرية استثناء في بعض الحالات.
- 6- المسؤولية المدنية للطبيب لها ثلاثة أركان: الخطأ، والضرر، والعلاقة السببية.
- 7- دعوى التعويض في المسؤولية المدنية لها اختصاص نوعي وإقليمي من حيث المحكمة التي تنظرها، وهي كبقية الدعاوى المدنية.
- 8- لدعوى التعويض في المسؤولية المدنية للطبيب أطراف معينون، ولها أسس في تقدير التعويض.
- 9- للقاضي سلطة في تقدير التعويض في دعوى المسؤولية المدنية للطبيب.

Abstract

Medical profession is one of the important professions in people's life; because it deals with human race as the main component of any civilization and progress. It is not just a service profession, but it is also a scientific, human and moral career, based on a humanity and technical commitments. For that it must has; foundations in order to follow, standards in order to abide by, and rules in order to govern it and clarifies rights and duties between doctor and patients. From this point this research came to introduce a brief side of doctor's Civil liability, to clarify the most important aspects related to it, and linking it to the legal legislation and judicial decisions which are applicable whether in the Sultanate of Oman or other countries, especially Arab ones. This research considers; the history of the medical profession legality, the obligations and pillars of doctor's civil liability, and the compensation claim in the civil liability for the doctor and the foundations of estimating compensation. The research results in the following:

1. Medical profession is a sensitive profession and has extreme importance, It is not a result of later ages, but it is old and has deep roots in our human history, and has been found in earlier civilizations.
2. Medical profession is legitimate in the law and the Islamic jurisprudence and has a lots of considerations and evidence on its legitimacy.
3. The doctor is committed to the patient with humanitarian and medical obligations in terms of the nature of the relationship.
4. People of the law differed in the nature of doctor's commitment; some considered it an obligation to achieve a result, others considered it an obligation to achieve a result, and the majority considered it an

obligation in giving care. There is exception in some cases to be an obligation to achieving a result.

5. Scholars differed in the nature of doctor's civil liability whether it is doctrinal or dereliction. The majority considered it to be a decadal responsibility in origin, and an exception in some cases it considered to be dereliction.
6. Civil liability for the doctor has three pillars: error, harm and causality relationship.
7. Compensation claim in civil liability has qualitative and regional jurisdiction in terms of court which deal with it, and it is like other civil suits.
8. Compensation claim in civil liability for the doctor has certain parties and has foundations in the estimation of compensation.
9. The judge has authority in Estimating compensation in the case of doctor's civil liability.

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم -
وعلى آله وصحبه ومن والاه.

وبعد،،،

فإن مهنة الطب من المهن المهمة في حياة الناس، وتكمن أهميتها في الحفاظ على الجنس البشري من الأمراض والعاهات. وإذا كانت المهن الأخرى يقوم بها صرح البناء العمراني الحسي فإن مهنة الطب هي الأساس لاستمرار تلك المهن؛ إذ إنها تتعامل مع الجنس البشري باعتباره المكوّن الرئيس لأي حضارة وتقدّم؛ لذا كان الحفاظ عليه مكسباً غاية في النفاسة. ومهنة الطب ليست مهنة خدمية فحسب، بل إلى جانب ذلك مهنة علمية إنسانية أخلاقية، قائمة على التزامات إنسانية وفنية. لذا كان لا بد لها وهي تتبوأ هذه المكانة المميزة والخطرة في الوقت نفسه من ضوابط تحكمها، وأسس تقوم عليها، ومعايير يلتزم بها؛ إذ بها تنشأ مسؤولية عظيمة حري بنا أن نعرفها لتتضح من خلالها الحقوق والواجبات المنوطة بطرفي العلاقة القائمة على تعامل الطبيب مع المرضى، وما ينبغي أن يلتزم به كل طرف تجاه الآخر من نواح إنسانية وقانونية على حد سواء. من هذا المنطلق جاء هذا البحث الذي بين أيدينا ليعرض جانباً مختصراً من المسؤولية المدنية للطبيب، محاولاً إيضاح أهم الجوانب المتعلقة به مع ربطها بالتشريعات القانونية والأحكام القضائية المعمول بها، سواء في سلطنة عمان أو غيرها من الدول وخصوصاً العربية منها.

وقد جاء هذا البحث ضمن مباحث ومطالب وفروع وفقرات، وفقاً للهيكل الآتي:

مبحث تمهيدي: لمحة تاريخية عن مهنة الطب ومشروعيتها.

المطلب الأول: لمحة تاريخية عن مهنة الطب.

المطلب الثاني: مشروعية مهنة الطب.

المبحث الأول: التزامات، وأركان المسؤولية المدنية للطبيب.

المطلب الأول: التزامات الطبيب.

الفرع الأول: التزامات الطبيب من حيث طبيعة العلاقة.

الفقرة الأولى: التزامات الطبيب الإنسانية.

الفقرة الثانية: التزامات الطبيب الطبية.

الفرع الثاني: التزامات الطبيب من حيث طبيعة الالتزام.

الفقرة الأولى: الالتزام ببذل عناية.

الفقرة الثانية: الالتزام بتحقيق نتيجة.

المطلب الثاني: أركان المسؤولية المدنية للطبيب.

الفرع الأول: طبيعة مسؤولية الطبيب المدنية.

الفرع الثاني: أركان المسؤولية المدنية.

الفقرة الأولى: الخطأ.

الفقرة الثانية: الضرر.

الفقرة الثالثة: العلاقة السببية.

المبحث الثاني: دعوى التعويض في المسؤولية المدنية للطبيب، وأسس تقدير التعويض.

المطلب الأول: المحكمة المختصة بدعوى المسؤولية المدنية للطبيب وأطراف الدعوى.

الفرع الأول: المحكمة المختصة بدعوى المسؤولية المدنية للطبيب.

الفرع الثاني: أطراف دعوى المسؤولية المدنية للطبيب، ومن له الحق في رفعها.

الفقرة الأولى: أطراف دعوى المسؤولية المدنية.

الفقرة الثانية: أصحاب الحق في رفع دعوى المسؤولية المدنية.

المطلب الثاني: أسس تقدير التعويض في دعوى المسؤولية المدنية للطبيب.

خاتمة البحث

والله أسأل أن يهدينا سبيل الرشاد، ويمن علينا بجزيل النوال، وأن ييسر لنا
بحث هذا الموضوع بصورة أكثر عمقاً وقرباً من الواقع التشريعي والقضائي، إنه
ولي ذلك والقادر عليه.

مبحث تمهيدي

لمحة تاريخية عن مهنة الطب ومشروعيتها

استقر كل من الفقه والقضاء على أن العمل الطبي هو ذلك النشاط الذي يأتيه طبيب متخصص مرخص له بمزاولة مهنة الطب على جسم المريض، من أجل شفاؤه أو على الأقل التخفيف من آلامه، على أن يكون ذلك متفقاً مع الأصول العلمية الحديثة والقواعد المتفق عليها نظرياً وعلمياً بين أهل الطب⁽¹⁾.

ومهنة الطب من المهن المهمة والحساسة، لا سيما مع تقدم وتطور المجتمعات البشرية وظهور أمراض لم تكن موجودة من قبل. وقد كان لهذه المهنة تأريخ ضارب في القدم، ومشروعية أقرتها المجتمعات البشرية عبر حقبة متوالية. والمبحث الذي بين أيدينا يتناول هذا الجانب في مطلبين يتطرقان لتاريخ المهنة ومشروعيتها.

المطلب الأول

لمحة تاريخية عن مهنة الطب⁽²⁾

لا شك أن المسؤولية الطبية لم تكن وليدة العصور المتأخرة من تاريخنا البشري، بل إنها قديمة وتضرب جذورها في أعماق التاريخ الإنساني، فقد بدأت المهن الطبية كمهن مقدسة مقترنة بالسكر والدين، ومقصورة على طائفة الكهنة والسحرة، وقد كان المرض حسب المعتقدات السائدة يتمثل في أن الشيطان يستقر ويكمن في الأجساد، وأن لا سبيل لإخراجه إلا بتخويفه بالصخب وغيره، وبعد ظهور المدنيات القديمة ومنها الإغريقية بدأت إزاحة هذه المعتقدات عن الطب وجعله علماً يقوم على البحث والتقصي وملاحظة أعراض المرض. ونسرد فيما يلي تطور مهنة الطب عبر العصور المختلفة:

- الطب عند المصريين: تدل الاكتشافات الحديثة أن قدماء المصريين قطعوا شوطاً كبيراً في الطب، فهم أول من عرف وظائف الأعضاء، وتفصيلات الجسم البشري وأقسامه، ومسار

(1) فريحة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب "رسالة ماجستير"، (2012م)، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ص109

(2) تم تلخيص مواضيع هذا المبحث من: طلال العجاج، المسؤولية المدنية للطبيب دراسة فقهية قضائية مقارنة، عالم الكتب الحديث، إربد، الأردن، ط1 (1432هـ، 2011م)، ص18، 28.

الدورة الدموية، وحركات القلب، وهم أول من استعمل طريقة العلاج بالغدد، ودامت هذه الطريقة إلى نهاية القرن الثامن عشر، كما برعوا في التوليد والقبالة، والتحنيط الذي لا زال إلى يومنا هذا سرًا دفينًا غير معروف للأطباء. وقد اهتم المصريون القدامى بحماية الناس من الأطباء فأوجبوا على الطبيب اتباع ما دونه كبار الأطباء وإلا تعرض للمسؤولية والعقاب.

- الطب عند البابليين: اشتهر البابليون بالعلوم الفلكية، وقام الأطباء بتطبيق تقسيمات البروج الفلكية على جسم الإنسان، وكان الطبيب إذا أخطأ في العلاج يطلب العفو والمعذرة. وكانوا يتشددون في معاملة الطبيب، وقد تضمنت شريعة حمورابي نصوصًا خاصة بالأطباء.

- الطب عند الإغريق: استمد الإغريق مصادرهم الطبية من الطب المصري والبابلي. وكانت مهنة الطب عندهم مقصورة على الأحرار دون العبيد، وكانت هناك جزاءات أدبية ومالية على الطبيب. والطبيب عندهم يُسأل عن أحوال الوفاة والتقصير الذي لا يرجع إلى نقص الكفاءة، كأن يعلم أن المريض قد يخالف تعليماته إذا تركه وحده دون رقابة.

- الطب عند الرومان: وكان الطب عندهم يمارسه العبيد والعتقاء والأجانب؛ إذ كانوا يعتبرون مهنة الطب غير لائقة بالأحرار، ثم تحول هذا المفهوم فمارس الأحرار الطب، وارتفع مستوى المهنة، وخففت المسؤولية حتى كادت تنعدم، وكان معهم قانون خاص بالأضرار اللاحقة بالغير.

- الطب في العصور الوسطى: بسبب الفترة المظلمة التي عاشتها العصور الوسطى فإن مهنة الطب لم تكن بتلك العناية الكبيرة؛ فقد انصرف الناس عنها وظهرت كتب الدجالين والمشعوذين.

وهكذا استمر الوضع حتى جاء عصر النهضة الحديث فتطور العلم تطورًا كبيرًا مما جعله يتجاوز مهمته الأصلية، وهي الوقاية والعلاج من الأمراض إلى مجالات أخرى غير علاجية مثل منع الحمل، والتنظيم الغذائي والرياضي، وجراحات التجميل، وغيرها⁽¹⁾.

(1) أنس محمد عبد الغفار، المسؤولية المدنية في المجال الطبي "دراسة مقارنة بين القانون والشرعية الإسلامية"، دار الكتب القانونية، مصر، (2010م)، دط، ص 23 (بتصرف).

المطلب الثاني مشروعية مهنة الطب

مشروعية مهنة الطب في القانون:

الأصل أنه لا يجوز المساس بجسم الإنسان، وأي اعتداء يقع على جسمه فالقانون يحرمه، ولكن سلامة جسم الإنسان وحياته قد تقتضي إجراء عملية جراحية أو إعطاء أدوية؛ لذلك كان لا بد من إباحة الطبيب تحقيقاً لهذه المصلحة⁽¹⁾. وعلى ذلك يكون الأساس والعلّة في إجازة أعمال الطبيب هو ترخيص القانون نفسه⁽²⁾. وقد وسّع آخرون دائرة المشروعية فأسسوها إضافة إلى ترخيص القانون على رضا المريض، والضرورة العلاجية⁽³⁾. ولذلك ذهب بعضهم إلى القول بوجوب توافر عدة شروط للعمل الطبي في القانون⁽⁴⁾، وهي: الترخيص بالعلاج، ويقصد به الترخيص القانوني؛ فلا يباح للطبيب التطبّل إلا إن كان مرخصاً له قانوناً، وقصد العلاج، أي علاج المريض، ورضا المريض، وأتباع الأصول العلمية في الطب.

مشروعية مهنة الطب في الفقه الإسلامي:

اتفق الفقهاء على اعتبار تعلم فن الطب من فروض الكفاية؛ فلا يسقط عن الطبيب إلا إذا قام به غيره في البلد الذي يوجد فيها أكثر من طبيب؛ لأن الحاجة إلى الطبيب ضرورة اجتماعية، بل قد يكون تعلم الطب من الفروض العينية ولا تسقط عن الطبيب إذا لم يوجد غيره في البلد أو المدينة⁽⁵⁾. وقد أسّس بعض الفقهاء مشروعية مهنة الطب على الضرورة؛ فمهمة الطب ضرورة اقتضتها حاجة الناس، ولأن حفظ النفوس لإقامة مصالح الدين أولى من تعريضها للوفات⁽⁶⁾.

(1) ومحمد محمد أحمد سويلم، مسؤولية الطبيب والجراح وأسباب الإغفاء منها في القانون المدني والفقه الإسلامي "دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ط1 (2009م)، ص46 (بتصرف).

(2) محمد محمد أحمد، مسؤولية الطبيب والجراح وأسباب الإغفاء منها في القانون المدني والفقه الإسلامي، ص47 (بتصرف).

(3) أنس محمد، المسؤولية المدنية في المجال الطبي، ص34 (بتصرف).

(4) تنظر هذه الشروط في: أنس محمد، المسؤولية المدنية في المجال الطبي، ص55، ومحمد محمد أحمد، مسؤولية الطبيب والجراح وأسباب الإغفاء منها في القانون المدني والفقه الإسلامي، ص50-57.

(5) أنس محمد، المسؤولية المدنية في المجال الطبي، ص42 (بتصرف).

(6) محمد محمد أحمد، مسؤولية الطبيب والجراح وأسباب الإغفاء منها في القانون المدني والفقه الإسلامي، ص58.

وهذه الشرعية دلت عليها العديد من النصوص الشرعية⁽¹⁾، منها:

- 1- ما رواه البخاري بسنده عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم: "إن الله لم ينزل داء إلا أنزل له شفاء".
 - 2- ما رواه أبو داود بسنده عن أبي الدرداء قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إن الله أنزل الداء والدواء، وجعل لكل داء دواء؛ فتداؤوا ولا تداؤوا بحرام".
 - 3- ما روي عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه - أن رسول الله صلى الله عليه وسلم - قال: "لكل داء دواء فإذا أصيب دواء الداء برأ بإذن الله عز وجل".
- وغيرها من النصوص الأخرى. ووجه الدلالة من هذه النصوص واضحة على مشروعية التطبيب والتداوي عندما يعتري الإنسان مرض من الأمراض.

المبحث الأول

التزامات، وأركان المسؤولية المدنية للطبيب

المطلب الأول

التزامات الطبيب

كما هو معلوم فإن "العلاقة بين المريض والطبيب تنشئ التزامات على عاتق الطبيب لمصلحة المريض، وهذه الالتزامات تشكل حقوقاً للمريض"⁽²⁾. والفرعان الآتيان يتناولان هذه الالتزامات في فرعين، يتطرق الأول منهما إلى التزامات الطبيب من حيث طبيعة العلاقة بينه وبين المريض، ويتطرق الثاني إلى طبيعة الالتزام نفسه.

(1) تنتظر هذه الأدلة في: علي محمد يوسف الأحمد، حكم التداوي في الإسلام، كلية الشريعة، جامعة قطر، (1411هـ، 1991م)، دط، ص 139-141، ومحمد أحمد أحمد، مسؤولية الطبيب والجراح وأسباب الإعفاء

منها في القانون المدني والفقه الإسلامي، ص 59-64.

(2) فريجة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، ص 73.

الفرع الأول

التزامات الطبيب من حيث طبيعة العلاقة

الفقرة الأولى

التزامات الطبيب الإنسانية

الممارسة الطبية ليست مجرد علم أو تقنية أو خبرة يباشرها القائم بهذه المهنة؛ إذا إنها تتضمن جانباً مهماً يتعلق بإنسانية المريض، فهي ترد على جسمه بما له من حرمة لا يجوز المساس بها إلا بمقتضى مشروع ولغاية تستهدف مصلحته؛ لذلك تحرض كافة قواعد الأخلاقيات الطبية على إبراز هذا الجانب الإنساني في الممارسة الطبية⁽¹⁾. ومن هذه الالتزامات ما يلي:

1- التزام الطبيب بإعلام المريض⁽²⁾: ويجد هذا الالتزام أساسه في العقد والقانون؛ إذ يعتبر التزاماً عقدياً تفرضه طبيعة العلاقة العقدية التي تربط بين الطرفين، وكذلك يعتبر التزاماً قانونياً فرضته النصوص المنظمة لمهنة الطب⁽³⁾. وقد تناول المشرع المصري هذا الالتزام في لائحة آداب مزاوله مهنة الطب البشري، فقد جاء في المادة (50): "على الطبيب قبل إجراء عمليات نقل أعضاء وفقاً للتشريعات المنظمة لذلك أن يبصر المتبرع بالعواقب الطبية..."⁽⁴⁾. وينصب هذا الإعلام حول طبيعة المرض الذي يعاني منه المريض بعد تشخيصه وتحديد تحديده صحياً، ثم على طبيعة العلاج الذي تستلزمه هذه العلة والبدائل العلاجية المتوفرة⁽⁵⁾. ويفهم من هذا أن تبصير الطبيب لا يقتصر فقط على مرحلة واحدة من مراحل العلاج بل يشمل كافة المراحل بدءاً من التشخيص وحتى

(1) محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، (2006م)، ص 139 (بتصرف).

(2) طلال العجاج، المسؤولية المدنية، ص 95، وعبد الفتاح بيومي حجازي، المسؤولية الطبية بين الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، (2008م)، دط، ص 174، ومحمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، ص 158، وفريحة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، ص 74.

(3) فريحة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، ص 74، 75 (بتصرف).

(4) لائحة آداب مزاوله مهنة الطب البشري، قرار وزير الصحة والإسكان، رقم 238، 2003م، المادة (50).

(5) فريحة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، ص 79 (بتصرف).

العلاج، وبيان البدائل والخيارات المتاحة للعلاج، ولا يعتبر رضاه بالعلاج صحيحاً حتى يوضح له الطبيب كافة الجوانب المتعلقة بمرضه. إلا أن هذا الالتزام ليس التزاماً مطلقاً [من حيث نطاقه]، ولذا فرّق القضاء الفرنسي بين المخاطر العادية المتوقعة والمخاطر غير العادية وغير المتوقعة، فألزم الطبيب في الأولى بالإعلام، وعفا منه في الثانية⁽¹⁾. ولذا نجد أن القضاء الفرنسي وفي حالات عديدة قد رفض القضاء بالمسؤولية المدنية للطبيب نظراً لأن الضرر قد ترتب على أسباب طبية شاذة لا تحدث سوى في الفروض النادرة. ومن ذلك ما قضت به محكمة فرنسية من رفض دعوى ورثة أحد المرضى الذي توفي إثر حقنة الصبغة اللازمة لإجراء الأشعة؛ لما ثبت لديها أنه لم يسجل سوى حادث واحد لكل (300000) ممن يُحقنون بها⁽²⁾. ومع أن الأصل إلزام الطبيب بإعلام المريض إلا أنه يعفى من هذا الالتزام في حالات، وهي⁽³⁾: حالة الضرورة والاستعجال، وذلك حين تكون حالة المريض مهددة بخطر ما، وحالة إرادة المريض عدم معرفة نتائج تشخيص المرض فتُحترم إرادته، وفي حالة ما إذا كان الإدلاء بها يضر بالمريض وهو ما يسمى بالتحديد العلاجي للإعلام.

2- التزام الطبيب بالحصول على رضا المريض⁽⁴⁾: ويقصد بالرضا تعبير المريض عن إرادته في قبول التدخل الطبي، أي هو الإذن الذي يعطى من قبل شخص عاقل ومدرّك وقادر على الإفصاح عن رأيه في قبول أو رفض التدخل الطبي سواء كان علاجياً أو جراحياً⁽⁵⁾. ويُفهم من هذا أن الرضا إنما يملكه المريض وحده، ويكون بعد مرحلة إعلامه وتبصيره؛ فالإعلام بهذا ليس بكاف لمباشرة التدخل الطبي بل لا بد له من تعبير المريض بنفسه عن رضاه، بل ذهب قانون حماية الصحة وترقيتها الجزائري إلى

(1) العجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، ص 97 (بتصرف)، وينظر كذلك: فريجة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، ص 85.

(2) حجازي، المسؤولية الطبية بين الفقه والقضاء، ص 176 (بتصرف).

(3) فريجة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، ص 90 (بتصرف).

(4) فريجة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، ص 93، ومحمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، ص 140، والعجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، ص 101.

(5) فريجة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، ص 93.

ضرورة الحصول على موافقة كتابية في حال تبرع أحد بأعضائه⁽¹⁾. أما إن كان المريض في وضع لا يسمح له بإعطاء موافقته، وكانت حالته تستدعي تدخلا طبيا سريعا، أو كان فاقد الأهلية، فيعتد برضا ذويه وأقاربه ومن يمثلونه قانونا⁽²⁾. وقد نصَّ المشرع المصري في المادة 28 من لائحة آداب مزاوله مهنة الطب البشري على أنه "لا يجوز للطبيب إجراء الفحص الطبي للمريض أو علاجه دون موافقة مبنية على المعرفة من المريض أو من ينوب عنه قانونا إذا لم يكن المريض أهلا لذلك..."⁽³⁾. وهناك حالات يمكن فيها الاستغناء عن رضا المريض وممثليه لصعوبة الحصول على الرضا، كما هو الحال في اقتضاء التدخل السريع، أو حادث يقتضي التدخل الفوري، أو اكتشاف الجراح أثناء قيامه بالعملية ضرورة إجراء جراحة جديدة ملازمة للجراحة الأولى ولا تحتل التأجيل⁽⁴⁾. ومن الأمثلة على ذلك ما قضت به محكمة باريس من أن الجراح وأثناء قيامه بعملية استئصال الزائدة الدودية قد لاحظ أن مبايض المريضة ملتهبة فقام باستئصالها دون أخذ موافقتها، وبالتالي قررت المحكمة بأن الطبيب لا يلتزم بأخذ رضا المريض في مثل هذه الحال⁽⁵⁾. وهناك حالات يُعفى فيها الطبيب من أخذ موافقة المريض كما هو الحال بما يفرضه القانون من إجراءات وقائية في إطار الاهتمام بالصحة العامة، كالتطعيمات الإجبارية ضد بعض الأمراض⁽⁶⁾.

(1) جاء في المادة 162 من هذا القانون: "لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء إلا إذا لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر وتشتط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه، وتحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين اثنين، وتودع لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة"، ينظر: قانون حماية الصحة وترقيتها، الجزائر، المادة (162).

(2) محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، (1999م)، دط، ص33، 34.

(3) لائحة آداب مزاوله مهنة الطب البشري، المادة (28).

(4) عدلي خليل، الموسوعة القانونية في المهن الطبية، دار النهضة المصرية، ط1 (1989م)، ص128 (بتصرف).

(5) محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، ص35.

(6) عدلي خليل، الموسوعة القانونية في المهن الطبية، ص128، ومحمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، ص35.

3- التزام الطبيب بالسر الطبي⁽¹⁾: وقد عرّف البعض السر الطبي بأنه كل ما يصل إلى علم الطبيب من معلومات أيًا كانت طبيعتها تتعلق بحالة المريض وعلاجه والظروف المحيطة سواء حصل عليها من المريض نفسه، أو علم بها أثناء أو بمناسبة أو بسبب ممارسة مهنته⁽²⁾. وعلى هذا فالالتزام الطبيب بالسر الطبي يعني عدم جواز إفشاء أسرار مريضه. ويقصد بإفشاء السر اطلاع الغير عليه بأية طريقة كانت سواء بالكتابة أو شفهيًا، أو حتى بالإشارة، ويقوم ركن الإفشاء حتى لو كان الإفشاء بجزء من السر، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بأن مجرد ذكر اسم مريضه دخلت مستشفى الولادة يعتبر من قبيل إفشاء سر المهنة، وأنه يحق لمدير المستشفى أن يمتنع عن الإدلاء بشهادة في هذا الصدد⁽³⁾. ومع أن الأصل عدم جواز إفشاء الطبيب لسر المريض إلا أن هناك حالات أجاز فيها القانون إفشاء السر، وهي:

أ) حالة إباحة المريض للطبيب أن يفشي السر⁽⁴⁾: فرضا صاحب السر بإفشائه يعفي حامله من واجب الكتمان، فصاحب السر له أن يفشيه، وعليه يجوز له أن يطلب من استودعه هذا السر أن يقضي به نيابة عنه إلى الغير⁽⁵⁾. وفي كل الأحوال يلزم أن يكون الرضا صريحًا، شفويًا كان أو كتابيًا، وفي حالة كونه شفويًا، فإن إثبات حدوثه من الأمور المتروكة لقاضي الموضوع⁽⁶⁾.

(1) فريحة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، ص102، والعجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، ص106، وحجازي، المسؤولية الطبية بين الفقه والقضاء، ص106.

(2) علي حسين نجيدة، التزامات الطبيب في العمل الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، (1992م)، دط، ص149، 150.

(3) العجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، ص107.

(4) العجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، ص113، وفريحة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، ص107، وحجازي، المسؤولية الطبية بين الفقه والقضاء، ص139، وشريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، (2005م)، دط، ص110، وأمير فرج يوسف، خطأ الطبيب العمدي وغير العمدي وأحكام المسؤولية المدنية والجنائية والتأديبية، المكتب الجامعي الحديث، (2010م)، دط، ص201.

(5) الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها، ص110.

(6) حجازي، المسؤولية الطبية بين الفقه والقضاء، ص141.

ب) حالة أداء الشهادة أمام القضاء⁽¹⁾: إذ إن أداء الشهادة واجب على كل فرد، وهي أمر متعلق بالنظام العام، وتؤدي إلى إيصال الحقوق لأصحابها⁽²⁾. وقد نص قانون الإثبات العماني في المادة (40) على وجوب قيام الأطباء بأداء الشهادة عن الواقعة أو المعلومات متى طلب ذلك منهم⁽³⁾. والمشرع الإماراتي يوجب من حيث الأصل على الأطباء أو العاملين في المهن الطبية الإدلاء بشهاداتهم أمام السلطات المختصة عن أية جريمة بما وصل إلى علمهم حال قيامهم بعملهم المهني⁽⁴⁾.

ج) حالة أداء خبرة طبية⁽⁵⁾: إذا كُلف الطبيب من قبل المحكمة بالقيام بالكشف الطبي على شخص بصفته خبيراً، فهو طليق من موجه؛ لأنه ملزم بإيراد كل الوقائع وتضمينها في التقرير الذي سيرفعه، سواء تلك التي اطلع عليها أو التي استنتجها أو تلك التي اعترف بها المريض نفسه⁽⁶⁾.

د) حالة الإبلاغ عن جريمة⁽⁷⁾: حيث يلزم الطبيب الإدلاء لدى السلطات المختصة عن كل ما يصل إلى علمه من وقائع أو معلومات متعلقة بجرائم وقعت⁽⁸⁾.

(1) العجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، ص114، وفريحة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، ص106، وحجازي، المسؤولية الطبية بين الفقه والقضاء، ص147، وشريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها، ص112، وفرج يوسف، خطأ الطبيب العمدي وغير العمدي، ص202.

(2) العجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، ص114.

(3) قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية، المرسوم السلطاني رقم 68 / 2008، المادة (40).

(4) حجازي، المسؤولية الطبية بين الفقه والقضاء، ص147.

(5) العجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، ص116، وفريحة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، ص106، وحجازي، المسؤولية الطبية بين الفقه والقضاء، ص149، وشريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها، ص113، وفرج يوسف، خطأ الطبيب العمدي وغير العمدي، ص201.

(6) فريحة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، ص106.

(7) فريحة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، ص106، وحجازي، المسؤولية الطبية بين الفقه والقضاء، ص145، وشريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها، ص111، وفرج يوسف، خطأ الطبيب العمدي وغير العمدي، ص202.

(8) فريحة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، ص106.

هـ) حالة تشخيص أو تخمين طبي خطير⁽¹⁾: في حالة تشخيص أو تخمين طبي خطير فلا يعد خرقاً للسر المهني إعطاء المعلومات الضرورية لأسرة المريض أو لأقاربه أو لشخص جدير بالثقة، والتي يكون من شأنها دفع هؤلاء إلى الوقوف بجانب المريض ودعمه مباشرة ورفع معنوياته⁽²⁾.

و) حالة التبليغ عن الأمراض المعدية: يحق للطبيب الإبلاغ عن الأمراض المعدية، ويعد ذلك من قبيل الواجب. والسبب في ذلك أن التقاعس في الإبلاغ عن الأمراض المعدية يشكل خطراً على غيره من الناس، وعلى نفسه كذلك.

وقد نص قانون مزاوله مهنة الطب البشري وطب الأسنان العماني على هذا الالتزام وعلى بعض الحالات التي يجوز فيها إفشاء السر، فجاء في المادة (13): "لا يجوز للطبيب إفشاء الأسرار الخاصة التي تصل إلى علمه عن طريق مزاولته للمهنة ما لم يوافق صاحب السر على ذلك. ويجوز إفشاء السر لأحد أفراد عائلة المريض المقربين كالزوج أو الزوجة أو الأب أو الأم أو أحد الأولاد البالغين، وذلك إما بسبب خطورة حالة المريض أو لأسباب أخرى كافية. كما يحق للطبيب إفشاء السر بقصد منع حدوث جريمة أو للكشف عن جريمة أو إذا اشتبه في إصابة المريض بأحد الأمراض المعدية المحددة قانوناً وذلك للجهة الرسمية المختصة سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلبها. وإذا كان الطبيب مكلفاً من قبل إحدى شركات التأمين على الحياة بالكشف على عملاء الشركة فيكون له الحق في الكشف عن السر للشركة فقط"⁽³⁾.

(1) فريحة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، ص 107، وفرج يوسف، خطأ الطبيب العمدي وغير العمدي، ص 201.

(2) فريحة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، ص 107.

(3) قانون مزاوله مهنة الطب البشري وطب الأسنان، المرسوم السلطاني رقم 96/22، (1416هـ، 1996م)، (1996م)، المادة (13).

الفقرة الثانية

التزامات الطبيب الطبية

كما هو معلوم فإن الطبيب إلى جانب التزاماته الإنسانية تجاه المريض فهو ملتزم معه التزاماً فنياً قائماً على الغاية التي من أجلها قامت العلاقة بينه وبين المريض. وقد أشار قانون مزاوله مهنة الطب البشري وطب الأسنان العماني إلى هذه الالتزامات إجمالاً، فجاء فيه: "على الطبيب أن يزاول مهنته بشكل يحافظ على كرامتها ولا يفسد نوعية العناية والإجراءات الطبية من الناحية الفنية والمعنوية"⁽¹⁾. إلا أن هذا الالتزام يمر بعدة مراحل فنية كالآتي:

1- الالتزام بالتشخيص⁽²⁾: ويقصد بالتشخيص تحديد نوع المرض المصاب به المريض⁽³⁾. وفيه يقوم الطبيب بترجمة الدلائل والظواهر المستمدة من الفحص الطبي، لوضع التشخيص وتحديد نوع المرض وفقاً للمعطيات العلمية والنتائج المنطقية؛ لذلك يجب أن يتولاه بدقة لمعرفة حالة المريض، وأن يلجأ إلى جميع الوسائل الفنية التي يضعها العلم تحت تصرفه، فإذا لم يتم إجراء هذه الفحوصات قبل وصف العلاج يعتبر إهمالاً من الطبيب يمكن أن يثير مساءلته⁽⁴⁾. والتشخيص يتطلب توافر شرطين في الطبيب، الأول: المعرفة العلمية؛ فيشترط فيه أن يكون عالماً بالمبادئ الأولية للطب المتفق عليها من قبل الجميع، والتي تعد الحد الأدنى الذي يتفق مع أصول المهنة الطبية، وأن تكون عنايته وفقاً للأصول العلمية المتعارف عليها في الطب⁽⁵⁾. والشرط الثاني: البحث لتحديد المرض، فيتعين على الطبيب أن يقوم بإجراء الأبحاث والأعمال الواجب عليه القيام بها حتى يستطيع تحديد المرض، فيتعين عليه أن يقوم بمناظرة المريض، وأن يتعرف على ظروفه

(1) قانون مزاوله مهنة الطب البشري وطب الأسنان، المادة (7).

(2) أنس محمد، المسؤولية المدنية في المجال الطبي، ص79، وإيمان محمد الجابري، المسؤولية القانونية على الأخطاء الطبية، الإسكندرية، مصر، (2011م)، دط، ص39، وفريحة، المسؤولية المدنية للطبيب، ص109.

(3) رمضان جمال كامل، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، ط1 (2005م)، ص30.

(4) أنس محمد، المسؤولية المدنية في المجال الطبي، ص79، 80 (بتصرف).

(5) العجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، ص252 (بتصرف).

الشخصية من حيث حالته الصحية وسوابقه المرضية والتأثيرات الوراثية والنفسية والأعراض التي تنتابه، والظواهر التي قد ظهرت فيه⁽¹⁾.

2- الالتزام بالعلاج⁽²⁾: والعلاج هو كل إجراء يتخذه الطبيب، سواء كان متمثلاً في إعطاء أدوية أو استخدام أجهزة طبية حديثة أو تدخلاً جراحياً، بعد تشخيص المرض وتبصير المريض بحالته الصحية والحصول على رضاه، وبشرط مطابقته للأصول العلمية المستقرة والمعاصرة والأعراف الطبية، بقصد شفاء المريض أو تخفيف آلامه ومنع تفاقم المرض⁽³⁾. وعلى هذا فمرحلة العلاج هي مرحلة تالية لمرحلة التشخيص، وفيها يحدد الطبيب العلاج الأنسب وفقاً لحالة المريض. والطبيب حر في وصف العلاج الذي يراه مناسباً فلا يتعرض لأي مسؤولية إذا اختار طريقة دون أخرى أو إذا رأى أن الطريقة التي اختارها أكثر موافقة لطبيعة المرض، بشرط أن تكون هذه الطريقة مبنية على أسس علمية صحيحة⁽⁴⁾. وعلى الطبيب ألا يصف العلاج بطريقة مجردة دون الأخذ في الاعتبار حالة المريض، بل ينبغي عليه مراعاة بنية المريض وسنه وقوة مقاومته ودرجة احتمالته للمواد الكيماوية التي يحتويها الدواء⁽⁵⁾.

3- الالتزام بالرقابة⁽⁶⁾: لا يقف التزام الطبيب عند مجرد وصف العلاج أو إجراء العملية الجراحية؛ إذ يمتد التزامه بالعناية بالمريض عقب ذلك؛ لما يترتب على ذلك من أهمية في تحقيق الغاية المرجوة من ذلك، وخاصة بعد إجراء العمليات الجراحية، لما يكون للفترة

(1) فريجة، المسؤولية المدنية للطبيب، ص111.

(2) أنس محمد، المسؤولية المدنية في المجال الطبي، ص81، وفريجة، المسؤولية المدنية للطبيب، ص112، ومحمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، ص185، وإيمان محمد، المسؤولية القانونية على الأخطاء الطبية، ص40.

(3) أنس محمد، المسؤولية المدنية في المجال الطبي، ص82.

(4) كاظم راهي، المسؤولية المدنية لإدارة المستشفى عن أخطاء الأطباء العاملين فيها، كلية الحقوق، جامعة بابل، (2008م)، دط، ص86 (بتصرف).

(5) محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، ص45.

(6) فريجة، المسؤولية المدنية للطبيب، ص119، والعجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، ص117، وأنس محمد، محمد، المسؤولية المدنية في المجال الطبي، ص84، ومنير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط2 (2011م)، ص135.

اللاحقة على إجراء العملية من أهمية في نجاحها أو فشلها⁽¹⁾. وجدير بالذكر أن التزام الطبيب بالرقابة على المريض يتضمن سلطة ممارسة نوع من الضغط على المريض، سواء كان مصاباً بمرض عقلي أو جسمي؛ حتى لا يضر بنفسه⁽²⁾. غير أنه توجد حالات تعتبر مبرراً للطبيب لكي يمتنع عن تنفيذ التزامه بمتابعة علاج المريض، كأن يهمل الأخير في اتباع تعليماته، أو يستعين خفية بطبيب آخر، وهو الأمر الذي يعرض كرامة الطبيب المعالج للأذى، أو يمتنع المريض عن دفع الأجر للطبيب في المواعيد المتفق عليها، ففي مثل هذه الأحوال يجوز للطبيب أن يترك المريض، شريطة أن لا يكون الترك في ظروف غير لائقة أو مناسبة للمريض، وإلا تحمّل الطبيب المسؤولية عن الأضرار التي ستنشأ عن إخلاله بالتزامه بمتابعة علاج المريض⁽³⁾.

الفرع الثاني

التزامات الطبيب من حيث طبيعة الالتزام

لا بد من معرفة طبيعة الالتزام الذي يقع على عاتق الطبيب، فيما إذا كان التزاماً ببذل عناية أم التزاماً بتحقيق نتيجة. وتظهر أهمية التفرقة بين الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة في مسؤولية الطبيب حال تقصيره، فإن كان التزامه التزاماً بتحقيق نتيجة فيكون مسؤولاً عن تقصيره مباشرة، أما إذا كان التزامه التزاماً ببذل عناية فإنه في هذه الحالة يلزم ببذل العناية التي تؤدي إلى النتيجة ولا يضمن تحقيق النتيجة. كما تكمن هذه الأهمية في عبء الإثبات، فإن كان التزام المدين هو التزاماً بتحقيق نتيجة يكفي أن يثبت الدائن عدم تحقيق النتيجة وبالتالي يفترض خطأ المدين الذي لا يستطيع نفي المسؤولية عنه إلا إذا قام على الدليل على وجود السبب الأجنبي الذي منعه من تحقيق النتيجة، في حين أنه في الالتزام ببذل عناية يقع على عاتق الدائن إثبات تقصير المدين وعدم تنفيذه للالتزام حتى تتحقق مسؤوليته، وعليه فلا بد للدائن أن يثبت الخطأ، والضرر، والعلاقة السببية. وقد تعددت المعايير بشأن التفرقة بين الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة. ومن هذه المعايير:

(1) رمضان جمال كامل، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، ص 37.

(2) منير رياض، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، ص 136 (بتصرف).

(3) العجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، ص 120.

- 1- معيار الإرادة: فإذا انصرفت إرادة المدين لتحقيق نتيجة معينة فالالتزام هو التزام بتحقيق نتيجة، وإلا فهو التزام ببذل عناية.
- 2- معيار الاحتمال: فإذا كانت الغاية المرجوة من التعاقد محققة الوقوع فإن التزام المدين هو التزام بتحقيق نتيجة، وإذا كانت الغاية المرجوة من التعاقد احتمالية فإن التزام المدين هو التزام ببذل عناية.
- 3- معيار مساهمة الدائن: فإن كان موقف الدائن سلبياً في تحقيق النتيجة المرجوة فإن التزام المدين هو التزام بتحقيق نتيجة، كما في حالة التزام ناقل بنقل مسافر، فموقف المسافرين فيه سلبي ويقوم الناقل بنقله من مكان لآخر. وإن كان موقف الدائن إيجابياً في تحقيق النتيجة المرجوة فإن التزام المدين هو التزام ببذل عناية، كما في حالة المدرس الذي يقوم بتدريس الطلاب ويتوقف نجاح الطلاب على بذل العناية اللازمة لتحقيق النتيجة المرجوة⁽¹⁾.

الفقرة الأولى

الالتزام ببذل عناية

يكاد يجمع الفقه والقضاء على أن الأصل العام في التزام الطبيب أنه التزام ببذل عناية لا التزاماً بتحقيق نتيجة⁽²⁾. واستثناءً من ذلك يكون في بعض الحالات فقط التزاماً بتحقيق نتيجة؛ فالطبيب لا يلتزم بشفاء المريض، وإنما عليه فقط أن يبذل في سبيل ذلك عنايته وحرصه؛ لأن شفاء المريض أمر احتمالي غير مؤكد، فما على الطبيب سوى أن يبذل جهده وعنايته، أما الشفاء فهو من عند الله⁽³⁾. والشفاء يتوقف على عدة عوامل واعتبارات لا تخضع

(1) إيمان محمد، المسؤولية القانونية عن الأخطاء الطبية، ص33 (بتصرف).

(2) ينظر: فريحة، المسؤولية المدنية للطبيب، ص123، ووائل تيسير، المسؤولية المدنية للطبيب، ص40، ومحمد أحمد، مسؤولية الطبيب والجراح وأسباب الإعفاء منها في القانون المدني والفقه، مصر، ط1 (2009م)، ص121، والعجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، ص80، وإيمان محمد، المسؤولية القانونية عن الأخطاء الطبية، ص39، وأنس محمد، المسؤولية المدنية في المجال الطبي، ص70، ومنير رياض، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، ص123.

(3) فريحة، المسؤولية المدنية للطبيب، ص123، ومنير رياض، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، ص123.

دائماً لسيطرة الطبيب كمناعة الجسم، والوراثة، وحدود الفنون الطبية التي قد لا تكفي لعلاج المريض والطبيب يبذل قصارى جهده بما أوتي من علم ومعرفة اتجاه المريض ولكنه لا يلتزم بأية نتيجة مهما كانت أثناء معالجته للمريض، ولذلك فإنه لا يلتزم بمنع موت المريض⁽¹⁾. والعناية المطلوب بذلها من الطبيب ليست أي نوع من العناية بل عليه أن يبذل جهوداً صادقة يقظة تتفق مع الظروف التي يوجد بها المريض، ومتفقة مع الأصول العلمية المستقرة وقت ممارسة العمل الطبي⁽²⁾.

وعلى صعيد الشريعة الإسلامية فإن الفقه الإسلامي يعتبر التزام الطبيب التزاماً ببذل عناية، بمعنى أنه غير ملتزم بتحقيق سلامة المريض، فلا يلتزم بشفاؤه أو بضمان سلامته من المخاطر؛ لأن هذا الأمر ليس في وسعه، بل إن كل ما يطلبه الفقه الإسلامي منه هو أن يبذل العناية المعتادة من مثله عند ممارسة عمله، فإذا استعمل الطبيب حقه في الحدود الشرعية، ونتج عن ذلك ضرر لا يمكن الاحتراز منه فلا ضمان عليه⁽³⁾.

وتأسيساً على ما سبق ذكره من المعايير بشأن التفرقة بين الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة؛ فإن هذا الاتجاه الذي سار عليه الفقه والقضاء يجعل التزام الطبيب التزاماً ببذل عناية كان وفقاً لمعيار الاحتمال الآنف ذكره. ويعتبر العقد بين الطبيب والمريض أحد العقود النادرة التي ترتب التزاماً رئيساً محله بذل عناية، وذلك لما يتميز به هذا العقد الطبي من سمات خاصة تختلف عن غيره من العقود⁽⁴⁾.

(1) وائل تيسير، المسؤولية المدنية للطبيب، ص 41.

(2) أنس محمد، المسؤولية المدنية في المجال الطبي، ص 70.

(3) أبو بكر بن سعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ت/محمد عدنان بن ياسين درويش، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط2 (1419هـ، 1998م)، ج1 ص 305.

(4) جمال الدين محمود، مشكلات المسؤولية المدنية، مطبعة جامعة القاهرة، ط1 (1978م)، ص 370.

وهناك عدة عوامل وظروف تؤخذ بعين الاعتبار عند تحديد مدى التزام الطبيب تجاه مريضه ببذل هذه العناية⁽¹⁾، وهي:

1- **المستوى المهني:** فالطبيب العام لا يتحمل نفس الالتزامات التي يتحملها الطبيب الاختصاصي؛ لذلك فإن المعيار السليم للعناية المطلوبة من الطبيب في تنفيذ التزاماته هو معيار طبيب من مستواه المهني وجد في الظروف الخارجية عينها التي وجد فيها الطبيب المسؤول.

2- **الظروف الخارجية:** وتعني الظروف هنا الزمان والمكان الذي يجري فيه العلاج وظروف المريض نفسه، كمكان العلاج، والوسائل والإمكانيات المتاحة، وحالة المريض، فقد يكون العلاج في مستشفى لديه أجهزة طبية وإمكانات علمية كبيرة، وقد يكون العلاج في مستشفى لا توجد به هذه الإمكانيات، وقد تكون حالة المريض خطرة جدًا بصورة تقتضي إجراء عملية جراحية له في مكان وجوده دون نقله إلى المستشفى.

3- **الجهود المبذولة من قبل الطبيب:** فلا بد أن تكون الجهود المبذولة من قبل الطبيب متفقة مع الأصول العلمية الثابتة؛ فلا يقبل منه استخدام وسائل طبية بدائية تخالف التطور العلمي الحديث. بل عليه أن يستخدم وسائل علمية استقر عليها العلم الحديث وأن يختار أكثرها موائمة لحالة المريض ضمن الإمكانيات المتاحة والمتوفرة. وعليه، فإن تقيّد الطبيب بالقواعد الطبية المستقرة والأصول الثابتة فلا يعدّ مخطئاً.

وقد كرّس القضاء العربي هذا الاتجاه في تشريعاته وأحكامه، وأقتصر هنا -منعاً للإطالة- على ذكر ما جاء في التشريع العماني وقضائه، فقد قضت المحكمة العليا بسلطنة عمان في قرارها الصادر بتاريخ 2004/6/16م ما يلي: "التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية

(1) تنظر هذه العوامل في: وائل تيسير محمد عساف، المسؤولية المدنية للطبيب "دراسة مقارنة"، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح، (2008م)، دط، ص41، 42 (بتصرف)، ومحمد محمد أحمد، مسؤولية الطبيب والجراح وأسباب الإغفاء منها في القانون المدني والفقه الإسلامي، ص123، 124 (بتصرف)، والعجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، ص87، 93 (بتصرف)، وإيمان محمد، المسؤولية القانونية عن الأخطاء الطبية، ص36، 37 (بتصرف)، وأنس محمد، المسؤولية المدنية في المجال الطبي، ص71 (بتصرف).

أي بذل الجهد الطبي الصادق لعلاج المريض مع مراعاة الأصول الفنية لمهنة الطب وليس التزامًا بتحقيق غاية وهي شفاء المريض⁽¹⁾. وجاء في المادة (18) من قانون مزاولة مهنة الطب البشري وطب الأسنان العماني ما يلي: "لا يكون الطبيب المعالج مسؤولاً عن نتيجة العلاج بشرط أن يكون قد بذل العناية اللازمة واستعمل جميع الوسائل المهيأة له لتشخيص حالة المريض وإعطائه العلاج الصحيح"⁽²⁾. وجاء في المادة 19 من نفس القانون: "يتحمل الطبيب مسؤولية عمله والأضرار الناتجة عنه في الحالات الآتية: ب- إذا وقع منه إهمال أو تقصير أو لم يبذل العناية اللازمة"⁽³⁾.

الفقرة الثانية

الالتزام بتحقيق نتيجة

هناك حالات استثنائية تجعل من التزام الطبيب التزامًا بتحقيق نتيجة تتمثل في سلامة وحماية المريض، وذلك على خلاف الأصل المقرر من أن التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة، والالتزام بالسلامة هنا لا يعني التزام الطبيب بشفاء المريض، بل ألا يعرضه لأي أذى من جراء ما يستعمله من أدوات أو أجهزة أو ما يعطيه من أدوية وبألا ينقل له مرضًا آخر نتيجة العدوى من جراء المكان أو ما ينقله عليه من دم وخلافه⁽⁴⁾. وهذه الحالات هي⁽⁵⁾:

- (1) مجموعة الأحكام الصادرة عن دوائر المحكمة العليا، الدائرة التجارية والدائرة الضريبية، (2004م)، قرار رقم 45 في الطعن رقم 2003/95م، جلسة الأربعاء 2004/6/16م.
- (2) قانون مزاولة مهنة الطب البشري وطب الأسنان، المادة (18).
- (3) قانون مزاولة مهنة الطب البشري وطب الأسنان، المادة (18).
- (4) محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، ص155.
- (5) تنظر هذه الحالات في: فريجة، المسؤولية المدنية للطبيب، ص143-163، ووائل تيسير، المسؤولية المدنية للطبيب، ص45-57، ومحمد أحمد، مسؤولية الطبيب والجراح وأسباب الإعفاء منها في القانون المدني والفقه الإسلامي، ص125-135، والعجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، ص121-140، وإيمان محمد، المسؤولية القانونية عن الأخطاء الطبية، ص41-50، ومنير رياض، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، ص201-222.

1- إعطاء الأدوية:

يقع على عاتق الطبيب التزام بالسلامة يتمثل في عدم منح المريض أدوية ضارة أو فاسدة أو أنها لا تؤدي بحكم طبيعتها وخصائصها المألوفة إلى تحقيق الغاية المقصودة منها، ويُسأل عن هذا الإخلال باعتباره التزام بتحقيق نتيجة ما لم يثبت السبب الأجنبي⁽¹⁾.

2- الأعمال المخبرية واستعمال الأشعة:

تعتبر التحاليل الطبية من العمليات العادية التي تقع على محل محدد تحديداً دقيقاً ولا تحتل صعوبات، ولا تنطوي على قدر كبير من الاحتمال والمخاطرة كغيرها من الأعمال الطبية. لذا فالالتزام الطبيب بالنسبة للتحاليل العادية التزام بتحقيق نتيجة وهي سلامة التحليل ودقته، وتقوم مسؤولية الطبيب بمجرد حصول ضرر للمريض، ولا يستطيع الطبيب دفع المسؤولية عنه إلا بإثبات السبب الأجنبي الذي لا يد له فيه⁽²⁾. من جانب آخر فإن استعمال الأشعة في تشخيص وعلاج الأمراض أصبح يؤدي دوراً مهماً وخطيراً في المجال الطبي؛ لذا فإن هذا الاستعمال يلقي على الطبيب التزاماً محدداً بحماية مما قد ينجم عنها من أضرار. وهذا النوع من الأعمال الفنية المتصل باستعمال الأشعة يكاد يتلشى في نطاقه عنصر الاحتمال، ولذلك يكون الطبيب المتخصص فيه ملتزماً بتحقيق نتيجة في مواجهة المريض⁽³⁾.

3- نقل الدم:

قد يحتاج المريض إلى دم وهو بصدد إجراء العملية الجراحية، وهنا يقع على الطبيب التزام بأن يحقق نتيجة ألا وهي نقل الدم النقي للمريض فيتعين أن يكون متفقاً مع فصيلة دمه، وأن يكون خالياً من الأمراض⁽⁴⁾. ولعل عمليات نقل الدم تكتسب أهميتها البالغة نظراً للخطورة التي تنطوي عليها بسبب ما تحمله الدماء المنقولة من أمراض، حيث أصبح هناك ضحايا يعدون بالآلاف⁽⁵⁾.

(1) وائل تيسير، المسؤولية المدنية للطبيب، ص 45-57.

(2) محمد محمد أحمد، مسؤولية الطبيب والجراح وأسباب الإعفاء منها في القانون المدني والفقه الإسلامي، ص 128 (بتصرف)، إيمان محمد، المسؤولية القانونية عن الأخطاء الطبية، ص 43 (بتصرف).

(3) فريحة، المسؤولية المدنية للطبيب، ص 144-145 (بتصرف).

(4) محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، ص 169.

(5) العجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، ص 130.

4- جراحة التجميل:

وهذه الجراحة ليست كباقي الجراحات يقصد بها الشفاء من علة إنما هدفها إصلاح تشويه وعيب لا خطر منه على الصحة⁽¹⁾. وقد ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار أن التزام الجراح في جراحة التجميل هو التزام بتحقيق نتيجة، حيث يُسأل هذا الجراح عن الفشل في العملية، ما لم يقدّم الدليل على انتفاء العلاقة السببية بين ما فعله والضرر الناتج وهو فشل العملية⁽²⁾. والعلة التي تكمن وراء هذا الموقف تتمثل في أن جراحة التجميل لا تمارس في الأصل بغرض علاجي، بالإضافة إلى أنها تجري في ظروف متأنية فليس هناك ما يبرر العجلة أو ضعف الإمكانات، كما يكون المريض في حالة تامة من اليقظة والتبصر⁽³⁾.

5- استعمال الأدوات والأجهزة الطبية:

أدى التقدم العلمي في مجالات الطب المختلفة إلى استخدام الأدوات والأجهزة الطبية في العلاج والجراحة، وقد يلحق المريض إصابات وأضرار نتيجة الاستعانة بهذه الأجهزة. والتزام الطبيب هنا التزام بتحقيق نتيجة؛ فلا يعفى من المسؤولية حتى لو كان العيب بسبب خلل في صنع الجهاز، إلا أن الطبيب يستطيع التخلص من المسؤولية بإثبات أن الأضرار الحاصلة تعود إلى سبب أجنبي لا يد له فيه⁽⁴⁾. والأضرار المقصودة هي تلك التي تنشأ نتيجة وجود عيب أو عطل بالأجهزة والأدوات المذكورة؛ إذ يقع على عاتق الطبيب استخدام الآلات السليمة التي لا تحدث ضرراً للمريض⁽⁵⁾. وقد حكم القضاء الفرنسي بمسؤولية الطبيب عن وفاة المريض أثناء الجراحة، نتيجة انفجار حدث لتسرب الغاز من جهاز التخدير واشتعاله بشرارة خرجت منه، وكما حكم أيضاً بمسؤولية الطبيب عن الأضرار التي أصابت المريض نتيجة سقوطه من فوق منضدة الفحص بسبب هبوطها المفاجئ أو عند صعوده أو نزوله عنها⁽⁶⁾.

(1) وائل تيسير، المسؤولية المدنية للطبيب، ص 45.

(2) وائل تيسير، المسؤولية المدنية للطبيب، ص 45.

(3) فريحة، المسؤولية المدنية للطبيب، ص 150 (بتصرف).

(4) العجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، ص 122، 123 (بتصرف).

(5) محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، ص 213.

(6) إيمان محمد، المسؤولية القانونية على الأخطاء الطبية، ص 44.

المطلب الثاني

أركان المسؤولية المدنية للطبيب

الفرع الأول

طبيعة مسؤولية الطبيب المدنية

المسؤولية المدنية: هي التزام المدين بتعويض الضرر الذي ترتب على إخلاله بالتزام يقع عليه⁽¹⁾. وتقسم المسؤولية المدنية بصفة عامة إلى مسؤولية عقدية وتقديرية، فإذا كان الالتزام الذي حصل الإخلال به مصدره العقد كانت المسؤولية عقدية، وإذا كان الالتزام مصدره العمل غير المشروع والفعل الضار، أو واقعة مادية رتب عليها القانون التزاماً كانت المسؤولية تقديرية⁽²⁾. وعلى هذا فالمسؤولية العقدية هي: جزاء الإخلال بتنفيذ التزام ناشئ عن عقد، وتهدف إلى تعويض الضرر الذي ينشأ نتيجة للإخلال بالتزام عقدي، والمسؤولية التقديرية هي: جزاء الإخلال بواجب قانوني يفرض عدم الإضرار بالغير⁽³⁾.

وقد ثار الجدل حول طبيعة مسؤولية الطبيب هل هي عقدية أم تقديرية⁽⁴⁾؛ وانقسم موقف القضاء العربي بشأن طبيعتها إلى ثلاث طوائف، فمنهم من اعتبرها مسؤولية عقدية أصلاً وتقديرية استثناءً، ومنهم من اعتبرها مسؤولية تقديرية فحسب، ومنهم من صمت ولم يحدد طبيعتها أصلاً⁽⁵⁾. فذهب القضاء المغربي، والمصري، والتونسي، والإماراتي إلى اعتبار اعتبار مسؤولية الطبيب مسؤولية عقدية⁽⁶⁾. فقد ذهبت محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر في 26 جوان 1969م إلى أن: "مسؤولية الطبيب الذي اختاره المريض أو نائبه

(1) عبد المنعم فرج، الصده، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، (1979م)، ص512، وينظر قريباً من هذا التعريف: محمد أحمد أحمد، مسؤولية الطبيب والجراح وأسباب الإغفاء منها في القانون المدني والفقه الإسلامي، ص99.

(2) وائل تيسير، المسؤولية المدنية للطبيب، ص6.

(3) محمد أحمد أحمد، مسؤولية الطبيب والجراح وأسباب الإغفاء منها في القانون المدني والفقه الإسلامي، ص100.

(4) العجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، ص39، وينظر كذلك: فريحة، المسؤولية المدنية للطبيب، ص8.

(5) فريحة، المسؤولية المدنية للطبيب، ص16.

(6) فريحة، المسؤولية المدنية للطبيب، ص22، 23، 24، 25، والعجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، ص46، 48.

لعلاجه هي مسؤولية عقدية...⁽¹⁾. وذهب القضاء العماني، والعراقي، والقطري إلى اعتبار مسؤولية الطبيب مسؤولية تقصيرية فحسب⁽²⁾. وقد قررت المحكمة العليا بسلطنة عمان أن: "خطأ الطبيب سواء أكان من الأخطاء العادية التي يقع فيها صاحب أية مهنة أخرى كالسكر والإهمال الذي لا يرتبط ارتباطاً مباشراً بالقيام بالعمل الطبي وهو كل ما يتصل بالحرص المفروض على الناس كافة، أو كان من الأخطاء الفنية أي تتصل بمهنته مثل تشخيص المرض أو تحديد الدواء أو إجراء عملية جراحية، كل هذه الأخطاء عند تقدير التعويض عنها تخضع لأحكام المسؤولية التقصيرية"⁽³⁾. أما القضاء الأردني، واللبناني، والجزائري فقد أحجم عن تحديد موقفه من طبيعة مسؤولية الطبيب⁽⁴⁾.

واحتج أصحاب الاتجاه القائل بأن مسؤولية الطبيب عقدية بما يلي⁽⁵⁾:

- 1- الرابطة العقدية: فالطبيب في حالة إيجاب دائم ومستمر اتجاه الجمهور، وما يعلّقه من بيانات ولافتة على عيادته بصورة تفصيلية تدل على ذلك.
 - 2- النظام العام: فالنظام العام يقرر التزامات من قبل الطبيب تجاه المريض، وهذه الالتزامات لها طبيعة تعاقدية.
 - 3- المهن الطبية: فطبيعة المهن الطبية ذات أصول علمية وقواعد مقررة لمزاولةها، يلتزم من خلالها الطبيب بما هو مقرر فيها اتجاه المريض.
- أما أصحاب الاتجاه القائل بأن مسؤولية الطبيب تقصيرية فاحتجوا بما يلي⁽⁶⁾:
- 1- حياة الإنسان ليست محلاً للتعاقد: فلا يجوز أن يوضع المريض تحت رحمة الطبيب يتصرف فيه كيف يشاء.

(1) ينظر: قاعدة التشريعات والاجتهادات المصرية على شبكة المعلومات، الطعن رقم 111 لسنة 35 ق، جلسة 1969/6/26، ص1075.

(2) فريحة، المسؤولية المدنية للطبيب، ص28، 29.

(3) مجموعة الأحكام الصادرة عن دوائر المحكمة العليا، دائرة المحكمة الشرعية، الدائرة المدنية الأولى، الدائرة المدنية الثانية، قرار رقم 46 في الطعن رقم 2004/31، جلسة 2004/6/26م.

(4) فريحة، المسؤولية المدنية للطبيب، ص31، والعجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، ص40.

(5) تنتظر هذا الأدلة في: وائل تيسير، المسؤولية المدنية للطبيب، ص11، 12 (بتصرف).

(6) تنتظر هذا الأدلة في: وائل تيسير، المسؤولية المدنية للطبيب، ص18، 19 (بتصرف).

2- المهن الطبية لها طبيعة فنية: فطبيعة التزامها لا تدخل ضمن العقد المبرم بين الطبيب والمريض؛ لأنها معروفة فقط من قبل الأطباء.

3- حالات إصابة المريض المفاجئة: وفيها يستحيل وجود علاقة تعاقدية بينه وبين الطبيب؛ لانعدام قدرة المريض في التعبير عن إرادته.

ومع وجود هذا التباين في نظرة القضاء العربي إلى طبيعة مسؤولية الطبيب، إلا أن الفقه العربي يميل إلى نحو تأسيس المسؤولية الطبية على أساس المسؤولية العقدية⁽¹⁾. وقد ذهب عميد القانون المدني عبد الرزاق السنهوري إلى أن: "مسؤولية الأطباء تكون في أكثر الأحوال مسؤولية عقدية لا مسؤولية تقصيرية؛ لأن الأطباء يرتبطون بعقود مع عملائهم في تقديم خدماتهم الفنية"⁽²⁾.

ومع وجود هذا الاتجاه العام لاعتبار مسؤولية الطبيب مسؤولية عقدية فإن هناك حالات تكون مسؤوليته فيها تقصيرية استثناء من هذا الأصل العام، وهذا يسير مع اتجاه الأول الذي اعتبرها مسؤولية عقدية أصلاً وتقصيرية استثناء. وهذه الحالات هي⁽³⁾:

1- حالة الطبيب الذي يعمل في مستشفى عام: "علاقة الطبيب الذي يعمل في مستشفى عام هي علاقة تنظيمية، تحكمها القوانين والأنظمة، ولا يمكن القول بوجود اشتراط لمصلحة المريض بين الطبيب الذي يعمل في المستشفى العام وبين إدارة المستشفى، وبالتالي فإنه لا يوجد عقد بين الطبيب في المستشفى العام وبين المريض، وعلى ذلك لا يمكن مساءلة الطبيب عن الضرر الذي يلحق بالمريض إلا على أساس المسؤولية التقصيرية"⁽⁴⁾.

2- حالة انعدام العقد: "هناك حالات معينة قد يصعب فيها أو يستحيل الحصول على موافقة المريض للعلاج، مثل أن يتم إحضاره للطبيب نتيجة إصابته بحادث سير أو أن يكون

(1) العجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، ص43 (بتصرف)، وفريحة، المسؤولية المدنية للطبيب، ص36 (بتصرف).

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط3 (2002م)، مج: 2، ص36.

(3) ينظر هذه الحالات في: وائل تيسير، المسؤولية المدنية للطبيب، ص22، 23، وفريحة، المسؤولية المدنية للطبيب، ص26، 27، والعجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، ص58-63.

(4) العجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، ص59.

غريباً وفاقداً للوعي ويكون ذلك من قبل الجمهور بحيث تكون حالته الصحية تستدعي تدخل الطبيب بشكل فوري وعاجل. وهنا فإن الطبيب يقوم بواجبه الإنساني والمهني دون الحصول على موافقة المريض. وهنا تكون المسؤولية الطبية ذات طبيعة تقصيرية⁽¹⁾.

3- حالة مخالفة الطبيب لالتزامه بحيث تأخذ مخالفته طابعاً جنائياً: "ففي حالة ما إذا كان الفعل الضار يشكل جريمة جنائية، فإنه يصبح من حق المضرور أن يختار بين البقاء في نطاق المسؤولية العقدية، أو الانتقال منها إلى المسؤولية التقصيرية"⁽²⁾.

4- حالة امتناع الطبيب عن علاج المريض أو إنقاذه دون مبرر: "امتناع الطبيب عن علاج مريض أو إنقاذه يخالف المسلك المألوف للطبيب اليقظ الموجود في نفس الظروف، فالطبيب وإن كان حراً في مزاوله مهنته بالطريقة التي يراها، إلا أن حقه في ذلك مقيد بما تفرضه واجباته المهنية، وما يقتضيه الخلق والواجب الأدبي، وبعبارة ذلك فإنه يكون متعسفاً في استعمال حقه، وبالتالي تكون مسؤوليته تقصيرية"⁽³⁾.

5- حالة إصابة الغير بضرر ناجم عن تدخل الطبيب: فإذا تمت مطالبة الطبيب بتعويض عن ضرر حاصل للغير غير المريض فتكون مسؤولية الطبيب تقصيرية، ومثال ذلك أن يهمل الطبيب في علاج شخص مصاب بخلل عقلي، الأمر الذي يؤدي إلى إصابة الغير بضرر⁽⁴⁾.

6- حالة الطبيب الذي يتدخل من تلقاء نفسه: "عندما يتدخل الطبيب لإنقاذ جريح على الطريق أو غريق فقد الوعي، فالتدخل هنا لا يتم بناء على عقد بل هو أقرب إلى الفضالة منه إلى العقد"⁽⁵⁾. وعلى هذا تكون مسؤولية الطبيب هنا إن ترتب عليها ضرر مسؤولية تقصيرية.

(1) محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، ص 140.

(2) العجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، ص 62.

(3) محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، ص 146.

(4) المرجع السابق، ص 146 (بتصرف).

(5) المرجع السابق، ص 145.

الفرع الثاني

أركان المسؤولية المدنية

حتى تقوم المسؤولية المدنية للطبيب فلا بد لها من توفر ثلاثة أركان هي: الخطأ، والضرر، والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر⁽¹⁾. وفي المسؤولية المدنية للطبيب يجب أن تتوفر هذه الأركان، وعلى من يدّعي حصول الضرر أن يقيم البينة على توافر هذه الأركان، بحيث يتوجب عليه أن يثبت أن هناك خطأ قد وقع من الطبيب وألحق به ضرراً، وأن الخطأ هو الذي سبّب الضرر ونشأ عنه مباشرة⁽²⁾. وتأكيداً على هذه الأركان فقد قضت المحكمة العليا بسلطنة عمان بأن: "المناطق في مسؤولية الطبيب عن خطئه أن يثبت بصورة أكيدة واضحة أنه قد خالف في سلوكه عن جهل أو تهاون أصول الفن الطبي الثابتة وقواعده العلمية الأساسية، وأن تكون ثمة رابطة سببية بين هذا الخطأ والضرر الذي يحدث للمريض"⁽³⁾. والفقرات الآتية تتناول أركان المسؤولية المدنية بالتفصيل.

الفقرة الأولى

الخطأ

أولاً: تعريف الخطأ، والخطأ الطبي من الناحية الفقهية والقانونية:

تباينت تعريفات الفقهاء لمصطلح الخطأ بصورة عامة، ومن هذه التعريفات: "فعل أو قول يصدر من الإنسان بغير قصده بسبب ترك التثبت عند مباشرة أمر مقصود"⁽⁴⁾. وعرفه الإمام محمد أبو زهرة بأنه: "وقوع الفعل أو القول على خلاف ما يريد الفاعل"⁽⁵⁾. من هنا يتضح أن الخطأ فقهاً يكون قولاً أو فعلاً دون قصد.

وكما وقع التباين في تعريفات الفقه للخطأ كذلك تعددت تعريفات القانونيين لمصطلح

الخطأ، ومن هذه التعريفات:

(1) فريجة، المسؤولية المدنية للطبيب، ص164 (بتصرف).

(2) العجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، ص141

(3) شبكة المحامين العرب، الطعن رقم 219 / 2001م مدني، جلسة 4 / 2 / 2002م.

(4) علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري البزدوي، كشف الأسرار على أصول البندوي، ط2 (1416هـ، 1995م)، ج4 ص1365.

(5) محمد أبو زهرة، أصول الفقه، ص352.

- الخطأ: تقصير في مسلك الشخص لا يصدر عن إنسان يقظ وجد ذات الظروف التي أحاطت بالمسؤول⁽¹⁾.
 - الخطأ: هو الإخلال بواجب سابق كان بالإمكان معرفته ومراعاته⁽²⁾.
- أما مصطلح الخطأ الطبي فقد جاء في تعريفه فقهاً أنه: "عدم قيام الطبيب بالالتزامات الخاصة التي فرضتها عليه مهنته"⁽³⁾. وجاء في تعريفه بأنه: "تعدي الطبيب وإتيانه فعلاً غير مألوف ومخالف لقواعد ممارسة مهنة التطبيب، كأن يمارس الشخص الطب دون إجازة من أحد كبار أطباء عصره"⁽⁴⁾.
- وجاء تعريفه قضاءً بأنه: "انحراف في سلوك الطبيب المحترف الحريص والمثابر والمؤهل لو وضع في نفس الظروف التي كان فيها الطبيب مرتكب الضرر؛ فأى اختلاف بين مسلك الشخصين يظهر وجود الخطأ"⁽⁵⁾. وعرف أيضاً بأنه: "كل مخالفة أو خروج من الطبيب في سلوكه على القواعد والأصول الطبية المتعارف عليها نظرياً وعلمياً وقت قيامه بالعمل الطبي أو خلاله بواجبات الحيطة والحذر التي يفرضها القانون ويترتب عن هذا الخطأ مضاعفات وأضرار للمريض"⁽⁶⁾. ويلاحظ من هذه التعريفات أن الخطأ المقصود هنا هو الخطأ الذي نتج عن إهمال وتقصير أو حصل مع التزام الطبيب بكافة مستلزمات العلاج.

(1) محمد محمد أحمد، مسؤولية الطبيب والجراح وأسباب الإعفاء منها في القانون المدني والفقه الإسلامي، ص189.

(2) العجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، ص143.

(3) فريحة، المسؤولية المدنية للطبيب، ص168.

(4) أنس محمد، المسؤولية المدنية في المجال الطبي، ص233.

(5) وائل تيسير، المسؤولية المدنية للطبيب، ص61.

(6) إيمان محمد، المسؤولية القانونية عن الأخطاء الطبية، ص94.

ثانيا: أنواع الخطأ الطبي:

ينقسم الخطأ الطبي إلى نوعين⁽¹⁾:

1- الخطأ المادي: وهو الخطأ الذي يرتكبه الطبيب عند مزاولته لمهنته دون أن تكون له علاقة بالأصول الفنية لمهنة الطب، كأن يجري عملية وهو في حالة سكر أو يده عاجزة عن الحركة بسبب إصابتها.

2- الخطأ الفني: وهو الخطأ اللصيق بالعمل الفني البحت، ويتحدد هذا الخطأ بالرجوع إلى القواعد العلمية والفنية التي تحكم مهنة الطب وحقائقه الثابتة، وخالفة المسلمات العلمية المعترف بها. مثل تشخيص ومباشرة العلاج؛ فقد يتطلب الأمر الرجوع لوسائل معينة للتشخيص أو يخلط في تشخيصه كأن يشخص الممرض على أنه التواء في الكوع في حين أنه كسر.

والخطأ إما أن يكون في التزام إنساني أو فني التزم به الطبيب، وقد تقدم ذكر هذه الالتزامات في المطلب الأول فأحيل إليها.

ثالثا: معيار تقدير الخطأ الطبي:

استقر رأي الفقه والقضاء على أن المعيار العام للخطأ هو المعيار الموضوعي وليس المعيار الشخصي⁽²⁾. ويقصد بالمعيار الشخصي إلزام الطبيب ببذل ما اعتاد على بذله من يقظة وتبصر، ذلك أن هذا المعيار يعتمد على البحث عن حالة الطبيب الذي ارتكب الخطأ نفسه؛ لمعرفة ما إذا كان السلوك الذي صدر منه أقل حيطة من سلوكه الذي يبذله في رعاية شؤون نفسه، إلا أن هذه المعيار يعاب عليه بأنه يستلزم البحث في ظروف وأحوال كل طبيب على حده ومراقبة تصرفاته وأحواله، لذلك تم الأخذ بالمعيار الموضوعي وهو أن يقارن سلوك

(1) ينظر: محمد أحمد، مسؤولية الطبيب والجراح وأسباب الإعفاء منها في القانون المدني والفقه الإسلامي، ص191، 192، والعجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، ص149، وفريحة، المسؤولية المدنية للطبيب، ص187، وأنس محمد، المسؤولية المدنية في المجال الطبي، ص255، وإيمان محمد، المسؤولية القانونية عن الأخطاء الطبية، ص105.

(2) ينظر: وائل تيسير، المسؤولية المدنية للطبيب، ص71، ومحمد أحمد، مسؤولية الطبيب والجراح وأسباب الإعفاء منها في القانون المدني والفقه الإسلامي، ص195، والعجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، ص170، وفريحة، المسؤولية المدنية للطبيب، ص179.

الطبيب عند تقدير الخطأ بسلوك طبيب وسط من نفس مستواه⁽¹⁾. ويمثل هذا الطبيب الوسط أوساط الأطباء كفاءة وخبرة وتبصرًا ودقة في نفس فئته ونفس فرع اختصاصه، ونفس مستواه الفني والمهني الذي يبذله في معالجة المريض⁽²⁾.

رابعاً: عبء إثبات الخطأ الطبي:

يتوقف عبء إثبات الخطأ الطبي على تحديد مضمون الالتزام، هل هو التزام ببذل عناية أم بتحقيق نتيجة، فإذا تعلق الأمر بالالتزام بتحقيق نتيجة كان الخطأ مفترضا بمجرد عدم تحقق النتيجة المرجوة، ويقع على المدين بالالتزام إذا أراد التخلص من المسؤولية إثبات السبب الأجنبي، أما إذا تعلق الأمر بالالتزام ببذل عناية فإنه يجب على الدائن إثبات خطأ المدين المتمثل في التقصير والإهمال في بذل العناية اللازمة⁽³⁾. وتأسيساً على هذا يكون عبء إثبات الخطأ الطبي كالاتي:

1- عبء إثبات الخطأ الطبي في الالتزام ببذل عناية: على المريض الذي يدّعي تضرره من خطأ طبي إثبات أن الطبيب التزم فعلاً بتقديم العلاج له، وأن هذا الأخير لم يبذل العناية المطلوبة أثناءه⁽⁴⁾. ويكون إثبات ذلك بأن الطبيب قد أهمل وانحرف عن أصول مهنة الطب وأيضاً يقع على عاتق المريض إثبات وقوع الضرر عليه، وكل ذلك ما لم يدحض الطبيب ما تم الادعاء به عليه بتدخل السبب الأجنبي الذي بسببه تنعدم علاقة السببية بين الخطأ والضرر⁽⁵⁾.

2- عبء إثبات الخطأ الطبي في الالتزام بتحقيق نتيجة: في هذه الأعمال التي يلتزم الطبيب فيها بتحقيق نتيجة فإنه يكفي لقيام مسؤوليته أن يثبت المريض الالتزام الذي يقع على عاتق الطبيب، بالإضافة إلى إثبات حصول الضرر⁽⁶⁾.

(1) فريحة، المسؤولية المدنية للطبيب، ص 179، 180 (بتصرف).

(2) وائل تيسير، المسؤولية المدنية للطبيب، ص 71.

(3) وفاء حلمي أبو جميل، الخطأ الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، (1987م)، دط، ص 86.

(4) فريحة، المسؤولية المدنية للطبيب، ص 213.

(5) وائل تيسير، المسؤولية المدنية للطبيب، ص 78.

(6) محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، ص 126.

الفقرة الثانية

الضرر

أولاً: تعريف الضرر الطبي:

الضرر الطبي: هو حالة ناتجة عن فعل طبي مست الأذى جسم الشخص، وقد يستتبع ذلك نقص في حال الشخص أو في عواطفه ومعنوياته⁽¹⁾.

ويفهم من هذا التعريف أن الضرر الذي يصيب المريض إما أن يكون ضرراً مادياً أو معنوياً أو كليهما، أو فوات فرصة، أو هذه الثلاثة مجتمعة، وتفصيل ذلك في البند اللاحق.

ثانياً: أنواع الضرر الطبي:

الضرر الطبي إما أن يكون مادياً، أو معنوياً، أو فوات فرصة⁽²⁾. وبيان ذلك كالآتي:

1- الضرر المادي: وهو الضرر الذي يصيب الإنسان في جسده وماله، أو إخلاله بمصلحة ذات قيمة مالية⁽³⁾. ومثاله في نطاق المسؤولية الطبية ما يتكبده المريض من نفقات علاجية، أو عدم قدرته على مواصلة عمله الذي يقات منه سواء بصورة مؤقتة أو بصورة دائمة، وما يترتب على ذلك من خسائر مالية له⁽⁴⁾.

2- الضرر المعنوي (الأدبي): وهو الضرر الذي لا يطال شيئاً من كيان الإنسان المادي بل يصيب الإنسان في عواطفه وأحاسيسه ومشاعره⁽⁵⁾. ولقد اختلفت التشريعات في مدى الأخذ بالتعويض عن الضرر المعنوي، فقد نص التقنين المدني الفرنسي على وجوب التعويض عن كل فعل سبب ضرراً⁽⁶⁾.

-
- (1) عبد السلام التونجي، المسؤولية المدنية، مسؤولية الطبيب في القانون المقارن، ط2 (1975م)، ص292.
 - (2) تنتظر أنواع هذه الأضرار في: فريحة، المسؤولية المدنية للطبيب، ص265، ووائل تيسير، المسؤولية المدنية للطبيب، ص94، وأنس عبد الغفار، المسؤولية المدنية في المجال الطبي، ص335، ومحمد أحمد، مسؤولية الطبيب والجراح وأسباب الإعفاء منها في القانون المدني والفقه الإسلامي، ص233، والعجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، ص291.
 - (3) التونجي، المسؤولية المدنية، ص294.
 - (4) ومحمد أحمد، مسؤولية الطبيب والجراح وأسباب الإعفاء منها في القانون المدني والفقه الإسلامي، ص233.
 - (5) وائل تيسير، المسؤولية المدنية للطبيب، ص94، والعجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، ص295.
 - (6) فريحة، المسؤولية المدنية للطبيب، ص267.

3- ضرر تفويت الفرصة: يدخل في عناصر الضرر ما يسمى بتفويت الفرصة التي يجب التعويض عنها؛ فالفرصة وإن كانت أمراً محتملاً فإن تفويتها أمر محقق⁽¹⁾. وتتبلور هذه الفكرة في حالة ما إذا كانت هناك فرصة أمام شخص لتحقيق كسب معين، أو تجنب خسارة معينة، والحيلولة بين هذا الشخص وبين محاولته تحقيق فرصته تقضي على هذا الاحتمال، وتحيل الفرصة التي كانت أملاً محتملاً إلى مستحيل، وهذا الاتجاه خروج عن الأصل القاضي بأن الضرر الذي يقبل التعويض هو الضرر المحقق سواء كان هذا الضرر قد وقع بالفعل أو أن وقوعه في المستقبل لا محالة فيه⁽²⁾.

ثالثاً: شروط الضرر الطبي:

هناك مجموعة من الشروط الخاصة التي يجب توافرها في الضرر الطبي لكي يتمكن المريض من المطالبة بالتعويض، وهذه الشروط هي⁽³⁾:

- 1- أن يكون الضرر شخصياً: أي أن يصيب الضرر الشخص المطالب بالتعويض عن الفعل الضار، فتتوفر فيه المصلحة الشخصية حتى تكون مقبولة⁽⁴⁾.
- 2- أن يكون الضرر محققاً: أي أن يكون الضرر قد وقع بالفعل ك وفاة المريض، أو أن يكون وقوعه مؤكداً كأن يصاب بعاهة فقد الإبصار بإحدى عينيه⁽⁵⁾.
- 3- أن يكون الضرر الطبي مباشراً: أي يكون نتيجة مباشرة عن خطأ الطبيب المعالج ومن يكون تحت مسؤوليته وتبعيته⁽⁶⁾. فمثلاً الخطأ الذي يرتكبه الطبيب ويؤدي إلى وفاة شاب

(1) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1 ص862.

(2) محمد محمد أحمد، مسؤولية الطبيب والجراح وأسباب الإغفاء منها في القانون المدني والفقه الإسلامي، ص236 (بتصرف).

(3) تنظر هذه الشروط في: محمد محمد أحمد، مسؤولية الطبيب والجراح وأسباب الإغفاء منها في القانون المدني والفقه الإسلامي، ص234، 241، وأنس عبد الغفار، المسؤولية المدنية في المجال الطبي، ص351، 352، ووائل تيسير، المسؤولية المدنية للطبيب، ص99، وفريحة، المسؤولية المدنية للطبيب، ص283، 284.

(4) فريحة، المسؤولية المدنية للطبيب، ص283.

(5) محمد محمد أحمد، مسؤولية الطبيب والجراح وأسباب الإغفاء منها في القانون المدني والفقه الإسلامي، ص234.

(6) وائل تيسير، المسؤولية المدنية للطبيب، ص99.

شاب في الثانوية العامة، فالضرر هو وفاة الشاب وإصابته ويكون التعويض عن حالة الوفاة فقط، أما الأضرار الأخرى التي تتولد عن ذلك مثل نجاحه وحصوله على مجموع مرتفع واحتمالية دخوله كلية الطب، فهذه الأضرار لا يمكن التعويض عنها لأنها أضرار غير مباشرة⁽¹⁾.

4- أن يمس الضرر حقاً ثابتاً أو مصلحة مالية مشروعة: ويقصد بمساس الحق أنه لا يمكن مساءلة المعتدي إلا إذا مس اعتداؤه حقاً ثابتاً يحميه القانون، وإذا كانت المصلحة غير مشروعة للتعويض عنها فلا يعتد بها، فلا يمكن تعويض الخلية على فقد خليلها الذي كان يتولى الإنفاق عليها؛ لأن هذه المصلحة تقوم على علاقة غير مشروعة⁽²⁾.

الفقرة الثالثة

العلاقة السببية

أولاً: تعريف العلاقة السببية:

يقصد بالعلاقة السببية: وجود رابطة مباشرة بين الخطأ الطبي المرتكب من قبل الطبيب والضرر الذي أصاب المريض، وأن يكون الخطأ هو السبب الذي أدى إلى وقوع الضرر⁽³⁾. ويفهم من هذا أنه قد يقع ضرر للمريض ولكن ليس بسبب خطأ الطبيب، فقد يخطئ الطبيب في عملية جراحية ويتوفى المريض بأزمة قلبية ليست لها علاقة بخطأ الطبيب. ومن الجدير بالذكر أن تقدير توافر رابطة السببية بين الخطأ أو الإصابة التي أدت إلى الوفاة أو غير ذلك من المسائل الموضوعية التي تفصل فيها محكمة الموضوع بغير معقب عليها ما دام تقديرها سائغاً⁽⁴⁾.

ثانياً: نظريات العلاقة السببية:

قد يكون الضرر الحاصل نتيجة لعدة أسباب وليس لسبب واحد، وهو ما يؤثر على مسؤولية الطبيب وقيامها، فلو أن أحد الأشخاص تعرض للدهس من سيارة، ونُقل إلى

(1) أنس عبد الغفار، المسؤولية المدنية في المجال الطبي، ص 352.

(2) فريجة، المسؤولية المدنية للطبيب، ص 283.

(3) وائل تيسير، المسؤولية المدنية للطبيب، ص 102.

(4) فرج يوسف، خطأ الطبيب العمدي وغير العمدي، ص 177.

المستشفى لتلقي العلاج، إلا أنه توفي على أثر جراحة عاجلة أجريت له، فهنا نحن أمام أكثر من سبب من الممكن أن يكون أدى إلى الوفاة، فهل هو حادث السيارة أم تأخر عملية الإسعاف أم خطأ أثناء العملية الجراحية؟ في هذا الصدد ظهرت عدة نظريات، أهمها نظرية تعادل الأسباب ونظرية السبب المنتج أو الفعّال⁽¹⁾. وبيان هذه النظريات كالآتي:

1- نظرية تعادل (تكافؤ) الأسباب: وتقوم هذه النظرية على أساس عدم الفصل بين العوامل التي أسهمت في وقوع الضرر؛ فكل سبب عاصر إحداث الضرر يعتبر سبباً في حدوثه، فجميع العوامل التي أسهمت في إحداث الضرر تكون أسباباً متعادلة في حكم القانون⁽²⁾. ووفقاً لهذه النظرية فإن الطبيب يبقى مسؤولاً عن خطئه وإن تعددت الأسباب المنشئة للضرر، مع حقه في الرجوع على بقية الأشخاص الذين أحدثوا الضرر.

2- نظرية السبب المنتج (الفعّال): وتقوم هذه النظرية على أساس تقسيم الأسباب التي أحدثت الضرر إلى أسباب منتجة، وأسباب عارضة، وتعتد بالسبب المنتج دون العارض، والسبب المنتج هو الذي يؤدي عادة وبحسب المألوف إلى إحداث الضرر، أما السبب العارض فهو السبب الذي لا يحدث به الضرر عادة، ولكنه أحدثه عرضاً؛ ولذلك لا يعار له اهتمام⁽³⁾.

وبهذه النظرية الأخيرة أخذ القضاء المصري؛ فقد قررت محكمة النقض المصرية أن: "ركن السببية في المسؤولية التقصيرية مناط تحققه توافر السبب المنتج دون السبب العارض، ولو اقترن به"⁽⁴⁾.

(1) العجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، ص 302، 302.

(2) محمد محمد أحمد، مسؤولية الطبيب والجراح وأسباب الإغفاء منها في القانون المدني والفقهاء الإسلامي، ص 243، 244 (بتصرف).

(3) المرجع السابق، ص 247 (بتصرف).

(4) قاعدة التشريعات والاجتهادات المصرية على شبكة المعلومات، نقض مدني رقم 51/ 1247 بتاريخ 1982/6/24م.

ثالثاً: قطع العلاقة السببية:

تتقطع العلاقة السببية بين الفعل الضار والضرر في حال توفر السبب الأجنبي كالحادث الفجائي أو القوة القاهرة أو فعل الغير أو فعل المتضرر⁽¹⁾. ويعرّف السبب الأجنبي بأنه كل أمر لا يد فيه للطبيب ويكون هو السبب في إحداث الضرر، ويترتب عليه انتفاء مسؤوليته كلها أو بعضها⁽²⁾. وتفصيل هذه الحالات كالآتي:

1- الحادث الفجائي أو القوة القاهرة: فرّق بعضهم بين الحادث الفجائي والقوة القاهرة؛ فقالوا بأن الاثنين يتفقان في أن كلا منهما يستحيل دفعه ولا يمكن توقعه، ويختلفان في أن القوة القاهرة حادث يأتي من الخارج ولا يتصل بنشاط المدعى عليه مثل العاصفة أو الزلزال، بينما الحادث الفجائي يأتي من الداخل ويكون متصلاً بنشاطه، كما في حالة انفجار آلة أو احتراق مادة⁽³⁾.

2- خطأ المضرور (المريض): فخطأ المضرور يقطع العلاقة السببية إذا كان وحده المتسبب في حدوث الضرر، ويعفى الطبيب من المسؤولية، وذلك كأن يتناول المريض أدوية منعها الطبيب عنه أو يمتنع عن تناول العلاج وفقاً لتعليمات الطبيب، أو أخفى معلومات حساسة عن وضعه الصحي أدت لخطأ الطبيب في التشخيص⁽⁴⁾.

3- خطأ الغير: فإذا كان الضرر قد وقع بفعل الغير وحده فتنتفي العلاقة السببية، ويعفى الطبيب من المسؤولية⁽⁵⁾.

(1) وائل تيسير، المسؤولية المدنية للطبيب، ص108، وينظر كذلك: فريحة، المسؤولية المدنية للطبيب، ص300، وفرج يوسف، خطأ الطبيب العمدي وغير العمدي، ص179.

(2) فريحة، المسؤولية المدنية للطبيب، ص300، 301.

(3) العجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، ص315 (بتصرف).

(4) محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، ص120.

(5) وائل تيسير، المسؤولية المدنية للطبيب، ص110 (بتصرف).

المبحث الثاني

دعوى التعويض في المسؤولية المدنية للطبيب، وأسس تقدير التعويض

دعوى التعويض هي: الوسيلة القضائية التي يستطيع المضرور عن طريقها الحصول من المسؤول على تعويض الضرر الذي أصابه إذا لم يسلم به المضرور اتفاقاً، وتسمى أيضاً دعوى المسؤولية المدنية⁽¹⁾. وهذا المبحث يتناول هذه الدعوى من حيث المحكمة المختصة بالنظر فيها، وأطراف الدعوى، ومن له الحق في رفعها، وأسس تقدير التعويض، وذلك في مطلبين.

المطلب الأول

المحكمة المختصة بدعوى المسؤولية المدنية للطبيب وأطراف الدعوى

الفرع الأول

المحكمة المختصة بدعوى المسؤولية المدنية للطبيب

تقام دعوى التعويض أمام المحاكم المختصة بأي دعوى مدنية أخرى، أو من خلال الادعاء بالحق المدني أمام القاضي الجزائي في الحالات التي يشكل فيها الخطأ الطبي جريمة، ويختلف أساس الدعوى فيما إذا كانت جزائية أم مدنية، فالجزائية موضوع يتعلق بالجزاء المطلوب توقيعه على الجاني، أما المدنية فموضوعها يتعلق بالضمان أي جبراً للمضرور عما لحقه من ضرر⁽²⁾. ويُفهم من هذا أنه على المضرور قبل رفع الدعوى أن يحدد الجهة المختصة بنظرها اختصاصاً نوعياً وإقليمياً، فإن كان سيرفعها على أنها دعوى مدنية من الأصل فيرفعها أمام المحكمة المدنية، مع مراعاة الاختصاص الإقليمي لها، وإن كانت الدعوى تتعلق بجناية فإن الحق المدني يرفع فيها تبعاً لتكون دعوى مدنية بالتبعية.

(1) سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، مكتبة مصر الجديدة، ط5 (1992م)، ج1 ص569.

(2) وائل تيسير، المسؤولية المدنية للطبيب، ص113، 124 (بتصرف).

الفرع الثاني

أطراف دعوى المسؤولية المدنية للطبيب، ومن له الحق في رفعها

الفقرة الأولى

أطراف دعوى المسؤولية المدنية

الدعوى المدنية كغيرها من الدعاوى يكون فيها مدعي ومدعى عليه⁽¹⁾. وبيان كل منهما فيما يلي:

1- **المدعى (المضرور):** والمضرور هو الشخص الذي يحق له أن يطالب المسؤول بالتعويض، ويقوم نائبه مقامه في ذلك، ونائب المضرور هو وليه أو وصيه⁽²⁾. والأصل أن هذا الحق في التعويض ينتقل بالخلافة، ولكن التعويض عن الضرر الأدبي لا ينتقل إلى خلف المريض المضرور إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب به المريض أمام القضاء. وعلى ذلك فالضرر الذي أصاب المريض والمتمثل في وفاته لا ينتقل إلى ورثته، وكذلك لا ينتقل إلى خلفه أي ضرر أدبي آخر يكون قد أصاب المريض قبل وفاته، وإذا تعدد المضرورين كان لكل منهم المطالبة بالتعويض عما لحق به من ضرر⁽³⁾.

2- **المدعى عليه:** وهو الشخص المسؤول عن الفعل الضار أو نائبه أو خلفه، سواء كان مسؤولاً عن فعله الشخصي أو مسؤولاً عن فعل غيره أو مسؤولاً عن الشيء الذي في حراسته⁽⁴⁾. وبناء على هذا فالطبيب هو المسؤول الأول عن الضرر، فترفع الدعوى في مواجهته، ومن الممكن أن تباشر الدعوى في مواجهة نائبه. وإذا كان الطبيب تابعاً لمستشفى عام أو خاص فإن كلا من الطبيب والمستشفى يكونا مسؤولين قبل المريض

(1) أنس محمد، المسؤولية المدنية في المجال الطبي، ص451، ووائل تيسير، المسؤولية المدنية للطبيب، ص124، وفريحة، المسؤولية المدنية للطبيب، ص307، و منير رياض، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، ص546.

(2) منير رياض، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، ص546.

(3) أنس محمد، المسؤولية المدنية في المجال الطبي، ص451، ص452.

(4) وائل تيسير، المسؤولية المدنية للطبيب، ص125 (بتصرف).

وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية للطبيب عن خطئه الشخصي والمستشفى باعتباره متبوعاً يسأل عن أعمال تابعه⁽¹⁾.

الفقرة الثانية

أصحاب الحق في رفع دعوى المسؤولية المدنية⁽²⁾

يتعدد الأشخاص الذين لهم حق إقامة دعوى المسؤولية الطبية، فقد يكون المدعي المريض المضرور أو ورثته، أو دائني المضرور. وبيان ذلك كالآتي:

1- حق المضرور في إقامة الدعوى: في الأصل أن يكون للمريض المضرور الذي أصابه الضرر الحق في إقامة الدعوى، وقد يكون المضرور غير المريض، وقد يكون فرداً أو جماعة، ويجوز لكل فرد من الجماعة أن يقيم دعوى مستقلة، ويقوم القاضي بتقدير التعويض على أساس تحديد عناصر الضرر الذي أصاب كلا منهم.

2- حق الورثة في إقامة الدعوى: يجوز للورثة أن يقيموا دعوى المسؤولية المدنية الطبية للمطالبة بحق مورثهم فيما أصابه من ضرر بسبب فعل الغير وثبت حقه في التعويض، فإذا كان الضرر هو وفاة المورث فيجوز تعويضهم بشرط أن يثبتوا أن موت مورثهم قد سبب لهم ضرراً مادياً. ويتبين من هذا أن الورثة لهم الحق في رفع دعويين: الأولى باعتبارهم خلفاً عن المضرور، والثانية شخصية تتمثل في الأضرار التي أصابتهم.

3- حق الغير في إقامة الدعوى: ذهب رأي من الفقه إلى القول بعدم جواز استعمال الدائن باسم المدين حقه للمطالبة بالتعويض؛ إذا لا مجال لاستعمال الدعوى غير المباشرة في هذه الحال. وذهب رأي آخر إلى القول بجواز الحق للغير في ذلك. وفي رأي أن الرأي الأول هو الأقرب؛ إذ إن هذا الحق حق شخصي فلا يصح للغير أن يطالب به.

(1) فريحة، المسؤولية المدنية للطبيب، ص308.

(2) ينظر هذا الموضوع في: أنس محمد، المسؤولية المدنية في المجال الطبي، ص453-457، ومحمد أحمد، مسؤولية الطبيب والجراح وأسباب الإعفاء منها في القانون المدني والفقه الإسلامي، ص382-394.

وتجدر الإشارة بالذكر ونحن نتحدث هنا عن دعوى المسؤولية المدنية أنه لا يجوز الاتفاق بين الطبيب والمريض على إعفاء الطبيب من المسؤولية في حالة إصابة المريض بضرر بسبب فعل الطبيب طالما توفرت أركان المسؤولية؛ إذا إنه كما تقدم في المبحث السابق أن طبيعة العلاقة بين الطبيب والمريض قائمة أصلا على المسؤولية العقدية؛ فلا يصح الاتفاق ابتداء على الإعفاء منها⁽¹⁾.

وبما أن دعوى المسؤولية المدنية للطبيب كغيرها من الدعاوى تحتاج إلى إثبات فقد تقدم الحديث في ذلك عند بيان ركن الضرر في المبحث السابق؛ فأحيل إليه.

(1) أنس محمد، المسؤولية المدنية في المجال الطبي، ص 460، 461 (بتصرف).

المطلب الثاني

أسس تقدير التعويض في

دعوى المسؤولية المدنية للطبيب

يقصد بالتعويض: "إزالة الضرر أو التخفيف منه، وهو الجزاء العام عن قيام المسؤولية المدنية"⁽¹⁾. والتعويض له أسس وضوابط نتعرض لها فيما يلي:

أولاً: أساس التعويض في المسؤولية المدنية للطبيب:

يعد الضرر أساس التعويض، فيمكن قيام المسؤولية دون خطأ ولكنها لا تقوم إلا بالضرر؛ ولذلك لا يمكن لاستحقاق التعويض عدم تنفيذ المدين لالتزامه العقدي، أو سلوكه مسلكاً غير مشروع، بل يجب أن يصيب المدعي ضرراً نتيجة عدم تنفيذ العقد أو نتيجة الفعل غير المشروع⁽²⁾. وقد تقدم الحديث عن ارتباط التعويض بالضرر عند الحديث عن ركن الضرر في المسؤولية المدنية في المبحث السابق.

كما تقدم الحديث على أنه يشترط في الضرر الذي يوجب التعويض أن يكون الضرر مباشراً. والقاعدة في المسؤولية المدنية سواء كانت عقدية أو تقصيرية أنه لا تعويض عن الضرر غير المباشر، بل يقتصر على الضرر المباشر فقط، مع الاختلاف ذلك أنه في المسؤولية التقصيرية يعوض عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع، أما في المسؤولية العقدية فالأصل أن يقتصر التعويض على الضرر المباشر المتوقع وحده، ولا يمتد إلى الضرر غير المتوقع، إلا إذا كان عدم تنفيذ الالتزام راجعاً إلى غش المدين أو خطئه الجسيم، والمقصود بالضرر المتوقع ليس الضرر الذي توقعه المدين فعلاً، أو الذي كان يستطيع توقعه، وإنما الضرر الذي كان يمكن للشخص العادي أن يتوقعه لو وجد في مثل الظروف الخارجية التي وجد فيها المدين⁽³⁾.

(1) وائل تيسير، المسؤولية المدنية للطبيب، ص126.

(2) أنس محمد، المسؤولية المدنية في المجال الطبي، ص531، 532 (بتصرف).

(3) فريحة، المسؤولية المدنية للطبيب، ص288، 289 (بتصرف).

ثانياً: تقدير التعويض، وسلطة قاضي الموضوع في التقدير:

إن عملية تقدير التعويض عن المسؤولية الطبية تنطوي على نواحي دقيقة وفنية ليس في مقدرة القاضي معرفتها؛ لأنها بحاجة إلى الأطباء وأهل الخبرة من ذوي المهنة؛ لأن القاضي لا يفترض به أن يلم بالأمور الطبية وليس من السهل عليه أن يعرف الخطأ في سلوك الطبيب المعالج⁽¹⁾.

وتقدير التعويض عن الضرر أمر متروك لقرار محكمة الموضوع ورأيها لأن هذا يعد من المسائل الواقعية التي تستقل بتقديرها⁽²⁾. فمتى تبين لقاضي الموضوع قيام شروط المسؤولية المدنية للطبيب حكم بالتعويض، وله مطلق السلطة التقديرية في تحديد الطريقة التي يتمك بها التعويض من جهة، وفي تقديره من جهة أخرى⁽³⁾.

وإلى جانب استعانة القاضي بأهل الخبرة ومراعاته لأساس التعويض الذي تقدّم ذكره فإنه عليه أن يراعي أمرين مهمين عند تقدير التعويض، وهما: الخسارة الواقعة على الكسب الفائت، أي ما لحق بالمريض من ضرر وما فاتته من كسب، والمقصود بالخسارة اللاحقة الضرر المباشر الذي لحق حقاً أو مصلحة مشروعة للمضروب، أما الكسب الفائت فيخص كل الأرباح المتوقعة⁽⁴⁾. وتتمثل الخسارة في النفقات الطبية والعلاجية، ونفقات الإقامة والغذاء والمصاريف الإدارية، ويتمثل التعويض هنا في استرداد جميع هذه النفقات الناجمة عن الإصابة، والتعويض عن الكسب الفائت يتمثل في التعويض عما يمكن أن يحدثه العجز من خسارة بسبب عدم قدرة المريض على الكسب، وحرمانه من مصدر رزقه، وهنا يجب التمييز بين ما إذا كان العجز مؤقتاً أو دائماً⁽⁵⁾. والقاعدة التي تحكم عملية تقدير التعويض عن الضرر تقضي أن التعويض على قدر كافٍ لجبر الضرر فلا يزيد أو يقل عنه⁽⁶⁾. والتعويض إما أن

(1) التونجي، المسؤولية المدنية، ص 118-120.

(2) محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، ص 178.

(3) فريحة، المسؤولية المدنية للطبيب، ص 319 (بتصرف).

(4) فريحة، المسؤولية المدنية للطبيب، ص 323 (بتصرف).

(5) أنس محمد، المسؤولية المدنية في المجال الطبي، ص 550، 551 (بتصرف).

(6) وائل تيسير، المسؤولية المدنية للطبيب، ص 123.

يكون عينياً أو بمقابل⁽¹⁾، ويختار القاضي طريقة التعويض من خلال تحديد ما هو الأنسب لإصلاح الضرر، والتعويض العيني هو إصلاح الضرر بإزالة مصدره من أصله، أما التعويض بمقابل فيكون متى استحال تنفيذ الالتزام عينياً⁽²⁾. ونظراً لأن التعويض العيني أمر عسير في مجال المسؤولية الطبية فالغالب أن يكون التعويض بمقابل وبصفة خاصة نقدياً⁽³⁾.

(1) وائل تيسير، المسؤولية المدنية للطبيب، ص 126، 128، وفريحة، المسؤولية المدنية للطبيب، ص 320، 321.

(2) فريحة، المسؤولية المدنية للطبيب، ص 320، 321 (بتصرف).

(3) محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، ص 187.

خاتمة البحث

وبعد هذا الطواف السريع حول المسؤولية المدنية للطبيب نتوصل إلى أهم ما يمكن أن يستخلص من نتائج:

1. مهنة الطب مهنة حساسة ولها أهمية بالغة، ولم تكن وليدة العصور المتأخرة من تاريخنا البشري، بل إنها قديمة وتضرب جذورها في أعماق التاريخ الإنساني، وقد كانت موجودة في الحضارات السابقة.
2. مهنة الطب مشروعة في القانون والفقه الإسلامي ولها اعتبارات وأدلة كثيرة على مشروعيتها.
3. يلتزم الطبيب تجاه المريض بالتزامات إنسانية وطبية من حيث طبيعة العلاقة.
4. اختلف أهل القانون في طبيعة التزام الطبيب؛ فعدّها بعضهم التزامًا بتحقيق نتيجة، وعدّها آخرون التزامًا بتحقيق نتيجة. واتجه الأغلب إلى كونها التزامًا ببذل عناية، وتخرج استثناء في بعض الحالات لتكون التزامًا بتحقيق نتيجة.
5. اختلف الفقهاء في طبيعة المسؤولية المدنية للطبيب هل هي عقدية أم تقصيرية، واتجه الغالب إلى اعتبارها مسؤولية عقدية في الأصل، وتقصيرية استثناء في بعض الحالات.
6. المسؤولية المدنية للطبيب لها ثلاثة أركان: الخطأ، والضرر، والعلاقة السببية.
7. دعوى التعويض في المسؤولية المدنية لها اختصاص نوعي وإقليمي من حيث المحكمة التي تنظرها، وهي كبقية الدعاوى المدنية.
8. لدعوى التعويض في المسؤولية المدنية للطبيب أطراف معينون، ولها أسس في تقدير التعويض.
9. للقاضي سلطة في تقدير التعويض في دعوى المسؤولية المدنية للطبيب.

قائمة المصادر والمراجع

1. أبو بكر بن سعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ت/محمد عدنان بن ياسين درويش، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط2 (1419هـ، 1998م).
2. أمير فرج يوسف، خطأ الطبيب العمدي وغير العمدي وأحكام المسؤولية المدنية والجنايئة والتأديبية، المكتب الجامعي الحديث، (2010م)، دط.
3. أنس محمد عبد الغفار، المسؤولية المدنية في المجال الطبي "دراسة مقارنة بين القانون والشريعة الإسلامية"، دار الكتب القانونية، مصر، (2010م)، دط.
4. إيمان محمد الجابري، المسؤولية القانونية على الأخطاء الطبية، الإسكندرية، مصر، (2011م)، دط.
5. جمال الدين محمود، مشكلات المسؤولية المدنية، مطبعة جامعة القاهرة، ط1 (1978م).
6. رمضان جمال كامل، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، ط1 (2005م).
7. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، مكتبة مصر الجديدة، ط5 (1992م).
8. شبكة المحامين العرب.
9. شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، (2005م)، دط.
10. طلال العجاج، المسؤولية المدنية للطبيب دراسة فقهية قضائية مقارنة، عالم الكتب الحديث، إربد، الأردن، ط1 (1432هـ، 2011م).
11. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط3 (2002م).
12. عبد السلام التونسي، المسؤولية المدنية، مسؤولية الطبيب في القانون المقارن، ط2 (1975م).
13. عبد الفتاح بيومي حجازي، المسؤولية الطبية بين الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، (2008م)، دط.

14. عبد المنعم فرج، الصده، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، (1979م).
15. عدلي خليل، الموسوعة القانونية في المهن الطبية، دار النهضة المصرية، ط1 (1989م).
16. علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري البزدوي، كشف الأسرار على أصول البندوي، ط2 (1416هـ، 1995م).
17. علي حسين نجيدة، التزامات الطبيب في العمل الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، (1992م)، دط.
18. علي محمد يوسف الأحمد، حكم التداوي في الإسلام، كلية الشريعة، جامعة قطر، (1411هـ، 1991م)، دط.
19. فريحة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب "رسالة ماجستير"، (2012م)، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.
20. قاعدة التشريعات والاجتهادات المصرية على شبكة المعلومات.
21. قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية، المرسوم السلطاني رقم 68/2008.
22. قانون حماية الصحة وترقيتها، الجزائر.
23. قانون مزاولة مهنة الطب البشري وطب الأسنان، المرسوم السلطاني رقم 96/22، (1416هـ، 1996م).
24. كاظم راهي، المسؤولية المدنية لإدارة المستشفى عن أخطاء الأطباء العاملين فيها، كلية الحقوق، جامعة بابل، (2008م)، دط.
25. لائحة آداب مزاولة مهنة الطب البشري، قرار وزير الصحة والإسكان، رقم 238، 2003م.
26. مجموعة الأحكام الصادرة عن دوائر المحكمة العليا، الدائرة التجارية والدائرة الضريبية، (2004م).
27. مجموعة الأحكام الصادرة عن دوائر المحكمة العليا، دائرة المحكمة الشرعية، الدائرة المدنية الأولى، الدائرة المدنية الثانية.

28. محمد أبو زهرة، أصول الفقه.
29. محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، (2006م).
30. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، (1999م)، دط.
31. محمد محمد أحمد سويلم، مسؤولية الطبيب والجراح وأسباب الإعفاء منها في القانون المدني والفقه الإسلامي "دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ط1(2009م).
32. منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط2(2011م).
33. وائل تيسير محمد عساف، المسؤولية المدنية للطبيب "دراسة مقارنة"، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح، (2008م)، دط.
34. وفاء حلمي أبو جميل، الخطأ الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، (1987م)، دط، ص86.